

วารสารกฎหมาย

นิติพัฒน์ นิด้า

NITIPAT NIDA LAW JOURNAL

ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มิถุนายน 2563)

ISSN (Print) 2286-6787

ISSN (Online) 2730-2326

บทความ

กฎหมายยาเสพติดของประเทศโปรตุเกส:
ต้นแบบความท้าทายในการแก้ไขปัญหายาเสพติด
ศีกดิ์ชัย เลิศพานิชพันธ์

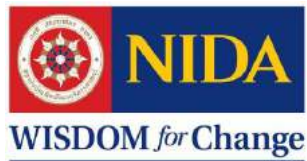
ปัญหาทางกฎหมายของการกู้เงินของรัฐบาล
โดยการตรากฎหมายเฉพาะ
กฤติยดา เกิดลาภผล

ความผิดฐาน “บังคับใช้แรงงานหรือบริการ”
ปทาน ตันมณีวัฒนา

บทบาทภาครัฐในการส่งเสริมและกำกับดูแล
การประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว
กฤษฎณา บุญแท้

บทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์
ตามหลักการและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง
ชานนท์ ทองสุกมาก

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า
ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 มกราคม - มิถุนายน 2563
คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์



NITIPAT NIDA Law Journal
Volume 9 No.1 January-June 2020
Graduate School of Law
National Institute of Development Administration

วัตถุประสงค์และขอบเขตการดำเนินงานของวารสาร

วารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิด้า (NITIPAT NIDA Law Journal) จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เป็นวารสารที่ตีพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ คือ ฉบับที่ 1: มกราคม - มิถุนายน และฉบับที่ 2: กรกฎาคม - ธันวาคม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการสนับสนุนนักศึกษา อาจารย์ ข้าราชการ และนักวิชาการทั่วไปในการนำเสนอและเผยแพร่ผลงานวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ รวมถึงศาสตร์อื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายกับการพัฒนา สังคมวิทยากฎหมาย นิติเศรษฐศาสตร์ และนิติปรัชญา เป็นต้น

ประเภทของของผลงานวิชาการที่จะได้รับการตีพิมพ์ คือ บทความวิชาการ บทความวิจัย ปกิณกะกฎหมาย และแนะนำหนังสือ โดยบทความวิชาการและบทความวิจัย จะได้รับการประเมินจากกองบรรณาธิการและผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 2 ท่านที่ตรงตามสาขาวิชา โดยเป็นการประเมินแบบลับในลักษณะ double-blinded ซึ่งบทความต้องไม่เคยได้รับการตีพิมพ์ที่ใดมาก่อน การเผยแพร่วารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิด้า มี 2 รูปแบบ กล่าวคือ เผยแพร่ในรูปแบบตัวเล่ม ซึ่งสามารถเข้าถึงได้ที่ห้องสมุด คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ หรือสั่งซื้อได้ที่ โครงการวารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ “นิติพัฒนา นิด้า” และเผยแพร่ในรูปแบบออนไลน์ ซึ่งสามารถเข้าถึงได้ที่เว็บไซต์ของ Thai Journal Online (ThaiJo)

เจ้าของ:	คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
สถานที่ติดต่อ:	อาคารบุญชนะ อตถการ ชั้น 5 เลขที่ 118 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240
โทรศัพท์:	02 727 3660 โทรสาร: 02 374 4731
E-mail:	nitipat_lawjournal@nida.ac.th

บทความหรือข้อความความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏในวารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิด้า เป็นวรรณกรรมและความรับผิดชอบของผู้เขียนแต่ละท่านโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยหรือร่วมรับผิดชอบใด ๆ

ออกแบบและพิมพ์ที่

บริษัท จรัสสินทวงศ์การพิมพ์ จำกัด เลขที่ 219,221,223,225,227,229,231,233

แขวงบางแคเหนือ เขตบางแค กรุงเทพฯ 10160

โทรศัพท์ 0-2809-2281-3 โทรสาร 0-2809-2284

<http://www.fast-books.com> E-mail: info@fast-books.com

ราคาจำหน่ายเล่มละ 150 บาท

บรรณาธิการ

สวัสดีท่านผู้อ่านทุกท่าน วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า ฉบับนี้ เป็นฉบับปีที่ 9 เล่มที่ 1/2563 (มกราคม- ธันวาคม 2563) ได้รับการปรับปรุงในส่วนของปกให้มีความสอดคล้องกับตราสัญลักษณ์ใหม่ของ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ที่ได้รับการปรับปรุงใหม่ให้มีความสวยงามมากยิ่งขึ้น และเป็นการเฉลิมฉลองในวาระครบรอบ 10 ปี ของคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ รวมทั้งได้รับเกียรติจาก รศ. ดร. พินัย ณ นคร อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และ รศ.ดร. สราวุธ ปิตียาศักดิ์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช มาดำรงตำแหน่ง กองบรรณาธิการเพิ่มเติม เพื่อร่วมกันพิจารณา กลั่นกรองคุณภาพของบทความให้มีความเข้มข้นมากยิ่งขึ้น

วารสารฉบับนี้ ประกอบด้วย 5 บทความ ซึ่งมีเนื้อหาที่หลากหลาย บทความเรื่องแรก คือ เรื่อง **“กฎหมายยาเสพติดของประเทศโปรตุเกส: ต้นแบบความท้าทายในการแก้ไขปัญหายาเสพติด”** เขียน โดย รศ. ศักดิ์ชัย เลิศพานิชพันธ์ ซึ่งเป็นอาจารย์ประจำวิทยาลัยสหวิทยาการ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ผู้เขียนพูดถึงการปราบปรามยาเสพติดโดยใช้วิธีการปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดได้อย่างน่าสนใจ โดยศึกษากฎหมายของประเทศโปรตุเกส ซึ่งได้ลดทอนความรับผิดทางอาญาในคดีความผิดเกี่ยวกับการเสพและการครอบครองยาเสพติด และใช้ความรับผิดทางปกครองมาแทนที่ อันส่งผลให้จำนวนผู้ติดยาเสพติดลดน้อยลงอย่างมีนัยสำคัญ ผู้เขียนจึงเสนอให้นำแนวความคิดนี้มาใช้ในการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดของประเทศไทย

บทความเรื่องที่สอง คือ เรื่อง **“ปัญหาทางกฎหมายของการกู้เงินของรัฐบาลโดยการตรากฎหมายเฉพาะ”** เขียนโดย ผศ.ดร. กฤติธิดา เกิดลาภผล ซึ่งเป็นอาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้มาตรา 53 ของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 จะกำหนดกรอบในการออกกฎหมายพิเศษเรื่องการกู้เงินของรัฐบาลที่ค่อนข้างมีความเข้มงวด เพื่อเป็นการควบคุมการใช้อำนาจและการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารในการนำเสนอกฎหมายกู้เงินแล้วก็ตาม แต่ก็ยังคง เปิดช่องให้รัฐบาลใช้เหตุผลในการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อกู้เงินโดยอ้างเหตุจำเป็นในบางกรณีได้ ผู้เขียนจึงเสนอว่า การควบคุมโดยให้มีการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินกู้ และการรายงานการใช้จ่ายเงินกู้ต่อรัฐสภาโดยละเอียด น่าจะมีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชนมากกว่า

บทความเรื่องที่สาม คือ เรื่อง **“ความผิดฐาน “บังคับใช้แรงงานหรือบริการ”**” เขียนโดย นายปทาน ตันมณีวัฒนา ซึ่งเป็นอัยการประจำสำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีค้ามนุษย์ 2 สำนักงานอัยการสูงสุด ผู้เขียนแนะนำแนวทางการบังคับใช้และการตีความความผิดฐาน “บังคับใช้แรงงานหรือบริการ” ซึ่งเป็นความผิดทางอาญาที่ถูกบัญญัติขึ้นใหม่ พร้อมทั้งเสนอให้นำ “ตัวชี้วัดภาวะแรงงานบังคับ” ที่จัดทำขึ้นโดยองค์การแรงงานระหว่างประเทศ มาเป็นแนวทางในการบังคับใช้และตีความกฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐและผู้ที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดหลุดรอดไปจากกระบวนการยุติธรรมและเพื่อให้ผู้เสียหายจากการถูกบังคับใช้แรงงานหรือบริการได้รับความช่วยเหลือจากหน่วยงานของรัฐอย่างเต็มที่

บทความเรื่องที่ดี คือ เรื่อง **“บทบาทภาครัฐในการส่งเสริมและกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว”** เขียนโดย นายกฤษฎา บุญแท้ ซึ่งเป็นนักศึกษาลัทธิสุตฺรนิคาสตรมหาบัณฑิต คณะนิคาสตรฺ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตรฺ ผู้เขียนมีความเห็นว่า นโยบายภาครัฐในเรื่องการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ ยังมีความไม่ชัดเจน รวมทั้งการปฏิบัติหน้าที่ของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า และคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวยังคงมีข้อจำกัดในด้านการส่งเสริมการลงทุนของคนต่างด้าว ทั้งในส่วนของ การปฏิบัติกรงานด้านวิชาการ จำนวนบุคลากรในการปฏิบัติงาน ผู้เขียนจึงเสนอแนะให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในส่วนของนโยบายและแผนในการส่งเสริมและกำกับดูแลการค้าการลงทุนจากต่างประเทศ โดยให้กำหนดแผนแม่บทและแผนปฏิบัติการในการส่งเสริมและกำกับดูแลในระยะสั้น ระยะกลาง และระยะยาว ตลอดจนแก้ไขให้บทบาทของหน่วยงานของรัฐในการส่งเสริมและกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวให้มีบทบาทหน้าที่ในเชิงรุกมากขึ้น รวมทั้ง พิจารณาทบทวนบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติเพื่อเปิดโอกาสให้ต่างชาติเข้ามาลงทุนในธุรกิจที่เคยมีข้อจำกัด อันเป็นการเปิดเสรีทางการค้ามากขึ้น ซึ่งจะส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ

บทความเรื่องสุดท้าย คือ เรื่อง **“บทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการส่งเสริมและคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามหลักการและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง”** เขียนโดย นายชานนท์ ทองสุกมาก ซึ่งเป็นนักศึกษาลัทธิสุตฺรนิคาสตรมหาบัณฑิต คณะนิคาสตรฺ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตรฺ ผู้เขียนมีความเห็นว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทยยังไม่มีส่วนร่วมในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เท่าที่ควร ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอำนาจและหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตามพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 โดยกำหนดอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับการส่งเสริมทรัพย์สินทางปัญญาของท้องถิ่นเป็นการเฉพาะให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รวมทั้งปรับปรุงโครงสร้างภายในขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในแต่ละรูปแบบ ให้มีหน่วยงานที่มีบุคลากรประจำแต่ละท้องถิ่นที่มีหน้าที่ควบคุมดูแลทรัพย์สินทางปัญญาของชุมชนหรือท้องถิ่นนั้น ๆ รวมทั้งจัดทำนโยบายกระตุ้นให้เกิดการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาในระดับท้องถิ่นในส่วนของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการส่งเสริมการค้าการลงทุน และสร้างความเข้มแข็งทางเศรษฐกิจให้กับประเทศ

คณะผู้จัดทำวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า หวังเป็นอย่างยิ่งว่า เนื้อหาสาระของวารสารฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่านทุกท่าน และขอขอบคุณกองบรรณาธิการ กองจัดการและผู้ทรงคุณวุฒิทุกท่านที่ให้เกียรติพิจารณาประเมินบทความ เพื่อควบคุมคุณภาพและมาตรฐานของวารสาร รวมทั้งขอขอบคุณสมาชิกวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า และผู้อ่านทุกท่านที่ให้ความสนใจติดตามวารสารมาโดยตลอด ทั้งนี้ ทางคณะผู้จัดทำยินดีรับข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงวารสารให้มีคุณภาพดียิ่งขึ้นต่อไป

อาจารย์ ดร. อัญธิกา ณ พิบูลย์

บรรณาธิการ

สารบัญ

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 มกราคม - มิถุนายน 2563

	หน้า
บทความ	
● กฎหมายยาเสพติดของประเทศโปรตุเกส: ต้นแบบความท้าทายในการแก้ไขปัญหายาเสพติด Drug Law in Portugal: The Challenge of Solution to Drugs Problems <i>ศักดิ์ชัย เลิศพานิชพันธุ์</i>	1
● ปัญหาทางกฎหมายของการกู้เงินของรัฐบาลโดยการตรากฎหมายเฉพาะ Legal Issues of Government Borrowings under Special Decree <i>กฤตัญญา เกิดลาภผล</i>	21
● ความผิดฐาน “บังคับใช้แรงงานหรือบริการ” The Offence of "Forced Labour and Services" <i>ปทาน ต้นมณีวัฒนา</i>	36
● บทบาทภาครัฐในการส่งเสริมและกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว The Roles of the State in the Promotion and Monitoring of Undertaking of Businesses by Foreigners <i>กฤษณา บุญแท้</i>	50
● บทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการส่งเสริมและคุ้มครอง สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามหลักการและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง The Roles and Authorities of Local Administrative Organizations in Promoting and Protecting Geographical Indications According to the Principles and Relevant Laws <i>ชานนท์ ทองสุกมาก</i>	72
คำแนะนำในการส่งบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า	91
ใบสั่งซื้อ/สมัครสมาชิกวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า	97

กฎหมายยาเสพติดของประเทศโปรตุเกส:
ต้นแบบความท้าทายในการแก้ไขปัญหายาเสพติด*

Drug Law in Portugal:
The Challenge of Solution to Drugs Problems

ศักดิ์ชัย เลิศพานิชพันธุ์**
Sakchai Lertpanichpun

วันที่รับบทความ 27 กุมภาพันธ์ 2563; วันแก้ไขบทความ 23 เมษายน 2563; วันตอบรับบทความ 5 มิถุนายน 2563

บทคัดย่อ

ประเทศโปรตุเกสเคยประสบปัญหาการแพร่ระบาดของยาเสพติดเป็นอย่างมากเช่นเดียวกับประเทศไทย จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2544 (ค.ศ. 2001) รัฐบาลโปรตุเกสได้มีแนวคิดในการปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดอย่างน่าสนใจ โดยออกบทบัญญัติให้การเสพและครอบครองยาเสพติดทุกชนิดไม่เป็นความผิดอาญา หากเป็นการใช้ส่วนตัวและไม่เกินปริมาณที่รัฐกำหนดแต่ยังผิดกฎหมายทางปกครอง ซึ่งสวนทางกับความรู้สึกของนักกำหนดนโยบายยาเสพติดบางกลุ่มที่เห็นว่ากฎหมายดังกล่าวจะทำให้ปัญหายาเสพติดในประเทศโปรตุเกสขยายตัวมากขึ้น แต่จากรายงานหลายฉบับพบว่า หลังจากใช้กฎหมายฉบับนี้จำนวนผู้ติดยาลดลง รวมทั้งยังมีผลพลอยได้จากอัตราการลดลงของการใช้ยาเกินขนาด การติดเชื้อเอชไอวี เชื้อเอดส์และไวรัสบีจากการใช้เข็มฉีดยาร่วมกัน ซึ่งกรณีศึกษากฎหมายยาเสพติดของประเทศโปรตุเกสเป็นบทเรียนที่น่าสนใจสำหรับประเทศไทย

คำสำคัญ: ประเทศโปรตุเกส, กฎหมายยาเสพติด, การแก้ไขปัญหายาเสพติด

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของงานวิจัยเรื่อง 'กฎหมายยาเสพติดในต่างประเทศ: ศึกษาเฉพาะกรณีประเทศญี่ปุ่น ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์เยอรมัน โปรตุเกส อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา' (พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักกิจการในพระตำริพระเจ้าหลานเธอ พระองค์เจ้าพัชรกิติยาภา สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม 2556)

** รองศาสตราจารย์ วิทยาลัยสหวิทยาการ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ที่อยู่: วิทยาลัยสหวิทยาการ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ อาคารวิทยาลัยสหวิทยาการ ชั้น 5 เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200

E-mail : sakchai_tu@hotmail.com

Abstract

Portugal has experienced the serious epidemic of drugs problem, the same as Thailand. In 2001, a nationwide law in Portugal took effect that decriminalized all drugs. However, drug possession for personal use and drug usage itself are still legally prohibited, but violations of those prohibitions are deemed to be exclusively administrative law and are removed from the criminal offense. The new law makes some policy makers feel that drugs problem in Portugal must be spread out. In contrast, many reports find that after enacting the law, the number of drug users decreased, including the number of drug overdose fatalities, new HIV, AIDS and Virus B cases dropped dramatically. Portugal drug law, therefore, should be an interesting lesson for Thailand.

Keywords: portugal, drug law, solution to drugs problems

1. บทนำ

ประเทศโปรตุเกสเคยประสบปัญหาการแพร่ระบาดของยาเสพติดในลำดับต้น ๆ ของทวีปยุโรป¹ ไม่แพ้ประเทศไทย อีกทั้งสถานการณ์ที่หนักหนาสาหัสคือการแพร่ระบาดของยาเสพติดในหมู่เยาวชน เช่นเดียวกับสถานการณ์ในประเทศไทยขณะนี้ ซึ่งปรากฏการณ์ที่สะท้อนผ่านสายตาของประชาชน คือ มีการจับกุม ยึดยาเสพติดแทบทุกวันในปริมาณที่เพิ่มมากขึ้น แต่การค้าขายยาเสพติดกลับไม่ลดลง จำนวนยาเสพติดที่จับได้เพิ่มปริมาณมากยิ่งขึ้นเช่นเดียวกัน ในทางกลับกัน หลังจากประเทศโปรตุเกสได้ปรับเปลี่ยนนโยบายด้านยาเสพติดจากการห้ามโดยเด็ดขาด (Prohibition) เป็นการลดทอนความผิดทางอาญาหรือลดทอนความเป็นอาชญากรรมของการเสพยาเสพติด (Decriminalization) จำนวนผู้ติดยาเสพติดได้ลดน้อยลงทั้งในกลุ่มผู้ใหญ่และเยาวชนอย่างมีนัยสำคัญ² ทำให้เราน่าจะต้องหันกลับมาทบทวนกฎหมายของประเทศไทยเทียบกับแนวทางของกฎหมายประเทศโปรตุเกส

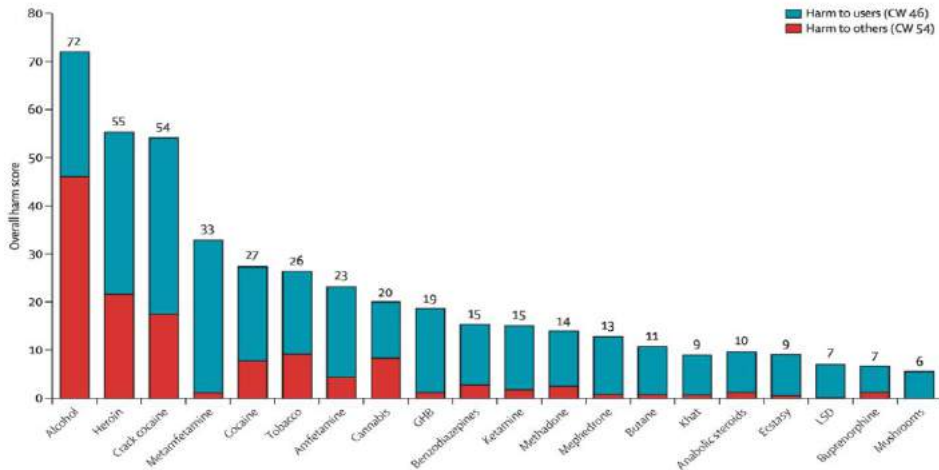
2. แนวคิดการแก้ไขปัญหายาเสพติดโดยมาตรการทางกฎหมาย

ความผิดฐานเสพยาเสพติด เป็นความผิดอาญาที่มีใช่เป็นความชั่วร้ายในตัวเอง (mala in se) แต่เป็นความผิดเพราะกฎหมายกำหนดให้ยาเสพติดบางประเภทเป็นความผิดและต้องรับโทษ (mala prohibita) โดยเรามักกำหนดโทษการครอบครอง การเสพยาเสพติดตามความร้ายแรงของยาเสพติดประเภทนั้น ๆ เช่น เฮโรอีน ยาบ้า โคเคน ฯลฯ แต่สารเสพติดบางประเภทเราจะครอบครอง เสพ จำหน่ายจ่ายแจกโดยไม่ผิดกฎหมาย เช่น สุรา เป็นต้น นอกจากนี้องค์ความรู้เกี่ยวกับยาเสพติดที่เพิ่มมากขึ้นในปัจจุบันกลับพบว่าสิ่งเสพติดบางอย่างมีอันตรายรุนแรงมากแต่สังคมยอมรับ ได้แก่ สุรา ซึ่งการศึกษาของ Professor Edmond J. Safra พบว่า 1. แอลกอฮอล์มีอันตรายต่อตนเองมากที่สุด รองลงมาคือ 2. เฮโรอีน 3. โคเคนแบบก้อน 4. ยาบ้า 5. โคเคนแบบผง 6. บุหรี่ และ 7. กัญชา (โปรดดูภาพที่ 1)³

¹ Thaireform, 'TIJ ซูโปรตุเกสโมเดลแก้ยาเสพติดชะงัด ไม่เอาโทษทางอาญามาใช้กับผู้เสพ' (สำนักข่าวอิศรา, 6 กรกฎาคม 2559) <https://www.isranews.org/thaireform-other-news/48215-tij_48215.html> สืบค้นวันที่ 5 มิถุนายน 2562

² Drug War Facts, 'Common Sense for Drug Policy' <<https://www.drugwarfacts.org/region/portugal/>> accessed 5 June 2019

³ Edmond J. Safra, 'Post-Multicriteria Decision Analysis (MCDA) Analysis of Drug-Related Harms' (Psychscenhub, 18 February 2020) <<https://psychscenhub.com/video/post-mcda-analysis-drug-related-harms-prof-david-nutt/>> accessed 19 June 2019



ภาพที่ 1 ลำดับความอันตรายของสิ่งเสพติด

แหล่งที่มาจาก <https://psychscenehub.com/video/post-mcda-analysis-drug-related-harms-prof-david-nutt/>

นอกจากนี้ยังพบว่า ในปี พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015) จำนวนผู้เสียชีวิตจากบุหรี่ยูเรเชีย สุรา กับยาเสพติดทั่วโลก พบว่า มีอัตราผู้เสียชีวิตจากการสูบบุหรี่: ดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์: เสพยาเสพติด เท่ากับ 110.7: 33: 6.9 ต่อประชากร 100,000 คน ตามลำดับ⁴ ซึ่งจะเห็นว่าจำนวนผู้เสียชีวิตจากยาเสพติดมีจำนวนน้อยที่สุด

ในการแก้ไขปัญหาเสพติดโดยมาตรการทางกฎหมายมักใช้แนวทางปฏิบัติ 3 แนวทางคือ 1. ห้ามโดยเด็ดขาด (Prohibition) 2. ลดทอนความผิดทางอาญาลง (Decriminalization) และ 3. ทำให้เป็นสิ่งถูกกฎหมาย (Legalization) ซึ่งแนวทางแรกที่ห้ามโดยเด็ดขาดนั้น ประเทศไทยได้ใช้อยู่ในปัจจุบันเพิ่งเริ่มผ่อนปรนในกรณีกัญชาเพื่อการแพทย์และการวิจัยเมื่อไม่นานมานี้ แต่การห้ามโดยเด็ดขาดกลับไม่ได้ทำให้การเสพติดลดลงดังที่ทราบกัน และตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมทางประวัติศาสตร์ ได้ทำให้ประเทศต่าง ๆ เริ่มหันกลับมามองทางเลือกแบบอื่นมากยิ่งขึ้น เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อปี พ.ศ. 2463 (ค.ศ. 1920) ได้มีการออกกฎหมายให้การจำหน่ายและการเสพยาสุราเป็นความผิดอาญา ก่อให้เกิดปัญหาสังคมมากมาย ทั้งในเรื่องของการผลิต จำหน่าย ขนส่ง เหล้าเถื่อน บาร์เถื่อน แก๊งอันธพาล แก๊งอิทธิพลต่าง ๆ จนต้องยกเลิกกฎหมายดังกล่าว ในปี พ.ศ. 2476 (ค.ศ. 1933) แต่ให้สุรารอยู่ภายใต้การควบคุมอย่างเข้มงวด เช่น จำกัดอายุของผู้ดื่ม การดื่มในขณะขับรถ หรือดื่มในที่สาธารณะ ฯลฯ

ประเทศไทยเองได้เคยให้การยอมรับยาเสพติดบางประเภทถูกกฎหมายมาก่อน ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (ร.4) พ.ศ. 2394 ทรงมีพระบรมราชานุญาตให้การสูบฝิ่นและการค้า

⁴ Bazian, 'Tobacco, Alcohol and Illegal Drugs 'Are a Global Health Threat' (NHS, 14 May 2018)

<<https://www.nhs.uk/news/medical-practice/tobacco-alcohol-and-illegal-drugs-are-global-health-threat/>>
accessed 22 June 2019

ชายฝืนถูกกฎหมาย โดยเสียภาษีเข้ารัฐ แต่กลุ่มคนที่จะสามารถสูบฝิ่นได้ตามกฎหมายมีแต่เฉพาะชาวจีนเท่านั้น⁵ จนถูกยกเลิกไปเมื่อ พ.ศ. 2502 ในสมัยจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ หลังจากที่ยังถูกกฎหมายมาร้อยปีเศษ และมีข้อน่าสังเกต คือ มีการทำให้กัญชาผิดกฎหมายตามพระราชบัญญัติกัญชา ปี พ.ศ. 2477 เช่นเดียวกับกระท่อมกลายเป็นสิ่งผิดกฎหมายตามพระราชบัญญัติพืชกระท่อม พ.ศ. 2486 จึงเป็นสิ่งที่น่าแปลกใจที่กัญชาและกระท่อมเป็นสิ่งผิดกฎหมายในขณะที่ฝิ่นยังถูกกฎหมาย แต่จากการสืบค้นเชิงประวัติศาสตร์พบว่า ในรายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 1/2486 วันที่ 7 มกราคม 2486 ได้มีการอภิปรายโดยสมาชิกสภาผู้แทนท่านหนึ่งกล่าวว่า “ฝิ่นนั้นมีภาษีมาก แต่พืชกระท่อมไม่มีภาษี เมื่อฝิ่นแพง คนก็หันไปสูบกระท่อมแทนฝิ่น ทำให้การค้าฝิ่นของรัฐบาลลดลงเช่นนี้ เพื่อให้ต้องตามวัฒนธรรมอันดีงามแล้ว จึงเห็นว่าฝิ่นสำคัญกว่า...” จึงมีผู้ให้ความเห็นว่าแท้ที่จริงแล้ว การตรากฎหมายให้กระท่อมผิดกฎหมายจนมาถึงทุกวันนี้ มีเหตุผลมาจากการค้าทางภาษีของรัฐมากกว่าเหตุเพราะพืชกระท่อมเป็นพืชเสพติด⁶ (ซึ่งน่าจะรวมถึงกัญชาด้วย - ผู้เขียน)

แนวคิดอีกประการหนึ่งที่ทำให้เราควรคำนึงถึงก็คือผู้ที่ติดยาเสพติดเป็นผู้ป่วยประเภทหนึ่ง เช่นเดียวกับผู้ติดเชื้อเรื้อรัง ตามแนวคิดรูปแบบทางการแพทย์ (Medical Model) ดังนั้น การแก้ไขปัญหายาเสพติดจึงต้องเน้นไปที่การบำบัดรักษาแทนการนำกฎหมายอาญามาใช้แก้ไขปัญหามาแนวตัวแบบทางกระบวนการยุติธรรม (Justice Model)

3. นโยบาย เจตนารมณ์ของกฎหมายยาเสพติดในประเทศโปรตุเกส (Portugal)

ในปี ค.ศ. 2001 ร้อยละ 7.3 ของประชากรที่มีอายุระหว่าง 15 ถึง 64 ปี รายงานว่าเคยเสพยาเสพติดผิดกฎหมาย ซึ่งทำให้ประเทศโปรตุเกสในอดีตที่ผ่านมาเมื่ออัตราการเสพยาเสพติดอยู่ในระดับปานกลาง ตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2001 เป็นต้นมา ประเทศโปรตุเกสเริ่มเป็นที่สนใจของนานาชาติในความคิดริเริ่มเรื่องนโยบายยาเสพติดของประเทศ โดยเฉพาะในการตัดสินใจที่จะทำให้การเสพ การซื้อ และการครอบครองยาเสพติดทุกประเภทไม่มีความผิดทางอาญา (มิใช่อาชญากรรม) หากใช้เป็นการส่วนตัว การเสพ การซื้อ และการมีไว้ในครอบครองในประวัติศาสตร์ของประเทศก่อนหน้านี้เป็นความผิดทางอาญาที่อาจมีโทษจำคุกถึงหนึ่งปี แต่การตราออกมาเป็นกฎหมาย 30/2000 (Law no. 30/2000) ทำให้ความผิดดังกล่าวที่เคยเป็นความผิดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนต้องผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการป้องกันและแก้ไขการติดยาเสพติด (Commissions for the Dissuasion of Drug Addiction: CDTs) กฎหมายใหม่นี้ครอบคลุมถึงสารเสพติดทุกประเภท ซึ่งรวมถึงเฮโรอีน โคเคน กัญชา และยาอี หากผู้กระทำผิดมีการครอบครองยาเสพติด

⁵ มีสุข, ‘ฝิ่น กรณีศึกษาว่าด้วย ยาเสพติดกับอาชญากรรมในสังคมไทย’ (ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร, 30 พฤษภาคม 2560) <<http://www.sac.or.th/conference/2017/ฝิ่น-กรณีศึกษาว่าด้วย-ยา>> สืบค้นวันที่ 18 มิถุนายน 2562

⁶ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, ‘รายงานคณะกรรมการวิสามัญศึกษาผลดีและผลเสียของการบริโภคพืชกระท่อม เพื่อเป็นแนวทางในการเสนอว่าควรยกเลิกพืชกระท่อมออกจากยาเสพติดให้โทษประเภท 5 ตามยาเสพติดให้โทษหรือไม่’ (2546) 2-3.

ในปริมาณไม่เกินที่ใช้เสพใน 10 วันของผู้กระทำผิดนั้น ในทางปฏิบัติปริมาณของยาเสพติดที่อนุญาตให้มีไว้ในครอบครองค่อนข้างต่ำ ตัวอย่างเช่น 25 กรัมสำหรับกัญชา เฮโรอีน 1 กรัม โคเคน 2 กรัม⁷ เป็นต้น

การเปลี่ยนแปลงนี้ไม่ได้ทำให้การเสพยาทั้งหมดในประเทศโปรตุเกสเป็นสิ่งถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้น ประเทศโปรตุเกสจึงไม่ได้ฝ่าฝืนอนุสัญญาเดี่ยวว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ ค.ศ. 1961 การครอบครองยาเสพติดยังคงเป็นสิ่งต้องห้ามในกฎหมายของประเทศโปรตุเกส และการลงโทษทางอาญากับผู้ค้ายาและผู้ลักลอบค้ายาเสพติดก็ยังคงมีอยู่ กฎหมายได้กำหนดแนวทางเชิงกลยุทธ์สำหรับการเสพยาโดยมีเป้าหมายเพื่อมุ่งเน้นการใช้ทรัพยากรตำรวจในการจับกุมกลุ่มคนที่ทำกำไรจากการค้ายาเสพติด ในขณะที่เพิ่มแนวทางปฏิบัติทางสาธารณสุขแก่ผู้เสพยา เมื่อเริ่มนำมาใช้ กฎหมายได้รับเสียงสนับสนุนจากทั้งสองฝ่าย

ภายใต้กฎหมายใหม่ผู้กระทำผิดในการเสพหรือครอบครองยาเสพติดจะถูกส่งตัวโดยตำรวจไปยังคณะกรรมการที่ได้รับการจัดตั้งเป็นพิเศษในแต่ละเขตประกอบด้วยองค์คณะ 3 คน ซึ่งเป็นนักกฎหมาย นักสังคมสงเคราะห์ และบุคลากรทางการแพทย์ คณะกรรมการจะพูดคุยกับผู้กระทำผิดถึงแรงจูงใจและสภาพแวดล้อมในการกระทำผิด และสามารถสั่งลงโทษได้ซึ่งรวมถึงการบริการชุมชน การปรับ การเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ และการห้ามไม่ให้เข้าไปในสถานที่ที่กำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม เป้าหมายหลักคือการยับยั้งไม่ให้เสพยา และการส่งเสริมให้ผู้ติดยาเสพติดเข้ารับการบำบัด

การลดทอนความเป็นอาชญากรรมของยาเสพติดในประเทศโปรตุเกสได้ถูกนำมาใช้ในช่วงเวลาที่มีการไตร่ตรองและการอภิปรายถึงนโยบายยาเสพติดของประเทศ ซึ่งนำไปสู่การเริ่มใช้ยุทธศาสตร์ยาเสพติดแห่งชาติ แนวใหม่ ที่เรียกว่า แผนยุทธศาสตร์ต่อต้านยาเสพติดแห่งชาติ (National Strategy for the Fight against Drugs) การนำแผนยุทธศาสตร์ดังกล่าวมาใช้เป็นจุดเปลี่ยนจากวิธีเดิมที่แก้ไขปัญหาเสติดบนฐานของการงดใช้ยาเสพติด (abstinence-based approach) ซึ่งมีคำขวัญและการณรงค์ เช่น โครงการเพื่อชีวิต (Projecto VIDA) ไปเป็นวิธีดำเนินการแบบเบ็ดเสร็จและแบบเชิงประจักษ์ (comprehensive and evidence-based approach) ในการแก้ปัญหาเสติดและการติดยาในประเทศโปรตุเกส

หลักสำคัญของแผนยุทธศาสตร์คือการกำหนดแนวทางหลักด้านมนุษยนิยม (humanism) ด้านปฏิบัตินิยม (pragmatism) และสิทธิของมนุษย์ทุกคนในการเข้ารับการรักษาบำบัด ตลอดจนการตั้งเป้าหมายที่สำคัญ เช่น การลดทอนความเป็นอาชญากรรมของการเสพยาเสพติดผิดกฎหมาย และการเพิ่มการบังคับใช้กฎหมายในการห้ามการลักลอบค้าและจำหน่ายยาเสพติด เพิ่มมาตรการในการนำผู้เสพยากลับคืนสู่สังคม ตลอดจนการเพิ่มงบประมาณลงทุนสาธารณะในการให้บริการการบำบัดและการป้องกัน

นอกจากนี้ นโยบายยาเสพติดของประเทศโปรตุเกสยังเน้นถึงองค์ประกอบที่สัมพันธ์กัน 4 ประการคือการป้องกัน (prevention) การบำบัดด้วยยา (drug treatment) การลดอันตรายของยาเสพติด (harm reduction) และการนำกลับคืนสู่สังคม (social reintegration) การจัดให้มีการบำบัดด้วยยาที่สำคัญคือ

⁷ Hannah Laqueur, 'Uses and Abuses of Drug Decriminalization in Portugal' (Law & Social Inquiry, 2014)

<https://www.law.berkeley.edu/files/Laqueur_%202014%29_-_Uses_and_Abuses_of_Drug_Decriminalization_in_Portugal_-_LSI.pdf> accessed 22 June 2019

การใช้เมทาโดนบำบัดระยะยาว (methadone maintenance) (ซึ่งจัดให้มีขึ้นในเรือนจำด้วย) แต่การบำบัดโดยไม่ใช้ยา การล้างสารพิษ การถอนยา และการใช้บิวพรีนอร์ฟินทดแทน (buprenorphine substitution) ก็มีการใช้ด้วยเช่นกัน ขอบเขตของมาตรการลดอันตรายของยาเสพติดรวมถึงโครงการเข็มฉีดยา หน่วยงานบนท้องถนน และศูนย์บำบัดและสถานพักพิงที่มีการจัดตั้งขึ้น เช่นเดียวกับการบริการฉีดวัคซีนป้องกันโรคไวรัสตับอักเสบบี และการดูแลรักษาผู้ป่วยด้วยโรคเอดส์และเอชไอวีและเอดส์ ท้ายที่สุดประเทศโปรตุเกสจะเน้นอย่างมากในความพยายามที่จะนำผู้ติดยากลับคืนสู่สังคม โดยเฉพาะกลุ่มแรงงานซึ่งได้รับการสนับสนุนจากโครงการต่าง ๆ เช่น การฝึกงานเป็นระยะเวลาเก้าเดือนสำหรับผู้เสพยา และการสนับสนุนด้านการเงินให้กับนายจ้างเพื่อรับผู้ติดยาเข้าทำงาน⁸

4. มาตรการทางกฎหมาย กระบวนการดำเนินคดี และบทลงโทษ

ในส่วนของมาตรการทางกฎหมาย กระบวนการดำเนินคดีและบทลงโทษแยกพิจารณาเป็นประเด็นได้ดังนี้

4.1 สารสำคัญของกฎหมาย

กฎหมายยาเสพติดที่สำคัญ ได้แก่ กฎหมายต่อต้านยาเสพติด (Anti-Drug Law) หรือ Law 15/93 ซึ่งกำหนดความผิดฐานปลูก จำหน่าย ลักลอบขนส่งยาเสพติด และวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท เป็นความผิดอาญา การลักลอบค้ายาเสพติดมีโทษจำคุกตั้งแต่ 4 ถึง 12 ปี ขึ้นอยู่กับชนิดของสารเสพติดนั้น ๆ (มาตรา 21 อนุมาตรา 1)⁹ สำหรับผู้ติดยาที่ขายยาเสพติดเพื่อหาเงินซื้อยาเองจะได้รับการลดโทษ

ส่วนกฎหมายลดทอนความเป็นอาชญากรรมหรือกฎหมายลดทอนความผิดอาญา (Law 30/2000 หรือที่เรียกกันว่า (Decriminalization Law) ซึ่งมีผลตั้งแต่เดือนกรกฎาคม 2001 บัญญัติกรอบของกฎหมายที่จะนำไปใช้กับการเสพยาเสพติดและวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท (Legal framework applicable to the consumption of narcotics and psychotropic substances) หรือเป็นการกำหนดให้ลดทอนความผิดทางอาญาหรือลดทอนความเป็นอาชญากรรมของคดียาเสพติดในกรณีครอบครองสารเสพติดควบคุมปริมาณน้อยเพื่อการใช้ส่วนตัว อันได้แก่ เฮโรอีน LSD MDMA (ยาอี) กัญชา อย่างไรก็ตาม ยังถือว่า พฤติกรรมการเสพยาเป็นความผิดตามกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามอนุสัญญาของสหประชาชาติ (เพียงแต่มีการลดความเข้มงวดหรือลดทอนความผิดและโทษลงเท่านั้น - ผู้เขียน)

4.2 ความผิดและการลงโทษ

ประเทศโปรตุเกสเป็นประเทศหนึ่งจากหลายประเทศในโลกได้เปลี่ยนกฎหมายยาเสพติดในปี ค.ศ. 2001 ทำให้การมียาเสพติดไว้ในครอบครองเพื่อใช้เป็นการส่วนตัวไม่เป็นอาชญากรรมหรือไม่เป็นความผิดทางอาญาอีกต่อไป แต่ผิดกฎหมายทางปกครอง ตามมาตรา 2 (1)¹⁰ ซึ่งบัญญัติว่า “การบริโภค

⁸ Mark A.R. Kleiman, James E. Hawdon, *Encyclopedia of Drug Policy* (SAGE Publications 2011).

⁹ Article 21 (1) of the Law 15/93.

¹⁰ Article 2 (1) of the Law 30/2000.

การได้มา และการครอบครองเพื่อการบริโภคพืช สารส่วนบุคคลหรือการเตรียมต่าง ๆ ตามรายการในตารางที่ได้มีการอ้างอิงในมาตราข้างต้นถือเป็นการละเมิดทางปกครอง”

ผู้ใช้อย่างยังคงรายงานตัวกับคณะผู้เชี่ยวชาญที่สามารถสั่งการให้ส่งตัวไปบำบัดได้ แต่ไม่มีใครที่ต้องติดคุกเพราะการมียาเสพติดอยู่ในความครอบครอง อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าปริมาณการใช้ยาในประเทศโปรตุเกสได้เพิ่มสูงขึ้นตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา แต่ก็ไม่มีสิ่งบ่งชี้ที่ชัดเจนว่าการเพิ่มขึ้นนั้นเป็นเพราะการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมาย เพราะประเทศโปรตุเกสยังคงมีปัญหายาเสพติดที่ผิดกฎหมายอยู่ในระดับปานกลางเมื่อเทียบกับประเทศที่เหลือในทวีปยุโรปส่วนใหญ่และประเทศสหรัฐอเมริกา แต่สถิติที่น่าสนใจคือ ตัวเลขผู้ติดยาเสพติดอายุระหว่าง 15-24 ปี มีจำนวนลดลง การใช้ยาเสพติดที่เป็นปัญหาลดลง (เช่น การใช้ยาเสพติดเกินขนาดหรือการติดเชื้อมาจากใช้เข็มฉีดยาร่วมกัน - ผู้เขียน) และอัตราการเสพยาเสพติดแบบต่อเนื่อง (ระยะยาว) ลดลงเช่นกัน¹¹

อย่างไรก็ตาม นโยบายของประเทศโปรตุเกส ไม่ว่าจะดีหรือไม่อย่างไร **ไม่ใช่การ “ทำให้ยาเสพติดเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมาย (drug legalization)”** การค้ายาเสพติดยังทำให้ผู้ค้าติดคุกได้เช่นเดิม ดังนั้นผู้เสพยาหรือผู้ที่จะเริ่มเสพยาเสพติดยังคงต้องพบเจอกับยาราคาแพงในตลาดมืด การปลอมปน และการเสาะหาผู้ค้า เพราะผู้ค้าเองต้องพยายามหลบซ่อนตำรวจ การไม่ดำเนินคดีอาญากับผู้ครอบครองยาเสพติด (decriminalization) ต่างกับนโยบายที่กำหนดให้เฮโรอีนเป็นสินค้าที่ขายได้ทั่วไปเช่นเดียวกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์¹²

ผู้ที่ถูกจับกุมเนื่องจากมียาเสพติดเกินปริมาณที่กำหนด เช่น มีจำนวนยาที่จะใช้เพื่อการเสพส่วนตัวเกินกว่า 10 วัน แต่ปริมาณไม่มากและมีได้มีไว้เพื่อการค้า จะต้องถูกประเมินจากคณะกรรมการป้องกันและแก้ไขการติดยาเสพติดระดับท้องถิ่น (Local Commission for Dissuasion of Drug Addiction) ประกอบด้วยนักกฎหมาย แพทย์ และนักสังคมสงเคราะห์ เพื่อพิจารณาว่าบุคคลนั้นจะต้องเข้ารับบำบัดรักษาเพื่อฟื้นฟูร่างกายหรือไม่

วลีที่สำคัญในกฎหมายคือ **“สำหรับการบริโภคของตนเอง”** ได้ถูกกำหนดปริมาณไว้ในมาตรา 2 (2) **“ไม่เกินปริมาณที่จำเป็นสำหรับการบริโภคของแต่ละบุคคลโดยเฉลี่ยในช่วงระยะเวลา 10 วัน”**¹³ Transform การลดทอนความเป็นอาชญากรรมไม่ได้ใช้ถูกนำมาใช้กับการ “ค้ายาเสพติด” ซึ่งยังคงผิดกฎหมายและถูกกำหนดให้เป็น “การครอบครองมากกว่าปริมาณเฉลี่ยสำหรับการใช้สัปดาห์”

นอกจากนั้น กฎหมายใหม่ยังไม่มีแยกความแตกต่างระหว่างชนิดของยาเสพติด (เรียกว่า hard drugs หรือ soft drugs) ในความครอบครองของผู้เสพ รวมถึงไม่สำคัญด้วยว่าจะเสพในที่สาธารณะหรือที่ส่วน

¹¹ Transform, 'Drug decriminalization in Portugal: setting the record straight' (Transform Drug Policy Foundation, 14 November 2018) <<https://transformdrugs.org/drug-decriminalisation-in-portugal-setting-the-record-straight/>> accessed 23 June 2019

¹² Mark A. R. Kleiman, Jonathan P. Caulkins, Angela Hawken, *Drugs and Drug Policy: What Everyone Needs to Know* (1st edn, Oxford University Press 2011)

¹³ Article 2 (2) of the Law 30/2000.

บุคคล แต่กฎหมายนี้ถือว่าการครอบครองเพื่อใช้ส่วนตัวและการบริโภคของยาเสพติดทั้งหมดไม่ว่าในกรณีใดหรือเพื่อวัตถุประสงค์ใดขณะนี้จะได้รับการลดทอนความเป็นอาชญากรรมในโปรตุเกส ดังที่มีการระบุไว้ "การลดทอนความเป็นอาชญากรรม (decriminalization)" มีความหมายต่างกับ "ถูกต้องตามกฎหมาย (legalization)" กล่าวคือ การใช้อย่างคงเป็นสิ่งต้องห้ามภายใต้กฎหมายในโปรตุเกส

ดังนั้นมาตราที่ 15¹⁴ ของกฎหมายเรื่อง "บทลงโทษ" กำหนดอำนาจบริหารในการลงโทษต่อการละเมิดต่าง ๆ แทนการกำหนดให้เป็นอาชญากรรม กฎหมายโปรตุเกสในมาตรา 5¹⁵ ได้กำหนดให้มี "คณะกรรมการป้องกันและแก้ไขการติดยาเสพติด" ซึ่งรับผิดชอบต่อการพิจารณาโทษคดียาเสพติดและกำหนดบทลงโทษหากมี ส่วนแรกของบทลงโทษตามกฎหมาย มาตรา 15 กำหนดให้ "ผู้บริโภคที่ไม่ติดยาเสพติด อาจจะถูกลดโทษให้ชำระค่าปรับ" หรืออีกทางเลือกคือการลงโทษโดยไม่มีเรื่องเงินเข้ามาเกี่ยวข้อง (non-pecuniary) มาตรา 17¹⁶ เรื่อง "โทษอื่น ๆ" กำหนดในอนุมาตรา (1) ว่า "แทนที่จะใช้การปรับ คณะกรรมการอาจออกคำตักเตือนได้"

ในทางทฤษฎี ผู้กระทำผิดอาจถูกปรับเป็นจำนวนเงินระหว่าง 25 ยูโร และจำนวนค่าจ้างแรงงานขั้นต่ำของประเทศ แต่การปรับดังกล่าวมีการประกาศไว้อย่างชัดเจนว่าจะเป็นสิ่งสุดท้ายในการลงโทษ อีกทั้งในทางปฏิบัติ หากไม่มีหลักฐานว่าผู้กระทำผิดเป็นผู้ติดยาเสพติดหรือเคยมีประวัติกระทำผิดซ้ำ โทษปรับจะถูกระงับ

ขณะที่คณะกรรมการป้องกันและแก้ไขการติดยาเสพติดไม่ได้รับอำนาจให้ออกคำสั่งบังคับรักษา แต่สามารถระงับการลงโทษโดยมีเงื่อนไขว่าผู้ต้องหาต้องเข้ารับการรักษา บังคับใช้ตามเงื่อนไขนี้คือสิ่งที่ทำได้เป็นปกติ แต่ในทางปฏิบัติมีวิธีนี้น้อยมากในการบังคับใช้ตามเงื่อนไข เนื่องจากการละเมิดกฎหมายของคณะกรรมการมิใช่เป็นความผิดตามกฎหมายใด ๆ ในความเป็นจริงคณะกรรมการถูกกำกับโดยมาตรา 11 (2)¹⁷ ที่กำหนดให้คณะกรรมการสามารถ "ระงับการดำเนินการกระบวนการชั่วคราว" ซึ่งมีได้มีการลงโทษใด ๆ แต่ผู้ต้องหาที่ได้รับการตรวจพิสูจน์ว่าติดยาที่จะได้รับการระงับการดำเนินการจะต้อง "ยอมรับการรักษา"

กรณีที่ผู้กระทำผิดจะถือว่าเป็นผู้ที่ไม่ติดยาและไม่มีความผิดมาก่อน คณะกรรมการโดยกฎหมายการลดทอนความเป็นอาชญากรรม มาตรา 11 (1)¹⁸ กำหนดให้ "ระงับการดำเนินการตามกฎหมายชั่วคราว" ด้วยวิธีนี้ไม่มีการกำหนดบทลงโทษ มาตรา 11 (3)¹⁹ มอบอำนาจให้แก่คณะกรรมการในการพิจารณา "ระงับการดำเนินการตามกฎหมายชั่วคราว" แม้กระทั่งสำหรับผู้ติดยาที่เคยมีประวัติมาก่อน หากยอมรับการรักษาหรืออีกทางหนึ่งภายใต้มาตรา 14²⁰ ในกรณีของผู้ติดยาเสพติดที่เคยมีประวัติมาก่อนคณะกรรมการสามารถ

¹⁴ Article 15 of the Law 30/2000.

¹⁵ Article 5 of the Law 30/2000.

¹⁶ Article 17 of the Law 30/2000.

¹⁷ Article 11 (2) of the Law 30/2000.

¹⁸ Article 11 (1) of the Law 30/2000.

¹⁹ Article 11 (3) of the Law 30/2000.

²⁰ Article 14 of the Law 30/2000.

กำหนดบทลงโทษ แต่แล้วสามารถระงับได้ในทันทีขึ้นอยู่กับการรักษาอย่างต่อเนื่อง ในกรณีที่การรักษาเสร็จสมบูรณ์และไม่มีภาวะแทรกซ้อนตามมา การดำเนินการจะถือว่าสิ้นสุดหลังจากช่วงเวลาที่เหมาะสม

ในทางทฤษฎี คณะกรรมการสามารถกำหนดบทลงโทษได้หลากหลายต่อผู้กระทำผิดที่พบว่าติดยาเสพติดภายใต้กฎหมายมาตรา 17 รวมทั้งการระงับสิทธิในการฝึกอาชีพรับใบอนุญาต (แพทย์ หนายความ คนขับรถแท็กซี่) ห้ามการไปตามสถานที่ที่มีความเสี่ยงสูง (ไนต์คลับ) ห้ามคบหากับบุคคลบางกลุ่ม ต้องมีการรายงานเป็นระยะต่อคณะกรรมการเพื่อที่จะแสดงว่าไม่มีการติดยาเสพติดหรือการกระทำผิดอย่างต่อเนื่อง ห้ามการท่องเที่ยวในต่างประเทศ ตัดสิทธิประโยชน์สาธารณะด้านเงินอุดหนุนเบี้ยเลี้ยงหรือเพียงการเตือนด้วยวาจา

มาตรา 15 (4)²¹ กำหนดความหลากหลายของปัจจัยที่คณะกรรมการนำมาพิจารณาในการกำหนดการลงโทษ(ถ้ามี) ปัจจัยดังกล่าวรวมถึงความร้ายแรงของการกระทำ ชนิดของยาเสพติดที่บริโภค การใช้ในที่สาธารณะหรือที่ส่วนบุคคล และการใช้ยาเป็นครั้งคราวหรือเป็นปกตินิสัย คณะกรรมการได้รับอำนาจในการพิจารณาว่าปัจจัยเหล่านี้ควรได้รับการพิจารณาและวิธีการที่จะตัดสินให้จำคุกดีได้ตามความเหมาะสมแต่ละกรณี

ผู้เยาว์ที่ถูกออกหมายเรียกในข้อหาครอบครองยาเสพติดหรือการใช้ยาเสพติดต้องเข้ากระบวนการเดียวกันตาม**มาตรา 3**²² จะได้รับความช่วยเหลือโดยผู้แทนทางกฎหมายซึ่งเป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินใจให้ผู้เยาว์ แต่การให้ยาเสพติดแก่ผู้เยาว์ ยังคงเป็นการละเมิดกฎหมาย

มาตรา 21, 24-26²³ บัญญัติให้ผู้กระทำผิดที่กระทำในลักษณะกลุ่มแก๊งหรือกลุ่มอาชญากรรม ต้องระวางโทษจำคุก 10-25 ปี หากผู้กระทำเป็นหัวหน้าหรือผู้นำกลุ่ม ต้องระวางโทษจำคุก 12-25 ปี

ข้อสังเกตที่น่าสนใจประการหนึ่งก็คือ **ประเทศโปรตุเกสไม่มีโทษจำคุกตลอดชีวิตและประหารชีวิตในคดีทุกประเภท**²⁴

ตามกฎหมายปี ค.ศ. 2001 แต่ละเขตการบริหารจำนวน 18 เขตในประเทศโปรตุเกสได้จัดตั้งคณะกรรมการป้องกันและแก้ไขการติดยาเสพติดอย่างน้อยเขตละหนึ่งชุดเพื่อดูแลกระบวนการบริหารสำหรับผู้ที่ได้รับหมายเรียกในข้อหาใช้ยาเสพติดหรือมีไว้ในครอบครอง (เขตใหญ่ เช่น เขตที่ครอบคลุมลิสบอนจะมีมากกว่าหนึ่งคณะ) ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 7 ของกฎหมายการลดทอนความเป็นอาชญากรรม คณะกรรมการแต่ละชุดจะประกอบด้วย**สมาชิกสามคน** หนึ่งคนได้รับแต่งตั้งโดยกระทรวงยุติธรรมและอีกสองคนได้รับการแต่งตั้งร่วมกันโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขและผู้ประสานงานของนโยบายยาเสพติดของรัฐบาล สมาชิกที่ได้รับการแต่งตั้งโดยกระทรวงยุติธรรมจะมีภูมิหลังด้านกฎหมาย ในขณะที่อย่างน้อยหนึ่งหรือสองคน

²¹ Article 15 (4) of the Law 30/2000.

²² Article 3 (1) of the Law 30/2000.

²³ Articles 21, 24-26 of the Law 15/93.

²⁴ Articles 24, 30 of Portugal Constitution.

จะมีภูมิหลังด้านบริการทางการแพทย์ หรือสังคม (แพทย์ เจ้าหน้าที่สาธารณสุข นักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์)

แม้จะอยู่ในกรอบการลดทอนความเป็นอาชญากรรม เจ้าหน้าที่ตำรวจที่พบว่ามีการใช้ยาเสพติดหรือมียาเสพติดไว้ในครอบครองจะต้องออกหมายเรียกให้กับผู้กระทำความผิด แต่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะ**ไม่ได้รับอนุญาตให้ทำการจับกุม** หมายเรียกจะถูกแจ้งไปยังคณะกรรมการด้วยและกระบวนการต่าง ๆ จะเริ่มขึ้น **ผู้กระทำความผิดที่ได้รับหมายเรียกจะต้องรายงานตัวต่อคณะกรรมการภายใน 72 ชั่วโมง** หลังจากการออกหมายเรียกของตำรวจ หากคณะกรรมการพบว่าไม่มีหลักฐานเกี่ยวกับการค้ายาเสพติดก็จะส่งต่อคดีไปที่ศาลอาญา

ผลของการใช้ระบบการลดทอนความเป็นอาชญากรรมในทางปฏิบัติ อาจมีตำรวจ (บางส่วน) ดำเนินการกับผู้ค้ายาเสพติดยังไม่เต็มที่นัก อันเป็นที่มาของข้อถกเถียงในหมู่นักวิชาการด้านนโยบายยาเสพติดโปรตุเกส กรณีมีเจ้าหน้าที่ตำรวจส่วนใหญ่ละเว้นจากการออกหมายเรียกแก่ผู้ค้ายาเสพติดโดยเห็นว่าไม่มีประโยชน์ เนื่องจากเห็นว่าผู้ที่ได้รับหมายเรียกยังคงใช้ยาซ้ำอีกบนถนน ทำให้เจ้าหน้าที่เหล่านั้น (ไม่เชื่อมั่น - ผู้เขียน) เพราะเห็นว่าการออกหมายเรียกโดยไม่มีกรจับกุมคุมขังหรือการชู้เพื่อดำเนินคดีตามกฎหมายเป็นการกระทำที่เปล่าประโยชน์

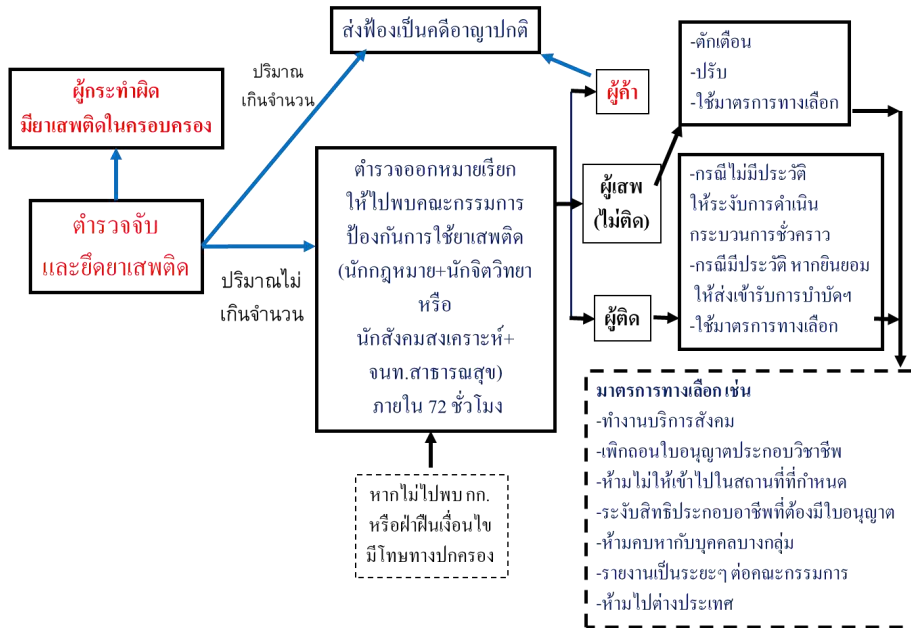
อย่างไรก็ตาม มีเจ้าหน้าที่ตำรวจจำนวนมากขึ้นที่**เชื่อว่าการบำบัดรักษาเป็นทางเลือกที่มีประสิทธิภาพมากกว่าการเปลี่ยนผู้ใช้เป็นให้เป็นอาชญากร** รายงานในปี ค.ศ. 2007 พบว่า ภาคส่วนที่บังคับใช้กฎหมายถูกมองว่าเป็นผู้สนับสนุนการปฏิรูป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความคิดเห็นที่ว่า การลดทอนความเป็นอาชญากรรมของการเสพยา การให้การศึกษาและการบำบัดรักษาเป็นการตอบสนองดีกว่าสำหรับผู้ค้ายา และดีกว่ากฎหมายเดิม ข้อมูลสำคัญคือการบังคับใช้กฎหมายใหม่มีบทบาทในเชิงป้องกันให้แก่ผู้ค้ายาเสพติด

เจ้าหน้าที่ยาเสพติดโปรตุเกสบางคนเชื่อว่าปฏิริยาการแบ่งฝ่ายของเจ้าหน้าที่ตำรวจจะมีมากในเจ้าหน้าที่แต่ละรุ่น **เจ้าหน้าที่ที่มีอายุมากกว่ามีแนวโน้มที่จะเชื่อว่าโครงการการลดทอนความเป็นอาชญากรรมทำให้การออกหมายเรียกเสียเวลาของพวกเขา** ในขณะที่เจ้าหน้าที่ใหม่รุ่นหนุ่มสาวมองกระบวนการนี้ว่าเป็นความหวังสำหรับปัญหาการติดยาเสพติด

ดังนั้น เหตุผลสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการลดทอนความเป็นอาชญากรรมของการเสพยาเสพติด คือ **การกำจัดมลทินที่ติดมากับคดีอาญาที่เกี่ยวกับการใช้ยาเสพติด** จะกำจัดอุปสรรคที่สำคัญสำหรับผู้ที่จะประสงค์จะขอรับการรักษา แม้ในประเทศอื่น ๆ ที่ผู้ค้ายาเสพติดไม่ได้รับการลงโทษจำคุก เช่น สเปน มลทินของการถูกตัดสินจากการกระทำผิดทางอาญายังคงอยู่ “นโยบายของโปรตุเกสมีเป้าหมายชัดเจนที่จะป้องกันไม่ให้เกิดมลทินเช่นนี้”²⁵ กระบวนการลดทอนความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดของโปรตุเกส สรุปได้ดังนี้ (โปรดดูภาพที่ 2)

²⁵ Glenn Greenwald, 'Drug Decriminalization in Portugal: Lessons for Creating Fair and Successful Drug Policies' (the Cato Institute, 2009) 3-5.

กม.การเสพยาเสพติดของโปรตุเกส(Law30/2000)



ภาพที่ 2 กระบวนการลดทอนความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดของโปรตุเกส

5. มาตรการบริหารจัดการ การป้องกัน และบำบัดรักษา

5.1 การป้องกัน

ก่อนที่จะมีการลดทอนความเป็นอาชญากรรมของยาเสพติดในประเทศโปรตุเกส อุปสรรคที่ยิ่งใหญ่ที่สุดที่เกิดขึ้นในการเสนอให้การรักษาแก่ประชาชนที่ติดยาเสพติด คือ ความเกรงกลัวต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเป็นผลมาจากความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดยังเป็นความผิดอาญา นาย João Castel-Branco Goulão ประธานหน่วยงานด้านนโยบายยาเสพติดแห่งชาติของโปรตุเกส แห่งสถาบันการป้องกันยาเสพติดและการติดยาเสพติด (Institute on Drugs and Drug Addiction or IDT) ได้เน้นว่า ก่อนปี 2001 ก่อนที่จะมีกฎหมายลดทอนความเป็นอาชญากรรมของยาเสพติด เป้าหมายอันท้าทายคือ ความกลัวของผู้ติดยาในการแสวงหาการรักษา โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับหน่วยงานของรัฐที่ให้การรักษานั้น เพราะผู้ติดยาเสพติดกลัวที่จะถูกจับและดำเนินการทางกฎหมาย เหตุผลเบื้องต้นอันดับแรกของการลดทอนความเป็นอาชญากรรมคือการทำลายกำแพงที่กีดขวางนั้น เพื่อให้ผู้ติดยาสามารถเข้าถึงการรักษาที่มีประสิทธิภาพโดยปราศจากความกลัวที่จะถูกดำเนินการตามกฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้นการลดทอนความเป็นอาชญากรรมเป็นการเปิดเสรีให้ประชาชนสามารถเข้าถึงทรัพยากรต่าง ๆ ของรัฐได้ รวมถึงโปรแกรมการลดอันตรายอื่น ๆ ด้วย

จากการสัมภาษณ์ข้าราชการการเมืองโปรตุเกสและผู้เชี่ยวชาญนโยบายยาเสพติดพบว่าค่อนข้างจะไม่ยอมรับการลดทอนความเป็นอาชญากรรม แม้จะเชื่อว่านโยบายดังกล่าวจะนำไปสู่การเพิ่มขึ้นของการ

ใช้ยาเสพติด แต่บุคคลเหล่านั้นก็ยอมรับการลดทอนความเป็นอาชญากรรมว่าเป็นตัวเลือกที่ดีที่สุดสำหรับการลดปัญหาทั้งหมดที่เกี่ยวกับยาเสพติดรวมทั้งการติดยาเสพติด

นอกจากนี้ บุคคลเหล่านี้ไม่เคยคิดว่าลดทอนความเป็นอาชญากรรมจะเพิ่มปริมาณของยาเสพติดที่มีหรือการใช้รูปแบบใหม่ของยาเสพติด อย่างไรก็ตาม มีความเชื่อโดยทั่วไปว่าการลดทอนความเป็นอาชญากรรมเพิ่มความจำเป็นในการป้องกัน เช่น การสื่อสารต่อสาธารณชนว่าการลดทอนความเป็นอาชญากรรมไม่ใช่การไม่เอาผิดต่อการใช้ยาเสพติด มีความเห็นตรงกันว่าลดทอนความเป็นอาชญากรรมของการใช้ยาเสพติดเป็นการลดมลทินในการใช้ยาเสพติดซึ่งจะมีผลทำให้จำนวนผู้ใช้ที่เข้าสู่การรักษามีมากขึ้น และสร้างความต้องการในการเข้ารับการรักษาเพิ่มขึ้น

ในอีกด้านหนึ่ง การลดทอนความเป็นอาชญากรรมในโปรตุเกสก็ไม่เคยถูกมองว่าเป็นการสยบยอมต่อการใช้ยาเสพติดอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ในทางตรงกันข้าม การลดทอนความเป็นอาชญากรรมถูกมองว่าเป็นนโยบายของรัฐบาลมีประสิทธิผลมากที่สุด ด้วยเหตุผลนี้ แผนแห่งชาติเพื่อการต่อต้านยาเสพติดและการติดยาเสพติดปี 2005-2012 ได้เป็นศูนย์กลางของกลยุทธ์การป้องกัน การลดความต้องการ และการลดอันตราย พร้อมด้วยการเพิ่มทรัพยากรต่าง ๆ ด้านการรักษาและทำให้มีมากพอสำหรับความต้องการ

5.2 การบำบัดรักษา

ตามที่ได้มีการคาดการณ์ไว้ เมื่อโปรตุเกสตรากฎหมายการลดทอนความเป็นอาชญากรรม โปรแกรมการรักษาทั้งในแง่ของระดับเงินทุนและความตั้งใจของประชากรเพื่อแสวงหาการรักษาได้รับการปรับปรุงอย่างมีนัยสำคัญ ในที่สุดก็มีการปรับปรุงความสามารถของเจ้าหน้าที่ระดับรัฐและเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นเพื่อให้บริการในการรักษาความเจ็บป่วยแก่ประชาชน ซึ่งจำนวนคนที่เข้ารับการรักษาเพิ่มอย่างรวดเร็วจาก 6,040 คน ในปี 1999 เป็น 14,877 คน ในปี 2003 ซึ่งเพิ่มขึ้นเป็น 147%

จำนวนของสถานที่ในการล้างสารพิษในชุมชน การรักษา และบ้านกึ่งวิถีได้เพิ่มขึ้นด้วยยุทธศาสตร์ชาติได้นำมาซึ่งการเพิ่มขึ้นของโปรแกรมการรักษาและกิจกรรมการป้องกันต่าง ๆ ในโปรตุเกส

ขณะที่ฝ่ายที่เห็นว่าการเสพยาเป็นอาชญากรรม ต่างคาดการณ์ว่าจำนวนของคนเข้ารับการรักษาจะต้องมีอัตราเพิ่มขึ้นจำนวนมาก ซึ่งบ่งบอกถึงความเสื่อมของการแก้ปัญหาเสพติด แต่ตามหลักฐานเชิงประจักษ์แสดงให้เห็นว่า (ก) ระหว่างคนติดยาเสพติดที่กลัวการรักษาเพราะกลัวการลงโทษทางอาญาและติดยาเสพติด กับ (ข) คนที่ติดยาซึ่งแสวงหาการรักษาได้อย่างอิสระภายใต้กรอบการลดทอนความเป็นอาชญากรรม กรณีหลังจะดีกว่าอย่างเห็นได้ชัด เพราะฉะนั้นขณะที่การรักษาเพิ่มจำนวนมากขึ้นย่อมเป็นการลดปริมาณของการเสพยาเสพติดไปในตัว และเป็นสิ่งสำคัญที่ช่วยในการบริหารจัดการและลดอันตรายที่เกี่ยวข้องกับการใช้ยาเสพติด

ในรายงานปี ค.ศ. 2006 ของสถาบันป้องกันยาเสพติดและการติดยาเสพติดของกระทรวงสาธารณสุขโปรตุเกส “ตัวชี้วัด” ที่มีอย่างต่อเนื่องแสดงให้เห็นการตอบสนองที่มีประสิทธิภาพที่ระดับการรักษา และที่ระดับการลดอันตราย นอกจากนี้เปอร์เซ็นต์ของยาเสพติดผู้ใช้ในกลุ่มผู้ติดเชื่อเอชไอวีบวกรายใหม่ยังคงลดลงตั้งแต่ปี ค.ศ. 2004 อัตราการติดเชื่อเอชไอวีโดยทั่วไปยังคงมีเสถียรภาพ ทั้งมีแนวโน้มในเชิงบวกตามรายงานปี ค.ศ. 2006 เพื่อการดำเนินการของมาตรการลดอันตรายซึ่งอาจจะนำไปสู่การลดลงของการใช้ยาทางเส้นเลือด

หรือการใช้ยาทางเส้นเลือดในเรือนไขเพื่อความสะดวก ตามที่ระบุไว้ตามจำนวนของเข็มฉีดยาในโปรแกรมการแลกเปลี่ยนแห่งชาติ คือ โครงการ "ปฏิเสธเข็มฉีดยามือสอง"

ที่สำคัญที่สุด ได้แก่ จำนวนผู้ป่วยใหม่ที่ติดเชื้อเอชไอวีและโรคเอดส์ในกลุ่มผู้ติดยาเสพติดได้ลดลงอย่างมากทุกปีตั้งแต่ปี ค.ศ. 2001 นอกจากนี้ เปรอร์เซ็นต์ของผู้ป่วยที่เพิ่งได้รับการวินิจฉัยและพบเชื้อเอชไอวีที่มาจากติดยาเสพติดมีลดลงเรื่อย ๆ ในช่วงเวลาเดียวกัน เหตุผลเดียวที่เป็นไปได้ ตั้งแต่ปี 2000 มีการลดลงเล็กน้อยในอัตราของผู้ป่วยใหม่ไวรัสตับอักเสบบี และ ซี ทั่วประเทศ ซึ่งทั้งหมดจะมีการบันทึกโดยนักวิเคราะห์เพื่อโปรแกรมการรักษาที่เพิ่มขึ้นจากการลดทอนความเป็นอาชญากรรม

เดิมโปรตุเกสมีปัญหาร้ายแรงเกี่ยวกับโรคติดต่อเอชไอวีและโรคไวรัสทางเลือดอื่น ๆ ตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ. 1999 โปรตุเกสมีอัตราสูงสุดของการติดเชื้อเอชไอวีในหมู่ผู้ใช้เข็มฉีดยาเสพติด ต่อมาเมื่อมีการใช้บำบัดรักษาโดยใช้ยาเสพติดทดแทนและมีการแลกเปลี่ยนเข็มฉีดยาเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของการตอบสนองเป้าหมายหลักด้วยวิธีการสาธารณสุขของโปรตุเกส ด้วยวิธีการดังกล่าว ทำให้กรณีที่เกี่ยวข้องกับเอชไอวีลดลง 17% ระหว่างปี 1999 และ 2003 รวมถึงการลดจำนวนของไวรัสตับอักเสบบี และ ซี ในสถานพยาบาล

จากบทเรียนของโปรตุเกสจะเห็นได้ว่า นอกจากการใช้กฎหมายยาเสพติดแนวทางใหม่ของประเทศจะแก้ปัญหาการติดยาเสพติดแล้ว ยังแก้ปัญหาข้างเคียงไปในตัวด้วย ได้แก่ การใช้ยาเกินขนาดจนเป็นอันตราย การติดเชื้อจากการใช้เข็มร่วมกัน สอดคล้องกับรายงานของ Drug Policy Alliance²⁶ ที่รายงานว่า มีผู้เสียชีวิตจากการใช้ยาเสพติดเกินขนาดจาก 80 รายในปี พ.ศ. 2544 ลดลงเหลือเพียง 16 รายในปี พ.ศ. 2555 และมีการลดลงของผู้ติดเชื้อ HIV จากจำนวน 1,575 ราย ในปี พ.ศ. 2543 เป็น 74 ราย ในปี พ.ศ. 2556 ผู้ติดเชื้อเอดส์ จาก 626 คน เหลือ 74 คน ในช่วงเดียวกัน นอกจากนี้ ตัวเลขผู้กระทำความผิดที่ถูกจับและส่งศาลอาญา (ในความผิดฐานค้ายาเสพติด) ลดลงร้อยละ 60

6. กรณีประเทศไทย

ประเทศไทยเองได้มีความพยายามที่จะประยุกต์ใช้แนวคิดจากต่างประเทศ เพื่อแก้ไขปัญหาผู้เสพยาที่สมัครใจจะรักษาตัวเอง แต่กระนั้น วิธีการในประเทศไทยมิใช่เป็นการทำให้ถูกกฎหมาย (Legalization) หรือลดทอนความเป็นอาชญากรรมหรือลดความผิดทางอาญา (Decriminalization) แต่เป็นการยกเว้นความผิด หรือทำให้ผู้เสพยาเสพติดไม่ต้องรับโทษทางอาญา (Depenalization) เท่านั้น แนวคิดนี้มองว่าการเสพยาเสพติดยังถือว่าเป็นความผิดอาญา แต่จะยกเว้นความผิดให้ในบางกรณี หรือไม่นำโทษจำคุกมาใช้ในการลงโทษ เพราะไม่ต้องการให้ผู้เสพยาได้รับโทษแบบเดียวกับอาชญากรร้ายแรง แต่ยังคงมีการบังคับใช้

²⁶ Tony Newman, 'U.S. Delegation Heads to Portugal March 19-22 to Learn from Country's Groundbreaking Drug Decriminalization Policy, Drug Policy Alliance' (Drugpolicy, 7 March 2018)

<<http://www.drugpolicy.org/press-release/2018/03/us-delegation-heads-portugal-march-19-22-learn-countrys-groundbreaking-drug>> accessed 23 June 2019

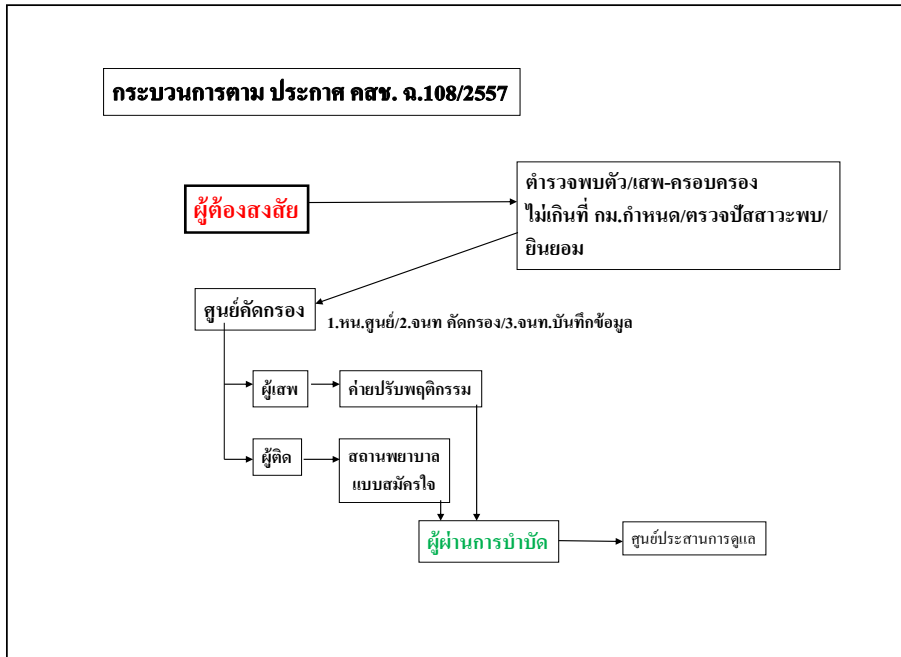
โทษอาญาในลักษณะอื่นอยู่ ได้แก่ การปรับ การบันทึกประวัติอาชญากรรม และการทำทัณฑ์บน เป็นต้น กฎหมายและ ข้อบังคับที่น่าสนใจ ได้แก่

1. การยกเว้นความผิดตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ได้แก่ กรณีผู้เสพสมัครใจขอเข้ารับการรักษาในสถานพยาบาลก่อนความผิดจะปรากฏต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ อีกทั้งได้ปฏิบัติครบถ้วนตามระเบียบข้อบังคับเพื่อควบคุมการบำบัดรักษาและระเบียบวินัยสำหรับสถานพยาบาลดังกล่าว จนได้รับการรับรองเป็นหนังสือจากพนักงานเจ้าหน้าที่ที่รัฐมนตรีกำหนดแล้ว ให้พ้นจากความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้²⁷
2. การชะลอการดำเนินคดีและชะลอการฟ้องผู้ต้องหาคดีเสพยาเสพติด ระหว่างเข้ารับการรักษาฟื้นฟู หากคณะอนุกรรมการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดวินิจฉัยว่าผู้ต้องหาที่เข้ารับการรักษาฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดผู้ใดได้รับการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดจนครบถ้วนตามที่กำหนดในแผนการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดและผลการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดเป็นที่พอใจแล้ว ให้ถือว่าผู้นั้นพ้นจากความผิดที่ถูกกล่าวหา และให้มีคำสั่งปล่อยตัวผู้นั้นไป แล้วแจ้งผลให้พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการซึ่งยังดำเนินคดีอยู่ทราบตามพระราชบัญญัติฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด พ.ศ. 2545²⁸
3. การนำผู้เสพยาเสพติดเข้าสู่การบำบัดฟื้นฟูตามประกาศ คสช. ฉบับที่ 108/2557 เรื่อง การปฏิบัติต่อผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดเพื่อเข้าสู่การบำบัดฟื้นฟูและการดูแลผู้ผ่านการบำบัดฟื้นฟู ซึ่งประกาศนี้มีความน่าสนใจมากตรงที่มีกระบวนการคล้ายกับประเทศโปรตุเกส กล่าวคือ ผู้ต้องสงสัยเสพยาหรือครอบครองยาเสพติดชนิด ประเภท และปริมาณที่ประกาศกำหนด จะถูกส่งตัวไปยังศูนย์คัดกรอง (โรงพยาบาลศูนย์ โรงพยาบาลทั่วไป โรงพยาบาลชุมชน หรือสถานที่อื่นตามความเหมาะสม) และมีเจ้าหน้าที่ศูนย์คัดกรอง 3 คน พิจารณาส่งตัวเข้ารับการรักษาบำบัดฟื้นฟูในค่ายปรับพฤติกรรมหรือสถานพยาบาลแล้วแต่กรณี หลังจากออกจากค่ายและสถานพยาบาลแล้วจะมีศูนย์ประสานการดูแลติดตามช่วยเหลือต่อไปโดยใช้กำนัน ผู้ใหญ่บ้าน อาสาสมัครคุมประพฤติในอำเภอ เขต เทศบาล ฯลฯ (โปรดดูแผนภาพที่ 3)²⁹

²⁷ มาตรา 94 แห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522

²⁸ มาตรา 19, 22 และ 33 แห่งพระราชบัญญัติฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด พ.ศ. 2545

²⁹ ข้อ 1-5 ในประกาศคณะกรรมการกฤษฎีกากระทรวงมหาดไทย ฉบับที่ 108/2557 เรื่อง การปฏิบัติต่อผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดเพื่อเข้าสู่การบำบัดฟื้นฟูและการดูแลผู้ผ่านการบำบัดฟื้นฟู, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา วันที่ 30 กรกฎาคม พ.ศ. 2557



ภาพที่ 3 กระบวนการตามประกาศ คสช. ฉบับที่ 108/2557

อย่างไรก็ตาม แม้กระบวนการของประกาศนี้จะดูคล้ายกับของประเทศโปรตุเกสในเชิงกระบวนการ แต่ในรายละเอียด ควรมีการปรับปรุงเพื่อให้สามารถดำเนินการอย่างมีประสิทธิภาพ คือ

1. ควรสร้างแรงจูงใจสำหรับผู้สมัครใจให้กล้าเข้ารับการบำบัดรักษา
2. เจ้าหน้าที่ศูนย์คัดกรองควรเป็นทีมสหวิชาชีพที่มีความเป็นมืออาชีพในการวิเคราะห์จำแนก ผู้ติดยาเสพติด อันมีองค์ประกอบจาก เจ้าหน้าที่สาธารณสุข นักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ และนักกฎหมาย อีกทั้ง ต้องมีศูนย์คัดกรองในพื้นที่เพียงพอ
3. สถานพยาบาลที่รองรับผู้ติดยา ควรจะต้องมีความเหมาะสม มีอย่างทั่วถึง และมีงบประมาณสนับสนุนอย่างเต็มที่

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ ในทางปฏิบัติ トラบใดก็ตามที่กฎหมายไทยยังถือว่าการเสพยา เสพติด เป็นความผิดทางอาญา ผู้เสพยา่อมไม่ประสงค์จะเปิดเผยตัว เนื่องจากเกรงกลัวโทษทัณฑ์ อีกทั้งการเข้าถึงสถานพยาบาลยังค่อนข้างจำกัด ทำให้การรับยาทดแทนจึงมีความยากลำบากไปด้วย ดังนั้น ทางแก้ที่น่าจะ ได้ผลคือการแก้ไขกฎหมายให้เหมาะสมกับผู้เสพ โดยการลดทอนความเป็นอาชญากรรมของการเสพยาเสพติด ซึ่งไม่ต่างไปจากการเสพเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่มีจำหน่ายอย่างถูกกฎหมายในขณะนี้ สำหรับประเทศไทย การลดทอนดังกล่าวน่าจะใช้รูปแบบของประเทศโปรตุเกสได้ กล่าวคือ กำหนดปริมาณที่ครอบครอง เช่น ห้ามครอบครองกัญชาเกิน 25 กรัม โคเคน 2 กรัม หรือเฮโรอีน 1 กรัม เป็นต้น และใช้กระบวนการจัดการ

ผู้ครอบครองยาเสพติดตามภาพที่ 2 โดยเบื้องต้นอาจทดลองประกาศใช้กฎหมายลดทอนความเป็นอาชญากรรมของการเสพยาเสพติดในบางเขตหรือบางจังหวัด

7. ข้อเสนอแนะ

จากการมองกฎหมายและกระบวนการแก้ไขปัญหายาเสพติดในประเทศโปรตุเกส ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะที่ควรนำมาเป็นแนวทางแก้ปัญหายาเสพติดในประเทศไทยดังนี้

7.1 ด้านนโยบายและบริหารจัดการ

ในระดับนโยบายและแนวทางการบริการจัดการควรดำเนินการดังนี้

7.1.1 รัฐควรปรับเปลี่ยนนโยบายยาเสพติดให้มีความสมดุลระหว่างการปราบปรามกับการป้องกันและการบำบัดรักษาผู้เสพยาเสพติด มิใช่มุ่งเน้นแต่การปราบปรามในรูปแบบการทำสงครามกับยาเสพติด โดยรัฐควรจะต้องลงทุนในด้านป้องกัน จัดบริการด้านการบำบัดรักษาเพิ่มขึ้น เพื่อส่งเสริมและให้โอกาสผู้เสพยาเสพติดออกจากวงจรของยาเสพติด

7.1.2 ในส่วนของการปราบปรามนั้น ควรเน้นนโยบายการจัดการกับองค์กรอาชญากรรมที่ค้ายาเสพติดและซัดเจ้าหน้าทีของรัฐที่เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องอย่างจริงจัง โดยมีการสร้างระบบความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาต่อพฤติกรรมที่ไม่พึงปรารถนาของผู้ใต้บังคับบัญชา (Accountability System) รวมทั้งควรมีการจัดตั้งคณะกรรมการอิสระรับข้อร้องเรียนเกี่ยวกับงานตำรวจ (The Independent Police Complaints Commission หรือ Police Ombudsman) เพื่อป้องกันปัญหาการทุจริตต่อหน้าที่ เนื่องจากการใช้ช่องทางสำนักงานตำรวจอาจไม่เพียงพอ

7.1.3 ควรพิจารณาทางเลือกใหม่ ๆ ในการวางนโยบายด้านยาเสพติด ได้แก่ การลดอันตรายจากการใช้ยาเสพติด (Harm Reduction) ของผู้เสพยาเสพติด ซึ่งถือเป็นการช่วยลดอุปสงค์ (Demand Reduction) คือ การลดความต้องการในการใช้สารเสพติด โดยมีกลุ่มเป้าหมายคือผู้เสพและผู้ติด ด้วยมาตรการบำบัดรักษา เช่น การศึกษา สภาพครอบครัว การบำบัดฟื้นฟู การส่งเสริมอาชีพ และกลับคืนสู่สังคม และการลดอุปทาน (Supply Reduction) คือการลดการแพร่กระจายของสารเสพติดด้วยมาตรการทางกฎหมาย ได้แก่ การทำลายแหล่งผลิต จำหน่าย เส้นทางลำเลียง การจับกุมผู้ผลิต การปราบปรามด้านการผลิต และจำหน่ายสารเสพติด โดยมีวิธีการดำเนินงานด้านการลดอันตราย เช่น

7.1.3.1 การรักษาด้วยเมธาโดนระยะยาว (Methadone Maintenance Treatment: MMT)

7.1.3.2 การสนับสนุนกิจกรรมเพื่อนช่วยเพื่อน (Peer Approach)

7.1.3.3 กิจกรรมลงพื้นที่ชุมชน (Community-based outreach)

7.1.3.4 ศูนย์ลดอันตรายจากการใช้ยาเสพติด (Drop in Center)

7.1.3.5 โครงการการแลกเปลี่ยนเข็ม (Needle and syringe exchange program : NSEP)

7.1.3.6 ระบบการส่งต่อบริการ (Referral system)

7.1.4 ควรขยายสถานบำบัดรักษายาเสพติดหรือคลินิกพิเศษสำหรับผู้ติดยาทั่วไปแบบสมัครใจอย่างเพียงพอในชุมชนทั่วประเทศโดยเร่งด่วน เพิ่มบริการการรักษาผู้ติดยาให้มากขึ้น เพื่อให้ผู้ติดยาสามารถเข้ารับรักษาได้ง่ายขึ้น ดังเช่น การเริ่มต้นของ ศูนย์ชับน้ำตาผู้ติดยาเสพติด ในกทม. หรือโครงการบ้านพิชิตใจ ซึ่งเป็นสถานฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดแบบผู้ป่วยในของกทม. การบำบัดฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดโดยใช้วิธีรูปแบบชุมชนบำบัด (Therapeutic community)

7.2 ด้านกฎหมาย

ในการดำเนินกระบวนการทางกฎหมาย ควรมีแนวทางดังนี้

7.2.1 ส่งเสริมให้มีการใช้ประกาศ คสช. ฉ.108/2557 อย่างกว้างขวางหรือพัฒนาไปเป็นกฎหมายเฉพาะ นอกเหนือไปจากการยกเว้นความผิดตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 94 กรณีผู้เสพสมัครใจขอเข้ารับการรักษาในสถานพยาบาลก่อนความผิดจะปรากฏต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ให้พ้นจากความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ปรับปรุงคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ให้มีคุณภาพ โดยใช้บุคลากรสหวิชาชีพเพียง 3 คนเท่านั้น คือ นักกฎหมาย (แต่งตั้งจากกระทรวงยุติธรรม) นักสังคมสงเคราะห์หรือนักจิตวิทยา (จากกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์) นักวิชาการด้านสาธารณสุข (จากกระทรวงสาธารณสุข) ทำงานเต็มเวลาเพื่อกลับกรองผู้ติดยาให้เข้าระบบบำบัดรักษาอย่างมีคุณภาพและจริงจัง

ในกรณีกระทำความผิดคดียาเสพติดโดยเป็นผู้เสพ หรือเป็นผู้ติดควรพิจารณาความเป็นไปได้ในการลดทอนความผิดทางอาญาของการเสพยาเสพติดชนิดที่ไม่ร้ายแรง (แต่มีใช้เป็นการทำให้ยาเสพติดเป็นสิ่งถูกต้องตามกฎหมาย) ดังเช่นประเทศโปรตุเกส โดยกำหนดปริมาณการครอบครองยาแต่ละชนิด เช่น การครอบครองกัญชาเพื่อเสพหรือมีกัญชาเพื่อใช้ส่วนตัวไม่เกิน 25 กรัม เฮโรอีนไม่เกิน 1 กรัม หรือโคเคนไม่เกิน 2 กรัม และส่งเสริมการใช้มาตรการบังคับระดับกลางหรือการลงโทษระดับกลาง (Intermediate Sanctions / Intermediate Punishment) ได้แก่ การทำงานบริการสังคม การกักขังไว้ที่บ้านตนเอง การคุมความประพฤติแบบเข้มงวด เป็นต้น หรือใช้โทษปรับทางปกครอง แต่หากเสพติดขั้นรุนแรงจะต้องเข้าโครงการบำบัดรักษาแบบบังคับ เพราะแม้แต่กรณีผู้ก่อความไม่สงบทางภาคใต้ที่ก่อความรุนแรงมากกว่า รัฐยังตรากฎหมายผ่อนปรนโทษถึงขั้นละเว้นโทษเพื่อบุคคลเหล่านั้นให้กลับคืนสู่สังคมอีกครั้งตาม “พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551” มาตรา 21* ดังนั้น ผู้เสพยาเสพติดซึ่งทางการแพทย์

* พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 มาตรา 21 ภายในเขตพื้นที่ที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้ กอ.รมน. ดำเนินการตามมาตรา 15 หากปรากฏว่าผู้ใดต้องหว่าได้กระทำความผิดอันมีผลกระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักรตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด แต่กลับใจเข้ามามอบตัวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นกรณีพนักงานสอบสวนได้ดำเนินการสอบสวนแล้ว ปรากฏว่าผู้นั้นได้กระทำไปเพราะหลงผิดหรือรู้เท่าไม่ถึงการณ์และการเปิดโอกาสให้ผู้นั้นกลับตัวจะเป็นประโยชน์ต่อการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร ในการนี้ให้พนักงานสอบสวนส่งสำนวนการสอบสวนของผู้ต้องหานั้น พร้อมทั้งความเห็นของพนักงานสอบสวนไปให้ผู้อำนวยการ

ในกรณีที่ผู้อำนวยการเห็นด้วยกับความเห็นของพนักงานสอบสวน ให้ส่งสำนวนพร้อมความเห็นของผู้อำนวยการให้พนักงานอัยการเพื่อยื่นคำร้องต่อศาล หากเห็นสมควร ศาลอาจสั่งให้ส่งผู้ต้องหานั้นให้ผู้อำนวยการเพื่อเข้ารับการอบรม ณ สถานที่ที่กำหนดเป็นเวลาไม่เกินหกเดือนและปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนดด้วยก็ได้

ถือว่าเป็นผู้ป่วยจึงควรได้รับโอกาสมากขึ้นในการกลับคืนสู่สังคมอย่างมีศักดิ์ศรี แม้อาจจะต้องใช้ระยะเวลาในการบำบัดรักษาหลายครั้งก็ตาม

7.2.2 ควรนำบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับยาเสพติด ทั้งในด้านการป้องกันและควบคุมด้านการปราบปราม และด้านการบำบัดฟื้นฟู รวมทั้งมาตรการการบังคับใช้ การลงโทษ การฟื้นฟูเยียวยา มาสังเคราะห์อย่างละเอียด ว่ามีความเหมาะสมเพียงใด ควรจะมีการผ่อนปรนหรือบังคับใช้ให้เข้มงวดเพียงใด และพิจารณาอย่างรอบด้านว่ามาตรการใดจะเป็นปัจจัยบวกในการแก้ปัญหา ยาเสพติดให้ลดน้อยลง ทั้งนี้ โดยต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อทุกด้านทั้งผลกระทบต่อบุคคล ผลกระทบต่อครอบครัว ชุมชน และสังคมประเทศโดยรวม

7.3 ด้านการป้องกันและบำบัดรักษาฟื้นฟู

ในการดำเนินงานป้องกันและบำบัดรักษาฟื้นฟู ควรมีแนวทางดังนี้

7.3.1 ควรมีระบบจำแนกที่มีประสิทธิภาพในการแยกผู้เสพออกจากผู้ค้าตามกฎหมายฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด เนื่องจากการลงโทษโดยพิจารณาตามปริมาณของยาเสพติดเป็นหลักทำให้ผู้เสพตัวจริงแต่มีปริมาณยามากเพื่อเก็บไว้เสพเองหรือต้องจำหน่ายเพื่อหาเงินมาซื้อยา ก็ตามต้องถูกจำคุก

เมื่อจำแนกได้ผู้เสพที่แท้จริงแล้ว ศูนย์ฟื้นฟูฯ จะต้องมีความพร้อมทั้งทางด้านบุคลากร เครื่องมือ และงบประมาณในการบำบัดรักษา

7.3.2 ในระบบการบำบัดรักษาแบบสมัครใจ (Voluntary System) ควรเปิดกว้างให้ประชาชนทุกกลุ่มสามารถเข้าถึงการบำบัดรักษาอย่างเต็มที่ สะดวก รวดเร็ว โดยจัดสรรงบประมาณที่เพียงพอและสม่ำเสมอผ่านระบบประกันสุขภาพทั้ง 3 ระบบ ได้แก่ ระบบสวัสดิการข้าราชการและครอบครัว ระบบประกันสังคมสำหรับลูกจ้างในภาคเอกชนและแรงงานนอกระบบ ระบบประกันสุขภาพถ้วนหน้า (หรือ 30 บาทรักษาทุกโรค) ในการเข้ารับการบำบัดดังกล่าวควรมีขั้นตอน กระบวนการที่ง่าย ไม่ซับซ้อน ไม่จำเป็นต้องใช้เอกสารหรือกรอกเอกสารจำนวนมาก

นอกจากนี้ ควรสนับสนุนการจัดตั้งสถานบำบัดรักษา ยาเสพติดของเอกชนที่ได้รับการรับรองจากรัฐในราคาที่ประชาชนเข้าถึงได้ เพื่อเสริมการทำงานด้านบำบัดฟื้นฟูอย่างทั่วถึง ภายใต้การจัดสรรทรัพยากรเกื้อหนุนพอสมควรจากรัฐ เนื่องจากจะทำให้ผู้ติดยาเสพติดเข้าสู่ระบบการบำบัดรักษาโดยสมัครใจมากขึ้นเพราะมีผู้ติดยาเป็นจำนวนมาก ย่อมเป็นการลดจำนวนลูกค้าในตลาดค้ายาเสพติดไปในตัวด้วย

โดยสรุป จะเห็นได้ว่ากระบวนการทางกฎหมายใหม่ด้านยาเสพติดของประเทศโปรตุเกสได้เปลี่ยนวิธีคิด วิธีปฏิบัติจากที่เคยเน้นการใช้ความรับผิดชอบและโทษทางอาญาเป็นมรรควิธีในการแก้ไขปัญหา ยาเสพติดมา

การดำเนินการตามวรรคสอง ให้ศาลสั่งได้ต่อเมื่อผู้ต้องหา นั้นยินยอมเข้ารับการอบรมและปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว

เมื่อผู้ต้องหาได้เข้ารับการอบรมและปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนดดังกล่าวแล้ว สิทธิภาคีอาญามาฟ้องผู้ต้องหา นั้นเป็นอันระงับไป

เป็นการลดทอนความผิดอาญาโดยใช้ความผิดทางปกครองมาแทนที่ เพราะจากประสบการณ์ที่ผ่านมา ประเทศโปรตุเกสพบว่า การใช้กฎหมายอาญาไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร โดยมีการแพร่ระบาดของยาเสพติดทั้งในกลุ่มผู้ใหญ่และเยาวชนเป็นจำนวนมาก ทั้งยังก่อให้เกิดผลร้ายข้างเคียงจากการที่ผู้เสพและผู้ติดยาไม่กล้าเข้าสู่ระบบการบำบัดรักษา ได้แก่ การเสียชีวิตเนื่องจากใช้ยาเกินขนาดและการติดเชื้อเนื่องจากการใช้เข็มฉีดยาร่วมกัน ดังนั้น สำหรับประเทศไทยจึงมีคำถามสำคัญว่า ถึงเวลาแล้วหรือยังที่ประเทศไทยจะปรับเปลี่ยนวิธีคิดและแนวทางการแก้ปัญหายาเสพติดในปัจจุบันที่ใช้มาหลายทศวรรษ แต่ปรากฏว่าการค้าและการใช้ยาเสพติดกลับไม่มีที่ท่าว่าจะลดลงเลยแม้แต่น้อย

ปัญหาทางกฎหมายของการกู้เงินของรัฐบาลโดยการตรากฎหมายเฉพาะ Legal Issues of Government Borrowings under Special Decree

กฤติญดา เกิดลาภผล*
Kristhyada Kerdlapphon

วันที่รับบทความ 27 เมษายน 2563; วันแก้ไขบทความ 5 พฤษภาคม 2563; วันที่ตอบรับบทความ 5 มิถุนายน 2563

บทคัดย่อ

การกู้เงินของรัฐบาลเป็นเครื่องมือทางการคลังชนิดหนึ่งที่ถูกใช้กันอย่างแพร่หลายในหลายประเทศ เมื่อรัฐบาลต้องการเงินเพื่อใช้จ่าย ทั้งนี้ การกู้เงินเป็นการก่อหนี้สาธารณะประเภทหนึ่ง บทความนี้กล่าวถึงการกู้เงินของรัฐบาลโดยการตรากฎหมายเฉพาะ ซึ่งเงินที่ได้จากการกู้สามารถนำไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์โดยได้รับการยกเว้นไม่ต้องนำส่งคลังตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 และพระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. 2491 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) และที่ถือเป็นเงินนอกงบประมาณที่การเบิกจ่ายไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 ทั้งนี้ ภายใต้พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 โดยที่มาตรา 53 ของพระราชบัญญัตินี้วางหลักในเรื่องการกู้เงินของรัฐบาลโดยการตรากฎหมายเฉพาะไว้ โดยมีเจตนารมณ์ที่จะแก้ไขข้อจำกัดที่เป็นปัญหาในอดีตที่มีการออกกฎหมายกู้เงินพิเศษที่มีวงเงินสูงอย่างต่อเนื่อง อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 53 ได้กำหนดกรอบในการออกกฎหมายพิเศษให้มีความเข้มงวดมากยิ่งขึ้น เป็นการควบคุมการใช้อำนาจและการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารในการนำเสนอกฎหมายกู้เงิน โดยพยายามแก้ไข้ปัญหาของการออกกฎหมายกู้เงินในอดีต กฎหมายนี้ถึงแม้จะมีข้อดีที่ว่าประเทศไทยมีกรอบกฎหมายใหม่ที่ออกมาควบคุมวินัยการเงิน ควบคุมการก่อหนี้ของรัฐบาลไว้ชัดเจน และถึงแม้ว่ากฎหมายนี้จะอนุญาตให้รัฐบาลสามารถออกกฎหมายพิเศษโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ตราขึ้นโดยเฉพาะว่า จะกระทำได้เฉพาะในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนและอย่างต่อเนื่องเพื่อแก้ไขปัญหาของประเทศและในกรณีที่ไม่อาจตั้งประมาณ

* ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

ที่อยู่ : สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช เลขที่ 9/9 หมู่ 9 ถ. แจ้งวัฒนะ ต. บางพูด อ. ปากเกร็ด จ. นนทบุรี 11120

E-mail : kayjarana@hotmail.com

รายจ่ายประจำปีได้ทันเท่านั้นก็ตาม แต่การบัญญัติกฎหมายลักษณะเช่นนี้ยังไม่สามารถควบคุมการกู้เงินของรัฐบาลโดยการตรากฎหมายเฉพาะ เนื่องจากยังมีการเปิดช่องและรัฐบาลใช้เหตุผลในการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อกู้เงินโดยอ้างเหตุจำเป็นเร่งด่วนได้ ดังนั้น วิธีการควบคุมอาจกระทำได้โดยให้มีการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินกู้และการรายงานการใช้จ่ายเงินกู้ต่อรัฐสภาโดยเข้มข้นเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน

คำสำคัญ: การกู้เงิน, การก่อหนี้สาธารณะ, เครื่องมือทางการคลัง

Abstract

Government borrowing is one of fiscal tools which widely used in many countries when the governments need money to spend for a number of reasons. Government borrowing is one of the public debt which can be classified as in-budget and off-budget borrowings. This article addresses off-budget borrowings under the State Fiscal and Financial Disciplines Act, B.E. 2561. In the past, there were problems that the government was increasingly using its borrowings by enacted special decrees and Section 53 of the State Fiscal and Financial Disciplines Act, B.E. 2561 was enacted for the purpose of solving those problems. Section 53 sets the framework for special legislation to be more stringent. It controls the use of the executive powers and discretion of issuing the borrowings laws and trying to solve the problems of borrowing legislation in the past. Although this law has the advantage that, at least, Thailand has a new legal framework that governs fiscal discipline which may clearly control public debt both in-budget and off-budget. But this law allows the government to issue special laws to borrow money off-budget by specifically enacted the law if there is an urgent and ongoing needs of resolve the country's problems and in the case that it is not possible to use the normal annual budget process. But there is still some concerns that this type of legislation may open the door to the government to use Section 53 of the State Fiscal and Financial Disciplines Act, B.E. 2561 as an excuse for enacting special laws by using the urgent grounds. Therefore, control methods may be implemented by scrutinizing the spending and reporting the spending to the Parliament in order to maximize benefits to the public.

Keywords: loan, public debt, fiscal tool

ในการบริหารประเทศนั้นรัฐบาลมีความจำเป็นต้องใช้จ่ายเงินในการบริหารงาน การกู้เงินของรัฐบาลเป็นเครื่องมือทางการคลังชนิดหนึ่งที่ถูกใช้กันอย่างแพร่หลายในหลายประเทศเมื่อรัฐบาลต้องการเงินมาใช้จ่ายอย่างไรก็ตาม การกู้เงินแต่ละประเภทของรัฐบาลต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายและภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

1. แนวคิดการกู้เงินของรัฐบาล

วัตถุประสงค์ของการกู้เงินของรัฐบาลมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันหลายประการ สรุปดังต่อไปนี้¹

1. เพื่อรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นเป้าหมายที่สำคัญทางเศรษฐกิจที่ประเทศต่าง ๆ ให้ความสำคัญ คือ การรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจให้อยู่ในภาวะที่เหมาะสม ตัวอย่างเช่น ในภาวะเงินเฟ้อเกิดขึ้นนั้นก็ต้องแก้ไขด้วยการทำให้อุปสงค์รวมลดลง ดังนั้น นโยบายการคลังที่นำมาใช้ในช่วงเวลานี้จึงควรใช้นโยบายภาษีเพื่อลดอำนาจซื้อของประชาชนให้น้อยลงไป ทำให้ปริมาณเงินในมือของประชาชนลดลงจะทำให้อุปสงค์รวมลดลงได้ เงินที่รัฐบาลกู้มาอาจจะสะสมไว้ในรูปของเงินคงคลังของรัฐบาลที่เพิ่มขึ้นได้² ในขณะที่ระบบเศรษฐกิจเกิดภาวะเงินฝืด การกู้ยืมของรัฐบาลเพื่อนำมาใช้ในโครงการต่าง ๆ จะเป็นการช่วยฟื้นฟูภาวะเศรษฐกิจ การรักษาเสถียรภาพของรัฐอาจทำโดยการกู้ยืมเงินมาใช้จ่ายในระบบเศรษฐกิจให้มากขึ้นทำให้มีการจ้างงานเพิ่มขึ้น ทำให้ประชาชนมีรายได้และเป็นการจูงใจให้มีการลงทุนในระบบเศรษฐกิจเพิ่มขึ้น มีการผลิตสินค้าและบริการมากขึ้น ในที่สุดระบบเศรษฐกิจก็จะฟื้นตัวเข้าสู่ภาวะปกติ

2. เพื่อใช้จ่ายกรณีฉุกเฉิน ตามปกติรายจ่ายโดยทั่ว ๆ ไปของหน่วยงานราชการต่าง ๆ จะต้องกำหนดไว้ล่วงหน้าในงบประมาณประจำปี แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีรายจ่ายบางประเภทที่เกิดขึ้น โดยมีได้มีการคาดหมายไว้ล่วงหน้า เช่น เพื่อใช้จ่ายในการสงคราม เพื่อบูรณะฟื้นฟูประเทศหลังสงคราม หรือภัยธรรมชาติ เป็นต้น รัฐบาลจึงมีความจำเป็นต้องใช้เงินอย่างเร่งด่วน ซึ่งไม่สามารถหาเงินมาใช้จ่ายได้ในระยะเวลาอันสั้น รัฐบาลจึงต้องกู้ยืมเงินมาใช้จ่ายเป็นกรณีฉุกเฉิน

3. เพื่อชดเชยงบประมาณที่ขาดดุล ในบางปีรัฐบาลอาจมีกิจกรรมต่าง ๆ ที่ต้องดำเนินการอยู่เป็นจำนวนมาก ทำให้รายได้ที่ได้รับจากภาษีอากร การขายสิ่งของและบริการ และจากรัฐพาณิชย์มีจำนวนไม่เพียงพอต่อการใช้จ่ายในงบประมาณจนเกิดงบประมาณขาดดุลที่มีรายจ่ายมากกว่ารายรับ รัฐบาลจำเป็นต้องจัดหาเงินมาชดเชยการขาดดุลจึงมีความจำเป็นต้องกู้ยืมเงินจากแหล่งต่าง ๆ มาชดเชยงบประมาณที่ขาดดุลเพื่อใช้จ่ายให้กิจกรรมต่าง ๆ ของรัฐบาลดำเนินต่อไปได้

¹ เฉลิมพงษ์ มีสมนัย, 'การบริหารหนี้สาธารณะ' (สาขาวิชาวิทยาการจัดการ, 14 กันยายน 2560)

<<http://sms.stou.ac.th/?p=137643&lang=en>> สืบค้นวันที่ 8 สิงหาคม 2562

² นัฐวุฒิ โบราณมูล, 'วัตถุประสงค์ของหนี้สาธารณะ' (Public Debt, 14 กันยายน 2560)

<<https://pdknowledge.weebly.com/36233633360536063640361136193632362635913588366035863629359136273609363736573626363436083634361936033632.html>> สืบค้นวันที่ 8 สิงหาคม 2562

4. เพื่อใช้จ่ายในการลงทุน เช่น การลงทุนตามโครงการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม บางโครงการเป็นโครงการที่ต้องใช้เงินทุนเป็นจำนวนมาก ให้ผลตอบแทนต่ำหรือระยะเวลาที่คืนทุนนาน จึงเป็นหน้าที่ของรัฐบาลโดยตรง แต่ข้อจำกัดทางด้านงบประมาณทำให้เงินไม่เพียงพอกับความต้องการใช้ในโครงการอันเร่งรัดได้ ดังนั้น รัฐบาลจึงจำเป็นต้องใช้วิธีกู้เงินมาลงทุนพัฒนาประเทศตามโครงการที่จำเป็นต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของชาติ

5. เพื่อระดมทุนที่ไม่ได้ใช้ประโยชน์ในด้านการพัฒนาประเทศ รัฐบาลอาจก่อกำหนดเงินออมของประชาชน ซึ่งไม่ก่อผลผลิตทางเศรษฐกิจมาลงทุน นอกจากนี้ การก่อกำหนดเงินออมของประชาชนยังช่วยป้องกันไม่ให้เงินทุนภายในประเทศเคลื่อนย้ายภายนอกประเทศ ซึ่งจะช่วยรักษาระดับเงินทุนสำรองระหว่างประเทศไม่ให้ลดลงได้อีกทางหนึ่ง

6. เพื่อนำมาหมุนเวียนใช้หนี้เก่า การกู้ยืมเงินของรัฐบาลในแต่ละครั้งอาจต้องมีการกำหนดระยะเวลาใช้คืน เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ รัฐบาลอาจไม่มีเงินเพียงพอที่จะชำระหนี้ รัฐบาลอาจใช้วิธีกู้ยืมหนี้ใหม่เพื่อมาชำระหนี้เก่า เพื่อให้เป็นไปตามสัญญาและกำหนดเวลา

7. เพื่อปรับโครงสร้างภาระหนี้ เช่น เมื่อตลาดเงินทุนอาจมีดอกเบี้ยต่ำและให้เงื่อนไขที่ดีต่อผู้กู้ รัฐบาลอาจมีเหตุผลที่จะทำการกู้เพื่อไถ่ถอนหนี้เดิมที่มีอัตราดอกเบี้ยสูงกว่าและมีเงื่อนไขที่ด้อยกว่า หรือรัฐบาลอาจมีความจำเป็นต้องการปรับปรุงการกระจายของภาระการชำระหนี้เสียใหม่ ไม่ให้กระจุกตัวอยู่ในแหล่งใดแหล่งหนึ่งหรือการชำระหนี้ตกอยู่ในระยะเวลาใดเวลาหนึ่งมากเกินไป หรือเงินตราสกุลใดสกุลหนึ่งโดยเฉพาะ

8. เพื่อรักษาและเพิ่มทุนสำรองระหว่างประเทศ ปีที่มีดุลการชำระเงินขาดดุล ทุนสำรองระหว่างประเทศจะถูกนำมาใช้ และถ้าดุลการชำระเงินขาดดุลติดต่อกันเป็นระยะเวลานานหลาย ๆ ปีทุนสำรองระหว่างประเทศที่มีอยู่อาจถูกนำมาใช้จนเหลือน้อยกว่าปกติ ซึ่งอาจเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของประเทศในทางเศรษฐกิจของประเทศ

อย่างไรก็ตาม การกู้เงินอาจนำมาสู่การไม่รักษาวินัยการคลังของรัฐได้ เช่น ประเทศกรีซก่อกำหนดหนี้สาธารณะในสัดส่วนที่สูง มีอัตราหนี้สินต่อผลิตภัณฑ์มวลรวมประชาชาติ (Gross Debt to GDP Ratio) ปรมาณมากกว่าร้อยละ 100 ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2005 ถึงปัจจุบัน³ อันเป็นผลมาจากการกู้ยืมเพื่อชดเชยงบประมาณขาดดุลของรัฐบาล

การกู้เงินเป็นการก่อกำหนดหนี้สาธารณะประเภทหนึ่ง บทความนี้เป็นการศึกษาการกู้เงินของรัฐบาลโดยการตรากฎหมายเฉพาะ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากการกู้เงินของรัฐบาลที่ผ่านมาพบว่า การกู้เงินของรัฐบาลโดยการตรากฎหมายเฉพาะ คือ เงินที่รัฐบาลกู้ด้วยการออกกฎหมายพิเศษ⁴ นอกจากนี้ เงินที่ได้จากการกู้สามารถนำไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์โดยได้รับการยกเว้นไม่ต้องนำส่งคลังตามพระราชบัญญัติวินัยการเงิน

³ Government debt data, 'Eurostat' <<https://ec.europa.eu>> accessed 1 September 2019

⁴ ไทยพับลิก้า, 'งบฯ แผ่นดิน เงินของเราเขาเอาไปทำอะไร?' (13 มิถุนายน 2556)

<<https://thaipublica.org/infographics/check-the-budget/>> สืบค้นวันที่ 25 สิงหาคม 2562

การคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 34⁵ และพระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. 2491 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) มาตรา 4⁶ ที่ถือเป็นเงินนอกงบประมาณที่การเบิกจ่ายไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 ดังนั้น วิธีการบริหารจัดการเงินกู้จะอยู่นอกงบประมาณประจำปี⁷

2. การกู้เงินของรัฐบาลโดยการตรากฎหมายเฉพาะตามระบบกฎหมายไทย

ก่อนมีการตราพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 นั้น ในอดีตเมื่อรัฐบาลมีความจำเป็นต้องใช้จ่ายเงินเพื่อวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่งเป็นการเฉพาะและมีความจำเป็นต้องกู้เงิน นอกจากใช้อำนาจในการกู้เงินตามที่กำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 แล้ว ในบางครั้งก็มีการตราเป็นพระราชกำหนด หรือการตราเป็นพระราชบัญญัติกู้เงินเป็นการเฉพาะ ซึ่งการตรากฎหมายกู้เงินเพื่อนำมาใช้จ่ายเป็นการเฉพาะจะมีการกำหนดว่า เงินกู้ดังกล่าวให้นำไปใช้ได้ตามวัตถุประสงค์ของการกู้เงิน โดยไม่ต้องนำส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง ทั้งนี้ การกู้เงินของรัฐบาลในแต่ละช่วงเวลามีรูปแบบดังต่อไปนี้

2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

มีการตราพระราชบัญญัติกู้เงินโดยได้มีการตรากฎหมายเฉพาะ จำนวน 4 ฉบับที่ให้อำนาจกระทรวงการคลัง กู้เงินมาเพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นและกำหนดให้เงินที่กู้นั้นไม่ต้องนำส่งคลัง เป็นการกู้เงินมาเพื่อใช้เป็นเงินนอกงบประมาณ คือ

(1) พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อเสริมสร้างความมั่นคงของระบบสถาบันการเงิน พ.ศ. 2541

(2) พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินจากต่างประเทศเพื่อฟื้นฟูเศรษฐกิจ พ.ศ. 2541

(3) พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินและจัดการเงินกู้เพื่อช่วยเหลือ กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาาระบบสถาบันการเงิน พ.ศ. 2541

⁵ มาตรา 34 วรรคแรก “บรรดาเงินที่หน่วยงานของรัฐจัดเก็บหรือได้รับไว้เป็นกรณีพิเศษไม่ว่าจะได้รับตามกฎหมายระเบียบ หรือข้อบังคับ หรือได้รับชำระตามอำนาจหน้าที่หรือสัญญา หรือได้รับจากการให้ทรัพย์สินหรือเก็บดอกผลจากทรัพย์สินของราชการให้นำส่งคลังตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนดแต่วันแต่จะมีกฎหมายกำหนดเป็นอย่างอื่น”

⁶ มาตรา 4 วรรคแรก “ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 13 บรรดาเงินทั้งปวงที่พึงชำระให้แก่รัฐบาล ไม่ว่าจะเป็นภาษีอากรค่าธรรมเนียม ค่าปรับ เงินกู้หรือเงินอื่นใด หัวหน้าส่วนราชการที่ได้เก็บหรือรับเงิน นั้นมีหน้าที่ควบคุมให้ส่งเข้าบัญชีเงินคงคลังบัญชีที่ 1 หรือส่งคลังจังหวัด หรือคลังอำเภอ ตามกำหนดเวลาและข้อบังคับที่รัฐมนตรีกำหนดโดยไม่หักเงินไว้เพื่อการใด ๆ เลย”

⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ‘บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การเบิกจ่ายเงินกู้ตามแผนปฏิบัติการไทยเข้มแข็ง 2555’ (207/2555) <http://www1.pdmo.go.th/upload/law_pdf/law_01042013145614.pdf> สืบค้นวันที่ 5 สิงหาคม 2562

(4) พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินและจัดการเงินกู้เพื่อช่วยเหลือ กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาาระบบสถาบันการเงินระยะที่สอง พ.ศ. 2545

2.2 พระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548

พระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 ได้มีการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการกู้เงินให้นำไปใช้ได้ตามวัตถุประสงค์ของการกู้เงินหรือตามที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติ โดยไม่ต้องนำส่งคลัง ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง โดยผลของบทบัญญัติดังกล่าวทำให้เงินกู้เป็นเงินนอกงบประมาณ โดยให้กระทรวงการคลังสามารถกู้เงินได้เฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใด ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 20 (1) ถึง (5) เช่น เพื่อชดเชยการขาดดุลงบประมาณหรือเมื่อมีรายจ่ายสูงกว่ารายได้ เพื่อพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม เพื่อปรับโครงสร้างหนี้สาธารณะ⁸ นอกจากนี้ กระทรวงการคลังยังได้วางกรอบความยั่งยืนทางการคลังเพิ่มเติม เป็นหลักปฏิบัติในระยะปานกลาง (5-10 ปี) ซึ่งได้กำหนดให้สัดส่วนหนี้สาธารณะต่อ GDP ไม่เกินร้อยละ 60⁹

2.3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

มีการกำหนดให้เงินกู้ของรัฐบาลโดยการตรากฎหมายเฉพาะนั้นไม่ต้องนำส่งคลังเช่นเดียวกัน อันมีลักษณะเป็นเงินนอกงบประมาณ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กำหนดบทบัญญัติ

⁸ พระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 มาตรา 20

“ให้กระทรวงการคลังกู้เงินได้เฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- (1) ชดเชยการขาดดุลงบประมาณหรือเมื่อมีรายจ่ายสูงกว่ารายได้
- (2) พัฒนาเศรษฐกิจและสังคม
- (3) ปรับโครงสร้างหนี้สาธารณะ
- (4) ให้หน่วยงานอื่นกู้ต่อ
- (5) พัฒนาตลาดตราสารหนี้ในประเทศ

เงินบาทหรือเงินตราต่างประเทศที่ได้รับจากการกู้เงินตาม (2) ถึง (5) ให้นำไปใช้ได้ตามวัตถุประสงค์ของการกู้เงินหรือตามที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติโดยไม่ต้องนำส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง”

⁹ วิภาวี บุรพาเดชะ, ‘หนี้นี้เพื่อชาติ เปิดใจผู้อำนวยการสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ จักรกฤตย์ พาราพันธกุล’ วารสารหนี้สาธารณะ (กรุงเทพมหานคร, มกราคม-มีนาคม 2553)

เกี่ยวกับการตราพระราชบัญญัติกู้เงินไว้ในมาตรา 142¹⁰ ประกอบกับมาตรา 143 (2)¹¹ และ โดยได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยการกู้เงิน ขึ้น จำนวน 2 ฉบับ ได้แก่

(1) พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความ มั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552

(2) พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศ พ.ศ. 2555

ในปี พ.ศ. 2557 ได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงิน เพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... (ร่างพระราชบัญญัติกู้เงิน 2 ล้านล้านบาท) กฎหมายว่าด้วยการให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงิน เพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศมีมูลค่ารวมกัน ไม่เกินสองล้านล้านบาท สาระสำคัญของร่างกฎหมายดังกล่าว คือ ให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินวงเงินไม่เกินสองล้านล้านบาท เพื่อนำไปใช้จ่ายในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ ตามยุทธศาสตร์และแผนงาน และในวงเงินที่กำหนดในบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติ ภายใต้เงื่อนไขว่าเงินที่ได้จากการกู้ให้นำไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ในการกู้ โดยไม่ต้องนำส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง โดยมีรายละเอียดสรุปได้ดังนี้

¹⁰ มาตรา 142 ภายใต้บังคับมาตรา 139 ร่างพระราชบัญญัติจะเสนอได้ก็แต่โดย

- (1) คณะรัฐมนตรี
- (2) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่ายี่สิบคน
- (3) ศาลหรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดองค์กร

และกฎหมายที่ประธานศาลและประธานองค์กรนั้นเป็นผู้รักษาการ หรือ

- (4) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งหมื่นคนเข้าชื่อเสนอกฎหมายตามมาตรา 163

ในกรณีนี้ร่างพระราชบัญญัติซึ่งมีผู้เสนอตาม (2) (3) หรือ (4) เป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินจะเสนอได้ก็ต่อเมื่อมีคำรับรองของนายกรัฐมนตรี

ในกรณีที่ประชาชนได้เสนอร่างพระราชบัญญัติใดตาม (4) แล้ว หากบุคคลตาม (1) หรือ (2) ได้เสนอร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการเดียวกับร่างพระราชบัญญัตินั้นอีกให้นำบทบัญญัติมาตรา 163 วรรคสี่ มาใช้บังคับกับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินั้นด้วย

ร่างพระราชบัญญัติให้เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรก่อน

ในการเสนอร่างพระราชบัญญัติตามวรรคหนึ่งต้องมีบันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติเสนอมาพร้อมกับร่างพระราชบัญญัติด้วย

ร่างพระราชบัญญัติที่เสนอต่อรัฐสภาต้องเปิดเผยให้ประชาชนทราบและให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลรายละเอียดของร่างพระราชบัญญัตินั้นได้โดยสะดวก

¹¹ มาตรา 143 ร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน หมายความว่าร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยเรื่องใดเรื่องหนึ่งดังต่อไปนี้...

(2) การจัดสรร รับ รักษา หรือจ่ายเงินแผ่นดิน หรือการโอนงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน...

1) ให้กระทรวงการคลังโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี มีอำนาจกู้เงินบาท หรือเงินตราต่างประเทศ ในนามรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย เพื่อนำไปใช้จ่ายในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ ตามยุทธศาสตร์และแผนงาน วงเงิน การกู้เงินตามวรรคหนึ่งให้มีมูลค่ารวมกันไม่เกินสองล้านล้านบาท และให้กระทำได้ภายในกำหนดเวลาไม่เกินวันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2563

2) ให้สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการเกี่ยวกับการบริหารและจัดการ การกู้เงิน การเบิกจ่ายเงินกู้ การชำระหนี้ และการอื่นใดที่เกี่ยวกับการกู้เงิน

3) การเบิกจ่ายเงินกู้ ให้เป็นไปตามระเบียบที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังกำหนด

4) ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำรายละเอียดการดำเนินโครงการที่สอดคล้องกับ ยุทธศาสตร์และแผนงาน เสนอโครงการต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สำนักงบประมาณ และกระทรวงการคลัง เพื่อพิจารณากลับกรองเพื่อเสนอต่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติ การดำเนินโครงการและการจัดสรรเงินกู้เพื่อการดำเนินโครงการ และเสนอความเห็นในเรื่องความพร้อมของ โครงการ กรอบวงเงินดำเนินการ และแผนการดำเนินงาน

5) เมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติให้มีการดำเนินโครงการและจัดสรรเงินกู้เพื่อการดำเนิน โครงการแล้ว ให้บริหารจัดการโครงการและจัดสรรเงินกู้ตามวงเงินที่อนุมัติ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ คณะรัฐมนตรีกำหนด

6) เมื่อแผนงานใดได้ดำเนินการเสร็จสิ้นแล้ว ถ้าแผนงานนั้นมีเงินกู้เหลือจ่ายให้นำส่งคลังเป็น รายได้แผ่นดิน

7) ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการรายงานการเบิกจ่ายเงินกู้ของโครงการ และผลการดำเนิน โครงการต่อกระทรวงเจ้าสังกัดอย่างต่อเนื่องจนสิ้นสุดโครงการ ให้กระทรวงเจ้าสังกัดของหน่วยงานเจ้าของ โครงการติดตามและประเมินผลโครงการและแผนงาน และรายงานผลการติดตามและประเมินผลโครงการ และแผนงานต่อกระทรวงการคลัง ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง กำหนด

อย่างไรก็ตาม มีข้อกังวลเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงิน เพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... ดังนี้

1) ปัญหาดุลยภาพระหว่างอำนาจฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ การเสนอเป็นเงินกู้นอก งบประมาณให้อำนาจตัดสินใจใช้เงินจำนวนมากกับฝ่ายบริหาร ผ่านการปรับเปลี่ยนรายละเอียดในเอกสาร ประกอบการพิจารณาตลอดระยะเวลา 7 ปี ขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีโอกาสให้ความเห็นชอบตาม พระราชบัญญัติและบัญชีแนบท้ายเพียงครั้งเดียว

2) โครงการจำนวนมากยังไม่มีการศึกษาความเป็นไปได้ โดยจากเอกสารประกอบการ พิจารณา ส่วนใหญ่พบว่ายังมีโครงการจำนวนมากที่ยังไม่ผ่านการศึกษาคำค่าทางการเงิน เศรษฐกิจ ผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ ซึ่งอาจมีการเร่งสรุปผลการศึกษาทั้งที่ไม่คุ้มค่าในการลงทุน นอกจากนี้ ผลการประเมินการควรถูกเปรียบเทียบกับโครงการประเภทการวิธีอื่น ๆ และเปิดเผยต่อสาธารณะ รวมทั้งเปิดรับ ฟังความคิดเห็นอย่างกว้างขวาง

ในที่สุด เมื่อวันที่ 12 มีนาคม พ.ศ. 2557 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-4/2557 ที่วินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงิน เพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... ขัดกับรัฐธรรมนูญมาตรา 169 วรรคหนึ่งที่ระบุว่า การจ่ายเงินแผ่นดินจะต้องกระทำผ่านกฎหมายงบประมาณรายจ่าย กฎหมายว่าด้วยวิธีงบประมาณ กฎหมายเกี่ยวกับการโอนงบประมาณ กฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง ดังนั้น การใช้วิธีพิเศษตามร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 อีกทั้ง มีข้อความขัดหรือแย้งต่อมาตรา 169 วรรคหนึ่ง¹² และมาตรา 170 วรรคสอง¹³ ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550¹⁴ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าการใช้จ่ายเงินกู้ตามร่างพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้กระทำตามที่อนุญาตไว้ในกฎหมายว่าด้วยงบประมาณรายจ่าย กฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ กฎหมายเกี่ยวกับการโอนงบประมาณ หรือกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง อีกทั้ง มิใช่กรณีจำเป็นเร่งด่วน เนื่องจากการดำเนินการเพื่อพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศจึงสามารถดำเนินการโดยวิธีการอื่น ๆ ร่างพระราชบัญญัตินี้จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 169 วรรคหนึ่ง และการที่ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้บัญญัติให้นำเงินกู้ไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ได้โดยไม่ต้องนำส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง ทั้งยังกำหนดให้คณะรัฐมนตรีรายงานการกู้เงิน ผลการดำเนินงาน และการประเมินผลการดำเนินการตามแผนงานในแต่ละยุทธศาสตร์ต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา เพื่อทราบเท่านั้น ทำให้มีแตกต่างจากที่พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 บัญญัติไว้ ทำให้การควบคุมตรวจสอบการใช้จ่ายงบประมาณไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง นอกจากนั้น ร่างพระราชบัญญัตินี้ให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินจำนวนถึงสองล้านล้านบาท แต่ไม่มีความชัดเจนในรายละเอียดของแผนงานหรือโครงการที่จะใช้จ่ายเงิน การจัดหารายได้เพื่อชดใช้หนี้ หรือการบริหารจัดการกำกับกับการใช้จ่ายเงิน นอกจากนั้นยังเป็นการสร้างภาระผูกพันทางการเงินแก่ประเทศเป็นจำนวนมากและเป็นระยะเวลายาวนาน โดยไม่มีหลักประกันความเสี่ยงทางการเงินการคลังและระบบเศรษฐกิจของประเทศอย่างเพียงพอ การใช้จ่ายเงินกู้ตามร่างพระราชบัญญัตินี้จึงมิได้ดำเนินการตามกรอบวินัยการเงินการคลังตามรัฐธรรมนูญ หมวด 8 ว่าด้วยการเงิน การคลัง

¹² รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 169 วรรคหนึ่ง “การจ่ายเงินแผ่นดินจะกระทำได้อีกเฉพาะที่ได้อนุญาตไว้ในกฎหมายว่าด้วยงบประมาณรายจ่าย กฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ กฎหมายเกี่ยวกับการโอนงบประมาณ หรือกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง เว้นแต่ในกรณีจำเป็นเร่งด่วนรัฐบาลจะจ่ายไปก่อนก็ได้ แต่ต้องเป็นไป ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ ในกรณีเช่นว่านี้ต้องตั้งงบประมาณรายจ่ายเพื่อชดใช้ เงินคงคลังในพระราชบัญญัติโอนเงินงบประมาณรายจ่าย พระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม หรือพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณถัดไป ทั้งนี้ ให้กำหนดแหล่งที่มาของรายได้ เพื่อชดใช้รายจ่ายที่ได้ใช้เงินคงคลังจ่ายไปก่อนแล้วด้วย”

¹³ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 170 วรรคสอง “การใช้จ่ายเงินรายได้ตามวรรคหนึ่งต้องอยู่ภายใต้กรอบวินัยการเงินการคลัง ตามหมวดนี้ด้วย”

¹⁴ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ‘ย่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3 - 4/2557’

<http://web.krisdika.go.th/data/comment_concourt/2557/cc_26293.htm> สืบค้นวันที่ 10 สิงหาคม 2562

และงบประมาณ ร่างพระราชบัญญัตินี้จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 170 วรรคสอง¹⁵ ที่บัญญัติให้ การใช้จ่ายเงินรายได้ของหน่วยงานของรัฐที่ไม่ต้องนำส่งเป็นรายได้แผ่นดินต้องอยู่ภายใต้กรอบวินัยการเงิน การคลังตามหมวดนี้ด้วย

2.4 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเสนอร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการกู้เงินให้สามารถกระทำได้ตามมาตรา 133¹⁶ และมาตรา 134 (3)¹⁷ และการบัญญัติให้สามารถจ่ายเงินแผ่นดินได้ตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงิน การคลังของรัฐอีกด้วย

2.5 พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561

ได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการกู้เงินตามกฎหมายเฉพาะและการจ่ายเงินกู้ไว้ในมาตรา 53¹⁸ และ มาตรา 54¹⁹ ซึ่งกำหนดให้รัฐบาลสามารถกู้เงินนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการบริหารหนี้ สาธารณะ พ.ศ. 2548 ได้ โดยให้กระทรวงการคลังกระทำได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ตราขึ้น เป็น

¹⁵ มาตรา 170 เงินรายได้ของหน่วยงานของรัฐใดที่ไม่ต้องนำส่งเป็นรายได้แผ่นดิน ให้หน่วยงานของรัฐ นั้นทำรายงาน การรับและการใช้จ่ายเงินดังกล่าว เสนอต่อคณะรัฐมนตรีเมื่อสิ้นปีงบประมาณทุกปี และให้คณะรัฐมนตรีทำ รายงาน เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาต่อไป

การใช้จ่ายเงินรายได้ตามวรรคหนึ่งต้องอยู่ภายใต้กรอบวินัยการเงินการคลังตามหมวดนี้ด้วย

¹⁶ มาตรา 133 ร่างพระราชบัญญัติให้เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรก่อน และจะเสนอได้ก็แต่โดย (1) คณะรัฐมนตรี (2) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่ายี่สิบคน (3) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งหมื่นคนเข้าชื่อเสนอ กฎหมายตามหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของ ปวงชนชาวไทย หรือหมวด 5 หน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วย การเข้าชื่อเสนอกฎหมาย ในกรณีที่ร่างพระราชบัญญัติซึ่งมีผู้เสนอตาม (2) หรือ (3) เป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการ เงิน จะเสนอได้ก็ต่อเมื่อมีคำรับรองของนายกรัฐมนตรี

¹⁷ มาตรา 134 ร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน หมายความว่าร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยเรื่องใด เรื่องหนึ่ง ดังต่อไปนี้...

(3) การกู้เงิน การค้าประกัน การใช้เงินกู้ หรือการดำเนินการที่ผูกพันทรัพย์สินของรัฐ...

¹⁸ มาตรา 53 การกู้เงินของรัฐบาลนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการบริหารหนี้สาธารณะ ให้กระทรวงการคลังกระทำได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ตราขึ้นเป็นการเฉพาะ และเฉพาะกรณีที่มีความ จำเป็น ที่จะต้องดำเนินการโดยเร่งด่วนและอย่างต่อเนื่องเพื่อแก้ไขปัญหาวิกฤติของประเทศ โดยไม่อาจตั้งงบประมาณ รายจ่าย ประจำปีได้ทัน

กฎหมายที่ตราขึ้นตามวรรคหนึ่ง ต้องระบุวัตถุประสงค์ของการกู้เงิน ระยะเวลาในการกู้เงิน แผนงาน หรือ โครงการที่ใช้จ่ายเงินกู้ วงเงินที่อนุญาตให้ใช้จ่ายเงินกู้ และหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบการดำเนินแผนงาน หรือโครงการที่ใช้จ่ายเงินกู้นั้น

เงินที่ได้รับจากการกู้เงินตามวรรคหนึ่ง ให้กระทรวงการคลังเก็บรักษาไว้เพื่อให้หน่วยงานของรัฐเบิกไปใช้ จ่ายตามแผนงานหรือโครงการตามที่กฎหมายกำหนดได้โดยไม่ต้องนำส่งคลัง เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่าง อื่น

¹⁹ มาตรา 54 การเบิกจ่ายเงินกู้ตามกฎหมายกู้เงินที่ตราขึ้นเป็นการเฉพาะตามมาตรา 53 ให้หน่วยงาน ของรัฐที่ใช้จ่าย เงินกู้ดำเนินการเบิกจ่ายเงินกู้ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการกู้เงินและระเบียบการเบิกจ่ายเงินกู้ อย่างเคร่งครัด และใช้จ่ายเงินกู้ให้เป็นไปอย่างโปร่งใส คุ่มค่า และประหยัด

การเฉพาะ โดยตามบทบัญญัติของมาตรา 53 วรรคแรก รัฐบาลสามารถตรากฎหมายเฉพาะเพื่อกู้เงินได้ และมาตรา 53 วรรคสาม การจ่ายเงินแผ่นดินอันเป็นเงินกู้ดังกล่าวนี้ ให้กระทรวงการคลังเก็บรักษาไว้เพื่อให้หน่วยงานของรัฐเบิกไปใช้จ่ายตามแผนงานหรือโครงการตามที่กฎหมายกำหนดได้โดยไม่ต้องนำส่งคลัง เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งทำให้การตรากฎหมายเกี่ยวกับการกู้เงินตามกฎหมายเฉพาะสามารถกระทำได้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ประกอบกับพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561

3. ปัญหาทางกฎหมายของการกู้เงินของรัฐบาลโดยการตรากฎหมายเฉพาะของประเทศไทย

ที่ผ่านมารัฐบาลและส่วนราชการต่าง ๆ ยังคงมีความพยายามกู้เงินโดยการตรากฎหมายเฉพาะและมีความต้องการใช้จ่ายเงินแผ่นดินโดยไม่ผ่านงบประมาณรายจ่ายประจำปี และมีการก่อหนี้ผูกพันเพิ่มมากขึ้น อีกทั้งปรากฏการนำเงินไปใช้จ่ายอย่างไม่คุ้มค่า ขาดประสิทธิภาพ และดำเนินนโยบายที่มีแนวโน้มที่ขาดวินัยทางการคลังมากขึ้น โดยเฉพาะการกู้เงินของรัฐบาลโดยการตรากฎหมายเฉพาะมาใช้ในลักษณะเงินนอกงบประมาณทำให้เกิดข้อกังวลในเรื่องการใช้จ่ายของรัฐบาลที่เป็นการขัดวินัยทางการคลัง มีความต้องการใช้เงินกู้มาอย่างไม่รอบคอบและอาจส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อฐานะการคลังของประเทศ เนื่องจากเงินกู้ถือเป็นส่วนหนึ่งของเงินแผ่นดินที่จะต้องมีการผูกพันของการชดเชยหนี้และดอกเบี้ยในอนาคต ดังนั้น ความโปร่งใสในเรื่องการกู้เงินของรัฐบาลโดยการตรากฎหมายเฉพาะจึงมีความสำคัญในการทำให้การดำเนินนโยบายของรัฐบาลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและลดความเสี่ยงทางการคลัง จึงสมควรจะมีกลไกการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารจากฝ่ายนิติบัญญัติ

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องมีการกำหนดกรอบที่สำคัญเพื่อนำไปสู่การกำกับดูแลและบริหารด้านการคลังที่ดี ทั้งนี้ ดังที่กล่าวมาแล้วว่าก่อนมีการตราพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 เรื่องวินัยการเงินการคลังปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ที่ได้กำหนดแนวทางที่ว่ารัฐจะต้องดำรงรักษาวินัยการคลัง และได้มีการกำหนดวินัยการคลังทั้งในรูปของกรอบและแนวทางการปฏิบัติไว้ในกฎหมาย เช่น กฎหมายวิธีการงบประมาณและกฎหมายบริหารหนี้สาธารณะ อย่างไรก็ตาม กรอบวินัยทางการคลังของประเทศไทยในอดีตยังคงไม่ครอบคลุมภาคการคลังทั้งหมด จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องให้ความสำคัญในการกำหนดวินัยทางการคลังที่ครอบคลุมการดำเนินการกู้เงินของรัฐบาลโดยการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อให้เกิดมีการรักษาวินัยทางการคลังอย่างเคร่งครัดและลดความเสี่ยงทางการคลังตลอดจนกิจกรรมอื่น ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อความยั่งยืนและเสถียรภาพทางการคลัง²⁰

จากเหตุผลของข้อจำกัดของกฎหมายการคลังและการงบประมาณ รวมทั้งมีการแทรกแซงทางการเมืองที่ก่อให้เกิดปัญหาและส่งผลกระทบต่อฐานะทางการคลังของประเทศดังกล่าวข้างต้น รัฐธรรมนูญ

²⁰ สำนักวิชาการสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 'เอกสารประกอบการพิจารณาสภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศการอภิปรายแสดงความคิดเห็นและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญ (การคลังและงบประมาณของรัฐ)' (พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักการพิมพ์สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร 2558)

พ.ศ. 2560 จึงกำหนดหลักการสำคัญไว้เกี่ยวกับเรื่องวินัยทางการเงินการคลัง²¹ ถึงเหตุผลความจำเป็นของวินัยทางการเงินการคลังไว้ใน มาตรา 62 ที่วางหลักให้ รัฐต้องรักษาวินัยการเงินการคลังอย่างเคร่งครัด เพื่อให้ฐานะทางการเงินการคลังของรัฐมีเสถียรภาพและมั่นคงอย่างยั่งยืนตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ จากความจำเป็นในเรื่องของกรอบดำเนินการทางวินัยการเงินการคลังในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 จึงเป็นเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 กฎหมายนี้ทำให้ประเทศไทยมีแนวทางในการรักษาวินัยทางการเงินการคลังอย่างชัดเจน โดยอย่างน้อยต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับกรอบการดำเนินการทางการเงินการคลังและงบประมาณของรัฐ การกำหนดวินัยทางการเงินการคลัง ด้านรายได้และรายจ่ายทั้งเงินงบประมาณและเงินนอกงบประมาณ การบริหารเงินคงคลัง และการบริหารหนี้สาธารณะ ซึ่งกฎหมายนี้จะกำหนดให้รัฐบาล ต้องมีวินัยในการจัดหารายได้ การจัดทำงบประมาณ การใช้จ่าย และการบริหารหนี้สาธารณะโดยพิจารณาประโยชน์ที่รัฐหรือประชาชนจะได้รับ ความคุ้มค่า รวมทั้งภาวะการคลังอย่างรอบคอบ ซึ่งข้อดีของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 จะช่วยให้หน่วยงานของรัฐมีแนวทางในการรักษาวินัยการเงินการคลังเพื่อใช้ในการดำเนินงานทำให้หน่วยงานของรัฐทราบขั้นตอนและข้อจำกัดในการปฏิบัติงานและดำเนินนโยบายต่าง ๆ อย่างชัดเจน ช่วยเสริมสร้างวินัยในการดำเนินนโยบายของรัฐ ที่เกี่ยวกับการเงินการคลังทำให้เกิดความชัดเจนโปร่งใสและตรวจสอบได้²²การบัญญัติวินัยการเงินการคลัง ที่เกี่ยวกับการตั้งงบประมาณรายจ่ายเพื่อการลงทุน ทำให้รัฐบาลมีงบประมาณในการลงทุนที่ชัดเจนซึ่งจะช่วยยกระดับความสามารถในการแข่งขันของประเทศมากขึ้น ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจะช่วยรักษาวินัยการเงินการคลังของประเทศ และการที่รัฐมีการรักษาวินัยการเงินการคลังอย่างเคร่งครัดย่อมทำให้ฐานะทางการเงินการคลังของรัฐมีเสถียรภาพและมั่นคงและนำไปสู่การพัฒนาทางเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน

ทั้งนี้ ในส่วนของการกู้เงินของรัฐบาลโดยการตรากฎหมายเฉพาะ พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 53 บัญญัติไว้ว่า “การกู้เงินของรัฐบาลนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการบริหารหนี้สาธารณะ ให้กระทรวงการคลังกระทำก็ได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ตราขึ้นเป็นการเฉพาะและเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการโดยเร่งด่วนและอย่างต่อเนื่องเพื่อแก้ไขปัญหาวิกฤติของประเทศ โดยไม่อาจตั้งงบประมาณรายจ่ายประจำปีได้ทัน...” พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 53 บัญญัติเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกู้เงินของรัฐบาลโดยการตรากฎหมายเฉพาะ และต้องการที่จะแก้ข้อจำกัดที่เป็นปัญหาในอดีตที่มีการขอกู้เงินโดยออกกฎหมายกู้เงินพิเศษที่มีวงเงินสูงอย่างต่อเนื่อง อย่างไรก็ตาม เจตนารมณ์ตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 53 เป็นการกำหนดกรอบในการออกกฎหมายพิเศษให้มีความเข้มงวดมากยิ่งขึ้น เป็นการควบคุมการใช้อำนาจและการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารในการนำเสนอกฎหมายกู้เงิน โดยพยายามแก้ไข้ปัญหาของการออกกฎหมาย

²¹ เฟิ่งอ้าง

²² เอกสารวิชาการ Academic Focus, ‘พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 เปิดทางรัฐกู้เงิน?’ (สำนักวิชาการสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, เมษายน 2561)

<https://library2.parliament.go.th/ejournal/content_af/2561/apr2561-2.pdf> สืบค้นวันที่ 11 สิงหาคม 2562

กู้เงินในอดีต ทั้งในส่วนของเงื่อนไขและเนื้อหาของสาระของร่างกฎหมาย ดังนั้น พระราชบัญญัตินี้จึงมีกรอบเพิ่มเติมว่าการจะตรากฎหมายกู้เงินได้ต่อเมื่อเหตุการณ์สำคัญและเงื่อนไขในการตรากฎหมายพิเศษทำได้เฉพาะเมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการโดยเร่งด่วนและต่อเนื่อง เพื่อแก้ไขปัญหาที่เป็นวิกฤตของประเทศเท่านั้น²³ นอกจากนี้ ยังต้องเป็นกรณีที่รัฐบาลต้องไปใช้ในงบประมาณปกติก่อน ไม่ใช่ออกกฎหมายพิเศษได้เลย ดังนั้น จึงต้องเป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้จ่ายจากงบประมาณตามกระบวนการปกติได้ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 53 วรรคสอง ได้กำหนดเงื่อนไขให้ชัดเจนขึ้นว่าจะต้องมีการระบุวัตถุประสงค์ ระยะเวลา แผนงาน โครงการ วงเงินกู้ และหน่วยงานรับผิดชอบบริหารงานให้ชัดเจน จึงสรุปได้ว่า พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 53 เป็นการกำหนดกรอบวินัยในการดำเนินการกู้เงินของรัฐบาล ในส่วนนอกเหนือไปจากกฎหมายปกติให้รัดกุมมากขึ้น สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ 2560²⁴

ดังนั้น พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 53 เป็นการกำหนดกรอบวินัยเพื่อป้องกันไม่ให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจในการออกกฎหมายพิเศษเพื่อกู้เงินโดยปราศจากความรอบคอบรัดกุม และต้องการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารให้มีความเข้มงวดและมีความระมัดระวังในการดำเนินนโยบายการคลังจึงได้กำหนดกรอบและเงื่อนไขการออกกฎหมายเพื่อการกู้เงินรัฐบาลนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการบริหารหนี้สาธารณะ เฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นจะต้องดำเนินการโดยเร่งด่วนและอย่างต่อเนื่องเพื่อแก้ไขปัญหาของประเทศโดยไม่อาจตั้งงบประมาณรายจ่ายประจำปีได้ทัน การกำหนดเงื่อนไขตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 53 ดังกล่าวจะทำให้การกู้เงินตามกฎหมายพิเศษเป็นช่องทางสุดท้ายเมื่อมีความจำเป็นเร่งด่วนและไม่สามารถดำเนินการภายใต้กระบวนการงบประมาณได้แล้วเท่านั้น นอกจากนี้ การกำหนดให้ต้องมีการแสดงรายละเอียดแผนการใช้จ่ายเงินกู้ให้ชัดเจนยังทำให้รัฐสภาพสามารถลั่นกรองและตรวจสอบการใช้จ่ายเงินกู้ได้ในลักษณะเดียวกับการพิจารณางบประมาณรายจ่ายด้วย²⁵

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการกู้ที่ถือเป็นเงินนอกงบประมาณ ภาพรวมของหนี้ในงบประมาณจะต่ำกว่าความเป็นจริงเพราะเป็นการเอารายจ่ายออกนอกระบบงบประมาณ และอาจทำให้เกิดข้อกังวลว่าหลักการตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 53 จะเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายบริหารสามารถออกกฎหมายพิเศษเพื่อกู้เงินได้ พระราชบัญญัติฉบับนี้เพิ่มโอกาสให้มีการกู้เงินพิเศษและลดการถ่วงดุลอำนาจ และอาจนำไปสู่ปัญหาของประสิทธิภาพในการตรวจสอบงบประมาณแผ่นดินที่มาจาก การกู้เงินได้ นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตว่ามาตรา 53 วรรคหนึ่งบัญญัติไว้กว้างมาก กล่าวคือจะกู้ได้ทั้งนอกเหนือวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ใน

²³ ข่าวกระทรวงการคลังฉบับที่ 143/2560, 'ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสาระสำคัญของมาตรา 53 ร่างพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ...' (7 ธันวาคม 2560)

<<https://www.thaigov.go.th/uploads/document/142/2017/12/pdf/143.pdf> > สืบค้นวันที่ 5 มกราคม 2561

²⁴ ทีมข่าวการเมืองโพสต์ทูเดย์, 'กฎหมายใหม่เข้มรัฐกู้เงิน' (หนังสือพิมพ์โพสต์ทูเดย์, 19 มกราคม 2561)

<<https://www.posttoday.com/politic/analysis/536136>> สืบค้นวันที่ 19 สิงหาคม 2562

²⁵ เอกสารวิชาการ Academic Focus (n 22)

พระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 และที่แก้ไขเพิ่มเติมได้ทั้งสิ้น ให้อำนาจรัฐบาลกู้เงินได้โดยเป็นข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์ที่บัญญัติในพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 มาตรา 20 ที่กำหนดให้กระทรวงการคลังกู้เงินได้เฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใดและจะต้องมีเพดานไม่เกินวงเงินที่กำหนดไว้ในมาตราต่าง ๆ เช่น การกู้เงินเพื่อชดเชยขาดดุลงบประมาณหรือกรณีที่มีรายจ่ายสูงกว่ารายได้กู้ได้ไม่เกินร้อยละสิบของงบประมาณรายจ่ายและอีกร้อยละแปดสิบของงบประมาณรายจ่ายที่ตั้งไว้สำหรับชำระคืนเงินต้น ส่วนการกู้เงินเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมกู้ได้ไม่เกินร้อยละสิบของงบประมาณรายจ่ายประจำปี²⁶

ดังนั้น เมื่อพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 53 ให้อำนาจรัฐบาลกู้เงินนอกเหนือ ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 รัฐบาลจึงมีอำนาจกู้เงินตามกฎหมายเฉพาะพิเศษฉบับนี้ได้นอกเหนือที่กำหนดไว้ในกฎหมายบริหารหนี้สาธารณะทั้งฉบับ จึงเป็นข้อยกเว้นมาตรา 20 (1) ถึง (5) โดยให้กู้เพิ่มได้นอกเหนือวัตถุประสงค์ใน (1) ถึง (5) กู้ได้นอกเหนือจากเพดานวงเงินที่กำหนดไว้ใน (1) ถึง (5) โดยเฉพาะเมื่อการกู้ตามกฎหมายเฉพาะพิเศษนี้ไม่มีเพดานวงเงินกำหนดไว้ นอกจากนี้ การกู้เงินของรัฐบาลโดยการตรากฎหมายเฉพาะตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ไม่ต้องนำเสนอคลังเช่นเดียวกับการกู้เงินตามกฎหมายบริหารหนี้สาธารณะที่จะต้องนำเสนอคลัง²⁷

นอกจากนั้น แม้ในภาพรวมของพระราชบัญญัติฉบับนี้จะวางหลักการสำคัญไว้เป็นอย่างดี แต่ยังมีช่องว่างที่ไม่อาจควบคุมการกู้เงินของรัฐบาลโดยการตรากฎหมายเฉพาะ เนื่องจากมีเนื้อหาบางส่วนที่จะนำมาซึ่งปัญหาของประสิทธิภาพในการตรวจสอบงบประมาณแผ่นดินที่มาจากกรุกู้เงินอย่างมีนัยสำคัญ เป็นการเปิดช่องให้รัฐบาลสามารถตรากฎหมายพิเศษเพื่อกู้คืนได้นอกเหนือจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 โดยไม่มีกรอบเวลาในการกู้เงิน เป็นการเปิดช่องให้รัฐบาลสามารถตรากฎหมายพิเศษโดยไม่มีกรอบเวลาในการกู้เงิน²⁸ และถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 54 จะกำหนดให้หน่วยงานที่จะใช้เงินต้องปฏิบัติตามระเบียบการเบิกจ่ายเงินกู้ยืมอย่างเคร่งครัดและใช้จ่ายกับเงินกู้ให้เป็นไปอย่างโปร่งใสซึ่งหากไม่มีการกำกับดูแลจะนำไปสู่ปัญหาได้²⁹

สรุปได้ว่า ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 140 เพิ่มหลักการใหม่ในการจ่ายเงินแผ่นดินว่านอกจากจ่ายตามกฎหมาย 4 ลักษณะดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว แต่ยังสามารถจ่ายตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ได้ โดยที่พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐพ.ศ. 2561 มาตรา 53

²⁶ ปรีชา สุวรรณทัต, 'แค่เพียงคำเดียวว่า'นอกเหนือ' ในร่างมาตรา 53 ว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ ก็เป็นการทำลายวินัยการกู้เงินทั้งหมดแล้ว' (แนวหน้า, 8 ธันวาคม 2560) <<https://www.naewna.com/politic/columnist/33083>> สืบค้นวันที่ 28 สิงหาคม 2562

²⁷ เฟิงอ้าง

²⁸ เอกสารวิชาการ Academic Focus (n 22)

²⁹ เอกสารวิชาการ Academic Focus (n 22)

กำหนดให้รัฐบาลออกกฎหมายพิเศษเพื่อกู้เงินได้ โดยเงินนั้นให้กระทรวงการคลังเก็บไว้เพื่อจ่ายออกไปตามโครงการเงินกู้ ไม่ต้องนำส่งคลังเพื่อเข้าบัญชีเงินคลัง ถึงแม้จะมีข้อดีที่ว่าประเทศไทยมีกรอบกฎหมายใหม่ที่ออกมาควบคุมวินัยการเงิน ควบคุมการก่อหนี้ของรัฐบาลไว้ชัดเจนโดยให้รวมถึงการกู้เงินของรัฐบาลโดยการตรากฎหมายเฉพาะ แต่กฎหมายนี้อนุญาตให้รัฐบาลสามารถออกกฎหมายพิเศษกู้เงินของรัฐบาลโดยการตรากฎหมายเฉพาะได้ในกรณีฉุกเฉินจำเป็นเท่านั้น ตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 53 ที่ถึงแม้จะบัญญัติเงื่อนไขในการกู้เงินโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ตราขึ้น โดยเฉพาะว่าจะกระทำเฉพาะในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนและอย่างต่อเนื่อง เพื่อแก้ไขปัญหาของประเทศ และในกรณีที่ไม่อาจตั้งประมาณรายจ่ายประจำปีได้ทันทีก็ตาม แต่การบัญญัติกฎหมายลักษณะเช่นนี้ยังไม่สามารถควบคุมการกู้เงินของรัฐบาลโดยการตรากฎหมายเฉพาะ เพราะยังมีการเปิดช่องและรัฐบาลใช้เป็นเหตุผลในการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อกู้เงินโดยอ้างเหตุจำเป็นเร่งด่วนได้เหมือนตัวอย่างที่กล่าวมาแล้วข้างต้น³⁰ ดังนั้น วิธีการควบคุมอาจกระทำได้โดยให้มีการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินกู้และการรายงานการใช้จ่ายเงินกู้ต่อรัฐสภาโดยเข้มงวดเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน

³⁰ จูติมา ชูเชิด, 'การพัฒนากรอบการชำระหนี้ของรัฐบาลเพื่อการรักษาวินัยการคลังอย่างยั่งยืน' (ธนาคารแห่งประเทศไทย, 24 กุมภาพันธ์ 2559) <https://www.pier.or.th/wp-content/uploads/2016/02/workshop2016_Slides_1.2_Discussion_Thitima_24Feb2016.pdf> สืบค้นวันที่ 25 สิงหาคม 2562

ความผิดฐาน “บังคับใช้แรงงานหรือบริการ”
The Offence of "Forced Labour or Services"

ปทาน ตันมณีวัฒนา*
Patan Tonmaneewatana

วันที่รับบทความ 23 เมษายน 2563; วันแก้ไขบทความ 3 พฤษภาคม 2563; วันตอบรับบทความ 6 มิถุนายน 2563

บทคัดย่อ

ความผิดฐาน “บังคับใช้แรงงานหรือบริการ” ได้มีการบัญญัติไว้เป็นความผิดทางอาญาขึ้นมาใหม่ จึงอาจทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้และตีความว่าการกระทำของนายจ้างในกรณีใดที่จะถือว่าเป็นการกระทำความผิดฐานบังคับใช้แรงงานหรือบริการ ทั้งนี้ หากผู้บังคับใช้กฎหมายยังไม่มีความรู้ความเข้าใจในกฎหมายฉบับนี้ อาจส่งผลทำให้ผู้กระทำความผิดหลุดรอดไปจากกระบวนการยุติธรรมได้และส่งผลให้ผู้เสียหายจากการถูกบังคับใช้แรงงานหรือบริการจะไม่ได้รับการช่วยเหลือและคุ้มครองจากหน่วยงานของรัฐ บทความฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะอธิบายแนวทางการบังคับใช้และตีความความผิดฐานบังคับใช้แรงงานหรือบริการ พร้อมทั้งหยิบยกตัวอย่าง “ตัวชี้วัดภาวะแรงงานบังคับ” ที่จัดทำขึ้นโดยองค์การแรงงานระหว่างประเทศเพื่อใช้เป็นแนวทางในการบังคับใช้และตีความกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพแก่เจ้าหน้าที่รัฐและผู้ที่เกี่ยวข้อง

คำสำคัญ: การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ, ตัวชี้วัดภาวะแรงงานบังคับ, องค์การแรงงานระหว่างประเทศ

* อัยการประจำสำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีค้ามนุษย์ 2 สำนักงานอัยการสูงสุด
ที่อยู่ : สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีค้ามนุษย์ 2 สำนักงานอัยการสูงสุด เลขที่ 120 หมู่ 3 ถ. แจ้งวัฒนะ
แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210

E-mail : patanderm@gmail.com

Abstract

The offence of forced labour or services has recently been constituted as a new criminal offence, which may cause problems in enforcement and interpretation of which employer's acts shall be considered prohibitive acts of forced labour or services offence. In this regard, if the law enforcement does not have enough understanding of this law, an offender may be able to escape from the justice system and the victims of forced labor or service will consequently not receive support and protection by government agencies. This article aims at explaining the guidelines for enforcing and interpreting of labour or service offence as well as providing examples of forced labour indicators proposed by the International Labour Organization to serve as guidance for effective enforcement and interpretation of the law for relevant persons and government agencies.

Keywords: forced labour or services, forced labour indicators, international labour organization

1. บทนิยามและอัตราโทษ

ความผิดฐาน “บังคับใช้แรงงานหรือบริการ” ได้มีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายให้เป็นความผิดไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 6/1 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 พ.ศ. 2562 มาตรา 5 ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 8 เมษายน 2562¹ โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้บัญญัติถึงคำนิยามของ “บังคับใช้แรงงานหรือบริการ” ไว้ แต่ความหมายของแรงงานบังคับหรือการบังคับใช้แรงงาน มีการบัญญัติไว้ในอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (convention) ฉบับที่ 29 ว่าด้วยแรงงานบังคับ ค.ศ. 1930 ซึ่งเป็นที่มาของกฎหมายฉบับนี้ โดยได้ให้ความหมายของแรงงานบังคับหรือการบังคับใช้แรงงาน ไว้ว่า งานหรือบริการทุกชนิดซึ่งเกณฑ์เอาจากบุคคลใด ๆ โดยการขู่ข่มขู่ว่าจะลงโทษและซึ่งบุคคลดังกล่าวนั้นมิได้สมัครใจที่จะทำงานเอง² แต่อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 6/1 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 พ.ศ. 2562 ได้บัญญัติองค์ประกอบความผิดฐานบังคับใช้แรงงานหรือบริการไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ

“มาตรา 6/1 ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้ทำงานหรือให้บริการโดยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (1) ทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของบุคคลนั้นเองหรือของผู้อื่น
- (2) ขู่ข่มขู่ด้วยประการใด ๆ
- (3) ใช้กำลังประทุษร้าย
- (4) ยึดเอกสารสำคัญประจำตัวของบุคคลนั้นไว้
- (5) นำภาระหนี้ของบุคคลนั้นหรือของผู้อื่นมาเป็นสิ่งผูกมัดโดยมิชอบ
- (6) ทำด้วยประการอื่นใดอันมีลักษณะคล้ายคลึงกับการกระทำดังกล่าวข้างต้น

ถ้าได้กระทำให้ผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ผู้ที่กระทำความผิดฐานบังคับใช้แรงงานหรือบริการ”

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติความผิดดังกล่าว สาระสำคัญของความผิดฐานบังคับใช้แรงงานหรือบริการจะต้องปรากฏว่า แรงงานไม่ได้สมัครใจหรือยินยอมที่จะทำงานหรือบริการให้แก่นายจ้าง แต่การกระทำนั้น

¹ พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 พ.ศ. 2562 มาตรา 2 พระราชกำหนดนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป (ประกาศราชกิจจานุเบกษา วันที่ 7 เมษายน 2562)

² Forced Labour Convention, 1930 (No. 29) Article 2 “1. For the purposes of this Convention the term forced or compulsory labour shall mean all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily” <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029> accessed 16 October 2019

เกิดขึ้นจากการที่ผู้ใดบังคับข่มขืนใจด้วยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยการทำให้แรงงานผู้นั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรืออยู่ในภาวะต้องจำยอมทำงานให้ จะเห็นได้ว่า การที่ทำให้แรงงานอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นั้น แม้ตัวแรงงานเองจะทำงานให้แก่นายจ้างก็ตาม แต่หากไม่ได้เกิดจากความสมัครใจแต่เป็นการทำงานที่อยู่ในภาวะต้องจำยอม ถือว่าเป็นการบังคับใช้แรงงาน ทั้งนี้ รูปแบบวิธีการในการบังคับดังกล่าว อาจเกิดขึ้นจากการถูกบังคับทางกายภาพหรือทางจิตใจก็ได้ กรณีบังคับทางกายภาพ เช่น นายจ้างหน่วงเหนี่ยวกักขังทำร้ายร่างกายลูกจ้างเพื่อให้ลูกจ้างต้องจำยอมทำงานให้กับนายจ้าง หรือกรณีบังคับทางจิตใจ เช่น นายจ้างรับลูกจ้างต่างด้าวที่ไม่มีเอกสารประจำตัวเข้าทำงานรับใช้ในบ้าน แล้วขู่ว่าหากออกไปไหนจะให้ตำรวจจับ ทั้งสร้างภาระหนี้ค่าเดินทางและค่าการจัดการต่าง ๆ ในจำนวนที่สูงเกินจริงอย่างไม่เป็นธรรมแล้วนำมาหักจากค่าจ้างโดยไม่มีกำหนดที่แน่นอน เพื่อใช้เป็นสิ่งผูกมัดให้ลูกจ้างต้องจำยอมทำงานกับนายจ้าง เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติของอนุสัญญา (convention) ฉบับที่ 29 ว่าด้วยแรงงานบังคับ (Forced Labour) ค.ศ. 1930 ไม่ได้ก้าวล่วงไปถึงอำนาจอันชอบธรรมของรัฐ จึงเป็นที่มาที่พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 6/2 ได้บัญญัติยกเว้นสำหรับงานหรือบริการบางประเภทไม่เข้าข่ายเป็นการบังคับใช้แรงงานหรือบริการที่ผิดกฎหมาย

“มาตรา 6/2 บทบัญญัติในมาตรา 6/1 ไม่ใช่บังคับกับ

- (1) งานหรือบริการซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหารสำหรับงานในหน้าที่ราชการโดยเฉพาะ
- (2) งานหรือบริการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติหน้าที่พลเมืองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามรัฐธรรมนูญหรือตามกฎหมาย
- (3) งานหรือบริการอันเป็นผลมาจากคำพิพากษาของศาลหรือที่ต้องทำในระหว่างการต้องโทษตามคำพิพากษาของศาล
- (4) งานหรือบริการเพื่อประโยชน์ในการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือในกรณีที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือในขณะที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามหรือการรบ”

ในส่วนของอัตราโทษความผิดฐานบังคับใช้แรงงานหรือบริการได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 52/1 ซึ่งบัญญัติเพิ่มโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 พ.ศ. 2562 มาตรา 8 กล่าวคือ

“มาตรา 52/1 ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรา 6/1 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสี่ปี หรือปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาทต่อผู้เสียหายหนึ่งคน หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัสหรือเป็นโรคร้ายแรง ซึ่งอาจเป็นอันตรายต่อชีวิต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่แปดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดแสนบาทถึงสองล้านบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม เป็นกรณีที่ผู้บุกรุกให้ผู้สืบสันดานทำงานหรือให้บริการเพราะเหตุความยากจนเหลือทนทาน หรือเมื่อพิจารณาถึงสภาพความผิด หรือเหตุอันควรปรานีอื่นแล้ว ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดเลยก็ได้”

นอกจากกฎหมายจะกำหนดอัตราโทษสำหรับนายจ้างหรือผู้ควบคุมที่เป็นผู้กระทำความผิดฐานบังคับใช้แรงงานผู้อื่นซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาไปแล้ว กฎหมายยังกำหนดอัตราโทษสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลไว้ด้วย กล่าวคือ หากนิติบุคคลไม่ว่าจะเป็นบริษัทมหาชนจำกัด บริษัทจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนจำกัด เป็นต้น กระทำความผิดฐานบังคับใช้แรงงานลูกจ้างโดยเกิดจากการสั่งการของกรรมการ ผู้จัดการนิติบุคคล หรือเกิดจากการละเว้นไม่สั่งการทั้งที่มีหน้าที่ต้องสั่งการนั้น เช่นนี้ กรรมการหรือผู้จัดการของนิติบุคคลนั้น จะต้องรับโทษสำหรับความผิดฐานบังคับใช้แรงงานด้วย³ นอกจากนี้ กรณีผู้กระทำความผิดฐานบังคับใช้แรงงานผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกบังคับใช้แรงงานได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ชีวิตความผิดดังกล่าวยังถือเป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินอีกด้วย⁴ มีข้อสังเกต สำหรับอัตราโทษความผิดฐานบังคับใช้แรงงานหรือบริการมีการบัญญัติในเชิงลงโทษทางเศรษฐกิจของนายจ้างผู้กระทำความผิดไว้ด้วย กล่าวคือ มีโทษปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาทต่อผู้เสียหายหนึ่งคน ดังนั้น หากนายจ้างกระทำความผิดบังคับใช้แรงงานลูกจ้างในสถานที่ทำงานไว้จำนวนหลายคน นายจ้างผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษปรับสำหรับผู้เสียหายแต่ละคน

ความผิดฐานบังคับใช้แรงงานหรือบริการ ผู้กระทำความผิดต้องกระทำความผิดในราชอาณาจักรไทย เท่านั้นจึงจะต้องรับโทษตามกฎหมาย⁵ เพราะกฎหมายมิได้บัญญัติว่าการกระทำความผิดฐานบังคับใช้แรงงานหรือบริการนอกราชอาณาจักรไทยต้องรับโทษในราชอาณาจักรไทย ซึ่งต่างจากความผิดฐานค้ามนุษย์ที่กฎหมายได้กำหนดไว้ให้เป็นความผิดสากล หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง แม้ผู้กระทำความผิดฐานค้ามนุษย์กระทำความผิดนอกราชอาณาจักรไทย ผู้นั้นจะต้องรับโทษในราชอาณาจักรไทย⁶ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าหาก

³ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 มาตรา 53 วรรคสอง แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 พ.ศ.2562 มาตรา 9 “มาตรา 53 วรรคสอง ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือตามมาตรา 6/1 เป็นนิติบุคคล ถ้าการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้นเกิดจากการสั่งการหรือการกระทำของกรรมการ หรือผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น หรือในกรณีที่บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ต้องสั่งการหรือกระทำการและละเว้นไม่สั่งการหรือไม่กระทำการจนเป็นเหตุให้นิติบุคคลนั้นกระทำความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย”

⁴ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 มาตรา 14 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 พ.ศ.2562 มาตรา 6 “มาตรา 14 ให้ความผิดตามมาตรา 6/1 ที่เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตาย เป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน”

⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคหนึ่ง “ผู้ใดกระทำความผิดในราชอาณาจักร ต้องรับโทษตามกฎหมาย...”

⁶ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 มาตรา 11 “ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรา 6 นอกราชอาณาจักร ผู้นั้นจะต้องรับโทษในราชอาณาจักรตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ โดยให้นำมาตรา 10 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม”

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ไต่กังเรือหรือผู้ควบคุมเรือซึ่งเป็นนายจ้างทำการบังคับใช้แรงงานลูกเรือบนเรือประมงไทย โดยเหตุเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรไทยในน่านน้ำของต่างประเทศ กรณีเช่นนี้ ไต่กังเรือหรือนายจ้างดังกล่าว จะต้องรับโทษในราชอาณาจักรไทยแม้ความผิดเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรไทยก็ตาม เพราะเนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติไว้ว่า “การกระทำความผิดในเรือไทยหรืออากาศยานไทย ไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด ให้ถือว่ากระทำความผิดในราชอาณาจักร”

2. ที่มาและเหตุผล

เนื่องจากก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานบังคับใช้แรงงานหรือบริการฉบับนี้ ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดความผิดและมาตรการในการคุ้มครองผู้เสียหายจากการถูกบังคับใช้แรงงานหรือบริการ ทำให้ไม่สามารถป้องกันและแก้ไขปัญหาการบังคับใช้แรงงานหรือบริการ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบตามความผิดฐานค้ามนุษย์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁷ ประกอบกับประเทศไทยได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 29 อนุสัญญาว่าด้วยการเกณฑ์แรงงานหรือแรงงานบังคับ ค.ศ. 1930 (Convention Concerning Forced or Compulsory Labour) เมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2512⁸ ซึ่งอนุสัญญาฉบับที่ 29 มีข้อผูกพันให้รัฐสมาชิกจะดำเนินการปราบปรามการเกณฑ์แรงงานหรือการใช้แรงงานบังคับในทุกรูปแบบ ต่อมาเมื่อวันที่ 4 มิถุนายน 2561 ประเทศไทยให้สัตยาบันพิธีสารแรงงานบังคับ ค.ศ.2014 (Force Labour Protocol) ของอนุสัญญาว่าด้วยการเกณฑ์แรงงานบังคับ ค.ศ. 1930 โดยประเทศไทยเป็นประเทศลำดับที่ 24 ของรัฐสมาชิกองค์การแรงงานระหว่างประเทศและเป็นประเทศแรกในภูมิภาคเอเชียที่ให้สัตยาบันพิธีสารนี้⁹ จนกระทั่งเมื่อวันที่ 7 เมษายน 2562 ได้มีการประกาศราชกิจจานุเบกษาออกพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 พ.ศ. 2562 กำหนดลักษณะการกระทำที่เป็นความผิดฐานบังคับใช้แรงงานหรือบริการและกำหนดอัตราโทษให้เหมาะสม เพื่อเป็นการป้องกันและขจัดการบังคับใช้แรงงานหรือบริการ รวมทั้งกำหนดมาตรการในการช่วยเหลือและคุ้มครองสวัสดิภาพผู้เสียหายจากการถูกบังคับใช้แรงงานหรือบริการและการพิจารณาคดีให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนตามแนวทางเดียวกับผู้เสียหายจากการกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์

⁷ พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 พ.ศ.2562 หมายเหตุ (ตอนท้าย)

⁸ ศูนย์บัญชาการป้องกันการค้ามนุษย์ด้านแรงงาน กระทรวงแรงงาน, ‘อนุสัญญาฉบับที่ 29 อนุสัญญาว่าด้วยการเกณฑ์แรงงานหรือแรงงานบังคับ (Convention Concerning Forced or Compulsory Labour)’

<http://ccpl.mol.go.th/ewt_dl_link.php?nid=479&filename=> สืบค้นวันที่ 23 ตุลาคม 2562

⁹ กรมยุโรป กระทรวงการต่างประเทศ, ‘ข่าวประมง IUU : Thailand's Ratification of Protocol of 2014 to the Forced Labour Convention 1930 ไทยยื่นสัตยาบันสารพิธีสาร ค.ศ. 2014 ของอนุสัญญาว่าด้วยแรงงานบังคับ ค.ศ. 1930 อย่างเป็นทางการ’ (9 มิถุนายน 2561) <<http://www.mfa.go.th/europetouch/th/news/8359/90382-Thailand's-Ratification-of-Protocol-of-2014-to-the.html>> สืบค้นวันที่ 23 ตุลาคม 2562

3. ความแตกต่างระหว่างความผิดฐานบังคับใช้แรงงานและความผิดฐานค้ามนุษย์

ความผิดฐานบังคับใช้แรงงานกับความผิดฐานค้ามนุษย์มีความต่างกัน ความผิดฐานค้ามนุษย์มีองค์ประกอบความผิดบัญญัติอยู่ใน มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 โดยมีองค์ประกอบสำคัญอยู่ 3 ประการ กล่าวคือ 1. การกระทำ 2. วิธีการ 3. วัตถุประสงค์¹⁰ ความผิดฐานค้ามนุษย์ตั้งอยู่บนหลักการสำคัญ คือ การที่ผู้กระทำความผิดแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเนื้อตัว ร่างกาย หรือแรงงานของผู้อื่นจากการทำให้ผู้นั้นอยู่ในภาวะต่ำกว่าความเป็นมนุษย์ ทั้งนี้ การแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบอาจเกิดขึ้นได้หลายลักษณะ เช่น แสวงหาประโยชน์จากการนำคนมาค้าประเวณี แสวงหาประโยชน์จากการนำคนมาข่มขู่หรือแสวงหาประโยชน์จากการบังคับใช้แรงงาน เป็นต้น ส่วนความผิดฐานบังคับใช้แรงงานหรือบริการมีองค์ประกอบความผิดเพียงประการเดียว คือ การใช้วิธีการบีบบังคับในรูปแบบต่าง ๆ จนเป็นเหตุทำให้ผู้ถูกระทำไม่สมัครใจหรือตกอยู่ในสภาวะจำยอมจนต้องทำงานให้ ทั้งนี้ การบังคับใช้แรงงานอาจเป็นการบีบบังคับในลักษณะลดเงินเดือน ตัดสวัสดิการหรือประโยชน์ต่าง ๆ ที่ลูกจ้างควรได้รับ เพิ่มเวลาทำงาน หรือขู่เชิญในรูปแบบต่าง ๆ จนทำให้ลูกจ้างต้องจำยอมทำงานให้แก่ตนเอง ดังนั้น การบังคับใช้แรงงานอาจไม่ใช่เป็นการค้ามนุษย์เสมอไป แต่เมื่อไรที่มีพยานหลักฐานฟังได้ว่าเป็นการค้ามนุษย์ลักษณะบังคับใช้แรงงาน กฎหมายจะให้นำมาใช้ คือ มาตรา 6 ประกอบ มาตรา 6/1 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นความผิดกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท และมีบทกำหนดโทษตามตามมาตรา 52 และ มาตรา 52/1 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551

¹⁰ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 มาตรา 6 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 พ.ศ.2562 มาตรา 4

ผู้ใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) เป็นธุระจัดหา ชื่อ ชาย จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใด หน่วงเหนี่ยวกักขัง จัดให้อยู่อาศัย หรือรับไว้ซึ่งบุคคลใด (การกระทำ) โดยข่มขู่ ใช้กำลังบังคับ ลักพาตัว ฉ้อฉล หลอกลวง ใช้อำนาจโดยมิชอบ ใช้อำนาจครอบงำบุคคลด้วยเหตุที่อยู่ในภาวะอ่อนด้อยทางร่างกาย จิตใจ การศึกษา หรือทางอื่นใดโดยมิชอบ ขู่เชิญว่าจะใช้กระบวนการทางกฎหมายโดยมิชอบ หรือโดยให้เงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นแก่ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลบุคคลนั้น เพื่อให้ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำความผิดในการแสวงหาประโยชน์จากบุคคลที่ตนดูแล (วิธีการ) หรือ

(2) เป็นธุระจัดหา ชื่อ ชาย จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใด หน่วงเหนี่ยวกักขัง จัดให้อยู่อาศัย หรือรับไว้ (การกระทำ) ซึ่งเด็ก

ถ้าการกระทำนั้นได้กระทำโดยมีความมุ่งหมายเพื่อเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ (วัตถุประสงค์) ผู้นั้นกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์

การแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณี การผลิตหรือเผยแพร่วัตถุหรือสื่อลามก การแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น การเอาคนลงเป็นทาสหรือให้มีฐานะคล้ายทาส การนำคนมาข่มขู่ การตัดอวัยวะเพื่อการค้า การบังคับใช้แรงงานหรือบริการตามมาตรา 6/1 หรือการอื่นใดที่คล้ายคลึงกันอันเป็นการขูดรีดบุคคล ไม่ว่าบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

4. การตีความและบังคับใช้

ความผิดฐานแรงงานบังคับหรือบริการเป็นความผิดอาญาแผ่นดินหรือความผิดต่อรัฐ มิใช่ความผิดต่อส่วนตัว ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือพนักงานตรวจแรงงานที่ตรวจพบการกระทำผิดบังคับใช้แรงงานต่อแรงงานผู้หนึ่งผู้ใดสามารถเข้าร้องทุกข์กล่าวโทษต่อพนักงานสอบสวนท้องที่เกิดเหตุให้ดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำผิดได้มีจำต้องรอให้ผู้เสียหายเป็นผู้ร้องทุกข์กล่าวโทษแต่ฝ่ายเดียว และเนื่องจากความผิดฐานแรงงานบังคับหรือบริการเป็นความผิดที่ไม่อาจยอมความได้ ดังนั้น ภายหลังจากที่ผู้กล่าวหาได้เข้าร้องทุกข์กล่าวโทษต่อพนักงานสอบสวนให้ดำเนินคดีกับนายจ้างผู้กระทำผิดแล้ว แม้ภายหลังจากนายจ้างผู้กระทำผิดจะยินยอมชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายจนผู้เสียหายไม่ประสงค์ดำเนินคดีกับนายจ้างต่อไป เช่นนี้ ผู้เสียหายก็ไม่สามารถยื่นคำร้องทุกข์ให้แก่นายจ้างเพื่อการดำเนินคดีอาญายุติลงได้

กฎหมายฉบับนี้คุ้มครองผู้เสียหายที่ถูกบังคับใช้แรงงานหรือบริการเป็นการทั่วไปไม่จำกัดเฉพาะภาคส่วนอุตสาหกรรมใดอุตสาหกรรมหนึ่ง กล่าวคือ กฎหมายคุ้มครองลูกจ้างผู้ใช้แรงงานในทุกภาคส่วนในประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นแรงงานในภาคประมง แรงงานในภาคการเกษตร แรงงานทำงานบ้าน เป็นต้น อีกทั้งกฎหมายฉบับนี้ไม่เพียงคุ้มครองเฉพาะแต่กลุ่มแรงงานที่ทำงานอยู่ในระบบโดยถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น แต่ยังคงคุ้มครองถึงแรงงานนอกระบบหรือแรงงานต่างด้าวเถื่อนที่หลบหนีเข้าเมืองมาโดยผิดกฎหมายและไม่มีใบอนุญาตทำงานโดยชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย

เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้เพิ่งประกาศมีผลบังคับใช้เมื่อ 8 เมษายน พ.ศ. 2562 ปัจจุบัน จึงยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นบรรทัดฐานที่จะใช้เป็นแนวทางในการตีความกฎหมาย แต่เพื่อประโยชน์ในการใช้และตีความกฎหมายสำหรับเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย พนักงานตรวจแรงงาน เจ้าหน้าที่องค์การพัฒนาเอกชน และบุคลากรอื่นที่เกี่ยวข้องสำหรับใช้เป็นข้อพิจารณาพื้นฐานในการประเมินว่าแรงงานผู้ใดตกเป็นเหยื่อจากการถูกบังคับใช้แรงงานหรือไม่ ผู้เขียนจึงขอหยิบยกตัวอย่าง “ตัวชี้วัดภาวะแรงงานบังคับ” ที่จัดทำขึ้นโดยโครงการปฏิบัติการพิเศษขององค์การแรงงานระหว่างประเทศเพื่อขจัดการใช้แรงงานบังคับ (ILO’s Special Action Programme to Combat Forced Labour: SAP-FL) โดยตัวชี้วัดเหล่านี้พัฒนามาจากประสบการณ์ทางทฤษฎีและการปฏิบัติการของโครงการปฏิบัติการพิเศษขององค์การแรงงานระหว่างประเทศเพื่อขจัดการใช้แรงงานบังคับ (ILO’s Special Action Programme to Combat Forced Labour: SAP-FL) และวางอยู่บนพื้นฐานของคำจำกัดความของแรงงานบังคับตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยแรงงานบังคับ ค.ศ. 1930 (พ.ศ.2473) (ฉบับที่ 29) ซึ่งบัญญัติว่า “งานหรือบริการทุกชนิด ซึ่งเกณฑ์เอาจากบุคคลใด ๆ โดยการขู่เข็ญว่าจะลงโทษและซึ่งบุคคลดังกล่าวนั้นมิได้สมัครใจที่จะทำงานเอง”¹¹ ตัวชี้วัดภาวะแรงงานบังคับ มีดังต่อไปนี้¹²

¹¹ องค์การแรงงานระหว่างประเทศ, *สิทธิจากเรือสู่ฝั่ง: ข้อค้นพบจากงานวิจัยข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับแรงงานประมงและอาหารทะเลในประเทศไทย* (2563) 33.

¹² โครงการปฏิบัติการพิเศษขจัดการใช้แรงงานบังคับ (Special Action Programme to Combat Forced Labour), *ตัวชี้วัดของ องค์การแรงงาน ระหว่างประเทศ ว่าด้วยแรงงานบังคับ* (International Labour Office) 2.

1. การละเมิดอันเนื่องมาจากความเปราะบางของแรงงานที่เป็นกลุ่มเสี่ยง
2. การหลอกลวง
3. การจำกัดเสรีภาพในการเดินทาง
4. การถูกโดดเดี่ยวจากสังคม
5. ความรุนแรงต่อร่างกายและความรุนแรงทางเพศ
6. การขู่เข็ญและการข่มขู่
7. การยึดเอกสารประจำตัว
8. การไม่จ่ายค่าจ้าง
9. แรงงานขัดหนี้
10. สภาพการทำงานและสภาพการดำรงชีพที่เลวร้าย
11. ชั่วโมงการทำงานล่วงเวลาที่ยาวนาน

1. การละเมิดอันเนื่องมาจากความเปราะบางของแรงงานที่เป็นกลุ่มเสี่ยง

คนที่ไม่สามารถสื่อสารในภาษาท้องถิ่นได้ ไม่มีความรู้เกี่ยวกับกฎระเบียบหรือมีข้อจำกัดในการดำรงชีวิต เป็นกลุ่มชาติพันธุ์ พิกัดหรือมีลักษณะอื่นใดซึ่งทำให้แตกต่างจากผู้คนส่วนใหญ่ในสังคมจะมีความเปราะบางต่อการถูกละเมิด และมักตกเป็นเหยื่อของการถูกบังคับใช้แรงงานมากกว่ากลุ่มอื่น กลุ่มแรงงานอยู่ในสถานการณ์ที่มีความเปราะบางมีความเสี่ยงที่จะถูกบังคับใช้แรงงาน เมื่อนายจ้างแสวงหาประโยชน์จากความเปราะบางนั้น เช่น ให้แรงงานทำงานเป็นเวลายาวนานเกินสมควรหรือการไม่จ่ายค่าจ้าง เป็นต้น ทั้งนี้ ภาวะการบังคับใช้แรงงานมีโอกาสเกิดได้มากขึ้นในกรณีที่แรงงานต้องพึ่งพิงนายจ้างหลายประการ เช่น การพึ่งพิงด้านที่พัก อาหาร หรืองานสำหรับญาติของแรงงานด้วย

2. การหลอกลวง

การหลอกลวงนั้นเกี่ยวข้องกับการที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาแรงงานไม่ว่าจะโดยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษร เหยื่อแรงงานบังคับมักเข้าทำงานโดยถูกหลอกลวงว่าเป็นงานสบายและมีค่าตอบแทนที่ดี แต่เมื่อเริ่มทำงานแล้วสภาพการทำงานกลับไม่เป็นไปตามที่บอกและแรงงานพบว่าตนตกอยู่ในสภาพการทำงานที่เลวร้ายโดยที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ในกรณีเหล่านี้ถือว่าแรงงานให้ความยินยอมโดยปราศจากเสรีภาพและการได้รับข้อมูลอย่างครบถ้วน หากแรงงานได้รู้ถึงความเป็นจริงก็คงไม่ตกลงทำงานนั้น ๆ การรับบุคคลเข้าทำงานที่เป็นการหลอกลวงนั้นไม่เพียงแต่เป็นการให้สัญญาที่ไม่เป็นจริงเกี่ยวกับสภาพการทำงานและค่าจ้างแต่ยังรวมถึงประเภทของงานที่หัก สภาพความเป็นอยู่ การขอมีสถานะทางกฎหมายของแรงงาน สถานที่ทำงานและรายละเอียดเกี่ยวกับนายจ้าง

3. การจำกัดเสรีภาพในการเดินทาง

แรงงานบังคับอาจถูกคุมขังและถูกเฝ้าเพื่อป้องกันไม่ให้หลบหนีในระหว่างการทำงานหรือในระหว่างเดินทาง หากแรงงานไม่สามารถเข้าหรือออกที่ทำงานได้โดยเสรีเพราะมีข้อจำกัดบางประการที่ไม่สมเหตุผลถือเป็นตัวชี้วัดที่ชัดเจนว่ามีภาวะแรงงานบังคับ ส่วนข้อจำกัดที่ขอบด้วยกฎหมายนั้นอาจรวมถึง ข้อจำกัด

เกี่ยวกับการคุ้มครองความปลอดภัยของแรงงานในสถานที่ทำงานที่เสี่ยงอันตรายหรือการที่ต้องขออนุญาต หัวหน้างานเพื่อพบแพทย์ตามที่นัดหมาย ทั้งนี้ แรงงานบังคับอาจถูกควบคุมเสรีภาพในการเดินทางภายในที่ทำงานโดยการใช้อุปกรณ์วงจรปิดคอยติดตาม หรือโดยเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยและการควบคุมนอกที่ทำงานโดยมีตัวแทนของนายจ้างติดตามแรงงานไปเมื่อออกนอกที่ทำงาน

4. การถูกโดดเดี่ยวจากสังคม

เหยื่อที่ถูกบังคับใช้แรงงานมักต้องอยู่อย่างโดดเดี่ยวในพื้นที่ห่างไกลไม่สามารถติดต่อกับโลกภายนอกได้ แรงงานอาจไม่รู้ว่าตนอยู่ที่ใด ที่ทำงานอาจอยู่ไกลชุมชนและอาจไม่มีวิธีที่จะเดินทางได้ องค์กรที่แรงงานถูกโดดเดี่ยวจากสังคมอาจเกิดขึ้นแม้แรงงานอยู่ในเขตชุมชนแต่ถูกควบคุมไว้ที่ใดที่หนึ่งไม่สามารถเดินทางไปไหน หรือโดนยึดโทรศัพท์มือถือหรือเครื่องมือสื่อสารต่าง ๆ เพื่อป้องกันไม่ให้แรงงานติดต่อกับครอบครัวหรือขอความช่วยเหลือ การถูกโดดเดี่ยวอาจสืบเนื่องมาจากการที่สถานประกอบการนั้นเป็นสถานประกอบการนอกระบบและไม่ได้ขึ้นทะเบียนจึงทำให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องประสบกับความยากลำบากในการระบุสถานที่ตั้งและติดตามตรวจสอบสถานประกอบการนั้นว่าเกิดเหตุใดกับแรงงานบ้าง

5. ความรุนแรงต่อร่างกายและความรุนแรงทางเพศ

แรงงานบังคับ สมาชิกในครอบครัว และผู้ใกล้ชิดอาจเป็นเหยื่อความรุนแรงต่อร่างกายและความรุนแรงทางเพศ ความรุนแรงนั้นอาจรวมถึงการบังคับให้แรงงานใช้ยาเสพติดหรือแอลกอฮอล์เพื่อที่จะควบคุมแรงงานได้มากขึ้น ทั้งอาจมีการใช้ความรุนแรงเพื่อบังคับแรงงานให้ทำงานที่ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงตั้งแต่ต้น เช่น ต้องมีเพศสัมพันธ์กับนายจ้าง หรือสมาชิกในครอบครัว หรืออาจเป็นวิธีการที่เบากว่าเช่น ต้องทำงานอื่น ๆ นอกเหนือจากภารกิจ “ปกติ” ของตน การล่อลวงหรือการลักพาตัวเป็นรูปแบบความรุนแรงแบบสุดขั้วรูปแบบหนึ่ง ซึ่งอาจมีการใช้เพื่อจับบุคคลนำไปบังคับให้ทำงานเนื่องจากความรุนแรงไม่ใช่สิ่งที่สามารถยอมรับได้ไม่ว่าจะใช้มาตรฐานใด ดังนั้น ความรุนแรงจึงเป็นตัวชี้วัดที่ชัดเจนว่ามีภาวะบังคับใช้แรงงาน

6. การขู่ข่มขู่และการข่มขู่

เหยื่อแรงงานบังคับอาจถูกคุกคามและข่มขู่เมื่อร้องเรียนเกี่ยวกับสภาพของตนหรือเมื่อประสงค์จะออกจากงาน นอกเหนือจากการใช้ความรุนแรงต่อร่างกายแล้วการข่มขู่ลักษณะอื่น ๆ ต่อแรงงานที่ปรากฏทั่วไปนั้นรวมถึงการขู่ว่าจะแจ้งเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง การไม่จ่ายค่าจ้าง การไม่ให้ที่พักหรือที่ดิน การไล่สมาชิกในครอบครัว การให้ทำงานในสภาพที่เลวร้ายกว่าเดิม หรือการถอนสิทธิพิเศษบางประการ เช่น สิทธิที่จะออกนอกที่ทำงาน ผลกระทบและความเป็นไปได้ของการข่มขู่นั้นจะต้องประเมินจากความรู้สึกของแรงงาน ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาถึงความเชื่อ อายุ วัฒนธรรม และสถานะทางสังคมและเศรษฐกิจของบุคคลนั้น ๆ

7. การยึดเอกสารประจำตัว

การที่นายจ้างยึดเอกสารประจำตัวหรือทรัพย์สินมีค่าอื่น ๆ ของแรงงานเป็นองค์ประกอบของภาวะแรงงานบังคับประการหนึ่ง หากแรงงานไม่สามารถเข้าถึงเอกสารหรือทรัพย์สินตามที่แรงงานต้องการและหากแรงงานรู้สึกว่าจะตนไม่อาจออกจากงานได้เว้นแต่อาจต้องเสียจะต้องสูญเสียเอกสารหรือทรัพย์สินนั้น ๆ องค์กรที่ไม่มีเอกสารประจำตัวแรงงานจะไม่สามารถเข้าทำงานอื่น ๆ หรือรับบริการต่าง ๆ ที่จำเป็นและอาจกลัวที่จะขอความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่หรือองค์กรพัฒนาเอกชน

8. การไม่จ่ายค่าจ้าง

แรงงานอาจจะต้องอยู่กับนายจ้างที่ปฏิบัติต่อดันโดยมิชอบในขณะที่รอรับค่าจ้างที่นายจ้างค้างจ่ายตน การที่มีการจ่ายค่าจ้างไม่สม่ำเสมอหรือจ่ายล่าช้าไม่ได้สื่อว่ามีสถานการณ์แรงงานบังคับโดยอัตโนมัติ แต่เมื่อมีการไม่จ่ายค่าจ้างอย่างเป็นระบบและโดยเจตนาเพื่อเป็นวิธีบังคับให้แรงงานอยู่ต่อและทำให้แรงงานไม่มีโอกาสเปลี่ยนนายจ้าง กรณีเช่นนี้ ซึ่งถึงภาวะแรงงานบังคับ

9. แรงงานขัดหนี้

แรงงานบังคับมักจะทำงานเพื่อชำระหนี้หรือแม้กระทั่งหนี้ที่ตกทอดมาถึงตน ทั้งนี้ หนี้อาจเกิดจากเงินค่าจ้างล่วงหน้าหรือเงินกู้เพื่อเป็นค่าจัดหางาน หรือค่าใช้จ่ายในการเดินทาง ค่าใช้จ่ายจากการใช้ชีวิตประจำวัน หรือค่าใช้จ่ายในกรณีฉุกเฉิน เช่น ค่ารักษาพยาบาล โดยวิธีการทางบัญชีหนี้ของคณงานอาจถูกคิดดอกเบี้ยทบต้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่แรงงานเป็นผู้ไม่รู้หนังสือ ภาวะแรงงานขัดหนี้อาจเกิดขึ้นในกรณีที่มีการรับเด็กเข้าทำงานเพื่อเป็นการใช้หนี้ที่บิดามารดาหรือญาติของเด็กก่อขึ้น ทั้งนี้ นายจ้างหรือนายหน้าจัดหางานจะสร้างเงื่อนไขให้แรงงานไม่สามารถขูดหนี้ได้โดยให้ค่าจ้างต่ำกว่าความเป็นจริง การเพิ่มอัตราดอกเบี้ย หรือคิดค่าอาหารและที่พัก แรงงานขัดหนี้หรือการบังคับใช้แรงงานแทนการชำระหนี้สะท้อนถึงความไม่เท่าเทียมในอำนาจการต่อรองระหว่างแรงงานซึ่งตกเป็นลูกหนี้และนายจ้างที่เป็นเจ้าหนี้ ซึ่งหนี้ดังกล่าวมีผลผูกมัดแรงงานให้ทำงานกับนายจ้างโดยไม่กำหนดเวลาที่แน่นอน ซึ่งอาจเป็นระยะเวลาหนึ่งฤดูกาลเป็นปีหรือแม้กระทั่งชั่วชีวิตคนหลายรุ่นติดต่อกันไป หนี้ดังกล่าวนี้ไม่มีลักษณะเหมือนกับการกู้ยืมเงิน“ตามปกติ”จากธนาคารหรือจากผู้ปล่อยเงินกู้ในระบบเพราะการชำระหนี้การกู้ยืมเงินตามปกติจะเป็นไปตามเงื่อนไขที่ตกลงกันเองของทั้งสองฝ่าย

10. สภาพการทำงานและสภาพการดำรงชีพที่เลวร้าย

เหยื่อแรงงานบังคับมักจะต้องอดทนต่อสภาพความเป็นอยู่และสภาพการทำงานที่ไม่พึงประสงค์ อาจต้องทำงานในสภาพที่มีลักษณะเสื่อมเสีย (น่าอึดสูหรือสกปรก) หรือมีความเสี่ยง (ยากลำบากหรืออันตราย โดยไม่มีอุปกรณ์ป้องกันอย่างเหมาะสม) และเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแรงงานอย่างร้ายแรงบุคคลที่เป็นแรงงานบังคับอาจต้องดำรงชีพในสภาพที่ต่ำกว่ามาตรฐานอาศัยร่วมกันอย่างแออัดและไม่ดีต่อสุขภาพโดยไม่มีความเป็นส่วนตัวใด ๆ ลำพังแต่สภาพการทำงานและการเป็นอยู่ที่เลวร้ายแต่ประการเดียวนั้นยังไม่อาจพิสูจน์ได้ว่ามีสถานะของการบังคับใช้แรงงาน บางครั้งแรงงานบางคนอาจสมัครใจยอมรับสภาพที่เลวร้ายเนื่องจากไม่มีทางเลือกอื่น ๆ อย่างไรก็ตาม สภาพการทำงานหรือสภาพความเป็นอยู่ที่เลวร้ายนั้นควรถือว่าเป็นการเดือนให้ระวางว่าอาจมีการบังคับใช้หนี้ที่ทำให้แรงงานที่ถูกละเมิดนั้นไม่อาจออกจากงานนั้นได้

11. ชั่วโมงการทำงานล่วงเวลาที่ยาวนาน

แรงงานบังคับอาจต้องทำงานเป็นเวลายาวนานหลายชั่วโมงหรือหลายวันติดต่อกันเกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายในประเทศกำหนดหรือเกินกว่าข้อตกลงร่วม แรงงานอาจถูกปฏิเสธไม่ให้หยุดพักในระหว่างเวลาที่ทำงานหรือไม่ได้รับวันหยุดต้องทำงานเกินเวลาหรือชั่วโมงทำงานแทนเพื่อนร่วมงานที่ไม่มาทำงาน หรืออาจต้องถูกเรียกทำงาน 24 ชั่วโมงตลอดวัน 7 วันต่อสัปดาห์ การกำหนดว่าการทำงานล่วงเวลาในกรณีใดเข้าข่ายฐานความผิดเรื่องแรงงานบังคับหรือไม่นั้นอาจมีความซับซ้อนอยู่มาก ทั้งนี้ อาจระบุเป็นแนวทางพื้นฐานทั่วไป

ได้ว่าหากลูกจ้างต้องทำงานล่วงเวลาเกินระยะเวลาที่กฎหมายของประเทศนั้น ๆ กำหนด โดยที่มีการบังคับขู่เชิญในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง (เช่น การให้ออกจากงาน) หรือให้ทำงานล่วงเวลาเพื่อให้ได้รับค่าจ้างขั้นต่ำภาวะดังกล่าวเข้าข่ายการใช้แรงงานบังคับ

จากสถิติจากงานวิจัยข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับแรงงานประมงและอาหารทะเลในประเทศไทยจัดทำโดยองค์การแรงงานระหว่างประเทศเกี่ยวกับการถูกละเมิดตามตัวชี้วัดแรงงานบังคับ จัดเก็บโดยการสัมภาษณ์กลุ่มตัวอย่างแรงงานในภาคการประมงและภาคแปรรูปอาหารทะเล รวม 434 รายใน 11 จังหวัด คือ สมุทรสาคร ชลบุรี ระยอง ชุมพร ระนอง สุราษฎร์ธานี พังงา ภูเก็ต ตรัง สงขลา ปัตตานี พบว่า ในภาคการประมง ร้อยละ 29 ของแรงงานบอกว่าไม่เคยประสบกับการละเมิดเหล่านี้ ร้อยละ 23 เคยประสบกับการละเมิดหนึ่งอย่าง ร้อยละ 23 เคยประสบสองอย่าง ร้อยละ 12 เคยประสบสามอย่าง ร้อยละ 5 เคยประสบสี่อย่าง ร้อยละ 7 เคยประสบห้าอย่าง ร้อยละ 1 เคยประสบหกอย่าง¹³ ทั้งนี้ ตัวชี้วัดในเรื่องการถูกลดลงเกี่ยวกับสภาพการทำงานและสภาพการดำรงชีพที่เลวร้ายเป็นตัวชี้วัดที่พบมากที่สุดในกลุ่มแรงงานประมง¹⁴อย่างไรก็ดี การปรากฏตัวชี้วัดการบังคับใช้แรงงานเพียงอย่างเดียวหนึ่งอาจไม่ได้บ่งบอกว่ามีการบังคับใช้แรงงานเกิดขึ้น แต่ตัวชี้วัดหลายอันรวมกันสามารถถือได้ว่าเป็นหลักฐานที่มีน้ำหนักมากขึ้นในการบ่งชี้ถึงการบังคับใช้แรงงานประกอบกับตัวชี้วัดเหล่านี้สามารถใช้เป็นเครื่องมือที่มีประโยชน์สำหรับใช้เทียบเคียงการประเมินต่าง ๆ ที่จะมีขึ้นในอนาคตเกี่ยวกับสภาพการทำงานของลูกจ้าง

เมื่อพิจารณาจากตัวชี้วัดภาวะแรงงานบังคับทั้ง 11 ตัวชี้วัดของ ILO เปรียบเทียบกับ “วิธีการ” ที่ผู้กระทำความผิดใช้ข่มขืนใจให้บุคคลใดทำงานให้ตามมาตรา 6/1 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 พ.ศ. 2562 มาตรา 5 จะเห็นได้ว่า ภาพรวมของตัวชี้วัดภาวะแรงงานบังคับทั้ง 11 ตัวชี้วัดข้างต้น มีเนื้อหาครอบคลุมในส่วนของ “วิธีการ” บังคับใช้แรงงานตามกฎหมายไทย ทั้งนี้ ตัวชี้วัดดังกล่าว เทียบเคียงได้กับองค์ประกอบในส่วนของ “...วิธีการอย่างหนึ่งอย่างใด...” หรือ “...ทำด้วยประการอื่นใดอันมีลักษณะคล้ายคลึงกับการกระทำความผิดดังกล่าวข้างต้น...” ที่ผู้กระทำความผิดใช้บังคับข่มขืนใจให้ผู้อื่นทำงาน มีข้อสังเกตว่า ในบางสถานการณ์การบังคับใช้แรงงานอาจเกิดขึ้นโดยการใช้วิธีการที่เข้าข่ายมาตรา 6/1 (1) – (6) เพียงประการใดประการหนึ่งหรือหลายประการ หากกระทำวิธีการนั้นเป็นเหตุทำให้ลูกจ้างตกอยู่ในภาวะจำยอมที่ไม่อาจขัดขืนได้จนต้องจำยอมทำงานให้ก็เข้าข่ายว่าเป็นความผิดฐานใช้แรงงานบังคับ

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายอาญามีบทบัญญัติความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานบังคับใช้แรงงานหรือบริการอยู่ในมาตรา 310 ทวิ ซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับการหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังผู้อื่นและบังคับให้กระทำการ และมาตรา 312 ซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับการเอาคนลงเป็นทาสหรือกระทำในลักษณะคล้ายทาส ในส่วนความผิดของการเอาคนลงเป็นทาสหรือกระทำในลักษณะคล้ายทาสนั้น มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15189/2556 วางบรรทัดฐานไว้ว่า “...จำเลยรับโจทก์ร่วมซึ่งเป็นเด็กหญิงอายุ 14 ปีเศษ มาเป็นลูกจ้างทำงานเป็นคนรับใช้

¹³ องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (n 70) 35.

¹⁴ องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (n 70) 35.

และพักอาศัยอยู่ที่บ้านจำเลย แม้ลักษณะงานที่จำเลยมอบหมายให้โจทก์ร่วมทำจะเป็นงานบ้านทั่ว ๆ ไป แต่จำเลยใช้งานโจทก์ร่วมเกินกว่าความสามารถและสภาพร่างกายในวัยของโจทก์ร่วม ทั้งจำเลยไม่ได้จัดอาหารให้โจทก์ร่วมรับประทานอย่างเพียงพอ ไม่จ่ายค่าตอบแทนให้อย่างเหมาะสมแก่สภาพการจ้างแรงงาน ไม่มีกำหนดเวลาในการจ่ายค่าตอบแทนที่แน่นอน จำกัดสิทธิเสรีภาพและความเป็นอยู่ของโจทก์ร่วมเพื่อให้ทำงานอย่างหนักตามความพอใจของจำเลย ประการสำคัญคือจำเลยทำร้ายร่างกายโจทก์ร่วมด้วยวิธีการทารุณโหดร้าย โดยอ้างว่าเป็นการลงโทษเพื่อให้โจทก์ร่วมทำงานเร็วขึ้นกว่าเดิม ซึ่งจำเลยไม่มีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะกระทำเช่นนั้นได้ เมื่อเกิดบาดแผลจำเลยก็มีได้ให้การรักษาพยาบาลแก่โจทก์ร่วมตามสมควร การกระทำของจำเลยจึงมีลักษณะเป็นการกระทำเพื่อจะเอาคนลงเป็นทาสหรือให้มีลักษณะคล้ายทาส ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 312 ทั้งเป็นการกระทำต่อโจทก์ร่วมซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี เป็นเหตุให้โจทก์ร่วมได้รับอันตรายสาหัส ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 312 ทวิ วรรคสอง (2) ด้วย”

5. การช่วยเหลือคุ้มครองผู้เสียหาย

เนื่องจากผู้เสียหายที่ถูกบังคับใช้แรงงานนั้นส่วนใหญ่จะตกอยู่ในสถานะที่อ่อนด้อยทางการศึกษาทางสังคมและทางเศรษฐกิจกว่านายจ้างหรือผู้กระทำผิด กฎหมายจึงได้สร้างมาตรการที่จะคุ้มครองช่วยเหลือผู้เสียหายที่ถูกบังคับใช้แรงงาน โดยได้กำหนดให้กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์เป็นหน่วยงานหลักที่จะให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายจากการถูกบังคับใช้แรงงาน กฎหมายได้กำหนดให้ผู้เสียหายที่ถูกบังคับใช้แรงงานมีสิทธิได้รับความคุ้มครองและช่วยเหลือเช่นเดียวกับผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์¹⁵ ซึ่งหมายความว่า ผู้เสียหายจากการถูกบังคับใช้แรงงานมีสิทธิได้รับการช่วยเหลือและ คุ้มครองสวัสดิภาพจากกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ได้เช่นเดียวกับผู้เสียหายในคดีค้ามนุษย์ แต่โดยเหตุที่ลักษณะและผลกระทบที่ผู้เสียหายจากการบังคับใช้แรงงานไม่เหมือนกับผู้เสียหายในคดีค้ามนุษย์ ดังนั้น การช่วยเหลือต่าง ๆ น่าจะเอามาใช้โดยเพียงอนุโลม กล่าวคือ กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์จะเป็นหน่วยงานที่พิจารณาให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายจากการถูกบังคับใช้แรงงานอย่างเหมาะสมในเรื่อง อาหาร ที่พักการรักษาพยาบาล การบำบัดฟื้นฟูทางร่างกายและจิตใจ การให้การศึกษา การฝึกอบรม การให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย การส่งกลับไปยังประเทศเดิมหรือภูมิลำเนาของผู้นั้น รวมถึงการจัดประชุมกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายเพื่อส่งให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเอาจากจำเลยต่อศาลแทนผู้เสียหายโดยที่ผู้เสียหายไม่ต้องไปฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนต่อจำเลยเป็นคดีใหม่¹⁶ซึ่งพนักงาน

¹⁵ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 มาตรา 14/1 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 พ.ศ.2562 มาตรา 7 “มาตรา 14/1 เพื่อประโยชน์ในการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ การบังคับใช้แรงงาน หรือบริการและการช่วยเหลือคุ้มครองผู้เสียหาย ให้คำว่า “การค้ามนุษย์” ในหมวด 3 และหมวด 4 หมายความรวมถึง “บังคับใช้แรงงานหรือบริการ” ด้วย”

¹⁶ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 “มาตรา 35 ในกรณีที่ผู้เสียหายมีสิทธิและประสงค์ที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์ ให้พนักงานอัยการเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนผู้เสียหายตามที่ได้รับแจ้งจากปลัดกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์หรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย”

อัยการสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวให้แก่ผู้เสียหายไปพร้อมกับค่าฟ้องคดีอาญาในความผิดฐาน บังคับใช้แรงงานได้ในคราวเดียวกันเพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกและเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้เสียหายในการดำเนินคดีทางแพ่งฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเอาแก่นายจ้างผู้กระทำความผิด

นอกจากนี้ สิ่งที่ผู้เสียหายผู้ถูกบังคับใช้แรงงานประสงค์ส่วนใหญ่ คือ เงินค่าจ้างแรงงานที่ได้รับอย่างไม่เป็นธรรม ดังนั้น กระทรวงแรงงานจึงควรเข้ามามีบทบาทสำคัญในเรื่องนี้ อย่างไรก็ตามจนถึงปัจจุบันการ กำหนดบทบาทแบ่งหน้าที่กันระหว่างกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์กับกระทรวงแรงงานยังไม่ชัดเจน การทำอนุบัญญัติที่เกี่ยวข้องยังไม่แล้วเสร็จจึงน่าติดตามต่อไปว่าแต่ละหน่วยงานจะมีบทบาทในการให้ความช่วยเหลือผู้เสียหายเหล่านี้ในลักษณะไหนเพียงใด

6. บทสรุป

ประเทศไทยได้เริ่มบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับ “บังคับใช้แรงงานหรือบริการ” โดยบัญญัติเป็นความผิดฐานบังคับใช้แรงงานหรือบริการไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 สำหรับการใช้และตีความกฎหมายบังคับใช้แรงงานหรือบริการนั้น ตัวชี้วัดภาวะบังคับใช้แรงงานทั้ง 11 ประการ ที่จัดทำโดยองค์การแรงงานระหว่างประเทศ International Labour Organization (ILO) มีประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายที่จะนำมาใช้เป็นหลักพื้นฐานในการประเมินหรือคัดแยกเบื้องต้นว่าแรงงานคนใดตกเป็นเหยื่อของการถูกบังคับใช้แรงงานหรือไม่ ทั้งนี้ กฎหมายฉบับนี้ให้คุ้มครองแก่แรงงานทุกประเภท รวมทั้งได้สร้างมาตรการในการช่วยเหลือแรงงานผู้ถูกบังคับใช้แรงงานเช่นเดียวกับผู้เสียหายในคดีค้ามนุษย์

**บทบาทภาครัฐในการส่งเสริมและกำกับดูแล
การประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว***

**The Roles of the State in the Promotion and Monitoring
of Undertaking of Businesses by Foreigners**

*กฤษณา บุญแท้***

Kissana Boontae

วันที่รับบทความ 4 มีนาคม 2563; วันแก้ไขบทความ 12 พฤษภาคม 2563; วันตอบรับบทความ 3 มิถุนายน 2563

บทคัดย่อ

ปัจจุบันการดำเนินการลงทุนจากบุคคลต่างชาติในประเทศไทยเป็นแบบเสรีทางการค้าอย่างมีเงื่อนไข และมีข้อกำหนดที่เข้มงวด โดยมีการห้ามบุคคลต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยในบางธุรกิจ และธุรกิจบางประเภทคนต่างชาติจะดำเนินการได้ต้องขออนุญาตก่อนถึงจะดำเนินธุรกิจได้ ทั้งนี้ การประกอบธุรกิจจากคนต่างชาตินั้นอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของบุคคลคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งบังคับใช้มาเป็นระยะเวลาเกือบ 20 ปี และในปัจจุบันการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศหรือการลงทุนจากต่างประเทศเป็นไปอย่างรวดเร็วและเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพเศรษฐกิจและสังคมการเมืองของประเทศ สิ่งสำคัญที่สุดคือ นโยบายการค้าการลงทุน และความสะดวกรวดเร็วในการเปิดเสรีทางการค้าเพื่อดึงดูดชาวต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศให้ได้มากและมีผลดีต่อประเทศให้มากที่สุด

เหตุผลดังกล่าวจึงเป็นที่มาในการศึกษาถึงบทบาทของรัฐในการส่งเสริมและการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวในประเทศไทย โดยศึกษาบทบาทนโยบายของรัฐ ทั้งในระดับนโยบายและการนำนโยบายไปปฏิบัติ หน่วยงานของรัฐต่าง ๆ ที่ทำหน้าที่ในการส่งเสริมและกำกับดูแล กฎเกณฑ์ข้อ

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

** นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ที่อยู่ : คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เลขที่ 118 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ

กรุงเทพฯ 10240

Email : kissana.bt@gmail.com

ห้าม เงื่อนไขในการเข้ามาลงทุนของชาวต่างชาติ โดยศึกษาทั้งในแง่กฎหมายที่ใช้บังคับ แนวนโยบายที่ผ่านมา หลักคิดทฤษฎี ทั้งของไทยและต่างประเทศ โดยผลการศึกษาพบว่า บทบาทภาครัฐขาดนโยบายระดับรัฐบาลที่มีความชัดเจนในเรื่องการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ รวมทั้งขาดการวางแผนในระยะสั้น ระยะกลาง ระยะยาว ทั้งนี้องค์กร หน่วยงานของรัฐในการส่งเสริมกำกับดูแล คือ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า และคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของบุคคลคนต่างด้าว ยังมีข้อจำกัดในด้านบทบาทหน้าที่ในการส่งเสริมการลงทุนของคนต่างด้าว ทั้งด้านการปฏิบัติการด้านวิชาการ จำนวนบุคลากรในการปฏิบัติงาน การควบคุม และการเปิดเสรีการค้าตามบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติฯ ซึ่งเป็นการควบคุมที่เข้มงวดในหลายประเภทธุรกิจ ส่งผลให้เกิดการผูกขาดจากกลุ่มทุนในประเทศ ไม่เกิดการพัฒนาด้านนวัตกรรมในทางการค้าและบริการ ทำให้ไม่ทันต่อการเปลี่ยนแปลงในการแข่งขันระหว่างประเทศที่เปลี่ยนไปอย่างรวดเร็ว จึงเป็นที่มาของข้อเสนอแนะในการศึกษาครั้งนี้

ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะในการแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้แก่ การแก้ไขประเด็น นโยบาย และแผนในการส่งเสริมและกำกับดูแลการค้าการลงทุนจากต่างประเทศ โดยกำหนดให้มีแผนแม่บทและแผนปฏิบัติการในการส่งเสริมและกำกับดูแลในระยะสั้น ระยะกลาง และระยะยาว แก้ไขและกำหนดบทบาทของหน่วยงานของรัฐในการส่งเสริมและกำกับดูแล ทั้งคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของบุคคลคนต่างด้าว และกรมพัฒนาธุรกิจการค้าให้มีบทบาทหน้าที่เชิงรุกมากขึ้น เน้นบทบาทการส่งเสริมให้ชัดเจน และบทบาทในการควบคุมให้เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจที่เปลี่ยนไปอย่างรวดเร็ว และประการสุดท้ายพิจารณาเปิดเสรีทางการค้าให้มากขึ้น โดยทบทวนบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติ เปิดโอกาสให้ต่างชาติเข้ามาลงทุนในธุรกิจที่เคยมีข้อจำกัด เพื่อให้เกิดเสรีทางการค้าและเกิดประโยชน์ต่อสภาพเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว และทำให้ผู้ประกอบการไทยพร้อมที่จะแข่งขันและพัฒนาในระดับระหว่างประเทศได้

คำสำคัญ: บทบาทภาครัฐ, ส่งเสริม, กำกับดูแล, การประกอบธุรกิจ, บุคคลต่างด้าว

Abstract

Currently, trading and investing in Thailand by a foreigner is freely permitted only subject to conditions and restrictive covenants. A foreigner is not permitted to undertake certain types of business and for certain types of business a license must be obtained in advance. Foreign business operation is subject to the Foreign Business Act B.E. 2542 (1999) which has been enacted for almost 20 years. At present, international trading and investments or investment from overseas have grown rapidly and changed according to the economic and political situation of the country, but the most important issues are trading and investment policy and convenience on free trade in order to attract foreign investors to the country and yield the most benefit to the country.

This has inspired the study on the roles of the state in the promotion and monitoring of undertaking of businesses by foreigners in Thailand. The study has been made on the government policy, both at the levels of policy planning and implementation, governmental agencies acting as promoter and regulator, rules, regulation and conditions for a foreigner to invest, by studying from the perspectives of the laws being in force, past policy, both Thai and foreign academic principles and theories. The study has shown that the state's role is lacking on clear government policy on promotion of foreign investment and lacking on short, medium- and long-term planning. Moreover, the government's agency responsible for foreign investment regulating and monitoring, namely the Department of Business Development and the Foreign Business Commission, are still limited in their roles to promote foreign investment from the lacks of academic operation, available personnel, control and the restriction under the controlled business listed in the Annex of the Foreign Business Act, which imposes strict control over many types of businesses resulted in the monopoly by a few domestic capital groups. This prevents the innovative development of the country in trading and services and thus cannot keep up with fast changing situation of international trade competition. Taken those into consideration, the suggestions from this study are as follows:

The researcher suggested that The Foreign Business Act B.E. 2542 (1999) should be reviewed regarding policy and plan to promote and regulate foreign trade and investment by establishing master plan and short , immediate and long term action plan for the promotion and regulation. The amendments should also be made on the appropriate role of related government agencies. The Foreign Business Commission and Department of Business Development should work more proactively, focus on supportive role and regulate the business according to rapidly changing economic environment. Finally, free trade should be more promoted by reconsidering the list of restricted businesses in the annex of Foreign Business Act while allowing more investment opportunities by foreigners previously restricted to conduct businesses. These are to allow free trade and benefit most from therapid changes of economic circumstances, then to prepare Thai entrepreneurs for development and competition at the international levels.

Keywords: state's role, promotion, regulate, business operation, foreigner

1. บทนำ

ในปัจจุบันโลกรวมถึงประเทศไทยมีระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมเป็นหลักโดยมีแนวโน้มในระบบเศรษฐกิจและการดำเนินธุรกิจแบบเสรีโดยเน้นไปที่ระบบกลไกตลาด ปล่อยให้มีการแข่งขันกันอย่างเสรีในทุก ๆ ด้านในทางธุรกิจ มีการโยกย้ายและเคลื่อนที่ของทุนและเทคโนโลยีต่าง ๆ ในการทำธุรกิจจากพื้นที่หนึ่งไปยังอีกพื้นที่หนึ่งจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งโดยไปในนามขององค์กรธุรกิจต่าง ๆ ทั้งในรูปแบบบริษัทข้ามชาติหรือไปร่วมทุนกับนักธุรกิจท้องถิ่น โดยการไปลงทุนในประเทศอื่น ๆ นอกจากประเทศของเจ้าของทุนก็เพื่อที่จะดำเนินธุรกิจให้ได้ผลตอบแทนในปริมาณที่มากที่สุดโดยใช้ต้นทุนน้อยที่สุด โดยส่วนใหญ่ นักธุรกิจหวังไปใช้ทรัพยากรในประเทศที่ไปลงทุนให้ได้ผลมากที่สุดโดยไม่คำนึงถึงความเสมอภาคหรือการแข่งขันที่เป็นธรรมเท่าที่ควร แต่ก็มีบางกรณีที่ได้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีขั้นสูงต่าง ๆ ไปยังประเทศที่ไปลงทุนแต่ก็เป็นไปเพื่อธุรกิจของตนหรือเพื่อประเทศที่ไปลงทุนเป็นส่วนน้อย บางกรณีก็ไปดำเนินธุรกิจแบบเสรีแต่ไม่มีความเป็นธรรมและกอบโกยจากประเทศเจ้าของทรัพยากรจนเกิดความไม่เป็นธรรม ประเทศไทยเป็นประเทศที่กำลังพัฒนาอย่างต่อเนื่องในด้านเศรษฐกิจและมีทรัพยากรในด้านต่าง ๆ ที่มีคุณภาพ จึงถือได้ว่าประเทศไทยเป็นประเทศที่มีความน่าลงทุนอย่างสูงและดึงดูดนักลงทุนชาวต่างชาติให้เข้ามาทำธุรกิจประเภทต่าง ๆ เป็นจำนวนมากในประเทศ โดยส่วนใหญ่จะมาในรูปแบบบริษัทข้ามชาติและหรือเข้ามาเป็นหุ้นส่วนกับนักธุรกิจไทย โดยประการสำคัญการเข้ามาลงทุนของชาวต่างชาติในไทย จะมาพร้อมปริมาณของเงินทุนที่มหาศาลและการนำเทคโนโลยีที่ทันสมัยในการผลิตเข้ามาในไทย โดยการเข้ามาของทุนและเทคโนโลยีของชาวต่างชาติ ฉะนั้น รัฐมีความจำเป็นที่จะต้องเข้าไปควบคุมส่งเสริมการลงทุนจากต่างชาติให้เกิดเสรีทางการค้าและการพัฒนาในประเภทธุรกิจที่คนไทยมีความพร้อมที่จะแข่งขันและรัฐต้องเข้าไปควบคุมทุนจากต่างชาติเพื่อความมั่นคงของรัฐในบางกรณีและควบคุมป้องกันระบบเศรษฐกิจของประเทศ เพื่อไม่ให้เกิดการผูกขาดทางเศรษฐกิจและธุรกิจจากชาวต่างชาติ แต่การที่รัฐจะเข้ามามีบทบาทในทางเศรษฐกิจนั้น รัฐไม่สามารถที่จะเข้าไปมีบทบาทหรือแทรกแซงในทุก ๆ ด้านได้ เพราะการเข้าไปมีบทบาทของรัฐจำเป็นจะต้องมีกรอบมีขอบเขตเพื่อป้องกันระบบและส่งเสริมในทางเศรษฐกิจในบางกรณี บางประเภท บางลักษณะเท่านั้น โดยหลักการการเข้าไปมีบทบาททางเศรษฐกิจของรัฐนั้นมีขอบเขตอย่างจำกัดนั้น จึงต้องศึกษาและวิเคราะห์บทบาทหน้าที่ของรัฐ และบทบาทหน้าที่ของรัฐในทางเศรษฐกิจโดยผ่านทางหลักการ ดังนี้

“ภารกิจพื้นฐาน”¹ เป็นภารกิจหลัก ได้แก่ ภารกิจที่เกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยทั้งภายในและภายนอก รัฐ เช่น ความมั่นคงทางการทหาร ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การสร้างความสงบเรียบร้อยภายในรัฐให้ประชาชนและสังคมมีความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน และต่อมาคือ “ภารกิจลำดับรอง” เป็นภารกิจเสริมที่รัฐจำเป็นต้องเข้าไปตอบโจทย์ตอบสนองความต้องการของประชาชนให้ตรงจุดที่สุดและต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงไปให้ตรงตามการเปลี่ยนแปลงของความต้องการของประชาชนให้มากที่สุด คือ ภารกิจด้านเศรษฐกิจ เป็นภารกิจของรัฐที่รัฐเข้าไปดูแล ควบคุม และส่งเสริมในด้านพาณิชย์และในด้านอุตสาหกรรม

¹ สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2552)

โดยรัฐจะเข้าไปดูแล ส่งเสริม และควบคุมระบบเศรษฐกิจในภาพรวมหรือในระดับมหภาคเป็นส่วนใหญ่ แต่จะมีเป็นบางกรณีที่รัฐเข้าไปดูแลโดยลงในรายละเอียดในระบบเศรษฐกิจในบางประเภทหรือบางลักษณะที่มีความสำคัญที่อาจจะส่งผลกระทบต่อความเป็นนัยสำคัญทั้งในด้านความมั่นคงของรัฐหรือในระบบสาธารณสุขโรคหรือที่จะส่งผลกระทบต่อระบบสังคมและชีวิตความเป็นอยู่ของพลเมืองในรัฐ ทั้งนี้ การที่รัฐจะเข้าไปมีบทบาทในทางเศรษฐกิจได้รัฐจะต้องมีเครื่องมือและกลไกเข้าไปดำเนินการผ่านทางกฎหมายมหาชนในทางเศรษฐกิจ

ปัจจุบันประเทศไทยมีการควบคุมการลงทุนจากต่างชาติในระดับที่เข้มงวดพอสมควรโดยควบคุมผ่านพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของบุคคลคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งโดยหลักการสำคัญของพระราชบัญญัติฉบับนี้เพื่อควบคุมและกำหนดเงื่อนไขในหลายๆ ประการ ในการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวโดยมีการกำหนดว่าการประกอบธุรกิจแบบใดสัดส่วนเท่าใดถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจโดยบุคคลต่างด้าว และเมื่อเป็นการประกอบธุรกิจโดยบุคคลต่างด้าวก็ต้องห้ามในการประกอบธุรกิจบางประเภทที่กำหนดในบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติ² ซึ่งบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติประกอบด้วยสามบัญชีที่มีรายละเอียดที่สำคัญดังต่อไปนี้ “บัญชีที่ 1” เป็นบัญชีที่กำหนดประเภทธุรกิจที่ไม่อนุญาตประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ สงวนไว้ให้คนไทยโดยเฉพาะ “บัญชีที่ 2” เป็นบัญชีที่กำหนดประเภทธุรกิจที่บุคคลต่างด้าวสามารถทำได้เมื่อได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยการอนุมัติของคณะกรรมการ “บัญชีที่ 3” เป็นบัญชีที่กำหนดประเภทธุรกิจที่คนไทยยังไม่พร้อมที่จะประกอบกิจการแข่งขันกับบุคคลต่างด้าวโดยหลักห้ามบุคคลต่างด้าวประกอบธุรกิจประเภทที่ระบุไว้ในบัญชีที่สามนี้ แต่มีข้อยกเว้นไว้ถ้าจะประกอบกิจการประเภทนี้ได้ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกอบธุรกิจของบุคคลคนต่างด้าว

จากที่กล่าวมา พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของบุคคลคนต่างด้าว พ.ศ.2542 เป็นกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ (รายละเอียดอธิบายในลำดับถัดไป) ที่เป็นเครื่องมือของรัฐในการเข้ามาควบคุมการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว โดยเป็นการกำหนดว่าการประกอบธุรกิจโดยบุคคลหรือนิติบุคคลแบบใดจะเข้าข่ายเป็นบุคคลต่างด้าวและเมื่อเป็นบุคคลต่างด้าวก็จะไม่สามารถประกอบกิจการที่ห้ามบุคคลต่างด้าวประกอบกิจการได้ โดยกิจการที่ต้องห้ามนั้นมีหลายรูปแบบหลากหลายประเภทครอบคลุมมากจนเกินไปหากพิจารณาเบื้องต้นโดยไม่ลงลึกในรายละเอียดอาจดูเป็นการคุ้มครองป้องกันผู้ประกอบธุรกิจสัญชาติไทยไม่ให้ถูกประกอบกิจการค้าแข่งจากบุคคลต่างชาติและคุ้มครองผลประโยชน์และความมั่นคงของรัฐ

แต่ในทางกลับกัน หากพิจารณาหลังไปในรายละเอียดในทุกแง่มุมและมองเรื่องการแข่งขันทางการค้าในประเทศ จะพบว่ากฎหมายในปัจจุบันมิได้เป็นการคุ้มครองผู้ประกอบธุรกิจสัญชาติไทยโดยภาพรวมอย่างครอบคลุมแต่กลับเป็นการคุ้มครองหรือปล่อยให้กลุ่มทุนไทยบางกลุ่มหรือเป็นส่วนน้อยยึดครองการแข่งขันหรือผูกขาดในกลุ่มธุรกิจที่ห้ามมิให้บุคคลต่างด้าวประกอบกิจการ เมื่อเกิดการผูกขาดโดยเมื่อไม่มีการแข่งขันจากกลุ่มทุนต่างชาติทำให้กลุ่มทุนที่ผูกขาดสามารถมีอำนาจเหนือตลาด หรืออาจสามารถควบคุมตลาดโดยภาพรวมได้ ทำให้ไม่เกิดการแข่งขันในด้านสินค้าและบริการอย่างเท่าที่ควร ท้ายที่สุดจะส่งผลกระทบต่อ

² พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว พ.ศ.2542, ราชกิจจานุเบกษา, 116, 123 (4 ธันวาคม 2542)

ผู้บริโภคในที่สุด ข้อบกพร่องที่ส่งผลเสียประการต่อมาคือเมื่อปิดกั้นการลงทุนจากต่างประเทศแล้ว จะมีเพียงทุนภายในประเทศ ทำให้ประเทศไทยขาดโอกาสหรือเสียโอกาสที่จะมีทุนจำนวนมากจากต่างประเทศเข้ามาลงทุนในประเทศ จนทำให้ระบบเศรษฐกิจในหลาย ๆ ด้านไม่เจริญเติบโตเท่าที่ควร เมื่อไม่มีการลงทุนจากประเภทหรือกลุ่มทุนที่หลากหลาย อาจทำให้เกิดการไม่พัฒนาของระบบเทคโนโลยีหรือเทคโนโลยีขั้นสูง เพราะบุคคลต่างด้าวเมื่อไม่สามารถลงทุนได้อย่างเต็มที่ก็จะเกิดความไม่มั่นใจในการลงทุนและการที่ชะงักงันของเทคโนโลยีขั้นสูงในการผลิตและบริการ

ดังที่กล่าวมา นโยบายภาครัฐและกฎหมายที่บังคับใช้ ปิดกั้นกลุ่มทุนจากต่างชาติทำให้เกิดผลเสียในหลาย ๆ กรณีมากกว่าการที่เราจะเปิดเสรีทางการค้าให้มากและหลากหลายขึ้นตามลำดับ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนของชาวต่างชาติเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปตามระบบเศรษฐกิจโลก และในปัจจุบันสภาพสังคมและเศรษฐกิจของโลกกลายเป็นแบบโลกาภิวัตน์โดยมีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนโยบายของภาครัฐและกฎหมายที่เกี่ยวข้องควรจะเป็นไปแบบยืดหยุ่น เพื่อรองรับกับการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วของระบบเศรษฐกิจโลก และต้องวางกลไกในการเปิดเสรีทางการค้าและส่งเสริมให้เกิดเสรีในการแข่งขันทางการค้าให้เกิดการแข่งขันอย่างสมบูรณ์ เพราะมีการเปิดเสรีทางการค้าที่มากขึ้นและหลากหลายขึ้นโดยเมื่อเปิดเสรีทางการค้าก็จะเกิดการเคลื่อนย้ายเงินทุนจำนวนมากจากต่างประเทศพร้อมด้วยเทคโนโลยีที่ทันสมัย ทำให้ในอนาคตอาจเกิดการผูกขาดในการประกอบธุรกิจได้ ฉะนั้น เมื่อมีการเปิดเสรีทางการค้าแล้วควรที่จะมีกลไกที่คอยตรวจสอบกำกับดูแลเพื่อป้องกันการผูกขาดทางธุรกิจจากกลุ่มทุนต่างชาติโดยเฉพาะ เพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีที่สุด ซึ่งในปัจจุบันรัฐในฐานะผู้บริหารและผู้ที่มีหน้าที่ในการพัฒนาประเทศในด้านต่าง ๆ และที่สำคัญในด้านเศรษฐกิจโดยอาศัยกลไกต่าง ๆ ในการขับเคลื่อนนั้น ยังมีบางกรณีที่ยังไม่อาจตอบสนองการพัฒนาเศรษฐกิจได้อย่างเท่าที่ควร โดยเฉพาะการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว รัฐยังขาดทิศทางและนโยบายในการบริหารจัดการการพัฒนาโดยเฉพาะการส่งเสริมและกำกับดูแลที่ชัดเจน รวมทั้งทิศทาง แผนในอนาคต ทั้งแผนระยะสั้น แผนระยะกลางและแผนระยะยาว อีกทั้งมีเพียงกลไกในการควบคุมกำกับดูแลและส่งเสริม เพียงกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กองบริหารการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว ซึ่งเป็นเพียงหน่วยงานระดับต่ำกว่ากรม ที่ทำหน้าที่การอนุญาตออกหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว ศึกษาวิเคราะห์แนวโน้มการประกอบธุรกิจรวมทั้งข้อดีข้อเสียจากการอนุญาต งานเลขานุการของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวเพียงเท่านั้น จึงอาจยังไม่เพียงพอในการกำหนดในเชิงนโยบาย การบริหาร ส่งเสริมและกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของบุคคลคนต่างด้าว

ดังนั้น ประเด็นปัญหาที่สำคัญในการส่งเสริมและกำกับดูแลการลงทุนจากต่างประเทศจึงสามารถพิจารณาได้เป็น 3 ประเด็น ได้แก่

1. นโยบายของภาครัฐ ตั้งแต่ระดับรัฐบาลหรือแผนพัฒนาระดับชาติยังขาดความชัดเจนในการส่งเสริมหรือผลักดันไปในทิศทางใด ทั้งในรูปแบบเปิดเสรีทางการค้า หรือเปิดเสรีทางการค้าแบบมีเงื่อนไข หรือควบคุมเสรีทางการค้า และเมื่อกำหนดกรอบทิศทางนโยบายที่ชัดเจนแล้วจะสามารถพิจารณากำหนดนโยบายลำดับรองลงมาเพื่อพิจารณาหน่วยงานในการผลักดันนโยบายให้ประสบผลสำเร็จ

2. หน่วยงานในการส่งเสริมและกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว ในปัจจุบันนั้น เป็นหน่วยงานของรัฐ เป็นส่วนราชการระดับกอง ซึ่งเป็นหน่วยงานขนาดเล็กอัตรากำลังขาดแคลน ทั้งนี้เมื่อระดับนโยบายไม่มีความชัดเจน ไม่มีแผนในการพัฒนาการประกอบธุรกิจของบุคคลคนต่างด้าวอย่างชัดเจน ทำให้การดำเนินงานของหน่วยงานในการขับเคลื่อนนโยบายขาดทิศทางที่ชัดเจน ดำเนินการตามภารกิจเดิม ๆ คือ รับประทานอนุญาตอนุมัติให้ประกอบธุรกิจ ขาดการดำเนินงานในเชิงรุกเพื่อส่งเสริมและพัฒนาและดึงดูดการลงทุนในการค้าและบริการต่าง ๆ

3. การเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วของการค้าและบริการแบบไร้พรมแดน ทำให้การค้าเปลี่ยนแปลงไปจากรูปแบบเดิม จึงต้องอาศัยการพัฒนาการลงทุน อาศัยเทคนิคเทคโนโลยีจากภายนอกเพื่อส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันการพัฒนาการค้าและบริการให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงต่อความต้องการในการบริโภค ทั้งนี้ หากปิดกั้นหรือไม่เปิดเสรีทางการค้าจะทำให้ไม่เกิดการพัฒนาในระยะยาว หรือเปิดเสรีทางการค้าเพื่อให้เกิดการแข่งขันการพัฒนาคุณภาพสินค้าและบริการจะเปิดแค่นั้นและทิศทางใดเพื่อให้เหมาะสมกับประเทศไทย จึงเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อประเทศต่อไป

เมื่อพิจารณาและวิเคราะห์แล้วรัฐจึงควรเข้ามาดูแลและให้ความสำคัญในเชิงนโยบาย และกำหนดแผนในการพัฒนาในระยะต่าง ๆ รวมทั้ง การเปิดเสรีทางการค้าของบุคคลต่างด้าวให้มากขึ้นและมีความยืดหยุ่นให้เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว รวมทั้งวางกลไกในการป้องกันการผูกขาดจากการประกอบธุรกิจของบุคคลคนต่างด้าว โดยพิจารณาปรับปรุงพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของบุคคลคนต่างด้าว พ.ศ.2542 จึงเป็นที่มาในการศึกษาเชิงเปรียบเทียบในแนวนโยบายพื้นฐานแผนการพัฒนา และการส่งเสริมกำกับดูแลการเปิดเสรีทางการค้า รวมทั้งกฎหมาย กฎระเบียบ ข้อบังคับของการประกอบธุรกิจของบุคคลคนต่างด้าวของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอื่น ๆ เพราะเป็นประเทศแห่งเสรีทางการค้าและมีนโยบายในการส่งเสริมการค้าและการลงทุนที่ชัดเจน ตลอดจนพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าและบริการ เปรียบเทียบกับนโยบายและกฎหมายไทย ทั้งนี้ ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาและวิเคราะห์ดังต่อไปนี้

1. นโยบายของรัฐในการส่งเสริมและกำกับดูแลการค้าการลงทุนและการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว
2. บทบาทและหน้าที่ของหน่วยงานและองค์กรของรัฐในการส่งเสริมและกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว
3. การพิจารณาเปิดเสรีทางการค้าโดยการทบทวนบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ.2542

จากประเด็นกฎหมายทั้ง 3 ประเด็นนี้ ผู้ศึกษาจะชี้ให้เห็นถึงปัญหาและแนวทางในการแก้ไข เพื่อให้มีมาตรการควบคุมและป้องกันการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวเพื่อไม่ให้เกิดการผูกขาด และยังเสนอแนะบทบาทของภาครัฐในการควบคุมส่งเสริมการป้องกันการผูกขาดเพื่อให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในไทยได้อย่างรอบคอบ อันจะเป็นผลให้เศรษฐกิจอยู่ในระบบการค้าเสรีโดยมีหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ส่งเสริมและกำกับดูแล

2. แนวคิดการส่งเสริมและการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างตัวของรัฐ

2.1 บทบาทของรัฐ

รัฐ คือ การรวมกลุ่มของบุคคล รวมตัวกันอยู่ในดินแดนที่มีความแน่นอนและมีขอบเขตที่ชัดเจน มีรัฐบาลซึ่งมีอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจสูงสุดในการดำเนินการในกิจการของรัฐ เพื่อก่อให้เกิดความสงบสุข และความเป็นอยู่ที่ดีของประชากรในประเทศนั้น รวมทั้ง จะต้องให้ประเทศมีการพัฒนาและเติบโตในด้านต่าง ๆ ทั้งการเมือง สังคม และที่สำคัญในปัจจุบัน คือ ด้านเศรษฐกิจ ถ้าเศรษฐกิจมีความเข้มแข็ง พัฒนาเติบโตอย่างยั่งยืน ประชากรมีความมั่งคั่งก็จะส่งผลให้เกิดสภาพแวดล้อมที่เหมาะสมในการพัฒนาประเทศในด้านอื่น ๆ

2.1.1 บทบาทของรัฐในการพัฒนาประเทศ

รัฐ โดยรัฐบาลเป็นกลุ่มบุคคลที่มีหน้าที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการบริหารจัดการในประเทศ กำหนดนโยบายในด้านต่าง ๆ ทั้งการเมือง สังคม เศรษฐกิจ และมีกลไกในการนำนโยบายไปปฏิบัติ บังคับใช้ให้เกิดผลสัมฤทธิ์และมีประสิทธิภาพที่สุดผ่านหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ ทั้งหน่วยราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค ส่วนและท้องถิ่น ในรูปแบบกระทรวง ทบวง กรม จังหวัด อำเภอ และองค์กรปกครองท้องถิ่น รวมถึงหน่วยงานอื่น ๆ ของรัฐที่ไม่ใช่ส่วนราชการ ทั้งหน่วยงานอิสระ องค์กรมหาชน เป็นต้น เพื่อเป็นกลไกของรัฐบาลในการดูแลเรื่องต่าง ๆ ภายในประเทศให้เกิดการพัฒนาเติบโตอย่างยั่งยืน และมั่นคงในทุก ๆ ด้าน ดังนั้น จึงถือว่ารัฐหรือรัฐบาลมีหน้าที่หลักในการพัฒนาประเทศในทุก ๆ ด้าน รัฐจึงต้องอาศัยเครื่องมือที่สำคัญในการดำเนินการหลัก นั่นคือ รัฐประศาสนนโยบายและการบริการสาธารณะ (Public Service) การตอบสนองความต้องการของสังคมและปัจเจกชนที่เป็นสมาชิกของสังคมในอันที่จะได้รับบริการจากรัฐในเรื่องที่เอกชนหรือวิสาหกิจเอกชนไม่อาจตอบสนองได้ ไม่ว่าจะเป็นการจัดให้มีบริการสาธารณะในด้านการให้ความคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคต่าง ๆ การจัดให้มีระบบเศรษฐกิจที่เอื้ออำนวยต่อการดำเนินชีวิตแบบก้าวหน้า³ ทั้งนี้ เพื่อส่งเสริมและพัฒนาประเทศในทุก ๆ ด้าน ให้พัฒนาไปอย่างมั่นคง มั่งคั่ง ยั่งยืน และตอบสนองตรงตามความต้องการของประชาชนอย่างทั่วถึง

2.1.2 บทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจ

บทบาทของรัฐทางเศรษฐกิจในปัจจุบันมีการเปลี่ยนแปลงไปมากโดยผันแปรจากการเน้นการใช้ทรัพยากรไปสู่การใช้นวัตกรรมเป็นปัจจัยหลักในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจโดยจะต้องเน้นการเพิ่มความสามารถและประสิทธิภาพให้กับทรัพยากร แรงงาน และทุน โดยเน้นการใช้นวัตกรรมและเทคโนโลยีขั้นสูงสมัยใหม่ในการนำการผลิตและการแข่งขันในทางเศรษฐกิจ จึงกล่าวได้ว่ารัฐต่าง ๆ ในปัจจุบัน จะต้องมีการกิจที่สำคัญดังต่อไปนี้

(1) การกิจด้านเศรษฐกิจ⁴ เป็นภารกิจของรัฐที่รัฐเข้าไปดูแล ควบคุม และส่งเสริมในด้านพาณิชย์และในด้านอุตสาหกรรมโดยรัฐจะเข้าไปดูแล ส่งเสริม และควบคุมระบบเศรษฐกิจในภาพรวมหรือใน

³ ชาญชัย แสงวงศ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 10, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2548)

⁴ สมยศ เชื้อไทย (ก 1)

ระดับมหภาคเป็นส่วนใหญ่ แต่ก็จะมีส่วนที่เป็นบางกรณีที่รัฐจะเข้าไปดูแลโดยลงในรายละเอียดในระบบเศรษฐกิจในบางประเภทหรือบางลักษณะที่มีความสำคัญที่อาจจะส่งผลกระทบต่อที่เป็นนัยสำคัญทั้งในด้านความมั่นคงของรัฐหรือในระบบสาธารณูปโภคหรือที่จะส่งผลกระทบต่อระบบสังคมและชีวิตความเป็นอยู่ของพลเมืองในรัฐ

(2) ภารกิจในการเปิดเสรีทางการค้า เป็นหลักการสำคัญในการเสริมสร้างระบบเศรษฐกิจของประเทศให้มีการแข่งขัน การพัฒนาให้เจริญเติบโตอย่างยั่งยืน โดยหลักการสำคัญของการเปิดเสรีทางการค้า จะมีการนำเอามิติทางเศรษฐกิจด้านการค้า (Trade) เข้ามาเกี่ยวข้อง จะนำไปสู่แนวคิดเกี่ยวกับการเปิดเสรีทางการค้า (Trade Liberalization) หรือที่เรียกกันว่าการค้าเสรี (Free Trade)⁵ และหลักการจะอิงกับแนวคิดทางปฏิบัติเกี่ยวกับการเปิดเสรีทางการค้าภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) โดยหลังจากการเจรจาการค้าโลกรอบอุรุกวัยสิ้นสุดลง เมื่อปี ค.ศ. 1993 จึงมีการสร้างกฎเกณฑ์กติกาใหม่ที่เรียกว่า ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS) และนับเป็นครั้งแรกที่ภาคบริการซึ่งรวมถึงภาคบริการด้านการเงินกลายมาเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงทางการค้าของโลก ดังนั้น การที่รัฐจะดำเนินนโยบายใด ๆ ในด้านการเปิดเสรีการค้า นั้น จะต้องปฏิบัติให้อยู่ภายใต้กรอบและกติกาของการค้าสากลด้วย

2.1.3 บทบาทของรัฐในการออกกฎหมาย/กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ

บทบาทของรัฐในการออกกฎหมายเพื่อดำเนินการและมีมาตรการในการดำเนินการในด้านต่าง ๆ เพื่อเป็นเครื่องมือในการบริหารประเทศนับแต่กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง ไปจนถึงกฎหมายที่ออกโดยองค์กรบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ล้วนแต่มีการใช้กฎหมายเป็นหลักในการบริหารจัดการภายในรัฐ และเป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมถือเป็นกฎหมายมหาชน⁶ที่รัฐในฐานะผู้ปกครองบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ความประพฤติของสังคมที่มีทรัพยากรอันจำกัดเพื่อให้มนุษย์หรือเอกชนในสังคมสามารถอยู่ร่วมกันได้โดยสงบสุขและเป็นระเบียบเรียบร้อย อีกทั้ง เป็นเครื่องมือในการพัฒนาสังคม โดยกฎหมายสามารถใช้เป็นเครื่องพัฒนาสังคมในด้านต่าง ๆ คือ การพัฒนาระบบการเมืองการปกครอง ระบบเศรษฐกิจ ระบบสังคม และการที่รัฐออกกฎหมายเพื่อดำเนินการใด ๆ ในทางเศรษฐกิจ จึงถือได้ว่าเป็นกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ⁷ โดยมีหลักการคือ “กฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการเข้ามามีบทบาทแทรกแซงในทางเศรษฐกิจของนิติบุคคลมหาชนทั้งหลาย” การที่รัฐจะเข้าไปมีบทบาทหรือเข้าไปแทรกแซงในทางเศรษฐกิจของรัฐจึงต้องอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือและจะต้องมีกฎหมายที่ชัดเจนที่ให้อำนาจรัฐเข้าไปแทรกแซง โดยการแทรกแซงของรัฐก็จะประกอบไปด้วยหลากหลายรูปแบบหลากหลายวิธีการแล้วแต่ความเหมาะสมทางเศรษฐกิจในเรื่องนั้น ๆ โดยพิจารณาจากสภาวะแวดล้อมทางเศรษฐกิจในหลาย ๆ ด้าน ทั้ง

⁵ กรมศุลกากร, ‘ความสำคัญและความเป็นมาของ FTA’

<http://www.customs.go.th/content_with_menu1_group_link.php?ini_content=fta_and_wto_160809_01&ini_menu=menu_interest_and_law_160421_03&ini_content_group=usage_fta_and_wto_01&lang=th&left_menu=menu_interest_and_law_160421_03_160928_01> สืบค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2561

⁶ สมยศ เชื้อไทย (n 1)

⁷ สุรพล นิติไกรพจน์, ‘ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ’ (2536) 3 วารสารนิติศาสตร์ 371.

ภายในและภายนอกประเทศ เพื่อมาประกอบกันและบูรณาการในการกำหนดวิธีการเข้าไปแทรกแซงที่เหมาะสมและเกิดผลทางเศรษฐกิจมากที่สุด โดยส่วนใหญ่ลักษณะที่รัฐจะเข้าไปแทรกแซงในทางเศรษฐกิจก็จะประกอบไปด้วย ลักษณะแรก คือการที่รัฐเข้าไปกำหนดนโยบายและวางแผนในด้านต่าง ๆ ในทางเศรษฐกิจ ลักษณะต่อมาคือการที่รัฐเข้าไปว่ากฎเกณฑ์หรือกลไกบางอย่างในทางเศรษฐกิจเพื่อส่งเสริมสนับสนุนกิจกรรมทางเศรษฐกิจในบางกรณี และการห้ามมิให้เอกชนเข้าไปประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจในบางลักษณะ และลักษณะสุดท้ายที่รัฐเข้าไปมีบทบาทในการแทรกแซงระบบเศรษฐกิจคือการที่รัฐเข้าไปเป็นผู้กระอบธุรกิจหรือประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจในบางประเภท เพื่อที่จะควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจประเภทนั้น ๆ อย่างเต็มประสิทธิภาพและสามารถกำหนดทิศทางเศรษฐกิจประเภทนั้น ๆ ได้ตามความต้องการของรัฐ

2.2 แนวคิดในการส่งเสริมและกำกับดูแลการค้าการลงทุนและการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว

การลงทุน (Investment)⁸คือ การทำให้เงินเพิ่มพูนขึ้นมาและก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่เจ้าของเงิน การลงทุนจึงเป็นลักษณะของการนำเอาทรัพย์สินรวมถึงเงินสดที่บุคคล หรือกลุ่มธุรกิจนั้นถืออยู่หรือเก็บสะสมไว้ไปดำเนินการเพื่อก่อให้เกิดมูลค่าเพิ่มหรือให้ได้รับผลตอบแทนกลับคืนมาในช่วงเวลานั้น ๆ ภายใต้เงื่อนไขข้อจำกัดหรือความเสี่ยงที่บุคคลนั้นจะยอมรับได้

2.2.1 แนวคิดการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment FDI)

แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ เป็นการอธิบายแรงจูงใจในการลงทุน ประกอบด้วยหลาย ๆ ทฤษฎี ทั้งนี้ Ohlin⁹ และ Nurkse¹⁰ ซึ่งได้อธิบายว่า การเคลื่อนย้ายเงินทุนจากต่างประเทศเกิดขึ้นได้ เนื่องจากมีความแตกต่างของดอกเบี้ยระหว่างประเทศ โดยเงินทุนจะเคลื่อนย้ายจากประเทศที่มีอัตราต่ำกว่าไปยังประเทศที่มีอัตราสูงกว่า ซึ่งเป็นการอธิบายสาเหตุที่ทำให้เกิดการลงทุนทางอ้อมหรือการลงทุนซื้อหลักทรัพย์ระหว่างประเทศ โดยแต่ละทฤษฎีอธิบายแรงจูงใจที่แตกต่างกันไป ได้แก่ ทฤษฎีองค์การอุตสาหกรรม (Industrial Organization Theory) ทฤษฎีวิวัจจักรของผลผลิต (Product Cycle Theory) ทฤษฎีแหล่งที่ตั้ง (Location Theory) และทฤษฎีการสังเคราะห์ปัจจัยต่าง ๆ ที่กำหนดการลงทุน (Eclectic Theory)

2.2.2 นโยบายในการส่งเสริมกำกับดูแลการค้าการลงทุนและการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว

ในการส่งเสริมและกำกับดูแลการค้าการลงทุน และการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว จะต้องประกอบด้วยหลักการสำคัญ ได้แก่ นโยบายการค้าเสรี (Free Trade Policy) เป็นนโยบายที่ดำเนินการค้าโดยปราศจากการกีดกันทางการค้าจากประเทศที่มีอำนาจในการวางกฎเกณฑ์ ลดอัตราภาษีการค้า และอัตราภาษีศุลกากร เพื่อลดอุปสรรคทางการค้าระหว่างประเทศรวมทั้งไม่มีการเข้าแทรกแซงของรัฐบาลใน

⁸ สุนิสา เฟงเซ้ง, 'ศึกษาความพึงพอใจของผู้ใช้บริการร้านอาหารเอ็ม เค สุกี้ ที่ห้างสรรพสินค้าเดอะมอลล์ สาขาบางแค' (สารนิพนธ์ปริญญาโท, มหาวิทยาลัยสยาม 2557).

⁹ Bertil G Ohlin, *Interregional and International Trade* (Rev. edn, Harvard University Press 1967)

¹⁰ Haberler, Gottfried and Robert M. Stern, *Equilibrium and Growth in the World Economy: Economic Essays* Ragnar Nurkse (Harvard University Press 1961)

การค้าระหว่างประเทศด้วยโดยยึดหลักการแบ่งงานกันทำ การให้สิทธิพิเศษที่เท่าเทียมกัน การเก็บภาษีอากรของรัฐไม่เก็บในอัตราสูง และหลักนโยบายการค้าแบบคุ้มกัน (Protective Trade Policy) เป็นนโยบายการค้าที่ต้องการให้ประเทศของตนส่งออกสินค้าได้มากขึ้น รวมทั้งการกีดกันการนำเข้าสินค้า รัฐบาลจะเข้ามาแทรกแซงในการค้าระหว่างประเทศโดยวิธีการต่าง ๆ เช่น การตั้งกำแพงภาษีศุลกากร (Tariff) การจำกัดสินค้าเข้า (Import Quota) การจำกัดสินค้าออก (Export Restriction) ป้องกันการทุ่มตลาด (Dumping) การให้เงินอุดหนุนสินค้าออก (Export Subsidy) ทั้งนี้รัฐจะต้องจัดทำกฎระเบียบเพื่อป้องกันมิให้ผู้ลงทุนผูกขาดการทำธุรกิจ หรือมิให้มีอำนาจเหนือตลาด โดยรัฐจะเข้าไปแทรกแซงในบางกรณีที่มีความสำคัญต่อกลไกตลาดในระบบเศรษฐกิจ

3. พันธกรณีระหว่างประเทศและบทบาทของรัฐต่างประเทศ (สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย บราซิล ฟิลิปปินส์) ในการส่งเสริมและกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว

3.1 การพิจารณาความเป็นบุคคลต่างด้าวภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าและบริการ (GATS) ของ WTO กรอบการเจรจาการค้าบริการภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS) มีหลักการและวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นกรอบกติกาว่าด้วยหลักการและกฎซึ่งวางระเบียบวินัยเกี่ยวกับการค้าและการบริการระหว่างประเทศ เพื่อให้การค้าบริการระหว่างประเทศดำเนินไปในลักษณะเปิดเผย และเปิดเสรีการค้าแบบก้าวหน้าเป็นลำดับ โดยมีหลักการสำคัญดังต่อไปนี้

3.1.1 หลักการสำคัญในพันธกรณีทั่วไป (general commitments) คือหลักการ ในการเปิดเสรีการค้าและการบริการที่มีผลผูกพันสำหรับทุกประเทศสมาชิกที่เป็นพันธกรณีของ GATS¹¹ ที่ต้องปฏิบัติตามทันทีโดยไม่มีเงื่อนไขและข้อโต้แย้ง ได้แก่ การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favored Nation : MFN) ซึ่งกำหนดว่าสมาชิกจะต้องไม่เลือกปฏิบัติระหว่างสมาชิกอื่น ๆ ในการเปิดตลาดบริการ และหลักความโปร่งใส (Transparency) กำหนดว่ากฎ กติกาที่เกี่ยวกับการค้าบริการระหว่างประเทศและการกำกับดูแลจะต้องโปร่งใส และการรวมตัวทางเศรษฐกิจ (Economic Integration) กำหนดให้สมาชิกตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป สามารถเจรจาเพื่อจัดทำข้อตกลงการค้าเสรีแบบทวิภาคีหรือในระดับภูมิภาคได้ เพื่อที่จะเปิดเสรีการค้า บริการให้แก่กันเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจ ตลอดจนหลักการเปิดเสรีแบบก้าวหน้า (Progressive Liberalization) กำหนดว่าสมาชิกจะให้เคารพเปิดเสรีสาขาบริการตามความสมัครใจในลักษณะที่ค่อยเป็นค่อยไปตามความพร้อมของประเทศสมาชิก

3.1.2 รูปแบบการเปิดเสรีภาคบริการ คือ กรอบการเจรจาการค้าบริการภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ กำหนดการเปิดเสรีภาคบริการไว้ 4 ลักษณะ ได้แก่¹² ลักษณะที่ 1 (Mode 1) เป็น

¹¹ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 'รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษากฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และธุรกิจบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจ ของคนต่างด้าว พ.ศ.2542' <<https://tdri.or.th/2018/05/fba/>> สืบค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2561

¹² ภัทร รัษฎกุลสัจจา, 'ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการถือหุ้นอำพร่างในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว' (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2550).

รูปแบบการให้บริการข้ามพรมแดน (Cross-Border Supply) โดยที่ผู้ให้บริการและผู้รับบริการต่างอยู่ประเทศของตน แต่สามารถให้บริการข้ามพรมแดนได้ เช่น การให้คำปรึกษาทางด้านกฎหมายผ่านทางโทรศัพท์ การส่งข้อมูลรายงานวิจัยตลาดออนไลน์ การให้บริการโทรศัพท์ระหว่างประเทศแบบโทรกลับ (call back service) การฝึกอบรมทางไกล (distance learning) เป็นต้น เดิมทีนั้นการให้บริการแบบ mode 1 มักจะเกี่ยวโยงกับการให้บริการทางโทรศัพท์ระหว่างประเทศเป็นหลัก แต่วิวัฒนาการทางเทคโนโลยีด้านการสื่อสารทำให้ผู้ให้บริการสามารถให้บริการหลายประเภทโดยผ่านทางอินเทอร์เน็ตได้ ไม่ว่าจะเป็น e-banking e-insurance e-auction เป็นต้น ทำให้มีการทบทวนใน GATS ว่าควรที่จะแยกการประกอบธุรกรรมผ่านทางอินเทอร์เน็ตหรือที่เรียกว่า e-Commerce นั้นออกมาเป็นรูปแบบการค้าบริการแบบที่ 5 (mode 5) หรือจะรวมไว้ใน mode 1 ลักษณะที่ 2 (Mode 2) เป็นรูปแบบที่ผู้ใช้บริการในประเทศเดินทางไปใช้บริการในต่างแดน (Consumption Abroad) เช่น การเดินทางไปต่างประเทศเพื่อท่องเที่ยว การเดินทางไปศึกษาต่อ หรือเดินทางไปรักษาพยาบาลในต่างประเทศ เป็นต้น ลักษณะที่ 3 (Mode 3) เป็นรูปแบบที่ผู้ให้บริการต่างชาติเข้ามาประกอบกิจการในประเทศ (commercial Presence) เช่น ธนาคารพาณิชย์ต่างชาติเข้ามาเปิดสาขาในประเทศไทยหรือบริษัทไทยไปเปิดสาขาส่งงานในต่างประเทศ เป็นต้น และลักษณะที่ 4 (Mode 4) เป็นรูปแบบที่คนงานต่างชาติสามารถเข้ามาปฏิบัติงานในการให้บริการภายในประเทศ (Presence of Natural Person) ได้ เช่น บริษัทประกันต่างชาติที่ประกอบการในประเทศไทยสามารถจ้างนักคณิตศาสตร์ประกันภัยจากต่างประเทศได้

3.2 บทบาทของรัฐต่างประเทศ (สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย บราซิล ฟิลิปปินส์) ในการส่งเสริมและกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างตัว โดยการศึกษาในครั้งนี้มีเหตุผลเลือกประเทศในการศึกษา ดังนี้ สหรัฐอเมริกาและออสเตรเลีย มีระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยปล่อยให้ไปตามกลไกของตลาด ทั้งนี้ รัฐจะเข้ามาส่งเสริมและกำกับดูแลในภาพรวมตามกรอบของกฎหมายเท่านั้น โดยจะไม่เข้าทำการแทรกแซง ในส่วนของบราซิลและฟิลิปปินส์เป็นประเทศที่กำลังพัฒนา จึงเน้นการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศเพื่อดึงดูดนักลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุนให้ได้ในจำนวนที่มาก โดยหลักเกณฑ์ในการส่งเสริมการลงทุนจากคนต่างตัวในประเทศต่าง ๆ มีหลักเกณฑ์สรุปได้ดังต่อไปนี้

3.2.1 รัฐธรรมนูญของรัฐต่างประเทศ รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย บราซิล และฟิลิปปินส์จะมีหลักการในเรื่องการค้าการลงทุนต่าง ๆ เป็นเพียงกรอบแนวทางให้องค์กรหรือหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องพิจารณาจัดทำหลักเกณฑ์ด้านการค้าและการลงทุน โดยทั้ง 4 ประเทศ รัฐธรรมนูญจะระบุว่าให้รัฐสภามีอำนาจในการตรากฎหมายด้านการค้าและการลงทุน ซึ่งถือว่ารัฐธรรมนูญให้กรอบในเรื่องนี้แบบกว้าง ๆ ให้เป็นแนวทางในการดำเนินการ จะมีส่วนเพิ่มเติมของรัฐธรรมนูญฟิลิปปินส์ และบราซิลนั้นก็จะมีลักษณะคล้ายกันโดยจะมีรายละเอียดให้เป็นแนวทางเพิ่มเติมอีกบางประการ เช่น รัฐพึงจัดระบบเศรษฐกิจให้ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไปพร้อมกันอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน หรือรัฐพึงจัดให้มีและส่งเสริมการวิจัยและพัฒนาวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและศิลปวิทยาการแขนงต่าง ๆ ให้เกิดความรู้ การพัฒนา และนวัตกรรม ทั้งนี้ โดยสรุปรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศจะมีหลักการเพื่อเป็นแนวทางให้รัฐและหน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามแนวทางดังกล่าวในทาง

การค้าการลงทุน โดยจะไม่ระบุไปถึงในรายละเอียดก็เพื่อจะให้เกิดการปรับเปลี่ยนและพัฒนาก้าวทันต่อการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจอย่างรวดเร็ว

3.2.2 กฎหมายการประกอบธุรกิจของบุคคลคนต่างด้าวของรัฐต่างประเทศ จากการศึกษาหลักเกณฑ์ วิธีการ และกฎหมายการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวของทั้ง 4 ประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย บราซิล และฟิลิปปินส์สามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 กลุ่มประเทศ

ประเทศเสรีทางการค้า ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลีย โดยทั้งสองประเทศมีกฎหมายการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวที่ไม่เข้มงวด จะมีแค่หลักการพื้นฐานของการลงทุน การจะเข้ามาประกอบธุรกิจต้องดำเนินการอย่างไร ที่ไหนบ้างเท่านั้น จะไม่มีบทข้อห้ามข้อบังคับในการลงทุน ซึ่งถือว่าการเปิดเสรีในการลงทุนอย่างแท้จริง แต่ก็มีข้อยกเว้นบางกรณีเท่านั้นที่มีกฎหมายเฉพาะซึ่งถือว่าเป็นส่วนน้อยมากที่มีข้อกำหนดในการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวในการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความมั่นคง เช่น โทรคมนาคม การสื่อสาร และหลักการควบรวมกิจการ ซึ่งก็จะมีเงื่อนไขเพียงเล็กน้อย เช่น การถือหุ้นและทุนขั้นต่ำเท่านั้น ดังนั้น จึงถือได้ว่าทั้งสองประเทศมีการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวได้อย่างเสรี ไม่มีมาตรการต้องห้ามในการค้าการลงทุนจากต่างประเทศในทั้งสองประเทศ หรือเรียกได้ว่าเป็นการเปิดเสรีทางการค้าการลงทุนจากต่างประเทศอย่างแท้จริง

ประเทศที่เปิดเสรีทางการค้าแบบมีเงื่อนไขหรือมีข้อกำหนด ได้แก่ ประเทศบราซิลและฟิลิปปินส์ จากการศึกษาทั้งสองประเทศจะมีกฎ ระเบียบ หลักเกณฑ์ กฎหมายการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวที่มีลักษณะคล้าย ๆ กัน คือ ระบุชัดเจนถึงรายละเอียดการเริ่มเข้าไปประกอบธุรกิจของนักลงทุนชาวต่างชาติ และหลักสำคัญคือการระบุนักลงทุนชาวต่างชาติสามารถลงทุนทำธุรกิจประเภทใดได้ และไม่สามารถลงทุนในธุรกิจใดได้บ้าง โดยจะมีกฎหมายห้ามอย่างชัดเจนหรือมีบัญชีแนบท้ายไว้หลังกฎหมายหลักเลยว่าธุรกิจประเภทใดบ้างต้องห้ามสำหรับนักลงทุนชาวต่างชาติ และในกรณีที่จะสามารถลงทุนได้นั้น จะลงทุนได้ในรูปแบบใด ควรมีสัดส่วนการลงทุนที่เท่าไร เงินทุนแค่ไหน ระยะเวลาเท่าใด รวมถึงจะมีมาตรการที่เข้มงวดและรัดกุมในการควบคุมกำกับดูแลที่ชัดเจน เช่น ต้องมีการถ่ายทอดเทคโนโลยีในการดำเนินการ มีบทกำหนดโทษที่ชัดเจนหากนักลงทุนต่างชาติไม่ปฏิบัติตามหรือหลีกเลี่ยงกฎหมาย ดังนั้น จากการศึกษา จึงกล่าวได้ว่า ในสองประเทศนี้ได้ทำการศึกษากฎหมายการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว เป็นกฎหมายที่มีการควบคุมการค้าการลงทุนจากต่างประเทศอย่างชัดเจน ทั้งนี้เพื่อปกป้องผู้ประกอบการภายในประเทศอย่างมาก จึงมีการกำหนดการเปิดเสรีทางการค้าการลงทุนแบบมีเงื่อนไขไว้โดยชัดเจนเพื่อให้นักลงทุนต่างชาติมาดำเนินธุรกิจแข่งกับธุรกิจภายในประเทศ ซึ่งถือเป็นการควบคุมที่มากและชัดเจนกว่าประเทศสหรัฐอเมริกา และออสเตรเลีย

3.2.3 นโยบายการส่งเสริมการลงทุนของรัฐต่างประเทศ จากการศึกษาสภาพเศรษฐกิจของทั้ง 4 ประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย บราซิล และฟิลิปปินส์สามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 กลุ่มประเทศ

กลุ่มประเทศแรก คือ ประเทศที่มีขนาดทางเศรษฐกิจขนาดใหญ่และมีความเข้มแข็งทางเศรษฐกิจสูง เป็นประเทศที่จัดได้ว่าเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว และเป็นประเทศที่เปิดเสรีการค้าโดยทั้งหมดของ

ระบบ โดยปล่อยให้มีการดำเนินการทางเศรษฐกิจ การค้า การลงทุนแบบเสรีไม่มีข้อจำกัด ไม่มีนโยบายกีดกัน ไม่มีกฎหมายห้ามการค้าการลงทุน ไม่มีการกำหนดกำแพงภาษี ซึ่งในประเทศที่ปล่อยหรือมีระบบเสรีทางการค้าอย่างแท้จริง จะมีการส่งเสริมให้เกิดการลงทุนทั้งในประเทศ และลงทุนจากต่างประเทศ นักลงทุนชาวต่างชาติสามารถลงทุนได้ในทุกประเภทกิจการ ทุกประเภทบริการ จากการที่ศึกษามาข้างต้น ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลีย จะเปิดโอกาสให้นักลงทุนเข้ามาลงทุนในหลายประเภทโดยเสรี แต่ก็มีประเภทที่อาจจะกระทบต่อความมั่นคงที่จะไม่เปิดโอกาสให้ต่างชาติเข้ามาลงทุน

อีกกลุ่มประเทศหนึ่ง คือ ประเทศที่เปิดเสรีการค้าแบบมีข้อกำหนดหรือมีเงื่อนไข ซึ่งได้แก่ ประเทศบราซิล และฟิลิปปินส์ ซึ่งเป็นประเทศที่มีขนาดเศรษฐกิจขนาดกลางและกำลังพัฒนาเติบโตอย่างต่อเนื่อง ดังนั้น บทบาทนโยบายของรัฐ การส่งเสริมการลงทุนของประเทศกลุ่มนี้ จะมีการส่งเสริมแบบมีข้อกำหนดในบางประเภทธุรกิจที่มีความพร้อมแข่งขันและจะมีนโยบายที่มีเงื่อนไขในหลาย ๆ ประการ รวมทั้งมีข้อห้ามมีข้อกำหนดต่าง ๆ ในการดำเนินธุรกิจ ในบางประเภท ห้ามหรือมีข้อกำหนดบางประการหรือส่งเสริมในส่วนที่พร้อมแข่งขัน ประเภทไหนไม่พร้อมแข่งขันก็จะมีข้อกำหนด เช่น อัตราเงินทุนขั้นต่ำ จำกัดพื้นที่ หรือต้องมีการถ่ายทอดเทคโนโลยีในการลงทุนเท่านั้นถึงจะอนุญาต การประกอบธุรกิจก็จะอยู่ในการกำกับดูแลอย่างเข้มงวด

3.2.4 องค์กรในการส่งเสริมและกำกับดูแลของรัฐต่างประเทศ ในส่วนขององค์กรในการส่งเสริมและกำกับดูแลการค้าการลงทุนนั้น สหรัฐอเมริกาและออสเตรเลียถือเป็นประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจขนาดใหญ่มีกลุ่มทุนจากต่างประเทศให้ความสนใจเข้าไปลงทุนในประเทศทั้งสองเป็นจำนวนมาก จึงทำให้ไม่มีหน่วยงานในการส่งเสริมการลงทุนอย่างชัดเจน จะมีเพียงหน่วยงานที่กำกับดูแลในภาพรวม ซึ่งเป็นระดับกระทรวงและมีหน่วยงานที่จะถ่วงดุลในบางการลงทุนในสาขาที่เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศว่าจะสามารถให้ต่างชาติเข้ามาลงทุนได้หรือไม่ ซึ่งในส่วนของประเทศบราซิลและฟิลิปปินส์เป็นประเทศที่มีขนาดเศรษฐกิจขนาดกลาง นอกจากจะมีคณะกรรมการคอยถ่วงดุลการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าว ยังมีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ส่งเสริมการลงทุนโดยเฉพาะเพื่อส่งเสริมและดึงดูดให้นักลงทุนจากต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศด้วย

3.2.5 การเปิดเสรีทางการค้าของรัฐต่างประเทศ ในส่วนของการเปิดเสรีทางการค้าให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศ โดยประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย จะเปิดโอกาสให้นักลงทุนเข้ามาลงทุนในหลายประเภทโดยเสรีในทุกรูปแบบ ไม่มีข้อห้ามหรือการกีดกันทางการค้า แต่ก็มีประเภทที่ถือว่าเป็นสัดส่วนที่น้อยมาก ๆ ที่อาจจะกระทบต่อความมั่นคงที่จะไม่เปิดโอกาสให้ต่างชาติเข้ามาลงทุน ทั้งนี้ในส่วนประเทศบราซิลและฟิลิปปินส์มีการเปิดเสรีทางการค้าที่มีเงื่อนไข มีข้อกำหนดประเภทธุรกิจที่คนไทยยังไม่พร้อมในการแข่งขัน เพื่อให้นักลงทุนต่างชาติมาดำเนินธุรกิจแข่งกับคนไทยซึ่งถือได้ว่าเป็นการเปิดเสรีทางการค้าบางส่วนเท่านั้นที่พร้อมสำหรับการแข่งขัน ซึ่งถือเป็นเสรีทางการค้าที่น้อยกว่าประเทศสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลีย

4. การส่งเสริมและกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวในประเทศไทย

4.1 สภาพเศรษฐกิจและนโยบายของไทย ระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยเป็นระบบเศรษฐกิจแบบเสรีระบบเปิด (Open Economy) เนื่องจากเมื่อพิจารณามูลค่าการค้าระหว่างประเทศ ประกอบด้วยมูลค่าการส่งออก และมูลค่าการนำเข้า เปรียบเทียบกับผลิตภัณฑ์ภายในประเทศเบื้องต้น (GDP) แล้วพบว่าขนาดการเปิดประเทศของไทยมีขนาดสูง สาเหตุเนื่องจากประเทศไทยพึ่งพิงต่างประเทศในทุก ๆ ด้าน ทั้งตลาดสินค้าส่งออก วัตถุดิบชั้นกลาง สินค้าทุน พึ่งพิงเทคโนโลยี และเงินทุนจากต่างประเทศ ทั้งนี้ นโยบายหลักที่สำคัญที่สุดของประเทศไทย และโดยเฉพาะการพัฒนาในด้านเศรษฐกิจเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในประเทศ โดยกลไกที่สำคัญในการพัฒนาเศรษฐกิจ คือพัฒนาการค้าการลงทุน ซึ่งหากรัฐปล่อยให้ไปเป็นไปตามกลไกของตลาดอย่างเคร่งครัดก็อาจเกิดการพัฒนาระบบเศรษฐกิจไปในรูปแบบที่ไม่สมดุล หรือไม่เป็นไปตามคาดหมายและไม่สามารถตอบสนองประชาชนได้ รัฐจึงต้องเข้ามามีส่วนร่วมในการพัฒนาระบบเศรษฐกิจ โดยต้องออกนโยบายในการพัฒนา และกรอบกติกาในการพัฒนาอย่างเป็นระบบและเหมาะสม

4.2 กฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมและกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว ประกอบด้วยกฎหมายพื้นฐานคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และกฎหมายเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของบุคคลคนต่างด้าว พ.ศ.2542 โดยมีรายละเอียด ดังนี้

(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย¹³ เป็นกฎหมายสูงสุดของไทย และมีรายละเอียดในการดำเนินการของรัฐในด้านเศรษฐกิจ โดยมีหลักเกณฑ์ในมาตรา 75 ดังนี้ รัฐพึงจัดระบบเศรษฐกิจให้ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไปพร้อมกันอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน สามารถพึ่งพาตนเองได้ตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง ขจัดความยากจนทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชนและประเทศ และรัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม การจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือการจัดทำบริการสาธารณะ อีกทั้งรัฐพึงส่งเสริม สนับสนุน คุ้มครอง และสร้างเสถียรภาพให้แก่ระบบสหกรณ์ประเภทต่าง ๆ และกิจการวิสาหกิจขนาดย่อมและขนาดกลางของประชาชนและชุมชน ตลอดจนในการพัฒนาประเทศ รัฐพึงคำนึงถึงความสมดุลระหว่างการพัฒนาด้านวัตถุกับการพัฒนาด้านจิตใจและความอยู่เย็นเป็นสุขของประชาชนประกอบด้วย

(2) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว พ.ศ. 2542¹⁴ เป็นกฎหมายแม่บทในการส่งเสริมและกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวในประเทศไทย โดยมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ ดังนี้

หลักการสำคัญประการแรกของพระราชบัญญัติฉบับนี้คือออกมาควบคุมและกำหนดเงื่อนไขในหลาย ๆ ประการในการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวโดยมีการกำหนดว่า การประกอบธุรกิจแบบใดสัดส่วนเท่าใดถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจโดยบุคคลต่างด้าว และเมื่อเป็นการประกอบธุรกิจโดยบุคคลต่างด้าว

¹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560, ราชกิจจานุเบกษา, 134, 40ก (6 เมษายน 2560)

¹⁴ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว พ.ศ.2542, ราชกิจจานุเบกษา, 116, 123 (4 ธันวาคม 2542)

จะต้องห้ามในการประกอบธุรกิจบางประเภทที่กำหนดในบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติ ซึ่งบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติประกอบด้วยสามบัญชีที่มีรายละเอียดที่สำคัญดังต่อไปนี้ “บัญชีที่ 1” เป็นบัญชีที่กำหนดประเภทธุรกิจที่ไม่อนุญาตประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษคือเป็นกิจการที่สงวนไว้ให้คนไทยโดยเฉพาะและห้ามบุคคลต่างด้าวประกอบธุรกิจประเภทที่ระบุไว้ในบัญชีที่ 1 โดยเด็ดขาด สรุปคือให้คนไทยหรือนิติบุคคลไทยเท่านั้นที่สามารถประกอบธุรกิจประเภทนี้ได้ เช่น การทำกิจการหนังสือพิมพ์หรือทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์ การทำนาทำไร่ทำสวน การสกัดสมุนไพรไทย “บัญชีที่ 2” เป็นบัญชีที่กำหนดประเภทธุรกิจที่บุคคลต่างด้าวสามารถทำได้เมื่อได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี ซึ่งส่วนใหญ่เป็นกิจการที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงและทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของประเทศรวมถึงอาจส่งผลกระทบต่อวัฒนธรรมไทยได้ จึงกำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยหลักห้ามบุคคลต่างด้าวประกอบธุรกิจประเภทที่ระบุไว้ในบัญชีที่สองนี้ แต่ก็มีข้อยกเว้นไว้ถ้าจะประกอบกิจการประเภทนี้ได้ ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีเท่านั้น จะเห็นได้ว่ากรณีนี้มีขั้นตอนในการขออนุญาตที่สลับซับซ้อนมีปัญหาในการขออนุญาตพอสมควร “บัญชีที่ 3” เป็นบัญชีที่กำหนดประเภทธุรกิจที่คนไทยยังไม่พร้อมที่จะประกอบกิจการแข่งขันกับบุคคลต่างด้าว โดยหลักห้ามบุคคลต่างด้าวประกอบธุรกิจประเภทที่ระบุไว้ในบัญชีที่สามนี้ แต่ก็มีข้อยกเว้นไว้ว่า ถ้าจะประกอบกิจการประเภทนี้ได้ ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของบุคคลคนต่างด้าว ธุรกิจต้องห้ามตามบัญชีประเภทนี้ อาทิ งานทางด้านบัญชี กฎหมาย การก่อสร้าง การโฆษณา กิจการโรงแรม นำเที่ยว ตัวแทนนายหน้า การขายทอดตลาด การค้าปลีก

หลักการสำคัญประการที่สอง คือการกำหนดหน่วยงานในการดำเนินการ ซึ่งก็คือ กองบริหารการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งกองบริหารการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวเป็นเพียงหน่วยงานหน่วยงานหนึ่งภายใต้สังกัดกรมพัฒนาธุรกิจการค้า โดยมีหน้าที่คือ การอนุญาตออกหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว ศึกษาวิเคราะห์แนวโน้มการประกอบธุรกิจรวมทั้งข้อดีข้อเสียจากการอนุญาต งานเลขานุการของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว ซึ่งมีเจ้าหน้าที่เพียง 22 ท่าน โดยภาพรวมหน่วยงานหลักในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวในประเทศไทย ซึ่งก็ทำหน้าที่ในหลาย ๆ ด้าน แต่ที่จะเป็นงานหลัก ๆ ของกองบริหารการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว ก็คือ การพิจารณาการอนุญาตของประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว และงานเลขานุการของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว ส่วนงานลำดับรองก็คือ งานด้านวิชาการและการส่งเสริมและพัฒนา ซึ่งถือว่าเป็นงานที่สำคัญอีกประการหนึ่ง ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าการส่งเสริมและการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวนั้น มีทั้งกระบวนการในการพิจารณาลงทะเบียน พิจารณาอนุญาต การศึกษาถึงความเปลี่ยนแปลงของการค้าการลงทุนในประเทศต่างประเศและต่างประเทศ รวมถึงการพิจารณาแก้ไขหลักเกณฑ์ต่าง ๆ นั้น มีภารกิจสำคัญเป็นจำนวนมาก แต่หน่วยงานที่ทำหน้าที่นั้นคือ กองหนึ่งในส่วนราชการระดับกรมซึ่งมีบุคลากรเพียงจำนวนไม่มาก ดังนั้น จะสามารถปฏิบัติภารกิจได้อย่างสมบูรณ์หรือไม่ ซึ่งการศึกษานี้จะพิจารณาวิเคราะห์ในหัวข้อถัดไป

หลักการสำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การกำหนดให้มี “คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว ประกอบด้วยปลัดกระทรวงพาณิชย์ เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ผู้แทนกระทรวงกลาโหม ผู้แทนกระทรวงการคลัง ผู้แทนกระทรวงการต่างประเทศ ผู้แทนกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ผู้แทนกระทรวงคมนาคม ผู้แทนกระทรวงมหาดไทย ผู้แทนกระทรวงแรงงาน ผู้แทนกระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ผู้แทนกระทรวงอุตสาหกรรม ผู้แทนกระทรวงศึกษาธิการ ผู้แทนกระทรวงสาธารณสุข ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ผู้แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ผู้แทนสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ผู้แทนสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ผู้แทนสมาคมธนาคารไทยและผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งไม่เกินห้าคนเป็นกรรมการ และให้อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า เป็นกรรมการและเลขานุการ” โดยคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของบุคคลคนต่างด้าวจะมีหน้าที่ คือ ให้คำปรึกษา เสนอแนะ หรือให้ความเห็นแก่รัฐมนตรีในด้านต่าง ๆ และศึกษา รวบรวม และจัดทำรายงานเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของบุคคลคนต่างด้าวในราชอาณาจักร รวมถึงผลกระทบและความเหมาะสมในเรื่องดังกล่าวเสนอต่อรัฐมนตรีเป็นครั้งคราว

5. บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวของไทย

5.1 นโยบายของรัฐในการส่งเสริมและกำกับดูแลการค้าการลงทุนและการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว ปัจจุบันนโยบายการส่งเสริมการลงทุนในส่วนการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว ยังมีปัญหาที่ยังไม่เหมาะสมเท่าที่ควร โดยไม่มีนโยบายของรัฐบาลที่ออกมาโดยเฉพาะของการลงทุนในส่วนการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว ซึ่งส่วนใหญ่เป็นนโยบายในภาพรวมของเศรษฐกิจที่ขาดทิศทางการส่งเสริมและพัฒนาที่แน่นอน และนโยบายการกำกับดูแลการตรวจสอบไม่ชัดเจน ทำให้ไม่สามารถดำเนินการไปในทิศทางที่ควรจะเป็น ซึ่งในส่วนนี้หากเกิดปัญหาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว หรือปัญหาการลงทุนจากต่างประเทศ รัฐจะดำเนินการแก้ไขเป็นราย ๆ ไป โดยไม่ทำในภาพรวมหรือออกนโยบายในการดำเนินการทั้งระบบ และประเด็นสำคัญของปัญหาด้านนโยบายที่ไม่ชัดเจนนอกจากนโยบายหลักที่ออกมาแล้ว คือที่มีนโยบายออกมามีดำเนินการ แต่เมื่อเปลี่ยนผู้บริหารก็จะเปลี่ยนนโยบายอีก หรือสลับไปสลับมาไม่มีความมั่นคงและต่อเนื่อง ทั้งที่แผนหรือนโยบายในการส่งเสริมและกำกับดูแลการค้าการลงทุนในส่วนการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวจะต้องมีความแน่นอนและชัดเจน ทั้งนี้ จะต้องระบุกรอบระยะเวลาเพื่อเป็นแผนที่ในการนำทางให้ทิศทางในการส่งเสริมและพัฒนาในด้านดังกล่าว หากไม่มีแผนในระดับระยะเวลาต่าง ๆ อาจทำให้การส่งเสริมและพัฒนาไม่ทันต่อเหตุการณ์ในปัจจุบันที่เปลี่ยนไปอย่างรวดเร็วและไม่สามารถคาดการณ์ในอนาคตทั้งระยะกลางและระยะยาว รวมถึงต้องศึกษาและเก็บข้อมูลว่าในอนาคต จะต้องเป็นอย่างไร เกิดการเปลี่ยนแปลงพัฒนาอะไรบ้าง มีการกำหนดโดยชัดเจนแน่นอนมั่นคง เพื่อที่จะเป็นแนวทางดำเนินการในการส่งเสริมและกำกับดูแลของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ดังที่จะเห็นได้ในประเทศเสรีทางการค้าอย่างสหรัฐอเมริกา และออสเตรเลีย รัฐบาลได้กำหนดแผนการดำเนินการในระยะต่าง ๆ ออกมาอย่างชัดเจนเพื่อให้หน่วยงานต่าง ๆ ขับเคลื่อนไปให้ถึงเป้าหมายตามที่ระบุไว้ในนโยบายและแผนการดำเนินงานในด้านต่าง ๆ

5.2 บทบาทและหน้าที่ของหน่วยงานและองค์กรของรัฐในการส่งเสริมและกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว

ในส่วนของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว ซึ่งมีหน้าที่ในการพิจารณาการเข้ามาประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวในประเทศไทย และจัดทำนโยบายประมวลผลเสนอแนะในส่วนต่าง ๆ ในด้านการลงทุนของชาวต่างชาติต่อรัฐมนตรีและรัฐบาล ซึ่งปัญหาสำคัญ คือ คณะกรรมการส่วนใหญ่เป็นตัวแทนจากหน่วยงานภาครัฐ แต่บทบาทภารกิจเป็นเรื่องในด้านการค้าการลงทุนซึ่งเป็นเรื่องทางเทคนิคในทางธุรกิจและระบบเศรษฐกิจ ซึ่งกรรมการส่วนใหญ่เป็นภาครัฐ จึงอาจไม่เหมาะสมในปัจจุบันที่ระบบการค้าและเศรษฐกิจได้พัฒนาไปไปอย่างก้าวไกล จึงควรมีคณะกรรมการที่มาจากหน่วยงานภาคเอกชนมากขึ้น และอีกประเด็นคือ บทบาทภารกิจของคณะกรรมการฯ ในแบบปัจจุบันยังขาดภารกิจในการส่งเสริมและพัฒนา หากคณะกรรมการยังเน้นบทบาทในด้านการกำกับดูแล โดยไม่ปรับมาเน้นด้านส่งเสริมและพัฒนาอาจทำให้การลงทุนจากต่างชาติไม่สามารถขยายตัวได้ตามความต้องการของเศรษฐกิจโลกที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วและไม่สามารถเรียกความเชื่อมั่นในด้านการลงทุนจากต่างชาติได้เท่าที่ควร

ในส่วนของหน่วยงานรัฐที่ทำหน้าที่ในการส่งเสริมและกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว ในปัจจุบัน ได้แก่ กองบริหารการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งมีบุคลากรในการดำเนินงานทั้งสิ้น 22 ท่าน โดยต้องปฏิบัติหน้าที่ทั้งกำกับดูแลและส่งเสริมการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว ซึ่งเป็นงานที่สำคัญและขอบเขตของงานมีขนาดใหญ่ และส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจอย่างสำคัญของประเทศไทย ทั้งนี้ ปัจจุบันด้วยบุคลากรที่มี ได้ทำหน้าที่โดยดำเนินการทางทะเบียนในการพิจารณารับเอกสารในการขออนุญาตประกอบธุรกิจในประเทศไทย พิจารณาดำเนินการอนุญาตอนุมัติการประกอบการธุรกิจของคนต่างด้าว ทำหน้าที่ด้านเลขานุการของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว โดยไม่สามารถดำเนินการในส่วนส่งเสริมและพัฒนาได้อย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพ เนื่องจากข้อจำกัดด้านบทบาทภารกิจ นโยบายจากเบื้องบน รวมถึงบุคลากรที่มีจำนวนน้อยและจำกัด ทำให้ไม่สามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควรในด้านการส่งเสริมและพัฒนา ด้านวิชาการ ด้านกำกับติดตามดูแลการดำเนินการ ซึ่งในส่วนนี้เป็นส่วนงานที่สำคัญและส่งผลในภาพใหญ่ หากยังดำเนินการในรูปแบบปัจจุบันอาจส่งผลกระทบต่อพัฒนาการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวและเศรษฐกิจของประเทศได้

5.3 ข้อพิจารณาในการพิจารณาเปิดเสรีทางการค้าโดยการทบทวนบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว พ.ศ. 2542

การเปิดเสรีของการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว ปัจจุบันในประเทศไทยกำหนดโดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดโดยบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติ ดังนั้น เมื่อมีประเภทธุรกิจที่กฎหมายกำหนดให้ชาวต่างชาติประกอบธุรกิจได้และกำหนดห้ามประกอบธุรกิจในหลาย ๆ ประเภทด้วย จึงถือว่าประเทศไทยเปิดเสรีการค้าแบบมีข้อกำหนดหรือมีเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว ทั้งนี้กฎหมายฉบับดังกล่าวได้บังคับใช้มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2542 ถึงปัจจุบันเป็นเวลา 20 ปี ซึ่งในปัจจุบันระบบเศรษฐกิจการค้าของโลกได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว และประเภทธุรกิจที่คนไทย

ไม่พร้อมแข่งขัน ประเภทที่สามารถสร้างความสามารถในการแข่งขันได้หากเปิดเสรีในประเภทนั้น ๆ ได้เปลี่ยนแปลงไปจากเมื่อ 20 ปีที่ผ่านมาแล้ว แต่ยังใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันจึงเกิดผลกระทบให้ไม่สามารถมีผู้ประกอบการจากต่างชาติเข้ามาดำเนินการได้ ทำให้เกิดการไม่พัฒนาในหลาย ๆ สาขาประเภทธุรกิจ รวมถึงเกิดการผูกขาดจากผู้ประกอบการชาวไทยทำให้เกิดการพัฒนาในสินค้าและบริการอย่างที่ควรจะเป็น ทั้งนี้ หากไม่มีการลงทุนจากต่างประเทศจะไม่มีเม็ดเงินนำเทคโนโลยีขั้นสูงจากต่างประเทศเข้ามาดำเนินการในไทยเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในสินค้าและบริการ และทำให้คนไทยผู้บริโภคไม่มีทางเลือกในการอุปโภคบริโภคและบริการ และส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจในภาพรวมไม่สามารถพัฒนาได้อย่างเท่าที่ควร โดยจากการศึกษาประเทศบราซิล และฟิลิปปินส์มีบัญชีแนบท้ายกฎหมายการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว ห้ามชาวต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจเป็นจำนวนหลาย ๆ ประเภท แต่ในปัจจุบัน ได้คลายข้อกำหนดข้อห้ามต่าง ๆ โดยอนุญาตให้ชาวต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจได้มากขึ้นจากที่เคยห้ามไว้ เพื่อเป็นการเปิดเสรีทางการค้าที่มากขึ้น ให้เกิดการแข่งขันที่มากขึ้น เพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจในประเทศ ในส่วนของประเทศไทยก็เช่นเดียวกัน หากมีเงื่อนไขในการลงทุนในหลาย ๆ ด้านอาจทำให้การลงทุนจากต่างชาติชะงักงันและไม่สามารถสร้างความเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนในระยะยาวได้

6. ข้อเสนอแนะ

ในการพัฒนาและส่งเสริมการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวในประเทศไทยนั้น รัฐโดยรัฐบาลจำเป็นต้องให้ความสำคัญในการส่งเสริมและกำหนดนโยบายในการส่งเสริมและกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของบุคคลคนต่างด้าวอย่างชัดเจนต่อเนื่องและมีเสถียรภาพ รวมถึงต้องปรับบทบาทของภาครัฐและหน่วยงานของรัฐจากเดิมที่เน้นควบคุมอนุญาตกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว โดยปรับบทบาทภารกิจมาเน้นที่การส่งเสริมและพัฒนาให้มากขึ้น เพื่อพัฒนาในสินค้าและบริการในประเทศไทยให้มีการแข่งขันมีคุณภาพตอบสนองต่อความต้องการของประเทศและประชาชนให้มากที่สุด เมื่อมีการเปิดเสรี จะมีการแข่งขันและเมื่อมีการแข่งขันก็จะมีการพัฒนา และจะเกิดประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจและประเทศไทยอย่างมาก

ดังนั้น การพัฒนาการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวของไทย จึงต้องดำเนินการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายการประกอบธุรกิจของชาวต่างชาติ นั่นคือ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายหลักในการส่งเสริม พัฒนา และกำกับดูแลของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยเสนอให้มีการแก้ไข ดังต่อไปนี้

6.1 เพิ่มบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยเพิ่ม “มาตรา 5/1 ให้คณะกรรมการจัดทำนโยบายหลักและแผนแม่บทหลักในการส่งเสริมพัฒนากำกับดูแลการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวในประเทศไทย เมื่อจัดทำแล้วเสร็จให้เสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อให้ความเห็นชอบ โดยรายละเอียดแผน ระยะเวลา และการบังคับใช้ ให้กำหนดในกฎกระทรวง ทั้งนี้ให้สำนักงานเลขาธิการสนับสนุนการจัดทำดังกล่าว”

ข้อสังเกต: ต้องมีแผนหลักนโยบายหลักใน 3 ระยะ ได้แก่ ระยะสั้น เวลา 5 ปี ระยะกลาง เวลา 10 ปี และระยะยาว เวลา 20 ปี โดยในแผนจะกำหนดว่า ต้องทำอะไร อย่างไร และเมื่อไหร่ โดยกำหนดเป็นใน

ลักษณะภาพรวมภาพกว้างในเชิงนโยบาย โดยก่อนจะออกมาเป็นนโยบายหรือแผนจะต้องทำการศึกษาและวิจัยในเชิงลึกจากผู้เชี่ยวชาญทั้งในและต่างประเทศ เพื่อแก้ไขปัญหาการขาดความชัดเจนของนโยบายและแผนการในการดำเนินการในอนาคตในระยะต่าง ๆ

6.2 เพิ่มบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยเพิ่ม “มาตรา 5/2 ให้สำนักงานเลขานุการจัดทำแผนปฏิบัติงานหรือแผนปฏิบัติราชการที่จะเป็นกรอบการดำเนินงานของหน่วยงานที่จะดำเนินการตามนโยบายหลักหรือแผนแม่บทหลักให้บรรลุเป้าหมาย เมื่อจัดทำแล้วเสร็จให้เสนอคณะกรรมการเพื่อความเห็นชอบ โดยรายละเอียดแผน ระยะเวลา และระบบติดตาม ประเมินผล ให้กำหนดในกฎกระทรวง”

ข้อสังเกต: แผนปฏิบัติงานจะกำหนดโดยลงรายละเอียด หากไม่ปฏิบัติตามแผนก็จะมีระบบติดตามหน่วยงานให้ปฏิบัติให้บรรลุเป้าหมาย ทั้งนี้โดยให้ฝ่ายเลขานุการดำเนินการจัดทำและให้คณะกรรมการพิจารณาให้ความเห็นชอบ โดยมีแผนระยะ 1 ปี และระยะ 5 ปี

6.3 แก้ไขบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว พ.ศ. 2542 ใน “มาตรา 23 ให้มีคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของบุคคลคนต่างด้าว ประกอบด้วยปลัดกระทรวงพาณิชย์ เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ผู้แทนกระทรวงกลาโหม ผู้แทนกระทรวงการคลัง ผู้แทนกระทรวงการต่างประเทศ ผู้แทนกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ผู้แทนกระทรวงคมนาคม ผู้แทนกระทรวงมหาดไทย ผู้แทนกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม ผู้แทนกระทรวงวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม ผู้แทนกระทรวงอุตสาหกรรม ผู้แทนกระทรวงศึกษาธิการ ผู้แทนกระทรวงสาธารณสุข ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ผู้แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ผู้อำนวยการสำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ ผู้อำนวยการสำนักงานนวัตกรรมแห่งชาติ ผู้แทนสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ผู้แทนสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ผู้แทนสมาคมธนาคารไทย และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งอีกไม่เกินแปดคนเป็นกรรมการ และให้อธิบดีกรมทะเบียนการค้าเป็นกรรมการและเลขานุการผู้ทรงคุณวุฒิต้องเป็นผู้มีความรู้ความชำนาญในด้านเศรษฐศาสตร์ นิติศาสตร์ พาณิชยศาสตร์ วิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี สิ่งแวดล้อม การค้า การลงทุน การบริหารธุรกิจ หรือการอุตสาหกรรม และต้องไม่เป็นที่ปรึกษาพรรคการเมือง หรือดำรงตำแหน่งทางการเมือง

ผู้แทนตามวรรคหนึ่ง ในกรณีที่เป็นผู้แทนของส่วนราชการ ผู้แทนนั้นจะต้องมีตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือเทียบเท่า และในกรณีที่เป็นผู้แทนของสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ผู้แทนของสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย หรือผู้แทนของสมาคมธนาคารไทย ผู้แทนนั้นจะต้องมีตำแหน่งไม่ต่ำกว่ากรรมการของสภาหรือสมาคมนั้น”

ข้อสังเกต: โดยปรับองค์ประกอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว โดยเพิ่มผู้แทนหน่วยงานด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี เนื่องจากปัจจุบันการดำเนินธุรกิจต่าง ๆ เน้นการใช้เทคโนโลยีและนวัตกรรมในการดำเนินการจึงจำเป็นต้องใช้ผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและนวัตกรรมเข้ามาเป็นองค์ประกอบของคณะกรรมการ และหน่วยงาน องค์กรเอกชน

และผู้ทรงคุณวุฒิ ให้มีสัดส่วนจากภาคเอกชนให้มากขึ้น แต่ทั้งนี้ในการคัดเลือกกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์ โดยป้องกันผลประโยชน์ทับซ้อนของผู้เข้ามาเป็นกรรมการและต้องพิจารณาในเรื่องต่าง ๆ อย่างเป็นกลางและเหมาะสม โดยถือประโยชน์ของประเทศเป็นสำคัญ และเพิ่มบทบาทอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการให้มีบทบาทเชิงรุก ในการส่งเสริมและพัฒนาการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวให้มากขึ้นจากเดิมที่เน้นพิจารณาอนุญาตอนุมัติและกำกับดูแล

6.4 แก้ไขบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว พ.ศ. 2542 ใน “มาตรา 29 ให้กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ทำหน้าที่เป็นสำนักงานเลขานุการของคณะกรรมการ โดยให้มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- (1) ปฏิบัติงานตามมติของคณะกรรมการหรือตามที่คณะกรรมการมอบหมาย
- (2) พิจารณาเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของบุคคลคนต่างด้าว
- (3) ปฏิบัติงานธุรการทั่วไปของคณะกรรมการ
- (4) ปฏิบัติงานตามภารกิจ และบทบาทหน้าที่ตามที่กฎกระทรวงกำหนด

ทั้งนี้ การดำเนินงานของสำนักงานให้เน้นการส่งเสริมและพัฒนา กำกับดูแลและประเมินผล โดยให้มีอัตรากำลังเพียงพอสำหรับการปฏิบัติงานตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร”

ข้อสังเกต: ในบทบาทหน้าที่ของหน่วยงานภาครัฐให้มีบทบาทในการส่งเสริมและพัฒนาให้มากขึ้น โดยต้องดำเนินการในการส่งเสริมพัฒนาให้มีประสิทธิภาพตามแผนหลักและแผนปฏิบัติการ ปรับหน่วยงานให้มีขนาดใหญ่มากขึ้นเพิ่มบุคลากรให้มากขึ้นตามบทบาทภารกิจที่ชัดเจนและมากขึ้น ทั้งในด้านทะเบียนพิจารณาอนุญาตอนุมัติ ด้านส่งเสริมและพัฒนา ด้านวิชาการการศึกษาและวิจัย ด้านการจัดทำฐานข้อมูลขนาดใหญ่ (BIG Data) ในการรวบรวมข้อมูลผู้ประกอบการต่างด้าว ประเภทธุรกิจที่เข้ามาลงทุน จำนวนมูลค่าการลงทุน และผลประกอบการธุรกิจของบุคคลต่างด้าวและนำข้อมูลมาใช้ประโยชน์ในการวิเคราะห์ผลลัพธ์ผลกระทบจากการลงทุน เพื่อให้ภาครัฐกำหนดบทบาทในการส่งเสริมพัฒนาและกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวในระยะต่าง ๆ ในอนาคต

6.5 ปรับปรุงบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติในบัญชีที่ 2 และบัญชีที่ 3 โดยยกเลิกประเภทธุรกิจในบัญชี เพื่อให้เกิดการแข่งขันและพัฒนาในสินค้าและบริการให้มีคุณภาพและใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพที่สุด โดยเสนอพิจารณาออกกฎกระทรวงเพื่อให้เข้ามาประกอบธุรกิจดังต่อไปนี้ได้

(1) ธุรกิจที่ใช้เทคโนโลยีขั้นสูงเพื่อใช้ทรัพยากรธรรมชาติต่ำแต่ได้ผลผลิตสูง เช่น การผลิตปุ๋ย การทำเหมือง

(2) ธุรกิจบริการที่มีลักษณะการผูกขาด หรือมีลักษณะการแข่งขันในตลาดน้อยราย หรือตลาดกระจุกตัว เช่น บริการทางวิศวกรรม โทรคมนาคม พลังงาน

(3) ธุรกิจที่มีลักษณะสนับสนุนภาคอุตสาหกรรม เช่น การเงิน โทรคมนาคม การวิจัยและพัฒนาทุกรูปแบบ การศึกษาระดับวิชาชีพและการศึกษาระดับสูง บริการขนส่ง และโลจิสติกส์ บริการกฎหมาย บริการบัญชี

ข้อสังเกต: การผ่อนคลายนโยบายให้ต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยควรจะเป็นตามหลักการเปิดเสรีทางการค้าระหว่างประเทศอย่างค่อยเป็นค่อยไป (Progressive liberalization) ของ WTO โดยเป็นไปตามความพร้อมของไทยที่เป็นหนึ่งในภาคีสมาชิก และสภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจในขณะนั้น เป็นสำคัญอย่างเป็นระบบ ทั้งนี้ มีธุรกิจประเภทหนึ่ง ที่มีความสำคัญในทางการเงินและความมั่นคงที่ยังไม่ควรเปิดเสรีให้ชาวต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจทางการเงินที่เน้นประยุกต์ใช้เทคโนโลยีเข้าให้การบริการที่เกี่ยวข้องกับการเงินและการลงทุน (Fintech : Financial Technology) เพราะจะส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศได้

บทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการส่งเสริมและคุ้มครอง
สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามหลักการและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง*

The Roles and Authorities of Local Administrative Organizations in
Promoting and Protecting Geographical Indications
according to the Principles and Relevant Laws

ชานนท์ ทองสุกมาก**

Chanon Tongsupmak

วันที่รับบทความ 19 มีนาคม 2563; วันแก้ไขบทความ 3 พฤษภาคม 2563; วันตอบรับบทความ 3 มิถุนายน 2563

บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาหลักการกระจายอำนาจกับบทบาทอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในด้านทรัพย์สินทางปัญญา ในส่วนของการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศไทย เพื่อส่งเสริมให้หน่วยงานส่วนท้องถิ่นมีส่วนช่วยในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามกฎหมายได้มากยิ่งขึ้น

จากการศึกษาพบว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทยในฐานะที่มีความใกล้ชิดกับประชาชนในระดับท้องถิ่นมากที่สุดยังไม่มีส่วนร่วมในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เท่าที่ควร ซึ่งเกิดจากปัญหาความไม่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย ไม่มีบุคลากรที่มีคุณสมบัติในการทำหน้าที่โดยตรง และการขาดความเชื่อมโยงในการทำงานแบบบูรณาการของทั้งส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมอำนาจและหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 โดยการกำหนดอำนาจและหน้าที่ในการจัดระบบบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนใน

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

** นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ที่อยู่ : คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เลขที่ 118 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ

กรุงเทพฯ 10240

Email : cha_nom_kai_muk@hotmail.com

ท้องถิ่นเป็นการเฉพาะในส่วนของการส่งเสริมทรัพย์สินทางปัญญาของท้องถิ่นเพื่อการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน และให้มีการปรับปรุงโครงสร้างภายในขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในแต่ละรูปแบบ โดยให้มีหน่วยงานที่มีบุคลากรประจำของแต่ละท้องถิ่นที่มีหน้าที่จัดการและดูแลเกี่ยวกับด้านทรัพย์สินทางปัญญาของชุมชนหรือท้องถิ่นนั้น ซึ่งสามารถทำหน้าที่ในลักษณะที่เป็นหน่วยงานให้คำแนะนำ ถ่ายทอดองค์ความรู้ และส่งต่อคำขอรับความคุ้มครองสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มายังราชการส่วนกลางได้โดยตรง และให้มีนโยบายเพื่อการกระตุ้นให้เกิดการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาในระดับท้องถิ่นในส่วนของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เพื่อส่งเสริมให้เกิดภาคการค้าการลงทุน สร้างความเข้มแข็งทางเศรษฐกิจ และสามารถแข่งขันกับต่างประเทศได้ โดยการพัฒนาระบบความคุ้มครองให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลและส่งเสริมการจดทะเบียนเพื่อสร้างมูลค่าเพิ่มกับผลิตภัณฑ์ภายใต้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น นอกจากนี้ ต้องมีการเผยแพร่ประชาสัมพันธ์และจัดอบรมให้ข้อมูลความรู้แก่ท้องถิ่นและชุมชนอยู่เสมอ เพื่อเสริมสร้างความตระหนักรู้ถึงความสำคัญ และส่งเสริมให้มีความเข้าใจถึงสิทธิและประโยชน์ของทรัพย์สินทางปัญญาอย่างรอบด้าน เพื่อกระตุ้นให้เกิดทรัพย์สินทางปัญญาในระดับท้องถิ่นในส่วนของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่สามารถได้รับความคุ้มครองสิทธิและใช้ประโยชน์จากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ดังกล่าวได้อย่างยั่งยืน

คำสำคัญ: ท้องถิ่น, อำนาจหน้าที่, คุ้มครองสิทธิ, สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

Abstract

The objective is to study decentralizations with roles and authorities of Local Administrative Organizations in part of the promotion and protection of Geographical Indication Rights in Thailand in the promotion and protection of Geographical Indications Rights according to the law.

It was found that the Local Administrative Organization of Thailand, which is closest to the local people, is not involved in the promotion and protection of Geographical Indication Rights as expected because of the lack of roles and authorities under the law, perform and direct qualification personnel, and links in efficiently integrated work for central, regional and local as expected. Therefore, the amendment of the authorities and duties of the Local Administrative Organization in accordance with the Act to Determining Plan and Procedures in Decentralizations to the Local Administrative Organization B. E. 2542 are provided by determining the authorities and duties in part of Organizing Public Services for the benefit of the local people that provides for the integration of the promotion of intellectual property for sustainable useful. And the improvement of the internal structure of Local Administrative Organization in each patterns are conducted by providing a permanent personnel in each locality being responsible for managing and supervising the Intellectual Property Rights of that

community or locality acting in the form of advice agencies, transfer knowledge, and forward the request for protection of Geographic Indication Rights directly to the central government. And also the policy for stimulate the utilization of Intellectual Property at the local level in parts of Geographical Indications to promote Trade Investment and Strengthening the economy and to compete with foreign countries are provided by developing a protection system in line with International Standards and Promoting Registration to create added value for products under that Geographical Indication. Moreover, public relations and training must be provided to spread knowledge to local and community on a regular basis to strengthen of the importance awareness and understanding of the Rights and the Benefits of all-round Intellectual Property to stimulate the Intellectual Property at the local level in parts of Geographical Indication that can be protected rights and sustainable use of such Geographical Indication.

Keywords: local, authorities, protection of rights, geographical indication

1. บทนำ

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จัดเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งซึ่งเป็นที่เกิดจากการประดิษฐ์หรือสร้างสรรค์โดยใช้ปัญญาของบุคคล ซึ่งแสดงออกในรูปแบบใดก็ตามที่แตกต่างจากทรัพย์สินประเภทอื่นทั่วไป คือ ไม่สามารถจับต้องได้เสมอ โดยถือว่าเป็นลักษณะเฉพาะของทรัพย์สินทางปัญญา บุคคลจึงมีสิทธิตามกฎหมายอันเกี่ยวกับผลผลิตจากปัญญาของตนที่ให้ความคุ้มครองในรูปแบบเฉพาะ ทั้งนี้ แนวความคิดหรือเหตุผลสำคัญในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา คือ เหตุผลทางเศรษฐกิจ ในกระตุ้นให้เกิดการประดิษฐ์หรือสร้างสรรค์และเปิดเผยสู่สาธารณะชนโดยแลกเปลี่ยนกับความคุ้มครองที่ผู้ประดิษฐ์จะได้รับ และเหตุผลทางศีลธรรม เป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ประดิษฐ์หรือผู้สร้างสรรค์โดยเหตุผลในเชิงความยุติธรรมและเป็นธรรมเพื่อไม่ให้เกิดการเอาทรัพย์สินทางปัญญาของบุคคลอื่นไปโดยไม่ถูกต้อง ดังนั้น ทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งและควรต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

อย่างไรก็ดี การส่งเสริมสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ควรต้องอาศัยความร่วมมือกันในหลายภาคส่วน ทั้งภาครัฐและภาคเอกชนอย่างสัมพันธ์และสอดคล้องกันอย่างเป็นระบบ ทั้งนี้ การส่งเสริมให้ประชาชนสามารถเข้าถึงและสามารถได้รับความคุ้มครองสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามกฎหมายในปัจจุบันนั้นเป็นไปอย่างล่าช้าและไม่มีความทั่วถึงในทุกระดับ โดยส่วนหนึ่งมีที่มาจากบทบาทของภาครัฐภายใต้ขอบเขตอำนาจหน้าที่ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ กล่าวคือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะที่มีความใกล้ชิดกับประชาชนมากที่สุดที่ยังไม่มีส่วนร่วมในการส่งเสริมและคุ้มครองดังกล่าวเท่าที่ควร ซึ่งจากบทบัญญัติของกฎหมายได้กำหนดลักษณะหรือรูปแบบของระบบบริการสาธารณะที่ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือหน่วยงานส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ ต้องจัดระบบบริการสาธารณะในท้องถิ่นของตนอย่างไรในลักษณะกว้าง ๆ ที่มีความสำคัญและตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างทั่วถึง แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีได้มีส่วนของการบัญญัติเพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการส่งเสริมสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไว้โดยตรง หากแต่ยังมีเพียงในส่วนที่เกี่ยวข้องอย่างกว้าง ๆ กล่าวคือ ในส่วนของอำนาจหน้าที่ในการพาณิชย์และการส่งเสริมการลงทุนเท่านั้น ทั้งนี้ ปัญหาของการไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในระดับท้องถิ่นในส่วนของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น ถือได้ว่าเป็นปัญหาที่มีความสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อสภาวะความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและและขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากการไม่ได้ความรู้ความเข้าใจและการขาดองค์ความรู้ที่ครบถ้วนของประชาชนในการดำเนินกระบวนการปกป้องสิทธิของตนเอง ทำให้ภาพรวมของประชาชนมีส่วนร่วมในการป้องกันและส่งเสริมสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่น้อยมาก ดังนั้น ภายใต้ความสอดคล้องกันกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะมีอำนาจอิสระในการปกครองตนเอง ซึ่งสำคัญที่ประชาชนในท้องถิ่นจะมีส่วนร่วมอย่างกว้างขวางในการปกครองตนเอง เพื่อให้สามารถตอบสนองต่อความต้องการของท้องถิ่นได้อย่างตรงเป้าหมายและมีประสิทธิภาพ ภาครัฐต้องช่วยส่งเสริมและสนับสนุนให้ประชาชนได้เข้าถึงสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างทั่วถึง ทั้งนี้ บทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามหลักการและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

จะเป็นสิ่งที่มีส่วนช่วยในการผลักดันให้เกิดความคุ้มครองในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มากขึ้น ส่งผลต่อการยกระดับขีดความสามารถในการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่อไปได้อย่างมั่นคงและยั่งยืน

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการศึกษาบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามหลักการและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อส่งเสริมให้ส่วนท้องถิ่นมีส่วนในการช่วยส่งเสริมให้ประชาชนสามารถเข้าถึงและสามารถได้รับความคุ้มครองสิทธิดังกล่าวตามกฎหมายได้

2. แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

2.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับบริการสาธารณะ

2.1.1 ขอบข่ายและความหมายการจัดทำบริการสาธารณะ¹

การให้บริการสาธารณะ (public service delivery) โดยทั่วไปจะเกี่ยวข้องกับกิจกรรมหรือบริการที่รัฐจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม หรือการให้บริการประชาชนโดยรัฐที่ดำเนินการในลักษณะของรัฐสวัสดิการ มีกฎหมายรองรับ มีความต่อเนื่องไม่เปลี่ยนแปลงไปตามสถานะของรัฐบาล แต่สามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงไปตามความต้องการของสังคม ซึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐมีเป้าหมายและมีแนวคิดเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะที่สำคัญ สรุปได้ดังนี้

- 1) รัฐต้องมีการบริหารด้านการจัดทำบริการสาธารณะแบบตลาด
- 2) รัฐต้องสามารถจัดการบริหารการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อให้ผู้รับบริการมีทางเลือกใช้

บริการได้หลายช่องทาง

- 3) รัฐต้องกระจายความรับผิดชอบให้มีผู้จัดทำบริการสาธารณะแทน
- 4) รัฐต้องมีแผนงานยกระดับขีดความสามารถในการจัดทำบริการสาธารณะ และ
- 5) รัฐต้องมีจุดมุ่งหมายแห่งความสำเร็จในการจัดทำบริการสาธารณะมากกว่าที่จะเน้นในเรื่องกระบวนการ ทฤษฎีเลือกสรรของรัฐบาลและทฤษฎีตัวแทนเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ

กล่าวได้ว่า มีแนวโน้มที่รัฐบาลจะมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะในลักษณะเครือข่ายมากกว่าที่รัฐบาลจะดำเนินการเอง

จากข้างต้นอาจสรุปได้ว่า บริการสาธารณะคือบริการที่จัดทำขึ้นโดยภาครัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือจัดทำโดยเอกชนแต่อยู่ในความควบคุมของรัฐเพื่อสนองต่อความต้องการของประชาชน เพื่อประโยชน์ต่อประชาชน และเพื่อสาธารณะประโยชน์

¹ อำนวย บุญรัตน์ไมตรี, 'แนวคิดการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น'(2559) 1 วารสาร การเมืองการปกครอง การบริหารการจัดการ-การบริหารทรัพยากรมนุษย์-นโยบาย (กันยายน 2558 - กุมภาพันธ์ 2559) 26, 26-27.

2.1.2 หลักเกณฑ์การจัดทำบริการสาธารณะ

การจัดทำบริการสาธารณะรัฐจัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม ประชาชนทุกคนมีสิทธิจะได้รับประโยชน์อย่างเสมอภาคกัน ซึ่งหลักเกณฑ์และลักษณะการจัดทำบริการสาธารณะ มีดังนี้²

1) หลักความต่อเนื่องและสม่ำเสมอ (the principle of continuity)

การจัดทำบริการต้องเป็นไปอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่อง เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นต่อการดำรงชีพของประชาชน ประชาชนมีความต้องการใช้บริการตลอดเวลา การจัดทำบริการสาธารณะจึงต้องมีความต่อเนื่อง จะเลือกดำเนินการเป็นเฉพาะช่วงเวลาไม่ได้เพราะจะสร้างความเดือดร้อนให้กับผู้ใช้บริการ ซึ่งในวิชาการทางรัฐประศาสนศาสตร์เรียกว่า “การคงอยู่ของบริการสาธารณะ” และบริการสาธารณะที่รัฐมอบให้เอกชนไปดำเนินการแทนต้องมีการให้บริการอย่างต่อเนื่องด้วยเช่นกัน หากเอกชนผู้ได้รับมอบให้จัดทำบริการไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะนั้นได้อย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่อง จะต้องถูกลงโทษตามที่กำหนดไว้ในเงื่อนไขของสัญญา การบริการสาธารณะของรัฐหรือรัฐมอบให้เอกชนจัดทำแทนแต่ละประเภทจะมีระดับความต่อเนื่องแตกต่างกันขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์และลักษณะของบริการสาธารณะนั้น ๆ ว่ามีความสำคัญต่อสังคมมากน้อยเพียงใด และการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทไม่จำเป็นต้องจัดทำอย่างถาวร แต่จะต้องจัดทำอย่างสม่ำเสมอ

2) หลักความเสมอภาค (the principle of equality)

เนื่องจากการจัดทำบริการสาธารณะไม่ได้มีจุดมุ่งหมายเพื่อผู้ใดผู้หนึ่งเป็นการเฉพาะ แต่มีจุดมุ่งหมายเพื่อประชาชนโดยส่วนรวม ประชาชนจึงย่อมได้รับสิทธิหรือได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะนั้นอย่างเสมอภาคและเท่าเทียม เป็นบริการที่รัฐจัดทำขึ้นแล้วจะต้องให้บริการแก่ประชาชนทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน จะเลือกปฏิบัติไม่ได้ รวมทั้งความเสมอภาคในด้านราคาค่าบริการและการบริการ และองค์กรที่จัดทำบริการต้องทำให้ประชาชนสามารถเข้าถึงบริการสาธารณะได้หลายช่องทางและง่ายต่อการรับบริการไม่มีความสลับซับซ้อน

3) หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง (the principle of adaptation)

รัฐต้องจัดทำบริการสาธารณะให้เหมาะสมกับความต้องการของประชาชน และเพื่อให้มีความเหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลง รัฐจึงควรคำนึงถึงความจำเป็นในการปรับปรุงการจัดทำบริการสาธารณะให้เป็นไปตามวิวัฒนาการของสังคม รวมทั้งเมื่อมีเหตุที่ความต้องการของประชาชนเปลี่ยนแปลงไปการบริการสาธารณะนั้น ควรได้รับการเปลี่ยนแปลงไปตามความต้องการของประชาชน

2.1.3 องค์กรจัดทำบริการสาธารณะ

องค์กรจัดทำบริการสาธารณะ สามารถแบ่งออกได้ 4 ประเภท คือ

1) บริการสาธารณะจัดทำโดยรัฐ

² เพิ่งอ้าง 27-28.

บริการสาธารณะจัดทำโดยรัฐ เป็นบริการสาธารณะที่รัฐจะต้องจัดทำเพื่อความมั่นคงและความเป็นเอกภาพของรัฐ การกิจการที่ประชาชนทั่วประเทศมีส่วนได้เสียเหมือนกัน การกิจการที่รัฐจัดทำแล้วมีประสิทธิภาพมากกว่าหรือเป็นกิจการที่ต้องใช้งบประมาณ และเทคโนโลยีขั้นสูง รัฐจึงควรจัดทำบริการสาธารณะประเภทนี้ ดังเช่นต่อไปนี้

(1) การป้องกันประเทศ การกิจการป้องกันการรุกรานจากต่างประเทศ และความมั่นคงของรัฐ เช่น การกิจการด้านการทหาร เป็นต้น

(2) การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ คือ การจัดการระบบกระบวนการยุติธรรมและการควบคุมสังคม เพื่อความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน เป็นกิจการที่คาบเกี่ยวกันทุกท้องถิ่น เช่น กิจการตำรวจ เป็นต้น

(3) การกิจการด้านการคลัง การรักษาความมั่นคงและเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ เพื่อความเป็นเอกภาพและเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ เช่น กิจการเกี่ยวกับเงินตรา เป็นต้น

(4) หน้าที่เป็นตัวแทนของประชาชน เช่น การกิจการในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และกิจการด้านการทูต เป็นต้น

2) บริการสาธารณะจัดทำโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

บริการสาธารณะที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องดำเนินการ แบ่งเป็น 2 ประเภท คือ บริการสาธารณะระดับชาติ ซึ่งรัฐมอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการจัดทำ และบริการสาธารณะซึ่งเป็นหน้าที่โดยตรงขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยมีกฎหมายแบ่งแยกหน้าที่และประเภทของบริการสาธารณะที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภทจะเป็นผู้จัดทำ แบ่งได้เป็น 4 ประเภท ดังนี้

- (1) บริการสาธารณะทางด้านสุขอนามัย
- (2) บริการสาธารณะทางด้านเศรษฐกิจ
- (3) บริการสาธารณะทางด้านสังคมและการศึกษา
- (4) บริการสาธารณะทางด้านวัฒนธรรม

3) บริการสาธารณะจัดทำต่อเนื่องกันระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

บริการสาธารณะบางประเภทรัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องร่วมกันรับผิดชอบ เนื่องจากกิจการประเภทนี้เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนและเป็นความต้องการร่วมกันของประชาชนทั้งประเทศ เช่น การจัดการศึกษาในระดับประถม ซึ่งมีลักษณะเป็นความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นควรให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นท้องถิ่นดำเนินการจัดทำ ส่วนการจัดการศึกษาในระดับอุดมศึกษาเป็นกิจกรรมต้องใช้เงินลงทุนสูงจึงควรเป็นหน้าที่ของรัฐ

4) บริการสาธารณะจัดทำโดยเอกชน

การจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะ ดังนี้

(1) กิจการการให้บริการสาธารณะของรัฐบางประเภทต้องใช้เงินลงทุนมาก ต้องใช้บุคลากรที่มีความชำนาญเป็นพิเศษ ซึ่งรัฐไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะได้และทันความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะ จึงให้เอกชนซึ่งมีความพร้อมเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ

(2) การมอบอำนาจ (habilitation) ให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ หมายความว่า การที่รัฐมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วน ทั้งนี้ เนื่องจากเอกชน ไม่ได้มีอำนาจจัดทำบริการสาธารณะ เพราะบริการสาธารณะเป็นอำนาจและหน้าที่ของรัฐ

(3) สัมปทาน (concession) คือ สัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะด้วยการลงทุนและเสี่ยงภัยของเอกชนเอง และเอกชนสามารถเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการ กิจกรรมที่ได้รับสัมปทานจากรัฐ

2.2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

2.2.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับหลักการกระจายอำนาจ

การกระจายอำนาจการปกครองเป็นวิธีการที่รัฐมอบอำนาจปกครองบางส่วนให้องค์กรอื่น นอกจากองค์กรของส่วนกลางเพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางอย่าง ภายในอาณาเขตของแต่ละท้องถิ่น ด้วยงบประมาณและเจ้าหน้าที่ของท้องถิ่นโดยมีความอิสระตามสมควรไม่ต้องขึ้นอยู่กับบัญชาของส่วนกลาง เพียงแต่ขึ้นอยู่กับดูแลเท่านั้น เป็นหลักที่ถือเอาเสรีภาพของประชาชนที่จะปกครองตนเองเป็นที่ตั้ง

โดยการกระจายอำนาจบริหาร แบ่งเป็น 2 ประเภท ได้แก่³

1) การกระจายอำนาจทางบริการ (Decentralization by Service)

การกระจายอำนาจทางบริการ เกิดขึ้นเนื่องจากรัฐสมัยใหม่มีกิจการของรัฐที่จะต้องจัดทำเพิ่มมากขึ้นและสลับซับซ้อนขึ้นกว่าแต่ก่อน ทำให้รัฐต้องเข้าไปจัดทำกิจการดังกล่าวในรูปขององค์กรกระจายอำนาจทางบริการไม่ว่าจะในทางเศรษฐกิจ สังคม กีฬา ฯลฯ โดยให้กิจการนั้น ๆ เป็นนิติบุคคล แยกต่างหากออกจากรัฐ มีทรัพย์สินของตนเอง มีผู้บริหารของตนเอง การเลือกตั้งผู้บริหารไม่ได้เป็นเงื่อนไขในการจัดตั้งองค์กร แต่ยังคงอยู่ภายใต้การกำกับดูแลจากส่วนกลาง ซึ่งการให้องค์กรดังกล่าวจัดทำบริการสาธารณะก็เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินงาน ซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะเป็นกิจการที่เกี่ยวกับการจัดการที่ต้องอาศัยเทคนิค ความรู้ ความชำนาญทางเทคโนโลยีเป็นพิเศษ เช่น กิจการสื่อสารโทรคมนาคม กิจการวิทยุกระจายเสียง และวิทยุโทรทัศน์ การผลิตกระแสไฟฟ้า เป็นต้น

2) การกระจายอำนาจทางเขตแดน (Territorial Decentralization)

หลักการกระจายอำนาจทางเขตแดนหรือพื้นที่ เป็นวิธีการที่รัฐกระจายอำนาจการปกครอง และการบริหารให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยใช้อาณาเขตของท้องถิ่นและจำนวนประชากรภายในเขตพื้นที่นั้นเป็นหลัก ไปจัดทำบริการสาธารณะบางอย่าง โดยมีความเป็นอิสระตามสมควร เพื่อแบ่งเบาภาระหน้าที่ของรัฐ การกระจายอำนาจเป็นการใช้อำนาจโดยตรงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ในการปกครอง ในการจัดให้มีการเลือกตั้งเพื่อให้นักในท้องถิ่นได้มีโอกาสเข้ามาเป็นฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติของท้องถิ่น และหน่วยการปกครองแต่ละแห่งนั้นมีอำนาจตราข้อบัญญัติเพื่อบังคับใช้ มีเจ้าหน้าที่

³ ไตรรงค์ ไตรกระแสน, 'ข้อสังเกตเกี่ยวกับเงื่อนไขในการยุบสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดในประเทศไทย', (2556), 2-3.

ท้องถิ่นที่เป็นอิสระจากส่วนกลางซึ่งหากเจ้าหน้าที่ของท้องถิ่นยังคงได้รับการแต่งตั้งจากส่วนกลางอยู่แล้ว ก็จะเป็นการรวมอำนาจ มิใช่การกระจายอำนาจ ดังนั้น การกระจายอำนาจในความหมายนี้จึงต้องมืองค์กรปกครองทางเขตแดน เช่น มีการเลือกตั้ง ผู้บริหาร ตัวองค์กรไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาจากส่วนกลาง แต่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจกำกับดูแลจากส่วนกลาง

2.2.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการปกครองส่วนท้องถิ่น⁴

การปกครองส่วนท้องถิ่น อาจสรุปความหมายในสาระสำคัญได้ดังนี้

1) การปกครองของชุมชนหนึ่ง ซึ่งชุมชนเหล่านั้นอาจมีความแตกต่างกันในด้านความเจริญ จำนวนประชากร หรือขนาดของพื้นที่ เช่น หน่วยงานปกครองท้องถิ่นของไทยจัดเป็น เทศบาล สุขาภิบาล (ยกเลิกแล้ว) องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา

2) หน่วยงานปกครองท้องถิ่นจะต้องมีอำนาจอิสระ (Autonomy) ในการปฏิบัติหน้าที่ตามความเหมาะสม กล่าวคือ อำนาจของหน่วยงานปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องมีขอบเขตพอควร เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานปกครองท้องถิ่นอย่างแท้จริง หากมีอำนาจมากเกินไปไม่มีขอบเขต หน่วยงานปกครองท้องถิ่นนั้นก็กลายเป็นรัฐอธิปไตยเอง เป็นผลเสียต่อความมั่นคงของรัฐบาล อำนาจของท้องถิ่นนี้มีขอบเขตที่แตกต่างกันออกไป ตามลักษณะความเจริญและความสามารถของประชาชนในท้องถิ่นนั้นเป็นสิ่งสำคัญ รวมทั้ง นโยบายของรัฐบาลในการพิจารณาการกระจายอำนาจให้หน่วยงานปกครองท้องถิ่นว่าควรเป็นระดับใดจึงจะเหมาะสม

3) หน่วยงานปกครองท้องถิ่นจะต้องมีสิทธิตามกฎหมาย (Legal Rights) ที่จะดำเนินการปกครองตนเอง ซึ่งสิทธิตามกฎหมายแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1) หน่วยงานปกครองท้องถิ่นมีสิทธิที่จะตรากฎหมาย หรือระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อประโยชน์ในการบริหารตามหน้าที่ และเพื่อใช้บังคับประชาชนในท้องถิ่นนั้น ๆ เช่น เทศบัญญัติ ข้อบังคับองค์การบริหารส่วนตำบล เป็นต้น

(2) สิทธิที่เป็นหลักในการดำเนินการบริหารท้องถิ่น คือ อำนาจในการกำหนดงบประมาณเพื่อบริหารกิจการตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานปกครองท้องถิ่นนั้น

4) มืองค์กรที่จำเป็นในการบริหารและปกครองตนเอง จัดแบ่งเป็น 2 ฝ่าย คือ องค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การปกครองส่วนท้องถิ่นแบบเทศบาล จะมีคณะเทศมนตรีเป็นฝ่ายบริหาร และสภาเทศบาลเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ หรือแบบมหานคร คือ กรุงเทพมหานคร จะมีผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร เป็นฝ่ายบริหาร และสภากรุงเทพมหานครจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นต้น

5) ประชาชนในท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการปกครองท้องถิ่น เนื่องจากแนวคิดที่ว่าประชาชนในท้องถิ่นเท่านั้นที่จะรับรู้ปัญหาและวิธีการแก้ไขของตนเองอย่างแท้จริง หน่วยงานปกครองส่วนท้องถิ่น

⁴ พิพัฒน์ วงศาโรจน์, 'การปกครองท้องถิ่นรูปแบบองค์กรการบริหารส่วนตำบลและองค์การบริหารส่วนจังหวัด: สถานภาพ ความสัมพันธ์และผลกระทบทางการเมืองระดับท้องถิ่น' (งานวิจัยส่วนบุคคล, วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร 2541)

จึงจำเป็นต้องมีคนในท้องถิ่นมาบริหารงาน เพื่อให้สมเจตนารมณ์และความต้องการของชุมชน และอยู่ภายใต้การควบคุมของประชาชนในท้องถิ่น นอกจากนี้ ยังเป็นการฝึกให้ประชาชนในท้องถิ่นมีความเข้าใจในระบบและกลไกของประชาธิปไตยอย่างแท้จริงด้วย

2.3 แนวความคิดทางทฤษฎีและหลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

2.3.1 แนวความคิดทางทฤษฎีเกี่ยวกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indications หรือ GI) ถือเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง เกิดขึ้นเมื่อชุมชนได้อาศัยลักษณะเฉพาะที่มีอยู่ในแหล่งภูมิศาสตร์ตามธรรมชาติ เช่น สภาพดินฟ้าอากาศ วัตถุดิบเฉพาะในพื้นที่ หรือทักษะความชำนาญของภูมิปัญญาท้องถิ่น มาใช้ประโยชน์ในการผลิตสินค้า ทำให้ได้ผลิตภัณฑ์ที่มีคุณลักษณะพิเศษ โดยความแตกต่างของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จากทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น คือ ผู้เป็นเจ้าของไม่ใช่บุคคลหนึ่งบุคคลใด แต่เป็นกลุ่มชุมชนที่เป็นผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการในพื้นที่ทางภูมิศาสตร์นั้นเท่านั้น ที่มีสิทธิผลิตสินค้าดังกล่าวโดยใช้ชื่อทางภูมิศาสตร์นั้นได้ ผู้ผลิตคนอื่นที่อยู่นอกเหนือแหล่งภูมิศาสตร์จะไม่สามารถผลิตสินค้าโดยใช้ชื่อแหล่งภูมิศาสตร์เดียวกันมาแข่งขันได้

“สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ คือ ชื่อ หรือสัญลักษณ์ หรือสิ่งอื่นใด ที่บอกแหล่งผลิตของสินค้า โดยสามารถสื่อให้ผู้บริโภคเข้าใจได้ว่าสินค้านั้นมีคุณภาพหรือคุณลักษณะพิเศษแตกต่างจากสินค้าที่ผลิตในแหล่งผลิตอื่น เช่น มะขามหวานเพชรบูรณ์ ที่ประกอบด้วยคำว่า มะขามหวาน ซึ่งบอกว่าสินค้าคืออะไร และคำว่าเพชรบูรณ์ ซึ่งบอกแหล่งผลิตมะขามหวานดังกล่าว และยังสื่อให้คนทั่วไปเข้าใจว่ามะขามหวานดังกล่าวมีคุณภาพสูงมีรสชาติดหวานและไม่แฉะ อันเป็นคุณลักษณะเฉพาะของมะขามหวานเพชรบูรณ์ ซึ่งได้รับอิทธิพลจากดินที่เหมาะสมสำหรับการปลูกมะขามและปริมาณน้ำฝนที่พอเหมาะพอดีในจังหวัดเพชรบูรณ์ ประกอบกับฝีมือการเพาะปลูกของเกษตรกรชาวเพชรบูรณ์ ซึ่งมีกรรมวิธีในการปลูกโดยเฉพาะ จึงทำให้มะขามที่ปลูกในจังหวัดเพชรบูรณ์มีความหวานมากกว่าท้องถิ่นอื่น ฉะนั้น สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีองค์ประกอบหรือปัจจัยสำคัญสองประการ คือ ธรรมชาติกับมนุษย์ในแหล่งหรือท้องที่นั้น โดยธรรมชาตินั้นสร้างสิ่งแวดล้อมหรือวัตถุดิบให้แก่การผลิตสินค้า ส่วนมนุษย์นั้นใช้ทักษะ ความชำนาญ และภูมิปัญญาในการผลิตสินค้านั้น ทั้งสองปัจจัยจึงได้ก่อให้เกิดสินค้าที่มีคุณภาพหรือคุณลักษณะพิเศษเฉพาะด้วยเหตุนี้ สิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จึงเป็นสิทธิชุมชน หรือสิทธิของกลุ่มคนที่อยู่ในท้องถิ่นที่ผลิตสินค้านั้น”⁵

ทั้งนี้ ประโยชน์ของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์⁶อาจกล่าวได้ดังนี้

⁵ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, ‘สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์’ <<http://www.ipthailand.go.th/th/dip-law-2/item/%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B9%88%E0%B8%87%E0%B8%9A%E0%B9%88%E0%B8%87%E0%B8%8A%E0%B8%B5%E0%B9%89%E0%B8%97%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%A0%E0%B8%B9%E0%B8%A1%E0%B8%B4%E0%B8%A8%E0%B8%B2%E0%B8%AA%E0%B8%95%E0%B8%A3%E0%B9%8C.html>> สืบค้นวันที่ 21 พฤษภาคม 2562

⁶ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์ทรัพย์สินทางปัญญาและบ่มเพาะวิสาหกิจ, ‘ประโยชน์ของสิ่งบ่งชี้

1) เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค เนื่องจากหากผู้บริโภคหลงผิดในสินค้า จะไม่ได้รับสินค้าตามมาตรฐานที่ต้องการจากฉลาก หรือชื่อที่ใช้อาจส่งผลต่อสุขภาพและความปลอดภัยของประชาชนด้วย

2) เพื่อคุ้มครองผู้ผลิตและป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม คือป้องกันผู้ประกอบการที่ฉ้อโกงชื่อเสียงของคู่แข่งไปแอบอ้างโดยทุจริตและอ้างแหล่งผลิตโดยมิชอบ เพื่อหาประโยชน์จากชื่อเสียงของชุมชนอื่น ๆ ที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน

3) เพื่อเพิ่มมูลค่าของสินค้าให้ผู้ผลิตและเป็นเครื่องมือทางการตลาด สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สามารถเป็นสื่อให้เห็นว่าผลิตภัณฑ์ดังกล่าวได้ผลิตขึ้นในประเทศใดประเทศหนึ่ง หรือท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่ง การระบุชื่อประเทศหรือท้องถิ่นจะต้องทำให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าสินค้านั้นมีลักษณะพิเศษต่างไปจากสินค้าจำพวกเดียวกันที่ผลิตขึ้นจากแหล่งอื่น ซึ่งจะส่งผลให้สินค้านั้นมีราคาสูงขึ้นหรือจำหน่ายได้มากขึ้น นอกจากนี้ยังเป็นการช่วยประชาสัมพันธ์ให้ผู้ผลิตแต่ละรายอีกด้วย

4) เพื่อให้มีการดูแลรักษามาตรฐานของสินค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นเหมือนเครื่องหมายรับรองคุณภาพและแหล่งที่มาของสินค้า เนื่องจากเงื่อนไขหนึ่งของการขอรับความคุ้มครองในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ผู้ขอจะต้องแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างพื้นที่และตัวสินค้า ทั้งในแง่คุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะใด ๆ เช่น วิธีการผลิต วัตถุดิบที่ใช้ เป็นต้น ซึ่งส่งผลถึงคุณภาพเฉพาะของสินค้าจากแหล่งนั้น กลุ่มผู้ผลิตจึงต้องมีส่วนอย่างมากในการช่วยกันรักษาคุณภาพหรือชื่อเสียงนั้น ๆ ไว้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีความเชื่อมโยงใกล้ชิดกับท้องถิ่นในระดับชุมชนอย่างเห็นได้ชัด ซึ่งนอกจากนี้ผู้ที่จดทะเบียนเป็นผู้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะต้องช่วยกันรักษาคุณภาพและชื่อเสียงนั้น ๆ ไว้ เพื่อไม่ให้เข้าข่ายการละเมิดใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ดังนั้น สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จึงเป็นเสมือนเครื่องหมายรับรองคุณภาพผลิตภัณฑ์ของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการจะต้องรักษาหรือคงไว้ซึ่งคุณภาพตามที่ได้มีการจดทะเบียนไว้ นอกจากประโยชน์ในทางธุรกิจแล้ว สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ยังช่วยสร้างความภาคภูมิใจให้กับผู้ที่อยู่ในท้องถิ่น สร้างความเข้มแข็งให้กับชุมชน สร้างรายได้และลดการเคลื่อนย้ายแรงงานเข้าสู่เมือง รวมถึงช่วยดำรงวัฒนธรรมและองค์ความรู้ของท้องถิ่น เนื่องจากการที่จะสามารถระบุได้ว่าสินค้าใดเป็นสินค้าของพื้นที่นั้น ๆ จะต้องมีส่วนที่เกี่ยวพันที่จะก่อให้เกิดสินค้านั้น ๆ หรือมีการร่วมมือกันของกลุ่มคนในท้องถิ่นที่จะช่วยกันส่งเสริมสร้างชื่อเสียงและการยอมรับจากคนในพื้นที่อื่นถึงคุณภาพหรือความเป็นเอกลักษณ์ของสินค้านั้น ๆ ดังนั้น ผู้ประกอบการจึงควรให้ความสำคัญและใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ให้เป็นประโยชน์และเป็นเครื่องมือทางการตลาดในการเพิ่มความสามารถทางการแข่งขันทั้งในประเทศและต่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะมีความสำคัญสำหรับการใช้ประโยชน์ของชุมชนในทรัพยากรธรรมชาติในแหล่งภูมิศาสตร์ตามธรรมชาติของตน ที่ก่อให้เกิดเป็นการเพิ่มมูลค่าและเป็นการสร้างรายได้ของชุมชน ทั้งนี้ หากมีการส่งเสริมและสนับสนุนประชาชนให้มีความรู้ในกระบวนการดำเนินการสำหรับการขึ้นทะเบียนเพื่อคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อย่างถูกต้อง

2.3.2 หลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

1) กฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาได้ถูกนำมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการให้ความคุ้มครองแก่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ กล่าวคือ มาตรา 271 ได้บัญญัติว่า "ผู้ใดขายของโดยหลอกลวงด้วยประการใด ๆ ให้ผู้ซื้อหลงเชื่อในแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพหรือปริมาณแห่งของนั้นอันเป็นเท็จ ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดฐานฉ้อโกง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ" ดังนั้นจะเห็นได้ว่า หากมีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ไม่ถูกต้องตามความเป็นจริงซึ่งทำให้ผู้ซื้อหลงเชื่อในแหล่งกำเนิดก็จะเป็นความผิดตามมาตรานี้ แต่มีข้อสังเกตว่าหากผู้ขายมิได้หลอกลวงผู้ซื้อ ก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้ เช่นผู้ขายระบุไว้ชัดเจนว่าเป็นมะขามหวานเพชรบูรณ์ ซึ่งปลูกในยะลา เป็นต้น แต่การกระทำนี้อาจเป็นการทำให้ชื่อเสียงหรือกีดกีดวลล์ของผู้ค้าอีกรายหนึ่งหรือของสินค้านั้นเสียหายได้ ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญามาตรา 271 มิได้มุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่ผู้มีสิทธิในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่แท้จริง นอกจากนี้อาจจะมีปัญหาการตีความคำว่า "ผู้ซื้อ" ในมาตรา 271 ควรจะครอบคลุมถึงผู้บริโภคทุกคนแม้ว่าจะไม่ได้เป็นผู้ที่ซื้อสินค้านั้นหรือไม่ จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายอาญายังไม่เพียงพอที่จะให้ความคุ้มครองแก่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

2) กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 22 ว่า "การโฆษณาจะต้องไม่ใช่ข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม ทั้งนี้ ไม่ว่าข้อความดังกล่าวนั้นจะเป็นข้อความที่เกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ" ดังนั้นถือได้ว่าเป็นการให้ความคุ้มครองแก่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ทางหนึ่งเช่นกัน แต่จุดมุ่งหมายที่แท้จริงของพระราชบัญญัติฉบับนี้นั้น คือการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคเป็นหลัก ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า หากข้อความที่ใช่ ไม่ได้เป็นข้อความที่จะทำให้ผู้บริโภคสับสนหรือหลงผิดเกี่ยวกับแหล่งกำเนิด เช่นการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ควบคู่กับการระบุที่มาที่แท้จริงดังที่ได้ยกตัวอย่างไว้ในกรณีของกฎหมายอาญาข้างต้น ซึ่งอาจจะทำให้ผู้ค้ารายอื่นเสียหายแต่ก็ไม่อาจถือได้ว่าเกิดผลเสียต่อสังคมโดยส่วนรวม ดังนั้นอาจถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค แต่เมื่อพิจารณาในแง่ของการค้าแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งผู้ประกอบการที่มีสิทธิที่แท้จริงในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นควรจะมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์อันเกิดจากชื่อเสียงและกีดกีดวลล์ของสินค้าของตน

3) กฎหมายเครื่องหมายการค้า

ในบางประเทศ กฎหมายเครื่องหมายการค้าอาจเข้ามามีบทบาทสำคัญในการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ แต่เนื่องจากทฤษฎีของกฎหมายเครื่องหมายการค้านี้ อาจแตกต่างกันไปในแต่

ละประเทศ ซึ่งในบางประเทศรวมถึงประเทศไทย หลักการและวัตถุประสงค์ของกฎหมายเครื่องหมายการค้า มีความแตกต่างกับการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ ในขณะที่เครื่องหมายการค้าจะบ่งบอกความแตกต่างระหว่างเจ้าของหรือตัวผู้ผลิตสินค้า แต่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะบ่งบอกถึงพื้นที่ที่ผลิต นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 เมื่อพิจารณาตามคำนิยามของเครื่องหมายรับรองและเครื่องหมายร่วมของไทยแล้วจะเห็นได้ว่าไม่สามารถให้ความคุ้มครองแก่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ กล่าวคือ เครื่องหมายรับรองสามารถออกให้ได้แก่บุคคลเพียงคนเดียว และก็ไม่สามารถใช้รับรองตนเองได้ ส่วนการที่จะนำบทบัญญัติเกี่ยวกับเครื่องหมายร่วมมาขยายความปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น ก็ไม่สามารถทำได้ เนื่องจากคำจำกัดความของเครื่องหมายร่วม ไม่ได้คลุมไปถึงเครื่องหมายรับรอง ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าทฤษฎีกฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทยนั้น ไม่ครอบคลุมไปถึงการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายยังได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่สามารถนำมาจดทะเบียนได้ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้านี้

4) กฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546

เนื่องจากประเทศไทยมีนโยบายที่จะให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เพื่อส่งเสริมให้มีการพัฒนาคุณภาพของสินค้าที่ผลิตในท้องถิ่นให้ดียิ่งขึ้น อันจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาทางด้านการค้าของประเทศต่อไป ทั้งนี้ โดยการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะช่วยกระตุ้นให้ผู้ผลิตในท้องถิ่นมีความต้องการที่จะเสริมสร้างและรักษาภาพพจน์ในสินค้าที่ผลิตจากท้องถิ่นของตน และยังเป็นการป้องกันไม่ให้ประชาชนสับสนหรือหลงผิดในแหล่งภูมิศาสตร์ของสินค้า โดยกำหนดให้มีการขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าที่มาจากแหล่งภูมิศาสตร์และห้ามการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อันจะทำให้เกิดความสับสนหรือหลงผิดในแหล่งภูมิศาสตร์อันแท้จริงของสินค้าที่ระบุในทะเบียน ในขณะเดียวกัน นโยบายนี้ก็เป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีที่ประเทศไทยมีตามข้อ 22 ถึงข้อ 24 ของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าในภาคผนวกท้ายความตกลงการค้าโลก แต่กฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่ยังไม่เพียงพอที่จะรองรับนโยบายการให้ความคุ้มครองและรองรับพันธกรณีดังกล่าวข้างต้นได้ จึงจำเป็นต้องยกร่างกฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ขึ้นมา ซึ่งปัจจุบันพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 ได้ถูกประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้ว

3. บทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นส่วนท้องถิ่นในการส่งเสริมและคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 250 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่และอำนาจดูแลและจัดทำบริการสาธารณะและกิจกรรมสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน รวมทั้งส่งเสริมและสนับสนุนการจัดการศึกษาให้แก่ประชาชนในท้องถิ่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การจัดทำบริการสาธารณะและกิจกรรมสาธารณะใดที่สมควรให้เป็นหน้าที่และอำนาจโดยเฉพาะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบ หรือให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหน่วยงานหลักในการดำเนินการใด ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติซึ่งต้องสอดคล้องกับรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามวรรคสี่ และกฎหมายดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับกลไกและขั้นตอนในการกระจายหน้าที่และอำนาจ ตลอดจนงบประมาณและบุคลากรที่เกี่ยวกับหน้าที่ และอำนาจดังกล่าวของส่วนราชการให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย

ในการจัดทำบริการสาธารณะหรือกิจกรรมสาธารณะใดที่เป็นหน้าที่และอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ถ้าการร่วมดำเนินการกับเอกชนหรือหน่วยงานของรัฐหรือการมอบหมายให้เอกชนหรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการ จะเป็นประโยชน์แก่ประชาชนในท้องถิ่นมากกว่าการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะดำเนินการเอง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะร่วมหรือมอบหมายให้เอกชนหรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการนั้นก็ได้

รัฐต้องดำเนินการให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีรายได้ของตนเองโดยจัดระบบภาษีหรือการจัดสรรภาษีที่เหมาะสม รวมทั้งส่งเสริมและพัฒนาการหารายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถดำเนินการตามวรรคหนึ่งได้อย่างเพียงพอ ในระหว่างที่ยังไม่อาจดำเนินการได้ ให้รัฐจัดสรรงบประมาณเพื่อสนับสนุนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปก่อน

กฎหมายตามวรรคหนึ่งและกฎหมายที่เกี่ยวกับการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นต้องให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระในการบริหาร การจัดทำบริการสาธารณะ การส่งเสริมและสนับสนุนการจัดการศึกษา การเงินและการคลัง และการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งต้องทำเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นหรือประโยชน์ของประเทศเป็นส่วนรวม การป้องกันการทุจริต และการใช้จ่ายเงินอย่างมีประสิทธิภาพ โดยคำนึงถึงความเหมาะสมและความแตกต่างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบ และต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการขัดกันแห่งผลประโยชน์ และการป้องกันการก้าวร้าวการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการส่วนท้องถิ่นด้วย”⁷

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในมาตรา 250 ดังกล่าวได้กำหนดเกี่ยวกับการปกครองส่วนท้องถิ่นตามหลักการกระจายอำนาจการปกครองโดยในวรรคแรก มีการกำหนดหน้าที่และอำนาจดูแลและจัดทำบริการสาธารณะและกิจกรรมสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน รวมทั้งส่งเสริมและสนับสนุนการจัดการศึกษาให้แก่ประชาชนในท้องถิ่น ว่าเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ นั่นคือ การมีกฎหมายท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญหรือการที่ต้องออกกฎหมายมารองรับเป็นกฎหมายลำดับรอง โดยจะกำหนดอย่างไรหรือจะมีหลักเกณฑ์อย่างไรนั้นก็ขึ้นอยู่กับกฎหมายบัญญัติ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญได้มีการวาง

⁷มาตรา 250 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

หลักเกณฑ์อย่างกว้างไว้ในวรรคสองว่า ในการจัดทำบริการสาธารณะและกิจกรรมสาธารณะใดที่สมควรให้เป็นหน้าที่และอำนาจโดยเฉพาะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของแต่ละรูปแบบ หรือให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหน่วยงานหลักในการดำเนินการใด โดยให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติเช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ จะเห็นว่า ในการจัดทำบริการสาธารณะและกิจกรรมสาธารณะใดที่สมควรให้เป็นหน้าที่และอำนาจโดยเฉพาะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบ หรือให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหน่วยงานหลักในการดำเนินการใดนั้น ตามพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 มีการกำหนดอำนาจและหน้าที่ในการจัดระบบการบริการสาธารณะไว้ตามมาตรา 16-19 ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดเกี่ยวกับอำนาจและหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ต้องทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นของตนเอง โดยในมาตรา 16 เป็นการกำหนดอำนาจและหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในส่วนของเทศบาล เมืองพัทยา และองค์การบริหารส่วนตำบล ว่าให้ต้องมีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะในลักษณะหรือรูปแบบใดบ้างเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นของตน ในมาตรา 17 เป็นการกำหนดอำนาจและหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในส่วนขององค์การบริหารส่วนจังหวัดในลักษณะที่แตกต่างกันไปออกไปจากมาตรา 16 ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ส่วนในมาตรา 18 เป็นการกำหนดอำนาจและหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในส่วนของกรุงเทพมหานครที่มีอำนาจและหน้าที่ตามมาตรา 16 และ 17 และในส่วนของมาตรา 19 วรรคแรกเป็นการกำหนดอำนาจและหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในส่วนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นองค์กรส่วนปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษไม่เต็มพื้นที่จังหวัดที่มีอำนาจและหน้าที่ตามมาตรา 16 และวรรคสองเป็นการกำหนดอำนาจและหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในส่วนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นองค์กรส่วนปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษเต็มพื้นที่จังหวัดที่มีอำนาจและหน้าที่ตามมาตรา 16 และ 17

จะเห็นได้ว่า จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดลักษณะหรือรูปแบบของระบบบริการสาธารณะที่ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือหน่วยงานส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ ต้องจัดระบบบริการสาธารณะในท้องถิ่นของตนเองอย่างไรในลักษณะกว้าง ๆ ที่มีความสำคัญและตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างทั่วถึง แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีได้มีในส่วนของบทบัญญัติเพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการส่งเสริมทรัพย์สินทางปัญญาไว้โดยตรง หากแต่คงมีเพียงในส่วนที่เกี่ยวข้องอย่างกว้าง ๆ กล่าวคือ ในส่วนของอำนาจหน้าที่ในการพาณิชย์และการส่งเสริมการลงทุนเท่านั้น ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าปัญหาของการไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในระดับท้องถิ่นนั้น เป็นปัญหาที่มีความสำคัญอย่างยิ่งที่ส่งผลต่อสถานะความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศโดยตรง ที่เห็นได้อย่างชัดเจนคือในส่วนของสิ่งซึ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศ ซึ่งเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งตามที่ได้เคยกล่าวไปแล้ว จึงอาจยังไม่ได้รับการแก้ไขหรือได้รับการส่งเสริมได้โดยตรงเนื่องจากปัญหาความไม่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายหรือความไม่มีบทบาทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการทำหน้าที่ดังกล่าว

อีกทั้ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 258 ฉ. (1) และ (2) ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ให้ดำเนินการปฏิรูประบบราชการอย่างน้อยในด้านต่าง ๆ ให้เกิดผลดังต่อไปนี้

ฉ. ด้านเศรษฐกิจ

(1) ขจัดอุปสรรคและเสริมสร้างความสามารถในการแข่งขันของประเทศเพื่อให้ประเทศชาติและประชาชนได้รับประโยชน์จากการเข้าร่วมกลุ่มเศรษฐกิจต่าง ๆ อย่างยั่งยืน โดยมีภูมิคุ้มกันที่ดี

(2) สร้างกลไกเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนการนำความคิดสร้างสรรค์และเทคโนโลยีที่ทันสมัยมาใช้ในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ”⁸

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในมาตรา 258 ดังกล่าวได้กำหนดเกี่ยวกับการปฏิรูปประเทศที่รัฐจะต้องดำเนินการในด้านเศรษฐกิจ โดยตามมาตรา 258 ฉ. (1) เพื่อให้ไม่มีอุปสรรคในการแข่งขันของประเทศและเสริมสร้างขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ เพื่อให้ประเทศและประชาชนได้รับประโยชน์จากการเข้าร่วมกลุ่มเศรษฐกิจอย่างยั่งยืนโดยมีภูมิคุ้มกันที่ดีต่อไป รวมถึงในมาตรา 258 ฉ. (2) เพื่อให้เกิดผลในการสร้างกลไกเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนการนำความคิดสร้างสรรค์และเทคโนโลยีที่ทันสมัยมาใช้ในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ ดังกล่าวโดยสามารถแข่งขันทางการค้าของประเทศได้ที่ส่งผลทำให้เศรษฐกิจของประเทศเจริญเติบโตได้ต่อไป

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 76 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“รัฐพึงพัฒนาระบบการบริหารราชการแผ่นดินทั้งราชการส่วนกลางส่วนภูมิภาค ส่วนท้องถิ่น และงานของรัฐอย่างอื่น ให้เป็นไปตามหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี โดยหน่วยงานของรัฐต้องร่วมมือและช่วยเหลือกันในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดิน การจัดทำบริการสาธารณะ และการใช้จ่ายเงินงบประมาณมีประสิทธิภาพสูงสุด เพื่อประโยชน์สุขของประชาชน รวมตลอดทั้งพัฒนาเจ้าหน้าที่ของรัฐให้มีความซื่อสัตย์สุจริต และมีทัศนคติเป็นผู้นำให้บริการประชาชนให้เกิดความสะดวกรวดเร็ว ไม่เลือกปฏิบัติ และปฏิบัติหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพ”⁹

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในมาตรา 76 วรรคแรก ดังกล่าวได้กำหนดเกี่ยวกับการที่รัฐจะต้องปรับระบบการดำเนินงานและระบบความสัมพันธ์ระหว่างราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น และงานของรัฐอย่างอื่นให้มีความชัดเจนในเชิงอำนาจหน้าที่ อีกทั้งต้องส่งเสริมให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการจัดบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนในท้องถิ่นต่าง ๆ นอกจากนี้ ยังได้กล่าวถึงระบบการทำงานของภาครัฐว่าจะต้องมุ่งเน้นการพัฒนาคุณภาพ คุณธรรม จริยธรรม ความซื่อสัตย์สุจริตของเจ้าหน้าที่พร้อมทั้งพัฒนาระบบการทำงานเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการทำงาน และให้รัฐมุ่งเน้นการทำงานตามหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ทั้งนี้ ในรายละเอียดยังมีการกำหนดเพิ่มเติมว่า รัฐจะต้องจัดบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนอย่างรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ โปร่งใส และเพื่อให้แนวนโยบายแห่งรัฐบรรลุเป้าหมายที่ได้กำหนดไว้ จึงได้มีการกำหนดรายละเอียดด้านต่าง ๆ ไว้อย่างละเอียด เพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินงานแก่หน่วยงานของรัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

⁸ มาตรา 258 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

⁹ มาตรา 76 วรรคแรก แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

ดังนั้น จะเห็นว่าบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศไทยนั้น ยังถือว่าไม่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่โดยเฉพาะสำหรับเรื่องดังกล่าว คงมีเพียงขอบเขตกว้าง ๆ ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นเท่านั้น

4. บทวิเคราะห์เกี่ยวกับบทบาทและอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานส่วนท้องถิ่นในการส่งเสริมและคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศไทยและประเทศจีน

ปัญหาของการไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น ถือได้ว่าเป็นปัญหาที่มีความสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อสภาวะความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากการไม่มีความรู้ความเข้าใจ และการขาดองค์ความรู้ที่ครบถ้วนของประชาชนในการปกป้องสิทธิของตนเอง ทำให้ภาพรวมของประชาชนมีส่วนร่วมในการป้องกันและส่งเสริมสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่น้อยมาก ทั้งนี้ ปัจจัยสำคัญในการส่งเสริมความสำเร็จในการส่งเสริมและคุ้มครองดังกล่าว อาจเกี่ยวข้องกับการดำเนินการบางประการของรัฐเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนให้ส่วนภูมิภาคในส่วนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และมีองค์ความรู้ที่ครบถ้วนเกี่ยวกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่พร้อมที่จะถ่ายทอดสู่ประชาชน เพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายต่อไปอย่างยั่งยืน จึงต้องมีการเผยแพร่ออกไปอย่างแพร่หลายและมีการแยกกฎหมายฉบับต่าง ๆ ซึ่งต้องมีการจัดให้ความรู้ด้านกฎหมายและฝึกอบรมเพื่อให้ความรู้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทุกคนด้วย อีกทั้ง มีการกำหนดกลไกการบริหารที่มีประสิทธิภาพของหน่วยงาน สำหรับการป้องกันและคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งเป็นไปอย่างเป็นขั้นตอน แต่เป็นกลไกระยะยาวที่มีประสิทธิภาพ รวมถึงมีการส่งเจ้าหน้าที่ซึ่งต้องบังคับใช้กฎหมายไปให้คำปรึกษาด้านทรัพย์สินทางปัญญาและการปกป้องคุ้มครองสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ให้กับประชาชนในนิทรรศการและงานสาธารณะทั่วไป และมีการเผยแพร่ความรู้ต่อเนื่องให้แก่ประชาชน เพื่อสร้างความตระหนักรู้ทางสังคมเกี่ยวกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การจัดทำแผนที่นำทางและหนังสือคู่มือเกี่ยวกับการจัดการสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ให้กับท้องถิ่น เพื่อใช้ในการเผยแพร่ความรู้สู่ประชาชนในท้องถิ่นต่อไป

นอกจากนี้ จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้มีการกำหนดเกี่ยวกับการที่รัฐจะต้องปรับระบบการดำเนินงานและระบบความสัมพันธ์ระหว่างราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค ส่วนท้องถิ่น และงานของรัฐอย่างอื่นให้มีความชัดเจนในเชิงอำนาจหน้าที่ อีกทั้ง ต้องส่งเสริมให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการจัดบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนในท้องถิ่นต่าง ๆ นอกจากนี้ ยังได้กล่าวถึงระบบการทำงานของภาครัฐว่าจะต้องมุ่งเน้นการพัฒนาคุณภาพ คุณธรรม จริยธรรม ความซื่อสัตย์สุจริตของเจ้าหน้าที่พร้อมกับพัฒนาระบบการทำงานเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการทำงาน และให้รัฐมุ่งเน้นการทำงานตามหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ทั้งนี้ ในรายละเอียดยังมีการกำหนดเพิ่มเติมว่า รัฐจะต้องจัดบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนอย่างรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ โปร่งใส และเพื่อให้แนวนโยบายแห่งรัฐบรรลุเป้าหมายที่ได้กำหนดไว้ จึงได้มีการกำหนดรายละเอียดด้านต่าง ๆ ไว้อย่างละเอียดเพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินงานแก่หน่วยงานของรัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยจะเห็นได้ว่า ปัญหาของภาครัฐทั้งในส่วนของระบบราชการส่วนกลาง

กล่าวคือ กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, ระบบราชการส่วนภูมิภาค กล่าวคือ สำนักงานพาณิชย์จังหวัด รวมถึงส่วนท้องถิ่น กล่าวคือ องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล เป็นต้น ที่ไม่สามารถส่งเสริมและสร้างกลไกให้มีการเข้าถึงระบบคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้อย่างมีประสิทธิภาพแต่อย่างใด โดยจะเห็นได้ว่า ส่วนภูมิภาคหรือสำนักงานพาณิชย์จังหวัดที่ตั้งอยู่ในศูนย์ราชการของแต่ละจังหวัดเอง ในฐานะที่เป็นหน่วยงานให้คำแนะนำและส่งต่อคำขอเพื่อคุ้มครองสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาไปยังส่วนกลางหรือกรมทรัพย์สินทางปัญญา กลับไม่มีบทบาทและการทำงานในเชิงรุกได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น ต้องส่งเสริมให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการจัดบริการสาธารณะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาให้แก่ประชาชนในท้องถิ่นต่าง ๆ ด้วย เช่นนี้ อาจต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้มีความเหมาะสมมากขึ้นต่อไป

5. ข้อเสนอแนะ

5.1 ข้อเสนอแนะเชิงอำนาจหน้าที่

1) การแก้ไขเพิ่มเติมอำนาจและหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542

ผู้วิจัยเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 มาตรา 16, 17, 18, และ 19 โดยการกำหนดอำนาจและหน้าที่ในการจัดระบบบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นเป็นการเฉพาะ ในส่วนของการส่งเสริมทรัพย์สินทางปัญญาของท้องถิ่นเพื่อการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน และให้มีการปรับปรุงโครงสร้างภายในขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในแต่ละรูปแบบ โดยให้มีหน่วยงานที่มีบุคลากรประจำของแต่ละท้องถิ่นที่มีหน้าที่จัดการและดูแลเกี่ยวกับด้านทรัพย์สินทางปัญญาของชุมชนหรือท้องถิ่นนั้น ซึ่งสามารถทำหน้าที่ในลักษณะที่เป็นหน่วยงานให้คำแนะนำ ถ่ายทอดองค์ความรู้ และส่งต่อคำขอรับความคุ้มครองสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มายังราชการส่วนกลางได้โดยตรง

2) การกำหนดอำนาจและหน้าที่เฉพาะของหน่วยงานส่วนท้องถิ่นในลักษณะของข้อกำหนดของท้องถิ่นหรือเทศบัญญัติ

ผู้วิจัยเสนอให้มีการกำหนดอำนาจหน้าที่เฉพาะของหน่วยงานส่วนท้องถิ่นในลักษณะของข้อกำหนดของท้องถิ่นหรือเทศบัญญัติ เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะในด้านการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อส่งผลทางด้านพาณิชย์และส่งเสริมการลงทุนอันเนื่องมาจากการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญา รวมถึงการให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดทำแผนพัฒนาท้องถิ่นที่มีการกำหนดเกี่ยวกับเรื่องการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายของรัฐ

ผู้วิจัยเสนอให้มีนโยบายเพื่อการกระตุ้นให้เกิดการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาในระดับท้องถิ่นในส่วนของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เพื่อส่งเสริมให้เกิดภาคการค้าการลงทุน สร้างความเข้มแข็งทาง

เศรษฐกิจและ และสามารถแข่งขันกับต่างประเทศได้ โดยการพัฒนาระบบความคุ้มครองให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลและส่งเสริมการจดทะเบียนเพื่อสร้างมูลค่าเพิ่มกับผลิตภัณฑ์ภายใต้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น นอกจากนี้ ต้องมีการเผยแพร่ประชาสัมพันธ์และจัดอบรมให้ข้อมูลความรู้แก่ท้องถิ่นและชุมชนอยู่เสมอ เพื่อเสริมสร้างความตระหนักให้เห็นความสำคัญ ความตระหนักรู้ และความเข้าใจถึงสิทธิและประโยชน์ของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อย่างรอบด้าน เพื่อกระตุ้นให้เกิดสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ใหม่ ๆ ที่สามารถได้รับความคุ้มครองสิทธิและใช้ประโยชน์จากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ดังกล่าวได้อย่างยั่งยืน

คำแนะนำในการส่งบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

1. วัตถุประสงค์

เพื่อสนับสนุนนักศึกษา อาจารย์ ข้าราชการ และนักวิชาการทั่วไปในการนำเสนอและเผยแพร่ผลงานวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ รวมถึงศาสตร์อื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายกับการพัฒนา สังคมวิทยา กฎหมาย นิติเศรษฐศาสตร์ และนิติปรัชญา เป็นต้น

2. กำหนดการตีพิมพ์

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า เป็นวารสารวิชาการซึ่งตีพิมพ์ผลงานวิชาการ ที่เขียนขึ้นโดยบุคลากร ทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย โดยจัดพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ราย 6 เดือน ดังนี้

ฉบับที่ 1/... เดือนมกราคม - มิถุนายน

ฉบับที่ 2/... เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม

3. คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

1.1 ใช้รูปแบบการเขียนและภาษาที่เหมาะสมกับลักษณะของบทความทางวิชาการอันเป็นที่ยอมรับ โดยทั่วไป ไม่มีการคัดลอกผลงานของผู้อื่น และมีการตรวจทานต้นฉบับทั้งในส่วนของรูปแบบการเขียน รูปแบบการอ้างอิง การสะกดคำ และไวยากรณ์แล้วเป็นอย่างดี

1.2 จัดพิมพ์บทความด้วยโปรแกรม Microsoft Word โดยใช้ขนาดกระดาษ A4 แบบหน้าเดียว ความยาวไม่เกิน 25 หน้า เว้นระยะห่างจากขอบบน 1 นิ้ว ขอบซ้าย 1 นิ้ว ขอบขวา 1 นิ้ว และขอบล่าง 1 นิ้ว ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK เว้นวรรคบรรทัดเดียว (Single-line spacing) โดยผู้เขียนสามารถใช้ แบบฟอร์มของวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า ซึ่งสามารถดาวน์โหลดได้ที่ law.nida.ac.th/journal

1.3 องค์ประกอบของบทความต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

1.3.1 ชื่อเรื่อง (Title)

ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 18 พอยต์ ตัวหนา

1.3.2 ชื่อ นามสกุล ผู้เขียน (Author) และสังกัด/หน่วยงาน

ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวเอียง ในส่วนของชื่อสถานที่ทำงาน หน่วยงาน หรือที่อยู่ที่สามารถติดต่อได้ให้พิมพ์ไว้ในเชิงบรรทัดแรกของบทความ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 14 พอยต์

1.3.3 บทคัดย่อ (Abstract)

ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยอธิบายเป็นเรียงความย่อหน้าเดียวที่มีความครบถ้วน อันประกอบด้วย วัตถุประสงค์ ความสำคัญของบทความ และบทสรุป

ชื่อหัวข้อของบทคัดย่อ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวหนา โดยภาษาไทยใช้คำว่า “บทคัดย่อ” และภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Abstract”

1.3.4 คำสำคัญ (Keyword)

จำนวน 3-5 คำ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ

ชื่อหัวข้อของคำสำคัญ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวหนา โดยภาษาไทยใช้คำว่า “คำสำคัญ” และภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Keywords”

1.3.5 บทนำ (Introduction)

ชื่อหัวข้อของบทนำ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวหนา โดยภาษาไทยใช้คำว่า “บทนำ” และภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Introduction”

1.3.6 เนื้อหา ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์

1.3.7 บทสรุป ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์

4. รูปแบบการอ้างอิง (เชิงบรรณ)

วิธีการอ้างอิงประยุกต์จากแบบ The Oxford Standard for Citation of Legal Authorities (OSCOLA) (ที่มา: https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf) ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 14 พอยต์ ยกตัวอย่างดังต่อไปนี้

หนังสือ

ภาษาไทย

ชื่อผู้แต่ง,/ชื่อหนังสือ/(พิมพ์ครั้งที่,/สำนักพิมพ์/ปีที่พิมพ์)/หน้าที่อ้างอิง.

บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2560) 123.

ภาษาอังกฤษ

author,/title/(additional information,/edition, publisher/year).

Andrew Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (3rd edn, OUP 2004) 317.

บทความ

ภาษาไทย

ชื่อผู้แต่งบทความ,/ชื่อบทความ/(ปีที่พิมพ์)/ฉบับที่/ชื่อวารสาร/หน้าแรกของบทความ,/หน้าที่อ้างอิง (ถ้ามี).

มนตรี เกิดมีมูล, ‘ความพร้อมของข้าราชการไทยในการเข้าสู่ประชาคมอาเซียน’ (2560) 57 วารสารพัฒนาบริหารศาสตร์ 152, 158-159.

ภาษาอังกฤษ

author./‘title’/(year)/volume/journal name or abbreviation/first page of article./referred page(s).

Alison L Young, ‘In Defence of Due Deference’ (2009) 72 MLR 554, 556-557.

บทความจากหนังสือรวบรวมบทความ

ภาษาไทย

ชื่อผู้แต่งบทความ./‘ชื่อบทความ’/ใน/ชื่อผู้รวบรวมบทความ, *ชื่อหนังสือ*/(พิมพ์ครั้งที่./สำนักพิมพ์/ปีที่พิมพ์)/หน้าที่ย่ออ้างอิง.

สุจิตต์ วงษ์เทศ, ‘ประวัติศาสตร์ไทยเป็นส่วนหนึ่งที่ไม่ได้ของประวัติศาสตร์สุวรรณภูมิในอาเซียน’ ใน พิพัฒน์ กระแจะจันทร์, *ยุคมีคของประวัติศาสตร์ไทย หลังบายัน พุทธเถรบาท การเข้ามาของคนไทย* (สำนักพิมพ์มติชน 2559) 123.

ภาษาอังกฤษ

author./‘title’/in editor (ed),/book title/(additional information,/publisher/year)/ referred page(s).

Justine Pila, ‘The Value of Authorship in the Digital Environment’ in William H Dutton and Paul W Jeffreys (eds), *World Wide Research: Reshaping the Sciences and Humanities in the Century of Information* (MIT Press 2010) 23.

วิทยานิพนธ์

ภาษาไทย

ชื่อผู้แต่งวิทยานิพนธ์./‘ชื่อวิทยานิพนธ์’/(วิทยานิพนธ์ปริญญาโท-เอก./ชื่อมหาวิทยาลัย/ปีที่สำเร็จการศึกษา).

นัทมน คงเจริญ, ‘การใช้กฎหมายเพื่อการอนุรักษ์ช้างในประเทศไทย’ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2538).

ภาษาอังกฤษ

Author, 'title'/(type of thesis,/university/year of completion).

Javan Herberg, 'Injunctive Relief for Wrongful Termination of Employment'
(DPhil thesis, University of Oxford 1989).

เว็บไซต์**ภาษาไทย**

ชื่อผู้แต่ง, 'ชื่อข้อความที่อ้าง'/(แหล่งที่มา, วันเดือนปี ที่ลงบทความ)/<ชื่อเว็บไซต์>/สืบค้นวันที่

ปรีชา สุวรรณทัต, 'Government Shutdown /การเมืองเรื่องการงบประมาณของสหรัฐ' (แนวหน้า,
9 กุมภาพันธ์ 2561) <<http://www.naewna.com/politic/columnist/33994>>
สืบค้นวันที่ 18 มิถุนายน 2561

ภาษาอังกฤษ

Author, 'title'/(source/date of publication on the website) <web address> the date of most recent access

Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (Naked Law, 1 May 2009)
<www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> accessed 19 November 2009

หนังสือพิมพ์**ภาษาไทย**

ชื่อผู้แต่ง, 'ชื่อบทความในหนังสือพิมพ์' ชื่อหนังสือพิมพ์ (เมืองที่พิมพ์, วันที่เผยแพร่) <ชื่อเว็บไซต์>/สืบค้นวันที่

สุจิตต์ วงษ์เทศ, 'พลังสร้างสรรค์ ถูกทำให้ฝ่อ ด้วยพลังของความเป็นไทย' หนังสือพิมพ์มติชน,
(กรุงเทพมหานคร, 21 พฤษภาคม 2561) <https://www.matichon.co.th/article/news_969609>
สืบค้นวันที่ 18 มิถุนายน 2561

ภาษาอังกฤษ

Author, /'title'/(the name of the newspaper/date of publication on the website) <web address> the date of most recent access

Jane Croft, 'Supreme Court Warns on Quality' Financial Times (London, 1 July 2010) 3

การอ้างซ้ำ

1. ในกรณีที่ไม่มีเชิงอรรถอื่นมาก่อน

1.1 สำหรับเอกสารภาษาไทยให้ใช้ เพ็งอ้าง

(ก) กรณีอ้างหน้าเดียวกัน

3/เพ็งอ้าง

(ข) กรณีหน้าที่อ้างถึงต่างกัน ให้ระบุเลขหน้าไปด้วย

3/เพ็งอ้าง 33-35.

1.2 สำหรับเอกสารภาษาอังกฤษให้ใช้ ibid

(ก) กรณีอ้างหน้าเดียวกัน

3/ibid

(ข) กรณีหน้าที่อ้างถึงต่างกัน ให้ระบุเลขหน้าไปด้วย

3/ibid 33-35.

2. กรณีการอ้างอิงที่มีมาก่อนและมีเชิงอรรถมาก่อน

2.1 สำหรับเอกสารภาษาไทยให้ใช้

ชื่อผู้แต่ง/(n/เชิงอรรถที่อ้างอิงถึง) หน้าที่อ้าง

มนตรี เกิดมีมูล (n 19) 155.

2.2 สำหรับเอกสารภาษาอังกฤษให้ใช้

Author' surname,/the title of the work (n footnote which is first cited)

35 Ashworth, 'Testing Fidelity to Legal Values' (n 27) 635-37.

5. วิธีการส่งบทความเพื่อตีพิมพ์

ผู้เขียนสามารถส่งบทความผ่านระบบ ThaiJO (Thai Journal Online)
www.tci-thaijo.org/index.php/nitipat/index ในรูปแบบของไฟล์ Word

6. เงื่อนไขการตีพิมพ์

บทความหรือผลงานวิชาการจะต้องไม่เคยได้รับการตีพิมพ์และไม่เคยเผยแพร่ที่ใดมาก่อน และไม่อยู่ระหว่างการเสนอเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารฉบับอื่น บทความที่จะได้รับการตีพิมพ์ต้องผ่านการประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิตั้งน้อย 2 ท่านที่ตรงตามสาขาวิชา โดยเป็นการประเมินแบบลับในลักษณะ double-blinded ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของบรรณาธิการและกองบรรณาธิการ โดยผลการพิจารณาจากกองบรรณาธิการถือเป็นที่สุด



ใบสั่งซื้อ/สมัครสมาชิกวารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า

ชื่อผู้สั่งซื้อ/สมาชิก.....
 จัดส่งวารสารที่ บ้านเลขที่.....ซอย.....ถนน.....
 แขวง.....เขต.....จังหวัด.....
 รหัสไปรษณีย์.....E-mail.....
 โทรศัพท์.....มือถือ.....

ขอสั่งซื้อ/สมัครสมาชิกวารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า ดังนี้

- สมัครสมาชิก/ต่ออายุสมาชิกวารสาร (ปีละ 300 บาท/2 ฉบับ) เป็นเงิน.....บาท
- กำหนดเวลา.....ปี
- เริ่มฉบับที่.....เดือน.....พ.ศ.ถึงฉบับที่.....เดือน.....พ.ศ.....
- ซื้อวารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า รวมเป็นเงิน.....บาท
- ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม - มิถุนายน 2563 ราคาเล่มละ 150 บาท จำนวน.....เล่ม
- ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม 2563 ราคาเล่มละ 150 บาท จำนวน.....เล่ม

โดยชำระเงิน:

- เงินสด
- โอนเงินเข้าบัญชี โครงการวารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ “นิติพัฒนา นิต้า”
 ธนาคารกรุงเทพ เลขที่ 944-0-10841-4 สาขา สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

กรุณาแนบเอกสารการโอนเงินและส่งกลับมาที่

กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหาร
 ศาสตร์
 118 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240
 โทรศัพท์ 02 727 3660 โทรสาร 02 274 4731
 E-mail: nitipat_lawjournal@nida.ac.th

- ข้าพเจ้ายินยอมให้กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิต
 พัฒนบริหารศาสตร์เก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของข้าพเจ้า เพื่อวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับการ
 สั่งซื้อ/สมัครสมาชิก วารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้านี้เท่านั้น ทั้งนี้ ข้าพเจ้าเข้าใจดีว่า สามารถถอนความยินยอม
 เสียเมื่อใดก็ได้ โดยส่งข้อความไปยัง nitipat_lawjournal@nida.ac.th

ลงชื่อ.....
 (.....)
/...../.....



**BLUMENTHAL
RICHTER & SUMET**
Attorneys and Legal Counselors

OUR FIRM

Blumenthal Richter & Sumet (BRS) is a full-service independent law firm in Bangkok that helps leading international and domestic companies to expand into new markets, grow their businesses and navigate increasingly complex regulatory frameworks in Thailand and Southeast Asia. For more than 40 years, we have built a reputation for providing international standards of legal service, harnessing insightful local knowledge and operating to the highest degree of integrity at all times.

Our licensed Thai, European and U.S. attorneys are client driven and focused on helping you achieve your goals. Working as a team, we strive to deliver the right outcome and tackle not only your legal issues but the factors affecting your industry. Our experience in the automotive, chemicals, cosmetics, energy, financial, hotel and hospitality, logistics, media and telecommunications as well as real estate sectors gives us the market perspective to understand your needs.

8 Partners

1 Senior Counsel

8 Senior Associates

20 Associates

Established in 1976

PRACTICE AREAS

Corporate and Commercial / M&A, Foreign Direct Investment, Real Estate and Construction, Dispute Resolution and Litigation, Intellectual Property (IP), Tech-Media-Telecoms (TMT), Tax and Customs, Capital Markets, Banking and Project Finance, Energy and Infrastructure, Regulatory Compliance, Labour and Employment, Immigration and Foreign Employment, Hospitality and Lifestyle and Bankruptcy, Restructuring and Business Reorganization.

NETWORKS



AWARDS AND RANKINGS



If you have any inquiries, please contact Anuwat Ngamprasertkul, Partner, at anuwat@brslawyers.com.

(T) +662-022-1000
(F) +662-636-3377
postoffice@brslawyers.com
www.brslawyers.com

BLUMENTHAL RICHTER & SUMET LTD.
Abdulrahim Place, 31st Floor
990 Rama 4 Road
Bangkok 10500, Thailand



ABOUT US

Provides learning and consultancy services in information technology security and process improvement. We are strongly committed to providing quality services and have a consulting team with a high degree of expertise and an average experience of more than 15 years. Being industry experts, we have the ability to tailor our services for each engagement so as to develop an implementation process and training material that fits your needs and is appropriate to your environment.

SERVICE

- ✓ CMMI Implementation Consulting and Appraisal Service.
- ✓ ISO 27001:2013 (ISMS) Implementation Consulting Service.
- ✓ ISO 20000-1:2011(ITSMS) Implementation Consulting Service.
- ✓ ISO 22301 (BCMS) Implementation Consulting Service.
- ✓ Trusted Site Infrastructure (TSI) Standard for Data Center.
- ✓ Project Management, Six Sigma, etc.
- ✓ Data Privacy, Data Protection Consulting Service.
- ✓ All related International Standard framework consultancy services
- ✓ IT security related product, etc.

“We have solutions for every step of your success.”

Tel : 0-2115-5699

Fax : 0-2115-6595

www.a-iit.com

E-mail : contacts@a-iit.com

Asian Intelligent Information Technology Co.,Ltd.

388/88 Biz Galleria, Nuanchan Road, Nuanchan,

Buengkum, Bangkok 10230 Thailand



บทความ

กฎหมายอาเสพติดของประเทศโปรตุเกส:
ต้นแบบความท้าทายในการแก้ไขปัญหายาเสพติด
ศักดิ์ชัย เลิศพานิชพันธ์

ปัญหาทางกฎหมายของการกู้เงินของรัฐบาล
โดยการตรากฎหมายเฉพาะ
กฤตัญญา เกิดลาภผล

ความผิดฐาน “บังคับใช้แรงงานหรือบริการ”
ปทาน ตันมณีวัฒนา

บทบาทภาครัฐในการส่งเสริมและกำกับดูแล
การประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าว
กฤษณา บุญแท้

บทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์
ตามหลักการและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง
ชานนท์ ทองสุกมาก



กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า
คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

118 หมู่ที่ 3 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

Tel: 02-727-3660 Fax: 02-374-4731

E-mail: nitipat_lawjournal@nida.ac.th

Website: law.nida.ac.th/journal