

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

ปีที่ 4 ฉบับที่ 2

สภานายกสภามหาวิทยาลัย

พระบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระองค์ทรงเป็นนักนิติศาสตร์ และทรงเป็นนักปฏิรูปงานศาลและวางแผนศาลยุติธรรม รวมทั้งทรงเป็นผู้จัดตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศไทย เพื่อให้ความรู้ทางด้านกฎหมายตลอดจนอบรมจริยธรรมแก่ตุลาการ ด้วยคุณูปการอันล้นพ้นที่ท่านทำให้ประเทศไทย



พระบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ จึงได้รับยกย่องจากนักกฎหมาย ให้ทรงเป็น “พระบิดาของกฎหมายไทย” และเรียกวันที่ 7 สิงหาคมของทุกปี ซึ่งเป็นวันคล้ายวันสวรรคตของพระองค์ท่านว่า “วันรพี”

เนื่องในโอกาสวันรพีเวียนมาบรรจบอีกวาระหนึ่ง จึงขอให้ทุกท่านแสดงความระลึกถึงพระมหากรุณาธิคุณของพระองค์ ด้วยการตั้งใจทำหน้าที่ของตนให้ดีที่สุด นำความรู้ในทางนิติศาสตร์ที่เรียนมาไปใช้ทางสุจริต ช่วยเหลือประเทศไทย และประชาชนต่อไป

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์วิรัช ชินวินิจกุล)
นายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารอธิการบดี

เนื่องในโอกาส “วันรพี” ซึ่งเป็นวันคล้ายวันสวรรคตของพระบิดาแห่งกฎหมายไทย พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระบิดาแห่งกฎหมายไทย ได้เวียนมาบรรจบอีกรอบหนึ่ง ผมขอเชิญชวนทุกท่าน น้อมรำลึกถึงพระมหากรุณาธิคุณของพระองค์ ด้วยการปฏิบัติตนเป็นนักกฎหมายที่ดีมีความวิริยะ อุตสาหะ และที่สำคัญจะต้องมีคุณธรรมและจริยธรรม โดยเฉพาะเรื่องความซื่อสัตย์ทั้งต่อตนเองและผู้อื่น เนื่องจากนักกฎหมายเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในสังคม เพราะเป็นผู้ที่ใช้กฎหมายในการลงโทษ และควบคุมผู้กระทำความผิด ดังนั้น นักกฎหมายจึงมีความจำเป็นที่ต้องนำความรู้ไปใช้ในทางที่ถูกต้องและเป็นประโยชน์แก่ประเทศชาติและสังคมสืบไป



Handwritten signature in black ink.

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์วุฒิศักดิ์ ลาภเจริญทรัพย์)

อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารคดีคณะนิติศาสตร์

วันที่ 7 สิงหาคมของทุกปีเป็นวันรพี ซึ่งทางคณะนิติศาสตร์ได้จัดทำวารสารวันรพีอย่างต่อเนื่องมาโดยตลอด เพื่อเป็นการรำลึกถึงพระกรุณาธิคุณอันเปี่ยมล้นของพระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ “พระบิดาแห่งกฎหมายไทย” การจัดทำวารสารฉบับนี้ มีขึ้นเพื่อรวบรวมและเผยแพร่บทความทางวิชาการที่เขียนโดยคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ นักวิชาการ และนักศึกษา ให้แก่ผู้ที่สนใจ และนักกฎหมายได้นำความรู้วิชาการทางด้านกฎหมายที่ทันสมัยไปใช้ประโยชน์สำหรับการศึกษาค้นคว้าและอ้างอิงต่อไป



ในโอกาสนี้จึงขอเชิญทุกท่านร่วมกันรำลึกถึงพระมหากรุณาธิคุณของพระองค์ท่าน และร่วมกันเทิดพระเกียรติพระองค์ท่าน ด้วยการปฏิบัติตนเป็นนักกฎหมายที่ดี มีคุณธรรม จริยธรรมเพื่อประโยชน์สุขของประเทศไทยและสังคมส่วนรวมสืบไป

วิมล งามสุข

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิมล งามสุข)
คณบดีคณะนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ตีพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-มิถุนายน ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม-ธันวาคม มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่ผลงานทางวิชาการและบทความทางวิชาการในสาขาวิชานิติศาสตร์ พร้อมทั้งเปิดรับบทความในสาขาวิชาอื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งกลุ่มเป้าหมายของวารสารฯ คือ นักวิชาการ ผู้ปฏิบัติงาน ผู้มีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบาย นักศึกษา และประชาชนผู้สนใจทั่วไป วารสารฯ ตีพิมพ์โดยใช้ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ เพื่อความสะดวกแก่ผู้อ่าน อย่างไรก็ตาม วารสารฯ ยินดีเป็นอย่างยิ่งที่จะรับพิจารณาบทความซึ่งตีพิมพ์ในภาษาอื่นนอกเหนือไปจากนี้

วัตถุประสงค์ของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีดังต่อไปนี้

1. เพื่อเผยแพร่ผลงานทางการวิจัยของบุคคลภายใน และภายนอกมหาวิทยาลัย ในสาขานิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่นที่เกี่ยวข้อง
2. เพื่อเป็นการส่งเสริมให้บุคลากรภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย นักศึกษาได้นำผลงานวิชาการ งานวิจัยเผยแพร่สู่สาธารณชนในรูปแบบบทความทางวิชาการ
3. เพื่อเป็นสื่อกลางแลกเปลี่ยนข้อมูล ข่าวสาร การพัฒนาความร่วมมือทางกฎหมาย ระหว่างมหาวิทยาลัยกับหน่วยงานของรัฐ และเอกชน
4. เพื่อเป็นเอกสารประกอบการศึกษาค้นคว้า การอ้างอิง และพัฒนาการของกฎหมายรวมถึงเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย

บทบรรณาธิการ

เนื่องในโอกาสวันคล้ายวันสิ้นพระชนม์ของพระเจ้าบรมวงศ์เธอฯ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระผู้ทรงเป็นปรมาจารย์ในการวางรากฐานด้านกฎหมายและการศาลของไทย ได้เวียนมาบรรจบอีกวาระหนึ่งในวันที่ 7 สิงหาคม 2558 เพื่อเป็นการรำลึกถึงพระมหากรุณาธิคุณของพระองค์ กองบรรณาธิการจึงได้จัดรวบรวมบทความ อันก่อให้เกิดคุณประโยชน์นานัปการแก่วงการกฎหมาย และเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการด้านกฎหมายให้แก่ผู้อ่าน โดยเนื้อหาในวารสารฉบับนี้ประกอบด้วย พระประวัติและพระราชกรณียกิจ ด้านกฎหมายระหว่างประเทศของพระเจ้าบรมวงศ์เธอฯ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ตลอดจนบทความทางวิชาการด้านกฎหมาย จากผู้ทรงคุณวุฒิทั้งภายในและภายนอกหน่วยงาน และบทวิจารณ์หนังสือ กองบรรณาธิการขอถือโอกาสนี้ขอขอบคุณทุกท่านที่มีส่วนร่วมในการจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ปีที่ 4 ฉบับที่ 2 จนสำเร็จจุล่งไปได้ด้วยดี

ขอขอบพระคุณ
บรรณาธิการ

สารบัญ

	หน้า
พระบิดาแห่งกฎหมายไทย: ตอนงานสอนในส่วนกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีเมือง ภัทระ ลิมปศิริระ	1
การจัดเก็บและการใช้ดีเอ็นเอผู้กระทำผิดในประเทศสหรัฐอเมริกา: กรณีศึกษาสำหรับประเทศไทย พลอยไพลิน บุญธวัชศักดิ์	15
Combating corruption in the Petroleum Sector: Implementation of Extractive Industries Transparency Initiative (EITI) Piti Eiamchamroonlarp	33
“Critically assess the Generalised System of Preferences as a response to the needs and aspirations of developing states.” Pavit Chaiyudhanaporn	71
ปัญหาภาษีเงินได้เกี่ยวกับกองทุนเพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ นันทญา สุจินตวงษ์	89
มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการขายทอดตลาดความลับทางการค้า รศวุฒิ วุฒิ	115
บทบัญญัติของกฎหมายแรงงานในส่วนที่ไม่เป็นธรรมต่อนายจ้าง ฉันทชนก คงเฉลิมนนท์	137
วิจารณ์หนังสือ “What is a Fair International Society?” พนัญญา ลากประเสริฐพร	157
บทความและความคิดเห็นใด ๆ ใน “วารสารมหาวิทยาลัยรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์” ฉบับนี้เป็นวรรณกรรมของผู้เขียน โดยทางนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ไม่จำเป็นต้อง เห็นพ้องด้วย	

พระบิดาแห่งกฎหมายไทย: ตอนงานสอนในส่วนกฎหมาย
ระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง

ภัทระ ลิ้มปิติระ

พระบิดาแห่งกฎหมายไทย:
ตอนงานสอนในส่วนกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง
Father of Thailand's Legal:
The Teaching of public International Law

ภัทระ ลิ้มปีศิระ*
Patthara Limsira

ในวาระครบรอบ 7 สิงหาคม ของทุกปี เป็นธรรมเนียมของบรรดาบุคลากรชาวนิติศาสตร์ที่จะต้องจัดทำกิจกรรมเพื่อรำลึกถึงพระคุณของพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ผู้ซึ่งเป็นบิดาของกฎหมายไทย¹ จากการทำพระองค์ท่านทรงดำเนินการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรม และเป็นเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว

พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์เป็นพระราชโอรสองค์ที่ 14 ในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว และพระองค์ที่ 2 ในเจ้าจอมมารดาตลับ ประสูติเมื่อวันพุธ ขึ้น 11 ค่ำ เดือน 11 ปีจอ จุลศักราช 1236 ตรงกับวันที่ 21 ตุลาคม พ.ศ. 2417² พระองค์ท่านทรงเป็นต้นราชสกุล รพีพัฒน์

ดังนั้น ทางวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จึงขอเทิดพระเกียรติของพระองค์ท่าน ด้วยการนำเสนอประเด็นที่น่าสนใจ โดยในปีนี้ ผู้เขียนจึงขอนำเสนองานสอนของพระองค์ท่านในส่วนกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ตามที่ปรากฏในเล็กเซอร์ของพระองค์ท่านในส่วนที่ 1 ว่าด้วยทางไมตรี³ ซึ่งเป็นการบรรยาย ณ นันทอุทยาน⁴ เมื่อเดือนตุลาคม ร.ศ. 116⁵

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

¹ นิกร ทัสสรุ, พระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์: พระบิดาแห่งกฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์, 2549), หน้า 454; cf., ธาวิต สุขพานิช, “หัวใจไม่มีส่วนเกิน: ประวัติศาสตร์ ผัวเมีย,” บานไม่รู้โรย 4, 4 (2531): 51-58; สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, ความยากย้อนในประวัติศาสตร์ของบิดาแห่งกฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546).

² บรรเจิด อินทจันทร์ยง, ราชสกุลพระบรมราชวงศ์จักรี (กรุงเทพมหานคร: องค์การค้าของคุรุสภา, 2539), หน้า 587.

³ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระเจ้าพี่ยาเธอ, เล็กเซอร์ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์โสภณ-พิพรรฒธนากร, 2468), หน้า 225-249.

โดยหัวข้อที่พระองค์ท่านบรรยายจะมีอยู่ทั้งสิ้น 13 หมวด ได้แก่ หมวดที่ 1 ว่าด้วยตั้งประเทศและประเทศสิ้นชีวิต หมวดที่ 2 ว่าด้วยอาณาเขตของประเทศ หมวดที่ 3 ว่าด้วยอำนาจของประเทศในเขตรแดน หมวดที่ 4 ว่าด้วยเรื่องทูต หมวดที่ 5 ว่าด้วยชาติ หมวดที่ 6 ว่าด้วยเรือแลสลัด หมวดที่ 7 ว่าด้วยอำนาจซึ่งจะป้องกันตัว หมวดที่ 8 ว่าด้วยอินเตอร์เวนชั่น หมวดที่ 9 ว่าด้วยเอเยนต์ของประเทศซึ่งมีอำนาจพูดแทนประเทศ หมวดที่ 10 ว่าด้วยยศทูต หมวดที่ 11 ว่าด้วยเรื่องทหาร หมวดที่ 12 ว่าด้วยเรื่องทำหนังสือสัญญา และหมวดที่ 13 ว่าด้วยการที่ตกลงข้อเถียงกันระหว่างประเทศไม่ลงเป็นศึกสงครามกัน

พระองค์ท่านอารัมภบทในลักษณะกฎหมายระหว่างประเทศโดยได้นิยามกฎหมายระหว่างประเทศ คือ

⁴พระราชวังนั้นทูลหยานเป็นพระราชวังที่พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวโปรดเกล้าฯ ให้สร้างขึ้น โดยทรงซื้อสวนในคลองมอญฝั่งเหนือสร้างพระราชวังขึ้น แล้วพระราชทานนามว่า วังนั้นทูลหยาน ใน พ.ศ. 2400 เพื่อเป็นที่เสด็จประพาสและเป็นที่พักของพระราชโอรสและพระราชธิดา เมื่อพระองค์เสด็จสวรรคตแล้ว เนื่องจากมีพระราชดำริว่าหากพระบาทสมเด็จพระปิ่นเกล้าเจ้าอยู่หัวเสด็จขึ้นครองราชย์สมบัติต่อจากพระองค์ พระราชโอรสและพระราชธิดาของพระองค์อาจลำบาก แต่ปรากฏว่าพระบาทสมเด็จพระปิ่นเกล้าเจ้าอยู่หัวเสด็จสวรรคตก่อนพระองค์ จึงไม่มีปัญหาตั้งที่ทรงพระราชดำริไว้

ต่อมา พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวโปรดเกล้าฯ ให้รื้อตำหนักฝ่ายในที่วังนั้นทูลหยานมาสร้างตำหนักที่วังพระเจ้าจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวหลายพระองค์ ส่วนพระตำหนักที่ประทับและที่วังนั้นทูลหยานนั้น ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ พระราชทานแก่สมเด็จพระเจ้าฟ้าจุฬาลงกรณ์ พระราชโอรส เมื่อสมเด็จพระเจ้าฟ้าจุฬาลงกรณ์เสด็จขึ้นครองราชย์สมบัติเป็นพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ พระราชทานพระตำหนักในสวนนั้นทูลหยานให้เป็นโรงเรียนสอนภาษาอังกฤษชื่อ โรงเรียนนั้นทูลหยาน และเมื่อโรงเรียนย้ายไปตั้งที่โรงเรียนสุนันทาลัย (ปัจจุบันคือโรงเรียนราชินี) จึงได้พระราชทานที่สวนนั้นทูลหยานให้เป็นที่ทำการของทหารเรือ ปัจจุบันเป็นที่ทำการส่วนหนึ่งของกองทัพเรือ

โปรดดู, กนกวรรณ ทองตะโก, “พระราชวังนั้นทูลหยาน,” สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, 9 สิงหาคม 2556, [Online], available URL: <http://www.royin.go.th/?knowledges-category=all-article-2&paged=79,2558> (กรกฎาคม, 3).

⁵ช่วงเวลาดังกล่าว ศาสตราจารย์สตีเฟน ซี เนฟฟ์ (Stephen C. Neff) ได้นำเสนอว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศในยุคของกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive Century) จึงทำให้แนวทางการอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศในยุคดังกล่าวมุ่งเน้นถึงความสำคัญของอำนาจอธิปไตย ความเข้มแข็งของรัฐบาล และความชอบธรรมในการใช้กำลัง, see, Stephen C. Neff, *Justice among Nations* (Massachusetts: Harvard University Press, 2014), pp. 215-339.

ในระหว่างประเทศซึ่งเปนมิตรกันมีวิธีที่ประพฤติกการแลกริยาต่อกัน นานมานี้การแลกริยาซึ่งได้ประพฤติดต่อกันนั้น ตกลงเปนนุติ จึงได้สมมุติกัน ว่าเป็นข้อกฎหมายแลวิธีที่ประพฤติกกันนี้มีคนทุกประเทศซึ่งนิยมว่าดี จึงเผื่อแผ่ไปถึงประเทศซึ่งไม่เปนมิตรต่อกัน⁶

จากนิยามที่พระองค์ท่านได้ทรงกล่าวไว้ ก็ยังคงใช้ได้จวบจนปัจจุบัน เนื่องจาก กฎหมายระหว่างประเทศก็ยังคงเป็นเรื่องที่ประเทศต่างๆ เห็นและตกลงกันอยู่ดี เพราะ หลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศก็เกิดมาได้โดยอาศัยความยินยอม (Consent)⁷ และกลายเป็นกฎเกณฑ์ที่สังคมระหว่างประเทศให้การเคารพและปฏิบัติตาม⁸

ดังนั้น บทความนี้ จึงจะขอกกล่าวถึงกฎหมายระหว่างประเทศที่น่าสนใจที่พระองค์ ท่านได้บรรยายเอาไว้ในสมัยนั้น ว่ามีพัฒนาการที่น่าสนใจเป็นอย่างไรบ้าง

แนวความคิดเรื่องรัฐ (State) กับประเทศ (Nation)⁹ ตามคำบรรยายในสมัยของ พระองค์ท่านยังไม่ชัดเจน แต่ให้น้ำหนักของการยอมรับความเป็นประเทศและไม่เป็นประเทศ เท่านั้น ซึ่งในปัจจุบันจะพิจารณาความแตกต่างระหว่างรัฐกับประเทศ¹⁰ โดยที่จะยึดถือตาม องค์ประกอบความเป็นรัฐตาม อนุสัญญากรุงมอนเตปีเดโอว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐ ค.ศ. 1933 (Montevideo Convention on Rights and Duties of the states 1933) ซึ่งเป็น อนุสัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างการประชุมภาคีชาติอเมริกา (American States) ครั้งที่ 7

⁶ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระเจ้าพี่ยาเธอ, เรื่องเดิม, หน้า 226.

⁷ José A. Cabranes, "International Law by Consent of the Governed," *Valparaiso University Law Review* 42, 1 (2007): 119-144; Duncan B. Hollis, "Why State Consent Still Matters - Non-State Actors, Treaties, and the Changing Sources of International Law," *Berkeley Journal of International Law* 23, 1 (2005): 137-174.

⁸ Abram Chayes and Antonia Handler Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements* (Cambridge: Harvard University Press, 1995); Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions* (Oxford: Clarendon Press, 1995).

⁹ น่าจะใช้คำว่า Nation มากกว่า Country เหมือนในปัจจุบัน เพราะในสมัยนั้น อิทธิพลของ Emer de Vattel ในตำรา The Law of Nations ยังคงมีน้ำหนักในทางวิชาการอยู่มาก

¹⁰ James R. Crawford, *The Creation of States in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), pp. 1-254.

ณ กรุงมอนเตปีเตโอ ประเทศอูรุกวัย ในวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 1933 กำหนดสิทธิและหน้าที่ของรัฐ โดยบอกถึงสถานะความเป็นรัฐชาติเอาไว้ หัวใจสำคัญของอนุสัญญานี้ จึงเป็นการให้องค์ประกอบของการเป็นรัฐตามมาตรา 1¹¹ มีดังนี้ 1. มีดินแดนที่แน่นอน 2. มีประชากรที่ถาวร 3. มีรัฐบาล และ 4. ความสามารถในการทำความสัมพันธ์กับรัฐอื่น เป็นองค์ประกอบขั้นต่ำ แล้วค่อยพิจารณาถึงการยอมรับจากรัฐอื่นๆ¹² ในการมีสถานภาพเป็นรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งความเป็นรัฐก็ยังคงเป็นประเด็นที่ถกเถียงในสมัยนั้น¹³ และต้องวินิจฉัยอยู่ในปัจจุบัน เพราะเกิดกรณีศึกษาขึ้นอย่างต่อเนื่องไม่ว่าจะเป็นโซมาเลีย (Somalia)¹⁴ หรือโคโซโว (Kosovo)¹⁵ เป็นต้น

ในเรื่องของเขตแดนก็พบว่ามีร่องรอยของจักรวรรดินิยมปะปนอยู่มาก เพราะพระองค์ท่านยกตัวอย่างของสนธิสัญญาเมืองเบอร์ลิน ค.ศ. 1885 (General Act of the Berlin Conference)¹⁶ ที่อัครเสนาบดีรัฐมนตรีแห่งปรัสเซีย ออทโท เอ็ดวาร์ด เลโอโปล

¹¹Article 1 “The state as a person of international law should possess the following qualification: (a) a permanent population; (b) a defined territory; (c) government; and (d) capacity to enter into relations with the other states”.

¹²William Thomas Worster, “Law, Politics, and the Conception of the State in State Recognition Theory,” *Boston University International Law Journal* 27, 1 (2009): 115-171.

¹³See, Hersch Lauterpacht, *Recognition in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012).

¹⁴Alison K. Eggers, “When is a State a State? The Case for Recognition of Somaliland,” *Boston College International and Comparative Law Review* 30, 1 (2007): 211-222.

¹⁵See, Tai-Heng Cheng, “State Succession and Commercial Obligations: Lessons from Kosovo,” in *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Mahnoush H. Arsanjani, Jacob Katz Cogan, Robert D. Sloane and Siegfried Wiessner Eds. (The Netherlands: Martinus Nijhoff, 2010), pp. 675-704; Cedric Ryngaert and Sven Sobrie, Recognition of States: International Law or Realpolitik? The Practice of Recognition in the Wake of Kosovo, South Ossetia, and Abkhazia,” *Leiden Journal of International Law* 24, 2 (2011): 467-490.

¹⁶Adekunle Ajala, “The Nature of African Boundaries,” *Africa Spectrum (Institute of African Affairs at GIGA, Hamburg)* 18, 2 (1983): 177-189.

ฟอน บิสมาร์ค (Otto Eduard Leopold von Bismarck) ได้จัดให้มีการประชุมในกรุงเบอร์ลินว่าด้วยข้อตกลงเกี่ยวกับการเข้าครอบครองดินแดนในทวีปแอฟริกา และถือได้ว่าเป็นจุดกำเนิดของลัทธิอาณานิคมในทวีปแอฟริกา (Scramble for Africa)¹⁷ ซึ่งประเทศในยุโรปจะครอบครองพื้นที่ใดในทวีปแอฟริกาต้องบอกแก่กันให้รู้เพื่อให้มีการครอบครองอย่างมีประสิทธิภาพ ปัจจุบันการจะได้ดินแดนโดยชอบด้วยกฎหมายจึงไม่อาจใช้กำลังเข้าไปยึดครองได้แล้ว แต่จะต้องครอบครองดินแดนที่ไม่มีใครเป็นเจ้าของ (*Terra nullius*) หรือได้มาโดยวิธีการอื่นตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁸

นอกจากนี้พระองค์ท่านยังนำเสนอเรื่องอาณาเขตทางทะเล ที่ใช้หลัก 3 ไมล์ทะเลตามกฎระยะยิงของเรือปืน (Canon Shoot Rule/portée du canon)¹⁹ เป็นไปตามแนวคิดของคอร์เนอร์ริส แวน บิคเคอร์ชอร์ค (Cornelius van Bynkershoek)²⁰ ที่เสนออำนาจอธิปไตยของรัฐชายฝั่งในหนังสือ *De Domino Maris Dissertatio* ในปี ค.ศ. 1702 ซึ่งรัฐชายฝั่งมีสิทธิในการควบคุมทะเลเฉพาะบริเวณที่ใกล้กับชายฝั่งเพื่อป้องกันตนเองได้เป็นระยะทาง 3 ไมล์ทะเล²¹ ซึ่งนานาประเทศจะต้องเรียกร้องให้ขยายออกไป ข้อคิดของพระองค์ท่านนั้นปรากฏเป็นจริง เพราะหลักจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 สหประชาชาติได้จัดการประชุมกฎหมายทะเลครั้งที่ 1 และบรรลุนิติสัญญา 4 ฉบับ²² และพัฒนาการปัจจุบัน คือ

¹⁷Patrick Brantlinger, "Victorians and Africans: The Genealogy of the Myth of the Dark Continent," *Critical Inquiry* 12, 1 (1985): 166–203.

¹⁸Daniel P. O'Connell, *International Law, Vol. 1*, 2d ed., (London: Stevens, 1970), pp. 403–453; Joshua Castellino, Steve Allen and Jeremie Gilbert, *Title to Territory in International Law: A Temporal Analysis* (Aldershot, Hampshire: Ashgate, 2003); Robert Y. Jennings, *Acquisition of Territory in International Law* (Manchester: Manchester University Press, 1963).

¹⁹See, Wyndham L. Walker, "Territorial Waters: The Cannon Shot Rule," *British Yearbook of International Law* XXII (1945): 210-231; H. S. K. Kent, "The Historical Origin of the Three-Mile Limit," *American Journal of International Law* 48, 4 (1954): 537-553.

²⁰See, Kinji Akashi, *Cornelius van Bynkershoek: His Role in the History of International Law* (The Hague: Kluwer Law International, 1998).

²¹See, Cornelius Van Bynkershoek, *De Domino Maris* (Dissertatio Toronto: Oxford University Press, 1923).

²²ได้แก่ 1. อนุสัญญาว่าด้วยทะเลอาณาเขตและเขตต่อเนื่อง ค.ศ. 1958 (Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone 1958) 2. อนุสัญญาว่าด้วยเขตไหล่ทวีป ค.ศ. 1958 (Convention on the Continental Shelf 1958) 3. อนุสัญญาว่าด้วยทะเลหลวง ค.ศ. 1958 (Convention on the High Seas 1958) และ 4. อนุสัญญาว่าด้วยการอนุรักษ์ทรัพยากรในทะเลหลวง

อนุสัญญากฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 (United Nation Convention on the Law of the Sea 1982) กำหนดให้ความกว้างของทะเลอาณาเขตว่าต้องไม่เกิน 12 ไมล์ทะเลโดยวัดจากเส้นฐาน (baselines)²³

ในส่วนหัวข้อเรื่องการทูตพระองค์ท่านตั้งข้อสังเกตว่าประเทศจะจัดการกับทูตที่กระทำความผิดได้อย่างไร เพราะรัฐบาลไม่สามารถดำเนินคดี หรือจับกุมได้ ทางออกในปัจจุบันคือ ทั้งอนุสัญญาความคุ้มกันทางการทูต (Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961)²⁴ และอนุสัญญาความสัมพันธ์ทางกงสุล (Vienna Convention on Consular Relations 1963)²⁵ ก็ระบุให้รัฐสามารถดำเนินการประกาศให้ผู้ใดเป็นบุคคลที่ไม่พึงประสงค์ก็ได้ (*Persona non grata*)²⁶ และวิธีการนี้ก็ยิ่งถูกขยายความและนำมาใช้กับกรณีอื่นนอกเหนือจากทางการทูตอีกด้วย²⁷

ในเรื่องอำนาจซึ่งจะป้องกันตัว (Self-defense) นั้น หลักกฎหมายในช่วงเวลานั้นยอมให้รัฐทำผิดกฎหมายบางเล็กน้อยถ้าจำเป็น ตามหลักในคดี *Caroline* และคดี *McLeod*²⁸ แต่ทว่าในปัจจุบัน ต้องถือว่าหลักการป้องกันตนเองนั้น เป็นหลักกฎหมายจารีต

ค.ศ. 1958 (Convention on Fishing and the Conservation of the Living Resources of the High Seas 1958) ในการประชุมครั้งนี้ พระเจ้าวรวงศ์เธอ พระองค์เจ้าวรวงศ์ไวยากร กรมหมื่นนราธิปพงศ์ประพันธ์ เป็นหัวหน้าคณะผู้แทนไทยและได้รับเลือกให้เป็นประธานการประชุม, **United Nations Conference on the Law of the Sea, First Plenary Meeting**, United Nations Document A/CONF.13/38 (1958), p. 3.

²³ Article 3 of United Nations Convention on the Law of the Sea 1982.

²⁴ United Nations, **Treaty Series**, vol. 500, p. 95.

²⁵ United Nations, **Treaty Series**, vol. 596, p. 261.

²⁶ Article 9 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, Article 23 of Vienna Convention on Consular Relations 1963; see, Jean D'Aspremont, "Declarations Persona Non Grata in International Law," in **Max Planck Encyclopedia of International Law**, R. Wolfrum Ed., (Oxford: Oxford University Press, 2009), pp. 293-296.

²⁷ Christer Jönsson and Karin Aggestam, "Diplomacy and Conflict Resolution," in **the SAGE Handbook of Conflict Resolution**, Jacob Bercovitch, Victor Kremenyuk, I William Zartman Eds., (London: SAGE Publications, 2009), pp. 33-51.

²⁸ ได้วางหลักการใช้กำลังเพื่อป้องกันตนเองว่ามีควมจำเป็นถึงขนาดจากภัยคุกคามที่เกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว ไม่เหลือวิถีทางอื่น และไม่เหลือเวลาให้ไตร่ตรอง, see, Robert Y. Jennings, "The Caroline and McLeod Cases," **American Journal of International Law** 32, 1 (Jan., 1938): 82-99; Edward Collins Jr. and Martin A. Rogoff, "The Caroline Incident of 1837, the McLeod Affair

ประเพณี (International Customary of International Law) ที่ตกทอดมาตั้งแต่โบราณ จวบจนถึงปัจจุบัน²⁹ แต่ทว่า การใช้หลักป้องกันตนเองนั้น ไม่อาจอ้างเป็นเหตุที่ชอบธรรมในการทำผิดกฎหมายเล็กน้อยได้ เพราะยังคงต้องอยู่ภายใต้ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และสอดคล้องตามกฎบัตรสหประชาชาติ ค.ศ. 1945 (United Nations Charter 1945)³⁰

ว่าด้วยเรื่องทำหนังสือสัญญา ถือได้ว่าเป็นความทุกข์ของประเทศที่ไม่ได้มีอำนาจ ต่อรอง หรือเป็นมหาอำนาจ เพราะการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น เมื่อถูกข่มขู่ให้กระทำก็ยังสามารถใช้ได้อยู่ หากแต่เป็นสัญญาในกฎหมายแพ่งแล้วหาใช้ได้ไม่³¹ จึงเป็นหลักกฎหมายที่ไม่เป็นธรรมและนำไปสู่การทำสนธิสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างแพร่หลายในภูมิภาคนี้ นอกเหนือจากประเทศไทย³² โดยจักรวรรดินิยมต่าง ๆ ซึ่งในปัจจุบันอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaty 1969) ไม่ยอมรับความสมบูรณ์ของสนธิสัญญาที่จัดทำเพราะโดยข่มขู่หรืออีกแล้ว³³ นอกจากนี้ตามกฎบัตรสหประชาชาติยังระบุให้รัฐสมาชิกที่จัดทำสนธิสัญญาหลังจากที่กฎบัตรมีผลใช้บังคับ

of 1840–1841, and the Development of International Law,” *American Review of Canadian Studies* 20, 1 (1990): 81-107.

²⁹David Kretzmer, “The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum,” *The European Journal of International Law* 24, 1 (2013): 235–282.

³⁰Articles 2(4) and 51 of United Nations Charter 1945; see, Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* (Oxford: Clarendon, 1963); Derek Bowett, *Self-Defence in International Law* (Manchester UK: Manchester University Press, 1958); Stanimir Alexandrov, *Self-Defense against the Use of Force in International Law* (The Hague: Kluwer Law International, 1996).

³¹เรื่องยินยอมในสัญญานั้น คือ ในระหว่างผู้สัญญาได้ยินยอมต่อกันโดยชัดแจ้ง ไม่มีการฉ้อโกง คลาดแคลนกัน ที่จะเรียกว่ายินยอมกันไม่ได้ แบ่งเป็น 4 อย่าง คือ 1. ไม่ทราบความ 2. บอกเท็จ 3. หลอกลวง และ 4. กดขี่, โปรตดู, กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระเจ้าพี่ยาเธอ, เล็กเซอร์, หน้า 143.

³²E.g., Dong Wang, *China's Unequal Treaties: Narrating National History* (Lanham: Lexington Books, 2008); Michael R. Auslin, *Negotiating with Imperialism: The Unequal Treaties and the Culture of Japanese Diplomacy* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006).

³³Article 50-52 of Vienna Convention on the Law of Treaty 1969; see, Serena Forlati, “Coercion as a Ground Affecting the Validity of Peace Treaties,” in *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Enzo Cannizzaro Ed., (Oxford University Press, 2011), pp. 320-332; Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, Ed., *Vienna Convention on the Law of Treaties* (Berlin: Springer Berlin Heidelberg, 2012), pp. 871-896

ยังต้องแจ้งจดทะเบียนสนธิสัญญากับเลขาธิการสหประชาชาติ และสหประชาชาติก็จะตีพิมพ์สนธิสัญญาเหล่านั้น³⁴ ลงใน United Nations Treaty Series เผยแพร่เป็นการทั่วไป อันเป็นการยุติยุคของการทำสนธิสัญญาที่ไม่เป็นธรรม³⁵

หัวข้อการบรรยายของพระองค์ท่านในหัวข้อนี้พระองค์ท่านก็ได้กล่าวในคำนำยอมรับว่า ยังมีความบกพร่องอยู่มาก และพระองค์ท่านก็ยอมรับว่ามีได้ชำนาญในกฎหมายส่วนนี้ก็ตาม ถึงกระนั้นพระองค์ท่านก็ได้เปิดประเด็นสร้างความตระหนัก และความเจริญงอกงามให้กับวงการกฎหมายไทยถึงกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากถือได้ว่าเป็นการอธิบายหลักของกฎหมายระหว่างประเทศคร่าว ๆ ทั่วไปเป็นครั้งแรก และเป็นรากฐานที่มีนัยสำคัญ ส่งผลให้ในเวลาต่อมา พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงพระราชนิพนธ์หนังสือหัวข้อกฎหมายนานาชาติประเทศแผนกคดีเมือง³⁶ ซึ่งถือได้ว่าเป็นตำรากฎหมายระหว่างประเทศเล่มแรกในประเทศไทย

³⁴Article 102 of United Nations Charter 1945; see, Michael Brandon, "Analysis of the Term 'Treaty' and 'International Agreement' for Purpose of Registration under Article 102 of the United Nations Charter," *American Journal of International Law* 47, 1 (January 1953): 49-69.

³⁵Ingrid Detter, "The Problem of Unequal Treaties," *International and Comparative Law Quarterly* 15, 4 (October 1966): 1069-1089.

³⁶พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว, *หัวข้อกฎหมายนานาชาติประเทศ แผนกคดีเมือง* ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2457.

บรรณานุกรม

- กนกวรรณ ทองตะโก. “พระราชวังนันทอุทยาน.” สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. 9 สิงหาคม 2556 [Online]. Available URL: <http://www.royin.go.th/?knowledges-category=all-article-2&paged=79>, 2558 (3 กรกฎาคม).
- กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระเจ้าพี่ยาเธอ. เล็กเซอร์. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2468.
- ชาวิต สุขพานิช. “หัวใจไม่มีส่วนเกิน: ประวัติศาสตร์ ผัวเมีย.” *บ้านไม่รู้โรย* 4, 4 (2531): 51-58.
- นิกร ทัสโสโร. **พระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์. กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์: พระบิดาแห่งกฎหมายไทย** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นานมีบุ๊คส์พับลิเคชันส์, 2549.
- บรรเจิด อินทุจันทร์ยง. **ราชสกุลพระบรมราชวงศ์จักรี**. กรุงเทพมหานคร: องค์การค้าของคุรุสภา, 2539.
- พระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว, พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว. **หัวข้อกฎหมายนานาประเทศ แผนกคดีเมือง** ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2457.
- สมชาย ปรีชาศิลปกุล. **ความย้อนแย้งในประวัติศาสตร์ของบิดาแห่งกฎหมายไทย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.
- Ajala, Adekunle. “The Nature of African Boundaries.” *Africa Spectrum (Institute of African Affairs at GIGA, Hamburg)* 18, 2 (1983): 177–189.
- Akashi, Kinji. **Cornelius van Bynkershoek: His Role in the History of International Law**. The Hague: Kluwer Law International, 1998.
- Alexandrov, Stanimir. **Self-Defense against the Use of Force in International Law**. The Hague: Kluwer Law International, 1996.
- Auslin, Michael R. **Negotiating with Imperialism: The Unequal Treaties and the Culture of Japanese Diplomacy**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.
- Bowett, Derek. **Self-Defence in International Law**. Manchester UK: Manchester University Press, 1958.

- Brandon, Michael. "Analysis of the Term 'Treaty' and 'International Agreement' for Purpose of Registration under Article 102 of the United Nations Charter." **American Journal of International Law** 47, 1 (Jan., 1953): 49-69.
- Brantlinger, Patrick. "Victorians and Africans: The Genealogy of the Myth of the Dark Continent." **Critical Inquiry** 12, 1 (1985): 166–203.
- Brownlie, Ian. **International Law and the Use of Force by States**. Oxford: Clarendon, 1963.
- Bynkershoek, Cornelius Van. **De Domino Maris**. Dissertatio Toronto: Oxford University Press, 1923.
- Cabranes, José A. "International Law by Consent of the Governed." **Valparaiso University Law Review** 42, 1 (2007): 119-144
- Castellino, Joshua, Steve Allen and Jeremie Gilbert. **Title to Territory in International Law: A Temporal Analysis**. Aldershot, Hampshire: Ashgate, 2003.
- Chayes, Abram and Antonia Handler Chayes. **The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- Cheng, Tai-Heng. "State Succession and Commercial Obligations: Lessons from Kosovo." in **Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman**, Mahnoush H. Arsanjani, Jacob Katz Cogan, Robert D. Sloane and Siegfried Wiessner. Eds. The Netherlands: Martinus Nijhoff, 2010.
- Collins, Edward, Jr., and Martin A. Rogoff. "The Caroline Incident of 1837, the McLeod Affair of 1840–1841, and the Development of International Law." **American Review of Canadian Studies** 20, 1 (1990): 81-107.
- Crawford, James R. **The Creation of States in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

- D'Aspremont, Jean. "Declarations Persona Non Grata in International Law." in **Max Planck Encyclopedia of International Law**, R. Wolfrum Ed. 293-296. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Detter, Ingrid. "The Problem of Unequal Treaties." **International and Comparative Law Quarterly** 15, 4 (October 1966): 1069-1089.
- Dörr, Oliver and Kirsten Schmalenbach. Ed., **Vienna Convention on the Law of Treaties**. Berlin: Springer Berlin Heidelberg, 2012.
- Eggers, Alison K. "When is a State a State? The Case for Recognition of Somaliland." **Boston College International and Comparative Law Review** 30, 1 (2007): 211-222.
- Forlati, Serena. "Coercion as a Ground Affecting the Validity of Peace Treaties." in **The Law of Treaties beyond the Vienna Convention**, Enzo Cannizzaro Ed. 320-332. Oxford University Press, 2011.
- Franck, Thomas M. **Fairness in International Law and Institutions**. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Hollis, Duncan B. "Why State Consent Still Matters-Non-State Actors, Treaties, and the Changing Sources of International Law." **Berkeley Journal of International Law** 23, 1 (2005): 137-174.
- Jennings, Robert Y. "The Caroline and McLeod Cases." **American Journal of International Law** 32, 1 (January 1938): 82-99.
- Jennings, Robert Y. **Acquisition of Territory in International Law**. Manchester: Manchester University Press, 1963.
- Jönsson, Christer and Karin Aggestam. "Diplomacy and Conflict Resolution." in **the SAGE Handbook of Conflict Resolution**, Jacob Bercovitch, Victor Kremenyuk, I William Zartman Eds. 33-51. London: SAGE Publications, 2009.
- Kent, H. S. K. "The Historical Origin of the Three-Mile Limit." **American Journal of International Law** 48, 4 (1954): 537-553.
- Kretzmer, David. "The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum." **The European Journal of International Law** 24, 1 (2013): 235-282.

- Lauterpacht, Hersch. **Recognition in International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Neff, Stephen C. **Justice among Nations**. Massachusetts: Harvard University Press, 2014.
- O’Connell, Daniel P. **International Law, Vol. 1**, 2d ed. London: Stevens, 1970.
- Official Records. **United Nations Conference on the Law of the Sea, First Plenary Meeting** United Nations Document A/CONF.13/38 (1958).
- Ryngaert, Cedric and Sven Sobrie. Recognition of States: International Law or Realpolitik? The Practice of Recognition in the Wake of Kosovo, South Ossetia and Abkhazia. **Leiden Journal of International Law** 24, 2 (2011): 467–490.
- Walker, Wyndham L. “Territorial Waters: The Cannon Shot Rule.” **British Yearbook of International Law** XXII (1945): 210-231.
- Wang, Dong. **China's Unequal Treaties: Narrating National History**. Lanham: Lexington Books, 2008.
- Worster, William Thomas. “Law, Politics and the Conception of the State in State Recognition Theory.” **Boston University International Law Journal** 27, 1 (2009): 115-171.

การจัดเก็บและ การใช้ดีเอ็นเอผู้กระทำผิดในประเทศ
สหรัฐอเมริกา: กรณีศึกษาสำหรับประเทศไทย

พลอยไพลิน บุญราชศักดิ์

การจัดเก็บและการใช้ดีเอ็นเอผู้กระทำผิดในประเทศสหรัฐอเมริกา:
กรณีศึกษาสำหรับประเทศไทย
Collection and using of DNA identification information from
offenders in the US : The case study for Thailand

พลอยไพลิน บุญธวัชศักดิ์*
Ploypailin Boonthawatsak

บทคัดย่อ

การจัดทำระบบข้อมูลสารพันธุกรรม (Deoxyribonucleic acid หรือ DNA) ของผู้กระทำผิดในประเทศสหรัฐอเมริกาได้เริ่มขึ้นตั้งแต่ในช่วงปี 1970 โดยเริ่มมีการเก็บดีเอ็นเอจากผู้กระทำผิดเกี่ยวกับเพศและความรุนแรงก่อน ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้ความสำคัญกับการป้องกันผู้กระทำผิดหลบหนี การกระทำผิดซ้ำ ดังนั้น ในปี 1994 สภาคองเกรสจึงได้ออกกฎหมายรับรองการเก็บดีเอ็นเอของผู้ต้องขัง นอกจากนี้ กฎหมายบางฉบับ เช่น กฎหมายพักการลงโทษได้กำหนดเงื่อนไขให้สามารถปล่อยตัวนักโทษออกมาได้ก่อนกำหนดหากเข้าเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด ส่งผลให้ประชาชนเกิดความหวั่นเกรงว่านักโทษที่ได้รับ การปล่อยตัวจะกระทำผิดซ้ำอีกในภายหลัง อีกทั้งยังกระทบต่อความเชื่อมั่นในหน่วยงานของรัฐ และจะมีมาตรการป้องกันภัยอันตรายอันอาจเกิดขึ้นจากบุคคลเหล่านี้ได้ดีเพียงใด คนในสังคมจึงได้แค่คาดหวังว่าระบบการติดตามตรวจสอบความประพฤติของผู้ต้องขังรวมถึงอดีตผู้ต้องขังที่มีประวัติการก่ออาชญากรรมอยู่บ่อยครั้ง จะช่วยให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถกำกับดูแลพฤติกรรมและความเคลื่อนไหวของผู้ต้องขังได้ดียิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้ามีการเก็บข้อมูลดีเอ็นเอและข้อมูลของผู้ต้องขัง แม้จะพบเพียงซากชิ้นส่วนในที่เกิดเหตุก็สามารถระบุตัวบุคคลได้ ผลจากการส่งเสริมในเรื่องดังกล่าวทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำระบบจัดทำระบบข้อมูลสารพันธุกรรม (DNA) ของผู้กระทำผิดมาบัญญัติรองรับไว้ในกฎหมายพร้อมกับส่งเสริมให้เป็นนโยบายหลักของประเทศในการปกป้องพลเมืองของตนจากอันตรายที่อาจเกิดจากอาชญากรเหล่านี้ แม้ว่าการเก็บสารพันธุกรรม (DNA) จะถือเป็นความก้าวหน้าที่ทาง

*นิติกรปฏิบัติการ กรมราชทัณฑ์, นักเรียนทุนรัฐบาลเพื่อตั้งดูตผู้มีศักยภาพสูงฯ (UIS), LL.M. in Criminal Justice and Human Rights, University of Aberdeen, Scotland, UK.

วิทยาการของกระบวนการยุติธรรม แต่อย่างไรก็ตามการมีบทบัญญัติที่ครอบคลุมการจับกุมและใช้สารพันธุกรรม (DNA) ของผู้ต้องขังหรือผู้ที่พ้นโทษแล้วที่ชัดเจนเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาอย่างรอบคอบ โดยเฉพาะประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชน เพราะในทางปฏิบัติการเก็บสารพันธุกรรม (DNA) มีข้อที่ต้องพิจารณาอย่างละเอียดถึงผลดี-ผลเสีย และความคุ้มค่าในระยะยาว ซึ่งหากประเทศไทยได้มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ ต้องมีวิธีการจับกุมและใช้สารพันธุกรรม (DNA) อย่างระมัดระวัง

Abstract

In 1970, the states in the US began enacting laws that required collecting DNA samples from sex and violence offenders. As the US focus on the prevention of escape and recidivism, in 1994, Congress enacted legislation to authorize the creation of a national DNA database, as a powerful tool for law enforcement and investigations. According to parole law, the prisoners might be released with condition before completing their sentencing. As a result, people require the measures for preventing recidivism. More importantly, the creating DNA database of offenders would be crime-solving tool for the police and prosecutors. Now, the US has law enforcement agencies and DNA profiling of offenders which can be used to link criminals or suspects to unsolved crimes and to prevent recidivism. Despite, DNA identification has moved on an experimental technique to an established crime-solving tool for police and prosecutors in criminal justice system. However, the enactment of collection and use of DNA identification information from offenders act should be viewed as a balancing act between human rights, civil liberties, and privacy and security.

คำสำคัญ: การระบุตัวบุคคลด้วยสารพันธุกรรม ผู้ต้องขัง กระบวนการยุติธรรมทางอาญา

Keywords: DNA identification, inmates, criminal justice

1. บทนำ

อัตราการเกิดอาชญากรรมที่เพิ่มสูงขึ้นเป็นการคุกคามความปลอดภัยของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันนี้ อัตราการเกิดอาชญากรรมจากผู้กระทำผิดซ้ำได้ทวีความรุนแรงและความถี่ขึ้น เห็นได้จากจำนวนคดีที่ตำรวจรับแจ้งความเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม 900,000 คดี ผู้ต้องหาถูกศาลพิพากษาลงโทษกว่า 700,000 คน และในจำนวนนี้ถูกคุมขังอยู่ในเรือนจำกว่า 300,000 คน¹ นอกจากนี้ ประชาชนส่วนใหญ่ยังมีความหวาดกลัวผู้ต้องขังที่เพิ่งพ้นโทษ เนื่องจากปัญหาการกระทำผิดซ้ำ โดยจากการสำรวจของสำนักกิจการยุติธรรมร่วมกับโรงเรียนนายร้อยตำรวจ พบว่า ผู้ต้องขังที่พ้นโทษจากเรือนจำภายในระยะเวลา 3 ปี มีอัตราการกลับมามีการกระทำผิดซ้ำอีกร้อยละ 35.8 โดยเฉพาะคดียาเสพติด²

ปัญหานี้มิได้เกิดขึ้นเฉพาะในประเทศไทยแต่เป็นปัญหาที่ลุกลามไปทั่วโลก โดยเฉพาะในประเทศตะวันตกได้ตระหนักถึงผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากอาชญากรรมของผู้กระทำผิดซ้ำ และได้พัฒนามาตรการต่าง ๆ ขึ้นเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาอาชญากรรมดังกล่าว เช่น การเยียวยาและปรับปรุงความประพฤติของนักโทษในเรือนจำ การแจ้งเตือนภัยแก่สังคม การจัดทำระบบข้อมูลสารพันธุกรรม (DNA) ของผู้กระทำผิด³ เป็นต้น

มาตรการตามที่กล่าวมาข้างต้นนั้นมีส่วนช่วยลดการเกิดอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในสังคมได้ แต่มาตรการที่ถือเป็นเรื่องท้าทายสำหรับประเทศไทยในขณะนี้ก็คือ “การจัดเก็บสารพันธุกรรม (DNA) ผู้ต้องขัง” การจัดเก็บสารพันธุกรรม (DNA) ผู้ต้องขังเป็นการบันทึกข้อมูลเอกลักษณ์บุคคลพร้อมประวัติทางอาชญากรรมของผู้ที่ถูกตัดสินว่ามีความผิด หรือผู้ที่ถูกปล่อยตัวเมื่อพ้นโทษแล้ว เป็นมาตรการที่หลายประเทศพิจารณาแล้วเห็นว่านี้จะช่วยให้เจ้าหน้าที่ตำรวจหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องสามารถติดตามและจับกุมผู้กระทำผิดได้ง่ายและรวดเร็วขึ้น และเป็นการลดความเสี่ยงที่ผู้ต้องขังที่พ้นโทษแล้วจะกระทำผิดซ้ำอีก

¹ กรมราชทัณฑ์, สถิติผู้ต้องราชทัณฑ์ทั่วประเทศ [Online], available URL: <http://www.orreect.go.th/stat102/display/result.php?date=2015-08-20&Submit=%B5%A1%C5%A7>, 2015 (สิงหาคม 22).

² เดลินิวส์, เผยผลวิจัยระบุปัญหาอาชญากรรมสื่อเค้ารุนแรงขึ้น [Online], available URL: <http://www.dailynews.co.th/crime/321407>, 2015 (สิงหาคม, 22).

³ การจัดทำระบบข้อมูลสารพันธุกรรม (DNA) ของผู้กระทำผิด เป็นการเก็บประวัติเช่นเดียวกับการบันทึกประวัติอาชญากรรมโดยทั่วไป เช่น รูปพรรณและลายพิมพ์นิ้วมือ เพียงแต่เพิ่มเติมข้อมูลเกี่ยวกับอัตลักษณ์ของบุคคลเพิ่มเติม คือ สารพันธุกรรมดีเอ็นเอ ซึ่งหากตรวจพบในที่เกิดเหตุก็สามารถระบุตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องได้.

แม้การจัดเก็บสารพันธุกรรม (DNA) ผู้ต้องขังอาจบรรเทาปัญหาการกระทำความผิดซ้ำในประเทศได้ แต่การนำสารพันธุกรรม (DNA) ผู้ต้องขังมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญายังต้องคำนึงถึงความเหมาะสมในการคุ้มครองความปลอดภัยของสาธารณชนกับการเคารพสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องขัง เพราะแม้ว่าผู้ต้องขังจะก่ออาชญากรรมที่สร้างความเสียหายแก่ชีวิตหรือร่างกายของผู้เสียหายก็ตาม แต่การจัดเก็บสารพันธุกรรม (DNA) ผู้ต้องขังในบางกรณีอาจมีผลเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ต้องขังได้ เช่น ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดถูกบังคับตามกฎหมายให้ต้องถูกจัดเก็บสารพันธุกรรม (DNA) ตนเอง ทำให้แม้ในภายหลังผู้กระทำความผิดจะได้รับการปล่อยตัวออกจากเรือนจำแต่ชื่อและประวัติอาชญากรรมของผู้กระทำความผิดยังคงปรากฏอยู่ในระบบทำให้การกลับคืนสู่สังคมของผู้ต้องขังเป็นไปได้ยากและคนในสังคมก็อาจไม่ไว้วางใจในพฤติกรรมของผู้ต้องขังนั้น

ในบทความนี้ ผู้เขียนจะศึกษาถึงแนวทางการจัดเก็บและการใช้สารพันธุกรรม (DNA) ของผู้กระทำความผิดในประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้ง วิเคราะห์ถึงการให้ความคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชนเปรียบเทียบกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของผู้กระทำความผิด เพื่อเป็นแนวทางกรณีศึกษาให้กับประเทศไทยตามที่จะกล่าวต่อไป

2. การจัดเก็บสารพันธุกรรม (DNA) ของผู้ต้องขังในประเทศสหรัฐอเมริกา

ในปัจจุบันนี้หลายประเทศได้จัดเก็บสารพันธุกรรม (DNA) ผู้กระทำความผิด เพื่อป้องกันและลดจำนวนการเกิดอาชญากรรมในสังคม ทั้งนี้ มีหลายประเทศ อาทิ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ฝรั่งเศส จีน มาเลเซีย สิงคโปร์ ฮองกง เกาหลีใต้ ไต้หวัน และญี่ปุ่น⁴ ได้ออกกฎหมายรองรับ และมีการจัดทำข้อมูลดีเอ็นเอแห่งชาติ อย่างไรก็ตาม บทความนี้จะศึกษาเฉพาะการจัดทำระบบข้อมูลสารพันธุกรรม (DNA) ของผู้กระทำความผิดในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งถือเป็นประเทศต้นแบบของการจัดทำระบบนี้⁵

⁴ASTV ผู้จัดการรายวัน, **ผิด! ศูนย์ DNA แห่งชาติยุติธรรมจับมือ “เอฟบีไอ”** [Online], available URL: <http://www.manager.co.th/daily/viewnews.aspx?NewsID=9550000144340>, 2015 (สิงหาคม, 22).

⁵Kenneth Jost, “DNA databases: Does expanding them threaten civil liberties?” *The CQ Researcher* 9, 20 (May 1999): 449-472.

2.1 ภาพรวมของการจัดเก็บสารพันธุกรรม (DNA) ผู้กระทำผิดในประเทศสหรัฐอเมริกา

สารพันธุกรรม (Deoxyribonucleic acid หรือ DNA) คือโครงสร้างพื้นฐานของสิ่งมีชีวิตที่สามารถถ่ายทอดไปยังรุ่นลูกหลานได้ แต่มีตัวแปรบางตัวแปรจำนวนหนึ่งของดีเอ็นเอที่ทำให้เราดูแตกต่างจากคนอื่น ๆ เพราะอย่างนี้ดีเอ็นเอจึงสามารถใช้ในการพิสูจน์เอกลักษณ์ของบุคคลได้ (ยกเว้นแฝดแท้ที่จะมีดีเอ็นเอเหมือนกัน) ดังนั้น ในทางนิติวิทยาศาสตร์จึงใช้หลักฐานทางดีเอ็นเอพิสูจน์ผู้กระทำผิดที่ได้ทิ้งร่องรอยดีเอ็นเอของตนเองไว้ที่เกิดเหตุ โดยดีเอ็นเอสามารถสกัดได้จากหลายแหล่งในร่างกาย เช่น เส้นผม กระจก ฟัน น้ำลาย และเลือด เป็นต้น

ต้นปี ค.ศ. 1980 ประเทศสหรัฐอเมริกาเริ่มออกกฎหมายเพื่อเก็บตัวอย่างดีเอ็นเอจากผู้กระทำผิดที่ถูกพิพากษาลงโทษในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศและอาชญากรรมรุนแรง ตัวอย่างที่เก็บได้จากผู้ต้องขังจะถูกนำมาวิเคราะห์ และประวัติของผู้ต้องขังจะถูกบันทึกในฐานข้อมูลดีเอ็นเอแห่งชาติ ในขณะที่เดียวกันที่ห้องปฏิบัติการทดลองของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา (FBI) ได้ออกข้อแนะนำสำหรับการวิเคราะห์ดีเอ็นเอในห้องปฏิบัติการเพื่อใช้ประโยชน์ในงานนิติวิทยาศาสตร์⁶ ซึ่งข้อแนะนำดังกล่าวได้เป็นมาตรฐานในการประกันการเก็บฐานข้อมูลดีเอ็นเออย่างมีประสิทธิภาพ หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจึงได้ริเริ่มใช้ประโยชน์จากการวิเคราะห์ดีเอ็นเอมากขึ้นในการสืบสวนและไต่สวนคดีอาญา และในปี 1994 สภาคองเกรสได้ออกกฎหมายรับรองการสร้างฐานข้อมูลดีเอ็นเอแห่งชาติขึ้น

กฎหมายกลางของสหรัฐอเมริกา (Federal law 42 U.S.C §14132(a)) ได้ให้อำนาจ FBI ในการจัดการและเก็บฐานข้อมูลดีเอ็นเอแห่งชาติ ซึ่งเป็นข้อมูลดีเอ็นเอจากตัวอย่าง (samples) ที่เก็บได้จากบุคคลภายใต้กฎหมายที่อนุญาตให้เก็บได้และตัวอย่าง (samples) ที่เก็บได้จากสถานที่เกิดเหตุ สามารถนำมาเปรียบเทียบกันและนำไปสู่การสืบสวนคดีอาญาได้ ในประเทศสหรัฐอเมริกาคำหนดให้ FBI เป็นผู้รับผิดชอบข้อมูลของผู้กระทำผิด (แต่บางประเทศอาจกำหนดให้มีหน่วยงานภายในที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนผู้กระทำผิดหลายหน่วยงาน หรืออาจมีหน่วยงานหลักที่รับผิดชอบเพียงหน่วยงานเดียว เช่น สำนักงานตำรวจแห่งชาติ) ประเทศสหรัฐอเมริกานำระบบนี้มาใช้บังคับทั้งกับผู้กระทำผิดที่ถูกปล่อยตัวแล้วและที่ใกล้จะถึงกำหนดปล่อยตัวเพื่อลดความเสี่ยงที่นักโทษหรืออดีตนักโทษเหล่านี้จะหวนกลับมากระทำผิดซ้ำ

⁶Nathan James, “DNA Testing in Criminal Justice: Background, Current Law, Grants, and Issues,” **Congressional Research Service** 2 (December 2012): 2-41.

อย่างไรก็ตาม มีบางประเทศไม่เห็นด้วยในการนำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย เช่น ประเทศในสหภาพยุโรป ยังคงคัดค้านการจัดเก็บสารพันธุกรรม (DNA) ผู้กระทำผิดเนื่องจากกังวลถึงระยะเวลาของการจัดเก็บสารพันธุกรรม (DNA) ผู้กระทำผิดซึ่งหากมีผลตลอดชีวิตของผู้กระทำผิดอาจขัดกับกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและอาจทำให้คนในสังคมยังคงมีทัศนคติในแง่ลบต่อผู้ที่เคยกระทำผิด และดำรงตนอยู่ในสังคมได้อย่างยากลำบาก แม้บุคคลเหล่านี้จะพ้นโทษมาแล้ว⁷

ขอบเขตการใช้ฐานข้อมูลดีเอ็นเอมีความชัดเจนมากขึ้นเมื่อได้มีการออกกฎหมาย “The Violence Against Women and Department of Justice Reauthorization Act of 2005” (P.L. 109-162) ซึ่งเพิ่มอำนาจในการเก็บข้อมูลดีเอ็นเอของผู้ถูกจับในความผิดต่อรัฐ อย่างไรก็ตาม มีความกังวลเกี่ยวกับภาระงานที่ต้องเก็บและวิเคราะห์ข้อมูลดีเอ็นเอจำนวนมาก และการเข้าถึงฐานข้อมูลดีเอ็นเอของผู้ต้องขังที่พ้นโทษแล้วเหล่านั้น นอกจากนี้ ยังมีข้อแนะนำเกี่ยวกับการใช้ดีเอ็นเอในกระบวนการยุติธรรม ดังนี้ ประการที่หนึ่ง การใช้ฐานข้อมูล ดีเอ็นเอควรจะใช้ในกรณีการสืบหาพฤติกรรมการกระทำผิดที่คล้ายกันของผู้ต้องสงสัย ประการที่สอง กรณีชุดตรวจสำเร็จรูปในการเก็บพยานหลักฐานเกี่ยวกับการทำร้ายทางเพศควรได้มาตรฐาน และประการสุดท้าย ควรมีองค์กรที่เป็นมาตรฐานแห่งชาติที่เชื่อถือได้สำหรับห้องปฏิบัติการทางนิติวิทยาศาสตร์

ในช่วงเริ่มต้น การเก็บสารพันธุกรรม (DNA) ถูกสร้างขึ้นเพื่อลดการกระทำผิดทางเพศซ้ำอีก รัฐบาลประสงค์ที่จะใช้ประโยชน์จากฐานข้อมูลผู้กระทำผิดทางเพศปกป้องและคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกละเมิดหรือคุกคามทางเพศ ต่อมาประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้บัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขึ้นทะเบียนผู้กระทำผิดทางเพศในสหรัฐอเมริกาขึ้น เรียกว่า “Sex Offender Registration and Notification Act (SORNA)”⁸ ซึ่งมาตรา 2250 กำหนดให้ผู้กระทำผิดทางเพศต้องลงทะเบียนและแจ้งข้อมูลของตนเองให้เป็นปัจจุบันเสมอ หากฝ่าฝืนจะมีความผิดและถูกลงโทษโดยอาจถูกปรับและจำคุกตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป นอกจากนี้ หากจงใจที่จะไม่แจ้งข้อมูลของตนเองให้เป็นปัจจุบันหรือไม่ลงทะเบียน แล้วได้

⁷ วารินทร์ รัตนวิบูลย์สม, การขึ้นทะเบียนผู้กระทำผิดทางเพศ: พิจารณาในมิติของความร่วมมือระหว่างประเทศ (Sex offender register in the context of international cooperation) [Online], available URL: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1891>, 2015 (สิงหาคม, 22).

⁸ Title 1 of the Adam Walsh Child Protection and Safety Act of 2006 established a comprehensive, national sex offender registration system called the Sex Offender Registration and Notification Act (SORNA).

กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่เป็นความผิดต่อรัฐ ผู้ที่นั้นอาจถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่ 30 ปีขึ้นไป ตามพระราชบัญญัตินี้ นอกจากนี้ FBI ซึ่งเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบระบบดังกล่าวได้ให้เหตุผลในการจัดตั้งระบบนี้ขึ้นมาว่า ระบบการขึ้นทะเบียนผู้ต้องขังมิใช่เป็นระบบที่เพิ่มโทษแก่ผู้ต้องขังให้หนักขึ้นแต่เป็นมาตรการที่เน้นในการช่วยปกป้องคนในสังคมให้รอดพ้นจากอันตรายที่ผู้ต้องขังอาจกระทำผิดซ้ำ

อันที่จริงแล้วสหรัฐอเมริกาได้เตรียมแผนการนำระบบการขึ้นทะเบียนผู้ต้องขังมาใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1980 แล้ว แต่เริ่มเป็นรูปธรรมในปี ค.ศ. 1994 ด้วยสภาองเกรสได้ออกกฎหมายรับรองการสร้างฐานข้อมูลเอนเอแห่งชาติขึ้น นอกจากนี้ กฎหมาย “Sex Offender Registration and Notification Act (SORNA)” ยังมีวัตถุประสงค์ให้ผู้กระทำผิดทางเพศต้องแจ้งข้อมูลส่วนตัวของตนต่อตำรวจรวมทั้งหากต่อมาผู้กระทำผิดย้ายถิ่นที่อยู่ก็ต้องแจ้งถิ่นที่อยู่ใหม่แก่เจ้าหน้าที่ตำรวจทุกครั้งภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดด้วย ต่อมาก็ได้มีการมีกฎหมายหลายฉบับออกมาที่เกี่ยวข้องกับการติดตามตรวจสอบผู้กระทำผิด การออกกฎหมายเป็นแรงผลักดันสำคัญที่ทำให้คนทั่วไปตระหนักถึงความสำคัญของความร่วมมือกันในการจัดตั้งระบบการจัดเก็บเอนเอและการขึ้นทะเบียนผู้ต้องขัง หน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรพิจารณาการบูรณาการทำงานร่วมกันในการปรับปรุง แลกเปลี่ยนข้อมูลทางอาญาระดับชาติ และสร้างความร่วมมือในการจัดให้มีการขึ้นทะเบียนทางอาญาระดับชาติร่วมกัน รวมทั้งร่างแผนการจัดตั้งระบบทะเบียนฐานข้อมูลทางอาญาแห่งชาติเพื่ออำนวยความสะดวกแก่หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในการแลกเปลี่ยนข้อมูลและสร้างฐานข้อมูลกลางร่วมกันด้วย แต่การบูรณาการทำงานและติดตั้งระบบฐานข้อมูลกลางอาจเป็นไปได้ด้วยความยากลำบาก จึงยังเป็นคำถามอยู่ว่าหน่วยงานที่รับผิดชอบจะสามารถหาวิธีการร่วมมือกันในการจัดทำฐานข้อมูลเอนเอของผู้ต้องขังได้อย่างไร

2.2 บทวิเคราะห์การขึ้นทะเบียนผู้ต้องขังในสหรัฐอเมริกา

ในทศวรรษที่ 1980 ได้ริเริ่มการขึ้นทะเบียนผู้ต้องขังในสหรัฐอเมริกาขึ้น เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของสาธารณชน สหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญกับระบบการขึ้นทะเบียนดังกล่าวเป็นอย่างมากเนื่องจากระบบนี้ช่วยลดการเกิดอาชญากรรมและช่วยยับยั้งมิให้ผู้ต้องขังกระทำผิดซ้ำอีก ในระยะเริ่มแรกมีเพียงไม่กี่รัฐที่นำระบบนี้มาบังคับใช้ในรัฐของตนเอง ในปี ค.ศ. 1947 รัฐแคลิฟอร์เนียเป็นรัฐแรกที่นำระบบการขึ้นทะเบียนผู้กระทำผิดทางเพศมาบังคับใช้ ต่อมาในปี ค.ศ. 1994 สภาองเกรสได้ผ่านความเห็นชอบกฎหมาย Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Act หรือที่เรียกว่า Wetterling Act จากอันมีผลให้มีการจัดตั้งระบบการขึ้นทะเบียนผู้กระทำ

ผิดทางเพศในระดับสหพันธรัฐโดยเน้นผู้กระทำผิดทางเพศที่มีประวัติอาชญากรรมทางเพศจำนวนมาก

นอกเหนือจาก Wetterling Act แล้ว สหรัฐอเมริกามีกฎหมายที่สำคัญอีกฉบับหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดให้ผู้กระทำผิดทางเพศแจ้งข้อมูลของตนต่อเจ้าหน้าที่รัฐ คือ Megan's Law ซึ่งมีที่มาจากคดีฆาตกรรม Megan Kanka ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อทางเพศในรัฐนิวเจอร์ซีย์ กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้ทุกรัฐในสหรัฐอเมริกาพัฒนาปรับปรุงระบบการขึ้นทะเบียนในรัฐของตนเพื่อเชื่อมโยงข้อมูลระหว่างรัฐต่าง ๆ ภายในประเทศ อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี Megan's Law ได้ถูกผนวกรวมกับ Adam Walsh Child Protection and Safety Act ในปี ค.ศ. 2006 โดยได้นำ Sex Offender Registration and Notification Act (SORNA) ที่กำหนดหลักเกณฑ์ทั้งเรื่องการขึ้นทะเบียนผู้กระทำผิดทางเพศและการแจ้งเตือนภัยแก่สาธารณชนเข้าไว้ด้วยกันด้วย

2.3 ข้อดี – ข้อเสีย ของการจัดเก็บสารพันธุกรรม (DNA) ผู้ต้องขัง

2.3.1 ข้อดีที่ควรมีการจัดเก็บดีเอ็นเอผู้ต้องขัง

(1) ประโยชน์ในการแบ่งปันหรือแลกเปลี่ยนข้อมูลของผู้กระทำผิด การเผยแพร่ข้อมูลหรือประวัติอาชญากรรมทางเพศของผู้กระทำผิดสู่สาธารณชนมีส่วนช่วยให้ประชาชนตระหนักและตื่นตัวในการป้องกันความปลอดภัยของคนในครอบครัวได้ล่วงหน้า แต่ต้องมีการควบคุมดูแลปริมาณและคุณภาพของข้อมูลที่ถูกนำออกเผยแพร่ เนื่องจากหากหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบประมาทเลินเล่อปล่อยปะละเลยให้ ข้อมูลดังกล่าวเผยแพร่โดยมิได้กั้นกรองแล้ว อาจสร้างความหวาดกลัวเกินเหตุให้แก่ประชาชนได้

(2) การป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ การจัดเก็บสารพันธุกรรม (DNA) ผู้ต้องขังอาจไม่ได้ช่วยป้องกันการก่อเหตุครั้งแรกของผู้กระทำผิด แต่ก็มีส่วนสำคัญในการยับยั้งการกระทำผิดซ้ำได้ เพราะจากประวัติผู้ต้องขังจำนวนมาก ปรากฏว่า ผู้ต้องขังได้มีประวัติอาชญากรรมติดตัวมาหลายคดีและก่อเหตุซ้ำๆ อยู่เรื่อย ๆ การจัดเก็บสารพันธุกรรม (DNA) ผู้ต้องขังจึงเป็นเครื่องเตือนใจแก่สังคมได้ว่าควรจะต้องระมัดระวัง และป้องกันตนเอง และครอบครัวให้ห่างไกลจากผู้ที่มีแนวโน้มจะก่ออาชญากรรม การมีส่วนร่วมของสังคมในการเฝ้าสังเกตการณ์พฤติกรรมของผู้ที่มีแนวโน้มจะ กระทำผิดดังกล่าวย่อมเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะช่วยป้องกันมิให้อาชญากรรมเกิดขึ้น

(3) การจัดเก็บสารพันธุกรรม (DNA) ผู้ต้องขังสามารถนำมาใช้ประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนความผิดทางอาญาและกระบวนการยุติธรรมได้ เช่น การจัดเก็บ DNA ผู้ต้องขังสามารถนำไปสู่การขยายผลการจับกุมขบวนการค้ายาเสพติดในเรือนจำ เป็นต้น

นอกจากนี้ ยังเป็นสนับสนุนการสืบสวน ลดคดีอาชญากรรม และให้ได้ข้อมูลทางวิชาการ ที่ถูกต้องชัดเจน

2.3.2 ข้อเสียของการจัดเก็บสารพันธุกรรม (DNA) ผู้ต้องขัง

(1) เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน ยังคงมีประเด็นเรื่องระยะเวลาของการจัดเก็บข้อมูลสารพันธุกรรม (DNA) ผู้ต้องขังที่ยังไม่ยุติในหมู่นักวิชาการว่า สมควรกำหนดไว้หรือไม่ เนื่องจากระยะเวลาการจัดเก็บประวัติอาชญากรรมมีผลตลอดชีวิตของผู้กระทำผิดนั้น นานเกินสมควรและอาจทำให้การกลับคืนสู่สังคมของผู้กระทำผิดภายหลังที่ผู้พ้นโทษแล้ว เป็นไปด้วยความยากลำบาก อย่างไรก็ตาม มีการเสนอให้คงระยะเวลาการขึ้นทะเบียนตลอดชีวิตของผู้กระทำผิดไว้เฉพาะผู้ที่กระทำผิดซ้ำซากและผู้กระทำผิดทางเพศที่ร้ายแรง แต่ไม่ควรกำหนดระยะเวลาการจัดเก็บประวัติอาชญากรรมตลอดชีวิตแก่ผู้กระทำผิดที่เป็นเด็ก หรือเยาวชน ในเรื่องนี้ได้เคยมีข้อพิพาทเกิดขึ้นที่สหรัฐอเมริกา คือ กรณีที่นาย Jacob C. ถูกลงโทษจำคุกสามปีสำหรับความผิดทางเพศที่ตนได้ก่อขึ้นขณะที่ตนอายุเพียง 11 ปี แต่จนกระทั่งถึงปัจจุบันนาย Jacob อายุ 29 ปีแล้ว แต่ชื่อของเขายังคงปรากฏอยู่ในทะเบียนอาชญากรรมทางเพศ ผลของทะเบียนประวัติดังกล่าวทำให้ชีวิตภายหลังออกจากเรือนจำของนาย Jacob ไม่เป็นปกติสุขเมื่อภริยาของเขาได้ล่วงรู้เรื่องดังกล่าวจึงขอยก่ากับเขา จึงทำให้มีคนจำนวนไม่น้อยออกมาต่อต้านระบบการขึ้นทะเบียนผู้กระทำผิดทางเพศในประเทศสหรัฐอเมริกา

(2) การสูญเสียโอกาสทางสังคม โดยเฉพาะการสมัครเข้าทำงานเป็นไปได้ยาก แม้ว่าเขาจะได้รับการปรับปรุงความประพฤติหรือเยียวยาทางจิตใจในขณะที่ถูกขังคุกมาแล้วก็ตาม

(3) ความถูกต้องของข้อมูล ปฏิเสธไม่ได้ว่าเทคโนโลยีที่บันทึกข้อมูลอาจมีความผิดพลาดได้ ดังนั้นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องตรวจสอบความถูกต้องและความทันสมัยของข้อมูลอยู่เสมอ เพราะหากข้อมูลที่เผยแพร่ออกไปไม่ถูกต้องแล้ว ก็มีแต่จะเกิดผลเสียทั้งต่อผู้กระทำผิดเองและต่อสาธารณชน หากปัญหาข้อมูลไม่อาจเชื่อถือได้ ก็ไม่สมควรที่จะคงมีการจัดเก็บ DNA ผู้ต้องขังอีกต่อไป

3. การเก็บสารพันธุกรรม (DNA) ผู้ต้องขังในประเทศไทย

เมื่อปี พ.ศ. 2544 ถึง พ.ศ. 2547 สถาบันนิติเวชวิทยาได้จัดทำโครงการเก็บรวบรวมข้อมูลดีเอ็นเอของผู้ต้องขังทั่วประเทศประมาณ 176 แห่ง โดยเลือกประเภทผู้ต้องขังอายุ 50 ปี ลงมา และตามลักษณะความผิด ปัจจุบันเก็บตัวอย่างได้ประมาณ 10,000 ราย ทั้งนี้ ปัญหา

และอุปสรรคในการดำเนินงาน คือผู้ต้องขังไม่ให้ความร่วมมือในการเก็บตัวอย่าง ต่อมา ปี 2555 สถาบันนิติวิทยาศาสตร์ได้ขอความร่วมมือกับกรมราชทัณฑ์ในการเข้าจัดทำทะเบียนประวัติและจัดเก็บสารพันธุกรรม (DNA) ผู้ต้องขัง โดยเป็นผู้ต้องขังที่จะได้รับการปล่อยตัว ตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 2 ปี ในทุกฐานความผิด และผู้ต้องขังมีสิทธิจะยินยอมหรือไม่ก็ได้ เพื่อป้องกันปัญหาการร้องเรียนของผู้ต้องขัง ดังนั้น จึงต้องการมีกฎหมายออกมารองรับการเก็บดีเอ็นเอผู้ต้องขัง แม้ว่าเดิมระเบียบราชทัณฑ์กำหนดให้ต้องเก็บหลักฐานบุคคลด้วยการให้พิมพ์ลายนิ้วมือ แต่หลักฐานดังกล่าวมีปัญหาเมื่อต้องเก็บไว้นาน อาจทำให้ลายพิมพ์นิ้วมือจางลง ไม่สามารถนำมาสแกนเพื่อตรวจสอบประวัติอาชญากร หรือต้องการนำไปขยายผลเชื่อมโยงคดี ดังนั้น หากมีกฎหมายรองรับจะไม่เป็นการละเมิดสิทธิผู้ต้องขัง และฐานข้อมูลจากดีเอ็นเอที่เก็บได้อาจช่วยตำรวจปิดคดีเก่าได้ด้วย กรณีตำรวจเก็บดีเอ็นเอได้แต่ไม่ทราบตัวผู้กระทำผิด ดังนั้น จึงต้องมีระบบการดูแลที่ดีและรัดกุมไม่มีการแทรกแซง เพื่อไม่ให้มีการนำข้อมูลเหล่านี้ไปใช้ในทางที่ผิด

นอกจากนี้ การเก็บตัวอย่างดีเอ็นเอผู้ต้องขัง จะต้องมีกรอบเจ้าหน้าที่เรือนจำ เพื่อให้มีความรู้ในการเก็บพยานหลักฐานทางนิติวิทยาศาสตร์โดยเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการปราบปรามปัญหาอาชญากรรมในเรือนจำ กรณีตัวอย่าง การตรวจค้นพบโทรศัพท์มือถือหลายเครื่องในเรือนจำ แต่ก็ไม่สามารถหาตัวเจ้าของได้ แต่หากนำมาตรวจดีเอ็นเอและนำมาเปรียบเทียบกับฐานข้อมูลที่เก็บไว้ ก็จะทราบตัวผู้ต้องขังที่เป็นเจ้าของพร้อมดำเนินการกับผู้กระทำผิดตามกฎหมายได้ และการเก็บดีเอ็นเอจะช่วยตรวจสอบตัวตนผู้ต้องขังที่เข้า-ออกเรือนจำว่าเป็นบุคคลเดียวกันหรือไม่ได้อีกด้วย

และเมื่อวันที่ 26 พฤศจิกายน 2555 ได้มีลงนามบันทึกความร่วมมือระหว่างกระทรวงยุติธรรมไทยกับสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา (FBI) เพื่อทำระบบฐานข้อมูลสารพันธุกรรม (DNA) โดยโครงการดังกล่าวจะมีสถาบันนิติวิทยาศาสตร์กรมราชทัณฑ์ ร่วมจัดเก็บตัวอย่างจากผู้ต้องขังที่สมัครใจ โดยดีเอ็นเอของผู้ต้องขังจะถูกจัดเก็บในฐานข้อมูลความปลอดภัยของสถาบันนิติวิทยาศาสตร์ ฐานข้อมูลดีเอ็นเอเหล่านี้จะนำมาใช้เปรียบเทียบกับดีเอ็นเอในที่เกิดเหตุอาชญากรรมและรูปแบบสารพันธุกรรมที่พบจะถูกจัดเก็บไว้ในฐานข้อมูลลักษณะเดียวกันโดยสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เพื่อเตรียมพร้อมสำหรับเรื่องดังกล่าวประเทศไทยจำเป็นต้องออกกฎหมายรองรับ และจัดทำงบประมาณในการจัดทำระบบฐานข้อมูลดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ โครงการดังกล่าวจะนำระบบฐานข้อมูลดัชนีสารพันธุกรรมรวม (Combined DNA Index System : CODIS) ซึ่งระบบดังกล่าวพัฒนามาจาก

เอฟพีไอมาจับคู่ระหว่างข้อมูลจากฐานข้อมูลดีเอ็นเอกับดีเอ็นเอของผู้ต้องหาและดีเอ็นเอที่พบในสถานที่เกิดเหตุได้อย่างแม่นยำ⁹

4. ประเด็นเรื่องการจับคู่ดีเอ็นเอผู้ต้องขังที่มีต่อสิทธิมนุษยชน

หลายครั้งที่เมื่อมีข่าวอาชญากรรมเกิดขึ้นจากผู้ที่เคยต้องโทษจำคุก ก็มักจะมีเสียงสะท้อนจากประชาชนส่วนใหญ่ว่า ควรจะมีมาตรการลงโทษและป้องกันการกระทำผิดซ้ำ มาตรการการจับคู่ดีเอ็นเอผู้ต้องขังก็เช่นเดียวกันที่อาจได้รับเสียงสนับสนุนจากประชาชน แต่ถ้ามองในอีกด้านจะพบว่าเป็นการกระทบสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องขังที่ถูกบังคับใช้มาตรการดังกล่าวนี้หรือไม่

อย่างไรก็ตาม มาตรา 8 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป ค.ศ. 1950 (Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR)) ได้บัญญัติรองรับสิทธิส่วนบุคคลและชีวิตครอบครัวซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของทุกคน นักวิชาการหลายท่านจึงเห็นว่า สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่ทุกคนพึงมีทั้งผู้ที่เป็นผู้ต้องขังหรือบุคคลทั่วไป แต่เมื่อนำระบบการจับคู่ดีเอ็นเอผู้ต้องขังมาใช้บังคับทำให้ผู้ต้องขังอาจถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานบางประการ เช่น เสรีภาพในการเดินทางหรือสิทธิส่วนบุคคล เนื่องจากชื่อและข้อมูลส่วนบุคคลของตนต้องถูกบันทึกไว้ในระบบและอาจถูกเผยแพร่สู่สาธารณชนทั่วไปได้

คดีที่เป็นตัวอย่างความขัดแย้งระหว่างการขึ้นทะเบียนการจับคู่ดีเอ็นเอกับสิทธิมนุษยชน ได้แก่ คดี S. and Marper v the United Kingdom ประเด็นสำคัญของคดีนี้ คือนาย S ได้รับการปล่อยตัวแล้ว ส่วนคดีของนาย Marper ก็สิ้นสุดลงแล้วเช่นกัน แต่เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่ยอมทำลายหลักฐานลายนิ้วมือและผลการตรวจดีเอ็นเอของคนทั้งสองที่ปรากฏบนทะเบียน ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป หรือ European Court of Human Rights (ECtHR) ตัดสินว่า การเก็บหลักฐานทั้งสองชนิดของตำรวจเป็นการละเมิดมาตรา 8 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป¹⁰ เนื่องจากคดีของคู่ความทั้งสองคนได้สิ้นสุดลงแล้ว ดังนั้น การเก็บหลักฐานของคู่ความดังกล่าวไว้และปรากฏสู่สาธารณชนย่อมเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของคู่ความ

ถึงกระนั้นก็ตาม มิใช่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจะตัดสินในแนวทางเดียวกันเสมอไป เพราะเคยมีคดี Bouchacourt v France ซึ่งศาลตัดสินว่า ระยะเวลาการขึ้นทะเบียนขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของความผิดทางเพศที่จำเลยได้ก่อขึ้น การขึ้นทะเบียนดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อ

⁹ไทยโพสต์, จะเก็บดีเอ็นเอ'นักโทษจัดทำฐานข้อมูลดีเอ็นเอระบุตัวอาชญากร [Online], available URL: <http://www.ryt9.com/s/tpd/1538366>, 2015 (สิงหาคม, 22).

สิทธิมนุษยชนของจำเลย เพราะเมื่อจำเลยพ้นจากความรับผิดชอบแล้วก็ยังสามารถที่จะอุทธรณ์ต่ออัยการเพื่อขอลดรายละเอียดของตนในทะเบียนนั้นออกไปได้ แต่ผลจากคำพิพากษานี้ก็ยังคงมีคนส่วนใหญ่เห็นว่า การขึ้นทะเบียนผู้กระทำผิดทางเพศตลอดชีวิตก็ยังไม่สมควรอยู่ดี โดยเฉพาะหากผู้กระทำผิดเป็นเยาวชนและได้รับการปล่อยตัวออกมา เพราะผลจากการขึ้นทะเบียนนั้นจะเป็นตราบาปติดตัวเยาวชนผู้นั้นมิให้ดำเนิน ชีวิตได้อย่างคนปกติทั่วไปในภายหลังออกจากเรือนจำแล้ว ดังนั้น หากการขึ้นทะเบียนผู้ต้องขังมีกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนก็คงไม่ขัดต่อสิทธิมนุษยชนของผู้กระทำผิดเนื่องจากเป็นมาตรการบังคับที่สมควรแก่ความผิดที่ก่ออยู่แล้ว แต่หากระยะเวลาการขึ้นทะเบียนมีผลตลอดชีวิตของผู้กระทำผิดหรือไม่จำกัดระยะเวลาที่แน่นอน ก็เสมือนหนึ่งว่าเข้าข่ายขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนของผู้กระทำผิดนั้นได้ การกำหนดระยะเวลาการขึ้นทะเบียนผู้ต้องขังจึงสมควรคำนึงถึงปัจจัยหลายๆ อย่างประกอบด้วย ได้แก่ ความรุนแรงของความผิด อายุของผู้กระทำผิด และพฤติกรรมของผู้กระทำผิดทั้งที่อยู่ในเรือนจำและเมื่อพ้นโทษแล้ว

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากที่กล่าวมาทั้งหมดเพื่อให้ผู้อ่านเห็นถึงภาพรวมของระบบการจัดเก็บข้อมูลดีเอ็นเอของผู้ต้องขัง ทั้งในด้านบวกและด้านลบ ซึ่งที่น่าสนใจ คือ ระบบการจัดเก็บข้อมูลดีเอ็นเอของผู้ต้องขัง เปรียบเสมือนฐานข้อมูลที่บันทึกประวัติส่วนตัวและข้อมูลอาชญากรรมของผู้กระทำผิดเพื่อกระตุ้นความระมัดระวังและการติดตามความเคลื่อนไหวของผู้กระทำผิดให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐและประชาชนให้รับรู้ล่วงหน้าได้ อีกทั้งระบบนี้มิใช่มาตรการเพิ่มการลงโทษแก่นักโทษหรือผู้กระทำผิด แต่เป็นมาตรการอีกทางเลือกหนึ่งในการป้องกันการเกิดอาชญากรรมและติดตามตัวผู้กระทำผิดได้รวดเร็วขึ้น ซึ่งอาจช่วยเสริมประสิทธิภาพการทำงานให้แก่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศได้

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนยังเห็นว่า ระบบการจัดเก็บข้อมูลดีเอ็นเอของผู้ต้องขัง ยังต้องคำนึงถึงข้อจำกัดดังต่อไปนี้

(1) รัฐบาลหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรมีขอบเขตที่ชัดเจนว่าจะเผยแพร่ข้อมูลของผู้ต้องขังให้แก่หน่วยงานใดหรือบุคคลใดทราบได้บ้าง และต้องกลั่นกรองข้อมูลให้มีความถูกต้องและทันสมัยมากที่สุด รวมทั้งให้คำแนะนำแก่คนในชุมชนหรือคนในครอบครัวของผู้ต้องขัง เกี่ยวกับการเตรียมตัวหรือระมัดระวังตนอย่างถูกวิธี มิใช่เป็นการเพิ่มความหวาดระแวง และต้องเปิดโอกาสให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกระทำผิดแต่ยังมีชื่ออยู่ในระบบฐานข้อมูลดีเอ็นเอได้เข้ามามีส่วนร่วมในสังคม

(2) มีการกำหนดระยะเวลาการเก็บข้อมูลดีเอ็นเอของผู้ต้องขังอย่างเหมาะสม ควรพิจารณาถึงชนิดหรือประเภทของอาชญากรรมที่ผู้ต้องขังได้ก่อขึ้น พฤติกรรมที่เปลี่ยนแปลงในทางที่ดีขึ้นของผู้ต้องขัง ความเสี่ยงของภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากผู้ต้องขัง ประวัติอาชญากรรมของผู้ต้องขัง รวมถึงอายุของผู้ต้องขัง เพื่อหาระยะเวลาการเก็บข้อมูลที่เหมาะสมกับสถานการณ์ในขณะนั้น และเพื่อป้องกันปัญหาของการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อผู้ต้องขัง

และท้ายที่สุด หลักการที่สำคัญ คือ การหาแนวทางที่เหมาะสมเพื่อหาสมดุลระหว่างความปลอดภัยในข้อมูลส่วนบุคคล ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลประการหนึ่ง และความมั่นคง ความยุติธรรม และความเท่าเทียมกันอีกประการหนึ่ง

บรรณานุกรม

- กรมราชทัณฑ์. สถิติผู้ต้องราชทัณฑ์ทั่วประเทศ [Online]. Available URL: <http://www.correct.go.th/stat102/display/result.php?date=2015-08-20&Submit=%B5%A1%C5%A7>, 2015 (สิงหาคม 22).
- เดลินิวส์. เผยผลวิจัยระบุปัญหาอาชญากรรมต่อเค้ารุนแรงขึ้น [Online]. Available URL: <http://www.dailynews.co.th/crime/321407>, 2015 (สิงหาคม, 22).
- ไทยโพสต์. จะเก็บดีเอ็นเอ'นักโทษจัดทำฐานข้อมูลดีเอ็นเอระบุตัวอาชญากร [Online]. Available URL: <http://www.ryt9.com/s/tpd/1538366>, 2015 (สิงหาคม, 22).
- วาริรัตน์ รัตนวิบูลย์สม. “การขึ้นทะเบียนผู้กระทำผิดทางเพศ: พิจารณาในมิติของความร่วมมือระหว่างประเทศ” (Sex offender register in the context of international cooperation) [Online]. Available URL: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1891>, 2015 (สิงหาคม, 22).
- ASTV ผู้จัดการรายวัน. ผุด! ศูนย์ DNA แห่งชาติยุติธรรมจับมือ “เอพีไอ” [Online]. Available URL: http://www.manager.co.th/daily/viewnews.aspx?News_ID=9550000144340, 2015 (สิงหาคม, 22).
- Kenneth Jost. “DNA databases: Does expanding them threaten civil liberties?” *The CQ Researcher* 9, 20 (May 1999): 449-472.
- Nathan James. “DNA Testing in Criminal Justice: Background, Current Law, Grants, and Issues.” *Congressional Research Service* 2 (December 2012): 2-41.

Combating corruption in the Petroleum Sector:
Implementation of Extractive Industries
Transparency Initiative (EITI)

Piti Eiamchamroonlarp

Combating corruption in the Petroleum Sector: Implementation of Extractive Industries Transparency Initiative (EITI)

ปิติ เอี่ยมจรรย์อุบลาก
Piti Eiamchamroonlarp*

Abstract

Corruption in the petroleum sector such as bribery of state officials and embezzlement of petroleum revenues could be reduced if the petroleum industry and its wealth management regime become more transparent. One practical step towards transparency in the petroleum sector is adoption and implementation a global standard to promote open and accountable management of natural resources called the Extractive Industries Transparency Initiative or “EITI”. Having no legally-binding effect, EITI Requirements as stipulated in the EITI Standard are correctly qualified as soft law. Regular publication of EITI reports directly tackle opacity of the petroleum sector and deter corrupt practices. Implementation of the EITI does not change how legal framework of the petroleum industry works, but makes the public more informed about petroleum exploitation and its wealth management. In this more transparent environment, it is more difficult for state officials to act corruptly. The power of deterrence in this case is likely to come predominantly from the more informed citizens. However, it should be note that the EITI and its transparency regime are not a magical solution to corruption in the petroleum sector. Successful implementation of the EITI also relies on other factors such as, usage of the information by the public, and dependency of the government on their citizens.

* PhD Candidate at the School of Law (University of Aberdeen, UK); LLM in public law (Thammasat University, Thailand); LLM in oil and gas law with commendation (University of Aberdeen, UK); Barrister-at-law (The Thai Bar Association); LLB with second class honour (Thammasat University).

บทคัดย่อ

การเสริมสร้างความโปร่งใสในการจัดการรายรับของรัฐจากอุตสาหกรรมปิโตรเลียม นั้นเป็นแนวทางที่สำคัญแนวทางหนึ่งในการต่อสู้กับปัญหาความทุจริตในภาคปิโตรเลียม เช่น การติดสินบนเจ้าพนักงาน และการยกยอกรายรับของรัฐจากอุตสาหกรรมปิโตรเลียม เป็นต้น การเสริมสร้างความโปร่งใสดังกล่าวควรดำเนินไปอย่างเป็นระบบและมีมาตรฐาน ในปัจจุบัน มาตรฐานความโปร่งใสในอุตสาหกรรมปิโตรเลียมที่สำคัญและเป็นที่ยอมรับในระดับนานาชาติได้แก่ โครงการเพื่อความโปร่งใสในการสกัดทรัพยากรธรรมชาติ (Extractive Industries Transparency Initiative หรือ EITI) รัฐที่เข้าเป็นสมาชิกของโครงการมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อบังคับของ EITI (EITI Requirement) ตามที่ระบุในมาตรฐานความโปร่งใสในการสกัดทรัพยากรธรรมชาติ (EITI Standard) ข้อบังคับเหล่านี้มิได้มีผลบังคับผูกพันในทางกฎหมายให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตามแต่ประการใด อย่างไรก็ตาม บทความนี้ได้วิเคราะห์ว่า ข้อบังคับของมาตรฐานความโปร่งใสในการสกัดทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าวยังมีคุณสมบัติ ความเป็นกฎหมายอยู่แม้จะไม่ก่อผลผูกพันในทางกฎหมายกับรัฐสมาชิก โดยมีสถานะเป็น กฎเกณฑ์หรือแบบแผนการปฏิบัติที่ไม่ได้มีผลผูกพันในทางกฎหมายอย่างเคร่งครัด หรือที่เรียกกันในทางวิชาการว่า “soft law”¹ หัวใจสำคัญของข้อบังคับตามมาตรฐานความโปร่งใส ได้แก่ การกำหนดให้รัฐสมาชิกทำการผลิตและตีพิมพ์รายงานความโปร่งใสในการสกัด ทรัพยากรธรรมชาติ (EITI Report) การตีพิมพ์รายงานดังกล่าวจะช่วยจัดสภาพคล่องเครือ ของการจัดการรายรับของรัฐจากอุตสาหกรรมปิโตรเลียม อันจะส่งผลให้ประชาชนซึ่งเป็น เจ้าของทรัพยากรที่แท้จริงได้รับรู้และเข้าใจถึงแนวทางการบริหารจัดการทรัพยากร ปิโตรเลียมโดยรัฐ หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือการสร้าง ความโปร่งใสในตนเอง ในการปฏิรูปภาค ปิโตรเลียมตามแนวทางนี้ ปัจจัยสำคัญในการต่อสู้กับปัญหาความทุจริตนั้นมิใช่ตัวบท กฎหมายหรือการลงโทษผู้กระทำความผิดในทางอาญา หากแต่เป็นการมีส่วนร่วมของ ประชาชนในการตรวจสอบการทำงานของรัฐบาล อนึ่ง ความโปร่งใสจะสามารถลดปัญหาความ ทุจริตได้อย่างแท้จริงก็ต่อเมื่อประชาชนในรัฐสมาชิกสามารถเข้าใจและใช้ประโยชน์จาก รายงานความโปร่งใสในการสกัดทรัพยากรธรรมชาติที่ถูกตีพิมพ์ได้ นอกจากนี้ ประชาชนใน รัฐดังกล่าวจะต้องสามารถวิจารณ์และมีสิทธิเลือกผู้ปกครองประเทศได้หากพบการทุจริต

¹Black’s Law Dictionary (8th edition) ได้ให้นิยามของ soft law ในความหมายโดยรวมว่า “กฎเกณฑ์ที่ไม่ได้มีผลผูกพันในทางกฎหมายโดยเคร่งครัด หรืออาจกล่าวได้ว่าไม่มีผลผูกพันในทางกฎหมายเลย” ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น soft law หมายถึง แนวปฏิบัติ คำประกาศว่าด้วย นโยบาย หรือประมวลแนวทางปฏิบัติที่ดี ซึ่งไม่ได้มีผลผูกพันในทางกฎหมาย

หรือไม่พอใจกับผลงานในการบริหารทรัพยากรปิโตรเลียม มิฉะนั้นแล้วความโปร่งใสก็จะเป็นเพียงหลักฐานยืนยันปัญหาความทุจริตในภาคปิโตรเลียมโดยมีอาจลดปัญหาดังกล่าวได้

คำสำคัญ: ปัญหาความทุจริต ภาคปิโตรเลียม กฎเกณฑ์หรือแบบแผนที่ขาดผลผูกพันในทางกฎหมาย

Keywords: corruption, petroleum sector, soft law

1. Introduction

Exploitation of petroleum resources in one country could contribute to economic prosperity and well-being of the citizens of such country.² However, when corruption in the petroleum sector is exacerbated, petroleum exploitation and the wealth generated might not be transformed into country's benefits,³ but may accrue mainly to a handful of corrupt state officials and private oil companies.⁴ As a response to this problem, a petroleum-country should consider implementing a global standard to promote open and accountable management of natural resources called the Extractive Industries Transparency Initiative (hereinafter "EITI"). This article analyses that EITI Requirements as stipulated in the EITI Standard are correctly qualified as soft law. Moreover, it contends that regular publication of EITI reports directly tackle opacity of the petroleum sector and reduce the chances of corruption. The power of deterrence in this case is likely to come predominantly from the more informed citizens.⁵

This article begins by answering how legal framework of the petroleum industry contributes to flourishing of corruption. In turn, it discusses a principal-agent problem to explain why opacity is a driving reason behind

²Gilles Carbonnier, "Introduction: the Global and Local Governance of Extractive Resources," **Global Governance** 2011, 17 (April-June 2011): 142.

³Nicholas Shaxson, "Oil, corruption and the resource curse," **International Affairs** 2007, 83 (October 2007): 1125; Charles McPherson and Stephen MacSearraigh, "Corruption in the Petroleum Sector," in **The Many Faces of Corruption: Tracking Vulnerabilities at the Sector Level**, edited by J. Edgardo Campos and Sanjay Pradhan, 1st ed. (Washington DC: The World Bank 2007), pp. 198-199.

⁴Michael L. Ross, **The Oil Curse: How Petroleum Wealth Shapes the Development of Nations**, 1st ed. (New Jersey: Princeton University Press, 2012), pp. 59-62; Nico Schrijver, **Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties**, 1st ed. (New York: Cambridge University Press, 1997), p. 308.

⁵Paul Collier, "Laws and Codes for the Resource Curse," **Yale Human Rights & Development Law Journal** 2008, 11 (March 2008): 5.

corrupt practices in the petroleum sector. The second and third section explains objectives and functions of the EITI and how the EITI Report could be utilized by concerned citizens of an EITI-implementing country as a means to counteract corruption. The last section analyses legal nature of the EITI Requirements and addresses why the EITI and its soft law approach have been globally accepted as ways forward.

2. Legal framework of the petroleum industry and corruption

Legal framework of the petroleum industry can be disaggregated into four tiers.⁶ The first tier typically comprises a country's constitution and legislation defining ownership of petroleum resources.⁷ The second tier typically involves petroleum legislation concerning authorization and regulation of petroleum exploitation.⁸ Moreover, this tier usually concerns how the state could maximize its revenues from petroleum exploitation.⁹ The third tier comprises contractual authorization arrangements between the state and the investor such as petroleum concessions and production sharing contracts (PSCs).¹⁰ The fourth tier concerns contractual relationship between

⁶Evelyn Dietsche, "Sector Legal Frameworks and Resource Property Rights," in **Global Resources: Conflict and Cooperation**, edited by Wojciech Ostrowski and Roland Dannreuther, 1st ed. (Hampshire: Palgrave Macmillan, 2013), p. 161.

⁷For example, Section 23 paragraph 1 of the Thai Petroleum Act, B.E. 2514 (1971); Section 37(a) of the Constitution of Myanmar (2008); and Section 139 of the Constitution of Timor-Leste.

⁸Bernard Taverne, **Petroleum, Industry and Governments: An Introduction to Petroleum Regulation, Economics and Government Policies**, 1st ed. (London: Kluwer Law International 1999), p. 135.

⁹Carole Nakhle, **Petroleum Taxation Sharing the Oil Wealth: A Study of Petroleum Taxation Yesterday, Today and Tomorrow**, 1st ed. (Oxford: Routledge 2008), p. 36.

¹⁰Ernest E. Smith and other, **International Petroleum Transactions**, 3rd ed. (Colorado: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2010), pp. 415-417.

the investors such as joint venture agreements between the consortium members comprising the resource developer.¹¹

2.1 Corruption in the petroleum sector

In reality, legal framework of the petroleum industry brings both opportunities and challenges. As regards opportunities, it allows the state to effectively exploit petroleum resources through cooperation with foreign investors as well as maximize revenues from such exploitation. The World Bank suggested that wealth accruing to the state from petroleum exploitation, if prudently and sustainably managed by the state, could contribute to economic prosperity of the country.¹² As regards challenges, the state might fail transform petroleum wealth into sustainable benefits of the country and the people. In explaining this failure, some scholars argued that an oil-dependent state tends to less democratic and less accountable to its citizens.¹³ Moreover, they highlighted that exacerbated corruption in the petroleum sector is one major concern of oil-producing countries.¹⁴

An orthodox definition of corruption is abuse or misuse of public power by state officials for private benefits.¹⁵ This abuse of power involves not only state actors but private actors. Corruption can be the collaboration between public officials and private actors for private financial gains in

¹¹Scott C. Styles, “Joint Operating Agreements” in **Oil and Gas Law: Current Practice and Emerging Trends**, edited by Greg Gordon, John Paterson, and Emre Üşenmez, 2nd ed. (Dundee: Dundee University Press, 2011), p. 359.

¹²Naazeen H. Barma and others, **Rents to Riches: The Political Economy of Natural Resource-Led Development**, 1st ed. (Washington DC: The World Bank, 2012), p. 5.

¹³Michael L. Ross, “Will Oil Drown the Arab Spring: Democracy and the Resource Curse,” **Foreign Affairs** 2011, 2 (September/October 2011): 3.

¹⁴Peter Eigen, “A Coalition to Combat Corruption: TI, EITI, and Civil Society,” in **Corruption, Global Security, and World Order**, edited by Robert I. Rotberg 1st ed. (Massachusetts: Brookings Institution Press, 2009), p. 423.

¹⁵Ivar Kolstad and Arne Wiig, “Is Transparency the Key to Reducing Corruption on Resource-Rich Countries?,” **World Development** 2009, 37(3) (March 2009): 522.

contravention of the public's interest.¹⁶ Different types of corruption include petty or incidental, small-scale embezzlement, misappropriation, bribes, favouritism, and discrimination.¹⁷ Taking the nature and types of corruption into account, corruption associated with the extractive industries can be described as a situation whereby political elites and their families plunder resources for self-enrichment or where senior officials demand large kick-backs while they are brokering deals with private companies.

A question then arises as to when and how could these corrupt practices take place in the petroleum industry? One way to answer this question is to refer to key sequence of steps that a petroleum-producing country must undertake in transforming its petroleum resources in developmental riches. An early step of petroleum exploitation involves authorization of exploration and production activities through awarding of concessions or production sharing contracts (PSCs).¹⁸ Apart from authorizing petroleum exploration and production, the state is responsible to regulate the authorized operational activities. As the owner of petroleum resources, the state has legitimate rights to collect, manage, and spend petroleum revenues through several types of tax and non-tax instruments.¹⁹




¹⁶Hongying Wang and James N. Rosenau, "Transparency International and Corruption as an Issue of Global Governance," **Global Governance** 2001, 7(1) (January 2001): 26.

¹⁷Patricio Maldonado and Gerardo D. Berthin, "Transparency and Developing Legal Frameworks to Combat Corruption in Latin America," **Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas** 2004, 10 (2004): 244.

¹⁸Jubilee Easo, "Licenses, concessions, production sharing agreements and service contracts," in **Oil and Gas: A Practical Handbook**, edited by Geoffrey Picton-Turbervill 1st ed. (London: Globe Business Publishing Ltd 2009), p. 27.

¹⁹Emil M. Sunley, Thomas Bausgaard and Dominique, "Revenue from the Oil and Gas Sector: Issues and Country Experience," in **Fiscal Policy Formulation and Implementation in Oil-Producing Countries**, edited by J.M. Davis, R. Ossowski and A. Fedelino 1st ed. (Washington D.C.: International Monetary Fund 2003), pp. 154-155.

Unfortunately, different types of corrupt practices can take place throughout the chain of petroleum exploitation and its wealth management as illustrated by Figure 1 below:

Figure 1: Corruption associated with the petroleum industry				
Natural resource potential				Sustainable development 
	Sector organisation and contract awards	Regulation and monitoring of operations	Collection of oil and gas revenues	Revenues distribution and management
<ul style="list-style-type: none"> - Illegal benefits in exchange for state authorisation; and - Favourably awarding a concession to a person 		<ul style="list-style-type: none"> - Embezzlement of petroleum revenues from state's coffer; and - Spending oil and gas revenues for officials' private gains 		
 Corruption 				

From the outset, oil companies may seek to influence the length of operation, environmental concerns, rate of exploitation, contractual obligations of all sorts, and report commitments.²⁰ For example, Elf offered bribes to gain concessions in several African countries; and Statoil paid bribes in Iran to get access to petroleum fields.²¹ In addition, a petroleum concession

²⁰Ivar Kolstad and Tina Søreide, "Corruption in natural resource management: Implications for policy makers," *Resources Policy* 2009, 34(4) (December 2009): 221.

²¹Ibid.

might be awarded to a company that pays bribe, regardless of its limited technical and financial capability. Furthermore, awarding of a concession that was influenced by a bribe might contain fiscal components that fail to maximize state's benefits.

As regards challenges associated with petroleum revenues, state officials who are responsible for collection and management could embezzle these revenues for their personal gains. This corrupt practice is academically referred to as "grand corruption". For example, an internal audit, conducted in 1979, revealed that US\$5 billion were missing from Nigerian National Petroleum Corporation accounts.²²

Likewise, approximately 4 billion dollars of oil revenue went missing in Angola during 1997 and 2002.²³ It was believed that billions was put in a number of government officials' offshore accounts.²⁴ If these revenues had not been missing, they would have substantially contributed to providing of public services such as development of education and basic infrastructure of the country.

2.2 Explanation of corruption: an agency problem

Recent studies concerning negative impacts of petroleum exploitation and wealth are based on two main explanations: the structural

²²Uwem E. Ite, "Poverty Reduction in Resource-Rich Developing Countries: What have Multinational Corporations Got to Do with It?," **Journal of International Development** 2005, 17(7) (September 2005): 919.

²³Human Rights Watch, **Transparency and Accountability in Angola: An Update** [Online], available URL: http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/angola0410_webwcover_1.pdf; Human Rights Watch, 2010 (April).

²⁴Matthew Genasci and Sarah Pray, "Extracting Accountability: The Implications of the Resource Curse for CSR Theory and Practice," **Yale Human Rights and Development Journal** 2008, 11(1) (2008): 49.

and the agency-based explanation.²⁵ The former argues that a petroleum-producing country tends to be less democratic and less accountable to its citizens; whereas, the latter argues that a resource-producing tends suffer exacerbated corruption.²⁶ The agency-based explanation finds that state officials may fail to faithfully respond to the public interest, but their own private gains.²⁷ In the context petroleum industry, the citizens can be regarded as the principals; whereas state officials are the agent. State officials get more rewards through shares of petroleum either in cashes or in kinds or informally through bribe from the managers of extractive companies than from their citizens.²⁸ This problem tends to be exacerbated when the people are not well informed about the petroleum industry and its wealth management regime.

When the citizens and non-governmental organizations (hereinafter “NGOs”) are less informed, it is easier for state officials to act corruptly and ensure their private gain.²⁹ From the outset, petroleum bidding and concession negotiating that are done behind the close door are vulnerable to corruption and favouritism. When an awarding of a petroleum concession is not publicly announced and is not subject to the public scrutiny, it is easier for corrupt state officials to favourably or discriminately award to an oil company that lacks technical and financial capability instead of a capable

²⁵Paul Stevens and Evelyn Dietsche, “Resource curse: An analysis of causes, experiences and possible ways forwards,” **Energy Policy** 2007, 36(1) (November 2007): 57.

²⁶Ibid.

²⁷Kaare Strøm, “Delegation and accountability in parliamentary democracies,” **European Journal of Political Research** 2000, 37(3) (September 2003): 270; Michael Ross, “The Natural Resource Curse: How Wealth Can Make You Poor,” in **Natural Resources and Violent Conflicts: Options and Actions**, edited by Ian Bannon and Paul Collier, 1st ed. (Washington DC: The World Bank 2003), pp. 25-26.

²⁸Dilan Ölcer, **Extracting the Maximum from the EITI** [Online], available URL: <http://www.oecd.org/dev/42342311.pdf> 32: OECD Development Centre, 2009 (February).

²⁹Ibid.

one.³⁰ Knowing that actual terms of petroleum concession will not be subject to public scrutiny and criticism, corrupt state officials may choose to accept a bribe and, consequently, agree to terms that fail to protect the best interest of the country³¹ for example, a fiscal clause that allows an investor to unreasonably earn its revenues.

In addition to awarding of petroleum authorisation contracts, Terry Lynn Karl and Michael Ross, two leading scholars, noted that secrecy is one driving reason behind corruption in the upstream industry. They noted that the government of a petroleum-producing country tends to keep the following information away from the public eye: the amount of resources available to be exploited; rate of exploitation, the funds that government actually receive, management and spending of these funds.³² Without being provided with this information, the people who are the real owner of petroleum resources³³ are not capable of tracing and monitoring how their government exploited the resources on their behalf. In this non-transparent environment, it is easier for corrupt state officials to act corruptly such as embezzling petroleum revenues or spending petroleum revenues for their private gains.

Since opacity is identified as a driving reason behind corruption associated with the petroleum sector, it appears logical to promote transparency in the petroleum industry and its wealth management regime.

³⁰Peter Cramton, "How Best to Auction Oil Rights," in **Escaping the Resource Curse**, edited by Macartan Humphreys, Jeffrey D. Sachs and Joseph E. Stiglitz, 1st ed. (New York: Columbia University Press, 2007), p. 117.

³¹Jenik Radon. "How to Negotiate an Oil Agreement" in **Escaping the Resource Curse**, edited by Macartan Humphreys, Jeffrey D. Sachs and Joseph E. Stiglitz, 1st ed. (New York: Columbia University Press, 2007), p. 97.

³²Terry Lynn Karl. "Ensuring Fairness: The Case for a Transparent Fiscal Social Contract," in **Escaping the Resource Curse**, edited by Macartan Humphreys, Jeffrey D. Sachs and Joseph E. Stiglitz, 1st ed. (New York: Columbia University Press, 2007), p. 266

³³Leif Wenar, "Property Rights and the Resource Curse," **Philosophy & Public Affairs** 2008, 36(1) (April 2008): 9.

As of the beginning of the twenty-first century, several quasi-legal and legal instruments have been promulgated and developed as a means to facilitate transparency in the petroleum sector including, global transparency standard, the individual right of access to state-held information, a special petroleum transparency statute, corporate and stock exchange laws.³⁴ This article restricts its scope of discussion and analysis only to an international transparency standard called the “EITI”.

3. The EITI and its requirements

If the government of a petroleum-producing country has decided to commit itself to the EITI, it will have to comply with a series of rules and requirements as stipulated in the EITI Standard. There are two groups of implementing countries: EITI Candidate and EITI Compliant counties.³⁵ EITI Candidate is a temporary state which is intended to lead to compliance with the EITI Standard. To become an EITI Candidate, an EITI-implementing country has to demonstrate that it has met four of the sign-up steps as stipulated in Requirement 1 of the EITI Standard. To achieve compliant status, an EITI Candidate country has to demonstrate through an external assessment process called “Validation” that it has met Requirement 1 to 7 of the EITI Standard.

3.1 Becoming an EITI Candidate country

³⁴For scholarly comments please see for example: Open Society Institute, **Legal Remedies for the Resource Curse**, 1st ed. (New York: Open Society Institute, 2005); and James Van Alstine, “Transparency in Resource Governance: The Pitfalls and Potential of “New Oil” in Sub-Saharan Africa,” **Global Environmental Politics** 2014, 14(1) (February 2014): 34. For laws and regulations please see for example: Section 1504(q) of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010 (United States).

³⁵Sam Bartlett and Dyveke Rogan (eds), **The EITI Standard** [Online], available URL: https://eiti.org/files/English_EITI_STANDARD.pdf; EITI, 2015 (January 1).

Requirement 1 of the EITI Standard requires an EITI-implementing country to complete 4 of sign-up steps. Firstly, it is required to issue an unequivocal public statement of its intention to implement the EITI for example, a public statement signed by the Minister of Mine³⁶ and a Presidential Decree³⁷. Secondly, it has to appoint a senior leader or the “EITI champion” on such implementation. In most EITI-implementing countries, the EITI Champions are usually a member of a cabinet or a senior adviser in the office of the head of state.³⁸ Thirdly, a multi-stakeholder group (hereinafter “MSG”) must be established to oversee the implementation of the EITI.

The MSG must comprise appropriate stakeholders, including but not limited to: the private sector: civil society: and relevant government entities. This participative composition is meant to ensure that stakeholders outside of government are included in the EITI implementation. Fourthly, the MSG is responsible to formulate a work plan which identifies objectives of EITI implementation and sets out actions required to meet the identified objectives. Once the country has completed these sign-up steps, it shall submit an EITI Candidate Application to the EITI Board for its assessment. In the case the Board is satisfied with the application, it will admit the country as an EITI Candidate and establish deadlines for publishing the first EITI Report.

3.2 Becoming an EITI Compliant country

An EITI Candidate is required to produce and publish its EITI Report in accordance with the EITI Requirements. As displayed in Table 2, EITI report-making process involves three steps: data collection; data reconciliation; and publication of the report. For the data collection, the government is required

³⁶For example, the government of Ethiopia’s an unequivocal public statement of its intention to implement the EITI.

³⁷For example, Presidential Decree 99/2012 (14 December 2012) (Myanmar).

³⁸The World Bank, **Implementing the Extractive Industries Transparency Initiative: Applying Early Lessons From the Field**, 1st ed. (Washington DC: The World Bank 2008), p. 11.

to disclose the amount it received from oil and gas development to an independent administrator. On the other hand, the extractive companies are required to disclose the amount it paid to the government to the same independent administrator. As regards reconciliation, the independent administrator is responsible for reconciling the information it collected from the government and extractive companies. Lastly, the MSG is responsible to review and approve the EITI Report.

Table 0: EITI report-making process		
Steps	Activities	Oversighting by the MSG
Data collection	Extractive corporations disclose their payments and the government discloses receipts of revenues to an Independent administrator.	The MSG appoints an Independent administrator.
Reconciling process	An Independent administrator reconciles the payments.	- The MSG reviewing the draft EITI Report.
Production of the report	Including the information as required by the EITI Requirements.	- The MSG approves and publishes the final EITI Report.

The EITI Report produced in compliance with the current EITI Standard does not only display how much the government earned from the petroleum industry, but also other contextual information.³⁹ Contextual information include: description of the legal framework and fiscal regime; an overview of: the extractive industries; the extractive industries' contribution to the

³⁹Peter Eigen, "International Corruption: Organized Civil Society for Better Global Governance," *Social Research* 2013 80(4) (Winter 2013): 1305.

economy; production data; state participation in the extractive industries; revenue allocations and the sustainability of revenues; license registers and license allocations; and any applicable provisions related to beneficial ownership and contracts. The aforesaid contextual information is included to ensure comprehensiveness and usability of the EITI Report by the general public.⁴⁰

4. Usage of the EITI Report

Regarding the EITI Requirements as discussed in the previous section, publication of an EITI – public availability of information on the revenue and the contextual information – is an important outcome of EITI implementation. However, it must be noted that availability of information is the ultimate goal of the EITI, but usage of such information by the public.⁴¹ Publication of an EITI Report does not change how the legal regime governing the petroleum sector works; however, it directly addresses corruption by making the public more informed, thus combating asymmetry of information between the government and the people.

4.1 Tackling a principal-agent problem through information

A more transparent concession awarding process could make it more difficult for state official to act corruptly. Regarding the dictum “*sunlight is the best disinfectant*”,⁴² it is more difficult for government officials to corruptly conclude an agreement with oil companies when the agreement

⁴⁰Clare Short, “The Development of the Extractive Industries Transparency Initiative,” *Journal of World Energy Law and Business* 2014, 7(1) (January 2014): 10.

⁴¹Deval Desai and Michael Jarvis, “Governance and Accountability in Extractive Industries: Theory and Practice at the World Bank,” *Journal of Energy & Natural Resources Law* 2012, 30(2) (June 2012): 108.

⁴²Louis D Brandies, *Other People’s Money and How the Bankers Use It* (New York: Federick A Stoke Company, 1914), p. 92.

will be made publicly accessible.⁴³ A fiscal clause in a petroleum concession that extremely gives favour to the investor as a consequence of a bribe will be subject to the public scrutiny. Concerned citizens and non-governmental governmental organizations with information on fiscal components of petroleum concessions can debate and determine whether a nation is receiving a fair return as well as whether oil companies are plundering the oil resources of the country.⁴⁴

Crucially, an EITI report could be used to expose financial discrepancies in the government's dealings with oil companies, thus exposing the serious systemic corruption often associated with the upstream industry.⁴⁵ Being provided with revenue information, the people and civil society groups can work toward a democratic debate over the effective use and allocation of oil and gas revenues and public finance in order to meet development objectives, improve public services, and redistribute income.⁴⁶ Where no convincing explanation to a discrepancy between receipts and payments can be found, the people would demand the government to explain. Moreover, this more transparent environment would make it more difficult for

⁴³Peter Rosenblum and Susan Maples, **Contracts Confidential: Ending Secret Deals in the Extractive Industries** (New York: Revenue Watch Institute, 2009), p. 17.

⁴⁴David Johnston, "How to Evaluate the Fiscal Terms of Oil Contracts," in **Escaping the Resource Curse**, edited by Macartan Humphreys, Jeffrey D. Sachs and Joseph E. Stiglitz, 1st ed. (New York: Columbia University Press, 2007), p. 55.

⁴⁵Christopher Gilbert Sheldon and others, **Innovative Approaches for Multi-Stakeholder Engagement in the Extractive Industries** (Washington DC: The World Bank, 2013), p. 26.

⁴⁶Virginia Haufler, "Disclosure as Governance: The Extractive Industries Transparency Initiative and Resource Management in the Developing World," **Global Environmental Politics** 2010, 10(3) (August 2010): 59.

governmental officials to mismanage and take personal advantages from oil and gas revenues.⁴⁷

Beyond criticizing the discrepancy, concerned citizens, interested Members of Parliament and non-governmental organisations could formally seek justification from the government for any action they find questionable. For example, NGOs in Myanmar⁴⁸ have started to ask why, at a time when their country is not engaged in a military conflict, the amount of oil revenues spent on military equipment exceeds that for education or basic development. Questions such as these will generate public debate about resource wealth management, based on reliable and comprehensive information. Informed public debate could serve as a tool to provide the people with knowledge of how their resource wealth is managed. What is more, it will allow the people to express their views on how they think their wealth should be managed.

Taking the above discussion into account, publication of an EITI Report should significantly contribute to a decline of corruption in an EITI-implementing country. However, is this expectation statistically proven? The EITI International acknowledged and attempted to answer this question by referring to the Corruption Perception Index (CPI)⁴⁹. A simple hypothesis is that EITI-implementing countries should climb on the CPI. Referring to the 2014 CPI, the EITI International found that most of EITI countries have improved their scores compared to the 2013 CPI, especially Afghanistan, CÔte d'Ivoire,

⁴⁷Alexandra Gillies, "Reputational Concerns and the Emerge of Oil Sector Transparency as an International Norm," *International Studies Quarterly* 2010, 54(1) (March 2010): 103.

⁴⁸Myanmar was accepted as an EITI Candidate at the International EITI Board meeting on 2 July 2014.

⁴⁹First launched by an international NGO called Transparency International in 1995, the CPI is a ranking of countries according to the extent to which corruption is believed to exist. It measures the perceived levels of public sector corruption in 175 countries and territories.

and Mali.⁵⁰ However, four countries including, the Central African Republic, Liberia, Tanzania, and Timor-Leste have received worse scores.⁵¹

While reading any statistic on corruption and transparency, one should keep in mind that there is neither single nor straightforward remedy to corruption associated with the petroleum sector. In addition to implementation of the EITI, there are a wide range of factors contributing to level of corruption in the petroleum industry of one country, such as poor rule of law, culture of corruption, and even democratisation.⁵² Given this complexity, implementation of the EITI in one country might or might not contribute to a better rank in the CPI.

4.2 Practical challenges of transparency

The previous section suggests that EITI implementation in one country inevitably involves participations of the public, the host government, and the operating oil companies. However, in reality, these stakeholders might not perform their roles as ideally expected by the EITI Standard. On the one hand, the public might lack awareness or understanding on the petroleum industry. On the other hand, the host government as well as the operating oil companies might perceive the EITI disclosures as a threat to security, sovereignty, and business confidentiality.

4.2.1 Usage of the EITI Report by the public

Ability of the concerned citizens to comprehend and use the information is always a challenge of the EITI regime. In developing countries, it might be difficult to expect citizens living in a poor country where most people are suffering poverty to pay attention to complex oil revenue-related

⁵⁰Pablo Valverde, **The 2014 Corruption Perception Index. How have EITI countries fared?** [Online], available URL: <https://eiti.org/blog/2014-corruption-perception-index-how-have-eiti-countries-fared>: EITI, 2014 (December, 16).

⁵¹Ibid.

⁵²Dawit Kiros Fantaye, "Fighting corruption and embezzlement in Third World countries," **Journal of Criminal Law** 2004, 68(2) (April 2004): 170.

information and calling for better governance.⁵³ While collecting the Liberian's and Timorese's attitudes towards the EITI, O'Sullivan faced the question asking what is the relevance of the information provided by the EITI to citizens who are mostly living on or close to the poverty line and whose attention is restricted to only their daily needs?⁵⁴

However, it must be noted that the users of the EITI Report are not restricted only to citizens, but also include members of the Parliament, the media, and members of NGOs. These actors tend to be more knowledgeable about and more familiar with the petroleum sector than laypersons. They can simplify highly-technical issue for example, how fiscal clauses in a petroleum concession work. Moreover, being provided with the revenue and the contextual information, they can initiate a campaign against wasteful spending of petroleum revenues by the government. These activities could facilitate public debates over the effective use and allocation of petroleum revenues as well as raise the public awareness of corruption associated with the petroleum sector.

Even if the concerned citizens and other actors are capable of comprehending the report and criticizing the government, corruption in the petroleum sector might not still effectively tackled if the government is not dependent of the people. Publication of the EITI Report would not deliver the desired outcome in conditions where an unpopular and corrupt government retains power because the people do not have the political capacity to replace it. For example, an EITI Report might bring to light the government's failure to spend on basic public services. The same report could reveal that large amounts of oil and gas revenues are missing from the state's accounts. In these conditions an EITI Report would simply inform powerless citizens that

⁵³Diarmid O' Sullivan, **What's the point of transparency** [Online], available URL: <http://www.publishwhatyoupay.org/resources/whats-point-transparency>: Publish What You Pay, 2013 (May, 21).

⁵⁴Ibid.

their rulers are benefiting at their expense.⁵⁵ If the government does not get its mandate to rule from the people, it might have limited incentive to act for their benefit. This implies that practical impacts of EITI implementation in one country also rely on democratization.

4.2.2 Disclosure as a threat to security, management, and business confidentiality

Disclosure of petroleum revenues accruing to the host government in conjunction with details of exploration and production projects could be perceived as a threat to security and management of petroleum wealth. The American Petroleum Institute (API) claimed that disclosure of payments at the project level could provide significant information to aid organisations seeking to cause economic harm and destabilise a government by targeting economically important projects.⁵⁶ Moreover, some governments could view the EITI disclosure as an intervention to its sovereign power to manage petroleum revenues. For example, officials from Equatorial Guinea say they can use oil money as they see fit.⁵⁷ Hence, the EITI disclosures would act as interference to this management by allowing the public or staffs of NGOs to criticise or even influence usage of petroleum revenues.

This article, however, finds the abovementioned claims unconvincing. Firstly, some oil companies such as, Tullow Oil Plc and Statoil

⁵⁵Susan Rose-Ackerman, “The Challenge of Poor Governance and Corruption,” *DIREITO GV Law Review Especial* 2005, 1 (November 2005): 243.

⁵⁶Kyle Isakower and Patrick T. Mulva, **Letter to SEC Re: Dodd-Frank Act – Section 1504: Disclosure of Payments by Resource Extraction Issuers** [Online], available URL: <https://www.sec.gov/comments/df-title-xv/specialized-disclosures/specializeddisclosures-27.pdf>: U.S. Securities and Exchange Commission, 2010 (October, 12).

⁵⁷Andreanna M. Truelove, “Oil, Diamonds, and Sunlight: Fostering Human Rights Through Transparency in Revenues From Natural Resources,” *Georgetown Journal of International Law* 2003-2004, 35 (December 2002): 149. United States Department of State, **United States G8 Partnership with Myanmar on Extractives** [Online], available URL: <http://www.state.gov/e/enr/rls/210632.htm?goMobile=0>: United States Department of State 2013 (June, 2013).

have asserted that disclosure of payment at the project level is not harmful. In 2013, Tullow Oil Plc voluntarily disclosed what it paid to the host governments at the project level.⁵⁸ Since the disclosure, there has been no evidence of any harm to security of the reported projects. Secondly, inference by the public especially, the concerned citizens are very justifiable. It is worth to stress that the state and its officials exploit and manage petroleum wealth on behalf and for sustainable benefits of the people. If this position is accepted, it will be irrational to prohibit the concerned citizens – the real owner of the resources – from expressing how they think that their petroleum resources and wealth shall be managed by their agents. In this regard, a claim to non-interference that is based on sovereign power of the state should be deemed unconvincing.

In addition, there is a legal challenge stemming from a potential clash between transparency promotion and confidentiality protection.⁵⁹ The government or an oil company could claim that disclosure and publication of information relating to petroleum exploration and production might detrimentally affect the viability of petroleum business.⁶⁰ As such, there emerges a task to strike a balance between the legitimate commercial concerns and the necessity to promote transparency.⁶¹ To answer this controversial question, it is necessary to define the data and information that legitimately deserve confidentiality protection.

⁵⁸Tullow Oil PLC, **Creating Shared Prosperity through Transparency** [Online], available URL: https://www.tulloil.com/Media/docs/defaultsource/5_sustainability/tulloil_2013_transparency_report.pdf?sfvrsn=4:Tullow Oil PLC: Tullow Oil PLC, 2014 (March, 24).

⁵⁹Bronwen Morgan and Karen Yeung, **An introduction to law and regulation: text and materials**, 1st ed. (New York: Cambridge University Press, 2007), p. 97.

⁶⁰Joseph E. Stiglitz, **Making Globalization Work**, 1st ed. (The United States: Penguin Books, 2006), p. 152.

⁶¹Philip Swanson, Mai Oldgard and Leiv Lunde, “Who Gets the Money? Reporting Resource Revenues” in **Natural Resources and Violent Conflicts: Options and Actions**, edited by Ian Bannon and Paul Collier, 1st ed. (Washington DC: The World Bank 2003), p. 49.

In brief, confidential information in the petroleum industry is for example technological and innovative information relating to oil exploration and production.⁶² Disclosure of the aforesaid information will cause substantial competitive harm to oil companies. Taking this finding into account, this article is of the view that the EITI disclosure does not infringe legitimate confidentiality protection. This is because the EITI Requirements do not require inclusion of any technological and innovative information relating to oil exploration and production. Even if there is a claim for protection of business confidentiality, Joseph E. Stiglitz interestingly opined that: “*The citizens’ right to know should trump any claims to business confidentiality.*”

5. Legal nature of the EITI Requirements

As discussed in the previous section, the EITI and its requirements were formulated and have been developed by a private association under the Norwegian law. The EITI Requirements are therefore not enacted by a sovereign. Based on the voluntary approach, they lack legally-binding effect and do not call for promulgation of reporting laws and regulations. In addition, it must be noted that an EITI-implementing country can abandon the initiative without being held liable.⁶³ Taking this nature of the EITI Requirements into account, some lawyers – especially those strongly believing in black-and-white distinction of law and non-law – can reasonably argue that the EITI Requirements not qualified as “law”. These requirements

⁶²Martin Ewan, “Law and Technology in the Oilfield,” in **Oil and Gas Law: Current Practice and Emerging Trends**, edited by Greg Gordon, John Paterson, and Emre Üşenmez, 2nd ed., (Dundee: Dundee University Press, 2011), pp. 500-502.

⁶³Bede Nwete, “Corporate Social Responsibility and Transparency in the Development of Energy and Mining Projects in Emerging Markets; Is Soft Law the Answer?,” **German Law Journal** 2007, 8(1) (January 2007): 327.

are too “soft”⁶⁴ and as such might not be capable of legally influencing disclosure. However, this article argues that the EITI Requirements are qualified as “soft law” and practically workable.

5.1 The EITI Requirements as soft law

Hard law is always binding.⁶⁵ It normally has enforcement mechanisms and appropriate sanctions for abuse.⁶⁶ However, in the twenty-first century, legal studies have extended their scope to non-binding and unenforceable documents or instruments, commonly referred to as soft law.⁶⁷ Despite having no universally accepted definition,⁶⁸ soft law is usually referred to as any written international instrument, other than a treaty, containing principles, norms, standards, or other statements of expected behaviour.⁶⁹ Soft law promotes the norms that are believed to be good and which therefore should have general or universal application.⁷⁰ The term “law” in the context of “soft law” implies the fact that at issue must be rules of

⁶⁴Thomas N. Hale, “Transparency, Accountability, and Global governance,” *Global Governance* 2008, 14(1) (January-March 2008): 74.

⁶⁵Alan Boyle, “Soft Law in International Law-Making,” in *International law edited by Malcolm D. Evans*, 3rd ed. (New York: Oxford University Press, 2010), 124.

⁶⁶Adefolake Adeyeye, “Corporate responsibility in international law: which way to go?,” in *Singapore Year Book of International Law*, edited by C.L. Lim and Joel Lee, 1st ed. (Singapore: National University of Singapore, 2007), p. 148.

⁶⁷Gregory C. Shaffer and Mark A. Pollack, “Hard vs. Soft Laws: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance,” *Minnesota Law Review* 2010, 94(1) (November 2010): 712.

⁶⁸Cynthia Crawford Lichtenstein, “Hard Law v. Soft Law: Unnecessary Dichotomy?,” *The International Lawyer* 2001, 35(1) (Spring 2001): 1433.

⁶⁹Dinah Shelton, “Soft law,” in *Routledge Handbook of International Law*, edited by David Armstrong, 1st ed. (Oxford: Routledge, 2011), p. 69.

⁷⁰Anthony Aust, *Handbook of International Law*, 6th ed (New York: Cambridge University Press 2010), p. 11

conduct.⁷¹ A rule of conduct that is qualified as soft law requires the state's consent to the norm.⁷² Joseph Gold noted that the essential ingredient of soft law is “*an expectation that the states accepting these instruments will take their content seriously and will give them some measure of respect*”⁷³ This consent gives the soft law an authoritative basis.

Taking elements of soft law into account, this article is of the view that EITI Requirements as stipulated in the EITI Standard are correctly qualified as soft law as displayed in Table 3 below. They codify how and to what extent a country should publish information about its extractive industries and, therefore, act as a code of conduct for extractive industries transparency. Adoption and implementation of the EITI depends on the state's consent. Importantly, compliance with the EITI Requirements is fundamentally voluntary rather than mandatory.

⁷¹Linda Senden, **Soft Law in European Community Law**, 1st ed. (Oregon: Hart Publishing, 2004), p. 112.

⁷²Lili Jiang, “An Evaluation of Soft Law as Method for Regulating Public Procurement from a Trade Perspective,” (PhD Thesis, University of Nottingham 2009), p. 10.

⁷³Joseph Gold, “Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements,” **American Journal of International Law** 1983, 77(3) (July 1983): 443.

Legal quality of soft law		EITI Requirements
Being rules of conduct	Promoting or influencing norms that are believed to be good	Rules on extractive industries transparency to be adhered by countries implementing the EITI
	Types of soft law instruments	Recommendations that have considerable impacts in terms of international practice passed by NGO
State's consent	State's consent to respect the norms	Unequivocal state's intention to adopt and adherence to the EITI Requirements
	Lacking legally-binding effect	No legally-bind effects

5.2 Practical advantages of the soft law approach

Given the soft law nature of the EITI Requirements, implementation of the EITI and production of EITI Reports in one country are fundamentally based on the state's voluntary participation. In the other words, promotion of transparency through the EITI approach relies heavily on state's willingness to be more transparent. Taking this reliance into account, it could be asked whether a soft law instrument like the EITI could actually attract petroleum-producing countries and extractive corporations to participation in the EITI and comply with the EITI requirements.

As regards state's participation and compliance, the EITI is practically workable approach because of its moral authority. It is reasonable

to argue that a sovereignty state is free to adopt or ignore soft law requirements of the EITI.⁷⁴ However, this sovereign power has been challenged by moral pressure or authority generated by the EITI.⁷⁵ In reality, states might face moral pressure urging the state to adopt the EITI. The said moral pressure is generated by, for example, unfavorable comparisons being drawn with compliant countries. After the launch of the EITI, there are now two groups of countries: those willing to comply with the EITI principles and requirements; and those ignoring them. There are therefore strong incentives for governments not to reveal themselves as being in the latter category. In addition to the moral authority *per se*, a petroleum-producing country might be urged by foreign country to adopt the EITI for example Myanmar.⁷⁶ As of October 2015, there are 48 of EITI-implementing countries.⁷⁷ There are 31 countries that are compliant with the EITI Requirements. There are 39 countries that have published revenues. These numbers prove that the EITI is capable of attracting states to join. Moreover, it proves that the EITI Requirements are practically adhered to, despite having no legally-binding effect.

As regards corporations' participation and compliance, the EITI Requirements could ultimately compel extractive corporations to make their report. Operating oil companies not only have to comply with the hard law, but also frequently with the host government's demands. Peter Eigen clearly pointed out that, at the international level, a government is free to choose to

⁷⁴Peter Eigen, "Fighting Corruption in a Global Economy: Transparency Initiatives in the Oil and Gas Industry," *Houston Journal of International Law* 2007, 29(2) (Winter 2007): 337.

⁷⁵Gilles Carbonnier, Fritz Brugger and Jana Krause, "Global and Local Policy Responses to the Resource Trap," *Global Governance* 2011, 17(2) (April-June 2011): 251.

⁷⁶United States Department of State, **United States G8 Partnership with Myanmar on Extractives** [Online], available URL: <http://www.state.gov/e/enr/rls/210632.htm?goMobile=0>: United States Department of State 2013 (June, 2013).

⁷⁷EITI, **EITI Countries** [Online], available URL: <https://eiti.org/countries>: EITI, 2015 (October).

adopt the EITI or not. If it chooses to adopt the EITI, it will be required by the implementing process to disclose specified information. Apart from ensuring its own compliance, the government will also need to ensure that all companies active within its borders submit their data to the independent administrator/auditor of the scheme. Eigen, therefore, concluded that: “*if a country complies with the EITI Criteria it is not voluntary for a company to participate*”. Therefore, not only can the government demand secrecy, it can also demand transparency. In this regard, it is not a hard law that substantially dictates a transparency practice,⁷⁸ but the physical reality of petroleum resources.

6. Conclusion

Given functions of the EITI and legal quality of the EITI Requirements, this article is of the view that a soft law instrument is capable of promoting of transparency in the petroleum sector. The EITI Requirements, as a kind of soft law instruments, do neither rely on legally-binding effect nor coercive force to urge the government, but moral authority or pressure at the international level. At the national level, extractive corporations are likely to support the government’s decision to implement the EITI. ‘An outcome of EITI implementation – the EITI Report – is capable of directly tackling opacity of petroleum industry and its revenue management, which acts as one driving reason behind corruption in the petroleum sector. In this more transparency environment, it is more difficult for corrupt state officials and politicians to act opportunistically and corruptly. The court-inflicted penalties need not be severe because the power of deterrence in this case is likely to come predominantly from citizens.

However, it should be note that the EITI and its transparency regime are not a magical solution to corruption in the petroleum sector. In reality,

⁷⁸Terence Daintith, “The Techniques of Government,” **The Changing Constitution**, edited by Jeffrey Jowell and Dawn Oliver, 3rd ed. (Oxford: Clarendon Press 1994), p. 209.

successful implementation of the EITI also relies on other factors such as usage of the information by the public and dependency of the government on their citizens. On the one hand, public availability of the information – in the other words transparency – is not capable of combating or deterring corruption associated with the petroleum sector unless the information is utilized by the public. However, the term “public” in this context does not only include concerned citizens, but also members of the Parliament, NGOs, and the media. These actors could help simplifying the EITI Report and facilitating public debate over the effective use and allocation of petroleum revenues. On the other hand, if the government does not get its mandate to rule from the people, it might have limited incentive to act for their benefit. This implies that practical impacts of EITI implementation in one country also rely on democratization.

Bibliography

- Adeyeye, Adefolake. "Corporate responsibility in international law: which way to go?." in **Singapore Year Book of International Law**. Edited by C.L. Lim and Joel Lee. 1st ed. Singapore: National University of Singapore, 2007.
- Aust, Anthony. **Handbook of International Law**. 6th ed. New York: Cambridge University Press 2010.
- Barma, Naazeen H., and others. **Rents to Riches: The Political Economy of Natural Resource-Led Development**. 1st ed. Washington DC: The World Bank, 2012.
- Bartlett, Sam and Dyveke Rogan (eds). **The EITI Standard** [Online]. Available URL: https://eiti.org/files/English_EITI_STANDARD.pdf:EITI, 2015 (January 1).
- Boyle, Alan. "Soft Law in International Law-Making." in **International law edited by Malcolm D. Evans**. 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2010.
- Brandies, Louis D. **Other People's Money and How the Bankers Use It**. New York: Federick A Stoke Company, 1914.
- Carbonnier, Gilles, Fritz Brugger and Jana Krause. "Global and Local Policy Responses to the Resource Trap." **Global Governance** 2011, 17(2) (April-June 2011): 251.
- _____. "Introduction: the Global and Local Governance of Extractive Resources." **Global Governance** 2011, 17 (April-June 2011): 142.
- Collier, Paul. "Laws and Codes for the Resource Curse." **Yale Human Rights & Development Law Journal** 2008, 11 (March 2008): 5.
- Cramton, Peter. "How Best to Auction Oil Rights." in **Escaping the Resource Curse**. Edited by Macartan Humphreys, Jeffrey D. Sachs and Joseph E. Stiglitz. 1st ed. New York: Columbia University Press, 2007.
- Daintith, Terence. "The Techniques of Government." **The Changing Constitution**. Edited by Jeffrey Jowell and Dawn Oliver. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press 1994).

- Desai, Deval and Michael Jarvis. "Governance and Accountability in Extractive Industries: Theory and Practice at the World Bank." **Journal of Energy & Natural Resources Law** 2012, 30(2) (June 2012): 108.
- Dietsche, Evelyn. "Sector Legal Frameworks and Resource Property Rights." in **Global Resources: Conflict and Cooperation**. Edited by Wojciech Ostrowski and Roland Dannreuther. 1st ed. Hampshire:Palgrave Macmillan, 2013The Constitution of Myanmar (2008).
- Easo, Jubilee. "Licenses, concessions, production sharing agreements and service contracts." in **Oil and Gas: A Practical Handbook**. Edited by Geoffrey Picton-Turbervill 1st ed. London: Globe Business Publishing Ltd 2009.
- Eigen, Peter. "A Coalition to Combat Corruption: TI, EITI, and Civil Society." in **Corruption, Global Security, and World Order**. Edited by Robert I. Rotberg 1st ed. Massachusetts: Brookings Institution Press, 2009.
- _____. "Fighting Corruption in a Global Economy: Transparency Initiatives in the Oil and Gas Industry." **Houston Journal of International Law** 2007, 29(2) (Winter 2007): 337.
- _____. "International Corruption: Organized Civil Society for Better Global Governance." **Social Research** 2013 80(4) (Winter 2013): 1305.
- EITI. **EITI Countries** [Online]. Available URL: <https://eiti.org/countries>: EITI, 2015 (October).
- Ewan, Martin. "Law and Technology in the Oilfield." in **Oil and Gas Law: Current Practice and Emerging Trends**. Edited by Greg Gordon, John Paterson, and Emre Üşenmez. 2nd ed. Dundee: Dundee University Press, 2011.
- Fantaye, Dawit Kiros. "Fighting corruption and embezzlement in Third World countries." **Journal of Criminal Law** 2004, 68(2) (April 2004): 170.
- Genasci, Matthew and Sarah Pray. "Extracting Accountability: The Implications of the Resource Curse for CSR Theory and Practice." **Yale Human Rights and Development Journal** 2008, 11(1) (2008): 49.

- Gillies, Alexandra. "Reputational Concerns and the Emerge of Oil Sector Transparency as an International Norm." **International Studies Quarterly** 2010, 54(1) (March 2010): 103.
- Gold, Joseph. "Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements." **American Journal of International Law** 1983, 77(3) (July 1983): 443.
- Hale, Thomas N. "Transparency, Accountability, and Global governance." **Global Governance** 2008, 14(1) (January-March 2008): 74.
- Haufler, Virginia. "Disclosure as Governance: The Extractive Industries Transparency Initiative and Resource Management in the Developing World." **Global Environmental Politics** 2010, 10(3) (August 2010): 59.
- Human Rights Watch, **Transparency and Accountability in Angola: An Update** [Online]. Available URL: http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/angola0410_webwcover_1.pdf: Human Rights Watch, 2010 (April).
- Isakower, Kyle and Patrick T. Mulva. **Letter to SEC Re: Dodd-Frank Act – Section 1504: Disclosure of Payments by Resource Extraction Issuers** [Online]. Available URL: <https://www.sec.gov/comments/df-title-xv/specialized-disclosures/pecializeddisclosures-27.pdf>: U.S. Securities and Exchange Commission, 2010 (October, 12).
- Ite, Uwem E. "Poverty Reduction in Resource-Rich Developing Countries: What have Multinational Corporations Got to Do with It?." **Journal of International Development** 2005, 17(7) (September 2005): 919.
- Jiang, Lili. "An Evaluation of Soft Law as Method for Regulating Public Procurement from a Trade Perspective." PhD Thesis, University of Nottingham 2009.
- Johnston, David. "How to Evaluate the Fiscal Terms of Oil Contracts." in **Escaping the Resource Curse**. Edited by Macartan Humphreys, Jeffrey D. Sachs and Joseph E. Stiglitz. 1st ed. New York: Columbia University Press, 2007.
- Karl, Terry Lynn. "Ensuring Fairness: The Case for a Transparent Fiscal Social Contract." in **Escaping the Resource Curse**. Edited by Macartan Humphreys, Jeffrey D. Sachs and Joseph E. Stiglitz. 1st ed. New York: Columbia University Press, 2007.

- Kolstad, Ivar and Arne Wiig. "Is Transparency the Key to Reducing Corruption on Resource-Rich Countries?." **World Development** 2009, 37(3) (March 2009): 522.
- Kolstad, Ivar and Tina Søreide. "Corruption in natural resource management: Implications for policy makers." **Resources Policy** 2009, 34(4) (December 2009): 221.
- Lichtenstein, Cynthia Crawford. "Hard Law v. Soft Law: Unnecessary Dichotomy?." **The International Lawyer** 2001, 35(1) (Spring 2001): 1433.
- Maldonado, Patricio and Gerardo D. Berthin. "Transparency and Developing Legal Frameworks to Combat Corruption in Latin America." **Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas** 2004, 10 (2004): 244.
- Morgan, Bronwen and Karen Yeung. **An introduction to law and regulation: text and materials**. 1st ed. New York: Cambridge University Press, 2007.
- Nakhle, Carole. **Petroleum Taxation Sharing the Oil Wealth: A Study of Petroleum Taxation Yesterday, Today and Tomorrow**. 1st ed. Oxford: Routledge, 2008.
- Nwete, Bede. "Corporate Social Responsibility and Transparency in the Development of Energy and Mining Projects in Emerging Markets; Is Soft Law the Answer?." **German Law Journal** 2007, 8(1) (January 2007): 327.
- O' Sullivan, Diarmid. **What's the point of transparency** [Online]. Available URL: <http://www.publishwhatyoupay.org/resources/whats-point-transparency>: Publish What You Pay, 2013 (May, 21).
- Ölcer, Dilan. **Extracting the Maximum from the EITI** [Online]. Available URL: <http://www.oecd.org/dev/42342311.pdf32>: OECD Development Centre, 2009 (February).
- Open Society Institute. **Legal Remedies for the Resource Curse**. 1st ed. New York: Open Society Institute, 2005.; and James Van Alstine. "Transparency in Resource Governance: The Pitfalls and Potential of "New Oil" in Sub-Saharan Africa." **Global Environmental Politics** 2014, 14(1) (February 2014): 34. For laws and regulations please see for example: Section 1504(q) of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010 (United States).

- Presidential Decree 99/2012 (14 December 2012) (Myanmar).
- Radon, Jenik. "How to Negotiate an Oil Agreement." in **Escaping the Resource Curse**. Edited by Macartan Humphreys, Jeffrey D. Sachs and Joseph E. Stiglitz, 1st ed. New York: Columbia University Press, 2007.
- Rose-Ackerman, Susan. "The Challenge of Poor Governance and Corruption." **DIREITO GV Law Review Especial** 2005, 1 (November 2005): 243.
- Rosenblum, Peter and Susan Maples. **Contracts Confidential: Ending Secret Deals in the Extractive Industries**. New York: Revenue Watch Institute, 2009.
- Ross, Michael L. **The Oil Curse: How Petroleum Wealth Shapes the Development of Nations**. 1st ed. New Jersey: Princeton University Press, 2012.; Nico Schrijver. **Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties**. 1st ed. New York: Cambridge University Press, 1997.
- _____. "Will Oil Drown the Arab Spring: Democracy and the Resource Curse." **Foreign Affairs** 2011, 2 (September/October 2011): 3.
- Scott C. Styles, "Joint Operating Agreements" in **Oil and Gas Law: Current Practice and Emerging Trends**, edited by Greg Gordon, John Paterson, and Emre Üşenmez, 2nd ed. (Dundee: Dundee University Press, 2011), p. 359.
- Senden, Linda. **Soft Law in European Community Law**. 1st ed. Oregon: Hart Publishing, 2004.
- Shaffer, Gregory C. and Mark A. Pollack. "Hard vs. Soft Laws: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance." **Minnesota Law Review** 2010, 94(1) (November 2010): 712.
- Shaxson, Nicholas. "Oil, corruption and the resource curse." **International Affairs** 2007, 83 (October 2007): 1125; Charles McPherson and Stephen MacSearraigh. "Corruption in the Petroleum Sector." in **The Many Faces of Corruption: Tracking Vulnerabilities at the Sector Level**. Edited by J. Edgardo Campos and Sanjay Pradhan, 1st ed. Washington DC: The World Bank 2007.

- Sheldon, Christopher Gilbert and others. **Innovative Approaches for Multi-Stakeholder Engagement in the Extractive Industries**. Washington DC: The World Bank, 2013.
- Shelton, Dinah “Soft law.” in **Routledge Handbook of International Law**, edited by David Armstrong. 1st ed. Oxford: Routledge, 2011.
- Short, Clare. “The Development of the Extractive Industries Transparency Initiative.” **Journal of World Energy Law and Business** 2014, 7(1) (January 2014): 10.
- Smith, Ernest E. and others. **International Petroleum Transactions**, 3rd ed. (Colorado: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2010), pp. 415-417.
- Stevens, Paul and Evelyn Dietsche. “Resource curse: An analysis of causes, experiences and possible ways forwards.” **Energy Policy** 2007, 36(1) (November 2007): 57.
- Stiglitz, Joseph E. **Making Globalization Work**. 1st ed. The United States: Penguin Books, 2006.
- Strøm, Kaare. “Delegation and accountability in parliamentary democracies.” **European Journal of Political Research** 2000, 37(3) (September 2003): 270; Michael Ross. “The Natural Resource Curse: How Wealth Can Make You Poor.” in **Natural Resources and Violent Conflicts: Options and Actions**. Edited by Ian Bannon and Paul Collier, 1st ed. Washington DC: The World Bank 2003.
- Sunley, Emil M., Thomas Bausgaard and Dominique. “Revenue from the Oil and Gas Sector: Issues and Country Experience.” in **Fiscal Policy Formulation and Implementation in Oil-Producing Countries**. Edited by J.M. Davis, R. Ossowski and A. Fedelino 1st ed. Washington D.C.: International Monetary Fund 2003.
- Swanson, Philip, Mai Oldgard and Leiv Lunde. “Who Gets the Money? Reporting Resource Revenues.” in **Natural Resources and Violent Conflicts: Options and Actions**. Edited by Ian Bannon and Paul Collier. 1st ed. Washington DC: The World Bank 2003.

- Taverne, Bernard. **Petroleum, Industry and Governments: An Introduction to Petroleum Regulation, Economics and Government Policies**. 1st ed. London: Kluwer Law International 1999.
- The Constitution of Timor-Leste.
- The Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010 (United States).
- The Petroleum Act, B.E. 2514 (1971) (Thailand).
- The World Bank. **Implementing the Extractive Industries Transparency Initiative: Applying Early Lessons From the Field**. 1st ed. Washington DC: The World Bank 2008.
- Truelove, Andreanna M. "Oil, Diamonds, and Sunlight: Fostering Human Rights Through Transparency in Revenues From Natural Resources." **Georgetown Journal of International Law** 2003-2004, 35 (December 2002): 149. United States Department of State. **United States G8 Partnership with Myanmar on Extractives** [Online]. Available URL: <http://www.state.gov/e/enr/rls/210632.htm?goMobile=0>: United States Department of State 2013 (June, 2013).
- Tullow Oil PLC. **Creating Shared Prosperity through Transparency** [Online]. Available URL: https://www.tulloil.com/Media/docs/defaultsource/5_sustainability/tullow_2013_transparency_report.pdf?sfvrsn=4: Tullow Oil PLC: Tullow Oil PLC, 2014 (March, 24).
- United States Department of State. **United States G8 Partnership with Myanmar on Extractives** [Online]. Available URL: <http://www.state.gov/e/enr/rls/210632.htm?goMobile=0>: United States Department of State 2013 (June, 2013).
- Valverde, Pablo. **The 2014 Corruption Perception Index. How have EITI countries fared?** [Online]. Available URL: <https://eiti.org/blog/2014-corruption-perception-index-how-have-eiti-countries-fared>: EITI, 2014 (December, 16).

- Wang, Hongying and James N. Rosenau. "Transparency International and Corruption as an Issue of Global Governance." **Global Governance** 2001, 7(1) (January 2001): 26.
- Wenar, Leif. "Property Rights and the Resource Curse." **Philosophy & Public Affairs** 2008, 36(1) (April 2008): 9.

Critically assess the Generalised System of Preferences as a response to the needs and aspirations of developing states

Pavit Chaiyudhanaporn

Critically assess the Generalised System of Preferences as a response to the needs and aspirations of developing states

ภาวิต ชัยยุทธนาภรณ์*
Pavit Chaiyudhanaporn

Abstract

This article will briefly explain the Description of the Generalised System of Preferences (GSP). Moreover, it will discuss the Economic Effects of the GSP. The question arises whether the GSP will successful or deficient instrument of development cooperation economic. Furthermore, the ambiguity of the Enabling Clause which is the heart of the GSP schemes, especially in the context ‘generalized, non-reciprocal and non-discriminatory’ will be analysed. Finally, this article will answer the question why GSP became a significant mechanism to serve the needs of developing countries.

* อัยการประจำสำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีอาญา 11.

บทคัดย่อ

บทความนี้ได้อธิบายถึงลักษณะ และหลักการสำคัญของระบบสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไป (GSP) และวิเคราะห์ถึง ผลกระทบทางเศรษฐกิจที่เกิดจากการได้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากร (GSP) ประเด็นที่ถกเถียงกันมีขึ้นว่า มาตรการนี้ถือว่ามีส่วนส่งเสริมอัตราการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมหรือไม่ นอกจากนี้ บทความนี้ยังได้กล่าวถึงปัญหาความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติว่าด้วยการอนุญาตให้ปฏิบัติ (Enabling Clause) สุดท้ายบทความนี้ได้ชี้ให้เห็นว่า เหตุใด สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากร จึงเป็นเครื่องมือสำคัญที่สร้างโอกาสให้ประเทศกำลังพัฒนา

คำสำคัญ: ระบบสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไป องค์การการค้าโลก
เศรษฐศาสตร์

Keywords: GSP, WTO, Economic

1. Introduction

Cross border transactions are normal practice in doing business since long time ago. It can provide significant benefit to the development of economic through out the world. However, those transactions are sometime obstructed by trade barriers such as tariff or quantitative restriction. It is understandable that one country chose to protect domestic products by obstructing better or cheaper products from other countries. Nevertheless, those efforts may lead to an adverse effect. It can separate market into fragments. For example, if country A treated products from country B with an adversary manner, then country B is likely to react with the same method. As a result, there will be no cooperation between countries. This will ruin the whole process of international trade around the world.

“The World Trade Organization” (WTO), as well as its predecessor “the General Agreement on Tariffs and Trade” (GATT), is trying to facilitate, supervise, and liberalize international trade. WTO deals with regulation of trade among member countries. It provides a framework for negotiating and formalizing trade agreements, including a dispute resolution process¹. It is proper to say that WTO is the largest and most successful trade organization in the last decade, as having 153 members around the world and representing more than 97% of total world trade². It encouraged a lot of cooperation between countries and promoted the growth of international economy.

One of the most important frameworks of WTO concerns with trade barriers, either tariff or non-tariff. It does not directly interfere with the discretion of each participating country to raise or decrease its barrier, but rather focus on non-discrimination manner in those policies. In other words, a

¹Wikipedia, the free encyclopedia, **World Trade Organization** [Online], available URL: http://en.wikipedia.org/wiki/World_Trade_Organization, 2015 (March, 19).

²Ibid.

WTO member must apply the same conditions on all trade with other WTO members³. For example, if country A granted country B a special favour, it has to do the same for all other WTO members as well. This is so-called the most favoured nation (MFN) rule which can be referred as the heart of the WTO based on a concept of free trade.

However, there are criticisms about the compatibility of WTO's framework toward the nature of developing countries. The small scale of industry and low level of development make it difficult for developed nations to compete under the same rule with the developed world⁴. There were some analysis pointed out that the developing nations were suffering from trade deficits and were losing under the GATT⁵. Whether free trade is the best way to achieve internal growth and development within developing countries was in doubt, since many of their industries still far from effectiveness and their fragile economies may need some protection against fierce competition from the giant transnational companies⁶. Many people even perceive GATT or WTO as the rich man's club designed to serve the interests of the industrialized nations, which developing countries have no choice but to participate in order to get as a good deal as they can⁷.

That is why the trade preferences have been introduced in response to the issue that MFN basis ignored unequal economic realities between developing and developed nations⁸. Its concept is to allow developed nations

³Wikipedia, the free encyclopedia, Ibid.

⁴Paulette Vander Schueren and Michal Cieplinski, "EC generalized system of tariff preferences in the making: Improved market access for developing countries," **International Trade Law and Regulation** 11, 4 (2005): 118-125.

⁵Ibid., p.579.

⁶Ibid., p.582.

⁷Ibid.

⁸Bonapas Francis Onguglo, DEVELOPING COUNTRIES AND UNILATERAL TRADE PREFERENCES IN THE NEW INTERNATIONAL TRADING SYSTEM, in **Trade Rules in the Making: Challenges in Regional and Multilateral Negotiations**, eds. Miguel Rodriguez

to grant special and differential treatments for developing countries, with out doing the same to other developed members, in order to increase their export earnings, promote their industrialization, and accelerate their rates of economic growth⁹. There are a number of preferential trade schemes such as the Caribbean Basin Initiative (CBI), the Andean Trade Preference Act (ATPA), the Canadian Trade, Investment and Industrial Cooperation programme (CARIBCAN), and Lomé Conventions¹⁰. However, the most significant scheme is the Generalised System of Preferences or the GSP. This essay will briefly explain the description of GSP, its effects toward international economy, and its deficiencies that need to be further developed, in order to analyse whether it respond to the needs and aspirations of developing countries.

2. Description of the Generalised System of Preferences (GSP)

The Generalised System of Preferences (GSP) is an exemption from the general rule of WTO, which is the Most Favoured Nation (MFN) principle that obligates WTO member countries to treat the imports of all WTO member countries equally, for example, to impose equal tariffs on them¹¹. In other words, the GSP allows WTO member countries to lowering tariffs for developing countries, or even more favorable treatment to the least developed countries, without doing so for developed nations,. The objectives of the GSP are (a) to increase the export earnings of developing countries, (b) to promote their industrialization, and (c) to accelerate their rates of economic growth. Note that GSP schemes are determined unilaterally by the

Mendoza, Patrick Low and Barbara Kotschwar, (Washington, D.C.: The Brookings Institution Press/Organization of American States, 1999), pp. 109-133.

⁹Ibid.

¹⁰Ibid., pp. 1-2.

¹¹Wikipedia, the free encyclopedia, **Generalized System of Preferences** [Online], available URL: http://en.wikipedia.org/wiki/Generalized_System_of_Preferences, 2015 (March, 23).

preference-giving countries, regarding to extent of preferences, product coverage, and beneficiary countries. The preference-receiving countries does not involve with the determination or modification of the schemes.

The idea of tariff preferences for developing countries was established by United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) in the 1960s. Afterward, the legal framework for the operation of GSP was laid out by the GATT in form of a 10 year waiver to the MFN principle in 1971. In 1979, the GATT finally established a permanent exemption to the MFN obligation by way of the Enabling Clause, which has been using until the present time, to replace with the soon to expire 1971 waiver.

The most important condition when granting the GSP is that such preferential tariff treatment must be in accordance with the ‘generalized, non-reciprocal and non-discriminatory’ requirement. This requirement is intended to ensure that GSP will facilitate and promote the trade of developing countries without raising any barriers to or create undue difficulties for the trade of other contracting parties. The ‘non-discriminatory’ requirement is breached when there is differentiation among similarly situated beneficiaries. However, since economic development needs among developing countries may vary, mere differences in treatment would not necessarily result in discrimination. In other words, the context “non-discriminatory” does not mean that a donor country has to grant identical tariff preferences to all developing countries if such differences are justified by the Enabling Clause. This issue is quite problematic and subject to many criticisms, which will be discussed later in this essay.

Even though the GSP is a permanent exemption from the MFN rule by the existence of the Enabling Clause as already mentioned above, it does not mean that preferences receiving countries will continue to receive special treatment forever. The benefit of the GSP may be withdrawn from specified sectors when such sectors meet certain levels of value of imports and development. This process is commonly referred to as “graduation.”

Moreover, a beneficiary country may graduate as a whole out of the GSP schemes when reaching a certain level of development.

3. Economic Effects of the GSP

3.1 Success of the GSP

The GSP has been in operation for many last decades and proved itself to be a significant instrument of development cooperation. The preferential margins, product coverage and related features have been improved, from time to time, by the preference-giving countries. The reduction or elimination of MFN tariffs actually makes the exports of beneficiaries more competitive with other similar products entering under MFN duties. Prior study showed that the system of preferences have created more favourable market access conditions and gradually promoted the growth of economy in some preference-receiving countries. For example, *“in 1996, the aggregated dutiable imports of the United States from its GSP beneficiaries amounted to US\$ 69.5 billion in current value terms (UNCTAD, 1998). About 24 per cent of that amount (US\$ 16.8 billion) received GSP preferences. In the EU, total dutiable imports from its GSP beneficiaries in 1996 amounted to US\$ 169.6 billion. About 37 per cent of that amount (US\$ 62.5 billion) received GSP preferences.”*

3.2 Deficiencies of the GSP

Even though the GSP does encourage greater export output of the qualified products in beneficiary countries than would be in its absence, it is still far from archiving its full potential. Only few and not the majority of the preference-receiving countries benefit from the schemes. For example, *“neither the OPEC countries nor the Mediterranean countries of Greece, Spain and Portugal benefit from the United States GSP, the European Community (EEC) does not grant preferences to Taiwan or the Mediterranean countries, Japan's beneficiary list is quite broad but Hong Kong comes under special*

*restrictive treatment*¹²”. Some commentator thinks that the GSP schemes, as functioning at the moment, provided a limited benefit to more advanced developing countries and no benefit to the others. Thus, if one really concerns about all developing countries, it would be better to focus on archiving a successful round of MFN tariff reductions than maintaining the existing GSP tariff margins, so that these more advanced countries do not have to sacrifice in favour of the poorer.

Moreover, it is hardly clear about to what extent that the expansion of the industries in beneficiary countries, which will play a significant part in promoting economic growth over the long run, is a result of the GSP arrangements¹³. Since the export activities that the GSP schemes seek to support are usually infant industries which subject to learning experiences, its growth, therefore, can be a result of other external factors rather than the effect of preferences system, especially under many products exclusions and limitations in the GSP schemes (which will be discussed further in the following paragraph.)

Product exclusions in the GSP schemes can be another obstruction that prevents the GSP from serving the needs of developing countries. Not all manufactured products are eligible for GSP tariff treatment. The most important exclusions are agricultural products, fishery items, footwear, and textiles. More precisely, those that classified as sensitive products, which are of export interest to many developing countries, always be excluded from the schemes. However, there is no explicit or uniform standard to identify which products are sensitive. Therefore, the process of identification is very subjective and might be non-transparent.

The limited scope of product coverage may also distort investment decision in beneficiary countries. For example, it may lead to over-investment

¹²Baldwin and Murray, “MFN Tariff Reductions and Developing Country Trade Benefits Under the GSP,” **The Economic Journal** 87, 345 (March 1977): 34.

¹³Grossman and Sykes, “A preference for development: the law and economics of GSP,” **World Trade Review** 4, 1 (March 2005): 41-67.

in the sectors that are eligible for preferential treatment. This is a very undesirable and risky outcome since trade preferences are temporary in its nature. Besides, even though the products are qualified for GSP tariff treatment, there usually be limits on the value of imports that can receive such preferences. Thus, imports in excess of the ceiling limits will be charged normal MFN duties. Products coverage or other conditions can also change overtime. Moreover, there is a possibility that such sectors or the whole country may graduate from the GSP schemes some day. If this happened, the objective of the GSP to encourage investments in the long terms growth would be collapse.

Another issue is that preferential tariff treatment may restrain trade liberalization in beneficiary countries because GSP preferences can reduce the effort of developing countries to lobby for trade liberalization at home to gain market access abroad. In other words, the trade preferences may put developing countries to a form of dependency, not try to pursue for better MFN treatment on their export. This issue lay down a further doubt toward the effectiveness of the GSP, since some study point out that developing countries with more liberal trade policies achieve higher rates of growth and development.

Difficulties to comply with many complicated requirement of the GSP schemes can be defined as another deficiency. For example, many goods imported from developing countries, though qualify for preferences, do not receive them because the complex rules of origins. Such rules define that only products originated in a GSP beneficiary country will benefit from the GSP tariff. It would not be a problem if one product is wholly obtained in the exporting country. Unfortunately, tons of products in business reality these days are manufactured with materials from all over the world. Therefore, it is not easy to determine the origin of any product only in the first glance. There are three measures in the rules of origin which are specific process rules, value-added rules, and change of tariff heading rules. Nevertheless, none of these rules are easy to archive common understanding.

The most important and controversial problem is the ambiguity of the Enabling Clause which is the heart of the GSP schemes, especially in the context ‘generalized, non-reciprocal and non-discriminatory.’ Contrary interpretations of such contexts lead to the problems of how far a donor country can define conditions for developing nations to qualify as preferences receiving countries and to what extent that tariff preferences shall be provided for each of them. It could be seen that the willingness of nations to grant preferences are usually affected by political reasons. For example, some developing countries are not accepted as a recipient of preferences because of different ideology. The use of GSP schemes as a political mechanism may come in the form of additional limitations as to product coverage and beneficiaries or safeguards. Some preferences granting countries try to persuade beneficiary nation to cooperate on various policy by using greater preferences as a reward, or even threaten them with the withdrawal of the GSP. If we take a look at trade preference policies of the U.S. and EU, it could be seen that both systems contain measures that show a significant degree of discrimination and reciprocity, which also far from simply economic issue. For example, the U.S. does foreclose countries that fail to aid in efforts to combat terrorism. With these circumstances, the GSP schemes might be seen as a tool to serve the rich rather than respond to the needs of developing countries.

To clearly understand the problem, it is necessary to study the most controversial WTO case brought by India in 2002 against the EC preference scheme, regarding to impermissible discrimination among developing countries. The key question raised by India is that what type of discrimination is permissible, i.e. must donor nations treat all developing countries identically, or some degree of discrimination is allowed based on differences among recipients?

The European system afforded more generous preferences to the least developed countries, developing nations having adequate measures to protect the environment and labor rights, and 12 nations involved in efforts to combat drug-trafficking. At first, India challenged all above aspects, except

only the least developed countries preferences, before narrowed its complaint to only drug-related issue.

By refer to the Enabling Clause, India alleged that a donor nation must extend its preferences to all developing countries, except only the least developed nation that may receive more favourable treatment. Since drug-related preferences are inconsistency with the provision above, the preferences, therefore, failed to comply with the non-discriminatory requirement under the Enabling Clause and violated GATT Article I (the MFN rule.) Europe preliminarily argued that the Enabling Clause is a separate legal basis from Article I of GATT. The panel, however, held in favour of India on this point by concluded that the Enabling Clause is an exception to the MFN obligation. Beside of that, Europe had three main arguments.

First, it refer to paragraph 3(c) of the Enabling Clause, which states that “3. Any differential and more favourable treatment provided under this clause...(c) shall in the case of such treatment accorded by developed contracting parties to developing countries be designed and, if necessary, modified, to respond positively to the development, financial and trade needs of developing countries’.” Therefore, it is authorized, or even required, by the provision to adjust its preferences so that they can suitably respond to different needs.

Second, Europe argued that the word ‘discrimination’ means arbitrary discrimination among similarly situated entities. In other words, no ‘discrimination’ should be found as long as differences treatments are justified by legitimate objective.

Third, Europe argued that the context ‘developing countries’ in paragraph 2(a) of the Enabling Clause, which states that “2. The provisions of paragraph 1 apply to the following: (a) Preferential tariff treatment accorded by developed contracting parties to products originating in developing countries in accordance with the Generalized System of Preferences...”, does not refer to all developing countries, since the drafters should add the word ‘all’ into the context if they intended to do it that way.

The panel realized that the texts of the Enabling Clause were ambiguous and turns to the context of the treaty text, its object and purpose, and other aids to interpretation. It found that nothing in the negotiating history support discrimination among developing countries and, therefore, the phrase ‘developing countries’ does refer to all developing countries. It also determined that different preferences are not allowed, except only for the least developed countries. The Europe’s suggestion that the differences can be justified by legitimate purpose is not supported by any text or negotiating history at all.

However, the panel findings were reversed by the Appellate Body (AB) in almost every aspect, except only the proposition that the Enabling Clause is an exception to GATT Article I. The AB accepted the European argument that the absence of the word ‘all’ before ‘developing countries’ implies that all developing countries may not be treated identically. Moreover, since developments and needs of developing countries can be varied, donor countries are allowed to treat beneficiary countries differently as long as such differences positively respond to varying development, financial, and trade needs.

Unfortunately, there was no specific finding whether drug-related preferences are qualified as a positive response to ‘development, financial, and trade needs’, since the panel ended its finding to the point that differences are not allowed and the AB held that the preferences failed the non-discrimination test only because the European Community failed to prove that the preferences granted under the Drug Arrangements are available to all beneficiaries that encounter similar drug problem.

It is difficult to say whether the panel or the AB was right since both decisions can be supported by a number of economic and legal reasons. One might be afraid that the main purpose of the UNCTAD negotiation may collapse if developed nations are allowed to freely discriminate among developing countries. The requirement that such differences must ‘positively respond to development, financial, and trade needs’ is not very useful since it is also

ambiguous in its context. Developed nations may, nevertheless, use such authority to justify their discrimination policy. This aspect seems to agree with the panel decision to forbid such different treatments. On the other hand, too tight restriction may discourage developed nations from granting any preferences, since, after all, the GSP benefits are unilateral in its nature that such nations are free to grant or withdraw at any time.

The ambiguity of the Enabling Clause is the root of the problem. It plainly allows nations to grant more favourable tariff treatment to goods from developing countries, without exact definition of elastic words such as ‘discrimination’ or ‘developing countries.’ Is wide range of products exclusions contrary to the ‘generalise’ requirement? To what extent the different treatments among developing countries will amount to ‘discrimination’? What kind of attaching conditions to benefit from the schemes are acceptable as ‘non-reciprocity’? These questions were left without a clear answer.

Furthermore, the AB decision also raised a question of what counts as ‘a development, financial, and trade needs. Many criteria for beneficiary status in modern GSP schemes seem to far from the needs of beneficiary countries. For example, the drug-related preferences in this case seem to exist for the benefit of Europe, which is to reduce the drug problem in their territory, rather than respond to the needs of preferences receiving countries. Moreover, if trade preferences must be adjusted to address various needs of developing countries, it might be appeared that the amount required for each beneficiary country would hardly be the same. If this is the case, what will be the criteria to define such amount? In addition, there are numerous factors that can be qualified as the ‘needs’ of developing countries. What kinds of need that each donor country may choose as a criteria to settle the degree of preferences? If one country can choose whatever need they want while ignore others, it would be very easy to justify their discrimination purpose. One might suggest that it would be better for developing nations to only take what they can get than challenging the GSP schemes which may distort developed nations’ willingness to grant trade preferences. However, if

developing countries have no choice but to comply with the donor nations' policies, would this be qualified as some kind of economic colonialism? Moreover, it is understood that the purpose of WTO is to limit negative externalities resulted from fragmentation of trade policies among countries. That is why the MFN principle has been introduced to limit discriminations to the considerable degree. If the GSP can be used as a tool to make such discriminations become legitimate, would this ruin the whole process? Therefore, the ambiguity of the Enabling Clause needs to be clarified. Otherwise, the gorgeous ambition to constitute the GSP as a 'generalized, non-reciprocal and non-discriminatory' system would barely come true.

4. Conclusion

Even though there are a number of deficiencies in the present GSP schemes, it is clear that the idea of GSP constituted for the great intention to reduce the gap between developing countries and developed world. It is proved that merely MFN provision cannot perfectly respond to the needs of developing nations. Low development of economy does actually make it hard for them to compete in the world market under the same condition. Therefore, the system of preferences became a significant mechanism to solve the problem. Its purpose not only aims to serve the needs of developing countries, but also seeks to archive the growth of world market which will benefit all WTO members. However, because of a number of deficiencies mentioned above, the GSP is still far from its full function. The most important problem is the ambiguity of the Enabling Clause that in urgent need to be clarified. The AB's decision in the mentioned case that donor nations are authorized to grant different treatment to address each developing nations' needs is quite reasonable. However, there should be definite scope of what qualified as 'development, financial, and trade's needs' to prevent any arbitrary measures in one's GSP schemes. It might be true that the GSP is more like a 'gift' since there is no strict obligation for

developed nations to grant any preference, and tight restriction toward the issues of 'non-reciprocity' and 'non-discriminatory' can prevent them from providing such special treatments. Moreover, one might think that there is no point to give out such a 'gift' if they cannot expect any reciprocity at all. However, the key question is whether developed nations think that it worth to give a few donation, which is the GSP schemes, to archive a greater goal such as eliminating the negative externalities. After all, there is no perfect rule in the world, especially in the large stage such as WTO which contains members from different culture, religious, ideology, and etc. What more important is the sincerely between member countries to coordinate and help each other, in order to bring the world market to the splendid destination. Therefore, it is proper to conclude that the GSP, as functioning at the moment, does show some degree of response to the needs and aspirations of developing countries. However, its function is limited by a number of deficiencies mentioned in this essay and need to be further developed.

Bibliography

- Baldwin and Murray. “MFN Tariff Reductions and Developing Country Trade Benefits Under the GSP.” **The Economic Journal** 87, 345 (March 1977): 34.
- Grossman and Sykes. “A preference for development: the law and economics of GSP.” **World Trade Review** 4, 1 (March 2005): 41-67.
- Onguglo Bonapas Francis, DEVELOPING COUNTRIES AND UNILATERAL TRADE PREFERENCES IN THE NEW INTERNATIONAL TRADING SYSTEM. In **Trade Rules in the Making: Challenges in Regional and Multilateral Negotiations**. eds. Miguel Rodriguez Mendoza, Patrick Low and Barbara Kotschwar. Washington, D.C.: The Brookings Institution Press/ Organization of American States, 1999.
- Paulette Vander Schueren and Michal Cieplinski. “EC generalized system of tariff preferences in the making: Improved market access for developing countries.” **International Trade Law and Regulation** 11, 4 (2005): 118-125.
- Wikipedia, the free encyclopedia. **Generalized System of Preferences** [Online]. Available URL: http://en.wikipedia.org/wiki/Generalized_System_of_Preferences, 2015 (March, 23).
- Wikipedia, the free encyclopedia. **World Trade Organization** [Online]. Available URL: http://en.wikipedia.org/wiki/World_Trade_Organization, 2015 (March, 19).

ปัญหาภาษีเงินได้เกี่ยวกับกองทรัสต์เพื่อการลงทุน
ในอสังหาริมทรัพย์

นนทญา สุกจินตวงษ์

ปัญหาภาษีเงินได้เกี่ยวกับกองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์*
Legal Problems of Income Tax on Real Estate
Investment Trusts: REITs

นันทญา สุจินตวงษ์**
Nanthaya Suchintawong

บทคัดย่อ

กองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์หรือกองรีท (Real Estate Investment Trust: REIT) เป็นอีกรูปแบบหนึ่งของการออม การลงทุน และการระดมทุนในตลาดทุน นอกเหนือจากรูปของกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ (Property funds) โดยเงินได้ของผู้ถือหน่วยลงทุนและของกองรีท รวมทั้งผู้รับประโยชน์ทั้งหลาย ต้องได้รับการประเมินภาษีภายใต้ประมวลรัษฎากร นอกจากนี้ การบริหารจัดการกองรีท ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด คือ “พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550” และ “พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535” ประกอบกับกฎหมายลูกอีกหลายฉบับ การศึกษานี้มุ่งเน้นวิเคราะห์ปัญหากฎหมายภาษีที่เกี่ยวข้องกับกองรีท ผลการศึกษาทำให้พบว่าธุรกรรมของกองรีท ก่อให้เกิดปัญหาด้านภาษีอันควรค่าแก่การศึกษาอยู่หลายประการ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาเรื่องหน่วยภาษี ปัญหาการตีความถึงประเภทของเงินได้ตามกฎหมายภาษีที่เกี่ยวข้องกับกองรีท และปัญหาการเรียกเก็บภาษีจากผู้มีเงินได้จากการจัดสรรรายได้จากกองรีท ซึ่งควรต้องได้รับการแก้ไขให้เกิดความชัดเจนและครอบคลุมเพียงพอ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายภาษีและกฎหมายเกี่ยวกับตลาดทุน

* บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง ปัญหากฎหมายภาษีเงินได้เกี่ยวกับกองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เรียบร้อยแล้ว โดยมีคณาจารย์ที่ปรึกษา 2 ท่าน คือ รองศาสตราจารย์ ดร. สุมาลี วงษ์วิทิต และอาจารย์ชินภัทร วิสุทธิแพทย์ ส่วนคณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ 3 ท่าน คือ รองศาสตราจารย์สุชสมัย สุทธิบัติ อาจารย์วสันต์ เทียนหอม และอาจารย์ ดร. พณิต ธีรภาพวงศ์ โดยคณาจารย์ที่ปรึกษาสองท่านดังกล่าวร่วมเป็นคณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ด้วย

** นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

Abstract

Real Estate Investment Trust (REIT) is another form of savings, investment, and funding in a capital market other than the form of property funds that income of the holder of unit trust and REIT including all beneficiaries must be assessed under Revenue Code. Moreover, the management of REIT shall comply with the laws stipulated which are “Trust for Transaction in Capital Market Act B.E. 2550” and “Securities and Exchange Act B.E. 2535” together with other ancillary laws. This research shall focus on problem analysis on tax laws regarding REIT and from the study outcome, we found that transaction of RAIT may result in tax problem which should study in several issues whether in problem on tax unit, problem on interpretation of kinds of income according to tax law relating to REIT, and problem on tax imposition from persons having income from income allocation of REIT that should be amended in order to be clear and comprehensive enough so that it shall comply with the intention of tax law and laws relating to capital market.

คำสำคัญ: กองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายภาษีเงินได้

Keywords : Real Estate Investment Trusts, Income Tax

1. บทนำ

“ภาษีอากร” เป็นการจัดเก็บที่มีลักษณะบังคับตามกฎหมาย (A compulsory levy) โดยหน่วยงานภาครัฐ (Imposed by an organ of government) ซึ่งอาศัยอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย (Legislative jurisdiction) และบังคับใช้กฎหมาย (Enforcement jurisdiction) เพื่อจัดเก็บภาษีในดินแดนของตน¹ และหน้าที่ในการชำระภาษีนั้น ก็เป็นการจ่ายภาษีออกไปให้รัฐ โดยผู้เสียภาษีไม่ได้อะไรกลับมาในทางตรง (For which nothing is received directly in return)² การจัดเก็บภาษีมีฐานภาษี (Tax base) ในการประเมินเป็นเครื่องวัดความสามารถในการเสียภาษีของแต่ละบุคคลแบ่งออกเป็นสี่ฐาน คือ ฐานเกี่ยวกับรายได้ ฐานการบริโภค ฐานความมั่งคั่ง และฐานอื่นๆ ซึ่งฐานภาษีที่เกิดจากเงินได้นั้นครอบคลุมถึงเงินได้ทุกประเภท รวมถึงเงินได้จากการลงทุนด้วย³ ซึ่งที่มาของเงินได้อาจแบ่งออกเป็นเงินได้ที่ได้มาจากการลงแรงหรือการทำงาน (Earning income/Active income) เช่น การรับจ้างทำงาน เปิดร้านขายของ เป็นต้น และเงินได้ที่ไม่ได้มาจากการลงแรงทำงาน แต่ก็มีรายได้เกิดขึ้น (Unlearning income/Passive income) เช่น รายได้จากค่าเช่า การปล่อยเงินกู้ หรือการลงทุนทางอ้อม (Portfolio investment) เช่น ลงทุนในหุ้น พันธบัตร หรือหน่วยลงทุน⁴

การลงทุนทางอ้อมที่เป็นการลงทุนในตลาดทุน จะมีเงินได้ในรูปของเงินกำไรจากการขายหน่วยลงทุนในตลาดทุน หรือเงินปันผล แล้วแต่กรณี ซึ่งเป็นเงินได้ที่จะต้องถูกเก็บภาษีอย่างไรก็ดี สืบเนื่องจากนโยบายกระตุ้นการลงทุนของภาครัฐโดยเฉพาะการลงทุนในรูปของกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ (Property funds) อยู่ภายใต้โครงสร้างกองทุนรวมตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ได้มีการบรรเทาภาระภาษีให้แก่ผู้ถือหน่วยลงทุน แต่เนื่องจากกองทุนรวมประเภทนี้ยังมีข้อจำกัดในการบริหารจัดการให้

¹พนิต ธีรภาพวงศ์, *ภาษีบริษัทข้ามชาติ International Business Taxation*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน), 2552, หน้า 29.

²เรื่องเดียวกัน, หน้า 17.

³สุเมธ ศิริคุณโชติ, *กฎหมายภาษีอากรระหว่างประเทศ*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 2554, หน้า 15.

⁴พนิต ธีรภาพวงศ์, *ภาษีบริษัทข้ามชาติ International Business Taxation*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน), 2552, หน้า 28. และสุเมธ ศิริคุณโชติ, *กฎหมายภาษีอากรระหว่างประเทศ*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 10.

กองทุนรวมเติบโตและสร้างความมั่นใจให้นักลงทุน สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (สำนักงาน ก.ล.ต.) จึงได้เสนอการลงทุนรูปแบบใหม่ขึ้น เรียกว่า “กองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ (กองรีท) (Real Estate Investment Trust: REIT)” มาใช้ในการระดมทุนเพื่อลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ โดยได้ออกกฎหมายสำคัญคือพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 หลังจากนั้นก็ได้ออกประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กข. 8/2552 เรื่องกำหนดประเภทธุรกรรมในตลาดทุนที่ให้ใช้ทรัสต์ได้ เพื่อเป็นการผลักดันให้เกิดความเติบโตแก่กองรีทและสร้างความเชื่อมั่นให้นักลงทุน ทั้งนี้ คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (คณะกรรมการ ก.ล.ต.) ได้กำหนดให้กองรีทต้องขึ้นทะเบียนกับ ก.ล.ต. ด้วย อย่างไรก็ตาม กองรีทเพิ่งเริ่มก่อตั้งมาไม่นานจึงยังมีปัญหาข้อกฎหมายด้านภาษีที่เกี่ยวข้องกับเงินได้ของกองรีทและผู้ถือหน่วยลงทุนอยู่หลายประการ

2. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับภาษีเงินได้อันเกิดจากกอง REIT

2.1 ประมวลรัษฎากร

ประมวลรัษฎากรว่าด้วยภาษีเงินได้ (Income tax) กำหนดให้เรียกเก็บภาษีเงินได้ทั้งจากบุคคลธรรมดา¹ และจากนิติบุคคล² ทั้งนี้ ประเภทของเงินได้พึงประเมินมี 8 ประเภทตามที่กำหนดไว้ในประมวลรัษฎากรมาตรา 40 ที่บัญญัติไว้ว่า “เงินได้พึงประเมินนั้น คือ

¹ได้แก่ บุคคลธรรมดา ห้างหุ้นส่วนสามัญ คณะบุคคลที่มีชื่อนิติบุคคล ผู้ถึงแก่ความตายระหว่างปีภาษี กองมรดกที่ยังไม่ได้แบ่ง โดยจัดเก็บจากเงินได้ของบุคคลทั่วไปหรือจากหน่วยภาษีที่มีลักษณะพิเศษตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งมีเงินได้ถึงเกณฑ์ที่จะต้องเสียภาษีในแต่ละปีภาษี เงินได้อาจมาจากการจ้างงานหน้าที่/ตำแหน่งงานที่ทำจากค่าแห่งกวีตวิลล์/ลิขสิทธิ์/สิทธิอื่น ๆ เงินปี/เงินได้ที่มีลักษณะเป็นเงินรายปีอันได้มาจากพินัยกรรม นิติกรรมอย่างอื่น หรือคำพิพากษา รวมทั้งเงินได้ประเภทดอกเบี้ย เงินปันผล เงินส่วนแบ่งกำไร เงินลดทุน เงินเพิ่มทุน ผลประโยชน์ที่ได้จากการโอนหุ้น เป็นต้น นอกจากนี้ยังรวมถึงเงินได้จากการให้เช่าทรัพย์สิน เงิน/ประโยชน์อื่น ๆ จากวิชาชีพอิสระ จากการรับเหมา และจากการทำธุรกิจด้วย.

²ได้แก่ บริษัท/ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล กิจการซึ่งดำเนินการเป็นทางค้าหรือหากำไรโดยองค์กรต่างประเทศ และกิจการร่วมค้า โดยจัดเก็บจากเงินได้ของนิติบุคคล โดยคำนวณจากกำไรสุทธิที่เกิดจากกิจการ หรือเนื่องจากกิจการที่กระทำในรอบระยะเวลาบัญชี นอกจากนั้นยังคำนวณจากยอดรายได้ก่อนหักรายจ่าย จากเงินได้ที่จ่ายจากหรือในประเทศไทย และจากเงินได้ที่ได้มาจากการจำหน่ายกำไรไปนอกประเทศด้วย (เป็นหลักพิจารณาเบื้องต้นสำหรับการจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลนั้น จัดเก็บจากทั้งกำไร (Profit tax) และส่วนต่างจากทุนหรือผลได้จากทุน (Capital gains tax)).

เงินได้ประเภทต่อไปนี้ รวมตลอดถึงเงินค่าภาษีอากรที่ผู้จ่ายเงินหรือผู้อื่นออกแทนให้สำหรับเงินได้ประเภทต่าง ๆ ดังกล่าว ไม่ว่าในทอดใด

(1) เงินได้เนื่องจากการจ้างแรงงานไม่ว่าจะเป็นเงินเดือน ค่าจ้าง เบี้ยเลี้ยง โบนัส เบี้ยหวัด บำเหน็จ บำนาญ เงินค่าเช่าบ้าน เงินที่คำนวณได้จากมูลค่าของการได้อยู่บ้านที่นายจ้างให้อยู่โดยไม่เสียค่าเช่า เงินที่นายจ้างจ่ายชำระหนี้ใดๆ ซึ่งลูกจ้างมีหน้าที่ต้องชำระ และเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ใดๆ บรรดาที่ได้เนื่องจากการจ้างแรงงาน

(2) เงินได้เนื่องจากหน้าที่หรือตำแหน่งงานที่ทำ หรือจากการรับทำงานให้ไม่ว่าจะเป็นค่าธรรมเนียม ค่านายหน้า ค่าส่วนลด เงินอุดหนุนในงานที่ทำ เบี้ยประชุม บำเหน็จ โบนัส เงินค่าเช่าบ้าน เงินที่คำนวณได้จากมูลค่าของการได้อยู่บ้านที่ผู้จ่ายเงินได้ให้อยู่โดยไม่เสียค่าเช่า เงินที่ผู้จ่ายเงินได้จ่ายชำระหนี้ใดๆ ซึ่งผู้มีเงินได้มีหน้าที่ต้องชำระ และเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ใดๆ บรรดาที่ได้เนื่องจากหน้าที่หรือตำแหน่งงานที่ทำ หรือจากการรับทำงานให้ นั้น ไม่ว่าหน้าที่ หรือตำแหน่งงาน หรืองานที่รับทำให้นั้นจะเป็นการประจำหรือชั่วคราว

(3) ค่าแห่งกิตติคุณ ค่าแห่งลิขสิทธิ์หรือสิทธิอย่างอื่น เงินปี หรือเงินได้มีลักษณะเป็นเงินรายปีอันได้มาจากพินัยกรรม นิติกรรมอย่างอื่น หรือคำพิพากษาของศาล

(4) เงินได้ที่เป็น

(ก) ดอกเบี้ยพันธบัตร ดอกเบี้ยเงินฝาก ดอกเบี้ยหุ้นกู้ ดอกเบี้ยตัวเงิน ดอกเบี้ยเงินกู้ยืมไม่ว่าจะมีหลักประกันหรือไม่ ดอกเบี้ยเงินกู้ยืมที่อยู่ในบังคับต้องถูกหักภาษีไว้ ณ ที่จ่ายตามกฎหมายว่าด้วยภาษีเงินได้ปิโตรเลียมเฉพาะส่วนที่เหลือจากถูกหักภาษีไว้ ณ ที่จ่ายตามกฎหมายดังกล่าว หรือผลต่างระหว่างราคาไถ่ถอนกับราคาจำหน่ายตัวเงินหรือตราสารแสดงสิทธิในหนี้ที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล หรือนิติบุคคลอื่นเป็นผู้ออกและจำหน่ายครั้งแรกในราคาต่ำกว่าราคาไถ่ถอน รวมทั้งเงินได้ที่มีลักษณะทำนองเดียวกันกับดอกเบี้ยผลประโยชน์หรือค่าตอบแทนอื่นๆ ที่ได้จากการให้กู้ยืม หรือจากสิทธิเรียกร้องในหนี้ทุกชนิดไม่ว่าจะมีหลักประกันหรือไม่ก็ตาม

(ข) เงินปันผล เงินส่วนแบ่งของกำไรหรือ ประโยชน์อื่นใดที่ได้จากบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล กองทุนรวม หรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมายโดยเฉพาะของประเทศไทย จัดตั้งขึ้นสำหรับให้กู้ยืมเงินเพื่อส่งเสริมเกษตรกรรม พาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรม เงินปันผลหรือเงินส่วนแบ่งของกำไรที่อยู่ในบังคับต้องถูกหักภาษีไว้ ณ ที่จ่ายตามกฎหมายว่าด้วยภาษีเงินได้ปิโตรเลียมเฉพาะส่วนที่เหลือจากถูกหักภาษีไว้ ณ ที่จ่ายตามกฎหมายดังกล่าว

เพื่อประโยชน์ในการคำนวณเงินได้ตามวรรคหนึ่ง ในกรณีที่ถูกขอด้วยกฎหมายที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะเป็นผู้มีเงินได้ และความเป็นสามีภริยาของบิดาและมารดาได้มีอยู่ตลอดปีภาษี ให้ถือว่าเงินได้ของบุตรดังกล่าวเป็นเงินได้ของบิดา แต่ถ้าความเป็นสามีภริยา

ของบิดาและมารดาไม่ได้มีอยู่ตลอดปีภาษี ให้ถือว่าเงินได้ของบุตรดังกล่าวเป็นเงินได้ของบิดา หรือของมารดาผู้ใช้อำนาจปกครอง หรือของบิดาในกรณีบิดามารดาใช้อำนาจปกครองร่วมกัน ความในวรรคสองให้ใช้บังคับกับบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะซึ่งเป็นผู้มีเงินได้ด้วยโดยอนุโลม

(ค) เงินโบนัสที่จ่ายแก่ผู้ถือหุ้น หรือผู้เป็นหุ้นส่วนในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล

(ง) เงินลดทุนของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลเฉพาะส่วนที่จ่ายไม่เกินกว่ากำไรและเงินที่กัไว้รวมกัน

(จ) เงินเพิ่มทุนของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลซึ่งตั้งจากกำไรที่ได้มาหรือเงินที่กัไว้รวมกัน

(ฉ) ผลประโยชน์ที่ได้จากการที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลควบเข้ากัน หรือรับช่วงกัน หรือเลิกกัน ซึ่งตีราคาเป็นเงินได้เกินกว่าเงินทุน

(ช) ผลประโยชน์ที่ได้จากการโอนการเป็นหุ้นส่วนหรือ โอนหุ้น หุ้นกู้ พันธบัตร หรือตั๋วเงิน หรือตราสารแสดงสิทธิในหนี้ที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลหรือนิติบุคคลอื่น เป็นผู้ออก ทั้งนี้ เฉพาะซึ่งตีราคาเป็นเงินได้เกินกว่าที่ลงทุน

(5) เงินหรือประโยชน์อย่างอื่นที่ได้เนื่องจาก

(ก) การให้เช่าทรัพย์สิน

(ข) การผิดสัญญาเช่าซื้อทรัพย์สิน

(ค) การผิดสัญญาซื้อขายเงินผ่อนซึ่งผู้ขายได้รับคืนทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้น โดยไม่ต้องคืนเงินหรือประโยชน์ที่ได้รับไว้แล้ว

ในกรณี (ก) ถ้าเจ้าพนักงานประเมินมีเหตุอันควรเชื่อว่า ผู้มีเงินได้แสดงเงินได้ต่ำไป ไม่ถูกต้องตามความเป็นจริง เจ้าพนักงานประเมินมีอำนาจประเมินเงินได้นั้นตามจำนวนเงินที่ทรัพย์สินนั้นสมควรให้เช่าได้ตามปกติ และให้ถือว่าจำนวนเงินที่ประเมินนี้เป็นเงินได้พึงประเมินของผู้มีเงินได้ ในกรณีนี้จะอุทธรณ์การประเมินก็ได้ ทั้งนี้ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการอุทธรณ์ตามส่วน 2 หมวด 2 ลักษณะ 2 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณี (ข) และ (ค) ให้ถือว่าเงินหรือประโยชน์ที่ได้รับไว้แล้วแต่วันทำสัญญา จนถึงวันผิดสัญญาทั้งสิ้น เป็นเงินได้พึงประเมินของปีที่มีการผิดสัญญานั้น

(6) เงินได้จากวิชาชีพอิสระ คือ วิชากฎหมาย การประกอบโรคศิลปะ วิศวกรรม สถาปัตยกรรม การบัญชี ประณีตศิลปกรรม หรือวิชาชีพอิสระอื่น ซึ่งจะได้มีพระราชกฤษฎีกา กำหนดชนิดไว้

(7) เงินได้จากการรับเหมาที่ผู้รับเหมาต้องลงทุนด้วยการจัดหาสัมภาระในส่วนสำคัญ นอกจากเครื่องมือ

(8) เงินได้จากการธุรกิจ การพาณิชย์ การเกษตร การอุตสาหกรรม การขนส่ง หรือ การอื่นนอกจากที่ระบุไว้ใน (1) ถึง (7) แล้ว”

สำหรับเงินได้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเงินได้จากกองรีท คือประเภทที่ 4 ซึ่งเป็นเงินได้จากเงินลงทุน เนื่องจากเงินได้ประเภทนี้ไม่ได้มาจากการทำงานของผู้มีเงินได้ แต่เป็นกรณีเงินลงทุนที่มีอยู่ก่อให้เกิดเงินได้ขึ้นมา ไม่ว่าจะเป็นดอกเบี่ย เงินปันผล เงินส่วนแบ่งของกำไร หรือประโยชน์อย่างอื่น เงินโบนัส เงินลดทุน เงินเพิ่มทุน หรือผลประโยชน์อื่นใดที่ได้จากเงินลงทุน นอกจากนี้ยังมีเงินได้ประเภทที่ 8 ซึ่งเป็นเงินได้จากการธุรกิจ การพาณิชย์ การเกษตร การอุตสาหกรรม การขนส่ง การขายอสังหาริมทรัพย์ หรือการอื่นนอกจากที่ระบุไว้ในประเภท 1-7

ในการคำนวณภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา นั้น ให้นำเงินได้พึงประเมินมาหักค่าใช้จ่าย และค่าลดหย่อน อาทิ ค่าลดหย่อนส่วนบุคคล ค่าเบี้ยประกันชีวิต ค่าเงินสะสมที่จ่ายเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพ เป็นต้น¹ สำหรับเงินได้ประเภทที่ 4 นั้น มาตรา 48(3) กำหนดให้บุคคล ห้างหุ้นส่วน บริษัท สมาคม หรือคณะบุคคลผู้จ่ายเงินได้พึงประเมินมีหน้าที่หักภาษีเงินได้ไว้ทุกครั้งที่มีการจ่ายเงิน กรณีที่ผู้มีเงินได้เป็นผู้อยู่ในประเทศไทยอาจเลือกให้การหักภาษีไว้ ณ ที่จ่ายดังกล่าวเป็นภาษีสุดท้าย (Final tax) กล่าวคือ จะไม่นำเงินได้ดังกล่าวไปรวมคำนวณภาษีกับเงินได้อื่นก็ได้

ส่วนภาษีเงินได้นิติบุคคลนั้น มาตรา 65 กำหนดให้จัดเก็บจากกำไรสุทธิที่ได้จากการประกอบกิจการหรือเนื่องจากการประกอบกิจการของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชี² แต่ในมาตรา 65 ทวิ (10) กำหนดไว้ว่ากรณีที่ได้เงินได้เป็นเงินปันผลที่บริษัทจำกัดที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยได้รับจากบริษัทจำกัดที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย หรือ กองทุนรวม ก็ให้นำเงินปันผลนั้นมาคำนวณเป็นรายได้เพียงแค่ครั้งเดียว แต่ถ้าเป็นบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ หรือบริษัทจำกัดที่ได้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดผู้จ่ายเงินปันผลไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียง และบริษัทจำกัดผู้จ่ายเงินปันผลไม่ได้ถือหุ้น

¹ไพจิตร โรจนวานิช, ชุมพร เสนไสย และสาโรช ทองประคำ, **ภาษีสรรพากร คำอธิบายประมวลรัษฎากร เล่ม 1** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สามเจริญพาณิชย์, 2553), หน้า 1-139 และ 1-168.

²การคำนวณกำไรสุทธิให้นำรายได้จากกิจการหรือเนื่องจากการ ที่กระทำในรอบระยะเวลาบัญชีหักด้วยรายจ่ายภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด แต่รายจ่ายบางเรื่องไม่สามารถนำมาคำนวณเป็นรายจ่าย เช่น เงินสำรอง เงินกองทุน ค่าปรับทางอาญา เบี้ยปรับ ภาษีมูลค่าเพิ่มที่ชำระหรือพึงชำระ ฯลฯ ไม่สามารถนำมาคำนวณเป็นรายจ่าย.

ในบริษัทจำกัดผู้รับเงินปันผลไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม ก็ไม่ต้องนำเงินปันผลนั้นมารวมคำนวณเพื่อเสียภาษีหากได้ถือหุ้นในบริษัทที่จ่ายเงินปันผลก่อนและหลังการจ่ายเงินดังกล่าวไม่น้อยกว่าสามเดือน

นอกจากนี้ ในมาตรา 70 กำหนดว่าหากนิติบุคคลต่างประเทศที่ไม่ได้เข้ามาประกอบกิจการในไทยมีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (2)(3)(4)(5) หรือ (6) ก็มีหน้าที่ต้องเสียภาษีเงินได้ในประเทศไทย โดยให้ผู้จ่ายเงินมีหน้าที่ในการหักภาษี ณ ที่จ่าย แต่หากเป็นนิติบุคคลต่างประเทศตามมาตรา 76 ทวิ ที่มีลูกจ้าง ผู้ทำการแทน หรือผู้ทำการติดต่อในการประกอบกิจการในประเทศไทย เป็นเหตุให้ได้รับเงินได้หรือผลกำไรในประเทศไทย ให้ถือว่าบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลนั้นประกอบกิจการในประเทศไทย ต้องคำนวณและเสียภาษีเงินได้เช่นเดียวกับนิติบุคคลไทย

ในการคำนวณภาษีเงินได้เกี่ยวกับกองรีทอาจได้รับการยกเว้นในหลายกรณี ทั้งนี้ เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 533) พ.ศ. 2555 เช่น มาตรา 4 กำหนดยกเว้นภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาให้แก่ผู้รับประโยชน์ สำหรับเงินได้ที่เป็นเงินชดเชย เงินปันผล ซึ่งยอมให้ทรัสต์ผู้จ่ายเงินได้หักภาษี ณ ที่จ่ายในอัตราร้อยละสิบของเงินชดเชยเงินปันผลที่ได้รับ ทั้งนี้ เฉพาะกรณีที่ผู้รับประโยชน์ไม่ขอรับเงินภาษีที่ถูกหักไว้นั้นคืนหรือไม่ขอเครดิตเงินภาษีที่ถูกหักไว้นั้น ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน นอกจากนี้ ยังยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลให้ให้แก่ทรัสต์ สำหรับเงินได้ที่ได้จากกองทรัสต์ตามมาตรา 5 ส่วนผู้ก่อตั้งทรัสต์ก็ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลสำหรับเงินได้ที่เป็นเงินชดเชยเงินปันผลหรือเงินปันผลที่ได้รับจากบริษัทที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยตามมาตรา 6 และเนื่องจากหน่วยริทเป็นสินค้าที่อยู่ในตลาด หลักทรัพย์ประเภทหนึ่ง ดังนั้นอาจก่อให้เกิดเงินได้ประเภทผลได้จากทุน (Capital gain) ซึ่งเกิดจากขายหน่วยริทในตลาดหลักทรัพย์ ส่งผลให้เงินได้ที่ได้รับดังกล่าวนี้ได้รับยกเว้นภาษีจากการขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย¹

2.2 พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

สำหรับการกำหนดนิยามและการดำเนินธุรกรรมของทรัสต์นั้นเป็นไปตามบทบัญญัติของมาตรา 3 ที่ได้กำหนดให้ทรัสต์เป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ และมาตรา 4 ที่กำหนดให้การดำเนินธุรกรรมในตลาดทุนของทรัสต์ต้องเป็นไปตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. กำหนด ดังนั้นจึงได้มีประกาศคณะกรรมการหลักทรัพย์และตลาด

¹ข้อ 2 (23) แห่งกฎกระทรวงฉบับที่ 126 (พ.ศ. 2509) ออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร.

หลักทรัพย์ที่ กข.8/2552 เรื่องการกำหนดประเภทธุรกรรมในตลาดทุนที่ใช้ทรัสต์ได้ ซึ่งมีสองประเภทคือ ทรัสต์สำหรับการบริหารและจัดการลงทุน (Active trust) และทรัสต์สำหรับการถือครองทรัพย์สินหรือเพื่อประโยชน์ในการชำระหนี้ในการออกหลักทรัพย์ (Passive trust)

หลักการสำคัญในการก่อตั้งทรัสต์อยู่ในมาตรา 11 กล่าวคือ (1) มีการทำสัญญาเป็นหนังสือ (Trust deed) หรือผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้ทำหนังสือแสดงเจตนาก่อตั้งยื่นต่อสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และ (2) ผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้ทำการโอนทรัพย์สิน หรือได้มีการก่อทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างอื่นที่จะให้เป็นกองทรัสต์ให้แก่ทรัสต์แล้ว

ในมาตรา 12 กำหนดให้ผู้ก่อตั้งกองทรัสต์ต้องเป็นบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ เป็นผู้จำหน่ายสินทรัพย์ หรือเป็นนิติบุคคลตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. กำหนด ซึ่งกรณีหลังนี้คณะกรรมการ ก.ล.ต. ได้ประกาศกำหนดผู้ก่อตั้งทรัสต์นอกเหนือจาก 2 กรณีแรก คือ บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่สำนักงาน ก.ล.ต. ได้ให้ความเห็นชอบให้เป็นผู้จัดการกองทรัสต์หรือที่อยู่ในระหว่างการยื่นคำขอได้¹ สำหรับทรัสต์ในฐานะผู้มีหน้าที่จัดการกองทรัสต์ และเป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือเป็นผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นในมาตรา 55 กำหนดให้เป็นธนาคารพาณิชย์ตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์ หรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้นนอกจาก 2 กรณีข้างต้นแล้ว ผู้ที่สามารถเป็นทรัสต์ได้ต้องเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ได้ตามประกาศคณะกรรมการ ก.ล.ต. ว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการขออนุญาต และการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ หรือเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์สำหรับทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์โดยเฉพาะที่เป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยมีผู้ถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละ 99 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดของบริษัท เป็นผู้ที่ยื่นคำขอความเห็นชอบเป็นทรัสต์ได้²

สำหรับในสัญญาก่อตั้งกองทรัสต์มาตรา 14 กำหนดไว้ว่าต้องมีข้อความเกี่ยวกับชื่อผู้ก่อตั้งทรัสต์ และผู้รับประโยชน์³ รวมทั้งวัตถุประสงค์และทรัพย์สินที่จะให้เป็นของกองทรัสต์ หากไม่มีข้อความดังกล่าวในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ สัญญานั้นตกเป็นโมฆะ ทั้งนี้

¹ข้อ 6 แห่งประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กร. 14/2555 เรื่องหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ และการเป็นทรัสต์ของทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์.

²ข้อ 7 แห่งประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กร. 14/2555 เรื่องหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ และการเป็นทรัสต์ของทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์.

³มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุนกล่าวไว้ว่า ผู้รับประโยชน์คือผู้ลงทุนในหน่วยทรัสต์.

การกำหนดรายการเป็นไปตามประกาศสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. ที่ สร. 26/2555 เรื่อง ข้อกำหนดเกี่ยวกับรายการและข้อความในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ของทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งอาจสรุปสาระสำคัญได้คือ กองทรัสต์ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล เป็นเพียงกองทรัสต์สินที่อยู่ในชื่อทรัสต์¹ ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการจัดการกองทรัสต์คือทรัสต์และผู้จัดการกองทรัสต์ และให้ผู้ถือหุ้นทรัสต์ที่มีชื่ออยู่ในทะเบียนเป็นผู้รับประโยชน์จากกองทรัสต์² และการรับประโยชน์นั้นให้แยกออกเป็นหน่วยหน่วยละเท่า ๆ กัน ซึ่งต้องไม่มีการให้สิทธิแก่ผู้ถือในการขายคืนหรือไถ่ถอน³

2.3 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

หน่วยทรัสต์ถือเป็นหลักทรัพย์ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ดังนั้นในการออกและเสนอขายใบริทรวมทั้งการเปิดเผยข้อมูลต่าง ๆ จึงต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดตามกฎหมายหลักทรัพย์ด้วย ทั้งนี้ โดยอาศัยอำนาจตาม มาตรา 16/1 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 คณะกรรมการกำกับตลาดทุนซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของคณะกรรมการ ก.ล.ต. ได้ออกประกาศ ที่ ทจ. 49/2555 เรื่องการออกและเสนอขายหน่วยทรัสต์ของกองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ โดยมีสาระสำคัญเรื่องลักษณะทั่วไป ทรัสต์สินหลัก และเงื่อนไขการลงทุนของกองทรัสต์ รวมไปถึงการจัดการผลประโยชน์จากทรัสต์สินหลัก การกู้ยืมเงินหรือก่อให้เกิดภาระผูกพัน ผู้ลงทุนในกองทรัสต์

จุดมุ่งหมายของกองทรัสต์คือการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ โดยอาจเป็นการลงทุนทางตรง กล่าวคือ กองทรัสต์นำเงินที่ระดมได้จากผู้ลงทุนไปซื้ออสังหาริมทรัพย์แล้วนำออกให้เช่า (Free hold) หรือไปเช่าอสังหาริมทรัพย์มาเพื่อนำออกให้เช่า (Lease hold) หรืออาจเป็นการลงทุนทางอ้อม⁴ คือ เป็นการลงทุนผ่านการถือหุ้นในบริษัทที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการในลักษณะเดียวกันกับกองทรัสต์ โดยกองทรัสต์ต้องถือหุ้นในบริษัทไม่น้อยกว่า

¹ข้อ 2 แห่งประกาศสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. ที่ สร. 26/2555 เรื่อง ข้อกำหนดเกี่ยวกับรายการและข้อความในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ของทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์.

²ข้อ 4 แห่งประกาศสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. ที่ สร. 26/2555 เรื่อง ข้อกำหนดเกี่ยวกับรายการและข้อความในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ของทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์.

³ข้อ 5 แห่งประกาศสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. ที่ สร. 26/2555 เรื่อง ข้อกำหนดเกี่ยวกับรายการและข้อความในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ของทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์.

⁴ข้อ 10 แห่งประกาศ ที่ ทจ. 49/2555 เรื่องการออกและเสนอขายหน่วยทรัสต์ของกองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์.

ร้อยละ 99 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด และไม่น้อยกว่าร้อยละ 99 ของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทนั้น¹

ในการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ทางตรงนั้นจะต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครอง (ประเภท น.ส. 3 ก.) และไม่อยู่ในบังคับแห่งทรัพย์สินหรือมีข้อพิพาทใด โดยที่มูลค่าของอสังหาริมทรัพย์ที่จะนำไปจัดหาประโยชน์ต้องมีไม่น้อยกว่าร้อยละ 75 ของมูลค่าหน่วยรีทที่ขออนุญาตเสนอขาย สำหรับการลงทุนในโครงการที่ยังก่อสร้างไม่แล้วเสร็จสามารถกระทำได้ แต่มูลค่าของเงินลงทุนที่จะทำให้ได้มาและใช้พัฒนาอสังหาริมทรัพย์ให้แล้วเสร็จเพื่อนำไปจัดหาประโยชน์นั้น ต้องไม่เกินร้อยละ 10 ของมูลค่าทรัพย์สินรวมของกองทรัสต์ และต้องแสดงได้ว่าจะมีเงินทุนหมุนเวียนเพียงพอเพื่อการพัฒนาดังกล่าว โดยไม่กระทบกับความอยู่รอดของกองทรัสต์ด้วย ทั้งนี้ อสังหาริมทรัพย์ที่ได้มาต้องมีมูลค่ารวมกันไม่น้อยกว่า 500 ล้านบาท²

ในการกู้ยืมเงินหรือก่อให้เกิดภาระผูกพัน กองรีทสามารถกระทำได้แต่มีข้อจำกัดคือต้องไม่เกินร้อยละ 35 ของมูลค่าทรัพย์สินรวมของกองรีท หรือในกรณีที่กองรีทมีอันดับความน่าเชื่อถืออยู่ในอันดับที่สามารถลงทุนได้ (Investment grade) สามารถกู้ยืมเงินได้ไม่เกินร้อยละ 60 ของมูลค่าทรัพย์สินรวม³

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกองรีท อีกฉบับหนึ่งคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยสภาพบุคคล ตัวแทน ห้างหุ้นส่วนและบริษัท และมรดก โดยมีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 2550 เปิดช่องให้มีการก่อตั้ง ทรัสต์ขึ้นได้ แต่ต้องเป็นการก่อตั้งตามอำนาจแห่งกฎหมายเพื่อก่อตั้งทรัสต์เท่านั้น

2.4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกองรีท อีกฉบับหนึ่งคือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยห้างหุ้นส่วนและบริษัท และว่าด้วยมรดก

เนื่องจากลักษณะโครงสร้างของกองรีทมีความใกล้เคียงกับลักษณะของบริษัท จึงต้องนำบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวมาใช้ประกอบการวิเคราะห์ด้วย ทั้งนี้ ลักษณะทั่วไปของ

¹ข้อ 13 แห่งประกาศ ที่ ทจ. 49/2555 เรื่องการออกและเสนอขายหน่วยทรัสต์ของกองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์.

²ข้อ 12 แห่งประกาศ ที่ ทจ. 49/2555 เรื่องการออกและเสนอขายหน่วยทรัสต์ของกองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์.

³ข้อ 14 แห่งประกาศ ที่ ทจ. 49/2555 เรื่องการออกและเสนอขายหน่วยทรัสต์ของกองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์.

บริษัทคือ เป็นสัญญาที่มีบุคคลเกี่ยวข้องด้วยกันตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ทำการตกลงเข้ากันเพื่อกระทำกิจการร่วมกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแบ่งปันกำไรอันอาจจะได้จากกิจการที่ทำร่วมกันนั้น (มาตรา 1012) นอกจากนี้ในมาตรา 1096 ยังได้กำหนดลักษณะเฉพาะของบริษัทไว้ว่าเป็นบริษัทประเภทหนึ่งจัดตั้งโดยการแบ่งทุนออกเป็นหุ้น ซึ่งแต่ละหุ้นนั้นมีมูลค่าเท่ากัน ทั้งนี้ผู้ถือหุ้นแต่ละรายรับผิดชอบเพียงเท่ากับจำนวนตามมูลค่าหุ้นของตนที่ถือ

ส่วนผลตอบแทนที่ได้จากการถือหุ้นในบริษัทอย่างหนึ่งคือ เงินปันผล ซึ่งในการคำนวณเงินปันผลเพื่อจ่ายให้แก่ผู้ถือหุ้นนั้นต้องคิดตามส่วนจำนวนซึ่งผู้ถือหุ้นได้ส่งเงินในหุ้นหนึ่ง ๆ (มาตรา 1200) ทั้งนี้ในการจ่ายนั้นปันผลนั้นต้องเป็นการจ่ายจากเงินกำไรเท่านั้น (มาตรา 1201) กล่าวคือ จะจ่ายจากเงินทุนของบริษัทไม่ได้ และต้องเป็นกำไรที่เป็นตัวเงิน (Realised profit) ไม่ใช่เป็นกำไรที่เกิดจากการตีราคาทรัพย์สินถาวร (Fixed assets) และในมาตราเดียวกันนี้ยังกำหนดให้ต้องมีการประกาศก่อนด้วยว่าจะมีการจ่ายเงินปันผล โดยจะจ่ายออกไปทั้งหมดไม่ได้จะต้องจัดสรรไว้อย่างน้อยหนึ่งในยี่สิบส่วนของจำนวนผลกำไรเพื่อเป็นทุนสำรองของบริษัท (มาตรา 1202)

สำหรับในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดกนั้น ได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 2550 เปิดช่องให้มีการก่อตั้งทรัสต์ขึ้นได้ แต่ต้องเป็นการก่อตั้งตามอำนาจแห่งกฎหมายเพื่อการก่อตั้งทรัสต์เท่านั้น (มาตรา 1686) ซึ่งเดิมนั้นการก่อตั้งทรัสต์ไม่อาจกระทำได้ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม ด้วยพินัยกรรมหรือนิติกรรมอย่างใดๆ เพราะกฎหมายไม่เปิดช่องให้ทำได้

3. วิเคราะห์ปัญหาภาษีเงินได้เกี่ยวกับกองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์

3.1 ปัญหาเรื่องความเป็นหน่วยภาษีของกองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์

เนื่องจากไม่มีการบัญญัติคำว่า “กองรีท” หรือ “กองทรัสต์” ไว้ในประมวลรัษฎากร ทำให้มีปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของกองรีท ซึ่งเมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับที่ 17 พ.ศ. 2550 ให้ยกเลิกความในมาตรา 1686 และปรับใหม่เป็นว่าให้การก่อตั้งทรัสต์ขึ้นห้ามมีผลไม่ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อการก่อตั้งทรัสต์เท่านั้น และเมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ประกอบกับกฎหมายลูกคือประกาศของคณะกรรมการ ก.ล.ต. ที่ กข. 8/2552 ซึ่งกำหนดให้ธุรกรรมใดบ้างที่สามารถใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือในการระดมทุนในตลาดทุนได้ และประกาศของคณะกรรมการ ก.ล.ต.

ที่ 26/2555 เกี่ยวกับรายการและข้อความที่ต้องระบุไว้ในสัญญาก่อตั้งกองรีท ข้อ 4 (1)(2) ที่ให้ระบุว่า “กองทรัสต์นี้ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล แต่ให้ทรัสต์ก่อตั้งขึ้นเมื่อมีการทำสัญญาเป็นหนังสือ” ก็เห็นได้ว่ากองรีท ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคลหรือบุคคลตามกฎหมาย ส่งผลให้มีปัญหาในทางภาษีที่ต้องพิจารณาถึงว่า กองรีทจะมีความเป็นหน่วยภาษีหรือไม่

เมื่อได้เปรียบเทียบสถานะทางกฎหมายของกองรีทกับของกองทุนรวม อสังหาริมทรัพย์ อันเป็นเครื่องมือในการระดมทุนเพื่อลงทุนในอสังหาริมทรัพย์เช่นเดียวกัน พบว่ามาตรา 124 วรรคสอง กำหนดให้กองทุนรวมที่ได้จดทะเบียนแล้วตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ให้เป็นนิติบุคคลซึ่งสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 65 ที่ว่านิติบุคคลจะมีขึ้นได้ก็แต่ด้วยอาศัยอำนาจแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น อย่างไรก็ตามกรมสรรพากรตีความว่ากองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามประมวลรัษฎากร¹ เห็นได้ว่าการเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายฉบับหนึ่งนั้น ไม่ได้หมายความว่าจำเป็นต้องเป็นนิติบุคคลตามประมวลรัษฎากรด้วย ในทำนองกลับกันการมีสถานะเป็นหน่วยภาษีหรือมีสถานะเป็นบุคคลไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ก็ไม่ได้หมายความว่าจะมีสถานะภาพบุคคลตามกฎหมายอื่นด้วย

จากที่ได้ศึกษาความเป็นหน่วยภาษีตามประมวลรัษฎากรของกองรีท โดยเปรียบเทียบกับหน่วยภาษีต่างๆ พบว่ากองรีทไม่มีความเป็นหน่วยภาษีห้างหุ้นส่วนสามัญ เพราะผู้ก่อตั้งกองรีท ซึ่งเป็นผู้จัดการฯ และทรัสต์ ไม่ได้รับประโยชน์โดยตรงจากการเอาทรัพย์สินของกองรีทออกหาประโยชน์ หากแต่ได้ค่าธรรมเนียมการปฏิบัติหน้าที่เป็นประโยชน์ตอบแทน อีกทั้งผู้ก่อตั้งกองรีทและทรัสต์ก็ไม่ได้มีการทำกิจการร่วมกัน กล่าวคือ ไม่มีการร่วมลงทุนในกิจการ แต่เป็นการจ้างมาเพื่อให้ทรัสต์ปฏิบัติหน้าที่ควบคุมสอบการบริหารจัดการให้เป็นไปตามสัญญาก่อตั้ง เท่านั้น

นอกจากนั้น กองรีทก็ไม่เข้าเงื่อนไขเป็นหน่วยภาษีคณะบุคคลที่ไม่ใช่นิติบุคคล เพราะผู้ที่เข้าร่วมทำสัญญาก่อตั้งรีทกันต้องมีสถานะเป็นนิติบุคคลทั้งสองฝ่าย ในขณะที่เดียวกัน กองรีท ก็ไม่เข้าเงื่อนไขเป็นหน่วยภาษีของบริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด บริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ห้างหุ้นส่วนจำกัด ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ซึ่งมีลักษณะโครงสร้างที่เหมือนกันคือ ต้องเป็นการก่อตั้งโดยบุคคลธรรมดา แต่การก่อตั้งกองรีท ไม่เข้าเงื่อนไขดังกล่าวโดยเป็นการเข้าทำสัญญาของนิติบุคคลสองฝ่ายจึงทำให้ไม่มีสถานะเป็นหน่วยภาษีนี้ อีกทั้งก็ไม่อาจจัดให้กองรีท เป็นหน่วยภาษีของกิจการร่วมค้าได้ เพราะการเข้าร่วมทุนนั้น คือการนำเงิน ทรัพย์สิน แรงงาน หรือเทคโนโลยี มาร่วมทุน แต่สำหรับผู้ก่อตั้งกองรีทนั้น จะทำการโอนอสังหาริมทรัพย์ที่จะใช้หาประโยชน์ตามสัญญาไว้ในนามของทรัสต์ ส่วนทรัสต์

¹ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ 0802/23264 ลงวันที่ 11 พฤศจิกายน 2536.

จะเข้ามาควบคุม ดูแลการดำเนินงานของผู้จัดการกองรีทโดยมีค่าธรรมเนียมการเป็นทรัสต์เป็นประโยชน์ตอบแทน

อย่างไรก็ดี เมื่อกองรีทเป็นกองทรัสต์สินที่อยู่ในชื่อและอำนาจการจัดการของทรัสต์เช่นเดียวกับสถานะของกองมรดกที่ยังไม่ได้แบ่ง และเมื่อกองมรดกที่ยังไม่ได้แบ่งมุ่งเก็บภาษีจากกองทรัสต์สิน จึงทำให้อาจมองได้ว่ากองรีทซึ่งเป็นกองทรัสต์สินเช่นเดียวกันอันอาจสามารถจัดอยู่ในประเภทหน่วยภาษีนี้ได้ แต่เมื่อได้ศึกษาถึงหลักการตีความกฎหมายภาษีที่ต้องตีความโดยเคร่งครัดแล้ว ก็เห็นได้ว่าเมื่อหน่วยภาษีแสดงถึงความชัดเจนอยู่แล้วว่าเป็นการจัดเก็บจากกองทรัสต์สินที่เป็นกองมรดก ซึ่งแม้ว่ากองรีทจะเป็นกองทรัสต์สินเช่นเดียวกันก็ไม่อาจตีความว่าเป็นหน่วยภาษีตามกรณีนี้ได้ จึงไม่น่าจะถือว่ากองรีทมีสถานะเป็นหน่วยภาษีตามประมวลรัษฎากร

เมื่อได้เปรียบเทียบกับกฎหมาย/แนวทางในการปฏิบัติของสหรัฐอเมริกาและสิงคโปร์¹ ซึ่งการนำรีทมาใช้ในสหรัฐอเมริกานั้นได้มีการกำหนดเงื่อนไขไว้ในกฎหมายภาษี (Internal Revenue Code) ในส่วนของภาษีเงินได้ว่า รีท คือบริษัท ทรัสต์ หรือองค์กรที่ต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล² ในประเทศ กรณีนี้ไม่จำเป็นต้องพิจารณาเลยว่ารีทของสหรัฐอเมริกามีความเป็นหน่วยภาษีหรือไม่ เพราะได้มีการระบุไว้ชัดเจน ส่วนโครงสร้างของสิงคโปร์รีทมีลักษณะเดียวกับไทย คือ เป็นทรัสต์ที่ก่อตั้งโดยการทำสัญญา การใช้ทรัสต์ในสิงคโปร์ไม่ได้ใช้เป็นเครื่องมือสำหรับระดมทุนเพื่อลงทุนในอสังหาริมทรัพย์เพียงอย่างเดียว แต่ใช้เป็นเครื่องมือในการดำเนินธุรกรรมในด้านอื่นด้วย โดยให้ทรัสต์เป็นหน่วยภาษีสำหรับเงินได้ที่ต้องเสียภาษีของกองทรัสต์ ซึ่งได้มีการกำหนดไว้โดยชัดแจ้งในกฎหมายภาษีเงินได้ของสิงคโปร์ (Income Tax Act (CHAPTER 134))

3.2 ปัญหาประเภทของเงินได้เกี่ยวกับกองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์

สืบเนื่องมาจากประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ 26/2555 ข้อ 10 ประกอบกับประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทจ. 49/2555 ข้อ 10 ข้อ 13 และข้อ 16 ที่ได้กำหนดเกี่ยวกับทรัสต์สินหลักที่กองรีทต้องลงทุน คือ ต้องเป็นการนำทรัสต์สินของกองรีทออกให้เช่า อย่างไรก็ตามประกาศสำนักงาน

¹ เหตุที่เลือกศึกษาสหรัฐอเมริกา เนื่องจากว่า สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกในการนำรีทมาใช้ ส่วนสิงคโปร์ เนื่องจากหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกองรีทของไทยหลายๆ ประการมีความเหมือนหรือใกล้เคียงกับสิงคโปร์.

² Subtitle A, CHAPTER 1, Subchapter M, PART II, Sec. 856. (a) of Internal Revenue Code.

คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ 26/2555 ข้อ 10(2) และข้อ 16 ได้กำหนดอนุญาตให้กองรีสามารถลงทุนในทรัพย์สินอื่นได้ ทำให้กองรีนั้นมีรายได้จากการลงทุนหลายทาง และกฎหมายทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุนมาตรา 18 กำหนดไว้ว่า “ผู้รับประโยชน์ย่อมมีสิทธิได้รับประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการจัดการกองทรัสต์” กล่าวคือ ประโยชน์ตอบแทนที่ผู้ถือหน่วยทรัสต์ได้จะได้รับนั้นมาจากกำไรสุทธิที่ปรับปรุงแล้วของรอบปีบัญชีนั่นเอง ซึ่งส่งผลต่อการตีความกฎหมายภาษีเงินได้ว่ารายได้ดังกล่าวของกองรี และของผู้ถือหน่วยลงทุน จะถือว่าเป็นเงินได้ประเภทใดตามประมวลรัษฎากร

ทั้งนี้ ได้เคยมีหนังสือตอบข้อหารือของกรมสรรพากรที่ กค 0702/1007 ลงวันที่ 20 ธันวาคม 2554 ซึ่งเป็นหนังสือตอบข้อหารือก่อนที่จะมีการประกาศหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับการจัดตั้งกองรีว่า “ผลประโยชน์ที่ทรัสต์จ่ายให้แก่ผู้ลงทุนที่ถือใบทรัสต์ (Trust certificate-TC) ถือว่าเป็นเงินได้ที่เป็นประโยชน์อื่นใดที่ได้จากบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลตามมาตรา 40 (4)(ข) แห่งประมวลรัษฎากร” ด้วยความเคารพต่อกรมสรรพากรผู้ศึกษาไม่เห็นด้วยการตีความดังกล่าว โดยเหตุผลที่ว่ารูปแบบโครงสร้างและการลงทุนของกองรีและกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์มีลักษณะทำนองเดียวกัน ดังนั้น การพิจารณาตีความด้านภาษีก็น่าจะมีลักษณะทำนองเดียวกันด้วย

เมื่อพิจารณาลักษณะของประโยชน์ตอบแทนนั้น เห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดให้ต้องเป็นการจ่ายจากกำไรสุทธิที่ปรับปรุงแล้ว เมื่อนำไปเปรียบเทียบกับลักษณะการจ่ายเงินปันผลของบริษัทหรือบริษัทมหาชนจำกัด จะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่เหมือนกันคือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1201 กำหนดว่า การจ่ายนั้นปันผลนั้นต้องเป็นการจ่ายจากเงินกำไรเท่านั้น และในมาตรา 115 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 บัญญัติไว้ว่า “การจ่ายเงินปันผลจากเงินประเภทอื่นนอกจากเงินกำไรจะกระทำมิได้ ในกรณีที่บริษัทยังมียอดขาดทุนสะสมอยู่ ห้ามมิให้จ่ายเงินปันผล...” เห็นได้ว่าประโยชน์ตอบแทนที่ได้รับจากรีควรจัดไว้ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 40(4) อันเป็นกรณีได้รับเงินได้มาโดยผู้มีเงินได้ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องในการกระทำเพื่อให้เกิดเงินได้ เพียงแต่เป็นการนำเงินไปลงทุนเพื่อให้ผู้เกี่ยวข้องบริหารเงินให้ได้ประโยชน์ตอบแทนกลับมา โดยเฉพาะบทบัญญัติมาตรา 40(4)(ข) ที่แสดงให้เห็นชัดเจนว่าเป็นเงินได้ที่ได้รับผลตอบแทนจากการลงทุนทางอ้อม (Portfolios investment) ที่จ่ายผลตอบแทนต่อเมื่อนิติบุคคลหรือวิสาหกิจนั้นมีกำไร ซึ่งลักษณะของการลงทุนในกองรีก็เป็นไปตามหลักการนี้

อนึ่ง มีคำกล่าวที่ว่า เงินกำไรที่จะถือว่าเป็นเงินปันผลนั้น ต้องเป็นกำไรที่ได้รับมาจากการลงทุนในหุ้นเท่านั้น ซึ่งผู้ศึกษามีความเห็นขัดแย้งกับความในข้อนี้ เนื่องจากเมื่อได้พิจารณาถึงจุดเริ่มต้นของการลงทุนในบริษัทหรือกองรีแล้ว ล้วนมีที่มาจากแนวคิดบริษัท

(Corporate concept) ด้วยกัน กล่าวคือ บริษัทนั้นมีลักษณะการแบ่งทุนออกเป็นหุ้น โดยมีตัวกลางคือบริษัทเป็นตัวผ่านเงินทุนเหล่านั้นไปลงทุนตามวัตถุประสงค์ของการก่อตั้ง และเมื่อกิจการของบริษัทมีกำไรเกิดขึ้น กำไรมันก็จะกลับไปสู่ผู้ลงทุน โดยเป็นการนำกำไรมาแบ่งปัน (Profit sharing) ตามสัดส่วนที่แต่ละบุคคลได้ลงทุน ซึ่งลักษณะของกองรีทก็เป็นไปในทำนองเดียวกับลักษณะของบริษัท กล่าวคือ กองรีทจะระดมเงินทุนจากผู้ลงทุน จากนั้นก็นำไปลงทุนตามวัตถุประสงค์ภายในขอบเขตที่กฎหมายได้กำหนดไว้ และเมื่อกองฯ มีผลกำไรเกิดขึ้นก็จะนำมาแบ่งปันคืนแก่ผู้ลงทุนตามสัดส่วน

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาการตีความกฎหมายประกอบซึ่งกฎหมายภาษีนั้นต้องตีความตามตัวอักษร จะเห็นได้ว่าประโยชน์ตอบแทนจากกอง REIT ไม่เป็นเงินได้ตามมาตรา 40(4) เพราะกฎหมายระบุไว้อย่างชัดเจนและไม่มีคำยืดยาด กล่าวได้ว่าประเภทของเงินได้ตามมาตรานี้ไม่ครอบคลุมถึงเงินได้ที่ผู้ลงทุนได้รับจากกองรีท แต่ทั้งนี้ หากได้พิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นเงินได้ตามมาตรา 40(4) เป็นเงินได้ที่ไม่ได้มาจากการลงแรงทำงาน แต่เป็นเงินได้ที่ได้มาจากการลงทุนทางอ้อม ดังนั้นเมื่อเงินได้ที่ได้รับจากกองรีทเป็นลักษณะเช่นเดียวกันก็ควรต้องระบุให้ชัดเจนไว้ในอนุมาตรานี้ด้วย

ทั้งนี้ เมื่อนำไปเปรียบเทียบกับรีทของสหรัฐอเมริกาที่เงินได้ทั่วไปจะถูกจำหน่ายออกมาในรูปของเงินปันผลซึ่งมีความชัดเจน ในขณะที่กองรีทสิงคโปร์มีการจำหน่ายเงินได้หลายประเภท¹ เช่นเดียวกับกองรีทไทย แต่หน่วยงานจัดเก็บภาษีของสิงคโปร์ (Inland Revenue Authority of Singapore: IRAS) ได้ออกแนวปฏิบัติในการเสียภาษีของกองรีทไว้ ทำให้เกิดความชัดเจนและสะดวกแก่ผู้รับประโยชน์ในการที่จะเสียภาษีเงินได้ที่ได้รับจากกองรีท

3.3 ปัญหาเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีจากผู้มีหน้าที่ต้องเสียภาษีเงินได้ที่เกี่ยวข้องกับกองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์

จากความไม่ชัดเจนของกฎหมายในความเป็นหน่วยภาษีตามประมวลรัษฎากร และในเรื่องประเภทของเงินได้ดังกล่าวมาแล้ว ส่งผลต่อปัญหาการจัดเก็บภาษีต่อผู้มีหน้าที่เสียภาษีตามมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นเงินได้จากกองรีทที่ได้รับมาจากการนำทรัพย์สินออกหาประโยชน์ ก็น่าพิจารณาว่าเป็นเงินได้ของใครที่จะต้องมีหน้าที่เสียภาษี เนื่องจากทรัสต์เป็นเพียงผู้ควบคุมกำกับดูแลการบริหารจัดการกองรีทให้เป็นไปตามสัญญาเท่านั้น ไม่ได้เป็นผู้ที่จะได้รับประโยชน์อย่างใดๆ จากการที่กองรีทนำทรัพย์สินออกหาประโยชน์ เมื่อเปรียบเทียบกับผู้ถือใบรีทซึ่งเข้าซื้อหน่วยลงทุนโดยเล็งเห็นผลว่าจะได้รับ

¹Section 45(G) of Income Tax Act (CHAPTER 134).

ประโยชน์ตอบแทน ประกอบกับแนวคิดเรื่องทรัสต์ที่ทำให้ทรัพย์สินของกองรีทจะมีการแบ่งกรรมสิทธิ์ออกเป็นสองส่วนคือกรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย (Legal Ownership) และ กรรมสิทธิ์โดยชอบธรรม (Equitable Ownership) โดยทรัสต์เป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายในทรัพย์สินของกองรีท ส่วนผู้รับประโยชน์เป็นผู้มีกรรมสิทธิ์โดยชอบธรรม ด้วยเหตุที่ว่า การถือครองทรัพย์สินของทรัสต์นั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ของทรัสต์เอง ส่วนผลตอบแทนที่ทรัสต์ได้รับจากกองรีทคือค่าธรรมเนียมการปฏิบัติหน้าที่เป็นทรัสต์ ซึ่งไม่ว่ากองรีทจะได้กำไรหรือขาดทุนทรัสต์ก็ยังคงมีสิทธิได้รับค่าตอบแทน ซึ่งเมื่อได้นำมาวิเคราะห์ประกอบกับเรื่อง “ความโปร่งใสในทางภาษี” (Tax Transparency) การที่กองรีทไม่เป็นหน่วยภาษีการเสียภาษีก็จะถูกส่งผ่าน (Pass-Through Mechanism) ไปยัง “ผู้รับประโยชน์” ในฐานะเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์ตอบแทนโดยตรงจากกองรีท

เมื่อเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกาเนื่องจากรีทของสหรัฐอเมริกาเป็นมีสถานะเป็นนิติบุคคลที่ต้องเสียภาษี ซึ่งการได้สถานะรีทนั้นต้องเป็นการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด ถ้าเข้าเงื่อนไขก็จะสามารถนำเงินปันผลที่จ่ายไปมาหักจากกำไรของรีทในเวลาที่ยื่นภาษีเงินได้นิติบุคคล กล่าวคือ เป็นการขอคืนภาษีนั่นเอง ส่วนรีทของสิงคโปร์นั้นเนื่องจากทรัสต์ก็เป็นหน่วยภาษีประเภทหนึ่ง ซึ่งโดยหลักแล้วต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล แต่เมื่อเป็นทรัสต์ของรีทหากปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดทรัสต์ก็จะได้รับยกเว้นไม่ต้องเสียภาษี

เนื่องจากการเสียภาษีเงินได้ของกองรีทถูกส่งผ่านไปยังผู้รับประโยชน์โดยตรง ซึ่งเงินได้ที่กองรีทจัดสรรให้แก่ผู้รับประโยชน์มีทั้งเงินได้ที่เป็นส่วนแบ่งกำไรและเงินได้ที่เป็นเงินชดเชยเงินปันผล โดยถือเป็นเงินได้พึงประเมินประเภทที่ 8 ตามประมวลรัษฎากรมาตรา 40(8) จึงมีปัญหาเกี่ยวกับการจัดเก็บจากผู้รับประโยชน์ที่อยู่ในประเทศไทยและผู้รับประโยชน์ที่ไม่ได้อยู่ในประเทศไทยดังนี้

ผู้รับประโยชน์ที่อยู่ในประเทศไทยแยกออกเป็นกรณีบุคคลธรรมดาและกรณีเป็นนิติบุคคลสำหรับบุคคลธรรมดาการเสียภาษีโดยการหัก ณ ที่จ่ายมีกำหนดไว้ในมาตรา 50 แห่งประมวลรัษฎากรแต่เงินได้ตามมาตรา 40(8) ระบุให้หักได้เฉพาะที่จ่ายให้แก่ผู้รับซึ่งขายอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้น ผู้จ่ายเงินได้ของกองรีทจึงไม่มีหน้าที่ต้องหักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่ายตามมาตรา 50 แต่ผู้จ่ายเงินได้ของกองรีทมีอำนาจตามมาตรา 4 ของพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 533) พ.ศ. 2555 ในการหักภาษี ณ ที่จ่ายสำหรับเงินชดเชยเงินปันผล หมายความว่าเงินได้อย่างอื่นที่ได้รับจากกองรีทต้องนำไปรวมคำนวณเมื่อสิ้นปีภาษีทั้งสิ้น ในส่วนนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าไม่เป็นการจูงใจนักลงทุนที่เป็นบุคคลธรรมดา เนื่องจากหากผู้ลงทุนเห็นว่าการนำไปรวมคำนวณอาจทำให้ฐานภาษีสูงขึ้น

ผู้ลงทุนอาจเลือกที่จะลงทุนในเครื่องมือการลงทุนประเภทอื่น อย่างเช่น กองทุนรวม อสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น

สำหรับกรณีผู้รับประโยชน์เป็นนิติบุคคลโดยหลักแล้วต้องคำนวณภาษีด้วยการนำรายได้หักด้วยรายจ่ายตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งมีปัญหาที่ต้องพิจารณาในกรณีที่หากบริษัทลงทุนในหุ้นแล้วได้รับเงินปันผลมา ก็จะนำเงื่อนไขในการคำนวณกำไรสุทธิหรือขาดทุนสุทธิตามมาตรา 65 ทวิ (10) ที่กำหนดให้นำเงินปันผลที่ได้ มารวมคำนวณเป็นรายได้เพียงกึ่งหนึ่งของจำนวนที่ได้รับ หรือไม่ต้องนำมาคำนวณเลยหากเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย แต่กรณีของการที่บริษัทได้รับประโยชน์จากกองรีทจะไม่สามารถใช้เงื่อนไขส่วนนี้มาคำนวณรายได้ได้ ซึ่งต่างจากบริษัทถือหน่วยลงทุนของกองทุนรวม อสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นกองทุนที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ที่พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 263) พ.ศ. 2536 มาตรา 3 กำหนดยกเว้นเงินสำหรับเงินส่วนแบ่งของกำไรที่ได้จากกองทุนรวมที่จัดตั้งตามกฎหมายหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ให้แก่บริษัทที่จัดตั้งตามกฎหมายไทย สำหรับเงินส่วนแบ่งของกำไรที่ได้จำนวนกึ่งหนึ่ง และบริษัทจดทะเบียนสำหรับเงินส่วนแบ่งของกำไรที่ได้ทั้งจำนวน ซึ่งการนี้แสดงให้เห็นว่าการลงทุนในกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ทำให้นักลงทุนที่เป็นบริษัทได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีมากกว่าการลงทุนในกองรีท ดังนั้นกองรีทจึงอาจไม่เป็นที่นิยมสำหรับการลงทุนของบริษัทและนักลงทุนสถาบัน

กรณีผู้รับประโยชน์ที่อยู่ต่างประเทศแยกออกเป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลสำหรับการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาชาวต่างชาติที่ไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทยใช้วิธีหักภาษี ณ ที่จ่าย ซึ่งจากที่ได้ศึกษาบทบัญญัติของประมวลรัษฎากรและกฎหมายลำดับรองไม่ว่าจะเป็นมาตรา 50 แห่งประมวลรัษฎากร มาตรา 3 เตรสประกอบกับกฎกระทรวง ฉบับที่ 144 ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมาย บทใดเลยให้หักภาษี ณ ที่จ่ายสำหรับเงินได้ตามมาตรา 40 (8) อันเป็นเงินได้เกี่ยวกับการลงทุนในกองรีท นอกจากนี้เมื่อได้นำประโยชน์ตอบแทนที่ได้รับจากกองรีทไปเปรียบเทียบกับเงินส่วนแบ่งกำไรที่ได้รับจากกองทุนรวม อสังหาริมทรัพย์ที่กรมสรรพากรได้ตีความไว้ตามหนังสือ กค. 0811/11339 ลงวันที่ 3 พฤศจิกายน 2542 ว่าเงินได้จากกองทุนรวมเป็นเงินได้ประเภทที่ 8 ดังนั้นการจ่ายประโยชน์ตอบแทนให้แก่ผู้ได้รับประโยชน์ตอบแทนในกรณีที่ผู้รับเป็นบุคคลธรรมดาที่มีภูมิลำเนาในต่างประเทศ จะได้รับยกเว้นไม่ต้องรวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้ ตามข้อ 2 (32) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 126 (พ.ศ. 2509) ผู้จ่ายเงินได้จึงไม่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่าย ดังนั้นประโยชน์ตอบแทนที่ได้รับจากกองรีท อันมีลักษณะทำนองเดียวกันกับประโยชน์ตอบแทนที่

ได้รับจากกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ผู้จ่ายเงินได้จึงไม่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่าย ผลแห่งการนี้คือ บุคคลธรรมดาที่มีภูมิลำเนาในต่างประเทศจึงไม่ต้องเสียภาษีเงินได้ที่ได้รับจากกองรีท

สำหรับนิติบุคคลต่างประเทศเมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากรที่จัดเก็บภาษีเงินได้จากนิติบุคคลต่างประเทศ ที่มีเงินได้พึงประเมิน 5 ประเภทดังต่อไปนี้ คือ เงินได้เนื่องจากหน้าที่ หรือตำแหน่งงานที่ทำ หรือจากการรับทำงานให้ เงินได้จากค่าสิทธิ เงินได้จากเงินลงทุน เป็นเงินได้จากการให้เช่าทรัพย์สิน และเงินได้จากวิชาชีพอิสระ แต่การมีเงินได้ตามมาตรานี้ เป็นการได้ไปโดยไม่ได้มีการเข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทย ซึ่งการลงทุนในกองรีทก็ไม่ได้เป็นการเข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทย แต่เนื่องจากเงินได้ที่ได้รับไม่ได้อยู่ในขอบเขตในการเสียภาษีตามมาตรานี้ ดังนั้น หากกรณีนิติบุคคลต่างประเทศแต่ไม่ได้เข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยมีเงินแต่ได้จากการลงทุนในกองรีทก็ไม่ต้องเสียภาษีเงินได้

ดังนั้น หากผู้รับประโยชน์ไม่ได้มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย ก็ไม่ต้องเสียภาษีเงินได้ที่ได้รับจากกองรีทตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งการไม่สามารถเก็บภาษีได้นี้มีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปอีกคือ หลักความเท่าเทียมทางภาวะภาษีสำหรับการลงทุนจากต่างประเทศ (Capital Import Neutrality--CIN) ซึ่งการลงทุนในกองรีทภาวะภาษีของนักลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนท้องถิ่นไม่มีความเท่าเทียมกัน กล่าวคือ นักลงทุนท้องถิ่นต้องนำรายได้ที่ได้รับจากกองรีทไปรวมคำนวณเพื่อเสียภาษีด้วย ในขณะที่นักลงทุนต่างชาติไม่ต้องเสียภาษีจากเงินได้ดังกล่าวในประเทศไทย และยังมีปัญหาเรื่องการเสียภาษีเงินได้ด้วย เนื่องจากเงินได้ที่ได้รับจากกองรีทเป็นส่วนแบ่งกำไรและเงินชดเชยเงินปันผลจัดอยู่ในมาตรา 40 (8) หากผู้มีเงินได้ไม่ได้เป็นผู้อยู่ในประเทศไทยก็ไม่ต้องเสียภาษีในประเทศไทยด้วยเหตุผลที่ว่าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้น บุคคลอาจอาศัยช่องว่างของกฎหมายตรงนี้ในการที่จะเลี่ยงภาษี กล่าวคือ หากผู้นั้นเป็นผู้อยู่ในประเทศไทยแล้วต้องการจะลงทุนในกองรีท แต่ไม่ต้องการที่จะเสียภาษี อาจใช้วิธีการถือหน่วยผ่านตัวแทน (Nominee) ที่อยู่ต่างประเทศ ด้วยวิธีการเช่นนี้จะทำให้ไม่ต้องเสียภาษีในประเทศไทย ทำให้รัฐสูญเสียรายได้ในส่วนนี้ไป

ในส่วนผู้รับประโยชน์จากกองรีทที่เป็นนิติบุคคลของทั้งสหรัฐอเมริกาและสิงคโปร์ ต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลด้วยกันทั้งสิ้น รวมไปถึงนิติบุคคลต่างประเทศด้วย สำหรับบุคคลธรรมดาที่มีภูมิลำเนาหรือไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในสหรัฐอเมริกาต้องเสียภาษีเงินได้ที่ได้รับจากรีท ส่วนสิงคโปร์นั้นไม่เก็บภาษีเงินบุคคลธรรมดาที่ได้รับจากรีทเลยไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีภูมิลำเนาอยู่ในสิงคโปร์หรือไม่ก็ตาม

4. ข้อเสนอแนะ

ผลการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายทำให้สามารถได้ข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

ประการแรก ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร โดยกำหนดให้ทรัพย์สินเป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษีเช่นเดียวกันกับบริษัทของสิงคโปร์ แล้วให้ใช้มาตรการทางด้านภาษีมาเป็นส่วนหนึ่งในการสร้างแรงจูงใจให้มีการก่อตั้งและลงทุนในรีท เช่น ถ้ารีทมีกำไรและได้จัดสรรกำไรให้แก่ผู้ถือหุ้นอย่างน้อย 90% ของรายได้ทั้งหมด ก็ให้ยกเว้นภาษีให้โดยยกเว้นให้แก่ภาษีเงินได้ทั้งจำนวนของกองรีทเพื่อให้ภาระภาษีเป็นไปในทำนองเดียวกันกับกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นเครื่องมือในการลงทุนเช่นเดียวกันกับกองรีท ในขณะเดียวกันก็สามารถที่จะใช้เป็นบทลงโทษด้วยหากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขก็จะจัดเก็บภาษีจากเงินได้นั้น ซึ่งเป็นวิธีการที่สหรัฐอเมริกาและสิงคโปร์ใช้

ประการที่สอง ลักษณะของเงินชดเชยเงินปันผลหรือเงินส่วนแบ่งกำไรมีลักษณะการจ่ายเงินได้ทำนองเดียวกันกับการจ่ายเงินปันผล ประกอบกับเนื้อหาด้านเศรษฐกิจของหน่วยธุรกิจก็เป็นไปทำนองเดียวกัน จึงควรแก้ไขปรับปรุง มาตรา 40(4)(ข) แห่งประมวลรัษฎากรให้มีความหมายครอบคลุมถึงเงินได้อันมีลักษณะทำนองเดียวกับเงินปันผล เพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีให้เป็นไปตามหลักความเสมอภาคในการเสียภาษี

ประการที่สาม ในการคำนวณภาษีเงินได้นิติบุคคลตามบทบัญญัติ มาตรา 65 ทวิ (10) แห่งประมวลรัษฎากรที่กำหนดให้นิติบุคคลไม่ต้องนำเงินปันผล หรือส่วนแบ่งกำไรมารวมคำนวณเป็นค่าใช้จ่ายหากเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 263) พ.ศ. 2536 ยังกำหนดยกเว้นในลักษณะทำนองเดียวกันนี้ให้แก่การได้รับเงินได้จากกองทุนรวม ดังนั้น กองรีทอันมีลักษณะทำนองเดียวกันกับบริษัท หรือกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ก็ควรมีกฎหมายกำหนดยกเว้นให้เช่นกัน

ตารางแสดงการปรับปรุงประมวลรัษฎากร

มาตรา	กฎหมายเก่า	กฎหมายใหม่
มาตรา 39	<p>"บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล" หมายความว่า บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย หรือที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศ และให้หมายความรวมถึง</p> <p>(1) กิจการซึ่งดำเนินการเป็นทางค้าหรือหากำไรโดยรัฐบาลต่างประเทศ องค์การของรัฐบาลต่างประเทศ หรือนิติบุคคลอื่นที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศ</p> <p>(2) กิจการร่วมค้า ซึ่งได้แก่กิจการที่ดำเนินการร่วมกันเป็นทางค้าหรือหากำไรระหว่างบริษัทกับบริษัท บริษัทกับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลกับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล หรือระหว่างบริษัทและหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลกับบุคคลธรรมดา คณະ บุ ค ค ล ที่ มี ไ ช่ นิ ตี บุ ค ค ล ห้างหุ้นส่วนสามัญหรือนิติบุคคลอื่น</p> <p>(3) มูลนิธิหรือสมาคมที่ประกอบกิจการซึ่งมีรายได้ แต่ไม่รวมถึงมูลนิธิหรือสมาคมที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดตามมาตรา 47 (7) (ข)</p> <p>(4) นิติบุคคลที่อธิบดีกำหนดโดยอนุมัติรัฐมนตรี และประกาศในราชกิจจานุเบกษา</p>	<p>"บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล" หมายความว่า บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย หรือที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศ และให้หมายความรวมถึง</p> <p>(1) กิจการซึ่งดำเนินการเป็นทางค้าหรือหากำไรโดยรัฐบาลต่างประเทศ องค์การของรัฐบาลต่างประเทศ หรือนิติบุคคลอื่นที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศ</p> <p>(2) กิจการร่วมค้า ซึ่งได้แก่กิจการที่ดำเนินการร่วมกันเป็นทางค้าหรือหากำไรระหว่างบริษัทกับบริษัท บริษัทกับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลกับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล หรือระหว่างบริษัทและหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลกับบุคคลธรรมดา คณະ บุ ค ค ล ที่ มี ไ ช่ นิ ตี บุ ค ค ล ห้างหุ้นส่วนสามัญหรือนิติบุคคลอื่น</p> <p>(3) มูลนิธิหรือสมาคมที่ประกอบกิจการซึ่งมีรายได้ แต่ไม่รวมถึงมูลนิธิหรือสมาคมที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดตามมาตรา 47 (7) (ข)</p> <p>(4) <u>ทรัสต์ของทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน</u></p> <p>(5) นิติบุคคลที่อธิบดีกำหนดโดยอนุมัติรัฐมนตรี และประกาศในราชกิจจานุเบกษา</p>
มาตรา 40	<p>(4) เงินได้ที่เป็น</p> <p>(ข) เงินปันผล เงินส่วนแบ่งของกำไรหรือประโยชน์อื่นใดที่ได้จากบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล กองทุนรวม</p>	<p>(4) เงินได้ที่เป็น</p> <p>(ข) เงินปันผล <u>เงินทำนองเดียวกันกับเงินปันผล</u> เงินส่วนแบ่งของกำไรหรือประโยชน์อื่นใดที่ได้จากบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล</p>

มาตรา	กฎหมายเก่า	กฎหมายใหม่
	<p>หรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมายโดยเฉพาะของประเทศไทย จัดตั้งขึ้นสำหรับให้กู้ยืมเงินเพื่อส่งเสริมเกษตรกรรม พาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรม เงินปันผล หรือเงินส่วนแบ่งของกำไรที่อยู่ในบังคับต้องถูกหักภาษีไว้ ณ ที่จ่ายตามกฎหมายว่าด้วยภาษีเงินได้ปิโตรเลียมเฉพาะส่วนที่เหลือจากถูกหักภาษีไว้ ณ ที่จ่ายตามกฎหมายดังกล่าว</p>	<p>กองทุนรวม หรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมายโดยเฉพาะของประเทศไทย จัดตั้งขึ้นสำหรับให้กู้ยืมเงินเพื่อส่งเสริมเกษตรกรรม พาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรม เงินปันผล หรือเงินส่วนแบ่งของกำไรที่อยู่ในบังคับต้องถูกหักภาษีไว้ ณ ที่จ่ายตามกฎหมายว่าด้วยภาษีเงินได้ปิโตรเลียมเฉพาะส่วนที่เหลือจากถูกหักภาษีไว้ ณ ที่จ่ายตามกฎหมายดังกล่าว</p>
<p>มาตรา 65 ทวิ</p>	<p>(10) สำหรับบริษัทจำกัดที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย ให้นำเงินปันผลที่ได้จากบริษัทจำกัดที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย กองทุนรวม หรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมายโดยเฉพาะของประเทศไทยจัดตั้งขึ้นสำหรับให้กู้ยืมเงินเพื่อส่งเสริมเกษตรกรรม พาณิชยกรรม หรืออุตสาหกรรม และเงินส่วนแบ่งกำไรที่ได้จากกิจการร่วมค้า มารวมคำนวณเป็นรายได้เพียงกึ่งหนึ่งของจำนวนที่ได้ เว้นแต่บริษัทจำกัดที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยดังต่อไปนี้ ไม่ต้องนำเงินปันผลที่ได้จากบริษัทจำกัดที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย กองทุนรวม หรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมายโดยเฉพาะของประเทศไทยจัดตั้งขึ้นสำหรับให้กู้ยืมเงินเพื่อส่งเสริมเกษตรกรรม พาณิชยกรรม หรืออุตสาหกรรม และเงินส่วนแบ่งกำไรที่ได้จากกิจการร่วมค้ามารวมคำนวณเป็นรายได้</p>	<p>(10) สำหรับบริษัทจำกัดที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย ให้นำเงินปันผล <u>หรือเงินทำนองเดียวกันกับเงินปันผล</u> ที่ได้จากบริษัทจำกัดที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย กองทุนรวม <u>กองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์</u> หรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมายโดยเฉพาะของประเทศไทยจัดตั้งขึ้นสำหรับให้กู้ยืมเงินเพื่อส่งเสริมเกษตรกรรม พาณิชยกรรม หรืออุตสาหกรรม และเงินส่วนแบ่งกำไรที่ได้จากกิจการร่วมค้า มารวมคำนวณเป็นรายได้เพียงกึ่งหนึ่งของจำนวนที่ได้ เว้นแต่บริษัทจำกัดที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยดังต่อไปนี้ ไม่ต้องนำเงินปันผลที่ได้จากบริษัทจำกัดที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย กองทุนรวม หรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมายโดยเฉพาะของประเทศไทยจัดตั้งขึ้นสำหรับให้กู้ยืมเงินเพื่อส่งเสริมเกษตรกรรม พาณิชยกรรม หรืออุตสาหกรรม และเงินส่วนแบ่งกำไรที่ได้จากกิจการร่วมค้ามารวมคำนวณเป็นรายได้</p>

มาตรา	กฎหมายเก่า	กฎหมายใหม่
	<p>(ก) บริษัทจดทะเบียน (ข) บริษัทจำกัดนอกจาก (ก) ซึ่งถือหุ้นในบริษัทจำกัดผู้จ่ายเงินปันผลไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทจำกัด ผู้จ่ายเงินปันผลและบริษัทจำกัด ผู้จ่ายเงินปันผลไม่ได้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดผู้รับเงินปันผลไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม</p> <p>ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับในกรณีที่บริษัทจำกัดหรือบริษัทจดทะเบียน มีเงินได้ที่เป็นเงินปันผลและเงินส่วนแบ่งกำไรดังกล่าว โดยถือหุ้นหรือหน่วยลงทุนที่ก่อให้เกิดเงินปันผลและเงินส่วนแบ่งกำไรนั้นไว้ไม่ถึงสามเดือนนับแต่วันที่ได้หุ้นหรือหน่วยลงทุนนั้นมาถึงวันมีเงินได้ดังกล่าว หรือได้อोनหุ้นหรือหน่วยลงทุนนั้นไปก่อนสามเดือนนับแต่วันที่มิเงินได้</p> <p>เงินปันผลที่ได้จากการลงทุนของกองทุนสำรองเลี้ยงชีพตามมาตรา 65 ตรี (2) ไม่ให้ถือเป็นเงินปันผลหรือเงินส่วนแบ่งกำไร ตามความในวรรคสอง</p>	<p>(ก) บริษัทจดทะเบียน (ข) บริษัทจำกัดนอกจาก (ก) ซึ่งถือหุ้นในบริษัทจำกัดผู้จ่ายเงินปันผลไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทจำกัดผู้จ่ายเงินปันผล และบริษัทจำกัดผู้จ่ายเงินปันผลไม่ได้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดผู้รับเงินปันผลไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม</p> <p>ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับในกรณีที่บริษัทจำกัดหรือบริษัทจดทะเบียน มีเงินได้ที่เป็นเงินปันผลและเงินส่วนแบ่งกำไรดังกล่าว โดยถือหุ้นหรือหน่วยลงทุนที่ก่อให้เกิดเงินปันผลและเงินส่วนแบ่งกำไรนั้นไว้ไม่ถึงสามเดือนนับแต่วันที่ได้หุ้นหรือหน่วยลงทุนนั้นมาถึงวันมีเงินได้ดังกล่าว หรือได้อोनหุ้นหรือหน่วยลงทุนนั้นไปก่อนสามเดือนนับแต่วันที่มิเงินได้</p> <p>เงินปันผลที่ได้จากการลงทุนของกองทุนสำรองเลี้ยงชีพตามมาตรา 65 ตรี (2) ไม่ให้ถือเป็นเงินปันผลหรือเงินส่วนแบ่งกำไร ตามความในวรรคสอง</p>

บรรณานุกรม

- พนิต ธีรภาพวงศ์. **ภาษีบริษัทข้ามชาติ International Business Taxation**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.
- สุเมธ ศิริคุณโชติ. **กฎหมายภาษีอากรระหว่างประเทศ**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย-ธรรมศาสตร์, 2554.
- ไพจิตร โรจนวานิช, ชุมพร เสนไสย และสาโรช ทองประคำ. **ภาษีสรรพากร**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สามเจริญพาณิชย์, 2553.
- อาภรณ์ นารถติก และโกเมนทร์ สืบวิเศษ. **ประมวลรัษฎากร พร้อมคำพิพากษาโดยย่อและแนววินิจฉัยของกรมสรรพากร พ.ศ. 2553-2556**. พิมพ์ครั้งที่ 37. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกฎหมายกฤตย์จุฑา, 2556.
- Cornell University Law School. **Legal Information Institute: Corporation**. [Online]. Available URL: <http://www.law.cornell.edu/wex/corporations>, 2013 (May, 15).
- Davies, Paul S., and Graham Virgo. **Equity & Trust: Text, Case, and Materials**. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Edward, Richard and Nigel Stockwell. **Trust & Equity**. London: Pitman, 1992.
- Gazette, Law. **The Singapore Real Estate Investment Trust** [Online]. Available URL: <http://www.lawgazette.com.sg/2011-02/14.htm>, 2013 (October, 14).
- The National Association of Real Estate Investment Trusts: NAREIT. **The Basic of REITs** [Online]. Available URL: <http://www.reit.com/REIT101/REITFAQs/BasicsofREITs.aspx>, 2012 (August, 7).
- U.S. Securities and Exchange Commission** [Online]. Available URL: <http://www.sec.gov/about/laws.shtml#secact1933>, 2013 (March, 3).

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการขายทอดตลาด
ความลับทางการค้า

รศวุฒิ วุฒิ

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการขายทอดตลาดความลับทางการค้า *
Legal Measures Related to Trade Secrets at
Public Auctions

รสวุฒิ วุฒิ**
Rassawut Wutthi

บทคัดย่อ

ในกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดีภายหลังจากศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเสร็จสิ้นแล้ว เจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องทำการยึดการอายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษามาไว้ใน การดูแลของเจ้าพนักงานบังคับคดีให้แล้วเสร็จ จึงจะทำการจำหน่ายหรือขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้นซึ่งเป็นขั้นตอนที่สำคัญอันเป็นการแปลงทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาให้เป็นเงินเพื่อนำมาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา หากว่าทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นความลับทางการค้าที่มีลักษณะพิเศษที่เกิดจากการสร้างสรรค์ทางปัญญาของมนุษย์และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเฉพาะซึ่งไม่อาจยึดถือครอบครองได้อย่างทรัพย์สินทั่วไปดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น ความลับทางการค้าจึงไม่เป็นที่อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ ประกอบกับความลับทางการค้านั้นมีลักษณะเฉพาะที่ให้ความสำคัญกับข้อมูลและถือว่าข้อมูลนั้นจะต้องเป็นความลับอยู่เสมอ อีกทั้งข้อมูลดังกล่าวต้องมีประโยชน์ในการใช้เชิงพาณิชย์

ผลการศึกษาพบว่า การขายทอดตลาดความลับทางการค้าตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากลักษณะของความลับทางการค้านั้นไม่สามารถทำการเปิดเผยได้ การเปิดเผยความลับทางการค้าทำให้ข้อมูลความลับทางการค้าสิ้นสภาพของการ

* บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการขายทอดตลาดความลับทางการค้า ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เรียบร้อยแล้ว โดยมีคณาจารย์ที่ปรึกษา 2 ท่าน คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปภาศรี บัวสุวรรณค์ และพันตำรวจเอก ดร. ศิริพล กุศลศิลป์วุฒิ ส่วนคณะกรรมการป้องกันวิทยานิพนธ์ 3 ท่าน คือ รองศาสตราจารย์ ดร. สุมาลี วงษ์วิฑิต รองศาสตราจารย์ นิวัฒน์ มีลาภ และ ดร.กริชพกา บุญเฟื่อง โดยคณาจารย์ที่ปรึกษาสองท่านดังกล่าวเป็นคณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ด้วย

** นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

เป็นความลับ อีกทั้งยังไม่มีมาตรการเฉพาะหรือวิธีการที่เหมาะสมในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าระหว่างการขายทอดตลาด เพื่อไม่ให้ถูกเปิดเผยรวมถึงไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานบังคับคดีในการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่เป็นความลับทางการค้า

Abstract

In the compulsory execution process, after the court delivers judgment or issues an order, executing officers must seize and garnish the belongings of debtors in accordance with the judgment of the court as taken into the care of executing officers. After this, these belongings will be sold or auctioned. This is an important step since it involves exchanging the belongings of debtors for cash in accordance with the ruling that said debtors must repay debts owed creditors in cash.

In cases in which the belongings of debtors involve trade secrets, they have special characteristics derived from human intellectual creativity and therefore receive protection through the application of specific laws. These trade secrets cannot be possessed in the same way as other belongings as stipulated in the Civil and Commercial Code. Therefore, trade secrets are not immovable property or movable property. Trade secrets have specific characteristics that invoke the importance of information and take into account that such information must remain secret. This is because information such as this may well lead to benefits when used for commercial purposes.

Findings show that trade secrets at public auction cannot be legally sold by reference to current legal standards. This is because the characteristics of trade secrets cannot be disclosed. The disclosure of trade secrets will lead to trade secrets being no longer secret. There are also no specific measures or appropriate methods to provide protection for trade secrets during public auctions to prevent them from being disclosed. There are also no provisions granting authority to executing officials in the operations of auctioning property involving trade secrets.

คำสำคัญ: ขายทอดตลาด ความลับทางการค้า

Keywords: Public Auction, Trade Secret

1. บทนำ

เนื่องจากปัจจุบันการประกอบธุรกิจการค้าและการลงทุนได้มีการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วซึ่งประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่มีการส่งเสริมให้ทำการค้าอย่างเสรีเพื่อขจัดความเหลื่อมล้ำในการดำเนินกิจการผู้ประกอบการจึงเริ่มให้ความสำคัญในการจัดเก็บข้อมูลทางการค้าที่ใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เพื่อสร้างความได้เปรียบเหนือคู่แข่ง เช่น สูตรทางเคมี สูตรยา เทคนิคในทางช่าง กระบวนการผลิตทางอุตสาหกรรม บันทึกลงทางการค้า และการตลาดเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นข้อมูลการค้าที่เป็นความลับหรือเรียกได้ว่าเป็นความลับทางการค้า (Trade Secrets)¹ ซึ่งเกิดจากการรวบรวม คิดค้น สร้างสรรค์ด้วยความพยายาม อุตสาหะและอาจต้องใช้เงินทุนในการทำให้เกิดหรือได้ข้อมูลมาจึงเป็นทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่งที่ทำให้ผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้ามีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์จากความลับทางการค้าของตน การดำเนินกิจการผู้ประกอบการจึงต้องมีการบริหาร และการจัดการอย่างมีประสิทธิภาพจึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องมีการทำสัญญาคุ้มกันและมีหลักประกันเพื่อสร้างความไว้วางใจระหว่างคู่สัญญาแต่หากผู้ประกอบการประสบปัญหาทางเศรษฐกิจเป็นเหตุให้ไม่อาจชำระหนี้ได้และคู่กรณีทำการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้จำเลยชำระหนี้หากลูกหนี้ยอมปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลก็ไม่มีเหตุจำเป็นที่จะต้องทำการบังคับคดีเพื่อให้ลูกหนี้ชำระหนี้อีกแต่อย่างไร แต่หากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลย่อมเกิดความเสียหายต่อเจ้าหนี้ในการที่จะได้รับชำระหนี้ตามสิทธิของตน เจ้าหนี้จึงต้องอาศัยสิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในการบังคับคดีซึ่งเป็นกระบวนการภายหลังจากศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐภายใต้ขอบเขตของคำสั่งหรือคำพิพากษาเข้ายึดและอายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อทำการจำหน่ายหรือขายทอดตลาดซึ่งเป็นการแปลงทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาให้เป็นเงินด้วยวิธีประมูลสุ่มราคาแข่งขันระหว่างผู้ซื้อหลายคน โดยมีความมุ่งหมายที่จะขายทรัพย์สินที่ยึดให้ได้ราคาสูงกว่าวิธีการขายแบบธรรมดาซึ่งการขายทอดตลาดต้องมีการกำหนดราคาและตกลงราคาที่แน่นอนต้องทำการขายอย่างเปิดเผยและผู้ซื้อผู้ขายต้องผูกพันตามสัญญาขายทอดตลาดนั้น อีกทั้ง ทรัพย์สินที่จะนำมาขายทอดตลาดได้นั้นต้องเป็นทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

¹ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2553), หน้า 442 - 444.

ในกรณีความลับทางการค้าในทางธุรกิจ หากเจ้าของความลับทางการค้านำความลับทางการค้าที่มีอยู่เป็นหลักประกันการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้และภายหลังเจ้าหนี้ฟ้องร้องให้เจ้าของความลับทางการค้าปฏิบัติชำระหนี้จนถึงขั้นบังคับคดีด้วยการขายทอดตลาด แต่ด้วยลักษณะของความลับทางการค้าที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง และโดยลักษณะของความลับทางการค้าที่ไม่ใช่ทรัพย์สินที่สามารถบังคับคดีและขายทอดตลาดได้อย่างทรัพย์สินในทางแพ่งประกอบกับลักษณะของความลับทางการค้าที่ไม่สามารถเปิดเผยได้

จากกรณีดังกล่าวข้างต้นทำให้เกิดปัญหาหลายประการ คือ

- 1) ปัญหากฎหมายของการขายทอดตลาดความลับทางการค้า
- 2) ปัญหาการคุ้มครองความลับทางการค้าในการขายทอดตลาด
- 3) ปัญหาเกี่ยวกับของอำนาจเจ้าพนักงานบังคับคดีในการขายทอดตลาดความลับทางการค้า

2. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขายทอดตลาดความลับทางการค้า

เนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญามีวัตถุแห่งสิทธิเป็นนามธรรม คือ เป็นเรื่องความคิดสร้างสรรค์ที่มีประโยชน์ในแต่ละรูปแบบ จึงมีความแตกต่างกับทรัพย์สินทั่วไปที่มีวัตถุแห่งสิทธิอันเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง และแม้ทรัพย์สินทางปัญญาจะเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งแต่ทรัพย์สินทางปัญญาก็ไม่ใช่สังหาริมทรัพย์ (Movable Things) หรือ อสังหาริมทรัพย์ (Immovable Property) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพียงแต่ถือว่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งด้วยเหตุที่ทรัพย์สินทางปัญญามีลักษณะเฉพาะจึงมีกฎหมายเฉพาะเรื่องกำหนดไว้²

ความลับทางการค้า (Trade Secrets) เป็นทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่งที่ได้รับ ความคุ้มครองว่าเป็นข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไปหรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับและเป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้³ จึงเห็นได้ว่าข้อมูลทางการค้าอันอาจได้รับความคุ้มครอง⁴ ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 คือ

²มานิตย์ จุ่มปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 20 – 21.

³พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545.

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

1) ข้อมูลทางการค้าอันได้แก่ สิ่งที่สื่อความหมายให้รู้ ข้อความ เรืองราว ข้อเท็จจริง หรือสิ่งใดอาจอยู่ในรูปของสูตร วิธีการ โปรแกรม กรรมวิธี เทคนิค

2) สถานะเป็นความลับ หมายความว่าถึง ข้อมูลที่ไม่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปและยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคล

3) ใช้ประโยชน์เชิงพาณิชย์ คือ ผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ทางการค้าและความลับทางการค้านั้นสร้างความได้เปรียบต่อคู่แข่งทางการค้าได้ ครอบคลุมเท่าที่มีสภาพเป็นความลับ

4) ข้อมูลที่จัดให้มีการควบคุมอันเหมาะสมต้องมีการแสดงให้เห็นว่าผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าหรือผู้ควบคุมทางการค้านั้นจัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาสภาพการเป็นความลับผู้อื่นไม่อาจล่วงรู้ประโยชน์ได้

ในส่วนของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญา มาตรา 26⁵ บัญญัติว่า “กระบวนการพิจารณาในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้และข้อกำหนดตามมาตรา 30 ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติและข้อกำหนดดังกล่าวให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวงมาใช้บังคับโดยอนุโลม” เมื่อไม่มีกฎหมายเฉพาะในการนำความลับทางการค้ามาบังคับคดีเพื่อขายทอดตลาดจึงต้องนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับ

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งการขายทอดตลาดเป็นขั้นตอนหนึ่งของการบังคับคดีที่ทำให้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลมีสภาพบังคับได้จริง ซึ่งเกิดขึ้นหลังจากที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาไว้ และศาลได้มีคำสั่งอนุญาตให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินที่ยึดนั้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 308

“ความลับทางการค้า” หมายความว่า ข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไปหรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว โดยเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ เนื่องจากการเป็นความลับและเป็นข้อมูลที่ถูกควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ

⁴ไชยยศ เหมะรัชตะ, เรื่องเดิม, หน้า 442.

⁵“พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539,” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่มที่ 113 ตอนที่ 55ก (25 ตุลาคม 2539): 1.

ในการซื้อขายมีวิธีการกำหนดราคาเริ่มต้นที่แน่นอนอีกทั้งต้องมีการโฆษณาบอกขายแก่สาธารณชนเพื่อให้การขายทอดตลาดมีประสิทธิภาพและได้ราคาสูงสุดโดยมีเจ้าพนักงานบังคับคดีเป็นผู้ขายด้วยวิธีการประมูลราคาแข่งขันกันระหว่างผู้ซื้อหลายคนผู้ใดให้ราคาสูงสุดและผู้ทอดตลาดแสดงความตกลงด้วยวิธีการเคาะไม้หรือด้วยกิริยาอย่างอื่นตามจารีตประเพณีผู้นั้นเป็นผู้ชนะการประมูลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 309 ทวิ

2.1 กฎหมายเกี่ยวกับการขายทอดตลาดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

เนื่องจากสาธารณรัฐฝรั่งเศสใช้ระบบประมวลกฎหมายและระบบการขายทอดตลาดที่มีความเหมือนกันคล้ายกับวิธีการขายทอดตลาดของประเทศไทย ตั้งแต่วิธีการ การแยกขายทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ รวมถึงมีการขายทอดตลาดทรัพย์สินทางปัญญาอื่น คือ สิทธิบัตร ซึ่งเป็นที่น่าสนใจสำหรับการนำมาปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทย โดยกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าของสาธารณรัฐฝรั่งเศส คือประมวลกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฝรั่งเศส (Intellectual Property Code) ฉบับเลขที่ 92-1336 ลงวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2535 อันเป็นกฎหมายเฉพาะที่ให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในการผลิต (Manufacture Secret) แต่ก็ไม่มีการกำหนดบทนิยามศัพท์ไว้อย่างชัดเจนอย่างไรก็ดีการให้คำนิยามหรือความหมายคำว่าความลับทางการค้าในการผลิตของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้เกิดขึ้นมาจากการตีความในคดีของ Case law โดยนิยามความลับในการผลิตว่า กระบวนการผลิตซึ่งเกี่ยวกับการปฏิบัติหรือผลประโยชน์ทางพาณิชย์ที่เก็บเป็นความลับจากคู่แข่งซึ่งบทบัญญัติเกี่ยวกับความลับในทางผลิตจะป้องกันไม่ให้ลูกจ้างเปิดเผยหรือพยายามเปิดเผยความลับในทางผลิตแก่คู่แข่ง⁶

ตามหลักกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส การบังคับคดีด้วยวิธีการขายทอดตลาดจะดำเนินการโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี (Huissier de Justice) ตามมาตรา 114 วรรค 1 ของรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1992 โดยมีสถานะเป็นทั้งเอกชนผู้ประกอบการอาชีพอิสระและเจ้าหน้าที่ของรัฐ คือ เจ้าพนักงานผู้ขายทอดตลาดทรัพย์สิน (Commissaire-priseur) และโนตารี (Notaire) ซึ่งขั้นตอนกระบวนการขายทอดตลาดนั้นจะดำเนินการ ดังนี้

⁶Terrence F. MacLaren, *Worldwide Trade Secrets Law* (New York: West Group, 1993), pp. B3-4.

หลังจากมีแจ้งประกาศการยึดทรัพย์ให้ลูกหนี้ทราบแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งเดือน มาตรา 108 ของรัฐกฤษฎีกา วันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1992⁷ เพื่อให้ลูกหนี้มีเวลาดำเนินการ ขายทรัพย์สินที่ถูกยึดได้เองในราคาที่ถูกหนี้เห็นว่าเหมาะสม ซึ่งลูกหนี้จะต้องดำเนินการยื่นคำร้องขอต่อเจ้าพนักงานบังคับคดีตามหมายบังคับคดีซึ่งเจ้าพนักงานบังคับคดีจะส่งเรื่องให้เจ้าหน้าที่พิจารณา หากเจ้าหน้าที่ไม่เห็นด้วยเพราะเห็นว่าจำนวนเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินโดยลูกหนี้ไม่เป็นที่พอใจหรือต่ำเกินไป เจ้าพนักงานบังคับคดีจะดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินต่อไป ตามมาตรา 52 ของรัฐบัญญัติ วันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ. 1991 และ มาตรา 107 ของรัฐกฤษฎีกา วันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1992

การประกาศขายทอดตลาดทรัพย์สินระบุสถานที่ วัน เวลาในการขายทรัพย์สิน และทรัพย์สินที่จะทำการขายประกาศขายทอดตลาดทรัพย์สินนี้จะคิดว่ากำหนดไว้ที่ว่าการอำเภอที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนาอยู่และที่สถานที่ที่จะทำการขายทอดตลาดทรัพย์สินแปดวันล่วงหน้าก่อนที่จะมีการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้นหรือจะดำเนินการประกาศการขายทอดตลาดทรัพย์สินทางหนังสือพิมพ์ก็ได้ตามมาตรา 111 ของรัฐกฤษฎีกา วันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1992 สถานที่ขายทอดตลาดทรัพย์สิน ปกติแล้วเจ้าหนี้ผู้ดำเนินการยึดทรัพย์จะเป็นผู้เลือกสถานที่ที่จะทำการขาย ซึ่งอาจเป็นสถานที่จำหน่ายทรัพย์สิน หรือตลาดสาธารณะตาม มาตรา 110 ของรัฐกฤษฎีกา วันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1992

เมื่อเข้าสู่กระบวนการขายทอดตลาด เจ้าพนักงานขายทอดตลาดจะประกาศราคาของทรัพย์สินที่นำมาขายทอดตลาดและเริ่มการประมูล เมื่อสามารถขายทรัพย์สินได้ในราคาที่เพียงพอชำระหนี้ที่เป็นมูลเหตุ รวมทั้งดอกเบี้ยและค่าธรรมเนียม ตามมาตรา 115 ของรัฐกฤษฎีกา วันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1992 เจ้าพนักงานขายทอดตลาดจะร้องตะโกนขานราคา ทั้งสิ้นสามครั้งเป็นอันว่าให้การขายทรัพย์สินสิ้นสุดลง ผู้ที่ได้ทรัพย์สินไปจากการขายทอดตลาด คือ ผู้ที่เสนอราคาสูงสุด ตามมาตรา 114 วรรค 2 ของรัฐกฤษฎีกา วันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1992

ส่วนการขายทอดตลาดทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น คือ สิทธิบัตร อันมีลักษณะใกล้เคียงกับความลับทางการค้า ซึ่งวิธีการขายทอดตลาดสิทธิบัตรจะเป็นไปตามรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 5 ธันวาคม ค.ศ. 1968 เมื่อมีการยึดสิทธิบัตรเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ศาลจังหวัดจะพิจารณาความถูกต้องสมบูรณ์ของการยึดสิทธิบัตรและมีคำสั่งให้มีการขายทอดตลาดสิทธิบัตร ตาม มาตรา 42 ของรัฐกฤษฎีกา วันที่ 18 ตุลาคม ค.ศ. 1969 ศาลไม่อาจดำเนินการขายสิทธิบัตรที่ห้องพิจารณาของศาลได้เนื่องจากตามรัฐกฤษฎีกาใช้ถ้อยคำว่า “รายงานการขายทอดตลาด” คำสั่งศาลที่รับรองความถูกต้องสมบูรณ์ของการยึดและคำสั่งศาลให้

⁷ ธนกร วรปรัชญากุล, **สาระสำคัญของการขายทอดตลาดทรัพย์สินในประเทศฝรั่งเศส** [Online], available URL: <http://www.humanrights.ago.go.th/index.php>, 2557 (มีนาคม, 16).

ขายทอดตลาดสามารถยื่นอุทธรณ์ได้ คำสั่งศาลให้ขายทอดตลาดสิทธิบัตรจะกำหนดเงื่อนไขในการขายและแต่งตั้งโน้ตเร่ ให้เป็นผู้ทำหน้าที่ขายทอดตลาด ซึ่งจะดำเนินการตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรายงานการดำเนินงานซึ่งอยู่ภายใต้บทบัญญัติเรื่องการขายทอดตลาดสิทธิบัตรจำต้องประกาศโฆษณาตามกฎหมายซึ่งกระทำด้วยการตีพิมพ์และการตีพิมพ์ประกาศเช่นเดียวกับการขายทอดตลาดทรัพย์สินอื่น⁸

2.2 กฎหมายเกี่ยวกับการขายทอดตลาดความลับทางการค้าของเครือรัฐออสเตรเลีย

เครือรัฐออสเตรเลียเน้นให้ความสำคัญคุ้มครองข้อมูลที่เป็นความลับ ซึ่งเป็นเพียงส่วนหนึ่งของแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลที่เป็นความลับที่ได้รับความคุ้มครองจากศาล โดยนิยามความลับทางการค้าว่า ต้องมีลักษณะเป็นข้อมูลที่ใช้หรือสามารถใช้ในทางการค้าหรือธุรกิจและผู้เป็นเจ้าของความลับจำกัดการเปิดเผยหรือไม่สนับสนุนหรือไม่อนุญาตเปิดเผย รวมถึงหากเป็นข้อมูลที่มีการเปิดเผยแก่คู่แข่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายจริงหรือความเสียหายแก่เจ้าของความลับนั้นเป็นอย่างมาก กรณีการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้ามีสาระสำคัญที่ว่าผู้เปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้า รู้หรืออาจสำนึกได้ว่าจะมีความเสียหายแก่เจ้าของข้อมูลหากเปิดเผยแก่ผู้รับข้อมูลรายนั้นหรือไม่ ซึ่งหากมีก็จะเป็นการใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต หรือเปิดเผยข้อมูลซึ่งก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิ

ถ้าข้อมูลได้รับการคุ้มครองอย่างแท้จริง มีสิ่งชี้ถึงธรรมชาติและคุณค่าของข้อมูลดังกล่าวและมีการเปิดเผยข้อมูลนั้น ๆ อย่างระมัดระวังในลักษณะที่เป็นความลับ ศาลมักจะให้ความสำคัญคุ้มครองหากมีการใช้ข้อมูลที่เป็นความลับในทางที่ผิด⁹

ตามหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการบังคับคดีด้วยวิธีการขายทอดตลาดของเครือรัฐออสเตรเลียดำเนินการโดยหน่วยงานที่เรียกว่า สำนักงานเจ้าพนักงาน (Sheriff Office) โดยมีเจ้าพนักงานเป็นเจ้าหน้าที่ของศาลและเป็นตัวแทนของศาลในการบังคับคดี ดังต่อไปนี้

- 1) คดีแพ่งทุกประเภท ไม่ว่าจะมาจากศาลมลรัฐหรือศาลท้องถิ่น
- 2) บังคับชำระค่าปรับในคดีอาญา เช่น ค่าปรับในคดีลหุโทษ หรือ ค่าปรับในคดี

จรรยาจร

⁸ ธนกร วรปรัชญากุล, การยึดและการบังคับคดีสิทธิบัตรในประเทศฝรั่งเศส [Online], available URL: <http://www.library.cag.go.th> (พฤษภาคม, 21).

⁹ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, กฎหมายความลับทางการค้าประเทศออสเตรเลีย [Online], available URL: http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=687&Itemid=600, 2557 (มิถุนายน, 9).

- 3) บังคับคดีนายประกันในคดีอาญา
- 4) บังคับชำระหนี้ของรัฐทั้งหมด เช่น ค่าธรรมเนียมศาล ยกเว้น คดีเกี่ยวกับ

ภาษีอากร

ส่วนวิธีการในการขายทอดตลาดทรัพย์สินของเครือรัฐออสเตรเลียมีดังนี้ เมื่อมีการขายทอดตลาดทรัพย์สิน เจ้าพนักงาน (Sheriff) จะต้องแจ้งกำหนดวันขายและสถานที่ หากเป็นการขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์ เจ้าพนักงานต้องประกาศโฆษณากำหนดวันขายและสถานที่ขายลงในหนังสือพิมพ์ และยังมีการดำเนินการขายทอดตลาดโดยผู้ทอดตลาดเอกชน¹⁰ ซึ่งแยกออกเป็นการขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์ ที่เป็นบริษัทที่ทำธุรกิจเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์แบบครบวงจรที่ได้รับใบอนุญาตจากรัฐ ได้รับการอบรมทักษะด้านต่างๆ ทั้งการแนะนำ การบรรยายลักษณะของทรัพย์สินที่ทำการขาย การตอบคำถาม การดำเนินการประมูลส่วนการขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์ดำเนินการโดยบริษัทของเอกชนซึ่งแยกโดยเด็ดขาดกับงานของเจ้าพนักงาน ทรัพย์สินที่นำมาขายทอดตลาดนั้น ผู้ทอดตลาดจะเป็นผู้ขนย้ายมาจากบริษัทเองและต้องมาลงสารบบจัดเก็บอย่างดี มีการทำบาร์โค้ด การรักษาความปลอดภัยที่ดีและให้บริษัทที่รับประเมินราคาโดยเฉพาะเป็นผู้ประเมินราคาให้ ซึ่งโดยปกติแล้วจะอิงราคาตลาดแต่หากต้องการขายได้ง่ายขึ้นก็ต้องประเมินราคาโดยใช้ราคาขายทอดตลาด (Auction Value) ซึ่งจะได้ราคาต่ำกว่าราคาตลาด

ทั้งนี้ เครือรัฐออสเตรเลียมีการทำข้อตกลงรักษาความลับ (Confidentiality Agreement) โดยข้อตกลงนี้จะใช้เพื่อมิให้ลูกจ้างเปิดเผยความรู้ที่เป็นความลับในระหว่างการทำงานและภายหลังการจ้างงานของลูกจ้างซึ่งนายจ้างควรเก็บความลับทางการค้า หากว่าข้อตกลงดังกล่าวมีช่องว่างนายจ้างก็ยังมีหลักฐานยืนยันทางกฎหมาย ข้อตกลงการรักษาความลับสามารถทำได้กับทุกบุคคล ตั้งแต่ลูกจ้าง หุ่นส่วนทางธุรกิจ ผู้ร่วมธุรกิจนักวิชาการและอื่นๆ ที่ต้องการกำหนดข้อผูกพันของความเชื่อมั่นในเรื่องเกี่ยวกับการใช้และการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับ

3. วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวการขายทอดตลาดความลับทางการค้า

การที่ความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากทรัพย์สินทั่วไป หากเจ้าของความลับทางการค้านำความลับทางการค้าที่ตนมีอยู่เป็นหลักประกันการชำระหนี้และภายหลังเจ้าหนี้ฟ้องร้องให้เจ้าของความลับทางการค้า

¹⁰ วัณณะพี จุฬาพิมพ์พันธุ์และคณะ, รายงานการศึกษาดูงานเรื่อง ระเบียบการบังคับคดีแพ่งของออสเตรเลีย (กรุงเทพมหานคร: กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม, 2547), หน้า 26.

ปฏิบัติการชำระหนี้จนถึงขั้นบังคับคดีด้วยการขายทอดตลาด แต่ด้วยลักษณะของความลับทางการค้าที่ไม่สามารถเปิดเผยได้ เช่นนี้แล้วการนำความลับทางการค้ามาบังคับคดีด้วยวิธีการการขายทอดตลาดจะกระทำโดยวิธีใด การคุ้มครองความลับทางการค้าไม่ให้อีกเปิดเผยในขณะที่ขายทอดตลาดจะมีวิธีการใดเพื่อไม่ให้ความลับทางการค้าสิ้นสภาพการเป็นความลับ รวมถึงอำนาจเจ้าพนักงานบังคับคดีตามกฎหมายที่มีอยู่เพียงพอกับการขายทอดตลาดความลับทางการค้าหรือไม่ ผู้เขียนจึงได้วิเคราะห์ถึงปัญหาเพื่อสร้างมาตรการมารองรับดังต่อไปนี้

3.1 ปัญหากฎหมายของการขายทอดตลาดความลับทางการค้า

ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มิได้บัญญัติรองรับถึงเรื่องมาตรการเกี่ยวกับการขายทอดตลาดในความลับทางการค้าไว้เป็นการเฉพาะ จึงจำเป็นต้องวิเคราะห์ถึงลักษณะของการเป็นทรัพย์สินที่มีความแตกต่างจากทรัพย์สินทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 และมาตรา 138 เป็นการบัญญัติถึงความหมายในทรัพย์สินหรือทรัพย์สินทั้งหมดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น แต่ความลับทางการค้าเป็นการได้มาโดยผลทางกฎหมายอื่นซึ่งมีกฎหมายในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าเป็นการเฉพาะอันได้แก่ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

การได้มาซึ่งสิทธิในความลับทางการค้านั้น พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 3 กำหนดถึงการเป็นเจ้าของสิทธิคนแรกว่า จะต้องเป็นการได้สิทธิมาโดยเป็นผู้ที่ทำให้เกิดข้อมูลแต่สำหรับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่มีรูปร่างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น อาจได้มาโดยทางนิติกรรมหรือทางอื่น เช่น โดยการเข้าถึงสังหาริมทรัพย์ที่ไม่มีเจ้าของ การครอบครองปรปักษ์โดยหลักส่วนควบ เป็นต้น และสิทธิการเป็นเจ้าของความลับทางการค้าจะเปิดเผย เอาไปหรือใช้ประโยชน์ใดๆ ในข้อมูลซึ่งเป็นความลับทางการค้า เช่น การที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่นเปิดเผย เอาไปหรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าของตนได้ โดยอาจกำหนดเงื่อนไขเพื่อรักษาความลับดังกล่าวให้เป็นความลับทางการค้าต่อไปได้ แต่การได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยผลของกฎหมายคือสิทธิที่มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นทรัพย์สินหรือสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินเป็นสิทธิที่จะบังคับเอากับตัวทรัพย์สินได้โดยตรงเช่น กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง ภารจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเก็บกินนอกจากนี้สภาพการเป็นความลับทางการค้ามีความต่างจากกรรมสิทธิ์ โดยกรรมสิทธิ์นั้นเป็นทรัพย์สินซึ่งมีวัตถุแห่งสิทธิเป็นตัวทรัพย์สินและกรรมสิทธิ์จะติดตัวทรัพย์สินเสมอแต่ความลับทางการค้านั้นเป็นสิทธิเด็ดขาดอย่างหนึ่ง ที่มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นอำนาจหวงกันมิให้ความลับถูกเปิดเผย และมีให้ผู้อื่น

เข้ามาใช้สิทธิที่เจ้าของสิทธิมีอยู่เพียงผู้เดียว ซึ่งสิทธิดังกล่าวไม่ได้ติดอยู่กับตัวทรัพย์สินอย่างเช่น กรรมสิทธิ์ ดังนั้น ความล้มเหลวทางการค้าจึงไม่ใช่ทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 แต่เป็นทรัพย์สินที่ได้มาโดยกฎหมายอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1298

การนำความล้มเหลวทางการค้าอันเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่มีลักษณะแตกต่างจากทรัพย์สินทั่วไปมาบังคับชำระหนี้ด้วยวิธีการบังคับคดีเพื่อขายทอดตลาดเมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ไม่ได้บัญญัติถึงการบังคับคดีที่เกี่ยวกับความล้มเหลวการค้าไว้แต่อย่างใด มีเพียงแต่มาตรา 26 ที่กำหนดให้กรณีที่ไม่มียุติบัตรและข้อกำหนดดังกล่าวให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวงมาใช้บังคับโดยอนุโลม ดังนั้น เมื่อไม่มีกฎหมายเฉพาะในการนำความล้มเหลวทางการค้ามาบังคับคดีเพื่อขายทอดตลาดจึงต้องใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับ

การยึดความล้มเหลวทางการค้าเพื่อขายทอดตลาด ในส่วนของการบังคับคดีเป็นการยึดทรัพย์สินหรือทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาอยู่ในความดูแลของเจ้าพนักงานบังคับคดี เพื่อดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งทรัพย์สินที่สามารถยึดได้ต้องเป็นทรัพย์สินที่อยู่ในความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และต้องไม่เป็นทรัพย์สินที่นอกเหนือความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 285 (4) กำหนดว่า ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาต่อไปนี้ย่อมไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี ได้แก่ ทรัพย์สินใดๆ ที่โอนกันไม่ได้ตามกฎหมายหรือตามกฎหมายย่อมไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี ดังนั้น แม้ความล้มเหลวทางการค้าจะเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่มีรูปร่างแต่ยังคงมีราคา และโอนให้แก่กันได้ตามพระราชบัญญัติความล้มเหลวการค้า มาตรา 5 จึงไม่อยู่ในทรัพย์สินอันต้องห้ามบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ตามระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการบังคับคดีของเจ้าพนักงานบังคับคดี (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2544¹¹ เมื่อศาลเห็นสมควรมีคำสั่งให้ขายทอดตลาดทรัพย์สิน เจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องดำเนินการส่งประกาศขายทอดตลาดให้แก่ผู้มีส่วนได้เสียและต้องจัดทำรายละเอียดทรัพย์สินที่จะขายทอดตลาดเป็นหนังสือหรือเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และ

¹¹“ระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการบังคับคดีของเจ้าพนักงานบังคับคดี (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2544,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 118 ตอนพิเศษ 39ง (30 เมษายน 2544): 2.

ประกาศโฆษณาซึ่งรายละเอียดในทรัพย์สินที่จะทำการขายทอดตลาดโดยในการจัดทำประกาศขายทอดตลาดนั้นเจ้าพนักงานบังคับคดีจะลงแจ้งการขายทอดตลาดในหนังสือพิมพ์รายวันหรือโดยวิธีอื่นก็ได้ก่อนถึงวันกำหนดการขายทอดตลาด¹² และจะต้องมีรายการดังต่อไปนี้ ชื่อศาลและหมายเลขคดีแดง ชื่อคู่ความ สถานที่ขายทอดตลาด วันและเวลาในการขายทอดตลาด รายละเอียดของทรัพย์สินที่จะขายและภาระติดพัน ราคาเริ่มต้นที่ใช้ในการขายทอดตลาดเงื่อนไขและข้อสัญญาอื่นใดเช่น การระบุรายละเอียดที่ผู้เสนอราคาสูงสุดต้องตกลงผูกพันกับการเสนอราคาดังกล่าว แต่เมื่อความลับทางการค้ามีลักษณะเฉพาะที่ให้ความสำคัญของข้อมูลที่จะต้องเป็นความลับอันมิอาจเปิดเผยได้ โดยผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าเท่านั้นที่ทราบถึงรายละเอียดของความลับทางการค้าซึ่งมีความแตกต่างกับทรัพย์สินทั่วไป ตรงที่รายละเอียดของทรัพย์สินจะติดอยู่กับตัวทรัพย์สินเสมอ เช่น สภาพ ลักษณะ จำนวน ขนาด และน้ำหนัก เป็นต้น

ดังนั้น การจัดทำรายละเอียดไม่ว่าจะเป็นการเปิดเผยข้อมูลเพื่อจัดทำประกาศโฆษณา การประเมินราคาความลับทางการค้าเพื่อเป็นราคาเริ่มต้นในการประมูล รวมถึงการแจ้งรายละเอียดความลับทางการค้าต่อผู้สนใจเข้าร่วมประมูลนั้นไม่สามารถที่จะทำได้เพราะอาจจะทำให้ความลับทางการค้าสิ้นสภาพการเป็นความลับ

3.2 ปัญหาการคุ้มครองความลับทางการค้าในการขายทอดตลาด

เมื่อความลับทางการค้ามีความแตกต่างจากทรัพย์สินทั่วไปอันไม่อาจเปิดเผยรายละเอียดข้อมูลที่เป็นความลับได้เมื่อต้องนำไปจำหน่ายด้วยวิธีการขายทอดตลาดเพื่อนำมาชำระหนี้ตามเจตนารมณ์ของการบังคับคดี ย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องให้ความสำคัญคุ้มครองความลับทางการค้าในกระบวนการขายทอดตลาดเพื่อมิให้ถูกเปิดเผยจนสิ้นสภาพของการเป็นความลับ

กระบวนการขายทอดตลาดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้นมีความจำเป็นจะต้องเปิดเผยรายละเอียดของทรัพย์สินที่จะนำมาขายทอดตลาดเพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียและประชาชนได้ทราบถึงข้อมูล ลักษณะสภาพของทรัพย์สิน ภาระผูกพัน รวมถึงข้อสัญญา

¹²ระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการบังคับคดีของเจ้าพนักงานบังคับคดี (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2544.

ข้อ 25 ให้ยกเลิกความใน ข้อ 68 วรรคสอง แห่งระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการบังคับคดีของเจ้าพนักงานบังคับคดี พ.ศ. 2522 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“อนึ่ง ถ้าเจ้าพนักงานบังคับคดีเห็นสมควรที่จะลงแจ้งความการขายทอดตลาด ในหนังสือพิมพ์รายวันฉบับที่แพร่หลาย หรือโดยวิธีอื่นใดก่อนวันกำหนดวันขายก็ได้”

เงื่อนไข และค่าเตือนผู้ซื้อ อีกทั้ง เพื่อนำมาประกอบการตัดสินใจว่าจะซื้อทรัพย์สินนั้นหรือไม่และจะสู้ราคาถึงเพียงใดตามกฎหมายกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขายทอดตลาด พ.ศ. 2554 ข้อที่ 9 และการเปิดเผยรายละเอียดทรัพย์สินที่จะนำมาขายทอดตลาดนั้น ใช้ได้กับทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ซึ่งหากทรัพย์สินที่นำมาขายทอดตลาดนั้นเป็นความลับทางการค้าที่โดยสภาพแล้วไม่สามารถเปิดเผยรายละเอียดได้ เพราะการเปิดเผยรายละเอียดอาจทำให้ความลับทางการค้าสิ้นสภาพการเป็นความลับได้ ประกอบกับความสำคัญของผลิตภัณฑ์ที่เป็นความลับนั้นเป็นข้อมูลที่มีความเหนือคู่แข่งทางการค้า

การประเมินราคาทรัพย์สินที่จะนำมาขายทอดตลาดเป็นส่วนหนึ่งของขั้นตอนการจัดทำรายละเอียดทรัพย์สินเพื่อที่จะกำหนดไว้ในประกาศโฆษณาการขายทอดตลาดและใช้เป็นราคาในการเริ่มต้นขายทอดตลาดตามกฎหมายกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขายทอดตลาด พ.ศ. 2554 ข้อที่ 6 แต่เนื่องจากความลับทางการค้าเกิดขึ้นจากความอุตสาหะ การลงทุนทางความคิด และการเงิน จนเกิดเป็นมูลค่าทางความคิดแตกต่างจากทรัพย์สินทั่วไปที่สามารถพิจารณาได้จากสภาพของทรัพย์สินนั้นได้โดยตรง

เมื่อพิจารณาการประเมินราคาจากหลักการทดแทน (Substitution) ที่มีการประเมินราคาทรัพย์สินจากต้นทุนการผลิตและความต้องการที่จะซื้อทรัพย์สินโดยอาศัยวิธีการเปรียบเทียบราคาตลาดและการประเมินราคาจากรายได้สุทธิทั้งหมดที่คาดว่าจะรับตลอดอายุการใช้งาน (Business Plan) และกรรมวิธีในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินเชิงเปรียบเทียบ (Direct Capitalization Approach) ซึ่งหาผลตอบแทนรวมระหว่างรายได้และค่าใช้จ่ายของทรัพย์สินที่ประเมิน จากหลักการดังกล่าวสามารถที่จะนำมาใช้ในการประเมินราคาความลับทางการค้าในกระบวนการขายทอดตลาดได้เพียงบางส่วนเท่านั้น เนื่องจากความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีตัวตน และมีความละเอียดอ่อนกว่าทรัพย์สินทางปัญญาชนิดอื่นๆ ตรงที่ต้องอาศัยความคงอยู่ของข้อมูลที่จะต้องเป็นความลับ

การนำสัญญาไม่เปิดเผยข้อมูลหรือสัญญาความลับทางการค้า (Non Discloser Agreement) ซึ่งเป็นสัญญาข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์ในการรักษาความลับที่เกิดจากการจ้างแรงงานที่ผู้เป็นนายจ้างมีความจำเป็นต้องเปิดเผยความลับทางการค้าต่อลูกจ้างไม่ว่าจะเป็นพนักงาน ผู้อำนวยการ และตัวแทนก็ตาม ซึ่งลูกจ้างมีหน้าที่ต้องจัดเก็บรักษาความลับทางการค้าในลักษณะเดียวกับที่นายจ้างดูแลรักษาความลับของตนเอง รวมถึงมีการกำหนดมาตรการการเข้าถึงตามลำดับความสำคัญของความลับทางการค้า หากมาคุ้มครองข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าระหว่างการขายทอดตลาดนั้นสามารถที่จะนำมาใช้ได้เพราะเป็นการป้องกันความลับทางการค้าไม่ให้ถูกเปิดเผยจากผู้ที่มีข้อมูลที่เป็นความลับในระหว่างการขายทอดตลาด ซึ่งถือว่าเป็นสัญญาที่มีประโยชน์ต่อการคุ้มครองความลับทางการค้าเป็นอย่างมาก

แต่การเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าให้ผู้อื่นได้ทราบถึงรายละเอียดแม้จะเป็นวงจำกัด แต่ในกระบวนการขายทอดตลาดย่อมเกิดผลกระทบต่อข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้า ไม่ว่าจะเป็นด้านชื่อเสียง ราคาและผลประโยชน์ที่จะได้รับในอนาคตทำให้ความได้เปรียบเหนือคู่แข่งของผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าอาจลดน้อยลง

ดังนั้น กระบวนการขายทอดตลาดจึงไม่ควรที่จะเปิดเผยสาระสำคัญของข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้า เพราะหากลูกหนี้ตามคำพิพากษานำเงินและค่าธรรมเนียมร้อยละ 3 ของจำนวนเงินที่ขายหรือจำหน่ายได้มาชำระหนี้หรือเป็นผู้ประมูลราคาสูงสุด ย่อมเกิดความเสียหายถึงสิทธิที่ตนมีอยู่เหนือความลับทางการค้า อีกทั้ง การบังคับตามสัญญาในอนาคตอาจทำให้เกิดปัญหาเพราะกรณีที่มีการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้านั้นย่อมทำให้ความลับทางการค้าหมดสภาพการเป็นความลับโดยสิ้นเชิงซึ่งผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้ามีสิทธิเพียงบังคับตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้เท่านั้น

3.3 ปัญหาเกี่ยวกับของอำนาจเจ้าพนักงานบังคับคดีในการขายทอดตลาดความลับทางการค้า

ผู้มีอำนาจดำเนินกระบวนการขายทอดตลาดความลับทางการค้านั้น จำต้องพิจารณาถึงอำนาจและหน้าที่ตามบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ก่อนว่าพนักงานเจ้าหน้าที่จะมีอำนาจขายทอดตลาดความลับทางการค้าได้หรือไม่อย่างไร ซึ่งในมาตรา 27 และมาตรา 30 ได้ให้อำนาจการตรวจค้นหรือตรวจสอบและอำนาจการยึดการอายัด อันเป็นการปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับคดีอาญาในการกระทำการละเมิดสิทธิเจ้าของความลับทางการค้าเพียงเท่านั้นไม่ครอบคลุมไปถึงการขายทอดตลาดความลับทางการค้าซึ่งเป็นกระบวนการทางแพ่งในการจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อชำระหนี้ ดังนั้น พนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้าจึงไม่มีอำนาจดังกล่าว

เมื่อพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มิได้บัญญัติถึงเรื่องอำนาจของเจ้าพนักงานบังคับคดีในการขายทอดตลาดจึงต้องนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเป็นหลักทั่วไปมาใช้บังคับในเรื่องดังกล่าวซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1 (14) บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานบังคับคดี หมายความว่า เจ้าพนักงานในสังกัดกรมบังคับคดีหรือพนักงานอื่นผู้มีอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้อยู่ในอันที่จะปฏิบัติตามวิธีการที่บัญญัติไว้ในภาค 4 แห่งประมวลกฎหมายนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่ความในระหว่างการศึกษา หรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งและให้หมายความร่วมมือถึงบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากเจ้าพนักงานบังคับคดีให้ปฏิบัติแทน”

เจ้าพนักงานบังคับคดีในฐานะเป็นผู้แทนเจ้าหน้าที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดี โดยให้ถือเสมือนเป็นเจ้าพนักงานศาลตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีอำนาจที่จะรวบรวมเงินให้พอชำระตามคำพิพากษาหรือคำสั่งโดยวิธียึดหรืออายัดและจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งการขายทอดตลาดนั้นเป็นวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินในการบังคับคดีที่มีความมุ่งหมายที่จะนำเงินที่ขายทรัพย์สินได้มาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาลงตามค่าธรรมเนียมต่างๆ แต่เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจเพียงการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์เท่านั้นมิได้ครอบคลุมไปถึงความลับทางการค้าที่มีความแตกต่างจากทรัพย์สินทั่วไปเช่นนี้แล้วเจ้าพนักงานบังคับคดีจึงไม่มีอำนาจเพียงพอที่จะขายทอดตลาดความลับทางการค้า จึงควรมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องในเรื่องอำนาจหน้าที่ในการขายทอดตลาดให้เจ้าพนักงานบังคับคดีสามารถทำการขายทอดตลาดในทรัพย์สินที่เป็นความลับทางการค้าได้

4. ข้อเสนอแนะ

จากการที่ได้ศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการขายทอดตลาดในความลับทางการค้าแล้ว ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะแนวทางการแก้ปัญหา ดังนี้

4.1 กระบวนการขายทอดตลาดความลับทางการค้านั้นไม่อาจทำได้อย่างเช่น การขายทอดตลาดทรัพย์สินทั่วไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะว่า ควรกำหนดมาตรการการขายทอดตลาดความลับทางการค้าขึ้นมาโดยเฉพาะ เริ่มตั้งแต่การนำความลับทางการค้าไปขึ้นทะเบียนต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อให้อยู่ในรูปแบบของเอกสาร มีการจัดเก็บอย่างมีระบบและเพื่อประโยชน์ในการใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าต้องแจ้งข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าต่อเจ้าหน้าที่ซึ่งจะต้องระบุถึงประเภทของความลับทางการค้าและข้อมูลทางการค้าในด้านอุตสาหกรรม ได้แก่ สูตรหรือส่วนผสม เครื่องมือหรืออุปกรณ์ กระบวนการการผลิตข้อมูลหรือผลวิจัย

อีกทั้ง ต้องมีการแจ้งข้อมูลทางการค้าในด้านพาณิชย์กรรม อันเป็นข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจ จากนั้นเจ้าหน้าที่จะออกหนังสือรับรองให้ผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้า โดยกรมทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องเป็นผู้ควบคุมดูแลรักษาความลับทางการค้านั้น ในลักษณะที่มีการเก็บข้อมูลที่รัดกุมกว่าทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น หรือ มีการจัดตั้งสถานที่ขึ้นมาเป็นการเฉพาะเพื่อเก็บรักษาความลับทางการค้า ดังนั้น เมื่อข้อมูลอันเป็น

ความลับทางการค้านั้นปรากฏอยู่ในเอกสารที่มีหลักฐานทางทะเบียนหรือหนังสือรับรองแล้ว หากเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาต้องการได้รับชำระหนี้จากความลับทางการค้าดังกล่าว เจ้าพนักงานบังคับคดีสามารถที่จะยึดเอกสารหรือหนังสือรับรองดังกล่าวมาจัดทำรายละเอียด เพื่อนำเข้าสู่กระบวนการขายทอดตลาดต่อไปได้

4.2 จากการศึกษาการประเมินมูลค่าความลับทางการค้าเพื่อการขายทอดตลาดนั้น ต้องใช้วิธีการประเมินจากชื่อเสียงทางการค้า สิทธิในชื่อเสียงแห่งธุรกิจ (Business Goodwill) ที่มีอยู่เดิมและยอดจำหน่ายหรือรายได้ซึ่งเป็นผลประกอบการที่ผ่านมาแล้วทั้งยังต้องดู ความสำคัญของความลับทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับตลาด ไม่ว่าจะเป็นด้านเศรษฐกิจสุขภาพ อนามัย ความปลอดภัย รวมถึงสาธารณประโยชน์ เช่น การผลิตยารักษาโรค การผลิตอาวุธ ยุทโธปกรณ์ เป็นต้น แต่เนื่องจากการขายทอดตลาดความลับทางการค้าล้วนประกอบด้วยผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องด้วยกันหลายฝ่าย อีกทั้งผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าเป็นเพียงผู้เดียวที่ทราบถึงรายละเอียดของความลับทางการค้าที่เป็นข้อมูลสำคัญในการประเมินราคา ดังนั้น การประเมินราคาจึงควรให้คณะกรรมการความลับทางการค้ากำหนดนโยบาย โดยให้ ตั้งกรรมการร่วม จากฝ่ายลูกหนี้และจากฝ่ายเจ้าหนี้ฝั่งละ 2 คน และให้อธิบดีกรมหรือตัวแทนเข้ามาเป็นประธานเพื่อหาผลสรุปในการประเมินราคา

4.3 การคุ้มครองความลับทางการค้าเพื่อมิให้ความลับทางการค้าถูกเปิดเผย ผู้เขียน จึงขอเสนอแนะว่า การเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าให้ผู้อื่นได้ทราบถึงรายละเอียด แม้จะเป็นวงจำกัดในกระบวนการขายทอดตลาดก็ย่อมเกิดผลกระทบต่อข้อมูลที่เป็นความลับ ทางการค้า ไม่ว่าจะเป็นด้านชื่อเสียง ราคา รวมถึงผลประกอบการที่จะได้รับในอนาคต ทำให้ ความได้เปรียบเหนือคู่แข่งของผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าอาจลดน้อยลง ดังนั้น จึงไม่ ควรที่จะเปิดเผยสาระสำคัญของข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าในกระบวนการขาย ทอดตลาด เนื่องจากการที่ความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินชนิดพิเศษจึงต้องอาศัยความรู้ ความเชี่ยวชาญในการเก็บรักษาทรัพย์สินทั่วไประหว่างการขายทอดตลาดเพื่อคงสภาพการ เป็นความลับตลอดกระบวนการขายทอดตลาดอันเป็นการรักษาผลประโยชน์ของผู้มีส่วนได้ เสียทุกฝ่าย ผู้เขียนจึงเสนอว่า เพื่อเป็นการคุ้มครองความลับทางการค้าจึงควรให้ คณะกรรมการความลับทางการค้า ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า มาตรา 16 ซึ่ง ประกอบด้วยบุคคลผู้มีความเชี่ยวชาญในการปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้เก็บรักษาความลับทางการค้า ในระหว่างการดำเนินกระบวนการขายทอดตลาด

4.4 กระบวนการขายทอดตลาดความลับทางการค้า เจ้าพนักงานบังคับคดีไม่อาจที่จะทำได้ทั้งหมดเพราะยังคงขาดความเชี่ยวชาญในข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าและยัง ขาดมาตรการที่เหมาะสมในการดูแลรักษาความลับทางการค้าให้คงสภาพการเป็นความลับ

ตลอดจนเสร็จสิ้นกระบวนการขายทอดตลาด แต่เพื่อให้การขายทอดตลาดดำเนินต่อไปได้ ผู้เขียนจึงเสนอว่า ควรมีการเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องในเรื่องอำนาจหน้าที่แก่เจ้าพนักงานบังคับคดีในการขายทอดตลาดให้สามารถทำการขายทอดตลาดในทรัพย์สินที่เป็นความลับทางการค้าได้

บรรณานุกรม

- กรมทรัพย์สินทางปัญญา. **กฎหมายความลับทางการค้าประเทศออสเตรเลีย** [Online]. Available URL: http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=687&Itemid=600,2557 (มิถุนายน, 9).
- ขวัญระพี จุฬาริมพ์พันธุ์และคณะ. **รายงานการศึกษาดูงานเรื่อง ระเบียบการบังคับคดีแพ่งของประเทศออสเตรเลีย**. กรุงเทพมหานคร: กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม, 2547.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2553.
- ธนกร วรปรัชญากุล. **การยึดและการบังคับคดีสิทธิบัตรในประเทศฝรั่งเศส**. [Online]. Available URL: <http://www.library.cag.go.th> (พฤษภาคม, 21).
- _____. **“สาระสำคัญของการขายทอดตลาดทรัพย์สินในประเทศฝรั่งเศส.” วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์** [Online]. Available URL: <http://www.humanrights.ago.go.th/index.php>, 2557 (มีนาคม, 16).
- มานิตย์ จุมปา. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.
- “พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539.” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่มที่ 113 ตอนที่ 55ก (25 ตุลาคม 2539): 1.
- พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545.
- “ระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการบังคับคดีของเจ้าพนักงานบังคับคดี (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2544.” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 118 ตอนพิเศษ 39ง (30 เมษายน 2544): 2.
- ระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการบังคับคดีของเจ้าพนักงานบังคับคดี (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2544.
- MacLaren, Terrence F. **Worldwide Trade Secrets Law**. Vol 2. New York: West Group, 1993.

บทบัญญัติของกฎหมายแรงงานในส่วนที่
ไม่เป็นธรรมต่อนายจ้าง

ฉันทชนก คงเฉลิมนนท์

บทบัญญัติของกฎหมายแรงงานในส่วนที่ไม่เป็นธรรมต่อนายจ้าง* The Unfair Terms of Labour Laws Toward the Employer

ฉันทชนก คงเฉลิมนนท์**

Chanchanok Kongchalermnont

บทคัดย่อ

การใช้แรงงานมีมาตั้งแต่สมัยโบราณ ที่การใช้แรงงานจะเป็นในลักษณะของนายกับทาสในสังคมเกษตรกรรม จนมาถึงการใช้แรงงานโดยผู้ที่มีอำนาจมากกว่ากับผู้ที่มีอำนาจน้อยกว่าในยุคปฏิวัติอุตสาหกรรมที่ก่อให้เกิดนายจ้างและลูกจ้าง ในสมัยก่อนลูกจ้างยังเป็นผู้ที่ไม่มีความรู้ไม่มีอำนาจในการต่อรองกับนายจ้าง จึงมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองลูกจ้างที่เรียกว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงานขึ้น แต่ในปัจจุบันสังคมมีการพัฒนาเทคโนโลยีและวิทยาศาสตร์เป็นอย่างมากเพื่อความเป็นสากลหรือโลกาภิวัตน์ ทำให้ลูกจ้างในปัจจุบันมีความรู้ความสามารถมากขึ้น ประกอบกับกฎหมายคุ้มครองแรงงานที่มุ่งคุ้มครองลูกจ้าง และจากประสบการณ์ในการทำงาน ทำให้เห็นได้ว่านายจ้างยังได้รับความเป็นธรรมไม่เพียงพอในเรื่อง

(1) การหยุดกิจการชั่วคราว ในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2551

(2) การบอกกล่าวล่วงหน้าในสัญญาจ้าง ในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2551 และ

(3) การนัดหยุดงานในพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518

เนื่องจากการพัฒนาประเทศทางเศรษฐกิจต้องมีการจ้างแรงงาน ซึ่งนายจ้างก็นับเป็นผู้ลงทุนในกิจการที่ต้องมีการจ้างแรงงาน เมื่อลูกจ้างในปัจจุบันมีความรู้เพิ่มมากขึ้นจากอดีตจึงสามารถนำกฎหมายที่ให้สิทธิ อำนาจมาเป็นเครื่องต่อรองนายจ้างมากเกินไปจนเกินไป กฎหมาย

* บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง บทบัญญัติของกฎหมายแรงงานในส่วนที่ไม่เป็นธรรมต่อนายจ้าง ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เรียบร้อยแล้ว โดยมีคณาจารย์ที่ปรึกษา 2 ท่าน คือ รองศาสตราจารย์ปิยะนุช โปตะวนิช และ ศาสตราจารย์เกษมสันต์ วิลาวรรณ ส่วนคณะกรรมการป้องกันวิทยานิพนธ์ 3 ท่าน คือ ศาสตราจารย์ ดร. สุนทร มณีสวัสดิ์ รองศาสตราจารย์ปิยะนุช โปตะวนิช และ ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ คณาจารย์ที่ปรึกษาสองท่านดังกล่าวเป็นคณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ด้วย

** นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.

จึงควรที่จะบัญญัติคุ้มครองนายจ้างให้เพิ่มขึ้น เพราะในยุคโลกาภิวัตน์มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว รวมทั้งตัวลูกจ้างเองด้วย เมื่อกฎหมายพัฒนาไม่ทันหรือไม่ปรับเปลี่ยนความคิดตามการพัฒนาที่เกิดขึ้น ทำให้กฎหมายกลายเป็นสิ่งล้าสมัยไม่เป็นธรรมในยุคสมัยที่เปลี่ยนไป เมื่อกฎหมายยังไม่มีปรับปรุงในจุดนี้ นายจ้างจึงยังไม่ได้รับความเป็นธรรมจากกฎหมายแรงงาน ในขณะที่ลูกจ้างกลับได้รับความคุ้มครองมากขึ้นตามกาลเวลาที่ผ่านไป จึงน่าจะมีการคุ้มครองนายจ้างเพื่อสนับสนุนให้เกิดการลงทุนทางภาคอุตสาหกรรมมากขึ้นและเพื่อให้ นายจ้างได้รับความเป็นธรรมจากกฎหมายเพิ่มขึ้น

Abstract

Looking back, we can see that labour is one of an old factor in the society from ancient times. In those days of the agricultural society, “slave” was mentioned as one who worked for land owners or masters. Then came the industrial revolution which changed the labour system from slave-master to working class-ruling class. People who were more power and rich considered as the bosses. While those who were less power and poor were workers. Most of the workers were uneducated and had no power to negotiate with their bosses. Later the laws were legislated in order to protect the workers as Labour Protection Act. According to the high technology development and sciences in the globalization era, the workers or employees are more educated and the Labour Protect Act aims to overprotect them. Thus, it is unfair to the employers in some cases such as;

- (1) The act regarding the protection of employee in case of temporary cessation/closure of operation of Labour Protection Act. B.E.2551 (2008)
- (2) Advance notice of termination, Labour Protection Act. B.E. 2551 (2008)
- (3) Absenteeism/strike, Labour Relation Act. B.E. 2518 (1975)

Due to economic development, the investor or employer must hire the employees to work in all kind of business. Nowadays the employees know more about the laws and some law’s regulations overprotect the employee’s rights to bargain with the employer. Therefore, there should be the act that protect the employer as well. Currently, because of the rapid changes of globalization, the law should be developed and moving to suit the new visionary unless all those acts will be out of date and unfair to the employer. Amending the law to protect and justify the employer may boost the industrial investment.

คำสำคัญ: การหยุดกิจการชั่วคราว การบอกกล่าวล่วงหน้า การนัดหยุดงาน

Keywords: temporary closure of operations, notice of termination of the labour contract, strike

วัตถุประสงค์ในการศึกษา

(1) เพื่อศึกษาความเป็นมาและบทบัญญัติของกฎหมายแรงงานในส่วนที่ไม่เป็นธรรมต่อนายจ้างว่าเป็นเช่นไร

(2) เพื่อหาแนวทางในการปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายแรงงานให้เกิดความเป็นธรรมต่อนายจ้างเพิ่มขึ้น โดยศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายประเทศต่างประเทศ

ขอบเขตในการศึกษา

ศึกษาเฉพาะบทบัญญัติของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2551 ในเรื่องของการหยุดกิจการชั่วคราวของนายจ้าง มาตรา 75 การบอกกล่าวล่วงหน้าในสัญญาจ้างแรงงาน มาตรา 17 และศึกษาพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ในเรื่องการนัดหยุดงาน มาตรา 34 ในส่วนที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่เป็นธรรมต่อนายจ้าง

สมมติฐานในการศึกษา

ในการจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง เจื่อนไขในการจ้างและการทำงานต้องเหมาะสมและให้ความเป็นธรรมแก่ทั้งสองฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นนายจ้างหรือลูกจ้าง แต่กฎหมายแรงงานบางบทบางมาตราโดยเฉพาะบทบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่ลูกจ้างเรื่องการหยุดกิจการชั่วคราว การบอกกล่าวล่วงหน้าในสัญญาจ้างในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2551 และการนัดหยุดงานในพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ให้ความคุ้มครองแก่ลูกจ้างมากเกินไปจนเกิดความไม่เป็นธรรมแก่นายจ้าง

วิธีการศึกษา

การศึกษาแบบวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการค้นคว้า รวบรวมข้อมูลและวิจัยเอกสารจาก ตำรา กฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติ กฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบ บทความต่างๆและความเห็นของนักกฎหมายซึ่งปรากฏอยู่ในบทความ และตำรากฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ โดยการเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศคือ กฎหมายแรงงานประเทศญี่ปุ่นและกฎหมายของประเทศอเมริกา

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- (1) เข้าใจถึงวิวัฒนาการ หลักการและแนวคิด วัตถุประสงค์ของกฎหมายแรงงาน และกฎหมายแรงงานของประเทศไทยที่บางส่วนที่ไม่เป็นธรรมต่อนายจ้าง
- (2) ทราบถึงกฎหมายแรงงานของต่างประเทศในประเด็นที่ศึกษา
- (3) ได้แนวทางในการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายแรงงานให้เป็นธรรมต่อนายจ้างต่อไป

เนื้อเรื่อง

ในปัจจุบันมีการพัฒนาเทคโนโลยีและวิทยาศาสตร์เป็นอย่างมากเพื่อความเป็นสากลหรือโลกาภิวัตน์ (Global) ทำให้เกิดการพัฒนาในการผลิตสินค้าเพื่อการแข่งขันและควมมีเสถียรภาพทางด้านการดำเนินการกิจการ ที่ต้องมีผู้ลงทุนรายใหญ่อันเป็นส่วนหนึ่งในการพัฒนาประเทศที่เรียกว่านายจ้าง เมื่อนายจ้างคือผู้ลงทุนจึงย่อมมุ่งหวังในกำไรจากการลงทุนให้มากที่สุด เพราะได้ลงเงินในการทำกิจการพร้อมกับแบกรับความเสี่ยงในการประกอบกิจการนั้นไว้แต่เพียงผู้เดียว นายจ้างจึงพยายามหาเครื่องจักรเข้ามาใช้แทนแรงงานมนุษย์ตามระดับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและวิทยาศาสตร์ เพื่อความรวดเร็วและประสิทธิภาพในการผลิต การลดต้นทุนในระยะยาว ความคุ้มค่า เนื่องจากนายจ้างผู้ลงทุนเป็นผู้มีสิทธิและอำนาจในการจัดการกิจการที่ได้ลงทุนไป แต่เครื่องจักรหรือเทคโนโลยีเองก็ไม่สามารถทดแทนแรงงานมนุษย์ได้โดยสิ้นเชิง ทำให้มีความจำเป็นที่จะใช้แรงงานมนุษย์ในการขับเคลื่อนกิจการให้สามารถบรรลุผลประโยชน์สูงสุดของกิจการ

แรงงานมนุษย์คือองค์ประกอบสำคัญในการขับเคลื่อนการผลิตและการบริการในฐานะลูกจ้างผู้ใช้แรงงานที่ด้อยกว่านายจ้างทำให้รัฐตรากฎหมายแรงงานขึ้นเพื่อคุ้มครองลูกจ้างหรือแรงงานมนุษย์เนื่องจากมีความสำคัญในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจ สังคม แต่รัฐกลับไม่ได้มองบทบาทของนายจ้างในแง่มุมมองที่ว่านายจ้างเป็นผู้ลงทุนในตอนแรกเริ่ม ซึ่งนายจ้างต้องเป็นผู้แบกรับภาระความเสี่ยงทั้งหมดของการลงทุนและทุกขั้นตอนของกิจการ โดยรัฐมองเพียงผลสำเร็จของการดำเนินงานว่านายจ้างได้รับผลประโยชน์เพียงใด เท่าใดโดยไม่พยายามพิจารณาให้ลึกซึ้งถึงความเสี่ยงที่นายจ้างพึงได้รับ

ในการดำเนินกิจการจำเป็นต้องมีทั้งนายจ้างและลูกจ้าง หากไม่มีนายจ้างเป็นผู้ลงทุนดำเนินกิจการก็จะไม่มีบริษัทหรือสถานประกอบการให้ลูกจ้างทำงาน เมื่อลูกจ้างไม่ได้ทำงานก็จะไม่มีรายได้ที่จะนำมาจับจ่ายใช้สอย ซึ่งส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศ เพราะขาดการอุปโภคบริโภค ไม่มีเงินหมุนเวียนในระบบ ทำให้ประเทศไม่สามารถพัฒนาให้ดียิ่งขึ้นได้ ในปัจจุบันมีการตรากฎหมายแรงงานเพื่อคุ้มครองแรงงานหรือลูกจ้างให้ได้รับความเป็นธรรม

ให้สามารถต่อรองกับนายจ้างได้ แต่กฎหมายแรงงานมีแต่ส่วนที่คุ้มครองลูกจ้างไม่มีกฎหมายในส่วนที่คุ้มครองนายจ้าง อีกทั้งในกฎหมายแรงงานยังมีบทบัญญัติบางส่วนที่ไม่เป็นธรรมต่อนายจ้าง

การใช้แรงงานมีมานานแล้ว โดยในสมัยโรมันมีการใช้แรงงานในลักษณะนายกับข้าหรือทาส โดยที่ชนชั้นปกครองหรือนายจ้างคิดว่าทาสหรือลูกจ้างคือทรัพย์สินอย่างหนึ่งของตนเอง ชนชั้นปกครองหรือนายจ้างจึงมีอำนาจสั่งการ ลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่งต่อทาสหรือลูกจ้างได้ เพราะถือว่าทาสหรือลูกจ้างเป็นทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาสั่งการของชนชั้นปกครองหรือนายจ้าง ชนชั้นปกครองหรือนายจ้างจะสั่งการเช่นไรก็ถือว่าชอบธรรมแล้ว โดยดูได้จากความสามารถซื้อขายทาสได้ จนเมื่อจักรวรรดิโรมันล่มสลายลงทำให้ยุโรปมีการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองและวัฒนธรรมเป็นอย่างมากที่เรียกว่ายุคกลางหรือยุคศักดินาที่มีที่ดินขุนนางผู้ครอบครองที่ดินเป็นเช่นนายจ้าง มีลูกจ้างหรือชาวนาติดที่ดินหรือแรงงาน ซึ่งมีฐานะกึ่งทาส มีหน้าที่เพื่อทำงานรับใช้เจ้านายและเสียดาสน์เท่านั้น โดยมีกฎหมายบัญญัติถึงหน้าที่ไว้อย่างชัดเจน หากฝ่าฝืนสิ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างใดได้รับการลงโทษ เจ้านายหรือนายจ้างจึงยังมีสิทธิในการบังคับบัญชา รวมถึงลงโทษชาวนาติดที่ดินหรือลูกจ้างอยู่แต่ก็มีได้ทำได้อย่างเต็มที่เหมือนในสมัยโรมันแต่อย่างใด เจ้านายหรือนายจ้างสามารถบังคับบัญชาและลงโทษชาวนาติดที่ดินหรือลูกจ้างได้เท่าที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น¹

ในช่วงสมัยต่อมาคือ ยุคปฏิวัติอุตสาหกรรมมีความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์มีการค้นพบกฎเกณฑ์ทางวิทยาศาสตร์ต่างๆที่สำคัญกับการพัฒนาเทคโนโลยี และมีการประดิษฐ์คิดค้นเครื่องจักรพลังไอน้ำที่สามารถเพิ่มกำลังในการผลิตได้เป็นจำนวนมากเริ่มจากการปฏิวัติทางเกษตรกรรมที่ผู้เป็นเจ้าของที่ดินเปลี่ยนวิธีในการทำเกษตรกรรมเป็นเกษตรกรรมแบบใหญ่ทำให้ชาวนาติดที่ดินไม่มีที่ทำกิน ไม่มีการจ้างงานในภาคเกษตรกรรมเพิ่มขึ้นมีแต่ลดลงทำให้แรงงานภาคเกษตรกรรมต้องมาหางานทำในเมือง จนกลายเป็นแรงงานสำหรับระบบโรงงานที่เป็นกระบวนการผลิตในอุตสาหกรรมสมัยใหม่ ทำให้เกิดชนชั้นกรรมกรและนายทุนการทำงาน โดยในช่วงแรกของปฏิวัติอุตสาหกรรมนายจ้างมีความคิดเอาเปรียบลูกจ้างอยู่มาก เนื่องจากไม่มีเงินทุนมากพอและยังมีแรงงานเป็นจำนวนมาก ทำให้มีปัญหาทางแรงงานเพิ่มมากขึ้น แรงงานเป็นปัจจัยที่มีผลกระทบต่อสังคม เศรษฐกิจและการเมือง เนื่องจากการใช้แรงงานนำไปสู่ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศเกี่ยวเนื่องกับความสงบเรียบร้อยของสังคม จึงจำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายแรงงานใน

¹อนันตชัย จินดาวัดน์, ประวัติศาสตร์โลก (ฉบับสมบูรณ์) (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อัสซี, 2554), หน้า 266-267.

การจัดระเบียบระบบการใช้แรงงาน¹ เพื่อให้ระบบการใช้แรงงานในอุตสาหกรรมมีระเบียบ มีความสงบสุขและเป็นธรรมทั้งต่อผู้ใช้แรงงานและผู้ประกอบกิจการอุตสาหกรรม รัฐจึงต้องเข้าไปควบคุมดูแลโดยการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองสวัสดิการของลูกจ้างและควบคุมกฎระเบียบเกี่ยวกับการจ้างงานของนายจ้าง ซึ่งเป็นพื้นฐานของกฎหมายแรงงานมาจนถึงปัจจุบันนี้

ในประเทศไทยมีการใช้แรงงานมาตั้งแต่สมัยกรุงสุโขทัยที่ถือว่าแรงงานหรือทาสเป็นทรัพย์สินทรัพย์สินสิ่งของหรือเป็นทรัพย์สินที่สามารถตกทอดเป็นมรดกได้ โดยมีหน้าที่รับใช้เจ้านาย มุลนายและราชการ แต่การควบคุมทาสนั้นไม่ปรากฏหลักฐานแน่ชัด²

ซึ่งต่อมาในสมัยอยุธยาที่มีการเปลี่ยนแปลงหลายด้านไม่ว่าจะเป็นด้านอาณาเขต ผู้คนพลเมืองและวัฒนธรรม ทำให้โครงสร้างและระเบียบทางสังคมที่แตกต่างกัน มีการจัดโครงสร้างการดูแลพลเมืองใหม่ที่มีการสักเลขเพื่อควบคุมผู้คนเป็นหมู่เหล่าที่เรียกว่าระบบไพร่ มีการแบ่งชนชั้นออกจากกันอย่างเด็ดขาด³ ซึ่งมีผลให้เกิดสิทธิที่แตกต่างอย่างชัดเจนขึ้น ซึ่งสิทธิที่แตกต่างกันนี้ ทำให้เกิดระบบศักดินาที่ถือเป็นระบอบสังคมของอยุธยาโดยแท้ โดยชนชั้นในสมัยอยุธยาจะถูกแบ่งเป็นชั้นๆ ลดหลั่นไปตามลักษณะหน้าที่และความรับผิดชอบที่มาพร้อมกับตำแหน่งหน้าที่โดยมีศักดินาเป็นตัวกำหนดความสูงต่ำของข้าราชการ

ซึ่งกฎหมายสมัยอยุธยาได้กำหนดให้ไพร่ทุกคนต้องสังกัดมูลนายเพื่อให้เรียกใช้ได้สะดวก หากไพร่คนใดไม่สังกัดมูลนาย กฎหมายจะไม่รับผิดชอบในการพิทักษ์ชีวิตและทรัพย์สิน เนื่องจากไพร่จะต้องรับใช้ชาติในยามมีสงครามจึงต้องมีสังกัด เพราะในสมัยอยุธยามีแต่กองทหารรักษาพระองค์ ทั้งสมัยอยุธยามีข้าศึก ศัตรูมากจึงต้องใช้ชายฉกรรจ์เพื่อป้องกันกรุง ทำให้เกิดความจำเป็นที่ราษฎรต้องมีนายเพื่อเป็นผู้เกณฑ์กำลังไปช่วยเหลือเมืองหลวง ป้องกันภัยจากศัตรู ซึ่งนายต้องมีความรับผิดชอบต่อลูกหมู่ของตน มีผลทำให้สังคมสมัยอยุธยาเป็นสังคมที่มีความรับผิดชอบ มีกฎเกณฑ์ต่างๆ มากมาย เนื่องจากสภาพสังคมซับซ้อนกว่าสมัยสุโขทัย ซึ่งไพร่ก็ถือเป็นแรงงานแบบหนึ่ง

นอกจากไพร่แล้วยังมีทาสที่เป็นแรงงานและเป็นเปรียบเสมือนเครื่องหมายประกาศสถานะทางสังคมของมูลนาย ซึ่งในสมัยอยุธยามีกฎหมายรองรับทำให้ทาสสมัยอยุธยาเป็น

¹ จรินทร์ มิ้มงธรรม, “วิวัฒนาการกฎหมายคุ้มครองแรงงาน,” (วิทยานิพนธ์รัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยบูรพา, 2545), หน้า 8-10.

² คณะกรรมการชำระประวัติศาสตร์ ไทย, “สุโขทัยมีทาสหรือไม่,” นิตยสารศิลปวัฒนธรรม 4, 12 (ตุลาคม 2526).

³ มนตรี เงินสวัสดิ์, “แนวคิดในการลงโทษของกฎหมายตราสามดวง,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549).

ทาสที่มีกฎหมายคุ้มครอง มีสภาพเป็นมนุษย์และเป็นพลเมืองของชาติเหมือนกับชนชั้นอื่นๆ จากกฎหมายลักษณะทาส พ.ศ. 2191 ที่ได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของทาสไว้ และได้แบ่งชนิดของทาสไว้ด้วย

ทาสจะต้องทำงานให้กับมูลนายของตนเอง ไม่สามารถไปทำงานให้กับคนอื่นได้ อีกทั้งทาสไม่มีอิสรภาพในการดำเนินชีวิตได้ตามลำพัง นายสามารถลงโทษทาสอย่างไรก็ได้ที่ไม่ถึงแก่ความตาย แต่หากทาสตายนายจะมีความผิดฐานฆ่าคนตาย ถึงแม้ทาสจะเปรียบเสมือนเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งที่สามารถนำไปซื้อขาย แลกเปลี่ยน ตกทอดเป็นมรดกได้ก็ตาม แต่ทาสก็สามารถที่จะหลุดพ้นจากความเป็นทาสได้

ซึ่งในสมัยกรุงธนบุรีการใช้แรงงานไร่และทาสไม่มีความแตกต่างจากสมัยอยุธยา เนื่องจากมีศึกสงครามเป็นจำนวนมาก จึงไม่มีเวลาเพียงพอที่จะทำการแก้ไขและพัฒนากฎหมายได้ จึงใช้ระบบการปกครองและการควบคุมดูแลแบบเดียวกับสมัยอยุธยา เพียงแต่มีความเข้มงวดกว่าจากการที่ยังอยู่ในสถานการณ์อันตรายจากภัยสงคราม การรวบรวมและควบคุมคนจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมาก

ต่อมาในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ก่อนหน้าที่จะมีการเลิกทาสในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งมีการแบ่งทาสออกตามพระโอัยการทาสที่ได้กำหนดถึงการตกเป็นทาสประเภทต่างๆ การตั้งค่าตัว การไถ่ถอน การปฏิบัติตน สิทธิหน้าที่ของทาสประเภทต่างๆระหว่างทาสกับนายเงิน และผู้ที่เกี่ยวข้องและอื่นๆ รวมทั้งกำหนดว่า ทาสคือคนของพระมหากษัตริย์ที่นายเงินจะลงโทษถึงตายไม่ได้ นอกจากนั้นยังมีระบบการสักเลข แบ่งหมู่เช่นเดียวกับสมัยกรุงศรีอยุธยา แต่จากการที่ยังมีทาสทำให้ประเทศไทยเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขตในสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งเป็นช่วงล่าอาณานิคมของชาติตะวันตก จึงมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อพัฒนาประเทศให้เป็นอารยะเพื่อให้ได้เอกราชทางศาลกลับมา

ทำให้ในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวมีการเตรียมพร้อมเพื่อเข้าสู่ยุคใหม่โดยชำระกฎหมายเป็นระบบประมวลกฎหมายที่ถือเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญในการเข้าสู่ยุคกฎหมายสมัยใหม่ดังปัจจุบัน และยังมี การปรับปรุงระบบการบริหารงานราชการแผ่นดิน โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับสภาพบุคคล เนื่องจากประเทศไทยมีระบบไพร่และทาสที่กฎหมายสมัยใหม่ถือว่าสถานภาพของบุคคลไม่เท่าเทียมกัน พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงยกเลิกระบบไพร่ด้วยการเลิกการเกณฑ์แรงงาน ทำให้ไพร่เป็นอิสระในการประกอบอาชีพและเลือกที่อยู่อาศัย โดยได้ทรงดำเนินการอย่างค่อยเป็นค่อยไป ซึ่งในส่วนของการเลิกทาสก็ได้ดำเนินการอย่างค่อยเป็นไปเช่นเดียวกับการเลิกไพร่โดยมีการประกาศพระราชบัญญัติพิทักษ์ชีวิตอายุลูกทาสลูกไทและห้ามลูกทาสที่เป็นไทชายตัวลงเป็นทาสอีก

และยังทรงออกพระราชบัญญัติทาสที่ให้นายเงินทุกคนต้องปล่อยลูกทาสของตนทุกคนเป็นอิสระ

ต่อมาประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นระบอบประชาธิปไตย ทำให้กฎหมายมีการพัฒนาและปรับปรุงแก้ไขเป็นอย่างมาก โดยได้มีกฎหมายกฎหมายคุ้มครองแรงงานฉบับแรกในปีพ.ศ. 2499 ที่ถูกยกเลิกภายหลัง และต่อมา มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ที่ถือเป็นกฎหมายแรงงานสัมพันธ์ที่สำคัญฉบับหนึ่งของประเทศไทย ต่อมาในปี พ.ศ. 2541 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เนื่องจากประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 ลงวันที่ 16 มีนาคม พ.ศ. 2515 มีการใช้มาเป็นเวลานานทำให้บทบัญญัติบางบทไม่เหมาะสมกับสภาพสถานการณ์

ซึ่งกฎหมายคุ้มครองแรงงานเป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการจ้างแรงงานที่นายจ้างพึงปฏิบัติต่อลูกจ้าง โดยมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองลูกจ้างให้ได้รับความเป็นธรรมจากการที่ลูกจ้างอยู่ในสถานะทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่านายจ้าง ซึ่งกฎหมายคุ้มครองแรงงานจัดเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยทำให้นายจ้างและลูกจ้างไม่สามารถกำหนดข้อตกลงในการจ้างงานให้ต่ำกว่าที่กฎหมายคุ้มครองแรงงานได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำไว้ได้¹

ส่วนกฎหมายแรงงานสัมพันธ์เป็นกฎหมายที่กำหนดให้สิทธินายจ้างและลูกจ้างในการจัดตั้งองค์กรเพื่อคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของแต่ละฝ่าย กำหนดวิธีการ หลักเกณฑ์ในการยื่นข้อเรียกร้อง แก้ไขที่เกี่ยวกับสภาพการจ้าง กำหนดการระงับข้อพิพาท การปิดงาน การกระทำอันไม่เป็นธรรม เป็นต้น

หลังจากพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ประกาศใช้ก็มีการใช้ต่อเนื่องมาจนมีการแก้ไขในบางมาตราเมื่อปี พ.ศ. 2551 และยังใช้ต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบันนี้ ซึ่งสถานะของลูกจ้างจากในอดีตจนถึงปัจจุบันมีความเปลี่ยนแปลงไป รวมถึงความรู้ความสามารถของลูกจ้างที่เพิ่มขึ้นตามยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป ลูกจ้างจึงสามารถนำกฎหมายที่ให้สิทธิ อำนาจมาเป็นเครื่องต่อรองนายจ้างมากเกินควร โดยได้ศึกษา 3 ประเด็นที่ได้กำหนดไว้ไม่เป็นธรรมต่อนายจ้าง ได้แก่

1.1 จำนวนเงินที่นายจ้างต้องจ่ายให้แก่ลูกจ้างในช่วงที่นายจ้างหยุดกิจการชั่วคราวตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2551 มาตรา 75 ที่บัญญัติเป็นจำนวนถึงร้อยละ 75 ของเงินเดือนงวดสุดท้าย

¹สิริพร กังวาล, “หลักสุจริตในสัญญาจ้างแรงงาน,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2554,) หน้า 11.

การหยุดกิจการชั่วคราว หมายถึง การที่นายจ้างสั่งให้หยุดกิจการไว้ชั่วคราวระยะเวลาหนึ่ง โดยมีได้ประสงค์จะหยุดเป็นการถาวร หรือเป็นการหยุดโดยมีกำหนดเปิดที่กฎหมายไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการหยุดชั่วคราวนั้นเอาไว้ว่าจะต้องนานเท่าใด เนื่องจากระยะเวลาในการหยุดขึ้นอยู่กับความจำเป็นเป็นเรื่องราวไป อีกทั้งวัตถุประสงค์ในการหยุดกิจการและการหยุดกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนก็สัมพันธ์กับการหยุดกิจการชั่วคราวเช่นกัน

จากที่พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ได้บัญญัติไว้ให้นายจ้างจ่ายเงินให้แก่ลูกจ้างในช่วงที่หยุดกิจการชั่วคราวเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 แต่เมื่อมีการแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานเมื่อปี พ.ศ. 2551 มีการแก้ไขจำนวนเงินที่นายจ้างต้องจ่ายให้แก่ลูกจ้างในช่วงที่หยุดกิจการเป็นร้อยละ 75 ซึ่งเป็นการเพิ่มจำนวนที่สูงขึ้นมาก ทั้งนี้ นายจ้างหยุดกิจการชั่วคราวเพราะประสบความเดือดร้อน จำเป็นต้องหยุดเพื่อที่จะหาทางประคับประคองและฟื้นฟูกิจการให้กลับมาประกอบกิจการได้เช่นเดิม เนื่องจากกฎหมายสร้างหลักประกันให้แก่ลูกจ้างในการดำรงชีวิตตามปกติ แต่กลับไม่คำนึงถึงนายจ้างที่ได้รับความสะดวกตอนในขณะที่หยุดกิจการชั่วคราว ที่จะต้องเร่งหาหนทางให้ตนเองสามารถกลับมาประกอบกิจการได้ตามปกติ

อีกทั้งเมื่อนายจ้างหยุดกิจการชั่วคราวลูกจ้างก็ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเดินทางมาทำงาน หรือค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องการทำงานอยู่แล้ว รวมถึงในช่วงที่นายจ้างหยุดกิจการชั่วคราวลูกจ้างยังสามารถไปทำงานที่อื่นพร้อมกับรับเงินจากนายจ้างได้อีกด้วย ในขณะที่นายจ้างมีรายรับน้อยกว่าปกติแล้วยังเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมาก จะทำให้การดำเนินกิจการของนายจ้างที่ติดขัดอยู่แล้ว แย่ลงกว่าเดิมซึ่งหากนายจ้างไม่สามารถกลับมาดำเนินงานตามปกติได้โดยเร็วหรือในกรณีที่เลวร้ายนายจ้างอาจจะต้องปิดกิจการ ผลกระทบก็จะตกอยู่กับลูกจ้างที่จะเดือดร้อนเนื่องจากไม่มีงานทำ ตกงาน ต้องหางานใหม่ ดังเช่น อุทกภัยในปี พ.ศ. 2554 ที่กิจการต่างๆได้รับความเดือดร้อนกันเป็นอย่างมากจนต้องหยุดกิจการชั่วคราว ซึ่งนายจ้างบางที่ก็เห็นใจลูกจ้างจ่ายให้มากกว่าที่กฎหมายกำหนด แต่ก็มีอีกหลายที่ที่จ่ายให้ลูกจ้างตามที่กฎหมายกำหนดแล้วในท้ายที่สุดหลังจากอุทกภัยผ่านพ้นไปก็ไม่สามารถที่จะเปิดกิจการต่อไปได้ ต้องปิดกิจการหรือย้ายฐานการผลิตก็มีไม่น้อยเช่นกัน

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายแรงงานของประเทศญี่ปุ่นพบว่าในกฎหมายมาตรฐานแรงงาน มาตรา 26 บัญญัติไว้ว่า ในกรณีการหยุดกิจการชั่วคราวโดยเหตุผลของนายจ้างนายจ้างต้องจ่ายเงินในช่วงที่หยุดกิจการชั่วคราวให้ลูกจ้างร้อยละ 60 หรือมากกว่านั้นของค่าจ้างเฉลี่ย จะเห็นได้ว่าหากนายจ้างหยุดกิจการชั่วคราวโดยเหตุผลของตนเองมิใช่จากเหตุสุดวิสัยจะต้องจ่ายเงินให้แก่ลูกจ้างร้อยละ 60 ซึ่งยังเป็นจำนวนที่น้อยกว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2551 บัญญัติไว้ เนื่องจากการหยุดกิจการชั่วคราวทั้ง

นายจ้างและลูกจ้างต่างก็เดือดร้อน แต่ในช่วงที่นายจ้างหยุดกิจการชั่วคราวลูกจ้างไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปทำงานและยังสามารถไปทำงานที่อื่นได้ในช่วงที่นายจ้างหยุดกิจการชั่วคราว จึงอาจกล่าวได้ว่าลูกจ้างได้รับความเดือดร้อนแต่ก็ได้รับประโยชน์ด้วยในขณะที่นายจ้างไม่ได้รับประโยชน์จากการหยุดกิจการชั่วคราวและยังต้องเสียค่าใช้จ่ายทั้งที่กำลังเดือดร้อน โดยไม่มีมาตรการอื่นมาช่วยเหลือนายจ้างที่กำลังลำบากแต่อย่างใด เนื่องจากนายจ้างและลูกจ้างต่างก็ต้องพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน กฎหมายจึงควรให้ความคุ้มครองนายจ้างเพิ่มขึ้นโดยการแก้จำนวนเงินในมาตรา 75 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2551 เป็นร้อยละ 60 เช่นเดียวกับกฎหมายแรงงานประเทศญี่ปุ่นที่เป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว

1.2 การบอกกล่าวล่วงหน้าเมื่อบอกเลิกสัญญาจ้างแรงงานตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 17 ที่บัญญัติเกี่ยวกับการที่นายจ้างหรือลูกจ้างที่ต้องการบอกเลิกสัญญาจ้างแรงงานจะต้องบอกกล่าวให้อีกฝ่ายทราบเมื่อถึงหรือก่อนจะถึงกำหนดการจ่ายค่าจ้างคราวหนึ่งคราวใด เพื่อให้เป็นผลเลิกสัญญาเมื่อถึงกำหนดจ่ายค่าจ้างคราวถัดไปข้างหน้า เนื่องจากในการจ้างแรงงาน นายจ้างและลูกจ้างต่างได้รับประโยชน์จากกันและกัน มีสิทธิและหน้าที่ที่ต้องพึงปฏิบัติต่อกันและกันตามสัญญาต่างตอบแทน นายจ้างได้ผลผลิตหรือบริการจากการทำงานของลูกจ้างเพื่อนำไปจำหน่ายหากำไร ลูกจ้างได้เงินหรือสิ่งของจากการทำงานให้นายจ้างเพื่อนำมาอุปโภคบริโภค เลี้ยงชีพตนเองและครอบครัว¹ เมื่อมีการบอกเลิกสัญญาจ้างแรงงานไม่ว่าจากฝ่ายนายจ้างหรือฝ่ายลูกจ้างทำให้สิทธิและหน้าที่ที่พึงปฏิบัติต่อกันอยู่ยุติลง หากลูกจ้างเป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญาจ้างแรงงานประโยชน์ที่นายจ้างได้รับจากการปฏิบัติงานของลูกจ้างยุติลง หากนายจ้างเป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญาจ้างแรงงานประโยชน์ต่างๆที่ลูกจ้างได้รับจากนายจ้างจะยุติลง ความเดือดร้อนและปัญหาต่างๆย่อมบังเกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนายจ้างที่ได้รับความเดือดร้อนจากการบอกเลิกสัญญาจ้างแรงงานของลูกจ้างหรือฝ่ายลูกจ้างที่ได้รับความเดือดร้อนจากการบอกเลิกสัญญาจ้างแรงงานของนายจ้าง ดังนั้นการบอกเลิกสัญญาจ้างจึงต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้าให้อีกฝ่ายรู้ตัวล่วงหน้าเพื่อเตรียมตัวหรือบรรเทาความเดือดร้อนและปัญหาที่จะเกิดขึ้นจากการบอกเลิกสัญญาจ้าง²

ในกรณีที่ถ้านายจ้างไม่บอกกล่าวล่วงหน้าก่อนเมื่อจะเลิกจ้างลูกจ้าง นายจ้างจะต้องจ่ายค่าชดเชยให้กับลูกจ้าง แต่ในกรณีที่ลูกจ้างไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเรื่องการลาออก

¹เกษมสันต์ วิลาวรรณ, กฎหมายแรงงานกับการบริหารงานบุคคล การเลิกจ้างและการลาออก, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 41.

²วัลย์พิลา กิตติวงศ์ภักดี, “การบอกกล่าวล่วงหน้าเพื่อเลิกสัญญาจ้างแรงงาน,” วิทยานิพนธ์-นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 21-23.

โดยไม่บอกกล่าวล่วงหน้าหรือลาออกวันรุ่งขึ้นหลังจากได้รับเงินเดือนหรือในวันได้รับเงินเดือนหรือหยุดงานไปโดยไม่บอกกล่าวไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงการเยียวยานายจ้างเอาไว้

เมื่อลูกจ้างเป็นฝ่ายกระทำผิดข้อบัญญัติของกฎหมาย นายจ้างได้รับความเสียหายไม่ว่าจะในเรื่องการหาคนมาทดแทนได้ไม่ทัน การเสียโอกาสทางธุรกิจ การเสียเวลา และการเสียค่าใช้จ่ายในการฝึกสอนพนักงานที่มาทดแทน กฎหมายไม่มีข้อบัญญัติที่จะคุ้มครองหรือให้ความช่วยเหลือแก่นายจ้างแต่ประการใด นายจ้างต้องแบกรับความเสี่ยงในกรณีนี้แต่เพียงผู้เดียว โดยเฉพาะในส่วนของลูกจ้างที่มีความสามารถพิเศษ เทคนิคหรือลูกจ้างที่เป็นผู้บริหารที่ต้องมีความรู้และประสบการณ์ซึ่งจะหาคนมาแทนและสอนงานได้ยากกว่าลูกจ้างทั่วไป กรณีที่ลูกจ้างที่ต้องใช้ทักษะเฉพาะหรือลูกจ้างที่เป็นผู้บริหารลาออกโดยไม่บอกกล่าวล่วงหน้า แม้จะบอกว่าลูกจ้างไม่ได้รับค่าบอกกล่าวล่วงหน้าในกรณีที่ไม่บอกกล่าวล่วงหน้าก็ยังไม่ใช้การคุ้มครองนายจ้าง เพราะลูกจ้างมองเห็นแล้วว่าการลาออกไปที่ใหม่จะได้รับค่าตอบแทนมากกว่างานปัจจุบันแม้จะไม่ได้รับค่าชดเชยการบอกกล่าวล่วงหน้าก็ตาม แต่นายจ้างกลับต้องสูญเสียมากกว่าค่าชดเชยการบอกกล่าวล่วงหน้า ไม่ว่าจะเป็นคำสั่งซื้อ ความสะดวกราบรื่นของกิจการ ความไว้นื้อเชื่อใจจากลูกค้าหรือสูญเสียลูกค้าไปให้กับพนักงานที่ลาออก เป็นต้น ซึ่งกฎหมายก็ไม่มีมาตรการช่วยเหลือนายจ้างทางธุรกิจเมื่อลูกจ้างลาออกกะทันหันแต่อย่างใด ทำให้นายจ้างไม่ได้รับความไม่เป็นธรรมเท่าที่ควร

ในกฎหมายแรงงานของประเทศญี่ปุ่นได้บัญญัติในกรณีที่นายจ้างต้องการเป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญาจ้างแรงงานไว้ว่าจะต้องบอกกล่าวล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 30 วันหากนายจ้างไม่บอกกล่าวล่วงหน้าแก่ลูกจ้าง นายจ้างจะต้องจ่ายค่าชดเชยการบอกกล่าวล่วงหน้าให้กับลูกจ้างเป็นจำนวนตามวันที่บอกกล่าวล่วงหน้าที่เขาไป¹ ซึ่งเป็นเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2551

แต่ในกฎหมายแรงงานของประเทศญี่ปุ่นได้มีบัญญัติถึงข้อยกเว้นที่นายจ้างจะบอกกล่าวล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 30 วันหากเกิดเหตุสุดวิสัยที่ไม่ได้เกิดจากการกระทำของนายจ้าง เช่น แผ่นดินไหว เกิดสึนามิจนต้องปิดกิจการเช่นนี้ เป็นต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายมาตรฐานแรงงานของประเทศญี่ปุ่นได้บัญญัติไว้เพื่อช่วยเหลือนายจ้างจากเหตุสุดวิสัย เพื่อลดภาระที่นายจ้างต้องแบกรับจากเหตุสุดวิสัยนั้นเอาไว้

¹Kawano Junichi, *The First Step This one book Up to labor law* (Japan: Jiyu Kokumin Sha, 2015), pp. 2-51.

ในส่วนของกฎหมายแรงงานของประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีทำให้ในเรื่องการบอกกล่าวล่วงหน้าเพื่อเลิกสัญญาจ้างแรงงานไม่มีกำหนดไว้อย่างชัดเจน¹

ในกรณีที่ลูกจ้างเป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญาจ้างถ้าลูกจ้างไม่ได้บอกกล่าวล่วงหน้าพอสมควรหรือเกษียณอายุหรือสัญญาครบกำหนดหรืองานที่กำหนดไว้เสร็จสมบูรณ์จนทำให้สัญญาสิ้นสุดลงตามไปด้วยแล้วนายจ้างมีสิทธิที่จะปรับและเรียกค่าเสียหายได้

ในกรณีของนายจ้างที่จะบอกเลิกสัญญาจ้างตามหลักเจตนาให้นายจ้างสามารถเลิกจ้างลูกจ้างได้โดยไม่ต้องมีเหตุผลหรือไม่ต้องบอกเหตุผลก็ได้ แต่ในข้อตกลงการจ้างงานลูกจ้างได้รับความคุ้มครองจากการเลิกจ้างโดยไม่มีเหตุผลเนื่องจากในข้อตกลงการจ้างให้ลูกจ้างถูกเลิกจ้างได้เฉพาะกรณีที่มีเหตุผลเท่านั้นนอกจากนั้นยังมีกฎหมายเฉพาะเรื่องบัญญัติคุ้มครองลูกจ้างไว้ในเฉพาะเรื่องนั้นเช่น การเลิกจ้างเนื่องจากตั้งครรภ์ อายุมาก พิการ เป็นต้น และจากคำพิพากษาที่หักล้างการเลิกจ้างโดยไม่มีเหตุผลตามหลักแสดงเจตนา แต่จาก Worker Adjustment and Retraining Notification Act (1988) ได้มีกำหนดว่านายจ้างต้องแจ้งเป็นหนังสือให้กับลูกจ้างล่วงหน้า 60 วันก่อนที่จะปิดโรงงานหรือเลิกจ้าง แต่ก็ยังมีข้อยกเว้นที่จะบอกกล่าวล่วงหน้าน้อยกว่า 60 วันได้อยู่ว่า

(1) ยกเว้นกิจการที่มีความเสี่ยงจะเลิกกิจการ สามารถแจ้งลูกจ้างให้ทราบว่าจะปิดกิจการโดยไม่ต้องแจ้งล่วงหน้า 60 วันแต่ไม่สามารถที่จะเลิกจ้างลูกจ้างจำนวนมากในทันทีได้เลย

(2) ยกเว้นเกิดสถานการณ์ที่ไม่สามารถคาดเดาหรือไม่สามารถควบคุมได้ที่สามารถบอกกล่าวล่วงหน้าได้น้อยกว่า 60 วันเมื่อต้องการปิดกิจการหรือเลิกจ้างลูกจ้าง

(3) ยกเว้นภัยธรรมชาติ ที่นายจ้างสามารถบอกกล่าวล่วงหน้าได้น้อยกว่า 60 วันเมื่อเกิดภัยธรรมชาติ เช่น อุทกภัย แผ่นดินไหว ภัยแล้ง พายุหรืออื่นๆ เป็นต้น แต่ไม่สามารถนำการเกิดภัยธรรมชาติมาเป็นเหตุผลในการเลิกจ้างหรือปิดกิจการได้²

จะเห็นได้ว่ากฎหมายแรงงานทั้งของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นที่นายจ้างสามารถบอกกล่าวล่วงหน้าน้อยกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้เอาไว้ได้เมื่อเกิดเหตุสุดวิสัยหรือสถานการณ์ที่ไม่สามารถคาดเดาได้

¹มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 99-112.

²Cornell University ILR School, **The Worker Adjustment and Retraining Notification Act (WARN)** [Online], available URL: http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/key_workplace/485/, 2015 (May, 21).

กฎหมายแรงงานของประเทศไทยจึงควรให้ความคุ้มครองนายจ้างเพิ่มขึ้น โดยการเพิ่มบทบัญญัติว่านายจ้างสามารถบอกกล่าวล่วงหน้าน้อยกว่า 30 วันได้เมื่อเกิดเหตุสุดวิสัยขึ้น เพื่อที่นายจ้างจะได้จ่ายสินจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้าลดลงตามจำนวนวันที่ไม่ได้บอกกล่าวล่วงหน้า ดังเช่นที่กฎหมายแรงงานประเทศญี่ปุ่นได้มีการบัญญัติไว้ เพื่อเป็นการช่วยเหลือและเป็นธรรมกับฝ่ายนายจ้างที่ประสบกับเหตุสุดวิสัย ให้รับภาระน้อยลง

1.3 การนัดหยุดงานเมื่อมีข้อพิพาทแรงงานเกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มาตรา 34 ที่กฎหมายบัญญัติให้ลูกจ้างมีสิทธิที่จะนัดหยุดงานเพื่อเรียกร้องให้นายจ้างปฏิบัติตามข้อพิพาททางแรงงานที่เรียกร้องตามขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติไว้ ข้อพิพาททางแรงงานที่เกิดขึ้นโดยมากจะเป็นในเรื่องของสวัสดิการที่ลูกจ้างต้องการเพิ่มขึ้นโดยที่ลูกจ้างไม่ทราบรายจ่ายหรือภาระค่าใช้จ่ายของนายจ้างที่มีการเพิ่มมากขึ้นเนื่องจากมีปัจจัยหลายอย่างเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาที่กลายเป็นสาเหตุที่ทำให้สภาพกิจการของนายจ้างไม่มีสภาพคล่อง ไม่สามารถให้ได้ตามที่ลูกจ้างต้องการ ทำให้ไม่สามารถตกลงกันได้ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง จนเกิดเป็นข้อพิพาทแรงงานขึ้น

เมื่อมีข้อพิพาทแรงงานเกิดขึ้น จะนำไปสู่การนัดหยุดงานที่เป็นมาตรการทางแรงงานสัมพันธ์ขั้นรุนแรง คือ การร่วมกันไม่ทำงานเพื่อให้นายจ้างปฏิบัติตามข้อพิพาทแรงงานที่เกิดขึ้นต่อกัน โดยใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นมาเป็นข้อต่อรองในการให้นายจ้างปฏิบัติตามข้อพิพาทแรงงานที่มีอยู่ ซึ่งเมื่อมีการนัดหยุดงานเกิดขึ้นจะส่งผลให้เกิดความเสียหายขึ้น หากเกิดความเสียหายขึ้นเป็นระยะเวลานานจะทำให้ความเสียหายนั้นยิ่งมากขึ้น จนอาจจะไม่สามารถแก้ไขสิ่งใดได้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะมองเช่นไรว่ามากหรือน้อยเพราะการมองจากทางฝั่งนายจ้างและลูกจ้างย่อมมองระดับของความเสียหายต่างกันเนื่องมาจากความไม่ทราบข้อมูลในเชิงลึก ซึ่งอาจจะนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้โดยคำนึงถึงความเหมาะสมที่จะทำให้สำเร็จตามข้อพิพาทแรงงาน ประกอบกับความจำเป็นในการนัดหยุดงานเพื่อบรรลุข้อพิพาททางแรงงาน ท้ายสุดจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์โดยรวมว่าหากเกิดความเสียหายเป็นระยะเวลานานจนนายจ้างไม่สามารถประกอบกิจการได้ จะมีประโยชน์อะไรที่หลงเหลืออยู่บ้าง

แต่เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงระยะเวลาในการนัดหยุดงานเอาไว้ ทำให้ลูกจ้างสามารถนัดหยุดงานนานเท่าใดก็ได้จนกว่าข้อพิพาททางแรงงานจะเป็นไปตามที่ลูกจ้างต้องการ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายกับนายจ้างเนื่องจากไม่มีการทำงานตามที่คาดการณ์ไว้ จนเกิดความเสียหายขึ้นไม่ว่าจะเป็นในแง่ของจำนวนการผลิต คุณภาพที่อาจจะเกิดขึ้น หากการนัดหยุดงานมีระยะเวลายาวนานจะก่อให้เกิดความเสียหายจำนวนมาก

กฎหมายแรงงานของประเทศญี่ปุ่นได้บัญญัติให้การนัดหยุดงานเป็นการกระทำที่สามารถทำได้และกฎหมายรับรองเช่นเดียวกับไทย¹ โดยที่กฎหมายแรงงานของประเทศญี่ปุ่นไม่ได้บัญญัติถึงระยะเวลาในการนัดหยุดงานเอาไว้เช่นเดียวกันด้วย

ส่วนกฎหมายแรงงานของประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติให้การนัดหยุดงานเป็นกิจกรรมที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหากการนัดหยุดงานนั้นเป็นการนัดหยุดงานที่ได้กระทำตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้

ซึ่งการนัดหยุดงานที่ถูกกฎหมายขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์และระยะเวลาของการนัดหยุดงานแต่ไม่ใช่เรื่องง่ายในการนัดหยุดงาน เนื่องจากปัญหาที่มีจะต้องได้รับการตัดสินโดยคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์แห่งชาติเสียก่อน การนัดหยุดงานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากวัตถุประสงค์ของการนัดหยุดงานเป็นเรื่องที่ผิดกฎหมาย เช่น การนัดหยุดงานที่ลูกจ้างไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเรื่องการชำระเงินให้สหภาพหรือช่วงเวลาในการนัดหยุดงานที่ไม่ถูกต้อง เป็นต้น

การมีหน่วยงานที่นำฝ่ายนายจ้างและลูกจ้างเข้าสู่การตัดสินข้อพิพาทแรงงาน เพื่อตกลงข้อพิพาทแรงงานที่ค้างคาให้จบสิ้นลง โดยการตกลงดังกล่าวจะต้องผูกพันทั้งฝ่ายนายจ้างและลูกจ้างให้ปฏิบัติตามข้อพิพาทแรงงานที่ได้ถูกตัดสินนั้นเป็นสิ่งที่น่าจะเกิดขึ้น เนื่องจากเป็นการหยุดความเสียหายที่เกิดขึ้นและเพิ่มมากขึ้นได้ นอกจากนั้นยังเป็นการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างไม่ให้เลวร้ายลง

หน่วยงานที่จะนำนายจ้างและลูกจ้างเข้าสู่การตัดสินข้อพิพาทแรงงาน ควรให้พนักงานตรวจแรงงานเป็นผู้ทำการนำฝ่ายนายจ้างและลูกจ้างที่ไม่สามารถตกลงข้อพิพาทแรงงานจนเกิดการนัดหยุดงานเป็นระยะเวลานานเข้าสู่กระบวนการตัดสินข้อพิพาท เนื่องจากพนักงานตรวจแรงงานมีอำนาจที่จะเข้าไปในสถานประกอบกิจการเพื่อตรวจสอบสภาพการทำงานและสภาพการจ้างอยู่แล้ว จึงเป็นผู้ที่ใกล้ชิดกับทั้งนายจ้างและลูกจ้างจึงเหมาะสมที่จะเป็นผู้พิจารณาว่าการนัดหยุดงานได้กระทำเป็นระยะเวลายาวนานจนเกินไปหรือไม่ แต่ไม่มีประเทศใดที่กำหนดระยะเวลาในการนัดหยุดงานเอาไว้ จึงเป็นเรื่องยากที่จะตัดสินว่านานเพียงพอหรือยัง ความคิดเห็นส่วนตัวเห็นว่าหากมีการนัดหยุดงานติดต่อกันเป็นเวลา 3 เดือนก็ถือได้ว่าเป็นระยะเวลายาวนานแล้ว เพราะผลประกอบการในไตรมาสนั้นจะแสดงให้เห็นว่านายจ้างได้รับความเสียหายมากเพียงใดจากการนัดหยุดงานของลูกจ้าง

เมื่อพนักงานตรวจแรงงานนำฝ่ายนายจ้างและลูกจ้างเข้าสู่การตัดสินข้อพิพาทแรงงานที่ทั้งสองฝ่ายต้องปฏิบัติตามเพื่อหยุดการหยุดงานที่ยาวนานนั้นลง ผู้ที่มีอำนาจตัดสิน

¹ รุ่งโรจน์ วรรณศุภร, รัฐธรรมนูญประเทศญี่ปุ่น [Online], available URL: <http://arinwan.info/index.php?topic=1954.0>, 2015 (May, 21).

ควรเป็นคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ เพราะเป็นคณะกรรมการไตรภาคีที่มีทั้งฝ่ายนายจ้าง ฝ่ายลูกจ้างและกรรมการกลาง จึงสามารถที่จะตัดสินได้อย่างยุติธรรม

กฎหมายจึงควรที่จะบัญญัติคุ้มครองนายจ้างให้เพิ่มขึ้น เพราะในยุคโลกาภิวัตน์มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว รวมทั้งตัวลูกจ้างเองด้วย เมื่อกฎหมายพัฒนาไม่ทันหรือไม่ปรับเปลี่ยนความคิดตามการพัฒนาที่เกิดขึ้น ทำให้กฎหมายกลายเป็นสิ่งล้าสมัยไม่เป็นธรรมในยุคสมัยที่เปลี่ยนไป

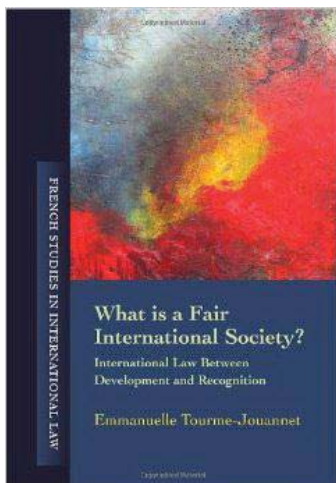
และจากที่กฎหมายแรงงานมุ่งที่จะคุ้มครองลูกจ้างเพราะลูกจ้างอยู่ในฐานะที่ด้อยกว่านายจ้างตั้งแต่สมัยก่อน ทำให้นายจ้างได้รับความไม่เป็นธรรมสักเท่าใด เมื่อสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไป ลูกจ้างมิได้อยู่ในฐานะด้อยที่ไม่สามารถคัดค้านสิ่งใดได้อีกแล้ว นายจ้างน่าจะได้รับการคุ้มครองเพิ่มขึ้นจากที่เป็นอยู่ โดยไม่จำเป็นต้องเทียบเท่ากับลูกจ้าง แต่เมื่อกฎหมายยังไม่มีการปรับปรุงในจุดนี้ ทำให้นายจ้างยังไม่ได้รับความเป็นธรรมจากกฎหมายแรงงานสักเท่าใด ในขณะที่ลูกจ้างกลับได้รับความคุ้มครองมากขึ้นตามกาลเวลาที่ผ่านไป จึงน่าจะมีการแก้ไขกฎหมายแรงงานเพื่อให้ความคุ้มครองนายจ้างเพิ่มขึ้น เพื่อสนับสนุนให้เกิดการลงทุนทางภาคอุตสาหกรรมมากขึ้นและเพื่อให้ นายจ้างได้รับความเป็นธรรมจากกฎหมายมากขึ้น

บรรณานุกรม

- เกษมสันต์ วิลาวรรณ. **กฎหมายแรงงานกับการบริหารงานบุคคล การเลิกจ้างและการลาออก**. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538.
- คณะกรรมการชำระประวัติศาสตร์ ไทย. “สุโขทัยมีทาสหรือไม่.” **นิตยสารศิลปวัฒนธรรม** 4, 12 (ตุลาคม 2526).
- จรินทร์ มีมุงธรรม. “วิวัฒนาการกฎหมายคุ้มครองแรงงาน.” **วิทยานิพนธ์รัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยบูรพา**, 2545.
- มนตรี เงินสวัสดิ์. “แนวคิดในการลงโทษของกฎหมายตราสามดวง.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, 2549.
- มานิตย์ จุมปา. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.
- รุ่งโรจน์ วรรณศูทร. **รัฐธรรมนูญประเทศญี่ปุ่น** [Online]. Available URL: <http://arinwan.info/index.php?topic=1954.0>, 2015 (May, 21).
- วัลย์พิลา กิตติวงศ์ภักดี. “การบอกกล่าวล่วงหน้าเพื่อเลิกสัญญาจ้างแรงงาน.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, 2548.
- สิริพร กังวาท. “หลักสุจริตในสัญญาจ้างแรงงาน.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต**, 2554.
- อนันตชัย จินดาวัฒน์. **ประวัติศาสตร์โลก (ฉบับสมบูรณ์)**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อียิปซี, 2554.
- Cornell University ILR School. **The Worker Adjustment and Retraining Notification Act (WARN)** [Online]. Available URL: http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/key_workplace/485/, 2015 (May, 21).
- Kawano Junichi. **The First Step This one book Up to labor law**. Japan: Jiyu Kokumin Sha, 2015.

วิจารณ์หนังสือ “What is a Fair International
Society?”

พนัญญา ลากประเสริฐพร



บทวิจารณ์หนังสือ Book Review

โดย พันัญญา ลาภประเสริฐพร*

“What is a Fair International Society?”
เขียนโดย Emmanuelle Tourme-Jouannet
ปี ค.ศ. 2013. 219 หน้า สำนักพิมพ์ Hart
ISBN 978-1-84946-430-7

ในโลกยุคหลังอาณานิคมและหลังสงครามเย็น (post-colonial and post-Cold War) สังคมโลกเผชิญกับปัญหาว่าด้วยความยุติธรรมสองประการด้วยกัน กล่าวคือ ความไม่เท่าเทียมกันในทางเศรษฐกิจและสังคมระหว่างประเทศร่ำรวยและประเทศยากจน และความท้าทายที่เกิดจากการเรียกร้องให้เคารพในวัฒนธรรมและอัตลักษณ์ที่แตกต่าง¹ หนังสือ “What is a Fair International Society?” หรือแปลตรงตัวว่า “สังคมระหว่างประเทศที่เป็นธรรมคืออะไร?” เป็นหนังสือกฎหมายระหว่างประเทศที่ต้องการตอบปัญหาความยุติธรรมข้างต้นโดยการวิเคราะห์กฎหมายระหว่างประเทศสองสาขาด้วยกัน กล่าวคือ กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการพัฒนา (International Development Law) และกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการรับรอง (International Law of Recognition)² อันเป็นกฎหมายว่าด้วยการยอมรับในศักดิ์ศรีอันเท่าเทียมของอัตลักษณ์ที่แตกต่าง (“recognition of their equal dignity and specific identity”)³ ผู้เขียนเลือกใช้วิธีการเล่าถึงประวัติศาสตร์

* นักศึกษาปริญญาเอกสาขากฎหมายระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยเคออร์ก-เอากุส เกิซทิงเง่น ประเทศเยอรมนี ผู้เขียนขอแสดงความขอบคุณอย่างยิ่งต่ออาจารย์ลลิต ก่อวุฒิกุล รังษี และ Maria Victoria Cabrera Ormaza สำหรับความคิดเห็นและคำแนะนำอันมีประโยชน์ยิ่งต่อบทวิจารณ์หนังสือนี้

¹Emmanuelle Tourme-Jouannet, *What is a Fair International Society* (Oxford: Hart Publishing, 2013), p. 1.

²กฎหมายว่าด้วยการรับรองเป็นสาขากฎหมายระหว่างประเทศตามความเข้าใจของผู้เขียน ผู้อ่านสามารถอ่านข้อถกเถียงเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการรับรองได้เพิ่มเติมใน Jean D’aspremont “The International Law of Recognition: A Reply to Emmanuelle Tourme-Jouannet,” *EJIL* 24 (2013): 2.

³Tourme-Jouannet, *op.cit.*, p. 101.

การก่อตัวและพัฒนาขึ้นของกฎหมายแต่ละสาขา สร้างกรอบความคิด (conceptualize) ตั้งคำถาม และชี้ให้เห็นถึงข้อจำกัดของกฎหมายนั้นๆ โดยมีได้วิเคราะห์ตีความตัวบทกฎหมายอย่างตำรากฎหมายทั่วไป หากแต่นำพาผู้อ่านถอยหลังออกจากกฎหมายมาอยู่บนกึ่งกลางระหว่างกฎหมายและมุมมองของสังคมศาสตร์อื่นๆ⁴ หนังสือถูกแบ่งออกเป็นสองส่วนหลักตามกฎหมายทั้งสองสาขานี้ และปิดท้ายด้วยการอธิบายถึงความเชื่อมโยงกันระหว่างกฎหมายทั้งสองสาขานี้และความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายสองสาขานี้ต่อกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ (International Economic Law) ในการแสวงหาความยุติธรรม

ความน่าสนใจ

หนังสือเล่มนี้มีความน่าสนใจหลายประการด้วยกัน นอกจากวิธีการที่ค่อนข้างไปทางสหวิทยาการอันจะเป็นการเปิดมุมมองนักกฎหมายระหว่างประเทศมิให้ถูกจำกัดอยู่แต่เพียงศาสตร์ของตนเองแล้ว ต้นฉบับของหนังสือเล่มนี้ถูกเขียนในภาษาฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศผู้ให้กำเนิดกฎหมายระหว่างประเทศด้านการพัฒนา และมีมุมมองที่แตกต่างจากเหล่านักกฎหมายที่ใช้ภาษาอังกฤษ กล่าวคือ นักกฎหมายฝรั่งเศสเชื่อว่ากฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการพัฒนาเป็นสาขากฎหมายอันเป็นเอกเทศแยกออกจากกฎหมายระหว่างประเทศสาขาอื่น ซึ่งสะท้อนความมุ่งหวังที่จะเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายเพื่อความยุติธรรม ในขณะที่นักกฎหมายที่ใช้ภาษาอังกฤษมองว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนานี้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศซึ่งอยู่บนพื้นฐานของระบบเสรีนิยมและทุนนิยมเท่านั้น⁵ นอกจากนี้สำหรับนักกฎหมายระหว่างประเทศในประเทศไทยแล้ว หนังสือเล่มนี้ยังมีคุณค่าอย่างยิ่งเพราะเป็นการกล่าวถึงประเด็นที่เกี่ยวข้องกับประเทศไทยอย่างมากในฐานะประเทศ “กำลังพัฒนา” และในเวทีโลก ประเทศไทยเรียกร้องให้นานาประเทศยอมรับวัฒนธรรมที่แตกต่างของเรา⁶ ในขณะที่ภายในประเทศของเราเองก็มีปัญหาชนกลุ่มน้อยที่ได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งบางกรณีอาจนำไปสู่ความขัดแย้งรุนแรงอย่างกรณีสามจังหวัดชายแดนภาคใต้

⁴Tourme-Jouannet, *Ibid.*, p. 3.

⁵*Ibid.*, pp. ix-x.

⁶*Ibid.*, p. 168.

เนื้อหา

ส่วนที่ 1 กฎหมายว่าด้วยการพัฒนา

ส่วนที่ 1 *กฎหมายว่าด้วยการพัฒนา* ถูกแบ่งออกเป็น 4 บทย่อยด้วยกัน โดย 2 บทแรกกล่าวถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการพัฒนาโดยผู้เขียนแบ่งพัฒนาการออกเป็น 2 สมัยด้วยกัน คือ บทที่ 1 กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการพัฒนาแบบคลาสสิก (Classical International Development Law) และบทที่ 2 กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการพัฒนาสมัยใหม่ (New International Development Law) จากนั้นผู้เขียนประเมินผลของกฎหมายว่าด้วยการพัฒนาในบทที่ 3 และเสนอแนะแนวทางและความคาดหวังของผู้เขียนในบทที่ 4

ผู้เขียนเล่าถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการพัฒนาแบบคลาสสิก (บทที่ 1) นับตั้งแต่หลังการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1945 ซึ่งประเทศต่างๆ มิได้ถูกแบ่งเป็นประเทศที่มีอารยธรรมกับประเทศไร้อารยธรรมอย่างในอดีต หากแต่ถูกแบ่งเป็นประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนาโดยใช้หลักเกณฑ์ทางเศรษฐกิจ ซึ่งก็เป็นการแบ่งตามหลักเกณฑ์ของประเทศตะวันตกเช่นเดียวกัน หลังจากได้รับอิสรภาพจากการเป็นอาณานิคม ประเทศกำลังพัฒนาต้องการที่จะพัฒนาเศรษฐกิจประเทศของตนตามหลักเกณฑ์นี้ โดยเรียกร้องความช่วยเหลือทางการเงินและเทคโนโลยีจากประเทศร่ำรวย จนมาถึงยุคทองของประเทศกำลังพัฒนาในปีคริสต์ศตวรรษที่ 1970 ประเทศกำลังพัฒนาได้เรียกร้อง “ระบบเศรษฐกิจโลกใหม่” (a New International Economic Order หรือ NIEO) เพื่อเปลี่ยนแปลงระบบเศรษฐกิจโลกให้เป็นธรรมและเอื้อประโยชน์ให้ประเทศกำลังพัฒนาสามารถพัฒนาประเทศให้ทัดเทียมกับประเทศร่ำรวยมากขึ้น หากแต่ความพยายามในการเปลี่ยนแปลงระบบเศรษฐกิจโลกแทบทั้งหมดก็พบกับความล้มเหลว

จนกระทั่งยุคหลังสงครามเย็นนับแต่ปีคริสต์ศตวรรษที่ 1990 แนวคิดด้านการพัฒนาหันมาอยู่ภายใต้แนวความคิดทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมสมัยใหม่ (neo-liberalism) ที่เชื่อว่ากลไกตลาดจะแก้ปัญหาทุกอย่างอันรวมไปถึงการยกระดับคุณภาพชีวิตของทุกคนด้วย และรัฐไม่ควรเข้ามาแทรกแซงควบคุมตลาด แต่ในขณะเดียวกันนี้ มิติใหม่ของแนวคิดว่าด้วยการพัฒนาก็ได้ก่อตัวขึ้นเช่นเดียวกัน ผู้เขียนเรียกแนวความคิดเหล่านี้ภายใต้ชื่อกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการพัฒนาสมัยใหม่ (บทที่ 2) ความเข้าใจว่าการพัฒนาจำกัดอยู่ที่การเจริญทางเศรษฐกิจในระดับประเทศถูกขยายให้กว้างขึ้นโดยหันมาให้ความสำคัญกับการพัฒนามนุษย์ (human development) และคำนึงถึงสิ่งแวดล้อมด้วยเป็นสิ่งสำคัญ (sustainable development) และในปัจจุบัน เป้าหมายหลักของการพัฒนาที่ได้รับความสำคัญมากที่สุด

คือการต่อสู้กับปัญหาความยากจน (the fight against poverty) ดังที่ปรากฏอยู่ในเป้าหมายการพัฒนาแห่งสหัสวรรษ (Millennium Development Goals 2000) และในข้อเสนอสำหรับเป้าหมายการพัฒนาใหม่สำหรับปี ค.ศ. 2016 เป็นต้นไป (Sustainable Development Goals) โดยผู้เขียนเชื่อว่าแนวทางการพัฒนาที่จำกัดอยู่เพียงการแก้ปัญหาความยากจนนี้มีข้อเสียที่ยิ่งใหญ่คือ การเบียดเบียนความสนใจของสังคมโลกจากการแก้ปัญหาที่ต้นเหตุ นั่นคือการเปลี่ยนแปลงระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมที่ไม่เป็นธรรม⁷

ส่วนที่ 2 กฎหมายว่าด้วยการรับรอง

สำหรับผู้เขียน กฎหมายว่าด้วยการรับรองหมายถึงหลักกฎหมายต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการรับรองในศักดิ์ศรีอันเท่าเทียมและความแตกต่างในอัตลักษณ์ ไม่ว่าจะเป็นความแตกต่างอันเกิดจากวัฒนธรรม เชื้อชาติ เพศ ฯลฯ⁸ ในส่วนที่ 2 นี้ ผู้เขียนแบ่งเนื้อหาออกเป็น 5 บทย่อยด้วยกัน โดยเริ่มจากการเล่าความเป็นมาของการรับรองในทางระหว่างประเทศนับแต่สมัยอาณานิคมจนถึงหลังสงครามเย็น (บทที่ 5) ก่อนที่จะวิเคราะห์กฎหมายต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการรับรอง นับตั้งแต่กฎหมายว่าด้วยความหลากหลายทางวัฒนธรรม (บทที่ 6) กฎหมายสิทธิมนุษยชนอันประกอบไปด้วยสิทธิของชนกลุ่มน้อย (right of minorities) สิทธิชนพื้นเมือง (rights of indigenous peoples) และสิทธิสตรี (บทที่ 7) รวมไปถึงการเรียกร้องให้ยอมรับในการกระทำความผิดของตนในประวัติศาสตร์ (Reparations for Historical Wrongs) (บทที่ 8)

ผู้เขียนรวบรวมประเด็นปัญหาที่น่าสนใจของกฎหมายต่างๆ ข้างต้นไว้หลายประการด้วยกัน อาทิ ปัญหาการขัดกันระหว่างกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่มีรากฐานมาจากวัฒนธรรมตะวันตกกับการเคารพในวัฒนธรรมที่แตกต่าง ซึ่งการเคารพความแตกต่างโดยให้ตีความกฎหมายสิทธิมนุษยชนตามแต่ละวัฒนธรรมอาจขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่มุ่งคุ้มครองมนุษย์ทุกคนด้วยมาตรฐานเดียวกันอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นเชื้อชาติ ศาสนาหรือวัฒนธรรมใด⁹ อีกประเด็นที่น่าสนใจคือปัญหาความไม่เท่าเทียมของสตรี โดยผู้เขียนกล่าวถึงความเห็นของนักสิทธิสตรีที่มองว่าต้นตอของปัญหานั้นอยู่ที่ระบบกฎหมายระหว่างประเทศนั่นเองซึ่งเป็นระบบที่มีผู้ชายเป็นศูนย์กลาง (androcentric)

⁷Tourme-Jouannet, *ibid.*, pp. 62-65.

⁸*Ibid.*, p. 101.

⁹*Ibid.*, p. 172.

เป็นระบบกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นนับแต่อดีตโดยผู้ชายและเพื่อประโยชน์ของผู้ชายเป็นสำคัญ¹⁰ นอกจากนี้ ผู้เขียนยังกล่าวถึงความท้าทายที่กฎหมายระหว่างประเทศจะสามารถเคารพในอัตลักษณ์ที่แตกต่างอย่างแท้จริงได้อย่างไรในเมื่อระบบกฎหมายระหว่างประเทศเอง ภาษาหรือถ้อยคำที่ใช้ในการเรียกร้อง เช่นคำว่า “สิทธิ” ก็มีรากเหง้ามาจากตะวันตกทั้งสิ้น¹¹

ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายว่าด้วยการรับรองและกฎหมายว่าด้วยการพัฒนา

ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายว่าด้วยการรับรองและกฎหมายว่าด้วยการพัฒนา มีความเชื่อมโยงกันทั้งในลักษณะสนับสนุนกันและขัดกัน *สนับสนุนกัน* ในแง่ที่ว่า การจัดการกีดกันหรือเลือกปฏิบัติต่อผู้ที่มีความแตกต่างทางอัตลักษณ์ย่อมเป็นการให้โอกาสอันเท่าเทียมในการเข้าถึงทรัพยากรหรือบริการของรัฐเพื่อสร้างชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น¹² และความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นนี้เองเป็นหนึ่งในปัจจัยที่ทำให้รู้สึกเท่าเทียม ไม่ด้อยกว่า *ขัดกัน* ในแง่ที่ว่า กฎหมายว่าด้วยการพัฒนาเองมีพื้นฐานอยู่บนการแบ่งแยกระหว่างประเทศที่ “พัฒนาแล้ว” กับประเทศที่ “ด้อยพัฒนากว่า” ซึ่งเป็นการตอกย้ำการถูกครอบงำโดยวัฒนธรรมตะวันตกอยู่นั่นเอง ดังนั้น¹³ หนังสือเล่มนี้ชี้ให้เห็นถึงปัญหาต่างๆอันเป็นความท้าทายของนักกฎหมายระหว่างประเทศอย่างยิ่งที่จะจัดการความสัมพันธ์ของกฎหมายทั้งสองสาขานี้รวมถึงก้าวผ่านข้อจำกัดของกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อบรรลุเป้าหมายในการรักษาความยุติธรรมทั้งในด้านเศรษฐกิจและสังคมและการเคารพในศักดิ์ศรีที่เท่าเทียมกันในอัตลักษณ์ที่แตกต่างได้ในขณะเดียวกัน¹⁴

บทสรุป

แล้วอะไรคือคำตอบของผู้เขียนต่อคำถาม What is a fair international society? สำหรับผู้เขียนแล้ว สังคมระหว่างประเทศที่ยุติธรรมคือสังคมที่เป็นธรรม (equitable) ในแง่ของเศรษฐกิจและสังคมและให้เกียรติซึ่งกันและกัน (decent)¹⁵ ซึ่งเป็นเป้าหมายของ

¹⁰Tourme-Jouannet, Ibid., pp. 184-185.

¹¹Ibid., p. 217.

¹²Ibid., p. 206.

¹³Ibid., p. 207.

¹⁴Ibid., p. 210.

¹⁵Ibid., p. 218.

กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการพัฒนาและการรับรอง และท้ายที่สุดแล้วจะต้องเป็นความเป็นธรรมที่มีมนุษย์เป็นศูนย์กลาง เป็นไปเพื่อประโยชน์ของมนุษย์ มิใช่ของรัฐ¹⁶

ข้อวิพากษ์

หนังสือเล่มนี้มีขนาดที่กะทัดรัด (219 หน้า) แต่อัดแน่นไปด้วยประวัติความเป็นมา และประเด็นคำถามที่สำคัญและน่าสนใจของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการพัฒนาและการรับรองที่แสดงให้เห็นความพยายามของผู้เขียนในการมองทุกๆ ประเด็นอย่างรอบด้านที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ หนังสือเล่มนี้จึงมีคุณค่าและเหมาะสมสำหรับนักกฎหมายระหว่างประเทศและผู้ที่สนใจที่จะได้ทำความรู้จักกับกฎหมายทั้งสองสาขานี้ในเบื้องต้น ได้รับรู้ถึงความซับซ้อน ย้อนแย้งและข้อจำกัดของกฎหมายสองสาขานี้ รวมถึงตั้งคำถามต่อระบบกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นอยู่

อย่างไรก็ดี ผู้วิพากษ์มีข้อเสนอแนะบางประการ กล่าวคือ ข้อถกเถียงของผู้เขียนตลอดทั้งเล่มมีการอ้างอิงที่ค่อนข้างน้อย ผู้เขียนจะสามารถจูงใจให้ผู้อ่านคล้อยตามความเห็นของตนได้ดีขึ้นทั้งในประเด็นที่เป็นข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงหากผู้เขียนเพิ่มเติมการอ้างอิงให้ครบถ้วน นอกจากนี้ การกล่าวถึงประเด็นต่างๆ ที่หลากหลายในพื้นที่ที่จำกัด ผู้เขียนจึงขาดการอธิบายหรือยกตัวอย่างที่ชัดเจนในบางประเด็น เช่น การที่ผู้เขียนกล่าวถึงปัญหาของนโยบายการต่อสู้กับปัญหาความยากจนโดยมิได้อธิบายว่านโยบายดังกล่าวมีหลักการหรือวิธีการอย่างไร¹⁷ ทำให้ผู้อ่านไม่สามารถเข้าใจได้อย่างถ่องแท้ถึงปัญหาของนโยบายนี้หรืออาจไม่คล้อยตามข้อคิดเห็นของผู้เขียน

¹⁶Ibid, p. 219.

¹⁷Tourme-Jouannet, ibid., pp. 61-65.

บรรณานุกรม

Tourme-Jouannet, Emmanuelle. *What is a Fair International Society*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

ผู้ทรงคุณวุฒิในกองบรรณาธิการ

- | | |
|--|---|
| 1. อาจารย์กอร์ปกุล วินัยภาค | สำนักงานอัยการสูงสุด |
| 2. ศาสตราจารย์ (พิเศษ) คณิง ภาไชย | สำนักงานกฎหมาย คณิง แอนด พาร์ทเนอร์ จำกัด |
| 3. รองศาสตราจารย์จรัส เล็งวิทยา | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 4. รองศาสตราจารย์จันตรี สิ้นสุภฤกษ์ | จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย |
| 5. รองศาสตราจารย์จุฑามาศ นิศารัตน์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 6. ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร | มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ |
| 7. รองศาสตราจารย์ ดร.ณัฐ สันตสว่าง | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 8. รองศาสตราจารย์ณรงค์เดช สุระโฆษิต | จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย |
| 9. ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ | มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ |
| 10. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 11. รองศาสตราจารย์ทัชชมัย ทองอุไร | จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย |
| 12. ดร.ธนภุต วรรณชชากุล | สำนักงานอัยการสูงสุด |
| 13. อาจารย์ ดร.ธนศ สุจารีกุล | มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ |
| 14. อาจารย์นที จิตสว่าง | สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย |
| 15. อาจารย์นิรุฒ มณีพันธ์ | บริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน) |
| 16. อาจารย์ประภาศ คงเอียด | กระทรวงการคลัง |
| 17. อาจารย์ประเสริฐ เสียงสุทธีวงศ์ | ศาลยุติธรรม |
| 18. ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ปัญญา สุทธิบดี | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 19. อาจารย์ ดร.พนิต ธีรภาพวงศ์ | กระทรวงการคลัง |
| 20. อาจารย์ ดร.เพชรรัตน์ ศุภนิมิตรกุลกิจ | กระทรวงการคลัง |
| 21. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ | มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต |
| 22. รองศาสตราจารย์ ดร.มัลลิกา พิณจันทร์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 23. รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุ่มปา | จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย |
| 24. อาจารย์วรวิทย์ ทวาทสิน | ศาลยุติธรรม |
| 25. ศาสตราจารย์ (พิเศษ) วิชัย อริยนันท์กะ | ศาลยุติธรรม |
| 26. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติवासะ | จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย |
| 27. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรูญโรจน์ | สำนักงานอัยการสูงสุด |
| 28. ศาสตราจารย์ ดร.ศุภลักษณ์ พิณภูวดล | จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย |
| 29. อาจารย์สมชัย ฑีฆาอุตมากร | ศาลยุติธรรม |
| 30. รองศาสตราจารย์ ดร.สมชัย ศิริสมบูรณ์เวช | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |

- | | |
|---|------------------------|
| 31. รองศาสตราจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุล | มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ |
| 32. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตน์ชื่อสกุล | มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย |
| 33. อาจารย์ ดร.สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร | นักวิชาการอิสระ |
| 34. อาจารย์สรารุช เบญจกุล | ศาลยุติธรรม |
| 35. อาจารย์สอนชัย สิริรายกุล | ศาลยุติธรรม |
| 36. รองศาสตราจารย์สุขสมัย สุทธิบัติ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 37. อาจารย์ ดร.สุมาพร ศรีสุนทร | กระทรวงการคลัง |
| 38. อาจารย์สู่บุญ วุฒิวงศ์ | ศาลยุติธรรม |
| 39. รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ | มหาวิทยาลัยขอนแก่น |

ที่ปรึกษาบรรณาธิการ

- | | |
|--|--|
| 1. ศาสตราจารย์ (พิเศษ) มารุต บุนนาค | ปรึกษาของพรรคประชาธิปัตย์ |
| 2. ศาสตราจารย์ (พิเศษ) คณิ่ง ฤไชย | สำนักงานกฎหมาย คณิ่ง แอนด พาร์ทเนอร์ จำกัด |
| 3. ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน | ประธานคณะกรรมการอิสระว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติ |
| 4. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 5. อาจารย์สงวน ตียะไพบูลย์สิน | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 6. อาจารย์ภัทระ ลิம்ப์ศิริระ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |

บรรณาธิการ

- | | |
|---------------------------|---------------------|
| อาจารย์ ดร.มณฑิชา รักดีคง | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
|---------------------------|---------------------|

กองบรรณาธิการ

- | | |
|--|-------------------------------------|
| 1. อาจารย์ พิษณุ วิทยารัฐ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 2. อาจารย์ ดร.ตนพร จิตต์จรุงเกียรติ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 3. อาจารย์อภิชัย มานิตยกุล | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 4. นายศศิศ เจริญสุข | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 5. รองศาสตราจารย์ ดร.สมชาย กษิติประดิษฐ์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 6. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิณัฏฐา แสงสุข | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 7. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธีรนิติ เทพสุเมธานนท์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 8. ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ปัญญา สุทธิบดี | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 9. ดร.ธเนศ สุจารีกุล | มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ |
| 10. อาจารย์นันทิ จิตสว่าง | สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย |
| 11. ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ | มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ |
| 12. อาจารย์สุบุญ วุฒิวงศ์ | ศาลยุติธรรม |
| 13. ศาสตราจารย์ (พิเศษ) วิชัย อริยนันท์กะ | ศาลยุติธรรม |
| 14. อาจารย์สมชัย ทีฆาอุตมากร | ศาลยุติธรรม |
| 15. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรุงโรจน์ | สำนักงานอัยการสูงสุด |
| 16. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล | มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย |
| 17. อาจารย์วรวุฒิ ทวาทสิน | ศาลยุติธรรม |
| 18. อาจารย์นิรุฒ มณีพันธ์ | บริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน) |
| 19. ดร.พนิต ธีรภาพวงศ์ | กระทรวงการคลัง |
| 20. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์ | มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ |

- | | |
|------------------------------|---------------------|
| 21. นางสาวศศิธร มีพฤกษ์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 22. นางอุไร รุจิวงษ์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 23. นายเพชร ชื่นชม | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 24. นางสาวดวงพร ภิรมย์สุวรรณ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |

ข้อมูลการติดต่อ

กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240

โทร 081-926-0882 โทรสาร 02-310-8200 Email: lawjournal@ru.ac.th, Website:

www.lawjournal.ru.ac.th

รูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. พิมพ์โดยใช้กระดาษ A4 พิมพ์หน้าเดียว
2. จัดพิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word for windows
3. ใช้ตัวอักษรแบบ TH Sarabun New
4. ตั้งค่าหน้ากระดาษด้านบน (Top) 2.54 ซม., ล่าง (Bottom) 2.54 ซม., ซ้าย (Left) 2.54 ซม., และขวา (Right) 2.54 ซม.
5. ระยะห่างระหว่างบรรทัดขนาด 1 เท่า มีความยาวไม่เกิน 30 หน้า (รวมบรรณานุกรม)

รายละเอียดการจัดเตรียม

1. **ชื่อเรื่อง** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ ชื่อภาษาอังกฤษขึ้นต้นคำให้พิมพ์ด้วยตัวพิมพ์ใหญ่และให้ใช้ตัวอักษรขนาด 18 ตัวหนา
2. **ชื่อผู้เขียน** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านขวาของหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา โดยให้กำกับสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายด้วย เพื่อระบุชื่อคุณวุฒิการศึกษา ตำแหน่งทางวิชาการ หน่วยงานต้นสังกัด ให้พิมพ์ไว้ในส่วนของเชิงอรรถด้านล่างของหน้าด้วย ตามจำนวนผู้เขียนใช้ตัวอักษร TH Sarabun NEW ขนาด 14 ตัวปกติ
3. **บทคัดย่อ และ Abstract** คำว่า “บทคัดย่อ” และ “Abstract” ให้ใช้ตัวอักษร TH Sarabun NEW ขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยให้ย่อหน้าแรกเยื้อง 0.5 นิ้ว ของบรรทัดถัดไป
4. **คำสำคัญ และ Keywords** คำว่า “คำสำคัญ” และ “Keywords” ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา ควรเลือกคำสำคัญที่เกี่ยวข้องกับบทความไม่เกิน 3 คำ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ
5. **หัวเรื่อง** ให้ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้าย เนื้อเรื่องใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติจัดรูปแบบใช้กระจายแบบไทย โดยให้บรรทัดแรกของทุกย่อหน้าเยื้อง 0.5 นิ้วของบรรทัดถัดไป
6. **การอ้างอิงเชิงอรรถ** ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องตามหลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์ สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

เชิงอรรถ

- ผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ใน/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย...,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์,/“ชื่อวิทยานิพนธ์,”/(ระดับวิทยานิพนธ์,/ชื่อสถาบัน,/ปีพิมพ์),/เลขหน้า.

- ชื่อผู้วิจัย./ชื่อรายงานวิจัย./ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย./เลขที่ของรายงาน(ถ้ามี)/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ชื่อหน่วยงาน./“ชื่อเอกสาร,”/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์./ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี),/สัมภาษณ์,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน./ชื่อเรื่อง/[Online], Available URL:/ที่มาของสารสนเทศ,/ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่). สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ www.grad.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc

บรรณานุกรม

คำว่า “บรรณานุกรม” ให้จัดกึ่งกลางตรงหน้ากระดาษให้ใช้ ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้อักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องกับ หลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./แปลโดย ชื่อผู้แปล./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ใน*/ชื่อเรื่อง./บรรณาธิการโดย** .../,เลขหน้า. ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์./“ชื่อวิทยานิพนธ์.”/ระดับวิทยานิพนธ์./ชื่อสถาบัน,/ปีที่พิมพ์.
- ชื่อผู้วิจัย./ชื่อรายงานวิจัย./ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย./เลขที่ของรายงาน (ถ้ามี).
สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ชื่อหน่วยงาน./“ชื่อเอกสาร.”/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์./ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี),/สัมภาษณ์,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้บรรยาย./“หัวข้อการบรรยาย.”/ชื่อการประชุมและสถาบันที่ดำเนินการ (ถ้ามี)/สถานที่,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน./ชื่อเรื่อง/[ประเภทวัสดุ]/ที่มา:/ที่มาของสารสนเทศ,/ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่).

ตัวอย่างรูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ สืบค้นได้ที่ Website: www.lawjournal.ru.ac.th

การส่งต้นฉบับ

ส่งต้นฉบับจำนวน 1 ชุด ไปยังกองบรรณาธิการวารสารมหาวิทยาลัยรามคำแหง ฉบับคณะนิติศาสตร์ ณ ห้อง 1302 อาคาร 1 ชั้น 3 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240 Email: lawjournal@ru.ac.th หรือส่งบทความแบบออนไลน์ (Online Journal System) ได้ที่ www.lawjournal.ru.ac.th

หลักเกณฑ์และกระบวนการตีพิมพ์บทความ

1. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์เป็นบทความที่ไม่เคยผ่านการตีพิมพ์ในวารสารใดๆ มาก่อน การตีพิมพ์บทความซ้ำเป็นความรับผิดชอบของผู้เขียน
2. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของวารสารอื่น
3. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องไม่ตัดทอนหรือลอกเลียนมาจากบทความ หนังสือ ตำรา หรืองานวิจัยของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง
4. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องมีคุณค่าทางวิชาการ
5. ผู้เขียนต้องจัดเตรียมต้นฉบับตามรูปแบบและรายละเอียดการส่งต้นฉบับอย่างเคร่งครัด
6. ต้นฉบับบทความจะได้รับการพิจารณาความถูกต้องทางวิชาการจากผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer Review) ที่ตรงตามสาขาวิชาทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย จำนวน 2 ท่าน ซึ่งไม่มีส่วนได้เสียกับผู้เขียน
7. ผู้เขียนได้แก้ไขความถูกต้องของบทความตามข้อเสนอแนะของผู้ทรงคุณวุฒิแล้วกองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดส่งเอกสารตอบรับการตีพิมพ์ไปยังผู้เขียนในลำดับถัดไป