



# กฤษฎีกาสาร

ปีที่ ๑๑ ฉบับที่ ๒ สิงหาคม - กันยายน ๒๕๕๙

[www.krisdika.go.th](http://www.krisdika.go.th)



- **ประเทศไทยกับการพัฒนาเมืองอัจฉริยะ: (SMART CITY)**
- **การพัฒนากฎหมายจัดเก็บ: ภาษีศึกษาประเทศญี่ปุ่น**
- **หลักเกณฑ์ใหม่เกี่ยวกับการสล้างนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส**





นายดิสทัต โทตระกิตย์ เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา พร้อมด้วยข้าราชการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ร่วมพิธีวางพวงมาลาถวายสักการะ พระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ “พระบิดาแห่งกฎหมายไทย” เนื่องใน “วันรพี” ประจำปี ๒๕๕๙ เมื่อวันที่ ๗ สิงหาคม ๒๕๕๙ ณ บริเวณอนุสาวรีย์พระรูปกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ หน้าอาคารสถานศึกษาและฝึกอบรม เนติบัณฑิตยสภา ในพระบรมราชูปถัมภ์ ถนนกาญจนาภิเษก เขตตลิ่งชัน กรุงเทพมหานคร



นายดิสทัต โทตระกิตย์ เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นประธานในพิธีเปิดการอบรม หลักสูตร “ผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง” รุ่นที่ ๕ เมื่อวันที่ ๕ สิงหาคม ๒๕๕๙ ณ โรงแรมเซ็นทารา ศูนย์ราชการและคอนเวนชันเซ็นเตอร์ แจ้งวัฒนะ การอบรมฯ จัดขึ้นระหว่างวันที่ ๕ สิงหาคม - ๑ กันยายน ๒๕๕๙ โดยมีนายมีชัย ฤชุพันธุ์ ประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ และประธานกรรมการกฤษฎีกา คณะที่ ๑ และผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายเป็นวิทยากร ผู้เข้ารับการอบรมฯ เป็นผู้บริหารจากส่วนราชการและหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ จำนวน ๒๗ คน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับหลักนิติธรรม วิธีคิดทางนิติศาสตร์ การตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองในทุกๆระดับ สามารถประยุกต์หลักนิติธรรมในการบริหารกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยมีเวทีแลกเปลี่ยนความรู้และประสบการณ์ระหว่างผู้เข้ารับการอบรมฯ เพื่อรวบรวมข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะที่ได้ไปประกอบการวางแผนจัดทำกรอบยุทธศาสตร์ด้านกฎหมายของชาติต่อไป

## บทบรรณาธิการ

การดำเนินงานตามยุทธศาสตร์ประเทศไทย ๔.๐ เป็นความมุ่งมั่นของท่านนายกรัฐมนตรี พลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา ที่ต้องการปรับเปลี่ยนโครงสร้างเศรษฐกิจของไทยไปสู่ “เศรษฐกิจที่ขับเคลื่อนด้วยนวัตกรรม” กฎฐีกาสารฉบับนี้ จึงขอเสนอเทคโนโลยีสารสนเทศ เรื่อง “ประเทศไทยกับการพัฒนาเมืองอัจฉริยะ (Smart City)” ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินงานตามยุทธศาสตร์นี้ โดยนำเสนอแผนการดำเนินงานของจังหวัดภูเก็ต ซึ่งเป็นจังหวัดนำร่องที่มีความพร้อมและความเหมาะสม รายละเอียดเป็นอย่างไรติดตามได้ เรื่องนำเสนอนำเสนอกรณีศึกษาการแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจนอกระบบโดยการจัดตั้งนิติบุคคลโดยบุคคลคนเดียวและหน่วยธุรกิจขนาดเล็กเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและฝรั่งเศส ซึ่งการดำเนินการนี้จะช่วยลดปัญหาอุปสรรคในการลงทุนจัดตั้งธุรกิจ ช่วยให้เกิดความคล่องตัวในการประกอบธุรกิจ และเป็นการเพิ่มมูลค่าทางเศรษฐกิจในระยะยาว บทความทางกฎหมายเสนอเรื่อง “การพัฒนากฎหมายขัดกัน: กรณีศึกษาประเทศญี่ปุ่น” ซึ่งอาจนำมาใช้เป็นข้อมูลในการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายของไทยให้มีความทันสมัยและเหมาะสมกับสภาพการณ์ปัจจุบันมากขึ้น สก๊อปพิเศษเสนอเรื่องหลักเกณฑ์ใหม่เกี่ยวกับการลบล้างนิติกรรมทางปกครองในระบอบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งเริ่มมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ ๑ มิถุนายน ๒๕๕๙ โดยกฎฐีกาสารฉบับนี้จะนำเสนอในประเด็นข้อพิจารณาในการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อให้เข้าใจหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่บังคับใช้อยู่เดิมและที่กำหนดขึ้นใหม่ สำหรับท่านที่ไม่ใช่เนักกฎหมายจะมีความเข้าใจถึงความหมายของคำต่าง ๆ ที่มีในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมากยิ่งขึ้น อาทิ คำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิ คำสั่งโดยชัดแจ้ง คำสั่งโดยปริยาย คำว่า “ยกเลิก” “เพิกถอน” “ลบล้าง” แตกต่างกันอย่างไรร ต้องติดตามอ่าน ปิดท้ายเล่มนี้ด้วยประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับจากร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... สำหรับกฎฐีกาสารเล่มนี้จะเป็นฉบับสุดท้ายของปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๙ พบกันใหม่ในกฎฐีกาสารปีที่ ๑๒

บรรณาธิการ

บทความ ข้อความ หรือความเห็นใด ๆ ที่ปรากฏในกฎฐีกาสาร เป็นความคิดเห็นส่วนตัวของผู้เขียน ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฎฐีกาและกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

## สารบัญ

- เทคโนโลยีสารสนเทศ**
  - ๒ ประเทศไทยกับการพัฒนาเมืองอัจฉริยะ (Smart City)
- ความเห็นทางกฎหมาย**
  - ๔ ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฎฐีกา
  - ๗ ความเห็นทางกฎหมายที่น่าสนใจ
- บทความทางกฎหมาย**
  - ๘ การพัฒนากฎหมายขัดกัน: กรณีศึกษาประเทศญี่ปุ่น
- สก๊อปพิเศษ**
  - ๑๒ หลักเกณฑ์ใหม่เกี่ยวกับการลบล้างนิติกรรมทางปกครองในระบอบกฎหมายฝรั่งเศส
- เรื่องนำรู้**
  - ๒๒ การจัดตั้งนิติบุคคลโดยบุคคลคนเดียว กรณีศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและฝรั่งเศส: การแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจนอกระบบโดยการจัดตั้งนิติบุคคลโดยบุคคลคนเดียวและหน่วยธุรกิจขนาดเล็ก (Microenterprises)
- ประโยชน์จากร่างกฎหมาย**
  - บทหลัง ประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับจากร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต (ฉบับที่..) ....

## คณะผู้จัดทำ

### ที่ปรึกษา

นายดิศทัต โทตระกิตย  
เลขาธิการคณะกรรมการกฎฐีกา  
นายนิพนธ์ ฮอร์ม  
นางสาวจรรวรม เสงตระกูล  
นายวรรณชัย บุญบำรุง  
นายปรกรณ์ นิลประพันธ์  
รองเลขาธิการคณะกรรมการกฎฐีกา  
และกรรมการร่างกฎหมายประจำทุกท่าน

### บรรณาธิการ

ผู้ช่วยเลขาธิการคณะกรรมการกฎฐีกา

### กองบรรณาธิการ

นางกรรณกนก ช่างกลึงเหมาะ นายนพดล เกร็ดฤกษ์  
นายเชวง ไทยยิ่ง นางณัฐนันท์ อัครเลิศศักดิ์  
นางพงษ์สวาท ภายอรุณสุทธิ นางสาววันดี สุชาติกุลวิทย์

### ผู้ช่วยบรรณาธิการ

นางสาวพรเพ็ญ คำบุญวัฒน์ นางสาวรัชณี สังข์ทองงาม  
นางเกลิณี แสงสุวรรณ นางชุติมา ใหญ่น้อย  
นายนพดล เปลินเสวี

### จัดทำโดย

ส่วนช่วยอำนวยการและประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการ  
สำนักงานคณะกรรมการกฎฐีกา  
เลขที่ ๑ ถนนพระอาทิตย์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ ๑๐๒๐๐  
โทรศัพท์ ๐-๒๒๒๒-๐๒๐๖-๙ ต่อ ๑๒๐๕, ๑๖๔๐  
โทรสาร ๐-๒๒๒๐-๗๖๓๙  
www.krisdika.go.th, www.lawreform.go.th

# ประเทศไทยกับการพัฒนาเมืองอัจฉริยะ (Smart City)

ส่วนสารสนเทศ สำนักงานเลขาธิการ

**ท**ลายประเทศทั่วโลกต่างให้ความสำคัญกับการพัฒนา 'Smart City' หรือ 'เมืองอัจฉริยะ' ด้วยแนวคิดที่มุ่งไปสู่เป้าหมายเดียวกัน คือ ต้องการให้เป็นเมืองที่น่าอยู่ ด้วยการประยุกต์ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารหรือไอซีที พัฒนาเข้ากับโครงสร้างพื้นฐานที่มีอยู่ ทั้งพลังงาน การคมนาคมขนส่ง การท่องเที่ยว ความปลอดภัย ธุรกิจ สุขภาพ ฯลฯ เพื่อให้เกิดการบริหารจัดการอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด รวมทั้งการมีส่วนร่วมของประชาชน

สำหรับประเทศไทย ได้มีการสนับสนุนโครงการ Smart City โดยมติดคณะรัฐมนตรีระบุให้ ๒ จังหวัดเป็นเมืองต้นแบบ คือ จังหวัดภูเก็ต และเชียงใหม่ โดยให้ภูเก็ตเป็นจังหวัดนำร่อง เนื่องจากภูเก็ตเป็นเมืองที่มีความสมบูรณ์ทางทรัพยากรธรรมชาติและมีชื่อเสียงระดับโลกด้านการท่องเที่ยว ทั้งยังมีความเหมาะสมในการเป็นสถานที่ทำงาน โดยเฉพาะด้านเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (ICT) ซึ่งจำเป็นต้องมีโครงสร้างพื้นฐาน ได้แก่ โครงข่ายการสื่อสารที่ทั่วถึง รวดเร็ว และมีความเสถียร

โครงการ Smart City เป็นการยกระดับเมืองให้มีความน่าอยู่ แผนงานของจังหวัดภูเก็ตที่กำหนดไว้จะเป็นการยกระดับใน ๔ ด้าน ภายในปี ๒๐๒๐ ได้แก่ ๑. ด้านความปลอดภัย ๒. การเติบโตทางด้านเศรษฐกิจ ๓. ด้านสุขภาพ ๔. ด้านสิ่งแวดล้อม

ในส่วนของ การดำเนินโครงการ Smart City ในจังหวัดภูเก็ต จะแบ่งเป็น ๓ ส่วน ได้แก่

๑. Smart Economy การสร้างอุตสาหกรรมที่ สองชั้นมารองรับกับอุตสาหกรรมการท่องเที่ยว เนื่องจากจังหวัดภูเก็ตมีการเติบโตด้านเศรษฐกิจด้วยการท่องเที่ยวเพียงด้านเดียวมาโดยตลอด ซึ่งการนำเทคโนโลยีดิจิทัลเข้ามาเกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยวเป็นแนวทางที่มีความเข้ากันได้เป็นอย่างดี โดย Smart Economy จะเข้ามาช่วยสร้างความโดดเด่นให้กับภูเก็ต เช่น เป็นแหล่งรวมนักพัฒนาในลักษณะของ Research Center หรือ Innovation Center, ช่วยส่งเสริมอุตสาหกรรมท่องเที่ยวให้เกิดการใช้ Smart Technology มากขึ้น

๒. Smart Living Community เป็นการสร้างสังคมน่าอยู่ แบ่งออกเป็น ๒ ส่วน ได้แก่



๒.๑ ภูเก็ต Safe City (ทางบก) เป็นในเรื่องการสร้างความปลอดภัยด้วยการใช้กล้อง CCTV โดยปัจจุบันกล้อง CCTV ในภูเก็ตมีที่ใช้งานได้จริงอยู่ประมาณ ๑,๗๐๐ ตัว ซึ่งสิ่งที่เป็นปัญหาโดยตลอด เป็นเรื่องของการเชื่อมต่อและการทำงานร่วมกัน เนื่องจากในแต่ละพื้นที่ต่างมีการทำงานแยกส่วนกันออกไป ดังนั้นการรวมเข้าสู่ศูนย์กลางจะยกระดับประสิทธิภาพให้เกิดระบบการวิเคราะห์ข้อมูลได้ ยกตัวอย่าง เช่น การใช้กล้อง CCTV คอยสังเกตการณ์ความปลอดภัย หากมีความผิดปกติเกิดขึ้นในพื้นที่ ระบบจะสามารถรายงานข้อมูลเพื่อส่งต่อไปยังเจ้าหน้าที่ตำรวจ เพื่อเข้าตรวจสอบในสถานที่นั้น ๆ ได้อย่างรวดเร็ว นอกจากนี้การรักษาความปลอดภัยยังจะนำระบบ face recognition หรือระบบตรวจจับและวิเคราะห์ใบหน้า เข้ามาใช้ร่วมกับระบบฐานข้อมูลด้วย ซึ่งการดำเนินการจะนำร่องใน ๒ พื้นที่สำคัญ ได้แก่ เทศบาลป่าตอง กับเทศบาลนครภูเก็ต

๒.๒ ภูเก็ต Safe City (ทางน้ำ) เป็นการสร้างความปลอดภัยในด้านการเดินเรือสำหรับนักท่องเที่ยว ซึ่งปัจจุบันภูเก็ตมีระบบที่ทำให้รับทราบได้ว่ามีเรือในทะเลอันดามันอยู่จำนวนเท่าใด และการต่อยอดจะเป็นการนำอุปกรณ์ประเภท Smart Band ให้นักท่องเที่ยวได้ใส่ก่อนลงเรือออกไปท่องเที่ยว โดยระบบของ Smart Band จะเชื่อมต่อกับพาสปอร์ต สามารถตรวจจับระยะห่างระหว่างตัวนักท่องเที่ยวกับเรือในขณะที่ดำน้ำได้ ศูนย์กลางสามารถตรวจเช็คได้ว่ามีนักท่องเที่ยวอยู่บนเรือจำนวนเท่าใด ซึ่งขณะนี้กำลังอยู่ในระหว่างดำเนินการวิเคราะห์ถึงด้านความเป็นส่วนตัวที่นักท่องเที่ยวจะได้รับเมื่อสวมใส่ Smart Band, การลงทะเบียนข้อมูลส่วนตัว, การประสานงานกับบริษัทท่องเที่ยวในการนำเทคโนโลยีไปใช้กับนักท่องเที่ยว, ระบบเรือ, ตลอดจนความรู้และความเข้าใจของผู้นำการท่องเที่ยว

๓. Smart Sensor เป็นเซนเซอร์สำหรับการตรวจสอบสภาพอากาศ ตรวจเช็คสภาพของน้ำทะเล ยกตัวอย่าง เช่น ในกรณีการเกิดสาหร่ายในทะเล อันเนื่องมาจากความผิดปกติของปฏิกิริยาทางเคมีในน้ำทะเล ซึ่งจะสามารถรู้และแก้ไขได้เมื่อปัญหาเกิดขึ้นแล้ว การใช้เซนเซอร์แบบใหม่ภายใต้อุปกรณ์ประเภท IoT (Internet of Think เป็นอุปกรณ์ที่สามารถเชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ตได้) มาใช้ในทะเล เพื่อเป็นการตรวจวัดค่าเคมีต่าง ๆ ในทะเล หากมีความผิดปกติ ระบบจะส่งข้อมูลไปยังศูนย์กลาง เพื่อให้เจ้าหน้าที่สามารถเข้าไปแก้ไขได้ก่อนที่ปัญหาจะเกิดขึ้น เป็นต้น

ทั้งนี้บุคลากรนับเป็นปัจจัยพื้นฐานที่สำคัญของการยกระดับภูเก็ตให้เป็น Smart City ซึ่งประชาชนจะต้องมีความรู้ ความเข้าใจในเทคโนโลยีมากขึ้น โดยแนวทางในการส่งเสริมเรื่องนี้ ได้แก่ การสร้าง Public Free Wi-Fi ในระดับ Hi-Speed ที่ประชาชนจะสามารถเข้าถึงอินเทอร์เน็ตและใช้ด้วยความเร็วอย่างน้อย 20MB ซึ่งการดำเนินการในเรื่องนี้กำลังอยู่ในขั้นตอนของการจัดซื้อจัดจ้าง และต้องดำเนินการให้เสร็จภายใน ๓ เดือน เพื่อให้ทันกับช่วง Hi Season ของจังหวัดภูเก็ต

สำหรับการดำเนินการทั้งหมดจะเริ่มขึ้นภายในเดือน ธันวาคม ๒๕๕๙ และจะดำเนินการต่อเนื่อง เพื่อให้ภูเก็ตก้าวสู่ความเป็น Smart City ภายในปี ๒๐๒๐

ที่มา: นัยนา แยมอรุณ. SMART CITY พลวัตใหม่เศรษฐกิจดิจิทัล. ELEADER. ปีที่ 25 ฉบับที่ 328 มิถุนายน 2559. หน้า 20 - 35.  
<http://www.thaigov.go.th/index.php/th/news-ministry/2012-08-15-09-45-26/item/98377-98377>  
<http://www.aripfan.com/phuket-smart-city-2020/>

# Smart City



## การใช้มาตรการทางปกครองตามมาตรา ๑๑ แห่งพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. ๒๕๕๘

มาตรา ๑๑ แห่งพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. ๒๕๕๘ บัญญัติห้ามโรงงานที่ประกอบกิจการเกี่ยวกับสัตว์น้ำ จำงลูกจำงโดยฝ่าฝืนข้อห้ามในการทำงาน คือ

๑. การจำงคนต่างด้าวทำงานโดยไม่ได้รับอนุญาต ตามมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๑

๒. การจำงลูกจำงโดยฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานฯ เฉพาะกรณีที่มีพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ บัญญัติห้ามไว้โดยเด็ดขาด ได้แก่

๒.๑ การห้ามจำงเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปีเป็นลูกจำง ตามมาตรา ๔๔

๒.๒ การห้ามจำงเด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปีทำงาน ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๔๙

๒.๓ การห้ามจำงเด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปีทำงาน ในสถานที่ที่กำหนดไว้ในมาตรา ๕๐

สำหรับข้อห้ามในการทำงานนี้ไม่รวมถึงกรณีที่เป็นการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองสวัสดิภาพแรงงาน หลังจากที่มีการจำงแรงงานแล้ว

การใช้มาตรการทางปกครองกับโรงงานที่ฝ่าฝืนมาตรา ๑๑ นั้น พระราชกำหนดการประมงฯ ได้แบ่งระดับการใช้มาตรการทางปกครองไว้ตามความร้ายแรงของการกระทำความผิด จำนวนลูกจำงหรือคนงานที่มีการจำงงาน

โดยผิดกฎหมาย และการกระทำความผิดซ้ำ กล่าวคือ (๑) กรณีโรงงานที่มีจำนวนลูกจำงหรือคนงานที่มีการจำงผิดกฎหมายไม่เกินห้าคน ให้อธิบดีกรมประมงมีคำสั่งให้หยุดประกอบกิจการโรงงานตั้งแต่สิบวันถึงสามสิบวันตามมาตรา ๑๑ วรรคสอง และ (๒) กรณีโรงงานที่มีการจำงลูกจำงหรือคนงานผิดกฎหมายมากกว่าห้าคน ให้อธิบดีกรมประมงแจ้งปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมเพื่อสั่งปิดโรงงานตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานตามมาตรา ๑๑ วรรคสาม หากผู้ประกอบการโรงงานที่ถูกสั่งให้หยุดประกอบกิจการมาแล้ว ได้กระทำความผิดตามนี้ซ้ำอีกภายในสามปีนับแต่วันที่มีคำสั่งให้หยุดประกอบกิจการ ให้อธิบดีกรมประมงแจ้งปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมเพื่อสั่งปิดโรงงานตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานตามมาตรา ๑๑ วรรคสี่ ดังนั้น การดำเนินการมาตรการทางปกครองกับโรงงานที่มีการฝ่าฝืนมาตรา ๑๑ จึงต้องพิจารณาว่าการกระทำการฝ่าฝืนนั้นเข้าลักษณะอันเป็นความผิดตามที่บัญญัติไว้ในกรณีใด ทั้งนี้ เพื่อมิให้มิใช้มาตรการทางปกครองซ้ำในการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว

(เรื่องเสรีจีที ๒๖/๒๕๕๙ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การใช้มาตรการทางปกครองตามมาตรา ๑๑ แห่งพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. ๒๕๕๘, คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ))



## การใช้มาตรการทางปกครองตามมาตรา ๑๑ แห่งพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. ๒๕๕๘ เพิ่มเติม

มาตรา ๑๑ แห่งพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. ๒๕๕๘ บัญญัติให้ในกรณีที่ตรวจพบว่าโรงงานที่ประกอบกิจการเกี่ยวกับสัตว์น้ำ จำงลูกจำงโดยฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน หรือจำงคนต่างด้าวที่ไม่ได้รับใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวมากกว่าห้าคน ให้ปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมสั่งปิดโรงงานดังกล่าวได้ โดยไม่ต้องพิจารณาว่าโรงงานดังกล่าวได้ดำเนินการแจ้งหรือได้รับ

ใบอนุญาตในการประกอบกิจการตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานหรือไม่ โดยบทบัญญัติมาตรานี้ให้ใช้บังคับกับโรงงานที่ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการประเภทอื่น แต่ประกอบกิจการเกี่ยวกับสัตว์น้ำซึ่งไม่ตรงตามที่ได้รับใบอนุญาตด้วยเช่นกัน โดยโรงงานเช่นว่านี้ต้องถูกดำเนินคดีตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานอีกกระทงหนึ่งด้วย

ส่วนกรณีที่มาตรา ๑๑ วรรคหก ที่บัญญัติให้คำสั่งปิดโรงงานมีผลเป็นการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน สำหรับโรงงานจำพวกที่ ๓ นั้นเป็นการกำหนดผลของการสั่งปิดโรงงานให้สอดคล้องกับที่ มาตรา ๓๙ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. ๒๕๓๕ ที่บัญญัติให้คำสั่งปิดโรงงานดังกล่าวก็จะมีผลเป็นการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน สำหรับโรงงานนั้นด้วย

สำหรับกระบวนการปิดโรงงานต้องดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน ซึ่งอาจมีหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่ไม่อาจดำเนินการให้เกิดผลในทันทีได้ หากกรมประมงเห็นว่า

การดำเนินการนี้ไม่มีความคล่องตัวและไม่บรรลุล่วงวัตถุประสงค์ก็สมควรดำเนินการแก้ไขพระราชกำหนดการประมงฯ เพื่อให้การสั่งปิดโรงงานไม่ต้องดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน และอยู่ภายใต้อำนาจของกระทรวงเกษตรและสหกรณ์เพียงองค์กรเดียวต่อไป

**(เรื่องเสรีจที่ ๑๔๖/๒๕๕๙** บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การใช้มาตรการทางปกครองตามมาตรา ๑๑ แห่งพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. ๒๕๕๘ เพิ่มเติม, คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ))

## การไล่เบียดตามมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๕



อำนาจในการไล่เบียดของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (สปสช.) กรณีที่ผู้รับบริการได้รับความเสียหายจากการรักษาพยาบาลของหน่วยบริการ โดยทั่วไปแบ่งออกเป็น ๒ กรณีคือ

๑. กรณีความเสียหายเกิดจากสถานบริการสาธารณสุขของรัฐและเป็นการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ การใช้สิทธิไล่เบียดให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ โดย สปสช. ต้องใช้สิทธิไล่เบียดเอาแก่หน่วยงานของรัฐที่เป็นต้นสังกัดของสถานบริการสาธารณสุขของรัฐเท่านั้น โดยไม่สามารถใช้สิทธิไล่เบียดโดยตรงจากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ หากเกิดข้อพิพาทระหว่างสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติกับหน่วยงานของรัฐที่เป็นต้นสังกัด หน่วยงานของรัฐต้องถือปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑๒ ธันวาคม ๒๕๔๙ เกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญา คดีแพ่ง และคดีปกครอง โดยหน่วยงานของรัฐถูกไล่เบียดแล้วจะดำเนินการเรียกให้เจ้าหน้าที่รัฐชดใช้ได้หรือไม่ เพียงใดย่อมเป็นไปตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ

๒. กรณีความเสียหายเกิดจากสถานบริการสาธารณสุขของเอกชน การใช้สิทธิไล่เบียดให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นอกจากนี้ สปสช. ยังมีอำนาจในการใช้สิทธิไล่เบียดตามมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๒ ซึ่งเป็นกรณีที่หาตัวผู้กระทำผิดได้แล้ว แต่ผู้รับบริการยังไม่ได้รับค่าเสียหายภายในระยะเวลาอันสมควร กรณีดังกล่าวเมื่อ สปสช. ได้จ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นให้แก่ผู้รับบริการไปแล้ว สปสช. ย่อมมีสิทธิไล่เบียดเอาแก่ผู้กระทำผิดได้ โดยผู้กระทำความผิดที่ สปสช. มีสิทธิไล่เบียดได้ ได้แก่ (๑) เจ้าหน้าที่ที่เป็นผู้กระทำให้เกิดความเสียหายหรือหน่วยงานต้นสังกัดของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น และ (๒) ผู้ต้องรับผิดแทนหรือผู้ที่ต้องรับผิดชอบกับผู้กระทำความผิดตามที่กฎหมายกำหนด และ สปสช. สามารถใช้สิทธิไล่เบียดจากหน่วยบริการตามจำนวนที่จ่ายไปได้โดยไม่ต้องใช้ผลการไล่เบียดหรือการเรียกให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ดังนั้น เมื่อหาผู้กระทำความผิดได้และได้จ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นให้แก่ผู้รับบริการแล้ว สปสช. ต้องใช้สิทธิไล่เบียดเอาแก่ผู้กระทำความผิดด้วย

**(เรื่องเสรีจที่ ๕๐/๒๕๕๙** บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การไล่เบียดตามมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๕, คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๐))

# พลาถกกฎหมายของคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ตามมาตรา ๑๑ (๔) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๗

อำนาจสอบสวนของพนักงานสอบสวนตามมาตรา ๑๘ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อาจถูกจำกัด เฉพาะความผิดอาญาบางประเภทหรือจะให้มีอำนาจสอบสวน ได้เพียงใดหรือไม่นั้น ย่อมเป็นไปตามกฎกระทรวงซึ่งออก ตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญาฯ หรือข้อบังคับซึ่งออกมาตรา ๑๖ แห่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แล้วแต่กรณี สำหรับ คำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ ๔๑๙/๒๕๕๖ฯ ย่อมมีผล ใช้บังคับเฉพาะกับการสอบสวนในส่วนของการตรวจเท่านั้น ดังนั้น ข้อบังคับกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยระเบียบการดำเนินคดี อาญาฯ เฉพาะส่วนที่เป็นการกำหนดระเบียบแบบแผนการ ปฏิบัติราชการของตำรวจซึ่งขัดหรือแย้งกับคำสั่งสำนักงาน ตำรวจแห่งชาติดังกล่าว ย่อมสิ้นผลใช้บังคับเฉพาะส่วนนั้น

ตามหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า แต่ สำหรับการกำหนดระเบียบแบบแผนการ ปฏิบัติราชการร่วมกันระหว่างพนักงานฝ่าย ปกครองและพนักงานสอบสวนฝ่ายตำรวจ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติย่อมไม่อาจ ออกคำสั่งเพื่อให้มีผลเป็นการยกเลิกข้อ บังคับกระทรวงมหาดไทยในส่วนดังกล่าวได้

การที่ฝ่ายปกครองจะเข้าควบคุมการสอบสวนในฐานะ เป็นหัวหน้าพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบได้นั้น ฝ่ายปกครอง จะต้องเป็นผู้มีอำนาจสอบสวนในคดีความผิดอาญาในประเภท นั้นเสียก่อน เมื่อกฎกระทรวงกำหนดการสอบสวนความผิดอาญา บางประเภทในจังหวัดอื่นนอกจากกรุงเทพมหานครโดยพนักงาน สอบสวนฝ่ายปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๔ ได้กำหนดความผิดอาญาที่ ให้พนักงานสอบสวนฝ่ายปกครองสอบสวนได้ จึงมีผลเป็นการ จำกัดอำนาจสอบสวนในคดีความผิดอาญาในจังหวัดอื่นนอกจาก กรุงเทพมหานครของฝ่ายปกครองไว้เพียง ๑๖ ประเภท โดยมีได้ กำหนดคดีความผิดเกี่ยวกับป่าไม้และทรัพยากรของชาติไว้ ฝ่ายปกครองจึงมิใช่ผู้มีอำนาจในการสอบสวนในคดีอื่นนอก เหนือจากคดี ๑๖ ประเภท และย่อมไม่มีอำนาจเข้าควบคุมการ สอบสวนในฐานะเป็นหัวหน้าพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบใน คดีความผิดเกี่ยวกับป่าไม้และทรัพยากรของชาติได้

(เรื่องเสร็จที่ ๒๑๖/๒๕๕๙ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการ กฤษฎีกา เรื่อง ผลทางกฎหมายของคำสั่งสำนักงานตำรวจ แห่งชาติ ตามมาตรา ๑๑ (๔) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๗, คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑))



## ลักษณะของกิจการอื่นและระยะเวลาการยกเว้นการใช้บังคับกฎกระทรวง ให้ใช้บังคับผังเมืองรวมตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ ๔/๒๕๕๙

ตามที่คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ ๔/๒๕๕๙ ได้กำหนดให้กิจการอื่นที่เป็นส่วนหนึ่งของการผลิต ขนส่ง และระบบจำหน่ายพลังงาน ได้รับการยกเว้นการใช้บังคับ กฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมตามกฎหมายว่าด้วยการ ผังเมือง โดยกิจการดังกล่าวครอบคลุมถึงกิจการอื่นที่เป็น ส่วนหนึ่งของการผลิต ขนส่ง และระบบจำหน่ายพลังงานทั้งหมด ที่อยู่ในแผนพัฒนากำลังผลิตไฟฟ้าของประเทศไทยฯ แผนพัฒนา พลังงานทดแทนและพลังงานทางเลือกฯ แผนบริหารจัดการ น้ำมันเชื้อเพลิงฯ และแผนบริหารจัดการก๊าซธรรมชาติฯ ซึ่งคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติจะเป็นผู้กำหนด หลักเกณฑ์และรายละเอียดของโครงการหรือกิจการพลังงานที่ อยู่ในแผนเกี่ยวกับพลังงานทั้งสี่ฉบับดังกล่าว โดยคำสั่งดังกล่าว มิได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับระยะเวลาการยกเว้นการใช้บังคับกฎ กระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมหรือระยะเวลาสิ้นสุดผลของคำสั่ง หากแต่เป็นการกำหนดว่ากฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวม

ฉบับใดไม่นำมาใช้บังคับกับการประกอบกิจการบางประเภทใด โดยกำหนดจากวันใช้บังคับของกฎกระทรวงเป็นสำคัญ แยก เป็นสองกรณี คือ กรณีที่หนึ่ง เป็นกฎกระทรวงที่มีผลใช้บังคับ อยู่ในวันที่มีคำสั่งนี้ (มีผลใช้บังคับอยู่แล้วในวันที่ ๒๐ มกราคม ๒๕๕๙) และกรณีที่สอง เป็นกฎกระทรวงที่จะมีผลใช้บังคับ ในภายหลังในช่วงระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่มีคำสั่งนี้ (ตั้งแต่ วันที่ ๒๐ มกราคม ๒๕๕๙ ถึงวันที่ ๑๙ มกราคม ๒๕๖๐) โดยการยกเว้นดังกล่าวยังคงมีผลต่อไปจนกว่าจะมีการแก้ไข คำสั่งฯ หรือกฎกระทรวงฯ เป็นอย่างอื่น

(เรื่องเสร็จที่ ๒๔๓ - ๒๔๔/๒๕๕๙ บันทึกสำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ลักษณะของกิจการอื่นและ ระยะเวลาการยกเว้นการใช้บังคับกฎกระทรวงให้ใช้บังคับ ผังเมืองรวมตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ ๔/๒๕๕๙, คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๕))






# ความเห็นทางกฎหมายที่น่าสนใจ

สำนักกฎหมายปกครอง

## การเรียกเงินค่าตอบแทนผู้ใหญ่บ้านคืนภายหลังพ้นจากตำแหน่ง ด้วยเหตุขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม

กลุ่กฏีกาสารณฉบับนี้ สำนักกฎหมายปกครองขอเสนอความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่น่าสนใจ เรื่อง การเรียกเงินค่าตอบแทนผู้ใหญ่บ้านคืนภายหลังพ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม โดยมีข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า จังหวัดสุราษฎร์ธานีได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนผู้ใหญ่บ้านรายหนึ่ง กรณีเรื่องการบุกรุกที่สาธารณประโยชน์ ซึ่งศาลฎีกามีคำพิพากษาว่าผู้ใหญ่บ้านรายดังกล่าวกระทำความผิดฐานเข้ายึดครองป่าเพื่อตนเองหรือผู้อื่น ให้จำคุก ๓ เดือน และปรับ ๒,๐๐๐ บาท โดยโทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้มีกำหนด ๒ ปี คณะกรรมการสอบสวนได้ดำเนินการสอบสวนแล้วเสร็จและจังหวัดได้พิจารณาจากรายงานการสอบสวนของคณะกรรมการสอบสวนวินัยแล้ว เห็นว่าผู้ใหญ่บ้านรายดังกล่าวขาดคุณสมบัติและมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๑๒ (๑๑) แห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช ๒๔๕๗ โดยมีผลย้อนหลังตั้งแต่วันที่ศาลฎีกามีคำพิพากษา เนื่องจากในช่วงการปฏิบัติหน้าที่ผู้ใหญ่บ้านระหว่างวันที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดจนถึงวันที่อำเภอลำพูนมีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง ผู้ใหญ่บ้านรายดังกล่าวยังได้รับค่าตอบแทนอยู่ จึงเป็นประเด็นปัญหาว่าเงินค่าตอบแทนดังกล่าวจะเรียกคืนได้หรือไม่

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เห็นว่าเมื่อผู้ใหญ่บ้านต้องคำพิพากษาถึงที่สุดเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยป่าไม้ และประมวลกฎหมายที่ดิน ในฐานะความผิดเกี่ยวกับการบุกรุกที่สาธารณประโยชน์ อันเป็นลักษณะต้องห้ามในการดำรงตำแหน่งผู้ใหญ่บ้าน ผู้ใหญ่บ้านรายดังกล่าวจึงต้องพ้นจากตำแหน่งผู้ใหญ่บ้านตั้งแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดตามมาตรา ๑๔ (๒) ประกอบกับมาตรา ๑๒ (๑๑) แห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช ๒๔๕๗ และต่อมามายอำเภอลำพูน จังหวัดสุราษฎร์ธานี ได้มีคำสั่งอำเภอลำพูน ให้ผู้ใหญ่บ้านพ้นจากตำแหน่ง โดยให้มีผลย้อนหลังถึงวันที่ศาลฎีกามีคำพิพากษาถึงที่สุด การออกคำสั่งของนายอำเภอลำพูนเป็นเพียงการประกาศให้

ทราบถึงสถานะของผู้ใหญ่บ้านว่าพ้นจากตำแหน่งแล้วเท่านั้น ดังนั้น เมื่อผู้ใหญ่บ้านพ้นจากตำแหน่งโดยผลของกฎหมายตั้งแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว การที่ผู้ใหญ่บ้านปกปิดข้อความจริงโดยไม่แจ้งให้นายอำเภอลำพูนทราบว่าตนต้องคำพิพากษาถึงที่สุดในความผิดเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยป่าไม้ และประมวลกฎหมายที่ดิน อันเป็นลักษณะต้องห้ามในการดำรงตำแหน่งผู้ใหญ่บ้าน อีกทั้งยังคงปฏิบัติหน้าที่ผู้ใหญ่บ้านและได้รับเงินค่าตอบแทนเรื่อยมา กรณีดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำโดยไม่สุจริตเพื่อให้ตนเองได้รับประโยชน์ทางราชการ ผู้ใหญ่บ้านรายดังกล่าวจึงไม่มีสถานะเป็นผู้ใหญ่บ้านตั้งแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุด และไม่มีสิทธิได้รับเงินค่าตอบแทนจากราชการอีก เงินค่าตอบแทนที่ผู้ใหญ่บ้านได้รับไปภายหลังจากวันที่ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิดจนถึงวันที่นายอำเภอลำพูนมีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง จึงเป็นการได้รับเงินไปโดยปราศจากมูลอันจะอ้างตามกฎหมายได้ จังหวัดสุราษฎร์ธานีจึงต้องเรียกเงินค่าตอบแทนที่ผู้ใหญ่บ้านได้รับไปในระหว่างเวลาดังกล่าวคืน 

(บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การเรียกเงินค่าตอบแทนผู้ใหญ่บ้านคืนภายหลังพ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม (เรื่องเสร็จที่ ๑๐๐๗/๒๕๕๙))





# การพัฒนากฎหมายขัดกัน : กรณีศึกษาประเทศญี่ปุ่น

ปิยวรรณ ชอน\*

## ๑. บทนำ

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช ๒๔๘๑ ได้มีการใช้บังคับมายาวนานกว่า ๗๐ ปี แต่เมื่อเปรียบเทียบกับนานาประเทศแล้วอาจกล่าวได้ว่า ความเคลื่อนไหวเกี่ยวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ยังไม่ได้มีให้เห็นอย่างเด่นชัด ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ภาค ๓ ในส่วนของ หนีได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้กับเรื่องสัญญาและ หนีซึ่งเกิดจากการละเมิดไว้ด้วยกัน โดยในส่วนของสัญญา พระราชบัญญัติฯ ได้ยึดหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา เลือกกฎหมายของคู่สัญญา (party autonomy) ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๓ ว่า กฎหมายที่ใช้บังคับสำหรับสิ่ง ซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญากำหนดให้วินิจฉัยตาม เจตนาของคู่กรณี หากไม่อาจหยั่งทราบเจตนาชัดเจนหรือ โดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่น ที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น

สำหรับหนีซึ่งเกิดจากการละเมิด มาตรา ๑๕ กำหนด ว่า หนีซึ่งเกิดจากการละเมิด ให้บังคับตามกฎหมายแห่งถิ่น ที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เป็นการละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น โดยวรรค สอง กำหนดว่าความในวรรคก่อนไม่ใช้แก่ข้อเท็จจริงที่

เกิดขึ้นในต่างประเทศซึ่งไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมาย สยาม นอกจากนี้ วรรคสามกำหนดว่า ฝ่ายที่ต้องเสียหายจะ เรียกร้องค่าสินไหมทดแทน หรือทางแก้อย่างใดไม่ได้ นอกจากที่กฎหมายสยามยอมให้เรียกร้องได้ ซึ่งในส่วนนี้ รายงานการประชุมอนุกรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ วางกฎเกณฑ์วินิจฉัยข้อขัดกันระหว่างกฎหมายของ นานาประเทศ ครั้งที่ ๔๙/๒๔๘๑ เมื่อวันที่ ๑๔ กรกฎาคม ๒๔๘๑ หน้า ๑๖๗<sup>๑</sup> ระบุว่า ในประเด็นนี้ กรรมการส่วนใหญ่เห็นว่าควรร่างตามกฎหมายญี่ปุ่น อย่างไรก็ตาม จากสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปจากอดีต การกำหนดบทบัญญัติในลักษณะนี้อาจก่อให้เกิดปัญหา และผลที่ไม่เป็นธรรมกับคู่กรณีได้ ในการนี้ ผู้เขียนจึงขอ หยิบยกประเด็นในส่วนของหนีซึ่งเกิดจากการละเมิดเพื่อ เป็นตัวอย่างในการศึกษาเปรียบเทียบ โดยพิจารณาจาก พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ และ Horei (Act on the Application of Laws (Act No.10 of 1898)) ของประเทศญี่ปุ่นที่ได้ตราขึ้นเมื่อ ค.ศ. ๑๘๙๘ หรือ พ.ศ. ๒๔๔๑ รวมถึงกฎหมายฉบับใหม่ Act on General Rules for Application of Laws ที่ตราขึ้น ในปี ค.ศ. ๒๐๐๖ เพื่อเป็นข้อมูลประกอบการศึกษาเพิ่มเติม เกี่ยวกับประเด็นนี้ต่อไป

\* นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ สำนักกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

<sup>๑</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพานิช. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ ๒, ๒๕๕๔) หน้า ๒๖๑

## ๒. Act on General Rules for Application of Laws (Act No. 78 of June 21, 2006) ของประเทศญี่ปุ่น

Horei (Act on the Application of Laws (Act No.10 of 1898)) เป็นกฎหมายขัดกันที่ตราขึ้นครั้งแรกเมื่อปีเมจิที่ ๓๑ (ค.ศ. ๑๘๙๘) เพื่อกำหนดเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้กับนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ<sup>๖</sup> ทั้งนี้ ในสมัยรัฐบาลของนายโคอิซุมิ (Junichiro Koizumi)<sup>๗</sup> ประเทศญี่ปุ่น ได้มีนโยบายในการปรับปรุงกฎหมายของประเทศให้มีความทันสมัย เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน รวมถึงเพื่อให้เป็นฐานในการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนต่อไป โดยรัฐบาลได้กำหนดให้กฎหมายขัดกันเป็นหนึ่งในกฎหมายที่จะต้องมีการปรับปรุงทั้งฉบับให้ทันสมัยมากขึ้น โดยสาเหตุของการปรับปรุงกฎหมายทั้งฉบับ คือ เพื่อปรับปรุงกฎหมายให้มีความเหมาะสม สามารถรองรับการขยายตัวของเศรษฐกิจในระดับระหว่างประเทศ ความหลากหลายของสังคม และสอดคล้องกับแนวโน้มของนานาประเทศ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังได้มีการแก้ไขถ้อยคำจากถ้อยคำที่ได้ใช้มาตั้งแต่สมัยเมจิ ให้เป็นภาษาที่ใช้ในปัจจุบันด้วย<sup>๘</sup>

ประเด็นการปรับปรุงกฎหมายที่สำคัญ

(๑) การให้ความสำคัญกับหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของคู่สัญญา (party autonomy) (มาตรา ๗)<sup>๙</sup>

(๒) การให้คู่สัญญาสามารถเปลี่ยนกฎหมายที่ได้แสดงเจตนาเลือกไว้ภายหลังได้ (มาตรา ๙)<sup>๑๐</sup>

(๓) การกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคและผู้ใช้แรงงาน (มาตรา ๑๑-มาตรา ๑๒)<sup>๑๑</sup>

(๔) ในส่วนของละเมิด ในกฎหมายฉบับเดิม ไม่ได้มีการแบ่งประเภทของละเมิดไว้ ซึ่งทำให้ไม่สามารถรองรับกรณีของการละเมิดซึ่งมีรูปแบบที่หลากหลายตามสภาพของการละเมิดที่จะเกิดขึ้นได้ ด้วยเหตุนี้ ในกฎหมายฉบับใหม่จึงได้มีความพยายามที่จะกำหนดประเภทของละเมิดที่แตกต่างออกไป เพื่อให้สามารถใช้กฎหมายที่ถือได้ว่ามีความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่สุดกับการละเมิดแต่ละประเภทดังนี้

### บทบัญญัติเกี่ยวกับหนี้ซึ่งเกิดจากการละเมิด

มาตรา ๑๗ กำหนดว่า สาเหตุสำคัญและผลของหนี้ที่เกิดจากการละเมิดให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ผลของการละเมิดได้เกิดขึ้น เว้นแต่กรณีที่ผลของการละเมิดนั้นไม่สามารถคาดการณ์ได้ให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ละเมิดได้เกิดขึ้น<sup>๑๒</sup> การกำหนดเช่นว่านี้ถือว่าเป็นการแก้ไขปัญหายุ่งยากเกี่ยวกับการละเมิดซึ่งเกี่ยวข้องกับสถานที่มากกว่าสองแห่งขึ้นไป โดยใช้สถานที่ที่ผลของการละเมิดเกิดขึ้น และเพื่อให้เป็นการป้องกันปัญหาการไม่สามารถคาดการณ์

<sup>๖</sup> Kent Anderson and Yasuhiro Okuda, HOREI, ACT ON THE APPLICATION OF LAWS Law No. 10 of 1898 ASIAN-PACIFIC LAW & POLICY JOURNAL; Vol. 3 Issue 1 (Winter 2002) at 230-242

<sup>๗</sup> ดำรงตำแหน่งระหว่างวันที่ ๒๖ เมษายน ค.ศ. ๒๐๐๑ – ๒๖ กันยายน ค.ศ. ๒๐๐๖

<sup>๘</sup> Ministry of Justice

<<http://web.archive.org/web/20110522193249/http://www.moj.go.jp/MINJI/minji123.html>> สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๔ ธันวาคม ๒๕๕๘

<sup>๙</sup> (Choice of Governing Law by the Parties)

Article 7 The formation and effect of a juridical act shall be governed by the law of the place chosen by the parties at the time of the act.

<sup>๑๐</sup> Change of Governing Law by the Parties

Article 9. The parties may change the law otherwise applicable to the formation and effect of a juridical act; provided, however, that if such change prejudices the rights of a third party, it may not be asserted against the third party.

<sup>๑๑</sup> บทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับสัญญาผู้บริโภคและสัญญาแรงงาน คือ ในกรณีที่ผู้ว่าจ้างหรือผู้ประกอบการเลือกกฎหมายที่ใช้กับสัญญาเป็นกฎหมายของประเทศที่ไม่ได้มีการคุ้มครองผู้บริโภคหรือผู้ใช้แรงงาน จึงไม่ได้คุ้มครองผู้ที่อยู่ในสถานะที่ด้อยกว่าอย่างเต็มที่ ในการปรับปรุงกฎหมายในครั้งนี้ จึงได้กำหนดบทบัญญัติเฉพาะเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคและผู้ใช้แรงงานด้วย

<sup>๑๒</sup> Tort

Article 17. The formation and effect of a claim arising from a tort shall be governed by the law of the place where the result of the wrongful act occurred; provided, however, that if the occurrence of the result at said place was ordinarily unforeseeable, the law of the place where the wrongful act was committed shall govern.

ได้ล่วงหน้า จึงกำหนดข้อยกเว้นไว้ว่า ในกรณีที่สถานที่  
ของผลของการละเมิดนั้นไม่สามารถคาดการณ์ได้ให้เป็นไป  
ตามกฎหมายของถิ่นที่ละเมิด

### บทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับความรับผิดจากสินค้าที่ไม่ ปลอดภัย (Product Liability)

มาตรา ๑๘ กำหนดว่า สินค้าที่ได้ส่งมอบแต่มีความ  
บกพร่อง (defect) ซึ่งทำให้เกิดการละเมิดของผู้ผลิตสินค้า  
ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินนั้น  
สาระสำคัญและผลของการละเมิดให้เป็นไปตามกฎหมาย  
ของ “ถิ่นที่ได้มีการส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้เสียหาย” เว้นแต่  
กรณีที่ถิ่นที่ทำการส่งมอบเป็นสถานที่ที่ผู้ผลิตไม่สามารถ  
คาดการณ์ได้ล่วงหน้า ให้เป็นไปตามกฎหมายของถิ่นที่  
ตั้งของสำนักงานหลักของผู้ผลิตสินค้านั้น ทั้งนี้ หากไม่มี  
สำนักงานหลักให้เป็นไปตามกฎหมายของภูมิลำเนาของ  
ผู้ผลิตสินค้าดังกล่าว

การกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดจาก  
สินค้าที่ไม่ปลอดภัยโดยกำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายของ  
ถิ่นที่ได้มีการส่งมอบสินค้า มีเหตุผลเนื่องจากสภาพความ  
เป็นจริงของสถานที่ที่เกิดผลของการละเมิดจากสินค้ามี  
แนวโน้มที่จะคาดการณ์ได้ยากมากขึ้น เพราะสภาพสังคม  
ปัจจุบันมีการเคลื่อนไหวของสินค้าและแรงงานอย่างรวดเร็ว  
ตลอดเวลา อย่างไรก็ตาม บทบัญญัตินี้ไม่ครอบคลุมถึง  
บุคคลที่สาม (by stander) ที่รับมอบสินค้าต่อจากผู้บริโภค  
ที่รับมอบสินค้าในครั้งแรก<sup>๙๙</sup> เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ผลิตจาก  
การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ไม่เป็นธรรม ตัวอย่างเช่น  
ผู้ผลิต X ที่มีสำนักงานหลักอยู่ที่ประเทศ A ได้ส่งออก  
สินค้าไปยังประเทศ B ซึ่งสินค้าได้มาตรฐานตามประเทศ  
B แต่สินค้าได้ถูกขโมยและขายในประเทศ C ซึ่งมีมาตรฐาน

ต่างกัน และเกิดความเสียหายในประเทศ C ในกรณีนี้  
โดยหลักการแล้วต้องใช้กฎหมายประเทศ C แต่เนื่องจาก  
เข้าลักษณะของข้อยกเว้นที่หากการส่งมอบในประเทศ C  
เป็นสิ่งที่ไม่สามารถคาดการณ์ได้ ก็จะถือว่าให้ใช้กฎหมาย  
ของประเทศ A

### บทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับการหมิ่นประมาท

มาตรา ๑๙ กำหนดว่า สาระสำคัญและผลของหนี้  
ซึ่งเกิดจากการละเมิดจากการหมิ่นประมาท ให้เป็นไปตาม  
กฎหมายของภูมิลำเนาของผู้ที่ถูกหมิ่นประมาท ในกรณีที่  
ผู้ที่ถูกหมิ่นประมาทเป็นนิติบุคคลให้เป็นไปตามกฎหมาย  
แห่งถิ่นที่สำนักงานหลักของนิติบุคคลนั้นตั้งอยู่<sup>๑๐๐</sup>

วัตถุประสงค์ของการกำหนดบทบัญญัติเฉพาะ  
เกี่ยวกับการหมิ่นประมาท มีเหตุผลมาจากการที่การหมิ่น  
ประมาทมีลักษณะการละเมิดที่แตกต่างจากการละเมิดแบบ  
อื่น โดยสถานที่ที่เกิดการละเมิดจะไม่สามารถระบุได้ชัดเจน  
แน่นอนเช่นเดียวกับการละเมิดประเภทอื่น ๆ นอกจากนี้  
เนื่องจากการหมิ่นประมาทในปัจจุบันสามารถกระทำได้  
ทางออนไลน์หรือสื่อในรูปแบบหลากหลาย ซึ่งจะทำให้การ  
ระบุสถานที่ที่เกิดการละเมิดนั้นกระทำได้ยากยิ่ง สำหรับ  
สาเหตุของการกำหนดให้ใช้กฎหมายของภูมิลำเนาของ  
ผู้ที่ถูกหมิ่นประมาท ได้แก่ (๑) เป็นการคุ้มครองผู้ที่ถูกหมิ่น  
ประมาท (๒) เนื่องจากกฎหมายของภูมิลำเนาเป็นกฎหมาย  
ที่ผู้ที่กระทำการหมิ่นประมาทสามารถคาดการณ์ได้ใน  
ระดับหนึ่งอยู่แล้ว และ (๓) ถึงแม้ในกรณีที่เป็นการหมิ่น  
ประมาทในโลกไซเบอร์หรือสื่อระหว่างประเทศ ผลเสียจาก  
การละเมิดที่เกิดขึ้นอาจกล่าวได้ว่ามักจะมีผลร้ายแรงที่สุดใน  
ถิ่นที่เป็นภูมิลำเนาของผู้ที่ถูกหมิ่นประมาทเนื่องจาก  
เกี่ยวพันโดยตรงกับสภาพความเป็นอยู่ของผู้เสียหาย<sup>๑๐๑</sup>

<sup>๙๙</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพานิช. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย  
ธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ ๒, ๒๕๕๔) หน้า ๑๗๖

<sup>๑๐๐</sup> Special Provisions for Defamation  
Article 19 Notwithstanding Article 17, the formation and effect of a claim arising from a tort of defamation  
of others shall be governed by the law of the victim’s habitual residence (in cases where the victim is a  
juridical person or any other association or foundation, the law of its principal place of business).

<sup>๑๐๑</sup> Shoichi Kidana, Hiroshi Matsuoka, Satoshi Watanabe (2009). PRIVATE INTERNATIONAL LAW (5th ed). Tokyo:  
Yuhikaku. at 176



## บทบัญญัติเกี่ยวกับกรณีที่มีความใกล้ชิดกับ คู่ความ (Exception for Cases Where Another Place Is Obviously More Closely Connected)

หากในเวลาที่เกิดการละเมิด คู่กรณีมีภูมิลำเนาเดียวกัน หรือเป็นการละเมิดที่เกิดจากสัญญาที่ได้ทำขึ้นระหว่างคู่กรณี หรือถิ่นอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับ คู่กรณีมากกว่าบทบัญญัติที่กำหนดไว้ ให้ใช้กฎหมายแห่ง ถิ่นดังกล่าว<sup>๑๖</sup>

มาตรานี้ได้กำหนดไว้เพื่อป้องกันผลของการเลือก กฎหมายที่ไม่เหมาะสม เช่น กรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมี สัญชาติเดียวกันและพำนักอยู่ในประเทศเดียวกัน แต่เกิด การละเมิด ณ ต่างประเทศจากการเดินทางไปท่องเที่ยว เท่านั้น จึงได้กำหนดบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อให้ศาลสามารถ เลือกกฎหมายที่มีความใกล้ชิดกับคู่กรณีได้อย่างแท้จริง เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อคู่กรณี และเพื่อเป็นการกำจัดความ เป็นไปได้ที่จะใช้กฎหมายที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับคู่กรณีโดยตรง แต่เป็นเพียงกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการละเมิดเท่านั้น

### ๓. บทสรุป

จากตัวอย่างการร่างกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นจะ เห็นได้ว่าการแบ่งประเภทของละเมิดตามลักษณะเฉพาะ เพื่อให้จุดเกาะเกี่ยวมีความสอดคล้องกับสภาพของละเมิด สามารถก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีได้มากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม การกำหนดรายละเอียดของกฎหมายที่ มากเกินไปก็อาจมีข้อด้อย คือ เป็นสาเหตุที่ทำให้กฎหมาย ครอบคลุมขอบเขตที่แคบลงจากเดิมและอาจไม่ครอบคลุม รูปแบบของการละเมิดใหม่ ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้ อย่างไรก็ตาม ถือได้ว่าบทบัญญัติในลักษณะนี้สามารถ แก้ปัญหาที่เกิดขึ้นจากข้อจำกัดของบทบัญญัติในอดีตได้ ไม่มากนักน้อย

สำหรับประเทศไทยในส่วนของมาตรา ๑๕ ของ พระราชบัญญัติว่าด้วยกรณียกเว้นแห่งกฎหมายฯ ในส่วน ของหนี้ซึ่งเกิดจากการละเมิดนั้นได้รับอิทธิพลมาจาก กฎหมายอังกฤษ โดยใช้หลัก double action-ability ที่ คู่ความจะฟ้องคดีละเมิดต่อศาลไทยก็ต่อเมื่อการกระทำ นั้นเป็นทั้งละเมิดตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ละเมิดได้เกิดขึ้น และตามกฎหมายไทย<sup>๑๗</sup> ซึ่งจะทำให้คู่ความจะเรียกร้อง ค่าเสียหายเกินกว่าที่กฎหมายไทยกำหนดไม่ได้ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในลักษณะนี้อังกฤษเองก็ได้ยกเลิกไปแล้ว และนานาประเทศ เช่น แคนาดา ออสเตรเลีย เป็นต้น ก็ได้ ยกเลิกบทบัญญัติเหล่านี้เช่นกัน สำหรับในประเทศไทยปัจจุบัน ถึงแม้จะยังคงบทบัญญัติเช่นนี้ไว้เช่นเดียวกับประเทศไทย แต่ก็มีความเห็นทางวิชาการหลายฝ่ายที่เสนอให้ยกเลิก หลักดังกล่าว ในประเด็นนี้หากประเทศไทยได้มีการศึกษา เกี่ยวกับข้อดีข้อเสียก็จะเป็นประโยชน์ในการพิจารณา ประกอบการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้มีความทันสมัยในอนาคต ต่อไป



<sup>๑๖</sup> Article 20 Notwithstanding the preceding three Articles, the formation and effect of a claim arising from a tort shall be governed by the law of the place with which the tort is obviously more closely connected than the place indicated in the preceding three Articles, in light of that the parties had their habitual residence in the places governed by the same law at the time of the occurrence of the tort, that the tort was committed in breach of the obligation under a contract between the parties, or any other circumstances concerned.

<sup>๑๗</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ ๒, ๒๕๕๔) หน้า ๒๖๐

# หลักเกณฑ์ใหม่เกี่ยวกับการลบล้างนิติกรรมทางปกครอง ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ\*

ในบรรดาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่การลบล้างคำสั่งทางปกครอง โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองถือเป็นเรื่องที่มีความซับซ้อนมากที่สุด บทบัญญัติมาตรา ๔๙ ถึงมาตรา ๕๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ น่าจะเป็นตัวอย่างได้ดีว่าหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ยุ่งยากเพียงใด แต่หลักเกณฑ์ของกฎหมายไทยที่ว่าลบล้างข้อแล้ว ก็ยังเทียบไม่ได้กับระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งแต่เดิมหลักเกณฑ์การลบล้าง “นิติกรรมทางปกครอง”<sup>๑</sup> มีทั้งส่วนที่เกิดจากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (Conseil d’Etat) ในฐานะศาลปกครองสูงสุดที่วางหลักในเรื่องนี้มาอย่างยาวนาน มีหลักเกณฑ์แยกย่อยหลากหลายสำหรับกรณีต่าง ๆ และอีกส่วนหนึ่ง ยังมีหลักเกณฑ์ที่กำหนดในบทบัญญัติกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งบางกรณีก็ไม่สอดคล้อง เป็นอันหนึ่งอันเดียวกับหลักตามแนวคำวินิจฉัย ทำให้หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้เข้าถึงและเข้าใจ

ได้ยาก สำหรับประชาชนทั่วไปหรือแม้แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐเอง ไม่นานมานี้ เมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายว่าด้วยการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและหน่วยงานทางปกครอง (code des relations entre le public et l’administration CRPA) ขึ้นใช้บังคับเป็น “กฎหมายทั่วไป” เกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่<sup>๒</sup> จึงมีการ “สังคายนา” หลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวให้เป็นระบบระเบียบยิ่งขึ้น โดยบทบัญญัติของประมวลกฎหมายในส่วนนี้เริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๑ มิถุนายน ๒๕๕๙<sup>๓</sup> ที่ผ่านมานักกฎหมายไทยหลายท่านได้ศึกษาและนำเสนอหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลบล้างนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส<sup>๔</sup> แต่เมื่อมีการปรับปรุงหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้แล้ว จึงสมควรมีการปรับปรุงองค์ความรู้ให้เป็นปัจจุบัน ในบทความนี้ จึงขอนำเสนอหลักเกณฑ์ใหม่ที่เพิ่งมีผลใช้บังคับ ซึ่งน่าจะเป็นประโยชน์สำหรับผู้สนใจกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของต่างประเทศ

\* นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ สำนักกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

<sup>๑</sup> ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” (actes administratifs) มีความหมายครอบคลุมทั้ง “กฎ” (décisions réglementaires) “คำสั่งทางปกครองเฉพาะราย” (décisions individuelles) และ “กฎเกณฑ์เฉพาะกรณี” (décisions d’espèce) หรือ “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” ซึ่งเป็นนิติกรรมลูกผสมระหว่างกฎและคำสั่งทางปกครองเฉพาะราย

<sup>๒</sup> สำหรับความเป็นมาและกระบวนการจัดทำประมวลกฎหมายนี้ โปรดดู ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, “ประมวลกฎหมาย “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” ของฝรั่งเศส”, [www.krisdika.go.th](http://www.krisdika.go.th) (พฤษภาคม ๒๕๕๙)

<sup>๓</sup> ประมวลกฎหมายฉบับนี้ได้ประกาศในรัฐกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ ๒๕ ตุลาคม ๒๕๕๘ โดยบทบัญญัติส่วนใหญ่มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๑ มกราคม ๒๕๕๙ แต่บทบัญญัติว่าด้วยการลบล้างนิติกรรมทางปกครองต้องรอดเวลาการมีผลใช้บังคับออกไปนานกว่า เนื่องจากกำหนดหลักเกณฑ์ใหม่ที่แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์เดิมบางส่วน

<sup>๔</sup> โปรดดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม ๓, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, ๒๕๓๘), หน้า ๓๕๗-๓๖๑ และ ปิยะบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป, (กรุงเทพฯ: โครงการตำรา และเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๖), หน้า ๑๓๙-๑๔๓.

อยู่บ้าง โดยในการจัดทำบทความนี้ ผู้เขียนได้อาศัยบทวิเคราะห์ของนักวิชาการฝรั่งเศส โดยเฉพาะข้อเขียนของ Bertrand SEILLER<sup>๔</sup> และ Gweltaz ÉVEILLARD<sup>๕</sup> รวมทั้งหนังสือและตำราอีกส่วนหนึ่ง

ทั้งนี้ ก่อนที่จะอธิบายว่าหลักเกณฑ์ใหม่ตามประมวลกฎหมายมีเนื้อหาสาระอย่างไร แตกต่างจากหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับอยู่เดิมหรือไม่ อย่างไร ในเบื้องต้น สมควรกล่าวถึง “ข้อพิจารณา” ในการกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับกรณีต่าง ๆ เสียก่อน ซึ่งจะช่วยให้เข้าใจหลักเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งที่บังคับใช้อยู่แต่เดิมและที่กำหนดขึ้นใหม่ได้อย่างกระจ่างชัด

## ๑. ข้อพิจารณาในการกำหนดหลักเกณฑ์การลบล้างนิติกรรมทางปกครอง

หลักเกณฑ์การลบล้างนิติกรรมทางปกครองมีความหลากหลายและซับซ้อน เพราะต้องคำนึงถึง “ข้อพิจารณา” หลายประการประกอบกัน ไม่ว่าจะเป็นผลรูปแบบ หรือความถูกต้องของนิติกรรมทางปกครอง รวมทั้งผลของการลบล้าง

### ๑.๑ ผลของนิติกรรมทางปกครอง

ข้อพิจารณาประการแรกนี้เป็นการคำนึงถึงผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองว่าเป็นการก่อตั้งสิทธิแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องหรือไม่ หากเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ การลบล้างย่อมต้องมีหลักเกณฑ์ที่เข้มงวด (ลบล้างได้ยาก) กว่านิติกรรมทางปกครองที่ไม่ก่อตั้งสิทธิ เป็นต้นว่า มีการจำกัดกรอบระยะเวลาในการลบล้าง มิใช่ลบล้างได้เรื่อยไปไม่มีที่สิ้นสุด

โดยเหตุที่นิติกรรมทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิมีผลเป็นการให้สิทธิแก่บุคคลเป็นการเฉพาะราย ดังนั้น “กฎ” (décisions réglementaires) ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป มิได้เจาะจงบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ จึงไม่อาจมีผลก่อตั้งสิทธิแก่บุคคลได้ในทำนองเดียวกัน “กฎเกณฑ์เฉพาะกรณี” (décisions d’espèce ; actes particuliers) หรือ “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ผสมผสานลักษณะของกฎและคำสั่งทางปกครองไว้ด้วยกัน โดยกำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะกรณี (norme particulière) แต่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป มิได้เจาะจงตัวบุคคล (effets impersonnels) ก็ย่อมไม่อาจมีผลก่อตั้งสิทธิแก่บุคคลได้เช่นเดียวกันนิติกรรมทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิจึงได้แก่ “คำสั่งทางปกครองเฉพาะราย” (décisions individuelles) เท่านั้น อย่างไรก็ตาม บรรดาคำสั่งทางปกครองเฉพาะรายก็มีได้เป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิไปเสียทั้งหมด และแม้แต่คำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง ก็ใช้ว่าจะเป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิเสมอไป คำสั่งใดจะเป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิ (décisions créatrices de droit) หรือเป็นคำสั่งที่ไม่ก่อตั้งสิทธิ (décisions non créatrices de droit) นั้น ไม่มีเกณฑ์พิจารณาที่แน่นอนตายตัว และบ่อยครั้งเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับมุมมองของศาลปกครองเป็นสำคัญ หากศาลปกครองเห็นว่า คำสั่งประเภทใดที่ผู้รับคำสั่งสมควรมีสิทธิในความคงอยู่ของคำสั่งก็จะวินิจฉัยว่าเป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิ



<sup>๔</sup> SEILLER (B.), “La sortie de vigueur des actes administratifs”, R.F.D.A. 2016, pp. 58-68.

<sup>๕</sup> ÉVEILLARD(G.), “Lacodification desrègles deretraitetd’abrogation desactes administratif sunilatéraux”, A.J.D.A. 2015, pp. 2474-2484.

แนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐได้ให้ตัวอย่างของคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิไว้ เช่น

- คำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งทางราชการ (nominations) หรือคำสั่งเลื่อนข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น (promotions)

- คำสั่งอนุญาตทั้งหลาย (autorisations) เช่น คำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างหรือรีดถอนอาคาร คำสั่งอนุญาตให้ประกอบกิจการต่าง ๆ คำสั่งอนุญาตให้นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้าง ฯลฯ

- คำสั่งที่เป็นการให้เงิน (actes pécuniaires)
- คำสั่งอนุมัติให้หน่วยงานของรัฐทำสัญญากับผู้รับจ้าง หรือคำสั่งเห็นชอบต่อสัญญาที่ทำขึ้น

ทั้งนี้ คำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิไม่จำเป็นต้องเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์หรือเป็นคุณเท่านั้น แต่คำสั่งที่เป็นผลร้ายแก่ผู้รับคำสั่งอาจจะเป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิแก่บุคคลที่สามารถได้ ตัวอย่างเช่น คำสั่งปฏิเสธไม่อนุญาตให้นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้าง แม้จะไม่ใช่เป็นคุณแก่นายจ้าง แต่ก็ก่อตั้งสิทธิแก่ลูกจ้าง ที่ไม่ถูกเลิกจ้าง หรือคำสั่งของหน่วยงานของรัฐที่ปฏิเสธไม่บรรจุแต่งตั้ง เลื่อนตำแหน่ง หรือรับบุคคลกลับเข้ารับราชการ แม้จะไม่ใช่เป็นคุณแก่บุคคลผู้รับคำสั่ง แต่ก็ถือว่าการก่อตั้งสิทธิแก่บรรดาข้าราชการที่อยู่ในสังกัดหน่วยงานเดียวกันนั้น

สำหรับคำสั่งที่ไม่ก่อตั้งสิทธิอาจพิจารณาได้ว่า เป็นคำสั่งที่มีผลทางกฎหมายธรรมดาทั่วไป (actes à simple effet de droit) กล่าวคือ มีผลบังคับในทางกฎหมายที่บุคคลผู้รับคำสั่งอาจยกขึ้นใช้ยื่นต่อฝ่ายปกครองและบุคคลอื่นได้ แต่ผู้รับคำสั่งไม่มีสิทธิในความคงอยู่ของคำสั่ง



นั้น หากฝ่ายปกครองประสงค์จะลบล้างคำสั่ง ย่อมกระทำได้ง่ายกว่ากรณีคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิ ทั้งนี้ แนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐได้ให้ตัวอย่างของคำสั่งที่ไม่ก่อตั้งสิทธิไว้ เช่น

- คำสั่งแต่งตั้งให้ดำรง “ตำแหน่งระดับสูงที่อยู่ในอำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหาร” (emplois supérieurs à la discrétion du gouvernement) ซึ่งส่วนใหญ่ได้แก่ ตำแหน่งข้าราชการระดับสูงที่ต้องทำงานใกล้ชิดกับฝ่ายการเมืองและต้องได้รับความไว้วางใจจากฝ่ายการเมืองเป็นพิเศษ<sup>๗</sup>

- การอนุญาตในเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยสาธารณะ หรือที่เรียกว่า “autorisations de police”

- คำสั่งที่รับรองสิทธิ (actes recognitifs) ที่เพียงแต่รับรองการดำรงอยู่และขอบเขตของสิทธิที่มีอยู่ก่อนแล้วตามกฎหมายของบุคคล โดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งไม่อาจพิจารณาเป็นอื่นไปได้ เช่น ใบรับรองผลการสอบใบรับรองการสำเร็จการศึกษา คำสั่งให้เครื่องราชอิสริยาภรณ์ หรือการออกบัตรทหารผ่านศึก

มีข้อสังเกตว่า ในช่วงหลังสภาแห่งรัฐมีแนวโน้มที่จะขยายขอบเขตของ “คำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิ” ให้กว้างยิ่งขึ้น เห็นได้จากกรณีของคำสั่งที่เป็นการให้เงิน (actes pécuniaires) ที่แต่เดิมแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐได้แบ่งแยกออกเป็นสองกรณี โดยกรณีที่เจ้าหน้าที่มีอำนาจพิจารณา (pouvoir d'appréciation)ว่าจะให้เงินหรือไม่และเป็นเงินจำนวนเท่าใด เมื่อสิทธิในการได้รับเงินไม่เคยมีอยู่มาก่อน แต่เกิดจากคำสั่งที่เจ้าหน้าที่ทำขึ้น จึงถือเป็นคำสั่งที่ให้สิทธิ (décisions attributives) และเป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิแก่ผู้รับคำสั่ง แต่กรณีที่เจ้าหน้าที่ทำคำสั่งให้เงินแก่บุคคล โดยไม่มีอำนาจพิจารณาใด ๆ เพียงแต่รับรองสิทธิที่มีอยู่แล้วตามกฎหมายของบุคคล ถือเป็นคำสั่งที่รับรองสิทธิ (décisions recognitives) ซึ่งไม่เป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิ และไม่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่เข้มงวด อย่างไรก็ตามนับแต่คำวินิจฉัยคดี Madame Soulier ในปี ค.ศ. ๒๐๐๒<sup>๘</sup>

<sup>๗</sup> ในทางปฏิบัติได้มีการตรารัฐฤษฎีกากำหนดตำแหน่งที่ถือเป็น “ตำแหน่งระดับสูงที่อยู่ในอำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหาร” เช่น เลขานุการคณะรัฐมนตรี ปลัดกระทรวง อธิบดี เอกอัครราชทูต ผู้ว่าราชการจังหวัด ฯลฯ อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาว่าตำแหน่งใดเป็นตำแหน่งที่มีลักษณะดังกล่าว สภาแห่งรัฐจะพิจารณา “ลักษณะ” (nature) ของตำแหน่งเป็นสำคัญ มิได้จำกัดว่าต้องเป็นตำแหน่งตามที่กำหนดอยู่ในรัฐฤษฎีกาเพียงเท่านั้น

<sup>๘</sup> C.E. Sect., 6 novembre 2002, R.F.D.A. 2003, p. 225 concl. Austr.



สภาแห่งรัฐได้เลิกการแบ่งแยกคำสั่งที่เป็นการให้เงินออกเป็นสองประเภทข้างต้น เพราะตระหนักได้ว่า แนวทางดังกล่าวไม่มีเหตุผลเพียงพอ สองมาตรฐาน และไม่เป็นธรรมต่อบุคคลที่ได้รับเงินตามสิทธิที่กฎหมายกำหนด แต่กลับถูกยกเลิกเพิกถอนคำสั่งให้เงินได้ง่ายกว่ากรณีคำสั่งให้เงินที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้ดุลพินิจพิจารณาให้เองตามความเหมาะสม ปัจจุบันบรรดาคำสั่งให้เงินทั้งหลายจึงถือเป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิด้วยกันทั้งสิ้น เว้นเสียแต่เป็นการดำเนินการที่เป็นเพียงการชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นก่อนหน้านั้นแล้วจากคำสั่งทางปกครองอื่นไม่ถือเป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิ ดังนี้ กรณีที่ฝ่ายปกครองดำเนินการเบิกจ่ายเงินผิดพลาดไป (erreurs de liquidation) การเพิกถอนการจ่ายเงินและเรียกเงินคืนย่อมไม่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิ โดยเฉพาะหลักเกณฑ์เกี่ยวกับระยะเวลาเพิกถอนคำสั่ง

ทั้งนี้ คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิในบางกรณีอาจมีลักษณะเป็นคำสั่งที่มีเงื่อนไข (décisions conditionnelles) กล่าวคือ เป็นคำสั่งที่เจ้าหน้าที่จะทำการดำเนินการเมื่อมีเงื่อนไขครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดหรือผู้รับคำสั่งต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด คำสั่งประเภทนี้ถือเป็นคำสั่งที่มีผลก่อตั้งสิทธิทราบเท่าที่เงื่อนไขนั้นยังครบถ้วนอยู่หรือผู้รับคำสั่งได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามเงื่อนไข แต่เมื่อใดก็ตามที่เงื่อนไขในการออกคำสั่งไม่มีอยู่อีกต่อไปหรือผู้รับคำสั่งมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามเงื่อนไข คำสั่งนั้นย่อมถูกลบล้างได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คำสั่งประเภทนี้เป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิขึ้นเป็นการชั่วคราวไม่ถาวร เช่น คำสั่งอนุมัติเงินช่วยเหลือ (subventions) ที่จะมีการเบิกจ่ายเงินให้แก่ผู้รับคำสั่งได้ทราบเท่าที่เงื่อนไขในการออกคำสั่งยังมีอยู่ครบถ้วน หรืออาจเป็นคำสั่งอื่น ๆ เช่น คำสั่งให้เงินอุดหนุนทั่วไปแก่มหาวิทยาลัยภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องมีการดำเนินการตามหลักสูตรที่ตกลงกันไว้ ดังนี้ หากมหาวิทยาลัยมิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด ย่อมเป็นเหตุให้มีการเพิกถอนคำสั่งให้เงินอุดหนุนได้

นอกจากนี้ คำสั่งทางปกครองในบางกรณีอาจจะมีเนื้อหาก่อตั้งสิทธิ แต่เนื่องจากไม่มีเหตุผลที่สมควรคุ้มครองสิทธิที่ผู้รับคำสั่งได้รับไป แนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐจึงถือว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ก่อตั้งสิทธิเป็นการถาวร และอาจถูกลบล้างได้ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนดเวลา เช่น คำสั่งที่ทำการขึ้นโดยกมลฉ้อฉลของผู้รับคำสั่ง (actes obtenus par fraude) เพราะเมื่อผู้รับคำสั่งไม่สุจริตเสียแล้ว ย่อมไม่มีเหตุผลที่จะต้องคุ้มครองสิทธิที่ได้รับไป ทั้งนี้ ตามภาคีกฎหมายที่ว่า “กมลฉ้อฉลทำให้ทุกสิ่ง เป็นอันเสียไป” (fraus omnia corrumpit) หรือคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงและชัดแจ้ง ถึงขั้นตกเป็นโมฆะหรือที่เรียกกันว่า “คำสั่งที่ไม่มีอยู่เลยในทางกฎหมาย” (actes juridiquement inexistantes) ก็อาจถูกลบล้างได้ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนดเวลา ซึ่งการลบล้างคำสั่งที่ไม่มีผลทางกฎหมาย เป็นเพียงการดำเนินการในทางข้อเท็จจริงเพื่อให้คำสั่งหายไปจากสารบบกฎหมายเท่านั้น<sup>๔</sup>

ที่ผ่านมา ผลของนิติกรรมทางปกครอง (ก่อตั้งสิทธิ/ไม่ก่อตั้งสิทธิ) ถือเป็นข้อพิจารณาสำคัญในการกำหนดหลักเกณฑ์การลบล้างนิติกรรมทางปกครอง โดยเฉพาะในส่วนของคำสั่งทางปกครองเฉพาะราย และในการปรับปรุงหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ ผู้จัดทำประมวลกฎหมายก็ได้คำนึงถึงผลของนิติกรรมทางปกครองเป็น “ข้อพิจารณาหลัก” ในการแบ่งแยกหลักเกณฑ์การลบล้างนิติกรรมทางปกครอง



<sup>๔</sup> สำหรับรายละเอียดเกี่ยวกับการลบล้างคำสั่งที่เป็นโมฆะ โปรดดู ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, “โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง : มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบและพัฒนาการล่าสุดในระบบกฎหมายไทย”, [www.krisdika.go.th](http://www.krisdika.go.th) (มีนาคม ๒๕๕๘), หน้า ๑๓-๑๔.

## ๑.๒ รูปแบบของนิติกรรมทางปกครอง

ข้อพิจารณานี้เกี่ยวข้องกับ “คำสั่งทางปกครอง เฉพาะราย” ซึ่งอาจมีรูปแบบเป็น “คำสั่งโดยชัดแจ้ง” (décisions explicites) หรือ “คำสั่งโดยปริยาย” (décisions implicites)

คำสั่งโดยชัดแจ้งเป็นคำสั่งที่ฝ่ายปกครองได้แสดงเจตนาทำขึ้น ซึ่งได้แก่ (๑) คำสั่งที่ทำเป็นหนังสือ (décisions écrites) (๒) คำสั่งที่ทำด้วยวาจา (décisions verbales) หรือ (๓) คำสั่งที่รับรู้ได้จากการคิดวิเคราะห์ (décisions intellectuelles) ซึ่งกรณีท้ายสุดนี้ เป็นคำสั่งที่ไม่ได้ทำเป็นหนังสือหรือด้วยวาจา แต่ข้อเท็จจริงหรือการกระทำของฝ่ายปกครองได้ “เผย” ให้เห็นเป็นนัยว่ามีการทำคำสั่งขึ้นแล้ว เช่น การที่ฝ่ายปกครองได้ลงมือใช้มาตรการบังคับทางปกครองหรือการที่ฝ่ายปกครองได้เข้าทำสัญญากับเอกชน ซึ่งวิเคราะห์ได้ว่าก่อนหน้านั้น ฝ่ายปกครองต้องมีคำสั่งเห็นชอบให้ลงนามในสัญญา<sup>๑๐</sup>

ส่วนคำสั่งโดยปริยายเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมิได้แสดงเจตนาทำคำสั่งขึ้นใช้บังคับ แต่เป็นคำสั่งที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย เพื่อแก้ไขปัญหาความล่าช้าในการพิจารณาทางปกครอง โดยบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้ถือว่า กรณีที่มีผู้ยื่นคำขอต่อฝ่ายปกครอง และฝ่ายปกครองนิ่งเฉย มิได้วินิจฉัยสั่งการใด ๆ ภายในระยะเวลาที่กำหนด ถือว่าฝ่ายปกครองมีคำสั่งเห็นชอบกับคำขอหรือปฏิเสธคำขอโดยปริยาย แล้วแต่กรณี

แต่เดิมสภาแห่งรัฐและผู้ตรากฎหมายเคยใช้ข้อพิจารณาในเรื่อง “รูปแบบ” ของคำสั่งทางปกครองในการแบ่งแยกหลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันสำหรับคำสั่งโดยชัดแจ้งและคำสั่งโดยปริยาย แต่ปัจจุบันประมวลกฎหมายฉบับใหม่มิได้ให้ความสำคัญกับรูปแบบของคำสั่งแล้ว ดังจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

## ๑.๓ ความถูกต้องของนิติกรรมทางปกครอง

ความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่ต้องคำนึงถึงในการกำหนดหลักเกณฑ์การลบล้างนิติกรรมทางปกครอง – ลบล้างได้หรือไม่ ลบล้างได้ง่ายหรือยาก – หากเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมไม่มีเหตุผลเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ฝ่ายปกครองจะยกขึ้นอ้างเพื่อลบล้างนิติกรรมทางปกครองได้ การลบล้างจึงต้องอาศัยเหตุอื่น เช่น นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่เหมาะสม และการลบล้างย่อมกระทำได้ภายใต้เงื่อนไขที่จำกัด โดยเฉพาะกรณีคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ แต่ถ้าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองย่อมลบล้างได้เพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง แต่ขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงข้อพิจารณาประการอื่นประกอบด้วย เป็นต้นว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นได้ก่อตั้งสิทธิแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องหรือไม่ อย่างไร

### ๑.๔ ผลของการลบล้าง

การลบล้างนิติกรรมทางปกครองอาจมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันโดยขึ้นอยู่กับผลของการลบล้างระบบกฎหมายฝรั่งเศสแยกวิธีการลบล้างนิติกรรมทางปกครองโดยองค์กรฝ่ายปกครองออกเป็น (๑) การยกเลิก (abrogation) ซึ่งหมายถึง การลบล้างโดยให้มีผลในอนาคต และ (๒) การเพิกถอน (retrait) ซึ่งหมายถึง การลบล้างโดยให้มีผลย้อนหลังไปในอดีต (ซึ่งเข้าใจได้ว่าย่อมจะต้องมีผลในอนาคตด้วยอยู่แล้ว)<sup>๑๑</sup> โดยที่การเพิกถอนมีผลย้อนหลังไปในอดีตและกระทบกระเทือนต่อนิติฐานะของบุคคลมากกว่าการยกเลิกที่มีผลไปในอนาคตเท่านั้น โดยหลักแล้วการเพิกถอนจึงต้องมีหลักเกณฑ์ที่เข้มงวดและกระทำได้ยากกว่าการยกเลิก

<sup>๑๐</sup> ในระบบกฎหมายเยอรมันก็มีแนวคิดด้วย “konkludenter Verwaltungsakt” ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่ได้ทำเป็นหนังสือหรือด้วยวาจา แต่พฤติการณ์หรือการกระทำของฝ่ายปกครองได้เผยให้เห็นถึงการดำรงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น

<sup>๑๑</sup> ในบทความนี้ หากผู้เขียนใช้คำว่า “ยกเลิก” หรือ “เพิกถอน” ในส่วนที่เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของระบบกฎหมายฝรั่งเศส ก็พึงเข้าใจว่ามีความหมายดังที่กล่าวไว้ข้างต้นตามบริบทของกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งแตกต่างจากความหมายของคำทั้งสองตามที่ใช้กันอยู่ในทางตำราของประเทศไทย (ยกเลิก: ลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย/ เพิกถอน: ลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย) แต่กรณีที่ผู้เขียนใช้คำว่า “ลบล้าง” จะมีความหมายกว้าง โดยหมายถึงการทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นผลไปไม่ว่าจะโดยการยกเลิกหรือการเพิกถอน

ที่ผ่านมาสภาแห่งรัฐและผู้ตรากฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์การลบล้างนิติกรรมทางปกครองโดยคำนึงถึงข้อพิจารณาทั้งสี่ประการข้างต้นประกอบกัน โดยแต่เดิมผลของการลบล้างนิติกรรมทางปกครอง (ยกเลิกหรือเพิกถอน) เคยเป็น “ข้อพิจารณาหลัก” สำหรับการแบ่งแยก หลักเกณฑ์ในกรณีต่าง ๆ และในการเรียนการสอนวิชากฎหมายปกครอง ก็มักจะอธิบายหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้โดยแบ่งตามผลของการลบล้างเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามก็ดี ปัจจุบันหลักเกณฑ์ใหม่ตามที่กำหนดในประมวลกฎหมายได้เน้นถึงผลของนิติกรรมทางปกครองที่ถูกลบล้าง (ก่อตั้งสิทธิหรือไม่ก่อตั้งสิทธิ) เป็นข้อพิจารณาที่สำคัญที่สุด เห็นได้จากโครงสร้างของบทบัญญัติในเรื่องนี้ที่แบ่งเป็นสองส่วนใหญ่ ๆ ได้แก่ หลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ และหลักเกณฑ์การลบล้างกฎและคำสั่งทางปกครองที่ไม่ก่อตั้งสิทธิ ทั้งนี้ ก่อนที่จะศึกษารายละเอียดของหลักเกณฑ์ทั้งสองส่วนนี้ สมควรพิจารณาภาพรวมทั่วไปเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ใหม่ในเบื้องต้นเสียก่อน

## ๒. ภาพรวมทั่วไปเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ใหม่ในประมวลกฎหมาย

ในการจัดทำประมวลกฎหมายว่าด้วยการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและหน่วยงานทางปกครอง รัฐสภาได้ตรารัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๒๐๑๓-๑๐๐๕ ลงวันที่ ๑๒ พฤศจิกายน ค.ศ. ๒๐๑๓<sup>๑๒</sup> มอบอำนาจให้รัฐบาลตราข้อกำหนดเพื่อให้ความเห็นชอบกับบทบัญญัติของประมวลกฎหมาย โดยรัฐบัญญัติมอบอำนาจได้อนุญาตให้รัฐบาลจัดทำประมวลกฎหมายแบบนำบทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่แล้วมารวบรวมไว้ด้วยกันโดยไม่แก้ไขหลักการของกฎหมาย (“codification à droit constant”) อย่างไรก็ดี โดยที่การจัดทำประมวลกฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อ “ลดความซับซ้อนของกฎหมาย” ด้วย ดังนั้น รัฐบัญญัติมอบอำนาจจึงอนุญาตให้รัฐบาลสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ได้ภายใต้วัตถุประสงค์ที่กำหนด ซึ่งวัตถุประสงค์ประการหนึ่ง คือ “เพื่อปรับปรุงหลักเกณฑ์การยกเลิก

เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองให้เรียบง่ายยิ่งขึ้น เพื่อให้มีความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและเสริมสร้างความมั่นคงแน่นอนในทางกฎหมาย” ในการนี้ ผู้จัดทำประมวลกฎหมายจึงถือโอกาส “จัดระเบียบ” หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้เสียใหม่ให้ชัดเจน เรียบง่าย และเป็นเอกภาพยิ่งขึ้น

ประมวลกฎหมายได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลบล้างนิติกรรมทางปกครอง ไว้ในบรรพ ๒ นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่ออกโดยหน่วยงานทางปกครอง ลักษณะ ๔ การสิ้นสุดใช้บังคับของนิติกรรมทางปกครอง (sortie de vigueur des actes administratifs) ซึ่งมีบทบัญญัติ รวมทั้งสิ้น ๑๓ มาตรา แบ่งออกเป็น ๓ หมวด ได้แก่ หมวด ๑ หลักเกณฑ์ทั่วไป (มาตรา L ๒๔๑-๑ และมาตรา L ๒๔๑-๒) หมวด ๒ คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ (มาตรา L ๒๔๒-๑ ถึงมาตรา L ๒๔๒-๕) และหมวด ๓ กฎและคำสั่งทางปกครองที่ไม่ก่อตั้งสิทธิ (มาตรา L ๒๔๓-๑ ถึงมาตรา L ๒๔๓-๔) ส่วนบทบัญญัติในตอนต้นอีก ๒ มาตรา ว่าด้วยบทนิยาม (มาตรา L ๒๔๐-๑) และขอบเขตการใช้บังคับ (มาตรา L ๒๔๐-๒)

บทบัญญัติของลักษณะ ๔ เริ่มต้นด้วยการอธิบายถึงวิธีการลบล้างนิติกรรมทางปกครองซึ่งแยกออกเป็นการยกเลิกและการเพิกถอน โดยมาตรา L ๒๔๐-๑<sup>๑๓</sup> ได้ให้ความหมายของ คำว่า “ยกเลิก” (abrogation) ว่าหมายถึง การลบล้างให้สิ้นผลทางกฎหมายในอนาคต และคำว่า “เพิกถอน” (retrait) ว่าหมายถึง การลบล้างให้สิ้นผลทางกฎหมายในอนาคตและย้อนหลังไปในอดีตด้วย ซึ่งนับเป็นครั้งแรกที่มีการกำหนดบทนิยามของคำทั้งสองไว้ในตัวบทกฎหมาย ทำให้เกิดความชัดเจนในเรื่องถ้อยคำ เพราะที่ผ่านมาการใช้ถ้อยคำมีความไม่แน่นอน โดยบ่อยครั้งหน่วยงานทางปกครองมักจะใช้คำว่า “เพิกถอน” ทั้งที่เป็นกรณีการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองให้สิ้นผลไปในอนาคต โดยเฉพาะการยกเลิกการอนุมัติอนุญาตต่าง ๆ ดังนั้น การมีบทนิยามในกฎหมายจึงมีผลบังคับให้องค์กรต่าง ๆ ไม่ว่าจะป็นรัฐสภา ศาล หรือฝ่ายปกครอง ต้องเคร่งครัดกับการใช้ถ้อยคำมากยิ่งขึ้น

<sup>๑๒</sup> Loi n°2013-1005 du 12 novembre 2013 habitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.

<sup>๑๓</sup> Article L 240-1

Au sens du présent titre, on entend par: 1° Abrogation d'un acte : sa disparition juridique pour l'avenir ; 2° Retrait d'un acte : sa disparition juridique pour l'avenir comme pour le passé.

ประมวลกฎหมายได้กำหนดขอบเขตการใช้บังคับหลักเกณฑ์ในลักษณะ ๔ นี้ไว้ ทั้งในแง่ขององค์กรและในแง่ของเรื่อง มาตรา L ๒๔๐-๒<sup>๑๔</sup> ได้กำหนดเกี่ยวกับองค์กรที่อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติในลักษณะ ๔ โดยนอกจากจะใช้บังคับแก่ “หน่วยงานทางปกครอง”<sup>๑๕</sup>ตามที่กำหนดในมาตรา L ๑๐๐-๓ ๑<sup>๑</sup> แล้ว ยังใช้บังคับแก่องค์กรหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรมด้วย<sup>๑๖</sup> ในกรณีที่เป็นการทำนิติกรรมทางปกครองภายในกรอบภารกิจดังกล่าว ดังนี้ หลักเกณฑ์การลบล้างนิติกรรมทางปกครองในประมวลกฎหมายจึงมีขอบเขตการใช้บังคับที่กว้างขวาง โดยครอบคลุมหน่วยงานแทบทุกประเภท ต่างจากเดิมที่หลักเกณฑ์บางส่วนมิได้ใช้บังคับแก่หน่วยงานบางประเภท<sup>๑๗</sup> นอกจากนี้ สมควรตั้งเป็นข้อสังเกตไว้ว่า หลักเกณฑ์การลบล้างนิติกรรมทางปกครองในลักษณะ ๔ นี้ยังใช้บังคับแก่ความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ในสังกัดด้วย ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา L ๑๐๐-๑ ที่กำหนดขอบเขตการใช้บังคับทั่วไปของประมวลกฎหมาย<sup>๑๘</sup> ดังนั้น กรณีที่หน่วยงานทางปกครองจะยกเลิก

หรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่สร้างขึ้นใช้บังคับแก่เจ้าหน้าที่ในสังกัด ก็ย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับหลักเกณฑ์ในลักษณะ ๔ ของประมวลกฎหมายนี้ด้วย

ในส่วนของเรื่องที่อยู่ภายใต้บังคับ มาตรา L ๒๔๑-๑<sup>๑๙</sup> ได้บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับหลักเกณฑ์ของกฎหมายสหภาพยุโรปหรือบทบัญญัติของกฎหมายหรือกฎเฉพาะเรื่อง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวโดยหน่วยงานทางปกครองให้เป็นไปตามบทบัญญัติในลักษณะนี้” ดังนี้ หลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายซึ่งเป็น “กฎหมายทั่วไป” (lex generalis) จึงใช้บังคับกับเรื่องที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายพิเศษ – ไม่ว่าจะกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือกฎหมายของฝ่ายบริหาร (กฎ) – ที่กำหนดหลักเกณฑ์การลบล้างนิติกรรมทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ อีกประการหนึ่ง หลักเกณฑ์การลบล้างนิติกรรมทางปกครองตามที่กำหนดในประมวลกฎหมายย่อมไม่นำมาใช้บังคับ หากจะขัดหรือแย้งกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายระดับสหภาพยุโรป ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักว่าด้วยการเคารพซึ่งลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

<sup>๑๔</sup> Article L 240-2

Le présent titre est applicable, outre aux administrations mentionnées au 1° de l'article L 1003, aux organismes et personnes chargés d'une mission de service public industriel et commercial pour les actes qu'ils prennent au titre de cette mission.

<sup>๑๕</sup> มาตรา L ๑๐๐-๓ ๑ กำหนดบทนิยามของ “หน่วยงานทางปกครอง” ว่าหมายถึง ส่วนราชการ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรมหาชนทางปกครองของรัฐหรือขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รวมทั้งองค์กรหรือนิติบุคคลมหาชนและเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะทางปกครอง ตลอดจนองค์กรที่บริหารจัดการเงิน สวัสดิการสังคม ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีบทบัญญัติของประมวลกฎหมายในส่วนใดที่กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

<sup>๑๖</sup> เช่น “องค์การมหาชนทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม” (établissements publics à caractère industriel et commercial) ซึ่งอาจเทียบได้กับรัฐวิสาหกิจประเภทที่เป็นองค์การของรัฐบาลในระบบกฎหมายไทย

<sup>๑๗</sup> ก่อนหน้านั้นหลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยปริยายที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๒๓ แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ ๒๐๐๐-๓๒๑ ลงวันที่ ๑๒ เมษายน ค.ศ. ๒๐๐๐ ว่าด้วยสิทธิของประชาชนในการติดต่อสัมพันธ์กับหน่วยงานทางปกครอง มิได้ใช้บังคับแก่องค์การมหาชนทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

<sup>๑๘</sup> มาตรา L ๑๐๐-๑ วรรคสอง กำหนดให้ใช้บังคับประมวลกฎหมายนี้แก่ความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครอง และเจ้าหน้าที่ในสังกัด เว้นแต่จะมีบทบัญญัติในส่วนใดกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

<sup>๑๙</sup> Article L 241-1

Sous réserve des exigences découlant du droit de l'Union européenne et de dispositions législatives et réglementaires spéciales, les règles applicables à l'abrogation et au retrait d'un acte administratif unilatéral pris par l'administration sont fixées par les dispositions du présent titre.

บทบัญญัติอีกมาตราหนึ่งซึ่งวางหลักทั่วไป คือ มาตรา L ๒๔๑-๒<sup>๖๐</sup> ที่บัญญัติว่า “เพื่อเป็นการยกเว้นต่อบทบัญญัติในลักษณะนี้นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่สร้างขึ้นโดยกลฉ้อฉล อาจถูกยกเลิกหรือเพิกถอนได้ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนดเวลา” บทบัญญัตินี้สืบทอดแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐที่วางหลักมาช้านานว่า ฝ่ายปกครองอาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิได้ทุกเมื่อ โดยไม่มีกำหนดเวลา หากผู้รับคำสั่งใช้กลฉ้อฉลเพื่อให้เจ้าหน้าที่ทำคำสั่ง<sup>๖๑</sup> บทบัญญัติมาตราดังกล่าว จึงเป็นการนำหลักตามแนวคำวินิจฉัยมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร โดยกำหนดข้อยกเว้นให้ฝ่ายปกครองสามารถยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้ทุกเมื่อ แม้ในกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดระยะเวลาในการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งไว้

### ๓. หลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ

การกำหนดหลักเกณฑ์ในส่วนนี้ถือเป็นเรื่องที่ยุ่ยากที่สุด เนื่องจากมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ได้รับไปตามคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ ผู้จัดทำประมวลกฎหมายได้ปรับปรุงหลักเกณฑ์ให้เป็นระบบและเรียบง่ายกว่าที่เคยเป็นมา โดยแบ่งแยกหลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิไว้แตกต่างกันเป็น ๓ กรณี ได้แก่ (๑) การยกเลิกหรือเพิกถอนโดยหน่วยงานทางปกครองริเริ่มเองหรือตามคำขอของบุคคลที่สาม (๒) การยกเลิกหรือเพิกถอนตามคำขอของผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่ง และ (๓) การยกเลิกหรือเพิกถอนในกรณีที่มีการยื่นอุทธรณ์แบบบังคับ ซึ่งจะเห็นได้ว่า สองกรณีแรกเป็นการพิจารณาตัวผู้ริเริ่มให้มีการลบล้างคำสั่ง ส่วนกรณีหลังสุดเป็นเรื่องพิเศษที่ยึดโยงกับขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ สมควรตั้งเป็นข้อสังเกตไว้ด้วยว่า ในการกำหนดหลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ ผลของการลบล้าง (ยกเลิกหรือเพิกถอน)

มิได้เป็น “ข้อพิจารณา” ในการแบ่งแยกหลักเกณฑ์ต่าง ๆ อีกต่อไป เพราะผู้จัดทำประมวลกฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์ในกรณีต่าง ๆ ไว้เหมือนกันสำหรับการยกเลิกและการเพิกถอน

๓.๑ การลบล้างคำสั่งโดยหน่วยงานทางปกครองริเริ่มเองหรือตามคำขอของบุคคลที่สาม

ที่ผ่านมาการกำหนดหลักเกณฑ์ในกรณีนี้ถือว่ามีปัญหามากที่สุด โดยสภาแห่งรัฐได้ปรับปรุงแนวคำวินิจฉัยมาอย่างต่อเนื่องนานนับศตวรรษ และในช่วงหลังผู้ตรากฎหมายได้เข้ามาช่วยกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ด้วย ทำให้เรื่องยุ่งยากขึ้นไปอีก ดังนั้น ในการจัดทำประมวลกฎหมาย จึงมีการปรับปรุงหลักเกณฑ์ให้เรียบง่ายและเป็นเอกภาพ ทั้งนี้ การที่จะเข้าใจว่าหลักเกณฑ์ใหม่ ในประมวลกฎหมายนั้นเหมาะสมและน่าพอใจเพียงใด ในเบื้องต้นคงต้องย้อนกลับไปดูพัฒนาการของหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้เสียก่อน

๓.๑.๑ หลักเกณฑ์เดิมก่อนมีประมวลกฎหมายสำหรับคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งชอบด้วยกฎหมาย เมื่อคำสั่งที่สร้างขึ้นมีผลก่อตั้งสิทธิแก่บุคคล และเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ย่อมจำเป็นต้องคุ้มครองความมั่นคงแห่งสิทธิหรือนิติฐานะของผู้รับคำสั่งอย่างเต็มที่ สภาแห่งรัฐจึงมีแนวคำวินิจฉัยว่า ฝ่ายปกครองไม่อาจเพิกถอนคำสั่งได้ หากเพิกถอน คำสั่งเพิกถอนย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>๖๒</sup> และฝ่ายปกครองอาจต้องรับผิดชอบใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้น<sup>๖๓</sup> ส่วนการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งชอบด้วยกฎหมาย ก็มีหลักว่าไม่อาจกระทำได้เช่นเดียวกัน เว้นแต่เป็นการออก “คำสั่งที่มีผลตรงกันข้าม” (acte contraire) เช่น ฝ่ายปกครองมีคำสั่งลงโทษไล่ข้าราชการออกจากราชการ อันมีผลเป็นการยกเลิกคำสั่งบรรจุแต่งตั้งซึ่งเป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ กรณีของคำสั่งที่มีเงื่อนไข ถือเป็นคำสั่ง

<sup>๖๐</sup> Article L 241-2

Par dérogation aux dispositions du présent titre, un acte administratif unilatéral obtenu par fraude peut être à tout moment abrogé ou retiré.

<sup>๖๑</sup> C.E., 12 avril 1953, Sarovitch, R. p. 520.

<sup>๖๒</sup> C.E., 19 novembre 1926, Monzat, R. p. 1002.

<sup>๖๓</sup> C.E. Sect., 4 juin 1982, Ministre de l'Environnement et du Cadre de vie c/ Junique et autres, R. p. 198.

ที่ก่อตั้งสิทธิเป็นการชั่วคราว หากปรากฏว่า เงื่อนไขที่เคยมีอยู่ในการออกคำสั่ง ไม่ครบถ้วนอีกต่อไป หรือผู้รับคำสั่งมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดในคำสั่งฝ่ายปกครอง ย่อมยกเลิกคำสั่งได้<sup>๒๔</sup> โดยกรณีคำสั่งให้เงินช่วยเหลือ (subventions) หากผู้รับคำสั่งมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามเงื่อนไขในคำสั่งฝ่ายปกครองย่อมถูกผูกพันให้ปฏิเสธไม่จ่ายเงินแก่ผู้รับคำสั่ง ซึ่งเท่ากับเป็นการยกเลิกคำสั่งนั่นเอง<sup>๒๕</sup>

เรื่องจะเริ่มยุ่งยากขึ้นในกรณีคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะการลบล้างคำสั่งมีข้อพิจารณาสองด้านที่ขัดแย้งกันอยู่ ด้านหนึ่ง หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (principe de légalité des actes administratifs) เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องลบล้างคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้สิ้นผลไป แต่อีกด้านหนึ่ง หลักว่าด้วยความคงอยู่ของ

สิทธิที่บุคคลได้รับไปแล้ว (principe d'intangibilité des droits acquis) ก็ย้ำเตือนให้ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงสิทธิที่บุคคลได้รับไป ถึงแม้ว่าจะได้รับไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม หากยอมรับให้ฝ่ายปกครองลบล้างคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิได้เรื่อยไป ย่อมกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแน่นอนแห่งสิทธิหรือนิติฐานะ (sécurité juridique) ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะกรณีที่เป็นการเพิกถอนซึ่งมีผลย้อนหลังไปในอดีต ด้วยเหตุนี้การ “ออกแบบ” หลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นเรื่องละเอียดอ่อน เพราะต้องประนีประนอมหลักทั้งสองประการให้ลงตัว แต่การรวมขอมก็มีใช้เรื่องง่าย ดังจะเห็นได้จากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐที่ปรับเปลี่ยนไปอย่างต่อเนื่อง

ในช่วงศตวรรษที่ ๑๙ แนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐมีแนวทางที่คุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ได้รับไปตามคำสั่งทางปกครองเป็นอย่างมาก โดยมีหลักการว่า ศาลปกครองเท่านั้นที่มีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนการเพิกถอนโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอยู่อย่างจำกัด โดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองไม่อาจเพิกถอนคำสั่งที่ตนทำขึ้นได้ แต่รัฐมนตรีในฐานะผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ที่อาจเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ใต้บังคับบัญชาได้<sup>๒๖</sup> ต่อมาในช่วงต้นศตวรรษที่ ๒๐ สภาแห่งรัฐได้ปรับเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัย โดยในคำวินิจฉัยคดี Abbé Blanc<sup>๒๗</sup> ในปี ค.ศ. ๑๙๑๒ สภาแห่งรัฐได้ยอมรับเป็นการทั่วไปว่า องค์กร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (ซึ่งรวมถึงเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเอง) มีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งปฏิบัติตามแนวคิดที่ว่า ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ตรวจสอบให้การกระทำของตนชอบด้วยกฎหมายและลบล้างสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยอำนาจตรวจสอบของฝ่ายปกครองนี้ดำรงอยู่คู่ขนานไปกับอำนาจตรวจสอบของศาลปกครอง



<sup>๒๔</sup> C.E., 3 février 1995, *Ministre de la Défense c/ Delprat*, R. p. 61.

<sup>๒๕</sup> C.E., 29 mai 1996, *Secrétaire d'État à la mer*, R. p. 805.

<sup>๒๖</sup> หลักการนี้เป็นไปตามรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ ๒๕ มีนาคม ค.ศ. ๑๘๕๒ ว่าด้วยการแบ่งอำนาจภายในฝ่ายปกครอง และคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐในคดี Brincart (C.E., 1er juillet 1898, R. p. 515)


<sup>๒๗</sup> C.E., 16 février 1912, R. p. 223. ยืนยันในเวลาต่อมาโดย C.E., 14 juin 1912, *Wulliet*, R. p. 659 ; 28 novembre 1913, *Milloud*, R. p. 1181 ; 26 juin 1914, *Richebé*, R. p. 769 ; 1er août 1919, *Fraissé*, R. p. 695.

เมื่อฝ่ายปกครองมีอำนาจกว้างขวางยิ่งขึ้นในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิก็เริ่มมีการพิจารณาถึงความจำเป็นในการคุ้มครองความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคลที่ได้รับสิทธิจากคำสั่งทางปกครอง โดยมีแนวคิดว่าจะจะมีการจำกัด “ระยะเวลา” ในการใช้อำนาจเพิกถอนของฝ่ายปกครองให้กระทำได้ภายในกรอบระยะเวลาที่เหมาะสม มิใช่เพิกถอนคำสั่งได้เรื่อยไปโดยไม่มีที่สิ้นสุด เพราะจะกระทบกระเทือนต่อนิติฐานะของบุคคลจนเกินสมควร ข้อพิจารณานี้ ปรากฏครั้งแรกในปี ค.ศ. ๑๙๑๙ ในบันทึกความเห็นทางกฎหมายขององค์คณะการคลังของสภาแห่งรัฐที่ตอบข้อหารือของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสงครามว่า การเพิกถอนคำสั่งโดยฝ่ายปกครองสามารถกระทำได้ “ตราบเท่าที่ศาลปกครองยังมีอำนาจพิพากษาเพิกถอนคำสั่งได้อยู่” กรณีจึงเป็นการผูกโยง อำนาจเพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครองกับอำนาจพิพากษาเพิกถอนคำสั่งโดยศาลปกครอง กล่าวคือ ตราบใดที่ศาลปกครองยังคงมีอำนาจพิพากษาเพิกถอนคำสั่งได้ ฝ่ายปกครองก็ย่อมมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งได้เช่นเดียวกัน

ต่อมาสภาแห่งรัฐได้นำแนวคิดนี้มาใช้ในคำวินิจฉัยคดี Dame Cachet<sup>๒๔</sup> ในปี ค.ศ. ๑๙๒๒ โดยวางหลักว่า ฝ่ายปกครองอาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ภายในระยะเวลาการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (โดยปกติ คือสองเดือนนับแต่วันที่บุคคลได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง) หรือกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ฝ่ายปกครองก็ยังคงเพิกถอนคำสั่งได้จนกว่าศาลจะมีคำสั่งหรือคำพิพากษา

การเทียบเคียงระยะเวลาการฟ้องคดีมาใช้เป็นระยะเวลาเพิกถอนคำสั่งโดยฝ่ายปกครอง ดูเหมือนเป็นเรื่องสมเหตุสมผล แต่เมื่อนำระยะเวลาการฟ้องคดีมาใช้ก็ต้องนำหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องมาใช้ตามไปด้วย ซึ่งในบางกรณี

อาจเกิดปัญหายุ่งยากขึ้นได้ เช่น กรณีคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิแก่บุคคลผู้รับคำสั่ง แต่กระทบสิทธิของบุคคลที่สาม หากฝ่ายปกครองได้แจ้งคำสั่งแก่ผู้รับคำสั่งแล้ว แต่มิได้ประกาศคำสั่งนั้นให้บุคคลที่สามรับทราบ ระยะเวลาการฟ้องคดีในส่วนของบุคคลที่สามย่อมไม่เริ่มนับ จึงมีปัญหว่า ระยะเวลาเพิกถอนคำสั่งจะนับอย่างไร ในช่วงแรก สภาแห่งรัฐยังมีคำตอบไม่แน่นอน แต่ต่อมาสภาแห่งรัฐ (ประชุมใหญ่) ได้มีคำวินิจฉัยคดี Ville de Bagneux ในปี ค.ศ. ๑๙๖๖ วางหลักว่า การที่ฝ่ายปกครองมิได้ประกาศคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของบุคคลที่สามให้บุคคลดังกล่าวรับทราบ มีผลทำให้ระยะเวลาฟ้องคดีต่อศาลปกครองในส่วนของบุคคลที่สามยังไม่เริ่มนับ ดังนั้นเมื่อบุคคลที่สามอาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนคำสั่งได้ทุกเมื่อ ฝ่ายปกครองก็ย่อมมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ทุกเมื่อเช่นกัน คำวินิจฉัย Ville de Bagneux<sup>๒๕</sup> ถือว่าชอบด้วยตรรกะทางกฎหมาย และสอดคล้องกับคำวินิจฉัย Dame Cachet ที่ผูกโยงระยะเวลาเพิกถอนคำสั่งโดยฝ่ายปกครองกับระยะเวลาฟ้องคดีไว้ด้วยกัน แต่ในอีกแง่หนึ่ง แนวทางดังกล่าวก็ไม่เป็นธรรมต่อผู้ได้รับสิทธิตามคำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนคำสั่งโดยฝ่ายปกครองได้ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนดเวลา ซึ่งกระทบกระเทือนต่อนิติฐานะของผู้รับคำสั่งเป็นอย่างมาก

สภาแห่งรัฐได้ตระหนักถึง “ข้อเสีย” ของแนวคำวินิจฉัย Dame Cachet - Ville de Bagneux ที่ลบล้างเกณฑ์เกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดีมาใช้กับระยะเวลาเพิกถอนคำสั่งโดยฝ่ายปกครองอย่างเคร่งครัด ต่อมาจึงได้ปรับแนวคำวินิจฉัยในเรื่องนี้ นำมาซึ่งพัฒนาการของหลักเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ ทั้งที่เป็นคำสั่งโดยชัดแจ้งและคำสั่งโดยปริยาย 

**อ่านต่อฉบับหน้า... สำหรับคำสั่งทางปกครองโดยชัดแจ้ง  
ที่ก่อตั้งสิทธิ**



<sup>๒๔</sup> C.E., 3 novembre 1922, Rec. p. 790, R.D.P. 1922, p. 552, concl. Rivet.

<sup>๒๕</sup> C.E. Ass., 6 mai 1966, Rec. p. 303, R.D.P. 1967, p. 339, concl. Braibant.



การจัดตั้งนิติบุคคลโดยบุคคลคนเดียว  
กรณีศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและฝรั่งเศส:

## การแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจนอกระบบโดยการจัดตั้ง นิติบุคคลโดยบุคคลคนเดียวและหน่วยธุรกิจขนาดเล็ก (Microenterprises)



อัญญา ยศสุนทร\*

### บทนำ ปัญหาเศรษฐกิจนอกระบบของประเทศไทย

“In this world nothing can be said to be certain, except death and taxes” คำกล่าวข้างต้นของ Benjamin Franklin ดูจะไม่เป็นจริงสักเท่าใดนักสำหรับบริบทของสังคมไทยแน่นอนคนเราคงหนีความตายไม่ได้ แต่ภาษานั้นเป็นอีกเรื่องหนึ่งสำหรับประเทศไทย เมื่อเราก้าวเดินออกจากบ้าน ร้านค้าหาบเร่แผงลอยที่ขายอยู่ริมถนน ร้านค้าขายซีดีละเมิดลิขสิทธิ์ ร้านขายของชำที่มีสองบัญชีเพื่อลดจำนวนกำไรสุทธิที่ต้องแจ้งต่อสรรพากรเพื่อเสียภาษี หรือแม้แต่สาวออฟฟิศที่ขายสินค้าออนไลน์เพื่อเป็นรายได้เสริม ปัญหาเศรษฐกิจนอกระบบเป็นความจริงที่ปฏิเสธไม่ได้ของประเทศไทย และเป็นปัญหาที่ฝังรากลึกมาอย่างยาวนาน จากการสำรวจของธนาคารโลก ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. ๑๙๙๙ - ๒๐๐๗ สัดส่วนของเศรษฐกิจนอกระบบของประเทศไทยสูงถึงร้อยละ ๕๑ ของผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ (GDP)<sup>๑</sup>

การกำหนดขอบเขตของเศรษฐกิจนอกระบบหรือเศรษฐกิจนอภาคทางการ (Informal Economy หรือ Shadow Economy)<sup>๒</sup> ทำได้ลำบากเนื่องจากความหลากหลายของมุมมองและธุรกิจ ที่เกี่ยวข้องซึ่งมีความทับซ้อนกันอยู่ในหลายกรณี แต่เราอาจสรุปลักษณะของกิจการที่ถือได้ว่าเป็นเศรษฐกิจนอกระบบได้โดยกว้าง ๔ ประเภท ได้แก่ กิจการที่ผิดกฎหมาย เช่น การค้ายาเสพติด การซื้อขายของโจรสลัด กิจการที่ไม่ได้อยู่ในระบบภาษี เช่น กิจการที่ไม่ได้เสียภาษีต่าง ๆ กิจการที่ไม่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย เช่น แรงงานผิดกฎหมาย กิจกรรมขนาดเล็กที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายและไม่ต้องเสียภาษี เช่น การแลกเปลี่ยนพืชผลกันในสังคมเกษตรกรรม<sup>๓</sup>

ปัญหาเศรษฐกิจนอกระบบส่งผลกระทบต่อหลายด้านด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นผลกระทบทางด้านการศึกษาเนื่องจากทำให้รัฐจัดเก็บภาษีได้น้อยลง หรือผลกระทบในเชิงนโยบายเพราะเศรษฐกิจนอกระบบทำให้ยากสำหรับรัฐในการจัดเก็บข้อมูล

\* นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติกร กองกฎหมายการเงินการคลัง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

<sup>๑</sup> F. Schneider, A. Buehn, C. E. Montenegro, Shadow Economies All over the World. New Estimates for 162 Countries from 1999 to 2007, Policy Research Working Paper 5356, World Bank, 2010.

<sup>๒</sup> ที่มาของข้อมูล : F. Schneider, A. Buehn, C. E. Montenegro, Shadow Economies All over the World. New Estimates for 162 Countries from 1999 to 2007, Policy Research Working Paper 5356, World Bank, 2010.

<sup>๓</sup> F. Schneider, Dominik Enste, Sous la protection de l'ombre. La croissance de l'économie souterraine, Dossier économique, FMI, 2002.





ทางเศรษฐกิจและสังคมที่จำเป็นอย่างยิ่งในการวางนโยบายภาครัฐ<sup>๔</sup> ซึ่งที่ผ่านมา รัฐบาลได้มีความพยายามในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยเฉพาะในส่วนของธุรกิจขนาดเล็กและขนาดกลางผ่านการนิรโทษกรรมทางภาษีที่ได้กระทำมาหลายครั้ง และในเดือนกันยายนที่ผ่านมา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังก็ได้แถลงถึงนโยบายที่จะดำเนินการนิรโทษกรรมภาษีให้แก่ผู้ประกอบการเอสเอ็มอีที่มีอยู่ประมาณ ๑.๙ ล้านราย แต่อยู่ในระบบเพียง ๕ แสนราย ให้มีการเสียภาษีที่ถูกต้อง<sup>๕</sup> อย่างไรก็ดี จากที่ผ่านมา การนิรโทษกรรมภาษีนี้นั้น มิได้มีผลให้สัดส่วนของเศรษฐกิจนอกระบบลดลงแต่อย่างใด เนื่องจากอันที่จริงแล้ว การมีอยู่ของเศรษฐกิจนอกระบบโดยเฉพาะในส่วนของหน่วยเศรษฐกิจที่ไม่ได้อยู่ในระบบภาษีนี้นั้น มิได้เกิดขึ้นจากความต้องการหลีกเลี่ยงการเสียภาษีเสมอไป แต่อาจเกิดขึ้นได้จากความไม่เหมาะสมของระบบกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทหรือห้างหุ้นส่วน กฎหมายภาษีกฎหมายแรงงาน หรือกฎหมายอื่น ๆ ที่ไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงทางเศรษฐกิจในปัจจุบัน ที่ทำให้ผู้ประกอบการไม่ต้องการที่จะเข้ามาอยู่ในระบบหรือการเข้ามาอยู่ในระบบมีค่าใช้จ่ายสูงเกินไปสำหรับธุรกิจขนาดเล็ก ซึ่งกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบริษัทและห้างหุ้นส่วนในประเทศไทยเป็นตัวอย่างที่ทำให้เห็นได้ชัดว่า กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในนั้น ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงทางเศรษฐกิจของสังคมไทยในปัจจุบัน ประเทศไทยมีผู้ประกอบการคนเดียวเพิ่มจำนวนมากขึ้นพร้อมกับการเติบโตของการค้าทางอินเทอร์เน็ต อย่างไรก็ตาม ปัจจุบัน มาตรา ๑๐๑๒ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้โดยชัดเจนว่าอันว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการกิจการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น ดังนั้น ในกรณีของห้างหุ้นส่วน ต้องมีผู้เป็นหุ้นส่วนตั้งแต่ ๒ คนขึ้นไป และในกรณีของบริษัท มาตรา ๑๐๙๗ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้มีผู้เริ่มกิจการจำนวนไม่น้อยกว่า ๓ คน

ซึ่งก่อให้เกิดความไม่สะดวกในการลงทุนจัดตั้งธุรกิจ การดึงตัวเข้ามาเพื่อจัดตั้งบริษัทและปัญหาข้อพิพาทระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง ดังนั้น ประเทศไทยควรมีการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยห้างหุ้นส่วนและบริษัทเพื่อให้สอดคล้องกับความเป็นจริงทางเศรษฐกิจในปัจจุบัน

โดยที่กระทรวงพาณิชย์ได้จัดให้มีการศึกษาความเป็นไปได้ในการจัดตั้งนิติบุคคลคนเดียว ทั้งนี้ เพื่อดึงดูดธุรกิจขนาดเล็กและขนาดกลางเข้าสู่ระบบการจดทะเบียนนิติบุคคลอันจะช่วยลดอุปสรรคทางธุรกิจและช่วยให้เกิดความคล่องตัวในการประกอบธุรกิจ และเป็นการเพิ่มมูลค่าทางเศรษฐกิจในระยะยาวให้แก่ประเทศไทย โดยได้มีการยกพระราชบัญญัติการจัดตั้งนิติบุคคลโดยบุคคลคนเดียว พ.ศ. ....<sup>๖</sup> ซึ่งประเทศฝรั่งเศสได้ใช้แนวทางเดียวกันเพื่อเป็นการสนับสนุนการประกอบธุรกิจโดยผู้ประกอบการคนเดียว (entrepreneur) โดยตรากฎหมายเกี่ยวกับจัดตั้งนิติบุคคลโดยบุคคลเดียวในหลายรูปแบบด้วยกัน จึงเห็นควรศึกษากรณีของประเทศไทยเพื่อให้เห็นประเด็นปัญหา ข้อดีและข้อเสียต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้น

## ๑. ความสัมพันธ์ระหว่างปัญหาเศรษฐกิจนอกระบบและกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจขนาดเล็ก

ในอดีตประเทศไทยไม่มีคำจำกัดความของ SMEs ที่เป็นมาตรฐานเดียวของประเทศ หน่วยงานต่าง ๆ เช่น กรมส่งเสริมอุตสาหกรรม ธนาคารแห่งประเทศไทย และบรรษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ต่างมีคำจำกัดความของ SMEs ที่แตกต่างกันตามวัตถุประสงค์ในการส่งเสริม SMEs ของหน่วยงาน ต่อมา ได้มีการตราพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ. ๒๕๔๓ ซึ่งทำให้คำจำกัดความของ SMEs ในประเทศไทยมีมาตรฐานเดียวกัน<sup>๗</sup> โดยมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมฯ กำหนดให้วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมว่าหมายถึงวิสาหกิจที่มีจำนวนการจ้างงาน มูลค่าสินทรัพย์ถาวรหรือทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้วตามจำนวนที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงซึ่งกฎกระทรวงอุตสาหกรรมกำหนดจำนวน

<sup>๔</sup> เพิ่งอ้าง

<sup>๕</sup> <http://www.naewna.com/business/181173> (สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๔ ธันวาคม ๒๕๕๘)

<sup>๖</sup> [http://www.dbd.go.th/ewt\\_news.php?nid=14667&filename=index](http://www.dbd.go.th/ewt_news.php?nid=14667&filename=index) (สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๔ ธันวาคม ๒๕๕๘)

<sup>๗</sup> ทั้งนี้ ในส่วนของกฎหมายภาษีนี้นั้น มีการกำหนดเกณฑ์ของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่แตกต่างกัน แม้จะมีได้มีการกำหนดค่านิยามไว้โดยชัดเจน แต่อาจเทียบเคียงจากพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการลดอัตราและยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ ๕๓๐) พ.ศ. ๒๕๕๔ ซึ่งกำหนดลดอัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลสำหรับวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ได้กำหนดเกณฑ์ของห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลหรือบริษัทที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ตามพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว ได้แก่ บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลซึ่งมีทุนที่ชำระแล้วในวันสุดท้ายของรอบระยะเวลาบัญชีไม่เกินห้าล้านบาทและมีรายได้จากการขายสินค้าและการให้บริการในรอบระยะเวลาบัญชีไม่เกินสามล้านบาท

การจ้างงานและมูลค่าสินทรัพย์ถาวรของวิสาหกิจขนาดกลาง และขนาดย่อม พ.ศ. ๒๕๔๕ ได้กำหนดเกณฑ์ไว้ดังต่อไปนี้

๑) วิสาหกิจขนาดย่อม ได้แก่ กิจการที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

(๑) กิจการผลิตสินค้า ที่มีจำนวนการจ้างงานไม่เกินห้าสิบคน หรือมีมูลค่าสินทรัพย์ถาวร ไม่เกินห้าสิบล้านบาท

(๒) กิจการให้บริการ ที่มีจำนวนการจ้างงานไม่เกินห้าสิบคน หรือมีมูลค่าสินทรัพย์ถาวร ไม่เกินห้าสิบล้านบาท

(๓) กิจการค้าส่ง ที่มีจำนวนการจ้างงานไม่เกินยี่สิบห้าคน หรือมีมูลค่าสินทรัพย์ถาวรไม่เกินห้าสิบล้านบาท

(๔) กิจการค้าปลีก ที่มีจำนวนการจ้างงานไม่เกินสิบห้าคน หรือมีมูลค่าสินทรัพย์ถาวรไม่เกินสามสิบล้านบาท

๒) วิสาหกิจขนาดกลาง ได้แก่ กิจการที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

(๑) กิจการผลิตสินค้า ที่มีจำนวนการจ้างงานเกินกว่าห้าสิบคนแต่ไม่เกินสองร้อยคน หรือมีมูลค่าสินทรัพย์ถาวรเกินกว่าห้าสิบล้านบาทแต่ไม่เกินสองร้อยล้านบาท

(๒) กิจการให้บริการ ที่มีจำนวนการจ้างงานเกินกว่าห้าสิบคนแต่ไม่เกินสองร้อยคน หรือมีมูลค่าสินทรัพย์ถาวรเกินกว่าห้าสิบล้านบาทแต่ไม่เกินสองร้อยล้านบาท

(๓) กิจการค้าส่ง ที่มีจำนวนการจ้างงานเกินกว่ายี่สิบห้าคนแต่ไม่เกินห้าสิบคน หรือมีมูลค่าสินทรัพย์ถาวรเกินกว่าห้าสิบล้านบาทแต่ไม่เกินหนึ่งร้อยล้านบาท

(๔) กิจการค้าปลีก ที่มีจำนวนการจ้างงานเกินกว่าสิบห้าคนแต่ไม่เกินสามสิบคน หรือมีมูลค่าสินทรัพย์ถาวรเกินกว่าสามสิบล้านบาทแต่ไม่เกินหกสิบล้านบาท

รายงานสถานการณ์วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ปี พ.ศ. ๒๕๕๘ ของสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ระบุว่า ในปี พ.ศ. ๒๕๕๗ ประเทศไทยมี SMEs จำนวน ๒,๗๓๖,๗๔๔ ราย หรือคิดเป็นร้อยละ ๙๙.๗๓ ของจำนวนวิสาหกิจทั้งประเทศ โดยเป็นจำนวนวิสาหกิจขนาดเล็ก (SE) มากที่สุด จำนวน ๒,๗๒๓,๙๓๒ ราย คิดเป็นสัดส่วนร้อยละ ๙๙.๒๖ ของจำนวนวิสาหกิจทั้งประเทศ โดยแบ่งออกเป็น SMEs ที่เป็นนิติบุคคล จำนวนเพียง ๕๘๖,๙๕๘ ราย และ SMEs ที่เป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีจำนวนถึง ๒,๑๓๙,๒๖๗ ราย

กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยให้การดำเนินธุรกิจมีความโปร่งใส มีความรับผิดชอบต่อผู้มีส่วนได้เสียต่าง ๆ ในสังคม และเคารพหลักธรรมาภิบาลอย่างใดก็ได้ ระบบกฎหมายนั้น มีผลกระทบต่ออย่างมากต่อการดำเนินธุรกิจ โดยเฉพาะสำหรับวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) เนื่องจากต้นทุนในการปฏิบัติตามกฎหมายส่วนใหญ่ เช่น เวลาและค่าใช้จ่ายสำหรับการขออนุญาตและการจดทะเบียนต่าง ๆ เป็นต้นทุนคงที่ (fixed cost) ซึ่งไม่ได้แปรผันตามขนาดธุรกิจ จึงทำให้ SMEs ที่มีทุนจำกัดต้องแบกรับภาระต้นทุนในอัตราเฉลี่ยที่สูงกว่าธุรกิจขนาดใหญ่ นอกจากนี้กฎหมายยังกระทบต่อความคล่องตัวซึ่งเป็นจุดเด่นของ SMEs

จากรายงานการวิจัยของสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย<sup>๘</sup> พบปัญหาที่สำคัญสำหรับ SMEs ในการปฏิบัติตามกฎหมายต่าง ๆ โดยเฉพาะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติทะเบียนพาณิชย์ พ.ศ. ๒๕๔๙ ดังนี้

(๑) เนื่องจากเอกสารที่ใช้ในการจดทะเบียนมีความซับซ้อน SMEs จึงมักจ้างสำนักงานทนายความเป็นผู้แทนในการดำเนินการจดทะเบียนพาณิชย์ นอกจากนี้ การว่าจ้างสำนักงานทนายความยังช่วยให้ผู้ถือหุ้นไม่ต้องไปยื่นคำร้องและลงลายมือชื่อในเอกสารต่อหน้าเจ้าหน้าที่ด้วยตนเองตามที่กฎหมายกำหนดไว้

(๒) แม้ว่ากฎหมายกำหนดให้บริษัทจำกัดต้องมีผู้ถือหุ้นอย่างน้อย ๓ ราย แต่ในทางปฏิบัติ SMEs มักเป็นธุรกิจของบุคคลเดียวหรือไม่กี่คน รายชื่อผู้ถือหุ้นที่รายงานต่อราชการส่วนใหญ่จึงเป็นเพียงรายชื่อผู้ถือหุ้นแทน (nominee) เท่านั้น

(๓) การเขียนรายงานวัตถุประสงค์การประกอบธุรกิจของบริษัทในหนังสือบริคณห์สนธิมีกระบวนขอบเขตที่กว้างมาก โดยการสำรวจพบว่าบริษัทมักจะระบุวัตถุประสงค์การประกอบธุรกิจของตนมากถึง ๕๐-๗๐ รายการ จนยากที่จะทราบถึงการประกอบธุรกิจหลักจากหนังสือบริคณห์สนธิ

(๔) กฎหมายกำหนดให้การเลิกบริษัทต้องปฏิบัติตามเกณฑ์ที่เข้มงวดและมีความยุ่งยากต่อ SMEs จึงทำให้บริษัทมักเลี่ยงการขอเลิกบริษัทตามข้อกำหนดทางกฎหมาย

<sup>๘</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, รายงานการศึกษาดูแบบสมบูรณเพื่อเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาและส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมในประเทศไทย ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส และออสเตรเลีย (To Conduct A Comparative Research and Study of Laws Related to the Development and Promotion of Small-Medium-Sized Enterprises in Thailand, Japan, France and Australia) เสนอต่อคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ สถาบันกฎหมายพัฒนาเศรษฐกิจ, กันยายน ๒๕๕๖



## ๒. แนวทางการแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจนอกระบบ ในส่วนของผู้ประกอบการธุรกิจขนาดเล็กลงและขนาดกลาง

แนวทางการแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจนอกระบบนั้น อาจมีได้หลายรูปแบบ ในที่นี้ จะพิจารณาเฉพาะแนวทางที่มีการกล่าวถึงอยู่ในปัจจุบัน อันได้แก่ การนิรโทษกรรมภาษีและการจัดตั้งนิติบุคคลโดยบุคคลคนเดียว

๒.๑ การนิรโทษกรรมภาษีเพื่อจูงใจให้ผู้ประกอบการเข้าสู่ระบบ

เมื่อวันที่ ๒๘ กันยายน ๒๕๕๘ นายอภิรักษ์ศักดิ์ ณัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ก็ได้ออกมาเปิดเผยว่า กระทรวงการคลังอยู่ระหว่างดำเนินการนิรโทษกรรมภาษีให้ผู้ประกอบการเอสเอ็มอีที่มีอยู่ประมาณ ๑.๙ ล้านราย แต่อยู่ในระบบเพียงห้าแสนราย ให้มีการเสียภาษีให้ถูกต้อง โดยจะให้มีการทำบัญชีเดียว ซึ่งมีเงื่อนไขว่าหากผู้ประกอบการร่วมมือและมีการเสียภาษีให้ถูกต้อง จะไม่มีการเก็บภาษีย้อนหลัง แต่หากยังเสียภาษีไม่ถูกต้องก็จะเก็บภาษีย้อนหลัง โดยไม่มีการยกเว้น จึงต้องพิจารณาต่อไปว่ามาตรการดังกล่าวจะมีผลช่วยดึงดูด SMEs ให้เข้าสู่ระบบมากขึ้นหรือไม่

โดยที่ผ่านมามีการนิรโทษกรรมภาษีเพื่อจูงใจให้ผู้ประกอบการที่อยู่นอกระบบเข้ามาในระบบและให้มีการเสียภาษีให้ถูกต้อง โดยมีการดำเนินการใน ๒ รูปแบบ ได้แก่ การนิรโทษกรรมภาษีโดยการออกกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ หรือโดยการขยายเวลายื่นรายการชำระภาษีอากรหรือนำส่งภาษีอากรตามประมวลรัษฎากรเป็นการทั่วไป โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๓ อัญญา วรรคสอง แห่งประมวลรัษฎากร<sup>๔</sup> ซึ่งเมื่อขยายเวลายื่นรายการหรือชำระภาษีอากรแล้ว ผู้มีหน้าที่เสียภาษีจึงไม่ต้องเสียเบี้ยปรับเงินเพิ่มและไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา ทั้งนี้ ได้มีการนิรโทษกรรมภาษีทั้งหมด ๕ ครั้ง ดังต่อไปนี้

(๑) ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๙ ประกาศ ณ วันที่ ๗ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๒๐ มีสาระสำคัญเป็นการผ่อนผันให้ผู้ปฏิบัติไม่ถูกต้องตามประมวลรัษฎากรได้ชำระภาษีอากรตามจำนวนที่พึงชำระเสียให้เสร็จสิ้นไปโดยได้รับการลดหย่อนหรือยกเว้นเบี้ยปรับและเงินเพิ่ม และพ้นจากความรับผิดทางอาญา

(๒) แดงการณักระทรวงการคลัง เรื่องเปิดโอกาสให้เสียภาษีอากรเพิ่มเติม ลงวันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ ๒๕๒๕ ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๓ อัญญา แห่งประมวลรัษฎากร ขยายเวลาชำระและนำส่งภาษีอากรเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ที่มีได้เสียภาษีอากร หรือเสียภาษีอากรไว้ยังไม่ครบถ้วน หรือผู้ที่มีได้หักภาษีไว้ ณ ที่จ่าย หรือหักไว้ไม่ครบถ้วนได้ยื่นชำระภาษีอากรหรือเสียภาษีอากรเพิ่มเติม หรือนำส่งภาษีให้ถูกต้องครบถ้วน โดยไม่ต้องเสียเบี้ยปรับเงินเพิ่มใด ๆ ทั้งสิ้น และไม่จำกัดจำนวนปีหรือรอบระยะเวลาบัญชี แต่ไม่รวมถึงภาษีอากรที่ต้องเสียหรือนำส่งที่ถึงกำหนดเวลาเสียหรือนำส่งตามปกติในหรือหลังวันที่ที่ลงในแแดงการณั และพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญา ทั้งนี้ ตามเงื่อนไขและเงื่อนไขเวลาที่กำหนดในแแดงการณั

(๓) ประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ขยายเวลายื่นรายการชำระหรือนำส่งภาษีอากรตามประมวลรัษฎากร ลงวันที่ ๗ สิงหาคม ๒๕๒๘ ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๓ อัญญา แห่งประมวลรัษฎากร ขยายเวลายื่นรายการชำระหรือนำส่งภาษีอากรตามประมวลรัษฎากรเป็นการทั่วไปให้แก่ผู้มีหน้าที่เสียภาษีอากรและผู้มีหน้าที่หักเสียภาษี ณ ที่จ่าย ซึ่งยังมีได้เสียภาษีอากร หรือเสียภาษีอากรไว้ไม่ครบถ้วน หรือมิได้หักภาษีไว้ ณ ที่จ่าย หรือหักไว้ไม่ครบถ้วน ได้มีโอกาสยื่นรายการและชำระหรือนำส่งภาษีอากรให้เป็นการถูกต้องต่อไป โดยไม่ต้องเสียเบี้ยปรับเงินเพิ่มและไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา

(๔) พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ ๑๔) พ.ศ. ๒๕๒๙ มาตรา ๓๐ แห่งพระราชกำหนดดังกล่าว กำหนดให้ในกรณีที่มีหน้าที่เสียภาษีอากรผู้ใดซึ่งยังไม่ได้เสียภาษีอากรหรือเสียไว้ไม่ถูกต้องตามความจริงหรือไม่บริบูรณ์ได้ยื่นคำขอเสียภาษีอากรตามแบบที่อธิบดีกำหนดภายในเดือนกรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๒๙ และได้ชำระภาษีอากรตามจำนวนที่ต้องเสียตามมาตรานี้ ภายในระยะเวลาและหลักเกณฑ์ที่อธิบดีกำหนด ซึ่งต้องไม่เกินสองปีนับแต่วันยื่นคำขอให้ผู้นั้นได้รับยกเว้นจากการเรียกตรวจสอบได้สวน ประเมิน หรือสั่งให้เสียภาษีอากรและความผิดอาญาตามประมวลรัษฎากรสำหรับเงินได้หรือรายรับที่มีอยู่ก่อนหรือในปีภาษี พ.ศ. ๒๕๒๗ หรือรอบระยะเวลาบัญชีที่สิ้นสุดลงก่อนหรือในวันที่ ๓๑ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๒๗

<sup>๔</sup> มาตรา ๓ อัญญา กำหนดเวลาการยื่นแบบแสดงรายการหรือแจ้งรายการต่าง ๆ กิติ กำหนดเวลาการอุทธรณ์กิติ หรือกำหนดเวลาการเสียภาษีอากรตามที่กำหนดไว้ในประมวลรัษฎากรนี้ กิติ ถ้าผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกำหนดเวลาดังกล่าวมิได้อยู่ในประเทศไทย หรือมีเหตุจำเป็นจนไม่สามารถจะปฏิบัติตามกำหนดเวลาได้ เมื่ออธิบดีพิจารณาเห็นเป็นการสมควร จะให้ขยายหรือเลื่อนกำหนดเวลาออกไปอีกตามความจำเป็นแก่กรณีก็ได้กำหนดเวลาต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในประมวลรัษฎากรนี้ เมื่อรัฐมนตรีเห็นเป็นการสมควรจะขยายหรือเลื่อนกำหนดเวลานั้นออกไปอีกตามความจำเป็นแก่กรณีก็ได้

(๕) ประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ขยายระยะเวลายื่นรายการชำระภาษีอากรหรือนำส่งภาษีอากรตามประมวลรัษฎากร ลงวันที่ ๒๘ พฤศจิกายน ๒๕๓๔ ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๓ อัญญา วรรคสอง แห่งประมวลรัษฎากร ขยายเวลายื่นรายการชำระภาษีอากรหรือนำส่งภาษีอากรตามประมวลรัษฎากรเป็นการทั่วไป ให้แก่ผู้มีหน้าที่ยื่นรายการ ผู้มีหน้าที่เสียภาษีอากร หรือผู้มีหน้าที่หักเสียภาษี ณ ที่จ่าย ซึ่งยังมีได้ยื่นรายการและชำระภาษีอากร หรือยื่นรายการและชำระภาษีอากรไว้ไม่ครบถ้วน หรือมิได้หักภาษีไว้ ณ ที่จ่าย หรือหักไว้ไม่ครบถ้วน หรือมิได้นำส่งภาษีอากรให้ครบถ้วน ได้มีโอกาสยื่นรายการและชำระภาษีอากรหรือนำส่งภาษีอากรให้เป็นการถูกต้องต่อไป โดยไม่ต้องเสียเบี้ยปรับเงินเพิ่มและไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา

๒.๒ การจัดตั้งนิติบุคคลโดยบุคคลคนเดียวและหน่วยธุรกิจขนาดเล็ก : อีกหนึ่งทางเลือกในการแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจนอกระบบ

๒.๒.๑ การจัดตั้งนิติบุคคลคนเดียวและการจัดตั้งสถานะผู้ประกอบการเดี่ยวตามกฎหมายฝรั่งเศส

แนวความคิดการจัดตั้งนิติบุคคลโดยบุคคลคนเดียวนั้น ไม่ใช่เรื่องใหม่ในกฎหมายฝรั่งเศส โดยตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๘๕ ได้มีแก้ไขประมวลกฎหมายพาณิชย์เพื่อกำหนดให้มีการจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยบุคคลคนเดียว (Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée หรือ EURL) ได้ โดยบริษัทจำกัดดังกล่าวอาจมีผู้ถือหุ้นเพียงคนเดียว ทั้งนี้ เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาในทางปฏิบัติ เนื่องจากเดิม ตามกฎหมาย บริษัทจำกัดต้องมีผู้ถือหุ้นอย่างน้อยสองคนขึ้นไป จึงทำให้บุคคลซึ่งต้องการประกอบธุรกิจเพียงคนเดียวต้องไปยืมชื่อผู้อื่นมาในการจัดตั้งบริษัทโดยไม่มีเจตนาที่จะประกอบธุรกิจร่วมกัน (affection societatis) เพื่อแบ่งปันผลกำไรแต่อย่างใด ภายหลังจากนั้น ได้มีการปรับปรุงหลักเกณฑ์การบริหารจัดการบริษัทจำกัดโดยบุคคลคนเดียวเรื่อยมา อย่างไรก็ตาม รูปแบบการจัดตั้งบริษัทดังกล่าวไม่ประสบความสำเร็จเท่าใดนัก โดยในปี ค.ศ. ๒๐๐๗ มีผู้ประกอบการใหม่เพียงร้อยละ ๑๑ เท่านั้น ที่เลือกใช้รูปแบบการจัดตั้งบริษัทดังกล่าว และสัดส่วนบริษัทจำกัดโดยบุคคลคนเดียวคิดเป็นร้อยละ ๕ เท่านั้นของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมทั้งหมดซึ่งเท่ากับ ๒,๓๕๒,๐๐๐ ราย แม้รูปแบบ

การจัดตั้งบริษัทดังกล่าวจะดูน่าสนใจทางเทคนิคกฎหมายอย่างไรก็ดี การจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยบุคคลคนเดียวนั้น ประสบปัญหา ๒ ประการ ได้แก่ ประการแรก เนื่องจากบริษัทจำกัดดังกล่าวมีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากกรรมการผู้จัดการ ดังนั้น หากมีการยกยอกทรัพย์สินของบริษัท ผู้จัดการก็มีความเสี่ยงที่จะโดนดำเนินคดีอาญาในฐานะยกยอกทรัพย์สินของบริษัท ประการที่สอง บริษัทจำกัดโดยบุคคลคนเดียวนั้นมักจะมีทุนจดทะเบียนจัดตั้งและสินทรัพย์ถาวรจำกัด ดังนั้น เมื่อจะดำเนินการกู้ยืมเงินกับธนาคาร ธนาคารมักขอให้กรรมการผู้จัดการเป็นผู้ค้ำประกันการกู้ยืมเงินนั้น ซึ่งส่งผลให้สุดท้ายแล้วการจัดตั้งเป็นบริษัทจำกัดก็มิได้เป็นการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้นแต่อย่างใด<sup>๑๐</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ. ๑๙๙๙ ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายพาณิชย์เพื่อกำหนดให้มีการจัดตั้งบริษัททุนเรือนหุ้นโดยบุคคลคนเดียว (Société par action simplifiée unipersonnelle หรือ SASU) ซึ่งมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบริหารจัดการคล้ายคลึงกับบริษัทจำกัดโดยบุคคลคนเดียว แต่ผู้จัดตั้งบริษัทสำหรับกรณีของ SASU นั้น อาจเป็นนิติบุคคลก็ได้ จึงเป็นทางเลือกสำหรับบริษัทใหญ่ในการจัดตั้งบริษัทลูก แต่ไม่เป็นที่นิยมสำหรับผู้ประกอบการคนเดียวเท่าใดนัก โดยในปี ค.ศ. ๒๐๐๗ สัดส่วนของ SASU คิดเป็นร้อยละ ๒ เท่านั้นของบริษัทจัดตั้งใหม่<sup>๑๑</sup>



<sup>๑๐</sup> F. Marmoz, « L'EURL : nouvelle technique d'organisation de l'entreprise », Recueil Dalloz, 2010, p. 1570 et s.

<sup>๑๑</sup> เพิ่งอ้าง

ในปี ค.ศ. ๒๐๐๘ พระราชบัญญัติว่าด้วยการพัฒนาเศรษฐกิจ ค.ศ. ๒๐๐๘ ได้กำหนดให้จัดตั้งสถานะผู้ประกอบการคนเดียว (auto-entrepreneur) โดยได้นำแบบมาจากกฎหมายอเมริกัน ตามแบบพระราชบัญญัติ Self-employment contributions Act (SECA) ค.ศ. ๑๙๕๔ โดยการจัดตั้งสถานะผู้ประกอบการคนเดียวดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะดึงดูดผู้ประกอบการที่ปัจจุบันทำธุรกิจอยู่นอกระบบภาษีให้เข้ามาอยู่ในระบบและให้มีการเสียภาษีอย่างถูกต้อง โดยรูปแบบของผู้ประกอบการคนเดียวดังกล่าว มีข้อดีในส่วนการจดทะเบียนที่สามารถกระทำได้ออนไลน์และได้รับสิทธิประโยชน์ในการเสียภาษีและการจ่ายเงินสมทบสำหรับประกันสังคมที่ง่ายและสามารถหักค่าใช้จ่ายอันเนื่องมาจากการประกอบได้มากกว่าในกรณีเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาทั่วไป โดยรูปแบบ auto-entrepreneur ดังกล่าวประสบความสำเร็จอย่างมาก เนื่องจากเศรษฐกิจฝรั่งเศสอยู่ในช่วงชะลอตัวและกำลังซื้อของผู้บริโภคตกลง จึงมีบุคคลซึ่งมีงานประจำอยู่แล้วและต้องการที่จะมีรายได้เสริมได้ใช้ช่องทางดังกล่าวในการประกอบธุรกิจ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากรูปแบบ auto-entrepreneur ดังกล่าว ไม่แตกต่างจากการประกอบกิจการพาณิชย์โดยทั่วไปแต่อย่างใดและไม่มีผลเป็นการจัดตั้งนิติบุคคลแยกต่างหากจากตัวผู้ประกอบการ ดังนั้นผู้ประกอบการในรูปแบบ auto-entrepreneur จึงต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัดอันเนื่องมาจากหน้าที่อาจเกิดจากการประกอบธุรกิจ

รัฐบาลฝรั่งเศสซึ่งตระหนักถึงปัญหาดังกล่าว จึงได้มอบหมายให้นักกฎหมายเอกชน Xavier de Roux ทำการศึกษาความเป็นไปได้ที่จะแยกกองทรัพย์สิน (patrimoine) ของบุคคลธรรมดาออกเป็นสองกอง โดยกองหนึ่งเป็นกองทรัพย์สินส่วนบุคคลและอีกกองหนึ่งเป็นกองทรัพย์สินที่ใช้ในการประกอบธุรกิจ ทั้งนี้ เนื่องจากเดิม กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีแนวคิดทางทฤษฎีว่า บุคคลคนหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นคนธรรมดาหรือนิติบุคคล จะมีกองทรัพย์สินได้เพียงกองเดียว ซึ่งกองทรัพย์สินดังกล่าว รวมถึงทรัพย์สินและหนี้สินโดยไม่อาจแบ่งแยกออกจากกันได้ โดยรายงานของ Xavier de Roux เห็นว่า ไม่มีกฎในระดับรัฐธรรมนูญกำหนดห้ามการแบ่งแยกกองทรัพย์สินของบุคคลแต่อย่างใด และอาจจัดตั้งให้มีกองทรัพย์สินของบุคคล ๒ กอง สำหรับทรัพย์สินส่วนบุคคลและ

ทรัพย์สินที่ใช้ในการทำธุรกิจ โดยทั้งสองกองนั้น ขาดจากกันโดยสิ้นเชิง<sup>๑๒</sup> ในปี ค.ศ. ๒๐๑๐ รัฐบาลจึงได้ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายพาณิชย์เพื่อจัดตั้งสถานะผู้ประกอบการคนเดียวแบบจำกัดความรับผิด (Entrepreneur individuel à responsabilité limitée) โดยผู้ประกอบการในรูปแบบของ EIRL ต้องยื่นคำขอจดทะเบียนรายการทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่จะกำหนดไว้ในกองทรัพย์สินเพื่อใช้ในการประกอบธุรกิจ โดยระบุจำนวนและมูลค่าของทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองบุคคลภายนอก หากผู้ประกอบการ EIRL กำหนดมูลค่าของทรัพย์สินสูงกว่าเพดานที่กำหนดไว้ในรัฐกฤษฎีกา ผู้ประกอบการ EIRL ต้องตั้งผู้สอบบัญชีเพื่อดำเนินการประเมินมูลค่าของทรัพย์สินดังกล่าวและแนบรายงานการประเมินมูลค่าไปกับคำขอจดทะเบียน นอกจากนี้ จะต้องมีกรมตีพิมพ์คำจดทะเบียนดังกล่าวในวารสารรวบรวมคำประกาศเกี่ยวกับการพาณิชย์และหัตถกรรมของทางราชการ ทั้งนี้ กฎหมายพยายามกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบริหารจัดการ EIRL ให้ง่าย คล่องตัว และมีค่าใช้จ่ายที่ต่ำ ข้อดีของการจัดตั้ง EIRL คือ ผู้ประกอบการสามารถจำกัดความรับผิดสำหรับหนี้สินที่เกิดจากการดำเนินธุรกิจได้ อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวมีข้อยกเว้นตามมาตรา L. 526-12, 2° ในกรณีที่มีการบริหารจัดการโดยไม่สุจริต เช่น ผู้ประกอบการ EIRL โยกย้ายถ่ายโอนทรัพย์สินทั้งหมดที่อยู่ในกองทรัพย์สินสำหรับประกอบธุรกิจไปไว้ในกองทรัพย์สินส่วนตัว เจ้าหนี้สามารถอ้างเจตนาทุจริตของผู้ประกอบการเพื่อทำการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่อยู่ในกองทรัพย์สินส่วนตัวได้ หรือในกรณีที่มีการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด

อย่างไรก็ดี รูปแบบของผู้ประกอบการคนเดียวหรือ auto-entrepreneur ยังถือเป็นรูปแบบการทำธุรกิจขนาดเล็กที่ประสบความสำเร็จมากที่สุด เพราะมีความคล่องตัวในการดำเนินการ ดังนั้น เพื่อเป็นการสนับสนุนการเติบโตของ SMEs ในรูปแบบดังกล่าว จึงได้มีการกำหนดบทบัญญัติให้มีการบังคับชำระหนี้อื่นเนื่องมาจากการประกอบธุรกิจแก่ที่อาศัยประจำของผู้ที่ได้มีการจดทะเบียนพาณิชย์

๒.๒.๒ แนวคิดการจัดตั้งนิติบุคคลคนเดียวในประเทศไทย: ร่างพระราชบัญญัติการจัดตั้งนิติบุคคลโดยบุคคลคนเดียว พ.ศ. ....

<sup>๑๒</sup> X. de Roux, La création d'un patrimoine d'affectation, rapport au Ministre de l'économie, à la Garde des Sceaux et au Secrétaire d'Etat à l'Artisanat et au Commerce, 2008.



ปัจจุบันการจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคลกำหนดให้ห้างหุ้นส่วนต้องมีผู้เป็นหุ้นส่วนตั้งแต่ ๒ คนขึ้นไป และบริษัทต้องมีผู้เริ่มก่อการไม่น้อยกว่า ๓ คน ซึ่งขั้นตอนนี้อาจเกิดความไม่สะดวกแก่ผู้ประกอบการที่ติดปัญหาบางประการกับการหาผู้ร่วมทำธุรกิจ นำไปสู่ปัญหาการถือหุ้นแทนกัน (นอมินี) จนเกิดข้อพิพาทต่าง ๆ ตามมามากมาย พระราชบัญญัติการจัดตั้งนิติบุคคลโดยบุคคลคนเดียวจะเป็นกฎหมายสำคัญที่ช่วยให้ผู้ประกอบการที่ประสงค์จะดำเนินธุรกิจด้วยตนเองได้มีโอกาสจัดตั้งธุรกิจ ลดปัญหาความขัดแย้งทางธุรกิจ อีกทั้งยังทำให้กฎหมายการจัดตั้งธุรกิจของประเทศไทยได้พัฒนาก้าวทันแนวทาง (Trend) การจดทะเบียนของโลกที่มีแนวโน้มการใช้กฎหมายในรูปแบบนี้อย่างกว้างขวาง โดยร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้สอดคล้องกับนโยบายรัฐบาลในปัจจุบัน ด้านมาตรการกระตุ้นการลงทุนขนาดเล็กทั่วประเทศ และมาตรการทางการเงินการคลังเพื่อส่งเสริม SMEs โดยจะช่วยกระตุ้นบรรยากาศเศรษฐกิจของประเทศให้ดึงดูดใจต่อนักลงทุนรายย่อยในด้านการอำนวยความสะดวก ลดขั้นตอนต่าง ๆ ในการทำธุรกิจให้ง่ายยิ่งขึ้นเพื่อให้ SMEs ได้มีโอกาสสร้างธุรกิจเป็นของตนเอง การจัดตั้งธุรกิจในรูปแบบนิติบุคคลจะสร้างความน่าเชื่อถือให้กับ SMEs สิ่งนี้จะนำไปสู่การเข้าถึงแหล่งเงินทุนที่จะมาช่วยพัฒนาธุรกิจได้มากขึ้นตามมา และที่สำคัญยังเป็นการชักจูงให้ SMEs กว่า ๒ ล้านรายเข้าสู่ระบบการจดทะเบียนนิติบุคคลอีกด้วย อันจะสร้างแรงกระตุ้นทางเศรษฐกิจ เพิ่มมูลค่าทางการค้าของไทยได้อย่างมหาศาล

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาร่างซึ่งกรมพัฒนาธุรกิจการค้าได้ใช้ในการรับฟังความคิดเห็นแล้ว จะเห็นได้ว่า รูปแบบการดำเนินการดังกล่าว มีลักษณะคล้าย EURL ตามกฎหมายฝรั่งเศส โดยยังขาดคล่องตัวอันเป็นเงื่อนไขสำคัญในความสำเร็จของกลไกนิติบุคคลโดยบุคคลคนเดียว โดยเฉพาะบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการจัดสรรเงินทุนสำรอง การจัดทำบัญชีและการเงิน การปิดบัญชี การเลิกกิจการ เป็นต้น



### บทสรุป

จะเห็นได้ว่า ในการแก้ไขปัญหาผู้ประกอบการระบบซึ่งไม่อยู่ภายใต้ระบบภาษีนั้น ประเทศฝรั่งเศสได้มุ่งที่แก้ไขโดยการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยบริษัทและห้างหุ้นส่วน รวมถึงกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายภาษี ให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจในขณะนั้น โดยที่ผ่านมา มิได้มีมาตรการในเชิงนิรโทษกรรมภาษีให้แก่สภาพกิจการขนาดกลางและขนาดย่อมแต่อย่างใด ปัจจัยสำคัญของความสำเร็จในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวของประเทศฝรั่งเศส คือ การพิจารณาถึงต้นเหตุสำคัญของปัญหาและเข้าใจแนวทางการทำธุรกิจขนาดเล็กซึ่งเงื่อนไขสำคัญที่สุดคือความคล่องตัวในการดำเนินธุรกิจ



นายนิพนธ์ ะกะกิมิ รองเลขาธิการคณะกรรมการการกฤษฎีกา เป็นประธานพิธีเปิดการสัมมนา “การเตรียมความพร้อมด้านการเมืองและความมั่นคงเพื่อเข้าสู่ประชาคมอาเซียน” ของกลุ่มภารกิจด้านกฎหมายการบริหารราชการแผ่นดิน เมื่อวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๙ ณ ห้องประชุมชั้น ๑๐ สำนักงานคณะกรรมการการกฤษฎีกา (อาคารกรมโยธาธิการและผังเมือง)



นางภาณุมาศ สิทธิเวคิน กรรมการร่างกฎหมายประจำ สำนักงานคณะกรรมการการกฤษฎีกา ให้การต้อนรับคณะผู้เข้ารับการอบรม หลักสูตรวุฒิบัตรการปฏิบัติงานสนับสนุนสมาชิกสภาาธิบดีบัญญัติแห่งชาติและสมาชิกสภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ รุ่นที่ ๑ ของสถาบันพระปกเกล้า จำนวน ๑๐๐ คน เมื่อวันที่ ๕ กรกฎาคม ๒๕๕๙ ณ ห้องประชุมสมภพ โหตรระกิตย ในการเข้าเยี่ยมชมและศึกษาดูงานเกี่ยวกับการร่างกฎหมายและการให้คำปรึกษาทางกฎหมาย พร้อมเยี่ยมชมการจัดเก็บเอกสารและการสืบค้นข้อมูลทางกฎหมายของสำนักงานฯ



สำนักงานคณะกรรมการการกฤษฎีกา จัดฝึกอบรมเชิงปฏิบัติการ เรื่อง การใช้หลักคุณธรรม จริยธรรม และหลักธรรมาภิบาล ในการปฏิบัติงานให้มีความโปร่งใส จัดโดยศูนย์ปฏิบัติการต่อต้านการทุจริต เมื่อวันที่ ๒ สิงหาคม ๒๕๕๙ ณ โรงแรมรอยัลซิติ กรุงเทพฯ โดยมีศาสตราจารย์พิเศษวิชา มหาคุณ อดีตกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) และพลอากาศเอก วีรวิท คงศักดิ์ อนุกรรมการจัดทำร่างยุทธศาสตร์ชาติว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ระยะที่ ๓ (พ.ศ. ๒๕๖๑-๒๕๖๕) เป็นวิทยากร ผู้เข้าร่วมการฝึกอบรมฯ ประกอบด้วยนักกฎหมายกฤษฎีกา และข้าราชการสายงานสนับสนุน จำนวน ๗๘ คน



# Credit Score

- Excellent
- Very Good
- Good
- Average
- Poor



## ประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับจาก

# ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....

### สาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติ

๑. แก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามคำว่า “แบบจำลองด้านเครดิต” หมายถึง เครื่องมือที่ใช้กระบวนการทางสถิติที่สมาชิกจัดทำขึ้นเพื่อกำหนดตัวชี้วัดความน่าจะเป็นในการชำระคืนหนี้ของลูกค้าของสมาชิก
๒. ให้สมาชิกอาจนำข้อมูลของลูกค้าของตนที่ได้รับจากบริษัทข้อมูลเครดิตเฉพาะในส่วนที่ไม่มีข้อมูลที่สามารถระบุตัวเจ้าของข้อมูลมาใช้เป็นปัจจัยหนึ่งในการจัดทำแบบจำลองด้านเครดิตได้ แต่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูล
๓. คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลเครดิตมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์การใช้แบบจำลองด้านเครดิตของสมาชิกเพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์สินเชื่อ การออกบัตรเครดิต และการบริหารความเสี่ยงในกิจการของสมาชิกเท่านั้น
๔. การยินยอมให้สมาชิกอื่นนำแบบจำลองด้านเครดิตไปใช้จะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลเครดิต

๕. สมาชิกใดไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขการรายงานและส่งข้อมูลให้บริษัทข้อมูลเครดิต ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสามแสนบาท และปรับอีกวันละไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท จนกว่าจะปฏิบัติให้ถูกต้อง

๖. กรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล และความผิดนั้นเกิดจากการสั่งการหรือการไม่สั่งการของกรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้มีหน้าที่ในนิติบุคคลนั้น ผู้นั้นต้องรับโทษตามที่บัญญัติสำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย

โดยประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับจากร่างพระราชบัญญัตินี้คือ การกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดทำแบบจำลองด้านเครดิต โดยให้สมาชิกสามารถนำข้อมูลของลูกค้าของตนที่ได้รับจากบริษัทข้อมูลเครดิต เฉพาะในส่วนที่ไม่มีข้อมูลที่สามารถระบุตัวเจ้าของข้อมูลไปใช้ในการจัดทำแบบจำลองด้านเครดิต เพื่อใช้ประกอบการวิเคราะห์สินเชื่อ การออกบัตรเครดิต และการบริหารความเสี่ยงในกิจการของสมาชิกได้ อันจะทำให้ผู้บริโภคได้รับบริการสินเชื่อที่สอดคล้องกับศักยภาพในการชำระคืนหนี้ ซึ่งมีผลต่อความมั่นคงของระบบสถาบันการเงิน และเป็นประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ. 