



วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
ปีที่ 2 ฉบับที่ 2

*Mae Fah Luang University
Law Journal
Volume 2 Issue 2*



วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Mae Fah Luang University Law Journal

ปีที่ 2 ฉบับที่ 2 • กรกฎาคม - ธันวาคม 2562

Volume 2 Issue 2 • July - December 2019

ISSN: 1906-7739

วัตถุประสงค์

1. เพื่อส่งเสริมให้บุคคลทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ได้นำผลงานทางวิชาการในสาขาวิชานิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องของตนออกเผยแพร่สู่สาธารณชนในรูปแบบของบทความ
2. เพื่อเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนข้อมูล ข่าวสาร และการพัฒนาความร่วมมือทางด้านนิติศาสตร์และด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องระหว่างมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงกับหน่วยงานอื่น ๆ ทั้งภาครัฐและภาคเอกชน
3. เพื่อเป็นเอกสารประกอบการศึกษาค้นคว้า และการอ้างอิง

ขอบเขต

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง รับพิจารณาบทความวิชาการ บทความวิจัย วิเคราะห์คำตัดสินศาล วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย วิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย ปกป้องกฎหมาย แนะนำหนังสือกฎหมาย และบทความอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยขอบเขตเนื้อหาทางวิชาการของวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ครอบคลุมเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายในทุกสาขาวิชา เป็นต้นว่า กฎหมายแพ่งและธุรกิจกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กฎหมายมหาชน กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภาษีอากร ฯลฯ

การพิจารณาบทความ

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง มีระบบการพิจารณาบทความ ดังนี้
บทความทุกเรื่องจะได้รับการพิจารณาคุณภาพจากผู้ทรงคุณวุฒิ (peer review) ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญตรงตามเนื้อหาของบทความนั้น ๆ จำนวน 2 ท่าน ต่อ 1 บทความ ทั้งนี้ ผู้ทรงคุณวุฒิจะเป็นบุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียกับผู้เขียนบทความ โดยผู้ทรงคุณวุฒิจะไม่ทราบชื่อของผู้เขียนบทความ และผู้เขียนบทความจะไม่ทราบชื่อของผู้ทรงคุณวุฒิ (double blinded)

ในกรณีที่บทความใดเขียนโดยบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ผู้ทรงคุณวุฒิที่พิจารณาคุณภาพบทความดังกล่าวจะเป็นบุคคลภายนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงทั้ง 2 ท่าน (หลักเกณฑ์นี้ใช้ในกรณีที่บทความซึ่งมีผู้เขียนร่วมกัน และผู้เขียนท่านหนึ่งหรือหลายท่านเป็นบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงด้วย)

สำหรับบทความที่จะได้รับการตีพิมพ์ในวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง นั้น จะต้องเป็นบทความที่ได้รับการประเมินคุณภาพจากผู้ทรงคุณวุฒิทั้ง 2 ท่าน ในระดับ “เห็นสมควรให้ตีพิมพ์” ในกรณีที่บทความใดผู้ทรงคุณวุฒิทั้ง 2 ท่าน “เห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์” บทความนั้นจะไม่ได้รับการตีพิมพ์ ส่วนในกรณีที่บทความใดผู้ทรงคุณวุฒิท่านหนึ่ง “เห็นสมควรให้ตีพิมพ์” แต่ผู้ทรงคุณวุฒิอีกท่านหนึ่ง “เห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์” บรรณาธิการและกองบรรณาธิการจะพิจารณาเลือกผู้ทรงคุณวุฒิท่านที่ 3 เพื่อประเมินคุณภาพบทความดังกล่าว ทั้งนี้ ผลการประเมินคุณภาพจากผู้ทรงคุณวุฒิท่านที่ 3 ให้ถือเป็นที่ยุติ

กำหนดตีพิมพ์เผยแพร่

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง มีกำหนดตีพิมพ์เผยแพร่ปีละ 2 ฉบับ ดังนี้

ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม - มิถุนายน

ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม

ความคิดเห็นใด ๆ ในบทความที่ตีพิมพ์ในวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง บรรณาธิการ กองบรรณาธิการ และสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

Objective

1. To encourage people inside and outside Mae Fah Luang University to publish academic work in the field of law and other related disciplines in the form of articles.
2. To serve as a medium for exchanging information and developing cooperation in law and other related fields between Mae Fah Luang University and other agencies in both the public and private sectors.
3. To be used as a research document and reference.

Scope

Mae Fah Luang University Law Journal will consider the following article types; academic article, research article, analysis of judicial decision, analysis of legal opinion, analysis of legal exam question, legal miscellaneous, and other related articles in both Thai and English. The scope of academic content of the Mae Fah Luang University Law Journal includes legal issues in all disciplines such as civil law, business law, criminal law and criminal justice system, public law, international law, taxation law, etc.

Consideration for Publication

Mae Fah Luang University Law Journal operates with double blind peer review policy.

All articles will be considered by two peer reviewers who have the knowledge and expertise in the subject matter to be reviewed. Qualified reviewers will be the persons who have no conflict of interest with the author. The reviewers will not know the name of the author, and the author will not know the name of the reviewers (double blinded).

In case any article is written by a person inside Mae Fah Luang University, qualified peer reviewers will be individuals outside Mae Fah Luang University. (This rule also applies to co-authored articles, which one or more authors are working at Mae Fah Luang University)

For an article to be published in the Mae Fah Luang University Law Journal, the article must be assessed as “*worthy of publication*” by two peer

reviewers. In the event that both reviewers made decisions to “*decline the publication*”, the article will not be accepted for publication. However, if one of the peer reviewer assessed the article as worthy of publication, but the other one rejected the article, the editor and the editorial board will consider selecting a third peer reviewer to assess the quality of the article. The assessment of the third peer reviewer is considered final.

Publication Frequency

Mae Fah Luang University Law Journal will publish two issues per year.

No. 1 January - June

No. 2 July - December

The opinion expressed and displayed in the content of the article published in Mae Fah Luang University Law Journal does not represent the view and responsibility of the editor and the editorial board of Mae Fah Luang University Law Journal

บรรณาธิการ

Editor

อาจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

กองบรรณาธิการ

Editorial Board

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ
รองอธิการบดี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

รองศาสตราจารย์อานนท์ มาเ้า
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฐ์ ทวีแจ่มทรัพย์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

อาจารย์ ดร.อัจฉริยา วงษ์บูรณาวาทย
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

อาจารย์วิมพัทธ์ ราชประดิษฐ์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

อาจารย์ณัฐดนัย นาจันทร์
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ

ราชบัณฑิต

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รุ่ง ศรีสมวงษ์

คณบดีสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ผู้ทรงคุณวุฒิ*

ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล

ศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ

รองศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม

รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท

รองศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รณกรณ์ บุญมี

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ดวงเด่น นาคสีหราช

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ชนันภรณ์ บุญเกิดทรัพย์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์วีระพงษ์ บึงไกร

อาจารย์ ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม

อาจารย์ ดร.อนุเทพ สุขศรีวงศ์

อาจารย์กมลนัยน์ ชลประทีน

อาจารย์ฐิติรัตน์ ทิพย์สัมฤทธิ์กุล

* รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิที่ปรากฏนี้ คือผู้ทรงคุณวุฒิที่ประเมินคุณภาพบทความให้กับวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 2 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2562) ทั้งบทความที่ได้รับการตีพิมพ์ และบทความที่ไม่ได้รับการตีพิมพ์เนื่องจากผู้ทรงคุณวุฒิเห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์

อาจารย์นวลจันทร์ แจ่มจิตร
อาจารย์บุญยานุช กาญจนานนท์
อาจารย์อริศรา เหล็กคำ
อาจารย์อวิกา ผลไม้

พิสูจน์อักษร

นางสาวกฤษฎิกา ศรีเจริญ
นางสาวปิ่นหยก ศาสน์ประดิษฐ์
นางสาวภูริชญา พูนชัย

บทบรรณาธิการ

สวัสดีครับผู้อ่านทุกท่าน พบกันอีกครั้งกับวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 2 ฉบับที่ 2 ซึ่งเป็นฉบับสุดท้ายของปีนี้

วารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับนี้ประกอบไปด้วยบทความวิจัย บทความวิชาการ วิเคราะห์ คำตัดสินศาล ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย และนักกฎหมายเล่าเรื่อง รวมทั้งสิ้น 8 บทความ หวังเป็นอย่างยิ่งว่าผู้อ่านทุกท่านจะได้รับประโยชน์จากบทความในวารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับนี้ ทั้งทางด้านวิชาการและทางด้านปฏิบัติ

ผมและกองบรรณาธิการขอขอบพระคุณผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามและให้การสนับสนุนวารสารนิติศาสตร์ฯ เสมอมา แล้วพบกันใหม่กับวารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับหน้า สวัสดีครับ

อาจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์
บรรณาธิการ

สารบัญ

บทความวิจัย : Research Articles

- | | |
|--|-----------|
| <p>• การดำเนินคดีแบบกลุ่มในคดีแรงงาน
Class Action in Labor Lawsuit
วุฒิเดช พนิตชัยศักดิ์
Wuttidej Panitchaisak</p> | <p>17</p> |
| <p>• ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560
ต่อพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขาย
Problems Relating to Commodity Bundling under the Trade
Competition Act B.E. 2560 (2017) in Thailand
ณัฐนพัชร์ วิสุทธิแพทย
Natnapath Wisuttiphaet</p> | <p>37</p> |
| <p>• ความสอดคล้องของแผนปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายป่าไม้ ธรรมชาติบาล
และการค้าของสหภาพยุโรป ภายใต้กรอบความตกลงขององค์การการค้าโลก
The Consistency of the EU's Forest Law Enforcement, Governance
and Trade Action Plan Under the Framework Agreements of WTO
หทัยชนก พุทธะศักดิ์เมธี
Hathaichanok Phutthasakmethee</p> | <p>59</p> |
| <p>• รัฐบัญญัติป้องกันการทุจริต บทที่ 241 ของประเทศสิงคโปร์:
ข้อสังเกตว่าด้วยองค์ประกอบของการทุจริต
Chapter 241 of Singapore's Prevention of Corruption Act:
An Observation on Elements of Corruption
สมชาย ธรรมสุทธิวัฒน์ และปกรณ์ สายเชื้อ
Somchai Thamsutiwat and Pakorn Saichue</p> | <p>83</p> |

บทความวิชาการ : Academic Article

- ปัญหาที่อาจเกิดจากการใช้กฎหมายเข้าแทรกแซงระบบเศรษฐกิจ กรณีการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 101
Problems that may Arise from Using the Law to Intervene in the Economic System in the Case of Granting Tax Privileges under the Investment Promotion Act B.E. 2520
ณัฐดนัย นาจันทร์
Natdanai Nachan
-

วิเคราะห์คำตัดสินศาล : Analysis of Judicial Decision

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6389/2560 (ผลโดยตรงของความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย) 119
Supreme Court Judgement Number 6389/2560 (A Direct Consequence of Mutually Committing an Act of Indecency Causing Death)
วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์
Wiwat Damrongkulnan
-

ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย : English for Lawyer

- Disparity in Intellectual Property Protection in ASEAN 133
ความแตกต่างในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในอาเซียน
Archariya Wongburanavart
อัจฉริยา วงษ์บุรณาวาทย์
-

นักกฎหมายเล่าเรื่อง : Storytelling from Lawyer

- ก้าวแรกสู่ประสบการณ์การทำงานในสำนักงานกฎหมาย ณ ประเทศสหรัฐอเมริกา 145

The First Ladder to My Legal Work Experience in USA

สิตานันท์ ศรีวรกร

Sitanan Sriworakorn

บทความวิจัย : Research Articles

การดำเนินคดีแบบกลุ่มในคดีแรงงาน*

Class Action in Labor Lawsuit

วุฒิเดช พนิตชัยศักดิ์**

Wuttidej Panitchaisak

บทคัดย่อ

การดำเนินคดีแบบกลุ่มเมื่อนำมาปรับใช้กับคดีแรงงาน ถือเป็นกลไกใหม่ในการเยียวยาความเสียหายที่ลูกจ้างจำนวนมากได้รับ อันแตกต่างจากการดำเนินคดีที่มีผู้เสียหายจำนวนมากตามกฎหมายแรงงานที่มีบัญญัติอยู่อย่างสิ้นเชิง ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติและกระบวนการพิจารณาอันขัดแย้งกับการดำเนินคดีแรงงานซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ หากจะนำการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาปรับใช้กับคดีแรงงานให้มีประสิทธิภาพนั้นย่อมต้องพิจารณาแนวทางการใช้บังคับรวมถึงหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับลักษณะของคดีแรงงาน เพื่อให้สามารถคุ้มครองประโยชน์ของลูกจ้างได้อย่างเพียงพอและเป็นธรรม

คำสำคัญ: การดำเนินคดีแบบกลุ่ม, คดีแรงงาน

* *วันที่รับบทความ (Received):* 15 มิถุนายน 2562; *วันที่แก้ไขบทความ (Revised):* 8 สิงหาคม 2562; *วันที่ตอบรับบทความ (Accepted):* 13 สิงหาคม 2562

บทความนี้สรุปมาจากวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนเรื่อง “การดำเนินคดีแบบกลุ่มในคดีแรงงาน” โดยมีผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก และรองศาสตราจารย์ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, เนติบัณฑิตไทย, นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Master Student in Private Law, Faculty of Law, Thammasat University

E-mail: patbodin.p@gmail.com

Abstract

Apply class action in labor lawsuit is machinery for many employee's damages remedy. Its difference from labor law notice by law and legal proceedings which specific law. So, by effective using Class action in labor lawsuit must be proceeding the force method and add rule for accord with category of labor lawsuit and be fair enough to protect benefit of employees.

Keywords: Class action, Labor lawsuit

1. บทนำ

กฎหมายแรงงานเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อใช้เฉพาะคดีที่เป็นข้อพิพาททางแรงงานระหว่างนายจ้างและลูกจ้างในการจ้างแรงงาน เพื่อแก้ปัญหาความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ว่าจะเป็นสภาพสังคม เศรษฐกิจ และอำนาจต่อรองที่คู่สัญญามีไม่เท่ากัน ศาลแรงงานจึงเข้ามามีบทบาทในการกำกับดูแลและสร้างความเป็นธรรมให้เกิดมีแก่คู่สัญญาตามสัญญาจ้างแรงงาน โดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 กำหนดให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแรงงานต้องเป็นไปโดยประหยัด สะดวก รวดเร็ว และเที่ยงธรรม ทั้งยังลดความเคร่งครัดของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ให้มีความสะดวกในการเข้าสู่กระบวนการทางศาลได้ง่ายขึ้น และกฎหมายแรงงานยังมีวัตถุประสงค์ในคู่สัญญาสามารถทำงานร่วมกันต่อไปได้จึงกำหนดมาตรการให้มีการไกล่เกลี่ยเพื่อลดความรุนแรง และให้ทั้งสองฝ่ายหันหน้าเข้าหากัน

เนื่องจากสภาพทางสังคมในปัจจุบันที่ต้องประสบกับปัญหาสภาวะทางเศรษฐกิจซึ่งส่งผลให้สถานประกอบการบางแห่งไม่สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ ต้องเลิกกิจการหรือสถานประกอบการบางแห่งนำเทคโนโลยีเครื่องจักรกลเข้ามาแทนแรงงานมนุษย์เพื่อลดต้นทุนการผลิต อันทำให้มีการเลิกจ้างลูกจ้างพร้อมกันหลายราย ตัวอย่างเช่น กรณีที่นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างจำนวนมาก ซึ่งลูกจ้างเหล่านั้นมีสิทธิได้รับค่าชดเชยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 118 แต่นายจ้างไม่จ่ายค่าชดเชยให้แก่ลูกจ้างเหล่านั้นตามสิทธิที่พึงจะได้รับหรือกรณีที่นายจ้างให้ลูกจ้างทั้งแผนกมาทำงานในวันหยุดประจำสัปดาห์ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 62 กำหนดให้นายจ้างจะต้องจ่ายค่าจ้างในวันหยุดให้แก่ลูกจ้าง หากนายจ้างไม่ยอมจ่ายหรือจ่ายไม่ครบตามที่กฎหมายกำหนด ลูกจ้างก็สามารถฟ้องบังคับกับนายจ้างได้ เห็นได้ว่าข้อพิพาททั้งหลายที่เกิดขึ้นมีการกระทบสิทธิของลูกจ้างจำนวนมาก หากจะให้ลูกจ้างเหล่านั้นมาฟ้องร้องและดำเนินคดีเอากับนายจ้างทุกคนย่อมก่อให้เกิดความไม่สะดวกแก่ลูกจ้าง

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 35 วรรคสาม จึงกำหนดให้ในกรณีที่โจทก์หลายคนศาลแรงงานมีอำนาจตั้งให้โจทก์คนใดคนหนึ่งหรือหลายคนเป็นผู้แทนในการดำเนินคดีก็ได้ เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่ตัวโจทก์ผู้ฟ้องคดีที่ไม่ต้องมาศาลเพื่อดำเนินคดีเองทุกนัด โดยให้ผู้แทนโจทก์ดำเนินคดีไปเพียงผู้เดียว แต่การจะตั้งผู้แทนโจทก์ให้เข้ามาดำเนินคดีแทนในกรณีดังกล่าวได้นั้น ตัวผู้เสียหายทุกคนจะต้องมีการยื่นฟ้องเข้ามาเป็นโจทก์ในคดีก่อน หากผู้เสียหายคนหนึ่งคนใดไม่ได้ยื่นฟ้องเข้ามาเป็นโจทก์ในคดี หรือสิทธิในการฟ้องคดีเกิดขึ้นภายหลังจากศาลได้มีการแต่งตั้งผู้แทนโจทก์ในคดีแล้ว ผู้แทนโจทก์ในคดีก็จะไม่มีอำนาจในการฟ้องคดีแทนโจทก์คนอื่นดังกล่าวได้ เห็นได้ว่าในบทบัญญัติดังกล่าวยังไม่สามารถที่จะตอบสนองหลักเกณฑ์ที่ต้องการให้คดีแรงงานสามารถดำเนินคดีไปได้อย่างสะดวกเท่าที่ควร ทั้งยังไม่อาจจะลดปริมาณของคดีที่จะขึ้นสู่การพิจารณาของศาลแรงงานได้ ทั้งนี้ นอกจากการตั้งผู้แทนโจทก์กฎหมายแรงงานยังเปิดโอกาสให้นายจ้างหรือลูกจ้างมอบอำนาจให้สมาคมหรือสหภาพแรงงานซึ่งตนเป็นสมาชิกให้เข้าเป็นโจทก์ในการดำเนินคดีแทนผู้เสียหายในคดีแรงงานได้อีกทางหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 53 กำหนดให้อำนาจในการใช้ดุลพินิจของศาลแรงงานสามารถมีคำพิพากษาหรือคำสั่งใด ๆ มีผลผูกพันถึงบุคคลภายนอกคดีที่เป็นนายจ้างหรือลูกจ้างอื่นซึ่งมีผลประโยชน์ร่วมกันในมูลความแห่งคดีได้ด้วย ไม่เฉพาะแต่จะผูกพันคู่ความในคดีเท่านั้น อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายแรงงานที่บัญญัติขึ้นมาโดยคำนึงถึงความเป็นธรรม และต้องการให้การดำเนินคดีเป็นไปโดยประหยัดไม่ว่าจะเป็นการประหยัดทั้งเวลาหรือค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีและเพื่อความสะดวกโดยที่ผู้ที่ได้รับความเสียหายไม่จำเป็นต้องมาฟ้องคดีเพื่อเข้าเป็นโจทก์ทุกราย ทั้งยังสามารถลดปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาลได้อีกทางหนึ่ง บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นการให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับผลบังคับของคำพิพากษาไว้อย่างกว้างขวาง เพื่อคุ้มครองรักษาประโยชน์ของบุคคลภายนอกที่เป็นผู้เสียหายแม้ไม่ได้เข้ามาเป็นคู่ความในคดี

เมื่อศึกษารูปแบบการดำเนินคดีแทนผู้เสียหายจำนวนมากในต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีมีรูปแบบการดำเนินคดีแทนผู้เสียหายจำนวนมากที่เรียกว่า “การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class action)” ซึ่งมีหลักการให้เอกชนสามารถดำเนินคดีในนามตนเองและผู้เสียหายอื่นที่มีข้อเรียกร้องอันเกิดจากข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอย่างเดียวกัน โดยให้คำพิพากษามีผลผูกพันถึงบุคคลที่มีข้อเรียกร้องอันเกิดจากข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอย่างเดียวกันแม้จะไม่ได้เข้ามาเป็นคู่ความในคดีในฐานะ “สมาชิกกลุ่ม” โดยที่ไม่ต้องมีการมอบอำนาจให้แก่โจทก์ซึ่งเป็นผู้แทนกลุ่ม เพื่อให้ผู้เสียหายจำนวนมากที่ได้รับความเสียหายเพียงเล็กน้อยสามารถได้รับการเยียวยาความเสียหายได้ การดำเนินคดีแบบกลุ่ม

ในลักษณะนี้มีต้นแบบจากประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกำหนดหลักการเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มไว้ใน Rule 23 แห่ง Federal Rules of Civil Procedure¹ ที่ยังได้รับการแพร่หลายไปในหลายกลุ่มประเทศ เช่น ประเทศแคนาดา ประเทศออสเตรเลีย เป็นต้น

ปัจจุบันประเทศไทยมีการนำแนวคิดเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class action) ของประเทศสหรัฐอเมริกาตาม Rule 23 แห่ง Federal Rules of Civil Procedure มาเป็นกฎหมายต้นแบบที่คณะกรรมการพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่ม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกานำมาใช้ในการร่างและตราเป็นกฎหมาย ด้วยเจตนารมณ์ที่ต้องการคุ้มครองผู้เสียหายจำนวนมากได้ในการดำเนินคดีเพียงครั้งเดียว และสามารถอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้เสียหายที่ไม่มีความสามารถฟ้องคดีเพื่อเยียวยาความเสียหายด้วยตนเอง โดยคณะกรรมการพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ได้ตราไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2558 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 8 เมษายน พ.ศ. 2558 บัญญัติเพิ่มเติมไว้ในลักษณะ 2 วิธีพิจารณาวิสามัญในศาลชั้นต้นตั้งแต่มาตรา 222/1 ถึงมาตรา 222/49 และตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/8 อนุมาตราสาม บัญญัติให้นำการดำเนินคดีแบบกลุ่มไปปรับใช้กับคดีแรงงานได้

อย่างไรก็ตาม หากนำการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาปรับใช้ปรับกับคดีแรงงาน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/4 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีการร้องขอให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มในคดีซึ่งมีกฎหมายกำหนดวิธีพิจารณาความไว้เป็นการเฉพาะให้ศาลในคดีนั้นมียอำนาจสั่งให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มและนำวิธีพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งหมวดนี้มาใช้บังคับโดยอนุโลม” ตามบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการนำการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาปรับใช้กับคดีแรงงานได้นั้นจะนำมาใช้ได้เพียงอนุโลม กล่าวคือ หากมีบทมาตราใดขัดหรือแย้งกับกฎหมายแรงงานที่บัญญัติอยู่แล้วศาลจะนำบทบัญญัติมาตรานั้นมาปรับใช้แก่คดีไม่ได้ ย่อมจะนำมาซึ่งประโยชน์ในหลายประการต่อการคุ้มครองสิทธิของผู้ที่ได้รับความเสียหายตามกฎหมายแรงงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการยังได้รับประโยชน์จากกลไกต่าง ๆ ในกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายแรงงานโดยไม่เสียประโยชน์ดังกล่าวไปแต่อย่างใด เช่น ยังได้รับการพิจารณาพิพากษาจากผู้พิพากษาอาชีพและผู้พิพากษาสมทบซึ่งเป็นองค์คณะในศาลแรงงานหรือศาลแรงงานยังมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานมาสืบได้เองตามที่เห็นสมควร เป็นต้น แม้ว่าการนำกลไกการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาปรับใช้กับคดีแรงงานนั้นจะมีคุณประโยชน์ต่อผู้เสียหาย

¹ วิชัย อริยะนันทกะ และคณะ, ร่างรายงานศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class action), สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2549), หน้า 5.

ดังกล่าว แต่คงปฏิเสธไม่ได้ว่าการนำกลไกต่าง ๆ ของการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาปรับใช้กับวิธีพิจารณาคดีแรงงานย่อมไม่ใช่ว่าสามารถกระทำได้อย่างไม่มีขอบเขต อาจกล่าวได้ว่ากลไกของการดำเนินคดีแบบกลุ่มที่จะนำมาใช้บังคับกับวิธีพิจารณาคดีแรงงานจะต้องมีใช้กลไกที่ขัดหรือแย้งต่อลักษณะเฉพาะของกฎหมายแรงงานโดยชัดแจ้ง ดังจะเห็นได้จากตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการดำเนินคดีแรงงานไว้โดยเฉพาะเพื่อให้เข้ากับสภาพของคดีแรงงาน แต่การนำการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาปรับใช้ในคดีแรงงานย่อมมีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อหลักเกณฑ์ของกฎหมายทั้งสองฉบับ

จากการศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาทั้งข้อจำกัดของการนำการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาปรับใช้กับคดีแรงงานตามกฎหมายไทยมีประเด็นปัญหาโดยแบ่งออกเป็น 4 ประเด็นดังต่อไปนี้

2. ปัญหาการฟ้องร้องและดำเนินคดี

โดยประเด็นแรกผู้เขียนจะทำการแยกศึกษาออกเป็น 3 ประเด็นดังต่อไปนี้ 1) ปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องร้องและการดำเนินคดี 2) ปัญหาเรื่องบทบาทของศาล และ 3) ปัญหาเกี่ยวกับบทบาทของทนายความ

1) ปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องร้องและการดำเนินคดี

การฟ้องร้องและการดำเนินคดีแรงงานตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 เป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติที่กำหนดวิธีพิจารณาคดีไว้เป็นการเฉพาะ โดยกำหนดเนื้อหาของการดำเนินกระบวนการพิจารณาไปในทางที่เอื้อประโยชน์ต่อการใช้สิทธิของลูกจ้างซึ่งมีสถานะที่ด้อยกว่านายจ้าง ให้สามารถเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเพื่อให้ได้รับการเยียวยาด้วยความประหยัด สะดวก รวดเร็ว และเที่ยงธรรม² ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติที่กำหนดให้กระบวนการพิจารณาเป็นไปในลักษณะที่มีความยืดหยุ่นไม่อยู่ภายใต้ระเบียบกฎเกณฑ์การดำเนินคดีทางแพ่งที่มีลักษณะเคร่งครัด หากมีการนำการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาปรับใช้กับคดีแรงงานเห็นได้ว่าวิธีพิจารณาความที่ใช้ในการดำเนินคดีแบบกลุ่มค่อนข้างมีความซับซ้อน มีขั้นตอนมากและมีลักษณะของคดีที่เคร่งครัดทำให้เสียเวลาในการดำเนินคดีค่อนข้างนาน อันเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายแรงงานที่จะต้องดำเนินคดีอย่างรวดเร็ว ดังจะเห็นจากขั้นตอนการดำเนินคดีดังต่อไปนี้

(1) ในคดีแรงงานโจทก์สามารถยื่นคำฟ้องเป็นหนังสือ หรือมาแถลงข้อหาด้วยวาจาต่อหน้าศาลก็ได้ แต่การดำเนินคดีแบบกลุ่มนั้นกำหนดให้โจทก์ต้องทำคำฟ้องเป็นหนังสือเท่านั้น

² พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 29

(2) ในคดีแรงงานเมื่อศาลสั่งรับคดีไว้พิจารณาแล้ว ให้ศาลแรงงานกำหนดวันเวลาในการพิจารณาคดีโดยเร็ว แต่การดำเนินคดีแบบกลุ่มมีขั้นตอนค่อนข้างมากและซับซ้อน กล่าวคือ แม้ศาลจะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่ม คู่ความก็สามารถอุทธรณ์คำสั่งไปยังศาลอุทธรณ์ได้ หรือในกรณีที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่ม ศาลต้องส่งคำบอกกล่าวคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มให้สมาชิกกลุ่มเท่าที่ทราบ และประกาศทางหนังสือพิมพ์รายวันที่แพร่หลายเป็นเวลาสามวันติดต่อกัน³ เป็นต้น

(3) ในคดีแรงงานที่มีโจทก์หลายคนเมื่อมีการตั้งผู้แทนโจทก์แล้ว การกระทำของผู้แทนในการดำเนินคดีย่อมผูกพันโจทก์ทุกคน ไม่ว่าจะเป็นการถอนฟ้อง หรือการประนีประนอมยอมความ ผู้แทนโจทก์ย่อมมีอำนาจกระทำได้ด้วยตัวเอง แต่การดำเนินคดีแบบกลุ่มนั้น เช่น ก่อนที่ศาลจะอนุญาตให้มีการตกลงกัน หรือประนีประนอมยอมความกัน ให้ศาลกำหนดวันตามที่เห็นสมควรแต่ต้องไม่น้อยกว่าสี่สิบห้าวันเพื่อให้สมาชิกกลุ่มคัดค้านหรือแจ้งความประสงค์ออกจากการเป็นสมาชิกกลุ่มโดยทำเป็นหนังสือยื่นต่อศาล และสั่งให้โจทก์นำเงินค่าใช้จ่ายมาวางศาลเพื่อแจ้งเรื่องการตกลงหรือประนีประนอมยอมความ แสดงให้เห็นว่า ในบางกรณีโจทก์ในคดีแบบกลุ่มไม่อาจกระทำได้โดยลำพังหากไม่ได้รับความยินยอมจากสมาชิกกลุ่ม

(4) คดีแรงงานจำเลยจะยื่นคำให้การหรือไม่ก็ได้ จึงส่งผลให้ในคดีแรงงานไม่มีกรณีจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การอันแตกต่างจากการดำเนินคดีแบบกลุ่มหากจำเลยไม่ยื่นคำให้การภายในหนึ่งเดือนนับจากวันที่มีคำสั่งอนุญาตและส่งหมายเรียกให้จำเลยถือว่าจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ

2) ปัญหาเกี่ยวกับบทบาทของศาล

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 กำหนดให้ศาลแรงงานเข้ามามีบทบาทในการกำกับดูแลและให้ความเป็นธรรมคู่ความคดีได้อย่างเต็มที่ เห็นได้จากศาลในคดีแรงงานมีบทบาทเชิงรุกในการดำเนินคดี เช่น กำหนดให้ศาลแรงงานต้องทำการไต่สวนทุกคดีและสามารถทำได้ทุกขั้นตอนในระหว่างพิจารณา รวมทั้งยังสามารถเรียกพยานหลักฐานมาสืบได้เอง หรือในการสืบพยานที่กำหนดให้ศาลแรงงานเป็นผู้ซักถามพยาน เป็นต้น อันเป็นการพิจารณาแบบระบบไต่สวน ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มที่นาระบบไต่สวนมาใช้โดยกำหนดบทบาทหน้าที่ของศาลให้มีลักษณะเชิงรุกในการดำเนินคดี เช่น มีอำนาจในการยกเลิกการดำเนินคดีแบบกลุ่มหากปรากฏว่าการดำเนินคดีแบบกลุ่มจะไม่คุ้มครองหรือเป็นประโยชน์ต่อสมาชิกกลุ่มอย่างเพียงพอหรือไม่มีความจำเป็นที่จะดำเนินคดีแบบกลุ่มต่อไป หรือปรากฏว่าทนายความฝ่ายโจทก์ไม่สามารถดำเนินคดีคุ้มครอง

³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/2 วรรคสาม ประกอบกับมาตรา 222/15 วรรคแรก

สิทธิของกลุ่มบุคคลได้อย่างเพียงพอและเป็นธรรม ศาลก็มีอำนาจสั่งให้โจทก์และสมาชิกกลุ่ม จัดหาทนายความใหม่มาดำเนินคดีแทนภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด นอกจากนี้ ในการพิจารณาคดีเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมศาลมีอำนาจแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมได้ โดย อาจารย์พินยานบุคคล พยานเอกสาร หรือพยานหลักฐานอื่นนอกเหนือจากพยานหลักฐานของ คู่ความก็ได้ เป็นต้น จึงทำให้กระบวนการพิจารณาในการดำเนินคดีแบบกลุ่มเอื้อประโยชน์และ สอดคล้องกับระบบแนววิธีพิจารณาคดีแรงงานที่ให้นำระบบไต่สวนมาเช่นเดียวกัน ทั้งยัง กำหนดบทบาทหน้าที่ของศาลในการอำนวยความยุติธรรมแก่ผู้เสียหายได้มากขึ้น

อย่างไรก็ตาม การกำหนดการดำเนินคดีแบบกลุ่มไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่งแสดงให้เห็นถึงการรับแนวคิดตามระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบจารีต ประเพณีมาปรับใช้ ดังจะเห็นได้จากการนำ Rule 23 แห่ง Federal Rules of Civil Procedure ของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นต้นร่างในการตรากฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ซึ่งกำหนดให้เป็นกฎหมายทั่วไปสามารถนำมาใช้ได้กับทุกคดี แต่เมื่อศึกษาการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทย พบว่าจะกำหนดเกี่ยวกับการ ดำเนินคดีโดยบุคคลอื่นแทนและเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหายจำนวนมากไว้ในกฎหมายเฉพาะ เท่านั้นอันเป็นเอกลักษณ์ของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย⁴ เช่น ในประเทศ สาธารณรัฐเยอรมนีกำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยความเสียหายของนักลงทุนจำนวนมาก ในตลาดหลักทรัพย์⁵ หรือประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการ บริโภค⁶ ทั้งนี้ การบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มของประเทศไทยนำไปตราไว้ใน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ย่อมก่อให้เกิดประเด็นปัญหาโดยแบ่งออกเป็น 2 ประการ ประการแรกคือ ไม่ได้คำนึงถึงลักษณะเฉพาะของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย และประการที่สองคือ การที่บัญญัติการดำเนินคดีแบบกลุ่มซึ่งมีลักษณะของวิธีพิจารณาแบบ ระบบไต่สวนไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอันมีกระบวนการพิจารณาคดีแบบ กล่าวหาซึ่งศาลในคดียังคงต้องวางตัวเป็นกลางในการดำเนินกระบวนการพิจารณาย่อมทำให้ภายใต้ ประมวลกฎหมายฉบับเดียวกันมีลักษณะของการสืบพยานที่แตกต่างกัน อีกนัยหนึ่ง ประมวล กฎหมายฉบับเดียวกันควรจะมีระบบการค้นหาข้อเท็จจริงในทางคดีเป็นอย่างเดียวกันทั้งฉบับ

⁴ นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์, รายงานฉบับสมบูรณ์ การดำเนินคดีแบบกลุ่ม: ศึกษากรณีเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายฝรั่งเศส, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 91.

⁵ Paul G. Karlsgodt, editor, *World Class Actions a guide to group and representative actions around the globe*, (New York: Oxford University Press, 2012), p. 249.

⁶ Sophie Dechelette Roy, *IAG Specialist Litigation Bulletin*, (Oakham: Integrated Advisory Group International, n.d.), p. 1.

อาจส่งผลกระทบต่อบทบาทของศาลแรงงานเมื่อมีการนำการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาปรับใช้ ในคดีแรงงาน กล่าวคือ อาจก่อให้เกิดความสับสนต่อบทบาทให้การสืบพยานเมื่อนำการดำเนินคดีแบบกลุ่มซึ่งบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้แก่คดีแรงงานว่าศาลควรจะนำการสืบพยานในระบบไต่สวนหรือระบบกล่าวหามาใช้แก่คดี เนื่องจากบทบาทของศาลในคดีแพ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดให้ศาลต้องวางตัวเป็นกลาง แต่นำการดำเนินคดีแบบกลุ่มซึ่งใช้ระบบไต่สวนไปบัญญัติอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายฉบับเดียวซึ่งขัดแย้งกันโดยสิ้นเชิง

3) ปัญหาเกี่ยวกับบทบาทของทนายความ

การฟ้องและการดำเนินคดีแบบกลุ่มนั้นทนายความฝ่ายโจทก์ถือเป็นบุคคลที่มีบทบาทสำคัญอย่างมาก ถึงขนาดเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการดำเนินคดีแบบกลุ่มเลยทีเดียว กล่าวอีกนัยหนึ่ง การดำเนินคดีจะไม่อาจกระทำได้โดยไม่มีทนายความของโจทก์ เป็นที่สังเกตเห็นได้อย่างชัดเจนว่าพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2558 ให้ความสำคัญแก่ทนายความฝ่ายโจทก์หรือทนายความของกลุ่มในการดำเนินคดีแบบกลุ่มอย่างยิ่ง ทั้งนี้เกิดจากการรับแนวคิดจาก Rule 23 แห่ง Federal Rules of Civil Procedure ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นต้นแบบที่คณะอนุกรรมการพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่ม นำมาใช้ในการร่างและตราเป็นกฎหมาย โดยทนายความโจทก์เข้ามามีบทบาทตั้งแต่ขั้นเริ่มฟ้องคดีแบบกลุ่ม เนื่องจากทนายความจะเป็นผู้รวบรวมผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายจากข้อเท็จจริงและหลักกฎหมายเดียวกันทั้งรวบรวมพยานหลักฐานและจ่ายเงินทนายในการดำเนินคดีทั้งหมดไปก่อน เช่น ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการแสวงหาพยานหลักฐาน ค่าใช้จ่ายในการประกาศและส่งคำบอกกล่าวเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มให้สมาชิกกลุ่มทราบ ซึ่งคดีแบบกลุ่มที่มีจำนวนผู้เสียหายมากก็จะมีค่าใช้จ่ายในกรณีตามที่กล่าวมาแล้วนั้นเป็นจำนวนสูงมากด้วย โดยมุ่งหวังถึงประโยชน์ในเงินรางวัลทนายความเมื่อโจทก์เป็นฝ่ายชนะคดี⁷ และในการร้องขอให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่มโจทก์จะต้องเสนอทนายความให้เป็นทนายความของกลุ่มในคำร้องขออนุญาตต่อศาลให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มพร้อมไปกับการยื่นคำฟ้องเริ่มคดีของโจทก์ โดยศาลจะอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มได้ หนึ่งในปัจจัยในการพิจารณาคำร้องยังกำหนดให้ทนายความที่โจทก์เสนอให้เป็นทนายความกลุ่มต้องมีความสามารถดำเนินคดีคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลได้อย่างเพียงพอและเป็นธรรม ทั้งการดำเนินคดีแบบกลุ่มมีขั้นตอนและกระบวนการพิจารณาที่ซับซ้อนยากต่อการที่โจทก์หรือสมาชิกกลุ่มจะสามารถดำเนินคดีได้ด้วยตนเองโดยไม่มีการปรึกษาทนายความ ทำให้ทนายความโจทก์มีความสำคัญอย่างมากในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม

⁷ วิชัย อริยะนันทกะ และคณะ, ร่างรายงานศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class action), หน้า 132.

อย่างไรก็ตาม บทบาทของทนายความในคดีแรงงาน เห็นได้ว่าการดำเนินคดีแรงงานนั้น มีการกำหนดบทบัญญัติต่าง ๆ และกระบวนการพิจารณาแบบพิเศษที่เอื้อต่อการใช้สิทธิเรียกร้อง ของลูกจ้างด้านกระบวนการยุติธรรมทางศาลเป็นอย่างมาก และยังกำหนดให้มีนิติกรศาลแรงงาน เป็นผู้ช่วยเหลือโจทก์และศาลแรงงานในการดำเนินคดี เช่น ในการฟ้องคดีลูกจ้างอาจทำคำฟ้อง เป็นหนังสือหรือแถลงโดยวาจาก็ได้ ทั้งนี้ ในกรณีแถลงโดยวาจาเพื่อความสะดวกและรวดเร็ว ผู้พิพากษาอาจจัดให้โจทก์ทำคำฟ้องหรือคำร้องเป็นหนังสือ โดยให้นิติกรศาลแรงงานเป็นผู้แนะนำหรือร่างคำฟ้องหรือคำร้องให้⁸ หรือในกรณีที่มีการประนีประนอมยอมความกัน ดังคู่ความตกลงกันได้ ก็ให้นิติกรศาลแรงงานช่วยเหลือคู่ความในการจัดทำคำร้องขอถอนฟ้อง หรือสัญญาประนีประนอมยอมความ แล้วริบนำเสนอสู่ศาลเพื่อพิจารณา⁹ ทั้งนี้ คดีแรงงานนั้น ได้กำหนดให้มีองค์คณะผู้พิพากษานอกจากจะมีผู้พิพากษาอาชีพแล้วยังมีผู้พิพากษาสมทบ ทั้งฝ่ายนายจ้างและฝ่ายลูกจ้างซึ่งเข้าใจปัญหาและสามารถคุ้มครองตัวลูกจ้างได้ดี และบทบาท ของศาลแรงงานมีรูปแบบการสืบพยานที่นาระบบไต่สวนมาใช้ปรับคดี ดังจะเห็นได้จากศาลแรงงาน มีอำนาจเรียกพยานหลักฐานมาสืบได้เอง และกฎหมายแรงงานยังกำหนดให้ศาลแรงงานเป็นผู้ซักถามพยานเอง ซึ่งคู่ความและทนายความจะซักถามพยานได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจาก ศาลแรงงานก่อน จากเหตุผลดังกล่าวจะเห็นได้ว่า คดีแรงงานไม่ต้องการให้ทนายความเข้ามามี บทบาทในการดำเนินคดี เพราะคดีแรงงานต้องการความรวดเร็วในการดำเนินคดี แต่การมี ทนายความอาจจะก่อให้เกิดข้อยุ่งยากและไม่สามารถยุติลงได้โดยง่ายตามวัตถุประสงค์ของ คดีแรงงานที่ต้องการให้คู่ความทั้งสองฝ่ายเข้ามาไกล่เกลี่ย เนื่องจากทนายความมักต้องการ ต่อสู้คดีเพราะต้องการค่าจ้างทนายความอันเป็นอุปสรรคต่อการไกล่เกลี่ยคดีของศาลแรงงาน และรูปแบบของการดำเนินคดีแรงงานก็ช่วยลูกจ้างในการได้รับความเป็นธรรมโดยไม่ต้องเสีย เงินจ้างทนายความเข้ามาต่อสู้คดีอันเป็นประโยชน์ต่อตัวลูกจ้างเป็นอย่างมากและสอดคล้องต่อ การดำเนินคดีของศาลแรงงานในเรื่องประหยัดอีกด้วย

จากการศึกษาการดำเนินคดีแบบกลุ่มในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายพบว่า มีความสอดคล้องกับคดีแรงงานตามกฎหมายไทยซึ่งทนายความโจทก์ไม่ค่อยมีบทบาทสำคัญ ต่อการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ทั้งไม่ปรากฏรูปแบบการดำเนินคดีแบบกลุ่มโดยเอกชนอย่าง ที่ปรากฏประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี เช่น ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส กำหนดให้แต่เพียง สมาคมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคระดับประเทศที่ได้รับรองจากองค์กรของรัฐ เท่านั้นที่จะสามารถฟ้องและดำเนินคดีแบบกลุ่มแทนและเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคจำนวน

⁸ ข้อกำหนดศาลแรงงานว่าด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลแรงงาน พ.ศ. 2556 ข้อ 8
วรรคสาม

⁹ ข้อกำหนดศาลแรงงานว่าด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลแรงงาน พ.ศ. 2556 ข้อ 29

มาก¹⁰ หรือประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิลกำหนดให้ (1) พนักงานอัยการ (2) รัฐ รัฐบาล หรือสภาเทศบาล (3) ตัวแทนหรือกลุ่มบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงหรือโดยอ้อมกับการบริหารรัฐกิจ อันเป็นบุคคลที่มีอำนาจในการต่อสู้คดีเกี่ยวกับสิทธิ หรือประโยชน์ของบุคคลที่กฎหมายรับรอง (หน่วยงานรัฐ) (4) สมาคมที่กฎหมายรับรองซึ่งได้เปิดทำการมาแล้วอย่างน้อย 1 ปี และมีวัตถุประสงค์ในการดูแลคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่กฎหมายฉบับนี้รับรอง (หน่วยงานเอกชน)¹¹ ดังนั้น ทนายความจึงไม่สามารถฟ้องและดำเนินคดีแบบกลุ่มแทนผู้เสียหายจำนวนมากในประเทศเหล่านี้ได้ ทั้งที่กลุ่มประเทศเหล่านี้ได้รับอิทธิพลและแนวคิดการดำเนินคดีแบบกลุ่มในประเทศสหรัฐอเมริกาเช่นเดียวกับประเทศไทย แต่ได้มีการปรับให้สอดคล้องกับระบบของกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีแทนบุคคลอื่นอันเป็นลักษณะเฉพาะของระบบกฎหมายในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ซึ่งแตกต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างสิ้นเชิงที่ยอมรับให้เอกชนสามารถฟ้องร้องและดำเนินคดีแทนผู้เสียหายจำนวนมาก อีกทั้งให้ความสำคัญต่อทนายความโจทก์อันจะเห็นได้จากการกำหนดเงินรางวัลทนายความหากทำคดีชนะ

3. ปัญหาเกี่ยวกับผู้มีอำนาจในการดำเนินคดี

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มกำหนดให้โจทก์ต้องเป็นผู้เสียหายซึ่งมีคุณสมบัติเป็นสมาชิกกลุ่มเท่านั้นที่จะสามารถเข้าเป็นโจทก์ในการดำเนินคดีแบบกลุ่มได้¹² กล่าวคือ ต้องเป็นบุคคลที่มีสิทธิอย่างเดียวกันอันเนื่องมาจากข้อเท็จจริงและหลักกฎหมายเดียวกัน และมีลักษณะเฉพาะกลุ่มเหมือนกัน ซึ่งโดยทั่วไปแล้วในคดีที่มีสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายเฉพาะอย่างเช่น กฎหมายแรงงาน กำหนดให้นายจ้างหรือลูกจ้างอาจมอบอำนาจให้สมาคมนายจ้าง หรือสหภาพแรงงานที่ตนเป็นสมาชิก หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจดำเนินคดีตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานหรือกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์ดำเนินคดีแทนก็ได้¹³ อาจนำมาสู่ปัญหาเกี่ยวกับการเข้าเป็นโจทก์ขององค์กรเอกชนเหล่านั้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายจำนวนมากในคดีแบบกลุ่มเนื่องจากไม่มีคุณสมบัติการเป็นสมาชิกกลุ่ม ทั้งยังไม่พิจารณาถึงลักษณะพิเศษของคดีเรียกร้องสิทธิตามกฎหมายแรงงานอย่างเพียงพอ ตลอดทั้งไม่ตรากฎหมายให้สอดคล้องกับระบบของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเท่าที่ควรดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นในข้อ 3) ซึ่งผู้เขียนขอแยกพิจารณาดังต่อไปนี้

¹⁰ Art. L423-1, C. consom.

¹¹ Article 82 of the Brazilian Consumer Code

¹² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/8

¹³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 36

1) ปัญหาเกี่ยวกับการเข้าเป็นโจทก์ขององค์กรเอกชน

กฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีโดยบุคคลอื่นแทนและเพื่อผู้เสียหายจำนวนมากที่ใช้บังคับในประเทศไทย มีการกำหนดเฉพาะแต่องค์กรของรัฐและเอกชนที่จดทะเบียนหรือได้รับรองจากรัฐเท่านั้นที่จะสามารถฟ้องและดำเนินคดีแทนผู้เสียหายจำนวนมากได้ ดังจะเห็นได้จากกฎหมายแรงงาน ที่กำหนดให้สหภาพแรงงานซึ่งจัดตั้งตามกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์หรือกฎหมายว่าด้วยแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ แต่เมื่อนำการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาปรับใช้ในคดีแรงงานองค์กรเอกชนเหล่านั้นกลับถูกตัดสิทธิในการเข้าเป็นโจทก์ เนื่องจากขาดคุณสมบัติการเป็นสมาชิกกลุ่มจึงไม่อาจเป็นสมาชิกกลุ่มได้ ทั้ง ๆ ที่องค์กรเอกชนเหล่านั้นมีความรู้ความเข้าใจเฉพาะทางที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับคดีเรียกร้องสิทธิตามกฎหมายแรงงาน อีกทั้งยังได้รับมอบความไว้วางใจจากผู้เสียหายอย่างชัดเจนและมีประสบการณ์ในการทำงานเป็นระยะเวลานาน¹⁴ หากให้องค์กรเอกชนเหล่านั้นเข้ามาเป็นโจทก์ในการดำเนินคดีได้ก็จะช่วยให้ศาลสามารถพิจารณาคุณสมบัติของโจทก์ได้อย่างชัดเจนและเหมาะสมยิ่งขึ้น ซึ่งตามกฎหมายกำหนดให้เป็นโจทก์ในคดีแบบกลุ่มจะต้องมีความสามารถในการปกป้องผลประโยชน์ของสมาชิกกลุ่มได้อย่างเพียงพอและเป็นธรรม

2) ผลกระทบต่อการทำหน้าที่ขององค์กรเอกชนต่าง ๆ

การกำหนดให้โจทก์ต้องเป็นสมาชิกกลุ่มทำให้องค์กรเอกชนไม่สามารถให้การคุ้มครองสิทธิ หรือผลประโยชน์ของผู้เสียหายได้อย่างเหมาะสมและเต็มที่ เนื่องจากองค์กรเอกชนเหล่านั้นไม่อาจเป็นโจทก์ในการดำเนินคดีแบบกลุ่มได้เพราะไม่ถือว่าเป็นสมาชิกกลุ่ม กล่าวคือไม่ได้เป็นบุคคลที่มีสิทธิอย่างเดียวกันอันเนื่องมาจากข้อเท็จจริงและหลักกฎหมายเดียวกัน และมีลักษณะเฉพาะของกลุ่มเหมือนกัน จึงต้องปล่อยให้ผู้เสียหายฟ้องและดำเนินคดีด้วยตนเอง ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นองค์กรเอกชนเหล่านั้นมีความรู้ ความเข้าใจ ความสามารถและประสบการณ์เฉพาะทางในการให้ความคุ้มครองสิทธิแก่ผู้เสียหายจำนวนมาก อีกทั้งยังได้รับความไว้วางใจจากผู้เสียหาย จึงถูกจำกัดอยู่แต่เฉพาะกลไกตามกฎหมายแต่ละฉบับเท่านั้น

3) ผลกระทบต่อประสิทธิภาพขององค์กรเอกชนในการดำเนินคดี

คดีแรงงานเห็นได้ว่านายจ้างมีอำนาจในการต่อรองเหนือกว่าลูกจ้าง โดยเหตุผลของความไม่เท่าเทียมไม่ว่าจะเป็นฐานะทางเศรษฐกิจ ทางสังคมระหว่างคู่สัญญา และโดยเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์จากการที่จำนวนแรงงานหรือผู้ที่ต้องการทำงานมีจำนวนมากกว่าความต้องการแรงงานหรือตำแหน่งงานซึ่งมีจำนวนน้อย กฎหมายแรงงานจึงกำหนดรูปแบบในการเข้ามามีบทบาทช่วยเหลือผู้ที่ด้อยกว่าให้เข้าสู่กระบวนการทางศาลได้อย่างสะดวก นอกจากนี้คดีเฉพาะเหล่านั้นมิได้มุ่งคุ้มครองปัจเจกบุคคลเท่านั้น เพราะลักษณะของคดีเป็นการกระทบ

¹⁴ นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์, รายงานฉบับสมบูรณ์ การดำเนินคดีแบบกลุ่ม: ศึกษากรณีเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายฝรั่งเศส, หน้า 94.

ต่อนโยบายของรัฐในการมุ่งคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ ซึ่งดูจากความเสียหายที่เกิดขึ้นมักกระทบต่อบุคคลส่วนมาก ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาจึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดผู้ที่มีความรู้ความสามารถ และประสบการณ์เฉพาะด้านนั้น อย่างองค์กรเอกชนต่าง ๆ ตามที่ระบุรับรองไว้ในกฎหมายแรงงานให้เข้ามามีบทบาทในการดำเนินคดีแทนผู้เสียหายที่ถูกกระทบเป็นจำนวนมาก เนื่องจากประสบการณ์ในการปฏิบัติหน้าที่อย่างยาวนานย่อมมีประสบการณ์ในการดำเนินคดีที่มากกว่าผู้เสียหายที่จะดำเนินคดีเอง แต่เมื่อมีการดำเนินคดีแบบกลุ่มกลับตัดอำนาจเหล่านั้นขององค์กรเอกชนต่าง ๆ โดยปล่อยให้ผู้เสียหายประสานงานกับทนายความโดยตรง ทั้งนี้ ทนายความโจทก์เข้ามาเพื่อประโยชน์ในเงินรางวัลทนายความ และทนายความโจทก์อาจขาดความรู้ความเข้าใจ หรือประสบการณ์ในการดำเนินคดีที่มีลักษณะเฉพาะด้าน ทั้งอาจไม่ได้รับความร่วมมือจากสมาชิกกลุ่มเพราะอาจไม่ไว้วางใจในการทำงานของโจทก์ว่าจะคุ้มครองประโยชน์ของตนได้ อันเป็นความแตกต่างจากการดำเนินคดีโดยองค์กรเอกชนที่ผู้เสียหายยอมให้ความไว้วางใจมากกว่า เนื่องจากประสบการณ์ในการดำเนินคดี ความเข้าใจและความรู้ในกฎหมายเฉพาะ

จึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการที่กำหนดให้การดำเนินคดีแบบกลุ่มโจทก์จะต้องเป็นสมาชิกกลุ่มเท่านั้นเป็นการรับเอากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาามาตราเป็นกฎหมายโดยไม่ปรับให้สอดคล้องกับแนวความคิดของระบบกฎหมายภายในของประเทศไทยที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ก่อให้เกิดข้อจำกัดเกี่ยวกับการเข้าเป็นโจทก์ขององค์กรเอกชนตามกฎหมายแรงงานที่ไม่แสวงหาผลกำไรเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจำนวนมาก และยอมเป็นการทำให้กระทบต่อประสิทธิภาพในการดำเนินคดีแบบกลุ่มในคดีเรียกร้องสิทธิตามกฎหมายเฉพาะ ทั้งยังส่งผลกระทบต่อเจตนารมณ์ในการตรากฎหมายแรงงาน

4. ปัญหาเกี่ยวกับผลของคำพิพากษาและลำดับการชำระหนี้

1) ผลของคำพิพากษา

การดำเนินคดีแบบกลุ่มเมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มแล้ว นอกจากโจทก์ได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อตนเองแล้วยังถือว่าโจทก์ได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาในฐานะผู้แทนของสมาชิกกลุ่มอันเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนสมาชิกกลุ่มด้วยผลของคำพิพากษานั้นนอกจากจะผูกพันคู่ความในคดีแล้วยังมีผลผูกพันสมาชิกกลุ่มที่มีได้ขออนุญาตออกจากการเป็นสมาชิกกลุ่ม¹⁵ เว้นแต่ได้มีการแจ้งคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบกลุ่มให้สมาชิกคนนั้นทราบ¹⁶ แต่ผลของคำพิพากษาในคดีแรงงานนั้นนอกจากจะผูกพัน

¹⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/35

¹⁶ เอื้อน ขุนแก้ว และวรรณยา ไขเที่ยมวงษ์, การดำเนินคดีแบบกลุ่มและการขออนุญาตฎีกา, (กรุงเทพมหานคร: กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2559), หน้า 78.

คู่ความในคดี กฎหมายแรงงานยังกำหนดให้ศาลแรงงานสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดให้คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นผูกพันนายจ้างและลูกจ้างอื่นซึ่งมีผลประโยชน์ร่วมกันในมูลความแห่งคดีด้วยก็ได้¹⁷ หากมีการนำการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาปรับใช้กับคดีแรงงานย่อมส่งผลให้ศาลแรงงานไม่อาจใช้อำนาจในการกำหนดดุลพินิจให้ผลของคำพิพากษานั้นสามารถผูกพันบุคคลภายนอกคดีที่มีผลประโยชน์ร่วมกันในมูลความแห่งคดี ซึ่งจะนำมาปรับใช้กับคดีที่มีการฟ้องร้องกันภายหลังนั้นได้ โดยที่ผู้เสียหายเหล่านั้นไม่จำเป็นต้องฟ้องและดำเนินคดีแบบกลุ่มอีกแต่อย่างใด สภาพการณ์เช่นนี้ย่อมจะส่งผลให้กระทบต่อเจตนารมณ์ของคดีแรงงานที่ต้องการให้ผู้เสียหายได้รับความเป็นธรรมและรวดเร็วในการดำเนินคดี

2) ลำดับการชำระหนี้

เงินที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับเพื่อตอบแทนการทำงานที่ได้ทำให้แก่ลูกหนี้ซึ่งเป็นนายจ้างถือเป็นหนี้บุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁸ และพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541¹⁹ กล่าวคือ หนี้ที่เกิดจากการที่นายจ้างผิดนัดจ่ายค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด ค่าล่วงเวลาในวันหยุด รวมตลอดถึงค่าชดเชย ค่าชดเชยพิเศษ ที่ต้องให้แก่ลูกจ้างเงินสะสม เงินสมทบหรือเงินเพิ่ม ที่ต้องให้แก่กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานแล้วแต่กรณี เป็นหนี้มีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งหมดของนายจ้างซึ่งตกเป็นลูกหนี้ โดยเป็นบุริมสิทธิในลำดับเดียวกับบุริมสิทธิในค่าภาษีอากร แต่หากมีการนำคดีแบบกลุ่มมาปรับใช้กับคดีแรงงานในกรณีที่จำเลยซึ่งเป็นนายจ้างชำระหนี้ตามคำพิพากษาแล้ว เจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องนำเงินที่ได้ไปชำระตามลำดับซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/44 โดยกำหนดลำดับการชำระค่าเสียหายให้แก่โจทก์ สมาชิกกลุ่มจัดอยู่ในกลุ่มสุดท้ายจึงทำให้ค่าจ้างหรือเงินตามกฎหมายแรงงานที่กำหนดให้ลูกจ้างอันเป็นหนี้บุริมสิทธิได้สูญเสียสภาพบุริมสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติรับรองไป ทั้งยังไม่อาจคุ้มครองสิทธิแก่ลูกจ้างอย่างเพียงพอและเป็นธรรมตามสิทธิที่ลูกจ้างควรได้รับ ทั้งนี้ เกิดจากการที่ไม่ได้พิจารณาถึงลักษณะพิเศษของค่าจ้างตามกฎหมาย

5. ปัญหาเกี่ยวกับค่าชดเชยธรรมเนียม

คดีแรงงานเป็นเรื่องข้อพิพาทที่เกิดจากคู่ความที่มีสถานะที่แตกต่างกันไม่เหมือนกันอย่างคดีแพ่งสามัญที่มีแนวคิดว่าคุณความนั้นมีความสามารถที่เท่าเทียมจึงอาจต่อสู้ดำเนินคดีเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตนได้อย่างเต็มที่ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 29 จึงกำหนดให้การดำเนินคดีแรงงานนั้นได้รับการยกเว้น

¹⁷ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 53

¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 253 (3) ประกอบกับมาตรา 257

¹⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 11

ค่าฤชาธรรมเนียม เพื่อต้องการลดภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีของคู่ความทำให้เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมได้ง่ายขึ้น หากมีการนำการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาปรับใช้ในคดีแรงงาน พบว่าการดำเนินคดีแบบกลุ่มมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีค่อนข้างสูง เช่น โจทก์ผู้เริ่มคดีมีหน้าที่ต้องเสียค่าขึ้นศาล²⁰ และเมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มแล้ว ให้โจทก์มีหน้าที่นำเงินค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีแบบกลุ่มไปวางต่อศาล²¹ รวมทั้งในการบังคับคดีในการดำเนินคดีแบบกลุ่มก็กำหนดเกี่ยวกับการคิดค่าธรรมเนียม²² จึงเห็นได้ว่าหากมีการนำการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาใช้กับคดีแรงงานย่อมขัดแย้งกับหลักการประหยัดซึ่งเป็นแนวทางในการดำเนินคดีแรงงาน ทั้งยังเป็นการเพิ่มภาระค่าใช้จ่ายให้แก่คู่ความที่ด้อยกว่า

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การดำเนินคดีแบบกลุ่มกำหนดเป็นกระบวนการดำเนินคดีที่ช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน เนื่องจากเป็นวิธีการเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจำนวนมากได้ในการดำเนินคดีเพียงครั้งเดียว และอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้เสียหายที่ไม่มีความสามารถฟ้องคดีเพื่อเยียวยาความเสียหายด้วยตัวเอง หรือผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายจำนวนเล็กน้อย และเป็นมาตรการที่สร้างความเข้มแข็งให้แก่ประชาชนผู้ด้อยโอกาสในสังคมได้เป็นอย่างดี หากมีการนำการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาปรับใช้กับคดีแรงงานนับว่าเป็นทางเลือกหนึ่งที่จะช่วยอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้เสียหายในคดีแรงงานส่วนใหญ่มักจะเป็นลูกจ้าง จากการไม่เท่าเทียมของทั้งสองฝ่ายไม่ว่าจะเป็นทั้งสภาพทางสังคมและทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่าจึงทำให้เกิดการเอารัดเอาเปรียบจากนายจ้าง แต่การที่จะให้การคุ้มครองลูกจ้างได้รับความเป็นธรรมนั้นย่อมต้องมีการบังคับใช้และหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่เหมาะสมและมีมาตรฐานสอดคล้องกับลักษณะของคดีแรงงาน

จากการศึกษากระบวนการของการดำเนินคดีแบบกลุ่มตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเมื่อมาปรับใช้ในคดีแรงงานพบว่ามีความขัดแย้งในหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการพิจารณาที่มีความซับซ้อนในการดำเนินคดี ทั้งยังจำกัดสิทธิขององค์กรเอกชนตามกฎหมายแรงงานไม่ให้เข้ามาเป็นโจทก์ในการดำเนินคดี เพราะการจะเป็นโจทก์ในการดำเนินคดีแบบกลุ่มได้ถูกกำหนดให้ต้องมีลักษณะของการเป็นสมาชิกกลุ่มด้วย ซึ่งไม่สอดคล้องกับการดำเนินคดีของผู้เสียหายจำนวนมากของไทยก่อนมีการนำแนวคิดเรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาใช้ ที่กำหนดให้องค์กรเอกชนสามารถเป็นผู้มีอำนาจฟ้องร้องและดำเนินคดีแทนผู้เสียหายจำนวนมากได้ ทั้งผู้เสียหายในคดีไม่อาจรับประโยชน์แห่งคดีตามผลของคำพิพากษาหรือคำสั่ง

²⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/10 วรรคสอง

²¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/14

²² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/44

ที่ศาลแรงงานสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดให้ผลของคำพิพากษาศาลสามารถผูกพันบุคคลภายนอกคดี นอกจากคู่ความในคดีที่มีผลประโยชน์ร่วมกันในมูลความแห่งคดี โดยผลของคำพิพากษาในการดำเนินคดีแบบกลุ่มจำกัดเฉพาะคู่ความและสมาชิกกลุ่มเท่านั้น และในการดำเนินคดีแรงงานมีหลักการในเรื่องประหยัด จึงกำหนดให้การดำเนินคดีได้รับการยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียม อันแตกต่างจากการดำเนินคดีแบบกลุ่มมีวัตถุประสงค์เพื่อลดค่าใช้จ่าย

ตามที่กล่าวมาจึงควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอันเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม และกำหนดแนวทางการพิจารณาในคดีแบบกลุ่มเมื่อต้องนำมาปรับใช้กับคดีแรงงานให้มีความเหมาะสมและช่วยเพิ่มประสิทธิภาพให้แก่การดำเนินคดีของผู้เสียหายจำนวนมากในคดีแรงงาน ทั้งเพื่อให้การดำเนินคดีแบบกลุ่มเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพสอดคล้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และยังเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของลูกจ้างได้อย่างเพียงพอและเป็นธรรม

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้เพื่อให้การดำเนินคดีแบบกลุ่มเมื่อปรับใช้กับคดีแรงงานมีความเหมาะสมยิ่งขึ้น

1) ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดให้นำการดำเนินคดีแบบกลุ่มตราไว้ในกฎหมายแรงงาน และจัดทำคู่มือเพื่อสร้างความเข้าใจในการดำเนินคดีแบบกลุ่มในคดีแรงงาน

เมื่อพิจารณาการดำเนินคดีแบบกลุ่มในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล ล้วนกำหนดให้การดำเนินคดีแบบกลุ่มสามารถใช้ได้กับกฎหมายเฉพาะเท่านั้น ประกอบกับการดำเนินคดีของผู้เสียหายจำนวนมากในประเทศไทยก่อนมีการนำแนวคิดเรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่มตามรูปแบบของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตราเป็นกฎหมาย ก็กำหนดไว้แต่กฎหมายเฉพาะ ทั้งรูปแบบการดำเนินคดีแรงงานที่กำหนดหลักการให้ศาลในคดีแรงงานต้องดำเนินคดีไปอย่างประหยัด สะดวก รวดเร็วและเที่ยงธรรม และยังลดความเคร่งครัดของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้มีความสะดวกในการเข้าสู่กระบวนการทางศาลได้ง่ายขึ้น

ข้อเสนอแนะ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรกำหนดให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับแรงงาน ทั้งควรจัดทำคู่มือเพื่อประชาสัมพันธ์เกี่ยวกับสิทธิของผู้เสียหายในการดำเนินคดีแบบกลุ่มในคดีแรงงาน พร้อมทั้งเผยแพร่คู่มือดังกล่าวเป็นการทั่วไป²³

²³ นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์, รายงานฉบับสมบูรณ์ การดำเนินคดีแบบกลุ่ม: ศึกษากรณีเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายฝรั่งเศส, หน้า 103.

วิธีการ

(1) กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มไว้ในกฎหมายแรงงาน โดยกำหนดหมวดเฉพาะเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มขึ้น พร้อมทั้งปรับปรุงกระบวนการในการดำเนินคดีให้เหมาะสมและสอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของคดีแรงงาน

(2) ออกคู่มือเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มโดยองค์กรที่เกี่ยวข้องและโดยแรงงาน ซึ่งคู่มือดังกล่าวจะต้องอธิบายโดยใช้ภาษาที่เข้าใจง่ายต่อประชาชนทั่วไป

2) ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดให้องค์กรเอกชนตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงาน และวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 กำหนดให้เป็นโจทก์ในการดำเนินคดีแบบกลุ่มในคดีที่เรียกร้องสิทธิตามกฎหมายเฉพาะ

เมื่อพิจารณาการดำเนินคดีแบบกลุ่มในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล ล้วนกำหนดให้ผู้มีอำนาจดำเนินคดีแบบกลุ่มจำกัดเฉพาะองค์กรเอกชนหรือองค์กรของรัฐ ประกอบกับการดำเนินคดีของผู้เสียหายจำนวนมากในกฎหมายแรงงานของประเทศไทยยังเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายมอบอำนาจให้องค์กรเอกชนตามกฎหมายเฉพาะเข้ามาเป็นโจทก์ในการดำเนินคดีได้ แต่การดำเนินคดีแบบกลุ่มตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น จำกัดเฉพาะแต่โจทก์ต้องเป็นสมาชิกกลุ่มเท่านั้นที่จะเป็นผู้มีอำนาจในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม

ข้อเสนอแนะ ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดให้องค์กรเอกชน กล่าวคือ สมาคมนายจ้างหรือสหภาพแรงงานซึ่งนายจ้างหรือลูกจ้างเป็นสมาชิกสามารถเข้ามาเป็นโจทก์ในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ทั้งยังกำหนดยกเว้นค่าธรรมเนียมทั้งปวงสำหรับการดำเนินคดีแบบกลุ่มขององค์กรเอกชนเหล่านั้นและกำหนดให้องค์กรตามกฎหมายแรงงานมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากทนายความและผู้ทรงคุณวุฒิโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย รวมถึงให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำกับพฤติหน้าที่ขององค์กรเอกชนเพื่อให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มไปโดยสุจริตและเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ผู้เสียหายเป็นส่วนรวม เพราะการดำเนินคดีแบบกลุ่มกำหนดไว้เพียงความสามารถของโจทก์ว่าต้องคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลได้อย่างเพียงพอและเป็นธรรม²⁴

วิธีการ

(1) ควรกำหนดให้องค์กรเอกชนที่จดทะเบียนต่อองค์กรของรัฐโดยถูกต้องตามกฎหมาย กล่าวคือ สหภาพแรงงาน หรือสมาคมนายจ้าง สามารถเข้ามาเป็นโจทก์ในการดำเนินคดีแบบกลุ่มได้ โดยแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 222/8 โดยเพิ่มวรรคสองของมาตราดังกล่าว กำหนดให้องค์กรเอกชนที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะสามารถเข้าเป็นโจทก์ในการดำเนินคดีแบบกลุ่มในคดีเรียกร้องสิทธิตามกฎหมายเฉพาะ ตามที่กำหนดไว้ในอนุมาตราสาม

²⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/19 วรรคสอง

และเพิ่มเติมนิยามของคำว่าองค์กรเอกชนไว้ในมาตรา 222/1 ให้มีความหมายว่า องค์กรเอกชนที่จดทะเบียนต่อองค์กรของรัฐโดยถูกต้องตามกฎหมายเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กฎหมายแรงงาน หรือกฎหมายอื่น (เพื่อให้สอดคล้องกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/3 อนุมาตราสาม) ทั้งยังเพิ่มเติมความในวรรคสองตามพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 36 ให้สมาคมนายจ้าง หรือสหภาพแรงงานมีอำนาจในการดำเนินคดีแบบกลุ่มได้

(2) เพิ่มเติมเกี่ยวกับมาตรการกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของโจทก์ในการดำเนินคดีแบบกลุ่มไม่ว่าจะเป็นโจทก์หรือองค์กรเอกชนตามกฎหมายเฉพาะ เพื่อป้องกันการทำ หน้าที่ของโจทก์และองค์กรเอกชนตามกฎหมายเฉพาะไปในทางไม่สุจริตอันจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสมาชิกกลุ่ม จึงต้องมีมาตรการกำหนดหน้าที่ของผู้เป็นโจทก์ในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ให้ดำเนินคดีไปโดยสุจริตและคำนึงถึงประโยชน์ของสมาชิกกลุ่มเป็นหลักในการดำเนินคดี อันจะเป็นเงื่อนไขหนึ่งในการที่ศาลจะพิจารณาเพื่ออนุญาตให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่มหรือให้มีการ จัดหาโจทก์คนใหม่ต่อไป โดยเพิ่มเติมข้อความต่อไปนี้เป็นวรรคสามของประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/9

“การดำเนินคดีไม่ว่าอยู่ในขั้นตอนใด โจทก์ในการดำเนินคดีแบบกลุ่มต้อง กระทำโดยสุจริต โดยคำนึงถึงประโยชน์ของสมาชิกกลุ่มเป็นส่วนรวม หากศาลพบว่าโจทก์ ไม่ดำเนินคดีเป็นไปโดยหน้าที่ที่กำหนด ให้ศาลมีคำสั่งให้จัดหาโจทก์คนใหม่มาทำหน้าที่แทน หากโจทก์และสมาชิกกลุ่มไม่ดำเนินการดังกล่าว ให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม”

(3) เพิ่มเติมความในวรรคสามของมาตรา 222/10 กำหนดให้องค์กรเอกชน ที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะตามมาตรา 222/8 อนุมาตราสามได้รับยกเว้น ค่าธรรมเนียมในการดำเนินคดี ดังนี้

“การยื่นฟ้องตลอดจนการดำเนินกระบวนการใด ๆ โดยองค์กรเอกชนตาม กฎหมายที่ระบุไว้ในมาตรา 222/8 อนุมาตราสาม ให้ได้รับยกเว้นไม่ต้องชำระค่าค่าธรรมเนียม”

3) ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับผลของคำพิพากษา

ผลของคำพิพากษาในการดำเนินคดีแบบกลุ่มในทุกประเทศที่ได้ศึกษามานั้น ไม่ว่า จะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ได้แก่ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศ สาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล รวมทั้งประเทศไทยก็จะมีผลผูกพัน เฉพาะคู่ความและสมาชิกกลุ่มเท่านั้น แต่การดำเนินคดีแรงงานในประเทศไทยกฎหมายแรงงาน ได้กำหนดอำนาจพิเศษให้ศาลแรงงานสามารถใช้ดุลพินิจให้คำพิพากษาผูกพันบุคคลภายนอกคดี ซึ่งมีผลประโยชน์ร่วมกันในมูลความแห่งคดีด้วยก็ได้

ข้อเสนอแนะ ผู้เขียนเห็นว่าควรให้ศาลในคดีแรงงานเมื่อนำการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาปรับใช้ยังคงมีอำนาจใช้ดุลพินิจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 53 เพื่อเป็นการเสริมประสิทธิภาพในการคุ้มครองลูกจ้างให้ได้รับความเป็นธรรมยิ่งขึ้น แม้นจะไม่ได้ขอเข้ามาเป็นสมาชิกกลุ่ม หรือฟ้องเป็นคดี

วิธีการแก้ไขข้อความในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/35

“คำพิพากษาของศาลมีผลเป็นการผูกพันคู่ความและสมาชิกกลุ่ม เว้นแต่ผลของคำพิพากษาดำเนินการเฉพาะจะมีบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี ให้โจทก์หรือทนายความฝ่ายโจทก์มีอำนาจดำเนินการบังคับคดีแทนโจทก์และสมาชิกกลุ่ม”

4) ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับลำดับการชำระหนี้ของสมาชิกกลุ่มในคดีแรงงาน

โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งตามมาตรา 222/8 อนุมาตราสาม กำหนดให้นำการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาปรับใช้ในคดีแรงงานได้ ดังจะเห็นได้ว่านี่ที่เกิดจากการที่นายจ้างผิดนัดจ่ายค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าจ้างในวันหยุด ค่าล่วงเวลาในวันหยุด รวมตลอดถึงค่าชดเชย ค่าชดเชยพิเศษ ที่ต้องให้แก่ลูกจ้าง เงินสะสม เงินสมทบหรือเงินเพิ่มที่ต้องให้แก่กรรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานแล้วแต่กรณี เป็นหนี้ที่มีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งหมดของนายจ้างซึ่งตกเป็นลูกหนี้ โดยเป็นบุริมสิทธิในลำดับเดียวกับบุริมสิทธิในค่าภาษีอากร เพื่อให้ลูกจ้างได้รับค่าจ้างได้อย่างรวดเร็ว แต่การกำหนดลำดับในการชำระตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/44 กลับกำหนดให้โจทก์และสมาชิกกลุ่มได้รับเงินเป็นลำดับสุดท้าย อันแสดงให้เห็นว่าการดำเนินคดีแบบกลุ่มเมื่อมาปรับใช้กับคดีแรงงาน มิได้พิจารณาถึงลำดับของบุริมสิทธิของหนี้ค่าจ้างของลูกจ้างแต่อย่างใด

ข้อเสนอแนะ ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดให้โจทก์ และสมาชิกกลุ่มในคดีแรงงานได้รับเงินที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับเพื่อการทำงานที่ได้ทำให้แก่นายจ้าง ก่อนการชำระเงินรางวัลทนายความฝ่ายโจทก์ เพราะลูกจ้างอาจไม่ได้รับเงินดังกล่าวเลย หรืออาจได้รับเงินแต่ไม่เพียงพอต่อความเสียหายเนื่องจากเงินที่ได้ไม่เพียงพอที่จะจ่ายให้แก่สมาชิกกลุ่มทั้งหมดซึ่งต้องนำไปจ่ายให้ผู้มีสิทธิในลำดับที่ 1 ถึง 3 ก่อน และเป็นการเคารพบุริมสิทธิของเงินที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับจากนายจ้างตามกฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดไว้ และการเสนอให้เงินรางวัลทนายได้รับเป็นลำดับสุดท้ายนั้น เห็นว่าทนายความโจทก์ซึ่งทางปฏิบัติจะเป็นผู้ทวงเงินออกในการดำเนินคดีไปก่อนไม่ใช่โจทก์ ก็มีสิทธิได้รับค่าฤชาธรรมเนียมแทนใช้แทนโจทก์อยู่แล้ว และเงินรางวัลทนายความก็เป็นเพียงเงินที่จูงใจให้ทนายความเข้ามาทำคดีแบบกลุ่มเท่านั้น

วิธีการ กำหนดให้ผู้มีสิทธิได้รับเงินจากเจ้าพนักงานบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/44 ดังนี้

- “(1) ผู้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนตามมาตรา 287 และมาตรา 289
(2) โจทก์ สมาชิกกลุ่ม และเจ้าหนี้อื่นที่มีสิทธิได้รับเฉลี่ยทรัพย์ตามมาตรา 290
(3) ค่าฤชาธรรมเนียมใช้แทนโจทก์
(4) เงินรางวัลของทนายความฝ่ายโจทก์ตามมาตรา 222/37”

บรรณานุกรม

- นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์. รายงานฉบับสมบูรณ์ การดำเนินคดีแบบกลุ่ม: ศึกษากรณีเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายฝรั่งเศส. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.
- วิชัย อริยะนันทกะ และคณะ. ร่างรายงานศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class action). สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2549.
- เอื้อน ขุนแก้ว และวรนันยา ใช้เทียมวงศ์. การดำเนินคดีแบบกลุ่มและการขออนุญาตฎีกา. กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2559.
- Paul G. Karlsgodt. editor. World Class Actions a guide to group and representative actions around the globe. New York: Oxford University Press, 2012.
- Sophie Dechelette Roy. IAG Specialist Litigation Bulletin. Oakham: Intergrated Advisory Group International, n.d..

ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ต่อพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขาย*

Problems Relating to Commodity Bundling under the Trade Competition Act B.E. 2560 (2017) in Thailand

ณัฐนพัชร์ วิสุทธิแพทย**

Natnapath Wisuttiphaet

บทคัดย่อ

ปัจจุบัน ผู้ประกอบธุรกิจได้มีการนำกลยุทธ์การขายสินค้าแบบรวมขาย (Bundling) มาใช้กันอย่างแพร่หลาย ซึ่งการขายสินค้าแบบรวมขายมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติด้านราคาอย่างหนึ่งที่น่าจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสวัสดิการของผู้บริโภคและการแข่งขันในตลาดได้ทั้งในแง่ดีและแง่ร้าย อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็ไม่ได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดของพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด อีกทั้งประเทศไทยก็ไม่เคยปรากฏคำวินิจฉัยเกี่ยวกับพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายมาก่อน บทความนี้จึงมุ่งที่จะศึกษาถึงพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดอันเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยศึกษาจากกฎหมาย คำพิพากษาและแนวปฏิบัติของต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป ซึ่งจากการศึกษาพบว่า แนว

* *วันที่รับบทความ (Received): 26 มิถุนายน 2562; วันที่แก้ไขบทความ (Revised): 31 กรกฎาคม 2562; วันที่ตอบรับบทความ (Accepted): 2 สิงหาคม 2562*

บทความนี้สรุปมาจากวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนเรื่อง “ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ต่อพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขาย” โดยมีผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กมลวรรณ จิรวิศิษฐ์ เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติกร บริษัท คิง เพาเวอร์ อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด

Master Student in Business Law, Faculty of Law, Thammasat University, Legal Officer, King Power International Co., Ltd.

E-mail: natnapath.w@gmail.com

ทางการพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของทั้งสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปต่างมองว่า พฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายไม่ใช่การกระทำที่ผิดกฎหมายเช่นเดียวกับการขายพ่วงสินค้า (Tie-in) แต่การจะพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของพฤติกรรมดังกล่าวจะต้องอาศัย การพิจารณาจากต้นทุน ราคาสินค้า และผลกระทบจากการกระทำดังกล่าว บทความนี้จึงเสนอ ให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดของ พฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายที่ชัดเจนไว้ในประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทาง การค้าต่อไป

คำสำคัญ: การขายสินค้าแบบรวมขาย, หลักเกณฑ์การพิจารณาการรวมขาย, การแข่งขันทาง การค้า

Abstract

Business operators in Thailand currently favor the Sale of Commodity Bundling (Bundling), leading to mixed results in market competitiveness. Thailand's Trade Competition Act B.E. 2560 (2017; The Act) and its expanded powers for the Office of Trade Competition Commission (OTCC) do not specify guidelines for determining legal liability for Bundling. In addition, Thailand has never made a ruling regarding Bundling. This article aims to study Bundling that have a negative impact on competition in the market which is against the competition laws by studying law Judgments and practices of foreign countries such as the United States and the European Union.

The author concludes that Bundling was not illegal per se, but legal liability emerging from such actions requires consideration of cost, product price, and result as it affects market competition. These findings suggest that the Thai Office of Trade Competition Commission should set clear guidelines for evaluating legal liability.

Keywords: Commodity bundling, Tie-in, Trade competition

1. บทนำ

การขายสินค้าแบบรวมขายเป็นกลยุทธ์ทางธุรกิจที่มีลักษณะเป็นการนำสินค้าหรือบริการตั้งแต่สองชนิดขึ้นไปมารวมขายเข้าด้วยกันเป็นชุด¹ ทั้งนี้ การขายสินค้าแบบรวมขายจะมีทางเลือกให้แก่ผู้บริโภคที่จะซื้อสินค้าทั้งหมดแบบเป็นชุดหรือจะเลือกซื้อเฉพาะสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งตามที่ตนต้องการก็ได้ เช่น การขายชุดอาหารจานด่วนที่มีการรวมไก่ทอด แฮมเบอร์เกอร์ น้ำอัดลม เอาไว้ในชุดรายการอาหารนั้น โดยลูกค้าสามารถเลือกซื้ออาหารแบบที่มีการเสนอขายแบบเป็นชุดหรือจะเลือกซื้อเฉพาะรายการใดรายการหนึ่งแยกกันก็ได้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วหากลูกค้ายอมซื้ออาหารทั้งหมดแบบเป็นชุด ลูกค้าก็จะได้รับส่วนลดจากการซื้ออาหารทั้งชุดนั้น ด้วยลักษณะของพฤติกรรมเช่นนี้จึงทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจนำกลยุทธ์การขายสินค้าแบบรวมขายมาใช้โดยมีแรงจูงใจที่แตกต่างกัน เช่น เพื่อการเลือกปฏิบัติด้านราคา² เพื่อจูงใจให้ลูกค้าซื้อสินค้าของตนมากยิ่งขึ้น เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและลดต้นทุนในการประกอบการ³ เพื่อควบคุมคุณภาพสินค้าของผู้ประกอบการ หรือบางกรณีก็อาจกระทำไปเพื่อกีดกันคู่แข่งรายอื่นให้ออกไปจากตลาด ซึ่งจากการพิจารณาแรงจูงใจดังกล่าวจะพบว่า พฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายสามารถก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันได้ในหลายประการไม่ว่าจะเป็นผลกระทบในแง่ดีหรือแง่ร้าย อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่อาจนำมาปรับใช้กับพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายที่เกิดขึ้นในประเทศไทย เช่น มาตรา 50 มาตรา 55 และมาตรา 57 แล้วจะพบว่าบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวได้บัญญัติถ้อยคำในกฎหมายไว้อย่างกว้าง ๆ และยังขาดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายที่ชัดเจน ด้วยเหตุนี้จึงอาจทำให้ผู้ใช้กฎหมายเกิดความสับสนว่าพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายควรถือเป็นพฤติกรรมที่ขัดด้วยกฎหมายหรือขัดต่อกฎหมายในทุกกรณีหรือไม่ และการพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายควรใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณา

บทความนี้จึงมีความมุ่งหมายที่จะอธิบายลักษณะพฤติกรรมของการขายสินค้าแบบรวมขายและผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการใช้กลยุทธ์ดังกล่าว รวมทั้งแนวทางที่ใช้ในการพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของต่างประเทศ เพื่อนำมาใช้เป็นข้อเสนอแนะในการกำหนดหลักเกณฑ์

¹ ชัยนัต ตันติวิศาการ, **เศรษฐศาสตร์จุลภาค: ทฤษฎีและการประยุกต์**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 230.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 230-234.

³ Dennis W. Carlton and Jeffrey M. Perloff, **Modern Industrial Organization**, 4th, (Boston: Pearson/Addison Wesley, 2005), p. 319.

การพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ต่อไป

2. แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการขายสินค้าแบบรวมขาย

Paul Belleflamme and Martin Peitz กล่าวว่า การขายสินค้าแบบรวมขาย (Bundling) คือการนำสินค้าสองชนิดหรือมากกว่าสองชนิดขึ้นไปมารวมขายเข้าด้วยกันเป็นหนึ่งชุด โดยหากผู้ขายเสนอขายสินค้าเพียงแบบเป็นชุดเท่านั้นจะเรียกว่าการขายสินค้าแบบรวมขายโดยแท้ (Pure bundling) แต่หากผู้ขายเสนอขายสินค้าทั้งแบบรวมขายและแบบแยกขายเป็นรายชิ้นจะเรียกว่าการขายสินค้าแบบรวมขายลักษณะผสม (Mix bundling)⁴

การขายสินค้าแบบรวมขายโดยแท้ (Pure bundling) คือการนำสินค้าที่สามารถแยกขายเป็นรายชิ้นมารวมขายแบบเป็นชุด โดยสินค้าแต่ละชนิดจะถูกนำมาขายแบบเป็นชุดเท่านั้น ผู้ซื้อจะไม่สามารถซื้อสินค้าแต่ละรายการแยกกันได้และผู้ขายจะกำหนดสัดส่วนหรือปริมาณของสินค้าที่มีการขายพ่วงไว้อย่างชัดเจนแน่นอน เช่น การขายแพ็คเกจช่องเคเบิลทีวีที่มีลักษณะเป็นการนำเอาช่องรายการต่าง ๆ มารวมไว้เป็นแพ็คเกจเดียว โดยผู้ประกอบการเคเบิลทีวีจะกำหนดให้ลูกค้าต้องซื้อช่องรายการที่ถูกนำมารวมไว้เป็นแพ็คเกจแล้วเท่านั้น แต่จะไม่สามารถเลือกซื้อช่องรายการแต่ละช่องในแพ็คเกจแยกต่างหากกันได้

การขายสินค้าแบบรวมขายลักษณะผสม (Mix bundling หรือ Bundling discount) คือการนำสินค้าหรือบริการต่างชนิดกันที่สามารถแยกขายเป็นรายชิ้นมารวมขายแบบเป็นชุด โดยผู้ซื้อยังคงมีสิทธิที่จะเลือกซื้อสินค้าหรือบริการแบบเป็นชุดหรือแบบรายชิ้นก็ได้ เช่น การจัดโปรโมชั่นชุดอาหารที่มีการรวมอาหารหลักและของทานเล่นไว้ในชุดเดียวกัน โดยเมื่อคำนวณราคาอาหารแต่ละรายการที่นำมาขายรวมกันแล้วจะมีราคาถูกกว่าการที่ลูกค้าต้องซื้ออาหารแต่ละรายการแยกกัน ซึ่งการขายสินค้าแบบรวมขายในลักษณะนี้จะมีความแตกต่างจากการขายสินค้าแบบรวมขายโดยแท้ (Pure bundling) เนื่องจากลูกค้ายังคงมีอิสระที่จะเลือกซื้อสินค้าและบริการแบบเป็นชุดตามที่ผู้ประกอบการเสนอขายหรือจะแยกซื้อเป็นรายชิ้นตามความพึงพอใจของตนก็ได้

การขายสินค้าแบบรวมขายจะมีความแตกต่างไปจากการขายพ่วงสินค้า (Tie-in) เนื่องจากการขายสินค้าแบบรวมขายจะมีลักษณะเป็นการนำสินค้าต่าง ๆ มารวมขายเข้าด้วยกันเป็นชุดเดียวและคิดราคาเดียว แต่การขายพ่วงสินค้านั้นเป็นการขายสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่งโดยมีการกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ซื้อต้องยอมซื้อสินค้าหรือบริการอีกชนิดหนึ่งไปด้วย ดังนั้น การขายพ่วงสินค้าจึงมีสินค้าอยู่ 2 ชนิด คือสินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง

⁴ Paul Belleflamme and Martin Peitz, *Industrial Organization Markets and Strategies*, 2nd, (The United Kingdom: University Printing House, 2015), p. 270.

อีกทั้งการขายพ่วงสินค้ายังมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจบังคับของผู้ประกอบธุรกิจให้ผู้ซื้อต้องยอมรับเอาสินค้าที่ถูกพ่วงไปด้วย แต่การขายสินค้าแบบรวมขาย (Mix bundling) จะใช้การให้ส่วนลดเป็นแรงจูงใจให้ลูกค้าหันมาซื้อสินค้าในลักษณะดังกล่าว

การใช้กลยุทธ์การขายสินค้าแบบรวมขายลักษณะผสม (Mix bundling) ของผู้ประกอบธุรกิจอาจเกิดจากแรงจูงใจหลายลักษณะ โดยจะขอยกตัวอย่างดังต่อไปนี้

(1) เพื่อการเลือกปฏิบัติด้านราคา เนื่องจากโดยปกติแล้วสินค้าชนิดหนึ่ง ๆ มักจะมีการให้มูลค่าจากผู้บริโภคแต่ละรายในราคาที่แตกต่างกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือสินค้าแต่ละชนิดจะมีราคาสูงสุด (Reservation price) ที่ผู้บริโภคแต่ละรายเต็มใจที่จะจ่ายไม่เท่ากัน ทั้งนี้อาจเนื่องมาจากผู้บริโภคแต่ละรายมีความชื่นชอบหรือมีค่านิยมในตัวสินค้าไม่เหมือนกันและเมื่อผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถตั้งราคาสินค้าให้กับผู้บริโภคแต่ละรายในราคาที่แตกต่างกันได้ ซึ่งอาจมีสาเหตุมาจากการที่กฎหมายได้ห้ามไว้ จึงทำให้ผู้ประกอบธุรกิจจำนวนมากนำกลยุทธ์การขายสินค้าแบบรวมขายมาใช้ในการเลือกปฏิบัติด้านราคาและเพิ่มยอดขายให้กับสินค้าของตน

(2) เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและลดต้นทุนในการประกอบธุรกิจ เนื่องจากการขายสินค้าให้ได้กำไรมากที่สุด ผู้ประกอบธุรกิจจำเป็นต้องควบคุมต้นทุนในการผลิตให้น้อยที่สุด ซึ่งต้นทุนในการผลิตอาจจะอยู่ในรูปของค่าเช่าสถานที่ ค่าจ้างแรงงาน หรือค่าใช้จ่ายด้านการบริหารหรือการขาย เป็นต้น หากผู้ประกอบธุรกิจสามารถนำสินค้าหรือบริการต่าง ๆ มารวมขายไปพร้อมกันก็จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถลดต้นทุนจากการดำเนินการขายหรือการจ้างพนักงานได้ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือ การขายแพ็คเกจท่องเที่ยวที่มีการรวมตัวเครื่องบินห้องพัก อาหาร บริการนำเที่ยว เข้าไว้ด้วยกัน ซึ่งการใช้กลยุทธ์การขายสินค้าในลักษณะนี้จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถประหยัดต้นทุนในการขายสินค้าและการจ้างพนักงานได้มากกว่าการขายสินค้าและบริการแต่ละชนิดแยกจากกัน ขณะเดียวกันผู้ประกอบธุรกิจก็สามารถเพิ่มรายรับรวมจากการขายสินค้าแบบรวมขายได้มากกว่าการแยกขายสินค้าและบริการต่าง ๆ ตามกรณีปกติ

(3) เพื่อโฆษณาสินค้าใหม่หรือเพิ่มยอดขายให้กับสินค้าที่มียอดขายต่ำ เช่น นาย ก เปิดร้านขายรถจักรยานและอุปกรณ์เสริมสำหรับการปั่นจักรยาน หากนาย ก พบว่าสินค้าที่ทำยอดขายให้กับร้านของตนได้มากที่สุดคือจักรยานเสือภูเขา ส่วนสินค้าที่มียอดขายน้อยที่สุดในร้านคือแว่นตาและถุงมือ ในกรณีดังกล่าวหากนาย ก นำจักรยานเสือภูเขามาขายรวมกับแว่นตาและถุงมือ โดยเสนอที่จะให้ส่วนลดแก่ลูกค้าที่ซื้อสินค้าทั้ง 3 ชนิดนี้ไปพร้อมกัน การใช้กลยุทธ์เช่นนี้ก็จะเป็นการจูงใจให้ลูกค้าหันมาซื้อแว่นตาและถุงมือมากยิ่งขึ้น หรือในกรณี

⁵ Massimo Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, (The United States of America: Cambridge University Press, 2004), p. 462.

ที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้มีการผลิตสินค้าใหม่ขึ้นมาแต่ยังไม่เป็นที่รู้จักของผู้บริโภคมากนัก โดยทั่วไปผู้ประกอบการก็จะอาจใช้การโฆษณาสินค้าใหม่ผ่านทางสื่อต่าง ๆ ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจทำให้ผู้ประกอบการต้องใช้เงินลงทุนเป็นจำนวนมาก แต่หากผู้ประกอบการนำสินค้าใหม่ของตนมารวมขายเข้ากับสินค้าที่ตนมีอำนาจเหนือตลาดอยู่แล้ว กรณีดังกล่าวก็จะเป็นการแนะนำสินค้าใหม่ให้เป็นที่รู้จักโดยใช้เงินลงทุนน้อย และในขณะเดียวกันก็ทำให้สามารถขายสินค้าใหม่ได้ง่ายขึ้นอีกด้วย

(4) เพื่อกีดกันคู่แข่งรายอื่นที่มีประสิทธิภาพเท่ากันให้ออกจากตลาด เช่น บริษัท ก เป็นบริษัทที่ผลิตปูนซีเมนต์รายใหญ่ในประเทศไทย ประกอบธุรกิจผลิตปูนซีเมนต์ขายทั่วราชอาณาจักร บริษัท ก มีบริษัทในเครือต่าง ๆ เป็นบริษัทที่ผลิตกระเบื้องปูพื้น กระจก ฝาเพดาน กระเบื้องมุงหลังคา สีทาบ้าน และอุปกรณ์เคมีภัณฑ์ต่าง ๆ อีกหลากหลายชนิด หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าบริษัท ก ตั้งข้อเสนอต่อลูกค้า ซึ่งเป็นร้านขายอุปกรณ์ก่อสร้างต่าง ๆ ในประเทศไทยว่าตนเสนอจะให้ส่วนลดเป็นจำนวนมากแก่ลูกค้าที่ยอมซื้อปูนซีเมนต์และอุปกรณ์ก่อสร้างต่าง ๆ ที่ผลิตจากบริษัทในเครือของตน โดยหากลูกค้ารายใดยอมซื้อผลิตภัณฑ์ต่าง ๆ ในเครือของตนมากเท่าใด ตนก็จะยอมให้ส่วนลดแก่ลูกค้ารายนั้นมากเท่านั้น จากกรณีดังกล่าวจะเห็นว่า การจูงใจลูกค้าในลักษณะนี้ย่อมทำให้บริษัทที่ผลิตอุปกรณ์ก่อสร้างอื่น ๆ ที่มีขนาดเล็กกว่าและขายสินค้าเพียงชนิดเดียวต้องทำการแข่งขันกับบริษัท ก ด้วยความยากลำบาก เนื่องจากไม่สามารถเสนอเงื่อนไขในลักษณะเดียวกับบริษัท ก ซึ่งเป็นบริษัทขนาดใหญ่ได้ พฤติการณ์ของบริษัท ก จึงอาจเข้าข่ายเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นให้ต้องออกไปจากตลาดหรือส่งผลเป็นการกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้ามาแข่งขันในตลาด และผลจากการกระทำดังกล่าวย่อมทำให้สินค้าที่ถูกนำมาขายในตลาดมีเพียงสินค้าที่ผลิตจากบริษัท ก เท่านั้น

3. มาตรการควบคุมการขายสินค้าแบบรวมขายตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่สองในโลกที่มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมหรือการกีดกันการแข่งขันทางการค้าที่เรียกว่า The Sherman Act ขึ้นมาในปี ค.ศ. 1890⁶ โดยมาตรา 1 และมาตรา 2 เป็นบทบัญญัติที่ศาลนำมาปรับใช้กับพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ประกอบการ นอกจากนี้ Federal Trade Commission Act 1914 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นมาเพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมการ

⁶ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562), หน้า 25.

แข่งขันทางธุรกิจที่ไม่เป็นธรรมยังมีส่วนช่วยให้การบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดต่อพฤติกรรม การขายสินค้าแบบรวมขายที่ไม่เป็นธรรมมีประสิทธิภาพมากขึ้นอีกด้วย

3.1 การร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า

มาตรา 1 ของ The Sherman Act 1890 ได้บัญญัติว่า “บรรดาสัญญาหรือ การรวมตัวกันในรูปแบบของทรัสต์ หรือการสมคบกันไม่ว่าในรูปแบบใดโดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อจำกัดการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศ ถือว่าเป็นการอันมิชอบด้วย กฎหมาย”⁷

การขายสินค้าแบบรวมขายที่จะถือเป็นความผิดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาด ตามมาตรา 1 ของ The Sherman Act 1890 สามารถพิจารณาจากองค์ประกอบดังต่อไปนี้

(1) มีข้อตกลงว่าผู้ประกอบการจะขายสินค้าชนิดหนึ่งภายใต้เงื่อนไขว่า ผู้ซื้อจะต้องซื้อสินค้าชนิดอื่น ๆ ที่ถูกนำมาขายแบบรวมขายด้วย

ในคดีเกี่ยวกับการขายสินค้าแบบรวมขาย ประเด็นปัญหาแรกที่ศาลต้อง พิจารณา คือ การกระทำของผู้ประกอบการเข้าข่ายเป็นการขายสินค้าแบบรวมขายหรือไม่ โดย ศาลในคดี *Inline Packaging v. Graphic Packaging International, Inc.*⁸ ได้ให้นิยามของ การขายสินค้าแบบรวมขายไว้ว่า เป็นพฤติกรรมที่ผู้ประกอบการได้นำสินค้าหรือบริการตั้งแต่ สองชนิดขึ้นไปที่สามารถแยกขายจากกันได้มารวมขายเข้าด้วยกันแล้วคิดราคาเดียว ทั้งนี้ การ ให้ส่วนลดแบบเป็นชุดจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการได้นำสินค้าหรือบริการต่าง ๆ มารวมขาย เป็นชุดโดยคิดราคาถูกลงกว่าการแยกขายเป็นรายชิ้น

(2) ผู้ประกอบการมีอำนาจทางเศรษฐกิจเพียงพอที่จะรวมกลุ่มสินค้าต่าง ๆ เข้าด้วยกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

อำนาจทางเศรษฐกิจได้มีการให้นิยามเอาไว้ในคดี *United States of America v. E. I. du Pont de Nemours And Co.*⁹ ว่าเป็นอำนาจที่จะควบคุมราคาและกำจัดการแข่งขัน รายอื่นในตลาด โดยในการพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของการขายสินค้าแบบรวมขาย โจทก์มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าจำเลยมีอำนาจทางเศรษฐกิจในสินค้าที่มีการขายแบบรวมขาย เพราะอำนาจทางเศรษฐกิจจะเป็นสิ่งที่ทำให้ผู้บริโภคต้องยอมซื้อสินค้าที่มีการขายแบบเป็นชุด อย่างไรก็ตาม การพิจารณาถึงอำนาจทางเศรษฐกิจของจำเลยไม่ได้หมายความว่าจำเลยจะต้อง เป็นผูกขาดในตลาด เพียงแค่จำเลยมีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือสินค้าที่นำมาขายแบบ

⁷ 15 U.S.C.A. § 1.

⁸ *Inline Packaging, LLC v. Graphic Packaging Int'l, Inc.*, 164 F. Supp. 3d 1117 (D. Minn. 2016), <http://international.westlaw.com>, June 15, 2019.

⁹ *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 76 S. Ct. 994, 100 L. Ed. 1264 (1956), <http://international.westlaw.com>, April 15, 2019.

รวมขายก็เพียงพอที่จะนำมาพิจารณาถึงความรับผิดทางกฎหมายของการกระทำของจำเลยแล้ว

(3) พฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายส่งผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้าระหว่างรัฐ

การพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของการขายสินค้าแบบรวมขายตามมาตรา 1 ของ The Sherman Act 1890 นอกจากศาลจะพิจารณาลักษณะของสัญญาและการใช้อำนาจทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบธุรกิจดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นแล้ว ศาลยังต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อการแข่งขันทางการค้าระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศอีกด้วย หากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจได้ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้าระหว่างรัฐ ผู้ประกอบธุรกิจก็จะมีคามรับผิดตามมาตรา 1 ของ The Sherman Act 1890 แต่หากไม่เข้าเงื่อนไขดังกล่าวแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจรายดังกล่าวก็ต้องรับผิดตามบทบัญญัติในกฎหมายอื่น

ในคดี UniStrip Techs., LLC v. LifeScan, Inc.¹⁰ โจทก์คือบริษัท Unistrip Technologies ได้ยื่นฟ้องจำเลย คือบริษัท LifeScan ว่าได้กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติในมาตรา 1 ของ The Sherman Act 1890 เนื่องจากบริษัท LifeScan ได้เสนอโปรแกรมส่วนลดสำหรับลูกค้าที่ซื้อเครื่องตรวจวัดระดับน้ำตาลในเลือด (OneTouch Ultrameters) เพื่อบังคับลูกค้าให้ซื้ออุปกรณ์อีกชนิดของบริษัทไปในคราวเดียวกัน โดยบริษัท Unistrip Technologies ได้กล่าวอ้างว่าโปรแกรมการให้ส่วนลดของบริษัท LifeScan ส่งผลให้เกิดการกีดกันคู่แข่งรายอื่นที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาด อีกทั้งยังเป็นการสร้างอำนาจผูกขาดในตลาดเครื่องตรวจวัดระดับน้ำตาลในเลือดอีกด้วย ศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่าการรวมขายสินค้าโดยบริษัท LifeScan ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดส่งผลเป็นการกีดกันคู่แข่งที่มีประสิทธิภาพ เนื่องจากบริษัท Unistrip Technologies ต้องเผชิญกับความเสียหายจากการผลิตสินค้าเพียงชนิดเดียวและไม่สามารถให้ข้อเสนอเช่นเดียวกับบริษัท LifeScan ได้ นอกจากนี้การรวมขายสินค้านี้ดังกล่าวยังส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐอีกด้วย การกระทำดังกล่าวจึงเป็นความผิดต่อมาตรา 1 แห่ง The Sherman Act 1890

3.2 การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

มาตรา 2 ของ The Sherman Act 1890 ได้บัญญัติว่า “บุคคลใดกระทำหรือพยายามกระทำการผูกขาด หรือร่วมกัน หรือสมคบกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนเพื่อผูกขาดทางการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างรัฐหรือกับชาติอื่น ๆ ถือว่ามีความผิด”¹¹

¹⁰ UniStrip Techs., LLC v. LifeScan, Inc., 153 F. Supp. 3d 728 (E.D. Pa. 2015, <http://international.westlaw.com>, April 17, 2019.

¹¹ 15 U.S.C.A. § 2.

ในคดี *Le Page's Inc. v. 3M* บริษัท *Le Page's* ซึ่งเป็นบริษัทที่ผลิตสก็อตเทปไฮไดรียนฟองบริษัท 3M ซึ่งเป็นบริษัทที่ผลิตสก็อตเทปไฮและผลิตภัณฑ์หลากหลายชนิด (ผลิตภัณฑ์ด้านการดูแลสุขภาพ ผลิตภัณฑ์ตู้แลรยนต์ ผลิตภัณฑ์ซ่อมแซมบ้าน) ว่าได้กระทำการผูกขาดตลาดสก็อตเทปไฮจากการรวมขายผลิตภัณฑ์หลายชนิดเข้าด้วยกันแล้วให้ส่วนลดแบบเป็นชุด ซึ่งการให้ส่วนลดที่เพิ่มขึ้นแก่ลูกค้าจากการซื้อผลิตภัณฑ์หลายชนิดของบริษัท 3M ทำให้บริษัท *Le Page's* ไม่สามารถแข่งขันกับบริษัท 3M ได้ บริษัท 3M จึงต่อสู้ว่าโปรแกรมการให้ส่วนลดแบบเป็นชุดของตนไม่ได้ละเมิดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาดเนื่องจากตนไม่ได้ตั้งราคาสินค้าในราคาที่ต่ำกว่าต้นทุน อย่างไรก็ตามศาลในคดีนี้ปฏิเสธที่จะรับฟังข้อกล่าวอ้างของบริษัท 3M โดยให้เหตุผลว่าบริษัท 3M ในขณะนั้นได้กลายเป็นผู้ผูกขาดตลาดสก็อตเทปไฮแล้ว และการให้ส่วนลดแบบเป็นชุดของบริษัท 3M ทำให้บริษัท *Le Page's* ซึ่งเป็นบริษัทที่ขายสินค้าเพียงชนิดเดียวไม่สามารถแข่งขันกับบริษัท 3M ได้ กรณีดังกล่าวจึงไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาว่าการให้ส่วนลดของบริษัท 3M เป็นการตั้งราคาสินค้าที่ต่ำกว่าต้นทุนการผลิตหรือไม่¹²

ต่อมาในคดี *Cascade Health Solutions v. PeaceHealth*¹³ ข้อเท็จจริงคือ โรงพยาบาล *McKenzie* และ *PeaceHealth* เป็นโรงพยาบาลเพียง 2 แห่งที่ตั้งอยู่ในรัฐออริกอน โดยโรงพยาบาล *McKenzie* จะให้บริการทางการแพทย์ในระดับปฐมภูมิและทุติยภูมิ ซึ่งเป็นบริการทางการแพทย์ทั่วไป เช่น การรักษาโรคกระดูกหัก หรือการผ่าตัดต่อมทอนซิล ในขณะที่โรงพยาบาล *PeaceHealth* จะให้บริการทางการแพทย์ในระดับปฐมภูมิ ทุติยภูมิ และตติยภูมิ ซึ่งการให้บริการในระดับตติยภูมิจะเป็นการให้บริการทางการแพทย์ที่มีความซับซ้อนมากขึ้น เช่น การผ่าตัดหัวใจและหลอดเลือด หรือการดูแลทารกแรกเกิดอย่างเข้มข้น ทั้งนี้ ในการให้บริการเกี่ยวกับการดูแลทารกแรกเกิด โรงพยาบาล *PeaceHealth* มีส่วนแบ่งในตลาดถึง 90% และในการให้บริการรักษาโรคหัวใจและหลอดเลือดอุดตัน โรงพยาบาล *PeaceHealth* มีส่วนแบ่งในตลาดถึง 93% นอกจากนี้ในการให้บริการทางการแพทย์ในระดับปฐมภูมิและทุติยภูมิ โรงพยาบาล *PeaceHealth* ยังมีส่วนแบ่งในตลาดมากถึง 75% อีกด้วย

ด้วยเหตุดังกล่าวโรงพยาบาล *McKenzie* จึงได้ยื่นฟ้องโรงพยาบาล *PeaceHealth* ว่าได้กระทำการกีดกันการแข่งขันทางการค้าโดยการเสนอส่วนลดแบบเป็นชุดให้กับผู้รับประกันเป็นจำนวนมากถึง 35-40% หากผู้รับประกันทำให้โรงพยาบาล *PeaceHealth* กลายเป็นผู้ผูกขาดเพียงรายเดียวที่ให้บริการทางการแพทย์ทั้งแบบปฐมภูมิ ทุติยภูมิ และตติยภูมิ

¹² *LePage's Inc. v. 3M*, 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003), <http://international.westlaw.com>, April 1, 2019.

¹³ *Cascade Health Sols. v. PeaceHealth*, 515 F.3d 883 (9th Cir. 2008), <http://international.westlaw.com>, April 6, 2019.

ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการขายสินค้าแบบรวมขาย ศาลอุทธรณ์ได้นำทฤษฎีความสามารถในการให้ส่วนลด (Discount attribution) มาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา โดยศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินว่าการที่จำเลยให้ส่วนลดจากการขายสินค้าแบบเป็นชุดยังถือไม่ได้ว่าจำเลยได้กระทำการผูกขาดหรือพยายามผูกขาดภายใต้มาตรา 2 ของ The Sherman Act 1890 เว้นแต่โจทก์จะพิสูจน์ได้ว่า (1) เมื่อนำส่วนลดทั้งหมดมาเฉลี่ยกับสินค้าต่าง ๆ ที่นำมารวมขายแล้ว ปรากฏว่าราคาสินค้าต่าง ๆ เหล่านั้นต่ำกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มที่ใช้ในการผลิตสินค้าดังกล่าว และ (2) โจทก์เป็นผู้ผลิตสินค้าที่มีประสิทธิภาพเทียบเท่ากับจำเลย แต่การตั้งราคาสินค้าของจำเลยส่งผลให้การประกอบธุรกิจของโจทก์เป็นไปด้วยความยากลำบาก นอกจากนี้ศาลในคดีดังกล่าวยังพิจารณาด้วยว่าการขายสินค้าในราคาต่ำกว่าทุนของจำเลยก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันหรือไม่

3.3 พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

มาตรา 5 ของ Federal Trade Commission Act 1914¹⁴ ได้บัญญัติว่า

“(1) วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมหรือที่มีผลกระทบต่อการค้า หรือเป็นการกระทำโดยทุจริต หรือวิธีปฏิบัติที่มีผลกระทบต่อการค้า ถือว่ามีชอบด้วยกฎหมาย

(2) คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการออกคำสั่งเพื่อป้องกันไม่ให้บุคคลธรรมดา ห้างหุ้นส่วน หรือนิติบุคคลใช้วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมหรือที่มีผลกระทบต่อการค้า หรือเป็นการกระทำโดยทุจริต หรือวิธีปฏิบัติที่มีผลกระทบต่อการค้า”

บทบัญญัติในมาตรา 5 มีลักษณะของการบัญญัติกฎหมายไว้ค่อนข้างกว้าง โดยใช้ถ้อยคำว่า “วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม” อีกทั้ง การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวสามารถบังคับใช้กับบุคคลที่แสวงหากำไรทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นบริษัท ห้างหุ้นส่วน บุคคลธรรมดา หรือองค์กรที่ไม่แสวงหากำไร ด้วยเหตุนี้ พฤติกรรมที่เป็นความผิดตามมาตรา 1 หรือมาตรา 2 ของ The Sherman Act 1890 จึงสามารถเป็นความผิดตามมาตรา 5 ของ Federal Trade Commission Act 1914 ได้เช่นกัน¹⁵ ดังนั้น หากผู้ประกอบการรายใดได้กระทำการขายสินค้าแบบรวมขายอันเป็นการฝ่าฝืนต่อ The Sherman Act 1890 มาตรา 1 และมาตรา 2 การกระทำของผู้ประกอบการดังกล่าวก็ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 5 ของ Federal Trade Commission Act ด้วย

นอกจากนี้ การพิสูจน์ความผิดตามมาตรา 5 ของ Federal Trade Commission Act จะมีมาตรฐานการพิสูจน์ที่ต่ำกว่าการพิจารณาความผิดตามมาตรา 1 ของ The Sherman

¹⁴ Federal Trade Commission Act 1914 Section

¹⁵ Times-Picayune Publishing Company v. United States, 345 U.S. 594, 73 S. Ct. 872, 97 L. Ed. 1277 (1953), <http://international.westlaw.com>, April 14, 2019.

Act 1890 โดยในคดี *Atlantic Refining v. FTC*¹⁶ ข้อเท็จจริงคือ บริษัท the Goodyear Tire & Rubber (Goodyear) ซึ่งเป็นผู้ผลิตยางรถยนต์รายใหญ่ที่สุดในสหรัฐอเมริกาตกลงที่จะให้ค่าคอมมิชชั่นแก่ บริษัท Atlantic Refining (Atlantic) ซึ่งเป็นผู้ผลิตน้ำมันรายใหญ่ โดยมีข้อตกลงว่าบริษัท Atlantic จะต้องช่วยส่งเสริมการขายสินค้าของบริษัท Goodyear โดยให้ผู้ค้าปลีกน้ำมันเลือกซื้อยางรถยนต์ แบตเตอรี่ และอุปกรณ์เสริมในรถยนต์ที่บริษัท Goodyear เป็นผู้ผลิต คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้มีคำสั่งห้ามบริษัท Atlantic รับค่าคอมมิชชั่นจากบริษัท Goodyear โดยวินิจฉัยว่า การที่บริษัท Atlantic มีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าผู้ค้าปลีกของตน ย่อมทำให้เกิดการบังคับให้ผู้ค้าปลีกเหล่านั้นต้องยอมซื้อสินค้าดังกล่าวไป และการที่บริษัท Goodyear ให้ค่าคอมมิชชั่นแก่บริษัท Atlantic ถือเป็นความผิดในตัวเอง (Per Se) เช่นเดียวกับการใช้อำนาจทางเศรษฐกิจในตลาดหนึ่งเพื่อทำลายการแข่งขันในตลาดอื่นแล้ว ซึ่งบริษัท Goodyear และบริษัท Atlantic ต่างก็ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ ในคดีนี้ถึงแม้คณะลูกขุนและศาลจะไม่พบเงื่อนไขเกี่ยวกับการบังคับให้ผู้ค้าปลีกต้องซื้อสินค้าที่บริษัท Goodyear เป็นผู้ผลิต อันเป็นความผิดตามมาตรา 1 ของ The Sherman Act 1890 ก็ตาม แต่ศาลอุทธรณ์ก็เห็นชอบกับคำสั่งของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและยืนตามคำสั่งดังกล่าว เนื่องจากเห็นว่า Federal Trade Commission Act ให้อำนาจแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่จะวินิจฉัยถึงสถานการณ์ที่เป็นการบังคับได้

4. มาตรการควบคุมการขายสินค้าแบบรวมขายตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหภาพยุโรป

ประชาคมยุโรป (EC) เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำจัดภาษีศุลกากรและการกีดกันทางการค้าระหว่างรัฐสมาชิก ในช่วงปี ค.ศ. 1950 กลุ่มประเทศยุโรปตะวันตกได้ร่วมกันกำหนดนโยบายการแข่งขันเพื่ออำนวยความสะดวกในการสร้างตลาดร่วม (Common market) และมุ่งกำจัดอุปสรรคทางการค้าที่กำหนดโดยรัฐและป้องกันการแบ่งแยกตลาด¹⁷ โดยนโยบายการแข่งขันของสหภาพยุโรป (EC Competition Policy) ได้สะท้อนออกมาทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (EC Competition Law) ซึ่งแต่เดิมมาตรา 81 และ มาตรา 82 ของ EC Competition Law เป็นมาตรการหลักที่นำมาใช้ในการพิจารณาปัญหาที่เกิดขึ้น แต่เมื่อสนธิสัญญาลิสบอนมีผลใช้บังคับก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติใหม่ทั้งหมดโดยมาตรา 81 และ 82 ได้ถูกปรับเปลี่ยนเป็นมาตรา 101 และมาตรา 102 ของ

¹⁶ *Atlantic Refining v. FTC*, 381 U.S. 357, 359, 85 S. Ct. 1498, 1501, 14 L. Ed. 2d 443 (1965), <http://international.westlaw.com>, April 14, 2019.

¹⁷ วิฑิต มั่นตราภรณ์, “นโยบายการแข่งขันและกิจกรรมในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป,” วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 4, ปีที่ 13, (มีนาคม 2526) : 123-124.

สนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (The Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU) แทนตามลำดับ แต่อย่างไรก็ตาม เนื้อหาของบทบัญญัติก็ไม่ได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม

4.1 การร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า

มาตรา 101 ของ TFEU¹⁸ บัญญัติว่า “การกระทำดังต่อไปนี้ถือเป็นสิ่งต้องห้ามเนื่องจากมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด ข้อตกลงทุกชนิดระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ การตัดสินใจโดยสมาคมของผู้ประกอบการธุรกิจและแนวปฏิบัติร่วมกันซึ่งอาจจะส่งผลกระทบต่อการค้าของรัฐสมาชิกและซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการกีดกัน จำกัดหรือบิดเบือนการแข่งขันภายในตลาดของสหภาพยุโรป และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีต่อไปนี้...

(จ) การจัดทำข้อผูกมัดหรือพันธะเพิ่มเติมอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาสาระของสัญญาตามปกติหรือแม้แต่ตามธรรมเนียมประเพณีทางการค้าก็ตาม

ข้อตกลงหรือการตัดสินใจใด ๆ ซึ่งต้องห้ามตามมาตรานี้ให้ถือว่าเป็นโมฆะ บทบัญญัติในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับแก่กรณีที่

- ข้อตกลงใด ๆ หรือประเภทของข้อตกลงใด ๆ ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ

- การตัดสินใจใด ๆ หรือประเภทของการตัดสินใจใด ๆ โดยสมาคมของผู้ประกอบการธุรกิจ

- การสมคบกันใด ๆ หรือประเภทของการสมคบกันใด ๆ ซึ่งมีผลเป็นการพัฒนาการผลิตสินค้าหรือการจัดจำหน่ายสินค้าหรือนำเสนอความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือทางเศรษฐกิจ และในขณะเดียวกันผู้บริโภคมustจะได้รับประโยชน์อย่างเป็นธรรม และจะต้องไม่

(ก) เอาเปรียบผู้ประกอบการอื่นโดยการจำกัดการแข่งขัน

(ข) ทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้ประกอบการรายอื่นในการถูกกำจัดออกไปจากตลาดเนื่องมาจากการกระทำดังกล่าว”

การพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของการขายสินค้าแบบรวมขายตามมาตรา 101 ของ TFEU จะไม่ถือเป็นพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามมาตรา 101 โดยทันที แต่การพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของพฤติกรรมดังกล่าวจะต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบในแง่ลบที่เกิดขึ้นต่อการแข่งขันในตลาดและประสิทธิภาพจากพฤติกรรมดังกล่าวด้วยเสมอ ทั้งนี้ การขายสินค้าแบบรวมขายที่จะได้รับประโยชน์ตามมาตรา 101 (3) ของ TFEU จะต้องมียุทธศาสตร์ประกอบทั้ง 4 ประการ ดังต่อไปนี้¹⁹

¹⁸ Article 101 (ex Article 81)

¹⁹ Daniel G. Goyder, EC Competition Law, 4th ed., (Oxford: Oxford University Press, 2003), pp. 121-126.

ประการแรก การขายสินค้าแบบรวมขายจะต้องมีส่วนในการปรับปรุงและเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิตและการจำหน่ายสินค้า เช่น การเพิ่มปริมาณผลผลิตในตลาด การพัฒนาเทคนิคในการผลิตสินค้า การลดต้นทุนในการผลิตสินค้า เป็นต้น

ประการที่สอง ผู้บริโภคจะต้องได้รับประโยชน์หรือได้รับส่วนแบ่งอย่างเป็นธรรมจากการขายสินค้าแบบรวมขาย กล่าวคือ การขายสินค้าแบบรวมขายจะต้องไม่เอื้อประโยชน์ต่อผู้ผลิตเท่านั้น แต่จะต้องก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้บริโภค ซึ่งอาจเป็นได้ทั้งผู้ค้าปลีก หรือผู้บริโภคขั้นสุดท้ายด้วย เช่น การได้ประโยชน์จากการลดราคา การเพิ่มคุณภาพหรือความหลากหลายของสินค้า การให้บริการที่ดีขึ้น เป็นต้น

ประการที่สาม การขายสินค้าแบบรวมขายต้องไม่ส่งผลให้เกิดการสร้างข้อจำกัดที่ไม่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว กล่าวคือ หากข้อจำกัดของผู้ประกอบธุรกิจสามารถที่จะบรรลุได้โดยวิธีการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่น้อยกว่าแล้ว การกระทำดังกล่าวของผู้ประกอบธุรกิจก็จะได้ไม่ได้รับข้อยกเว้นตามกฎหมายฉบับนี้

ประการที่สี่ ข้อจำกัดที่เกิดจากการขายสินค้าแบบรวมขายจะต้องไม่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดอย่างมีนัยสำคัญ

4.2 การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

มาตรา 102 แห่ง TFEU²⁰ ได้บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือหลายรายกระทำการอันเป็นการใช้สภาพที่มีอยู่เหนือตลาดโดยมิชอบภายในตลาดร่วมหรือส่วนสำคัญของตลาดร่วม เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับการมีตลาดร่วม ทั้งนี้ トラบเท่าที่การกระทำดังกล่าวกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก

การใช้อำนาจโดยมิชอบดังกล่าวประกอบด้วย...

(ง) การจัดทำข้อผูกมัดหรือพันธะเพิ่มเติมอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาสาระของสัญญาตามปกติหรือแม้แต่ตามธรรมเนียมประเพณีทางการค้าก็ตาม”

เพื่อเป็นการกำหนดแนวทางที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 102 ของ TFEU คณะกรรมาธิการได้มีการจัดทำแนวปฏิบัติที่ชื่อว่า Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings ขึ้นในปี ค.ศ. 2009 โดยแนวปฏิบัติดังกล่าวได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายไว้ดังต่อไปนี้²¹

²⁰ Article 102 (ex Article 82)

²¹ Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, paragraph 50.

(1) สินค้าที่นำมาขายแบบรวมขายต้องเป็นสินค้าต่างชนิดกัน

การพิจารณาว่าสินค้าที่นำมารวมขายเป็นสินค้าต่างชนิดกันหรือไม่จะพิจารณาจากอุปสงค์ของผู้บริโภค หากในกรณีปกติที่ไม่มีการนำสินค้าต่าง ๆ มารวมขายเข้าด้วยกันแล้ว ผู้บริโภคส่วนใหญ่จะซื้อสินค้าแต่ละชนิดจากผู้ประกอบการต่างรายกัน กรณีเช่นนี้จะถือว่าสินค้าที่นำมาขายแบบรวมขายเป็นสินค้าต่างชนิดกัน หรือหากสินค้าเหล่านั้นสามารถแยกขายได้ด้วยตัวของมันเอง หรือปรากฏว่าผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดนำสินค้าแต่ละชนิดที่สามารถแยกขายจากกันได้มารวมขายเข้าด้วยกัน หรือมีหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าในกรณีที่ผู้ประกอบการไม่มีอำนาจเหนือตลาดจะไม่นำสินค้าเหล่านั้นมารวมขายเข้าด้วยกันแล้ว ก็จะถือว่าสินค้าที่นำมารวมขายเข้าด้วยกันนั้นเป็นสินค้าต่างชนิดกัน²²

(2) การขายสินค้าแบบรวมขายนำไปสู่การทำลายการแข่งขันในตลาดของสินค้าที่นำมารวมขายเข้าด้วยกัน

การขายสินค้าแบบรวมขายที่จะก่อให้เกิดการทำลายการแข่งขันในตลาดอาจกระทำโดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดในสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งหรือหลายชนิดที่นำมารวมกันก็ได้ และยิ่งหากสินค้าที่นำมารวมขายเข้าด้วยกันมีความหลากหลายมากเท่าไร ความเป็นไปได้ที่จะส่งผลให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาดก็จะยิ่งมากขึ้นเท่านั้น กล่าวคือ หากการรวมขายสินค้าเข้าด้วยกันเป็นสิ่งที่คู่แข่งไม่สามารถกระทำได้หรือกระทำได้ยากแล้ว ก็ยิ่งแสดงให้เห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาด²³

ในการพิจารณาว่าการขายสินค้าแบบรวมขายจะนำไปสู่การจำกัดการแข่งขันในตลาดของสินค้าที่นำมารวมขายเข้าด้วยกันหรือไม่ จะพิจารณาจากการให้ส่วนลดจากการเสนอขายสินค้าแบบเป็นชุดนั้น โดยหากการให้ส่วนลดดังกล่าวส่งผลให้คู่แข่งที่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันที่ขายสินค้าเพียงชนิดเดียวไม่สามารถแข่งขันต่อไปได้ การให้ส่วนลดแบบเป็นชุดดังกล่าวก็จะถือเป็นการกระทำที่ส่งผลให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาด²⁴

ในทางทฤษฎี การประเมินผลกระทบจากการให้ส่วนลดแบบเป็นชุดสามารถประเมินโดยดูว่ารายได้ส่วนเพิ่ม (Incremental revenue) จากการขายสินค้านั้นครอบคลุมต้นทุนส่วนเพิ่ม (Incremental costs) สำหรับการผลิตสินค้าแต่ละชนิดที่นำมารวมขายหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติการประเมินรายได้ส่วนเพิ่มนั้นมีความซับซ้อนมาก ดังนั้นคณะกรรมการจึงใช้การประเมินโดยดูว่าราคาส่วนเพิ่มที่ลูกค้าจ่ายไปสำหรับสินค้าแต่ละรายการยังคงสูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มเฉลี่ยในระยะยาว หรือ LRAIC ของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดจากการรวมขายสินค้าต่าง ๆ เข้าด้วยกันหรือไม่ โดยคณะกรรมการจะไม่

²² Ibid., paragraph 51.

²³ Ibid., paragraph 54.

²⁴ Ibid., paragraph 59.

เข้าไปแทรกแซงการกระทำดังกล่าว หากคู่แข่งที่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันและเป็นผู้ขายสินค้าเพียงชนิดเดียวสามารถแข่งขันกับผู้ประกอบการที่ขายสินค้าแบบรวมขายได้²⁵

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการขายสินค้าแบบรวมขาย ศาลอาจพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวทำให้เกิดการประหยัต้นทุนในการผลิตหรือต้นทุนในการจัดจำหน่ายสินค้า หรือเป็นการลดต้นทุนในการทำธุรกรรมอันก่อให้เกิดผลดีต่อผู้บริโภคหรือไม่ หากการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากกว่าการขายสินค้าเพียงชนิดเดียวแล้วก็ย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรา 102 ของ TFEU ได้อย่างใด²⁶

5. ปัญหาในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ต่อพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขาย

มาตรการทางกฎหมายที่จะนำมาใช้พิจารณาปัญหาเกี่ยวกับการขายสินค้าแบบรวมขายที่เกิดขึ้นในประเทศไทยจะประกอบด้วยบทกฎหมาย 3 ประเภท ได้แก่ บทกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า มาตรา 55 (4) บทกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ มาตรา 50 (1) (2) และบทกฎหมายเกี่ยวกับพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 57 (1) (2) (3) โดยบทกฎหมายดังกล่าวมีปัญหาในการใช้ การตีความดังต่อไปนี้

5.1 ปัญหาการตีความกฎหมายต่อพฤติกรรมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า

บทบัญญัติในมาตรา 55 (4) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า²⁷ เป็นบทบัญญัติที่ห้ามผู้ประกอบการร่วมกันกระทำการใด ๆ อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันในตลาด โดยกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการเพื่อให้ปฏิบัติตามที่ตกลงกัน หากพิจารณาบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวจะพบว่า บทบัญญัตินี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้าง ๆ อีกทั้งประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็ได้อธิบายบทบัญญัติในอนุมาตราดังกล่าวเพียงว่าเป็นการกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติให้ผู้ประกอบการแต่ละรายปฏิบัติตาม โดยอาจกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรหรือรูปแบบอื่น หรือเป็นเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือ

²⁵ *Ibid.*, paragraph 60.

²⁶ *Ibid.*, paragraph 62.

²⁷ มาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

การบริการในตลาด²⁸ ซึ่งจากการพิจารณาถ้อยคำในประกาศฉบับดังกล่าวแล้ว จะพบว่ามี การอธิบายการใช้การตีความบทบัญญัติในมาตรา 55 (4) ในลักษณะที่คลุมเครือและไม่ก่อให้เกิด ความชัดเจนขึ้นแต่อย่างใด

5.2 ปัญหาการตีความกฎหมายต่อพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

บทบัญญัติในมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560²⁹ เป็นบทบัญญัติที่ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดกระทำการผิดกฎหมาย อย่างเป็นธรรมอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยมาตรา 50 (1) ได้บัญญัติห้ามผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม โดยประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้อธิบายคำที่กำหนดหรือรักษาระดับราคาขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรมเอาไว้ว่า เป็นการขายสินค้าหรือ บริการในราคาที่ต่ำกว่าต้นทุนแปรผันเฉลี่ย (Average Variable Cost : AVC) หรือต่ำกว่า ต้นทุนรวมเฉลี่ย (Average Total Cost : ATC)³⁰ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่ได้กำหนดไว้อย่าง ชัดเจนว่าการพิจารณาราคาสินค้าหรือบริการจากต้นทุนแปรผันเฉลี่ย หรือต้นทุนรวมเฉลี่ย จะนำมาใช้บังคับกับพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในกรณีใด อีกทั้งการพิจารณาต้นทุนสินค้า จากการขายสินค้าแบบรวมขายก็มีความซับซ้อนมากกว่าการพิจารณาต้นทุนของสินค้าชนิดใด ชนิดหนึ่งเพียงชนิดเดียว เนื่องจากสินค้าต่าง ๆ ที่นำมารวมขายเข้าด้วยกันย่อมมีต้นทุนและ กำไรของสินค้าแต่ละชนิดที่ต่างกัน ดังนั้น การพิจารณาต้นทุนสินค้าที่มีการนำมารวมขายจาก ราคาต้นทุนแปรผันเฉลี่ย หรือต้นทุนรวมเฉลี่ยก็อาจทำให้การพิจารณาต้นทุนสินค้าต่าง ๆ เกิด ความคลาดเคลื่อนได้

5.3 ปัญหาการตีความกฎหมายต่อพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

บทบัญญัติในมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560³¹ เป็นบทบัญญัติที่ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ อันส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งจากการ พิจารณาทบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวแล้วจะพบว่าผู้ประกอบธุรกิจทุกประเภทที่ไม่ตกอยู่ ภายใต้อำนาจของบทบัญญัติในมาตรา 4 สามารถตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ได้

²⁸ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำ ร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 ข้อ 10 (4)

²⁹ มาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

³⁰ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำ ต้องห้ามของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ข้อ 5 (1)

³¹ มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ทั้งสิ้น นอกจากนี้บทบัญญัติในมาตราดังกล่าวยังได้มีการบัญญัติถ้อยคำของกฎหมายไว้อย่างกว้าง ๆ โดยใช้คำว่า “อย่างไม่เป็นธรรม” จึงอาจทำให้เกิดข้อสงสัยว่าพฤติกรรมใดของผู้ประกอบธุรกิจที่จะถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมบ้าง ซึ่งจากการพิจารณาประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า พบว่าได้มีการอธิบายพฤติกรรมการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 (1) ว่าเป็นการกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการต่ำอย่างไม่เป็นธรรมเพื่อกีดกันผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น³² แต่อย่างไรก็ตาม ประกาศฉบับดังกล่าวก็ไม่ได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการต่ำอย่างไม่เป็นธรรมไว้แต่อย่างใด นอกจากนี้ บทบัญญัติในมาตรา 57 (2) ที่กำหนดห้ามไม่ให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใดใช้อำนาจตลาดหรืออำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรม ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการมีอำนาจตลาดหรือการมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าโดยประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า แต่ประกาศฉบับดังกล่าวไม่ได้มีการอธิบายลักษณะของพฤติกรรมที่ผู้มีอำนาจตลาดหรืออำนาจต่อรองที่เหนือกว่าจะใช้ในการกระทำ ความผิดแต่อย่างใด จึงอาจทำให้เกิดข้อสงสัยว่าการพิจารณาความรับผิดของผู้มีอำนาจตลาดหรืออำนาจต่อรองที่เหนือกว่าจะใช้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับการพิจารณาความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 50 หรือไม่

6. บทสรุป

จากการศึกษาลักษณะของพฤติกรรมที่เกี่ยวกับการขายสินค้าแบบรวมขาย และแนวทางการปรับใช้กฎหมายกับพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายของต่างประเทศ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การขายสินค้าแบบรวมขายโดยทั่วไปแล้วไม่ใช่การกระทำที่ผิดกฎหมาย เว้นแต่การขายสินค้าแบบรวมขายที่ส่งผลให้เกิดการกีดกันคู่แข่งให้ต้องออกไปจากตลาดอย่างรุนแรงหรืออย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งการจะพิจารณาว่าการขายสินค้าแบบรวมขายในกรณีใดส่งผลให้เกิดการกีดกันคู่แข่งให้ออกไปจากตลาดอย่างรุนแรงหรือไม่ จำต้องอาศัยหลักเกณฑ์และข้อเท็จจริงต่าง ๆ เพื่อประกอบการพิจารณา โดยกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของพฤติกรรมดังกล่าวไว้ในแนวปฏิบัติ และคำพิพากษาของศาล จึงทำให้ผู้ใช้ผู้ตีความกฎหมายสามารถนำหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ดังกล่าวมาใช้ในการวินิจฉัยคดีที่เกิดขึ้นได้อย่างชัดเจน ส่วนในประเทศไทย แม้จะมีประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเพื่อใช้อธิบายขยายความบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ประกาศต่าง ๆ ที่ออกมาก็ยังขาดความชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้การใช้ การตีความกฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งหากพิจารณา

³² ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำอันเป็นผลเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น พ.ศ. 2561 ข้อ 8 (1)

เพียงถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ก็อาจทำให้ผู้ใช้กฎหมายตีความไปว่าพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายในทุกกรณีด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายไว้ในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้ การตีความบทบัญญัติของกฎหมายต่อไป

7. ข้อเสนอแนะ

เนื่องจากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่นำมาใช้ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการขายสินค้าแบบรวมขายได้บัญญัติถ้อยคำในกฎหมายไว้อย่างกว้าง ๆ จึงอาจทำให้ผู้ใช้กฎหมายตีความไปว่าการขายสินค้าแบบรวมขายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในทุกกรณี หรือบางกรณีก็อาจตีความบทบัญญัติของกฎหมายโดยขาดการพิจารณาข้อเท็จจริงอย่างรอบด้านด้วยเหตุดังกล่าว ผู้เขียนจึงมีความเห็นให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ไว้ในประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

(1) พฤติกรรมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า

ในการจัดทำประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 ผู้เขียนเห็นว่า คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดของพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายตามมาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ดังนี้

(ก) ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นซื้อสินค้าหลายชนิดที่ตนเป็นผู้ผลิต โดยในการพิจารณาว่าสินค้าที่นำมารวมขายเข้าด้วยกันเป็นสินค้าที่สามารถแยกขายจากกันได้หรือไม่ สามารถพิจารณาได้จากคุณสมบัติหรือชนิดของตัวสินค้า อุปสงค์ของผู้บริโภค ความแตกต่างของสินค้าจากการรวมกันทางเทคโนโลยี หรืออาจพิจารณาจากปัจจัยหลายประการประกอบกัน เป็นต้น

(ข) ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งมีอำนาจทางเศรษฐกิจเพียงพอที่จะรวมกลุ่มสินค้าต่าง ๆ เข้าด้วยกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน โดยอำนาจทางเศรษฐกิจ หมายถึง อำนาจที่จะควบคุมราคาและกำจัดคู่แข่งรายอื่นให้ออกไปจากตลาด

(ค) การกระทำได้กล่าวส่งผลให้เกิดการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด เช่น การให้ส่วนลดแบบเป็นชุดที่มีลักษณะเป็นการตั้งราคาสินค้าหรือบริการต่ำอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 50

(2) พฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

ในการจัดทำประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำต้องห้ามของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ผู้เขียนเห็นว่า คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดของพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ดังนี้

(ก) การให้ส่วนลดแบบเป็นชุดจากการขายสินค้าแบบรวมขายที่มีลักษณะเป็นการกำหนดหรือรักษาระดับราคาขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรมต้องปรากฏว่าราคาสินค้าต่าง ๆ หลังจากที่มีการคำนวณส่วนลดทั้งหมดแล้วมีราคาต่ำกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มที่ใช้ในการผลิตสินค้าเหล่านั้น

(ข) การกระทำได้กล่าวส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันหรือเหนือกว่าผู้ประกอบธุรกิจที่ใช้วิธีการให้ส่วนลดแบบเป็นชุดต้องออกไปจากตลาด หรือแข่งขันด้วยความยากลำบาก

(3) พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

ในการจัดทำประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำอันเป็นผลเสียแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น พ.ศ. 2561 ผู้เขียนเห็นว่า คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดของพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ดังนี้

(ก) ผู้ประกอบธุรกิจใช้อำนาจตลาดหรืออำนาจต่อรองที่เหนือกว่ากำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการต่ำอย่างไม่เป็นธรรม หรือกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น

(ข) การกระทำได้กล่าวส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันหรือเหนือกว่าผู้ประกอบธุรกิจที่ใช้วิธีการให้ส่วนลดแบบเป็นชุดต้องออกไปจากตลาด หรือแข่งขันด้วยความยากลำบาก

บรรณานุกรม

หนังสือภาษาไทย

- ชยันต์ ตันติวิศดาการ. เศรษฐศาสตร์จุลภาค : ทฤษฎีและการประยุกต์. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.
- ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562.

หนังสือภาษาต่างประเทศ

- Daniel G. Goyder. EC Competition Law. 4th. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Dennis W. Carlton and Jeffrey M. Perloff, Modern Industrial Organization. 4th. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2005.
- Massimo Motta. The United States of America: Cambridge University Press, 2004.
- Paul Belleflamme and Martin Peitz. 2nd. The United Kingdom: University Printing House, 2015.

บทความภาษาไทย

- วิจิต มั่นตรารณ. “นโยบายการแข่งขันและกิจกรรมในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป.” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 13 เล่มที่ 4 (มีนาคม 2526): 123-124.

บทความภาษาต่างประเทศ

- Christopher R. Leslie. “Unilaterally Imposed Tying Arrangements and Antitrust’s Concerted Action Requirement.” Ohio State Law Journal. 60 (1999): 1780.

เอกสารออนไลน์

- Atlantic Refining v. FTC, 381 U.S. 357, 359, 85 S. Ct. 1498, 1501, 14 L. Ed. 2d 443 (1965), [Online], <http://international.westlaw.com> [Accessed April 14, 2019]

- Cascade Health Sols. v. PeaceHealth, 515 F.3d 883 (9th Cir. 2008), [Online], <http://international.westlaw.com> [Accessed April 6, 2019]
- Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings,[Online], <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009XC0224%2801%29> [Accessed April 6, 2019]
- Inline Packaging, LLC v. Graphic Packaging Int'l, Inc., 164 F. Supp. 3d 1117 (D. Minn. 2016), [Online], <http://international.westlaw.com> [Accessed June 15, 2019]
- LePage's Inc. v. 3M, 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003), [Online], <http://international.westlaw.com> [Accessed April 1, 2019]
- Suture Express, Inc. v. Owens & Minor Distribution, Inc., 851 F.3d 1029, 1036 (10th Cir.), cert. denied sub nom. Suture Exp., Inc. v. Owens & Minor Distribution, Inc., 138 S. Ct. 146, 199 L. Ed. 2d 186 (2017), [Online], <http://international.westlaw.com> [Accessed June 30, 2019]
- Times-Picayune Publishing Company v. United States, 345 U.S. 594, 73 S. Ct. 872, 97 L. Ed. 1277 (1953), <http://international.westlaw.com> [Accessed April 14, 2019]
- UniStrip Techs., LLC v. LifeScan, Inc, 153 F. Supp. 3d 728 (E.D. Pa. 2015), [Online], <http://international.westlaw.com> [Accessed April 17, 2019]
- United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 76 S. Ct. 994, 100 L. Ed. 1264 (1956), [Online], <http://international.westlaw.com> [Accessed April 15, 2019]

ความสอดคล้องของแผนปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายป่าไม้ ธรรมาภิบาล และการค้าของสหภาพยุโรป ภายใต้กรอบ ความตกลงขององค์การการค้าโลก^{*}

The Consistency of the EU's Forest Law Enforcement, Governance and Trade Action Plan Under the Framework Agreements of WTO

หทัยชนก พุทธศักดิ์เมธี^{**}

Hathaichanok Phutthasakmethee

บทคัดย่อ

แผนปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายป่าไม้ ธรรมาภิบาล และการค้าของสหภาพยุโรป เป็นหนึ่งในนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรปที่ห้ามนำสินค้าไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้ที่ผิดกฎหมายเข้ามาจำหน่ายภายในสหภาพยุโรป ซึ่งเข้าข่ายการเป็นมาตรการทางการค้าที่มีใช้ภาษี อันเป็นการกีดกันทางการค้าต่อประเทศอื่นตามกรอบความตกลงขององค์การการค้าโลก ที่สหภาพยุโรปเป็นสมาชิก บทความฉบับนี้จึงได้ศึกษาความสอดคล้องของแผนปฏิบัติการดังกล่าวภายใต้กรอบความตกลงขององค์การการค้าโลก โดยผลการศึกษาพบว่าแผนปฏิบัติการดังกล่าวมีลักษณะที่ขัดต่อพันธกรณีภายในความตกลงขององค์การการค้าโลก อีกทั้งแผนปฏิบัติการ

^{*} วันที่รับบทความ (Received): 18 มิถุนายน 2562; วันที่แก้ไขบทความ (Revised): 1 สิงหาคม 2562; วันที่ตอบรับบทความ (Accepted): 5 สิงหาคม 2562

บทความนี้สรุปมาจากวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนเรื่อง “ความสอดคล้องของแผนปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายป่าไม้ ธรรมาภิบาลและการค้าของสหภาพยุโรป ภายใต้กรอบความตกลงขององค์การการค้าโลก” โดยมีผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.จารุประภา รักพงษ์ เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

^{**} นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นักวิชาการยุติธรรม กองการต่างประเทศ สำนักปลัดกระทรวงยุติธรรม

Master Student in International Law, Faculty of Law, Thammasat University and Justice Officer, International Affairs Division, Office of the Permanent Secretary, Ministry of Justice

E-mail: h.phutthasakmethee@gmail.com

ดังกล่าวก็ไม่อาจอ้างข้อยกเว้นเพื่อให้แผนปฏิบัติการดังกล่าวสามารถใช้บังคับกับประเทศอื่นได้ ฉะนั้น จึงถือได้แผนปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายป่าไม้ ธรรมชาติ และการค้าของสหภาพยุโรปขาดความสอดคล้องและขัดต่อพันธกรณีภายใต้กรอบความตกลงขององค์การการค้าโลก

คำสำคัญ: แผนปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายป่าไม้ ธรรมชาติ และการค้าของสหภาพยุโรป, มาตรการทางการค้าที่มีใช้ภาษี, ไม้ที่ผิดกฎหมาย, กฎระเบียบเรื่องการป้องกันการค้าไม้ที่ผิดกฎหมายและส่งออกผลิตภัณฑ์ที่ทำจากไม้ไปยังตลาดสหภาพยุโรป

Abstract

The EU's Forest Law Enforcement, Governance and Trade Action Plan is part of the environment policies, which ban illegal logging within the EU. The action plan may be Non-tariff measures under the WTO Framework Agreements, which EU is a member of the WTO. This Article is study on consistency of the EU's action plan under the WTO Framework Agreements. The study found that the EU's action plan had conflict with the obligation of WTO. Also, the EU can not apply the exception of WTO agreements to enforce other state. Conclusion, the EU's Forest Law Enforcement, Governance and Trade Action Plan is not consistent and conflict on the agreements of WTO.

Keywords: EU's Forest Law Enforcement, Governance and Trade Action Plan, Non-Tariff Measures, Illegal Logging, EU Timber Regulation

1. บทนำ

ปัจจุบันปัญหาเรื่องการค้าไม้ที่ผิดกฎหมาย ถือเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ป่าไม้ถูกทำลายไปจำนวนมาก เนื่องจากการลักลอบตัดไม้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งผลกระทบจากปัญหาดังกล่าว นอกจากจะก่อให้เกิดความสูญเสียต่อสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ ยังส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจระหว่างประเทศอีกด้วยจึงทำให้นานาประเทศต่างรวมกลุ่มเพื่อจัดตั้งความตกลงต่าง ๆ หรือตั้งองค์การระหว่างประเทศ เพื่อที่จะแก้ปัญหาดังกล่าว อย่างไรก็ตาม การรวมกลุ่มของนานาประเทศเพื่อแก้ปัญหาเรื่องการค้าไม้ผิดกฎหมายกลับไม่สามารถแก้ปัญหาได้ทั้งหมด ด้วยเหตุนี้จึงเป็นเหตุผลที่ทำให้ประเทศที่พัฒนาแล้วหลายประเทศได้มีการกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับในการควบคุมจัดการไม้และผลิตภัณฑ์ไม้โดยกำหนดให้ไม้และผลิตภัณฑ์ไม้ที่จะนำเข้าสู่ตลาดต้องเป็นไม้ที่ถูกกฎหมาย

ซึ่งสามารถระบุข้อมูลและที่มาของไม้ได้ตั้งแต่กระบวนการตัดไม้ ขนย้ายไม้ พักไม้ แปรรูปไม้ จนกระทั่งส่งออกไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้ที่สามารถตรวจสอบได้โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย รวมทั้งประสงค์ที่จะให้ประเทศอื่นรับเอาแนวคิดเกี่ยวกับนโยบายการคุ้มครองด้านสิ่งแวดล้อม อันปรากฏในลักษณะของมาตรการ กฎเกณฑ์ กฎระเบียบ หรือแม้แต่ในรูปแบบของแผนปฏิบัติการ เพื่อนำไปใช้ภายในประเทศที่กำลังพัฒนา¹

สหภาพยุโรป (European Union) หนึ่งในกลุ่มของประเทศที่พัฒนาแล้วจึงได้มีแนวทางในการจัดการปัญหาดังกล่าว โดยการกำหนดแผนปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายป่าไม้ ธรรมชาติ และการค้า (Forest Law Enforcement, Governance and Trade Action Plan, FLEGT Action Plan) หรือแผนปฏิบัติการ FLEGT² อันมีวัตถุประสงค์เป็นการห้ามนำสินค้าไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้ที่ผิดกฎหมายเข้ามาจำหน่ายภายในสหภาพยุโรป หากปรากฏว่าสินค้าไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้เป็นสินค้าที่ไม่สามารถระบุที่มาได้ ซึ่งมีผลบังคับใช้โดยตรงกับสินค้าไม้และผลิตภัณฑ์ไม้ รวมถึงมีผลกระทบต่อผู้ประกอบการในประเทศต่าง ๆ ที่ต้องการนำสินค้าไม้เข้ามาจำหน่ายภายในสหภาพยุโรป แม้แผนปฏิบัติการดังกล่าวจะเป็นหนึ่งในนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรป แต่มาตรการดังกล่าวกลับมีลักษณะเป็นการกีดกันทางการค้า โดยเฉพาะมาตรการที่มีใช้ภาษี (Non – Tariff Measures, NTMs) ภายใต้คำจำกัดความขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization, WTO) เมื่อปรากฏว่าสหภาพยุโรปเป็นหนึ่งในสมาชิกขององค์การการค้าโลก ดังนั้น การกำหนดมาตรการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นนโยบาย กฎระเบียบ กฎหมาย หรืออื่น ๆ จำต้องมีความสอดคล้องตามพันธกรณีภายในความตกลงขององค์การการค้าโลก

อย่างไรก็ดี เมื่อผู้เขียนได้พิจารณาลักษณะของแผนปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายป่าไม้ ธรรมชาติ และการค้าหรือแผนปฏิบัติการ FLEGT ของสหภาพยุโรป รวมถึงข้อบ่งชี้ในความตกลงที่เกี่ยวข้องภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลก พบว่าแผนปฏิบัติการดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกีดกันทางการค้า ซึ่งขัดต่อวัตถุประสงค์ที่สำคัญขององค์การการค้าโลกที่มุ่งจัดอุปสรรคทางการค้าต่าง ๆ ฉะนั้น ในบทความนี้จึงได้มีการกล่าวถึง ลักษณะของแผนปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายป่าไม้ ธรรมชาติ และการค้าของสหภาพยุโรป รวมถึงการวิเคราะห์ความสอดคล้องของแผนปฏิบัติการกับหลักทางกฎหมายขององค์การการค้าโลกว่าด้วยมาตรการทางการค้าที่มีใช้ภาษีภายใต้ความตกลงที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

¹ มณฑาทิพย์ ลิ้มชนะกิจ, “หลักการการค้าเสรีของเกดต์กับการคุ้มครองทรัพยากรร่วม: ศึกษากรณี Tuna-Dolphin,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), หน้า 93.

² ต่อไปในบทความ คำว่า “แผนปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายป่าไม้ ธรรมชาติ และการค้า” จะใช้เป็น “แผนปฏิบัติการ FLEGT” แทน

2. แผนปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายป่าไม้ ธรรมชาติ และการค้าของสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรป (European Union's) หรือองค์การความร่วมมือส่วนภูมิภาค ได้กำหนดโครงสร้างของกฎหมายและผลการใช้บังคับ ซึ่งประกอบด้วย 2 ประเภทหลัก ดังนี้

(1) กฎหมายลำดับต้น (primary legislation) คือ กฎหมายที่มีลักษณะเป็นการก่อตั้งสหภาพยุโรป ประกอบไปด้วยสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมทั้งหมด 9 ฉบับ³

(2) กฎหมายลำดับรอง (secondary legislation) จะถูกบัญญัติในสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union) หรือ TFEU ซึ่งจะเป็นประเภทที่มีผลผูกพันทางกฎหมายจะแบ่งออกเป็น 3 ประเภท⁴ ได้แก่ กฎระเบียบ (regulations) ระเบียบข้อบังคับ (directives) และข้อตัดสินใจ (decisions) โดยเป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับเด็ดขาดและอยู่เหนือกฎหมายภายในของประเทศสมาชิก เสมือนเป็นกฎหมายภายในของประเทศสมาชิก คือกฎระเบียบ ฉะนั้น หากสหภาพยุโรปออกกฎระเบียบเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ประเทศสมาชิกทุกประเทศจะออกกฎหมายในลักษณะที่ขัดต่อกฎระเบียบดังกล่าวไม่ได้ และประเทศสมาชิกไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับกฎระเบียบดังกล่าวด้วยเช่นกัน

โดยเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายหรือนโยบายด้านสิ่งแวดล้อม สหภาพยุโรปได้ให้ความสำคัญและบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในอนุสัญญาก่อตั้งซึ่งถือเป็นกฎหมายลำดับต้น รวมทั้งมีกฎระเบียบ และระเบียบข้อบังคับมากมายอันเกี่ยวข้องกับเรื่องสิ่งแวดล้อม หลักการที่สำคัญที่นำมาเป็นพื้นฐานในการกำหนดนโยบาย หรือกฎเกณฑ์ต่าง ๆ มีที่มาจากกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ ความตกลงระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม ไม่ว่าจะเป็นหลักการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูง (The Principle of High Level of Environmental Protection) หลักการป้องกันไว้ก่อน (The Principle of Precautionary) หลักการป้องกัน (The Principle of Prevention) หลักของแหล่งที่มา (The Principle of Source) และหลักผู้ก่อมลพิษต้องเป็นผู้จ่าย (The Principle of Polluter Pays) ประกอบกับการมีพัฒนาการด้านกฎหมายสิ่งแวดล้อมเป็นระยะเวลานานกว่า 60 ปี (ตั้งแต่ปี 1958 – ปัจจุบัน) และการมีนโยบายด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental Policies) ซึ่งมีการบัญญัติวัตถุประสงค์ของนโยบายด้าน

³ KRAMER Tomasz, **Primary and Secondary Sources of EU Law Practical analysis of EU Legal Instruments** [online], 25 May 2019. Available from https://www.ab.gov.tr/files/EKYB/egitim_materyalleri/primary_and_secondary_sources_of_eu_law.pdf.

⁴ European Union, **Regulations Directives and other acts** [online] 25 May 2019, Available from https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_en.

สิ่งแวดล้อมไว้ภายในมาตรา 191⁵ ของสนธิสัญญา TFEU (Treaty on the Functioning of the European Union)

โดยสิ่งเหล่านี้แสดงให้เห็นชัดเจนว่า สหภาพยุโรปมีวัตถุประสงค์ที่แท้จริงในการมุ่งคุ้มครองสิ่งแวดล้อม โดยถือว่าเรื่องของสิ่งแวดล้อมเป็นเรื่องที่มีคุณค่า (values) ที่สำคัญเนื่องจากสหภาพยุโรปได้เล็งเห็นปัญหาและผลกระทบจากปัญหาเรื่องไม้ผิดกฎหมายจึงเป็นเหตุผลที่สหภาพยุโรปได้กำหนดแผนปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายป่าไม้ ธรรมชาติ และการค้าขึ้น อันมีวัตถุประสงค์เป็นการมุ่งคุ้มครองสิ่งแวดล้อมป่าไม้ และจัดไม้ผิดกฎหมาย

ในเดือนพฤษภาคม 2003 สหภาพยุโรปได้ตีพิมพ์ข้อเสนอแรกสำหรับแผนปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายป่าไม้ ธรรมชาติ และการค้า (Forest Law Enforcement, Governance and Trade Action Plan, FLEGT) ขึ้นมา โดยแผนปฏิบัติการดังกล่าวของสหภาพยุโรปได้กำหนดโครงการในการแก้ปัญหาการทำไม้เถื่อนหรือการทำไม้ผิดกฎหมาย⁶ ซึ่งต่อมาสหภาพยุโรปได้ลงมติเห็นชอบและผ่านร่างกฎระเบียบเรื่องการป้องกันการค้าไม้ที่ผิดกฎหมายและส่งออกผลิตภัณฑ์ที่ทำจากไม้ไปยังตลาดสหภาพยุโรป (EU Timber Regulation, EUTR) โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 3 มีนาคม 2013 ซึ่งจะส่งผลกระทบโดยตรงต่อผู้ประกอบการอุตสาหกรรมผู้ผลิต และผู้ส่งออกผลิตภัณฑ์ที่ทำจากไม้เพื่อส่งออกไปยังตลาดภายในสหภาพยุโรป

โดยแผนปฏิบัติการ FLEGT มีหลักการสำคัญซึ่งระบุไว้ภายใต้กฎระเบียบเรื่องการป้องกันการค้าไม้ที่ผิดกฎหมายและส่งออกผลิตภัณฑ์ที่ทำจากไม้ไปยังตลาดสหภาพยุโรป คือการจัดทำระบบการตรวจสอบและประเมินค่า (due diligence) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการช่วยสร้างศักยภาพในการแข่งขันให้แก่ผู้มีส่วนร่วมในสหภาพยุโรปและส่งเสริมกิจกรรมการค้าไม้ที่ถูกกฎหมาย รวมถึงเพื่อตอบสนองนโยบายทางด้านกฎหมาย การลงทุน และด้านอื่น ๆ

กฎระเบียบ EU Timber Regulation (Regulation (EU) No. 995/2010) หรือกฎระเบียบ EUTR⁷ คือกฎระเบียบที่ว่าด้วยข้อปฏิบัติของผู้ประกอบการที่นำไม้หรือผลิตภัณฑ์จากไม้เข้าสู่ตลาดสหภาพยุโรป โดยกำหนดให้ผู้ประกอบการด้านการค้าไม้และผลิตภัณฑ์ไม้ในสหภาพยุโรป มีหน้าที่ต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้ เพื่อป้องกันการค้าไม้

⁵ (1) การรักษา การปกป้อง และการปรับปรุงคุณภาพของสิ่งแวดล้อม

(2) การปกป้องสุขภาพของมนุษย์

(3) การใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างรอบคอบ อย่างเป็นเหตุเป็นผล

(4) การส่งเสริมมาตรการในระดับนานาชาติเพื่อรับมือกับปัญหาสิ่งแวดล้อมในระดับภูมิภาคหรือทั่วโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการต่อสู้กับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

⁶ กรมป่าไม้, FLEGT คืออะไร [ออนไลน์], 26 พฤษภาคม 2562. แหล่งที่มา http://www.forest.go.th/TH_FLEGT/index.php/en/2014-10-21-09-m-s/508-flegt-

⁷ ต่อไปในบทความ คำว่า “ระบบการประกันความถูกต้องกฎหมาย (Legality Assurance System)” จะใช้เป็น “ระบบประกัน LAS” แทน

ผิดกฎหมาย โดยถือเป็นกฎหมายลำดับรอง (secondary legislation) ที่กำหนดโดยสหภาพยุโรป โดยกฎระเบียบดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ควบคุมในเรื่องการค้าไม้ภายในสหภาพยุโรป ซึ่งประกอบไปด้วย

(1) ประเภทไม้และผลิตภัณฑ์ไม้ที่อยู่ในบังคับของแผนปฏิบัติการ FLEGT⁸

ภายในภาคผนวก I ของกฎระเบียบ EUTR ได้ระบุประเภทของไม้และผลิตภัณฑ์ไม้ซึ่งจะต้องตกอยู่ภายใต้แผนปฏิบัติการ FLEGT ได้แก่ ไม้และของทำด้วยไม้ หรือถ่านไม้ เยื่อกระดาษ และเฟอร์นิเจอร์ ซึ่งรวมถึงเครื่องเคี้ยวที่ทำด้วยไม้ อย่างไรก็ตาม ภายในภาคผนวก I ของกฎระเบียบ EUTR ยังระบุถึงประเภทของไม้และผลิตภัณฑ์ไม้ที่เป็นข้อยกเว้นที่ไม่ตกอยู่ภายใต้แผนปฏิบัติการ FLEGT ได้แก่ ไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้ที่หมดอายุ ไม้ที่จะต้องถูกกำจัดทิ้ง หรือของเสีย ผลิตภัณฑ์รีไซเคิลที่ไม่ว่าจะผ่านการใช้ในกระบวนการใดก็ตาม วัสดุประเภทบรรจุภัณฑ์ที่ใช้เพื่อการรอง หุ้ม หรือแบกรับน้ำหนักของสินค้าเพื่อวางขาย และสินค้าประเภทหัตถกรรม ได้แก่ สินค้าที่ทำจากไม้ไผ่ (bamboo) และสินค้าที่ทำจากหวาย (rattan) ยกเว้นผลิตภัณฑ์ประเภทพื้นไม้ที่ทำจากไม้ไผ่ (bamboo flooring) ผลิตภัณฑ์ของเล่นไม้ หรือเครื่องดนตรีที่ทำจากไม้ ซึ่งมีได้ถูกกำหนดไว้อยู่ในกฎระเบียบ EUTR

(2) ข้อกำหนดเรื่องความถูกต้องตามกฎหมายของไม้ตามกฎหมายของ EUTR¹⁰

สำหรับข้อกำหนดดังกล่าวจะต้องปรากฏว่า เป็นไม้ที่ปลูก หรือมาจากแหล่งที่ถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งสอดคล้องตามกฎหมายของประเทศแหล่งที่ปลูกหรือแหล่งที่มาของไม้ โดยจะต้องปรากฏว่าเป็นไม้ที่ได้รับสิทธิตามกฎหมายในการปลูกและมีการชำระภาษีและค่าธรรมเนียมที่เกี่ยวข้องในการปลูกไม้ ซึ่งมีการเคารพสิทธิของบุคคลที่สามเกี่ยวกับสิทธิการถือครองที่ดิน อีกทั้งจะต้องปรากฏว่าได้ปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการปลูก รวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงด้านสิ่งแวดล้อมและภาคส่วนป่าไม้ต่าง ๆ รวมถึงกฎหมายด้านการค้าและศุลกากรอื่น ๆ ด้วย จึงจะถือว่าอยู่ภายใต้คำนิยามของไม้ที่ถูกต้องตามกฎหมาย

(3) การประเมินความเสี่ยง (Risk assessment)¹¹

การประเมินความเสี่ยงถือเป็นอำนาจหน้าที่ของผู้ประกอบการ¹² ซึ่งคำนิยามของผู้ประกอบการ (operators) คือบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่นำไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้เข้าสู่

⁸ Annex I of Council Regulation (EEC) No 2658/87 of 23 July 1987 on the tariff and statistical nomenclature and on the Common Customs Tariff

⁹ ประกอบด้วยสินค้า 3 ประเภท ได้แก่ วัตถุดิบ (ไม้พืน ถ่านไม้ ผงไม้) สินค้ากึ่งสำเร็จรูป (แผ่นชั้นไม้อัดเรียง ไม้อัดหลายจุด) และสินค้าสำเร็จรูป (เครื่องประกอบอาคารทำด้วยไม้ เครื่องใช้บนโต๊ะอาหารหรือในครัวที่ทำด้วยไม้)

¹⁰ Article 6 (a) of EUTR

¹¹ Article 6 (b) of EUTR

ตลาดสหภาพยุโรปโดยผู้ประกอบการควรจะดำเนินการตามการตรวจสอบและประเมินค่าของบริษัทที่ทำการค้า¹³ ในกรณีที่นำไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้เข้าสู่ตลาดสหภาพยุโรป โดยผู้ประกอบการจำเป็นต้องใช้ระบบการตรวจสอบและประเมินค่า (due diligence system)¹⁴ เนื่องจากทำให้สามารถเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับแหล่งที่มาของไม้ และผู้จัดหาไม้ที่นำเข้ามาในตลาดสหภาพยุโรปครั้งแรก รวมถึงข้อมูลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายที่บังคับใช้ประเทศที่ให้ผลผลิต ชนิดพันธุ์ของไม้ รวมถึงปริมาณไม้ เป็นต้น โดยการประเมินความเสี่ยงดังกล่าวประกอบไปด้วยการแบ่งปันข้อมูลระหว่างผู้ประกอบการตลอดห่วงโซ่อุปทาน เพื่อเป็นหลักประกันสำหรับผู้ซื้อภายในสหภาพยุโรปว่าจะได้รับสินค้าที่ถูกต้องตามกฎหมาย สำหรับกรณีที่ไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้ นำเข้าจากแหล่งที่มีความเสี่ยงว่าจะเป็นสินค้าที่ผิดกฎหมาย ผู้ประกอบการของสหภาพยุโรปมีหน้าที่ทำการลดความเสี่ยง (risk mitigation) โดยการขอข้อมูลและเอกสารเพิ่มเติมจากผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องเพื่อที่จะประกันได้ว่าไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้มีที่มาจากแหล่งที่ถูกต้องตามกฎหมาย

(4) การตรวจสอบย้อนกลับ (Traceability)¹⁵

การตรวจสอบย้อนกลับเป็นหน้าที่ของผู้ค้าไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้ภายในสหภาพยุโรป โดยที่สามารถตรวจสอบและติดตามแหล่งที่มาของไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้ตลอดทั้งห่วงโซ่อุปทาน หรือเป็นการตรวจสอบเส้นทางของไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้ในทุกขั้นตอน ซึ่งเริ่มตั้งแต่กระบวนการการปลูกไม้ ตัดไม้ ขนย้ายไม้ นำไม้ไปยังสถานที่เก็บไม้ แปรรูปไม้ จนถึงกระบวนการสุดท้าย คือการส่งออกไม้ สำหรับการตรวจสอบการย้อนกลับผู้ค้าควรมีข้อมูลดังต่อไปนี้ตลอดทั้งห่วงโซ่อุปทาน ได้แก่ ข้อมูลเกี่ยวกับผู้ประกอบการหรือผู้ค้าที่จัดส่งไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้ และข้อมูลเกี่ยวกับผู้ค้าที่ได้จัดส่งไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้ให้แล้ว หากสามารถดำเนินการได้

(5) เอกสารรับรองความถูกต้องตามกฎหมายของไม้และผลิตภัณฑ์ไม้

หากปรากฏว่าไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้มีใบรับรอง (certification) เช่น ใบรับรอง Forest Stewardship Council (FSC) เพียงอย่างเดียวจะถือเป็นหนึ่งในเอกสารที่สามารถใช้ประกอบการลดความเสี่ยงได้ แต่ใบรับรองดังกล่าวไม่ถือเป็นหลักฐานที่เพียงพอต่อการพิสูจน์ความถูกต้องตามกฎหมายของไม้ภายใต้ข้อกำหนดของกฎระเบียบ EUTR ได้

¹² Article 10 of EUTR

¹³ Article 2 (c) of EUTR

¹⁴ Article 4.2 of EUTR

¹⁵ Article 5 of EUTR

(6) หน่วยงานผู้มีอำนาจในการตรวจสอบและติดตาม

หน่วยงานผู้มีอำนาจในการตรวจสอบและติดตามภายใต้กฎระเบียบ EUTR ประกอบไปด้วยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการตรวจสอบ (Competent Authorities)¹⁶ และองค์กรผู้ติดตามตรวจสอบ (Monitoring Organization)¹⁷ โดยหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายจะมีหน้าที่ในการตรวจสอบองค์กรผู้ติดตามตรวจสอบ¹⁸ รวมถึงมีหน้าที่ในการแจ้งคณะกรรมการถึงความบกพร่องขององค์กรผู้ติดตาม¹⁹ และหน้าที่ในการตรวจสอบผู้ประกอบการ²⁰ สำหรับองค์กรผู้ติดตามตรวจสอบจะมีหน้าที่ในการปรับปรุงและประเมินระบบการตรวจสอบและประเมินค่าของบริษัทที่ทำการค้า รวมถึงตรวจยืนยันว่าผู้ประกอบการใช้ระบบการตรวจสอบและประเมินค่าบริษัทที่ทำการค้าได้อย่างเหมาะสม และการดำเนินการอย่างเหมาะสมกับผู้ประกอบการ หากเกิดความผิดพลาดในการใช้ระบบการตรวจสอบและประเมินค่าบริษัทที่ทำการค้า²¹

3. วิเคราะห์ความสอดคล้องของแผนปฏิบัติการ FLEGT และหลักทั่วไปทางกฎหมายของ WTO ว่าด้วยมาตรการทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษี

ในปัจจุบันหลายประเทศได้มีการกำหนดมาตรการภายในประเทศในรูปแบบของนโยบาย กฎหมาย กฎเกณฑ์ หรือแม้แต่แผนปฏิบัติการซึ่งมีผลใช้บังคับภายในประเทศที่กำหนด แม้ประเทศดังกล่าวจะมีอธิปไตยในการกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ภายในประเทศ แต่หากมาตรการภายในดังกล่าวมีผลกระทบต่อประเทศอื่น โดยเฉพาะในเรื่องผลกระทบทางการค้าที่อาจส่งผลกระทบต่อระดับการแข่งขันระหว่างสินค้าภายในประเทศผู้กำหนดมาตรการดังกล่าวกับประเทศผู้นำเข้าสินค้าเกิดความไม่เท่าเทียมกัน อาจทำให้มาตรการภายในดังกล่าวไม่สามารถใช้บังคับต่อได้และประเทศผู้กำหนดมาตรการย่อมมีความผิดในทางระหว่างประเทศ โดยเฉพาะภายใต้กรอบความตกลงของ WTO เนื่องจากมาตรการภายในที่มีผลกระทบถือเป็นมาตรการกีดกันทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษี

มาตรการทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษี (Non-Tariff Measures หรือ NTMs) คือมาตรการทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษีศุลกากร โดยเป็นมาตรการที่ออกมาในรูปแบบของกฎระเบียบอันเกี่ยวกับการค้า ไม่ว่าจะเป็นรูปของกฎหมาย หรือนโยบายภายในที่กำหนดโดยฝ่ายบริหาร โดยที่

¹⁶ Article 7 of EUTR

¹⁷ Article 8 of EUTR

¹⁸ Article 8.4 of EUTR

¹⁹ Article 8.5 of EUTR

²⁰ Article 10.1, 10.2 of EUTR

²¹ Article 8.1 of EUTR

กฎหมาย หรือนโยบายดังกล่าวได้ส่งผลทำให้เกิดการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศ อีกทั้งมาตรการทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษีมักถูกใช้ควบคู่ไปกับมาตรการทางการค้าทั้งที่เป็นภาษีและมาตรการทางการค้าประเภทอื่นซึ่งมีผลทำให้สินค้าต่าง ๆ ถูกกีดกัน นอกจากนี้ การใช้มาตรการยังขึ้นอยู่กับการดุลยพินิจของประเทศผู้นำเข้า ซึ่งในบางครั้งอาจปรากฏในลักษณะที่เรียกว่าตามอำเภอใจและเลือกปฏิบัติ (arbitrary and discriminatory)²²

ประเภทของมาตรการทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษี สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท²³ ดังนี้

(1) มาตรการทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษีว่าด้วยการจำกัดปริมาณ (Quantitative Measure)

(2) มาตรการด้านคุณภาพ (Qualitative Measures)

(3) มาตรการชั่วคราวที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองอุตสาหกรรมในประเทศ

จากที่ได้อธิบายรูปแบบและลักษณะของแผนปฏิบัติการ FLEGT ที่กำหนดโดยสหภาพยุโรปปรากฏว่า ภายในแผนปฏิบัติการดังกล่าวมีกฎหมายภายในของสหภาพยุโรปบังคับใช้ในรูปแบบของกฎระเบียบ โดยในแผนปฏิบัติการดังกล่าวมีเงื่อนไขสำหรับการนำเข้าสินค้าไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้มาจำหน่ายในสหภาพยุโรป โดยจะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดของ EUTR จึงจะสามารถนำสินค้าเข้ามาจำหน่ายได้เพื่อที่จะสามารถนำสินค้าเข้ามาจำหน่ายได้อีกทั้งสหภาพยุโรปก็ถือเป็นหนึ่งในสมาชิกของ WTO ฉะนั้น การกำหนดมาตรการหรือแผนปฏิบัติการใด ๆ ที่มีผลกระทบทางการค้าย่อมต้องอยู่ภายใต้พันธกรณีของ WTO ฉะนั้น จึงจำเป็นต้องทำการวิเคราะห์ความสอดคล้องของกฎระเบียบ EUTR ของแผนปฏิบัติการ FLEGT ภายใต้กรอบความตกลงของ WTO ซึ่งจะทำให้การวิเคราะห์ภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT) หรือความตกลง GATT ทั้งในพันธกรณีทั่วไปและพันธกรณีที่เป็นข้อยกเว้นของความตกลงดังกล่าว

3.1 ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT)

ความตกลง GATT²⁴ เป็นกฎเกณฑ์ทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งภายในบทบัญญัติของความตกลง GATT จะกำหนดพันธกรณีที่สำคัญในการมุ่งขจัดอุปสรรคทางการค้าและ

²² ทักษิณ (ฤกษ์สุด) ทองอุไร, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ: GATT และ WTO บททั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน 2560), หน้า 191-192.

²³ อิศารัตน์ โชคสุชาติ, “การกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศ: มาตรการกีดกันที่มีไม่ภาษี,” วารสาร มจร.วิชาการ (กรกฎาคม - ธันวาคม 2554): หน้า 118-121.

²⁴ ต่อไปนี้บทความ คำว่า “ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade)” จะใช้เป็น “ความตกลง GATT” แทน

เป็นการควบคุมความประพฤติของประเทศสมาชิก โดยที่ประเทศสมาชิกมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามความตกลงดังกล่าว²⁵ หน้าที่ที่สำคัญอีกประการหนึ่งของความตกลง GATT คือเป็นกรอบการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม (fair competition) และเป็นเวทีในการเจรจาทางการค้าพหุภาคี รวมถึงเป็นเวทีในการระงับข้อพิพาททางการค้า²⁶

หลักการทางกฎหมายที่สำคัญของความตกลง GATT คือหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) โดยหลักการดังกล่าวถูกระบุไว้ภายใต้ความตกลง GATT ซึ่งปรากฏอยู่ในหลักการที่สำคัญ²⁷ 2 หลักการ ได้แก่

- (1) หลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favored Nation, MFN)²⁸
- (2) หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment, NT)²⁹

แต่เนื่องจากแผนปฏิบัติการ FLEGT ของสหภาพยุโรปใช้กับทุกประเทศไม่เข้าข่ายการวิเคราะห์ภายใต้หลัก MFN ผู้เขียนจึงขอวิเคราะห์เพียงมาตราของหลักการที่เกี่ยวข้องภายใต้หลักการไม่เลือกปฏิบัติของมาตรการทางการค้าที่มีใช้ภายใน โดยเฉพาะในหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment, NT) ภายใต้มาตรา 3 วรรค 4 รวมถึงหลักการจำกัดปริมาณ (Quantitative Restrictive, QR) ภายใต้มาตรา 11 วรรค 1 ของความตกลง GATT

3.1.1 หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment, NT)

หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติปรากฏในมาตรา 3 วรรค 4 ของความตกลง GATT คือการที่ประเทศเจ้าบ้านจะปฏิบัติต่อบุคคลและสินค้าเช่นเดียวกับที่ประเทศเจ้าบ้านได้ปฏิบัติต่อผู้ประกอบการซึ่งเป็นคนชาติและสินค้าที่ผลิตขึ้นภายในประเทศของตน ไม่ว่าจะเป็นการให้ความคุ้มครองต่าง ๆ ตามกฎหมายภายในประเทศ โดยการปรับใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะอยู่ในลักษณะของสนธิสัญญาแบบพหุภาคีที่มีผลบังคับใช้ทุกประเทศสมาชิก ซึ่งสิทธิและ

²⁵ Bo Sodersten and Geoffrey Reed, International Economics, London: Macmillan, 1994, p. 351.

²⁶ ทักษิณ (ฤกษ์สุต) ทองอุไร (2560), หน้า 43.

²⁷ จารุประภา รักพงษ์ (2559), กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก : การตีความและการวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559), หน้า 4.

²⁸ Most-favoured-nation (MFN): countries cannot normally discriminate between their trading partners. Grant someone a special favour and you have to do the same for all other WTO members. (หลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง หมายถึง การที่ประเทศหนึ่งไม่สามารถเลือกปฏิบัติโดยการให้สิทธิพิเศษแก่ประเทศคู่ค้าใดประเทศหนึ่ง ซึ่งสิทธิพิเศษที่ประเทศคู่ค้าดังกล่าวจะต้องให้เช่นเดียวกันกับประเทศสมาชิกของ WTO ทุกประเทศ), อ้างอิงจาก, World Trade Organization, Principles of the trading system European Union [online] 31 July 2019, Available from https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm.

²⁹ ซึ่งจะอธิบายความหมายในหัวข้อที่ 4.2.1 หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment, NT)

พันธกรณีหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติของประเทศสมาชิกของ WTO จะเกิดขึ้นโดยทันทีและปราศจากเงื่อนไข³⁰

ซึ่งมีเนื้อความว่าผลิตภัณฑ์ภายในอาณาเขตของประเทศคู่สัญญาใดที่นำเข้ามายังในอาณาเขตของคู่สัญญาอื่นจะได้รับการปฏิบัติที่ไม่ด้อยกว่าการปฏิบัติที่ให้แก่ผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกันที่มีแหล่งกำเนิดภายในประเทศ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมาย ข้อบังคับ ข้อกำหนด ซึ่งกระทบต่อการขายภายในประเทศ³¹ ภายใต้หลักการดังกล่าวมีแนวทางการพิจารณาจากคดี EC-Asbestos³² และคดี Korea-Beef³³ โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้

(1) มาตรการที่ออกโดยรัฐบาล ไม่ว่าจะเป็นข้อกำหนดกฎหมาย กฎระเบียบ ข้อกำหนดที่กระทบต่อการขายภายในประเทศ

(2) สินค้าเหมือนกัน (like product)

(3) การปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าต้องไม่มีลักษณะที่ด้อยกว่าสินค้าที่ผลิตในประเทศ

จากการวิเคราะห์ความสอดคล้องภายในองค์ประกอบแรกพบว่า กฎระเบียบ EUTR ที่ใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของสหภาพยุโรปซึ่งกำหนดโดยหน่วยงานของสหภาพยุโรป โดยกฎหมายดังกล่าวอยู่ในรูปแบบของกฎระเบียบ (regulation) ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองและมีผลใช้บังคับที่สูงกว่ากฎหมายภายในของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป แต่อย่างไรก็ดี กฎระเบียบ EUTR มิได้กระทบเพียงเฉพาะประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปเท่านั้น แต่ปรากฏว่า กฎระเบียบดังกล่าวกลับมีผลกระทบต่อประเทศที่มีใช่สมาชิกในสหภาพยุโรป โดยเฉพาะประเทศที่ต้องการส่งออกไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้ไปจำหน่ายยังตลาดสหภาพยุโรป โดยประเทศดังกล่าวจะต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบ EUTR หากประเทศผู้ส่งออกไม่ปฏิบัติตามกฎระเบียบ

³⁰ Article 3, para 4 of GATT 1994

“The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use. The provisions of this paragraph shall not prevent the application of differential internal transportation charges which are based exclusively on the economic operation of the means of transport and not on the nationality of the products.”

³¹ จารุประภา รักพงษ์ (2559), หน้า 57.

³² European Communities – Measure affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products. Report of the Appellate Body, WT/DS135/AB/R (12 March 2001).

³³ Korea-Measure affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef. Appellate Body’s Report. WT/DS161AB/R, WT/DS169/AB/R. (11 December 2000).

ดังกล่าวก็จะไม่สามารถนำสินค้าเข้าไปจำหน่ายภายในสหภาพยุโรปได้ ฉะนั้น ถือได้ว่า ภาวะเบียด EUTR ส่งผลกระทบโดยตรงต่อประเทศที่มีใช้ประเทศสมาชิกในการนำสินค้าไม้ หรือผลิตภัณฑ์ไม้เข้ามาจำหน่ายในสหภาพยุโรป

องค์ประกอบถัดมา คือสินค้าเหมือนกัน ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ภายใต้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติของสินค้าที่เหมือนกัน จำต้องพิจารณาจากปัจจัย 4 ประการ ได้แก่

(1) ลักษณะทางกายภาพของสินค้า คือสินค้าที่มีกำหนดไว้ภายใน ภาวะเบียด EUTR ซึ่งได้แก่ ไม้และของทำด้วยไม้ หรือถ่านไม้ เยื่อกระดาษ กระดาษ และ เฟอร์นิเจอร์ ซึ่งรวมถึงเครื่องเตี้ยที่ทำด้วยไม้

(2) กลุ่มผู้บริโภคชั้นสุดท้ายคือ กลุ่มของผู้ประกอบธุรกิจการค้าไม้ แปรรูปไม้ หรือแม้กระทั่งเป็นกลุ่มบุคคลทั่วไปที่ต้องการใช้ผลิตภัณฑ์ที่แปรรูปจากไม้

(3) อุปนิสัยและรสนิยมของผู้บริโภคเป็นผู้บริโภคภายในตลาด สหภาพยุโรปซึ่งต้องการสินค้าไม้ที่ถูกกฎหมายที่มีสัญลักษณ์ FLEGT

(4) การแบ่งฐานภาษีของสินค้าในกลุ่มสำหรับสินค้าไม้และผลิตภัณฑ์ ไม้ที่ระบุไว้ในภาวะเบียด EUTR ครอบคลุมสินค้าไม้ 4 กลุ่ม ได้แก่ HS 44 (ไม้และผลิตภัณฑ์ ที่ทำจากไม้ เช่น ไม้ ไม้อัด เครื่องใช้ไม้ ถ่านไม้) HS 47(เยื่อไม้) HS 48(กระดาษ) และ HS 94 (เฟอร์นิเจอร์ไม้)³⁴

ฉะนั้น จากการพิจารณาองค์ประกอบที่สอง จึงถือว่าสินค้าประเภทไม้และ ผลิตภัณฑ์ไม้ที่ผลิตภายในประเทศนำเข้าและภายในสหภาพยุโรปเป็นสินค้าเหมือนกัน สำหรับ องค์ประกอบสุดท้าย คือการปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าต้องไม่มีลักษณะที่ด้อยกว่าสินค้าที่ผลิต ภายในประเทศ ซึ่งรวมถึงการทำให้สินค้าที่นำเข้าเสียโอกาสในการแข่งขันภายในตลาด เมื่อ ปรากฏว่าภายในภาวะเบียด EUTR มีระบบการตรวจสอบและประเมินค่าเอกสาร (due diligence) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการตรวจสอบที่มาและความถูกต้องตามกฎหมายของ สินค้าไม้ โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวถือเป็นเงื่อนไขที่ประเทศนอกสหภาพยุโรปต้องทำหากต้องการ นำสินค้าเข้ามาจำหน่ายภายในสหภาพยุโรปโดยภายในภาวะเบียด EUTR ระบุว่าผู้มีอำนาจ ตรวจสอบคือเจ้าหน้าที่ของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ซึ่งระบบดังกล่าวก่อให้เกิดความ ยุ่งยาก เนื่องจากผู้ประกอบการจำต้องเตรียมเอกสารเป็นจำนวนมากเพื่อให้เจ้าหน้าที่ใน ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปตรวจสอบ แม้เอกสารจะมีความครบถ้วนแต่ก็มีโอกาสที่จะถูก ปฏิเสธในการนำสินค้าเข้ามาจำหน่ายภายในสหภาพยุโรปได้ เนื่องจากเป็นดุลพินิจของ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ หรือแม้จะสามารถนำสินค้าเข้ามาจำหน่ายภายในสหภาพยุโรปได้ก็อาจ

³⁴ กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, โอกาสใหม่อุตสาหกรรม 'ไม้ไทย' สู่ตลาดอียู [ออนไลน์], 27 พฤษภาคม 2562. แหล่งที่มา https://www.ditp.go.th/contents_attach/190485/190485.pdf.

เกิดการแข่งขันในระดับที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างสินค้าที่ผลิตในสหภาพยุโรปที่มีสัญลักษณ์ FLEGT บนสินค้าไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้กับสินค้านำเข้าที่ไม่ปรากฏสัญลักษณ์ FLEGT บนสินค้า ซึ่งอาจทำให้ผู้บริโภคไม่เชื่อถือสินค้าที่ไม่มีสัญลักษณ์และเลือกบริโภคสินค้าที่มีสัญลักษณ์ที่ผลิตภายในสหภาพยุโรปเท่านั้น ฉะนั้น การกำหนดกฎระเบียบ EUTR ของสหภาพยุโรปจึงขัดต่อหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้มาตรา 3 วรรค 4 ของความตกลง GATT

3.1.2 มาตรการจำกัดปริมาณ (Quantitative Restrictive)

มาตรการจำกัดปริมาณปรากฏในมาตรา 11 วรรค 1 คือ มาตรการใด ๆ ที่มีผลเป็นการจำกัดปริมาณสินค้าที่นำเข้ามาภายในประเทศสมาชิก WTO หรือส่งออกไปยังประเทศสมาชิก WTO อื่น³⁵ ไม่ว่าจะเป็นการจำกัดปริมาณ (volume) หรือจำนวน (quantity) ของสินค้าที่ประเทศสมาชิกอนุญาตให้นำเข้าหรือส่งออกในแต่ละช่วงเวลาอันเป็นการจำกัดปริมาณทางตรง หรือจำกัดโดยการกำหนดมูลค่า (value) ของสินค้าที่จะนำเข้าหรือส่งออกในแต่ละช่วงเวลาเช่นกันอันเป็นการจำกัดปริมาณทางอ้อม ย่อมถือว่าเป็นการจำกัดปริมาณในบริบทของมาตรการจำกัดปริมาณดังกล่าว³⁶

ซึ่งมีเนื้อความว่าประเทศสมาชิกต้องไม่มีข้อห้ามหรือข้อจำกัดใด ๆ นอกเหนือจากภาษีหรือค่าธรรมเนียมอื่น ๆ รวมถึงโควตา ใบอนุญาตนำเข้าหรือส่งออก หรือมาตรการอื่น ๆ โดยคู่สัญญาที่นำเข้าสินค้าจากประเทศคู่สัญญาอื่น หรือส่งออก หรือขายไปยังประเทศคู่สัญญาอื่น โดยมีคดี Japan - Semi - Conductors Case³⁷ เป็นแนวทางในการพิจารณา ซึ่งสามารถแบ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาได้ ดังนี้

(1) ลักษณะทั่วไปของมาตรการทั้งที่เป็นมาตรการทางภาษีและที่ไม่มีใช้ภาษีที่กำหนดโดยประเทศสมาชิก WTO ว่าเป็นมาตรการจำกัดปริมาณหรือไม่

(2) มาตรการที่กำหนดโดยประเทศสมาชิก WTO มีลักษณะที่สร้างเงื่อนไขให้แก่ผู้ส่งออกหรือผู้นำเข้าหรือไม่ หากมาตรการดังกล่าวเป็นการสร้างเงื่อนไข หรือทำให้การนำเข้าหรือส่งออกสินค้าไม่สามารถกระทำได้โดยทันทีหรือภายในระยะเวลาที่สมควร ย่อมถือว่าเป็นมาตรการที่เป็นการจำกัดปริมาณ

³⁵ Van den Bossche (2005), p.441, “QR is a measure limiting the quantity of a product that may be imported or exported into the country”, อ้างอิงจาก จารุประภา รักพงษ์, หน้า 86.

³⁶ Article 11.1 of GATT 1994

³⁷ Japan – Trade in Semi – Conductors, Report of the Panel, L/6309 - 35S/116 (4 May 1988).

(3) ชื่อของมาตรการ ไม่ว่ามาตรการจะมีชื่อหรือรูปแบบอย่างไร หากมาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประเทศสมาชิกอื่นอันเป็นการจำกัดปริมาณ ก็ถือได้ว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการจำกัดปริมาณ

จากการวิเคราะห์ความสอดคล้องพบว่าลักษณะของกฎระเบียบ EUTR ภายใต้แผนปฏิบัติการ FLEGT มีการกำหนดเงื่อนไขสำหรับสินค้าไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้ที่ต้องการนำเข้ามาจำหน่ายภายในสหภาพยุโรป โดยระบุว่าสินค้าที่จะนำเข้ามาจำหน่ายภายในสหภาพยุโรปได้จะต้องมีใบรับรองความถูกต้องตามกฎหมายของสินค้า กล่าวคือ ใบรับรอง FLEGT หรือหากไม่มีใบรับรองดังกล่าวประเทศที่ต้องการนำเข้าสินค้าจำต้องมีเอกสารที่ระบุถึงที่มาของสินค้านั้น กล่าว กฎหมายที่ใช้บังคับ และใบรับรองจากหน่วยงานที่มีอำนาจภายในประเทศซึ่งภายในกฎระเบียบดังกล่าวระบุให้เป็นหน้าที่ของผู้ประกอบการในการยื่นเอกสารดังกล่าวให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของสหภาพยุโรป รวมถึงทำให้ขั้นตอนในการเตรียมเอกสารต่าง ๆ ตกเป็นภาระของผู้ประกอบที่ต้องตรวจสอบความถูกต้องของเอกสารทั้งหมด ก่อนการนำสินค้าเข้าไปจำหน่ายภายในสหภาพยุโรป ซึ่งขั้นตอนในการเตรียมและจัดหาเอกสารอันก่อให้เกิดความล่าช้าในการเตรียมเอกสารและนำสินค้าเข้าไปจำหน่ายภายในสหภาพยุโรป แม้กฎระเบียบ EUTR จะเป็นกฎหมายภายในของสหภาพยุโรป แต่กฎหมายดังกล่าวกลับส่งผลกระทบต่อประเทศอื่นที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิก โดยเฉพาะประเทศที่ต้องการนำสินค้าไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้เข้าไปจำหน่ายภายในสหภาพยุโรป ฉะนั้น กฎระเบียบภายใต้แผนปฏิบัติการ FLEGT จึงถือเป็นมาตรการจำกัดปริมาณภายใต้มาตรา 11 วรรค 1 ของความตกลง GATT

จากการวิเคราะห์ความสอดคล้องของกฎระเบียบ EUTR ภายใต้แผนปฏิบัติการ FLEGT กับกฎเกณฑ์ในกรอบของ WTO ได้แก่ หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) ตามมาตรา 3 วรรค 4 และหลักมาตรการจำกัดปริมาณ (QR) ตามมาตรา 11 วรรค 1 ปรากฏว่า กฎระเบียบ EUTR ไม่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ทั้ง 2 หลัก ฉะนั้น จึงถือได้ว่ากฎระเบียบ EUTR ภายใต้แผนปฏิบัติการ FLEGT ซึ่งกำหนดโดยสหภาพยุโรปถือเป็นมาตรการทางการค้าที่มีใช้ภายในซึ่งก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้า อย่างไรก็ดี ภายใต้กฎเกณฑ์ของ WTO ยังคงให้โอกาสแก่ประเทศสมาชิกในการพิสูจน์ถึงเหตุผลที่แท้จริง รวมถึงความจำเป็นในการกำหนดมาตรการที่มีลักษณะเป็นการกีดกันทางการค้า ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวถูกระบุไว้ในมาตรา 20 ของความตกลง GATT โดยภายในข้อจำกัดมีเพียง 10 ข้อ ที่ถูกระบุไว้เป็นการเฉพาะที่ประเทศสมาชิกสามารถอ้างข้อยกเว้นได้ ซึ่งปรากฏในข้อ a-j ของมาตรา 20³⁸

³⁸ จารุประภา รักพงษ์ (2559), หน้า 110.

3.2 ข้อยกเว้นตามมาตรา 20 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (The Exception of the General Agreement on Tariffs and Trade)

จากที่ได้วิเคราะห์ความสอดคล้องลักษณะของกฎระเบียบ EUTR ของแผนปฏิบัติการ FLEGT ภายใต้พันธกรณีหลักของความตกลง GATT ข้อเท็จจริงปรากฏว่ากฎระเบียบดังกล่าวขัดต่อพันธกรณีหลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) และมาตรการจำกัดปริมาณ (QR) ซึ่งถือเป็นพันธกรณีหลัก แต่อย่างไรก็ดี แม้กฎระเบียบ EUTR จะขัดต่อพันธกรณีหลักแต่ก็ไม่ได้หมายความว่ากฎระเบียบ EUTR จะไม่สามารถใช้บังคับได้ เว้นแต่สหภาพยุโรปสามารถพิสูจน์ให้เห็นถึงเหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดกฎระเบียบดังกล่าว ซึ่งการพิสูจน์ดังกล่าวถือเป็นข้อยกเว้นของมาตรการกีดกันทางการค้า โดยพันธกรณีอันเป็นข้อยกเว้นปรากฏในมาตรา 20 ของความตกลง GATT แต่สำหรับการพิจารณาในส่วนของกฎระเบียบ EUTR มีเพียงไม่กี่อนุญัตยที่สามารถนำมาวิเคราะห์ได้ ซึ่งได้แก่ มาตรา 20 (a) มาตรการที่จำเป็นในการปกป้องศีลธรรมสาธารณะ มาตรา 20 (b) มาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของคน สัตว์ หรือพืช มาตรา 20 (d) มาตรการที่จำเป็นในการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในประเทศที่ไม่ขัดแย้งกับความตกลง GATT โดยให้รวมถึงกฎเกณฑ์ว่าด้วยศุลกากรการป้องกันการผูกขาดทางการค้าภายใต้มาตรา 2 วรรค 4 และมาตรา 17 ของความตกลง GATT กฎเกณฑ์ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิบัตร เครื่องหมายทางการค้า และลิขสิทธิ์ หรือกฎเกณฑ์เพื่อป้องกันการล่อลวงต่าง ๆ และสุดท้ายมาตรา 20 (g) มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วหมดไป หากมาตรการดังกล่าวได้กระทำไปเพื่อให้เกิดประสิทธิผลในการควบคุมการผลิตหรือการบริโภคภายในประเทศพร้อมกัน

แม้ประเทศสมาชิก WTO จะสามารถพิสูจน์การกำหนดมาตรการในลักษณะที่ก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้าจะสอดคล้องกับอนุญัตยของมาตรา 20 ก็ได้หมายความว่าประเทศสมาชิกจะสามารถอ้างใช้ข้อยกเว้นได้ทันที ประเทศสมาชิกยังคงมีหน้าที่ในการพิสูจน์ถึงเหตุผลและความโปร่งใสของมาตรการที่กำหนดขึ้นว่า ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการกีดกันทางการค้าที่แอบแฝง ตามอำเภอใจ หรือปราศจากเหตุผล³⁹ โดยข้อพิสูจน์นี้จะปรากฏภายในบทนำหรือบทซาโป (chapeau) ของมาตรา 20 ทั้ง 3 ประการ⁴⁰ ดังนี้

- (1) มาตรการที่ไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ
- (2) มาตรการที่ไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยปราศจากเหตุผล
- (3) มาตรการที่ไม่เป็นการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง

³⁹ จารุประภา รักพงษ์ (2559), หน้า 116.

⁴⁰ “Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade...”

หากประเทศสมาชิกสามารถพิสูจน์ได้ว่ามาตรการที่กำหนดขึ้นเป็นไปตามบทนำของ มาตรา 20 จะถือได้ว่ามาตรการทางการค้าที่กำหนดขึ้นแม้จะมีลักษณะที่ก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้าก็สามารถที่ย่อมมีผลใช้บังคับได้ เนื่องจากสามารถพิสูจน์เข้าข้อยกเว้นภายในมาตรา 20 ของความตกลง GATT

สำหรับกรณีของกฎระเบียบ EUTR แม้จะเป็นมาตรการทางการค้าที่มีใช้ภาษีที่ ก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้าเนื่องจากขัดต่อพันธกรณีหลักภายในความตกลง GATT แต่ สหภาพยุโรปก็อาจอ้างข้อยกเว้นภายใต้มาตรา 20 ทั้ง 4 อนุ้อยได้ ฉะนั้น จึงจำเป็นที่ผู้เขียน ต้องทำการวิเคราะห์ความสอดคล้อง ภายในอนุ้อยแต่ละข้อรวมถึงภายในบทนำ (chapeau)

3.2.1 มาตรการทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษีภายใต้มาตรา 20 (a)

โดยมีเนื้อความว่า จำเป็นในการปกป้องศีลธรรมสาธารณะ⁴¹ สำหรับองค์ประกอบ ในการพิจารณาจากเนื้อความของมาตรา 20 (a) ของความตกลง GATT สามารถแบ่งการ พิจารณาเนื้อหาออกเป็น 2 ส่วน ดังนี้

- (1) มาตรการที่มีขึ้นเพื่อปกป้องศีลธรรมสาธารณะ
- (2) มาตรการที่จำเป็นในการกระทำเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์

จากการวิเคราะห์ความสอดคล้องพบว่า ในองค์ประกอบแรก กฎระเบียบ EUTR ภายใต้แผนปฏิบัติการ FLEGT มีวัตถุประสงค์หลักในการปกป้องสิ่งแวดล้อมป่าไม้และ ขจัดไม่ผิดกฎหมาย อีกทั้งเรื่องของสิ่งแวดล้อมยังปรากฏเป็นนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมของ สหภาพยุโรปและบทบัญญัติภายในสนธิสัญญาก่อตั้งซึ่งถือเป็นกฎหมายลำดับต้น ซึ่งการให้ ความสำคัญดังกล่าวถือเป็นสิ่งที่สาธารณชนภายในสหภาพยุโรปมีความกังวลร่วมกัน (public concern) เพื่อให้มีการจัดการสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน แม้เรื่องดังกล่าวจะถือเป็นสิ่งที่สาธารณชน ของสหภาพยุโรปมีความกังวลร่วมกันก็ตาม แต่ก็ได้หมายความว่า จะเป็นหนึ่งในนิยามของ ศีลธรรมสาธารณะเพราะการจะกลายเป็นศีลธรรมสาธารณะได้ จะต้องปรากฏว่าเป็นเรื่องที่ขัด ต่อศีลธรรมหรือประเพณีอย่างรุนแรง เช่น การซื้อขายเสียร์พระพุทธรูป การซื้อขายสิ่งลามก อนาจารต่าง ๆ เป็นต้น หรือเป็นเรื่องที่สาธารณชนไม่สามารถรับการกระทำในลักษณะที่ โหดร้ายได้ เช่น การใช้แรงงานทาส แรงงานเด็ก หรือการฆ่าวาฬหรือแมวน้ำในเชิงพาณิชย์ เป็นต้น ดังเช่นการตีความศีลธรรมสาธารณะในตัวอย่างคดี China-Publications and Audiovisual Products case⁴² โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและคดี EC-Seal Products⁴³ เมื่อ

⁴¹ “...necessary to protect public morals...”

⁴² China-Publications and Audiovisual Products, Report of the Appellate Body, WT/DS363/R (12 August 2009).

⁴³ EC-Measures prohibiting the Importing and Marketing of Seal Products, Report of the Appellate Body, WT/DS400/AB/R (22 May 2014).

เปรียบเทียบระดับความรุนแรงจึงถือได้ว่าการมุ่งปกป้องสิ่งแวดล้อมป่าไม้ถือเป็นหนึ่งในศีลธรรมสาธารณะ

สำหรับการพิจารณาถึงความจำเป็นภายใต้มาตรา 20 (a) ได้นำหลักเกณฑ์การพิจารณาโดยองค์การอุทธรณ์จากคดี China-Publications and Audiovisual Products case⁴⁴ มาเป็นแนวทาง โดยที่กฎระเบียบ EUTR จะต้องปรากฏว่าเป็นกฎระเบียบที่สหภาพยุโรปให้ความสำคัญมากเพียงใด มีความเชื่อมโยงระหว่างกฎระเบียบ EUTR กับระดับผลลัพธ์ที่เกิดจากการใช้บังคับกฎระเบียบหรือไม่ และระดับการกีดกันทางการค้าของกฎระเบียบ EUTR เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรการทางเลือกอื่นอะไรที่มีระดับการกีดกันที่มากกว่า จากการวิเคราะห์พบว่า กฎระเบียบ EUTR ถือเป็นกฎระเบียบที่ใช้บังคับกับทุกประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป จึงถือเป็นกฎระเบียบที่สำคัญเนื่องจากเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีสถานะสูงกว่ากฎหมายภายในของประเทศสมาชิก ต่อมาในการพิจารณาความเชื่อมโยงระหว่างกฎระเบียบและผลลัพธ์ ถือได้ว่าภายใต้กฎระเบียบ EUTR มีการระบุถึงระบบการตรวจสอบเอกสารที่สามารถระบุที่มาและความถูกต้องของไม้ก่อนที่สินค้าจะเข้ามาจำหน่ายในสหภาพยุโรป กับผลลัพธ์ในการมุ่งจัดไม้ที่ผิดกฎหมาย จึงถือได้ว่ามีความเชื่อมโยงเพราะหากสินค้ามีความถูกต้องสามารถพิสูจน์ได้ก็สามารถจำหน่ายภายในสหภาพยุโรปได้ แต่หากไม่สามารถพิสูจน์ได้สินค้านั้นก็จะไม่สามารถเข้าไปจำหน่ายภายในสหภาพยุโรปได้ ซึ่งกระทบต่อผู้ประกอบการ ผู้ผลิตและแปรรูป ผู้ขนส่ง รวมถึงผู้ปลูกและตัดฟันที่อาจสูญเสียรายได้ระยะยาวอันเนื่องจากการทำไม้ผิดกฎหมาย อย่างไรก็ตาม แม้สินค้าจะผ่านการตรวจสอบและให้เข้าไปจำหน่ายภายในสหภาพยุโรปได้ แต่เมื่อเทียบกับสินค้าที่ผลิตภายในสหภาพยุโรปซึ่งมีสัญลักษณ์ FLEGT ประทับไว้บนสินค้ากับสินค้านำเข้าที่มีเพียงการรับรองในเอกสารโดยเจ้าหน้าที่ของสหภาพยุโรปก็อาจส่งผลกระทบต่อระดับการแข่งขันของสินค้าที่ไม่เท่าเทียมกัน เมื่อเกิดผลกระทบต่อระดับการแข่งขันย่อมถือได้ว่ากฎระเบียบ EUTR ภายใต้แผนปฏิบัติการ FLEGT มีระดับการกีดกันทางการค้าที่สูง และถือเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็น ฉะนั้น สหภาพยุโรปจึงไม่อาจอ้างข้อยกเว้นตามมาตรา 20 (a) ของความตกลง GATT ได้ และการไม่เข้าตามข้อยกเว้นในอนุ้อยยของมาตรา 20 จึงขาดความจำเป็นในการวิเคราะห์ความสอดคล้องภายในบทนำของมาตรา 20

3.2.2 มาตรการทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษีภายใต้มาตรา 20 (b)

โดยมีเนื้อความว่า จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของคน สัตว์ หรือพืช⁴⁵ สำหรับองค์ประกอบในการพิจารณาจากเนื้อความของมาตรา 20 (b) ของความตกลง GATT

⁴⁴ China-Publications and Audiovisual Products, Report of the Appellate Body, WT/DS363/10 (23 September 2009).

⁴⁵ “...necessary to protect human, animal or plant life or health...”

โดยได้นำหลักเกณฑ์การพิจารณาจากคดี Brazil Retreaded tyres⁴⁶ ซึ่งสามารถแบ่งการพิจารณาเนื้อหาออกเป็น 2 ส่วนดังนี้

(1) มาตรการที่มีขึ้นเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของคน สัตว์ หรือพืช

(2) มาตรการที่จำเป็นในการกระทำเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์

จากการวิเคราะห์ความสอดคล้องพบว่า กฎระเบียบ EUTR เป็นกฎระเบียบที่มีวัตถุประสงค์ในการปกป้องชีวิตป่าไม้จากการค้าไม้ผิดกฎหมาย เพราะการกระทำที่ผิดกฎหมายดังกล่าวก่อให้เกิดการลดจำนวนของป่าไม้ลง อย่างไรก็ดี สำหรับองค์ประกอบการพิจารณาข้อแรกจำต้องพิจารณาถึงความสมเหตุสมผลของกฎระเบียบดังกล่าว โดยพิจารณาจากความเหมาะสม ความสมเหตุสมผล และความเกี่ยวข้อง เมื่อพิจารณาจากทั้ง 3 ปัจจัยพบว่า ภายในกฎระเบียบ EUTR มีการระบุรายละเอียดในเรื่องการตรวจสอบเอกสารที่จะต้องแสดงที่มาและความถูกต้องของสินค้า โดยที่การตรวจสอบเอกสารดังกล่าวมีลักษณะที่เกี่ยวข้องกับการค้า แต่มีวัตถุประสงค์ในการมุ่งขจัดสินค้าที่ผิดกฎหมายเข้ามาจำหน่ายภายในสหภาพยุโรป ซึ่งการนำเรื่องการค้ามาเป็นเครื่องกระตุ้นให้มีการกระทำที่ถูกต้องกฎหมายย่อมถือว่ามีความเหมาะสม สมเหตุสมผล และมีความเกี่ยวข้องกับการปกป้องป่าไม้

สำหรับในองค์ประกอบถัดมา คือความจำเป็น เมื่อพิจารณาจากความสำคัญของวัตถุประสงค์เชิงนโยบายและระดับการกีดกันทางการค้าของมาตรการพบว่า กฎระเบียบ EUTR ภายใต้แผนปฏิบัติการ FLEGT มีความจำเป็นเนื่องจากสหภาพยุโรปได้ให้ความสำคัญกับการปกป้องและคุ้มครองป่าไม้โดยมีระบบการตรวจสอบเอกสารที่ระบุไว้ในกฎระเบียบ EUTR เพื่อขจัดปัญหาเรื่องการค้าไม้ผิดกฎหมายได้ตลอดทั้งสาย ถึงแม้กฎระเบียบดังกล่าวจะมีระดับของการกีดกันทางการค้า แต่เมื่อเทียบระหว่างผลลัพธ์ในการปกป้องชีวิตป่าไม้ที่สูญเสียไปเนื่องจากการทำไม้ผิดกฎหมาย ย่อมถือได้ว่าสอดคล้องตามข้อยกเว้นในมาตรา 20 (b)

จากการวิเคราะห์ความสอดคล้องข้างต้นปรากฏว่า กฎระเบียบ EUTR มีความสอดคล้องกับอนุย่อ (b) ฉะนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องทำการวิเคราะห์ในส่วนของบทนำของมาตรา 20 ทั้ง 3 ประการ ซึ่งได้นำแนวทางการพิจารณาบทนำมาตรา 20 จากคดี Shrimp/Turtle⁴⁷ มาพิจารณา โดยประการแรกแผนปฏิบัติการ FLEGT มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการค้าไม้ผิดกฎหมายเข้ามาจำหน่ายภายในสหภาพยุโรป ซึ่งการห้ามนำสินค้าประเภทไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้เข้ามาจำหน่ายภายในสหภาพยุโรป ถือเป็นการก่อให้เกิดอุปสรรคทางการค้าที่

⁴⁶ Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, Report of the Appellate Body, WT/DS332/AB/R (3 December 2007).

⁴⁷ United States-Import Prohibition of Certain Shrimp Products, Report of the Panel, WT/DS58/R (15 May 1998).

เรียกว่า การกีดกันทางการค้า ซึ่งทำให้เกิดการแข่งขันระหว่างสินค้าที่นำเข้ามาจากประเทศอื่นกับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศในระดับที่ไม่เท่าเทียมกัน เนื่องจากผู้บริโภคนในตลาดส่วนใหญ่เป็นผู้บริโภคในสหภาพยุโรป ก็ย่อมที่จะเลือกบริโภคสินค้าที่ผลิตภายในสหภาพยุโรปที่มีสัญลักษณ์ FLEGT บนสินค้าไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้ เมื่อพิจารณาถึงผลกระทบดังกล่าว จึงถือได้ว่าแผนปฏิบัติการดังกล่าวเป็นมาตรการที่มีลักษณะที่กีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง

ประการถัดมา ภายในแผนปฏิบัติการ FLEGT มิได้มีการระบุวิธีการอื่นสำหรับการนำสินค้าเข้ามาจำหน่ายภายในสหภาพยุโรป ซึ่งถือเป็นการขาดความยืดหยุ่นและไม่โปร่งใสของแผนปฏิบัติ FLEGT ของสหภาพยุโรป เนื่องจากไม่เปิดโอกาสให้ประเทศอื่นนำเข้าสินค้าเข้าไปจำหน่ายภายในสหภาพยุโรปแม้จะมีกระบวนการหรือมาตรการที่เทียบเท่ากฎระเบียบ EUTR ภายใต้แผนปฏิบัติการ FLEGT ของสหภาพยุโรปก็ตาม ฉะนั้น กฎระเบียบ EUTR ภายใต้แผนปฏิบัติการ FLEGT ของสหภาพยุโรปจึงถือเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ

ประการสุดท้าย สหภาพยุโรปได้มีการระบุเหตุผลไว้ในแผนปฏิบัติการ FLEGT ว่าเหตุที่จำเป็นต้องให้ประเทศที่ต้องการนำสินค้าไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้เข้ามาจำหน่ายภายในสหภาพยุโรป ก็เพื่อที่จะให้ทุกประเทศมีระดับการปกป้องป่าไม้ และจัดการค้าไม้ที่ผิดกฎหมายในลักษณะเดียวกัน อีกทั้งเรื่องการค้าไม้ผิดกฎหมายก็ถือเป็นเรื่องที่ไม่ได้กระทบเพียงเรื่องสิ่งแวดล้อมเท่านั้น แต่ยังกระทบต่อเศรษฐกิจด้วย ฉะนั้น ในประเด็นนี้ จึงถือได้ว่ากฎระเบียบ EUTR ภายใต้แผนปฏิบัติการ FLEGT ของสหภาพยุโรปเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยปราศจากเหตุผล

เมื่อปรากฏว่าสหภาพยุโรปไม่สามารถพิสูจน์ว่ามาตรการที่กำหนดขึ้นจะไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ ภายใต้บทนำมาตรา 20 ดังนั้น จึงถือว่ากฎระเบียบ EUTR ภายใต้แผนปฏิบัติการ FLEGT เป็นมาตรการทางการค้าอันมีลักษณะเป็นการกีดกันทางการค้าที่ไม่สามารถอ้างข้อยกเว้นตามมาตรา 20 ของความตกลง GATT ได้

3.2.3 มาตรการทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษีภายใต้มาตรา 20 (d)

โดยมีเนื้อความว่า จำเป็นในการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในประเทศที่ไม่ขัดแย้งกับความตกลง GATT โดยให้รวมถึงกฎเกณฑ์ว่าด้วยศุลกากรการป้องกันการผูกขาดทางการค้าภายใต้มาตรา 2 วรรค 4 และมาตรา 17 ของความตกลง GATT กฎเกณฑ์ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิบัตร เครื่องหมายทางการค้า และลิขสิทธิ์ หรือกฎเกณฑ์เพื่อป้องกันการล่อลวงต่าง ๆ⁴⁸ สำหรับองค์ประกอบในการพิจารณาตรา 20 (d) ของความตกลง

⁴⁸ "...necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and

GATT มีแนวทางการพิจารณาจากคดี Korea-Beef⁴⁹ ซึ่งสามารถแบ่งการพิจารณาเนื้อหาออกเป็น 2 ส่วน ดังนี้

(1) มาตรการที่ดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในประเทศที่ไม่ขัดกับความตกลง GATT

(2) มาตรการที่จำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบาย

จากการวิเคราะห์ความสอดคล้องพบว่า กฎระเบียบ EUTR แม้จะมีสถานะเป็นกฎหมายภายในของสหภาพยุโรป โดยกฎระเบียบดังกล่าวถือเป็นกฎหมายภายในที่มีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายที่กำหนดโดยประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป การจะอ้างข้อยกเว้นในอนุ (d) ได้ สหภาพยุโรปต้องจำพิสูจน์ว่า กฎระเบียบ EUTR แม้จะเป็นกฎหมายภายในและจำเป็นต้องดำเนินการกฎหมายดังกล่าว แต่ต้องประกอบในการพิจารณาข้อพิสูจน์ที่สำคัญคือกฎหมายที่สหภาพยุโรปอ้างถึงจะต้องไม่ปรากฏว่าขัดต่อความตกลง GATT เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า กฎระเบียบ EUTR ภายใต้แผนปฏิบัติการ FLEGT ขัดต่อความตกลงซึ่งเป็นพันธกรณีทั่วไปภายใต้มาตรา 3 วรรค 4 และมาตรา 11 ของความตกลง GATT ภายใต้กรอบ WTO ฉะนั้น จึงถือได้ว่ากฎระเบียบดังกล่าวของสหภาพยุโรปขาดความสอดคล้องภายในองค์ประกอบแรก

อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาถึงความจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการมุ่งจัดการค้าไม้ผิดกฎหมายของกฎระเบียบ EUTR จะต้องไม่ปรากฏว่าเป็นมาตรการที่ทำให้การแข่งขันระหว่างสินค้าที่เหมือนกันไม่สามารถแข่งขันกันได้ระดับที่เท่าเทียมกันรวมถึงมีลักษณะที่กีดกันทางการค้ามากเกินไปจนควรหาเทียบกับมาตรการทางเลือกอื่นที่สหภาพยุโรปสามารถนำมาใช้ได้ สำหรับการพิจารณาความสำคัญของกฎระเบียบ EUTR ว่ามีมากเพียงใด ในประเด็นนี้ ได้พิจารณาลักษณะความจำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายจากการวิเคราะห์ความสอดคล้องตามมาตรา 20 (a) และมาตรา 20 (b) ในข้างต้น พบว่ากฎระเบียบ EUTR ขาดความสอดคล้องในประเด็นดังกล่าว ฉะนั้น จึงถือได้ว่ากฎระเบียบ EUTR ภายใต้แผนปฏิบัติการ FLEGT ของสหภาพยุโรปขาดความสอดคล้องกับมาตรา 20 (d) และไม่จำเป็นจะต้องนำบทนำของมาตรา 20 มาวิเคราะห์

3.2.4 มาตรการทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษีภายใต้มาตรา 20 (g)

โดยมีเนื้อความว่า เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วหมดไป หากมาตรการดังกล่าวได้กระทำไปเพื่อให้เกิดประสิทธิผลในการควบคุมการผลิตหรือการ

Article XVII, the protection of patents, trademarks and copyrights, and the prevention of deceptive practices...”

⁴⁹ อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 33

บริโศกภายในประเทศพร้อมกัน⁵⁰ สำหรับองค์ประกอบในการพิจารณาตรา 20 (g) ของความตกลง GATT สามารถแบ่งเนื้อหาการพิจารณาโดยอาศัยหลักเกณฑ์การพิจารณาของคดี Shrimp/Turtle II⁵¹ ออกเป็น 3 ส่วน ดังนี้

- (1) มาตรการเพื่อบริหารทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วหมดไป
- (2) มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วหมดไป
- (3) มาตรการที่นำไปพร้อมกับการควบคุมการผลิตหรือการบริโภคภายในประเทศเพื่อให้เกิดประสิทธิผลในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ

จากการวิเคราะห์ความสอดคล้องพบว่า การจะพิจารณาว่าเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วหมดไปหรือไม่ จำต้องพิจารณาถึงคำนิยามของทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วหมดไป ซึ่งเดิมทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วหมดไปมีความหมายเฉพาะทรัพยากรธรรมชาติที่ไม่มีชีวิตเท่านั้น เนื่องจากเป็นทรัพยากรที่ไม่สามารถทดแทนได้ ต่อมาได้มีการตีความคำนิยามของทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วหมดไปในลักษณะที่มีความเป็นพลวัต (dynamic) มากขึ้น โดยให้หมายความถึงทรัพยากรธรรมชาติทั้งที่มีชีวิตและที่ไม่มีชีวิต โดยทรัพยากรที่มีชีวิตให้หมายรวมถึงทรัพยากรที่ไม่สามารถทดแทนได้ (non-renewable) และสามารถทดแทนได้ (renewable) โดยทรัพยากรป่าไม้ที่สหภาพยุโรปต้องการปกป้องอยู่ในประเภทของทรัพยากรที่สามารถทดแทนได้หนึ่งในประเภทของทรัพยากรที่ใช้แล้วหมดไป⁵²

กฎระเบียบ EUTR ภายใต้แผนปฏิบัติการ FLEGT แม้จะมีผลเป็นมาตรการทางการค้า เนื่องจากเป็นการห้ามสินค้าไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้ที่ผิดกฎหมายเข้ามาจำหน่ายภายในสหภาพยุโรป แต่ภายใต้แผนปฏิบัติการดังกล่าวก็มีวัตถุประสงค์ในการมุ่งปกป้องทรัพยากรป่าไม้ เพื่อมิให้ทรัพยากรดังกล่าวลดจำนวนลงอันเนื่องจากสาเหตุในการทำไม้เถื่อนหรือค้าไม้ผิดกฎหมาย โดยในประเด็นนี้การพิจารณาคำว่า “เกี่ยวข้อง” มิใช่เฉพาะเพียงการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์ทรัพยากรเท่านั้น แต่ยังรวมถึงความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องระหว่างประเทศสมาชิก WTO กับทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วหมดไปที่ต้องการอนุรักษ์ เมื่อปรากฏว่าสหภาพยุโรปต้องการอนุรักษ์ทรัพยากรป่าไม้ทั้งในประเทศสมาชิกของตนและ

⁵⁰ “...relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption...”

⁵¹ United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products. Report of the Appellate Body. WT/DS58/AB/R (12 October 1998).

⁵² Pollution Control, **Types of Natural Resources: Inexhaustible and Exhaustible** [online], 27 May 2019. Available from <http://www.pollutioncontrolboard.org/essays/natural-resources/types-of-natural-resources-inexhaustible-and-exhaustible/96>.

ในประเทศที่ต้องการนำสินค้าไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้มาจำหน่ายภายในสหภาพยุโรป ซึ่งมีใช้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ฉะนั้น จึงถือได้ว่าสหภาพยุโรปมีความเกี่ยวข้องกับอันใกล้ชิดกับทรัพยากรที่ต้นต้องการปกป้องหรืออนุรักษ์ แม้ในองค์ประกอบการพิจารณาสุดท้ายสหภาพยุโรปจะพิสูจน์ได้ว่า แม้กฎระเบียบ EUTR จะมีผลเป็นการกีดกันทางการค้า แต่ประเทศสมาชิกภายในสหภาพยุโรปก็ได้ปฏิบัติตามกฎระเบียบดังกล่าวซึ่งเป็นกฎหมายภายในอันถือว่าการปฏิบัติตามกฎหมายเป็นการควบคุมภายในซึ่งได้กระทำไปพร้อมกับการควบคุมไม้ผิดกฎหมายเข้ามาจำหน่ายในประเทศ อย่างไรก็ตาม ก็มิได้หมายความว่าสหภาพยุโรปสามารถอ้างข้อยกเว้นตามมาตรา 20 (g) ได้ เนื่องจากกฎระเบียบ EUTR ภายใต้แผนปฏิบัติการ FLEGT ของสหภาพยุโรปไม่สอดคล้องกับข้อยกเว้นตามมาตรา 20 (g) และหากปรากฏว่าไม่มีความสอดคล้องในอนุย่อของมาตรา 20 ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องทำการวิเคราะห์ในส่วนของบทนำ

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการวิเคราะห์ถึงความสอดคล้องระหว่างแผนปฏิบัติการ FLEGT ภายใต้กรอบการพิจารณาขององค์การการค้าโลก (WTO) ปรากฏข้อเท็จจริงว่า แผนปฏิบัติการ FLEGT มาตรการที่กำหนดโดยสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นหนึ่งในประเทศสมาชิกของ WTO โดยแผนปฏิบัติการดังกล่าว มีลักษณะที่ขัดต่อพันธกรณีหลักของความตกลง GATT และไม่สามารถนำข้อยกเว้นตามมาตรา 20 ของความตกลง GATT มากล่าวอ้างได้ทั้ง 4 ข้อ ฉะนั้น จึงถือได้ว่าแผนปฏิบัติการ FLEGT ของสหภาพยุโรปเป็นมาตรการที่สอดคล้องและเป็นมาตรการที่มีความชอบธรรมในการแก้ปัญหาการค้าไม้ผิดกฎหมาย การที่ประเทศอื่นที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิกจะปฏิเสธการปฏิบัติตามกฎระเบียบ EUTR ของแผนปฏิบัติการดังกล่าว ก็ย่อมไม่ถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อพันธกรณีของความตกลงระหว่างประเทศ และสหภาพยุโรปก็สามารถบังคับใช้มาตรการทางการค้าที่มีใช้ภายในลักษณะที่เป็นการกีดกันทางการค้าต่อประเทศอื่นที่เป็นสมาชิก WTO

ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หากสหภาพยุโรปยังคงยืนยันกรณที่จะบังคับใช้แผนปฏิบัติการ FLEGT เพื่อกีดกันไม้หรือผลิตภัณฑ์ไม้ที่มีได้มีมาตรฐานการรับรองความถูกต้องในระดับที่สหภาพยุโรปต้องการ ประเทศที่ได้รับผลกระทบจากแผนปฏิบัติการดังกล่าวอาจร่วมมือกันในการนำเรื่องที่สหภาพยุโรปกำหนดแผนปฏิบัติการ FLEGT อันเป็นมาตรการภายในซึ่งมีลักษณะที่ขัดต่อพันธกรณีภายใต้กรอบความตกลงของ WTO เข้าสู่กระบวนการพิจารณาขององค์กรระดับข้อพิพาทของ WTO เพื่อให้องค์กรดังกล่าวพิจารณาลักษณะของแผนปฏิบัติการดังกล่าวและพิจารณาลงโทษสหภาพยุโรปสำหรับการกระทำที่ขัดต่อพันธกรณี รวมถึงการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของสหภาพยุโรปภายใต้กรอบความตกลงของ WTO

บรรณานุกรม

- กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ. โอกาสใหม่อุตสาหกรรม ‘ไม้ไทย’ สู้ตลาดอียู [ออนไลน์]. สืบค้นจาก https://www.ditp.go.th/contents_attach/190485/190485.pdf.2562 (พฤษภาคม, 27).
- จารุประภา รักพงษ์. “กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก: การตีความและการวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ.” พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559.
- ทักษิณัย (ฤกษ์สุด) ทองอุไร. “กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ: GATT และ WTO บททั่วไป.” พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.
- ธีรรัตน์ โชคสุชาติ. “การกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศ: มาตรการกีดกันที่มีใช้ภาษี.” วารสาร มฉก.วิชาการ. กรกฎาคม-ธันวาคม 2554, 118 -121.
- มณฑาทิพย์ ลิ้มธนะกิจ. “หลักการค้าเสรีของแอดดกับการคุ้มครองทรัพยากรร่วม: ศึกษากรณี Tuna-Dolphin.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2542.
- สถาบันการต่างประเทศกระทรวงการต่างประเทศ. “คำศัพท์-คำย่อ ทางการค้าและการต่างประเทศหรือสถาบันการต่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ.” กรุงเทพมหานคร: กระทรวงการต่างประเทศ. 2543.
- B. Sodersten and G. Reed. “International Economics.” London: Macmillan, 1994.
- European Union.Regulations Directives and other acts [online]. Available from https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_en.2019 (May, 25).
- K. Tomasz (2011). Primary and Secondary Sources of EU Law Practical analysis of EU Legal Instruments [online]. Available from https://www.ab.gov.tr/files/EKYB/egitim_materyalleri/primary_and_secondary_sources_of_eu_law.pdf.2019 (May, 25).
- Pollution Control.. Types of Natural Resources: Inexhaustible and Exhaustible [online]. Available from <http://www.pollutioncontrolboard.org/essays/natural-resources/types-of-natural-resources-inexhaustible-and-exhaustible/96.2019> (May, 27).

รัฐบัญญัติป้องกันการทุจริต บทที่ 241 ของประเทศสิงคโปร์: ข้อสังเกตว่าด้วยองค์ประกอบการทุจริต*

Chapter 241 of Singapore's Prevention of Corruption Act: An Observation on Elements of Corruption

สมชาย ธรรมสุทธิวัฒน์**
Somchai Thamsutiwat
ปกรณ์ สายเชื้อ***
Pakorn Saichue

บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อทราบถึงการกระทำโดยทุจริตและองค์ประกอบของการทุจริตตามรัฐบัญญัติป้องกันการทุจริต บทที่ 241 ของประเทศสิงคโปร์ ซึ่งมีผลต่อการตีความข้อกฎหมายว่า การกระทำใดถือว่าเป็นการกระทำโดยทุจริต และส่วนประกอบการทุจริต ผลการศึกษพบว่า การกระทำโดยทุจริตนั้นต้องประกอบด้วย (1) มีส่วนประกอบของการทุจริต

* *วันที่รับบทความ (Received): 7 มีนาคม 2561; วันที่แก้ไขบทความ (Revised): 17 มิถุนายน 2562; วันที่ตอบรับบทความ (Accepted): 5 กรกฎาคม 2562*

บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของงานวิจัยเรื่อง “วิเคราะห์อำนาจสอบสวนและประสิทธิภาพการทำงานตามกฎหมายป้องกันและปราบปรามการทุจริตไทยกับสิงคโปร์” ซึ่งได้รับทุนสนับสนุนการวิจัยจากมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

** น.บ. (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), น.ม. (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Lecturer at School of Law, Mae Fah Luang University

E-mail: somchai@mfu.ac.th

*** น.บ. (มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง), น.ม. (มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง), เนติบัณฑิตไทย, ทนายความและที่ปรึกษากฎหมายทางธุรกิจ สำนักงานก้าธร สุรเชษฐ และสมศักดิ์, คณะทำงานเผยแพร่กฎหมายธุรกิจผ่านสื่อสังคมออนไลน์ สำนักงานโฆษกและประชาสัมพันธ์ สภานายความ

Attorney at law and legal counsellor, Kamthorn Surachet & Somsak Co, Ltd., Committee of business law communication to social network, Office of Spokesperson and Public Relation, Lawyer Council of Thailand

E-mail: poss.saichue@gmail.com

ในการกระทำนั้น (2) ผู้ถูกกล่าวหาว่ารู้ตัวว่าการกระทำของตนเองเป็นการกระทำผิดตามกฎหมายซึ่งถือว่าเป็นการทุจริต สำหรับองค์ประกอบของการทุจริตนั้นจำเป็นต้องพิสูจน์ให้ได้ถึงเรื่องเจตนาและเจตนาอันมีจุดมุ่งหมายให้เกิดการทุจริต

คำสำคัญ: องค์ประกอบของการทุจริต, รัฐบัญญัติป้องกันการทุจริต บทที่ 241

Abstract

The main purpose of this study was to identify, based on Chapter 241 of Singapore's Prevention of Corruption Act, the definition of corruption and what constitutes corruption. Such identification pertains directly to legal interpretation of what an act constitutes and does not constitute corruption. From the study, two major elements have been identified as constituting an act of corruption: (1) corrupt elements in the transaction; and (2) the accused's corrupt intention, which contradicts or violates the anti-corruption law. In other words, to consider that an element constitutes an act of corruption, it is necessary that it be proved to be linked to a corrupt intention.

Keywords: Elements of corruption, Chapter 241 of Singapore's Prevention of Corruption Act

1. ความเป็นมาของรัฐธรรมนูญป้องกันการทุจริต

กฎหมายต่อต้านการคอร์รัปชันฉบับแรกถูกตราขึ้นเมื่อเดือนธันวาคม ค.ศ. 1937 ภายใต้ชื่อ the Prevention of Corruption Ordinance (POCO) หน่วยงานที่รับผิดชอบคือ the Anti – Corruption Branch (ACB) โดยมี the Criminal Investigation Department (CID) เป็นหน่วยปราบปราม¹ POCO (No.41 of 1937) ประกอบด้วยบทบัญญัติเพียง 12 มาตรา (ในมาตรา 3 เป็นบทบัญญัติที่สำคัญที่สุด) การแก้ไขเพิ่มเติม POCO กระทำขึ้นหลายครั้ง แต่การแก้ไขครั้งสำคัญกระทำในปี ค.ศ. 1960 จุดมุ่งหมายในการแก้ไขมีสองประการคือ² ประการแรก พรรคกิจประชาชนตั้งใจกำจัดรากเหง้าการคอร์รัปชันในสังคมโพรวินซ์และ

¹ Quah. Jon. S. T. Combating Anti-Corruption Measures in Asian Countries, Lesson to be Learnt. 1999, Center for Advanced Studies National University of Singapore, p. 22.

² Quah. Jon. S. T., Administrative and Legal Measures for Combating Bureaucratic Corruption in Singapore. Singapore: Eurasia Press, p. 10.

ในหน่วยงานของรัฐ ประการที่สอง เพื่อรับประกันการปฏิบัติตามข้อ 1 จึงเห็นควรออกกฎหมายใหม่ที่มีอำนาจเบ็ดเสร็จและกว้างขวาง

The prevention of Corruption Act (POCA) ตราขึ้นใช้บังคับเมื่อ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1960 โดยมีลักษณะสำคัญสี่ประการ ดังนี้

(1) ขยายบทบัญญัติของ POCA เป็น 32 มาตรา (เดิม POCO มีเพียง 12 มาตรา)

(2) นิยามศัพท์ “สินน้ำใจ” ให้ชัดเจนขึ้นในมาตรา 2 ในหลากหลายรูปแบบ

(3) ขยายบทลงโทษสำหรับการทุจริตในมาตรา 5 ทั้งตัวบุคคลและลักษณะของการกระทำ รวมทั้งบทลงโทษให้มีความครอบคลุมและรุนแรงขึ้น

(4) ให้อำนาจแก่ CPIB มากขึ้น เช่น มาตรา 15 “ผู้อำนวยการหรือผู้สอบสวนพิเศษ แม้ไม่มีหมายจับ สามารถจับกุมบุคคลใดก็ตามที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดใด ๆ ที่ระบุไว้ภายใต้รัฐธรรมนูญนี้...”

เพื่อเป็นประกันความมีประสิทธิภาพของ POCA พรรคกิจประชาชนได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอีกหลายครั้ง (ปี ค.ศ. 1963, 1966, 1981 และ 1989) โดยเฉพาะในปี ค.ศ. 1966 มีการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 37 ว่าด้วย “พันธะต้องรับผิดชอบของประชาชนสิงคโปร์สำหรับความผิดที่กระทำนอกประเทศ”⁴ และในปี ค.ศ. 1981 แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 11 มาตรา 12 และมาตรา 13

2. การกระทำโดยทุจริตและองค์ประกอบของการทุจริต

ในขั้นแรกนั้น สิ่งสำคัญในการทำความเข้าใจในกฎหมายทุจริตของประเทศสิงคโปร์คือ ต้องทำความเข้าใจกับบทบัญญัติในมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญป้องกันการทุจริต และคำจำกัดความของคำสำคัญในมาตรา 2⁵ ของรัฐธรรมนูญป้องกันการทุจริตเช่นเดียวกัน ซึ่งจะนำมาสู่การ

³ Quah. Jon. S. T. Curbing Corruption in Asian Countries, An Impossible Dream? อ้างแล้ว, pp. 219-220.

⁴ Ibid, p. 220.

⁵ มาตรา 2 ได้ให้คำจำกัดความไว้ดังนี้

Gratification as including:

สินน้ำใจ ประกอบด้วย

(a) money or any gift, loan, fee, reward, commission, valuable security or other property or interest in property of any description, whether movable or immovable

เงิน หรือของขวัญ เงินกู้ยืม ค่าธรรมเนียม รางวัล ค่าดำเนินการ ทริพสินทางการเงินที่มีมูลค่า หรือทรัพย์สินอื่นใด หรือดอกเบี้ยจากทรัพย์สินทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่เคลื่อนย้ายได้ หรือเคลื่อนย้ายไม่ได้

(b) any office, employment or contract

สถานที่ทำงาน การจ้างงาน หรือสัญญา

(c) any payment, release, discharge or liquidation of any loan, obligation or other liability whatsoever, whether in whole or in part

การชำระเงิน การปล่อย การยกเลิก หรือการชำระหนี้ใด ๆ ก็ตาม ของการให้กู้ยืม สัญญา หรือหนี้สินอื่นใด ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน

(d) any other service, favor or advantage of any description whatsoever, including protection from any penalty or disability incurred or apprehended or from any action or proceedings of a disciplinary or penal nature, whether or not already instituted, and including the exercise or the forbearance from the exercise of any right or any official power or duty; and

การบริการ การช่วยเหลือ เอื้อประโยชน์ หรือการได้ประโยชน์ใด ๆ ก็ตาม รวมไปถึงการได้รับความคุ้มครองจากการถูกลงโทษ หรือการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ การกระทำใดก็ตามที่ทำให้ได้รับประโยชน์ ซึ่งคดี หรือการจับกุม หรือจากการกระทำใด ๆ หรือกระบวนการใด ๆ ของการถูกลงโทษ หรือการลงโทษตามกฎหมาย

(e) any offer, undertaking or promise of any gratification within the meaning of paragraphs (a), (b), (c), (d)

ข้อเสนอ ข้อตกลง หรือสัญญาใด ๆ ก็ตามของสินน้ำใจที่มีความหมายตามข้อ (a), (b), (c), (d)

Agent:

ตัวแทน

Any person employed by or acting for another, and includes a trustee, administrator and executor, and a person serving the Government or under any cooperation or public body, and for the purposes of section 8 includes a subcontractor and any person employed by or acting for such subcontractor;

ผู้ใดก็ตามที่ถูกว่าจ้างโดยหรือกระทำการเพื่อผู้อื่น และรวมไปถึงผู้จัดการมรดก ผู้จัดการมรดกตามกฎหมาย ผู้จัดการ และบุคคลใดก็ตามที่ทำงานเพื่อรัฐ องค์กร และหรือองค์กรของรัฐ และหมายรวมถึงสิ่งใดก็ตามตามจุดมุ่งหมายของมาตรา 8 ซึ่งรวมถึงตัวแทนที่กระทำการแทนองค์กร และบุคคลใดก็ตามที่ถูกว่าจ้างให้กระทำการแทนตัวแทน

Principal as including:

An employer, a beneficiary under a trust, and a trust estate as though it were a person and any person beneficially interested in the estate of a deceased person and the estate of a deceased person as though the estate were a person, and in the case of a person serving the Government or the public body, as the case may be;

ตัวการ หมายรวมถึง

ตีความข้อกฎหมายว่าการกระทำใดจะถือว่าเป็นการกระทำโดยทุจริต และส่วนประกอบของการทุจริต

ในคดี PP v KHOO YONG HAK (1995) 2 SLR 283; (1995) SGHC 101 ให้คำอธิบายว่า “คำว่า **โดยทุจริต** นั้น จะต้องมิ หนึ่ง ส่วนประกอบของการทุจริตเกิดขึ้นในกระบวนการ และอีกข้อหนึ่งคือ เจตนาในการทุจริต ในส่วนของผู้ให้สินน้ำใจ และหรือผู้รับสินน้ำใจ”

Tan Boon Gin ได้ยกตัวอย่าง กรณีของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นคดีของการซื้อเสียง ในการเลือกตั้ง ในกรณีนี้ Tan Boon Gin อ้างถึงคำอธิบายในกรณีของ Willes J in Cooper v Slade P 773 “**โดยทุจริต** ในกรณีนี้ไม่ได้หมายความว่า ‘ไม่ซื่อสัตย์’ แต่เป็นการกระทำโดยเจตนาที่จะฝ่าฝืนกฎหมาย โดยทำให้เกิดการทุจริตของผู้เลือกตั้ง ไม่ว่าจะเป็นเพื่อที่จะเลือกผู้ใดคนหนึ่ง หรือเพื่อเลือกในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง คำว่า ‘โดยทุจริต’ ในกรณีนี้เสมือนว่าจะเป็นการตัดสินใจของการกระทำของการให้สินน้ำใจให้ทำการเลือกตั้งตามที่มุ่งหวังมากกว่าจะเป็นการกระทำผิดตามคำจำกัดความที่ว่า ‘ไม่ซื่อสัตย์’ ของการทุจริต”⁶

Tan Boon Gin ยังได้ยกตัวอย่างจากคดีท้องถิ่น Tan Kwang Joo v PP AP Rajah J P 27 (Raja Azlan Shah) PP v Datuk Haji Harun bin Haji Idris (No 2) “**ทุจริต** หมายถึง การกระทำใดก็ตามที่ผู้กระทำรู้ตัวว่าผิดกฎหมาย และหรือการกระทำที่กระทำโดยมีเจตนาและความรู้สึกที่ไม่ถูกต้อง (Kheng Kooi v R); และกระทำโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะกระทำการที่กฎหมายห้ามไว้ (R v Smith) ทุจริต เป็นเรื่องของเจตนา ถ้าสถานการณ์นั้น สามารถแสดงให้เห็น

ผู้จ้าง ผู้ได้รับประโยชน์จากกองทุน และกองทุนมรดกซึ่งเสมือนเป็นบุคคล และบุคคลใดก็ตามที่ได้รับประโยชน์จากมรดกของผู้ตาย และมรดกของผู้ตายซึ่งเสมือนเป็นบุคคล และรวมถึงผู้ที่ทำงานให้กับรัฐ และองค์กรของรัฐ

and Public Body as

Any corporation, board, council, commissioners or other body which has power to act under and for the purposes of any written law relating to public health or to undertakings or public utility or otherwise to administer money levied or raised by rates or charges in pursuance of any written law.

องค์กรของรัฐ หมายรวมถึง

บริษัท คณะกรรมการ สภา คณะกรรมาธิการ หรือองค์กรใดก็ตามที่มีอำนาจกระทำการ และกระทำการภายใต้ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสาธารณสุข หรือเพื่อกิจกรรม หรือเพื่อสาธารณูปโภค หรือการจัดการเงินภาษี หรือเงินอากร หรือค่าธรรมเนียม ภายใต้ข้อกฎหมายว่ากระทำความผิด

⁶ Tan Boon Gin. The Law on Corruption in Singapore Cases and Materials, Singapore Academy of Law: Academy Publishing 2007, p. 7.

ได้ว่า บุคคลใดก็ตามที่ได้กระทำหรือยอมรับที่จะกระทำการโดยมีเจตนาที่จะทุจริตและจิตใจที่จะกระทำการโดยรู้ว่าเป็นความผิด จะถือว่าเป็นการกระทำโดยทุจริตทั้งสิ้น”⁷

TAN TZE CHYE v PP (1997) 1 SLR 134; (1996) SGHC 237⁸ ได้ให้ข้อสังเกตเพิ่มเติมสำหรับมาตรา 5 และมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติป้องกันการทุจริต ไว้ว่า “คำว่า **โดยทุจริต** นั้น ในมาตรา 5 และมาตรา 6 ได้กำหนดไว้ว่าจะต้องมี ข้อแรก ส่วนประกอบของการทุจริต และเจตนาในการทุจริต อีกประการหนึ่ง ในส่วนของผู้ให้สินน้ำใจ และหรือในส่วนของผู้รับสินน้ำใจ” จากข้อสังเกตเพิ่มเติมนี้ จะเห็นได้ว่า ในครั้งแรกนั้นได้มีผู้กล่าวถึง ลักษณะของการทุจริตไว้เฉพาะในมาตรา 6 เท่านั้น แต่หลังจากการเปรียบเทียบจากคดีที่เกิดขึ้นในอดีต พบว่าการตีความว่าการกระทำใดจะถือว่าเป็นการทุจริตหรือไม่นั้น ได้มีข้อมิกำหนดคล้ายคลึงกันในมาตราอื่น นอกเหนือไปจากมาตรา 6 ด้วย⁹

⁷ Ibid, p. 8.

⁸ Ibid, p. 9.

⁹ มาตรา 6 ถ้า

(a) any agent corruptly

ผู้ใดที่กระทำการทุจริต

accepts or obtains, or agrees to accept or attempts to obtain, from any person, for himself or for any other person,

ในการรับ หรือได้รับ และหรือยินยอมที่จะรับ หรือพยายามที่จะได้รับจากบุคคลใดก็ตาม เพื่อตนเองหรือบุคคลอื่น

any gratification as an inducement or reward for doing or forbearing to do, or for having done or forborne to do,

ผลประโยชน์จากการใช้สินน้ำใจ หรือสิ่งต่างตอบแทนจากการกระทำหรือจากการละเว้นการกระทำ และหรือจากการดำเนินการกระทำหรือจากการดำเนินการละเว้นการกระทำ

any act in relation to his principal's affairs or business, or for showing or forbearing to show favor or disfavor to any person in relation to his principal's affairs or business;

การกระทำใดก็ตามที่เกี่ยวข้องกับงานของตัวการ หรือกิจกรรมของตัวการ หรือการแสดงออก หรือการละเว้นการแสดงออก เพื่อให้ได้ประโยชน์ หรือเพื่อให้เสียประโยชน์ต่อผู้ใดก็ตามที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการหรือกิจกรรมของตัวการ

(b) any person corruptly

ผู้ใดที่กระทำการทุจริต

gives or agree to give or offers any gratification to any agent as an inducement or reward for doing or forbearing to do, or for having done or forborne to do any act in relation to his principal's affairs or business, or for showing or forbearing to show favor or disfavor to any person in relation to his principal's affairs or business; or

ในการพิจารณาถึงข้อแตกต่างระหว่างเจตนาในการทุจริต และการรู้ตัวว่ากระทำผิด CHAN WING SENG v PP (1997) 2 SLR 426; (1997) SGHC 60 ได้ชี้แจงไว้ว่า “เจตนาในการทุจริต ใช้ในกรณีที่ต้องการจะหาข้อเท็จจริงว่ามีส่วนประกอบของการทุจริตเกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งคำถามนี้จะสามารถตอบได้ก็ต่อเมื่อสามารถพิสูจน์ถึงเจตนาในการกระทำนั้นได้ และอีกทั้งเพื่อที่จะได้ทราบว่ายึดตามบุคคลทั่วไป เจตนาในการกระทำนั้นถือว่าเป็นเจตนาในการทุจริตหรือไม่ ในทางตรงกันข้าม การรู้ตัวว่ากระทำผิด หมายความว่าถึง ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดนั้นทราบหรือไม่ว่า หรือตระหนักหรือไม่ว่า สิ่งทีกระทำหรือถูกกล่าวหาว่ากระทำนั้นเป็นความผิด”¹⁰

Tan Boon Gin ได้ให้ข้อสรุปเกี่ยวกับการพิจารณาว่าการกระทำใดจะถือเป็นการกระทำโดยทุจริตว่า “การกระทำโดยทุจริต ข้อแรก ต้องมีส่วนประกอบของการทุจริตในการประกอบกิจกรรมนั้น ไม่ว่าจะเป็นภาวะโดยทั่วไป หรือภาวะวิสัย ข้อสอง การรู้ตัวว่ากระทำผิดของผู้ถูกกล่าวหา ว่าการกระทำของผู้ถูกกล่าวหา นั้นตามกฎหมายแล้วถือเป็นการทุจริต ทั้งสองข้อข้างต้นนี้ จะต้องสามารถพิสูจน์ได้โดยไม่มีข้อสงสัย และคำว่า ทุจริต จะต้องถูกตีความแล้วแต่กรณีไป” อย่างไรก็ตาม ทั้งหมดที่กล่าวมานั้น ยังคงเป็นเพียงการตีความข้อกฎหมายเพื่อที่จะพิจารณาว่าการกระทำใดจะถือเป็นการทุจริต มิได้กล่าวว่า ถ้าผู้ถูกกล่าวหาไม่รู้ตัวว่ากระทำผิด จะสามารถพ้นผิดในข้อกล่าวหาของการทุจริตได้ ในส่วนต่อไปจะได้กล่าวถึงองค์ประกอบของการทุจริต

ในการให้ หรือยินยอมที่จะให้ หรือเสนอผลประโยชน์ให้แก่ผู้ใดก็ตาม ทั้งในรูปของสินน้ำใจ หรือสิ่งต่างตอบแทนสำหรับการกระทำหรือการละเว้นกระทำ และหรือจากการดำเนินการกระทำ หรือการดำเนินการละเว้นการกระทำ ในการกระทำใดก็ตามที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบของการทำทุจริต หรือกิจกรรม หรือการแสดงออก หรือการละเว้นการแสดงออก เพื่อให้ได้ประโยชน์ หรือเพื่อให้เสียประโยชน์ต่อผู้ใดก็ตามที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจธุระหรือกิจกรรมของตัวการ

(c) any person knowingly gives to an agent, or if an agent knowingly uses with intent to deceive is principal, any receipt, account or other document in respect of which the principal is interested, and which he shall be guilty of an offence and shall be liable on conviction to a fine not exceeding S\$100,000 or to imprisonment for a term not exceeding 5 years or to both.

ผู้ใดก็ตามที่รู้เห็นแก่ผู้กระทำ หรือผู้กระทำรู้เห็น โดยมีเจตนาหลอกลวง ได้แก่ ตัวการ หลักฐานการจ่ายเงิน บัญชี หรือเอกสารใดก็ตามที่ตัวการได้ประโยชน์ และตัวการจะมีความผิดตามโทษและจะต้องรับผิดตามบทลงโทษของกฎหมาย โดยมีโทษปรับไม่เกิน 100,000 เหรียญดอลลาร์สิงคโปร์ หรือถูกจำคุกเป็นเวลาไม่เกิน 5 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹⁰ Tan Boon Gin, อ้างแล้ว, p. 10.

3. องค์ประกอบของการทุจริต

ในคดี PP v LOW TIONG CHOON (1998) 2 SLR 878; (1998) SGHC 135 ได้ อธิบายไว้ว่า “การพิสูจน์ถึงองค์ประกอบของการทุจริตนั้น จำเป็นต้องประกอบด้วย หนึ่ง เจตนา และสอง เจตนาอันมีจุดมุ่งหมายให้เกิดการทุจริตหรือไม่” ซึ่ง Yong Pung How CJ ได้ อธิบายเพิ่มเติมไว้ว่า “สืบเนื่องจากคำที่ว่า การทุจริตเป็นเรื่องของเจตนาอัน นำมาประกอบกับ คำอธิบายด้านบน สามารถอธิบายได้ว่า องค์ประกอบของการทุจริต สามารถแบ่งออกได้เป็น สองส่วนคือ ส่วนแรก จะต้องสามารถพิสูจน์ได้ถึงเจตนาของผู้ให้และหรือของผู้รับในช่วงเวลา ที่กระทำการกิจกรรมนั้น ซึ่งการสืบสวนสอบสวนจะต้องขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานของคู่กรณีและ พยานแวดล้อม ส่วนที่สอง เจตนาอัน หากพิจารณาแล้ว มีจุดมุ่งหมายแต่เริ่มเพื่อการทุจริต หรือไม่ และจากเหตุผลนี้ ทำให้ศาลได้อธิบายในกรณีของ Chan Wing Seng 433 ไว้ว่า ไม่ว่า การกระทำนั้นจะมีส่วนประกอบของการทุจริตเป็นจุดเริ่มหรือไม่นั้น คำถามนี้ จะสามารถตอบ ได้ก็ต่อเมื่อ ศาลได้คำตอบของคำถามที่ว่า เจตนาดั้งเดิมของผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการทุจริต ในการกระทำนั้น”¹¹

เนื่องจากพฤติการณ์ของการทุจริตมีอยู่หลายรูปแบบ ดังนั้น การวิเคราะห์ถึง องค์ประกอบของการทุจริตจึงต้องพิจารณาเป็นรายคดี ศาลสิงคโปร์มีแนวทางการพิจารณา และพิพากษาคดีทุจริตแต่ละรูปแบบ ดังนี้

กรณีข้าราชการ: FONG SER JOO WILLIAM v PP (2000) 4 SLR 77; (200) SGHC 179 อธิบายว่า การทุจริตจะเกิดขึ้น หากข้าราชการรับสินน้ำใจเพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนกับการ ปฏิบัติงานให้ช้าลงและหรือแลกเปลี่ยนเพื่อให้กระบวนการปฏิบัติงานมีปัญหา PP v LOW TIONG CHOON (1998) 2 SLR 878; (1998) SGHC 135 ได้เพิ่มเติมว่า “จะไม่ถือว่าเป็นการ ทุจริตหากข้าราชการรับสินน้ำใจเพื่อให้ทำงานตามปกติ”¹²

กรณีของหนีบุญคุณ: PANDIYAN THANARAJU ROGERS v PP (2001) 3 SLR 281; (2001) SGHC 136 อธิบายว่า เป็นการเพียงพอแล้วสำหรับผู้พิพากษาที่จะพิสูจน์ให้เห็นว่า สินน้ำใจถูกให้เพื่อซื้อเจตนาดีของผู้รับ และอยู่ในรูปแบบของสิ่งที่จะคงอยู่ต่อไปในอนาคต เพื่อที่จะได้รับการบริการที่ต้องการในอนาคต ไม่จำเป็นที่จะต้องแสดงให้เห็นถึงที่มาของเงินซึ่งเป็น หลักฐานในการทุจริต...อีกทั้งยังไม่จำเป็นต้องแสดงถึงข้อกฎหมายที่แสดงถึงความต้องการ ของสินน้ำใจหรือข้อสนับสนุนอื่นเพื่อที่จะเป็นการยืนยันการกระทำผิด”¹³

¹¹ Ibid, p. 13.

¹² Ibid, p. 16.

¹³ Ibid, p. 20.

กรณีผู้ทำงานในองค์กรเอกชน: PP v KHOO YONG HAK (1995) 2 SLR 283; (1995) SGHC 101 ชี้แจงว่า “ไม่ถือว่าเป็นการทุจริต หากผู้ทำงานในองค์กรเอกชนได้รับสินน้ำใจ ถ้าไม่ได้ทำให้การกระทำเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ที่มีต่อนายจ้าง”¹⁴

กรณีการกีฬา: SAIRI BIN SULAIMAN v PP (1995) 3 SLR 242; (1995) SGHC 188 อธิบายว่า โดยทั่วไปแล้วจะถือเป็นการทุจริต หากนักกีฬาได้รับสินน้ำใจจากผู้ว่าจ้าง ไม่ว่าจะหนึ่ง นักกีฬาจะมีส่วนในการทำให้การแข่งขันไม่ยุติธรรมหรือไม่ สอง ไม่ว่าผู้ใดจะเป็นผู้เรียกร้องสินน้ำใจ สาม ไม่ว่าจะเป็นการเพื่อบริจาคมั่งหมายให้ชนะในการแข่งขัน แทนที่จะยกเลิกการแข่งขัน และเมื่อมีการใช้สินน้ำใจเพื่อจุดประสงค์ในอนาคต เพื่อให้ผู้รับร่วมมือในการทุจริตและเพื่อการได้รับกติกาที่ง่ายขึ้น”¹⁵

นอกเหนือจากตัวอย่างและประเภทของการใช้สินน้ำใจเพื่อให้เกิดการฝ่าฝืนกฎและเพื่อให้ไม่ปฏิบัติงานตามที่ควรจะเป็นยังมีการใช้สินน้ำใจเพื่อให้ละเว้นการใช้กฎข้อบังคับและข้อยกเว้นที่นอกเหนือไปจากรูปแบบการใช้สินน้ำใจที่กล่าวมาข้างต้น โดยเป็นการนำเอามาตรา 5 มาพิจารณา โดยสามารถแบ่งย่อยได้ดังนี้ หนึ่ง การรับสารภาพเพื่อให้ได้รับโทษน้อยที่สุด NARINDAR SINGH v PP (1996) 3 SLR 639; (1996) SGHC 233 ได้ชี้แจงว่า “การแลกเปลี่ยนเงินกับการรับสารภาพ ถือเป็นการทุจริต เพราะเป็นการกระทำเพื่อให้ได้รับผลทางกฎหมายน้อยที่สุด” สอง แพะรับบาป PP v HOWE JEE TIAN (1999) 1 SLR 127; (1998) SGHC 329 อธิบายว่า “การใช้สินน้ำใจ เพื่อหาแพะรับบาป เพื่อรับผิดชอบ เป็นการทุจริต” และสาม การแต่งงานเพื่อผลประโยชน์

ลำดับถัดมาคือหัวข้อของการใช้สินน้ำใจเพื่อทำผิดกฎหมาย และการพิสูจน์ถึงเจตนาของการกระทำ ซึ่งในหัวข้อเหล่านี้สามารถแบ่งย่อยได้อีกดังนี้

- (1) การฝ่าฝืนกฎหมาย
- (2) การรู้เจตนาของตนเองและการอนุญาตของตัวการ
- (3) การสื่อสารก่อนการให้สินน้ำใจ
- (4) ระยะเวลาระหว่างการกระทำของผู้รับหลังการได้รับสินน้ำใจ
- (5) การกระทำซ่อนเร้น
- (6) การพิจารณาว่าเป็นสินน้ำใจ
- (7) ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี และ
- (8) การแสดงออกถึงอำนาจและความสามารถในการช่วยเหลือเพื่อแสดงออกให้ตัวการเห็นว่าสามารถให้การช่วยเหลือได้

¹⁴ Ibid, p. 23.

¹⁵ Ibid, p. 24.

ทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้นในหัวข้อขององค์ประกอบในการทุจริตนั้น เป็นตัวอย่างในการตีความเพื่อใช้ในการพิจารณาความผิดว่าเป็นการกระทำความผิดของการทุจริตหรือไม่ มีใช้ตัวบทกฎหมาย

การทราบว่าเป็นความผิดก็ถือเป็นอีกข้อหนึ่งที่ต้องนำมาใช้ในการพิจารณาว่าเป็นการทุจริตหรือไม่ Chan Wing Seng v PP (1997) 2 SLR 426; (1997) SGHC 60 ได้ให้คำอธิบายคร่าว ๆ ว่า “เพิ่มเติมในส่วนของการที่จะพิสูจน์ถึงส่วนประกอบของการทุจริตนั้น ผู้มีอำนาจลงโทษ (the prosecution) จะต้องพิสูจน์ด้วยว่าผู้ถูกกล่าวหาทราบว่าเป็นการกระทำความผิด กล่าวคือ ทราบว่าสิ่งที่ตนกระทำการเป็นการทุจริต ตามที่บุคคลทั่วไปพึงทราบ (ordinary) และตามที่กฎหมายกำหนดไว้ (objective standard)”¹⁶

Young Pung How CJ สรุปในคดี (PP v Khoo Yong Hak) ดังนี้ ในการตัดสินว่าส่วนประกอบของการทุจริตเป็นไปตาม s5 (b) (i) หรือไม่นั้น ศาลจะต้อง “สามารถพิสูจน์โดยไม่มีข้อสงสัยได้ว่า มีส่วนประกอบของการทุจริตในกระบวนการกระทำนั้น และเจตนาของการทุจริต” เกิดขึ้นในส่วนของผู้ให้ ข้อความที่ว่า จะต้อง “เจตนาทุจริต” เกิดขึ้นด้วยนั้น ได้สร้างความสับสนในทางปฏิบัติ ตัวอย่างเช่น PP v Khoo Yong Hak เนื่องมาจากในการที่จะตัดสินว่ามีส่วนประกอบของการทุจริตเกิดขึ้นในกระบวนการกระทำหรือไม่นั้น จำเป็นที่จะต้องถามถึงเจตนาภายใต้กระบวนการกระทำนั้นว่ามีเจตนาทุจริตหรือไม่ หรืออีกนัยหนึ่ง สามารถถามได้ว่ามีเจตนาในการทุจริตเกิดขึ้นหรือไม่ หรือสามารถกล่าวได้ว่าข้อกำหนดของเจตนาในการทุจริตอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของส่วนประกอบในการทุจริตในกระบวนการกระทำอยู่แล้ว ซึ่งทำให้เกิดคำถามว่า เหตุใดยังต้องมีข้อกำหนดสองข้อแยกกัน

การให้ความกระจ่างของคำว่า “เจตนาทุจริต” ว่าตามจริงแล้ว คำนี้หมายถึงถึง ไม่ว่าผู้ถูกกล่าวหาจะทราบหรือตระหนักว่าสิ่งที่ตนกระทำการคือการทุจริตตามหลักบุคคลทั่วไปและตามที่กฎหมายกำหนด ตามที่กล่าวมาคือ การทดสอบตัวผู้กระทำการ และเป็นวิธีการที่เที่ยงตรงมากกว่า ซึ่งทั้งหมดนี้เป็นการตีความตามที่ศาลได้พิพากษาในคดี Khoo ที่ว่า “ผู้ให้จะต้องมีเจตนาทุจริตประกอบด้วย” ดังนั้น การทราบว่าเป็นความผิดจึงต้องเป็นส่วนหนึ่งของส่วนประกอบในการทุจริต

พิจารณาจากสิ่งที่ได้กล่าวมาแล้ว สามารถเห็นได้ว่าผู้ให้อาจคิดและเชื่อว่าการกระทำของตนนั้นเป็นการทุจริต แต่ผู้กระทำ (ผู้ให้) นั้นไม่ทราบว่ากระบวนการกระทำนั้นถูกต้องตามกฎหมาย เช่นเดียวกันกับกระบวนการกระทำอาจจะมีส่วนประกอบของการทุจริต แต่ไม่ทราบว่ามีความผิด เนื่องจากผู้ให้ได้กระทำการภายใต้ความเชื่อที่ผิดว่าเป็นการให้ที่ถูกต้องตามกฎหมายทั้งสองกรณีข้างต้นไม่ถือว่าเป็นความผิด

¹⁶ Ibid, p. 50.

ดังนั้น อันดับแรกจะต้องมีส่วนประกอบของการทุจริตในการกระทำตามที่บุคคลทั่วไปพึงทราบ (ordinary) และตามที่กฎหมายกำหนดไว้ (objective standard) อันดับที่สอง การทราบว่าเป็นความผิดของผู้ถูกกล่าวหา กล่าวคือ การกระทำที่ตนได้กระทำตามมาตรฐาน (standard) แล้วถือเป็นการทุจริต ส่วนประกอบทั้งสองส่วนจะต้องมีครบถ้วน อีกทั้งยังจะต้องสามารถพิสูจน์โดยไม่มีข้อสงสัย และคำถามว่าเป็น “การทุจริต” หรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงของแต่ละคดี

ในขณะที่โดยทั่วไปแล้ว การไม่รู้กฎหมายไม่ถือว่าเป็นข้ออ้างได้ Chan Wing Seng ได้ปรับนำเอาความรู้ทางด้านกฎหมายไปใช้กับส่วนประกอบของฐานความผิด ดังนั้น ผู้ที่มีอำนาจในการลงโทษ (the prosecution) จะต้องสามารถพิสูจน์ได้ว่า ผู้ถูกกล่าวหาทราบว่าตนเองได้กระทำการทุจริต ซึ่งต่อมา Young Pung How CJ ได้กล่าวไว้ใน PP v Low Tiong Choon (1998) 2 SLR 878; (1998) SGHC 135: ดังนี้ “ข้าพเจ้าควรเน้นว่า ‘เจตนา’ และ ‘ความรู้’ เป็นภาวะที่แตกต่างกันของจิตใจและควรที่จะแยกจากกันอย่างชัดเจน และนี่คือเหตุผลว่าเหตุใดข้าพเจ้าจึงชี้ให้เห็นใน Chan Wing Seng”

ในหัวข้อของการพิสูจน์การรู้ตัวว่ากระทำความผิด สามารถแบ่งย่อยออกได้ ดังนี้

- (1) การกระทำซ่อนเร้น
- (2) หลังจากผู้ที่ได้รับสินน้ำใจ นำสินน้ำใจไปใช้อย่างไร
- (3) การทราบว่าการกระทำเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายหรือกฎ ข้อบังคับ ศีลธรรม
- (4) ธุรกรรมการเงินที่ชัดเจนว่าเป็นการทุจริต
- (5) การที่ไม่มีข้อพิสูจน์ว่ารับสินน้ำใจ

ทั้งห้าข้อที่กล่าวมานั้นมิใช่หลักกฎหมาย แต่เป็นหัวข้อที่ใช้ในการพิสูจน์เพื่อสืบหาให้ได้ว่าผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด

สรุปว่า องค์ประกอบของการทุจริตตามมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญป้องกันการทุจริต ประกอบด้วย (1) เจตนาซึ่งต้องพิสูจน์จากหลักฐาน และ (2) เจตนาอันมีจุดมุ่งหมายให้เกิดการทุจริต โดยศาลจะทราบต่อเมื่อได้คำตอบในเรื่องเจตนาดั้งเดิมของผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการทุจริตในการกระทำนั้น

ทั้งนี้ จึงเป็นข้อสังเกตที่น่าสนใจของการใช้กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในประเทศไทยเพื่อให้มีประสิทธิภาพในการตีความกฎหมายและเจตนารมณ์ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายป้องกันและปราบปรามการทุจริตในประเทศไทยแล้ว การพิจารณาองค์ประกอบของความผิดที่มีลักษณะเป็นการทุจริต ซึ่งการทุจริตนั้น มีลักษณะเป็นความผิดทางอาญา จึงต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบของความผิดทางอาญาเป็นสำคัญ โดยแบ่งการพิจารณาโครงสร้างของความผิดเป็น 2 ส่วน กล่าวคือ ส่วนแรก การ

พิจารณาถึงองค์ประกอบภายนอกของความผิดเกี่ยวกับการทุจริตในฐานนั้น ๆ และส่วนที่สอง การพิจารณาถึงองค์ประกอบภายในของความผิดเกี่ยวกับการทุจริตในฐานนั้น ๆ

ตัวอย่าง¹⁷ ปรากฏตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 173 ได้กำหนดความผิดโดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่ไว้ดังนี้

“เจ้าพนักงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ หรือเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศผู้ใด เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือประหารชีวิต”

สิ่งที่ต้องพิจารณาหรือพิสูจน์ในองค์ประกอบภายนอกแบ่งออกได้ ดังต่อไปนี้

(1) ผู้กระทำความผิดเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ หรือเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ หรือไม่

(2) ผู้กระทำความผิดได้มีพฤติกรรมที่ตีความได้ว่าเป็นการเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบหรือไม่

(3) ขณะที่ผู้กระทำความผิดได้เรียก รับ หรือยอมจะรับนั้น ในตำแหน่งหน้าที่ของผู้กระทำความผิดมีอำนาจในการปฏิบัติตามหน้าที่ตามที่ผู้กระทำให้คำมั่นสัญญาไว้หรือไม่ โดยในข้อนี้ พิสูจน์เพียงอำนาจในรูปแบบของรูปธรรม เพื่อให้สอดคล้องกับคำมั่นว่าจะให้กระทำหรือไม่กระทำการอย่างใด อันส่งผลให้เกิดความชัดเจนว่ามีประโยชน์ใดมาเกี่ยวข้องกับตำแหน่งหน้าที่หรือไม่ โดยข้อสังเกตของการพิสูจน์ในความผิดฐานนี้นั้นต้องเริ่มต้นโดยใช้อำนาจในตำแหน่งโดยชอบก่อน แล้วจึงเรียก รับ หรือยอมจะรับผลประโยชน์ในภายหลังโดยอาศัยเหตุแห่งการใช้อำนาจของตนเอง

ปัญหาของการพิสูจน์องค์ประกอบภายนอกในประเทศไทยในความผิดฐานนี้นั้นคือ ยากที่จะหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์วิธีการเรียก รับ หรือยอมจะรับ ให้เกิดความชัดเจนจนสิ้นซึ่งข้อสงสัย (Proof beyond reasonable doubt) แก่ศาลได้ อันแตกต่างไปจากการพิสูจน์องค์ประกอบภายนอก (Actus Reus) ในประเทศสิงคโปร์ซึ่งปรากฏบทสันนิษฐานการเปลี่ยนภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof) ขององค์ประกอบภายนอก (Actus Reus) ในข้อนี้ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีพิสูจน์ อันปรากฏในบทวิจารณ์คำพิพากษาของ Tan Boon Gin อาทิ แนวคำวินิจฉัยของศาลสูงแห่งประเทศสิงคโปร์ในคดี Pandiyan Thanaraju Rogers v PP [2001] 3 SLR

¹⁷ Pakorn Saichue, Bribery Offence: In Field of Studying Law Enforcement of Organic Act on Counter Corruption B.E. 2542 Section 103 and Section 123/2, Mae Fah Luang University, p. 6.

281; [2001] SGHC 136 ว่า “The effect of s 9 is to render it unnecessary to prove the actual act of showing favour. Rather, it is the receipt of the gratification, together with the intention of the giver and the recipient that is crucial” หรือ บทบัญญัตินี้ทำให้ไม่ต้องมีการพิสูจน์การกระทำ (Actual Act) เพียงแต่พิสูจน์ในส่วนของเจตนา (Intention) เท่านั้น ซึ่งสำคัญมากกว่า แสดงให้เห็นว่าศาลนั้นให้ความสำคัญกับบทสันนิษฐานข้อนี้ในการพิสูจน์เจตนาเป็นอย่างมากในการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของจำเลยในคดี ซึ่งการพิสูจน์ถึงพฤติกรรมเหล่านี้ล้วนเป็นไปได้ยาก บทสันนิษฐานข้อนี้จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อฝ่ายโจทก์ รวมไปถึงให้ความเป็นธรรมในการหาพยานหลักฐานโดยปรากฏว่าบทสันนิษฐานข้อนี้ได้ให้ความสะดวกแก่โจทก์ในหลาย ๆ คดี โดยเฉพาะคดีตามมาตรา 6 (A) ที่ต้องพิสูจน์ ในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น คดี Fong Ser Joo William v PP [2000] 4 SLR 77; [2000] SGHC 179 ซึ่งต้องพิสูจน์การกระทำและเจตนาการรับสินบนของเจ้าหน้าที่ตำรวจของรัฐ อันเป็นการยากยิ่งที่จะพิสูจน์หากใช้วิธีการที่ปกติทั่วไป เป็นต้น โดยบทสันนิษฐานดังกล่าวในประเทศสิงคโปร์ถูกเรียกว่า “Statutory Presumptions” มีลักษณะเป็น “Presumption of Guilt” หรือบทสันนิษฐานให้เป็นความผิดตามกฎหมายลักษณะพยาน อันเป็นการขัดต่อหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ว่า “ผู้กระทำความผิด จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าได้กระทำความผิด” หรือที่เรียกว่า “Presumption of Innocent” เทียบเคียงตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 ว่าเป็นการขัดต่อหลักการสันนิษฐานในคดีอาญาว่าต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลนั้นไม่ได้กระทำความผิด หรือหลัก Presumption of Innocent หรือกล่าวอีกประการหนึ่งว่า ในการพิสูจน์องค์ประกอบการทุจริตในองค์ประกอบภายนอกนั้น ไม่ปรากฏกฎหมายในทางวิธีสารบัญญัติเอื้ออำนวยประโยชน์ให้สอดคล้องต้องตรงกันตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายสารบัญญัติเช่นในประเทศสิงคโปร์นั่นเอง

สิ่งที่ต้องพิจารณาหรือพิสูจน์ต่อมาในองค์ประกอบภายนอกแบ่งออก ดังนี้

- (1) ผู้กระทำความผิดมีเจตนาเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดหรือไม่
- (2) ผู้กระทำความผิดมีเจตนาพิเศษ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่หรือไม่

ปัญหาของการพิสูจน์องค์ประกอบภายในของประเทศไทยนั้น มีความซับซ้อนที่เรียกได้ว่าเป็นความซับซ้อนที่เป็นระเบียบ กล่าวคือ สิ่งที่ถูกต้องของการบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของการทุจริตนั้นคือ เพียงพิสูจน์ว่าผู้กระทำความผิดเพียงมีเจตนา หรือในขณะนั้นตัดสินใจว่าเรียก รับ หรือยอมจะรับ ก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงขนาดว่าเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยหน้าที่หรือไม่อีก อันเป็นการ

เพิ่มความซับซ้อนลงลึกลงไปในจิตใจของผู้กระทำ ซึ่งผู้ที่จะพิสูจน์จิตใจของผู้กระทำได้ มีเพียงผู้กระทำเท่านั้น ไม่มีใครทราบเจตนาแท้จริง นอกจากนี้ การพิสูจน์ว่าการเรียก รับ หรือยอมจะรับกระทำไปด้วยแรงจูงใจอย่างไร ก็ได้ถูกพิสูจน์ไปแล้วในองค์ประกอบภายนอก เป็นเหตุให้เกิดความซับซ้อนขึ้นอีกชั้นหนึ่ง ที่ทับซ้อนกันเป็นชั้น ๆ อย่างเป็นระเบียบ และยังเพิ่มความยุ่งยากเข้าไปอีกเมื่อไม่มีกฎหมายวิธีสบัญญัติใดบัญญัติให้สอดคล้องเพื่อเป็นประโยชน์ในการพิสูจน์เจตนานี้เป็นเหตุให้คดีประเภททุจริตนี้ถูกนำขึ้นสู่ศาลน้อยมากในปัจจุบัน เพราะไม่สามารถหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์จิตใจของผู้กระทำได้ ด้วยการวิจารณ์เช่นนี้ของผู้เขียน ได้รับการพิสูจน์แล้วในคดีความโดยศาลสูงในประเทศสิงคโปร์ตามคำพิพากษาในคดี *Narinder Singh v PP* [1996] SLR 639 คดีความไว้ว่า “*this provision clear in not containing any restrictions and certainly did not restrict the scope of the section to case involving contractual, professional or administrative relationships*” กล่าวคือ แม้ว่าจะกระทำไปโดยไม่มีจุดเกาะเกี่ยวกับหน้าที่หรือพันธะใด ๆ ก็สามารถเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้ทั้งสิ้น จึงกล่าวได้ว่าเป็นบทบัญญัติทั่วไปของการป้องกันการคอร์รัปชันที่ครอบคลุมการกระทำที่เป็นการคอร์รัปชันในส่วนของการรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด ที่สามารถพลิกแพลงได้ในหลากหลายสถานการณ์

โดยตัวอย่างของการตีความว่าเจตนาการเรียก รับ หรือยอมจะรับนั้น ไม่สอดคล้องกับหน้าที่ของผู้กระทำความผิด ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1280/2543 เนื้อหาสรุปว่า

“ขณะเกิดเหตุจำเลยเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งถือว่าเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐ มีหน้าที่ควบคุมการบริหารงานราชการแผ่นดินของรัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรีโดยการอภิปรายและตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรีในเรื่องต่าง ๆ เกี่ยวกับงานในหน้าที่ของรัฐมนตรีนั้น ๆ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 ซึ่งใช้บังคับในช่วงเกิดเหตุในวันที่รัฐบาลแถลงนโยบายต่อรัฐสภา จำเลยมีสิทธิที่จะนำเรื่องที่มิว่าในหนังสือพิมพ์ในทำนองว่าผู้บริหารบริษัท ท. ดิตสินบนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมไปอภิปรายในรัฐสภาโดยอภิปรายถึงการกระทำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรม ซึ่งการอภิปรายจะต้องเชื่อมโยงไปถึงผู้บริหารของบริษัท ท. แต่เรื่องที่จำเลยจะนำไปอภิปรายจะต้องเป็นความจริงหรือจำเลยเชื่อว่าเป็นความจริง จำเลยไม่มีอำนาจหน้าที่นำความอันเป็นเท็จไปอภิปรายในรัฐสภาได้ การที่โจทก์และโจทก์ร่วมอ้างว่าที่จำเลยพูดขู่เชิญโจทก์ร่วมเกี่ยวกับเรื่องผู้บริหารของบริษัท ท. ดิตสินบนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมนั้น เป็นเรื่องที่จำเลยกล่าวหาเพื่อใช้เป็นข้ออ้างในการข่มขืนใจโจทก์ร่วมให้ยอมให้เงินและรถยนต์แก่จำเลยเพื่อแลกกับการที่จำเลยจะไม่นำเรื่องดังกล่าวไปอภิปรายในรัฐสภา กรณีตามคำฟ้องไม่ใช่เป็นกรณีที่จำเลยซึ่งมีตำแหน่งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร อันเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐได้พบเห็นหรือรู้เห็นความผิดของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมที่รับสินบนจากผู้บริหารของบริษัท ท. ซึ่งเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นจริง แล้วจำเลยใช้เหตุดังกล่าวมาเป็นข้อต่อรองเรียกรับทรัพย์สินจากโจทก์ร่วมโดยมิชอบ เพื่อแลกกับการที่

จำเลยจะไม่นำเรื่องดังกล่าวไปอภิปรายในรัฐสภาตามตำแหน่งหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐานเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐเรียกทรัพย์สินสำหรับตนเองโดยมิชอบ เพื่อไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 149” ซึ่งแท้จริงแล้ว การอภิปรายไม่ว่างใจเป็นหน้าที่ที่สำคัญของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน และข้อเท็จจริงปรากฏชัดเจนว่ามีการเรียก รับ หรือยอมจะรับ ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดชัดเจน อันเป็นการละเมิดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายป้องกันการทุจริต แต่กลับไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้

สรุป แนวทางการตั้งข้อสังเกตในส่วนขององค์ประกอบของการทุจริตในประเทศไทย นั้น ประเด็นสำคัญไม่ได้อยู่ที่ว่าจะตีความอย่างไรให้ครอบคลุมเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด แต่เป็นการบัญญัติหรือแก้ไขวิธีการ เพื่อให้ได้มาซึ่งความสมประโยชน์ของเจตนารมณ์ของกฎหมายในการควบคุมการทุจริตเสียมากกว่า เพราะหากไม่มีกฎหมายบัญญัติเอาไว้ให้ผู้กระทำความผิดต้องรับผิด ผู้กระทำความผิดย่อมไม่มีความผิด และไม่ต้องรับโทษตามกฎหมาย (Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege)

บรรณานุกรม

- Asian Development Bank, Staff: Seki, Akira. Taking Action Against Corruption in the Asia and Pacific Region. Manual, 2002.
- Bidhya Bowornwathana and Clay Wescott, Comparative governance reform in Asia: Democracy, corruption, and government trust, Bingley, WA: Emerald Group, 2008.
- Dan Patrick Author., Tan Sri Dato Dr. Khoo Kay Kim, Emeritus Professor, Editor. CORRUPTION is my name and DESTRUCTION. ALF PROMOTIONS 2010.
- Department of Political Science University of Singapore. Administrative and Legal Measures for Combatting Bureaucratic Corruption in Singapore. Occasional Papers, Singapore: Eurasia Press 1978.
- Goh Yihan. LAW. Singapore: Straits Times Press.
- John Kidd, Editor, Frank-Jurgen Richter. Fighting Corruption in Asia, Causes Effects and Remedies. Singapore: Fulstant offset Printing Pte Ltd.
- OECD. Anti-Corruption Policies in Asia and The Pacific, Progress in Legal and Institutional Reform in 25 Countries. Manila, Philippines: The Asian Development Bank.
- Pakorn Saichue, Bribery Offence: In Field of Studying Law Enforcement of Organic Act on Counter Corruption B.E. 2542 Section 103 and Section 123/2, Mae Fah Luang University.
- Peter Larmour and Nick Wolanin, Corruption and anti-corruption, Canberra: Asia Pacific Press, 2001.
- Quah, Jon S. T., Curbing corruption in Asian Countries, An Impossible Dream? Singapore: Fabulous Printers Pte Ltd, 2013.
- Quah, Jon S. T., Curbing corruption in Asia: a comparative study of six countries, Singapore, Eastern Universities Press, 2003.
- Quah, Jon S. T., (Editor) Different Paths to Curbing corruption: Lessons from Denmark, Finland, Hong Kong, New Zealand and Singapore. Research in Public Policy Analysis and management volume 23, Emerald Books 2013.

- Quah. Jon S. T. Chapter 9 COMBATING CORRUPTION, Public Administration Singapore – style. Howard House, UK: Emerald Book Publishing Limited, Research in Public Policy Analysis and management volume 19, 2010.

- Quah, Jon S. T., Comparing Anti-Corruption Measures in Asian Countries. Lesson to be Learnt. Center for Advanced Studies National University of Singapore.

- Tan Boon Gin. The Law on Corruption in Singapore Cases and Materials. Singapore Academy of Law: Academy Publishing 2007.

- The Corrupt Practices Investigation Bureau.

- Vinay K. Bhargava and Emil Bolongaita., Challenging corruption in Asia [electronic resource]: case studies and a framework for action, Washington: World Bank, 2004.

บทความวิชาการ : Academic Article

ปัญหาที่อาจเกิดจากการใช้กฎหมายเข้าแทรกแซงระบบเศรษฐกิจ กรณีการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีตามพระราชบัญญัติ ส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520^{*}

Problems that may Arise from Using the Law to Intervene in
the Economic System in the Case of Granting Tax Privileges
under the Investment Promotion Act B.E. 2520

ณัฐดนัย นาจันทร์^{**}
Natdanai Nachan

บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนนั้นเป็นกฎหมายที่แทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจของเอกชนโดยการมอบสิทธิประโยชน์ทางเศรษฐกิจบางประการโดยเฉพาะการลดหย่อนภาษีให้กับผู้ประกอบการที่ได้รับเลือก อันมีลักษณะเป็นการทำลายหลักความเสมอภาคซึ่งเป็นรากฐานของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม การละเมิดหลักการพื้นฐานดังกล่าวย่อมสามารถทำได้หากรัฐหวังที่จะให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในระบบเศรษฐกิจ โดยเฉพาะการส่งเสริมกิจการที่ไม่เคยมีการดำเนินการมาก่อนในประเทศ อย่างไรก็ตาม หากคงสถานะการละเมิดดังกล่าวไว้นานจนเกินไปโดยปราศจากเงื่อนไขหรือมาตรการใด ๆ รองรับ จะก่อให้เกิดผลเสียต่อระบบตลาด

^{*} วันที่รับบทความ (Received): 25 กรกฎาคม 2562; วันที่แก้ไขบทความ (Revised): 13 สิงหาคม 2562; วันที่ตอบรับบทความ (Accepted): 19 สิงหาคม 2562

^{**} นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปัจจุบันเป็นอาจารย์ประจำสาขากฎหมายมหาชน สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง และนักวิจัยประจำหน่วยวิจัยกฎหมายและการพัฒนาพื้นที่ชายแดน (ReBALD)

Lecturer at School of Law, Mae Fah Luang University, Researcher of the Research Unit on Border Area Law and Development (ReBALD)

E-mail: natdanai.nac@mfu.ac.th

โดยเฉพาะความไม่เสมอภาคด้านการแบกรับต้นทุนซึ่งจะก่อให้เกิดการกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ ๆ ในการเข้าสู่ตลาด และทำให้ไม่สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบการรายเก่าซึ่งได้รับประโยชน์ทางภาษีจากการส่งเสริมการลงทุนได้

คำสำคัญ: พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน, การแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจ, ความไม่เสมอภาค

Abstract

Investment Promotion act is a tool that use to intervene in the economic activity of an individual. This intervention occurs by giving some tax privilege and other privileges to the selected entrepreneur. This intervention breaks one of the central pillars of liberal economy call “The principle of equality.” Such violation is acceptable only to push some change to an economic system of the country, such as promoting businesses that have never been implemented before in the country. However, by maintaining the situation that violated the principle of equality directly without any conditions or measures to support will harm the market system. Especially The inequality to bear the costs which will prevent new entrepreneurs from entering the market and unable to compete with the old operators who have received tax benefits from investment promotion.

Keywords: Investment Promotion Act, Interfere with economic activities, Inequality

1. บทนำ

พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ถูกตราขึ้นภายใต้วัตถุประสงค์ที่จะเพิ่มและกระจายรายได้ให้กับประชาชนภายในประเทศ ประกอบกับความต้องการที่จะพัฒนาประเทศผ่านการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ เนื่องจากสามารถคาดการณ์ได้ว่าหากกฎหมายดังกล่าวถูกนำมาใช้อย่างเคร่งครัด จะเกิดการแลกเปลี่ยนความรู้ในกิจการต่าง ๆ จากนอกประเทศสู่ในประเทศ ซึ่งจะก่อให้เกิดการสร้างองค์ความรู้ใหม่ ๆ เกี่ยวกับการประกอบกิจการขึ้น อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีลักษณะของการที่รัฐเข้าไปแทรกแซงกลไกตลาดโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งในระยะยาว อาจก่อให้เกิดปัญหาโดยเฉพาะในส่วนที่

เกี่ยวข้องกับการเข้าสู่ตลาดของเอกชนรายอื่น ๆ ซึ่งไม่ได้รับผลประโยชน์จากพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน

ทั้งนี้ เพื่อแสดงให้เห็นถึงปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นจากการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนภายใต้แรงมของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ บทความฉบับนี้จะประกอบไปด้วยเนื้อหาจำนวนทั้งสิ้น 4 ส่วน เริ่มจากการนำเสนอภาพรวมของระบบเศรษฐกิจเสรีและกลไกตลาด อันเป็นระบบเศรษฐกิจพื้นฐานที่ใช้กันอยู่ในประเทศไทย จากนั้นข้อความคิดพื้นฐานจะเป็นการอธิบายถึงการแทรกแซงตลาดโดยรัฐ แล้วตามด้วยการกล่าวถึงพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนและสิทธิประโยชน์ทางภาษีที่ได้รับจากกฎหมายการลงทุนและปิดท้ายด้วยการอธิบายสภาพปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นภายใต้การให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน ทั้งนี้ ดังที่จะได้กล่าวถึงในรายละเอียดต่อไป

2. ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมและกลไกตลาด

รัฐประชาธิปไตยในห้วงเวลาปัจจุบันนั้นโดยมากมักจะกำหนดให้ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมเป็นระบบหลักของประเทศ และในขณะเดียวกัน ก็ทำการออกกฎหมายบางประการขึ้นมาเพื่อควบคุมกิจการบางประการซึ่งมีแนวโน้มจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐหรือต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนทั้งหลายภายในรัฐนั้น ดังนั้น การศึกษาถึงภาพรวมของระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมและกลไกตลาด อันถือเป็นระบบเศรษฐกิจหลักของรัฐประชาธิปไตยจึงเป็นสิ่งจำเป็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อความคิดจะถูกใช้เป็นเครื่องมือสำคัญในการอธิบายถึงปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นได้จากการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน

ทั้งนี้ การอธิบายถึงระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมและกลไกตลาดในที่นี้จะถูกแบ่งออกเป็นสามส่วน ได้แก่ ส่วนที่ว่าด้วยภาพรวมของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมและกลไกตลาด ส่วนที่ว่าด้วยหลักกฎหมายพื้นฐานอันถูกจัดให้เป็นเสาหลักของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม และส่วนที่ว่าด้วยระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่ใช้อยู่ในประเทศไทย

2.1 ความเบื้องต้นเกี่ยวกับระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมและกลไกตลาด

ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนั้นถูกพัฒนาขึ้นและได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการภายใต้ข้อเสนอของ อัดัม สมิท (Adam Smith, 1723-1790) นักปรัชญาและนักเศรษฐศาสตร์ชาวสกอตแลนด์ ซึ่งได้พัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมขึ้นมาจากข้อความคิดพื้นฐานของแนวคิดแบบเสรีนิยมและปัจเจกชนนิยม ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

(1) แนวคิดเสรีนิยม (Liberalism)

แนวคิดเสรีนิยมนั้น เป็นแนวคิดที่ว่าด้วยการเมืองการปกครองซึ่งเริ่มมีกระแสเกี่ยวกับความคิดดังกล่าวเกิดขึ้นอย่างชัดเจนในช่วงศตวรรษที่ 17 - 18 ในทวีปยุโรป โดยอิทธิพล

ของนักปรัชญาหลายท่าน อาทิ จอห์น ล็อก (John Locke, 1632-1704) รูสโซ (Jean Jacques Rousseau 1712 - 1778) มงเตสกีเอร์ (Montesquieu) และ ซีเยส (Sieyes, 1748-1836) หากกล่าวโดยสรุป แนวคิดเสรีนิยมเป็นแนวคิดที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนที่รวมเข้ามาเป็นสังคม โดยการต่อต้านอำนาจของผู้ปกครองและชี้ให้เห็นว่า อำนาจทั้งหลายภายในรัฐโดยแท้จริงแล้วล้วนมาจากประชาชนผู้รวมตัวกันขึ้นเป็นรัฐนั้น ๆ ผู้ปกครองไม่สามารถใช้อำนาจใด ๆ ก็แล้วแต่ ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกได้หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ รวมถึงองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยภายในรัฐต้องถูกแบ่งออกเป็นส่วนย่อย ๆ เพื่อไม่ให้เกิดการกระจุกตัวของอำนาจอยู่ที่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องมิให้ใครถือครองหรือทำหน้าที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยไว้โดยผูกขาด เพื่อเป็นการสร้างหลักประกันให้แก่สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน¹

แนวคิดเสรีนิยมเป็นแนวคิดทางการเมืองที่เชิดชูคุณค่าของความเป็นมนุษย์ ตลอดจนจนความเป็นผู้มีอิสระตามธรรมชาติ ในแง่นี้ สมมติปรับเอาแนวความคิดแบบเสรีนิยมเข้ากับระบบเศรษฐกิจผ่านการสนับสนุนให้มนุษย์สามารถเป็นผู้เล่นในระบบตลาดได้อย่างเสรี และปราศจากการแทรกแซงจากรัฐ สมมติเชื่อว่าระบบเศรษฐกิจที่ดีและระบบเศรษฐกิจที่ควรจะเป็นคือระบบที่วางอยู่บนรากฐานแห่งความเคารพในเสรีภาพของมนุษย์ รัฐสามารถเข้ามาประกอบกิจการในตลาดบางประการได้ แต่ต้องเป็นกิจการที่ส่งผลกระทบต่อความคงอยู่ของรัฐ ทั้งในแง่ของความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยในสังคม รวมถึงกิจกรรมบางประเภทที่จำเป็นต้องให้ปัจเจกชนทุกคนภายในรัฐสามารถเข้าถึงได้อย่างเท่าเทียมกันเท่านั้น²

(2) แนวคิดปัจเจกชนนิยม (Individualism)

แนวคิดปัจเจกชนนิยมเกิดขึ้นภายใต้อิทธิพลของกฎหมายธรรมชาติและแนวคิดเสรีนิยมทางการเมือง เป็นแนวคิดที่เชิดชูคุณค่าของความเป็นมนุษย์ มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเรียกว่าเป็นสิทธิมนุษยชน แนวคิดว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้ได้รับการยอมรับและแพร่ขยายไปทั่วโลก โดยปรากฏอยู่ในเอกสารทางการเมืองระหว่างประเทศที่สำคัญฉบับหนึ่ง นั่นคือคำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human right) ของสหประชาชาติ³

ผลสำคัญประการหนึ่งที่แนวคิดปัจเจกชนนิยมก่อให้เกิดขึ้นกับระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม นั่นคือการเชื่อมั่นในคุณค่าและความเท่าเทียมกันของมนุษย์ เชื่อว่า

¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553) หน้า 50-51.

² ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 42.

³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ, หน้า 82.

มนุษย์ทั้งหลายจะสามารถดำรงตนอยู่ได้ในระบบตลาดอย่างเสรีและเท่าเทียมกัน และสามารถขับเคลื่อนระบบตลาดเสรีเช่นว่านั้นให้ไปถึงการพัฒนาที่ดียิ่ง ๆ ขึ้นไปได้ด้วยธรรมชาติของมนุษย์เอง

ระบบเศรษฐกิจเสรีของสมิทนั้นตั้งอยู่บนความเชื่อที่ถูกหล่อหลอมจากแนวคิดสองแนวทางดังกล่าวมาแล้ว คือเชื่อในเสรีภาพของมนุษย์ตามแนวคิดเสรีนิยมทางการเมือง และเชื่อในความสามารถและคุณค่าของมนุษย์ตามแนวคิดปัจเจกชนนิยม ซึ่งนำเสนอผ่านหนังสือชื่อ *The Wealth of Nation* โดยใจความสำคัญของทฤษฎีระบบเศรษฐกิจเสรีคือ การผลิตและการแลกเปลี่ยนจะดำเนินไปอย่างได้ผลดีที่สุดก็ด้วยการกระทำของตัวมนุษย์เอง เนื่องจากมนุษย์ถูกผลักดันโดยความรักและเห็นแก่ตัวทำให้เกิดความต้องการที่จะแสวงหาสิ่งดี ๆ เข้ามาสู่ตนเองเสมอ เมื่อเกิดการแลกเปลี่ยนขึ้นในตลาด ผู้บริโภคย่อมต้องการของที่ดีแต่มีราคาถูก ผู้ผลิตต้องการสร้างกำไรให้ได้มากที่สุดพร้อม ๆ กับการขายผลิตผลหรือสินค้าของตนออกไป กลไกเช่นนี้เกิดขึ้นได้โดยตัวของมันเองผ่านการแข่งขันในระบบตลาด ซึ่งสมิทเรียกว่า การจัดการโดยมือที่มองไม่เห็น (*Invisible Hand*) หรือในอีกแง่หนึ่ง เราอาจเรียกได้ว่าเป็นการจัดการระบบเศรษฐกิจโดยกลไกตลาดก็ได้ การกระทำเพื่อตนเองของมนุษย์นอกจากจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ตนเองแล้วยังก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมที่จะได้รับการพัฒนาขึ้นไปตามการแข่งขันในตลาดด้วย ซึ่งผลเช่นนี้ไม่ได้เกิดจากการวางแผนขององค์กรใดหรือการตกลงของบุคคลใด ๆ เลย แต่เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ⁴

ระบบเศรษฐกิจภายใต้ทัศนะของสมิทนั้นเป็นระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมเต็มรูปแบบ ซึ่งในระบบเช่นนี้ รัฐจะไม่ยุ่งเกี่ยวกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจในระบบตลาดเลย อย่างไรก็ตาม ข้อความคิดดังกล่าวมีจุดอ่อนหลายประการโดยเฉพาะในแง่มุมมองของการปฏิเสธความจริงที่ว่าระบบตลาดเสรีที่ปราศจากการแทรกแซงของรัฐนั้นไม่สามารถดำรงอยู่ได้ เนื่องจากปัจเจกชนทั้งหลายปราศจากความเท่าเทียมกันในทางความเป็นจริง ในแง่หนึ่ง มนุษย์เกิดมาโดยไม่เท่าเทียมกันในทางธรรมชาติ มนุษย์มีความสามารถในทางกำลังกายและสติปัญญาที่มีแตกต่างกัน และในขณะเดียวกันมนุษย์บางคนก็เกิดมาโดยถึงพร้อมซึ่งปัจจัยการผลิต ในขณะที่มนุษย์บางคนก็ไม่สามารถถือครองได้แม้แต่ปัจจัยการผลิตที่มีมูลค่ามากที่สุด จึงจำเป็นที่จะต้องขายตัวเองลงเป็นแรงงานหรือยอมรับข้อสัญญาจ้างแรงงานที่เอาเปรียบตนเองอย่างถึงที่สุด⁵

ปัญหาดังกล่าวจัดเป็นปัญหาใหญ่และเป็นจุดอ่อนหลักของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม จนถึงขนาดที่มีความพยายามในการล้มล้างเปลี่ยนแปลงระบบเศรษฐกิจและระบบการปกครองที่สนับสนุนแนวคิดแบบเสรีนิยมโดยการนำเสนอแนวคิดทางการเมือง

⁴ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, *ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง*, หน้า 37.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 42.

การปกครองและระบบเศรษฐกิจแบบใหม่ซึ่งเป็นระบบเศรษฐกิจการเมืองที่มีลักษณะตรงกันข้ามกับระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมและการปกครองในระบอบประชาธิปไตย⁶ อย่างไรก็ตามในท้ายที่สุดแล้วความนิยมในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมและการปกครองในระบอบประชาธิปไตยก็ไม่ได้ถูกทำลายลง แต่กลับถูกพัฒนาขึ้นให้สามารถดำรงอยู่ได้โดยเริ่มจากการยอมรับว่าระบบเสรีนิยมดั้งเดิมนั้นมีปัญหาโดยเฉพาะการปฏิเสธที่จะยอมรับว่ามนุษย์นั้นมีความไม่เท่าเทียมกันโดยธรรมชาติ จากนั้นจึงวางแนวทางของระบบเศรษฐกิจและการเมืองเสียใหม่ โดยยืนยันในคุณค่าพื้นฐานของระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมและกลไกตลาด ที่มุ่งให้ปัจเจกชนมีอิสระในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจอย่างเต็มที่ อย่างไรก็ตาม รัฐจะเข้ามามีบทบาทในการควบคุมการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจบางอย่างที่อาจก่อให้เกิดผลร้ายหรือความไม่เป็นธรรมต่อเอกชน รวมทั้งส่งเสริมให้เอกชนทั้งหลายภายในรัฐมีศักยภาพที่มากพอที่จะดำรงตนอยู่ได้ภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรี ผ่านการจัดสวัสดิการต่าง ๆ การตรากฎหมายคุ้มครองแรงงาน และการกำหนดค่าจ้างขั้นต่ำ เป็นต้น⁷

2.2 หลักการพื้นฐานของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม

ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่ถูกพัฒนาขึ้นภายใต้ความพยายามที่จะรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในทางเศรษฐกิจ ป้องกันไม่ให้รัฐเข้ามาแทรกแซงระบบเศรษฐกิจมากเกินไป และในขณะเดียวกันก็ส่งเสริมให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพของตนภายใต้ระบบเศรษฐกิจได้อย่างเท่าเทียมกัน มีหลักการพื้นฐานทางกฎหมายสามประการที่จัดว่าเป็นรากฐานของระบบเศรษฐกิจ ตามที่ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบายไว้ในบทความเรื่องภูมิหลังมาตรา 50 และมาตรา 87 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อันมีความสำคัญซึ่งสามารถสรุปได้โดยย่อ ดังนี้⁸

เสาหลักของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนั้นประกอบด้วยหลัก 3 ประการ อันเป็นหลักการที่ยึดถือมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 18 คือ

(1) หลักความเสมอภาค (Equality)

ภายใต้ระบบตลาด คนทุกคนต้องเท่าเทียมกันในเรื่องของสิทธิ เสรีภาพ มีโอกาสเท่าเทียมกันไม่ว่าจะรวยหรือจนอย่างไร

(2) หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract)

เป็นหลักการหนึ่งในเรื่องสิทธิและเสรีภาพที่ถูกรับรองให้เป็นสิทธิมนุษยชนในระบบตลาดนั้นปัจเจกชนทั้งหลายต้องมีอิสระที่จะเข้ามาทำสัญญาต่อกัน โดยรัฐหรือองค์กรใด

⁶ ฌ็อง-ฌัก นาจันท์, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2562), หน้า 40-41.

⁷ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, *ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง*, หน้า 87-141.

⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ภูมิหลังมาตรา 50 และมาตรา 87 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540,” *วารสารกฎหมาย* 23, 1 (2547): 45

จะห้ามมิให้บุคคลเข้าทำสัญญากันไม่ได้ และเสรีภาพในการทำสัญญายังเป็นรากฐานของเสรีภาพในการประกอบอาชีพอันเป็นหัวใจหลักของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมอีกด้วย

(3) หลักกรรมสิทธิ์ (Ownerships)

หลักกรรมสิทธิ์คือหลักการที่เรียกร้องให้รัฐยอมรับสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนในการที่จะเข้าไปถือครองและเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิต ซึ่งเป็นสิ่งที่จำเป็นและเป็นแกนกลางสำคัญในทฤษฎีของสมิท เนื่องจากปัจเจกชนจะสามารถเข้าสู่ระบบตลาดได้อย่างเสรีเมื่อสามารถถือครองกรรมสิทธิ์ในปัจจัยการผลิตได้ โดยกรรมสิทธิ์นี้ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐไม่สามารถลิดรอนไปจากปัจเจกชนภายในรัฐได้ เนื่องจากเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่ติดตัวปัจเจกชนมาตั้งแต่กำเนิด

เมื่อนำเอาเสาหลักทั้งสามประการมาพิจารณาควบคู่ไปกับข้อความคิดของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมในปัจจุบัน ที่ยอมรับให้รัฐเข้ามาแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจของเอกชน บนพื้นฐานของความพยายามให้เอกชนมีเสรีภาพและความเสมอภาคกันทางความเป็นจริงแล้ว เราจะพบว่าหลักกฎหมายทั้งสามประการนั้นเป็นเสมือนกรอบในการเข้าแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจของรัฐ กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้วการเข้าแทรกแซงระบบเศรษฐกิจของรัฐจะมีลักษณะเป็นการละเมิดหลักการพื้นฐานทั้งสามประการนั้นภายใต้ความจำเป็นบางประการ เช่น เพื่อป้องกันการผูกขาดในระบบตลาดอันเป็นสิ่งที่ไม่สามารถยอมรับได้ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม หรือเพื่อกระตุ้นให้มีการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจบางประการ ซึ่งแน่นอนว่าสามารถเกิดขึ้นและยอมรับได้หากมองจากแง่มุมของระบบกฎหมายในห้วงเวลาปัจจุบัน แต่ในขณะเดียวกัน หากการเข้าแทรกแซงโดยรัฐมีลักษณะเป็นการทำลายหลักการทั้งสาม และเป็นการทำลายระบบตลาดเสรีจนเกินสมควร หรือจนทำให้ระบบตลาดที่ควรจะมีการแข่งขันโดยเสรีกลับไม่มีเสรีภาพในการแข่งขันอีกต่อไป การดำเนินการเช่นนั้นของรัฐย่อมเป็นสิ่งที่ขัดแย้งต่อหลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจและเป็นสิ่งที่ไม่สมควรกระทำ

2.3 ประเทศไทยกับระบบเศรษฐกิจแบบเสรี

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดให้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีที่ขับเคลื่อนบนกลไกตลาดเป็นระบบเศรษฐกิจของประเทศ โดยปรากฏเป็นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 87 ความว่า “รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกตลาด...” และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 84 (1) ก็ได้ยืนยันในข้อความเดียวกัน ทั้งนี้ แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 จะไม่ได้บัญญัติถึงระบบเศรษฐกิจแบบเสรีไว้อย่างตรงไปตรงมา แต่เราก็สามารถพิจารณาได้ว่ารัฐธรรมนูญยอมรับให้ประเทศเป็นประเทศที่ถูกขับเคลื่อนด้วยระบบเศรษฐกิจแบบเสรี ซึ่งรัฐจะเข้ามาแทรกแซงระบบเศรษฐกิจได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการดังที่ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 75 ของรัฐธรรมนูญ ความว่า

“รัฐพึงจัดระบบเศรษฐกิจให้ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไปพร้อมกันอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน สามารถพึ่งพาตนเองได้ตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง จัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชนและประเทศ

รัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม การจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือการจัดทำบริการสาธารณะ...”

บทบัญญัติแห่งมาตราดังกล่าวแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มีความประสงค์ที่จะสร้างระบบเศรษฐกิจที่มีการแข่งขันและจำกัดการแทรกแซงโดยรัฐให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังได้รับรองความเสมอภาคของบุคคล รวมไปถึงขอความคิดว่าด้วยกรรมสิทธิ์ไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้งภายใต้บทบัญญัติแห่งมาตรา 4 และมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญ รวมทั้งให้การรับรองเสรีภาพในการทำสัญญาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับนิติกรรมสัญญาอีกด้วย

ดังนั้น เราจึงสามารถกล่าวได้โดยสรุปว่าประเทศไทยเป็นประเทศที่ยอมรับและมีความประสงค์ที่จะสร้างระบบเศรษฐกิจที่ประชาชนสามารถแข่งขันกันในตลาดได้อย่างเสรี และในขณะเดียวกัน รัฐก็ช่วยส่งเสริมกิจกรรมดังกล่าวผ่านการดำเนินนโยบายของรัฐ รวมถึงการแทรกแซงกลไกตลาดหรือแทรกแซงระบบเศรษฐกิจเป็นครั้งคราวเมื่อรัฐเห็นว่าการกระทำใด ๆ ก็แล้วแต่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐหรือความเสียหายต่อเอกชนในภาพรวม

3. การแทรกแซงกลไกตลาดโดยรัฐ

เดิมทีระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและกลไกตลาดนั้นเรียกร้องไม่ให้รัฐเข้ามาแทรกแซงระบบใด ๆ ของตลาด เนื่องจากเชื่อว่าระบบตลาดที่มีปัจเจกชนเป็นตัวแสดงหลักนั้นจะสามารถขับเคลื่อนไปได้เองโดยอาศัยการทำงานของมือที่มองไม่เห็น รัฐมีหน้าที่เพียงแค่ส่งเสริมให้ตลาดเดินไปได้โดยไม่เข้ามาแทรกแซงเท่านั้น อย่างไรก็ตาม สภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้กลไกตลาดไม่สามารถทำหน้าที่ของมันได้โดยตนเอง รัฐจึงจำเป็นที่จะต้องเข้ามาแทรกแซงกลไกตลาดในบางครั้งเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นกับระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม

ศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ ธนิตกุล ได้กล่าวถึงรูปแบบทั่วไปของการแทรกแซงกลไกตลาดของรัฐเอาไว้ โดยแบ่งสาเหตุหรือความจำเป็นออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้⁹

⁹ ศักดิ์ ธนิตกุล, “รัฐธรรมนูญไทยกับเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ มุมมองในเชิงเศรษฐศาสตร์,” วารสารกฎหมาย 23, 1: 57-63

(1) การแทรกแซงเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาการผูกขาดทางเศรษฐกิจ

สาเหตุประเภทนี้เกิดขึ้นภายใต้ข้อเท็จจริงของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป กลไกตลาดของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีตามแนวคิดของอดัม สมิท จะมีประสิทธิภาพสูงสุดเมื่อไม่เกิดการผูกขาดปัจจัยการผลิตในระบบตลาด (ทุน ทรัพยากร แรงงาน) ซึ่งมีปัจเจกชนเป็นผู้ขับเคลื่อน กลไกดังกล่าวในฐานะเจ้าของปัจจัยการผลิต อย่างไรก็ตาม สภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้ระบบตลาดเต็มไปด้วยนิติบุคคลที่มีทุนทรัพย์สูง และแน่นอนว่าเป็นตัวละครสมมติจึงไม่มีความสามารถที่จะตายลงได้โดยธรรมชาติ ทำให้นิติบุคคลซึ่งเกิดจากการรวมตัวกันของปัจเจกชนมีทุนทรัพย์สูงสามารถผูกขาดตลาดบางประเภทหรือปัจจัยการผลิตบางประการได้ ปัญหาของการผูกขาดตลาดจึงเกิดขึ้นโดยเฉพาะหากตลาดที่ถูกผูกขาดนั้นเป็นตลาดของสินค้าสำคัญ เช่น ตลาดน้ำมัน ตลาดยาสูบ ย่อมจะส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจอย่างมาก รัฐจึงต้องเข้ามาแทรกแซงกระบวนการผูกขาดดังกล่าวโดยอาศัยกฎหมายต่าง ๆ เช่น พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ของประเทศไทย เป็นต้น

(2) การแทรกแซงเพื่อกำกับดูแลตลาดผูกขาดธรรมชาติ

กิจการบางประเภทนั้นเป็นกิจการที่ต้นทุนในการผลิตเฉลี่ยต่อหน่วยจะถูกลงเรื่อย ๆ หากมีผู้ประกอบการน้อยราย เนื่องจากต้นทุนในการเริ่มต้นผลิตกิจการเหล่านี้จะสูงมาก แต่ต้นทุนเฉลี่ยจะน้อยลงเรื่อย ๆ เมื่อได้มีการดำเนินการผลิตมาระยะหนึ่ง ตัวอย่างของกิจการประเภทนี้เช่น กิจการไฟฟ้า กิจการน้ำประปา กิจการเหล่านี้รัฐจะเข้าไปแทรกแซงในสองรูปแบบ คือการแทรกแซงโดยอาศัยการกำกับดูแลกิจการเหล่านี้ที่มอบให้เอกชนดำเนินการ หรือการแทรกแซงโดยรัฐเข้าไปเป็นผู้ดำเนินกิจการเหล่านั้นเสียเองในรูปแบบของการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ

(3) การแทรกแซงในกรณีตลาดล้มเหลว

เป็นกรณีที่กลไกตลาดไม่สามารถดำเนินไปได้ด้วยเหตุผลต่าง ๆ เช่น ตลาดล้มเหลวเนื่องจากความเป็นสินค้าสาธารณะ ตลาดล้มเหลวเนื่องจากข้อมูลไม่เท่าเทียมกัน เพื่อควบคุมป้องกันผลกระทบด้านลบที่เกิดจากการประกอบกิจการ และการแทรกแซงเนื่องมาจากความเมตตากรุณา ทำให้รัฐต้องเข้ามาแทรกแซงการดำเนินการของกลไกตลาดเพื่อให้วัตถุประสงค์ของการแทรกแซงบรรลุผล ทั้งนี้ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของประโยชน์สาธารณะ

นอกจากนี้ การแทรกแซงกลไกตลาดอาจเกิดขึ้นได้จากกรณีที่รัฐเข้าไปแทรกแซงกลไกตลาดโดยมุ่งหวังให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของระบบเศรษฐกิจหรือสร้างความเปลี่ยนแปลงให้กับตัวแปรหรือผู้เล่นในระบบเศรษฐกิจโดยไม่กระทบต่อโครงสร้างหลัก¹⁰ การ

¹⁰ เมธี ครองแก้ว, “ใครกำหนดนโยบายเศรษฐกิจไทย,” ใน เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการ ประจำปี 2531 คณะเศรษฐศาสตร์ธรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพฯ: คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า, หน้า 6-7.

แทรกแซงในกรณีนี้ไม่ได้มุ่งที่จะคุ้มครองระบบเศรษฐกิจเป็นหลัก แต่มุ่งที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในระบบเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์ของรัฐ

4. กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

การส่งเสริมการลงทุนถือว่าการแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยรัฐประเภทหนึ่ง เนื่องจากรัฐไม่ได้ปล่อยให้กลไกตลาดเป็นผู้ตัดสินใจว่าควรประกอบกิจการหรือลงทุนในกิจกรรมทางเศรษฐกิจในลักษณะใด แต่รัฐเป็นผู้ตัดสินใจเกี่ยวกับการประกอบกิจการทางเศรษฐกิจดังกล่าวผ่านการใช้มาตรการทางกฎหมายบางประการเพื่อการส่งเสริมให้เกิดการลงทุนหรือการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจบางประการขึ้นในระบบตลาด

ในส่วนของหัวข้อที่ว่าด้วยกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนนั้นจะเป็นการกล่าวถึงหลักการทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนในภาพรวม จากนั้นจะตามด้วยการพิจารณารายละเอียดเกี่ยวกับกฎหมายส่งเสริมการลงทุนในประเทศไทย ซึ่งมุ่งเน้นไปที่การให้สิทธิประโยชน์ในทางภาษีโดยเฉพาะ

4.1 หลักการทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนนั้น มีลักษณะเป็นกฎหมายที่รัฐตราขึ้นเพื่อส่งเสริมให้ผู้ประกอบการทั้งหลายเลือกที่จะมาลงทุนในประเทศของตน ไม่ว่าผู้ประกอบการนั้นจะเป็นผู้ประกอบการจากภายนอกหรือภายในประเทศ โดยอาศัยการให้สิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ทั้งที่เกี่ยวข้องกับภาษีอากร และไม่เกี่ยวข้องกับภาษีอากร เพื่อสร้างบรรยากาศที่น่าลงทุนให้กับผู้ที่สนใจ โดยการกำหนดสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ มักจะมาพร้อมเงื่อนไขที่สอดคล้องกับสภาพการณ์ของประเทศ เนื่องจากการลงทุนโดยเฉพาะจากต่างชาตินั้นมักจะก่อให้เกิดประโยชน์กับประเทศมากกว่าเป็นการเพิ่มรายรับ ทั้งนี้ เนื่องจากโดยทั่วไปแล้ว วัตถุประสงค์ในการใช้กฎหมายเพื่อส่งเสริมการลงทุน มักจะเป็นเรื่องของการสร้างแรงจูงใจให้เกิดการลงทุนในด้านที่ยังขาดแคลนผู้ลงทุนภายในประเทศ เพื่อเพิ่มอัตราการจ้างแรงงาน เพื่อส่งเสริมการส่งออก หรือเพื่อก่อให้เกิดการถ่ายทอดความรู้และเทคโนโลยีจากประเทศที่พัฒนาแล้วมายังประเทศที่กำลังพัฒนา¹¹

อย่างไรก็ตาม การที่รัฐบาลออกกฎหมายโดยมีนโยบายเพื่อที่จะส่งเสริมการลงทุน โดยเน้นให้เกิดการนำเข้าสินค้า ผลิตภัณฑ์ หรือเครื่องมือที่ใช้ในการประกอบกิจการจากต่างประเทศนั้น มักทำให้นักลงทุนที่ได้รับสิทธิประโยชน์สามารถประกอบกิจการได้ในราคาดัชนีที่ต่ำลง ทำให้เกิดความเสียเปรียบขึ้นระหว่างเจ้าของกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน

¹¹ นพมาศ มงคลสาร, “กฎหมายภาษีอากรกับการส่งเสริมการลงทุน: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและเวียดนาม” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 6-11.

กับเจ้าของกิจการภายในประเทศที่ไม่ได้รับประโยชน์ใด ๆ จากสิทธิพิเศษ เนื่องจากไม่สามารถต่อกรกับกิจการที่เข้ามาลงทุนในประเทศได้เพราะความสามารถในการแข่งขันที่ไม่เท่าเทียมกัน ดังนั้น ทุกครั้งที่รัฐมีนโยบายส่งเสริมการลงทุนใด ๆ จึงต้องคำนึงถึงผลกระทบโดยตรงจุดนี้ และดำเนินนโยบายคุ้มครองกิจการภายในประเทศของตนด้วย¹²

4.2 กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนในประเทศไทย

ประเทศไทยได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนตั้งแต่ปี พ.ศ. 2520 โดยได้มีการปรับปรุงแก้ไขเป็นจำนวนสามครั้ง คือในปี พ.ศ. 2534 พ.ศ. 2544 และ พ.ศ. 2560 มีวัตถุประสงค์เพื่อดึงดูดนักลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุนในไทย โดยอาศัยการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีและการเข้าประเทศเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการ

ตามข้อบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนขึ้นเพื่อทำหน้าที่กำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนในมิติต่าง ๆ ในช่วงปี พ.ศ. 2558 สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้รายงานว่ามีกิจการที่มีโอกาสขอรับสิทธิประโยชน์ในการส่งเสริมการลงทุนจำนวนทั้งสิ้น 243 ประเภท ซึ่งตามที่พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนได้วางหลักไว้ในหมวด 2 ว่าด้วยการขอและการให้การส่งเสริม กำหนดกิจการที่จะได้รับการส่งเสริมการลงทุนจะต้องเป็นกิจการที่มีความสำคัญและเป็นประโยชน์ในด้านเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศ กิจการผลิตเพื่อส่งออกไปต่างประเทศ จำหน่ายต่างประเทศ กิจการที่ใช้ทุน แรงงานหรือบริการในอัตราสูง หรือกิจการที่ใช้ผลิตผลการเกษตร หรือทรัพยากรธรรมชาติเป็นวัตถุดิบ ซึ่งต้องเป็นกิจการที่ยังไม่มีในราชอาณาจักร หรือมีแต่ไม่เพียงพอ หรือกรรมวิธีการผลิตยังไม่ทันสมัย¹³

สิทธิประโยชน์ที่นักลงทุนจะได้รับหากนำกิจการตามประเภทที่กฎหมายกำหนดมาลงทุนในประเทศไทยอาจแยกออกได้เป็นสองประเภท คือสิทธิประโยชน์ที่เกี่ยวกับภาษีอากร และสิทธิประโยชน์ที่ไม่เกี่ยวข้องกับภาษีอากร ดังนี้

สิทธิประโยชน์ที่เกี่ยวกับภาษีอากร ประกอบด้วย

- (1) ยกเว้น/ลดหย่อนอากรขาเข้าสำหรับเครื่องจักร (มาตรา 28 และมาตรา 29)
- (2) ลดหย่อนอากรขาเข้าสำหรับวัตถุดิบหรือวัสดุจำเป็น (มาตรา 30 และมาตรา 30/1)
- (3) ยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลและเงินปันผล (มาตรา 31 มาตรา 31/1 มาตรา 31/2 และมาตรา 34)

¹² โกศล ฉันทกุล, กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2554), หน้า 75.

¹³ โปรดดู พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 มาตรา 16

(4) ลดหย่อนภาษีเงินได้นิติบุคคลร้อยละ 50 (มาตรา 35 (1))

(5) ได้รับอนุญาตให้ไม่ต้องนำเอาค่าแห่งกิวติวีส ค่าแห่งลิขสิทธิ์ หรือสิทธิอย่างอื่นจากผู้ได้รับการส่งเสริมตามสัญญาที่ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ ให้ได้รับยกเว้นไม่ต้องรวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้ (มาตรา 33)

(6) ให้หักค่าขนส่ง ค่าไฟฟ้าและค่าน้ำประปา เป็นสองเท่า เพื่อประโยชน์ในการคำนวณภาษีเงินได้นิติบุคคล (มาตรา 35 (2))

(7) ให้หักค่าติดตั้งหรือก่อสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกเพิ่มขึ้นร้อยละ 25 (มาตรา 35 (3))

(8) ยกเว้นอากรขาเข้าวัตถุดิบหรือวัสดุจำเป็นสำหรับการผลิตเพื่อการส่งออก (มาตรา 36)

สิทธิประโยชน์ที่ไม่เกี่ยวข้องกับภาษีอากร ประกอบด้วยตัวอย่างดังนี้

(1) อนุญาตให้นำคนต่างด้าวเข้ามาเพื่อศึกษาสู่ทางการลงทุน (มาตรา 24)

(2) อนุญาตให้นำช่างฝีมือและผู้ชำนาญการเข้ามาทำงานในกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน (มาตรา 25 และมาตรา 26)

(3) อนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ที่ดิน (มาตรา 27)

(4) อนุญาตให้ส่งออกซึ่งเงินตราต่างประเทศ (มาตรา 37)

กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนในประเทศไทยเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2520 ซึ่งดูจากความมุ่งหวังแล้วอาจคาดหมายได้ว่า ตัวกฎหมายต้องการที่สร้างการลงทุนในประเทศเพื่อสร้างงาน ตลอดจนเพื่อให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีการผลิตใหม่ ๆ มายังประเทศ โดยอาศัยมาตรการทางภาษีและมาตรการอื่น ๆ เป็นแรงจูงใจ

ทั้งนี้ ข้อที่น่าสังเกตประการหนึ่งเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนในประเทศไทย นั่นคือตัวบทกฎหมายเองไม่กำหนดหลักเกณฑ์พิจารณาประเภทของกิจการที่สมควรได้รับการส่งเสริมไว้อย่างชัดเจนนัก คงกล่าวถึงไว้แต่โดยภาพกว้างว่าจะต้องเป็นกิจการที่มีความสำคัญและเป็นประโยชน์ในด้านเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศ กิจการผลิตเพื่อส่งออกไปต่างประเทศ จำหน่ายต่างประเทศ กิจการที่ใช้ทุน แรงงานหรือบริการในอัตราสูง หรือกิจการที่ใช้ผลิตผลการเกษตร หรือทรัพยากรธรรมชาติเป็นวัตถุดิบ ซึ่งต้องเป็นกิจการที่ยังไม่มีในราชอาณาจักร หรือมีแต่ไม่เพียงพอ หรือกรรมวิธีการผลิตยังไม่ทันสมัยเท่านั้น นอกจากนี้ ยังไม่ได้มีการกำหนดให้ผู้ที่เคยได้รับการส่งเสริมการลงทุนแล้วไม่สามารถมาขอรับการส่งเสริมการลงทุนซ้ำอีกเอาไว้อีกด้วย

5. ผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นจากการให้สิทธิประโยชน์ในการลงทุนที่มีต่อระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและกลไกตลาด

การให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีนับถือเป็นการแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจในลักษณะหนึ่ง โดยเป็นความมุ่งหวังของรัฐบาลผู้บริหารประเทศที่ต้องการให้เกิดการเปลี่ยนแปลงบางประการในระบบเศรษฐกิจ โดยเน้นไปที่การส่งเสริมให้มีการประกอบกิจการซึ่งมีความจำเป็นต่อประเทศแต่ยังไม่มีผู้ประกอบการหรือมีผู้ประกอบการแล้วแต่เทคโนโลยีการผลิตยังไม่สามารถพัฒนาได้อย่างเพียงพอ

การแทรกแซงกลไกตลาดโดยกฎหมายส่งเสริมการลงทุนนั้นส่งผลให้เกิดความลักลั่นในการถือครองปัจจัยการผลิตของเอกชน ก่อให้เกิดการละเมิดหลักแห่งความเสมอภาคอันเป็นหนึ่งในเสาหลักของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมอย่างชัดเจน เนื่องจากโดยกลไกปกติ การถือครองกรรมสิทธิ์ในปัจจัยการผลิตของเอกชนจะมากหรือน้อยกว่ากันก็ขึ้นอยู่กับความสามารถของแต่ละองค์กร รัฐมีหน้าที่เพียงการดูแลไม่ให้เกิดการผูกขาดในตลาดเท่านั้น แต่การส่งเสริมการลงทุนโดยรัฐส่งผลสำคัญให้เจ้าของกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนสามารถถือครองปัจจัยการผลิตได้มากกว่าผู้ไม่ได้รับการสนับสนุน และสามารถผลิตสินค้าได้ในราคาที่ถูกลง อันเป็นผลมาจากต้นทุนการผลิตที่ต่ำ เนื่องจากการยกเว้นภาษีหลายรายการ และส่วนใหญ่จะเป็นภาษีที่เกี่ยวข้องกับการตั้งต้นผลิตสินค้าและบริการภายในประเทศ เช่น เครื่องจักร หรือการนำเข้าวัตถุดิบต่าง ๆ

มาตรการเช่นนี้ก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบในระบบตลาด เนื่องจากความไม่เท่าเทียมกันในการถือครองปัจจัยการผลิตโดยนโยบายของรัฐ แต่เนื่องจากการแทรกแซงประเภทนี้เป็นการแทรกแซงโดยนโยบายของรัฐ ซึ่งคำนึงถึงผลประโยชน์ที่จะได้รับจากมาตรการนี้มาแล้วในระดับหนึ่ง คือการจ้างงานที่เพิ่มมากขึ้น รายได้ที่เพิ่มมากขึ้น และการถ่ายทอดองค์ความรู้ในการผลิตเข้ามาสู่ประเทศ การแทรกแซงจึงสามารถยอมรับได้ในช่วงเวลาสั้น ๆ ที่จะทำให้อัตราการเติบโตของเศรษฐกิจตามที่ต้องการมาข้างต้นสัมฤทธิ์ผล

อย่างไรก็ตาม กระบวนการเหล่านี้จะมีประสิทธิภาพสูงสุดในระยะเวลาที่ประเทศยังมีความต้องการดึงดูดกิจการต่าง ๆ เข้ามาพัฒนาประเทศเท่านั้น เมื่อเวลาผ่านไประยะเวลาหนึ่งและเทคโนโลยีต่างที่จำเป็นในการผลิตได้รับการถ่ายทอดเข้ามาในประเทศอย่างสมบูรณ์จนผู้ประกอบการภายในสามารถดำเนินกิจการในลักษณะเดียวกันได้เองแล้ว มาตรการส่งเสริมการลงทุนจะกลายเป็นดาบสองคมที่ทำให้โอกาสในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบกิจการรายใหม่ไม่สามารถทำได้ โดยเฉพาะเมื่อกฎหมายหลักที่ว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนนั้นไม่ได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับกิจการที่จะได้รับการส่งเสริมการลงทุนไว้อย่างชัดเจน โดยมอบหมายหน้าที่ให้คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเป็นผู้ตัดสินใจเสียเป็นส่วนใหญ่ และในขณะเดียวกันก็ไม่ได้บัญญัติถึงการห้ามขอให้มีการส่งเสริมการลงทุนซ้ำเอาไว้อีกด้วย

ทั้งนี้ การส่งเสริมการลงทุนโดยใช้มาตรการทางภาษีนี้นอกจากจะก่อให้เกิดความเหลื่อมล้ำจากการแบกรับภาระต้นทุนที่ไม่เท่าเทียมกันเอาไว้แล้ว ความเหลื่อมล้ำดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะเพิ่มมากขึ้นหากพิจารณาต่อไปว่าโครงการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนนั้นมีแนวโน้มเป็นโครงการขนาดใหญ่ ที่มีงบประมาณการลงทุนมากกว่า 1,000 ล้านบาทขึ้นไป¹⁴ ซึ่งสอดคล้องกับรายงานการวิจัยของ ดร.ปณณ อนันนภิบุตร ที่พบว่ามีการขยายประเภทของกิจการที่จะได้รับการส่งเสริมการลงทุนขึ้นเป็นจำนวนมาก คือจากเดิมในปี พ.ศ. 2523 มีกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนเป็นจำนวน 85 ประเภท แต่ในปี พ.ศ. 2555 กลับขยายออกเป็น 243 ประเภท โดยจำนวนที่เพิ่มขึ้นนี้ไม่สามารถตอบคำถามได้ว่ามีความจำเป็นต่อการพัฒนาประเทศอย่างไร และกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนนั้นมักจะกระจุกตัวอยู่ที่กิจการขนาดใหญ่ที่มีมูลค่าการลงทุนเกินกว่า 1,000 ล้านบาท¹⁵

ผลที่ตามมาจากการกระจุกตัวของกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งโดยมากแล้วเป็นกิจการที่มีเงินทุนสนับสนุนเป็นจำนวนมากมาแล้วตั้งแต่ต้น ย่อมขยายช่องว่างระหว่างกิจการขนาดเล็กที่ประสงค์จะเข้ามาเป็นผู้เล่นใหม่ในตลาด และกิจการขนาดใหญ่ที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนออกไปเป็นอย่างมาก เนื่องจากกิจการทั้งสองมีเงินลงทุนตั้งต้นที่แตกต่างกันและในขณะเดียวกันก็มีต้นทุนที่ต้องแบกรับแตกต่างกันอันเป็นผลมาจากการส่งเสริมการลงทุนด้วย

ตัวอย่างที่ชัดเจนของกรณีนี้คือ หากพิจารณาอัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลในช่วงปี พ.ศ. 2562 จะพบว่าอัตราภาษีเงินได้ที่นิติบุคคลต้องจ่ายนั้นจะอยู่ที่ราวร้อยละ 15 - 20 ของเงินได้พึงประเมิน ซึ่งหากเปรียบเทียบกันระหว่างโครงการที่มีการส่งเสริมการลงทุนกับกิจการภายในประเทศที่ผลิตสินค้าและบริการชนิดเดียวกัน โดยสมมติให้ทั้งสองกิจการมีเงินได้พึงประเมินเท่ากันแล้ว จะพบว่ากิจการที่ไม่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนต่อให้ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันก็ต้องแบกรับต้นทุนอันเกิดจากการเก็บภาษีเงินได้อยู่ ในขณะที่กิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนนั้นไม่จำเป็นที่จะต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลในส่วนของการกำไรสุทธิที่ได้รับจากการประกอบกิจการ อันเป็นการเพิ่มต้นทุนให้กับกิจการภายในประเทศเป็นอย่างมาก ตัวอย่างข้อพิจารณาโดยง่ายนี้สอดคล้องกับความเห็นในงานวิจัยและเอกสารทางวิชาการหลายฉบับเช่น

¹⁴ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน, ภาวะการส่งเสริมการลงทุนในไตรมาสแรกของปี 2562 [ออนไลน์] 23 กรกฎาคม 2562. แหล่งที่มา: https://www.boi.go.th/upload/content/Investment SituationQ1201_9_5cd8e09bf164c.pdf

¹⁵ ปณณ อนันนภิบุตร, การปฏิรูประบบภาษีเพื่อสังคมไทยเสมอหน้า, (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย 2555), หน้า. 32-33.

งานวิจัยของ ดร.ปณณ อนันนภิบุตร เรื่อง การปฏิรูประบบภาษีเพื่อสังคมไทยเสมอหน้า และงานเขียนของรติมา คชนันท์ เรื่อง การปฏิรูปประเทศไทยกับทิศทางการพัฒนา SMEs¹⁶

ทั้งนี้ รายงานการศึกษาของ ดร.ปณณ อนันนภิบุตร ยังได้อ้างถึงคำอธิบายของรองศาสตราจารย์ ดร.ธรรมวิทย์ เทอดอุดมธรรม แห่งคณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในประเด็นที่กล่าวไปข้างต้นไว้ ดังนี้¹⁷

“การประเมินผลประโยชน์ที่ประเทศไทยได้รับจากการส่งเสริมเหล่านี้ยังไม่ชัดเจนนัก จึงมีคำถามว่าการส่งเสริมการลงทุนโดยบีโอไอด้วยวิธีนี้ มีความคุ้มค่าสำหรับประเทศไทยหรือไม่ ผู้ประกอบการไทย โดยเฉพาะกิจการเอสเอ็มอีที่ไม่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนจากบีโอไอ ซึ่งเสียเปรียบในการแข่งขันทางธุรกิจ ได้ตั้งคำถามเกี่ยวกับความคุ้มค่าของการส่งเสริมการลงทุนโดยการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษื่อดังกล่าวเช่นกัน”

6. บทส่งท้าย

ในท้ายที่สุดแล้ว เราไม่สามารถปฏิเสธได้อย่างเด็ดขาดว่ากฎหมายส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนนั้นเป็นสิ่งที่มีความประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะในส่วนที่เป็นการส่งเสริมการจ้างงานและนำเอากระบวนการผลิตที่ไม่เคยมีมาก่อนในประเทศเข้ามาแนะนำและถ่ายทอดเทคโนโลยีการผลิตให้ประเทศได้รู้จัก

ผู้ที่บังคับใช้กฎหมายส่งเสริมการลงทุนนั้นควรคำนึงไว้เสมอว่า การส่งเสริมการลงทุนนั้นมีลักษณะเป็นการทำลายหลักแห่งความเสมอภาค อันเป็นคุณค่าพื้นฐานของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม และเป็นหลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจที่สำคัญมากประการหนึ่ง หากการใช้กฎหมายส่งเสริมการลงทุนละเมิดหลักการดังกล่าวเพียงชั่วระยะเวลานั้น ๆ แล้วจากนั้นหันมาส่งเสริมให้ผู้ประกอบการในประเทศเข้ามามีส่วนร่วมในกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนนั้นย่อมไม่มีปัญหาใด ๆ

อย่างไรก็ตาม หากมีการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนกระทำลง ในลักษณะที่ไม่ถี่ถ้วนเกิดขึ้น¹⁸ ผลที่ตามมาจากการละเมิดหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจและระบบตลาดแบบเสรีนิยมจะมีลักษณะเป็นผลร้ายมากกว่าผลดี คือเป็นการ

¹⁶ บทความเรื่อง การปฏิรูปประเทศไทยกับทิศทางการพัฒนา SMEs ของรติมา คชนันท์ สามารถสืบค้นและเข้าถึงได้จาก <https://library2.parliament.go.th/ebook/content-issue/2558/hi2558-008.pdf>

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 34.

¹⁸ ผู้สนใจสามารถศึกษาและตรวจสอบข้อมูลเพิ่มเติมได้จากงานวิจัย เรื่อง การปฏิรูปภาษีเพื่อสังคมไทยเสมอหน้า โดย ปณณ อนันนภิบุตร ในบทที่ 3 ภาษีอากรของไทยกับการเอื้อประโยชน์ต่อกลุ่มทุนขนาดใหญ่: กรณีการส่งเสริมการลงทุน

ปิดกันไม่ให้ผู้ประกอบการรายย่อยสามารถแข่งขันกับผู้ประกอบการรายใหญ่ที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนได้ เนื่องจากจำนวนทรัพยากรตั้งต้นที่มีในการผลิตมีความแตกต่างกันค่อนข้างสูง และในขณะเดียวกันก็มีความแตกต่างอันเนื่องมาจากต้นทุนที่จำต้องใช้เพื่อผลิตสินค้าชนิดเดียวกันในปริมาณที่เท่ากันมีความแตกต่างกันอันเนื่องมาจากการส่งเสริมการลงทุนที่มุ่งเน้นให้สิทธิประโยชน์ที่มีลักษณะลดทอนต้นทุนในการผลิตโดยเฉพาะ การดำเนินการเช่นนี้โดยไม่ระมัดระวังมีแนวโน้มที่จะนำไปสู่สถานการณ์ของการผูกขาดตลาดซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่พึงประสงค์เป็นอย่างยิ่งภายใต้ระบบตลาดเสรี

ทั้งนี้ บทความฉบับนี้เป็นข้อคิดเห็นของผู้เขียนที่จัดทำขึ้นบนพื้นฐานความพยายามที่จะนำเอาข้อความคิดในเชิงกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจมาวิเคราะห์ความเป็นไปได้ที่จะเกิดปัญหาในเชิงเศรษฐกิจและการละเมิดหลักการทางกฎหมายจากการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ซึ่งย่อมทำให้มีแง่มุมบางประการตกหล่นไปจากการวิเคราะห์ไม่มากนัก โดยหากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนมีความยินดีเป็นอย่างยิ่งที่จะได้รับฟังข้อเสนอแนะหรือพูดคุยกับผู้ที่ประสงค์จะแลกเปลี่ยนข้อมูลกันในลำดับต่อไป

บรรณานุกรม

- โกศล ฉันทิกุล. กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2554.
- ฉัตรทิพย์ นาถสุภา. ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.
- ณัฐดนัย นาจันทร์. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2562.
- นพมาศ มงคลสาร. กฎหมายภาษีอากรกับการส่งเสริมการลงทุน: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและเวียดนาม. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2551.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. “ภูมิหลังมาตรา 50 และมาตรา 87 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540”. วารสารกฎหมาย 23, 1 (2547).
- ปิณณ อนันตภิบุตร. การปฏิรูประบบภาษีเพื่อสังคมไทยเสมอหน้า. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย 2555.
- เมธี ครองแก้ว. ใครกำหนดนโยบายเศรษฐกิจไทย. ใน เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการประจำปี 2531 คณะเศรษฐศาสตร์ธรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพฯ: คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.
- ศักดา ธนิตกุล. “รัฐธรรมนูญไทยกับเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ มุมมองในเชิงเศรษฐศาสตร์”. วารสารกฎหมาย 23, 1.
- สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน. ภาวะการลงทุนในไตรมาสแรกของปี 2562 [ออนไลน์]. 2562. แหล่งที่มา: https://www.boi.go.th/upload/content/InvestmentSituationQ12019_5cd8e09bf164c.pdf [เข้าถึงเมื่อ 23 กรกฎาคม 2562]
- สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน. คู่มือการขอรับการส่งเสริมการลงทุน กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน, 2558.

วิเคราะห์คำตัดสินศาล : Analysis of Judicial Decision

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6389/2560 (ผลโดยตรงของความผิดฐาน ร่วมกันกระทำอนาจารเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย)*

Supreme Court Judgement Number 6389/2560 (A Direct Consequence of Mutually Committing an Act of Indecency Causing Death)

วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์**
Wiwat Damrongkulnan

บทคัดย่อ

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6389/2560 ผู้ตายอายุ 15 ปีเศษ กำลังขบถจกักรยานยนต์อยู่ จำเลยทั้งสองได้ขบถจกักรยานยนต์ไล่ตามเพื่อที่จะข่มขืนกระทำชำเราผู้ตาย โดยจำเลยทั้งสองได้แซงเบียดจนรถจักรยานยนต์ของผู้ตายล้มลงข้างถนนเป็นเหตุให้ผู้ตายหมดสติ แล้วจำเลยทั้งสองถอดกางเกงผู้ตายลงมาถึงหัวเข้า แต่มีรถจักรยานยนต์คันอื่นผ่านมา จำเลยทั้งสองจึงรีบขบถจกักรยานยนต์ออกไปจากจุดเกิดเหตุ การกระทำของจำเลยทั้งสองเป็นเหตุให้ผู้ตายได้รับบาดเจ็บและถึงแก่ความตายจากการติดเชื้อในกระแสโลหิตจากภาวะแทรกซ้อน

คดีนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ความตายของผู้ตายเป็นผลโดยตรงอันเกิดจากการที่จำเลยทั้งสองร่วมกันทำร้ายผู้ตายจนเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายโดยไม่มีเจตนาฆ่า ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290 วรรคแรก ประกอบมาตรา 83 แต่มิใช่ผลโดยตรงอันเกิดจากการที่จำเลยทั้งสอง

* วันที่รับบทความ (Received): 28 กรกฎาคม 2562; วันที่แก้ไขบทความ (Revised): 16 กันยายน 2562; วันที่ตอบรับบทความ (Accepted): 20 กันยายน 2562

** นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, อาจารย์ประจำสาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Lecturer in Criminal Law and Justice Administrative, School of Law, Mae Fah Luang University

E-mail: wiwat.dam@mfu.ac.th

ร่วมกันกระทำความผิดจนผู้ตาย ดังนั้น จำเลยทั้งสองจึงไม่มีความผิดฐานร่วมกันกระทำความผิด เป็นเหตุให้ผู้ตายถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 278, 280 (2) ประกอบมาตรา 83 คงมีความผิด ฐานร่วมกันกระทำความผิดจนผู้ตาย ตามมาตรา 278 ประกอบมาตรา 83 เท่านั้น

คำสำคัญ: ความผิดฐานร่วมกันกระทำความผิดเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย, ความสัมพันธ์ ระหว่างการกระทำกับผล, ผลโดยตรง

Abstract

According to the Supreme Court Judgement Number 6389/2560, the 15-year-old deceased was driving a motorcycle. The two defendants drove a motorcycle in order to rape the deceased. The defendants overtook the motorcycle of the deceased and therefore causing the victim to lose consciousness because of the crash. The two defendants removed the pants of the deceased down to the knees but there were other motorcycle coming through. The defendants quickly drove the motorcycle away from the scene. The actions of both defendants caused the injury and the death of the person injured due to bloodstream infections.

In this case, the Supreme Court ruled that the death of the deceased was a direct consequence of the defendants' conducts which cause death to the other person by inflicting injury upon the body of such person without intent to cause death in accordance with Section 290 paragraph 1 in conjunction with Section 83 of the Penal Code. However, this conduct was not a direct consequence of indecency, causing death to others in accordance with Section 278, 280 (2) in conjunction with Section 83. Therefore, both defendants were found guilty of a charge of doing an indecent act in accordance with Section 278 in conjunction with Section 83 only.

Keywords: Mutually committing an act of indecency causing death, Causation, Direct consequence

1. บทนำ

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6389/2560 โดยสรุปมีอยู่ว่า ขณะเกิดเหตุผู้ตายอายุ 15 ปีเศษ กำลังขับรถจักรยานยนต์อยู่ จำเลยทั้งสองได้ขับรถจักรยานยนต์ไล่ตามเพื่อที่จะชนขึ้นกระแทกซ้ำเราผู้ตาย โดยจำเลยทั้งสองได้แซงเบียดจนรถจักรยานยนต์ของผู้ตายล้มลงข้างถนนเป็นเหตุให้ผู้ตายหมดสติ แล้วจำเลยทั้งสองถอดกางเกงผู้ตายลงมาถึงหัวเข้า แต่มีรถจักรยานยนต์คันอื่นผ่านมา จำเลยทั้งสองจึงรีบขับรถจักรยานยนต์ออกไปจากจุดเกิดเหตุ ต่อมาผู้ตายถูกส่งไปรักษาตัวที่โรงพยาบาล ผู้ตายมีบาดแผลถลอกตามลำตัว บาดแผลที่ศีรษะกะโหลกศีรษะแตกร้าว และมีภาวะแท้งลูกจากยาที่ใช้รักษาอาการทางสมอง ผู้ตายรักษาตัวอยู่ที่โรงพยาบาลตลอดมา จนกระทั่งถึงแก่ความตายเนื่องจากการติดเชื้อในกระแสโลหิตจากภาวะแทรกซ้อน

จุดที่น่าสนใจของคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้อยู่ตรงที่ ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยว่า จำเลยทั้งสองมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา 2 ฐาน ดังนี้

ฐานที่หนึ่ง ร่วมกันกระทำความผิดเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 278¹, 280 (2)² ประกอบมาตรา 83³

ฐานที่สอง ร่วมกันทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายโดยไม่มีเจตนาฆ่า ตามมาตรา 290 วรรคแรก⁴ ประกอบมาตรา 83

¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 (เดิม) “ผู้ใดกระทำความผิดแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยชุ่เชี่ยวด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

หมายเหตุ: ในขณะที่จำเลยทั้งสองกระทำความผิดและในขณะที่ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกามีคำพิพากษานั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 มีเพียง 1 วรรคเท่านั้น คำพิพากษาศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาจึงปรับบทมาตรานี้โดยไม่ได้ระบุวรรค แต่ในปัจจุบัน มาตรานี้ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมให้มีถึง 4 วรรคด้วยกัน ทั้งนี้ โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562

² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 280 (2) “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 278 หรือมาตรา 279 เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต”

³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 “ในกรณีความผิดใดเกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ผู้ที่ได้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันนั้นเป็นตัวการ ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290 วรรคแรก “ผู้ใดมิได้มีเจตนาฆ่า แต่ทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้นั้นถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี”

เป็นกรณีการกระทำกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท จึงลงโทษฐานร่วมกันกระทำอนาจารเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามมาตรา 278, 280 (2) ประกอบมาตรา 83 ซึ่งเป็นกฎหมายบทที่มีโทษหนักที่สุดตามมาตรา 90⁵

แต่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า การที่ผู้ตายถูกจำเลยทั้งสองขับรถจักรยานยนต์แข่งเบียดจนรถจักรยานยนต์ของผู้ตายล้มลง เป็นเหตุให้ผู้ตายได้รับบาดเจ็บและถึงแก่ความตายจากการติดเชื้อในกระแสโลหิตจากภาวะแทรกซ้อนนั้น ความตายของผู้ตายมิใช่ผลโดยตรงอันเกิดจากการที่จำเลยทั้งสองร่วมกันกระทำอนาจารผู้ตาย จำเลยทั้งสองจึงมีความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารตามมาตรา 278 เท่านั้น ที่ศาลอุทธรณ์ปรับบทลงโทษจำเลยทั้งสองตามมาตรา 280 (2) จึงเป็นการไม่ชอบ พิจารณาแก่เป็นว่า ให้ยกฟ้องในความผิดตามมาตรา 280 (2) และให้ลงโทษจำเลยทั้งสองใน 2 ฐานความผิด ดังนี้

ฐานที่หนึ่ง ร่วมกันกระทำอนาจารผู้อื่น ตามมาตรา 278 ประกอบมาตรา 83

ฐานที่สอง ร่วมกันทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายโดยไม่มีเจตนาฆ่าตามมาตรา 290 วรรคแรก ประกอบมาตรา 83

เป็นกรณีการกระทำกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท จึงลงโทษฐานร่วมกันทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายโดยไม่มีเจตนาฆ่าตามมาตรา 290 วรรคแรก ประกอบมาตรา 83 ซึ่งเป็นกฎหมายบทที่มีโทษหนักที่สุดตามมาตรา 90

ผู้เขียนเห็นว่าศาลฎีกาได้วินิจฉัยเรื่อง “ผลโดยตรง” ไว้อย่างน่าสนใจ จึงเขียนบทความนี้ขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์หลักอยู่ 2 ประการ ประการที่หนึ่ง เพื่อให้ผู้อ่านทราบถึงหลักการปรับใช้ “ผลโดยตรง” และประการที่สอง เพื่อวิเคราะห์ว่าเหตุใดศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่าความตายของผู้ตายมิใช่ผลโดยตรงอันเกิดจากการที่จำเลยทั้งสองร่วมกันกระทำอนาจารผู้ตาย

2. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6389/2560 (ฉบับย่อ)⁶

“ข้อเท็จจริงที่คู่ความมิได้โต้เถียงกันในชั้นฎีการับฟังเป็นยุติได้เบื้องต้นว่า ตามวันเวลาและสถานที่เกิดเหตุในฟ้อง ขณะที่น่าสาวช่อฟ้า ผู้ตาย อายุ 15 ปีเศษ ขับรถจักรยานยนต์ผ่านหมู่บ้านสกร้อมเพื่อไปหานายนนทวัฒน์ มีคนร้ายขับรถจักรยานยนต์ไล่ตามและเบียดจนรถจักรยานยนต์ของผู้ตายล้มลงข้างถนนเป็นเหตุให้ผู้ตายหมดสติ แล้วคนร้ายถอดกางเกงผู้ตายลงมาถึงหัวเข้า ขณะเกิดเหตุผู้ตายโทรศัพท์บอกให้นายนนทวัฒน์ทราบว่ามีคนร้ายขับ

⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90 “เมื่อการกระทำใดอันเป็นกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท ให้ใช้กฎหมายบทที่มีโทษหนักที่สุดลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด”

⁶ ศาลฎีกา, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6389/2560 [ออนไลน์], 28 กรกฎาคม 2562. แหล่งที่มา <http://deka.supremecourt.or.th/search>

รถจักรยานยนต์ไล่ตามมา แล้วผู้ตายส่งเสียงกรีดร้องและเสียงสัญญาณโทรศัพท์ของผู้ตายขาดหายไป นายพนนทวัฒน์กับพวกจึงออกติดตามหาผู้ตายจนกระทั่งไปพบผู้ตายนอนหมดสติอยู่ในบริเวณที่เกิดเหตุ ผู้ตายถูกส่งไปรักษาตัวที่โรงพยาบาลสุรินทร์ ผู้ตายมีบาดแผลถลอกตามลำตัว บาดแผลที่ศีรษะ กะโหลกศีรษะแตกร้าว และมีภาวะแท้งลูกจากยาที่ใช้รักษาอาการทางสมอง ผู้ตายรักษาตัวอยู่ที่โรงพยาบาลตลอดมา จนกระทั่งวันที่ 1 มีนาคม 2558 จึงได้ถึงแก่ความตายเนื่องจากการติดเชื้อในกระแสโลหิตจากภาวะแทรกซ้อน หลังเกิดเหตุ เจ้าพนักงานตำรวจตรวจสถานที่เกิดเหตุพบใบเสร็จรับเงินค่าขายข้าวเปลือกของบริษัทโรงสีทรัพย์อนันต์จำกัด ตกอยู่ในบริเวณที่เกิดเหตุ และคืนเกิดเหตุ จำเลยทั้งสองกับพวกร่วมวงดื่มสุราที่บ้านของนายสุจันทรหรือโอ้ ที่หมู่บ้านสกร้อม นายพิเชฐหรือโอ้ตและนายโกวิทหรือก๊อต ซึ่งนั่งร่วมวงดื่มสุรากับจำเลยทั้งสองให้ถ้อยคำต่อเจ้าพนักงานตำรวจว่า ช่วงเวลาเกิดเหตุ จำเลยทั้งสองใช้รถจักรยานยนต์เป็นยานพาหนะออกไปด้วยกันประมาณ 20 นาที จึงกลับมา

มีปัญหาต้องวินิจฉัยตามฎีกาของจำเลยทั้งสองว่า จำเลยทั้งสองเป็นคนร้ายกระทำความผิดตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์หรือไม่ เห็นว่า หลังจากเกิดเหตุ เจ้าพนักงานตำรวจทำการสืบสวนทราบว่า ในช่วงเวลาใกล้กับเวลาเกิดเหตุ จำเลยทั้งสองกับพวกนั่งร่วมวงดื่มสุราอยู่ที่บ้านของนายสุจันทรซึ่งเป็นเส้นทางที่ผู้ตายขับรถจักรยานยนต์ผ่านมา จึงสอบถามเหตุการณ์จากนายโกวิทและนายพิเชฐ ได้ความว่าช่วงเวลาเกิดเหตุจำเลยทั้งสองขับรถจักรยานยนต์ออกจากบ้านของนายสุจันทรไปประมาณ 20 นาที ตอนแรกจำเลยทั้งสองปฏิเสธว่าไม่รู้เรื่อง แต่เมื่อเจ้าพนักงานตำรวจนำใบเสร็จรับเงินค่าขายข้าวเปลือก ซึ่งตรวจยึดได้จากที่เกิดเหตุและภาพจากกล้องวงจรปิดขณะจำเลยนำข้าวเปลือกไปขายที่โรงสีทรัพย์อนันต์ให้จำเลยทั้งสองดู จำเลยทั้งสองจึงยอมรับว่า ก่อนเกิดเหตุจำเลยทั้งสองเห็นผู้ตายขับรถจักรยานยนต์ผ่านหน้าบ้านของนายสุจันทรตามลำพัง จำเลยที่ 2 จึงชวนจำเลยที่ 1 ขับรถจักรยานยนต์ไล่ติดตามไปเพื่อจะข่มขืนกระทำชำเราและเบียดเบียนรถจักรยานยนต์ของผู้ตายล้มลง แล้วลงจากรถไปถอดกางเกงผู้ตาย แต่มีรถจักรยานยนต์คันอื่นผ่านมา จำเลยทั้งสองจึงรีบขับรถจักรยานยนต์กลับไปยังกลุ่มเพื่อนที่นั่งดื่มสุรา

ดังนั้น แม้โจทก์และโจทก์ร่วมทั้งสองไม่มีประจักษ์พยานที่รู้เห็นเหตุการณ์ในขณะเกิดเหตุมายืนยันว่าจำเลยทั้งสองเป็นคนร้ายที่ขับรถจักรยานยนต์ไล่ตามและกระทำอนาจารผู้ตาย แต่เมื่อข้อเท็จจริงตามคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ซึ่งจำเลยทั้งสองมิได้โต้เถียงรับฟังเป็นยุติได้ว่า ก่อนเกิดเหตุจำเลยทั้งสองนำข้าวเปลือกไปขายที่โรงสีทรัพย์อนันต์ หลังเกิดเหตุ เจ้าพนักงานตำรวจตรวจสถานที่เกิดเหตุพบใบเสร็จรับเงินค่าขายข้าวเปลือกซึ่งทางโรงสีออกให้แก่จำเลยที่ 1 ตกอยู่ในบริเวณที่เกิดเหตุ ประกอบกับโจทก์มีนายโกวิทและนายพิเชฐ เป็นพยานแวดล้อมเบิกความสอดคล้องกันว่า ช่วงเวลาเกิดเหตุจำเลยทั้งสองขับรถจักรยานยนต์ออกจากบ้านนายสุจันทรไปประมาณ 20 นาที แล้วจึงขับรถกลับมา สอดคล้องกับข้อเท็จจริงตามคำรับสารภาพของ

จำเลยทั้งสอง แม่พนักงานสอบสวนมิได้จัดให้มีการตรวจพิสูจน์คราบอสุจิและน้ำอสุจิที่พบในช่องคลอดของผู้ตายเป็นของบุคคลใด แต่เมื่อนำเอาคำรับสารภาพของจำเลยทั้งสองมารับฟัง ประกอบกับพยานแวดล้อมกรณีดังกล่าวแล้ว เห็นว่า พยานหลักฐานของโจทก์และโจทก์ร่วมทั้งสอง มีน้ำหนักมั่นคงเพียงพอที่จะรับฟังได้อย่างแน่ชัดว่าจำเลยทั้งสองเป็นคนร้ายรายนี้ ส่วนฎีกาของจำเลยทั้งสองประการอื่น ๆ ล้วนแต่เป็นเรื่องรายละเอียดที่ไม่ทำให้คำวินิจฉัยข้างต้นเปลี่ยนแปลงไปได้ จึงไม่ต้องวินิจฉัยต่อไป ที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า จำเลยทั้งสองมีความผิดฐานร่วมกันทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายโดยไม่มีเจตนาฆ่า และร่วมกันกระทำอนาจารผู้อื่นโดยใช้กำลังประทุษร้าย และให้ร่วมกันขูดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์ร่วมทั้งสองมานั้น ศาลฎีกาเห็นพ้องด้วย ฎีกาของจำเลยทั้งสองฟังไม่ขึ้น

แต่ที่ศาลอุทธรณ์ปรับบทลงโทษจำเลยทั้งสองตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 280 (2) อันเป็นบทหนักในความผิดฐานกระทำอนาจารจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตายนั้น เห็นว่า การกระทำอนาจารอันเป็นความผิดและถูกลงโทษตามมาตรา 280 นั้น จะต้องได้ความว่าผลของความตายของผู้ถูกกระทำอนาจารเกิดจากการกระทำอนาจาร แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้ได้ความว่า ผู้ตายถูกจำเลยทั้งสองขบถจักรยานยนต์แขงเบียดจนรถจักรยานยนต์ของผู้ตายล้มลงจนเป็นเหตุให้ได้รับบาดเจ็บและถึงแก่ความตายจากการติดเชื้อในกระแสโลหิตจากภาวะแทรกซ้อน ความตายของผู้ตายย่อมมิใช่ผลโดยตรงอันเกิดจากการที่จำเลยทั้งสองร่วมกันกระทำอนาจารผู้ตาย จำเลยทั้งสองจึงมีความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 เท่านั้น ที่ศาลอุทธรณ์ปรับบทลงโทษจำเลยทั้งสองตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 280 (2) จึงเป็นการไม่ชอบ แม้จำเลยทั้งสองมิได้ยกปัญหาดังกล่าวขึ้นอ้างในฎีกาของจำเลยทั้งสอง แต่เป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยซึ่งศาลฎีกายกขึ้นวินิจฉัยได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 195 วรรคสอง ประกอบมาตรา 225 จึงเห็นสมควรปรับบทลงโทษเสียใหม่ให้ถูกต้อง

พิพากษาแก้เป็นว่า ให้ยกฟ้องในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 280 (2) และให้ลงโทษในความผิดฐานร่วมกันทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายโดยไม่มีเจตนาฆ่าตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290 วรรคแรก ประกอบมาตรา 83 อันเป็นกฎหมายบทที่มีโทษหนักที่สุดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90 จำคุกจำเลยทั้งสองคนละ 15 ปี เมื่อลดโทษให้หนึ่งในสามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 แล้ว คงจำคุกจำเลยทั้งสองคนละ 10 ปี นอกจากที่แก้ไขให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์”

3. หลักการปรับใช้ “ผลโดยตรง”

โดยหลักแล้ว เมื่อบุคคลมีการกระทำแล้วเกิดผลขึ้น บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้น แต่ในบางกรณีบุคคลนั้นก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้น หากผลที่เกิดขึ้นนั้นไม่สัมพันธ์กับการกระทำ⁷ จึงเกิดหลักที่ว่า บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อ “มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล” (Causation)⁸

ในการวินิจฉัยว่า “มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล” หรือไม่นั้น มีหลักดังนี้

(1) หากผลนั้นเป็น “ผลโดยตรง” (Direct Consequence) ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลนั้น หากไม่ใช่ “ผลโดยตรง” ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลนั้น

ทั้งนี้ “ผลโดยตรง” คือผลตาม “ทฤษฎีเงื่อนไข” (The Condition Theory)¹⁰

(2) หากผลนั้นทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลนั้นต่อเมื่อผลนั้นเป็น “ผลโดยตรง” และเป็น “ผลธรรมดา” (Ordinary Consequence) หากไม่ใช่ “ผลโดยตรง” หรือเป็น “ผลโดยตรง” แต่ไม่ใช่ “ผลธรรมดา” ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลนั้น

ทั้งนี้ “ผลธรรมดา” คือผลตาม “ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม” (The Adequacy Theory)¹¹ ซึ่งเป็นผลที่ได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 63¹²

(3) หากผลนั้นไม่ได้ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น แต่เป็นผลที่เกิดจากเหตุแทรกแซง (Intervene Cause) ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลนั้นต่อเมื่อผลนั้นเป็น “ผลโดยตรง”

⁷ วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2562), หน้า 182.

⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2562), หน้า 392.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 397-398.

¹⁰ “ทฤษฎีเงื่อนไข” มีหลักเกณฑ์ที่สำคัญคือ ถ้าไม่มีการกระทำ ผลก็จะไม่เกิด ถือว่าผลเกิดจากการกระทำนั้น แต่ถ้าไม่มีการกระทำ ผลก็ยังคงเกิด เช่นนี้ไม่ถือว่าผลเกิดจากการกระทำนั้น

รายละเอียดเพิ่มเติมดู จิตติ ดิงศภัทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546), หน้า 128, 134.

และ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1, หน้า 399, 412.

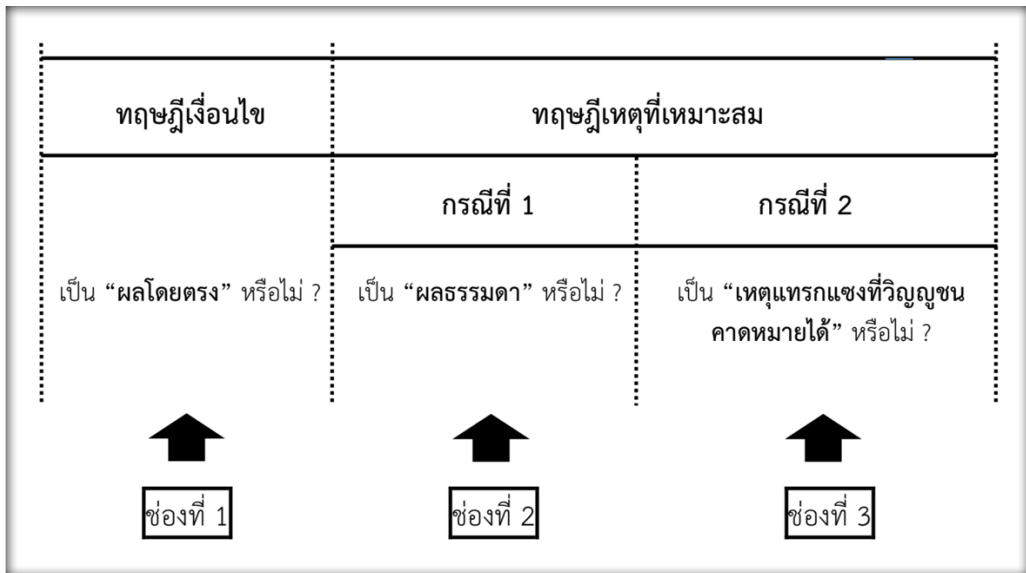
¹¹ “ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม” มีหลักเกณฑ์ที่สำคัญคือ การกระทำนั้นเหมาะสมที่จะให้เกิดผลโดยทั่ว ๆ ไปหรือไม่ หรือหากจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การกระทำนั้นมีความเกี่ยวพันกันพอสมควรกับผลหรือไม่

รายละเอียดเพิ่มเติมดู Johannes Andenaes, Thomas P. Ogle (Translator), *The General Part of the Criminal Law of Norway*, (London: Sweet & Maxwell, 1965), 122.

¹² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 63 “ถ้าผลของการกระทำความผิดใดทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ผลของการกระทำความผิดนั้นต้องเป็นผลที่ตามธรรมดาย่อมเกิดขึ้นได้”

ซึ่งเกิดจาก “เหตุแทรกแซงที่วิญญูชนคาดหมายได้” หากไม่ใช่ “ผลโดยตรง” หรือเป็น “ผลโดยตรง” แต่เกิดจากเหตุแทรกแซงที่วิญญูชนคาดหมายไม่ได้ ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลนั้น

ทั้งนี้ “เหตุแทรกแซงที่วิญญูชนคาดหมายได้” คือเหตุตาม “ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม”



สำหรับหลักการปรับใช้ “ทฤษฎีเงื่อนไข” และ “ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม” เพื่อวินิจฉัยว่า “มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล” หรือไม่นั้น แบ่งออกเป็น 3 กรณีดังนี้¹³

(1) หากผลนั้นไม่ได้ทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้น และไม่ได้เกิดจากเหตุแทรกแซง ให้ใช้ **ช่องที่ 1** คือใช้ “ทฤษฎีเงื่อนไข” เพียงทฤษฎีเดียว

(2) หากผลนั้นทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้น ไม่ว่าจะเป็นผลที่เกิดจากเหตุแทรกแซงหรือไม่ก็ตาม ให้ใช้ **ช่องที่ 1** + **ช่องที่ 2** คือใช้ “ทฤษฎีเงื่อนไข” และ “ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม” ในส่วนของ “ผลธรรมดา” ประกอบกัน

(3) หากผลนั้นไม่ได้ทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้น แต่เป็นผลที่เกิดจากเหตุแทรกแซง ให้ใช้ **ช่องที่ 1** + **ช่องที่ 3** คือใช้ “ทฤษฎีเงื่อนไข” และ “ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม” ในส่วนของ “เหตุแทรกแซงที่วิญญูชนคาดหมายได้” ประกอบกัน

¹³ วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 184-185.

ตัวอย่างที่ 1 A ต้องการฆ่า B โดยการใช้ปืนยิงให้ตาย ต่อมา A ได้ใช้ปืนยิง B จนตาย กรณีนี้ผล (ความตายของ B) ไม่ได้ทำให้ A ต้องรับโทษหนักขึ้น เพราะ A มีเจตนาที่จะให้ B ตายตั้งแต่แรกอยู่แล้ว และผลสุดท้าย B ก็ตายสมดังเจตนาของ A และเมื่อผล (ความตายของ B) ไม่ได้เกิดจากเหตุแทรกแซง กรณีนี้จึงต้องใช้ **ช่องที่ 1** คือใช้ “**ทฤษฎีเจื่อนไข**” เพียงทฤษฎีเดียวในการวินิจฉัยว่า “**มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล**” ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288¹⁴ หรือไม่

ตัวอย่างที่ 2 A ต้องการทำร้ายร่างกาย B โดยการใช้ไม้ตีที่ใบหน้า ต่อมา A ได้ใช้ไม้ตีไปที่ใบหน้าของ B ปรากฏว่าไม้ถูกตาขวาของ B บอด กรณีนี้ผล (อันตรายสาหัส) ทำให้ A ต้องรับโทษหนักขึ้น เพราะตอนแรก A มีเพียงเจตนาทำร้ายให้เกิดอันตรายแก่กายของผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295¹⁵ เท่านั้น แต่ผลสุดท้าย B เกิดอันตรายสาหัสซึ่งเกินกว่าเจตนาของ A ในตอนแรก กรณีนี้จึงต้องใช้ **ช่องที่ 1** + **ช่องที่ 2** คือใช้ “**ทฤษฎีเจื่อนไข**” และ “**ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม**” ในส่วนของ “**ผลธรรมดา**” ประกอบกันในการวินิจฉัยว่า “**มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล**” ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297 (1)¹⁶ หรือไม่

ตัวอย่างที่ 3 A ต้องการฆ่า B โดยการใช้ปืนยิงให้ตาย ต่อมา A ได้ใช้ปืนยิงไล่ยิง B ในขณะที่ A ใช้ปืนยิงไล่ยิง B อยู่ นั้น ปรากฏว่า B ถูกฟ้าผ่าตาย กรณีนี้ผล (ความตายของ B) ไม่ได้ทำให้ A ต้องรับโทษหนักขึ้น เพราะ A มีเจตนาที่จะให้ B ตายตั้งแต่แรกอยู่แล้ว และผลสุดท้าย B ก็ตายสมดังเจตนาของ A (แม้จะตายจากการถูกฟ้าผ่าก็ตาม) เมื่อผลเกิดจากเหตุแทรกแซง (ฟ้าผ่า) กรณีนี้จึงต้องใช้ **ช่องที่ 1** + **ช่องที่ 3** คือใช้ “**ทฤษฎีเจื่อนไข**” และ “**ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม**” ในส่วนของ “**เหตุแทรกแซงที่วิญญูชนคาดหมายได้**” ประกอบกันในการวินิจฉัยว่า “**มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล**” ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 หรือไม่

จากที่ผู้เขียนได้กล่าวมาข้างต้นในหัวข้อนี้ จะเห็นได้ว่าในการวินิจฉัยว่า “**มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล**” หรือไม่นั้น จะต้องนำ “**ผลโดยตรง**” ตาม “**ทฤษฎีเจื่อนไข**” มาใช้เสมอ

¹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี”

¹⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่น จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297 (1) “ผู้ใดกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย จนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำร้ายรับอันตรายสาหัส (ตาบอด) ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสองแสนบาท”

ส่วนจะนำมาใช้เพียงทฤษฎีเดียว หรือนำมาใช้ประกอบกับ “ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม” ด้วยนั้น ขึ้นอยู่กับว่าผลนั้นทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นหรือไม่ หรือผลนั้นเกิดจากเหตุแทรกแซงหรือไม่

ย้อนกลับมาที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6389/2560 ปัญหาคือ ในความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278, 280 (2) ประกอบมาตรา 83 นั้น จะต้องนำ “ผลโดยตรง” ตาม “ทฤษฎีเงื่อนไข” มาใช้เพียงทฤษฎีเดียว หรือนำมาใช้ประกอบกับ “ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม” ด้วย สำหรับคำตอบของปัญหานี้ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

4. บทวิเคราะห์

ในหัวข้อนี้ นอกจากการวิเคราะห์ว่าเหตุใดศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6389/2560 จึงวินิจฉัยว่าความตายของผู้ตายมีใช้ผลโดยตรงอันเกิดจากการที่จำเลยทั้งสองร่วมกันกระทำอนาจารผู้ตายแล้ว ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ ในแง่มุมอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้อ่านเกิดความเข้าใจในคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้มากยิ่งขึ้น

(1) ในความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278, 280 (2) ประกอบมาตรา 83 นั้น จะต้องนำ “ผลโดยตรง” ตาม “ทฤษฎีเงื่อนไข” มาใช้เพียงทฤษฎีเดียว หรือนำมาใช้ประกอบกับ “ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม” ด้วย

คำตอบคือ จะต้องนำ “ผลโดยตรง” ตาม “ทฤษฎีเงื่อนไข” มาใช้ประกอบกับ “ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม” ในส่วนของ “ผลธรรมดา” ด้วย เนื่องจากตอนแรกจำเลยทั้งสองมีเพียงเจตนาร่วมกันกระทำอนาจารผู้อื่นตามมาตรา 278 ประกอบมาตรา 83 เท่านั้น ไม่ได้มีเจตนาร่วมกันกระทำอนาจารเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย แต่เมื่อผลสุดท้ายผู้ตายถึงแก่ความตายซึ่งเกินกว่าเจตนาของจำเลยทั้งสองในตอนแรก กรณีนี้จึงต้องใช้ **ช่องที่ 1** + **ช่องที่ 2** ประกอบกันในการวินิจฉัยว่า “มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล” ในความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามมาตรา 278, 280 (2) ประกอบมาตรา 83 หรือไม่

(2) ในการวินิจฉัยว่า “มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล” ในความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278, 280 (2) ประกอบมาตรา 83 หรือไม่นั้น เหตุใดศาลฎีกาจึงพิจารณาถึงแต่เฉพาะ “ผลโดยตรง” เท่านั้น ไม่ได้พิจารณาถึง “ผลธรรมดา” ด้วย

เนื่องจากจำเลยทั้งสองจะมีความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามมาตรา 278, 280 (2) ประกอบมาตรา 83 ได้ ความตายของผู้ตายต้องเป็น “ผลโดยตรง” และเป็น “ผลธรรมดา” อันเกิดจากการที่จำเลยทั้งสองร่วมกันกระทำอนาจารผู้ตาย

คดีนี้เมื่อศาลฎีกาเห็นว่าความตายของผู้ตายไม่ใช่ “ผลโดยตรง” อันเกิดจากการที่จำเลยทั้งสองร่วมกันกระทำอนาจารผู้ตายเสียแล้ว จึงไม่ได้นำ “ผลธรรมดา” มาพิจารณาด้วย ทั้งนี้ เพราะการที่จะพิจารณาว่าเป็น “ผลธรรมดา” หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาว่าเป็น “ผลโดยตรง” หรือไม่มาเสียก่อน ซึ่งเมื่อพิจารณาว่าไม่ใช่ “ผลโดยตรง” เสียแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าเป็น “ผลธรรมดา” หรือไม่แต่อย่างใด

(3) เหตุใดศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่าความตายของผู้ตายมิใช่ “ผลโดยตรง” อันเกิดจากการที่จำเลยทั้งสองร่วมกันกระทำอนาจารผู้ตาย

เนื่องจากศาลฎีกาเห็นว่า การที่ผู้ตายได้รับ “บาดเจ็บ” และถึงแก่ “ความตาย” จากการติดเชื้อในกระแสโลหิตจากภาวะแทรกซ้อนนั้น ผลซึ่งก็คือ “ความตาย” ของผู้ตายเกิดจากการทำร้าย ไม่ได้เกิดจากการกระทำอนาจาร กล่าวโดยขยายความคือ การที่จำเลยทั้งสอง ขับรถจักรยานยนต์แข่งเบียดจนรถจักรยานยนต์ของผู้ตายล้มลง เป็นเหตุให้ผู้ตายได้รับ “บาดเจ็บ” นั้น การกระทำของจำเลยทั้งสองในขั้นนี้เป็นความผิดฐานร่วมกันทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ประกอบมาตรา 83 เท่านั้น ยังไม่มีความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารผู้อื่น ตามมาตรา 278 ประกอบมาตรา 83 แต่อย่างใด

เมื่อรถจักรยานยนต์ของผู้ตายล้มลง ผู้ตายได้รับ “บาดเจ็บ” และหมดสติ การที่จำเลยทั้งสองถอดกางเกงผู้ตายลงมาถึงหัวเขานั้น การกระทำของจำเลยทั้งสองในขั้นนี้เป็นความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารผู้อื่น ตามมาตรา 278 ประกอบมาตรา 83 แล้ว¹⁷ ซึ่งเมื่อมองจากจุดนี้ก็จะเห็นว่าอาการ “บาดเจ็บ” ของผู้ตายนั้นเกิดขึ้นจากการที่จำเลยทั้งสอง

¹⁷ แม้ว่าจำเลยทั้งสองมีเจตนาที่จะร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราผู้ตาย แต่ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกา เห็นว่าการกระทำของจำเลยทั้งสองในขั้นนี้ (การที่จำเลยทั้งสองถอดกางเกงผู้ตายลงมาถึงหัวเข่า) เป็นเพียงความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารผู้อื่นเท่านั้น

เหตุที่ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาเห็นว่าจำเลยทั้งสองยังไม่มี ความผิดฐานร่วมกันพยายามข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น แต่มีความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารผู้อื่นสำเร็จนั้น ผู้เขียนเข้าใจว่าทั้ง 2 ศาล เห็นว่าการกระทำของจำเลยทั้งสองในขั้นนี้ยังอยู่ในชั้น “เตรียม” ข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเท่านั้น ยังไม่ถึงขั้น “ลงมือ” เพราะยังไม่มี ความใกล้ชิดต่อผล ซึ่งผลในที่นี้ก็คือการที่ผู้ตายถูกข่มขืนกระทำชำเรา อย่างไรก็ดี การกระทำของจำเลยทั้งสองในขั้นนี้ครบองค์ประกอบของความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารผู้อื่นแล้ว ด้วยเหตุนี้ ทั้ง 2 ศาลจึงวินิจฉัยว่าจำเลยทั้งสองมีความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารผู้อื่นเท่านั้น

ร่วมกันทำร้ายจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กาย ตามมาตรา 295 ประกอบมาตรา 83 ไม่ได้เกิดขึ้นจากการที่จำเลยทั้งสองร่วมกันกระทำอนาจาร ตามมาตรา 278 ประกอบมาตรา 83

ต่อมาเมื่อผู้ตายถูกส่งไปรักษาอาการ “บาดเจ็บ” ที่โรงพยาบาล จนกระทั่งถึงแก่ความตายเนื่องจากการติดเชื้อในกระแสโลหิตจากภาวะแทรกซ้อนนั้น ผลซึ่งก็คือ “ความตาย” ของผู้ตายจึงเป็น “ผลโดยตรง” อันเกิดจากการที่จำเลยทั้งสองร่วมกันทำร้ายผู้ตาย มิใช่ “ผลโดยตรง” อันเกิดจากการที่จำเลยทั้งสองร่วมกันกระทำอนาจารผู้ตายแต่อย่างใด

ด้วยเหตุนี้ ศาลฎีกาจึงพิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์เป็นว่า ให้ยกฟ้องในความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 278, 280 (2) ประกอบมาตรา 83 และให้ลงโทษจำเลยทั้งสองใน 2 ฐานความผิด ดังนี้

ฐานที่หนึ่ง ร่วมกันกระทำอนาจารผู้อื่น ตามมาตรา 278 ประกอบมาตรา 83

ฐานที่สอง ร่วมกันทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายโดยไม่มีเจตนาฆ่า ตามมาตรา 290 วรรคแรก ประกอบมาตรา 83

เป็นกรณีการกระทำความผิดเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท จึงลงโทษฐานร่วมกันทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายโดยไม่มีเจตนาฆ่าตามมาตรา 290 วรรคแรก ประกอบมาตรา 83 ซึ่งเป็นกฎหมายบทที่มีโทษหนักที่สุดตามมาตรา 90

5. บทสรุป

บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อ “มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล” ซึ่งการวินิจฉัยว่า “มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล” หรือไม่นั้น จะต้องนำ “ผลโดยตรง” ตาม “ทฤษฎีเงื่อนไข” มาใช้เสมอ ส่วนจะนำมาใช้เพียงทฤษฎีเดียว หรือนำมาใช้ประกอบกับ “ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม” ด้วยนั้น ขึ้นอยู่กับว่าผลนั้นทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นหรือไม่ หรือผลนั้นเกิดจากเหตุแทรกแซงหรือไม่ หากผลนั้นทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ก็ต้องนำ “ผลโดยตรง” ตาม “ทฤษฎีเงื่อนไข” มาใช้ประกอบกับ “ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม” ในส่วนของ “ผลธรรมดา” หากผลนั้นไม่ได้ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น แต่เป็นผลที่เกิดจากเหตุแทรกแซง ก็ต้องนำ “ผลโดยตรง” ตาม “ทฤษฎีเงื่อนไข” มาใช้ประกอบกับ “ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม” ในส่วนของ “เหตุแทรกแซงที่วิญญูชนคาดหมายได้”

สำหรับเหตุที่ศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6389/2560 วินิจฉัยว่าความตายของผู้ตายมิใช่ผลโดยตรงอันเกิดจากการที่จำเลยทั้งสองร่วมกันกระทำอนาจารผู้ตายนั้น เนื่องจากศาลฎีกาเห็นว่า ผลซึ่งก็คือ “ความตาย” ของผู้ตายนั้น เป็น “ผลโดยตรง” อันเกิดจากการที่จำเลยทั้งสองร่วมกันทำร้ายผู้ตายเท่านั้น มิใช่ “ผลโดยตรง” อันเกิดจากการที่จำเลยทั้งสองร่วมกันกระทำอนาจารผู้ตายแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ จำเลยทั้งสองจึงไม่มีความผิดฐานร่วมกัน

กระทำอนาจารเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278, 280 (2) ประกอบมาตรา 83 คงมีความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารผู้อื่น ตามมาตรา 278 ประกอบมาตรา 83 เท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลฎีกาในส่วนนี้ ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลดังที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์มาแล้วในหัวข้อก่อนหน้านี้

ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย : English for Lawyer

Disparity in Intellectual Property Protection in ASEAN^{*}

ความแตกต่างในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในอาเซียน

Archariya Wongburanavart^{**}

อัจฉริยา วงษ์บุรณาวาทย์

Abstract

Intellectual property laws in ASEAN members significantly vary from one member to another because of their diverse backgrounds and history. Due to different levels of development, ASEAN members can be categorised as developed, developing and least developed countries. It is undeniable that various levels of development are interrelated to the standard of intellectual property (IP) protection among the members of ASEAN. In other words, the countries with a high level of development tend to provide stronger IP protection and enforcement. Whereas less developed countries usually have weaker IP regimes. Therefore, decreasing the development gap among the members of ASEAN will harmonise the interest to set up consistent IP policies and cooperate to establish the same direction to impose IP laws in ASEAN. Thus, this article aims to present differences in the levels of development of ASEAN members, disparity in IP protection in ASEAN, as well as interesting remarks for the study of English for lawyers.

^{*} *Received: August 5, 2019; Revised: September 13, 2019; Accepted: September 20, 2019.*

^{**} Lecturer in Law, Mae Fah Luang University, PhD in Law (2017) Durham University, UK; LLM in International Trade and Commercial Law (2012) Durham University, UK; LLM in Business Laws (English Programme) (2011) Thammasat University; LLB (2009) Thammasat University

E-mail: archariya.won@mfu.ac.th

Keywords: Intellectual property, ASEAN, Development gaps, Disparity, Protection

บทคัดย่อ

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนนั้นมีความแตกต่างกันอย่างมากอันเนื่องมาจากภูมิหลังและประวัติศาสตร์ที่หลากหลาย โดยการมีระดับการพัฒนาประเทศที่แตกต่างกันนั้น สามารถจัดกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนได้เป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว ประเทศกำลังพัฒนา และประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด ทั้งนี้ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการที่เหล่าประเทศสมาชิกอาเซียนมีการพัฒนาในระดับที่แตกต่างกันนั้นมีความสัมพันธ์กับมาตรฐานในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในแต่ละประเทศ กล่าวคือ ประเทศที่มีการพัฒนาในระดับสูงมีแนวโน้มที่จะให้ความคุ้มครองและมีการบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเข้มงวด ในขณะที่ประเทศที่มีระดับการพัฒนาน้อยกว่ามักจะมีการคุ้มครองและการบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่อ่อนแอกว่า ดังนั้นการลดช่องว่างในระดับการพัฒนาระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนจะช่วยประสานผลประโยชน์ในการกำหนดนโยบายที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันและทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของเหล่าประเทศสมาชิกมีความสอดคล้องต้องกัน บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอความแตกต่างในระดับการพัฒนาของประเทศสมาชิกอาเซียน ความไม่เท่าเทียมกันในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในอาเซียน รวมถึงข้อสังเกตที่น่าสนใจสำหรับการศึกษาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย

คำสำคัญ: ทรัพย์สินทางปัญญา, อาเซียน, ช่องว่างของการพัฒนา, ความแตกต่าง, การคุ้มครอง

1. Introduction

Disparity in intellectual property (IP) protection among the members of ASEAN is considered as one of the major challenges in harmonising IP laws in ASEAN. IP laws in the ASEAN countries significantly vary because of their diverse backgrounds and history. Due to different levels of development, ASEAN members can be categorised as developed, developing and least developed country in the region. Singapore is the only country that has been widely recognised as a developed country in the region. Whereas the majority of ASEAN members are still categorised as developing and least developed countries. It is undeniable

that the levels of social and economic development are interrelated with the interest of each country to set up IP policies and standards. The countries with a high level of development tend to provide stronger IP protection and enforcement. Whereas less developed countries usually have weaker IP regimes. Therefore, the development gap among the members of ASEAN can be considered as one of the leading causes of disparity in IP protection in ASEAN.

2. Differences in the Level of Development of ASEAN Members

Currently, ASEAN consists of ten member countries. It was established by the five founding countries and then, to include Brunei, Vietnam, Lao PDR, Myanmar, and Cambodia, joined in 1984, 1995, 1997 and 1999, respectively. The current members can be categorised as a country with an older and more developed economy or a country with a younger and less developed economy. The former includes Singapore, Thailand, Malaysia, Indonesia, Philippines, and Brunei. While the latter includes Vietnam, Myanmar, Lao PDR and Cambodia.¹

Various measurements are used to determine a country's level of development. Two indicators used extensively to measure a country's level of economic and social development are Gross Domestic Product (GDP) per capita and the Human Development Index (HDI) created by the United Nations Development Programme (UNDP).² GDP per capita is considered a good measure of a country's economic performance.³ However, since the measure of GDP growth was only one-dimensional indicator of the income, it has been argued that GDP per capita may not be appropriate to measure a country's well-being.⁴

¹ Jose L. Tongzon, 'Role of AFTA in an ASEAN Economic Community' in Denis Hew (ed), *Roadmap to an ASEAN Economic Community* (Institute of Southeast Asian Studies, 2005) 128.

² Rokiah Alavi and Aisha Al-Alim Ramadan, 'Narrowing Development Gaps in ASEAN' (2008) 1 *J Econ Coop* 29, 31.

³ Surajit Deb, 'Gap between GDP and HDI: Are the Rich Country Experiences Different from the Poor?' (IARIW-OECD Special Conference: "W(h)ither the SNA?" Paris, France, April 16-17, 2015) <<http://iariw.org/papers/2015/deb.pdf>> accessed 21 July 2019.

⁴ *ibid.*

Consequently, the HDI, which is composed of multi-dimensional indicators, is acknowledged as the measure of human and social progress.⁵

It is found that there is a significant income gap among the members of ASEAN, particularly between the ASEAN high-income countries (Singapore and Brunei) and the ASEAN low-income country (Cambodia). According to the World Bank data of GDP per capita in 2018, Singapore had the highest GDP per capita of US \$64,581.9 followed by Brunei with US \$31,627.7.⁶ Myanmar had the lowest GDP per capita of US \$1,326.0.⁷ ASEAN members also have noteworthy gap in their human and social development.⁸ The 2018 Human Development Report by the UNDP contains indicators that reflect the levels of health, education, income, and poverty of each country. In this report, Singapore, Brunei, and Malaysia were ranked and classified as ‘very high human development’ countries. Singapore was ranked 9th, while Brunei and Malaysia were ranked 39st and 57th, respectively. A high ranking in HDI indicates that a country has high achievements in human development; it is a country whose citizens enjoy ‘a long and healthy life, being knowledgeable and have a decent standard of living’.⁹ On the contrary, Myanmar was ranked 148th out of 189, which is the lowest ranking of any ASEAN country. Myanmar was categorised as a ‘medium human development’ country. The other ASEAN countries are classified as ‘high human development’ or ‘medium human development’ countries. Thailand was considered to be ‘high human development’ countries, whereas, Philippines, Indonesia, Vietnam, Cambodia and Lao PDR were classified as ‘medium human development’ countries, the same group as Myanmar. These statistics show that ASEAN countries still have wide disparities in quality of life. The majority of the ASEAN members

⁵ ibid.

⁶ World Bank, ‘GDP per capita (current US\$)’ <<https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD>> accessed 10 July 2019.

⁷ ibid.

⁸ David Carpenter and Izyani Zulkifli and Mark McGullivray, ‘Narrowing the Development Gap in ASEAN: Context and Approach’ in Mark McGillivray and David Carpenter (eds), *Narrowing the Development Gap in ASEAN: Drivers and Policy Options* (Routledge 2013) 3.

⁹ UNDP, ‘Human Development Index (HDI)’ <<http://hdr.undp.org/en/2018-update>> accessed 10 July 2019.

are classified as ‘medium human development’ countries. Furthermore, the gap is significantly wider between the older and newer ASEAN countries, particularly between the highly-developed country, Singapore, and the least developed countries, Cambodia and Myanmar.

3. Disparity in Intellectual Property Protection in ASEAN

Since the level of development was interrelated with the standard of IP protection, IP laws among the ASEAN countries have diversely developed. However, after the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs agreement), a significant international instrument of IP rights, has been adopted, the ASEAN members that are members of the World Trade Organisation (WTO) are required to further reform their IP laws to conform to the TRIPs standard. That said, TRIPs has specified the minimum standard of IP protection at an international level, and obliged all WTO member countries to comply with and implement it in their national laws. Therefore, IP protection among the ASEAN countries became further homogenised.

Although most ASEAN countries have already enacted comprehensive IP law to be consistent with international standards, the ‘developing’ and ‘least developed’ countries still struggle with IP administration and enforcement. A lack of funds, experience, resources, and infrastructure contribute to ineffective administration and rampant IP infringement, particularly, copyright and trademark infringement. Thus, a wide gap in the development of IP protection and enforcement among the ASEAN countries remains. Furthermore, the gap is significantly wider between ASEAN ‘developed countries’, like, Singapore and ASEAN ‘least developed countries’ such as Myanmar. By signing Free Trade Agreement (FTA) with the United States (US), some IP protections in Singapore are higher than the TRIPs standard. Meanwhile, the IP standard of Myanmar remains lower than the international minimum standards. That said, IP laws in Myanmar are quite outdated. There is still no specific law dealing with many areas of IP rights such as patents, trademarks and Geographical Indications (GIs). This is a clear reflection of the wide disparity in IP protection among the members of ASEAN.

All in all, the standardisation of IP laws in ASEAN is trending upward. The current trend throughout the world is to apply bilateral trade agreement, especially, FTAs. FTAs will result in ASEAN members having to increase their level of IP protection beyond TRIPs in order to maintain good relations with their trade partners. This could impose a significant burden on ASEAN countries, particularly the ‘developing’ and ‘least developed’ countries, to immediately reform their IP systems to provide such an elevated level of protection. These countries generally lack of sufficient administrative capacity and infrastructure to implement the mentioned standards. Moreover, excessively stringent standards in some areas, particularly in pharmaceutical patents, could result in limited access to vital medicine at affordable prices. This would be contrary to the public interest. Thus, before signing any trade agreement providing TRIPs-plus obligations, ASEAN countries, particularly ‘developing’ and ‘least developed’ members should carefully weigh potential trade benefits of an agreement against their readiness to comply with it, and the impact of the public interest of their countries.

4. Conclusion

It can be seen that the levels of development of each country have a direct correlation with the level of IP protection and enforcement. Although it is necessary for ASEAN to harmonise its IP laws at a regional level, this process should be approached with a consideration for the readiness and capacity of the members while also pursuing policies to narrow the development gaps. That said, special assistance from more developed members should be given to ASEAN least developed countries to ensure that all ASEAN members can effectively participate timely in the global IP community. Myanmar is a primary example of a country that requires special assistance. Despite the fact that Myanmar is one of the founding members of the WTO, it is still in the process of bringing its legislation in line with the TRIPs provisions. Additionally, narrowing the development gaps should be considered a high priority. Decreasing the development gap will harmonise the interest to set up consistent IP policies and cooperate to establish the same direction to impose IP laws in ASEAN.

คำแปลภาษาไทย

1. ความนำ

ความไม่เท่าเทียมกันในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศสมาชิกอาเซียนถือเป็นหนึ่งในความท้าทายที่สำคัญในการทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในอาเซียนมีความสอดคล้องต้องกัน กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในกลุ่มประเทศอาเซียนมีความแตกต่างกันอย่างมากอันเนื่องมาจากภูมิหลังและประวัติศาสตร์ที่หลากหลาย ระดับการพัฒนาที่แตกต่างกันส่งผลให้ประเทศสมาชิกอาเซียนสามารถจัดกลุ่มได้เป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว ประเทศกำลังพัฒนา และประเทศพัฒนาน้อยที่สุด ซึ่งในขณะนี้สิงคโปร์เป็นเพียงประเทศเดียวในอาเซียนที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางว่าเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว ในขณะที่ประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่ยังคงถูกจัดอยู่ในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาและประเทศพัฒนาน้อยที่สุด ซึ่งไม่อาจปฏิเสธได้ว่าระดับการพัฒนาทางสังคมและเศรษฐกิจนั้นมีความสัมพันธ์กับผลประโยชน์ของแต่ละประเทศในการกำหนดนโยบายและมาตรฐานในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา กล่าวคือประเทศที่มีการพัฒนาในระดับสูงมีแนวโน้มที่จะให้ความคุ้มครองและการบังคับใช้ทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มแข็ง ในขณะที่ประเทศที่พัฒนาน้อยกว่ามักจะมีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับต่ำกว่า ดังนั้นช่องว่างในระดับการพัฒนาระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนจึงถือได้ว่าเป็นหนึ่งในสาเหตุที่สำคัญของความไม่เท่าเทียมกันในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในอาเซียน

2. ความแตกต่างในระดับการพัฒนาของประเทศสมาชิกอาเซียน

ในปัจจุบันอาเซียนประกอบด้วยประเทศสมาชิกทั้งหมดสิบประเทศ โดยได้ขยายสมาชิกภาพจากห้าประเทศผู้ก่อตั้ง โดยมีบรูไน, เวียดนาม, ลาว, พม่า และกัมพูชาซึ่งเข้าร่วมอาเซียนในปี 2527, 2538, 2540 และ 2542 ตามลำดับ ประเทศสมาชิกปัจจุบันสามารถแบ่งได้เป็นประเทศสมาชิกเก่าที่มีการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่มากกว่าและประเทศที่สมาชิกใหม่ที่มีการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่น้อยกว่า โดยกลุ่มประเทศสมาชิกเก่าได้แก่ สิงคโปร์, ไทย, มาเลเซีย, อินโดนีเซีย, ฟิลิปปินส์ และบรูไน ในขณะที่กลุ่มประเทศสมาชิกใหม่ ได้แก่ เวียดนาม, พม่า, ลาว และกัมพูชา

ระดับการพัฒนาของประเทศต่าง ๆ สามารถวัดได้โดยตัวชี้วัดต่าง ๆ อย่างไรก็ตามตัวชี้วัดที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในการวัดระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศคือผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศต่อหัว (Gross Domestic Product (GDP) per Capita) และดัชนีการพัฒนามนุษย์ (Human Development Index: HDI) ที่สร้างโดยโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nation Development Programme: UNDP) โดยผลิตภัณฑ์มวลรวม

ประชาชาติต่อหัวถือเป็นตัวชี้วัดที่ดีในการวัดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจของประเทศ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการวัดระดับการพัฒนาของประเทศโดยใช้ผลิตภัณฑ์มวลรวมประชาชาติต่อหัวนั้น ถือเป็นการวัดรายได้เพียงมิติเดียว จึงยังคงเป็นที่ถกเถียงกันว่าตัวชี้วัดดังกล่าวอาจไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้วัดระดับความเป็นอยู่ที่ดีของประเทศ ดังนั้นดัชนีการพัฒนามนุษย์ซึ่งประกอบไปด้วยตัวชี้วัดหลายมิติจึงได้รับการยอมรับว่าเป็นตัวชี้วัดที่สามารถบ่งบอกถึงความก้าวหน้าของการพัฒนามนุษย์และสังคมได้อย่างแท้จริง

โดยจากสถิติพบว่า มีช่องว่างทางรายได้ที่เด่นชัดระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน โดยเฉพาะอย่างยิ่งระหว่างประเทศสมาชิกที่มีรายได้สูงในอาเซียนอย่างสิงคโปร์และบรูไน และประเทศสมาชิกที่มีรายได้น้อยในอาเซียนอย่างกัมพูชาและพม่า ซึ่งตามข้อมูลของธนาคารโลก ผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศต่อหัวของสิงคโปร์ในปี 2561 สิงคโปร์นั้นอยู่ที่ 64,581.9 ดอลลาร์สหรัฐ รองลงมาคือบรูไนซึ่งมีผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศต่อหัวอยู่ที่ 31,627.7 ดอลลาร์สหรัฐ ในขณะที่พมามีผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศต่อหัวต่ำสุดที่ 1,326 ดอลลาร์สหรัฐ นอกจากนี้ประเทศสมาชิกอาเซียนยังมีช่องว่างที่สำคัญในด้านการพัฒนามนุษย์และสังคม โดยรายงานการพัฒนามนุษย์ปี 2561 ของโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ ได้มีตัวบ่งชี้ที่สะท้อนถึงระดับของสุขภาพ การศึกษา รายได้และความยากจนของแต่ละประเทศ ซึ่งในรายงานฉบับนี้ สิงคโปร์ บรูไน และมาเลเซียได้รับการจัดอันดับอยู่ในกลุ่มประเทศที่มี ‘การพัฒนามนุษย์สูงมาก’ โดยสิงคโปร์อยู่ในอันดับที่ 9 ในขณะที่บรูไนและมาเลเซียอยู่ในอันดับที่ 39 และ 57 ตามลำดับ ซึ่งการที่มีค่าดัชนีพัฒนามนุษย์ในระดับสูงนั้นสามารถบ่งชี้ได้ว่าประเทศดังกล่าวประสบความสำเร็จอย่างสูงในการพัฒนามนุษย์ กล่าวคือเป็นประเทศที่ประชาชนมีชีวิตที่ยืนยาวและมีสุขภาพดี มีความรู้และมีมาตรฐานการครองชีพที่ดี ในทางตรงกันข้ามพม่าอยู่ในอันดับที่ 148 จาก 189 ประเทศ ซึ่งเป็นอันดับที่ต่ำที่สุดของประเทศในกลุ่มอาเซียน โดยจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่มี ‘การพัฒนามนุษย์ระดับปานกลาง’ สำหรับประเทศสมาชิกอาเซียนอื่น ๆ นั้นถูกจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่มี ‘การพัฒนามนุษย์ในระดับสูง’ และ ‘การพัฒนามนุษย์ในระดับปานกลาง’ โดยประเทศไทยได้รับการจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่มี ‘การพัฒนามนุษย์ในระดับสูง’ ในขณะที่ฟิลิปปินส์ อินโดนีเซีย เวียดนาม กัมพูชา และลาว ถูกจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่มี ‘การพัฒนามนุษย์ในระดับปานกลาง’ ซึ่งอยู่ในกลุ่มเดียวกับพม่า สถิติเหล่านี้แสดงให้เห็นว่ากลุ่มประเทศอาเซียนยังคงมีมาตรฐานคุณภาพชีวิตที่ไม่เท่าเทียมกัน ประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่ยังถูกจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่มี ‘การพัฒนามนุษย์ในระดับปานกลาง’ นอกจากนี้ช่องว่างดังกล่าวได้กว้างขึ้นอย่างมากระหว่างกลุ่มประเทศสมาชิกเก่าและกลุ่มประเทศสมาชิกใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งระหว่างประเทศที่มีการพัฒนาในระดับสูงอย่างสิงคโปร์และประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดอย่างกัมพูชาและพม่า

3. ความแตกต่างในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในอาเซียน

เนื่องจากระดับการพัฒนาของประเทศสมาชิกมีความสัมพันธ์กับมาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของแต่ละประเทศสมาชิกอาเซียนจึงมีการพัฒนาที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตามหลังจากที่ความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) ซึ่งถือเป็นความตกลงระหว่างประเทศทางทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญได้มีผลบังคับใช้ เหล่าประเทศสมาชิกอาเซียนที่เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organisation: WTO) จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศของตนเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรฐานของทริปส์ ทั้งนี้เนื่องจากทริปส์ได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับสากลเอาไว้ และกำหนดให้ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกทุกประเทศต้องปฏิบัติตามและดำเนินการแก้ไขกฎหมายภายในของตนให้เป็นไปตามทริปส์ ด้วยเหตุนี้เองความตกลงทริปส์จึงส่งผลให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมากยิ่งขึ้น

แต่ถึงกระนั้นแม้ว่าประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่จะมีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ครอบคลุมและสอดคล้องกับมาตรฐานสากล แต่ประเทศที่ ‘กำลังพัฒนา’ และ ‘พัฒนาน้อยที่สุด’ ยังคงต้องต่อสู้กับปัญหาการบริหารจัดการและการบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญารวมไปถึงปัญหาการขาดเงินทุน ประสิทธิภาพ ทรัพยากรและโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งทำให้การบริหารจัดการทรัพย์สินทางปัญญาไม่มีประสิทธิภาพและเกิดการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาอย่างรุนแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการละเมิดลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้า ดังนั้นช่องว่างในระดับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและการบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนยังคงมีอยู่ นอกจากนี้ช่องว่างดังกล่าวได้กว้างขึ้นอย่างมากระหว่าง ‘ประเทศที่พัฒนาแล้ว’ อย่างเช่นสิงคโปร์ และ ‘ประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด’ ของอาเซียนอย่างเช่นพม่า การลงนามในข้อตกลงการค้าเสรี (FTA) ระหว่างสิงคโปร์กับสหรัฐอเมริกา ส่งผลให้ระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของสิงคโปร์อยู่ในระดับที่สูงกว่ามาตรฐานที่ความตกลงทริปส์ได้กำหนดไว้ ในขณะที่ระดับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของพม่ายังคงต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำในระดับสากล โดยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของพม่ายังค่อนข้างล้าสมัย และยังไม่มีความเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาในหลาย ๆ ด้าน เช่น ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ สิ่งเหล่านี้เองเป็นภาพสะท้อนที่แสดงให้เห็นชัดเจนถึงความแตกต่างในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน

ในภาพรวมพบว่า การทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนมีความสอดคล้องต้องกันมีแนวโน้มทำให้เกิดการยกระดับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาให้สูงขึ้นในแต่ละประเทศสมาชิก ซึ่งแนวโน้มปัจจุบันทั่วโลกคือการใช้ข้อตกลงทาง

การค้าในระดับทวิภาคี โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อตกลงเขตการค้าเสรีเป็นช่องทางในการยกระดับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยการลงนามในข้อตกลงเขตการค้าเสรีนี้เองจะส่งผลให้ประเทศสมาชิกอาเซียนต้องเพิ่มระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศตนเองให้อยู่ในระดับที่สูงกว่าที่ความตกลงทริปส์กำหนดเพื่อรักษาความสัมพันธ์ที่ดีกับประเทศคู่ค้า สิ่งเหล่านี้เองอาจเป็นภาระที่ค่อนข้างหนักสำหรับประเทศสมาชิกอาเซียนโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่อยู่ในกลุ่มประเทศ ‘กำลังพัฒนา’ และ ‘พัฒนาน้อยที่สุด’ ที่จะต้องปฏิรูประบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศตนเองในทันทีเพื่อยกระดับมาตรฐานการคุ้มครองให้อยู่ในระดับที่สูงขึ้น ซึ่งโดยทั่วไปแล้วประเทศเหล่านี้มักจะขาดศักยภาพในการบริหารจัดการทรัพย์สินทางปัญญาและขาดโครงสร้างพื้นฐานที่เพียงพอเพื่อดำเนินการตามมาตรฐานเหล่านี้ยิ่งไปกว่านั้นมาตรฐานที่เข้มงวดเกินไปในบางกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีสิทธิบัตรยาอาจส่งผลให้เกิดการจำกัดการเข้าถึงยาสำคัญในราคาที่เหมาะสมของประชาชนในประเทศ อันเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นก่อนที่จะมีการลงนามในข้อตกลงทางการค้าใด ๆ ที่มีผลผูกพันให้มีการยกระดับมาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่สูงกว่าทริปส์ ประเทศสมาชิกอาเซียนโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสมาชิกที่ ‘กำลังพัฒนา’ และ ‘พัฒนาน้อยที่สุด’ ควรชั่งน้ำหนักถึงผลประโยชน์ทางการค้าที่จะได้รับจากข้อตกลงอย่างรอบคอบ รวมไปถึงความพร้อมของประเทศตนเองในการปฏิบัติตามข้อตกลง และผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะของประเทศ

4. บทสรุป

จะเห็นได้ว่าระดับการพัฒนาของแต่ละประเทศมีความสัมพันธ์โดยตรงกับระดับความคุ้มครองและการบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แม้ว่าอาเซียนมีความจำเป็นที่จะต้องทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของแต่ละประเทศสมาชิกในระดับภูมิภาคมีความสอดคล้องต้องกัน กระบวนการนี้ควรดำเนินการโดยคำนึงถึงความพร้อมและความสามารถของประเทศสมาชิกเป็นสำคัญ ในขณะเดียวกันต้องดำเนินนโยบายเพื่อลดช่องว่างในระดับการพัฒนาของประเทศสมาชิกควบคู่กันไปด้วย กล่าวคือประเทศสมาชิกที่มีระดับการพัฒนาที่สูงกว่าควรให้ความช่วยเหลือเป็นพิเศษแก่ประเทศสมาชิกที่มีระดับการพัฒนาน้อยที่สุดเพื่อให้แน่ใจว่าประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งหมดจะสามารถมีส่วนร่วมในเวทีทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ พม่าเป็นตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนในฐานะของประเทศที่ต้องการความช่วยเหลือเป็นพิเศษ กล่าวคือแม้ว่าพม่าจะเป็นหนึ่งในสมาชิกผู้ก่อตั้งองค์การการค้าโลก แต่ในขณะนี้พม่ายังอยู่ในขั้นตอนของการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของทริปส์ นอกจากนี้อาเซียนควรให้ความสำคัญกับการลดช่องว่างในการระดับการพัฒนาระหว่างประเทศสมาชิกให้แคบลง ทั้งนี้เนื่องจากการลดช่องว่างในระดับ

การพัฒนาจะช่วยประสานผลประโยชน์ในการกำหนดนโยบายทรัพย์สินทางปัญญาของเหล่าประเทศสมาชิกให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันและยังเป็นการช่วยส่งเสริมการทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในแต่ละประเทศสมาชิกมีความสอดคล้องต้องกันในระดับภูมิภาคอีกด้วย

ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายที่น่าสนใจ

(1) คำว่า “regime” (ระ-จิม) เป็นคำนาม (noun) มีได้หลายความหมาย โดยสามารถหมายถึง ระบอบการปกครอง กฎเกณฑ์ที่เคร่งครัด ระบบ ซึ่งเมื่อนำมาใช้ในบริบทของทรัพย์สินทางปัญญาจึงหมายความว่า “ระบบทรัพย์สินทางปัญญา” (Intellectual Property Regime) ดังนั้นในบริบทนี้ คำว่า “regime” จึงเป็นคำพ้องความหมาย (synonym) กับคำว่า “system” (ซิส-เท็ม) ที่แปลว่า “ระบบ” นั่นเอง

(2) คำว่า “multi-“ (มัล-ทิ) เป็น prefix¹⁰ ที่มีความหมายว่า มากมาย หลากหลาย เมื่อนำมาวางไว้ข้างหน้าคำว่า “dimensional” (ได-เม็น-ชัน-นอล) คำคุณศัพท์ (adjective) ซึ่งหมายถึง ที่เกี่ยวกับมิติ จึงหมายถึง ที่หลากหลายมิติ นั่นเอง ดังนั้นการใช้คำว่า “multi-dimensional indicator” ในบริบทของ Human Development Index (HDI) จึงสื่อความหมายว่า ตัวชี้วัด HDI นั้น เป็นตัวชี้วัดที่สามารถแบ่งได้เป็นหลายมิติซึ่งสามารถวัดระดับการพัฒนามนุษย์และสังคมได้อย่างแท้จริง ซึ่งแตกต่างจากตัวชี้วัด GDP per Capita ที่เป็นการชี้วัดเพียงมิติเดียว (one-dimensional) ผ่านผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศต่อหัว

(3) ความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) ได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเอาไว้ โดยคำว่า “มาตรฐานขั้นต่ำ” ในบทความนี้ใช้คำว่า “minimum standard” ซึ่งคำว่า “minimum” (มินิ-มัม) นั้นเป็นคำคุณศัพท์ (adjective) แปลว่า อย่างต่ำ ขั้นต่ำ เมื่อนำมาขยายคำว่า “standard” (สแตน-เดอร์) ซึ่งเป็นคำนาม แปลว่า มาตรฐาน จึงหมายถึง มาตรฐานขั้นต้านั่นเอง โดยความตกลงทริปส์มีผลผูกพันให้ประเทศภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกจะต้องให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญาไม่น้อยไปกว่าที่ทริปส์ได้กำหนดไว้ อย่างไรก็ตามแต่ละประเทศสมาชิกอาจให้ความคุ้มครองที่สูงกว่ามาตรฐานของทริปส์ได้

(4) คำว่า “interrelate” (อิน-เทอ-ริ-เลท) เป็นคำกริยา (verb) ซึ่งแปลว่า มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน โดยในบทความนี้มีการใช้คำดังกล่าวเพื่อแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างระดับการพัฒนาทางสังคมและเศรษฐกิจของแต่ละประเทศกับผลประโยชน์ของประเทศนั้น ๆ ในการกำหนดนโยบายและมาตรฐานในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา กล่าวคือ ระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามักจะแปรผันตามระดับการพัฒนาทางสังคมและเศรษฐกิจของประเทศนั้น ๆ โดยประเทศที่มีการพัฒนาในระดับสูงมีแนวโน้มที่จะให้ความคุ้มครองและมีการ

¹⁰ Prefix คือคำที่ใช้เติมเข้าข้างหน้าคำอื่นแล้วทำให้คำคำนั้นมีคามหมายผิดไปจากเดิม

บังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเข้มงวด ในขณะที่ประเทศที่มีระดับการพัฒนาต่ำกว่ามักจะมีการคุ้มครองและการบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่อ่อนแอกว่า

(5) หนึ่งในปัญหาที่สำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาคือปัญหาการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual property infringement) ซึ่งการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญามักจะมีความรุนแรงในประเทศกำลังพัฒนาและประเทศพัฒนาน้อยที่สุด โดยในบทความความนี้ได้ใช้คำว่า “rampant” (แรม-เพินท์) ซึ่งเป็นคำคุณศัพท์ แปลว่า รุนแรง ดุร้าย เพื่อนำมาขยายคำว่า “intellectual property infringement” เพื่อแสดงถึงความรุนแรงของปัญหานี้ในประเทศกำลังพัฒนาและประเทศพัฒนาน้อยที่สุดที่มีการคุ้มครองและการบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่อ่อนแออันทำให้เกิดการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา

(6) หนึ่งในภารกิจที่สำคัญของอาเซียนคือ การดำเนินนโยบายเพื่อลดช่องว่างในระดับการพัฒนาของประเทศสมาชิกให้แคบลง ซึ่งในบทความนี้ใช้คำว่า “narrowing the development gaps” คำว่า “narrow” (แน-โร) เป็นคำกริยา แปลว่า ทำให้แคบลง ซึ่งในที่นี้มีการเติม -ing เข้าไปหลังคำว่า “narrow” จึงทำให้คำว่า “narrowing” อยู่ในรูป Gerund¹¹ ซึ่งเป็นคำกริยาเติม -ing ที่ทำหน้าที่เป็นคำนาม สามารถใช้ทำหน้าที่เป็นประธานของประโยคได้

(7) เนื่องจากอาเซียนประกอบไปด้วยประเทศสมาชิกที่มีระดับการพัฒนาทางสังคมและเศรษฐกิจที่หลากหลาย จึงทำให้ช่องว่างในระดับการพัฒนาระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกันเองยังมีอยู่ค่อนข้างมาก ซึ่งในบทความนี้ในการใช้คำว่า “noteworthy” (โนท-เวิร์ธ-ธึ) ซึ่งเป็นคำคุณศัพท์ แปลว่า เป็นที่น่าสังเกต โดดเด่น เด่นชัด เพื่อขยายคำว่า “gap” (แก๊พ) ซึ่งเป็นคำนาม แปลว่า ช่องว่าง เพื่อแสดงให้เห็นว่าช่องว่างในระดับการพัฒนาระหว่างประเทศสมาชิกล้วนนั้นยังคงมีอยู่ให้เห็นอย่างเด่นชัด และเป็นปัญหาที่สำคัญที่ควรได้รับการแก้ไข

(8) อีกหนึ่งคำศัพท์ที่น่าสนใจคือคำว่า “homogenised” (โฮ-โม-จิ-ไนซ์) เป็นคำคุณศัพท์ แปลว่า ทำให้เป็นแบบเดียวกันหรือคล้ายกัน ซึ่งในบทความนี้มีการใช้คำดังกล่าวเพื่อสื่อถึงความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมากยิ่งขึ้นของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศสมาชิกอาเซียนภายหลังการมีผลบังคับใช้ความตกลงทริปส์นั่นเอง

สุดท้ายนี้หวังว่าผู้อ่านจะได้รับความรู้เกี่ยวกับ “ความแตกต่างในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในอาเซียน” พร้อมทั้งเกิดความเข้าใจภาษาอังกฤษที่น่าสนใจ แล้วพบกันใหม่ในคอลัมน์ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายฉบับหน้าค่ะ

¹¹ Gerund คือคำกริยา ที่เติม -ing ซึ่งสามารถใช้ทำหน้าที่เป็นคำนาม โดยการใช้ Gerund นั้นสามารถใช้ทำหน้าที่เป็นได้ทั้งประธาน (Subject) กรรม (Object) และส่วนเสริม (Complement) ของประโยค

นักกฎหมายเล่าเรื่อง : Storytelling from Lawyer

ก้าวแรกสู่ประสบการณ์การทำงานในสำนักงานกฎหมาย ณ ประเทศสหรัฐอเมริกา*

The First Ladder to My Legal Work Experience in USA

สิตานันท์ ศรีวรกร**

Sitanan Sriworakorn

บทคัดย่อ

ระหว่างที่ผู้เขียนศึกษาต่อระดับปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (LL.M.) ที่ Southern Methodist University และ University of Florida สหรัฐอเมริกา ผู้เขียนมีโอกาสนิยมสมัครงาน เข้ารับการสัมภาษณ์งาน และประกอบวิชาชีพทางกฎหมายในลอร์เฟิร์ม (law firm) ตำแหน่งทนายความต่างประเทศ (Foreign Lawyer) บทความนี้ผู้เขียนจึงขอถือโอกาสเล่าสู่กันฟังถึงก้าวแรกสู่ประสบการณ์การทำงานในฐานะทนายความไทยในต่างแดน ณ ประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงภาพรวมในยื่นสมัครงานระหว่างศึกษาในหลักสูตร

* วันที่รับบทความ (Received): 12 กันยายน 2562; วันที่แก้ไขบทความ (Revised): 13 ตุลาคม 2562; วันที่ตอบรับบทความ (Accepted): 16 ตุลาคม 2562

** ผู้ช่วยผู้พิพากษา รุ่นที่ 72 และอาจารย์ผู้บรรยายโครงการอบรมเตรียมความพร้อมความรู้สำหรับการศึกษาในระดับเนติบัณฑิต วิชากฎหมายภาษีอากร สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา (น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง (เกียรตินิยมอันดับ 2), น.บ.ท. สมัยที่ 62, LL.M. in International and Comparative Law จาก Southern Methodist University, LL.M. in International Taxation จาก University of Florida และ California Bar) เคยดำรงตำแหน่งอาจารย์ประจำภาควิชากฎหมายภาษีอากร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, Tax Consultant ที่ PricewaterhouseCoopers, Associate Attorney (Tax Practice Group) ที่ Baker McKenzie, Foreign Lawyer ที่สำนักงานกฎหมาย Procopio, Cory, Hargreaves & Savitch LLP เมือง San Diego, CA สหรัฐอเมริกา และอัยการผู้ช่วย สำนักงานอัยการสูงสุด

Judge Trainee Batch72 and Lecturer of the Thai Bar Prep Program at the Institute of Legal Education Thai Bar Association on Tax Laws

E-mail: sitanan.swk@gmail.com

นิติศาสตรมหาบัณฑิตที่สหรัฐอเมริกา ตลอดจนรายละเอียดการเข้ารับการสัมภาษณ์งานและการคัดเลือกให้เข้าทำงานเพื่อประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นสำคัญ

คำสำคัญ: ประสบการณ์การทำงาน, สำนักงานกฎหมาย, สหรัฐอเมริกา, หนายความไทย
ในต่างแดน

Abstract

While pursuing a Master of Laws (LL.M.) at Southern Methodist University and University of Florida, USA, I had an opportunity to apply for jobs and get job interviews in the legal profession and eventually, I was able to secure a position - as a Thai lawyer practicing abroad. Accordingly, through this Article, I would like to share my two cents on the very first step to my legal career in the States. This Article will focus mainly on an overview of the U.S. legal profession and LL.M. on-campus job fairs.

Keywords: Work experience, Law firm, USA, Thai lawyer abroad

1. บทนำ

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์จากการหลอมรวมของคนหลายชาติพันธุ์ และเติบโตบนรากฐานของ “ความหลากหลาย (Diversity)” ทั้งทางเชื้อชาติ วัฒนธรรม ประเพณี และศาสนา จนอาจกล่าวได้ว่าความหลากหลายคือเอกลักษณ์ที่โดดเด่นประการหนึ่ง ถึงขนาดได้รับการรองรับโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาใน “บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 14 (The Fourteenth Amendment)” หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “บทคุ้มครองความเสมอภาค (The Equal Protection Clause)” ที่บัญญัติถึงข้อความตอนหนึ่งว่า “...nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” แปลใจความคือ “...รัฐย่อมไม่อาจเพิกถอนสิทธิของบุคคลใดจากชีวิต อิสราภาพหรือทรัพย์สินโดยไม่มีกระบวนการทางกฎหมายที่เหมาะสม และไม่อาจปฏิเสธความคุ้มครองอันเท่าเทียมกันตามกฎหมายที่จะให้แก่บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักร” ด้วยเหตุที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ห้ามมิให้รัฐปฏิบัติต่อบุคคลที่อยู่ในสถานะเดียวกันในลักษณะที่แตกต่างกัน แม้ว่าบุคคลเหล่านั้นจะมีความแตกต่างทางเชื้อชาติ ถิ่นกำเนิดหรือถิ่นที่ถือสัญชาติ เพศ ศาสนา หรือมีความแตกต่าง

ในความชอบธรรมด้านอื่น ๆ ก็ตาม ทำให้สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีพื้นที่สำหรับบุคคลทุกคน ไม่ว่าคนเหล่านั้นจะมี “ความหลากหลาย” เพียงใด เขาก็จะได้รับความคุ้มครองอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน

ด้วย “ความหลากหลาย” ทางเชื้อชาติ และ/หรือถิ่นกำเนิดของคนในสหรัฐอเมริกานี้เอง ที่ทำให้เกิดการรวมตัวกันระหว่างบุคคลซึ่งมีเชื้อชาติเดียวกันเพื่อก่อตั้งชุมชนของตนเองขึ้น ด้วยวัตถุประสงค์หลักในการแสดงจุดยืนทางวัฒนธรรมและการมีอยู่แห่งเชื้อชาติของตนเองในสหรัฐอเมริกา และเพื่อให้ชุมชนนั้น ๆ มีเสียงที่ดังมากพอจะเรียกร้องให้เกิดการตรากฎหมายคุ้มครองสิทธิหรือเพื่อสนับสนุนการพาณิชย์บางประการในชุมชนของตน เช่น การรวมตัวของคนไทยและการตั้งชุมชนคนไทยในอเมริกา (Thai-American Community) นอกจากนี้ ความหลากหลายทางเชื้อชาติ และ/หรือถิ่นกำเนิดยังส่งผลให้สภาพการณ์ทางสังคมในสหรัฐอเมริกามีความหลากหลายในแต่ละวิชาชีพไปด้วย กล่าวคือ ผู้ที่ประกอบวิชาชีพแพทย์ กฎหมาย วิศวกรรม บัญชี และอื่น ๆ ต่างก็มาจากหลากหลายเชื้อชาติ และ/หรือถิ่นกำเนิด ซึ่งการผสมผสานความหลากหลายทางเชื้อชาติ และ/หรือถิ่นกำเนิดนี้เอง กลายเป็นนโยบายที่องค์กรและสถาบันต่าง ๆ ทั้งในภาครัฐและเอกชนพยายามเน้นย้ำเพื่อแสดงออกว่าองค์กรหรือสถาบันนั้น ๆ ไม่ได้เลือกปฏิบัติกับบุคคลที่อยู่ในสถานะเดียวกันแตกต่างกัน ด้วยเหตุความแตกต่างทางเชื้อชาติ ถิ่นกำเนิดหรือถิ่นที่ถือสัญชาติ เพศ ศาสนา หรือความชอบธรรมด้านอื่น ๆ ของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และทำให้สังคมมั่นใจว่าทุกภาคส่วนมีพื้นที่สำหรับความหลากหลายทางเชื้อชาติในแต่ละวิชาชีพ

จากสภาพการณ์นี้ ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกามีพื้นที่อย่างกว้างขวางในตลาดงานที่จะรองรับนักกฎหมายชาวต่างชาติที่สนใจจะประกอบวิชาชีพทางกฎหมายในสหรัฐอเมริกา โดยผู้เขียนจะได้ขยายความในหัวข้อถัดไป

2. ภาพรวมการประกอบวิชาชีพทางกฎหมายในสหรัฐอเมริกา

โดยทั่วไปผู้ที่สามารถประกอบวิชาชีพทางกฎหมายในสหรัฐอเมริกาได้ต้องเป็นเนติบัณฑิตสหรัฐอเมริกา (American Bar)¹ ผู้อ่านบางท่านจึงอาจเกิดคำถามว่านักกฎหมายคนไทยหรือ

¹ ในสหรัฐอเมริกาไม่ได้แบ่งไม่ได้มีการแบ่งวิชาชีพทางกฎหมายแต่ละประเภทออกจากกัน กล่าวคือผู้ที่สอบผ่านเป็นเนติบัณฑิตสหรัฐอเมริกา (Bar) เท่านั้นที่จะมีเอกสิทธิ์แต่ผู้เดียวในการว่าต่างและแก้ต่างคดีแทนคู่ความ รวมไปถึงการให้คำปรึกษาในปัญหาข้อกฎหมาย ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า การสอบเป็นเนติบัณฑิตสหรัฐอเมริกาในที่นี้เป็นทั้งการสอบใบอนุญาตว่าความและเนติบัณฑิตของประเทศสหรัฐอเมริกา สำหรับรายละเอียดและข้อมูลเบื้องต้นในการสอบใบอนุญาตประกอบวิชาชีพทนายความหรือเนติบัณฑิตในสหรัฐอเมริกา ผู้อ่านสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จากบทความเรื่อง “ข้อมูลเบื้องต้นในการสอบเนติบัณฑิต

ทนายความไทยที่ไม่ได้เป็นเนติบัณฑิตในสหรัฐอเมริกา (American Bar) จะยังสามารถประกอบวิชาชีพทางกฎหมายในสหรัฐอเมริกาได้หรือไม่

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนขออธิบายก่อนว่าการประกอบวิชาชีพทางกฎหมายในสหรัฐอเมริกานั้น แบ่งออกเป็นหลายแขนงด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นทนายความ (attorney) ที่ปรึกษากฎหมาย (legal advisor/consultant) นิติกร (legal officer) พนักงานอัยการ (public prosecutor) ผู้พิพากษา (judge) หรือการประกอบวิชาชีพอื่น ๆ ที่ต้องการปรับใช้องค์ความรู้ทางกฎหมายกับการทำงาน เช่น นักเคลื่อนไหวสิทธิหรือผู้รณรงค์เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางสังคม (activist) ในองค์กรสาธารณะประโยชน์ที่ไม่แสวงหาผลกำไร (NGO) ต่าง ๆ เป็นต้น โดยในบรรดาวิชาชีพที่ได้กล่าวมานี้ มีเพียงบางวิชาชีพเท่านั้นที่จำเป็นจะต้องเป็นเนติบัณฑิตในสหรัฐอเมริกา ได้แก่ การเป็นทนายความ ที่ปรึกษากฎหมาย พนักงานอัยการ และผู้พิพากษา เป็นต้น เนื่องจากผู้ที่สอบผ่านเนติบัณฑิตในสหรัฐอเมริกาเท่านั้นจึงจะมีเอกสิทธิ์แต่ผู้เดียวในการว่าต่างและแก้ต่างคดีแทนคู่ความ รวมไปถึงการให้คำปรึกษาในปัญหาข้อกฎหมาย หรือประกอบวิชาชีพในตำแหน่งพนักงานอัยการหรือผู้พิพากษา

อย่างไรก็ดี ผู้ที่ยังไม่ได้สอบได้เป็นเนติบัณฑิตในสหรัฐอเมริกา (American Bar) ก็สามารถเข้าสู่การทำงานในวิชาชีพกฎหมายได้ โดยการเป็นนิติกร (legal officer) ในบริษัทหรือองค์กรภาคเอกชน การเป็นเสมียนทนายหรือเสมียนศาล หรือการเป็นผู้ช่วยทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายซึ่งทำหน้าที่ค้นคว้าหาข้อมูลกฎหมาย ร่างเอกสารต่าง ๆ ตลอดจนช่วยเตรียมคดี เพียงแต่ในจุดนี้เขาจะยังไม่สามารถให้คำปรึกษาแก่ลูกค้าได้โดยตรงเท่านั้น จนมีประสบการณ์การทำงานในสายวิชาชีพกฎหมายไม่ว่าตำแหน่งใด ๆ ระยะเวลาหนึ่งแล้ว ก็อาจพิจารณาสอบใบอนุญาตประกอบวิชาชีพทนายความหรือเนติบัณฑิตในสหรัฐอเมริกา (American Bar) เพื่อเปิดโอกาสและต่อยอดการทำงานสายวิชาชีพทางกฎหมายในระดับที่สูงขึ้นไป

3. การยื่นสมัครงานระหว่างศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (LL.M.) ในสหรัฐอเมริกา

มหกรรมจัดหางาน (Job Fair) เป็นงานที่จัดโดยมหาวิทยาลัยชั้นนำในสายกฎหมายในสหรัฐอเมริกาโดยมีวัตถุประสงค์ให้นักศึกษากฎหมายมีโอกาสนำเอกสารสมัครงานและพบปะกับผู้สัมภาษณ์งาน (recruiters) จากสำนักงานกฎหมายต่าง ๆ ทั้งสำนักงานระดับประเทศและสำนักงานที่มีสาขาในต่างประเทศทั่วโลก รวมถึงองค์กรอิสระต่าง ๆ

มหกรรมจัดหางาน (Job Fair) สำหรับนักเรียน LL.M. ในสหรัฐอเมริกา ได้แก่ 1. งาน **International Student Interview Program (ISIP)** โดยมหาวิทยาลัยนิวยอร์ก (New York University) เป็นเจ้าภาพ 2. งาน **Overseas-Trained Student Interview Program** โดยมหาวิทยาลัยนิวยอร์ก (New York University) และมหาวิทยาลัยโคลัมเบีย (Columbia University) เป็นเจ้าภาพร่วมกัน 3. งาน **West Coast International LL.M. Job Fair** โดยมหาวิทยาลัยแคลิฟอร์เนีย ลอสแอนเจลิส (University of California- Los Angeles (UCLA)) เป็นเจ้าภาพ และ 4. งาน **Taxation Interview Program (TIP)** โดยมหาวิทยาลัยนิวยอร์ก (New York University) และมหาวิทยาลัยจอร์จทาวน์ (Georgetown University) เป็นเจ้าภาพร่วมกัน ซึ่งงาน Job Fair แต่ละงานจะกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่สามารถสมัครเข้าร่วมงานแตกต่างกันออกไป

3.1 งาน International Student Interview Program (ISIP)²

มหกรรมจัดหางาน (Job Fair) ISIP ถือว่าเป็นงาน Job Fair ประจำปีสำหรับนักศึกษา LL.M. (รวมถึงนักศึกษาระดับปริญญาเอก หรือ S.J.D.) ที่ใหญ่ที่สุดในสหรัฐอเมริกา เนื่องจากมีมหาวิทยาลัยถึง 33 แห่ง³ และสำนักงานกฎหมายอีกกว่า 160 แห่งทั่วโลกเข้าร่วมงาน (participating law schools and firms) โดยคุณสมบัติของผู้ที่มีสิทธิสมัครเข้าร่วมงาน ISIP

² สำหรับรายละเอียดงาน International Student Interview Program (ISIP) อ่านเพิ่มเติมได้ที่ <https://www.law.nyu.edu/isip>

³ มหาวิทยาลัยที่เข้าร่วมงาน ISIP มีดังนี้ 1. American University Washington College of Law 2. Boston University School of Law 3. BYU Law School 4. Chicago-Kent College of Law, Illinois Institute of Technology 5. Cornell Law School 6. Dickinson Law 7. Duke University School of Law 8. Fordham University School of Law 9. Georgetown University Law Center 10. Indiana University Maurer School of Law 11. McGeorge School of Law 12. New York University School of Law 13. Northwestern Pritzker School of Law 14. Penn State Law 15. SMU Dedman School of Law 16. Temple University Beasley School of Law 17. The George Washington University Law School 18. The University of Georgia School of Law 19. The University of Texas School of Law 20. Tulane University Law School 21. UConn School of Law 22. University of California Berkeley School of Law 23. University of California Los Angeles School of Law 24. University of Florida Levin College of Law 25. University of Houston Law Center 26. University of Illinois College of Law 27. University of Miami School of Law 28. University of Minnesota Law School 29. University of Pennsylvania Law School 30. University of San Diego School of Law 31. University of Southern California Gould School of Law 32. Vanderbilt University Law School 33. Wake Forest University School of Law

อ้างอิง: <https://www.law.nyu.edu/isip/studentfaqs>

คือบุคคลนั้นต้องยังคงสถานะเป็นนักศึกษาที่กำลังศึกษาอยู่ในหลักสูตร LL.M. (นิติศาสตรมหาบัณฑิต) หรือ SJD (นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต) ของมหาวิทยาลัยใดมหาวิทยาลัยหนึ่งใน 33 แห่งที่กล่าวข้างต้น และผู้สมัครท่านนั้นต้องเป็นผู้ที่จบการศึกษาในระดับปริญญานิติศาสตรบัณฑิตจากต่างประเทศ โดยงาน Job Fair ISIP จะเปิดรับสมัครช่วงเดือนตุลาคม และจัดสัมภาษณ์งานช่วงปลายเดือนมกราคม ของทุกปี

3.2 งาน Overseas-Trained Student Interview Program⁴

มหกรรมจัดหางาน (Job Fair) Overseas-Trained Student Interview Program เป็นงาน Job Fair ประจำปีสำหรับนักเรียน LL.M. จากโรงเรียนกฎหมายชั้นนำ 7 มหาวิทยาลัย คือ 1. University of Chicago Law School 2. Columbia Law School 3. Harvard Law School 4. the University of Michigan Law School 5. Stanford Law School 6. the University of Virginia School of Law และ 7. Yale Law School ซึ่งงาน Overseas-Trained Student Interview Program จะเปิดรับสมัครช่วงเดือนตุลาคม และจัดสัมภาษณ์งานในช่วงต้นเดือนกุมภาพันธ์ของทุกปี

3.3 งาน West Coast International LL.M. Job Fair⁵

มหกรรมจัดหางาน (Job Fair) West Coast International LL.M. Job Fair เป็นงาน Job Fair ที่มีนักเรียน LL.M. ฝั่งตะวันตกของสหรัฐอเมริกาเป็นกลุ่มผู้เข้าร่วมหลัก เนื่องจากมหาวิทยาลัยเจ้าภาพผู้จัดงานคือมหาวิทยาลัยแคลิฟอร์เนีย ลอสแอนเจลิส นอกจากนี้มหาวิทยาลัยที่เข้าร่วมจำนวน 12 แห่งนั้นส่วนใหญ่จะเป็นมหาวิทยาลัยที่ตั้งอยู่ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย⁶ งาน West Coast International LL.M. Job Fair จะเปิดรับสมัครช่วงเดือนพฤศจิกายนถึงธันวาคมและจัดสัมภาษณ์งานในช่วงปลายเดือนกุมภาพันธ์หรือต้นเดือนมีนาคมของทุกปี

⁴ สำหรับรายละเอียดงาน Overseas-Trained Student Interview Program อ่านเพิ่มเติมได้ที่ <https://www.law.columbia.edu/llm-interview-program>

⁵ สำหรับรายละเอียดงาน West Coast International LL.M. Job Fair อ่านเพิ่มเติมได้ที่ <https://law.ucla.edu/careers/employers/attend-a-job-fair-or-event/ucla-llm-interview-program/>

⁶ มหาวิทยาลัยที่เข้าร่วมงาน West Coast International LL.M. Job Fair มีดังนี้ 1. Loyola Law School 2. New York University School of Law 3. Northwestern Pritzker School of Law 4. Pepperdine University School of Law 5. Santa Clara University School of Law 6. Stanford Law School 7. UC Berkeley School of Law 8. UC Davis School of Law 9. UC Hastings College of Law 10. University of Minnesota School of Law 11. USC Gould School of Law 12. Washington University School of Law

3.4 งาน Taxation Interview Program (TIP)

นอกจากมหกรรมจัดหางาน (Job Fair) ที่จัดขึ้นสำหรับนักเรียน LL.M. โดยทั่วไปแล้ว ยังมีงาน Job Fair สำหรับนักเรียน LL.M. ที่เรียนสาขาเฉพาะทางด้วย เช่น งาน Taxation Interview Program (TIP) ซึ่งเป็นงาน Job Fair สำหรับนักเรียน LL.M. ด้านกฎหมายภาษีอากรโดยเฉพาะ เปิดรับสมัครในช่วงปลายปีและจัดสัมภาษณ์งานในช่วงปลายเดือนกุมภาพันธ์ หรือต้นเดือนมีนาคมของปีถัดไป งาน Taxation Interview Program (TIP) นี้ไม่ได้จำกัดว่า ผู้สมัครจะต้องเป็นนักเรียนต่างชาติเท่านั้น แต่รวมถึงนักศึกษากฎหมายสาขากฎหมายภาษีอากรซึ่งเป็นชาวอเมริกันด้วย

วิธีการยื่นใบสมัครเข้าร่วมงานและการสัมภาษณ์งานในมหกรรมจัดหางาน (Job Fair) แต่ละแห่งจะมีวิธีการคล้าย ๆ กัน โดยผู้สมัครต้องลงทะเบียนและยื่นใบสมัครออนไลน์ทางอินเทอร์เน็ตพร้อมแนบเอกสารการทำงานตามที่กำหนดไว้ ได้แก่ ประวัติการเรียนรู้การทำงาน (resumé) รายงานผลการศึกษา (transcript) จดหมายนำสมัครงาน (cover letter) ตัวอย่างการเขียน (sample writing) ประกาศนียบัตรอื่น ๆ (certificates) เป็นต้น เมื่อยื่นใบสมัครออนไลน์เรียบร้อยแล้ว ผู้สมัครจะต้องเลือกสำนักงานกฎหมายที่เข้าร่วมโครงการดังกล่าวซึ่งตนประสงค์จะสมัคร หลังจากนั้น ผู้สมัครจะได้รับอีเมลยืนยันการยื่นใบสมัครและเอกสารของผู้สมัคร แล้วทางระบบจะส่งใบสมัครพร้อมเอกสารแนบไปยังสำนักงานกฎหมายนั้น ๆ

เมื่อสำนักงานกฎหมายที่เข้าร่วมโครงการได้รับใบสมัครและเอกสารของผู้สมัครแล้ว สำนักงานจะคัดเลือกผู้สมัครเพื่อให้มาร่วมมหกรรมจัดหางาน (Job Fair) และทำการสัมภาษณ์แบบตัวต่อตัว (Face-to-face interview) ดังนั้น เมื่อผู้สมัครยื่นใบสมัครออนไลน์พร้อมเอกสารการสมัครงานเรียบร้อยแล้ว ผู้สมัครจะได้รับอีเมลแจ้งผลว่าตนได้รับการคัดเลือกให้เข้าร่วมงานหรือไม่ และจะได้เข้ารับการสัมภาษณ์งานกับสำนักงานกฎหมายใดบ้าง หลังจากนั้น ผู้สมัครต้องแจ้งความประสงค์ว่าจะเดินทางไปร่วมงานมหกรรมจัดหางาน (Job Fair) เพื่อเข้ารับการสัมภาษณ์หรือไม่ เนื่องจากในขั้นตอนนี้ ผู้สมัครจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการเดินทางและค่าที่พักด้วยตนเองทั้งหมด

ในส่วนถัดไป ผู้เขียนจะบอกเล่าเกร็ดประสบการณ์ตรงที่ได้สมัครและสัมภาษณ์งานในระหว่างที่ยังเป็นนักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (LL.M.) ในสหรัฐอเมริกา

4. เกร็ดประสบการณ์ของผู้เขียน

ระหว่างที่ผู้เขียนศึกษาอยู่ในหลักสูตร LL.M. in International and Comparative Laws ที่ Southern Methodist University Dedman School of Law และหลักสูตร LL.M. in International Taxation ที่ University of Florida Fredric G. Levin College of Law ผู้เขียนได้สมัครงานผ่านมหกรรมจัดหางาน (Job Fair) International Student Interview

Program (ISIP) กับ Taxation Interview Program (TIP) และได้รับโอกาสให้เข้าสัมภาษณ์งานกับสำนักงานกฎหมายและสำนักงานตรวจสอบบัญชีรวมทั้งหมด 4 แห่ง คือ 1. สำนักงานกฎหมายอัลเลน แอนด์ โอเวอร์รี่ (Allen & Overy) 2. สำนักงานตรวจสอบบัญชีไพรซ์วอเตอร์เฮาส์คูเปอร์ส (PricewaterhouseCoopers – PwC) 3. สำนักงานตรวจสอบบัญชีเคพีเอ็มจี (KPMG) และ 4. สำนักงานตรวจสอบบัญชีบีดีโอ (BDO)

ดังที่ได้เกริ่นไปข้างต้น ขั้นตอนการเข้ารับการสัมภาษณ์งานเป็นส่วนที่เกิดขึ้นภายหลังผู้เขียนได้รับอีเมลแจ้งผลการคัดเลือกแล้ว ซึ่งผู้เขียนต้องตัดสินใจว่าจะเดินทางไปเข้าร่วมงานเพื่อรับการสัมภาษณ์งานแบบตัวต่อตัว (Face-to-face interview) หรือไม่ จากการหาข้อมูลผู้เขียนพบว่าผู้สมัครที่ได้รับการคัดเลือกส่วนใหญ่จะมีสัญชาติตรงกับกลุ่มลูกความของสำนักงานกฎหมายหรือสำนักงานตรวจสอบบัญชีนั้น ๆ โดยเฉพาะผู้ที่ถือสัญชาติจีน ญี่ปุ่น และเกาหลีใต้ มักมีโอกาสได้รับการคัดเลือกเป็นพิเศษ นอกจากนี้ ยังมีผู้สมัครจากกลุ่มประเทศลาตินอเมริกาและยุโรปที่มีข้อได้เปรียบในเรื่องความใกล้ชิดทางวัฒนธรรมการทำงานกับคนอเมริกันและความเข้าใจระบบงานในประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ในขณะที่ผู้เขียนมีอายุเพียง 21-22 ปี สัญชาติไทย ยังไม่มีประสบการณ์การทำงานแต่อย่างใด ผู้เขียนประเมินสถานการณ์แล้วว่าโอกาสที่จะได้รับผลตอบแทนให้เข้าทำงานกับสำนักงานกฎหมายหรือสำนักงานบัญชีที่ยื่นสมัครไปมีไม่มากนัก แต่กระนั้น ผู้เขียนก็ตัดสินใจยืนยันความประสงค์ที่จะเดินทางไปเข้าร่วมงานและสัมภาษณ์งานในงาน Job Fair ดังกล่าว เพราะผู้เขียนมีความเชื่อว่าการให้โอกาสตัวเองในตอนนั้นคือการลงทุนที่ไม่มีทางจะขาดทุน ทั้งยังจะเป็นต้นทุนอันมีค่าซึ่งสามารถใช้ต่อยอดเพื่อพัฒนาตัวเองและเพิ่มโอกาสในการประกอบวิชาชีพกฎหมายต่อไปในอนาคต

การสัมภาษณ์งานในงาน Job Fair

เมื่อเดินทางไปถึงงาน ผู้เขียนต้องลงทะเบียนกับเจ้าหน้าที่ของมหาวิทยาลัยเจ้าภาพเพื่อรับป้ายชื่อและเอกสารในการสัมภาษณ์ หลังจากนั้น เจ้าหน้าที่ของมหาวิทยาลัยจะพาผู้เขียนและผู้สมัครท่านอื่น ๆ ไปยังสถานที่ที่จัดไว้สำหรับการสัมภาษณ์งานซึ่งอาจเป็นห้องประชุมหรือห้องสัมมนาของมหาวิทยาลัยนั้น ๆ ภายในห้องดังกล่าวจะมีโต๊ะและที่นั่งจัดเรียงต่อ ๆ กันไป แต่ละโต๊ะมีป้ายบ่งบอกชื่อสำนักงานกฎหมายที่เข้าร่วมแต่ละแห่ง และมีตัวแทนจากสำนักงานกฎหมายที่จะเป็นผู้สัมภาษณ์ (recruiter) นั่งรอผู้เข้าสัมภาษณ์อยู่ เมื่อผู้เขียนทราบวาระของสำนักงานกฎหมายที่ผู้เขียนจะต้องเข้ารับการสัมภาษณ์อยู่ส่วนไหนแล้วผู้เขียนจึงนำเอกสารยืนยันตัวว่ามีสิทธิเข้ารับการสัมภาษณ์ไปยื่นให้กับสำนักงานกฎหมายและสำนักงานตรวจสอบบัญชีนั้น ๆ แล้วผู้เขียนก็จะได้รับบัตรคิวเพื่อรอเรียกสัมภาษณ์

การสัมภาษณ์งานแบบตัวต่อตัว (Face-to-face interview) ในงาน Job Fair จะเป็นการสัมภาษณ์เพื่อทำความรู้จักผู้สมัครในเบื้องต้น คำถามส่วนใหญ่เป็นคำถามที่ทำให้ผู้สัมภาษณ์งาน

รู้จักกับตัวตนของผู้สมัคร โดยผู้สัมภาษณ์มักจะเริ่มจากการให้ผู้สมัครแนะนำประวัติความเป็นมาของตนเอง แล้วจึงต่อยอดคำถามสัมภาษณ์ จากประสบการณ์ส่วนตัวของผู้เขียน คำถามสัมภาษณ์มักเป็นคำถามที่ให้ผู้สมัครอธิบายทัศนคติต่อการประกอบวิชาชีพทางกฎหมายในสาขาต่าง ๆ เหตุผลที่ประสงค์จะทำงานในประเทศสหรัฐอเมริกา เจื่อนไขการขอวีซ่าทำงาน⁷ จุดเด่นของตนเอง ข้อผิดพลาดที่เป็นบทเรียนในชีวิต และคำถามเกี่ยวกับประสบการณ์การทำงานของผู้ได้รับการสัมภาษณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประสบการณ์ในประเทศของตน ก่อนเข้าศึกษาต่อที่สหรัฐอเมริกา เป็นต้น

การเตรียมตัวก่อนยื่นสมัครงานและก่อนเข้าสัมภาษณ์งานเป็นสิ่งที่สำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากการสมัครเข้าทำงานในประเทศสหรัฐอเมริการะหว่างนักเรียนต่างชาติด้วยกันมีการแข่งขันที่สูงมาก สำนักงานกฎหมาย สำนักงานตรวจสอบบัญชี รวมถึงองค์กรต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกาย่อมต้องการคนที่มีศักยภาพในการทำงานและพร้อมที่จะเป็นส่วนหนึ่งของการขับเคลื่อนองค์กรมากที่สุด ดังนั้น การเตรียมตัวในการตอบคำถาม การแสดงทัศนคติ และการสื่อสารด้วยภาษาอังกฤษได้อย่างคล่องแคล่วจึงเป็นจุดตัดที่สำคัญ

การเยือนสถานที่ทำงานจริง (Office Visit หรือ On-site interview)

ภายหลังจากการสัมภาษณ์รอบแรกแบบตัวต่อตัวในงาน Job Fair ผู้สมัครจะได้รับอีเมลแจ้งผลการสัมภาษณ์ หากผู้สมัครผ่านการคัดเลือกให้เข้ารับการสัมภาษณ์งานในรอบสุดท้าย ผู้สมัครจะต้องเดินทางไปยังสถานที่ทำงานจริงของสำนักงานกฎหมายนั้น ๆ หรือที่เรียกว่า “การเยือนสถานที่ทำงานจริง (Office Visit)” ซึ่งหากผ่านการคัดเลือกมาจนถึงรอบนี้ สำนักงานกฎหมายนายจ้างจะเป็นผู้รับผิดชอบออกค่าใช้จ่ายในการเดินทางและค่าที่พักให้แก่ผู้เข้ารับการสัมภาษณ์ทั้งหมด

ในขั้นตอนนี้ผู้เขียนได้รับโอกาสให้เข้าสัมภาษณ์งานรอบ Office Visit กับสำนักงานตรวจสอบบัญชีเคพีเอ็มจี (KPMG) สาขาเมืองนิวยอร์ก (New York) และสำนักงานตรวจสอบบัญชีบีดีโอ (BDO) สาขาเมืองซานโฮเซ (San Jose) ผู้เขียนได้พบกับผู้เข้ารอบสัมภาษณ์ท่านอื่น ๆ และได้ทำความรู้จักกับหัวหน้าตลอดจนทีมงานที่ผู้เขียนจะต้องร่วมงานด้วยหากทางสำนักงานตอบตกลงรับผู้เขียนเข้าทำงาน จากประสบการณ์ของผู้เขียน การสัมภาษณ์ในรอบ Office Visit ของทั้งสองที่จัดในรูปแบบ “การสัมภาษณ์ระหว่างรับประทานอาหารกลางวัน (Lunch Interview)” กล่าวคือ ผู้ผ่านการคัดเลือกรอบสุดท้ายทุกคนจะต้องนั่งรับประทานอาหารร่วมกับหัวหน้าและเพื่อนร่วมงานในทีมด้วยกัน ซึ่งการสัมภาษณ์ การตอบคำถามต่าง ๆ และการคัดเลือกผู้สมัครจะดำเนินไประหว่างรับประทานอาหารนี้เอง จัดได้ว่าเป็นลักษณะของ

⁷ หากผู้สมัครติดเงื่อนไขในการขอวีซ่าทำงาน เช่น ผู้สมัครเป็นผู้มีภาระผูกพันในการปฏิบัติตามสัญญาเงินทุนรัฐบาลในประเทศใดประเทศหนึ่ง ก็อาจไม่สามารถผ่านการคัดเลือกเข้าสัมภาษณ์งานในรอบถัดไปได้

การสัมภาษณ์งานที่มีความท้าทายอย่างมาก ตั้งแต่ขั้นตอนการอ่านเมนูอาหาร การเลือกสั่งอาหาร การโต้ตอบกับพนักงานเสิร์ฟ มารยาทบนโต๊ะอาหาร บุคลิกภาพ และการโต้ตอบบทสนทนาในทันทีทันใด (impromptu talk) ทั้งระหว่างสำนักงานผู้ทำการคัดเลือกกับผู้สมัคร และระหว่างผู้สมัครด้วยกันเอง จะอยู่ภายใต้การจับตามองของผู้สัมภาษณ์ทั้งสิ้น ซึ่งในขั้นตอนนี้ หากผู้สมัครไม่สามารถแสดงความรู้และทักษะในการแสดงความคิดเห็นออกมาให้ทัดเทียมหรือโดดเด่นกว่าผู้สมัครท่านอื่น โอกาสได้รับการเลือกก็เหมือนจะถูกปิดลงไปโดยปริยาย

เมื่อผู้สมัครที่เป็นนักเรียนต่างชาติได้รับการคัดเลือกจากสำนักงานให้เข้าทำงานแล้ว นักเรียนต่างชาติจะสามารถเริ่มทำงานได้ทันทีภายหลังจบการศึกษาระดับ LL.M. (หรือ S.J.D. แล้วแต่กรณี) ภายใต้วิชาเรียน (F-1) ในโครงการ Optional Practical Training (OPT) ที่อนุญาตให้นักเรียนต่างชาติซึ่งมาศึกษาต่อยังประเทศสหรัฐอเมริกาในหลักสูตรที่มีระยะเวลาศึกษามากกว่า 9 เดือน มีสิทธิทำงานในสหรัฐอเมริกาในสาขาที่ตนเรียนได้ภายในกรอบระยะเวลาที่แตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับสาขาที่ตนศึกษา สำหรับสาขากฎหมายมีระยะเวลา 12 เดือน หลังจากนั้น สำนักงานกฎหมายนายจ้างจึงจะดำเนินการเรื่องเอกสารเพื่อขอวีซ่าทำงานให้ต่อไป

5. บทส่งท้าย

เหตุผลที่ผู้เขียนหยิบยกหัวข้อนี้มาบอกเล่าเนื่องจากผู้เขียนเห็นว่ามินิสตินักศึกษากฎหมายหลายท่านที่กำลังสนใจจะไปศึกษาต่อหรือกำลังศึกษาอยู่ในระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิตหรือนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิตในสหรัฐอเมริกา แม้นักศึกษาส่วนหนึ่งอาจมีความตั้งใจที่จะศึกษาเล่าเรียนเพื่อให้สำเร็จการศึกษาและนำคุณวุฒิการศึกษานั้นมาใช้สมัครสอบบรรจุในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยหรือผู้ช่วยผู้พิพากษาเป็นหลัก แต่ผู้เขียนเชื่อว่ายังมีมินิสตินักศึกษากฎหมายอีกหลายท่านที่อยากจะใช้โอกาสที่ตนได้ไปศึกษาต่อในสหรัฐอเมริกานี้ เก็บเกี่ยวประสบการณ์การทำงานจริงในต่างประเทศเพื่อเป็นส่วนหนึ่งในเส้นทางนักกฎหมายของตน เพียงแค่อาจยังไม่ทราบถึงโอกาสหรือวิธีการในการสมัครงานเท่านั้น ผู้เขียนจึงหวังเป็นอย่างยิ่งว่าบทความนี้จะเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่านไม่มากนักน้อย โดยเฉพาะท่านทั้งหลายที่อยากให้โอกาสตนเองเปิดโลกแห่งการทำงานให้กว้างขวางยิ่งขึ้น

สำหรับรายละเอียดข้อมูลเกี่ยวกับวีซ่าการทำงาน โครงการทุนความแลกเปลี่ยน และสมาคมที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการทำงานในฐานะทนายความคนไทย-อเมริกัน ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงในโอกาสต่อไป

คำแนะนำสำหรับผู้เขียนบทความ

รูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. พิมพ์โดยใช้กระดาษ A4
2. พิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word for windows
3. พิมพ์โดยใช้ตัวอักษรแบบ TH SarabunPSK
4. ตั้งค่าน้ำกระดาษด้านบน (Top) 2.54 ซม., ล่าง (Bottom) 2.54 ซม., ซ้าย (Left) 2.54 ซม. และขวา (Right) 2.54 ซม.
5. ระยะห่างระหว่างบรรทัดขนาด 1 เท่า
6. มีความยาวของเนื้อหาไม่เกิน 30 หน้า (รวมบรรณานุกรม)

รายละเอียดการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. **ชื่อเรื่อง** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่กึ่งกลางของหน้ากระดาษ ชื่อภาษาอังกฤษขึ้นต้นคำให้พิมพ์ด้วยตัวพิมพ์ใหญ่และให้ใช้ตัวอักษรขนาด 18 ตัวหนา
2. **ชื่อผู้เขียน** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านขวาของหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา และให้กำกับด้วยสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายด้วย เพื่อระบุคุณวุฒิการศึกษา ตำแหน่งทางวิชาการ หน่วยงานต้นสังกัด ทั้งนี้ ให้พิมพ์ไว้ในส่วนของเชิงอรรถด้านล่างของหน้าตามจำนวนผู้เขียน โดยใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 14 ตัวปกติ
3. **บทคัดย่อ และ Abstract** คำว่า “บทคัดย่อ” และ “Abstract” ให้ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความในบทคัดย่อและ Abstract ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยให้ย่อหน้าแรกเยื้อง 0.5 นิ้ว ของบรรทัดถัดไป
4. **คำสำคัญ และ Keywords** คำว่า “คำสำคัญ” และ “Keywords” ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา ควรเลือกคำสำคัญที่เกี่ยวข้องกับบทความไม่เกิน 3 คำ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ
5. **หัวข้อ** ให้ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้าย
6. **เนื้อเรื่อง** ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ จัดรูปแบบใช้กระจายแบบไทย โดยให้บรรทัดแรกของทุกย่อหน้าเยื้อง 0.5 นิ้ว ของบรรทัดถัดไป
7. **ตัวเลข** ให้ใช้เลขอารบิกทั้งในกรณีเขียนเป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ
8. **การอ้างอิงเชิงอรรถ** ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยมีรูปแบบดังนี้

* / แทนการเว้นระยะห่าง 1 เคาะ

หนังสือ หรือตำรา

ผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.

ตัวอย่างที่ 1: จิตติ ดิงศภัทัย, **กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1**, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า 9.

ตัวอย่างที่ 2: หยุต แสงอุทัย, (ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ), **กฎหมายอาญา ภาค 2-3**, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 89.

บทความในวารสาร

ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อวารสาร/ปีของวารสาร,/ฉบับที่/(เดือนที่พิมพ์ปีที่พิมพ์):/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: รมณกรณ์ บุญมี, “การข่มขืนกระทำชำเราโดยหลอกลวง: วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557 และการกระทำอื่น ๆ,” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 46, 3 (กันยายน 2560): 647-663.

วิทยานิพนธ์

ผู้เขียนวิทยานิพนธ์,/“ชื่อวิทยานิพนธ์,”/(ระดับวิทยานิพนธ์,/สาขาวิชาหรือภาควิชา,/คณะ,/ชื่อสถาบัน,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: ชิดชนก แผ่นสุวรรณ, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 108.

รายงานวิจัย

ชื่อผู้วิจัย,/ชื่อรายงานวิจัย,/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: อานนท์ มาเม้า, สถานะทรัพย์สินของสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมสวัสดิการและสวัสดิภาพครูและบุคลากรทางการศึกษา, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 88.

สารสนเทศบน Internet

ชื่อผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง/[ออนไลน์], วันเดือนปีที่อ้างอิง./แหล่งที่มาของข้อมูล.

ตัวอย่าง: ญัฐกร วิทิตานนท์, การลอบสังหารในการเมืองอเมริกัน [ออนไลน์], 5 กุมภาพันธ์ 2561. แหล่งที่มา <https://prachatai.com/journal/2012/11/43532>

บทในหนังสือ หรือบทในตำรา

ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ใน/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย/...,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์ “ขึ้นชื่อว่าวิทยานิพนธ์ ทุกคนสามารถทำได้” ใน ยากยิ่งสิ่งเดียว วิทยานิพนธ์ทางกฎหมายหลากหลาย तरहนะ, บรรณาธิการโดย คุณพล จันทน์หอม, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 140.

บทความในหนังสือพิมพ์ หรือบทความในนิตยสาร

ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วันเดือนปี,/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: ไทยรัฐ, “นาฬิกาเพื่อนทำพิษ ผอ.นิด้าโพลออก” ไทยรัฐ, 29 มกราคม 2561, หน้า 11.

เอกสารอื่น ๆ

ชื่อหน่วยงาน, “ชื่อเอกสาร,”/วันเดือนปี.

ตัวอย่าง: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “การรับฟังความคิดเห็นร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. ... (ความผิดเกี่ยวกับเพศ),” 5 กุมภาพันธ์ 2561.

สัมภาษณ์บุคคล

ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์, ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี),/สัมภาษณ์,/วันเดือนปี.

ตัวอย่าง: วันชัย ศิริชนะ, อธิการบดีมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, สัมภาษณ์, 5 กุมภาพันธ์ 2561.

กรณีอ้างอิงซ้ำ

(1) ถ้าไม่มีการอ้างอิงอื่นมาก่อน

หากเป็นเอกสารภาษาไทยให้ใช้คำว่า “เรื่องเดียวกัน” ถ้าเป็นเอกสารภาษาต่างประเทศให้ใช้คำว่า “Ibid.”

อนึ่ง ถ้าเอกสารเรื่องเดียวกันนั้นมาจากเลขหน้าที่ต่างกัน ให้ระบุเลขหน้าไว้ด้วย เช่น “เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.” หรือ “Ibid., Page 9.”

(2) ถ้ามีการอ้างอิงอื่นมาก่อน

ให้ตัดส่วนที่เป็นสถานที่พิมพ์ สำนักพิมพ์ และปีที่พิมพ์ออกได้ เช่น

¹ จิตติ ติงศภัทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า 9.

²

³ จิตติ ติงศภัทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 18.

หมายเหตุ:

(1) หากมีผู้เขียน ผู้แปล หรือบรรณาธิการ แล้วแต่กรณี เกินกว่า 3 คนขึ้นไป ให้ใส่คำว่า “และคนอื่น ๆ” หรือ “and others” ตามหลังชื่อบุคคล เช่น “วิษณุ เครืองาม และคนอื่น ๆ,”

(2) หากไม่ปรากฏชื่อผู้แต่ง ผู้แปล หรือบรรณาธิการ แล้วแต่กรณี ให้เลื่อนรายการอื่น ๆ ขึ้นมาแทน

บรรณานุกรม

คำว่า “บรรณานุกรม” ให้จัดกึ่งกลางตรงหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้อักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยมีรูปแบบดังนี้

- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./แปลโดย/ชื่อผู้แปล./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ใน/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย/ชื่อบรรณาธิการ,/เลขหน้า./ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือนที่พิมพ์/ปีที่พิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วันเดือนปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์./“ชื่อวิทยานิพนธ์.”/ระดับวิทยานิพนธ์,/สาขาวิชาหรือภาควิชา,/คณะ,/ชื่อสถาบัน,/ปีพิมพ์.
- ชื่อผู้วิจัย./ชื่อรายงานวิจัย./ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย. สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ชื่อหน่วยงาน./“ชื่อเอกสาร.”/วันเดือนปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์./ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี)./สัมภาษณ์,/วันเดือนปี.
- ชื่อผู้บรรยาย./“หัวข้อการบรรยาย.”/ชื่อการประชุมและสถาบันที่ดำเนินการ (ถ้ามี)./สถานที่,/วันเดือนปี.
- ชื่อผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง/[ออนไลน์]./แหล่งที่มา:/.../ปีที่อ้างอิง/(เดือนที่อ้างอิง, วันที่อ้างอิง).

หลักเกณฑ์อื่น ๆ

1. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่เคยผ่านการตีพิมพ์ในวารสารใด ๆ มาก่อน (รวมตลอดถึงการตีพิมพ์ในเอกสารที่มีชื่อเรียกอย่างอื่น เช่น หนังสืออาจารย์บูชา หนังสือรฟี่ หนังสือพิมพ์ ฯลฯ และการเผยแพร่ในระบบออนไลน์ด้วย) อนึ่ง การตีพิมพ์บทความซ้ำเป็นความรับผิดชอบของผู้เขียน

2. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของวารสารอื่น

3. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ ต้องไม่ตัดทอนหรือลอกเลียนมาจากบทความ หนังสือ ตำรา หรืองานวิจัยของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง

4. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ ต้องมีคุณค่าทางวิชาการ
5. ผู้เขียนบทความต้องจัดเตรียมต้นฉบับบทความตามรูปแบบและรายละเอียดการส่งต้นฉบับบทความอย่างเคร่งครัด

Submission Guidelines

Manuscript Format

1. Printed on A4 paper.
2. Printed with Microsoft Word for windows.
3. Printed by using font TH SarabunPSK.
4. Printed with the customized page layout: top 2.54 cm, bottom 2.54 cm, left 2.54 cm, and right 2.54 cm.
5. Printed with 1x line spacing.
6. Length of content shall not exceeding 30 pages (including bibliography).

Manuscript Preparation Details

1. The title centered on the page must be in both Thai and English. The first letter of the English title must be uppercase letter and 18 pt. bold.
2. The author's name must be in both Thai and English, aligned to the right side of the page, used 16 pt. bold letters, and marked with an asterisk (*) in order to identify the qualifications, academic positions. Please insert the details in the footnote at the bottom of the page in accordance with the number of authors and use TH SarabunPSK 14 pt. normal.
3. The term "abstract" must be used TH SarabunPSK 16 pt. bold. For content in the abstract, it must be used TH SarabunPSK 16 pt. normal, with the first paragraph indented by 0.5 inches of the next line.
4. The term "Keywords" must be used TH SarabunPSK 16 pt. bold. The selected keywords should be no more than three words aligned to the left edge of the page and typed with TH SarabunPSK 16 pt. normal.
5. The headline must be used TH SarabunPSK 16 pt. bold and aligned to the left edge of the page.
6. The contents must be used TH SarabunPSK 16 pt. normal with the Thai-style distribution. The first line of every paragraph must be indented 0.5 inches of the next line.

7. The numbers must be used in Arabic, in case of writing in both Thai and foreign languages.

8. The footnotes must be used TH SarabunPSK 14 pt. normal in the following format^{*}

Book or Textbook

Author,/Title,/Edition/(Place of Publication:/Publisher,/Year of Publication),/Page Number.

Example 1: Jidti Tingsaphati, **Criminal Law Division 2, Part 1**, 8th Edition (Bangkok: The Bar Association, 2005), Page 9.

Example 2: Yut Sanguthai, (Twekiat Menakanist Editor), **Criminal Law Division 2-3**, 11th Edition (Bangkok: Thammasat University, 2013), Page 89.

Journal article

Author of Article,/“ Title of Article,”/Journal title/Year of journal,/Issue/(Month of publication Year of publication):/Page Number

Example: Ronnakorn Bunmee, “ Rape by deception: An Analysis of the Supreme Court Judgement 1 0 0 0 7 / 2 5 5 7 and other actions,” **Thammsat University Law Journal** 46, 3 (September 2017): 647-663.

Thesis

Author,/“ Thesis Title,”/(Thesis Level,/Subject, or Department,/Faculty,/Name of Institution,/ Year of publication),/Page Number.

Example: Chitchanok Phansuwan, “ Offense of rape and obscene: A study of the law of three sals to the Penal Code,” (Master thesis in Law Faculty of Law Faculty of Law Chulalongkorn University, 2005), Page 108.

^{*} / as pressing space bar 1 time

Research Report

Name of the Researcher,/Title of the Research Report,/Name of the Research Funding Organization/(Place of Publication:/Publisher,/Year of Publication),/Page Number.

Example: Arnon Mamout, **Property Status of the Office of the Welfare Promotion Commission for Teachers and Education Personnel**, Thammasat University (Bangkok: Thammasat University, 2017), Page 88.

Internet Resources

Author,/Title/[Online],Date Month Year of Reference./Source of Information.

Example: Nuttakorn Vititanon, **Assassination in American Politics** [Online], 5 February 2018. Source: <https://prachatai.com/journal/2012/11/43532>

Chapter in a Book

Author,/“ Title of the Article,” /in/Title,/Edited by/...,/Edition/(Place of publication:/Publisher, /Year of Publication),/Page Number

Example: Wiwat Damrongkulnan “ Reputed as thesis everyone can do this” in **The hardest thing to do: legal thesis in various perspectives**, Edited by Kanapol Chanhom, 1st edition (Bangkok: Winyuchon, 2018), Page 140.

Article in Newspaper or Magazine

Author of the Article,/“ Name of the Article,”/Title of the Newspaper or Magazine,/Date Month Year,/Page Number.

Example: Thairath, “ The case of friend watch cause director of NIDA poll quit the job” Thairath, 29 January 2018, 2, Page 11.

Other Documents

Agency Name,/"Document Name,"/Date Month Year.

Example: Office of the Council of State, "Hearing on the Draft Amendment to Criminal Code (No. ...), B.E. ... (Sexual Offenses)," 5 February 2018.

Interview

Name of Interviewee,/Executive Position (If any),/Interview,/Date Month Year.

Example: Vanchai Sirichana, President of Mae Fah Luang University, interview, 5 February 2018.

Repeated reference

(1) If no other reference is made between them, the word "Ibid." shall be used.

Incidentally, if the same document comes from a different page number, please include such page numbers such as "Ibid., Page 9."

(2) If there are other references between them, the print location, publisher, and year of printing can be cut off. For instance,

¹ Jidti Tingsaphati, **Criminal Law Part 2, Episode 1**, 8th Edition (Bangkok: The Bar Association, 2005), Page 9.

²

³ Jidti Tingsaphati, **Criminal Law Part 2, Episode 1**, Page 18.

Note:

(1) If there are more than 3 authors, translators or editors, please include the words "and others" after the person's name, such as "Wisanu Kruangam and others,"

(2) If there is no name of author, translator or editor, please start with other details.

Bibliography

The word “bibliography” shall be centered on the page and used TH SarabunPSK 16 pt. bold. For the content, please use TH SarabunPSK 16 pt. normal in the following format:

- Author./Title./Edition/Place of Publication:/Publisher,/Year of publication.
- Author./Title./Translated by/Translator./Place of Publication:/Publisher,/Year of publication.
- Author of the Article./“Title of the article.”/in/Title,/Edited by/Editor Name,/Page Number.
- Author of the Article./“Title of the article.”/Journal Title/Year of issue,/Issue/(Month of Publication/Year of Publication):/Page Number.
- Author of the Article./“Name of the Article.”/Name of the Newspaper or Magazine,/Month, Year/Page Number.
- Author of the Thesis./Thesis Level,/Department,/Faculty,/Name of Institution,/Year of Publication.
- Researcher Name/Research Title./Name of the Research Funding Organization/Place of publication:/Publisher,/Year of publication.
- Name of Agency./“Name of document.”/Date Month Year.
- Name of Interviewee./Executive Position (if any)./interview,/month.
- Name of Lecturer./“Subject of the Lecture.”/Name of the Conference and the Institution (If any)./Location,/Date Month Year.
- Author/Title/[online]./Source:/.../Reference year/(Reference month, Reference date).

Other guidelines

1. The manuscript submitted for publication must be an article that has never been published in any of the journals (including those published in other documents, such as Ajarya books, books, Raphi books, newspapers, and online publications). Republishing the article is the responsibility of the author.
2. The article submitted for publication must not in the process of reviewing in other journals.

3. The article submitted for publication must not cut or copy from any article, book, textbook, or research without permission or lack of proper reference.

4. The article submitted for publication must have academic value.

5. The author of the article must strictly prepare the manuscript according to the format and the details of the submission preparation.

ใบนำส่งบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ลงใน วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

เรียน บรรณาธิการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ข้าพเจ้า (นาย/นาง/นางสาว).....

วุฒิการศึกษา ตำแหน่งทางวิชาการ

ตำแหน่งงาน หน่วยงาน

ขอส่ง ☐ บทความวิชาการ ☐ บทความวิจัย ☐ วิเคราะห์คำตัดสินศาล ☐ วิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย

☐ วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย ☐ ปกิณกะกฎหมาย ☐ แนะนำหนังสือกฎหมาย ☐ อื่น ๆ

ชื่อเรื่อง (ภาษาไทย)

.....

ชื่อเรื่อง (ภาษาอังกฤษ)

.....

ชื่อผู้เขียนทั้งหมด (ภาษาไทย)

.....

ชื่อผู้เขียนทั้งหมด (ภาษาอังกฤษ)

.....

ที่อยู่ติดต่อได้สะดวก (สำหรับจัดส่งวารสาร)

.....

.....

โทรศัพท์ โทรสาร โทรศัพท์มือถือ

E-mail

ข้าพเจ้าขอรับรองว่าบทความนี้

☐ เป็นผลงานของข้าพเจ้าแต่เพียงผู้เดียว

☐ เป็นผลงานของข้าพเจ้าและผู้ร่วมงานตามที่ระบุไว้ข้างต้น

☐ เป็นบทความที่ไม่เคยได้รับการตีพิมพ์มาก่อน

☐ ข้าพเจ้าจะไม่นำบทความนี้ส่งไปพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารอื่น
ภายในระยะเวลา 60 วัน นับจากวันที่ข้าพเจ้าส่งบทความนี้

(ลงชื่อ).....

(.....)

วันเดือนปีที่ส่งบทความ...../...../.....

Manuscript Submission Form to Mah Fah Luang University Law Journal

To The Editor of Mah Fah Luang University Law Journal

I (Mr./Mrs./Miss).....

Academic Qualification Academic Position

Job Position Agency

Submit ☐ Academic Article ☐ Research Article ☐ Analysis of Judicial Decision

☐ Analysis of Legal Exam Question ☐ Analysis of Legal Opinion ☐ Legal Miscellaneous

☐ Law Book Recommendation ☐ Others

Title (in Thai)

.....

Title (in English)

.....

All Authors (in Thai)

.....

All Authors (in English)

.....

Corresponding Address (for journal delivery)

.....

.....

Phone Fax Mobile Phone

E-mail

I hereby certify that ☐ This article is solely my own work.
☐ This article is a work of mine and co-authors as stated above.
☐ This article has never been published.
☐ I will not submit this article for publication in other journals
within 60 days from the date that I submit this article.

(Sign).....

(.....)

Date Month Year of Submission...../...../.....



วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
333 หมู่ 1 ตำบลท่าสุด อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100
Website: <http://law.mfu.ac.th>
Facebook: www.facebook.com/lawjournal.mfu.ac.th

