บทที่ 2

ความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมกำกับบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ

บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือมีที่มาจากการดำเนินงานของเอกชนในประเทศสหรัฐอเมริกาและแพร่หลายไปในต่างประเทศรวมทั้งประเทศไทย ซึ่งทำหน้าที่ในการจัดอันดับความน่าเชื่อถือของหลักทรัพย์และตราสารทางการเงินรวมทั้งให้บริการด้านข้อมูลในการลงทุนแก่ผู้ลงทุน ทั้งนี้ ลักษณะของการประกอบกิจการดังกล่าวจึงต้องดำเนินการรวบรวมและวิเคราะห์ข้อมูลทางด้านเศรษฐกิจ การเงิน และอื่นๆในลักษณะที่เชื่อถือได้ ประกอบกับในหลายประเทศได้มีการกำหนดให้ตราสารหนี้ของบริษัทที่จะขายในตลาดการเงินจะต้องมีการจัดอันดับความน่าเชื่อถือจากบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือก่อนจึงจะสามารถนำออกระดมเงินทุนได้ ด้วยเหตุนี้ การประกอบกิจการของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือจึงได้ถูกควบคุมกำกับโดยกฎหมาย สำหรับในบทที่ 2 นี้จึงเป็นการนำเสนอเกี่ยวกับความหมาย ประวัติความเป็นมา หน้าที่ของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือรวมทั้งแนวความคิดการควบคุมกำกับบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ ดังจะได้พิจารณาโดยลำดับ

2.1 ความหมายของการจัดอันดับความน่าเชื่อถือ (Credit Rating) และบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ (Credit Rating Agency หรือ CRA) รวมทั้งอันดับความน่าเชื่อถือ

2.1.1 ความหมายของการจัดอันดับความน่าเชื่อถือ

การจัดอันดับความน่าเชื่อถือ คือ ความคิดเห็นเกี่ยวกับความเสี่ยงซึ่งเกี่ยวข้องกับความสามารถและความสมัครใจของผู้ออกตราสาร เช่นองค์กรธุรกิจ รัฐ หรือรัฐบาล ที่จะปฏิบัติตามเงื่อนไขได้อย่างครบถ้วน และตรงเวลา การจัดอันดับน่าเชื่อถือนั้นสามารถที่จะแสดงถึงคุณภาพของ ความน่าเชื่อถือของหนี้ เช่น ตราสารหนี้ขององค์กร พันธบัตรหรือหลักทรัพย์ที่มีการจำนองค้ำประกัน และความเป็นไปได้ที่จะมีการปฏิบัติผิดสัญญา โดยที่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือต่างๆจะดำเนินการปรับใช้วิธีวิเคราะห์ของตนเองในการประเมินความน่าเชื่อถือทางการเงิน

และทรัพย์สิน และใช้สัญลักษณ์ที่ได้กำหนดเอาไว้อย่างแน่นอนชัดเจนแล้วในการแสดงผลการจัดอันดับความน่าเชื่อถือดังกล่าว[1]

การจัดอันดับความน่าเชื่อถือคือ การแสดงความคิดเห็นต่อความสามารถขององค์กร หรือธุรกรรมว่าสามารถที่จะเป็นไปตามข้อตกลงได้หรือไม่ เช่น การจ่ายดอกเบี้ย การใช้คืนเงินต้น หรือการปฏิบัติตามข้อเรียกร้องหรือสัญญาต่างๆที่มีอยู่กับคู่สัญญา โดยผู้ลงทุนจะใช้ความน่าเชื่อถือดังกล่าวนั้นเพื่อที่จะคาดเดาความเป็นไปได้ที่ผู้ลงทุนจะได้รับผลตอบแทนหรือเงินลงทุนที่ได้ลงทุนไปคืนกลับมา

สรุปถึงความหมายของการจัดอันดับความน่าเชื่อถือ ดังนี้

“การจัดอันดับความน่าเชื่อถือ” คือ การประเมินความน่าเชื่อถือทางการเงินและทรัพย์สินของบุคคลหรือองค์กร โดยทำการพิจารณาความสามารถในการปฏิบัติตามสัญญา พร้อมทั้งพิจารณาถึงทรัพย์สิน สินทรัพย์และหนี้สินของบุคคลหรือองค์กรเพื่อจะได้ทราบถึงความเสี่ยงซึ่งอาจจะทำให้ นักลงทุนหรือเจ้าหนี้ไม่อาจจะได้รับการชำระหนี้คืนจากบุคคลหรือกิจการนั้นๆ”

2.1.2 ความหมายของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ

บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ หมายถึง สถาบันที่วิเคราะห์และประเมินความน่าเชื่อถือของตราสารหนี้และของบริษัท ซึ่งการจัดอันดับเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่บอกถึงความเสี่ยงแก่ผู้ที่จะลงทุนในตราสารหนี้นั้น เป็นการจัดชั้นตราสารหนี้ตามคุณภาพของกิจการที่ออกตราสารหนี้และเป็นการประเมินสถานะความน่าเชื่อถือของผู้ขอให้ประเมินภายใต้เงื่อนไขต่างๆ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มีข้อกำหนดให้ผู้ออกหุ้นกู้ในกรณีทั่วไปต้องจัดให้มีอันดับความน่าเชื่อถือของหุ้นกู้นั้นๆตลอดอายุ[2]

2.1.3 ความหมายของอันดับความน่าเชื่อถือ

อันดับความน่าเชื่อถือ เป็นการประเมินคุณภาพและความเสี่ยงของตราสารทางการเงินและความสามารถของผู้ออกตราสารในการชำระคืนเงินต้นและดอกเบี้ย ตามเงื่อนไขและเวลาที่กำหนด ซึ่งการจัดอันดับความน่าเชื่อถือจะเป็นความเห็นของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือแต่ละแห่ง ซึ่งบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือจะนำผลการจัดอันดับเผยแพร่แก่ผู้ลงทุนเป็นสัญลักษณ์หรือตัวเลขและเครื่องหมายระบุชั้นหรืออันดับความน่าเชื่อถือ ซึ่งเป็นข้อมูลที่ผู้ลงทุนใช้ประกอบการตัดสินใจในการลงทุนแบ่งเป็น

---

[1] Global Fixed Income Research. (2004). ***S&P Quarterly Default Update 7 Rating Transitions***. (Online). Available: http:///www.standardandpoors.com. [2018, October 11].

[2] Amelie Champsaur. (2005). ***The Regulation of Credit Rating Agencies in The U.S. and The E.U: Recent Initiatives and Proposals.*** Cambridge: Harvard Law School. p. 1-2.

2.1.3.1 อันดับความน่าเชื่อถือขององค์กร

เป็นการประเมินความสามารถทางธุรกิจและการเงินรวมทั้งความพร้อมในการชำระหนี้โดยทั่วไปขององค์กรนั้นๆ

2.1.3.2 อันดับความน่าเชื่อถือของตราสารหนี้

เป็นการประเมินความสามารถในการชำระดอกเบี้ยและคืนเงินต้นภายใต้เงื่อนไขและระยะเวลาที่กำหนดไว้ของตราสารหนี้นั้นๆ

ดังนั้น การจัดอันดับความน่าเชื่อถือจึงเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่บอกถึงความเสี่ยงของผู้ที่จะลงทุนในตราสารหนี้ ว่ามีโอกาสได้รับการชำระหนี้คืนทั้งเงินต้นและดอกเบี้ยมากน้อยเพียงใด การให้อันดับไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะประเมินตัวผู้ออกตราสารโดยตรง แต่จะเป็นการประเมินตัวตราสารเอง ตลอดจนการสนับสนุนจากบุคคลภายนอกมากกว่าจะเป็นการวิเคราะห์จุดอ่อนและจุดแข็งของผู้ออกตราสาร การจัดอันดับความน่าเชื่อถือจึงไม่ใช่การชี้แนะโดยตรงว่าตราสารหนี้ของบริษัทไหนน่าซื้อขายหรือถือไว้ นอกจากนั้นแล้วการจัดอันดับความน่าเชื่อถือไม่ได้เป็นเครื่องชี้ความเสี่ยงของตลาดว่าเมื่อออกตราสารหนี้มาแล้วจะขายได้มากน้อยเพียงใด รวมทั้งไม่ใช่เครื่องมือที่จะช่วยในการคาดคะเนแนวโน้มของราคาตราสารหนี้ในอนาคตอีกด้วย

การให้อันดับของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือแต่ละแห่งมักจะแตกต่างกันออกไปเพื่อบอกถึงคุณภาพหรือเกรดของตราสาร บางแห่งใช้สัญลักษณ์เป็นตัวอักษร เช่น Standard & Poor's (S&P), Moody's Investors Service (Moody's), McCarthy, Crisanti & Maffei (MCM) และ Fitch Ratings เป็นต้น บางแห่งใช้สัญลักษณ์เป็นตัวเลข เช่น Duff & Phelps นอกจากนั้นแล้ว การใช้สัญลักษณ์เพื่อบอกชั้นคุณภาพของตราสารยังแตกต่างกันระหว่างตราสารระยะสั้นกับตราสารระยะยาวอีกด้วย

การให้อันดับแต่ละครั้งของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ ไม่อาจพิจารณาจากปัจจัยเพียงบางด้าน เช่น ราคาตลาดของตราสารและความพอใจในการเสี่ยงของนักลงทุน แต่ต้องใช้เวลาในการวิเคราะห์ข้อมูลต่างๆ อย่างมากมาย ทั้งข้อมูลที่พิมพ์ออกมาเผยแพร่ทั่วไป และการสอบถามจากเจ้าหน้าที่ของกิจการที่จะออกตราสารโดยตรง รวมทั้งผู้ที่เชี่ยวชาญด้านกฎหมายและหน่วยงานต่างๆ ของรัฐที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตามการให้อันดับ ก็มิใช่เป็นการตรวจสอบบัญชี หรือความน่าเชื่อถือของข้อมูลที่ผู้ออกตราสารจัดเตรียมไว้ให้

เมื่อบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือให้อันดับแก่ลูกค้าไปแล้ว ไม่ได้หมายความว่าภารกิจจะหมดลงแค่นั้น เพราะบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือมีหน้าที่จะต้องติดตามการดำเนินงานของลูกค้าเป็นระยะๆ เมื่อสถานการณ์ทั้งทางเศรษฐกิจและการเมืองเปลี่ยนแปลงไปจนมีผลกระทบ

ต่อการดำเนินงานของกิจการ บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือจำเป็นต้องทบทวนอันดับที่ให้ไปด้วยเช่นกัน

2.2 ความเป็นมาของการจัดอันดับความน่าเชื่อถือ

การเริ่มต้นของธุรกิจจัดอันดับความน่าเชื่อถือสืบเนื่องมาจากในระหว่างปี ค.ศ.1817-1840 หลายมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ทำการออกพันธบัตรรัฐบาลออกจำหน่ายทั้งในประเทศและนอกประเทศ เพื่อระดมทุนในการก่อสร้างโครงการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานในมลรัฐของตนเอง แต่หลังจากที่ได้ออกขายพันธบัตรเพื่อการระดมทุนโครงการหลายโครงการไม่สามารถที่จะดำเนินการจนสำเร็จลุล่วง ทำให้มลรัฐต่างๆที่ออกพันธบัตรเพื่อระดมทุนจากนักลงทุนผิดนัดชำระหนี้ตามพันธบัตรทำให้นักลงทุนได้รับความเสียหายและความเชื่อมั่นของนักลงทุนในการลงทุนในพันธบัตรที่ออกโดยรัฐบาลได้ลดน้อยลงอย่างมาก[3]

อย่างไรก็ดีต่อมาในศตวรรษที่ 19 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ดำเนินการระดมทุนจำนวนมากอีกครั้งเพื่อนำมาสร้างทางรถไฟ โดยการก่อสร้างทางรถไฟในครั้งนี้ได้ดำเนินการในรูปแบบขององค์กรภาคเอกชนโดยมีรัฐบาลให้ความช่วยเหลือ ในช่วงต้นของการระดมทุนเพื่อก่อสร้างทางรถไฟ บริษัทสร้างทางรถไฟประสบความสำเร็จในการระดมทุน โดยอาศัยความน่าเชื่อถือของตนเองที่มีอยู่กับธนาคารและอาศัยความน่าเชื่อถือของตนชักชวนให้นักลงทุนเข้ามาลงทุนในตราสารที่บริษัทได้ออกเสนอขายเพื่อระดมทุนมาก่อสร้างทางรถไฟ แต่ต่อมาหลังปี ค.ศ. 1850 บริษัทสร้างทางรถไฟได้ขยายขนาดการดำเนินงานของบริษัทรวมทั้งขยายการก่อสร้างทางรถไฟไปยังพื้นที่ที่ยังไม่ได้รับการพัฒนาและมีเพียงธนาคารห้องถิ่นและผู้คนที่อาศัยอยู่ในแถบนั้นเพียงส่วนน้อยที่ให้ความสนใจในการลงทุน เมื่อมีการขยายขนาดการดำเนินงานของกิจการและขยายการก่อสร้างทางรถไฟเงินทุนที่จำเป็นต้องใช้ในการก่อสร้างก็ได้เพิ่มขึ้นตามขนาดของการดำเนินงานและการขยายเส้นทางในการสร้างทางรถไฟ แต่การระดมทุนจากนักลงทุนในห้องถิ่นไม่เพียงพอต่อการสร้างทางรถไฟ ดังนั้น บริษัทสร้างทางรถไฟจึงแก้ปัญหาทางการเงินโดยการขยายตลาดการระดมทุนออกไปทั้งในประเทศและนอกประเทศสำหรับตราสารหนี้ที่ออกเพื่อระดมทุนไปใช้ในการดำเนินธุรกิจของบริษัท การขยายตลาดในการระดมทุนในครั้งนี้ก่อให้เกิด “ตลาดตราสารหนี้ภาคเอกชน”[4]

---

[3] Richard Sylla. (2001). ***A Historical Primer on the Business of Credit Ratings.*** (New York: Department of Economics). p. 2-7.

[4] *Ibid.* p 2-7.

ตลาดตราสารหนี้ภาคเอกชนที่เกิดขึ้นมาจากการแก้ปัญหาเงินทุนในการดำเนินกิจการของบริษัทสร้างทางรถไฟได้ถูกมองว่าเป็นการสร้างสรรค์สิ่งใหม่ให้กับตลาดการเงินของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งต่อมาตลาดตราสารหนี้ภาคเอกชนได้มีการนำไปใช้ในการระดมทุนในหลายๆ ประเทศ ในขณะนั้นเอง John Moody ก็ได้ริเริ่มธุรกิจจัดอันดับความน่าเชื่อถือของตราสารหนี้ของบริษัทสร้างทางรถไฟในประเทศสหรัฐอเมริกา[5]

ในระยะเริ่มแรกของการดำเนินธุรกิจการจัดอันดับความน่าเชื่อถือ ลักษณะของการดำเนินธุรกิจ คือ การขายข้อมูลที่ตนเองมีอยู่ให้แก่นักลงทุนหรือรับการว่าจ้างจากนักลงทุนเพื่อให้เข้าไปวิเคราะห์ความน่าเชื่อถือของตราสารที่นักลงทุนสนใจที่จะเข้าไปลงทุน แต่อย่างไรก็ดีต่อมาในปี ค.ศ. 1970 ธุรกิจจัดอันดับความน่าเชื่อถือได้มีเปลี่ยนแปลงรูปแบบการให้บริการจัดอันดับความน่าเชื่อถือโดยการให้ผู้ออกตราสารดำเนินการว่าจ้างบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือเข้าไปดำเนินการจัดอันดับความน่าเชื่อถือในตราสารที่ตนเองจะออกเสนอขายแก่นักลงทุน ทั้งนี้เนื่องจากการลงทุนเริ่มกระจายไปยังนักลงทุนในวงกว้าง อีกทั้งตราสารที่ออกเพื่อระดมทุนในตลาดมีความหลากหลายมากยิ่งขึ้น จึงเป็นการยากสำหรับนักลงทุนที่จะเข้าซื้อข้อมูลหรือมาว่าจ้างให้บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือให้จัดอันดับความน่าเชื่อถือในตราสารที่ตนเองสนใจได้อย่างทั่วถึง ดังนั้น บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือจึงเปลี่ยนรูปแบบการดำเนินงานซึ่งวิธีการนี้ทำให้นักลงทุนทุกรายที่อยู่ในตลาดการเงินทราบถึงความน่าเชื่อถือของตราสารดังกล่าวได้โดยง่าย เพราะการเสนอขายตราสารย่อมมีการเผยแพร่ผลการจัดอันดับความน่าเชื่อถือที่ตนเองได้รับมาจากการจัดอันดับความน่าเชื่อถือเพื่อเป็นการจูงใจนักลงทุนให้เข้ามาลงทุนในตราสาร

ดังนี้ สามารถที่จะกล่าวโดยสรุปถึงความเป็นมาของธุรกิจจัดอันดับความน่าเชื่อถือในต่างประเทศได้ว่าธุรกิจจัดอันดับความน่าเชื่อถือได้ริเริ่มโดย John Moody ในปี ค.ศ. 1909 และได้มีการดำเนินธุรกิจเรื่อยมาโดยมีจุดศูนย์กลางในการพัฒนาธุรกิจอยู่ที่ประเทศสหรัฐอเมริกาและได้มีการพัฒนาอย่างรวดเร็วภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้สิ้นสุดลง ต่อมาเมื่อมีการปฏิวัติอุตสาหกรรมได้แผ่ขยายไปทั่วโลกการติดต่อค้าขายได้มีความเจริญมากยิ่งขึ้น มีการพัฒนาในด้านเศรษฐกิจ เกิดการระดมทุนทั้งในภาครัฐและภาคเอกชน ดังนี้ ตราสารหนี้ที่ออกมาเพื่อระดมทุนจึงไม่ได้มีที่มาจากภาครัฐแต่เพียงอย่างเดียวอีกต่อไป แต่ยังมีตราสารที่ออกโดยภาคเอกชนเพื่อนำไปใช้ในการระดมทุน ในการทำธุรกิจของตนอีกด้วย ซึ่งตามปกติการลงทุนย่อมมีความเสี่ยงที่จะได้ผลกำไรหรือขาดทุน บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือจึงได้เข้ามามีบทบาทในการที่จะช่วยนักลงทุนรับรู้ความเสี่ยงในการเข้าลงทุนในตราสาร โดยทำหน้าที่เป็นผู้ประเมินความเสี่ยงของหลักทรัพย์หรือตราสารที่ออกเสนอขายให้แก่นักลงทุนจึงเป็นเหตุให้บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ

---

[5] *Ibid.* p. 2-7.

ได้รับการพัฒนาอย่างรวดเร็วตามการขยายตัวของตลาดการเงินและเข้ามามีบทบาทในตลาดการเงินเป็นอย่างมากนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1970 เป็นต้นมา[6]

ในส่วนของประเทศไทย กระทรวงการคลังและธนาคารแห่งประเทศไทยจึงได้ผลักดันให้มีการจัดตั้งบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือเพื่อทำหน้าที่เป็นผู้ประเมินความน่าเชื่อถือของตราสารหนี้และเผยแพร่ข้อมูลผลการจัดอันดับความน่าเชื่อถือเพื่อประกอบการตัดสินใจของนักลงทุน โดยได้มอบหมายให้บริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยเป็นแกนนำคณะทำงานจัดตั้งบริษัท ไทยเรทติ้งแอนด์อินฟอร์เมชั่นเซอร์วิส จำกัด หรือทริส (TRIS) ขึ้นและ TRIS ได้รับความเห็นชอบจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ให้ดำเนินการเป็นบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือแห่งแรกของไทย โดยเริ่มดำเนินการอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2536 ในปัจจุบันบริษัท ไทยเรทติ้งแอนด์อินฟอร์เมชั่นเซอร์วิส จำกัด ได้ทำการแยกธุรกิจจัดอันดับความน่าเชื่อถือออกมา โดยตั้งเป็นบริษัทใหม่เพื่อดำเนินธุรกิจนี้โดยเฉพาะ คือ บริษัท ทริสเรทติ้ง จำกัด (TRIS Rating Co., Ltd.) โดยบริษัท ทริสเรทติ้ง จำกัด ได้รับความเห็นชอบให้ดำเนินการเป็นบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ เมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม 2545 ขณะนี้ประเทศไทยมีบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือของประเทศไทยที่ได้รับความเห็นชอบจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์อยู่ 2 แห่ง คือ

บริษัท ทริสเรทติ้ง จำกัด (TRIS Rating Co., Ltd.) สำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ที่ 91 อาคารสีลม คอมเพล็กซ์ ชั้น 24 ถนนสีลม กรุงเทพมหานคร ซึ่งได้รับความเห็นชอบจาก กลต. ให้ดำเนินงานเป็นบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อเมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม พ.ศ. 2545 และ บริษัท ฟิทช์ เรทติ้งส์ (ประเทศไทย) จำกัด (Fitch Ratings (Thailand) Ltd.) สำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ที่ 55 อาคารเวฟเพลส ชั้น 13 ถนนวิทยุ กรุงเทพมหานคร ซึ่งได้รับความเห็นชอบจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ให้ดำเนินงานเป็นบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อ เมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2544

2.3 หน้าที่และบทบาทของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ

ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ กช. 1 /2555เรื่อง การกำหนดให้การประกอบธุรกิจของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือไม่เป็นการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการเป็นที่ปรึกษาการลงทุน ได้กำหนดหน้าที่และบทบาทดังนี้

---

[6] Jonathan S. Sack and Stephen M. Juris. (2007) “Rating Agencies: Civil Liability Past and Future”. ***New York Law Journal,*** 238(88). p. 1.

1. จัดอันดับความน่าเชื่อถือสำหรับการออกตราสารที่มีลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังนี้

ก) ตราสารหนี้ที่ออกโดยนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยซึ่งมีบริษัทใหญ่เป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศ

ข) ตราสารหนี้ที่ออกโดยนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยในกรณีใดกรณีหนึ่งดังนี้

1) ตราสารหนี้ที่ออกและเสนอขายในประเทศและต่างประเทศในคราวเดียวกัน

2) หุ้นกู้สกุลเงินตราต่างประเทศที่ออกและเสนอขายในประเทศไทย

3) หุ้นกู้เพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ที่มีผู้มีสิทธิเสนอโครงการเป็นหน่วยงานหรือองค์การของรัฐบาลต่างประเทศ หรือนิติบุคคลตามกฎหมายต่างประเทศ

ค) ตราสารหนี้ที่ออกโดยนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศ หน่วยงานหรือองค์การของรัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ

ง) ใบสำคัญแสดงสิทธิอนุพันธ์ที่ออกโดยธนาคารต่างประเทศหรือบริษัทประกันภัยต่างประเทศ ซึ่งมีสาขาที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์หรือธุรกิจประกันภัย ในประเทศไทย แล้วแต่กรณี

2. จัดอันดับความน่าเชื่อถือสำหรับกิจการที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับตราสารในลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังนี้

ก) เป็นผู้ค้ำประกันหรือผู้รับอาวัลของตราสารหนี้ ซึ่งบุคคลดังกล่าวเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศ หรือหน่วยงานหรือองค์การของรัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ

ข) เป็นผู้ค้ำประกันของใบสำคัญแสดงสิทธิอนุพันธ์

3. กรณีอื่นใดนอกจาก 1. และ 2. บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศ ต้องดำเนินการจัดอันดับความน่าเชื่อถือสำหรับการออกตราสารหรือกิจการที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับตราสาร เพื่อให้สามารถเปรียบเทียบกับต่างประเทศได้ เช่น จัดอันดับความน่าเชื่อถือในลักษณะการจัดอันดับระหว่างประเทศ (International Scale Rating) หรือการจัดอันดับระหว่างภูมิภาค (Regional Scale Rating) เป็นต้น

2.4 ประเภทและลักษณะของการจัดอันดับความน่าเชื่อถือ

การจัดอันดับความน่าเชื่อถือ คือ การจัดชั้นตราสารหนี้ตามคุณภาพของกิจการที่ออกตราสารหนี้นั้น ขณะที่ตามความหมายของ S&P หมายถึง การประเมินสถานะความน่าเชื่อถือของผู้ขอให้ประเมินภายใต้เงื่อนไขพิเศษต่างๆ

สำหรับการจัดอันดับความน่าเชื่อถือโดยทั่วไป มี 2 ประเภท คือ ประการที่ 1 การจัดอันดับเมื่อมีการร้องขอหรือเมื่อมีการว่าจ้างให้ทำการจัดอันดับจากผู้ออกตราสาร และประการที่ 2 การจัดอันดับโดยมิได้ร้องขอ หรือไม่ได้มีการว่าจ้างจากผู้ออกตราสาร ทั้งนี้การจัดอันดับในรูปแบบเมื่อมีการร้องขอจะเป็นการเอื้อประโยชน์ต่อการระดมทุนของลูกหนี้หรือผู้ออกตราสาร ขณะที่การจัดอันดับโดยมิได้ร้องขอนั้นใช้เพื่อประกอบการตัดสินใจของเจ้าหนี้หรือผู้ถือตราสารเป็นสำคัญ

หากพิจารณานิยามของการจัดอันดับข้างต้น จะเห็นได้ว่ารูปแบบการจัดอันดับของ Moody's จะเป็นไปได้ทั้งสองแบบ ในขณะที่การจัดอันดับของ S&P โดยมากจะดำเนินการก็ต่อเมื่อมีการร้องขอ

การจัดอันดับความน่าเชื่อถือหากจัดแบ่งตามกลุ่มเป้าหมายสามารถแบ่งได้เป็น 3 ระดับ ดังนี้[7]

2.4.1 การจัดอันดับของประเทศ

อันดับความน่าเชื่อถือของประเทศเป็นเครื่องบ่งชี้ถึงความสามารถและความพร้อมของภาครัฐในการจัดหาเงินทุนในรูปของเงินตราต่างประเทศ เพื่อการชำระคืนหนี้ต่างประเทศ ทั้งนี้บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือจะใช้ข้อมูลด้านเศรษฐกิจ การเมือง และสังคมประกอบกับวิเคราะห์การจัดอันดับความน่าเชื่อถือของประเทศนั้นๆ โดยทั่วไปอันดับความน่าเชื่อถือของประเทศจัดเป็นเพดานของระดับความน่าเชื่อถือเนื่องจากมีความเสี่ยงน้อยที่สุดเมื่อเทียบกับภาคเอกชน

2.4.2 การจัดอันดับของบริษัท

เป็นการจัดอันดับความน่าเชื่อถือของธุรกิจทั่วไป โดยวิเคราะห์ถึงความสามารถและความพร้อมในการชำระหนี้คืนตามกำหนดจากข้อมูลระดับบริษัท ได้แก่ งบการเงินของบริษัท กลยุทธ์ของบริษัท พันธมิตรทางธุรกิจ ประสิทธิภาพในการบริหารงานภายในบริษัท ความสามารถในการทำกำไร และโครงสร้างต้นทุน ตลอดจนความเสี่ยงทางด้านธุรกิจและความเสี่ยงทางด้านการเงินของบริษัทนั้นๆ และข้อมูลในระดับอุตสาหกรรม ได้แก่ ศักยภาพในการเติบโต เสถียรภาพของอุตสาหกรรม โครงสร้างอุตสาหกรรมการควบคุมจากภาครัฐ จำนวนคู่แข่งและสภาพการแข่งขันในตลาด เป็นต้น

นอกจากนี้ การจัดอันดับความน่าเชื่อถือของบริษัทนิติบุคคลที่ทำธุรกิจธนาคารเป็นอีกรูปแบบหนึ่งของการจัดอันดับประเภทนี้ โดยมีการวิเคราะห์ถึงความแข็งแกร่งทางการเงินจากข้อมูลพื้นฐานทางการเงิน การกระจายธุรกิจ และสินทรัพย์รวมถึงปัจจัยแวดล้อมทางธุรกิจ เช่น ภาวะ

---

[7] ณัฐพล โกยสมบูรณ์. (2553). ***การศึกษาอันดับความน่าเชื่อถือและโครงสร้างเงินทุนของบริษัทจดทะเบียนในประเทศไทย***. การศึกษาอิสระสาขาการเงิน คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 9-10.

เศรษฐกิจ โครงสร้างระบบการเงิน และระบบการกำกับดูแลของภาครัฐ เพื่อใช้กำหนดอันดับความน่าเชื่อถือของธนาคาร

2.4.3 การจัดอันดับของตราสารหนี้หรือเงินกู้

การจัดอันดับความน่าเชื่อถือของตราสารหรือเงินกู้ของบริษัท ชี้ให้เห็นถึงระดับความเสี่ยงในการลงทุนสำหรับตราสารหนี้หรือเงินกู้นั้นๆ ภายใต้ข้อมูลต่างๆ เพื่อประกอบการวิเคราะห์ อาทิ เงื่อนไขการชำระดอกเบี้ยและเงินต้นแก่ผู้ถือตราสารหรือผู้ให้กู้รวมถึงระดับความน่าเชื่อถือของบริษัท อัตราดอกเบี้ย และระยะเวลาการไถ่ถอน เป็นต้น

2.5 แนวความคิดในการควบคุมกำกับบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ

โดยที่การจัดอันดับความน่าเชื่อถือในปัจจุบันถือเป็นการประกอบธุรกิจประเภทหนึ่ง ซึ่งเอกชนคนใดย่อมสามารถกระทำได้ ในรัฐธรรมนูญของประเทศ ไทยพ.ศ.2560 ฉบับปัจจุบันได้รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในอันที่จะประกอบอาชีพใดก็ได้โดยสุจริต แต่ต้องอยู่ในขอบเขตของความสงบเรียบร้อยของสังคม ซึ่งมาตรา 40 บัญญัติว่า

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกัน หรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น

การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ หรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา”[8]

ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยที่ 7/2549 วันที่ 18 เมษายน พ.ศ. 2549 เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ว่า "รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 50 วรรคหนึ่ง[9] บัญญัติให้การรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการ หรือประกอบอาชีพและการ

---

[8] รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ.2560 มาตรา 40.

[9] รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ.2540 มาตรา 50 บัญญัติว่า "บุคคลย่อมมีเสรีภาพ ในการประกอบกิจการ หรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรี อย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่ โดยอาศัยตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชน ในด้านสาธารณูปโภค การรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ

แข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ทำให้ประชาชนมีหลักประกันที่จะเลือกประกอบกิจการ หรือประกอบอาชีพได้อย่างเสรีโดยที่ไม่มีใครมาบังคับ ไม่ถูกกีดกันไม่ให้มีโอกาสในการประกอบกิจการ หรือประกอบอาชีพแข่งขันกับผู้ประกอบกิจการรายอื่น ทำให้เกิดการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

แต่รัฐธรรมนูญดังจะเห็นได้ว่ามาตรา 50 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติให้จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณูปโภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน แต่อย่างไรก็ตาม การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมจะจำกัดได้เท่าที่จำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ นอกจากนี้กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 บัญญัติไว้..."

ดังนั้น การที่รัฐจะตรากฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพมิได้ เว้นแต่ในกรณีเหตุผลดังต่อไปนี้

ประการแรก เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ

ประการที่สอง เพื่อการคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณูปโภค

ประการที่สาม เพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ประการที่สี่ เพื่อการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ

ประการที่ห้า เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค

ประการที่หก เพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

ทั้งนี้ ในประการสำคัญ การตรากฎหมายดังกล่าวจะต้องมีลักษณะเป็นการบังคับโดยทั่วไป

การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติ หรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือขจัดความไม่เป็นธรรม ในการแข่งขัน"

จะเห็นว่าถ้อยคำในมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 มีข้อความเช่นเดียวกับมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ.2550 และมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ.2560 ในปัจจุบัน

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า แนวความคิดในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้[10]

2.5.1 การคุ้มครองนักลงทุน

ข้อมูลจากการจัดอันดับความน่าเชื่อถือจะช่วยการตัดสินใจของนักลงทุน เพราะว่าธุรกิจที่ได้รับการจัดอันดับความน่าเชื่อถือนั้นจะต้องผ่านการวิเคราะห์วิจัยการดำเนินธุรกิจจากผู้จัดอันดับความน่าเชื่อถืออย่างละเอียดแล้ว ผู้ลงทุนสามารถจะประเมินผลตอบแทนจากตราสารต่างๆ โดยเปรียบเทียบกันและตัดสินใจได้ว่าควรจะเลือกลงทุนในตราสารของบริษัทใด บริษัทที่มีอันดับความน่าเชื่อถือต่ำจะต้องเสนอผลตอบแทนการลงทุนสูง ในขณะเดียวกันจะเป็นการช่วยให้ผู้ออกตราสารเข้าถึงแหล่งระดมทุนได้ง่ายขึ้น ทั้งนี้ เพราะสถาบันที่จัดอันดับความน่าเชื่อถือจะทำการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารออกไปอย่างทั่วถึง ทำให้นักลงทุนได้รับทราบ นอกจากนี้ อันดับความน่าเชื่อถือที่ดียังช่วยให้ธุรกิจสามารถลดผลตอบแทนที่เสนอให้แก่นักลงทุนลงได้ เนื่องจากบริษัทมีความเสี่ยงต่ำ

2.5.2 ปัญหาในเรื่องการจำกัดการแข่งขันของธุรกิจจัดอันดับความน่าเชื่อถือ

แม้ว่าในปัจจุบันในอุตสาหกรรมจัดอันดับความน่าเชื่อถือ จะมีผู้ประกอบการนับ 10 ราย แต่โครงสร้างทางการตลาดโดยส่วนใหญ่อยู่ภายใต้การครองตลาดของ Moody's Investor Services และ Standard & Poor's Services ซึ่งครองตลาดถึงร้อยละ 95 ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากชื่อเสียงและความน่าเชื่อถือซึ่งมีมานานนับร้อยปี

2.5.3 ปัญหาในเรื่องบรรษัทภิบาล

บรรษัทภิบาล คือลักษณะและวิถีทางของการใช้อำนาจเพื่อการจัดการทรัพยากรทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศเพื่อการพัฒนา ด้วยเหตุนี้เองคำว่า "บรรษัทภิบาล" จึงถูกนำมาใช้ในภาครัฐ และเมื่อเวลายิ่งผ่านไปกระแสเรียกร้องให้องค์กรภาคธุรกิจปฏิบัติตามหลักบรรษัทภิบาลก็มีมากขึ้น โดยเฉพาะกิจการที่มีผลต่อนักลงทุน เช่น บริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ฯและกลายเป็นปัจจัยหลักของการพิจารณาการลงทุนทั้งภายในและภายนอกประเทศ

ดังนั้น ปัญหาการขาดความเข้าใจในหลักบรรษัทภิบาลและการขาดความเชื่อมโยงที่จะแสดงให้เห็นถึงประโยชน์อย่างเป็นรูปธรรมของการปฏิบัติตามหลักบรรษัทภิบาลจึงน่าจะเป็นหัวใจสำคัญของการนำระบบบรรษัทภิบาลมาใช้กับองค์กรภาครัฐและภาคเอกชนในประเทศไทยให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลสูงสุด โดยแต่ละองค์กรแต่ละประเทศก็ย่อมที่จะมีเกณฑ์กำหนดแตกต่างกันออกไป ซึ่งอาจสรุปเป็นประเด็นสำคัญได้ดังนี้คือ

---

[10] Becker, Bo and Todd Milbourn . (2008). ***Reputation and Competition: Evidence from the Credit Rating Industry,*** Cambridge: Harvard Business School. p. 2-3.

1. ความรับผิดชอบต่อหน้าที่และสังคม (Responsibility) องค์กรจะต้องกำหนดภารกิจของแต่ละฝ่ายอย่างชัดเจน ทุกคนทุกฝ่ายรู้หน้าที่ของตนว่าจะต้องทำอย่างไรและเข้าใจในหน้าที่ของตนเองอย่างชัดเจน ยึดหลักความถูกต้องในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อประสิทธิภาพสูงสุดในการทำงาน ตลอดจนความรับผิดชอบต่อสังคมโดยรวม

2. ความรับผิดชอบต่อการกระทำ (Accountability) กิจการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรู้สึกรับผิดชอบในการกระทำต่อทุกฝ่าย ทุกหน่วยงาน รวมทั้งทราบขอบเขตหน้าที่ความรับผิดชอบและลักษณะงาน ตลอดจนวิธีการทำงาน

3. ความยุติธรรม (Fairness) เป็นหลักสำคัญพื้นฐานในการทำธุรกิจ การสร้างความยุติธรรมในการดำเนินธุรกิจควรเริ่มตั้งแต่ระดับนโยบาย กฎระเบียบต่าง ๆ จะต้องมีความเสมอภาค มีความเท่าเทียม มีหลักการที่ชัดเจน และสามารถตรวจสอบได้

4. ความโปร่งใส (Transparency) เป็นหลักสำคัญอีกประการหนึ่งของการบริหารงานตามหลักบรรษัทภิบาล ข้อมูลข่าวสารทาง ธุรกิจต่าง ๆ โดยเฉพาะผลการดำเนินงานและภายในทางการเงินที่บริษัทเปิดเผยจะต้องโปร่งใส เชื่อถือได้ เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้แก่บุคคลหรือผู้ที่เกี่ยวข้อง เช่น ผู้ถือหุ้น สถาบันการเงิน หน่วยงานราชการ เป็นต้น

5. คุณค่าระยะยาว (Long-term Value) หลักบรรษัทภิบาลให้ความสำคัญกับการสร้างคุณค่าในระยะยาวแก่กิจการมากกว่าระยะสั้น ผู้บริหารที่มีวิสัยทัศน์จะมุ่งมั่นที่ทำธุรกิจเพื่อสร้างคุณค่าในระยะยาวเพื่อความมั่นคงและยั่งยืนของกิจการ

6. การปฏิบัติการที่มุ่งสู่ความเป็นเลิศ (Best Practices) กิจการต้องมุ่งส่งเสริมให้ทุกหน่วยงานปฏิบัติงาน มุ่งสู่ความเป็นเลิศ มุ่งสร้างความสมบูรณ์แบบ โดยมีนโยบายที่ชัดเจนเพื่อให้บรรลุเป้าหมายของกิจการ โดยผลักดันและสนับสนุนให้ทุกฝ่ายมีการพัฒนาตนเองตลอดเวลา

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่าบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือเป็นองค์กรทางธุรกิจที่แสวงหาผลกำไรโดยไม่เปิดเผยผลการดำเนินงานทางธุรกิจให้แก่สาธารณะชนได้รับรู้มากนัก นอกจากนี้บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือยังมีส่วนในการล่วงรู้ข้อมูลภายในของบริษัทที่ว่าจ้างซึ่งอาจมีการนำเอาข้อมูลดังกล่าวมาใช้ประโยชน์ อันเป็นผลให้ธุรกิจขนาดใหญ่ต้องล้มละลายและส่งผลกระทบต่อภาวะเศรษฐกิจทั่วโลก จึงเห็นได้ว่าบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือควรดำเนินกิจการโดยยึดหลักบรรษัทภิบาลและโปร่งใสเป็นสำคัญ[11]

---

[11] สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ. (2552). ***คุณธรรมนำธุรกิจ.*** กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ. หน้า 38-39.

2.5.4 ความขัดแย้งผลประโยชน์

บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือมีการล่วงรู้ข้อมูลภายในของบริษัทที่ออกหลักทรัพย์จึงมักปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ในบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือมักจะซื้อตราสารของบริษัทเหล่านี้

2.5.5 ปัญหามาตรฐานในการจัดอันดับความน่าเชื่อถือ

ในช่วงที่เกิดวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจในหลายๆ กรณีไม่ว่าจะเป็นกรณีของ Maxican Tequila ในปี ค.ศ. 1997- ค.ศ. 1998 กรณีการเกิดวิกฤตการณ์ทางการเงินในทวีปเอเชีย ในปี ค.ศ. 2001 รวมไปถึงกรณีของ Enron และ World com ล้มละลาย และกรณีการล้มละลายของ Parmalat ในปี ค.ศ. 2003 ล้วนแต่มีความเกี่ยวพันกับบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือด้วยทั้งสิ้น[12]

2.5.6 การคุ้มครองเศรษฐกิจของประเทศ

ในภาวะเศรษฐกิจที่หลายประเทศเผชิญกับวิกฤติการณ์ทางการเงิน ทำให้การหาแหล่งเงินกู้จากต่างประเทศทำได้ยากขึ้น ประเทศต่างๆ จึงจำเป็นต้องให้ความสำคัญกับอันดับความน่าเชื่อถือของตนในสายตาของสถาบันการเงินและนักลงทุนต่างประเทศ แม้ว่าอันดับความน่าเชื่อถือจะมิได้สะท้อนให้เห็นภาพที่แท้จริงอย่างถูกต้องเสมอไป เนื่องจากปัจจัยที่ใช้ในการจัดอันดับความน่าเชื่อถือและมุมมองของนักวิเคราะห์ในบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือแต่ละแห่งมีความแตกต่างกัน แต่อันดับความน่าเชื่อถือที่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือที่มีชื่อเสียงข้างต้นได้จัดอันดับให้แต่ละประเทศ และแต่ละองค์กรธุรกิจก็มีความสำคัญต่อการจัดหาเงินกู้และระดมทุนจากต่างประเทศอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะประเทศผู้ให้กู้และนักลงทุนต่างประเทศจะพิจารณาอันดับความน่าเชื่อถือที่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือเหล่านี้ศึกษาไว้เป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งในการพิจารณาปล่อยกู้หรือลงทุนในประเทศต่างๆ

ทั้งนี้ หากศึกษามาตรการที่แต่ละประเทศใช้ควบคุมกำกับสถาบันจัดอันดับความน่าเชื่อถือจะเห็นได้ว่าประกอบด้วย

1. การตรากฎหมายเฉพาะขึ้นควบคุมกำกับบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นประเทศแรกที่ใช้มาตรการทางกฎหมายที่ตราขึ้นโดยเฉพาะเพื่อควบคุมบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ กล่าวคือ The Credit Rating Agency Reform Act 2006 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นในสมัยประธานาธิบดีจอร์จ ดับเบิลยู บุช เพื่อเป็นมาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลสถาบันจัดอันดับความเชื่อถือ

---

[12] พรนภา ลีลาพรชัย. (2554). ***บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ: ปัญหาและแนวทางแก้ไข***. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.ryt9.com/s/bot/1477951. [2561, 5 ตุลาคม].

2. การใช้กฎหมายทั่วไปในการควบคุมกำกับบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ

ในหลายประเทศในสหภาพยุโรปไม่มีการตรากฎหมายโดยเฉพาะอย่างประเทศสหรัฐอเมริกาจึงใช้กฎหมายทั่วไปดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของตน ได้แก่ ความรับทางละเมิด ความรับผิดทางสัญญา เป็นต้น บังคับใช้กับบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ ได้แก่ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส เช่น

ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1382 บัญญัติว่า การกระทำใดๆ ของมนุษย์อันเป็นเหตุทำความเสียหายแก่ผู้อื่นไซร้ย่อมบังคับบุคคลซึ่งกระทำความเสียหายโดยความผิดของเขานั้นให้ทดแทนความเสียหาย ตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1383 บัญญัติว่า ทุกคนต้องรับผิดชอบในความเสียหายซึ่งเขาได้กระทำขึ้นไม่เพียงแต่กระทำโดยจงใจแต่ต้องรับผิดในความประมาทเลินเล่อของเขาด้วย ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งใช้ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 823 บัญญัติว่า บุคคลใดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อโดยปราศจากสิทธิตามกฎหมายทำให้เสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใดของบุคคลอื่นจำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำนั้น

3. การใช้ประมวลจริยธรรมควบคุมกำกับการทำหน้าที่ของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือในยุโรป (The Technical Committee of the International Organization of Securities Commissions - (IOSCO)) ได้จัดทำประมวลจริยธรรมของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือเพื่อเป็นมาตรฐานให้บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือถือปฏิบัติ

หากพิจารณาแนวทางในการควบคุมกำกับสถาบันจัดอันดับความน่าเชื่อถือสามารถพิจารณาได้ดังนี้

1) จัดให้มีมาตรการเพื่อหลีกเลี่ยงการเกิดผลประโยชน์ทับซ้อน ระหว่างบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือกับสถาบันการเงิน เพิ่มความโปร่งใสโดยกำหนดการเผยแพร่ข้อมูลต่อสาธารณชน กำหนดการจดทะเบียนบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือที่มีประสิทธิภาพและมีการควบคุมตรวจสอบ ทั้งนี้ บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือได้รับการกล่าวหาว่าไม่สามารถเป็นกลไกในการแจ้งเตือนนักลงทุนเกี่ยวกับความเสี่ยงในตลาดตราสารอนุพันธ์ได้อย่างทันการณ์จนเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดภาวะบีบรัดตัวทางสินเชื่อในปัจจุบัน

2) จะต้องมีหน่วยงานเป็นผู้จัดการฐานข้อมูลที่ระบุผลการจัดอันดับความน่าเชื่อถือของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ เพื่อให้ผู้ใช้บริการบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือสามารถตรวจสอบความแม่นยำในการคาดการณ์ทางเศรษฐกิจของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือได้

3) บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือต้องเปิดเผยวิธีการและแหล่งข้อมูลที่ใช้ในการจัดอันดับความน่าเชื่อถือแก่สาธารณชน และต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับความเสี่ยงของผลิตภัณฑ์ในตลาด

หลักทรัพย์ที่มีลักษณะเฉพาะรวมทั้งการจัดทำรายงานประจำปีที่ระบุข้อมูลเกี่ยวกับเจ้าของบริษัท (รวมทั้งชื่อของสถาบันการเงินที่ได้ถูกจัดอันดับความน่าเชื่อถือที่ก่อให้เกิดรายได้มากกว่า 5% ของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ) ผลประกอบการ เป็นต้น นอกจากนี้ บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือไม่สามารถจัดอันดับความน่าเชื่อถือให้แก่สถาบันฯ ที่นักวิเคราะห์ของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือเป็นผู้ถือหุ้นหรือออกผลิตภัณฑ์ทางการเงินด้วย สถาบันฯที่ถูกจัดอันดับความน่าเชื่อถือไม่สามารถใช้บริการที่ปรึกษาหรือคำแนะนำจากบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือที่เป็นผู้จัดอันดับได้ นักวิเคราะห์ในบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือจะต้องมีกลไกการหมุนเวียนเพื่อป้องกันความใกล้ชิดกับสถาบันใดสถาบันหนึ่งมากเกินไปจนมีผลต่อการจัดอันดับความน่าเชื่อถือ

2.6 แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล

แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) และระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law)

2.6.1 กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)

นักกฎหมายในระบบกฎหมายจารีตประเพณี เดิมเห็นว่า นิติบุคคลไม่อาจรับโทษทางอาญา เนื่องจากนิติบุคคลไม่มีตัวตนจึงไม่มีสภาพบุคคลที่จะกระทำการใดด้วยตนเอง ประกอบกับไม่มีจิตใจเป็นของตนจึงไม่สามารถมีเจตนาทางอาญาได้ นอกจากนี้ โทษทางอาญาบางอย่างโดยสภาพไม่อาจนำไปลงโทษนิติบุคคลได้ เช่น โทษประหารชีวิตและโทษจำคุก นิติบุคคลซึ่งมีสภาพบุคคลแตกต่างจากบุคคลธรรมดาจึงไม่สามารถรับผิดทางอาญาได้ในบางอย่าง แต่สามารถรับผิดได้ในบางอย่าง เช่น โทษปรับ ริบทรัพย์สิน เป็นต้น ส่วนทฤษฎีว่าด้วยการรับผิดแทนหรือรับผิดในการกระทำของผู้อื่น (Vicarious Liability) นั้นไม่อาจนำมาใช้กับความรับผิดทางอาญาได้ เพราะผู้กระทำผิดทางอาญาเท่านั้นจะได้รับโทษตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากบทบาทของนิติบุคคลในระบบเศรษฐกิจมีความสำคัญมากขึ้น นักกฎหมายในระบบกฎหมายจารีตประเพณีในปัจจุบันจึงเห็นว่านิติบุคคลน่าจะสามารถกระทำผิดทางอาญาได้[13] ตัวอย่าง เช่น

ในสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือการลงโทษทางอาญาแก่นิติบุคคลเกิดขึ้นในกรณีที่นิติบุคคลถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดที่ไม่ต้องการเจตนาทางอาญา และในกรณีที่นิติบุคคลละเลยไม่ปฏิบัติตามกฎหมายที่วางข้อกำหนดให้นิติบุคคลต้องปฏิบัตินั้นซึ่งเป็นคดีที่ยากต่อการกล่าวหาว่าการกระทำผิดดังกล่าวอยู่ในความรับผิดชอบของบุคคลใด ดังนั้น จึงควรให้นิติ

---

[13] สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล. (2541). ***ทฤษฎีสถานภาพของนิติบุคคลกับความรับผิดทางอาญา.*** กรุงเทพฯ: วิทยาลัยการยุติธรรมกระทรวงยุติธรรม. หน้า 10.

บุคคลเป็นผู้รับผิดชอบหรือเป็นผู้รับโทษสำหรับกรณีดังกล่าว เช่น คดี Regina **V.** Birmingham and Gloucester Railway Co. ศาลลงโทษจำเลยเนื่องจากขัดขืนไม่ดำเนินการรื้อสะพานที่จำเลยได้ก่อสร้างคร่อมถนนไว้ ต่อมาแนวความคิดในการลงโทษทางอาญาแก่นิติบุคคลได้เริ่มขยายไปถึงการกระทำความผิดที่เจตนาของผู้กระทำไม่ใช่สาระสำคัญของการกระทำนั้น ส่งผลให้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการตีความ กฎหมาย ค.ศ.1889 (Interpretation Act, 1889) ซึ่งมาตรา 2 ของกฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติไว้ว่า “ในการตีความกฎหมายที่มีโทษทางอาญา คำว่า “บุคคล” ให้หมายความรวมถึง “นิติบุคคล” ด้วย เว้นแต่จะมีข้อความหรือเจตนาให้เห็นเป็นอย่างอื่น” ดังนั้น นิติบุคคลจึงมีความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ เว้นแต่เจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นจะปรากฏเป็นอย่างอื่น

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา การลงโทษนิติบุคคลในทางอาญาเกิดขึ้นได้มากกว่าในประเทศสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือ โดยเฉพาะกรณีที่นิติบุคคลไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งเป็นความผิดที่เจตนาไม่เป็นสาระสำคัญ เช่น ความผิดตามกฎหมายแรงงาน ความผิดฐานก่อให้เกิดมลพิษต่อสิ่งแวดล้อม เป็นต้น แต่คำนึงถึงส่วนได้เสียของประชาชนซึ่งศาลฎีกาในคดี New York Central & Hudson River Railroad Co. **V.** United States ยืนยันหลักการนี้และวินิจฉัยให้นิติบุคคลต้องรับผิดในการกระทำของตัวแทนของตน แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลจึงเกิดการเปลี่ยนแปลงจากแนวคิดเดิมที่ว่านิติบุคคลไม่อาจรับโทษทางอาญาได้มาเป็นหลักใหม่ที่ว่านิติบุคคลอาจรับโทษทางอาญาได้ หากว่าความผิดนั้นเป็นความผิดที่ไม่ต้องการเจตนาทางอาญาในการกระทำ อย่างไรก็ตาม ต่อมาแนวความคิดในการให้นิติบุคคลรับผิดทางอาญานั้นได้ขยายความผิดฐานอื่นอีกหลายฐานที่ต้องการเจตนาในการกระทำ เช่น ความผิดฐานดูหมิ่น หมิ่นประมาท เป็นต้น

สรุปได้ว่า แนวความคิดในเรื่องความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีนั้น เปลี่ยนแปลงไปจากหลักเดิมโดยยอมรับให้นิติบุคคลมีความรับผิดทางอาญาได้ รวมทั้งยังขยายขอบเขตความรับผิดไปถึงความผิดอาญาที่ต้องอาศัยเจตนาในการกระทำความผิดซึ่งการเปลี่ยนแปลงแนวคิดในเรื่องความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลนี้แสดงให้เห็นถึงการยอมรับฐานะของนิติบุคคลซึ่งปัจจุบันมีบทบาทสำคัญต่อสังคมและธุรกิจเป็นอย่างมาก

2.6.2 กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law)

ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายนั้น มีแนวคิดโดยทั่วไปในเรื่องความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลไปในแนวทางที่ต่างไปจากกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีอย่างค่อนข้างชัดเจน ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างดังต่อไปนี้

1. ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

เดิมนักกฎหมายเห็นว่า นิติบุคคลไม่สามารถกระทำความผิดทางอาญาได้ เนื่องจากขาดเจตนาทางอาญาอันเป็นองค์ประกอบภายในตัวผู้กระทำความผิด นอกจากนี้ โทษตามกฎหมายส่วนใหญ่ไม่สามารถลงแก่นิติบุคคลได้โดยสภาพ การบรรลุวัตถุประสงค์ของลงโทษจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ อย่างไรก็ตาม การลงโทษนิติบุคคลสามารถเกิดขึ้นได้ในความผิดบางประเภทตามกฎหมายพิเศษที่กำหนดให้นิติบุคคลรับผิดทางอาญาโดยเฉพาะเท่านั้น ต่อมานักกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสพยายามที่จะแก้ไขปัญหาหลักเกณฑ์เรื่องความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล โดยการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ.1992 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลให้มีความชัดเจน อันแสดงให้เห็นถึงการยอมรับให้นิติบุคคลมีความรับผิดทางอาญาได้

2. ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

แนวความคิดของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีลักษณะเช่นเดียวกับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส กล่าวคือ นักนิติศาสตร์และศาลในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีต่างเห็นว่าความผิดทางอาญาใดที่ต้องการเจตนาเป็นองค์ประกอบในการกระทำความผิด นิติบุคคลไม่สามารถกระทำผิดเช่นนั้นได้และย่อมไม่สามารถถูกลงโทษในความผิดนั้นได้เช่นกัน การจะให้นิติบุคคลต้องรับผิดและรับโทษในทางอาญาจึงจำเป็นต้องตรากฎหมายเพื่อกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดไวโดยเฉพาะ ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะเป็นความผิดเกี่ยวกันเศรษฐกิจและความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นสำคัญ

2.6.3 สาเหตุของการกำหนดให้มีความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล[14]

ดังได้ศึกษาแล้วว่าประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นประเทศในระบบกฎหมายระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) หรือระบบกฎหมายระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ในปัจจุบันต่างเห็นความสำคัญของการกำหนดให้นิติบุคคลต้องเข้ามารับผิดสำหรับการกระทำความผิดในทางอาญา ซึ่งสาเหตุของการกำหนดมีความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลมีดังต่อไปนี้

(1) เพื่อคุ้มครองส่วนได้เสียของสาธารณชน

เหตุผลที่ศาลมักนำมาใช้ประกอบในการวินิจฉัยให้นิติบุคคลรับผิดทางอาญาคือ ส่วนได้เสียของสาธารณชน โดยเฉพาะในคดีเกี่ยวกับการเงินและเศรษฐกิจซึ่งเป็นคดีที่ส่งผลกระทบโดยรวมต่อประชาชนทั้งประเทศ สิ่งเหล่านี้ส่งผลให้นิติบุคคลเกิดความระมัดระวังในการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ทางเศรษฐกิจที่ออกมาบังคับเพื่อป้องกันมิให้ตนต้องถูกฟ้องเป็นคดีอาญา ซึ่งศาลใน

[14] สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16. หน้า 17.

คดีในกลุ่มประเทศ ระบบกฎหมายจารีตประเพณีได้วินิจฉัยไว้ในคดี New York Central & Hudson River Railroad Co. **V.** United state โดยให้เหตุผลว่า

"ศาลไม่เห็นว่าจะมีข้อขัดข้องใดในทางกฎหมายและเหตุผลทุกประการในเชิงความสงบเรียบร้อยว่าเหตุใดบริษัทซึ่งได้รับกำไรจากการกระทำนั้นจึงจะถูกลงโทษไม่ได้ประวัติศาสตร์ในสมัยนั้นได้ชี้ให้เห็นว่ากฎหมายที่ออกมาห้ามมิให้การให้ส่วนลดนั้นไม่สามารถใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะเมื่อมีการละเมิดกฎหมายขึ้นก็เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้นที่จะถูกลงโทษ ในเมื่อการให้ส่วนลด หรือผลประโยชน์อื่นนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทซึ่งบุคคลธรรมดานั้นมีฐานะเป็นเพียงเครื่องมือในการกระทำความผิดเท่านั้น... "

(2) การลดทอนกำไรของนิติบุคคล

เนื่องจากนิติบุคคลเป็นผู้ได้รับผลกำไรจากการกระทำผิดกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคล เพราะโดยส่วนใหญ่แล้ว การกระทำความผิดโดยตัวแทนของนิติบุคคลนั้นจะเป็นการกระทำความผิดโดยมีวัตถุประสงค์ในการสร้างผลกำไรสูงสุดให้แก่นิติบุคคล นิติบุคคลจึงมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นตามไปด้วย ดังนั้น นิติบุคคลจึงควรได้รับโทษทางอาญาโดยเฉพาะโทษปรับหรือริบทรัพย์สิน เพื่อเป็นการนำทรัพย์สิน เงิน หรือกำไรที่ได้มาโดยมิชอบนั้นออกจากกองทรัพย์สินของนิติบุคคล

(3) การป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดอีก

เมื่อมีการกระทำความผิดในคดีเศรษฐกิจเกิดขึ้น แม้ในบางกรณีจะปรากฏข้อเท็จจริงให้เห็นว่าเป็นการกระทำของลูกจ้างคนใดคนหนึ่งก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวอาจเป็นผลสืบเนื่องมาจากการตัดสินใจของฝ่ายบริหารได้ ดังนั้น การลงโทษบุคคลบางคนซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่หรือตัวแทนในระดับใดระดับหนึ่งของนิติบุคคลย่อมไม่สามารถทำให้นิติบุคคลเกิดการเกรงกลัวหรือเข็ดหลาบต่อการกระทำนั้นได้ การลงโทษจึงไม่สามารถป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดในทำนองเดียวกันซ้ำอีก อย่างไรก็ตาม การเลือกที่จะลงโทษนิติบุคคลโดยถือเหตุผลในข้อนี้เคร่งครัดเกินไปอาจเป็นผลให้มีการลงโทษเฉพาะนิติบุคคลเท่านั้น แนวความคิดในการลงโทษในปัจจุบันจึงมีแนวโน้มที่จะให้รับผิดทั้งนิติบุคคลและบุคคลธรรมดาด้วยกัน เพื่อเกิดการเข็ดหลาบและยับยั้งชั่งใจในการกระทำผิดของตัวแทนระดับผู้บริหารของนิติบุคคลและเจ้าหน้าที่ในระดับรองลงมา

(4) การใช้หลักละเมิด

การให้นิติบุคคลรับผิดทางอาญาสำหรับการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายนั้นจะไม่แตกต่างไปจากการรับผิดเพื่อละเมิดทางแพ่ง เพราะความผิดทางอาญาบางอย่างนั้นก็คือการละเมิดนั่นเอง ดังนั้น จึงควรนำหลักทางแพ่งเรื่องการให้รับผิดแทน หรือทฤษฎีการรับผิดของตัวการต่อการกระทำความผิดของตัวแทนในทางแพ่งมาใช้บังคับกับการรับผิดทางอาญาได้

อย่างไรก็ดี แม้ศาลยุติธรรมของประเทศไทยจะพิพากษาให้นิติบุคคลรับผิดทางอาญา แต่ศาลยุติธรรมไม่เคยอ้างหลักทฤษฎีการรับผิดแทนแต่อย่างใด แต่ถือว่าการกระทำความผิดนั้นเป็นการกระทำของนิติบุคคลเอง ซึ่งนำจะตรงกับทฤษฎี Alter Ego กล่าวคือ ถือว่าการกระทำของผู้แทนของนิติบุคคลนั้นเป็นการกระทำของนิติบุคคล เพราะเจตนาของนิติบุคคลนั้นก็คือเจตนาของผู้แทนนิติบุคคลตามนัยแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “ความประสงค์ของนิติบุคคลย่อมแสดงออกโดยผู้แทนของนิติบุคคล”

2.6.4 ขอบเขตความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล

แม้ว่าประเด็นในเรื่องความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลจะยังเป็นที่โต้เถียงกันอยู่ในวงการนิติศาสตร์ แต่ศาลไทยและศาลในประเทศต่างๆ ให้การยอมรับความผิดทางอาญาของนิติบุคคลมากขึ้น ดังนั้น เมื่อการกระทำของนิติบุคคลถึงขั้นฝ่าฝืนต่อกฎหมายอาญา นิติบุคคลจึงควรต้องรับผิดสำหรับการกระทำดังกล่าว ซึ่งหลักหรือทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวเนื่องกับความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลนั้น ได้แก่ หลักการให้รับผิดแทนหรือรับผิดสำหรับการกระทำของผู้อื่น (Vicarious Liability) และหลักที่ถือว่านิติบุคคลนั้นเป็นผู้ลงมือกระทำเอง (Primary Liability) ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability)[15] หลักเรื่องความรับผิดในการกระทำของผู้อื่นมีที่มาจากกฎหมายละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่หลักการดังกล่าวมิใช่หลักทั่วไปของกฎหมายอาญา แม้บุคคลอาจต้องร่วมรับผิดกับผู้กระทำความผิดเนื่องจากการเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน แต่ในกรณีเหล่านี้ถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดเองมิใช่การรับผิดแทนกันตามหลักละเมิด[16]

ดังนั้น การที่จะให้บุคคลซึ่งมิได้กระทำความผิดร่วมรับผิดหรือรับผิดแทนผู้กระทำความผิดจึงจำเป็นต้องอาศัยกฎหมายพิเศษเป็นการเฉพาะ รวมทั้งควรใช้และตีความอย่างเคร่งครัด เพราะการนำหลักการรับผิดในการกระทำของผู้อื่นมาใช้ในคดีอาญาอาจถือได้ว่าเป็นการยกเว้นหลักทั่วไปของกฎหมายอาญาในเรื่องเจตนาของผู้กระทำความผิด ในกรณีความรับผิดของนิติบุคคลก็เช่นเดียวกัน หากฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้นิติบุคคลต้องรับผิดแทนหรือร่วมรับผิดกับผู้กระทำความผิดแล้ว จะต้องมีการออกกฎหมายพิเศษระบุเป็นการเฉพาะให้นิติบุคคลรับผิดด้วย มิฉะนั้น

---

[15] ทฤษฎีการให้รับผิดในการกระทำของผู้อื่น หมายถึง การให้รับผิดโดยที่ตนเองมิได้เป็นผู้กระทำหรือเป็นการรับผิดหรืองดเว้นการกระทำของบุคคลอื่น เช่น การกระทำของตัวแทนหรือลูกจ้าง เป็นต้น ซึ่งเหตุผลของทฤษฎีนี้มาจากความเชื่อที่ว่าตัวแทนหรือลูกจ้างกระทำความผิดเนื่องจากนิติบุคคลซึ่งอยู่ในฐานะนายจ้างหรือผู้บังคับบัญชามิได้เอาใจใส่ควบคุมดูแลอย่างถูกต้องเพียงพอ

[16] สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16. หน้า 32.

จะให้นิติบุคคลรับผิดในทางอาญาด้วยมิได้ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเลือกใช้ทฤษฎีการรับโทษในการกระทำของบุคคลอื่นดังกล่าวนี้ เพื่อลงโทษนิติบุคคลในทางอาญาในกรณีที่ตัวแทนหรือลูกจ้างของนิติบุคคลนั้นกระทำการในทางการที่จ้าง หรือภายในขอบอำนาจของตน เนื่องจากการให้นิติบุคคลรับโทษทางอาญา โดยอาศัยทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลเป็นผู้กระทำเอง ผู้กระทำต้องเป็นผู้แทนของนิติบุคคล ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว ผู้ลงมือกระทำความผิดอาจมิได้อยู่ในฐานะผู้แทนของนิติบุคคลหรืออาจเป็นเพียงเจ้าหน้าที่ที่มีตำแหน่งระดับรองลงมา ทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลเป็นผู้กระทำผิดเองจึงอาจมีช่องว่างที่นิติบุคคลสามารถหลุดพ้นจากความรับผิดทางอาญาได้ ตัวอย่างเช่น หากบุคคลซึ่งอยู่ในตำแหน่งผู้แทนของนิติบุคคลมิได้ลงมือกระทำการเองแต่รู้เห็นเป็นใจให้เจ้าหน้าที่ระดับรองลงไปเป็นผู้กระทำความผิด

(2) ความรับผิดในฐานะผู้กระทำโดยตรง (Primary Liability) ความรับผิดของนิติบุคคลในฐานะผู้กระทำโดยตรงนี้เกี่ยวข้องกับหลักทฤษฎี Alter Ego ซึ่งเป็นทฤษฎีที่เห็นว่าการที่จะพิจารณาว่านิติบุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากตัวบุคคลผู้เป็นตัวแทนของนิติบุคคลโดยถือว่าการกระทำและเจตนาของผู้เป็นตัวแทนของนิติบุคคลเอง เนื่องจากหลักการนี้มองว่าตัวแทนของนิติบุคคลถือเป็นตัวตนของนิติบุคคลด้วย นอกจากนี้ หลักความรับผิดของนิติบุคคลนี้ยังเห็นว่าการกระทำของบุคคลเช่นว่านี้มีความแตกต่างจากการกระทำของบุคคลที่อยู่ในตำแหน่งหรือหน้าที่รับผิดชอบในระดับรองลงมา ดังนั้น การกระทำที่จะถือว่าเป็นของนิติบุคคลนั้นควรเป็นการกระทำของบุคคลที่ถือเสมือนเป็นตัวนิติบุคคลเองเท่านั้น

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของศาลไทยแล้ว [17] ศาลไทยมีแนวความคิดที่ค่อนข้างคล้ายกับแนวความคิดนี้ กล่าวคือ แม้ว่าในคำพิพากษาฎีกาจะไม่ได้พิจารณาแยกแยะหรือกล่าวถึงหลักทฤษฎี Alter Ego ไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่เหตุผลที่ศาลนำมาใช้เพื่อสนับสนุนการลงโทษทางอาญาแก่นิติบุคคล ศาลมักจะถือเอาการกระทำของบุคคลผู้เป็นผู้แทนนิติบุคคลเป็นการกระทำของตัวนิติบุคคลเองซึ่งเป็นแนวความคิดที่สอดคล้องกับทฤษฎี Alter Ego นั่นเอง

2.6.5 ทฤษฎีความรับผิดทางอาญา

2.6.5.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญา

1) หลักการพิจารณาว่าการกระทำใดควรจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้น นักกฎหมายคนสำคัญท่านหนึ่งคือ เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) ได้อธิบาย หลักการ

---

[17] คำพิพากษาฎีกาที่ 787-788/2506 "...เจตนาของนิติบุคคลย่อมแสดงออกทางผู้แทนของนิติบุคคลตามนัยแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 75 (มาตรา 70 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่แก้ไขใหม่) เมื่อผู้แทนของนิติบุคคลแสดงเจตนาอันใดซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของผู้แทนในการดำเนินกิจการตามวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล เจตนานั้นก็ผูกพันและต้องถือว่าเป็นเจตนาของนิติบุคคลนั่นเอง..."

เรื่องนี้ไว้ในหนังสือชื่อ “The Limits of the Criminal Sanction” โดยวางหลักการไว้ 6 ประการ ดังนี้คือ[18]

(1.1) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น

(1.2) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้วจะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่างๆ

(1.3) การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญาจะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป

(1.4) หากเป็นความผิดอาญาแล้วจะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาค และเท่าเทียมกัน

(1.5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ

(1.6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

การกระทำผิดในความผิดประเภท มาลาอินเซ *(Mala In Se)* เช่น การฆ่า คนตาย การปล้นทรัพย์ การลักทรัพย์ การข่มขืน เป็นความผิดที่มีความชั่วร้ายในตัวเอง หรือเห็นได้ในตัวเอง ย่อมเข้าข่ายหลักทั้ง 6 ประการของแพ็กเกอร์

2) หลักการเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอาญาเพื่อกำหนดความรับผิดทางอาญา การกำหนดความผิดทางอาญานั้นจะต้องพิจารณาถึงหลักการใช้กฎหมายอาญาดังต่อไปนี้

(2.1) กฎหมายอาญายึดมั่นในหลักการเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาที่เป็นสากล ว่า *“Nullum crimen nulla poena sine lege”* หรือแปลความเป็นภาษาอังกฤษว่า “No crime no punishment without law” หรือแปลความเป็นภาษาไทยว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีกฎหมาย ไม่มีโทษ” ตามมาตรา 2 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายอาญา

(2.2) กฎหมายอาญาย้อนหลังให้ผลร้ายมิได้ ตามมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

3) การใช้กฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัดจะนำหลักจารีตประเพณี หรือบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ลงโทษผู้กระทำผิดมิได้ซึ่งมีหลักการดังนี้

---

[18] Herbert L. Packer. (1968). ***The Limits of the Criminal Sanction.*** California: Stanford University Press. p. 296. อ้างใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2558). ***คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*** (พิมพ์ครั้งที่ 9) กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตย์สภา. หน้า 3.

(3.1) จะอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมา ใช้ให้เป็นผลร้ายมิได้

(3.2) จะนำจารีตประเพณีมาใช้ให้เป็นผลร้ายมิได้

(3.3) จะนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ให้เป็นผลร้ายมิได้

(3.4) โดยหลักทั่วไปความผิดทางอาญาจะถือว่าเป็นความผิดต่อแผ่นดินทั้งสิ้น ยกเว้น ความผิดต่อส่วนตัวหรือความผิดอันยอมความได้ถือเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไป แต่ที่สำคัญคือจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเจาะจง ตัวอย่างเช่น ตามประมวลกฎหมายอาญาในฐานความผิดฐานหมิ่นประมาท มาตรา 326 โดยมีมาตรา 333 ระบุให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ความผิดฐานฉ้อโกง โดยมีมาตรา 348 ระบุให้เป็นความผิดอันยอมความได้

(3.5) ความผิดอันยอมความได้ หรือความผิดต่อส่วนตัว หากผู้เสียหายไม่ติดใจเอาความ รัฐจะไม่สามารถดำเนินคดีต่อไปได้โดยลำพัง

(3.6) ความผิดต่อแผ่นดิน แม้ผู้เสียหายไม่ติดในเอาความรัฐก็จะต้องดำเนินคดีและบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย ความเห็นชอบของผู้เสียหายไม่เป็นเงื่อนไขในการดำเนินคดีอาญาของรัฐ

(3.7) กฎหมายอาญาไม่ยอมรับหลักความยินยอมในอันที่จะนำมาใช้เพื่อยกเว้นความผิด กฎหมายอาญายอมรับหลักในเรื่องความยินยอมเฉพาะกรณีที่ความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีงาม

(3.8) ความผิดฐานลหุโทษ ในภาค 3 ของประมวลกฎหมายอาญา แม้จะถือว่าเป็นความผิดเล็กน้อยและมีอัตราโทษเพียงเล็กน้อย แต่ก็ไม่อาจยอมความกันได้

(3.9) การกระทำความผิดบางชนิด แม้ผู้กระทำไม่มีเจตนาและไม่ได้ประมาท แต่ก็ยังต้องรับผิดทางอาญา เรียกว่า “ความรับผิดโดยเด็ดขาด”

(3.10) ความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น เป็นความผิดทางอาญาในหลายกรณี ตัวอย่างเช่น ความรับผิดของบรรณาธิการหนังสือพิมพ์ต่อการตีพิมพ์ บทความข้อเขียนของบุคคลอื่นต้องรับผิดทางอาญาเมื่อเกิดการหมิ่นประมาทผู้อื่น

(3.11) โทษทางอาญาระงับไปด้วยความตายของผู้กระทำความผิด

(3.12) กระบวนการบังคับใช้กฎหมายอาญาต้องหลีกเลี่ยงการนำตัวผู้บริสุทธิ์มาลงโทษให้มากที่สุด การบังคับใช้กฎหมายจึงต้องมีความเป็นธรรม[19]

---

[19] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2558). ***คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*** (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตย์สภา. หน้า 3.

2.6.5.2 โครงสร้างความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law)

การพิจารณาความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายระบบประมวลกฎหมาย ตามแนวคิดของสำนักกฎหมายในยุโรป เห็นว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการลงโทษการกระทำผิดของบุคคลในสังคม จึงต้องพิจารณาถึงตัวผู้กระทำและการกระทำของบุคคลนั้น โดยมีลำดับขั้นตอนการพิจารณาตามลำดับ คือ เริ่มต้นจากการพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลนั้นครบตามองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานนั้นหรือไม่ ต่อจากนั้นจึงพิจารณาว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ หรือเป็นความผิดกฎหมายหรือไม่ ตามด้วยการพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบชั่วดีของบุคคลผู้กระทำ เรียกว่าเป็นการพิจารณาถึงส่วนที่เรียกว่า “ความชั่ว” ของผู้กระทำ

สรุปได้ว่า โครงสร้างความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายระบบ Civil Law มีองค์ประกอบ 3 ส่วน คือ องค์ประกอบความผิด ความผิดกฎหมาย การกระทำที่เป็นความชั่ว

1. องค์ประกอบความผิด

การพิจารณาโครงสร้างความผิดอาญาในเรื่ององค์ประกอบต่างๆ ที่เป็นสาระสำคัญของกฎหมายในความผิดแต่ละฐานความผิดซึ่งแต่ละฐานความผิดนั้นจะประกอบด้วยสาระสำคัญต่าง ๆ ที่หากผู้กระทำได้กระการครบถ้วนตามนั้นแล้วจะถือว่าครบองค์ประกอบความผิด

องค์ประกอบความผิด แบ่งออกเป็นสองส่วนคือ องค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายใน

1) องค์ประกอบภายนอก เป็นการพิจารณาองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในความผิดแต่ละฐาน ประกอบด้วยการพิจารณาองค์ประกอบย่อย 4 ส่วนคือ ผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ และความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล[20]

ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 “ผู้ใดเอาทรัพย์ของผู้อื่น หรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี และปรับไม่เกิน 6,000 บาท”

จากตัวอย่างกรณีความผิดฐานลักทรัพย์ เราสามารถพิจารณาองค์ประกอบความผิดที่เป็นองค์ประกอบภายนอก ได้ดังนี้

(1) ผู้กระทำ - ผู้ใด

(2) การกระทำ - เอาไป

(3) กรรมของการกระทำ - ทรัพย์ของผู้อื่น หรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย

---

[20] แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). ***หลักกฎหมายอาญา*** (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 45.

(4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล – การกระทำ (การเอาทรัพย์ไป) และผล (ทรัพย์ถูกเอาไปเสียจากเจ้าของทรัพย์)

สำหรับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล เป็นการพิจารณาว่า ผลที่เกิดขึ้นนั้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำอันนั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การกระทำอันนั้นเป็นเหตุให้ผลเกิดขึ้น โดนักวิชาการด้านนิติศาสตร์ได้อาศัยทฤษฎีในการอธิบายไว้หลายทฤษฎี แต่ทฤษฎีที่ได้รับความนิยมคือ ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม และทฤษฎีเงื่อนไข[21]

ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม (The theory of Adequate Causation) มีหลักการว่า เหตุที่ก่อให้เกิดผลที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดนั้น หมายเฉพาะเหตุที่ตามประสบการณ์ทั่วไปสามารถทำให้เกิดผลที่ความผิดนั้นต้องการได้ กล่าวคือ มุ่งเฉพาะเงื่อนไขที่เพียงพอเท่านั้น โดยดูเฉพาะเหตุที่ตามความรู้ความชำนาญทำให้เกิดผลได้เท่านั้น ไม่ใช่พิจารณาทุกเหตุ นอกจากนี้การกระทำและผลที่เกิดขึ้นต้องมีความเกี่ยวพันกันอย่างสมเหตุสมผล

ทฤษฎีเงื่อนไข (The condition theory) มีหลักการว่า การกระทำในทุกกรณีย่อม ชื่อว่าเป็นเหตุที่ทำให้เกิดผล กล่าวคือ ถ้าหากไม่มีการกระทำนั้นๆ แล้ว ผลก็จะไม่เกิดขึ้น

2) องค์ประกอบภายใน

เป็นการพิจารณาเกี่ยวกับเจตนาของผู้กระทำ ประกอบด้วย

(1) เจตนา (เจตนาธรรมดา คือ ประสงค์ต่อผล หรือเล็งเห็นผล)

(2) เจตนาพิเศษ คือ โดยทุจริต

ความหมายของเจตนา

การพิจารณาความหมายของคำว่าเจตนาเราสามารถศึกษาได้จากประมวล กฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสองและวรรคสาม ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

มาตรา 59 วรรคสอง “การกระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น”

มาตรา 59 วรรคสาม “ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้”

จากบทบัญญัติดังกล่าว เราสามารถให้ความหมายของคำว่าเจตนาได้ดังนี้คือ “เจตนา” หมายถึง การกระทำที่ผู้กระทำกระทำไปโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

---

[21] แสวง บุญเฉลิมวิภาส. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 24. หน้า 46

ตามกรณีตัวอย่างความผิดฐานลักทรัพย์ การพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลใดจะเข้าองค์ประกอบความผิดฐานลักทรัพย์หรือไม่ จึงต้องพิจารณาว่าได้มีการกระทำครบถ้วนตามองค์ประกอบความผิดทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน

เจตนาประสงค์ต่อผล

คำว่า “ประสงค์ต่อผล” หมายถึง ความประสงค์ที่จะให้เกิดผลขึ้นตามที่ตั้งใจนั้นโดยตรง กล่าวคือ ผู้กระทำได้กระทำโดยมุ่งหมายหรือมีความต้องการที่จะให้ความผิดเกิดขึ้น[22] เช่น ก.ใช้ปืนยิง ข. โดยมีความมุ่งหมายที่จะฆ่า ข. ให้ตาย แสดงว่า ก. มุ่งหมายความตายของ ข. ให้เกิดขึ้นจากการใช้ปืนยิง ข. สำหรับความมุ่งหมายที่จะให้เกิดผลนี้ไม่จำเป็นต้องเฉพาะเจาะจงลงไปว่ามุ่งหมายต่อผู้ใดเท่านั้น แต่อาจเป็นความมุ่งหมายเป็นการทั่วไปที่จะให้ความผิดเกิดขึ้น เช่น ตำรวจใช้อาวุธปืนยิงไปยังกลุ่มผู้ชุมนุมเพื่อให้มีความตายของบุคคลเกิดขึ้น โดยมุ่งหวังให้เกิดการแตกตื่นและการจลาจล ก็ถือเป็นการฆ่าคนตายโดยเจตนาแล้ว

เจตนาย่อมเล็งเห็นผล

หลังจากที่เราพิจารณาเรื่องเจตนาประสงค์ต่อผลแล้ว หากไม่เข้าข่ายเป็นเจตนาประสงค์ต่อผล เราจึงมาพิจารณาเป็นลำดับถัดไปว่าจะเข้าข่ายเป็นเจตนาย่อมเล็งเห็นผลหรือไม่ โดยเราพิจารณาจาก “จิตใจของผู้กระทำ” เป็นสำคัญ เจตนาย่อมเล็งเห็นผลนั้น ผลที่คาดเห็นว่าจะเกิดขึ้นและเสี่ยงของผลที่จะเกิดขึ้นไม่จำต้องเกิดขึ้นทีเดียว เพียงแต่อาจเป็นไปได้ก็พอแล้ว

การรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด

องค์ประกอบภายในของเจตนาจะต้องปรากฏว่าผู้กระทำได้กระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงว่าทรัพย์นั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้อื่นและต้องรู้ด้วยว่าทรัพย์นั้นอยู่ในความครอบครองของผู้อื่น

สำหรับประเด็นที่ว่าการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดนั้นจะมีขอบเขตเพียงใดนั้นกฎหมายได้วางหลักการเกี่ยวกับการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดไว้ว่า การรู้ข้อเท็จจริงนั้นผู้กระทำเพียงแต่รู้ในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงโดยทั่วไปเท่านั้นก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องรู้ในรายละเอียดที่เฉพาะเจาะจงโดยขอบเขตของการรู้ควรจะอยู่ระหว่าง Actual Knowledge กับ Potential Knowledge คำว่า Actual Knowledge หมายถึง การรู้รายละเอียดตามความเป็นจริง คำว่า Potential Knowledge หมายถึง การรู้ในสิ่งที่คาดว่าจะเป็นไปไม่ได้ ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ผู้กระทำเพียงแค่รู้ข้อเท็จจริงในส่วนขององค์ประกอบว่าสิ่งที่เอาไปนั้นไม่ใช่ทรัพย์ของตน แต่เป็นทรัพย์ของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ก็ถือว่าเพียงพอต่อขอบเขตของการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดแล้ว โดยผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้

---

[22] แสวง บุญเฉลิมวิภาส. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 24. หน้า 57

ไปถึงรายละเอียดว่า ทรัพย์นั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของใคร เป็นของนายก. หรือ นาย ข. และไม่จะต้องรู้ไปถึงว่าสิ่งที่เอาไปนั้นเป็นทรัพย์ตามความหมายของกฎหมายหรือไม่

นอกจากนี้ การรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดนั้นข้อเท็จจริงที่ว่าอาจเป็นข้อเท็จจริงในทางยืนยันหรือข้อเท็จจริงในทางปฏิเสธก็ได้

ข้อเท็จจริงในทางยืนยัน อย่างเช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ผู้กระทำรู้ว่าทรัพย์นั้นเป็นทรัพย์ของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย

ข้อเท็จจริงในทางปฏิเสธ อย่างเช่น เจ้าพนักงานกระทำการโดยรู้ว่าตนไม่มีอำนาจแต่ก็ยังกระทำไป หรือบุคคลใดรู้อยู่ว่าตนไม่มีสิทธิ์สวมเครื่องแบบตามที่กฎหมายระบุแต่ก็ยังกระทำไป

เจตนากับเจตนาร้าย

เจตนาร้าย (Mens res) เป็นคำในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งเป็นแนวการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยมีหลักว่า การพิจารณาความรับผิดทางอาญานั้นนอกจากจะต้องพิจารณาในส่วนของการกระทำภายนอก แล้ว ยังจะต้องพิจารณาในส่วนของจิตใจที่เรียกว่าเจตนาร้ายด้วย

อย่างไรก็ดีในเรื่องเกี่ยวกับการนำเจตนาร้ายมาในการพิจารณาความรับผิดทางอาญานี้นักวิชาการกฎหมายอย่างเช่นศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร และ ศาสตราจารย์ แสวง บุญเฉลิมวิภาส เห็นว่า การนำหลักเจตนาร้าย (Mens rea) มาใช้อธิบายกับประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายนั้นไม่ถูกต้องและไม่เหมาะสม และไม่สอดคล้องกับความหมายที่ประมวลกฎหมายอาญาได้ให้ไว้เพราะความหมายของเจตนาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญานั้นเป็นความหมายของเจตนาในเรื่องการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดและประสงค์ต่อผล หรือย่อมเล็งเห็นผล อันมีลักษณะเป็นบททั่วไปแต่ไม่ได้มีความหมายว่าเป็นเจตนาดีหรือเจตนาร้ายแต่ประการใด ถ้าหากการกระทำนั้นผิดกฎหมายและผู้กระทำมีความชั่วก็เพียงพอที่จะลงโทษได้แล้ว[23]

การพิจารณาองค์ประกอบภายนอกยังพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำอีกด้วย กล่าวคือ การกระทำ(การที่เอาทรัพย์ไป) และผลของการกระทำ(ทรัพย์นั้นถูกลักไป) ต้องมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันคือผลที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นผลมาจากการกระทำนั้น

อย่างไรก็ดี ยังมีข้อโต้แย้งกันว่าควรจะถือว่าเจตนาของผู้กระทำควรจะวางอยู่ในเรื่ององค์ประกอบความผิดหรือว่าควรแยกออกมาต่างหาก

---

[23] แสวง บุญเฉลิมวิภาส. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 24. หน้า 60-61

1. ความผิดกฎหมาย

หลังจากที่ได้พิจารณาว่าการกระทำใดๆที่จะเป็นความผิดนั้นครบถ้วนตามองค์ประกอบความผิดหรือไม่ เมื่อได้ความว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบความผิดแล้วลำดับต่อไปจะต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดกฎหมายหรือไม่ นั่นคือดูว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เป็นความผิดกฎหมายตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่เนื่องจากการกระทำบางอย่างแม้จะครบตามองค์ประกอบความผิดแล้ว แต่มีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด

หลังจากที่ได้พิจารณาว่าการกระทำใดๆที่จะเป็นความผิดนั้นครบถ้วนตามองค์ประกอบความผิดหรือไม่ เมื่อได้ความว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบความผิดแล้วลำดับต่อไปจะต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดกฎหมายหรือไม่ นั่นคือดูว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เป็นความผิดกฎหมายตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่เนื่องจากการกระทำบางอย่างแม้จะครบตามองค์ประกอบความผิดแล้วแต่มีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด

เหตุที่ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดในที่นี้แบ่งการพิจารณาออกเป็น 3 เรื่อง คือ จารีตประเพณี ความยินยอมของผู้ถูกกระทำและกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้

1) จารีตประเพณี แม้ว่าจะไม่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่ก็ยังนำมาใช้อ้างได้ในบางกรณี ในเรื่องความรับผิดทางอาญานั้นจารีตประเพณีจะนำมาใช้ได้ก็เฉพาะแต่การช่วยให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดเท่านั้นไม่สามารถนำมาใช้เพื่อลงโทษผู้กระทำผิดได้

2) ความยินยอมของผู้ถูกกระทำ ในบางเรื่องความยินยอมของผู้ถูกกระทำอาจทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดตามกฎหมายได้ อย่างเช่นความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 ผู้ใดเอาทรัพย์ของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี และปรับไม่เกิน 6,000 บาท หากผู้ถูกกระทำหรือเจ้าของทรัพย์ยินยอมให้ผู้กระทำเอาทรัพย์นั้นไปได้ก็ไม่ถือว่าเป็นความผิด

การพิจารณาเรื่องความยินยอมนี้จะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีมิใช่จะเป็นเหตุที่จะทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดไปเสียทั้งหมดซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักวัตถุประสงค์ของกฎหมาย กฎหมายใดที่มีวัตถุประสงค์เป็นการคุ้มครองประโยชน์ส่วนบุคคลบุคคลย่อมอ้างเรื่องความยินยอมมาแก้ตัวได้ แต่ถ้ากฎหมายใดที่มีวัตถุประสงค์เป็นคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมอยู่ด้วยการกระทำที่จะสามารถอ้างเรื่องความยินยอมมาแก้ตัวได้การกระทำนั้นจะต้องไม่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี

3) กรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้ การกระทำใดที่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ว่า หากกระทำแล้วไม่เป็นความผิดการกระทำนั้นก็จะไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 ผู้ใดจักต้องกระทำการใด เพื่อป้องกันสิทธิ์ของ

ตนเองหรือของผู้อื่นให้พ้นจากภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึงถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายผู้นั้นไม่มีความผิด

สรุปได้ว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่เราจะต้องพิจารณาเหตุหรือข้อยกเว้นตามกฎหมายที่จะทำให้การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย เงื่อนไขดังกล่าว ได้แก่ จารีตประเพณี ความยินยอมของผู้ถูกกระทำและกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้[24]

3. การกระทำที่เป็นความชั่ว

เมื่อได้พิจารณาการกระทำใดๆว่าเข้าองค์ประกอบความผิดครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดและพิจารณาความผิดหรือไม่ผิดกฎหมายแล้ว ลำดับต่อไปจะต้องพิจารณาถึงตัวผู้กระทำ

การพิจารณาถึงตัวผู้กระทำจะพิจารณาว่าบุคคลนั้นได้กระทำลงไปโดยมีความรู้สึกผิดชอบหรือไม่ หรือสิ่งที่เขากระทำลงไปเป็นสิ่งที่สังคมจะตำหนิได้หรือไม่ หากสิ่งที่เขากระทำลงไปเกิดจากความไม่รู้ผิดชอบ กฎหมายจะยกเว้นโทษให้โดยถือว่าบุคคลนั้นไม่มีความชั่ว ความไม่รู้ผิดชอบของบุคคลเกิดขึ้นจากความบกพร่องหลายลักษณะ อาทิ ความบกพร่องเรื่องอายุ ความบกพร่องเรื่องจิตของผู้กระทำ ความบกพร่องเรื่องความไม่รู้ข้อผิดถูก

2.6.5.3 โครงสร้างความผิดอาญาของระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)

ความรับผิดทางอาญา ตามระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) มีแนวคิดว่าการพิจารณาถึงเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลจะต้องพิจารณาควบคู่กันระหว่างส่วนที่เป็นภววิสัย (Objective) ซึ่งเป็นส่วนของการกระทำและส่วนที่เป็นอัตตวิสัย (Subjective) ซึ่งเป็นส่วนของจิตใจตามภาษิตที่ว่า "การกระทำจะไม่เป็นความผิดถ้าไม่มีเจตนาร้าย" ซึ่งเป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นในสมัยกลางที่ศาสนาคริสต์มีอิทธิพลต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

นอกจากการแยกองค์ประกอบความรับผิดทางอาญาออกเป็นสองส่วน คือ ส่วนที่เป็นการกระทำและส่วนที่เป็นเรื่องของจิตใจที่ชั่วร้ายดังที่กล่าวมาแล้ว ตามระบบกฎหมายจารีตประเพณี ได้วางหลักการเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาที่เป็นหัวใจสำคัญของโครงสร้างความรับผิด

---

[24] ณัฐฐ์วัฒน์ สุทธิโยธิน. (2554). ***ทฤษฎีความรับผิดทางอาญา***. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : https://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/41716_2.pdf. [2561, 17 ธันวาคม]. หน้า 31-32.

ทางอาญาไว้ 5 ประการ คือ การกระทำความผิด จิตใจที่ชั่วร้าย ความสอดคล้องต้องกันระหว่างการกระทำและผล ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล และผลร้ายที่เกิดขึ้น[25]

องค์ประกอบความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายจารีตประเพณี

1. การกระทำความผิด หมายถึงการกระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดจุดเริ่มต้นของการพิจารณาความรับผิดคือจะต้องมีการกระทำเพราะกฎหมายอาญามุ่งลงโทษสิ่งที่เป็นการกระทำจะไม่ลงโทษสิ่งที่เป็นความคิด

1) การกระทำ (Actus) ประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คืออิริยาบถ พฤติการณ์ประกอบอิริยาบถ และผลของอิริยาบถและพฤติการณ์ประกอบอิริยาบถนั้น

อิริยาบถ หมายถึง การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายโดยรู้สำนึก ซึ่งเป็นการเคลื่อนไหวที่อยู่ภายใต้การบังคับของจิตใจ หากเคลื่อนไหวร่างกายโดยไม่รู้สำนึกเป็นการเคลื่อนไหวที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับของจิตใจ

พฤติการณ์ประกอบอิริยาบถ การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ขณะนั้น

ผลของอิริยาบถและพฤติการณ์ประกอบอิริยาบถ นั้นเป็นผลของการกระทำที่เกิดขึ้นซึ่งแบ่งออกเป็น

ก. ผลที่สำเร็จในตัวตัวอย่างเช่นใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามโดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียงถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังถือว่า กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทแล้วไม่ต้องพิจารณาว่าผู้ที่ได้ฟังจะเชื่อหรือไม่ก็ตาม

ข. ผลที่ต้องอาศัยผลสุดท้ายที่จะเกิดขึ้นเป็นสำคัญเช่นความผิดฐานฆ่าคนตายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 ผู้ใดฆ่าผู้อื่นต้องระวังโทษประหารชีวิตจำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกตั้งแต่ 15 ปีถึง 20 ปีนอกจากจะต้องมีการกระทำครบองค์ประกอบความผิด และกระทำโดยเจตนาแล้วยังต้องปรากฏว่ามีความตายของผู้ถูกกระทำเกิดขึ้นเป็นผลสุดท้ายเสียก่อนจึงจะเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้

2) ความผิด (Reus) การพิจารณาเรื่องการกระทำตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นนี้เป็นการพิจารณาเฉพาะส่วนที่เป็นการกระทำเท่านั้นซึ่งหมายถึง การพิจารณาการกระทำว่าครบตามองค์ประกอบความผิดของฐานความผิดนั้นหรือยัง หากครบแล้วก็ถือว่าเป็นการกระทำ แล้ว อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าจะเป็นการกระทำแล้ว แต่ก็ยังต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าการกระทำนั้นมีกฎหมายบัญญัติ

---

[25] กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. (2555). ***กฎหมายอาญาชั้นสูง ภาค 1***. เอกสารประกอบการบรรยายของหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 62.

ว่าเป็น "ความผิด" หรือไม่ซึ่งในที่นี้จะต้องพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายถ้าหากไม่มีกฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิดก็ถือว่าขาดองค์ประกอบของความผิดแล้ว

2. เจตนาร้าย (Mens Rea) สำหรับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ถือว่าเจตนาร้าย คือ สิ่งที่บ่งบอกสภาวะที่แท้จริงของจิตใจอันเกี่ยวกับจิตใจที่ชั่วร้าย นอกจากนี้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี คำว่า เจตนาร้าย ครอบคลุมทั้งส่วนที่เป็นการกระทำโดยเจตนาและส่วนที่เป็นการกระทำประมาทโดยรู้ตัว

ศาสตราจารย์ Stallybrass อธิบายความหมายของเจตนาร้าย ว่าเป็นข้อควรตำหนิทางศีลธรรมจรรยา ซึ่งหมายถึงความรู้สึกว่าการกระทำความผิด

ส่วนผู้พิพากษา Delvin อธิบายความหมายของเจตนาร้าย ว่าเจตนาร้ายควรจะประกอบด้วยองค์ประกอบสองส่วนคือส่วนแรกความประสงค์ที่จะกระทำการใดและส่วนที่สองความรู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด

สำหรับความเห็นของนักกฎหมายที่เป็นที่ยอมรับกันในปัจจุบันว่าเจตนาร้าย (Mens Rea) มีอยู่ในส่วนของการกระทำโดยเจตนา และการกระทำประมาทโดยรู้ตัว ส่วนกรณีการประมาทธรรมดา ยังมีข้อโต้เถียงกันว่าจะถือว่าผู้กระทำมีเจตนาร้ายหรือไม่

3. ความสอดคล้องต้องการระหว่างการกระทำและผล หมายถึง การพิจารณาว่าเจตนาที่มุ่งร้ายนั้นมีความสอดคล้องต้องการกับการกระทำหรือไม่

4. ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล หมายถึง การพิจารณาความเป็นเหตุเป็นผลระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ โดยต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นมีความเกี่ยวโยงกับผลของการกระทำหรือไม่อย่างไร ผลของการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการกระทำนั้นหรือไม่เป็นผลโดยตรง หรือผลโดยอ้อมตัว ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลเปรียบเทียบได้กับสะพานเชื่อมระหว่างการกระทำและผล

ตัวอย่างเช่น นายแดงมีเจตนาฆ่านายดำจึงใช้ปืนขนาด 11 ม.ม. ยิงไปโดนนายดำที่ศีรษะนายดำถึงแก่ความตาย

ตัวอย่างอีกกรณีหนึ่ง นายแดงมีเจตนาฆ่านายดำจึงใช้ปืนยิงไปโดนนายดำที่ขาได้รับบาดเจ็บแต่นายดำไม่รักษาแผลให้ดีกลายเป็นบาดทะยักและถึงแก่ความตาย

ทั้งสองกรณีมีส่วนที่เหมือนกัน คือ มีเจตนาร้ายของผู้กระทำ มีการกระทำ มีผลร้ายจากการกระทำเกิดขึ้น คือ ความตายของนายดำ แต่ก็มีส่วนที่แตกต่างกันที่ต้องพิจารณา คือ ผลร้ายหรือผลของการกระทำที่เกิดขึ้นคือความตายของนายดำนั้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำเพียงใดมีความใกล้ชิดต่อผลเพียงใด

5. ผลร้ายที่เกิดขึ้น หมายถึง ผลร้ายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากการกระทำและเจตนาร้ายนั้น ตามกรณีตัวอย่างข้างต้น ความตายของนายดำคือผลร้ายที่เกิดขึ้น

ข้อสังเกต

การพิจารณาความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)มีข้อสังเกตดังนี้

1. การกระทำ ตามหลักการพิจารณาความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายจารีตประเพณีนั้น จะเริ่มจากการพิจารณาส่วนที่เป็นการกระทำความคิดเสียก่อนว่าการกระทำนั้นเค้าขายเป็นการกระทำสิ่งที่ผิดกฎหมายหรือไม่ หากพิจารณาได้ว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแล้วจึงจะไปพิจารณาในขั้นต่อไปว่าผู้กระทำกระทำลงไปโดยมีจิตใจที่ชั่วร้ายหรือไม่ แต่หากกรณีปรากฏว่าเมื่อได้พิจารณาการกระทำในส่วนแรกแล้วพบว่าไม่เป็นความผิดหรือไม่ครบองค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำแล้ว ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะไม่ไปพิจารณาส่วนที่สองคือเรื่องจิตใจอีกต่อไป แม้ว่าผู้กระทำจะมีความพยายามที่จะกระทำความผิดให้สำเร็จก็ตาม เพราะถือว่าเมื่อการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดแล้ว การพยายามกระทำความผิดจึงมีไม่ได้

2. เจตนาร้ายในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) หมายถึง สิ่งที่บ่งบอกถึงสภาวะจิตใจที่ชั่วร้ายของผู้กระทำซึ่งประกอบด้วยสองส่วนคือการกระทำโดยเจตนา และการกระทำโดยประมาทโดยรู้ตัว ส่วนเจตนาร้ายในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) โดยเฉพาะกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คำว่า "เจตนา" จะประกอบด้วยสองส่วน คือ การรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดและส่วนประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลแห่งการกระทำนั้น แต่คำว่า "ประมาท" แบ่งออกเป็นสองกรณีคือการประมาทโดยรู้ตัวและประมาทโดยไม่รู้ตัว[26]

2.7 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาแก่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ

โดยที่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือถือได้ว่าเป็นองค์กรหนึ่งที่ทำหน้าที่เป็นประเมินความน่าเชื่อถือทางการเงินและทรัพย์สินของบุคคลหรือองค์กร โดยวิเคราะห์จากความสามารถในการปฏิบัติตามสัญญาพร้อมทั้งพิจารณาถึงทรัพย์สิน สินทรัพย์และหนี้สินของบุคคลหรือองค์กรเพื่อจะได้ทราบถึง ความเสี่ยงที่บุคคลหรือกิจการนั้นๆมีอยู่ซึ่งอาจจะทำให้นักลงทุนหรือเจ้าหนี้ไม่อาจจะได้รับการชำระหนี้คืนจากบุคคลหรือกิจการ

[26] ณัฐฐ์วัฒน์ สุทธิโยธิน. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 28. หน้า 42-44.

เหตุผลที่ทำให้บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือเข้ามามีบทบาทเป็นอย่างมากในตลาดการเงิน เนื่องจากบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือได้เข้ามาเติมเต็มบทบาทหน้าที่ที่ตลาดการเงินต้องการ ถ้าหากมองว่าบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือเป็นเพียงบริษัทที่ดำเนินธุรกิจทั่วไปการกำกับดูแลก็จะมุ่งเน้นไปที่เรื่องการจำกัดการแข่งขันและความมีประสิทธิภาพในการดำเนินงานของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ แต่ถ้าหากว่ามีการพิจารณาถึงความสำคัญของอันดับความน่าเชื่อถือของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ กฎเกณฑ์ที่จะต้องนำมาพิจารณาเพิ่มเติม คือ ระบบการดำเนินงานของบริษัทจัดอันดับ ความน่าเชื่อถือที่จะทำให้บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือสามารถที่จะดำเนินการจัดอันดับความน่าเชื่อถือที่มีคุณภาพ โดยการนำเรื่องผลประโยชน์ทับซ้อนเข้ามาพิจารณาในการนี้ด้วย กล่าวคือ

ประการแรก ป้องกันการใช้อำนาจในทางที่ผิด

การใช้อำนาจในทางที่ผิดส่วนมากจะมีความเกี่ยวพันกับช่องทางการหารายได้อื่นๆของธุรกิจ เช่น บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถืออาจจะมีการเจรจากับผู้ออกตราสารว่าทางสถาบันจะจัดอันดับความน่าเชื่อถือให้แก่ตราสารในเกณฑ์ดี ถ้าหากว่าผู้ออกตราสารมีการใช้บริการด้านอื่นๆของทางบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือด้วยในเวลาเดียวกัน ซึ่งผู้ออกตรานั้นส่วนมากไม่มีทางเลือกจึงจำที่จะต้องตกลงในเงื่อนไขดังกล่าวกับบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือทำให้อันดับความน่าเชื่อถือไม่ตรงกับความเป็นจริงเป็นอันดับความน่าเชื่อถือที่สามารถที่จะเจรจาต่อรองได้ระหว่างบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือและผู้ออกตราสาร

ประการที่สอง ป้องกันการลดลงของคุณภาพของการจัดอันดับความน่าเชื่อถือ

เมื่อมีการผูกขาดการแข่งขันหรือมีการใช้อำนาจในทางที่ผิดของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ย่อมส่งผลทำให้คุณภาพในการจัดอันดับความน่าเชื่อถือนั้นลดลง เนื่องจากอันดับความน่าเชื่อถือนั้นจะไม่ได้มาจากการวิเคราะห์ข้อมูลที่เกี่ยวข้องโดยแท้จริงอีกต่อไป แต่มาจากการดำเนินการต่างๆเพื่อประโยชน์ของทางบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือนั้นเอง

ประการที่สาม ผลประโยชน์ทับซ้อนระหว่างบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือกับองค์กรที่จะเข้ารับการจัดอันดับความน่าเชื่อถือ

ผลประโยชน์ทับซ้อนนั้นอาจจะเกิดขึ้นจากความต้องการที่จะผูกขาดทางการค้าหรือว่าการใช้อำนาจที่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือในทางที่ผิดหรือโดยประการอื่นเพื่อผลประโยชน์ของทางบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือนั้นเอง ถ้าหากว่าการจัดอันดับความน่าเชื่อถือนั้นมีผลประโยชน์ทับซ้อนเข้ามาเกี่ยวข้องย่อมมีโอกาสสูงที่จะทำให้อันดับความน่าเชื่อถือนั้นไม่ตรงกับความเป็นจริง เนื่องจากผลประโยชน์ทับซ้อนดังกล่าว อาจจะทำให้ระหว่างบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือและองค์กรที่จะเข้ารับการจัดอันดับความน่าเชื่อถือนั้นต่อรองถึงอันดับความน่าเชื่อถือได้ เช่น อาจจะมี

การเสนอให้เข้ารับบริการด้านอื่นของทางบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือในคราวเดียวกันเพื่อที่จะทำให้บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือจัดอันดับความน่าเชื่อถือขององค์กร หรือตราสารออกมาในเกณฑ์ที่ดี

ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าการใช้มาตรการการลงโทษแก่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือจึงเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นและสอดคล้องกับทฤษฎีดังต่อไปนี้

2.7.1 วัตถุประสงค์การลงโทษบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ

ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (ค.ศ. 1718 - 1794) และเจเรมี เบนแธม (ค.ศ. 1748 - 1832) ได้เสนอทฤษฎีการลงโทษแบบอรรถประโยชน์ โดยมีหลักการเบื้องต้นว่า คนเรากระทำความผิดโดยเจตนาและก่อนจะลงมือกระทำก็ได้พิจารณาใคร่ครวญแล้วจึงลงมือทำ เพราะฉะนั้นรัฐจึงควรบัญญัติความผิดและโทษสำหรับความผิดนั้นอย่างชัดเจน เมื่อมีกฎหมายบัญญัติชัดแจ้งอย่างนั้นแล้วผู้ที่ฝ่าฝืนย่อมจะถูกลงโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ทั้งนี้การลงโทษจะต้องทำอย่างรวดเร็ว แน่นอนเสมอภาคกันและรุนแรงตามโทษที่กำหนดไว้ การลงโทษดังกล่าวย่อมจะมีประโยชน์ต่อสังคมในด้านการลดอาชญากรรม และส่งเสริมให้คนทั่วไปเคารพกฎหมาย ทฤษฎีอรรถประโยชน์ ยังแยกออกได้เป็น 3 ทฤษฎี คือ

2.7.1.1 ทฤษฎีลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรม

2.7.1.2 ทฤษฎีลงโทษเพื่อยับยั้งอาชญากรรม

2.7.1.3 ทฤษฎีลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู

ดังจะได้พิจารณาโดยลำดับดังนี้

2.7.1.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรม (Prevention Theory)

ตามทฤษฎีนี้ การลงโทษมีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้ผู้กระทำความผิดไม่กระทำความผิดอีกต่อไป การลงโทษเพื่อป้องกันนี้อาจกระทำโดยการลงโทษขั้นสูงสุดถึงประหารชีวิต อันเป็นการป้องกันอาชญากรรมอย่างถาวร หรือการป้องกันอาชญากรรม ชั่วคราว เช่น จำคุก กักขังไว้ในเรือนจำหรือในสถานที่กักซังตามระยะเวลาที่กฎหมายได้ กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นการจำคุกและการกักขังจะทำให้ผู้กระทำความผิดไม่มีโอกาสกระทำความผิดในชุมชนได้เป็นการชั่วคราวตลอดระยะเวลาที่ถูกจำคุกหรือกักขัง อย่างไรก็ดีการจำคุกหรือกักขังนี้จะไม่มีกิจกรรมเพื่อปรับปรุง หรือพัฒนานิสัยหรือฝึกอาชีพคงเป็นการจำกัดอิสรภาพโดยเน้นการควบคุมและการรักษาความปลอดภัยเป็นหลัก

2.7.1.2 ทฤษฎีลงโทษเพื่อยับยั้งอาชญากรรม (Deterrence Theory)

แนวความคิดของนักทฤษฎีการลงโทษเพื่อยับยั้งก็คือ ประสบการณ์การข่มขู่หรือตัวอย่างของการถูกลงโทษจะทำให้ผู้กระทำผิดนั้น หรือประชาชนคนอื่นไม่กล้ากระทำความผิด

การลงโทษเพื่อยับยั้งมองไปในอนาคตซึ่งแตกต่างจากการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนหรือเพื่อลงโทษซึ่งมองย้อนไปในอดีต การลงโทษเพื่อยับยั้งตามแนวความคิดของเบนแธมมีผลทำให้

1) ผู้กระทำความผิดไม่สามารถกระทำความผิดต่อไปได้

2) ยับยั้งผู้กระทำความผิดและบุคคลอื่นไม่ให้กระทำความผิดเพราะเกรงว่าจะถูกลงโทษ

3) เปิดโอกาสให้มีการปรับปรุงผู้กระทำความผิด [27]

2.7.1.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitative Theory)

ตามทฤษฎีนี้แนวคิดของทฤษฎีการลงโทษโดยการแก้ไขปรับปรุง มี 2 องค์ประกอบด้วยกัน คือ

1. การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู มุ่งที่จะศึกษาทำความเข้าใจสาเหตุแห่งการกระทำผิดโดยเน้นตัวบุคคลผู้กระทำผิดและสภาพแวดล้อม เพื่อที่จะหาทางแก้ไขผู้กระทำผิดมากกว่าที่จะลงโทษ ความมุ่งหมายที่แท้จริงคือ เพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟูตัวผู้กระทำผิดให้กลับตัวเป็นคนดีและมิให้กระทำผิดซ้ำ รวมทั้งทำให้ผู้กระทำผิดกลับคืนเข้าสู่สังคมได้ดังเดิมด้วยความเป็นปกติสุข ส่วนเหตุผลของการลงโทษเพื่อแก้ไขดัดแปลง คือมุ่งศึกษาค้นคว้าสาเหตุแห่งการกระทำผิดและหาวิธีการแก้ไขที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเพื่อที่จะแก้ไขฟื้นฟูมากกว่าการลงโทษเพื่อข่มขู่

2.หลักการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู ประกอบด้วย (1) หลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้กระทำผิดต้องประสบกับสิ่งที่ทำลายคุณลักษณะประจำตัวของเขาโดยให้ใช้วิธีการอื่นแทนการลงโทษจำคุกระยะสั้น (2) การลงโทษต้องเหมาะสมกับการกระทำผิดเป็นรายบุคคล (3) เมื่อผู้กระทำได้แก้ไขดีดังเดิมแล้วให้หยุดการลงโทษ และให้มีการปรับปรุงการลงโทษระหว่างที่มีการคุมขัง

สรุปได้ว่า การลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู มีวัตถุประสงค์ที่แท้จริงคือ เพื่อเป็นการฟื้นฟูแก้ไขตัวผู้กระทำผิดให้กลับตัวเป็นคนดีและมิให้กระทำผิดซ้ำ รวมทั้งการ พยายามทำให้ผู้กระทำผิดสามารถกลับเข้าสู่สังคมของตนเอง สามารถใช้ชีวิตร่วมกับบุคคลอื่นๆ ใน สังคมได้อย่างเป็นปกติสุข[28]

2.7.2 แนวคิดของทฤษฎีบรรษัทภิบาล

จากแนวคิดทฤษฎีบรรษัทภิบาลหรือทฤษฎีตัวแทนของ เจนเซน และเมคลิ่ง มองว่าเจ้าของกิจการไม่สามารถบริหารงานเพียงผู้เดียวได้ จึงทำให้ต้องมีบุคคลเข้ามาช่วยในการบริหารงานแทน

---

[27] Ivamy E.R. Hardy. (1981). ***The English Sentencing System***. London: Butterworth & Co Publishers Ltd; 3rd Revised edition. p. 135.

[28] ณัฐฐ์วัฒน์ สุทธิโยธิน. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 28. หน้า 30-32.

เจ้าของกิจการ ทฤษฎีนี้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างการเป็นตัวแทนว่าเกิดขึ้นระหว่างบุคคล 2 ฝ่าย โดยฝ่ายที่มอบอำนาจ คือ ตัวการ ในขณะที่อีกฝ่ายที่ได้รับมอบอำนาจในการบริหารงาน คือ ตัวแทน

ตราบใดที่ผู้บริหารซึ่งเป็นตัวแทนตัดสินใจลงทุนเพื่อสร้างผลตอบแทนสูงสุดจากเงินลงทุนในวิธีที่สอดคล้องกับการสร้างผลประโยชน์สูงสุดของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นตัวการแล้วความสัมพันธ์ของการเป็นตัวแทนระหว่างผู้ถือหุ้นกับผู้บริหารยังคงมีประสิทธิผลที่ดี แต่ถ้าหากผลประโยชน์และวัตถุประสงค์ของผู้ถือหุ้นกับผู้บริหารไม่สอดคล้องกันจะทำให้เกิดปัญหาการเป็นตัวแทนขึ้น

มูลเหตุที่สำคัญของการกำกับดูแลกิจการ คือ แนวคิดตัวแทนกิจการอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกรรมการซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากเจ้าของกิจการ หรือ ผู้ถือหุ้น กรรมการกำหนดกลยุทธ์เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกิจการและในขณะเดียวกันได้จ้างผู้จัดการผู้ควบคุมงานและพนักงานเพื่อนำกลยุทธ์ดังกล่าวไปสู่การปฏิบัติแนวคิดกิจการข้างต้น ซึ่งประกอบด้วยกลไก 2 อย่าง ที่จำเป็น คือ ผลการปฏิบัติงานและความรับผิดชอบต่อการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งจะช่วยให้แนวเกิดมีความสมบูรณ์ สำหรับกิจการขนาดเล็ก เจ้าของเงินลงทุนกับผู้บริหารมักเป็นบุคคลเดียวกัน ดังนั้น เมื่อมี การบริหารงานผิดพลาดประการใด เจ้าของเงินทุนหรือผู้บริหารต้องรับผิดชอบผลการบริหารงานไว้เพียงผู้เดียว แต่เมื่อกิจการมีการเจริญเติบโตขึ้นมาเป็นบริษัทขนาดใหญ่ ทำให้ต้องมีระดมทุนจากนักลงทุนหรือบุคคลอื่นที่มีความสนใจ ส่งผลให้กิจการต้องเกี่ยวข้องกับผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในจำนวนมากขึ้น เมื่อกิจการเจริญเติบโตที่มากขึ้นย่อมส่งผลต่อไปแบบการบริหารที่เปลี่ยนแปลงไป โดยการจ้างผู้บริหารมืออาชีพมาช่วยในการบริหารเพื่อให้เกิดมูลค่าเพิ่มสูงสุดแก่กิจการ

ตามทฤษฎีตัวแทน ถ้าผู้ที่เป็นตัวแทนบริหารงานดี เพิ่มความสามารถอย่างเต็มที่โดยไม่เอาผลประโยชน์ที่ควรเป็นของผู้ถือหุ้นมาเอาประโยชน์เข้าตนเองและพวกพ้องเพื่อก่อให้เกิดมูลค่าเพิ่มสูงสุดให้เกิดขึ้นกับกิจการรวมทั้งผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย แต่ในการบริหารงานอาจประสบกับปัญหาจากผู้บริหาร หรือตัวแทนในหลายประเด็น เช่น ผู้บริหารมีความรู้ ความสามารถไม่เพียงพอ ผู้บริหารไม่อาจทำงานได้เต็มความสามารถ ผู้บริหารเอาผลประโยชน์ของกิจการมาเป็นของตนหรือพวกพ้อง เป็นต้น

องค์กรธุรกิจที่แบ่งแยกระหว่างผู้บริหารและเจ้าของมักประสบปัญหากับองค์กรเนื่องมาจากผู้บริหารไม่ต้องรับผิดชอบอย่างเต็มที่ รวมทั้งผู้บริหารอาจใช้โอกาสดังกล่าว ในการหาผลประโยชน์เข้าตนเองแทนที่จะเป็นผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นและผู้มีส่วนได้ส่วนเสียอื่น ๆ การกำหนดปัญหาที่เกิดจากองค์กรที่มีการแบ่งแยกระหว่างผู้บริหารและเจ้าของ มีดังต่อไปนี้

1) การขัดแย้งของผลประโยชน์ (Conflict of Interest) การเห็นแก่ผลประโยชน์ส่วนตน จนไปขัดแย้งต่อหน้าที่ ๆ ได้รับมอบหมาย

2) อันตรายที่เกิดขึ้นกับการมีศีลธรรม (Moral Hazard Problem) เป็นปัญหาที่ตัวการหรือเจ้าของกิจการไม่สามารถแน่ใจว่าตัวแทนหรือผู้บริหารที่เลือกเข้ามาแล้วนั้นได้ใช้ความพยายามสูงสุดในการทำงานหรือไม่ หรือ ทำงานเต็มความสามารถหรือไม่

3) การคัดเลือก (Averse Selection) เป็นปัญหาที่ตัวการหรือเจ้าของกิจการไม่สามารถแน่ใจว่าตัวแทน หรือผู้บริหารที่เลือกเข้ามาแล้วนั้นจะมีความสามารถในการบริหารงานได้สอดคล้องกับผลตอบแทนที่ได้รับหรือไม่

ลักษณะสัมพันธ์ในทางธุรกิจมักเป็นความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทน กล่าวคือ ตัวการได้ว่าจ้างโดยจ่ายค่าตอบแทนให้ตัวแทนเข้ามาดำเนินงานให้ตนและตัวแทนจะต้องรายงานผลการดำเนินงานฐานะการเงินของกิจการที่ตนรับผิดชอบพร้อมทั้งส่งมอบผลประโยชน์ให้ตัวการ การแยกเป็นเจ้าของจากการบริหารก่อให้เกิดความเกี่ยวพันตามกฎหมายว่าด้วยตัวแทน โดยความผูกพันระหว่างกรรมการฝ่ายบริหารและผู้ถือหุ้นเป็นความรับผิดชอบอันเกิดจากความเชื่อใจและไว้วางใจต่อกัน โดยที่กรรมการมีความรับผิดชอบตามหน้าที่ต่อผู้ถือหุ้น ซึ่งการแยกดังกล่าวนี้อาจนำไปสู่ปัญหาความขัดแย้งทางผลประโยชน์ทำให้ต้องมีการกำกับดูแลกิจการที่ดี

ข้อสงสัยที่ตามมาที่สำคัญอย่างหนึ่ง คือ การตรวจสอบการทำงานของตัวแทน ซึ่งก็คือผู้บริหารนั้นกระทำค่อนข้างยาก มีต้นทุนที่สูงและใช้เวลามาก วิธีหนึ่งที่ผู้ถือหุ้นสามารถใช้ในการตรวจสอบการบริหารงาน นั่นคือ ในฐานะผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นเจ้าของกิจการ ผู้ถือหุ้นก็มีอำนาจที่จะกำหนดทิศทางการดำเนินงานของบริษัทผ่านการออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งก็จะสามารถโน้มน้าวการตัดสินใจของคณะกรรมการบริหารได้ นอกจากนี้ยังมีกลไกที่เกี่ยวเนื่องรูปแบบหนึ่ง คือ กลไกการครอบครองกิจการ ซึ่งความเกรงกลัวในการถูกยึดอำนาจนี้ทำให้ผู้บริหารทำงานอย่างมีความรับผิดชอบมากขึ้น เนื่องจากคณะกรรมการเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้น ดังนั้น คณะกรรมการต้องบริหารจัดการบริษัทด้วยความระมัดระวังและซื่อสัตย์สุจริต ในฐานะตัวแทนผู้ถือหุ้น หรือเจ้าของเงินเพื่อที่จะทำกิจกรรมต่าง ๆ ของบริษัท เพื่อสร้างความสามารถในการทำกำไรและมูลค่าหุ้นของกิจการ อีกทั้งคณะกรรมการจะต้องมีหน้าที่ของความจงรักภักดีและความยุติธรรม ซึ่งจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นก่อนผลประโยชน์ส่วนตน นอกจากนี้คณะกรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่การดูแลโดยจะต้องปฏิบัติสิ่งต่าง ๆ อย่างผู้มีความระมัดระวังโดยคิดเสมือนว่าตนเป็นเจ้าของกิจการเอง

ตัวแทนตามทฤษฎีตัวแทน ก็คือ คณะกรรมการบริษัท ซึ่งมีบทบาทสำคัญยิ่งในการควบคุมดูแลการดำเนินงานของผู้บริหารหรือฝ่ายจัดการให้บรรลุตามเป้าหมายของบริษัทและรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นและบุคคลภายนอกนั้นเป็นของคณะกรรมการบริษัท ดังนั้น คณะกรรมการจึงเป็นบุคคลสำคัญที่มีส่วนช่วยในการผลักดันให้เกิดการปฏิบัติที่เป็นไปตามหลักการกำกับดูแล

กิจการที่ดี โดยเฉพาะควรเน้นไปที่บทบาท หน้าที่และโครงสร้างของคณะกรรมการ ซึ่งคณะกรรมการควรประกอบด้วยกรรมการที่มีความรู้ ความสามารถและประสบการณ์ในการดำเนินธุรกิจอย่างเพียงพอ รวมทั้งมีองค์ประกอบของคณะกรรมการที่จะสามารถสร้างกลไกการถ่วงดุลอำนาจภายในได้อย่างเหมาะสม คณะกรรมการมีหน้าที่ในการกำหนดนโยบายและกำกับควบคุมดูแลให้ข้อชี้แนะในการประกอบธุรกิจแก่ฝ่ายจัดการ รวมทั้งตรวจสอบการทำงานของฝ่ายจัดการให้เป็นไปตามที่นโยบายกำหนดไว้ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้ให้แนวทางสำหรับคณะกรรมการในการปฏิบัติ ดังนี้

ประการแรก ความยุติธรรม คณะกรรมการควรดำเนินงานและควบคุมดูแลการบริหารงานของฝ่ายจัดการเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้น ผู้ลงทุนและผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายด้วยความเป็นธรรมโดยไม่เอาเปรียบฉ้อโกงหรือคำนึงถึงผลประโยชน์ของตัวเองหรือผู้ถือหุ้นกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งอย่างเป็นธรรม

ประการที่สอง ความโปร่งใส คณะกรรมการและผู้บริหารควรบริหารงานด้วยความโปร่งใส มีการเปิดเผยข้อมูลที่ถูกต้อง ชัดเจน เชื่อถือได้ ทันเวลาและสม่ำเสมอ เพื่อให้ผู้ลงทุนภายนอกสามารถประเมินผลการดำเนินงานและความเสี่ยงได้

ประการที่สาม ความรับผิดชอบตามหน้าที่ คณะกรรมการควรปฏิบัติหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ด้วยความตั้งใจและมีจริยธรรมในการดำเนินธุรกิจ รวมทั้งควรจะต้องเข้าร่วมประชุมอย่างสม่ำเสมอและปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายอย่างเต็มความสามารถ

จากการศึกษาแนวคิดทางกฎหมายในการควบคุมกำกับบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือทั้งของต่างประเทศและของไทยจะเห็นได้ว่าแต่ละระบบกฎหมายไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) หรือระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ต่างก็มีการบัญญัติมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมกำกับบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดมาตรการทางกฎหมายอาญาเพื่อควบคุมกำกับพฤติกรรมและป้องกันการกระทำผิดกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและความน่าเชื่อถือของตลาดหลักทรัพย์ และความเสียหายที่มีนักลงทุนเชื่อถือต่อการจัดอันอันดับความน่าเชื่อถือ และการวิเคราะห์ของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือที่มีต่อตราสารการลงทุน ทั้งนี้ จะได้กล่าวถึงมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมกำกับบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือของต่างประเทศและของไทยในบทที่ 3 ต่อไป