

ISSN 2286-6477 (Print)
ISSN 2465-4213 (Online)



MFU Connexion

Journal of Humanities and Social Sciences

Vol.1 No.2 (July-December 2012)

ปีที่ ๑ ฉบับที่ ๒ (กรกฎาคม-ธันวาคม ๒๕๕๕)



มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
Mae Fah Luang University

สารบัญ

The Harmonization of ASEAN: Competition Laws and Policy from
an Economic Integration Perspective*Lawan Thanadsillapakul*

1

ศูนย์ศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเปรียบเทียบกับการจัดตั้ง
ประชาคมอาเซียน (3 เส้า)*วรรณชัย บุญบำรุง*

43

กฎหมายการลงทุนต่างชาติของพม่าฉบับใหม่ (พ.ศ. 2555) กับ
ประเด็นด้านสิทธิประโยชน์และหลักประกันการลงทุนเปรียบเทียบกับ
พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนของไทย*สมคิด บุญล้ำเหลือ*

57

ภาพรวมของการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในอาเซียน

ปิ่นบุญญา ลำมะนา

68

บทวิจารณ์หนังสือ: ASEAN Competition Law

กิริติพงศ์ แนวมาลี

84

The Harmonization of ASEAN: Competition Laws and Policy from an Economic Integration Perspective

Lawan Thanadsillapakul¹

1. Introduction

The Association of Southeast Asian Nations (ASEAN)² is an economic group comprised of the countries of Southeast Asia.³ ASEAN and Asia Pacific

¹ Ph.D., Lancaster University (United Kingdom); Professor of Law at Kyushu University (Japan) and Sukhothai Thammathirat Open University, School of Law (Thailand).

² The Association of Southeast Asian Nations or ASEAN was established in Bangkok on 8 August 1967 by the five original member Countries: Indonesia, Malaysia, Philippines, Singapore and Thailand. Brunei Darussalam joined on 8 January 1984, Vietnam on 28 July 1995, Laos and Myanmar on 23 July 1997 and Cambodia on 30 April 1999. The ASEAN region has a population of about 500 million, a total area of 4.5 million square kilometers, a combined gross domestic product of US\$ 737 billion and a total trade volume of US\$ 720 billion. Recently, ASEAN launched several new economic co-operation schemes: the ASEAN Free Trade Area (AFTA), the ASEAN Framework Agreement for Liberalisation on Trade in Services (AFAS), the ASEAN Investment Area (AIA) and the ASEAN Industrial Co-operation Scheme (AICO) for implementing open regionalism aimed at enhancing economic integration and creating an open regional economic group. See L Thanadsillapakul, (2000) 'Open Regionalism and Deeper Integration: the Implementation of AFTA, AIA, and AFAS' <http://www.worldbank.org.eapsocial>, and <http://www.cepmip.org/journal/> Dundee University (the CEPMLP Internet Journal).

³ The new approach to ASEAN economic integration based on 'Open Regionalism', which balances *intra*- and *extra*-regional liberalisation of trade and investment aimed at creating a natural, *de facto* integrated regional market was launched by ASEAN in its new integration schemes: AIA, AFAS and (new) AFTA. This model (new paradigm) is legally based on the 'Negative regional economic integration theory', unlike the conservative pattern of the European Union, which need not necessarily be followed by other regions; in fact, the EU is a model implemented by the European countries to accommodate the different strands of historical, political, social and economic backgrounds in the region. ASEAN is fundamentally different from the EU as it has its own development. See J PINDER, 'Positive Integration and Negative Integration: Some Problems of Economic Union in the EEC', in M Hodges, (ed.) (1972), *European Integration*, Middlesex, Penguin Books Inc. See also R Garnaut, *Open Regionalism and Trade Liberalisation: An Asia Pacific Contribution to the World Trade System*, Institute of Southeast Asian Studies (Singapore) and Allen and Urwin (Sydney) (1996). See also KA ELIASSEN, and CB MONSEN, 'Institutions and Networks: A Comparison of European and South East Asian Integration', paper presented in *Panel F1.3 Regional Institutions and Globalisation* at a Conference on 'Non-State Actors and Authority in the Global System', University of Warwick, 31 October – 1 November 1997, and RP GARNAUT, JK DRYSDALE, (eds.) (1994), *Asia Pacific Regionalism: Reading in International Economic Relations*, Australia: Harper Educational Publishers.

has been the most dynamic and fastest growing region in the world,⁴ but the 1997 Asian crisis sent the 'Asian Tigers' into turmoil. The rise and fall of Asia clearly reflects both the interdependence of the East Asian countries and the world economy, on the one hand, and the impact of the changing global legal and economic environment on these countries, on the other hand. The ASEAN countries have gone through a volatile period and in response have embarked on a process of deeper integration to strengthen their regional economic self-reliance while committing themselves to an open market orientation. A new direction for ASEAN, dubbed 'Open Regionalism', will balance regional integration and global liberalization. The ASEAN countries need to develop their sustainable regional market to replace the current separate national ASEAN markets, and to do so need to regionalise ASEAN laws and regulations, especially those relating to trade and investment, in order to facilitate the free flow of goods, capital, services and labour. A more liberalised trade and investment regime in ASEAN will enhance their free economies and create a more favourable trade and investment climate in the region.

Consequently, the ASEAN countries need to develop the effective legal systems to encourage and oversee the increasingly competitive business activities in the region. The need to eliminate barriers to trade and investment in turn generates a need to provide, at regional level, effective protection against

⁴ See World Bank (1993a), 'The East Asian Miracle: Economic Growth and Public Policy'. [A World Bank Policy Research Report](#), New York: World Bank; also PA Petri, (1993a), 'The Lessons of East Asia: Common Foundations of East Asian Success', *The World Bank* (Washington, D.C.), and UNCTAD (various years) [World Investment Report](#) New York and Geneva: United Nations Publication.

unfair competition,⁵ to govern the economic activities and transactions of the transnational corporations (TNCs) located in the ASEAN region. As more liberal trade and investment regimes are established in the ASEAN countries, competition rules are called for to regulate competition among business players and to supervise their conduct.⁶ Korah has stated that there would be very little point in removing the various internal barriers and national boundaries imposed by Governments if these governmental restraints were replaced by concentrations, other restrictive business practices, and concerted practices among private firms.⁷ Since the rationale for a regional competition law is to strengthen economic integration in the ASEAN region, it is important that any agreements restricting competition as well as abuse of dominant market positions be controlled⁸ by effective competition laws. Control of restrictive business practices in the process of liberalization is a key element in the new

⁵ As stated by UNCTAD, the main objective of competition laws is "to preserve and promote competition as a means to ensure the efficient allocation of resources in an economy, resulting in the best possible choice of quality, the lowest prices and adequate supplies for consumers." UNCTAD (1996e), 'Competition Policy and Legislation: Information Note 21'. Note by the UNCTAD Secretariat to the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy, [UNCTAD document TD/B/RBP/INF.37](#), mimeo.

⁶ The liberalisation of FDI policies can lead to an increase in competition in national or regional markets. See UNCTAD (1997), 'World Investment Report 1997: Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy', [United Nations Publication](#): New York / Geneva).

⁷ K Valentine (6th ed) (1997a), [An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice](#)., Oxford: Hart Publishing , 1.

⁸ To "control" here means to "check", "verify", and "vet" substantive rules of competition laws. It means to exercise restraint or direction on the free action of another, to command those to comply with the rules in order to keep the market open and refrain from abuse of dominant market power.

approach to positive integration.⁹ This approach is different from neo-liberalism, which tends to assert that the free market needs no control, regulation or restriction, either by government or public bodies.

This article analyses the rationale, scope and basis for a comprehensive competition law in ASEAN to enhance the implementation of economic integration in the region. This includes a discussion of the complementarity between competition law and policy, liberalization of trade and investment intra and extra ASEAN and regional economic integration, as well as the interaction between industrial/investment policy and competition policy and law, especially the way in which competition law and policy reinforces the liberalised investment regime in the region. Also, an effort has been made to provide optional models of regional competition law and policy in ASEAN.

Following a brief introduction, Section II focuses on competition law and policy as a tool to reinforce the ASEAN investment regime and regulations. Since ASEAN is committed to developing its integrated regional market, it requires a regulatory regime that can facilitate the free movement of intra-ASEAN trade and investment. Competition law is compatible with 'open regionalism'¹⁰ because it is basically neutral and non-discriminatory. Moreover, the development of a regional competition law and policy that enhances fair competition among firms doing business in the region may also provide a basis

⁹ S Picciotto, 'Linkages in International Investment Regulations: The Antinomies of the Draft Multilateral Agreement on Investment', Journal of International Economic Law, Vol. 19 (1998) No. 3, Fall, 735-8, University of Pennsylvania, 731-768.

¹⁰ Thanadsillapakul, see *supra* note 1.

for evaluating the economic benefit to ASEAN of entry by a foreign investor on competitive grounds rather than by means of the discriminatory criteria used in screening procedures. In this way, ASEAN regional competition laws and policies would play a multifunctional role, *i.e.* they would encourage the free flow of trade and investment, monitor the conduct of firms, and evaluate the economic role or potential dominance of extra-ASEAN TNCs in the region. Unlike the assumptions of neo-liberalism,¹¹ competition law and policy accepts the important role of States and good governance institutions in regulating firms' behaviour. This perspective is also more compatible with the new approach of positive integration ideology.¹² Moreover, competition law generally takes a pro-consumer policy perspective that takes into account the public good and social welfare, thereby ensuring that the advantages of liberalization within ASEAN resulting from economic integration contribute directly to the general public wealth through consumers. The harmonization/unification of ASEAN competition law, rather than shaping separate, and probably diverse, competition laws in each ASEAN country, would ensure that competition was

¹¹ Neo-liberalism regards regulation as an unnecessary burden; as Picciotto stated, the perspective of neo-liberal ideologues toward economic integration is that "... international integration means the creation of open markets, which requires only strong provision for the protection of property rights, the maintenance of public order, and not much else". See Picciotto, supra note 8 (at 738).

¹² Picciotto (supra note 8) argues that the current phase of restructuring of the global political economy needs the creation of positive linkages across regulatory regimes, to facilitate a shift from negative to positive integration. This can also be applicable to economic integration at a regional level.

evaluated on a regional basis, thus maintaining the principle of open regionalism in ASEAN. However, the central issue to be considered is to what extent and at what level ASEAN substantive competition law and policy among its members can be harmonized.

Section III focuses on the rationale for a regional ASEAN competition law. Section IV provides the optional models of such law and policy and Section V looks at the interaction between it and open regionalism. Section VI sums up the argument.

2. Competition law and the ASEAN investment regime

2.1 Why does ASEAN require a competition law?

First, since ASEAN aims to strengthen economic integration in the region, it needs laws and institutions to support the implementation and elaboration of trade and investment liberalization within the ASEAN market. The interaction between government, consumers and producers has generated a concern that the rules-based system needs to be strengthened. How the competitive process actually works and to what extent governments should regulate relationships between producers and consumers is significant. In this sense, competition law is essential as an instrument to regulate fair competition since, as mentioned earlier, it is compatible with liberalization in that it is basically neutral and non-discriminatory.

Second, in an emerging ASEAN free market economy, monopolies and restrictive business practices are viewed as undesirable, being likely to distort prices and inhibit the efficient allocation of resources. Thus, there is a call for contestability to ensure that free entry and the pressure of new competitors

can function properly and balance the market powers and structures within the ASEAN market. Ultimately, the goal of market contestability and undistorted competition is to benefit consumers and enable a wide variety of product ranges at the lowest prices.¹³ Competition law generally takes a pro-consumer policy perspective that fundamentally consolidates social wealth and the well-being of consumers.

In addition, competition law and policy enables small and medium-sized enterprises to enter the market; as such, it may form an alternative to an industrial strategy-based policy, which has been regarded as a non-neutral form of government intervention. Hence, competition law enhances consumer interests and helps small and medium-sized firms to compete on equal terms with other businesses in the regional economy, while complying with the principles of liberalization on a non-discriminatory basis. In addition, States continue to play an important role in preventing market failure so that the ASEAN countries may feel confident in their role of monitoring private sector conduct, preferring, as they do, to take part in overseeing economic transactions and not to leave private sector enterprises a free hand to interact with each other as in neo-liberal ideology. It would be advantageous for the ASEAN countries to launch an effective, comprehensive competition law in the region, in parallel with the implementation of trade and investment liberalization.

As regards foreign investment, the implementation of competition law in the ASEAN countries would yield further advantages apart from liberalising

¹³ UNCTAD World Investment Report 1997 (1997): 'Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy', New York / Geneva: United Nations Publications.

the entry, establishment and operation of foreign investors. It would regulate and control mergers and acquisitions as well as abuse of dominant market positions in the ASEAN economy. This would probably be a better way of dealing with the fear of economic conquest by powerful foreign TNCs than the investment screening process which is the current trend in all ASEAN countries. The implementation of competition law and policy in the ASEAN region could be a key factor in phasing out the currently somewhat restrictive investment laws and regulations, even admitting that some investment restrictions tend to be applied in almost all, if not all, countries,¹⁴ not only in ASEAN. The implementation of competition law in ASEAN countries in the same direction as those laws implemented elsewhere may pave the way for possible future general agreement on foreign direct investment regulation.¹⁵

¹⁴ MA Geist,, 'Towards a General Agreement on the Regulation of Foreign Direct Investment', Law and Policy in International Business 26, (1995) No. 3., 673-717. Geist surveyed national investment laws in 11 countries from every region of the world and found that every country, including the US and the UK, which are the most liberal, employ common restrictions on entry of foreign investors in specific areas that affect economy or security of the country (restricted industries). Geist further found that the convergence of FDI policy has led to significant similarities in the standards and procedures applied to the admission of FDI internationally. The countries surveyed have adopted general policies of permitting FDI subject to certain exceptions. The almost uniform means of notification and/or prior approval procedure are widely used.

¹⁵ Geist, 1995: Part III the framework for a General Agreement on the regulation of foreign direct investment.

2.2 Interaction between competition laws and investment laws in the ASEAN countries

Currently, all ASEAN countries use a screening process and apply pre-entry requirements to all foreign investors. There are also some regulations to prevent foreign investors/firms from becoming a dominant force in the economy, for instance, limitations on foreign equity/ownership and divestment requirements. These laws and regulations can be used to prevent foreign investors from merging with or acquiring local firms, since they are not permitted to own shares exceeding a specified limit.¹⁶ Likewise, foreign firms cannot merge with or acquire other foreign firms if their equity in the new company exceeds the equity ratio set by the law. Obviously, under these circumstances, the ASEAN countries need a competition law to control mergers and acquisitions. While they have been relaxing some of the regulations relating to foreign investors' equity ratio, this has been on a case-by-case basis and under specific conditions only. At the same time, these regulations do not control local firms or prevent them from merging with or acquiring other local or foreign firms. Indeed, local companies have been known to establish an oligopoly position in specific sectors. In the Thai market, for instance, in the telecommunications sector, Shinnawat Co., Ltd. have a dominant position for mobile phones and related products; Telecom Asia, TOT and TT&T are dominant telephone network providers and Samart Telecom Co. Ltd. are the

¹⁶ Generally, in all ASEAN countries except Singapore, foreign ownership or share equity may exceed 49% of the total share, except when the company is granted promoted status under a promotion scheme.

sole providers of satellite dishes. The oligopolistic market can hardly be regarded as a fair competition market, and could in fact easily distort prices and restrict consumers' choice.

The ASEAN countries also reserve some business sectors by barring them from foreign investment. It is now time for all these laws and regulations to be phased out. All industrial sectors will be opened up to ASEAN investors by 2010 and to all investors by 2020, with some exceptions.¹⁷ In thus liberalising their investment regimes, the ASEAN countries may feel some concern at this sweeping move from a system of screening all foreign take-overs of national firms to screening none. They may fear that foreign firms will acquire dominant positions. Yet replacing these investment laws with competition laws may not only prove more effective than the screening process, it may also be a more efficient way of assessing the competitive impact of foreign firms both at the time of entry and thereafter.

Competition laws and policies thus have a major role to play in the process of ASEAN liberalization, not least in ensuring that the ASEAN market is kept as open as possible to new entrants and that firms do not frustrate this goal by engaging in anti-competitive practices. In this manner, the vigorous enforcement of ASEAN competition law may provide reassurance that investment liberalization will not leave the government powerless against anti-competitive transactions or subsequent problems.

Competition laws may replace the current restrictive investment laws and regulations, incorporating principles based on non-discrimination in the

¹⁷ See Thanadsillapakul, supra note 1.

control of restrictive business practices among firms regardless of their origin or nationality. Competition laws normally apply to all firms operating in given national or regional territories, whether in the field of domestic sales, imports, affiliates or non-equity types of foreign direct investment. They do not, in principle, discriminate between national and foreign firms, or between firms of different national origins. In this way, competition law monitors the competitive behaviour of TNCs in the ASEAN host countries. It ensures that firms do not abuse dominant market positions and to prevent inefficiencies stemming from market allocation agreements which might curb trade and investment. Therefore, competition law strengthens the principle of national treatment and enhances investment liberalization in compliance with the objectives of the ASEAN investment area and economic integration in ASEAN.

3. Rationale for a regional ASEAN competition law

The removal of internal barriers among the ASEAN countries to promote regional economic integration should not be allowed to result in companies creating territorial protection through cartels or abuse of a dominant position. While investment liberalization within ASEAN can encourage the free entry of firms and enhance the contestability of the ASEAN market, this is not enough. Competition laws are needed to ensure that the former statutory obstacles to contestability are not replaced by anti-competitive business practices, thereby wiping out the benefits that might arise from liberalization. The reduction of barriers to foreign direct investment (FDI) in ASEAN and the establishment of positive standards of treatment for TNCs must go hand in hand with the adoption of measures aimed at ensuring the proper functioning of

the market and at controlling anti-competitive business practices. The 1997 World Investment Report suggested that:

“The culture of FDI liberalization that has grown world-wide and has become pervasive, needs to be complemented by an equally world-wide and pervasive culture of competition, which needs to recognise competing objectives” (UNCTAD, 1997).

This statement has great relevance for ASEAN regulatory practice. Anti-competitive businesses practices are common among international firms and are likely to spread to the ASEAN countries include the following:¹⁸

(a) Horizontal restraints or hard-core cartels among firms in an oligopolistic market, engaging, for example, in price fixing, output restrictions, market division, customer allocation, collusive tendering and other anti-competitive co-operation between firms selling competing products. All these business practices distort prices and the allocation of resources and result in a

¹⁸ Compiled from various sources: UNCTAD (1997) 'World Investment Report 1997: Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy'. United Nations Publication: New York and Geneva.; EU Petersman, "International Competition Rules for the GATT-MTO World Trade and Legal System", Journal of World Trade, Vol. 27, No. 6 (December 1993), 35-86; *idem*, "International Competition Rules for Government and Private Business", Journal of World Trade, Vol. 30, No. 3 (June 1996a); TJ Schoenbaum., 'The Theory of Contestable Markets in International Trade: A Rationale for 'Justifiable' Unilateralism to Combat Restrictive Business Practices?', Journal of World Trade, Vol. 30. No. 3 (June 1996), 161-190.

dysfunctional market to the disadvantage of consumers.¹⁹ Fair competition would exist if no single supplier or consumer was able to influence market prices. Competition laws and policy may play an important role not only in prohibiting the formation of cartels but also in balancing the competitive effects of each firm's activity on the market.

(b) Vertical restraints or distribution strategies between manufacturers, suppliers or distributors, such as: tying the sale of one product to the purchase of another; exclusive dealing (the seller requires the buyer to purchase products only from the same seller); territorial restraints (the seller requires the buyer/distributor to resell the product within a limited geographical area); and resale price maintenance (the seller requires the buyer to resell the product only at a specified price). Resale price-fixing also tends to be generally prohibited. The pro- and anti-competitive effects of such restraints need to be evaluated and, where necessary, controlled.

(c) Abuse of intellectual property rights (IPR), for example where technology-licensing arrangements abuse the monopoly position of IPR holders, e.g. through non-competition clauses and the so-called 'grant back'. This means the licensee is required to assign inventions made in the course of working with the transferred technology back to the licensor. Another aspect of IPR abuse, that of 'non-contestation clauses', is that the licensee is prevented

¹⁹ If market prices are distorted either through cartels or monopolies, they are likely to distort also the allocation, co-ordination and distribution functions of market competition so that consumer welfare will be reduced by higher prices, fewer products and less freedom of choice.

from contesting the validity of the IPR or other right of the licensor. IPR abuses may be subject to general competition rules on horizontal and vertical restraints.

(d) Abuse of market dominance: dominant firms accounting for a significant market share may attempt to monopolise a market, for instance through price discrimination, predatory low pricing, refusal to deal or vertical restraints. Rules against the abuse of a dominant position may be conduct-oriented, in other words, a general prohibition against monopolising and foreclosure of competition. Another approach is result-oriented, with a prohibition, for example, on predatory pricing only if the losses can be recouped.

(e) Mergers and acquisition policies, where horizontal, vertical or conglomerate mergers are apt to reduce competition or decrease efficiency. Merger policies may be designed to ensure market contestability by preventing a monopoly or price-setting by a single seller and price-taking by a single buyer, as well as oligopolistic or monopolised market power. On the other hand, acquisition policies also overlap with industrial policy instruments.

(f) Public undertakings and enterprises with special privileges, which are not required to behave according to market principles (GATT Article XVII and EC Treaty Article 90) in view of their market power or financial independence. This includes firms with exclusive trading rights and monopolies.

In the new era, the ASEAN countries will need to regulate these anti-competitive business practices so as to achieve fair competitive conditions. However, they will have to beware of balance-of-market failure and government

failure. If governments intervene to correct market failure or supply public goods, the risk of market failure has to be weighed against that of alternative government failure, since government intervention may lead to additional distortions. Therefore, fair competitive conditions rely on the rational behaviour of market participants or firms, perfect information, perfect market mobility, and the need to reflect all costs in the prices of goods and services.²⁰ All these conditions require a comprehensive set of competition laws and regulations in the ASEAN countries. Currently, laws and policies dealing with restrictive business practices differ from one ASEAN country to another and focus on different aspects such as anti-monopoly, anti-dumping, protection against State competition, etc. There are no systematic competition laws in the ASEAN countries except in Indonesia and Thailand. Singapore for its part has refrained from adopting competition laws on the ground that its liberal trade policies and its rather liberal investment regime are a significant guarantee of the contestability of its open economy. Now, however, all ASEAN countries are called upon to introduce such comprehensive competition laws and policies and to enforce them effectively. In fact, the general infrastructure and other comparative economic advantages of the ASEAN countries appear good; the only important drawback being that these countries lack good governance and a rule-based system. Therefore, a combination of sound ASEAN legal and

²⁰ Petersmann, supra note 17.

economic systems may be viewed as favourably created factor endowments²¹ capable of producing a positive effect on ASEAN's competitiveness in international trade and investment.

4. The bases of an ASEAN regional competition law and optional models of a regional competition regime

In the modern, globally integrated world economy, both private enterprise and governments engage in competition.²² In the ASEAN countries in particular, governments have widely implemented strategic policies in the trade and investment sphere. In this respect, government plays an important role, as Petersman²³ has pointed out:

“By means of industrial policies aimed at enhancing economies of scale and positive externalities of national industries, strategic trade policies aimed at shifting rents away from foreign to domestic industries, or by means of investment policies designed to attract

²¹ International competition among firms is influenced not only by “natural” production factor endowments, but also by government-determined conditions of competition – see JH Dunning, (1992), ‘The Global Economy, Domestic Governance, Strategies and Transnational Corporations: Interactions and Policy Implication’, Transnational Corporations, Vol. 1, No. 3, 7-45. Dunning discussed in detail “created” and “natural” endowments.

²² M Porter (ed),, The competitive Advantage of Nations (1990), New York: MacMillan Free Press.

²³ EU Petersmann, ‘International Competition Rules for the GATT-MTO World Trade and Legal System’, Journal of World Trade, (1993) Vol. 27, No. 6 (December), 35.

scarce foreign capital through tax incentives and favourable investment conditions.”

Markets, then, are imperfect in many ways. In effect, two kinds of competition law are required: the first to deal with private restraints of competition and market failures (abuses of market power, externalities and asymmetries in information), the second aimed at government competition to limit government failures, which may affect the supply of public goods and created endowments/comparative advantages.

On the one hand, fair competition should aim to protect less-organised firms, such as small and medium-sized enterprises, upon entry into the market while protecting the public interest and consumers in a liberal economy. On the other hand, competition rules may need to be assessed so as to determine how far or to what extent they should regulate the behaviour of firms. For instance, in an example given by Korah,²⁴ in some business areas, merged lines of business or operators may result in more adequate and effective operation, greater product variety and more readily available services – including advanced research and technological development – than those which individual, separate smaller firms or operators are able to provide. For instance, if a single plant or a merged enterprise can process all the spent nuclear fuel in a region at substantially lower cost than could smaller plants separately, it would be unprofitable for a second firm to establish such a smaller plant. Therefore, there is a concern that competition rules may be applied to

²⁴ V Korah, *Monopolies and Restrictive Practices* (1968), Middlesex, UK: Penguin Books

protect smaller firms at the expense of larger enterprises irrespective of efficiency. Whether collaboration or competition in a particular market leads to better use of resources is always a difficult question to answer. While competition is desirable in lessening economic power, businessmen believe that in some industries resources are put to better use if competition is limited. Therefore, collaboration or natural monopolies may sometimes occur in response to the need for economies of scale. For instance, if a firm has merely expanded its plant in good time to meet an expected increase in demand such that it is unprofitable for other firms to enter the industry, there is no objection to its exercising a monopoly.²⁵ Many markets can be supplied only after considerable capital investment has been made or appropriate technology developed.

Korah has further explained that, if capital requirements are a hindrance to the entry of small and medium firms into the market and if one goal of competition is to enable small firms to compete in the market, then entry barriers exist on the ground of financial constraint. Hence, in this case, while there are no barriers to the entry of an equally efficient firm where a huge investment is required, small and medium firms are obviously unable to compete with these larger firms. Should this be regarded as unfair competition? The evaluation of whether there is unfair competition requires consideration of the public good: an enhanced distribution system, provision of goods and services, reduced cost of operation, a technological

²⁵ Ibidem: Korah concluded that "it is so much cheaper to produce a product in a large plant that can be continuously used than in many smaller ones, where one or two plants of the minimum efficient size can supply the expected demand and there is room for only one or two suppliers."

lead or reduced capital requirements in the fields of business under consideration. It should be noted that a small firm protected for such reasons alone cannot hold its customers or suppliers to ransom except in the short term.²⁶ Therefore, to control the conduct of firms by such fragile protection of small firms may discourage larger firms from making investments to enable them to compete aggressively. This implies that the regulation of restrictive business practices is intended to both ensure fair competition and maximize the public good and sound resource management. The ASEAN countries should give careful thought to this particular issue when they establish and enforce their competition law. They need to have a clear perspective in mind that balances the imperatives of collaboration, competition, the public good and efficient resource allocation.

A dichotomy between market function and the role of government lies at the heart of competition law. On the one hand, a liberal law of the market implies that it needs no barriers, no intervention and no control, and that the market should be left to function solely based on the rule of supply and demand. On the other hand, fair competition implies that there should be no dominant enterprise, no restrictive business practices, no predatory pricing, no mergers and acquisitions that impede competition. All such conduct may need control through competition laws. However, if there is absolute freedom from constraints or, in other words, if there is no regulation at all to ensure fair competition, dominant firms could easily conquer the market, preventing any-one else from competing. Hence, the proposed criteria for regulating the behaviour of firms may need to

²⁶ V Korah, (ed) (1997), *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*,

consider type, size, competitive position, range or category of business so that the same level of undertaking may be treated fairly subject to the same conditions, rules and laws, as well as the economic environment itself.

4.1 Development of an international competition regime

There have previously been various attempts to develop international competition laws for the private sector, such as part of the 1948 Havana Charter for an International Trade Organisation, the UN Codes of Conduct and the OECD Decisions and Guidelines,²⁷ the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices,²⁸ and the Resolution adopted by the Conference to strengthen implementation of the Set.²⁹ However, these were “soft-law rules” rather than international/multilateral treaty law, aimed

²⁷ EU Petersmann, ‘Codes of Conduct’, in Bernhardt, R. (ed.), Encyclopaedia of Public International Law (1992), Vol. I, 627.

²⁸ Source: United Nations Conference on Trade and Development (1981) ‘The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practice’, United Nations Document TD/RBP/CONF/10/Rev.1; New York, United Nations. This was adopted by the United Nations General Assembly at its thirty-fifth session on 5 December 1980 (Resolution 35/36). The Second United Nations Conference to Review all Aspects of the Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices was held in Geneva from 26 November – 7 December 1990. That Conference adopted a resolution on ‘Strengthening the implementation of the Set’ at its sixth meeting on 7 December 1990. A third review Conference took place on 13-21 November 1995 and adopted a resolution calling for a number of concrete actions to give effect to the implementation of the Set. The Set of Principles and Rules was also adopted by the United Nations Conference on Restrictive Business Practices as an annex to its resolution of 22 April 1980.

²⁹ Source: United Nations Conference on Trade and Development (1991), ‘Resolution Adopted by the Conference Strengthening the Implementation of the Set’. Report of the Second United Nations Conference to Review all Aspects of the Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practice, United Nations Document TD/RBP/CONF.3/9 (Geneva), United Nations, Annex, 48-51.

generally at avoiding mutually harmful competition policy conflicts³⁰ and overcoming the policy divergences and jurisdictional gaps between national competition laws.³¹ Regulatory differences in competition laws and the decentralised administration of competition policies are mainly due to specific national conditions. For instance, the final decision as to whether the costs of restraint of competition may be outweighed by economies of scale and positive externalities will require case-by-case analysis with due regard to the particular conditions prevailing in a given national market. Conflicts between national regulations can also result in barriers to market access, market distortions and harmful international externalities.

³⁰ Since the more than two hundred international sovereign States have different resources, preferences, comparative advantages and political and regulatory systems, the national competition laws also differ in many respects, such as exclusion of regulated sectors, exemption of exporters, rule-of-reason exceptions, focus on corporate conduct or market structures, support of “crisis cartels” and small businesses, actual enforcement and judicial review of the ‘law on the books’.

³¹ Petersmann, supra note 17 (at 37.)

4.2 The new search for an international competition regime³²

Recently, the issue of competition law and policy in the global trading system has been looked into by various international organisations, including GATT/WTO, OECD and the World Bank. The approach to a common international competition law and the various routes to achieve it have been studied in order to shape and elaborate a comprehensive multilateral regime. The WTO has sought a consensus on the issue of internationalisation of antitrust law focusing either on the extent to which antitrust rules should be harmonised or on the content of such rules.³³ The World Bank and OECD have jointly developed a framework for the design and implementation of a competition law and policy that could be used as a model by developing countries and transitional economies. Optional models for creating a common international law of competition have been proposed by various experts. Nonetheless, no

³² See EM Graham and DJ Richardson (eds), Global Competition Policy, Washington, D.C, US: Institute for International Economics (1997). ; Also see R Zach (ed.) (1999), Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report (1998) on Trade and Competition; C Yang-Ching, S Gee, L Changfa and H Jiming (eds.), International and Comparative Competition Laws and Policies, Kluwer Law International, The Hague/London/New York (2002) and J Drexl (ed.) (2003), The Future of Transnational Antitrust – From Comparative to Common Competition Law, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, Munich Series, Kluwer Law International, The Hague/London/New York.

³³ R ZACH (eds) (1999), Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report (1998) on Trade and Competition, The Hague, the Netherlands, London, UK and Boston, US: Kluwer Law International.

consensus exists among countries on any single model. A variety of ideologies, methodologies and competition regimes, especially the issue of effective enforcement of competition law to cross-border transactions, have stood in the way of such consensus.³⁴

On the one hand, the proposed optional models³⁵ for an international competition/antitrust law are, essentially: (1) The WTO model, which is one of international agreement. It would include an international enforcement system and there would be an international agency or commission responsible for ensuring respect of the international antitrust rules or competition law. (2) The sovereignty model, which applies purely national law to all antitrust disputes within the jurisdiction of the nation State involved but which would apply the extraterritorial principle where the disputes related to cross-border transactions. (3) The network model, which relies on the adoption of mutual assistance and

³⁴ At the OECD Conference on Trade and Competition held at Paris on 29-30 June 1999, the US and the EU, the two leaders in the competition regime stakes, defended diametrically opposing views. The EU suggested that negotiations on multilateral or international competition law should begin immediately, while the US insisted that “it was far too early to move in that direction”. However, according to Frédéric Jemny, “the divergence of opinions was really a question of methodology: one believes in negotiating before agreeing on the solutions to be found, and the other believes in exploring alternatives solutions before agreeing to negotiate”. See J WILSON (2003) Globalization and the Limits of National Merger Control Laws, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 241.

³⁵ H FIRST, ‘Towards an International Common Law of Competition’ in Zach, R. *supra* note 32.

co-operation agreements or formal protocols, enforcement networks, information-sharing and networking of substantive competition law.

On the other hand, the proposed routes to an international competition law are:³⁶ (1) Uniform law, the most complete but least frequently achieved approach. (2) Harmonized law, which is less than uniform and narrows the distinctions between national laws while leaving detail variations to national legislators. (3) Convention law, which has less harmonising effect (Convention law permits national laws to be implemented in solving cross-border cases while avoiding heavy inroads by claims to national sovereignty). (4) The conflicts-of-law approach or "choice-of-law approach".

All these approaches and models have their strong and weak points that suit the particular legal and economic structure of each economy or group of countries. For instance, uniform law or harmonised law may be more effectively implemented and well-suited to more closely integrated regional economies. Convention law may be more flexible for countries engaged in bilateral or multilateral economic co-operation. The WTO model, which would be more comprehensive to implement, may be efficient in a global trading system. Co-operation between WTO and WIPO, which has long experience in setting international competition rules, is regarded as helpful in drafting an international competition code. International attempts at drafting international competition law has influenced the ASEAN move towards a regional competition regime,

³⁶ W Fikentscher, 'Antitrust, Market Conceptualization and the World Trade

Organization - The Convention Approach', in Zach, supra note 32.

especially in the APEC as a whole. APEC strongly encourages the development and enhancement of regional competition law and policy.³⁷

4.3 ASEAN regional competition law: harmonisation and the networking approach

There is no single agreed set of international competition law that suits all and no consensus has been reached so far on any of the proposed models or approaches towards a multilateral competition regime. Therefore, ASEAN countries need to develop their own consensus on what will suit them for a regional competition regime. Now, in fact, would be the time for ASEAN to implement a regional competition law and policy, since all ASEAN countries are now embarked on their own national competition law. It would be easier to agree on the design of a regional competition regime by harmonising the substantive national competition rules to achieve the effective enforcement of competition law at the regional level.

Adapted from the optional models for, and approaches to international competition or multilateral competition law, there are two main avenues to regional harmonisation of competition law. The first rests on trade policy measures, which have indeed been implemented in ASEAN through its trade and investment liberalization. Under this approach, governments can rely on trade liberalization and favour foreign direct investment to promote competition.

³⁷ WASHINGTON UNIVERSITY, 'Symposium on APEC Competition Policy and Economic Development', in Washington University Global Studies Law Review, Vol. 1, No. 1 and 2 (Winter/Summer 2002). See also C Yang-Ching and S Gee, L Changfa / H Jiming (eds) (2002), International and Comparative Competition Laws and Policies, The Fair Trade Commission of the Republic of China, , The Hague/London/New York: Kluwer Law International.

In this case, existing trade rules can be used or else some competition principles may be incorporated into trade policy measures. This approach is consistent with the WTO system.³⁸ The alternative approach is based on competition rules, which opens up three options.³⁹ First, under the co-ordinated or sovereignty model, governments can rely on the co-ordinated application of national competition laws based on positive agreements. Second, using the harmonised law model, countries can harmonise their national competition laws in accordance with international guidelines. Finally, the highest degree of collaboration would be an agreement on international competition laws, implicating a notion of supranationality. Of these three options the harmonised law model (the second), is the most suitable to an ASEAN regional competition law. Why is this?

ASEAN must bear in mind the diversity of its economic structures, economic history, legal systems, societal goals and culture as well as the differences in national socio-economic infrastructure. As Jernny puts it,

“any solution to the general problem of promoting the complementarity of trade liberalization, regulatory reform (regional economic integration)

³⁸ See M Bacchetta., H HORN, and PC MAVROIDIS., “Does Negative Spill-Over from Nationally Pursued Competition Policies Provide a Case for Multilateral Competition Rules?”, June 4, mimeo 1997); BM HOEKMAN and PC MAVROIDIS., “Competition, Competition Policy and the GATT”, *World Economy*, 17 (1994), 121-150; PA MESSERLIN., *Development in European Competition Policy*, European Institute of Public Administration, Maastricht (1996); EU Petersmann, “The Need for Integrating Trade and Competition Rules in the WTO World Trade and Legal System”, PSIO Occasional Paper, WTO Series No. 3, The Graduate Institute for International Studies, Geneva (1996).

³⁹ See A Mattoo and A Subramanian (1997), ‘Multilateral Rules on Competition Policy: a possible way forward’, *Journal of World Trade*, 31 (5), 95-115.

and competition policy must be flexible enough to allow such national differences to continue to exist”⁴⁰ and “the existing international commitments at the multilateral level in the trade area are not designed to prevent countries from pursuing the domestic policies they see fit to pursue. Multilateral agreements allow differences in national legislation as long as these differences are not contradictory with the underlying principles of the WTO.”⁴¹

Even within the European Union, national competition law is still in effect. With this in mind, this author agrees with Jernny’s statement, especially where it applies to ASEAN. Currently, a single, unified or unique regional competition law is too ambitious a goal for ASEAN for several reasons. First, because ASEAN is not a supranational organisation, and thus there is no regional institution or court to implement or enforce supranational law. Under those circumstances, it would be difficult to create a supranational competition law at this stage unless ASEAN were to develop the regional legal and institutional framework for the purpose. Second, even though ASEAN has embarked upon de facto regional economic integration, there is not yet the political will to develop such a supranational organisation. Third, the ASEAN countries enjoy widely diversified levels of economic development: Singapore is regarded as a more developed economy, Indonesia, Malaysia, and Thailand

⁴⁰ See Jernny, ‘Globalization, Competition and Trade Policy: Convergence, Divergence and Cooperation’ in Yang-Ching Chao *et al*, supra note 67 (at 68).

⁴¹ Ibidem.

are placed somewhere in the middle, Cambodia and Laos are less developed economies and Vietnam and Myanmar are transitional economies. Fourth, the ASEAN countries' economic structures are different. For example, Brunei is a small, rich oil country; Thailand, Indonesia and the Philippines are mixed agricultural/industrial/commercial economies, while Malaysia is an industrial/commercial economy endowed with oil resources; Singapore is a commercial economy. This variety of economic structures within ASEAN affects the competition regime in each Member State. Economic theory and policy in each ASEAN country are geared towards its own brand of economic development, and so perforce are their national competition law and policy. Consequently, in harmonising its national competition laws, ASEAN may need to tolerate the persistence of some national differences until the individual economies are more evenly developed.

A combination of these factors, the structure of ASEAN 'Open Regionalism' – and more especially the 'ASEAN Way' – and concerted action in terms of economic co-operation have forced ASEAN to consider the synchronized model⁴² of harmonized law and enforcement networks. For substantive competition law enforceable at the regional level, ASEAN can refer to the general basic rules of conduct in the various codes and guidelines that have common features, while leaving the national authorities to deal with particular features of their specific competition laws. At the regional level, ASEAN may need the Regional Competition Committee to oversee and enforce competition law in cross-border cases, as well as to co-ordinate with the

⁴² See Thanadsillapakul, *supra* note. 1.

national authorities. This may be regarded as an initial step towards further development of common regional institutions designed to lead ASEAN to a higher degree of integration.⁴³ As Bilal and Olarreaga have argued:

“Indeed, successful RTAs inevitably entail the existence of common rules, the creation of common institutions, the delegation of authority to supranational instances, and more generally the development of a co-

⁴³ Winters identified five forms of economic integration, ranked in increasing order of integration:

1. Preferential Trade Areas (PTAs), where member countries agree to levy reduced, or preferential, tariffs on partner countries;
2. Free Trade Area (FTAs), where trade barriers between partner countries are abolished, but each member country determines its own external barriers;
3. Custom Union (CUs), where intra-union free trade prevails and a common external trade policy is adopted by member countries;
4. Common Markets, which are CUs with further provisions to facilitate the free movement of goods, services and factors of production, and the harmonisation of trading and technical standards;
5. Political Unions, which are the ultimate form of economic integration.

While PTAs and FTAs do not require inter-governmental institutions, since each member country remains in complete charge of its own policy, CUs and higher forms of economic integration do involve a delegation of sovereignty, and thus an element of supranationality, as at least external trade policy is the result of a common decision by member countries.

operative framework among member countries. Of course, a crucial aspect here is the degree of regional integration.”⁴⁴

4.4 Some concerns in designing substantive competition law

(a) Determination of “market power”

In principle, competition policy does not seek to prohibit market power per se, but rather abuse of a dominant position. The basic idea is that competition law should not penalise efficient firms that have established a dominant position in the market by performing better than their competitors. The objective is rather to ensure potential access to the relevant market and to guarantee “fair” competition.⁴⁵ The contentious issues are how to determine what behaviour constitutes “abuse” of market power and how to promote competition without penalising successful enterprises that are possibly in a dominant position. Generally, competition law specifies that if an enterprise gains a market share exceeding the specified ratio, it must be carefully monitored for possible abuse of its dominant market position. However, market share is not a correct indicator of market power for at least three reasons as argued by Wood. First, the definition of relevant market is not clear when there

⁴⁴ See S Bilal, and M Olarreaga, Regionalism, Competition Policy and Abuse of Dominant Position, Working Paper, European Institute of Public Administration, the Netherlands (1998).

⁴⁵ See DP WOOD, ‘Competition and the Single Firm: Monopolization and Abuse of Dominant Positions’, Paper presented at the Symposium on Competition Policy in a Global Economy, Pacific Economic Co-operation Council, Taipei, Taiwan (1995) and see citation in BILAL *et al*, *supra* note 43.

is high substitutability in consumption. This is illustrated in United States v. E. I. Du Pont de Nemours & Co (Cellophane).⁴⁶ If the relevant product market was 'all flexible packaging material', then Du Pont's share was only 20%. But if, instead, it was only 'cellophane', Du Pont had cornered 75% of the market. Second, small market shares may be consistent with market power. Indeed, this would be the case when several small firms collude to control a market. For example, ten firms, each with 10% of the market, may collude to charge monopolistic prices. Obviously, there is a limit to this, given the free-rider problem when the number of firms increases in a collusive agreement, as in any other co-operative agreement.⁴⁷ Third, large market shares may be consistent with low market power. Indeed, potential entry may significantly reduce incumbent firms' market share, as underlined by the 'contestability theory'. For firms with a large market share, the presence and nature of barriers to entry is a much more useful guide to policy than the market shares themselves.⁴⁸

A thorough analysis of entry barriers is clearly crucial to the proper implementation of competition law, in particular when it comes to assessing levels of dominance, since a firm may not exercise significant market power

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ See M Olson (eds) (1965) , The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups, Cambridge, US: Harvard University Press,

⁴⁸ See KU KUHN, P SEABRIGHT and ASMITH, 'Competition Policy Research: Where Do We Stand?', CEPR Occasion Paper No. 8, Centre for Economic Policy Research, London (1992).

over time in the absence of barriers to new entries in the relevant market. Barriers to entry can be of three types: artificial (introduced by government regulation or trade associations), natural (linked to the production technology, scale and scope economies) and strategic (created by firms to deter entrants, for example through over-investment or loyalty bonuses). Common practice in US and EU competition law suggests that while most effort has been put into determining the relevant market and assessing market power – usually in terms of market share –, little (or at least not enough) attention has been paid to entry barriers.⁴⁹ In applying Article 82 (ex 86) of the EC treaty on the abuse of dominant position, ‘the primary indicator’ of dominance is market shares, while the level of entry (and exit) barriers is only a ‘secondary indicator’. Another proxy for market power sometimes used is the level of profits. The idea is that firms with high profit levels abuse their dominant position.

Any legislation implicitly or explicitly forbidding high profit levels may have unexpected effects. If the competition authority regulates the abuse of a dominant position by imposing profit ceilings, firms will have a serious incentive to artificially inflate costs. This, in turn, provokes misallocation of resources. Competition authorities, when regulating, should bear in mind that firms react strategically to competition rules. More importantly, as already mentioned, high

⁴⁹ See D Harbord and T Hoehn (1994), ‘Barriers to Entry and Exit in European

profits may simply reflect the greater efficiency of the firm with a competitive edge.⁵⁰

To summarise, competition policy, as any other government policy, should include efficiency considerations. If, in dealing with abuse of a dominant position, competition policy tends to focus on firms' market share rather than on strategic barriers against entry into the market, then efficient firms may be penalised. This will give the wrong signals to firms, which will concentrate on controlling its market share, rather than on becoming more efficient. This is particularly important in developing countries where market failures are due to market distortions. Clearly, if a firm has a dominant position owing to credit constraints in the domestic market, the best policy must surely be, not to prevent 'abuse' of a dominant position by the incumbent firm, but rather to correct the credit shortage and so in turn allow for entry of new firms.

(b) Monitoring horizontal agreements, vertical restraints and unfair competitive practices

Bollard and Vautier have suggested seven frameworks to assess the competitive environment under competition law and policy in developing economies: (1) merger regimes, (2) abuse of dominant power, (3) horizontal

⁵⁰ See H Demsetz (1974), 'Two Systems of Belief about Monopoly', in Harvey

Goldschmid et al (eds.), Industrial Concentration: The New Learning, Little Brown.

agreements, (4) vertical restraints, (5) jurisdiction exemption, (6) unfair trade practices and (7) role, enforcement and powers.⁵¹

In many developing countries, mergers and abuse of dominant power are monitored while horizontal agreements, vertical restraints and unfair competitive practices are not. In addition to this shortcoming of their competition laws, the existing rules appear to be poorly enforced in these countries. Among the ASEAN member States, only Indonesia and Thailand regulate competition. The other members, while legislating on competition law, regulate non-competitive behaviour by alternative means. Singapore promotes competition by inducing foreign competition under liberalised trade and FDI regimes. The ASEAN countries differ considerably as to the type of rules they impose and the basic design and type of enforcement arrangements. Last but not least, competition law in Indonesia and Thailand and the draft competition law in other ASEAN members are predominantly structure-based, not outcome-based, and enforcement is administration-based, not judicially-based.⁵² This entails difficulties in effectively enforcing competition law and monitoring horizontal agreements, vertical restraints and unfair competitive practices.

⁵¹ See A Bollard and KM Vautier (1998), 'The Convergence of Competition Law within APEC and the CER Agreement', in Rong-I Wu and Yub-Peng Chu (eds.), The Asia-Pacific: Competition Policy, Convergence and Pluralism, 126-34.

⁵² Ibidem.

(c) The interaction of competition law and other government measures, laws and regulations

A competition regime encompasses any government measure that affects private sector activity. State-owned enterprises constitute a typical form of regulated activity, though they are by no means the only one. Regulations generally fall into one of two categories: First, economic, including agricultural price restrictions and restrictions on entry into certain sectors – such as telecommunications. Secondly, social, including environmental and sanitary requirements for certain products. Generally, economic regulations induce cost efficiency, while social regulations are considered beneficial from a public welfare point of view. However, social regulations can be created for and used to provide industrial protection. The ASEAN governments therefore need to balance economic and social regulations and carefully analyse the impact of all their laws and regulations on the competitive economy. It is very important to re-assess all relevant government legislations and regulations to ascertain to what extent they distort or enhance competition by minimizing the risk of anti-competitive conduct through appropriate disciplines on business conduct. Competition policy that comes along with the national competition law also emphasises the importance of international co-operation between both competition agencies and authorities to deal with ever-increasing cross-border issues and capacity building in the ASEAN members. National Competition policy should serve an important role in formulating and implementing competition and fair competition environment in the ASEAN member countries' economy.

5. The interaction between regional competition law and policy and open regionalism⁵³

The functions of a feasible ASEAN regional competition law and policy (discussed in the Introduction to this article) should include the promotion of:

- (1) liberalization of trade and investment in ASEAN;
- (2) free and fair competition among firms in ASEAN by monitoring the behaviour of firms doing business in the region, and;
- (3) a proper competitive balance between intra- and extra-ASEAN business enterprises.

These three functions of a feasible ASEAN regional competition law and policy will play an important part in facilitating ASEAN open regionalism. They will ensure that ASEAN keeps its regional market open for both intra- and extra- regional trade and investment (the first two functions). The third function is fundamental to open regionalism, which ensures a proper competitive balance between intra- and extra-ASEAN firms.

Competition law and policy should help to promote the growth of small and medium-sized enterprises, which form the majority in local ASEAN economies, and allow them to compete with their stronger rivals.⁵⁴ The liberalization of trade and investment based on fair competition will enable local small and medium firms to develop their economic strengths, upgrade their technological production processes and improve managerial systems and

⁵³ See Garnaut, Eliassen, Monsen and Garnaut, Drysdale, Kunkel, supra note 2

⁵⁴ See R Whish and B Sulfrin (3rd eds) (1993), Competition Law, London/Edinburgh:

commercial skills, in order to compete with foreign firms. Competition law will ensure that both local and foreign firms are prevented from engaging in restrictive business practices, abusing a dominant position or forming a cartel or engaging in any other type of unfair practice that might damage other firms. Under such fair competition circumstances, every firm, be it small or large, will be able to compete in its respective market, size and field of business. Furthermore, competition law would permit the ASEAN countries to assess the economic benefit deriving from the influx of foreign firms on the basis of whether or not they are likely to damage local small and medium firms, and thus enable them to use competition policy to protect these local firms. This may be achieved through, for example, merger control regulations preventing TNCs from merging with or acquiring another company to create or strengthen their commercial dominance in the market. This would encourage foreign investment to be made on a 'green field' basis that could contribute to the regional economy, ensuring that it could compete with other (local or foreign) firms on the same fair basic grounds and conditions.

Since there are many small and medium firms in the ASEAN countries, and since these firms fear that an ASEAN regional market open to powerful TNCs might significantly affect smaller local businesses, efforts to protect the competitive position of these local companies and to ensure fair competition will help to increase these firms' confidence in doing business in the single ASEAN

open market.⁵⁵ A regional competition law and policy could be instrumental in ensuring this.

Competition law could also allow each single country to protect its indigenous enterprises or national/cultural industries to preserve country-specific values or safeguard the country's international renown for a given speciality.⁵⁶ In the Czech beer case, an American firm, Anheuser-Busch, brewer of the American Budweiser lager beer, made a fruitless bid for a stake in Czech Budvar, famous for its Budweiser Budvar lager beer. Both companies produce beer with the same "Budweiser" brand name, but neither has an exclusive right to use the name internationally. They settled the matter of the name by allocating its use in different markets.⁵⁷ However, a dispute arose

⁵⁵ In fact, the ASEAN countries are aware of this sensitive issue and have already canvassed the small and medium firms in the region, preparing them for competing with extra-ASEAN firms. See Joint Statement on East Asia Co-operation, 28 November 1999, Manila, The Philippines. Also, each individual ASEAN country has set up Small and Medium Firm Networks to promote and strengthen S&M enterprises: for example, the Small and Medium Industry Development Office in Malaysia and the Bureau of Small and Medium Business Development in the Philippines.

⁵⁶ See PT Muchlinski, 'A Case of Czech Beer: Competition and Competitiveness in the Transitional Economies', The Modern Law Review, Vol. 59, 5, 658-675.

⁵⁷ The dispute was settled by agreement of 4 September 1911, whereby the US brewer was granted exclusive use of the 'Budweiser' brand name in North America, while the Czech brewer was granted the name for the rest of the world. But it did not confer any rights or imposed any restrictions with regard to use of the name in Europe, nor did it prevent any party from establishing an exclusive right to the Budweiser trade name as part of its trading style in any European country.

when they both entered the European market, since the agreement did not clearly define the territory assigned to each party in using the brand name. Anheuser-Busch wished to merge the two companies so that they could produce and sell the product world-wide without any constraint. However, Czech Budvar is traditionally regarded as the producer of the true Czech Budweiser lager beer and consumers both in the Czech Republic and elsewhere favour the typical, unique flavour of the original beer it produces. Consumer campaigns were mounted to preserve Czech Budvar as a national, indigenous industry and to block its acquisition by the American firm.

In relation to this case, Muchlinski has argued, that since the Czech Republic, alone among the transitional economies, has abolished specialized foreign investment laws and has actively liberalized investment, only privatisation and competition law could act as vehicles for the close screening of foreign investment. EU law as a source of principles for the regulation of foreign investment would also be justified, since the Czech Republic and the EU have an agreement⁵⁸ to bring the Czechs' commercial and economic laws into line with EU law as a prelude to possible future EU membership. As a result, EU competition law, which concerns anti-competitive and concerted practices, abuse of a dominant position and preferential State aids that distort competition, must be taken into account as regards any business practices in the Czech Republic. Competition law could provide an alternative screening

⁵⁸ The Czech Republic has become party to an EU Europe Agreement (EA), which entered into force on 1 February 1995 to ensure greater convergence between EU economic laws and the national law of the non-EU Contracting States, as a precondition for any future application for membership.

procedure to examine any threat of damage to national industry by means of merger or acquisition by foreign investors. From this point of view, the protection of indigenous industries could be based on concerns for consumer interests and the availability of product choice, which are in keeping with cultural diversity.

The ASEAN countries follow an 'open door' policy in their investment liberalization efforts so as to allow regional competition law, which is consistent with liberalization, to play an important role in protecting domestic firms from harm (such as in the Czech beer case). In this way, ASEAN can reconcile a positive approach to foreign investment, exemplified by a lack of regulatory control, with controls over any undesirable effects both in the market and in social terms of FDI, by means of laws that apply to foreign and domestic firms alike, notably competition law, merger and acquisition control regulation, and anti-monopoly control.⁵⁹

In other words, ASEAN indigenous industries could be protected under the ASEAN regional competition law and policy and by regional merger control regulation. Moreover, consumer and local interest group views on

⁵⁹ Muchlinski argued that "maximum foreign shareholding limits in national laws have tended to be relaxed. The most promising avenue for regulation should be competition law, in that a level of foreign ownership that may create an anti-competitive concentration can be legitimately challenged without upsetting the logic of free market policies. See Muchlinski, *supra* note 55 (at 59).

particular businesses or industries can be taken into account by the authority concerned.⁶⁰

6. CONCLUSION

In conclusion, the function of regional competition law and policy and regional merger control regulation would be to ensure the review of mergers and anti-competitive practices in the ASEAN countries, which currently lack both effective domestic controls and experience in dealing with mergers, acquisitions and anti-competitive practices. Therefore, in this way, member countries could enlist the support of the Regional Merger Committee in the event of concentrations with significant actual or potential anti-competitive impact. As regards the shaping of an ASEAN regional competition law, this may be developed and adapted from the models for international competition law and the approach towards a multilateral competition regime proposed at international level. Harmonisation of substantive national competition law combined with the network model, especially the regional enforcement network, may be suitable to ASEAN's open regionalism infrastructure and its 'ASEAN way', and concerted actions. An ASEAN regional competition law and policy could enhance regional economic strengths and ensure that the regional market open to non-ASEAN trade and investment would prevent powerful

⁶⁰ For instance, the issue can be brought to the Regional Merger Committee, within the spirit of the Regional Merger Regulation; consumer groups can request that the Committee review a concentration where FDI creates or strengthens a dominant position or merges with or acquires such domestic firms.

transnational corporations from dominating the regional economy. This is consistent with the main concept of open regionalism, which enhances both intra- and extra-ASEAN trade and investment, so that a regional competition law and policy would be suitable instruments to achieve this goal.

ศูนย์ศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเปรียบเทียบกับ การจัดตั้งประชาคมอาเซียน (3 เสา)

วรรณชัย บุญบำรุง¹

ในยุคปัจจุบันซึ่งเป็นสังคมแบบโลกาภิวัตน์ ผู้คนได้มีการติดต่อการค้ากัน หรือผูกนิติสัมพันธ์กันในด้านต่างๆ อย่างแพร่หลายมากขึ้น รวมทั้งประเทศในภูมิภาคต่างๆ ของโลกได้รวมตัวกันในด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมือง ไม่ว่าจะเป็นสหภาพยุโรปซึ่งได้ร่วมมือกันในด้านเศรษฐกิจจนปัจจุบันได้พัฒนากลายเป็นตลาดร่วมยุโรป หรือสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ASEAN) ซึ่งจะจัดตั้งประชาคมอาเซียน (ASEAN Community) ภายในปี พ.ศ. 2558 จากสภาพการณ์ดังกล่าวส่งผลให้มีการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลมากขึ้น แต่เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกันมาก แม้จะเป็นกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือระบบกฎหมายซีวิลลอว์ อย่างเดียวกันก็ตาม โดยเป็นผลมาจากประวัติศาสตร์ทางการเมือง สังคม เศรษฐกิจ ตลอดจนประเพณีและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ ความแตกต่างดังกล่าวส่งผลกระทบทำให้เป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการรวมตัวกันดังกล่าว เช่นเดียวกับปัญหาที่กฎหมายสารบัญญัติในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน ปัจจุบันหนึ่งในการที่จะทำให้เกิดการร่วมมือกันดังกล่าวเกิดประสิทธิภาพได้ ก็คือมีความจำเป็นที่สมาชิกแต่ละประเทศต้องแก้ไขระบบกฎหมายภายใน รวมทั้งกฎหมายวิธีพิจารณาความในศาลของตนให้ใกล้เคียงกัน เพราะหากประเทศสมาชิกต่างมีระบบกฎหมายในเรื่องดังกล่าวที่แตกต่างกันมากแล้วก็จะมีความกระทบโดยตรงเป็นอย่างมากต่อการประกอบการค้าภายในประเทศสมาชิก ทั้งใน

¹ Doctorat de l'Université Robert Schuman (Strasbourg 3) ทางด้านกฎหมายจากประเทศฝรั่งเศส (พ.ศ. 2540) กรรมการร่างกฎหมายประจำสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

เรื่องหลักประกันสิทธิในการต่อสู้คดีของคู่ความที่เป็นนักธุรกิจในกลุ่มประเทศสมาชิก หรือเรื่องประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมในแต่ละประเทศ เนื่องจากศาลในแต่ละประเทศนั้นแม้ว่าจะสามารถนำกฎหมายสารบัญญัติของประเทศอื่นมาใช้บังคับกับคดีได้ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล แต่จะไม่นำกฎหมายเกี่ยวกับศาลและกฎหมายวิธี สืบพันธุ์หรือกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศอื่นมาใช้โดยเด็ดขาด

จากความสำคัญของปัจจัยเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งดังกล่าว ผู้เขียนจึงขอเสนอความพยายามที่แก้ไขปัญหาดังกล่าวคือ (1) การดำเนินการของสหภาพยุโรปและสถาบันกฎหมายเปรียบเทียบ จากนั้นจะได้กล่าวถึง (2) พันธกรณียุทธศาสตร์ แผนแม่บท ความร่วมมือ และการดำเนินการต่างๆ ในการจัดตั้งประชาคมอาเซียนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพื่อให้เห็นถึงความสำคัญและความจำเป็นในการก่อตั้ง (3) ศูนย์ศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเปรียบเทียบ เทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาขึ้นในสำนักกฎหมายต่างประเทศ

1. การดำเนินการของสหภาพยุโรปและสถาบันกฎหมายเปรียบเทียบ²

1.1 แนวความคิดเบื้องต้น

โลกยุคโลกาภิวัตน์เป็นสังคมที่ไร้พรมแดน การติดต่อสื่อสารข้ามพรมแดนสามารถกระทำได้โดยสะดวกและกลายเป็นเรื่องปกติ ผู้คนมีการติดต่อค้าขายข้ามพรมแดนกันมากขึ้น เป็นเหตุให้มีข้อพิพาทข้ามแดนมากขึ้นและต้นทุนในการทำการค้าระหว่างประเทศจึงสูงขึ้นตามไปด้วย ด้วยเหตุนี้จึงมีความพยายามที่จะลดความแตกต่างระหว่างกฎหมายของประเทศต่างๆ เพื่อให้ทุกคนอยู่ภายใต้ “กติกา” เดียวกัน

² ข้อมูลจากเอกสารหมายเลข 1 ซึ่งฝ่ายเลขานุการฯ (นายยอดฉัตร ตสาริกา นายคนันท์ ชัยชนะ นายวรพล ชินเพชร และนางสาวพิชฎามนต์ จารีกุลสุนทรสกุล นักกฎหมายกฤษฎีกา) เสนอต่อที่ประชุมคณะอนุกรรมการพิจารณาแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสากล ในวันพฤหัสบดีที่ 21 กุมภาพันธ์ 2556

ไม่ว่าจะอยู่ประเทศไหน เพื่อลดค่าใช้จ่ายและความยุ่งยากในการทำการค้าระหว่างประเทศ

การสร้างความสะดวกคล่องโดยการลดความแตกต่างระหว่างกฎหมายของประเทศต่างๆ ทั่วโลก (Harmonization of Law) ที่ผ่านมามักจะดำเนินการกับกฎหมายสารบัญญัติเสียเป็นส่วนใหญ่ เนื่องจากนักกฎหมายจำนวนมากเห็นว่า กฎหมายวิธีพิจารณาความของแต่ละประเทศนั้นมีความแตกต่างกันค่อนข้างมาก อันเนื่องมาจากระบบกฎหมาย ภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ การเมือง และวัฒนธรรมประเพณีที่แตกต่างกัน นอกจากนี้ กฎหมายวิธีพิจารณาความมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์โดยตรงกับระบบศาลและโครงสร้างของศาล การเปลี่ยนแปลงวิธีพิจารณาความอาจทำให้ต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบศาลและโครงสร้างของศาลด้วย ดังนั้น พัฒนาการของการสร้างความสอดคล้องของกฎหมายวิธีพิจารณาความในระดับนานาชาติจึงค่อนข้างล่าช้าเมื่อเทียบกับการสร้างความสอดคล้องในกฎหมายสารบัญญัติ

อย่างไรก็ตาม หากกล่าวถึงเรื่องการพัฒนาหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่มีความเป็นสากลนั้น พบว่ามีผลงานที่สำคัญ 2 ชิ้น ที่มีบทบาทสำคัญในเรื่องการสร้างความสะดวกคล่องในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งระหว่างประเทศ ได้แก่ รายงานการศึกษาของศาสตราจารย์ Storme และหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาความแพ่งระหว่างประเทศของ American Law Institute (ALI) และ UNIDROIT (Principles of Transnational Civil Procedure) ในปี พ.ศ. 2533 สหภาพยุโรปได้แต่งตั้งคณะทำงานเพื่อศึกษาแนวทางการสร้างความเป็นเอกภาพของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรป โดยมีศาสตราจารย์ Marcel Storme เป็นหัวหน้าคณะทำงาน ซึ่งคณะทำงานชุดนี้ได้เสนอหลักเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเพื่อเป็นแนวทางให้ประเทศสมาชิกได้ดำเนินการแก้ไขกฎหมายของตนให้สอดคล้องกัน โดยได้พยายามที่จะประสานหลักเกณฑ์ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์เข้าด้วยกัน ทั้งนี้ศาสตราจารย์ Storme เห็นว่าการสร้างความเป็นเอกภาพในกฎหมายวิธีพิจารณาความสามารถกระทำได้ง่ายกว่า

กฎหมายสารบัญญัติ เนื่องจากหลักเกณฑ์ในแต่ละเรื่องนั้นไม่ได้มีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกับหลักเกณฑ์ในเรื่องอื่นๆ จนไม่สามารถแยกออกจากกันได้ตั้งเช่นในกฎหมายสารบัญญัติ การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความจึงสามารถดำเนินการเป็นเรื่องๆ ไปได้ ไม่จำเป็นต้องกระทำครั้งเดียวทั้งระบบ³

รายงานการศึกษาชิ้นนี้ได้จุดประกายให้มีการอภิปรายกันอย่างกว้างขวางเกี่ยวกับความเป็นไปได้และข้อดีข้อเสียของการสร้างความเป็นเอกภาพของกฎหมายวิธีพิจารณาความ และเป็นแรงบันดาลใจให้กับโครงการสร้างความสอดคล้องในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของ American Law Institute (ALI) และ UNIDROIT ในเวลาต่อมาอีกด้วย⁴

1.2 กระบวนการและขั้นตอน

โครงการจัดทำหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาความแพ่งสากลของ ALI/UNIDROIT นั้นเป็นผลมาจากการริเริ่มของศาสตราจารย์ Geoffrey Hazard Jr. แห่ง University of Pennsylvania และศาสตราจารย์ Michele Taruffo แห่ง University of Pavia ที่จะพัฒนา “ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ” (Code of Rules) เพื่อใช้กับคดีระหว่างประเทศ (transnational cases) มาใช้แทนกฎหมายวิธีพิจารณาของประเทศนั้นๆ ในกรณีที่คู่ความมาจากคนละประเทศกันหรือกรณีทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งคดีนั้นอยู่คนละประเทศกับผู้ฟ้องคดี โครงการนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อลดช่องว่างระหว่างกฎหมายวิธีพิจารณาความในระบบคอมมอนลอว์กับระบบซีวิลลอว์ และยกร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความที่ผสมข้อดีของทั้งสองระบบเข้าไว้ด้วยกัน ทั้งนี้ เพื่อลดอุปสรรคสำหรับ

³ Marcel Storme (ed.) *Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Kluwer, 1994, p. 54.

⁴ สำหรับรายละเอียดของรายงานการศึกษาดังกล่าว โปรดดูบทความเรื่อง หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความความแพ่งสากล: ความพยายามในการที่จะทำให้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่เป็นกฎหมายแม่แบบ โดย วรรณชัย บุญบำรุง และสิริพันธ์ พลรบ เผยแพร่ใน *ตุลพาห* 52, 2(พ.ค.- ส.ค. 2548) หน้า 177-216.

คู่ความในกรณีที่ต้องไปดำเนินคดีในภายใต้ระบบกฎหมายของประเทศอื่น โครงการนี้ได้รับแรงบันดาลใจส่วนหนึ่งมาจากผลงานของศาสตราจารย์ Storme และอีกส่วนหนึ่งมาจากความสำเร็จของสหรัฐอเมริกาในการยกร่าง The Federal Rules of Civil Procedure ซึ่งมีผลใช้บังคับในศาล Federal Courts ในทุกมลรัฐ

ต่อมาในปี พ.ศ. 2540 หลังจากนักกฎหมายทั้งสองได้ทำการเผยแพร่ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความระหว่างประเทศ (Transnational Rules of Civil Procedure) ตามวารสารวิชาการต่างๆ แล้ว สถาบัน American Law Institute จึงได้เข้ามาเป็นผู้สนับสนุนโครงการดังกล่าวอย่างเป็นทางการ โดยแต่งตั้งให้ทั้งสองเป็นคณะทำงาน

หลังจากนั้น ในปี พ.ศ. 2541 สถาบัน ALI ได้ขอความร่วมมือไปยัง UNIDROIT เพื่อขยายวงของผู้มีส่วนร่วมในโครงการดังกล่าวให้ครอบคลุมสถาบันกฎหมายในระดับระหว่างประเทศด้วย โดย UNIDROIT เห็นว่า การจัดทำเป็นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความที่มีความละเอียดและให้เป็นที่ยอมรับทั่วโลกนั้นไม่น่าจะเป็นไปได้ จึงเห็นว่า ในเบื้องต้นควรดำเนินการจัดทำเพียงแค่ “หลักเกณฑ์” (principles) เสียก่อน แล้วจึงศึกษาความเป็นไปได้ในการจัดทำ “ประมวล” ในลำดับต่อไป

ในปี พ.ศ. 2543 UNIDROIT จึงได้เข้าร่วมโครงการดังกล่าวอย่างเป็นทางการ และได้แต่งตั้งคณะทำงานร่วม ALI/UNIDROIT โดยมีศาสตราจารย์ Hazard (สหรัฐอเมริกา) และศาสตราจารย์ Stürmer (เยอรมนี) เป็นเลขานุการ (reporter) โครงการนี้ถือเป็นโครงการแรกของ UNIDROIT ในเรื่องการพัฒนาหลักกฎหมายสากลในสาขากฎหมายวิธีพิจารณาความ

คณะทำงานร่วม ALI/UNIDROIT ได้ทำการแก้ไขปรับปรุงร่างหลักเกณฑ์ และนำเสนอให้สมาชิกและคณะกรรมการของ ALI และ UNIDROIT เพื่อพิจารณาในการประชุมประจำปีทุกๆ ปี พร้อมกันนั้นได้มีการเผยแพร่ในวารสารวิชาการเป็นระยะๆ เพื่อเปิดให้มีการวิพากษ์วิจารณ์ในวงกว้าง และนำความคิดเห็นมาประกอบการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงตัวร่างฯ นอกจากนี้ยังได้มีการจัดสัมมนาในประเทศต่างๆ ทั่วโลกเพื่อรับฟังความคิดเห็นจากนักกฎหมายทั่วโลก

ร่างหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาความแพ่งระหว่างประเทศของคณะทำงานร่วมได้ผ่านความเห็นชอบอย่างเป็นทางการโดย ALI และ UNIDROIT ในปี พ.ศ. 2547 และได้รับการตีพิมพ์เผยแพร่โดยสำนักพิมพ์ Cambridge University Press ในปี พ.ศ. 2549⁵

1.3 การนำหลักเกณฑ์ไปใช้ประโยชน์

หลักเกณฑ์วิธีพิจารณาความแพ่งระหว่างประเทศของ ALI/UNIDROIT นี้มีวัตถุประสงค์ในเบื้องต้นเพื่อให้ศาลในแต่ละประเทศนำมาใช้กับคดีการค้าระหว่างประเทศ ทั้งนี้ เนื่องจากคดีประเภทนี้เป็นคดีที่กฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศต่างๆ มีความใกล้เคียงกันมากที่สุด แม้กระทั่งในสหรัฐอเมริกาเองก็ได้นำระบบลูกขุนมาใช้ในการพิจารณาคดีประเภทนี้ ดังนั้น คณะทำงานร่วม ALI/UNIDROIT จึงเห็นว่าน่าจะเป็นการง่ายที่จะพัฒนาหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่มีความเป็นสากลและเป็นที่ยอมรับในวงกว้างสำหรับคดีการค้าระหว่างประเทศ แต่ประเทศต่างๆ สามารถนำหลักเกณฑ์นี้ไปเป็นแนวทางในการยกร่างหรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของตนเพื่อสร้างความสอดคล้องระหว่างกฎหมายของประเทศต่างๆ ทั่วโลก นอกจากนี้ ในกรณีที่กฎหมายเปิดช่องให้ศาลตีความ ศาลก็สามารถนำหลักเกณฑ์นี้ไปใช้เป็นแนวทางในการตีความกฎหมายวิธีพิจารณาความของตนได้ด้วย

นอกจากนี้ เนื้อหาส่วนใหญ่ของหลักเกณฑ์นี้ยังสามารถนำไปใช้กับคดีประเภทอื่นๆ รวมถึงวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้อีกด้วยในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์สากลและเป็นที่ยอมรับทั่วโลก และด้วยความที่เนื้อหาส่วนใหญ่มีลักษณะเป็นเพียงหลักการ แต่ละประเทศจึงสามารถนำไปปรับใช้โดยยังคงรักษาเอกลักษณ์ของระบบกฎหมายของตนเอาไว้ แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นการยกระดับความเป็นสากลของกฎหมายวิธีพิจารณาความของตนได้อีกด้วย

⁵ สำหรับรายละเอียดเบื้องต้นของหลักเกณฑ์ดังกล่าว โปรดดูบทความที่อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 4

2. พันธกรณี ยุทธศาสตร์ แผนงาน แผนแม่บท ความร่วมมือ และการดำเนินการต่างๆ ในการจัดตั้งประชาคมอาเซียนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ในปี พ.ศ. 2546 ที่ประชุมสุดยอดอาเซียนได้ตกลงที่จะจัดตั้งประชาคมอาเซียนที่ประกอบด้วย 3 เสาหลักคือ ประชาคมการเมืองและความมั่นคงอาเซียน ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน และประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียน โดยกำหนดให้มีการจัดตั้งภายในปี พ.ศ. 2558 และต่อมาผู้นำอาเซียนได้ลงนามในกฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) อันเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะเร่งสร้างประชาคมโดยการเสริมสร้างความร่วมมือและการรวมตัวในภูมิภาค นอกจากนี้ ยังได้จัดทำแผนงานหรือพิมพ์เขียว (Blue Print) ในการจัดตั้งประชาคมอาเซียนเสาหลักต่างๆ ขึ้น เพื่อใช้เป็นแผนบูรณาการในภาพรวม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามีความละเอียดละบางหนึ่งของแผนงานดังกล่าวที่น่าจะเกี่ยวข้องกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งดังนี้

2.1 ประชาคมการเมืองและความมั่นคงอาเซียน (ASEAN Political-Security Community: APSC)

ตามแผนงานการจัดตั้ง APSC

(1) ข้อ 15 ของ A.1 ความร่วมมือในด้านการพัฒนาการเมือง ได้กำหนดคุณลักษณะประการหนึ่ง คือ เป็นประชาคมที่มีกฎเกณฑ์และบรรทัดฐานและค่านิยมร่วมกัน มีการวางแนวทางสำหรับเป็นกรอบขององค์กร เพื่อความร่วมมือด้านนิติธรรม ระบบยุติธรรม และโครงสร้างพื้นฐานทางกฎหมาย ซึ่งตามข้อ A.1.3 กำหนดให้จัดทำโครงการให้ความสนับสนุนและให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันระหว่างประเทศสมาชิกในการพัฒนายุทธศาสตร์เพื่อเสริมสร้างหลักนิติธรรม ระบบยุติธรรม และโครงสร้างพื้นฐานทางกฎหมาย ดังนี้

i. มอบหมายให้ที่ประชุมรัฐมนตรีกฎหมายอาเซียน (ALAWMM) ร่วมกับองค์กรเฉพาะด้านอื่นๆ ของอาเซียน และองค์กรที่เกี่ยวข้องกับอาเซียน รวมทั้งสมาคมกฎหมายอาเซียน (ASEAN Law Association: ALA) ในการพัฒนาโครงการ

ความร่วมมือเพื่อเสริมสร้างหลักนิติธรรม ระบบยุติธรรม และโครงสร้างพื้นฐานทางกฎหมาย

ii. จัดทำการศึกษาเปรียบเทียบสำหรับผู้ร่างกฎหมายในการประกาศใช้กฎหมายและกฎระเบียบต่างๆ

iii. พัฒนาหลักสูตรการศึกษาระดับมหาวิทยาลัยด้านระบบกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียน โดยเครือข่ายมหาวิทยาลัยอาเซียน (AUN) ภายในปี พ.ศ. 2553

iv. ปรับปรุงความร่วมมือระหว่าง ALAWMM กับ ALA และองค์กรทางวิชาการอื่นๆ โดยการจัดสัมมนา การประชุมเชิงปฏิบัติการ และการทำวิจัยกฎหมายระหว่างประเทศ รวมทั้งความตกลงของอาเซียนเพิ่มเติม

(2) ในข้อ 16 ของ A.2 การสร้างและแบ่งปันกฎเกณฑ์ร่วม ได้กำหนดให้อาเซียนส่งเสริมให้มีบรรทัดฐานระดับภูมิภาคเรื่องแนวปฏิบัติที่ดีเลิศและความเป็นปึกแผ่น โดยสอดคล้องกับหลักการสำคัญตามที่กำหนดไว้ในกฎบัตรอาเซียน ซึ่งตามข้อ A.2.1 การปรับกรอบสถาบันของอาเซียนให้เป็นไปตามกฎบัตรอาเซียน ได้กำหนดกิจกรรมหนึ่งเป็นข้อ iii. การพัฒนาแผนกฎหมายเพื่อสนับสนุนการดำเนินงานตามกฎบัตรอาเซียน

2.2 ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC)

มีวัตถุประสงค์เพื่อให้อาเซียนมีการเคลื่อนย้ายสินค้า บริการ และการลงทุนอย่างเสรี รวมทั้งอำนวยความสะดวกให้เกิดการเคลื่อนย้ายแรงงานอย่างเต็มที่

แผนงานการจัดตั้ง AEC

(1) ข้อ 28 ของ A.3 การเคลื่อนย้ายการลงทุนอย่างเสรีกำหนดคุณลักษณะประการหนึ่งเกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกและความร่วมมือว่า กฎระเบียบ กฎเกณฑ์ นโยบาย และขั้นตอนด้านการลงทุนที่มีความโปร่งใส มีความสอดคล้อง และสามารถคาดการณ์ได้ (หมายเหตุ: การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการลงทุนอาจถือได้ว่า

เป็นส่วนหนึ่งของการอำนวยความสะดวกในการลงทุนด้วยตามที่ได้ผู้เขียนได้กล่าวถึงในตอนต้น)

(2) ข้อ 64 ของ D. การบูรณาการเข้ากับเศรษฐกิจโลก ใน C2. ความริเริ่มเพื่อการรวมตัวของอาเซียน ได้กำหนดคุณลักษณะให้อาเซียนดำเนินงานในลักษณะที่มีปฏิสัมพันธ์กับโลกภายนอกมากขึ้น เพื่อสร้างความมั่นใจว่าตลาดภายในยังคงน่าดึงดูดสำหรับการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติ จึงจำเป็นที่อาเซียนจะต้องคำนึงถึงบริบทอื่นประกอบ นอกเหนือจากการดำเนินงานภายใต้ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน กฎเกณฑ์และกฎระเบียบภายนอกจะต้องถูกนำมาพิจารณาให้มากขึ้นในการพัฒนานโยบายที่เกี่ยวข้องกับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (หมายเหตุ: การระงับข้อพิพาทที่สอดคล้องกับสากลก็เป็นปัจจัยที่เกี่ยวข้องประการหนึ่ง)

(3) ในส่วนของการดำเนินการตามข้อ 72. ของ A. กลไกการดำเนินงาน ได้กำหนดมาตรการประการหนึ่งในการนำกลไกระงับข้อพิพาทของอาเซียน (DSM) มาใช้เพื่อส่งเสริมการสร้างสังคมแห่งกฎระเบียบ

2.3 ประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียน (ASEAN Socio-Cultural Community: ASCC)

มีวัตถุประสงค์เพื่อให้อาเซียนเป็นประชาคมที่ให้ความสำคัญกับประชาชนเป็นสังคมที่เอื้ออาทรและแบ่งปัน ประชาชนมีความเป็นอยู่ที่ดีและมีการพัฒนาในทุกด้าน เพื่อยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชน

แผนงานการจัดตั้ง ASCC ในข้อ 26 ของ C. ความยุติธรรมและสิทธิ ได้กำหนดคุณลักษณะและองค์ประกอบว่า อาเซียนมีพันธกรณีในการส่งเสริมความยุติธรรม โดยให้สิทธิของประชาชนสะท้อนอยู่ในนโยบาย และทุกวิถีของชีวิต

2.4 แผนแม่บทด้วยความเชื่อมโยงระหว่างกันในอาเซียน

แผนแม่บทนี้เป็นความริเริ่มของประเทศไทย โดยในการประชุมสุดยอดอาเซียนครั้งที่ 17 ที่ประเทศเวียดนามในปี พ.ศ. 2553 ได้รับรองแผนดังกล่าว มีเจตนารมณ์ที่จะเร่งรัดการลงทุนจากทั้งภายในและภายนอกอาเซียน ให้เกิดความ

เชื่อมโยงของประเทศสมาชิกเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในด้านโครงสร้างพื้นฐาน ด้านกฎระเบียบ และด้านประชาชน อันเป็นการสอดคล้องกับวิสัยทัศน์ของอาเซียนที่จะดำเนินการร่วมกันเพื่อบรรลุการเป็นประชาคมอาเซียนในปี พ.ศ. 2558

สำหรับการเชื่อมโยงด้านกฎระเบียบนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้มียุทธศาสตร์ความตกลง กลไกทางกฎหมาย และสถาบันที่จะทำให้ความเชื่อมโยงระหว่างกันในอาเซียนบังเกิดผล รวมถึงกรอบกฎหมายที่เหมาะสม เพื่อให้การลงทุนได้รับการคุ้มครองและดึงดูดการลงทุนของภาคเอกชน

2.5 การประชุมของสมาคมกฎหมายอาเซียน (ALA)

สมาคมกฎหมายอาเซียนก่อตั้งขึ้นในปี พ.ศ. 2522 มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการส่งเสริมความสัมพันธ์ ความร่วมมือ และความเข้าใจซึ่งกันและกันในระหว่างนักกฎหมายของประเทศในกลุ่มอาเซียน ซึ่งจะช่วยให้มีการแลกเปลี่ยนประสบการณ์ มีการพัฒนากฎหมายไปในทิศทางเดียวกัน อันจะก่อให้เกิดการพัฒนาและความร่วมมือทางด้านการค้า เศรษฐกิจ และสังคมต่อไป

หัวข้อการประชุมสมาคมกฎหมายอาเซียนที่ผ่านมาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทนั้น ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยทางเลือกอื่นนอกจากศาล (Alternative Dispute Resolution: ADR) นอกนั้นเป็นเรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่มและการดำเนินคดีเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ การปฏิรูปการศาล และการบริหารจัดการคดีเท่านั้น ยังไม่ปรากฏว่ามีการดำเนินการเพื่อให้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศสมาชิกสอดคล้องกันแต่อย่างใด

3. ศูนย์ศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเปรียบเทียบ

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นหลักเกณฑ์เรื่องการใช้อำนาจรัฐที่เป็นอำนาจตุลาการ เช่นเดียวกับกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของอำนาจบริหาร และเมื่อพิจารณาในมิติของการใช้อำนาจตุลาการนี้ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมีลักษณะอยู่ 2 ประการคือ ประการแรก เป็นการควบคุมหรือจำกัดให้ศาลใช้อำนาจตุลา

การภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่เป็นธรรมอันเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐ รวมทั้งหลัก Due Process of Law ประการที่สอง ทำให้ศาลสามารถใช้อำนาจตุลาการได้อย่างมีประสิทธิภาพ อันเป็นส่วนหนึ่งของหลักธรรมาภิบาล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งยังเป็นส่วนหนึ่งของเรื่องการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (access to justice) เป็นการคุ้มครองสิทธิต่างๆ ของประชาชน ตามที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ทำให้สิทธิดังกล่าวได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม หลักการของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่ว่าจะเป็นหลักพึ่งความสองฝ่าย หลักความเป็นกลางของศาล ถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายธรรมชาติ (natural law) หลักสิทธิมนุษยชน (human rights) สิทธิขั้นพื้นฐาน (fundamental rights) ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ และหลักการรับรองและคุ้มครองสิทธิในการโต้แย้ง ซึ่งถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐ รวมทั้งหลัก Due Process of Law นั้นเอง โดยมาตรา 40(2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้รับรองหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งดังกล่าวไว้

จึงเห็นได้ว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมีความเกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นทางตรงหรือทางอ้อมกับแผนงานการจัดตั้งประชาคมอาเซียนทั้ง 3 เสา ไม่ว่าจะเป็นประชาคมการเมืองและความมั่นคงอาเซียนในเรื่องของหลักนิติธรรม ระเบียบยุติธรรม และโครงสร้างพื้นฐานทางกฎหมาย ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศสมาชิกที่มีความสอดคล้องกัน จะเป็นปัจจัยในการส่งเสริมบรรยากาศรวมทั้งอำนวยความสะดวกในการลงทุน และการที่กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศสมาชิกสอดคล้องกับหลักเกณฑ์สากลก็จะเป็นปัจจัยส่งเสริมให้ประชาคมอาเซียนสามารถบูรณาการเข้ากับเศรษฐกิจโลก และสุดท้าย ประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียนในส่วนที่เกี่ยวกับการส่งเสริมความยุติธรรม นอกจากนี้ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศสมาชิกที่สอดคล้องกันยังถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของแผนแม่บทว่าด้วยความเชื่อมโยงระหว่างกันในอาเซียน

อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าความเคลื่อนไหวของอาเซียนที่ผ่านมา ไม่ว่าจะเป็นในระดับของความร่วมมือระหว่างรัฐมนตรีกฎหมายอาเซียน (ALAWMM) กับองค์กรเฉพาะด้านของอาเซียน โดยเฉพาะสมาคมกฎหมายอาเซียน (ALA) หรือของสมาคมกฎหมายอาเซียนเอง ยังไม่มีการหยิบยกประเด็นของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งดังกล่าวขึ้นมาพิจารณากันแต่อย่างใด และไม่มีแม้กระทั่งองค์ความรู้เกี่ยวกับการศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศสมาชิกในเชิงเปรียบเทียบ

ในปี พ.ศ. 2548 ผู้เขียนได้เขียนบทความเรื่อง “หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสากล: ความพยายามในการที่จะทำให้มีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่เป็นกฎหมายแม่แบบ” ตามที่ได้กล่าวไว้ในเชิงอรรถที่ 4 เพื่อเผยแพร่เรื่องดังกล่าวให้วงการนักกฎหมายไทยได้ทราบ และในปีเดียวกัน ผู้เขียนในฐานะกรรมการและเลขาธิการคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งแต่งตั้งโดยนายกรัฐมนตรี มีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้รับผิดชอบเป็นหน่วยงานธุรการและสนับสนุนการทำงานของคณะกรรมการฯ ได้เสนอคณะกรรมการฯ ให้ศึกษาและวิเคราะห์หลักเกณฑ์ของวิธีพิจารณาความแพ่งสากลเพื่อนำมาปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยให้เป็นระบบสากลและทันสมัยยิ่งขึ้น ซึ่งคณะกรรมการฯ มีมติเห็นชอบ และมอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจัดทำศึกษาวิจัยรายละเอียดของหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาความแพ่งสากล เปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย และเสนอร่างแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งต่อคณะกรรมการฯ และเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้อนุมัติโครงการดังกล่าว แต่ต่อมามีปัญหาเรื่องงบประมาณ โครงการดังกล่าวจึงไม่ได้มีการดำเนินการ

ในปี พ.ศ. 2556 ผู้เขียนในฐานะกรรมการของคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้เสนอเรื่องดังกล่าวต่อคณะกรรมการฯ อีกครั้งหนึ่ง เนื่องจากเห็นถึงความจำเป็นในการเตรียมความพร้อมเพื่อเข้าสู่ประชาคมอาเซียน โดยเสนอให้มีการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการพิจารณาแก้ไขกฎหมาย

วิธีพิจารณาความแพ่งเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสากล ซึ่งได้มีการแต่งตั้งในเดือนมกราคม 2556 และจนถึงเดือนเมษายน 2556 คณะอนุกรรมการฯ ได้ประชุมไปแล้ว 4 ครั้ง จากการทำงานของคณะอนุกรรมการฯ และการศึกษาค้นคว้าข้อมูลวิธีพิจารณาความแพ่งสากลและการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศสมาชิกอาเซียนของฝ่ายเลขานุการฯ ทำให้ได้ข้อมูลทางวิชาการที่เป็นประโยชน์ ผู้เขียนในฐานะกรรมการของคณะอนุกรรมการฯ และฝ่ายเลขานุการของคณะอนุกรรมการฯ จึงได้มีแนวคิดที่จะให้มีการเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวผ่านทางเว็บไซต์ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (www.krisdika.go.th) ในส่วนของสำนักกฎหมายต่างประเทศ ในชื่อ “ศูนย์ศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเปรียบเทียบ” ซึ่งขณะนี้อยู่ระหว่างการดำเนินการ

ผู้เขียนจึงถือโอกาสอาศัยบทความนี้ในการเผยแพร่ให้ทราบถึงความเคลื่อนไหวของการพยายามที่จะให้มีการศึกษาและแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย เพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมในการเข้าสู่ประชาคมอาเซียน รวมทั้งสอดคล้องกับหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาความแพ่งสากล และผู้เขียนมีความเห็นว่าเนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศสมาชิกอาเซียนบางประเทศได้รับอิทธิพลจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์และบางประเทศได้รับอิทธิพลจากกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ หรือได้รับอิทธิพลจากทั้งสองกลุ่มประเทศ ดังเช่นประเทศไทย ดังนั้นหลักเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศสมาชิกย่อมมีลักษณะที่แตกต่างกันและก่อให้เกิดปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินคดีในกรณีที่คู่ความมาจากคนละประเทศสมาชิก ปัญหาและอุปสรรคดังกล่าวจะยังมีมากขึ้นเมื่อมีการจัดตั้งประชาคมอาเซียนในปี พ.ศ. 2558 เป็นต้นไป การแก้ไขปัญหาและอุปสรรคดังกล่าว นักกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนจึงควรที่จะนำหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาความแพ่งสากลมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศตน ดังเช่นการดำเนินการของคณะอนุกรรมการพิจารณาแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

สากล ซึ่งการดำเนินการเพื่อไปสู่เป้าหมายดังกล่าว อาเซียนควรจัดตั้งแผนกฎหมายด้านการระงับข้อพิพาททางแพ่งเพื่อสนับสนุนการดำเนินการ และที่ประชุมรัฐมนตรีกฎหมายอาเซียน (ALAWMM) กับสมาคมกฎหมายอาเซียน (ALA) ควรร่วมมือกันจัดทำโครงการต่างๆ ในเรื่องนี้ การดำเนินการดังกล่าวจะเป็นไปตามพันธกรณีและสอดคล้องกับแผนงานรวมทั้งแผนแม่บทในการจัดตั้งประชาคมอาเซียนตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

**กฎหมายการลงทุนต่างชาติของพม่าฉบับใหม่ (พ.ศ. 2555) กับประเด็น
ด้านสิทธิประโยชน์และหลักประกันการลงทุนเปรียบเทียบกับ
พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนของไทย**

สมคิด บุญล้นเหลือ¹

บทคัดย่อ

เมื่อวันที่ 2 พฤศจิกายน 2555 พม่าได้ประกาศใช้กฎหมายการลงทุนต่างชาติฉบับใหม่เพื่อส่งเสริมการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ จึงเป็นที่มาของบทความนี้ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการลงทุนของพม่าฉบับใหม่กับพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนของไทย พ.ศ. 2520 และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยเปรียบเทียบในประเด็นด้านสิทธิประโยชน์ทางภาษีอากร และที่ไม่ใช่ภาษีอากร และในประเด็นด้านหลักประกันและการคุ้มครองการลงทุน ซึ่งผลการศึกษาพบว่า พม่าและไทยมีลักษณะของการให้สิทธิประโยชน์และหลักประกันการลงทุนที่คล้ายคลึงและแตกต่างกัน และทั้งสองประเทศมีความโดดเด่นที่แตกต่างกัน อาทิ พม่ามีความโดดเด่นในด้านการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีอากรที่หลากหลายและครอบคลุมทั้งภาษีเงินได้อากรขาเข้า ภาษีภายในที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้า และภาษีการค้า และมีความโดดเด่นในประเด็นสิทธิประโยชน์ที่ไม่ใช่ภาษีอากรในด้านการเงินโดยให้ต่างชาติใช้เงินตราต่างประเทศเป็นทุนจดทะเบียนได้ ในขณะที่ไทยมีความโดดเด่นกว่าในประเด็นสิทธิประโยชน์ที่ไม่ใช่ภาษีอากรด้านที่ดินที่เปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ นอกจากนี้ ยังโดดเด่นในด้านหลักประกันการลงทุนที่คุ้มครองไม่ให้มีการค้า

¹ Ph.D. in Integrated Science (Thammasat University); Master of Laws (LL.M.) in Competition Law and Economics. Erasmus University Rotterdam, The Netherlands; Director of ASEAN Liberalization Division, Fiscal Policy Office (FPO), Ministry of Finance.

แข่งกับนักลงทุนต่างชาติ ตลอดจนการไม่ควบคุมราคาผลิตภัณฑ์และไม่ห้ามการส่งออกผลิตภัณฑ์ของนักลงทุนต่างชาติที่ได้รับการส่งเสริม

Abstract

On 2nd November 2012 Myanmar has enacted new Foreign Investment Law to promote foreign investor. This is a source of this article aimed to comparatively study on new Myanmar Foreign Investment Law and Thailand Investment Promotion Act B.E. 2520 and amended. Main issues of comparison are tax incentives, non-tax incentives, and issue of guarantees and protection. It is found that Myanmar and Thailand have similar and different characters in incentives and guarantees where both countries have different outstanding in some issues. Myanmar has its outstanding on tax incentives *which are coverage* all kinds of income taxes, import duty, internal taxed related to import, and commercial tax. In addition, she has also better outstanding in non-tax incentive in terms of financial incentive where foreign investor can be registered by using foreign currency as foreign capital. For Thailand, on the other hands, has its better on non-tax incentive in terms of land ownership for foreigner. Moreover, Thailand is also better on investment guarantees where there is no commercial competition with permitted investors as well as no price control and export control on products produced by permitted investors.

บทนำ

ประเทศพม่า หรือเมียนมาร์ ซึ่งเรียกชื่อประเทศอย่างเป็นทางการว่า สาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาร์ เป็นประเทศเพื่อนบ้านของไทยที่มีประวัติศาสตร์ผูกพันกันมาอย่างยาวนาน และภายหลังจากที่พม่าได้หลุดพ้นจากการตกเป็นอาณานิคม

นิคมของอังกฤษอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 4 มกราคม 2491 เป็นต้นมา สถานการณ์ทางการเมืองและการปกครองภายในพม่าเองเกิดความขัดแย้งภายในหมู่ชนชั้นปกครองและทหาร จนกระทั่งในปี 2505 เมื่อนายพลเนวิน ก่อการรัฐประหารสำเร็จจึงได้ปกครองพม่าแบบเผด็จการสังคมนิยมโดยทหารและปิดประเทศมาอย่างยาวนาน อย่างไรก็ตาม การปิดประเทศและการปกครองโดยรัฐบาลทหารไม่สามารถทำให้พม่ามีการพัฒนาให้เจริญก้าวหน้าได้ จึงทำให้ไม่กี่ปีที่ผ่านมาพม่าเริ่มมีแนวคิดปฏิรูปเศรษฐกิจของประเทศเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจและสร้างการยอมรับจากนานาประเทศให้มากยิ่งขึ้นโดยเฉพาะการยอมรับในหมู่ประเทศสมาชิกอาเซียนซึ่งกำลังเตรียมตัวเข้าสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC) ในปี 2558 ซึ่งพม่าเองในฐานะชาติสมาชิกอาเซียนจำเป็นต้องปรับปรุงเศรษฐกิจของตนเองเพื่อให้เจริญก้าวหน้าทัดเทียมชาติสมาชิกอาเซียนอื่นให้ได้ อย่างไรก็ตาม การปฏิรูปเศรษฐกิจดังกล่าวจำเป็นต้องอาศัยเงินลงทุนอย่างมากจากต่างประเทศ ด้วยเหตุนี้พม่าจึงได้เริ่มปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการลงทุนจากต่างชาติโดยล่าสุดได้ยกเลิกกฎหมายการลงทุนต่างชาติที่ใช้อยู่เดิมตั้งแต่ปี 2531 (Union of Myanmar Foreign Investment Law 1988) มาเป็นกฎหมายการลงทุนต่างชาติฉบับใหม่หรือ Foreign Investment Law 2012 (FIL 2012) เมื่อวันที่ 2 พฤศจิกายน 2555 ที่ผ่านมานี้

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอสาระสำคัญของกฎหมายการลงทุนต่างชาติของพม่าฉบับใหม่ปี 2555 โดยเฉพาะในส่วนของสิทธิประโยชน์ในการลงทุนทั้งสิทธิประโยชน์ทางภาษีอากรและที่ไม่ใช่ภาษีอากร ตลอดจนหลักประกันหรือการคุ้มครองการลงทุนต่างๆ ตามกฎหมาย และทำการศึกษเปรียบเทียบกฎหมายการลงทุนดังกล่าวของพม่าเทียบกับกฎหมายไทยตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งจะช่วยให้นักลงทุนไทยเข้าใจและสามารถใช้ประโยชน์เพื่อการลงทุนในพม่าได้ดียิ่งขึ้น

กฎหมายการลงทุนต่างชาติของพม่าฉบับใหม่และการเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

หน่วยงานส่งเสริมการลงทุนของพม่า หรือ Directorate of Investment and Company Administration (DICA) ได้จัดพิมพ์กฎหมายการลงทุนต่างชาติฉบับปี 2555 นี้เป็นภาษาอังกฤษเผยแพร่ในเว็บไซต์ของ DICA เพื่อให้นักลงทุนต่างชาติทำความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายฉบับนี้ได้ดียิ่งขึ้น ทั้งนี้ กฎหมายการลงทุนต่างชาติฉบับนี้ได้ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาแห่งสหภาพ (The Pyidaungsu Hluttaw) แล้วเมื่อวันที่ 2 พฤศจิกายน 2555 โดยเป็นกฎหมายที่ผ่านรัฐสภาเป็นฉบับที่ 21 ของปี 2555 (The Pyidaungsu Hluttaw Law No. 21/2012) ซึ่งมีศักดิ์ของกฎหมายเทียบเท่าพระราชบัญญัติของไทย

กฎหมายการลงทุนฯ ฉบับนี้ มีทั้งหมด 20 หมวด (Chapter) 55 มาตรา (Section) ครอบคลุมเนื้อหาตั้งแต่ข้อกำหนดเรื่องค่านิยามต่างๆ (Chapter I, Section 1-2) ธุรกิจที่ต่างชาติสามารถลงทุนได้ (Chapter II, Section 3-6) วัตถุประสงค์ของกฎหมาย (Chapter III, Section 7) หลักการทั่วไป (Chapter IV, Section 8) รูปแบบของการลงทุนของต่างชาติ (Chapter V, Section 9–10) การตั้งคณะกรรมการการลงทุนของพม่า (Myanmar Investment Commission) (Chapter VI, Section 11) อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการลงทุนของพม่า (Chapter VII, Section 12–16) สิทธิและหน้าที่ของนักลงทุน (Chapter VIII, Section 17–18) การขออนุญาตประกอบธุรกิจ (Chapter IX, Section 19–22) การประกันภัย (Chapter X, Section 23) การจ้างพนักงานและคนงาน (Chapter XI, Section 24–26) การยกเว้นและลดหย่อนภาษีอากร (Chapter XII, Section 27) หลักประกัน (Chapter XIII, Section 28–30) สิทธิการใช้ที่ดิน (Chapter XIV, Section 31–36) เงินลงทุนต่างชาติ (Chapter XV, Section 37–38) สิทธิในการโอนเงินตราต่างประเทศ (Chapter XVI, Section 39) การใช้สกุลเงินตราต่างประเทศ (Chapter XVII, Section 40–41) บทลงโทษนักลงทุน (Chapter XVIII,

Section 42) การระงับข้อพิพาท (Chapter XIX, Section 43) และบทเฉพาะกาล (Chapter XX, Section 44–55)

ทั้งนี้ ประเด็นที่นักลงทุนต่างชาติสนใจอยู่ที่ข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ต่างๆ (Incentives) ที่นักลงทุนจะได้รับจากการลงทุน ซึ่งแบ่งเป็นสิทธิประโยชน์ทางภาษีอากร (Tax Incentives) และสิทธิประโยชน์อื่นที่ไม่ใช่ภาษีอากร (Non-tax Incentives) อาทิ สิทธิประโยชน์เกี่ยวกับการจ้างงาน สิทธิในที่ดิน สิทธิเกี่ยวกับการเงิน นอกจากนี้ นักลงทุนต่างชาติยังสนใจข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักประกันและการคุ้มครองการลงทุน (Guarantee and Protection) เช่น หลักประกันว่าธุรกิจของตนจะไม่ถูกเวนคืนหรือโอนกิจการไปเป็นของรัฐ (Expropriation or Nationalization) เป็นต้น ดังนั้น จากเนื้อหาของกฎหมายการลงทุนต่างชาติฉบับใหม่ของพม่า จะพบว่า สิทธิประโยชน์เกี่ยวกับภาษีอากรทั้งหมดมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 27 สิทธิประโยชน์เกี่ยวกับการจ้างงานมีบัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 24–26 สิทธิประโยชน์ด้านที่ดินบัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 31–36 สิทธิประโยชน์เกี่ยวกับการเงินมีบัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 37–41 ส่วนหลักประกันหรือการคุ้มครองการลงทุนมีการบัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 28–30 โดยมีรายละเอียดที่เป็นสาระสำคัญสรุปไว้ในตารางที่ 1

สำหรับกรณีของไทยนั้น การให้สิทธิประโยชน์ต่างๆ และการให้หลักประกันหรือการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติได้มีการระบุไว้เป็นพิเศษในพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2544 โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติ การกำหนดว่านักลงทุนต่างชาติจะได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัตินี้หรือไม่จะต้องขออนุญาตจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน หรือบีโอไอ (Board of Investment: BOI) โดยมีสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (Office of the Board of Investment) สังกัดกระทรวงอุตสาหกรรม ทำหน้าที่เป็นหน่วยงานดำเนินงานด้านต่างๆ ที่เกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัตินี้

พระราชบัญญัติฯ นี้แบ่งออกเป็น 7 หมวด 60 มาตรา ซึ่งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ทางภาษีอากร ซึ่งสามารถแบ่งเป็นสิทธิประโยชน์ด้านภาษีนิติบุคคล (Corporate Income Tax: CIT) ตามที่ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 31 มาตรา 34 และมาตรา 35(1) ด้านอากรขาเข้า (Import Duty) ที่มีการบัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 28-30 และมาตรา 36 และสิทธิประโยชน์เกี่ยวกับการหักค่าใช้จ่ายต่างๆ เพื่อลดภาระด้านภาษีอากรได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 35(2) และมาตรา 35(3) ส่วนสิทธิประโยชน์ที่ไม่ใช่ภาษีอากร สามารถแบ่งเป็นสิทธิประโยชน์ด้านแรงงานตามที่บัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 24-26 สิทธิประโยชน์ด้านที่ดินที่มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 27 และสิทธิประโยชน์ด้านการเงินที่มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 37 ส่วนประเด็นด้านหลักประกันและการคุ้มครองได้มีการบัญญัติครอบคลุมไว้ตั้งแต่มาตรา 43-48 โดยมีรายละเอียดของประเด็นต่างๆ สรุปไว้ในตารางที่ 1

ตารางที่ 1 สรุปเปรียบเทียบสิทธิประโยชน์และหลักประกันระหว่างกฎหมายการลงทุนต่างชาติของพม่ากับพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

ไทย	พม่า
สิทธิประโยชน์ทางภาษีอากร (Tax Incentives)	
<p><u>ภาษีเงินได้</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - ยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลไม่เกิน 8 ปี นับแต่วันที่มีรายได้ (มาตรา 31) - ยกเว้นภาษีเงินได้สำหรับเงินปันผลตลอดระยะเวลาที่ได้รับ การส่งเสริม (มาตรา 31 และ 34) - ลดหย่อนภาษีเงินได้นิติบุคคลร้อยละ 50 (มาตรา 35(1)) 	<p><u>ภาษีเงินได้</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - ยกเว้นภาษีเงินได้ (Income Tax) (ภาษีเงินได้นิติบุคคล) 5 ปี แรกนับแต่วันเริ่มต้นผลิต (มาตรา 27(a)) - ยกเว้น/ลดหย่อนภาษีเงินได้จากกำไรที่นำมลงทุนในพม่าใหม่ภายใน 1 ปี (มาตรา 27(b)) - ลดหย่อนภาษีเงินได้ถึงร้อยละ 50 ของกำไรที่ได้จากการส่งออก (มาตรา 27(d)) - สิทธิในการเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาในอัตราเท่ากับคนพม่า (มาตรา 27(e)) - ได้รับยกเว้นการเสียภาษีเงินได้ 3 ปีกรณีดำเนินธุรกิจขาดทุน (มาตรา 27(g))

ตารางที่ 1 (ต่อ)

ไทย	พม่า
สิทธิประโยชน์ทางภาษีอากร (Tax Incentives)	
อากรขาเข้า - ยกเว้น/ลดหย่อนอากรขาเข้าสำหรับเครื่องจักร (มาตรา 28–29) - ลดหย่อนอากรขาเข้าสำหรับวัตถุดิบหรือวัสดุที่จำเป็น (มาตรา 30) - ยกเว้นอากรขาเข้าวัตถุดิบหรือวัสดุจำเป็นสำหรับการผลิตเพื่อการส่งออก (มาตรา 36)	อากรขาเข้า (และรวมถึงภาษีกายในที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้า) - ยกเว้นอากรขาเข้า และ/หรือภาษีกายใน (Internal Taxes) จากการนำเข้าเครื่องจักร/อุปกรณ์เพื่อการก่อสร้าง (มาตรา 27(h)) - ยกเว้นอากรขาเข้า และ/หรือ ภาษีกายในสำหรับวัตถุดิบใน 3 ปีแรก (มาตรา 27(i)) - ยกเว้น/ลดหย่อนอากรขาเข้า และ/หรือภาษีกายใน จากการนำเข้าเครื่องจักร/อุปกรณ์ เพิ่มเติมหากมีการขยายขนาดของธุรกิจ (มาตรา 27(j))
-	ภาษีการค้า (Commercial Tax) - ยกเว้น/ลดหย่อนภาษีการค้าจากสินค้าที่ผลิตเพื่อการส่งออก (มาตรา 27(k))
การหักค่าใช้จ่าย - สามารถหักค่าขนส่ง ค่าไฟฟ้า และค่าน้ำประปา เป็นสองเท่า (มาตรา 35 (2)) - สามารถหักค่าติดตั้งหรือก่อสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกเพิ่มเติมขึ้นร้อยละ 25 (มาตรา 35(2))	การหักค่าใช้จ่าย - สามารถหักค่าเสื่อมราคาอุปกรณ์และเครื่องจักรจากกำไร (มาตรา 27(c)) - สามารถหักค่าใช้จ่ายด้านการวิจัยและพัฒนา (Research and Development: R&D) (มาตรา 27 (f))
สิทธิประโยชน์ที่ไม่ใช่ภาษีอากร (Non-tax incentives)	
แรงงาน - อนุญาตให้นายจ้างต่างด้าวเข้ามาเพื่อศึกษาลู่ทางการลงทุน (มาตรา 24) - อนุญาตให้นายจ้างมีมือและผู้อำนวยการต่างชาติเข้ามาทำงานในกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน (มาตรา 25–26)	แรงงาน - ชาวต่างชาติที่เข้ามาทำงานในธุรกิจที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนสามารถขอใบอนุญาตทำงานและใบอนุญาตพำนักอาศัยในพม่า (มาตรา 25)
ที่ดิน - อนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ที่ดินตามที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนกำหนด (มาตรา 27)	ที่ดิน - อนุญาตให้เช่าหรือใช้ที่ดิน (Lease or Use Land) ได้ 50 ปีแรก และขอขยายได้อีก 20 ปี (รวม 70 ปี) และอาจอนุญาตให้เช่าใช้ที่ดินเกินกว่านี้ได้หากไปลงทุนในท้องถิ่นที่ด้อยพัฒนา (มาตรา 31–32 และมาตรา 36) - อนุญาตให้ใช้ที่ดินเพื่อเกษตรกรรมตามสัญญา (Contract Farming) หรือธุรกิจผสมพันธุ์สัตว์ (Breeding Business) เฉพาะที่มีการร่วมทุน (Joint Venture) กับชาวพม่า

ตารางที่ 1 (ต่อ)

ไทย	พม่า
สิทธิประโยชน์ที่ไม่ใช่ภาษีอากร (Non-tax incentives)	
การเงิน - อนุญาตให้นำหรือส่งออกเงินตราต่างประเทศ (มาตรา 37)	การเงิน - อนุญาตให้ใช้เงินตราต่างประเทศเป็นทุนจดทะเบียน และ อนุญาตให้ถอนเป็นเงินตราต่างประเทศหลังครบกำหนดระยะเวลาที่ได้รับการส่งเสริม (มาตรา 30 และมาตรา 37) - อนุญาตให้โอนเงินตราต่างประเทศและเปิดบัญชีสกุลเงินตราต่างประเทศได้ผ่านธนาคารที่ได้รับอนุญาต (มาตรา 39 และ มาตรา 40-41)
หลักประกันและการคุ้มครอง (Guarantees and Protection)	
- รัฐจะไม่โอนกิจการของผู้ที่ได้รับการส่งเสริมมาเป็นของรัฐ (มาตรา 43) - รัฐจะไม่ประกอบกิจการขึ้นใหม่แข่งขัน กับผู้ได้รับการส่งเสริม (มาตรา 44) - รัฐจะไม่ผูกขาดการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกันกับผู้ที่ได้รับการส่งเสริม (มาตรา 45) - รัฐจะไม่ควบคุมราคาลดต้นทุนของผู้ที่ได้รับการส่งเสริม (มาตรา 46) - รัฐจะอนุญาตให้ส่งออกได้ตลอดเวลา (มาตรา 47) - รัฐจะไม่อนุญาตให้ส่วนราชการ องค์การของรัฐบาล หรือรัฐวิสาหกิจ นำผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกับที่ได้รับการส่งเสริมเข้ามาโดยได้รับการยกเว้นอากรขาเข้า (มาตรา 48)	- รัฐจะไม่โอนกิจการของผู้ที่ได้รับการส่งเสริมมาเป็นของรัฐตลอดระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา (มาตรา 28) - รัฐจะไม่ระงับ (Suspend) การทำธุรกิจของผู้ที่ได้รับการส่งเสริม ก่อนวันครบกำหนดการได้รับอนุญาต (มาตรา 29)

ที่มา คู่มือการขอรับการส่งเสริมการลงทุน 2554

พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

Foreign Investment Law of Myanmar (2nd November 2012)

จากการเปรียบเทียบตามตารางที่ พบว่า พม่าและไทยในลักษณะของการ 1 ให้สิทธิประโยชน์และหลักประกันการลงทุนที่คล้ายคลึงและแตกต่างกัน โดยสามารถเปรียบเทียบความโดดเด่นของแต่ละประเทศในแต่ละด้านได้ ดังนี้

1. กรณีสิทธิประโยชน์ทางภาษีอากร

จะเห็นว่าพม่ามีการยกเว้นและลดหย่อนภาษีเงินได้ทุกรูปแบบซึ่งรวมทั้ง ภาษีเงินได้นิติบุคคลและภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาให้แก่นักลงทุนต่างชาติที่ได้รับการ ส่งเสริมการลงทุน แต่จะจำกัดระยะเวลาให้สิทธิประโยชน์ดังกล่าวเอาไว้เพียง 5 ปี ในขณะที่ไทยยกเว้นเฉพาะภาษีเงินได้นิติบุคคลไว้ไม่เกิน 8 ปี ส่วนกรณีสิทธิประโยชน์ ด้านอากรขาเข้าจะพบว่าพม่าให้การยกเว้นหรือลดหย่อนอากรขาเข้าและภาษีภายในที่ เกี่ยวข้องกับการนำเข้าเครื่องจักรหรืออุปกรณ์ ในขณะที่ของไทยให้สิทธิประโยชน์ เฉพาะอากรขาเข้าเท่านั้น ในขณะที่ยังต้องเสียภาษีภายในจากการนำเข้า ซึ่งกรณีของ ไทยคือภาษีมูลค่าเพิ่ม ส่วนกรณีการหักค่าใช้จ่ายในการคำนวณภาษีจะแตกต่างกัน โดยของไทยเน้นที่การหักค่าใช้จ่ายด้านสาธารณูปโภคและสิ่งอำนวยความสะดวก ในขณะที่พม่าเน้นที่ค่าเสื่อมราคาเครื่องจักร/อุปกรณ์และค่าใช้จ่ายด้านการวิจัยและ พัฒนา

2. กรณีสิทธิประโยชน์ที่ไม่ใช่ภาษีอากร

ในด้านแรงงานพบว่าพม่าแทบไม่มีการให้สิทธิประโยชน์เป็นพิเศษแก่ ชาวต่างชาติ ซึ่งจะต้องขอใบอนุญาตทำงานและอยู่อาศัยตามกฎหมายที่ปฏิบัติกันทาง สากล ในขณะที่ไทยมีการอำนวยความสะดวกแก่ชาวต่างชาติมากกว่า โดยอนุญาตให้ ชาวต่างชาติเข้ามาศึกษาหาทุนได้โดยไม่ต้องลงทุน และยังอนุญาตให้หน้า ช่างฝีมือและผู้ชำนาญการชาวต่างชาติเข้ามาทำงานได้โดยไม่มีอุปสรรคมากนัก

ด้านที่ดิน จะเห็นว่าพม่าถือหลักไม่ให้กรรมสิทธิ์ในที่ดินให้แก่ชาวต่างชาติ โดยอนุญาตให้เพียงการถือครองที่ดินเพื่อการให้เช่าหรือใช้ประโยชน์ได้เท่านั้น ซึ่งเป็น ลักษณะเช่นเดียวกับประเทศในระบบสังคมนิยมทั่วไปที่มักไม่อนุญาตให้ต่างชาติมี

กรรมสิทธิ์ในที่ดิน ซึ่งแตกต่างจากไทยที่มีการอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ตามที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนกำหนด

ด้านการเงินทั้งพม่าและไทยต่างอนุญาตให้ออนหรือนำเข้า/ส่งออกเงินตราต่างประเทศได้ไม่มีข้อจำกัด แต่พมามีการให้สิทธิประโยชน์ด้านการเงินเพิ่มเติมในเรื่องของการอนุญาตให้ใช้เงินตราต่างประเทศเป็นทุนจดทะเบียนของบริษัทได้ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงความต้องการให้มีการนำเข้าเงินตราต่างประเทศมาในพม่าเพื่อสนับสนุนการพัฒนาเศรษฐกิจ

3. หลักประกันและการคุ้มครองการลงทุน

พบว่าทั้งพม่าและไทยต่างมีหลักประกันในการคุ้มครองการลงทุนของต่างชาติจากการโอนกิจการเป็นของรัฐ (Nationalization) อย่างไม่มีเงื่อนไขเหมือนกัน แต่กรณีของไทยยังมีการให้หลักประกันในเรื่องอื่นมากกว่าพม่า โดยเฉพาะการไม่ให้รัฐเข้าประกอบการค้าแข่งกับกับนักลงทุนที่ได้รับการส่งเสริมทั้งในรูปของการตั้งกิจการประเภทเดียวกันและการผูกขาดการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกัน ตลอดจนให้หลักประกันว่าจะไม่มีการควบคุมราคาผลิตภัณฑ์และไม่ห้ามการส่งออกผลิตภัณฑ์ของผู้ที่ได้รับการส่งเสริม และไม่ให้สิทธิการยกเว้นอากรขาเข้าแก่ส่วนราชการ องค์การของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ ที่นำเข้าผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกันกับผลิตภัณฑ์ของผู้ที่ได้รับการส่งเสริมอีกด้วย

บทส่งท้าย

กฎหมายการลงทุนต่างชาติฉบับใหม่ของพม่าดังที่กล่าวมาข้างต้น เป็นกฎหมายมีนัยสำคัญอย่างมากต่อนักลงทุนต่างชาติที่สนใจเข้าไปลงทุนในพม่าซึ่งรวมไปถึงนักลงทุนชาวไทยที่มีความได้เปรียบเหนือชาติอื่นในฐานะที่ไทยเป็นทั้งเพื่อนบ้านและมีวัฒนธรรมเชิงพุทธศาสนาที่คล้ายคลึงกันด้วย ความได้เปรียบของนักลงทุนไทยจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีความเข้าใจอย่างถ่องแท้ถึงโอกาสและอุปสรรคในการทำธุรกิจ ในพม่ายุคเปิดประเทศในปัจจุบัน ซึ่งการทำความเข้าใจกฎหมายการลงทุน

ต่างชาติฉบับใหม่นี้จะเป็นองค์ความรู้ที่สำคัญประการหนึ่งในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับประเด็นด้านสิทธิประโยชน์ต่างๆ รวมถึงด้านหลักประกันและการคุ้มครองการลงทุน ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการวางแผนทางธุรกิจเพื่อสร้างโอกาสและประสบความสำเร็จในการลงทุนในพม่าได้เช่นเดียวกับที่นักลงทุนต่างชาติได้ศึกษาและมาลงทุนในไทยโดยใช้ประโยชน์จากสิทธิประโยชน์ทั้งที่เป็นภาษีอากรและด้านอื่นๆ ตลอดจนหลักประกันการลงทุนภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนของไทย ซึ่งส่งผลให้ไทยเป็นประเทศที่ดึงดูดการลงทุนจากต่างชาติให้เข้ามาพัฒนาเศรษฐกิจในประเทศให้เจริญรุ่งเรืองจนถึงปัจจุบัน

เอกสารอ้างอิง

สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน. (2554) คู่มือการขอรับการส่งเสริมการลงทุน 2554, กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ.

Directorate of Investment and Company Administration. (n.d.) *The Foreign Investment Law (The Pyidaungsu Hluttaw Law No. 21/2012)* (2nd November, 2012), Available: [http://www.dica.gov.mm/includes/NEW_FIL_\(English\).pdf](http://www.dica.gov.mm/includes/NEW_FIL_(English).pdf) [14 December 2012]

ภาพรวมของการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในอาเซียน¹

ปิ่นบุญญา ลำมะนา²

บทคัดย่อ

เอเชียตะวันออกเฉียงใต้เป็นภูมิภาคที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างแพร่หลาย อาเซียน (Association of Southeast Asian Nation: ASEAN) จึงได้มีความร่วมมือด้านสิทธิมนุษยชนเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ที่ถือว่าสิทธิมนุษยชนมีความเป็นสากลและมีอาจแบ่งแยกได้ อาเซียนได้จัดทำตราสารด้านสิทธิมนุษยชนขึ้นหลายฉบับเพื่อให้ครอบคลุมการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนทุกกลุ่ม บทความนี้แสดงถึงภาพรวมของการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในอาเซียนโดยเน้นที่กลไกด้านสิทธิมนุษยชนของอาเซียน โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกลไกการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขององค์การระหว่างประเทศในระดับภูมิภาคอื่น และวิเคราะห์อุปสรรคในการพัฒนาความร่วมมือด้านสิทธิมนุษยชน เพื่อหาแนวทางเสริมสร้างกลไกสิทธิมนุษยชนของอาเซียนให้มีความความเข้มแข็ง

คำสำคัญ: คณะกรรมาธิการระหว่างรัฐบาลอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน / สิทธิมนุษยชน / อาเซียน

¹ บทความนี้ปรับปรุงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในอาเซียน: ศึกษากรณีคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เรียบร้อยแล้วโดยมีคณะกรรมการที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ 2 ท่าน คือ รองศาสตราจารย์ ดร. สมชาย กษิติประดิษฐ์ และศาสตราจารย์พิเศษ กุลพล พลวัน ส่วนคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ 3 ท่าน คือ อาจารย์ ม.ล. ศุภกิตต์ จรูญโรจน์ รองศาสตราจารย์ ดร. สมชัย ศิริสมบุญโรจน์ และรองศาสตราจารย์ จักรูญ โฆษณานันท์

² นักศึกษาปริญญาโทตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

Abstract

Southeast Asia is considered as one of regions in the world that allegedly has a serious problem on human rights violations. In response to this issue, ASEAN (Association of Southeast Asian Nations) as the regional cooperation organization has established the human rights cooperation in accordance with international human rights law which defined the human rights as universal and undivided. By doing so, ASEAN has produced various human rights instruments in promoting and protecting human rights of every people. This article shows the overall perspective on the human rights promotion and protection in ASEAN by focusing on human rights mechanism. By doing so, a comparison between ASEAN and other regional approach on the promotion and protection on human rights will also be made. In addition, the obstacles in human rights cooperation between ASEAN countries will also be considered so as to strengthen the human rights mechanism in ASEAN.

บทนำ

หากจะกล่าวถึงสิทธิมนุษยชนแล้ว ย่อมเห็นได้ว่าเป็นเรื่องที่ได้รับการยอมรับและให้ความสำคัญมากจากรัฐและองค์การระหว่างประเทศทั้งในระดับสากลและระดับภูมิภาค แม้ขอบเขตหรือคำนิยามของสิทธิมนุษยชนจะยังคงขาดความชัดเจนแน่นอน แต่ก็มิได้เป็นอุปสรรคต่อการดำเนินงานด้านสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด องค์การต่างๆ ยังพยายามตีความเพื่อขยายขอบเขตของสิทธิมนุษยชนให้กว้างออกไปเพื่อให้สามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้มากที่สุด ทั้งนี้ บทบาทการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในปัจจุบันนี้ได้จำกัดเฉพาะองค์การสหประชาชาติเท่านั้น แต่องค์การระหว่างประเทศระดับภูมิภาคก็ได้มีการพัฒนามาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนควบคู่ไปด้วย เช่น สภาแห่งยุโรป องค์การแห่งรัฐอเมริกันและสหภาพแอฟริกัน องค์การระหว่างประเทศเหล่านี้ได้จัดทำตราสารด้านสิทธิมนุษยชนหลายฉบับและ

จัดตั้งองค์กรสิทธิมนุษยชนเพื่อทำหน้าที่ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน

สำหรับเอเชียเป็นเพียงภูมิภาคเดียวที่มีได้มีมาตรการเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับภูมิภาค คงมีเพียงอาเซียนซึ่งเป็นอนุภูมิภาคเดียวในเอเชียที่ได้จัดทำตราสารสิทธิมนุษยชนและจัดตั้งองค์กรสิทธิมนุษยชนขึ้นอย่างเป็นทางการ แม้ความร่วมมือด้านสิทธิมนุษยชนของอาเซียนดังกล่าวจะมีขึ้นภายหลังจากภูมิภาคอื่นเป็นระยะเวลานานก็ตาม แต่ก็นับเป็นจุดเริ่มต้นที่ดีอันสะท้อนถึงการตระหนักถึงความสำคัญของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนในอาเซียน

นับแต่มีการก่อตั้งอาเซียนขึ้นโดยปฏิญญาอาเซียน (ASEAN Declaration) แม้ในปฏิญญาดังกล่าวจะมีได้มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงสิทธิมนุษยชนเอาไว้โดยตรง แต่เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของอาเซียนก็จะพบว่า การที่อาเซียนมุ่งเน้นการเร่งรัดการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ ความก้าวหน้าทางสังคม การพัฒนาทางวัฒนธรรม การส่งเสริมสันติภาพและความมั่นคงในภูมิภาครวมทั้งการเคารพต่อความยุติธรรมและหลักนิติธรรม ก็ถือว่ามีนัยของการให้ความสำคัญต่อสิทธิมนุษยชน³

ความพยายามสร้างมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในอาเซียนเริ่มต้นขึ้นอย่างเป็นทางการในการประชุมรัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียน ครั้งที่ 26 ที่ประเทศสิงคโปร์ เพื่อแสดงความยินดีต่อความสำเร็จในการประชุมสิทธิมนุษยชนระดับโลกที่กรุงเวียนนา และยืนยันว่าจะผูกพันและเคารพต่อ “ปฏิญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1993” (Vienna Declaration and Programme of Action of 25 June 1993) หลังจากนั้น อาเซียนได้พยายามจัดตั้งองค์กรสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคแต่ไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากรัฐสมาชิกอาเซียนบางประเทศขาดความพร้อมในหลายด้าน จนกระทั่งมีการจัดทำวิสัยทัศน์อาเซียน (ASEAN Vision 2020) ขึ้น ซึ่งได้กำหนด

³ จรัญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมายและความเป็นจริงทางสังคม, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2545), 498.

เป้าหมายเพื่อมุ่งพัฒนาอาเซียนไปสู่ “ประชาคมอาเซียน” (ASEAN Community) โดยประกอบด้วยประชาคมหลัก 3 เสา รวมทั้งจัดโครงสร้างองค์กรของอาเซียนเป็นที่มาของการจัดทำ “กฎบัตรอาเซียน”(ASEAN Charter)

ปัจจุบันอาเซียนได้พัฒนาความร่วมมือด้านสิทธิมนุษยชนเพื่อให้ครอบคลุมการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในหลายด้าน โดยมีตราสารด้านสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ ได้แก่

1. กฎบัตรอาเซียน (Charter of the Association of Southeast Asian Nations)

เป็นเอกสารสำคัญสำหรับความร่วมมือของอาเซียนอันจะช่วยวางรากฐานที่เข้มแข็งเพื่อเตรียมพร้อมก้าวไปสู่การเป็นประชาคมและเป็นส่วนสำคัญของการปฏิรูปอาเซียนในภาพรวมทั้งในแง่การทำให้อาเซียนเป็นองค์กรทางกฎหมายและในฐานะเอกสารธรรมนูญหลักหรือกรอบพื้นฐานทางสถาบันและทางกฎหมายในการกำหนดหลักการพื้นฐาน เป้าหมาย และโครงสร้างความร่วมมือที่จะทำให้รัฐสมาชิกอาเซียนต้องปฏิบัติตามหลักการและค่านิยมขององค์กร

ประการสำคัญ คือ กฎบัตรอาเซียนถือเป็นเอกสารฉบับแรกที่บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนไว้อย่างชัดเจนและให้อาเซียนจัดตั้งองค์กรสิทธิมนุษยชนอาเซียน (ASEAN Human Right Body: AHRB) เพื่อทำหน้าที่ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสริมภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสริมภาพขั้นพื้นฐานโดยคำนึงถึงสิทธิและหน้าที่ของรัฐสมาชิกของอาเซียน⁴

สืบเนื่องจากข้อ 14 ของกฎบัตรอาเซียน ในการประชุมสุดยอดอาเซียนครั้งที่ 14 (14th ASEAN Summit) ผู้นำอาเซียนได้ให้การรับรองปฏิญญาชะอำ-หัวหินว่าด้วยแผนงานสำหรับประชาคมอาเซียน 2552-2558 ที่รวมถึงประชาคมการเมืองและความ

⁴ Ibid, Article 1(7).

มั่นคงอาเซียน และประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียน ที่ระบุให้มีการจัดตั้ง “คณะกรรมการสิทธิสตรีและเด็ก” (ASEAN Commission on the Promotion and Protection of the Rights of Women and Children: ACWC) ซึ่งเป็นมาตรการสำคัญเพื่อเป็นหลักประกันในการพัฒนาอย่างเท่าเทียมสำหรับสตรีและเด็ก โดยอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการฯ เป็นไปตามเอกสารขอบเขตอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการอาเซียนว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิสตรีและสิทธิเด็ก (Terms of Reference on ASEAN Commission on the Promotion and Protection of the Rights of Women and Children)

คณะกรรมการอาเซียนว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิสตรีและสิทธิเด็ก ประกอบด้วยผู้แทนจากรัฐสมาชิกจำนวน 20 คนจากประเทศสมาชิกอาเซียน 10 ประเทศ โดยรัฐสมาชิกอาเซียนแต่ละประเทศจะแต่งตั้งผู้แทน จำนวน 2 คน ประกอบด้วยผู้แทนด้านสิทธิสตรี 1 คน และด้านสิทธิเด็ก 1 คน คณะกรรมการฯ มีอำนาจหน้าที่ในการส่งเสริมให้ประชาชนในอาเซียนมีความตระหนักและมีความรู้เกี่ยวกับสิทธิสตรีและเด็ก กำหนดนโยบาย แผนงานและยุทธศาสตร์เชิงนวัตกรรมเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิสตรีและเด็ก ส่งเสริมให้รัฐสมาชิกดำเนินการตามตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิสตรีและเด็ก รวมทั้งสนับสนุนให้รัฐสมาชิกอาเซียนเข้าเป็นภาคีตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศด้านสตรีและเด็ก ให้ความช่วยเหลือแก่รัฐสมาชิกในการจัดเตรียมรายงานผลการดำเนินงานตามตราสารด้านสิทธิสตรีและเด็ก อีกทั้ง ให้ความช่วยเหลือแก่ภาคประชาชนในการใช้สิทธิเรียกร้องในประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิสตรีและเด็ก⁵ เป็นต้น

ต่อมาในการประชุมสุดยอดอาเซียนครั้งที่ 15 (15th ASEAN Summit) ที่อำเภอหัวหิน ประเทศไทย ในวันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ. 2009 ได้มีการประกาศ “ปฏิญญา

⁵ Terms of Reference on ASEAN Commission on the Promotion and Protection of the Rights of Women and Children, Article 5.

ชะอำ-หัวหินเนื่องในโอกาสการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิการระหว่างรัฐบาลอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอย่างเป็นทางการ” อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของรัฐสมาชิกที่จะสนับสนุนการทำงานของคณะกรรมการสิทธิการดังกล่าวอย่างเต็มที่และให้มีการพัฒนากฎเกณฑ์ด้านการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในอาเซียนให้เข้มแข็งยิ่งขึ้น โดยองค์การสิทธิมนุษยชนอาเซียนมีชื่อเรียกอย่างเป็นทางการว่า “คณะกรรมการสิทธิการระหว่างรัฐบาลอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน” (ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights: AICHR)

ทั้งนี้ การดำเนินงานและอำนาจที่ของคณะกรรมการฯ เป็นไปตามเอกสารขอบเขตอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Terms of Reference of ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights) ซึ่งที่ประชุมรัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียนกำหนด

คณะกรรมการฯ ประกอบด้วยผู้แทนจากรัฐสมาชิกอาเซียน รัฐละ 1 คน รัฐสมาชิกจะแต่งตั้งผู้แทนของตน⁶ อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการฯ เช่น พัฒนายุทธศาสตร์ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และปฏิญญาอาเซียนด้านสิทธิมนุษยชน ส่งเสริมให้รัฐสมาชิกดำเนินงานตามพันธกรณีตามตราสารของอาเซียนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนและพิจารณาภาคยานุวัติและให้สัตยาบันต่อตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ร่วมปรึกษาคำขอหรือข้อร้องเรียนต่างๆ และภาคประชาสังคมของอาเซียน รวมทั้งองค์การระหว่างประเทศอื่นๆ⁷

1. ปฏิญญาสิทธิมนุษยชนอาเซียน (ASEAN Human Rights Declaration)

ได้รับการรับรองจากที่ประชุมสุดยอดอาเซียน ครั้งที่ 21 (21st ASEAN Summit) บทบัญญัติของปฏิญญานี้ได้ยืนยันที่จะดำเนินการตามปฏิญญาสากลว่า

⁶ Terms of Reference of ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights, Article 5.2.

⁷ Ibid, Article 4.

ด้วยสิทธิมนุษยชน กฎบัตรสหประชาชาติ ปฏิญญาและแผนปฏิบัติการเวียนนาและ
ตราสารว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งรัฐสมาชิกอาเซียนเป็นภาคี

สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองตามปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิ
มนุษยชน ประกอบด้วย สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and Political
Rights) เช่น สิทธิในการมีชีวิต เสรีภาพจากการเป็นทาส และการถูกทรมานหรือได้รับ
การปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้ายหรือต่ำช้า สิทธิในการได้รับสัญชาติ สิทธิที่จะไม่ถูก
ลงโทษซ้ำในความผิดอาญาเดียวกัน สิทธิในอิสรภาพทางความคิด มโนธรรมและ
ศาสนา สิทธิในอิสรภาพแห่งความคิดเห็นและการแสดงออก เสรีภาพในการชุมนุม เป็น
ต้น และสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (Economic, Social and Cultural
Rights) เช่น สิทธิในการก่อตั้งสหภาพแรงงาน สิทธิในการได้รับมาตรฐานการครองชีพ
ของตนและครอบครัวที่เพียงพอ สิทธิในสวัสดิการสังคม สิทธิในการศึกษา

นอกจากนี้ ปฏิญญานี้ยังได้รับการรับรองสิทธิในการพัฒนา (Rights to
Development) โดยประชาชนอาเซียนมีสิทธิในการมีส่วนร่วมในการใช้และได้รับ
ประโยชน์อย่างเท่าเทียมและยั่งยืนจากการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และ
การเมือง และสิทธิในสันติภาพ (Right to Peace) กล่าวคือ ประชาชนทุกคนมีสิทธิใน
สันติภาพ ภายใต้กรอบอาเซียนว่าด้วยความมั่นคงและความมีเสถียรภาพ ความเป็น
กลางและเสรีภาพ ซึ่งทำให้บรรลุสิทธิต่างๆ ที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้อย่างเต็มที่

2. ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองแรงงานข้ามชาติ (ASEAN Declaration on the Protection and Promotion of the Rights of Migrant Workers)

ในการประชุมสุดยอดผู้นำอาเซียน ครั้งที่ 12 (12nd ASEAN Summit) ได้มีการ
รับรองปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองแรงงานข้ามชาติ บทบัญญัติ
ของปฏิญญานี้กำหนดให้รัฐผู้รับและรัฐผู้ส่งต้องเสริมสร้างศักยภาพให้แก่แรงงานใน
อาเซียน โดยการจัดให้แรงงานข้ามชาติอยู่ในสภาพแวดล้อมที่มีเสรีภาพ ความยุติธรรม
และความมั่นคง สอดคล้องกับกฎหมาย ระเบียบ และนโยบายของรัฐสมาชิกอาเซียน

แต่ละประเทศ อีกทั้ง รัฐสมาชิกอาเซียนจะต้องร่วมมือกันอย่างใกล้ชิดเพื่อแก้ไขปัญหาแรงงานข้ามชาติโดยคำนึงถึงสิทธิพื้นฐานและศักดิ์ศรีของแรงงานข้ามชาติและสมาชิกในครอบครัว

เนื้อหาของปฏิญญาได้กำหนดหน้าที่ของรัฐผู้รับ (Obligation of Receiving States) และหน้าที่ของรัฐผู้ส่ง (Obligation of Sending States) ไว้ ดังนี้

รัฐผู้รับต้องพยายามให้การคุ้มครองสิทธิความเป็นมนุษย์ขั้นพื้นฐาน ส่งเสริมสวัสดิการ และดำรงไว้ซึ่งศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์ของแรงงานข้ามชาติด้วยการอำนวยความสะดวกให้แรงงานข้ามชาติสามารถเข้าถึงแหล่งทรัพยากรต่างๆ ได้รับการจ้างงานและการจ่ายค่าจ้างที่เหมาะสมและเป็นธรรม อีกทั้ง ได้รับข้อมูลข่าวสาร การฝึกอบรมและการศึกษา ตลอดจนการบริการด้านสวัสดิการสังคมที่เหมาะสม ในกรณีที่แรงงานข้ามชาติตกเป็นเหยื่อของการละเมิดสิทธิมนุษยชน รัฐผู้รับจะต้องจัดให้แรงงานข้ามชาติสามารถเข้าถึงระบบกฎหมายและระบบศาลของประเทศผู้รับ

ในส่วนของรัฐผู้ส่งจะต้องดำเนินการเพื่อให้ประชาชนมั่นใจว่า ตนมีโอกาสมีงานทำและดำรงชีวิตอยู่ในฐานะที่เป็นทางเลือกที่ยั่งยืนแทนการย้ายถิ่นของคนงาน รัฐต้องกำหนดนโยบายและกระบวนการเพื่ออำนวยความสะดวกในด้านต่างๆ ที่เกี่ยวกับการย้ายถิ่นฐานของแรงงาน เช่น การสรรหา การจัดเตรียมการเพื่อส่งแรงงานไปยังต่างประเทศ การคุ้มครองแรงงานข้ามชาติเมื่ออยู่ต่างประเทศ รวมถึงการส่งกลับประเทศและการเตรียมความพร้อมเพื่อกลับคืนถิ่นฐานเดิม ประการสำคัญ คือ รัฐผู้ส่งจะต้องจัดตั้งและส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการทางกฎหมายที่ถูกต้องและสมบูรณ์ในการสรรหาและกำกับดูแลแรงงานและนายจ้าง

3. ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยการต่อต้านการค้ามนุษย์โดยเฉพาะสตรีและเด็ก (ASEAN Declaration Against Trafficking in Persons Particularly Women and Children)

ได้รับการรับรองในการประชุมสุดยอดอาเซียน ครั้งที่ 10 (the 10th ASEAN Summit) บทบัญญัติของปฏิญญาแสดงถึงความมุ่งมั่นของรัฐสมาชิกอาเซียนที่จะ

ปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยอาชญากรรมข้ามชาติและพิธีสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติในฐานะภาคีสมาชิกองค์การสหประชาชาติ

รัฐสมาชิกอาเซียนจะพยายามอย่างยิ่งเพื่อจัดการกับปัญหาการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะสตรีและเด็กที่เกิดขึ้นภายในภูมิภาค ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายและนโยบายภายในของแต่ละประเทศผ่านมาตรการต่างๆ เช่น การจัดตั้งศูนย์กลางเครือข่ายระดับภูมิภาคเพื่อป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ การนำมาตราการต่างๆ มาใช้เพื่อป้องกันการปลอมแปลงหนังสือเดินทาง เอกสารการเดินทางของราชการ บัตรประจำตัวประชาชน หรือเอกสารการเดินทางของราชการอื่นๆ การจัดให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับความเคลื่อนไหวของการย้ายถิ่นอย่างต่อเนื่อง การแยกผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ออกจากผู้กระทำผิด และตรวจหาประเทศต้นทางและสัญชาติของผู้เสียหาย ตลอดจนปฏิบัติต่อผู้เสียหายอย่างมีมนุษยธรรม การปราบปรามบุคคลและกลุ่มอาชญากรที่เกี่ยวข้องกับการค้ามนุษย์อย่างเด็ดขาด และดำเนินมาตรการต่างๆ เพื่อเสริมสร้างความร่วมมือในการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ทั้งในระดับภูมิภาคและระดับระหว่างประเทศ

4. ปฏิญญาว่าด้วยการขจัดความรุนแรงต่อสตรีในภูมิภาคอาเซียน (Declaration on the Elimination of Violence Against Women in the ASEAN Region)

ปฏิญญานี้ได้รับการรับรองในการประชุมรัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียนครั้งที่ 37 (37th ASEAN Ministerial Meeting) สาระสำคัญของปฏิญญาดังกล่าว ได้แก่ การส่งเสริมความร่วมมือระดับภูมิภาคในการขจัดความรุนแรงในทุกรูปแบบต่อสตรีในอาเซียน ความร่วมมือในการรวบรวมและวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับความรุนแรงต่อสตรี การส่งเสริมความร่วมมือระหว่างหน่วยงานของรัฐ และระหว่างภาครัฐกับองค์กรพัฒนาเอกชน การส่งเสริมสิทธิมนุษยชนพื้นฐาน การสนับสนุนให้สตรีมีฐานะทางเศรษฐกิจที่มั่นคงขึ้น การให้ความช่วยเหลือฟื้นฟูและการกลับสู่สังคมของผู้ตกเป็นเหยื่อของความรุนแรง มาตรการทางกฎหมายและการลงโทษผู้กระทำผิด

อย่างไรก็ดี มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของอาเซียน ยังคงไม่สามารถคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนในอาเซียนอย่างมีประสิทธิภาพได้ เนื่องจากต้องเผชิญกับข้อจำกัดต่างๆ หลายประการ ดังนี้

1. ความแตกต่างหลากหลายของรัฐสมาชิกอาเซียน

เนื่องจากอาเซียนประกอบด้วยรัฐสมาชิก 10 ประเทศ และมีประชากรประมาณ 600 ล้านคน ทำให้อาเซียนเป็นภูมิภาคที่มีความแตกต่างหลากหลายทั้งในด้านการเมืองการปกครอง เช่น ประชาธิปไตย สังคมนิยม และสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่มีความเหลื่อมล้ำสูง เช่น ประเทศสิงคโปร์และบรูไนมีรายได้ประชาชาติ⁸ สูงที่สุดในบรรดารัฐสมาชิกอาเซียน คือ 36,631 และ 26,486 ดอลลาร์สหรัฐต่อคนต่อปี ตามลำดับ ในขณะที่ประเทศที่มีรายประชาชาติของประชากรต่ำที่สุดของลำดับ ได้แก่ ประเทศกัมพูชาและพม่าอยู่ที่ 693 และ 419 ดอลลาร์สหรัฐเท่านั้น⁹ นอกจากนี้ ประชากรในอาเซียนยังประกอบด้วยหลายเชื้อชาติเผ่าพันธุ์ รวมทั้งการนับถือศาสนาและความเชื่อที่หลากหลาย

ปัจจัยเหล่านี้เป็นอุปสรรคสำคัญที่ส่งผลให้การพัฒนาด้านสิทธิมนุษยชนของอาเซียนเป็นไปอย่างล่าช้า การดำเนินการใดๆ ของอาเซียนย่อมต้องคำนึงถึงความแตกต่างหลากหลายดังกล่าวเพื่อมิให้การดำเนินงานนั้นเป็นการเอื้อประโยชน์ต่อคนกลุ่มใดโดยเฉพาะหรือขัดแย้งต่อความเชื่อหรือผลประโยชน์ของคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเช่นกัน

⁸ รายได้ประชาชาติ หมายถึง มูลค่าที่เป็นตัวเงินของผลผลิตหรือสินค้าและบริการขั้นสุดท้ายที่ระบบเศรษฐกิจได้ผลิตขึ้นในรอบระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง

⁹ The ASEAN Secretariat, *ASEAN Community in Figures (ACIF) 2010* (Jakarta: ASEAN Secretariat, April 2012), p.1.

2. หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในและฉันท์ามติ

กฎบัตรอาเซียนบัญญัติให้อาเซียนและรัฐสมาชิกต้องยึดมั่นในหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในและฉันท์ามตินับเป็นการยืนยันหลักการเดิมที่อาเซียนยึดถือมานานแต่มีการก่อตั้งองค์การ การกำหนดให้ต้องยึดถือหลักการทั้งสองนี้อย่างเคร่งครัดทำให้อาเซียนไม่สามารถดำเนินมาตรการเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพของประชาชนได้ เนื่องจากอาเซียนและรัฐสมาชิกถือว่าสิทธิมนุษยชนเป็นกิจการภายในของรัฐสมาชิกทำให้อาเซียนและรัฐสมาชิกอื่นจะเข้าไปยุ่งเกี่ยวมิได้ อีกทั้ง การดำเนินการใดๆ ของอาเซียนจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสมาชิกทั้งหมดโดยไม่มีรัฐใดคัดค้าน ได้สร้างความลำบากให้การดำเนินมาตรการด้านสิทธิมนุษยชนอย่างมาก เนื่องจาก รัฐสมาชิกมักเอาประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชนไปเชื่อมโยงกับอำนาจอธิปไตยของรัฐ ทำให้อาเซียนพิจารณาประเด็นต่างๆ ที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน จึงมักจะถูกรัฐสมาชิกคัดค้านอยู่เสมอ

3. การขาดมาตรการบังคับต่อรัฐสมาชิก

เนื่องจากอาเซียนเป็นองค์การระหว่างประเทศในระดับนานาชาตินิยมมิใช่องค์การเหนือชาตินิยมซึ่งจะทำให้อาเซียนมีอำนาจบังคับเหนือรัฐสมาชิกในลักษณะเช่นเดียวกับสหภาพยุโรป แต่โดยทั่วไป องค์การระดับนานาชาตินิยมย่อมต้องมีอำนาจออกข้อบังคับหรือกฎระเบียบเพื่อให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตามเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งองค์การ มิฉะนั้นแล้วการก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศขึ้นมา ก็จะไม่ประสบความสำเร็จ และไม่มีคามหมายของความร่วมมืออย่างแท้จริง¹⁰ แต่เมื่อพิจารณาตราสารด้านสิทธิมนุษยชนของอาเซียน พบว่า บทบัญญัติต่างๆ ยังมิได้ก่อให้เกิดพันธะทางกฎหมายแก่รัฐสมาชิกที่จะต้องดำเนินมาตรการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้สอดคล้องกับตราสารนั้นอย่างเคร่งครัด อีกทั้ง อาเซียนยังคงขาดองค์กรที่

¹⁰ สมชัย ศิริสมบุญเรือง, กฎหมายว่าด้วยองค์การระหว่างประเทศ, (กรุงเทพฯ:

มีอำนาจหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของ รัฐสมาชิก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการ คุ้มครองตามตราสารแต่ละฉบับ ส่งผลให้รัฐสมาชิกขาดความกระตือรือร้นในการ ดำเนินมาตรการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนเนื่องจากไม่ต้องเกรง ว่าจะถูกบังคับด้วยมาตรการต่างๆ ให้ต้องปฏิบัติตามนโยบายหรือตราสารของอาเซียน จึงอาจกล่าวได้ว่า การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของอาเซียนจะเป็นไปอย่างมี ประสิทธิภาพหรือไม่ขึ้นอยู่กับความร่วมมือของแต่ละรัฐสมาชิก

ปัจจัยดังกล่าวทำให้มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนใน อาเซียนไม่สามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ และส่งผลให้ไม่สามารถ แก้ไขปัญหาละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นภายในภูมิภาคได้ เช่น ปัญหาชาวโรฮิงยา (Rohingyas) ซึ่งเป็นชนกลุ่มในประเทศพม่า แต่รัฐบาลพม่าเห็นว่าชาวโรฮิงยาเป็นผู้ที่ อพยพมาจากบังคลาเทศและหนีเข้าเมืองอย่างผิดกฎหมาย จึงปฏิเสธที่จะให้สถานะ พลเมือง แม้ว่าชาวโรฮิงยาจะตั้งหลักแหล่งในพมามานานหลายปีแล้ว¹¹ การที่ชาว มุสลิมโรฮิงยาเป็นกลุ่มคนไร้สัญชาติทำให้ต้องเผชิญกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่าง รุนแรงในหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการถูกบังคับใช้แรงงาน การจำกัดสิทธิในการ เคลื่อนไหวอย่างเสรี การไม่มีสิทธิครอบครองที่ดิน และไม่ได้รับการศึกษารวมทั้งบริการ ภาครัฐ¹²

ปัญหาชาวโรฮิงยายังคงไม่ได้รับการแก้ไขจากอาเซียนจนกระทั่งปัจจุบัน ชาว โรฮิงยาจำนวนมากได้อพยพหลบหนีเข้าชายแดนประเทศเพื่อนบ้าน เช่น ประเทศไทย ทำให้รัฐบาลไทยและหน่วยงานต่าง ๆ ต้องเข้าให้ความช่วยเหลือและดูแลชาวโรฮิงยา

¹¹ ปัญหา 'โรฮิงญา' - พม่า กับการกลับมาของรัฐบาลทหาร, "มติชนสุดสัปดาห์, 15- 21 มิถุนายน 2555, หน้า 103.

¹² วิษณุ ศรีอาชารุ่งโรจน์, โรฮิงยา:ไร้สัญชาติ-ขาดมิตร [Online], <http://www.dailynews.co.th/article/84/120003, 2555> (กรกฎาคม, 11).

ในเบื้องต้น ทั้งนี้ สมาคมชาวโรฮิงยาในประเทศไทยได้ยื่นหนังสือเรียกร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติขอให้ดำเนินการช่วยเหลือชาวโรฮิงยาและไม่ส่งชาวโรฮิงยากลับไปประเทศพม่าอีก¹³

ในการแก้ไขสถานการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อชาวโรฮิงยานี้ มีการเรียกร้องให้องค์การสหประชาชาติและองค์กรด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเข้าร่วมมือกันแก้ไขปัญหาอย่างจริงจัง ชื่อน่าสังเกต คือ มิได้มีการกล่าวถึงมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่อาเซียนมีอยู่ว่าจะสามารถนำมาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือช่วยเหลือชาวโรฮิงยาได้อย่างไร และไม่ปรากฏว่าอาเซียนได้แสดงท่าทีใดๆ อันเป็นการแสดงถึงความพยายามในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขององค์การระหว่างประเทศระดับภูมิภาคอื่น ได้แก่ สภาแห่งยุโรป องค์การแห่งรัฐอเมริกัน และสหภาพแอฟริกัน พบว่า องค์การต่างๆ มีมาตรการในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างเป็นระบบ โดยได้มีการจัดทำตราสารด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพหลายประการสอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม อีกทั้ง มีการจัดตั้งองค์กรสิทธิมนุษยชนขึ้นเพื่อทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามตราสารต่างๆ โดยมีอำนาจควบคุมและตรวจสอบการดำเนินการด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐสมาชิกและรับคำร้องในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชน

¹³ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, *ทูตประเทศมุสลิมจี้ไทยดูแล*

โรฮิงญา, [Online], http://www.nhrcc.or.th/2012/wb/th/news_detail.php?nid=1200&parent_id=1&type=highlight, 2556 (มกราคม, 18).

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของสภาแห่งยุโรป (The Council of Europe) ได้รับการยอมรับว่าเป็นระบบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับภูมิภาคที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดและถือเป็นแม่แบบให้แก่ภูมิภาคอื่นๆ ประกอบด้วยตราสารที่สำคัญ 2 ฉบับ คือ อนุสัญญาเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐาน ค.ศ. 1950” (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom) และ กฎบัตรทางสังคมแห่งยุโรป ค.ศ. 1961 (The European Social Charter) องค์กรหลักที่มีอำนาจหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชน ได้แก่ คณะกรรมาการรัฐมนตรี (Committee of Ministers) และศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (The European Court of Human Rights)

ในส่วนของมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขององค์การแห่งรัฐอเมริกัน (Organization of American States) ประกอบด้วยตราสารด้านสิทธิมนุษยชนที่สำคัญ คือ ปฏิญญาอเมริกันว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของมนุษย์ ค.ศ. 1948 (American Declaration on the Rights and Duties of Man 1948) และ อนุสัญญาอเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1978 (American Convention on Human Rights 1978) โดยมีองค์กรด้านสิทธิมนุษยชนหลัก ได้แก่ คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนระหว่างอเมริกัน (The Inter-American Commission on Human Rights: IACHR) และ ศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างอเมริกัน (Inter-American Court of Human Rights)

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของสหภาพแอฟริกัน (African Union) ประกอบด้วยตราสาร 2 ฉบับ คือ กรรณสารก่อตั้งสหภาพแอฟริกัน (Constitutive Act of the African Union) และ กฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิปวงชน ค.ศ. 1986 (The African Charter on Human and Peoples' Rights) และองค์กรสิทธิมนุษยชนหลัก 2 องค์กร ได้แก่ คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนและสิทธิปวงชนแห่งแอฟริกัน (African Commission on Human and Peoples' Rights) และ ศาลยุติธรรมและศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพแอฟริกัน (African Court of Justice and Human Rights)

อาจกล่าวได้ว่า แต่ละองค์กรมีมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่เป็นระบบ คือ มีตราสารด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งก่อให้เกิดพันธะทางกฎหมายแก่รัฐสมาชิกให้ต้องปฏิบัติตาม และเมื่อองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ดูแลและตรวจสอบให้รัฐต้องดำเนินมาตรการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างเคร่งครัด ทำให้ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคนี้ได้มีความรุนแรงมากนัก ทั้งนี้ มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของแต่ละองค์กรมีจุดเด่นและข้อบกพร่องที่แตกต่างกันซึ่งส่งผลให้ประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนมีความแตกต่างกันด้วย

อาเซียนจึงควรเร่งพัฒนามาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้สามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างครอบคลุมและมีประสิทธิภาพมากขึ้นเพื่อให้สามารถแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคนี้ได้ โดยควรศึกษามาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขององค์การระหว่างประเทศในระดับภูมิภาคอื่น รวมถึงแนวทางการดำเนินงานขององค์กรสิทธิมนุษยชนเพื่อนำมาปรับใช้เป็นแนวทางในการพัฒนามาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในอาเซียน

นอกจากนี้ อาเซียนควรตระหนักถึงความจำเป็นของการมีมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ไม่ว่าจะเป็นตราสารด้านสิทธิมนุษยชนที่ก่อให้เกิดพันธะทางกฎหมายแก่รัฐสมาชิกให้ต้องดำเนินมาตรการเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ด้วยการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกให้สอดคล้องกับตราสารสิทธิมนุษยชนของอาเซียนและตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ รวมถึงการให้อำนาจแก่องค์กรสิทธิมนุษยชนอาเซียนให้สามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรมควบคู่กับการส่งเสริมให้ประชาชนมีความตระหนักและความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของตน เพื่อให้ประชาชนในอาเซียนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นจะเป็นรากฐานสำคัญของการก้าวสู่การเป็นประชาคมอาเซียนที่มีความเข้มแข็งในอนาคต

เอกสารอ้างอิง

คณะกรรมการการระหว่างรัฐบาลอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ฉบับความรู้สู่ประชาชน

เล่ม 2. (2554), กรุงเทพฯ: มูลนิธิส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน.

จรัญ โฆษณานันท์. (2545) สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมายและความเป็นจริงทางสังคม, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

สมชัย ศิริสมบุญธโรเวช. (2552) กฎหมายว่าด้วยองค์การระหว่างประเทศ, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ปัญหา 'โรงอิงญา'-พม่า กับการกลับมาของรัฐบาลทหาร. (2555, มิถุนายน) มติชนสุดสัปดาห์, 103, 15-21.

วิชญ์ ศิริอาชารุ่งโรจน์. (2555) โรอิงญา:ไร้สัญชาติ-ขาดมิตร, จาก

<http://www.dailynews.co.th/article/84/120003> [ค้นเมื่อ 11 กรกฎาคม 2555]

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. (2556) ทุตประเทศมุสลิมจีไทยดูแล

โรอิงญา, จาก http://www.nhrc.or.th/2012/wb/th/news_detail.php?nid=1200&parent_id=1&type=highlight [ค้นเมื่อ 18 มกราคม 2556]

The ASEAN Secretariat, ASEAN Community in Figures (ACIF) 2010 (Jakarta: ASEAN Secretariat, April 2012

Charter of the Association of Southeast Asian Nations

Terms of Reference on ASEAN Commission on the Promotion and Protection of the Rights of Women and Children

Terms of Reference of ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights

บทวิจารณ์หนังสือ

กิริติพงศ์ แนวมาลี¹

ชื่อหนังสือ: *ASEAN Competition Law*

เขียนโดย: Robert Ian McEwin และ Kala Anandarajah

พิมพ์โดย: LexisNexis (2011)

ภาษา: อังกฤษ

ในปัจจุบันประเทศสมาชิกอาเซียนจำนวน 10 ประเทศ ได้มีการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจที่มีความเหนียวแน่นมากขึ้น ไม่เพียงแต่ทางด้านการเมืองและวัฒนธรรม แต่บรรดาสมาชิกก็ให้ความสำคัญกับการรวมตัวทางเศรษฐกิจมากขึ้นด้วย ดังนั้นกลุ่มประเทศอาเซียนจึงได้ร่วมมือกันจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community หรือ AEC) อันเป็นหนึ่งในสามเสาหลักภายใต้กฎบัตรอาเซียน (The ASEAN Charter) ซึ่งมีเป้าหมายสำคัญที่จะสร้างตลาดและฐานผลิตเดียวกันตลอดจนอำนวยความสะดวกในการเคลื่อนย้ายทุนและแรงงานระหว่างสมาชิกให้เกิดขึ้นภายในปี 2558 นี้

ภายใต้กรอบ AEC มาตรการสำคัญประการหนึ่งที่ประเทศสมาชิกจะต้องดำเนินการให้เกิดขึ้นก็คือการจัดทำกฎหมายแข่งขันทางการค้า (Competition Law) เพื่อส่งเสริมการแข่งขันในตลาดและลดการผูกขาดทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการในแต่ละประเทศสมาชิก กฎหมายดังกล่าวจะช่วยให้การแข่งขันดำเนินอย่างเป็นธรรมและเสรีมากขึ้น และกระตุ้นให้เกิดเคลื่อนย้ายการลงทุนมากขึ้นเพื่อสร้างตลาดและฐาน

¹ อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง จังหวัดเชียงราย

ผลิตเดียวกันร่วมกันในภูมิภาคอันไปสู่การพัฒนาประสิทธิภาพการค้าการลงทุนและการขยายตัวทางเศรษฐกิจในภูมิภาค

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกลุ่มสมาชิกประเทศอาเซียนประกอบด้วยประเทศต่างๆ จำนวน ประเทศซึ่งมีระบอบการปกครอง ระบบกฎหมาย ระดับการพัฒนา 10 ทางเศรษฐกิจและโครงสร้างเชิงสถาบันที่แตกต่างกัน ดังนั้นกฎหมาย แนวคิดและกระบวนการใช้บังคับกฎหมายแข่งขันทางการค้าในแต่ละประเทศจึงมีความแตกต่างกัน การทำความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าในแต่ละประเทศอย่างละเอียดจะช่วยให้ผู้ที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ประกอบการเอกชนสามารถสามารถกำหนดนโยบายด้านการค้าการลงทุนที่เหมาะสมในแต่ละประเทศได้ รวมทั้งลดความเสี่ยงจากการประกอบธุรกิจที่อาจจะเกิดกฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศประเทศได้

หนังสือเล่มนี้เป็นหนังสือเล่มแรกๆ ที่ได้ทำการรวบรวมกฎหมายแข่งขันทางการค้าใน 10 ประเทศสมาชิกของอาเซียนและจัดทำเป็นภาษาอังกฤษทั้งเล่ม คณะผู้จัดทำหนังสือเล่มนี้ อันได้แก่ Dr. Robert Ian McEwin และคณะ ถือเป็นผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายลักษณะดังกล่าว เพราะไม่เพียง Dr. Robert Ian McEwin จะดำรงตำแหน่งอาจารย์พิเศษในมหาวิทยาลัยแห่งชาติสิงคโปร์ (National University of Singapore) อันเลื่องชื่อแล้ว ท่านก็ยังเป็นผู้ที่มีประสบการณ์ในฐานะที่ปรึกษากฎหมายเอกชนในคดีประเภทนี้อีกด้วย ดังนั้นหนังสือดังกล่าวจึงมีคุณค่าและช่วยอำนวยความสะดวกแก่ผู้สนใจในการศึกษาค้นคว้ากฎหมายแข่งขันทางการค้าโดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับผู้ทีศึกษาค้นคว้าด้านกฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศอาเซียน

ภายในหนังสือเล่มนี้ ผู้จัดทำได้ทำการรวบรวมกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศต่างๆ ในกลุ่มอาเซียนอย่างเป็นระบบโดยในแต่ละประเทศ ผู้จัดทำได้แบ่งหมวดหมู่หัวข้อกฎหมายออกเป็น 11 หัวข้อสอดคล้องกันในทุกประเทศ ประกอบด้วย ชื่อกฎหมาย, องค์การบังคับใช้กฎหมาย, กฎหมายสารบัญญัติที่สำคัญ, การใช้บังคับกฎหมายแข่งขันทางการค้าสำหรับความผิดที่กระทำนอกราชอาณาจักร, การบังคับคดี,

การอุทธรณ์, บทลงโทษ, กรณียกเว้นการใช้บังคับกฎหมายแข่งขันทางการค้า, การใช้กฎหมายโดยเอกชน, วิธีการลดหย่อนผ่อนโทษ และความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรด้านกฎหมายแข่งขันทางการค้ากับองค์กรอื่นๆ ในประเทศ

นอกจากบทบัญญัติทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว คณะผู้จัดทำยังได้วิเคราะห์รายละเอียดของกฎหมายในแต่ละเรื่องโดยสังเขปรวมทั้งข้อสังเกตทางกฎหมายในแง่แนวคิดและหลักการของกฎหมายที่อ่านเข้าใจง่ายซึ่งช่วยให้ผู้อ่านมีความเข้าใจมากยิ่งขึ้น นอกเหนือจากข้อมูลข้อกฎหมายแล้ว ผู้จัดทำหนังสือดังกล่าวยังได้มีการจัดทำตารางบัญชีคดี รวมทั้งผลการตัดสินคดีโดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าในแต่ละประเทศตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบันอีกด้วยโดยที่คณะผู้จัดทำได้รับความเห็นในแต่ละคดีด้วย

แม้หนังสือดังกล่าวจะมีลักษณะที่แตกต่างจากหนังสือทางด้านวิชาการกฎหมายแข่งขันทางการค้าอื่นๆ ที่มีอย่างชัดเจนและมุ่งเน้นในบริบทของประเทศอาเซียนเป็นสำคัญ แต่หนังสือดังกล่าวก็ให้ข้อมูลในเชิงวิเคราะห์โดยสังเขปเท่านั้น และในบางครั้งก็เป็นการวิเคราะห์ที่มาจากความคิดเห็นของคณะผู้รวบรวมเป็นหลัก

อย่างไรก็ดี โดยทั่วไปแล้ว หนังสือเล่มนี้ถือเป็นหนังสือทางด้านวิชาการกฎหมายแข่งขันทางการค้าฉบับแรกๆ ที่รวบรวมข้อมูลด้านกฎหมายแข่งขันทางการค้าในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนที่ทันสมัย สมบูรณ์ครบถ้วนในแง่เนื้อหา ง่ายต่อการค้นคว้าเปรียบเทียบในหัวข้อต่างๆ และเข้าถึงได้ง่ายเพราะจัดทำเป็นภาษาอังกฤษทั้งเล่ม คุณูปการของหนังสือฉบับนี้จะช่วยเปิดพรมแดนการศึกษากฎหมายแข่งขันทางการค้าในกลุ่มประเทศอาเซียนให้กว้างขวางยิ่งขึ้นอันนำไปสู่การศึกษาแลกเปลี่ยนความรู้ความเข้าใจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าระหว่างกันยิ่งขึ้นซึ่งอาจนำไปสู่การจัดทำมาตรฐานกลางของกฎหมายแข่งขันทางการค้าเพื่อใช้ร่วมกันในภูมิภาคในอนาคตด้วย