



Academic articles

Constitutional review by Supreme Court in Japan
Wasin Yimyam
Noppadon Nimnoo

An EU ban on the export of non-recyclable plastic waste to poor nations (non-OECD countries)
Pedithep Youyuenyong

Research articles

Legal Form for Establishing Maritime Knowledge Management Organization
Voraphol Malsukhum
Dulyawat Chaowadee

Maintaining the balance between the efficiency and the transparency of Earmarked tax in Thailand
Aua-aree Engchanil

Guideline on the Management of the Social Aspect of Corporate Sustainability
Pawat Satayanurug

The Paradox of Substance-Procedure Dichotomy and the Admissibility of Extrinsic Evidence for the Interpretation of Contracts Governed by the CISG 1980
Tidarat Sinlapapiromsuk

Legal Problem on Registration of Space Objects in Case of the In-Orbit Satellite Transfer
Tosita Phuechpakwarn

Measures and Guidelines for Protection of Geographical Indication of Agricultural Products in Chiang Rai
Archariya Wongburanavart

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 39 ฉบับที่ 2 | กรกฎาคม ปี 2564

บทความวิชาการ

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลฎีกาในประเทศญี่ปุ่น
วศิน ยิ้มแย้ม
นพดล นิ่มหนู

มาตรการห้ามส่งออกขยะพลาสติกไปยังประเทศที่ยากจน (ประเทศนอกกลุ่มโออีซีดี) ของสหภาพยุโรป
ปีติเทพ อยู่เย็นยง

บทความวิจัย

รูปแบบทางกฎหมายในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเล
วรพล มาลสุชุม
ศุภยวัฒน์ เขาวนัต์

การรักษาความสมดุลระหว่างประสิทธิภาพและความโปร่งใสของภาษี เพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะ (Earmarked tax) ในประเทศไทย
เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล

แนวทางการจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคมของภาคธุรกิจ
ภาวิวัฒน์ สัตยานุรักษ์

ปัญหาการนำแนวคิด “Substance-Procedure Dichotomy” มาใช้กับการรับฟัง พยานหลักฐานนอกเอกสารเมื่อต้องตีความสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับอนุสัญญา สหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980
ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข

ปัญหากฎหมายการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ในกรณีที่มีการโอนดาวเทียม ในวงโคจร
โทสิตา พืชผักหวาน

มาตรการและแนวทางเพื่อได้รับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของ สินค้าเกษตรในจังหวัดเชียงราย
อัจฉริยา วงษ์บุรณาวาทย์

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

วารสารกฎหมาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 39 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม 2564)

คณะที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ
ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิชฌ เครืองาม
ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มันทาภรณ์
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย
ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ ไขว้ไกลกุล
ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์

ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์ เอกเจริญกร
ศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์ ใจหาญ
รองศาสตราจารย์ธิตินันท์ เชื้อบุญชัย
รองศาสตราจารย์พิเศษ เสตเสถียร
คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

บรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รองบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิริกัญญา ไขว้ไกลกุล
อาจารย์ ดร.ภาวิวัฒน์ สัตยานุรักษ์
อาจารย์ ดร.วรพล มาลสุขุม

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรัชดา ธีศรี
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ
ดร.เพ็ญวิภา ลอยกุลนันท์
นางสันทนี ดิษยบุตร
ดร.สุพรรณวษา โชติปัญญา ณัง
ดร.อภิชน จันทระเสน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
ศาลยุติธรรม
สำนักงานอัยการสูงสุด
กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

กองจัดการ

สุพิชา จินฉนวนโส
วรลักษณ์ ทองใบ

กรณัฐ อัครธนบูลย์
ณัฐธิดา ดวงวิโรจน์

Chulalongkorn Law Journal

Volume 39 Issue 2 (July 2021)

Advisory Board

Professor Emeritus Dr.Borwornsak UWANNO	Professor Dr.Pathachit EAGJARIYAKORN
Professor Emeritus Dr.Wissanu KREA-NGAM	Professor Dr.Narong JAIHARN
Professor Emeritus Vitit MUNTARBHORN	Associate Professor Thitiphan CHUABOONCHAI
Professor Dr.Surakiart SATHIRATHAI	Associate Professor Piset SETSATHIRA
Professor Prasit KOVILAIKOOL	Dean of Faculty of Law
Professor Dr.Jaturon THIRAWAT	(Assistant Professor Dr.Pareena SRIVANIT)

Editor-in-Chief

Dr.Pramote SERMSILATHAM	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
-------------------------	--

Deputy Editor

Assistant Professor Dr.Sirikanya KOVILAIKOOL	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
Dr.Pawat SATAYANURUG	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
Dr.Voraphol MALSUKHUM	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University

Editorial Board

Professor Dr.Pairojana KAMPUSIRI	Faculty of Law Thammasat University
Assistant Professor Dr.Surutchada REEKIE	Faculty of Law Chulalongkorn University
Assistant Professor Dr.Wariya LAMLERT	Graduate School of Law
	National Institute of Development Administration
Dr.Penvipa LOYKULNANTA	Court of Justice
Mrs.Santanee DISAYABUTR	Office of the Attorney General
Dr.Suphanvasa CHOTIKAJAN TANG	Department of Treaties and Legal Affairs
	Ministry of Foreign Affairs
Dr.Apichon CHANTARASEN	Office of the Council of State

Management Team

Supicha CHINNAVASO	Koranutth AKRATHANABOON
Vorraluk THONGBAI	Nuttida DOUNGWIROTE

วัตถุประสงค์

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

กำหนดการพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีกำหนดการตีพิมพ์ปีละ 3 ฉบับ ราย 4 เดือน ดังนี้

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

ประเภทของผลงานทางวิชาการที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จะพิจารณาตีพิมพ์ผลงานที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

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

บทความหรือความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏใน “วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” เป็นวรรณกรรมและความรับผิดชอบของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย บรรณาธิการ และกองบรรณาธิการ ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วยหรือร่วมรับผิดชอบใด ๆ

ภาษาที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย รับตีพิมพ์ผลงานที่เขียนเป็นภาษาไทย และ/หรือ ภาษาอังกฤษ

ลักษณะการประเมินบทความ

บทความวิชาการและบทความวิจัยทุกชิ้นจะต้องผ่านการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 2 ท่าน ที่กองบรรณาธิการพิจารณาคัดเลือกแล้วเห็นว่าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญตรงตามสาขาวิชาของเนื้อหาที่นำเสนอในบทความ และการประเมินดังกล่าวเป็นการประเมินลบล้างทั้งสองทาง (Double-blinded peer review)

การเผยแพร่วารสาร

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ทำการเผยแพร่บทความทั้งในรูปแบบตัวเล่มและรูปแบบออนไลน์

แหล่งสนับสนุนการจัดทำวารสาร

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้รับการสนับสนุนการจัดพิมพ์จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Aim and Scope

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

Publication Frequency

Chulalongkorn Law Journal is published every four months as follows:

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

Categories of Accepted Manuscripts

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

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

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

Language

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

Peer Review

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

Methods of Publication

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

Source of Support

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

วารสารกฎหมาย

ปีที่ 39 ฉบับที่ 2

(กรกฎาคม 2564)

สารบัญ

- บทความวิชาการ
- 1-15 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลฎีกาในประเทศญี่ปุ่น
วศิน ยิ้มแย้ม, นพดล นิ่มหนู
- 17-33 มาตรการห้ามส่งออกขยะพลาสติกไปยังประเทศที่ยากจน (ประเทศนอกกลุ่มโออีซีดี)
ของสหภาพยุโรป
ปิติเทพ อยู่ยืนยง
- บทความวิจัย
- 35-71 รูปแบบทางกฎหมายในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเล
วรพล มาลสุขุม
ศุภวัฒน์ เชาวินดี
- 73-89 การรักษาความสมดุลระหว่างประสิทธิภาพและความโปร่งใสของภาษี
เพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะ (Earmarked tax) ในประเทศไทย
เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล
- 91-138 แนวทางการจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคมของภาคธุรกิจ
ภาวิวัฒน์ สัตยานุรักษ์
- 139-185 ปัญหาการนำแนวคิด “Substance-Procedure Dichotomy” มาใช้กับการรับฟัง
พยานหลักฐานนอกเอกสารเมื่อต้องตีความสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับอนุสัญญา
สหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980
ธิดารัตน์ ศิลปกรรมย์สุข
- 187-211 ปัญหากฎหมายการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ในกรณีที่มีการโอนดาวเทียมในวงโคจร
โทลีตา พิชักหวาน
- 213-235 มาตรการและแนวทางเพื่อได้รับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของสินค้าเกษตร
ในจังหวัดเชียงราย
อัจฉริยา วงษ์บุญาวาทย

บทความและความคิดเห็นใดๆ ใน “วารสารกฎหมาย” ฉบับนี้ เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

Vol.39 No.2

(July 2021)

Contents

- *Academic articles*
 - 1-15 **Constitutional review by Supreme Court in Japan**
Wasin Yimyam
Noppadon Nimnoo
 - 17-33 **An EU ban on the export of non-recyclable plastic waste to poor nations (non-OECD countries)**
Pedithep Youyuenyong
 - *Research articles*
 - 35-71 **Legal Form for Establishing Maritime Knowledge Management Organization**
Voraphol Malsukhum
Dulyawat Chaowadee
 - 73-89 **Maintaining the balance between the efficiency and the transparency of Earmarked tax in Thailand**
Aua-aree Engchanil
 - 91-138 **Guideline on the Management of the Social Aspect of Corporate Sustainability**
Pawat Satayanurug
 - 139-185 **The Paradox of Substance-Procedure Dichotomy and the Admissibility of Extrinsic Evidence for the Interpretation of Contracts Governed by the CISG 1980**
Tidarat Sinlapapiromsuk
 - 187-211 **Legal Problem on Registration of Space Objects in Case of the In-Orbit Satellite Transfer**
Tosita Phuechpakworn
 - 213-235 **Measures and Guidelines for Protection of Geographical Indication of Agricultural Products in Chiang Rai**
Archariya Wongburanavart
-

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

บทบรรณาธิการ

สวัสดีผู้อ่านทุกท่าน วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยฉบับนี้เป็นฉบับประจำปีที 39 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม 2564) ซึ่งเนื้อหาของวารสารกฎหมายฉบับนี้ยังคงประกอบไปด้วยผลงานที่น่าสนใจในกฎหมายสาขาต่าง ๆ ทั้งบทความภาษาไทยและบทความภาษาอังกฤษที่ทางกองบรรณาธิการได้ทำการเลือกสรรเพื่อนำมาเสนอให้แก่ผู้อ่านทุกท่าน ดังนี้

บทความแรกเป็นบทความวิชาการเรื่อง “การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลฎีกาในประเทศไทย” เขียนโดย อาจารย์ ดร.วศิน ยัมแย้ม อาจารย์ประจำคณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงใหม่ ร่วมกับ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นพดล นิมหนู อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม

บทความที่สองเป็นบทความวิชาการเรื่อง “มาตรการห้ามส่งออกขยะพลาสติกไปยังประเทศที่ยากจน (ประเทศนอกกลุ่มโออีซีดี) ของสหภาพยุโรป” เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปิติเทพ อยู่ยืนยง อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

บทความที่สามเป็นบทความวิจัยเรื่อง “รูปแบบทางกฎหมายในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเล” เขียนโดย อาจารย์ ดร.วรพล มาลสุขุม อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ร่วมกับ นาวาเอกศุลย์วัฒน์ เชาวนดี

บทความที่สี่เป็นบทความวิจัยเรื่อง “การรักษาความสมดุลระหว่างประสิทธิภาพและความโปร่งใสของภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะ (Earmarked tax) ในประเทศไทย” เขียนโดย รองศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์ อังจะนิล อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่ห้าเป็นบทความวิจัยเรื่อง “แนวทางการจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคมของภาคธุรกิจ” เขียนโดย อาจารย์ ดร.ภาวิวัฒน์ สัตยานุรักษ์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่หกเป็นบทความวิจัยเรื่อง “The Paradox of Substance-Procedure Dichotomy and the Admissibility of Extrinsic Evidence for the Interpretation of Contracts Governed by the CISG 1980” ซึ่งได้รับการแปลเป็นภาษาไทยโดยใช้ชื่อว่า “ปัญหาการนำแนวคิด “Substance-Procedure Dichotomy” มาใช้กับการรับฟังพยานหลักฐานนอกเอกสารเมื่อต้องตีความสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980” เขียนโดย อาจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่เจ็ดเป็นบทความวิจัยเรื่อง “ปัญหากฎหมายการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ในกรณีที่มีการโอนดาวเทียมในวงโคจร” เขียนโดย คุณโทสิตา พิษผักหวาน นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

บทความที่แปดเป็นบทความวิจัยเรื่อง “Measures and Guidelines for Protection of Geographical Indication of Agricultural Products in Chiang Rai” ซึ่งได้รับการแปลเป็นภาษาไทยโดยใช้ชื่อว่า “มาตรการและแนวทางเพื่อได้รับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของสินค้าเกษตรในจังหวัดเชียงราย” เขียนโดยอาจารย์ ดร.อัจฉริยา วงษ์บูรณาวาทย อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

กองบรรณาธิการหวังว่าผู้อ่านทุกท่านจะได้รับประโยชน์จากผลงานที่ได้ตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารฉบับนี้ กองบรรณาธิการขอขอบคุณผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามและสนับสนุนวารสารกฎหมายมาโดยตลอด หากผู้อ่านมีข้อเสนอแนะติชมประการใด กองบรรณาธิการยินดีอย่างยิ่งที่จะรับฟังและนำไปพัฒนาปรับปรุงวารสารฉบับต่อ ๆ ไป พบกันใหม่ฉบับหน้า

บรรณาธิการ

อ.ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลฎีกา ในประเทศญี่ปุ่น

Constitutional review by Supreme Court in Japan

วสิน ยิ้มแย้ม

Wasin Yimyam

อาจารย์ประจำ

คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงใหม่

ต.ช้างเผือก อ.เมือง จ.เชียงใหม่ 50300

Full-time lecturer

Faculty of Humanities and Social Sciences, Chiang Mai Rajabhat University

Chang Puak Sub-District, Meung District, Chiang Mai 50300

นพดล นิมหนู

Noppadon Nimnook

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม

ต.ขามเรียง อ.กันทรวิชัย จ.มหาสารคาม 44150

Full-time lecturer

Faculty of Law, Mahasarakham University

Khamriang Sub-District, Kantarawichai District, Mahasarakham 44150

Corresponding author Email: wasinyimyam@gmail.com

(Received: February 27, 2021; Revised: April 19, 2021; Accepted: June 4, 2021)

บทคัดย่อ

รัฐธรรมนูญของประเทศไทยจัดระเบียบโครงสร้างองค์กรทางการเมืองหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยกำหนดให้รัฐสภาใช้อำนาจนิติบัญญัติ คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหาร และศาลใช้อำนาจทางตุลาการ และยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ พร้อมมอบอำนาจในการคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้แก่ศาลฎีกา กล่าวคือ ศาลฎีกาเป็นองค์กรที่มีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำอื่น ๆ ผ่านกระบวนการพิจารณาพิพากษาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติปรากฏว่า ด้วยเหตุผลในทางการเมือง ศาลฎีกาจึงมักหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมักเป็นการกระทำที่หวังผลในทางการเมืองมากกว่าหวังผลทางกฎหมายจากคำพิพากษาศาล จึงทำให้ศาลฎีกาหลีกเลี่ยงการวินิจฉัยว่ากฎหมายของรัฐสภาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

คำสำคัญ : การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย, ศาลฎีกา, รัฐธรรมนูญญี่ปุ่น

Abstract

The Constitution of Japan established a political organization structure based on the principle of Separation of Powers by requiring the parliament to exercise its legislative power, cabinet to do so on executive power and the courts for judicial power. The constitution admits the concept of the Supremacy of the Constitution and the power of the Supreme Court to protect the Supremacy of the Constitution to protect the constitutionality of any law, order, regulation or official act. However, in practice, it appears that filing a petition to the Supreme Court to determine whether the provisions of the law are inconsistent with the constitution, is often done for political rather than legal consequence. Therefore, The Supreme Court likely avoids ruling in the way that the law was inconsistent with the constitution.

Keywords : Constitutional review, Supreme Court, Constitution of Japan

บทนำ

โดยทั่วไป ประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจะถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและจัดให้มีระบบคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งองค์การทางการเมืองและระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบ รัฐธรรมนูญจึงมีฐานะอยู่เหนือองค์กรตามรัฐธรรมนูญและระบบกฎหมายที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้น การตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรหนึ่งที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นจึงต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ จะตรากฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้¹

ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในโลกปรากฏหลายวิธีแตกต่างกันทั้งองค์กรกระบวนการ และขอบเขตอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตามบริบท ความเหมาะสม และพัฒนาการเบื้องหลังของรัฐธรรมนูญแต่ละประเทศ อาทิ รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแก่ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States) ในขณะที่รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel)ใช้อำนาจควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนรัฐธรรมนูญเยอรมันมอบอำนาจดังกล่าวแก่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ (Federal Constitutional Court : Bundesverfassungsgericht)

สำหรับญี่ปุ่นมีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างสถาบันทางการเมือง ระบบกฎหมาย และระบบศาลครั้งใหญ่ภายหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวได้รับอิทธิพลจากสหรัฐอเมริกาที่กำลังดูแลญี่ปุ่นในเวลานั้น จนท้ายที่สุด รัฐธรรมนูญฉบับหลังสงครามของญี่ปุ่นก็เป็นฉบับที่ถูกร่างโดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญที่นายพล MacArthur แต่งตั้งขึ้น จนมีการเรียกรัฐธรรมนูญฉบับนี้ว่า “รัฐธรรมนูญฉบับแมคอาเธอร์” (MacArthur Constitution)² ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญญี่ปุ่นจึงได้รับอิทธิพลจากสหรัฐอเมริกา รวมถึงแนวคิดการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในญี่ปุ่นก็ได้รับอิทธิพลจากรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในระดับหนึ่งด้วย

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นกระบวนการสำคัญในทางการเมืองของญี่ปุ่น กล่าวคือ นอกจากจะเป็นการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแล้ว ยังถือเป็นการกระทำทางการเมืองรูปแบบหนึ่งในการถ่วงดุลอำนาจด้วย ฉะนั้น การทำความเข้าใจความสำคัญ ลักษณะ และแบบแผนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในญี่ปุ่นย่อมต้องพิจารณาที่มาทางประวัติศาสตร์ การเมือง และกระบวนการดำเนินพิจารณาของศาลประกอบกัน

¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540),” วารสารราชบัณฑิตยสถาน ปีที่ 24 ฉบับที่ 1 (ตุลาคม 2541-มกราคม 2542): 46-68, 46.

² Toshiyuki Nishikawa, “The Future of the Japanese Constitution: From the “MacArthur Constitution” to What?,” 比較法文化: 駿河大学比較法研究所紀要 17, 2008 : 51-79, 51.

บทความนี้จะนำเสนอสาระสำคัญ 5 ส่วน ดังนี้ ส่วนแรก ที่มาของแนวคิดการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ ส่วนที่สอง การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ ส่วนที่สาม กระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของศาลฎีกา ส่วนที่สี่ สาเหตุสำคัญที่ศาลฎีกาหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ส่วนสุดท้าย ข้อเสนอ

1. ที่มาของแนวคิดการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ

1.1 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในรัฐธรรมนูญเมจิ

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งจักรวรรดิญี่ปุ่น (Constitution of the Empire of Japan, 1889) หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า “รัฐธรรมนูญเมจิ” (Meiji Constitution)³ ไม่ปรากฏว่ามีแนวคิดหรือบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการแต่อย่างใด สาเหตุสำคัญประการหนึ่งอาจเนื่องมาจากรัฐธรรมนูญเมจิได้รับอิทธิพลการร่างจากระบบการปกครองของปรัสเซีย/เยอรมัน (Prussia) และอังกฤษ⁴ ซึ่งในขณะนั้นทั้งสองประเทศไม่มีแนวคิดการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ อีกทั้งภารกิจต่อเนื่องสำคัญอีกประการหนึ่งขององค์กรตุลาการในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คือ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ให้องค์กรของรัฐทั้งหลายใช้อำนาจละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครอง ทว่ามุมมองการรับรองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเมจิแตกต่างจากรัฐธรรมนูญของตะวันตก กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเมจิมองว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นเพียงของขวัญที่พระเจ้าจักรพรรดิทรงพระราชทานให้เท่านั้น ไม่ใช่สิทธิเสรีภาพอันเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์ตามคติรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย ด้วยเหตุนี้ การรับรองสิทธิเสรีภาพในรัฐธรรมนูญเมจิจึงมาพร้อมการสงวนอำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพผ่านการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งว่ากันตามทฤษฎีกฎหมายมหาชน หลักคิดดังกล่าวสอดคล้องกับหลักนิติรัฐที่ปรากฏในประเทศเสรีประชาธิปไตยทั้งหลาย หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ องค์กรของรัฐจะไม่สามารถกระทำการได้ โดยเฉพาะการกระทำที่กระทบสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือในการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย กฎหมายที่ตราจะผ่านการอภิปรายถกเถียงจากผู้แทนของประชาชนในสภา หากเสียงข้างมากของผู้แทนประชาชนเห็นว่าการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวไม่ได้ทำลายสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ สภาก็จะผ่านกฎหมายฉบับนั้นออกมาบังคับใช้ อย่างไรก็ตาม แนวคิดนิติรัฐตามคติดังกล่าวไม่ได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญเมจิ เพราะรัฐสภา (สภาไดเอะ) ไม่ได้มีอำนาจนิติบัญญัติอย่างแท้จริง รัฐสภาเป็นเพียงตรายางของพระเจ้าจักรพรรดิเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ในยุครัฐธรรมนูญเมจิ รัฐสภาไม่ใช่

³ รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของญี่ปุ่น

⁴ Hein Patrick, *How the Japanese became foreign to themselves: the impact of globalization on the private and public spheres in Japan*. (LIT Verlag Münster, 2009), p. 72.

องค์กรที่ประชาชนสามารถให้ความไว้วางใจในการทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพได้⁵ ซึ่งโดยปกติ หากองค์กรนิติบัญญัติไม่สามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพได้ องค์กรตุลาการมักเป็นองค์กรที่สามารถใช้อำนาจป้องกันหรือลดผลกระทบจากการกระทำขององค์กรของรัฐที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ในช่วงรัฐธรรมนูญเมจิ บทบาทขององค์กรตุลาการมีเพียงการพิจารณาคดีตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น กล่าวคือ ผู้พิพากษาเป็นเพียงเครื่องมือของพระจักรพรรดิในการใช้อำนาจพิพากษาอรรถคดีต่าง ๆ ต่อประชาชนเท่านั้น จะเห็นได้จากทัศนคติของผู้ร่างรัฐธรรมนูญเมจิที่ว่า “พระจักรพรรดิซึ่งเป็นองค์อธิปัตย์เป็นที่มาแห่งความยุติธรรม (Fountain of Justice) ผู้พิพากษาเป็นเพียงรูปแบบในการใช้อำนาจอธิปไตยของพระจักรพรรดิเท่านั้น”⁶ ด้วยคติที่กล่าวมา ทำให้องค์กรตุลาการสมัยรัฐธรรมนูญเมจิไม่ได้มีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

1.2 การก่อตั้งระบบควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ

การก่อตั้งระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการในญี่ปุ่นเกิดขึ้นบนสถานการณ์ที่ไม่ปกติ ดังที่ได้กล่าวมาก่อนหน้า ระบบกฎหมายญี่ปุ่นไม่มีแนวคิดในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดโดยให้องค์กรตุลาการเพื่อทำหน้าที่ควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐอื่นไม่ให้ใช้อำนาจเกินกว่าที่รัฐธรรมนูญมอบให้ อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 บทบาทขององค์กรตุลาการของญี่ปุ่นได้เปลี่ยนไป โดยเฉพาะการใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่ก่อนที่จะกล่าวถึงเรื่องการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ ควรทำความเข้าใจถึงพื้นฐานความคิดอันอยู่เบื้องหลังรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเพื่อเข้าใจถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือเข้าใจแนวคิดเบื้องหลังของผู้ร่างรัฐธรรมนูญในประเด็นการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ

เป็นที่ทราบกันดีว่า เมื่อจักรวรรดิญี่ปุ่น (the Empire of Japan) ประกาศยอมแพ้สงครามเมื่อวันที่ 14 สิงหาคม พ.ศ. 2488 (ค.ศ.1945) รัฐบาลญี่ปุ่นยังคงมีอำนาจปกครองประเทศ รูปแบบพื้นฐานทางกฎหมายต่าง ๆ ของรัฐ (Kokutai) ยังคงมีผลสมบูรณ์ และรัฐบาลเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขรัฐธรรมนูญเมจิ อย่างไรก็ตาม นายพล Douglas MacArthur ได้รับเราให้รัฐบาลญี่ปุ่นแก้ไขรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เป็นไปตามเงื่อนไขในการยอมแพ้ของญี่ปุ่นที่ระบุในปฏิญญา Potsdam (Potsdam Declaration)⁷ รัฐบาลญี่ปุ่นจึงแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่ง เรียกว่า “คณะกรรมการศึกษาปัญหารัฐธรรมนูญ” (the Research Committee on Constitutional Issues) มีนายโจจิ มัตสึโมโตะ (Joji Matsumoto) เป็นหัวหน้าคณะ คณะกรรมการได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญเมจิสองแบบ ซึ่งทั้งสองแบบไม่ปรากฏว่ามีข้อเสนอเกี่ยวกับการควบคุม

⁵ Kawagishi Norikazu, “The birth of judicial review in Japan,” *International Journal of constitutional law* 5.2 (2007): 308-331, p. 312.

⁶ Hirobumi Ito and Miyoji Ito, *Commentaries on the constitution of the Empire of Japan*, Tokio : Chu-o Daigaku (Central University), 1906, p. 112.

⁷ Yasuo Hasebe, “Constitutional borrowing and political theory,” *International Journal of Constitutional Law* Vol. 1 No. 2 (Oxford University Press, 2003), p. 224.

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการแต่อย่างใด⁸ ประกอบกับร่างเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังคงมีเนื้อหาอนุรักษนิยมซึ่งไม่เข้ากับบรรยากาศของสังคมโลกที่ต่อต้านการปกครองในลักษณะจักรวรรดินายพล MacArthur เห็นว่า ร่างรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการมัตสึโมโตะไม่สอดคล้องกับความต้องการสร้างระบอบการปกครองประชาธิปไตยและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในญี่ปุ่น¹⁰ จึงได้เสนอร่างรัฐธรรมนูญของตนเอง (MacArthur Draft) และเรียกร้องให้รัฐบาลญี่ปุ่นแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามร่างรัฐธรรมนูญที่เขาเสนอไป

ซึ่งร่างรัฐธรรมนูญ MacArthur มาตรา 73 ได้กำหนดให้มีการใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการแบบจำกัด (a limited version of judicial review) กล่าวคือ ศาลมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เฉพาะคดีที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองเท่านั้น หากเป็นคดีอื่น ๆ ที่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาเหล่านั้นจะถูกตรวจสอบการตีความรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภา ร่างมาตรา 73 มีสาระสำคัญที่สามารถสรุปดังนี้

“ศาลฎีกาเป็นศาลสุดท้ายในการพิจารณารรคดี ซึ่งกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือการกระทำใด ๆ ของรัฐ คดีที่ต้องพิจารณาดำเนินการให้หรือมีความเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ หมวด 3 ว่าด้วยสิทธิของประชาชน คำพิพากษาศาลฎีกาถือเป็นที่สุด หากเป็นคดีอื่น ๆ ที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใด ๆ ของรัฐ (คดีที่ไม่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ หมวด 3) คำพิพากษาของศาลต้องได้รับการตรวจสอบจากรัฐสภา (the Diet)”¹¹

หลังจากพิจารณาว่าร่างรัฐธรรมนูญของนายพล MacArthur รัฐบาลญี่ปุ่นได้ยอมรับแนวคิดการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการตามร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพียงแต่ญี่ปุ่นต้องการให้องค์กรตุลาการสามารถใช้อำนาจตุลาการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งหมด จึงต้องการให้นำข้อความที่มีลักษณะจำกัดอำนาจตุลาการในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญออก เพราะรัฐบาลญี่ปุ่นเชื่อมั่นต่อความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการและความไว้วางใจของประชาชนที่มีต่อองค์กรตุลาการ แต่ฝ่ายสัมพันธมิตรกังวลว่าระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญใหม่จะกลายพันธุ์เป็นการปกครองโดยตุลาการ (judicial oligarchy) หากให้อำนาจต่อองค์กรตุลาการมากเช่นนั้น อย่างไรก็ตาม ท้ายสุดแล้วภายหลังเจรจากัน คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญก็ปรับเปลี่ยนข้อความเป็น “ศาลฎีกาเป็นศาลสุดท้ายที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาว่ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือการกระทำใด ๆ ของรัฐชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ซึ่งปรากฏในมาตรา 81 ตามรัฐธรรมนูญปัจจุบัน¹²

⁸ Po Liang Chen and Jordan T. Wada, “Can the Japanese Court Overcome the Political Question Hurdle,” *Washington International Law Journal* 26, no. 2 (April 2017): 349-380, p. 354.

⁹ บุญศรี มีวงศ์โสม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 195.

¹⁰ Po Liang Chen and Jordan T. Wada, “Can the Japanese Court Overcome the Political Question Hurdle”

¹¹ Ibid.

¹² Ibid., p. 355.

จากที่กล่าวมา สรุปได้ว่า ที่มาของแนวคิดการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการในญี่ปุ่นมาจากสหรัฐอเมริกาผ่านร่างรัฐธรรมนูญของนายพล MacArthur ไม่ได้มาจากความต้องการของรัฐบาลของญี่ปุ่นเองแต่อย่างใด แต่ก็ปรับเปลี่ยนจากร่างรัฐธรรมนูญของนายพล MacArthur จากเดิมที่ให้อำนาจศาลในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่จำกัดเฉพาะคดีกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน เปลี่ยนเป็นศาลมีอำนาจการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งหมด

2. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ

ดังที่กล่าวมาก่อนหน้า รัฐธรรมนูญปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงโฉมหน้าการเมืองการปกครองจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไปเป็นประชาธิปไตย กำหนดโครงสร้างสถาบันที่ใช้อำนาจอธิปไตยตามหลักแบ่งแยกอำนาจ และสร้างระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจกัน โดยกำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรเดียวที่สามารถใช้อำนาจนิตินบัญญัติ (รัฐธรรมนูญ มาตรา 41) ให้อำนาจบริหารเป็นของคณะรัฐมนตรี (รัฐธรรมนูญ มาตรา 65) และให้อำนาจตุลาการแก่ศาลฎีกาและศาลล่างอื่น ๆ ที่กฎหมายกำหนด (รัฐธรรมนูญ มาตรา 76 วรรคแรก) เน้นการมีส่วนร่วมในการปกครองของประชาชนเนื่องจากประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย (รัฐธรรมนูญ มาตรา 1) คู่มครองสิทธิเสรีภาพพื้นฐานเช่นเดียวกับสังคมตะวันตก (รัฐธรรมนูญ มาตรา 97) ยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญ มาตรา 98) ด้วยคติประชาธิปไตยดังกล่าว รัฐธรรมนูญจึงให้ศาลฎีกา (Supreme Court) เป็นศาลสุดท้ายที่มีอำนาจคุ้มครองรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดไม่ให้ถูกกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือการกระทำอื่นใดของรัฐละเมิดรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญ มาตรา 81)

2.1 โครงสร้างของศาลฎีกา

รัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจในการพิพากษาคดีทั้งหมดให้แก่ศาลฎีกาและศาลล่างที่จัดตั้งโดยกฎหมาย ซึ่งตรขึ้นจากรัฐสภา (รัฐธรรมนูญ มาตรา 76 วรรคแรก) ปัจจุบันโครงสร้างของศาลยุติธรรมญี่ปุ่นประกอบด้วยศาลดังต่อไปนี้ (1) ศาลฎีกา (Supreme Court) (2) ศาลอุทธรณ์ (High Courts) (3) ศาลคดีครอบครัว (Family Courts) (4) ศาลจังหวัด (District Courts) (5) ศาลแขวง (Summary Courts) รัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติศาลยุติธรรม พ.ศ. 2490 (the Judiciary Act, 1947) จัดตั้งศาลฎีกาและศาลอื่น ๆ ในระบบศาลยุติธรรม

อย่างไรก็ดี บทความนี้มุ่งศึกษาอำนาจของศาลฎีกาในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น เพื่อไม่ให้บทความนี้เยิ่นเย้อ จึงจะขอกล่าวเฉพาะโครงสร้างและอำนาจของศาลฎีกาในการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังนี้

ศาลฎีกาประกอบด้วยประธานศาลฎีกา (Chief Justice) ซึ่งคณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งเป็นประธานศาลฎีกาเพื่อให้พระจักรพรรดิทรงแต่งตั้ง (รัฐธรรมนูญ มาตรา 6) ส่วนพระธรรมนูญศาลยุติธรรมกำหนดให้จำนวนผู้พิพากษาในศาลฎีกา (Associate Justice) มีจำนวน 14 คน คณะรัฐมนตรีเป็นผู้แต่งตั้ง โดยคุณสมบัติของบุคคลผู้สามารถดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลฎีกาได้ คือ อายุมากกว่า 40 ปีบริบูรณ์ และมีความรู้ความเข้าใจกฎหมายเป็นอย่างดี แม้พระธรรมนูญศาลยุติธรรมไม่ได้กำหนดให้คุณสมบัติของ

บุคคลที่สามารถดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลฎีกาได้ต้องเป็นนักกฎหมาย แต่ผู้พิพากษาในคณะศาลฎีกาจำนวนไม่น้อยกว่า 10 คนในจำนวนทั้งหมด 15 คน ต้องมีประสบการณ์ร่วมกันไม่น้อยกว่า 10 ปี ในฐานะผู้พิพากษาหัวหน้าศาลอุทธรณ์ (chief judges of the High Court) หรือผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ หรือมีประสบการณ์ร่วมกันไม่น้อยกว่า 20 ปี ในฐานะผู้พิพากษาหัวหน้าศาลอุทธรณ์ หรือผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ หรือผู้พิพากษาในศาลแขวง (Summary Court judges) หรือพนักงานอัยการ หรือทนายความ หรือศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัย ซึ่งวาระการดำรงตำแหน่งของผู้พิพากษาในศาลฎีกาไม่ได้ดำรงตำแหน่งตลอดชีวิตดังเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ปัจจุบันกฎหมายกำหนดให้ผู้พิพากษาในศาลฎีกาเกษียณจากตำแหน่งเมื่ออายุ 70 ปีบริบูรณ์¹³

ในการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลฎีกาของญี่ปุ่นจะมีระบบให้สาธารณชนตรวจสอบ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญมาตรา 79 วรรคสอง กำหนดให้การแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลฎีกาต้องดำเนินการสอบถามและขอความเห็นชอบจากประชาชนในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เมื่อพ้นเวลา 10 ปีจะต้องดำเนินการสอบถามและขอความเห็นชอบจากประชาชนในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในครั้งแรกหลังพ้นเวลาดังกล่าวอีกครั้งด้วยวิธีการเดียวกัน (รัฐธรรมนูญ มาตรา 76 วรรคสอง)

ในทางกฎหมาย คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกา แม้ว่าการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลฎีกาครั้งแรก คณะรัฐมนตรีจะเลือกตามคำแนะนำของคณะที่ปรึกษา (an advisory board) แต่คณะที่ปรึกษาดังกล่าวเป็นเพียงคณะที่ถูกจัดตั้งเพียงชั่วคราวเท่านั้น หลังจากนั้นนายกรัฐมนตรีมีดุลพินิจในการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลฎีกาจากผู้สมัครที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขของกฎหมาย¹⁴

2.2 ลักษณะการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

รัฐธรรมนูญ มาตรา 81 บัญญัติว่า “ศาลฎีกาเป็นศาลสุดท้ายที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาว่ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือการกระทำใด ๆ ของรัฐชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ซึ่งหมายความว่า รัฐธรรมนูญมอบอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและมอบอำนาจในการพิจารณาพิพากษารรรถคดีทั้งหลายให้แก่องค์กรตุลาการ (รัฐธรรมนูญ มาตรา 76) ด้วยเหตุนี้ ศาลสามารถจะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ใช้ในคดีพิพาทได้¹⁵

¹³ Matsui Shigenori, “Why is the Japanese supreme court so conservative,” *Washington University Law Review* 88(6) (2011): 1375-1424.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Yasuo Hasebe, “The Supreme Court of Japan. A Judicial Court, Not Necessarily a Constitutional Court,” *Constitutional Courts in Asia: A Comparative Perspective*. (New York: Cambridge University Press, 2018), p. 289.

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น รัฐธรรมนูญญี่ปุ่นจัดทำโดยได้รับอิทธิพลจากสหรัฐอเมริกา จึงทำให้ระบบศาลของญี่ปุ่นเป็นไปตามระบบศาลของสหรัฐอเมริกา ฉะนั้น ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นจึงเดินตามระบบอเมริกัน¹⁶ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในญี่ปุ่นจึงเป็นการควบคุมแบบกระจายอำนาจ ซึ่งประเด็นนี้ ศาลฎีกาเคยกล่าวในคำพิพากษาใน พ.ศ. 2491 ว่าแม้ปราศจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 81 แต่ศาลก็ทุกศาลย่อมมีอำนาจตามข้อเท็จจริงในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญโดยการเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ใช้ในคดีพิพาทซึ่งตนพิจารณาได้ ข้อความของศาลฎีกาญี่ปุ่นนี้มาจากคำพิพากษาศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาคดี *Marbury v. Madison*¹⁷

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 81 จะเห็นอย่างชัดเจนว่า รัฐธรรมนูญมอบอำนาจพิเศษให้ศาลฎีกาเข้าควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำอื่น ๆ ของรัฐได้¹⁸ อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาไม่สามารถจะพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายผ่านคำร้องโดยตรงโดยปราศจากข้อพิพาท (การตรวจสอบทางนามธรรม) เหมือนกรณีศาลรัฐธรรมนูญในเยอรมันหรือไทยได้ ศาลฎีกาจะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ผ่านรูปแบบการฟ้องคดีที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นโดยผ่านกระบวนการอุทธรณ์ได้แก่ที่เรียกว่า โจโคคุ (*jokoku*)¹⁹ หรือ โคโคคุ (*kokoku*)²⁰

เมื่อวิเคราะห์บรรทัดฐานการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในญี่ปุ่น จะเห็นว่า กรณีที่มีคำร้องต่อศาลฎีกาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลฎีกามีแนวโน้มที่จะผ่อนปรนคล้อยไปตามความเห็นของฝ่ายรัฐบาล ตัวอย่างที่เห็นได้ชัด อาทิ คดี *Japan v. Sakata (Sunagawa Case)* ข้อเท็จจริงโดยสรุป คือ ในฤดูใบไม้ร่วง พ.ศ. 2500 (1957) มีบุคคลจำนวน 7 คน ประท้วงการขยายฐานทัพของสหรัฐอเมริกาในเมืองสุเนกาวะ (Sunagawa) บุคคลเหล่านี้ถูกตั้งข้อหาฐานบุกรุกฐานทัพอากาศของสหรัฐอเมริกาตามกฎหมายอาญาพิเศษ (the Special Criminal Law) มาตรา 2 ศาลจังหวัดโตเกียวได้ตัดสินว่าจำเลยในคดีนี้มีความผิดตามข้อกล่าวหา และพิพากษาว่าสนธิสัญญาความมั่นคงระหว่างสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น (พ.ศ. 2495) ที่อนุญาตให้กองทหารอเมริกันอยู่ในญี่ปุ่นได้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 วรคสองคำพิพากษาของศาลจังหวัดโตเกียวเป็นที่ถกเถียงอย่างมากถึงการตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 เมื่อคดีมาสู่ชั้นฎีกา ศาลฎีกาได้กลับคำพิพากษาของศาลจังหวัดโตเกียวและได้จำกัดอำนาจขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเด็นปัญหาทางการเมือง (political question)²¹ และคดี

¹⁶ Kawagishi Norikazu, *Ibid.*, p. 320.

¹⁷ Yasuo Hasebe, "The Supreme Court of Japan. A Judicial Court, Not Necessarily a Constitutional Court," p. 289.

¹⁸ Meryll Dean, **Japanese Legal System**. 2nd ed. (London: Cavendish, 2002), p. 352

¹⁹ ประกอบด้วย (1) การอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ (2) การอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลจังหวัด หรือศาลครอบครัว หรือศาลแขวงตรงมายังศาลฎีกา (3) คำอุทธรณ์ที่ต้องพิจารณาโดยศาลอุทธรณ์แต่ด้วยเงื่อนไขพิเศษจึงถูกส่งมาให้ศาลฎีกาพิจารณา (4) การอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ในฐานะศาลชั้นต้นเป็นกรณีพิเศษ และ (5) การอุทธรณ์โดยอัยการสูงสุดต่อคำพิพากษาถึงที่สุดในคดีอาญาเฉพาะกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ หรือมีความขัดแย้งกับบรรทัดฐานของศาลฎีกา สำหรับคดีแพ่งและคดีปกครองการอุทธรณ์จะเปิดกว้างกว่า เนื่องจากอาจมีกรณีละเมิดรัฐธรรมนูญ กฎหมาย หรือข้อบัญญัติอื่น ๆ เกี่ยวข้องกับคำพิพากษา

²⁰ สามารถจัดแบ่งประเภทออกเป็นการอุทธรณ์ในประเด็นเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาและประเด็นทั่วไปที่บัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 419-2 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 433 กำหนดให้สามารถอุทธรณ์แบบโคโคคุเป็นพิเศษต่อศาลฎีกา และดำเนินการกับคำพิพากษาที่มีการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญผิดพลาด

²¹ Po Liang Chen and Jordan T. Wada, "Can the Japanese Court Overcome the Political Question Hurdle", p. 358.

Japan v. Nozaki Bros. (Eniwa case) ศาลฎีกายังคงหลีกเลี่ยงที่จะกล่าวถึงประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งศาลเห็นว่าการกล่าวถึงประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือความจำเป็นในการพิจารณาคดี ในคดีเอนิวะ (Eniwa case) มีการถกเถียงกันในประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญ มาตรา 9²² กับกฎหมายกองกำลังป้องกันตนเองแห่งญี่ปุ่น (the Japanese Self-Defense Forces Law) มาตรา 121 ที่กำหนดให้ผู้ใดที่ทำลายอาวุธ เครื่องกระสุน อาภาศยาน หรืออุปกรณ์อื่น ๆ ที่ใช้เพื่อป้องกันตนเองของกองกำลังป้องกันตนเอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับไม่เกิน 50,000 เยน แต่ศาลก็เลี่ยงในการกล่าวถึงประเด็นดังกล่าวโดยการยืนยันการกระทำอื่นของรัฐแทน²³

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลฎีกาใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หมายความว่า รัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้ศาลฎีกาเป็นองค์กรสำคัญที่มีบทบาทพิทักษ์รัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไม่ให้องค์กรของรัฐกระทำการใด ๆ อันละเมิดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาไม่มุ่งที่จะใช้อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมากนัก กล่าวคือ ศาลฎีกามักปฏิเสธการวินิจฉัยประเด็นปัญหาทางกฎหมายรัฐธรรมนูญในหลาย ๆ คราวผ่านหลักเกณฑ์ที่เข้มข้นในการรับพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ ทำให้โดยมากศาลฎีกาจึงปฏิเสธการละเมิดรัฐธรรมนูญแทบทั้งหมดโดยยอมรับเหตุผลโต้แย้งของรัฐบาลและรัฐสภา ในกรณีมีปัญหาว่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่²⁴ ซึ่งศาลฎีกามีคำพิพากษาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญทั้งสิ้นเพียง 10 คดี²⁵ โดยขอนำเสนอตัวอย่างคดีสำคัญที่ศาลฎีกาพิพากษาว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังนี้

คดี *Aizawa v. Japan* (1970 (A) 1310, 1973) ข้อเท็จจริงโดยสรุปของคดีนี้ คือ จิโยะ โอซาวะ (Aizawa Chiyo) ถูกบิดาของตนเองล่วงละเมิดทางเพศตั้งแต่เด็กจนถึงครรภ์ 11 ครั้ง สุดท้ายจิโยะทนไม่ไหวจึงได้ฆ่าบิดาของตนเพื่อให้พ้นจากสภาพดังกล่าว จิโยะถูกฟ้องเป็นจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 200 ซึ่งกำหนดความผิดเกี่ยวกับการฆ่าบุพการีมีโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต ทางฝ่ายจำเลยโต้แย้งว่าบทบัญญัติมาตรา 200 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลฎีกาเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 200 มีข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 14 วรรคหนึ่งที่กำหนดให้บุคคลทุกคนเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย ศาลฎีกาจึงพิพากษากฎหมายอาญา มาตรา 200 ไม่มีผลใช้บังคับ (invalid)²⁶

²² ซึ่งเป็นการห้ามญี่ปุ่นอย่างชัดเจนในการใช้สิทธิอธิปไตยของรัฐ ในการก่อสงครามหรือเข้าสู่สงครามเพื่อระงับความขัดแย้งระหว่างประเทศ รวมไปถึงการห้ามจัดตั้งกองทัพทางทหาร

²³ Jun-ichi Satoh, "Judicial Review in Japan: An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court's Constitutional Oversight," *Loyola of Los Angeles Law Review* 41 (2008): 603-628, p. 609.

²⁴ Matsui Shigenori, "Why is the Japanese supreme court so conservative?"

²⁵ Tsuji, Yuichiro, "Constitutional Law Court in Japan," *筑波法政* 66 (2016): 65-87, p. 65.

²⁶ Jun-ichi Satoh, "Judicial Review in Japan: An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court's Constitutional Oversight"

คดี *Sumiyoshi K.K. v. Japan* (1968(Gyo-Tsu)120, 1975) ศาลฎีกาได้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเภสัชกรรม (the Pharmaceutical Act) ในการกำหนดสถานที่ตั้งร้านขายยา ในคดีนี้ ฝ่ายรัฐบาลอ้างว่า หากร้านขายยาที่เปิดใหม่ (new pharmacies or drugstores) ได้รับอนุญาตให้เปิด ใกล้กับร้านขายยาที่มีอยู่เดิมมากเกินไป อาจเกิดการแข่งขันกันดุเดือดจนผู้ประกอบการอาจเพิกเฉยต่อความปลอดภัยของผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาไม่เห็นพ้องด้วยกับเหตุผลของรัฐบาล ศาลเห็นว่า การปฏิเสธใบอนุญาตตามกฎหมายเภสัชกรรมไม่ชอบด้วยเหตุผลและขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 22 วรรคหนึ่ง ในส่วนของการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ²⁷

คดี *Hiraguchi v. Hiraguchi* (1984 (O) 805, 1987) ในคดีนี้ศาลฎีกาพิจารณาว่าพระราชบัญญัติป่าไม้ (the Forest Act) มาตรา 186 ที่ห้ามมิให้เรียกร้องการแบ่งพื้นที่ป่าที่มีบุคคลอื่นเป็นเจ้าของร่วม เว้นแต่ผู้เรียกร้องจะมีส่วนแบ่งของป่ามากกว่าครึ่งหนึ่งนั้นเป็นบทบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ บทบัญญัติของกฎหมายป่าไม้ฉบับนี้มีเจตนารมณ์ป้องกันไม่ให้เกิดการแบ่งแยกพื้นที่ป่าออกจากกัน (balkanization of the forest) เพื่อจะได้ให้ป่าไม้มีความสมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับ การบังคับใช้กฎหมายมาตรานี้ที่ไม่ให้มีการแบ่งแยกพื้นที่ป่าจะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการดูแลรักษาป่าได้อย่างมีประสิทธิภาพจริงหรือไม่ เนื่องจากอาจส่งผลให้เกิดข้อพิพาทระหว่างเจ้าของร่วมอย่างยืดเยื้อได้ ศาลจึงพิพากษาว่า กฎหมายป่าไม้ มาตรา 186 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ที่คุ้มครองสิทธิในทรัพย์สิน²⁸

3. กระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของศาลฎีกา

รัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้รัฐสภากำหนดเขตอำนาจของศาลทั้งหลาย ปัจจุบันรัฐสภากำหนดระบบตุลาการญี่ปุ่นเป็นระบบศาลเดียว ให้อำนาจในการพิพากษารรคดีเป็นของศาลยุติธรรม (ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจพิพากษาคดีทุกประเภททั้งคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง และคดีรัฐธรรมนูญ) ซึ่งประกอบด้วยศาลชั้นต้น (ศาลจังหวัด, ศาลครอบครัว, และศาลแขวง), ศาลอุทธรณ์, และศาลฎีกา ตามลำดับ

รัฐธรรมนูญและกฎหมายกำหนดให้อำนาจสำคัญทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับศาลยุติธรรมอยู่ที่ศาลฎีกา ได้แก่²⁹

- (1) อำนาจในการพิพากษาศักดิ์สิทธิ์ทั้งคดีแพ่ง คดีอาญา และคดีปกครอง
- (2) วางระเบียบเกี่ยวกับวิธีพิจารณาและแนวทางปฏิบัติ
- (3) ใช้อำนาจบริหารงานบุคคล เช่น การแต่งตั้ง การเลื่อนตำแหน่ง การโยกย้ายผู้พิพากษา เป็นต้น
- (4) เป็นศาลสุดท้ายที่มีอำนาจพิจารณาควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

²⁷ Matsui Shigenori, "Why is the Japanese supreme court so conservative?"

²⁸ Ibid.

²⁹ Tonami Koji, "Judicial review in Japan and its problems," *Waseda Bulletin of Comparative Law* 33 (2015): 1-11, 2.

ในส่วนของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายปรากฏกระบวนการในการเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลฎีกา ดังนี้

ก. การยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย : คดีแพ่ง

คู่ความสามารถอุทธรณ์คดีต่อศาลฎีกาเฉพาะเมื่อคำพิพากษาของศาลล่างอาจขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หรือศาลล่างได้ตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญผิดเพี้ยนไป ในอดีตการอุทธรณ์คดีต่อศาลฎีกาสามารถดำเนินการได้ทั้งในกรณีการละเมิดบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลฎีกาหรือละเมิดต่อกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อผลของคำพิพากษา อย่างไรก็ตามใน พ.ศ. 2539 (1996) ได้มีการแก้ไขกฎหมายให้คู่ความในคดีสามารถเสนอคำร้องต่อศาลฎีกาบังคับไว้พิจารณาเท่านั้น ดังนั้น บางกรณีคู่ความในคดีแพ่งจะส่งทั้งคำอุทธรณ์และคำร้องต่อศาลเพื่อให้บังคับไว้พิจารณา

ข. การยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย : คดีอาญา

ในคดีอาญา จำเลยในคดีหรือพนักงานอัยการสามารถยื่นอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาเมื่อศาลล่างละเมิดรัฐธรรมนูญ หรือศาลล่างได้ตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญผิดเพี้ยนไป หรือมีการละเมิดบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลฎีกา ศาลฎีกาจะบังคับไว้พิจารณาได้ก็ต่อเมื่อคดีดังกล่าวมีประเด็นสำคัญในการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศาลฎีกาจะต้องยกเลิกคำพิพากษาของศาลล่าง หากคำพิพากษาของศาลล่างขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาจะออกคำพิพากษายกเลิกคำพิพากษาของศาลล่างได้ในกรณีที่ศาลฎีกาเห็นว่า การที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้ในคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญกระทบต่อผลของคำพิพากษา ทำให้โดยมากจะเป็นฝ่ายจำเลยที่ยื่นคำร้องอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับในคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยคาดหวังว่าศาลจะบังคับไว้พิจารณา และตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือตรวจสอบการพิจารณาคดีของศาลล่าง

ค. องค์คณะในการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของศาลฎีกาอาจดำเนินการกระบวนการพิจารณาโดยองค์คณะชุดใหญ่หรือองค์คณะชุดเล็กก็ได้ โดยแรกเริ่ม คดีจะถูกพิจารณาโดยผู้พิพากษาจำนวนหนึ่งในสามขององค์คณะชุดเล็ก (สมาชิก 5 คน) ขั้นตอนนี้จะดำเนินการเฉพาะศาลฎีกาดำเนินการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือกฎหมายที่คู่ความโต้แย้ง กรณีศาลฎีกาเห็นเองว่ากฎหมายหรือกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือกรณีศาลฎีกาจะกลับหลักการตีความรัฐธรรมนูญตามบรรทัดฐานเดิมจะต้องส่งไปยังองค์คณะชุดใหญ่ หากเป็นกรณีอื่น ๆ นอกจากที่กล่าวมานี้ ศาลฎีกาโดยองค์คณะชุดใหญ่จะใช้ดุลพินิจพิจารณา

4. สาเหตุสำคัญที่ศาลฎีกาหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ตามที่กล่าวข้างต้น นับแต่รัฐธรรมนูญก่อตั้งศาลฎีกาและมอบอำนาจให้ศาลฎีกาเป็นศาลสูงสุดและเป็นศาลสุดท้ายที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ศาลฎีกายังใช้อำนาจที่รัฐธรรมนูญมอบให้เข้าตรวจสอบการกระทำทางนิติบัญญัติน้อยมาก ๆ กล่าวคือ หากใช้กรอบระยะเวลาเท่า ๆ กัน ประเทศต้นแบบศาลในญี่ปุ่นอย่างสหรัฐอเมริกาปรากฏว่าศาลฎีกาได้พิพากษาวากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่แล้วกว่า 900 ฉบับ ในขณะที่ศาลฎีกาญี่ปุ่นพิพากษากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ถึง 10 ฉบับ สำหรับเหตุผลที่ศาลฎีกาญี่ปุ่นหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจตุลาการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือหลีกเลี่ยงการพิพากษาวากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ สามารถสรุปได้พอสังเขปดังต่อไปนี้

(1) วัฒนธรรมญี่ปุ่นที่มีอิทธิพลต่อการทำให้องค์กรตุลาการหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยองค์กรนิติบัญญัติ ได้แก่ วัฒนธรรมของข้าราชการญี่ปุ่น (Culture of the Kan) ที่เน้นการทำงานเพื่อประโยชน์ของชาติเป็นหลักใหญ่ กล่าวคือ แม้ว่าบางครั้งผู้พิพากษาอาจมีความเห็นทางการเมืองแตกต่างไปจากพรรครัฐบาล แต่ก็เคารพหน้าที่ของตนในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐในการรักษาเสถียรภาพและไม่ต้องการเข้าไปแทรกแซงกิจการของรัฐบาลและฝ่ายปกครองที่กำลังขับเคลื่อนเศรษฐกิจและการดำเนินการเพื่อพัฒนาประเทศ อีกทั้งยังรวมถึงวัฒนธรรมอนุรักษ์นิยม และวัฒนธรรมที่ไม่ต้องการก่อให้เกิดความขัดแย้ง วัฒนธรรมเหล่านี้ ทำให้ศาลฎีกาวางตัวไม่ต้องการพิพากษาคดีที่มีความเกี่ยวพันในทางการเมือง³⁰

(2) สืบเนื่องจากภายหลังการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันตั้งแต่หลังสงครามจนปัจจุบัน การเมืองของญี่ปุ่นตกอยู่ภายใต้การครอบงำของพรรค Liberal Democratic Party (LDP) จึงเป็นเรื่องยากมากที่ศาลฎีกาจะตัดสินคดีให้แตกต่างจากความต้องการของรัฐบาล ดังที่กล่าวมาก่อนหน้า รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจัดทำขึ้นผ่านแรงกดดันจากสหรัฐอเมริกา ทำให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ประกาศใช้โดยมีทั้งฝ่ายสนับสนุนและฝ่ายที่ไม่เห็นชอบกับรัฐธรรมนูญ แม้กระทั่งในพรรค LDP ซึ่งประกอบไปด้วยสมาชิกพรรคที่มีความหลากหลายในเรื่องอุดมการณ์ทางการเมืองทั้งฝ่ายซ้ายจนถึงฝ่ายขวา ดังนั้น หลักการสำคัญประการหนึ่งของพรรค LDP คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 จากความหลากหลายทางการเมืองของการเมืองญี่ปุ่นส่งผลให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่เกิดขึ้น และทำให้ศาลฎีกาจำกัดอำนาจของตนเองในการไม่เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เสนอโดยรัฐบาล³¹

³⁰ Law David S., "Why has judicial review failed in Japan," *Washington University Law Review* 88 (2010): 1425-1466.

³¹ Tonami Koji, "Judicial review in Japan and its problems," p. 3-4.

(3) แม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะก่อตั้งระบบศาลญี่ปุ่นในลักษณะเดียวกับระบบศาลของสหรัฐอเมริกา ในแง่ของความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ ยังมีความเชื่อกันว่า มรดกทางความคิดจากองค์กรตุลาการสมัยรัฐธรรมนูญเมจิยังคงปรากฏอยู่ในระบบศาลตามรัฐธรรมนูญปัจจุบัน กล่าวคือ ในสมัยรัฐธรรมนูญเมจิ ผู้พิพากษาเป็นข้าราชการชั้นสองของระบบการปกครองยุคเมจิที่ไม่สามารถยื่นหยัดได้แย้งองค์กรบริหารและองค์กรนิติบัญญัติได้ รวมทั้งแนวคิดการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นแนวคิดที่แปลกปลอมในวัฒนธรรมและประวัติศาสตร์ญี่ปุ่น แนวคิดเหล่านี้ยังคงฝังอยู่ในองค์กรตุลาการทำให้ศาลฎีกาหลีกเลี่ยงการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือหลีกเลี่ยงไม่ยอมพิพากษาว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ³²

(4) รัฐธรรมนูญมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่รัฐสภาเพียงองค์กรเดียว หากเป็นร่างกฎหมายที่คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอต่อรัฐสภา ก่อนที่จะนำเสนอเข้าสู่สภาร่างกฎหมายดังกล่าวจะถูกตรวจสอบอย่างเข้มข้นโดยสำนักงานด้านนิติบัญญัติของคณะรัฐมนตรี (Cabinet Legislation Bureau) ดังนั้น ร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาจึงไม่ค่อยถูกพิจารณาว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตั้งแต่แรก ในขณะที่กฎที่ออกโดยสภาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งปัจจุบันมีมากกว่า 1,700 ฉบับ ไม่ปรากฏว่าศาลฎีกาพิพากษาว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เนื่องจากกฎของส่วนท้องถิ่นจะใช้ได้ต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เมื่อกฎหมายไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ กฎที่ตราออกมาภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่ให้อำนาจ กฎดังกล่าวย่อมไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด³³

(5) ดังที่กล่าวมาแล้วก่อนหน้านี้ ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในญี่ปุ่นใช้ระบบการควบคุมแบบเดียวกับสหรัฐอเมริกา ศาลไม่สามารถเข้าไปพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้โดยปราศจากคดีที่อยู่ในศาล หรือศาลฎีกาไม่สามารถใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมเช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญในเยอรมันได้ กล่าวคือ ศาลฎีกาจะเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เมื่อมีการยื่นคดีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อศาลอย่างถูกต้องตามกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความกำหนดเท่านั้น อย่างไรก็ตาม มีปรากฏว่า ศาลจะไม่เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในคดีนั้น หากการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไม่ได้ทำให้ประเด็นแห่งคดีนั้นเป็นที่ยุติ ดังนั้น จึงปรากฏเพียงไม่กี่คดีเท่านั้นที่ศาลฎีกาพิพากษาว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ³⁴

³² Ibid. p. 1435-1444.

³³ Tonami Koji, "Judicial review in Japan and its problems," p.5.

³⁴ Ibid.

5. สรุป

รัฐธรรมนูญญี่ปุ่นมอบอำนาจให้ศาลฎีกาเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญทั้งจากการกระทำทางนิติบัญญัติของรัฐสภา (สภาไดเอะ) และการกระทำของรัฐบาลไม่ว่าจะเป็นการกระทำในขอบเขตการใช้อำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือการกระทำในขอบเขตการใช้อำนาจตามกฎหมายปกครองก็ตาม โดยญี่ปุ่นใช้ระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญรูปแบบเดียวกับสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ไม่มีการจัดตั้งองค์กรพิเศษ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อมาทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแยกออกจากศาลปกติ ดังนั้น กระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นจึงเป็นระบบการตรวจสอบแบบรูปธรรมเช่นเดียวกับระบบอเมริกัน อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะได้รับอิทธิพลเรื่องการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจากสหรัฐอเมริกาก็ตาม แต่ปรากฏว่าการใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในญี่ปุ่น ศาลฎีกามักไม่ค่อยใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญพิจารณาพิพากษาว่ากฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะคดีที่เป็นประเด็นทางการเมืองหรือประเด็นอื่นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ศาลฎีกามักเลือกวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยการเมือง มากกว่าจะล้มล้างการกระทำของรัฐบาล เนื่องจากการล้มล้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราออกมาของรัฐสภาด้วยความสนับสนุนจากรัฐบาลอาจก่อให้เกิดการเผชิญหน้าระหว่างฝ่ายการเมืองและฝ่ายตุลาการ ซึ่งแตกต่างจากศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาที่ญี่ปุ่นใช้เป็นต้นแบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในทางปฏิบัติ ส่วนใหญ่แล้วการยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาเพื่อพิจารณาว่ากฎหมายที่ใช้บังคับในคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น คู่ความฝ่ายที่ยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลฎีกาพิจารณาวินิจฉัยประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่ได้ต้องการผลที่ว่าศาลฎีกาจะล้มล้างกฎหมายที่ร้องไป เพราะเป็นการยากที่ศาลฎีกาจะพิพากษาว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ คู่ความที่ยื่นคำร้องมักต้องการแค่ผลในทางการเมืองเพื่อกดดันผ่านทางสื่อมวลชนให้ประชาชนรับรู้ถึงความบกพร่องของกฎหมาย ซึ่งอาจส่งผลให้รัฐสภาและรัฐบาลดำเนินการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวต่อไป กล่าวอีกแง่หนึ่ง ศาลฎีกาญี่ปุ่นยอมดำรงตนอยู่ในขอบเขตตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายของรัฐสภากำหนด ไม่ก้าวล่วงล่วงล้ำประเด็นทางการเมือง ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีประเด็นทางการเมืองที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หลายครั้งที่ศาลฎีกาหลีกเลี่ยงการพิพากษาว่ากฎหมายของสภาไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ปล่อยให้ฝ่ายการเมืองไม่ว่าจะเป็นรัฐบาลหรือรัฐสภาแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยการเมือง แม้ในช่วงหลัง ศาลฎีกาจะเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมากขึ้น อาทิ คำพิพากษาที่ 1999(O)1767, 2001(Gyo-Tsu)82 และ 2006(Gyo-Tsu)135 และเมื่อ พ.ศ. 2556 ศาลฎีกาได้ออกคำพิพากษาที่ 2012(Ku)984 (2013) พิจารณาให้มาตรา 900 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในอนาคต ไม่น่าว่าศาลฎีกาญี่ปุ่นอาจปรับเปลี่ยนบทบาทจากที่เคยหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญเข้าควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้วมาควบคุมการกระทำขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหารมากขึ้นก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับปัจจัยทางการเมืองของญี่ปุ่นเป็นสำคัญ

มาตรการห้ามส่งออกขยะพลาสติกไปยังประเทศที่ยากจน (ประเทศนอกกลุ่มโออีซีดี) ของสหภาพยุโรป An EU ban on the export of non-recyclable plastic waste to poor nations (non-OECD countries)

ปีติเทพ อยู่ยืนยง

Pedithep Youyuenyong

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 239 ถนนห้วยแก้ว ตำบลสุเทพ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่ 50200

Full-Time Lecturer

Faculty of Law, Chiang Mai University, 239 Huay Kaew Road, Muang District, Chiang Mai, Thailand, 50200

Corresponding author Email: pedithep.y@cmu.ac.th

(Received: January 31, 2021; Revised: March 22, 2021; Accepted: April 7, 2021)

บทคัดย่อ

พลาสติกเป็นวัสดุที่ทนทานต่อการใช้งาน จึงถูกนำมาใช้ประโยชน์ได้หลากหลายและมีราคาประหยัด โดยมากขยะพลาสติกมักถูกบำบัดด้วยวิธีการฝังกลบ การเผาในเตาเผา และการนำไปผ่านกระบวนการหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ อย่างไรก็ตาม ขยะพลาสติกหลายล้านตันมักถูกทิ้งลงสู่แม่น้ำและทะเล ประเทศที่พัฒนาแล้วในภูมิภาคยุโรปมักส่งขยะพลาสติกทั้งที่สามารถนำกลับมาใช้ใหม่ได้และไม่สามารถนำกลับมาใช้ใหม่ได้ไปยังต่างประเทศเพื่อลดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจากมลพิษขยะพลาสติกหรือไม่โครพลาสติก ขยะพลาสติกปริมาณมหาศาลจากประเทศในภูมิภาคยุโรปมักถูกส่งออกไปยังประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดหรือประเทศที่กำลังพัฒนา แต่การจัดการพลาสติกที่ด้อยประสิทธิภาพในประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดหรือประเทศที่กำลังพัฒนาที่ยากจนนั้น อาจก่อให้เกิดผลกระทบในด้านลบต่อสิ่งแวดล้อมและการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศต่อประเทศที่ยากจนดังกล่าว เช่น การทับถมของขยะพลาสติกหรือไม่โครพลาสติกที่ปรากฏทั้งบนพื้นดินและแหล่งน้ำในประเทศที่ยากจน ด้วยเหตุนี้เองในช่วงเดือนธันวาคม 2020 สหภาพยุโรปได้ประกาศใช้นโยบายห้ามส่งออกขยะพลาสติกที่ไม่ได้รับการคัดแยกไปยังประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศ รวมทั้งขยะพลาสติกที่ไม่สามารถหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ ซึ่งนโยบายนี้ได้เริ่มบังคับใช้ในเดือนมกราคม 2021 การดำเนินนโยบายนี้อยู่ภายใต้ระเบียบใหม่ของสหภาพยุโรปที่อนุญาตให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปส่งออกขยะพลาสติกที่สามารถหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ไปยังประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศ (หรือประเทศนอกกลุ่มโออีซีดี) เท่านั้น ระเบียบใหม่ของสหภาพยุโรปฉบับนี้ได้บรรจุแนวคิดหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่ายเอาไว้ การนำหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่ายมาบรรจุไว้ในระเบียบใหม่ของสหภาพยุโรปฉบับนี้ถือเป็นการสนับสนุนให้เกิดการบำบัดและการนำกลับมาใช้ใหม่ของขยะพลาสติกทั่วทั้งสหภาพยุโรปและประเทศนอกกลุ่มโออีซีดี

คำสำคัญ: กฎหมายสหภาพยุโรป, การส่งออกขยะพลาสติก, ประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศ

Abstract

Plastics are one of the most affordable, versatile and durable materials in the world. Majority of plastic waste is treated by disposal in landfill, incineration, and recycling. However, million tons of abandoned plastic waste is still casted away through rivers and seas. By this, many developed countries in the European Union export their recyclable and non-recyclable waste overseas to minimise environmental impact of plastics and micro-plastics use, waste and pollution. Large quantity of plastic waste from many European countries was sent to least developed countries and developing countries. However, poor management of plastic waste in developing countries causes serious negative impact on environment and climate change, such as the problem on depositing of plastic and micro-plastics on land and in rivers and oceans in such poor countries. In December 2020, the EU announced a new policy to ban export of unsorted plastic waste to non-OECD member countries including all non-recyclable plastic waste, starting in January 2021. These new EU rules will only allow recyclable plastic waste sent for recycling to be exported to non-OECD countries. The Polluter Pays Principle (PPP) is one of the main principles that influence the shaping of these new EU rules at the European level. The implementation of the concept of PPP responsibility is a strong instrument to reduce plastic usage and encourage better sorting and recycling across the EU and non-OECD countries.

Keywords: EU law, export of plastic waste, non-OECD member countries

บทนำ

ช่วงก่อนปี 2020 ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป (EU Member States) หลายประเทศได้ทำการส่งออกขยะพลาสติก (export of plastic waste)¹ ที่ถูกเหลือทิ้งจากการบริโภคเนื่องจากไม่ต้องการใช้งานต่อไปแล้วหรือถูกทิ้งเนื่องจากผลิตภัณฑ์พลาสติกบางอย่างเสื่อมสภาพจนใช้การไม่ได้อีกต่อไปในปริมาณหลายล้านตัน ไปยังประเทศที่กำลังพัฒนาหรือประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด รวมทั้งประเทศที่พัฒนาแล้วที่ยินยมนำเข้าขยะพลาสติกบางประเภทเข้ามาเป็นปัจจัยการผลิตในธุรกิจอุตสาหกรรมภายในประเทศของตนเพื่อให้ประเทศเหล่านี้นำขยะพลาสติกไปบริหารจัดการเพื่อนำหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่หรือเข้าสู่กระบวนการนำขยะพลาสติกหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ (recycle)² โดยนำขยะพลาสติกที่ผ่านการคัดแยกแล้วผ่านกระบวนการแปรรูปขยะพลาสติก เปลี่ยนให้ขยะพลาสติกกลายเป็นวัสดุพลาสติก แล้วหมุนเวียนวัสดุพลาสติกดังกล่าวกลับมาใช้เป็นปัจจัยในการผลิตในท้องตลาดอีกต่อไป³ ข้อดีของการส่งออกขยะพลาสติกออกนอกประเทศของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปนั้นก็คือ การส่งออกขยะพลาสติกเป็นการลดปริมาณขยะพลาสติกภายในประเทศได้อย่างยั่งยืนที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศภายในประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งขยะพลาสติกอันตรายที่มีองค์ประกอบหรือปนเปื้อนสารอันตรายซึ่งอาจก่อผลกระทบในด้านลบต่อระบบนิเวศภายในประเทศและขยะพลาสติกที่ยากต่อการหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ พร้อมกับมีผลพลอยได้ในรูปแบบของผลประโยชน์ทางธุรกิจจากการส่งออกขยะพลาสติกออกไปนอกประเทศ⁴ (เช่น การประมูลส่งออกขยะดังกล่าวไปประเทศอื่นและการขนส่งขยะพลาสติกทางทะเล เป็นต้น) อีกทั้งการส่งออกขยะพลาสติกออกนอกประเทศของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปยังเป็นการระบายปริมาณขยะพลาสติกออกไปนอกประเทศและผลักภาระการจัดการขยะพลาสติกอันตรายและขยะพลาสติกที่ยากต่อการหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ไปให้ประเทศปลายทางที่ยินยมนำเข้าขยะพลาสติกไปในคราวเดียวกัน ย่อมหมายความว่าประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดและประเทศที่กำลังพัฒนาอาจต้องยินยอมให้ใช้ประเทศของตนเป็นที่รองรับขยะพลาสติกอันตรายและขยะพลาสติกที่ยากต่อการหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่จากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่เป็นประเทศพัฒนาแล้ว

แต่เดิมสหภาพยุโรป (European Union หรือ EU) ได้ตราระเบียบ Regulation (EC) No 1013/2006 หรือระเบียบว่าด้วยการส่งออกขยะของสหภาพยุโรป (EU Waste Shipment Regulation)⁵ โดยระเบียบดังกล่าวได้นำเอาหลักการตามข้อผูกพันในอนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายข้ามแดน

¹ European Court of Auditors, EU action to tackle the issue of plastic waste, (Luxembourg: European Court of Auditors, 2020), p.57-59.

² Alessio D'Amato, Susanna Paleari, Maija Pohjakallio, Ive Vanderreydt, and Roberto Zoboli, Eionet Report - ETC/WMGE 2019/5 Plastics waste trade and the environment, (Copenhagen: European Environment Agency, 2019), p.3.

³ Keshav Parajuly & Colin Fitzpatrick, "Understanding the Impacts of Transboundary Waste Shipment Policies: The Case of Plastic and Electronic Waste," Sustainability 6, no. 12 (March 2020): 2412.

⁴ Joan Marc Simon, Ferran Rosa, Cecilia Allen, Monica Wilson and Doun Moon, Changing trends in plastic waste trade Plastic Waste shipments report, (Brussels: Zero Waste Europe, 2018), p.25.

⁵ European Commission, A European Strategy for Plastics in A Circular Economy, (Brussels: European Commission, 2018), p.21.

ของเสียอันตรายและการกำจัด (Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal หรืออนุสัญญาบาเซล (Basel Convention)) และคำวินิจฉัยของสภาองค์กรเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจอันเป็นที่สุดที่ C (2001) 107 ว่าด้วยการเคลื่อนย้ายขยะข้ามแดนเพื่อนำไปบำบัด (Council Decision C (2001)107/FINAL-Decision of the Council Concerning the Transboundary Movements of Wastes Destined for Recovery Operations) ซึ่งระเบียบสหภาพยุโรปฉบับนี้ได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขการไร้ทิศทางควบคุมการขนส่งขยะ (problem of uncontrolled transport of waste) ของสหภาพยุโรปในช่วงแรก⁶ โดยวางหลักเกณฑ์ควบคุมการขนย้ายขยะระหว่างประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปหรือการขนย้ายขยะพลาสติกระหว่างประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปกับประเทศที่ไม่เป็นสมาชิกสหภาพยุโรป ไม่ว่าจะเป็นการขนย้ายดังกล่าวจะเป็นการนำเข้าขยะมาในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปก็ดีหรือการส่งออกขยะไปนอกประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปก็ตาม ในขณะเดียวกัน ระเบียบฉบับนี้ยังได้จำแนกประเภทขยะที่อาจก่อความเสี่ยงต่อสุขภาพมนุษย์ สิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศในระดับที่แตกต่างกันออกไป ไม่ว่าจะเป็นบัญชีที่ 2 (Annex II) (บัญชีขยะสีเขียวความเสี่ยงต่ำ) ก๊ดี หรือบัญชีที่ 4 (Annex IV) (บัญชีขยะสีอำพันความเสี่ยงสูง) ก็ตาม ทั้งนี้ ขยะที่มีความเสี่ยงในระดับที่แตกต่างกันออกไปก็จะถูกควบคุมหรือกำกับจากประเทศต้นทางที่ส่งออกขยะไปจนถึงประเทศปลายทางที่นำเข้าขยะโดยกระบวนการพิธีศุลกากรที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งนั่นหมายความว่าสหภาพยุโรปตระหนักถึงโทษภัยของการนำเข้าและการส่งออกขยะอันตรายข้ามแดน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำเข้าและการส่งออกขยะพลาสติกที่ถูกขึ้นบัญชีขยะความเสี่ยงต่อสุขภาพมนุษย์ สิ่งแวดล้อม และระบบนิเวศ ในระดับที่สูง

ในปี 2019 ได้มีการประชุมรัฐภาคีอนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของของเสียอันตรายและการกำจัด สมัยที่ 14 (14th Conference of the Parties of the Basel Convention)⁷ โดยภาคีสมาชิก 187 ประเทศ ได้วินิจฉัยร่วมกันแล้วเห็นว่าควรมีกำหนดระบบสากลว่าด้วยการซื้อขายขยะพลาสติกข้ามประเทศ (global regime governing international trade in plastic waste) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ขยะพลาสติกที่มีความเสี่ยงสูงที่จะก่ออันตรายต่อสุขภาพมนุษย์ สิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศของประเทศยากจนหรือประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดที่ยินยอมนำเข้าขยะพลาสติกที่มีความเสี่ยงสูงในลักษณะที่เป็นประเทศปลายทาง

⁶ European Commission, "Waste shipments," [online] Available from : <https://ec.europa.eu/environment/waste/shipments/>. [1 January 2021]

⁷ Secretariat of the Basel Convention, "Fourteenth Meeting of the Conference of the Parties to the Basel Convention," [online] Available from : <http://www.basel.int/TheConvention/ConferenceoftheParties/Meetings/COP14/tabid/7520/Default.aspx>. [1 January 2021]

ต่อมาในปี 2020 สหภาพยุโรปได้ตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาขยะพลาสติกที่ไม่เพียงส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในภูมิภาคยุโรปเท่านั้น แต่ขยะพลาสติกยังส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศทั่วทุกภูมิภาคของโลก ด้วยเหตุนี้เอง ทางสหภาพยุโรปจึงได้ตรากฎหมายลำดับรอง Commission Delegated Regulation (EU) 2020/2174 ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในระเบียบสหภาพยุโรป Regulation (EC) No 1013/2006 (ระเบียบว่าด้วยการส่งออกขยะของสหภาพยุโรป (shipments of waste))⁸ โดยกฎหมายลำดับรองดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของขยะพลาสติกอันตรายและขยะพลาสติกที่ยากต่อการหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่จากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปอันเป็นประเทศต้นทางไปยังประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศ (non-Organisation for Economic Co-operation and Development member countries หรือ non-OECD member countries) ซึ่งเป็นประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดหรือประเทศกำลังพัฒนา ในทำนองที่แก้ปัญหการรองรับการจัดการ และการกำจัดขยะพลาสติกอันตรายและขยะพลาสติกที่ยากต่อการหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ในประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อระบบนิเวศในประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดหรือกำลังพัฒนาและผลร้ายจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศของโลก⁹

บทความวิชาการฉบับนี้มุ่งศึกษาวิเคราะห์ความสามารถและศักยภาพของกฎหมายลำดับรอง Commission Delegated Regulation (EU) 2020/2174 ที่บรรจุหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (Polluter Pays Principle หรือ PPP)¹⁰ ตามแนวคิดที่ผู้ก่อให้เกิดมลพิษจะต้องเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการควบคุมหรือจัดการมลพิษที่ตนเองเป็นผู้ก่อขึ้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่ก่อให้เกิดขยะพลาสติกจะต้องเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายในการควบคุมหรือบริหารจัดการขยะพลาสติกที่ตนเองเป็นผู้ก่อขึ้น โดยต้องไม่ผลักภาระไปให้ประเทศที่ไม่ได้ก่อขยะพลาสติกเป็นผู้รับผิดชอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดหรือประเทศกำลังพัฒนา อีกทั้งบทความฉบับนี้ยังมุ่งวิเคราะห์การดำเนินนโยบายห้ามส่งออกขยะพลาสติกไปยังประเทศนอกกลุ่มโออีซีดีของสหภาพยุโรป (EU ban on the export of non-recyclable plastic waste non-OECD countries) ภายใต้กฎหมายลำดับรอง Commission Delegated Regulation (EU) 2020/2174 ที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน

⁸ European Commission, "EU rules on transboundary waste shipments – update concerning plastic wastes," [online] Available from : <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12256-EU-rules-on-transboundary-waste-shipments-update-concerning-plastic-wastes>. [1 January 2021]

⁹ European Commission, "Plastic waste shipments: new EU rules on importing and exporting plastic waste," [online] Available from : https://ec.europa.eu/environment/news/plastic-waste-shipments-new-eu-rules-importing-and-exporting-plastic-waste-2020-12-22_en. [1 January 2021]

¹⁰ LexisNexis, "Waste types and controls plastics Practice notes," [online] Available from : <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/waste-types-controls-plastics>. [3 January 2021]

การส่งออกขยะพลาสติกของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป

ในปัจจุบันวัสดุพลาสติกได้ถูกนำเอามาทำให้เป็นข้าวของเครื่องใช้ ผลิตภัณฑ์หรือบรรจุภัณฑ์ต่าง ๆ เพื่อให้มนุษย์มีชีวิตที่สะดวกสบายยิ่งขึ้น พลาสติกจึงได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของผลิตภัณฑ์ที่วางขายในท้องตลาดอย่างแพร่หลาย ผลิตภัณฑ์ที่ทำจากพลาสติกล้วนแล้วแต่ทำให้มนุษย์ได้รับความสะดวกในการดำรงชีวิตประจำวันมากยิ่งขึ้น แม้ว่าพลาสติกได้เข้ามามีบทบาทและมีความสำคัญในชีวิตประจำวันของมนุษย์ในรูปแบบของผลิตภัณฑ์หรือบรรจุภัณฑ์ที่ถูกใช้ในชีวิตประจำวัน แต่เมื่อผลิตภัณฑ์หรือบรรจุภัณฑ์ที่ทำจากพลาสติกได้ถูกทิ้งจากการอุปโภคหรือบริโภคในชีวิตประจำวันแล้ว รวมทั้งผลิตภัณฑ์หรือบรรจุภัณฑ์ที่ทำจากพลาสติกได้เสื่อมสภาพลงตามลักษณะของการใช้งานหรือตามกาลเวลาแล้ว¹¹ จนไม่เหมาะสมที่จะใช้งานอีกต่อไปหรือไม่สามารถที่จะใช้ประโยชน์ได้อีกต่อไปแล้ว เช่นว่านี้ วัสดุพลาสติกก็จะกลายมาเป็นขยะพลาสติก (plastic waste)¹² เศษผลิตภัณฑ์พลาสติกที่เหลือใช้หรือชิ้นส่วนพลาสติกที่เกิดจากกิจกรรมของมนุษย์ รวมทั้งวัสดุพลาสติกที่เหลือทิ้งจากกระบวนการผลิตของภาคอุตสาหกรรม ล้วนแล้วแต่อาจก่อให้เกิดผลกระทบในด้านลบต่อสิ่งแวดล้อมได้

แม้ว่าขยะพลาสติกมีศักยภาพที่จะถูกนำกลับมาใช้ซ้ำหรือนำกลับมาใช้ใหม่ได้ แต่ขยะพลาสติกบางส่วนก็อาจถูกบำบัด (หรือกำจัด) ด้วยกระบวนการที่ไม่เหมาะสม และขยะพลาสติกบางส่วนที่ไม่ต้องการใช้งานอีกต่อไปก็อาจถูกทิ้งขว้างไปในพื้นที่สิ่งแวดล้อมจนพลาสติกดังกล่าวได้เสื่อมสภาพตามกาลเวลา โดยเฉพาะอย่างยิ่งขยะพลาสติกที่ถูกทิ้งลงสู่ในบริเวณพื้นชายฝั่ง แหล่งน้ำสาธารณะ แม่น้ำและทะเล ซึ่งขยะพลาสติกมีน้ำหนักเบาและไม่สามารถย่อยสลายได้ในเวลาอันสั้นมักถูกพัดพาด้วยกระแสน้ำและกระแสน้ำไปสู่ระบบนิเวศ ซึ่งขยะพลาสติกชิ้นใหญ่ (macroplastics) ย่อมมีองค์ประกอบของพลาสติกที่มีขนาดเล็กซึ่งสามารถแตกตัว (disintegrate) จนกลายเป็น ไมโครพลาสติก (microplastics) ที่มีขนาดเล็กลงไปหน่วยมิลลิเมตรไปจนถึงหน่วยไมโครเมตร ไมโครพลาสติกที่มีขนาดเล็กซึ่งเกิดจากการแตกตัวเช่นว่านี้ อาจปนเปื้อนเข้าสู่ระบบนิเวศหรือปนเปื้อนระบบห่วงโซ่อาหาร¹³ ท้ายที่สุดเมื่อมนุษย์และสัตว์ได้หายใจอากาศหรือบริโภคอาหารที่ปนเปื้อนไมโครพลาสติกเข้าไปในร่างกายแล้ว ไมโครพลาสติกก็อาจส่งผลกระทบต่อชีวิต ร่างกายและอนามัยของมนุษย์และสัตว์นั้นได้

สหภาพยุโรป (หรือ EU) เกิดจากการรวมกลุ่มกันของประเทศที่อยู่ในภูมิภาคยุโรปอันมีลักษณะเป็นสหภาพเหนือชาติ (Supranational Union) ทางด้านเศรษฐกิจและสังคม ซึ่งในปัจจุบันประกอบด้วยสมาชิก 27 ประเทศ โดยสหภาพยุโรปเองไม่เพียงถูกจัดตั้งขึ้นอันเป็นผลมาจากเพื่อสร้างความร่วมมือด้านเศรษฐกิจ (economic cooperation) ทำให้เกิดการพึ่งพาอาศัยเกื้อกูลกันระหว่างประเทศสมาชิก ทำให้เกิดความเข้มแข็ง

¹¹ Pierre Condamine and Tim Grabel, Waste Shipment Regulation revision How to fix Europe's plastic waste trade issues, (Brussels: Rethink Plastic alliance, 2021), p.1-3.

¹² European Commission Directorate-General for Environment, Frequently Asked Questions (FAQs) on Regulation (EC) 1013/2006 on shipments of waste, (Brussels: European Commission, 2006), p.11.

¹³ Stefan Sipka, From strategy to practice: Tough issues ahead for plastics, (Brussels: European Policy Centre, 2018), p.1-4.

ทางเศรษฐกิจในระดับภูมิภาคยุโรปเท่านั้น หากแต่สหภาพยุโรปเองได้ถูกจัดตั้งขึ้นมาเพื่อเสริมสร้างสันติภาพระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกันและเสริมสร้างความร่วมมือในด้านต่าง ๆ ระหว่างประเทศสมาชิก รวมไปถึงความร่วมมือกันในการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมด้วย ผลที่ตามมาทำให้สหภาพยุโรปได้กำหนดนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมสหภาพยุโรป (EU Environment Policy)¹⁴ ทำให้เกิดการบูรณาการยุโรปในมิติการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเข้าหากันเพื่อสร้างสิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรปให้ดียิ่งขึ้น พร้อมกับลดผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมที่อาจเกิดขึ้นทั้งต่อประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปและประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกสหภาพยุโรป (ประเทศนอกสมาชิกสหภาพยุโรป) ที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับสัมพันธหรือมีส่วนได้ส่วนเสียกับประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป กล่าวอีกนัยหนึ่ง สหภาพยุโรปต้องการให้นโยบายสิ่งแวดล้อมสหภาพยุโรปเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันจนสามารถทำให้ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปปฏิบัติตามนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมสหภาพยุโรปและสร้างมาตรฐานการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในทำนองที่คล้ายตามนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมสหภาพยุโรป ควบคู่ไปกับการสร้างนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมสหภาพยุโรปอื่น ๆ ที่ไม่สร้างผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมให้ประเทศนอกสมาชิกสหภาพยุโรปไปในคราวเดียวกันด้วย ในขณะเดียวกันประเทศสมาชิกก็ต้องปฏิบัติตามระเบียบของสหภาพยุโรป (Regulations) อย่างเคร่งครัด อีกทั้งประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปต้องอนุวัติการข้อบังคับ (Directives) ของสหภาพยุโรปไปบัญญัติกฎหมายของประเทศตน ซึ่งการอนุวัติการกฎหมายตามกฎหมายสหภาพยุโรปนั้น การตรากฎหมายอนุวัติการของประเทศสมาชิกต้องมีมาตรฐานไม่ต่ำกว่าข้อบังคับสหภาพยุโรปในเรื่องเดียวกัน ซึ่งนั่นหมายความว่ากฎหมายสิ่งแวดล้อมของประเทศสมาชิกต้องสอดคล้องกับระเบียบของสหภาพยุโรปหรือสอดคล้องมีมาตรฐานไม่ต่ำกว่าข้อบังคับสหภาพยุโรป ด้วยเหตุนี้เอง กฎหมายสิ่งแวดล้อมของประเทศสมาชิกจึงมีมาตรการและมาตรฐานที่สอดคล้องกันอันเป็นไปตามแนวความคิดการทำกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (harmonisation of national laws)

ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว (developed countries) มีศักยภาพทางเศรษฐกิจสูง รวมทั้งมีสถานะทางเศรษฐกิจสามารถเลือกบริโภคสินค้าและผลิตภัณฑ์เพื่อตอบสนองต่อความต้องการใช้งานและเชื่อมต่อความสะดวกสบายในชีวิตประจำวัน ประเทศพัฒนาแล้วในสหภาพยุโรปเป็นตลาดขนาดใหญ่ที่มีการผลิตและการบริโภคที่เติบโตเป็นอย่างมาก อีกทั้งประชากรส่วนใหญ่มีกำลังซื้อสินค้าและผลิตภัณฑ์เพื่อตอบสนองต่อพฤติกรรมผู้บริโภคในชีวิตประจำวันหรือตอบสนองต่อความต้องการของตน ซึ่งพฤติกรรมของผู้ผลิตและผู้บริโภคในท้องตลาดของประเทศพัฒนาแล้วในสหภาพยุโรปบางส่วนก็มีพฤติกรรมผู้บริโภคในชีวิตประจำวันที่มุ่งตอบสนองต่อความต้องการของตนและความสะดวกสบายในการดำรงชีวิตแต่เพียงอย่างเดียว โดยพฤติกรรมของผู้ผลิตและผู้บริโภคในท้องตลาดของประเทศพัฒนาแล้วในสหภาพยุโรปบางส่วนกลับไม่เป็นประโยชน์ต่อการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมภายในประเทศและภูมิภาคยุโรป¹⁵ ข้ำร้ายพฤติกรรม

¹⁴ BIO Intelligence Service, European Commission DG ENV. In association with. Plastic Waste in the Environment, (Paris: BIO Intelligence Service, 2011), p.19.

¹⁵ Zhe Liu, Michelle Adams, and Tony Robert Walker, "Are exports of recyclables from developed to developing countries waste pollution transfer or part of the global circular economy?," Resources Conservation and Recycling 136, no. 2 (September 2018), p.22-23.

ของผู้ผลิตและผู้บริโภคในท้องตลาดของประเทศพัฒนาแล้วบางอย่างอาจนำไปสู่การสร้างผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศภายในประเทศ พฤติกรรมของผู้ผลิตและผู้บริโภคในท้องตลาดของประเทศพัฒนาแล้วในสหภาพยุโรปเช่นนี้อาจเป็นสาเหตุประการสำคัญทำให้เพิ่มต้นทุนให้แก่หน่วยงานของรัฐหรือท้องถิ่นภายในประเทศของคนที่จะนำมาใช้สนับสนุนการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมให้ดียิ่งขึ้น

พฤติกรรมของผู้ผลิตและผู้บริโภคผลิตภัณฑ์พลาสติก (plastic products) ในท้องตลาดของประเทศพัฒนาแล้วในสหภาพยุโรปก็เช่นเดียวกัน ไม่ว่าผลิตภัณฑ์พลาสติกดังกล่าวจะเป็นผลิตภัณฑ์แบบใช้ครั้งเดียวทิ้ง (single-use plastic products) หรือผลิตภัณฑ์แบบหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ได้ (recyclable plastic products) หากวัสดุพลาสติกหรือผลิตภัณฑ์พลาสติกดังกล่าวถูกเหลือทิ้งจากกระบวนการผลิต การอุปโภคหรือการบริโภคแล้ว รวมทั้งวัสดุพลาสติกหรือผลิตภัณฑ์พลาสติกเสื่อมสภาพจนใช้การไม่ได้แล้วหรือผู้บริโภคทิ้งไปเพราะไม่ต้องการใช้งานอีกต่อไป วัสดุพลาสติกหรือผลิตภัณฑ์พลาสติกก็จะกลายมาเป็นขยะพลาสติกที่สามารถสร้างผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วได้

นอกจากนี้ ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วยังได้พัฒนาระบบการกับวิธีการจัดการขยะพลาสติกเพื่อมุ่งลดปริมาณขยะพลาสติกที่เหลือทิ้งจากการใช้งานหรือบริโภคในชีวิตประจำวัน ตลอดจนถึงซากขยะพลาสติกที่ถูกทิ้งไว้ในพื้นที่ต่าง ๆ ซึ่งกระบวนการหรือวิธีการบางอย่างนั้นสามารถดำเนินการได้เองภายในประเทศเพื่อนำไปสู่การลดปริมาณขยะพลาสติกในท้องตลาด ไม่ว่าจะเป็นการนำขยะพลาสติกบางอย่างมาใช้ซ้ำหรือหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ ในทางตรงกันข้ามประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วบางประเทศอาจมีนโยบายส่งเสริมสนับสนุนให้มีการลดจำนวนขยะพลาสติกภายในประเทศด้วยการส่งออกขยะพลาสติกออกไปนอกประเทศ (export of plastic waste)¹⁶ การส่งออกขยะพลาสติกจากประเทศต้นทางด้วยการเคลื่อนย้ายขยะพลาสติกด้วยการขนส่งขยะพลาสติกทางเรือ (plastic waste shipments) จากสถานที่หนึ่งในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วไปยังสถานที่หนึ่งนอกประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป โดยมากมักเป็นประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดส่วนหนึ่งและประเทศกำลังพัฒนาอีกส่วนหนึ่ง ซึ่งประเทศปลายทางของการส่งออกขยะพลาสติกมักเป็นประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศ (Non-OECD member countries)

เป้าหมายของนโยบายประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วมักมุ่งเน้นให้ประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศ ซึ่งมักเป็นประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดและประเทศกำลังพัฒนาที่มีฐานะยากจน (poor countries)¹⁷ รับภาระจัดการขยะพลาสติกอย่างครบวงจร ไม่จะเป็นการจัดการขยะพลาสติกในลักษณะที่สามารถนำเอาขยะพลาสติกหรือวัสดุพลาสติก

¹⁶ European Environment Agency, "The plastic waste trade in the circular economy," [online] Available from : <https://www.eea.europa.eu/publications/the-plastic-waste-trade-in> [6 January 2021]

¹⁷ EcoWatch, "EU Bans Exporting Unsorted Plastic Waste to Poorer Countries," [online] Available from : <https://www.ecowatch.com/eu-bans-plastic-waste-exports-2649639389.html> [7 January 2021]

ที่เหลือทิ้งมาใช้ประโยชน์ในรูปแบบของการใช้ซ้ำหรือหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ รวมไปถึงกำจัดในลักษณะที่ให้ผลประโยชน์ด้านเศรษฐกิจในรูปแบบอื่น ๆ จากกระบวนการจัดการขยะพลาสติก อีกทั้งประเทศยากจน เช่นว่านี้ยังต้องรับเป็นสถานที่รองรับขยะพลาสติก คอยจัดเก็บรวบรวมขยะพลาสติกเอาไว้ในสถานที่หนึ่งสถานที่ใดภายในประเทศ พร้อมกับจัดตั้งจุดรองรับและรวบรวมขยะพลาสติกที่ถูกขนส่งมาจากประเทศต้นทางนั้นหมายความว่าเมื่อประเทศปลายทางอย่างประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศที่มีฐานะยากจนนั้นต้องรับภาระเก็บรวบรวมและจัดเก็บขยะพลาสติกจากประเทศต้นทางอย่างมีประสิทธิภาพแล้ว ก็ยังต้องกระทำการป้องกันเพื่อลดการปนเปื้อนของขยะพลาสติกสู่ดินและน้ำ อันจะส่งผลเสียต่อระบบนิเวศและห่วงโซ่อาหาร ซึ่งอาจส่งผลกระทบในด้านลบต่อมนุษย์ สัตว์และสิ่งมีชีวิต แม้ว่าขยะพลาสติกบางจำพวกจะทำจากวัสดุพลาสติกย่อยสลายได้ทางชีวภาพ (biodegradable and compostable plastics) ซึ่งสามารถย่อยสลายได้เร็วในระยะเวลาที่จำกัดและขยะพลาสติกบางจำพวกจะทำจากวัสดุพลาสติกที่สามารถหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ได้ (recyclable plastics) ซึ่งสามารถนำเอากลับมาใช้ใหม่ได้ในระบบเศรษฐกิจหมุนเวียน แต่นั่นไม่ได้หมายความว่าขยะพลาสติกจะมีความปลอดภัยต่อสิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศของประเทศต้นทาง ในทางตรงกันข้าม ขยะพลาสติกก็อาจมีองค์ประกอบในทำนองที่อาจทำให้เกิดอันตรายต่อมนุษย์ สัตว์ สิ่งมีชีวิต ทรัพยากร และสิ่งแวดล้อมของประเทศปลายทาง

การส่งออกขยะพลาสติกออกไปนอกประเทศของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วย่อมเป็นช่องทางในการลดปริมาณขยะพลาสติกภายในประเทศของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนา ซึ่งประเทศในกลุ่มนี้มักเป็นประเทศที่มีฐานะทางการเงินที่ดีและมีความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจ รวมทั้งการส่งออกขยะพลาสติกไปนอกประเทศย่อมทำให้ขยะพลาสติกไม่มีทางล้นตลาดภายในประเทศได้ นั้นหมายความว่าในขณะที่ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วที่มีฐานะร่ำรวยสามารถบริโภคผลิตภัณฑ์พลาสติกได้อย่างไร้ขีดจำกัดและก่อขยะพลาสติกอย่างมหาศาล เพราะอย่างไรเสียก็มีช่องทางในการระบายขยะพลาสติกออกไปสู่นอกประเทศ แล้วยังมีงบประมาณและรายจ่ายมากเพียงพอที่จะสนับสนุนกิจกรรมส่งออกขยะพลาสติกไปยังประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศที่มีฐานะยากจน เช่นนี้แล้วเท่ากับว่าการที่ยินยอมให้มีการระบายขยะพลาสติกออกไปจากท้องตลาดภายในประเทศที่ร่ำรวย (ประเทศที่พัฒนาแล้ว) อาจเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้พฤติกรรมของผู้ผลิตผลิตภัณฑ์พลาสติกและผู้บริโภคผลิตภัณฑ์พลาสติกไม่รู้จักรับเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมหรือปรับเปลี่ยนพฤติกรรมอันจะเป็นประโยชน์ต่อการลดปริมาณขยะพลาสติกภายในประเทศ อีกทั้งประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปยังอาจต้องแบกรับต้นทุนในการส่งออกขยะพลาสติกไปยังประเทศที่ยากจน (ประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดหรือประเทศที่กำลังพัฒนา) ในทางกลับกันประเทศที่ยากจนไม่เพียงจะต้องรับภาระในการจัดการขยะพลาสติกที่เกิดขึ้นจากการบริโภคในท้องตลาดภายในประเทศแล้ว ยังต้องรองรับการนำเข้าขยะจากประเทศที่ร่ำรวย (ประเทศที่พัฒนาแล้ว) อีกด้วย

จากที่กล่าวมาข้างต้นประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วอาจผลิตและนำเข้าผลิตภัณฑ์พลาสติกเข้ามาบริโภคในท้องตลาดภายในประเทศได้อย่างต่อเนื่อง พร้อมกับดำเนินกิจกรรมการบริโภคผลิตภัณฑ์พลาสติกและทั้งผลิตภัณฑ์พลาสติกที่เหลือใช้ให้กลายเป็นขยะพลาสติกที่ส่งผลกระทบ

ต่อสิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศ เหตุนี้เองย่อมถือได้ว่าประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วเป็นผู้ก่อมลพิษ (polluters) เสียเอง ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วกลับผลักภาระให้ประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาที่มีฐานะยากจนต้องรับภาระในการจัดการขยะพลาสติกและแบกรับค่าใช้จ่ายในการควบคุมผลกระทบจากขยะพลาสติกที่นำเข้ามาในประเทศบางส่วน ในขณะที่เดียวกันประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาอาจต้องรับภาระต้นทุนด้านสิ่งแวดล้อมบางอย่างในการจัดการขยะพลาสติกที่นำเข้ามาภายในประเทศ เช่น ต้นทุนในการคัดแยกขยะพลาสติกเพื่อจำแนกขยะพลาสติกที่สามารถนำมาใช้เป็นวัตถุดิบในภาคอุตสาหกรรมและต้นทุนในการทำความสะอาดขยะพลาสติกเพื่อให้ขยะพลาสติกสะอาดเพียงพอที่จะใช้เป็นวัตถุดิบในภาคอุตสาหกรรมได้ ซึ่งหากว่าประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วเป็นผู้ก่อมลพิษเสียเอง ก็ย่อมต้องแสดงความรับผิดชอบแบกรับต้นทุนเพื่อป้องกันไม่ให้ผลิตภัณฑ์พลาสติกของตนได้ก่อให้เกิดขึ้นส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งตลาดยุโรปจึงต้องยอมรับว่าตลอดวัฏจักรชีวิตผลิตภัณฑ์ตั้งแต่การผลิตไปจนถึงการจัดการหลังการใช้งานผลิตภัณฑ์พลาสติกต้องมีต้นทุนด้านสิ่งแวดล้อม หากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วเป็นผู้ที่มีส่วนในการก่อให้เกิดผลิตภัณฑ์พลาสติกเสียเอง ก็จะต้องเป็นผู้รับภาระในต้นทุนด้านสิ่งแวดล้อมต่าง ๆ อันเกิดจากการบริหารจัดการขยะพลาสติกจากการบริโภคในประเทศ

มาตรการห้ามส่งออกขยะพลาสติกไปยังประเทศที่ยากจน (ประเทศนอกกลุ่มโออีซีดี) ของสหภาพยุโรป

การส่งออกขยะพลาสติกจากประเทศหนึ่ง (ประเทศต้นทาง) ไปยังอีกประเทศหนึ่ง (ประเทศปลายทาง) อาจส่งผลดีในการลดปริมาณขยะพลาสติกในอีกประเทศหนึ่ง แต่ก็อาจเป็นการเพิ่มภาระในการบริหารจัดการขยะพลาสติกให้กับอีกประเทศหนึ่ง (ประเทศปลายทาง) แม้ว่าประเทศที่นำเข้าขยะพลาสติกเข้ามาภายในประเทศอาจได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากขยะพลาสติกที่สามารถหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่เพื่อนำพลาสติกจากขยะดังกล่าวกลับเข้าสู่กระบวนการผลิตวัสดุหรือผลิตภัณฑ์พลาสติกในตลาดภายในประเทศได้ แต่สำหรับการนำเข้าขยะพลาสติกที่ไม่ได้รับการคัดแยก (unsorted plastic waste) หรือขยะพลาสติกที่ไม่สามารถหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ (non-recyclable plastic waste)¹⁸ ก็แทบจะไม่มีประโยชน์ทางเศรษฐกิจต่อประเทศปลายทางนำเข้าขยะพลาสติกเช่นนี้เลย ซึ่งการนำเข้าขยะพลาสติกที่ไม่ได้รับการคัดแยกหรือขยะพลาสติกที่ไม่สามารถหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ได้ก็กลับแต่จะสร้างปัญหาต่อสิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศของประเทศปลายทางที่นำเข้าขยะพลาสติก ในทางตรงกันข้ามประเทศที่นำเข้าขยะพลาสติกเข้ามาภายในประเทศต้องเป็นผู้รับภาระในค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการจัดการขยะพลาสติกที่ประเทศอื่นเป็นผู้ก่อขึ้น ซึ่งแท้ที่จริงแล้ว

¹⁸ Deutsche Welle, "EU bans plastic waste exports to poor nations," [online] Available from : <https://www.dw.com/en/eu-bans-plastic-waste-exports-to-poor-nations/a-56033900>. [8 January 2021]

ประเทศผู้ก่อขยะพลาสติกควรเป็นผู้รับภาระในค่าใช้จ่ายในการจัดการขยะพลาสติกด้วยตนเองภายใต้หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่ายหรือหลัก PPP ด้วยเหตุนี้ สหภาพยุโรปจึงเล็งเห็นว่าหากปล่อยให้ประเทศสมาชิกของตนที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว สามารถส่งออกขยะพลาสติกที่ไม่ได้รับการคัดแยกหรือขยะพลาสติกที่ไม่สามารถหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ออกไปยังประเทศที่ยากจนอย่างเช่นประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศ (หรือประเทศนอกกลุ่มโออีซีดี) แล้ว ขยะพลาสติกที่ไม่ได้รับการคัดแยกหรือขยะพลาสติกที่ไม่สามารถหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ก็จะไปทำลายสิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศของประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศที่มีฐานะยากจน รวมทั้งขยะพลาสติกดังกล่าวอาจสร้างภาระด้านอื่น ๆ ให้กับประเทศยากจนเช่นกัน การส่งออกขยะพลาสติกที่ไม่ได้รับการคัดแยกหรือขยะพลาสติกที่ไม่สามารถหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ออกไปยังประเทศที่ยากจน เท่ากับว่าเป็นการสร้างภาระงบประมาณรายจ่ายในการจัดการขยะพลาสติกให้กับประเทศที่มีฐานะยากจนและประเทศที่ยากจนอาจต้องจัดสรรงบประมาณอีกจำนวนหนึ่งมาเพื่อจัดการขยะพลาสติกที่ประเทศของตนไม่ได้ผลิตขยะดังกล่าวขึ้น

เหตุนี้เองในปี 2020 สหภาพยุโรปจึงได้กำหนดมาตรการห้ามส่งออกขยะพลาสติกที่ไม่สามารถหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่และขยะพลาสติกที่ไม่ได้รับการคัดแยกทุกประเภทไปยังประเทศนอกกลุ่มโออีซีดี (A ban on the export of unsorted plastic waste and non-recyclable plastic waste to non-OECD nations) สหภาพยุโรปได้บรรจุมาตรการนี้เอาไว้ในกฎหมายสหภาพยุโรปลำดับรอง ได้แก่ กฎหมายลำดับรอง Commission Delegated Regulation (EU) 2020/2174¹⁹ ที่วางหลักเกณฑ์สอดคล้องกับอนุสัญญาบาเซล (Basel Convention)) และออกโดยอาศัยอำนาจตามความในระเบียบสหภาพยุโรป Regulation (EC) No 1013/2006 (ระเบียบว่าด้วยการส่งออกขยะของสหภาพยุโรป (shipments of waste)) กฎหมายลำดับรองฉบับนี้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2021 โดยวางหลักเกณฑ์ห้ามไม่ให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป (หรือรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป) ส่งออกขยะพลาสติกที่มีความเสี่ยงจะก่อให้เกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศไปยังประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศ (หรือประเทศนอกกลุ่มโออีซีดี) ที่มีฐานะยากจน การวางหลักเกณฑ์ในทำนองนี้ย่อมเป็นไปตามหลักการพื้นฐานภายใต้แผนปฏิบัติการสหภาพยุโรปว่าด้วยระบบเศรษฐกิจหมุนเวียน (EU Circular Economy Action Plan)²⁰ ที่สนับสนุนระบบเศรษฐกิจที่มีการหมุนเวียนนำเอาวัสดุพลาสติกที่มีอยู่แล้วหรือขยะพลาสติกที่ยังคงหลงเหลือจากการบริโภค นำกลับมาใช้ซ้ำ (reuse) หรือหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ (recycle) ให้เกิดประสิทธิภาพสูงที่สุดทั่วทั้งวงจรชีวิตผลิตภัณฑ์พลาสติก (plastic product life cycle) ตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการผลิตผลิตภัณฑ์พลาสติกไปจนถึงสิ้นสุดกระบวนการจัดการขยะพลาสติกที่ถูกทิ้งภายหลังจากการบริโภคเสร็จสิ้นแล้ว

¹⁹ Thomson Reuters, Legal UK & Ireland, “Delegated Regulation to control transboundary plastic waste shipments published in Official Journal,” [online] Available from : [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-028-9565?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-028-9565?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true). [8 January 2021]

²⁰ European Commission, “EU Circular Economy Action Plan,” [online] Available from : https://ec.europa.eu/environment/circular-economy/index_en.htm. [8 January 2021]

หรือถูกทิ้งไม่ให้นำมาใช้ประโยชน์อีกต่อไปอีก อย่างไรก็ตามมาตรการห้ามส่งออกขยะพลาสติกที่ไม่สามารถหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่และขยะพลาสติกที่ไม่ได้รับการคัดแยกทุกประเภทไปยังประเทศนอกกลุ่มโออีซีดีก็มีข้อยกเว้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ประเทศนอกกลุ่มโออีซีดีได้ยินยอมให้มีการนำเข้าขยะพลาสติกมายังประเทศของตน เท่ากับประเทศนอกกลุ่มโออีซีดียอมรับเอาผลเสียที่อาจจะเกิดขึ้นจากขยะพลาสติกที่นำเข้ามาแก่ตนเอง ซึ่งการให้ความยินยอมของประเทศนอกกลุ่มโออีซีดีนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่สหภาพยุโรปได้กำหนดเอาไว้อย่างเคร่งครัด (ดังจะกล่าวต่อไป)

อีกประการหนึ่งสหภาพยุโรปก็ยังกำหนดแผนการปฏิบัติเพื่อปรับตัวให้เข้ากับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (climate change) และการเสื่อมโทรมของคุณภาพสิ่งแวดล้อมในภูมิภาคยุโรป (environmental degradation) นั่นก็คือแผนปฏิรูปสีเขียวยุโรป (European Green Deal)²¹ ซึ่งแผนของสหภาพยุโรปฉบับนี้เป็นยุทธศาสตร์สำคัญในการขับเคลื่อนให้เกิดระบบเศรษฐกิจหมุนเวียนที่มุ่งเน้นทำให้ปริมาณขยะพลาสติกในท้องตลาดยุโรป ที่การผลิตวัสดุหรือผลิตภัณฑ์พลาสติก การบริโภคผลิตภัณฑ์พลาสติก ตลอดจนถึงการจัดการขยะพลาสติกก็สามารถส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงอุณหภูมิของโลก ด้วยเหตุนี้เอง สหภาพยุโรปจึงวางยุทธศาสตร์ภายใต้แผนปฏิรูปสีเขียวเพื่อสนับสนุนให้เกิดการจัดการขยะพลาสติกในท้องตลาดยุโรปอย่างยั่งยืน ในขณะเดียวกัน การบริโภคขยะพลาสติกในท้องตลาดยุโรปก็ต้องไม่ส่งผลกระทบต่อประเทศอื่น ๆ ทั่วทุกภูมิภาคของโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศ (หรือประเทศนอกกลุ่มโออีซีดี) ที่มีฐานะยากจน นั้นหมายความว่าแผนดังกล่าวได้วางแนวทางสำหรับให้สถาบันทางการเมืองและประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปได้ดำเนินการเพื่อบรรลุเป้าหมายในด้านพลังงาน สิ่งแวดล้อมและการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ รวมไปถึงรับมือกับปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากไมโครพลาสติก (micro plastics) และสารพิษที่มากับพลาสติกอื่น ๆ (unintentional releases of plastics) โดยแผนฉบับนี้ได้กำหนดให้คณะกรรมการธิการยุโรป (European Commission หรือ EC) ในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายบริหารของสหภาพยุโรปจะต้องพัฒนากฎระเบียบที่ออกโดยฝ่ายบริหารสหภาพยุโรปเพื่อสร้างเกณฑ์กำหนดบรรจุภัณฑ์พลาสติกที่วางจำหน่ายหรือถูกนำมาใช้งานในตลาดยุโรปทุกชิ้นจะต้องเป็นบรรจุภัณฑ์ที่สามารถนำมาใช้ซ้ำหรือหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ในระบบเศรษฐกิจหมุนเวียนยุโรปได้ภายในปี 2030 อีกทั้งคณะกรรมการธิการยุโรปในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายบริหารของสหภาพยุโรปจะต้องพัฒนากฎระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยพลาสติกย่อยสลายได้ทางชีวภาพและพลาสติกที่ผลิตจากวัสดุจากธรรมชาติ (regulatory framework for biodegradable and bio-based plastics) เพื่อนำมาบังคับใช้กับผลิตภัณฑ์พลาสติกแบบใช้ครั้งเดียวทิ้ง (single use plastics) ที่วางขายหรือถูกนำมาใช้งานในท้องตลาดยุโรป

²¹ European Commission, "A European Green Deal Striving to be the first climate-neutral continent," [online] Available from : https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en. [8 January 2021]

กฎหมายลำดับรอง Commission Delegated Regulation (EU) 2020/2174 ได้วางหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ห้ามไม่ให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปส่งออกขยะพลาสติกที่มีความเสี่ยงที่จะก่ออันตรายต่อสิ่งแวดล้อมและไม่สามารถนำกลับมาใช้ในระบบเศรษฐกิจหมุนเวียนได้อีก ไม่ว่าขยะพลาสติกดังกล่าวจะเป็นขยะพลาสติกที่ไม่ได้รับการคัดแยกหรือขยะพลาสติกที่ไม่สามารถหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่แล้วแต่ต้องห้ามไม่ให้ส่งออกไปยังประเทศนอกกลุ่มโออีซีดี แต่ถ้าหากเป็นขยะพลาสติกสะอาด (clean plastic waste) ที่มีความเสี่ยงที่จะก่ออันตรายต่อสิ่งแวดล้อมในระดับต่ำและสามารถนำกลับมาใช้ในระบบเศรษฐกิจหมุนเวียนได้อีกแล้ว ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจึงจะสามารถส่งออกขยะพลาสติกสะอาดออกไปยังประเทศนอกกลุ่มโออีซีดีได้โดยการส่งออกขยะพลาสติกสะอาดต้องเป็นไปเพื่อเป้าหมายเฉพาะในการนำขยะพลาสติกสะอาดไปเข้าสู่กระบวนการหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่เท่านั้น เหตุที่กฎหมายลำดับรองบัญญัติเอาไว้เช่นว่านี้ ก็เพราะต้องการให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่มีส่วนในการก่อให้เกิดขยะพลาสติกหรือเป็นผู้ผลิตขยะพลาสติกด้วยตนเอง พึงต้องเป็นผู้รับภาระในค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการจัดการขยะพลาสติกที่ตนเป็นผู้ก่อขึ้นหรือตนได้ผลิตขึ้น โดยไม่สมควรผลักภาระในการจัดการขยะพลาสติกไปให้กับประเทศอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่าตน กล่าวอีกนัยหนึ่งประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปในฐานะผู้ก่อขยะพลาสติกต่อระบบนิเวศและสิ่งแวดล้อมควรต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายทั้งหมดในการป้องกันและจัดการขยะพลาสติกด้วยตนเอง การดำเนินการตามหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่ายของสหภาพยุโรปในทำนองนี้ย่อมเป็นเครื่องสะท้อนให้เห็นถึงความรับผิดชอบต่อสิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศของสหภาพยุโรปต่อภูมิภาคยุโรปของตนเองและภูมิภาคอื่น ๆ บนโลก

สำหรับกฎหมายลำดับรอง Commission Delegated Regulation (EU) 2020/2174 ยังได้วางหลักเกณฑ์บางประการเกี่ยวกับการส่งออกขยะพลาสติกไปนอกสหภาพยุโรป (Exports from the EU) การนำเข้าขยะพลาสติกมาในสหภาพยุโรป (Imports into the EU) และการขนส่งขยะพลาสติกภายในสหภาพยุโรป (Intra-EU shipments) โดยสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้²²

(ก) ในระเบียบว่าด้วยการส่งออกขยะพลาสติกไปนอกสหภาพยุโรปนั้น ไม่เพียงแต่ห้ามไม่ให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปส่งออกขยะพลาสติกที่มีความเสี่ยงที่จะก่ออันตรายต่อสิ่งแวดล้อม (hazardous plastic waste) ในลักษณะที่เป็นขยะพลาสติกที่ไม่ได้รับการคัดแยกหรือยากที่จะหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่เท่านั้น หากแต่ส่งออกขยะพลาสติกสะอาดออกไปยังประเทศนอกกลุ่มโออีซีดีได้นั้นจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขเฉพาะ (specific conditions) ที่คณะกรรมการธิการยุโรปได้กำหนดเอาไว้ ประเทศนอกกลุ่มโออีซีดีที่ประสงค์จะนำเข้าขยะพลาสติกอันตรายก็จะต้องแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับกฎระเบียบภายในประเทศของตนให้คณะกรรมการธิการยุโรปได้ทราบว่าการระเบียบภายในประเทศได้สอดคล้องและเป็นไปในทำนองเดียวกับกฎหมายลำดับรอง Commission Delegated Regulation (EU) 2020/2174 อย่างไรบ้าง ซึ่งประเทศนอกกลุ่มโออีซีดีที่นำเข้าขยะพลาสติกจากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปเข้ามาในประเทศของตนนั้นก็ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่ระบุเอาไว้ในกฎหมายลำดับรอง Commission Delegated Regulation (EU) 2020/2174 อย่างเคร่งครัด นอกจากนี้

²² European Commission, "Plastic waste shipments: new EU rules on importing and exporting plastic waste," [online] Available from : https://ec.europa.eu/environment/news/plastic-waste-shipments-new-eu-rules-importing-and-exporting-plastic-waste-2020-12-22_en. [1 January 2021]

ประเทศนอกกลุ่มโออีซีดีที่ประสงค์จะนำเข้าขยะพลาสติกจากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปเข้ามาในประเทศของตน ก็ต้องแจ้งข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการปฏิบัติตามกฎหมายลำดับรอง Commission Delegated Regulation (EU) 2020/2174 และกฎหมายอื่น ๆ ภายในประเทศของตนที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้าขยะพลาสติก หากประเทศนอกกลุ่มโออีซีดีที่มีความประสงค์ที่จะนำเข้าขยะพลาสติกอันตรายที่ไม่สามารถหมุนเวียนกลับมาใหม่หรือยากต่อการหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่แล้ว ก็จะต้องแจ้งประเทศสหภาพยุโรปที่ส่งออกขยะพลาสติกมายังประเทศของตนเกี่ยวกับคำเตือนล่วงหน้าและกระบวนการให้ความยินยอมให้นำเข้าขยะพลาสติกอันตรายเข้ามายังประเทศของตน (prior notification and consent procedure) รวมถึงประเทศสหภาพยุโรปที่เป็นประเทศต้นทางและประเทศที่สามที่เป็นประเทศปลายทางของการส่งออกขยะพลาสติกจะต้องอนุญาต (authorise) ให้มีการส่งออกขยะพลาสติกข้ามแดนจากประเทศของตนและการนำเข้าขยะพลาสติกเข้ามายังประเทศของตน ซึ่งเท่ากับว่าสหภาพยุโรปได้กำหนดเงื่อนไขบางประการในเชิงผ่อนคลายความคั่งคั่งสิทธิของหลักผู้ก่อกมลพิษเป็นผู้จ่าย โดยให้ยกความยินยอมของประเทศนอกกลุ่มโออีซีดีที่ประสงค์จะนำเข้าขยะพลาสติกจากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปเข้ามาในประเทศของตนมาเป็นเงื่อนไขในการส่งออกขยะพลาสติกของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปได้ นั้นหมายความว่าประเทศนอกกลุ่มโออีซีดีที่ประสงค์จะนำเข้าขยะพลาสติกจากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปเข้ามาในประเทศของตนต้องรับรู้ถึงความเสี่ยงและยอมรับเอาผลเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศต่อประเทศตนเอง

(ข) การนำเข้าขยะพลาสติกอันตราย (ได้แก่ ขยะพลาสติกที่ไม่ได้รับการคัดแยกหรือขยะพลาสติกที่ยากต่อการหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่) จากประเทศที่สามเข้ามาในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่เป็นประเทศปลายทาง และประเทศที่สามที่เป็นต้นทางก็จะต้องอนุญาตให้มีการส่งออกขยะพลาสติกข้ามแดนและการนำเข้าขยะพลาสติกเข้ามายังประเทศของตน

(ค) กฎระเบียบว่าด้วยคำเตือนล่วงหน้าและกระบวนการให้ความยินยอมให้นำเข้าขยะพลาสติกอันตรายเข้ามายังประเทศของตน (ดังที่กล่าวมาในข้างต้น) จะต้องถูกนำมาปรับมาใช้ในการขนส่งขยะพลาสติกอันตรายหรือขยะพลาสติกที่ยากจะหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ระหว่างประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปด้วยกัน

ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับมาตรการห้ามส่งออกขยะพลาสติกไปยังประเทศที่ยากจน (ประเทศนอกกลุ่มโออีซีดี) ของสหภาพยุโรป

จากที่กล่าวมาแล้วในข้างต้นกฎหมายใหม่ของสหภาพยุโรป ได้แก่ กฎหมายลำดับรอง Commission Delegated Regulation (EU) 2020/2174 ไม่เพียงจะนำหลักการของอนุสัญญาบาเซลมาผูกพันภาคีแห่งอนุสัญญาที่เป็นสมาชิกสหภาพยุโรปเพียงเท่านั้น หากแต่หลักการของอนุสัญญาบาเซลนี้ส่งอิทธิพลโดยตรงให้สหภาพยุโรปมีหน้าที่และความรับผิดชอบที่จะต้องดำเนินการลดขยะพลาสติกในภูมิภาคยุโรปของตน ควบคู่ไปกับสนับสนุนให้ประเทศสมาชิกปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาบาเซลที่มุ่งขจัดปัญหาเนื่องมาจากการนำเข้าขยะพลาสติกอันตรายที่มีองค์ประกอบหรือปนเปื้อนสารอันตรายต่ออาจก่อผลกระทบในด้านลบต่อระบบนิเวศภายในประเทศและการจัดการขยะพลาสติกที่ยากต่อการหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ โดยสหภาพยุโรปและประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจึงต้องดำเนินการควบคุมการนำเข้าและการส่งออกอย่างเคร่งครัด ทำให้ขยะพลาสติกเกิดความปลอดภัยและไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อมนุษย์ สิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศ พร้อมกับป้องกัน

ปัญหาการลักลอบส่งออกขยะพลาสติกอันตรายและขยะพลาสติกที่ยากต่อการหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่โดยไม่ได้ผ่านพิธีการศุลกากรตรวจปล่อยของออกจากอารักขาของศุลกากรประเทศต้นทางหรือไม่ผ่านพิธีการศุลกากรนำของเข้ามาในประเทศปลายทาง อีกทั้งกฎหมายลำดับรอง Commission Delegated Regulation (EU) 2020/2174 ยังนำเอาหลักการกฎหมายสิ่งแวดล้อมสากล 2 หลักการด้วยกันมาจัดทำเป็นกฎหมาย นั่นก็คือ หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่ายหรือ Polluter Pays Principle (หลัก PPP) ที่มีปรัชญาสำคัญว่าผู้ก่อให้เกิดขยะพลาสติกจากการผลิตและบริโภคในท้องตลาด ก็จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายใด ๆ อันเนื่องมาจากขยะพลาสติกต่อสิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศ รวมทั้งยังมีหน้าที่ในการมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการขยะพลาสติกดังกล่าวตั้งแต่ผลิตภัณฑ์หรือวัสดุพลาสติกได้ถือกำเนิดขึ้นมาไปจนถึงการกำจัดขยะพลาสติกหรือการนำขยะพลาสติกหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ (ซึ่งในเวลาต่อมาหลัก PPP ได้ถูกขยายความและพัฒนาให้เป็นหลักการเฉพาะ นั่นก็คือหลักความรับผิดชอบต่อผู้เพิ่มขึ้นของผู้ผลิต (Extended Producer Responsibility หรือหลัก EPR)²³ ซึ่งมีปรัชญาสำคัญว่าการขยายความรับผิดชอบต่อผู้ผลิตวัสดุพลาสติกหรือผลิตภัณฑ์พลาสติกที่วางขายในท้องตลาด จะต้องครอบคลุมตลอดทั้งวงจรชีวิต (Life cycle) วัสดุพลาสติกหรือผลิตภัณฑ์พลาสติก ตั้งแต่การผลิตวัสดุพลาสติกหรือผลิตภัณฑ์พลาสติกไปจนถึงกระบวนการหลักจากการใช้ประโยชน์จากวัสดุพลาสติกหรือการบริโภคผลิตภัณฑ์พลาสติกเสร็จสิ้นแล้ว โดยหลัก ERP มุ่งเน้นให้ผู้ผลิตขยะพลาสติกจะต้องเข้ามามีส่วนร่วมรับผิดชอบต่อตลอดทั้งวงจรชีวิตวัสดุพลาสติกหรือผลิตภัณฑ์พลาสติก)

อย่างไรก็ตามขยะพลาสติกที่สามารถหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ได้ง่ายย่อมเป็นที่ต้องการของตลาดภูมิภาคยุโรปและตลาดนอกภูมิภาคยุโรปใช้เป็นปัจจัยการผลิตทั้งในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่เป็นสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศ และประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดหรือประเทศกำลังพัฒนาที่ไม่ได้เป็นสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศ สหภาพยุโรปจึงควรควบคุมให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปและประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดหรือประเทศกำลังพัฒนาที่ไม่ได้เป็นสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศร่วมมือกันปราบปรามการลักลอบนำเข้าและส่งออกขยะพลาสติก (smuggling of plastic waste)²⁴ อย่างต่อเนื่องและครอบคลุมทั้งระบบ นั้นหมายความว่าประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปและประเทศอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องไม่ว่าประเทศนั้นจะเป็นประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดก็ดี หรือประเทศที่กำลังพัฒนาก็ตาม จะต้องร่วมกันตรวจสอบและควบคุมการนำเข้าและส่งออกขยะพลาสติก พร้อมการกำกับดูแลการเคลื่อนย้ายขยะพลาสติกเพื่อส่งออกหรือนำเข้าข้ามประเทศ ผ่านการประสานหน่วยงานของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องให้เป็นองค์กรผู้นำ (Lead Authority) เพื่อแสวงหาวิธีการและกำหนดมาตรการควบคุมการเคลื่อนย้ายขยะพลาสติกเพื่อส่งออกข้ามจากประเทศต้นทางหรือการเคลื่อนย้ายขยะพลาสติกเพื่อนำเข้าข้ามประเทศมายังประเทศปลายทาง

²³ European Commission, "Studies on waste," [online] Available from : <https://ec.europa.eu/environment/waste/studies/index.htm>. [9 January 2021]

²⁴ Ieva Rucevska et al., Waste Crime - Waste Risks: Gaps in Meeting the Global Waste Challenge, (Nairobi: UN Environment Programme, 2015), p.23.

แม้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปมักได้ชื่อว่าเป็นประเทศพัฒนาและมีการจัดการขยะพลาสติกภายในประเทศได้ดีกว่าประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดหรือประเทศที่กำลังพัฒนา ในทางตรงกันข้าม ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปบางประเทศกลับใช้ช่องทางการส่งออกขยะพลาสติกไปยังประเทศกำลังพัฒนาหรือประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการส่งออกขยะพลาสติกอันตรายที่มีองค์ประกอบหรือปนเปื้อนสารอันตรายต่ออาจก่อผลกระทบในด้านลบต่อระบบนิเวศและขยะพลาสติกที่ยากต่อการหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ เพื่อผลักภาระให้ประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดหรือประเทศที่กำลังพัฒนาจัดการกับขยะพลาสติกอันตรายหรือขยะพลาสติกที่ยากต่อการหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ สิ่งเหล่านี้ล้วนสะท้อนความเหลื่อมล้ำของโอกาสในการจัดการขยะพลาสติก (inequality of plastic waste management opportunity)²⁵ โดยกลายเป็นว่าประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่พัฒนาแล้วมีงบประมาณและทรัพยากรสำหรับจัดการขยะพลาสติกสูงกว่าประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดและได้เปรียบประเทศกำลังพัฒนา การขาดความเหลื่อมล้ำของโอกาสและการส่งเสริมความเท่าเทียมในด้านบริหารจัดการขยะพลาสติกเกิดขึ้นได้จากการแทรกแซงของสหภาพยุโรป ในแง่ของการปฏิบัติตามหลักการกฎหมายลำดับรอง Commission Delegated Regulation (EU) 2020/2174 ย่อมถือเป็นการลดความเหลื่อมล้ำในการะความรับผิดชอบขยะพลาสติกระหว่างประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่พัฒนาแล้วกับประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดและประเทศกำลังพัฒนา พร้อมกับส่งเสริมโอกาสที่จะมีสุขภาพอนามัยของประชาชนและสิ่งแวดล้อมที่ดีของประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดและประเทศกำลังพัฒนา

บทสรุป

กล่าวโดยสรุป การห้ามไม่ให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปส่งออกขยะพลาสติกอันตรายหรือขยะพลาสติกที่ยากต่อการหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ไปยังประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศ (หรือประเทศนอกกลุ่มโออีซีดี) โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนาหรือประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดที่ไม่ได้เป็นสมาชิกสหภาพยุโรป ย่อมเป็นมาตรการส่งเสริมระบบเศรษฐกิจหมุนเวียนหรือระบบเศรษฐกิจที่ต้องการให้มีการใช้วัสดุพลาสติกหรือผลิตภัณฑ์พลาสติกอย่างคุ้มค่าที่สุดสูงสุดในตลอดวัฏจักรผลิตภัณฑ์ มุ่งเน้นให้มีการนำเอาวัสดุพลาสติกที่เป็นส่วนเกินในกระบวนการผลิตเอาหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่หรือการนำเอาขยะพลาสติกที่เหลือทิ้งจากการบริโภคหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ ในขณะที่เดียวกันการห้ามไม่ให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปส่งออกขยะพลาสติกอันตรายหรือขยะพลาสติกที่ยากต่อการหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ไปยังประเทศนอกกลุ่มโออีซีดีถือเป็นการดำเนินนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรปภายใต้กรอบแนวคิดหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่ายและแนวคิดเศรษฐกิจหมุนเวียนควบคู่ไปด้วยกัน ซึ่งนั่นเท่ากับว่าประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปในฐานะผู้ก่อมลพิษต้องเป็นผู้แบกรับค่าใช้จ่ายในการควบคุมปริมาณและบริหารจัดการขยะพลาสติกที่ตน

²⁵ Benedetta Cotta, "What goes around, comes around? Access and allocation problems in Global North–South waste trade," *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* no. 20 (May 2020): p.255–269.

ได้เกิดขึ้น พร้อมกับประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปก็ยังคงต้องแบกรับภาระค่าใช้จ่ายและยินยอมลงทุนสร้างการระบบเศรษฐกิจแบบหมุนเวียนเพื่อนำเอาขยะพลาสติกที่เหลือทิ้งจากการบริโภคหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ให้เกิดประโยชน์สูงสุด เพื่อไม่ให้ขยะพลาสติกมีปริมาณเพิ่มมากขึ้นหรือถูกทิ้งเอาไว้จนก่อให้เกิดเป็นมลพิษพลาสติกที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพมนุษย์ สิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศ อีกทั้งระบบเศรษฐกิจหมุนเวียนยังช่วยให้ขยะพลาสติกกลายมาเป็นทรัพยากรที่มีประโยชน์ต่อประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป พร้อมกับไม่เหลือขยะพลาสติกส่งออกไปยังประเทศนอกกลุ่มโออีซีดี ในขณะที่เดียวกันประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปในฐานะที่เป็นผู้ก่อให้เกิดขยะพลาสติกก็ต้องเป็นผู้รับผิดชอบแบกรับภาระทั้งการบริหารจัดการและการออกค่าใช้จ่ายในการนำขยะพลาสติกหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่เป็นวงจรเพื่อให้เกิดวงจรการใช้ขยะพลาสติกให้มีการหมุนเวียนในท้องตลาดให้ได้มากที่สุดและคุ้มค่าสูงสุด เศรษฐกิจหมุนเวียนที่นำไปสู่การลดปริมาณการส่งออกขยะพลาสติกไปยังประเทศนอกกลุ่มโออีซีดีเท่ากับว่าสหภาพยุโรปได้ยอมรับให้หลัก PPP ในลักษณะที่ให้ประเทศสมาชิกของตนที่มีส่วนในการก่อให้เกิดหรือผลิตขยะพลาสติกจะต้องเป็นผู้รับภาระในค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการจัดการขยะพลาสติกที่ตนเป็นผู้ก่อให้เกิดหรือผลิตขึ้นด้วยตนเอง ในทำนองเดียวกัน การห้ามไม่ให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปส่งออกขยะพลาสติกอันตรายหรือขยะพลาสติกที่ยากต่อการหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ไปยังประเทศนอกกลุ่มโออีซีดีก็ย่อมมุ่งใจให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปต้องพยายามลดปริมาณขยะพลาสติกอันตรายหรือขยะพลาสติกที่ยากต่อการหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ด้วยการแสวงหาแนวทางในการลดการใช้งานผลิตภัณฑ์พลาสติกที่ไม่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมหรือไม่เลือกใช้วัสดุพลาสติกที่ยากต่อการหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่มาผลิตบรรจุภัณฑ์หรือผลิตภัณฑ์พลาสติกไปวางขายในท้องตลาดยุโรป อย่างไรก็ตาม ในการขับเคลื่อนสหภาพยุโรปให้ก้าวสู่ระบบเศรษฐกิจหมุนเวียนเพื่อการใช้วัสดุพลาสติกที่มีอยู่อย่างคุ้มค่ามากที่สุดและนำวัสดุพลาสติกที่เหลือใช้หรือขยะพลาสติกที่ถูกทิ้งกลับเข้าสู่ระบบเศรษฐกิจหมุนเวียนอีกครั้งย่อมต้องมีการบังคับให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายลำดับรอง Commission Delegated Regulation (EU) 2020/2174 อย่างเคร่งครัด ส่วนมาตรการนี้จะประสบความสำเร็จในการลดปริมาณการใช้ขยะพลาสติกในท้องตลาดยุโรปลงได้มากกว่าเดิมหรือไม่นั้น ก็ย่อมต้องพิจารณาถึงจำนวนปริมาณขยะพลาสติกที่ลดลงและปริมาณผลิตภัณฑ์พลาสติกที่สามารถนำมาใช้ซ้ำหรือหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่เพิ่มขึ้นในท้องตลาดยุโรปภายในปี 2030

รูปแบบทางกฎหมายในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเล^{*}

Legal Form for Establishing Maritime Knowledge Management Organization

วรพล มาลสุขุม
Voraphol Malsukhum

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
Full-time Lecturer
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author E-mail: v.malsukhum@gmail.com

ดุลยวัฒน์ เชาวนดี
Dulyawat Chaowadee

นาวาเอก
ศูนย์ศึกษายุทธศาสตร์ทหารเรือ ตำบลศาลายา อำเภอพุทธมณฑล นครปฐม 73170
Captain
Naval Strategic Studies Center, Salaya, Phutthamonthon, Nakhon Pathom 73170
Corresponding author E-mail: dulyawat_c@yahoo.co.th
(Received: May 12, 2021; Revised: June 17, 2021; Accepted: June 17, 2021)

บทคัดย่อ

บทความนี้เสนอระเบียบวิธีและผลการศึกษาวิจัยรูปแบบทางกฎหมายในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศไทย เนื่องจากองค์กรของรัฐแต่ละรูปแบบมีสถานะและโครงสร้างทางกฎหมายที่แตกต่างกัน จึงจำเป็นต้องพิจารณาเลือกรูปแบบองค์กรที่สอดคล้องกับภารกิจและบริบทการจัดการความรู้ทางทะเลของประเทศไทย ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการจัดทำบริการสาธารณะให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด ทั้งนี้ องค์กรประกอบสำคัญที่จะนำไปสู่ผลการศึกษา ได้แก่ การวิเคราะห์วัตถุประสงค์ ลักษณะและอำนาจหน้าที่ขององค์กรจัดการความรู้ทางทะเลที่ประเทศไทยพึงมี ผ่านการศึกษาแนวคิดและความจำเป็นในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในบริบทสากลและในประเทศไทย และความเป็นมาและอุปสรรคที่ผ่านมาในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศไทย การศึกษาโครงสร้างและลักษณะทางกฎหมายที่ดีขององค์กรจัดการความรู้ทางทะเล

^{*} บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการศึกษาวิจัย เรื่อง “รูปแบบการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเล” เสนอต่อ สำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ในโอกาสที่ ผู้เขียนขอขอบพระคุณสำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติที่สนับสนุนการวิจัยและอนุญาตให้เผยแพร่เนื้อหาและผลของการศึกษาวิจัย ในบทความนี้ ผู้วิจัย และผู้ช่วยวิจัย ได้แก่ อาจารย์ภูมิรพี บรรณการ นายทนงศักดิ์ มหากุล นางสาวศศิวิมล ยอดสุทธิ นางสาวปาริชาติ ดวงแก้ว ตลอดจนผู้ที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัยทุกท่าน

จากตัวอย่างในประเทศ การศึกษารูปแบบทางกฎหมายที่เป็นไปได้ในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ในระบบกฎหมายไทย ทั้งหลักการและลักษณะพื้นฐานของรูปแบบองค์กรเหล่านั้น พร้อมตัวอย่างองค์กรจัดการความรู้ในด้านอื่นที่จัดตั้งขึ้นแล้ว ตลอดจนความเห็นเกี่ยวกับสภาพความเป็นจริงในทางปฏิบัติจากผู้เชี่ยวชาญและทรงคุณวุฒิ

ผลการศึกษาพบว่าการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศไทยในระยะเริ่มแรกพึงเป็นองค์กรที่เน้นภารกิจในการจัดการความรู้มากกว่าการสร้างความรู้ด้วยตนเองทั้งหมด โดยทำหน้าที่เป็นผู้ประสานงานรวบรวม และบูรณาการองค์ความรู้จากหน่วยงานต่าง ๆ เพื่อสนับสนุนเหตุผลทางวิชาการที่จำเป็นต่อการตัดสินใจทางนโยบายของหน่วยงานภาคปฏิบัติต่าง ๆ ซึ่งรูปแบบทางกฎหมายที่สอดคล้องกับภารกิจเช่นนี้ได้แก่ มูลนิธิ หรือ สถาบันภายใต้มหาวิทยาลัยในกำกับดูแลของรัฐ ส่วนในอนาคตพึงยกระดับสู่การเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการกิจต่าง ๆ เพื่อการจัดการความรู้อย่างครบวงจร ซึ่งรูปแบบทางกฎหมายที่สอดคล้องกับการดำเนินงานดังกล่าว ได้แก่ องค์กรมหาชน

คำสำคัญ : องค์กรจัดการความรู้ทางทะเล, รูปแบบทางกฎหมายในการจัดตั้งองค์กรของรัฐในประเทศไทย, การจัดทำบริการสาธารณะ, องค์กรมหาชน, มูลนิธิ, สถาบันภายใต้มหาวิทยาลัยในกำกับดูแลของรัฐ, ผลประโยชน์แห่งชาติทางทะเล

Abstract

This article demonstrates methodology and findings of a research on a legal form of maritime knowledge management organization in Thailand. As each form of state organ has different legal status and framework, it is then necessary to consider the one most suitable and effective for maritime knowledge management in the Thai context. By this, the essential elements leading to the findings include an analysis of objective, characteristic, and function of a maritime knowledge management organization which Thailand supposed to have, an investigation on the necessity of establishing a maritime knowledge management organization both internationally and domestically, as well as background and impediment encountered during the establishments of past maritime knowledge management organizations in Thailand. In addition, it is crucial to conduct a comparative study of the good legal framework of international maritime knowledge management organizations. The research then studies a possible form of maritime knowledge management organization under the Thai legal system along with samples of established knowledge management organization for other affairs. Finally, comments from experts in maritime domain are integrated into this study.

The findings demonstrate that, at the beginning, the organization should focus on managing knowledge instead of creating it on their own. Its main function shall be cooperating, gathering, and integrating knowledge from various organization to support useful academic reason for decision and policy makers in practice. The most suitable legal form of organization for such duty is foundation or institute under public university. In the future, the form of establishment of knowledge management organization could be improved to public organization, so as to become a more well-rounded organization in terms of being able to cover more knowledge management competence.

Keywords : Maritime Knowledge Management Organization, Legal Form of Organization in Thailand, Public Administration, Public Organization, Foundation, Institute under Public University, National Maritime Resources

ที่มา ความสำคัญ และวัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

ประเทศไทยมีลักษณะภูมิศาสตร์ทางทะเลประกอบด้วยชายฝั่งอ่าวไทยและชายฝั่งอันดามันยาวรวมประมาณ 3,010 กิโลเมตร มีพื้นที่เขตทางทะเล (maritime zones) รวมประมาณ 320,000 ตารางกิโลเมตร และมีจังหวัดที่มีอาณาเขตติดกับทะเล 23 จังหวัด¹ จึงถือเป็นจุดยุทธศาสตร์ในเชิงภูมิรัฐศาสตร์ที่สำคัญของเส้นทางเดินเรือและขนส่งของภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ สามารถสร้างผลประโยชน์ของชาติทางทะเลได้อย่างมหาศาล ทั้งในฐานะที่เป็นแหล่งทรัพยากร แหล่งพลังงาน และแหล่งท่องเที่ยวที่สำคัญของประเทศ ซึ่งผลประโยชน์ทางทะเลของประเทศไทยนี้เป็นทั้งผลประโยชน์ที่ไม่สามารถวัดเป็นมูลค่าทางเศรษฐกิจ² และผลประโยชน์ของชาติทางทะเลที่สามารถวัดเป็นมูลค่าทางเศรษฐกิจ³ ทั้งนี้ ประเมินได้ว่าผลประโยชน์ทางทะเลที่สามารถวัดเป็นมูลค่าทางเศรษฐกิจของประเทศไทยในปัจจุบันมีมูลค่ามากกว่า 24 ล้านล้านบาทต่อปี⁴ ด้วยเหตุนี้ ทะเลจึงเป็นฐานทรัพยากรที่มีความสำคัญต่อความเป็นอยู่ของคนไทยและการรักษาผลประโยชน์ของชาติทั้งทางด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคมและสิ่งแวดล้อม และในอนาคตก็จะมีทวีความสำคัญมากขึ้น

อย่างไรก็ดี การใช้ทะเลของประเทศไทยในปัจจุบันยังมีปัญหาหลายประการ เช่น การบังคับใช้กฎหมายที่ขาดประสิทธิภาพอันเนื่องมาจากความซับซ้อนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางทะเล ภัยคุกคามทางทะเลต่าง ๆ ซึ่งต้องอาศัยการทำงานอย่างบูรณาการทั้งในระดับนโยบายและปฏิบัติการจากหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ปัญหาเหล่านี้ส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ ตลอดจนความไม่ชัดเจนในการกำหนดนโยบายและยุทธศาสตร์ความมั่นคงแห่งชาติทางทะเลในอดีตที่ผ่านมาทั้งในภาพรวมและการจัดการปัญหาเฉพาะด้าน

ปัจจัยที่สำคัญประการหนึ่งที่ทำให้การจัดการปัญหาทางทะเลไม่สามารถทำได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร คือ ประเทศไทยยังขาดองค์กรจัดการความรู้ทางทะเล (maritime knowledge management organization) อันเป็นคลังสมองระดับชาติที่จะทำหน้าที่ศึกษาค้นคว้าวิจัยทางวิชาการในมิติต่าง ๆ ทั้งในเชิงนโยบาย ยุทธศาสตร์และมาตรการรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเล เพื่อให้ได้รับประโยชน์จากการดำเนินกิจกรรมทางทะเลอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด ประการนี้แตกต่างจากในต่างประเทศที่มีองค์กรหรือสถาบันทางวิชาการที่ทำหน้าที่เสนอแนะเหตุผลทางวิชาการแก่หน่วยงานในภาคปฏิบัติต่าง ๆ เพื่อให้การบริหารจัดการนโยบายทางทะเลของประเทศสอดคล้องกับการรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเล⁵ นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายไทยยังมีองค์กรที่จัดการความรู้เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะในด้านอื่น ๆ แต่กลับไม่ปรากฏองค์กรที่จัดการความรู้ทางทะเลโดยเฉพาะด้วย แม้ว่ากิจการทางทะเลจะเป็นเรื่องสำคัญต่อประเทศดังที่ได้อธิบายไปแล้ว⁶

¹ นันทิยา ทองคนารักษ์, เอกสารศึกษาเฉพาะกรณี : ยุทธศาสตร์และการพัฒนาขีดความสามารถกำลังทางเรือ (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์ศึกษายุทธศาสตร์สถาบันวิชาการป้องกันประเทศ, 2560), หน้า 1.

² อาทิ ความเป็นเจ้าของอ่าวไทยโดย บูรณภาพแห่งดินแดน ความมั่นคงและสงบเรียบร้อย ตลอดจนการมีสภาวะแวดล้อมที่เอื้อต่อการใช้ประโยชน์และการดำเนินกิจกรรมทางทะเล

³ อาทิ การแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรก๊าซธรรมชาติ น้ำมัน ทรัพยากรสัตว์น้ำ เส้นทางคมนาคมของประเทศในการนำเข้า ส่งออกสินค้าและพลังงาน การประกอบกิจการเดินเรือพาณิชย์และเรือประมงและอุตสาหกรรมต่อเนื่องต่าง ๆ ตลอดจนการบริการและการท่องเที่ยวที่อาศัยทะเล ทรัพยากรใต้ทะเล เกาะแก่ง และชายฝั่ง เป็นต้น

⁴ เรื่องเดียวกัน.

⁵ การศึกษาตัวอย่างองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลเหล่านี้เป็นองค์ประกอบสำคัญส่วนหนึ่งของการศึกษาวิจัย ทั้งการพิจารณาองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในภาพรวม และการศึกษาโดยเฉพาะเจาะจงสำหรับองค์กรในประเทศที่น่าสนใจ ดังจะได้อธิบายต่อไปด้านล่าง

⁶ อาทิ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย สถาบันเทคโนโลยีป้องกันประเทศ หรือ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย ซึ่งจะเป็นองค์ประกอบสำคัญส่วนหนึ่งของการศึกษาวิจัยเช่นกัน ดังจะได้อธิบายต่อไปด้านล่าง

แม้ประเทศไทยจะมีแนวคิดริเริ่มเรื่องการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลมาก่อนในอดีต อาทิ การจัดตั้งมูลนิธิเพื่อสถาบันพัฒนากิจการทางทะเลไทยเพื่อเป็นกองทุนเริ่มต้นในการสนับสนุนด้านวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายทะเล ในปี พ.ศ. 2540 ตลอดจนการศึกษาความเป็นไปได้ในการจัดตั้งสถาบันวิจัยและพัฒนากิจการทางทะเลแห่งประเทศไทย สถาบันศึกษาด้านทะเลแห่งประเทศไทย และสถาบันกิจการทางทะเลแห่งประเทศไทย ฯลฯ ตามลำดับ แต่องค์กรเหล่านี้ก็มิได้รับการสนับสนุนหรือดำเนินอยู่อย่างมั่นคงได้

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันสำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติได้รับมอบหมายให้ดำเนินการศึกษารูปแบบทางกฎหมายในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเล ทั้งนี้ โดยกำหนดความสำคัญไว้ในแผนระดับชาติหลายฉบับ ได้แก่ แผนการปฏิรูปประเทศ ด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2561 ในเรื่องและประเด็นปฏิรูปที่ 4 การบริหารจัดการองค์ความรู้ทางทะเล และแผนความมั่นคงแห่งชาติทางทะเล (พ.ศ. 2558-2564) ยุทธศาสตร์ที่ 5 การพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ องค์ความรู้ และความตระหนักรู้ความสำคัญของทะเล ข้อ 5.1 นอกจากนี้ แนวคิดความจำเป็นในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลยังเป็นข้อสังเกตของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการรักษามลพิษของชาติทางทะเล พ.ศ. ... อีกด้วย

ประการนี้จึงเป็นที่ชัดเจนในเชิงแนวคิดและเหตุผลความจำเป็นว่าควรจะมีการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลขึ้นในประเทศไทย อย่างไรก็ดี คำถามสำคัญในทางกฎหมายมหาชนที่เกิดขึ้นและพึงได้รับการพิจารณาอย่างเป็นระบบระเบียบ คือ **องค์กรที่จะจัดตั้งขึ้นนี้ควรจัดตั้งขึ้นในรูปแบบทางกฎหมายใดจึงจะสามารถดำเนินการจัดการความรู้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด** ทั้งนี้ เนื่องจากองค์กรของรัฐ (state organ) แต่ละรูปแบบในระบบกฎหมายไทยมีสถานะทางกฎหมาย ขอบวัตถุประสงค์และภารกิจ การจัดตั้ง โครงสร้างการบริหารภายในองค์กร การบริหารบุคลากรและงบประมาณที่แตกต่างกันในรายละเอียด

ด้วยเหตุนี้ จึงนำมาสู่การศึกษาวิจัยเรื่องรูปแบบทางกฎหมายในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลนี้ เพื่อพิจารณารูปแบบองค์กรที่สอดคล้องกับภารกิจและบริบทการจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศไทย ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการจัดทำบริการสาธารณะ (public service)⁷ ให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด สอดคล้องกับหลักการทางกฎหมายในการจัดทำบริการสาธารณะ⁸ และวัตถุประสงค์ของกฎหมายปกครอง⁹

⁷ การจัดการความรู้เพื่อพัฒนาประสิทธิภาพของการจัดทำบริการสาธารณะถูกพิจารณาในฐานะภารกิจที่สำคัญของรัฐและหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐทั่วโลก (โปรดดู ASIAN Productivity Organization, *Knowledge Management for the Public Sector*, p.3.) สำหรับประเทศไทย “การพัฒนาความรู้” ถูกบัญญัติเป็น “หน้าที่ของส่วนราชการ” ตามมาตรา 11 พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546

⁸ อาทิ หลักการบริหารจัดการที่ดี (good administration) หลักความชอบธรรม (accountability) หลักการในกฎหมายของบริการสาธารณะที่เสนอโดย Louis Rolland แห่งสำนักความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (l'Ecole de Bordeaux) หรือหลักธรรมาภิบาลของการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 (โปรดดูเพิ่มเติมใน Timothy Endicott, *Administrative Law*, 4th ed. (Oxford : Oxford University Press, 2018), pp.3-42.; นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 43-52.)

⁹ ดังที่ถูกระบุไว้ว่า “Administrative law is part of the legal framework for public administration” (โปรดดู Peter Cane, *Administrative Law*, 5th ed. (Oxford : Oxford University Press, 2011), p.1.; David Rosenbloom, Robert Kravchuk and Richard Clerkin, *Public Administration; Understanding Management, Politics, and Law in the Public Sector*, 8th ed. (New York : McGraw-Hill Education, 2015), p.30.)

ระเบียบวิธีการศึกษาวิจัย

จากที่มาและวัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัยดังที่ได้แจกแจงไปแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าการจะตอบคำถามหลักของการศึกษาวิจัยอย่างเป็นระบบระเบียบ จำต้องอาศัยองค์ประกอบที่สำคัญในประการต่าง ๆ ทั้งข้อพิจารณาในทางกฎหมายและข้อพิจารณาในเชิงนโยบายกฎหมาย ในลักษณะของการศึกษาแบบบูรณาการ (interdisciplinarity) องค์ความรู้ต่าง ๆ เข้ากับสภาพแวดล้อมและบริบทในความเป็นจริง (reality)¹⁰ ทั้งนี้ เพื่อการตอบคำถามและออกแบบโครงสร้างทางกฎหมายขององค์กรของรัฐ (institutional design)¹¹ ที่จะก่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดในการจัดทำบริการสาธารณะตามภารกิจของรัฐ ทั้งนี้ องค์ประกอบที่มีความสำคัญ ได้แก่

การศึกษาแนวคิดและความจำเป็นในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในทางสากลและในประเทศไทย และความเป็นมาและอุปสรรคที่ผ่านมาในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศไทย เพื่อใช้เป็นฐานในการวิเคราะห์วัตถุประสงค์ ลักษณะและหน้าที่ขององค์กรจัดการความรู้ทางทะเลที่ประเทศไทยพึงมีอย่างเป็นรูปธรรม ทั้งนี้ เนื้อหาการศึกษาในส่วนนี้ถูกจัดไว้ในบทที่ 2 ของรายงานวิจัย

การศึกษาลักษณะทางกฎหมายที่ดีขององค์กรจัดการความรู้ทางทะเลจากการศึกษาเปรียบเทียบตัวอย่างองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในต่างประเทศ (comparative analysis) ได้แก่ สถาบันศึกษายุทธศาสตร์และป้องกันประเทศ ประเทศสิงคโปร์ ศูนย์วิจัยด้านทรัพยากรและความมั่นคงทางทะเลแห่งชาติออสเตรเลีย สถาบันกิจการทางทะเลเกาหลีและสถาบันวิทยาศาสตร์ทางทะเลและเทคโนโลยีเกาหลี มูลนิธิวิจัยนโยบายทางทะเลแห่งชาติ ประเทศญี่ปุ่น สถาบันกิจการทางทะเลแห่งชาติมาเลเซีย และสถาบันกิจการทางทะเลแห่งชาติ ประเทศอินเดีย โดยศึกษาเกี่ยวกับแนวคิดและสภาพการณ์ในการจัดตั้ง สถานะทางกฎหมาย วัตถุประสงค์และภารกิจ โครงสร้างการบริหารจัดการภายใน การบริหารงบประมาณขององค์กรเหล่านี้ ตลอดจนวิเคราะห์ข้อดีและข้อจำกัดทางกฎหมายของรูปแบบองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลเหล่านี้ เพื่อนำผลการวิเคราะห์มาใช้ในการพิจารณาความเหมาะสมในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศไทยต่อไป ทั้งนี้ เนื้อหาการศึกษาในส่วนนี้ถูกจัดไว้ในบทที่ 3 ของรายงานวิจัย

การศึกษารูปแบบทางกฎหมายที่เป็นไปได้ในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ในประเทศไทย ในเชิงเปรียบเทียบหลักการและลักษณะพื้นฐานของรูปแบบองค์กรต่าง ๆ ทั้งในด้านตัวตนและสถานะทางกฎหมาย ขอบวัตถุประสงค์ การจัดตั้งและการยุบ โครงสร้างการบริหารงาน การควบคุมตรวจสอบ สถานะของบุคลากร และการบริหารงบประมาณ พร้อมการศึกษาตัวอย่างองค์กรจัดการความรู้ในด้านอื่น ๆ ที่จัดตั้งขึ้นแล้วในประเทศไทยในรูปแบบต่าง ๆ ทั้งนี้ เนื้อหาการศึกษาในส่วนนี้ถูกจัดไว้ในบทที่ 4 ของรายงานวิจัย

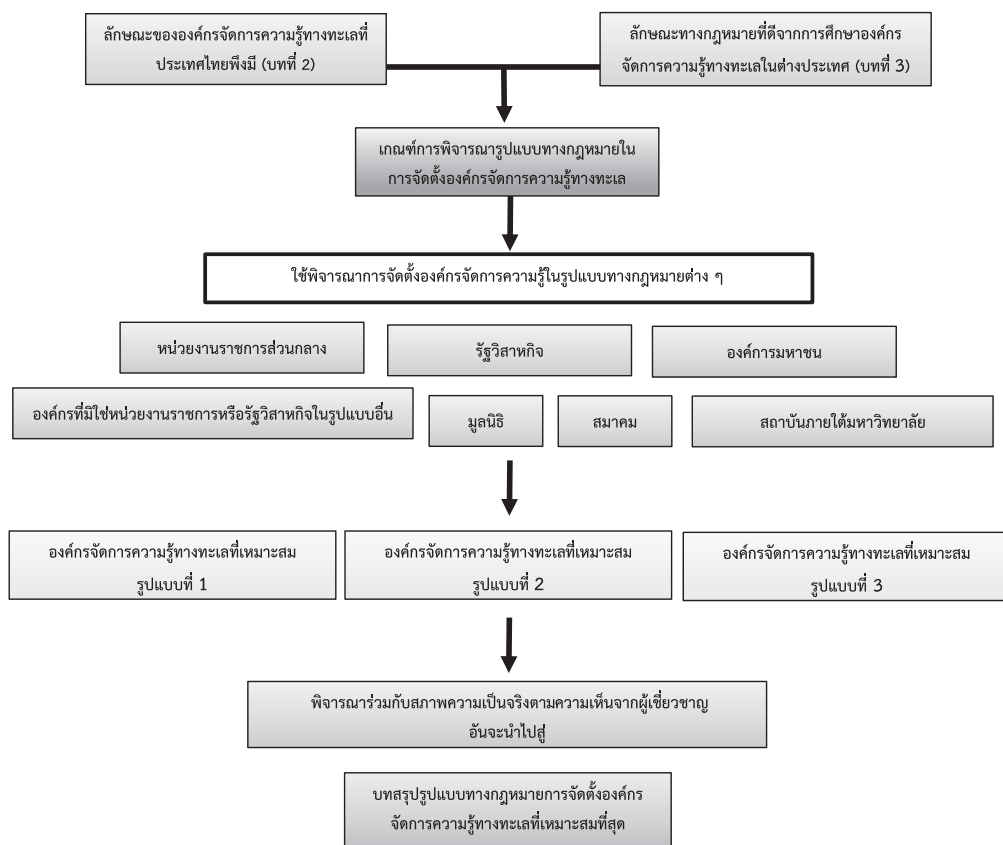
จากนั้น บทที่ 5 ของรายงานวิจัยจะนำองค์ประกอบทั้งหมดที่ได้วิเคราะห์แล้ว มาสังเคราะห์รูปแบบ**องค์กรจัดการความรู้ทางทะเลที่เหมาะสมกับประเทศไทย** โดยเริ่มจากการนำลักษณะขององค์กรจัดการ

¹⁰ โปรดดูเพิ่มเติมเกี่ยวกับวิธีวิจัยแบบบูรณาการใน Robert Frodeman, *The Oxford Handbook of Interdisciplinarity*, 2nd ed. (Oxford : Oxford University Press, 2017), Part 1 The Landscape of Knowledge.

¹¹ ในฐานองค์ประกอบหนึ่งของการเปรียบเทียบกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในทางปฏิบัติ (functional method) ทั้งนี้ เมื่อเป็นการศึกษาเกี่ยวกับมาตรฐานของการจัดทำบริการสาธารณะที่ดี (standards of good administration) อำนาจและองค์กรของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะ (powers and organizations of the administration) แล้ว จึงอยู่ภายใต้สาขาการศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ (โปรดดูเพิ่มเติมใน Ralf Michaels, "The Functional Method of Comparative Law" and John Bell "Comparative Administrative Law", in *The Oxford Handbook of Comparative Law* 2nd ed. Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (Oxford : Oxford University Press, 2019)

ความรู้ทางทะเลที่ประเทศไทยยังมี มาผนวกกับลักษณะที่ดีขององค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในต่างประเทศ เพื่อสังเคราะห์เกณฑ์การพิจารณาความเหมาะสมของรูปแบบองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในด้านต่าง ๆ ได้แก่ เกณฑ์ด้านตัวตนและบทบาทขององค์กร เกณฑ์ด้านความสามารถในการจัดทำภารกิจเพื่อจัดการความรู้ทางทะเล เกณฑ์ด้านความสะดวกในการจัดตั้ง และความมั่นคงในการดำรงอยู่ เกณฑ์ด้านความคล่องตัวในโครงสร้างการบริหารจัดการ และเกณฑ์ด้านความเพียงพอของงบประมาณในการบริหารงาน แล้วจึงนำรูปแบบองค์กรจัดการความรู้ที่เป็นไปได้ ได้แก่ องค์กรที่มีสถานะเป็นหน่วยราชการ (ส่วนกลาง) รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน องค์กรที่มีได้เป็นส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจในรูปแบบอื่น สถาบันภายใต้มหาวิทยาลัยในกำกับดูแลของรัฐ มูลนิธิ และสมาคม มาวิเคราะห์เข้ากับเกณฑ์การพิจารณาความเหมาะสมของรูปแบบองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในด้านต่าง ๆ เพื่อเลือกรูปแบบองค์กรที่เหมาะสมที่สุดสำหรับการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศไทย

หลังจากนั้น จึงนำรูปแบบองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลและข้อเสนอแนะเชิงนโยบายทั้ง 3 ไปเสนอในการประชุมรับฟังความคิดเห็นจากผู้เชี่ยวชาญ เพื่อนำไปสู่การปรับเกณฑ์การพิจารณาความเหมาะสมของรูปแบบองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลตามความคิดเห็นดังกล่าว และนำเกณฑ์ดังกล่าวไปพิจารณาทบทวนความเหมาะสมของรูปแบบองค์กรต่าง ๆ อีกครั้ง เพื่อให้ได้บทสรุปรูปแบบทางกฎหมายในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศไทยที่จะก่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดในการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้ สามารถแจกแจงกระบวนการและโครงสร้างการศึกษาวิจัยทั้งหมดเป็นแผนภาพได้ดังต่อไปนี้



สรุปสาระสำคัญของการศึกษาวิจัย

บทความวิจัยนี้จะนำเสนอสาระสำคัญและผลการศึกษาวิจัยในส่วนต่าง ๆ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

บทที่ 2 วัตถุประสงค์ของการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเล

การวิเคราะห์วัตถุประสงค์ ลักษณะและหน้าที่ขององค์กรจัดการความรู้ทางทะเลที่ประเทศไทยพึงมีต้องมีรากฐานมาจากการศึกษาแนวคิดและความจำเป็นในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในทางสากลและความจำเป็นในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศไทย กรอบกฎหมาย นโยบายและกลไกในการบริหารจัดการทางทะเลของไทยในปัจจุบัน ตลอดจนความเป็นมาและอุปสรรคที่ผ่านมาในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศไทย ทั้งนี้ สามารถสรุปสาระสำคัญโดยสังเขปได้ดังต่อไปนี้

ความสำคัญของทะเล แนวคิดการบริหารจัดการทางทะเล และกรอบกฎหมาย นโยบายและกลไกระหว่างประเทศในการบริหารจัดการทางทะเลในบริบทสากล

ทะเลเป็นส่วนที่มีเนื้อที่ประมาณร้อยละ 71 ของเปลือกโลกทั้งหมด ตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน รัฐบาลต่าง ๆ ได้ใช้ทะเลเพื่อใช้ประโยชน์สำคัญ 4 ประการ ได้แก่ การใช้เพื่อเป็นแหล่งทรัพยากร (resources) ที่มีชีวิตและไม่มีชีวิต การใช้เพื่อเป็นเส้นทางการขนส่งและการค้า (means of transportation and trade) การใช้เพื่อเป็นเครื่องมือในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร (means of exchanging information) และการใช้เพื่อเป็นเครื่องมือในการสร้างอิทธิพลหรือกำลังอำนาจของชาติ (source of power and domination)¹²

ปัจจุบัน การบริหารจัดการทางทะเลในระดับสากลเป็นไปเพื่อให้เกิดการใช้ทะเลอย่างมั่นคง (security) มั่งคั่ง (prosperity) และยั่งยืน (sustainability) ทั้งนี้ โดยมีแนวคิดที่สำคัญอันจะนำไปสู่ความมุ่งหมายข้างต้น ได้แก่ แนวคิดเรื่องสมุทรภิบาล (ocean governance)¹³ และแนวคิดการจัดระเบียบที่ดีในทะเล (good order at sea)¹⁴ โดยแนวความคิดทั้งสองนี้มีลักษณะสำคัญที่คล้ายคลึงกัน คือการให้ความสำคัญกับการบริหารกิจการทางทะเลในลักษณะงานบูรณาการเพื่อการใช้ทะเลอย่างมั่นคง มั่งคั่ง และยั่งยืนในทุกระดับ ตั้งแต่ระดับนานาชาติและระดับรัฐ และตั้งแต่ระดับการกำหนดนโยบายจนถึงการวางแผนปฏิบัติการ ทั้งนี้ นอกจากความจำเป็นที่รัฐต่าง ๆ ต้องบริหารจัดการทางทะเลให้เป็นไปตามแนวคิดข้างต้นนี้ ยังต้องคำนึงถึงกรอบกฎหมายและนโยบายระหว่างประเทศในการบริหารจัดการทางทะเลซึ่งรัฐสมาชิกมีภาระต้องปฏิบัติตาม ซึ่งมีอยู่มากมายในปัจจุบันทั้งในระดับโลก¹⁵ และในระดับภูมิภาคอาเซียน¹⁶ ด้วย

¹² Geoffrey Till, *Seapower A Guide for the Twenty-First Century*, 2nd ed. (UK : Routledge, 2009), pp 23-33.

¹³ United Nations, "Understanding the Ocean Governance," [online] Available from : https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/22828Pratikto_PPT.pdf [1 June 2020]

¹⁴ Geoffrey Till, *Seapower A Guide for the Twenty-First Century*, pp 286-322.

¹⁵ อาทิ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 วาระและเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development Goals) กรอบกฎหมายและนโยบายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการประมง (Fishery Law and Policy) กรอบกฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม (Environmental Law and Policy) ภายใต้การกำกับดูแลโดยองค์การทางทะเลระหว่างประเทศ (International Maritime Organization; IMO) เป็นต้น

¹⁶ อาทิ ความร่วมมือด้านความมั่นคงในกรอบการประชุมอาเซียนว่าด้วยความร่วมมือด้านการเมืองและความมั่นคงในภูมิภาคเอเชีย-แปซิฟิก (ASEAN Regional Forum: ARF) ความร่วมมือตามแผนงานการจัดตั้งประชาคมการเมืองและความมั่นคงอาเซียน (ASEAN Political-Security Community Blueprint) เป็นต้น

ด้วยสถานะที่การดำเนินกิจการทางทะเลมีแนวความคิดการบริหารจัดการทางทะเล และกรอบกฎหมายและนโยบายระหว่างประเทศที่ซับซ้อนและหลากหลายเช่นนี้ ทำให้การจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลขึ้นเป็นหน่วยงานสนับสนุนทางวิชาการ เพื่อให้คำปรึกษาและข้อเสนอแนะในการกำหนดนโยบายทางทะเลของรัฐ เป็นแนวทางที่ได้รับความนิยมในหลายประเทศ โดยเฉพาะประเทศที่ผลประโยชน์ของชาติทางทะเล (maritime interest) มีความสำคัญยิ่ง หรือเป็นผลประโยชน์เพื่อความอยู่รอดของชาติ (survival interest)

ความจำเป็นในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศไทย

ส่วนผลประโยชน์ของชาติทางทะเลของประเทศไทยนั้น ปัจจุบันได้มีการกำหนดนโยบายการดำเนินการไว้ในแผนความมั่นคงแห่งชาติทางทะเล พ.ศ. 2558-2564 ประกอบด้วย (1) อำนาจอธิปไตย บูรณภาพแห่งดินแดน สิทธิอธิปไตย (2) ความมั่นคง ความสงบเรียบร้อย และความปลอดภัย (3) ความเจริญรุ่งเรือง ความสมบูรณ์ มั่งคั่งที่ยั่งยืนของชาติ (4) ความยั่งยืนจากทะเลในทุกมิติทั้งในระยะสั้นและระยะยาว และ (5) การมีเกียรติศักดิ์ศรี และเป็นที่ยอมรับในประชาคมระหว่างประเทศด้านกิจกรรมทางทะเล¹⁷

สำหรับผลประโยชน์ของชาติทางทะเลในทางเศรษฐกิจนั้น ประเทศไทยมีการประเมินมูลค่าผลประโยชน์แห่งชาติทางทะเลทางเศรษฐกิจ ในปี พ.ศ. 2550 ไม่น้อยกว่า 7.4 ล้านล้านบาท และมีการเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องจนในปี พ.ศ. 2557 มีมูลค่าเพิ่มขึ้นสูงถึง 24 ล้านล้านบาท ทั้งนี้ กิจกรรมที่ทำให้เกิดมูลค่ามากที่สุด คือ การขนส่งทางทะเล และแนวโน้มในห้วง 10 ปีข้างหน้า ผลประโยชน์ทางทะเลของประเทศไทยน่าจะมีมูลค่าเพิ่มมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง¹⁸

ส่วนสถานะแวดล้อมด้านความมั่นคงทางทะเลของไทยนั้น จากลักษณะทางภูมิศาสตร์ ประเทศไทยตั้งอยู่ในพื้นที่ทะเลปิดหรือกึ่งปิด (semi - enclosed sea) มีอาณาเขตทางทะเลด้านอ่าวไทยติดกับเพื่อนบ้าน 3 ประเทศ ได้แก่ กัมพูชา เวียดนาม มาเลเซีย และด้านทะเลอันดามันติดกับเพื่อนบ้าน 4 ประเทศ ได้แก่ เมียนมา อินเดีย อินโดนีเซีย และมาเลเซีย ทำให้ประเทศไทยมีปัญหาทางกฎหมายในพื้นที่อ้างสิทธิทับซ้อนทางทะเลระหว่างไทยกับเพื่อนบ้านอยู่เป็นจำนวนมาก ทั้งนี้ จากการทบทวนสถานะแวดล้อมในอีก 20 ปีข้างหน้า ภูมิภาคเอเชีย-แปซิฟิกยังต้องเผชิญกับความท้าทายในมิติทางทะเลจากปัจจัยภายนอกหลายประการ อาทิ ปัญหาข้อพิพาททะเลจีนใต้ ปัญหาความเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศ รวมทั้งปัญหาความต้องการแสวงประโยชน์จากทะเลของรัฐต่าง ๆ ที่เพิ่มมากขึ้น¹⁹

¹⁷ สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ, แผนความมั่นคงแห่งชาติทางทะเล พ.ศ.2558-2564, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ, 2558), หน้า 4.

¹⁸ เติมศักดิ์ จารยะพันธุ์, รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการสถานการณ์และข้อเสนอแนะในการบริหารจัดการผลประโยชน์ทางทะเลของประเทศไทยเพื่อความมั่นคง มั่งคั่ง และยั่งยืน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2562), หน้า 27.

¹⁹ คณะอนุกรรมการจัดการความรู้เพื่อผลประโยชน์แห่งชาติทางทะเล (อจชล.) สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ สำนักนายกรัฐมนตรี, ทะเลและมหาสมุทรและผลประโยชน์ของชาติทางทะเล, หน้า 11-14.

นอกจากนี้ ภัยคุกคามรูปแบบใหม่ทางทะเลก็ยังมีแนวโน้มเกิดขึ้นหรือยังคงดำรงอยู่ในเขตทางทะเลของไทย ไม่ว่าจะเป็นภัยการก่อการร้ายในทะเล การกระทำอันเป็นโจรสลัด การลักลอบลำเลียงสิ่งผิดกฎหมายทางทะเล การลักลอบหลบหนีเข้าเมืองและการค้ามนุษย์ การทำประมงผิดกฎหมาย การรุกรานน้ำ การทำลายสิ่งแวดล้อมทางทะเล ทั้งนี้ โดยมีการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับปัญหาในการบริหารจัดการทางทะเลในระดับนโยบายในห้วง 10 ปีที่ผ่านมา พบว่าประเทศไทยมีช่องว่างทางนโยบายกับการจัดการผลประโยชน์แห่งชาติทางทะเลทั้งในแนวดิ่ง (vertical policy gap) และแนวนอน (horizontal policy gap) ทำให้เกิดปัญหาเชิงปฏิบัติเกี่ยวกับประสิทธิภาพการบริหารจัดการของรัฐ และการจัดสรรการใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างมาก²⁰

กรอบกฎหมาย นโยบาย และกลไกในการบริหารจัดการทางทะเลของไทยในปัจจุบัน

นอกจากนี้ การบริหารจัดการผลประโยชน์แห่งชาติทางทะเลของไทยในปัจจุบัน ยังมีกรอบกฎหมายและนโยบายที่เกี่ยวข้องอยู่เป็นจำนวนมาก ได้แก่ กฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางทะเลรวม 90 ฉบับ ประกอบด้วยกลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม กลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับการพาณิชย์ กลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับทรัพยากรมีชีวิต กลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับทรัพยากรที่ไม่มีชีวิต กลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในเขตต่อเนื่อง กลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยทางทะเล กลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเล กลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเล และกลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับกิจกรรมทางทะเลอื่น ๆ²¹

ด้านนโยบาย ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามนโยบายและแผนรองรับใน 3 ระดับ คือ แผนระดับที่ 1 ยุทธศาสตร์ชาติ (พ.ศ. 2561 - 2580) มียุทธศาสตร์จำนวน 6 ด้าน แผนระดับที่ 2 มีแผนที่เกี่ยวข้อง 4 แผน ประกอบด้วย แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2560 - 2564) แผนแม่บทภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ 23 แผน แผนปฏิรูปประเทศ และนโยบายและแผนระดับชาติว่าด้วยความมั่นคงแห่งชาติ พ.ศ.2562-2565 และแผนระดับที่ 3 เป็นแผนปฏิบัติการของหน่วยงานต่าง ๆ²²

สำหรับกลไกขับเคลื่อนการบริหารจัดการทางทะเลของไทยในปัจจุบันมีการปฏิบัติงานอยู่ใน 2 ระดับ คือ ระดับนโยบายประกอบด้วยสภามันคงแห่งชาติ (สมช.) คณะกรรมการนโยบายการรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเล (นปท.) และส่วนราชการระดับกระทรวง และระดับปฏิบัติการ ได้แก่ หน่วยงานที่เป็นกลไกการขับเคลื่อนการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งมีส่วนราชการและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องอยู่เป็นจำนวนมาก โดยมีศูนย์อำนวยการรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเล (ศรชล.) เป็นส่วนราชการรูปแบบเฉพาะ ภายใต้สำนักนายกรัฐมนตรี มีอำนาจหน้าที่และรับผิดชอบเกี่ยวกับการรักษาผลประโยชน์ของชาติ

²⁰ นวรัตน์ ไกรพานนท์ กัญติยา สดใส และวรัชยา สุวรรณนตร, ช่องว่างทางนโยบายกับการจัดการผลประโยชน์แห่งชาติทางทะเลของประเทศไทย : ความท้าทายการจัดการผลประโยชน์แห่งชาติทางทะเลไทยภายใต้กติกาสากล, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2555), หน้า 201-231.

²¹ ฐานข้อมูลความรู้ทางทะเล (Marine Knowledge Hub), “กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทะเล,” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : http://www.mkh.in.th/index.php?option=com_content&view=article&id=48&Itemid=154&lang=th [6 มิถุนายน 2563]

²² สำนักงานคณะกรรมการการยุทธศาสตร์ชาติ, ยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2561-2580, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สำนักงานเลขาธิการของคณะกรรมการการยุทธศาสตร์ชาติ, 2561), หน้า 11-63; สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สำนักงานกฤษฎีกา, แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 พ.ศ. 2560-2564, (29 ธันวาคม 2559), หน้า 63-189.

ทางทะเลทั้งปวง ในการบูรณาการการปฏิบัติงานของหน่วยงานต่าง ๆ เมื่อมีความจำเป็น²³ นอกจากนี้ ยังมีการจัดตั้งคณะอนุกรรมการที่ปรึกษาและจัดการความรู้เพื่อผลประโยชน์ของชาติทางทะเล (อจชล.) ซึ่งเป็นคณะอนุกรรมการภายใต้ นปท. ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเลแก่ นปท. และ ศรชล. รวมทั้งปฏิบัติงานอื่นตามที่ นปท. มอบหมายด้วย

ด้วยประเด็นปัญหาความซับซ้อนของแนวคิดการบริหารจัดการ กฎหมาย กรอบนโยบาย กลไกและปัญหาต่าง ๆ ทั้งในระดับสากลและในประเทศไทยทั้งหมดที่ได้แจกแจงไปแล้ว ทำให้เห็นถึงความจำเป็นในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลขึ้น เพื่อสนับสนุนการบริหารจัดการทางทะเลทั้งในระดับนโยบาย เช่น การสนับสนุน นปท. โดยการให้คำปรึกษาและข้อเสนอแนะในการจัดทำนโยบาย ยุทธศาสตร์ แผนความมั่นคงแห่งชาติทางทะเล และในด้านวิชาการ เช่น การสนับสนุนการศึกษาวิจัยเฉพาะกรณีให้กับ อจชล. และประสานความร่วมมือกับสถาบันทางวิชาการที่เกี่ยวข้องทั้งในและต่างประเทศเพื่อพัฒนาองค์ความรู้ด้านทะเลต่อไป

ความเป็นมาและอุปสรรคในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศไทยในอดีต

แนวความคิดในเรื่องการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศไทยได้มีมาอย่างยาวนาน ทั้งที่ริเริ่มโดยภาควิชาการและส่วนราชการ โดยในช่วง พ.ศ. 2540-2557 มีการริเริ่มแนวความคิดโดยภาควิชาการที่ปฏิบัติงานในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทะเล ที่เล็งเห็นความจำเป็นและความสำคัญของการจัดตั้งหน่วยงานเพื่อสนับสนุนการศึกษาวิจัยในเรื่องเกี่ยวกับทะเลเป็นการเฉพาะ โดย รองศาสตราจารย์ ดร.พิพัฒน์ ตั้งสืบลกุล อดีตผู้อำนวยการโครงการกฎหมายทะเลแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (South East Asian Program in Ocean Law Policy and Management) ได้จัดตั้งมูลนิธิเพื่อสถาบันพัฒนากิจการทางทะเลไทยขึ้นในเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2540 เพื่อเป็นกองทุนเริ่มต้นในการค้นคว้าและวิจัยเกี่ยวกับกิจการทางทะเล เสนอแนะนโยบายทางทะเล และส่งเสริมการประสานงานภาครัฐ รวมถึงสร้างความร่วมมือทางวิชาการระหว่างสถาบันทางทะเลทั้งในและต่างประเทศ ทั้งนี้ มูลนิธิดังกล่าวยังดำรงสถานะทางกฎหมายอยู่จนถึงปัจจุบัน แต่ไม่มีบทบาทในการจัดการความรู้หรือสนับสนุนการวิจัยมากนัก

ต่อมาได้มีการศึกษาการจัดตั้งสถาบันดังกล่าวในชื่อที่หลากหลาย เช่น สถาบันวิจัยและพัฒนากิจการทางทะเลแห่งประเทศไทย (MARDIT) สถาบันศึกษาด้านทะเลแห่งประเทศไทย (IMAT) สถาบันกิจการทางทะเลแห่งประเทศไทย (TIMA) แต่การดำเนินการตามโครงการดังกล่าวได้ขาดหายไปเนื่องจากการขาดความต่อเนื่องในการผลักดันนโยบาย²⁴

²³ มาตรา 19, 25 และ 26 พระราชบัญญัติการรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเล พ.ศ. 2562

²⁴ โปรดดู บันทึกข้อความ ศูนย์ศึกษายุทธศาสตร์ทหารเรือ ที่ กท 0532.3/25 ลง 26 มกราคม 2544 เรื่อง แนวความคิดในการจัดตั้งองค์กรอิสระ เพื่อศึกษาค้นคว้าและเสนอแนะนโยบายเกี่ยวกับทะเล; บันทึกข้อความ สถาบันวิชาการทหารเรือชั้นสูง ที่ กท 0532/899 ลงวันที่ 31 พฤษภาคม 2544 เรื่อง การจัดตั้งและดำเนินการขององค์กรอิสระในรูปแบบที่เหมาะสมเพื่อเสนอแนะนโยบายเกี่ยวกับทะเล; บันทึกข้อความ สถาบันวิชาการทหารเรือชั้นสูง ที่ กท 0532/1631 ลง 15 ตุลาคม 2544 เรื่อง การจัดตั้งและดำเนินการขององค์กรอิสระในรูปแบบที่เหมาะสมเพื่อเสนอแนะนโยบายเกี่ยวกับทะเล

แต่หลังจากนั้น รัฐบาลได้มีนโยบายที่ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องนี้มากขึ้น เช่น นโยบายความมั่นคงแห่งชาติทางทะเล พ.ศ. 2548-2552 ข้อ 4.2 เพื่อให้เร่งรัดให้มีการจัดตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่ศึกษาค้นคว้าและเสนอแนะนโยบายยุทธศาสตร์เกี่ยวกับความมั่นคงทางทะเล ขณะเดียวกัน อจชล. ก็ได้มีการประชุมสรุปข้อคิดเห็นเกี่ยวกับรูปแบบขององค์กรที่เป็นประโยชน์หลายประการ เช่น ควรเป็นองค์กรที่อิสระและปลอดการเมือง ไม่ทำหน้าที่ซ้ำซ้อนกับหน่วยงานเดิม มีหน้าที่ให้คำปรึกษาและกำกับนโยบายทางทะเลของชาติในลักษณะที่อยู่ระหว่างราชการและเอกชน และมีผู้เชี่ยวชาญเฉพาะแต่ละด้านที่สามารถให้ข้อเสนอแนะได้อย่างทันเหตุการณ์และมีประสิทธิภาพ เป็นต้น²⁵

อย่างไรก็ดี ตั้งแต่ พ.ศ. 2558 เป็นต้นมา เริ่มมีการนำแนวคิดการจัดการความรู้มาเป็นส่วนหนึ่งของการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ จึงมีการกำหนดนโยบายที่เกี่ยวข้องอย่างเป็นรูปธรรมเพิ่มขึ้น เช่น แผนความมั่นคงแห่งชาติทางทะเล พ.ศ. 2558-2564 ยุทธศาสตร์ที่ 5 การพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ ข้อ 5.1 โดยให้จัดตั้งองค์กรหรือสถาบันที่ทำหน้าที่ศึกษาวิจัยและจัดการความรู้เกี่ยวกับทะเลในรูปแบบที่เหมาะสม เพื่อเป็นศูนย์กลางข้อมูลเชิงวิชาการทางทะเล สำหรับใช้ประโยชน์ร่วมกันในการปกป้องและรักษาความมั่นคงของชาติ และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรทางทะเลให้เกิดประโยชน์สูงสุด²⁶ โดยมี สมช. เป็นหน่วยงานรับผิดชอบหลัก

ในเวลาต่อมา ได้มีการกำหนดแผนปฏิรูปประเทศ พ.ศ. 2561 เรื่องทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง ประเด็นการปฏิรูปที่ 4 : การบริหารจัดการองค์ความรู้ทางทะเล โดยมีตัวชี้วัดที่เป็นรูปธรรม คือ การจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลและมีความสามารถในการบริหารจัดการ²⁷ และหลังจากนั้น ในระหว่างการประชุมพิจารณา ร่าง พ.ร.บ.การรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเล พ.ศ.... วาระที่สอง พ.ศ. 2561 คณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณา ร่าง พ.ร.บ.การรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเล พ.ศ.... ได้ให้ข้อสังเกตว่า รัฐบาลควรจัดให้มีการพิจารณาศึกษาถึงการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในรูปแบบทางกฎหมายที่เหมาะสม เพื่อการจัดการองค์ความรู้ทางทะเลอย่างเป็นรูปธรรมและต่อเนื่อง²⁸

ลักษณะ หน้าที่ และวัตถุประสงค์ขององค์กรจัดการความรู้ทางทะเลที่ประเทศไทยพึงมี

จากการวิเคราะห์แนวคิดการบริหารจัดการทางทะเล กรอบกฎหมาย นโยบายและกลไกการบริหารจัดการและการจัดการความรู้ทางทะเลในบริบทสากลและในประเทศไทยภายใต้พระราชบัญญัติการรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเล พ.ศ. 2562 รวมถึงข้อเสนอแนะที่เกี่ยวข้องในห้วงที่ผ่านมา สรุปได้ว่าองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลที่จะจัดตั้งขึ้นในประเทศไทยควรมีวัตถุประสงค์ในการสนับสนุนการปฏิบัติงานของหน่วยงานต่าง ๆ ทั้งในระดับนโยบายและระดับปฏิบัติการ โดยพึงมีลักษณะดังนี้ (1) ควรเป็นองค์กรจัดการความรู้ที่มีอิสระทางวิชาการและปลอดการเมือง (2) ควรมีสถานะทางกฎหมายที่เอื้อต่อการปฏิบัติงานด้าน

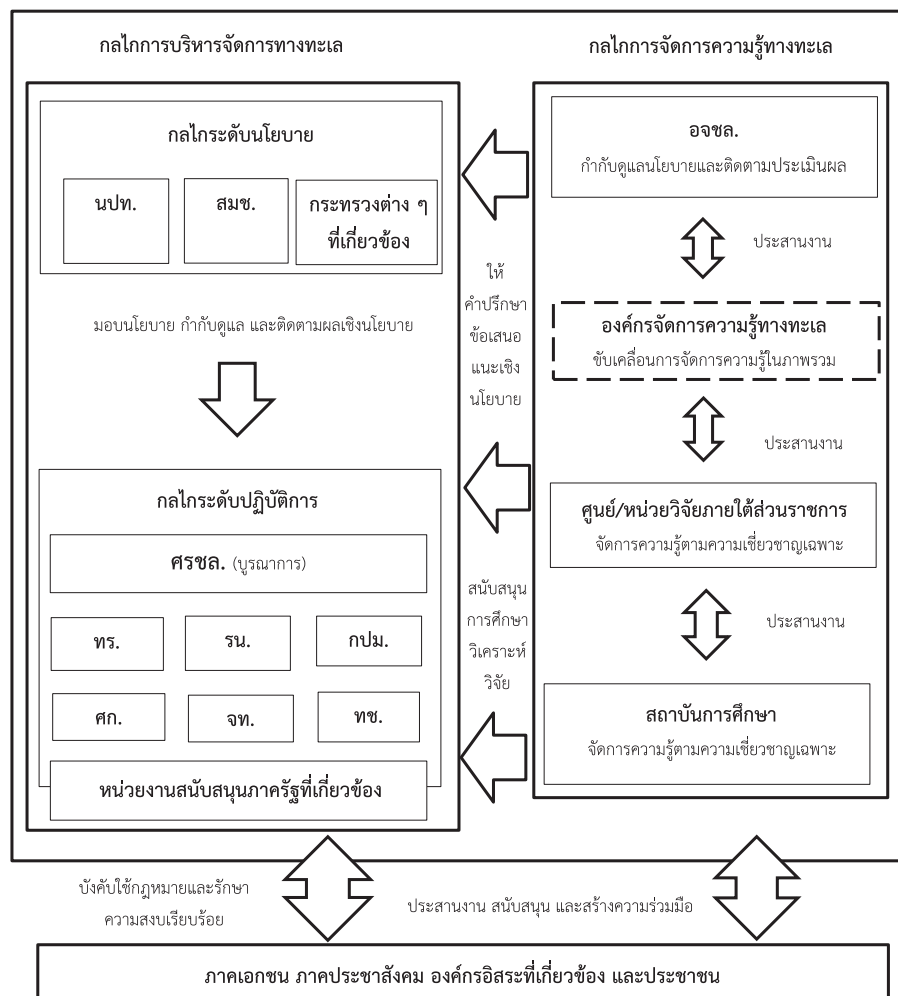
²⁵ เติมศักดิ์ จารยะพันธุ์และคณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการจัดการความรู้เพื่อผลประโยชน์แห่งชาติทางทะเล, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2553), หน้า 141-145.

²⁶ สำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, แผนความมั่นคงแห่งชาติทางทะเล พ.ศ. 2558-2564, หน้า 64.

²⁷ ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง การประกาศแผนการปฏิรูปประเทศ, หน้า 202-206.

²⁸ หนังสือสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา (สว/สนช) ที่ 0007/6349 ลง 20 พฤศจิกายน 2561 เรื่อง ข้อสังเกตของคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติการรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเล

การจัดการความรู้ (3) ควรเป็นองค์กรกลางระดับชาติในลักษณะของคลังสมอง ทำหน้าที่รวบรวมการศึกษาวิจัย องค์ความรู้ด้านกิจกรรมทางทะเลร่วมกับสถาบันวิชาการทางทะเลทั้งภายในและต่างประเทศ (4) ควรมีหน้าที่ ให้คำแนะนำและคำปรึกษาในการกำหนดนโยบาย ยุทธศาสตร์ แผนความมั่นคงแห่งชาติทางทะเล (5) ควรมี หน้าที่ให้คำแนะนำและคำปรึกษาเพื่อสนับสนุนส่วนราชการที่มีอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติการรักษาผลประโยชน์ ของชาติทางทะเล (6) ควรมีหน้าที่เผยแพร่ข้อมูลข่าวสารให้ประชาชนตระหนักรู้ในสำคัญของผลประโยชน์ ของชาติทางทะเล (7) ควรเป็นองค์กรที่มีลักษณะอยู่ระหว่างหน่วยงานราชการและเอกชน (8) ควรเป็นองค์กร ที่จะจัดตั้งขึ้นใหม่โดยไม่ปฏิบัติงานซ้ำซ้อนกับหน่วยงานเดิม (9) ควรเป็นองค์กรจัดการความรู้ที่มีผู้เชี่ยวชาญ เฉพาะตามกิจกรรมทางทะเลในแต่ละด้าน และสามารถให้ข้อเสนอแนะได้อย่างรวดเร็วทันเหตุการณ์ ทั้งนี้ ควรเป็นหน่วยงานหลักของการขับเคลื่อนกลไกการจัดการความรู้ทางทะเลของประเทศไทยทั้งระบบ สำหรับ ความสัมพันธ์ที่ควรจะเป็นระหว่างองค์กรจัดการความรู้กับกลไกที่มีอยู่เดิม ควรเป็นไปดังต่อไปนี้



บทที่ 3 รูปแบบการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในต่างประเทศ

เพื่อให้องค์กรจัดการความรู้ทางทะเลที่จะจัดตั้งขึ้นในประเทศไทยสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ได้วิเคราะห์ไว้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด จึงต้องศึกษารูปแบบทางกฎหมายในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศต่าง ๆ เป็นตัวอย่างด้วย ทั้งนี้ สามารถสรุปสาระสำคัญของการศึกษาได้ดังต่อไปนี้

ภาพรวมองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศต่าง ๆ

ประเทศซึ่งมีอาณาเขตติดต่อกับทางทะเลเกือบทุกประเทศล้วนแล้วแต่มีองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลทำหน้าที่ศึกษาวิจัยและเก็บรวบรวมฐานข้อมูลต่าง ๆ เพื่อใช้ประกอบการดำเนินกิจการทางทะเลทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร เยอรมนี ฝรั่งเศส จีน ฯลฯ²⁹ นอกจากนี้ บางประเทศยังมีองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาโยบายและดำเนินการด้านความมั่นคง (security) ความมั่งคั่ง (prosperity) และความยั่งยืน (sustainability) ด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงอีกด้วย³⁰ โดยรูปแบบทางกฎหมายในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลเหล่านี้มีความหลากหลาย ทั้งที่มีสถานะเป็นหน่วยงานในระบบราชการของรัฐ หน่วยงานที่จัดตั้งโดยเอกชนหรือมหาวิทยาลัย หรือแม้แต่เป็นเพียงเวทีทางวิชาการที่สร้างขึ้นเพื่อศึกษาวิเคราะห์ถกเถียงในทางวิชาการเฉพาะเรื่อง³¹

การศึกษาตัวอย่างการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในต่างประเทศในรายละเอียด

ด้วยเหตุที่องค์กรจัดการความรู้ทางทะเลทั่วโลกมีความหลากหลาย การจะศึกษาองค์กรทุกองค์กรจึงเป็นการดำเนินการที่เกินขอบเขตของการศึกษาวิจัย อีกทั้งไม่เป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศไทย สิ่งที่พึงดำเนินการมากกว่า คือ การพิจารณาเลือกองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลที่เหมาะสมกับการนำมาเป็นตัวอย่างในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศไทย ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากเหตุผลในเชิงภูมิศาสตร์ เชิงความสัมพันธ์ทางทะเลกับประเทศไทย เชิงภารกิจ เชิงคุณภาพ และเชิงความหลากหลายของรูปแบบการจัดตั้งองค์กร และศึกษาวิเคราะห์องค์กรเหล่านั้นอย่างเจาะลึกในรายละเอียดในประเด็นต่าง ๆ ได้แก่ แนวคิดและสภาพการณ์ในการจัดตั้ง ขอบวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งสถานะทางกฎหมาย ภารกิจ โครงสร้างการบริหารจัดการองค์กร งบประมาณและแหล่งที่มาของทุนสนับสนุนการดำเนินการขององค์กร³² ทั้งนี้ สามารถสรุปสาระสำคัญของการศึกษาได้ดังต่อไปนี้

²⁹ อาทิ ศูนย์กลางความมั่นคงทางทะเลนานาชาติ (Center for International Maritime Security) ประเทศสหรัฐอเมริกา สถาบันทางทะเล (The Nautical Institute) สหราชอาณาจักร สถาบันทางทะเลเซี่ยงไฮ้ (Shanghai Maritime Institute) ประเทศจีน ฯลฯ

³⁰ อาทิ International Maritime Organization ซึ่งจัดการความรู้ด้านสิ่งแวดล้อมและการขนส่งทางทะเล Shanghai International Shipping Institute ที่เกิดจากความร่วมมือกันระหว่างกระทรวงคมนาคมของปักกิ่งกับมหานครเซี่ยงไฮ้ มุ่งเน้นการศึกษาในด้านการขนส่งทางทะเลเป็นหลัก

³¹ อาทิ European Marine Board, The Maritime Institute of Eastern Mediterranean, International Transport Forum (ITF) หรือ Global Shipping Think Tank Alliance

³² หัวข้อได้มาจากการพิจารณาวัตถุประสงค์ในบทที่ 2 และตัวอย่างการศึกษาวิจัยเปรียบเทียบองค์กรของรัฐอื่น ๆ อาทิ Serafin Talisayon, "Knowledge Management for Public-sector Productivity", Report on the Asian Productivity Organization (Tokyo, 2013); Vasileios Ismyrtis, Theodore Tarnanidis and Efstratios Moschidis, Knowledge Management Practices in the Public Sector (Pennsylvania : IGI Global, 2019)

สถาบันศึกษายุทธศาสตร์และการป้องกันประเทศ (Institute of Defence and Strategic Studies: IDSS) ประเทศสิงคโปร์³³

เป็นสถาบันที่อยู่ภายใต้คณะรัฐศาสตร์ระหว่างประเทศ เอส ราจารัตนาม (S. Rajaratnam School of International Studies หรือ RSIS) ซึ่งเป็นสถาบันการศึกษาเปิดสอนระดับบัณฑิตศึกษา อยู่ในสังกัดของมหาวิทยาลัยเทคโนโลยี นันยาง (Nanyang Technological University) ถูกก่อตั้งเมื่อวันที่ 30 กรกฎาคม พ.ศ. 2539 โดย ดอกเตอร์ โทนี ตัน เค็ง ยัม (Dr. Tony Tan Keng Yam) ซึ่งดำรงตำแหน่งรองนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมของประเทศสิงคโปร์ในขณะนั้น

RSIS มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาวิจัยเรื่องการพัฒนาภูมิศาสตร์การเมืองการปกครองในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก และส่งเสริมให้สังคมสนใจและเข้าใจในประเด็นทางยุทธศาสตร์และการป้องกันประเทศในสิงคโปร์และภูมิภาคเอเชีย โดยปัจจุบันมีการเน้นให้ทำวิจัยในเรื่องความมั่นคง ยุทธศาสตร์และการป้องกันประเทศ ทั้งนี้ RSIS มีการบริหารจัดการอิสระแยกจากระบบราชการ (autonomous university) แต่ยังได้รับเงินอุดหนุนทั่วไปที่รัฐจัดสรรให้ มีความเป็นอิสระจากการควบคุมของรัฐบาลในด้านความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจ โดยถูกกำหนดภารกิจไว้ดังต่อไปนี้ (1) ศึกษาวิจัยในประเด็นความมั่นคงของชาติ เทคโนโลยีกลาโหมและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (2) เปิดหลักสูตรการเรียนการสอนเป็นการทั่วไปและระดับปริญญาโทในเรื่องเกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ เทคโนโลยีกลาโหม และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (3) ส่งเสริมการจัดโครงการร่วมกันและโครงการแลกเปลี่ยนกับสถาบันซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกันในภูมิภาคและในระดับระหว่างประเทศ และ (4) จัดสัมมนาและการประชุมในหัวข้อเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของชาติ เทคโนโลยีกลาโหม และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

RSIS อยู่ภายใต้การให้คำแนะนำของสภาผู้ว่าการ (Board of Governors) ซึ่งถูกแต่งตั้งโดยคณะกรรมการทรัสต์ของมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีนันยาง สภาดังกล่าวประกอบด้วยสมาชิกซึ่งเป็นผู้แทนจากทางมหาวิทยาลัย องค์กรและหน่วยงานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกลาโหม การศึกษายุทธศาสตร์ การทูตและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยคณบดีของ RSIS จะดำรงตำแหน่งสมาชิกของสภานี้โดยตำแหน่ง ทั้งนี้ RSIS ได้รับทุนสนับสนุนจากรัฐบาล แต่ยังมีคามยืดหยุ่นในการบริหารจัดการแผนด้วยตนเอง นอกจากนี้ยังได้รับเงินทุนสนับสนุนต่าง ๆ รวมถึงการทำวิจัยจากการบริจาคจากบุคคลทั่วไปและกลุ่มทุนต่าง ๆ ได้ด้วย

³³ RSIS Nanyang Technological University Singapore, "About the Institute of Defence and Strategic Studies," [online] Available from : <https://www.rsis.edu.sg/research/idss/about-the-centre/about-the-institute-of-defence-and-strategic-studies-idss/#.X8H9l7MxXws> [28 November 2020]

ศูนย์วิจัยด้านทรัพยากรและความมั่นคงทางทะเลแห่งชาติออสเตรเลีย (Australian National Center for Ocean Resources and Security: ANCORS)³⁴

เป็นศูนย์กลางการศึกษาที่จัดตั้งขึ้นภายใต้มหาวิทยาลัย เพื่อดำเนินการวิจัย ศึกษา และฝึกฝนทักษะ อันจำเป็นต่าง ๆ เกี่ยวกับการดำเนินกิจการในทางกฎหมายทะเล ทั้งความมั่นคงทางทะเลและการจัดการทรัพยากรทางทะเล ทั้งนี้ อยู่ภายใต้การกำกับของคณะธุรกิจและกฎหมาย มหาวิทยาลัยวูลลองกอง ซึ่งเป็นมหาวิทยาลัยของรัฐ ตั้งอยู่ที่เมืองชายฝั่งวูลลองกอง รัฐนิวเซาท์เวลส์ ประเทศออสเตรเลีย การดำเนินงานของศูนย์วิจัยจึงใช้บุคลากรและงบประมาณของมหาวิทยาลัยวูลลองกองเป็นหลัก

ANCORS มีภารกิจสำคัญ ได้แก่ ภารกิจด้านงานวิจัยที่มีผลต่อนโยบายทางทะเล ภารกิจในการจัดการเรียนการสอนในหลักสูตรต่าง ๆ ภารกิจในการให้คำแนะนำและคำปรึกษาออกแบบพัฒนานโยบายและให้คำแนะนำในเชิงเทคนิคแก่หน่วยงานต่าง ๆ ทั้งในส่วนของประเทศและเอกชนในประเทศออสเตรเลีย รวมถึงองค์การระหว่างประเทศและอุตสาหกรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องอีกด้วย

โครงสร้างการบริหาร ANCORS ประกอบด้วยผู้อำนวยการศูนย์ รองผู้อำนวยการศูนย์ นักวิชาการประจำต่าง ๆ และเจ้าหน้าที่ธุรการ โดยอยู่ภายใต้การควบคุมของอธิการบดีมหาวิทยาลัย คณบดี และสภามหาวิทยาลัย อีกชั้นหนึ่ง ได้รับเงินสนับสนุนจากทางรัฐบาลกลางออสเตรเลีย นอกจากนี้ มหาวิทยาลัยยังได้เงินทุนมาจากการช่วยเหลือทางการเงินของรัฐนิวเซาท์เวลส์ เงินค่าเล่าเรียนและค่าธรรมเนียมจากนักศึกษา ตลอดจนเงินที่ได้จากการลงทุน ค่าจ้างที่ปรึกษาและค่าจ้างวิจัยด้วย

สถาบันกิจการทางทะเลเกาหลี (Korea Maritime Institute: KMI)³⁵

สถาบันกิจการทางทะเลเกาหลีเป็นศูนย์กลางคลั่งสมองด้านการวิจัยและพัฒนาโยบายการประมงและกิจการทางทะเลของประเทศเกาหลีใต้ มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่กรุงโซล ดำเนินภารกิจต่าง ๆ ผ่านทางสำนักงานประสานนโยบายรัฐบาล (Office of Government Policy Coordination) เพื่อแนะนำนโยบายแห่งชาติด้านการประมงและกิจการทางทะเลให้แก่รัฐบาล เพื่อส่งเสริมเศรษฐกิจและความมั่นคงของชาติ KMI มีสถานะเป็นหน่วยงานราชการสังกัดสำนักเลขาธิการ นายกรัฐมนตรี และมีสถานะการก่อตั้งตามรัฐธรรมนูญจัดการ จัดตั้ง ปฏิบัติการ และสนับสนุนเงินทุนรัฐบาลในสถาบันวิจัยด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี (Act on the Establishment, Operation and Fostering of Government-funded Science and Technology Research Institutes)

³⁴ University of Wollongong Australia, "About," [online] Available from : <https://www.uow.edu.au/ancors/about/> [28 October 2020]

³⁵ รวบรวมข้อมูลจากเว็บไซต์ Korea Maritime Institute [online] Available from : <https://www.kmi.re.kr/eng/contents/contents-View.do?rbsIdx=215> [28 November 2020]

KMI มีภารกิจหลัก ได้แก่ ภารกิจในการวิจัยและวิเคราะห์ในเรื่องที่เกี่ยวกับกิจการทางทะเล การประมง และนโยบายการขนส่งทางทะเลและท่าเรือ ภารกิจในการรวบรวม วิเคราะห์ เผยแพร่แนวโน้มและข้อมูลเกี่ยวกับกิจการทางทะเล และดำเนินโครงการตามที่ได้รับมอบหมายจากรัฐบาล นอกจากนี้ ยังมีการทำโครงการแลกเปลี่ยนหรือกิจกรรมโครงการวิจัยร่วมกับหน่วยงานต่างประเทศอย่างหลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นมหาวิทยาลัย สถาบันวิจัย และองค์การระหว่างประเทศด้วย การดำเนินงานของ KMI ประกอบด้วยประธานทำหน้าที่ควบคุมแผนกตรวจสอบภายใน และผู้ตรวจสอบภายในโดยตรง รองประธานด้านการทำวิจัยทำหน้าที่รับผิดชอบดูแลงานด้านการวิจัยและกำกับหน่วยงานวิจัย และรองประธานด้านบริหารจัดการทำหน้าที่รับผิดชอบงานบริหารจัดการทั่วไปและธุรการ โดย KMI ได้รับเงินทุนสนับสนุนจากรัฐบาล

สถาบันวิทยาศาสตร์ทางทะเลและเทคโนโลยีเกาหลี (Korea Institute of Ocean Science and Technology หรือ KIOST)³⁶

เป็นสถาบันของรัฐที่สร้างขึ้นภายใต้สถาบันวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีของประเทศเกาหลีใต้ ตามรัฐธรรมนูญ การจัดตั้ง ปฏิบัติการ และสนับสนุน เงินทุนรัฐบาลในสถาบันวิจัยด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี เพื่อค้นหาความรู้ทางวิทยาศาสตร์ใหม่ ๆ เกี่ยวกับทะเล อันจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศและประชาชนเกาหลีใต้ มีภารกิจสำคัญ ได้แก่ การวิจัยในประเด็นเกี่ยวกับทะเล การวิจัยเกี่ยวกับนโยบายและหน้าที่ของสถาบันที่เกี่ยวข้องกับทะเลและวิทยาศาสตร์ทั่วโลก การสนับสนุนระบบราชการและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับกิจการทางทะเล การพัฒนา ตรวจสอบและซ่อมแซมเทคโนโลยี เครื่องจักร และอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับกิจการทางทะเล การจัดตั้งและดำเนินการสาธิตอุปกรณ์พื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับทะเล ตลอดจนการสร้างพันธมิตรกับมหาวิทยาลัย สถาบันวิจัย และบริษัทต่าง ๆ ทั้งภายในและต่างประเทศ

การบริหารจัดการงานของ KIOST อยู่ในรูปแบบคณะกรรมการ โดยกระจายอำนาจออกไปยังสำนักประธาน (Office of the President) ซึ่งดูแลด้านความร่วมมือระหว่างประเทศ นโยบายทางทะเลและงานบริหารจัดการและวางแผนต่าง ๆ ส่วนสำนักรองประธาน (Office of the Vice President) จะเน้นรับผิดชอบงานด้านวิจัยแขนงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับทะเล ได้รับเงินทุนสนับสนุนจากรัฐบาลภายใต้กฎหมายจัดตั้ง

สถาบันวิจัยนโยบายทางทะเล (Ocean Policy Research Institute, The Sasakawa Peace Foundation) ประเทศญี่ปุ่น³⁷

จัดตั้งขึ้นเพื่อเป็นคลังสมองของประเทศในการค้นคว้า ศึกษาวิจัย และให้ข้อเสนอแนะด้านนโยบายทางทะเลแก่ผู้กำหนดนโยบายในประเทศญี่ปุ่น โดยอยู่ภายใต้มูลนิธิซาซากาว่าเพื่อสันติภาพ (Sasakawa Peace Foundation) อันมีลักษณะเป็นองค์กรไม่แสวงหาผลกำไร (Not-for-Profit Foundation) ตั้งอยู่ ณ กรุงโตเกียว ประเทศญี่ปุ่น ทั้งนี้ สถาบันวิจัยนโยบายทางทะเลเป็นหนึ่งในมูลนิธิเพื่อประโยชน์สาธารณะที่ใหญ่ที่สุดของประเทศญี่ปุ่น มีสินทรัพย์ตีมูลค่าเป็นเงินสูงถึง 142.6 พันล้านเยน

³⁶ รวบรวมข้อมูลจากเว็บไซต์ Korea Institute of Ocean Science & Technology [online] Available from : https://www.kiost.ac.kr/eng/sub01_01.do [28 November 2020]

³⁷ The Ocean Policy Research Institute, "About OPRI," [online] Available from : <https://www.spf.org/en/opri/profile/> [3 November 2020]

สถาบันวิจัยนโยบายทางทะเลมีภารกิจงานหลัก ได้แก่ การจัดกิจกรรมหรือการเข้าร่วมประชุมสัมมนา ระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับทะเล การจัดทำโครงการวิจัย การแนะนำและเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับทะเล ให้แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องโดยให้ข้อมูลสามารถเข้าถึงได้มากที่สุด และการส่งเสริมกฎหมายพื้นฐานเกี่ยวกับนโยบาย ทางทะเลโดยส่งเสริมให้มีการศึกษา วิจัย และอภิปรายในเชิงลึก การบริหารจัดการของสถาบันวิจัยนโยบาย ทางทะเลอยู่ภายใต้คณะกรรมการบริหาร (Executive Director) ซึ่งมีอำนาจในการสั่งการนโยบายผ่านมายัง ประธาน (President) และรองประธาน (Vice President) โดยโครงสร้างหลักแบ่งออกได้เป็น แผนกวางแผน และการจัดการทางทะเลและแผนกวิจัยนโยบาย มีรายได้หลักในการปฏิบัติงานมาจากการบริจาค เงินทุนพิเศษ การให้เปล่า ตลอดจนแหล่งเงินอื่น ๆ เช่น เงินได้จากการลงทุน เงินฝาก การขายสินทรัพย์ต่าง ๆ ด้วย

สถาบันกิจการทางทะเลแห่งชาติมาเลเซีย (Maritime Institute of Malaysia: MIMA)³⁸

เป็นสถาบันวิจัยด้านนโยบายที่ก่อตั้งโดยรัฐบาลประเทศมาเลเซีย ถูกจัดตั้งขึ้นในรูปแบบของบริษัทจำกัด ภายใต้รัฐบัญญัติบริษัทและเป็นองค์กรไม่แสวงหาผลกำไร เพื่อวิเคราะห์ประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ ของชาติทางทะเลของประเทศ และทำหน้าที่เป็นจุดศูนย์กลางการวิจัยในภาคส่วนทางทะเล ศึกษาแนวทางการ บริหารจัดการกิจการทางทะเลที่เกี่ยวข้องกับประเทศทั้งหมดอย่างครอบคลุม โดยมีภารกิจหลัก ได้แก่ การศึกษา วิจัยกิจการทางทะเล การสนับสนุนเจ้าหน้าที่รัฐในหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับภาคส่วนทะเล โดยจัดหา ผู้เชี่ยวชาญเพื่อช่วยงานและสนับสนุนวางแผนนโยบายทางทะเลและการนำนโยบายดังกล่าวไปใช้ทางปฏิบัติ นอกจากนี้ ยังจัดทำคำแนะนำและให้ความเห็นทางวิชาการต่อเจ้าหน้าที่รัฐและองค์กรอื่นที่เกี่ยวข้อง

MIMA มีโครงสร้างการบริหารจัดการภายในองค์กรแบ่งออกเป็น 5 ส่วน ได้แก่ คณะกรรมการบริหาร มีหน้าที่เป็นที่ปรึกษาและควบคุมการดำเนินงานทั้งปวงของสถาบัน สำนักงานผู้อำนวยการใหญ่ สำนักงานรอง ผู้อำนวยการใหญ่ แผนกงานบริหารและการเงิน และศูนย์กลางทรัพยากร ซึ่งเป็นศูนย์รวมของงานวิจัยทางทะเล และห้องสมุดพิเศษทางทะเล โดยได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากรัฐบาล อย่างไรก็ตาม MIMA ก็ยังสามารถ รับเงินทุนสนับสนุนจากท้องถิ่นหรือต่างประเทศ และสามารถสร้างรายได้จากการขายสิ่งพิมพ์ งานให้คำปรึกษา ค่าธรรมเนียมสมาชิก ค่าธรรมเนียมจัดหลักสูตรสัมมนาเชิงปฏิบัติการได้อีกด้วย

มูลนิธิทางทะเลแห่งชาติ (National Maritime Foundation หรือ NMF) ประเทศอินเดีย³⁹

เป็นสถาบันคลังสมองของชาติแห่งแรกของอินเดีย ซึ่งดำเนินการในฐานะศูนย์กลางการศึกษาวิจัยใน กิจการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับทะเล เพื่อพัฒนาและสนับสนุนแผนสำหรับการส่งเสริมและปกป้องผลประโยชน์ แห่งชาติทางทะเลของประเทศ ทั้งนี้ แม้ว่าจะมีลักษณะเป็นมูลนิธิที่มีการดำเนินงานอย่างเป็นอิสระก็ตาม แต่การ พัฒนาขององค์กรก็ได้รับการสนับสนุนจากกระทรวงกลาโหมและกองทัพเรืออินเดียมาโดยตลอด มูลนิธิทางทะเล แห่งชาติมีสถานะทางกฎหมายเป็นมูลนิธิ โดยจัดตั้งขึ้นภายใต้รัฐบัญญัติการจดทะเบียนทางสังคม (Societies Registration Act XXI of 1860[ND2])

³⁸ MIMA Martine Institute of Malaysia, "MIMA Overview," [online] Available from : <https://www.mima.gov.my/about-us/about-mima/mima-overview> [10 November 2020]

³⁹ National Maritime Foundation, "The Foundation Genesis," [online] Available from : <https://maritimeindia.org/the-foundation/#toggle-id-1> [10 November 2020]

มูลนิธิทางทะเลแห่งชาติ มีภารกิจเป็นคณะทำงานระดับมั่นคงสมองในการทำวิจัยที่มุ่งเน้นเรื่องความมั่นคงทางทะเล อย่างไรก็ตาม งานวิจัยของมูลนิธิก็มีลักษณะเป็นองค์รวมและมีเนื้อหาที่ครอบคลุมโดยไม่จำกัดเฉพาะในเรื่องของความมั่นคงทางทะเลเพียงอย่างเดียว แต่ยังรวมถึงด้านเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม วิทยาศาสตร์ กฎหมาย และประวัติศาสตร์ ตลอดจนการสร้างฐานพันธมิตรทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศที่หลากหลายเพื่อปฏิบัติการเกี่ยวกับทะเลด้วย

โครงสร้างการบริหารงานภายในมูลนิธิทางทะเลแห่งชาติประกอบด้วยบุคลากรทางทะเลซึ่งมากด้วยประสบการณ์จากหลากหลายสาขา ไม่ว่าจะเป็นจากผู้ปฏิบัติงานจริง โดยเฉพาะจากภาคกองทัพหรือนักวิชาการพลเรือน โดยมีบุคลากรคณะผู้วิจัยหลักจำนวน 18 คน และทีมสนับสนุนคณะผู้วิจัยจำนวน 3 คน โดยสามารถจำแนกโครงสร้างการบริหาร ได้แก่ ผู้บริหารอาวุโส สถาปครอง และคณะกรรมการบริหาร โดยมูลนิธิทางทะเลแห่งชาติมีเงินทุนที่ใช้ดำเนินงานมาจากเงินทุนเดิมของมูลนิธิ (corpus fund) และมีรายได้มาจากค่าบอกรับสมาชิก ไม่ว่าจะเป็นสมาชิกของมูลนิธิ (membership subscription) สมาชิกวารสาร (journal subscription) ค่าสมาชิกตลอดชีวิต ค่าสมาชิกสถาบัน ดอกเบี้ยต่าง ๆ จากการออม ค่าใช้สิทธิ (Royal Fee) ตลอดจนเงินรับบริจาค ค่าธรรมเนียมการเรียน ค่าขายหนังสือพิมพ์เก่า เป็นต้น

บทที่ 4 รูปแบบทางกฎหมายในการจัดตั้งองค์การจัดการความรู้ในประเทศไทย

องค์ประกอบส่วนสุดท้ายเพื่อการสังเคราะห์รูปแบบองค์กรที่เหมาะสมเพื่อการจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศไทย คือ การศึกษารูปแบบทางกฎหมายต่าง ๆ ที่เป็นไปได้ในระบบกฎหมายไทย การศึกษาในส่วนนี้นอกจากจะวิเคราะห์หลักการทางกฎหมาย ได้แก่ ทฤษฎีว่าด้วยรัฐและการกำเนิดรัฐ ภารกิจของรัฐ การแบ่งประเภทองค์กรของรัฐ ทฤษฎีประชาธิปไตยและการปกครองโดยกฎหมาย อันเป็นที่มาของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและการควบคุมความเหมาะสมของการดำเนินการขององค์กรของรัฐ ระบบการบังคับบัญชาและกำกับดูแล ภายใต้หลักการรวมอำนาจและกระจายอำนาจ⁴⁰ อันมีผลต่อลักษณะพื้นฐานของรูปแบบองค์กรต่าง ๆ ทั้งในแง่ของสถานะทางกฎหมาย ขอบวัตถุประสงค์ การจัดตั้งและการยุบ โครงสร้างการบริหารองค์กร การควบคุมตรวจสอบการดำเนินงาน สถานะของบุคลากร และการบริหารงบประมาณแล้ว ยังศึกษาตัวอย่างองค์กรจัดการความรู้ที่จัดตั้งขึ้นแล้วในประเทศไทยในรูปแบบต่าง ๆ เหล่านี้ เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ข้อดีและข้อจำกัดทางกฎหมายในการจัดตั้งองค์การจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศไทยตามรูปแบบต่าง ๆ เหล่านี้ด้วย ทั้งนี้ผลการศึกษาพบรูปแบบองค์กรที่เป็นไปได้ทั้งสิ้น 5 รูปแบบหลัก (7 รูปแบบย่อย) ดังต่อไปนี้

(1) องค์กรที่จัดตั้งขึ้นในฐานะหน่วยงานราชการส่วนกลาง

เป็นองค์กรหลักของรัฐที่ทำหน้าที่จัดการภารกิจของรัฐ ประกอบด้วยกระทรวงและองค์กรย่อยต่าง ๆ ภายในกระทรวง ได้แก่ ทบวง กรม สำนักงาน ฯลฯ ทั้งนี้ ในระบบกฎหมายไทย การจัดตั้งและแบ่งหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินตามกระทรวงต่าง ๆ เป็นไปตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม และ

⁴⁰ โปรดดูการวิเคราะห์และแหล่งข้อมูลที่ใช้อ้างอิงอย่างละเอียดในรายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์

ส่วนราชการภายใต้กระทรวงต่าง ๆ จัดตั้งขึ้นตามพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการของแต่ละกระทรวง ส่วนการบริหารงานภายในกระทรวง ทบวง กรม เป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ภายใต้ระบบการควบคุมแบบบังคับบัญชา ซึ่งผู้บังคับบัญชาสามารถควบคุมการดำเนินงานได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสม โดยระบบและกระบวนการในทางงบประมาณมีพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 พระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี และพระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. 2491 ใช้เป็นมาตรฐานกลาง

ตัวอย่างองค์กรจัดการความรู้ที่จัดตั้งขึ้นในฐานะหน่วยงานราชการส่วนกลาง ได้แก่ **สถาบันวิจัยและพัฒนาทรัพยากรทางทะเล** โดยเป็นหน่วยงานราชการภายใต้สังกัดของกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม⁴¹ มีภารกิจในการศึกษาวิจัย สนับสนุนและถ่ายทอดองค์ความรู้ เทคโนโลยี และบริการวิชาการที่เกี่ยวกับทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง สถาบันวิจัยและพัฒนาทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งมีผู้อำนวยการหนึ่งคนเป็นผู้บริหารสูงสุด และผู้เชี่ยวชาญสองคนอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของอธิบดีกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง และปลัดกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เนื่องจากสถาบันวิจัยและพัฒนาทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งมีสถานะเป็นหน่วยงานราชการจึงได้รับเงินทุนในการดำเนินการหลักมาจากงบประมาณแผ่นดิน

จากการพิจารณาหลักการและลักษณะทางกฎหมายขององค์กรที่จัดตั้งขึ้นในฐานะหน่วยงานราชการส่วนกลาง พบข้อดีหลายประการ อาทิ ความเป็นเอกภาพและชัดเจนในการจัดทำภารกิจ เนื่องจากจะได้รับคำสั่งโดยตรงจากผู้บังคับบัญชาหรือหน่วยงานต้นสังกัดภายใต้หลักการรวมอำนาจ เช่นว่าต้องการให้องค์กรจัดการความรู้ศึกษาค้นคว้า วิจัย หรือให้ความเห็นในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ ทำให้ตรงต่อความต้องการของผู้ปฏิบัติงานโดยตรง การประหยัดงบประมาณแผ่นดิน เพราะเป็นการใช้ทรัพยากรทั้งสถานที่ บุคลากรและอุปกรณ์ที่มีอยู่แล้ว ไม่ต้องจัดสรรงบประมาณให้แก่องค์กรที่แยกการดำเนินงานออกเป็นอิสระเพิ่มเติมอีก ความสอดคล้องกับเนื้อหาการจัดการความรู้ทางทะเลซึ่งเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศ ตลอดจนการได้รับการจัดสรรงบประมาณเป็นประจำทุกปี ทำให้มีความมั่นใจในแง่แหล่งรายได้

อย่างไรก็ดี คณะผู้วิจัยพบข้อจำกัดทางกฎหมายบางประการที่น่าจะเกิดขึ้นหากจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในรูปแบบหน่วยงานราชการส่วนกลาง อาทิ ธรรมชาติของภารกิจในการจัดการความรู้ทางทะเล มีเนื้อหาที่มีความซับซ้อน จำต้องอาศัยความเชี่ยวชาญจากบุคลากรผู้มีความรู้ทางวิชาการโดยเฉพาะ การนี้อาจไม่สอดคล้องกับลักษณะทั่วไปของการคัดเลือกบุคลากรในระบบราชการที่มักใช้ระบบข้อสอบกลาง (เพื่อให้เกิดความเสมอภาคในการคัดเลือก) การมีสายบังคับบัญชาที่ยาว การนี้แม้จะเป็นไปเพื่อป้องกันการใช้อำนาจที่มิชอบของเจ้าหน้าที่ แต่ก็ทำให้เกิดความล่าช้าและยุ่งยากในการดำเนินการ ไม่เอื้อต่อการปฏิบัติงานที่ต้องศึกษาวิจัยและพัฒนาองค์ความรู้อย่างเป็นอิสระ และเสนอแนะนโยบายในปัญหาเฉพาะหน้าอย่างทันท่วงที การควบคุมตรวจสอบในลักษณะของการบังคับบัญชา ซึ่งผู้บังคับบัญชาสามารถควบคุมการดำเนินงานได้ทั้งความชอบด้วย

⁴¹ กฎกระทรวง แบ่งส่วนราชการกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2563

กฎหมายและความเหมาะสม ทำให้กระบวนการจัดการความรู้ซึ่งพึงเป็นเรื่องทางวิชาการที่เป็นอิสระอย่างแท้จริง ถูกแทรกแซงได้ นอกจากนี้ ในความเป็นจริงแล้ว องค์กรที่ปฏิบัติงานทางทะเลในปัจจุบันมีหน่วยงานย่อยของตนเองที่ดำเนินการจัดการความรู้อยู่แล้ว การจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในรูปแบบหน่วยงานราชการส่วนกลางเพิ่มอีกอาจเป็นการทับซ้อนกับองค์กรที่มีอยู่แล้ว

(2) รัฐวิสาหกิจ หรือ วิสาหกิจมหาชน (Public Enterprise)

เป็นองค์กรของรัฐอีกรูปแบบหนึ่งที่เกิดขึ้นเพื่อจัดให้บริการสาธารณะโดยเฉพาะภารกิจทางเศรษฐกิจทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมที่สำคัญของประเทศ ภายใต้แนวคิดของรัฐเสรีนิยม โดยที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐเป็นเจ้าของหรือสามารถครอบงำการดำเนินงานในกิจการของรัฐวิสาหกิจ เนื่องจากมีทุนหรือหุ้นในวิสาหกิจนั้นทั้งหมดหรือส่วนมาก แม้ว่าวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นจะมีหลากหลายและแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ แต่เหตุผลในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจค่อนข้างมีความเป็นสากล กล่าวคือประสงค์ให้เป็นองค์กรที่มีโครงสร้างการบริหารงานแตกต่างหากจากราชการ เพื่อให้การดำเนินการมีขั้นตอนและสายการบังคับบัญชาไม่ยาวและสลับซับซ้อน ทำให้สามารถดำเนินงานได้อย่างคล่องตัว กำหนดค่าตอบแทนของบุคคลได้อย่างเหมาะสมตามความสามารถของบุคคล มีระบบการบริหารงบประมาณที่ยืดหยุ่นไม่ต้องอาศัยเพียงแต่งบประมาณแผ่นดินเพียงอย่างเดียว แต่สามารถเรียกเก็บค่าตอบแทนจากผู้ใช้บริการได้ด้วย ทั้งหมดนี้ก็เพื่อให้เหมาะสมกับการจัดให้บริการสาธารณะในด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ซึ่งมีธรรมชาติเป็นการผลิตและจำหน่ายสินค้าหรือบริการ และสามารถแข่งขันกับภาคเอกชนได้⁴²

อย่างไรก็ดี การที่รัฐเป็นเจ้าของรัฐวิสาหกิจไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน ย่อมหมายความว่าเงินทุนในการบริหารส่วนหนึ่งนั้นเป็นเงินทุนที่มาจากงบประมาณแผ่นดิน ดังนั้นแล้ว นอกจากที่ผู้บริหารต้องมีความรับผิดชอบต่อบุคคลที่เป็นผู้ถือหุ้นแล้ว ก็ยังต้องมีความรับผิดชอบต่อประเทศชาติด้วย การบริหารงานจึงต้องอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบจากรัฐ (และประชาชน) ภายใต้หลักการกระจายอำนาจในเชิงกิจการ โดยรัฐบาลจะคอยเป็นผู้กำหนดแนวทางการดำเนินงานซึ่งองค์กรนั้น ๆ จะต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันมิให้เกิดการรั่วไหลหรือใช้ผิดวัตถุประสงค์ของงบประมาณ⁴³

ในประการนี้ จึงต้องพิจารณาความสมดุลให้เกิดขึ้นระหว่างความเป็นอิสระในการดำเนินการของรัฐวิสาหกิจและการควบคุมครอบงำของรัฐ โดยอาจให้การดำเนินการโดยหลักเป็นไปโดยอิสระ แต่คงอำนาจในการควบคุมดูแลในเรื่องที่สำคัญไว้ อาทิ การตัดสินใจลงทุนโครงการขนาดใหญ่⁴⁴ ทั้งนี้ ขอบวัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ของรัฐวิสาหกิจหนึ่ง ๆ เป็นไปตามกฎหมายที่จัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ และโครงสร้างการบริหารงาน

⁴² ชาญชัย แสงศักดิ์, **องค์การมหาชน**, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542), หน้า 99-110.; ชาญชัย แสงศักดิ์, **คำอธิบายกฎหมายปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 28 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 205-206.; ประยูร กาญจนดุล, **คำบรรยายกฎหมายปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 120-121.

⁴³ ชาญชัย แสงศักดิ์, **องค์การมหาชน**, หน้า 99-110.

⁴⁴ โปรตดู วันเพ็ญ ทรัพย์สงเสริม, “การจัดระบบองค์การมหาชนอิสระในกระบวนการจัดให้บริการสาธารณะในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539). ใน ชาญชัย แสงศักดิ์, **คำอธิบายกฎหมายปกครอง**, หน้า 214-215.

ในส่วนต่าง ๆ เป็นไปตามกฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้น ๆ อาทิ พระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 พระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543 พระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 ฯลฯ

ตัวอย่างองค์กรจัดการความรู้ที่จัดตั้งขึ้นในรูปแบบรัฐวิสาหกิจ ได้แก่ **สถาบันวิจัยวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งประเทศไทย (วว.)** ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการตามนโยบายพิเศษของรัฐ ตามพระราชบัญญัติสถาบันวิจัยวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 มีภารกิจในการดำเนินการวิจัย เผยแพร่ งานวิจัย ฝึกอบรมนักวิจัย และให้บริการในการทดสอบ ตรวางวัด และบริการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี คณะกรรมการบริหารประกอบด้วยประธานกรรมการหนึ่งคน เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เลขาธิการคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ เลขาธิการคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ผู้ว่าราชการและผู้ทรงคุณวุฒิ อีกไม่เกินหกคนเป็นกรรมการ รายได้หลักของสถาบันมาจากเงินอุดหนุนของรัฐบาล

จากการพิจารณาหลักการและลักษณะทางกฎหมายขององค์กรที่จัดตั้งในรูปแบบรัฐวิสาหกิจ พบข้อดีหลายประการ อาทิ การถูกแทรกแซงจากฝ่ายการเมืองน้อยกว่าหน่วยงานราชการ เนื่องจากเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อความเป็นอิสระโดยเฉพาะ ความสัมพันธ์ระหว่างส่วนกลางเป็นแบบกำกับดูแล ซึ่งส่วนกลางควบคุมได้เพียงความชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่อาจลงนามมีบทบาทต่อการพิจารณาความเหมาะสมของการดำเนินการได้ โครงสร้างการบริหารมีความเป็นอิสระและคล่องตัว การนี้นำมาซึ่งความสามารถในการใช้ความเชี่ยวชาญในการจัดทำบริการสาธารณะด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะการจัดการความรู้มีประสิทธิภาพระบบการบริหารงานบุคคลที่คล่องตัวและสามารถกำหนดอัตราค่าตอบแทนและสวัสดิการแก่บุคลากรได้อย่างเหมาะสมตามความสามารถของบุคคลนั้น อันเป็นการสร้างแรงจูงใจและดึงดูดบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถเข้ามาสู่องค์กรได้ง่ายกว่า นอกจากนี้ ยังมีแหล่งรายได้ที่หลากหลายกว่าหน่วยงานราชการ เพราะนอกจากการเรียกเก็บค่าตอบแทนจากผู้ใช้บริการแล้ว ยังรับการอุดหนุนจากงบประมาณแผ่นดินได้ด้วย

อย่างไรก็ดี คณะผู้วิจัยก็พบข้อจำกัดทางกฎหมายบางประการที่น่าจะเกิดขึ้นหากจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในรูปแบบรัฐวิสาหกิจ อาทิ การดำเนินงานของรัฐวิสาหกิจโดยทั่วไปมักมีค่าใช้จ่ายที่สูงกว่าหน่วยราชการและต้องใช้ทรัพยากรแยกต่างหากจากหน่วยราชการ ทำให้เป็นการสิ้นเปลืองงบประมาณของรัฐในภาพรวม และที่สำคัญคือ ปัญหาความไม่ชัดเจนของนิยามความเป็นรัฐวิสาหกิจ ซึ่งทำให้เกิดความสับสนในการกำหนดขอบวัตถุประสงค์ขององค์กรจัดการความรู้ที่จะจัดตั้งขึ้น กล่าวคือ แท้ที่จริงแล้ว รัฐวิสาหกิจจะจัดทำบริการสาธารณะในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมเป็นหลัก และโดยส่วนใหญ่แล้วเป็นไปเพื่อแสวงหากำไร มีการผลิตสินค้าและบริการแก่ผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม การจัดการความรู้ทางทะเลมีมิติของการดำเนินงานในด้านความมั่นคง มั่งคั่ง และยั่งยืน ซึ่งกว้างขวางกว่าด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมมากนัก อีกทั้งโดยธรรมชาติแล้ว การทำงานวิชาการหรือการให้คำแนะนำกับหน่วยงานภาครัฐจะต้องมีความเป็นอิสระและไม่อิงกับการหารายได้เป็นสำคัญ เมื่อพิจารณาจากตัวอย่างองค์กรในประเทศไทยก็พบว่ามีองค์กรจัดการความรู้ในรูปแบบรัฐวิสาหกิจน้อยมากและองค์กรเหล่านี้ก็มีขอบวัตถุประสงค์ที่ไม่ชัดเจน

(3) หน่วยงานที่ไม่ใช่ทั้งส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ

เป็นองค์กรของรัฐอีกประเภทที่จัดตั้งขึ้นเพื่อจัดทำภารกิจของรัฐเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ เนื่องจากมีความเชี่ยวชาญในกิจการนั้น ๆ โดยมีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งคล้ายคลึงกับรัฐวิสาหกิจ คือ ความเป็นอิสระและคล่องตัว โครงสร้างและระบบการทำงานเป็นของตนเอง ไม่ต้องดำเนินการตามสายการบังคับบัญชาที่มีความยุ่งยากและซับซ้อน ทั้งนี้ เริ่มแรกเดิมทีนั้น หน่วยงานประเภทนี้จะถูกจัดตั้งขึ้นเป็นราย ๆ ตามความจำเป็นของสถานการณ์ของประเทศในขณะจัดตั้ง เช่น สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ สถาบันการแพทย์ฉุกเฉินแห่งชาติ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ องค์กรเหล่านี้มีเงินทุน สิทธิพิเศษหรืออำนาจบังคับต่อประชาชนหรืออำนาจกำกับดูแลของรัฐที่แตกต่างกันมากทั้งในเชิงอำนาจหน้าที่และโครงสร้างการบริหารงาน ทำให้เกิดความสับสนและไม่เป็นระบบระเบียบ⁴⁵ การนี้จึงทำให้เกิดแนวคิดที่จะทำกฎหมายกลางออกมากำหนดโครงสร้างการบริหารงานขององค์กรประเภทนี้ให้เป็นไปตามมาตรฐานเดียวกัน กฎหมายดังกล่าว คือ พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ดังนั้น การจัดตั้งองค์กรที่มีส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจในเวลาต่อมา จึงมักจัดตั้งขึ้นในลักษณะที่เป็นมาตรฐานกลาง โดยการออกพระราชกฤษฎีกา ภายใต้พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 เรียกองค์กรประเภทนี้ว่า “องค์การมหาชน”⁴⁶

(3.1) องค์การมหาชน (Public Organization)

องค์การมหาชนมีสถานะเป็นนิติบุคคล มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำบริการสาธารณะในด้านต่าง ๆ อาทิ การรับรองมาตรฐานและประเมินคุณภาพการศึกษา การศึกษาอบรมและพัฒนาเจ้าหน้าที่ของรัฐ การทุนบำรุงศิลปะและวัฒนธรรม การพัฒนาและส่งเสริมการกีฬา การส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาและการวิจัย การถ่ายทอดและพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ฯลฯ ทั้งนี้ โดยที่เห็นว่าการจัดตั้งหน่วยงานบริหารขึ้นใหม่แตกต่างไปจากส่วนราชการจะมีความเหมาะสมมากกว่า เพราะจะมีความคล่องตัวในการบริหาร แต่ทั้งนี้ต้องไม่เป็นการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรเป็นหลัก⁴⁷

โครงสร้างการบริหารประกอบด้วยคณะกรรมการองค์การมหาชน และผู้อำนวยการซึ่งมาจากการแต่งตั้งและถอดถอนโดยคณะกรรมการ⁴⁸ และอยู่ในการกำกับดูแลความชอบด้วยกฎหมายจากส่วนกลาง⁴⁹ โดยผู้ปฏิบัติงานในองค์การมหาชน มี 2 ประเภท ได้แก่ เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นบุคลากรประจำและลูกจ้างขององค์การมหาชน นอกจากนี้ยังสามารถขอให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจากหน่วยงานอื่นมาปฏิบัติงานเป็นเจ้าหน้าที่หรือลูกจ้างขององค์การ

⁴⁵ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, หน้า 218.

⁴⁶ มาตรา 3, 6 และ 7 พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542

⁴⁷ มาตรา 5 พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542

⁴⁸ องค์ประกอบและอำนาจหน้าที่เป็นไปตามมาตรา 19, 27, 31-32, 34 และ 39 พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542

⁴⁹ ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้แจกแจงลักษณะของอำนาจที่ส่วนกลางมีต่อองค์การมหาชนไว้ใน 7 ลักษณะ ได้แก่ (1) อำนาจในการกำหนดภารกิจ (2) อำนาจในการกำหนดงบประมาณประจำปี (3) อำนาจในการวางโครงสร้างการบริหารงาน ทั้งคุณสมบัติและวาระ อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารและผู้อำนวยการ (4) อำนาจในการกำหนดแนวทางและระบบบริหารงานบุคคล (5) อำนาจในการตรวจสอบงบการเงินและประเมินผลการปฏิบัติงาน (6) อำนาจในการกำกับดูแลทั้งเหนือตัวบุคคลและการกระทำ และ (7) อำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์การร้องเรียน หากภารกิจสิ้นสุดแล้วหรือหมดความจำเป็นแล้ว (โปรดดู นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 281-283.)

มหาชนเป็นการชั่วคราวได้ด้วย⁵⁰ สำหรับแหล่งที่มาของรายได้นั้น พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 มิได้จำกัดมิให้องค์การมหาชนมีรายได้อื่นนอกเหนือจากเงินอุดหนุนจากงบประมาณของรัฐ และบรรดารายได้ต่าง ๆ นั้น ไม่เป็นรายได้ที่จำต้องนำส่งกระทรวงการคลังตามกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลังและกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ⁵¹

ทั้งนี้ พึงเกิดข้อสงสัยว่าองค์การมหาชนมีความแตกต่างกับรัฐวิสาหกิจอย่างไร ในประการนี้ แท้จริงแล้วไม่มีการนิยามไว้อย่างชัดเจน แต่มีหลักการทางวิชาการในการพิจารณา 2 ประการ ได้แก่ **ประการที่หนึ่ง** รัฐวิสาหกิจจะทำการกิจของรัฐในด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมเท่านั้น ในขณะที่องค์การมหาชนจะจัดทำบริการสาธารณะในด้านอื่น ๆ อาทิ ด้านสาธารณสุข วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี การศึกษาและวัฒนธรรม เป็นต้น⁵² และ**ประการที่สอง** หากพิจารณาถึงสถานะและบทบาทตามเหตุผลในการจัดตั้งองค์กรแล้ว พบว่า รัฐวิสาหกิจจะมีบทบาทในการผลิตสินค้าและบริการและมีฐานะที่เท่าเทียมกับเอกชน กล่าวคือ เข้ามาเป็นผู้เล่นแข่งขันหรือผู้ประกอบการแข่งกับเอกชน (player หรือ entrepreneur) ในขณะที่องค์การมหาชนมักจะเข้ามาในระบบในฐานะผู้ควบคุมกฎ (regulator) เพื่อให้การแข่งขันระหว่างเอกชนด้วยกันดำเนินไปอย่างเป็นธรรม หรือเข้ามาเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างเอกชนด้วย โดยในการดำเนินการมีการใช้อำนาจมหาชนสั่งการและบังคับให้เกิดผลการปฏิบัติฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องมีการยินยอมของเอกชน⁵³

ตัวอย่างองค์กรจัดการความรู้ที่จัดตั้งขึ้นในรูปแบบขององค์การมหาชน ได้แก่ **สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย** หรือ Thailand Institute of Justice (TIJ) ซึ่งเป็นองค์กรในกำกับดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ภายใต้พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2554 เริ่มแรกเดิมที มีภารกิจในการส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการอนุวัติข้อกำหนดสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงและมาตรการที่มีใช้การคุมขัง หรือ “Bangkok Rules” ต่อมาจึงขยายการดำเนินงานไปสู่การศึกษาวิจัย และเผยแพร่มาตรฐานและบรรทัดฐานของสหประชาชาติเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การส่งเสริมและพัฒนาองค์ความรู้ด้านหลักนิติธรรม ตลอดจนเป็นศูนย์กลางแห่งความเป็นเลิศในการพัฒนาและส่งเสริมภาพลักษณ์ที่ดีของกระบวนการยุติธรรมไทย ทั้งนี้ โครงสร้างการบริหารงานประกอบด้วยผู้อำนวยการสถาบัน คณะกรรมการบริหารสถาบัน และคณะที่ปรึกษาสถาบัน สำหรับเงินทุนนั้น TIJ ได้รับเงินทุนหลักมาจากงบประมาณแผ่นดิน

⁵⁰ มาตรา 36 พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542

⁵¹ มาตรา 13 และ 14 พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542

⁵² โปรดดู สุรพล นิติไกรพจน์, “การปรับปรุงโครงสร้างทางกฎหมายในการจัดองค์กรภาคมหาชน : ความเป็นไปได้และแนวทางในการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรของรัฐที่มีส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ,” (รายงานการวิจัยเสนอต่อสภาวิจัยแห่งชาติ, กรกฎาคม 2541), หน้า 12-15. ในชาญชัย แสวงศักดิ์, **คำอธิบายกฎหมายปกครอง**, หน้า 215.

⁵³ สมยศ เชื้อไทย, **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น**, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 160-161.

จากการพิจารณาหลักการและลักษณะทางกฎหมายของการจัดตั้งองค์กรในรูปแบบองค์การมหาชน พบข้อดีหลายประการ อาทิ ความเป็นอิสระในการบริหารงานในทำนองเดียวกับรัฐวิสาหกิจ เพราะอยู่ภายใต้ความสัมพันธ์แบบการกระจายอำนาจในเชิงกิจการ ส่วนกลางที่กำกับดูแลสามารถควบคุมได้เพียงความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่อาจควบคุมความเหมาะสมของการดำเนินงานได้ การนี้ทำให้มีความเสี่ยงต่อการครอบงำของฝ่ายการเมืองน้อยกว่า และสามารถปฏิบัติการกิจโดยใช้ความเชี่ยวชาญได้อย่างเต็มที่และคล่องตัว ทันทีที่ต่อสถานการณ์เฉพาะหน้า การบริหารงานบุคคลมีระบบของตัวเองแยกออกจากส่วนราชการ ทำให้มีความยืดหยุ่นและอิสระ จึงน่าจะสมารถดึงดูดบุคลากรที่มีคุณภาพเข้ามาปฏิบัติงานในองค์การมหาชนได้มากกว่าหน่วยงานราชการ นอกจากนี้ยังมีความเป็นอิสระในการบริหารงบประมาณ มีแหล่งที่มาของรายได้หลากหลายช่องทาง อีกทั้ง รายได้ขององค์การมหาชนไม่ต้องนำส่งกระทรวงการคลัง

ในขณะเดียวกัน ระบบโครงสร้างการบริหารงานก็มีกรอบที่ชัดเจน คือเป็นไปตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 จึงกล่าวได้ว่ามีความสมดุลระหว่างการกำหนดกรอบให้การดำเนินงานขององค์การมหาชนเป็นไปในทิศทางเดียวกัน อันเป็นการควบคุมจากส่วนกลางในเชิงนโยบายอย่างกว้าง และการให้อิสระขององค์การมหาชนแต่ละแห่งในการจัดโครงสร้างการบริหารงานของตนเองให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ในการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรนั้น ๆ นอกจากนี้ ในแง่ของตัวคนและวัตถุประสงค์ยังมีความชัดเจนมากกว่ารัฐวิสาหกิจ เนื่องจากธรรมชาติขององค์การมหาชนนั้นจัดตั้งขึ้นเพื่อจัดทำบริการสาธารณะในด้านอื่นนอกจากในเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม และมีลักษณะการดำเนินงานในบทบาทที่เป็นผู้ควบคุมมากกว่าเป็นผู้ประกอบการ ประการเหล่านี้มีความสอดคล้องกับเนื้อหาของภารกิจในการจัดการความรู้มากกว่า

อย่างไรก็ดี คณะผู้วิจัยก็พบข้อจำกัดทางกฎหมายบางประการที่น่าจะเกิดขึ้น หากจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในรูปแบบองค์การมหาชน อาทิ ข้อเท็จจริงที่ว่าแม้ระบบการบริหารงานจะมีความเป็นอิสระมากกว่าหน่วยงานราชการแล้ว แต่ก็ยังถือว่าซับซ้อนและยุ่งยากกว่าการบริหารงานในภาคเอกชน เช่น ยังต้องมีระบบการควบคุมตรวจสอบและการประเมินคุณภาพอยู่ ทำให้การดำเนินงานบางอย่างอาจมีความล่าช้า

(3.2) หน่วยงานที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจในรูปแบบอื่น ๆ

นอกจากองค์การมหาชนแล้ว ยังมีหน่วยงานที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจในรูปแบบอื่น ๆ โดยเป็นองค์กรที่จัดตั้งโดยกฎหมายเฉพาะทั้งก่อนและหลังที่จะมีพระราชบัญญัติองค์การมหาชน องค์กรเหล่านี้มีลักษณะเหมือนองค์การมหาชน คือมีการดำเนินงานเป็นอิสระต่อส่วนกลางและมีระบบการบริหารงานและงบประมาณของตนเอง แต่ข้อแตกต่างคือระบบบริหารที่แตกต่างเช่นว่านั้นจะถูกกำหนดไว้เป็นการเฉพาะตามพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรแต่ละแห่ง มิใช่กำหนดโดยมาตรฐานกลางดังเช่นพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542

ตัวอย่างองค์กรจัดการความรู้ที่จัดตั้งขึ้นในรูปแบบหน่วยงานที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจในรูปแบบอื่น ๆ ได้แก่ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมวิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม (สกสว.) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริม สนับสนุน และขับเคลื่อนระบบการวิจัยและนวัตกรรมด้านวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี สังคมศาสตร์ มนุษยศาสตร์ และสหวิทยาการของประเทศ อันจะนำไป

สู่การสร้างองค์ความรู้และสนับสนุนการนำผลงานวิจัยและนวัตกรรมไปใช้ในเชิงเศรษฐกิจและสังคม บริหารจัดการ โดยคณะกรรมการส่งเสริมวิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม (กสว.) ทั้งนี้ ประกอบกิจการโดยอาศัยแหล่งเงินทุน จากเงินงบประมาณแผ่นดิน เงินบริจาค และรายได้อื่นจากการดำเนินงาน

สถาบันเทคโนโลยีป้องกันประเทศ (สทป.) ซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินกิจการของรัฐทางด้านการศึกษาค้นคว้า วิจัยและพัฒนาโครงการขนาดใหญ่ด้านยุทธโศปกรณ์และเทคโนโลยีป้องกันประเทศ เดิมมีการตราพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันเทคโนโลยีป้องกันประเทศ (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2551 ส่งผลให้สถาบันเทคโนโลยีป้องกันประเทศเคยมีฐานะเป็นองค์การมหาชน อย่างไรก็ตาม การพัฒนาด้านเทคโนโลยีป้องกันประเทศมีความสำคัญเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศซึ่งต้องดำเนินการอย่างเป็นระบบ และต้องอาศัยความร่วมมือกับหน่วยงานอื่นของกระทรวงกลาโหมและภาคเอกชน จึงมีการตราพระราชบัญญัติเทคโนโลยีป้องกันประเทศ พ.ศ. 2562 ยกฐานะ สทป. เป็นหน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ การบริหารงานของ สทป. ประกอบด้วยคณะกรรมการบริหารงาน 2 คณะ ได้แก่ คณะกรรมการนโยบายเทคโนโลยีป้องกันประเทศ และคณะกรรมการสถาบันเทคโนโลยีป้องกันประเทศ ทั้งนี้ มีรายได้จากเงินอุดหนุนของภาครัฐ เงินบริจาค ตลอดจนรายได้จากการดำเนินงาน

สถาบันพระปกเกล้า ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อเทิดพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ตามพระราชบัญญัติสถาบันพระปกเกล้า พ.ศ. 2541 มีสถานะเป็นหน่วยงานของรัฐที่ไม่เป็นส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ มีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่ความรู้ด้านการเมืองการปกครองในระบอบประชาธิปไตยสู่ประชาชน และเพื่อศึกษาค้นคว้าวิจัยปัญหาและแนวทางประชาธิปไตยอย่างมีระบบ สถาบันพระปกเกล้าดำเนินการบริหารจัดการโดยคณะกรรมการ 3 คณะ ได้แก่ สภาสถาบันพระปกเกล้า คณะกรรมการบริหารสถาบันพระปกเกล้า และคณะกรรมการติดตามและประเมินผลการปฏิบัติงานของสถาบัน ทั้งนี้ รายได้หลักของสถาบันพระปกเกล้ามาจากงบประมาณแผ่นดิน

จากการพิจารณาหลักการและลักษณะทางกฎหมายของการจัดตั้งองค์กรเป็นหน่วยงานที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจพบข้อดีและข้อจำกัดในทำนองเดียวกับองค์การมหาชน คือการดำเนินงานขององค์กรมีความเป็นอิสระในความสัมพันธ์ต่อส่วนกลาง ทำให้ความเสี่ยงต่อการครอบงำของฝ่ายการเมืองมีน้อย และสามารถใช้ความเชี่ยวชาญเฉพาะในการจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างเต็มที่ ทำให้เกิดความคล่องตัวและรวดเร็วในการแก้ปัญหาเฉพาะหน้า รวมถึงมีการจัดโครงสร้างภายในและบริหารงานบุคคลที่มีความยืดหยุ่น ตลอดจนมีความเป็นอิสระในการบริหารงบประมาณ มีแหล่งที่มาของทุนและรายได้หลากหลายช่องทาง

อย่างไรก็ดี การจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจในรูปแบบอื่น ก็ยังมีความแตกต่างจากการจัดตั้งเป็นองค์การมหาชน โดยในประการสำคัญ คือ การไม่มีพระราชบัญญัติองค์การมหาชนกำหนดกรอบของการจัดตั้งและโครงสร้างการดำเนินงานในภาพรวม ทำให้ขาดความชัดเจนไปบ้าง และการจัดตั้งเกิดขึ้นโดยการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติ การนี้แม้จะนำมาซึ่งสถานะที่มีความมั่นคงในการดำรงอยู่มากกว่า แต่ก็จัดตั้งยากและใช้เวลานานกว่าเพราะต้องผ่านการพิจารณาของรัฐสภา

(4) หน่วยงานในสังกัดมหาวิทยาลัยในกำกับดูแลของรัฐ

นอกจากองค์การมหาชนและหน่วยงานที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจในรูปแบบอื่นแล้ว ยังมีองค์กรของรัฐที่มีลักษณะคล้ายกันอีก กล่าวคือ เป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระในการบริหารงานและงบประมาณ แต่ยังอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของส่วนกลาง ซึ่งรูปแบบหนึ่งที่สามารถใช้จัดตั้งองค์การจัดการความรู้ทางทะเลได้ คือ การเป็นมหาวิทยาลัยภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ เนื่องจากพิจารณาแล้วว่าการจัดการศึกษาเป็นการจัดทำบริการสาธารณะที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเป็นการเฉพาะ การบริหารงานของมหาวิทยาลัยทั้งในเชิงบุคลากรและงบประมาณจึงควรมีความเป็นอิสระ สามารถพิจารณาจัดหลักสูตรที่ตอบสนองความต้องการผู้เรียนได้ ทำให้เกิดแนวคิดในการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ระหว่างมหาวิทยาลัยของรัฐกับส่วนกลางจากความสัมพันธ์แบบบังคับบัญชามาเป็นความสัมพันธ์แบบกำกับดูแล หรือที่เรียกว่า “การออกนอกกระบบ” ของมหาวิทยาลัยของรัฐ ซึ่งมีการดำเนินการมาตั้งแต่พุทธศักราช 2530 เป็นต้นมา

ทั้งนี้ มหาวิทยาลัยในกำกับดูแลของรัฐแต่ละแห่งถูกจัดตั้งและมีโครงสร้างการบริหารตามพระราชบัญญัติเฉพาะ แต่มีระบบในการตรวจสอบการดำเนินงานภายใต้พระราชบัญญัติการอุดมศึกษา พ.ศ. 2562 และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม บุคลากรในมหาวิทยาลัยในกำกับดูแลของรัฐเหล่านี้มีสถานะเฉพาะในระบบกฎหมาย ได้แก่ การเป็นพนักงานมหาวิทยาลัย ได้รับค่าจ้างหรือค่าตอบแทนจากเงินงบประมาณแผ่นดิน หรือเงินรายได้ของสถาบันอุดมศึกษา และการได้มาซึ่งรายได้ของมหาวิทยาลัยนั้น นอกจากจะมาจากเงินอุดหนุนจากงบประมาณแผ่นดินของรัฐแล้ว ยังสามารถหารายได้ด้วยตนเองภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ตามกฎหมายจัดตั้งได้อีกด้วย

ตัวอย่างองค์การจัดการความรู้ที่จัดตั้งขึ้นในรูปแบบสถาบันภายใต้มหาวิทยาลัยในกำกับดูแลของรัฐ ได้แก่ ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ซึ่งมีฐานะเป็นหน่วยงานภายในจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2551 เนื่องจากในขณะก่อตั้ง สภาพเศรษฐกิจสังคมและการประกอบธุรกิจการค้าของประเทศมีการขยายตัวอย่างรวดเร็ว แต่กลับพบว่ามีกฎหมายที่เป็นอุปสรรคหรือไม่เอื้อต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและธุรกิจการค้าอยู่มาก แต่ไม่ปรากฏว่ามีภาครัฐ เอกชน หรือมหาวิทยาลัย ทำหน้าที่ศึกษาวิจัยปัญหาต่าง ๆ อย่างเป็นระบบโดยตรง ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนามีผู้อำนวยการศูนย์หนึ่งคน ทำหน้าที่เป็นผู้แทนศูนย์ในการติดต่อกับหน่วยงานต่าง ๆ และเป็นผู้บังคับบัญชารับผิดชอบงานทั้งปวงของศูนย์ และมีคณะกรรมการดำเนินงาน เจริญฤทธิ และเลขานุการ เนื่องจากศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา อยู่ภายใต้จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เงินทุนของศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนาโดยระบบจึงได้มาจากงบประมาณแผ่นดินส่วนหนึ่ง แต่รายได้หลักในความเป็นจริงส่วนมากมาจากการรับจ้างทำโครงการวิจัยให้หน่วยงานต่าง ๆ

เนื่องจากมหาวิทยาลัยในกำกับดูแลของรัฐเป็นองค์กรที่มีแนวคิดในการจัดตั้งอยู่ในกลุ่มเดียวกับหน่วยงานที่มีได้เป็นส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจทั้งในรูปแบบขององค์การมหาชนและในรูปแบบอื่น ดังนั้น ในส่วนของข้อดีจากลักษณะทั่วไปจึงมีในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน อาทิ ความเป็นอิสระในความสัมพันธ์ต่อส่วนกลางจากการอยู่ภายใต้การกำกับดูแล มีได้อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาโดยตรง การมีโครงสร้างหน่วยงานภายในและ

ระบบบริหารงานบุคคลของตนเอง ตลอดจนการมีแหล่งที่มาของทุนและรายได้หลากหลายช่องทาง ทั้งการได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐ และค่าเล่าเรียนและค่าธรรมเนียมการศึกษาที่เก็บจากนักศึกษาหรือผู้เข้าฝึกอบรม

อย่างไรก็ดี ด้วยธรรมชาติของการเป็นสถาบันการศึกษายังนำมาซึ่งข้อดีในประการต่าง ๆ เพิ่มเติม ได้แก่ ความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์หลักของมหาวิทยาลัยในการเป็นแหล่งสร้างองค์ความรู้และระบบการรวบรวมองค์ความรู้อย่างเป็นระบบ ความคุ้นเคยกับภารกิจต่าง ๆ ในการจัดการความรู้ ทั้งการวิจัย การให้คำแนะนำ การเป็นศูนย์กลางข้อมูล การจัดการฝึกอบรมและสัมมนาทางวิชาการ ตลอดจนการเผยแพร่ความรู้สู่ประชาชน การมีบุคลากรโดยเฉพาอย่างยิ่งอาจารย์มหาวิทยาลัยเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในทางวิชาการอย่างสูงสุด และทุ่มเทเวลาทั้งหมดเพื่อการทำงานทางวิชาการ การมีเครือข่ายทางวิชาการกับมหาวิทยาลัยต่าง ๆ ทั้งในและนอกประเทศ ความสามารถในการบูรณาการความรู้ศาสตร์ต่าง ๆ เข้าด้วยกัน เนื่องจากมหาวิทยาลัยเป็นศูนย์ความรู้หลากหลายสาขา มีคณะวิชาเปิดสอนและมีห้องสมุดเฉพาะทางมากมาย ประการเหล่านี้จึงน่าจะสมารถคาดหวังถึงงานวิชาการที่มีคุณภาพในระดับสูงได้

อย่างไรก็ดี คณะผู้วิจัยก็พบข้อจำกัดทางกฎหมายบางประการที่น่าจะเกิดขึ้น หากจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในรูปแบบมหาวิทยาลัยในกำกับดูแลของรัฐ อาทิ การไม่มีบุคลากรในภาคปฏิบัติอยู่ในมหาวิทยาลัย ทำให้การดำเนินการต้องมีการสร้างความร่วมมือกับองค์กรอื่นเพิ่มเติม หรือการที่แม้ว่ามหาวิทยาลัยจะได้รับการจัดสรรงบประมาณจากรัฐทุกปี แต่การนี้มิได้ประกันว่าจะงบประมาณจะถูกจัดสรรมายังองค์กรจัดการความรู้ที่ตั้งขึ้นเสมอไปหากผู้บริหารคณะหรือมหาวิทยาลัยไม่เห็นความจำเป็น จึงถือว่าในแง่ของแหล่งรายได้มีความไม่มั่นคงนัก

(5) องค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายเอกชน

การจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลสามารถพิจารณาดำเนินการในระบบกฎหมายเอกชนได้ด้วย ดังเช่นตัวอย่างการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในรูปแบบมูลนิธิในประเทศญี่ปุ่น ประการนี้ เมื่อพิจารณาแล้วจะพบรูปแบบองค์กรที่เป็นไปได้ 2 รูปแบบ ได้แก่ มูลนิธิ และสมาคม เพราะเป็นนิติบุคคลในภาคเอกชน แต่จัดตั้งขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเป็นการรวมกลุ่มโดยไม่ได้แสวงหากำไรมาแบ่งปันกัน⁵⁴

(5.1) มูลนิธิ

เป็นรูปแบบองค์กรที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่กลุ่มบุคคลที่ต้องการความช่วยเหลือหรือเพื่อการศึกษาสิ่งใดโดยเฉพาะ แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีได้ให้นิยามคำว่า มูลนิธิไว้โดยตรง แต่ก็ได้ยกตัวอย่างว่า มูลนิธิ ได้แก่ ทรัพย์สินที่จัดสรรไว้โดยเฉพาะสำหรับวัตถุประสงค์เพื่อการกุศล สาธารณะ การศาสนา ศิลปะ วิทยาศาสตร์ การศึกษา หรือเพื่อสาธารณประโยชน์อย่างอื่น โดยมีได้มุ่งหาผลประโยชน์มาแบ่งปันกัน และได้จัดระเบียบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้⁵⁵ ทั้งนี้ มูลนิธิต้องดำเนินการตาม

⁵⁴ มาตรา 78 และ 110 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁵⁵ มาตรา 110 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

วัตถุประสงค์เพื่อสาธารณประโยชน์ประการใดประการหนึ่งที่กำหนดไว้เท่านั้น ไม่สามารถดำเนินกิจการเพื่อแสวงหาประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะได้⁵⁶ ทำการจัดตั้งโดยการจดทะเบียนต่อนายทะเบียนแห่งท้องที่ที่สำนักงานใหญ่ของมูลนิธิจะจัดตั้งขึ้น⁵⁷ เมื่อมูลนิธิได้จดทะเบียนแล้วย่อมมีฐานะเป็นนิติบุคคล สามารถถือครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จัดสรรให้มูลนิธิได้⁵⁸

โครงสร้างการบริหารงานมูลนิธิประกอบด้วยคณะกรรมการของมูลนิธิ ซึ่งประกอบด้วยบุคคลอย่างน้อยสามคน เป็นผู้ดำเนินการของมูลนิธิตามกฎหมายและข้อบังคับของมูลนิธิ โดยถือเป็นผู้แทนของมูลนิธิในกิจการอันเกี่ยวกับบุคคลภายนอก⁵⁹ ทั้งนี้ การควบคุมและตรวจสอบการทำงานของมูลนิธิมีความแตกต่างจากนิติบุคคลอื่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ ห้างหุ้นส่วนและบริษัท เนื่องจากมูลนิธิไม่มีสมาชิกหรือผู้ถือหุ้น และไม่มีข้อบังคับเกี่ยวกับการประชุมใหญ่ของสมาชิกหรือผู้ถือหุ้นเพื่อให้มีการตรวจสอบ ดังนั้น คณะกรรมการมูลนิธิจึงไม่ต้องตอบคำถามสมาชิกหรือผู้ถือหุ้น เพราะไม่มีการเลือกโดยผู้ถือหุ้น อย่่างไรก็ดี กฎหมายกำหนดให้นายทะเบียนเป็นผู้มีอำนาจในการตรวจตราและควบคุมดูแลการดำเนินการของมูลนิธิให้เป็นไปตามกฎหมายและข้อบังคับ⁶⁰

ตัวอย่างองค์กรจัดการความรู้ที่จัดตั้งขึ้นในรูปแบบมูลนิธิ ได้แก่ **สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI)** ซึ่งเป็นสถาบันวิจัยเชิงนโยบายที่ก่อตั้งขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2527 เป็นองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรโดยการริเริ่มของสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ที่ต้องการให้ประเทศไทยมีหน่วยงานที่เป็นคลังสมองของประเทศชาติในการทวิจยและเสนอแนะนโยบายต่าง ๆ ต่อผู้บริหารประเทศ ทั้งนี้ โดยความมุ่งหวังให้มีความเป็นอิสระ เพื่อให้ผลงานวิจัยและการเสนอแนะนโยบายสามารถนำไปใช้ประโยชน์ต่อประเทศชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพ มีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งคือการดำเนินการและส่งเสริมการวิจัยเชิงนโยบาย การสร้างเครือข่ายงานวิจัยและเผยแพร่ผลงานวิจัย ดำเนินงานโดยประธานสภาสถาบัน ภายใต้การกำกับดูแลของสภาสถาบันและคณะกรรมการบริหารสถาบัน ซึ่งประกอบด้วยบุคคลสำคัญที่มีชื่อเสียงทั้งจากรัฐบาลและเอกชน สำหรับรายได้หลักของสถาบันมาจากการรับจ้างทำวิจัย ทั้งจากผู้ว่าจ้างที่เป็นหน่วยงานภาครัฐและหน่วยงานต่างประเทศ แม้สถาบันจะรับจ้างทำวิจัยจากหน่วยงานของเอกชนด้วยแต่ก็มีจำนวนไม่มากนัก นอกจากนี้ ยังได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากเงินบริจาคทั้งจากในประเทศและต่างประเทศด้วย

จากการพิจารณาหลักการและลักษณะทางกฎหมายของการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ในรูปแบบมูลนิธิ พบข้อดีหลายประการ อาทิ การจัดตั้งมีความสะดวกและรวดเร็ว เพียงแค่บุคคลธรรมดา 3 คนก็สามารถดำเนินการจดทะเบียนขอจัดตั้งมูลนิธิได้ ความคล่องตัวในการบริหารงานภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน ความสามารถในการกำหนดอัตราค่าตอบแทนให้เหมาะสมกับความสามารถของบุคลากร ซึ่งทำให้สามารถดึงดูดบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถเข้ามาปฏิบัติงานได้มาก การควบคุมเป็นไปอย่างไม่เคร่งครัดจนเกินไป การนี้ทำให้เอื้อ

⁵⁶ มาตรา 110 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁵⁷ ข้อ 3 กฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนมูลนิธิ การดำเนินการ และการทะเบียนมูลนิธิ พ.ศ. 2545

⁵⁸ มาตรา 121 และ 122 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁵⁹ มาตรา 123 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁶⁰ มาตรา 128 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ต่อธรรมชาติของการผลิตผลงานวิชาการที่ต้องการความเป็นอิสระในการศึกษาวิจัย ความสะดวกในการระดมทุน เนื่องจากผู้บริจาคมีความเข้าใจอยู่แล้วว่ามูลนิธิเป็นหน่วยงานที่โดยปกติมีการรับบริจาคเพื่อดำเนินกิจการอันเป็นสาธารณประโยชน์

อย่างไรก็ดี คณะผู้วิจัยก็พบข้อจำกัดทางกฎหมายบางประการที่น่าจะเกิดขึ้น หากจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในรูปแบบมูลนิธิ อาทิ ข้อจำกัดในเรื่องของการได้รับการสนับสนุนในการดำเนินการกิจจากหน่วยงานภาครัฐ เนื่องจากมิได้เป็นหน่วยงานของรัฐโดยตรงและไม่มีอำนาจรัฐในการบังคับกับประชาชนได้ การไม่มีหลักประกันว่าจะได้รับเงินสนับสนุนอย่างต่อเนื่อง ดังเช่นสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทยหรือมูลนิธิเพื่อการศึกษาวิจัยทางทะเลในต่างประเทศ นอกจากนี้ รายได้จากการจ้างให้ทำวิจัยอาจจะยังไม่มี ความแน่นอน และเนื่องด้วยกิจการทางทะเลมีมิติของความมั่นคง มั่งคั่ง และยั่งยืน ซึ่งเป็นนโยบายที่มีผล ต่อสาธารณะเป็นวงกว้าง โดยเฉพาะในมิติของความมั่นคง ซึ่งเป็นเรื่องที่กระทบต่ออธิปไตยของประเทศ การนำเรื่องเหล่านี้มาอยู่ในการศึกษาของหน่วยงานเอกชนโดยแท้เช่นนี้ ก็มีข้อสงสัยในความเหมาะสมอยู่บ้าง

(5.2) สมาคม

แม้จะไม่ได้มีการให้นิยามไว้โดยตรง แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 78 ได้บัญญัติ ลักษณะของการดำเนินการของสมาคมไว้ว่า การก่อตั้งสมาคมเพื่อกระทำการใด ๆ อันมีลักษณะต่อเนื่องร่วมกัน และมีใช่เป็นการหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน ต้องมีข้อบังคับและจดทะเบียนตามบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ โดยต้องมีใช้มีลักษณะเพื่อทางบันเทิงเริงรมย์หรือการพักผ่อนหย่อนใจ มิฉะนั้นจะเป็นรูปแบบ ของสโมสรซึ่งไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียนแต่อย่างใด⁶¹ และวัตถุประสงค์ของสมาคมต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน

ทั้งนี้ แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดว่าการตั้งสมาคมมิใช่เพื่อหาผลกำไร แต่สมาคมก็สามารถหารายได้ เข้าสมาคมได้ เพียงแต่รายได้นั้นไม่สามารถนำมาแบ่งปันในระหว่างคณะกรรมการสมาคมและสมาชิกได้ โดย รายได้นั้นต้องเป็นของสมาคมเพื่อใช้ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของสมาคมต่อไป⁶² ซึ่งก็หมายความว่าผู้เป็น คณะกรรมการบริหารหรือสมาชิกของสมาคมต้องทำงานให้สมาคมโดยเสียสละ ไม่รับผลประโยชน์ใด ๆ จาก สมาคม การจัดตั้งทำโดยผู้จะเป็นสมาชิกของสมาคมจำนวนไม่น้อยกว่าสามคน ร่วมกันยื่นคำขอต่อนายทะเบียน แห่งท้องที่ที่สำนักงานใหญ่ของสมาคมจะตั้งขึ้น⁶³ โครงสร้างการบริหารสมาคมประกอบด้วยคณะกรรมการ ของสมาคมและสมาชิก โดยคณะกรรมการของสมาคมทำหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการกิจการของสมาคมตามกฎหมาย และข้อบังคับภายใต้การควบคุมดูแลของที่ประชุมใหญ่⁶⁴

⁶¹ กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย, คู่มือการดำเนินงานมูลนิธิและสมาคม, หน้า 17.

⁶² เรื่องเดียวกัน.

⁶³ ข้อ 2 กฎกระทรวง (พ.ศ. 2537) ออกตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (โปรดดูเอกสารแนบประกอบรายงานวิจัยรายการที่ 7)

⁶⁴ มาตรา 86 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตัวอย่างองค์กรจัดการความรู้ที่จัดตั้งขึ้นในรูปแบบสมาคม ได้แก่ สมาคมนักวิจัยแห่งประเทศไทย ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยส่งเสริมสนับสนุนการดำเนินงานและปฏิบัติงานวิจัยทางมนุษยศาสตร์ สังคมศาสตร์ และสหวิทยาการ ตลอดจนประสานงานวิจัยระหว่างหน่วยงานของรัฐและเอกชน และเผยแพร่งานวิจัยและให้ความรู้ทั้งในประเทศและต่างประเทศ นอกจากนี้ ยังเป็นไปเพื่อเสริมสร้างความร่วมมือกับหน่วยงานหรือองค์กรต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นภายในหรือระหว่างประเทศ เพื่อแลกเปลี่ยนความรู้และประสบการณ์ในการทำวิจัย สมาคมนักวิจัยแห่งประเทศไทยบริหารงานโดยคณะกรรมการบริหารสมาคมนักวิจัยแห่งประเทศไทย ซึ่งมีนายกสมาคมปฏิบัติหน้าที่เป็นหัวหน้า สมาคมนักวิจัยแห่งประเทศไทยมีแหล่งเงินได้หลักมาจากค่าสมาชิกของสมาชิกและค่าสมาชิกวารสารของสมาคม

จากการพิจารณาหลักการและลักษณะทางกฎหมายของการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ในรูปแบบสมาคม พบข้อดีหลายประการ อาทิ ลักษณะการดำเนินการของสมาคมที่ถูกกำหนดให้ต้องดำเนินกิจการอย่างต่อเนื่อง ทำให้กิจกรรมของสมาคมจึงมักมีการผลิตผลงานออกมายุ่งสม่ำเสมอ การจัดตั้งทำได้สะดวก มีความคล่องตัวในการบริหารงานเพราะดำเนินการโดยที่ประชุมใหญ่คณะกรรมการและสมาชิก การนี้ย่อมเอื้อต่อธรรมชาติของการผลิตผลงานวิชาการที่ต้องการความเป็นอิสระในการศึกษาวิจัย

อย่างไรก็ดี คณะผู้วิจัยก็พบข้อจำกัดทางกฎหมายบางประการที่น่าจะเกิดขึ้นหากจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในรูปแบบสมาคม อาทิ การที่สมาชิกของสมาคมไม่สามารถรับค่าตอบแทนของสมาคมได้ จึงอาจก่อให้เกิดอุปสรรคในการดึงดูดบุคลากรเข้ามาทำวิจัย การที่แหล่งเงินได้ของสมาคมมีจำนวนจำกัด จึงอาจเกิดปัญหาขาดแคลนงบประมาณที่ใช้ในการดำเนินการในสมาคมได้ การที่สถานะที่เป็นหน่วยงานเอกชนโดยแท้ซึ่งไม่มีอำนาจรัฐ อาจทำให้การสร้างความร่วมมือกับหน่วยงานอื่น ๆ ของรัฐเป็นไปอย่างไม่สะดวกนัก

บทที่ 5 การพิจารณาความเหมาะสมและแนวทางการดำเนินการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศไทย

เกณฑ์การพิจารณาความเหมาะสมของรูปแบบในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเล

จากการผนวกรวมลักษณะขององค์กรจัดการความรู้ทางทะเลที่ประเทศไทยพึงมี และลักษณะที่ดีขององค์กรจัดการความรู้ทางทะเลจากการศึกษาตัวอย่างในต่างประเทศ พบลักษณะพื้นฐานทางกฎหมายที่เหมาะสมร่วมกันในประการต่าง ๆ ซึ่งสามารถแจกแจงได้ ดังต่อไปนี้

ในด้านตัวตนและบทบาทขององค์กร คณะผู้วิจัยเห็นว่า องค์กรจัดการความรู้ทางทะเลที่จะจัดตั้งขึ้นในประเทศไทย พึงมีลักษณะ (1) เป็นองค์กรกึ่งราชการกึ่งเอกชน (Track 1.5) การดำเนินงานเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับนโยบายของภาครัฐ แต่มีความยืดหยุ่นในรูปแบบขององค์กรเอกชน และสามารถร่วมมือกับภาคประชาชนได้ และ (2) มีอิสระทางวิชาการและไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลของฝ่ายการเมือง

ในด้านความสามารถในการจัดทำภารกิจเพื่อจัดการความรู้ทางทะเล องค์การจัดการความรู้ทางทะเลที่จะจัดตั้งขึ้นในประเทศไทยต้องมีลักษณะ (1) เป็นองค์กรกลางและคลั่งสมองในการจัดการความรู้ทางทะเลในระดับชาติ (2) สามารถปฏิบัติภารกิจต่าง ๆ ในขอบเขตดังต่อไปนี้ได้ครบถ้วน ทั้ง (2.1) การให้คำแนะนำหรือคำปรึกษาเกี่ยวกับการกำหนดนโยบาย ยุทธศาสตร์ แผนความมั่นคงแห่งชาติทางทะเล รวมถึงสนับสนุนส่วนราชการที่มีอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติกิจการทางทะเล (2.2) การดำเนินการศึกษาวิจัย และพัฒนาองค์ความรู้ทางทะเล (2.3) การเป็นศูนย์กลางข้อมูลเชิงวิชาการทางทะเล สามารถรวบรวมและปรับปรุงฐานข้อมูลทางทะเลของชาติ และ (2.4) การเผยแพร่องค์ความรู้ทางทะเลให้ประชาชนในรูปแบบต่าง ๆ

นอกจากนี้ ยังควรต้อง (3) สามารถผลิตผลงานที่มีคุณภาพสูง โดยมีลักษณะเป็นผลงานและข้อเสนอแนะที่ (3.1) เกิดจากความเชี่ยวชาญทางทะเลโดยเฉพาะ (3.2) มีความรวดเร็วและทันต่อเหตุการณ์ (3.3) มีความผสมผสานความรู้ทางวิชาการเข้ากับข้อมูลในภาคปฏิบัติ (3.4) มีการบูรณาการความรู้ทางทะเลกับองค์ความรู้ในด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง และ (3.5) ครอบคลุมภารกิจในการจัดการความรู้ทางทะเลทั้งในมิติของความมั่นคง ความมั่งคั่ง และความยั่งยืน ตลอดจน (4) มีความสามารถในการประสานงานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการทางทะเลในด้านต่าง ๆ ในประเทศไทย โดยมีลักษณะการดำเนินการที่ (4.1) ไม่ปฏิบัติงานซ้ำซ้อนกับหน่วยงานเดิม และ (4.2) สามารถรับการสนับสนุนด้านข้อมูลจากหน่วยงานในภาคปฏิบัติได้ดี ตลอดจน (5) มีความสามารถในการสร้างความร่วมมือและพันธมิตรกับองค์กรในต่างประเทศ โดย (5.1) สามารถผลิตผลงานวิจัยและงานวิชาการที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล (5.2) สามารถมีส่วนร่วมในการประชุมวิชาการนานาชาติ และ (5.3) มีอิทธิพลต่อการกำหนดนโยบายทางทะเลในภูมิภาค

ในด้านความสะดวกในการจัดตั้งและความมั่นคงในการดำรงอยู่ องค์การจัดการความรู้ทางทะเลที่จะจัดตั้งขึ้นในประเทศไทยพึง (1) มีการจัดตั้งที่มีขั้นตอนที่ไม่ยุ่งยากจนเกินไป และ (2) มีความมั่นคงในการดำรงอยู่พอสมควร ไม่ถูกยกเลิกได้โดยง่ายจนเกินไป เพื่อให้ภารกิจในการจัดการความรู้เป็นไปอย่างต่อเนื่อง

ในด้านความคล่องตัวในโครงสร้างการบริหารจัดการ องค์การจัดการความรู้ทางทะเลที่จะจัดตั้งขึ้นในประเทศไทยต้องมีลักษณะการบริหารงานที่ (1) เป็นอิสระ คล่องตัวและยืดหยุ่น เพื่อให้เอื้อต่อการปฏิบัติงานด้านการจัดการความรู้ การศึกษาและการวิจัย (2) ไม่ควรมีภาระด้านเอกสารมากจนเกินไป เพราะจะก่อให้เกิดความไม่สะดวกต่อการดำเนินงาน (3) มีการควบคุมตรวจสอบการดำเนินงานขององค์การจัดการความรู้ทางทะเลที่ไม่เข้มงวดจนเกินไป (4) มีโครงสร้างองค์กรประกอบด้วยศูนย์ความเชี่ยวชาญเฉพาะหลักในสาขาต่าง ๆ และ (5) มีความหลากหลายของบุคลากรที่มาจากทั้งจากภาควิชาการและภาคปฏิบัติ

ในด้านความเพียงพอของงบประมาณในการบริหารงาน องค์การจัดการความรู้ทางทะเลที่จะจัดตั้งขึ้นในประเทศไทยพึงมี (1) แหล่งเงินทุนที่เพียงพอในการบริหารงาน ทั้งนี้ อาจหารายได้จากแหล่งอื่น ๆ นอกจากเงินสนับสนุนจากงบประมาณภาครัฐ และ (2) แหล่งทุนไม่ควรนำมาพร้อมกับการตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของกลุ่มทุน เพื่อให้คงความเป็นอิสระในทางวิชาการไว้

ในด้านภาพลักษณ์และการประชาสัมพันธ์องค์กร องค์การจัดการความรู้ทางทะเลที่จะจัดตั้งขึ้นในประเทศไทยพึง (1) มีระบบการประชาสัมพันธ์ผลงานที่ดี เพื่อให้เกิดภาพลักษณ์ที่ดีขององค์กรและความร่วมมือ

กับภาคประชาชน มีการจัดการสัมมนาทางวิชาการและกิจกรรมอย่างต่อเนื่องและสม่ำเสมอ และ (2) มีการเผยแพร่ข้อมูลเป็นภาษาอังกฤษ เพื่อความสะดวกในการเข้าถึงข้อมูลของประชาชนและองค์กรต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาความเหมาะสมของการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในรูปแบบทางกฎหมายต่าง ๆ ตามเกณฑ์ข้างต้น พบว่ารูปแบบองค์กรจัดการความรู้ที่มีความเหมาะสมสูงสุด 3 อันดับแรก ได้แก่ องค์กรมหาชน มูลนิธิ และหน่วยงานภายใต้มหาวิทยาลัยในกำกับดูแลของรัฐ⁶⁵

การปรับเกณฑ์การพิจารณาความเหมาะสมของรูปแบบองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลตามความคิดเห็นของผู้เชี่ยวชาญ

อย่างไรก็ดี เมื่อนำรูปแบบองค์กรจัดการความรู้ที่มีความเหมาะสมสูงสุดทั้ง 3 อันดับแรก ไปปรับปรุงความคิดเห็นและข้อสังเกตจากผู้เชี่ยวชาญเพื่อให้ได้มาซึ่ง “สภาพความเป็นจริงในทางปฏิบัติ” แล้ว จึงพิจารณาปรับเกณฑ์การพิจารณาความเหมาะสมของรูปแบบองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลอีกครั้งดังต่อไปนี้

ในด้านตัวตนและบทบาทขององค์กรนั้น องค์กรจัดการความรู้ทางทะเลที่จะจัดตั้งขึ้นในประเทศไทย ยังพึงต้องยึดลักษณะที่สำคัญ คือ การมีความเป็นอิสระทางวิชาการและไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลของฝ่ายการเมืองไว้ ส่วนการเป็นองค์กรกึ่งราชการกึ่งเอกชนนั้น อาจจะลดความสำคัญของการพิจารณา เพราะการบริหารจัดการองค์กรภาคเอกชนมีความแตกต่างกับการบริหารจัดการองค์กรภาครัฐอย่างสิ้นเชิง ดังนั้น การเป็นองค์กรกึ่งราชการกึ่งเอกชนจึงเป็นไปได้ยาก แม้จะอยู่ในรูปแบบองค์กรมหาชนก็ตาม ในความเป็นจริงแล้ว การบริหารงานก็จะต้องมีความคล้ายคลึงกับหน่วยงานราชการอยู่ดี

ในขณะที่องค์กรที่จะจัดตั้งขึ้นใหม่เพื่อสนับสนุนการดำเนินงานของ อจชล. และหน่วยงานในภาคปฏิบัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกิจการทางทะเลนั้น ควรมีความเป็นอิสระทางวิชาการให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เพราะต้องทำหน้าที่ศึกษาวิจัยและบูรณาการองค์ความรู้และข้อมูลต่าง ๆ เพื่อตอบสนอง “เหตุผลทางวิชาการ” ต่อการตัดสินใจในทางนโยบายของ อจชล. และหน่วยงานในภาคปฏิบัติต่าง ๆ โดยปราศจากการแทรกแซงจากฝ่ายการเมือง

ในด้านความสามารถในการจัดทำภารกิจเพื่อจัดการความรู้ทางทะเลนั้น แม้การมีความสามารถในการจัดทำภารกิจเพื่อจัดการความรู้ทางทะเลได้หลายประการจะเป็นเป้าหมายสูงสุดของการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศไทย อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงแล้ว การจะจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ที่ดำเนินการทุกอย่างเต็มรูปแบบเช่นนี้ อาจจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้อย่างง่ายดายในระยะเวลานี้ เนื่องจากประเด็นความคล้ายคลึงในเชิงภารกิจขององค์กรจัดการความรู้ที่จะจัดตั้งขึ้นกับหน่วยงานภาครัฐเดิม ทำให้เกิดอุปสรรคในการจัดตั้งในทางปฏิบัติไม่น้อย

⁶⁵ ดังเหตุผลโดยสังเขปที่ปรากฏด้านบน ทั้งนี้ โปรดดูการวิเคราะห์แจกแจงข้อดีและข้อจำกัดอันเกิดจากลักษณะทางกฎหมายขององค์กรรูปแบบต่าง ๆ โดยละเอียดในรายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์

ดังนั้นแล้ว การจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลอาจต้องดำเนินการเป็นระยะ (phase) อาทิ เริ่มแรกอาจจะจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ขึ้นโดยมอบหมายภารกิจที่มีความจำเป็นอย่างสูงและไม่คล้ายคลึงกับหน้าที่ขององค์กรที่มีอยู่แล้วมากนัก ซึ่งในประการนี้น่าจะต้องเป็นภารกิจในลักษณะที่เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ “ศึกษาค้นคว้าวิจัยและจัดการความรู้” ทั้งนี้ โดยอยู่ในฐานะของผู้ประสานงาน (cooperating) รวบรวม (gathering) จัดการ (managing) สร้างโครงข่าย (networking) และบูรณาการ (integrating) องค์ความรู้จากหน่วยงานต่าง ๆ มากกว่าการเป็นผู้สร้างองค์ความรู้ด้วยตนเอง การเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจ (decision maker) หรือผู้ปฏิบัติงาน (operating) แต่เป็นคลังสมองที่จะช่วย “สนับสนุนเหตุผลทางวิชาการ” ที่เป็นประโยชน์และจำเป็นต่อการตัดสินใจทางนโยบายของ ออชล. และหน่วยงานภาคปฏิบัติต่าง ๆ เพื่อประโยชน์สูงสุดในการนำไปใช้ในภาคปฏิบัติ

ทั้งหมดที่ได้กล่าวไปข้างต้นนี้เป็นความสามารถในการจัดทำภารกิจเพื่อจัดการความรู้ทางทะเลที่องค์กรที่จะจัดตั้งขึ้นพึงมีในระยะเริ่มแรก หากการดำเนินการเป็นไปด้วยดี มีความพร้อมทางทรัพยากรและต้องการขยายการดำเนินงานให้ครอบคลุมอำนาจหน้าที่และภารกิจต่าง ๆ มากขึ้น จึงค่อยยกระดับสู่การเป็นองค์กรในรูปแบบอื่น ๆ ในระยะต่อไปในอนาคต

ในด้านความสะดวกในการจัดตั้งและความมั่นคงในการดำรงอยู่นั้น การจัดตั้งองค์กรขึ้นใหม่โดยเฉพาะองค์กรภาครัฐจะมีอุปสรรคมากในความเป็นจริง ไม่ว่าจะเป็นส่วนราชการหรือองค์กรมหาชน ทั้งนี้ สาเหตุหลักเป็นเพราะหากเป็นองค์กรที่รับการสนับสนุนงบประมาณแผ่นดินจากรัฐแล้ว การจัดตั้งจะต้องถูกตรวจสอบอย่างเคร่งครัด เพื่อไม่ให้มีการทับซ้อนหรือคล้ายคลึงกับองค์กรที่มีอยู่แล้วในปัจจุบัน ดังนั้น การจะจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลให้เป็นผลสำเร็จ น่าจะเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญที่สุดในเบื้องต้น

ในด้านความคล่องตัวในโครงสร้างการบริหารจัดการนั้น องค์กรจัดการความรู้ที่จัดตั้งขึ้นควรมีโครงสร้างการบริหารจัดการที่ไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลของฝ่ายการเมือง เพื่อคงความเป็นอิสระในการศึกษาวิจัยทางวิชาการไว้ และเมื่อต้องการให้องค์กรที่จะจัดตั้งขึ้นในระยะแรกนี้ดำเนินการในการประสานงานเพื่อจัดการองค์ความรู้ทางทะเลเป็นหลัก มากกว่าการเป็นผู้สร้างงานวิจัยด้วยตัวเอง หรือผู้ใช้อำนาจหน้าที่ โครงสร้างการบริหารก็สามารถใช้ทรัพยากรบุคคลและงานด้านเอกสารได้มาก

ในด้านความเพียงพอของงบประมาณในการบริหารงานนั้น ความสามารถในการหารายได้เลี้ยงตัวเองน่าจะกลับกลายมาเป็นเกณฑ์ที่มีความสำคัญสูงสุดในการพิจารณาความเพียงพอของงบประมาณในการบริหารงานองค์กร เนื่องจากเมื่อพิจารณาร่วมกับเกณฑ์ด้านตัวตนและบทบาทแล้ว พบว่าการรับงบประมาณแผ่นดินจากรัฐย่อมนำมาซึ่งการตกอยู่ภายใต้อิทธิพลทางการเมือง อันเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการคงความเป็นอิสระในทางวิชาการขององค์กร ในทางกลับกัน การยืนอยู่ได้และเติบโตบนความสามารถของตนเองจากรายได้ที่ได้รับจากการรับจ้างทำโครงการวิจัยทางวิชาการน่าจะมีความยั่งยืนมากกว่า และเมื่อพิจารณาควบคู่กับเกณฑ์ในด้านความสามารถในการจัดทำภารกิจแล้ว พบว่าการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในระยะเบื้องต้นอาจไม่จำเป็นต้องใช้งบประมาณมากมายนัก เพราะมีภารกิจเป็นผู้ประสานงานมากกว่าการสร้างองค์ความรู้ด้วยตนเองทั้งหมด และการที่ไม่ได้ใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายก็ทำให้ภาระในด้านเอกสารที่จะต้องใช้งบประมาณในการจ้างบุคลากรมาดำเนินการลดลงได้อีกด้วย

ในด้านภาพลักษณ์และการประชาสัมพันธ์องค์กรนั้น พบว่าจุดมุ่งหมายที่สำคัญที่สุด คือ การสร้างความยอมรับแก่ประชาชนและสังคม เพราะจะทำให้เกิดความน่าเชื่อถือในการดำเนินการและก่อให้เกิดผลประโยชน์ตามเป้าประสงค์ได้ดี

บทสรุปรูปแบบองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลที่เหมาะสมกับประเทศไทยมากที่สุด

จากเหตุผลที่ได้วิเคราะห์และอภิปรายไปอย่างละเอียดตลอดการศึกษาวิจัย สามารถสรุปการพิจารณา รูปแบบทางกฎหมายในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลที่เหมาะสมกับประเทศไทยมากที่สุดได้ดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง การศึกษาวิจัยในโครงการวิจัยนี้เป็นไปเพื่อการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลทั้งในปัจจุบันและอนาคต เนื่องจากหากจะจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลที่มีความสามารถในการดำเนินการกิจต่าง ๆ อย่างครอบคลุมเต็มรูปแบบในทันที ย่อมมีอุปสรรคทางกฎหมายและขั้นตอนการดำเนินการในทางปฏิบัติที่ยุ้งยาก การจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศไทยจึงควรดำเนินการเป็นระยะ (phase) ได้แก่ รูปแบบองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลที่เหมาะสมในระยะเริ่มแรก (ในบริบทปัจจุบัน) และรูปแบบองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลที่เหมาะสมในอนาคต

ประการที่สอง การพิจารณาว่าองค์กรจัดการความรู้ในรูปแบบทางกฎหมายใดมีความเหมาะสมกับระยะเริ่มแรก ต้องพิจารณาจากภารกิจที่มีความจำเป็นสูงสุดและไม่คล้ายคลึงกับหน้าที่ขององค์กรที่มีอยู่แล้ว ได้แก่ การเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ศึกษาค้นคว้าวิจัย โดยเน้นการจัดการความรู้มากกว่าการสร้างความรู้ด้วยตนเองทั้งหมด และการเป็นองค์กรที่อยู่ในฐานะผู้ประสานงาน รวบรวม จัดการ สร้างโครงข่าย และบูรณาการองค์ความรู้จากหน่วยงานต่าง ๆ เพื่อสนับสนุน “เหตุผลทางวิชาการ” ที่จะเป็นประโยชน์และจำเป็นต่อการตัดสินใจทางนโยบายของหน่วยงานภาคปฏิบัติต่าง ๆ มากกว่าการอยู่ในฐานะผู้มีอำนาจตัดสินใจ ผู้ลงมือปฏิบัติเอง หรือผู้วางกฎหรือบังคับการฝ่ายเดียวกับปัจเจกชน

ส่วนการพิจารณาว่าองค์กรจัดการความรู้ในรูปแบบทางกฎหมายใดมีความเหมาะสมในอนาคตนั้น ต้องพิจารณาจากความสามารถในการดำเนินการกิจต่าง ๆ อย่างครบวงจร ทั้งการให้คำแนะนำหรือคำปรึกษาเกี่ยวกับการกำหนดนโยบายและยุทธศาสตร์ในการรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเล การสนับสนุนหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติการกิจการทางทะเล การดำเนินการศึกษา วิจัยและพัฒนาองค์ความรู้ทางทะเลที่มีคุณภาพสูง การเป็นศูนย์กลางข้อมูลเชิงวิชาการทางทะเลของชาติ ตลอดจนสร้างความร่วมมือและพันธมิตรกับองค์กรในต่างประเทศ ฯลฯ

ประการที่สาม พิจารณาได้ว่ารูปแบบองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลที่เหมาะสมกับการจัดตั้งในระยะเริ่มแรกมี 2 รูปแบบ ได้แก่ มูลนิธิและสถาบันภายใต้มหาวิทยาลัยในกำกับดูแลของรัฐ

สำหรับมูลินั้น มีความเหมาะสมด้วยเหตุผลทางกฎหมายที่สำคัญได้แก่ การเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นในระบบกฎหมายเอกชน ไม่ได้รับการอุดหนุนงบประมาณแผ่นดินจากรัฐ ทำให้ปลอดจากการครอบงำและแทรกแซงจากฝ่ายการเมือง และสามารถดำเนินงานด้านวิชาการได้อย่างเป็นอิสระ ไม่ต้องทุ่มเททรัพยากรบุคคล

และงบประมาณไปกับงานด้านเอกสารและธุรการมากจนเกินไป มีความคล่องตัวในการบริหารเหมาะกับการกิจในการประสานงาน สร้างโครงข่าย และบูรณาการองค์ความรู้ เพื่อการเป็นคลังสมองของประเทศ ไม่จำเป็นต้องใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายใด ๆ สามารถจัดตั้งได้อย่างสะดวกและรวดเร็ว ไม่ต้องพิจารณาและอธิบายความคล้ายคลึงกับองค์กรภาครัฐอื่น ๆ ที่มีอยู่แล้วอย่างเข้มงวดเกินไป สามารถดึงดูดนักวิชาการที่มีชื่อเสียงและประสบการณ์มาร่วมโครงการวิจัยได้ดี เพราะสามารถกำหนดและอนุมัติการใช้จ่ายงบประมาณได้อย่างยืดหยุ่นตามความเหมาะสมของคุณวุฒิและความสามารถของบุคคล สามารถหารายได้และเติบโตด้วยตนเองจากค่าจ้างทำโครงการวิจัย ไม่ต้องรอรับงบประมาณหรือเงินอุดหนุนจากภาครัฐอย่างเดียว

สำหรับสถาบันภายใต้มหาวิทยาลัยในกำกับดูแลของรัฐนั้น มีความเหมาะสมด้วยเหตุผลที่สำคัญได้แก่ความสามารถในการดำรงความเป็นอิสระและปลอดจากอิทธิพลของฝ่ายการเมือง เนื่องจากสถานะแห่งความเป็นสถาบันการศึกษาที่ถูกปกครองด้วยบรรยากาศของความเป็นอิสระทางวิชาการ การเป็นแหล่งรวมความเพียรพร้อมของทรัพยากรทางวิชาการ ทั้งบุคลากรที่เป็น “นักวิชาการ” ที่มีความเชี่ยวชาญ แหล่งข้อมูลทางวิชาการและห้องสมุด อีกทั้งยังมีความสามารถในการติดต่อประสานงานและสร้างฐานความร่วมมือกับมหาวิทยาลัยและหน่วยงานต่าง ๆ ทั้งในและต่างประเทศ จึงเหมาะกับการกิจด้านการจัดการความรู้ การมีระบบการดำเนินงานด้านเอกสารและธุรการเกี่ยวกับการใช้งบประมาณและประกันคุณภาพอยู่แล้ว จึงไม่ต้องจัดหาบุคลากรและจัดตั้งระบบการดำเนินการใหม่ทั้งหมด จึงสามารถยื่นยื้อขั้นตอนและความยุ่งยากในการดำเนินการจัดตั้งได้มาก ความสามารถในการจัดสรรจำนวนบุคลากรให้เหมาะสมกับการกิจ โดยไม่ต้องใช้บุคลากรจำนวนมาก ทำให้การบริหารเป็นไปอย่างคล่องตัว ตลอดจนความสามารถในการรับจ้างทำโครงการวิจัยอย่างเปิดกว้าง เนื่องจากธรรมชาติขององค์กรมีความเป็นสถาบันการศึกษาที่ไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อนกับองค์กรใด

ประการที่สี่ พิจารณาได้ว่ารูปแบบองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลที่เหมาะสมกับการจัดตั้งในอนาคต ได้แก่ องค์กรมหาชน เพราะมีความสามารถในการปฏิบัติภารกิจในการจัดการความรู้ทางทะเลต่าง ๆ ได้อย่างครอบคลุม โดยอาศัยอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายจัดตั้งให้ไว้ และมีจุดเกาะเกี่ยวและการแสดงออกซึ่งความเป็นรัฐได้เป็นอย่างดีชัดเจน แต่โครงสร้างการดำเนินการขององค์กรมหาชนที่มีความเป็นอิสระมากกว่าหน่วยงานราชการ เพราะอยู่ภายใต้ความสัมพันธ์แบบกำกับดูแลที่ฝ่ายการเมืองและหน่วยงานราชการส่วนกลางจะสามารถควบคุมการดำเนินงานได้เพียงความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่อาจแทรกแซงความเหมาะสมของการดำเนินการได้

ประการที่ห้า การพิจารณารูปแบบทางกฎหมายการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลอย่างละเอียดในโครงการวิจัยนี้ นอกจากจะเป็นไปเพื่อตอบคำถามหลักของการวิจัย คือ การสังเคราะห์รูปแบบที่เหมาะสมที่สุดในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเลในประเทศไทยแล้ว ยังทำให้เกิดข้อเสนอแนะเชิงนโยบายเพิ่มเติมนอกเหนือจากข้อเสนอแนะเชิงนโยบายพื้นฐาน อันเป็นการ “ตกแต่ง” โครงสร้างทางกฎหมายขององค์กรที่จะจัดตั้งขึ้นในรูปแบบต่าง ๆ ให้เป็นไปอย่างเหมาะสมที่สุดด้วย อาทิ การทำให้มูลนิธิหรือสถาบันภายใต้มหาวิทยาลัยในกำกับดูแลของรัฐ เกิดความเชื่อมโยงกับกลไกและโครงสร้างการดำเนินงานของ อจชล.

และ ศรชล. เพื่อให้การดำรงอยู่เป็นไปอย่างมั่นคง การทำให้สถาบันที่จะจัดตั้งขึ้นอยู่ภายใต้การควบคุมจากมหาวิทยาลัยโดยตรง แยกออกจากการบริหารและนโยบายของคณะใดคณะหนึ่ง เพื่อหลีกเลี่ยงข้อจำกัดในกรณีที่ผู้บริหารของคณะที่สถาบันสังกัดอยู่ไม่มีนโยบายสนับสนุนการดำเนินงานของสถาบัน และการพิจารณาโครงสร้างคณะกรรมการบริหารองค์การมหาชนให้กรรมการโดยตำแหน่งมาจากหน่วยราชการและภาควิชาการอย่างเหมาะสม และแม้จะได้รับการอุดหนุนงบประมาณจากภาครัฐ แต่แหล่งรายได้หลักขององค์การมหาชนควรมุ่งเน้นรายได้ที่เกิดจากการรับจ้างทำโครงการวิจัย เพื่อการเติบโตบนความสามารถของตนเองอย่างยั่งยืน

การรักษาความสมดุลระหว่างประสิทธิภาพและความโปร่งใสของภาษี
เพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะ (Earmarked tax) ในประเทศไทย*

Maintaining the balance between the efficiency and
the transparency of Earmarked tax in Thailand

เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล
Aua-aree Engchanil

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
Full-time Lecturer
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author Email: aengchanil@gmail.com
(Received: January 8, 2021; Revised: June 8, 2021; Accepted: June 11, 2021)

บทคัดย่อ

ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะ (earmarked tax) เป็นข้อยกเว้นของหลักการพื้นฐานทางงบประมาณ ได้แก่ หลักเอกภาพทางงบประมาณและหลักรายได้ต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไป การจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะ มักถูกโต้แย้งถึงความโปร่งใสและขัดแย้งกับวินัยการคลังอยู่เสมอ นอกจากนี้ การจัดสรรเงินให้แก่หน่วยงานเหล่านี้ มิได้ผ่านกระบวนการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรในแต่ละปี เช่น กองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ (สสส.) อย่างไรก็ตาม กองทุนที่มีลักษณะเช่นเดียวกับกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพมีอยู่ด้วยกันหลาย กองทุน ดังนั้น จึงควรศึกษาถึงความเหมาะสมและความสมดุลของภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่จัดสรรเงินบำรุง ไปยังกองทุนต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อหาแนวทางการบริหารภาษีประเภทดังกล่าวให้มีประสิทธิภาพและมีความโปร่งใสต่อไป

คำสำคัญ: ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะ, ภาษีบาป, สสส., กองทุนไทยพีบีเอส, กองทุนพัฒนากีฬาแห่งชาติ, กองทุนผู้สูงอายุ

* บทความนี้มาจากงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่อง “การรักษาความสมดุลระหว่างประสิทธิภาพและความโปร่งใสของภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะ (Earmarked tax) ในประเทศไทย” โดยรับทุนอุดหนุนวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Abstract

Earmarked tax is an exception to the budget's general principle which includes the Principle of Universality and the Principle of Unity. It is often contested for transparency and against fiscal discipline. Additionally, the budget allocation of earmarked tax is not annually adopted by the Parliament, such as the Thai Health Promotion Foundation. Nowadays, there are several earmarked taxes similar to the Thai Health Promotion Foundation. This brings up the issue of suitability and balanced process for the efficient and transparent earmarked tax administration.

Keywords: Earmarked tax, Sin tax, Thai Health Promotion Foundation, Thai Public Broadcasting Service Foundation, Nation Sports Development Fund, Older Fund

1. บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะ เป็นภาษีหรือค่าธรรมเนียมประเภทหนึ่ง โดยรายได้ที่จัดเก็บได้จาก Earmarked tax นี้จะต้องนำไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้เท่านั้น รัฐบาลไม่สามารถนำไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์อื่น ๆ ได้¹ การจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะมักมีเป้าหมายเพื่อนำรายได้จากการจัดเก็บไปใช้ในเรื่องบริการสาธารณะหรือการลงทุน² นอกจากนี้ นักกฎหมายการคลังของไทยได้ให้ความหมายของภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะไว้ว่า ภาษีอากรที่รัฐบาลจัดเก็บโดยกำหนดวัตถุประสงค์ล่วงหน้าไว้เป็นการเฉพาะ เมื่อจัดเก็บภาษีได้ก็ต้องนำไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ ไม่สามารถนำไปใช้จ่ายในกิจการอื่นนอกเหนือจากวัตถุประสงค์ได้ การแบ่งตามลักษณะนี้เป็นการยอมรับการมีอยู่ของภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะ ซึ่งเป็นภาษีที่รัฐจัดเก็บได้และถูกนำไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวโดยไม่ต้องนำเงินส่งคลัง ทำให้ภาษีในส่วนนี้ไม่ถูกจัดอยู่ในงบประมาณรายจ่ายประจำปี กล่าวคือเป็นเงินนอกงบประมาณ³

หลักความโปร่งใส หมายถึง การเผยแพร่ข้อมูลของสถาบันหรือหน่วยงานรัฐที่สาธารณชนสามารถเข้าใจได้ เพื่อที่จะสามารถประเมินการดำเนินการและความสำเร็จของหน่วยงานเหล่านี้ หลักความโปร่งใสทางการคลังจะช่วยให้ประชาชนสามารถติดตามที่มาของรายได้ ค่าใช้จ่ายของหน่วยงานรัฐและผลลัพธ์ที่เกิดขึ้น จากการใช้จ่าย⁴ ความโปร่งใสนี้จะทำให้ประชาชนเข้าใจถึงโครงสร้างและหน้าที่ของรัฐบาล เป้าหมายทางนโยบายการคลังและคุณภาพของบัญชีสาธารณะ⁵ ในขณะที่หลักประสิทธิภาพทางงบประมาณ หมายถึง การที่งบประมาณเชื่อมโยงกับการจัดสรรเงินไปสู่ผลลัพธ์ที่ตรวจสอบได้⁶ ข้อมูลที่มีประสิทธิภาพทางการคลัง จะช่วยเน้นการวางแผนและเสนอตัวชี้วัดที่วัดว่าอะไรบ้างที่เหมาะสมต่อการกำหนดงบประมาณ⁷

¹ กัทร จารุวัฒนมงคล, "Earmarked Tax," *การคลังปริทัศน์*, (ก.ย. 2557), หน้า 1.

² Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), "Resource revenue earmarking: Comparative analysis and lessons learned, Policy dialogue on natural resource-bases development," [online] Available from : <https://www.oecd.org/dev/inclusivesocietiesanddevelopment/Session-6-Report-on-Earmarking-Practices.pdf> [21 March 2020]

³ สมคิด เลิศไพฑูรย์, *คำอธิบายกฎหมายการคลัง*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2541), หน้า 90.

⁴ Jonathan Barrett, "Democratic discourse, Taxation and hypothecation," in *Journal of Australian Taxation*, (2012), p.103.

⁵ James Daniel et al., "L'ajustement budgétaire comme instrument de stabilité et de croissance," [online] Available from : https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:C31x_VolgVQJ:https://www.imf.org/~media/Websites/IMF/imported-publications-loe-pdfs/external/french/pubs/ft/pam/pam55/pam55f.ashx+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=th&client=firefox-b-d [29 April 2020]

⁶ Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), "Performance Budgeting: A Users' Guide," [online] Available from : <https://www.oecd.org/gov/budgeting/Performance-Budgeting-Guide.pdf>. [21 March 2020]

⁷ หลักประสิทธิภาพมีวัตถุประสงค์เพื่อให้

(1) การนำเสนองบประมาณด้วยข้อมูลมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ การเสนอเอกสารงบประมาณต้องเป็นข้อมูลที่สามารถอ้างอิงถึงเป้าหมายหรือผลลัพธ์ รวมถึงที่มาของข้อมูลสำหรับความรับผิดชอบและการสื่อสารไปยังฝ่ายนิติบัญญัติและประชาชนในด้านนโยบายสาธารณะได้

(2) การให้ข้อมูลที่มีประสิทธิภาพย่อมส่งผลกระทบต่อกระบวนการกำหนดงบประมาณอย่างมีนัยสำคัญ ช่วยส่งผลให้การจัดสรรทรัพยากรสอดคล้องยังผลลัพธ์หรือเป้าหมายที่ใกล้เคียงมากยิ่งขึ้น

ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะจะสามารถเกิดขึ้นอย่างเหมาะสมก็ต่อเมื่อมีความชัดเจนและความเชื่อมโยงระหว่างรายได้และกิจกรรมที่ใช้จ่าย เป็นการสร้างความโปร่งใสและง่ายต่อการติดตาม ตลอดถึงการบริหารจัดการมีส่วนที่เหมาะสมเมื่อเปรียบเทียบกับงบประมาณทั้งหมด⁸ เกิดความโปร่งใสทางการคลังต่อประชาชนผู้เสียภาษี เนื่องจากหากข้อมูลหรือรายการใช้จ่ายได้ถูกกำหนดไว้โดยตรงในบทบัญญัติกฎหมายจากการจัดเก็บภาษีเฉพาะเพื่อนำไปใช้จ่ายตามรายการที่ถูกระบุไว้ย่อมมีความสัมพันธ์อย่างชัดเจน จึงมีข้อเสนอว่าผู้เสียภาษีควรต้องได้รับข้อมูลในแต่ละปีว่าภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะนั้นได้จัดทำเป็นจำนวนเท่าใด รายจ่ายที่ต้องใช้จ่ายเป็นจำนวนเท่าใด ตลอดจนถึงสภาพและผลกระทบที่เกิดขึ้นในการใช้จ่ายของงบประมาณเหล่านี้

1.2 สมมติฐาน

ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะ (earmarked tax) เป็นข้อยกเว้นของหลักการพื้นฐานทางงบประมาณว่าด้วยหลักรายได้ต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไป การจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะมักถูกโต้แย้งถึงความโปร่งใสและขัดแย้งกับวินัยการคลังอยู่เสมอ จึงนำมาสู่ปัญหาในเรื่องการพิจารณาถึงความเหมาะสมและความสมดุลของภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะ เพื่อหาหลักการที่ถูกต้องในการบริหารภาษีประเภทดังกล่าวให้มีประสิทธิภาพและความโปร่งใสมยิ่งขึ้น

1.3 ระเบียบวิธีดำเนินการวิจัย

(1) ศึกษาวิจัยเอกสาร (Documentary Research) วิเคราะห์ รวบรวมและทบทวนเอกสารทางวิชาการที่เกี่ยวข้อง ทั้งเอกสารภาษาต่างประเทศและเอกสารภาษาไทย กฎหมาย ระเบียบ แนวทางปฏิบัติของไทย กฎหมายต่างประเทศที่น่าสนใจและสถานการณ์ในปัจจุบันที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาวิเคราะห์และอธิบายปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้น

(2) การนำเสนอผลงานวิจัย เพื่อเผยแพร่ข้อมูลและข้อสรุปที่ได้รับจากการวิจัย

1.4 ขอบเขตการวิจัย

ขอบเขตการวิจัยนี้ คือการวิจัยเอกสารตัวอย่างกฎหมายและประสบการณ์ของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะ กฎหมายและระเบียบหรือแนวทางปฏิบัติของประเทศไทย

⁸ Bryn Welham, Edward Hedger and Philipp Krause, "Linkages between public sector revenues and expenditures in developing countries, Shaping policy for development," [online] Available from : <https://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/9675.pdf>. [5 April 2020]

⁹ Fabian Society, *Paying for progress: A new politics of tax for public spending*, (Fabian Society, 2000), p.150.

2. เนื้อหา

ในส่วนนี้จะสรุปถึงภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะในต่างประเทศ (2.1) และปัญหาที่เกิดจากภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะของประเทศไทย (2.2)

2.1 ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะในต่างประเทศ

ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะในต่างประเทศ ประกอบด้วยประเทศฝรั่งเศสและประเทศเกาหลีใต้

2.1.1 ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะในประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสมีการจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะเป็นจำนวนมาก รายการเหล่านี้ปรากฏอยู่ในเอกสารงบประมาณภาคผนวกของร่างกฎหมายงบประมาณประจำปี¹⁰ ซึ่งมักถูกพิจารณาว่ากระทบต่อความโปร่งใสต่อข้อมูลที่สื่อสารไปยังฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากสมาชิกรัฐสภาควรจะได้รับทราบที่มาของแหล่งรายได้ทั้งหมดในเอกสารงบประมาณชุดเดียวกัน ฝรั่งเศสเคยมีภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะจำนวนถึง 309 รายการในช่วงปี 2011 แต่ในปี 2016 การจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะลดลงเหลือจำนวน 145 รายการ¹¹

ทั้งนี้ แม้ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะจะมีการจัดเก็บอยู่หลายประเภท แต่ข้อกังวลเกี่ยวกับภาษีประเภทนี้ ได้แก่ นิยามของภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่ยังไม่มีการให้คำจำกัดความอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม หน้าที่รายงานของหน่วยงานด้านการจัดเก็บภาษี (Conseil des prélèvements obligatoires) ได้พยายามกำหนดลักษณะของภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะว่าต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้¹²

- ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะเป็นการจัดเก็บภาษีรูปแบบหนึ่งที่มีลักษณะบังคับโดยมีการตรากฎหมายขึ้น
- ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะจะถูกจัดสรรเงินไปยังกิจกรรมของนิติบุคคลหรือไม่เป็นนิติบุคคลก็ได้ และการจัดเก็บภาษีนี้นี้จะไม่ถูกจัดเก็บเข้าไปรวมกับงบประมาณของรัฐ
- ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะถูกจัดเก็บเพื่อนำไปใช้ยังประโยชน์สาธารณะ

¹⁰ อย่างไรก็ดี เพื่อให้โครงสร้างการบริหารประเทศและการจัดสวัสดิการสังคมมีประสิทธิภาพและเกิดการควบคุมตรวจสอบโดยเฉพาะ การจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะในกรณีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและการประกันสังคมได้มีการแยกพิจารณาออกไปเป็นวาระเฉพาะในการพิจารณากฎหมายงบประมาณประจำปี, ใน Conseil des prélèvements obligatoires, “Les taxes affectées : des instruments à mieux encadrer,” [online] Available from : <https://www.ccomptes.fr/fr/publications/les-taxes-affectees-des-instruments-mieux-encadrer-0> [19 May 2020]

¹¹ Christophe Strassel et Alain Levionnois, “Le panorama des taxes affectées,” [online] Available from : <https://www.ccomptes.fr/system/files/2018-10/20181002-rapport-particulier-1-panorama-taxes-affectees.pdf>. [19 May 2020]

¹² Ibid., p. 7.

นอกจากนี้ เพื่อให้ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะสามารถถูกควบคุมโดยฝ่ายนิติบัญญัติได้อย่างเคร่งครัดขึ้น ตั้งแต่ปี 2012 เป็นต้นมา ในการอภิปรายงบประมาณประจำปี รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบด้านการงบประมาณจะส่งหนังสือเวียนเรื่องการคาดการณ์การจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะไปยังรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้พิจารณาและปรับแก้ไข พร้อมสอบถามข้อมูลทางด้านคุณภาพและปริมาณของภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องด้วย¹³

2.1.2 ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะในประเทศเกาหลีใต้

ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะมีความสำคัญและได้จัดเก็บมาเป็นเวลานานในประเทศเกาหลีใต้ เนื่องจากเจ้าหน้าที่ประสบความสำเร็จมากในการบังคับจัดเก็บภาษีเงินได้และภาษีมูลค่าเพิ่มที่ได้รับการเคารพจากผู้เสียภาษี ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะซึ่งเป็นรายได้ที่ไหลเข้าสู่กองทุนเฉพาะกลับได้รับการต่อต้านจากผู้เสียภาษีน้อยกว่า¹⁴ ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่สำคัญ ได้แก่ ภาษีการศึกษา ภาษีขนส่งและภาษีเพื่อการพัฒนาชนบท จำนวนการจัดเก็บรายได้จากภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะมีสัดส่วน 1 ใน 5 ของรายได้ภาษีของรัฐและ 4% ของผลิตภัณฑ์มวลรวมประชาชาติ (GDP)¹⁵

ปัจจุบันภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะในประเทศเกาหลีใต้มีการแบ่งออกเป็น 2 ระดับ¹⁶ ได้แก่

ระดับที่ 1 ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะในระดับชาติหรือส่วนกลาง (National Taxes) ได้แก่ ภาษีการคมนาคมขนส่ง-พลังงาน-สิ่งแวดล้อม ภาษีการศึกษา ภาษีมรดกและภาษีเฉพาะเพื่อการพัฒนาชนบท (จัดทำขึ้นในปี 1994)

ระดับที่ 2 ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะระดับท้องถิ่น (Local Taxes) ได้แก่ ภาษีอำนาจความสะดวกให้ชุมชน ภาษีเพื่อการพัฒนาส่วนภูมิภาคและภาษีการศึกษาท้องถิ่น

มีข้อสังเกตว่า ภาษีเพื่อการศึกษาได้กั้นเงินไว้เฉพาะทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ซึ่งผู้เสียภาษีกลุ่มนี้ประกอบด้วย¹⁷

- (1) บุคคลที่ดำเนินกิจการธนาคารและกิจการประกันภัย
- (2) ผู้เสียภาษีบริโภคตามกฎหมายว่าด้วยภาษีการบริโภคของบุคคลธรรมดา
- (3) ผู้เสียภาษีเกี่ยวกับการขนส่ง พลังงาน สิ่งแวดล้อมตามกฎหมายว่าด้วยการขนส่ง พลังงานและสิ่งแวดล้อม (Transportation-Energy-Environment Tax)
- (4) ผู้เสียภาษีเครื่องดื่มแอลกอฮอล์

¹³ *Ibid.*, 36.

¹⁴ *Ibid.*, p. 23.

¹⁵ *Ibid.*, p. 2.

¹⁶ หน่วยงานจัดเก็บภาษีแห่งชาติเกาหลี (National Tax Service), [online] Available from : https://www.nts.go.kr/eng/help/help_02_02.asp. [11 May 2020]

¹⁷ Ilho Yoo, "Experience with tax reform in the Republic of Korea," [online] Available from : <https://esbn.unescap.org/sites/default/files/apdj-7-2-4-yoo.pdf>. [13 May 2020]

ทั้งนี้ สัดส่วน 45% ของภาษีเพื่อการศึกษาที่ได้นำไปจัดสรรให้กับการศึกษาของท้องถิ่น และระดับชาติมาจากภาษีวัตถุประสงค์เฉพาะประเภทยาสูบ ในส่วนที่เหลือเป็นรายได้ที่ได้รับการจัดสรรจากรัฐบาลกลาง¹⁸

2.2 ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะในประเทศไทย

รัฐไทยได้กักเงินภาษีอากรและเงินประเภทอื่นเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะมาใช้ในภาคการคลังเป็นระยะเวลานาน¹⁹ ทั้งนี้ ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่ได้กักเงินจากแหล่งที่มาเฉพาะปัจจุบันมีจำนวน 13 แห่ง ได้แก่ กองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ กองทุนเพื่อส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงาน กองทุนน้ำมันเชื้อเพลิง กองทุนเพื่อการพัฒนาพรรคการเมือง กองทุนเพื่อการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา กองทุนพัฒนาเทคโนโลยีเพื่อการศึกษา กองทุนไทยพีบีเอส กองทุนพัฒนาการกีฬาแห่งชาติ กองทุนวิจัยและพัฒนาการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมเพื่อประโยชน์สาธารณะ กองทุนพัฒนาเศรษฐกิจดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม กองทุนส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ กองทุนส่งเสริมและพัฒนาศึกษาสำหรับคนพิการและกองทุนผู้สูงอายุ

อย่างไรก็ดี งานวิจัยชิ้นนี้จะการศึกษาเฉพาะกองทุนที่มีรายได้จากการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตประเภทสินค้าสุราและยาสูบเพื่อมาใช้ในวัตถุประสงค์เฉพาะของกองทุนหรือองค์การ ปัจจุบันมีการจัดสรรรายได้เป็นเงินบำรุงยัง 4 กองทุนหรือองค์การ ได้แก่ กองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ องค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย กองทุนพัฒนาการกีฬาแห่งชาติและกองทุนผู้สูงอายุ กองทุนเหล่านี้กฎหมายกำหนดให้เป็นการจ่ายเงินบำรุงซึ่งจัดเก็บเพิ่ม (Surcharge) จากภาษีสรรพสามิตในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสุราและยาสูบ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

ในปี พ.ศ. 2544 ได้นำแนวคิดเรื่องการจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะมาใช้ในการส่งเสริมกิจกรรมด้านสุขภาพ กล่าวคือ มีการตราพระราชบัญญัติกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ พ.ศ. 2544 เพื่อนำเงินรายได้ 2% ของภาษีสรรพสามิตประเภทสุราและยาสูบเป็นเงินบำรุงเข้าสู่กองทุนดังกล่าว²⁰ ในเวลาต่อมาการจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะจากภาษีสรรพสามิตประเภทสุราและยาสูบได้ขยายต่อไปเป็นเงินบำรุงให้กับองค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย หรือไทยพีบีเอส เมื่อ พ.ศ. 2551

¹⁸ Lidia Ceriani, "Tax systems and tax reforms in South and East Asia: Korea," [online] Available from : <http://www.siepweb.it/siep/images/joomd/1399134793397.pdf>. [5 April 2020]

¹⁹ แนวคิดเรื่องการภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะของไทยสามารถย้อนกลับไปในช่วงปี พ.ศ. 2503 จากการตราพระราชบัญญัติกองทุนสงเคราะห์การทำสวนยางซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมเกษตรกรในรูปแบบของกองทุนสาธารณะ โดยกักเงินสงเคราะห์ที่เก็บจากผู้ส่งออกยางนอกราชอาณาจักรในอัตราที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์กำหนด และให้กรมวิชาการเกษตรนำไปค้นคว้าวิจัยงานยางใช้เป็นค่าใช้จ่ายในการบริหารของคณะกรรมการเพื่อดำเนินกิจการกองทุนสงเคราะห์การทำสวนยาง ตลอดจนส่งคืนกลับสู่เกษตรกรที่ซื้อทุนสงเคราะห์ปลูกแทนในรูปแบบของความช่วยเหลือทางวิชาการและปัจจัยการผลิต โดยเงินสงเคราะห์เหล่านี้จะจ่ายในการกิจอื่นไม่ได้ ต่อมากองทุนสงเคราะห์การทำสวนยางได้ถูกยุบรวมกับองค์การสวนยางและสถาบันวิจัยยางกลายเป็นการยงแห่งประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติการยงแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2558

²⁰ แนวคิดเรื่องการจัดเก็บนำภาษีสุราและยาสูบในรูปแบบภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะมาใช้ในด้านสุขภาพเป็นที่ถกเถียงกันอย่างกว้างขวางทั่วโลก ปัจจุบันมีมากกว่า 80 ประเทศที่ใช้ภาษีรูปแบบดังกล่าวเพื่อนำมาเป็นรายจ่ายด้านสุขภาพ, ใน Cheryl Cashin et al., "Earmarking for health: From theory to practice," [online] Available from : <https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/1082540/retrieve>. [5 April 2020]

องค์การดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการจัดทำสื่อสาธารณะเพื่อสังคม นอกจากนี้การจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะจากสินค้าสุราและยาสูบยังได้ถูกผลักดันมาจากการจัดตั้งกองทุนพัฒนากีฬาแห่งชาติ พ.ศ. 2558 และปัจจุบันกองทุนผู้สูงอายุ พ.ศ. 2560 เป็นกองทุนล่าสุดที่มีรายได้จากเงินบำรุงที่มาจากการจัดเก็บภาษีสุราและยาสูบ เช่นนี้ จึงควรวิเคราะห์ว่าการจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะจากภาษีสรรพสามิตประเภทสุรา และยาสูบซึ่งเดิมทีเป็นไปเพื่อนำมาใช้จ่ายยังภารกิจทางด้านการป้องกันสุขภาพ ได้ขยายการจัดเก็บ และการใช้จ่ายไปยังกองทุนต่าง ๆ อีกหลายกองทุนและหลากหลายวัตถุประสงค์ ทั้งในด้านการผลิตสื่อสังคม ด้านการกีฬาและการส่งเสริมคุณภาพชีวิตของผู้สูงอายุ ดังนี้แล้ว สถานการณ์ของภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะประเภทการจัดเก็บจากสินค้าสุราและยาสูบเพื่อเป็นเงินบำรุงไปยังกองทุนและองค์กรต่าง ๆ ข้างต้น ยังคงสามารถรักษาความสมดุลระหว่างประสิทธิภาพและความโปร่งใสของการมีภาษีประเภทดังกล่าวในประเทศไทยได้แค่ไหนและเพียงใด เนื่องจากเงินบำรุงเหล่านี้เป็นเงินนอกงบประมาณซึ่งยากแก่การติดตามตรวจสอบ เช่น เงินในงบประมาณปกติ จากการศึกษาพบว่าภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะจำนวน 4 กองทุนข้างต้นมีประเด็นดังต่อไปนี้

2.2.1 ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานทางการคลัง

ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานทางการคลัง ได้แก่ หลักเอกภาพทางงบประมาณและหลักงบประมาณต้องมีลักษณะทั่วไป

A. ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะกับหลักเอกภาพทางงบประมาณ

หลักเอกภาพทางงบประมาณ มีความมุ่งหมายให้ข้อมูลรายได้สาธารณะและรายจ่ายสาธารณะต้องปรากฏอยู่ในเอกสารชุดเดียวกันในช่วงเวลาของการนำเสนอและการพิจารณางบประมาณต่อฝ่ายนิติบัญญัติ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สมาชิกฝ่ายนิติบัญญัติได้เห็นเอกสารที่เกี่ยวข้องในเวลาเดียวกัน ส่งผลต่อประสิทธิภาพเพื่อประกอบการตัดสินใจในเรื่องงบประมาณ เนื่องจากข้อมูลทางงบประมาณมีอยู่เป็นจำนวนมาก อีกทั้งระยะเวลาในการพิจารณาร่างกฎหมายงบประมาณประจำปีมีระยะเวลาที่จำกัด²¹ การที่ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถเห็นข้อมูลตัวเลขสถิติ โดยเฉพาะรายได้และรายจ่ายในเอกสารและช่วงเวลาเดียวกันก่อนตัดสินใจอนุมัติร่างกฎหมายงบประมาณจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง ดังนั้น เอกสารงบประมาณภายใต้หลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของงบประมาณ หมายถึง การที่รายได้และรายจ่ายของรัฐอยู่ในเอกสารชุดเดียวกันเพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติพิจารณา ทั้งนี้หลักความเป็นเอกภาพทางงบประมาณยินยอมให้ร่างกฎหมายงบประมาณถูกแบ่งออกเป็นหลายหมวดหรือจัดทำเป็นเอกสารงบประมาณหลายเล่มได้²²

²¹ มาตรา 143 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 “ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติมและร่างพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่าย สภาผู้แทนราษฎรจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยห้าวันนับแต่วันที่ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมาถึงสภาผู้แทนราษฎร”

²² Michel Bouvier, Marie-Christine Esclassant et Jean-Pierre Lassale, *Finances publiques*, 9e Edition (L.G.D.J., 2008), p. 270.

ซึ่งเมื่อพิจารณาการจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะประเภทสินค้าสุราและยาสูบพบว่า ข้อมูลด้านรายได้หรือการบริหารกองทุนหรือองค์การ ตั้งแต่กองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ องค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย กองทุนพัฒนากีฬาแห่งชาติและกองทุนผู้สูงอายุ กลับไม่ได้ปรากฏอยู่ในเอกสารงบประมาณรายจ่ายประจำปี เนื่องจากเงินบำรุงจากภาษีสรรพสามิตประเภทสุราและยาสูบเข้ายังกองทุนหรือองค์การข้างต้น ไม่ต้องนำส่งกระทรวงการคลังเป็นรายได้แผ่นดิน²³ ทำให้สถานะของเงินบำรุงเหล่านี้กลายเป็นเงินนอกงบประมาณ

ดังนั้น การจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะจากสินค้าสุราและยาสูบเพื่อเป็นเงินบำรุงให้กับกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ องค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย กองทุนพัฒนากีฬาแห่งชาติและกองทุนผู้สูงอายุ จึงมีความไม่สอดคล้องกับหลักเอกภาพทางงบประมาณ

²³ มาตรา 10 พระราชบัญญัติกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ พุทธศักราช 2544 “กองทุนมีฐานะเป็นหน่วยงานของรัฐที่ไม่เป็นส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ และรายได้ของกองทุนไม่ต้องนำส่งเป็นรายได้ของแผ่นดิน”

มาตรา 36 พระราชบัญญัติการกีฬาแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2560 “ให้จัดตั้งกองทุนขึ้นกองทุนหนึ่งเรียกว่า “กองทุนพัฒนากีฬาแห่งชาติ” ใน กกท. เพื่อเป็นทุนหมุนเวียนสำหรับใช้จ่ายเพื่อการส่งเสริมสนับสนุนพัฒนาคุ้มครองช่วยเหลือและจัดสวัสดิการที่เกี่ยวข้องกับการกีฬาโดยประกอบด้วยเงินและทรัพย์สินดังต่อไปนี้

- (1) เงินบำรุงกองทุนที่จัดเก็บตามมาตรา 37
- (2) เงินและทรัพย์สินที่โอนมาตามมาตรา 133
- (3) เงินทุนประเดิมที่รัฐบาลจัดสรรให้
- (4) เงินอุดหนุนจากรัฐบาลหรือที่ได้รับจากงบประมาณรายจ่ายประจำปีตามความจำเป็น
- (5) เงินรายได้หรือผลประโยชน์ที่เกิดจากกองทุน
- (6) รายได้ที่เกิดจากการดำเนินการของกองทุน
- (7) เงินหรือทรัพย์สินที่มีผู้ทูลให้
- (8) รายได้อื่น ๆ

ให้ กกท. เก็บรักษาเงินและทรัพย์สินของกองทุนและดำเนินการเบิกจ่ายเงินกองทุนตามพระราชบัญญัตินี้

เงินและทรัพย์สินตามวรรคหนึ่งให้เป็นของกกท. เพื่อใช้ประโยชน์ตามวัตถุประสงค์ของกองทุนโดยไม่ต้องนำส่งคลังเป็นรายได้แผ่นดิน”

มาตรา 11 พระราชบัญญัติองค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2551 “ทุน ทรัพย์สิน และรายได้ขององค์การ ประกอบด้วย

- (1) เงินบำรุงองค์การที่จัดเก็บตามมาตรา 12
- (2) เงินและทรัพย์สินที่ได้รับโอนมาตามมาตรา 57 หรือตามกฎหมายอื่น
- (3) ทุนประเดิมที่รัฐจ่ายให้เป็นการอุดหนุนตามมาตรา 60
- (4) ค่าธรรมเนียม ค่าบำรุง ค่าบริการ หรือค่าตอบแทนอื่นใดในการให้บริการ
- (5) เงินหรือทรัพย์สินอื่นใดที่ได้รับจากผู้สนับสนุนองค์การ
- (6) รายได้หรือการหาประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาขององค์การ
- (7) ดอกผลที่เกิดจากเงินหรือทรัพย์สินขององค์การ

การรับเงินตาม (5) ต้องไม่เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการขาดความเป็นอิสระในการดำเนินงาน หรือให้กระทำการอันขัดหรือแย้งต่อวัตถุประสงค์ขององค์การ

รายได้ในการดำเนินกิจการขององค์การนอกจาก (2) และ (3) ต้องนำไปใช้ในการสนับสนุนพัฒนาศักยภาพและให้โอกาสสร้างสรรค์แก่ผู้ผลิตรายการอิสระในอัตราที่คณะกรรมการนโยบายกำหนด แต่ต้องไม่เกินร้อยละสิบของรายได้ดังกล่าว

รายได้ขององค์การตามวรรคหนึ่งไม่ต้องนำส่งเป็นรายได้ของแผ่นดินตามกฎหมายว่าด้วยเงินคลังและกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ”

มาตรา 15/2 พระราชบัญญัติผู้สูงอายุ ฉบับที่ 3 พุทธศักราช 2560 “ให้กรมสรรพสามิตและกรมศุลกากรเป็นผู้ดำเนินการเรียกเก็บเงินบำรุงกองทุนตามมาตรา 15/1 เพื่อนำส่งเข้ากองทุนตามระเบียบที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังกำหนดโดยไม่ต้องนำส่งคลังเป็นรายได้แผ่นดิน”

B. ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะกับหลักงบประมาณต้องมีลักษณะทั่วไป

หลักงบประมาณต้องมีลักษณะทั่วไปประกอบด้วย

หลักการไม่หักกลบลบหนี้ (non-compensation) รายได้และรายจ่ายที่ปรากฏในเอกสารงบประมาณ ต้องไม่มีการหักกลบลบกัน เพื่อให้ทราบถึงจำนวนงบประมาณรายได้และงบประมาณรายจ่ายที่แท้จริงและถูกต้อง อันจะส่งผลให้การอนุมัติงบประมาณของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากสามารถทำการตรวจสอบพิจารณารายละเอียดของทุกกิจกรรมทางการคลังที่ปรากฏในเอกสารงบประมาณอย่างรอบด้าน ลดปัญหาเรื่องการแสดงบัญชีงบประมาณที่ไม่สุจริต

หลักการไม่นำรายได้ไปผูกกับรายจ่ายใดเป็นการเฉพาะ (non-affectation) ความสัมพันธ์ระหว่างรายได้และรายจ่ายของรัฐในเอกสารงบประมาณต้องเป็นเอกเทศแยกออกจากกันในทางบัญชี หมายถึงรายได้จากการจัดเก็บภาษีต้องไม่ถูกนำมาใช้ยังรายจ่ายรายการใดรายการหนึ่งเป็นการเฉพาะ

หากพิจารณาถึงแนวทางการจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะของกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ องค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย กองทุนพัฒนากีฬาแห่งชาติและกองทุนผู้สูงอายุ พบว่าเมื่อรายได้จากภาษีสุราและยาสูบได้ถูกจัดเก็บโดยหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่จัดเก็บแล้ว เงินภาษีประเภทดังกล่าวจะถูกนำส่งเป็นเงินบำรุงเข้ากองทุนหรือองค์กรโดยตรง ไม่จัดเป็นรายได้แผ่นดิน กล่าวคือการจัดเก็บภาษีเหล่านี้จะไม่ถูกนำไปรวมกับรายได้ประเภทอื่น ๆ หากแต่ทำการแยกจัดสรรเป็นรายได้ไปยังหน่วยรับเงินบำรุงโดยตรง จำนวนเงินบำรุงจากรายได้เหล่านี้ เมื่อคิดเป็นสัดส่วนที่รัฐเก็บเพิ่มเติมจากภาษีสุราและยาสูบเพื่อส่งเข้าเป็นรายได้แผ่นดินต่อปีนั้น พบว่ามีสัดส่วนเพิ่มขึ้นอีก 7.5% จากภาษีสุรายาสูบ²⁴ ซึ่งเมื่อคิดเป็นจำนวนเงินแต่ละปีย่อมมีจำนวนหลายพันล้านบาท หากแต่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถเห็นตัวเลขเหล่านี้ในการพิจารณางบประมาณรายจ่ายประจำปี เนื่องจากเงินรายได้เหล่านี้ล้วนได้รับการยกเว้นไม่ต้องนำส่งเป็นรายได้แผ่นดิน กลายเป็นเงินนอกงบประมาณ ดังนั้นแล้ว ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะจึงไม่สอดคล้องกับหลักรายได้ต้องมีลักษณะทั่วไป

²⁴ กองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ เก็บอัตราร้อยละสองของภาษีที่เก็บจากสุราและยาสูบตามกฎหมายว่าด้วยสุราและกฎหมายว่าด้วยยาสูบ

องค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย เก็บอัตราร้อยละหนึ่งจุดห้าของภาษีที่เก็บจากสุราและยาสูบตามกฎหมายว่าด้วยสุราและกฎหมายว่าด้วยยาสูบ

กองทุนพัฒนากีฬาแห่งชาติ เก็บอัตราร้อยละสองของภาษีที่เก็บจากสุราและยาสูบตามกฎหมายว่าด้วยสุราและกฎหมายว่าด้วยยาสูบ

กองทุนผู้สูงอายุ เก็บอัตราร้อยละหนึ่งจุดห้าของภาษีที่เก็บจากสุราและยาสูบตามกฎหมายว่าด้วยสุราและกฎหมายว่าด้วยยาสูบ

2.2.2 ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะและความไม่ชัดเจนของขอบเขตการตราภาษี

ปัจจุบันเงินบำรุงที่ได้จากภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะต่อสินค้าสุราและยาสูบได้ขยายไปถึงกิจกรรมด้านสื่อสารมวลชน ด้านการกีฬาและด้านผู้สูงอายุ หากกรอบหรือขอบเขตของการตราภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะประเภทสินค้าสุราและยาสูบยังกว้างหรือไม่ชัดเจนต่อไป อาจกลายเป็นช่องให้เกิดการตราภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะประเภทใหม่ขึ้นมาได้เรื่อย ๆ อย่างไม่มีข้อจำกัด จนกลายเป็นการกระทบต่อวินัยการเงินการคลังของประเทศในภายภาคหน้า และไม่ได้ผ่านกระบวนการตรวจสอบในรูปแบบของเอกสารงบประมาณรายจ่ายประจำปีตามปกติ การตรวจสอบควบคุมหรือการซักถามอภิปรายประจำปีโดยกลไกรัฐสภาจึงไม่ได้เกิดขึ้นเช่นเดียวกับการพิจารณาเงินในงบประมาณปกติ

2.2.3 ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะและความแตกต่างของรายงานการจัดเก็บภาษี

กองทุนที่มีการจัดเก็บรายได้จากภาษีสุราและยาสูบในอัตราร้อยละ 2 พบว่ามีอยู่ด้วยกัน 3 กองทุน ได้แก่ กองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ กองทุนพัฒนาการกีฬาและกองทุนผู้สูงอายุ อย่างไรก็ตาม กองทุนผู้สูงอายุเป็นเพียงกองทุนเดียวที่มีการกำหนดการจัดเก็บต้องไม่เกิน 4,000 ล้านบาทต่อปี ในขณะที่กองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพและกองทุนพัฒนาการกีฬาสามารถทำการจัดเก็บได้อย่างไม่มีเพดานกำหนดไว้ เมื่อพิจารณารายละเอียดต่อไปพบว่า บทบัญญัติของแต่ละกองทุนได้กำหนดหน้าที่หรือเงื่อนไขในส่วนของการตรวจสอบหรือการรายงานผลการดำเนินงานของกองทุนไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ กองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพได้กำหนดระดับการรายงานเรื่องการตรวจสอบผลงานและการใช้จ่ายเงินในระดับชาติต่อคณะรัฐมนตรี สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาโดยการรายงานด้วยเอกสารรายงานประจำปีและชี้แจงในสภาเมื่อสิ้นสุดปีงบประมาณของทุกปี²⁵ ในขณะที่กองทุนพัฒนาการกีฬากำหนดเพียงให้เสนอต่อคณะรัฐมนตรี²⁶ ไม่ได้ให้รายงานต่อรัฐสภาแต่อย่างใด เมื่อเปรียบเทียบกองทุนทั้ง 2 ประเภทดังกล่าว พบว่าทั้งกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพและกองทุนพัฒนาการกีฬาต่างได้รับเงินบำรุงจากการจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะจากสุราและยาสูบในอัตราร้อยละ 2 เท่ากันและไม่มีการกำหนดเพดานของรายได้จากแหล่งดังกล่าวในแต่ละปี ดังนั้นจึงมีคำถามเกิดขึ้นว่ามาตรฐานของการรายงานการดำเนินการและการใช้จ่ายเงินของกองทุนจากภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะของ 2 กองทุนนี้ควรมีจุดร่วมหรือจุดต่างกันเพียงใด เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและความโปร่งใสต่อสาธารณชน ซึ่งหากดูแนวทางปฏิบัติของกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพพบว่าได้ถูกกำหนดให้รายงานต่อรัฐสภาทุกปี แนวทางเช่นนี้ถือเป็นมาตรการที่ให้กองทุนมีความเชื่อมโยงกับผู้แทนราษฎรอยู่บ้าง ในขณะที่กองทุนพัฒนาการกีฬา กฎหมายได้กำหนดให้จัดทำรายงานประจำปีเพื่อส่งให้กับคณะรัฐมนตรีเพียงอย่างเดียว

²⁵ มาตรา 36 พระราชบัญญัติกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ พุทธศักราช 2544 “ให้กองทุนทำรายงานประจำปีเสนอคณะรัฐมนตรี สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อพิจารณาภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันสิ้นปีบัญชี รายงานนี้ให้กล่าวถึงผลงานของกองทุนในปีที่ล่วงมาแล้ว พร้อมทั้งงบการเงิน และรายงานของผู้สอบบัญชี”

²⁶ มาตรา 106 พระราชบัญญัติการกีฬาแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2558 “ให้คณะกรรมการทำรายงานปีละครั้งเสนอต่อคณะรัฐมนตรี รายงานนี้ให้กล่าวถึงผลงานของกกท. ในปีที่ล่วงมาแล้ว พร้อมทั้งคำชี้แจงเกี่ยวกับนโยบายของคณะกรรมการ โครงการ และแผนงานที่จะจัดทำในปีถัดไป...”

ทั้ง ๆ ที่วงเงินบำรุงที่ได้รับในแต่ละปีไม่มีความแตกต่างจากกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพแต่อย่างใด นามาส่งประเด็นข้อสงสัยว่าการส่งรายงานประจำปีให้กับคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร โดยผู้บริหารกองทุน ซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร²⁷ ด้วยกันมีความเหมาะสมหรือโปร่งใสแค่ไหนเพียงใด

นอกจากนี้ในกรณีของกองทุนผู้สูงอายุ ได้มีการกำหนดเพดานขั้นสูงในการจัดเก็บภาษีวัตถุประสงค์เฉพาะว่าไม่เกินร้อยละ 2 โดยต้องไม่เกิน 4,000 ล้านบาทในแต่ละปี หากพิจารณาถึงแนวโน้มสังคมผู้สูงอายุที่กำลังเติบโตขึ้นในประเทศไทย การกำหนดเพดานไม่เกิน 4,000 ล้านบาทต่อปี อาจมีความเหมาะสมในแง่ของการตีกรอบวงเงินเพื่อไม่ให้ตัวเลขของกองทุนดังกล่าวสูงโด่งเกินไปในแต่ละปี ซึ่งน่าจะสอดคล้องกับแนวคิดเรื่องวินัยการเงินการคลัง หากแต่เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงในระยะยาวเมื่อสังคมไทยกลายเป็นสังคมผู้สูงอายุโดยสมบูรณ์ ซึ่งจำนวนผู้สูงอายุจะเพิ่มขึ้นอีกมากนั้น การจำกัดตัวเลขวงเงินไว้ที่ 4,000 ล้านบาทต่อปีจะยังคงมีความสอดคล้องกับข้อเท็จจริงหรือสภาวะเงินเฟ้อในอนาคตหรือไม่อย่างไร ซึ่งหากพิจารณาเทียบเคียงกับเงินบำรุงองค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทยที่ได้กำหนดอัตราการจัดเก็บร้อยละ 1.5 แต่กำหนดเพดานเงินบำรุงเข้ากองทุนไว้ไม่เกิน 2,000 ล้านบาทต่อปีนั้น พบว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมีอำนาจในการปรับเพิ่มรายได้สูงสุดของเงินบำรุงเข้ากองทุนได้ทุก 3 ปีเพื่อให้องค์การมีรายได้เพียงพอต่อการดำเนินการตามวัตถุประสงค์นั้น²⁸ แนวคิดเรื่องความสามารถในการทบทวนรายได้ของเงินบำรุงของกองทุนผู้สูงอายุเพื่อให้กองทุนมีรายได้เพียงพอต่อการดำเนินการตามวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับองค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทยจึงเป็นสิ่งที่น่าพิจารณาเพื่อให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงเรื่องจำนวนผู้สูงอายุที่จะเพิ่มขึ้นในประเทศไทย แต่ทั้งนี้ ความสามารถในการทบทวนเพื่อปรับเพิ่มรายได้สูงสุดของกองทุนเงินหมุนเวียนต้องมาพร้อมกับความเคร่งครัดในการรายงานและการตรวจสอบที่เชื่อมโยงกับผู้แทนราษฎรด้วย

3. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

3.1 บทสรุป จากการศึกษาข้างต้น พบว่า

3.1.1 ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานทางงบประมาณ

ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะไม่สอดคล้องกับหลักเอกภาพทางงบประมาณ หลักการนี้มีความมุ่งหมายให้ข้อมูลรายได้สาธารณะและรายจ่ายสาธารณะต้องปรากฏอยู่ในเอกสารชุดเดียวกันในช่วงเวลาของการนำเสนอและการพิจารณางบประมาณต่อรัฐสภา เพื่อให้สมาชิกได้เห็นเอกสารที่เกี่ยวข้องในเวลาเดียวกัน

²⁷ มาตรา 43 พระราชบัญญัติการกีฬาแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2558 “ให้มีคณะกรรมการบริหารกองทุนคณะหนึ่ง ประกอบด้วย

(1) รองนายกรัฐมนตรีซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมาย เป็นประธานกรรมการ

(2) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา เป็นรองประธานกรรมการ คนที่หนึ่ง...”

²⁸ มาตรา 12 พระราชบัญญัติองค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2551 “ให้องค์การมีอำนาจจัดเก็บเงินบำรุงองค์การจากผู้มีหน้าที่เสียภาษีตามกฎหมายว่าด้วยสุราและกฎหมายว่าด้วยยาสูบ ในอัตราร้อยละหนึ่งจุดห้าของภาษีที่เก็บจากสุราและยาสูบตามกฎหมายว่าด้วยสุราและกฎหมายว่าด้วยยาสูบ และจัดสรรให้เป็นรายได้ขององค์การ โดยให้มีรายได้สูงสุดปีงบประมาณละไม่เกินสองพันล้านบาท และให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมีอำนาจในการปรับเพิ่มรายได้สูงสุดตามมาตรานี้ทุกสามปี เพื่อให้องค์การมีรายได้เพียงพอต่อการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ โดยให้พิจารณาถึงอัตราเงินเฟ้อของปีที่ผ่านมาประกอบกับขอบเขตการดำเนินงานขององค์การที่เปลี่ยนแปลงไปและผลการประเมินการดำเนินงานขององค์การตามมาตรา 50...”

ส่งผลต่อประสิทธิภาพเพื่อประกอบการตัดสินใจในเรื่องงบประมาณ เนื่องจากข้อมูลทางงบประมาณมีอยู่เป็นจำนวนมาก อีกทั้งระยะเวลาในการพิจารณาร่างกฎหมายงบประมาณประจำปีมีระยะเวลาที่จำกัด²⁹ การที่สมาชิกรัฐสภาสามารถเห็นข้อมูลตัวเลขสถิติ โดยเฉพาะรายได้และรายจ่ายในเอกสารและในช่วงเวลาเดียวกันก่อนตัดสินใจอนุมัติร่างกฎหมายงบประมาณจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง

เมื่อพิจารณาการจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะประเภทสินค้าสุราและยาสูบพบว่า ข้อมูลด้านรายได้หรือการบริหารกองทุนหรือองค์การ ตั้งแต่กองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ องค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย กองทุนพัฒนากีฬาแห่งชาติและกองทุนผู้สูงอายุ กลับไม่ได้ปรากฏอยู่ในเอกสารงบประมาณรายจ่ายประจำปี เนื่องจากเงินบำรุงจากภาษีสรรพสามิตประเภทสุราและยาสูบเข้ายังกองทุนหรือองค์การข้างต้น ไม่ต้องนำส่งกระทรวงการคลังเป็นรายได้แผ่นดิน³⁰ ทำให้สถานะของเงินบำรุงเหล่านี้กลายเป็นเงินนอกงบประมาณ

²⁹ มาตรา 143 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 “ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติมและร่างพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่าย สมาชิกแทนราษฎรจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยห้าวัน นับแต่วันที่ร่างพระราชบัญญัตินี้ตั้งกล่าวมาถึงสภาผู้แทนราษฎร”

³⁰ มาตรา 10 พระราชบัญญัติกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ พุทธศักราช 2544 “กองทุนมีฐานะเป็นหน่วยงานของรัฐที่ไม่เป็นส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ และรายได้ของกองทุนไม่ต้องนำส่งเป็นรายได้ของแผ่นดิน”

มาตรา 36 พระราชบัญญัติการกีฬาแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2560 “ให้จัดตั้งกองทุนขึ้นกองทุนหนึ่งเรียกว่า “กองทุนพัฒนากีฬาแห่งชาติ” ในกท.เพื่อเป็นทุนหมุนเวียนสำหรับใช้จ่ายเพื่อการส่งเสริมสนับสนุนพัฒนาคุ้มครองช่วยเหลือและจัดสวัสดิการที่เกี่ยวข้องกับการกีฬาโดยประกอบด้วยเงินและทรัพย์สินดังต่อไปนี้

- (1) เงินบำรุงกองทุนที่จัดเก็บตามมาตรา 37
- (2) เงินและทรัพย์สินที่โอนตามมาตรา 133
- (3) เงินทุนประเดิมที่รัฐบาลจัดสรรให้
- (4) เงินอุดหนุนจากรัฐบาลหรือที่ได้รับจากงบประมาณรายจ่ายประจำปีตามความจำเป็น
- (5) เงินรายได้หรือผลประโยชน์ที่เกิดจากกองทุน
- (6) รายได้ที่เกิดจากการดำเนินการของกองทุน
- (7) เงินหรือทรัพย์สินที่มีผู้ทูลให้
- (8) รายได้อื่น ๆ

ให้ กท. เก็บรักษาเงินและทรัพย์สินของกองทุนและดำเนินการเบิกจ่ายเงินกองทุนตามพระราชบัญญัตินี้

เงินและทรัพย์สินตามวรรคหนึ่งให้เป็นของ กท. เพื่อใช้ประโยชน์ตามวัตถุประสงค์ของกองทุนโดยไม่ต้องนำส่งคลังเป็นรายได้แผ่นดิน”

มาตรา 11 ของพระราชบัญญัติองค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2551 “ทุน ทรัพย์สิน และรายได้ขององค์การ ประกอบด้วย

- (1) เงินบำรุงองค์การที่จัดเก็บตามมาตรา 12
- (2) เงินและทรัพย์สินที่ได้รับโอนตามมาตรา 57 หรือตามกฎหมายอื่น
- (3) ทุนประเดิมที่รัฐจ่ายให้เป็นอุดหนุนตามมาตรา 60
- (4) ค่าธรรมเนียม ค่าบำรุง ค่าบริการ หรือค่าตอบแทนอื่นใดในการให้บริการ
- (5) เงินหรือทรัพย์สินอื่นใดที่ได้รับจากผู้สนับสนุนองค์การ
- (6) รายได้หรือการหาประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาขององค์การ
- (7) ดอกผลที่เกิดจากเงินหรือทรัพย์สินขององค์การ

การรับเงินตาม (5) ต้องไม่เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการขาดความเป็นอิสระในการดำเนินงาน หรือให้กระทำการอันขัดหรือแย้งต่อวัตถุประสงค์ขององค์การ

รายได้ในการดำเนินกิจการขององค์การนอกจาก (2) และ (3) ต้องนำไปใช้ในการสนับสนุนพัฒนาศักยภาพและให้โอกาสสร้างสรรค์แก่ผู้ผลิตรายการอิสระในอัตราที่คณะกรรมการนโยบายกำหนด แต่ต้องไม่เกินร้อยละสิบของรายได้ดังกล่าว

รายได้ขององค์การตามวรรคหนึ่งไม่ต้องนำส่งเป็นรายได้ของแผ่นดินตามกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลังและกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ”

มาตรา 15/2 พระราชบัญญัติผู้สูงอายุ ฉบับที่ 3 พุทธศักราช 2560 “ให้กรมสรรพสามิตและกรมศุลกากรเป็นผู้ดำเนินการเรียกเก็บเงินบำรุงกองทุนตามมาตรา 15/1 เพื่อนำส่งเข้ากองทุนตามระเบียบที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังกำหนดโดยไม่ต้องนำส่งคลังเป็นรายได้แผ่นดิน”

ดังนั้น การจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะจากสินค้าสุราและยาสูบเพื่อเป็นเงินบำรุงให้กับกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ องค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย กองทุนพัฒนากีฬาแห่งชาติและกองทุนผู้สูงอายุ จึงมีความไม่สอดคล้องกับหลักเอกภาพทางงบประมาณ

ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะไม่สอดคล้องกับหลักงบประมาณต้องมีลักษณะทั่วไป หลักงบประมาณต้องมีลักษณะทั่วไป มุ่งหมายให้ข้อมูลเรื่องราวรายได้สาธารณะและรายจ่ายสาธารณะต้องไม่มีการหักกลบลบหนี้กัน ก่อนที่เงินจะถูกนำส่งเป็นรายได้แผ่นดิน เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถเห็นตัวเลขของรายได้และรายจ่ายที่เกิดขึ้นจริง รวมถึงทำให้การอนุมัติงบประมาณรายจ่ายของรัฐสภาไม่เกิดความซ้ำซ้อนกัน เพื่อให้การตัดสินใจต่อนโยบายการคลัง รวมถึงต่อการพิจารณาร่างกฎหมายงบประมาณให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและรอบคอบมากที่สุด

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาถึงแนวทางการจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะของกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ องค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย กองทุนพัฒนากีฬาแห่งชาติ และกองทุนผู้สูงอายุ พบว่าเมื่อรายได้จากภาษีสุราและยาสูบได้ถูกจัดเก็บโดยหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่จัดเก็บแล้ว เงินภาษีประเภทดังกล่าวจะถูกนำส่งเป็นเงินบำรุงเข้ากองทุนหรือองค์กรโดยตรง เมื่อคิดเป็นสัดส่วนที่รัฐเก็บเพิ่มเติมจากภาษีสุราและยาสูบเพื่อส่งเข้าเป็นรายได้แผ่นดินต่อปีนั้น พบว่ามีสัดส่วนเพิ่มขึ้นอีก 7.5% จากภาษีสรรยาสูบ³¹ ซึ่งเมื่อคิดเป็นจำนวนเงินแต่ละปีย่อมมีจำนวนหลายพันล้านบาท หากแต่สมาชิกรัฐสภาไม่สามารถเห็นตัวเลขเหล่านี้ในการพิจารณางบประมาณรายจ่ายประจำปี เนื่องจากเงินรายได้เหล่านี้ล้วนได้รับการยกเว้นไม่ต้องนำส่งเป็นรายได้แผ่นดิน กลายเป็นเงินนอกงบประมาณ ดังนั้นแล้ว ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะจึงไม่สอดคล้องกับหลักรายได้ต้องมีลักษณะทั่วไป

อย่างไรก็ดี ในประเทศที่มีการนำหลักรายได้ต้องมีลักษณะทั่วไปเป็นพื้นฐานในการจัดทำงบประมาณเช่นประเทศฝรั่งเศสนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสได้เคยวางหลักว่า หลักการคลังเรื่องรายได้ต้องมีลักษณะทั่วไป “ไม่ได้ห้าม” การจัดทำภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะ แต่ภาษีประเภทนี้จะสามารถดำเนินการหรือเกิดขึ้นได้ ต้องมีการจัดเก็บภาษีที่มีประสิทธิภาพ และตั้งแต่ปี 2012 เป็นต้นมา ในการอภิปรายงบประมาณประจำปี รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบด้านการงบประมาณจะส่งหนังสือเวียนเรื่องการคาดการณ์การจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะไปยังรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องเพื่อให้พิจารณาและปรับแก้ไข พร้อมสอบถามข้อมูลทางด้านคุณภาพและปริมาณของภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องด้วย³²

³¹ กองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ เก็บอัตราร้อยละสองของภาษีที่เก็บจากสุราและยาสูบตามกฎหมายว่าด้วยสุราและกฎหมายว่าด้วยยาสูบ

องค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย เก็บอัตราร้อยละหนึ่งจุดห้าของภาษีที่เก็บจากสุราและยาสูบตามกฎหมายว่าด้วยสุราและกฎหมายว่าด้วยยาสูบ

กองทุนพัฒนากีฬาแห่งชาติ เก็บอัตราร้อยละสองของภาษีที่เก็บจากสุราและยาสูบตามกฎหมายว่าด้วยสุราและกฎหมายว่าด้วยยาสูบ

กองทุนผู้สูงอายุ เก็บอัตราร้อยละหนึ่งจุดห้าของภาษีที่เก็บจากสุราและยาสูบตามกฎหมายว่าด้วยสุราและกฎหมายว่าด้วยยาสูบ

³² *Ibid.*, 36.

จากการพิจารณาลักษณะของภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะประกอบกับหลักการพื้นฐานทางการคลัง ทั้งหลักเอกภาพทางงบประมาณและหลักรายได้ต้องมีลักษณะทั่วไป แสดงให้เห็นว่าภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะได้กลายเป็นข้อยกเว้นของหลักการทางการคลังที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่รายได้ของเงินบำรุงเข้ากองทุนหรือองค์การเหล่านี้ไม่ได้ถูกส่งเข้าเป็นรายได้แผ่นดิน จึงมักไม่ปรากฏอยู่ในเอกสารหรือชุดข้อมูลการพิจารณาร่างกฎหมายงบประมาณรายจ่ายประจำปีโดยฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นการกระทบต่อการควบคุมรายได้และรายจ่ายสาธารณะ รวมถึงความชัดเจนของบัญชีงบประมาณอันส่งผลต่อประสิทธิภาพและความโปร่งใสทางงบประมาณได้

จากความไม่สอดคล้องของภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะกับหลักทางการคลังข้างต้นและเพื่อให้การตรวจสอบติดตามเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและโปร่งใสอันเนื่องจากเอกสารไม่ปรากฏอยู่ในเอกสารชุดเดียวกับการพิจารณางบประมาณรายจ่ายประจำปี รวมถึงระยะเวลาที่ไม่มากนักของฝ่ายนิติบัญญัติในช่วงเวลาของการพิจารณาร่างกฎหมายงบประมาณ จึงควรมีหน่วยงานทำหน้าที่เป็นผู้ช่วยฝ่ายนิติบัญญัติพิจารณากลับกรองข้อมูลผลการบริหารของกองทุนหรือองค์การเหล่านี้ เพื่อให้การติดตามและการรายงานผลดำเนินการของกองทุนหรือองค์การเป็นไปอย่างสม่ำเสมอ หรือเป็นไปพร้อมรอบการพิจารณาเอกสารประกอบของกฎหมายงบประมาณรายจ่ายประจำปี ซึ่งหน่วยงานที่นั้นจะสามารถเข้ามาทำหน้าที่ช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติอาจเป็นส่วนหนึ่งของสำนักงานของรัฐบาล³³

ทั้งนี้ สำนักงานงบประมาณของรัฐบาลควรมีบทบาทเพิ่มขึ้น โดยการเป็นผู้ประสานงานและออกหนังสือเวียนเชิญให้สมาชิกฝ่ายนิติบัญญัติหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น กรมสรรพสามิต ผู้จัดการกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ กรรมการบริหารกองทุนผู้สูงอายุ ให้มีโอกาสร่วมพูดคุยและทบทวนนโยบายในภาพรวมว่ายังคงเป็นไปตามวัตถุประสงค์แรกก่อตั้งของกองทุนหรือองค์การหรือไม่ รวมถึงการประเมินประสิทธิภาพของกองทุนหรือองค์การในช่วงก่อนการพิจารณาร่างกฎหมายงบประมาณรายจ่ายประจำปี เพื่อให้เกิดความชัดเจนภายใต้ความรับผิดชอบของผู้รับผิดชอบที่เกี่ยวข้อง ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะมักมีข้อโต้แย้งเรื่องความโปร่งใสและข้อมูลของหน่วยงานที่รับเงินบำรุง ดังนั้น นอกจากการสื่อสารระหว่างรัฐสภา หน่วยงานของรัฐและกองทุนหรือองค์การจะมีความสำคัญเพื่อสะท้อนประสิทธิภาพและความโปร่งใสของการใช้เงินแล้ว การสื่อสารชุดข้อมูลเหล่านี้ควรรวมถึงการกระจายข้อมูลและกิจกรรมให้ท้องถิ่นหรือภาคประชาชนรับทราบหรือมีส่วนร่วมด้วย เพื่อให้การใช้เงินภาษีของประชาชนเป็นไปอย่างชัดเจนที่สุด

³³ สำนักงานงบประมาณรัฐสภา (Parliamentary Budget Office หรือ PBO) เป็นหน่วยงานที่ช่วยให้การตรวจสอบการใช้จ่ายเงินแผ่นดินเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยเป้าหมายของการจัดตั้งหน่วยงานดังกล่าวมีขึ้นเพื่อ

- สร้างความโปร่งใสและความรับผิดชอบในการจัดงบประมาณ
- ผ่านการให้บริการสมาชิกรัฐสภาและประชาชนในการวิเคราะห์ผลกระทบทางการคลังและผลกระทบทางเศรษฐกิจของการใช้เงินแผ่นดินของฝ่ายบริหาร
- ก่อให้เกิดการถกเถียงสาธารณะเรื่องการใช้งบประมาณโดยมีหลักฐานทางวิชาการรองรับ

3.1.2 ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะและความไม่ชัดเจนของขอบเขตการตราภาษี

การจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะจากสินค้าสุราและยาสูบยังได้ขยายสัดส่วนเพื่อนำรายได้จากการจัดเก็บเป็นเงินบำรุงยังกองทุนหรือองค์การใหม่ ๆ ที่รัฐได้จัดตั้งขึ้น การเพิ่มขึ้นของจำนวนกองทุนหรือองค์การต่าง ๆ ที่กลายเป็นช่องทางการใช้เงินนอกงบประมาณย่อมทำให้การตรวจสอบติดตามการบริหารกองทุนเหล่านี้อ่อนลง เนื่องจากไม่ผ่านกระบวนการพิจารณาจากฝ่ายนิติบัญญัติเช่นเดียวกับรายได้ที่ถือเป็นเงินในงบประมาณ เกิดความกังวลต่อความสมดุลของประสิทธิภาพและความโปร่งใสในการจัดเก็บภาษีกลุ่มดังกล่าว ดังนั้นแล้ว ขอบเขตวัตถุประสงค์เพื่อเป็นกรอบของการตรากองทุนที่รายได้มาจากภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะจึงควรได้รับการพิจารณา เช่น การตรากองทุนจากภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น

3.1.3 ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะและความแตกต่างของรายงานการจัดเก็บภาษี

การจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากสินค้าสุราและยาสูบเพื่อนำส่งเข้ากองทุนหรือองค์การที่รับเงินบำรุงจากภาษีประเภทดังกล่าวมีความเหมือนและแตกต่างกันในเรื่องเพดานการจัดเก็บ กล่าวคือกรณีกองทุนมีการจัดเก็บอัตราภาษีและเพดานเช่นเดียวกัน แต่การรายงานการบริหารกองทุนและการใช้เงินกลับแตกต่างกัน เช่น กองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพและกองทุนพัฒนาการกีฬา มีการรับเงินบำรุงอัตราร้อยละ 2 ของภาษีสุราและยาสูบโดยไม่มีการจำกัดเพดานเงินบำรุงในแต่ละปีเช่นเดียวกัน แต่พระราชบัญญัติกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพได้กำหนดให้มีการรายงานเรื่องการตรวจสอบผลงานและการใช้จ่ายเงินต่อคณะรัฐมนตรีสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาโดยการรายงานด้วยเอกสารรายงานประจำปีและชี้แจงในสภาเมื่อสิ้นสุดปีงบประมาณของทุกปี ในขณะที่กองทุนพัฒนาการกีฬากำหนดเพียงให้เสนอต่อคณะรัฐมนตรีเท่านั้น ไม่ได้รายงานต่อรัฐสภาแต่อย่างใด

3.2 ข้อเสนอแนะ

3.2.1 เพิ่มการตรวจสอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติและการมีส่วนร่วมของประชาชน

เพื่อให้การตรวจสอบติดตามเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและโปร่งใส ควรมีหน่วยงานที่เป็นผู้ช่วยฝ่ายนิติบัญญัติพิจารณากลับกรองข้อมูลการบริหารของกองทุนหรือองค์การเหล่านี้ เพื่อให้การติดตามและการรายงานผลการดำเนินการของกองทุนหรือองค์การเป็นไปอย่างสม่ำเสมอหรือเป็นไปพร้อมรอบการพิจารณากฎหมายงบประมาณรายจ่ายประจำปี ซึ่งหน่วยงานที่น่าจะสามารถเข้ามาทำหน้าที่ช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติอาจเป็นสำนักงบประมาณของรัฐสภา

ทั้งนี้ สำนักงบประมาณของรัฐสภาควรมีบทบาทเพิ่มขึ้น โดยการเป็นผู้ประสานงานและออกหนังสือเวียนเชิญให้สมาชิกฝ่ายนิติบัญญัติและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมีโอกาสร่วมพูดคุยและทบทวนนโยบายในภาพรวมว่ายังคงเป็นไปตามวัตถุประสงค์แรกก่อตั้งของกองทุนหรือองค์การหรือไม่ รวมถึงการประเมินประสิทธิภาพของกองทุนหรือองค์การในช่วงก่อนการพิจารณาร่างกฎหมายงบประมาณรายจ่ายประจำปี เพื่อให้เกิดความชัดเจนภายใต้ความรับผิดชอบของผู้รับผิดชอบที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้สื่อสารระหว่างรัฐสภา หน่วยงานของรัฐ

และกองทุนหรือองค์การแล้ว การสื่อสารชุดข้อมูลเหล่านี้ควรรวมถึงการกระจายข้อมูลและกิจกรรมให้ท้องถิ่นหรือภาคประชาชนรับทราบหรือมีส่วนร่วมด้วย เพื่อให้ประสิทธิภาพและความโปร่งใสในการบริหารภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะจากสินค้าสุราและยาสูบเหล่านี้เกิดขึ้นจากการมีส่วนร่วมของทุกภาคส่วนให้มากที่สุด

3.2.2 ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะต้องมีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจน

ที่ผ่านมาการตรากฎหมายภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะไม่มีนิยามหรือขอบเขตทางกฎหมายที่ชัดเจน เนื่องจากเป็นไปตามนโยบายของรัฐบาล จึงทำให้ความเข้าใจของการตรากฎหมายประเภทนี้ไม่ชัดเจน ดังนั้น เพื่อให้การตรากฎหมายภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะในอนาคตอยู่ภายใต้ขอบเขตวินัยการเงินการคลังจึงควรกำหนดเงื่อนไขในการตรากฎหมายประเภทดังกล่าวโดยให้มีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจน กล่าวคือ การตรากฎหมายภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะควรมีขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อลดการจัดตั้งภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่ไม่จำเป็นหรือไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ เนื่องจากหากนิยามหรือขอบเขตทางกฎหมายมีความชัดเจน ย่อมนำไปสู่การสะท้อนเป้าหมายการบริหารและการให้ข้อมูลของกองทุนหรือองค์การต่อสังคมที่ชัดเจน

3.2.3 ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะควรเพิ่มมาตรฐานการติดตามตรวจสอบให้สอดคล้องกัน

การจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะด้วยอัตราภาษีและเพดานที่เหมือนหรือแตกต่างกันควรจะ มีมาตรการติดตามตรวจสอบที่เหมือนหรือแตกต่างกันไปด้วย เพื่ออธิบายให้กับสังคมในเรื่องประสิทธิภาพ และความโปร่งใสของการดำเนินการภาษีวัตถุประสงค์เฉพาะเหล่านี้ ด้วยเหตุนี้

A. กองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพและกองทุนพัฒนาการกีฬาที่ต่างได้รับเงินบำรุงจากการจัดเก็บภาษีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะจากสุราและยาสูบในอัตราร้อยละ 2 เท่ากันและไม่มีการกำหนดเพดานของรายได้จากแหล่งดังกล่าวในแต่ละปีแต่อย่างใดนั้น ควรเพิ่มกลไกการรายงานประจำปีของกองทุนพัฒนาการกีฬา ส่งไปยังฝ่ายนิติบัญญัติ รวมถึงการรายงานและการตอบข้อซักถามของผู้แทนราษฎรเช่นเดียวกับที่ผู้จัดการกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพมีหน้าที่ต้องดำเนินการในแต่ละปี

B. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังควรมีอำนาจในการปรับเพิ่มรายได้สูงสุดของกองทุนผู้สูงอายุ ทุก ๆ 3 ปี เช่นเดียวกับองค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย เนื่องจากกฎหมายของกองทุนและองค์การข้างต้นได้กำหนดเพดานเงินบำรุงสูงสุดเอาไว้ หรืออาจให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง มีอำนาจพิจารณาปรับเพิ่มรายได้สูงสุดของกองทุนผู้สูงอายุทุก ๆ 5-6 ปีก็ได้ เนื่องจากสัดส่วนการจัดเก็บภาษีสุราและยาสูบเข้ากองทุนผู้สูงอายุในปัจจุบันมีอัตราร้อยละ 2 ต่อปีซึ่งสูงกว่าองค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะที่ถูกกำหนดไว้ที่ร้อยละ 1.5

แนวทางการจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคมของภาคธุรกิจ *

Guideline on the Management of the Social Aspect of Corporate Sustainability

ภาวิวัฒน์ สัตยานุรักษ์
Pawat Satayanurug

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
Full-time Lecturer
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phyathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author Email: pawat.s@chula.ac.th
(Received: May 31, 2021; Revised: July 9, 2021; Accepted: July 15, 2021)

บทคัดย่อ

การประกอบกิจการธุรกิจในยุคปัจจุบัน ไม่เพียงมุ่งเน้นเป้าหมายเพื่อการแสวงหากำไรและแบ่งปันผลประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นเพียงอย่างเดียว แต่ควรประกอบกิจการธุรกิจอย่างมีความรับผิดชอบต่อสังคมและเคารพสิทธิมนุษยชนด้วย เพื่อให้เกิดความยั่งยืนต่อผู้ประกอบการและห่วงโซ่คุณค่า การจัดทำรายงานการจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคม เป็นวิธีการหนึ่งที่หน่วยงานกำกับดูแลกำหนดให้ผู้ประกอบการต้องกระทำ เพื่อให้ผู้ประกอบการได้ตรวจสอบการดำเนินกิจการธุรกิจของตนว่ามีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดหรือมีส่วนร่วมให้เกิดผลกระทบทางด้านสิทธิมนุษยชนหรือไม่ เพื่อจะได้ป้องกัน บรรเทา หรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบเช่นว่าอย่างไ้ก่ติ การกำหนดประเด็นในรายงานการจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคม จำเป็นต้องคำนึงถึงเนื้อหาของสิทธิมนุษยชนตามมาตรฐานระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนและแรงงาน โดยแบ่งเป็นประเด็นที่ผู้ประกอบการมีหน้าที่ตามกฎหมายอยู่แล้ว และประเด็นที่หากผู้ประกอบการดำเนินการเพิ่มเติมก็จะส่งผลดีและสอดคล้องกับมาตรฐานและแนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ โดยคำนึงถึงพลวัตรของสถานการณ์ปัจจุบัน

คำสำคัญ : ธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน, สิทธิมนุษยชน, สิทธิแรงงาน, การจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคม

* บทความนี้ สรุปลงจากโครงการวิจัยเรื่อง “ธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนสำหรับภาคธุรกิจในตลาดทุนไทย” ซึ่งได้รับทุนวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2564

Abstract

Business operation today should not only prioritize the maximization of profits and shareholders' benefits as its ultimate goals, but also respect social responsibility and human rights in order to achieve sustainability throughout the organization and its supply chain. Sustainability reporting is one of the approaches which various regulators require business enterprises to perform, as it allows them to conduct due diligence in order to assess whether there are risks that their operation may cause or contribute to the adverse human rights impacts, as well as to prevent, mitigate or remediate the affected. Therefore, issues listed in the social aspect of sustainability reporting should reflect the international standards on human rights and labor, which may be categorized as the ones required by law and the others which are value-added to the business enterprises, while considering the constant dynamic of current situations.

Keywords : Business and Human Rights, Human Rights, Labor Rights, Social Aspect of Sustainability Management

1. ความนำ

1.1 ความเป็นมาและสภาพปัญหา

ในยุคปัจจุบัน เป้าหมายของผู้ประกอบการในภาคธุรกิจ ไม่เพียงจะมุ่งเน้นเป้าหมายเพื่อการแสวงหากำไรและแบ่งปันผลประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นเพียงอย่างเดียว แต่ควรประกอบกิจการธุรกิจอย่างมีความรับผิดชอบต่อสังคม (Social Accountability and Responsibility) ด้วย เพื่อให้เกิดความยั่งยืนต่อผู้ประกอบการ ผู้มีส่วนได้เสีย ตลอดจนชุมชนท้องถิ่นและสังคมที่ผู้ประกอบการดำเนินกิจการ และสอดคล้องกับเป้าหมายเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development Goals-SDGs) ของสหประชาชาติ ดังนั้น เพื่อให้บรรลุความมุ่งประสงค์นี้ ประเด็นเรื่องการจัดการด้านความยั่งยืนจึงได้ถูกนำมาสอดแทรกในรายงานประจำปีของผู้ประกอบการ เพื่อให้ทุนและผู้บริหารทราบข้อมูลว่าในแต่ละปี ผู้ประกอบการได้มีนโยบาย แนวปฏิบัติ หรือมาตรการใดบ้างที่มุ่งหมายให้เกิดความยั่งยืนในห่วงโซ่อุปทาน (Supply Chain) ก่อนที่จะตัดสินใจเข้าร่วมลงทุนหรือทำธุรกรรมกับผู้ประกอบการ โดยที่รายงานการจัดการด้านความยั่งยืน มักกำหนดประเด็นที่ครอบคลุมการดำเนินงานของผู้ประกอบการในมิติด้านสิ่งแวดล้อมและสังคม

การจัดการความยั่งยืนในมิติสังคม มีเป้าหมายเพื่ออธิบายนโยบายและแนวปฏิบัติ ตลอดจนวิเคราะห์ผลการดำเนินงานของผู้ประกอบการในมิติสังคม ซึ่งรวมถึงการเคารพสิทธิมนุษยชนตลอดห่วงโซ่อุปทาน ในเรื่องนี้จึงสอดคล้องแนวคิดเรื่องธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (Business and Human Rights) ที่รัฐบาลไทยให้ความสำคัญเป็นอย่างมาก โดยหลังจากที่รัฐบาลสวีเดนได้แนะนำรัฐบาลไทยในระหว่างกระบวนการทบทวนสถานการณ์สิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ (Universal Periodic Review-UPR) ว่าให้นำแนวคิดธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนมาปรับใช้ในประเทศไทย รัฐบาลไทยจึงได้จัดทำแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนระยะที่ 1 (พ.ศ. 2562-2565) (แผน NAP) ที่สอดคล้องกับหลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights: UNGPs) และเป้าหมาย SDGs ของสหประชาชาติ โดยมีกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรมเป็นผู้จัดทำหลัก หลังจากที่ได้รวบรวมข้อคิดเห็นและข้อสังเกตจากภาครัฐ ภาคธุรกิจและภาคประชาสังคม รัฐบาลไทยจึงได้ประกาศใช้แผน NAP เป็นประเทศแรกในทวีปเอเชียเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2562 โดยในแผน NAP ได้มีการกำหนดพันธกิจและหน้าที่ให้หน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐต้องนำไปปฏิบัติให้เป็นไปตามแผน และกำหนดความคาดหวังด้านการเคารพสิทธิมนุษยชนให้กับภาคธุรกิจ

การกำหนดความคาดหวังให้ภาคธุรกิจประกอบกิจการธุรกิจอย่างเคารพสิทธิมนุษยชนและรับผิดชอบต่อสังคมในประเทศไทยนั้น เป็นการดำเนินการที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสมัครใจ (Voluntariness) และความเต็มใจ (Willingness) ของภาคธุรกิจ โดยที่ในปัจจุบันยังไม่มีมาตรการบังคับอื่นใดเพิ่มเติมนอกเหนือไปจากที่กฎหมายไทยได้กำหนดไว้เป็นมาตรฐานขั้นต่ำอยู่แล้ว เช่น การกำหนดมาตรฐานในการคุ้มครองแรงงาน การประกันค่าแรงขั้นต่ำ การจัดให้มีวันหยุดวันลา เนื่องจากหากกำหนดแนวทางอื่นใดที่เคร่งครัดมากกว่าการกำหนดความคาดหวัง หรือที่มีลักษณะเป็นการบังคับ (Mandatory) นั้น อาจเป็นการสร้างภาระจนเกินไปแก่ภาคธุรกิจจนอาจทำให้เกิดกระแสต่อต้านได้ ทั้งนี้ ในอดีตก็ได้เคยมีกรณีตัวอย่างที่ภาคธุรกิจมีท่าทีปฏิเสธ

ไม่รับแนวทางของสหประชาชาติในการสร้างบรรทัดฐานในเรื่องนี้ เนื่องจากเนื้อหาของเอกสาร “บรรทัดฐานเกี่ยวกับความรับผิดชอบด้านสิทธิมนุษยชนของบริษัทข้ามชาติและบริษัทอื่นใด” (Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights)¹ เคยกำหนดในลักษณะที่ให้ภาคธุรกิจรับเอาพันธกรณีที่ปรากฏในอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาเป็นพันธกรณีของตน² ดังนั้น จากประสบการณ์นี้ทำให้ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมาสหประชาชาติหลีกเลี่ยงที่จะกำหนดให้ภาคธุรกิจ “ต้อง” เคารพสิทธิมนุษยชนในลักษณะบังคับ และทำให้ UNGPs ซึ่งเป็นเอกสารฉบับล่าสุดในเรื่องนี้ เลือกใช้คำว่า “ความรับผิดชอบ” ที่มีลักษณะเน้นเป็นไปในทางความสมัครใจและความเต็มใจมากกว่า

กระนั้นก็ตาม แนวทางที่อาจยกระดับความเข้มงวดเพื่อทำให้การกำหนดความคาดหวังให้ภาคธุรกิจประกอบกิจการธุรกิจลักษณะที่เคารพสิทธิมนุษยชนและรับผิดชอบต่อสังคมมีความเป็นรูปธรรมมากขึ้น อาจกระทำได้หลายรูปแบบ เช่น การที่ภาคธุรกิจกำหนดความคาดหวังเช่นว่าด้วยตนเอง³ หรือการที่หน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแลของรัฐกำหนดให้ภาคธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของตนต้องแสดงประเด็นดังกล่าวในรายงานประจำปี

ตัวอย่างของการที่หน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแลของรัฐกำหนดให้ภาคธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของตนต้องแสดงประเด็นการจัดการความยั่งยืนในมิติสังคมในรายงานประจำปีนั้น เห็นได้จากแนวทางของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) โดยที่ ก.ล.ต. ในฐานะที่เป็นหน่วยงานกำกับและพัฒนาตลาดทุน ซึ่งเป็นแหล่งระดมทุนที่สำคัญของภาคธุรกิจและสามารถมีบทบาทในการส่งเสริมให้ภาคธุรกิจมีธรรมาภิบาลที่ดีและดำเนินธุรกิจที่เคารพสิทธิมนุษยชนเพื่อให้เกิดการเติบโตอย่างยั่งยืนนั้น ได้รับมอบหมายให้เป็นหน่วยงานหลักในการขับเคลื่อนตามแผน NAP เพื่อส่งเสริมและผลักดันให้บริษัทจดทะเบียนและผู้ประกอบธุรกิจในตลาดทุนตระหนักถึงความสำคัญของการเคารพสิทธิมนุษยชน จึงได้บรรจุประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนภายใต้หัวข้อ “การจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคม” ในแบบแสดงรายการข้อมูลประจำปี/รายงานประจำปี (แบบ 56-1 One Report) เริ่มสำหรับรอบปีสิ้นสุด 31 ธันวาคม พ.ศ. 2564 เป็นต้นไปในฐานะที่เป็นข้อมูลขั้นต่ำที่บริษัทที่ออกหลักทรัพย์ต้องเปิดเผย

อย่างไรก็ดี ประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนยังคงเป็นเรื่องใหม่สำหรับผู้ประกอบการในภาคธุรกิจจำนวนมาก โดยเฉพาะผู้ประกอบการในภาคธุรกิจขนาดเล็กและขนาดกลางที่มีข้อจำกัดด้านทรัพยากร ทำให้เกิดข้อจำกัดในการจัดทำรายงานหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดประเด็นเนื้อหาที่จะนำเสนอหรือการกำหนดขอบเขตของเนื้อหาที่จะนำเสนอ จากการศึกษาคู่มือการกรอกแบบ 56-1 One Report ที่ ก.ล.ต. ได้เผยแพร่ให้บริษัท

¹ United Nations, Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 2003

² เพิ่งอ้าง, Art.2

³ ตัวอย่างในเรื่องนี้ โปรดดูได้จาก Coca Cola, Supplier Guiding Principles [online] Available from : <https://www.coca-colacompany.com/policies-and-practices/supplier-guiding-principles>. [10 May 2021]

ที่ออกหลักทรัพ์ศึกษาเพื่อเตรียมตัวจัดทำแบบ 56-1 One Report นั้น พบว่าในหัวข้อ “การจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคม” ในประเด็นที่กล่าวถึงการเคารพสิทธิมนุษยชนนั้น ได้มีการกำหนดแนวทางการอธิบาย⁴ และยกตัวอย่างคำอธิบายแผนงานและผลการดำเนินงาน⁵ ที่เน้นประเด็นด้านแรงงานเป็นหลัก ซึ่งประเด็นด้านแรงงาน มักเป็นประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนที่หน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแลของรัฐและผู้ประกอบการมักนึกถึงเป็นลำดับต้น ๆ

แน่นอนว่า การจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคมย่อมเกี่ยวข้องกับประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ นอกเหนือจากประเด็นด้านแรงงาน เนื่องจากการประกอบกิจการธุรกิจในความเป็นจริงจะมีมิติที่ยึดโยงกับผู้มีส่วนได้เสีย (Stakeholders) อื่น ๆ นอกจากลูกค้าของผู้ประกอบการด้วย เช่น ลูกค้า ชุมชนท้องถิ่น บุคคลในกลุ่มเฉพาะ อย่างไรก็ตาม ปฏิเสธไม่ได้เลยว่าเนื้อหาด้านสิทธิมนุษยชนมีจำนวนมากจนอาจทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถกำหนดประเด็นในรายงานได้ครบถ้วน และอาจเป็นการกำหนดเนื้อหาเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้มากเกินไปจนอาจเป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้ประกอบการเกินความจำเป็นได้

1.2 ระเบียบวิธีวิจัย

ด้วยเหตุที่กล่าวข้างต้น ผู้วิจัยจึงได้จัดทำบทความวิจัยนี้ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาวิเคราะห์ประเด็นปัญหาในการกำหนดประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนเพื่อการจัดการความยั่งยืนในมิติสังคมของภาคธุรกิจทั้งประเด็นแรงงานและประเด็นอื่นนอกเหนือจากประเด็นด้านแรงงาน โดยมีสมมติฐานว่าในปัจจุบัน การกำหนดประเด็นในการรายงานการจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคมยังไม่เพียงพอที่จะสนองตอบต่อประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนได้ทั้งหมด ดังนั้นจึงต้องคำนึงถึงเนื้อหาของสิทธิมนุษยชนตามมาตรฐานระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนและแรงงานในการกำหนดประเด็นรายงาน เพื่อการจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคมให้เป็นไปตามมาตรฐานสากลที่คำนึงถึงพลวัตรของสถานการณ์ปัจจุบัน ดังนั้น เพื่อค้นหาแนวทางที่เหมาะสมในการอำนวยความสะดวกให้ผู้ประกอบการสามารถระบุประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนเพิ่มเติมได้ครบถ้วนยิ่งขึ้นในรายงานความยั่งยืนประจำปี ผู้วิจัยได้แบ่งประเภทของประเด็นว่าประเด็นใดเป็นประเด็นที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบการต้องกระทำหรือปฏิบัติตามอยู่แล้ว และประเด็นใดที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้แต่เป็นสิ่งที่อยู่ในกฎหมายหรือบรรทัดฐานในทางระหว่างประเทศที่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติในระดับนานาชาติ

⁴ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, คู่มือจัดทำแบบแสดงรายการ แบบ 56-1[ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://publish.sec.or.th/nrs/6153s.pdf> หน้า 32 ข้อ 3.4.1 “ให้อธิบายนโยบายและแนวปฏิบัติของบริษัทที่สอดคล้องกับกฎหมาย ระเบียบ และข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับการจัดการด้านสังคมในกระบวนการดำเนินธุรกิจ ซึ่งรวมถึงการเคารพสิทธิมนุษยชนตลอดห่วงโซ่อุปทาน เช่น การปฏิบัติต่อแรงงานอย่างเป็นธรรม การผลิตและบริการอย่างมีความรับผิดชอบต่อลูกค้า การมีส่วนร่วมพัฒนาชุมชนและสังคม”

⁵ เพิ่งอ้าง, หน้า 35 คำนวนำหรือคำอธิบายเพิ่มเติม “ตัวอย่างการเปิดเผยข้อมูลด้านสังคม (1) พนักงานและแรงงาน การปฏิบัติต่อพนักงานและแรงงานโดยคำนึงถึงสิทธิมนุษยชน อาจประกอบด้วยการจ้างงานและการจ่ายค่าตอบแทนอย่างเป็นธรรม การฝึกอบรมและพัฒนาพนักงาน การพัฒนาความผูกพันและความพึงพอใจของพนักงาน การจัดการด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน เป็นต้น รวมทั้งแสดงให้เห็นถึงความพยายามในการลดความเสี่ยงในประเด็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับพนักงานและแรงงาน เพื่อรักษาความสามารถในการแข่งขัน ดึงดูดให้ผู้มีศักยภาพสนใจมาร่วมงานพัฒนาความผูกพันของพนักงานที่มีต่อองค์กร”

บทความวิจัยนี้ใช้วิธีวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) เป็นสำคัญ ควบคู่ไปกับการสัมภาษณ์ และรับฟังความคิดเห็นจากผู้ประกอบการ (Focus Group Discussion) เพื่อนำข้อมูล ข้อเสนอแนะ ตลอดจนข้อกังวลของผู้ประกอบการมาวิเคราะห์และเสนอแนะแนวทางในการกำหนดประเด็นสำหรับการจัดทำรายงานความยั่งยืนประจำปีในหัวข้อ “การจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคม” โดยขอบเขตของเอกสารที่บทความวิจัยนี้ใช้อ้างอิงเป็นหลัก ผู้วิจัยได้แบ่งประเภทออกเป็น 3 ประเภทหลัก ประกอบด้วย 1) กฎหมายและมาตรฐานระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนและแรงงาน 2) หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติที่จัดทำโดยองค์การระหว่างประเทศหรือความร่วมมือระหว่างประเทศ และ 3) แนวปฏิบัติของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ ซึ่งจะได้อธิบายอย่างละเอียดในหัวข้อที่ 3 ต่อไป

2. แนวคิดเกี่ยวกับการจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคม

ความสำคัญของการจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคม มีที่มาจากการยอมรับว่าการประกอบกิจการธุรกิจย่อมส่งผลกระทบต่อไม่ทางบวกหรือทางลบต่อสังคม เช่น การดำเนินกิจการธุรกิจที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนหรือแรงงานต่อลูกจ้างหรือผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ โดยในขณะเดียวกันภาคธุรกิจก็สามารถมีส่วนร่วมในการพัฒนาเพื่อความยั่งยืนให้แก่สังคมและมนุษยชาติได้⁶ ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากโอกาสที่ภาคธุรกิจสามารถร่วมสร้างความยั่งยืนได้ จึงเกิดแนวคิดที่สนับสนุนให้ภาคธุรกิจมีการจัดการความยั่งยืนในมิติสังคมขึ้น โดยแนวคิดดังกล่าวเป็นการผสมผสานแนวความคิดที่มีอยู่เดิม กล่าวคือ แนวคิดเรื่องบรรษัทภิบาลหรือการกำกับดูแลกิจการ (Corporate Governance) และแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบต่อสังคมของภาคธุรกิจต่อสังคม (Corporate Social Responsibility) ผสมเข้ากับแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบต่อสังคมของภาคธุรกิจในการเคารพสิทธิมนุษยชน (Corporate Responsibility to Respect Human Rights) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักการธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (Business and Human Rights) โดยผู้วิจัยจะขออธิบายตามลำดับ ดังนี้

2.1 แนวคิดบรรษัทภิบาล (Corporate Governance)

โดยหลักแล้ว แนวคิดบรรษัทภิบาลจะเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นและฝ่ายบริหารในลักษณะที่เป็นการวางระบบเพื่อกำหนดโครงสร้างการบริหาร การควบคุมและกำกับดูแลการบริหารจัดการของฝ่ายบริหาร ตลอดจนการรายงานสถานะการเงินและข้อตกลงต่าง ๆ ของผู้ประกอบการ⁷ นอกจากนี้ ยังรวมถึงการวางกลยุทธ์ การปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง และการมีความรับผิดชอบต่อ (Accountability) ต่อผู้ถือหุ้นอีกด้วย โดยบรรษัทภิบาลในผู้ประกอบการแต่ละรายมีวัตถุประสงค์ต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับว่าผู้ประกอบการนั้น

⁶ Beate Sjöfjell and Christopher M. Bruner, “Corporations and Sustainability,” in the **Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability**, edited by Beate Sjöfjell and Christopher M. Bruner (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), pp. 3-12.

⁷ Richard Smerdon, **A Practical Guide to Corporate Governance**, 4th Edition, (Sweet & Maxwell, 2010), p.2.

ให้ความสำคัญต่อวัตถุประสงค์⁸ ในเรื่องนี้ได้มีนักวิชาการอธิบายทฤษฎีวัตถุประสงค์ของบริษัทไว้ว่า ทฤษฎีแรกคือ ทฤษฎีคุณค่าของผู้ถือหุ้น (Shareholder value theory) ที่เน้นการทำให้ได้มากที่สุดเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นในฐานะเจ้าของผู้ประกอบการเท่านั้น ทฤษฎีที่สองคือ ทฤษฎีคุณค่าของผู้ถือหุ้นที่รู้แจ้งแล้ว (Enlightened shareholder value theory) ที่นอกจากจะเน้นความอยู่รอดของธุรกิจแล้วยังพิจารณาถึงประโยชน์ของกลุ่มผู้มีส่วนได้เสียอีกด้วย⁹ โดยทฤษฎีนี้ยอมรับว่าผู้ประกอบการจำเป็นต้องคำนึงถึงการสร้างและรักษาความสัมพันธ์กับลูกค้า ลูกจ้างและผู้ผลิต ตลอดจนการรับผิดชอบต่อความเสี่ยงของผู้ประกอบการในสังคม ส่วนทฤษฎีที่สามคือ ทฤษฎีคุณค่าของผู้มีส่วนได้เสีย (Stakeholder value theory) ที่กำหนดให้ผู้ประกอบการมีหน้าที่ต้องดำเนินกิจการธุรกิจเพื่อสนองตอบต่อประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียทุกกลุ่ม ซึ่งรวมถึงผู้จ้าง ผู้ผลิต ผู้คนในชุมชนและสิ่งแวดล้อม

ในประเด็นนี้พบว่า ทฤษฎีคุณค่าของผู้ถือหุ้นที่รู้แจ้งแล้วเป็นทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับมากที่สุด¹⁰ เนื่องจากเป็นทฤษฎีที่ผสมผสานความสมดุลระหว่างประโยชน์ของผู้ถือหุ้นและความอยู่รอดของผู้ประกอบการกับประโยชน์ของกลุ่มผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ ในลักษณะที่ไม่เป็นการสร้างภาระแก่ผู้ประกอบการจนเกินไป ดังตัวอย่างในสหราชอาณาจักร ที่ The UK Company Act 2006 ได้กำหนดหน้าที่ของผู้บริหาร (Duty of Directors) เพิ่มเติมจากที่ต้องกระทำการเพื่อประโยชน์ของผู้ประกอบการแล้ว ยังต้องคำนึงถึง (“in doing so have regard to”) ผลกระทบระยะยาวของการตัดสินใจ ประโยชน์ของลูกค้า การสร้างความสัมพันธ์กับผู้ผลิต ลูกค้าและผู้อื่น ผลกระทบต่อชุมชนและสิ่งแวดล้อม การรักษาชื่อเสียงของผู้ประกอบการในฐานะที่ดำเนินกิจการธุรกิจบนมาตรฐานสูงสุด และการดำเนินการใด ๆ อย่างเป็นธรรมอีกด้วย¹¹

จะเห็นได้ว่า แนวคิดบริษัทภิบาลโดยทฤษฎีคุณค่าของผู้ถือหุ้นที่รู้แจ้งแล้ว มีวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับการประกอบกิจการธุรกิจเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนในมิติสังคมอย่างเห็นได้ชัด กล่าวคือ นอกจากจะกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นและฝ่ายบริหารในกิจการเพื่อประโยชน์ของผู้ประกอบการแล้ว ยังคำนึงถึงประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียในห่วงโซ่คุณค่าของธุรกิจ เพื่อให้การประกอบกิจการธุรกิจนั้นสามารถดำเนินไปได้อย่างยั่งยืนและไม่ส่งผลกระทบในเชิงลบต่อสังคมที่ประกอบกิจการ

⁸ Bryan Horrigan, “Comparative corporate governance development and key ongoing challenges from Anglo-American perspectives,” in *Research Handbook on Corporate Legal Responsibility*, ed. Stephen Tully (Cheltenham: Edward Elgar, 2005), p. 22.

⁹ ตัวอย่างในเรื่องนี้ โปรดดูได้จาก Hermes Pensions Management Limited, “The Hermes Principle,” [online] Available from : www.ecgi.org/codes/documents/hermes_principles.pdf. [11 May 2021]

¹⁰ Adefolake O. Adeyeye, “Corporate Governance,” in *Corporate Social Responsibility of Multinational Corporations in Developing Countries: Perspectives on Anti-Corruption* (Cambridge University Press, 2012), pp. 168–93.

¹¹ Section 172 (l) of UK Company Act 2006

2.2 แนวคิดความรับผิดชอบต่อสังคมของภาคธุรกิจต่อสังคม (Corporate Social Responsibility)

แนวคิดความรับผิดชอบต่อสังคมของภาคธุรกิจต่อสังคม หรือ Corporate Social Responsibility (CSR) เป็นแนวคิดว่าด้วยการบริหารจัดการของผู้ประกอบการที่บูรณาการเอาข้อพิจารณาเกี่ยวกับผลกระทบที่มีต่อสังคมและสิ่งแวดล้อมมารวมอยู่ในการประกอบกิจการธุรกิจและในความสัมพันธ์กับผู้มีส่วนได้เสีย โดยที่ผู้ประกอบการมุ่งที่จะหาสมดุลระหว่างความจำเป็นทางเศรษฐกิจ สิ่งแวดล้อมและสังคม หรือที่เรียกว่า Triple-Bottom-Line Approach ในขณะเดียวกันก็ต้องสนองตอบต่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นและผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ ด้วย¹² ทั้งนี้ ในปัจจุบันแนวคิด CSR มีการให้คำอธิบายที่หลากหลายแตกต่างกันออกไป เป็นต้นว่า

(1) คณะกรรมาธิการยุโรป (EU Commission)

อธิบายว่า CSR เป็นแนวคิดที่ผู้ประกอบการสมัครใจที่จะมีส่วนร่วมทำให้สังคมดีขึ้นและสิ่งแวดล้อมที่สะอาดขึ้น¹³ นอกจากนี้ ยังรวมถึงการบริหารจัดการทรัพยากรบุคคลที่เน้นความรับผิดชอบต่อสังคมในการเคารพหลักการไม่เลือกปฏิบัติบนฐานแห่งความแตกต่างทางเชื้อชาติและชาติพันธุ์ เพศ อายุ เป็นต้น¹⁴

(2) สหราชอาณาจักร

อธิบายว่า CSR เป็นการดำเนินการของผู้ประกอบการที่ยอมรับว่าการประกอบกิจการธุรกิจของตนส่งผลกระทบในวงกว้างต่อสังคมที่ตนประกอบกิจการ จึงได้มีการตรวจสอบผลกระทบทางเศรษฐกิจ สังคม สิ่งแวดล้อมและสิทธิมนุษยชน อันเป็นผลมาจากการประกอบกิจการธุรกิจของตน และร่วมมือกับผู้มีส่วนได้เสียและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อบรรเทาเยียวยาผลกระทบดังกล่าว¹⁵ ทั้งนี้ เพื่อสร้างและคงไว้ซึ่งคุณค่าของตราสินค้าหรือบริการ ความเชื่อมั่นของลูกค้า และชื่อเสียงของผู้ประกอบการในทัศนะของผู้มีส่วนได้เสียทั้งหมด¹⁶

(3) กรอบความร่วมมือการพัฒนาเพื่อความยั่งยืนแห่งสหประชาชาติ (UN Global Compact)

อธิบายว่าผู้ประกอบการสามารถดำเนินการตามแนวคิด CSR ได้ด้วยการยึดมั่นในหลักสากล 10 ประการ ที่ครอบคลุม 4 ด้าน คือ สิทธิมนุษยชน แรงงาน สิ่งแวดล้อมและการต่อต้านทุจริต ซึ่งหลักสากลเหล่านี้มีแหล่งที่มาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปฏิญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน ปฏิญญาโรว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา และอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต¹⁷

¹² United Nations Industrial Development Organization, "Corporate Social Responsibility," [online] Available from : <https://www.unido.org/our-focus/advancing-economic-competitiveness/competitive-trade-capacities-and-corporate-responsibility/corporate-social-responsibility-market-integration/what-csr>. [11 May 2021]

¹³ European Commission, "Corporate Social Responsibility & Responsible Business Conduct," [online] Available form : https://ec.europa.eu/growth/industry/sustainability/corporate-social-responsibility_en. [11 May 2021]

¹⁴ European Commission, **Commission Green Paper Promoting a European Framework for Corporate Social Responsibility**, 366 Final DOC/01/9, Brussels, 2001.

¹⁵ UK Department of Trade and Industry, **Business and Society: Corporate Social Responsibility Report**, 2002.

¹⁶ เพิ่งอ้าง

¹⁷ โปรดดูหัวข้อ 3.3.1 ตารางที่ 6 (3) หัวข้อ เอกสารที่ออกโดยกรอบความร่วมมือการพัฒนาเพื่อความยั่งยืนแห่งสหประชาชาติ

จะเห็นได้ว่า แม้จะมีการให้คำอธิบายแนวคิด CSR ที่หลายหลาย แต่ลักษณะร่วมของคำนิยามหรือคำอธิบายดังกล่าว คือ การให้ความสำคัญกับประเด็นด้านสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นด้านแรงงานและการไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งสอดคล้องกับการประกอบกิจการธุรกิจเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนในมิติสังคมอย่างเห็นได้ชัดเช่นกัน

2.3 แนวคิดธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (Business and Human Rights)

แนวคิดธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน หรือ Business and Human Rights (BHR) เป็นแนวคิดที่ได้รับความสนใจและพัฒนาให้เป็นรูปธรรมขึ้นอย่างมากภายใน 20 ปีที่ผ่านมา โดยหลักใหญ่ใจความของแนวคิดนี้ คือ การตระหนักว่าในความเป็นจริงแล้วการประกอบกิจการธุรกิจนั้นอาจส่งผลกระทบต่อสร้างความเสียหายอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนได้ และจะอย่างไรให้ภาคธุรกิจหันมาเคารพสิทธิมนุษยชนโดยนำหลักการด้านสิทธิมนุษยชนไปบรรจุและปรับใช้ในการประกอบกิจการธุรกิจ ในเรื่องนี้ สหประชาชาติได้ตั้งคณะทำงานขึ้นใน ค.ศ. 2008 นำโดยศาสตราจารย์ John Ruggie แห่งมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด ซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้แทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติ (Special Representative of the UN Secretary General) เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการวางรากฐานแนวคิดธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนและร่างหลักการเพื่อให้ทุกฝ่ายสามารถนำไปปรับใช้ได้

เอกสารฉบับนี้ใช้เวลาจัดทำประมาณ 3 ปี จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2011 สหประชาชาติก็ได้อบรมรับและรับรองอย่างเป็นเอกฉันท์¹⁸ ซึ่งเอกสารที่มีชื่อว่า หลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน และการปรับใช้กรอบการคุ้มครอง เคารพและเยียวยา (United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the Protect, Respect and Remedy Framework) หรือที่เรียกอย่างย่อ ๆ เป็นการทั่วไปว่า UNGPs¹⁹ และในเวลาต่อมาได้กลายเป็นเอกสารที่ถือว่าการสร้างมาตรฐานระดับสากลว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน²⁰

หลักการชี้แนะที่ปรากฏใน UNGPs ตั้งอยู่บน “เสาหลัก 3 ประการ” (3 Pillars) ประกอบด้วย คุ้มครอง เคารพและเยียวยา (Protect, Respect and Remedy) กล่าวโดยสรุปคือ

(1) เสาหลักที่ 1 หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (State Duty to Protect)

ทำหน้าที่ยืนยันหลักการที่มีอยู่เดิม กล่าวคือ รัฐมีหน้าที่ตามพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในการคุ้มครองปัจเจกชนให้พ้นจากการกระทำที่มีขอบของรัฐในดินแดนของรัฐ (Territory) เอง และ/หรือจากการ

¹⁸ United Nations Human Rights Council, *Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, 17/4, A/HRC/RES/17/4, para. 1

¹⁹ United Nations, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework (UNGPs)*, 2011.

²⁰ John Ruggie, *Just Business* (New York and London W.W. Norton & Company Inc, 2013), pp. 120-121.

กระทำที่มีขอบของฝ่ายที่สามซึ่งรวมถึงภาคธุรกิจในพื้นที่อำนาจของรัฐ (Jurisdiction)²¹ พร้อมทั้งมีหน้าที่กำหนดความคาดหวัง (Expectation) ต่อภาคธุรกิจที่อยู่ในดินแดนหรือเขตอำนาจของรัฐว่าจะต้องประกอบกิจการธุรกิจอย่างเคารพสิทธิมนุษยชน²² นอกจากนี้ รัฐยังต้องบังคับใช้กฎหมาย จัดให้มีแนวปฏิบัติ ตลอดจนสนับสนุนภาคธุรกิจให้มีศักยภาพในการประกอบกิจการธุรกิจอย่างเคารพสิทธิมนุษยชน²³ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่รัฐมีส่วนเกี่ยวข้องกับภาคธุรกิจหรือร่วมทำธุรกรรมทางพาณิชย์เสียเอง เช่น รัฐวิสาหกิจ สัมปทาน²⁴ และในกรณีที่การประกอบกิจการธุรกิจนั้นมีขึ้นในพื้นที่ที่ได้รับผลกระทบจากความขัดแย้ง (Conflict-affected Area)²⁵

(2) เสาหลักที่ 2 ความรับผิดชอบของภาคธุรกิจในการเคารพสิทธิมนุษยชน (Corporate Responsibility to Respect)

ทำหน้าที่เสนอแนวคิดใหม่ กล่าวคือ แทนที่จะกำหนดให้ภาคธุรกิจมีหน้าที่ต้องกระทำเหมือนรัฐ (เมื่อพิจารณาเทียบกับเสาหลักที่ 1) เสาหลักที่ 2 กลับนำเสนอแนวคิดในลักษณะที่ยืดหยุ่นกว่า โดยใช้คำว่า “ความรับผิดชอบ” (Responsibility) มาเป็นหลักในการมุ่งใจให้ภาคธุรกิจปฏิบัติตามแนวคิดนี้ เพราะการกำหนดในลักษณะที่เป็นความรับผิดชอบจะไม่สื่อความไปในทางที่หากไม่ปฏิบัติตามจะมีมาตรการบังคับเชิงลงโทษแต่อาจต้องเผชิญแรงกดดันจากภาคธุรกิจ คู่ค้า ลูกค้า หรือสังคมแทนได้ ทั้งนี้ หลักการสำคัญภายใต้เสาหลักที่ 2 ประกอบด้วย การหลีกเลี่ยงไม่กระทำหรือมีส่วนก่อให้เกิด (Cause or Contribute) ผลกระทบทางด้านสิทธิมนุษยชนอย่างหนักหนาอันเกิดจากการประกอบกิจการธุรกิจของตน²⁶ การป้องกันหรือบรรเทาผลกระทบทางด้านสิทธิมนุษยชนที่ตนมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรง (Directly Linked)²⁷ การแสดงความมุ่งมั่นในระดับนโยบาย²⁸ การตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน²⁹ และการจัดให้มีหรือให้ความร่วมมือในกระบวนการเยียวยาโดยชอบด้วยกฎหมาย³⁰

(3) เสาหลักที่ 3 การเข้าถึงกระบวนการเยียวยาของผู้ได้รับผลกระทบ (Access to Remedy)

ทำหน้าที่เสริมการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยยืนยันว่าประการแรก รัฐมีหน้าที่ต้องจัดให้มีขั้นตอนที่เหมาะสมเพื่อประกันว่าผู้ได้รับผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนจะต้องมีช่องทางที่เข้าถึงกระบวนการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพ³¹ ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการยุติธรรมของรัฐ (State-based, judicial)

²¹ อ้างแล้วที่ 19, UNGPs Principle 1

²² เฝ้าอ้าง, UNGPs Principle 2

²³ เฝ้าอ้าง, UNGPs Principle 3

²⁴ เฝ้าอ้าง, UNGPs Principle 4, 6

²⁵ เฝ้าอ้าง, UNGPs Principle 7

²⁶ เฝ้าอ้าง, UNGPs Principle 13(1)

²⁷ เฝ้าอ้าง, UNGPs Principle 13(2)

²⁸ เฝ้าอ้าง, UNGPs Principle 15(1), 16

²⁹ เฝ้าอ้าง, UNGPs Principle 15(2), 17-21

³⁰ เฝ้าอ้าง, UNGPs Principle 15(3), 22

³¹ เฝ้าอ้าง, UNGPs Principle 25

เช่น การนำคดีสู่ศาล³² หรือกระบวนการของรัฐที่ไม่ใช่กระบวนการยุติธรรม (State-based, non-judicial) เช่น การร้องเรียนผ่านคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ผู้ตรวจการแผ่นดิน หรือ National Contact Points (NCPs)³³ หรือประการที่สอง ภาครัฐก็มีความรับผิดชอบที่จะพิจารณาจัดทำกระบวนการเยียวยาในระดับปฏิบัติการ (Operational-level grievance mechanism) เพื่อให้ผู้ได้รับผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนสามารถเข้าถึงกระบวนการเยียวยาได้อย่างมีประสิทธิภาพ³⁴ ทั้งนี้ UNGPs ได้วางหลักเกณฑ์ด้านประสิทธิภาพของกระบวนการเยียวยาในระดับปฏิบัติการไว้ 8 ประการด้วยกัน กล่าวคือ กระบวนการเยียวยาในระดับปฏิบัติการจะมีประสิทธิภาพก็ต่อเมื่อมีความชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate) สามารถเข้าถึงได้ (Accessible) สามารถคาดการณ์ขั้นตอนและผลการพิจารณาได้ (Predictable) มีความเป็นธรรม (Equitable) มีความโปร่งใส (Transparent) มีความสอดคล้องกับหลักการด้านสิทธิมนุษยชน (Rights-compatible) เป็นแหล่งเรียนรู้ระหว่างกันอย่างต่อเนื่อง (Continuous Learning) และมีที่มาจากการหารือกับผู้มีส่วนได้เสีย (Engagement and Dialogue)³⁵

จากสรุปหลักการชี้แนะของ UNGPs ข้างต้นจะเห็นได้ว่า แนวคิดธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนมีวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับการประกอบกิจการธุรกิจเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนในมิติสังคมเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเสาหลักที่ 2 ความรับผิดชอบต่อของภาครัฐในการเคารพสิทธิมนุษยชนที่ระบุชัดเจนว่าผู้ประกอบการควรดำเนินการอย่างไรเพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ในการเคารพสิทธิมนุษยชนได้

2.4 จากแนวคิดสู่การจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคม

เมื่อพิจารณาจากแนวคิดทั้ง 3 แนวคิดที่กล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าทุกแนวคิดมีวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับการประกอบกิจการธุรกิจเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนในมิติสังคมทั้งสิ้น โดยเริ่มจากการที่แนวคิดบริษัทภิบาลโดยทฤษฎีคุณค่าของผู้ถือหุ้นที่รู้แจ้งแล้ว แนะนำให้ผู้ประกอบการควรคำนึงถึงประโยชน์ไม่เพียงแต่เฉพาะของผู้ถือหุ้นเท่านั้น แต่ควรรวมถึงประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียในห่วงโซ่คุณค่าของธุรกิจอีกด้วย เสริมด้วยแนวคิด CSR ที่ให้ความสำคัญกับประเด็นด้านสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นด้านแรงงานและการไม่เลือกปฏิบัติ และพัฒนาต่อมาเป็นแนวคิดธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนที่สร้างกระบวนการทัศน์ (Paradigm) ในรูปแบบ “ความรับผิดชอบต่อของภาครัฐในการเคารพสิทธิมนุษยชน” และอธิบายในลักษณะหลักการชี้แนะ UNGPs ว่าผู้ประกอบการควรดำเนินการอย่างไรเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแสดงความมุ่งมั่นในระดับนโยบายและการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน

³² เพิ่งอ้าง, UNGPs Principle 26

³³ เพิ่งอ้าง, UNGPs Principle 27

³⁴ เพิ่งอ้าง, UNGPs Principle 28

³⁵ เพิ่งอ้าง, UNGPs Principle 31

ในขั้นตอนต่อไป คือการนำแนวคิดดังกล่าวมาทำให้เป็นรูปธรรมมากขึ้น โดยวิธีการหนึ่งที่สามารถทำให้บรรลุเป้าประสงค์ดังกล่าวได้ คือการจัดทำรายงานการจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคมที่หน่วยงานของรัฐ เช่น ก.ล.ต. สามารถกำหนดให้ผู้ประกอบการที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลต้องรายงานประจำปี เพื่อให้ผู้ประกอบการสามารถตรวจสอบการดำเนินกิจการธุรกิจของตนหรือของบริษัทคู่ค้าว่ามีความเสี่ยงที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและแรงงานหรือไม่

3. มาตรฐานและแนวปฏิบัติในการจัดการความยั่งยืนในมิติสังคม

ในการจัดทำรายงานการจัดการด้านความยั่งยืนจำเป็นต้องยึดโยงกับมาตรฐานและแนวปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล เพื่อให้ข้อมูลที่น่าเสนอในรายงานนั้นได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปในเรื่องนี้ หลักการชี้แนะ UNGPs ข้อ 12 ได้แนะนำไว้ว่า

“12. The responsibility of business enterprises to respect human rights refers to internationally recognized human rights-understood, **at a minimum**, as those expressed in the International Bill of Human Rights and the principles concerning fundamental rights set out in the International Labor Organization’s Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work.”³⁶

เมื่อพิจารณาจากหลักการชี้แนะข้างต้น จะเห็นได้ว่าความรับผิดชอบของภาคธุรกิจในการเคารพสิทธิมนุษยชนนั้นควรยึดโยงกับบรรทัดฐานด้านสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศ โดย UNGPs ได้ระบุที่มาของบรรทัดฐานดังกล่าวในเบื้องต้นไว้ 2 แหล่งที่มาด้วยกัน คือกฎบัตรระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และปฏิญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน อย่างไรก็ตาม การที่ UNGPs ข้อ 12 มีคำว่า “อย่างน้อยที่สุด” (at a minimum) กำกับไว้ด้วย³⁷ มีผลทำให้ไม่จำกัดขอบเขตของมาตรฐานและแนวปฏิบัติเพียงเท่าที่ปรากฏเท่านั้น แต่ผู้ประกอบการสามารถนำบรรทัดฐานด้านสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏในเอกสารอื่นๆ มาปรับใช้ในหน่วยงานของตนได้ด้วยเช่นกัน³⁸

ในการค้นหามาตรฐานและแนวปฏิบัติในการจัดการความยั่งยืนในมิติสังคมนั้น ผู้วิจัยจะนำเสนอโดยการแบ่งตามลักษณะของแหล่งที่มาได้ 3 ประการ กล่าวคือ 1) มาตรฐานระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน 2) มาตรฐานที่กฎหมายภายในกำหนด 3) มาตรฐานที่ปรากฏในหลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติ ดังนี้

³⁶ เพิ่งอ้าง, UNGPs Principle 12

³⁷ เพิ่งอ้าง, UNGPs Commentary

³⁸ เพิ่งอ้าง, UNGPs Principle 12

3.1 มาตรฐานระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน

ประการแรก มาตรฐานและแนวปฏิบัติในการจัดการความยั่งยืนในมิติสังคม อาจค้นหาได้จากมาตรฐานระหว่างประเทศที่ปรากฏในรูปแบบกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law) หรือตราสารระหว่างประเทศ (International Instruments) อื่นใดที่มีผลเป็นการสร้างบรรทัดฐานและได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศ โดยจำแนกเป็น 1) กฎบัตรระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน 2) อนุสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชน และ 3) ปฏิญญาและอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ดังนี้

3.1.1 กฎบัตรระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (International Bills of Human Rights)

ดังที่กล่าวไว้ข้างต้น UNGPs ข้อ 12 ระบุชัดเจนว่าความรับผิดชอบของภาคธุรกิจในการเคารพสิทธิมนุษยชนนั้นควรยึดโยงกับกฎบัตรระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยที่ตราสารที่ประกอบกันเป็นกฎบัตรระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้น ประกอบด้วย

ตารางที่ 1 กฎบัตรระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

กฎบัตรระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (International Bills of Human Rights)	
1.	ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights -UDHR³⁹) ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 รัฐสมาชิกสหประชาชาติเห็นว่าควรมีการวางมาตรฐานระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนเพื่อป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์เลวร้ายขึ้นอีกในอนาคต ผลที่ได้คือการออกปฏิญญา UDHR ซึ่งระบุมาตรฐานระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่หลากหลายและครอบคลุม อย่างไรก็ตาม แม้พิจารณาในเชิงรูปแบบ (Formality) จะพบว่า UDHR ไม่มีผลเป็นการผูกพันรัฐใด ๆ เลย แต่ปฏิญญานี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นตราสารที่สร้างบรรทัดฐานด้านสิทธิมนุษยชนในทางระหว่างประเทศซึ่งสะท้อนให้เห็นถึง “ความเข้าใจร่วมกัน” (a common understanding) ระหว่างรัฐสมาชิกสหประชาชาติ⁴⁰ และยอมรับว่าปัจเจกชนไม่ได้ถูกมองว่าเป็น “วัตถุแห่งความเห็นอกเห็นใจ” (an object of international compassion)⁴¹ แต่เป็นผู้ทรงสิทธิที่สามารถเรียกร้องเพื่อให้ได้รับการเยียวยาเมื่อได้รับผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชน⁴² ทั้งนี้ ปฏิญญาได้วางรากฐานหลักการไว้ 28 ข้อ ซึ่งได้รับการนำไปสอดแทรกและขยายความอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ ในเวลาต่อมา

³⁹ United Nations, Universal Declaration of Human Rights 1948

⁴⁰ Nihal Jayawickrama, “The International Bill of Human Rights,” in *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, 2nd ed., (Cambridge University Press, 2017) p. 27.

⁴¹ Hersch Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, (Hamden, CN: Archon Books, 1968), p. 4.

⁴² อ้างแล้วที่ 40, p. 25.

ตารางที่ 1 กฎบัตรระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ต่อ)

กฎบัตรระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (International Bills of Human Rights)	
2.	กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือนและการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights-ICCPR)⁴³ เป็นตราสารที่รับรองศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชน และกำหนดให้รัฐมีพันธกรณีเชิงลบ (Negative obligations) ที่ห้ามกระทำการใด ๆ อันเป็นผลให้เกิดการไม่ประกันสิทธิมนุษยชนที่ ICCPR รับรองให้แก่ปัจเจกชน โดยสาระสำคัญของ ICCPR คือการเคารพหลักการไม่เลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมระหว่างเพศ ตลอดจนสิทธิทางพลเรือนและการเมืองหลายประการ เช่น สิทธิในชีวิต เสรีภาพในการไม่ถูกทรมานหรือเอาลงเป็นทาส เสรีภาพในการแสดงออกและการชุมนุมอย่างสันติ ทั้งนี้ ICCPR มีพิธีสารเลือกรับ 2 ฉบับ คือ ฉบับแรกว่าด้วยการเปิดให้ปัจเจกชนสามารถนำข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนใน ICCPR ต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (UN Human Rights Committee) และฉบับที่สองว่าด้วยการยกเลิกโทษประหารชีวิต
3.	กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights-ICESCR)⁴⁴ เป็นตราสารที่รับรองศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชนเช่นเดียวกับ ICCPR แต่กำหนดให้รัฐมีพันธกรณีเชิงบวก (Positive obligations) ในการจัดให้ปัจเจกชนสามารถอุปโภคสิทธิตามที่ ICESCR รับรองได้มากที่สุดเท่าที่รัฐมีทรัพยากร บนพื้นฐานของการเคารพหลักการไม่เลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมระหว่างเพศ ตลอดจนสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมหลายประการ เช่น สิทธิทางสุขภาพ สิทธิในการทำงาน สิทธิทางการศึกษา สิทธิทางวัฒนธรรม ทั้งนี้ ICESCR มีพิธีสารเลือกรับ 1 ฉบับว่าด้วยการเปิดให้ปัจเจกชนสามารถนำข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนใน ICESCR ต่อคณะกรรมการว่าด้วยเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (Committee on Economic, Social and Cultural Rights-CESCR)

⁴³ United Nations General Assembly, **International Covenant on Civil and Political Rights** (ICCPR), UNTS Vol. 999, 1966, p. 171.

⁴⁴ United Nations General Assembly, **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights** (ICESCR), UNTS Vol. 993, 1966, p. 3.

3.1.2 อนุสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชน (Core Human Rights Conventions)

นอกจากกฎบัตรระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแล้ว สหประชาชาติได้จัดทำอนุสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนในเวลาต่อมาอีก 7 ฉบับ ซึ่งเมื่อรวมกับ ICCPR และ ICESCR แล้วจะเรียกว่า อนุสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชน (Core Human Rights Conventions) โดยมีผลเป็นการเพิ่มเนื้อหาสิทธิมนุษยชนด้านต่าง ๆ ให้ครอบคลุมมากกว่าที่ปรากฏในกฎบัตรระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และระบุกลุ่มบุคคลที่ควรได้รับการพิจารณาดูแลเป็นพิเศษเพราะมีความเสี่ยงต่อการได้รับผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนมากกว่าบุคคลทั่วไป ซึ่ง UNGPs ข้อ 12⁴⁵ เปิดช่องให้ผู้ประกอบการสามารถนำบรรทัดฐานที่ปรากฏในอนุสัญญา 7 ฉบับนี้ มาปรับใช้ในหน่วยงานของตนได้ ดังนี้

ตารางที่ 2 อนุสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชน

อนุสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชน (Core Human Rights Conventions)	
1.	อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1965 (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination- CERD)⁴⁶ มีสาระสำคัญคือ การห้ามเลือกปฏิบัติ เช่น การจำแนก กีดกัน จำกัด หรือเอื้ออำนาจพิเศษ เพราะเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสาย ชาตีกำเนิด หรือเผ่าพันธุ์กำเนิด ในทุกรูปแบบซึ่งรวมถึงการห้ามโฆษณาชวนเชื่อ (Propaganda) ด้วย
2.	อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women-CEDAW)⁴⁷ มีสาระสำคัญคือ การห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศ โดยคำนึงถึงความเท่าเทียมระหว่างเพศในทุกด้าน ทั้งนี้ ในปัจจุบันคณะกรรมการ CEDAW ได้รับรองให้ตีความเนื้อหาใน CEDAW ให้รวมถึงการคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ (LGBTIs) ด้วย⁴⁸

⁴⁵ อ้างแล้วที่ 19, UNGPs Principle 12

⁴⁶ United Nations General Assembly, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD), UNTS Vol. 660, 1969, p. 195.

⁴⁷ United Nations General Assembly, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), UNTS Vol. 1249, 1979, p. 13.

⁴⁸ United Nations Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW/C/GC/28, 2010.

ตารางที่ 2 อนุสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชน (ต่อ)

อนุสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชน (Core Human Rights Conventions)	
3.	อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 (Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment-CAT)⁴⁹ มีสาระสำคัญคือ การห้ามกระทำการใด ๆ ที่มีผลเป็นการทรมานและการกระทำอื่น ๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพของบุคคล
4.	อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 (Convention on the Rights of the Child-CRC)⁵⁰ มีสาระสำคัญคือ การรับรองว่าเด็กสมควรได้รับความคุ้มครอง การดูแลและความช่วยเหลือเป็นพิเศษ ในหลายประการ เช่น การเข้าถึงการศึกษา การได้อยู่ร่วมกันกับครอบครัวเว้นแต่เด็กประสงค์เป็นอย่างอื่น การคุ้มครองสวัสดิภาพและการให้สวัสดิการสังคมแก่เด็ก เพื่อให้เด็กสามารถอยู่รอดและเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่สามารถดำรงชีวิตเองได้
5.	อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของแรงงานโยกย้ายถิ่นฐานและสมาชิกในครอบครัว ค.ศ. 1990 (International Convention on the Protection of the Rights of Migrants Workers and Member of their Families-CMW)⁵¹ มีสาระสำคัญคือ การคุ้มครองแรงงานโยกย้ายถิ่นฐานและสมาชิกในครอบครัวจากการเลือกปฏิบัติ เพราะเหตุแห่งเพศ เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา ประวัติอาชญากรรม ความเห็นทางการเมือง สัญชาติ ชาติพันธุ์หรือเหตุอื่น รวมถึงจากการเอาละเป็นทาสและการทรมาน ทั้งนี้ประเทศไทยยังไม่ได้ลงนาม และเข้าเป็นภาคีอนุสัญญานี้
6.	อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ค.ศ. 2006 (Convention on the Rights of Persons with Disabilities-CRPD)⁵² มีสาระสำคัญคือ การคุ้มครองคนพิการจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความพิการ รวมถึงการคุ้มครองสิทธิคนพิการที่เกี่ยวข้องกับสิทธิทางพลเรือนและการเมือง และสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เช่น สิทธิในการทำงาน สิทธิทางสุขภาพ สิทธิในการศึกษา เสรีภาพในการแสดงออก

⁴⁹ United Nations General Assembly, **Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT)**, UNTS Vol. 1465, 1984, p. 85.

⁵⁰ United Nations General Assembly, **Convention on the Rights of the Child (CRC)**, UNTS Vol. 1577, 1989, p. 3.

⁵¹ United Nations General Assembly, **International Convention on the Protection of the Rights of Migrants Workers and Member of their Families (CMW)**, A/RES/45/158, 1990.

⁵² United Nations General Assembly, **Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)**, A/RES/61/106, 2007.

ตารางที่ 2 อนุสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชน (ต่อ)

อนุสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชน (Core Human Rights Conventions)	
7.	อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการบังคับให้หายสาบสูญ ค.ศ. 2006 (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance-CED)⁵³ มีสาระสำคัญคือ การคุ้มครอง บุคคลให้รอดพ้นจากการบังคับให้หายสาบสูญ ไม่ว่าจะเป็นด้วยการจับกุม กักขัง ลักพาตัว หรือด้วยวิธีการอื่นใด ทั้งนี้ประเทศไทยได้ลงนามในอนุสัญญานี้แล้วแต่ยังมิได้เข้าเป็นภาคี

3.1.3 ปฏิญญาและอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ

นอกจากกฎบัตรระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแล้ว UNGPs ข้อ 12 ได้ระบุชัดเจนว่าความรับผิดชอบของภาคธุรกิจในการเคารพสิทธิมนุษยชนนั้นควรยึดโยงกับปฏิญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน (ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work-ปฏิญญา ILO) ด้วย โดยปฏิญญานี้ได้รับการรับรองโดยที่ประชุมองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) เมื่อ ค.ศ. 1998 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ส่งเสริมให้เกิดความเป็นธรรมและการพัฒนาทางสังคม (ensure equity and social progress) ตลอดจนขจัดความยากจน (eradication of poverty) ในมิติแรงงานเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน⁵⁴ ด้วยการกำหนดมาตรฐานแรงงานหลักระหว่างประเทศ (International Core Labor Standards) ในลักษณะที่เป็นบรรทัดฐานขั้นต่ำครอบคลุม 4 ประเด็นสำคัญ และในเวลาต่อมา ILO ก็ได้ออกอนุสัญญาเพื่อขยายความและกำหนดรายละเอียดประเด็นดังกล่าว ดังนี้

⁵³ United Nations General Assembly, *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (CED)*, 2006.

⁵⁴ International Labor Organization (ILO), *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, 1988, Preamble.

ตารางที่ 3 มาตรฐานแรงงานหลักระหว่างประเทศและอนุสัญญาที่เกี่ยวข้อง

มาตรฐานแรงงานหลักระหว่างประเทศและอนุสัญญาที่เกี่ยวข้อง	
1.	การรับรองเสรีภาพในการสมาคมและการคุ้มครองสิทธิในการร่วมเจรจาต่อรอง 1) อนุสัญญา ILO ฉบับที่ 87 ว่าด้วยเสรีภาพในการสมาคมและการคุ้มครองสิทธิในการรวมตัว ค.ศ. 1948 (Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention No.87-C87) ⁵⁵ 2) อนุสัญญา ILO ฉบับที่ 98 ว่าด้วยสิทธิในการรวมตัวและการร่วมเจรจาต่อรอง ค.ศ. 1949 (Right to Organize and Collective Bargaining Convention No.98-C98) ⁵⁶
2.	การจัดแรงงานบังคับและการเกณฑ์แรงงานในทุกรูปแบบ 1) อนุสัญญา ILO ฉบับที่ 29 ว่าด้วยแรงงานบังคับ ค.ศ. 1930 (Forced Labor Convention No.29-C29) ⁵⁷ 2) อนุสัญญา ILO ฉบับที่ 105 ว่าด้วยการยกเลิกแรงงานบังคับ ค.ศ. 1957 (Abolition of Forced Labor Convention No.105-C105) ⁵⁸
3.	การยกเลิกการใช้แรงงานเด็ก 1) อนุสัญญา ILO ฉบับที่ 138 ว่าด้วยอายุขั้นต่ำ ค.ศ. 1973 (Minimum Age Convention No.138-C138) ⁵⁹ 2) อนุสัญญา ILO ฉบับที่ 182 ว่าด้วยรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็ก ค.ศ. 1999 (Worst Forms of Child Labor Convention No.182-C182) ⁶⁰
4.	การจัดการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ 1) อนุสัญญา ILO ฉบับที่ 100 ว่าด้วยค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกัน ค.ศ. 1951 (Equal Remuneration Convention No.100-C100) ⁶¹ 2) อนุสัญญา ILO ฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ (การจ้างงานและอาชีพ) ค.ศ. 1958 (Discrimination (Employment and Occupation) Convention No.111-C111) ⁶²

⁵⁵ International Labour Organization (ILO), **Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention**, C87, 1948.

⁵⁶ International Labour Organization (ILO), **Right to Organise and Collective Bargaining Convention**, C98, 1949.

⁵⁷ International Labour Organization (ILO), **Forced Labour Convention**, C29, 1930.

⁵⁸ International Labour Organization (ILO), **Abolition of Forced Labour Convention**, C105, 1957.

⁵⁹ International Labour Organization (ILO), **Minimum Age Convention**, C138, 1973.

⁶⁰ International Labour Organization (ILO), **Worst Forms of Child Labour Convention**, C182, 1999.

⁶¹ International Labour Organization (ILO), **Equal Remuneration Convention**, C100, 1951.

⁶² International Labour Organization (ILO), **Discrimination (Employment and Occupation) Convention**, C111, 1958.

3.2 มาตรฐานที่กฎหมายภายในกำหนด

ประการที่สอง มาตรฐานและแนวปฏิบัติในการจัดการความยั่งยืนในมิติสังคม อาจค้นหาได้จาก มาตรฐานที่กฎหมายภายใน (Domestic Law) กำหนด เนื่องจากเป็นประเภทของกฎหมายที่ผู้ประกอบการ มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามอยู่แล้ว และหากไม่ปฏิบัติตามก็มีบทลงโทษตามที่กฎหมายกำหนด โดยอาจจำแนก เป็น 1) กฎหมายภายในบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และ 2) กฎหมายภายในบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองแรงงาน ดังนี้

3.2.1 กฎหมายภายในบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

ปัจจุบัน ประเทศไทยได้ออกกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเป็นจำนวนมาก และครอบคลุมประเด็นที่หลากหลายจนอาจเกินขอบเขตของการศึกษาวิจัยนี้ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยจะยกตัวอย่างกฎหมายภายในบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ซึ่งแม้ว่าบางฉบับจะกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐโดยไม่ได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ตามกฎหมายของผู้ประกอบการก็ตาม แต่ผู้ประกอบการอาจนำมาใช้เป็นมาตรฐานในการจัดทำรายงานการจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคมได้เบื้องต้นได้ ดังนี้

ตารางที่ 4 กฎหมายภายในบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

กฎหมายภายในบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน	
1.	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ มีบทบัญญัติที่รับรอง ปกป้องและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของปวงชนชาวไทยอยู่ในหมวด 3 เป็นต้นว่า 1) การจัดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ⁶³ 2) การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย⁶⁴ ซึ่งรวมถึงการทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม⁶⁵ 3) การห้ามเกณฑ์แรงงาน⁶⁶ การมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ⁶⁷ และเสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม สหกรณ์ สหภาพ องค์กร ชุมชนหรือหมู่คณะอื่น⁶⁸

⁶³ มาตรา 27 วรรค 3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁶⁴ เพิ่งอ้าง, มาตรา 28 วรรค 1

⁶⁵ เพิ่งอ้าง, มาตรา 28 วรรค 4

⁶⁶ เพิ่งอ้าง, มาตรา 30

⁶⁷ เพิ่งอ้าง, มาตรา 40

⁶⁸ เพิ่งอ้าง, มาตรา 42

ตารางที่ 4 กฎหมายภายในบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

กฎหมายภายในบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน	
2.	พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 มีบทบัญญัติห้ามกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ⁶⁹ โดยที่การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศหมายถึง การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด⁷⁰
3.	พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2560) มีบทบัญญัติที่กำหนดให้การกระทำการเป็นธรรมาภิบาล ซื่อ ขยาย จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใด หนึ่งแห่งเกี่ยวข้องกัน จัดให้อยู่อาศัย หรือรับไว้ซึ่งบุคคลใด โดยข่มขู่ ใช้กำลังบังคับ ลักพาตัว ฉ้อฉล หลอกลวง ใช้อำนาจ โดยมีชอบใช้อำนาจครอบงำบุคคลด้วยเหตุที่อยู่ในภาวะอ่อนด้อยทางร่างกาย จิตใจ การศึกษา หรือทางอื่นใดโดยมิชอบ ขู่เข็ญว่าจะใช้กระบวนการทางกฎหมายโดยมิชอบ หรือ โดยให้เงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นแก่ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลบุคคลนั้นเพื่อให้ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำความผิดในการแสวงหาประโยชน์จากบุคคลที่ตนดูแลและได้กระทำโดยมีความมุ่งหมายเพื่อเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ เป็นความผิดฐานค้ามนุษย์⁷¹
4.	พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 มีบทบัญญัติห้ามกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการ⁷²

3.2.2 กฎหมายภายในบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองแรงงาน

ประเทศไทยได้นำมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่มีที่มาจากอนุสัญญา ILO ที่ไทยเป็นภาคีมาอนุวัติการเพื่อบังคับใช้ในประเทศไทย โดยผู้วิจัยจะขอยกตัวอย่างกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองแรงงานบางส่วนซึ่งผู้ประกอบการอาจนำมาใช้เป็นมาตรฐานในการจัดทำรายงานการจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคมได้เบื้องต้น ดังนี้

⁶⁹ มาตรา 17 พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ.2558

⁷⁰ เพิ่งอ้าง, มาตรา 3

⁷¹ มาตรา 6 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2560)

⁷² มาตรา 15 พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ.2550

ตารางที่ 5 กฎหมายภายในบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองแรงงาน

กฎหมายภายในบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองแรงงาน	
1.	พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เป็นกฎหมายภายในด้านการคุ้มครองแรงงานฉบับหลักที่มีบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองแรงงานในประเด็นต่าง ๆ เช่น การจัดการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ⁷³ การบอกกล่าวล่วงหน้าเพื่อเลิกจ้าง⁷⁴ กำหนดเวลาทำงาน วันหยุด วันลา วันพักผ่อน⁷⁵ และการห้ามใช้แรงงานเด็ก⁷⁶
2.	พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มีบทบัญญัติรับรองเสรีภาพในการสมาคมและการคุ้มครองสิทธิในการรวมตัว เพื่อวัตถุประสงค์ต่าง ๆ เช่น การจัดตั้งสหภาพแรงงาน⁷⁷ หรือการแก้ไขเพิ่มเติมข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง⁷⁸
3.	พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 มีบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองมิให้แรงงานต้องทำงานในสภาพการทำงานที่อาจเกิดการประสพอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพอนามัยอันเนื่องมาจากการทำงานหรือเกี่ยวกับการทำงาน โดยกำหนดมาตรฐานและหลักเกณฑ์ด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัยและสภาพแวดล้อมในการทำงาน อาทิ การจัดให้ลูกจ้างสวมใส่อุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยส่วนบุคคลที่ได้มาตรฐาน⁷⁹
4.	พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 มีบทบัญญัติเพื่อป้องกันมิให้มีการทำการประมงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและการใช้แรงงานผิดกฎหมายในภาคการประมง ซึ่งสอดคล้องกับพันธกรณีในการป้องกันและปราบปรามการทำการประมงโดยฝ่าฝืนกฎหมาย การทำการประมงที่ไม่ได้รายงานและการทำการประมงโดยไร้กฎหมาย⁸⁰ (Illegal, Unreported and Unregulated Fishing-IUU Fishing)
5.	พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มีบทบัญญัติห้ามมิให้ใช้ จ้าง หรือวานเด็กให้ทำงานหรือกระทำการอันอาจเป็นอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจและมีผลกระทบต่อการเจริญเติบโตหรือขัดขวางต่อพัฒนาการของเด็ก⁸¹ และห้ามโฆษณาหรือเผยแพร่ทางสื่อมวลชนหรือสื่อสารสนเทศซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับตัวเด็กหรือผู้ปกครองโดยเจตนาที่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่เด็ก⁸²

⁷³ มาตรา 15 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541

⁷⁴ เพิ่งอ้าง, มาตรา 17-20

⁷⁵ เพิ่งอ้าง, มาตรา 23-37

⁷⁶ เพิ่งอ้าง, มาตรา 44-52

⁷⁷ มาตรา 88-111 พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ.2518

⁷⁸ เพิ่งอ้าง, มาตรา 10-13

⁷⁹ มาตรา 22 พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ.2554

⁸⁰ มาตรา 5 พระราชกำหนดการประมง พ.ศ.2558

⁸¹ มาตรา 26 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546

⁸² เพิ่งอ้าง, มาตรา 27

ตารางที่ 5 กฎหมายภายในบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองแรงงาน

กฎหมายภายในบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองแรงงาน	
6.	พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 มีบทบัญญัติที่คุ้มครองแรงงานต่างด้าวเป็นการเฉพาะ อาทิ การห้ามนายจ้างยัดใบอนุญาตทำงานหรือเอกสารสำคัญประจำตัวของแรงงานต่างด้าว เช่น หนังสือเดินทาง เว้นแต่แรงงานต่างด้าวยินยอมให้นายจ้างเก็บรักษาไว้ แต่นายจ้างต้องยินยอมและอำนวยความสะดวกให้แรงงานต่างด้าวเข้าถึงเอกสารดังกล่าวได้ตลอดเวลาตามที่แรงงานต่างด้าวร้องขอ ⁸³

3.3 มาตรฐานที่ปรากฏในหลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติ

ประการที่สาม มาตรฐานและแนวปฏิบัติในการจัดการความยั่งยืนในมิติสังคม สามารถค้นหาได้จากมาตรฐานที่ปรากฏในหลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติขององค์การระหว่างประเทศหรือหน่วยงานในต่างประเทศเพิ่มเติมจาก UNGPs ที่ออกโดยสหประชาชาติ โดยในปัจจุบัน มีองค์การระหว่างประเทศ ความร่วมมือระหว่างประเทศและหน่วยงานกำกับดูแลของต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตลาดหลักทรัพย์ซึ่งอยู่ในบริบทของการวิจัยนี้ ได้ออกเอกสารคู่มือเพื่อเป็นแนวทางให้แก่สมาชิกหรือภาคธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลว่าควรระบุประเด็นใดบ้างในการจัดการความยั่งยืนในมิติสังคม ในเรื่องนี้ ผู้วิจัยจะนำเสนอตัวอย่างหลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติที่ได้รับความนิยมอ้างอิงถึง โดยจำแนกเป็น 1) หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติขององค์การหรือความร่วมมือระหว่างประเทศ และ 2) หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ ดังนี้

3.3.1 หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติขององค์การหรือความร่วมมือระหว่างประเทศ

ปัจจุบัน มีองค์การหรือความร่วมมือระหว่างประเทศจำนวนมากที่ออกเอกสารคู่มือเพื่อเป็นแนวทางให้แก่สมาชิกเพื่อนำไปจัดทำรายงานการจัดการความยั่งยืนและ/หรือการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน โดยผู้วิจัยจะยกตัวอย่างเอกสารคู่มือที่ได้รับการยอมรับและอ้างอิงเป็นจำนวนมาก ดังต่อไปนี้

⁸³ มาตรา 131 พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2560

ตารางที่ 6 หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติขององค์การหรือความร่วมมือระหว่างประเทศ

หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติขององค์การหรือความร่วมมือระหว่างประเทศ	
1.	เอกสารที่ออกโดยองค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co-operation and Development-OECD) OECD ซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศด้านเศรษฐกิจที่รัฐสมาชิกประกาศยอมรับการปกครองระบอบประชาธิปไตยและเศรษฐกิจการค้าเสรี ได้ออกเอกสารในเรื่องนี้หลายฉบับภายใต้หัวเรื่อง “การดำเนินกิจการธุรกิจอย่างมีความรับผิดชอบ” หรือที่เรียกว่า Responsible Business Conduct (RBC) ตัวอย่างคือ 1) OECD Guidelines for Multinational Enterprises (OECD MNE Guidelines)⁸⁴ ออกครั้งแรกในปี ค.ศ. 1976 และปรับปรุงครั้งล่าสุดในปี ค.ศ. 2011 มีวัตถุประสงค์เพื่ออธิบายแนวทางและมาตรฐานในลักษณะไม่ผูกพัน (non-binding principles and standards) ที่รัฐสมาชิก OECD คาดหวังให้ภาคธุรกิจที่ประกอบกิจการธุรกิจในรัฐสมาชิกควรดำเนินการอย่างมีความรับผิดชอบ มีเนื้อหาครอบคลุมบริบทที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ เช่น สิทธิมนุษยชน ความสัมพันธ์ในทางการจ้าง สิ่งแวดล้อม การจัดการคอร์รัปชัน ประโยชน์ของผู้บริโภค วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี การแข่งขันทางการค้าและภาษีอากร 2) OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct (OECD RBC Guidance)⁸⁵ ออกในปี ค.ศ. 2018 มีลักษณะเป็นคู่มือให้แก่ผู้ประกอบการในการนำ OECD MNE Guidelines ไปปรับใช้ในการดำเนินการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านในทางปฏิบัติ เพื่อให้ผู้ประกอบการจะได้หลีกเลี่ยงหรือสนองต่อผลกระทบที่เกี่ยวข้องกับแรงงาน สิทธิมนุษยชน สิ่งแวดล้อม การจัดการคอร์รัปชันและธรรมาภิบาล เป็นต้น ซึ่งการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านนี้สอดคล้องกับคำแนะนำที่ปรากฏใน UNGPs และ ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy อีกด้วย

⁸⁴ Organization for Economic Co-operation and Development, “OECD Guidelines for Multinational Enterprises (OECD MNE Guidelines)” [online] Available from : <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. [13 May 2021]

⁸⁵ Organization for Economic Co-operation and Development, “OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct (OECD RBC Guidance)” [online] Available from : <http://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf>. [13 May 2021]

ตารางที่ 6 หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติขององค์การหรือความร่วมมือระหว่างประเทศ (ต่อ)

หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติขององค์การหรือความร่วมมือระหว่างประเทศ	
2.	เอกสารที่ออกโดยองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labor Organization -ILO) ILO นอกจากจะมีอนุสัญญาและปฏิญญาดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นแล้ว⁸⁶ ยังมีปฏิญญาไตรภาคีอีกฉบับเรียกว่า ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy (MNE Declarations)⁸⁷ ปรับปรุงครั้งล่าสุดในปี ค.ศ. 2017 มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นแนวทางให้ไตรภาคี ซึ่งประกอบด้วย ภาครัฐ นายจ้างและลูกจ้าง ในการนำเนื้อหาที่มีรากฐานมาจากอนุสัญญาและปฏิญญาของ ILO เช่น การจ้างงาน การฝึกอบรม เงื่อนไขสภาพการจ้างงานสัมพันธ์ มาปรับใช้ในการประกอบกิจการธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทการค้าและการลงทุนในต่างประเทศ เพื่อสนับสนุนให้เกิดการมีส่วนร่วมเชิงบวกในการทำให้เกิดพัฒนาการทางเศรษฐกิจควบคู่ไปพัฒนาการทางสังคมและลดปัญหาข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นระหว่างกัน⁸⁸
3.	เอกสารที่ออกโดยกรอบความร่วมมือการพัฒนาเพื่อความยั่งยืนแห่งสหประชาชาติ (UN Global Compact) นอกจาก UN Global Compact จะมีหลักสากล 10 ประการ (Ten Principles)⁸⁹ แล้ว ยังได้ออกเอกสารอีกหลายฉบับเพื่อเป็นแนวทางให้แก่ผู้ประกอบการในการปรับใช้หลักสากล 10 ประการเพื่อให้เกิดความยั่งยืน ตัวอย่างคือ 1) A Guide for Integrating Human Rights into Business Management เป็นความร่วมมือระหว่าง UN Global Compact กับสำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights-OHCHR) ออกในปี ค.ศ. 2006 เพื่อเป็นคู่มือเบื้องต้นให้กับผู้ประกอบการในการบูรณาการนำหลักสากล 10 ประการไปสอดแทรกในการบริหารจัดการของผู้ประกอบการ⁹⁰

⁸⁶ โปรดดูหัวข้อ 3.1.3 ตารางที่ 3 มาตรฐานแรงงานหลักระหว่างประเทศและอนุสัญญาที่เกี่ยวข้อง

⁸⁷ International Labor Organization, "ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy (MNE Declarations)" [online] Available from : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf. [13 May 2021]

⁸⁸ เพิ่งอ้าง, หน้า 2

⁸⁹ UN Global Compact (UNGC), "The Ten Principles of the UN Global Compact" [online] Available from : <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>. [13 May 2021]

⁹⁰ The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) and UN Global Compact (UNGC), "A Guide for Integrating Human Rights into Business Management" [online] Available from : <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideHRBusinessen.pdf>. [13 May 2021]

ตารางที่ 6 หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติขององค์การหรือความร่วมมือระหว่างประเทศ (ต่อ)

หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติขององค์การหรือความร่วมมือระหว่างประเทศ	
	2) The UN Global Compact Management Model ออกในปี ค.ศ. 2010 เพื่อเสริมเอกสารฉบับแรกในการแนะนำแนวทางและขั้นตอนในการช่วยให้ผู้ประกอบการสามารถนำหลักสากล 10 ประการ⁹¹ ไปสอดแทรกในกระบวนการดำเนินงานและในวัฒนธรรมองค์กรได้ ตลอดจนประเมินความเสี่ยงที่เป็นผลกระทบจากการประกอบกิจการธุรกิจ โดยเอกสารฉบับนี้กล่าวถึงขั้นตอน 6 ประการในการดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว คือ 1) การแสดงความมุ่งมั่น (Commit) 2) การประเมิน (Assess) 3) การให้คำนิยาม (Define) 4) การบังคับใช้ (Implement) 5) การกำกับดูแล (Measure) และ 6) การสื่อสาร (Communicate)⁹² 3) UN Global Compact Guide to Corporate Sustainability⁹³ ออกในปี ค.ศ. 2015 กำหนดคุณลักษณะ 5 ประการที่ UN Global Compact ประสงค์อยากให้ผู้ประกอบการมี ประกอบด้วย 1) การประกอบธุรกิจอย่างมีหลักการ (Principled Business) 2) การสร้างสังคมเข้มแข็ง (Strengthening Society) 3) ความเป็นผู้นำ (Leadership Commitment) 4) การรายงานที่ต่อเนื่อง (Reporting Progress) และ 5) การมีส่วนร่วมของท้องถิ่น (Local Action)
4.	เอกสารที่ออกโดยหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce-ICC) หอการค้านานาชาติ หรือ ICC เป็นองค์กรเอกชนในระดับนานาชาติที่มีพันธกิจหลักในการส่งเสริมการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ ออกเอกสารหลายฉบับที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการสนับสนุนการดำเนินการเพื่อความยั่งยืน โดยตัวอย่างเอกสารที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ คือ 1) ICC Sustainable Trade Finance Customer Due Diligence Guidelines ออกโดยคณะทำงานของคณะอนุกรรมการด้านการธนาคาร มีเนื้อหาเป็นการระบุความเสี่ยงด้านสิ่งแวดล้อม สังคมและธรรมาภิบาลที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการธนาคาร ซึ่งจะช่วยให้ผู้ประกอบการประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อลูกค้าได้⁹⁴

⁹¹ UN Global Compact (UNGC), "The UN Global Compact Management Model," [online] Available from : https://d306pr3pise04h.cloudfront.net/docs/news_events%2F9.1_news_archives%2F2010_06_17%2FUN_Global_Compact_Management_Model.pdf. [13 May 2021]

⁹² เพิ่งอ้าง, หน้า 9

⁹³ UN Global Compact (UNGC), "UN Global Compact Guide to Corporate Sustainability," [online] Available from : https://d306pr3pise04h.cloudfront.net/docs/publications%2FUN_Global_Compact_Guide_to_Corporate_Sustainability.pdf. [13 May 2021]

⁹⁴ International Chamber of Commerce (ICC), "ICC Sustainable Trade Finance Customer Due Diligence Guidelines," [online] Available from : <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/12/2019-icc-ks-sustainable-trade-criteria-1.pdf>. [14 May 2021]

ตารางที่ 6 หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติขององค์การหรือความร่วมมือระหว่างประเทศ (ต่อ)

หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติขององค์การหรือความร่วมมือระหว่างประเทศ	
	2) ICC Advertising and Marketing Communications Code มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค โดยระบุสิ่งที่ควรกระทำและห้ามกระทำในการโฆษณาหรือการตลาด เพื่อให้แนวปฏิบัติในเรื่องนี้สะท้อนหลักการสื่อสารอย่างตรงไปตรงมา สุจริต เป็นความจริง ถูกกฎหมาย และสอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบต่อสังคมและความยั่งยืน เช่น ในการโฆษณาควรคำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดต่อเด็กและเยาวชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการโฆษณาผลิตภัณฑ์สำหรับเด็กที่ควรต้องพิจารณาถึงกรอบเนื้อหาให้เหมาะสมกับเด็ก หรือโฆษณาที่มีเด็กเป็นผู้ถ่ายแบบโฆษณาที่ควรป้องกันมิให้เกิดการแสวงหาประโยชน์จากเด็กโดยมิชอบ ⁹⁵
5.	เอกสารที่ออกโดยความร่วมมือระดับนานาชาติในการรายงาน (Global Reporting Initiative-GRI) ความร่วมมือระดับนานาชาติในการรายงาน หรือ GRI เป็นองค์การอิสระระหว่างประเทศที่สร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการช่วยเหลือผู้ประกอบการภาคธุรกิจในการจัดทำรายงานการจัดการด้านความยั่งยืนบนมาตรฐานที่ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติ โดย GRI ได้ออกเอกสารชื่อ GRI Standards ในปี ค.ศ. 2016 ซึ่งประกอบด้วยแนวปฏิบัติที่ดี (Best Practice) เกี่ยวกับเศรษฐกิจ สิ่งแวดล้อม และสังคม นำเสนอรูปแบบในลักษณะที่สมมาตรฐานที่อ้างอิงจากมาตรฐานในทางระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่น ในมิติสังคม GRI Standards ได้พัฒนาที่สมมาตรฐานที่สอดคล้องกับมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ อาทิ อนุสัญญาหลักของ ILO และมาตรฐาน ISO9001 ISO26000⁹⁶

3.3.2 หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ

นอกจากองค์การหรือความร่วมมือระหว่างประเทศแล้ว ตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศบางแห่งก็ได้ออกหลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดทำรายงานการจัดการด้านความยั่งยืนให้แก่บริษัทที่ออกหลักทรัพย์ใช้อ้างอิงด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากตลาดหลักทรัพย์บางแห่งกำหนดให้บริษัทที่ออกหลักทรัพย์ต้องแสดงข้อมูลเกี่ยวกับการจัดการด้านความยั่งยืน ซึ่งรวมถึงประเด็นด้านสิทธิมนุษยชน ในเรื่องนี้ ผู้วิจัยจะขอยกตัวอย่างเอกสารคู่มือที่ออกโดยตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ ดังต่อไปนี้

⁹⁵ International Chamber of Commerce (ICC), “ICC Advertising and Marketing Communications Code,” [online] Available from : <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/09/icc-advertising-and-marketing-communications-code-int.pdf>. [14 May 2021]

⁹⁶ Global Reporting Initiatives, “GRI Standards,” [online] Available from : <https://www.globalreporting.org/how-to-use-the-gri-standards/gri-standards-english-language/>. [14 May 2021]

ตารางที่ 7 หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ

หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ	
1.	ตลาดหลักทรัพย์ NASDAQ ตลาดหลักทรัพย์ NASDAQ ได้มีโครงการภาคธุรกิจเพื่อความยั่งยืน (Corporate Sustainability Program) เพื่อสนับสนุนให้บริษัทที่ออกหลักทรัพย์ตระหนักถึงผลกระทบของการประกอบกิจการที่มีต่อสิ่งแวดล้อม สังคมและธรรมาภิบาล (ESG) และได้ออกเอกสารชื่อ ESG Reporting Guide เพื่อให้บริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ NASDAQ ทั่วโลกได้นำไปปรับใช้⁹⁷
2.	ตลาดหลักทรัพย์สิงคโปร์ (Singapore Stock Exchange-SGX) ตลาดหลักทรัพย์ SGX ได้นำระบบการรายงานด้านความยั่งยืนมาใช้ครั้งแรกในปี ค.ศ. 2016 เพื่อเสริมจากการรายงานด้านการเงินที่ใช้บังคับมาอยู่ก่อนแล้ว โดยกฎข้อ 711A⁹⁸ กำหนดให้บริษัทที่ออกหลักทรัพย์จะต้องจัดทำรายงานด้านความยั่งยืนในลักษณะ “ปฏิบัติตามหรืออธิบาย” (Comply or Explain) โดยอ้างอิงจากหลักการ ESG ทั้งนี้ SGX กำหนดให้การจัดทำรายงานจะต้องเป็นไปอย่างมีมาตรฐาน เป็นอิสระ และมีส่วนร่วมจากผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย⁹⁹ และได้ออก Sustainability Reporting Guide เพื่อเป็นแนวทางให้บริษัทที่ออกหลักทรัพย์จัดทำรายงานด้านความยั่งยืน
3.	ตลาดหลักทรัพย์เซี่ยงไฮ้ (Shanghai Stock Exchange-SSE) ตลาดหลักทรัพย์ SSE ได้ร่วมมือกับ International Finance Corporation กำหนดให้บริษัทที่ออกหลักทรัพย์ต้องจัดทำรายงานด้านความยั่งยืน และได้ออกเอกสาร Sustainability Reporting Guideline Mapping เพื่อเป็นแนวทางให้บริษัทที่ออกหลักทรัพย์จัดทำรายงานด้านความยั่งยืน อย่างไรก็ตาม ตลาดหลักทรัพย์ SSE ระบุว่าแนวทางที่ปรากฏในเอกสารนี้จะไม่ระบุมาตรฐานที่เข้มงวดเกินไป เนื่องจากไม่ต้องการสร้างภาระให้แก่ผู้ประกอบการมากนักในช่วงเริ่มแรก¹⁰⁰

⁹⁷ NASDAQ, “NASDAQ ESG Reporting Guide 2.0: A Support Resource for Companies,” [online] Available from : <https://www.nasdaq.com/ESG-Guide> [15 May 2021]

⁹⁸ Singapore Stock Exchange (SGX), “SGX Sustainability Reporting Guide,” [online] Available from : <https://api2.sgx.com/sites/default/files/2018-07/Sustainability%20Reporting%20Guide%20%28220218%29.pdf>. [15 May 2021]; Singapore Stock Exchange (SGX), “SGX Investor Guide to Reading Sustainability Report,” [online] Available from : <https://api2.sgx.com/sites/default/files/2018-12/Investor%20Guide%20to%20Reading%20Sustainability%20Reports1.pdf>. [15 May 2021]

⁹⁹ เพิ่งอ้าง

¹⁰⁰ International Finance Corporation and Shanghai Stock Exchange, “Sustainability Reporting Guidelines Mappy & Gap Analyses for Shanghai Stock Exchange,” [online] Available from : https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/e52d6fe4-281f-4651-adee-ac17ae03cf90/SSE_IFCReport%2BEnglish.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE-e52d6fe4-281f-4651-adee-ac17ae-03cf90-jqeKMil. [15 May 2021]

ตารางที่ 7 หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ (ต่อ)

หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ	
4.	ตลาดหลักทรัพย์ออสเตรเลีย (Australia Stock Exchange-ASX) ตลาดหลักทรัพย์ ASX ได้ปรับปรุงกระบวนการรายงานด้านความยั่งยืนในปี ค.ศ. 2020 โดยได้ออก 2020 Sustainability Disclosure Guidelines ¹⁰¹ ที่อ้างอิงมาตรฐานระหว่างประเทศมาให้บริษัทที่ออกหลักทรัพย์ใช้เป็นข้อมูลในการจัดทำรายงานด้านความยั่งยืน ทั้งนี้ เอกสารฉบับดังกล่าวได้เพิ่มบริบทการแพร่ระบาดของโรค COVID-19 เข้าไปด้วย ¹⁰²

เมื่อพิจารณามาตรฐานและแนวปฏิบัติในการจัดการความยั่งยืนในมิติสังคมดังที่ได้อธิบายมานั้น จะเห็นได้ว่า มาตรฐานและแนวปฏิบัติแทบจะทั้งหมดจะยึดโยงกับมาตรฐานในทางระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิแรงงาน ซึ่งเป็นข้อดีเนื่องจากการนำมาปรับใช้จะได้เป็นตามมาตรฐานและแนวปฏิบัติเดียวกันทั่วโลก

4. การจัดการความยั่งยืนในมิติสังคมในประเด็นด้านแรงงาน

ในการกำหนดประเด็นเพื่อจัดทำรายงานการจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคมนั้น ประเด็นด้านแรงงานมักเป็นประเด็นหลักที่ผู้ประกอบกิจการจะนำมาระบุในรายงาน เนื่องจากประเด็นด้านแรงงานส่วนใหญ่จะถูกกำกับดูแลและผู้ประกอบการมีหน้าที่ตามกฎหมายภายในอยู่แล้ว ดังนั้น ผู้วิจัยจะกล่าวถึงกรอบความคิดในการกำหนดประเด็นด้านแรงงานและนำเสนอประเด็นด้านแรงงานสำคัญที่มักพบในเอกสารต่าง ๆ ดังนี้

4.1 กรอบความคิด: การคุ้มครองลูกจ้าง

คงปฏิเสธไม่ได้เลยว่าในการประกอบกิจการธุรกิจนั้น เป้าหมายสำคัญคือการหากำไรให้ได้มากที่สุด เพื่อให้ผู้ประกอบการสามารถยังคงดำเนินกิจการธุรกิจต่อไปได้ อย่างไรก็ตาม ผลของการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้ หลายครั้งพบว่ามักนำมาซึ่งผลกระทบด้านสิทธิแรงงานต่อลูกจ้างไม่มากนักด้วยเหตุที่ผู้ประกอบการอาจลดต้นทุนในการดำเนินการในลักษณะที่กระทบสิทธิแรงงานหรือเป็นการแสวงหาประโยชน์ (Exploitation) อยู่หลายประการ เช่น การลดหรือลดจ่ายค่าจ้าง การจัดให้ลูกจ้างทำงานมากเกินไปที่กฎหมายกำหนด การลงโทษลูกจ้างที่เข้าร่วมเจรจาต่อรองหรือเข้าเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน ตลอดจนการใช้แรงงานบังคับหรือแรงงานเด็ก

¹⁰¹ Australian Stock Exchange, “2020 Sustainability Disclosure Guidelines,” [online] Available from : <https://www2.asx.com.au/about/sustainability>. [15 May 2021]

¹⁰² เพิ่งอ้าง, หน้า 22

การดำเนินการในลักษณะดังกล่าว ส่งผลให้ผู้ประกอบการไม่สามารถดำเนินกิจการธุรกิจได้อย่างยั่งยืน เนื่องจากคงไม่สามารถสร้างแรงจูงใจให้ผู้มีความสามารถและมีประสิทธิภาพสมัครเข้าทำงานเพื่อให้ผู้ประกอบการสามารถประกอบกิจการอย่างยั่งยืนได้ ดังนั้น ประเด็นด้านแรงงานจึงเป็นประเด็นที่ผู้ประกอบการควรให้ความสำคัญอย่างมากในการกำหนดประเด็นเพื่อจัดทำรายงานการจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคม

4.2 ประเด็นพิจารณา

ผู้วิจัยกำหนดประเด็นด้านแรงงานตามแนวทางขององค์การ ILO เรื่องมาตรฐานแรงงานหลักระหว่างประเทศ ทั้ง 8 ฉบับ ซึ่งประกอบด้วยหัวข้อเกี่ยวกับ การรับรองเสรีภาพในการสมาคมและการคุ้มครองสิทธิในการร่วมเจรจาต่อรอง การจัดแรงงานบังคับและการเกณฑ์แรงงานในทุกรูปแบบ การยกเลิกการใช้แรงงานเด็ก และการจัดการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ โดยในแต่ละประเด็น ผู้วิจัยได้ทำตารางเพื่อแสดงข้อมูลว่าเอกสารแต่ละฉบับได้มีการระบุประเด็นนั้น ๆ ไว้ในเอกสารต่าง ๆ หรือไม่อย่างไร ทั้งนี้ ผู้วิจัยได้แบ่งเอกสารออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ คือกลุ่มที่หนึ่ง ประเด็นที่กฎหมายภายในกำหนด ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจมีหน้าที่ตามกฎหมายต้องปฏิบัติตาม และกลุ่มที่สอง ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ ประกอบด้วย มาตรฐานระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนและแรงงาน หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติที่ออกโดยองค์การหรือความร่วมมือระหว่างประเทศ และตัวอย่างคู่มือของตลาดหลักทรัพย์ในต่างประเทศ

4.2.1 การรับรองเสรีภาพในการสมาคมและการคุ้มครองสิทธิในการร่วมเจรจาต่อรอง

เสรีภาพในการสมาคมและสิทธิในการร่วมเจรจาต่อรองเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนและแรงงาน โดยสิทธิเสรีภาพเช่นว่านี้ในมิติแรงงานมักหมายถึง การเข้าร่วมสหภาพแรงงาน (Trade Union) และการเจรจาต่อรองข้อตกลงสภาพการจ้างกับนายจ้าง (Collective Bargaining)¹⁰³ โดยที่เสรีภาพในการสมาคม นอกจากจะหมายถึงการเริ่มเข้าร่วมเป็นสมาคมแล้วยังหมายความรวมถึงความสามารถในการดำรงสมาชิกภาพในสมาคมเช่นว่าด้วย¹⁰⁴ และเมื่อมีการสมาคมแล้วย่อมต้องควบคู่ไปกับสิทธิในการร่วมเจรจาต่อรอง เพื่อให้การสมาคมดังกล่าวเป็นไปเพื่อปกป้องรักษาผลประโยชน์ของแรงงานมิให้ถูกนายจ้างหรือผู้ประกอบการธุรกิจเอารัดเอาเปรียบ¹⁰⁵ ดังนั้น ประเด็นด้านการรับรองเสรีภาพในการสมาคมและคุ้มครองสิทธิในการร่วมเจรจาต่อรองของแรงงานจึงมักถูกกำหนดให้ต้องรายงาน เพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจตระหนักและนำไปสอดแทรกในการดำเนินกิจการของตน ตลอดจนสนับสนุนหรือกำหนดให้บริษัทคู่ค้าต้องดำเนินการเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพนี้ด้วย โดยประเด็นเรื่องการรับรองเสรีภาพในการสมาคมและการคุ้มครองสิทธิในการร่วมเจรจาต่อรองของแรงงาน ปรากฏในเอกสารต่าง ๆ ดังนี้

¹⁰³ อ้างแล้วที่ 40 The Right to Freedom of Association, p. 857

¹⁰⁴ European Commission, X v. Ireland, Application 4125/69, 14 Yearbook, 1971, p. 198

¹⁰⁵ European Commission, National Union of Belgian Police v. Belgium, 1 EHRR, 1974, p. 578

ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	ประเด็นที่กฎหมายกำหนด		รัฐธรรมนูญ	มาตรา 42, 74	ประเด็นที่ภาคธุรกิจดำเนินการ	มาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ	UDHR	Art.23(4)
			พ.ร.บ.ความเท่าเทียมระหว่างเพศ				ICCPR	Art.22(1)
			พ.ร.บ.ปราบปรามการค้ามนุษย์				ICESCR	Art.8
			พ.ร.บ.คุ้มครองเด็ก				CERD	Art.5(e)(ii)
			พ.ร.บ.การทำงานคนต่างด้าว				CEDAW	
			พ.ร.บ.ส่งเสริมคุณภาพชีวิตคนพิการ				CAT	
			พ.ร.บ.แรงงานสัมพันธ์	มาตรา 86-111			CRC	
			พ.ร.บ.คุ้มครองแรงงาน				CMW	Art.26(1)
			พ.ร.บ.การประมง				CRPD	Art.27(1)(c)
			พ.ร.บ.ความปลอดภัยอาชีวอนามัย				CED	
ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	ยั่งยืน		SDGs	Goals 8	ประเด็นที่ภาคธุรกิจดำเนินการ	หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติ	OECD MNE Guidelines	Chapter V, Art.1-2
			UNGPs	Principles 12, 29, 30			OECD RBC Guidance	Point 2.1(b), 2.2(h), 4.1(c), 6.1(b), 6.2(c),
	มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ		ILO Declaration	Art.2(a)			UNGC Ten Principles	Principle 3
			ILO MNE Declarations	Art.48-62			UNGC Guide for Integrating Bus.	Point D9
			ILO C87	Art.2-11			UNGC Guide to Corp. Sustain.	Labor Checklist
			ILO C98	Art.1-4			ICC Sustain. Trade	
			ILO C29				ICC Adv. Marketing Comm.	
			ILO C105				GRI Standards	GRI 407
			ILO C138			ตลาดหลักทรัพย์	NASDAQ	
			ILO C182				SGX	SOC10
			ILO C100				SSE	CASS-CSR
			ILO C111				ASX	SHCM

4.2.2 การจัดแรงงานบังคับและการเกณฑ์แรงงานในทุกรูปแบบ

แรงงานบังคับและการเกณฑ์แรงงานในทุกรูปแบบถือเป็นการปฏิบัติที่ลดทอนคุณค่าความเป็นมนุษย์และละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นอย่างยิ่ง¹⁰⁶ โดยอนุสัญญา ILO C29 ให้คำนิยามว่าหมายถึง “งานหรือบริการทุกชนิดซึ่งบีบบังคับเอาจากบุคคลใด ๆ โดยการใช้บทลงโทษและบุคคลดังกล่าวนั้นมิได้สมัครใจที่จะทำเอง”¹⁰⁷ และได้ให้แนวทางเพื่อเป็นเครื่องบ่งชี้ว่า แรงงานบังคับหรือการเกณฑ์แรงงานมักประกอบด้วย การหลอกลวง การจำกัดการเคลื่อนย้าย การใช้ความรุนแรงทางกายภาพหรือทางเพศ การข่มขู่ การยึดเอกสารประจำตัว การยึดค่าจ้าง สภาพการจ้างที่โหดร้าย การทำงานล่วงเวลาเกินสมควร เป็นต้น¹⁰⁸ อย่างไรก็ตาม อาจเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบการธุรกิจไม่ทันตระหนักว่าการดำเนินกิจการธุรกิจของตนหรือของบริษัทคู่ค้ามีลักษณะที่สุ่มเสี่ยงจะเข้าข่ายการใช้แรงงานบังคับและการเกณฑ์แรงงานในทุกรูปแบบ ดังนั้น ประเด็นด้านการจัดแรงงานบังคับและการเกณฑ์แรงงานจึงมักถูกกำหนดให้ต้องรายงาน เพื่อจัดหรือป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาดังกล่าวขึ้น โดยประเด็นเรื่องการจัดแรงงานบังคับและการเกณฑ์แรงงานในทุกรูปแบบปรากฏในเอกสารต่าง ๆ ดังนี้

¹⁰⁶ Amy Weatherburn, “Strengthening Action to End Forced Labor: The ILO Forced Labor Protocol and States’ Positive Human Rights Obligations,” in *Convergences and Divergences Between International Human Rights, International Humanitarian and International Criminal Law*, eds. Paul De Hert, Stefaan Smis, and Mathias Holvoet, (Intersentia, 2018) p. 75

¹⁰⁷ อ้างแล้วที่ 57

¹⁰⁸ International Labor Organization, “ILO Indicators of Forced Labor: Special Action Programme to Combat Forced Labour.” [online] Available from : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_203832.pdf. [17 May 2021]

ประเด็นที่กฎหมายกำหนด	รัฐธรรมนูญ		มาตรา 30	ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	มาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ	UDHR	Art.23(1), 23(3), 24
	พ.ร.บ.ความเท่าเทียมระหว่างเพศ					ICCPR	Art.8(3)
	พ.ร.บ.ปราบปรามการค้ามนุษย์		มาตรา 6			ICESCR	Art.7(b)
	พ.ร.บ.คุ้มครองเด็ก		มาตรา 26			CERD	
	พ.ร.ก.การทำงานคนต่างด้าว					CEDAW	
	พ.ร.บ.ส่งเสริมคุณภาพชีวิตคนพิการ					CAT	Art.1, 3
	พ.ร.บ.แรงงานสัมพันธ์					CRC	
	พ.ร.บ.คุ้มครองแรงงาน					CMW	Art.11
	พ.ร.ก.การประมง		มาตรา 4, 11			CRPD	Art.27(2)
	พ.ร.บ.ความปลอดภัยอาชีวอนามัย					CED	
ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	ยั่งยืน	SDGs	Goals 3, 8, 10	ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรปฏิบัติตาม	หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติ	OECD MNE Guidelines	Chapter V, Art.1(d)
		UNGP	Principles 12			OECD RBC Guidance	Annex Table 2, Q1
	มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ	ILO Declaration	Art.2(b)			UNGC Ten Principles	Principle 4
		ILO MNE Declarations	Art.23-25, 66			UNGC Guide for Integrating Bus.	Point D5
		ILO C87				UNGC Guide to Corp. Sustain.	Labor Checklist
		ILO C98				ICC Sustain. Trade	Point 2
		ILO C29	Art.1-2			ICC Adv. Marketing Comm.	
		ILO C105	Art.1			GRI Standards	GRI 409
		ILO C138			ตลาดหลักทรัพย์	NASDAQ	Point S9
		ILO C182				SGX	SOC5, SOC10
		ILO C100				SSE	CSR-GATES
		ILO C111				ASX	SHCM

4.2.3 การยกเลิกการใช้แรงงานเด็ก

องค์การ ILO ระบุว่าการใช้แรงงานเด็ก (Child Labor) ต่างจากการทำงานของเด็ก (Child Work) คือ การใช้แรงงานเด็กจะต้องมีลักษณะที่เป็นการปฏิเสธการเข้าถึงสิทธิทางการศึกษาและโอกาสในการพัฒนา ด้านกายภาพและจิตใจได้อย่างสมบูรณ์¹⁰⁹ ดังนั้น สิ่งบ่งชี้ว่าการทำงานของเด็กรูปแบบใดเป็นการใช้แรงงานเด็ก อาจพิจารณาได้จากการที่เด็กทำงานหนักจนไม่สามารถเข้าถึงศึกษาเล่าเรียนได้เลยหรือได้น้อยลง หรือลักษณะงานมีความไม่ปลอดภัยและทำให้กระทบต่อความสามารถในการมองเห็น ได้ยิน หรือลักษณะทางกายภาพ หรือสุขภาพอื่นๆ ของเด็ก¹¹⁰ นอกจากนี้ องค์การ ILO และ UNICEF ยังได้ระบุตัวอย่างการทำงานที่มีลักษณะ เป็น รูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็ก (Worst Forms of Child Labor) อีกด้วย อาทิ การค้า หรือลักลอบค้าเด็ก แรงงานขูดรีด การแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก การจัดให้เด็กทำกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย เช่น การค้ายาเสพติด หรือการทำงานที่โดยลักษณะหรือสภาพแวดล้อมของงานแล้วอาจเป็นอันตรายต่อ สุขภาพ ความปลอดภัยและศีลธรรมของเด็ก ด้วยเหตุนี้ ประเด็นด้านการยกเลิกการใช้แรงงานเด็กจึงมักถูกกำหนด ให้ต้องรายงาน เพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจป้องกันมิให้ตนหรือบริษัทคู่ค้ากระทำการใด ๆ อันอาจเข้าข่ายเป็น การใช้แรงงานเด็กได้ โดยประเด็นเรื่องการยกเลิกการใช้แรงงานเด็กปรากฏในเอกสารต่าง ๆ ดังนี้

¹⁰⁹ International Labor Organization, "Child Labour, Targeting the Intolerable," [online] Available from : https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1996/96B09_344_engl.pdf. [17 May 2021]

¹¹⁰ Franziska Humbert, "The Problem of Child Labour," in **The Challenge of Child Labour in International Law**, (Cambridge University Press, 2009), p. 18.

ประเด็นที่กฎหมายภายในกำหนด	รัฐธรรมนูญ		มาตรา 32, 36	ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	มาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ	UDHR	Art.12
	พ.ร.บ.ความเท่าเทียมระหว่างเพศ					ICCPR	Art.17
	พ.ร.บ.ปราบปรามการค้ามนุษย์					ICESCR	
	พ.ร.บ.คุ้มครองเด็ก					CERD	
	พ.ร.บ.การทำงานคนต่างด้าว					CEDAW	
	พ.ร.บ.ส่งเสริมคุณภาพชีวิตคนพิการ					CAT	
	พ.ร.บ.แรงงานสัมพันธ์					CRC	
	พ.ร.บ.คุ้มครองแรงงาน					CMW	
	พ.ร.บ.การประมง					CRPD	
	พ.ร.บ.ความปลอดภัยอาชีวอนามัย					CED	
ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	ยั่งยืน	SDGs	Goals 12	ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติ	OECD MNE Guidelines	Chapter VIII
		UNGP	Principles 3, 20			OECD RBC Guidance	A.5 Q46
	มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ	ILO Declaration				UNGC Ten Principles	Principle 1
		ILO MNE Declarations				UNGC Guide for Integrating Bus.	Point C3, C4, E12, F13
		ILO C87				UNGC Guide to Corp. Sustain.	Society Checklist
		ILO C98				ICC Sustain. Trade	Point 2b.
		ILO C29				ICC Adv. Marketing Comm.	Art.19
		ILO C105				GRI Standards	GRI 418
		ILO C138				NASDAQ	Point S10
		ILO C182				SGX	SOC9
		ILO C100				SSE	CSR-GATES
		ILO C111				ASX	Other Stakeholder accountability

4.2.4 การจัดการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ

ความเสมอภาคในการจ้างงานและอาชีพสามารถเกิดขึ้นได้ด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติ ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชน ขั้นพื้นฐานที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนและแรงงาน อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีแนวคิดเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคอยู่หลายรูปแบบ แต่ในบริบทการจ้างงานและอาชีพนั้น อนุสัญญา ILO เน้นว่าแรงงานควรจะมีเสมอภาคด้านโอกาส (Equality of Opportunity) ในการจ้างงานและอาชีพ¹¹¹ กล่าวคือ ทุกฝ่ายควรได้รับโอกาสที่เท่าเทียมกันในการจ้างงานและอาชีพ (Level of Playing Field)¹¹² โดยคำนึงว่าผู้ที่เสียเปรียบพึงได้รับความช่วยเหลือในการพัฒนาศักยภาพและทักษะของตนในด้านต่าง ๆ ให้ทัดเทียมกับผู้อื่น เพื่อให้โอกาสในการได้รับการจ้างงานและอาชีพนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคด้านโอกาสอย่างแท้จริง เช่น การจัดอบรมให้แรงงานสตรีเพื่อเข้าสู่ตลาดแรงงานที่ส่วนใหญ่จ้างแรงงานผู้ชาย¹¹³ หรือการพิจารณาจ้างงานโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างทางเชื้อชาติ ศาสนา เพศ หรือความคิดเห็นทางการเมือง เป็นต้น ดังนั้นประเด็นด้านการจัดการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพจึงเป็นประเด็นสำคัญอีกประการหนึ่งที่มีถูกกำหนดให้ต้องรายงาน เพื่อจัดหรือป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาขึ้นในการดำเนินกิจการธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจหรือของบริษัทคู่ค้า โดยประเด็นนี้ ปรากฏในเอกสารต่าง ๆ ดังนี้

¹¹¹ อ้างแล้วที่ 62, Art.2

¹¹² Sandra Fredman, *Discrimination Law*, (Oxford University Press, 2011), pp. 14-15.

¹¹³ A. C. L. Davies, "Discrimination," in *Perspectives on Labor Law* (Cambridge University Press, 2009), p. 126.

ประเด็นที่กฎหมายภายในกำหนด	รัฐธรรมนูญ		มาตรา 27	ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	มาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ	UDHR	Art.23(2), 23(3)
	พ.ร.บ. ความเท่าเทียมระหว่างเพศ		มาตรา 17			ICCPR	Art.26
	พ.ร.บ. ปรามการค้ำมนุษย์					ICESCR	Art.2(2), 7(a)(i), 7(c)
	พ.ร.บ. คุ้มครองเด็ก					CERD	Art.1-7
	พ.ร.บ. การทำงานคนต่างด้าว					CEDAW	Art.1-2, 11, 14
	พ.ร.บ. ส่งเสริมคุณภาพชีวิตคนพิการ		มาตรา 20(3)			CAT	
	พ.ร.บ. แรงงานสัมพันธ์					CRC	Art.2
	พ.ร.บ. คุ้มครองแรงงาน		มาตรา 11/1, 15, 89			CMW	Art.7
	พ.ร.บ. การประมง					CRPD	Art.27(1)(a), (b)
	พ.ร.บ. ความปลอดภัยอาชีวอนามัย					CED	
ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	ยั่งยืน	SDGs	Goals 5, 8, 10	ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรปฏิบัติ	หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติ	OECD MNE Guidelines	Chapter V, Art.1(e)
		UNGP	Principles 3, 12, 26			OECD RBC Guidance	Annex Table 2, Q1, Q2, Q20, Q33
	มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ	ILO Declaration	Art.2(d)			UNGC Ten Principles	Principle 6
		ILO MNE Declarations	Art.9, 28-31			UNGC Guide for Integrating Bus.	Point A1, B2
		ILO C87				UNGC Guide to Corp. Sustain.	Labor Checklist
		ILO C98				ICC Sustain. Trade	
		ILO C29				ICC Adv. Marketing Comm.	Art.2
		ILO C105				GRI Standards	GRI 405, 406
		ILO C138				NASDAQ	Point S6
		ILO C182				SGX	SOC2
		ILO C100	Art.1-4			SSE	CSR-GATES
		ILO C111	Art.1-5			ASX	

5. ประเด็นการจัดการความยั่งยืนในมิติสังคมที่สะท้อนเนื้อหาแห่งสิทธิมนุษยชน

ในการจัดทำรายงานการจัดการด้านความยั่งยืนนั้น นอกจากประเด็นด้านแรงงานที่ผู้ประกอบการธุรกิจมักกำหนดให้เป็นประเด็นที่ต้องรายงานแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าควรจะมีการกำหนดประเด็นอื่น ๆ ที่สะท้อนเนื้อหาแห่งสิทธิมนุษยชน โดยไม่จำเป็นต้องยึดโยงกับความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างเพียงอย่างเดียว เนื่องจากในความเป็นจริงแล้ว ผู้มีส่วนได้เสียในห่วงโซ่คุณค่าของผู้ประกอบการไม่ได้ถูกจำกัดอยู่เพียงแรงงานเท่านั้นในเรื่องนี้ ผู้วิจัยจะกล่าวถึงกรอบความคิดในการกำหนดประเด็นอื่น ๆ ที่สะท้อนเนื้อหาแห่งสิทธิมนุษยชนและมักพบในเอกสารต่าง ๆ ดังนี้

5.1 กรอบความคิด: การคุ้มครองผู้มีส่วนได้เสียอื่นนอกจากลูกจ้าง

นอกจากลูกจ้างแล้ว ปัจจัยสำคัญอีกอย่างหนึ่งที่จะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจจะดำรงอยู่ได้อย่างยั่งยืนคือการประกอบธุรกิจโดยได้รับการยอมรับและสนับสนุนด้วยดีจากผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ อาทิ ลูกค้า ผู้มาติดต่อบุคคลในชุมชนท้องถิ่นว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจที่คำนึงถึงการเคารพสิทธิมนุษยชนตลอดเวลาที่ประกอบกิจการ ดังนั้นการพิจารณากำหนดประเด็นอื่น ๆ เพื่อวัตถุประสงค์นี้ จำเป็นต้องอาศัยฐานความคิดด้านสิทธิมนุษยชนเป็นหลักว่าเนื้อหาแห่งสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการอาจมีอะไรได้บ้าง หรือผู้ทรงสิทธิสามารถเป็นกลุ่มใดได้บ้าง โดยอาศัยรากฐานจากตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนเป็นหลัก

5.2 ประเด็นพิจารณา

ผู้วิจัยกำหนดประเด็นพิจารณาโดยจำแนกตามเนื้อหาแห่งสิทธิ (Content) และตามประเภทของบุคคลในกลุ่มเฉพาะ (Specifics) ที่ผู้วิจัยพิจารณาแล้วเห็นว่าเกี่ยวข้องกับการจัดการด้านความยั่งยืนของภาคธุรกิจ ดังนี้

(1) การจำแนกตามเนื้อหาแห่งสิทธิ ประกอบด้วย 1) สิทธิทางด้านสุขภาพและความปลอดภัย 2) สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลและฉลาก 3) สิทธิส่วนบุคคลและการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และ 4) สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

(2) การจำแนกตามประเภทของบุคคลในกลุ่มเฉพาะ ประกอบด้วย 1) สิทธิของชุมชนท้องถิ่น 2) สิทธิของชนกลุ่มน้อย 3) สิทธิของคนพิการ 4) การสนับสนุนความเท่าเทียมระหว่างเพศหรือเพศสภาพ และ 5) สิทธิของเด็ก

โดยในแต่ละประเด็น ผู้วิจัยได้ทำตารางเพื่อแสดงข้อมูลว่าเอกสารแต่ละฉบับได้มีการระบุประเด็นนั้น ๆ ไว้ในเอกสารต่าง ๆ หรือไม่อย่างไร โดยผู้วิจัยได้แบ่งเอกสารออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ คือกลุ่มที่หนึ่ง ประเด็นที่กฎหมายภายในกำหนด และกลุ่มที่สอง ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการเช่นเดียวกับประเด็นด้านแรงงาน

5.2.1 สิทธิทางด้านสุขภาพและความปลอดภัย

ความปลอดภัยในการบริโภคสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการ มีประเด็นเกี่ยวข้องกับสิทธิทางด้านสุขภาพของลูกค้ายกตัวอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะลูกค้าในฐานะมนุษย์คนหนึ่งมีสิทธิที่จะมีสุขภาพกายและสุขภาพจิตตามมาตรฐานสูงสุดเท่าที่จะมีได้ (Highest attainable standard of health)¹¹⁴ ซึ่งหมายถึงทั้งในแง่ของการเข้าถึงบริการสาธารณสุขที่มีมาตรฐานยอมรับได้ และการดำรงชีวิตโดยปราศจากเงื่อนไขหรือปัจจัยที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของบุคคล¹¹⁵ โดยแม้ว่ารัฐจะเป็นฝ่ายที่มีพันธกรณีในการป้องกันมิให้บุคคลที่สามารถทำการใด ๆ อันอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพของบุคคลได้¹¹⁶ แต่ในเรื่องนี้ ผู้ประกอบกิจการธุรกิจในฐานะบุคคลที่สามารถช่วยลดผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นได้ ด้วยการตรวจสอบว่าการดำเนินกิจการธุรกิจของตนหรือของบริษัทคู่ค้ามีความเสี่ยงที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิทางด้านสุขภาพและความปลอดภัยของลูกค้าหรือไม่ เช่น สินค้าของตนได้ผ่านกระบวนการผลิตหรือการรับรองมาตรฐานความปลอดภัยหรือไม่ เพื่อป้องกันมิให้ลูกค้าได้รับอันตรายจากการใช้สินค้าของตน ดังนั้น ประเด็นด้านสิทธิทางด้านสุขภาพและความปลอดภัยจึงเป็นประเด็นที่ควรถูกบรรจุไว้ในการรายงานด้านความยั่งยืน ดังที่ปรากฏตัวอย่างในเอกสารต่าง ๆ ดังนี้

¹¹⁴ อ้างแล้วที่ 44, Art.12

¹¹⁵ Asbjorn Eide, "Adequate Standard of Living," in *International Human Rights Law*, eds. Daniel Moeckli, Sangeeta Shah and Sandesh Sivakumaran (Oxford University Press, 2018), p. 196.

¹¹⁶ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant)*, E/C.12/2000/4 CESCR, 2000, para. 51.

ประเด็นที่กฎหมายภายในกำหนด	รัฐธรรมนูญ		มาตรา 55, 58	ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	มาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ	UDHR	Art.25(1)
	พ.ร.บ.ความเท่าเทียมระหว่างเพศ					ICCPR	
	พ.ร.บ.ปราบปรามการค้ามนุษย์					ICESCR	Art.12
	พ.ร.บ.คุ้มครองเด็ก					CERD	Art.5(e)(iv)
	พ.ร.ก.การทำงานคนต่างด้าว					CEDAW	
	พ.ร.บ.ส่งเสริมคุณภาพชีวิตคนพิการ					CAT	
	พ.ร.บ.แรงงานสัมพันธ์					CRC	Art.24
	พ.ร.บ.คุ้มครองแรงงาน					CMW	
	พ.ร.ก.การประมง					CRPD	
	พ.ร.บ.ความปลอดภัยอาชีวอนามัย					CED	
ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	ยั่งยืน	SDGs	Goals 3, 12	หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติ	OECD MNE Guidelines	Chapter VI, VIII	
		UNGPs	Principles 3, 12		OECD RBC Guidance	Annex Table 2 Q1, Table 3 Q3	
	มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ	ILO Declaration			UNGC Ten Principles	Principle 1	
		ILO MNE Declarations			UNGC Guide for Integrating Bus.	Point E12, F13	
		ILO C87			UNGC Guide to Corp. Sustain.	Supply Chain Checklist	
		ILO C98			ICC Sustain. Trade	Point 2a., 5c.	
		ILO C29			ICC Adv. Marketing Comm.	Art.17, A5, C11	
		ILO C105			GRI Standards	GRI 416	
		ILO C138		ตลาดหลักทรัพย์		NASDAQ	Point S8
		ILO C182				SGX	SOC3, SOC7, SOC12
		ILO C100				SSE	CSR-GATES
		ILO C111				ASX	Other Stakeholder accountability

5.2.2 สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลและฉลาก

สิทธิในการเข้าถึงข้อมูล (Right to Information) เป็นสิทธิมนุษยชนที่พัฒนามาจากเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Expression)¹¹⁷ และได้รับการรับรองโดยตราสารระหว่างประเทศว่าบุคคลมีสิทธิในการแสวงหา ได้รับและเผยแพร่ข้อมูล¹¹⁸ ที่หน่วยงานรัฐเป็นผู้เก็บรักษาไว้โดยไม่จำกัดว่าการเก็บรักษานั้นกระทำในรูปแบบใด¹¹⁹ เมื่อนำมาปรับใช้กับบริบทการเข้าถึงข้อมูลและฉลากของลูกค้า อาจสรุปได้ว่า ลูกค้าหรือผู้บริโภคควรมีสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลและฉลากที่ผู้ประกอบการธุรกิจเก็บรักษาไว้ เช่น แหล่งที่มาของวัตถุดิบ หรือกระบวนการผลิต เพื่อจะได้ทราบว่า แหล่งที่มาของวัตถุดิบนั้นส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือไม่ หรือกระบวนการผลิตนั้นได้มาตรฐานตามหลักศาสนาหรือไม่มีการใช้แรงงานเด็กหรือไม่ เพื่อเป็นข้อมูลประกอบการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการ การแสดงข้อมูลในลักษณะนี้อาจทำได้โดยการระบุไว้ในฉลากของผลิตภัณฑ์ให้ครบถ้วนและชัดเจน ตลอดจนอาจเผยแพร่ข้อมูลทางช่องทางต่าง ๆ ที่สามารถเข้าถึงได้ง่าย เช่น เว็บไซต์ของผู้ประกอบการ ดังนั้นเพื่อประโยชน์ของลูกค้าในเรื่องนี้ ประเด็นด้านสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลและฉลากจึงเป็นประเด็นที่ควรถูกบรรจุไว้ในการรายงานด้านความยั่งยืน ดังตัวอย่างในเอกสารต่าง ๆ ดังนี้

¹¹⁷ Jonathan Klaaren, "The Human Right to Information and Transparency," in *Transparency in International Law*, eds. Andrea Bianchi and Anne Peters (Cambridge University Press, 2013), p. 229.

¹¹⁸ อ้างแล้วที่ 43, Art.19

¹¹⁹ UN Human Rights Committee (HRC), *General Comment No. 34: Freedoms of Opinion and Expression (Article 19 of the Covenant)*, CCPR/C/GC/34, 2011, para. 18

ประเด็นที่กฎหมายภายในกำหนด	รัฐธรรมนูญ			ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	มาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ	UDHR	Art.19, 25(1)
	พ.ร.บ.ความเท่าเทียมระหว่างเพศ					ICCPR	Art.19
	พ.ร.บ.ปราบปรามการค้ามนุษย์					ICESCR	
	พ.ร.บ.คุ้มครองเด็ก					CERD	
	พ.ร.บ.การทำงานคนต่างด้าว					CEDAW	
	พ.ร.บ.ส่งเสริมคุณภาพชีวิตคนพิการ					CAT	
	พ.ร.บ.แรงงานสัมพันธ์					CRC	
	พ.ร.บ.คุ้มครองแรงงาน					CMW	
	พ.ร.บ.การประมง					CRPD	
	พ.ร.บ.ความปลอดภัยอาชีวอนามัย					CED	
ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	ยั่งยืน	SDGs	Goals 3, 12	หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติ	OECD MNE Guidelines	Chapter VI, VIII	
		UNGPs	Principles 3, 12		OECD RBC Guidance	A.2 Q29, A.3 Q34	
	มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ	ILO Declaration			UNGC Ten Principles	Principle 1	
		ILO MNE Declarations			UNGC Guide for Integrating Bus.	Point E12, F13	
		ILO C87			UNGC Guide to Corp. Sustain.	Society Checklist	
		ILO C98			ICC Sustain. Trade	Point 6a-g.	
		ILO C29			ICC Adv. Marketing Comm.	Art.20, 21, A6, C1, C4, C11	
		ILO C105			GRI Standards	GRI 417	
		ILO C138			ตลาดหลักทรัพย์	NASDAQ	Point S8
		ILO C182				SGX	SOC7, SOC12
		ILO C100		SSE		CSR-GATES	
		ILO C111		ASX		Other Stakeholder accountability	

5.2.3 สิทธิส่วนบุคคลและการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

สิทธิส่วนบุคคลมีรากฐานมาจากกฎหมายลักษณะละเมิด โดยที่การกระทำใด ๆ ที่ทำต่อบุคคลโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อแล้วส่งผลให้เกิดความเสียหาย เสียชื่อเสียง หรือได้รับผลกระทบจากการกระทำนั้น ถือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล¹²⁰ และต่อมาแนวคิดนี้ได้ถูกพัฒนามาเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน¹²¹ โดยตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนได้วางกรอบความคิดว่าสิทธิส่วนบุคคลคือการคุ้มครองบุคคล ครอบครัวยุติธรรม หรือการสื่อสาร ให้พ้นจากการแทรกแซงโดยผิดกฎหมาย (Unlawful interference)¹²² และการโจมตีโดยผิดกฎหมายที่ส่งผลให้เสื่อมเสียชื่อเสียงหรือเกียรติยศ (Unlawful attacks)¹²³ จนกระทั่งในปัจจุบันได้มีการขยายมาถึงการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เมื่อพิจารณาเทียบเคียงจากพันธกรณีของรัฐในเรื่องนี้ อาจสรุปได้ว่า ผู้ประกอบกิจการธุรกิจควรมีมาตรการหรือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับคุ้มครองสิทธิและข้อมูลส่วนบุคคลของลูกค้าให้พ้นจากการแทรกแซงหรือโจมตี และควรบรรจุประเด็นนี้ไว้ในการรายงานด้านความยั่งยืน ดังที่ปรากฏตัวอย่างในเอกสารต่าง ๆ ดังนี้

¹²⁰ Louis Brandeis and Samuel D. Warren, "The Right to Privacy," in *Harvard Law Review* (1890), p. 193.

¹²¹ อ้างแล้วที่ 40, *The Right to Privacy*, p. 600

¹²² อ้างแล้วที่ 43, Art.17

¹²³ เพิ่งอ้าง

ประเด็นที่กฎหมายกำหนด	รัฐธรรมนูญ		มาตรา 32, 36	ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	มาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ	UDHR	Art.12
	พ.ร.บ.ความเท่าเทียมระหว่างเพศ					ICCPR	Art.17
	พ.ร.บ.ปราบปรามการค้ามนุษย์					ICESCR	
	พ.ร.บ.คุ้มครองเด็ก					CERD	
	พ.ร.ก.การทำงานคนต่างด้าว					CEDAW	
	พ.ร.บ.ส่งเสริมคุณภาพชีวิตคนพิการ					CAT	
	พ.ร.บ.แรงงานสัมพันธ์					CRC	
	พ.ร.บ.คุ้มครองแรงงาน					CMW	
	พ.ร.ก.การประมง					CRPD	
	พ.ร.บ.ความปลอดภัยอาชีวอนามัย					CED	
ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	ยั่งยืน	SDGs	Goals 12	ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติ	OECD MNE Guidelines	Chapter VIII
		UNGP	Principles 3, 20			OECD RBC Guidance	A.5 Q46
	มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ	ILO Declaration				UNGC Ten Principles	Principle 1
		ILO MNE Declarations				UNGC Guide for Integrating Bus.	Point C3, C4, E12, F13
		ILO C87				UNGC Guide to Corp. Sustain.	Society Checklist
		ILO C98				ICC Sustain. Trade	Point 2b.
		ILO C29				ICC Adv. Marketing Comm.	Art.19
		ILO C105				GRI Standards	GRI 418
		ILO C138				NASDAQ	Point S10
		ILO C182				SGX	SOC9
		ILO C100				SSE	CSR-GATES
		ILO C111				ASX	Other Stakeholder accountability
	มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ						
	ตลาดหลักทรัพย์						

5.2.4 สิทธิในการได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองประโยชน์ทางศีลธรรมและวัตถุนั้นเกิดจากการผลิตทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรม หรือศิลปกรรมที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น

สิทธิในการได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองประโยชน์ทางศีลธรรมและวัตถุนั้นเกิดจากการผลิตทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรม หรือศิลปกรรมที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น มีที่มาจากหลักการเคารพคุณค่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ติดตัวมาแต่กำเนิดในฐานะที่ตนเป็นผู้สร้างสรรค์ มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้มีการสร้างสรรค์ผลงานเพื่อประโยชน์ของสังคมโดยรวม อันจะเป็นประโยชน์ต่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ¹²⁴ เช่น โอกาสในการอาศัยงานสร้างสรรค์ของตนเพื่อหาเลี้ยงชีพและได้รับค่าจ้างจากงานสร้างสรรค์อย่างเป็นธรรม¹²⁵ ตลอดจนสิทธิในการใช้งานสร้างสรรค์เพื่อให้สามารถมีมาตรฐานในการครองชีพอย่างเพียงพอ¹²⁶ ซึ่งต่างจากระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Law) ที่ให้ความคุ้มครองเพียงชั่วคราว เพิกถอนได้ และสามารถถ่ายโอนให้ผู้อื่นได้¹²⁷ ดังนั้นผู้ประกอบการธุรกิจควรเคารพสิทธิเช่นว่านี้โดยป้องกันมิให้มีการละเมิดในตลอดห่วงโซ่มูลค่า และควรบรรจุประเด็นนี้ไว้ในรายงานด้านความยั่งยืนดังตัวอย่างนี้

¹²⁴ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author (Art. 15, Para. 1 (c) of the Covenant), E/C.12/GC/17/CESCR, 2006, para. 4

¹²⁵ อ้างแล้วที่ 44, Art.6, 7(1)

¹²⁶ อ้างแล้วที่ 44, Art.11 (1)

¹²⁷ อ้างแล้วที่ 124, para. 2

ประเด็นที่กฎหมายกำหนด	รัฐธรรมนูญ			ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	มาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ	UDHR	Art.27
	พ.ร.บ.ความเท่าเทียมระหว่างเพศ					ICCPR	
	พ.ร.บ.ปราบปรามการค้ามนุษย์					ICESCR	Art.15
	พ.ร.บ.คุ้มครองเด็ก					CERD	
	พ.ร.ก.การทำงานคนต่างด้าว					CEDAW	
	พ.ร.บ.ส่งเสริมคุณภาพชีวิตคนพิการ					CAT	
	พ.ร.บ.แรงงานสัมพันธ์					CRC	
	พ.ร.บ.คุ้มครองแรงงาน					CMW	
	พ.ร.ก.การประมง					CRPD	
	พ.ร.บ.ความปลอดภัยอาชีวอนามัย					CED	
ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	ยั่งยืน	SDGs	Goals 9	ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติ	OECD MNE Guidelines	Chapter VI, IX
		UNGPs	Principles 12			OECD RBC Guidance	
	มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ	ILO Declaration				UNGC Ten Principles	Principle 1
		ILO MNE Declarations				UNGC Guide for Integrating Bus.	Point E12
		ILO C87				UNGC Guide to Corp. Sustain.	Society Checklist
		ILO C98				ICC Sustain. Trade	
		ILO C29				ICC Adv. Marketing Comm.	Art.15
		ILO C105				GRI Standards	GRI 412
		ILO C138				NASDAQ	Point S10
		ILO C182				SGX	SOC5
		ILO C100				SSE	CSR-GATES
		ILO C111				ASX	Other Stakeholder accountability
	มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ				หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติ		
	มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ				หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติ		

5.2.5 สิทธิของชุมชนท้องถิ่น

สิทธิของชุมชนท้องถิ่น สะท้อนถึงสิทธิมนุษยชนในมิติส่วนรวมหรือแบบกลุ่ม (Collective or Group Rights) ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนในมิติต่าง ๆ เช่น สิทธิในการพัฒนา (Right to Development) สิทธิการมีส่วนร่วมในการสร้างและประยุกต์ใช้แผนการพัฒนา (Right to Participation and Implementation) และสิทธิในการเข้าถึง ใช้ และบริหารจัดการที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติ¹²⁸ และได้รับการรับรองโดยตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน¹²⁹ โดยปฏิเสธไม่ได้เลยว่า การประกอบกิจการธุรกิจอาจนำมาซึ่งความเสี่ยงต่อชุมชนท้องถิ่นได้ เช่น การยึดครองหรือไล่ที่ที่ดิน การใช้ที่ดินในลักษณะแสวงหาประโยชน์อย่างไม่ยั่งยืน หรือแม้กระทั่งการกีดกันไม่รับฟังความเห็นของชุมชนท้องถิ่นหรือไม่ให้ชุมชนท้องถิ่นเข้ามามีส่วนร่วมในการวางแผนการใช้ที่ดินของชุมชน ดังนั้นผู้ประกอบการธุรกิจควรเคารพสิทธิเช่นว่านี้โดยป้องกันมิให้มีการละเมิดในตลอดห่วงโซ่คุณค่า ซึ่งรวมถึงการเปิดโอกาสให้มีการหารือระหว่างกันอย่างสุจริตใจและแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน (Fair and Equitable Sharing of Benefits)¹³⁰ และควรบรรจุประเด็นนี้ไว้ในการรายงานด้านความยั่งยืน ดังที่ปรากฏตัวอย่างในเอกสารต่าง ๆ ดังนี้

¹²⁸ The Danish Institute for Human Rights, "Community Rights," [Online] Available from : <https://biz.sdg.humanrights.dk/salient-issue/community-rights>. [18 May 2021]

¹²⁹ UN Human Rights Council, **United Nations Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas**, A/HRC/RES/39/12, 2018

¹³⁰ อ้างแล้วที่ 128

ประเด็นที่กฎหมายภายในกำหนด	รัฐธรรมนูญ		มาตรา 27, 43, 57	ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	มาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ	UDHR	Art.27
	พ.ร.บ.ความเท่าเทียมระหว่างเพศ					ICCPR	Art.26, 27
	พ.ร.บ.ปราบปรามการค้ามนุษย์					ICESCR	
	พ.ร.บ.คุ้มครองเด็ก					CERD	
	พ.ร.บ.การทำงานคนต่างด้าว					CEDAW	
	พ.ร.บ.ส่งเสริมคุณภาพชีวิตคนพิการ					CAT	
	พ.ร.บ.แรงงานสัมพันธ์					CRC	
	พ.ร.บ.คุ้มครองแรงงาน					CMW	
	พ.ร.บ.การประมง					CRPD	
	พ.ร.บ.ความปลอดภัยอาชีวอนามัย					CED	
ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	ยั่งยืน	SDGs	Goal 1, 10, 12		หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติ	OECD MNE Guidelines	Chapter II, III, IX
		UNGP's	Principles 23			OECD RBC Guidance	Q11, A.3 Q34, A.5 Q46
	มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ	ILO Declaration				UNGC Ten Principles	Principle 1, 2
		ILO MNE Declarations				UNGC Guide for Integrating Bus.	Point E12
		ILO C87				UNGC Guide to Corp. Sustain.	Society Checklist
		ILO C98				ICC Sustain. Trade	Point 2b.
		ILO C29				ICC Adv. Marketing Comm.	Art.C10
		ILO C105				GRI Standards	GRI 413
		ILO C138			ตลาดหลักทรัพย์	NASDAQ	Point S10
		ILO C182				SGX	SOC6
		ILO C100				SSE	CSR-GATES
		ILO C111				ASX	Other Stakeholder accountability

5.2.6 สิทธิของชนกลุ่มน้อย

สิทธิของชนกลุ่มน้อยซึ่งได้รับการรับรองในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนและแรงงาน¹³¹ มีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชนในมิติส่วนรวมหรือแบบกลุ่มเช่นเดียวกับสิทธิของชุมชนท้องถิ่น แต่มีเป้าประสงค์สำคัญคือการคุ้มครองและอนุรักษ์ไว้ซึ่งความเห็น (Views) วัฒนธรรม (Culture) ประเพณี (Traditions) และสิทธิในการกำหนดอนาคตตนเอง (Self-Determination) ของชนกลุ่มน้อย¹³² เช่น การยึดโยงกับหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเป็นชนกลุ่มน้อยเช่นว่า¹³³ หรือการรับรองสิทธิการมีส่วนร่วมในการออกความคิดเห็นในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับตน¹³⁴ ดังนั้นผู้ประกอบการธุรกิจที่ดำเนินกิจการธุรกิจเกี่ยวข้องกับชนกลุ่มน้อยควรเคารพสิทธิเช่นว่านี้โดยป้องกันมิให้มีการละเมิดในตลอดห่วงโซ่มูลค่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นการใช้ที่ดินและทรัพยากรแบบจารีต (Traditional Use of Land and Resources)¹³⁵ และการรับฟังและเปิดโอกาสให้ชนกลุ่มน้อยมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น และควรบรรจุประเด็นนี้ไว้ในการรายงานด้านความยั่งยืน ดังที่ปรากฏตัวอย่างในเอกสารต่าง ๆ ดังนี้

¹³¹ International Labour Organization (ILO), *Indigenous and Tribal Populations Convention*, C107, 1957; *Indigenous and Tribal Peoples Convention*, C169, 1989; UN General Assembly, *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Resolution A/RES/61/295*, 2007.

¹³² อ้างแล้วที่ 115, Robert McCorquodale, *Group Rights*, p. 362

¹³³ UN Sustainable Development Group, *Guidelines on Indigenous Peoples Issues*, 2008, p. 6

¹³⁴ อ้างแล้วที่ 131

¹³⁵ IACTHR, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, Series C No 245, 2012, para. 217

ประเด็นที่กฎหมายกำหนด	รัฐธรรมนูญ		มาตรา 70	ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	มาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ	UDHR	Art.27, 29
	พ.ร.บ.ความเท่าเทียมระหว่างเพศ					ICCPR	Art.26
	พ.ร.บ.ปราบปรามการค้ามนุษย์					ICESCR	
	พ.ร.บ.คุ้มครองเด็ก					CERD	Art.1
	พ.ร.บ.การทำงานคนต่างด้าว					CEDAW	
	พ.ร.บ.ส่งเสริมคุณภาพชีวิตคนพิการ					CAT	
	พ.ร.บ.แรงงานสัมพันธ์					CRC	Art.2
	พ.ร.บ.คุ้มครองแรงงาน					CMW	
	พ.ร.บ.การประมง					CRPD	
	พ.ร.บ.ความปลอดภัยอาชีวอนามัย					CED	
ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	ยั่งยืน	SDGs	Goals 1, 10, 12	ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติ	OECD MNE Guidelines	Chapter IV
		UNGP	Principles 3, 12			OECD RBC Guidance	Q2, Q8, A.2 Q21, Q11
	มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ	ILO Declaration				UNGC Ten Principles	Principle 1, 2
		ILO MNE Declarations				UNGC Guide for Integrating Bus.	Point E12
		ILO C87				UNGC Guide to Corp. Sustain.	Society Checklist
		ILO C98				ICC Sustain. Trade	Point 2b.
		ILO C29				ICC Adv. Marketing Comm.	
		ILO C105				GRI Standards	GRI 411
		ILO C138				NASDAQ	Point S10
		ILO C182				SGX	SOC6
		ILO C100				SSE	CSR-GATES
		ILO C111				ASX	Other Stakeholder accountability
	มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ				ตลาดหลักทรัพย์		

5.2.7. สิทธิของคนพิการ

การคุ้มครองสิทธิของคนพิการมิได้มีรากฐานมาจากสาเหตุที่คนพิการมีความบกพร่องทางกายภาพ จิตใจ หรือสติปัญญา แต่มีขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคภายนอกที่ส่งผลให้คนพิการประสบอุปสรรคในการดำรงชีวิต เช่น ข้อจำกัดในการเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวก การถูกตีตรา และการถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความพิการ¹³⁶ และเพื่อให้คนพิการสามารถได้รับการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป หัวใจสำคัญของการคุ้มครองสิทธิคนพิการ คือการส่งเสริมการยอมรับความแตกต่างทางกายภาพ การเคารพความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ ตลอดจนการพัฒนาและจัดให้คนพิการสามารถเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกและบริการได้ดียิ่งขึ้น¹³⁷ ในเรื่องนี้ ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้หลายวิธี เช่น การปรับปรุงสภาพแวดล้อมอาคารสถานที่ให้เอื้อต่อการคมนาคมของคนพิการ การพัฒนาเทคโนโลยีเพื่ออำนวยความสะดวกในการมองเห็นหรือได้ยิน หรือการจัดให้มีบริการช่วยเหลือหรือปฏิบัติต่อคนพิการอย่างเหมาะสม เพื่อขจัดหรือลดอุปสรรคภายนอกที่ส่งผลกระทบต่อคนพิการตลอดห่วงโซ่คุณค่า และควรบรรจุประเด็นนี้ไว้ในรายงานด้านความยั่งยืน ดังที่ปรากฏตัวอย่างในเอกสารต่าง ๆ ดังนี้

¹³⁶ Jin Hashimoto, Takashi Izutsu, and Atsuro Tsutsumi, "Human Rights of Persons with Disabilities: Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Its Nexus with Mental Health and Psychosocial Well-Being," in *The Cambridge Handbook of Psychology and Human Rights*, eds. Neal S. Rubin and Roseanne L. Flores (Cambridge University Press, 2020), p. 164.

¹³⁷ อ้างแล้วที่ 52, Art.3

ประเด็นที่กฎหมายภายในกำหนด	รัฐธรรมนูญ		มาตรา 27, 71	ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	มาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ	UDHR	Art.25(1)
	พ.ร.บ.ความเท่าเทียมระหว่างเพศ					ICCPR	
	พ.ร.บ.ปราบปรามการค้ามนุษย์					ICESCR	
	พ.ร.บ.คุ้มครองเด็ก		มาตรา 32			CERD	
	พ.ร.บ.การทำงานคนต่างด้าว					CEDAW	
	พ.ร.บ.ส่งเสริมคุณภาพชีวิตคนพิการ		มาตรา 37			CAT	
	พ.ร.บ.แรงงานสัมพันธ์					CRC	Art.2, 23
	พ.ร.บ.คุ้มครองแรงงาน					CMW	
	พ.ร.บ.การประมง					CRPD	Art.1-30
	พ.ร.บ.ความปลอดภัยอาชีวอนามัย					CED	
ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	ยั่งยืน	SDGs	Goals 3, 10, 11	ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติ	OECD MNE Guidelines	Chapter IV
		UNGP's	Principles 3, 12			OECD RBC Guidance	Q11
	มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ	ILO Declaration				UNGC Ten Principles	Principle 1, 2
		ILO MNE Declarations				UNGC Guide for Integrating Bus.	Point E12
		ILO C87				UNGC Guide to Corp. Sustain.	Society Checklist
		ILO C98				ICC Sustain. Trade	Point 2b.
		ILO C29				ICC Adv. Marketing Comm.	Art.2
		ILO C105				GRI Standards	GRI 412
		ILO C138				NASDAQ	Point S10
		ILO C182				SGX	SOC5
		ILO C100				SSE	CSR-GATES
		ILO C111				ASX	Other Stakeholder accountability
	มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ				ตลาดหลักทรัพย์		

5.2.8 การสนับสนุนความเท่าเทียมระหว่างเพศ/เพศสภาพ

ความเท่าเทียมระหว่างเพศ (Gender Equality) มีรากฐานมาจากหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ โดยมีวิวัฒนาการมาจากการเรียกร้องความเท่าเทียมระหว่างเพศระหว่างบุรุษและสตรี และปัจจุบันขยายไปถึงความเท่าเทียมระหว่างเพศของทุกคนไม่ว่าจะมีวิถีหรืออัตลักษณ์ทางเพศ (Sexual Orientation and Gender Identity) ในลักษณะใด¹³⁸ โดยนอกจากมิติด้านแรงงานแล้ว ผู้ประกอบการธุรกิจควรนำมิติทางเพศ (Gender Lens) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเคารพความเท่าเทียมระหว่างเพศไปสอดแทรกในการดำเนินกิจการธุรกิจของตนและของบริษัทคู่ค้า เพื่อป้องกันมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศต่อผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ เช่น การไม่ส่งเสริมการตีตราทางเพศหรือการทำให้เพศเป็นเสมือนวัตถุสิ่งของในสื่อโฆษณาของตนหรือบริษัทคู่ค้า การอนุมัติให้กู้ยืมเงินแก่ลูกค้าโดยไม่คำนึงถึงวิถีหรืออัตลักษณ์ทางเพศ¹³⁹ ตลอดจนการเคารพสิทธิในความเป็นส่วนตัวเกี่ยวกับวิถีหรืออัตลักษณ์ทางเพศของลูกค้าหรือผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ¹⁴⁰ และควรบรรจุประเด็นนี้ไว้ในรายงานด้านความยั่งยืน ดังที่ปรากฏตัวอย่างในเอกสารต่าง ๆ ดังนี้

¹³⁸ International Commission of Jurists (ICJ), *Yogyakarta Principles -Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity*, 2007, Preamble

¹³⁹ The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), “Gender Dimensions of the Guiding Principles on Business and Human Rights,” [online] Available from : <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/BookletGenderDimensionsGuidingPrinciples.pdf>. [19 May 2021]

¹⁴⁰ อ้างแล้วที่ 115, Michael O’Flaherty, *Sexual Orientation and Gender Identity*, p. 229

ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	ประเด็นที่กฎหมายกำหนด		รัฐธรรมนูญ	มาตรา 27, 71	ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	มาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ	UDHR	Art.1, 2
			พ.ร.บ.ความเท่าเทียมระหว่างเพศ	มาตรา 17, 18			ICCPR	Art.2, 26
			พ.ร.บ.ปราบปรามการค้ามนุษย์				ICESCR	Art.2, 3
			พ.ร.บ.คุ้มครองเด็ก				CERD	
			พ.ร.บ.การทำงานคนต่างด้าว				CEDAW	Art.1
			พ.ร.บ.ส่งเสริมคุณภาพชีวิตคนพิการ				CAT	
			พ.ร.บ.แรงงานสัมพันธ์				CRC	
			พ.ร.บ.คุ้มครองแรงงาน				CMW	
			พ.ร.บ.การประมง				CRPD	
			พ.ร.บ.ความปลอดภัยอาชีวอนามัย				CED	
	ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	ยั่งยืน	SDGs	Goals 5, 10		หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติ	OECD MNE Guidelines	Chapter IV
			UNGPs	Principles 6, 7, 20			OECD RBC Guidance	Q2, Q11
		มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ	ILO Declaration				UNGC Ten Principles	Principle 1, 2
			ILO MNE Declarations				UNGC Guide for Integrating Bus.	Point E12
			ILO C87				UNGC Guide to Corp. Sustain.	Society Checklist
			ILO C98				ICC Sustain. Trade	Point 2b.
			ILO C29				ICC Adv. Marketing Comm.	Art.2
			ILO C105				GRI Standards	GRI 406
			ILO C138			ตลาดหลักทรัพย์	NASDAQ	Point S4, S6
			ILO C182				SGX	SOC5
			ILO C100				SSE	CSR-GATES
			ILO C111				ASX	Other Stakeholder accountability

5.2.9. สิทธิของเด็ก

การคุ้มครองสิทธิของเด็กในการประกอบกิจการธุรกิจนอกจากจะสามารถกระทำได้ด้วยการยกเลิกการใช้แรงงานเด็กแล้ว ผู้ประกอบกิจการธุรกิจควรและคุ้มครองสิทธิของเด็กได้อีกหลายวิธี โดยยึดแนวทางตามหลักการสำคัญของการคุ้มครองสิทธิเด็กที่ตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนรับรอง คือการไม่เลือกปฏิบัติต่อเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเด็กที่ตกอยู่ในสถานการณ์เปราะบาง¹⁴¹ การยึดหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก (Best Interests of the Child) เป็นแนวทางในการดำเนินกิจการธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งภาคธุรกิจที่ดำเนินกิจการธุรกิจเกี่ยวข้องกับเด็ก เช่น สถานรับเลี้ยงเด็ก สถานพยาบาล โรงเรียนเอกชน¹⁴² ตลอดจนการเคารพสิทธิในการมีชีวิต อยู่รอดและพัฒนาของเด็ก (Right to life, survival and development) เช่น จัดให้มีนโยบายหรือส่งอำนวยความสะดวกที่สถานที่ทำงานเพื่อเอื้อให้บิดามารดาสามารถเลี้ยงบุตรได้ หรือการส่งเสริมหรืออนุมัติให้ลาพักเพื่อไปเลี้ยงบุตร¹⁴³ และรับฟังความคิดเห็นของเด็ก (Right to be heard) ในกรณีที่มีการดำเนินกิจการธุรกิจอาจส่งผลกระทบต่อเด็ก ดังนั้นผู้ประกอบการธุรกิจจึงตรวจสอบการดำเนินการของตนและของบริษัท คู่ค้า และควรบรรจุประเด็นนี้ไว้ในรายงานด้านความยั่งยืน ดังที่ปรากฏตัวอย่างในเอกสารต่าง ๆ ดังนี้

¹⁴¹ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), **General Comment No. 16 (2013) on State Obligations regarding the Impact of the Business Sector on Children's Rights**, CRC/C/GC/16, 2013, para. 14, pp. 5-6

¹⁴² เพิ่งอ้าง, para. 16, p. 6

¹⁴³ เพิ่งอ้าง, para. 20, p. 7

ประเด็นที่กฎหมายกำหนด	รัฐธรรมนูญ		มาตรา 27, 54, 71	ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	มาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ	UDHR	Art.25(2), 26	
	พ.ร.บ.ความเท่าเทียมระหว่างเพศ					ICCPR	Art.24	
	พ.ร.บ.ปราบปรามการค้ามนุษย์		มาตรา 6			ICESCR	Art.10, 13	
	พ.ร.บ.คุ้มครองเด็ก		มาตรา 22, 26, 27			CERD		
	พ.ร.บ.การทำงานคนต่างด้าว					CEDAW		
	พ.ร.บ.ส่งเสริมคุณภาพชีวิตคนพิการ					CAT		
	พ.ร.บ.แรงงานสัมพันธ์					CRC	Art.1-40	
	พ.ร.บ.คุ้มครองแรงงาน					CMW		
	พ.ร.บ.การประมง					CRPD		
	พ.ร.บ.ความปลอดภัยอาชีวอนามัย					CED		
ประเด็นที่ภาคธุรกิจควรดำเนินการ	ยั่งยืน	SDGs	Goals 1, 3, 4	หลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติ	OECD MNE Guidelines	Chapter IV		
		UNGPs	Principles 3, 12		OECD RBC Guidance	Q2, Q11		
	มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ	ILO Declaration			UNGC Ten Principles	Principle 1, 2		
		ILO MNE Declarations			UNGC Guide for Integrating Bus.	Point E12		
		ILO C87			UNGC Guide to Corp. Sustain.	Society Checklist		
		ILO C98			ICC Sustain. Trade	Point 2b.		
		ILO C29			ICC Adv. Marketing Comm.	Art.18, C7		
		ILO C105			GRI Standards	GRI 412		
		ILO C138		ตลาดหลักทรัพย์	NASDAQ	Point S10		
		ILO C182				SGX	SOC5	
		ILO C100					SSE	CSR-GATES
		ILO C111						ASX

6. ผลการวิจัย

จากการศึกษาวิจัย พบว่าการกำหนดประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนเพื่อการจัดการความยั่งยืนในมิติสังคมของภาคธุรกิจซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการจัดทำรายงานความยั่งยืนประจำปีจำเป็นต้องคำนึงถึงปัจจัยหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นทางด้านกระบวนการจัดทำรายงานและด้านเนื้อหา โดยผู้วิจัยจะขอสรุปในแต่ละประเด็น ดังนี้

6.1 ข้อพิจารณาการกำหนดประเด็นในแง่กระบวนการจัดทำรายงาน

หากจะกำหนดให้ผู้ประกอบการจะต้องรายงานประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนและแรงงานทุกประเด็นที่ปรากฏในมาตรฐานสากลเพื่อการจัดทำรายงานการจัดการด้านความยั่งยืนนั้น น่าจะเป็นการสร้างภาระแก่ผู้ประกอบการไม่น้อย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ประกอบการที่มีข้อจำกัดด้านทรัพยากรการเงินและบุคคล ดังนั้นในการกำหนดประเด็น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องคำนึงถึงปัจจัยอื่น ๆ ในทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องด้วย โดยผู้วิจัยเสนอว่าในการกำหนดประเด็นนั้นควรคำนึงถึงข้อพิจารณาต่อไปนี้

(1) ความจำเป็นในการจัดการด้านความยั่งยืน

เมื่อพิจารณาจากแนวโน้มในปัจจุบันที่ผู้ประกอบการส่วนใหญ่ทั่วโลกตระหนักแล้วว่าการประกอบกิจการธุรกิจสามารถส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และได้มีการนำแนวคิดเกี่ยวกับการจัดการความยั่งยืนในมิติสังคม ไม่ว่าจะเป็น 1) แนวคิดบริษัทภิบาล 2) แนวคิดความรับผิดชอบต่อสังคม และ 3) แนวคิดธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนเข้ามาเพื่อสนับสนุนและเชื้อเชิญให้ผู้ประกอบการตระหนักถึงความจำเป็น

ในเรื่องนี้ ส่งผลให้ผู้ประกอบการหลายราย โดยเฉพาะบริษัทข้ามชาติ ได้เริ่มดำเนินการนำประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนและแรงงานเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินกิจการธุรกิจของตน และบางแห่งได้ขยายมาจนถึงบริษัทคู่ค้าอีกด้วย ทั้งในรูปแบบหลักการชี้แนะสำหรับผู้ผลิต (Supplier Guiding Principles) หรือในรูปแบบข้อสัญญา (Contract clause) ซึ่งหากผู้ประกอบการที่เป็นบริษัทคู่ค้าหรือผู้ผลิตไม่ปฏิบัติตาม ก็มีความเสี่ยงที่จะถูกบอกเลิกสัญญาซึ่งอาจจะส่งผลในทางเศรษฐกิจต่อผู้ประกอบการรายนั้นได้

ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากความจำเป็นดังกล่าวแล้ว ผู้ประกอบการจึงควรพิจารณากำหนดประเด็นให้ครอบคลุมมิติด้านสิทธิมนุษยชนและแรงงานให้มากที่สุดเท่าที่สามารถกระทำได้ โดยอย่างน้อยที่สุดควรครอบคลุมประเด็นที่บริษัทคู่ค้าได้กำหนดไว้ในข้อสัญญาหรือหลักการชี้แนะ

(2) การกำหนดประเด็นในลักษณะค่อยเป็นค่อยไป

ในการจัดทำรายงานการจัดการด้านความยั่งยืน ผู้ประกอบการหลายราย โดยเฉพาะผู้ประกอบการขนาดเล็กและขนาดกลาง ต่างมีข้อกังวลหลายประการ เช่น มีข้อจำกัดด้านทรัพยากรบุคคล กล่าวคือ ไม่มีผู้เชี่ยวชาญภายในหน่วยงานหรือไม่มีแผนกที่รับผิดชอบด้านการจัดทำรายงานโดยเฉพาะ หรือมีข้อจำกัดด้านทรัพยากรการเงิน เนื่องจากไม่มีรายได้มากพอที่จะจ้างผู้เชี่ยวชาญให้มาจัดทำรายงาน นอกจากนี้ ข้อกังวลอีกประการคือการต้องรายงานประเด็นที่ครอบคลุมมิติด้านสิทธิมนุษยชนและแรงงานให้มากที่สุดเท่าที่สามารถกระทำได้ อาจกระทบต่อภาพลักษณ์ของผู้ประกอบการได้

ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากข้อกังวลในทางปฏิบัติข้างต้น การกำหนดประเด็นรายงานจึงควรกระทำในลักษณะค่อยเป็นค่อยไปและไม่บังคับให้ต้องเปิดเผย กล่าวคือ ในช่วง 2-3 ปีแรก อาจกำหนดให้รายงานเพียงบางประเด็นหลัก ๆ แต่หลังจากนั้น หากพบว่าในอนาคตสภาวะแวดล้อมในการรายงานเริ่มทวีความเข้มงวดขึ้น หรือผู้ประกอบการส่วนใหญ่ต่างกำหนดประเด็นที่ละเอียดและหลากหลายมากขึ้น จึงค่อยทำความเข้าใจและเชื้อเชิญให้ผู้ประกอบการกำหนดประเด็นให้มีแนวทางลักษณะที่ครอบคลุมมิติด้านสิทธิมนุษยชนและแรงงานให้มากที่สุดเท่าที่สามารถกระทำได้

6.2 ข้อพิจารณาการกำหนดประเด็นในแง่เนื้อหา

การกำหนดประเด็นในการรายงานนั้น จำเป็นต้องคำนึงถึงเนื้อหาแห่งสิทธิมนุษยชนตามที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนและแรงงาน เพื่อให้เนื้อหาของรายงานนั้นสอดคล้องกับหลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติที่ยอมรับโดยองค์การระหว่างประเทศและหน่วยงานในต่างประเทศ เช่น ตลาดหลักทรัพย์ โดยการกำหนดประเด็นควรดำเนินการดังนี้

(1) กำหนดกรอบมาตรฐานที่ใช้ในการกำหนดประเด็นตามหลักการสากล

ในขั้นแรก ผู้ประกอบการควรกำหนดกรอบมาตรฐานที่ใช้ในการกำหนดประเด็นโดยพิจารณาจากมาตรฐานระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน มาตรฐานที่กฎหมายภายในกำหนด และมาตรฐานที่ปรากฏในหลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติ ตามที่ผู้ประกอบการพิจารณาเห็นสมควร ทั้งนี้ ผู้ประกอบการอาจให้ความสำคัญกับมาตรฐานที่ผู้ประกอบการมีหน้าที่ต้องดำเนินการเป็นลำดับแรก เช่น แนวปฏิบัติขององค์การระหว่าง

ประเทศหรือความร่วมมือระหว่างประเทศที่ผู้ประกอบการเป็นสมาชิก ตลอดจนคู่มือหรือแนวปฏิบัติของบริษัท คู่ค้าของหน่วยงานที่กำกับดูแลผู้ประกอบการ

(2) กำหนดประเด็นด้านแรงงาน โดยอ้างอิงตามมาตรฐานหลักด้านแรงงาน

ในการกำหนดประเด็นด้านแรงงาน ผู้ประกอบการสามารถอาศัยแนวทางที่องค์การ ILO ได้กำหนดไว้ว่าเป็นมาตรฐานหลักด้านแรงงาน (Core labor standards) 4 ประการ ซึ่งประกอบด้วย 1) การรับรองเสรีภาพในการสมาคมและการคุ้มครองสิทธิในการร่วมเจรจาต่อรอง 2) การจัดแรงงานบังคับและการเกณฑ์แรงงานในทุกรูปแบบ 3) การยกเลิกการใช้แรงงานเด็ก และ 4) การจัดการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ

นอกจากนี้ ผู้ประกอบการอาจกำหนดประเด็นด้านแรงงานเพิ่มเติมอีกได้ โดยอาจอาศัยแนวทางตามที่กฎหมายภายในกำหนดให้ผู้ประกอบการต้องปฏิบัติตาม เช่น การรักษามาตรฐานความปลอดภัยและอาชีวอนามัยของสถานประกอบการ การจัดให้มีเงินทดแทนและประกันสังคม

(3) กำหนดประเด็นตามมาตรฐานขั้นต่ำที่กฎหมายภายในกำหนด

ในการกำหนดประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนและแรงงาน ผู้ประกอบการสามารถอ้างอิงจากมาตรฐานขั้นต่ำที่กฎหมายภายในกำหนดได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการช่วยให้ผู้ประกอบการสามารถทบทวนหน้าที่ตามกฎหมายของตนได้ และยังเป็นการช่วยป้องกันมิให้ผู้ประกอบการมีความผิดตามกฎหมายจากการกระทำหรือมีส่วนร่วมให้เกิดผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนหรือแรงงานได้ โดยหน้าที่ที่มาจากกฎหมายภายในนั้น ส่วนมากมักมาจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองแรงงาน แต่ก็ยังพบว่ามีกฎหมายภายในอีกส่วนหนึ่งที่กำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการต้องกระทำหรืองดเว้นกระทำ เช่น การห้ามค้ามนุษย์ การไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศหรือเพราะเหตุแห่งความพิการ

นอกจากนี้ ผู้ประกอบการยังสามารถนำหลักการที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยหลักแล้วกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐมาปรับใช้และกำหนดเป็นประเด็นรายงาน เพื่อปกป้องและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญก็ได้ เช่น การจัดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

(4) กำหนดประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ นอกเหนือจากที่กฎหมายภายในกำหนด

ในการกำหนดประเด็นอื่น ๆ ด้านสิทธิมนุษยชนนอกเหนือจากที่กฎหมายภายในกำหนดนั้น ผู้ประกอบการจำเป็นต้องศึกษาห่วงโซ่อุปทานของตนเองและบริษัทคู่ค้าเสียก่อน เพื่อบ่งชี้ (identify) ว่าผู้มีส่วนได้เสียนอกเหนือไปจากลูกจ้างมีฝ่ายใดบ้าง อาทิ ลูกค้า ผู้มาติดต่อ บุคคลในชุมชนท้องถิ่น จากนั้นจึงกำหนดประเด็นโดยคำนึงถึงหลักการสากล โดยอาจพิจารณาจากเนื้อหาแห่งสิทธิ ดังตัวอย่างที่ผู้วิจัยนำเสนอไปแล้ว เช่น 1) สิทธิทางด้านสุขภาพและความปลอดภัย 2) สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลและฉลาก 3) สิทธิส่วนบุคคลและการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และ 4) สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หรือพิจารณาจากบุคคลในกลุ่มเฉพาะ

ตัวอย่างเช่น 1) สิทธิของชุมชนท้องถิ่น 2) สิทธิของชนกลุ่มน้อย 3) สิทธิของคนพิการ 4) การสนับสนุนความเท่าเทียมระหว่างเพศ และ 5) สิทธิของเด็ก

นอกจากนี้ ผู้ประกอบการยังสามารถนำหลักการสากลที่ปรากฏในมาตรฐานระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ซึ่งรวมถึงกฎบัตรระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน (International Bill of Human Rights) และอนุสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชน (Core Human Rights Conventions) ตลอดจนเอกสารที่จัดทำโดยองค์การระหว่างประเทศและหน่วยงานในต่างประเทศมาปรับใช้และกำหนดเป็นประเด็นรายงานเพิ่มเติมได้เพื่อการปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่มากยิ่งขึ้น

(5) กำหนดประเด็นโดยคำนึงถึงบริบทสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรค COVID-19

นอกจากประเด็นด้านแรงงานและด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ แล้ว ผู้ประกอบการควรกำหนดประเด็นรายงานโดยคำนึงถึงบริบทสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรค COVID-19 ด้วย เนื่องจากสถานการณ์โรคอุบัติใหม่นี้ได้ชี้ให้เห็นว่ามีประเด็นปัญหาที่ได้รับผลกระทบโดยตรงอยู่หลายประการ ไม่ว่าจะเป็นประเด็นด้านแรงงาน เช่น การจ่ายค่าชดเชยที่เหมาะสมและเป็นธรรมเนื่องจากจำเป็นต้องเลิกจ้างอย่างกะทันหันเพื่อความอยู่รอดของผู้ประกอบการ การดำเนินการให้สถานที่ทำงานปลอดภัยจากโรคและการจัดอุปกรณ์เพื่อความปลอดภัยและสุขอนามัยของลูกจ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับผู้ทำงานงานเป็น “หน้าด่าน” (Front Line Workers) การจัดระบบและรูปแบบการทำงานใหม่โดยให้ลูกจ้างทำงานจากบ้าน (Work From Home) หรือจำกัดการเข้ามาทำงาน ณ ที่ทำการให้ได้มากที่สุด โดยมีการชดเชยค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการ Work From Home เช่น ค่าไฟ ค่าอินเทอร์เน็ต และค่าสาธารณูปโภคอื่น ๆ ที่ลูกจ้างได้ใช้ไปในทางการที่จ้าง ตลอดจนการเสริมทักษะใหม่ (Reskill) ให้แก่ลูกจ้างบางรายที่นายจ้างมีความจำเป็นต้องโยกย้ายตำแหน่งงานเพื่อความเหมาะสม หรือจะเป็นประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ เช่น การจัดหาวัคซีนที่มีคุณภาพมาฉีดให้แก่ลูกจ้างเพื่อลดการแพร่ระบาดและทำให้สภาพแวดล้อมในการทำงานปลอดภัยและถูกสุขอนามัยมากขึ้น โดยจะต้องไม่มีการบังคับให้ฉีดวัคซีนแต่เน้นการจูงใจให้เห็นข้อดี การเร่งผลิตสินค้าหรือบริการโดยเฉพาะอย่างยิ่งเวชภัณฑ์เพื่อช่วยบรรเทาผลกระทบจากสถานการณ์ การจัดโครงการเพื่อดูแลและอำนวยความสะดวกให้แก่ชุมชนที่ผู้ประกอบการดำเนินกิจการธุรกิจเพื่อสร้างความสัมพันธ์ที่ดีและยั่งยืนกับชุมชน ตลอดจนการช่วยสนับสนุนและดูแลผู้มีส่วนได้เสีย โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลในกลุ่มเฉพาะ ให้สามารถเข้าถึงบริการสาธารณสุขได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้ทุกฝ่ายผ่านพ้นสถานการณ์อันยากลำบากนี้ไปได้ และส่งผลต่อความยั่งยืนในมิติสังคมของการประกอบกิจการธุรกิจของผู้ประกอบการต่อไป

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคม เป็นความพยายามของหลายฝ่ายโดยเฉพาะอย่างยิ่งสหประชาชาติและองค์การระหว่างประเทศที่มีพันธกิจเพื่อสนับสนุนการพัฒนาที่ยั่งยืนในการที่จะลดผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนและแรงงานซึ่งเป็นผลมาจากการดำเนินงานของผู้ประกอบการในภาคธุรกิจด้วยการส่งเสริมให้ผู้ประกอบการตระหนักถึงความสำคัญในการเคารพสิทธิมนุษยชน โดยวิธีการหนึ่งที่จะช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว คือ การกำหนดให้มีหัวข้อการจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคมเป็นส่วนหนึ่งในรายงานด้านความยั่งยืนประจำปีของผู้ประกอบการ เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการสามารถตรวจสอบการดำเนินการของตนและของบริษัทคู่ค้าว่ามีความสัมพันธ์ในการก่อให้เกิดผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนและแรงงานหรือไม่ และมีวิธีการหรือแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างไร โดยประโยชน์สูงสุดย่อมตกอยู่กับผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายในห่วงโซ่อุปทาน ไม่ว่าจะเป็นแรงงาน ลูกค้า ผู้มาติดต่อ บุคคลในชุมชนท้องถิ่น ตลอดจนบุคคลในกลุ่มเฉพาะ

เพื่อการพัฒนาการจัดการทำรายงานการจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคมให้มีประสิทธิภาพและบรรลุวัตถุประสงค์ ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

7.1 ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

ในการจัดทำรายงานการจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคม หน่วยงานภาครัฐที่กำกับดูแลหรือองค์กรภาคธุรกิจที่มีความสามารถและศักยภาพในการจัดทำรายงานนี้ ควรจัดให้มีการพัฒนาศักยภาพเจ้าหน้าที่ของผู้ประกอบการแต่ละรายให้มีความรู้พื้นฐานด้านสิทธิมนุษยชนและแรงงาน เพื่อเป็นฐานในการต่อยอดการกำหนดประเด็นที่จะรายงานและการเขียนรายละเอียดลงในรายงาน โดยอาจกระทำในลักษณะการฝึกอบรมหรือการออกคู่มือพร้อมตัวอย่างในการเขียนรายงานเพื่อเป็นแนวทางได้

7.2 ข้อเสนอแนะเชิงปฏิบัติ

เพื่อให้การจัดทำรายงานการจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคมบรรลุวัตถุประสงค์ในระยะยาว ผู้วิจัยเสนอให้ผู้ประกอบการนำแนวทางตามที่ UNGPs แนะนำมาปรับใช้ตามความเหมาะสมแก่ขนาด ลักษณะและบริบทในการประกอบกิจการธุรกิจ ดังนี้

(1) ควรแสดงความมุ่งมั่นในระดับนโยบาย

นโยบายในการเคารพสิทธิมนุษยชนด้วยการจัดทำรายงานการจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคม ควรได้รับการรับรอง (Approved) จากผู้บริหารระดับสูงของผู้ประกอบการ โดยควรมีการหารือกับผู้เชี่ยวชาญทั้งภายในและภายนอกที่ได้รับการยอมรับ เพื่อกำหนดประเด็นการจัดทำรายงานให้สอดคล้องกับมาตรฐานและแนวปฏิบัติในระดับสากล นอกจากนี้ นโยบายดังกล่าวควรระบุความคาดหวัง (Expectation) ที่มีต่อบุคลากรในหน่วยงานและบริษัทคู่ค้าในการจัดทำรายงานนี้ และเผยแพร่และสื่อสารนโยบายและรายงานดังกล่าวให้บุคลากรในหน่วยงาน บริษัทคู่ค้า ผู้มีส่วนได้เสียและสาธารณชนทราบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งให้แก่นักลงทุนที่สนใจ ทั้งนี้ การเผยแพร่อาจทำในรูปแบบเอกสารหรือออนไลน์ได้ แต่ควรจัดรูปแบบให้หาอ่านได้ง่าย และสามารถเข้าใจได้ง่าย นอกจากนี้ นโยบายดังกล่าวควรสะท้อนหรือสอดแทรกอยู่ในกระบวนการดำเนินงาน (Procedure)

ทั้งภายในหน่วยงานของผู้ประกอบการเองและที่ใช้กับบริษัทคู่ค้าหรือผู้ผลิต เพื่อให้เกิดความเชื่อมโยงสอดคล้อง (Coherence) ระหว่างกัน

(2) การพัฒนาต่อยอดไปเป็นการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน

ในอนาคต ผู้ประกอบการสามารถพัฒนาต่อยอดจากการกำหนดประเด็นด้านสิทธิมนุษยชน และแรงงานในการจัดทำรายงานการจัดการด้านความยั่งยืนในมิติสังคมไปเป็นการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน (Human Rights Due Diligence-HRDD) ในห่วงโซ่มูลค่าของธุรกิจได้ เพื่อที่ผู้ประกอบการจะได้ทราบข้อมูลอย่างละเอียดมากขึ้นว่าในการประกอบกิจการธุรกิจของตนนั้นมีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดหรือมีส่วนร่วมก่อให้เกิดผลกระทบทางด้านสิทธิมนุษยชนหรือไม่ เพียงใด หรือในการดำเนินการของบริษัทคู่ค้าหรือผู้ผลิตที่ผู้ประกอบการมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงนั้นมีความเสี่ยงในลักษณะเดียวกันหรือไม่ และผู้ประกอบการสามารถบรรเทาหรือเยียวยาผลกระทบดังกล่าวได้มากน้อยเพียงใด

การทำ HRDD ควรครอบคลุมผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนทุกมิติที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการเป็นผู้ก่อให้เกิดหรือมีส่วนร่วมก่อให้เกิด หรือในกรณีที่ผลกระทบดังกล่าวเกิดจากการกระทำของบริษัทคู่ค้าหรือผู้ผลิตที่ผู้ประกอบการมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรง และควรดำเนินการอย่างต่อเนื่อง (Ongoing) ไม่ควรจัดทำขึ้นเป็นครั้งแรกและไม่ดำเนินการต่อเนื่องจากความเสี่ยงที่ก่อให้เกิดผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ทุกเมื่อทุกรูปแบบตามกาลเวลาและบริบทในการประกอบกิจการธุรกิจ นอกจากนี้ ควรการหารือกับผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายและผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชนจากภายนอกหน่วยงานที่เป็นอิสระจากผู้ประกอบการ ไม่ว่าจะเป็นจากหน่วยงานภาครัฐ นักวิชาการ ผู้ปฏิบัติงาน

ภาคประชาสังคม หรือนักปกป้องสิทธิมนุษยชน (Human Rights defenders) เพื่อช่วยสะท้อนให้ผู้ประกอบการเห็นภาพรวมและเข้าใจสถานการณ์ ตลอดจนสามารถแนะนำแนวปฏิบัติที่ดีให้แก่ผู้ประกอบการได้มากยิ่งขึ้น

ภายหลังจากการทำ HRDD ผู้ประกอบการควรติดตามและตรวจสอบผลการแก้ปัญหาที่พบจากการจัดทำ HRDD บนฐานของตัวชี้วัดเชิงคุณภาพและเชิงปริมาณที่เหมาะสม โดยอาจอ้างอิงจากมาตรฐานหลักการชี้แนะหรือแนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ และเก็บข้อมูลเหล่านี้ไว้ใช้ประกอบการจัดทำ HRDD ในรอบต่อไป ตลอดจนสื่อสารผลการจัดทำ HRDD และผลการแก้ไขปัญหาที่พบให้ผู้มีส่วนได้เสียทราบในรูปแบบที่เข้าใจง่ายและเข้าถึงง่าย และมีข้อเท็จจริงที่โปร่งใสและเพียงพอที่ทุกฝ่ายจะสามารถประเมินประสิทธิภาพการแก้ไขปัญหาที่พบ ตลอดจนไม่ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อผู้ที่ได้รับผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชน และท้ายที่สุดควรจัดให้มีหรือร่วมมือในการเยียวยาความเสียหายที่พบจากการจัดทำ HRDD ทั้งนี้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์สูงสุด นั่นคือการดำเนินกิจการธุรกิจอย่างเคารพสิทธิมนุษยชนเพื่อความยั่งยืนในมิติสังคม

The Paradox of Substance-Procedure Dichotomy and the Admissibility of Extrinsic Evidence for the Interpretation of Contracts Governed by the CISG 1980*

ปัญหาการนำแนวคิด “Substance-Procedure Dichotomy” มาใช้กับการรับฟังพยานหลักฐานนอกเอกสารเมื่อต้องตีความสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980

Tidarat Sinlapapiromsuk

ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข

Full-Time Lecturer

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

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Corresponding author E-mail: Tidarat.s@chula.ac.th

(Received: May 12, 2021;; Revised: July 6, 2021;; Accepted: July 15, 2021)

Abstract

As established in its Preamble and Article 7, the CISG 1980's Principle of Uniformity is of utmost importance, reflecting the intention to remove “artificial impediments to commerce caused by differences in national legal systems that govern international sales of goods.” In reality however, uniform rules do not per se guarantee uniform application. The CISG, has tended to be analyzed largely from a “substantive law” point of view, with a relatively limited clarification on various procedural implications that may arise from its world-wide applications. The literature review undertaken in this research indicates that one of the most common causes of the so-called “homeward-trend” phenomenon, theoretically, stems from the orthodox view of substance-procedure dichotomy in the

* บทความวิจัยนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัยที่ได้รับทุนสนับสนุนจาก Asian Law Institute, National University of Singapore โดยได้รับการคัดเลือกให้นำเสนอผลการวิจัย ณ มหาวิทยาลัยแห่งชาติสิงคโปร์ ในเดือนตุลาคม ปี พ.ศ. 2562 ทั้งนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณ Professor Gary F. Bell ผู้ทำหน้าที่ให้ความเห็นหลัก (Chairperson/Discussant) รวมถึงคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแห่งชาติสิงคโปร์และผู้เข้าร่วมรับฟังที่ได้แสดงความเห็นอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่องานวิจัยนี้

traditional settings of the conflict of laws. The creation of a uniform law might not in and of itself guarantee a uniform application of such law, giving rise to a potential inconsistency in the outcomes. If the Convention is to be applied one way in United States and another in Singapore, or, perhaps, in a prospective Contracting State like Thailand, there is no such thing as a truly uniform sales law.

This study proposes that domestic courts in the Contracting States should not rely on the substance-procedure analysis, as this approach would be more complicated in the context of the CISG than in the traditional conflict of laws paradigm. Instead, in confronting the issue of admissibility of evidence for the purpose of interpreting the contracts governed by CISG, this study recommends that the courts in Contracting States should honor their duty to apply the CISG Article 8 through the lens of international law obligations, in the interests of legal certainty and uniformity in international sales law. This suggested approach can also have wider and better implications for other CISG provisions, as well as other uniform law projects.

Keywords: CISG, Interpretation of Contract, Extrinsic Evidence

บทคัดย่อ

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG) มีเจตนารมณ์เพื่อลดอุปสรรคทางการค้าที่เกิดจากความแตกต่างของกฎหมายภายในประเทศ ผู้ประกอบธุรกิจการค้าระหว่างประเทศจึงได้รับประโยชน์จากกฎหมายที่มีความเป็นสากลและถูกออกแบบโดยคำนึงถึงลักษณะพิเศษของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศโดยเฉพาะ อย่างไรก็ตาม จากการทบทวนวรรณกรรมพบว่าแม้อนุสัญญาจะมีบทบัญญัติว่าด้วยหลักความเป็นเอกภาพภายใต้ข้อ 7. ปรากฏการณ์ที่นักวิชาการเรียกว่า “homeward trend” อันขัดต่อเจตนารมณ์ของ CISG นั้น ยังคงปรากฏอยู่ในการตัดสินคดีของศาลภายในรัฐภาคีได้ โดยอาจมีสาเหตุมาจากความคุ้นชินกับการนำแนวคิด “substance-procedure dichotomy” ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการพิจารณาตีความการค้าระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตามปกตินั้น มาใช้ในการตัดสินคดีที่อยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญา โดยเฉพาะในกรณีที่บทบัญญัติเรื่องการตีความสัญญาภายใต้ CISG ที่มีกฎวิเคราะห์ว่าเป็นกฎหมายสารบัญญัตินั้น อาจจะมีเนื้อหาที่ต่างจากหลักเกณฑ์เรื่องการรับฟังพยานหลักฐานนอกเอกสารภายใต้กฎหมายภายในของรัฐภาคีได้ การศึกษาวิจัยนี้พบว่า การนำแนวคิด “substance-procedure dichotomy” มาใช้ในบริบทของข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาโดยศาลภายในรัฐภาคีนั้น อาจทำให้เกิดปัญหาด้านความเป็นเอกภาพและประสิทธิภาพในการบังคับใช้อนุสัญญาได้ จึงได้เสนอแนวทางเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยการนำหลักการเรื่องพันธกรณีระหว่างประเทศมาปรับใช้ในกระบวนการพิจารณาตีความของศาลในรัฐภาคีแทนการใช้แนวคิดแบบดั้งเดิม ทั้งนี้ เพื่อให้การอำนวยความสะดวกของศาลในรัฐภาคีนั้นดำเนินไปได้อย่างสอดคล้องกับเจตนารมณ์สูงสุดของอนุสัญญา

คำสำคัญ : อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ, การตีความสัญญา, พยานหลักฐานนอกเอกสาร

I. Introduction

The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (“the CISG” or “the Convention”),¹ has been described as “one of the most important instruments in international commercial law”, and “one of history’s most successful attempts” by a number of nations, representing the international effort, to harmonize and establish international sales law.² At the 2005 UNCITRAL colloquium celebrating the 25th anniversary of the CISG, Professor Kronke, former Secretary-General of UNIDROIT, highly praised the Convention, as “the single most successful treaty in the history of modern transnational commercial law.”³ Several scholarly writings at the 2007 UNCITRAL Congress on Modern Law for Global Commerce also pointed out that parties “are increasingly selecting the CISG to govern their international sales contracts.”⁴ In 2020, the year that marks the 40th anniversary of the Convention, following the accessions of Laos, Guatemala, and Portugal respectively, there are currently 94 CISG Contracting States from different legal traditions around the world.⁵ Notably, even with the then 63 Contracting States in 2005, the CISG Contracting States at that time already represented over two-thirds of the total volume of international trade.⁶

In addressing the trajectory of the Convention in terms of “what has been achieved thus far”, Professor Veneziano fascinatedly highlights the overall positive influence of the CISG as follows:

¹ United Nations Commission on International Trade Law, 1980–United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

² See Michael P. Van Alstine, *Consensus, Dissensus, and Contractual Obligation Through the Prism of Uniform International Sales Law*, 37 VA. J. INT’L L. 1, 6 (1996) (“It can be said with little risk of overstatement that the [CISG] represents one of history’s most successful efforts at the unification of the law governing international transactions.”); see also James J. Callaghan, *U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Examining the Gap-Filling Role of CISG in Two French Decisions*, 14 J.L. & COM. 183, 183-85 (1995).

³ Herbert Kronke, ‘*The UN Sales Convention, the UNIDROIT Contract Principles and the Way Beyond*’ 25 Journal of Law and Commerce 451 [2005]

⁴ See e.g., Harry M Flechtner, *Changing the Opt-Out Tradition in the United States*, (2007); Eckart Br?dermann, *The Practice of Excluding the CISG: Time for Change?* (2007); MJ Dennis, ‘*Modernizing and Harmonizing International Contract Law: The CISG and the UNIDROIT Principles Continue to Provide the Best Way Forward*’ 19 Uniform Law Review 114 (2014).

⁵ See Status: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG) available at https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status.

⁶ See Jernej Sekolec, ‘*Welcome Address, 25 Years UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*’ 25 Journal of Law and Commerce xv [2005].

“The Convention indeed constitutes an extraordinary achievement not only for the unprecedented width of its scope of application and the high number of States from all continents which participated in the Diplomatic Conference in Vienna, nor just for its subsequent undeniable success in terms of ratifications and its practical application. Perhaps even more significantly, it has played a major role in building a universally shared vocabulary and a common denominator of rules which have since represented the basis for any academic discourse on international contract law, as well as serving as a model for national legislation and international and supranational instruments alike. Last but not least, it has offered the opportunity to develop various methods to strive for uniformity in the interpretation by domestic courts and arbitral tribunals in different jurisdictions.”⁷

Indeed, as firmly established in its Preamble⁸ and Article 7, the Convention’s goal of uniformity is of utmost fundamental value, reflecting the drafters’ intent to remove “artificial impediments to commerce caused by differences in national legal systems that govern international sales of goods.”⁹ To safeguard this ultimate goal, CISG Article 7(1) unequivocally instructs domestic courts to interpret and apply the legal text of the Convention with regard to “its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.”¹⁰ To further secure the uniformity in its application, Article 7(2) of the Convention provides domestic courts with a gap-filling mechanism for matters “governed by” the Convention but not expressly settled therein.¹¹

⁷ See Anna Veneziano, *The Soft Law Approach to Unification of International Commercial Contract Law: Future Perspectives in Light of UNIDROIT’s Experience* 58 Villanova Law Review 521, 522–3 [2013].

⁸ As set out in its Preamble, the CISG was created “to remove legal barriers in international trade and promote the development of international trade.” See CISG, *supra* note 1, at pmbl. In addition, the Preamble was drafted and adopted at the 1980 Conference without significant debate. See the Report of the Drafting Committee, U.N. Doc. A/CONF.97/17, reprinted in U.N. Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Official Records 154 (1981); Summary Records of the 10th Plenary Meeting, U.N. Doc. A/CONF.97/SR.10, paras. 4-10, reprinted in U.N. Official Records, at 219-20.

⁹ See Marian Nash (Leich), *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law*, 88 AM. J. INT’L L. 89, 103 (1994).

¹⁰ CISG Article 7(1) states in full as follows:

“(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.” See CISG, *supra* note 1, art. 7(1).

¹¹ CISG Article 7(2) states in full as follows:

“(2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.” See CISG, *supra* note 1, art. 7(2).

Here, only in the absence of the applicable general principles on which the CISG is based¹² can the domestic law, chosen by the rules of private international law (i.e., conflict of laws rules), come into play.¹³

Pursuant to the mandate of “autonomous interpretation” derived from Article 7 of the Convention,¹⁴ domestic courts in the Contracting States are, as a consequence, required to interpret the Convention autonomously, meaning that the courts have to interpret the Convention “free from preconceptions of domestic laws.”¹⁵ Indeed, the enforcement of such mandate requires judicial awareness and fidelity to the need to interpret the terms and concepts of the Convention in the context of the Convention itself, and “not by referring to the meanings which might traditionally be attached to them within a particular domestic law.”¹⁶ In other words, Article 7 instructs the courts to “become a different court”,¹⁷ that is no longer influenced by its own domestic laws in the course of interpreting and applying the CISG.¹⁸ To this end, decisions of the foreign courts on CISG matters, although without binding force, should be treated as having a “persuasive value”.¹⁹

¹² For example, these “CISG general principles” include the general principles of good faith (in international trade not in a sense of domestic German law); reasonableness (“reasonable” appears 47 times in the CISG text); and estoppel (extracted from Article 16 CISG). For more examples of CISG General principles, see 2016 Edition of the Digest of International Sale of Goods Contract Law (CISG Digest).

¹³ See CISG, *supra* note 1, art. 7(2). See CISG Digest, *supra* note 12, at art. 7.

¹⁴ It should be noted that Article 7(1) of the CISG can also be found in other uniform law conventions. Among others, these include the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations 1980 and the 1988 UNIDROIT Conventions on International Factoring and International Financial Leasing 1988.

¹⁵ See Harry M. Flechtner, *The Several Texts of the CISG in a Decentralized System: Observations on Translations, Reservations and Other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7(1)*, 17 I.L. & COM. 187, 188 (1998). See also, Larry A. DiMatteo et al., *The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence*, 24 Nw. I. INT’L L. & Bus. 299, 302-04 (2004). In addition, to illustrate, the Federal Supreme Court of Germany held that the CISG shall be interpreted autonomously and uninfluenced by the German domestic law, including legal principles under German law and even when they might be relevant to the matters at dispute, they cannot be applied to the CISG litigations, as it would go against the principle of uniformity and undermine the international character of the CISG firmly established under Article 7(1). See Federal Supreme Court of Germany, Case VIII ZR 51/95, 3.9.1996; see S. Granrot, *Comparative Analysis on the Interpretation of the CISG by German and Chinese Courts, European Union and International Law*, Tallinn, (2018).

¹⁶ See C.M. BIANCA & M.J. BONELL, COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW: THE 1980 VIENNA SALES CONVENTION 74 (1987) (explaining that “having regard to the ‘international character’ of the Convention under Article 7(1) implies the necessity of interpreting its terms and concepts autonomously, i.e., in the context of the Convention itself and not by referring to the meaning which might traditionally be attached to them within a particular domestic law”).

¹⁷ See John E. Murray, Jr., *The Neglect of CISG: A Workable Solution*, 17 J.L. & COM. 365, 367 (1998).

¹⁸ See e.g., CLOUT case No. 222 [U.S. Court of Appeals (11th Circuit), United States, 29 June 1998]; CLOUT case No. 413 [U.S. District Court, Southern District of New York, United States, 6 April 1998]; CLOUT case No. 230 [Oberlandesgericht Karlsruhe, Germany, 25 June 1997]; CLOUT case No. 171 [Bundesgerichtshof, Germany, 3 April 1996]; CLOUT case No. 201 [Richteramt Laufen des Kantons Berne, Switzerland, 7 May 1993]; see CISG Digest, *supra* note 12, at 42-46.

¹⁹ See Lookofsky, JM (2004) “CISG foreign case law: how much regard should we have?” in FERRARI, FLECHTNER, AND BRAND (EDS.) THE DRAFT UNCITRAL DIGEST AND BEYOND: CASES, ANALYSIS AND UNRESOLVED ISSUES IN THE U.N. SALES CONVENTION Sellier European Law Publishers/Sweet & Maxwell at 218 (suggesting that “foreign court decisions at most have “persuasive (non-binding) value.”)

To illustrate, the High Court of New Zealand in 2010 correctly asserted that interpreting the Convention autonomously means that “the Convention must be applied and interpreted exclusively on its own terms, *having regard to the principles of the Convention and Convention-related decisions in overseas jurisdictions, Recourse to domestic case law is to be avoided.*”²⁰ On this premise, it is, therefore, crucial for the “interpreters” of the language of the Convention to “understand them as autonomous concepts and to counter the danger of their being interpreted in the light of the familiar solutions of domestic law.”²¹

II. The Homeward-Trend Problem and the Substance-Procedure Dichotomy

In reality however, “uniform rules do not per se guarantee uniform application.”²² Despite several reported cases affirming the autonomous interpretation doctrine, and various leading CISG scholars constantly reminding the courts to avoid interpreting the Convention by hastily resorting to their own familiar domestic laws,²³ the “homeward-trend” problems still persist. As Professor Honnold famously remarked, some domestic courts will, either consciously or, more often, subconsciously, be victims of the so-called “homeward trend”—a phenomenon that he referred to as a “regrettable and inevitable” consequence of the unification process.²⁴

²⁰ See e.g., High Court of New Zealand, New Zealand, 30 July 2010; see also Tribunale di Forlì, Italy, 16 February 2009; CLOUT case No. 842 [Tribunale di Modena, Italy, 9 December 2005]; CLOUT case No. 774 [Bundesgerichtshof, Germany, 2 March 2005]; see also CLOUT case No. 720 [Netherlands Arbitration Institute, the Netherlands, 15 October 2002]. See CISG Digest, *supra* note 12, at 42-47.

²¹ See PETER SCHLECHTRIEM & INGEBORG SCHWENZER, COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG) 10 (2d English ed. 2005) (proposing that it is necessary for interpreters or the tribunals of the CISG to become familiar with uniform international concepts, and to “understand them as autonomous concepts and to counter the danger of their being interpreted in the light of the familiar solutions of domestic law”).

²² See R.J.C. Munday, *The Uniform Interpretation of International Conventions*, 27 Int’l & Comp. L.Q. 450, 450-51 (1978).

²³ See e.g., SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *supra* note 21 (suggesting that it is of utmost importance for the CISG interpreters to become familiar with uniform international concepts, and to “understand them as autonomous concepts and to counter the danger of their being interpreted in the light of the familiar solutions of domestic law”); C.M. BIANCA & M.J. BONELL, COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW: THE 1980 VIENNA SALES CONVENTION 74 (1987) (suggesting that Article 7(1) “implies the necessity of interpreting its terms and concepts autonomously, *i.e.*, in the context of the Convention itself and not by referring to the meaning which might traditionally be attached to them within a particular domestic law”). See Karen Halverson Cross, *Parol Evidence Under the CISG: The “Homeward Trend” Reconsidered*, 68 OHIO ST. L.J. 133, 136 (2007).

²⁴ See JOHN O. HONNOLD, DOCUMENTARY HISTORY OF THE UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES: THE STUDIES, DELIBERATIONS, AND DECISIONS THAT LED TO THE 1980 UNITED NATIONS CONVENTION WITH INTRODUCTIONS AND EXPLANATIONS 1 (1989).

The *literature review* undertaken in this research indicates that one of the most common causes of the homeward-trend phenomenon, theoretically, stems from the orthodox view of substance-procedure dichotomy, prevalent in the traditional settings of the conflict of laws rules.²⁵ At a higher level of abstraction, this orthodox view might be traced back to Jeremy Bentham's Work in 1782, proposing that "substance" and "procedure" can be clearly and sharply separated.²⁶ Inherent in judicial methodology of domestic courts, the conflict between the *lex fori* and the *lex causae*, especially on the issue of evidence, "brings us back to the traditional distinctions between substantive and procedural rules", which becomes extremely decisive for the resolution of conflicts of laws in the traditional paradigm of international commercial disputes.²⁷ As such, the substance-procedure distinction is fundamental to private international law, both practically and theoretically.²⁸

For the purpose of judicial application of the traditional substance-procedure analysis in the context of the CISG, the CISG has generally been described as "substantive law".²⁹ Assuming that the traditional substance-procedure analysis was to be adopted and also that the domestic courts, under the substance-procedure analysis, have determined that the admissibility of certain evidence would be a matter of procedural law, in this scenario, the relevant domestic law as *lex fori* would govern the admissibility of such evidence instead of the relevant provisions of the CISG.³⁰ Nonetheless, as Professor Orlandi put it, "uniform

²⁵ The orthodox view relating to the substance procedure dichotomy is that "matters pertaining to the form in which the action is brought are clear instances of what relates to the remedy, to be settled by the *lex fori*." See Goodrich, CONFLICT OF LAWS 157, 159 (1927). See also Anthony J. McMahon, Note, *Differentiating Between Internal and External Gaps in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Proposed Method for Determining "Governed By" in the Context of Article 7(2)*, COLUM. J. TRANSNAT'L L. 992, 1012 (2006).

²⁶ See Jeremy Bentham. H.L.A. Hart (Ed.), *Of Laws in General*, Athlone Press, London (1970). See also J. Tidmarsh, *Procedure, Substance, and Erie*, 64 Vand. L. Rev. 877, 882 (2011) (stating that "some scholars date the rise of the distinction between procedure and substance to the late eighteenth century, tracing the dichotomy to Jeremy Bentham's 1782 work *Of Laws in General*"); Albert Kocourek, *Substance and Procedure*, 10 Fordham L. Rev. 157,160 (1941) (referring that "there is the orthodox view that "substance" and "procedure" can be clearly and sharply separated (Bentham)."). See also Thomas O. Main, *The Procedural Foundation of Substantive Law*, 87 WASH. U. L. REV. 801, 804-05 (2010).

²⁷ See Chiara Giovannucci Orlandi, *Procedural Law Issues and Uniform Law Conventions*, 5 UNIF. L. REV. 23, 28 (2000); see also Collier, J. Substance and procedure. In *Conflict of Laws*, Cambridge University Press. (pp. 60-68) (2001) (explaining that "Matters of procedure are governed by the *lex fori*, English law, whatever be the *lex causae*, for example, the French governing law of a contract").

²⁸ See generally Richard Garnett. Edition: 1st ed. Imprint: Oxford, U.K.: Oxford University Press, 2012.

²⁹ See, e.g., *Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Co.*, 31.3 F. 3d 385,388 (7th Cir. 2002) ("The Convention is about contracts, not about procedure").

³⁰ See e.g., Marco Torsello, *Common Features of Uniform Commercial Law Conventions*, 47 (2004).

laws bring to national systems changes for which the courts are not always prepared.”³¹ As a result, domestic courts will unavoidably be confronted with a wide range of potential conflicts between the uniform laws and relevant domestic rules, in which the most common problems are generally related to the issue of evidence.³² Precisely, this is because “evidence” may have different meanings in various domestic legal systems, especially in those systems where evidence is not exclusively classified as part of the procedural rules.³³

Specifically on the issue of the “extrinsic evidence” for the purpose of contract interpretation, and the interplay between the more liberal approach under CISG Article 8 and the different approaches under the domestic parol evidence rule, the conflicting rulings on the applicability of the US parol evidence rule to the CISG contracts were delivered by the two U.S. Circuit Courts. In *Beijing Metals & Minerals Import/Export Corp. v. American Business Center, Inc.*, the Fifth Circuit held that the domestic parol evidence rule, which generally operates to bar extrinsic evidence, should be applied, regardless of whether the contract is governed by the CISG or the US law, and despite the fact that the United States is a CISG Contracting State.³⁴ By contrast, in *MCC-Marble Ceramic Center, Inc v Ceramica Nuava D’ Agostino S.p.A. (“MCC-Marble”)*, the Eleventh Circuit held that, since both the CISG and the domestic parol evidence rule are substantive law, the CISG Article 8 prevailed over the domestic parol evidence rule, leading to the admissibility of the extrinsic evidence.³⁵

The Eleventh Circuit’s decision in *MCC-Marble* has widely been praised by many commentators, especially for advancing the Uniformity Principle of the Convention. Among others, Peter J. Calleo openly advocated that courts in the United States should follow the Eleventh Circuit’s approach in precluding the application of the domestic parol evidence rule to contracts governed by the CISG, and equally, other CISG member countries “should look to the cogent the Eleventh Circuit’s analysis as a model when they are confronted with interpreting not only Article 8 but also other provisions of the CISG.”³⁶ Despite a *prima facie*

³¹ See Orlandi, *supra* note 27, at 26.

³² *Id.*

³³ *Id.*

³⁴ *Beijing Metals v. Am. Bus. Ctr., Inc.*, 993 F.2d 1178, 1182 n.9 (5th Cir. 1993). In addition, it should be noted that the United States became the forty-second nation to adopt the treaty in 1988. See Richard E. Speidel, *The Revision of UCC Article 2, Sales in Light of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 16 Nw J. L. & Bus. 165, 166 (1995).

³⁵ *MCC-Marble Ceramic Ctr. v. Ceramica Nuova D’Agostino, S.p.A.*, 144 F.3d 1384 (11th Cir. 1998), cert. denied 526 U.S. 1087 (1999).

³⁶ See Peter J. Calleo, *The Inapplicability of the Parol Evidence Rule to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 28 Hofstra L. Rev. 799, 833 (2000)

desirable outcome in applying the CISG Article 8 instead of the domestic parol evidence rule pursuant to the Uniformity Principle, the Eleventh Circuit's analytical methodology, relying heavily on the substantive-procedural dichotomy might still, nevertheless, be problematic. McMahon, for instance, proposed that, given the diversity in domestic laws, "affixing a label of either substance or procedure to a legal rule is trickier than normal in the context of the CISG", and, domestic courts are, as a consequence, advised to take caution when applying the substance-procedure analysis.³⁷

Indeed, the substance-procedure analysis is "a popular target of scholarly criticism".³⁸ The CISG 1980 has tended to be analyzed largely from a substantive law point of view, with relatively limited clarifications on various procedural implications that may arise from its world-wide applications.³⁹ The substance-procedure dichotomy discourse is, therefore, a topic of endless implications in the international commercial disputes arena, and, for most part, an ongoing debate especially in the context of the CISG 1980.

The *central research* question for this study is whether domestic courts in the CISG Contracting States should rely on the substance-procedure analysis in confronting the issue of extrinsic evidence for the purpose of interpreting the contracts governed by CISG 1980? This legal doctrinal research proceeds on the *hypothesis* that domestic courts in the CISG Contracting States should not rely on the substance-procedure analysis, as this approach would be more complicated in the context of the CISG than in the traditional conflict of laws paradigm. Instead, in confronting the issue of admissibility of evidence for the purpose of interpreting the contracts governed by CISG, this study *recommends* that the courts in the CISG Contracting States should honor the duty to apply the CISG Article 8 through the lens of international law obligations, in the interests of legal certainty and uniformity in international sales law.

³⁷ See McMahon, *supra* note 25, at 1008 (stating that "It is therefore important that courts undertake an autonomous analysis of whether a matter is substantive or procedural rather than merely falling back on the labels used in the forum.")

³⁸ See Main, *supra* note 26, at 801.

³⁹ See Orlandi, *supra* note 27, at 24.

The *main objective* of this study is to analyze the problems of the substance – procedure analysis as an interpretative methodology in the context of the CISG Article 8 and, to propose a more desirable international approach for domestic courts in Contracting States⁴⁰ when obligations of international law are at stake, in order to ensure that international sales law gravitates towards uniformity. The *methodology* adopted in this study is the documentary research approach, based on information both from primary and secondary sources, including, *among others*, the CISG legal texts, domestic legislations, judicial decisions, official reports, UNCITRAL CISG Digest, previous empirical studies, and the rich body of scholarly writings. The ultimate contribution of this study is the proposed international framework with certain legal, theoretical and practical or policy implications in the context of the CISG Article 8 and beyond, delivering a clear picture and promoting a better understanding of the CISG 1980. The discussion, analysis, and findings in this research can also provide a systematic framework as a *useful foundation* for country-specific research or other uniform law projects in the future.

III. The Conflicting Laws: The CISG Article 8 versus the US Parol Evidence Rule

*“We are struck by a new world where there is...no parol evidence rule, among other differences.”*⁴¹

⁴⁰ With the fundamental objective and intended contribution of this study, namely, to propose an international framework, rather than a country-specific solution, the scope or the *focus* of this study is therefore on the domestic courts in CISG Contracting States. Given that the issue of Article 95 and 96 Declarations would induce a number of variable factors, such as the outcome derived under the conflict of law rules to see, in light of Article 96 Declaration, which country’s formality rule would then govern the contract in each case together with the relevant domestic legal environments; whether the places of business of seller and buyer is in the Counteracting States with the Article 96 Declaration (see CISG-AC Opinion No. 15, Reservations under Articles 95 and 96 CISG, Adopted by the CISG Advisory Council following its 18th meeting, in Beijing, China on 21 and 22 October 2013); as well as the fact pattern of the parties’ contracting practices, for example. Hence, the issue of Article 95 and Article 96 would need a proper case by case basis analysis taking into account a specific fact pattern and the relevant legal conditions applicable to each scenario as a future country-specific research, in which this study, while aiming at proposing an “international framework”, can provide a useful foundation for such future country-specific research. It should be noted that only a few out of 94 Countries have made each of the two Declarations. In addition, at the two hearings organized by the Ministry of Justice of Thailand in February and in September 2020 respectively, the same conclusion was reached which is that, like the majority of other CISG Contracting States, Thailand will not make any Declarations either under Article 96 or Under Article 95.

⁴¹ See Murray, John E. Jr., *An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 8 J.L. & Com. 11,12 (1988)

As a matter of law and policy, the basic operation of the domestic parol evidence rule is to protect “written contracts against perjured or otherwise unreliable testimony of oral terms”⁴² and to ensure that the parties’ expectations and understandings as recorded in written contracts will not be frustrated by extrinsic evidence.⁴³ “Extrinsic” means “outside”, the term ‘extrinsic evidence’ refers generally to all the elements outside of the written contract, including, *among others*, prior negotiations or arrangements, communications between the parties, or the execution of the contract.⁴⁴

Historically, the parol evidence rule was developed as a method for common law judges to control and prevent the juries from ignoring credible and reliable written evidence of the contract.⁴⁵ This general distrust toward the common law juries, was described as one of the main reasons for the adoption of the parol evidence rule,⁴⁶ making the rule become even more crucial in the United States than in other common law countries.⁴⁷ This is because, under the US law, there is the right to a jury trial in most civil cases,⁴⁸ guaranteed by the Seventh Amendment to the US Constitution.⁴⁹

On this premise, the underlying rationale of the parol evidence rule is, therefore, “to preserve the integrity of written contracts,”⁵⁰ and, as a matter of policy, “to motivate parties to put their complete agreement in writing.”⁵¹ To this end, albeit subject to numerous

⁴² See J. CALAMARI & J. PERILLO, *THE LAW OF CONTRACTS* 137 (3d ed. 1987)).

⁴³ See J. WHITE & R. SUMMERS, *HANDBOOK OF THE LAW UNDER THE UNIFORM COMMERCIAL CODE* ? 2-9 (2d ed. 1980) at 76.

⁴⁴ See PANHARD, Maxime. Admission of Extrinsic Evidence for Contract Interpretation: The International Arbitration Culture in Light of the Traditional Divisions, *International and Comparative Law Review*, vol. 18, no. 2, pp. 100–103 (2018).

⁴⁵ See Edward J Imwinkelried, *A Comparative Critique of the Interface between Hearsay and Expert Opinion in American Evidence Law*, 33, 34 *Boston College Law Review* 1 (1991); see also McCormick, *The Parol Evidence Rule as a Procedural Device for Control of the Jury*, 41 *YALE L.J.* 365, 370 (1932).

⁴⁶ See C. Valcke, *Contractual Interpretation at Common Law and Civil Law: An Exercise in Comparative Legal Rhetoric* [in:] J.W. Neyers, R. Brough, S. G.A. Pitel, *Exploring Contract Law*, Oxford 2009, at 95.

⁴⁷ See Supreme Court, Kenneth R. Thomas, and Larry M. Eig. *The Constitution of the United ... Centennial edition*. Washington: U.S. Government Printing Office, 2013. See also *Parsons v. Bedford*, 28 U.S. (3 Pet.) 433, 446–47 (1830); *Slocum v. New York Life Ins. Co.*, 228 U.S. 364, 377–78 (1913); *Baltimore & Carolina Line v. Redman*, 295 U.S. 654, 657 (1935); *Dimick v. Schiedt*, 293 U.S. 474, 476 (1935).

⁴⁸ See *Galloway v. United States*, 319 U.S. 372, 397, 63 S. Ct. 1077, 87 L. Ed. 1458 (1943) (Black, J., dissenting in part, concurring in part) (“trial by jury is a highly valued attribute of American government. It was regarded by the founders as ‘an essential bulwark’ of civil liberty.”)

⁴⁹ See J. STORY, *COMMENTARIES ON THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES 1757, 1762* (1833) (“[I]t is a most important and valuable amendment; and places upon the high ground of constitutional right the inestimable privilege of a trial by jury in civil cases.”)

⁵⁰ See Larry DiMatteo, *The Law of International Contracting*, 212 (2000).

⁵¹ See J. CALAMARI & J. PERILLO, *THE LAW OF CONTRACTS* 137 (3d ed. 1987)).

qualifications and exceptions, the parol evidence rule generally operates to bar a party from introducing evidence of prior agreements or negotiations that are contradictory to the writings.⁵² At the maximum, it has been pointed out that, under certain conditions, even “consistent additional terms” may not be admitted to supplement the writing, where that writing is deemed a “complete integration”.⁵³

Remarkably, the domestic parol evidence rule is inconsistent with Article 8(3) of the Convention.⁵⁴ According to both legislative history⁵⁵ and case law,⁵⁶ not only does the CISG Article 8⁵⁷ govern the interpretation of statements and conduct of the party, but also the interpretation of contract, including “the case where the document is embodied in a single document.”⁵⁸ Nevertheless, unlike the parol evidence rule approach under the US law, the approach of contract interpretation taken by the CISG under Article 8(3) explicitly instructs the courts to take into account extrinsic evidence.⁵⁹ By making a clear instruction to courts

⁵² See I E. Allan Farnsworth, Farnsworth on Contracts § 7.3, at 431; RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 216(1).

⁵³ It should be noted that different methods are used under the US law to determine whether a writing is completely integrated. See Peter Linzer, “The Comfort of Certainty: Plain Meaning and the Parol Evidence Rule,” 71 Fordham L. Rev. 799, 805-06 (2002); see also RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 216(2)(b) and UCC § 2-202.

⁵⁴ See Peter Winship, *Domesticating International Commercial Law: Revising U.C.C. Article 2 in Light of the United Nations Sales Convention*, 37 LOY. L. REV. 43, 57 (1991).

⁵⁵ United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March–11 April 1980, Official Records, Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committee, 1981, 18.

⁵⁶ CLOUT case No. 303 [Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, 1994 (Arbitral award no. 7331)]

⁵⁷ Article 8, under Paragraphs 1 and 2 respectively, provides two sets of criteria with a prescribed hierarchical order between the two: where the “subjective test” as prescribed by Article 8 (1) has to be applied before resorting to the objective test as provided under Article 8 (2). CISG Article 8 states in full as follows:

“(1) For the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was.

(2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.

(3) In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.”

⁵⁸ United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March–11 April 1980, Official Records, Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committee, 1981, 18. For case law, see Appellate Court Helsinki, Finland, 31 May 2004; CLOUT case No. 877 [Bundesgericht, Switzerland, 22 December 2000].

⁵⁹ CISG Article 8(3) states in full as follows: “In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.”

and tribunals to consider “all relevant circumstances”, including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties⁶⁰—without making any exceptions for the situations where the parties embodied their agreement in a writing, Article 8(3) bars certain traditional applications of the parol evidence rule.⁶¹ As Professor Flechtner put it, “the Convention rejects any special methodology, such as the parol evidence rule, for determining the parties’ intent as to the effect of a writing.”⁶²

To sum up, it is particularly noteworthy that the parol evidence rule, based on the objective theory of contract interpretation,⁶³ essentially operates to limit the admissibility of extrinsic evidence, whereas the CISG Article 8(3) does not. The CISG’s liberal approach has a number of important implications for the judicial methodologies when confronting with the international sales contract governed by the CISG 1980. One of the most vital implications of Article 8(3) is that the CISG affords to extrinsic evidence the same opportunity as written evidence to be considered by the courts for the purpose of contract interpretation.⁶⁴ Thus, at least in theory, courts are more likely to consider the contradictory evidence under the CISG than under the US parol evidence rule. Since the parol evidence rule has not been incorporated into the CISG 1980,⁶⁵ the methodological difference between the two approaches potentially poses an “interpretative challenge” for the US courts.

⁶⁰ *Id.* See also HONNOLD, UNIFORM LAW § 110, at 170-71.

⁶¹ See e.g., Ronald A. Brand & Harry M. Flechtner, *Arbitration and Contract Formation in International Trade: First Interpretations of the U.N. Sales Convention*, 12 J.L. & COM. 239, 251, 252 (1993) (suggesting that “Article 8(3) does overrule certain traditional applications of the parol evidence rule”). Nevertheless, it should be noted that, among a few, one commentator making serious attempt to reconcile the parol evidence rule with the CISG. See David H. Moore, Note, The Parol Evidence Rule and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Justifying Beijing Metals & Minerals Import/Export Corp. v. American Business Center, Inc., 1995 BYU L. REV. 1347.

⁶² See Hany M. Flechtner, *More U.S. Decisions on the U.N. Sales Convention: Scope, Parol Evidence, Validity and Reduction of Price Under Article 50*, 14 J.L. & COM. 153, 158 (1995).

⁶³ See e.g., Joseph M. Perillo, *The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation*, 69 Fordham L. Rev. 427 (2000).

⁶⁴ See HONNOLD, *supra* note 60, at 164-65. For the discussion on the drafting process. See also JOHN O. HONNOLD, UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES UNDER THE 1980 UNITED NATIONS CONVENTION 3-10 (4th ed. 2009).

⁶⁵ See CISG Advisory Council Opinion No. 3: Parol Evidence Rule, Plain Meaning Rule, Contractual Merger Clause and the CISG, 17 Pace Int’l L. Rev. 61 (2005).

IV. The Interpretative Dilemma Faced by the US Courts: the MCC-Marble Decision as a leading case

The question as to whether the US courts should apply their domestic parol evidence rule to the contracts governed by the CISG 1980 emerged in *Beijing Metals & Minerals Import/Export Corp. v. American Business Center* (“*Beijing Metals*”).⁶⁶ In *Beijing Metals*, the District Court, relying on the parol evidence rule, refused to hear at trial a testimony concerning alleged oral agreements,⁶⁷ and subsequently awarded summary judgment in favor of the Chinese seller.⁶⁸

On appeal, the US buyer sought to introduce the two previous oral agreements as a defense to its obligations under the contract, arguing on the basis that the contract was governed by the CISG 1980.⁶⁹ Despite this, the Court of Appeals for the Fifth Circuit held that “[w]e need not resolve this choice of law issue because our discussion is limited to the application of the parol evidence rule, which applies regardless.”⁷⁰ On this premise, the Fifth Circuit subsequently went on to apply the parol evidence rule under Texas law, regardless of whether the Texas law or the CISG was the governing law of the international sales contract, leading to the rejection of the testimony of the alleged oral terms as extrinsic evidence in that case.⁷¹ Against the claim of oral agreements, the District Court held and the Fifth Circuit affirmed in *Beijing Metals* that the US buyer “was barred by the parol evidence rule from introducing extrinsic evidence to alter the terms of the written agreement.”⁷²

In the aftermath of *Beijing Metals*, the Fifth Circuit’s opinion was severely criticized by several scholars for showing an intense homeward trend, the tendency of jurists to project domestic law, where the court’s decision was also deemed incorrect.⁷³ The court’s methodology in this decision was also characterized as “the somewhat bizarre and abstruse

⁶⁶ *Beijing Metals v. Am. Bus. Ctr., Inc.*, 993 F.2d 1178, 1182 n.9 (5th Cir. 1993).

⁶⁷ In *Beijing Metals*, a Chinese equipment manufacturer (Beijing) signed an agreement with American Business Center (ABC), stating that ABC would pay according to a schedule for overdue payments on Beijing’s prior shipments. Crucially, ABC insisted that parties had also orally agreed that Beijing’s defective shipments would have corresponding price reductions. See *Id.* at 1180.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.* at 1182.

⁷⁰ *Id.* at 1182-83 n.9.

⁷¹ *Id.* at 1183-84.

⁷² *Id.* at 1184.

⁷³ See e.g., Hany M. Flechtner, More U.S. Decisions on the U.N. Sales Convention: Scope, Parol Evidence, Validity and Reduction of Price Under Article 50, 14 J.L. & COM. 153, 158 (1995).

methods for determining intent associated with the parol evidence rule.”⁷⁴ The widespread criticisms of the Fifth Circuit’s ruling also fueled the concern that the “uniform application of CISG could be seriously threatened by the enforcement of domestic *procedural rules*.”⁷⁵

Six years later, in *MCC-Marble*, the U.S. District Court for the Southern District of Florida again exhibited apparent judicial ignorance of the interpretative methodology specified by Article 8(3) of the CISG, even when both parties mutually agreed that the CISG governed their international sales contract.⁷⁶

In *MCC-Marble*, MCC (the US buyer) negotiated an agreement to purchase ceramic tiles from D’Agostino (the Italian seller). After the negotiation in which the parties verbally agreed to several terms of the sales agreement, the parties then signed the Italian seller’s standard, pre-printed order form,⁷⁷ containing a number of pre-printed terms on the reverse side.⁷⁸ A dispute subsequently arose when the US buyer withheld payment for tiles, arguing that the tiles delivered were not of the quality specified in the contract, whereas the Italian seller refused to deliver any further shipments of tiles, claiming that it was entitled to cancel the contract for nonpayment, relying on the pre-printed terms on the reverse of the signed order form.⁷⁹

At trial, the US buyer sought to prove that the parties never intended the terms printed on the reverse to apply to the contract by offering extrinsic evidence—including three affidavits, all of which unanimously confirmed that, although the pre-printed form was signed by the buyer’s representative, no one intended to be bound by the clause printed on the reverse of the form.⁸⁰

⁷⁴ See Schlechtriem pointed out that: “... [Domestic rules of interpretation are also overridden in so far as they recognize only written declarations and do not permit proof that something else was agreed orally or some other meaning intended. Any (additional) oral agreements are valid under Art. 11; determination of what the parties wished or intended to express through their declarations is governed by Art. 8(3) and cannot be restricted by domestic law – e.g., by a “parol evidence rule” such as in ? 2-202 UCC ...]” See Orlandi, *supra* note 27, at 34.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ See *MCC-Marble*, *supra*, note 35.

⁷⁷ The front side of the form, just below the signature line, contained the following statement: “[T]he buyer hereby states that he is aware of the sales conditions stated on the reverse and that he expressly approves of them with special reference to those numbered 1-2-3-4-5-6-7-8.” See *Id.* at 1386.

⁷⁸ These terms included Clause 4, which required complaints regarding any defects in the tile to be made by certified letter within ten days of receipt, and Clause 6(b), which gave D’Agostino the right to cancel the contract for failure to make timely payment. *Id.*

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ The three affidavits included the affidavit from Monzon (i), buyer’s representative who negotiated and signed the form on behalf of the buyer, claiming that MCC had no subjective intent to be bound by those terms and that D’Agostino was aware of this intent; and affidavits from Silingardi (ii.) and Copelli (iii.), D’Agostino’s representatives at the trade fair, supporting Monzon’s claim that the parties subjectively intended not to be bound by the terms on the reverse of the order form. *Id.*

The magistrate judge explicitly rejected the US buyer's argument, holding that those affidavits were barred by the parol evidence rule, and recommended that the District Court grant summary judgment in favor of the Italian seller, since "the affidavits, even if true, did not raise an issue of material fact regarding the interpretation of the terms of the written contracts."⁸¹ Accepting this recommendation, the District Court subsequently awarded summary judgment in favor of the Italian seller. The US seller filed an appeal.

On appeal, the key question before the Eleventh Circuit was whether the parol evidence rule "plays any role in cases involving the CISG."⁸² Remarkably, the U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit explicitly held that, the language of Article 8(3) explicitly rejects the application of the parol evidence rule "which would otherwise bar the consideration of evidence concerning a prior or contemporaneously negotiated oral agreement."⁸³ Since the CISG precludes the application of the parol evidence rule, whereas the District Court's decision, resting on the terms incorporated on the reverse of the standard order form signed by the US buyer's representative, effectively rejected extrinsic evidence, the Eleventh Circuit, therefore, reversed the District Court's grant of summary judgment.

Interestingly, in reversing the District Court's findings, amounting to an express rejection of the judicial statements made by the Fifth Circuit in *Beijing Metals*, marking the new era of the judicial application of the CISG in the US legal history, the Eleventh Circuit also unusually placed "a great weight" on academic commentaries from several scholars in the *MCC-Marble* decision.⁸⁴ To a certain degree, this might be a positive sign of judicial awareness and fidelity to the international interpretative methodology set forth in Article 7(1)

⁸¹ *Id.* at 1387

⁸² *Id.* at 1388.

⁸³ The court stated that its "reading of article 8(3) as a rejection of the parol evidence rule ... is in accordance with the great weight of academic commentary on the issue.", citing, among others, John Honnold, Herbert Bernstein & Joseph Lookofsky, Harry Fletcher, and Peter Winship. *Id.* at 1390.

⁸⁴ For the list of these CISG commentaries cited by the Eleventh Circuit, see *id.* at n. 17 (including, among others, "HONNOLD, UNIFORM LAW § 110, at 170-71; LOUIS F. DEL DUCA ET AL., SALES UNDER THE UNIFORM COMMERCIAL CODE AND THE CONVENTION ON INTERNATIONAL SALE OF GOODS 173-74 (1993); Henry D. Gabriel, A Primer on the United Nations Convention on the International Sale of Goods: From the Perspective of the Uniform Commercial Code, 7 IND. INT'L & COMP. L. REV. 279, 281 (1997); HERBERT BERNSTEIN & JOSEPH LOOKOFSKY, UNDERSTANDING THE CISG IN EUROPE 29 (1997); Harry M. Fletcher, Recent Developments: CISG, 14 J.L. & COM. 153, 157 (1995); John E. Murray, Jr., An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 8 J.L. & COM. 11, 12 (1988); Peter Winship, Domesticating International Commercial Law: Revising U.C.C. Article 2 in Light of the United Nations Sales Convention, 37 LOY. L. REV. 43, 57 (1991).")

of the Convention. Contrasting with the Fifth Circuit's decision in *Beijing Metals*, the Eleventh Circuit's ruling in *MCC-Marble* meaningfully helped to lay the foundation for American jurisprudence on the interplay between the CISG and the US parol evidence rule.⁸⁵

V. The Analysis: The Substance-Procedure Dichotomy as a Solution to this Dilemma?

Unquestionably, the *MCC-Marble* decision has been widely praised by CISG scholars, especially for the judicial application of the CISG, remedying the unintended homeward trend bias⁸⁶ that threatened to undermine the intended purpose of the Convention. A deeper question that deserves a closer look from legal scholars, especially into its potential impact and wider implications for international approach to the CISG, however, is whether the Eleventh Circuit's approach relying heavily on the substance-procedure dichotomy, leading ultimately to the rejection of the US parol evidence rule, could be potentially problematic.⁸⁷ The following part of this research paper adds another level to the methodological examination by providing some in-depth review of literature and analysis in order to demonstrate why the substance-procedure dichotomy, employed by the Eleventh Circuit, might be a problematic solution to such judicial dilemma.

According to Professor Garnett, "[a]s the most preliminary phase of judicial analysis in private transnational litigation, the substance-procedure distinction plays a key role in determining the identity of the law to be applied."⁸⁸ Likewise, in the *MCC-Marble* case, the Eleventh Circuit began its analysis by observing that "the parol evidence rule, contrary to its title, is a *substantive* rule of law, not a rule of evidence."⁸⁹ To this end, the court

⁸⁵ To illustrate, in light of the *MCC-Marble* decision, a number of the US courts have subsequently followed the court's ruling in this case, including, among others, the District Court in *Mitchell Aircraft Spares Inc v European Aircraft Service AB* (1998) 23 F Supp 2d 915, 920-21 (ND Ill ED), and in *Shuttle Packaging Systems LLC v Jacob Tsonakis*. Similarly, several domestic courts in other CISG cases also essentially delivered a similar ruling in line with the *MCC-Marble*, even though they did not explicitly cite to the case. For instance, in *Calzaturificio Claudia v Olivieri Footwear*, the Court held that "contracts governed by the CISG are freed from the limits of the parol evidence rule and there is a wider spectrum of admissible evidence to consider in construing the terms of the parties' agreement." See CLOUT case 413, U.S. [Federal] District Court for the Southern District of New York.

⁸⁶ For the discussion on the "homeward trend bias", see e.g., Andersen, C. The CISG in National Courts. In L. DiMatteo (Ed.), *International Sales Law: A Global Challenge* (pp. 63-76). Cambridge: Cambridge University Press (2014).

⁸⁷ *MCC-Marble*, *supra*, note 35, at 1388-89.

⁸⁸ See Richard Garnett. Edition: 1st ed. Imprint: Oxford, U.K.: Oxford University Press, (2012).

⁸⁹ *MCC-Marble*, *supra*, note 35, at 1388-89.

explicitly cited Professor Farnsworth's famous classification of the nature of the law, as either *substantive or procedural*.⁹⁰

Relying on Professor Farnsworth's classification, the Eleventh Circuit stated in its decision that the parol evidence rule "does not purport to exclude a particular type of evidence as an 'untrustworthy or undesirable' way of proving a fact, but prevents a litigant from attempting to show the fact itself – the fact that the terms of the agreement are other than those in the writing."⁹¹ After engaging in this thorough analysis, the Eleventh Circuit then concluded that the parol evidence rule is a substantive rule of law,⁹² and because the rule is inconsistent with the CISG Article 8, the court cannot apply the parol evidence rule in cases involving the CISG.⁹³

Although the final outcome delivered by the Eleventh Circuit's application of substance-procedure analysis seems to be teleologically satisfactory, especially in comparison with the *Beijing Ceramics* decision, the wider application of the judicial methodology relying on substance-procedure dichotomy beyond the *MCC-Marble* context, can, nevertheless, be problematic. This interpretative methodology is problematic because, to be adopted worldwide, it can, at worst, produce outcome-determinative effect and, hence, the inconsistencies within the system of CISG. The following section provides some further explanation of this problematic scenario.

Assuming that the substance-procedure analysis was a satisfactory approach and to be adopted worldwide for the disputes governed by the CISG 1980, the interpretative methodology in line with this approach is likely to operate as follows:

(a.) If a given relevant domestic rule was to be classified as a rule of substantive law (such as the case of the US parol evidence rule in *MCC-Marble* case), and, if that rule was also inconsistent with the CISG Article 8, then the court would not apply that domestic rule, as the CISG is already a substantive law governing international sale contracts;

⁹⁰ *Id.* (quoting E. ALLAN FARNSWORTH, FARNSWORTH ON CONTRACTS § 7.2 (3d ed. 2004)). "[A] rule of evidence is the result of a policy decision and seeks to bar the use of a particular method of proving a fact—it does not, however, bar proof of fact itself. On the other hand, the parol evidence rule raises a bar to proving the fact itself, specifically that certain things were said or done during contract negotiations."

⁹¹ *Id.*

⁹² In other words, the District Court cannot simply apply the rule as a procedural matter, *Id.* at 1389-90.

⁹³ *Id.* at 1391.

(b.) On the contrary, if the given relevant domestic rule was to be classified as a rule of *procedural* law, then, under the same logic, that rule would be treated as a gap-filler for the procedural matters. As the CISG is generally a substantive law, then the court would apply that relevant domestic procedural rule instead of the relevant CISG provision(s).

There is no doubt that scenario (b.) would be dangerous or undesirable from the uniform law standpoint. To clarify, while there might be nothing wrong with applying this methodology to the normal scheme of *purely* international private law matter, to apply this traditional approach to the special matters govern also by public international law obligations however, might be a different story. Indeed, the fear among CISG supporters, that the “well-recognized goal of promoting uniformity in international trade and the great efforts made to achieve an independent set of substantive rules would be nullified by the application of arcane or outdated domestic procedural rules,” is legitimate.⁹⁴ A number of literature also revealed the real risk that the efforts to harmonize and modernize international sales law can be diluted by the inevitable diversities in domestic laws present in various countries.⁹⁵

In the United States, as pointed out by Professor Corbin, and as formally endorsed by the Eleventh Circuit, the parol evidence rule is “not a rule of evidence...it is now most commonly described as a rule of substantive law.”⁹⁶ Hence, under this scenario, the application of substance-procedure analysis by a US court, should also lead to the outcome that is in line with the Eleventh Circuit’s decision in *MCC-Marble*, when the same fact pattern is presented. This means that the US courts are, on this premise, unlikely to apply its domestic parol evidence rule. Instead, the CISG Article 8, as a substantive law governing the international sales contract, will be applied and the extrinsic evidence will, accordingly, be considered in light of a similar fact pattern as in the *MCC-Marble* case.

Additionally, under the substance-procedure analysis, a similar outcome should also be expected in other common law jurisdictions where the parol evidence rule is domestically labelled as a rule of substantive law in those countries. For instance, under

⁹⁴ See Orlandi, *supra* note 27, at 26.

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ Arthur L. Corbin, The Interpretation of Words and the Parole Evidence Rule, 50 CORNELL L.Q. 161, 181 (1965) (stating that “This is a rule of substantive contract law, not a rule of evidence”).

the contract law of Australia which is also a CISG Contracting State, the parol evidence rule is, similar to the US system, domestically classified as a substantive common law rule.⁹⁷ In this scenario, the judicial application of the substance-procedure approach, should also lead to a consistent outcome in the Australian courts.

Nevertheless, even among the common law countries themselves, the judicial application of the substance-procedure approach might still be problematic, and can give rise to an unsatisfactorily inconsistent outcome within the system of international sales Convention. Potentially, this scenario can be the case where the parol evidence rule, under some common law jurisdictions, might be classified as a domestic procedural law in particular, or even when it can be reconciled with the CISG Article 8, due to numerous exceptions, it might, nevertheless, make judicial determination unnecessarily complicated.

Taking Singapore as an example, notwithstanding that Singapore is also a CISG Member State and, at the same time, a common law country like the United States, the parol evidence rule in Singapore can, however, be considered as a domestic procedural law, historically codified in the Evidence Ordinance of 1893 and currently contained in the Singapore Evidence Act.⁹⁸ As affirmed in the famous *Zurich Insurance* case,⁹⁹ after pointing out the decline of the parol evidence rule under English law, the Singapore's Court of Appeal also explained, nevertheless, that relevant aspects of the parol evidence rule continue to apply in Singapore under section 93 and section 94 of the Evidence Act.¹⁰⁰ Interestingly, in *BQP v BQQ*,¹⁰¹ the court held that national rules concerning admissibility of evidence, including the *Zurich* criteria, are *procedural* in nature.¹⁰² Similarly, the Singapore High Court in this case also

⁹⁷ For the discussion on Australian parol evidence rule, see e.g., *Mercantile Bank of Sydney v Taylor* (1891) 12 LR (NSW) 252.

⁹⁸ Evidence Act (Cap. 97, 1997 Rev. Ed.) of Singapore.

⁹⁹ *Zurich Insurance Singapore Pte Ltd v B-Gold Interior Design & Construction Pte Ltd* [2008] SGCA 27.

¹⁰⁰ See *Zurich Insurance*; The New Contractual Interpretation in Singapore: From *Zurich Insurance* to *Sembcorp Marine Goh Yihan* [2013] Sing JLS 301 (Dec). In addition, in *Yap Son On v Ding Pei Zhen* [2016] SGCA 68, the Singapore Court of Appeal “reaffirmed the two-step approach in *Zurich Insurance* regarding the issue of extrinsic evidence that the Court first considers whether extrinsic evidence is to be admitted as a matter of evidence, and then interprets the contract as a matter of substantive law. On the first step, the Court reaffirmed the starting point that when the parties intended the document to represent the complete agreement between them, then section 94 of the *Evidence Act* (Cap 97, 1997 Rev Ed) (“EA”) operates to bar extrinsic evidence from being used to contradict, vary, add to, or subtract from that contract.” Reported by Leong Hoi Seng Victor (Justices’ Law Clerk, Supreme Court, Singapore) & Zhuang Changzhong (Practice Trainee, Harry Elias Partnership LLP, 20 Feb 2017).

¹⁰¹ *BQP v BQQ* [2018] SGHC 55 (judgment rendered on 14 March 2018).

¹⁰² See Darius Chan, *Interpreting Contracts under Singapore Law in International Arbitration — The Sequel*, The Singapore Law Gazette, July 2018 available at <https://lawgazette.com.sg/>

made it clear that the question of the admissibility of pre-contractual negotiations in construing written agreements, as established by the Court of Appeal in *Sembcorp Marine Ltd v PPL Holdings Pte Ltd*,¹⁰³ was a question of evidence or *procedural* law and not a question of contract law which governs the substantive rights of the parties.”¹⁰⁴

In addition, given the considerable similarities, both legally and historically, between the evidence law doctrines contained in the Evidence Act 1872 of India,¹⁰⁵ and those under the Evidence Act of Singapore,¹⁰⁶ the problem of inconsistency might also persist in India, assuming the judicial adoption of the substance-procedure analysis. Indeed, such an inconsistency in the outcomes as a potential consequence of applying the substance procedure analysis based on domestic classification, as inherent in the Eleventh Circuit’s methodology, is an indication of an “upgraded” homeward trend, which is unsatisfactorily paradoxical. Given the wider adoption of the substance-procedure approach beyond the US jurisdictions, it would be even more puzzling especially when one is reminded that, like the United States, Singapore, or even India, are likewise a fellow of the common law traditions and also, at the same time, a CISG Contracting State.

Regarding the civil law traditions, although it was once indicated that, in relation to the concept of parol evidence rule, “no study was made of civil law jurisdictions”, it was, nevertheless, also pointed out that certain jurisdictions, such as Japan, do not seem to have a parol evidence rule.¹⁰⁷ Similarly, the CISG Advisory Council Opinion No. 3 also pointed out that the civil law traditions generally do not have jury trials in civil cases¹⁰⁸ and, therefore, do not place limits on the kind of evidence admissible to prove contractual terms between merchants.¹⁰⁹ In addition, this study also found that whilst the French Civil Code incorporates a version of the parol evidence rule for ordinary contracts, there is no such rule with regards

¹⁰³ *Sembcorp Marine Ltd v PPL Holdings Pte Ltd* [2013] 4 SLR 193.

¹⁰⁴ *Id.* at 122.

¹⁰⁵ It should be noted that India is also a CISG Contracting State.

¹⁰⁶ See Chen, Siyuan, “REVISITING THE SIMILAR FACT RULE IN SINGAPORE: Public Prosecutor v. Mas Swan Bin Adnan and Another.” *Singapore Journal of Legal Studies*, 2011, pp. 553–563. *JSTOR*, available at www.jstor.org/stable/24871189.

¹⁰⁷ See Report of the Law Reform Committee on the Review of the Parol Evidence Rule, Nov. 2006; Creator: Singapore Academy of Law. Law Reform Committee, available at <https://www.sal.org.sg/> See also Kaufman, Gregory Laurence and Others v *Datacraft Asia Ltd* [2005] SGHC 174, Judith Prakash J, at 34.

¹⁰⁸ CISG Advisory Council Opinion No. 3, *supra* note 65, at 64.

¹⁰⁹ See *id.* at 66-67. See also Heinstein, “Comparative Law-Its Functions, Methods and Usages,” 22 *Ark. L. Rev.* 415, 422 (1968).

to commercial contracts, and, hence, all forms of proof are generally available in the context of merchants.¹¹⁰ In Germany, no parol evidence rule exists either for civil or commercial contracts, although, like Japanese law and Scandinavian laws, German law presumes that the writing is “accurate and complete.”¹¹¹

After suggesting the general absence of the parol evidence rule for the case of commercial contracts in many civil law countries, most literature on the CISG Article 8, including the CISG Council Opinion No. 3, usually concludes that, the parol evidence rule, based on the objective theory of contract interpretation,¹¹² has not been incorporated into the CISG,¹¹³ and stopped their analysis at this point. On this basis, since the US courts, including the Eleventh Circuit, declared that “the parol evidence rule is a rule of substantive law”,¹¹⁴ by the application of substance-procedure analysis, the CISG Article 8, accordingly, prevails over the US parol evidence rule, simply because the CISG is also a substantive law, and is the governing law of international sale contracts. Along this line, it was also proposed that the common law parol evidence rule does “not exist and are likely not to be understood in civil law countries”,¹¹⁵ before similarly concluding that Article 8 serves “to erase this discrepancy by adopting into the CISG the civil law system’s admission of evidence that would otherwise be blocked by the common law’s parol evidence.”¹¹⁶

In a sense, propositions of this kind might lead to a general perception that, in light of the substance-procedure analysis, the civil law courts should not have the problem of inconsistency when applying the CISG Article 8, since, unlike the common law jurisdictions, for instance, “France is the only major civil law country that has a version of the parol

¹¹⁰ See *id.* See also C.Civ. (Fr.) Art. 1341 (1); C.Comm. (Fr.) Art. L. 110-3.

¹¹¹ See *id.* See also Otto PALANDT (Helmut Heinrichs), *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 125 BGB Rn. 15 (64th ed., Munich 2005).

¹¹² See e.g. Joseph M Perillo, ‘The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation’ (2000) 69 *Fordham Law Review* 427.

¹¹³ See *id.*

¹¹⁴ See *Electric Distrib., Inc. v. SFR, Inc.*, 166 F.3d 1074, 1082 n.3 (10th Cir. 1999); see also *In re Continental Resources Corp.*, 799 F.2d 622, 626 (10th Cir. 1986) (“We begin by observing that the parol evidence rule is a rule of substantive law.”); *Baum v. Great W. Cities, Inc.*, 703 F.2d 1197, 1205 (10th Cir. 1983) (“The parol evidence rule is, of course, fundamentally a rule of substantive law, not the law of evidence ... Thus, any evidence offered to prove earlier conduct is irrelevant if offered to contradict unambiguous writing.”) (emphasis added); *Investors Royalty Co. v. Lewis*, 91 P.2d 764, 766 (Okla. 1939) (“The parol evidence rule is a rule of substantive law”).

¹¹⁵ See McMahon, *supra* note 25, at 1026.

¹¹⁶ See *id.*

evidence rule” which, nevertheless, does not apply to the merchants.¹¹⁷ Leaving aside its merits, this perception largely relies on the traditional observation that; the civil law system adopts subjective theory of contract interpretation,¹¹⁸ whereas the common law traditions feature the parol evidence rule as a manifestation of the objective theory, which is subsequently precluded by the CISG Article 8.¹¹⁹ Whilst most literature tends to focus on the conclusion that leads to the inapplicability of the parol evidence rule to the contracts governed by the CISG, with some discussions on certain aspect the civil law traditions in a *more or less* comparative manner, there is, nevertheless, still a *missing jigsaw* in the picture.

Indeed, such a conceivable perception, focusing heavily on the substantive law strand, even when leaving aside its merits, fails to take into account the overall picture of a legal system. Crucially, the missing jigsaw here could be the procedural law aspects of some civil law countries. Arguably, some features of the common law parol evidence rule might, in fact, have been incorporated into some civil law jurisdictions, albeit on the side of domestic

¹¹⁷ See John E Murray Jr, ‘An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods’ [1998] *Journal of Law and Commerce* 8, at n 154.

¹¹⁸ Unlike the common law traditions, civil law rule concerning contract interpretation essentially prioritized a *subjective theory* of interpretation before an *objective theory* of interpretation. For instance, Article 1188 of the *French Civil Code* of 1804 provides that “[t]he contract is interpreted according to the common intention of the parties *rather than in the literal sense of its terms—where such intention cannot be ascertained*, the contract shall be interpreted in the sense to be given to it by a reasonable person in the same situation.” *The French civil code* encourages judges to search for and prioritize the common intent of the contracting parties, the circumstances of its formation and how it might have been executed (see Code Civil [French civil code] art. 1188.), and not just merely or exclusively rely on the literal meaning of the written terms of the contract. (FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Eric, *Les obligations*, 1. L’acte juridique, Dalloz editions, 2014 at 414.) Similarly, the *Spanish civil code* provides that in determining the parties’ intent, the court should take into account their conducts which are “contemporary and subsequent” to the contract. Further, in case of inconsistencies or contradictions between the parties’ intent and the written terms of the contract, here, the parties’ intent should prevail. (Codigo Civil Español [Spanish Civil Code], art. 1281-82). A similar approach is also found in Italian law, where the Italian *Civil Code* provides that the contract shall be interpreted in accordance with the parties’ intent, rather than the literal meaning of the written terms of contract. (Italian Codice Civile [Italian Civil Code], art. 1362).

¹¹⁹ See e.g., William Tetley, *Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)*, 60 *La. L. Rev.* (2000) (explaining that “The common law objective contract theory dictates those contractual promises be interpreted according to the reasonable expectation of the promise (an objective standard). Civil law, which is based on the autonomy of free will, requires actual consent (a subjective standard), but presumptions of fact are available to the trial judge”).

procedural law, such as the Code of Civil Procedure.¹²⁰ Therefore, if the substance-procedure methodology is to be adopted by the civil law courts where its domestic procedural law contains similar characteristics to that of the common law parole evidence rule, the problematic substance-procedure analysis, if adopted by the courts, might similarly generate inconsistency in the system of the uniform law. To a lesser degree, even where numerous exceptions of a domestic procedural rules¹²¹ might be able to reconcile with the CISG Article 8, and the inconsistent outcome could ultimately be avoided, the judicial adoption of such substance-procedure analysis might, nevertheless, render the judicial problem-solving process unnecessarily complicated and counter-productive.

¹²⁰ As a *prima facie* example only, Section 94 of the Code of Civil Procedure of Thailand, not yet but potentially a next CISG Contracting State, contains certain aspects, albeit not perfectly identical, of the common law parole evidence rule. For instance, an article written by a Judge of the Central Intellectual Property and International Trade Court of Thailand, suggested that: “For parole evidence rule or (PER), under the Civil Procedure Code section 94: Where evidence in writing is required by legislation, oral evidence is not admissible instead of documentary evidence or for adding and varying its content, even opposing parties give consent.”) See Sirilak Arunpraditkun, *The Legal Appropriation of the Kingdom of Thailand on The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980, 1989 (CISG)*, Central Intellectual Property and International Trade Court, at page 10 available at <https://ipitc.coj.go.th/content/category/detail/id/14/cid/10378/iid/98742> Despite this, as previously pointed out, it should be emphasized again that, according to Prof. Jaran Pukditanakul, Section 94 of Thai law is not exactly identical to the common law parole evidence rule, although the rule has some historical influence on this Section. See Sansern Aiemsuttiwat, *Guideline on the Solution to the Problems Concerning the Exclusionary Rule of Witness in Civil and Commercial Cases*, (2016) available at <https://repository.au.edu/handle/6623004553/18053>. More importantly, to see the precise effect of the interplay between the CISG Article 8 and the Section 94 of Thailand’s Code of Civil Procedure after Thailand has become a CISG Contracting States would require a country-specific analysis as it will depend on several variable factors (e.g. the issue of Article 96 Declaration and the outcome under the conflict of law rules, the contracting practices and the fact pattern of the case, the interpretative approach on the notion of domestic public policy, and the most important one is the judicial approach ultimately employed by the Thai courts). What can be ascertained, at least, is that to adopt a traditional substance-procedure approach would make, at the minimum, the judicial methodology unnecessarily more complicated than to adopt the international framework through the lens of international law obligation as recommended in Part VI of this research paper. Equally, if Thailand becomes a CISG Contracting State without making the Article 96 Declaration, which is likely to be the case according the public hearing hosted by the Ministry of Justice in 2020, the chance that the CISG Article 8 will be interfered by the Section 94 of the Thai law would be much lower, given the provision of the CISG Article 11. Ultimately, it would still depend on the judicial willingness to honor the international law obligation to apply the CISG provisions, and treat the CISG as a Thai *lex specialis* law for international sales contracts and depart from the strict substance-procedure dichotomy, for instance. This study, while aiming at proposing an international framework, should also help to provide a useful foundation for a country-specific analysis.

¹²¹ According to the Eleventh Circuit, relying on the rule’s numerous exceptions, Professor Moore was the “only one commentator” making “any serious attempt to reconcile the parole evidence rule with the CISG”, yet, was explicitly rejected by the court, as appeared in the MCC-Marble opinion, on the ground of legal certainty in the interest of parties to an international contract for the sale of goods. See *MCC-Marble*, *supra*, note 35, at 1390-91.

Unlike the typical cases of international contract disputes that would generally involve a normal application of domestic conflict of laws rules, and whilst the Convention itself is the international effort to harmonize an area of private international law, the judicial obligations to apply the CISG Article 8 by the courts in the Contracting States however, is formally and legally a matter of public, not private, international law obligations.¹²² Under this legal basis, the judicial application of the traditional substance-procedure analysis to answer the question—whether the Article 8 of the Convention or the relevant domestic law rules should apply to the issue that is already and explicitly governed by the Convention—is, thus, problematic and unsatisfactory.¹²³

In traditional scenario of the rules of private international law (or the conflict of laws rules), the so-called *lex fori regit processum* doctrine has proclaimed for centuries that procedural matters shall be governed almost exclusively by the domestic law of the forum ('lex fori').¹²⁴ Hence, in a typical international commercial dispute, the traditional view of conflict of law rules usually holds that, in practice, "when a court labels a rule "procedural" for choice-of-law purposes, the court applies local law"¹²⁵ and "questions relating to the admissibility of evidence, as a general rule, should be determined by the local law of the forum."¹²⁶

Despite this, for domestic courts in Contracting States, the application of the CISG is correctly *not* a matter of applying a foreign law that would *otherwise* involve general application of conflict of law rules, but, rather, is a matter of public international law obligation, officially and legally transformed into the law of the land of the Contracting States.¹²⁷ On this legal basis, domestic courts in the CISG Contracting States should, therefore,

¹²² For the discussion of this international law obligation to apply the CISG in light of the issue of "tacit waiver" analyzing the tension between domestic procedural law and the CISG Article 6, see Lisa Spagnolo, Iura Novit Curia and the CISG: Resolution of the Faux Procedural Black Hole (2010) at 192 in I. Schwenzer & L. Spagnolo (eds), *Towards Uniformity: the 2nd Annual MAA Schlechtriem CISG Conference*, Eleven International Publishing, The Hague, (2011).

¹²³ See CISG Article 7.

¹²⁴ See Richard Garnett, *Substance and Procedure in Private International Law* (Oxford University Press, 2012) 1, 5–6.

¹²⁵ See e.g., PETER HAY ET AL., *CONFLICT OF LAWS: CASES AND MATERIALS* 404 (12th ed. 2004).

¹²⁶ See e.g., *RESTATEMENT (SECOND) OF CONFLICT OF LAWS* ? 138 (1971). ("questions relating to the admissibility of evidence, whether oral or otherwise, should usually be determined by the local law of the forum. The trial judge must make most evidentiary decisions with dispatch if the trial is to proceed with reasonable celerity. The judge should therefore, as a general rule, apply the local law of his own state.")

¹²⁷ For instance, since the United States is a CISG Contracting States, thus, the CISG is the law of the land of the United States, see e.g., *Asante Technologies, Inc. v. PMC-Sierra, Inc.*, 164 F.Supp. 2d 1142, 1149-50 (N.D. Cal. 2001.)

treat the CISG as a matter of applying a domestic *lex specialis* law, governing the sphere of international sales contracts. This means that the applicability of the CISG provisions *does not* depends on the traditional conflict of laws rules approach but, rather, on the conditions legally set forth in the Convention itself, especially under Article 1 of the CISG,¹²⁸ giving rise to international law obligations, binding upon the Contracting States, and the domestic courts.¹²⁹ In other words, in the courts of Contracting States, the CISG is “applicable by operation of law”, namely the treaty law that has been transformed into domestic law.

To evaluate the approach taken by the Eleventh Circuit through the lens of international law obligation, in terms of the outcome, the court’s decision is a good example of a domestic court delivering the outcome in observance of the uniformity principle under Article 7; in terms of methodology, however, the court erred in performing a substance-procedure analysis in reaching such an outcome.¹³⁰ In *MCC-Marble*, the Eleventh Circuit’s opinion is based on the finding that the parol evidence rule was a substantive rule of law, and because it conflicted with a provision of the CISG, the parol evidence rule could not be applied.¹³¹ The underlying logic of the court’s substance-procedure analysis is that if the court determines that a domestic rule is *procedural*, it should be applied, regardless of whether a CISG provision governs the matter. This approach is, at worst, incorrect, and, at best, unsatisfactory, opening the gate for improper application of the CISG if it is to be adopted worldwide.

Fundamentally, another problem associated with the substance-procedure analysis in the context of a contract governed by the CISG is that such an approach is based on a potentially flawed assumption that “the Convention is about contracts, not about

¹²⁸ To illustrate, pursuant to Article 1(1)(a), this Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States, when the States are Contracting States.

¹²⁹ This notion has also been confirmed by the UNCITRAL officers responsible for the matter of the CISG in a meeting organized by the Head of UNCITRAL RCAP as part of the “UNCITRAL Asia Pacific Day” event at Faculty of Law, Chulalongkorn University, in December 2019.

In addition, for the proposition that the CISG is applied as a matter of public international law obligation, with the example of the legal authority to support the notion that the international obligations have to be performed by the domestic courts in the context of domestic procedural laws and the issue of tacit waiver under the CISG, *see e.g.* Spagnolo, *supra* note 122.

¹³⁰ *See* McMahon, *supra* note 25, at 1012.

¹³¹ *MCC-Marble*, *supra*, note 35, at 1391.

procedure”,¹³² and, hence, the CISG is a substantive law, therefore, procedural matters fall outside of the scope of the CISG. In other words, in light of the substance-procedure dichotomy, this traditional view often treats the procedural issues as a gap or matter not governed by the CISG.

Despite this, a bright line *cannot* be drawn.¹³³ As explained in a world-renowned Commentary on the CISG, “some matters which may be labeled as “procedural” by the domestic laws could in fact already be governed by an explicit provision of the CISG.”¹³⁴ On this premise, according to Professor Schlechtriem in particular, Article 11, which unequivocally allows a contract to be proved by any means including witnesses, “overrides even where rules as to the form of evidence are classified by domestic law as procedural.”¹³⁵ Similarly, there are several other provisions of the CISG 1980, in which certain procedural matters have been included, both explicitly and implicitly, such as the matter of the distribution of the burden of proof and a shift of the burden between the parties, for example.¹³⁶ Since the application of the CISG is a matter of international law obligation, it is of utmost importance that courts in Contracting States refrain from using a substance-procedure analysis in the case where CISG does already and directly govern the matter.¹³⁷

Affirmatively, on the issue as to whether domestic courts have to consider extrinsic evidence—such as the affidavits, discussing the preliminary negotiations, reporting that the parties’ subjective intent not to apply certain terms of the written contract, like in the *MCC Marble* case—is already governed by the provision of the CISG Article 8. This is because Article 8 already provides an explicit instruction to the tribunals on this matter. Explicitly, Article 8(1) requires domestic courts to consider evidence of a party’s subjective intent. Equally, Article 8(3) is “a clear instruction to admit and consider extrinsic or parol evidence

¹³² For exam, Judge Posner once stated, although with subsequent criticisms, that the CISG governs substantive issues and “the Convention is about contracts, not about procedure...Thus when applied to actual disputes the Convention resembles an island of international rules surrounded by an ocean of still-applicable national law.” See *Zapata Hermanos Sucesores v. Hearthside Baking*. United States Court of Appeals, Seventh Circuit. Nov 19, 2002. 313 F.3d 385 (7th Cir. 2002).

¹³³ See COMMENTARY ON THE U.N. CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG) 96 (Peter Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer eds., 2d ed. 2005) at 71-72.

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ See *id.* See also Article 11 of the CISG states in full as follows: “A contract of sale need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirement as to form. It may be proved by any means, including witnesses.” See CISG Article 11.

¹³⁶ See e.g., Articles 25, 35, 36, 39 and 74 of the CISG.

¹³⁷ It should be noted however that the substance-procedure analysis could be relevant in the case where there is a gap in the convention. See generally, McMahon, *supra* note 25.

regarding the negotiations to the extent they reveal the parties' subjective intent.”¹³⁸ Hence, once the matter is already governed by the CISG, that relevant provisions of the CISG “are applicable regardless of whether the courts apply a procedural or substantive label to them.”¹³⁹

The conclusion that Article 8 is a rejection of the domestic parol evidence rule also finds support in the Convention's legislative history.¹⁴⁰ Indeed, at the time of the drafting of the CISG, it was determined that the courts should not be restricted from reviewing all evidence, since the drafters' rationale behind the CISG Article 8 was for the intention of the parties to take priority over the contract.¹⁴¹ Hence, taking into account, *among others*, the negotiations, previous practices and even subsequent conducts of the parties can assist the courts in determining the parties' real intention and understanding of the contract. Historically, this interpretative trend was also emerged at the time when the common law

¹³⁸ See *MCC-Marble*, *supra*, note 35., at 1389.

¹³⁹ See *McMahon*, *supra* note 25, at 1013.

¹⁴⁰ The brief history of the CISG, it can be explained as follows: “During the seventh meeting of the First Committee, the Canadian representative proposed the addition of a new paragraph to current article 11. See U.N. Conference on Contracts for the International Sale of Goods, 1st Comm., 7th mtg., 1 82, at 270, U.N. Doc. A/CONF.97119 (1980), in JOHN O. HONNOLD, DOCUMENTARY HISTORY OF THE UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES 2-4 (1989) at 491. The new paragraph would have restricted the admissibility of testimony contradicting a written contract. Report of the First Committee, U.N. Conference on Contracts for the International Sale of Goods, 1st Comm., art. 10, 1 3, at 90, U.N. Doc. A/CONF.97119 (1980), in HONNOLD, DOCUMENTARY HISTORY at 662. The proposed paragraph read: Between the parties to a contract of sale evidenced by a written document, evidence by witnesses shall be inadmissible for the purposes of confuting or altering its terms, unless there is prima facie evidence resulting from a written document from the opposing party, from his evidence or from a fact the existence of which has been clearly demonstrated. However, evidence by witnesses shall be admissible for purposes of interpreting the written document. *Id.* The Japanese representative objected to this proposal because he believed it to be essentially a “restatement” of the rigid and difficult to apply parol evidence rule. U.N. Conference on Contracts for the International Sale of Goods, 1st Comm., 7th mtg., 1 84, at 270, U.N. Doc. A/CONF.97119 (1980), in HONNOLD, DOCUMENTARY HISTORY, at 491. Though at least two representatives favored the amendment, the Canadian proposal “did not seem to command wide support” and was not adopted by the Committee. *Id.* 1 86. From this it might be assumed that the parol evidence rule was rejected by the drafters of C.I.S.G. However, the limitation on testimony proffered by the Canadian representative was triggered by the mere existence of a writing. *Id.* ‘j] 84. Because the U.S. parol evidence rule, in contrast, is triggered by the integrationist intent of the parties, that rule was not explicitly rejected by the Committee along with the Canadian proposal.” See David H. Moore, Note, The Parol Evidence Rule and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Justifying Beijing Metals & Minerals Import/Export Corp. v. American Business Center, Inc., 1995 BYU L. REV. 1349.

¹⁴¹ See Müller-Chen in I Schwenzer (ed), Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 4th edn (Oxford University Press , 2016) at 195. In addition, even in a domestic law context, some Thai legal scholars similarly call for an abolition of the Section 94 of the Thailand's Code of Civil Procedure which is historically influenced by, albeit not identical to, the common law parol evidence rule. For the thorough discussion and interesting proposal on this matter, see e.g. Sansern Aiamsuttiwat, *Guideline on the Solution to the Problems Concerning the Exclusionary Rule of Witness in Civil and Commercial Cases*, (2016) available at <https://repository.au.edu/handle/6623004553/18053>

parol evidence rule had been the subject of constant criticism, where Professor Honnold famously stated that; “this rule has been an embarrassment for the administration of modern transactions.”¹⁴² Similarly, even in light of the CISG Article 11, the Secretariat Commentary justified the liberal approach excluding a writing requirement on the ground that “many international sales contracts are concluded by modern means of communication which do not always involve a written contract.”¹⁴³

Legally, given that the international law obligations as well as the legal certainty which is a vital interest for parties from different Contracting States in international trade are at stake, the administration of justice can be hindered by the ‘incorrect’ application of the governing law.¹⁴⁴ To recognize and apply the court’s own domestic rules at the expense of the explicit provisions of the CISG, without justifiable grounds legally permissible under the Convention, is to recognize a change in the governing law of contract against legitimate expectation of both the private parties and other CISG Contracting States, potentially in a violation of international law obligations. Strategically, in terms of practical implications, the substance-procedure analysis, relying on a rigid classification of various domestic rules, can also generate discrepancy in the judicial application of the CISG, weakening the international effort of harmonization and the uniformity principle, in a manner that might induce forum shopping and strategic behaviors.¹⁴⁵ Thus, giving effect to the approach of CISG Article 8’s provision seems to embrace the legal, historical and practical justifications.

Indeed, when domestic laws and local concepts are different from jurisdiction to jurisdiction, it is sensible to conclude that relying on such a rigid classification under the substance-procedure analysis in the context of cross-border litigations involving international law obligation such as the CISG is, at worst, incorrect, and at best, counterproductive. As Professor Flechtner put it,¹⁴⁶ “perhaps the single most important source of non-uniformity

¹⁴² See J.O. HONNOLD, *supra* note 60 at 121. See Orlandi, *supra* note 27, at 26.

¹⁴³ See J. ZIEGEL, Report to the Uniform Law Conference of Canada on the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1981).

¹⁴⁴ See L. Spagnolo, ‘A Glimpse through the Kaleidoscope: Choices of Law & the CISG’, 13 *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 137, 148 (Table 3) (2009).

¹⁴⁵ In light of the “the two-pronged substance-procedure test” test, it was explained that “affect the result” factor is to determine whether the rule would provide a *tactical advantage* to a party such that it would lead to forum shopping). See PETER HAY ET AL., *CONFLICT OF LAWS: CASES AND MATERIALS* 404 (12th ed. 2004); see also RUSSELL J. WEINTRAUB, *COMMENTARY ON THE CONFLICT OF LAWS* 59 (4th ed. 2001); McMahon, *supra* note 25 at 1005-1006.

¹⁴⁶ addressing a similar concern about the uniformity principle, albeit in the context of Article 31 of the CISG.

in the CISG is the different background assumptions and conceptions that those charged with interpreting and applying the Convention bring to the task.”¹⁴⁷

With the diversities in domestic laws and local concepts at the backdrop, the judicial reliance on the substance-procedure distinction in the context of the International Sales Law Convention or the CISG is “easier said than done”. Classification of a law as *substantive* or *procedural* is, philosophically and legally not a straight forward task but unnecessarily complicated matter, even for the CISG litigations in general, beyond the context of CISG Article 8. Such complication stems from the truth that the clear-cut line is not usually easy to be drawn. In the Italian legal system, for instance, the rules of evidence feature both in the Civil Code and in the Code of Civil Procedure, respectively dealing with the admissibility of evidence and the taking of evidence.¹⁴⁸ Likewise, certain CISG provisions may receive a “procedural” label in some jurisdictions.¹⁴⁹

Even within the same country featuring federal system like the United States, there was also evidence of internal inconsistency or conflicting rulings regarding the issue of “attorney fees” in the light of the CISG’s damages provision under Article 74 following the application of the substance-procedure analysis: “Drawing again, initially, from U.S. court decisions, these courts treat the governing instrument authorizing the recovery of attorneys’ fees as *substantive* in some instances and *procedural* in other instances. U.S. courts classify a single statute authorizing the recovery of attorneys’ fees as *procedural* in some contexts and *substantive* in others. For example, the Tenth Circuit Court of Appeals decided, ‘attorney’s fees are a *substantive* issue in the litigation even though they may be treated as *procedural* in another litigation. The widely criticized *Zapata* case from the Seventh Circuit Court of Appeals, to the contrary, deemed attorneys’ fees as *procedural*.”¹⁵⁰

¹⁴⁷ See Harry M. Flechtner, The Several Texts of the CISG in a Decentralized System: Observations on Translations, Reservations and Other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7(1), 17 J.L. & COM. 187 (1998).

¹⁴⁸ See Orlandi, *supra* note 27, at 26.

¹⁴⁹ See McMahon, *supra* note 25, at 1007.

¹⁵⁰ For the discussion on the diversities on the issue of damages among different States under the US jurisdiction in the context of the CISG 1980, see Damages under CISG: Attorneys’ Fees and Other Losses in International Commercial Law, 29 J. Transnat’l L. & Pol’y 1 (2019-2020) (stating that “The U.S. Seventh Circuit Court of Appeals, in its widely criticized *Zapata* decision, held that the recovery of attorneys’ fees incurred through litigation is a procedural matter governed by the law of the forum and does not constitute recoverable losses under Article 74’s damages provisions”). See *id.* at 50.

Additionally, supposing however that the court determined that the evidence issue and the domestic parol evidence rule were both procedural matters, one might argue that even when the substance-procedure analysis in this supposed situation could lead to the application of the parol evidence rule, this might not necessarily generate an inconsistent outcome, compared to the case under the judicial application of the CISG Article 8 pursuant to the international law obligation. Hence, as one might argue, the extrinsic evidence might equally be considered under this scenario. This argument essentially relied on the numerous exceptions to the parol evidence rule developed by the courts over the years in order to mitigate the possible injustice caused by the rule.¹⁵¹ For instance, having attempted to reconcile the parol evidence rule with the CISG Article 8, Professor Moore argued that the rule is often in harmony with the principles of the CISG.¹⁵² According to the Eleventh Circuit, however, Professor Moore was the “only one commentator” making “any serious attempt to reconcile the parol evidence rule with the CISG”, yet, was explicitly rejected by the court, as appeared in the *MCC-Marble* decision, on the ground of legal certainty in the interest of parties to an international contract for the sale of goods.¹⁵³

¹⁵¹ To certain extent, this scenario might apparently, at least, touch on with the situation under Section 94 of the Civil Procedure Code of Thailand, potentially a future CISG Contracting State. The precise effect would, however, require a separate country-specific research in the future, due to a number of variable factors involved in such a context, including, *among others*, the issue of Article 96 Declaration which might relatively lead to a higher chance of the applicability of Section 94 than without such a declaration. Nevertheless, the precise effect of this scenario would still, in turn, depend on other variable circumstances such as the outcome derived under the conflict of law rules to see which country’s formality rule would then govern the contract in each case (see CISG-AC Opinion No. 15, Reservations under Articles 95 and 96 CISG, Adopted by the CISG Advisory Council following its 18th meeting, in Beijing, China on 21 and 22 October 2013); the places of business of the seller and the buyer in relation to the Article 96 Declaration; the notion of “domestic public policy” attached to Section 94 (see e.g. Thai Supreme Court case No.2521/2559) albeit in light of the international sales law Convention; the willingness of the courts to treat the Convention as a matter of *lex specialist* law, as well as the fact pattern of the parties’ contractual practices, for instance. Hence, this topic would need a proper case by case basis analysis taking into account specific fact pattern and the relevant legal conditions applicable to each scenario as a future country-specific research, in which this study, while aiming at proposing an “international framework”, can provide a useful foundation for such future country-specific research. Last but not least, it should be noted that, at the two hearings organized by the Ministry of Justice of Thailand in February and in September 2020 respectively, the same conclusion was reached which is that, like the majority of other CISG Contracting States, Thailand will *not* make any Declarations either under Article 96 or Under Article 95.

¹⁵² See David H. Moore, Note, The Parol Evidence Rule and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Justifying Beijing Metals & Minerals Import/Export Corp. v. American Business Center, Inc., 1995 BYU L. REV. 1347-63.

¹⁵³ *MCC-Marble*, *supra*, note 35., at 1390-91.

To sum up, the crucial point here is that even when the extrinsic evidence would also be ultimately considered under the judicial application of the relevant domestic law, if the courts begin the analysis with the substance-procedure analysis like in the Eleventh Circuit in the *MCC-Marble* case however, the judicial process can be counter-productive. This is because judicial adoption of the traditional substance-procedure approach despite the international law obligation to apply the CISG, can unnecessarily distract the courts away from the “real issue”, steering the courts away from applying the “correct” governing law, in expense of legal certainty for the parties in international business environment. This is particularly unwarranted for the courts in the CISG Contracting States, given, first and foremost, that the international law obligation to apply the CISG is at stake.¹⁵⁴ This means that the applicability or the force of CISG does not depend on the traditional application of conflicts of law rules which, in turn, usually rely on the notion of substance-procedure dichotomy, but rather on the conditions set forth under CISG itself, such as the CISG Article 1 in particular.

On balance, the substance-procedure analysis might not be helpful in resolving the issue of extrinsic evidence in light of the CISG Article 8 and even for most part of the Convention, largely due to the unavoidable truth that domestic courts both within and outside of the United States may have no consensus as to the substantive and procedural categorizations. Consequently, the substance-procedure approach can be problematic, because it can either make the judicial analysis either unnecessarily complicated, or, at worst, produce inconsistent outcomes, undermining the international effort to provide uniformity and predictability in international sales law.

VI. The Proposed Solution: How Should the Courts Proceed?

At a higher level of abstraction, the semantics of the so-called substance-procedure dichotomy is undeniably a classic problem of every system of private international law, leading to a widespread recommendation that “one should abandon the common terminology which contrasts substance and procedure, since it disguises the real issue.”¹⁵⁵ Indeed, as legal scholars frequently put it, “substantive law is also inherently procedural...

¹⁵⁴ See Spagnolo, *supra* note 122, at 185 (discussing the notion of international law obligation to apply the CISG in the context of CISG Article 6 and the “tacit waiver” in domestic law).

¹⁵⁵ See ILLMER, MARTIN, ‘Neutrality Matters - Some Thoughts about the Rome Regulations and the So-Called Dichotomy of Substance and Procedure in European Private International Law’ 28 *Civil Justice Quarterly*, 237 (2009).

those procedures are embedded in the substantive law and, if not applied, will lead to over- or under-enforcement of the substantive mandate.”¹⁵⁶ This notion also enlightens the real issue behind the judicial application of the CISG Article 8, and provides the key to the proposed solution.

Given that the substance-procedure dichotomy is itself paradoxical, potentially involving philosophical and legal classifications under different jurisdictions, the dividing line between substantive law and procedural law becomes complicated and even unnecessary in some context, reaching its limits in various areas of laws,¹⁵⁷ including the CISG as previously demonstrated. Having analyzed and highlighted the flaws of substance-procedure analysis where it might be problematic, the proposed solution in this study is that the courts in Contracting States should, instead, honor international law obligations to apply the provisions of the CISG in order to promote predictability and uniformity in international sales law.

It should be reminded that, legally, when the court is in a Contracting State, the CISG is not a foreign law, and despite the fact that the CISG is “simultaneously a treaty, it forms part of the domestic law of the jurisdiction”,¹⁵⁸ being a domestic *lex specialis* law for international sales contracts. In addition, this also means that, becoming a CISG Contracting State should not affect the legal regime of the domestic sales law, leaving, say, the provisions of Civil and Commercial Code in the context of domestic sales contracts and litigation untouched. Unquestionably, in Contracting States, when the litigation is a matter of *international* sales contracts governed by the CISG, how the forum treats foreign law is, therefore, irrelevant, i.e., “its applicability and content are a question of law, not fact. Any *default rule* regarding substitution of domestic for a foreign law has no place in the process.”¹⁵⁹

¹⁵⁶ See Main, *supra* note 26 at 801.

¹⁵⁷ For example, for the analysis and critics of the substance-procedure dichotomy in the area of conflict of laws and also criminal justice, see Ofer Malcai and Ronit Levine-Schnur, Which Came First, the Procedure or the Substance? Justificational Priority and the Substance—Procedure Distinction, *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 34, Issue 1, Spring 2014, Pages 1–19.

¹⁵⁸ For the discussion of this proposition in light of the principle of *iura novit curia* (“the court knows the law”) in the context of CISG Article 6, see Spagnolo, *supra* note 122.

¹⁵⁹ See *id.* at 195–196. Notably, in the future, this notion should also apply to Thailand’s Act on Conflict of Laws, B.E. 2481 (1938), once Thailand has become a CISG Contracting State. This notion has also been confirmed by the UNCITRAL officers responsible for the matter of the CISG in a meeting organized by the Head of UNICTRAL RCAP as part of the “UNCITRAL Asia Pacific Day” event at Faculty of Law, Chulalongkorn University, in December 2019.

On this legal basis, a Contracting State, without permissible grounds under the Convention, arbitrarily relying on domestic laws to ignore the provisions of the Convention would be in a direct violation of that State's international obligations to apply the CISG, and such an international obligation also encompasses the application of the Convention by the domestic courts.¹⁶⁰ This legally desirable judicial protocol is also in line with the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) 1969, which states in its Article 27 that: "A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty."¹⁶¹ Indeed, even domestic procedural rules themselves often recognize the need to modify default rules in light of international obligations,¹⁶² otherwise it might lead to "over- or under-enforcement of the substantive mandate."¹⁶³

¹⁶⁰ In this regard, *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd* [1981] AC 251 (U.K.) can provide a useful example of the authority highlighting the binding effect of a ratified Convention on the domestic courts. In light of Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and consultation of *travaux préparatoires* by English courts in interpretation of a treaty, Lord Diplock stated in this case as follows: "By ratifying that Convention, [the] Government has undertaken an international obligation on behalf of the United Kingdom to interpret future treaties in this manner and since under our constitution the function of interpreting the written law is an exercise of judicial power and rests with the courts of justice, that obligation assumed by the United Kingdom falls to be performed by those courts." Here, the House of Lords was dealing with the Warsaw Convention for the Unification of Certain Rules relating to International Carriage by Air, as amended (1955), implemented in the Carriage by Air Act (1961) (U.K.). See *id.*

¹⁶¹ See Vienna Convention on the Law of Treaties art. 27, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331. It was even suggested that neither a Constitutional mandate nor the enactment of a statute provides an excuse for a treaty violation. See William W. Park and Alexander A. Yanos, Treaty Obligations and National Law: Emerging Conflicts in International Arbitration, 58. Hastings L.J. 251 (2006). If this interpretation is correct, this means that the domestic courts cannot even rely on the domestic implementing legislation that was drafted in a *contradictory manner* with the obligations under the Convention or not allowed under the permissible Declarations contained in CISG 1980, for instance. Hence, the future Contracting States, like Thailand, should ensure, *among others*, that the implementing legislation has been properly enacted in light of international law obligations. In addition, for the discussion on the customary law status of the VCLT 1969, see also Mark E. Villiger-Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties-Brill (2009) 375 ("Even for nations that did not sign or ratify the Vienna Convention on the Law of Treaties, it is widely believed that Article 27 is "solidly based on customary international law."); GM Grant, 'The CISG Applies When it Says it Does, Even if Nobody Argues It: Why the CISG Should Be Applied Ex Officio in the United States and a Proposed Framework for Judges' (SSRN, 2015) at page 18; see also Spagnolo, *supra* note 122, at 191.

¹⁶² For example, it has been suggested that the *Swiss default rule* substituting the *lex fori* for foreign law may not apply where application is pursuant to an international obligation. In addition, Article 142(2) 1986 General Principles of the Civil Law, China provides that to the extent of any inconsistency, treaty obligations prevail over substantive civil laws, unless China has made a reservation. See Spagnolo, *supra* note 122, at n.73; T.C. Hartley, 'Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared', 45 Int'l & Comp. L. Q. 271, at 277-288 (1996).

¹⁶³ See e.g., France Cour de Cassation, *Société Muller Ecole et Bureau v. Société Federal Trait* (2001); Austria Supreme Court, 4 Ob 179/05 k (2005).

Affirmatively, the status of being a CISG Contracting State means that the CISG is applicable by the operation of law pursuant to Article 1 of the Convention in particular,¹⁶⁴ bypassing even the typical application of the forum's conflict of laws rules.¹⁶⁵ As asserted by Professor Grant, "it is also important for the judicial approach to note that being the courts in the CISG member states, means that CISG applies *ex officio* where the CISG article 1 displaces States' conflicts of laws and choice of law rules of the forum."¹⁶⁶

In recognizing the international law obligation to apply the CISG for instance, French Cour de cassation (French Supreme Court) held that: "The lower court misapplied the applicable law by not considering the Vienna Convention of 11 April 1980 (CISG) *ex officio*...a French Judge must apply the Vienna Convention unless there is a reservation as to its exclusion, as per Article 6 CISG."¹⁶⁷ Similarly, albeit in the context of the domestic law on "tacit waiver" and the CISG, the US Court of Appeals stated that: "These foreign courts, including leading CISG scholars, have commonly accepted...that the CISG is applicable *ex officio*, and that the only escape from it is when parties exercise their rights under Article 6 of the Convention and exclude its application."¹⁶⁸

Notably, as also evidence in the above judicial statements, where the CISG is applicable in accordance with the Convention framework under Article 1,¹⁶⁹ the principle of

¹⁶⁴ In brief, in monist Contracting States, a theory of unity of legal systems and primacy of international law ensures that international treaty obligations directly bind national courts without 'transformation'. In dualist Contracting States, the courts' obligation to apply the CISG indirectly and technically arises as a matter of domestic law. See B. Conforti, *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, 25 (1993); see Spagnolo, *supra* note 122, at 190-198.

¹⁶⁵ For examples of the court decisions ruling that the CISG is applicable by the operation of law See e.g., Tribunale Civile di Cuneo, Italy, 31 January 1996; *Georgia Pacific Resins, Inc. v. Grupo Bajaplay, S.A. de C.V.*, Baja California, Fourth Panel of the Fifteenth Circuit Court [Federal Court of Appeals]. "The obligation to apply the CISG *ex officio* arises from the CISG itself, not from any domestic procedural principle." See Grant, *supra* note 161, at 5.

¹⁶⁶ See Grant, *supra* note 161, at 9.

¹⁶⁷ See *Soci   Muller Ecole et Bureau v. Soci    Federal Trait* (Decision of the French Cour de Cassation on 26 June 2001). See Grant, *supra* note 161, at 14-15.

¹⁶⁸ This statement is derived from The US Court of Appeals for the Second Circuit in *Rienzi & Sons, Inc. v. N. Puglisi & F. Industrial Paste Alimentary* (2016), albeit, on the issue of domestic waiver and the CISG. Nevertheless, despite of this judicial awareness that the CISG was mandatory unless the parties expressly opt out, the Court of Appeals ultimately departed from these assertions, potentially attracting the widespread criticisms. See e.g.; F. Ferrari, Remarks on the UNICITRAL Digest's Comments on Article 6 CISG, 25 J. L. & Com. 13, at 30-31 (2005); The Center for Transnational Litigation, Arbitration, and Commercial Law, New York University, *opting-Out of The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Through Conduct in Litigation: What US Courts Need to Know about the CISG*, JANUARY 23, 2017; France Cour de Cassation, *Soci    Muller Ecole et Bureau v. Soci    Federal Trait* (2001); Austria Supreme Court, 4 Ob 179/05 k (2005); Spagnolo, *supra* note 122, at 195.

¹⁶⁹ Under Article 1(1)(a), for instance, this Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States, when the States are Contracting States.

party autonomy is, nevertheless, still entrenched in the CISG Article 6,¹⁷⁰ which permits the parties to agree to exclude its application, or even derogate from or vary the effect of any of its provisions.¹⁷¹ Undoubtedly, the right to vary the effects of any of the Convention's provisions under Article 6 is placed in the hands of the parties to international sales contracts (i.e., the seller and the buyer at the private level). On the contrary, there is no discretionary power expressly granted to domestic courts to exclude or vary the effect of the Article 8 of the Convention. Equally, whereas the CISG Article 28¹⁷² explicitly exempts that a court is not bound to enter a judgement for specific performance in case of inconsistency with its own law, there is no such thing as Article 28's exemption in relation to the court's duty to apply the CISG Article 8.¹⁷³ Hence, in accordance with the Convention's provisions and legal framework, the next question therefore is: "how should a court proceed?"

Explicitly, Article 7(1) requires the courts to interpret the Convention autonomously, with regard to "its international character and to the need to promote uniformity in its application",¹⁷⁴ rather than referring to domestic law for a definition.¹⁷⁵ This fundamental principle of interpretation paves the way for greater and more predictable uniform application of the CISG, enhancing the fundamental aim of the Convention in contributing to "the removal of legal barriers" and the development of international trade.¹⁷⁶

¹⁷⁰ See CISG-AC Opinion No. 16, Exclusion of the CISG under Article 6, Rapporteur: Doctor Lisa Spagnolo, Monash University, Australia. Adopted by the CISG Advisory Council following its 19th meeting, in Pretoria, South Africa on 30 May 2014.

¹⁷¹ Article 6 of the CISG states in full as follows: "The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions." See CISG Article 6.

¹⁷² Article 28 of the CISG states in full as follows: "If, in accordance with the provisions of this Convention, one party is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court is not bound to enter a judgement for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by this Convention." See CISG Article 28.

¹⁷³ In the context of "specific performance", the court's discretion has been explicitly allowed by the text of the Convention itself, thus, judicial derogation in such a manner as legally permitted under Art. 28 and to exercise such discretion (for example, by refusing to enforce the remedies in the form of specific performances will not constitute a violation of international obligation by the domestic courts. Article 28 states as follows: "*If, in accordance with the provisions of this Convention, one party is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court is not bound to enter a judgement for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by this Convention.*"

¹⁷⁴ The need to promote uniformity in the CISG's interpretation is described by Schlechtriem as a 'maxim': Uniform Sales Law 1986, at 38, §IVA.

¹⁷⁵ For the notion of uniformity, see CISG Digest, *supra* note 12, at art. 7 ("According to a number of courts, article 7 (1)'s reference to the Convention's international character forbids fora from interpreting the Convention on the basis of national law; instead, courts must interpret the Convention "autonomously". Some courts even expressly state that their domestic solutions are to be disregarded, as they differ from those of the Convention.) *Id.* at 42.

¹⁷⁶ United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March–11 April 1980, Official Records, Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committee, 1981, 18.

As the Eleventh Circuit correctly stated in *MCC Marble*, CISG Article 8(3) is a “clear instruction” that expressly directs courts to give “due consideration...to all relevant circumstances of the case including the negotiations...”.¹⁷⁷ Hence, the courts in Contracting States have the duty to *consider* extrinsic evidence, such as the three affidavits in the case of *MCC-Marble*, despite the discrepancies between the extrinsic evidence and the written contract, as well as the apparent divergences between the CISG Article 8 and the domestic rules, such as the parol evidence rule.¹⁷⁸

The underlying rationale for the proposition that the extrinsic evidence should be considered is not, however, based on the same rationale as relied on by the Eleventh Circuit, namely the substance-procedure analysis which is already proved to be potentially problematic. As Professor Orandi put it, “[n]aturally, since procedural rules vary, the traditional view has the potential to foster divergent outcomes...hence, all abstract distinctions between substantive and procedural laws become redundant, if not harmful, especially when the parties turn to the courts for equal enforcement of their contractual rights pursuant to these uniform bodies of rules.”¹⁷⁹ Methodologically, to employ a substance-procedure analysis is to open the door for the possibility that a CISG provision will unsatisfactorily be displaced by, for instance, a local rule affixed the “procedural” label, despite the fact that such matter is in fact settled in the provisions of the CISG.

Rather, the proposed solution in this study is for the courts in Contracting States, through the lens of international law obligation, to honor this duty to apply the CISG when its provisions explicitly govern the issues, as in the case of Article 8(3) and the role of extrinsic evidence, regardless of the substance-procedure analysis. Therefore, to honor the treaty-based obligation under the doctrine of autonomous interpretation, uninfluenced by domestic labels, when the contracts are governed by the CISG, the courts should commence the judicial determination by examining first whether the matter is indeed already governed by the provisions of the CISG 1980.

¹⁷⁷ See CISG Article 8(3), see also *MCC-Marble*, *supra*, note 35.

¹⁷⁸ See HERBERT BERSTEIN & JOSEPH LOOKOFKY, UNDERSTANDING THE CISG IN EUROPE 29 (1997) (“[T]he CISG has dispensed with the parol evidence rule which might otherwise operate to exclude extrinsic evidence under the law of certain Common Law countries”).

¹⁷⁹ See Orandi, *supra* note 27, at 25. See also *MCC-Marble*, *supra*, note 35.

Indeed, both legislative history and case law assert that once a contract is governed by the Convention, Article 8 governs, among others, the matter of “the interpretation of the contract, even when the document is embodied in a single document.”¹⁸⁰ To prevent any possible exaggerating effects of the CISG Article 8 however, it should also be clarified that, even when the CISG Article 8 governs such matter, the court’s “duty to consider” extrinsic evidence under Article 8(3) does not mean that the extrinsic evidence are a “conclusive proof” of the parties’ intention.¹⁸¹ Rather, Article 8(3) merely refrains the courts from rejecting to consider extrinsic evidence outright by unduly relying on the court’s own inconsistent domestic rules. Indeed, to prevent the undesirable effect of the extrinsic evidence, once giving them “due consideration”, the court can still determine how to evaluate the evidence presented by the parties, including how much *weight* should be given to each evidence.¹⁸²

So far, this study assumed that the contract is legally governed by the CISG, and hence the CISG is, by default, a governing law from the outset pursuant to the conditions set forth under CISG Article 1 in particular. Despite this, it should be added that, as Professor Spagnolo put it, “once in, the only way out is via the CISG’s own rules.”¹⁸³

Under the CISG’s “own rules”, the ability to choose to exclude or vary the effects of the provisions of the CISG is controlled by Article 6, placing the freedom of contract in the hands of parties to international sales contracts. Accordingly, extrinsic evidence should, by default, not be excluded given the legal effect of the CISG Article 8, unless the parties exercise their right under CISG Article 6 to vary the effect of the Article 8’s provision in respect of the extrinsic evidence for the purpose of interpretation of contract. To this end, in case where the parties wish to limit the roles of extrinsic evidence, parties are advised to, for

¹⁸⁰ United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March-11 April 1980, Official Records, Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committee, 1981, 18; in case law see Appellate Court Helsinki, Finland, 31 May 2004, English translation available on the Internet at www.cisg.law.pace.edu; CLOUT case No. 877 [Bundesgericht, Switzerland, 22 December 2000]

¹⁸¹ See *MCC-Marble*, *supra*, note 35, at 1391 (“This is not to say that the affidavits are conclusive proof of what the parties intended. A reasonable finder of fact, for example, could disregard testimony that purportedly sophisticated international merchants signed a contract without intending to be bound as simply too incredible to believe and hold MCC to the conditions printed on the reverse of the contract.”).

¹⁸² To illustrate, a German court’s decision in *OLG Hamm* case shows “how CISG Article 8(3) may be construed to allow a court to consider but ultimately reject extrinsic evidence that cannot be reconciled with the terms of a final writing.” See Oberlandesgericht Hamm, 19U 97/91, Sept. 22, 1992; see Karen Halverson Cross, Parol Evidence Under the CISG: The “Homeward Trend” Reconsidered, 68 OHIO ST. L.J. 133, 156-157 (2007). In addition, regarding the issue of “weight” to be given to evidence, albeit in the context of damages under Article 74, see also CLOUT case No. 1506 [Cour d’appel de Nancy, France, 6 November 2013] (implicit solution). See CISG Digest 2016 at 337-338.

¹⁸³ See Spagnolo, *supra* note 122, at 206.

instance, insert a well-drafted “merger clause”¹⁸⁴ or “entire agreement clause” that clearly manifests the parties’ intention to exclude prior agreements and understandings not expressed in writing.¹⁸⁵

Although Article 6 permits the parties to derogate from and vary the effect of the provisions of the Convention e.g., by utilizing merger clauses, however, every term of the contract, including the merger clause itself, must still be interpreted in accordance with the CISG rules on contract interpretation which is Article 8.¹⁸⁶ Hence, in order to ensure that the international law obligation will properly be discharged in the judicial process, i.e. the court does not improperly dismiss the extrinsic evidence against any provisions of the Convention, the court should make a formal ruling regarding the satisfaction of Article 6 and also Article 8 of the CISG.

According to several courts, Article 6 generally requires “a clear, unequivocal and affirmative agreement of the parties”,¹⁸⁷ and Article 8, as discussed, requires, for example, the courts to consider all relevant circumstances, including the extrinsic evidence such as the parties’ negotiations under Article 8(3). In this scenario, the courts should attempt to establish the intent of the parties that is “clear and unequivocal” by proceeding to examine all relevant circumstances including extrinsic evidence to determine whether the merger clause itself clearly manifests the parties’ intent, before giving effect to such clause.¹⁸⁸

¹⁸⁴ For sample merger clause, see e.g., Timothy Murray, Murray Hogue & Lannis, *The Practical Guidance Journal: The Misunderstood but Critically Important Merger Clause*, 2019 available at <https://www.lexisnexis.com/lexis-practical-guidance> (“The parties intend this statement of their agreement to constitute the complete, exclusive, and fully integrated statement of their agreement. As such, it is the sole expression of their agreement, and they are not bound by any other agreements of whatsoever kind or nature. The parties also intend that this agreement may not be supplemented, explained, or interpreted by any evidence of trade usage or course of dealing. The parties did not rely upon statements or representations not contained within the document itself”).

¹⁸⁵ A merger clause (also named “integration clause”, “entire contract clause”, “entire agreement clause” and “whole agreement clause”) is described in Black’s Law Dictionary as “[a] contractual provision stating that the contract represents the parties’ complete and final agreement and supersedes all informal understandings and oral agreements relating to the subject matter of the contract.” See Black’s Law Dictionary, second pocket edition, 2001. In the context of the CISG, it was proposed that “A Merger Clause when in a contract governed by the CISG, derogates from norms of interpretation and evidence contained in the CISG. The effect may be to prevent a party from relying on evidence of statements or agreements not contained in the writing. Moreover, if the parties so intend, a Merger Clause may bar evidence of trade usages.” See CISG Advisory Council Opinion No. 3, *supra* note 65, at 62.

¹⁸⁶ CISG ADVISORY COUNCIL OPINION NO 13 Inclusion of Standard Terms under the CISG, Rapporteur: Professor Sieg Eiselen, College of Law, University of South Africa, Pretoria, South Africa. Adopted by the CISG Advisory Council following its 17th meeting, in Villanova, Pennsylvania, USA, on 20 January 2013. See also Schmidt-Kessel in Schlechtriem/Schwenzer Commentary Art 8 para 49.

¹⁸⁷ See CISG Digest, *supra* note 12, at 33.

¹⁸⁸ CISG Advisory Council Opinion No. 3, *supra* note 65, at 74-77.

Therefore, it should be noted that merger clauses in the context of the CISG are probably not “silver bullets” like in many American jurisdictions, and, by the application of Article 8, if the courts find that “either party had a contrary intent, the merger clause between them would have no effect.”¹⁸⁹

On balance, it can be seen that certain legal instruments can help to limit the undesirable use of extrinsic evidence, where the judicial application of the CISG can still be in line with the international law obligations and the Convention legal framework, so long as the CISG litigation has been properly proceeded. As discussed, these legal tools can technically and legally be the use of effective merger clauses by private parties which clearly evidence the parties’ intention pursuant to the provisions of Article 6 and Article 8; and, to a certain extent, the attribution of weight to each strand of evidence by the courts, albeit only and strictly after the “due consideration” has been given.

Overall, the corollary of honoring the duty to apply the CISG through the lens of international law obligations, is that, where the provisions of the CISG cover an issue at dispute, those provisions take precedence over any domestic laws—regardless of the homeward classification of a rule as procedural or substantive—which would otherwise “interfere with the fulfilment of that duty by the court.”¹⁹⁰ Evidentially, this principle is reflected in, for example, Singapore’s methodology on national implementing legislation of the Convention. Once Singapore has become a CISG Contracting State, the country is bound by the CISG at international law, in which Singapore’s implementing statute incorporated the CISG as part of Singapore law under the Sale of Goods (United Nations Convention) Act (Cap 283A, 1996 Rev Ed).¹⁹¹ On the legal relationship between CISG and Singapore law, Section 4 of the Sale of Goods Act clearly states that: “The provisions of the Convention shall prevail over any other law in force in Singapore to the extent of any inconsistency.”¹⁹² Likewise, a similar implementation approach can also be found in Australia, where Section 6 of Australia’s Sale of Goods (Vienna Convention) Act 1985 similarly makes clear that:

¹⁸⁹ *Id.* at 57. See e.g. U.S. District Court, Southern District of New York, United States, 23 August 2006; see also Timothy Murray, Murray Hogue & Lannis, The Practical Guidance Journal: The Misunderstood but Critically Important Merger Clause, 2019. Available at <https://www.lexisnexis.com/lexis-practical-guidance>

¹⁹⁰ See Spagnolo, *supra* note 144, at 196 (discussing the notion of international obligations in light of the CISG Article 6).

¹⁹¹ See the Sale of Goods (United Nations Convention) Act (Cap 283A, 1996 Rev Ed) (“Implementing Act”). The CISG came into force in and for Singapore on 1 March 1996.

¹⁹² See *id.* at section 4. See also Singapore Academy of Law’s Law Reform Committee Report: “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) - Should Singapore Ratify?” 10 August 1994. Available at <https://www.sal.org.sg/>

“The provisions of the Convention prevail over any other law in force in Australia to the extent of any inconsistency.”¹⁹³

As an additional observation, compared to the US system where the CISG is a self-executing treaty without the need for implementing legislation,¹⁹⁴ and hence, no chance “to make it clear” statutorily from the outset, the absence of such statutory provision in the US system might technically contribute to the unclarified legal relationship between the CISG and the US domestic laws, such as the parole evidence rule. In other words, the absence of such statutory clarification might contribute to the methodological problems in the CISG jurisprudence. On this basis, another possible recommendation for future dualist Contracting States, is to consider adopting a similar clause or provision, like the approach taken by Singapore and Australia into national implementing legislation. Thus, rather than increasing the chance of opening the door to a substance-procedure analysis which can be either counter-productive or even unsatisfactory, this approach of implementing legislation can help to allow a great chance for the future Contracting States to statutorily clarify the relationship between CISG and domestic laws in the case of inconsistency. To this end, in a more efficient way, this type of provision once contained in a national implementing legislation can act as a very useful tool in providing a clear guidance or legal instruction to the courts in Contracting States when confronted with any future dilemma, embracing other situations even beyond the sphere of Article 8 and is permissible under the CISG.

VII. Conclusions and Recommendations

As stated by Professor Schlechtriem, “The question is often phrased as a problem of the borderline of substantive (CISG) rules and the procedural law of the forum, but this is avoiding the real issue in favor of a conceptual approach, resulting in solutions quite different from country to country.”¹⁹⁵ Likewise, the question of admissibility of extrinsic evidence in the context of the CISG 1980 when confronted by domestic courts in the CISG Contracting

¹⁹³ See the Australian Sale of Goods (Vienna Convention) Act 1986.

¹⁹⁴ See Bailey, James E. (1999) “Facing the Truth: Seeing the Convention on Contracts for the International Sale of Goods as an Obstacle to a Uniform Law of International Sales,” *Cornell International Law Journal*: Vol. 32: Iss. 2, Article 1. at 282. See also *United States v. Verdugo-Urquidez*, 939 F.2d 1341, 1358, n. 17 (9th Cir. 1991) (stating that “[a] self-executing treaty is one which, of its own force, confers rights on individuals, without the need for any implementing legislation.”) See also *Breard v. Pruitt*, 134 F.3d 615, 622 (4th Cir. 1998) (stating that “[t]he Vienna Convention is a self-executing treaty - it provides rights to individuals rather than merely setting out the obligations of signatories.”)

¹⁹⁵ See Peter Schlechtriem, *Non-Material Damages—Recovery Under the CISG?* 19 *PACE INT’L L. REV.* 89, 96–97 (2007)

States should not be resolved through a substance-procedure analysis as employed by the Eleventh Circuit in the *MCC-Marble* decision. This is fundamentally because, whether the matter is considered substantive or procedural can vary from jurisdiction to jurisdiction, hence applying such an approach can bring into play another variant of the “homeward trend” problem.

Indeed, the CISG 1980, even when it is usually considered as an instrumental body of substantive law, like most substantive law however, the Convention “has an associated procedure that must be applied by the enforcing court if the substantive law is to achieve the level of deterrence its drafters intended. To apply any other procedure leads to over- or under-enforcement of the substantive mandate.”¹⁹⁶ Hence, to recognize domestic rules, either procedural or substantive, that can change the “substance” of the Convention, would be to recognize a change to the governing law of the contract outside legally permissible grounds within an international legal framework, and despite existing as a Contracting State with international obligations. The absurdity of this situation provides the key to its resolution. Given that international law obligations and the legal certainty which is a vital interest for parties from different Contracting States in international trade are at stake, the administration of justice could be hindered by the ‘incorrect’ application of the governing law, or unnecessarily counter-productive litigation,¹⁹⁷ if the substance-procedure analysis is applied.

Instead, the proposed solution in this study is for the courts in Contracting States, through the lens of international law obligations, to honor their duty to apply the CISG when its provisions explicitly govern the issues, as in the case of Article 8(3) and the role of extrinsic evidence, regardless of the substance-procedure analysis. Therefore, in order for domestic courts to honor the treaty-based obligations under the doctrine of autonomous interpretation, uninfluenced by domestic labels, when the contracts are governed by the CISG, such courts should commence their judicial determination by examining first whether the matter is indeed already governed by the provisions of the CISG 1980. This proposed international framework, with certain legal, theoretical and practical or policy implications, can provide useful guidance for litigation concerning the CISG Article 8 and beyond in order to promote predictability and uniformity in international sales law.

¹⁹⁶ See Main, *supra* note 26, at 803.

¹⁹⁷ See Spagnolo, *supra* note 144, at 148.

In a sense, this patch of the interpretative methodology through the lens of public international law instead of applying the substance-procedure analysis, can even be astonishingly reconciled with a classic doctrine under the conflict of laws, namely the outcome-determinative test.¹⁹⁸ This is especially the case when applying substance-procedure analysis in the context of the CISG Article 8 as it might have the outcome-determinative effect on the admissibility of extrinsic evidence, for instance, when the fact pattern like in *MCC-Marble* is present. In this scenario, whether to admit such extrinsic evidence, and hence, whether the parol evidence rule is substantive or procedural, may well be the decisive factor dictating who wins and who loses and would potentially lead to unsatisfactory and uncertain outcomes. Hence, the substance-procedure analysis may not be appropriate given “the likelihood that the forum’s rule will change the outcome in a manner that induces forum shopping.”¹⁹⁹

Supposing further the scenario under the ordinary regime of the conflict of law principles, rationally, the CISG should also be applied, because the CISG provisions can be easily identified by the courts,²⁰⁰ given its international status and the abundant availability of the CISG database.²⁰¹ Yet, it should be noted that this is just a hypothetical illustration, precisely because, for the courts in CISG Contracting States, the CISG is indeed *not* a foreign law, hence the substance-procedure analysis as well as certain ordinary treatments and criteria under the normal scheme of the conflict of laws rules should be substantially irrelevant. This illustration might, however, offer some useful thoughts for the courts in non-Contracting States where there is no obligation under international law to apply the CISG, and the applicability of the Convention will depend on the operation of the relevant conflict of laws rules. At a theoretical level, such a hypothetical illustration can, at

¹⁹⁸ See *Guaranty Trust Co. v. York*, 326 U.S. 99 (1945).

¹⁹⁹ See HAY ET AL., *supra* note 125, at 404. See also McMahon, *supra* note 25, at 1024.

²⁰⁰ Compared to methodological approach under the “two-pronged substance-procedure test queries” in the context of the traditional conflict of law rules as follows:

“(1) the “difficulty of finding and applying the foreign rule”; and (2) “the likelihood that the forum’s rule will change the outcome.” “The more inconvenient it would be to find and apply a foreign rule and the less likely it is that the rule will affect the result, the greater the justification for a ‘procedural’ label.” Affixing the procedural label would not be appropriate, however, if the foreign rule is not particularly difficult to identify and apply and there is a probability that the rule may affect the outcome.” See RUSSELL J. WEINTRAUB, COMMENTARY ON THE CONFLICT OF LAWS 59 (4th ed. 2001).

²⁰¹ The Eleventh Circuit also interestingly resorted to the internet database as explicitly stated in the *MCC-Marble* decision: “[T]he parties have not cited us any persuasive authority from the courts of other States party to the CISG. Our own research uncovered a promising source for such a decision at [an internet site].” See *MCC-Marble*, *supra*, note 35 at 1390.

least, demonstrate that the proposed international framework in this study can also be reasonably reconciled with certain doctrines under the ordinary conflict of laws principles. In addition, this proposed international framework is also in line with, for instance, the domestic law on “pleading of foreign law” in Switzerland, another example of a CISG Contracting State, where the “Swiss default rule”, which generally operates to substitute the Swiss law for foreign law, may, nonetheless, not apply, when the application of that foreign law is pursuant to an international obligation.²⁰²

The real impact or practical implication is also at the heart of this study. Under this proposed international approach, sellers and buyers in international sales transactions should receive equal protection and equal enforcement of their rights through the legal certainty of the uniform sales law. Yet, if domestic courts each apply their own domestic concepts in light of the substance-procedure analysis, despite the fact that certain provisions of the Convention already address that legal matter, this problematic approach can undermine the uniform interpretation and application of the CISG Article 8 and beyond, which has to be interpreted non-nationalistically. Even at a practical level, the substance-procedure approach can unsatisfactorily render the judicial process unnecessarily complicated, leading to an increase in aggregate adjudication costs in the long run, undermining the efficiency of enforcing rights in foreign courts and the parties’ interests in predictability, increasing time and costs of international commercial business and litigation.²⁰³

At a normative level, there are good policy reasons for domestic courts to apply the uniform law Convention even when the courts have to forego the more familiar domestic laws, including even the housekeeping measures under domestic procedural law. This is because such judicial perspective can “further the very aims to which domestic procedural rules aspire”, namely, proper administration of justice, development and clarity of the law, and judicial efficiency,²⁰⁴ albeit from the aggregate international standpoint of international

²⁰² Discernably, the application of the substance-procedure analysis might have a relatively “higher risk” of rendering varying outcomes, depending on the domestic labels in each classification process, potentially inconsistent with this domestic doctrine, compared to the outcome derived from the application of the international framework proposed in this study. For the discussion on the “Swiss default rule”, see T.C. Hartley, ‘Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared’, 45 *Int’l & Comp. L. Q.* 271, 277 (1996) (U.K.).

²⁰³ For the discussion on efficiency perspectives and the CISG, see e.g., DiMatteo, Larry A. and Daniel Ostas, ‘Comparative Efficiency in International Sales Law’ *American Un’tl LJ* 26 (2011). See also Grant, *supra* note 161, at 34.

²⁰⁴ For the discussion on such inspiration or policy reasons behind domestic procedural laws, see Spagnolo, *supra* note 122 at 197.

business communities. As Professor Hartnell put it, “the goals of the Convention are to provide a ‘better law’ for international commercial transactions, and thereby achieve greater fairness in international trade, and to increase the predictability of international commerce and thereby facilitate the process of negotiation and alleviate the complexities of transnational dispute resolutions.”²⁰⁵

After all, given the problem of inconsistencies potentially stemming from the inappropriate application of the substance-procedure dichotomy in the context of extrinsic evidence and the CISG Article 8, one might raise a forward-thinking question: Do we need another global harmonization project of procedural law? The answer to this concern might be “No”. As we should all recognize and admit by now that the CISG 1980, as an international sales law, already operates and functions within a pluralist context, and the concretization of another global uniform law project, harmonizing divergent domestic procedural laws might not seem to be warranted and practical since a more cost-efficient approach is still available. Instead, a better question should be how to manage such pluralism in this context. According to John Felemegas, “uniformity in the international sales law cannot be achieved merely by the universal adoption of uniform rules, but by the establishment of a uniform interpretation of these rules universally.”²⁰⁶ Hence, judicial adoption of the uniform international framework as proposed in this study seems to be a better way to prevent problematic inconsistencies, as well as strategic behavior of lawyers and parties in a cost-effective manner.²⁰⁷

Together with the recent publication in 2020 of “the Tripartite Legal Guide to Uniform Legal Instruments in the Area of International Commercial Contracts (with a focus on sales)”, jointly developed by the UNIDROIT, the UNCITRAL, and the HCCH,²⁰⁸ we should now begin to hope for a more accurate international approach towards international sales law in the wake of some inspiring developments in the recent years.

²⁰⁵ H.E. Hartnell, *Rousing the Sleeping Dog: The Validity Exception to the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 18 *Yale J. Int'l L.* 1, 3(1993).

²⁰⁶ See John Felemegas, “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation”, *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Kluwer Law International (2000-2001) at 115-379.

²⁰⁷ For a discussion on the litigation cost in light of the “tacit waiver” and the CISG, see Grant, *supra* note 161, at 39.

²⁰⁸ As explained on the UNIDROIT website, “it aims at creating a roadmap to the existing uniform law texts in the area of international sales law prepared by each organization [...]. It is an effort to clarify the relationship among them, promoting uniformity, certainty and clarity in this area of the law” See The Tripartite Legal Guide to Uniform Legal Instruments in the Area of International Commercial Contracts (with a focus on sales) available at <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/tripartite-legal-guide>

Looking at past experience from a wider international perspective should help us find the path of uniform application of CISG 1980. The celebration of the CISG's 40th anniversary, including the "Tripartite Legal Guide" project, should serve to provide more clarity on the questions concerning the judicial application of the Convention, hence the international communities including the domestic courts should be encouraged to see "the fading of abstract distinctions between substance and procedure, which, if inappropriate, have often favored the prevalence of the homeward trend",²⁰⁹ at least, in the context of the CISG, and, hopefully, in other areas of uniform law projects.²¹⁰

As explicitly pointed out at the Diplomatic Conference, the expressed concern was that "uniform law would be rendered ineffective if courts were too quick to find exclusion."²¹¹ In this study, a deeper aim of the proposed solution, and, hence, its ultimate contribution, goes even beyond recommending the judicial observance of international law obligation in the context of CISG Article 8. Rather, this study also demonstrates how the domestic courts' approach can proceed in the interests of legal certainty and international businesses communities, by ensuring that the international sales law and, perhaps, other international efforts on unification of laws, progress towards uniformity. As stated in a letter of the then President of the United States, "one of the primary factors motivating the negotiation and adoption of the CISG was to provide parties to international contracts for the sale of goods with some degree of certainty as to the principles of law that would govern potential disputes and remove the previous doubt regarding which party's legal system might otherwise apply."²¹² Hence, the judicial application of the uniform international approach transcending domestic perspectives, will play the key role in ensuring that the CISG's objective, in providing not only "textual uniformity" but also "practical uniformity", will not be diminished, advancing modernization and progressive harmonization of international sales law.

²⁰⁹ See Orlandi, *supra* note 27, at 39.

²¹⁰ It was even argued that "the so-called dichotomy of substance and procedure is a classic problem of every system of private international law." See M Illmer, "Neutrality matters – some thoughts about the Rome Regulations and the so-called dichotomy of substance and procedure in European private international law" (2009) 28 Civil Justice Quarterly 237. For the concern on substance-procedure dichotomy in the context of ISDS reforms, see e.g., Anthea Roberts, *UNCITRAL and ISDS Reforms: Agenda-Widening and Paradigm-Shifting*, the European Journal of International Law September 20, 2019 available at <https://www.ejiltalk.org/> ("Some other states share this concern over the substance-procedure dichotomy"). At a philosophical level, regarding the realist attack on the substance-procedure dichotomy, see e.g. See Thurman Arnold, *The Rôle of Substantive Law and Procedure in the Legal Process*, 45 HARV. L. REV. 617, 643, 645 (1932).

²¹¹ Official Records of the United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March-11 April 1980, UN Doc. A/CONF.97/19, at 17.

²¹² See Letter of Transmittal from Ronald Reagan, President of the United States, to the United States Senate, reprinted at 15 U.S.C. app. 70, 71 (1997).

ปัญหากฎหมายการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ในกรณีที่มีการโอนดาวเทียม ในวงโคจร*

Legal Problem on Registration of Space Objects in Case of the In-Orbit Satellite Transfer

โทลีตา พิษผักหวาน
Tosita Phuechpakwarn

นักศึกษานิติศาสตร์บัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง พระนคร กรุงเทพมหานคร 10200
LL.M Candidate

Faculty of Law, Thammasat University, 2 Phrachan Road, Phra Nakhon, Bangkok 10200

Corresponding author Email: tosita.p@gmail.com

(Received: May 12, 2021; Revised: June 28, 2021; Accepted: July 6, 2021)

บทคัดย่อ

การดำเนินกิจกรรมอวกาศ ไม่เพียงแต่รัฐเท่านั้นที่สามารถดำเนินกิจกรรมอวกาศได้ แต่เอกชนและองค์การระหว่างประเทศก็สามารถดำเนินกิจกรรมอวกาศได้เช่นกัน ซึ่งได้ถูกรับรองไว้ในสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 จึงทำให้จำนวนของผู้ประกอบการกิจกรรมอวกาศเพิ่มมากขึ้น และความต้องการใช้บริการกิจกรรมอวกาศโดยเฉพาะดาวเทียมเพิ่มมากขึ้น จึงทำให้การดำเนินกิจกรรมอวกาศเป็นไปในเชิงพาณิชย์และมีความซับซ้อนมากขึ้น จะเห็นได้จากการซื้อขาย หรือเช่าดาวเทียมในขณะที่ปฏิบัติการณ์อยู่ในวงโคจร ไม่ว่าจะเป็นการซื้อขายระหว่างรัฐด้วยกัน หรือระหว่างรัฐกับเอกชนของรัฐอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศก็ตาม ซึ่งยังไม่มีกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการโอนดาวเทียมในวงโคจรไว้โดยเฉพาะ จากกรณีที่เกิดขึ้นนั้นทำให้เห็นถึงประเด็นปัญหาของหลักกฎหมายระหว่างประเทศหลายประการ แต่ในบทความนี้ผู้เขียนมุ่งที่จะศึกษาเฉพาะกรณีปัญหาของหลักกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนวัตถุอวกาศเท่านั้น อีกทั้ง ผู้เขียนจะนำเสนอถึงแนวทางในการแก้ไขปัญหาหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นด้วย ทั้งในระดับระหว่างประเทศและระดับรัฐ

คำสำคัญ : กิจกรรมอวกาศ, การโอนดาวเทียมในวงโคจร, การจดทะเบียนวัตถุอวกาศ

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ปัญหากฎหมายการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ความรับผิดชอบของรัฐ และความรับผิดของรัฐ อันเนื่องมาจากการโอนดาวเทียมในวงโคจร” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Abstract

The state is not the only the sector carrying out the space activities, but also the private sector and the international organizations which can also carry out the space activities as the provision of the Outer Space Treaty in 1967 has ensured the space activities operated by the private sector and international organizations. Due to the capability of the operators who perform the space activities and the rapid development of technology making make the high demand of using the space activity services, especially satellites, plus make the operation of the space activities more commercial and complex regarding to the trading or the renting satellites while operating in the orbit. Although, there are such transfers of satellites whether by purchasing or by leasing between the states or the state and the private sector of the other state or the international organization but there is no specific law respecting the foresaid transactions. From the arisen case, it can be assumed that there are several loopholes in the international law principles. Nevertheless, in this article the author only addresses the problems of the legal principle on the registration of space objects. In addition, the author will recommend the solutions concerning the legal problems in both the international level and the state level.

Keyword: Space activities, Transfer of a satellite, Registration of Space Objects

บทนำ

การดำเนินกิจกรรมอวกาศในปัจจุบันนี้มีพัฒนาการและความก้าวหน้าอย่างมาก และไม่เพียงแต่รัฐเท่านั้นที่สามารถดำเนินกิจกรรมอวกาศได้ แต่เอกชนและองค์การระหว่างประเทศสามารถดำเนินกิจกรรมอวกาศได้เช่นกัน จึงทำให้มีจำนวนของผู้ประกอบการกิจกรรมอวกาศและจำนวนของวัตถุอวกาศในวงโคจรเพิ่มมากขึ้น โดยเฉพาะดาวเทียม อีกทั้งความต้องการในการใช้บริการที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมอวกาศก็เพิ่มขึ้น เช่น ด้านโทรศัพท์เคลื่อนที่ ด้านโทรคมนาคม เป็นต้น กิจกรรมเหล่านี้ล้วนแต่ต้องอาศัยการดำเนินกิจกรรมอวกาศทั้งสิ้น เมื่อความต้องการในการใช้บริการจากการดำเนินกิจกรรมอวกาศของดาวเทียมของรัฐต่าง ๆ เพิ่มขึ้น ทำให้การดำเนินกิจกรรมอวกาศเป็นไปในเชิงพาณิชย์ จะเห็นได้จากกรณีที่มีการซื้อขาย หรือเช่าดาวเทียมที่ได้มีการส่งเข้าสู่โคจร หรืออยู่ในวงโคจรแล้ว¹ กรณีที่มีการโอนดาวเทียมเกิดขึ้นในหลายกรณี เช่น ในปี ค.ศ. 1997 มีการโอนดาวเทียม Asiasat-1, Asiasat-2, APSTAR-I (ต่อมาเปลี่ยนชื่อเป็น ZX-5E) และ APSTAR-IA (ต่อมาเปลี่ยนชื่อเป็น ZX-5D) รัฐผู้ส่งดาวเทียมเหล่านี้ ได้แก่ สาธารณรัฐประชาชนจีน และสหราชอาณาจักรซึ่งได้แจ้งจดทะเบียนดาวเทียมเหล่านั้นต่อสหประชาชาติ สหราชอาณาจักรจึงเป็นรัฐจดทะเบียน ต่อมาเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1997 อำนาจอธิปไตยในเขตบริหารพิเศษฮ่องกงได้ถูกโอนไปยังสาธารณรัฐประชาชนจีน ย่อมทำให้ดาวเทียมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของฮ่องกงถูกโอนไปด้วย ซึ่งสหราชอาณาจักรได้มีการแจ้งข้อมูลดังกล่าวและได้แจ้งขอยกเลิกการเป็นรัฐที่จดทะเบียน และสาธารณรัฐประชาชนจีนซึ่งเป็นรัฐผู้รับโอนและรัฐผู้ส่ง ก็ได้แจ้งจดทะเบียนดาวเทียมเหล่านั้นต่อสหประชาชาติด้วย² เป็นต้น

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าการโอนดาวเทียมมีความเกี่ยวข้องกับหลายรัฐ ไม่ว่าจะเป็นรัฐผู้โอนกับรัฐผู้รับโอนก็ตาม นอกจากนี้ยังมีความเกี่ยวโยงกรณีการโอนดาวเทียมที่มีรัฐผู้ส่งหลายรัฐ จะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่ารัฐผู้ส่งใดเป็นรัฐจดทะเบียน อันจะมีความเกี่ยวพันกับเขตอำนาจและการควบคุมนอกจากนี้ยังมีความสัมพันธ์กับกรรมสิทธิ์ของดาวเทียมอีกด้วย ซึ่งกรณีส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้น การโอนดาวเทียมมักจะเป็นรัฐจดทะเบียนที่ทำการโอนดาวเทียมในวงโคจร อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในทางปฏิบัติจะมีการพัฒนาไปแล้ว แต่ในกฎหมายอวกาศยังไม่มีกฎหมายฉบับใดกำหนดเกี่ยวกับการโอนดาวเทียมในวงโคจรไว้เป็นการเฉพาะ³ หรือได้มีการกล่าวถึงในข้อมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติฉบับต่าง ๆ หรือข้อเสนอแนะของสหประชาชาติก็ตาม แต่ก็ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอที่จะนำมาปรับใช้หรือสามารถแก้ไขประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างเป็นรูปธรรม และจากการที่ผู้เขียนได้ศึกษากรณีดังกล่าวโดยพิจารณาตามหลักกฎหมายอวกาศในปัจจุบัน ทำให้เห็นถึงประเด็นปัญหาของหลักกฎหมายหลายประการ แต่ในบทความนี้ผู้เขียนจะพิจารณาเฉพาะในส่วนของหลักกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนวัตถุอวกาศเท่านั้น ในการจดทะเบียนวัตถุอวกาศจะมีความสัมพันธ์กับรัฐผู้ส่ง กล่าวคือ

¹Louis de Gouyon Matignon, "In-orbit Transfer of Ownership," [online] Available from : <http://www.spacelegalissues.com/in-orbit-transfer-of-ownership/>. [15 August 2019]

²Upasana Dasgupta, "Reconciling State practice of in orbit satellite transfer with the law of liability and registration in outer space," [online] Available from : http://www.mcgill.ca/iasl/files/iasl/5b_upasana_dasgupta_-_liability_and_registration.pptx. [9 September 2020]

³Louis de Gouyon Matignon, "Space Legal Issues concerning Second-hand Satellite market," [online] Available from : <http://www.spacelegalissues.com/space-legal-issues-concerning-second-hand-satellite-market>. [21 October 2019]

ทั้งการจดทะเบียนวัตถุอวกาศภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการจดทะเบียนวัตถุที่ถูกส่งเข้าสู่อวกาศ ค.ศ. 1975 (อนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975)⁴ และภายใต้ข้อมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 1721B (XVI) ว่าด้วยความร่วมมือในการใช้อวกาศโดยสันติ (ข้อมติที่ 1721B (XVI))⁵ ได้กำหนดให้การจดทะเบียนวัตถุอวกาศนั้นเป็นหน้าที่ของรัฐผู้ส่งจะต้องแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับวัตถุอวกาศนั้นต่อสหประชาชาติ และเมื่อได้จดทะเบียนวัตถุอวกาศจะทำให้รัฐจดทะเบียน มีเขตอำนาจและการควบคุมเหนือวัตถุอวกาศ ดังที่ได้กำหนดไว้ในสนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินกิจการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และเทหวัตถุในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967 (สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967)⁶ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตประการหนึ่งของความเป็นรัฐผู้ส่ง กล่าวคือ สถานะของรัฐผู้ส่งจะคงอยู่ตลอดไปแม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงสถานะไปภายหลังจากที่มีการจดทะเบียนแล้วก็ตาม⁷ ดังนั้น หากมีการโอนดาวเทียมไปยังรัฐอื่น หรือเอกชนของรัฐอื่น หรือแม้กระทั่งโอนไปยังองค์การระหว่างประเทศก็ตาม สถานะของการจดทะเบียนก็หาได้เปลี่ยนแปลงไปด้วยไม่ ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น กรณีการโอนดาวเทียมในวงโคจร ไม่ว่าจะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียม หรือการโอนการปฏิบัติการก็ตาม หากเป็นกรณีที่โอนไปยังรัฐผู้ส่งด้วยตนเอง ผู้เขียนเห็นว่าไม่มีประเด็นปัญหาทางกฎหมาย เนื่องจากรัฐผู้ส่งสามารถจดทะเบียนดาวเทียมนั้นได้อยู่แล้ว และถือเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจและการควบคุมเหนือดาวเทียมตามกฎหมาย แต่ในทางกลับกันหากเป็นการโอนไปยังรัฐอื่น หรือเอกชนของรัฐอื่น หรือองค์การระหว่างประเทศที่ไม่ใช่รัฐผู้ส่งด้วยแล้ว ย่อมมีประเด็นทางกฎหมายที่จะต้องพิจารณา การที่รัฐผู้รับโอนดาวเทียมไปแล้วนั้น จะเป็นรัฐที่มีการควบคุมและปฏิบัติเหนือดาวเทียมที่ได้รับโอนไปตามความเป็นจริง แต่ไม่ถือว่ารัฐดังกล่าวเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจและการควบคุมตามกฎหมาย เนื่องจากข้อจำกัดของกฎหมายที่กำหนดไว้ ทำให้รัฐผู้รับโอนไม่สามารถจดทะเบียนวัตถุอวกาศได้ แม้ว่าในความเป็นจริง รัฐผู้รับโอน จะเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจและการควบคุมดาวเทียมนั้นก็ตาม ซึ่งกรณีนี้ส่งผลในทางปฏิบัติ กรณีที่รัฐอื่น ๆ จะตรวจสอบการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ข้อมูลย่อมไม่ตรงตามความเป็นจริง ดังนั้น ในบทความนี้ผู้เขียนจึงมุ่งที่จะพิจารณาถึงหลักกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ โดยจะกล่าวถึงความจำเป็นรัฐผู้ส่ง ความเป็นรัฐจดทะเบียน การจดทะเบียนวัตถุอวกาศ โดยจะพิจารณา

⁴ Article 2, Convention on Registration of objects Launched into Outer Space “1. When a space object is launched into Earth orbit or beyond, the launching State shall register the space object by means of an entry in an appropriate registry which it shall maintain. Each launching State shall inform the Secretary-General of the United Nations of the establishment of such a registry”

⁵ UN General Assembly Resolution 1721B (XVI) “1. Calls upon State launching objects into orbit or beyond to furnish informational promptly to the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, through the Secretary-General, for the registration of launchings;”

⁶ Article 8, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies “A State Party to the Treaty on whose registry an object launched into outer space is carried shall retain jurisdiction and control over such object, and over any personnel thereof, while in outer space or on a celestial body. Ownership of objects launched into outer space, including objects landed or constructed on a celestial body, and of their component parts, is not affected by their presence in outer space or on a celestial body or by their return to the Earth. Such objects or component parts found beyond the limits of the State Party to the Treaty on whose registry they are carried shall be returned to that State Party, which shall, upon request, furnish identifying data prior to their return.”

⁷ Michael Gerhard, “Transfer of Operation and Control with Respect to Space Objects – Problems of Responsibility and Liability of States,” ZLW 4 (2002): 575.

ภายใต้สนธิสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975 และภายใต้ข้อมติที่ 1721B (XVI) และจะพิจารณาประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นของหลักการจดทะเบียนวัตถุอวกาศจากการโอนดาวเทียมในวงโคจร อีกทั้ง ในบทความนี้ผู้เขียนจะนำเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาทั้งในระดับระหว่างประเทศและระดับรัฐด้วย

1. ความเป็น “รัฐผู้ส่ง”

กฎหมายอวกาศได้กำหนดคำนิยาม “รัฐผู้ส่ง” ไว้ในกฎหมายสองฉบับ ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายอันเนื่องมาจาวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 (อนุสัญญาความรับผิด ค.ศ. 1972)⁸ และอนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975⁹ โดยอนุสัญญาได้กำหนดความหมายไว้เหมือนกัน “รัฐผู้ส่ง” หมายความว่า รัฐซึ่งได้ส่งหรือจัดให้มีการส่งวัตถุอวกาศ หรือรัฐซึ่งเป็นเจ้าของดินแดนหรืออำนาจควบคุมในการส่งวัตถุอวกาศ¹⁰ และในข้อ 7 สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ได้กำหนดลักษณะของรัฐที่จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจาวัตถุอวกาศไว้ด้วย¹¹ แม้ว่าในบทบัญญัติดังกล่าวนี้ไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงว่า รัฐที่จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจาวัตถุอวกาศที่ถูกส่งเข้าสู่อวกาศ คือ รัฐผู้ส่งก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาลักษณะของรัฐตามข้อ 7 สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 จะเห็นได้ว่ามีลักษณะเช่นเดียวกับรัฐผู้ส่งที่นิยามไว้ในอนุสัญญาความรับผิด ค.ศ. 1972 และอนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975

จากคำนิยามของรัฐผู้ส่งที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น แม้ว่าในอนุสัญญาความรับผิด ค.ศ. 1972 และอนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975 จะกำหนดความหมายไว้เหมือนกันก็ตาม แต่การปรับใช้คำว่ารัฐผู้ส่งในอนุสัญญาแต่ละฉบับนั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ รัฐผู้ส่งในอนุสัญญาความรับผิด ค.ศ. 1972 มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองและปกป้องรัฐที่ได้รับความเสียหายจาวัตถุอวกาศ อีกทั้งเป็นอนุสัญญาที่กำหนดหลักกฎหมายและกระบวนการรับผิดชอบต่อความเสียหาย โดยเฉพาะมาตรการในการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้น¹² ซึ่งรัฐผู้ส่งถือเป็นองค์ประกอบสำคัญในการกำหนดรัฐที่จะต้องรับผิด¹³ หากความเสียหายที่เกิดขึ้นจาวัตถุอวกาศซึ่งมีรัฐผู้ส่งมากกว่าหนึ่งรัฐ

⁸ Article 1 (c), Convention on International Liability for Damage caused by Space Object 1972 “The term “launching State” means: (i) A State which launches or procures the launching of a space object; (ii) A State from whose territory or facility a space object is launched”

⁹ Article 1 (a), Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space 1975 “The term “launching State means: (i) A State which launches or procures the launching of a space object; (ii) A State from whose territory or facility a space object is launched”

¹⁰ จตุรงค์ ถิระวัฒน์, กฎหมายอวกาศหลักทั่วไปและปัญหาในทางปฏิบัติ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), หน้า 86.

¹¹ Article 7, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies “Each State Party to the Treaty that launches or procures the launching of an object into outer space, including the Moon and other celestial bodies, and each State Party from whose territory or facility or facility an object is launched, is internationally liable for damage to another to another State Party to the Treaty or to its natural or juridical persons by such object or its component parts on the Earth, in air space or in outer space, including the Moon and other celestial bodies”

¹² Preamble, Convention on International Liability for Damage caused by Space Object 1972 “...Recognizing the need to elaborate effective international rules and procedures concerning liability for damage caused by space objects and to ensure, in particular, the prompt payment under the terms of this Convention of a full and equitable measure of compensation to victims of such damage...”

¹³ Hobe, Schmidt-Tedd and Schrogl, *Cologne Commentary on Space Law volume II* (Luxembourg: Wolters Kluwer Deutschland, 2013), p. 114.

รัฐที่ได้รับความเสียหายนั้นสามารถเรียกให้รัฐที่เป็นรัฐผู้ส่งรัฐใดก็ได้ ให้รับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมดได้¹⁴ เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดสัดส่วนของความรับผิดชอบแต่ละรัฐไว้¹⁵ แต่รัฐผู้ส่งทั้งหลายจะต้องร่วมกันและแทนกัน (jointly and severally) รับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น¹⁶ ซึ่งจะแตกต่างจากรัฐผู้ส่งภายใต้อนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975 ซึ่งเป็นอนุสัญญาเกี่ยวกับการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ แม้ว่าวัตถุอวกาศหนึ่งจะมีรัฐผู้ส่งเกี่ยวข้องหลายรัฐ แต่ในการจดทะเบียนวัตถุอวกาศกฎหมายกำหนดให้รัฐผู้ส่งเพียงรัฐเดียวเท่านั้นที่จะจดทะเบียนวัตถุอวกาศได้ โดยรัฐผู้ส่งทั้งหลายจะต้องร่วมกันตกลงว่าจะให้รัฐผู้ส่งใดเป็นรัฐที่จะจดทะเบียนวัตถุอวกาศ¹⁷ ซึ่งการจดทะเบียนวัตถุอวกาศจะเป็นการแสดงเจตจำนงของรัฐ รัฐผู้ส่งที่จดทะเบียนจะกลายเป็นรัฐจดทะเบียน ซึ่งจะเป็กรัฐที่มีเขตอำนาจและการควบคุมเหนือวัตถุอวกาศที่ได้จดทะเบียน โดยเขตอำนาจของรัฐเหนือวัตถุอวกาศนั้นจะมีเพียงรัฐเดียวเท่านั้น¹⁸

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในอนุสัญญาความรับผิด ค.ศ. 1972 และอนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975 ได้ให้คำนิยามของรัฐผู้ส่งเอาไว้ก็ตาม แต่ไม่ได้กำหนดความแตกต่างของรัฐผู้ส่งแต่ละลักษณะเอาไว้ ทำให้การพิจารณา ลักษณะของรัฐผู้ส่งแต่ละประเภทในทางปฏิบัติเป็นไปได้ยากว่ารัฐใดจะเข้าหลักเกณฑ์ของรัฐผู้ส่ง และยิ่งไปกว่านั้น การดำเนินกิจกรรมอวกาศได้เปลี่ยนแปลงไปจากในอดีตและมีการพัฒนาไปมาก ซึ่งมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น¹⁹ และมีประเด็นถกเถียงเกี่ยวกับรัฐซึ่งจัดให้มีการส่งวัตถุอวกาศไม่ได้กำหนดลักษณะหรือขยายความให้เกิดความชัดเจนจึงทำให้เกิดความยุ่งยากในการปรับใช้ในทางปฏิบัติ เช่น ข้อตกลงการเตรียมการระหว่างหุ้นส่วนผู้ประกอบการ (partner-entrepreneurs) เป็นการดำเนินกิจกรรมอวกาศภายใต้กฎหมายของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างสหรัฐอเมริกาและรัฐบาลยูเครนเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศในการให้บริการส่งวัตถุอวกาศในเชิงธุรกิจ²⁰ เป็นต้น จากตัวอย่างที่ยกมานี้ จะเห็นได้ว่า เอกชนก็สามารถดำเนินการส่งวัตถุอวกาศได้เช่นกัน หากว่ารัฐได้มอบอำนาจให้กับผู้รับเหมารายย่อยซึ่งเป็นเอกชนดำเนินการส่งวัตถุอวกาศนั้น ดังนั้นจะถือได้หรือไม่ว่ารัฐซึ่งเอกชนดังกล่าวอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐ เป็นรัฐที่จัดให้มีการส่งวัตถุอวกาศ²¹ อันจะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของความเป็นรัฐผู้ส่ง

สำหรับการกำหนดความเป็นรัฐผู้ส่ง กฎหมายอวกาศได้กำหนดให้รัฐผู้ส่ง มีพันธกรณีตามกฎหมายสองประการ ได้แก่

¹⁴ Tanja Masson-Zwaan and Mahulena Hofmann, *Introduction to Space Law*, 4th ed. (Netherlands Kluwer Law International, 2019), p. 27.

¹⁵ Hobe, Schmidt-Tedd and Schrog, *Cologne Commentary on Space Law volume II*, p. 108.

¹⁶ Article 5, Convention on International Liability for Damage caused by Space Object 1972 “1. Whenever two or more State jointly launch a space object, they shall be jointly and severally liable for any damage caused.”

¹⁷ Article 2, Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space 1975, *supra* note 4.

¹⁸ จตุรงค์ ถิระวัฒน์, *กฎหมายอวกาศหลักทั่วไปและปัญหาในทางปฏิบัติ*, หน้า 125.

¹⁹ Francis Lyall and Paul B. Larsen, *Space Law A Treatise* (England: Ashgate publishing Limited, 2009), p. 95.

²⁰ Agreement between in the Government of the United States of America and the Government of Ukraine regarding International Trade in Commercial Launch Services 1995.

²¹ Francis Lyall and Paul B. Larsen, *Space Law A Treatise*, p. 95.

ประการแรก รัฐผู้ส่งจะต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากวัตถุอวกาศ สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ได้กำหนดให้รัฐผู้ส่งจะต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากวัตถุอวกาศ²² และอนุสัญญาความรับผิดชอบ ค.ศ. 1972 ได้กำหนดเช่นเดียวกันว่า รัฐผู้ส่งจะต้องรับผิดชอบอย่างเด็ดขาดในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากวัตถุอวกาศบนพื้นโลกหรือเกิดขึ้นกับอากาศยานในขณะที่อยู่ในระหว่างบิน²³

ประการที่สอง รัฐผู้ส่งจะต้องจดทะเบียนวัตถุอวกาศ กล่าวคือ เมื่อได้ส่งวัตถุอวกาศเข้าสู่วงโคจรแล้ว รัฐผู้ส่งจะต้องจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ซึ่งรัฐผู้ส่งจะต้องแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับวัตถุอวกาศไปยังเลขาธิการสหประชาชาติตามอนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975 ข้อที่ 2²⁴ ไม่เพียงแต่ในอนุสัญญาดังกล่าวเท่านั้นที่กำหนดให้รัฐผู้ส่งจะต้องจดทะเบียนวัตถุอวกาศ แต่ในข้อที่ 1721B (XVI) ได้กำหนดให้รัฐซึ่งส่งวัตถุอวกาศแจ้งข้อมูลไปยังสหประชาชาติ²⁵ เช่นเดียวกัน ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า รัฐผู้ส่ง มีความสำคัญในกฎหมายอวกาศอย่างยิ่ง เพราะความเป็นรัฐผู้ส่งมีความเชื่อมโยงกับหลักกฎหมายหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นความเชื่อมโยงกับความรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากวัตถุอวกาศ และการจดทะเบียนวัตถุอวกาศของรัฐผู้ส่งอันจะทำให้รัฐดังกล่าวถือเป็นรัฐจดทะเบียน นอกจากนี้ ความเป็นรัฐผู้ส่งนี้จะไม่สามารถเปลี่ยนแปลงสถานะไป ไม่ว่าวัตถุอวกาศดังกล่าวจะโอนหรือเปลี่ยนแปลงไป²⁶ อย่างไรก็ตาม ความเป็นรัฐผู้ส่งจะติดอยู่กับวัตถุอวกาศไปตลอด จึงทำให้เกิดประเด็นที่ต้องพิจารณา หากมีการโอนดาวเทียมในขณะที่อยู่ในวงโคจรไปยังรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้ส่ง ย่อมส่งผลกระทบต่อหลักกฎหมายและในทางปฏิบัติของระบบการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ

2. ความเป็น “รัฐจดทะเบียน”

อนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975 ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “รัฐจดทะเบียน” หมายความว่า รัฐผู้ส่งซึ่งได้จดทะเบียนวัตถุอวกาศซึ่งได้จดทะเบียนให้สอดคล้องกับข้อบทที่ 2²⁷ และ ในอนุสัญญาดังกล่าวยังได้กำหนดให้รัฐผู้ส่งจะต้องจดทะเบียนวัตถุอวกาศ จึงถือได้ว่ากฎหมายได้กำหนดให้รัฐผู้ส่งเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการจดทะเบียนวัตถุอวกาศและแสดงให้เห็นว่ารัฐที่มีความรับผิดชอบต่อการจดทะเบียน คือ รัฐผู้ส่ง²⁸ นอกจากนี้ ในสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ได้กำหนดไว้ด้วยว่า รัฐจดทะเบียน ยังคงมีเขตอำนาจและการ

²² Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, *supra* note 8.

²³ Article 2, Convention on International Liability for Damage caused by Space Object 1972 “A launching State shall be absolutely liable to pay compensation for damage caused by its space object on the surface of the Earth or to aircraft in flight.”

²⁴ Article 2, Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space 1975, *supra* note 4.

²⁵ UN General Assembly Resolution 1721B (XVI), *supra* note 6.

²⁶ Michael Gerhard, Michael Gerhard, “Transfer of Operation and Control with Respect to Space Objects – Problems of Responsibility and Liability of States,” p. 575.

²⁷ Article 1 (C), Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space 1975 “The term “State of registry” means a launching State on whose registry a space object is carried in accordance with article II.”

²⁸ Hobe, Schmidt-Tedd, and Schrogl, *Cologne Commentary on Space Law volume I* (Luxemburger: Wolters Kluwer Deutschland GmbH 2009), p. 151.

ควบคุมเหนือวัตถุอวกาศที่จดทะเบียนด้วย และยังได้มีการกล่าวถึงกรรมสิทธิ์ของวัตถุอวกาศอีกด้วยว่ากรรมสิทธิ์ของวัตถุอวกาศจะไม่ถูกกระทบกระเทือนแม้ว่าจะอยู่ในวงโคจรหรือในอวกาศก็ตาม²⁹ จะเห็นได้ว่าความเป็นรัฐจดทะเบียนจะมีความเกี่ยวข้องกับรัฐผู้ส่งอย่างใกล้ชิด เมื่อกฎหมายกำหนดเช่นนี้และจะมีเพียงรัฐประเภทเดียวเท่านั้นที่จะสามารถจดทะเบียนวัตถุอวกาศและมีเขตอำนาจและการควบคุมเหนือวัตถุอวกาศได้ตามกฎหมายคือ รัฐผู้ส่ง

3. การจดทะเบียนวัตถุอวกาศ

ระบบจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ถือเป็นระบบที่คิดค้นขึ้นมาเพื่อติดตามวัตถุอวกาศหรือดาวเทียมที่ถูกส่งเข้าสู่วงโคจร ซึ่งการระบุวัตถุอวกาศมีวัตถุประสงค์ เพื่อให้ทราบถึงรัฐอย่างน้อยหนึ่งรัฐที่เกี่ยวข้องกับการส่งวัตถุอวกาศ การจดทะเบียนวัตถุอวกาศที่ถูกส่งเข้าสู่วงโคจรมี 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรก การจดทะเบียนวัตถุอวกาศภายใต้สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 เป็นการจดทะเบียนระดับชาติที่แสดงให้เห็นถึงเขตอำนาจของรัฐเหนือวัตถุอวกาศ³⁰ และกรณีที่สอง การจดทะเบียนวัตถุอวกาศต่อสหประชาชาติ ภายใต้อนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975 และข้อมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 1721B (XVI)³¹ มีรายละเอียดดังนี้

3.1 การจดทะเบียนวัตถุอวกาศภายใต้สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967

ข้อ 8 สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 กำหนดให้รัฐภาคีสนธิสัญญานี้ซึ่งได้จดทะเบียนวัตถุซึ่งไปสู่อวกาศภายนอก เป็นรัฐที่มีเขตอำนาจและการควบคุมเหนือวัตถุดังกล่าวและเห็นบุคคลากรในวัตถุนั้นในขณะที่อยู่ในอวกาศภายนอกหรือบนทะเลในท้องฟ้า กรรมสิทธิ์แห่งวัตถุที่ส่งไปยังอวกาศภายนอก รวมทั้งวัตถุที่ร่อนลงสู่หรือที่ก่อสร้างขึ้นบนทะเลในท้องฟ้า รวมตลอดทั้งส่วนประกอบต่าง ๆ จะไม่ได้รับการกระทบกระเทือนเนื่องจากที่วัตถุนั้นไปปรากฏอยู่ในอวกาศภายนอกหรือบนทะเลฟากฟ้า...”³² บทบัญญัติดังกล่าวเป็นเครื่องมือที่ระบุรัฐซึ่งเป็นเจ้าของเหนือวัตถุอวกาศที่ถูกส่งเข้าสู่อวกาศ และมีความมุ่งหมายให้รัฐเพียงรัฐเดียวบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระบุตัวตนของวัตถุอวกาศว่าอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐใด³³ การระบุว่ารัฐใดมีอำนาจเหนือวัตถุอวกาศ จะดำเนินการผ่านการจดทะเบียนภายใต้ข้อมติที่ 1721B (XVI) และอนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975 ซึ่งได้พิจารณาต่อไปในหัวข้อ 3.2

²⁹ Article 8, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, *supra* note 6.

³⁰ Hobe, Schmidt-Tedd, and Schrogl, *Cologne Commentary on Space volume I*, p. 150.

³¹ *Ibid.*

³² Treaty on Principle Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Space Celestial Bodies 1967, *supra* note 8.

³³ Hobe, Schmidt-Tedd, and Schrogl, *Cologne Commentary on Space volume I*, p.150.

3.2 การจดทะเบียนวัตถุอวกาศต่อสหประชาชาติ

การจดทะเบียนวัตถุอวกาศต่อสหประชาชาติ สามารถดำเนินการได้สองวิธี โดยสามารถจดทะเบียนวัตถุอวกาศภายใต้ข้อมติที่ 1721B (XVI) หรือภายใต้อนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975 การจดทะเบียนทั้งสองวิธีการเป็นการกำหนดเพื่อส่งเสริมซึ่งกันและกัน แต่ข้อมูลที่น่ามาจดทะเบียนนั้นไม่จำเป็นจะต้องเป็นข้อมูลชุดเดียวกันก็ได้³⁴

3.2.1 การจดทะเบียนวัตถุอวกาศภายใต้ข้อมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 1721 (XVI)

ตั้งที่มีข้อเสนอของประเทศออสเตรเลีย แคนาดา อิตาลี และสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้เสนอให้สหประชาชาติยกร่างข้อมติเกี่ยวกับการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ เพื่อเป็นแนวทางให้กับรัฐที่ได้ดำเนินกิจกรรมอวกาศปฏิบัติตาม³⁵ จึงได้มีการยกร่างข้อมติที่ 1721 B (XVI) ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความร่วมมือในการสำรวจและใช้อวกาศของรัฐต่าง ๆ เป็นไปอย่างสันติ กล่าวคือ การที่รัฐที่ดำเนินกิจกรรมอวกาศเปิดเผยข้อมูลของวัตถุอวกาศหรือภารกิจของการปฏิบัติการวัตถุอวกาศนั้น เพื่อให้ทุกรัฐทราบว่าการดำเนินกิจกรรมเป็นไปโดยชอบด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศและสอดคล้องกับหลักการสำรวจและใช้อวกาศโดยสันติ โดยกำหนดให้รัฐผู้ส่งวัตถุอวกาศส่งข้อมูลของวัตถุอวกาศโดยส่งข้อมูลไปยังคณะกรรมการการว่าด้วยการใช้อวกาศโดยสันติ (Committee on the Peaceful Uses of Outer Space) โดยยื่นผ่านเลขาธิการสหประชาชาติ³⁶ เนื่องจากข้อมติดังกล่าวไม่มีค่าบังคับทางกฎหมาย การจดทะเบียนวัตถุอวกาศภายใต้ข้อมตินี้ จึงเป็นการจดทะเบียนภายใต้ความสมัครใจของรัฐที่จะปฏิบัติตามหรือไม่ก็ได้ หลักการภายใต้ข้อมตินี้ได้ปฏิบัติกันมาตั้งแต่ ค.ศ. 1962 ก่อนที่จะมีอนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975 โดยข้อมูลจากรัฐที่แจ้งจดทะเบียนตามข้อมติดังกล่าว จะปรากฏในรูปเอกสารสหประชาชาติ เลขที่ A/AC.105/INF³⁷ นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1976 มีรัฐที่สมัครใจแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับวัตถุอวกาศที่ถูกส่งเข้าสู่วงโคจรมาแล้วหลายรัฐ เช่น แอลจีเรีย อาเซอร์ไบจาน อิตาลี ลักเซมเบิร์ก มาเลเซีย ตุรกี ไทย เวเนซุเอลา เป็นต้น³⁸

หากรัฐที่ดำเนินกิจกรรมอวกาศใด ๆ ที่ไม่ได้เป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975 รัฐนั้นสามารถแจ้งข้อมูลของวัตถุอวกาศที่ส่งเข้าสู่วงโคจร และรัฐที่จดทะเบียนดังกล่าวนั้น ถือเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจและการควบคุมเหนือวัตถุอวกาศ ตามข้อ 8 สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 หากรัฐดังกล่าวเป็นรัฐสมาชิกในสนธิสัญญา อย่างไรก็ตาม มีรัฐที่ไดลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันในสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ฉบับดังกล่าวแต่ได้จดทะเบียนวัตถุอวกาศภายใต้ข้อมติที่ 1721B (XVI) เช่น ประเทศมาเลเซีย ประเทศฟิลิปปินส์ เป็นต้น³⁹

³⁴ Francis Lyall and Paul B. Larsen, *Space Law A Treatise*, p. 89.

³⁵ Ibid, p. 105.

³⁶ UN General Assembly Resolution 1721B (XVI) “2. Requests the Secretary-General to maintain a public registry of the information furnished in accordance with paragraph 1 above;”

³⁷ พีร์ ชูศรี, “การจดทะเบียนวัตถุอวกาศต่อสำนักงานกิจการอวกาศส่วนนอกแห่งสหประชาชาติ,” *วารสารสมาคมสำรวจข้อมูลระยะไกลและสารสนเทศภูมิศาสตร์แห่งประเทศไทย* 3 (กันยายน - ธันวาคม 2555): 39.

³⁸ Simonetta Di Pippo, “Registration of Space Objects with the Secretary-General, in IISL-ECSL Symposium “40 years of entry into force of the Registration Convention – Today’s practical issues” 50th Legal Subcommittee,” *United Nations Office for Outer Space Affairs* (2016): 4.

³⁹ United Nations Office for Disarmament Affairs, *Status of the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies*.

3.2.2 การจดทะเบียนวัตถุอวกาศภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1975

การจดทะเบียนวัตถุอวกาศภายใต้อนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975 ได้กำหนดให้รัฐผู้ส่งต้องจดทะเบียนวัตถุอวกาศที่ถูกส่งเข้าสู่อวกาศหรือวงโคจร โดยบทบัญญัติกฎหมายได้กำหนดให้ การจดทะเบียนวัตถุอวกาศ เป็นหน้าที่ของรัฐผู้ส่งจะต้องแจ้งข้อมูลไปยังเลขาธิการสหประชาชาติ⁴⁰ และในกรณีที่วัตถุอวกาศนั้นมีรัฐผู้ส่งมากกว่าหนึ่งรัฐ รัฐผู้ส่งเหล่านั้นจะต้องร่วมกันตกลงหรือกำหนดให้รัฐผู้ส่งเพียงรัฐเดียวเท่านั้น มีหน้าที่จดทะเบียนวัตถุอวกาศ ตามข้อที่ 2 วรรคสอง อนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975⁴¹ การที่กำหนดให้รัฐผู้ส่งจดทะเบียนวัตถุอวกาศได้เพียงรัฐเดียวเท่านั้น เพื่อเป็นการแก้ปัญหาในกรณีที่รัฐผู้ส่งหลายรัฐ หากไม่ได้กำหนดไว้เช่นนั้น จะทำให้หลายรัฐมีเขตอำนาจเหนือวัตถุอวกาศในเวลาเดียวกัน เนื่องจากการจดทะเบียนนั้น จะทำให้รัฐจดทะเบียนมีเขตอำนาจเหนือวัตถุอวกาศ จึงต้องใช้หลักความยินยอมของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการส่งวัตถุอวกาศนั้น⁴² โดยรัฐเหล่านั้นจะต้องร่วมกันตกลงว่ารัฐผู้ส่งใดมีหน้าที่จดทะเบียนวัตถุอวกาศ ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

ข้อมูลที่รัฐผู้ส่งจะต้องแจ้งไปยังเลขาธิการสหประชาชาตินั้น จะต้องประกอบไปด้วย (1) ชื่อของรัฐผู้ส่งหรือรัฐ (2) ผู้ออกแบบวัตถุอวกาศหรือเลขที่จดทะเบียน (3) วันเวลาและสถานที่ส่ง (4) ข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับวงโคจร รวมไปถึงรายละเอียดต่าง ๆ ของวงโคจร เช่น ความเอียง จุดที่อยู่ห่างจากโลกมากที่สุด ในทางโคจรของดาว เป็นต้น (5) การทำงานทั่วไปของวัตถุอวกาศ ตามข้อที่ 4 วรรคแรก อนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975⁴³

อย่างไรก็ตาม ที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติของคณะอนุกรรมการกฎหมาย (Legal Sub-committee) ได้ยกร่างข้อมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 62/101 ว่าด้วยข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการสร้างแนวทางปฏิบัติของรัฐและองค์การระหว่างประเทศระดับรัฐในการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ (Recommendations on enhancing the practice of States and International intergovernmental organizations in registering space objects) (ข้อมติที่ 62/101) เป็นข้อมติที่สร้างขึ้นโดยอาศัยบทบัญญัติ

⁴⁰ Article, 2 Convention on Registration of Objects Launching into Outer Space, *supra* note 4.

⁴¹ Ibid.

⁴² จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายอวกาศหลักทั่วไปและปัญหาในทางปฏิบัติ, หน้า 116.

⁴³ Article 4, Convention on Registration of Objects Launching into Outer Space “1. Each State of registry shall furnish to the Secretary-General of the United Nations, as soon as practicable, the following information concerning each space object carried on its registry:

(a) Name of launching State or States;
 (b) An appropriate designator of the space object or its registration number;
 (c) Date and territory or launch;
 (d) Basic orbital parameters, including:
 (i) Nodal period;
 (ii) Inclination;
 (iii) Apogee;
 (iv) Perigee;
 (e) General function of the space object.”

ของข้อบทที่ 4 วรรคสอง อนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975⁴⁴ ได้กำหนดให้รัฐจดทะเบียนสามารถแจ้งข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับวัตถุอวกาศต่อเลขาธิการสหประชาชาติเป็นครั้งคราวได้หากมีการเปลี่ยนแปลงใด ๆ เกี่ยวกับวัตถุอวกาศภายหลังจากที่ได้ส่งเข้าสู่วงโคจรแล้ว⁴⁵ ที่ผ่านมามีรัฐจดทะเบียนแจ้งข้อมูลเพิ่มเติมภายหลังจากที่ได้จดทะเบียนยกตัวอย่างเช่น การแจ้งข้อมูลโดยสาธารณรัฐเกาหลีเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียม Koreasat-2 จาก Korea Telecom Crop. (จดทะเบียนในสาธารณรัฐเกาหลี) ไปยังบริษัท Asia Broadcast Satellite Ltd. (จดทะเบียนในเบอร์มิวดา)⁴⁶ การแจ้งข้อมูลโดยสหพันธรัฐรัสเซียเกี่ยวกับการยุติการปฏิบัติการดาวเทียม Bonum-1, Express-AM1 และ Express-MD1 และได้ย้ายดาวเทียมเหล่านี้ไปยังสุสานดาวเทียม⁴⁷ และการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการเปลี่ยนตำแหน่งวงโคจรของ Inmarsat-4F2 โดยสหราชอาณาจักร⁴⁸ นอกจากนี้ในข้อบทดังกล่าวยังได้กำหนดให้รัฐซึ่งไม่ใช่รัฐผู้ส่งสามารถแจ้งข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับวัตถุอวกาศที่มีการเปลี่ยนแปลงสถานะการกำกับดูแลภายหลังจากที่ถูกส่งเข้าสู่วงโคจรแล้ว ได้แก่ รัฐที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นรัฐที่อยู่ภายใต้ข้อ 6 สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 สามารถแจ้งข้อมูลเพิ่มเติมได้เช่นกัน แต่ในเฉพาะกรณีที่วัตถุอวกาศนั้นไม่มีรัฐจดทะเบียนต่อสหประชาชาติ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว การจดทะเบียนวัตถุอวกาศ เป็นระบบที่ให้รัฐอื่น ๆ สามารถติดตามและตรวจสอบการดำเนินกิจกรรมอวกาศได้ ว่าวัตถุอวกาศได้มีการดำเนินกิจกรรมอวกาศโดยสันติหรือไม่ ซึ่งหลักดังกล่าวถือเป็นหลักสำคัญอย่างยิ่งในการดำเนินกิจกรรมอวกาศร่วมกันของรัฐในประชาคมด้วย อีกทั้งการจดทะเบียนนั้นเปรียบเสมือนการระบุรัฐเจ้าของวัตถุอวกาศ อันจะให้ทราบได้ว่ารัฐใดเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจและการควบคุมเหนือวัตถุอวกาศนั้น ซึ่งถือเป็นรัฐที่ได้ปฏิบัติการเหนือวัตถุอวกาศเพื่อให้วัตถุอวกาศดำเนินกิจกรรมให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของวัตถุอวกาศได้

4. ผลทางกฎหมายของการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ

บทบัญญัติในสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ข้อ 8 ได้กำหนดให้รัฐจดทะเบียนวัตถุอวกาศมีเขตอำนาจและการควบคุมเหนือวัตถุอวกาศที่ถูกส่งเข้าสู่วงโคจร⁵⁰ แต่ในสนธิสัญญาดังกล่าวไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับกระบวนการในการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ และรัฐจดทะเบียนคือรัฐที่มีลักษณะอย่างไร จึงได้มีการยกร่างอนุสัญญา

⁴⁴ Simonette Di Pippo, "Registration of Space Objects with the United Nations with the United Nations Secretary-General", ZLW 65 (2016): 367.

⁴⁵ Article 4, Convention on Registration of Objects Launching into Outer Space, *supra* note 43.

⁴⁶ UN Secretariat, ST/SG/SER.E/304/Add.1.

⁴⁷ UN Secretariat, ST/SG/SER.E/746.

⁴⁸ UN Secretariat, ST/SG/SER.E/594/Add.1.

⁴⁹ UN General Assembly Resolution 62/101 para 12 "4. Recommends that, following the change in supervision of a space object in orbit:...

(b) If there is no State of registry, the appropriate State according to article to article VI of the Outer Space Treaty could furnish the above information to the Secretary-General;"

⁵⁰ Article 8 Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, *supra* note 6.

จดทะเบียน ค.ศ. 1975 ขึ้นมา ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะการจดทะเบียนและมีพื้นฐานมาจากข้อ 8 สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967⁵¹ ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงกรรมสิทธิ์ของวัตถุอวกาศ เขตอำนาจและการควบคุมวัตถุอวกาศ ซึ่งถือเป็นส่วนที่มีความสำคัญอย่างยิ่งของการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ และยังส่งผลต่อผลทางกฎหมายของการโอนดาวเทียมในวงโคจรอีกด้วย

4.1 กรรมสิทธิ์ของวัตถุอวกาศ

ในกฎหมายอวกาศระหว่างประเทศไม่ได้จำกัดหรือห้ามการเป็นเจ้าของหรือทรัพย์สินใด ๆ ที่ถูกส่งเข้าสู่อวกาศ เช่น ดาวเทียม จรวด เป็นต้น รัฐจึงสามารถมีกรรมสิทธิ์เหนือวัตถุเหล่านั้นได้ ซึ่งกรรมสิทธิ์ของวัตถุอวกาศที่ถูกส่งเข้าสู่อวกาศ ทั้งรัฐและเอกชนสามารถเป็นเจ้าของวัตถุอวกาศได้ทั้งสิ้น⁵² กรณีที่เอกชนจะมีกรรมสิทธิ์เหนือวัตถุอวกาศนั้น จะเห็นได้จากข้อที่ 6 สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 เป็นบทบัญญัติที่รับรองการดำเนินกิจกรรมอวกาศของเอกชน เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนซึ่งเป็นเรื่องภายในประเทศที่รัฐมีเขตอำนาจเหนือเอกชนนั้นจะมีพันธกรณีผูกพันในทางระหว่างประเทศ

หลักกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สิน ผู้ที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินสามารถขาย เช่า จำนอง หรือกำจัดวัตถุอวกาศ ในขณะที่อยู่ในวงโคจรได้ กรรมสิทธิ์เหนือวัตถุอวกาศได้กำหนดไว้โดยระบบการจดทะเบียน ซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐ ได้มีการอ้างถึงหลักกฎหมายพื้นฐานว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล กรรมสิทธิ์จะไม่ส่งผลต่อการมีอยู่ของวัตถุอวกาศในอวกาศ หรือทะเลพากฟ้า หรือการส่งวัตถุอวกาศกลับคืนยังพื้นโลกแต่อย่างใด⁵³ แต่ไม่ได้หมายความว่า จะทำให้วัตถุอวกาศนั้นกลายเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของ (*res derelicta*) ในขณะที่อยู่ในอวกาศ หรือทะเลพากฟ้า หรือการกลับคืนสู่พื้นโลก เพราะว่าเจ้าของทรัพย์สินจะมีสิทธิครอบครองเหนือวัตถุเหล่านั้น⁵⁴

กรรมสิทธิ์และความเป็นเจ้าของนั้นมีความเกี่ยวข้องกับกิจกรรมอวกาศอย่างชัดเจน ได้มีการยอมรับในกฎหมายระดับรัฐหรือกฎหมายภายในของรัฐ กล่าวได้ว่า สิ่งใด ๆ หรือวัตถุใด ๆ ที่ถูกส่งจากโลกเข้าสู่อวกาศให้ถือว่ารัฐผู้ส่งวัตถุนั้นเป็นเจ้าของวัตถุดังกล่าว ไม่เพียงแต่รัฐผู้ส่งจะมีสิทธิเหนือวัตถุเท่านั้น แต่ยังสามรถถือได้ว่าเป็นเจ้าของแต่เพียงผู้เดียว รวมถึงจะต้องมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศและความรับผิดชอบต่อวัตถุอวกาศนั้นด้วย⁵⁵ อย่างไรก็ตาม สิทธิในทรัพย์สินดังกล่าวของเอกชน ถูกจำกัดโดยข้อตกลงระหว่างประเทศและการกำกับดูแลโดยกฎหมายและกฎระเบียบของรัฐ⁵⁶ ดังนั้น รัฐจดทะเบียนมีอำนาจในการกำหนดสถานะและความสามารถในการโอนกรรมสิทธิ์วัตถุอวกาศ โดยกำหนดผ่านกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนก็ได้ กรรมสิทธิ์ในกฎหมาย

⁵¹ Hobe, Schmidt-Tedd and Schrog, *Cologne Commentary on Space Law volume II*, p.239.

⁵² Bin Cheng, *Studies in International Space Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1977), p. 151.

⁵³ Article 8, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, *supra* note 6.

⁵⁴ Bin Cheng, *Studies in International Space Law*, p. 416.

⁵⁵ Henry R. Hertzfeld and Frans G. von der Duck, "Bring Space Law into the Commercial World: Property Rights without Sovereignty," *Chicago Journal of the International Law* 6 (2005): 82., and Henry R. Hertzfeld, "Developing issues in the law of outer space," *Penn Undergraduate Law Journal* 3 (2005): 12.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 12.

อวกาศ มีความแตกต่างกับกฎหมายทะเลและกฎหมายอากาศ เนื่องจากกฎหมายทะเลและกฎหมายอากาศ ไม่ได้กำหนดกรรมสิทธิ์โดยการจดทะเบียนเหมือนกับกฎหมายอวกาศ ซึ่งการกำหนดกรรมสิทธิ์ในวัตถุอวกาศนี้ จะมีความเชื่อมโยงกันอย่างใกล้ชิดกับการโอนกรรมสิทธิ์ในวัตถุอวกาศ⁵⁷

ดังที่กล่าวมาข้างต้น จึงสรุปได้ว่า รัฐจะสามารถโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียม รวมไปถึงโอนการปฏิบัติการไปด้วยเช่นเดียวกัน ไม่ว่าการโอนนั้นจะเป็นการกระทำโดยการขาย หรือการเช่า คือ รัฐจดทะเบียนวัตถุอวกาศต่อสหประชาชาติ อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า หากเป็นกรณีที่ไม่ได้มีการจดทะเบียนวัตถุที่ถูกส่งเข้าสู่วงโคจร กรณีเช่นนี้จะสามารถโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียมได้หรือไม่ แล้วรัฐใดมีอำนาจที่จะโอนได้ สำหรับกรณีที่วัตถุอวกาศที่ถูกส่งเข้าสู่วงโคจรไม่ได้จดทะเบียนนั้น

4.2 เขตอำนาจและการควบคุมเหนือวัตถุอวกาศ

โดยหลักแล้ว รัฐไม่สามารถอ้างอำนาจอธิปไตยเหนืออวกาศได้ กล่าวคือ อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และเทหะในท้องฟ้าอื่น ๆ จะไม่ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของชาติโดยการอ้างถึงอธิปไตย หรือโดยการใช้ หรือโดยการยึดครอง หรือโดยวิธีการอื่นใด⁵⁸ แต่บทบัญญัติในสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ได้กำหนดถึงเขตอำนาจ และการควบคุมเหนือวัตถุอวกาศเป็นของรัฐที่จดทะเบียน ซึ่งเขตอำนาจเหนือวัตถุอวกาศนั้นให้มีความต่อเนื่องไปถึงขณะที่อยู่ในวงโคจรด้วย⁵⁹ แม้ว่าในสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ไม่ได้ให้คำนิยามของคำว่า “เขตอำนาจ และการควบคุม” ไว้แต่ประการใด

หากพิจารณาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป คำว่า “เขตอำนาจ” (Jurisdiction) หมายความว่า ความสามารถและอำนาจของรัฐในการบัญญัติกฎหมายและบังคับใช้กฎหมายเหนือวัตถุอวกาศนั้น ส่วนคำว่า “การควบคุม” (Control) หมายความว่า สิทธิในการกระทำใด ๆ โดยเฉพาะตัวและการกำกับดูแลกิจกรรมอวกาศ⁶⁰ การควบคุมถือเป็นส่วนหนึ่งของเขตอำนาจรัฐ รัฐสามารถตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการของวัตถุอวกาศ และบุคคลในวัตถุอวกาศซึ่งอยู่ในอวกาศได้ นอกจากนี้ การควบคุมยังรวมถึงการบังคับและการกำกับดูแลโดยการออกกฎหมายภายใน ซึ่งการควบคุมนี้จะเป็นการควบคุมทั้งในแง่ของเทคนิคและกฎหมาย⁶¹ ในแง่ของเทคนิค รัฐที่จดทะเบียนมีอำนาจที่จะสั่งการและตรวจสอบจากพื้นโลกเพื่อให้วัตถุอวกาศปฏิบัติการให้เป็นไปตามภารกิจที่รัฐได้กำหนดไว้ และในส่วนของแง่กฎหมาย รัฐจดทะเบียนมีอำนาจในการใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อให้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศอย่างครบถ้วน รวมถึงมาตรการด้านเศรษฐกิจด้วย⁶²

⁵⁷ Bin Cheng, *Studies in International Space Law*, p. 164.

⁵⁸ Article 2, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies “Outer space, including the Moon and the other celestial bodies, is not subject to national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means.”

⁵⁹ Sara B. Goodman, “Welcome to the Space Jam!: The Imperative to Fill the In-orbit Transfer Lacuna in a Commercial Space Age,” *The Georgetown Journal of Law & Public Policy* 15 (2017): 692.

⁶⁰ Bin Cheng, *Studies in International Space Law*, p. 157.

⁶¹ Ibid., p. 121.

⁶² จตุรงค์ ถิระวัฒน์, *กฎหมายอวกาศหลักทั่วไปและปัญหาในทางปฏิบัติ*, หน้า 121.

อย่างไรก็ตาม การกล่าวถึงเขตอำนาจและการควบคุมของรัฐจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ได้กำหนดไว้เฉพาะในสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 เท่านั้น ไม่ได้มีการกำหนดไว้ในอนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975 ดังนั้นพันธกรณีจะผูกพันรัฐที่เป็นภาคีในสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 เท่านั้น

5. ประเด็นปัญหากรณีการโอนดาวเทียมในวงโคจร

กรณีการโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียมที่เกิดขึ้น มักจะเป็นการขายดาวเทียมจากรัฐหนึ่งไปยังอีกรัฐหนึ่ง หรือรัฐโอนไปยังเอกชนของรัฐอื่น หรือเอกชนของรัฐหนึ่งไปยังรัฐอื่น หรือโอนไปยังองค์การระหว่างประเทศ การโอนดาวเทียมไม่ว่าจะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์หรือการโอนการปฏิบัติการก็ตาม เช่น ในปี ค.ศ. 1996 BskyB ได้ขายดาวเทียม Marcopolo-1 ซึ่งถูกส่งเข้าสู่วงโคจรตั้งแต่ ค.ศ. 1989 ให้กับ the Swedish Nordic Satellite AB ซึ่งได้เปลี่ยนชื่อเป็น Sirius-1 และในปี ค.ศ. 2000 ได้ย้ายตำแหน่งวงโคจรค้างฟ้าจากตำแหน่ง 5.2°E ไปยังตำแหน่งที่ 1°W จะเป็นเจ้าของใหม่ที่ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ได้ดีกว่า⁶³ กรณีนี้รัฐผู้ส่ง ได้แก่ สหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร (บริษัท British Satellite Broadcasting จำกัด ซึ่งจดทะเบียนในสหราชอาณาจักร) และสหราชอาณาจักรเป็นรัฐที่จดทะเบียน ต่อมาสหราชอาณาจักรได้แจ้งข้อมูลและการควบคุมดาวเทียมนั้นได้ถูกโอนไปยังสวีเดนแล้วและได้เปลี่ยนชื่อดาวเทียมใหม่ด้วย เนื่องจากได้มีการแจ้งข้อมูลและการควบคุม และหลังจากนั้นสวีเดนได้แจ้งการจดทะเบียนวัตถุอวกาศกับสหประชาชาติ⁶⁴ หรือการทำความตกลงกันระหว่าง INTELSAT และบริษัท New Skies Satellite ซึ่งเป็นบริษัทที่จดทะเบียนในประเทศเนเธอร์แลนด์ ได้มีการตกลงกันโอนดาวเทียมสองดวงไปยังบริษัท New Skies Satellite ได้แก่ NSS6 และ NSS7 ดาวเทียมทั้งสองดวงได้ถูกส่งเข้าสู่อวกาศเมื่อเมษายน ค.ศ. 2002 และธันวาคม ค.ศ. 2002 ตามลำดับ และดาวเทียมทั้งสองดวงได้ถูกส่งจากประเทศฝรั่งเศส ดาวเทียมทั้งสองดวงได้ถูกโอนในขณะที่อยู่ในวงโคจรภายหลังจากที่ได้ส่งเข้าสู่อวกาศแล้ว⁶⁵ เป็นต้น เมื่อมีการโอนดาวเทียมในวงโคจร จะมีผลทางกฎหมายผูกพันทั้งผู้โอนและผู้รับโอน ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วทำให้เห็นถึงประเด็นปัญหาทางกฎหมาย หรือประเด็นที่สมควรได้แจ้งในการปรับใช้กฎหมายอวกาศที่ยังใช้บังคับอยู่อันส่งผลในทางปฏิบัติต่อการปฏิบัติการดาวเทียมหรือที่เกี่ยวข้องกับรัฐ

สำหรับขอบเขตการโอนกรรมสิทธิ์ไม่ได้มีการกล่าวถึงในสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 เพียงแต่กล่าวถึงคำว่า “กรรมสิทธิ์” ในข้อ 8 สนธิสัญญาดังกล่าวเท่านั้น⁶⁶ ในบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้มีการกำหนดขยาความว่าการโอนกรรมสิทธิ์ไว้ว่า มีความหมายว่าอย่างไรหรือมีขอบเขตในการปรับใช้ในทางกฎหมายอย่างไร นอกจากนี้ ยังไม่ได้ปรากฏในกฎหมายอวกาศฉบับอื่น ๆ ด้วย ทั้งอนุสัญญาความรับผิดชอบ ค.ศ. 1972 และอนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975 แต่ในส่วนของการตกลงว่าด้วยกิจกรรมของรัฐบนดวงจันทร์และทะเลในท้องฟ้าอื่น ค.ศ. 1979 (Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial

⁶³ Frans von der Dunk, “Transfer of ownership in orbit: From Fiction to Problem,” p. 30.

⁶⁴ Upasana Dasgupta, “Reconciling State practice of in orbit satellite transfer with the law of liability and registration in outer space,”.

⁶⁵ Ibid.,

⁶⁶ Francis Lyall and Paul B. Larsen, *Space Law A Treatise*, p. 95.

Bodies) ข้อที่ 12 (1) ได้กำหนดไว้ว่า รัฐภาคียังคงมีเขตอำนาจและการควบคุมเหนือบุคคล ยานพาหนะ เครื่องมือ สิ่งอำนวยความสะดวก สถานีและการจัดตั้งบนดวงจันทร์ กรรมสิทธิ์เหนือวัตถุเหล่านั้นต้องไม่ได้รับผลกระทบจากการที่ได้ปรากฏบนดวงจันทร์⁶⁷ บทบัญญัติในอนุสัญญาดังกล่าวนี้ได้สะท้อนให้เห็นถึงการสนับสนุนหลักกฎหมายในข้อที่ 8 สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 เกี่ยวกับเขตอำนาจและการควบคุมเหนือวัตถุใด ๆ ของรัฐที่จดทะเบียน อีกทั้งยังมีการสันนิษฐานไว้ว่าวัตถุอวกาศที่ถูกส่งเข้าสู่อวกาศเป็นวัตถุที่ได้รับการจดทะเบียน ภายใต้ข้อที่ 2 อนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975 แล้ว ดังนั้น รัฐผู้ส่งจึงกลายเป็นรัฐจดทะเบียนที่มีความสัมพันธ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อรัฐได้มีการจดทะเบียนวัตถุอวกาศแล้ว เป็นการแสดงให้เห็นถึงสัญชาติของวัตถุอวกาศ ซึ่งการจดทะเบียนนี้โดยส่วนใหญ่มักจะเกิดขึ้นภายหลังจากส่งวัตถุอวกาศ ในการระบุหรือกำหนดถึงแหล่งที่มาของวัตถุอวกาศนั้น เพื่อเป็นกำหนดรัฐที่จะต้องมีความรับผิดชอบภายใต้สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1976⁶⁸

ดังที่กล่าวมาแล้ว การโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียมในวงโคจรโดยส่วนใหญ่ มักจะเป็นการโอนโดยรัฐผู้ส่งซึ่งถือเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจและการควบคุมเหนือดาวเทียม หากการโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียมนั้นไปยังรัฐผู้ส่งดาวเทียมด้วยกันเอง สำหรับกรณีเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่า ไม่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณา เพราะหากมีการโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียมนั้น รัฐผู้ส่งสามารถแจ้งข้อมูลการเปลี่ยนแปลงไปยังสหประชาชาติได้ภายใต้ข้อ 4 อนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975 ภายใต้ข้อที่ 62/101 เนื่องจากการโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียมถือเป็นการโอนที่ครอบคลุมไปถึงการปฏิบัติการเหนือดาวเทียมนั้นด้วย โดยในย่อหน้าที่ 12 ข้อที่ 62/101 ดังกล่าว ได้แนะนำเกี่ยวกับกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงการกำกับดูแลวัตถุอวกาศในวงโคจร โดยรัฐจดทะเบียนจะต้องแจ้งข้อมูลการเปลี่ยนแปลงนั้นไปยังสหประชาชาติ ซึ่งจะต้องแจ้งวันที่มีการเปลี่ยนแปลงการกำกับดูแล และระบุเจ้าของหรือรัฐที่ปฏิบัติการเหนือดาวเทียมรายใหม่ด้วย⁶⁹ ดังนั้น หากมีการแจ้งเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงเจ้าของดาวเทียม รัฐผู้ส่งที่รับโอนดาวเทียมไปนั้น จะสามารถแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับวัตถุอวกาศภายหลังจากที่มีการแจ้งเปลี่ยนแปลง และจะทำให้รัฐผู้รับโอนกลายเป็นรัฐจดทะเบียน ที่มีเขตอำนาจและการควบคุมเหนือวัตถุอวกาศหรือไม่ สำหรับกรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากรัฐผู้รับโอนซึ่งเป็นรัฐผู้ส่งดาวเทียมที่โอนไปนั้น และเข้าเงื่อนไขที่จะจดทะเบียนดาวเทียมนั้น รัฐผู้รับโอนก็สามารถที่จะจดทะเบียนวัตถุอวกาศได้ และถือเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจและการควบคุมเหนือดาวเทียม

⁶⁷ Article 12, Agreement Government the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies “1. State Parties shall retain jurisdiction and control over their personnel, vehicles, equipment, facilities, stations and installations shall not be affected by their presence on the Moon.”

⁶⁸ Hobe, Schmidt-Tedd and Schrogl, *Cologne Commentary on Space Law II*, p. 401.

⁶⁹ UN Resolution A/RES/62/101, para 12 “4. Recommends that, following the change in supervision of a space object in orbit:
(a) The State of registry, in cooperation with the appropriate State according to article VI of the Outer Space Treaty, could furnish to the Secretary-General additional information, such as:

- (i) The date of change in supervision;
- (ii) The identification of the new owner or operation;
- (iii) Any change of orbital position;
- (iv) Any change of function of the space object;

(b) If there is no State of registry, the appropriate State according to article VI of the Outer Space Treaty could furnish the above information to the Secretary-General;”

ในทางกลับกัน หากเป็นกรณีที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียมไปยังรัฐที่ไม่ใช่รัฐผู้ส่ง หรือโอนไปยังเอกชนที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐที่ไม่ใช่รัฐผู้ส่ง ทำให้มีประเด็นที่ต้องพิจารณา กล่าวคือ เมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียมไปยังรัฐผู้รับโอนแล้ว ในความเป็นจริงรัฐผู้รับโอนจะเป็นรัฐที่ได้ปฏิบัติการและควบคุมการดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับดาวเทียมที่รับโอนไป หากมีกรณีที่เกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากดาวเทียมเกิดขึ้น ตามข้อ 7 สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967⁷⁰ และข้อ 2 อนุสัญญาความรับผิด ค.ศ. 1972⁷¹ ได้กำหนดให้เป็นความรับผิดของรัฐผู้ส่ง และการโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียมไม่กระทบต่อความเป็นรัฐผู้ส่ง⁷² กล่าวคือ ความเป็นรัฐผู้ส่งก็ยังคงติดไปกับวัตถุอวกาศ แม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ดาวเทียมไปแล้วก็ตาม ดังนั้น จึงเห็นได้ว่ากฎหมายไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้น จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้น

ระบบการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ เมื่อได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียมในวงโคจรไปยังรัฐที่ไม่ได้เป็นรัฐผู้ส่ง ในความเป็นจริงรัฐผู้รับโอนถือเป็นรัฐที่ได้ปฏิบัติการเหนือดาวเทียม แต่ไม่ถือว่าเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจและการควบคุมเหนือดาวเทียมอวกาศตามกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้รัฐจดทะเบียนวัตถุอวกาศเท่านั้นเป็นรัฐที่สามารถจดทะเบียนได้ ดังนั้น เมื่อรัฐผู้รับโอนไม่ใช่รัฐผู้ส่งจึงไม่ครบหลักเกณฑ์ที่จะสามารถจดทะเบียนวัตถุอวกาศ จึงทำให้รัฐผู้รับโอนไม่ถือว่าเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจและการควบคุมเหนือดาวเทียมนั้น จึงเห็นได้ว่าหลักกฎหมายไม่สอดคล้องกับกรณีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในข้อมติที่ 62/101 จะได้มีการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับกรณีที่รัฐที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจกรรมอวกาศของวัตถุอวกาศที่อยู่ภายใต้ข้อ 6 สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 จะสามารถแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงการปฏิบัติการเหนือวัตถุอวกาศนั้นได้ก็ตาม แต่ทำได้เฉพาะกรณีที่วัตถุอวกาศนั้นไม่มีรัฐจดทะเบียน⁷³ กล่าวคือ ในกรณีที่วัตถุอวกาศนั้นยังไม่ได้มีการจดทะเบียนวัตถุอวกาศเท่านั้น ดังนั้น การจดทะเบียนวัตถุอวกาศย่อมต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดในอนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975 หรือข้อมติที่ 1721B (XVI) กล่าวคือ รัฐที่มีหน้าที่ในการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ คือ รัฐผู้ส่งเท่านั้น

จากประเด็นปัญหาที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า การโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียมในวงโคจรรยังคงมีประเด็นปัญหาที่ควรจะได้มีการพิจารณาและหาแนวทางแก้ไขให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น เนื่องจากการที่ยังไม่มีกฎหมายอวกาศกำหนดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวโดยเฉพาะ จึงทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายระหว่างประเทศเกิดขึ้น ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อการอนุวัติการกฎหมายภายในของรัฐภาคี ดังนั้น ในหัวข้อต่อไปผู้เขียนจะเสนอแนวทางในการแก้ไขประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขปัญหในระดับระหว่างประเทศหรือระดับรัฐก็ตาม ซึ่งจะผู้เขียนได้พิจารณาไว้ในหัวข้อต่อไป

⁷⁰ Article 7, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies 1967, *supra* note 11.

⁷¹ Article 2, Convention on International Liability for Damage caused by Space Object 1972 “A launching State shall be absolutely liable to pay compensation for damage caused by its space object on the surface of the Earth or to aircraft in flight.”

⁷² Michael Gerhard, “Transfer of Operation and Control with Respect to Space Objects – Problems of Responsibility and Liability of States,” p. 575.

⁷³ UN Resolution A/RES/62/101, *supra* note 69.

6. แนวทางการแก้ไขปัญหากรณีการโอนดาวเทียมในวงโคจร

จากประเด็นปัญหาทางกฎหมายการจดทะเบียนวัตถุอวกาศที่เกิดขึ้นจากการโอนดาวเทียมในวงโคจร ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นที่เกิดขึ้นนั้น เป็นประเด็นปัญหาที่สำคัญควรที่จะต้องได้รับการแก้ไข โดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางระหว่างประเทศ เพื่อให้กฎหมายระหว่างประเทศสอดคล้องกับทางปฏิบัติของรัฐที่เกิดขึ้น อีกทั้งเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดความคลั่งคลุ้งของกฎหมายซึ่งผู้เขียนเห็นว่า รูปแบบของการดำเนินกิจกรรมอวกาศที่เกิดขึ้นในปัจจุบันและในอนาคตจะมีการพัฒนาและมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ดังนั้น ผู้เขียนจึงได้เสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว โดยผู้เขียนจะแบ่งออกเป็นสองระดับ ได้แก่ ระดับระหว่างประเทศ และระดับรัฐ ดังนี้

6.1 ระดับระหว่างประเทศ

สำหรับแนวทางในการแก้ไขปัญหาในระดับระหว่างประเทศนั้น ผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำมาปรับใช้ได้หลายแนวทาง ซึ่งในหัวข้อนี้ผู้เขียนได้นำเสนอแนวทางแก้ไข 3 แนวทาง ดังนี้

(1) การแก้ไขสนธิสัญญา

เนื่องจากว่ากฎหมายอวกาศระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 อนุสัญญาความรับผิดชอบ ค.ศ. 1972 และอนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975 ได้มีการยกร่างและมีผลบังคับใช้มาเป็นเวลานานแล้ว อาจทำให้บทบัญญัติบางข้อไม่ครอบคลุมถึงสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน อย่างเช่น กรณีที่มีการโอนดาวเทียมในวงโคจร ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายเกิดปัญหาและเกิดความไม่เป็นธรรมต่อรัฐที่เข้ามาดำเนินกิจกรรมอวกาศ ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้เกิดความชัดเจนและครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าว

โดยส่วนใหญ่สนธิสัญญามักจะกำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการแก้ไขสนธิสัญญาแต่ละฉบับเอาไว้ โดยเฉพาะ ดังนั้น การแก้ไขสนธิสัญญาจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่สนธิสัญญาฉบับนั้น ๆ กำหนดไว้⁷⁴ หากสนธิสัญญาฉบับใดไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การแก้ไขสนธิสัญญาไว้ จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป ซึ่งปรากฏอยู่ในส่วนที่ 4 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (อนุสัญญาเวียนนา ค.ศ. 1969) ที่มีชื่อเรียกว่า “การแก้ไขและการปรับปรุงสนธิสัญญา” (Agreement and Modification of Treaties) ซึ่งถือเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในการแก้ไขสนธิสัญญา จะเป็นการแก้ไขโดยข้อตกลงขัดแย้ง หรือแก้ไขโดยข้อตกลงโดยปริยาย

การแก้ไขโดยข้อตกลงโดยขัดแย้ง ในข้อ 39 อนุสัญญาเวียนนา ค.ศ. 1969 ได้กำหนดว่า สนธิสัญญาอาจถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยความตกลงระหว่างภาคี บรรดาภาคีที่ได้ เว้นแต่กรณีที่สนธิสัญญานั้นอาจกำหนดเป็นอย่างอื่น⁷⁵ จะเห็นได้ว่า การทำข้อตกลงแก้ไขสนธิสัญญา คือ การทำสนธิสัญญาเพื่อแก้ไขสนธิ

⁷⁴ ประสิทธิ์ เอกบุตร, สนธิสัญญา เล่ม 1, หน้า 242.

⁷⁵ Article 39, Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 “A treaty may be amended by agreement between the parties. The rules laid down in Part II apply to such an agreement except insofar as the treaty may otherwise provide.”

สัญญา จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกันกับการทำสนธิสัญญา แต่การแก้ไขสนธิสัญญาไม่จำเป็นจะต้องให้ภาคีในสนธิสัญญาเดิมมาทำข้อตกลงแก้ไขสนธิสัญญาด้วยกันทั้งหมด ดังนั้น ไม่อาจกล่าวได้ว่า การทำข้อตกลงแก้ไขสนธิสัญญาจะมีผลเป็นการแทนที่สนธิสัญญาที่ถูกแก้ไขไปทั้งหมด สนธิสัญญาระบบใหม่ที่ทำขึ้นมาแก้ไขสนธิสัญญาระบบเดิมจึงมีผลใช้บังคับได้ทั้งคู่ ซึ่งสนธิสัญญาจะมีผลผูกพันรัฐภาคีในสนธิสัญญาแต่ละฉบับ ลักษณะเช่นนี้จะมีลักษณะคล้ายกับการตั้งข้อสงวนซึ่งสามารถผูกพันรัฐภาคีแยกจากกันได้⁷⁶ และการแก้ไขสนธิสัญญาอีกประการหนึ่ง คือ การแก้ไขโดยปริยาย การแก้ไขสนธิสัญญาดังกล่าวนี้นี้ เป็นการแก้ไขในรูปแบบของแนวทางปฏิบัติของรัฐภาคีของสนธิสัญญา อาจจะเป็นในลักษณะใดก็ได้ กล่าวคือ สนธิสัญญาอาจถูกแก้ไขโดยสนธิสัญญาอีกฉบับหนึ่งที่ได้จัดทำขึ้น โดยผู้มีอำนาจเต็มในระดับเดียวกันหรือระดับต่ำกว่า หรืออาจเป็นเพียงการทำข้อตกลงแบบย่อหรือข้อตกลงด้วยวาจา หรือเป็นเพียงการแสดงเจตนาความยินยอมด้วยวาจา หรือแสดงความยินยอมโดยปริยายก็ตาม⁷⁷ จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น ในการแก้ไขสนธิสัญญาในประเด็นที่ผู้เขียนเห็นควรให้มีการแก้ไข คือ การกำหนดลักษณะของความเป็นรัฐผู้ส่งให้มีความชัดเจนมากขึ้น ควรที่จะกำหนดให้ครอบคลุมถึงกรณีของรัฐได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับวัตถุอวกาศภายหลังจากที่ได้มีการส่งวัตถุอวกาศเข้าสู่โคจรไปแล้ว เช่น กรณีการโอนดาวเทียมในวงโคจร เป็นต้น โดยการกำหนดให้รัฐผู้รับโอนอยู่ในความหมายหรือหลักเกณฑ์ของรัฐผู้ส่งด้วยดังนี้ หากมีการแก้ไขในประเด็นดังกล่าวแล้ว จะส่งผลถึงกรณีการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ซึ่งจะทำให้รัฐผู้รับโอนอยู่ในหลักเกณฑ์ที่สามารถจดทะเบียนวัตถุอวกาศ อันจะทำให้มีเขตอำนาจและการควบคุมเหนือวัตถุอวกาศด้วย

แม้ว่าผู้เขียนจะเห็นว่า ควรที่จะมีการแก้ไขสนธิสัญญาก็ตาม แต่การแก้ไขสนธิสัญญานั้นจะเกิดขึ้นได้ยากมากเนื่องจากจะต้องมีการประชุมเจรจารัฐภาคี เพื่อทำความตกลงในการแก้ไขสนธิสัญญา อีกทั้งการแก้ไขสนธิสัญญาอาจจะต้องใช้ระยะเวลาในการแก้ไขนานซึ่งอาจจะไม่เท่าทันต่อสถานการณ์ในปัจจุบันในการดำเนินกิจกรรมที่เกิดขึ้น

(2) การขยายการตีความคำว่า “รัฐผู้ส่ง”

ตามที่ได้เขียนได้กล่าวถึงความเป็น “รัฐผู้ส่ง” ในหัวข้อที่ 1 แม้ว่าจะมีการให้คำนิยามของคำว่า “รัฐผู้ส่ง” ไว้ในอนุสัญญาความรับผิดชอบ ค.ศ. 1972 และอนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975 ก็ตาม อีกทั้งยังมีการกำหนดรัฐที่จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากวัตถุอวกาศ ตามข้อ 7 สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 แม้ว่าในข้อบทนั้นจะไม่ได้กำหนดว่ารัฐที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนั้นเป็นรัฐผู้ส่ง แต่เมื่อพิจารณาแล้ว จะเห็นได้ว่ารัฐเหล่านั้นเป็นรัฐตามคำนิยามของรัฐผู้ส่งที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาความรับผิดชอบ ค.ศ. 1972 และอนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975

แม้ว่าทั้งในอนุสัญญาความรับผิดชอบ ค.ศ. 1972 และอนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975 ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “รัฐผู้ส่ง” ไว้ก็ตาม แต่การปรับใช้ความเป็นรัฐผู้ส่งของอนุสัญญาทั้งสองฉบับมีความแตกต่างกันดังที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อที่ 1 ในบทความนี้ผู้เขียนจะเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการจดทะเบียนวัตถุอวกาศที่เกิดขึ้นจากการโอนดาวเทียมเท่านั้น และจากคำนิยามสามารถจำแนก

⁷⁶ ประสิทธิ์ เอกบุตร, สนธิสัญญา เล่ม 1, หน้า 241.

⁷⁷ เพิ่งอ้าง, หน้า 243.

ประเภทของรัฐผู้ส่งได้ 4 ประเภท แต่ไม่ได้มีการกำหนดถึงลักษณะของความแตกต่างของรัฐผู้ส่งแต่ละประเภทไว้ ทำให้ยากแก่การพิจารณาตีความ เนื่องจากยังมีความไม่ชัดเจนและความซับซ้อนของรัฐผู้ส่งแต่ละประเภท อย่างเช่น การกำหนดความเป็นรัฐผู้ส่งซึ่งเป็นรัฐที่ได้จัดให้มีการส่งวัตถุอวกาศ โดยการจัดให้มีการส่ง ไม่ได้มีการกำหนดค่านิยมหรือลักษณะของการจัดให้มีการส่งไว้ว่าเป็นอย่างไรซึ่งในทางปฏิบัติทำให้ยากแก่การพิจารณา เนื่องจากการส่งวัตถุอวกาศที่เกิดขึ้นในปัจจุบันเป็นไปในเชิงพาณิชย์มากขึ้น ทำให้มีหลายรัฐหรือเอกชนเข้ามาดำเนินธุรกิจในการส่งวัตถุอวกาศมากขึ้น ซึ่งความไม่ชัดเจนของการจัดให้มีการส่งนั้น คือ การจัดซื้อจัดจ้าง หมายถึง การซื้อขายของสัญญาการส่ง การซื้อขายดาวเทียมในวงโคจร การเช่าดาวเทียม หรือขยายไปถึงการทำสัญญาที่ไม่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบของการขายและแลกเปลี่ยนเงินทุนหรือไม่⁷⁸ เมื่อเกิดความไม่ชัดเจนของการบัญญัติกฎหมายเกิดขึ้น จึงต้องมีการตีความเพื่อให้เกิดความชัดเจน โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปในการตีความไว้ในข้อ 31 อนุสัญญาเวียนนา ค.ศ. 1969 ตามที่บทบัญญัติข้อ 31 วรรค 1⁷⁹ เป็นการพิจารณาจากตัวบทของสนธิสัญญา จะแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างได้ดีที่สุด การพิจารณาเบื้องต้นจะต้องตีความถ้อยคำตามความหมายปกติและธรรมดาในบริบทที่ปรากฏ หากบทบัญญัติในสนธิสัญญามีความชัดเจนอยู่แล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องตีความ แต่หากปรากฏว่าข้อบทของสนธิสัญญาไม่ชัดเจนจะตีความให้ผิดเพี้ยนไปจากความหมายตามธรรมดาของถ้อยคำไม่ได้⁸⁰

ดังนั้น เมื่อเกิดความไม่ชัดเจนของคำว่า “รัฐซึ่งจัดให้มีการส่ง” ผู้เขียนจึงต้องพิจารณาและตีความคำว่า “การจัดหา” (procure) ตามความหมายตามธรรมดามีความหมายว่าอย่างไร โดยจะต้องค้นหาความหมายจากพจนานุกรมซึ่งจากการค้นหาความหมายของการจัดหา (procure) หมายความว่า การให้ได้มาซึ่งบางสิ่ง โดยความพยายามหรือวิธีการพิเศษ หรือเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์หรือได้ผลลัพธ์ตามที่ต้องการ⁸¹ Procurement contract หมายความว่า ข้อตกลงของรัฐบาลกับผู้ผลิต หรือผู้จัดหาสินค้าหรือเครื่องจักรหรือบริการ ภายใต้เงื่อนไขของการขายหรือให้บริการกับรัฐบาล รวมถึงกระบวนการประมูลที่อยู่ภายใต้กฎระเบียบของรัฐบาลด้วย⁸² ตามที่มีประเด็นความไม่ชัดเจนเกิดขึ้นเกี่ยวกับรัฐที่จัดให้มีการส่งวัตถุอวกาศว่ามีความหมายและมีขอบเขตอย่างไร หากพิจารณาตามความหมายธรรมดาของคำว่า การจัดหา จะเห็นได้ว่า การจัดหาที่เกิดขึ้นจากความตกลงระหว่างรัฐกับผู้ผลิต เนื่องจากรัฐบาลของรัฐไม่ได้มีความสามารถในการผลิตดาวเทียม จึงจำเป็นต้องซื้อดาวเทียมจากรัฐที่มีความสามารถในการผลิต รัฐที่ได้ทำความตกลงดังกล่าวจะต้องตกอยู่ในความหมายของรัฐซึ่งจัดให้มีการส่งวัตถุอวกาศ ที่จะอยู่ในความหมายของรัฐผู้ส่งด้วย

⁷⁸ Valerie Kayser, *Launching Space Objects: issues of Liability and Future Prospects*, (New York: Kluwer Academic Publisher, 2004), p. 34.

⁷⁹ Article 39, Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 “1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

⁸⁰ ประสิทธิ์ เอกบุตร, *สนธิสัญญา เล่ม 1*, หน้า 222.

⁸¹ Black Law Dictionary, “Procure,” 1. To obtain (something), esp. by special effort or means. 2. To achieve or bring about (a result) ..., “Procurement,” 1. The act of getting or obtaining something or of bringing something about. – Also termed procuration...” 11 (2019).

⁸² Black Law Dictionary, “Procurement contract,” A government contract with a manufacturer or supplier of goods or machinery or services under terms of which a sale or service is made to the government. Such contracts, including the bidding process, are governed by government regulations, standard form, etc.” 11 (2019).

จากการพิจารณาและตีความหมายของคำว่า การจัดหา ดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าควรตีความให้ครอบคลุมไปถึงการจัดหาดาวเทียมที่อาจเกิดขึ้นภายหลังจากที่ส่งดาวเทียมเข้าสู่วงโคจรไปแล้วด้วย เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการโอนดาวเทียมในวงโคจร กรณีที่โอนไปยังรัฐที่ไม่ใช่รัฐผู้ส่ง ซึ่งการจัดหาเป็นความตกลงระหว่างผู้ผลิตกับรัฐที่ต้องการซื้อดาวเทียม หากมีการโอนดาวเทียมเกิดขึ้น ก็จะเป็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาจากรัฐผู้ซื้อดาวเทียมเดิม (รัฐผู้ขาย) ไปเป็นรัฐผู้ซื้อดาวเทียมรายใหม่ (รัฐผู้ซื้อ) หากเป็นเช่นนั้นแล้วรัฐผู้ซื้อดาวเทียมจะกลายเป็นคู่สัญญารายใหม่ รัฐผู้รับโอนดาวเทียมก็จะอยู่ในลักษณะของรัฐผู้ส่ง ซึ่งจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น ตามข้อ 7 สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 และอนุสัญญาความรับผิด ค.ศ. 1972

(3) การกำหนดแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการโอนดาวเทียมในวงโคจร

ข้อมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 59/115 ว่าด้วยการปรับใช้แนวคิดของรัฐผู้ส่ง (UN Resolution 59/115 Application of the concept of the “launching State”) (ข้อมติที่ 59/115) ได้มีการเสนอแนะเกี่ยวกับการโอนดาวเทียมในวงโคจรไว้ด้วย โดยเสนอให้คณะกรรมการการใช้อวกาศโดยสันติ (Committee on the Peaceful Uses of Outer Space) เชิญรัฐภาคีกฎหมายอวกาศ ทั้งรัฐภาคีในสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 อนุสัญญาความรับผิด ค.ศ. 1972 และอนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975 ส่งข้อมูลเกี่ยวกับแนวทางปฏิบัติในปัจจุบันของรัฐเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียมในวงโคจร ซึ่งการแจ้งข้อมูลดังกล่าวอยู่ภายใต้ความสมัครใจของรัฐ⁸³ ซึ่งในการพิจารณาของคณะทำงานในการพิจารณาบทวนแนวคิดของรัฐผู้ส่ง ได้มีการเสนอความคิดเห็นโดยขอให้รัฐภาคีส่งข้อมูลเกี่ยวกับแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียมในวงโคจรของแต่ละรัฐนั้น ซึ่งหากมีการนำเอาแนวปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ ที่ได้มีการกำหนดวิธีการเกี่ยวกับการโอนดาวเทียมในวงโคจร มาบูรณาการร่วมกันได้ก็จะทำให้เกิดเป็นแนวทางปฏิบัติร่วมกันของรัฐในทางระหว่างประเทศเมื่อเกิดเป็นแนวทางในการปฏิบัติขึ้นแล้ว รัฐต่าง ๆ ก็จะนำไปอนุวัติการเป็นกฎหมายภายในเพื่อบังคับใช้กับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมถึงเอกชนที่ดำเนินกิจกรรมอวกาศด้วย ซึ่งข้อเสนอแนะดังกล่าวนี้ คณะทำงานยังได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมด้วยว่าการบูรณาการแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียมในวงโคจรนี้ ยังสามารถช่วยอุดช่องว่างทางกฎหมายที่เกิดขึ้นได้อีกด้วย⁸⁴

⁸³ UN General Assembly, A/RES/59/115 para 6 “3. Further recommends that the Committee on the Peaceful Users of Outer Space invite Member States to submit information on a voluntary basis on their current practices regarding on-orbit transfer of ownership of space objects:”

⁸⁴ UN General Assembly, A/AC.105/787 appendix para.18 “The working Group recommended the consideration of harmonizing voluntary practices that would provide useful guidance in a practical context to national bodies implementing the United Nations treaties on outer space. Agreements or informal practices to streamline the separate space licensing procedures of various States involved in a launch might reduce insurance costs and regulatory costs for governments. For instance, it might be valuable to consider ways of reducing the number of countries that set duplicate third-party insurance requirements for a particular launch or launch stage. States could also consider voluntary harmonized practices regarding on-orbit transfer of ownership of spacecraft. In general, such practices would increase the consistency and predictability of national space laws and help avoid lacunae in the implementation of the treaties. The Working Group noted that voluntary harmonized practices could be considered on a bilateral or multilateral basis, or on a global basis through the United Nations. ”

สำหรับข้อมติที่ 59/115 นั้น สร้างขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกในการปรับใช้กฎหมายอวกาศ และสอดคล้องกับอนุสัญญาทั้งสองฉบับ ได้แก่ อนุสัญญาความรับผิดชอบ ค.ศ. 1972 และอนุสัญญาจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1975⁸⁵ โดยเฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการจดทะเบียนวัตถุอวกาศและความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากวัตถุอวกาศ ซึ่งจะเป็นการกำหนดเพื่อขยายความและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับบทบัญญัติของอนุสัญญาทั้งสองฉบับที่กำหนดไม่ชัดเจน ให้เกิดความเข้าใจและแก้ไขปัญหาในทางปฏิบัติที่อาจเกิดขึ้นได้ เช่น ในข้อมติดังกล่าวได้กำหนดเสนอแนะเกี่ยวกับกรณีที่มีการโอนดาวเทียมในวงโคจรขึ้น ได้เชิญให้รัฐที่เกี่ยวข้องกับการโอนดาวเทียมดังกล่าว แจ้งให้รัฐภาคีทราบ แต่การแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการโอนดาวเทียมนั้นจะอยู่บนความสมัครใจของรัฐ เป็นต้น

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนเห็นด้วยกับการแก้ไขปัญหาโดยการนำเอาแนวปฏิบัติว่าด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียมในวงโคจรของแต่ละรัฐมาบูรณาการเป็นแนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ ซึ่งการกำหนดแนวปฏิบัติของรัฐร่วมกันถือเป็นอีกวิธีการหนึ่งที่สามารถนำมาแก้ไขปัญหาในทางระหว่างประเทศได้ เพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพในทางระหว่างประเทศ และผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดแนวปฏิบัติยังสามารถนำมาใช้อุดช่องว่างทางกฎหมายระหว่างประเทศในทางปฏิบัติได้ อีกทั้ง ยังสามารถนำมาปรับใช้เป็นแนวทางในการอนุวัติการหรือการกำหนดหลักเกณฑ์ในการกฎหมายภายในได้อีกด้วย

6.2 ระดับรัฐ

การแก้ไขปัญหาในระดับรัฐจะเป็นการแก้ไขปัญหาภายในของรัฐ ที่มีผลบังคับใช้กับองค์กรหรือหน่วยงานเอกชนที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐ หรือต่อคนชาติของรัฐนั้น โดยการแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้ คณะทำงานซึ่งถูกแต่งตั้งขึ้นโดยคณะอนุกรรมการกฎหมาย (Legal Subcommittee) เพื่อให้มีหน้าที่พิจารณาเกี่ยวกับประเด็นการพิจารณาแนวคิดของรัฐผู้ส่ง ได้มีการเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหา โดยให้แต่ละรัฐการออกกฎหมายระดับชาติ เพื่อแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับประเด็นของรัฐผู้ส่ง ซึ่งคณะทำงานเห็นว่า การออกกฎหมายระดับรัฐนั้นจะทำให้เกิดผลดีหลายประการ⁸⁶ กล่าวคือ กฎหมายภายในจะมีผลบังคับต่อวัตถุอวกาศที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจและการควบคุมเหนือวัตถุอวกาศนั้น หากเกิดกรณีที่รัฐผู้ส่งไม่สามารถควบคุมวัตถุอวกาศ ในการที่จะป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นจากวัตถุอวกาศนั้นได้ การที่กฎหมายภายในกำหนดให้รัฐมีเขตอำนาจและการควบคุมในการปฏิบัติการของวัตถุอวกาศและคนชาติได้ เพื่อการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้น⁸⁷ หากกฎหมายภายในได้กำหนดให้รัฐมีเขตอำนาจเหนือการปฏิบัติการเหนือวัตถุอวกาศ แม้ว่ารัฐดังกล่าวจะไม่ใช่รัฐผู้ส่งในทางระหว่างประเทศก็ตาม รัฐดังกล่าวจะสามารถปฏิบัติและบังคับคนชาติของตนในการดำเนินกิจกรรมอวกาศอันเกี่ยวกับวัตถุอวกาศ

⁸⁵ UN General Assembly, A/RES/59/115 para 6 “Desirous of facilitating adherence to and the appropriation of the provisions of the United Nations treaties on outer space, in particular the Liability Convention and the Registration Convention.”

⁸⁶ Kai-Uwe Schögl, Cologne and Chales Davies, “A New Look at the Concept of the “Launching State”,” ZLW 3 (2002): 375.

⁸⁷ Ibid.,

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดกฎหมายภายในเพื่อเป็นการลดช่องว่างทางกฎหมายระหว่างประเทศดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น เป็นประเด็นที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการกำหนดลักษณะของรัฐผู้ส่งทั้งสิ้น กล่าวคือ รัฐผู้ส่งไม่ได้มีการกล่าวลักษณะหรือความแตกต่างของแต่ละประเภทไว้ให้ชัดเจน ทำให้ยากแก่การระบุว่าการดำเนินการอย่างไรถึงจะเป็นไปตามลักษณะของรัฐผู้ส่งตามที่กฎหมายกำหนด และอีกประการหนึ่งที่เป็นปัญหาอย่างยิ่ง คือ กรณีที่มีการโอนดาวเทียมในวงโคจร ไม่ว่าจะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียมในวงโคจร หรือการโอนการปฏิบัติการดาวเทียมในวงโคจรก็ตาม การโอนดาวเทียมเหล่านี้ล้วนแต่มีความเกี่ยวข้องกับการจดทะเบียนวัตถุอวกาศอวกาศด้วย เนื่องจากการจดทะเบียนวัตถุอวกาศนั้น จะทำให้รัฐที่จดทะเบียนเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจและการควบคุมเหนือดาวเทียม และยิ่งถือว่าเป็นรัฐที่มีกรรมสิทธิ์ในดาวเทียมที่จดทะเบียนด้วย แต่การจดทะเบียนกฎหมายได้กำหนดให้เฉพาะรัฐผู้ส่งเท่านั้นสามารถจดทะเบียนวัตถุอวกาศได้⁸⁸ ดังนั้น ในกฎหมายภายในของรัฐ ควรที่จะกำหนดเกี่ยวกับกรณีของการโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียมในวงโคจรไว้โดยเฉพาะ เช่น สหรัฐอเมริกา ได้มีกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการกิจการอวกาศ ได้แก่ The US Commercial Space Launch Act ในกฎหมายนี้ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการโอนใบอนุญาตไว้ด้วย ได้กำหนดให้สามารถโอนใบอนุญาตไปยังผู้รับอนุญาตอื่นได้ การโอนใบอนุญาตดังกล่าวข้างต้น ถือเป็นการโอนการปฏิบัติการและการควบคุมการดำเนินการกิจการอวกาศของเอกชน แต่การโอนนั้นจะต้องเป็นการโอนไปยังพลเมืองของสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจะเป็นการส่งวัตถุอวกาศในเขตอำนาจของสหรัฐอเมริกาหรือนอกเขตอำนาจของสหรัฐอเมริกาก็ตาม⁸⁹ อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดค่านิยมของ พลเมืองสหรัฐอเมริกา ไว้ว่า ไม่เพียงแต่บุคคลของสหรัฐอเมริกา หรือหน่วยงาน บริษัทที่จัดตั้งหรือมีอยู่ภายใต้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงนิติบุคคลที่จัดตั้งภายใต้กฎหมายของรัฐอื่นด้วย⁹⁰ หรือสหราชอาณาจักร ก็มีกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการกิจการอวกาศเช่นกัน ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยอวกาศแห่งสหราชอาณาจักร ค.ศ. 1986 (The United Kingdom Outer Space Act 1986) ในกฎหมายดังกล่าว ไม่ได้บัญญัติห้ามการโอนการปฏิบัติการหรือการโอนใบอนุญาตไว้ แต่ให้เอกชนที่ดำเนินการกิจการอวกาศสามารถโอนสิทธิตามใบอนุญาตได้ โดยจะต้องได้รับอนุญาตเป็นลายลักษณ์จาก Secretary of State⁹¹ ซึ่งผู้รับโอนจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขดังที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วย เป็นต้น

ดังตัวอย่างที่ได้ยกข้างต้นนั้น เป็นการกำหนดกฎหมายภายในอันเกี่ยวแก่กรณีการโอนการปฏิบัติการดาวเทียม จะเห็นได้ว่ากฎหมายทั้งสองประเทศ ได้มีการกำหนดอย่างชัดเจนกรณีที่มีการโอนดาวเทียม แต่มีข้อจำกัดว่าจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายภายในกำหนด ไม่ว่าจะเป็นการโอนไปยังเอกชนที่

⁸⁸ Article 2, Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space, *supra* note 4.

⁸⁹ 51 U.S. Code § 50904, The US Commercial Space Launch Act 1984.

⁹⁰ 51 U.S. Code § 50902, The US Commercial Space Launch Act 1984.

⁹¹ section 6, The United Kingdom Outer Space Act 1986

อยู่ภายในเขตอำนาจของรัฐ หรือโอนไปยังเอกชนของรัฐอื่น ก็จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายภายในกำหนดด้วย เพื่อให้รัฐนั้นสามารถควบคุมการดำเนินกิจกรรมอวกาศไม่ให้ขัดกับหลักกฎหมายอวกาศและการกำหนดบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า จะเป็นการอุดช่องว่างทางกฎหมายในกรณีที่กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดไว้ได้ แม้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดเรื่องการโอนดาวเทียมไว้ก็ตาม แต่กฎหมายภายในก็สามารถกำหนดได้เท่าที่ไม่ขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และตัวอย่างกฎหมายของประเทศที่ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างกฎหมายของรัฐในประเทศที่เกี่ยวข้องกับการโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียม หรือการโอนใบอนุญาตการดำเนินกิจกรรมอวกาศของสหรัฐอเมริกาและของสหราชอาณาจักรนั้น อันเนื่องมาจากทั้งสองประเทศเป็นรัฐมหาอำนาจในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ ซึ่งเป็นเพียงไม่กี่ประเทศที่ได้มีการกำหนดกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการโอนดาวเทียมอวกาศ ที่สามารถนำมาเป็นแม่แบบในการร่างกฎหมายได้ และสามารถส่งผลให้เกิดแนวทางปฏิบัติของรัฐในทางระหว่างประเทศได้ หากรัฐส่วนใหญ่ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับประเด็นการโอนดาวเทียมในวงโคจรในกฎหมายของรัฐ

สำหรับประเทศไทย คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. เมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม พ.ศ. 2563 ตามที่กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมได้เสนอ โดยคณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบ (ร่าง) พระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ.⁹² ยกράขึ้นโดยสำนักงานพัฒนาเทคโนโลยีอวกาศและภูมิสารสนเทศ (องค์การมหาชน) มีวัตถุประสงค์เพิ่มศักยภาพในการดำเนินกิจการอวกาศของประเทศและดำเนินการให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นรัฐภาคีแล้วสองฉบับ ได้แก่ สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 และความตกลงว่าด้วยการช่วยชีวิตนักอวกาศ การส่งคืนนักอวกาศ และการคืนวัตถุที่ส่งออกไปในอวกาศภายในอวกาศ ค.ศ. 1968 อีกทั้ง เพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมในการเข้าเป็นรัฐภาคีในกฎหมายระหว่างประเทศฉบับอื่นๆ ด้วย ได้แก่ อนุสัญญาความรับผิดชอบ ค.ศ. 1972 และอนุสัญญาจดทะเบียน ค.ศ. 1975⁹³ โดยในร่างพระราชบัญญัติได้กำหนดเกี่ยวกับกรณีการโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียมไว้เป็นการเฉพาะ ในมาตรา 66⁹⁴ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับบทบัญญัติดังกล่าว เพื่อความชัดเจนในทางปฏิบัติและเป็นการอุดช่องว่างทางกฎหมายได้ เพราะหากกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวไว้

ดังที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า การกำหนดบทบัญญัติหรือกฎหมายระดับรัฐ ถือเป็นแนวทางหนึ่งที่สามารถนำมาแก้ไขในทางระหว่างประเทศหรือส่งผลในทางระหว่างประเทศได้ ทั้งสามารถก่อให้เกิดแนวทางปฏิบัติร่วมกันของรัฐซึ่งส่งผลให้รัฐที่ดำเนินกิจกรรมอวกาศปฏิบัติตามได้ และกฎหมายระดับรัฐสามารถอุดช่องว่างทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในทางระหว่างประเทศได้เช่นกัน

⁹² มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง มติกรรมการนโยบายอวกาศแห่งชาติ ครั้งที่ 3/2563 วันที่ 8 กันยายน 2563

⁹³ มาตรา 3, ร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. จัดทำโดยสำนักงานพัฒนาเทคโนโลยีอวกาศและภูมิสารสนเทศ (องค์การมหาชน)

⁹⁴ มาตรา 66, ร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. “ห้ามมิให้โอนกรรมสิทธิ์ในวัตถุอวกาศที่จดทะเบียนกับประเทศให้แก่คนต่างดาวหรือรัฐต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการหรือรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศนั้นได้ให้ความตกลงกับประเทศไทย โดยอย่างน้อยต้องมีเงื่อนไขว่ารัฐหรือองค์การระหว่างประเทศนั้นจะรับผิดชอบทั้งปวงหากมีความเสียหายอันเกิดขึ้นแก่วัตถุอวกาศนั้น”

7. บทสรุป

การดำเนินกิจกรรมอวกาศในปัจจุบันนี้มีความซับซ้อนมากขึ้น อันจะเห็นได้จากการโอนดาวเทียมในวงโคจร ซึ่งมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นไม่ว่าจะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ดาวเทียม หรือการโอนการปฏิบัติการดาวเทียม ไม่ว่าจะโดยการซื้อขาย หรือการเช่าดาวเทียมก็ตาม จากการพิจารณาถึงกรณีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ทำให้ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจกรรมอวกาศนั้นยังไม่สอดคล้องกับกรณีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น กล่าวคือ กรณีที่มีการโอนดาวเทียมไปยังรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐผู้ส่ง ซึ่งความเป็นรัฐผู้ส่งนั้น เป็นองค์ประกอบหนึ่งของการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ อันจะทำให้รัฐจดทะเบียนเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจและการควบคุมเหนือวัตถุอวกาศที่จดทะเบียนตามกฎหมาย ดังนั้น ย่อมส่งผลต่อหลักกฎหมายดังกล่าว เมื่อมีการโอนดาวเทียมไปแล้ว จะทำให้รัฐผู้รับโอนนั้นเป็นรัฐที่ควบคุมและปฏิบัติเหนือดาวเทียมดังกล่าวตามความเป็นจริง แต่รัฐผู้รับโอนไม่มีเขตอำนาจและการควบคุมเหนือดาวเทียมนั้นตามกฎหมายได้ เนื่องจากรัฐผู้รับโอนไม่ครบองค์ประกอบอันจะเป็นรัฐจดทะเบียนได้ เพราะไม่ใช่รัฐผู้ส่ง จากประเด็นดังกล่าว ทำให้เห็นว่าบทบัญญัติของกฎหมายไม่ครอบคลุมถึงกรณีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น อันจะนำมาปรับใช้ในทางปฏิบัติได้

ผู้เขียนจึงได้เสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ทั้งในระดับระหว่างประเทศและในระดับรัฐ โดยในระดับระหว่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่ามีความหลายแนวทางที่สามารถนำมาปรับแก้ไขกรณีที่เกิดขึ้นได้ ได้แก่ แนวทางที่หนึ่ง การแก้ไขสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้อง อาจเป็นการแก้ไขโดยการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการโอนดาวเทียมในวงโคจรเป็นการเฉพาะเพื่อให้รัฐภาคีสามารถนำมาปรับใช้ได้ หรืออาจเป็นการกำหนดคำนิยามของรัฐผู้ส่งให้มีความชัดเจนโดยกำหนดให้ครอบคลุมถึงกรณีรัฐผู้โอนดาวเทียมนั้นด้วย เพื่ออุดช่องว่างทางกฎหมาย ทั้งในประเด็นหลักการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ และหลักความรับผิดชอบความเสียหาย แนวทางที่สอง การขยายการตีความคำว่า รัฐผู้ส่ง สำหรับแนวทางนี้ผู้เขียนเห็นว่า ควรขยายการตีความให้ครอบคลุมถึงรัฐผู้โอนที่ไม่ใช่รัฐผู้ส่ง ไม่จำกัดความเป็นรัฐผู้ส่งเฉพาะในเวลาที่มีการส่งเท่านั้น โดยตีความให้รัฐผู้รับโอนอยู่ในรัฐที่ได้มีการจัดซื้อดาวเทียม แม้ว่าจะได้มีการส่งเข้าสู่โคจรแล้วก็ตาม และแนวทางที่สาม การกำหนดแนวปฏิบัติการโอนดาวเทียมในวงโคจร กรณีนี้ผู้เขียนว่าเป็นอีกวิธีหนึ่งที่สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ ซึ่งแนวทางนี้ได้มีการเสนอแนะไว้ในข้อมติที่ 59/110 โดยนำเอาแนวปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ ในการโอนดาวเทียมในวงโคจรมาบูรณาการและปรับใช้เพื่อเป็นแนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศต่อไป

นอกจากการแก้ไขในระดับระหว่างประเทศแล้ว ผู้เขียนยังเห็นว่า การแก้ไขปัญหาดังกล่าวในระดับรัฐเป็นอีกแนวทางหนึ่งที่รัฐสามารถนำมาอุดช่องว่างทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการโอนดาวเทียมในวงโคจรได้ โดยอาจเป็นการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการโอนดาวเทียมในวงโคจรโดยเฉพาะ เพื่อให้มีผลบังคับกับหน่วยงาน หรือเอกชนที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐ รวมถึงบทบัญญัติกฎหมายภายในยังสามารถกำหนดไปถึงในกรณีที่เอกชนที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐอื่นที่เข้ามาดำเนินกิจกรรมอวกาศภายในรัฐได้ด้วย หากเอกชนดังกล่าว ยอมรับเงื่อนไขที่กำหนดในบทบัญญัติกฎหมาย

แม้ว่าการแก้ไขประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการโอนดาวเทียมในวงโคจร สามารถทำได้หลายแนวทางก็ตาม แต่บางแนวทางก็มีข้อจำกัดหลายประการที่อาจทำให้เป็นไปได้ยาก เช่น การแก้ไขสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้อง

เนื่องจากการแก้ไขสนธิสัญญานั้นกว่าที่จะมีการประชุมรัฐภาคี เพื่อมาพิจารณาและตกลงข้อสรุปในการแก้ไข จะต้องใช้เวลานานหลายปี อาจทำให้ไม่ทันต่อสถานการณ์การดำเนินกิจกรรมอวกาศที่มีการเปลี่ยนแปลงไปได้ เป็นต้น จึงควรที่จะปรับใช้แนวทางที่มีความเหมาะสมกับกรณีที่เกิดขึ้น ผู้เขียนเห็นว่า การตีความรัฐผู้ส่งให้ครอบคลุมถึงรัฐผู้รับโอนดาวเทียมนั้น ก็เป็นอีกแนวทางหนึ่งที่สามารถแก้ไขปัญหานี้ได้ ไม่เพียงแต่ในประเด็น การจดทะเบียนวัตถุอวกาศเท่านั้น แต่ยังมีผลไปถึงหลักความรับผิดชอบของรัฐต่อความเสียหายในกรณีที่มีการโอนดาวเทียมอีกด้วย และอีกแนวทางหนึ่งที่คุณเขียนเห็นว่าสามารถนำมาปรับใช้เพื่อแก้ไขประเด็นปัญหาได้ คือ การนำเอาแนวปฏิบัติของรัฐในการโอนดาวเทียมในวงโคจรของแต่ละรัฐ มาพิจารณาร่วมกันเพื่อให้เป็นแนวทางระหว่างประเทศที่รัฐต่าง ๆ สามารถยึดถือและปฏิบัติตามได้เช่นกัน

Measures and Guidelines for Protection of Geographical
Indication of Agricultural Products in Chiang Rai *
มาตรการและแนวทางเพื่อได้รับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์
ของสินค้าเกษตรในจังหวัดเชียงราย

Archariya Wongburanavart

อัจฉริยา วงษ์บูรณาวาทย์

Full-time Lecturer

School of Law, Mae Fah Luang University

Floor 2 , E2 Building 333 Moo 1 Ta sud Sub District, Muang District, Chiang Rai 57100

อาจารย์ประจำ

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ชั้น 2 อาคาร E2 333 ต.ท่าสุต อ.เมือง จ. เชียงราย 57100

Corresponding author Email: archariya.won@mfu.ac.th

((Received: May 14, 2021; Revised: July 6, 2021; Accepted: July 15, 2021))

Abstract

Chiang Rai has made progressive steps in using Geographic Indication (GI) in adding economic value to local products and expanding the market access of its agricultural products, including processed agricultural products to foreign markets. However, the use of GI as a tool to promote local development in Chiang Rai was not as successful as it should be. Therefore, this research article aims to investigate legal measures to protect agricultural products under GI regimes in Thailand and the EU, particularly on the major challenges in obtaining them and proposing possible guidelines. According to this study, it was found that major challenges include a lack of strong integration of people within a community, lack of sufficient knowledge and understanding about GI, lack of a clear and standardised control system to monitor and keep the quality consistent with the specifications, as well as lack of appropriate and adequate budget and experts in GI protection.

*This article is summarised and rearranged from the author's research on 'Measures and Guidelines for Protection of Geographical Indication of Agricultural Products in Chiang Rai', funded by Mae Fah Luang University, Thailand

Thus, to help promote GI protection of agricultural products in Chiang Rai, policy recommendations have been proposed as follows. Firstly, with the support from the government agencies, community leaders should be posted in order to promote local products with unique quality to be protected as GIs. Secondly, knowledge and understanding in GI, as well as its benefits should be sufficiently provided to all stakeholders, including producers, entrepreneurs, government officers, and consumers through collaboration from relevant agencies from both public and private sectors. Thirdly, the Thai Geographical Indication Protection Act B.E. 2546 (2003) should be amended to provide the control system that is consistent with the EU standard in order to certify the quality of Thai GI products. Lastly, sufficient budget and GI experts should be allocated for the government agencies involved, particularly the Department of Intellectual Property and the Provincial Commercial Affairs Office in order to enhance their operational efficiency.

Keywords: Geographical Indication, Intellectual Property, Agricultural Products

บทคัดย่อ

เชียงรายเป็นจังหวัดที่มีพัฒนาการที่ดีในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indication: GI) เพื่อเพิ่มมูลค่าทางเศรษฐกิจให้กับผลิตภัณฑ์ท้องถิ่นและขยายการเข้าถึงตลาดของผลิตภัณฑ์ทางการเกษตร รวมถึงผลิตภัณฑ์เกษตรแปรรูปไปยังตลาดต่างประเทศ อย่างไรก็ตามพบว่าการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมการพัฒนาท้องถิ่นในจังหวัดเชียงรายนั้นยังไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร ดังนั้นบทความวิจัยนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ รวมถึงปัญหาและอุปสรรคต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อที่จะเสนอแนะมาตรการและแนวทางที่เหมาะสมในการส่งเสริมการคุ้มครองและการใช้ประโยชน์จากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของจังหวัดเชียงราย โดยจากการศึกษาพบว่าความท้าทายที่สำคัญ ได้แก่ การขาดการรวมกลุ่มกันอย่างเข้มแข็งของชุมชน การขาดความรู้และความเข้าใจที่เพียงพอเกี่ยวกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ขาดระบบควบคุมตรวจสอบคุณภาพสินค้าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ชัดเจนและได้มาตรฐานสากลในการตรวจสอบและรักษาคุณภาพให้สอดคล้องกับคุณสมบัติของสินค้าที่ได้รับการขึ้นทะเบียน ตลอดจนการขาดงบประมาณและบุคลากรที่เหมาะสมและเพียงพอ

ดังนั้นในการส่งเสริมและผลักดันให้สินค้าเกษตรของจังหวัดเชียงรายได้รับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ทั้งในประเทศไทยและในสหภาพยุโรปนั้น ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะในเชิงนโยบายดังต่อไปนี้ ประการแรก หน่วยงานภาครัฐควรสนับสนุนการสร้างแกนนำชุมชนเพื่อเป็นแกนนำในการผลักดันสินค้าที่มีเอกลักษณ์ของชุมชนให้ได้รับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ประการที่สอง หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งจากภาครัฐและภาคเอกชนควรสร้างความรู้ความเข้าใจถึงความสำคัญ และประโยชน์ของการได้รับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ให้กับผู้ผลิตในชุมชน บุคลากรจากหน่วยงานของรัฐ และผู้บริโภค ประการที่สาม พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 ควรได้รับการแก้ไขเพื่อจัดให้มีระบบควบคุมตรวจสอบที่สอดคล้องกับมาตรฐานของสหภาพยุโรปเพื่อรับรองคุณภาพสินค้าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศไทย ประการสุดท้าย รัฐบาลควรจัดสรรงบประมาณและผู้เชี่ยวชาญด้านสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ให้เพียงพอให้แก่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรมทรัพย์สินทางปัญญาและสำนักงานพาณิชย์จังหวัดเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการปฏิบัติงาน

คำสำคัญ: สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์, ทรัพย์สินทางปัญญา, สินค้าเกษตร

1. Introduction

Among the ASEAN members, Thailand is enthusiastic and places much emphasis on geographical indication (GI), and therefore is considered as the leader in this area. According to the ASEAN GI Database, Thailand has the highest number of GI registrations in the region.¹ At present, there are four GI products of Thailand that have been registered in the EU, namely Khao Hom Mali Thung Kula Rong Hai, Doi Chaang Coffee Doi Tung Coffee, and Sangyod Rice. Among these products, two of them, which are Doi Chaang Coffee and Doi Tung Coffee are GI products from Chiang Rai. This demonstrates a great improvement in using GI to increase economic value for local products and expand the market access of Chiang Rai GI products to foreign markets. In addition, the protection of GI for Doi Tung Coffee and Doi Chaang Coffee also shows the benefits of obtaining GI protection to local communities which can help enhance local development in a sustainable way. Allowing villagers to earn a living by growing coffee instead of opium cultivation can create jobs and generate income for the villagers, and thereby help the people in the community rely on themselves and make a sustainable alternative living. Therefore, Doi Tung Coffee and Doi Chaang Coffee can be considered as good examples that demonstrate the effective management of GI for sustainable development that leads to social and economic development of the community.

However, in addition to Doi Tung and Doi Chaang Coffee, those have been registered in the EU, Chiang Rai also has many agricultural products that have been registered for GIs in Thailand, namely Nang Lae Pineapple, Chiang Rai Phu Lae Pineapple, Chiang Rai tea, and Chiang Rai Khiaw Ngoo Sticky Rice. These products still need support from the government for obtaining GI protection in foreign countries in order to improve the quality level of Thai agricultural products to meet the international standards and expand the export market. Additionally, Chiang Rai also has other agricultural products that are qualified to represent the relationship between indigenous community and land, and therefore deserve to be protected as GIs both nationally and internationally.² As such, this article aims to study legal protection of GI in Thailand and in the EU, as well as problems and obstacles in obtaining

¹ Maslina Malik, "Updates on Geographical Indications in the ASEAN Region," (2 July 2019, Lisbon, Portugal) [online] Available from : https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/wipo_geo_lis_19/wipo_geo_lis_19_6.pdf. [19 January 2021]

² National News Bureau of Thailand, "Department of Intellectual Property Continues to promote GI products to help increase local incomes and improve the economic foundation," (2019) [online] Available from : <http://thainews.prd.go.th/th/news/detail/TCATG190402101013376>. [3 February 2021]

this domestically and internationally in order to propose an appropriate measure and guideline that can help promote GI protection and thereby enable local products in Chiang Rai to effectively compete in domestic and foreign markets. This is also in line with the Thailand's 20-year Strategy (2018-2037) that aims to enhance the country's competitiveness through the commercialisation of intellectual property (IP) rights including GIs. The protection of GI is expected to play an important role in strengthening the community's production base and the competitiveness of the local community in a sustainable manner, which is considered as one of the most important foundations for driving social and economic development of the country. Therefore, this article aims to analyse problems, obstacles and solutions in obtaining GI protection for agricultural products, both in Thailand and in the EU in order to propose an appropriate measure and guideline for the promotion of GI protection in Chiang Rai, both domestically and internationally.

2. Research objectives

This research has three major objectives as follows:

- (1) To study legal measures for the protection of GI
- (2) To analyse major challenges in obtaining GI protection for agricultural products in Thailand and in the EU
- (3) To propose an appropriate measure and guideline for promoting GI protection of Agricultural products in Thailand and in the EU

3. Research methodology

This research was conducted using qualitative research methodology consisting of documentary research and in-depth interview to propose an appropriate measure and guideline for promoting GI protection for Thailand's agricultural products both domestically and internationally. A comparative approach was applied in order to investigate an appropriate measure and guideline for the protection of GI for agricultural products in Chiang Rai by comparing Thai law with EU law. The documentary research method was used based on study and analysis of legislation, research papers, theses, articles, monographs, a policy document from a government/organisation and information from various websites which relate to this issue. Moreover, the research has also collected data according to the process of qualitative research methods by in-depth interviewing, which is an open-ended interview.

Experts who have knowledge in the subject of research from both governmental and private agencies such as the Department of Intellectual Property, Chiang Rai Provincial Commercial Affairs Office, Doi Chaang Coffee Original Company Limited, will provide information and practical facts relating to the registration of GI in Thailand and the EU, including success factors, as well as obstacles and solutions to resolve such problems.

4. Research outcome

To propose appropriate measures and guidelines in promoting GI protection for agricultural products in Chiang Rai, this study aims to investigate legal measures to protect agricultural products under GI regimes in Thailand and the EU and the major challenges in obtaining them both domestically and internationally. Therefore, the research outcome can be categorised as follows.

4.1 Legal measures to protect agricultural products under GI regimes in Thailand and the EU

GI is a type of an intellectual property (IP) right, an exclusive right that is granted to protect intellectual creativity.³ Compared with other types of IP rights, it is found that GI shares some similarities with trademarks. That said, it is the name, symbol, or anything else that enables identification of the product preventing confusion and misunderstanding amongst consumers. Therefore, similar to trademarks, GI can help prevent an unauthorised person from using such marks or confusingly similar ones. It also aims to protect consumers from confusion in the origin and quality of products that are protected by GIs.⁴ Nevertheless, there are some differences between trademarks and GIs. GIs are marks used for products that have a specific geographical origin and such products have special characteristics that are essentially attributable to their geographical area. Therefore, GI can indicate that the products from such geographical origins have unique features, quality and reputation representing the connection between nature and human beings. The people in the community rely on essential natural resources derived from specific areas such as raw materials, weather, as well as skills, expertise and wisdom of the community to produce local products. In other words, GI is the protection of product names for the community that can identify the product's

³ Chaiyos Hemarachata, *Characteristics of Intellectual Property Law: The Basic Knowledge of Copyright, Patent, Trademark, Trade secrets, Semiconductor, New Plant Variety*, (9th edition, Nititham Publishing House 2016), p.7.

⁴ *ibid.* 352.

quality that is linked to its original place of production. In addition, GI is a sign that can be used on goods only, whereas trademarks can be used on both goods and services.⁵ Furthermore, unlike trademarks, GIs are community rights that are granted to all producers or entrepreneurs in such geographical area and cannot be sold or transferred to other parties.⁶

According to the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs), the first multilateral instrument dealing with GI protection, every WTO member must provide a minimum standard of GI protection.⁷ However, the member states are given flexibility to decide an appropriate measure to protect their GIs. That said, GI can be protected through a sui generis⁸ GI regime or other legal forms, such as laws focusing on business practice and trademarks and sui generis systems.⁹ GI has been widely recognised as a tool for stimulating social and economic development of the country, especially in developing countries that are rich in biodiversity and local wisdom like Thailand. That said, IP rights, especially GI can be used as a tool to promote social and economic development of the country. GI can help stimulate local development and facilitate access to foreign markets for agricultural products, especially the markets in the EU. The consumers in the EU give much credibility to products that are affixed with the GI logo since it can represent a unique quality or characteristic that is linked to a specific geographical origin. Therefore, obtaining GI protection can add economic value to local products and increase international market access.¹⁰ Nevertheless, the use of GI as a tool for local development is not as successful as it should be, especially in developing countries. In order to obtain GI protection, especially in the foreign countries, it requires a lot of investment in product development and proper management for the products to successfully break into the international market.¹¹

⁵ Jakkrit Kuanpoth and Buntoon Srethasirote, **Geographical Indication, Intellectual Property, and Community rights**, (Nititham Publishing House 2013).

⁶ David R. Downes, "How Intellectual Property Could Be a Tool to Protect Traditional Knowledge," (2000) **25 Columbia Journal of Environmental Law** 253, p.269.

⁷ Daniel Gervais, **The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis**, (2nd edn, Sweet and Maxwell 2003)

⁸ According to Back's Law Dictionary, Sui generis is defined as "a regime designed to protect rights that fall outside the traditional patent, trademark, copyright, and trade-secret doctrines."

⁹ WTO, "Geographical Indications (2020)," [online] Available form : https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/ta_docsec5_e.htm. [15 June 2020]

¹⁰ Bertil Sylvander and Elizabeth Barham, "Introduction" in Elizabeth Barham and Bertil Sylvander (eds), **Labels of Origin for Food: Local Development, Global Recognition**, (CABI 2011), p.xv.

¹¹ Tesager W. Dagne, **Intellectual Property and Traditional Knowledge in the Global Economy: Translating Geographical Indications for Development**, (Routledge 2015), p.137.

Thailand is rich in biodiversity and traditional knowledge that has been transmitted for generations. The importance and benefits of GI has attracted attention from the government. Among the ASEAN members, Thailand can be considered the leading country in strengthening its GI protection. As the WTO members, Thailand is obliged to modify national IP law, including GI to make them consistent with the WTO minimum standards. Accordingly, a sui generis GI system was adopted through the enactment of the Protection of Geographical Indications Act B.E. 2546 (2003). According to Section 3 of this Act, goods that can obtain GI protection include agricultural products, industrial products, and handicrafts. The implementation of GI protection in Thailand is moving forward. Thai government aims to encourage all provinces in Thailand to have GI products. The Department of Intellectual Property has set a target to register at least 1 GI product per province in Thailand. As of April 2021, Thailand has a total of 137 GIs from 76 out of 77 provinces.¹² Among these provinces, Chiang Rai can be considered as one of the leaders in this area. Currently, Chiang Rai has 6 GIs products. These products are all agricultural products, including processed agricultural products, which are Doi Tung coffee, Doi Chaang coffee, Nang Lae Pineapple, Chiang Rai Phu Lae Pineapple, Chiang Rai tea, and Chiang Rai Khiaw Ngoo Sticky Rice. However, in addition to these products, Chiang Rai still has other agricultural products that have a high potential for obtaining GI protection. This is because Chiang Rai is located in an area that is rich in resources and local wisdom. There are many products that have unique characteristics and qualities that are linked to its geographical origin.

In order to obtain GI protection in Thailand, two conditions need to be satisfied in accordance with Section 3 of the Protection of Geographical Indications Act B.E. 2546 (2003). Firstly, GI must be a name, symbol or other things used to trade to indicate a geographical origin. Secondly, there shall be a relationship between a particular quality, reputation or other characteristic and such geographical origin.¹³ Furthermore, according to Section 7, both

¹² The Department of Intellectual Property, "GI Products in Region (2021)," [online] Available from : <https://www.ipthailand.go.th/th/gi-002.html>. [19 June 2021]

¹³ Section 3 of the Thai Geographical Indication Protection Act B.E. 2546, "Geographical Indication" means "name, symbol or any other thing which is used for calling or representing a geographical origin and can identify the goods originating from such geographical origin where the quality, reputation or other characteristic of the goods is attributable to the geographical origin."

government institutions and private sectors can apply for GI protection.¹⁴ However, in practice, the applications majorly come from local authorities.¹⁵ When the protection is granted, a control system needs to be provided in order to maintain the quality of the GI product in accordance with the conditions prescribed by the registrar¹⁶. However, the Thai Geographical Indication Protection Act B.E. 2546 does not contain a specific provision relating to the quality control of products. According to Section 15, the registrar has an authority to accept GI registration absolutely or with subject to conditions.¹⁷ In practice, the registrar exercises discretion under Section 25 to require the implementation of the inspection and product quality control system as one of the condition that the producers or the entrepreneurs of such GI products must conform to.¹⁸ The inspection and product quality control system can be divided into three levels, namely self-control, internal control, and external control by a certified certification body.

Self-control is an initial step of the quality control system in order to maintain the GI product's quality in accordance with the producer's manual and control plan. Internal control is conducted by the GI provincial committee, including producers, entrepreneurs, and other GI stakeholders. At this level, the GI committee is responsible for monitoring the production process to examine whether it complies with the manual and control plan.

¹⁴ Section 7 of the Thai Geographical Indication Protection Act B.E. 2546, "The persons who are entitled to apply register a geographical indication are the followings:

(1) any governmental agency, public body, state enterprise, local administration organization or any other state organization which is a juristic person having an area of responsibility covering the geographical origin of the goods;

(2) a natural person, group of persons or juristic person engaging in a trade which is related to the goods using a geographical indication and having a domicile in the geographical origin of the goods;

(3) a group of consumers or organization of consumers of the goods using a geographical indication.

¹⁵ Denis Sautier, "Seminar on Geographical Indications" (promoting Intellectual Property Rights in ASEAN Region, Hanoi, 20 September 2019).

¹⁶ According to Section 3 of the Thai Geographical Indication Protection Act B.E. 2546, "Registrar" is "the Director-General or the person appointed by the Minister to be the Registrar for the purpose of performance under this Act."

¹⁷ Section 15 of the Thai Geographical Indication Protection Act B.E. 2546 (2003)

"In case that an application for the registration is in accordance with the rules prescribed in Section 5, Section 6, Section 7, Section 8, Section 9 and Section 10 and the Registrar considers it expedient to accept registration with or without condition, the Registrar shall issue an order for publication of the acceptance for registration in accordance with the procedures prescribed in Ministerial Regulations."

¹⁸ Section 25 of the Thai Geographical Indication Protection Act B.E. 2546 (2003)

"When there has already been a registration of a geographical indication for any goods, the manufacturers of the goods in the geographical origin of the goods, or persons engaging in trade related to the goods, shall be entitled to use the registered geographical indication with the goods as indicated in accordance with the conditions prescribed by the Registrar."

The external control must be carried out by a certification body accredited for certifying GIs by an accreditation body. The responsible accreditation body is the Thai Industrial Standards Institute (TISI) and the National Bureau of Agricultural Commodity and Food Standard (ACFS).¹⁹ The control in this level is conducted on behalf of the Department of Intellectual property in order to build confidence to consumers that products are controlled and inspected from the beginning of the production process to the final stage of manufacturing cycle process. This would therefore help consumers get the products that meet their quality expectations. However, in practice, the external control is required particularly when such GI products are exported to the foreign countries where GI certification is required such as the EU.²⁰

In the EU, GI is considered as an economic asset regionally.²¹ The success in promoting GI protection has helped the EU to attract foreign markets that give value to food quality.²² Therefore, the EU has long been playing an active role in improving GI protection both domestically and internationally. As a member state of the WTO, the EU members are obliged to protect GI through legal measures not lower than the minimum standard provided in the TRIPs agreement which is the first multilateral treaty dealing with GI.²³ Furthermore, in order to ensure the free movement of goods within the internal market, a community system of GI protection coexists with national systems of the EU member states.²⁴ Therefore, at the national levels, some EU countries have adopted a sui generis system for GI protection, while others provide protection through trademarks.²⁵ At the community level, the Regulation (EU) No. 1151/2012 on quality schemes for agricultural products and foodstuffs

¹⁹ Pajchima Tanasanti, "Geographical Indications: Where Do We Stand Today?," Department of Intellectual Property, Thailand [online] Available from : https://www.wipo.int/edocs/mdocs/geoind/en/wipo_geo_bkk_13/wipo_geo_bkk_13_5.pdf. [19 June 2021]; Filippo Arfini, Valentin Bellassen, *Sustainability of European Food Quality Schemes: Multi-Performance, Structure, and Governance of PDO, PGI, and Organic Agri-Food Systems* (Springer Nature 2019) 99.

²⁰ Denis Sautier, "Sewinar on Geographical Indications"

²¹ European Commission, "New Search Database for Geographical Indications in the EU," (2020) [online] Available from : https://ec.europa.eu/info/news/new-search-database-geographical-indications-eu-2020-nov-25_en. [29 November 2020]

²² European Commission, "Geographical Indications in the EU," (28-19 March 2019, Lima) [online] Available from : https://ipkey.eu/sites/default/files/ipkey-docs/2019/IPKey-LA_Peru_March-2019_Geographical-Indications-in-the-EU_en.pdf. [6 December 2020]

²³ Cecilia Navarra and Elodie Thirion, **Geographical Indications for Non-agricultural products: Cost of Non-Europe Report**, (European Parliament 2019), p.1.

²⁴ Ibid.

²⁵ Favale, M. and Borghi, M., "Harmonization of Intellectual Property Rights within and beyond the European Union: The Acquis Communautaire in the Framework of the European Neighbourhood Policy, (2013) WP5/25 Search Working Paper, SEARCH Project," [online] Available from : <http://www.ub.edu/searchproject/wp-content/uploads/2013/09/WP05.25.pdf>. [10 July 2020]

was adopted to provide a harmonised GI protection for wines, spirits, aromatised wines and other agricultural products including foodstuffs. Under the community of GI system, one registration can be enforced in all member states of the EU. By having a separate system governing GI protection at the EU level, stronger and more effective protection to local products in the region can be provided.²⁶ This could therefore encourage investment in local products, which can promote local economic growth to the community.²⁷

In the EU, GI can be divided into Protected Designation of Origin (PDO) and Protected Geographical Indication (PGI). The major difference between these protections is the quantity of raw materials that originate in the geographical area and how much of the production process has to take place within that area.²⁸ However, in order to obtain PDO, the products must have the strongest link to the defined geographical area. All parts of the process, including production, processing, and preparation must take place in that area. Whilst in the case of PGI, at least one of the stages of production, processing, and preparation must take place in the particular area to obtain the protection.²⁹ In other words, PDO has more stringent requirements than PGI. Furthermore, only a group or, subject to certain conditions, a natural or legal person, can apply for GI registration.³⁰

²⁶ European Commission, “Green Paper on the protection of geographical indications for non-agricultural products – Frequently Asked Questions, MEMO/14/486, Brussels/Strasbourg” (2014), 2. [online] Available from : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_14_486. [10 June 2020]

²⁷ Catherine Seville, **EU Intellectual Property Law and Policy**, (Edward Elgar Publishing 2009)

²⁸ European Commission, “Quality Schemes Explained” [online] Available from : https://ec.europa.eu/info/food-farming-fisheries/food-safety-and-quality/certification/quality-labels/quality-schemes-explained_en. [11 January 2021]

²⁹ Ibid.

³⁰ Article 49 (1) of the Regulation (EU) No. 1151/2012, “Applications for registration of names under the quality schemes referred to in Article 48 may only be submitted by groups who work with the products with the name to be registered. In the case of a ‘protected designations of origin’ or ‘protected geographical indications’ name that designates a trans-border geographical area or in the case of a ‘traditional specialties guaranteed’ name, several groups from different Member States or third countries may lodge a joint application for registration.

A single natural or legal person may be treated as a group where it is shown that both of the following conditions are fulfilled:

(a) the person concerned is the only producer willing to submit an application;

(b) with regard to protected designations of origin and protected geographical indications, the defined geographical area possesses characteristics which differ appreciably from those of neighbouring areas or the characteristics of the product are different from those produced in neighbouring areas.”

According to the Regulation (EU) No. 1151/2012, in order to obtain GI protection in the EU, an inspection and control system is one of the most important conditions. The products must be certified by a competent authority and control body in order to certify the quality of the product. In addition, if the products of origin are from a third country that is not a member of the EU, such products must be certified by a certification body qualified by ISO 17065. The inspection and control system can be divided into 3 levels namely, self-control, internal control, and external control.³¹ Self-control is an initial step carried out by the producers or the entrepreneurs in order to inspect and control the production process in accordance with the applications. Internal control is conducted by a group of the producers in order to inspect and control the quality and standard of raw material, production, packaging, and marketing, as well as the determination of the minimum price of the product. Regarding the external control, it will be conducted by an external organisation, a third-party certification body that is accredited with ISO 17065. The certification body can either from public or private organisations. However, the organisation must have qualifications as follows. Firstly, it must be independent, neutral, and fair. Secondly, it must have qualified employees. Finally, it must have necessary resources and tools available to perform its tasks.³² Additionally, traceability³³ is also required in order to identify a clear path between the area of production and the final product on the market.³⁴ This would help consumers have confidence that the products are genuine and have been produced in line with the detailed specification.

Despite the high level of harmonisation in GI protection for agricultural products, wines, spirits, and foodstuffs, there is still an area that remains fragmented. However, up to now, there are no harmonised laws provided for non-agricultural products at the EU level.³⁵

³¹ Aitor Pomares, "Controls of Geographical Indications (EU System)" (EUIPO 2020) [online] Available from : https://ipkey.eu/sites/default/files/ipkey-docs/2020/IPKey_SEA_aug_2020_%20AitorPomares_Control_of_GIs_presentation.pdf. [3 January 2021]; Verena Preusse, 'Control Systems for Geographical Indications in the EU and Thailand: Do the EU's Standard Travel Abroad?' (MSc Thesis, Wageningen University and Research 2019) 21.

³² International Organization for Standardization (ISO), "ISO/IEC 17065:2012(en) Conformity assessment — Requirements for bodies certifying products, processes and services," [online] Available from : <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:17065:ed-1:v1:en>. [15 March 2021]

³³ According to the International Organization for Standardization (ISO) traceability is defined as "the ability to trace the history, application or location of that which is under consideration."

³⁴ Alessandro Francesco Sciarra and Louise Gellman, "Geographical indications: why traceability systems matter and how they add to brand value," (2012) 7 *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 264, p.265.

³⁵ European Commission, "Geographical Indications for non-agricultural products," [online] Available from : https://ec.europa.eu/growth/industry/policy/intellectual-property/geographical-indications/non-agricultural-products_en. [11 January 2021]

Therefore, GI protection for these products is subject to the national law of each member state which may vary from country to country. The EU is now in the process of exploring the possibility of extending GI protection to non-agricultural products at EU-level. If this can be achieved, the fragmentation in this area would be removed, and thereby positively affect the well-functioning of the internal market.

A comparison between Thai and the EU GI law reveals some similarities and variations. That said, both Thailand and the EU have adopted a sui generis system in protecting GI. This highlights the importance of GI in these countries, which have rich historical and cultural heritage, as well as biodiversity resources that can be turned into unique products. However, there are differences in some key areas. For instance, in terms of the scope of protection, agricultural products, industrial products, and handicrafts are all eligible for GI protection under Thai law. Whereas, there is currently no EU-wide GI protection for non-agricultural products. Additionally, unlike the EU, Thailand's government institutions can actively engage with the GI registration application. This demonstrates a significant role of the government in promoting GI protection in Thailand. Furthermore, although the GI control system in Thailand and the EU is similar in practice, with three levels of control, namely self-control, internal control, and external control, the Thai Geographical Indication Protection Act B.E. 2546 does not contain a specific provision governing product quality control. As a result, the conditions for developing a quality control and inspection system would be at discretion of the registrar. In contrast, the requirements relating to this issue are clearly stated in Regulation (EU) No. 1151/2012. The implementation of controls systems is a prerequisite for registering GI protection as PDO or PGI. This can provide more certainty to stakeholders, and it emphasises the necessity of the control system as a prerequisite for GI registration in the EU.

4.2 Problems and obstacles for protecting agricultural products under GI regime

GI has been widely recognised in that it can be used as a tool for stimulating social and economic development of the country³⁶, especially in developing countries that are rich in biodiversity and local wisdom like Thailand. In this regard, Doi Tung coffee and

³⁶ Bramley, C, Bienabe, E and Kirsten, JF, "The Economics of Geographical Indications: Towards A Conceptual Framework for Geographical Indication Research in developing countries" in WIPO (ed), **The economics of intellectual property: Suggestions for further research in developing countries and countries with economies in transition**, (WIPO World Intellectual Property Organisation Geneva 2009), p.110.

Doi Chaang coffee can be considered as the reference point of success in obtaining GI protection for agricultural products domestically and internationally. These products can be considered as the examples of successful GI products from Chiang Rai that have been granted GI protection both in Thailand and the EU. It was found that the major factors that make these Chiang Rai's GI products successful in obtaining GI protection in both Thailand and the EU are a strong community integration, sufficient knowledge and understanding about GI within the community, as well as sufficient support from the government sectors. Furthermore, one of the important conditions for products from third countries in applying for GI protection in the EU is that such products must be protected as GI in the country of origin initially³⁷. Therefore, in order to stimulate GI products of Chiang Rai to be protected in the EU, it is necessary to promote the protection of GI in Thailand first. Nevertheless, despite having other agricultural products that are unique and have quality that represents the connection between the products and the geographical area that should be pushed to obtain GI protection, the use of GI as a tool for local development is not as successful as it should be due to major problems and obstacles as follows:

4.2.1 A lack of strong community integration

GI is different from other types of IP since GI is a community right which affects local producers and their wider communities. Therefore, the strength of the community is one of the important factors for the success in registering GIs both in Thailand and in the EU. That said, the initiative for registering GI should mainly come from people in the community.³⁸ The government sector should only act as supporters. This is because people in the community are important stakeholders. They are the one who knows the history of the product, as well as production process from upstream to downstream processes. Therefore, people in the community should play a major role in pushing local products that have quality or unique characteristics in their communities to be protected by GIs.³⁹ The remarkable success can be found in the case of Doi Tung Coffee and Doi Chaang Coffee, which has strong community integration. Furthermore, both of them also have strong community leaders who truly recognised the importance of GIs and can therefore disseminate the

³⁷ Article 24 Regulation (EU) No 1151/2012.

³⁸ Interview with Hathaichanok Pisailert, Executive at Doi Chaang Coffee Original Company Limited (March 8, 2019).

³⁹ Giang Hoang et al., *The Impact of Geographical Indications on Sustainable Rural Development: A Case Study of the Vietnamese Cao Phong Orange*, (2020) MDPI, p.1, p.10.

knowledge to the people in the community. This makes the communities have confidence in their capabilities and ready to move towards their common goals. However, it was found that one of the major obstacles to obtain GI protection in other communities is that people in the community are unable to unite and lack a shared vision.⁴⁰ This may be due to the lack of strong community leaders who have to play an important role in enabling people in the community to come together and have the same goal.⁴¹ That said, it is necessary to enable people in the community to learn, operate and resolve various problems that occur together.

4.2.2 A lack of sufficient knowledge and understanding about GI

It is undeniable that the concept of GI is still new for developing countries, including Thailand.⁴² However, stakeholders and those involved, namely producers, entrepreneurs, government agencies, as well as consumers are still lacking sufficient knowledge regarding GI, particularly the importance and benefits of GI that can contribute to social and economic development of the country.⁴³ This perception is different from the EU, where the protection of GI has long existed. All stakeholders, including producers, entrepreneurs, government agencies involved, as well as consumers, have sufficient knowledge and recognise the benefits of GI.⁴⁴ Therefore, the lack of knowledge and understanding in GI can be considered as a major obstacle in pushing agricultural products in Chiang Rai to be granted GI protection at both national and international levels. That said, when the stakeholders do not have sufficient knowledge and understanding, there will be no awareness concerning the importance and benefits that people and community can receive from GI.⁴⁵ Furthermore, if the government officials involved who have to act as major supporters in promoting GI protection still lack sufficient expertise in this area, this would prevent them playing an active role in giving advice, knowledge and understanding about GI protection to applicants and

⁴⁰ Interview with Jetsadawat Visetkongpetch, Administrative Officer at Mae Fah Luang Intellectual Property Management and Innovation Division (February 17 2019).

⁴¹ Ibid.

⁴² Cerkia Bramley et al. "The Economics of Geographical Indications: Towards A Conceptual Framework for Geographical Indication Research in Developing Countries," in WIPO (ed), **The Economic of Intellectual Property**, (WIPO, Geneva 2009), p.130.

⁴³ Tavephut Sirisakbanjong et al., **Research on Legal Measures of Geographical Indication to Protect Traditional Knowledge in Food in the ASEAN Community: Lessons for Thailand**, (The Secretariat of the House of Representatives 2015), p.21.

⁴⁴ Bernard O'Connor, *The Law of Geographical Indications* (Cameron May 2004), p.21.

⁴⁵ Interview with Jetsadawat Visetkongpetch.

other interested persons. Thus, if this problem still persists, the goal of using GI as a tool to strengthen the local community which can therefore lead to social and economic development of the country would not be achievable.

4.2.3 A lack of a clear and standardised control system to monitor and keep the quality consistent with the specifications

Having a control system of GI products is an important factor in obtaining the protection of GI in Thailand and in the EU.⁴⁶ Fundamentally, the control system can help inspecting and ensuring that GI products have quality and standard consistently, as well as maintaining the local wisdom in the community.⁴⁷ However, although in practice, the control system in Thailand and the EU is similar, in having three levels, namely, self-control, internal control and external control. However, the Thai Geographical Indication Protection Act B.E. 2546 does not contain a specific provision relating to the quality control of products in order to register GI in Thailand.⁴⁸ In practice, the registrar will exercise discretion under Section 25 of the Thai Geographical Indication Protection Act B.E. 2546 (2003) in setting conditions for providing a control system, and thus the producers or the entrepreneurs of such GI products must comply with the conditions set forth in.⁴⁹

Whereas according to the Regulation (EU) No. 1151/2012, it is clearly defined that an applicant who applies for GI protection must have a control system and the certification body accredited by the ISO 17065 standard⁵⁰ to inspect the quality of the products at the level of external control.⁵¹ In addition, the EU also gives emphasis on a traceability system, which allows consumers to determine all the sources of the product from its point of origin to a retail location where it is purchased by consumers. In other words, the traceability system is a key element that adds value to the product.⁵² This can build trust and confidence

⁴⁶ Verena Preusse, **Control Systems for Geographical Indications in the EU and Thailand: Do the EU's Standard Travel Abroad?**, (MSc Thesis, Wageningen University and Research 2019), p.14-21.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid 19-21.

⁴⁹ Section 15 of the Thai Geographical Indication Protection Act B.E. 2546 (2003)

"In case that an application for the registration is in accordance with the rules prescribed in Section 5, Section 6, Section 7, Section 8, Section 9 and Section 10 and the Registrar considers it expedient to accept registration with or without condition, the Registrar shall issue an order for publication of the acceptance for registration in accordance with the procedures prescribed in Ministerial Regulations."

⁵⁰ See <https://www.iso.org/standard/46568.html>.

⁵¹ Verena Preusse, **Control Systems for Geographical Indications in the EU and Thailand: Do the EU's Standard Travel Abroad?**, p.14-16.

⁵² UNCTAD, **Why Geographical Indications for Least Developed Countries (LDCs)?**, (2015), p.46.

in the quality and source of product within consumers. Therefore, it can be seen that the control system to monitor the quality of GI products in Thailand is only at the discretion of the registrar. There is no compulsory measure for producers or entrepreneurs to have a system to control product quality at all levels, namely self-control, internal control, external control, as well as product traceability. For this reason, the quality control system for monitoring GI products in Thailand is flawed as it still lacks certainty. That said, it only serves as a guideline that depends on the discretion of the registrar, which lacks definite clarity and does not comply with the EU's standard. This can therefore be a major obstacle in obtaining GI protection in the EU.

4.2.4 A lack of adequate financial and human resources

In order to promote local products to be protected by GIs at both the national and international levels, support from government agencies, especially the Department of Intellectual Property and the Provincial Commercial Affairs Office is inevitably necessary. The registration of GI in each product, particularly at international level requires both financial and human resources from relevant government agencies that have expertise in this area.⁵³ According to past experience, the Department of Intellectual Property has provided major support both in terms of financial and human resources in processing applications for GI registration, developing the quality control system, as well as promoting GI products both in domestic and international markets after granting protection.⁵⁴ Therefore, it is necessary for the Department of Intellectual Property and the Provincial Commercial Affairs Office to receive sufficient resource allocation in order to achieve maximum efficiency in promoting the protection of GI.

However, it was found that at present, the Department of Intellectual Property and the Provincial Commercial Affairs Office still lacks adequate budget and staffing. This is therefore likely to cause a delay to the work completion and limit the role of the Provincial Commercial Affairs Office. Although the Provincial Commercial Affairs Office is closer to the community, in fact they do not have as much of a role as they should in helping local community to obtain GI protection, particularly, the applications for GI protection in foreign countries. The recommendation and guideline on this issue depends majorly on assistance

⁵³ Interview with Monchanok Thanasanti, Trade Officer at Department of Intellectual Property, Minister of Commerce, (January 18 2019).

⁵⁴ Ibid.

from the Department of Intellectual Property, the unit of the central government that is located in Bangkok.⁵⁵ Thus, it is highly likely that Chiang Rai Commercial Office can only serve as the coordinator between the Department of Intellectual Property located in Bangkok and the local producers or entrepreneurs in the local community.

4.3 Measures and guidelines for promoting GI protection for agricultural product

According to this study, it was found that the success factors include strong community integration, sufficient knowledge and understanding about GIs of the community, alongside sufficient support from the government sectors. Whereas the factors that can be considered as a major obstruction to success are the lack of strong community integration, insufficient knowledge and understanding about GI, the lack of a clear and standardised control system to monitor and keep the quality consistent with the specifications, as well as inadequate financial and human resources. Therefore, in order to promote and stimulate Chiang Rai's agricultural products to be protected under GI regimes both in Thailand and the EU, policy recommendations have been proposed as follows.

4.3.1 Community integration and participation

GIs are community rights that can be held in perpetuity as long as the community can maintain the distinctive quality of the products. Therefore, the participation of people in the community is one of the most important factors of success. Ideally, the desire to obtain GI protection should be initiated from the community, whereas the government agencies should only act as supporters.

Operation guidelines

1. The relevant government agencies, especially the Department of Intellectual Property and the Provincial Commercial Affairs Office should closely engage with the community in finding and creating the right and appropriate community leaders. The community leaders would therefore be the ones who play an important role in promoting and stimulating the local products that have unique characteristics and quality to be protected by GI.

⁵⁵ Interview with Lalida Jiamsukhum, Trade Officer at Chiang Rai Commercial Affairs Office, (February 4 2019).

2. The government agencies should organise training programs relating to the protection of GI for potential leaders of communities in order to provide knowledge and understanding about the importance and benefits of obtaining GIs both at domestic and international levels. This would help establish closer cooperation between communities and government agencies. Furthermore, by having a community leader who has sufficient knowledge and understanding in GIs, it would help pass on the knowledge to the people in the community and promote community's participation. This could therefore enable the people to share the same vision throughout the community. Increasing community integration would finally lead to a stronger community that is more self-reliant.

3. The community should strengthen cooperation with the Community Organisation Development Institute (CODI), the public organisation established to support the development of a strong community. This would serve as an important foundation for the country's development planning. That said, the community and the CODI should work closely together in order to stimulate the community in Chiang Rai that has potential agricultural products to apply for GI protection and thereby using it as a tool for local development. This should be clearly stated as one of the goals of the community in their development plans. Furthermore, by having a clear and actionable goal, it would create a shared vision and encourage community engagement. The more connected to a community people feel, the more likely they would take responsibility and experience a sense of commitment.

4.3.2 Knowledge and understanding of GI

Although the related government agencies, particularly the Ministry of Commerce, has been playing an active role in promoting GI protection in Thailand, it is undeniable that the concept of GIs is still a new matter for Thai society. The general public, manufacturers, entrepreneurs, as well as government officials in various departments in the relevant government sector still lack sufficient knowledge and understanding of GIs. Advantages and benefits potentially attached to GI in both domestic and international perspectives should be provided to the people in the community, related government officials, as well as consumers.

Operation guidelines

1. The producers and entrepreneurs in the community should be gathered together to study the possibility of applying GI protection. In addition, they should jointly prepare for an application for registration of GIs, by establishing product quality control system to

maintain the distinctive quality. Unlike other IP rights, GIs belong to the local community and can thereby help to add value to local products, as well as generate income for people in the community. To accomplish these goals, the government agencies at provincial level, particularly the Provincial Commercial Affairs Office should collaborate closely with the community stakeholders. In addition, if the government want to stimulate Thai GIs to be protected in the EU, a deeper understanding of the registration of GIs under the EU law is also required. That said, in order to prevent infringement of IP rights in foreign countries, which may adversely affect the image of Thai GI products and may result in losing shares in the EU market, it is necessary to provide knowledge and understanding about the GI protection in the EU to local producers and entrepreneurs that are interested to apply for GI protection in the EU. This will help expand the market of the Thai GIs products internationally.

2. Training programs should be organised to create awareness and understanding of GI protection for both central and regional authorities, especially the officials in charge at the Office of Provincial Commercial Affairs. This can promote awareness of the importance and benefits of GI among the relevant government agencies and officials to have sufficient knowledge and understanding in the EU GI system. The regional government agencies should play an important role in providing advice to the local producers and entrepreneurs in the community since they are closer than the central government agencies.

3. The cooperation with the Ministry of Education should be strengthened to provide more courses of study to promote knowledge and awareness about basic IP rights, including GI for students. IP education should not only be available in law school at university level. Education about IP should be included in school curricular from elementary levels. This is because everyday people mostly come into contact with products that have IP protection. Therefore, IP education should be provided to all students, not only limited to law students. This would help people in the country to have a better understanding of IP Including GI, and enable them to further develop IP products from what is available in the community.

4.3.3 Control system and inspection of standards for GI products

The quality control and inspection system for GI products is one of the important conditions for the protection of GI in both Thailand and the EU. This is to ensure that GI products can maintain their identity and quality, as well as meet the specified standards. Therefore, the development of a quality control and inspection system for Thai GI products to meet international standards is necessary. If the product meets the standards of the

quality control as specified, it would lead to the upgrading of local products, and thereby increasing market access in the EU and the price of the products.

Operating guidelines

1. The amendment of the Thai Geographical Indication Protection Act B.E. 2546 is required. The provisions relating to the quality control and inspection system of GIs products should be clearly provided. The amended provisions should be clear and cover every step in the control and inspection systems at all levels, including, internal and external controls, as well as a traceability system. It should also require that GI products must be certified by certification bodies that comply with ISO 17065, the same standard as applied in the EU. This is because if the Thai GI products have the same production and quality standards as provided in the EU laws, it would make the Thai GI products meet the standards that are acceptable in the EU, thereby increasing the opportunity to access the premium market internationally. In addition, by having a specific provision dealing with the product quality control and inspection system, it can make the conditions in establishing the quality control and inspection system enforceable. It would not merely be just a guideline at the discretion of the registrar as existed in the current law.

2. There should be a project to develop capacity of certification bodies from both public and private sectors that can operate in accordance with the international standard, ISO 10765. This would help raise the standard of certification bodies in Thailand to be in the same standards as adopted in the EU.

4.3.4 Budget and human resources

Sufficient allocation of budget and human resources to the government agencies involved in the protection of GI, particularly the Department of Intellectual Property and the Provincial Commercial Affairs Office is essential. These organisations are directly responsible for promoting and stimulating local products to obtain GIs domestically and internationally. Therefore, sufficient allocation of both financial and human resources to these organisations is extremely important. This would help improve the organisation's effectiveness, and thereby positively affect the local community.

Operating guidelines

1. Due to the increased missions and responsibilities, the budget should be increasingly allocated in order to support the Thai GI products to be protected in the EU.

However, it seems like the situation is getting better since the Department of Intellectual Property decided to raise the status of the Working group on Geographical Indication to become the Geographical Indication Office, which has equivalent status as the Copyright Office, Trademark Office, and Patent Office. This change would be in line with the government policy that gives much importance to GI in order to add value to the local products and promote community development sustainably.

2. There should be sufficient government officials who have expertise in GI to perform their duties at the Provincial Commercial Affairs Office in order to help and provide knowledge, as well as recommendations for obtaining GI protection at both the national and international levels. However, due to the closeness of the regional government agencies to the local community, the Provincial Commercial Affairs Office should therefore have an important role in promoting the protection of GIs.

3. There should be a development program to promote expertise in GI protection for the involved government authorities. This would help these agencies and officials to perform their duties efficiently and on time. Moreover, the government should collaborate with foreign specialised agencies such as the European Intellectual Property Office (EUIPO) to arrange a training course for the relevant government officials, especially those from the Department of Intellectual Property and the Provincial Commercial Affairs Office.

4. There should be a GI Committee in every province. The appointed GI provincial committee should be the main working group that works closely with the community to promote and facilitate potential local products in obtaining GIs protection. This is in accordance with the Cabinet's resolution on 18th February 2019, which has assigned every province to appoint a provincial committee in supporting the promotion and protection of GIs. Therefore, the Provincial Geographical Indication Committee should play a major role in cooperating with communities to seek for potential agricultural products that can obtain GI protection. To improve operational efficiency, the structure of the committee should consist of members from many sectors, including the private sector, and especially representatives from communities in geographical areas that have potential agricultural products.

5. The government should establish a center that can assist and provide consultation with regards to GI protection at every Provincial Commercial Affairs Office in order to provide a comprehensive service for local producers and entrepreneurs that are interested in applying for GI protection both in Thailand and overseas. This center should be able to give

a clear advice and provide guidelines for those who would like to obtain GI protection. This is because the Provincial Commercial Affairs Office is a regional organisation that is closer to the community than the Department of Intellectual Property that is located in Bangkok. This will emphasise an important role of the Provincial Commercial Affairs Office in working closely with the community in order to promote local products that can be protected as GIs at both national and international level.

5. Conclusions

The benefits of GI as a tool for stimulating social and economic development of the country has been recognised in Thailand. However, despite various agricultural products that have distinctive quality and characteristics linked to its geographical origins, there are only few products that can obtain GI protection at both national and international levels. Chiang Rai's agricultural products, particularly Dai Tung and Doi Chaang Coffee can be considered as remarkable examples of Thailand's agricultural products that can successfully enter into both domestic and international markets by obtaining GI protection in Thailand and the EU. This demonstrates a progressive step in using GI to increase economic value for local products and expands the market access of Chiang Rai GI products to foreign markets. It has been found that the success factors of these GIs include a strong community integration, sufficient knowledge and understanding about GIs of the community, and sufficient support from the government sectors. Whereas the factors that can be considered as major challenges for other agricultural products in obtaining GI both domestically and internationally are a lack of strong community integration, insufficient knowledge and understanding about GI, a lack of clear and standardised control system to monitor and keep the quality consistent with the specifications, and inadequate financial and human resources. Summarising, if these challenges can be overcome, it would help to extend opportunities for other agricultural products in Thailand to be protected under GI scheme in both Thailand and the EU, and thereby move towards the country's goal in using GI as a tool for stimulating social and economic development of the local community in a sustainable way.

คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

การเตรียมต้นฉบับ

ในการเตรียมผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนจะต้องระบุรายละเอียดและดำเนินการตามรูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. ข้อมูลที่ต้องระบุ

- 1) ชื่อผลงาน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ที่กระชับ ครอบคลุม และสื่อถึงเนื้อหาสาระของผลงาน อย่างชัดเจน โดยให้พิมพ์ไว้ที่ตรงกลางของหน้าแรก
- 2) ชื่อ-สกุลของผู้เขียน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 3) ตำแหน่งทางวิชาการของผู้เขียน (ถ้ามี) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 4) อีเมลของผู้เขียน โดยผู้เขียนอาจเลือกใช้อีเมลส่วนตัวหรืออีเมลของหน่วยงานต้นสังกัดได้
- 5) ชื่อและที่อยู่ของหน่วยงานหรือสถาบันที่ผู้เขียนสังกัด ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 6) บทคัดย่อ (Abstract) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยมีความยาวอย่างละไม่เกิน 300 คำ
- 7) คำสำคัญ (Keywords) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ อย่างน้อย 3 คำ

2. รูปแบบผลงาน

- 1) พิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word โดยบันทึกเป็นสกุล .doc หรือ .docx
- 2) ตั้งค่าขนาดหน้ากระดาษที่ A4 (21 x 29.4 เซนติเมตร) หน้าเดียว
- 3) กั้นหน้ากระดาษบน-ล่าง อย่างละ 1 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร) และซ้าย-ขวา อย่างละ 1 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร)
- 4) พิมพ์เนื้อหาผลงานโดยใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์
- 5) ใช้ระยะห่างระหว่างบรรทัด 1 เท่า (single space)

3. การอ้างอิง

- 1) การอ้างอิงให้ทำเป็นเชิงบรรณ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 12.5 พอยต์
- 2) ผู้เขียนต้องใช้รูปแบบการอ้างอิงตามแบบ ชิคาโก (Chicago Style Citation) ซึ่งตรงกับรูปแบบการอ้างอิงแบบเชิงบรรณของการเขียนวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์ของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เช่น

โสภณ รัตนาร, *คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยาน*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2553), 11.

Sanunkorn Sothiphan, *Explanation of the Law of Tort, Negotiorum Gestio and Undue Enrichment*, 7th ed. (Bangkok: Winyuchon, B.E. 2560 (2017) (Thai language), 81.

3) ผู้เขียนสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ที่

1. (ภาษาไทย)

<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9Icl4SE3P7Nh5wwwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCuU>

2. (ภาษาอังกฤษ)

https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html

4. ผู้เขียนควรตรวจสอบความถูกต้องของการสะกดคำ ไวยากรณ์ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ และความสม่ำเสมอของการใช้คำที่ทับศัพท์มาจากภาษาอังกฤษทั้งผลงาน

5. เนื้อหาของผลงานรวมเชิงอรรถไม่ควรเกิน 30 หน้า ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของกองบรรณาธิการ

การส่งต้นฉบับผลงาน

1. วารสารกฎหมาย เปิดรับผลงานผ่านช่องทางออนไลน์เท่านั้น เพื่อให้เป็นไปตามเกณฑ์มาตรฐานของ ศูนย์ดัชนีอ้างอิงวารสารไทย โดยผู้เขียนสามารถส่งผลงานผ่านเว็บไซต์ของวารสารกฎหมายในระบบ Thai Journals Online (ThaiJO) ได้ที่

<https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions>

2. กระบวนการส่งผลงานผ่านช่องทางออนไลน์มีดังนี้

1) โปรดเข้าไปยังเว็บไซต์ของวารสาร ที่ <https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/index> (สามารถอ่านได้ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยกดปุ่มเปลี่ยนภาษาที่มุมบนขวาของ เว็บไซต์)

2) กรณีที่เป็นสมาชิก ThaiJO อยู่แล้ว สามารถเข้าสู่ระบบ (log in) ได้เลย แต่ถ้ายังไม่ได้เป็นสมาชิก จะต้องสมัครสมาชิกเสียก่อน จึงจะส่งบทความได้

3) ศึกษา “คำแนะนำสำหรับผู้เขียน” อย่างละเอียด เพื่อปรับแต่งและจัดรูปแบบผลงานให้ตรงตามที่ วารสารกำหนด

4) ส่งบทความมายังวารสาร

5) คำอธิบายเพิ่มเติมสามารถศึกษาได้ที่

<https://drive.google.com/file/d/1y217JvKwnwdevJdP2X1fjNT5OPxZ2aaZ/view>

กระบวนการพิจารณาผลงาน

การพิจารณาผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย จะดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

1. เมื่อผู้เขียนส่งผลงานมายังกองบรรณาธิการเพื่อขอรับการพิจารณาผลงานตามช่องทางที่กำหนดแล้ว ผู้เขียนจะได้รับแจ้งว่าผลงานเข้าสู่ระบบแล้ว

2. กองบรรณาธิการจะดำเนินการพิจารณาผลงานของผู้เขียนในขั้นต้น และแจ้งผลการพิจารณาในขั้นต้นให้ผู้เขียนทราบโดยไม่ชักช้า
 - 1) หากกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
 - 2) หากกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าไม่ควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา ผลงานจะไม่ได้รับการพิจารณาตีพิมพ์
3. เมื่อกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา กองบรรณาธิการดำเนินการดังต่อไปนี้
 - 1) บทความวิชาการและบทความวิจัยทุกชิ้นจะต้องผ่านการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 2 ท่าน ที่กองบรรณาธิการพิจารณาคัดเลือกแล้วเห็นว่าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญตรงตามสาขาวิชาของเนื้อหาที่นำเสนอในบทความ และการประเมินดังกล่าวเป็นการประเมินลับทั้งสองทาง (Double-blinded peer review)
 - 2) ผลงานอื่นๆ กองบรรณาธิการจะเป็นผู้ร่วมกันพิจารณา
4. เมื่อผู้ทรงคุณวุฒิหรือกองบรรณาธิการประเมินผลงานของผู้เขียนแล้วเสร็จ ผู้ทรงคุณวุฒิหรือกองบรรณาธิการจะระบุความเห็นเกี่ยวกับคุณภาพของผลงาน อาทิ ข้อผิดพลาดทางวิชาการ การใช้ภาษา ความครอบคลุมของเนื้อหา คุณภาพทางวิชาการ ความชัดเจนในการนำเสนอ ความสำคัญในสาขาวิชา และแจ้งผลการประเมินโดยแบ่งเป็น 3 ระดับดังต่อไปนี้
 - 1) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่มีการแก้ไข
 - 2) เห็นสมควรให้แก้ไข และเมื่อแก้ไขแล้ว ให้บรรณาธิการพิจารณาได้ทันทีหรือให้ส่งกลับมาที่ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อพิจารณาอีกครั้ง
 - 3) เห็นสมควรปฏิเสธการพิมพ์
5. กองบรรณาธิการจะแจ้งผลการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิหรือกองบรรณาธิการให้ทราบโดยไม่ชักช้าตามแต่กรณีดังนี้
 - 1) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่มีการแก้ไข” ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
 - 2) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรให้แก้ไข และเมื่อแก้ไขแล้ว ให้บรรณาธิการพิจารณาได้ทันทีหรือให้ส่งกลับมาที่ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อพิจารณาอีกครั้ง” เมื่อผู้เขียนได้แก้ไขตามคำแนะนำของผู้ทรงคุณวุฒิ และบรรณาธิการหรือผู้ทรงคุณวุฒิ (แล้วแต่กรณี) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์ได้ ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
 - 3) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรปฏิเสธการพิมพ์” ผลงานจะไม่ได้รับการพิจารณาตีพิมพ์
6. หลังจากได้รับผลการประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิหรือบรรณาธิการครั้งที่สอง กองบรรณาธิการพิจารณาตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนอีกครั้ง โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิในการตรวจ แก้ไข ขอข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้เขียน และจัดรูปแบบผลงานก่อนการตีพิมพ์ เพื่อให้เป็นไปตามรูปแบบผลงานและรายละเอียดที่วารสารฯ กำหนด ทั้งนี้ กองบรรณาธิการอาจส่งผลงานคืนไปให้ผู้เขียนเพื่อแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมได้แล้วแต่กรณี

7. กองบรรณาธิการจะตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนที่ได้รับผลการประเมินให้ตีพิมพ์ และได้จัดรูปแบบผลงานให้เป็นไปตามที่วารสารฯ กำหนดเรียบร้อยแล้วเท่านั้น โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิ์ในการพิจารณาจัดลำดับผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารฯ ในโอกาสอันควรต่อไป

ข้อกำหนดอื่น

ในการส่งผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนตกลง รับรอง ยอมรับ และรับประกันว่า

1. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ ไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ไหนมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วันนับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
2. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง
3. ผลงานที่ส่งมาไม่ผ่านการคัดลอกโดยปราศจากการอ้างอิงอย่างเหมาะสมหรือละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใด
4. กองบรรณาธิการสามารถแก้ไขเพิ่มเติม และ/หรือปรับเปลี่ยนรูปแบบของผลงานให้เป็นไปตามที่กองบรรณาธิการกำหนด และนำผลงานที่ตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายมาแปลงเป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ (PDF) เพื่อเผยแพร่ในเว็บไซต์ของห้องสมุดระบบออนไลน์สำหรับการศึกษาค้นคว้าและอ้างอิงแก่คณาจารย์และนิสิต และเผยแพร่ผลงานต่อไปได้ในอนาคต
5. การพิจารณาผลงานที่จะได้รับการตีพิมพ์เป็นดุลพินิจของกองบรรณาธิการวารสารกฎหมาย และผลการประเมินจากกองบรรณาธิการถือเป็นที่สุด โดยที่กองบรรณาธิการจะไม่รับผิดชอบในเนื้อหาหรือความถูกต้องของผลงาน

Author's Guidelines

Preparing Manuscript

Manuscripts submitted for consideration to be published by Chulalongkorn Law Journal must comply with the following requirements:

1. Required information:
 - 1) Title of the manuscript, both in Thai and in English, which is concise, comprehensive and clearly represents the content of the manuscript.
 - 2) Author's name, both in Thai and in English.
 - 3) Author's academic title (if applicable), both in Thai and in English.
 - 4) Author's email, which can be either a personal account or an account belonging to author's affiliation or employer.
 - 5) Name and address of author's affiliation or employer, both in Thai and in English.
 - 6) Abstracts, both in Thai and in English, which do not exceed 300 words each.
 - 7) Minimum of 3 keywords, both in Thai and in English.
2. Required Format:
 - 1) Use Microsoft Word Processing Program and save in .doc or .docx format.
 - 2) Type written on A4 size (21 x 29.4 centimeters) on one side.
 - 3) Use top and bottom margin at 1 inch (2.54 centimeters) and left and right margin at 1 inch (2.54 centimeters).
 - 4) Use TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 16 points for content.
 - 5) Use single spacing.
3. Citation Style:
 - 1) Use footnote format for citation, using TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 12.5 points.
 - 2) Use Chicago Style Citation, which corresponds with the prescribed citation format style used for writing dissertations or thesis at Faculty of Law, Chulalongkorn University, for instance:

โสภณ รัตนกร, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2553), 11.

Sanunkorn Sothiphan, *Explanation of the Law of Tort, Negotiorum Gestio and Undue Enrichment*, 7th ed. (Bangkok: Winyuchon, B.E. 2560 (2017) (Thai language), 81.

3) For more information, please visit:

1. (Thai)

<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9Icl4SE3P7Nh5wwwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCuU>

2. (English)

https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html

4. Authors should ensure that all errors relating to spelling, Thai and English grammar, and inconsistency of using transliteration of English words be corrected throughout the manuscript.
5. Content and footnote of each manuscript should not exceed 30 pages, or under the sole discretion of the editorial board.

Submitting Manuscript

1. Chulalongkorn Law Journal only accepts manuscripts which are submitted through online channel, in accordance with the requirement prescribed by the Thai Citation Index (TCI). Authors can submit their manuscript through the website of the journal using the Thai Journals Online (ThaiJO) system at:
<https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions>
2. Online submission process
- 1) Visit the journal website at (readable in both Thai and English, but clicking change-language button at the top right of the website)
 - 2) Registration as members of the ThaiJO System is required before submission.
 - 3) Study the “Author’s Guidelines” carefully and perform preliminary formatting as prescribed by the journal.
 - 4) Submit the manuscript
 - 5) For more information, please visit:
<https://drive.google.com/file/d/1y217JvKwnwdevJdP2X1fjNT5OPxZ2aaZ/view>

Review Process

The Editorial Board of Chulalongkorn Law Journal will utilize the following procedure in receiving and reviewing the submitted manuscripts:

1. After the authors have submitted the manuscripts through the online channel, the authors will be informed of the acknowledgment of submission.

2. The Editorial Board will process the manuscripts for initial screening and inform the authors of the decision without delay.
 - 1) The manuscripts that pass the initial screening will proceed to the following stage.
 - 2) The manuscripts that are rejected in the initial screening will not be considered for publication.
3. If the manuscript passes the initial screening, it will undergo reviewing process.
 - 1) Each academic and research articles shall be peer reviewed using the double-blinded process by at least two qualified individuals, whom the Editorial Board carefully select owing to their expertise corresponded with the substance presented in the articles.
 - 2) Other manuscripts shall be reviewed by the Editorial Board.
4. Having reviewed the manuscripts, the reviewers or the Editorial Board will provide expert opinions on the quality of the manuscripts, such as academic errors, use of language, content comprehensiveness, academic quality, clarity, importance to the relevant academic field, and classify the decision into one of the followings:
 - 1) Accepted for publication without any revision.
 - 2) Revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the reviewers for further review.
 - 3) Not accepted for publication.
5. The Editorial Board will, without delay, inform the authors of one of the following decisions.
 - 1) If the manuscripts are “accepted for publication without any revision”, they will be eligible to proceed to the following stage.
 - 2) If the manuscripts are noted as “revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the reviewers for further review”, they will only be eligible to proceed to the following stage after the authors have revised them, and the Editor-in-Chief or the reviewers (as the case may be) have so agreed.
 - 3) If the manuscripts are “not accepted for publication”, they will not be considered for publication.
6. After receiving the follow-up evaluation from the reviewers, the Editorial Board will perform a final check of the manuscripts before proceeding to printing. The Editorial Board reserves the right to check, revise, request for additional information, and

perform formatting in accordance with the prescribed style. The Editorial Board may request the author to perform additional revision if necessary.

7. The Editorial Board will publish the manuscripts that have been evaluated as “accepted for publication without any revision” or that, in the case of having been evaluated as “revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the reviewers for further review”, have been revised satisfactorily, and have been formatted in accordance with the prescribed style. The Editorial Board reserves the right to determine the order of publication in the appropriate occasion.

Other Requirements

When submitting the manuscripts to be considered for publication, the authors agree, accept, and warrant that:

1. The manuscript has not been previously published in any form, nor is it under review for publication in any other journals within 90 days from the date when the Editorial Board has received this manuscript.
2. The manuscript is written exclusively by the author or along with the co-author(s) as submitted.
3. The manuscript is original, does not contain plagiarism, and does not infringe any copyright.
4. The Editorial Board reserves the right to perform additional revision and/or formatting into the prescribed style, to convert this manuscript into an electronic form (PDF) for publication in the website of Faculty of Law, Chulalongkorn University online library, and to publish this manuscript from the date here of on wards.
5. Decision whether to publish the manuscript solely belongs to the Editorial Board, and such decision shall be final. The Editorial Board is not responsible for any contents nor accuracy in the manuscript.

จริยธรรมการตีพิมพ์

หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เขียน

ผู้เขียนจะต้อง

1. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ และมีการอ้างอิงอย่างถูกต้อง
2. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ไหนมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วันนับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
3. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง และการเรียงลำดับผู้เขียนร่วมควรเป็นการตัดสินใจร่วมกันระหว่างผู้เขียนร่วมและสะท้อนสัดส่วนการจัดทำผลงานอย่างแท้จริง
4. นำเสนอแต่ข้อเท็จจริง
5. ส่งผลงานตามรูปแบบที่กำหนด
6. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่มีส่วนใดส่วนหนึ่งที่สื่อกำลังเผยแพร่ในทางหมิ่นประมาทหรือละเมิดลิขสิทธิ์หรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่นใดของบุคคลที่สาม
7. แสดงแหล่งสนับสนุนการจัดทำผลงานให้แล้วเสร็จ
8. แสดงความเป็นไปได้ในการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ (conflicts of interest) (ถ้ามี)
9. แจ้งบรรณาธิการหรือสำนักพิมพ์หากพบข้อผิดพลาดในผลงานที่ได้รับการตีพิมพ์แล้ว

หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ

บรรณาธิการจะต้อง

1. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารกฎหมาย
2. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นมีคุณภาพ และยินดีที่จะตีพิมพ์การแก้ไขหรือคำอธิบายเพิ่มเติมหากจำเป็น
3. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ และมีมาตรการจัดการการคัดลอก (plagiarism) อย่างเข้มงวด
4. ไม่ตีพิมพ์ผลงานที่เคยได้รับการตีพิมพ์ที่อื่นมาแล้ว
5. ดำเนินการในลักษณะที่เป็นธรรม เป็นกลาง ไม่ชักช้า ไม่เลือกปฏิบัติบนฐานของสถาบันที่สังกัด เพศ เชื้อชาติ รสนิยมทางเพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือเหตุอื่นใดในลักษณะคล้ายกัน
6. รับรองว่าจะไม่มีการขัดผลประโยชน์ (conflict of interest)
7. จัดให้มีคำแนะนำสำหรับผู้เขียนเกี่ยวกับการส่งผลงาน
8. แจ้งผู้เขียนเกี่ยวกับความคืบหน้าการพิจารณาอย่างต่อเนื่อง

9. รักษาความลับเกี่ยวกับตัวตนของผู้เขียนและผู้ประเมินในระหว่างขั้นตอนการพิจารณาประเมินแบบลับ (double-blinded peer review)
10. จัดให้มีคำแนะนำสำหรับผู้ประเมินเกี่ยวกับการประเมินผลงาน
11. ตัดสินใจตีพิมพ์ผลงานในวารสารกฎหมาย บนฐานของคุณภาพผลงานและความเหมาะสม โดยไม่มีเหตุแทรกแซงจากภายนอก
12. จัดให้มีคำอธิบายกระบวนการพิจารณาผลงาน และสามารถให้เหตุผลได้หากมีการดำเนินงานขั้นตอนใดที่ไม่ตรงตามคำอธิบาย

หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ประเมิน

ผู้ประเมินจะต้อง

1. มุ่งมั่นที่จะพัฒนาคุณภาพของผลงานด้วยความระมัดระวัง อดวิสัย และรวดเร็ว
2. หลีกเลี่ยงการใช้ภาษาที่ไม่เหมาะสม ไม่สุภาพ หรือไม่ให้เกียรติ ในการประเมินผลงาน
3. แสดงความเป็นไปได้ในการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ (conflicts of interest) (ถ้ามี) และปฏิเสธไม่ประเมินผลงานนั้นๆ
4. ไม่เผยแพร่ข้อมูลใดๆ ในผลงานที่อยู่ในขั้นตอนการพิจารณาประเมิน
5. แจ้งบรรณาธิการหากสงสัยว่าผลงานที่ตนประเมินนั้นมีการคัดลอก (plagiarism)

Publication Ethics

Responsibilities of Authors

Authors must:

1. Certify that their submitted manuscript is original with proper citation to avoid plagiarism.
2. Certify that their submitted manuscript has not been previously published in any form, nor is it under review for publication in any other journals within 90 days from the date when the Editorial Board has received this manuscript.
3. Certify that their submitted manuscript is written exclusively by the author or along with the co-author(s) as submitted and the listing of authors should be jointly determined and accurately reflect who carried out the research and wrote the article.
4. Present only true fact.
5. Submit the manuscript in accordance with the prescribed format.
6. Ensure that the manuscript does not contain any libelous matter or infringe any copyright or other intellectual property rights or any other rights of any third party.
7. Declare the source of funding or support in the completion of the manuscript.
8. Declare any potential conflicts of interest, if any.
9. Inform the Editor-in-Chief or publisher of any significant error in their published manuscript.

Responsibilities of the Editor-in-Chief

The Editor-in-Chief must:

1. Ensure that the published manuscripts are in line with the aim and scope of Chulalongkorn Law Journal.
2. Ensure the quality of the published manuscripts with willingness to publish corrections and clarifications when required.
3. Ensure that no published manuscripts infringe copyrights and measures against plagiarism be taken seriously.
4. Not publish manuscripts that have already been published elsewhere.

5. Act in a fair, balanced manner when carrying out his/her duties, without discrimination based on institutional affiliation, gender, ethnicity, sexual orientation, religious, political beliefs and other comparable grounds.
6. Ensure no conflicts of interests, if any.
7. Provide guidelines for authors regarding the submission of manuscripts.
8. Keep authors informed of the consideration progress.
9. Maintain confidentiality regarding the identify of both authors and reviewers throughout the entire double-blinded consideration period.
10. Provide reviewers with revision guidelines.
11. Make decisions based on quality and suitability for Chulalongkorn Law Journal without any external interference.
12. Publish the description of peer review process and be able to justify any significant deviation from the described process.

Responsibilities of Reviewers

Reviewers must:

1. Undertake to improve the quality of the manuscript under review with care consideration, objectivity, and in a timely manner.
2. Avoid using improper, inappropriate or disrespectful language for providing review feedback.
3. Declare any potential conflicts of interest, if any, and refuse to review any manuscripts if there are grounds for conflicts of interest.
4. Respect the confidentiality of any information or material contained in the manuscript during the review process.
5. Inform the Editor-in-Chief of any suspected plagiarism.

กำหนดออกปีละ 3 ฉบับ (มีนาคม กรกฎาคม พฤศจิกายน)

สมาชิกปีละ 500 บาท รวมค่าส่งไปรษณีย์

สมัครได้ที่ คุณวรลักษณ์ ทองใบ

ติดต่อ โทร. +662-218-2017 ต่อ 307 หรือ

อีเมล: journal@law.chula.ac.th

พิมพ์ที่ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย โทร. 02-218-3557

นางอรทัย นันทนาคิตย์ ผู้พิมพ์/ผู้โฆษณา (6406-172/200)

<http://www.cupress.chula.ac.th>