

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

# วารสารกฎหมาย

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีที่ 37 ฉบับที่ 2 (กันยายน 2562)

คณะที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ	ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์ เอกจริยกร
ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิชฌน์ เครื่องงาม	ศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์ ใจหาญ
ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มั่นตาภรณ์	รองศาสตราจารย์ธิดิพันธุ์ เชื้อบุญชัย
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย	รองศาสตราจารย์พิเศษ เสตเสถียร
ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โหมวีไลกุล	คณบดีคณะนิติศาสตร์
ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์	(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

บรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.ภาวัฒน์ สัตยานุรักษ์	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
---------------------------------	---

รองบรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.วรพล มาลสุขุม	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
--------------------------	---

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ	รองอธิการบดีมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์	ฝ่ายกฎหมายและบริหารศูนย์ลำปาง
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ดร.เพ็ญวิภา ลอยกุลนันท์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
	ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา

ผู้จัดการ

อาจารย์ศิริชัย ศิริขุมแสง	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
---------------------------	---

กองจัดการ

กัณนิกา รสรื่น	สุพิชา จินฉนวนโส
วรลักษณ์ ทองใบ	

## คณะกรรมการนิสิตฝ่ายบริหารจัดการการตีพิมพ์

---

นรภัทร นาควิจิตร

พิมพ์สุรางค์ ชนินทรลีลา

ปณิดา พรภัทรา

กุลพีรา ตีคะกุล

สิทธิกานต์ ธีระวัฒน์ชัย

อารีญา เพ็ชรประไพ

**Chulalongkorn Law Journal**  
**Volume 37 Issue 2 (September 2019)**

**Advisory Board**

---

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

**Editor-in-Chief**

---

Dr. Pawat SATAYANURUG	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
-----------------------	--

**Deputy Editor**

---

Dr. Voraphol MALSUKHUM	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
------------------------	--

**Editorial Board**

---

Professor Dr. Pairojana KAMPUSIRI	Vice-President Thammasat University Department of Law and Management Lampang Center
Assistant Professor Dr. Suphasit TAWEEJAMSUP	Assistant Professor, Faculty of Law Chulalongkorn University
Assistant Professor Dr. Wariya LAMLERT	Assistant Professor, Graduate School of Law, National Institute of Development Administration
Dr. Penvipa LOYKULNANTA	Judge of the Research Justice Division of the Supreme Court

## Manager

---

Lecturer Siratach SIRICHUMSANG

Lecturer, Faculty of Law  
Chulalongkorn University

## Management Team

---

Gunniga ROSRUNE

Supicha CHINNAVASO

## Publishing Management Student Committee

---

Norrapat NAKWJIT

Kunteera TEEKAKUL

Panida PORNPATTRA

Sittikarn TEERAWATTANACHAI

Pimsurang CHANINTARALEELA

Areeya PECHPRAPAI

## วัตถุประสงค์

---

“วารสารกฎหมาย” เป็นวารสารทางวิชาการด้านนิติศาสตร์ จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเป้าหมายและขอบเขตเพื่อเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการด้านนิติศาสตร์หรือความรู้ที่เกี่ยวข้องกับนิติศาสตร์ที่มีเนื้อหาที่น่าสนใจ ทันสมัย ริเริ่มสร้างสรรค์ และมีข้อเสนอที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการด้านนิติศาสตร์และต่อสังคม

## กำหนดการพิมพ์

---

วารสารกฎหมาย มีกำหนดการตีพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ดังนี้

ฉบับที่ 1 เดือนมีนาคม

ฉบับที่ 2 เดือนกันยายน

## ประเภทของผลงานทางวิชาการที่รับตีพิมพ์

---

วารสารกฎหมาย จะพิจารณาตีพิมพ์ผลงานที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

- 1) **บทความวิชาการ** หมายถึง บทความที่นำเสนอข้อมูลใหม่ๆ ในสาขานิติศาสตร์ และแสดงการวิเคราะห์หรือวิจารณ์ข้อมูลนั้นทั้งในเชิงทฤษฎี นิตินโยบาย หรือทางปฏิบัติ และให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการสาขานิติศาสตร์และต่อสังคมในวงกว้าง ทั้งนี้ บทความวิชาการควรประกอบด้วย ความนำ เนื้อเรื่อง ซึ่งแบ่งเป็นประเด็นหลัก ประเด็นรอง ประเด็นย่อย และบทสรุป
- 2) **บทความวิจัย** หมายถึง บทความที่มีฐานมาจากงานวิจัยสาขานิติศาสตร์ และแสดงข้อค้นพบจากงานวิจัยนั้นอย่างเป็นระบบ ทั้งนี้ บทความวิจัยควรประกอบด้วย ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา วัตถุประสงค์ สมมติฐานของงานวิจัย (ถ้ามี) ขอบเขตที่ครอบคลุมในการวิจัย ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง วิธีดำเนินการวิจัย (เช่น ข้อมูลประชากร กลุ่มตัวอย่าง การสุ่มตัวอย่าง เครื่องมือการวิจัย การเก็บรวบรวมข้อมูล และการวิเคราะห์ข้อมูล เป็นต้น) ผลการวิจัย (สรุปผลการวิจัย อภิปรายผลและข้อเสนอแนะ)
- 3) **บทวิเคราะห์คำพิพากษา** หมายถึง งานเขียนวิเคราะห์คำพิพากษาของศาล
- 4) **บทแนะนำวิทยานิพนธ์** หมายถึง งานเขียนแนะนำวิทยานิพนธ์ทางนิติศาสตร์
- 5) **บทวิจารณ์หนังสือ** หมายถึง งานเขียนแนะนำหนังสือหรือตำราทางนิติศาสตร์

บทความหรือความคิดเห็นใดๆ ที่ปรากฏใน “วารสารกฎหมาย” เป็นวรรณกรรมและความรับผิดชอบของผู้เขียน โดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย บรรณาธิการ และกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วยหรือร่วมรับผิดชอบใดๆ

## ภาษาที่รับตีพิมพ์

---

วารสารกฎหมาย รับตีพิมพ์ผลงานที่เขียนเป็นภาษาไทย และ/หรือ ภาษาอังกฤษ

## ลักษณะการประเมินบทความ

---

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

## การเผยแพร่วารสาร

---

วารสารกฎหมายเผยแพร่วารสารในรูปแบบดังต่อไปนี้

- 1) การเผยแพร่ในรูปแบบตัวเล่ม สำหรับวารสารที่ออกตั้งแต่ปี 1 จนถึงปัจจุบัน ผู้สนใจสามารถเข้าถึงวารสารได้จาก ศูนย์ “เพชรรัตน” นิติทรัพยากร (ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย) หรือสั่งซื้อได้ที่ งานวารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ทั้งในรูปแบบการบอกรับเป็นสมาชิกรายปีหรือสั่งซื้อรายเล่ม
- 2) การเผยแพร่ในรูปแบบออนไลน์ เป็นการเผยแพร่เฉพาะบทความของผลงานที่ได้รับการตีพิมพ์ สำหรับวารสารที่ออกตั้งแต่ปี 36 ฉบับที่ 2 จนถึงปัจจุบัน ผู้สนใจสามารถเข้าถึงบทความได้จากเว็บไซต์วารสารกฎหมาย ทั้งนี้ วารสารกฎหมายกำลังอยู่ในกระบวนการรวบรวมวารสารที่ออกตั้งแต่ปีที่ 1 ถึงปีที่ 36 เพื่อนำมาเผยแพร่วารสารฉบับเต็มในรูปแบบออนไลน์ต่อไป

## แหล่งสนับสนุนการจัดทำวารสาร

---

วารสารกฎหมาย ได้รับการสนับสนุนการจัดพิมพ์จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## Aim and Scope

---

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

## Publication Frequency

---

Chulalongkorn Law Journal is published twice a year.

Issue 1 March

Issue 2 September

## Categories of Accepted Manuscripts

---

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

- 1) **Academic articles** must illustrate new information in the scope of or relating to law and provide analysis or critique of such information from theoretical, policy-oriented or practical perspectives, as well as providing recommendations that are useful for legal academia and the general public. Academic articles should contain introduction and contents, which are divided into main issues, subordinate issues and conclusion.
- 2) **Research articles** must be based on legal research and illustrate one or more of the findings from such research in a systematic manner. Research articles should contain introduction, illustration of the importance of the issue, research objective, hypothesis (if applicable), research scope, expected contributions, related research or literatures, research methodology (such as population, sample, data collection, data analysis), research findings, conclusion and recommendations.
- 3) **Case comment** is a commentary piece that analyzes or criticizes a certain court decision.
- 4) **Recommended thesis** is a commentary piece that recommends a master or doctoral thesis.
- 5) **Book review** is a commentary piece that recommends a book or a textbook in law.

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

## **Language**

---

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

## **Peer Review**

---

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

## **Methods of Publication**

---

Chulalongkorn Law Journal is published in the following formats:

- 1) Printed, for the editions published from Year 1 to the present edition, which can be accessed at Princess Bejaratana Legal Resource Center (Library of Faculty of Law, Chulalongkorn University) or by purchasing at Law Journal Department, Faculty of Law, Chulalongkorn University through annual subscriptions or a single purchase.
- 2) Online, only abstract of published manuscripts, for the editions published from Year 36 Volume 2 to the present edition, which can be accessed at the Chulalongkorn Law Journal website. Chulalongkorn Law Journal is currently in the process of collecting and uploading previous editions from Year 1 to Year 36 to be accessible online in full.

## **Source of Support**

---

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

## บทบรรณาธิการ

สวัสดีผู้อ่านทุกท่าน วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 37 ฉบับที่ 2 (กันยายน 2562) ที่อยู่ในมือท่านนี้ เป็นฉบับที่สองที่กองบรรณาธิการได้นำอัตลักษณ์ใหม่ของวารสารกฎหมายมาใช้ โดยอัตลักษณ์ใหม่นี้เกิดจากการผสมผสานมรดกทางอัตลักษณ์ของวารสารกฎหมายที่มีมากกว่า 37 ปี นั่นคือคำว่า “วารสารกฎหมาย” ที่ใช้แบบอักษรที่กองบรรณาธิการในยุคก่อตั้งได้ออกแบบไว้ เข้ากับภาพกึ่ง abstract บนพื้นหลังที่มีสีเส้นสวยงามสะดุดตา และนำรายชื่อผลงานไปอยู่ที่ปกหลัง

สำหรับวารสารกฎหมายฉบับนี้ บรรณาธิการได้รับความกรุณาอีกครั้งจากนักทฤษฎีจิตอาสา คือ คุณปริดีเทพ พันธุ์วนิช และคุณปริญศรี พรหมจินดา ช่วยวาดภาพในลักษณะกึ่ง abstract ในแนวคิด “Digitized culture” ที่บรรณาธิการและผู้ออกแบบตั้งใจจะสื่อให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างเทคโนโลยีดิจิทัลและปัญญาประดิษฐ์ (AI: Artificial Intelligence) กับวัฒนธรรมของมนุษยชาติ กล่าวคือ เป็นภาพของผู้หญิงที่มีผมทรงหน้าม้า (คล้ายกับนักร้องหญิงชาวไทยที่เป็นสมาชิกกลุ่มนักร้องหญิงสัญชาติเกาหลีที่มีชื่อเสียงในปัจจุบันและมีอิทธิพลอย่างมากในวัฒนธรรมร่วมสมัย ไม่ว่าจะเป็ผลงานเพลง การออกแบบทำเต็นและแม้แต่ลักษณะและบุคลิกของตัวนักร้อง ที่ได้รับความนิยมไม่แพ้กัน) ที่ภายในร่างกายนั้นแท้จริงแล้วคือหุ่นยนต์ที่ได้รับการออกแบบและตั้งชุดคำสั่งให้ร้องเต้น และมีปฏิสัมพันธ์กับผู้ที่ชื่นชอบ ผ่านการใช้เทคโนโลยีดิจิทัลและปัญญาประดิษฐ์ เพื่อสื่อให้เห็นว่า ในอนาคตมนุษย์เราอาจสร้างหรือมีวัฒนธรรมร่วมสมัยอันเกิดจากการมีปฏิสัมพันธ์กับเทคโนโลยีดิจิทัลและปัญญาประดิษฐ์ แทนที่จะเกิดจากการมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ด้วยกันเองก็เป็นได้

ประการต่อมา วารสารกฎหมายขอเรียนว่าปัจจุบันวารสารกฎหมายเปิดรับผลงานผ่านระบบ Online Submission เท่านั้น โดยผู้สนใจส่งผลงานสามารถส่งบทความผ่านระบบ Online Submission ของวารสารได้ที่ <https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions> ทั้งนี้ การส่งผลงานผ่านระบบดังกล่าวจะช่วยให้ผู้ส่งผลงานสามารถติดตามกระบวนการและขั้นตอนการพิจารณาผลงานได้อย่างต่อเนื่อง นอกจากนี้ วารสารกฎหมายฉบับนี้ยังได้ระงับจริยธรรมการตีพิมพ์ (Publication Ethics) ที่กล่าวถึงหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เขียน ผู้ประเมินบทความ และบรรณาธิการไว้อย่างละเอียด พร้อมทั้งปรับปรุง “คำแนะนำผู้เขียน” ให้ชัดเจนมากขึ้น อาทิ การระบุรูปแบบการอ้างอิงให้ชัดเจน ว่าผู้เขียนต้องอ้างอิงแบบเชิงบรรณตามแบบชิคาโก (Chicago Style Citation) ซึ่งตรงกับรูปแบบการอ้างอิงแบบเชิงบรรณของการเขียนวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์ของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (ศึกษาเพิ่มเติมได้ที่ <https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9lcl4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCuU>)

วารสารกฎหมายฉบับนี้ ยังคงอัดแน่นไปด้วยผลงานจากผู้เขียนที่มาจากหลากหลายหน่วยงาน ประกอบด้วยบทความวิจัยและบทความวิชาการจำนวน 8 บทความ ได้แก่

บทความแรก เป็นบทความวิจัยเรื่อง “ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้นำเข้าเครื่องปรับจังหวะการเต้นของหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจตามกฎหมายความรับผิดชอบในผลิตภัณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป

และประเทศไทย” เขียนโดย ศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล และ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล ศาสตราจารย์และผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเนื้อหาเกี่ยวกับการวิเคราะห์ความรับผิดทางแพ่งของผู้นำเข้าสู่สินค้าประเภทเครื่องกระตุ้นหัวใจ (pacemaker) และเครื่องกระตุกหัวใจ (defibrillator) ในประเทศไทย

บทความที่สอง เป็นบทความวิจัยเรื่อง “สถานการณ์และปัญหาของธุรกิจนวดสปาไทยที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรงในต่างประเทศ: ศึกษาธุรกิจนวดสปาไทยในสาธารณรัฐประชาชนจีน” เขียนโดย อาจารย์ชนิสรา งามอภิชน อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเนื้อหาเกี่ยวกับการชี้ให้เห็นถึงปัญหาที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรง และเสนอเครื่องมือทางกฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องเพื่อสนับสนุนและสร้างความเข้มแข็งให้การประกอบธุรกิจนวดสปาไทยในต่างประเทศ

บทความที่สาม เป็นบทความวิชาการเรื่อง “การรับรองสิทธิตามกฎหมายให้แก่ความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนี” เขียนโดย คุณฉัตรชัย เอมราช หนายความประจำสำนักงานกฎหมายฉัตรชัย เอมราช มีเนื้อหาเกี่ยวกับการรับรองสิทธิตามกฎหมายให้แก่ความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนี โดยเน้นการศึกษาบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมนีในการรับรองสิทธิเช่นว่า

บทความที่สี่ เป็นบทความวิชาการเรื่อง “หลักสำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน” เขียนโดย คุณศรัณย์ พิมพ์งาม และคุณ Li Yihao นักวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยชิงหัว สาธารณรัฐประชาชนจีน มีเนื้อหาเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนที่มีบทบาทสำคัญในการกำหนดวิธีการและกระบวนการพิจารณาเพื่อให้ได้มาและบังคับตามสิ่งที่กฎหมายสารบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายแพ่งได้กำหนดและรับรองไว้

บทความที่ห้า เป็นบทความวิชาการเรื่อง “การใช้ทฤษฎี Delocalization และ Seat Theory ในอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ” เขียนโดย คุณพนันท์ ตรียุทธวัฒนา นักวิจัยฝ่ายกฎหมายเศรษฐกิจสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (ทีดีอาร์ไอ) มีเนื้อหาเกี่ยวกับการศึกษาทฤษฎี Delocalization และทฤษฎี Seat Theory ในทางอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศว่าควรจะถูกนำมาพิจารณาใช้ร่วมกันในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือไม่ และมากน้อยเพียงใด

บทความที่หก เป็นบทความวิจัยเรื่อง “การอนุวัติการหลักการการบังคับประกันภัยตามอนุสัญญาเพื่อการรวบรวมกฎเกณฑ์บางประการเกี่ยวกับการรับขนระหว่างประเทศทางอากาศ” เขียนโดย อาจารย์ ดร.ลลิต ก่อวุฒิกุลรังษี อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีเนื้อหาเกี่ยวกับการศึกษาความสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการอนุวัติการเรื่องการประกันภัยในการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายไทย โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยกับกฎหมายของภาคีสมาชิกอนุสัญญามอนทรีออล ได้แก่ สหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา แคนาดา และออสเตรเลีย ในประเด็นผู้อยู่ใต้บังคับให้ทำประกันภัยประเภทของสัญญาประกันภัย จำนวนเงินเอาประกันภัย และมาตรการบังคับ

บทความที่เจ็ด เป็นบทความวิชาการภาษาอังกฤษเรื่อง “Challenging “Fraudulent” Transactions and Protecting Company Creditors in Thailand: a Comparison with English and German Law”

เขียนโดย อาจารย์อาดัม รีคี อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีเนื้อหาเกี่ยวกับการเพิกถอน  
นิติกรรม “ฉ้อฉล” และการปกป้องเจ้าหน้าที่ของบริษัทในประเทศไทยโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายอังกฤษและ  
เยอรมัน

บทความที่แปด เป็นบทความวิจัยเรื่อง “การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรม  
ของกลุ่มประเทศในอาเซียน : สิงคโปร์ มาเลเซีย และฟิลิปปินส์” เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปวีศร  
เลิศธรรมเทวี ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง มีเนื้อหาเกี่ยวกับ การควบคุม  
กฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรมของกลุ่มประเทศในอาเซียน ได้แก่ สิงคโปร์ มาเลเซียและ  
ฟิลิปปินส์ โดยนำมาวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

นอกจากนี้ วารสารกฎหมายฉบับนี้ยังประกอบด้วย **บทวิจารณ์หนังสือ “How Democracies Die”**  
**แต่งโดย Prof. Steven Levitsky & Prof. Daniel Ziblatt** วิจารณ์โดย ดร.พรชัย บุญบรรณรัตน์กุล นักวิจัยอิสระ  
**บทวิเคราะห์คำตัดสินศาล: คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร.๓๑/๒๕๖๑** เกี่ยวกับคำสั่งไม่รับคดีพิพาทเกี่ยวกับ  
การใช้อำนาจปกครองคณะสงฆ์ วิเคราะห์โดย รองศาสตราจารย์อานนท์ มาเม้า รองศาสตราจารย์ประจำ  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และ **บทแนะนำวิทยานิพนธ์** เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกัน  
ความรุนแรงจากกิจกรรมรับนิสิตนักศึกษาใหม่” ของ นายประพิณพงศ์ พงษ์ทัตสิริกุล แนะนำโดยกองบรรณาธิการ

กองบรรณาธิการหวังเป็นอย่างยิ่งว่าผลงานทุกชิ้นในวารสารเล่มนี้จะเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่าน และ  
กองบรรณาธิการขอขอบคุณผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามและสนับสนุนวารสารกฎหมายมาโดยตลอด และขอให้คำมั่น  
ว่าจะนำเสนอผลงานที่มีคุณภาพเพื่อผู้อ่านต่อไป

พบกันใหม่ในวารสารฉบับหน้า (ปีที่ 38 ฉบับที่ 1 มีนาคม 2563)

บรรณาธิการ

# วารสารกฎหมาย

ปีที่ 37 ฉบับที่ 2

(กันยายน 2562)

สารบัญ

- 
- |         |  |
|---------|--|
| 1-17    | ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้นำเข้าเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจตามกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และประเทศไทย<br>ศักดา ธนิตกุล และ โชติกา วิทยาวารกุล |
| 19-45   | สถานการณ์และปัญหาทางกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรงในต่างประเทศ: ศึกษาการลงทุนธุรกิจสปาไทยในสาธารณรัฐประชาชนจีน<br>ชนิสรา งามอภิชน   |
| 47-62   | การรับรองสิทธิตามกฎหมายให้แก่ความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนี<br>ฉัตรชัย เอมราช   |
| 63-84   | หลักสำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน<br>ศรัณย์ พิมพ์งาม, Li Yihao  |
| 85-104  | การใช้ทฤษฎี Delocalization และ Seat Theory ในอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ<br>นพนันท์ ตริยทวิวัฒนา   |
| 105-133 | การอนุวัติการหลักการการบังคับประกันภัยตามอนุสัญญาเพื่อการรวบรวมกฎเกณฑ์บางประการเกี่ยวกับการรับขนระหว่างประเทศทางอากาศ<br>ลลิต ก่อวุฒิกุลรังษี  |
| 135-168 | การเพิกถอนนิติกรรม “ฉ้อฉล” และการปกป้องเจ้าหนี้ของบริษัทในประเทศไทย: เปรียบเทียบกับกฎหมายอังกฤษและเยอรมัน<br>อาดัม ตรีคี   |
| 169-196 | การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรมของกลุ่มประเทศในอาเซียน : สิงคโปร์ มาเลเซีย และฟิลิปปินส์<br>ปวีรศร เลิศธรรมเทวี  |
- 

บทความและความคิดเห็นใดๆ ใน “วารสารกฎหมาย” ฉบับนี้ เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

# วารสารกฎหมาย

ปีที่ 37 ฉบับที่ 2

(กันยายน 2562)

สารบัญ

---

- 197-210 บทความหนังสือ “How Democracies Die” โดย Prof.Steven Levitsky & Prof.Daniel Ziblatt  
พรชัย บุญบรรทัดกุล
- 211-218 บทความวิเคราะห์คำตัดสินศาล: คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร.๓๑/๒๕๖๑  
(คำสั่งไม่รับคดีพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองคณะสงฆ์)  
อานนท์ มาเม้า
- 219-220 บทความวิทยานิพนธ์ เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันความรุนแรง  
จากกิจกรรมรับนิสิตนักศึกษาใหม่”  
กองบรรณาธิการ
-

- 1-17            Liability of Pacemaker and Defibrillator Importers Under the Product Liability Act of B.E.2551: Lessons from the United States and the EU  
Sakda THANITCUL and Chotika WITTAYAWARAKUL
- 19-45           The Situation and Legal Problems that Hinder Outward Foreign Direct Investment: A Case Study of the Investment of Thai Spa Business in China  
Chanisa NGAMAPICHON
- 47-62           Legal Right Recognition to Same-Sex Couple's Relationship in Germany  
Chatchai EMRAJA
- 63-84           The Fundamentals of Civil Procedure Law of the People's Republic of China  
Sarun PIMNGAM and Li YIHAO
- 85-104          The Application of the Delocalization Theory and Seat Theory in International Commercial Arbitration  
Nobpanun TREEYUTWATTANA
- 105-133        Implementation of the Provision on Insurance under the Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air  
Lalin KOVUDHIKULRUNGSRI
- 135-168        Challenging "Fraudulent" Transactions and Protecting Company Creditors in Thailand: a Comparison with English and German Law  
Adam REEKIE
- 169-196        Judicial Review in Selected ASEAN Countries: Singapore, Malaysia and the Philippines  
Pawarit LERTDHAMTEWE
- 

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

# CHULALONGKORN LAW JOURNAL

Vol.37 No.2

(September 2019)

## Contents

---

- 197-210      **Book Review “How Democracies Die” by Prof.Steven Levitsky & Prof.Daniel Ziblatt**  
Pornchai BOONBARWORNRAKUL
- 211-218      **Case Comment : Supreme Administrative Court Judgment 31/2561**  
Arnon MAMOUT
- 219-220      **Recommended Thesis : “Legal Measures for Anti-Hazing”**  
Editorial Board
-



ความรับผิดทางแพ่งของผู้นำเข้าเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุกหัวใจตามกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา

สหภาพยุโรป และประเทศไทย\*

Liability of Pacemaker and Defibrillator Importers

Under the Product Liability Act of B.E. 2551:

Lessons from the United States and the EU

ศักดิ์ดา ธนิตกุล

Sakda Thanitcul

โชติกา วิทยาวารกุล

Chotika Wittayawarakul

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Full-time lecturers

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

Corresponding author E-mail: tsakda@hotmail.com

(Received: July 3, 2019; Revised: September 3, 2019; Accepted: September 5, 2019)

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์ประสงค์ในการวิเคราะห์ความรับผิดทางแพ่งของผู้นำเข้าสินค้าประเภทเครื่องกระตุ้นหัวใจ (pacemaker) และเครื่องกระตุกหัวใจ (defibrillator) ในประเทศไทย เครื่องมือดังกล่าวอาจมีความชำรุดบกพร่อง เป็นต้นว่าสายสื่อสัญญาณไฟฟ้าบกพร่องทำให้หัวใจเต้นผิดปกติอย่างรุนแรงซึ่งอาจนำไปสู่การเสียชีวิตโดยกะทันหันได้ แบตเตอรี่ของเครื่องมืออายุการใช้งานสั้นกว่าที่คาดหวัง หรือสวิตช์แม่เหล็กปิด-เปิดเครื่องชำรุดบกพร่องทำให้แพทย์ต้องผ่าตัดเพื่อนำเครื่องที่ใส่อยู่ในตัวผู้ป่วยออกและนำเครื่องใหม่ใส่เข้าไปแทน ในบทความนี้ผู้เขียนได้วิเคราะห์ความรับผิดทางแพ่งของผู้ผลิตเครื่องกระตุ้นหัวใจ และเครื่องกระตุกหัวใจในประเทศสหรัฐอเมริกา ตามกฎหมายละเมิด กฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ และกฎหมายเครื่องมือแพทย์ เพราะประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีประสบการณ์ยาวนานที่สุดและมีคดีฟ้องร้องเกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องของเครื่องกระตุ้นหัวใจ

\*ในการจัดทำบทความนี้ ผู้เขียนได้รับทุนสนับสนุนจากโครงการบูรณาการงานวิจัยสู่นานาชาติ ประเภททุนเมธีวิจัย จุฬาฯ กองทุนรัชดาภิเษกสมโภช จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และผู้เขียนขอขอบคุณนางตรี Matthew Lim Braslow แห่งอาหารแพทย์แห่งกองทัพเรือสหรัฐอเมริกา สำหรับข้อมูลทางวิทยาศาสตร์และทางการแพทย์อันทรงคุณค่ายิ่ง อย่างไรก็ดี ความคิดเห็นที่นำเสนอในบทความนี้เป็นของผู้เขียนและไม่ใช่มุมมองของกรมทหารเรือ สำนักแพทยศาสตร์และศัลยกรรม กระทรวงกลาโหมของสหรัฐอเมริกาหรือแผนกหรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา

และเครื่องกระตุ้นหัวใจจำนวนมากที่สุด ผู้เขียนพบว่าประเทศสหรัฐอเมริกา มีระบบการตรวจสอบเครื่องมือแพทย์ที่เข้มงวดมากโดยคณะกรรมการอาหารและยา ทำให้ผู้ผลิตเครื่องมือแพทย์ดังกล่าวทั้งสองชนิดไม่ต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัด นอกจากนี้บทความได้ศึกษาความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้นำเข้าสินค้าเครื่องมือแพทย์ทั้งสองชนิดดังกล่าวตามกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ และกฎหมายเครื่องมือแพทย์ของประเทศเยอรมนี อีกทั้งกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ของสหภาพยุโรปในฐานะที่ประเทศเยอรมนีเป็นรัฐสมาชิก ในกรณีที่สินค้าที่นำเข้านั้นมีแบตเตอรี่ที่มีอายุการใช้งานสั้นกว่าที่คาดหวัง หรือสวิตช์แม่เหล็กปิด-เปิดเครื่องชำรุดบกพร่องจนทำให้แพทย์ต้องผ่าตัดเอาเครื่องที่ใส่อยู่ในตัวผู้ป่วยออกและใส่เครื่องมือใหม่เข้าไปแทน ท้ายที่สุด บทความนี้ได้วิเคราะห์กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลักษณะละเมิด กฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ และพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 จากการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายและคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา เยอรมนี และสหภาพยุโรป ผู้เขียนเสนอว่าเพื่อให้การคุ้มครองผู้ป่วยโรคหัวใจที่เคราะห์ร้ายจากอุบัติเหตุการชำรุดบกพร่องของเครื่องมือแพทย์ทั้งสองได้รับการเยียวยาที่เพียงพอและเป็นธรรมในบริบทของประเทศไทย ผู้นำเข้าควรต้องรับผิดชอบต่อเคร่งครัดต่อผู้ป่วยโรคหัวใจที่ได้รับความเสียหายจากความชำรุดบกพร่องของตัวเครื่อง อุปกรณ์ภายใน และอุปกรณ์ที่เชื่อมต่อตัวเครื่อง การหมดอายุใช้งานของแบตเตอรี่ที่เร็วกว่ากำหนด ตลอดจนความชำรุดบกพร่องของสวิตช์แม่เหล็กปิด-เปิดเครื่อง

**คำสำคัญ:** ความรับผิดในผลิตภัณฑ์, เครื่องมือทางการแพทย์, ความชำรุดบกพร่องในการออกแบบ, ความชำรุดบกพร่องในกระบวนการผลิต, ความเสียหาย, ค่าสินไหมทดแทน

## Abstract

The theme of this paper is to identify the liability of importers of defective or potentially defective pacemakers and defibrillators in Thailand. Defective lead wiring can lead to serious cardiac injury, such as arrhythmia and possible death. A shorter-than-expected life span battery or defective magnetic switch can lead to the necessity of preventive surgical operation to remove a defective pacemaker or defibrillator and to replace it with a new one. The paper discusses liability of manufacturers of these two medical devices under tort, product liability law and the Medical Device Act in the United States as it has the longest experience grappling with these problems. In the United States, stringent approval of the design by the Federal Food and Drug Administration immunizes the manufacturer from strict liability. The paper also analyses German tort law, as well as EU and German product liability laws and German Medical Devices Act. Then, it explores liability of importers of these two products. Finally, the paper examines relevant Thai laws, including tort law, product liability and regulatory regime of the Thai Medical Device Act. The Thai Medical Device Control Division of the Thai FDA does not perform local examination on imported pacemakers and defibrillators. The approval process is only on documentations. It concludes that Thailand should not follow the experience of the United States with regards to accidents caused by defective lead wiring, and should follow the experience of the European Union and Germany concerning the interpretation of “defective product” and “damage” with regards to the surgical expenses for replacing a pacemaker or a defibrillator that has not malfunctioned yet.

**Keywords:** Product liability, medical devices, design defect, manufacturing defect, damage, compensation

## บทนำ

หลังจากที่ประเทศไทยได้เริ่มพัฒนาด้านอุตสาหกรรมตั้งแต่ช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง (industrialization) เป็นต้นมา เศรษฐกิจของประเทศไทยมีการเจริญเติบโตอย่างต่อเนื่อง จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2555 ธนาคารโลก ได้จัดให้ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีรายได้ปานกลางค่อนข้างสูง ในปี พ.ศ. 2561 รายได้ต่อหัวของประชากร ตกอยู่ประมาณ 7273.6 เหรียญสหรัฐต่อปี<sup>1</sup> ในขณะที่ประเทศไทยมีการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ การวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีทางการแพทย์ในประเทศต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศอุตสาหกรรมตะวันตกทั้งหลายได้พัฒนาก้าวหน้าไปเป็นอย่างมากด้วย ซึ่งมีผลทำให้ชนชั้นกลางใหม่ในประเทศไทยตระหนักถึงเรื่องความสำคัญของสุขภาพอนามัยที่ดี ทำให้เกิดความต้องการมาตรฐานการรักษาพยาบาลที่สูงขึ้นและเครื่องมือทางการแพทย์ที่มีเทคโนโลยีก้าวหน้าและทันสมัยมากขึ้น ประกอบกับการที่สังคมไทยประกอบด้วยประชากรสูงอายุจำนวนมากขึ้น<sup>2</sup> ด้วยเหตุนี้จึงเป็นเรื่องที่ไม่น่าแปลกใจที่ค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาสุขภาพคนไทยมีแนวโน้มสูงขึ้น ขนาดของตลาดเครื่องมือแพทย์ในประเทศไทยมีมูลค่ามากขึ้น อย่างไรก็ตามบริษัทผลิตเครื่องมือแพทย์ในประเทศไทยมีความสามารถเพียงผลิตเครื่องมือทางการแพทย์พื้นฐานเท่านั้น เช่น ถุงมือแพทย์ หลอดฉีดยา ถังน้ำเกลือ เป็นต้น ทำให้ประเทศไทยต้องพึ่งพาการนำเข้าเครื่องมือแพทย์จากต่างประเทศสูงขึ้นร้อยละ 85 ของความต้องการทั้งหมดของประเทศ จากการสัมภาษณ์เจ้าของและผู้บริหารสูงสุดของบริษัทเครื่องมือแพทย์ระดับแนวหน้าที่สุดของประเทศไทยพบว่า มีการนำเข้าเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจจากประเทศสหรัฐอเมริกา ยุโรป และ จีน<sup>3</sup> ทำให้สามารถคาดได้ว่าในอนาคตไม่ว่าจะช้าหรือเร็ว ประเทศไทยก็จะมีอุบัติเหตุเกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องของเครื่องมือแพทย์ทั้งสองชนิดค่อนข้างจะแน่นอน ดังนั้นประสบการณ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมนี และสหภาพยุโรปน่าจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศไทย

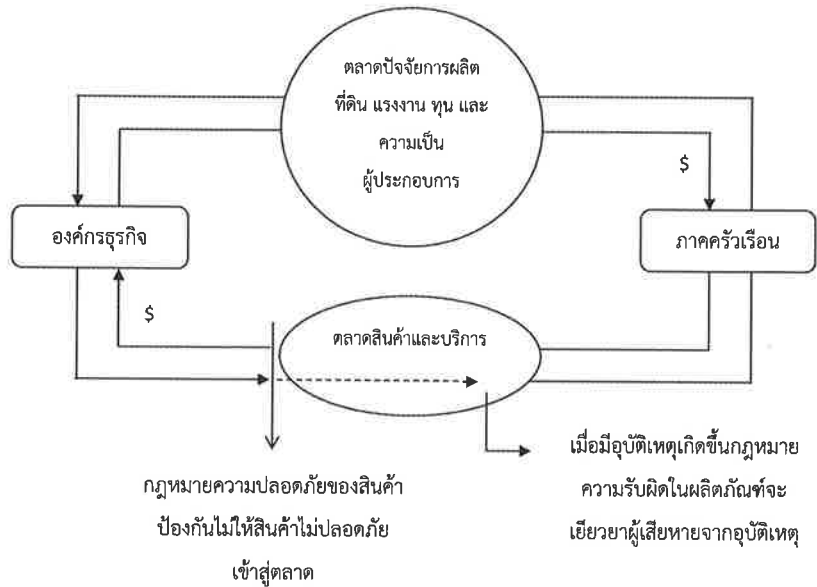
## 1. กฎหมายความปลอดภัยของสินค้า และกฎหมายความรับผิดชอบในผลิตภัณฑ์ในวัฏจักรทางเศรษฐกิจ

กฎหมายความปลอดภัยของสินค้า (Product Safety Law) เช่น กฎหมายยา กฎหมายอาหาร กฎหมายเครื่องมือแพทย์ และกฎหมายความรับผิดชอบในผลิตภัณฑ์อยู่ในภาพรวมของการทำงานของระบบเศรษฐกิจแบบอาศัยกลไกตลาด โดยสามารถแสดงเป็นรูปภาพได้ดังนี้

<sup>1</sup> "GDP per Capita," The World Bank, accessed September 1, 2019, <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD?locations=TH>.

<sup>2</sup> Rarana Phanudulkitti, "Country Overview: Thailand," *Journal of Medical Device Regulation* 9, no. 3 (2012): 83-89; "อนาคต 15 ปี ค่าใช้จ่ายสุขภาพคนไทย," สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (ทีดีอาร์ไอ), เข้าถึงเมื่อ 2 กันยายน 2562, <https://tdri.or.th/2018/01/%E0%B9%89healthcost/>.

<sup>3</sup> "Medical Device Registration in Thailand," Pacific Bridge Medical, accessed February 24, 2018, <https://www.pacificbridge.com/regulatory-services/medical-device/product-registration/thailand/>.



ภายในระบบเศรษฐกิจแบบอสังกัลโกตลาด เช่น ระบบเศรษฐกิจในประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมนี และไทย ภาคครัวเรือนและภาคองค์กรธุรกิจเป็นหน่วยงานเศรษฐกิจที่สำคัญในระบบ โดยภาคครัวเรือนซึ่งเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตจะขายปัจจัยการผลิต ได้แก่ ที่ดิน แรงงาน แก่ภาคองค์กรธุรกิจ และใช้รายได้จากการขายปัจจัยการผลิตซื้อสินค้าและบริการที่ผลิตโดยภาคองค์กรธุรกิจ

เพื่อให้มีความมั่นใจว่าสินค้าบางชนิด เช่น ยารักษาโรค อาหารและเครื่องดื่ม เครื่องมือแพทย์ เครื่องใช้ไฟฟ้า มีความปลอดภัยต่อผู้บริโภคซึ่งได้แก่ภาคครัวเรือน รัฐบาลในประเทศที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบอสังกัลโกตลาด จะตรากฎหมายความปลอดภัยของสินค้า เช่น กฎหมายยา กฎหมายอาหารและเครื่องดื่ม กฎหมายเครื่องมือแพทย์ กฎหมายมาตรฐานสินค้าอุตสาหกรรมออกมาควบคุมคุณภาพความปลอดภัยของสินค้าดังกล่าว โดยปกติแล้วจะกำหนดให้สินค้าเหล่านั้นต้องได้รับการรับรองความปลอดภัยจากหน่วยงานรัฐเสียก่อนจึงจะสามารถนำออกจำหน่ายในตลาดได้ ตัวอย่างเช่น กฎหมายว่าด้วยอาหาร ยา และเครื่องสำอางของสหรัฐอเมริกา (the Federal Food Drug and Cosmetic Act) กำหนดให้ผู้ผลิตเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจต้องยื่นเรื่องขออนุญาตต่อสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาของรัฐบาลกลาง (The Federal Food and Drug Administration: FDA) ก่อนเจ้าหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาจะดำเนินการตรวจสอบกระบวนการการผลิตเครื่องมือแพทย์ของบริษัทผู้ผลิตที่ยื่นขออนุญาตอย่างเข้มงวด และนำตัวอย่างไปทำการทดสอบตรวจสอบอย่างเข้มงวดเช่นกัน หากได้คุณภาพและมาตรฐานความปลอดภัยตามที่กฎหมายเครื่องมือแพทย์กำหนด บริษัทผู้ยื่นขออนุญาตจึงจะสามารถนำออกจำหน่ายในท้องตลาดได้ ทั้งนี้ บริษัทผู้ผลิตต้องผลิตตามกระบวนการและรายละเอียดที่ยื่นขอไว้อย่างเข้มงวดที่สุด หากไม่ปฏิบัติตามแล้วจะมีโทษรุนแรงมาก<sup>4</sup>

<sup>4</sup> The Federal Food Drug and Cosmetic Act of 1938, 21 USC §301 et seq; the Medical Devices Amendment Act of 1976, 21 USC 301 note.

ในประเทศเยอรมนี กฎหมายเครื่องมือแพทย์ (The Act on Medical Devices) กำหนดให้สินค้าประเภทเครื่องมือแพทย์ต้องได้รับการรับรองมาตรฐานความปลอดภัยเรียกว่า CE Mark ก่อนที่ผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าจะสามารถนำออกจำหน่ายได้<sup>5</sup> ส่วนประเทศไทย มีพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 และมีกองควบคุมเครื่องมือแพทย์ ซึ่งอยู่ภายใต้สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาเป็นหน่วยงานควบคุมมาตรฐานความปลอดภัยของเครื่องมือแพทย์ซึ่งกำหนดให้ผู้ประสงค์จะนำเข้าเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจต้องขอขึ้นทะเบียนก่อน โดยต้องแนบหลักฐานซึ่งเป็นใบรับรองว่าเครื่องมือแพทย์ดังกล่าวได้รับอนุญาตให้จำหน่ายได้ในประเทศผู้ผลิต โดยเอกสารดังกล่าวเรียกว่า “Certificate of Free Sale” โดยที่เจ้าหน้าที่ของกองควบคุมเครื่องมือแพทย์ไม่ได้นำตัวอย่างเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจมาทำการตรวจสอบโดยการทดลองในห้องทดลองว่าเครื่องมือแพทย์ดังกล่าวที่นำเข้าจากต่างประเทศปลอดภัยจริงหรือไม่ ดังนั้นการควบคุมความปลอดภัยของเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจของหน่วยงานที่รับผิดชอบในประเทศไทยจึงเป็นเพียงเรื่องของการตรวจสอบเอกสารเท่านั้น เมื่อระบบการควบคุมความปลอดภัยของเครื่องมือแพทย์ทั้งสองชนิดดังกล่าวเป็นเรื่องของการตรวจสอบเอกสาร จึงคาดเดาได้ว่า จะมีผู้นำเข้าเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจจากบริษัทผู้ผลิตที่ไม่อยู่ในระดับแนวหน้าหรือจากประเทศที่เพิ่งจะเริ่มผลิตเครื่องมือแพทย์ทั้งสองชนิดนี้เพราะมีความต้องการของตลาดในประเทศไทย

ประเด็นที่น่าเป็นกังวล คือ แม้แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศแนวหน้าของโลกในเรื่องของความเจริญทางการแพทย์ และการผลิตเครื่องมือแพทย์ที่ใช้เทคโนโลยีระดับสูงสุด ก็ประสบปัญหาเดียวกัน มีอุบัติเหตุผู้ป่วยได้รับอันตรายจากความชำรุดบกพร่องของเครื่องกระตุ้นหัวใจเป็นจำนวนมาก ตัวอย่างเช่น ในปี พ.ศ. 2558 ปีเดียว บริษัท St. Jude Medical Center and Pacesetter, Inc. ได้ประนีประนอมยอมความกับผู้ป่วยโรคหัวใจที่ใส่เครื่องกระตุ้นหัวใจหรือเครื่องกระตุ้นหัวใจในร่างกายแล้วได้รับความเสียหายเพราะความชำรุดบกพร่องของสายส่งสัญญาณที่ติดกับเยื่อหุ้มหัวใจ จำนวนถึง 950 ราย และค่าเงินในการประนีประนอมยอมความให้กับผู้ป่วยโรคหัวใจ 950 รายนี้สูงถึง 14.25 พันล้านเหรียญสหรัฐ บริษัท Medtronic ซึ่งเป็นบริษัทผลิตเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจที่มีชื่อเสียงที่สุดในโลกต้องเรียกคืนสินค้าที่ตนผลิตถึง 4 ครั้งในปี พ.ศ. 2558 เป็นต้น นอกจากนี้ ในช่วงต้นปี พ.ศ. 2562 บริษัท Medtronic ได้เรียกคืนเครื่องกระตุ้นหัวใจชนิดกระตุ้นหัวใจสองห้องต่อเนื่องกัน (Dual Chamber Pacemaker) เนื่องจากความชำรุดบกพร่องของระบบการทำงาน (software error) ซึ่ง FDA ของสหรัฐอเมริกาก็ถือว่าเป็นความชำรุดบกพร่องที่อาจเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพหรือทำให้เสียชีวิตได้<sup>6</sup> การเรียกคืนดังกล่าวได้รับการจัดอันดับอยู่ในหนึ่งในสิบของการเรียกคืนเครื่องมือแพทย์ที่ใหญ่ที่สุดของโลก<sup>7</sup>

<sup>5</sup> The Act on Medical Devices (Medizinproduktegesetz – MPG) of 1994 (Federal Law Gazette I, p 1963).

<sup>6</sup> “Medtronic, Inc. Recalls Dual Chamber Implantable Pulse Generators (IPGs) Due to Possible Circuit Error,” US Food And Drug Administration (FDA), accessed August 30, 2019, <https://www.fda.gov/medical-devices/medical-device-recalls/medtronic-inc-recalls-dual-chamber-implantable-pulse-generators-ipgs-due-possible-circuit-error>.

<sup>7</sup> Tiash Saha, “The World’s Biggest Medical Device Recalls,” Verdict Medical Devices, accessed August 28, 2019, <https://www.medicaldevice-network.com/features/biggest-medical-device-recalls/>.

เพื่อเป็นการเตรียมตัวรับมือกับอุบัติเหตุที่อาจเกิดจากความชำรุดบกพร่องของเครื่องมือแพทย์ทั้งสองชนิดดังกล่าว โดยเฉพาอย่างยิ่งเพื่อให้มีการเยียวยาที่เป็นธรรมและเพียงพอแก่ผู้เคราะห์ร้าย การศึกษาเรื่องความรับผิดทางแพ่งของผู้ผลิตเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุกหัวใจในประเทศสหรัฐอเมริกา และความรับผิดทางแพ่งของผู้นำเข้าเครื่องมือแพทย์ดังกล่าวในกรณีที่แบตเตอรี่หมดอายุการใช้งานเร็วกว่าที่กำหนดและสวิตช์แม่เหล็กปิด-เปิดเครื่องกระตุกหัวใจชำรุดบกพร่องจึงน่าจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศไทย

## 2. ประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องของเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุกหัวใจ

ผู้ป่วยที่มีปัญหาเกี่ยวกับหัวใจเต้นผิดจังหวะ หากได้รับการวินิจฉัยจากแพทย์ว่ามีอาการรุนแรง แพทย์ผู้ทำการรักษาอาจจะแนะนำให้ใช้เครื่องกระตุ้นหัวใจ (pacemaker) ซึ่งเป็นอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ขนาดประมาณของบุหรี่ที่แพทย์จะทำตดการเพื่อฝังเข้าไปในผนังหน้าอกใต้ผิวหนังของผู้ป่วยเพื่อกระตุ้นจังหวะการเต้นของหัวใจ โดยทั่วไปเครื่องกระตุ้นหัวใจจะช่วยแก้ไขจังหวะการเต้นของหัวใจที่เต้นช้ากว่าที่ควรให้เต้นเร็วขึ้น โดยการส่งสัญญาณไฟฟ้าไปยังหัวใจห้องที่ทำงานผิดปกติสัญญาณไฟฟ้าจะช่วยให้หัวใจเต้นเร็วพอที่จะสูบฉีดเลือดไปเลี้ยงร่างกายและอวัยวะส่วนอื่นๆ ได้มากเพียงพอ เนื่องจากหัวใจเต้นด้วยจังหวะที่ช้ากว่าปกติจะไม่สามารถสูบฉีดโลหิตเป็นปริมาณมากเพียงพอสำหรับเลี้ยงอวัยวะส่วนอื่นได้ทั้งร่างกาย เป็นผลให้ผู้ป่วยรู้สึกอ่อนเพลีย ไม่มีแรง หากมีเลือดไปเลี้ยงสมองได้ไม่เพียงพอจะทำให้เวียนและมึนศีรษะจนหมดสติได้ ส่วนเครื่องกระตุกหัวใจ (defibrillator) คือ อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่แพทย์นำเข้าไปในผนังหน้าอกเพื่อปล่อยสัญญาณไฟฟ้าออกมากระตุ้นหัวใจที่หยุดทำงานให้กลับมาทำงานตามปกติ ส่วนประกอบของเครื่องมือแพทย์ทั้งสองจะประกอบด้วย แบตเตอรี่ตัวส่งสัญญาณให้กระตุ้นหัวใจ สายส่งสัญญาณไฟฟ้า (lead wire) เครื่องมือทำงานโดยตัวส่งสัญญาณจะส่งสัญญาณไฟฟ้าไปปรับให้หัวใจเต้นในจังหวะที่เร็วขึ้น ส่วนสายส่งสัญญาณไฟฟ้าเป็นตัวรับและส่งสัญญาณระหว่างเครื่องกับหัวใจห้องต่างๆ<sup>8</sup>

ขั้นตอนการของการฝังเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุกหัวใจมีสองวิธีและขั้นตอนโดยสรุป ดังนี้

1. การฝังเครื่องกระตุ้นหัวใจแบบใส่สายส่งสัญญาณที่เยื่อหัวใจ (endocardia lead placement) แพทย์จะใส่สายส่งสัญญาณไฟฟ้าซึ่งเป็นสายไฟที่มีฉนวนหุ้มเข้าไปยังหัวใจผู้ป่วยผ่านทางหลอดเลือดดำ เมื่อสายส่งสัญญาณเข้าไปถึงหัวใจแล้ว แพทย์จะวางปลายอีกด้านหนึ่งของสายส่งบนกล้ามเนื้อหัวใจโดยอาศัยภาพจากเอกซเรย์ช่วยให้วางสายส่งในตำแหน่งที่ถูกต้อง หลังจากนั้นแพทย์จะฝังเครื่องส่งสัญญาณไว้ใต้ผิวหนังบริเวณหน้าอกของผู้ป่วยใต้กระดูกไหปลาร้าด้านซ้ายหรือขวาตามความเหมาะสม แล้วต่อเครื่องส่งสัญญาณและสายส่งเข้าด้วยกัน ระหว่างที่ทำให้ผู้ป่วยอาจรู้สึกว่ามีแรงกดดันเล็กน้อยระหว่างที่แพทย์ใส่สายส่งสัญญาณและตัวเครื่องส่งสัญญาณเข้าไปในร่างกาย เมื่อใส่เครื่องกระตุ้นไฟฟ้าหัวใจเรียบร้อยแล้ว แพทย์จะตรวจสอบภาพเอกซเรย์หัวใจเพื่อตรวจสอบให้มั่นใจว่าเครื่องและสายส่งอยู่ในตำแหน่งที่เหมาะสม

<sup>8</sup> WH Maisel, et al, "Pacemaker and ICD Generator Malfunction: Analysis of Food and Drug Administration Annual Reports," JAMA 295 no 16 (April 26, 2006): 1901-6.

2. การฝังเครื่องกระตุ้นหัวใจแบบติดสายสื่อสัญญาณที่เยื่อหุ้มหัวใจ (epicardial lead placement) วิธีนี้แพทย์จะวางยาสลบผู้ป่วยแล้วผ่าเปิดช่องอกเพื่อติดสายสื่อสัญญาณที่เยื่อหุ้มหัวใจโดยตรงและใส่เครื่องส่งสัญญาณไว้ใต้ผิวหนังบริเวณหน้าท้องหรืออาจฝังไว้ที่หน้าอกก็ได้ แต่ปัจจุบันไม่นิยมใช้วิธีนี้

แม้ว่าเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจเป็นเครื่องมือแพทย์ที่มีคุณค่าอย่างมหาศาลต่อสุขภาพของผู้ป่วยโรคหัวใจ แต่เนื่องจากเครื่องมือแพทย์ทั้งสองชนิดเป็นอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีความซับซ้อนและต้องผลิตโดยเทคโนโลยีที่ทันสมัย ต้องการความแม่นยำและความเที่ยงตรงที่สูงมาก ไม่ว่าเทคโนโลยีการผลิตเครื่องมือแพทย์จะก้าวหน้าไปมากเพียงใดก็ตามปัญหาทางเทคนิคที่เกิดขึ้นเสมอ คือ สายสื่อสัญญาณ (lead wire) ซึ่งเป็นต้นเหตุที่สำคัญที่สุดที่ทำให้เครื่องมือแพทย์ทั้งสองทำงานล้มเหลว เช่น ขนาดของสายสื่อสัญญาณไม่เท่ากับสายสื่อสัญญาณเคลื่อนไปจากจุดที่แพทย์วางไว้ การเสื่อมสภาพของสายสื่อสัญญาณ เป็นต้น จึงเป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายหลายประการด้วยกัน ประการแรก หากเกิดความชำรุดบกพร่องขึ้นจากเครื่องมือแพทย์ที่ถูกฝังในตัวผู้ป่วย ผู้ป่วยจะสามารถเรียกร้องให้ผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าเครื่องมือดังกล่าวรับผิดชอบได้หรือไม่ และภาระการพิสูจน์ถึงความชำรุดบกพร่องจะเป็นอย่างไร ประการที่สอง หากตรวจพบความชำรุดบกพร่องในเครื่องมือแพทย์ชนิดเดียวกับที่ถูกฝังในตัวผู้ป่วย จนทำให้ต้องได้รับการผ่าตัดเพื่อฝังเครื่องมือใหม่แทนเครื่องมือเดิมแล้ว ผู้ป่วยหรือบริษัทประกันซึ่งได้ออกค่าใช้จ่ายในการผ่าตัดเพื่อเปลี่ยนเครื่องดังกล่าว จะสามารถเรียกร้องให้ผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่ออกไปได้หรือไม่

### 3. ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ผลิตเครื่องกระตุ้นหัวใจ และเครื่องกระตุ้นหัวใจในประเทศสหรัฐอเมริกา

#### 3.1 กฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดในผลิตภัณฑ์ (the Restatement (Second) of Torts)

ก่อนปี ค.ศ. 1963 ซึ่งเป็นปีที่ศาลฎีกาของรัฐแคลิฟอร์เนียได้ตัดสินคดี *Greenman v Yuba Motor Products* หากผู้ป่วยโรคหัวใจที่ได้รับอันตรายจากความชำรุดบกพร่องของเครื่องมือแพทย์ทั้งสองประสงค์จะฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ผลิตผู้ป่วยโรคหัวใจซึ่งเป็นผู้เสียหายต้องฟ้องผู้ผลิตฐานทำละเมิด (tort) โดยโจทก์ (ผู้เสียหาย) ต้องพิสูจน์ว่ามีความชำรุดบกพร่องในกระบวนการการผลิต (manufacturing defect) หรือการออกแบบ (design defect) ซึ่งเกิดจากการประมาทเลินเล่อ (negligence) ของผู้ผลิต และความชำรุดบกพร่องนั้นเป็นเหตุโดยตรงที่ทำให้เกิดความเสียหายขึ้นซึ่งเป็นการยากมากในการที่ผู้เสียหายจะพิสูจน์ว่าผู้ผลิตได้ประมาทเลินเล่อในกระบวนการผลิตหรือการออกแบบ

ต่อมาในคำพิพากษาคดี *Greenman v Yuba Motor Products* ศาลฎีกาของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้วางหลักกฎหมายใหม่โดยผู้ผลิตสินค้าอุตสาหกรรมทั้งหมด (manufactured goods) เช่น รถยนต์ น้ำอัดลม เครื่องมือต่างๆ เป็นต้น ต้องรับผิดชอบทางแพ่งโดยเคร่งครัด (strict liability) ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้ใช้สินค้าทุกชนิด โดยมีเหตุผลในคำพิพากษาว่า ในกรณีที่เป็นสินค้าที่มีความซับซ้อนผู้บริโภคย่อมไม่มีทางที่จะสามารถประเมินความเสี่ยงภัยหรือทราบถึงความชำรุดบกพร่องของสินค้านั้นได้เลย ดังนั้นภาระการพิสูจน์ว่าสินค้าปลอดภัยควรตกอยู่กับผู้ผลิต<sup>9</sup> หลังจากมีคำพิพากษาข้างต้น สถาบันกฎหมายอเมริกันได้จัดทำกฎหมายต้นแบบ

<sup>9</sup> *Greenman v Yuba Motor Products* 59 Cal 2d 57, 379 P2d 397, 27 Cal Rptr 697 (1963).

เกี่ยวกับความรับผิดในผลิตภัณฑ์ที่ชำรุดบกพร่องโดยเคร่งครัดเรียกว่า The Restatement (Second) of Torts<sup>10</sup> เสร็จในปี ค.ศ. 1965 โดยมีบทบัญญัติหลัก คือ Section 402 A ซึ่งบัญญัติว่า

- “(1) บุคคลใดขายสินค้าซึ่งอยู่ในสภาพที่ชำรุดบกพร่องและอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้ใช้หรือผู้บริโภค ต้องรับผิดสำหรับความเสียหายที่ก่อให้เกิดแก่ผู้ใช้สินค้านั้น หาก
- (ก) ผู้ขายเป็นผู้ซึ่งโดยปกติแล้วประกอบธุรกิจขายสินค้านั้น และ
  - (ข) คาดหมายได้ว่าจะถึงและได้ถึงมือผู้บริโภคโดยไม่มี การเปลี่ยนแปลงอย่างมีนัยสำคัญ
- (2) ให้นำบทบัญญัติใน (1) มาปรับใช้แม้ว่า
- (ก) ผู้ขายจะได้อาศัยความระมัดระวังอย่างดีที่สุดแล้วในการผลิตและจำหน่ายสินค้านั้นก็ตาม และ
  - (ข) ผู้ใช้หรือผู้บริโภคไม่ได้ซื้อสินค้าจากผู้ขายหรือทำสัญญาซื้อขายกับผู้ขายก็ตาม”

ตามหลักกฎหมายความรับผิดโดยเคร่งครัดของบทบัญญัติ Section 402 A ข้างต้น ผู้เสียหาย (โจทก์) มีหน้าที่ในการพิสูจน์เพียงว่า สินค้านั้นมีความชำรุดบกพร่องในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ไม่ว่าจะมีความชำรุดบกพร่องในกระบวนการผลิต หรือการออกแบบ หรือค่าเตือน และความชำรุดบกพร่องนั้นอาจก่อให้เกิดอันตรายได้ นอกจากนั้นแล้วโจทก์ต้องพิสูจน์เพิ่มเติมให้ได้ว่าความชำรุดบกพร่องนั้นเกิดขึ้นในขั้นตอนการผลิต และความชำรุดบกพร่องนั้นเป็นเหตุโดยตรงที่ทำให้เกิดความเสียหาย

อย่างไรก็ดี ผู้ที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัดตาม Section 402 A ก็คือ ผู้ขายซึ่งต้องเป็น “ผู้ประกอบการ” เกี่ยวกับสินค้านั้น ดังนั้น หากเป็นกรณีที่ผู้ขายไม่ได้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับสินค้านั้น เพียงแต่ขายสินค้านั้นเป็นครั้งคราว ผู้ขายย่อมไม่ต้องตกอยู่ภายใต้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้ เพราะผู้ขายประเภทนี้ก็ไม่สามารถที่จะทำให้สินค้าปลอดภัย หรือแม้แต่จะทราบได้ว่าสินค้าที่ตนขายเป็นสินค้าที่ปลอดภัยหรือไม่ นอกจากนี้ โรงพยาบาลและแพทย์ที่ทำการหัตถการก็ไม่ได้เป็นผู้ขายหรือผู้ประกอบการเกี่ยวกับเครื่องกระตุ้นหัวใจหรือเครื่องกระตุ้นหัวใจ ดังนั้นโรงพยาบาลและแพทย์จึงไม่ตกอยู่ภายใต้หลักกฎหมายโดยเคร่งครัดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ป่วย อันเนื่องมาจากความชำรุดบกพร่องของเครื่องมือแพทย์ทั้งสอง แต่แพทย์ผู้ทำการหัตถการอาจต้องรับผิดฐานละเมิดหากประมาทเลินเล่อในการทำการหัตถการเพื่อฝังเครื่องกระตุ้นหัวใจหรือเครื่องกระตุ้นหัวใจใส่ให้กับผู้ป่วย<sup>11</sup>

ในการพิสูจน์ว่า สินค้ามีความชำรุดบกพร่องและอาจก่อให้เกิดอันตรายได้นั้น โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าเครื่องกระตุ้นหัวใจหรือเครื่องกระตุ้นหัวใจมีความชำรุดบกพร่องทางกายภาพจริง ตัวอย่างของความชำรุดบกพร่องในกระบวนการผลิต เช่น สายสื่อสัญญาณของเครื่องมีขนาดเล็กเกินไปเลยทำให้ขาด หรือการเชื่อมต่อสายสัญญาณกับตัวส่งสัญญาณไม่สอดคล้องกันดีพอ ตัวอย่างของความชำรุดบกพร่องในการออกแบบ เช่น การออกแบบตัวเครื่องให้บรรดาชิ้นส่วนอัดแน่นกันเกินไปจนชิ้นส่วนเกิดความเสียหาย หรือออกแบบตัวเครื่องให้บางเกินไปทำให้กระแสไฟฟ้าจากภายนอก เช่น กระแสไฟฟ้าจากโทรศัพท์มือถือรบกวนการทำงานของเครื่องได้ เป็นต้น

<sup>10</sup> Restatement (Second) of Torts § 402A (1965).

<sup>11</sup> See *Hector v Cedar Sinai Medical Center*, 180 Cal App 3<sup>rd</sup> 493; 225 Cal Rptr 598 (1986).

ส่วนบริษัทผู้ผลิตก็ต้องพยายามพิสูจน์หักล้างให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิด แต่บริษัทผู้ผลิตมีข้อต่อสู้ค่อนข้างจำกัด ประการแรก หากผู้ผลิตต่อสู้อัตนเองไม่ได้ประมาทเลินเล่อในการผลิต การออกแบบข้อต่อสู้นี้จะใช้ไม่ได้ เพราะตามหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้ แม้ว่าผู้ผลิตจะไม่ประมาทเลินเล่อก็ต้องรับผิดอยู่นั่นเอง หรือข้อต่อสู้ที่ว่า ผู้ผลิตได้ใช้ความระมัดระวังอย่างดีที่สุดแล้ว ใช้เทคโนโลยีที่ก้าวหน้าที่สุดในโลก หรือที่ได้คุณภาพตามมาตรฐานความปลอดภัยของสมาคมผู้ผลิตเครื่องมือแพทย์แล้ว ล้วนแต่เป็นข้อต่อสู้ที่ศาลไม่รับฟัง และข้อต่อสู้ที่ว่าผู้ป่วยสมควรใจเข้าเสี่ยงภัยเพราะแพทย์ได้แจ้งให้ทราบถึงความเสียหายจากการที่เครื่องชำรุดบกพร่องแล้ว ซึ่งเป็นการทำให้ผู้ป่วยกับแพทย์ผู้ทำการรักษากลายเป็นผู้ไม่เป็นมิตรกันอันจะนำไปสู่การโต้แย้งของผู้ป่วยว่าแพทย์ที่ทำการรักษาไม่ได้แจ้งให้ทราบถึงการเสี่ยงภัยเลย เป็นต้น อย่างไรก็ตาม บริษัทผู้ผลิตมีข้อต่อสู้ประการสำคัญตามบทบัญญัติที่เรียกว่า “Comment k” ซึ่งเป็นการให้ความยืดหยุ่นแก่สินค้าบางชนิดที่มีประโยชน์อย่างยิ่งต่อมวลมนุษยชน เช่น วัคซีนป้องกันโรคโปลิโอ วัคซีนป้องกันโรคพิษสุนัขบ้า แต่ความรู้และเทคโนโลยีไม่ว่าจะก้าวหน้ามากเพียงใดก็ไม่สามารถทำให้วัคซีนทั้งสองข้างต้นปลอดภัยได้อย่างสมบูรณ์ เพราะจะต้องมีเด็กที่ได้รับการฉีดวัคซีนป้องกันโรคโปลิโอ หรือผู้ที่ได้รับการฉีดวัคซีนป้องกันโรคพิษสุนัขบ้า ได้รับความเสียหายจากผลข้างเคียงของการฉีดวัคซีนดังกล่าว ดังนั้น “Comment k” จึงยกเว้นความรับผิดของผู้ผลิตวัคซีนทั้งสองชนิดดังกล่าว หรือผู้ผลิตสินค้าชนิดอื่นที่มีประโยชน์อย่างยิ่งกับมวลมนุษยชน แต่ผู้ผลิตไม่สามารถทำให้สินค้านั้นปลอดภัยได้อย่างสมบูรณ์ บทบัญญัติของ “Comment k” มีดังนี้

“มีสินค้าหลายชนิดซึ่งความรู้ในปัจจุบันของมนุษย์ที่มีอยู่ไม่สามารถทำให้ปลอดภัยได้อย่างสมบูรณ์ หากสินค้านั้นได้ถูกผลิตอย่างถูกต้องเหมาะสมและมีค่าเตือนวิธีการเก็บรักษาที่ชัดเจนแล้วย่อมไม่ถึงว่าสินค้านั้นมีความชำรุดบกพร่องหรืออาจก่อให้เกิดอันตรายได้ ผู้ผลิตสินค้านั้นจึงไม่ต้องรับผิดอย่างเคร่งครัดในการที่จะต้องใช้คำเตือนใหม่ทดแทนแก่ผู้เคราะห์ร้ายจากการใช้สินค้านั้น”<sup>12</sup>

### 3.2 กฎหมายอาหาร ยา และเครื่องสำอางของรัฐบาลกลาง (the Federal Food Drug and Cosmetics Act)

เครื่องมือแพทย์ถูกควบคุมอย่างเคร่งครัดโดยกฎหมายอาหาร ยา และเครื่องสำอางของรัฐบาลกลาง<sup>13</sup> กล่าวคือ คณะกรรมการอาหารและยาของรัฐบาลกลางจะตรวจสอบการออกแบบ กระบวนการผลิต ผลากอธิบายในกล่อง และการโฆษณาอย่างเข้มงวด หากผ่านการตรวจสอบแล้วจึงจะอนุญาตให้ผู้ผลิตนำออกจำหน่ายได้ การทดสอบว่าเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจมีความปลอดภัยจริงหรือไม่อาจต้องใช้เวลาหลายปี เนื่องจากเป็นการตรวจสอบความปลอดภัยที่เข้มงวดที่สุดของคณะกรรมการอาหารและยา และเมื่อได้รับอนุญาตแล้ว ผู้ผลิตจะต้องผลิตตามแบบที่ยื่นขออนุญาต กระบวนการผลิตที่ยื่นขออนุญาต ผลากอธิบายในกล่อง และข้อความโฆษณาที่ยื่นขออนุญาตอย่างเคร่งครัดที่สุด หากมีการผลิตแตกต่างจากแบบที่ยื่นขออนุญาต กระบวนการผลิตที่ยื่นขออนุญาต ผลากอธิบายในกล่องและข้อความโฆษณาเพียงเล็กน้อย หากถูกจับได้จะถูกลงโทษอย่างรุนแรงจากคณะกรรมการอาหารและยา

<sup>12</sup> Comment K to Section 402 A of the Restatement 2<sup>nd</sup> of Torts.

<sup>13</sup> The Food Drug and Cosmetic Act 21 USC § 301 et seq.

ดังนั้นในมุมมองทางกฎหมายแล้ว กระบวนการตรวจสอบและทดลองของคณะกรรมการอาหารและยาข้างต้นก็เพื่อให้เครื่องมือแพทย์ทั้งสองชนิดมีความปลอดภัยมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ดังนั้นบทบาทของคณะกรรมการอาหารและยาจึงเป็นประหนึ่งคณะลูกขุน ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญอย่างยิ่งในเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจที่จะพิจารณาตัดสินว่า เครื่องมือแพทย์ดังกล่าวปลอดภัยจริงหรือไม่ ซึ่งจะไม่มีความรู้ความเข้าใจในศาลที่จะมีความรู้ความสามารถได้ใกล้เคียงกับคณะกรรมการอาหารและยาในการที่จะตัดสินโดยอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านวิทยาศาสตร์ว่า เครื่องมือแพทย์ดังกล่าวปลอดภัยจริงหรือไม่ นอกจากนี้คณะลูกขุนในศาลในแต่ละมลรัฐอาจตัดสินปัญหาข้อเท็จจริงที่ว่า เครื่องกระตุ้นหัวใจหรือเครื่องกระตุ้นหัวใจชนิดเดียวกันของบริษัทผู้ผลิตเดียวกันชำรุดบกพร่องหรือไม่แตกต่างกันก็ได้ กล่าวคือ คณะลูกขุนในมลรัฐ A ตัดสินว่า เครื่องกระตุ้นหัวใจรุ่น Q2 ของบริษัท XYZ มีความชำรุดบกพร่องในการออกแบบและอาจก่อให้เกิดอันตรายได้ แต่คณะลูกขุนในมลรัฐ B ตัดสินว่า เครื่องกระตุ้นหัวใจของรุ่น Q2 ของบริษัท XYZ ไม่มีความชำรุดบกพร่องเลย ดังนั้นย่อมมีผลทำให้บริษัท XYZ มีปัญหาในการวางแผนทางธุรกิจ และอาจนำไปสู่การขึ้นราคาสินค้าเพื่อนำกำไรที่เพิ่มขึ้นมาเป็นค่าใช้จ่ายในการต่อสู้ได้

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นทำให้สภาคองเกรสของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งประสงค์จะสนับสนุนส่งเสริมบริษัทผู้ผลิตเครื่องมือแพทย์ไม่ว่าจะตั้งอยู่ในมลรัฐใด และในขณะเดียวกันก็ต้องการให้เครื่องมือแพทย์ที่ผลิตมีคุณภาพและความปลอดภัยมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ จึงได้ตรากฎหมาย The Medical Devices Amendment Act of 1976 ออกมาใช้บังคับ ตามกฎหมายนี้ หากเครื่องมือแพทย์ใดได้ผ่านการตรวจสอบและทดลองอย่างเข้มงวดอย่างที่สุดของคณะกรรมการอาหารและยาแล้ว ผู้เสียหายในมลรัฐต่างๆ จะนำคดีมาฟ้องร้องบริษัทผู้ผลิตเครื่องมือแพทย์เป็นคดีละเมิดเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายไม่ได้ แต่ก็ยังมีผู้เสียหายโต้แย้งว่าผู้เสียหายยังคงสามารถดำเนินคดีดังกล่าวนี้ เนื่องจากสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย The Medical Devices Amendment Act of 1976 ของรัฐบาลกลาง

ในคดี *Marmol v. St. Jude Medical Center and Pacesetter, Inc.* ซึ่งถือว่าเป็นคดีที่สำคัญมากตัดสินโดยศาลของมลรัฐฟลอริดา ในปี ค.ศ. 2015 โจทก์ฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากจำเลยโดยอ้างว่า เครื่องกระตุ้นหัวใจที่ผลิตโดยบริษัทจำเลยไม่ได้มาตรฐานและมีความชำรุดบกพร่อง กล่าวคือ สายสี่สัญญาณมีขนาดไม่เท่ากัน ฉนวนที่ใช้หุ้มสายสี่สัญญาณไม่ได้ทำการฆ่าเชื้ออย่างถูกต้องในกระบวนการผลิต การติดสายสี่สัญญาณเข้ากับตัวเครื่องไม่ถูกต้อง และมีการออกแบบที่ชำรุดบกพร่องทำให้ไม่สามารถนำสายสี่สัญญาณออกจากกล้ามเนื้อหัวใจได้ ซึ่งศาลของมลรัฐตัดสินให้ยกฟ้องตามหลักที่ว่ากฎหมายของรัฐบาลกลางทำให้ผู้เสียหายนำคดีมาฟ้องบริษัทผู้ผลิตเครื่องมือแพทย์ที่ได้ผ่านการตรวจสอบ โดยทดสอบอย่างเข้มงวดและได้รับอนุญาตให้จำหน่ายได้โดยคณะกรรมการอาหารและยาแล้วไม่ได้<sup>14</sup> ในคำพิพากษาคดี *Stanfield v Boston Scientific Corp.* ศาลก็ตัดสินในทำนองเดียวกัน<sup>15</sup>

<sup>14</sup> *Marmol v St Jude Medical Center and Pacesetter, Inc.*, 132 F Supp 3d 1359, 2015.

<sup>15</sup> *Standfield v Boston Scientific Corporation* 166 F Supp 3d 873 (2015).

ผลของคำพิพากษาในคดีทั้งสองคดีดังกล่าวทำให้ผู้เสียหายจากความชำรุดบกพร่องของเครื่องมือแพทย์ทั้งสองชนิดยุติการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากบริษัทผู้ผลิตเนื่องจากศาลทั้งหลายในประเทศสหรัฐอเมริกาจะยกฟ้องตามหลัก federal law will preclude, or preempt any state tort action ที่ได้บรรยายมาแล้วในคดี *Marmal v. St. Jude Medical Center and Pacesetter, Inc.* ด้วยเหตุนี้บรรดาสานักกฎหมายระดับแนวหน้าจึงหยุดรับคดีฟ้องร้องบริษัทผู้ผลิตเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจ เพราะฟ้องไปศาลก็จะยกฟ้องอยู่นั่นเอง

#### 4. ความรับผิดของผู้ผลิตและผู้นำเข้าตามกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ของประเทศเยอรมนี

ก่อนปี ค.ศ. 1989 ในประเทศเยอรมนีผู้ผลิตเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจต้องรับผิดทางแพ่งฐานละเมิดต่อผู้เสียหายตามมาตรา 823 ของประมวลกฎหมายแพ่ง (The German Civil Code: BGB) โดยผู้เสียหายต้องพิสูจน์ว่า จำเลย (บริษัทผู้ผลิต) ประมาทเลินเล่อในกระบวนการผลิตหรือในการออกแบบ ซึ่งเป็นภาระการพิสูจน์ที่ยากมากสำหรับโจทก์

เนื่องจากประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปล้วนแต่เป็นประเทศอุตสาหกรรมตะวันตก ที่ระบบเศรษฐกิจมีการผลิตสินค้าเป็นจำนวนมาก (mass production) และมีการใช้หรือบริโภคสินค้าโดยผู้ใช้หรือผู้บริโภคสินค้าเป็นจำนวนมากๆ (mass consumption) เช่นกัน การผลิตสินค้าจำนวนมากๆ ขึ้นต่อวันทำให้มีสินค้าที่ชำรุดบกพร่องหลุดรอดการตรวจสอบตามระบบควบคุมคุณภาพของบริษัทผู้ผลิตเข้าสู่ตลาดและก่อให้เกิดอุบัติเหตุเช่นเดียวกับที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรปจึงได้ตรากฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์เรียกว่า "Directive 85/374/EEC"<sup>16</sup>

Directive 85/374/EEC ได้กำหนดให้ผู้ผลิตสินค้าอุตสาหกรรมที่มีความชำรุดบกพร่องและก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้ใช้หรือผู้บริโภคต้องรับผิดทางแพ่งโดยเคร่งครัดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งเป็นผลโดยตรงมาจากความชำรุดบกพร่องของสินค้า ในฐานะรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป ประเทศเยอรมนีได้ออกกฎหมายภายในคือกฎหมายที่มีชื่อว่า The Law on Liability for Defective Product (Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte) เมื่อ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1989 เพื่อให้อนุวัติการพันธกรณีตาม Directive 85/374/EEC

นอกจากเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ข้างต้นแล้ว ยังถูกควบคุมโดยกฎหมายเฉพาะเรียกว่า The Act on Medical Devices อีกด้วย โดยภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายนี้ เครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจต้องได้รับการรับรองมาตรฐานความปลอดภัยตามแบบ CE ของสหภาพยุโรปก่อน จึงจะสามารถนำออกจำหน่ายได้<sup>17</sup> ดังนั้นจึงสันนิษฐานได้ว่าเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตรวจสอบต้องดำเนินการตรวจสอบกระบวนการผลิต การออกแบบ และทดสอบเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจอย่างเข้มงวด และเมื่ออนุญาตให้ผ่านแล้วจึงจะสามารถติดเครื่องหมาย CE และนำ

<sup>16</sup> Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, OJ L 210, 7.8.1985, 29–33.

<sup>17</sup> The Act on Medical Devices of 2nd August 1994, Federal Law Gazette I, p 1963, Section 9.

ออกจำหน่ายได้ ข้อ 7 (ดี) ของ Directive 85/374/EEC กำหนดว่า หากสินค้าใดที่มีความชำรุดบกพร่องเนื่องจากปฏิบัติตามมาตรฐานบังคับที่ออกโดยหน่วยงานรัฐ ผู้ผลิตสินค้าไม่ต้องรับผิดตามกฎหมายนี้ แม้ว่าจะไม่มีคำพิพากษาของศาลเยอรมนีเกี่ยวกับประเด็นนี้ก็ตาม ก็น่าจะสันนิษฐานได้ว่าแนวความคิดตัดสินของศาลเยอรมันคงคล้ายกับศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา คือ ยกฟ้องโจทก์ อย่างไรก็ตาม มีคำพิพากษาของศาลเยอรมันที่ตัดสินในประเด็นที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกายังไม่เคยตัดสิน ซึ่งเป็นประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดของผู้นำเข้าเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจที่น่าจะเป็นประโยชน์ต่อผู้กำหนดนโยบายโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้พิพากษาไทย เพราะประเทศไทยไม่สามารถผลิตเครื่องมือแพทย์ทั้งสองชนิดนี้ได้ จึงต้องนำเข้าจากต่างประเทศทั้งหมด คำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นข้างต้น มีข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยดังนี้

(1) Case C-503/13<sup>18</sup> ข้อเท็จจริงมีว่า บริษัท G. GmbH & Co. ได้ส่งหนังสือด่วนแจ้งให้แพทย์ทราบว่ามีฝ่ายควบคุมคุณภาพของบริษัทได้สรุปว่าเครื่องกระตุ้นหัวใจรุ่น Guidant Pulsar 470 และ รุ่น Guidant Meridian 976 และเครื่องกระตุ้นหัวใจ รุ่น G.CONTAK RENEWAL ผลิตโดยบริษัท Boston Scientific Corporation ประเทศสหรัฐอเมริกานั้น แบตเตอรี่จะหมดอายุก่อนกำหนดเนื่องจากการเสื่อมสภาพของการติดยึด จึงขอให้แพทย์พิจารณาเปลี่ยนเครื่องใหม่ให้กับผู้ป่วยโดยทางบริษัทจะมอบเครื่องใหม่ให้กับทางโรงพยาบาลโดยไม่คิดราคา แพทย์จึงได้ผ่าตัดเอาเครื่องเก่าออกและทำการฝังเครื่องใหม่ให้กับ B เมื่อวันที่ 27 กันยายน ค.ศ. 2005 และ W เมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 2005 ตามลำดับ บริษัท Aok Sachsen ซึ่งเป็นบริษัทประกันสุขภาพได้ชำระค่าผ่าตัดให้กับโรงพยาบาลแทน B และ W ซึ่งเป็นผู้เอาประกัน บริษัทดังกล่าวจึงรับช่วงสิทธิ B กับ W มาฟ้องเรียกร้องค่าผ่าตัดเปลี่ยนเครื่องจำนวน 2,655 ยูโร สำหรับกรณีของ B และ 5,914 ยูโร ในกรณีของ W ศาลชั้นต้นตัดสินให้บริษัทประกันสุขภาพชนะคดีและสั่งให้บริษัท G. GmbH & Co. จ่ายเงินค่าผ่าตัดให้แก่โจทก์ บริษัท G. GmbH & Co. อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นไปยังศาลยุติธรรมกลาง (Bundesgerichtshof) ซึ่งได้ขอให้ศาลสหภาพยุโรปมีคำตัดสินเกี่ยวกับการตีความคำว่าความชำรุดบกพร่อง (“defective product”) และความเสียหาย (“reparable damage”) ตามข้อ 1, 6 (1) และ 9 (เอ) ของ Directive 85/374/EEC

(2) Case C-504/13<sup>19</sup> ข้อเท็จจริงมีว่า บริษัท G. GmbH & Co. ได้ส่งหนังสือด่วนแจ้งให้แพทย์ทราบว่ามีฝ่ายควบคุมคุณภาพของบริษัทได้สรุปว่า เครื่องกระตุ้นหัวใจ รุ่น CONTAK RENEWAL ที่บริษัทนำเข้ามาจากบริษัท Boston Scientific Corporation อาจมีปัญหาชิ้นส่วนของเครื่องทำงานล้มเหลวทำให้ผลการรักษาลดลงอย่างมาก โดยการวิเคราะห์ทางวิศวกรรมแสดงให้เห็นว่า สวิตช์แม่เหล็กปิด-เปิดอยู่ผิดตำแหน่ง หากถูกกระตุ้นให้ทำงานก็จะไม่สามารถปรับจังหวะการเต้นของหัวใจที่ช้าลงได้ (arrhythmias) บริษัท G. GmbH & Co. ได้แนะนำให้เปลี่ยนเครื่อง แพทย์จึงทำการผ่าตัดเอาเครื่องเก่าที่ใส่อยู่ในร่างกาย F ออก และใส่เครื่องใหม่เข้าไปแทนบริษัท F. Betriebskrankkasse RWE ซึ่งเป็นบริษัทประกันสุขภาพได้ชำระเงินค่าผ่าตัดแทน F และรับช่วงสิทธิ

<sup>18</sup> Request for a preliminary ruling from the Bundesgerichtshof (Germany) lodged on 19 September 2013 — *Boston Scientific Medizintechnik GmbH v AOK Sachsen- Anhalt* (Case C-503/13).

<sup>19</sup> Request for a preliminary ruling from the Bundesgerichtshof (Germany) lodged on 19 September 2013 — *Boston Scientific Medizintechnik GmbH v Betriebskrankenkasse RWE* (Case C-504/13).

มาฟ้องเรียกค่าผ่าตัดจำนวน 20,315.01 ยูโร และค่ารักษาผู้ป่วยนอกอีก 122.50 ยูโร จาก บริษัท G. GmbH & Co. ศาลภูมิภาคในเมือง Düsseldorf เปลี่ยนแปลงคำพิพากษาเกี่ยวกับจำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนของศาลชั้นต้น โดยสั่งให้จำเลยชำระเงินจำนวน 5,920 ยูโรและดอกเบี้ยให้กับบริษัทประกันสุขภาพ บริษัท G. GmbH & Co. อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลภูมิภาคไปยังศาลยุติธรรมกลาง (Bundesgerichtshof) ศาลยุติธรรมกลางขอให้ศาลสหภาพยุโรปมีคำตัดสินเกี่ยวกับการตีความคำว่าความชำรุดบกพร่อง (“defective product”) และความเสียหาย (“damage caused by death or personal injuries”) ตามข้อ 1, 6 (1) และ 9 (เอ) ของ Directive 85/374/EEC

ศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรปได้ตัดสินคดี C503/13 and C504/13 ดังกล่าวเป็นคดีเดียวกัน โดยตัดสินว่า (ตามความเห็นทางกฎหมายของที่ปรึกษากฎหมายของศาลยุโรป (Advocate General)) ในประเด็นที่หนึ่งว่าสินค้า เช่น เครื่องกระตุ้นหัวใจ มีความชำรุดบกพร่อง โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความชำรุดบกพร่องของสินค้านั้นเลย หากพบว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าในกลุ่มเดียวกับสินค้าที่ได้ตรวจพบความชำรุดบกพร่อง ทั้งนี้ ศาลมีคำตัดสินดังกล่าวโดยคำนึงถึงการทำงานและความเสี่ยงของผู้ป่วยซึ่งใช้เครื่องมือแพทย์ดังกล่าวนี้ ทำให้ผู้ป่วยคาดหวังว่าเครื่องมือจะต้องมีมาตรฐานความปลอดภัยสูง<sup>20</sup> ส่วนประเด็นที่สอง ศาลตัดสินว่า คำว่า ความเสียหายอันเนื่องมาจากความตายหรือการได้รับบาดเจ็บนั้นจะต้องตีความอย่างกว้าง โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสุขภาพและความปลอดภัยของผู้บริโภค<sup>21</sup> ความเสียหายดังกล่าวรวมถึงความเสียหายที่เกิดจากการผ่าตัดเพื่อนำเครื่องที่ชำรุดบกพร่องออกจากผู้ป่วยและนำเครื่องใหม่ฝังในตัวผู้ป่วยแทนเครื่องเดิมด้วย หากการผ่าตัดดังกล่าวจำเป็นเพื่อแก้ไขความชำรุดบกพร่องของเครื่องมือ<sup>22</sup>

ศาลยุติธรรมกลางของประเทศเยอรมนีจึงตัดสินตามแนวทางการตีความของศาลยุติธรรมยุโรปให้บริษัท G. GmbH & Co. ต้องรับผิดชอบทั้งสองคดี เนื่องจากเหตุผลสองประการ กล่าวคือ (1) สินค้าของจำเลยเป็นสินค้าที่มีความชำรุดบกพร่องตามข้อ 6 (1) ของ Directive 85/374/EEC เพราะเป็นสินค้าที่อยู่ในกลุ่มสินค้าที่ถูกเรียกคืนในประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้นสินค้าของจำเลยจึงอาจทำงานล้มเหลวเมื่อไรก็ได้ (2) ค่าใช้จ่ายในการผ่าตัดเพื่อนำเอาเครื่องเก่าออกจากร่างกาย B และ W แล้วนำเอาเครื่องใหม่ใส่เข้าไปเป็น “ความเสียหาย” อันเกิดจากความตายหรือการบาดเจ็บตามความหมายของข้อ 9 (เอ) ของ Directive 85/374/EEC ที่กำหนดให้บริษัทผู้ผลิตต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย

ผู้เขียนเห็นว่า หากคดีทั้งสองเกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาคงจะพิพากษาแตกต่างไปจากศาลในประเทศเยอรมนี กล่าวคือ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาน่าจะตัดสินว่า จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบ เนื่องจากเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจในคดีทั้งสอง เมื่อได้ผ่านการรับรองของ FDA แล้ว ผู้ผลิตจะได้รับความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องให้รับผิดชอบเด็ดขาดเป็นคดีละเมิด

<sup>20</sup> Joined Cases C503/13 and C504/13 *Boston Scientific Medizintechnik GmbH v AOK Sachsen-Anhalt — Die Gesundheitskasse and Betriebskrankenkasse RWE* (Requests for a preliminary ruling from the Bundesgerichtshof) paras 39, 40, 43, operative part 1.

<sup>21</sup> *Ibid*, para 47.

<sup>22</sup> *Ibid*, paras 54, 55, operative part 2.

## 5. ความรับผิดทางแพ่งของผู้นำเข้าเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจตามพระราชบัญญัติ ความรับผิดความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551

ก่อนปี พ.ศ. 2552 (ค.ศ. 2009) ผู้ป่วยโรคหัวใจได้รับความเสียหายจากความชำรุดบกพร่องของเครื่องกระตุ้นหัวใจหรือเครื่องกระตุ้นหัวใจ ต้องฟ้องผู้นำเข้าเป็นคดีละเมิดตามมาตรา 420 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งคณะกรรมการร่างบรรพ 1 และบรรพ 2 ได้ยกร่างมาตรานี้ขึ้นโดยใช้มาตรา 709 ของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นเป็นต้นแบบ ซึ่งมีที่มาจากมาตรา 823 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ตามมาตรา 420 โจทก์ซึ่งเป็นผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ว่า ผู้ผลิตเครื่องมือทั้งสองชนิด ซึ่งอยู่ในต่างประเทศประมาทเลินเล่อในกระบวนการผลิตหรือการออกแบบ ซึ่งในความเป็นจริงการฟ้องร้องผู้ผลิตซึ่งอยู่ในต่างประเทศคงแทบเป็นไปไม่ได้ แต่หากจะฟ้องผู้นำเข้าแทน ผู้นำเข้าซึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกระบวนการผลิตหรือการออกแบบย่อมไม่อาจเป็นผู้ที่ประมาทเลินเล่อตาม มาตรา 420 ได้ ด้วยเหตุนี้ผู้เสียหายคงต้องรับเคราะห์กรรมไปโดยปราศจากการเยียวยาใดๆ (to suffer loss in silence) ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ในระบบเศรษฐกิจที่พัฒนามาถึงระดับมีการผลิตจำนวนมากและมีการใช้และบริโภคจำนวนมาก (mass production, mass consumption) เช่น สินค้าประเภทยานยนต์ รถจักรยานยนต์ อาหารและเครื่องดื่ม ยารักษาโรค เครื่องใช้ไฟฟ้า จะต้องมียุติเหตุเกิดขึ้นจากความชำรุดบกพร่องของสินค้าดังกล่าว แม้ว่าจะมีกฎหมายเกี่ยวกับความปลอดภัยของสินค้าและการควบคุมคุณภาพสินค้าภายในองค์กรธุรกิจแล้วก็ตาม กฎหมายสัญญาและละเมิดที่มีอยู่ไม่สามารถเยียวยาผู้เสียหายได้อย่างเพียงพอและเป็นธรรม ดังนั้น ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ออกมาบังคับใช้เพื่อให้ผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้เคราะห์ร้ายในอุบัติเหตุได้รับการเยียวยาที่เพียงพอและเป็นธรรม

การยกร่างพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยได้รับอิทธิพลอย่างมากจาก Directive 85/374/EEC และได้รับอิทธิพลบางส่วนจาก The Restatement (Second) of Torts ของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ได้มีการปรับเปลี่ยนให้เข้ากับบริบทของระบบกฎหมายไทยอย่างมีนัยยะสำคัญ โดยสาระสำคัญที่แตกต่างจากกฎหมายของต่างประเทศมากที่สุดก็คือ ภาระการพิสูจน์ของโจทก์ ซึ่งต่ำกว่าภาระการพิสูจน์ของโจทก์ในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและกฎหมายสหภาพยุโรปมาก กล่าวคือ โจทก์มีภาระการพิสูจน์แต่เพียงว่า ตนได้รับความเสียหายจากการใช้สินค้านั้น และการใช้หรือการเก็บรักษา ก็เป็นการใช้ตามปกติ<sup>23</sup> ตัวอย่างเช่น บริษัท XYZ ซึ่งเป็นบริษัทจัดตั้งขึ้นในประเทศไทย ได้นำเข้าเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจจากบริษัท Medtronic ซึ่งเป็นบริษัทที่ตั้งอยู่ในเมืองบอสตันประเทศสหรัฐอเมริกา แพทย์ได้ทำการฝังเครื่องกระตุ้นหัวใจ ยี่ห้อ Medtronic แบบใส่สายสัญญาณที่เย็บของ นาย A เมื่อเวลาผ่านไปปีเศษ นาย A ได้เกิดอาการวิงเวียนและหมดสติไป ลูกชายของ นาย A ได้รับนำ นาย A ส่งแผนกฉุกเฉินของโรงพยาบาลทางเอกชนที่อยู่ใกล้บ้านที่สุด นาย A รอดชีวิตหวุดหวิดจากการผ่าตัดฉุกเฉินและต้องพักฟื้นอยู่ในโรงพยาบาล

<sup>23</sup> พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 6 บัญญัติว่า

“เพื่อให้ผู้ประกอบการต้องรับผิดตามมาตรา 5 ผู้เสียหายหรือผู้ไม่มีสิทธิฟ้องคดีแทนตามมาตรา 10 ต้องพิสูจน์ว่าผู้เสียหายได้รับความเสียหายจากสินค้าของผู้ประกอบการและการใช้หรือการเก็บรักษาสินค้านั้นเป็นไปตามปกติธรรมดา แต่ไม่ต้องพิสูจน์ว่าความเสียหายเกิดจากการกระทำของผู้ประกอบการผู้ใด”

หลายวัน ค่าใช้จ่ายในการผ่าตัดและการเปลี่ยนเครื่องเป็นเงินจำนวนประมาณหนึ่งล้านบาท หาก นาย A ฟ้องบริษัท XYZ ภาวะการพิสูจน์ของ นาย A คือ นาย A ได้รับความเสียหายจากสินค้าของบริษัท XYZ และการใช้ของนาย A ก็เป็นไปตามปกติ ซึ่งเป็นภาวะการพิสูจน์ที่ไม่ยากเมื่อเทียบกับภาวะการพิสูจน์ของกฎหมายสหรัฐอเมริกาและกฎหมายสหภาพยุโรป คำพิพากษาต่อไปนี้เป็นตัวอย่างที่ชัดเจนเกี่ยวกับความรับผิดชอบผู้นำเข้าสินค้าจากต่างประเทศ

คำพิพากษาศาลแพ่ง (คดีผู้บริโภคที่ 4224/2557)<sup>24</sup> จำเลยเป็นผู้นำเข้าเครื่องสูบน้ำแบบผู้ใช้ถ้อเคลื่อนที่ได้ (เครื่องไดโว่) จากประเทศจีน ในปี พ.ศ. 2554 ที่เกิดน้ำท่วมใหญ่ บ้านของผู้ตายซึ่งอยู่ในเขต ตอนเมืองภูน้ำท่วมด้วย ผู้ตายจึงให้แม่ยายของตนไปซื้อเครื่องสูบน้ำมาจากร้านฮาร์ดแวร์ที่อยู่แถบลาดพร้าวซึ่งได้ซื้อสินค้านี้มาจากจำเลยอีกทอดหนึ่ง เมื่อผู้ตายให้แม่ยายที่อยู่ชั้นสองของทาวน์เฮ้าส์เสียบปลั๊ก ขณะผู้ตายยืนสูบน้ำอยู่สนามหญ้าเพื่อสูบน้ำจากบ้านออกไปยังถนน ปรากฏว่ามีไฟฟ้ารั่วออกมาจากเครื่องทำให้ผู้ตายล้มคว่ำลงในน้ำและเสียชีวิต ภรรยาและพ่อแม่ของผู้ตายซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมได้นำคดีมาฟ้องจำเลย ภาวะการพิสูจน์ของโจทก์คือ การที่ผู้ตายได้เสียชีวิตจากสินค้าของจำเลยและการใช้ก็เป็นไปตามปกติ ซึ่งโจทก์พิสูจน์ได้ แม้จำเลยจะต่อสู้ว่าจำเลยไม่ได้ประมาทเลินเล่อหรือมีส่วนเกี่ยวข้องใดๆ เลยเกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องของสินค้านั้น ก็เป็นข้อต่อสู้ที่ศาลไม่รับฟัง เว้นแต่ว่าจำเลยจะพิสูจน์ได้ว่าสินค้าของจำเลยไม่ได้เป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือผู้ตายรู้ว่าสินค้ามีความชำรุดบกพร่องแต่สมัครใจเข้าเสี่ยงภัยเอง หรือผู้ตายใช้สินค้าผิดวิธีเท่านั้น ศาลตัดสินให้จำเลยซึ่งเป็นผู้นำเข้าเครื่องปั้มน้ำที่ชำรุดบกพร่องชำระเงิน 2,472,000 บาท ให้แก่โจทก์

ประเด็นถกเถียงก็คือ สินค้าประเภทเครื่องมือแพทย์ หากได้รับอนุญาตจากกองควบคุมเครื่องมือแพทย์ สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาตามพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 แล้ว จะทำให้ศาลต้องยกฟ้องโจทก์ ตามแนวทางของกฎหมายสหรัฐอเมริกาหรือไม่ อย่างไร ผู้เขียนเห็นว่าศาลในประเทศไทยจะไม่ยกฟ้องโจทก์ด้วยเหตุผล ดังนี้

ประการแรก ระบบการควบคุมเครื่องมือแพทย์ตามกฎหมายเครื่องมือแพทย์ของประเทศสหรัฐอเมริกาแตกต่างกับกฎหมายเครื่องมือแพทย์ของประเทศไทยเป็นอย่างมาก กล่าวคือ คณะกรรมการอาหารและยาได้ทำการตรวจสอบกระบวนการผลิตและการออกแบบเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจอย่างเข้มงวดที่สุด และเมื่อผ่านมาตรฐานความปลอดภัยที่เข้มงวดที่สุดแล้ว บริษัทผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าจึงจะสามารถจำหน่ายในตลาดได้ ส่วนการควบคุมของกองควบคุมเครื่องมือแพทย์ ของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาของประเทศไทย เป็นเพียงการตรวจสอบเอกสารว่าผู้นำเข้ามีหนังสือรับรองการจำหน่าย (Certificate of Free Sale) มาแสดงประกอบคำขออนุญาตหรือไม่เท่านั้น

ประการที่สอง ในประเทศสหรัฐอเมริกา คำวินิจฉัยของศาลในคดี *Marmol v. St. Jude Medical Center and Pacesetter* ได้กลายเป็นกฎหมายตามกฎหมายระบบคอมมอนลอว์ว่า หากคณะกรรมการอาหารและยารับรองมาตรฐานความปลอดภัยของเครื่องมือแพทย์แล้ว ผู้เสียหายในมลรัฐต่างๆ จะนำคดีมาฟ้องเรียกค่าเสียหายไม่ได้ ส่วนข้อ 7 (ดี) ของ Directive 85/374/EEC ก็ให้ถือว่า ผู้ผลิตสินค้าตามมาตรฐานบังคับของหน่วยงานรัฐที่มีอำนาจแม้จะมีความชำรุดบกพร่องที่เกิดขึ้น เพราะความบกพร่องของมาตรฐานบังคับนั้น ผู้ผลิต

<sup>24</sup> คำพิพากษาศาลแพ่ง คดีหมายเลขแดงที่ ผบ 4224/2557

สินค้าก็ไม่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัด ซึ่งบทบัญญัติ มาตรา 7 (ดี) นี้ คณะกรรมการยกเว้นพระราชบัญญัติความรับผิด  
ที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ของประเทศไทยไม่ได้รับเอาเข้ามาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติดังกล่าว

## 6. บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะ

เมื่อในปัจจุบัน ประเทศไทยจำเป็นต้องนำเข้าเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจซึ่งเป็นเครื่องมือแพทย์  
ที่สำคัญมากต่อความเป็นความตายของผู้ป่วยโรคหัวใจ แต่ต้องยอมรับว่าประเทศไทยยังขาดเจ้าหน้าที่ที่มีความ  
สามารถและความเชี่ยวชาญในการตรวจสอบกระบวนการผลิตและการออกแบบ ตลอดจนทดสอบความปลอดภัย  
ของเครื่องมือแพทย์ที่เป็นอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่ล้ำสมัยและซับซ้อนทั้งสองชนิดนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าการปรับใช้  
พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 กับผู้นำเข้าเครื่องมือแพทย์  
ทั้งสองชนิดนี้โดยตรงไปตรงมาและเข้มงวด น่าจะเป็นแนวทางที่เหมาะสมที่สุดกับบริบทของประเทศไทยในปัจจุบัน  
ซึ่งแนวทางดังกล่าวจะกดดันให้ผู้นำเข้าเครื่องมือแพทย์ทั้งสองชนิดต้องระมัดระวังอย่างสุดในการคัดเลือกเฉพาะ  
สินค้าที่ผลิตโดยบริษัทผู้ผลิตที่มีชื่อเสียงและได้รับการตรวจสอบอย่างเข้มงวดจากหน่วยงานรัฐที่กำกับดูแล อีกทั้ง  
จะทำให้ผู้นำเข้าไม่อยากรนำเข้าเครื่องกระตุ้นหัวใจและเครื่องกระตุ้นหัวใจจากบริษัทผู้ผลิตที่ไม่ได้รับการยอมรับ  
หรือจากประเทศที่การควบคุมมาตรฐานความปลอดภัยยังไม่เข้มงวด ซึ่งน่าจะมีผลทำให้เป็นการกรองไม่ให้  
เครื่องมือแพทย์ที่ไม่ได้มาตรฐานความปลอดภัยหลุดเข้ามาสู่ตลาดในประเทศไทยได้โดยง่าย

นอกจากนี้ เพื่อเป็นการเยียวยาผู้เคราะห์ร้ายจากความชำรุดบกพร่องของเครื่องมือแพทย์ทั้งสองชนิด  
ผู้เขียนเห็นว่า ศาลไทยควรจะตีความคำว่า “สินค้าที่ไม่ปลอดภัย” ตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติความรับผิด  
ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ตามแนวคำพิพากษาของศาลสหภาพยุโรปและเยอรมนี  
ในคดี C-503/13 และ C-504/13 ให้สินค้าที่ไม่ปลอดภัยหมายความรวมถึงสินค้าในกลุ่มสินค้าที่มีความบกพร่อง  
ซึ่งก่อหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ แม้ว่าสินค้าชิ้นนั้นจะยังไม่ได้ทำงานล้มเหลวเลยก็ตาม และตีความ  
คำว่า “ความเสียหาย” ตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่  
ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ให้รวมถึงค่าใช้จ่ายทั้งหลายที่เกี่ยวกับการทำหัตถการเพื่อนำเครื่องออกจากร่างกายของ  
ผู้ป่วยและนำเครื่องใหม่ไปฝังในร่างกายของผู้ป่วยแทน



สถานการณ์และปัญหาทางกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรง  
ในต่างประเทศ: ศึกษาการลงทุนธุรกิจสปาไทยในสาธารณรัฐประชาชนจีน  
The Situation and Legal Problems that Hinder Outward  
Foreign Direct Investment: A Case Study of the Investment  
of Thai Spa Business in China

ชนิสางามอภิชน  
Chanisa Ngamapichon

อาจารย์ประจำ  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330  
Full-time lecturer  
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phyathai Road, Pathumwan, Bangkok, 10330  
Corresponding author E-mail: chanisa.n@chula.ac.th

(Received: July 3, 2019; Revised: August 8, 2019; Accepted: August 9, 2019)

### บทคัดย่อ

หนึ่งในธุรกิจบริการที่มีความน่าสนใจที่ผู้ประกอบการวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมไทยจะไปลงทุนทางตรงในต่างประเทศก็คือ ธุรกิจนวดสปา ธุรกิจนวดสปานั้นเป็นธุรกิจที่เกิดขึ้นและเข้ามามีบทบาทในเศรษฐกิจของประเทศไทยได้ไม่นานนัก และได้รับความนิยมมากขึ้นเนื่องจากการเจริญเติบโตของอุตสาหกรรมท่องเที่ยวภายในประเทศที่มีนักท่องเที่ยวเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากการประกอบธุรกิจสปาภายในโรงแรมและรีสอร์ท (Hotel & Resort Spa) เป็นจำนวนมาก การท่องเที่ยวที่เพิ่มมากขึ้นนี้รวมถึงการท่องเที่ยวเชิงสุขภาพซึ่งมีธุรกิจสปาเป็นส่วนสำคัญส่วนหนึ่งด้วย ซึ่งน่าจะเป็นโอกาสทองของนักธุรกิจไทยที่จะลงทุนในต่างประเทศ โดยสาธารณรัฐประชาชนจีนนั้นเป็นหนึ่งในตลาดที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากเป็นประเทศที่มีประชากรเป็นจำนวนมาก ส่งผลให้มีกำลังการบริโภคเพิ่มสูงขึ้นเรื่อยๆ นอกจากชาวจีนแล้วในเมืองใหญ่ก็ยังมีกลุ่มผู้รับบริการที่เป็นชาวต่างชาติอีกด้วย อย่างไรก็ตามพบว่ายังมีอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรงต่อผู้ประกอบการไทยหลายประการที่ควรได้รับการช่วยเหลือสนับสนุนโดยใช้เครื่องมือทางกฎหมาย มาตรการ และหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ปัจจัยหนึ่งที่สำคัญซึ่งส่งผลเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้กล่าวมาแล้วข้างต้นและมีผลต่อการตัดสินใจของผู้ประกอบการโดยเป็นหนึ่งในแรงผลักดันให้ผู้ประกอบการออกไปลงทุนในต่างประเทศ คือ นโยบายของภาครัฐที่ส่งเสริมและสนับสนุนการลงทุนในต่างประเทศ ดังนั้น ภาครัฐจึงจำเป็นต้องมีบทบาทสำคัญในการสนับสนุนการลงทุนในต่างประเทศอย่างเป็นรูปธรรม

คำสำคัญ: ร้านนวดสปาไทย, สปา, การลงทุนทางตรงในต่างประเทศ, ร้านนวดไทยในจีน

## Abstract

One of the interesting services businesses for small and medium-sized enterprises which has potential for investing directly in foreign countries is Thai spa business. Not long ago, it was recently known in Thailand about 20 years ago or since 1998, Thai spa business has become increasingly popular with the growth of the domestic tourism industry including health tourism which has an important part of the spa business. Expansion of Thai spa business to foreign countries seems promising, particularly to the People's Republic of China due to its large population and consumption, not only by Chinese people, but also foreigners. However, there are still obstacles to direct investment to many Thai entrepreneurs that should be supported by using legal tools, measures and relevant government agencies. One of the important factors that can solve the problems mentioned above is the policy of the government that promotes and supports foreign investment; therefore, the government sector needs to play a significant role in supporting foreign investment in concrete ways.

**Keywords:** Thai spa, spa, foreign direct investment, Thai spa in China

## 1. สถานการณ์การลงทุนทางตรงในต่างประเทศของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ประเภทธุรกิจนวดสปาไทย

หนึ่งในธุรกิจบริการที่มีความน่าสนใจที่ผู้ประกอบการวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมไทยจะไปลงทุนทางตรงในต่างประเทศก็คือ ธุรกิจนวดสปา ซึ่งหมายถึงการบำบัดหรือการดูแลสุขภาพด้วยน้ำเพื่อให้ได้มาซึ่งสุขภาพที่ดีและการผ่อนคลาย ผสานควบคู่กับศาสตร์สัมผัสทั้งห้า คือ รูป รส กลิ่น เสียง และสัมผัส เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างร่างกายและจิตใจได้เป็นอย่างดี<sup>1</sup>

ตามคำนิยามของประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง กำหนดสถานที่เพื่อสุขภาพหรือเพื่อเสริมสวย มาตรฐานของสถานที่การให้บริการ ผู้ให้บริการ หลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบเพื่อการรับรองให้เป็นไปตามมาตรฐานสำหรับสถานที่เพื่อสุขภาพหรือเพื่อเสริมสวย ที่ออกโดยอาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติสถานบริการ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546<sup>2</sup> ได้กำหนดรูปแบบของสถานที่เพื่อสุขภาพหรือเพื่อเสริมสวยเอาไว้ 3 ประเภท โดยมีกิจการสปาเพื่อสุขภาพเป็นหนึ่งในนั้น<sup>3</sup> และตามคำนิยามขององค์กรสหประชาชาติระหว่างประเทศ (The International Spa Association หรือ ISPA) ที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจและให้ข้อมูลเกี่ยวกับกิจกรรมสปาได้แบ่งชนิดของสปาออกเป็น 7 ประเภท ได้แก่<sup>4</sup>

1. Club Spa คือ สปาที่ตั้งขึ้นเพื่อให้บริการเฉพาะสมาชิก
2. Day Spa คือ สปาที่มีการเปิดให้บริการมากที่สุดมักตั้งอยู่ในทำเลที่ลูกค้าสะดวกต่อการเดินทางมาใช้บริการ เช่น ในห้างสรรพสินค้า หรือตามสนามบิน
3. Hotel & Resort Spa คือ สปาที่ตั้งอยู่ภายในหรือในบริเวณเดียวกันกับโรงแรมหรือรีสอร์ท คล้ายกับ Day Spa แต่จะมีขนาดใหญ่กว่า
4. Cruise Ship Spa คือ สปาที่ตั้งอยู่ในเรือ
5. Mineral Spring Spa คือ สปาที่ตั้งอยู่ในสถานที่ที่เป็นแหล่งน้ำพุร้อน หรือน้ำแร่ธรรมชาติ เน้นการบำบัดโดยการใช้ความร้อนของน้ำ เช่น บ่อน้ำพุร้อนหรือแร่ธาตุต่างๆ เช่น ใช้เกลือมาเป็นส่วนหนึ่งในการบำบัดรักษา

<sup>1</sup> จาก [http://www.sme.go.th/upload/mod\\_download/02001%20%E0%B8%AA%E0%B8%9B%E0%B8%B2%E0%B9%81%E0%B8%A5%E0%B8%B0%E0%B8%99%E0%B8%A7%E0%B8%94%E0%B9%80%E0%B8%9E%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%AA%E0%B8%B8%E0%B8%82%E0%B8%A0%E0%B8%B2%E0%B8%9E.PDF](http://www.sme.go.th/upload/mod_download/02001%20%E0%B8%AA%E0%B8%9B%E0%B8%B2%E0%B9%81%E0%B8%A5%E0%B8%B0%E0%B8%99%E0%B8%A7%E0%B8%94%E0%B9%80%E0%B8%9E%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%AA%E0%B8%B8%E0%B8%82%E0%B8%A0%E0%B8%B2%E0%B8%9E.PDF).

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติสถานบริการ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546 มาตรา 3 (3)

<sup>3</sup> "(ข) สถานที่เพื่อสุขภาพหรือเพื่อเสริมสวยที่กระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งต้องมีลักษณะของสถานที่ การบริการหรือผู้ให้บริการเป็นไปตามมาตรฐานที่กระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยด้วย ประกาศดังกล่าวจะกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบเพื่อการรับรองให้เป็นไปตามมาตรฐานนั้นด้วยก็ได้"

<sup>4</sup> ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง กำหนดสถานที่เพื่อสุขภาพหรือเพื่อเสริมสวย มาตรฐานของสถานที่การให้บริการ ผู้ให้บริการ หลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบเพื่อการรับรองให้เป็นไปตามมาตรฐานสำหรับสถานที่เพื่อสุขภาพหรือเพื่อเสริมสวย ข้อ 2 สถานที่เพื่อสุขภาพหรือเพื่อเสริมสวยตาม มาตรา 3 (3) (ข) แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546 ได้แก่สถานประกอบการที่ดำเนินกิจการดังต่อไปนี้

- (1) กิจการสปาเพื่อสุขภาพ
- (2) กิจการนวดเพื่อสุขภาพ
- (3) กิจการนวดเพื่อเสริมสวย

<sup>4</sup> จาก <http://www.experiencethehuddle.com/สปา>.

6. Destination Spa คือ สปาที่ตั้งขึ้นเพื่อให้การดูแลสุขภาพเป็นหลักโดยมีที่พักอยู่ภายในนั้น ผู้มาใช้บริการส่วนใหญ่มักจะมีความต้องการการพักผ่อนอยู่เป็นระยะเวลาสั้นเพื่อผ่อนคลายและปรับปรุงวิถีชีวิตให้ดีขึ้น

7. Medical Spa คือ สปาที่ตั้งโดย พระราชบัญญัติสถานพยาบาล โดยมีแพทย์และพยาบาลดูแลกำกับ มีวัตถุประสงค์เพื่อบำบัดรักษาสุขภาพและความสวยงาม เช่น การนวดกดจุด การฝังเข็มเพื่อความงามและการเลิกสารเสพติด เป็นต้น

นอกจากนี้ คณะอนุกรรมการมาตรฐานฝีมือแรงงาน สาขาสถานบริการส่งเสริมสุขภาพ กรมพัฒนาฝีมือแรงงาน กระทรวงแรงงานได้จำแนกสปาตามองค์ความรู้ที่มาประยุกต์ใช้เป็น 3 ประเภทใหญ่ คือ

1. สปาแบบตะวันตก (Western Spa) เป็นสถานที่ที่ให้บริการสุขภาพด้วยน้ำเป็นหลัก โดยมาตรฐานการให้บริการแนวเดียวกับประเทศในแถบทวีปฝั่งตะวันตก

2. ไทยสบาย หรือไทยสปาเยะ (Thai Spaya) เป็นสถานที่ที่ให้บริการสุขภาพองค์รวมแบบไทย เน้นการอบสมุนไพร การใช้ลูกประคบ และการนวดไทย คำว่า “สบาย” มาจากคำภาษาบาลีที่แปลว่า สบายเยะ ซึ่งแปลว่าสถานหรือบุคคลซึ่งเป็นที่สหายเหมาะกัน เกื้อกูลหรือเอื้ออำนวย โดยเฉพาะที่ช่วยเกื้อกูลแก่การบำเพ็ญ ประคับประคอง และรักษาสมาธิ

3. ไทยสปา (Thai Spa) มีลักษณะการให้บริการคล้ายกับสปาแบบตะวันตก แต่มีการประยุกต์ภูมิปัญญาทางตะวันออกและภูมิปัญญาไทยเข้าสู่การบริการในสถานที่เดียวกัน<sup>5</sup>

ธุรกิจสปานั้นเป็นธุรกิจที่เกิดขึ้นและเข้ามามีบทบาทในเศรษฐกิจของประเทศไทยได้ไม่นานนัก กล่าวคือ เพิ่งเป็นที่รู้จักในไทยเมื่อประมาณ 20 ปีที่ผ่านมา หรือตั้งแต่ประมาณปี พ.ศ. 2541 โดยในช่วงแรกการประกอบธุรกิจสปายังประสบกับปัญหาทางด้านภาพลักษณ์เป็นอย่างมาก เนื่องจากประเทศไทยมีสถานบริการอาบอบนวด รวมถึงสถานบริการนวดที่มีนัยแอบแฝงในเชิงการค้าบริการทางเพศอยู่ก่อนแล้ว และภาพลักษณ์ในทางลบของธุรกิจดังกล่าวก็เป็นที่รับรู้กันในสังคมไทย คนทั่วไปบางส่วนจึงมีความเข้าใจผิดว่าการให้บริการสปาที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกิจการดังกล่าว

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันคนทั่วไปก็มีความรู้ความเข้าใจในธุรกิจสปามากขึ้นและธุรกิจก็ได้รับความนิยมมากขึ้น ซึ่งเป็นผลพวงมาจากการเจริญเติบโตของอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวภายในประเทศที่มีนักท่องเที่ยวเพิ่มมากขึ้น<sup>6</sup> เนื่องจากมีการประกอบธุรกิจสปาภายในโรงแรมและรีสอร์ท (Hotel & Resort Spa) เป็นจำนวนมาก การท่องเที่ยวที่เพิ่มมากขึ้นนี้ รวมถึงการท่องเที่ยวเชิงสุขภาพ<sup>7</sup> ซึ่งมีธุรกิจสปาเป็นส่วนสำคัญส่วนหนึ่งด้วย<sup>8</sup> โดยในปี พ.ศ. 2558 Global Wellness Institute ได้จัดอันดับของตลาดการท่องเที่ยวแบบ Wellness Tourism ของประเทศในภูมิภาคเอเชีย-แปซิฟิก พบว่า ประเทศไทยมีรายได้จากการท่องเที่ยวแบบ Wellness Tourism

<sup>5</sup> จาก [https://www.slideshare.net/UtaiSukviwatsiriku/spa-27373421?from\\_action=save](https://www.slideshare.net/UtaiSukviwatsiriku/spa-27373421?from_action=save).

<sup>6</sup> จาก <https://www.prachachat.net/tourism/news-139523>.

<sup>7</sup> “การท่องเที่ยวเชิงสุขภาพสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ Medical Tourism และ Wellness Tourism” Komsit Kleanwatana, “สถานการณ์และแนวโน้มการท่องเที่ยวเชิงสุขภาพโลกและประเทศไทย,” เข้าถึงเมื่อ 14 สิงหาคม 2561, [https://www.tci-thaijo.org/index.php/cultural\\_approach/article/download/123953/94030/](https://www.tci-thaijo.org/index.php/cultural_approach/article/download/123953/94030/).

<sup>8</sup> อัครพงศ์ อันทอง และคณะ, “รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการย่อยที่ 1 ความสามารถในการแข่งขันของอุตสาหกรรมท่องเที่ยวเชิงสุขภาพ (สปา). แผนงานโครงการส่งเสริมศักยภาพอุตสาหกรรมท่องเที่ยวและแหล่งท่องเที่ยวคุณภาพสูง (สถาบันศึกษานโยบายสาธารณะ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่), 59.

เป็นอันดับ 4 ของภูมิภาค<sup>9</sup> และในปีพ.ศ. 2560 การท่องเที่ยวดังกล่าวมีมูลค่าตลาดรวมกว่า 136,500 ล้านบาท<sup>10</sup>

ประเทศไทยนั้นติดอันดับเมืองท่องเที่ยวระดับโลกที่มีชื่อเสียงในเรื่องสปา เนื่องจากจากองค์ประกอบหลายประการ ทั้งเรื่องความสวยงามของแหล่งท่องเที่ยว ภูมิปัญญาพื้นบ้านเกี่ยวกับศาสตร์การแพทย์แผนไทย สมุนไพรที่มีความหลากหลาย การนวดแผนโบราณ<sup>11</sup> การทำสมาธิ อาหารไทย รวมถึงการบริการของคนไทยที่เปี่ยมไปด้วยรอยยิ้มมิตรไมตรี ซึ่งเมื่อนำมาผสมผสานกับการทำสปาแบบสากล ทำให้ธุรกิจสปาในเมืองไทยเป็นที่ยอมรับและชื่นชมจากนักท่องเที่ยวชาวต่างประเทศหรือแม้แต่ชาวไทยเองก็นิยมมาก ผนวกกับกระแสการท่องเที่ยวเพื่อสุขภาพที่กำลังมาแรงในปัจจุบันทำให้สปาเพื่อสุขภาพได้รับความนิยมมากยิ่งขึ้น<sup>12</sup>

ในปีพ.ศ. 2559 มีรายงานผลการศึกษาประเมินว่าขนาดของตลาดอุตสาหกรรมสปาในประเทศไทยมีมูลค่าสูงถึง 16,000 ล้านบาทต่อปี และมีแนวโน้มเติบโตไม่ต่ำกว่าร้อยละ 5 ต่อปี<sup>13</sup> นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจำนวนสปาในประเทศไทยจากข้อมูลสถานประกอบการที่ผ่านการรับรองมาตรฐานในปี พ.ศ. 2555 พบว่ามีสปาที่ผ่านการรับรองมาตรฐานจำนวนทั้งสิ้น 433 ราย โดยสปาในโรงแรมมีแนวโน้มขยายตัวอย่างต่อเนื่อง<sup>14</sup>

สปาของไทยมีความโดดเด่นที่ทำให้ได้เปรียบในการแข่งขัน มีนวัตกรรมสปาที่พยายามนำเอาภูมิปัญญาดั้งเดิมที่สะท้อนเอกลักษณ์ของไทยมาประยุกต์เพื่อสร้างความแตกต่างจากสปาของประเทศอื่นๆ โดยมีจุดเด่นอยู่ที่ผู้ให้บริการในทุกส่วนของสปา มีอภัยชัยไมตรีและยิ้มแย้มแจ่มใส<sup>15</sup> ผนวกกับการใช้การนวดแผนไทยเป็นส่วนหนึ่งในการบริการสปาและกลายเป็นกิจกรรมพื้นฐานของการทำสปาไทยที่แพร่ขยายไปทั่วโลก<sup>16</sup> สปาไทยจึงเป็นที่ชื่นชอบของนักท่องเที่ยวที่ได้มีประสบการณ์การใช้บริการสปาภายในประเทศไทย ดังนี้ การยกเอามาตรฐานการบริการ ศาสตร์การนวด รวมถึงบรรยากาศความเป็นไทยต่างๆ ไปยังต่างประเทศจึงน่าสนใจไม่น้อย หากพิจารณาถึงโอกาสและความเป็นไปได้ในการไปลงทุนทางตรงในต่างประเทศ ธุรกิจสปานั้นย่อมเป็นธุรกิจหนึ่งที่มีความโดดเด่นเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ ประโยชน์หลักของการลงทุนทางตรงในต่างประเทศของธุรกิจสปา นั้นคือเพื่อการขยายตลาดสปาไทยไปสู่ประเทศที่ธุรกิจสปาได้รับความนิยมและมีประชากรจำนวนมากที่มีสถานะในทางการเงินที่ดีพอที่จะใช้บริการสปาได้

สาธารณรัฐประชาชนจีนนั้นเป็นหนึ่งในตลาดที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากเป็นประเทศที่มีประชากรมาก ประชากรมีกำลังการบริโภคเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ และยังมีพื้นที่ในการขยายตลาดอีกมากในหลายมณฑล<sup>17</sup> รวมถึง

<sup>9</sup> Komsit Kianwatana. "สถานการณ์และแนวโน้มการท่องเที่ยวเชิงสุขภาพโลกและประเทศไทย," เมื่อวันที่ 14 สิงหาคม 2562, [https://www.tci-thaijo.org/index.php/cultural\\_approach/article/download/123953/94030/](https://www.tci-thaijo.org/index.php/cultural_approach/article/download/123953/94030/).

<sup>10</sup> ธนาคารกสิกรไทย, "เวทนิสสิสจึง" สิ้นเชื่อเพื่อธุรกิจโรงแรม/สปาไทย," เข้าถึงเมื่อวันที่ 14 สิงหาคม 2561, <https://www.kasikornbank.com/th/News/Pages/WELLNESS-Leasing.aspx>.

<sup>11</sup> สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา, "เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน," *ธุรกิจสปาไทย* (2555): 3.

<sup>12</sup> จาก [https://spayour.wordpress.com/ประวัติความเป็นมาของ\\_spa/](https://spayour.wordpress.com/ประวัติความเป็นมาของ_spa/).

<sup>13</sup> อัครพงศ์ อันทอง และคณะ, "รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการย่อยที่ 1 ความสามารถในการแข่งขันของอุตสาหกรรมท่องเที่ยวเชิงสุขภาพ (สปา). แผนงานโครงการส่งเสริมศักยภาพอุตสาหกรรมท่องเที่ยวและแหล่งท่องเที่ยวคุณภาพสูง," 51.

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>17</sup> สถานกงสุลใหญ่ ณ นครซีอาน, "เจาะลึกตลาดสปาในมณฑลซานซี," เข้าถึงเมื่อ 15 สิงหาคม 2561, <http://www.mfa.go.th/business/th/situation/96/14820-เจาะลึกตลาดสปาในมณฑลซานซี.html>.

ธุรกิจสปาในสาธารณรัฐประชาชนจีนก็ยิ่งได้รับความนิยมจากชาวจีนเป็นอย่างมาก และมีนักลงทุนต่างชาติ ทั้งยุโรปและเอเชียให้ความสนใจเป็นอย่างยิ่ง มีการขยายตัวอย่างรวดเร็วโดยขยายตัวควบคู่ไปกับธุรกิจโรงแรม และรีสอร์ท<sup>18</sup> และนอกจากชาวจีนแล้ว ในเมืองใหญ่ๆ ก็ยังมีกลุ่มผู้รับบริการที่เป็นชาวต่างชาติอีกด้วย<sup>19</sup>

จากการสำรวจความเห็นของนักท่องเที่ยวชาวจีน พบว่า สปาไทยที่ตั้งอยู่ในประเทศไทยเป็นที่ชื่นชอบของนักท่องเที่ยวชาวจีนเป็นอย่างมาก ด้วยเหตุผล 3 ประการ ได้แก่<sup>20</sup>

1) สไตส์การตกแต่งและบรรยากาศของสถานที่ เนื่องจากภาพของสปาไทยในมุมมองของนักท่องเที่ยวชาวจีนนั้น สปาไทยไม่ได้อยู่ในตึกที่มีแค่เพียงแสงตะเกียงอบอุ่น กับเพลงบรรเลงอ่อนโยน แต่ยังมีร่มรื่นด้วยต้นไม้ และอยู่ในบริเวณที่มีภูมิทัศน์ธรรมชาติอย่างแท้จริง เปิดโล่งเห็นวิวธรรมชาติทุกมุมมอง สงบเงียบ บางแห่งสร้างบรรยากาศให้อยู่ในขุนเขาลำเนาไพร ท่ามกลางธรรมชาติ มีเสียงน้ำไหล เสียงนกร้อง จึงถือเป็นสวรรค์แห่งการพักผ่อนอย่างแท้จริง

2) สปาไทยมีครบทั้งรูป รส กลิ่น เสียงและสัมผัสที่ดี ไม่ว่าจะเป็นความหอมสดชื่นจากสมุนไพรไทย ต้มตำกับวัฒนธรรมไทย การไหว้และการต้อนรับที่เป็นมิตร และความงดงามของรอยยิ้มที่ออกมาจากภายในของผู้ให้บริการ นอกจากนี้ ยังมีช่างแกะสลัก เครื่องเงิน ผ้าไหม แจกัน เทียน ซึ่งล้วนเป็นของตกแต่งที่แสดงวิถีความเป็นไทย สิ่งเหล่านี้ประกอบกันเป็นบรรยากาศที่งดงาม ให้ความรู้สึกถึงความเรียบง่ายและสงบสุข

3) ความน่าเชื่อถือของผลิตภัณฑ์และการดูแลเอาใจใส่ โดยผลิตภัณฑ์สปาส่วนใหญ่ของไทยล้วนทำมาจากพืชสมุนไพรและดอกไม้นานาพันธุ์ ซึ่งชาวจีนนิยมใช้ผลิตภัณฑ์ที่ทำจากธรรมชาติอยู่แล้ว เพราะอ่อนโยน ไม่มีส่วนผสมของสารเคมีที่เป็นอันตรายต่อผิว สปาไทยจึงเป็นที่นิยมในกลุ่มลูกค้าชาวจีน

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าปัจจัยที่ทำให้ชาวจีนชื่นชอบสปาของไทยนั้นเป็นปัจจัยที่สามารถเกิดขึ้นได้ในการประกอบธุรกิจสปาในสาธารณรัฐประชาชนจีนเช่นกัน การไปลงทุนในสาธารณรัฐประชาชนจีนจึงมีความน่าสนใจอย่างยิ่ง

## 2. ข้อกฎหมาย มาตรการเฉพาะ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการส่งเสริมการลงทุนทางตรงของธุรกิจนวดสปาไทยในต่างประเทศ

### 2.1 ข้อกฎหมาย

เนื่องจากธุรกิจสปาเป็นธุรกิจที่ได้รับความนิยมจากชาวไทยและชาวต่างชาติ จึงส่งผลให้ธุรกิจดังกล่าวมีจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว อย่างไรก็ตาม ธุรกิจสปาที่มีทั้งแบบได้มาตรฐานและไม่ได้มาตรฐาน ส่งผลให้ผู้รับบริการเกิดความเสียดังต่อสุขภาพ<sup>21</sup> นอกจากนี้ การประกอบธุรกิจในบางแห่งมีการให้บริการทางเพศแอบแฝงซึ่งส่ง

<sup>18</sup> สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา, “เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน,” *ธุรกิจสปาไทย* (2555): 4.

<sup>19</sup> ดร.วิชา ชันตยานวงศ์, “I-spa สปาไทยครบวงจรแห่งแรกในซีอาน,” เข้าถึงเมื่อ 15 สิงหาคม 2561, [http://www.thaibiz.net/th/situation/detail.php?id=13657&sphrase\\_id=4392777](http://www.thaibiz.net/th/situation/detail.php?id=13657&sphrase_id=4392777).

<sup>20</sup> สุชาติ เสียงแสงทอง “สปาไทย สวรรค์แห่งการพักผ่อนของนักท่องเที่ยวจีน,” เข้าถึงเมื่อ 15 สิงหาคม 2561, <http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/635316>.

<sup>21</sup> บทความวิทยุ พระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ 2559 หน้า 1

ผลกระทบต่อภาพลักษณ์ของประเทศและธุรกิจบริการเพื่อสุขภาพ นอกจากนี้ เพื่อให้สอดคล้องตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 จึงต้องมีการตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อควบคุมและกำกับการประกอบกิจการสปาขึ้น โดยที่ธุรกิจสปาถือเป็นสถานประกอบการเพื่อสุขภาพซึ่งมีกฎหมายหลักที่เกี่ยวข้อง คือ “พระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. 2559” ซึ่งมีพันธกิจส่งเสริม พัฒนา และอภิบาลระบบประกันสุขภาพให้ได้มาตรฐาน เพื่อให้ประชาชนได้รับการบริการด้านสุขภาพที่มีมาตรฐาน คุณภาพปลอดภัย และสมประโยชน์<sup>22</sup> ทั้งนี้ กิจการสปาตามความหมายของพระราชบัญญัตินี้ คือ บริการที่เกี่ยวกับการดูแลและเสริมสร้างสุขภาพโดยวิธีการบำบัดด้วยน้ำและการนวดร่างกายเป็นหลัก ประกอบกับบริการอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวงอีกอย่างน้อยสามอย่าง เว้นแต่ เป็นการดำเนินการในสถานพยาบาลตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล หรือการอาบน้ำ นวด หรืออบตัวที่เป็นการให้บริการในสถานอาบน้ำ นวด หรืออบตัวตามกฎหมายว่าด้วยสถานบริการ<sup>23</sup>

สาระสำคัญของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว คือ กำหนดให้สถานประกอบการเพื่อสุขภาพต้องได้รับใบอนุญาตจากคณะกรรมการสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ โดยมีการกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ประกอบการที่ต้องการขอใบอนุญาต เช่น ผู้ประกอบการต้องได้รับวุฒิบัตรหรือประกาศนียบัตรด้านการบริการเพื่อสุขภาพที่ได้รับการรับรองจากกรมที่สนับสนุนบริการสุขภาพ<sup>24</sup> รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์ในการขอใบอนุญาต ทั้งการสิ้นอายุ หรือการต่อใบอนุญาต เป็นต้น อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. 2559 ใช้บังคับกับกิจการสปาที่ดำเนินธุรกิจอยู่ในประเทศไทยเท่านั้น กฎหมายดังกล่าวจึงไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการเปิดธุรกิจสปาภายนอกประเทศ

อย่างไรก็ดี แม้ไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการตั้งสถานประกอบการสปาที่ต่างประเทศ แต่ผู้ประกอบการไทยที่มีความต้องการไปลงทุนต่างประเทศนั้น นอกจากเรื่องบริการแล้ว อาจมีการขายผลิตภัณฑ์ที่เป็นผลิตภัณฑ์สปาของร้านที่ตั้งอยู่ ณ ต่างประเทศ ซึ่งการขายผลิตภัณฑ์สปาที่มีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการส่งออกสินค้าออกราชอาณาจักร กฎหมายที่เกี่ยวข้องจึงเป็นเรื่องของการส่งออกผลิตภัณฑ์ซึ่งอยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะต้องเสียภาษีศุลกากร ทั้งนี้ ผลิตภัณฑ์สปาบางประเภทใช้วัตถุดิบที่ได้รับสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีอากร ยกตัวอย่างเช่น เกลือ เทียนหอม น้ำมันมะกอก หรือ สบู่ เป็นต้น โดยที่วัตถุดิบเหล่านี้ได้รับการยกเว้นภาษีอากรขาออกตามประกาศของกระทรวงพาณิชย์ และกรมการค้าต่างประเทศ

ดังนั้น การประกอบธุรกิจสปาไทยที่ต่างประเทศจึงต้องเป็นไปตามข้อกำหนดหรือกฎหมายที่ควบคุมเกี่ยวกับธุรกิจบริการสปาในประเทศนั้นๆ แต่ในส่วนของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องมีเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวกับการส่งออกผลิตภัณฑ์สปาบางประการ เพื่อสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีเท่านั้น

<sup>22</sup> กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ, “โครงการควบคุม กำกับ เฝ้าระวัง ส่งเสริม สนับสนุน การพัฒนาคุณภาพมาตรฐานสถานพยาบาลและสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ ปีงบประมาณ 2560,” เข้าถึงเมื่อ 3 สิงหาคม 2561, [http://hss.moph.go.th/fileupload\\_doc/2017-09-14-34-17-29135-079.pdf](http://hss.moph.go.th/fileupload_doc/2017-09-14-34-17-29135-079.pdf).

<sup>23</sup> พระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ 2559 มาตรา 3(1).

<sup>24</sup> ประกาศคณะกรรมการสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ เรื่อง หลักเกณฑ์การทดสอบและประเมินความรู้ความสามารถของผู้ดำเนินการ พ.ศ.2559.

## 2.2 มาตรการและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

### 2.2.1 มาตรการ

#### 1) มาตรการเกี่ยวกับการพัฒนาฝีมือแรงงาน

แรงงานที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับธุรกิจขนาดสพานั้นส่วนใหญ่เป็นแรงงานที่ต้องมีทักษะพิเศษ กล่าวคือ ต้องมีความสามารถในการทำการบำบัดหรือให้ความผ่อนคลายแก่ผู้มาใช้บริการ รัฐได้เห็นความสำคัญในการรับรองและประเมินมาตรฐานของผู้ให้บริการดังกล่าว จึงจัดให้มีการทดสอบมาตรฐานฝีมือแรงงานขึ้น โดยมีการทดสอบในหลายลักษณะแตกต่างกันออกไปที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจสปา เช่น<sup>25</sup>

1. มาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติ สาขาอาชีพนักรักษาสุขภาพแบบองค์รวมไทยสปา แบ่งเป็นหัตถบำบัด วารีบำบัด สุนทรบำบัด โภชนบำบัด

2. มาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติ สาขาอาชีพนักรักษาสุขภาพแบบองค์รวม แบ่งเป็น หัตถบำบัด วารีบำบัด สุนทรบำบัด โภชนบำบัด เช่นกัน

โดยทั้งสองมาตรฐานแบ่งระดับมาตรฐานออกเป็น 2 ระดับ โดยผู้ทดสอบที่ได้ระดับ 1 หมายถึง การส่งเสริมสุขภาพแบบองค์รวมแบบพื้นฐานที่บุคคลทั่วไปสามารถดูแลตนเองและผู้อื่นได้ภายใต้คำแนะนำและการสนับสนุนของผู้ที่มีความรู้ความสามารถ ส่วนระดับที่ 2 หมายถึง การดูแลส่งเสริมสุขภาพแบบองค์รวมที่ต้องมีความรู้ความสามารถและความชำนาญในระดับที่สามารถบรรเทาอาการเจ็บป่วยเบื้องต้นและให้ปรึกษาตนเองต่อได้ ทั้งนี้ การดำเนินการดังกล่าวมิใช่การประกอบโรคศิลปะ

3. มาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติ สาขาอาชีพพนักงานนวดไทย ซึ่งเป็นศาสตร์ที่ถูกนำไปประยุกต์ใช้ในสปาด้วยเช่นกัน โดยแบ่งมาตรฐานออกเป็น 3 ระดับ ได้แก่ ระดับ 1 หมายถึง ผู้ที่มีความรู้ความสามารถในการนวดไทยเพื่อผ่อนคลาย และรู้ข้อห้ามและข้อควรระวังในการนวด พร้อมทั้งมีสุขภาพร่างกายและจิตใจไม่ขัดต่อจรรยาบรรณจริยธรรม ในการประกอบอาชีพการนวดไทย ระดับ 2 หมายถึง ผู้ที่มีความรู้ความสามารถในการนวดไทย เพื่อผ่อนคลายบรรเทาอาการปวดเมื่อยทั่วไปได้น้อย 10 อาการ และรู้ข้อห้ามและข้อควรระวังในการนวด พร้อมทั้งมีสุขภาพร่างกายและจิตใจไม่ขัดต่อจรรยาบรรณ รวมทั้งมีจริยธรรมในการประกอบอาชีพการนวดไทย และระดับ 3 หมายถึง ผู้ที่มีความรู้ความสามารถในการนวดไทยเพื่อผ่อนคลาย บรรเทาอาการปวดเมื่อยทั่วไป สามารถวินิจฉัยและบำบัดรักษาโรคตามทฤษฎีการแพทย์แผนไทย และรู้ข้อห้ามและข้อควรระวังในการนวด พร้อมทั้งมีสุขภาพร่างกายและจิตใจไม่ขัดต่อจรรยาบรรณจริยธรรมในการประกอบวิชาชีพการแพทย์แผนไทย รวมทั้งมีประกอบโรคศิลปะสาขาการแพทย์แผนไทยประเภทการนวดไทย หรือสาขาการแพทย์แผนไทย ประเภทเวชกรรมไทย หรือสาขาการแพทย์แผนไทยประยุกต์ตามพระราชบัญญัติ

<sup>25</sup> ประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการพัฒนาฝีมือแรงงาน เรื่อง มาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติ สาขาอาชีพนักรักษาสุขภาพแบบองค์รวมไทยสปา (หัตถบำบัด โภชนบำบัด วารีบำบัด สุนทรบำบัด), ประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการพัฒนาฝีมือแรงงาน เรื่อง มาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติ สาขาอาชีพนักรักษาสุขภาพแบบองค์รวม สปาตะวันตก (หัตถบำบัด โภชนบำบัด วารีบำบัด สุนทรบำบัด), ประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการพัฒนาฝีมือแรงงาน เรื่อง มาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติ สาขาอาชีพพนักงานนวดไทย จาก [http://www.dsd.go.th/standard/Region/Doc\\_ShowDetails/591](http://www.dsd.go.th/standard/Region/Doc_ShowDetails/591).

การประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542<sup>26</sup>

## 2) มาตรการเกี่ยวกับการรับรองมาตรฐานสถานประกอบการ

กรมสนับสนุนบริการสุขภาพกระทรวงสาธารณสุขได้พัฒนามาตรฐานสถานประกอบการเพื่อสุขภาพในต่างประเทศขึ้น เพื่อยกระดับคุณภาพการให้บริการของผู้ประกอบการธุรกิจสปาไทยและนวดไทยในต่างประเทศให้มีมาตรฐานระดับสากล ซึ่งจะนำไปสู่การยอมรับอย่างถูกต้องในต่างประเทศและทำให้ผู้รับบริการได้เกิดความเชื่อมั่นในคุณภาพการบริการส่งผลให้เกิดการใช้บริการซ้ำ โดยวัตถุประสงค์ของมาตรฐานสถานประกอบการเพื่อสุขภาพในต่างประเทศนั้นมีขึ้นเพื่อกำหนดเกณฑ์มาตรฐานประกอบการเพื่อสุขภาพของไทยในต่างประเทศ และยกระดับคุณภาพการให้บริการตามแนวทางที่กระทรวงสาธารณสุขกำหนดไว้ เพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินธุรกิจบริการเพื่อสุขภาพในต่างประเทศให้มีมาตรฐานสากล เพื่อสร้างภาพลักษณ์ที่ดีของสถานประกอบการเพื่อสุขภาพของคนไทยในต่างประเทศ เพื่อส่งเสริมและเผยแพร่ภูมิปัญญาในการดูแลสุขภาพของไทยไปสู่สากล และเพื่อเป็นกลไกส่งเสริมการตลาดรวมทั้งความเชื่อมั่นในการบริการให้แก่ผู้รับบริการสถานประกอบการที่ต้องการขอการรับรองจะต้องมีคุณสมบัติ คือ เจ้าของสถานประกอบการต้องเป็นผู้ที่มีสัญชาติไทยหรือคู่สมรสเป็นผู้ที่มีสัญชาติไทย หากเป็นในนามบริษัทต้องมีคนไทยถือหุ้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 50 สถานประกอบการต้องดำเนินการอย่างถูกต้องตามกฎหมายท้องถิ่นนั้นๆ และต้องมีใบอนุญาตจากหน่วยงานท้องถิ่นในการประกอบกิจการไม่น้อยกว่า 1 ปี<sup>27</sup>

มาตรฐานสถานประกอบการสปาเพื่อสุขภาพในต่างประเทศแบ่งเป็นจำนวน 5 หมวด ซึ่งมีกรอบของมาตรฐาน ดังต่อไปนี้

หมวดที่ 1 มาตรฐานสถานที่เพื่อให้สถานประกอบการสปาเพื่อสุขภาพมีการจัดสถานที่และสิ่งแวดล้อมเพื่อสร้างความประทับใจในการให้บริการครบทั้ง 5 มิติ คือ รูป รส กลิ่น เสียง และสัมผัส ประกอบด้วย 5 เกณฑ์ ได้แก่ การตกแต่งสถานที่ทั่วไป สภาพแวดล้อมและบรรยากาศ ป้ายชื่อสถานประกอบการและประกาศนียบัตรของผู้ให้บริการ สิ่งอำนวยความสะดวกคนพิการ และห้องสุขา<sup>28</sup>

หมวดที่ 2 มาตรฐานบุคลากรเพื่อให้สถานประกอบการสปาเพื่อสุขภาพมีบุคลากรที่มีความรู้ ความสามารถ และมีคุณสมบัติที่เหมาะสมในการให้บริการอย่างมีมาตรฐาน ประกอบด้วย 5 เกณฑ์ ได้แก่ คุณสมบัติของบุคลากรโดยรวม (พิจารณาการจ้างงานที่ถูกต้องตามกฎหมายแรงงานของท้องถิ่น คุณสมบัติตรงตามลักษณะการให้บริการ และความสามารถด้านภาษา) คุณสมบัติเฉพาะตำแหน่งของผู้ดำเนินการสปา (Spa Manager) คุณสมบัติของผู้ให้บริการในสถานประกอบการสปาเพื่อสุขภาพ (Spa Therapist) คุณสมบัติของพนักงานต้อนรับ (Spa Receptionist/ Guest Relations Officers) และความพร้อมในการให้บริการการอบรมและการประเมินผล<sup>29</sup>

<sup>26</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>27</sup> กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข, “มาตรฐานสถานประกอบการเพื่อสุขภาพในต่างประเทศ,” (กรุงเทพมหานคร: บริษัท เจเนซิส มีเดียคอม จำกัด, 2560), 2.

<sup>28</sup> เรื่องเดียวกัน, 25-27.

<sup>29</sup> เรื่องเดียวกัน.

หมวดที่ 3 มาตรฐานการบริการเพื่อให้การบริการของสถานประกอบการสปาเพื่อสุขภาพ มีมาตรฐานแบบไทย และเป็นที่ยอมรับในระดับสากล โดยประกอบด้วย 3 เกณฑ์ ได้แก่ การพิจารณาประเภท การให้บริการ (รายการที่จัดเตรียมไว้สำหรับบริการ ลักษณะการให้บริการ ความพร้อมในการให้บริการทั้งด้าน บุคลากร เครื่องมือและสถานที่)การพิจารณาข้อกำหนด / วิธีการให้บริการ และการพิจารณาการแจ้งให้ข้อมูล การบริการ (พิจารณาความชัดเจน เงื่อนไข การเข้าถึงผู้รับบริการ)<sup>30</sup>

หมวดที่ 4 มาตรฐานเครื่องมือ อุปกรณ์ และผลิตภัณฑ์ เพื่อให้บริการของสถานประกอบการ สปาเพื่อสุขภาพจัดหาเครื่องมือ อุปกรณ์และผลิตภัณฑ์ที่ดีมีคุณภาพและมาตรฐาน และสนับสนุนผลิตภัณฑ์ไทย ไว้สำหรับผู้รับบริการ ประกอบด้วย 3 หลักเกณฑ์ ได้แก่ คุณสมบัติของเครื่องมือและอุปกรณ์ การใช้ผลิตภัณฑ์ไทย การบำรุงรักษาและการตรวจสอบความปลอดภัย<sup>31</sup>

หมวดที่ 5 มาตรฐานความปลอดภัยเพื่อให้บริการของสถานประกอบการสปาเพื่อสุขภาพ มีมาตรฐานความปลอดภัยและเป็นที่ยอมรับแก่ผู้รับบริการ พิจารณาจากสภาพ ความชัดเจน แผนการ เอกสาร ที่เกี่ยวข้อง และการมีผู้รับผิดชอบ<sup>32</sup>

การได้รับการรับรองตามมาตรฐานจากกรมสนับสนุนบริการสุขภาพนี้ สถานประกอบการ สปาเพื่อสุขภาพในต่างประเทศต้องผ่านการประเมินต้องมีคะแนนรวมในแต่ละหมวดไม่น้อยกว่าร้อยละ 60 ในแต่ละตัวชี้วัด ผู้ผ่านการประเมินจะได้รับเครื่องหมายรับรองมาตรฐานสถานประกอบการสปาเพื่อสุขภาพ ในต่างประเทศ โดยการรับรองดังกล่าวจะมีอายุ 3 ปี ผู้ประกอบการจะต้องรักษามาตรฐานดังกล่าวอยู่เสมอ โดยกระทรวงสาธารณสุขได้มอบอำนาจให้หน่วยงานไทยภายในประเทศหนึ่งๆ หรือที่มีอาณาเขตครอบคลุม ในประเทศนั้นๆ เป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่ตรวจติดตามสถานประกอบการเพื่อสุขภาพในต่างประเทศที่ผ่านการ รับรองแล้ว<sup>33</sup>

## 2.2.2 หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

### 1) กระทรวงสาธารณสุข

การดำเนินธุรกิจสปาภายในประเทศให้ถูกต้องตามกฎหมาย<sup>34</sup> เจ้าของจะต้องมีการขอ ใบอนุญาตรับรองมาตรฐานสถานประกอบการ ได้แก่ ใบอนุญาตประกอบกิจการสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ เสียก่อน และผู้ที่จะเป็นผู้จัดการหรือดำเนินงานสปาต้องได้รับใบอนุญาตรับรองผู้ดำเนินการสปาเพื่อสุขภาพ รวมไปถึงผู้ให้บริการในสถานประกอบการเพื่อสุขภาพนั้นก็จะต้องยื่นคำขอขึ้นทะเบียนเป็นผู้ให้บริการเช่นกัน ซึ่งสำนักงานส่งเสริมธุรกิจบริการสุขภาพ กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข เป็นผู้มีอำนาจ

<sup>30</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>31</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>32</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>33</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>34</sup> พระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ.2559 มาตรา 12

"ผู้ใดประสงค์จะประกอบกิจการสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ ต้องได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการสถานประกอบการเพื่อสุขภาพจาก ผู้อนุญาต"

ในการออกไปอนุญาตดังกล่าว โดยผู้ที่ประกอบธุรกิจสปาจะต้องติดใบรับรองมาตรฐาน พร้อมทั้งตราสัญลักษณ์ “มาตรฐาน สบส.” ไว้ ณ สถานประกอบการอย่างชัดเจน เพื่อให้ผู้ใช้บริการแน่ใจได้ว่าเป็นร้านที่ได้ผ่านการรับรองมาตรฐานจากกระทรวงสาธารณสุขแล้ว<sup>35</sup> ผู้ที่สามารถยื่นขอใบอนุญาตประกอบกิจการสถานประกอบการเพื่อสุขภาพได้นั้นต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์ ไม่เป็นบุคคลต้องห้ามตามที่พระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. 2559<sup>36</sup> และมีเอกสารแสดงรายละเอียดของกิจการตามที่กฎหมายกำหนด เช่น แผนที่แสดงที่ตั้งสถานประกอบการแบบแปลนหรือแผนผังการให้บริการในสถานประกอบการ สำเนาหนังสือรับรองการจดทะเบียนบริษัท สำเนาใบอนุญาตของผู้ดำเนินการและใบรับรองของผู้ให้บริการทุกคน เป็นต้น<sup>37</sup> โดยใบอนุญาตนั้นจะมีอายุ 5 ปี ส่วนกรณีของการขออนุญาตรับรองผู้ดำเนินการสปานั้น ผู้ขอต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์ โดยได้รับวุฒิบัตรหรือประกาศนียบัตรด้านการบริการเพื่อสุขภาพที่ได้รับการรับรองจากกรมสนับสนุนบริการสุขภาพ และผ่านการทดสอบและประเมินความรู้ความสามารถจากกรมสนับสนุนบริการสุขภาพ และต้องไม่เป็นบุคคลต้องห้ามตามกฎหมาย<sup>38</sup> ในส่วนของผู้ให้บริการในสถานประกอบการเพื่อสุขภาพนั้นต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ และได้รับวุฒิบัตรหรือประกาศนียบัตรด้านการบริการเพื่อสุขภาพที่ได้รับการรับรองจากกรมสนับสนุนบริการสุขภาพ<sup>39</sup>

นอกจากนี้กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ อันเป็นหน่วยงานย่อยของกระทรวงสาธารณสุข เป็นหน่วยงานผู้รับผิดชอบในการพัฒนาคุณภาพมาตรฐานสถานประกอบการสปาเพื่อสุขภาพที่มีอยู่เดิมตามประกาศ

<sup>35</sup> สบส. ให้สปา นวดทุกแห่งที่ได้รับการรับรอง ปฏิบัติตามกฎหมายเดิมอย่างเคร่งครัด เปิด-ปิดตามเวลา, เข้าถึงเมื่อ 25 สิงหาคม 2561, [http://hss.moph.go.th/show\\_topic.php?id=527](http://hss.moph.go.th/show_topic.php?id=527).

<sup>36</sup> พระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. 2559 มาตรา 13

“ผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการสถานประกอบการเพื่อสุขภาพต้องมีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์และไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

(1) เป็นบุคคลล้มละลาย

(2) เป็นบุคคลวิกลจริต คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ

(3) เป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี

(4) เป็นผู้เจ็บป่วยด้วยโรคติดต่ออันเป็นที่รังเกียจแก่สังคม โรคพิษสุราเรื้อรัง หรือติดยาเสพติดให้โทษ

(5) เป็นผู้อยู่ในระหว่างถูกสั่งพักใช้ใบอนุญาตประกอบกิจการสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ

(6) เป็นผู้เคยถูกเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ และยังไม่พ้นกำหนดสองปีนับถึงวันยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ”

<sup>37</sup> โปรดดูภาคผนวก คำขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ และอ่านเพิ่มเติมใน กฎกระทรวง การอนุญาตประกอบกิจการสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. 2560.

<sup>38</sup> พระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. 2559

“ข. ลักษณะต้องห้าม

(1) เป็นบุคคลวิกลจริต คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ

(2) เป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศหรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี

(3) เป็นผู้เจ็บป่วยด้วยโรคติดต่ออันเป็นที่รังเกียจแก่สังคม โรคพิษสุราเรื้อรัง หรือติดยาเสพติด ให้โทษ

(4) เป็นผู้อยู่ในระหว่างถูกสั่งพักใช้ใบอนุญาตเป็นผู้ดำเนินการ

(5) เป็นผู้เคยถูกเพิกถอนใบอนุญาตเป็นผู้ดำเนินการและยังไม่พ้นกำหนดหนึ่งปีนับถึงวันยื่นคำขอรับใบอนุญาตเป็นผู้ดำเนินการและอ่านเพิ่มเติมใน กฎกระทรวง การอนุญาตเป็นผู้ดำเนินการในสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. 2560”

<sup>39</sup> อ่านเพิ่มเติมใน กฎกระทรวงการขึ้นทะเบียนเป็นผู้ให้บริการในสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. 2560.

กระทรวงสาธารณสุข เรื่องกำหนดสถานที่เพื่อสุขภาพหรือเพื่อเสริมสวย มาตรฐานของสถานที่การบริการผู้ให้บริการหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบเพื่อการรับรองให้เป็นไปตามมาตรฐานสำหรับสถานที่เพื่อสุขภาพหรือเพื่อเสริมสวย ตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และประกาศกระทรวงสาธารณสุข (ฉบับที่ 2) โดยได้จัดทำหนังสือเกณฑ์การรับรองคุณภาพสถานประกอบการสปาเพื่อสุขภาพเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการพัฒนาและประเมินรับรองคุณภาพของสถานประกอบการสปาเพื่อสุขภาพ โดยต้องการยกระดับมาตรฐานสถานประกอบการให้มีคุณภาพที่สูงขึ้นและเป็นที่ยอมรับในระดับสากล โดยแบ่งคุณภาพสถานประกอบการสปาเพื่อสุขภาพออกเป็น 3 ระดับ ได้แก่ ระดับ Platinum ระดับ Gold และระดับ Silver<sup>40</sup> ผู้ประกอบการที่ผ่านการรับรองมาตรฐานจะได้รับเครื่องหมายการันตีคุณภาพมาตรฐานระดับสากล<sup>41</sup>



รูปที่ 1 : ตราสัญลักษณ์แสดงคุณภาพสถานประกอบการสปาเพื่อสุขภาพ  
(ที่มา: กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข)

นอกจากการรับรองคุณภาพของสปาไทยภายในประเทศไทยแล้ว กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข ยังได้จัดทำมาตรฐานสถานประกอบการเพื่อสุขภาพในต่างประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการประเมินมาตรฐานสถานประกอบการเพื่อสุขภาพในต่างประเทศ และแนวทางในการพัฒนาและยกระดับคุณภาพของสถานประกอบการเพื่อสุขภาพในต่างประเทศ เพื่อยกระดับคุณภาพการให้บริการผู้ประกอบการธุรกิจสปาไทยในต่างประเทศให้มีมาตรฐานระดับสากลอีกด้วย<sup>42</sup> โดยมีคณะกรรมการตรวจประเมินมาตรฐานสถานประกอบการเพื่อสุขภาพในต่างประเทศ ทำหน้าที่ตรวจประเมินสถานประกอบการเพื่อสุขภาพในต่างประเทศ และรายงานต่อคณะกรรมการรับรองมาตรฐานสถานประกอบการเพื่อสุขภาพในต่างประเทศ เพื่อรับทราบและพิจารณา เพื่อดำเนินการปรับปรุงแก้ไขในกรณีที่มีการปฏิบัติที่ไม่เป็นไปตามกฎเกณฑ์ของคณะกรรมการรับรองมาตรฐานสถานประกอบการเพื่อสุขภาพในต่างประเทศเป็นผู้ตรวจสอบและให้การรับรอง<sup>43</sup>

<sup>40</sup> “คู่มือเกณฑ์มาตรฐานสถานประกอบการเพื่อสุขภาพระดับสากล,” เข้าถึงเมื่อ 25 สิงหาคม 2561, [http://www.thaispa.go.th/spa2013/web/web\\_new/fileupload\\_doc/2017-11-15-3-17-2521506.pdf](http://www.thaispa.go.th/spa2013/web/web_new/fileupload_doc/2017-11-15-3-17-2521506.pdf).

<sup>41</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>42</sup> กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข, “มาตรฐานสถานประกอบการเพื่อสุขภาพในต่างประเทศ,”

<sup>43</sup> เรื่องเดียวกัน, 2-3.



รูปที่ 2 : ตราสัญลักษณ์มาตรฐานสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ  
(ที่มา : กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข)

## 2) กระทรวงพาณิชย์

กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ เป็นหนึ่งหน่วยงานที่ให้ความช่วยเหลือทางด้านข้อมูลในเบื้องต้นเกี่ยวกับโอกาสในการลงทุนธุรกิจต่างๆ รวมถึงธุรกิจสปา<sup>44</sup> ให้แก่ผู้ที่ต้องการจะดำเนินธุรกิจในประเทศ อย่างไรก็ดี เนื่องจากธุรกิจระหว่างประเทศนั้นมีอยู่หลายรูปแบบ ข้อมูลที่กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศจัดหาไว้ให้จึงอาจไม่ครอบคลุมธุรกิจที่ผู้ลงทุนสนใจ หรือไม่ครอบคลุมประเทศที่ผู้ลงทุนสนใจจะไปลงทุนนอกจากนี้ *กรมพัฒนาธุรกิจการค้า* หนึ่งในหน่วยงานย่อยของกระทรวงพาณิชย์เป็นอีกหน่วยงานหนึ่งที่มีอำนาจในการจัดการเพื่อส่งเสริมธุรกิจต่างๆ เพื่อให้มีความสามารถในการแข่งขันในระดับสากลโดยในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2560 ที่ผ่านมา กรมพัฒนาธุรกิจการค้าได้เล็งเห็นว่าธุรกิจบริการเพื่อสุขภาพเป็นธุรกิจที่มีการเจริญเติบโตสูง<sup>45</sup> จึงได้มีการเปิดโครงการยกระดับมาตรฐานการบริหารจัดการธุรกิจบริการสุขภาพ โดยมุ่งเน้นไปที่ธุรกิจสปา ธุรกิจการนวดเพื่อสุขภาพ และธุรกิจดูแลผู้สูงอายุ สู่เกณฑ์มาตรฐานคุณภาพ โดยวัตถุประสงค์คือเพื่อยกระดับการบริหารจัดการธุรกิจบริการสุขภาพให้มีคุณภาพเป็นมาตรฐาน เป็นที่เชื่อถือและได้รับการยอมรับจากผู้ใช้บริการทั้งในระดับประเทศและระดับสากล สร้างโอกาสทางการตลาด สร้างแรงจูงใจและกระตุ้นให้ผู้ประกอบการรายใหม่เห็นถึงประโยชน์ความสำคัญของเกณฑ์มาตรฐานคุณภาพการบริหารจัดการธุรกิจ ผู้เข้าร่วมโครงการจะได้เรียนรู้จากการบรรยายและแลกเปลี่ยนประสบการณ์ในการบริหารธุรกิจจากนายกสมาคมสปาไทย รวมถึงกรมพัฒนาธุรกิจการค้าก็ได้มีการส่งผู้เชี่ยวชาญลงไปให้คำปรึกษาเชิงลึกแก่ผู้ประกอบการธุรกิจด้านการบริหารจัดการธุรกิจ เพื่อให้มีระบบการบริหารจัดการที่มีมาตรฐานมากยิ่งขึ้นด้วย<sup>46</sup>

<sup>44</sup> สำนักงานส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ ณ กรุงปราก, “โอกาสสปาไทยในสาธารณรัฐเช็ก,” เข้าถึงเมื่อ 5 สิงหาคม 2561, [http://www.ditp.go.th/ditp\\_pdf.php?filename=contents\\_attach/93533/93533.pdf&title=93533](http://www.ditp.go.th/ditp_pdf.php?filename=contents_attach/93533/93533.pdf&title=93533).

<sup>45</sup> กรมพัฒนาธุรกิจการค้า, “กรมพัฒนาธุรกิจการค้า...เป็นต้นแบบ 3 ธุรกิจ สปา นวดเพื่อสุขภาพ ดูแลผู้สูงอายุ,” เข้าถึงเมื่อ 5 สิงหาคม 2561, [http://www.dbd.go.th/ewt\\_news.php?nid=469407649&filename\\_](http://www.dbd.go.th/ewt_news.php?nid=469407649&filename_)

<sup>46</sup> กรมพัฒนาธุรกิจการค้า, “กรมพัฒนาธุรกิจการค้า...เป็นต้นแบบ 3 ธุรกิจ สปา นวดเพื่อสุขภาพ ดูแลผู้สูงอายุ,” เข้าถึงเมื่อวันที่ 5 สิงหาคม 2561, [http://www.dbd.go.th/ewt\\_news.php?nid=469407649&filename\\_](http://www.dbd.go.th/ewt_news.php?nid=469407649&filename_)

### 3) กระทรวงแรงงาน

ในการจะดำเนินกิจการนวดสปา นั้น สิ่งที่สำคัญอย่างยิ่ง คือ แรงงานที่มีความสามารถ ในการทำสปา กรมพัฒนาฝีมือแรงงาน เป็นหน่วยงานรัฐที่มีการเปิดอบรมหลักสูตรต่างๆ เพื่อการพัฒนาฝีมือ แรงงาน โดยมีหลักสูตรทั้งการนวดและสปาต่างๆ เช่น การนวดยกระดับฝีมือ สาขานวดไทย เพื่อการทำงาน ต่างประเทศ<sup>47</sup> ซึ่งหลักสูตรการนวดนี้ก็เป็นที่กะพื้นฐานที่ทำให้แรงงานสามารถนำไปต่อยอดเพื่อให้บริการ สปาได้ต่อไป นอกจากการพัฒนาฝีมือแรงงานโดยกรมพัฒนาฝีมือแรงงานแล้ว ก็ยังมีสถาบันอื่นๆ ที่เปิดการสอน อบรมให้ความรู้ ให้แก่ผู้ประกอบการหรือแรงงานที่ต้องการไปทำงาน ณ สถานประกอบการ และสปาต่างๆ อีกด้วย เช่น ศูนย์การศึกษาออกโรงเรียนมีหลักสูตรการนวดในรูปแบบต่างๆ โรงเรียนของสปาและสปาอคาเดมี่ที่เป็น กลุ่มสถาบันพัฒนาคุณภาพพนักงานเพื่อให้เป็นแรงงานที่มีมาตรฐานเป็นที่ยอมรับในทางสากล อันได้แก่ การรับรอง มาตรฐานโดย CIBTAC เช่น โรงเรียนสอนวิชาชีพความงามและสุขภาพชีวาธรรม โรงเรียนสอนนวดไทย บันยันทรี เป็นต้น<sup>48</sup>

นอกจากการให้ความรู้และฝึกอบรมต่างๆ กระทรวงแรงงานก็ได้มีการจัดให้มีการทดสอบ มาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติและองค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการสปาอีกด้วย เช่น มาตรฐานฝีมือแรงงาน แห่งชาติสาขาอาชีพพนักงานส่งเสริมสุขภาพแบบองค์รวมไทยสปา มาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติสาขาอาชีพพนักงานส่งเสริม สุขภาพแบบองค์รวมสปาตะวันตก มาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติสาขาอาชีพพนักงานนวดไทย เป็นต้น<sup>49</sup>

ในการพัฒนาฝีมือแรงงานในต่างประเทศนั้น สำนักงานพัฒนามาตรฐานและทดสอบฝีมือ แรงงาน กรมพัฒนาฝีมือแรงงาน เป็นผู้รับผิดชอบโครงการส่งเสริมศักยภาพแรงงานไทยในต่างประเทศ ซึ่งมี วัตถุประสงค์ในการพัฒนาแรงงานไทยที่ต้องการประกอบอาชีพเป็นพนักงานนวดไทยหรือสปาอีกด้วย<sup>50</sup>

### 4) กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา

เนื่องจากสปาเป็นกิจการที่เป็นส่วนหนึ่งของการท่องเที่ยวเชิงสุขภาพ ทำให้สปาเป็น กิจการที่กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา โดยกรมการท่องเที่ยว ได้ให้การสนับสนุนในฐานะเป็นสินค้าท่องเที่ยว และมีบทบาทอย่างมากในการท่องเที่ยวเชิงสุขภาพ โดยรูปแบบการสนับสนุนอยู่ในรูปการให้การอบรมด้าน การท่องเที่ยวเชิงสุขภาพ มีการให้การอบรมในเรื่องสปาแก่ผู้ประกอบการสปา และมีการมอบรางวัลแก่หน่วยงาน ที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรง เช่น การมอบโล่ประกาศเกียรติคุณให้แก่สมาคมสปาไทย นอกจากนี้ กระทรวง การท่องเที่ยวและกีฬายังมีบทบาทในการผลักดันการกำหนดมาตรฐานสปาอาเซียน (ASEAN Spa Standard)

<sup>47</sup> อัครพงศ์ อินทอง และคณะ, "รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการย่อยที่ 1 ความสามารถในการแข่งขันของอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวเชิงสุขภาพ (สปา). แผนงานโครงการส่งเสริมศักยภาพอุตสาหกรรมท่องเที่ยวและแหล่งท่องเที่ยวคุณภาพสูง," 76.

<sup>48</sup> เรื่องเดียวกัน, 78.

<sup>49</sup> ประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการพัฒนาฝีมือแรงงาน เรื่อง มาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติ สาขาอาชีพพนักงานส่งเสริมสุขภาพแบบองค์รวมไทย สปา (หัตถบำบัด โภชนบำบัด วารีบำบัด สุนัขบำบัด), ประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการพัฒนาฝีมือแรงงาน เรื่อง มาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติ สาขา อาชีพพนักงานส่งเสริมสุขภาพแบบองค์รวม สปาตะวันตก (หัตถบำบัด โภชนบำบัด วารีบำบัด สุนัขบำบัด), ประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการพัฒนาฝีมือแรงงาน เรื่อง มาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติ สาขาอาชีพพนักงานนวดไทย.

<sup>50</sup> โครงการส่งเสริมศักยภาพแรงงานไทยในต่างประเทศ ประจำปีงบประมาณ 2561.

ซึ่งเป็นความร่วมมือระหว่างประเทศภายใต้กรอบความร่วมมืออาเซียน เพื่อปรับมาตรฐานสปาที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศให้สอดคล้องกับมาตรฐานที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล มาตรฐานสปาอาเซียน (ASEAN Spa Standard) จึงมีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ โดยกรมการท่องเที่ยวมีบทบาทในการจัดทำมาตรฐานสปา (ASEAN Spa Standard) ร่วมกันของกลุ่มสมาชิกกลุ่มประเทศอาเซียน<sup>51</sup> ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬาเข้ามามีบทบาทในการดำเนินกิจการสปาภายในประเทศเนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างการท่องเที่ยวภายในประเทศไทยกับธุรกิจสปา ดังนั้น หากเป็นการลงทุนทางตรงเพื่อการดำเนินกิจการสปาภายนอกประเทศไทย กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬาจึงจะมีได้เข้ามามีบทบาทแต่อย่างใด

#### 5) สมาคมสปาไทย

สมาคมสปาไทยเป็นองค์กรไม่หวังผลกำไร ตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการประกอบอุตสาหกรรมสปา มาตรฐานโดยทั่วไปของอุตสาหกรรมสปา และสวัสดิภาพของผู้บริโภค เช่น จัดทำมาตรฐานเกี่ยวกับพนักงาน การฝึกอบรม การจัดตั้งสปา การดำเนินการของสปา และการจัดส่งผลิตภัณฑ์และอุปกรณ์สปา เพื่อเป็นกระบอกเสียงของอุตสาหกรรมสปาในประเทศไทย รวมถึงการฝึกอบรมประชาชนเกี่ยวกับคุณค่าและประโยชน์ของสปา เพื่อสนับสนุนและช่วยเหลือสมาชิกแก้ไขอุปสรรคข้อขัดข้องต่างๆ รวมทั้งเจรจาทำความเข้าใจกับบุคคลภายนอกเพื่อประโยชน์ร่วมกันในการประกอบวิสาหกิจประเภทที่อยู่ในวัตถุประสงค์ สอดส่องและติดตามการเคลื่อนไหวของตลาดการค้าทั้งภายในและภายนอกประเทศเกี่ยวกับสินค้าที่สมาชิกประกอบวิสาหกิจเพื่อให้เป็นประโยชน์แก่การค้า การเงิน เศรษฐกิจ ตลอดจนการมีส่วนร่วมของสปาทุกขนาด ทุกประเภทและหน่วยงานที่จัดส่งสินค้าหรือให้บริการแก่อุตสาหกรรมสปา นอกจากนี้ สมาคมยังมีเป้าหมายในการทำการวิจัยเกี่ยวกับการประกอบวิสาหกิจประเภทที่อยู่ในวัตถุประสงค์ แลกเปลี่ยนและเผยแพร่ความรู้ในทางวิชาการ ตลอดจนข่าวสารการค้าอันเกี่ยวกับการวิสาหกิจนั้นๆ และร่วมมือกับรัฐบาลในการส่งเสริมการค้า อุตสาหกรรม การเงินหรือธุรกิจอื่นใดในทางเศรษฐกิจอันอยู่ในวัตถุประสงค์ ตลอดจนทำความเข้าใจหรือวางระเบียบให้สมาชิกปฏิบัติหรือดัดแปลงการปฏิบัติเพื่อให้การประกอบวิสาหกิจประเภทที่อยู่ในวัตถุประสงค์ได้ดำเนินไปด้วยความเรียบร้อย รวมทั้งเป็นตัวกลางในการประนีประนอมข้อพิพาทระหว่างสมาชิก หรือระหว่างสมาชิกกับบุคคลภายนอกในการประกอบวิสาหกิจอีกด้วย<sup>52</sup> โดยสมาคมมีจุดมุ่งหมายหลักในการนำเอาสปาไทยไปเผยแพร่สู่เวทีโลก มีการจัดสัมมนาให้ข้อมูลแก่นักลงทุนไม่ว่าจะเป็นนักลงทุนชาวไทยหรือต่างชาติที่ต้องการลงทุนให้บริการสปาในต่างประเทศก็สามารถติดต่อเพื่อขอความช่วยเหลือจากสมาคมสปาไทยได้

#### 6) ศูนย์ข้อมูลจีน (China Information Center: CIC)

ศูนย์ข้อมูลจีน เป็นหนึ่งในกิจกรรมของสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (บีโอไอ) ซึ่งมีนโยบายในการส่งเสริมการลงทุนสองทางระหว่างไทยและจีน (Dual Track Policy) โดยศูนย์ข้อมูลจีนนั้นถูกจัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นแหล่งข้อมูลอันมีทั้งข้อมูลทางสถิติทางเศรษฐกิจ สภาพอุตสาหกรรมของ

<sup>51</sup> อัครพงศ์ อันทอง และคณะ, “รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการย่อยที่ 1 ความสามารถในการแข่งขันของอุตสาหกรรมท่องเที่ยวเชิงสุขภาพ (สปา). แผนงานโครงการส่งเสริมศักยภาพอุตสาหกรรมท่องเที่ยวและแหล่งท่องเที่ยวคุณภาพสูง,” 59.

<sup>52</sup> สมาคมสปาไทย, “วัตถุประสงค์ของการจัดตั้งสมาคม,” เข้าถึงเมื่อวันที่ 5 สิงหาคม 2561, <http://www.thaispaassociation.com/objective.php>.

จีนและมณฑลต่างๆ รวมถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนในจีนเป็นสิ่งสำคัญ อันเป็นข้อมูลที่มีทั้งกฎหมาย ระเบียบ รวมทั้งสิทธิประโยชน์ในการลงทุนด้วย ทั้งนี้ ศูนย์ข้อมูลจีนถือเป็นแหล่งข้อมูลสำคัญอันเป็นช่องทางให้นักลงทุนไทยที่ต้องการไปประกอบธุรกิจในจีนได้มีข้อมูลประกอบการตัดสินใจเพื่อศึกษาถึงสิทธิและโอกาสในการไปลงทุน ณ สาธารณรัฐประชาชนจีน<sup>53</sup>

### 3. ปัญหาของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมไทยที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรงในต่างประเทศ ประเภทธุรกิจนวดสปา

#### 3.1 ปัญหาที่เกิดจากปัจจัยภายในประเทศ

##### 3.1.1 ปัญหาที่เกิดจากภาครัฐ

##### 3.1.1.1 ปัญหาจากข้อกฎหมาย (Laws)

เนื่องจากในการประกอบธุรกิจสปาไทยในต่างประเทศนั้นไม่มีกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องโดยตรง คงมีแต่กฎหมายภาษีเท่านั้นที่มีประเด็นต้องพิจารณาเรื่องการส่งออกผลิตภัณฑ์สปาที่นักลงทุนต้องไปพิจารณาตามพระราชกำหนดพิกัดอัตราศุลกากร พ.ศ. 2530 เองว่าผลิตภัณฑ์สปาของตนมีส่วนประกอบของวัตถุดิบใดบ้างที่จะได้รับการยกเว้นอัตราภาษีขาออก โดยหากส่วนประกอบสำหรับผลิตภัณฑ์สปาเป็นพืชสมุนไพรที่ปลูกในประเทศไทย เช่น ขมิ้น ไพร ต้นยางนา ยางนา ดินสอพอง ซึ่งเป็นพืชผลที่เพาะปลูกในประเทศไทย ก็จะได้รับสิทธิประโยชน์ในการยกเว้นอากรขาออก อย่างไรก็ตาม สำหรับผลิตภัณฑ์สปาบางประเภทอาจไม่ได้รับสิทธิพิเศษทางภาษี เช่น การส่งออกเบาะนวดสปาซึ่งมียางพาราเป็นส่วนประกอบหรือเครื่องนวดสปาที่มีโลหะเป็นส่วนประกอบ ต้องเสียภาษีอากรขาออก<sup>54</sup> ดังนั้น ปัญหาของนักลงทุนคือสิทธิพิเศษทางภาษีไม่ได้มีครอบคลุมถึงวัตถุดิบอันเป็นส่วนประกอบของผลิตภัณฑ์สปาทั้งหมด นักลงทุนจึงอาจต้องเสียภาษีขาออกสำหรับสินค้าบางประการและไม่มีความหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนธุรกิจสปาไทยโดยเฉพาะ

##### 3.1.1.2 ปัญหาอันเกิดจากมาตรการและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

ปัญหาเกี่ยวกับหน่วยงานที่ให้สนับสนุนด้านเงินทุน คือ แม้ว่าจะมีธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทย (SME Bank) ที่เป็นหน่วยงานหลักในการสนับสนุนด้านเงินทุนให้แก่ผู้ประกอบการวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม แต่ SME Bank ก็ได้มีการสนับสนุนการลงทุนทางตรงในต่างประเทศของผู้ประกอบวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมโดยเฉพาะแต่อย่างใด ทำให้ผู้ประกอบการสปาซึ่งเป็นวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่ต้องการลงทุนในต่างประเทศไม่ได้รับสิทธิประโยชน์และการสนับสนุนจาก SME Bank

<sup>53</sup> สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน, "About us," เข้าถึงเมื่อวันที่ 5 สิงหาคม 2561, <http://chineseinfo.boi.go.th/index.php/about>.

<sup>54</sup> กรมสรรพสามิต, "ภาษีศุลกากร," เข้าถึงเมื่อวันที่ 5 สิงหาคม 2561, <https://www.excise.go.th/cs/groups/public/documents/document/mjaw/mnt1/~edisp/webportal16200125791.pdf>.

### 3.1.2 ปัญหาที่เกิดจากผู้ประกอบธุรกิจ

#### 3.1.2.1 ปัญหาด้านการขาดเงินทุนและการเข้าถึงแหล่งเงินทุน

ปัจจุบันสปามีต้นทุนในการลงทุนที่สูงขึ้น มีต้นทุนในการดำเนินการ (Operation Cost) ที่สูงกว่าธุรกิจนวดโดยทั่วไป ต้นทุนด้านทรัพยากรบุคคล รวมไปถึงต้นทุนแปรผัน (Variable Cost) ซึ่งจะมีต้นทุนแปรผันค่อนข้างสูงเพราะการใช้ผลิตภัณฑ์ที่มีคุณภาพก็จะต้องทำให้ต้นทุนชนิดนี้เพิ่มสูงขึ้นด้วย<sup>55</sup> ในขณะที่ผู้ลงทุนจำเป็นต้องใช้เงินทุนในการประกอบกิจการเป็นจำนวนมาก แต่การจะเข้าถึงแหล่งเงินทุนหรือสินเชื่อของธุรกิจสปานั้นก็ไม่ได้เป็นไปโดยง่าย เนื่องจากความไม่แน่นอนของจำนวนผู้รับบริการแปรผันตามการท่องเที่ยว ทำให้ธนาคารมีความกังวลในการปล่อยสินเชื่อให้แก่กิจการลงทุน ตัวอย่างเช่น สปาที่ตั้งอยู่ภายในโรงแรมตามสถานที่ท่องเที่ยวต่างๆ ก็จะมีรายได้แปรผันตามจำนวนนักท่องเที่ยวในแต่ละฤดู มีช่วงที่มีนักท่องเที่ยวมากและก็มีช่วงที่อาจไม่มีนักท่องเที่ยวเลย ทำให้เกิดความไม่แน่นอนของรายได้ที่จะได้รับอันเป็นสาเหตุให้การขอสินเชื่อเป็นไปได้อย่างยิ่งขึ้น

ปัญหาในการเข้าถึงแหล่งเงินทุนนี้ ปัจจุบันได้มีหน่วยงานเอกชนเข้ามาพยายามแก้ไข โดยบริษัทสรรพสินค้าเวลเนสร่วมมือกับธนาคารสิริไทย ดำเนินโครงการ “เวลเนสลีซิ่ง” (WELLNESS Leasing) โดยธนาคารจะให้การสนับสนุนด้านสินเชื่อ ในขณะที่สรรพสินค้าเวลเนสที่จะช่วยคัดกรองลูกค้าที่มีศักยภาพและประวัติการทำธุรกิจที่ดีเข้าร่วมโครงการ และได้รับความช่วยเหลือจากสมาคมสปาไทย ในการสนับสนุนด้านองค์ความรู้ที่สำคัญในการประกอบธุรกิจสปาให้สำเร็จได้อย่างยั่งยืน โดยโครงการดังกล่าวเริ่มต้นจากการต้องการพัฒนาธุรกิจสปาภายในประเทศไทย เนื่องจากเห็นว่าธุรกิจสปาเป็นหนึ่งในห้าอันดับแรกของธุรกิจที่น่าลงทุนในพ.ศ. 2561 นี้ และพิจารณาจากยอดขาย ต้นทุน ผลกระทบปัจจัยเสี่ยงและการแข่งขัน โดยประเทศไทยนับเป็นหนึ่งในประเทศที่มีนักท่องเที่ยวเข้ามาท่องเที่ยวมากที่สุดในโลก ทำให้ธุรกิจสปาเติบโตตามไปด้วย<sup>56</sup> โครงการนี้จึงมุ่งที่จะให้สินเชื่อแก่ธุรกิจสปาภายในประเทศ โดยในปัจจุบันยังไม่ได้มีการให้สินเชื่อเพื่อการลงทุนทางตรงในธุรกิจสปาในต่างประเทศแต่อย่างใด

#### 3.1.2.2 ปัญหาด้านภาษา

การทำสัญญาในสาธารณรัฐประชาชนจีนนั้นถือเป็นกระบวนการสำคัญในการประกอบธุรกิจและในการลงนามสัญญาจะใช้ภาษาของประเทศที่มีการลงนามในสัญญาเป็นหลัก ดังนั้น สัญญาที่ทำในสาธารณรัฐประชาชนจีน จึงใช้ภาษาจีนเป็นหลัก ทั้งนี้ หากนักลงทุนไทยไม่มีพื้นฐานทางภาษาจีนอาจได้รับผลกระทบในด้านสัญญาและกฎหมายต่างๆ ได้<sup>57</sup> นอกจากอุปสรรคทางภาษาจะส่งผลกระทบในการดำเนินการต่างๆ ทางกฎหมายแล้ว ลักษณะของการให้บริการสปานั้นย่อมต้องมีการสื่อสารกันระหว่างผู้ให้บริการและผู้รับบริการ และในการให้บริการสปาแก่ผู้รับบริการชาวจีนนั้นผู้ให้บริการก็ต้องมีความสามารถในการสื่อสารโดยใช้ภาษาจีน

<sup>55</sup> อัครพงศ์ อันทอง และคณะ, “รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการย่อยที่ 1 ความสามารถในการแข่งขันของอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวเชิงสุขภาพ (สปา), แผนงานโครงการส่งเสริมศักยภาพอุตสาหกรรมท่องเที่ยวและแหล่งท่องเที่ยวคุณภาพสูง,” 73.

<sup>56</sup> ธนาคารสิริไทย, “เวลเนสลีซิ่ง,” เข้าถึงเมื่อ 8 สิงหาคม 2561, <https://www.kasikornbank.com/th/News/Pages/WELLNESS-Leasing.aspx>.

<sup>57</sup> สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน, คู่มือการลงทุนในสาธารณรัฐประชาชนจีน ประจำปี 2560, 178.

เป็นสิ่งสำคัญ หากผู้ให้บริการไม่สามารถสื่อสารภาษาจีนได้ก็จะเป็นอุปสรรคในการให้บริการเป็นอย่างยิ่ง<sup>58</sup>

### 3.1.2.3 ปัญหาด้านแรงงาน

เนื่องจากรัฐบาลจีนต้องการคุ้มครองแรงงานภายในประเทศ การขอใบอนุญาตทำงานในสาธารณรัฐประชาชนจีนให้แก่พนักงานนวดสปาชาวไทยจึงมีขั้นตอนยุ่งยากและใช้เวลานาน<sup>59</sup> กล่าวคือ การจ้างพนักงานต้องเปิดโอกาสให้บุคคลสัญชาติจีนสมัครก่อนโดยนายจ้างต้องติดต่อและแจ้งตำแหน่งงานว่างต่อกรมทรัพยากรมนุษย์และสวัสดิการสังคม มณฑลยูนนาน เพื่อให้ดำเนินการประกาศรับสมัครงาน หากไม่มีบุคคลสัญชาติจีนสนใจสมัครภายใน 30 วัน จึงจะสามารถจ้างชาวต่างชาติได้ จากนั้นนายจ้างจึงยื่นขอใบอนุญาตให้จ้างงานชาวต่างชาติพร้อมเอกสารสำคัญต่อกรมทรัพยากรมนุษย์และสวัสดิการสังคม เมื่อกรมทรัพยากรมนุษย์และสวัสดิการสังคมทำการตรวจสอบและให้การอนุมัติแล้ว นายจ้างจะได้รับใบอนุญาตให้จ้างงานชาวต่างชาติ เพื่อนำไปติดต่อสำนักงานต่างประเทศมณฑลยูนนานให้เป็นผู้ออกหนังสือรับรองเพื่อขอวีซ่าประเภททำงาน (Z) ให้แก่ชาวต่างชาติ เมื่อชาวต่างชาติได้รับใบอนุญาตให้จ้างงานชาวต่างชาติ และหนังสือรับรองเพื่อขอวีซ่าประเภททำงาน (Z) ให้แก่ชาวต่างชาติแล้วก็ต้องนำเอกสารดังกล่าวพร้อมหนังสือเดินทางและเอกสารที่เกี่ยวข้องอื่นๆ ไปยื่นขอวีซ่าประเภททำงาน (Z) ณ สถานเอกอัครราชทูตจีนประจำประเทศไทย ส่วนนายจ้างต้องทำการติดต่อกรมทรัพยากรมนุษย์และสวัสดิการสังคมพร้อมเอกสารที่เกี่ยวข้องอีกครั้งเพื่อขออนุญาตทำงาน ภายใน 15 วัน นับจากวันแรกที่ชาวต่างชาติเดินทางเข้าประเทศจีน ภายหลังจากได้รับใบอนุญาตทำงานแล้ว ชาวต่างชาติดังกล่าวจะต้องติดต่อสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเพื่อยื่นขอใบอนุญาตพำนักอาศัยในประเทศจีน ภายใน 30 วัน นับจากวันแรกที่ชาวต่างชาติเดินทางเข้าประเทศจีน<sup>60</sup>

นอกจากความยากลำบากในการขอใบอนุญาตทำงานให้แก่พนักงานนวดแล้ว ปัจจุบันยังมีปัญหาที่แรงงานไทยไม่กล้าไปทำงาน ณ สาธารณรัฐประชาชนจีน เนื่องจากมีกรณีตัวอย่างที่มีแรงงานโดนหลอกไปทำงานอย่างผิดกฎหมาย<sup>61</sup> หรือโดนหลอกไปทำงานอย่างอื่นนอกเหนือจากการให้บริการนวดสปา ทำให้การเชิญชวนแรงงานมีทักษะไปทำงานยังสาธารณรัฐประชาชนจีนอาจทำได้ยากขึ้น หรืออาจทำให้ต้นทุนในการจ้างแรงงานเพิ่มสูงขึ้นจนเพียงพอจะเป็นแรงจูงใจให้แรงงานมีทักษะกล้าที่จะย้ายถิ่นฐานการทำงาน

## 3.2 ปัญหาที่เกิดจากปัจจัยภายนอกประเทศ

### 3.2.1 ปัญหาจากข้อกำหนดของประเทศจีน (Laws)

นักลงทุนไทยที่จะไปประกอบธุรกิจนวดสปาในสาธารณรัฐประชาชนจีนนั้น จำเป็นต้องพิจารณาเรื่อง

<sup>58</sup> สถานกงสุลใหญ่ ณ นครซีอาน, “เจาะลึกตลาดสปาในมณฑลส่านซี,” เข้าถึงเมื่อ 8 สิงหาคม 2561, <http://www.mfa.go.th/business/th/situation/96/14820-เจาะลึกตลาดสปาในมณฑลส่านซี.html>.

<sup>59</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>60</sup> สถานกงสุล ณ นครคุนหมิง, “กฎหมายแรงงานเกี่ยวกับการจ้างงานชาวต่างชาติในจีน,” เข้าถึงเมื่อ 3 สิงหาคม 2561, <http://www.thaiembassy.org/kunming/th/thai-people/17292-%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%82%E0%B8%AD-work-permit-%E0%B8%88%E0%B8%B5%E0%B8%99.html>.

<sup>61</sup> โพสต์ทูเดย์, “เตือนคนไทยไปทำงานนวดในจีนต้องขอวีซ่าให้ถูกต้อง,” เข้าถึงเมื่อ 8 สิงหาคม 2561, <https://www.posttoday.com/world/498569>.

กฎหมายและระเบียบข้อบังคับต่างๆ ของสาธารณรัฐประชาชนจีนด้วย ซึ่งนอกเหนือจากกฎหมายของรัฐบาลกลาง ยังมีกฎระเบียบปลีกย่อยของรัฐบาลท้องถิ่นเป็นผู้กำหนด<sup>62</sup> ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของนักลงทุนที่ต้องศึกษากฎหมาย และระเบียบของแต่ละมณฑลให้ชัดเจนก่อนเลือกลงทุน โดยในขั้นตอนแรกนั้น นักลงทุนต้องเลือกรูปแบบของการลงทุน กล่าวคือ นักลงทุนสามารถเลือกประกอบธุรกิจได้ในรูปแบบบุคคลธรรมดา คณะบุคคล และนิติบุคคล ซึ่งหากนักลงทุนเลือกที่จะลงทุนในรูปแบบของนิติบุคคล การจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคลของนักลงทุนต่างชาติ ในสาธารณรัฐประชาชนจีนนั้น สามารถทำได้ 3 รูปแบบ กล่าวคือ **วิสาหกิจประเภทร่วมทุน** คือ การที่ผู้ร่วมทุนชาวต่างชาติและผู้ร่วมทุนชาวจีนต้องทำสัญญาร่วมทุนกัน **วิสาหกิจร่วมประกอบการ** คือ การที่ผู้ร่วมทุนชาวต่างชาติและผู้ร่วมทุนชาวจีนต้องทำสัญญาร่วมประกอบการ และ **วิสาหกิจทุนต่างชาติ** คือ การที่นักลงทุนต่างชาติเป็นผู้ลงทุนทั้งหมด<sup>63</sup> ซึ่งการจดทะเบียนในแต่ละรูปแบบย่อมมีความแตกต่างกันในทางกฎหมาย เพราะใช้กฎหมายในการบังคับต่างฉบับกัน นอกเหนือจากรูปแบบของการลงทุนแล้ว สิ่งที่นักลงทุนต้องพิจารณาคือกฎหมายในด้านอื่นๆ เช่น

#### 1) กฎหมายเกี่ยวกับการตรวจสอบมาตรฐานสินค้า

กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการขายผลิตภัณฑ์สปาในสถานประกอบการ ซึ่งนอกเหนือจากการผลิตนั้น กฎหมายฉบับนี้มีขึ้นเพื่อกำกับดูแลและควบคุมคุณภาพของสินค้าและยังใช้บังคับถึงการส่งออกสินค้า ผลิตภัณฑ์ วัสดุอุปกรณ์ใดๆ เข้าสู่สาธารณรัฐประชาชนจีนด้วย<sup>64</sup> อย่างไรก็ตาม แม้ไม่ปรากฏว่าผลิตภัณฑ์สปาเป็นสินค้าประเภทมาตรฐานแห่งชาติ (National Standards) อันเป็นมาตรฐานที่ต้องได้ตราสัญลักษณ์ CCC จึงจะนำเข้าหรือส่งออกหรือจำหน่ายในสาธารณรัฐประชาชนจีนได้ก็ตาม แต่ผลิตภัณฑ์สปา เช่น เครื่องหอมสมุนไพร น้ำมันหอมระเหย เทียนหอมสมุนไพร และเกลือขัดผิว จัดเป็นสินค้าที่อยู่ในมาตรฐานท้องถิ่น (Local Standards) ที่อยู่ในอำนาจของสำนักงานกำกับด้านคุณภาพและเทคนิคในระดับมณฑลสามารถออกมาตรฐานท้องถิ่นเพื่อใช้กำกับสินค้าที่นำเข้ามาจำหน่ายในท้องถิ่นนั้นๆ ได้<sup>65</sup> นอกจากนี้ผลิตภัณฑ์สปาประเภทครีมบำรุงผิวที่นำเข้ามาจำหน่ายในสาธารณรัฐประชาชนจีนนั้นแม้จะได้รับการรับรองมาตรฐานจากไทยแล้วก็ตาม แต่จะต้องผ่านการตรวจสอบมาตรฐานความปลอดภัยจากสำนักงานควบคุมคุณภาพ ตรวจสอบ และกักกันโรคแห่งชาติ (AQSIQ)<sup>66</sup> ในพื้นที่ก่อนจึงจะขายผลิตภัณฑ์นั้นได้

#### 2) กฎหมายว่าด้วยการควบคุมการปริวรรตเงินตราต่างประเทศของสาธารณรัฐประชาชนจีน

กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับนักลงทุนต่างชาติที่มีความจำเป็นต้องโอนเงินลงทุนเข้าสาธารณรัฐประชาชนจีน ซึ่งอาจเกิดจากการสั่งซื้อสินค้า วัสดุ อุปกรณ์ หรือเป็นกรณีที่ได้กำไรจาก

<sup>62</sup> “เกร็ดความรู้ในการดำเนินธุรกิจในสาธารณรัฐประชาชนจีน,” จาก <http://chineseinfo.boi.go.th/index.php/information/detail/195>.

<sup>63</sup> สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน, *คู่มือการลงทุนในสาธารณรัฐประชาชนจีน ประจำปี 2560* (กรุงเทพมหานคร: บริษัท แสงสว่าง เวสต์เพรส จำกัด, 2560), 86.

<sup>64</sup> MOF, “Product Quality Law of the People’s Republic of China,” เข้าถึงเมื่อ 3 สิงหาคม 2561, <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201303/20130300046024.shtml>.

<sup>65</sup> สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน, *คู่มือการลงทุนในสาธารณรัฐประชาชนจีน ประจำปี 2560*, 95-96.

<sup>66</sup> เจาะโอกาสผลิตภัณฑ์สปาภูมิปัญญาไทยสู่ตลาดจีน, จาก <http://www.thaibizchina.com/thaibizchina/th/article/>.

ผลประกอบการอันอาจทำให้ต้องส่งเงินกลับประเทศ ซึ่งสาระสำคัญของกฎหมายดังกล่าว คือ นักลงทุนต่างชาติที่โอนเงินลงทุนเข้าประเทศจีนหรือวิสาหกิจทุนต่างชาติที่กู้ยืมเงินจากต่างประเทศเพื่อใช้ในกิจการลงทุนตามวัตถุประสงค์ของบริษัท จะต้องจัดแจงต่อสำนักงานควบคุมเงินตราต่างประเทศ รวมทั้งผู้ส่งออกหรือผู้นำเข้าสินค้าระหว่างประเทศจีนกับต่างประเทศจะต้องแจ้งรายการเกี่ยวกับเงินที่ได้รับชำระเป็นค่าสินค้าที่ส่งออกหรือเงินที่ต้องชำระเป็นค่าสินค้าที่นำเข้าต่อสำนักงานควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ<sup>67</sup>

### 3) กฎหมายภาษีอากร

ในการประกอบธุรกิจไม่ว่าประเภทใดๆ ก็ตาม นอกจากภาษีอากรที่ต้องจ่ายในประเทศไทย กรณีที่อยู่ในประเทศไทยในปีภาษีรวมทั้งมากถึง 180 วันและนำเงินได้กลับเข้ามาในประเทศไทยเป็นไปตามหลักแหล่งถิ่นที่อยู่ นักลงทุนไทยยังต้องคำนึงถึงประเด็นทางภาษีอากรของประเทศที่เข้าไปลงทุนตามหลักแหล่งเงินได้ด้วย เพราะในการทำธุรกิจย่อมมีเงินได้บางอย่างที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษี ซึ่งภาษีที่เกี่ยวข้องกับกิจการสปาในสาธารณรัฐประชาชนจีน ได้แก่ ภาษีมูลค่าเพิ่มที่ต้องเสียในอัตราร้อยละ 17 ภาษีสรรพสามิตในอัตรามาตรฐานกำไรของสินค้า ภาษีเงินได้วิสาหกิจที่เก็บจากผู้ประกอบการที่มีเงินได้จากการประกอบการในสาธารณรัฐประชาชนจีน<sup>68</sup> รวมถึงภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาในกรณีผู้ประกอบการลงทุนในรูปแบบอื่นที่มีใช้บังคับบุคคล

นอกเหนือจากกฎหมายดังกล่าวแล้ว กฎหมายที่สำคัญที่นักลงทุนต้องพิจารณาร่วมด้วย คือ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในประเด็นเรื่องการแข่งขันไม่เป็นธรรม ซึ่งจะนำมาใช้ต่อเมื่อนักลงทุนที่เป็นเจ้าของสินค้าที่แพร่หลาย แม้ไม่ได้จดทะเบียนสิทธิบัตรหรือเครื่องหมายการค้า หรือขึ้นทะเบียนลิขสิทธิ์ในชื่อสินค้าหรือรูปแบบลวดลายหีบห่อของสินค้า สามารถใช้กฎหมายต่อต้านการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม เพื่อใช้บังคับในการยื่นคำร้องต่อหน่วยงานบริหารการพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมเพื่อดำเนินคดีได้<sup>69</sup> เห็นได้ว่าในการประกอบธุรกิจ ในสาธารณรัฐประชาชนจีนนั้น มีกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องมากมายหลายฉบับด้วยกัน แต่สิ่งที่เป็นปัญหาและถือเป็นอุปสรรคที่สำคัญต่อนักลงทุนคือกรณีดังต่อไปนี้

#### 1) ปัญหาวิธีการแก้ไขเมื่อเกิดกรณีพิพาท

การเลือกศาลในการฟ้องคดีตามกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐประชาชนจีน กำหนดว่า คู่กรณีในคดีที่เกี่ยวกับสัญญาหรือสิทธิในทรัพย์สินอื่นๆ สามารถทำข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดศาลในการฟ้องคดีเมื่อเกิดกรณีพิพาทได้ อย่างไรก็ตาม หากคู่สัญญาตกลงกำหนดศาลที่มีอำนาจในการฟ้องคดีคือศาลในพื้นที่ของที่ทำงานจริงอันเป็นท้องที่ที่แตกต่างจากเขตพื้นที่ที่จดทะเบียนบริษัท ความแตกต่างกันในพื้นที่สองพื้นที่อาจส่งผลให้เกิดความเสียหายที่ศาลจะไม่ยอมรับฟ้องได้<sup>70</sup>

<sup>67</sup> สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน, คู่มือการลงทุนในสาธารณรัฐประชาชนจีน ประจำปี 2560, 102-103.

<sup>68</sup> เรื่องเดียวกัน, 110-122.

<sup>69</sup> เรื่องเดียวกัน, 109-110.

<sup>70</sup> กรณีความรู้งานดำเนินธุรกิจในสาธารณรัฐประชาชนจีน, เข้าถึงเมื่อ 27 พฤศจิกายน 2561, <http://chineseinfo.boi.go.th/index.php/information/detail/195>.

## 2) ปัญหาการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย

เนื่องจากสาธารณรัฐประชาชนจีนให้ความสำคัญกับการปกครองด้วยกลไกกฎหมาย กล่าวคือ ใช้กฎหมายในฐานะเป็นกลไกขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ต่างๆ ในด้านการเมือง เศรษฐกิจ และเทคโนโลยี กฎหมายจึงต้องตอบสนองยุทธศาสตร์ตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจของจีนที่ถูกกำหนดเพื่อขับเคลื่อนเศรษฐกิจ ให้เติบโตอย่างรวดเร็วตามสภาวะการณ์ปัจจุบัน ส่งผลให้จีนมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายอย่างรวดเร็ว<sup>71</sup>

## 3) ปัญหาการควบคุมเงินตราต่างประเทศ

จากที่กล่าวไปข้างต้น กฎหมายที่นักลงทุนต้องพิจารณาในการลงทุนที่สาธารณรัฐประชาชนจีนนั้นได้รวมถึง “กฎหมายว่าด้วยการควบคุมการบริวรรตเงินตราต่างประเทศของสาธารณรัฐประชาชนจีน” ด้วย ซึ่งกฎหมายดังกล่าวส่งผลกระทบต่อนักลงทุนเพราะเป็นการเพิ่มขึ้นขั้นตอนและหน้าที่แก่นักลงทุนที่จะต้องรายงานต่อสำนักงานควบคุมเงินตราต่างประเทศในทุกๆ กรณีที่มีการโอนเงินข้ามประเทศเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ในปี พ.ศ. 2559 สาธารณรัฐประชาชนจีนได้มีนโยบายส่งเสริมการลงทุนข้ามพรมแดน อันเป็นนโยบายที่ธนาคารประชาชน (ประเทศจีน) ได้อนุญาตให้นักลงทุนชาวต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจได้อย่างสะดวกมากยิ่งขึ้น โดยใช้วิธีการให้บริการทางการเงินผ่านช่องทางตรง<sup>72</sup> ทั้งนี้ โดยใช้วิธีการลดขั้นตอนการอนุมัติการลงทุนโดยลดจำนวนรายการ ลง 18 รายการ จากจำนวนเอกสารทั้งหมดที่ต้องใช้สำหรับองค์กรที่จะลงทุนในประเทศจีน และการลงทะเบียน แลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศสำหรับ FDI (Foreign Direct Investment) และ ODI (Overseas Direct Investment) ไม่ต้องรอการอนุมัติจากหน่วยงานควบคุมแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศอีกต่อไป โดยนักลงทุน สามารถเปิดบัญชีแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศกับธนาคารที่ผ่านเกณฑ์ได้โดยตรง<sup>73</sup> โดยเป็นการช่วยสนับสนุน นักลงทุนให้ใช้บริการทางการเงินได้สะดวกยิ่งขึ้นและช่วยให้บริษัทข้ามชาติได้รับอนุญาตให้สร้างทุนข้ามพรมแดน กล่าวคือ สามารถนำสกุลเงินหยวนผ่านบัญชีการค้าเสรีเพื่อความสมดุลของการเข้าและออกของเงินทุน อย่างไรก็ตาม นโยบายดังกล่าวเป็นนโยบายที่สนับสนุนเฉพาะบางพื้นที่ของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนเท่านั้น ซึ่ง ณ ปัจจุบัน มีเพียงเขตเมืองเซี่ยงไฮ้เท่านั้นที่ใช้บังคับนโยบายส่งเสริมการลงทุนนี้<sup>74</sup>

## 4) ปัญหาเรื่องใบอนุญาต

### 4.1 ใบอนุญาตเข้าเมืองและใบอนุญาตทำงาน

การขอใบอนุญาตเข้าเมืองเพื่อจัดตั้งธุรกิจในสาธารณรัฐประชาชนจีนนั้น มีใบอนุญาตที่เกี่ยวข้องโดยตรง 4 ประเภทด้วยกัน กล่าวคือ ใบอนุญาตการทำงานที่สาธารณรัฐประชาชนจีน บัตรทำงาน

<sup>71</sup> สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน, คู่มือการลงทุนในสาธารณรัฐประชาชนจีน ประจำปี 2560, 178.

<sup>72</sup> สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ, “นโยบายใหม่ของจีนที่เอื้อประโยชน์ต่อการลงทุน,” เข้าถึงเมื่อ 27 พฤศจิกายน 2561, [http://en.ce.cn/main/latest/201611/25/t20161125\\_18136733.shtml](http://en.ce.cn/main/latest/201611/25/t20161125_18136733.shtml).

<sup>73</sup> ศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในจีน, “จีนผ่อนปรนกฎการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ,” เข้าถึงเมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน 2561, [http://www.thaibizchina.com/thaibizchina/th/china-economic-business/result.php?SECTION\\_ID=499&ID=15211](http://www.thaibizchina.com/thaibizchina/th/china-economic-business/result.php?SECTION_ID=499&ID=15211).

<sup>74</sup> สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ, “นโยบายใหม่ของจีนที่เอื้อประโยชน์ต่อการลงทุน,” เข้าถึงเมื่อ 28 สิงหาคม 2561, [http://en.ce.cn/main/latest/201611/25/t20161125\\_18136733.shtml](http://en.ce.cn/main/latest/201611/25/t20161125_18136733.shtml).

วีซ่าทำงาน (ประเภท Z) และใบรับรองที่อยู่ชั่วคราวของคนต่างชาติ<sup>75</sup> ทั้งนี้ ในขั้นตอนแรกของการลงทุนนั้น นักลงทุนที่ต้องการเข้ามาประกอบธุรกิจที่สาธารณรัฐประชาชนจีน ต้องไปยื่นคำขออนุญาตทำงานที่กรมแรงงาน และประกันสังคมในท้องถิ่น โดยนำเอกสารประกอบการยื่นคำขอ เช่น คู่มือใบอนุญาตประกอบกิจการของบริษัท หนังสือบริคณห์สนธิของบริษัท หรือหนังสือรับรองบริษัท เป็นต้น ขั้นตอนต่อมาเมื่อได้รับอนุญาตให้ทำงานแล้ว นักลงทุนสามารถส่งหนังสือแจ้งการทำงานและใบอนุญาตทำงานให้คนต่างชาติซึ่งเป็นแรงงานไทยได้โดยผ่านกรมพาณิชย์ท้องถิ่น เมื่อแรงงานไทยได้รับเอกสารดังกล่าวก็ชอบที่จะดำเนินการขอใบอนุญาตเข้าเมืองอันเป็นวีซ่าทำงานประเภท Z ได้ และเมื่อได้รับบัตรทำงานเรียบร้อยแล้ว แรงงานไทยต้องไปจดทะเบียนการอยู่ชั่วคราวที่สถานีตำรวจในท้องถิ่นภายใน 30 วันนับแต่วันที่เข้ามาในอาณาเขตสาธารณรัฐประชาชนจีน<sup>76</sup> จึงเห็นได้ว่าในการดำเนินการขอใบอนุญาตเข้าเมือง และใบอนุญาตทำงาน นักลงทุนต้องดำเนินการขอใบอนุญาตหลายประเภทจากหน่วยงานที่แตกต่างกัน ซึ่งใบอนุญาตแต่ละประเภทย่อมมีขั้นตอนและเอกสารที่เกี่ยวข้องแตกต่างกันจึงอาจส่งผลกระทบต่อนักลงทุนในเรื่องของระยะเวลาในการเปิดกิจการที่อาจใช้เวลายาวนานกว่าที่ควรจะเป็นได้ นอกจากนี้ อุปสรรคของนักลงทุนประการสำคัญคือเรื่องใบอนุญาตทำงาน ถึงแม้ว่ากฎระเบียบของทางการจีนนั้นจะไม่ได้กำหนดชัดเจนเรื่องสัดส่วนของลูกจ้างชาวจีนต่อชาวต่างชาติ แต่สาธารณรัฐประชาชนจีนก็ได้ให้ความสำคัญเฉพาะกับแรงงานต่างชาติที่มีทักษะสูง แต่หากเป็นแรงงานทักษะทั่วไปมักจะอนุมัติวีซ่าทำงานให้ค่อนข้างยากเนื่องจากสาธารณรัฐประชาชนจีนไม่ต้องการให้ต่างชาติเข้าแย่งงานกับคนจีนท้องถิ่น<sup>77</sup> ดังนั้นนักลงทุนไทยที่ต้องการจ้างแรงงานชาวไทยอาจพบอุปสรรคทางด้านแรงงานในส่วนนี้ เพราะการไม่มีแรงงานไทยย่อมส่งผลถึงอัตลักษณ์ของสปาไทย เพราะลักษณะเด่นของสปาไทยคือการผสมผสานวัฒนธรรมอันอ่อนโยนของการนวดไทย สัมผัสกับความเป็นมิตรไมตรี<sup>78</sup> และความมีน้ำใจโอบอ้อมอารี ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของคนไทยเท่านั้น

#### 4.2 ใบอนุญาตในการประกอบธุรกิจ

ในการประกอบธุรกิจสปาที่สาธารณรัฐประชาชนจีนนั้น กฎหมายได้กำหนดให้สถานประกอบการต้องได้มาตรฐานตามที่กำหนดโดยหน่วยงานด้านสุขอนามัยของมณฑล และต้องมีใบอนุญาตต่างๆ ได้แก่ ใบอนุญาตความปลอดภัยจากหน่วยงานความมั่นคงสาธารณะ ใบอนุญาตสาธารณสุขจากหน่วยงานสาธารณสุข และใบอนุญาตประกอบกิจการจาก SAIC ระดับอำเภอ<sup>79</sup> ทั้งนี้ โดยมีขั้นตอนการขออนุญาตที่ใช้ระยะเวลานานในการดำเนินการ เพราะนักลงทุนต้องไปติดต่อองค์กรบริหารอุตสาหกรรมและพาณิชย์เพื่อแจ้งชื่อธุรกิจและให้ทางองค์กรตรวจสอบธุรกิจเบื้องต้นก่อน ซึ่งใช้ระยะเวลาในขั้นตอนนี้ทั้งหมด 15 วัน ต่อมาต้องดำเนินการขออนุญาตองค์กรที่รับผิดชอบด้านการค้าและเศรษฐกิจต่างประเทศ เพื่อขออนุญาตจัดตั้งธุรกิจ

<sup>75</sup> “ชาวต่างชาติที่ทำงานในสาธารณรัฐประชาชนจีน มีขั้นตอนในการขอบัตรทำงานอย่างไรบ้าง,” เข้าถึงเมื่อ 27 พฤศจิกายน 2561, [http://www.thaibizchina.com/thaibizchina/th/faqs/detail.php?SECTION\\_ID=642&ID=14351](http://www.thaibizchina.com/thaibizchina/th/faqs/detail.php?SECTION_ID=642&ID=14351).

<sup>76</sup> “ชาวต่างชาติที่ทำงานในสาธารณรัฐประชาชนจีน มีขั้นตอนในการขอบัตรทำงานอย่างไรบ้าง,” เข้าถึงเมื่อ 27 พฤศจิกายน 2561, [http://www.thaibizchina.com/thaibizchina/th/faqs/detail.php?SECTION\\_ID=642&ID=14351](http://www.thaibizchina.com/thaibizchina/th/faqs/detail.php?SECTION_ID=642&ID=14351).

<sup>77</sup> “เงื่อนไขเริ่มต้นการเปิดบริษัทในสาธารณรัฐประชาชนจีน,” เข้าถึงเมื่อ 27 พฤศจิกายน 2561, [http://www.thaibizchina.com/thaibizchina/th/faqs/detail.php?SECTION\\_ID=642&ID=14344](http://www.thaibizchina.com/thaibizchina/th/faqs/detail.php?SECTION_ID=642&ID=14344).

<sup>78</sup> สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการการค้าและการพัฒนา, “เขตการค้าเสรีอาเซียน-จีน : ธุรกิจสปาไทย,” (International Institute for Trade and Development: กรุงเทพฯ, 2554): 3-4.

<sup>79</sup> เรื่องเดียวกัน, 29.

และขอเอกสารสำคัญต่างๆ ซึ่งใช้เวลาในการดำเนินการประมาณ 90 วัน<sup>80</sup> จึงเห็นได้ว่าการจัดตั้งธุรกิจสปาไทย นั้นมีใบอนุญาตที่นักลงทุนต้องได้รับจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมากมาย ทั้งนี้ นอกจากเรื่องจำนวนใบอนุญาตแล้ว ระยะเวลาในการดำเนินการขอใบอนุญาตก็ถือเป็นอุปสรรคต่อนักลงทุนด้วยเช่นกัน

#### 4.3 ใบอนุญาตนำเข้าสินค้า

นอกเหนือจากการเปิดบริการสปาไทยแล้ว หากนักลงทุนต้องการใช้หรือขาย ผลิตภัณฑ์สปาในสถานประกอบการด้วยนั้น นักลงทุนต้องขอใบอนุญาตด้านสุขภาพอนามัยจากสำนักงานควบคุมคุณภาพ ตรวจสอบและกักกันโรคแห่งชาติ (AQSIQ) ก่อน เมื่อได้รับอนุญาตแล้วจึงจะสามารถนำเข้าผลิตภัณฑ์ดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม การขอใบอนุญาตนำเข้าสินค้านี้มีขั้นตอนที่ถือเป็นอุปสรรคต่อนักลงทุน เพราะมีขั้นตอนในการขออนุญาตมากมายและต้องใช้ภาษาจีนเป็นภาษาหลักในการยื่นคำขออนุญาต โดยเริ่มจากการที่นักลงทุน ต้องจัดเตรียมฉลากสินค้าเป็นภาษาจีนติดที่สินค้าแล้วจึงส่งให้ทางสำนักงานตรวจสอบ จากนั้นต้องติดต่อขอหนังสือ แจ้งชื่อเพื่อการตรวจสอบและอนุมัติจากหน่วยงานบริหารอุตสาหกรรมและการพาณิชย์ (SAIC) ระดับอำเภอ หรือระดับสูงกว่าของแต่ละมณฑลนั้นๆ ต่อมาต้องยื่นหนังสือต่อองค์กรที่รับผิดชอบเรื่องเศรษฐกิจของสาธารณรัฐ ประชาชนจีน 3 หน่วยงาน คือ 1. Foreign Investment Examine and Approve Department 2. The Planning Commission และ 3. Guangdong Tourism Bureau เพื่อกลับกรอกเบ็องตันและส่งต่อไปยัง กระทรวงพาณิชย์ โดยขั้นตอนนี้ใช้ระยะเวลาภายใน 90 วัน<sup>81</sup>

จากที่กล่าวมาข้างต้น ในการประกอบกิจการสปาไทยในสาธารณรัฐประชาชนจีน ย่อมมี ใบอนุญาตที่เกี่ยวข้องมากมายหลายประเภท ทั้งใบอนุญาตเข้าเมืองและใบอนุญาตทำงาน ใบอนุญาตในการ ประกอบธุรกิจ และใบอนุญาตนำเข้าสินค้า ความแตกต่างกันของใบอนุญาตส่งผลต่อขั้นตอนในการขอใบอนุญาต เพราะต้องติดต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหลากหลายหน่วยงานด้วยกัน เพราะด้วยเหตุที่การขอใบอนุญาตมีขั้นตอน ที่ยุ่งยาก จึงทำให้นักลงทุนไทยส่วนใหญ่ใช้วิธีการจ้างบริษัทที่ปรึกษาเป็นผู้ดำเนินการแทน<sup>82</sup> ซึ่งส่งผลเป็นการเพิ่ม ภาระค่าใช้จ่ายแก่นักลงทุน

#### 5) ปัญหาเรื่องการถือครองที่ดิน

ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญจีนมาตรา 9 และ 10 ระบุว่า ที่ดินในเขตเมืองเป็นของรัฐ วมลชนไม่สามารถถือครองกรรมสิทธิ์ร่วมกันในที่ดินเขตเมือง<sup>83</sup> ส่วนที่ดินในเขตชนบทอาจเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมกัน

<sup>80</sup> เรื่องเดียวกัน, 29-30.

<sup>81</sup> สำนักงานส่งเสริมสินค้าในต่างประเทศ ณ เมืองกว่างโจว : เทรนด์ใหม่ของธุรกิจสปาในสาธารณรัฐประชาชนจีนที่นำจับตามอง หัวข้อ กฎระเบียบ ข้อกำหนดและขั้นตอนในการจัดตั้งธุรกิจสปาในสาธารณรัฐประชาชนจีน .

<sup>82</sup> กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, "เทรนด์ใหม่ของธุรกิจสปาในสาธารณรัฐประชาชนจีนที่น่าจับตามอง," เข้าถึงเมื่อ 27 พฤศจิกายน 2561, [https://ditp.go.th/contents\\_attach/69655/55002269.pdf](https://ditp.go.th/contents_attach/69655/55002269.pdf).

<sup>83</sup> China's Constitution of 1982 Article 10 "Land in the cities is owned by the state.

Land in the rural and suburban areas is owned by collectives except for those portions which belong to the state in accordance with the law; house sites and private plots of cropland and hilly land are also owned by collectives.

The State may, in the public interest and in accordance with the provisions of law, expropriate or requisition land for its use and shall make compensation for the land expropriated or requisitioned. Protection from expropriation

ของมวลชนได้ เว้นแต่ กฎหมายระบุว่าถือเป็นของรัฐ ดังนั้น กรรมสิทธิ์ในที่ดินจึงเป็นของรัฐ (State Ownership) หรือเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมกันของมวลชน (Collective Ownership) เช่น หมู่บ้าน<sup>84</sup> การลงทุนด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคลในที่ดินจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ในประเทศจีน แต่นักลงทุนสามารถลงทุนด้วย “สิทธิในการใช้ที่ดิน” ได้ เมื่อมีการลงทุนด้วยสิทธิในการใช้ที่ดิน จะต้องดำเนินการจดทะเบียนโอนสิทธิในการใช้ที่ดินให้แก่กิจการร่วมทุน และชำระค่าตอบแทนการใช้ที่ดินให้แก่หน่วยงานตามกฎหมายโดยมีการกำหนดระยะเวลาในการใช้ที่ดินตามวัตถุประสงค์แต่ละประเภท เช่น ระยะเวลา 70 ปีเพื่อการอยู่อาศัย ระยะเวลา 50 ปีเพื่ออุตสาหกรรม และระยะเวลา 50 ปีเพื่อการศึกษา วิทยาศาสตร์ วัฒนธรรม สุขภาพของประชาชน เพื่อการศึกษากายภาพ (Physical Education) ระยะเวลา 40 ปีเพื่อพาณิชย์กรรม ท่องเที่ยว และนันทนาการ และระยะเวลา 50 ปีเพื่อใช้ประโยชน์ทุกด้าน (Comprehensive Utilization) เป็นต้น

ทั้งนี้ บริษัทต่างชาติที่เข้าไปลงทุนในจีน สามารถถือครองสิทธิในการใช้ที่ดินได้หลายวิธี เช่น การโอนสิทธิการใช้ที่ดินของรัฐบาลโดยจ่ายค่าชดเชย การเช่า และการได้สิทธิการใช้ที่ดินจากผู้ร่วมลงทุนฝ่ายจีน ซึ่งใช้เป็นทรัพย์สินในการร่วมทุน เป็นต้น<sup>85</sup>

### 3.2.2 ปัญหาอันเกิดจากมาตรการและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องของจีน

ในอดีตจีนเป็นประเทศผู้รับการลงทุนโดยตรงสุทธิมาโดยตลอดจากนโยบาย Open Door Policy ของภาครัฐ ที่เริ่มต้นยุคของเติ้ง เสี่ยวผิง ในปี 1978 เนื่องจากรัฐบาลเห็นว่าจีนต้องการเทคโนโลยีและเงินลงทุนจึงเริ่มให้ความสนใจในการลงทุนจากต่างประเทศ โดยมีการริเริ่มเขตชายฝั่งทางเศรษฐกิจเพื่อดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ ส่งเสริมการส่งออกและนำเข้า นอกจากนี้ ยังกำหนดมาตรการจูงใจทางภาษีและการค้าเพื่อดึงดูดการลงทุนต่างชาติ และส่งเสริมเอกชนให้เริ่มต้นธุรกิจและเข้ามามีบทบาทในด้านการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ จีนจึงเป็นประเทศผู้รับทุนที่สำคัญสำหรับการลงทุนในต่างประเทศของชาวต่างชาติโดยพิจารณาจากมูลค่าเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในจีน (Inward FDI) ที่เพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง<sup>86</sup> แม้จีนจะมีมาตรการ

---

No organization or individual may appropriate, buy, sell or otherwise engage in the transfer of land by unlawful means. The right to the use of land may be transferred according to law.

All organizations and individuals who use land must make rational use of the land.”

<sup>84</sup> China’s Constitution of 1982 Article 9 “Mineral resources, waters, forests, mountains, grassland, unreclaimed land, beaches and other natural resources are owned by the state, that is, by the whole people, with the exception of the forests, mountains, grassland, unreclaimed land and beaches that are owned by collectives in accordance with the law. Ownership of natural resources

The state ensures the rational use of natural resources and protects rare animals and plants. The appropriation or damage of natural resources by any organization or individual by whatever means is prohibited.”

<sup>85</sup> ดร.อัครศรี พินิชสาส์น, “เอกสารประกอบการสอน วิชา เศรษฐกิจประเทศในเอเชียบทที่ 4 นโยบายและมาตรการของจีนที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ,” เข้าถึงเมื่อ 24 ตุลาคม 2561, [http://www.econ.tu.ac.th/oldweb/doc/course/EC/EC362/lecture/%E0%CD%A1%CA%D2%C3%A4%D3%CA%CD%B9\\_EC362\\_%BA%B7%B7%D5%E8\\_4\\_%BB%D5%A1%D2%C3%8%D6%A1%C9%D2\\_2557\\_%CD%D1%A1%C9%C3%8C3%D5.pdf](http://www.econ.tu.ac.th/oldweb/doc/course/EC/EC362/lecture/%E0%CD%A1%CA%D2%C3%A4%D3%CA%CD%B9_EC362_%BA%B7%B7%D5%E8_4_%BB%D5%A1%D2%C3%8%D6%A1%C9%D2_2557_%CD%D1%A1%C9%C3%8C3%D5.pdf).

<sup>86</sup> ชลิตา แห่งเพชร และ วรีณี วงศ์อุไร, ธนาคารแห่งประเทศไทย, “เส้นทางการลงทุนจากแดนมังกร,” เข้าถึงเมื่อ 24 ตุลาคม 2561, [https://www.bot.or.th/Thai/MonetaryPolicy/ArticleAndResearch/FAQ/FAQ\\_116.pdf](https://www.bot.or.th/Thai/MonetaryPolicy/ArticleAndResearch/FAQ/FAQ_116.pdf).

ที่เอื้อประโยชน์แก่นักลงทุนชาวต่างชาติเพื่อดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม นักลงทุนต้องเผชิญกับสิ่งที่ปัญหาและถือเป็นอุปสรรคที่สำคัญดังต่อไปนี้

### 1) ปัญหาความไม่แน่นอนของกฎระเบียบท้องถิ่น

ในสาธารณรัฐประชาชนจีนนั้น มีระบบกฎหมายซึ่งแบ่งได้เป็น 2 ระดับใหญ่ๆ ได้แก่ กฎหมายในระดับประเทศและกฎหมายในระดับมณฑล โดยได้มอบอำนาจให้แก่สภาประชาชนประจำมณฑล เป็นผู้ออกกฎหมายและมีระเบียบบริหารงานใช้เฉพาะสำหรับในเขตมณฑล ในแต่ละมณฑลของจีนจึงสามารถ ออกกฎระเบียบของท้องถิ่น ตลอดจนสามารถเก็บภาษีหรือค่าธรรมเนียมของท้องถิ่นได้เอง<sup>87</sup> นั้นหมายความว่า ผู้ลงทุนชาวต่างชาติแต่ละคนอาจตกอยู่ในหลักเกณฑ์ปลีกย่อยที่แตกต่างกันซึ่งอาจสร้างความยุ่งยากให้แก่ผู้ลงทุนที่ไม่เพียงแต่จะต้องพิจารณากฎหมายหลักที่เป็นกฎหมายซึ่งใช้บังคับทั้งประเทศเท่านั้น แต่จะต้องพิจารณากฎเกณฑ์ของแต่ละมณฑลอย่างรอบคอบ

### 2) ปัญหาการลงทุนตามแผนพัฒนาพื้นที่ภาคตะวันตก

เมื่อปี พ.ศ. 2543 (ค.ศ.2000) รัฐบาลจีนได้มี “นโยบายการพัฒนาพื้นที่ภาคตะวันตก” (Go West Policy) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระจายความเจริญและส่งเสริมการพัฒนาของพื้นที่ตอนในทางภาคตะวันตกให้ทัดเทียมกับมณฑลทางภาคตะวันออก รวมทั้งเตรียมความพร้อมเพื่อรองรับกระแสการเคลื่อนย้ายอุตสาหกรรมจากภาคตะวันออกที่กำลังจะอิ่มตัวในเร็ววันนี้ ภายใต้การดำเนินการตามนโยบายดังกล่าวซึ่งดำเนินการมาอย่างต่อเนื่องนั้น มาตรการทางเศรษฐกิจที่สำคัญอย่างหนึ่งก็คือการส่งเสริมการลงทุนของเอกชนซึ่งให้ความสำคัญกับการค้าและการลงทุนของต่างชาติ โดยได้ดำเนินนโยบายพิเศษด้านต่างๆ เพื่อจูงใจให้นักลงทุนจากทั้งในและต่างประเทศเข้ามาลงทุนเพิ่มขึ้น เช่น สิทธิประโยชน์ทางภาษี การใช้ประโยชน์ที่ดิน การให้เงินรางวัล/เงินอุดหนุน/เงินชดเชย การจัดตั้งนิคมอุตสาหกรรมและเขตควบคุมพิเศษทางศุลกากร เป็นต้น<sup>88</sup>

ถึงแม้ว่ามาตรการดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ต่อนักลงทุนชาวต่างชาติเป็นอย่างมาก แต่นักลงทุนก็ต้องคำนึงไว้เสมอว่าพื้นที่ที่มีการสนับสนุนให้ชาวต่างชาติไปลงทุนนั้น อาจจะเป็นพื้นที่ที่เปิดสู่ภายนอกได้ไม่นาน มีความเป็นชนบทและเป็นดินดั้งเดิมอยู่มาก สภาพพื้นที่ส่วนใหญ่เป็นภูเขาและที่ราบสูงเหนือระดับน้ำทะเล และเป็นพื้นที่ในแผ่นดินไม่ติดทะเล (Land Lock) (ยกเว้นเขตฯ กว่างซีจ้วง) และเป็นพื้นที่ที่มีภัยธรรมชาติ อาทิ ภัยแล้ง อุทกภัย ภัยหิมะ ซึ่งอาจเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาทางเศรษฐกิจรวมถึงอาจทำให้ขาดการเชื่อมโยงนวัตกรรมสู่อุตสาหกรรมและห่วงโซ่อุปทานขั้นสมบูรณ์ (Supply Chain) ตั้งแต่ต้นน้ำถึงปลายน้ำ การไปลงทุนในพื้นที่ดังกล่าวจึงต้องระมัดระวังและดูสภาพของธุรกิจที่เลือกไปลงทุนให้ดีเสียก่อน

<sup>87</sup> ดร. อัครศรี พานิชสาส์น, “เอกสารประกอบการสอน วิชา เศรษฐกิจประเทศในเอเชียบทที่ 4 นโยบายและมาตรการของจีนที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจต่างชาติ,” เข้าถึงเมื่อ 24 ตุลาคม 2561, [http://www.econ.tu.ac.th/oldweb/doc/course/EC/EC362/lecture/%E0%CD%A1%CA%D2%3%A4%D3%CA%CD%B9\\_EC362\\_%BA%B7%B7%D5%E8\\_4\\_%BB%D5%A1%D2%3%C8%D6%A1%C9%D2\\_2557\\_%CD%D1%A1%C9%3%C8%3%D5.pdf](http://www.econ.tu.ac.th/oldweb/doc/course/EC/EC362/lecture/%E0%CD%A1%CA%D2%3%A4%D3%CA%CD%B9_EC362_%BA%B7%B7%D5%E8_4_%BB%D5%A1%D2%3%C8%D6%A1%C9%D2_2557_%CD%D1%A1%C9%3%C8%3%D5.pdf).

<sup>88</sup> ศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในจีน, “เขตเศรษฐกิจภาคตะวันตก,” เข้าถึงเมื่อ 24 สิงหาคม 2561, <http://www.thaibizchina.com/thaibizchina/th/about-china/west.php>.

ทั้งนี้ หากมองในมุมของธุรกิจสปาโดยเฉพาะแล้วก็จะเห็นว่าการไปลงทุนเปิดธุรกิจสปาในพื้นที่ที่ยังไม่ได้รับการพัฒนาทางด้านสาธารณูปโภคและคมนาคมอย่างเต็มที่นั้นย่อมเป็นอุปสรรคสำคัญในการดำเนินธุรกิจได้

### 3.2.3 ปัญหาอื่นๆ

#### 1) ปัญหาความเสี่ยงจากผู้ร่วมลงทุนชาวจีน

กรณีที่ผู้ลงทุนชาวไทยที่มีความรู้ความสามารถในการประกอบธุรกิจสปาไทยไปร่วมลงทุนกับผู้ลงทุนชาวจีนนั้นอาจทำให้การดำเนินการในทางกฎหมายต่างๆ ง่ายกว่าการไปลงทุนในฐานะชาวต่างชาติ อย่างไรก็ตาม จากการสัมภาษณ์ตัวแทนของสมาคมสปาไทย พบว่า มีกรณีที่ชาวไทยถูกเอาเปรียบโดยถูกผู้ลงทุนชาวจีนฮุบกิจการ ผู้ลงทุนชาวไทยจึงต้องมีความระมัดระวังในการลงทุนเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าว

#### 2) ปัญหาเกี่ยวกับภาพลักษณ์และอัตลักษณ์ของสปาไทย

ด้วยเหตุที่สปาไทยเป็นศาสตร์ที่มีชื่อเสียงและเป็นที่ยอมรับของชาวจีน จึงทำให้เกิดปัญหาการลอกเลียนแบบสปาไทยขึ้น มีสปาหลายแห่งที่นำชื่อสปาไทยมาใช้โดยมีป้ายประชาสัมพันธ์ว่าสปาไทย แต่แท้จริงแล้วไม่ใช่สปาของไทย กล่าวคือ ระดับการบริการและการนวดนั้นยังไม่ใช่สปาไทยทั้งหมด ส่วนใหญ่จะเป็นร้านที่เปิดโดยคนจีนแต่จะตกแต่งร้านให้ดูเหมือนเป็นสไตล์ไทย ซึ่งบริการภายในร้านก็ไม่ใช่แบบไทยจริงๆ บางร้านในช่วงแรกอาจจะมีเจ้าหน้าที่หรือพนักงานนวดที่เป็นคนไทยอยู่ แต่เมื่อระยะเวลาผ่านไปคนไทยเหล่านี้ก็จะค่อยๆ หายไปจนกระทั่งไม่เห็นคนไทยอยู่เลย เนื่องจากการจ้างคนไทยมาทำงานนั้นมีเงินเดือนที่สูงกว่าคนจีนและมีขั้นตอนการจัดจ้างยุ่งยาก ร้านเหล่านี้จึงไม่ค่อยนิยมจ้างคนไทย<sup>89</sup> การลอกเลียนแบบนี้ส่งผลทำให้ภาพลักษณ์และอัตลักษณ์ของสปาไทยได้รับการบิดเบือน อันอาจส่งผลให้ผู้รับบริการมีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนเกี่ยวกับสปาไทยได้

แม้ธุรกิจนวดสปาจะเป็นธุรกิจที่เพิ่งเข้ามามีบทบาททางเศรษฐกิจในประเทศไทยเมื่อไม่นานมานี้ แต่ธุรกิจดังกล่าวเป็นธุรกิจที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของความเป็นไทยอย่างชัดเจน เช่น เรื่องอภัยชัยไมตรีของคนไทย และการนวดไทยที่เป็นส่วนหนึ่งของธุรกิจสปา ความเป็นเอกลักษณ์เหล่านี้ส่งผลให้ธุรกิจสปาไทยมีความโดดเด่นและได้เปรียบในการแข่งขัน ซึ่งเป็นโอกาสอันดีของนักลงทุนไทยที่จะไปทำธุรกิจและเลือกลงทุนในประเทศอื่นๆ ที่มีความนิยมในการทำสปา และหนึ่งในนั้นคือสาธารณรัฐประชาชนจีน ทั้งนี้ สาธารณรัฐประชาชนจีนเป็นประเทศที่มีประชากรจำนวนมากและนักท่องเที่ยวชาวจีนที่มาเที่ยวในประเทศไทยส่วนใหญ่มีความนิยมในการทำสปาไทย ดังนั้น การเลือกทำธุรกิจสปาไทยที่สาธารณรัฐประชาชนจีนจึงเป็นที่น่าสนใจอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตาม แม้จุดเด่นของจีนในการเป็นผู้รับการลงทุนของธุรกิจสปาไทยคือการที่จีนมีประชากรจำนวนมากและสปาที่เป็นธุรกิจที่ได้รับความนิยมในจีน แต่ก็ยังคงมีอุปสรรคในเรื่องของใบอนุญาต การควบคุมเงินตรา และปัญหาอื่นๆ โดยเฉพาะปัญหาด้านแรงงานที่เป็นปัญหาสำคัญสำหรับการประกอบธุรกิจในต่างประเทศ

<sup>89</sup> สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ เมืองกวางโจว, “เทรนด์ใหม่ของธุรกิจสปาในจีนที่น่าจับตามอง,” เข้าถึงเมื่อ 8 สิงหาคม 2561, [http://ditp.go.th/contents\\_attach/69655/55002269.pdf](http://ditp.go.th/contents_attach/69655/55002269.pdf).

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสาธารณรัฐประชาชนจีน เนื่องด้วยเหตุที่รัฐบาลจีนมีนโยบายในการคุ้มครองแรงงานภายในประเทศ จึงเป็นการยากที่นักลงทุนไทยจะนำแรงงานไทยไปประกอบธุรกิจดังกล่าว

#### 4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ธุรกิจสปาไทยนั้นมีปัจจัยหลักจากในประเทศและปัจจัยดึงจากต่างประเทศที่เป็นสาเหตุให้มีการออกไปลงทุนทางตรงในต่างประเทศอยู่หลายปัจจัย วัตถุประสงค์สำคัญลำดับแรกของการลงทุนทางตรงในต่างประเทศสำหรับธุรกิจนวดสปาไทย คือ การขยายตลาด แม้ว่าจีนจะเป็นหนึ่งในตลาดที่น่าสนใจสำหรับธุรกิจนวดสปาไทย แต่ก็ยังคงมีอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรงต่อผู้ประกอบการไทยหลายประการที่ควรได้รับการช่วยเหลือสนับสนุน โดยใช้เครื่องมือทางกฎหมาย มาตรการ และหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ ปัจจัยหนึ่งที่สำคัญซึ่งส่งผลเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น และมีผลต่อการตัดสินใจของผู้ประกอบการโดยเป็นหนึ่งในแรงผลักดันให้ผู้ประกอบการออกไปลงทุนในต่างประเทศ คือ นโยบายของภาครัฐที่ส่งเสริมและสนับสนุนการลงทุนในต่างประเทศ ดังนั้น ภาครัฐจึงจำเป็นต้องมีบทบาทสำคัญในการสนับสนุนการลงทุนในต่างประเทศอย่างเป็นรูปธรรมในหลายด้าน เช่น การสนับสนุนด้านข้อมูล การสนับสนุนด้านการเงิน การสนับสนุนด้านภาษีอากร การทำความตกลงระหว่างประเทศ รวมถึงการจัดตั้งหน่วยงานที่ปรึกษาด้านกฎหมายการค้าและการลงทุนในสถานทูตหรือสถานกงสุลของแต่ละประเทศ โดยเฉพาะประเทศที่เป็นแหล่งรับทุนที่สำคัญ



การรับรองสิทธิตามกฎหมายให้แก่ความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกัน  
ในประเทศเยอรมนี  
Legal Right Recognition to Same-Sex Couple's Relationship  
in Germany

ฉัตรชัย เอมราช  
Chatchai Emraja

ทนายความ

สำนักงานกฎหมายฉัตรชัย เอมราช, 442/1 หมู่ 1 ตำบลห้วยทะเล อำเภอเมือง จังหวัดนครราชสีมา 30000  
Lawyer, Emraja Law House, 442/1 Moo 1 Hautalae Subdistrict Muang District Korat, Thailand 30000

Corresponding author Email: emrajalawhouse@gmail.com

(Received: February 24, 2019; Revised: August 26, 2019; Accepted: August 29, 2019)

---

**บทคัดย่อ**

ระบบกฎหมายของประเทศเยอรมนีมีความโดดเด่นในการรับรองสิทธิตามกฎหมายให้แก่ความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกัน ที่แม้ว่าคุณค่าของความเป็นสถาบันครอบครัวอันเกิดจากการสมรสระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น จะได้รับการยอมรับและได้รับการรับประกันว่าจะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากรัฐ ในอีกมิติหนึ่งความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันในฐานะคู่ชีวิตที่แม้จะไม่ใช่การสมรสกลับได้รับการรับรองและคุ้มครองไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าการสมรส โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายให้แก่ความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกัน ผ่านคำวินิจฉัยของศาลที่รับรองว่าคู่ชีวิตเพศเดียวกันมีสิทธิหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ เช่นเดียวกับกับคู่สมรสชายหญิง ในขณะที่เดียวกันเป็นอีกปัจจัยที่อาจมีผลต่อการขยายสิทธิในการสมรสให้แก่บุคคลรักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนีนอกเหนือจากปัจจัยทางสังคมและวัฒนธรรมอย่างมีนัยสำคัญ

**คำสำคัญ:** คู่รักเพศเดียวกัน, คู่ชีวิต, การสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน

## Abstract

The German legal system is unique in recognizing the legal right to same-sex couple's relationship. Although the value of the institutional marriage as union between man and woman is recognized and guaranteed the special protection from state. In another dimension, life partnership, non-marital status for same-sex relationship is recognized and protected as well as marriage. The Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany plays a vital role in the protection of legal rights to same-sex couple's relationship through a court decision recognizing that same-sex couples have the same rights and duties under the various statutes as well as heterosexual married couples. At the same time, it may be another important factor that has contributed to the extension of the right to marriage to same-sex couples in Germany, apart from other significant social and cultural factors.

**Keywords:** Same-Sex Couple, Life Partnership, Same-Sex Marriage

## บทนำ

ในอดีตไม่เพียงแต่คู่รักเพศเดียวกันจะไม่สามารถดำรงชีวิตคู่ของพวกเขาในสังคมได้อย่างเปิดเผยเท่านั้น บุคคลที่ถูกพบว่ามิชอบปฏิบัติกรรมรักเพศเดียวกันอาจจะต้องได้รับการลงโทษอย่างหนัก อันเป็นผลจากอิทธิพลของความเชื่อทางศาสนาที่มองว่าพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นบาป ประกอบกับความเข้าใจทางการแพทย์ที่ยังคงคลาดเคลื่อนเกี่ยวกับพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน ว่าการที่บุคคลมีความรักใคร่ชอบพอกับบุคคลที่มีเพศกำเนิดเดียวกับตนนั้นเป็นอาการผิดปกติและเป็นพฤติกรรมที่สามารถติดต่อกับบุคคลอื่นได้ ทว่าในปัจจุบันกระแสโลกาภิวัตน์ส่งผลให้สังคมมีความหลากหลายมากยิ่งขึ้นในอดีต กลุ่มบุคคลรักเพศเดียวกันเป็นตัวอย่างหนึ่งของความสามารถในการดำรงไว้ซึ่งอัตลักษณ์ของตนในสังคมปัจจุบันได้อย่างเปิดเผย และเริ่มได้รับการยอมรับจากสังคมเป็นลำดับว่าเป็นความสัมพันธ์ที่ไม่มีความแตกต่างจากคู่รักชายหญิง

ประเทศเยอรมนีเป็นอีกประเทศหนึ่งซึ่งพัฒนาการด้านการรับรองสิทธิของคู่รักเพศเดียวกันเป็นผลจากการต่อสู้เรียกร้องสิทธิของคู่รักเพศเดียวกันในรูปแบบต่างๆ เป็นเวลายาวนาน นับตั้งแต่การยกเลิกกฎหมายที่กำหนดให้พฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นความผิดอาญา ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถใช้ชีวิตคู่ในสังคมได้อย่างเปิดเผย จนกระทั่งการเข้ามามีบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesverfassungsgericht) ในการตีความกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเพื่อขยายสิทธิหน้าที่ต่างๆ ซึ่งเดิมสงวนไว้แก่คู่สมรสชายหญิงโดยเฉพาะให้แก่คู่รักเพศเดียวกัน เป็นเหตุให้การรับรองสิทธิตามกฎหมายของคู่รักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนีที่แม้จะอยู่ในระดับของคู่ชีวิตที่มีการบันทึกทะเบียนตามกฎหมายอันเป็นเพียงการขยายสิทธิหน้าที่บางประการซึ่งปรกติแล้วเป็นสิทธิหน้าที่ของคู่สมรสให้แก่คู่รักเพศเดียวกัน แต่ก็เป็นการปรากฏการณ์ที่ได้รับความสนใจจากนักนิติศาสตร์ทั่วโลกมาโดยตลอด ในบทความนี้ ผู้เขียนจึงมุ่งที่จะนำเสนอรูปแบบของการรับรองสิทธิของคู่รักเพศเดียวกันในบริบทของพัฒนาการทางกฎหมายทั้งด้านการกำหนดโทษอาญาและการนิรโทษกรรมแก่พฤติกรรมรักร่วมเพศ บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่มีต่อการรับรองสิทธิของคู่รักเพศเดียวกัน ตลอดจนการขยายสิทธิในการสมรสแก่คู่รักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนี

## 1. สถานะทางกฎหมายของบุคคลรักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนีในอดีต

### 1.1 การกำหนดโทษอาญาแก่พฤติกรรมรักเพศเดียวกัน

ในยุคกลางของยุโรป มักจะมีการเชื่อมโยงบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้ที่มิใช่เพศเดียวกันเข้ากับความเป็นแม่่มดหมอผีและเป็นเหตุให้ผู้ที่มิชอบปฏิบัติกรรมรักเพศเดียวกันต้องถูกเผาทั้งเป็นเช่นเดียวกับผู้ที่ต้องสงสัยว่าเป็นแม่่มด การลงโทษเช่นนี้ก็ยังคงมีอยู่แม้ว่าประเทศเยอรมนีจะมีประมวลกฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษรฉบับแรก (Constitutio Criminalis Carolina (CCC)) มีผลบังคับใช้ในทุกแคว้นของเยอรมนีในปี ค.ศ. 1532 แต่ก็ไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงความผิดและโทษสำหรับพฤติกรรมรักร่วมเพศแต่ประการใด โดยมาตรา 116 ของ CCC ชายหรือหญิงก็ตามที่พบว่ามีความผิดฐานร่วมเพศกับผู้ที่มิใช่เพศเดียวกันกับตนจะต้องรับโทษประหารชีวิต จนกระทั่งรัฐต่างๆ ของเยอรมนีเริ่มปฏิเสธอำนาจของพระเจ้าจักรพรรดิและเริ่มที่จะยกเว้นประมวลกฎหมายอาญาขึ้นบังคับใช้

ภายในดินแดนของตน การกำหนดความผิดอาญาแก่พฤติกรรมรักเพศเดียวกันจึงค่อยๆ ถูกยกเลิกไป ระหว่างยุคเรืองปัญญาในยุโรป (Age of Enlightenment) อันเป็นช่วงเวลาซึ่งความคิดของมนุษย์ที่อยู่บนพื้นฐานของเหตุและผลเข้ามามีบทบาทเหนือความเชื่อดั้งเดิมบนพื้นฐานของคำสอนทางศาสนา ภายหลังจากปฏิวัติฝรั่งเศส การกำหนดโทษประหารชีวิตแก่ความผิดฐานมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลที่มีเพศเดียวกันที่เกิดขึ้นในระหว่างผู้ใหญ่อีกก็ถูกยกเลิกไปทั้งหมดจากทุกรัฐของเยอรมนี โดยบาวาเรียเป็นรัฐแรกของเยอรมนีที่นิรโทษกรรมให้แก่พฤติกรรมรักร่วมเพศอย่างสิ้นเชิงในปี ค.ศ. 1813 และมีเพียงรัฐซัคเซิน (Sachsen) เพื่อริงเงิน (Thüringen) เฮสเซน (Hessen) บาเดิน (Baden) โอลเดนบวร์ก (Oldenburg) และฮัมบวร์ก (Hamburg) ที่ไม่ได้นิรโทษกรรมให้แก่พฤติกรรมรักร่วมเพศอย่างสิ้นเชิง ในเวลาต่อมาเมื่อมีการพัฒนาประมวลกฎหมายอาญาปรัสเซีย ค.ศ. 1851 (Preußisches Strafgesetzbuch (PrStGB)) ซึ่งกินเวลายาวนานนับสิบปี การนิรโทษกรรมให้แก่พฤติกรรมรักเพศเดียวกันในบาวาเรียก็นำไปสู่ข้อถกเถียงเกี่ยวกับพฤติกรรมรักเพศเดียวกันจำนวนมากในช่วงแรก แต่อย่างไรก็ตามร่างสุดท้ายของมาตรา 143 แห่งประมวลกฎหมายอาญาปรัสเซีย แม้จะตัดเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเพศหญิงด้วยกันออกไป หากแต่ความสัมพันธ์ระหว่างเพศชายด้วยกันก็ยังคงเป็นความผิดอยู่ ภายหลังจากการรวมชาติเยอรมันในปี ค.ศ. 1871 ได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ (Reichsstrafgesetzbuch (RStGB)) มาตรา 143 แห่งประมวลกฎหมายอาญาปรัสเซียก็ได้รับการนำมาปรับใช้เป็นมาตรา 175 ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ในเวลาต่อมา โดยกำหนดโทษจำคุกแก่การกระทำที่เป็นพฤติกรรมร่วมเพศผิดธรรมชาติระหว่างชายด้วยกันหรือระหว่างบุคคลกับสัตว์<sup>1</sup> อย่างไรก็ตามในห้วงเวลาของสาธารณรัฐไวมาร์ (ค.ศ. 1918-1933) นโยบายเสรีนิยมส่งผลให้การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลรักเพศเดียวกันจะถูกยกเลิกไป โดยปรากฏว่ามีการก่อตั้งองค์กรเพื่อสิทธิชายรักชายขึ้นเป็นจำนวนมาก ในปี ค.ศ.1922 มีการร้องเรียนต่อรัฐบาลให้ยกเลิกความผิดอาญาฐานร่วมเพศผิดธรรมชาติตามมาตรา 175 ดังกล่าว แต่ก็ไม่เป็นผลสำเร็จเนื่องจากสภาวะทางการเมืองขณะนั้นไม่เอื้ออำนวย ทั้งสถานะของบุคคลรักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนีก็กลับเลวร้ายลงเมื่อ ฮิตเลอร์ ขึ้นสู่อำนาจในปี ค.ศ.1933 พฤติกรรมรักร่วมเพศตกอยู่ในสถานะภัยคุกคามต่อประชาชน รัฐ และเชื้อชาติเยอรมัน ในปี ค.ศ. 1935 มาตรา 175 กลับได้รับการแก้ไขให้มีความรุนแรงมากยิ่งขึ้นอีก และปรากฏว่ามีบุคคลรักเพศเดียวกันจำนวนมากที่ถูกส่งไปใช้แรงงานในค่ายกักกัน<sup>2</sup>

## 1.2 การนิรโทษกรรมแก่พฤติกรรมรักเพศเดียวกัน

ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง บทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดอาญาฐานรักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนียังคงไม่ได้รับการแก้ไขแต่ประการใดจนกระทั่งปี ค.ศ. 1957 ได้มีการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>1</sup> ในกรณีของประเทศไทย มาตรา 242 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 เคยกำหนดความผิดอาญาแก่พฤติกรรม “ทำชำเราผิดธรรมชาติตามนุษย์ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์เดียรฉานก็ดี” โดยกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสามปีและปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทถึงห้าร้อยบาท ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ได้รับอิทธิพลจากประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวถูกยกเลิกไปเมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ. 2499 เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ไม่มีประสิทธิภาพบังคับใช้ โปรดดู Douglas E. Sanders, “377 and Unnatural Afterlife of British Colonialism in Asia,” *Asian Journal of Comparative Law* 4 (2009): p. 14.

<sup>2</sup> Karin M. Linhart, “Decriminalization of Homosexuality and Its Effects on Family Rights: A German-US-American Comparison,” *German Law Journal* 6 (2005): pp. 945-947, see also Douglas E. Sanders, “377 and Unnatural Afterlife of British Colonialism in Asia,” pp. 5-7.

แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติมาตรา 175 ว่าขัดแย้งกับสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้อย่างเสรีและสิทธิในความเสมอภาค ตามกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาตรา 2 (1) และมาตรา 3 (2)-(3) โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเห็นว่าไม่ปรากฏพฤติการณ์ปฏิบัติต่อสิ่งซึ่งมีสาระสำคัญอย่างเดียวกันให้แตกต่างกัน ทั้งคูรักรักชายหญิงและคูรักรักเพศเดียวกันนั้นมีความแตกต่างกันจนไม่อาจจะนำมาเปรียบเทียบกันได้ และพฤติกรรมรักเพศเดียวกันนั้นขัดต่อแบบแผนทางศีลธรรมจำเป็นที่จะต้องได้รับการพิจารณาว่าเป็นความผิดอาญา ซึ่งไม่ปรากฏว่าในการลงโทษอาญาแก่พฤติกรรมนั้นเป็นการกระทำไปโดยปราศจากประโยชน์สาธารณะ โดยจุดหักเหของสถานะทางกฎหมายของบุคคลรักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนีเกิดขึ้นในช่วงทศวรรษที่ 1960 ซึ่งเป็นช่วงเวลาของการปฏิรูปทางเพศ กล่าวคือ เรื่องทางเพศไม่ได้ถูกมองเป็นข้อห้ามอีกต่อไปในสายตาประชาชนโดยส่วนมากของสังคม ในประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมนี (ประเทศเยอรมนีตะวันออก) พฤติกรรมรักเพศเดียวกันระหว่างผู้ใหญ่ด้วยกันถูกพิจารณาว่าไม่ใช่เรื่องผิดกฎหมายในปี ค.ศ. 1968 และในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (เยอรมนีตะวันตก) พฤติกรรมรักเพศเดียวกันระหว่างผู้ใหญ่ด้วยกันได้รับการนิรโทษกรรมในปี ค.ศ. 1969 ก่อนที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจะพิพากษาว่าการกำหนดโทษอาญาแก่พฤติกรรมรักร่วมเพศขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนในปี ค.ศ. 1984 จนกระทั่งเมื่อวันที่ 11 มิถุนายน ค.ศ. 1994 ภายหลังจากการรวมประเทศเยอรมนีเป็นเวลา 4 ปี มาตรา 175 จึงถูกยกเลิกอย่างสิ้นเชิง แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากบริบทของสังคมเยอรมันแล้ว นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1969 เป็นต้นมา พฤติกรรมรักเพศเดียวกันไม่ได้เป็นโรค บาบ หรือภัยคุกคามต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนอีกต่อไป<sup>3</sup>

## 2. การรับรองสิทธิตามกฎหมายให้แก่ความสัมพันธ์ของคูรักรักเพศเดียวกันประเทศเยอรมนี

### 2.1 การสมรสและครอบครัวในรัฐธรรมนูญเยอรมันก่อนสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2

เป็นที่น่าสังเกตว่าการสมรสและสถาบันครอบครัวนั้น แม้จะได้รับการยอมรับว่าเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคมมนุษย์ แต่กลับมิใช่สิ่งซึ่งรัฐธรรมนูญของประเทศแม่แบบด้านประชาธิปไตยให้การรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ประเทศสหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศสต่างก็ไม่มีบทบัญญัติรับประกันบูรณภาพของการสมรสและสถาบันครอบครัวไว้แต่ประการใด ในประเทศเยอรมนี รัฐธรรมนูญฉบับแรก กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเยอรมัน ค.ศ. 1849 (ซึ่งไม่เคยมีผลบังคับใช้) และรัฐธรรมนูญปรัสเซีย ค.ศ. 1850 ก็ไม่ปรากฏถึงบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าว จนกระทั่งช่วงต้นของศตวรรษที่ 20 ผลจากความเกรงกลัวว่าการสมรสและรูปแบบครอบครัวตามจารีตประเพณี จะสูญสิ้นลงจากอิทธิพลของนักการเมืองในลัทธิคอมมิวนิสต์ซึ่งมีอิทธิพลอย่างมากในประเทศเยอรมนีภายหลังการปฏิวัติรัสเซียซึ่งตามมาด้วยการปลงพระชนม์พระเจ้าซาร์นิโคลัสที่ 2 และครอบครัวในปี ค.ศ. 1918 นำไปสู่การบัญญัติรับประกันการสมรสในรัฐธรรมนูญ โดยมาตรา 119 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐไวมาร์ ค.ศ. 1919 ได้กำหนดบทบัญญัติสิทธิและหน้าที่ขั้นพื้นฐานของประชาชนชาวเยอรมันทุกคนในส่วนที่สองของรัฐธรรมนูญ ซึ่งบทแรกของส่วนนี้รับประกันสิทธิต่างๆ ของปัจเจกบุคคลไว้ในมาตรา 109 ถึงมาตรา 118 อาทิ เสรีภาพในการพูด

<sup>3</sup> Rudolf Streinz, "The Role of the German Federal Constitutional Court Law and Politic," *Ritsumeikan Law Review* 31 (2014): p. 31, see also Karin M. Linhart, "Decriminalization of Homosexuality and Its Effects on Family Rights: A German-US-American Comparison," pp. 947-950.

เสรีภาพในการเดินทาง และความเป็นส่วนตัวในเคสด้าน ส่วนที่สองของบทเดียวกันอันเป็นเรื่องของชุมชน อาทิ สิทธิในการรวมตัวกัน สิทธิของชุมชนที่จะปกครองตนเอง สิทธิในการลงคะแนนเสียง และกฎหมายเกี่ยวกับการศึกษาและการคุ้มครองผู้เยาว์ เป็นที่น่าสนใจว่าในส่วนนี้ของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐไวมาร์เริ่มต้นด้วยมาตรา 119<sup>4</sup> ที่เป็นเรื่องการคุ้มครองการสมรสและครอบครัว สะท้อนถึงความสำคัญของการสมรสและสถาบันครอบครัวของสาธารณรัฐไวมาร์และถูกแยกให้แตกต่างจากเรื่องสิทธิอันมีลักษณะส่วนตัวของปัจเจกบุคคล และแม้ว่าในการยกร่างรัฐธรรมนูญนั้นปัญหาประการเดียวที่มีการหยิบยกขึ้นถกเถียงคือการปฏิรูปกฎหมายว่าด้วยสินสมรสนั้น จำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในอนาคตหรือไม่ และไม่มีประเด็นปัญหาที่จะต้องถกเถียงเกี่ยวกับการคุ้มครองสถาบันการสมรส แต่ความสำคัญของการสมรสในฐานะรากฐานของสังคมก็เป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับจากสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ และบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองความเป็นมารดา การให้ความเสมอภาคแก่บุตรที่เกิดในหรือนอกสมรส ตลอดจนการให้ความเสมอภาคแก่ชายและหญิงดังกล่าวก็จะเป็นรากฐานให้แก่พัฒนาการของกฎหมายครอบครัวเยอรมันต่อไปในอนาคต<sup>5</sup>

## 2.2 การสมรสและครอบครัวในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ประเทศเยอรมนีถูกยึดครองโดยฝ่ายสัมพันธมิตรก่อนที่จะถูกแบ่งแยกเป็นสองส่วนในปี ค.ศ. 1949 ในส่วนของเยอรมนีตะวันตกนั้น กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland หรือ Grundgesetz (GG)) ถูกนำมาบังคับใช้แทนที่รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐไวมาร์และธรรมนูญสำหรับเบอร์ลินซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว โดยบทบัญญัติเกี่ยวกับการสมรสในมาตรา 6 กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นผลพวงจากความโหดร้ายของอาณาจักรไรช์ที่ 3 ซึ่งในห้วงเวลาดังกล่าวศาสนาไม่ได้มีอิทธิพลเหนือทำที่อันรัฐบาลมีต่อการสมรส หากแต่เป็นแนวคิดของพรอคนาซี ที่มองว่าครอบครัวเป็นแหล่งผลิตบุตรซึ่งมีความสมบูรณ์ทางด้านเชื้อชาติที่จะเข้าร่วมกองทัพของอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ และเข้าครอบครองดินแดนของอาณาจักรไรช์ โดยแนวคิดต่างๆ เหล่านี้สะท้อนให้เห็นได้ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติในช่วงเวลานั้น ในปี ค.ศ. 1938 รัฐสภาแห่งนูเรมเบิร์กได้ออกกฎหมายห้ามการสมรสระหว่างชาวยิวและชาวอารยันเพื่อดำรงไว้ซึ่งสายโลหิตและเกียรติศักดิ์ของชาวเยอรมัน การห้ามนั้นทำให้สามีมีโอกาสสมรสใหม่นั้นเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้โดยง่ายเพื่อการให้กำเนิดบุตรที่มากขึ้น โดยฝ่ายนิติบัญญัติมองว่าการสมรสที่ไม่ให้กำเนิดบุตรนั้นเป็นการไร้ประโยชน์ต่อรัฐ มาตรา 6 กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงมุ่งเพื่อการคุ้มครองพื้นที่ส่วนบุคคลของการสมรสและครอบครัวจากการแทรกแซงโดยสาธารณะ สะท้อนถึงการให้ความสำคัญของปัจเจกบุคคล ซึ่งมีความรับผิดชอบและสามารถที่จะตัดสินใจเรื่องต่างๆ ได้ด้วยตนเอง ในอีกแง่มุมหนึ่งมาตรา 6 กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังสามารถ

<sup>4</sup> มาตรา 119 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐไวมาร์ ค.ศ. 1919 บัญญัติว่า “การสมรสในฐานะพื้นฐานของชีวิตครอบครัวและการรักษาและแพร่ขยายซึ่งชาติได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษโดยรัฐธรรมนูญ การสมรสขึ้นอยู่กับพื้นฐานของความเท่าเทียมกันของทั้งสองเพศ การเลี้ยงดูทางด้านจิตใจ การพัฒนาทางสุขภาพและสังคมของครอบครัว เป็นความรับผิดชอบของทั้งรัฐและชุมชน ครอบครัวขนาดใหญ่สามารถเรียกร้องค่าใช้จ่ายเพื่อการสวัสดิการสาธารณะได้ ความเป็นมารดาอยู่ภายใต้ความคุ้มครองและสวัสดิการจากรัฐ” (Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung. Sie beruht auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter. Die Reinerhaltung, Gesundung und soziale Förderung der Familie ist Aufgabe des Staats und der Gemeinden. Kinderreiche Familien haben Anspruch auf ausgleichende Fürsorge. Die Mutterschaft hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge des Staats.)

<sup>5</sup> Anne Sanders, “Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution,” *German Law Journal* 13 (2012): p. 912.

สะท้อนความคาดหวังการกลับคืนมาซึ่งบูรณภาพของครอบครัวในอุดมคติภายหลังสงคราม ซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าวนักการเมืองเยอรมันต่างเห็นพ้องต้องกันว่าสถาบันครอบครัวกำลังตกอยู่ในสภาวะวิกฤติ ประกอบกับความพยายามที่จะต่อสู้กับอัตราการหย่าร้างที่เพิ่มสูงขึ้นอย่างมากนำมาซึ่งแนวคิดการสมรสตามหลักศาสนาอีกครั้งหนึ่ง และแม้ว่าถ้อยคำในมาตรา 6 กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะไม่ได้ให้ความหมายของการสมรสเอาไว้โดยชัดแจ้ง แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้ให้ความหมายของการสมรสตามมาตรา 6 ดังกล่าวว่าหมายถึงความสัมพันธ์ของชายและหญิงในทุกด้าน และโดยหลักการแล้วเป็นความสัมพันธ์ที่มีอาจเล็กได้ชั่วชีวิต ในขณะที่ครอบครัวนั้นได้รับการนิยามว่าหมายถึงความสัมพันธ์ในทุกด้านระหว่างบิดามารดากับบุตร ซึ่งบิดามารดามีสิทธิและหน้าที่ในการที่จะดูแลให้บุตรได้รับการอบรมสั่งสอน อย่างไรก็ตาม คำว่าในทุกด้าน (Allumfassend) ไม่ได้ได้รับการอธิบายโดยชัดแจ้งจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแต่ดูเหมือนจะมีความหมายว่าในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นการสมรสและชีวิตครอบครัวเป็นศูนย์กลางของความสำคัญและมีความเกี่ยวข้องกับทุกแง่มุมของการดำรงอยู่ของมนุษย์<sup>6</sup>

ในด้านการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลในการสมรส เห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ก่อตั้งระบบแห่งคุณค่าในเชิงภววิสัย ซึ่งในแง่นี้ความสัมพันธ์ตามรัฐธรรมนูญไม่เป็นเรื่องเฉพาะระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐอีกต่อไป หากแต่ส่งอิทธิพลต่อระบบกฎหมายอื่นๆ ด้วย อาทิ การตีความกฎหมายเอกชนซึ่งส่งผลกระทบระหว่างปัจเจกบุคคลด้วยกันเอง ด้วยเหตุที่การสมรสแตกต่างจากคุณค่าอื่นๆ ที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครอง อาทิ ชีวิตและบูรณภาพทางร่างกาย การแสดงออกซึ่งความคิดเห็น หรือศาสนา อันเป็นสิ่งที่มิปรากฏอยู่บนกระบบกฎหมาย ในขณะที่การสมรสแม้จะถูกมองว่าเป็นสถาบันทางสังคมหรือศาสนา ในบางครั้ง แต่ในความเป็นจริงแล้วหลักของการสมรสเป็นเรื่องทางกฎหมาย นับตั้งแต่สิ้นคริสต์ศตวรรษที่ 19 การสมรสทางโลก เป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นบรรทัดฐานอย่างหนึ่ง ในขณะที่พิธีกรรมทางศาสนาไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมายและไม่ก่อให้เกิดการสมรสที่จะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุที่การสมรสในประเทศเยอรมนีมีความผูกพันกับระบบกฎหมายอย่างลึกซึ้งเช่นนี้เอง ส่งผลต่อการตีความหมายของมาตรา 6 กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งจะต้องคำนึงถึงบริบทของกฎหมายครอบครัวในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน แม้ว่าจะจะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ และแม้ว่าในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะมีได้นิยามความหมายของการสมรสโดยเจาะจงเพศของคู่สมรสว่าหมายถึงเพศชายและหญิงเท่านั้น แต่ประการใดก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกลับยึดถือแนวคิดของการสมรสและครอบครัวตามชนบประเพณีที่ว่า การสมรสและครอบครัวจะต้องประกอบไปด้วยเพศชายและหญิงเท่านั้นตลอดมา<sup>7</sup>

### 2.3 รัฐบัญญัติคู่ชีวิต

คู่ชีวิตที่ได้รับการบันทึกทะเบียน (Eingetragene Lebenspartnerschaft) เป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายครอบครัวรูปแบบหนึ่งที่ได้รับการนำมาใช้ในประเทศเยอรมนีเมื่อปี ค.ศ. 2001 โดยรัฐบัญญัติคู่ชีวิต

<sup>6</sup> Ibid., pp. 912-916.

<sup>7</sup> มาตรา 1353 (1) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันบัญญัติว่า “การสมรสนั้นเป็นการชั่วชีวิต คู่สมรสมีหน้าที่ในฐานะสามีภรรยาด้วยกัน พวกเขาต้องรับผิดชอบดูแลซึ่งกันและกัน” (Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen. Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet; sie tragen füreinander Verantwortung.)

(Lebenspartnerschaftsgesetz) อันเป็นความสัมพันธ์ในรูปแบบเฉพาะสำหรับความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันที่ไม่เปิดช่องให้คู่รักต่างเพศบันทึกทะเบียนเป็นคู่ชีวิตได้ อันเป็นความแตกต่างจากการสมรสทั้งในด้านรูปแบบของกฎหมายและรูปแบบความสัมพันธ์ที่กฎหมายรับรอง รัฐบัญญัติคู่ชีวิตในประเทศเยอรมนีเริ่มต้นขึ้นเมื่อสภายุโรปได้มีมติในปี ค.ศ. 1994 ให้คณะกรรมการสิทธิการยุโรปแนะนำแก่ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปในการเยียวยาความเสียหายแก่คู่รักเพศเดียวกันที่ไม่อาจสมรสได้โดยการกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สามารถเปรียบเทียบได้กับการสมรสเพื่อรับรองความสัมพันธ์ของบุคคลเหล่านั้น ซึ่งคณะกรรมการยุติธรรมสภาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Rechtsausschuss) ได้พิจารณาถึงมติของสภายุโรปเมื่อวันที่ 27 เมษายน และ 27 กันยายน ค.ศ. 1995 ตามลำดับ และได้เรียกร้องให้กระทรวงยุติธรรมจัดทำรายงานเกี่ยวกับสถานการณ์ของบุคคลรักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนี อันนำไปสู่การเสนอร่างกฎหมายคู่ชีวิตต่อรัฐสภาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ (Bundestag) เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 2000 โดยพรรค SPD และพรรครกรีน (Bündnis 90/Die Grünen) ซึ่งเป็นพรรคร่วมรัฐบาลในขณะนั้น ต่อมาเมื่อวันที่ 10 พฤศจิกายน ค.ศ. 2000 รัฐสภาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐผ่านร่างกฎหมายและมีผลใช้บังคับ เมื่อวันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ. 2001 ก่อตั้งสถานะคู่ชีวิตที่ได้รับการบันทึกทะเบียน ในฐานะเป็นสถาบันซึ่งเท่าเทียมกันในทางปฏิบัติกับการสมรสขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศเยอรมนี<sup>8</sup>

เมื่อกฎหมายคู่ชีวิตได้รับการประกาศใช้ในประเทศเยอรมนี บทบัญญัติกำหนดหน้าที่คุ้มครองพิเศษซึ่งรัฐมีต่อการสมรสตามรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้นได้รับการหยิบยกขึ้นมาถกเถียงอย่างมาก เนื่องจากเมื่อกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีให้การคุ้มครองต่อการสมรสแล้วก็ไม่ควรที่จะมีความสัมพันธ์อื่นใดที่คู่ควรแก่การได้รับสิทธิประโยชน์ในทำนองเดียวกันอีกแม้เพียงเล็กน้อย และความสัมพันธ์อื่นนั้นควรมีลักษณะที่แตกต่างจากการสมรสอย่างมีนัยสำคัญ อันเป็นเหตุให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่รับรองสิทธิบางประการแก่คู่ชีวิตเพื่อให้เกิดข้อแตกต่างจากการสมรสและคู่ชีวิต โดยคู่ชีวิตไม่มีสิทธิรับบุตรบุญธรรม และคู่ชีวิตจะถูกถือว่ามิใช่สถานภาพโสดในบริบทของกฎหมายมรดกและกฎหมายภาษี ซึ่งในประเด็นดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 ว่าสถานะคู่ชีวิตนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากมีความแตกต่างจากการสมรสในสาระสำคัญ และด้วยเหตุที่การสมรสเป็นความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมสามารถที่จะก่อตั้งรูปแบบความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างคู่รักเพศเดียวกันที่ไม่อาจสมรสได้ทั้งการสมรสก็ไม่อาจถูกทำลายลงโดยกฎหมายคู่ชีวิตเนื่องจากเป็นสถานะคู่ชีวิตไม่เปิดช่องแก่คู่รักต่างเพศเป็นคู่ชีวิตได้ ศาลยังเห็นอีกว่าแม้กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะคุ้มครองการสมรส ก็มิได้หมายความว่ามีความประสงค์ให้มีการปฏิบัติต่อความสัมพันธ์รูปแบบอื่นด้อยกว่าการสมรสแต่ประการใด ซึ่งเป็นเหตุให้ฝ่ายนิติบัญญัติถอนความแตกต่างบางประการที่เคยได้กำหนดลงไว้ก่อนหน้า โดยคู่ชีวิตสามารถรับบุตรของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนเองได้ แต่ยังไม่อาจรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Jens M. Scherpe, "National Report: Germany," *Journal of Gender, Social Policy & the Law* 19 (2012): pp. 162-164.

<sup>9</sup> Anne Sander, "Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution," pp. 925-927, see also Russell Miller and Volker Röber, "Constitutional Court Upholds Lifetime Partnership Act," *German Law Journal* 3 (2002). สืบค้นเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม 2561, จาก [https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dccc0c8495/t/56b97ea0ab48de38834ad584/1454997153457/GLJ\\_Vol\\_03\\_No\\_08.pdf](https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dccc0c8495/t/56b97ea0ab48de38834ad584/1454997153457/GLJ_Vol_03_No_08.pdf)

## 2.4 บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในการรับรองสิทธิตามกฎหมายให้แก่ความสัมพันธ์ในสถานะคู่ชีวิต

### 2.4.1 สิทธิในทางภาษีของคู่ชีวิต

หลังจากปี ค.ศ. 2002 เป็นต้นมา ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเริ่มเน้นย้ำความเหมือนระหว่างคู่ชีวิตและการสมรส โดยเฉพาะด้านการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันยาวนานในฐานะคู่ชีวิตที่ได้รับการยอมรับโดยกฎหมาย และระหว่างที่พวกเขาดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันนั้นพวกเขาแบ่งปันทรัพย์สินร่วมกันด้วยความคาดหวังว่าจะสามารถคงไว้ซึ่งรูปแบบการดำรงชีวิตต่อไปได้ในกรณีที่อีกฝ่ายถึงแก่ความตายลง และการที่คู่ชีวิตนั้นแสวงหาทรัพย์สินก็มีไว้เพื่อตนเองหากแต่เพื่อคู่ชีวิตของเขา รวมถึงบุตรด้วยในบางกรณีซึ่งก็ไม่ได้มีความแตกต่างจากคู่สมรส ในการวินิจฉัยคดีเมื่อวันที่ 6 ธันวาคม ค.ศ. 2005 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิซึ่งได้รับความคุ้มครองมาตรา 1 (1)<sup>10</sup> และมาตรา 2 (1)<sup>11</sup> กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี อันเป็นการพัฒนาสิทธิในความเสมอภาคในครอบครัวของคูรักร่วมเพศเดียวกัน ซึ่งทั้งสองมาตราเป็นบทบัญญัติรับประกันสิทธิส่วนตัวของบุคคลและภายใต้สิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับประกันไว้ นั้นบุคคลย่อมมีสิทธิที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์กับคู่ชีวิตตามที่ตนเองปรารถนาและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองให้ความเป็นคู่ชีวิตนั้นชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของการสมรสหรือคู่ชีวิตก็ตาม<sup>12</sup>

ในปี ค.ศ. 2010 และ ค.ศ. 2012 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความเสมอภาคในสิทธิประโยชน์ทางภาษี ที่คู่ชีวิตมีสิทธิจะได้รับเช่นเดียวกับคู่สมรส โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้พิพากษาให้บทบัญญัติในรัฐบัญญัติว่าด้วยภาษีของขวัญและมรดก และรัฐบัญญัติว่าด้วยภาษีการโอนอสังหาริมทรัพย์ ในด้านการกำหนดอัตราภาษีและการยกเว้นภาษีที่แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญระหว่างคู่สมรสและคู่ชีวิต เป็นการเลือกปฏิบัติต่อคู่ชีวิตโดยไม่สอดคล้องกับหลักทั่วไปว่าด้วยความเสมอภาคตามมาตรา 3 (1) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยศาลให้เหตุผลถึงการปฏิบัติต่อสถาบันครอบครัวของการเป็นคู่ชีวิตและการสมรส ว่าไม่ได้มีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ โดยเฉพาะ

<sup>10</sup> มาตรา 1 (1) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะถูกละเมิดมิได้ รัฐมีหน้าที่โดยตรงในการเคารพและพิทักษ์ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ดังกล่าว” (Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.)

<sup>11</sup> มาตรา 2 (1) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะพัฒนาความเป็นตัวตนของพวกเขาได้อย่างเสรี ตราบเท่าที่ไม่กระทบต่อสิทธิของผู้อื่นหรือขัดต่อระบอบรัฐธรรมนูญหรือศีลธรรม” (Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.)

<sup>12</sup> Anne Sander, “Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution,” p. 927. ในคดีดังกล่าว นอกจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะยืนยันว่าการฝ่าฝืนไม่อาจนำมาเป็นเงื่อนไขในการแก้ไขเพศตามกฎหมายของบุคคลได้แล้ว ศาลยังพิพากษาว่าบทบัญญัติแห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการเปลี่ยนชื่อบุคคลและการกำหนดเพศในกรณีพิเศษหรือรัฐบัญญัติว่าด้วยการแปลงเพศ (Gesetzes über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz–TSG)) ที่ให้คำสั่งศาลกำหนดชื่อบุคคลให้สอดคล้องกับเพศซึ่งตรงข้ามกับเพศกำเนิดสืบผลไปหากผู้ร้องสมรสนั้นขัดต่อกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โปรดดู European Parliament, ‘Transgender Persons’ Rights in the EU Member States’ PE 425.621, see also Commission for Human Rights, ‘Human Rights and Gender Identity’ CommDH/IssuePaper (2009) 2, See also Bundesverfassungsgericht, “Beschluss vom 06. Dezember 2005–1 BvL 3/03,” สืบค้นเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม 2561, จาก [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2005/12/Ls20051206\\_1bvl000303.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2005/12/Ls20051206_1bvl000303.html)

หากพิจารณาถึงลักษณะยืนยาวและถาวรของความสัมพันธ์ในรูปแบบคู่ชีวิต รวมถึงภาระหน้าที่และความรับผิดชอบที่คู่ชีวิตแต่ละฝ่ายมีต่อกัน คงมีเพียงปัจจัยทางเพศของบุคคลเท่านั้นที่มีเป็นเหตุให้คู่ชีวิตและการสมรสมีความแตกต่างกัน แต่นั่นก็ไม่ใช่ปัจจัยที่สามารถนำมาเป็นพื้นฐานแห่งการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมได้ นอกจากนี้ศาลยังได้วินิจฉัยถึงบทบาทที่รัฐมีต่อการสมรสในด้านการให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษแก่การสมรสตามที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 6 (1) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ว่าการปฏิบัติต่อวิถีแห่งชีวิตรูปแบบอื่นให้ด้อยกว่าการสมรสนั้นไม่ใช่ภาระหน้าที่ของรัฐซึ่งได้รับการคาดหวังจากกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในกรณีนี้ และการให้โอกาสแก่สถาบันอื่นเพื่อการปฏิบัติต่ออย่างเสมอภาคกับการสมรสนั้นก็ไม่ทำให้เป็นการเสื่อมเสียต่อภาระหน้าที่ซึ่งรัฐมีต่อการสมรสตามกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแต่ประการใด<sup>13</sup>

#### 2.4.2 สิทธิในการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายในขณะเดียวกัน

แม้ว่าคู่ชีวิตจะมีสิทธิในการรับบุตรของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตน แต่มาตรา 9 (7) รัฐบัญญัติคู่ชีวิตกลับปฏิเสธสิทธิของคู่ชีวิตในการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตน ซึ่งมีความแตกต่างจากครอบครัวของคู่สมรสที่คู่สมรสสามารถรับบุตรบุญธรรมของคู่สมรสอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนได้<sup>14</sup> ในปี ค.ศ. 2008 คู่ชีวิตเพศหญิงรายหนึ่งซึ่งได้บันทึกทะเบียนเป็นคู่ชีวิตมานานนับแต่ปี ค.ศ. 2005 ได้ยื่นคำร้องขอรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนต่อศาลยุติธรรมแต่ศาลได้ยกคำร้องดังกล่าว เธอจึงได้ยื่นคำร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญโต้แย้งคำวินิจฉัยของศาลและอ้างว่ามาตรา 9 (7) รัฐบัญญัติคู่ชีวิตขัดแย้งต่อสิทธิในความเสมอภาคตามมาตรา 3 (1) และสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองในครอบครัวตามมาตรา 6 (1) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในคดีดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยว่ามาตรา 9 (7) รัฐบัญญัติคู่ชีวิต ขัดแย้งกับมาตรา 3 (1) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ในส่วนที่ไม่ยอมให้คู่ชีวิตรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนได้ แต่ศาลเห็นว่าไม่เป็นการขัดแย้งต่อสิทธิของผู้ใช้อำนาจปกครองตามมาตรา 6 (1) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ด้วยคู่ชีวิตดังกล่าวนี้ยังไม่มีสถานะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองของบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่าย และลำพังเพียงการอยู่อาศัยร่วมกันกับเด็กในครอบครัวเดียวกัน โดยมีอำนาจปกครองบางประการที่ได้รับโดยรัฐบัญญัติคู่ชีวิต ก็ไม่ทำให้คู่ชีวิตของผู้รับบุตรบุญธรรมกลายเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองในบริบทของรัฐธรรมนูญที่จะได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติมาตรา 6 (1) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยในประเด็นความขัดแย้งของมาตรา 9 (7)

<sup>13</sup> Bundesverfassungsgericht, "Unequal Treatment of Marriage and Registered Civil Partnerships in Gift and Inheritance Tax Act Unconstitutional," สืบค้นเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม 2561, จาก <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2010/bvg10-063.html>, see also Bundesverfassungsgericht, "Unequal Treatment of Marital Spouses and Registered Civil Partners in Real Estate Transfer Tax Law Unconstitutional," สืบค้นเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม 2561, จาก <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2012/bvg12-062.htm>

<sup>14</sup> มาตรา 1742 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันบัญญัติว่า "บุตรบุญธรรมนั้น ในขณะที่ความสัมพันธ์ฐานะบุตรบุญธรรมยังคงมีอยู่ ภายในช่วงชีวิตของผู้รับบุตรบุญธรรมจะถูกรับเป็นบุตรบุญธรรมอีกได้ก็แต่โดยคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรมนั่นเอง" (Ein angenommenes Kind kann, solange das Annahmeverhältnis besteht, bei Lebzeiten eines Annehmenden nur von dessen Ehegatten angenommen werden.)

รัฐบัญญัติคู่ชีวิตต่อหลักความเสมอภาคนั้น ศาลเห็นว่าการห้ามคู่ชีวิตรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนขัดต่อสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบุตรนั้น ตามที่ได้รับ การรับรองไว้ในมาตรา 3 (1) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นการส่งผลเสียแก่บุตรบุญธรรม ของคู่ชีวิตเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีบุตรบุญธรรมของคู่สมรสและบุตรตามธรรมชาติของคู่ชีวิต ซึ่งอาจถูกคู่ชีวิต อีกฝ่ายรับเป็นบุตรบุญธรรมของตนได้ในทางที่มีขอบด้วยรัฐธรรมนูญ ด้วยเป็นการปฏิเสธโอกาสของเด็กที่จะมี ผู้ใช้อำนาจปกครองคนที่สอง ซึ่งเป็นประโยชน์แก่เด็กในด้านความมั่นคงในพัฒนาการของเด็กในครอบครัวที่เด็ก อาศัยอยู่นั้นมากกว่า และศาลเห็นว่าเป็นสิ่งซึ่งปราศจากเหตุผลอันสมควรด้วยความแตกต่างระหว่างการเป็นคู่ชีวิต และคู่สมรสนั้นไม่ใช่สิ่งที่จะนำมาพิจารณาเพื่อให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันในการรับบุตรบุญธรรมได้ เนื่องจาก วัตถุประสงค์ของข้อจำกัดด้านการห้ามรับบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นเป็นบุตรบุญธรรมของตนในขณะเดียวกัน นั้นมีเหตุมาจากการป้องกันเด็กจากความขัดแย้งในการใช้สิทธิระหว่างผู้ใช้อำนาจปกครองด้วยตนเองซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่เกี่ยวข้องกับปัจจัยด้านเพศของบุคคลแต่ประการใด<sup>15</sup>

ผลจากคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีดังกล่าว เป็นเหตุให้ คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งสามารถรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนได้ และส่งผลให้ไม่เกิดความ เหลื่อมล้ำระหว่างการสมรสและคู่ชีวิตอันจะเป็นลักษณะของการคุ้มครองพิเศษตามมาตรา 6 (1) กฎหมายพื้นฐาน แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีอีกต่อไป และนำมาซึ่งวลีที่ใช้เปรียบเทียบระหว่างการสมรสและคู่ชีวิตว่ามีความแตกต่างแต่เท่าเทียม ด้วยแม้ว่าจะมีความแตกต่างกันทางกฎหมายอย่างชัดเจนแต่โดยคำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นเหตุให้ทั้งการสมรสและคู่ชีวิตได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกัน และผลของการที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีพิพากษาไปในทางคุ้มครองสิทธิของคู่ชีวิต มาโดยตลอดนี้เองอาจเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้การเรียกร้องให้มีการรับรองสิทธิในการสมรสระหว่างบุคคลที่มี เพศเดียวกันในประเทศเยอรมนีเป็นไปอย่างไม่เข้มข้นนัก<sup>16</sup>

### 3. การสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนี

#### 3.1 ข้อจำกัดในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในความเป็นจริงแล้วหากใช้วิธีการเทียบเคียงกับสิทธิอื่นๆ ที่มีการรับรองไว้ในกฎหมายพื้นฐานแห่ง สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 6 (1) ก็ควรที่จะครอบคลุมรวมถึงคู่ชีวิตด้วย เนื่องจากสิทธิที่ได้รับการรับรองไว้ ในมาตราอื่นๆ ต่างก็ได้รับการตีความไปในทางประกันสิทธิโดยไม่คำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล และแม้ว่า ในอดีตศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเคยวินิจฉัยว่ามาตรา 6 (1) เป็นกฎหมายพิเศษสำหรับ

<sup>15</sup> Bundesverfassungsgericht, "Judgment of the First Senate of 19 February 2013–1 BvL 1/11," สืบค้นเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม 2561, จาก [http://www.bverfg.de/e/1s20130219\\_1bv1000111en.html](http://www.bverfg.de/e/1s20130219_1bv1000111en.html), ในระบบกฎหมายไทย มาตรา 1598/26 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การรับบุตรบุญธรรมนั้นผู้เยาว์จะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นในขณะเดียวกันอีกไม่ได้เว้นแต่จะเป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม โดยมี มูลเหตุมาจากการป้องกันปัญหาความซ้ำซ้อนด้านอำนาจปกครองเช่นเดียวกัน และกฎหมายไทยไม่มีข้อห้ามทำนองเดียวกันในการรับบุตรบุญธรรมซึ่งเป็น บุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วแต่ประการใด ทั้งนี้ด้วยในกรณีดังกล่าวไม่มีปัญหาเรื่องการใช้อำนาจปกครองซ้ำซ้อนกัน โปรดดู ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 477.

<sup>16</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (ภาคสาม)," วารสารนิติศาสตร์ 43,2 (มีนาคม 2557): น. 259.

คู่ที่ประกอบด้วยทั้งสองเพศ จึงเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่จะไม่รวมเอาคู่รักเพศเดียวกันเข้าอยู่ในความคุ้มครองตามมาตรานี้ และหากพิจารณาความหมายของมาตรา 6 (1) โดยคำนึงถึงเฉพาะแต่เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ไม่แปลกที่การตีความมาตราดังกล่าวจะเป็นไปในแนวทางที่ว่ามาตรา 6 (1) หมายถึงการสมรสระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น ทั้งหากพิจารณาถึงบริบททางสังคมเยอรมันในขณะที่มีการยกร่างกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว กฎหมายหลายฉบับในอดีตอาจขัดแย้งกับกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้หากพิจารณาในบริบทสังคมปัจจุบัน อาทิ กฎหมายกำหนดความผิดอาญาแก่พฤติกรรมรักร่วมเพศเดียวกัน เป็นต้น การที่ผู้ร่างกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่อยู่ในวิสัยที่จะคาดเห็นสภาพสังคมในอนาคตที่คู่รักเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้ จึงไม่อาจนำมาเป็นรากฐานในการตีความคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแก่คู่รักเพศเดียวกันได้ การหยิบยกเอาความคิดเห็นของสาธารณชนที่มีต่อการสมรสของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังนำไปสู่ประเด็นปัญหาสำคัญว่าสิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นโดยปรกติแล้วย่อมมุ่งที่จะปกป้องปัจเจกบุคคลจากความคิดเห็นของสาธารณชนซึ่งแสดงออกผ่านวิธีการต่างๆ รวมถึงการตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมาจากการเลือกตั้ง ทั้งการเทียบเคียงกับการให้ความหมายของถ้อยคำในกฎหมายอื่นๆ ทั้งในบริบทกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา อาทิ สัญญา กรรมสิทธิ์ การขาดกรรม ซึ่งก็ไม่ถูกตีความโดยอาศัยความเห็นของสาธารณชนเช่นเดียวกัน และเป็นการยากที่จะชี้ชัดว่าความเปลี่ยนแปลงเช่นนั้นได้เกิดขึ้นแล้วในสังคมเยอรมันอย่างแท้จริง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะเป็นที่ยอมรับกันว่าเกิดการเปลี่ยนแปลงทางสังคมขึ้นเมื่อศาลได้มีคำพิพากษายืนยันถึงการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว ศาลยังเคยมีคำวินิจฉัยในปี ค.ศ. 1978 ว่าเพศของบุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องหมายถึงความผูกพันทางชีววิทยาจนชั่วชีวิต หากแต่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ และผู้ที่ผ่านการแปลงเพศมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่จะเปลี่ยนเพศและชื่อตามกฎหมายได้หากเห็นว่าไม่สอดคล้องกับเพศสภาวะของตน<sup>17</sup> ภายหลังศาลยังได้มีคำวินิจฉัยในปี ค.ศ. 2008 เกี่ยวกับกฎหมายบังคับให้ชายที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศและมีสถานะสมรสต้องไปดำเนินการหย่าก่อนที่จะแก้ไขเพศตามกฎหมาย เพื่อป้องกันการเกิดการสมรสระหว่างบุคคลรักร่วมเพศเดียวกันโดยปริยาย โดยศาลเห็นว่าเป็นหน้าที่โดยปริยายที่จะต้องหย่าแม้คู่สมรสทั้งสองฝ่ายจะยังคงมีความรักต่อกันอยู่ก็ตาม แต่ในปี ค.ศ. 2011 ศาลก็ได้มีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายที่กำหนดให้ต้องมีการผ่าตัดแปลงเพศก่อนที่จะแก้ไขเพศตามกฎหมายได้นั้นขัดรัฐธรรมนูญ<sup>18</sup> นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังได้พัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับการเชื่อมโยงระหว่างการสมรสและการให้กำเนิดบุตร ที่แม้ว่ารากฐานของสถาบันสมรสจะมีความเกี่ยวข้องกับการให้กำเนิดบุตรมานับตั้งแต่สมัยกรีกและโรมัน ซึ่งมาตรา 119 ของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐไวมาร์สะท้อนแนวคิดนี้อย่างชัดเจน และแม้ว่ากฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะไม่ปรากฏเนื้อความที่แสดงถึงความเกี่ยวข้องระหว่างการให้กำเนิดอย่างชัดเจนดังเช่นที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐไวมาร์ แต่แนวคิดที่ว่า การสมรสคือการรวมกันของชายและหญิงเท่านั้นก็มักจะมีอ้างอิงถึงพื้นฐานของความสามารถในการให้กำเนิดบุตรร่วมกันของชายและหญิงเสมอ

<sup>17</sup> Donald P. Kommers and Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3rd edition (Durham: Duke University Press, 2012): p. 421.

<sup>18</sup> Bundesverfassungsgericht, "Prerequisites for the statutory recognition of transsexuals according to § 8.1 nos. 3 and 4 of the Transsexuals Act are unconstitutional," สืบค้นเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม 2561, จาก <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2011/bvg11-007.html>, see also Anne Sanders, "Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution," pp. 933-934.

อย่างไรก็ตามครอบครัวที่ได้รับการรับรองในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 6 กลับไม่ได้หมายความว่าความถึงครอบครัวของคู่สมรสเท่านั้น หากแต่ยังคุ้มครองบิดามารดาที่ไม่ได้สมรสและบุตรของพวกเขาเช่นกัน ซึ่งนัยยะเช่นนี้เป็นเหตุให้ครอบครัวตามความหมายของมาตรา 6 ครอบคลุมถึงครอบครัวของคู่อภิเษกสมรสเดียวกันซึ่งอาศัยอยู่ร่วมกับบุตรของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งด้วย และหากยอมรับตามแนวคิดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ว่าการสมรสเป็นสิ่งที่ทำให้ความสัมพันธ์ของบิดามารดามั่นคงยิ่งขึ้น และในทางกลับกันการประกันสุขภาวะของบุตรโดยไม่คำนึงว่าบุตรนั้นจะเป็นบุตรบุญธรรมหรือไม่ ซึ่งอาจนำมาเทียบเคียงได้ว่าสถานะคู่ชีวิตสามารถทำให้ความสัมพันธ์ของคู่อภิเษกสมรสเดียวกันมั่นคงได้เช่นกัน ซึ่งก็จะสามารถช่วยเหลือพัฒนาการของเด็กในครอบครัวของบุคคลรักเพศเดียวกันได้มากกว่าคู่อภิเษกสมรสเดียวกันที่ไม่มีสถานะคู่ชีวิต การเชื่อมโยงการสมรสกับการให้กำเนิดบุตรนั้นเป็นเรื่องที่ไม่สะท้อนข้อเท็จจริงบางประการเกี่ยวกับการสมรสที่คู่สมรสบางคู่ไม่อาจที่จะมีบุตรหรือไม่ประสงค์ที่จะมีบุตร รวมทั้งมาตรา 6 (5) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ก็มุ่งที่จะให้ความเสมอภาคแก่เด็กทุกคนไม่ว่าจะเกิดในหรือนอกสมรส และจากบรรทัดฐานที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วางไว้ว่า ความสามารถในการมีบุตรไม่ใช่เงื่อนไขเบื้องต้นของการสมรสตามมาตรา 6 (1) รวมถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่มุ่งให้ครอบครัวซึ่งประกอบด้วยบุตรบุญธรรมนั้นสามารถก่อตั้งขึ้นซึ่งครอบครัวตามความหมายของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ นอกจากนี้ การสมรสที่มุ่งเฉพาะความสามารถมีบุตรร่วมกันของชายและหญิงก็ไม่สะท้อนการให้กำเนิดบุตรโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในปัจจุบัน นำไปสู่แนวคิดเกี่ยวกับการให้ความหมายของการสมรสในปัจจุบันเสียใหม่โดยแยกการสมรสออกจากการก่อตั้งและอุปการะเลี้ยงดูครอบครัวในรูปแบบดั้งเดิมที่ยึดถือบุตรเป็นองค์ประกอบสำคัญ และควรมุ่งการให้ความหมายของการสมรสไปที่ความสัมพันธ์ระหว่างคู่อภิเษกสมรสทั้งสองฝ่าย ซึ่งเป็นแนวคิดที่เพศสภาพของทั้งสองฝ่ายไม่ใช่ปัจจัยสำคัญอีกต่อไปเลย<sup>19</sup>

### 3.2 ข้อจำกัดจากบริบททางสังคมของประเทศเยอรมนีในปัจจุบัน

แม้ว่าประเทศเยอรมนีจะประสบความสำเร็จในการรับรองสิทธิของคู่อภิเษกสมรสเดียวกันในระดับหนึ่ง และเป็นประเทศนำร่องในด้านการรับรองสิทธิให้แก่คู่อภิเษกสมรสเดียวกันอย่างเท่าเทียมกับการสมรสระหว่างคู่อภิเษกสมรสต่างเพศ แต่ก็ยังไม่อาจปฏิเสธถึงความแตกต่างระหว่างสถานะทางกฎหมายของการสมรสและคู่ชีวิตได้ ในปี ค.ศ. 2016 ILGA-Europe จัดอันดับประเทศเยอรมนีอยู่ในอันดับที่ 16 จากทั้งหมด 49 ประเทศ โดยพิจารณาจากกฎหมายและนโยบายที่ส่งผลกระทบต่อกลุ่มบุคคลรักเพศเดียวกัน ซึ่งประเทศเยอรมนีตกจากอันดับที่ 14 ในปี ค.ศ. 2015 อันเป็นผลจากการชะลอตัวของประเทศเยอรมนีในด้านการพัฒนากฎหมายรับรองสิทธิของบุคคลรักเพศเดียวกันเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่นๆ ในยุโรปที่การรับรองสิทธิในรูปแบบการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นรูปแบบที่ได้รับการยอมรับมากยิ่งขึ้น และเป็นเหตุให้มาตรฐานการรับรองสิทธิของบุคคลรักเพศเดียวกันในยุโรปสูงขึ้น<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Anne Sanders, "Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution," pp.936-939.

<sup>20</sup> ILGA-Europe, "Country Ranking," สืบค้นเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม 2561, จาก <https://rainbow-europe.org/country-ranking>, see also Emma Anderson, "Germany 'scared' to take lead on gay rights: report," สืบค้นเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม 2561, จาก <https://www.thelocal.de/20160510/germany-scared-to-take-leadership-on-gay-rights-report-lgbt-lgbti-same-sex-marriage>

ไม่เพียงแต่ความขัดแย้งกันระหว่างสภาพสังคมและระบบกฎหมายของประเทศเยอรมนีเท่านั้น ในบริบททางการเมืองของประเทศเยอรมนียังขาดเอกภาพในเชิงนโยบายซึ่งเกี่ยวข้องกับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน แม้ว่าพรรคการเมืองขนาดใหญ่ของเยอรมนีโดยส่วนมากจะสนับสนุนสิทธิในความเสมอภาคด้านการสมรส แต่ นางอังเกลา แมร์เคิล (Angela Merkel) นายกรัฐมนตรีประเทศเยอรมนีและหัวหน้าพรรคสหภาพประชาธิปไตยคริสเตียนแห่งเยอรมนี (Christian Democratic Union) ยังคงมีนโยบายไปในทิศทางตรงกันข้ามและเพิกเฉยต่อการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันและการรับรองสิทธิของบุคคลรักเพศเดียวกัน เว้นแต่ที่ถูกบังคับโดยคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเท่านั้น<sup>21</sup>

ในขณะที่การรับรองสิทธิตามกฎหมายให้แก่ความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันของประเทศเยอรมนี ยังไม่ทัดเทียมกับประเทศอื่นๆ ในยุโรปหลายประเทศ อาทิ ประเทศฝรั่งเศส โปรตุเกส สเปน และอังกฤษ เมื่อพิจารณาจากการรับรองสิทธิในการสมรสที่เปิดกว้างมากกว่า กลับปรากฏการเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องสิทธิในการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนีเพียงเล็กน้อย อันอาจเป็นผลจากเหตุปัจจัยสำคัญสองประการ กล่าวคือ ประการแรก แม้ว่าประเทศเยอรมนีจะรับรองสิทธิตามกฎหมายแก่ความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันเพียงในระดับคูชีวิต แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็มีบทบาทอย่างมากในการขยายสิทธิที่กฎหมายให้แก่คู่สมรสชายหญิงให้แก่คูชีวิตจนแทบจะไม่ปรากฏความแตกต่างในทางปฏิบัติระหว่างการสมรสและคูชีวิต ประการที่สอง แม้ว่าสังคมเยอรมันจะมีความอดทนอดกลั้นต่อพฤติกรรมรักเพศเดียวกันในระดับหนึ่ง แต่ยังคงปรากฏเหตุการณ์ความรุนแรงต่อบุคคลรักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนีอยู่เสมอ<sup>22</sup> เนื่องจากในประเทศเยอรมนีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันยังคงถูกมองว่าเป็นเรื่องผิดธรรมชาติและชาวเยอรมันจำนวนมากไม่พอใจกับการมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน เช่น การจับกันในที่สาธารณะ<sup>23</sup> ปัจจัยทั้งสองประการต่างส่งผลต่อพัฒนาการด้านการเคลื่อนไหวเพื่อให้มีการรับรองสิทธิในการสมรสแก่บุคคลรักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนีอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยง

### 3.3 รัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน

ท่ามกลางกระแสต่อต้านแนวคิดเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนี เมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม ค.ศ. 2017 ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ลงนามในรัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. Juli 2017) ซึ่งมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 2017 เนื้อหาของรัฐบัญญัติดังกล่าวเป็นการแก้ไขกฎหมายจำนวน 4 ฉบับ กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerliche Gesetzbuch) รัฐบัญญัติคูชีวิต (Lebenspartnerschaftsgesetz vom 16. Februar 2001) รัฐบัญญัติว่าด้วย

<sup>21</sup> Alexander Görlachsept, "Germany's Retrograde Record on Gay Rights," สืบค้นเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม 2561, จาก [https://www.nytimes.com/2016/09/28/opinion/germanys-retrograde-record-on-gay-rights.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2016/09/28/opinion/germanys-retrograde-record-on-gay-rights.html?_r=0)

<sup>22</sup> Bina Emanvel, "The Difficulties of Being an LGBT Refugee in Germany," สืบค้นเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม 2561, จาก <http://wafmag.org/2016/06/difficulties-lgbt-refugee-germany/#>, see also Stephen Fuchs, "Homophobic Hate Crime on the Rise in Germany," สืบค้นเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม 2561, จาก <http://www.lgbtgermany.com/2016/12/01/homophobic-hate-crime-rise-germany/>

<sup>23</sup> Naomi Conrad, "Germans not opposed to same sex marriage," สืบค้นเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม 2561, จาก <http://www.dw.com/en/germans-not-opposed-to-same-sex-marriage/a-37110913#>

การแปลงเพศ (Transsexuellengesetzes vom 10. September 1980) และรัฐบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่ง (Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche) เพื่อรองรับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน และการเปลี่ยนสภาพจากคู่ชีวิตเป็นคู่สมรส โดยเฉพาะการแก้ไขมาตรา 1353 (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ที่เดิมเพียงกล่าวถึงการสมรสโดยไม่เจาะจงเพศของคู่สมรส และไม่ได้นิยามความหมายของการสมรส โดยชัดแจ้งไว้แต่ประการใด เพื่อให้การสมรสเปิดช่องสำหรับคู่ที่มีเพศเดียวกันโดยนิยามความหมายของการสมรส เสียใหม่ว่า “การสมรสคือการรวมกันของบุคคลสองคนที่มีเพศต่างกันหรือเพศเดียวกันชั่วชีวิต”<sup>24</sup>

รัฐบัญญัติฉบับดังกล่าวผ่านการพิจารณาของรัฐสภาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐด้วยคะแนนเสียง 393 เสียง ต่อ 226 เสียง งดออกเสียง 4 เสียง ซึ่งเป็นปรากฏการณ์ทางการเมืองที่น่าสนใจอย่างยิ่งในประเทศเยอรมนี เนื่องจากเป็นรัฐบัญญัติที่ผ่านการพิจารณาในระหว่างที่รัฐบาลอนุรักษ์นิยมของ นางอังเกลา แมร์เคิล ใกล้จะหมดวาระลง และแม้ว่า นางอังเกลา แมร์เคิล จะไม่เห็นด้วยกับรัฐบัญญัติดังกล่าว แต่กลับยินยอมให้สมาชิกในพรรคร่วมรัฐบาลลงคะแนนเสียงตามความสมัครใจ ซึ่งถูกตั้งข้อสังเกตว่าการที่ นางอังเกลา แมร์เคิล พยายามรักษาจุดยืนของพรรคการเมืองโดยการยืนยันว่าการสมรสตามกฎหมายย่อมหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น แต่การไม่กีดกันการลงคะแนนเสียงของสมาชิกในพรรคร่วมรัฐบาลก็อาจเป็นผลดีต่อการเลือกตั้งที่มีขึ้นในเดือนกันยายน ค.ศ. 2017 ที่พรรคสังคมนิยมประชาธิปไตย (the Social Democrats (SPD)) ในฐานะพรรคร่วมรัฐบาลของ นางอังเกลา แมร์เคิล ได้ยกประเด็นการสมรสระหว่างบุคคลรักเพศเดียวกันเป็นนโยบายหาเสียงเลือกตั้ง<sup>25</sup>

ในขณะเดียวกัน รัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันของประเทศเยอรมนี ก็ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐและสภาผู้แทนรัฐ (Bundesrat) จนกระทั่งประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐลงนามประกาศใช้บังคับภายใต้บริบทกฎหมายดั้งเดิมของประเทศเยอรมนี ที่ไม่ได้มีการแก้ไขกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่เกี่ยวกับการสมรสและครอบครัวแต่ประการใด โดยเฉพาะ มาตรา 6 (1) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีรับประกันการคุ้มครองพิเศษที่รัฐมีหน้าที่ต่อสถาบันครอบครัวและการสมรสซึ่งได้รับการยึดถือเป็นบรรทัดฐานมาโดยตลอดว่าหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น ในบริบทดังกล่าว ทันททีที่รัฐบัญญัติฉบับดังกล่าวผ่านการพิจารณาของรัฐสภา กระแสเรียกร้องให้มีการทบทวนกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้รับการกล่าวถึงอย่างแพร่หลายไม่น้อยไปกว่ากระแสความยินดีต่อชัยชนะของบุคคลรักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนี<sup>26</sup>

<sup>24</sup> “Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen”

<sup>25</sup> Kate Connolly, “German parliament votes to legalise same-sex marriage,” สืบค้นเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม 2561, จาก <https://www.theguardian.com/world/2017/jun/30/germany-poised-legalise-same-sex-marriage-bill-law>

<sup>26</sup> Christoph Ricking, “Same-sex marriage in Germany: An issue for the court?,” สืบค้นเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม 2561, จาก <http://www.dw.com/en/same-sex-marriage-in-germany-an-issue-for-the-court/a-39527311>

## บทสรุป

ประเทศเยอรมนีเป็นอีกประเทศหนึ่งในอดีตพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นความผิดและมีโทษถึงตาย และการนิรโทษกรรมให้แก่ความผิดฐานรักร่วมเพศในประเทศเยอรมนีเกิดขึ้นอย่างสิ้นเชิงไม่กี่สิบปีมานี้ แต่ระบบกฎหมายของประเทศเยอรมนีกลับมีความโดดเด่นและในด้านการรับรองสิทธิตามกฎหมายให้แก่ความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกัน ที่แม้ว่าคุณค่าของความเป็นสถาบันของการสมรสอันเกิดจากการร่วมตัวระหว่างชายกับหญิงเท่านั้นจะได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายเยอรมันและได้รับการรับประกันว่าจะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากรัฐในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี การรับรองสิทธิให้แก่ความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันในฐานะคู่ชีวิตนอกจากจะมีพัฒนาการอย่างรวดเร็วโดยไม่จำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเสียก่อนแล้ว สิทธิตามกฎหมายของคู่รักเพศเดียวกันยังได้รับการรับรองและคุ้มครองอย่างไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าการสมรส โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายให้แก่ความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันดังกล่าวผ่านคำวินิจฉัยของศาลจำนวนมากที่รับรองว่าคู่ชีวิตเพศเดียวกันมีสิทธิหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ เช่นเดียวกับคู่สมรสชายหญิง อาทิ สิทธิในทางภาษี และสิทธิในการรับบุตรบุญธรรม โดยเฉพาะสิทธิของคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งในการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนที่ส่งผลให้ความเหลื่อมล้ำระหว่างการสมรสและคู่ชีวิตอันจะเป็นลักษณะของการคุ้มครองพิเศษตามกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่ปรากฏอยู่อีกต่อไป

อย่างไรก็ตาม ความก้าวหน้าของการรับรองสิทธิตามกฎหมายให้แก่ความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันในฐานะของคู่ชีวิตในประเทศเยอรมนี ไม่หยุดอยู่เพียงแค่การรับรองสิทธิหน้าที่ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้แก่ความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตเท่านั้น ในปี ค.ศ. 2017 ประเทศเยอรมนีได้ยอมรับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน แต่ทั้งนี้ยังเป็นพัฒนาการที่เกิดขึ้นบนพื้นฐานทางกฎหมายที่ความแตกต่างระหว่างความสัมพันธ์แบบรักเพศเดียวกันและรักต่างเพศยังคงมีอยู่ ซึ่งเป็นปัจจัยที่อาจส่งผลต่อการขยายสิทธิในการสมรสให้แก่บุคคลรักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนีนอกเหนือจากปัจจัยทางสังคมและวัฒนธรรมอย่างมีนัยสำคัญ

# หลักสำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน

## The Fundamentals of Civil Procedure Law of the People's Republic of China

ศรัณย์ พิมพงาม  
Sarun Pimngam\*  
李怡豪  
Li Yihao\*\*

นักวิจัย

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยชิงหัว เขตไฮ่เตียน กรุงปักกิ่ง สาธารณรัฐประชาชนจีน

Researchers

Tsinghua University Law School, Mingli Building, Tsinghua University Haidian District, Beijing, P.R.China

Corresponding author Email: ba2llawboy@gmail.com

(Received: June 26, 2019; Revised: August 1, 2019; Accepted: August 28, 2019)

### บทคัดย่อ

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนเป็นกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญในการกำหนดวิธีการและกระบวนการพิจารณา เพื่อให้ได้มาและบังคับตามสิ่งที่กฎหมายสารบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายแพ่งได้กำหนดและรับรองไว้ บทความนี้ได้ทำการศึกษาหลักสำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนซึ่งประกอบไปด้วยหลักการทั่วไปของระบบศาลประชาชน หลักกฎหมายพื้นฐาน เขตอำนาจศาล เขตศาล การฟ้องคดี กระบวนการพิจารณาโดยทั่วไป และการไกล่เกลี่ย ซึ่งพบว่า ระบบศาลประชาชนและการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งตั้งอยู่บนหลักการของศาลสี่ระดับและระบบการพิจารณาคดีสองศาล ส่วนหลักกฎหมายสำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะประกอบไปด้วยหลักการพิจารณาคดีโดยอิสระของศาล หลักการตัดสินคดีโดยยึดข้อเท็จจริงและยึดข้อกฎหมายเป็นเกณฑ์ หลักความเท่าเทียมกันของคู่ความ หลักความซื่อสัตย์และสุจริต ทั้งนี้ การฟ้องคดีแพ่งจะยึดหลักเกณฑ์ตั้งต้นที่ว่า โจทก์ต้องทำการยื่นฟ้องคดีไปยังศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาหรือที่จำเลยได้ทำนากอาศัยเป็นประจำ โดยกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งทั่วไปจะกระทำโดยผู้พิพากษาเป็นองค์คณะ พิจารณาคดีโดยเปิดเผย คู่ความมีสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาไปยังศาลที่มีลำดับสูงกว่าศาลที่ทำคำพิพากษาได้อีกหนึ่งครั้ง และกฎหมายยังเปิดโอกาสให้มีการตรวจสอบกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งจากบุคคล 3 กลุ่ม คือ ศาลประชาชน คู่ความในคดี และอัยการประชาชน นอกจากนี้ยังพบว่า การไกล่เกลี่ยมีบทบาทสำคัญควบคู่ไปกับการดำเนินการพิจารณาคดีโดยปกติ ทั้งยังสามารถกระทำได้ในเกือบทุกช่วงเวลาของกระบวนการพิจารณาคดีความแพ่งด้วย

**คำสำคัญ:** กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, ศาลประชาชน, กฎหมายจีน

\* LL.B. (Second Class Honors) and LL.M. Chulalongkorn University, Thai Barrister-at-Law, LL.M. (Program in Chinese Law) Tsinghua University

\*\* LL.B. Tsinghua University

## Abstract

The Civil Procedure Law of the People's Republic of China plays an important role in stipulating the trial of civil cases and civil proceedings for persons who want to acquire and enforce legitimate things and rights prescribed by substantive laws related to civil matters. This article examines the fundamentals of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China in various fields, including the fundamental principles of people's courts, basic principles, jurisdiction, territorial jurisdiction, bringing a lawsuit, ordinary procedure and mediation. This article found that people's courts and civil proceedings are under the principle of 'four levels of courts and at most two trials to conclude a case.' The basic principles include the principle of courts trying civil cases independently, trying civil cases based on facts and taking the law as the criterion, equal litigation rights and the principle of honesty and good faith. In general, a civil lawsuit brought against a citizen shall be under the jurisdiction of the people's court of the place where the defendant has his or her domicile or the place of his or her habitual residence. In trying civil cases, the people's courts shall follow the systems of panel hearing and public trial. The parties are able to file an appeal with the people's court at the next higher level. Given the legal supervision on the judgment, people's courts, parties and people's procuratorates are eligible to start the procedure for trial supervision. Also, conciliation and mediation play a key role in trying civil cases, along with ordinary civil proceedings and they can be made at almost every moment while trying civil cases.

**Keywords:** Civil Procedure Law, People's Courts, Chinese Law

## 1. บทนำ

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจัดได้ว่าเป็นกฎหมายอันเป็นพื้นฐานที่สำคัญในยุคสมัยใหม่ของประเทศจีนที่ประชาชนส่วนใหญ่ในภาพรวมมีทัศนคติเชิงบวกต่อศาล<sup>1</sup> อันจะเห็นได้จากข้อเท็จจริงที่ว่า สาธารณรัฐประชาชนจีนเป็นหนึ่งในประเทศที่มีอัตราการเติบโตของจำนวนคดีพิพาททางแพ่งสูงมากจนน่าอัศจรรย์ ปริมาณคดีแพ่งที่ได้ทำการฟ้องร้องต่อศาลประชาชนในแต่ละปีมีจำนวนเพิ่มสูงขึ้นเรื่อยๆ ตัวอย่างที่ทำให้เห็นภาพชัดเจน คือ ตัวเลขคดีแพ่งที่ฟ้องร้องต่อศาลชั้นต้นในประเทศจีนซึ่งได้เติบโตเพิ่มขึ้นอย่างมากจากจำนวน 300,000 คดีในปี ค.ศ. 1978 มุ่งและพุ่งทะยานสู่ 6,090,000 คดีในปี ค.ศ. 2010<sup>1</sup> ซึ่งที่จริงแล้ว กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่เพียงทวีความสำคัญแต่ในประเทศจีน เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้นถือเป็นหนึ่งในกฎหมายเสาหลักสำคัญของทุกระบบกฎหมายในโลก

กฎหมายวิธีความแพ่งจัดอยู่ในกลุ่มของกฎหมายวิธีสบัญญัติ โดยในขณะที่กฎหมายสารบัญญัติกำหนดและนิยามสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบ ความสัมพันธ์ และผลของกฎหมายในเรื่องต่างๆ กฎหมายวิธีสบัญญัติจะกำหนดวิธีการและกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการบังคับตามสิ่งที่กฎหมายสารบัญญัติได้กำหนดและอธิบายไว้ด้วยเหตุนี้ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงเป็นกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญในการกำหนดวิธีการและกระบวนการพิจารณาเพื่อให้ได้มาและบังคับตามสิ่งที่กฎหมายสารบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายแพ่งได้กำหนดและรับรองไว้ อันเป็นการมอบเครื่องมือและวางหลักเกณฑ์กระบวนการพิจารณาคดีให้ศาลบังคับและปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในความเป็นจริง<sup>2</sup> หรือเป็นช่องทางให้โจทก์สร้างความชอบด้วยกฎหมายของข้อเรียกร้องและได้มาซึ่งสิ่งที่ตนต้องการจากจำเลย<sup>3</sup> กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงเป็นกฎหมายสำคัญในทุกระบบกฎหมายที่ทำหน้าที่ในการรับประกันว่า ประชาชนจะมีช่องทางในการบังคับและได้มาซึ่งสิทธิและผลลัพธ์ที่ตนมุ่งประสงค์อันกฎหมายได้รับรองให้ไว้ ซึ่งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนก็ได้ทำหน้าที่ดังกล่าวให้กับประชาชนจีนเช่นเดียวกัน

บทความนี้จะได้ศึกษาหลักกฎหมายสำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนในปัจจุบันเพื่อเป็นประโยชน์แก่วงการกฎหมายไทยในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และภาพรวมในมุมมองอย่างกว้าง เสมือนผ่านสายตาของนกเหยี่ยวบนท้องฟ้าพิจารณาลงมายังภาพรวมโครงสร้างของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ซึ่งบทความนี้จะทำการศึกษา 4 ประเด็นหลัก กล่าวคือ ในส่วนที่ 2 จะศึกษาหลักการทั่วไปของระบบศาลประชาชนและหลักกฎหมายพื้นฐานของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ในส่วนที่ 3 จะพิจารณาประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาล เขตศาล และการฟ้องคดี ในส่วนที่ 4 จะมุ่งศึกษาเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งโดยทั่วไปทั้งในศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และการ

<sup>1</sup> แม้จะมีความแตกต่างออกไปบ้างเมื่อพิจารณาลงลึกในรายละเอียดตามปัจจัยด้านภูมิภาค ประเภทของคดี ฯลฯ โปรดดู Randall Peerenboom and He Xin, "Dispute Resolution in China: Patterns, Causes and Prognosis," *East Asia Law Review* 4, 1 (2009): 20.

<sup>2</sup> Zhu Jingwen, "Behind More Litigation: Positive and Negative Impacts," *Frontiers of Law in China* 9, 1 (March 2014): 109.

<sup>3</sup> Zhao Yanrong, "Evidence Collection in the German, American and Chinese Legal Systems: A Comparative Analysis," *Frontiers of Law in China* 6, 1 (March 2011): 44.

<sup>4</sup> J.A. Jolowicz, "Civil Litigation: What's It For?," *Cambridge Law Journal* 67, 3 (November 2008): 508.

ตรวจสอบภายหลังจากที่ศาลประชาชนได้มีคำพิพากษา ทั้งนี้ รูปแบบลักษณะพิเศษของการใกล้เคียงที่ปรากฏในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนจะได้ทำการศึกษาในตอนที่ 5

## 2. หลักการทั่วไปเกี่ยวกับระบบศาลประชาชนและหลักกฎหมายพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน

ในการทำความเข้าใจถึงหลักสำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน มีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาระบบศาลประชาชนและหลักพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนเสียก่อน ด้วยเหตุที่ว่า ในระบบกฎหมายจีนนั้น ศาลประชาชนเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในฐานะเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง และกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนได้วางหลักการพื้นฐานจำนวนหนึ่งเป็นกรอบใหญ่ของการดำเนินกระบวนการพิจารณาความแพ่งทั้งระบบ

### 2.1 ระบบศาลประชาชน

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนกำหนดให้ศาลประชาชน (人民法院; People's Courts) เป็นองค์กรพิจารณาพิพากษาคดีของประเทศ โครงสร้างของศาลประชาชนตั้งอยู่บนระบบการพิจารณาคดีสองศาล (一审和二审; Two Instances of Trials) โดยศาลแรกคือ ศาลชั้นต้น (Court of First Instance) และคู่ความสามารถอุทธรณ์ไปยังศาลที่สองคือ ศาลในระดับชั้นที่สูงกว่าศาลชั้นต้น (Court of Second Instance) ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นศาลชั้นอุทธรณ์ และคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์อันเป็นศาลที่สองย่อมถือเป็นที่สุดและไม่สามารถอุทธรณ์ต่อไปยังศาลที่มีระดับสูงกว่าอีกได้<sup>4</sup> หลักการเช่นนี้นำมาใช้กับกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งด้วย โดยเหตุผลเบื้องหลังของระบบการพิจารณาคดีสองศาลมาจากขนาดของประเทศจีนที่พื้นที่กว้างใหญ่เป็นอันดับ 4 ของโลก และการคมนาคมภายในประเทศที่ไม่สะดวก<sup>5</sup> จึงทำให้การพิจารณาคดีหลายระดับศาลอาจจะสร้างความยุ่งยากลำบากต่อเสถียรภาพของกิจกรรมทางแพ่งและสังคม<sup>6</sup>

ศาลประชาชนทุกระดับอาจทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้นได้โดยขึ้นอยู่กับระดับความสำคัญของคดี<sup>7</sup> โดยมีระดับของศาลประชาชนอยู่ 4 ระดับ ได้แก่

- ก. ศาลประชาชนระดับพื้นฐาน (基层人民法院; Basic People's Court)
- ข. ศาลประชาชนระดับกลาง (中级人民法院; Intermediate People's Court)
- ค. ศาลประชาชนระดับสูง (高级人民法院; High People's Court)
- ง. ศาลประชาชนสูงสุด (最高人民法院; Supreme People's Court)

<sup>4</sup> 朱羿锟, 中国法概论: Concise Chinese Law (Beijing: Law Press, 2007), p. 254; Shizhou Wang, Civil Procedure in China (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014), p. 34.

<sup>5</sup> 张卫平, 民事诉讼法, 4<sup>th</sup> ed. (Beijing: Law Press, 2016), p. 65.

<sup>6</sup> Shizhou Wang, Civil Procedure in China, p. 34.

<sup>7</sup> อารัม ตั้งนรินทร์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายจีน(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), หน้า 128.

ระบบการพิจารณาคดีแบบสองศาลโดยมีศาลสี่ระดับ เป็นลักษณะพิเศษของระบบกฎหมายจีน และมีความน่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง ตัวอย่างของการใช้ระบบการพิจารณาคดีแพ่งแบบสองศาล เช่น โดยปกติแล้ว คดีแพ่งจะเริ่มต้นที่ศาลประชาชนระดับพื้นฐานหรือศาลประชาชนระดับกลาง<sup>9</sup> กรณีนี้ศาลประชาชนชั้นต้นก็คือ ศาลประชาชนระดับพื้นฐานหรือศาลประชาชนระดับกลางแล้วแต่กรณี และถ้าหากคู่ความไม่พอใจคำตัดสินของ ศาลประชาชน คู่ความสามารถอุทธรณ์คำตัดสินไปยังศาลในระดับสูงกว่า สมมติกรณีนี้ศาลชั้นต้นเป็นศาลประชาชน ระดับพื้นฐาน หากคู่ความไม่พอใจคำตัดสินก็สามารถอุทธรณ์คำตัดสินไปยังศาลประชาชนระดับกลาง และด้วย ระบบการพิจารณาคดีแบบสองศาล คำพิพากษาของศาลประชาชนระดับกลางซึ่งตอนนี้มีสถานะเป็นศาลอุทธรณ์ ย่อมถือเป็นที่สุด ไม่อาจอุทธรณ์ใดๆ ได้อีก คำพิพากษาจะจบที่ศาลที่สองคือศาลประชาชนระดับกลาง คู่ความ จะยื่นต่อไปยังศาลประชาชนระดับสูงไม่ได้

ส่วนหลักการที่ว่าศาลทุกศาลอาจทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้นได้ ก็ดังเช่นในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ คดีดังกล่าวต้องเริ่มฟ้องคดีที่ศาลประชาชนระดับกลางหรือระดับสูง ศาลเหล่านี้จะกลายเป็นศาลชั้นต้น ยกตัวอย่างเช่น ถ้าคดีที่ศาลชั้นต้นเริ่มที่ศาลประชาชนระดับสูง คู่ความมีสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาได้หนึ่งรอบ ไปยังศาลประชาชนระดับสูงกว่า ซึ่งก็คือศาลประชาชนสูงสุดนั่นเอง

นอกจากนั้น ศาลประชาชนสูงสุดในระบบกฎหมายจีนอาจทำหน้าที่เป็นได้ทั้งศาลชั้นต้นและ ศาลอุทธรณ์แล้วแต่กรณี เช่น ศาลประชาชนสูงสุดจะทำหน้าที่เป็นศาลอุทธรณ์ในกรณีที่คู่ความอุทธรณ์คำพิพากษา ในคดีที่ศาลประชาชนระดับสูงทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้น และในบางพฤติการณ์ ศาลประชาชนสูงสุดอาจทำหน้าที่ เป็นศาลชั้นต้นได้ในกรณีที่กฎหมายกำหนด ข้อสังเกตสำคัญมีอยู่ว่า หากเป็นกรณีที่ศาลประชาชนสูงสุดทำหน้าที่ เป็นศาลชั้นต้นเนื่องจากไม่มีศาลประชาชนในระดับที่สูงกว่าศาลประชาชนสูงสุดอีกแล้ว เพราะฉะนั้น แม้กรณีนี้ ศาลประชาชนสูงสุดจะทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้น หากแต่คำพิพากษาของศาลประชาชนสูงสุดจะถือว่าเป็นคำพิพากษา ที่ถึงที่สุดทันที<sup>10</sup> เพราะคู่ความไม่อาจอุทธรณ์คำพิพากษาไปศาลใดๆ ได้อีก เนื่องจากศาลประชาชนสูงสุดถือเป็น ศาลประชาชนในลำดับที่สูงที่สุดในระบบกฎหมายจีนแล้ว

## 2.2 หลักพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ฉบับแก้ไขปรับปรุงปี ค.ศ. 2017 (中华人民共和国民事诉讼法; The Civil Procedure Law of the People's Republic of China) ซึ่งมี จำนวน 284 มาตรา<sup>10</sup> เป็นกฎหมายที่วางหลักการสำคัญทั้งหมดของกระบวนการพิจารณาความแพ่ง ใช้บังคับกับ การฟ้องร้องคดีแพ่งที่เกิดจากข้อพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินและความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลของประชาชนจีน นิติบุคคลและองค์กรอื่นๆ โดยตัวอย่างของคดีแพ่งที่ศาลประชาชนมีอำนาจพิจารณาคดีพิพากษาคดี เช่น<sup>11</sup> คดีพิพาท

<sup>9</sup> 朱羿锟, 中国法概论: Concise Chinese Law, p. 256.

\* คดีแพ่งที่ศาลประชาชนสูงสุดทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้น ได้แก่ คดีแพ่งที่จะส่งผลกระทบต่อทั้งประเทศจีนและคดีที่ศาลประชาชนสูงสุด พิจารณาแล้วเห็นว่า ตนควรทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้น โปรดดูรายละเอียดต่อไปในหัวข้อ 3.1

<sup>9</sup> 张卫平, 民事诉讼法, p. 74.

<sup>10</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China (2017 revision) [Online] accessed June 26, 2019, available from [https://www.pkulaw.com/en\\_law/d33cf017c784876fbdfb.html](https://www.pkulaw.com/en_law/d33cf017c784876fbdfb.html) and <http://www.cicc.court.gov.cn/html/1/219/199/200/644.html>

<sup>11</sup> 朱羿锟, 中国法概论: Concise Chinese Law, p. 254.

เกี่ยวกับทรัพย์สินและความสัมพันธ์ของบุคคลภายใต้กฎหมายแพ่ง คดีเกี่ยวกับการสมรสและความสัมพันธ์ในครอบครัว คดีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางพาณิชย์หรือทางเศรษฐกิจ คดีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางแรงงาน

นอกจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนแล้ว แหล่งที่มาสำคัญอีกประการของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีน คือ คำอธิบายกฎหมายของศาลประชาชนสูงสุดเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ค.ศ. 2015 (最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释)<sup>12</sup> (ซึ่งต่อไปในบทความนี้จะใช้คำว่า คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง) โดยมีจำนวนมาตราทั้งหมด 552 มาตรา จัดได้ว่าเป็นคำอธิบายกฎหมายที่มีจำนวนมาตราที่มากที่สุดในบรรดาคำอธิบายกฎหมายของศาลประชาชนสูงสุด ซึ่งคำอธิบายกฎหมายของศาลประชาชนสูงสุดเป็นการอธิบายประเด็นกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายของศาลประชาชนสูงสุด<sup>13</sup> มีผลผูกพันให้ศาลประชาชนในแต่ละระดับชั้นจะต้องทำการพิจารณาพิพากษาคดีและปฏิบัติตามคำอธิบายกฎหมายของศาลประชาชนสูงสุด<sup>14</sup> จึงอาจถือว่าเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายอย่างหนึ่ง<sup>15</sup> ที่มีลักษณะเป็นคำอธิบายบทบัญญัติของกฎหมาย เป็นส่วนเติมเต็มหรือแม้กระทั่งทำหน้าที่ปิดช่องว่างทางกฎหมายของบทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่<sup>16</sup> เพื่อตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลงทางสังคมและเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นรวดเร็วในประเทศจีน<sup>17</sup>

ในภาพรวมของกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนวางหลักการพื้นฐานไว้จำนวนหนึ่งเพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งทั้งระบบ<sup>18</sup> โดยหลักการสำคัญเกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง ได้แก่

### 2.2.1 หลักการพิจารณาคดีโดยตั้งมั่นบนข้อเท็จจริงและยึดถือกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ตัดสิน

ในการพิจารณาคดีแพ่งของศาลประชาชนนั้น ศาลและผู้พิพากษาจะต้องตั้งมั่นอยู่บนข้อเท็จจริงและยึดถือข้อกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ในการตัดสินคดี<sup>19</sup> อันเป็นหลักเกณฑ์ที่แสดงถึงข้อสรุปการทดสอบเชิงประจักษ์ของประเทศจีนซึ่งมีรากฐานมาจากปรัชญาความคิดของมาร์กซ์-เลนิน (马克思列宁主义; Marxism-Leninism)<sup>20</sup> อันถือเป็นความคิดชั้นนำในระบบสังคมนิยมอันมีเอกลักษณ์แบบจีน

<sup>12</sup> Interpretation of the Supreme People's Court on the Application of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China (2015) [Online] accessed June 26, 2019, available from [https://www.pkulaw.com/en\\_law/82f91c0394dcdc28bdfb.html](https://www.pkulaw.com/en_law/82f91c0394dcdc28bdfb.html)

<sup>13</sup> อาร์ม ตั้งนรินทร์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายจีน, หน้า 115.

<sup>14</sup> Shizhou Wang, *Civil Procedure in China*, p. 25.

<sup>15</sup> Chen Weizuo, *Chinese Civil Procedure and the Conflict of Laws* (Beijing: Tsinghua University Press, 2011), p. 9.

<sup>16</sup> Albert Hung-yee Chen, *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, 4<sup>th</sup> ed. (Hong Kong: Lexis Nexis, 2011), p. 163.

<sup>17</sup> Zhang Xianchu, "The New Round of Civil Law Codification in China," *University of Bologna Law Review* 1, 1 (2016): 109.

<sup>18</sup> Weijian Tang, "The Evolution of the Civil Procedure System of China," *Frontiers of Law in China*, 7, 2 (2012): 204.

<sup>19</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 7.

<sup>20</sup> Weijian Tang, "The Evolution of the Civil Procedure System of China," *Frontiers of Law in China*, 7: 205.

ลัทธิมาร์กซ์-เลนิน เป็นแนวคิดหรือความคิดชั้นนำในระบบสังคมนิยมอันมีเอกลักษณ์แบบจีน เกี่ยวกับการบริหารและปกครองในระบบสังคมนิยมจีนภายใต้การนำของพรรคคอมมิวนิสต์ ซึ่งปรากฏอยู่ในส่วนอารัมภบทของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน โดยลัทธิมาร์กซ์-เลนิน มีจุดกำเนิดจากคาร์ล มาร์กซ์ ที่กล่าวถึงการพัฒนาจากสังคมบุพกาลมาเป็นสังคมคอมมิวนิสต์ รวมไปถึงโครงสร้างความสัมพันธ์พื้นฐานทางเศรษฐกิจและการผลิต และได้ถูกพัฒนาต่อมาโดยวลาดีมีร์ เลนิน ที่ถือว่าพรรคคอมมิวนิสต์มีบทบาทสำคัญในการเป็นผู้นำการปฏิวัติของชนชั้นกรรมาชีพ รายละเอียดโปรดดู Albert Hung-yee Chen, *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, pp. 7-8; อาร์ม ตั้งนรินทร์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายจีน, หน้า 54-57.

## 2.2.2 หลักความเป็นอิสระของตุลาการ

การพิจารณาคดีแพ่งของศาลประชาชนจะต้องพิจารณาพิพากษาคดีบนหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน (中华人民共和国宪法) ได้วางหลักการสำคัญและรับประกันไว้ว่า ภายใต้ข้อบังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศาลประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีแพ่งอย่างเป็นอิสระภายใต้กฎหมาย และหน่วยงานปกครอง องค์กรมหาชน หรือปัจเจกชนอื่นใดก็ไม่อาจแทรกแซงการพิจารณาคดีของศาลประชาชนได้<sup>21</sup> ซึ่งหลักการนี้ได้ถูกรับรองไว้อีกครั้งในมาตรา 6 ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน<sup>22</sup>

## 2.2.3 หลักความซื่อสัตย์และสุจริต

การฟ้องคดีแพ่งจะต้องปฏิบัติตามหลักความซื่อสัตย์และสุจริต<sup>23</sup> ซึ่งหลักความซื่อสัตย์และสุจริตจะบังคับใช้ตลอดทุกกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่งและทุกการกระทำของคู่ความรวมถึงตัวศาลเองด้วย<sup>24</sup> ยกตัวอย่างเช่น ศาลไม่ควรใช้ดุลพินิจส่วนตัวในการตัดสินคดี<sup>25</sup> หรือไม่ควรตัดสินคดีด้วยความรวดเร็วแต่ปราศจากเหตุผล<sup>26</sup> ทั้งบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาคดีแพ่ง เช่น ทนายความของคู่ความ และพยานก็ต้องผูกพันกับหลักความซื่อสัตย์และสุจริตด้วยเช่นกัน<sup>27</sup>

นอกจากนี้ หลักความซื่อสัตย์และสุจริตยังทำหน้าที่อื่นๆ อีกหลายประการ ได้แก่<sup>28</sup> ประการที่หนึ่ง คู่ความในคดีแพ่งมีพันธกรณีที่จะต้องให้การหรือข้อมูลที่เป็นความจริง ประการที่สอง คู่ความจะต้องไม่ใช้กระบวนการพิจารณาคดีทางศาลในการถ่วงเวลาหรือหวังผลลัพท์บางอย่างอันไม่สุจริต ประการที่สามคือ ห้ามคู่ความฟ้องคดีที่ไม่เหมาะสมหรือหวังผลประโยชน์โดยมิชอบ ประการที่สี่นั้น หลักการนี้ทำหน้าที่เป็นหลักกฎหมายปิดปากคู่ความที่กระทำการไม่ซื่อสัตย์สุจริต ประการที่ห้า หลักความซื่อสัตย์และสุจริตเป็นข้อห้ามในการใช้สิทธิทางศาลในทางที่ผิดหรือฟ้องศาลโดยไร้เหตุผล และประการสุดท้าย หลักการนี้บังคับให้คู่กรณีต้องฟ้องคดีภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด

## 2.2.4 หลักความอิสระในการจัดการสิทธิฟ้องร้องคดี

คู่ความมีอิสระที่จะจัดการสิทธิในทางแพ่งและการฟ้องร้องสิทธิไปในทางที่ตนเห็นสมควรภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย<sup>29</sup> เช่น โจทก์สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำฟ้องได้ แต่ในขณะเดียวกันจำเลยก็สามารถรับหรือปฏิเสธคำฟ้องของโจทก์ พร้อมสิทธิที่จะทำการฟ้องร้องโจทก์กลับได้<sup>30</sup>

<sup>21</sup> Constitution of the People's Republic of China (2018 Amendment), art. 131.

<sup>22</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 6.

<sup>23</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 13.

<sup>24</sup> 邵明, 民事诉讼法, 2<sup>nd</sup> ed. (Beijing: China Renmin University Press, 2016), p. 32; Shizhou Wang, *Civil Procedure in China*, p. 29.

<sup>25</sup> 江伟 and 肖建国 (eds.), 民事诉讼法, 8<sup>th</sup> ed. (Beijing: China Renmin University Press, 2018), p. 58.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>27</sup> *Ibid.*; Weijian Tang, "The Evolution of the Civil Procedure System of China," *Frontiers of Law in China*, 7: 207.

<sup>28</sup> 张卫平, 民事诉讼法, pp. 51-53.

<sup>29</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 13.

<sup>30</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 51.

## 2.2.5 หลักความเท่าเทียมกันแห่งสิทธิฟ้องร้องคดี

คู่ความในคดีแพ่งทุกฝ่ายจะมีสิทธิเท่าเทียมระหว่างกัน ซึ่งศาลประชาชนจะต้องดำเนินการสอบสวนพิจารณาโดยรักษาและอำนวยความสะดวกแก่สิทธิของคู่ความพร้อมไปกับการใช้บังคับกฎหมายที่เป็นมาตรฐานเท่าเทียมกันระหว่างคู่ความทุกฝ่าย<sup>31</sup> เพื่อเป็นการการันตีความยุติธรรมของกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่งให้บังเกิดผลขึ้น<sup>32</sup> โดยไม่แบ่งแยกเอื้อประโยชน์ หรือค้ำึงถึงเป็นพิเศษต่อสถานะ เชื้อชาติ เพศ อาชีพ ภูมิหลังทางสังคม ความเชื่อทางศาสนา หรือการศึกษาของคู่ความ<sup>33</sup> และหลักการนี้มาพร้อมกันกับหลักที่ว่า คู่ความย่อมมีสิทธิในการเข้ามาต่อสู้คดีเมื่อคดีแพ่งดังกล่าวได้ทำการฟ้องร้องต่อศาลแล้ว<sup>34</sup>

## 2.2.6 หลักการสำคัญอื่นๆ

นอกจากหลักการสำคัญ 5 หลักข้างต้นแล้ว กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนยังวางหลักการสำคัญอื่นไว้ด้วย คือ หลักการอนุญาตให้ใช้ภาษาของชนชาติพันธุ์ในกระบวนการพิจารณาความแพ่ง<sup>35</sup> หลักการพิจารณาคดีแพ่งที่ตั้งอยู่บนระบบการพิจารณาคดีสองศาลที่ศาลอุทธรณ์เป็นศาลสุดท้าย<sup>36</sup> หลักการกำหนดให้ศาลประชาชนพิจารณาคดีแพ่งเป็นองค์คณะและโดยเปิดเผย<sup>37</sup> และหลักการเรื่องการไกล่เกลี่ยที่ศาลจะต้องไกล่เกลี่ยคู่ความบนฐานของความสมัครใจและความชอบด้วยกฎหมาย<sup>38</sup>

โดยสรุปในส่วนที่ 2 จะเห็นได้ว่า กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนตั้งอยู่บนระบบการพิจารณาคดีแพ่งแบบสองศาลโดยมีศาลสี่ระดับ และการดำเนินการสอบสวนพิจารณาความแพ่งจะอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานหลายประการที่ทำหน้าที่เป็นกรอบกว้างสำหรับระบบพิจารณาคดีแพ่ง โดยในส่วนต่อไปคือส่วนที่ 3 จะได้ทำการศึกษาเขตอำนาจศาล เขตศาล และการฟ้องคดี ซึ่งล้วนเป็นส่วนเริ่มต้นที่สำคัญของกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่ง

## 3. เขตอำนาจศาล เขตศาลและการฟ้องคดี

เขตอำนาจศาล เขตศาล และการฟ้องคดี เป็นส่วนที่สำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน เพราะเกี่ยวข้องกับกระบวนการเริ่มต้นของคดีแพ่งที่โจทก์หรือผู้ร้องทำการฟ้องเข้ามายังศาลประชาชน ซึ่งในส่วนที่ 3 นี้จะได้แยกพิจารณาเป็นสามหัวข้อ คือ หลักการทั่วไปเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล เขตศาลที่รับคำฟ้องหรือคำร้อง และการฟ้องคดี

<sup>31</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 8.

<sup>32</sup> Weijian Tang, "The Evolution of the Civil Procedure System of China," *Frontiers of Law in China*, 7: 205.

<sup>33</sup> Shizhou Wang, *Civil Procedure in China*, p. 27.

<sup>34</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 12.

<sup>35</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 11.

<sup>36</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 10. (ซึ่งได้ศึกษาไปแล้วในหัวข้อ 2.1)

<sup>37</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 10. (ซึ่งจะได้ศึกษาต่อไปในส่วนที่ 4)

<sup>38</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 9. (ซึ่งจะทำการศึกษาเป็นพิเศษในส่วนที่ 5)

### 3.1 หลักการทั่วไปเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล

หากไม่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น โดยปกติศาลประชาชนระดับพื้นฐานจะมีเขตอำนาจและเป็นศาลชั้นต้นสำหรับคดีแพ่ง<sup>39</sup> ตัวอย่างของคดีแพ่งที่ศาลประชาชนระดับพื้นฐานไม่ใช่ศาลชั้นต้น เช่น ศาลประชาชนระดับกลางถือเป็นศาลชั้นต้นที่มีเขตอำนาจเหนือคดีแพ่งพิเศษ ได้แก่<sup>40</sup> คดีแพ่งสำคัญอันเกี่ยวกับองค์ประกอบความเป็นต่างชาติ คดีแพ่งที่ส่งผลกระทบต่ออย่างมีนัยสำคัญต่อพื้นที่ในเขตอำนาจของศาลประชาชนระดับกลาง และคดีแพ่งที่ศาลประชาชนสูงสุดเห็นว่า ศาลประชาชนระดับกลางควรทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้น ในบางกรณีนั้นศาลประชาชนระดับสูงสามารถทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้นได้เช่นกันถ้าคดีแพ่งนั้นจะส่งผลกระทบต่ออย่างมีนัยสำคัญต่อพื้นที่ในเขตอำนาจของศาลประชาชนระดับสูง<sup>41</sup> และแม้กระทั่งศาลประชาชนสูงสุดก็อาจทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้นได้ ถ้าคดีแพ่งดังกล่าวส่งผลกระทบต่อทั้งประเทศจีน หรือกรณีที่ศาลประชาชนสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ศาลประชาชนสูงสุดควรทำหน้าที่พิจารณาคดีแพ่งดังกล่าวเอง<sup>42</sup>

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า โดยปกติแล้ว ศาลประชาชนระดับพื้นฐานจะทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้น หากแต่กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนกำหนดหลักการยึดหยุ่นให้กับศาลประชาชนในระดับสูงกว่าพิจารณาว่า คดีแพ่งใดที่ศาลเหล่านั้นเห็นว่าจะเป็นการไม่เหมาะสมที่จะให้ศาลประชาชนระดับพื้นฐานทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้น หรืออาจเพิ่มความมีประสิทธิภาพในการพิจารณาคดีมากกว่าโดยเฉพาะกรณีที่คดีนั้นจะส่งผลกระทบต่อในวงกว้างแก่พื้นที่รับผิดชอบของศาลประชาชนในระดับสูงกว่า ศาลประชาชนในระดับสูงกว่าจึงอาจพิจารณารับคดีแพ่งนั้นไว้และทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้นแทน

### 3.2 เขตศาลที่รับคำฟ้องหรือคำร้อง

หลักพื้นฐานเกี่ยวกับการฟ้องคดีมีอยู่ว่า ประชาชนจีนผู้เป็นโจทก์จะต้องทำการฟ้องร้องคดีแพ่งไปยังศาลประชาชนที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่<sup>43</sup> หากภูมิลำเนาของจำเลยแตกต่างจากสถานที่ที่จำเลยพำนักอาศัยเป็นประจำ ให้โจทก์ฟ้องร้องคดีไปยัง ณ ศาลประชาชนที่จำเลยพำนักอาศัยเป็นประจำในเขตของศาลนั้น ส่วนการฟ้องร้องคดีนิติบุคคลหรือองค์กรอื่นๆ โจทก์จะต้องฟ้องร้องคดีไปยังศาลประชาชนที่นิติบุคคลนั้นมีภูมิลำเนาอยู่<sup>44</sup> ส่วนกรณีที่มีจำเลยหลายบุคคลในคดีเดียวกัน โจทก์สามารถเลือกฟ้องร้องคดีไปยังศาลประชาชนศาลใดก็ได้ที่จำเลยคนหนึ่งคนใดที่มีภูมิลำเนาหรือที่จำเลยคนหนึ่งคนใดพำนักอาศัยเป็นประจำอยู่ในเขตศาลนั้นๆ<sup>45</sup> ซึ่งหลักการที่ว่าคดีแพ่งส่วนใหญ่ต้องทำการฟ้องร้องที่ศาลประชาชนซึ่งยึดภูมิลำเนาและการพำนักอาศัยของจำเลยเป็นสำคัญ มีผู้เห็นว่าสาธารณรัฐประชาชนจีนยึดรูปแบบการฟ้องคดีแบบโจทก์อำนาจจำเลย<sup>46</sup> โดยเฉพาะประเทศจีนที่มีอาณาเขตกว้างใหญ่มาก การกำหนดให้โจทก์ต้องไปฟ้องร้องคดีแพ่งยังสถานที่ที่จำเลยมีภูมิลำเนาหรือที่

<sup>39</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 17.

<sup>40</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 18.

<sup>41</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 19.

<sup>42</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 20.

<sup>43</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 21 para. 1.

<sup>44</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 21 para. 2.

<sup>45</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 21 para. 3.

<sup>46</sup> 朱羿锟, 中国法概论: Concise Chinese Law, p. 257.

จำเลยพยานกาศัยเป็นประจำซึ่งอาจจะต้องใช้เวลาเดินทางเป็นวันๆ ย่อมสร้างความลำบากพอสมควรแก่โจทก์ และในทางกลับกันได้อำนวยความสะดวกระดับหนึ่งแก่จำเลย

ทว่า ในกรณีที่เป็นการฟ้องร้องคดีแพ่งที่มีข้อเท็จจริงบางอย่าง เช่น คดีแพ่งเกี่ยวกับสถานะของบุคคลที่โจทก์มีข้อพิพาทกับบุคคลที่ได้พักอาศัยอยู่ในประเทศจีน หรือคดีแพ่งเกี่ยวกับสถานะของบุคคลที่บุคคลดังกล่าวไม่สามารถทราบได้ว่าอยู่ที่ใดหรือได้มีการประกาศว่าเป็นบุคคลสาบสูญ หรือคดีแพ่งที่พิพาทกับบุคคลที่จำคุกอยู่ คดีแพ่งเหล่านี้ให้ทำการฟ้องร้องไปยังศาลประชาชนที่โจทก์มีภูมิลำเนา หรือในกรณีที่ภูมิลำเนากับสถานที่พำนักอาศัยต่างกันให้โจทก์ฟ้องร้องไปยังศาลประชาชนที่โจทก์พำนักอาศัยเป็นประจำในเขตของศาลนั้น<sup>47</sup>

อย่างไรก็ดี เนื่องจากข้อพิพาทเกี่ยวกับคดีแพ่งเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลากหลายลักษณะไม่ว่าจะเป็นกฎหมายสัญญา กฎหมายทรัพย์สินสิทธิ กฎหมายละเมิด ฯลฯ และการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ไม่ยืดหยุ่น บังคับให้โจทก์ฟ้องร้องคดีส่วนใหญ่ ณ ภูมิลำเนาหรือที่พำนักอาศัยเป็นประจำของจำเลย ย่อมสร้างความไม่สะดวกหรือลดทอนประสิทธิภาพของการพิจารณาคดีในหลายกรณี กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนจึงกำหนดข้อยกเว้นหรือเพิ่มเติมเลือกในการฟ้องร้องคดีแพ่งแยกไปตามลักษณะและข้อเท็จจริงของคดีแพ่งต่างๆ เช่น

- ก. กรณีพิพาทกันบนมูลคดีอันเกิดจากสัญญา ให้โจทก์ฟ้องร้องไปยังศาลประชาชนที่จำเลยมีภูมิลำเนาหรือ ณ สถานที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา<sup>48</sup>
- ข. กรณีคดีแพ่งที่มีข้อพิพาทอันเกิดจากมูลคดีสัญญาประกันภัยให้ทำการฟ้องร้องคดีพิพาทไปยังศาลประชาชนที่จำเลยมีภูมิลำเนา หรือที่ที่วัตถุแห่งการเอาประกันภัยอันเสียหายนั้นตั้งอยู่<sup>49</sup>
- ค. กรณีพิพาทกันบนมูลคดีอันเกี่ยวกับการก่อตั้งบริษัท คุณสมบัติของผู้ถือหุ้น การแจกจ่ายกำไร หรือการเลิกบริษัท ให้ทำการฟ้องคดีไปยังศาลประชาชนที่บริษัทนั้นตั้งอยู่<sup>50</sup> ซึ่งคำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฯ ยังได้อธิบายเพิ่มเติมให้รวมถึงการฟ้องคดีอื่นๆ เกี่ยวกับบริษัท เช่น การจดทะเบียนผู้ถือหุ้น การเพิ่มทุนหรือลดทุน<sup>51</sup>
- ง. กรณีพิพาทเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ให้ทำการฟ้องร้องคดีไปยังศาลประชาชนที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่<sup>52</sup>
- จ. กรณีพิพาทเกี่ยวกับละเมิด โจทก์ต้องฟ้องร้องไปยังศาลประชาชนที่การกระทำละเมิดนั้นเกิดขึ้น หรือ ณ ศาลประชาชนที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่<sup>53</sup> ทั้งนี้ สถานที่ที่การกระทำละเมิดนั้นเกิดขึ้นให้หมายความรวมถึงสถานที่ที่มีการกระทำละเมิดนั้นและสถานที่ที่ผลของละเมิดนั้นเกิดขึ้น<sup>54</sup>

<sup>47</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 22.

<sup>48</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 23.

<sup>49</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 24.

<sup>50</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 26.

<sup>51</sup> Interpretation of the Supreme People's Court on the Application of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 22.

<sup>52</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 33 (1).

<sup>53</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 28.

<sup>54</sup> Interpretation of the Supreme People's Court on the Application of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 24.

ฉ. กรณีพิพาทเกี่ยวกับมรดกให้ทำการฟ้องร้องไปยังศาลประชาชนที่เจ้ามรดกมีภูมิลำเนาอยู่ก่อนเสียชีวิต หรือ ณ ศาลประชาชนที่ทรัพย์สินมรดกส่วนหลักตั้งอยู่<sup>55</sup>

ในกรณีที่ศาลประชาชนหลายศาลมีเขตอำนาจเหนือคดีแพ่งดังกล่าว ให้โจทก์ฟ้องร้องคดีไปยังศาลใดศาลหนึ่ง และถ้าโจทก์ฟ้องคดีไปยังศาลประชาชนหลายศาล ให้ศาลแรกที่รับลงทะเบียนคดีเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาตัดสิน<sup>56</sup>

นอกจากนี้ ในกรณีที่ศาลประชาชนพบว่า คดีแพ่งดังกล่าวอยู่นอกเขตอำนาจของตน ให้ศาลประชาชนดังกล่าวโอนคดีไปยังศาลประชาชนที่มีเขตอำนาจ แต่หากศาลประชาชนที่ได้รับโอนคดีมาเห็นว่าตามกฎหมายแล้ว คดีดังกล่าวมีได้้อยู่ภายใต้เขตอำนาจของตน ศาลนั้นจะต้องรายงานไปยังศาลประชาชนในระดับสูงกว่า เพื่อให้ศาลประชาชนในระดับสูงกว่าพิจารณาว่า คดีดังกล่าวจะอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาตัดสินของศาลใด<sup>57</sup>

### 3.3 การฟ้องคดี

การฟ้องคดีแพ่งจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 4 ประการ กล่าวคือ<sup>58</sup> ประการที่หนึ่ง โจทก์ต้องเป็นพลเมือง นิติบุคคล และองค์กรต่างๆ ที่มีผลประโยชน์โดยตรงในคดี ประการที่สอง จะต้องมิตัวจำเลยที่แน่นอนชัดเจน ประการที่สาม ต้องมีการเรียกร้องสิทธิที่ละเอียดเป็นรูปธรรม หรือมีสิทธิเรียกร้อง ข้อเท็จจริงและเหตุผล หรือมีเหตุผลสำหรับการฟ้องร้อง และประการสุดท้าย การฟ้องร้องคดีต้องอยู่ภายในขอบเขตของคดีแพ่งโดยศาลประชาชนและภายในเขตอำนาจของศาลประชาชนที่โจทก์ได้ทำการฟ้องร้อง

สำหรับคู่ความในคดีแพ่งนั้น บุคคลที่จะเข้ามาเป็นคู่ความในคดีแพ่งอาจเป็นได้ทั้งพลเมือง นิติบุคคล และองค์กรต่างๆ<sup>59</sup> โดยคู่ความมีสิทธิที่จะแต่งตั้งตัวแทนสำหรับดำเนินกระบวนการพิจารณาตัดสินศาลตนเองได้<sup>60</sup> อีกทั้งกฎหมายยังอนุญาตเป็นพิเศษให้กลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือองค์กรที่กฎหมายกำหนดสามารถฟ้องร้องคดีต่อศาลประชาชนเกี่ยวกับมลพิษทางสิ่งแวดล้อม การสร้างความเสียหายต่อสิทธิและประโยชน์ที่ได้รับการรับรองของผู้บริโภค หรือการกระทำใดๆ ที่บ่อนทำลายสิ่งแวดล้อมและประโยชน์สาธารณะ<sup>61</sup>

ในภาพรวมเกี่ยวกับการฟ้องคดีนั้น โจทก์ต้องยื่นคำฟ้อง (诉状; statement of complaint) เป็นลายลักษณ์อักษร<sup>62</sup> มีรายละเอียดครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดเกี่ยวกับข้อมูลรายละเอียดของโจทก์ ข้อมูลรายละเอียดของจำเลย ข้อเรียกร้องของโจทก์ที่จะทำการฟ้องร้องจำเลยพร้อมข้อเท็จจริงและเหตุผล และหลักฐานพร้อมแหล่งที่มา รวมไปถึงชื่อและที่อยู่ของพยาน<sup>63</sup> เว้นแต่กรณีที่เป็นการยุ่งยากสำหรับโจทก์ที่จะทำคำฟ้องเป็น

<sup>55</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 33 (3).

<sup>56</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 35.

<sup>57</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 36.

<sup>58</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 119.

<sup>59</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 48.

<sup>60</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 49.

<sup>61</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 55.

<sup>62</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 121.

<sup>63</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 121.

ลายลักษณ์อักษร โจทก์อาจทำคำฟ้องด้วยวาจาต่อศาล แล้วศาลจะบันทึกข้อความดังกล่าวไว้เพื่อแจ้งต่อคู่ความฝ่ายตรงข้ามต่อไป<sup>64</sup> โดยศาลประชาชนจะมีเวลา 7 วันในการพิจารณาคดีเพื่อรับและบันทึกคดีลงทะเบียนของศาล และแจ้งคู่ความที่เกี่ยวข้อง หรือจะออกคำสั่งปฏิเสธคำฟ้องถ้าคำฟ้องไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>65</sup> ในกรณีที่รับคำฟ้องและบันทึกคดีลงทะเบียนแล้ว ศาลประชาชนจะต้องส่งสำเนาคำฟ้องให้จำเลยภายใน 5 วัน ส่วนจำเลยหรือคู่ความฝ่ายตรงข้ามมีเวลา 15 วันในการทำคำให้การ (答辩状; statement of defense) และส่งให้ศาล ซึ่งหลังจากศาลได้รับแล้ว ศาลจะต้องส่งสำเนาคำให้การของจำเลยหรือคู่ความฝ่ายตรงข้ามแก่โจทก์<sup>66</sup>

อย่างไรก็ดี สาธารณรัฐประชาชนจีนไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการฟ้องคดีแบบกลุ่ม (集团诉讼; class action) จะมีก็แต่เพียงการดำเนินคดีร่วมกัน (共同诉讼; joint action) ในกรณีที่คู่ความฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายประกอบไปด้วยบุคคลหลายคนมีกรณีพิพาทที่มีสาระสำคัญเป็นเรื่องเดียวกันหรือลักษณะเดียวกัน ซึ่งคู่ความทุกฝ่ายยินยอมและศาลประชาชนเห็นว่าสามารถรวมการพิจารณาเป็นคดีเดียวกันได้<sup>67</sup> หากบุคคลใดในฝ่ายคู่ความฝ่ายหนึ่งปฏิบัติการกระทำสิ่งใดอันเป็นสาระสำคัญเกี่ยวข้องกับสิทธิและหนี้อันมีร่วมกันระหว่างที่ดำเนินคดีร่วมกันอยู่ การกระทำดังกล่าวย่อมผูกพันกับบุคคลอื่นๆ ในฝ่ายคู่ความนั้นๆ ด้วย<sup>68</sup> และหากคู่ความฝ่ายใดมีบุคคลประกอบกันจำนวนมาก (จำนวนสิบบุคคลหรือมากกว่านั้น)<sup>69</sup> คู่ความดังกล่าวสามารถคัดเลือกบุคคลใดในฝ่ายของตนขึ้นเป็นตัวแทนปฏิบัติการแทนทุกคนในคดีได้ และการกระทำของบุคคลผู้เป็นตัวแทนย่อมผูกพันคู่ความฝ่ายที่บุคคลดังกล่าวเป็นตัวแทนอยู่ หากแต่กรณีบางอย่าง เช่น การแก้ไขหรือสละสิทธิเรียกร้อง การประนีประนอมยอมความ ตัวแทนของฝ่ายจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ความในฝ่ายเดียวกันเสียก่อนจึงจะเกิดผลผูกพัน<sup>70</sup>

โดยสรุปในส่วนที่ 3 จะเห็นได้ว่า โดยทั่วไปศาลประชาชนระดับพื้นฐานจะมีเขตอำนาจและเป็นศาลชั้นต้นสำหรับคดีแพ่ง และหลักพื้นฐานเกี่ยวกับการฟ้องคดีแพ่งมีอยู่ว่า การฟ้องคดีแพ่งจะต้องประกอบครบตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด และเริ่มต้นด้วยการที่โจทก์ทำคำฟ้องไปยังศาลประชาชนที่จำเลยมีภูมิลำเนาหรือที่จำเลยพำนักอาศัยอยู่เป็นประจำ หากแต่กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนกำหนดข้อยกเว้นไว้บางประการให้ศาลประชาชนในระดับที่สูงกว่าอาจทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้นได้ และการฟ้องคดีก็มีข้อยกเว้นที่คดีแพ่งหลายประเภทไม่ได้เริ่มฟ้องร้องที่ศาลประชาชนที่จำเลยมีภูมิลำเนาหรือที่จำเลยพำนักอาศัยอยู่เป็นประจำ โดยในส่วนต่อไป คือ ส่วนที่ 4 จะได้ศึกษากระบวนการพิจารณาคดีแพ่งโดยทั่วไป อันเป็นช่วงเวลาภายหลังจากที่คดีแพ่งได้ถูกฟ้องร้องมายังศาลแล้ว

<sup>64</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 120 para. 2.

<sup>65</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 123.

<sup>66</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 125.

<sup>67</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 52.

<sup>68</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 52 para. 2.

<sup>69</sup> Interpretation of the Supreme People's Court on the Application of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 75.

<sup>70</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 53.

## 4. กระบวนการพิจารณาคดีแพ่งโดยทั่วไป

ภายหลังจากที่คดีแพ่งได้ถูกฟ้องร้องมาศาลแล้ว ศาลจะดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งและทำคำพิพากษาคัดสินคดี ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ช่วงสำคัญ คือ กระบวนการพิจารณาคดีในศาลชั้นต้น กระบวนการพิจารณาคดีในศาลชั้นอุทธรณ์ และการตรวจสอบกระบวนการพิจารณาคดี

### 4.1 กระบวนการพิจารณาคดีในศาลชั้นต้น

#### 4.1.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดี

ศาลชั้นต้นจะต้องพิจารณาคดีแพ่งโดยองค์คณะ (合议制, 合议庭; panel hearing and collegiate bench) ซึ่งประกอบด้วยผู้พิพากษาและผู้เชี่ยวชาญที่ให้คำปรึกษาต่อศาล หรืออาจจะเป็นองค์คณะที่ประกอบด้วยผู้พิพากษาเพียงอย่างเดียวก็ได้ โดยองค์คณะจะต้องประกอบด้วยบุคคลเป็นจำนวนเลขที่<sup>71</sup> แต่หากเป็นคดีที่ทำการพิจารณาแบบรวบรัด (简易程序; summary procedure) ผู้พิพากษาเพียงคนเดียวสามารถทำการพิจารณาคดีได้เอง<sup>72</sup> ทั้งนี้ หลักการเรื่องพิจารณาคดีองค์คณะที่ประกอบด้วยบุคคลจำนวนเลขที่ ใช้บังคับกับการพิจารณาคดีที่มีการอุทธรณ์ขึ้นไปยังศาลระดับชั้นที่สูงกว่าศาลชั้นต้นเช่นเดียวกัน<sup>73</sup> โดยการพิจารณาคัดสินคดีของศาลประชาชนจะถือหลักเสียงข้างมาก<sup>74</sup> และตั้งอยู่บนหลักการแห่งความยุติธรรมและตามกฎหมาย<sup>75</sup>

โดยหลักแล้ว การพิจารณาคดีแพ่งต้องกระทำโดยเปิดเผย (公开进行; public trial) เว้นแต่เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับความลับของรัฐ หรือสิทธิส่วนบุคคล หรือมีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้เป็นพิเศษให้มีต้องกระทำการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย<sup>76</sup> ซึ่งการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยที่อนุญาตให้ประชาชนเข้ามารับฟัง ยังรวมถึงสื่อและนักข่าวสามารถเข้ามารับชมและเผยแพร่รายงานได้<sup>77</sup> เป็นการสร้างโอกาสในการตรวจสอบการปฏิบัติงานของศาลประชาชน<sup>78</sup> และเปิดโอกาสให้ประชาชนทั่วไปได้เรียนรู้เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย<sup>79</sup>

นอกจากนี้ กรณีของการพิจารณาคดีแพ่งทั่วไป ศาลประชาชนจะต้องตัดสินคดีให้เสร็จสิ้นภายใน 6 เดือนนับจากวันที่ได้รับคดีไว้ในระบบทะเบียนคดีของศาล ซึ่งสามารถยืดระยะเวลาต่อไปได้อีก 6 เดือนหากมีพฤติการณ์พิเศษที่จำเป็นจะต้องยืดระยะเวลาพิจารณาคดีและได้รับการอนุมัติจากประธานศาล กรณีจำเป็นต้องยืดระยะเวลาออกไปหลังจากนั้นอีก ให้ศาลทำการขออนุมัติไปยังศาลประชาชนในระดับที่สูงกว่า<sup>80</sup> ซึ่งหลักเกณฑ์ระยะเวลาจำกัดในการพิจารณาคดี (รวมถึงหลักเกณฑ์ที่ทำให้เกิดความสะดวกรวดเร็วกว่า เช่น การอนุญาตให้ฟ้องคดีด้วยวาจาได้) เกิดจากจุดมุ่งหมายของรัฐที่จะทำให้การระงับข้อพิพาทด้วยการฟ้องคดีไม่ยุ่งยากจนเกินไป

<sup>71</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 39.

<sup>72</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 39 para. 2.

<sup>73</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 40.

<sup>74</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 42.

<sup>75</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 43.

<sup>76</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 134.

<sup>77</sup> Shizhou Wang, *Civil Procedure in China*, p. 27.

<sup>78</sup> 朱羿锟, *中国法概论: Concise Chinese Law*, p. 253.

<sup>79</sup> Shizhou Wang, *Civil Procedure in China*, p. 27.

<sup>80</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 149.

มีต้นทุนที่ไม่สูง และลดระยะเวลาการพิจารณาคดีให้น้อยลง<sup>81</sup>

#### 4.1.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำพิพากษา

คำพิพากษาจะต้องแสดงผลลัพธ์ของการตัดสินและสาเหตุ ทั้งยังต้องมีรายละเอียดที่กฎหมายกำหนด เช่น ข้อเท็จจริงและเหตุพิพาท ข้อกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดี ผลลัพธ์ของคำพิพากษาและผู้ที่รับภาระค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น ตลอดจนศาลที่สามารถรับอุทธรณ์คดีนี้ รวมถึงระยะเวลาที่สามารถอุทธรณ์คดีได้<sup>82</sup> ซึ่งคำพิพากษาที่ต้องห้ามอุทธรณ์ตามกฎหมายหรือมิได้ทำการอุทธรณ์ภายในระยะเวลาที่กำหนดย่อมถือว่า มีผลบังคับใช้ตามกฎหมายและมีผลเป็นที่สิ้นสุด<sup>83</sup>

#### 4.2 กระบวนการพิจารณาคดีในศาลชั้นอุทธรณ์

ดังที่ได้กล่าวมาตอนต้นว่าสาธารณรัฐประชาชนจีนใช้ระบบการพิจารณาคดีแพ่งสองศาล คือ ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ ซึ่งศาลอุทธรณ์ก็คือศาลประชาชนในระดับที่สูงกว่าศาลชั้นต้น และคู่ความจะมีสิทธิอุทธรณ์ได้เพียงครั้งเดียว<sup>84</sup> หากคู่ความปฏิเสธหรือไม่ยอมรับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น คู่ความสามารถอุทธรณ์คำพิพากษาไปยังศาลในระดับที่สูงกว่าศาลชั้นต้นภายใน 15 วันนับตั้งแต่วันที่ได้รับคำพิพากษาอันเป็นลายลักษณ์อักษร<sup>85</sup> ศาลประชาชนที่ทำหน้าที่เป็นศาลอุทธรณ์จะต้องทบทวนข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องและการปรับบทข้อกฎหมายในคดีแพ่งที่ถูกอุทธรณ์ขึ้นมา<sup>86</sup> ทำให้บทบาทของศาลอุทธรณ์เป็นทั้งผู้ที่ทำการพิจารณาทั้งประเด็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย รวมไปถึงตรวจสอบกำกับการทำงานของศาลชั้นต้นในเวลาเดียวกัน<sup>87</sup>

ทั้งนี้ ศาลอุทธรณ์อาจจะตั้งองค์คณะขึ้นดำเนินการพิจารณาคดี หรืออาจเลือกที่จะไม่ดำเนินการพิจารณาคดีก็ได้ หากได้มีการตรวจสอบ สืบสวนและซักถามคู่ความแล้วตัวศาลอุทธรณ์เห็นว่า ไม่มีข้อเท็จจริง พยานหลักฐาน หรือเหตุเพิ่มเติมใหม่<sup>88</sup> ที่ศาลอุทธรณ์จำเป็นจะต้องดำเนินการพิจารณาคดี

ภายหลังจากพิจารณาคดีอุทธรณ์แล้ว ศาลอุทธรณ์สามารถตัดสินคดีได้ 4 ทาง คือ<sup>89</sup>

- ก. ถ้าคำพิพากษาของศาลชั้นต้นมีข้อเท็จจริงที่ชัดเจนและการปรับใช้กฎหมายถูกต้อง ศาลอุทธรณ์จะยกอุทธรณ์นั้นเสียและพิพากษายืนตามศาลชั้นต้น
- ข. ถ้าคำพิพากษาศาลชั้นต้นนั้น ทั้งข้อเท็จจริงและการปรับใช้กฎหมายไม่ถูกต้องทั้งสอง ศาลอุทธรณ์จะทำการแก้ไข กลับ หรือเปลี่ยนแปลงคำพิพากษานั้น

<sup>81</sup> Vailo Lo, "Resolution of Civil Disputes in China," *Pacific Basin Law Journal* 18, 2 (2000): 154.

<sup>82</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 152.

<sup>83</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 155.

<sup>84</sup> 朱羿锟, *中国法概论: Concise Chinese Law*, p. 270.

<sup>85</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 164.

<sup>86</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 168.

<sup>87</sup> Shizhou Wang, *Civil Procedure in China*, p. 34.

<sup>88</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 169.

<sup>89</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 170.

- ค. ถ้าคำพิพากษาศาลชั้นต้นมีข้อเท็จจริงที่ไม่ชัดเจน ศาลอุทธรณ์อาจมีคำสั่งให้ยกเลิกคำพิพากษาศาลชั้นต้น ส่งคดีกลับไปให้ศาลชั้นต้นทำการพิจารณาใหม่ หรือศาลอุทธรณ์อาจแก้ไขคำพิพากษานั้นหลังจากได้มีการสอบสวนและค้นหาข้อเท็จจริงแล้ว
- ง. ถ้าในขณะที่ทำคำพิพากษา เกิดกรณีฝ่าฝืนกระบวนการพิจารณาทางกฎหมายอย่างร้ายแรง เช่น มีการทำคำพิพากษาโดยปราศจากการปรากฏตัวของคู่ความที่เกี่ยวข้องหรือคำพิพากษาที่เกิดข้อผิดพลาดนั้นต้องห้ามตามกฎหมาย ศาลอุทธรณ์จะยกเลิกคำพิพากษาศาลชั้นต้นและส่งคดีย้อนคืนให้ศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่

โดยคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ถือเป็นที่สุด<sup>90</sup>

ทั้งนี้ ระยะเวลาในการพิจารณาคดีของศาลอุทธรณ์จะต้องไม่เกิน 3 เดือนนับแต่วันที่คดีได้เข้าสู่ระบบทะเบียนของศาลอุทธรณ์ ซึ่งสามารถยืดระยะเวลาต่อไปได้อีก 6 เดือนหากมีพฤติการณ์พิเศษที่จำเป็นจะต้องยืดระยะเวลาพิจารณาคดีและได้รับการอนุมัติจากประธานศาล<sup>91</sup>

### 4.3 การตรวจสอบกระบวนการพิจารณาคดี

ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำพิพากษา (审判监督程序; procedure for trial supervision) ถือเป็นกระบวนการพิจารณาหนึ่งซึ่งเป็นเอกลักษณ์ของระบบกฎหมายจีน<sup>92</sup> ซึ่งผู้ที่สามารถตรวจสอบกระบวนการพิจารณาคดีของศาลและยื่นให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตัดสินคดีใหม่มีด้วยกัน 3 กลุ่ม คือ ศาลประชาชน คู่ความในคดี และอัยการประชาชน

#### 4.3.1 ศาลประชาชน

กรณีนี้เป็นการที่ศาลประชาชนเริ่มต้นกระบวนการตรวจสอบด้วยตนเอง หากประธานศาลประชาชนในแต่ละระดับชั้นศาลเห็นข้อผิดพลาดในคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้ว (缺席判决; default judgment) และพิจารณาว่ามีเหตุอันสมควรที่จะต้องดำเนินการพิจารณาคดีใหม่ ประธานศาลอาจยื่นคำพิพากษาดังกล่าวให้คณะกรรมการพิจารณาคดี (审判委员会; judicial committee) เพื่อพิจารณาและตัดสิน<sup>93</sup> ว่า เห็นสมควรมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตัดสินคดีใหม่หรือไม่ ในขณะที่เดียวกันหากศาลประชาชนสูงสุดพบข้อผิดพลาดในคำพิพากษาที่ถึงที่สุดของศาลประชาชนหรือศาลประชาชนในระดับสูงกว่าศาลที่ทำคำพิพากษาที่ถึงที่สุดได้พบข้อผิดพลาดในคำพิพากษาดังกล่าว ทั้งศาลประชาชนสูงสุดและศาลประชาชนในระดับสูงกว่าต่างก็มีอำนาจที่จะนำคดีขึ้นพิจารณาด้วยตัวของศาลนั้นๆ เองหรือจะส่งให้ศาลในระดับต่ำกว่าดำเนินการพิจารณาคดีตัดสินคดีใหม่

<sup>90</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 175.

<sup>91</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 176.

<sup>92</sup> Shizhou Wang, *Civil Procedure in China*, p. 104.

<sup>93</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 198.

คณะกรรมการพิจารณาคดีเป็นองค์กรหรือหน่วยงานภายในศาลแต่ละศาล โดยมีประธานศาลเป็นผู้รับผิดชอบ ทำหน้าที่ในการให้คำแนะนำเกี่ยวกับกิจการยุติธรรมของศาลทำงานธุรการและระบบงานในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งคณะกรรมการพิจารณาคดียังมีหน้าที่สำคัญในการอภิปรายและให้ข้อสรุปเกี่ยวกับการพิจารณารวมถึงการทำคำพิพากษาในบางคดี รวมไปถึงหน้าที่ในการตรวจสอบกระบวนการพิจารณาคดีด้วย โปรดดู 王亚新, 陈杭平, and 刘君博, *中国民事诉讼法重点建议* (Beijing: Higher Education Press, 2017), p. 60.

แทนก็ได้<sup>94</sup> ด้วยเหตุนี้ การตรวจสอบกระบวนการพิจารณาตีแพ่งโดยศาลประชาชนจึงอาจเกิดขึ้นได้โดยการริเริ่มของศาล 3 กลุ่ม คือ ศาลประชาชนในแต่ละระดับชั้นศาลนั่นเอง ศาลประชาชนในระดับที่สูงกว่าหนึ่งระดับของศาลก่อนหน้า และศาลประชาชนสูงสุด

#### 4.3.2 คู่ความในคดี

หากคู่ความในคดีเชื่อว่า มีความผิดพลาดในคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว คู่ความอาจยื่นคำร้องให้ศาลประชาชนในระดับสูงกว่าเพื่อดำเนินการพิจารณาคัดสินคดีใหม่ได้<sup>95</sup> โดยคำร้องของคู่ความจะต้องแสดงความผิดพลาดของคำพิพากษาหรือมีเหตุอันควรบางอย่างสำหรับการพิจารณาคัดสินคดีใหม่ตามที่กฎหมายได้ระบุไว้จำนวน 13 ประเภทในมาตรา 200 ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน<sup>96</sup> เช่น คู่ความมีพยานหลักฐานใหม่ที่เพียงพอจะกลับคำพิพากษาเดิมได้ หรือพยานหลักฐานสำคัญสำหรับข้อเท็จจริงในคำพิพากษาเดิมนั้นเป็นพยานหลักฐานเท็จ

#### 4.3.3 สำนักงานอัยการประชาชน

สำนักงานอัยการประชาชน (人民检察院; People's Procuratorates) เป็นองค์กรในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ที่ได้รับอำนาจในการตรวจสอบการบังคับใช้กฎหมาย<sup>97</sup> ซึ่งถูกรับรองอีกครั้งในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนว่า อัยการประชาชนมีอำนาจในการตรวจสอบการบังคับใช้กฎหมายในคดีแพ่ง<sup>98</sup> ด้วยเหตุนี้ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนจึงมอบอำนาจให้สำนักงานอัยการประชาชนสามารถตรวจสอบกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลได้ในรูปแบบของการร้องขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีใหม่ หากมีกรณีที่สำนักงานอัยการประชาชนสูงสุดพบข้อผิดพลาดในคำพิพากษาที่ถึงที่สุดที่ประเด็นที่ระบุไว้ในมาตรา 200 หรือสำนักงานอัยการประชาชนในระดับที่สูงกว่าศาลประชาชนที่ทำคำพิพากษาดังกล่าวพบข้อผิดพลาดแบบเดียวกัน หรือพบว่า ข้อตกลงเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยประนีประนอมยอมความที่ทำขึ้นเป็นภัยอันตรายต่อผลประโยชน์ของชาติ หรือเป็นอันตรายต่อสังคมและประโยชน์สาธารณะ ทั้งสองสำนักงานอัยการนั้นสามารถทำข้อคัดค้านยื่นฟ้องไปยังศาลประชาชนได้<sup>99</sup>

ทั้งนี้ สำนักงานอัยการประชาชนในระดับเดียวกันกับศาลประชาชนที่ทำคำพิพากษาที่ผิดพลาดเกี่ยวข้องกับประเด็นที่ระบุไว้ในมาตรา 200 หรือพบว่า ข้อตกลงเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยประนีประนอมยอมความที่ทำขึ้นเป็นภัยอันตรายต่อผลประโยชน์ของชาติหรือเป็นอันตรายต่อสังคมและประโยชน์สาธารณะ สำนักงานอัยการประชาชนดังกล่าวสามารถยื่นข้อเสนอแนะให้ศาลประชาชนในระดับเดียวกันและรายงานต่อสำนักงานอัยการประชาชนในระดับสูงกว่าเพื่อบันทึกข้อมูล หรือเพื่อร้องขอให้สำนักงานอัยการประชาชนในระดับสูงกว่าทำข้อ

<sup>94</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 198 para. 2.

<sup>95</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 199.

<sup>96</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 200.

<sup>97</sup> Constitution of the People's Republic of China, art. 134.

<sup>98</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 14.

<sup>99</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 208.

คัดค้านขึ้นไปยังศาลประชาชนในระดับเดียวกันกับสำนักงานอัยการประชาชนในระดับสูงกว่าดังกล่าว<sup>100</sup>

จะเห็นได้ว่า กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนให้ความสำคัญกับระบบการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำพิพากษาและกระบวนการพิจารณาคดีของศาลประชาชน และถือเป็นกระบวนการพิจารณาอันเป็นเอกลักษณ์อย่างหนึ่งของระบบกฎหมายจีน<sup>101</sup> โดยกำหนดผู้ที่อาจริเริ่มให้เกิดการตรวจสอบไว้ถึงสามประเภท ทั้งองค์กรศาลประชาชนเองที่ทำหน้าที่พิจารณาคัดสินคดีเอง คู่ความในคดีแพ่งซึ่งมีส่วนได้เสียโดยตรงกับผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการพิจารณาคดีแพ่ง และลักษณะพิเศษของระบบกฎหมายจีนที่เพิ่มองค์การกำกับตรวจสอบการใช้กฎหมายของประเทศอย่างสำนักงานอัยการประชาชนเข้ามาตรวจสอบการใช้กฎหมายในคดีแพ่งของศาลประชาชน อันแสดงให้เห็นถึงความพยายามของประเทศจีนที่จะลดความผิดพลาดของการตัดสินคดี หรือต้องการให้เกิดการตรวจสอบถ่วงดุลและร่วมมือกันระหว่างสององค์กรสำคัญอย่างศาลประชาชนและอัยการประชาชนที่มีลำดับศักดิ์และอำนาจขององค์กรในระนาบเดียวกันตามรัฐธรรมนูญ

โดยสรุปในส่วนที่ 4 นี้ การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีแพ่งของศาลประชาชนสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ช่วงสำคัญ คือ กระบวนการพิจารณาคดีในศาลชั้นต้น ซึ่งขั้นตอนสุดท้ายในขั้นนี้คือการที่ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาคดีต่อกับกระบวนการพิจารณาคดีในศาลชั้นอุทธรณ์ซึ่งเริ่มต้นขึ้นเมื่อคู่ความทำการยื่นอุทธรณ์และจบลงเมื่อศาลชั้นอุทธรณ์มีคำพิพากษา และสุดท้ายคือการตรวจสอบกระบวนการพิจารณาคดี ซึ่งอาจเริ่มกระบวนการได้โดยบุคคล 3 กลุ่ม คือ ศาลประชาชน คู่ความในคดี และอัยการประชาชน

ในส่วนต่อไป คือ ส่วนที่ 5 จะทำการศึกษาเรื่องการไต่เถียงซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่ในสายตาของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนเห็นว่าพิเศษและสำคัญ อันจะเห็นได้ชัดเจนจากการที่หลักในเรื่องนี้ได้รับการบัญญัติไว้เป็นจำนวนหลายมาตรา

## 5. หลักการพิเศษเรื่องการไต่เถียงในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

การไต่เถียง (調解) เพื่อระงับข้อพิพาททางแพ่งเป็นอีกสิ่งหนึ่งที่สะท้อนเจตนารมณ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนว่า ในสายตาของกฎหมายและผู้ออกกฎหมาย ต้องการให้การไต่เถียงเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทหลักในคดีแพ่งควบคู่ไปกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งตามปกติ โดยจุดมุ่งหมายของการไต่เถียงคือการสร้างความเรียบง่ายและรวดเร็วของกระบวนการพิจารณาคดีพร้อมกับกับช่วยเหลือให้คู่ความหลีกเลี่ยงการสูญเสียความรู้สึกที่จะเกิดขึ้นหลังจากฟ้องร้องคดี<sup>102</sup>

หลักการไต่เถียงปรากฏทั่วไปในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนโดยถือเป็นหลักการพื้นฐานว่าในระหว่างการพิจารณาคัดสินคดีแพ่ง ศาลประชาชนสามารถดำเนินการไต่เถียงบนฐานของกฎหมายและความสนใจของคู่ความ ในกรณีที่ศาลทำการไต่เถียงไม่สำเร็จ ศาลจะต้องพิจารณาพิพากษาคดี

<sup>100</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 208 para. 3.

<sup>101</sup> Shizhou Wang, *Civil Procedure in China*, p. 104.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 28.

ต่อไปโดยไม่ชักช้า<sup>103</sup> โดยหมวด 8 ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน มาตรา 93-99 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ยไว้อย่างครอบคลุม เริ่มที่มาตรา 93 กำหนดให้ในระหว่างการพิจารณา คดีแพ่ง ศาลประชาชนจะต้องแยกข้อเท็จจริงที่ถูกและผิดให้ชัดเจนและทำการไกล่เกลี่ยคู่ความโดยตั้งอยู่บนฐาน ของความสมัครใจ<sup>104</sup> ผู้พิพากษาเพียงคนเดียวก็อาจทำการไกล่เกลี่ยคู่ความได้<sup>105</sup> หรือผู้พิพากษาจะเรียกหรือเชิญ บุคคลที่เกี่ยวข้องมาเป็นผู้ช่วยในการไกล่เกลี่ยด้วยก็ได้เช่นกัน<sup>106</sup>

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนแล้วย่อมจะพบว่า หลักการไกล่เกลี่ยได้ถูกบัญญัติรับรองไว้ตลอดกระบวนการวิธีพิจารณาความ เริ่มตั้งแต่การตัดสินใจยื่นคำฟ้องของ คู่ความ คู่กรณีสามารถระงับข้อพิพาทในคดีแพ่งได้ด้วยการไกล่เกลี่ยก่อนที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาล<sup>107</sup> หรือระหว่างที่ ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาล หากศาลเห็นสมควรก็สามารถไกล่เกลี่ยคู่ความได้ หรือก่อนที่ศาลจะทำ คำพิพากษา หากมีโอกาส กฎหมายก็ยังสนับสนุนให้ศาลทำการไกล่เกลี่ยคู่ความเพื่อระงับข้อพิพาท ถ้าการไกล่เกลี่ย ในช่วงนี้ยังล้มเหลวอยู่ ศาลจึงจะเริ่มพิจารณาทำคำพิพากษา<sup>108</sup> และแม้กระทั่งในระดับชั้นอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์เอง ก็มีอำนาจในการไกล่เกลี่ย และข้อตกลงจากการไกล่เกลี่ยที่สร้างขึ้นในชั้นศาลอุทธรณ์ให้ถือว่าเป็นการกลับคำพิพากษา ของศาลชั้นต้นด้วย<sup>109</sup>

อย่างไรก็ดี ข้อตกลงที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยระหว่างคู่ความจะต้องเกิดจากเจตนาแท้จริงบนความสมัครใจ ของคู่ความ ต้องไม่ถูกบังคับ และไม่ขัดกับกฎหมาย<sup>110</sup> ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว ศาลประชาชนมีหน้าที่ในการร่างข้อตกลง ที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ย<sup>111</sup> และข้อตกลงนั้นจะใช้บังคับหรือมีผลในทางกฎหมายเมื่อคู่ความได้ลงลายมือชื่อ ทั้งสองฝ่ายในข้อตกลงดังกล่าวที่มีรายละเอียดครบถ้วนตามกฎหมาย<sup>112</sup>

สาเหตุที่การไกล่เกลี่ยมีบทบาทสำคัญในกระบวนการระงับข้อพิพาททางแพ่งหรือได้รับการรับรอง และปรากฏหลักการไกล่เกลี่ยในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน อาจพิจารณาได้จาก เหตุผลสำคัญ 3 ประการ ซึ่งเกี่ยวข้องกับความคิดและวัฒนธรรมอันตกทอดจากประวัติศาสตร์ของประเทศจีน นโยบายของรัฐบาล และประสิทธิภาพการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลประชาชน กล่าวคือ

ประการที่หนึ่ง อาจพิจารณาจากเหตุผลทางด้านความคิดและวัฒนธรรมของประเทศจีน เนื่องจากการไกล่เกลี่ยเป็นมรดกตกทอดทางความคิดของสำนักปรัชญาความคิดขงจื้อ (儒家) ซึ่งยังคงส่งผลกระทบต่อและมี อิทธิพลต่อความคิดในทางกฎหมายจนถึงปัจจุบัน นั่นคือ ตามแนวความคิดของขงจื้อเห็นว่า จารีต (礼) เป็นสิ่ง

<sup>103</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 9 and art. 99.

<sup>104</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 93.

<sup>105</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 94.

<sup>106</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 95.

<sup>107</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 122.

<sup>108</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 142.

<sup>109</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 172.

<sup>110</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 96.

<sup>111</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, art. 97.

<sup>112</sup> The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, arts. 97-98.

ที่มีประสิทธิภาพมากกว่าในการปกครองและควบคุมความประพฤติของคนในสังคม<sup>113</sup> กระบวนการทางกฎหมายของตะวันตกซึ่งถือว่าการฟ้องคดีต่อศาลเป็นเครื่องมือสำคัญในการพิทักษ์สิทธิของบุคคล จึงมีความแตกต่างจากวัฒนธรรมทางความคิดของขงจื้อ<sup>114</sup> และมรดกความคิดจากสำนักปรัชญาขงจื้อก็ได้ส่งผลกระทบต่อกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่งของจีน เนื่องจากประชาชนส่วนใหญ่มีความคิดว่า การฟ้องคดีความต่อศาลเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม

นอกจากนี้ หากพิจารณาจากประวัติศาสตร์ของประเทศจีนยังพบว่า การฟ้องร้องคดีมีบทบาทน้อยและไม่เคยถูกมองว่าเป็นหนทางส่งเสริมพัฒนาการของกฎหมาย<sup>115</sup> ในอดีตนั้น การฟ้องคดีในความหมายหรือสายตาของจีนควรหมายถึงการไกล่เกลี่ย ซึ่งต่อมากการไกล่เกลี่ยได้กลายมาเป็นความคิดกระแสหลักหรือเป็นเครื่องมือสำคัญในการระงับข้อพิพาทระหว่างประชาชน<sup>116</sup> ตัวอย่างประจักษ์ที่ว่า ความสมานฉันท์ถือเป็นหลักการที่ทรงไว้ซึ่งคุณค่าอันสูงส่งมากในสังคมจีนสมัยก่อนและการไกล่เกลี่ยมีความสำคัญยิ่ง อันส่งผลให้การไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการหลักในการระงับข้อพิพาทของประชาชน ส่วนกระบวนการพิจารณาคดีควรเป็นเพียงกระบวนการรอง อาจพิจารณาจากในอดีตของประเทศจีนช่วงปี ค.ศ. 1980 ซึ่งสามในสี่ของคดีแพ่งจะจบลงด้วยการไกล่เกลี่ยโดยอัตราส่วนร้อยละของคดีแพ่งที่ใช้การไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาทอยู่ที่ประมาณร้อยละ 72 นั้นแสดงให้เห็นว่าทุกๆ 10 คดีจะจบลงด้วยการไกล่เกลี่ยไปถึง 7 คดี หากแต่ในปัจจุบันกระแสความนิยมของการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยกลับลดลงอย่างมากจนอัตราส่วนคดีแพ่งที่ระงับด้วยการไกล่เกลี่ยเหลือเพียงประมาณร้อยละ 32 ในปี 2010<sup>117</sup>

เหตุผลประการที่สอง การระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยยังสอดคล้องกับหลักการและนโยบายของพรรคคอมมิวนิสต์แห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนเกี่ยวกับการส่งเสริมหลักนิติรัฐ (中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定; Decision of the CPC Central Committee on Major Issues Pertaining to Comprehensively Promoting the Rule of Law) ที่มีเป้าหมายในการสร้างและส่งเสริมระบบการพิจารณาคดีเพื่อระงับข้อพิพาท ด้วยเครื่องมืออันหลากหลายไม่ว่าจะเป็นการไกล่เกลี่ย อนุญาโตตุลาการ หรือการฟ้องร้องคดีต่างๆ<sup>118</sup> ให้มีความสมบูรณ์กลมกลืนกัน ซึ่งตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมนอกจากการปรากฏซึ่งมาตราจำนวนมากเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนแล้ว ยังมีข้อสนับสนุนจากกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับคดีแพ่ง เช่น การที่ผู้ออกกฎหมายมีความเห็นว่า คดีแพ่งบางคดีที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทบางอย่างมีความเหมาะสมที่จะใช้การไกล่เกลี่ยเป็นเครื่องมือในการระงับข้อพิพาท เช่น คดีเกี่ยวกับแรงงานหรือคดีเกี่ยวกับการพิพาทสัญญาเกี่ยวกับที่ดินในเขตชนบท ซึ่งนำมาสู่การออกกฎหมายแยกเฉพาะเรื่องขึ้นมา

<sup>113</sup> อารัม ตั้งนรินทร์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายจีน, หน้า 25.

<sup>114</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 27.

<sup>115</sup> Albert Hung-ye Chen, *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, p. 284.

<sup>116</sup> Randall Peerenboom and He Xin, "Dispute Resolution in China: Patterns, Causes and Prognosis," *East Asia Law Review*, 4: 24.

<sup>117</sup> Zhu Jingwen, "Behind More Litigation: Positive and Negative Impacts," *Frontiers of Law in China*, 9: 106.

<sup>118</sup> Decision of the CPC Central Committee on Major Issues Pertaining to Comprehensively Promoting the Rule of Law [Online] accessed June 26, 2019, available from [https://www.pkulaw.com/en\\_law/8e624467ca77636dbdfb.html](https://www.pkulaw.com/en_law/8e624467ca77636dbdfb.html)

ทั้งกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ดินในสัญญาเกี่ยวกับที่ดินในเขตชนบท (中华人民共和国农村土地承包经营纠纷调解仲裁法) และกฎหมายเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการคดีแรงงาน (中华人民共和国劳动争议调解仲裁法) เป็นต้น

ทั้งนี้ อาจพิจารณาได้ว่านโยบายของรัฐบาลจีนก็ได้รับอิทธิพลจากวัฒนธรรมด้วย เพราะนโยบายหลายอย่างของรัฐบาลอาจถือเป็นตัวอย่างสำคัญที่แสดงว่า กระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่งของจีนได้รับผลกระทบจากมรดกความคิดจากสำนักปรัชญาขงจื๊ออันทำให้คนส่วนใหญ่มีความคิดว่า การฟ้องคดีความต่อศาลเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม เนื่องจากรัฐบาลจีนได้ออกนโยบาย มีการเน้นย้ำ และมุ่งสนับสนุนการสร้างความสัมพันธ์ ซึ่งผลกระทบจากนโยบายเหล่านี้คือการสร้างมุมมองทางอ้อมให้ประชาชนเกิดความรู้สึกว่าการฟ้องคดีเป็นการกระทำที่อาจขัดต่อหลักการเรื่องความสามัคคีของรัฐบาล

ประการที่สาม เกี่ยวข้องกับประสิทธิภาพในการบริหารจัดการคดีในศาล เนื่องจากปริมาณคดีพิพาทที่ทำการฟ้องร้องในศาลมีจำนวนมหาศาล และจำนวนผู้พิพากษาที่ทำการพิจารณาคดีไม่เพียงพอ ส่งผลให้ตัวเลขอัตราส่วนของคดีความต่อผู้พิพากษาแต่ละรายมีจำนวนที่สูง ด้วยเหตุนี้ กระบวนการระงับข้อพิพาทคดีแพ่งด้วยการไกล่เกลี่ย จึงเป็นเครื่องมือในการช่วยลดภาระงานของศาลในอีกทางหนึ่ง ส่งผลให้การไกล่เกลี่ยกลายเป็นเครื่องมือหลักในการพิจารณาคดีแพ่ง ดังจะเห็นได้ว่า หนึ่งในสามของคดีแพ่งที่ฟ้องร้องต่อศาลประชาชนจบลงด้วยการไกล่เกลี่ย<sup>119</sup> นอกจากนี้กระบวนการไกล่เกลี่ยยังมีข้อดีอีกหลายประการ เพราะการไกล่เกลี่ยมีต้นทุนที่ต่ำ รวดเร็ว และช่วยลดภาระของศาลจึงเหมาะสมเข้ากันได้กับกระบวนการพิจารณาคดีสมัยใหม่

นอกจากนี้ หากวิเคราะห์จากมุมมองที่ว่า การไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนส่งเสริมให้เกิดขึ้นผ่านความสมัครใจของคู่ความและศาลมีส่วนร่วมในการสนับสนุนและเข้าบังคับรับรองให้ อาจพิจารณาได้ว่า การไกล่เกลี่ยเป็นเครื่องมือระงับข้อพิพาทหนึ่ง ที่ช่วยส่งเสริมความสัมพันธ์ที่ดีทั้งในระหว่างคู่ความกันเองหรือระหว่างคู่ความกับศาล และในที่สุดย่อมส่งเสริมความสัมพันธ์ที่ดีระหว่างบุคคลที่รวมกันเป็นสังคมด้วย ทั้งยังมีข้อสนับสนุนเพิ่มเติมได้อีกว่า กระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นการระงับข้อพิพาทในรูปแบบของระบบความต้องการจากล่างขึ้นบน (bottom-up approach) อันเป็นความต้องการที่เกิดขึ้นโดยตรงระหว่างคู่ความซึ่งเป็นประชาชน มิใช่เป็นความต้องการในรูปแบบระบบที่ลงมาจากด้านบน (top-down approach) ซึ่งพิจารณาได้ว่าเป็นความต้องการแบบนโยบายส่งผ่านจากรัฐบาลมายังศาล

อย่างไรก็ดี ในยุคจีนสมัยใหม่นั้นเมื่อได้มีการสร้างระบบพิจารณาคดีและกฎหมายวิธีพิจารณาความขึ้นมาแล้ว ความคิดทางกฎหมายได้เปลี่ยนมุมมองจากความคิดที่ว่าไกล่เกลี่ยเป็นเครื่องมือหลักไปสู่มุมมองที่ว่า การฟ้องคดีกลับกลายเป็นกระแสหรือเครื่องมือหลักแทน<sup>120</sup> ทั้งการไกล่เกลี่ยยังเผชิญปัญหาเรื่องความซับซ้อนทางวิทยาศาสตร์และพลวัตทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงรวดเร็ว กระบวนการไกล่เกลี่ยในอดีตอาจใช้คนหรือผู้พิพากษาที่มีความรู้ไม่เชี่ยวชาญมากพอสำหรับการไกล่เกลี่ยคดีง่าย ๆ ได้ แต่ในคดีที่ข้อเท็จจริงมีความยุ่งยากและซับซ้อน เช่น คดีเกี่ยวกับการรักษาทางการแพทย์ ย่อมไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ง่ายๆ ด้วยการไกล่เกลี่ย ทั้งยังพบ

<sup>119</sup> 王亚新, 陈杭平, and 刘君博, 中国民事诉讼法重点建议, p. 238.

<sup>120</sup> Ibid., p. 244.

ประเด็นปัญหาที่ว่า สภาพและลักษณะของการไกล่เกลี่ยเองไม่ถือว่าเป็นกระบวนการพิจารณาคดีและไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับได้<sup>121</sup> อีกทั้งการไกล่เกลี่ยยังถูกตั้งข้อสงสัยว่าเป็นเครื่องมือระงับข้อพิพาทที่อาจไม่ส่งเสริมหลักนิติรัฐ เนื่องจากในหลายครั้งนั้น ผู้พิพากษาพิจารณาคดีโดยละเอียด ประเด็นทางกฎหมายพร้อมทั้งสร้างความกดดันต่อคู่ความให้ยอมระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ย ซึ่งอาจเป็นการกระทำที่พรากสิทธิในทางกฎหมายของคู่ความ<sup>122</sup>

ดังนั้น เราจะเห็นได้ว่า การไกล่เกลี่ยในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนจึงมิได้เป็นเพียงแค่กระบวนการระงับข้อพิพาทแต่เพียงอย่างเดียว เพราะการไกล่เกลี่ยยังมีหน้าที่รองอันเป็นเสมือนสถาบันทางกฎหมายที่มีภารกิจในด้านของกระบวนการทางการเมือง การประนีประนอมระงับข้อพิพาทขององค์กรทางสังคมต่างๆ และยังเป็นผลผลิตทางวัฒนธรรมและจารีตประเพณีทางสังคมของประเทศจีนด้วย ด้วยเหตุนี้ ในปัจจุบัน รวมถึงในอนาคตภายหน้า กระบวนการพิจารณาความแพ่งของจีนจึงควรมุ่งไปสู่แนวทางในการพยายามปรับ และผสมผสานให้การไกล่เกลี่ยเข้ากันอย่างสมบูรณ์พอเหมาะกับการฟ้องคดีและกระบวนการพิจารณาแบบปกติให้ได้<sup>123</sup> โดยอาจจะต้องคำนึงถึงประเด็นด้านประสิทธิภาพของการไกล่เกลี่ย การตกลงระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกระบวนการอย่างถูกต้อง และอาจพิจารณาว่าลักษณะคดีแพ่งบางประเภทสามารถใช้การไกล่เกลี่ยเป็นเครื่องมือที่เหมาะสมในการระงับข้อพิพาททางแพ่งได้ เช่น คดีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัว คดีเกี่ยวกับการสมรส หรือคดีอันเกิดจากการทะเลาะเบาะแว้งกับเพื่อนบ้าน<sup>124</sup>

## 6. บทสรุป

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนเป็นกฎหมายหลักที่มีบทบาทสำคัญในการกำหนดวิธีการและกระบวนการพิจารณาสำหรับศาลประชาชนและคู่ความเพื่อให้ได้มาและบังคับตามสิทธิที่กฎหมายสารบัญญัติได้กำหนดและรับรองไว้ โดยกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนอยู่ภายใต้โครงสร้างรวมถึงระบบศาลประชาชนที่ทำการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งตั้งบนหลักการของศาลประชาชนสี่ระดับ และระบบการพิจารณาคดีแบบสองศาล คือ ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ ซึ่งศาลประชาชนทั้งสี่ระดับสามารถทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้นได้ทั้งสิ้น สำหรับหลักกฎหมายพื้นฐานที่สำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะประกอบไปด้วยหลักการพิจารณาคดีแพ่งโดยอิสระของศาล หลักการตัดสินใจของศาลประชาชนโดยยึดข้อเท็จจริงและยึดข้อกฎหมายเป็นเกณฑ์ หลักความเท่าเทียมกันของคู่ความในคดีแพ่ง และหลักความซื่อสัตย์และสุจริต

สำหรับกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งโดยทั่วไป โดยหลักแล้วการฟ้องคดีแพ่งจะยึดหลักเกณฑ์ตั้งต้นที่ว่า โจทก์ต้องยื่นฟ้องคดีไปยังศาลประชาชนที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่หรืออาจเป็นศาลประชาชนที่จำเลยได้พำนักอาศัย

<sup>121</sup> Weijian Tang, "The Evolution of the Civil Procedure System of China," *Frontiers of Law in China*, 7: 208.

<sup>122</sup> Randall Peerenboom and He Xin, "Dispute Resolution in China: Patterns, Causes and Prognosis," *East Asia Law Review*, 4: 25.

<sup>123</sup> 王亚新, 陈杭平, and 刘君博, *中国民事诉讼法重点建议*, p. 245.

<sup>124</sup> Zhu Jingwen, "Behind More Litigation: Positive and Negative Impacts," *Frontiers of Law in China*, 9: 118.

เป็นประจำ โดยกระบวนการพิจารณาตีคดีจะกระทำโดยผู้พิพากษาเป็นองค์คณะ ซึ่งดำเนินการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย หากคู่ความไม่พอใจในคำพิพากษาของศาลชั้นต้น คู่ความมีสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาไปยังศาลที่มีลำดับสูงกว่าศาลชั้นต้นที่ทำคำพิพากษาได้อีกหนึ่งครั้ง และกฎหมายยังเปิดโอกาสให้มีการตรวจสอบกระบวนการพิจารณาตีแพ่งจากบุคคลถึง 3 กลุ่ม คือ ศาลประชาชน คู่ความในคดี และอัยการประชาชน นอกจากนี้ยังพบว่าการไกล่เกลี่ยอันเป็นมรดกตกทอดสำคัญทางปรัชญาความคิดทางกฎหมายและวัฒนธรรมของประเทศจีนถือเป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่มีบทบาทสำคัญควบคู่ไปกับการดำเนินการพิจารณาคดีโดยปกติ ทั้งยังสามารถกระทำได้ในเกือบทุกช่วงเวลาของกระบวนการพิจารณาคดีความแพ่งด้วย

ด้วยเหตุนี้ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนจึงแสดงให้เห็นถึงคุณลักษณะพิเศษและความแตกต่างอันเป็นเอกลักษณ์ของประเทศจีน ทั้งในด้านของวัฒนธรรม นโยบายของรัฐ เศรษฐกิจ และสังคมจีนที่สลับซับซ้อนและมีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วมหาศาล ในยุคสมัยปัจจุบันอันกฎหมายจำนวนมากแม้จะมีการสอดประสานระหว่างความคิดทางกฎหมายของตะวันตกหรือมีการรับกฎหมายต่างชาติมาเป็นตัวอย่างในการบัญญัติกฎหมายของตน แต่ประเทศจีนก็พยายามคงไว้ซึ่งเอกลักษณ์บางอย่างของประเทศจีนเอง ในกฎหมายที่ร่างและใช้บังคับตั้งเช่นกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนนี้

# การใช้ทฤษฎี Delocalization และ Seat Theory ในอนุญาโตตุลาการ การค้าระหว่างประเทศ

## The Application of the Delocalization Theory and Seat Theory in International Commercial Arbitration

นพนันท์ ตริยทววัฒนา  
*Nobpanun Treeyutwattana*

นักวิจัยฝ่ายกฎหมายเศรษฐกิจ  
สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (ทีดีอาร์ไอ) 565 ซอยรามคำแหง 39 (เทพลีลา) เขตวังทองหลาง กรุงเทพฯ 10310  
Research in Economic Law  
Thailand Development Research Institute (TDRI) 565 Soi Ramkhamhaeng 39 (Thepleela) Wangthonglang  
Bangkok 10310

Corresponding author E-mail: nobpanun.t@gmail.com

(Received: February 9, 2019; Revised: July 29, 2019; Accepted: July 31, 2019)

### บทคัดย่อ

บทความนี้เขียนขึ้นเพื่อศึกษาทฤษฎี Delocalization และ ทฤษฎี Seat Theory ในทางอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศเนื่องจากทั้งสองทฤษฎีมีแนวความคิดที่แตกต่างกันเกี่ยวกับการให้ศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เข้ามาแทรกแซงในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ ทฤษฎี Delocalization มีแนวความคิดว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการควรเป็นอิสระ ปราศจากการแทรกแซงจากศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ มีเพียงศาลและกฎหมายของประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเท่านั้นที่จะเข้ามาแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ ในขณะที่ทฤษฎี Seat Theory มีแนวความคิดว่าศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่สามารถเข้ามาแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ トラบเมื่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นภายในอาณาเขตของประเทศนั้น บทความนี้มีความเห็นว่าทฤษฎี Delocalization และทฤษฎี Seat Theory ควรถูกนำมาพิจารณาใช้ร่วมกันในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเนื่องจากหลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นหัวใจของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ แต่อย่างไรก็ตามในบางกรณีเมื่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการมีปัญหา ไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ บทบาทของศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ก็มีความจำเป็นต้องถูกนำมาพิจารณาด้วย

**คำสำคัญ:** ทฤษฎี Delocalization, สถานที่ที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่, กฎหมายวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการ, หลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการตกลงกัน, ศาลของประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

## Abstract

This article aims to study delocalization theory and seat theory in international commercial arbitration because such theories have different perspective on the issue whether or not, when parties select particular country as the seat of arbitration, the courts and local laws of that country will govern the arbitral procedure. Delocalization theory argues that arbitration proceedings should be free from any intervention by local laws and courts of the seat of arbitration. Only domestic courts and laws that can intervene are the courts and laws of the place of enforcement. However, there is another concept which is called seat theory asserting that the national laws and courts of the seat of arbitration have an automatic and legitimate right to govern arbitral proceedings when the arbitration takes place in their jurisdiction. This article argues that it is inappropriate to completely separate the two concepts. It sounds reasonable to recognize autonomy of the parties, principle supporting delocalization, as the core of arbitration, but in some circumstances, arbitral tribunals need assistance from local laws and court of the seat when the arbitral system and arbitration agreement are ineffective in practice to resolve some issues, so the local laws and courts of the seat of arbitration are required to ensure that the arbitration procedures are effective and achieve their goal. Therefore, it may be better to acknowledge that both concepts should work together.

**Keywords:** Delocalization, seat of arbitration, *lex arbitri*, party autonomy, court of enforcement

## บทนำ

ในปัจจุบัน อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทอย่างหนึ่งที่ได้รับคามนิยมในทางการค้าระหว่างประเทศ<sup>1</sup> สาเหตุหลักที่ทำให้อนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมในหมู่นักธุรกิจมากกว่าการระงับข้อพิพาทในศาลก็เนื่องมาจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ให้ความสำคัญกับการตกลงกันระหว่างคู่พิพาทเป็นหลักและกระบวนการมีความยืดหยุ่นกว่าการระงับข้อพิพาทในศาล กล่าวคือ ในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาททำขึ้น คู่พิพาทสามารถตกลงกันกำหนดขั้นตอนต่าง ๆ ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ เช่น คู่พิพาทมีอิสระที่จะเลือกบุคคลมาเป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อตัดสินข้อพิพาท คู่พิพาทสามารถเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งคู่พิพาทยังสามารถเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้เพื่อตัดสินประเด็นเนื้อหาทางกฎหมายระหว่างคู่พิพาทได้ด้วย<sup>2</sup>

เนื่องจากอนุญาโตตุลาการให้ความสำคัญกับหลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการตกลงกัน (party autonomy) จึงมีทฤษฎีหนึ่งคือ “ทฤษฎี Delocalization” ที่มีความเห็นว่าอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากการตกลงกันระหว่างคู่พิพาทและทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการอิสระรวมทั้งไม่ได้มีสายสัมพันธ์กับสถานที่ที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ (delocalized process with no link with seat of arbitration) ดังนั้นแล้วกระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงไม่ควรถูกแทรกแซงโดยกฎหมายและศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ มีเพียงศาลและกฎหมายของประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเท่านั้น (the court and law of the place of enforcement) ที่จะสามารถเข้ามาแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากในทางปฏิบัติ เพื่อที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ฝ่ายที่ชนะคดีจะนำคำชี้ขาดไปให้ศาลของประเทศที่ฝ่ายแพ้คดีมีทรัพย์สินอยู่ เพื่อให้ช่วยบังคับคำชี้ขาดให้ ซึ่งก่อนที่ศาลของประเทศที่ถูกร้องขอให้บังคับคำชี้ขาดจะบังคับคำชี้ขาดให้ ศาลดังกล่าวจะต้องพิจารณาว่าการบังคับคำชี้ขาดนั้นขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อยในประเทศตนหรือไม่ ดังนั้นในทางปฏิบัติแล้ว ศาลและกฎหมายของประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงจำเป็นต้องเข้ามาแทรกแซงหรือเกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ<sup>3</sup>

อย่างไรก็ตาม ยังมีอีกหนึ่งทฤษฎีที่มีความเห็นแตกต่างจากทฤษฎี Delocalization ซึ่งเห็นว่ากฎหมายและศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่นั้นย่อมมีสิทธิอันชอบธรรมที่จะเข้ามาแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ทันทีเมื่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นภายในเขตแดนของประเทศนั้น ทฤษฎีดังกล่าวถูกเรียกว่า “Seat Theory”<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Edna Sussman and John Wilkinson, “Benefits of Arbitration for Commercial Disputes,” เข้าถึงเมื่อ March 2012, [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/dispute\\_resolution\\_magazine/March\\_2012\\_Sussman\\_Wilkinson\\_March\\_5\\_authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/dispute_resolution_magazine/March_2012_Sussman_Wilkinson_March_5_authcheckdam.pdf).

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Simon Greenberg, Christopher Kee and J. Romesh Weeramantry, *International Commercial Arbitration An Asia-Pacific Perspective* (Cambridge University Press, 2011), 68.

<sup>4</sup> William W. Park, *Arbitration of International Business Disputes: studies in law and practice* (Oxford University Press, 2007), 76.

บทความนี้มีความเห็นว่า หลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการตกลงกัน (party autonomy) ซึ่งเป็นหลักการที่สนับสนุนทฤษฎี Delocalization ควรถูกนำมาพิจารณาเป็นหลัก (core) ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ แต่ในบางสถานการณ์ กฎหมายและศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ก็มีความจำเป็นที่ต้องเข้ามาเกี่ยวข้องเพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น ทั้งสองทฤษฎีจึงควรถูกนำมาพิจารณาร่วมกันในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ดังจะได้อธิบายในรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 1. สถานที่ที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ (seat of arbitration) และกฎหมายวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ (*lex arbitri*)

ก่อนที่จะกล่าวถึงทฤษฎี Delocalization และทฤษฎี Seat Theory อย่างละเอียด บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้อ่านทราบถึงประเด็นสำคัญที่ทั้งสองทฤษฎีนี้คิดเห็นแตกต่างกัน โดยประเด็นดังกล่าวก็คือว่า เมื่อคู่พิพาทตัดสินใจเลือกประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นสถานที่ตั้งของอนุญาโตตุลาการแล้ว กฎหมายวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการของประเทศนั้น (*lex arbitri*) จะถูกนำมาใช้บังคับกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการของคู่พิพาทหรือไม่ ทฤษฎี Delocalization เห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ไม่ควรนำมาใช้บังคับกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการของคู่พิพาท ในขณะที่ ทฤษฎี Seat Theory เห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ควรนำมาใช้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการของคู่พิพาทด้วย

“*Lex arbitri*” หมายถึง กฎหมายวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่<sup>5</sup> ผู้พิพากษา Steyn J. ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ของประเทศสหราชอาณาจักร เคยอธิบายถึงลักษณะและบทบาทของ *lex arbitri* ในคดี Paul Smith Ltd v. H & S International Holding Inc. ว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการที่นอกเหนือไปจากข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาททำร่วมกัน ซึ่งต้องการให้คู่พิพาทปฏิบัติตามด้วย<sup>6</sup> นอกจากนี้ผู้พิพากษา Steyn J. ยังได้อธิบายถึงความสำคัญและบทบาทของ *lex arbitri* ว่ามีบทบาทที่สำคัญ 2 ประการ ประการแรก *lex arbitri* เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจศาลท้องถิ่นเข้ามาแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการเมื่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการมีปัญหา (supportive role) เช่น ศาลอาจเข้ามาแทรกแซงเพื่อแก้ปัญหาคณะของอนุญาโตตุลาการไม่ครบ เป็นต้น ประการที่สอง *lex arbitri* เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจศาลท้องถิ่นเข้ามาควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อให้กระบวนการดำเนินไปอย่างถูกต้อง เหมาะสม (supervisory role) เช่น ศาลอาจปลดอนุญาโตตุลาการที่ปฏิบัติหน้าที่ไม่เหมาะสมหรือศาลอาจเข้ามาตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Masood Ahmed, “The Influence of the delocalisation and seat theory upon judicial attitudes towards international commercial arbitration,” *Arbitration* 77, ฉบับที่ 4 (2011): 406.

<sup>6</sup> คดี Paul Smith Ltd v H&S International Holding Inc [1991] 2 Lloyd’s Rep. 127 QBD (Comm) at 130.

<sup>7</sup> Masood Ahmed, *The Influence of the delocalisation and seat theory upon judicial attitudes towards international commercial arbitration*, 407.

## 2. ทฤษฎี Delocalization ในอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า ทฤษฎี Delocalization เป็นทฤษฎีที่สนับสนุนว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศนั้นควรเป็นอิสระจากกฎหมายและศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่<sup>8</sup> อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการจะเป็นอิสระอย่างสิ้นเชิงโดยปราศจากการแทรกแซงจากกฎหมายภายใน (domestic law) เพราะทฤษฎีนี้ยังคงยอมรับให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถถูกตรวจสอบโดยกฎหมายและศาลของประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้<sup>9</sup> ทฤษฎีนี้ได้รับการสนับสนุนด้วยเหตุผล 4 ประการดังต่อไปนี้

เหตุผลประการแรก ทฤษฎี Delocalization พัฒนามาจากหลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการตกลงกัน (party autonomy doctrine) ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งหลักดังกล่าวให้ความสำคัญกับความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เช่น คู่พิพาทสามารถเลือกสถานที่ตั้งของอนุญาโตตุลาการหรือกฎหมายที่ใช้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ เป็นต้น<sup>10</sup> ซึ่งหลักนี้ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป เช่น ปรากฏในกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985)<sup>11</sup>

เนื่องจากตั้งอยู่บนหลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการตกลงกัน ทฤษฎี Delocalization จึงมองว่าอำนาจและสิทธิของอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่พิพาท ไม่ใช่กฎหมายวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ (*lex arbitri*) ด้วยเหตุดังกล่าวกระบวนการอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงไม่ควรถูกแทรกแซงโดยศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่<sup>12</sup>

เหตุผลประการที่สอง ทฤษฎี Delocalization สอดคล้องกับลักษณะของอนุญาโตตุลาการที่เป็นกระบวนการที่คู่พิพาทกำหนดการระงับข้อพิพาทด้วยตนเอง (self-regulating characteristics) เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องราวระหว่างเอกชนซึ่งคู่พิพาทตกลงที่จะปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่คู่พิพาทได้เลือกและอนุญาโตตุลาการก็จะตัดสินโดยตั้งอยู่บนกฎเกณฑ์ที่คู่พิพาทได้เลือก<sup>13</sup> ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นที่ศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ต้องเข้ามาแทรกแซง เพราะกระบวนการอนุญาโตตุลาการมีกฎเกณฑ์ของตัวเองที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทอยู่แล้ว

---

<sup>8</sup> Jan Paulsson, "Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin," *The International & Comparative Law Quarterly* 30 (1981): 367.

<sup>9</sup> Jan Paulsson, "Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matter," *The International & Comparative Law Quarterly* 32 (1983): 53.

<sup>10</sup> Zaherah Saghir and Chrispas Nyombi, "Delocalisation in International Commercial Arbitration: A Theory in Need of Practical Application," *International Company and Commercial Law Review* 27, ฉบับที่ 8 (2016): 269.

<sup>11</sup> *Ibid.*, 270.

<sup>12</sup> Matthew Secomb, "Shades of Delocalisation; Diversity in the Adoption of the UNCITRAL Model Law in Australia, Hong Kong and Singapore," *Journal of International Arbitration* 17, ฉบับที่ 5 (2000): 128.

<sup>13</sup> Jie Li, "The application of the delocalisation theory in current international commercial arbitration," *International Company and Commercial Law Review* 22, ฉบับที่ 12 (2011): 3.

เหตุผลประการที่สาม อนุญาโตตุลาการการชำระระหว่างประเทศมีลักษณะเกี่ยวข้องกับหลายประเทศ ไม่ได้จำกัดแค่ประเทศใดประเทศหนึ่ง (supra-national) ดังนั้น กฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ จึงไม่มีอำนาจเหนือกระบวนการอนุญาโตตุลาการของคู่พิพาท<sup>14</sup> โดยเมื่อพิจารณาโลกทางธุรกิจในปัจจุบันจะพบว่า กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะเกี่ยวพันกับหลายประเทศ ตัวอย่างเช่น ชาวฝรั่งเศสและชาวอังกฤษทำสัญญา อนุญาโตตุลาการกันที่ประเทศเยอรมนี โดยเลือกชาวอเมริกันเป็นอนุญาโตตุลาการและเลือกไปดำเนินกระบวนการ อนุญาโตตุลาการที่ประเทศอิตาลี จากตัวอย่างข้างต้นจะพบว่ามีหลายประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องกับ อนุญาโตตุลาการ ดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ดังนั้น กฎหมายและศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการ ตั้งอยู่จึงไม่ควรเข้ามามีอำนาจเหนือกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้

เหตุผลนี้ได้รับการสนับสนุนจากศาลฝรั่งเศสในคดี *Gotaverken Arendal AB v. Libyan General National Maritime Transport Co.* โดยในคดีนี้ ศาลอุทธรณ์กรุงปารีสปฏิเสธที่จะเพิกถอนคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการที่ดำเนินกระบวนการในกรุงปารีสโดยให้เหตุผลว่า ถึงแม้กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะ เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศส แต่คู่พิพาทและสัญญาที่คู่พิพาททำไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับใด ๆ กับประเทศฝรั่งเศสเลย นอกจากนั้นแล้ว คู่พิพาทไม่ได้เลือกกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสเป็นกฎหมายวิธีพิจารณากระบวนการ อนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทเลือกกฎหมายของ International Chamber of Commerce (ICC) ในการดำเนิน กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีดังกล่าวจึงไม่เกี่ยวข้องกับประเทศ ฝรั่งเศส<sup>15</sup> นอกจากคดีในประเทศฝรั่งเศสแล้ว ยังมีคดีในประเทศสวีเดนที่คล้ายคลึงกับประเทศฝรั่งเศส คดีดังกล่าว คือ คดี *The Titan Corporation v. Alcatel CIT SA.* ซึ่งศาลของประเทศสวีเดนได้ปฏิเสธที่จะเพิกถอนคำชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการในคดีดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่าอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาท และกฎเกณฑ์ในการดำเนิน กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับประเทศสวีเดน แม้ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการ จะตั้งอยู่ในกรุงสตอกโฮล์มก็ตาม<sup>16</sup>

เหตุผลประการที่สี่ แม้ว่าทฤษฎี *Delocalization* จะสนับสนุนว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการ ไม่ควรถูกแทรกแซงจากกฎหมายและศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ แต่ทฤษฎีนี้ยังคงยอมรับว่า กระบวนการอนุญาโตตุลาการยังต้องถูกควบคุมอยู่และไม่ได้มีความเป็นอิสระอย่างสิ้นเชิง ผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับทฤษฎี *Delocalization* มองว่าการที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่อยู่ภายใต้ศาลและกฎหมายวิธีพิจารณา อนุญาโตตุลาการของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ จะทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่ถูกควบคุมซึ่งอาจ นำไปสู่การขาดกระบวนการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม ทฤษฎี *Delocalization* ไม่ได้ปฏิเสธการเข้าแทรกแซงของศาลท้องถิ่นอย่างสิ้นเชิง เพียงแต่ทฤษฎีนี้มองว่าศาลเดียวที่สามารถเข้ามา แทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้คือ ศาลของประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยศาล

<sup>14</sup> Ibid., 6.

<sup>15</sup> คดี *Gotaverken Arendal AB v. Libyan General National Maritime Transport Co* Cour d'Appel de Paris (Feb. 21, 1980), (มาจาก Masood Ahmed, *The Influence of the delocalisation and seat theory upon judicial attitudes towards international commercial arbitration*, 408.)

<sup>16</sup> คดี *The Titan Corporation v. Alcatel CIT SA.*, Case No. T 1038-05, Svea Court of Appeal, Stockholm (2005). (มาจาก Kaj Hober, "Sweden: the Place of Arbitration—Still a Legal Fiction?," *Int. A. L. R.*\_9, ฉบับที่ 2 (2006): 1820-)

ดังกล่าวจะเข้ามาตรวจสอบเมื่อคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีมาร้องขอให้ศาลบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้ ซึ่งก่อนที่ศาลจะบังคับคำชี้ขาดให้ ศาลจะต้องตรวจสอบว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ได้มาซึ่งคำชี้ขาดนั้น ดำเนินการไปอย่างถูกต้องและเหมาะสมหรือไม่ รวมทั้งการบังคับคำชี้ขาดนั้นจะขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อยในประเทศตนหรือไม่<sup>17</sup> ดังนั้น กระบวนการอนุญาโตตุลาการยังคงถูกตรวจสอบอยู่ดี

## 2.1 การนำทฤษฎี Delocalization ไปใช้ในทางปฏิบัติในกระบวนการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ

หัวข้อนี้จะแสดงให้เห็นว่ามีหลายคดีและหลายบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศที่สนับสนุนทฤษฎี Delocalization

### 2.1.1 คดีที่สนับสนุนทฤษฎี Delocalization

คดีแรกคือคดี *Hilmarton v. OTV*<sup>18</sup> โดยในคดีนี้ *Hilmarton* (บริษัทสัญชาติอังกฤษ) ได้เรียกร้องเงินค่าเสียหายซึ่งเป็นเงินที่ *Hilmarton* ควรได้รับจากการให้คำแนะนำและช่วยประสานงานให้ *OTV* (บริษัทสัญชาติฝรั่งเศส) ได้ทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างกับรัฐบาลในประเทศแอลจีเรีย คดีนี้สถานที่ตั้งของอนุญาโตตุลาการคือประเทศสวิตเซอร์แลนด์ คดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินให้ *OTV* เป็นฝ่ายชนะคดีเนื่องจากสัญญาที่คู่พิพาททำไม่สามารถบังคับได้เพราะขัดกับกฎหมายแอลจีเรีย ซึ่งกฎหมายแอลจีเรียกำหนดว่าห้ามมีคนกลางในการเจรจาต่อรองทำสัญญาระหว่างเอกชนกับรัฐบาล เมื่อ *Hilmarton* แพ้คดีจึงได้ยื่นเรื่องเพื่อคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่อศาลประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (court of the seat of arbitration) ศาลฎีกาสวิตเซอร์แลนด์ตัดสินเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยให้เหตุผลว่าอนุญาโตตุลาการไม่ควรนำกฎหมายของประเทศแอลจีเรียมาใช้พิจารณาคดี อย่างไรก็ตาม *OTV* พยายามต่อสู้เพื่อให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลใช้บังคับได้ *OTV* จึงนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปให้ศาลในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศที่ตนเองมีสัญชาติบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้ *The Cour de cassation* ซึ่งสถานะเทียบเท่าศาลฎีกาของประเทศฝรั่งเศสยอมรับ (recognize) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยให้เหตุผลว่าคำตัดสินของศาลสวิตเซอร์แลนด์ไม่ได้มีความสำคัญในประเทศฝรั่งเศส ภายใต้อนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ถูกทำขึ้นในประเทศใดประเทศหนึ่งมิได้ถูกหลอมรวมเป็นส่วนใดส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายของประเทศนั้น ดังนั้น คำตัดสินของศาลสวิตเซอร์แลนด์ที่เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีความเกี่ยวข้องกับการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศฝรั่งเศส ตรีบาโตที่การยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศแล้ว (international public policy) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นย่อมมีผลใช้บังคับได้ในประเทศฝรั่งเศส<sup>19</sup> นอกจากนี้คดี *Hilmarton v. OTV* ยังมีอีกหนึ่งคดีที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน ได้แก่ คดี *Chromalloy Aero*

<sup>17</sup> Jan Paulsson, *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin*, หน้า 57.

<sup>18</sup> คดี *Hilmarton Ltd. v. Omnium de Traitement et de Valorisation*, Cour de Cassation [Cass. 1e civ.] Mar. 23, 1994.

<sup>19</sup> Simon Greenberg และคณะ, *International Commercial Arbitration An Asia-Pacific Perspective*, 69 (Simon Greenberg และคณะ แปลภาษาฝรั่งเศสจาก Cour de Cassation decision of 23 March 1993. See *Revue de L'Arbitrage*, 1994,327, note Ch. Jarrosson; *Bull civ*, I, no. 104, p. 79; *Journal du droit international* (Clunet), 1994,701, note E Gaillard).

services Inc (US) v. The Arab Republic of Egypt<sup>20</sup> โดยในคดีนี้ทั้งศาลของประเทศฝรั่งเศสและศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา (courts of enforcement) ต่างบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าคำชี้ขาดดังกล่าวจะถูกเพิกถอนโดยศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่

ในคดีดังกล่าว Chromalloy ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างอาวุธยุทโธปกรณ์กับกองทัพอากาศของประเทศอียิปต์ ข้อพิพาทเกิดขึ้นเมื่อกองทัพอากาศอียิปต์ยกเลิกสัญญาที่ทำขึ้น จึงเป็นเหตุให้ Chromalloy นำข้อพิพาทไปให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาตามที่ Chromalloy และ กองทัพอากาศอียิปต์ตกลงกันไว้ในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ คดีนี้กระบวนการณ์อนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นในประเทศอียิปต์และคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินให้ Chromalloy เป็นฝ่ายชนะคดี ระหว่างที่ Chromalloy กำลังจะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศฝรั่งเศสและสหรัฐอเมริกา รัฐบาลอียิปต์ได้คัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่อศาลประเทศอียิปต์ ศาลประเทศอียิปต์เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยให้เหตุผลว่าคณะอนุญาโตตุลาการใช้กฎหมายผิดในการพิจารณาข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์แห่งกรุงปารีสและ District Court of Columbia ของสหรัฐอเมริกาต่างยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยให้เหตุผลว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในประเทศอียิปต์เป็นคำชี้ขาดระหว่างประเทศและไม่ได้หลอมรวมเป็นหนึ่งเดียวกับระบบกฎหมายของประเทศอียิปต์ แม้ว่าคำชี้ขาดดังกล่าวจะถูกลบล้างโดยศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ คำชี้ขาดดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับได้ตราบเท่าที่การบังคับคำชี้ขาดนั้นไม่กระทบหรือละเมิดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประเทศที่บังคับคำชี้ขาดนั้น (public policy of enforcement countries)<sup>21</sup>

จากตัวอย่างทั้งสองคดีจะเห็นว่าคดีดังกล่าวสนับสนุนทฤษฎี Delocalization เพราะทั้งสองคดีตั้งอยู่บนหลักการที่ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นคำชี้ขาดระหว่างประเทศ ดังนั้น คำชี้ขาดดังกล่าวจึงไม่ได้เป็นส่วนใดส่วนหนึ่งกับระบบกฎหมายภายในของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ แม้ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะไม่สอดคล้องกับกฎหมายหรือนโยบายแห่งรัฐของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ คำชี้ขาดนั้นก็ยังคงมีผลใช้บังคับตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดนั้นหรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอันเป็นที่ได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า ทั้งสองคดีต่างมีแนวโน้มที่จะยอมรับกฎหมายของประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมากกว่ายอมรับกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่

อย่างไรก็ตาม มีผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับการตัดสินของสองคดีดังกล่าว บุคคลนั้นคือ Roy Goode โดย Goode มองว่าการตัดสินของสองคดีนั้นจะก่อให้เกิดปัญหาต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ ประการแรก Goode มองว่าการตัดสินในสองคดีดังกล่าวจะก่อให้เกิดความสับสนต่อนักธุรกิจว่าสรุปแล้วคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลใช้บังคับได้หรือไม่ เพราะนักธุรกิจอาจสับสนว่าเหตุใดคำชี้ขาด

<sup>20</sup> คดี *Republique Arabe d'Egypte v. Societe Chromalloy Aero Services*, Cour d'appel de Paris (First Civil Chamber), January 14, 1997. (มาจาก Simon Greenberg และคณะ, *International Commercial Arbitration An Asia-Pacific Perspective*, 70); และ คดี *Chromalloy Aeroservices Inc (US) v. The Arab Republic of Egypt* 939 F Supp 907 (DDC 1996) (US District Court of the District of Columbia). (มาจาก Simon Greenberg และคณะ, *International Commercial Arbitration An Asia-Pacific Perspective*, 70).

<sup>21</sup> Simon Greenberg และคณะ, *International Commercial Arbitration An Asia-Pacific Perspective*, หน้า 70.

ของอนุญาโตตุลาการที่ถูกเพิกถอนโดยศาลประเทศหนึ่ง แต่กลับสามารถนำไปใช้บังคับได้ในอีกประเทศหนึ่ง ความไม่แน่นอนดังกล่าวส่งผลเสียต่อที่ปรึกษากฎหมายและคู่พิพาทต่อการจัดการเวลาและค่าใช้จ่ายในการระงับข้อพิพาทโดยการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ<sup>22</sup> ประการที่สอง คดีทั้งสองทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่มีที่สิ้นสุด เพราะการปฏิเสธศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่จะนำไปสู่การเกี่ยวพันกับการดำเนินการในศาลของหลาย ๆ ประเทศที่ผู้แพ้คดีในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีทรัพย์สินอยู่ สถานการณ์นี้ย่อมขัดต่อข้อดีของอนุญาโตตุลาการที่ว่าคู่พิพาทเลือกใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการก็เพื่อหลีกเลี่ยงต้องไปดำเนินการในชั้นศาล<sup>23</sup>

บทความนี้เห็นด้วยกับการตัดสินใจของสองคดีดังกล่าวเพราะว่าการตัดสินดังกล่าวไม่เป็นการจำกัดสิทธิมากเกินไปแก่ผู้ชนะคดีที่จะนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปใช้บังคับ เนื่องจากโดยปกติฝ่ายที่แพ้ก็มีมักจะคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยการร้องขอให้ศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เพิกถอนคำชี้ขาดให้ ปัญหาเกิดขึ้นเมื่อศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ได้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยอ้างว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศตน ซึ่งความสงบเรียบร้อยดังกล่าวอาจมีความแตกต่างกันได้ขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศ เพราะการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนของประเทศหนึ่งอาจไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนของอีกประเทศหนึ่งก็ได้<sup>24</sup> ตัวอย่างเช่น คดี Heavy Metal ในประเทศจีน ซึ่งศาลฎีกาของประเทศจีนตัดสินว่าดนตรีร็อกเป็นสิ่งที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนของประเทศจีน<sup>25</sup> หากคดีนี้เกิดขึ้นในประเทศอื่น ศาลของประเทศอื่นอาจตัดสินแตกต่างจากประเทศจีนโดยไม่ถือว่าดนตรีร็อกขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนของประเทศตน ด้วยเหตุดังกล่าวจึงไม่สมควรที่จะให้การเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของศาลประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่มีผลผูกพันเป็นการทั่วไป (*erga omnes*) ศาลที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการควรมีสิทธิที่จะพิจารณาว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการควรมีผลใช้บังคับในประเทศของตนหรือไม่ โดยหากไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศตนแล้ว คำชี้ขาดนั้นก็ควรถูกใช้บังคับได้ นอกจากนี้ยังมองว่าการให้ศาลของประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (court of enforcement) สามารถยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ถูกเพิกถอนโดยศาลที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ (court of the seat of arbitration) ยังมีผลดีมากกว่าผลเสียเพราะถึงแม้ว่าอาจจะเกิดปัญหาความไม่แน่นอนในการบังคับคำชี้ขาดตามที่ Goode กล่าวไว้ แต่ก็เป็นการส่งเสริมให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่พิพาทได้เลือกและมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการมีผลใช้บังคับได้ ไม่ได้เป็นการทำลายกระบวนการอนุญาโตตุลาการจนทำให้กระบวนการเสียไปอย่างถาวร

<sup>22</sup> Roy Goode, "The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration," *Arbitration International* 17, ฉบับที่ 1 (2001): 35.

<sup>23</sup> Pierre Mayer, "The Trend Towards Delocalisation in the Last 100 Years" ใน *The Internationalisation of International Arbitration: The LCIA Centenary Conference*, Martin Hunter, บรรณาธิการ (The Hague Kluwer, 1995), 46.

<sup>24</sup> Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford University Press, 2015), 597.

<sup>25</sup> Lanfang Fei, "Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards: A Review of the Chinese Approach," *Journal of International Arbitration* 26 (2010): 311.

## 2.1.2 บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สนับสนุนทฤษฎี Delocalization

บทบัญญัติแห่งกฎหมายแรกที่สนับสนุนทฤษฎี Delocalization คือ อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (New York Convention 1958) ซึ่งมาตรา 5(2) ของอนุสัญญาดังกล่าวได้บัญญัติว่าศาลแห่งประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอาจปฏิเสธไม่บังคับคำชี้ขาดให้ หากการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดนั้นขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศนั้น<sup>26</sup> มาตราดังกล่าวสนับสนุนทฤษฎี Delocalization โดยอนุญาตให้ศาลของประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการใช้กฎหมายของประเทศตนในการพิจารณาว่าจะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้หรือไม่แทนที่จะใช้กฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่

อย่างไรก็ตาม มาตราที่มีการถกเถียงกันมากที่สุดของอนุสัญญานี้คือมาตรา 5(1)(e) ซึ่งบัญญัติว่าศาลแห่งประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอาจ (may) ปฏิเสธไม่บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ถูกเพิกถอนโดยศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่<sup>27</sup> โดยฝ่ายที่สนับสนุนทฤษฎี Delocalization มีความเห็นว่ามาตราดังกล่าวใช้คำว่า “อาจ” ไม่ได้ใช้คำว่า “ต้อง” ดังนั้นการปฏิเสธไม่บังคับคำชี้ขาดที่เคยถูกเพิกถอนโดยศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่จึงเป็นดุลยพินิจ (discretion) ของศาลแห่งประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการว่าจะบังคับให้หรือไม่ก็ได้<sup>28</sup> ในขณะที่ฝ่ายที่สนับสนุนทฤษฎี Seat Theory มีความเห็นว่ามาตรานี้มอบอำนาจหน้าที่ในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้แก่ศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ ดังนั้นแล้วศาลแห่งประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงควรเคารพการตัดสินใจของศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ด้วย<sup>29</sup>

บทความนี้เห็นด้วยกับฝ่ายที่สนับสนุนทฤษฎี Delocalization เนื่องด้วย 2 เหตุผล เหตุผลประการแรกคือ มาตรา 5(1)(e) ใช้คำในลักษณะที่ไม่เคร่งครัดโดยใช้คำว่า “may” แทนที่จะใช้คำว่า “must” หรือ “shall” ดังนั้นแล้วมาตรานี้จึงไม่ได้มีความประสงค์ที่จะบังคับให้ศาลแห่งประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตามหรือเคารพการตัดสินใจของศาลประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ เหตุผลประการที่สอง เมื่อพิจารณามาตรา 5(1)(e) ประกอบกับมาตรา 7 ในอนุสัญญาเดียวกัน สามารถตีความได้ว่ามาตรา 5(1)(e) สนับสนุนทฤษฎี Delocalization เพราะมาตรา 7 บัญญัติว่า บทบัญญัติทั้งหลายของอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ควรที่จะถูกปรับใช้ในลักษณะที่อนุญาตให้ฝ่ายที่มีส่วนได้เสียสามารถรับประโยชน์จากสิทธิที่เขาพึงมีพึงได้ ภายใต้กฎหมายของประเทศที่เขาจะนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปใช้บังคับ ดังนั้นหากพิจารณาทั้งสองมาตราร่วมกันสามารถตีความได้ว่าศาลแห่งประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ แม้ว่าคำชี้ขาดนั้นจะถูกเพิกถอนจากศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่มาแล้วก็ตาม トラบเท่าที่การยอมรับและบังคับคำชี้ขาดนั้นไม่เป็นการละเมิดกฎหมายและความสงบเรียบร้อยของประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดให้

<sup>26</sup> Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), article v (2).

<sup>27</sup> Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), article v (1)(e).

<sup>28</sup> Roy Goode, *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration*, หน้า 22.

<sup>29</sup> Jie Li, *The application of the delocalisation theory in current international commercial arbitration*, 5.

นอกจากอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ยังมีกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985) ซึ่งเป็นต้นแบบในการยกร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ของประเทศไทยด้วย<sup>30</sup> ที่สนับสนุนทฤษฎี Delocalization โดยได้กล่าวไว้ใน UNCITRAL report for the establishment of the Model Law ว่าวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายนี้คือต้องการให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นอิสระจากข้อจำกัดต่างๆ ของกฎหมายภายใน (local law) และหลีกเลี่ยงปัญหาต่างๆ ที่จะเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการดำเนินการที่ขัดกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายใน<sup>31</sup>

อย่างไรก็ตามมีนักวิชาการบางกลุ่มมองว่า กฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 ไม่ได้สนับสนุนแต่ทฤษฎี Delocalization เท่านั้น แต่ยังสนับสนุนทฤษฎี Seat Theory ด้วย โดยกล่าวว่ามาตรา 34 ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 มอบอำนาจให้ศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ หากเข้าเงื่อนไขตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34<sup>32</sup>

แม้ว่าจะมีมาตรา 34 แต่บทความนี้ก็ยังคงมองว่ากฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 สนับสนุนทฤษฎี Delocalization มากกว่าทฤษฎี Seat Theory เนื่องจากมาตรา 34 บัญญัติขึ้นเพื่อเป็นการจำกัดอำนาจของศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้เฉพาะเมื่อเข้าเงื่อนไขที่กำหนดในมาตรา 34 เท่านั้น ไม่ให้ศาลในประเทศดังกล่าวใช้อำนาจตามอำเภอใจในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นจึงเป็นการจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของศาลในประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ให้ตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้เฉพาะในบางเรื่องเท่านั้น

นอกจากนี้ยังมีอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States 1965 หรือ ICSID Convention) ซึ่งเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐที่รับการลงทุนที่ให้การสนับสนุนทฤษฎี Delocalization เพราะมาตรา 53(1) แห่งอนุสัญญาดังกล่าวบัญญัติว่าเฉพาะ ICSID annulment committee เท่านั้นที่จะเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้<sup>33</sup> ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า ICSID มีระบบการควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นของตนเอง โดยไม่ต้องอาศัยศาลและกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งมาควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้ ICSID<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Waraporn Thong-intr, "An Absence in Thai Arbitration Law: Interim Measures Ordered by Arbitral Tribunal," เข้าถึงเมื่อ November 2016, <https://wcclawoffice.wixsite.com/official/single-post/201301/05//This-is-the-title-of-your-first-blog-post>.

<sup>31</sup> Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure: The Role of the Law of the Place of Arbitration," *ICCA Congress Series* 9 (1998): 355.

<sup>32</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006, article 34.

<sup>33</sup> Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention), article 53(1).

<sup>34</sup> Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 649.

## 2.2 ข้อวิจารณ์เกี่ยวกับทฤษฎี Delocalization

แม้ว่าจะมีหลายคดีและหลายบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สนับสนุนทฤษฎี Delocalization แต่ก็มีข้อวิจารณ์ที่ต่อต้านทฤษฎี Delocalization โดยมองว่าทฤษฎีนี้จะนำไปสู่ระบบสุญญากาศแห่งกฎหมาย (legal vacuum) นักกฎหมายที่มีความเห็นดังกล่าวคือ Redfern และ Hunter โดยทั้งสองมองว่าทฤษฎี Delocalization เป็นสิ่งที่ไม่อยู่จริงและไม่สามารถนำไปใช้ได้ทางปฏิบัติ ซึ่งจะนำไปสู่ระบบสุญญากาศทางกฎหมาย หลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการตกลงกัน (party autonomy) เป็นหลักที่สำคัญแต่ไม่ใช่หลักที่สำคัญที่สุด อนุญาโตตุลาการยังคงต้องถูกควบคุมตรวจสอบได้โดยกฎหมายของรัฐอยู่ มิเช่นนั้นจะนำกฎหมายใดไปควบคุมตรวจสอบกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้<sup>35</sup> นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายคือ Frederick Alexander Mann ที่มีแนวความคิดคล้ายกับ Redfern และ Hunter โดยเขาปฏิเสธการมีอยู่ของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เขามองว่าอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจริงๆ แล้วก็คืออนุญาโตตุลาการในประเทศอยู่ดีเพราะทุกอนุญาโตตุลาการก็ต้องดำเนินการในประเทศใดประเทศหนึ่ง ดังนั้นกฎหมายวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการและศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่จึงจำเป็นต้องนำมาใช้ควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วย<sup>36</sup> นอกจากนี้ Mann ยังกล่าวเพิ่มอีกว่าในความเป็นจริงอนุญาโตตุลาการไม่อาจหลีกเลี่ยงกฎหมายและศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ได้เพราะเอกชนจะมีสิทธิและอำนาจก็เนื่องมาจากมีกฎหมายให้อำนาจไว้และกฎหมายนั้นก็มาจากกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่นั่นเอง<sup>37</sup>

อย่างไรก็ตาม บทความนี้ไม่เห็นด้วยกับ Redfern Hunter และ Mann เนื่องด้วยเหตุผล 3 ประการดังต่อไปนี้

ประการแรก ข้อโต้แย้งของ Mann ไม่ได้คำนึงถึงลักษณะที่แท้จริงของอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันที่มีความเป็นระหว่างประเทศมากขึ้น อันเนื่องมาจากคู่พิพาทและลักษณะของธุรกิจมีความเกี่ยวพันกับหลายประเทศ ด้วยเหตุที่เกี่ยวพันกับหลายประเทศคู่พิพาทจึงเสาะหะงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทในศาลภายในประเทศ (domestic court) ที่อาจใช้เวลานานและกระบวนการมีความยืดหยุ่นน้อยกว่า<sup>38</sup>

ประการที่สอง ข้อโต้แย้งของ Mann ไม่ได้คำนึงถึงหลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการตกลงกันซึ่งเป็นหลักที่ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมเพราะคู่พิพาทสามารถกำหนดกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้เอง หากให้ศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เข้ามาแทรกแซงทุกขั้นตอนของกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้แล้ว ก็เท่ากับเป็นการทำลายหลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการตกลงกัน

<sup>35</sup> Ibid., 187189-.

<sup>36</sup> Frederick Alexander Mann, "Lex arbitri and locus arbitri," *Law Quarterly Review* 104 (1988): 350.

<sup>37</sup> Frederick Alexander Mann, "Lex Facit Arbitrum" ใน *International arbitration*, Pieter Sanders, บรรณาธิการ (The Hague: Martinus Nijhoff, 1957), 157.

<sup>38</sup> Masood Ahmed, *The Influence of the delocalisation and seat theory upon judicial attitudes towards international commercial arbitration*, 412.

ประการที่สาม ทฤษฎี Delocalization ยังคงอนุญาตให้ศาลและกฎหมายของประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเข้ามาแทรกแซงได้ เมื่อฝ่ายที่ชนะคดีมาร้องขอให้ศาลบังคับคำชี้ขาดให้ ดังนั้นทฤษฎีนี้จึงไม่ได้ปฏิเสธการแทรกแซงจากศาลและกฎหมายภายในอย่างสิ้นเชิง เพียงแต่ปฏิเสธการเข้ามาแทรกแซงของศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เท่านั้น<sup>39</sup> ฉะนั้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการยังคงมีกฎหมายควบคุมตรวจสอบอยู่ จึงไม่ได้เป็นระบบสุญญากาศแห่งกฎหมายตามที่ Redfern และ Hunter ได้เถียงไว้

นอกจากนั้นยังมีนักวิชาการอีกท่านคือ Goode ที่วิจารณ์ทฤษฎี Delocalization ในเชิงลบว่า แม้ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการจะถูกควบคุมโดยศาลและกฎหมายของประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แต่ศาลของประเทศดังกล่าวก็ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับคู่พิพาทหรือธุรกรรมที่คู่พิพาทได้ทำกันแต่อย่างใด ประเทศดังกล่าวเป็นเพียงสถานที่ที่ผู้แพ้คดีในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีทรัพย์สินอยู่เท่านั้น<sup>40</sup>

บทความนี้ไม่เห็นด้วยกับ Goode และมีความเห็นว่า ศาลที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอาจมีความใกล้ชิดกับข้อพิพาทมากกว่าศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ เพราะว่าถ้าทรัพย์สินของบุคคลใดตั้งอยู่ในประเทศใดประเทศหนึ่งย่อมหมายความว่าบุคคลนั้นมีความสัมพันธ์กับรัฐนั้นไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง เช่น บุคคลนั้นอาจมีภูมิลำเนาในรัฐนั้นหรือบุคคลนั้นอาจทำธุรกิจในประเทศนั้น เป็นต้น ในขณะที่ศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่อาจไม่ได้มีสายสัมพันธ์ทางกฎหมายกับคู่พิพาทหรือข้อพิพาทเพราะคู่พิพาทอาจเลือกประเทศที่เป็นที่ตั้งของอนุญาโตตุลาการเนื่องจากประเทศนั้นเป็นประเทศที่เป็นกลางที่คู่พิพาทไม่ได้มีสัญชาติหรือเป็นประเทศที่สถาบันอนุญาโตตุลาการตั้งอยู่และในทางปฏิบัติก็ไม่ได้บังคับว่าสถานที่ตั้งของอนุญาโตตุลาการต้องเป็นสถานที่ที่มีกระบวนการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจริง<sup>41</sup> ตัวอย่างเช่น คู่พิพาทเลือกประเทศสเปนเป็นสถานที่ตั้งของอนุญาโตตุลาการ แต่กระบวนการอนุญาโตตุลาการในทางปฏิบัติอาจไม่ได้เกิดขึ้นในประเทศสเปน อนุญาโตตุลาการอาจมีการประชุมกันที่ประเทศเนเธอร์แลนด์เพราะเป็นสถานที่ที่คู่พิพาทสามารถเดินทางไปมาสะดวกมากกว่า ดังนั้นแล้วในทางปฏิบัติ สถานที่ตั้งของอนุญาโตตุลาการกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการอาจไม่ได้มีความสัมพันธ์กันอย่างแท้จริง

จากที่กล่าวมาทั้งหมดจะเห็นว่าทฤษฎี Delocalization เป็นหลักที่มีอยู่จริงและได้รับการยอมรับในทางอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศเนื่องจากมีหลายคดีและหลายบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สนับสนุนทฤษฎีดังกล่าว คำถามต่อมาที่บทความนี้จะวิเคราะห์ก็คือถ้าหากปรับใช้ทฤษฎี Delocalization เป็นแบบ Pure Delocalization โดยไม่ให้มีการแทรกแซงจากศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เลยจะก่อให้เกิดความเหมาะสมแก่กระบวนการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศหรือไม่ ก่อนที่จะตอบคำถามนี้ได้ บทความนี้จำเป็นต้องพิจารณาทฤษฎี Seat Theory ซึ่งเป็นทฤษฎีที่มีแนวคิดแตกต่างจากทฤษฎี Delocalization ในรายละเอียดต่อไป

<sup>39</sup> Jan Paulsson, *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin*, 57.

<sup>40</sup> Roy Goode, *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration*, 33.

<sup>41</sup> Jan Paulsson, *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin*, 54.

### 3. ทฤษฎี Seat Theory ในอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ

Seat Theory เป็นแนวคิดดั้งเดิมซึ่งมองว่าอนุญาโตตุลาการควรอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เพราะกฎหมายดังกล่าวจะเป็นเครื่องมือที่มอบความชอบด้วยกฎหมาย (legality) และความชอบธรรม (legitimacy) ให้แก่กระบวนการอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ<sup>42</sup> ดังนั้นแล้วทฤษฎีนี้จึงเห็นว่าศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่มีสิทธิอันชอบธรรมที่จะเข้ามาควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ทันทีเมื่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นในประเทศนั้น หากไม่มีกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ให้อำนาจไว้ กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ไปดำเนินการในประเทศนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>43</sup> ทฤษฎีนี้ถูกสนับสนุนด้วย 3 เหตุผล ดังต่อไปนี้

เหตุผลประการแรก ทฤษฎีนี้ได้รับการสนับสนุนจากหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ (principle of state sovereignty) ซึ่งหลักนี้เคารพต่อความเป็นอิสระและความเป็นบูรณภาพของรัฐอธิปไตย หลักนี้จึงมองว่ารัฐมีอำนาจสูงสุดที่จะควบคุมทุกสิ่งทุกอย่างที่เกิดขึ้นในอาณาเขตของตน<sup>44</sup> ดังนั้นหากกระบวนการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นในประเทศใด กฎหมายของประเทศนั้นย่อมต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับ ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการก็เหมือนกันกับสัญญาอื่นๆ ไปซึ่งจะมีผลใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายภายในให้การรับรอง<sup>45</sup> ดังนั้นแล้วกฎหมายภายในของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ย่อมสามารถเข้ามาควบคุมและวางข้อจำกัดต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ ครอบคลุมเท่าที่ผู้ออกกฎหมายของประเทศนั้นต้องการ<sup>46</sup>

เหตุผลประการที่สอง กฎหมายและศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่มีความสำคัญต่อการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพราะในบางกรณีเพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ คู่พิพาทจำเป็นต้องขอความช่วยเหลือจากศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ (บทบาทเป็นผู้สนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (supportive role))<sup>47</sup> เช่น คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจโต้แย้งว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลใช้บังคับ ให้ไปใช้กระบวนการทางศาลแทน ในกรณีนี้ศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่จะเข้ามาช่วยตัดสินว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลสมบูรณ์และสามารถใช้บังคับได้หรือไม่ นอกจากนั้นในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธไม่ยอมเลือกอนุญาโตตุลาการหรือคู่พิพาททั้งสองฝ่ายไม่สามารถตกลงกันเลือกอนุญาโตตุลาการได้และคู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการเลือกตัวอนุญาโตตุลาการ ศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่อาจเข้ามาเกี่ยวข้องเพื่อช่วยเลือกตัวอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น<sup>48</sup>

<sup>42</sup> Simon Greenburg และคณะ, *International Commercial Arbitration An Asia-Pacific Perspective*, 66.

<sup>43</sup> Roy Goode, *Commercial Law* (penguin, 2004), 1170.

<sup>44</sup> Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge University Press, 2003), 572.

<sup>45</sup> Frederick Alexander Mann, *Lex Facit Arbitrum*, 161162-.

<sup>46</sup> Markham Ball, "The Essential Judge: the Role of the Courts in a System of National and International Commercial Arbitration," *Arbitration International* 22 (2006): 74.

<sup>47</sup> Julian D M Lew, "Does National Court Involvement Undermine the International Arbitration Processes?," *American University International Law Review* 24 (2009): 496.

<sup>48</sup> English Arbitration Act 1996, s.18 and UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006, article 11.

ที่ผ่านมาจะพบว่ามียุทธศาสตร์ศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เข้ามาเกี่ยวข้อง เพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินต่อไปได้ คดีแรกคือ คดี *Cangene Corp v. Octapharm AG*<sup>49</sup> ซึ่งคู่พิพาทมีปัญหากันว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการสามารถใช้บังคับได้หรือไม่ ศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เข้ามาเกี่ยวข้องและตัดสินว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการสมบูรณ์และสามารถบังคับได้ จึงมีคำสั่งให้คู่พิพาทแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อดำเนินกระบวนการต่อไป นอกจากนี้ในบางกรณีถ้าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการมีความคลุมเครือ คู่พิพาทอาจร้องขอต่อศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เข้ามาช่วยตีความได้ ดังเช่นคดี *Dalimpex Ltd. v. Janicki*<sup>50</sup> ซึ่งคู่พิพาทตกลงกันว่าจะใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งหนึ่งเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น อย่างไรก็ตาม เมื่อเกิดข้อพิพาท สถาบันดังกล่าวได้ปิดทำการไปแล้ว เหลือแต่สถาบันที่รับมอบสิทธิและหน้าที่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการดังกล่าว (successional-body of original institution) คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งต้องการให้ศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ช่วยตีความและตัดสินว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการภายใต้สถาบันอนุญาโตตุลาการที่เป็นสถาบันที่รับมอบสิทธิและหน้าที่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ปิดทำการไปแล้วได้หรือไม่ ศาลตัดสินว่าให้ดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบันที่รับมอบสิทธิและหน้าที่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ปิดทำการได้และให้ดำเนินการกระบวนการต่อไป นอกจากนี้สองคดีดังกล่าว ศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่จะเข้ามาช่วยเหลือเมื่อองค์คณะอนุญาโตตุลาการต้องการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (interim measure)<sup>51</sup> แม้ว่าองค์คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้เอง แต่ในบางกรณีอำนาจนั้นก็มักมีขอบเขตจำกัดจึงต้องขอความช่วยเหลือจากศาลในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวให้ เช่น ในกรณีที่คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเกี่ยวข้องกับบุคคลที่ 3 องค์คณะอนุญาโตตุลาการต้องร้องขอศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวให้ เพราะคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่คณะอนุญาโตตุลาการออกจะมีผลใช้บังคับเฉพาะกับคู่พิพาทเท่านั้น ไม่สามารถใช้บังคับกับบุคคลที่สามได้<sup>52</sup>

เหตุผลประการที่สาม ศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่มีความจำเป็นเพื่อกำกับดูแลกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้ดำเนินการไปอย่างเที่ยงธรรมและยุติธรรม (บทบาทเป็นผู้กำกับดูแลกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (supervisory role))<sup>53</sup> วิธีการที่ศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่จะเข้ามากำกับดูแลกระบวนการอนุญาโตตุลาการคือการเข้ามาพิจารณาทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและเพิกถอนคำชี้ขาดหากตรวจพบว่าการดำเนินการอนุญาโตตุลาการขัดต่อกฎหมายของประเทศตน<sup>54</sup> ผู้ที่สนับสนุนทฤษฎีนี้เห็นว่าเป็นการสมควรที่ให้ศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เข้ามากำกับดูแลกระบวนการ

<sup>49</sup> *Cangene Corp v. Octapharm AG* (2000) 9 WWR 606. (มาจาก Zaherah Saghir and Chrispas Nyombi, *Delocalisation in International Commercial Arbitration: A Theory in Need of Practical Application*, 272).

<sup>50</sup> *Dalimpex Ltd. v. Janicki* (2003) Can.LII 34234 (มาจาก Henri C. Alvarez et al, *Model Law Decisions: Cases Applying the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2003), 65.

<sup>51</sup> David St John Sutton, Judith Gill and Matthew Gearing, *Russell on Arbitration* (Sweet&Maxwell, 2007), 7.0057.097-.

<sup>52</sup> Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 421.

<sup>53</sup> Masood Ahmed, *The Influence of the delocalisation and seat theory upon judicial attitudes towards international commercial arbitration*, 412.

<sup>54</sup> Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 569.

อนุญาโตตุลาการเพราะเป็นการเปิดโอกาสให้คู่พิพาทที่แพ้คดีร้องขอต่อศาลเพื่อตรวจสอบกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการว่าเป็นไปโดยชอบหรือไม่ ชัดต่อหลักคุณนิติกระบวนการ (due process) หรือไม่ และคณะอนุญาโตตุลาการวางตัวเป็นกลาง อิสระและดำเนินการภายในขอบเขตของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือไม่<sup>55</sup> ตัวอย่างเช่น ศาลรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา (US federal court) ตัดสินว่า การที่คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธไม่ให้มีการไต่สวนด้วยวาจา (oral hearing) ในกรณีที่มีคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งร้องขอเป็นการขัดต่อหลักการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ดีและเป็นสาเหตุให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้<sup>56</sup>

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าในบางกรณีการเข้ามาแทรกแซงของศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ก็มีความสำคัญและจำเป็นเพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการต่อไปได้อย่างมีประสิทธิภาพและบรรลุวัตถุประสงค์ของการตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมารวมทั้งช่วยควบคุมกำกับดูแลให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการดำเนินไปอย่างถูกต้องและเหมาะสม อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษา Mance L.J. ซึ่งเป็นผู้พิพากษาศาลฎีกาแห่งประเทศสหราชอาณาจักรได้แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับทฤษฎี Seat theory ว่า หากยึดถือทฤษฎี Seat theory มากจนเกินไปอาจส่งผลเสียต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ เพราะเท่ากับเป็นการทำลายหลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการตกลงกัน (party autonomy) ซึ่งเป็นหัวใจของกระบวนการอนุญาโตตุลาการเนื่องจากคู่พิพาทเลือกใช้ออนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทเพราะต้องการเข้ามากำหนดกระบวนการได้ด้วยตนเองโดยปราศจากการแทรกแซงจากศาลภายใน หากศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เข้ามาแทรกแซงในฐานะเป็นผู้สนับสนุนให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินต่อไปได้อย่างมีประสิทธิภาพย่อมเป็นสิ่งที่ดี แต่ถ้าอนุญาตให้ศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เข้ามาควบคุมตรวจสอบกระบวนการอนุญาโตตุลาการเกินสมควรย่อมเป็นอันตรายต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพราะเท่ากับเป็นการทำลายลักษณะเด่นและข้อดีของการระงับข้อพิพาทโดยการใช้ออนุญาโตตุลาการ<sup>57</sup>

#### 4. ข้อเสนอแนะในการใช้ทฤษฎี Delocalization และ ทฤษฎี Seat Theory ร่วมกันในกระบวนการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ

จากการพิจารณาทั้งทฤษฎี Delocalization และ ทฤษฎี Seat Theory บทความนี้มีความเห็นว่าหลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการตกลงกัน (party autonomy) ซึ่งเป็นหลักการที่สนับสนุนทฤษฎี Delocalization ควรถูกนำมาพิจารณาเป็นหลัก (core) ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เพราะความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการตกลงกันเพื่อดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการและการลดบทบาทการเข้าแทรกแซงของศาลและกฎหมายภายในเป็นจุดเด่นของกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ทำให้คู่พิพาทเลือกใช้ออนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทของพวกเขาแทนที่จะเลือกกระบวนการภายในศาลในการระงับข้อพิพาท

อย่างไรก็ตาม บทความนี้เห็นว่าหากมีการปรับใช้ทฤษฎี Delocalization เป็นแบบ Pure Delocalization โดยไม่ให้มีการแทรกแซงจากศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เลยจะก่อให้เกิดปัญหาต่อ

<sup>55</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006, article 34

<sup>56</sup> Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 587.

<sup>57</sup> Masood Ahmed, *The Influence of the delocalisation and seat theory upon judicial attitudes towards international commercial arbitration*, 412.

กระบวนการอนุญาโตตุลาการเพราะในบางสถานการณ์อนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องได้รับความช่วยเหลือจากศาล และกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เพื่อให้กระบวนการสำเร็จลุล่วงไปได้ เช่น อนุญาโตตุลาการ ต้องขอความช่วยเหลือจากศาลให้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว ในกรณีที่ว่าคำสั่งนั้นเกี่ยวข้องกับบุคคลที่สาม เป็นต้น ดังนั้นบทบาทของศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ในฐานะที่เป็นผู้สนับสนุนกระบวนการ อนุญาโตตุลาการ (supportive role) จึงไม่ควรถูกมองข้าม

แม้ว่าบทบาทของศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ในฐานะที่เป็นผู้สนับสนุน กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (supportive role) ควรถูกนำมาพิจารณา แต่บทความนี้เห็นว่ามีบทบาทของศาล และกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ในฐานะที่เป็นผู้กำกับดูแลกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (supervisory role) โดยการตรวจสอบและเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการควรถูกจำกัดให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ เนื่องด้วย 4 เหตุผล ดังต่อไปนี้

เหตุผลประการแรก อนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศมีกลไกที่ก่อให้เกิดความยุติธรรม ในตัวเองอยู่แล้ว อันเนื่องมาจากการทำงานของหลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการตกลงกัน (party autonomy) ภายใต้หลักดังกล่าวคู่พิพาทจะมีสิทธิเท่าเทียมกันในการกำหนดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เช่น การเลือก ผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการ การเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น และ เนื่องจากคู่พิพาทอยู่ในสถานะที่เป็นปฏิปักษ์ต่อกัน เวลาตกลงกันก็ต้องคำนึงถึงประโยชน์ได้เสียของตนเป็นที่ตั้ง หากการใดที่อีกฝ่ายเสนอมาและเป็นผลเสียแก่ฝ่ายตน ฝ่ายนั้นย่อมไม่ยอมรับข้อเสนอ นั้น ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าหลักนี้ มีลักษณะเป็นการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจระหว่างคู่พิพาทในตัวเองอยู่แล้ว (check and balance)<sup>58</sup> นอกจากนี้ แม้ว่ามีการตั้งองค์คณะอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทได้มอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการไปแล้ว คู่พิพาทก็ยังมีสิทธิ ในการคัดค้านตัวอนุญาโตตุลาการที่ตนคิดว่าปฏิบัติตนไม่เหมาะสมได้ อันเป็นการเปิดโอกาสให้คู่พิพาทรักษา ประโยชน์ได้เสียของตนได้อย่างเต็มที่ ซึ่งหากเทียบกับการระงับข้อพิพาทภายในศาลแล้วคู่พิพาทอาจไม่ได้รับสิทธิ มากถึงเพียงนี้<sup>59</sup>

เหตุผลประการที่สอง อนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศมีกระบวนการที่ยุติธรรมในตัวเอง อยู่แล้วในการระงับข้อพิพาทเพราะคู่พิพาทสามารถควบคุมคุณภาพคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการผ่านกฎเกณฑ์ วิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเลือกมาใช้ดำเนินกระบวนการ กฎเกณฑ์วิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ ที่คู่พิพาทเลือกมาใช้มักเป็นกฎเกณฑ์ที่ออกโดยองค์การระหว่างประเทศระดับรัฐบาล (inter-governmental organization) เช่น UNCITRAL เป็นต้น หรือออกโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อองค์กรรัฐบาล (non-governmental organization) ที่มีชื่อเสียง เช่น International Chamber of Commerce (ICC) หรือ London Court of International Arbitration (LCIA) เป็นต้น กฎเกณฑ์ที่ออกโดยองค์การหรือสถาบันเหล่านี้มีการบรรจุ

<sup>58</sup> Dejan Jančićević, "DELOCALIZATION IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION," *FACTA UNIVERSITATIS Series: Law and Politics* 3, ฉบับที่ 1 (1995): 68.

อย่างไรก็ตาม ประเด็นที่ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการสามารถอำนวยความสะดวกได้ดีในตัวเองแล้วนั้นก็ยังคงมีคนแสดงความเห็นต่างไว้ อย่างกว้างขวางเช่นเดียวกัน ถึงปัญหาความไม่ยุติธรรมที่อาจเกิดขึ้นได้ แต่อย่างไรก็ตามบทความนี้ก็ยังคงมองว่าโดยภาพรวมแล้วโดยอาศัยเหตุผลที่กล่าวอ้าง ในบทความ กระบวนการอนุญาโตตุลาการก็สามารถอำนวยความสะดวกได้ดีในระดับหนึ่ง

<sup>59</sup> Jie Li, *The application of the delocalisation theory in current international commercial arbitration*, 8.

หลักการขั้นพื้นฐานที่ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติ ดังนั้นกฎเกณฑ์ดังกล่าวย่อมมีมาตรฐานสูงในระดับนานาชาติ (high-standard international level) นอกจากนี้ สถาบันอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่มักให้ความสำคัญกับเรื่องความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการอยู่แล้วเมื่อมีการออกกฎเกณฑ์มาใช้กับการอนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบันของตนเพื่อให้คู่พิพาทซึ่งเป็นผู้ใช้บริการเกิดความเชื่อมั่นและกลับมาใช้บริการอีก<sup>60</sup>

เหตุผลประการที่สาม บทบาทของศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ในฐานะที่เป็นผู้กำกับดูแลกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (supervisory role) โดยการเข้าไปตรวจสอบและเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นการทำลายหลักความเป็นที่สุดของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (finality principle of arbitration)<sup>61</sup> ข้อดีอย่างหนึ่งของกระบวนการอนุญาโตตุลาการคือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นที่สุดและมีผลผูกพันระหว่างคู่พิพาท (final and binding) กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่ได้มีเจตนาให้มีการอุทธรณ์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่อศาลภายในของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ได้<sup>62</sup> แต่โดยทั่วไปฝ่ายที่แพ้คดีมักหาช่องทางเลื่อนการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการออกไปหรือทำลายคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ตัดสินเป็นปฏิปักษ์กับตนโดยการร้องขอต่อศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ให้ตรวจสอบและเพิกถอนคำชี้ขาดให้ ดังนั้นการเข้าแทรกแซงของศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เพื่อตรวจสอบและเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอาจนำมาซึ่งความล่าช้าในการบังคับคำชี้ขาดและเท่ากับเป็นการทำลายหลักความเป็นที่สุดของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ<sup>63</sup>

เหตุผลประการที่สี่ บทความนี้ไม่ได้หมายความว่าหลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการตกลงกัน (party autonomy) ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการจะเป็นอิสระอย่างสิ้นเชิง กระบวนการอนุญาโตตุลาการยังคงต้องถูกตรวจสอบได้ แต่ควรจำกัดให้ถูกตรวจสอบโดยศาลของประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเท่านั้น โดยทั่วไป ศาลของประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาตรวจสอบว่าคำชี้ขาดนั้นขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อยของประเทศตนหรือไม่ก่อนที่จะบังคับคำชี้ขาดให้ หากไม่ขัด ศาลจะบังคับคำชี้ขาดนั้นให้ และเมื่อพิจารณาเหตุในมาตรา 34 ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 ที่ให้อำนาจศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะพบว่ามีลักษณะเหมือนกันกับเหตุในมาตรา 5 ของอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ที่ให้อำนาจศาลของประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้<sup>64</sup> เช่น กฎหมายทั้งสองฉบับ

<sup>60</sup> Klaus Peter Berger, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation and Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2006), 1689.

<sup>61</sup> William W. Park, *Arbitration of International Business Disputes: studies in law and practice*, 149.

<sup>62</sup> Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 569.

<sup>63</sup> Matthew Secomb, *Shades of Delocalisation; Diversity in the Adoption of the UNCITRAL Model Law in Australia, Hong Kong and Singapore*, 129.

<sup>64</sup> Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 582.

จากการศึกษาจะพบว่า สาเหตุตามมาตรา 34 ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 ที่ให้อำนาจศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีลักษณะเหมือนกันกับสาเหตุในมาตรา 5 ของอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ที่ให้อำนาจศาลของประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้ อย่างไรก็ตาม มาตรา 5 ของอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.

กำหนดว่า ในกรณีที่ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันหรือคู่สัญญาไม่มีความสามารถในการเข้าทำสัญญา อนุญาโตตุลาการย่อมเป็นสาเหตุในการเพิกถอนหรือปฏิเสธไม่บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น<sup>65</sup> ดังนั้นเนื่องจากมีสาเหตุที่เหมือนกันในการพิจารณาตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีความจำเป็นที่ต้องให้ศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เข้ามาแทรกแซงตรวจสอบคำชี้ขาดกับศาลของประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพราะจะทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการล่าช้าและอาจเกิดคำตัดสินที่ขัดแย้งกันระหว่างศาลทั้งสองอันจะนำไปสู่ปัญหาในการบังคับคำชี้ขาดต่อไป

ด้วยเหตุผลทั้งสี่ประการข้างต้น บทความนี้จึงเห็นว่าบทบาทของศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ในฐานะที่เป็นผู้กำกับดูแลกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (supervisory role) โดยการตรวจสอบและเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการควรถูกจำกัดให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ บทบาทในการเป็นผู้กำกับดูแลกระบวนการอนุญาโตตุลาการแตกต่างจากบทบาทในการเป็นผู้สนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (supportive role) เพราะบทบาทเป็นผู้สนับสนุนไม่ได้ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการใช้ไม่ได้ แต่กลับเป็นการช่วยให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการสามารถสำเร็จลุล่วงและบรรลุหน้าที่ได้โดยใช้กฎหมายและศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เข้ามาแก้ไขข้อบกพร่องของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ขณะที่บทบาทเป็นผู้กำกับดูแลกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยการเข้ามาตรวจสอบและเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของศาลประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อหลักการสำคัญบางประการของอนุญาโตตุลาการ เช่น หลักความเป็นที่สุดของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น และอาจส่งผลเสียต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งหมดเพราะจะทำให้คำชี้ขาดและกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งหมดที่ดำเนินมาเสียไปและไม่มีผลใช้บังคับ

## สรุป

ทฤษฎี Delocalization เป็นทฤษฎีที่มีการโต้เถียงกันมากในทางอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ โดยผู้ที่เห็นด้วยกับทฤษฎีนี้มองว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการควรมีอิสระ ปราศจากการแทรกแซงจากศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ มีเพียงศาลและกฎหมายของประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเท่านั้นที่จะเข้ามาแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ อย่างไรก็ตามมีอีกหนึ่งทฤษฎีคือทฤษฎี Seat Theory ที่ไม่เห็นด้วยกับทฤษฎี Delocalization โดยมีความเห็นว่าศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่สามารถเข้ามาแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ หากกระบวนการเกิดขึ้นในดินแดนประเทศตน บทความนี้พยายามแสดงให้เห็นว่าทฤษฎี Delocalization สามารถนำไปใช้ได้จริงในทางปฏิบัติเพราะมีหลายขบัตินิติแห่งกฎหมายและหลายคดีที่สนับสนุนทฤษฎีดังกล่าว แต่การนำทฤษฎี Delocalization ไปใช้ในทางปฏิบัติโดยไม่คำนึงถึงบทบาทและความสำคัญของศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เลยอาจนำมาซึ่งปัญหาในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ ดังนั้นแล้วทั้งสองทฤษฎีจึงควรถูกนำมาพิจารณาควบคู่กันไปเพราะในบางกรณีที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีปัญหา ไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้

1958 กำหนดสาเหตุเพิ่มเข้ามาเพื่อให้ศาลของประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอาจไม่บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้ ในกรณีที่ศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

<sup>65</sup> Ibid., 582, 624.

ศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาตตุลาการตั้งอยู่อาจต้องเข้ามาแทรกแซงเพื่อช่วยให้กระบวนการอนุญาตตุลาการสามารถดำเนินการต่อไปได้และบรรลุน้ำหนักของการตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นมา (supportive role) เช่น ศาลอาจเข้ามาช่วยเลือกตัวอนุญาตตุลาการ ในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงเลือกอนุญาตตุลาการได้ หรือศาลอาจเข้ามาช่วยตีความข้อสัญญาอนุญาตตุลาการ ในกรณีที่ข้อสัญญาไม่มีความคลุมเครือ หรือศาลอาจช่วยออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในกรณีเป็นคำสั่งเกี่ยวข้องกับบุคคลที่ 3 เนื่องจากคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาตตุลาการจะมีผลเฉพาะคู่พิพาทเท่านั้น ไม่สามารถใช้บังคับกับบุคคลที่ 3 ได้ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม บทบาทของศาลและกฎหมายของประเทศที่อนุญาตตุลาการตั้งอยู่ในฐานะที่เป็นผู้กำกับดูแลกระบวนการอนุญาตตุลาการ โดยการตรวจสอบและเพิกถอนคำสั่งขาดของอนุญาตตุลาการ (supervisory role) ควรถูกจำกัดให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้เพราะกระบวนการอนุญาตตุลาการมีระบบการควบคุมตรวจสอบที่ติดอยู่แล้วในตัวเองประกอบกับหากให้อำนาจศาลของประเทศที่อนุญาตตุลาการตั้งอยู่เข้ามาตรวจสอบและเพิกถอนคำสั่งขาดของอนุญาตตุลาการมากจนเกินไปอาจเป็นการทำลายหลักการสำคัญบางประการของอนุญาตตุลาการ เช่น หลักความเป็นที่สุดของคำสั่งขาดของอนุญาตตุลาการ เป็นต้น อันจะส่งผลเสียต่อกระบวนการอนุญาตตุลาการเพราะทำให้คำสั่งขาดและกระบวนการของอนุญาตตุลาการที่ดำเนินมาทั้งหมดเสียไปและไม่สามารถใช้บังคับได้

การอนุวัติการหลักการการบังคับประกันภัยตามอนุสัญญาเพื่อการรวบรวม  
กฎเกณฑ์บางประการเกี่ยวกับการรับขนระหว่างประเทศทางอากาศ\*  
Implementation of the Provision on Insurance under the  
Convention for the Unification of Certain Rules for  
International Carriage by Air

ลลิล ก่อวุฒิกุลรังษี  
*Lalin Kovudhikulrungsri*

อาจารย์ประจำ  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200  
Full-time Lecturer  
Faculty of Law, Thammasat University, 2 Phrachan Road, Phra Nakhon, Bangkok 10200  
Corresponding author Email: lalin@tu.ac.th

(Received: July 16, 2019; Revised: August 3, 2019; Accepted: August 7, 2019)

---

### บทคัดย่อ

อนุสัญญาเพื่อการรวบรวมกฎเกณฑ์บางประการเกี่ยวกับการรับขนระหว่างประเทศทางอากาศ ค.ศ. 1999 หรือ อนุสัญญามอนทรีออล มีข้อกำหนดให้รัฐต้องเรียกให้ผู้ขนส่งของตนคงไว้ซึ่งการประกันภัยอันเพียงพอครอบคลุมความรับผิดตามอนุสัญญามอนทรีออล เมื่อประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญามอนทรีออลจำเป็นต้องปฏิบัติตามพันธกรณีข้อนี้ บทความนี้มุ่งศึกษาว่าประเทศไทยได้อนุวัติการเรื่องการประกันภัยในการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายไทยอย่างไรและสอดคล้องกับพันธกรณีหรือไม่ โดยศึกษาจากประวัติการร่างอนุสัญญามอนทรีออล ความเห็นของนักวิชาการต่อข้อบทเรื่องการประกันภัย และเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของภาคีสมาชิกอนุสัญญามอนทรีออล ได้แก่ สหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา แคนาดา และออสเตรเลีย ในประเด็นผู้อยู่ใต้บังคับให้ทำประกันภัย ประเภทของสัญญาประกันภัย จำนวนเงินเอาประกันภัย และมาตรการบังคับ

**คำสำคัญ:** อนุสัญญามอนทรีออล, การรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ, การประกันภัย, การอนุวัติการ

---

\* บทความนี้ดัดแปลงจากงานวิจัยเรื่อง "การอนุวัติการหลักการการบังคับประกันภัยตามอนุสัญญาเพื่อการรวบรวมกฎเกณฑ์บางประการเกี่ยวกับการรับขนระหว่างประเทศทางอากาศ" ได้รับทุนจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในปี พ.ศ. 2562.

## Abstract

Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, 1999 or the Montreal Convention obliges states parties to require their carriers to maintain adequate insurance covering their liability under this Convention. By ratifying the Montreal Convention, Thailand has to implement this provision. This article aims to study how Thailand implements the provision concerning insurance into its domestic legal system and whether the implementation is in line with Thailand's obligation. The article explores the drafting history of the Montreal Convention and scholars' opinion towards the provision on insurance. The article also compares Thai law with laws from states parties to the Montreal Convention i.e. the European Union, the United States of America, Canada and Australia. The compared issues are the persons required to insure, types on an insurance contract, insured money and enforcement measures.

**Keywords:** Montreal Convention, International Carriage by Air, Insurance, Implementation

## 1. บทนำ

ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาเพื่อการรวบรวมกฎเกณฑ์บางประการเกี่ยวกับการรับขนระหว่างประเทศทางอากาศ (อนุสัญญามอนทรีออล) โดยการมอบภาคยานุวัติสารเมื่อวันที่ 3 สิงหาคม พ.ศ. 2560<sup>1</sup> และได้แก้ไขพระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558 ฉบับที่ 2 (พระราชบัญญัติรับขนฯ) เพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญามอนทรีออลซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อรวบรวมกฎเกณฑ์ด้านการรับขนทางอากาศ แผนกคดีบุคคลให้เป็นอันเดียวกัน เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคนในการรับขนระหว่างประเทศทางอากาศ และเพื่อให้การขนส่งทางอากาศพัฒนาไปอย่างมีระเบียบ<sup>2</sup> หนึ่งในนวัตกรรมใหม่ในอนุสัญญามอนทรีออลคือการบังคับให้ผู้ขนส่งทางอากาศทำประกันภัยตามที่ระบุไว้ในข้อ 50 แห่งอนุสัญญามอนทรีออล ซึ่งข้อ 50 นี้มีความแตกต่างจากข้ออื่นๆ แห่งอนุสัญญาฉบับเดียวกัน คือ กำหนดพันธกรณีให้รัฐ ในขณะที่ข้ออื่นๆ ระบุไปที่ผู้ขนส่ง เนื่องจากประเทศไทยไม่ได้ตั้งข้อสงวนข้อ 50 ไว้<sup>3</sup> ดังนั้นประเทศไทยจึงมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามข้อ 50 ว่าด้วยการจัดให้มีการประกันภัย

ในการประกอบกิจการเดินอากาศ ผู้ขนส่งต้องเกี่ยวข้องกับการประกันภัยหลายประเภท อาทิ การประกันภัยอากาศยานจากความเสียหาย การประกันภัยให้บุคคลากร การประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในความเสียหายจากอากาศยาน การประกันภัยความรับผิดชอบต่อผู้โดยสาร การประกันภัยความรับผิดชอบต่อผู้ส่งของ เป็นต้น บทความนี้มุ่งศึกษาเฉพาะขอบเขตการประกันภัยตามข้อ 50 แห่งอนุสัญญามอนทรีออล เพื่อพิจารณาการอนุวัติการตามพันธกรณีของประเทศไทย ดังนั้น บทความนี้จะไม่กล่าวถึงการประกันภัยที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งทางอากาศในกรณีอื่นๆ เช่น การประกันภัยต่อบุคคลที่สาม การประกันภัยอากาศยาน เป็นต้น โดยทำการศึกษาประวัติความเป็นมาในการบัญญัติเรื่องการประกันภัยในอนุสัญญามอนทรีออล และศึกษาเปรียบเทียบการอนุวัติการข้อดังกล่าวในภาคีสมาชิกอนุสัญญามอนทรีออล

บทความแบ่งเป็น 5 ส่วน โดยเริ่มจากการพิจารณาประวัติการร่างและการตีความข้อ 50 แห่งอนุสัญญามอนทรีออล (หัวข้อ 2) จากนั้นจึงพิจารณากฎหมายของภาคีสมาชิกว่านำไปอนุวัติการอย่างไร (หัวข้อ 3) และพิจารณากฎหมายไทยในประเด็นการประกันภัยหลังจากที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญามอนทรีออล (หัวข้อ 4) และสรุปและเสนอแนะ (หัวข้อ 5)

## 2. การบังคับประกันภัยตามอนุสัญญามอนทรีออล

### 2.1 การประกันภัยในกฎหมายรับขนทางอากาศระหว่างประเทศก่อนมีอนุสัญญามอนทรีออล

ก่อนที่อนุสัญญามอนทรีออลจะเกิดขึ้น กฎหมายรับขนทางอากาศระหว่างประเทศอยู่ภายใต้อนุสัญญาเพื่อการรวบรวมกฎเกณฑ์บางประการเกี่ยวกับการรับขนระหว่างประเทศทางอากาศ ค.ศ. 1929 (อนุสัญญาออร์ซอ)

<sup>1</sup> List of Parties Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, accessed July 16, 2019, [https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99\\_EN.pdf](https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_EN.pdf).

<sup>2</sup> Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air 1999, preamble. [Montreal Convention]

<sup>3</sup> List of Parties Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air.

และพิธีสารที่แก้ไขเพิ่มเติมอนุสัญญาออร์ซอ แต่ไม่มีมาตราใดในอนุสัญญาออร์ซอและพิธีสารที่บังคับผู้ขนส่งให้ทำประกันภัยหรือกำหนดให้รัฐภาคีออกมาตรการบังคับผู้ขนส่งให้ทำประกันภัยแต่อย่างใด แต่ในทางปฏิบัติรัฐต่างๆ ก็บังคับให้ผู้ให้บริการบินที่ต้องการจะทำการบินเข้าหรือออกจากอาณาเขตของรัฐจัดให้มีประกันภัยอยู่แล้ว<sup>4</sup>

ในช่วงปีค.ศ. 1980-1989 Bin Cheng ซึ่งเป็นศาสตราจารย์ด้านกฎหมายอากาศและอวกาศที่ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติ ได้ผลักดันเรื่องการประกันภัยในการขนส่งทางอากาศมาก Cheng ได้นำเสนอในงานสัมมนาทางวิชาการ คือ งาน International Aviation Law Seminar of 1981 ที่เมือง Tobago หมู่เกาะ West Indies และงาน International Law Association Conference of 1982<sup>5</sup> โดย Cheng ได้เสนอให้ความรับผิดชอบของผู้ขนส่งแบ่งเป็นสามชั้น ในความรับผิดชอบชั้นแรกให้ผู้ขนส่งควไวซึ่งการประกันภัยอันเพียงพอ (adequate insurance) ในขณะที่ความรับผิดชอบชั้นที่สองเป็นแผนสำรองที่อุตสาหกรรมทั้งหมดร่วมกันประกันภัยและความรับผิดชอบสุดท้ายให้รัฐและองค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (International Civil Aviation Organization – ICAO) เป็นผู้รับผิดชอบในกรณีความเสียหายเป็นภัยพิบัติรุนแรง

ทั้งนี้ Cheng ออกแบบระบบความรับผิดชอบสามชั้นเชื่อมโยงกับการประกันภัยเพื่อสร้างความแน่ใจว่าผู้เสียหายจะได้รับการชดเชย<sup>6</sup> ข้อเสนอของ Cheng มองความเสียหายทั้งต่อผู้โดยสารและต่อบุคคลภายนอก เช่น กรณีเครื่องบินตก มีความเสียหายต่อผู้โดยสาร และบุคคลที่อยู่บนพื้นผิว ทั้งนี้ ข้อเสนอของ Cheng ได้พัฒนาต่อมาเป็นร่างอนุสัญญาที่รู้จักในชื่อ Alvor Draft Convention Relating to International Carriage by Air ในปี 1987 (Alvor II) ซึ่งเสนอระบบความรับผิดชอบสองชั้น และกำหนดให้สายการบินต้องทำประกันภัยให้ครอบคลุมความรับผิดตามร่างอนุสัญญา<sup>7</sup> เนื้อหาของ Alvor II มีเนื้อหาไม่ต่างจากร่างมาตรา 35A ที่ Cheng เคยเสนอในงานปี 1982 โดยร่างมาตราใน Alvor II ระบุไว้ในมาตรา 35B ว่า

“Article 35B

- (1) Every carrier is required to maintain insurance or other form of financial security, including guarantee, covering his liability for such damage as may arise under this Convention in such amount, of such type and in such terms as the national State of the carrier may specify. The carrier may be required by the State into which he operates to provide evidence that this condition has been fulfilled by producing appropriate certificate or certificates from the State concerned.
- (2) Direct action shall lie against the person furnishing financial security pursuant to the above paragraph, if the law of the competent court so provides.”<sup>8</sup>

<sup>4</sup> ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายอากาศระหว่างประเทศ* (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2545), 244.

<sup>5</sup> Sebastian Fernandez-Pena, “Aviation Insurance: A Montreal ’99 Perspective,” (Master of Laws thesis, Faculty of Law, McGill University, 2006), 53-61; George N. Thomkins, *Liability Rules Applicable to International Air Transportation as Developed by the Courts in the United States: From Warsaw 1929 to Montreal 1999*, (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010), 18.

<sup>6</sup> Fernandez-Pena, *ibid.*, 53-54.

<sup>7</sup> Chia-Jui Cheng, *Studies in International Air Law: Selected Works of Bin Cheng* (Leiden: Brill Nijhoff, 2017), XIV.

<sup>8</sup> Draft Convention Relating to International Carriage by Air: A Proposal to Re-unify and Revitalize the Relevant Rules, art. 35 B.

เนื้อหาข้างมาตรานี้ระบุว่า ผู้ขนส่งต้องคงไว้ซึ่งการประกันภัย แต่ไม่ได้กำหนดเรื่องจำนวนเงินหรือประเภทการประกันภัย โดยปล่อยให้เป็นดุลพินิจของรัฐในการที่จะกำหนด<sup>9</sup>

## 2.2 ประวัติการร่างอนุสัญญามอนทรีออล

หลักการใน Alvor II ได้นำมาเป็นฐานในการร่างอนุสัญญามอนทรีออล<sup>10</sup> เพราะ ICAO ได้นำร่าง Alvor II เผยแพร่ให้กับฝ่ายเลขานุการการประชุมที่เตรียมร่างอนุสัญญามอนทรีออล<sup>11</sup> ในการประชุมที่เมืองมอนทรีออลในปี ค.ศ. 1999 ซึ่งมีผู้แทนฝั่งประกันภัยที่เป็นนักกฎหมายเข้าร่วมประชุมด้วยในฐานะผู้สังเกตการณ์คือ International Union of Aerospace Insurers การบังคับให้ผู้ขนส่งทำประกันภัยนำไปบรรจุในร่างข้อ 45 แต่มีการเขียนใหม่ให้รัฐภาคีเป็นผู้มีพันธกรณีโดยระบุว่า

### Article 45–Insurance

States Parties shall require their carriers to maintain adequate insurance covering their liability under this Convention. A carrier may be required by the *State into which it operates* to furnish evidence that it maintains adequate insurance covering its liability under this Convention.<sup>12</sup>

ผู้แทนจากสหราชอาณาจักรได้ตั้งข้อสังเกตว่า คำว่า “State” ควรเปลี่ยนเป็น “State Party” คือให้เปลี่ยนจาก “รัฐ” เป็น “รัฐภาคี”<sup>13</sup> ข้อสังเกตนี้ได้ถูกรับไปปรับแก้ดังที่ปรากฏในข้อ 50 แห่งอนุสัญญามอนทรีออล ส่วนผู้แทนจากญี่ปุ่นได้ตั้งคำถามว่า ถ้อยคำว่า “into which it operates” จะรวมถึงการบินผ่านหรือไม่ ประธานในที่ประชุมได้ชี้แจงว่า จากบริบทของอนุสัญญาน่าจะหมายถึงกรณีอื่นมากกว่ากรณีการบินผ่าน<sup>14</sup>

ข้อถกเถียงเกี่ยวกับการประกันภัยได้ถูกเชื่อมโยงกับเนื้อหาเรื่องระบบความรับผิดที่จะใช้ในอนุสัญญา เนื่องจากประเภทความรับผิดจะเชื่อมโยงกับอัตราเบี้ยประกันภัย และในร่างอนุสัญญามอนทรีออล ระบบความรับผิดจะเป็นสองชั้น ซึ่งชั้นที่สองจะรับผิดไม่จำกัด โดยอาศัยระบบการนำสืบพิสูจน์ความรับผิด ดังนั้น ข้อกังวลที่ผู้เข้าร่วมประชุมกังวล คือ หากระบบความรับผิดชั้นที่สองเป็นความรับผิดแบบไม่จำกัด ก็อาจส่งผลกับเบี้ยประกันภัยที่ต้องชำระ<sup>15</sup> อย่างไรก็ตาม มีผู้โต้แย้งว่า เบี้ยประกันภัยจะไม่เพิ่มขึ้น หากแต่จะลดลงเพราะจะเกิดการแข่งขันขึ้นระหว่างนายหน้าประกันภัย<sup>16</sup> และสุดท้ายอัตราเบี้ยประกันภัยจะเป็นไปตามระดับความเสี่ยงและประวัติการชดเชยค่าเสียหาย<sup>17</sup>

<sup>9</sup> Chia-Jui Cheng, *Studies in International Air Law: Selected Works of Bin Cheng*, (Brill Nijhoff: Leiden), 843.

<sup>10</sup> *Ibid.*, XIV.

<sup>11</sup> International Civil Aviation Organization, “International Conference on Air Law,” *ICAO Doc 9775-DC/2*, Vol. I, p. 1.

<sup>12</sup> International Civil Aviation Organization, “International Conference on Air Law,” 28. [Emphasis added]

<sup>13</sup> *Ibid.*, 192.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 192-193

<sup>15</sup> *Ibid.*, 85.

<sup>16</sup> *Ibid.*, 86.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 90.

นอกจากนี้ ยังมีการถกเถียงเรื่องอัตราเบี้ยประกันภัยเมื่อเชื่อมโยงกับการเพิ่มเขตอำนาจศาล เนื่องจากมีข้อกังวลว่า หากเพิ่มเขตอำนาจศาลที่โจทก์สามารถฟ้องร้องได้เพิ่มขึ้นจะเกิดกรณีการเลือกฟ้องคดีต่อศาลในรัฐที่ให้ค่าเสียหายสูง (forum shopping) และหากเป็นเช่นนั้นอัตราเบี้ยประกันภัยก็จะเพิ่มขึ้นตามมา<sup>18</sup>

ในท้ายที่สุด ข้อบทเกี่ยวกับการประกันภัยก็ได้รับการบรรจุอยู่ในอนุสัญญามอนทรีออลในข้อ 50 ซึ่งบัญญัติว่า

“Article 50 Insurance

States Parties shall require their carriers to maintain adequate insurance covering their liability under this Convention. A carrier may be required by the State Party to which it operates to furnish evidence that it maintains adequate insurance covering its liability under this Convention.”<sup>19</sup>

แปลเป็นไทย คือ

“ข้อ 50 การประกันภัย

รัฐภาคีต้องเรียกให้ผู้ขนส่งของตนคงไว้ซึ่งการประกันภัยอันเพียงพอที่จะครอบคลุมถึงความรับผิดชอบของผู้ขนส่งภายใต้อนุสัญญานี้ รัฐภาคีอาจเรียกให้ผู้ขนส่งที่ดำเนินการเข้าในรัฐนั้นส่งพยานหลักฐานว่า ผู้ขนส่งคงไว้ซึ่งการประกันภัยอันเพียงพอที่จะครอบคลุมถึงความรับผิดชอบของผู้ขนส่งภายใต้อนุสัญญานี้”<sup>20</sup>

### 2.3 ข้อพิจารณา

การบัญญัติให้รัฐภาคีต้องกำหนดให้ผู้ขนส่งคงไว้ซึ่งการประกันภัย ได้รับการวิพากษ์ในวงวิชาการหลากหลายความเห็น โดยสามารถสรุปได้เป็น 3 กลุ่ม คือ 1) กลุ่มที่ไม่เห็นความจำเป็นว่าจำเป็นต้องมีการระบุไว้ เช่น Whalen ซึ่งเป็นที่ปรึกษากฎหมายด้านกฎหมายการบิน เห็นว่า บทบัญญัตินี้เป็นการเอาใจผู้บริโภคมามากเกินไป และสรุปว่า บทบัญญัติและนโยบายเบื้องหลังบทบัญญัตินี้เป็นเรื่อง “ไม่เป็นเหตุผล” (absurd)<sup>21</sup> ส่วน Mercer เห็นว่า การบังคับให้ทำประกันภัยนั้นเป็นเรื่องที่ละเอียดเกินกว่าจะบัญญัติไว้ในอนุสัญญา<sup>22</sup> และ Müller-Rostin เห็นว่าไม่จำเป็นต้องมีในอนุสัญญา<sup>23</sup> 2) กลุ่มที่สนับสนุนให้มีข้อดังกล่าวในอนุสัญญา เนื่องจากเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค เช่น Cheng เห็นว่าจะช่วยเรื่องการชดเชยค่าเสียหาย<sup>24</sup> โดย Weber เสริมว่า มาตรการนี้จะทำให้แน่ใจว่า

<sup>18</sup> Ibid., 104.

<sup>19</sup> Montreal Convention, art. 50

<sup>20</sup> คำแปลอนุสัญญาเพื่อรวบรวมกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการรับขนระหว่างประเทศทางอากาศ, ม. 50.

<sup>21</sup> Thomas J. Whalen, “The New Warsaw Convention: The Montreal Convention,” *Air & Space Law* XXV/1 (2000): 25.

<sup>22</sup> Anthony G. Mercer, “The 1999 Montreal Convention – A New Convention for a New Millennium,” *The Aviation Quarterly* (2000): 90.

<sup>23</sup> Wolf Müller-Rostin, “The Montreal Convention of 1999: Uncertainties and Inconsistencies,” *The Aviation Quarterly* (2000): 224.

<sup>24</sup> Bin Cheng, “A New era in the Law of International Carriage by Air: From Warsaw (1929) to Montreal (1999),” *International and Comparative Law Quarterly*, 53(4), (2004): 853.

สายการบินจะสามารถชดใช้ค่าเสียหายได้ในกรณีสายการบินล้มละลาย<sup>25</sup> และ Milde เห็นว่า มาตรานี้เป็นนวัตกรรมสำคัญ<sup>26</sup> รวมถึง Müller-Rostin ที่ให้ความเห็นอีกครั้งในปี ค.ศ. 2004 ว่าเป็นบทบัญญัติที่สำคัญ แม้จะไม่โดดเด่น<sup>27</sup> เป็นต้น และกลุ่มสุดท้าย 3) กลุ่มที่ไม่ได้แสดงความเห็นรุนแรง แต่ชี้ให้เห็นว่า ถ้อยคำยังมีความคลุมเครือ เช่น Margo ที่เห็นว่า บทบัญญัติไม่มีความชัดเจน<sup>28</sup> ในขณะที่ Hermida เห็นว่า บทบัญญัติไม่ได้กล่าวถึงการบริหารความเสี่ยงด้วยวิธีอื่น ๆ<sup>29</sup> และนักกฎหมายหลายคนให้ความเห็นว่า ถ้อยคำว่า “adequate” มีความไม่ชัดเจน<sup>30</sup> เป็นต้น

เนื่องจากบทความนี้มุ่งพิจารณาว่า ประเทศไทยออกกฎหมายเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 50 ได้สอดคล้องเหมาะสมหรือไม่ เพียงใด ผู้เขียนจะไม่วิพากษ์ความเห็นกลุ่มที่ 1 และ 2 อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า ในวงการกฎหมายอากาศระหว่างประเทศยังไม่มีแนวโน้มจะแก้ไขบทบัญญัติใดๆ ในอนุสัญญามอนทรีออล ในทางกลับกัน ในที่ประชุมสมัชชาใหญ่ของ ICAO ยังสนับสนุนให้รัฐสมาชิก ICAO เข้าเป็นภาคีอนุสัญญามอนทรีออลโดยเร็ว<sup>31</sup> และ ณ เดือนธันวาคม 2561 มีรัฐภาคีทั้งสิ้น 136 รัฐ<sup>32</sup> ดังนั้น ในหัวข้อนี้จึงมุ่งพิจารณาความเห็นกลุ่มที่ 3 ในประเด็นเรื่องถ้อยคำ การตีความตัวบทข้อ 50 แห่งอนุสัญญามอนทรีออลเป็นหลัก

### 2.3.1 ผู้ขนส่งของตน (their carriers)

อนุสัญญามอนทรีออลนิยามคำว่า “carrier” ไว้ Margo เห็นว่า อนุสัญญามอนทรีออลเขียนไว้ไม่ชัดเจนแต่ น่าจะหมายถึงผู้ขนส่งที่ประกอบกิจการและมีสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ ณ รัฐนั้น (principal place of business) และ/หรือได้รับใบอนุญาตจากรัฐนั้น<sup>33</sup> แต่ Müller-Rostin เห็นว่า คำนี้ น่าจะไม่ได้จำกัดเฉพาะผู้ขนส่งที่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมภายในดินแดนของรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องเท่านั้น แต่น่าจะหมายถึงผู้ขนส่งทุกรายที่ดำเนินกิจกรรมการขนส่งทางอากาศตามกฎหมายของรัฐภาคี ดังนั้นจึงต้องรวมผู้ขนส่งทางอากาศทุกราย และจะยกเว้นเฉพาะที่กฎหมายของรัฐภาคีกำหนดยกเว้นไว้เท่านั้น<sup>34</sup> รวมทั้งผู้ขนส่งตามสัญญา (contracting carrier) และผู้ขนส่งตามความเป็นจริง (actual carrier) ด้วย<sup>35</sup>

<sup>25</sup> Ludwig J. Weber, “Recent Developments in International Air Law,” *Air & Space Law XXIX* (2004): 284.

<sup>26</sup> Michael Milde, “The Warsaw System of Liability in International Carriage by Air: History, Merits and Flaw... and the New “non-Warsaw” Convention of 28 May 1999,” *Annal of Air and Space Law XXIV* (1999): 184.

<sup>27</sup> Elmar Giumulla, et. al., *Montreal Convention Commentary*, (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006), art. 50-2.

<sup>28</sup> Rod D. Margo, et. al., *Margo on Aviation Insurance: The Law and Practice of Aviation Insurance, including Space and Hovercraft Insurance*, (London: LexisNexis, 2014), 23.

<sup>29</sup> Julian Hermida, “The New Montreal Convention: The International Passenger’s Perspective One Airline’s Merit is Another Passenger’s Shortcoming,” *Air & Space Law XXVI/3* (July 2001): 155.

<sup>30</sup> Rod D. Margo, et. al., *Margo on Aviation Insurance: The Law and Practice of Aviation Insurance, including Space and Hovercraft Insurance*, 23; Paul S. Dempsey and Michael Milde, *International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999*, (Montreal: McGill University, 2005), 240; Harold Caplan, “Novelty in the New Convention (1999),” *The Aviation Quarterly* (2000): 200.

<sup>31</sup> ICAO, Resolution A39-9, para. 2.

<sup>32</sup> List of Parties Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air.

<sup>33</sup> Rod D. Margo, et. al., *Margo on Aviation Insurance: The Law and Practice of Aviation Insurance, including Space and Hovercraft Insurance*, 19.

<sup>34</sup> Elmar Giumulla, et. al., *Montreal Convention Commentary*, art. 50-4.

<sup>35</sup> *Ibid.*, art. 50-4.

### 2.3.2 ประเภทของสัญญาประกันภัย

อนุสัญญามอนทรีออลไม่ได้ระบุประเภทสัญญาประกันภัยไว้อย่างชัดเจน หากพิจารณาจากตัวบทที่ต้องจัดให้มีการประกันภัยอันเพียงพอตามที่ต้องรับผิดชอบตามอนุสัญญามอนทรีออล ย่อมหมายความว่า เป็นความรับผิดตามอนุสัญญามอนทรีออลเท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีอนุสัญญาอื่น เช่น อนุสัญญาว่าด้วยความเสียหายซึ่งอากาศยานต่างประเทศก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลที่สามบนผิวพื้น (Convention on Damage Caused by Foreign Aircraft to Third Parties on the Surface)

เมื่อพิจารณาจากประวัติศาสตร์ในหัวข้อ 2.1 จะเห็นว่า ข้อเสนอให้มีเรื่องการประกันภัยนั้น ต้องการคุ้มครองผู้โดยสารเป็นหลัก ย่อมเป็นที่แน่นอนว่า การประกันภัยที่อนุสัญญามอนทรีออลต้องการให้ผู้ขนส่งทำนั้น หมายรวมถึงการประกันภัยในความเสียหายแก่ผู้โดยสาร สำหรับความเสียหายแก่ของ (cargo) นั้น ซึ่ง Weber ให้ความเห็นที่ว่าข้อ 50 รวมการประกันภัยในความรับผิดจากของด้วย<sup>36</sup> และหากพิจารณาจากสภาพตลาดประกันภัยในธุรกิจการบินจะพบว่า มีการให้ประกันภัยสำหรับการขนส่งคนโดยสาร สัมภาระ และของ จึงมีความเห็นฝ่ายหนึ่งว่า ข้อ 50 ครอบคลุมความเสียหายสำหรับการขนส่งคนโดยสาร สัมภาระ และของ<sup>37</sup> ส่วนกรณีล่าช้านั้นมิได้เป็นข้อมาตรฐานในการรับประกันภัยในการรับขน<sup>38</sup>

### 2.3.3 การประกันภัยอันเพียงพอ (adequate insurance)

การพิจารณาว่าจำนวนเท่าใดจะเพียงพอ นั้น จะต้องพิจารณาประกอบกับข้อบทอื่นๆ ในอนุสัญญามอนทรีออล เพราะจำนวนอันเพียงพอ นั้นจะแปรผันไปตามจำนวนความรับผิดของผู้ขนส่งภายใต้ อนุสัญญา (their liability under this Convention)

ความรับผิดของผู้ขนส่งภายใต้อนุสัญญามอนทรีออลต้องพิจารณาประกอบกับข้ออื่นๆ ในอนุสัญญามอนทรีออล โดยแบ่งได้เป็นกรณีความเสียหายแก่ชีวิตหรือบาดเจ็บทางร่างกายของผู้โดยสาร ซึ่งค่าเสียหายกำหนดไว้สองชั้น ชั้นแรกเป็นความรับผิดเคร่งครัด (strict liability) กำหนดไว้ที่ 113,100 หน่วยสิทธิพิเศษถอนเงิน<sup>39</sup> ส่วนชั้นที่สอง ความรับผิดจะเป็นแบบไม่จำกัด และมีข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่า ผู้ขนส่งประมาท เลินเล่อ โดยผู้ขนส่งจะหลุดพ้นความรับผิดชั้นนี้ก็ต่อเมื่อเป็นฝ่ายพิสูจน์ได้ว่า ความเสียหายไม่ได้เกิดจากการประมาท เลินเล่อหรือการละเมิด หรือความเสียหายนั้นเป็นผลจากความประมาทเลินเล่อของบุคคลภายนอก<sup>40</sup> กรณีการขนส่งล่าช้าจำกัดไว้ที่ 4,694 หน่วยสิทธิพิเศษถอนเงินสำหรับผู้โดยสารแต่ละคน<sup>41</sup> ความเสียหาย สูญหาย หรือล่าช้า

<sup>36</sup> Ludwig J. Weber, "Recent Developments in International Air Law," *Air & Space Law XXIX* (2004): 284.

<sup>37</sup> Sebastian Fernandez-Pena, "Aviation Insurance: A Montreal '99 Perspective," 70.

<sup>38</sup> Rod D. Margo, et. al., *Margo on Aviation Insurance: The Law and Practice of Aviation Insurance, including Space and Hovercraft Insurance*, 262.

<sup>39</sup> Montreal Convention, art. 21(2). เมื่อปี ค.ศ. 2008 องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ ในฐานะผู้เก็บรักษาอนุสัญญา ได้พิจารณา ทบทวนจำนวนจำกัดความรับผิดเป็นครั้งแรก ตามข้อ 24 ของอนุสัญญามอนทรีออลซึ่งส่งผลให้เพิ่มจำนวนจำกัดความรับผิดในอัตราประมาณร้อยละ 13.1 และเมื่อปี ค.ศ. 2013 องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศได้พิจารณาทบทวนจำนวนจำกัดความรับผิดเป็นครั้งที่สอง แต่เป็นกรณีที่ไม่เข้าเงื่อนไข ตามข้อ 24 จึงไม่มีการแก้ไขแต่อย่างใด

<sup>40</sup> Montreal Convention, art. 21(2)

<sup>41</sup> Montreal Convention, art. 22(1) ตัวบทเขียน 4,150 หน่วยสิทธิพิเศษถอนเงิน แต่มีการทบทวนจำนวนจำกัดความรับผิด

การอนุวัติการหลักการการบังคับประกันภัยตามอนุสัญญาเพื่อการรวบรวมกฎเกณฑ์บางประการ  
เกี่ยวกับการรับชดเชยระหว่างประเทศทางอากาศ

ในการขณสัมภาระจำกัดไว้ที่ 1,131 หน่วยสิทธิพิเศษถอนเงินต่อคนโดยสาร<sup>42</sup> ส่วนความเสียหายต่อของนั้น ถูกจำกัดไว้ที่ 19 หน่วยสิทธิพิเศษถอนเงินต่อหนึ่งกิโลกรัม<sup>43</sup> ความรับผิดจะไม่ถูกจำกัดหากความเสียหายนั้น เป็นผลจากการกระทำหรือละเว้นกระทำของผู้ขนส่ง ลูกจ้างหรือตัวแทนของผู้ขนส่ง<sup>44</sup>

จำนวนจำกัดความรับผิดดังกล่าวนี้ จะมีการทบทวนทุกระยะเวลาห้าปีโดยพิจารณาปัจจัย เงินเพื่อประกอบ<sup>45</sup> และองค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศได้เสนอเมื่อวันที่ 28 มิถุนายน พ.ศ. 2562 ขอให้ปรับจำนวนจำกัดความรับผิดร้อยละ 13.9 ตามอัตราเงินเฟ้อที่เพิ่มจากปี พ.ศ. 2551 และมีผลใช้บังคับตั้งแต่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2552 อันเป็นปีที่ปรับครั้งก่อนหน้า<sup>46</sup> การขอปรับนี้จะมีผลในวันที่ 28 ธันวาคม พ.ศ. 2562 เว้นแต่ภาคีสมาชิกส่วนใหญ่ได้แจ้งเป็นหลักฐานว่าไม่เห็นชอบกับข้อเสนอ<sup>47</sup> รายละเอียดจำนวนเงินความรับผิด เป็นดังตารางที่ 1 ทั้งนี้ หมายความว่า หากจำนวนจำกัดความรับผิดเพิ่มขึ้น เบี้ยประกันภัยก็อาจเพิ่มขึ้นเช่นเดียวกัน และภาคีสมาชิกอนุสัญญามอนทรีออลก็มีพันธกรณีที่จะต้องแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับข้อบทที่ เปลี่ยนแปลงไป

ข้อ 26 แห่งอนุสัญญามอนทรีออล ห้ามผู้ขนส่งทำข้อกำหนดใดๆ ให้รับผิดต่ำกว่าที่กำหนดไว้ ในอนุสัญญามอนทรีออล ดังนั้น ผู้ขนส่งย่อมไม่สามารถรับผิดได้ต่ำกว่าจำนวนขั้นต่ำที่กำหนดไว้ตามอนุสัญญามอนทรีออล แต่เนื่องจากจำนวนที่ระบุในอนุสัญญามอนทรีออล โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีความเสียหายต่อคนโดยสาร เป็นกรณีความรับผิดเคร่งครัดในขั้นแรก ไม่ได้ระบุจำนวนความรับผิดไว้ในขั้นที่สอง แต่ปล่อยให้เป็นเรื่องภาระ การพิสูจน์ ดังนั้นคำตอบว่า แค่นั้นจึงจะเพียงพอก็คงเป็นเรื่องในทางปฏิบัติในธุรกิจประกันภัย<sup>48</sup>

ตารางที่ 1 จำนวนเงินที่ต้องรับผิดตามอนุสัญญามอนทรีออล

อนุสัญญามอนทรีออล	จำนวนความรับผิดเดิม (หน่วยสิทธิพิเศษ ถอนเงิน)	แก้ไขมีผล ณ วันที่ 30 ธันวาคม 2552 (หน่วย สิทธิพิเศษถอนเงิน)	แก้ไขมีผล ณ วันที่ 28 ธันวาคม 2562 (หน่วย สิทธิพิเศษถอนเงิน)
บาดเจ็บหรือเสียชีวิต	100,000	113,100	128,821
เที่ยวบินล่าช้า	4,150	4,694	5,346
สัมภาระ	1,000	1,131	1,288
ของ	17	19	22

<sup>42</sup> Montreal Convention, art. 22(2) ด้วยทะเบียน 1,000 หน่วยสิทธิพิเศษถอนเงิน แต่มีการทบทวนจำนวนจำกัดความรับผิด

<sup>43</sup> Montreal Convention, art. 22(3) ด้วยทะเบียน 17 หน่วยสิทธิพิเศษถอนเงิน แต่มีการทบทวนจำนวนจำกัดความรับผิด

<sup>44</sup> Montreal Convention, art. 22(5).

<sup>45</sup> Montreal Convention, art. 24.

<sup>46</sup> Kennedys, Montreal Convention liability limits to increase by 13.9%, accessed July 16, 2019, <https://www.kennedyslaw.com/thought-leadership/article/montreal-convention-liability-limits-to-increase-by-139/>.

<sup>47</sup> Ibid. Montreal Convention, art. 24(2).

<sup>48</sup> Paul S. Dempsey and Michael Milde, International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999, 240.

### 2.3.4 มาตรการบังคับ

อนุสัญญามอนทรีออลกำหนดให้รัฐภาคีอาจเรียกพยานหลักฐานจากผู้ขนส่งว่ามี การกระทำความผิดไว้เพียงพอ การกำหนดดังกล่าวเพียงแต่ให้อำนาจในการเรียกหลักฐานเพื่อพิสูจน์ แต่ไม่ได้กำหนดโทษ หากมีการฝ่าฝืนไว้ ตามคู่มือขององค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ เรื่อง *Manual on the Regulation of International Air Transport (Doc 9626)* ซึ่งแม้เอกสารนี้จะมีสถานะเป็นเพียงคู่มือ หาใช่บ่อเกิดของ กฎหมายระหว่างประเทศไม่ แต่คู่มือนี้มีความน่าสนใจคือการเสนอความเห็นเรื่องการออกใบอนุญาตเกี่ยวกับ กิจการการบินพลเรือนของรัฐ โดยแนะนำให้รัฐต้องพิจารณาองค์ประกอบต่างๆ อาทิ เกณฑ์เรื่องสัญชาติของ ผู้ขอรับใบอนุญาต หลักฐานแสดงสถานะทางการเงิน เป็นต้น ตัวอย่างเกณฑ์เหล่านี้เป็นเกณฑ์ทั่วไปที่รัฐต่างๆ พึงกำหนด และองค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศได้เสนอเพิ่มเติมว่า หน่วยงานกำกับดูแลอาจกำหนดเงื่อนไข ในการปฏิเสธหรือเพิกถอนใบอนุญาตทั้งหมดหรือบางส่วนตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในหรือตาม ความตกลงต่างๆ ก็ได้ และเงื่อนไขหนึ่งที่องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศกล่าวถึงก็คือ การกำหนดให้มีการ ทำประกันภัยความรับผิดชอบ<sup>49</sup>

## 3. ตัวอย่างการอนุวัติการโดยภาคีสมาชิกอนุสัญญามอนทรีออล

อนุสัญญามอนทรีออลเปิดให้รัฐเข้าเป็นภาคีได้ และยังมียินยอมให้องค์การบูรณาการร่วมกันทางเศรษฐกิจ ระดับภูมิภาค (Regional Economic Integration Organization) เข้าเป็นภาคีได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด<sup>50</sup> ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงตัวอย่างการอนุวัติการข้อ 50 โดยเลือกโดยอาศัยเกณฑ์ภูมิภาคและรูปแบบการอนุวัติการ ข้อ 50 มาเป็นกฎหมายภายในที่แตกต่างกัน ได้แก่ องค์การบูรณาการร่วมกันทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาคหนึ่ง องค์การ คือ สหภาพยุโรป และประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา และออสเตรเลีย

### 3.1 สหภาพยุโรป

เดิมสหภาพยุโรปได้บังคับให้ผู้ขนส่งทางอากาศที่ดำเนินกิจการภายในสหภาพยุโรปจัดหาประกันภัย ในอุบัติเหตุต่อผู้โดยสาร สัมภาระ ของ ไพรซีมีรี่ และบุคคลภายนอกอยู่แล้ว<sup>51</sup> เมื่อสหภาพยุโรปเข้าเป็นภาคี อนุสัญญามอนทรีออล และรัฐสมาชิกแห่งสหภาพยุโรปได้มอบอำนาจ (competence) ให้สหภาพยุโรปในเรื่อง ข้อกำหนดการประกันภัยขั้นต่ำ ดังนั้นจึงเป็นพันธกรณีของสหภาพยุโรปที่จะออกกฎระเบียบให้รัฐสมาชิกปฏิบัติ<sup>52</sup> ด้วยเหตุนี้จึงได้ออกกฎระเบียบ EC Regulation No. 889/2002 เพื่อแก้ไข Council Regulation (EC) No. 2027/97 เพื่ออนุวัติการอนุสัญญามอนทรีออล เพื่อเชื่อมโยงหน้าที่เดิมที่มีกับพันธกรณีตามอนุสัญญา มอนทรีออล และในข้อบทเกี่ยวกับการประกันภัยได้กำหนดให้ผู้ขนส่งทางอากาศที่ดำเนินการในสหภาพยุโรป (Community air carrier) ต้องทำประกันในจำนวนที่เพียงพอจะประกันว่าบุคคลที่มีสิทธิจะได้รับค่าเสียหาย

<sup>49</sup> International Civil Aviation Organization, "Manual on the Regulation of International Air Transport," *ICAO Doc 9626*, (3<sup>rd</sup> ed., 2018), I-2-2.

<sup>50</sup> Montreal Convention, art. 53(2)

<sup>51</sup> Council Regulation (EEC) No 2407/92 of 23 July 1992 on licensing of air carriers OJ L 240, 24.8.1992, art.7.

<sup>52</sup> List of Parties Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air.

การอนุวัติการหลักการการบังคับประกันภัยตามอนุสัญญาเพื่อการรวบรวมกฎเกณฑ์บางประการ  
เกี่ยวกับการรับขนระหว่างประเทศทางอากาศ

ตามกฎระเบียบจะได้รับการชดเชยตามนั้น<sup>53</sup>

นอกจากนี้ สหภาพยุโรปได้ออกกฎระเบียบ EC Regulation No. 785/2004 of the European Parliament and the Council of 21 April 2004 on Insurance Requirements for Air Carriers and Aircraft<sup>54</sup> เพื่ออนุวัติการข้อ 50 แห่งอนุสัญญามอนทรีออล<sup>55</sup> และเพื่อวางข้อกำหนดจำนวนประกันภัยขั้นต่ำสำหรับผู้ขนส่งในสหภาพ (community air carrier)<sup>56</sup>

กฎระเบียบที่ 785/2004 ใช้บังคับกับผู้ขนส่งทุกราย และผู้ดำเนินการเดินอากาศทุกรายทำการบินภายใน เข้ามาภายใน ออกจาก หรือเหนือดินแดนของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป<sup>57</sup> ไม่ว่าอากาศยานนั้นจะเป็นของผู้ขนส่งเอง เช่า หรือ code-share ก็ตาม<sup>58</sup> แต่ไม่รวมถึงอากาศยานรัฐ (state aircraft) อากาศยานจำลอง (model aircraft) ที่มีมวลวิ่งขึ้นสูงสุด (maximum take-off mass) น้อยกว่า 20 กิโลกรัม บอลลูนชนิดล้าม (captive balloon) ว่าว เป็นต้น<sup>59</sup> รัฐสมาชิกอาจออกมาตรการเฉพาะเพื่อกันกรณีการทำประกันภัยซ้ำซ้อนระหว่างผู้ขนส่งตามสัญญา (contracting carrier) กับผู้ขนส่งตามความเป็นจริง (actual carrier) ได้<sup>60</sup> เช่น ในประเทศเยอรมัน ความหมายของผู้ขนส่งตามความเป็นจริงอาจตีความรวมถึงผู้จัดการขนส่งสินค้า freight forwarder) ซึ่งทำให้มีหน้าที่ต้องทำประกันภัยด้วย<sup>61</sup> หรือกรณีของประเทศเยอรมันจะยกเว้นผู้ขนส่งที่ให้บริการเที่ยวบินสำหรับร่มอากาศ (parachute) หรือมีคนโดยสารไม่เกินสี่คน<sup>62</sup>

เนื้อหาของกฎระเบียบที่ 785/2004 ครอบคลุมความรับผิดของผู้ขนส่งต่อผู้โดยสาร (ไม่รวมพนักงานบนเครื่องบิน)<sup>63</sup> สัมภาระ (baggage) ของ และความรับผิดต่อบุคคลภายนอก รวมถึงความเสี่ยงจากสงคราม การก่อการร้าย การจี้อากาศยาน ฯลฯ ด้วย เนื่องจากกฎดังกล่าวถูกออกหลังเหตุการณ์ก่อการร้ายโดยการจี้อากาศยานที่สหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 11 กันยายน พ.ศ. 2544<sup>64</sup> แต่ไม่มีการระบุให้ทำประกันภัยในกรณีขนส่งล่าช้า ส่วนจำนวนเงินเอาประกันกำหนดไว้เป็นหน่วยสิทธิพิเศษถอนเงิน (Special Drawing Rights – SDR) เหมือนดังอนุสัญญามอนทรีออล โดยกำหนดจำนวนประกันภัยขั้นต่ำไว้เป็น 250,000 SDR ต่อผู้โดยสาร หากแต่ถ้าไม่ใช้การขนส่งเชิงพาณิชย์หรืออากาศยานขนาดเล็กก็จะลดจำนวนประกันภัยขั้นต่ำลงมาที่ 100,000 SDR และกำหนดจำนวน 1,131 SDR สำหรับสัมภาระต่อผู้โดยสารหนึ่งคน และ 19 SDR ต่อกิโลกรัมสำหรับของ

<sup>53</sup> Regulation (EC) No 889/2002 of the European Parliament and of the Council of 13 May 2002 amending Council Regulation (EC) No 2027/97 on air carrier liability in the event of accidents OJ L 140, 30.5.2002, art. 1(4)

<sup>54</sup> Regulation (EC) No 785/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on insurance requirements for air carriers and aircraft operators OJ L 138, 30.4.2004, 1–6.

<sup>55</sup> Regulation (EC) No 785/2004, preamble (6).

<sup>56</sup> Regulation (EC) No 785/2004, preamble (1).

<sup>57</sup> Regulation (EC) No 785/2004, art. 2(1).

<sup>58</sup> Regulation (EC) No 785/2004, art. 4(2).

<sup>59</sup> Regulation (EC) No 785/2004, art. 2(2).

<sup>60</sup> Regulation (EC) No 785/2004, preamble (15).

<sup>61</sup> Elmar Giumulla, et. al., Montreal Convention Commentary, art. 50-5-6.

<sup>62</sup> Ibid., art. 50-4.

<sup>63</sup> Regulation (EC) No 785/2004, art. 3(g).

<sup>64</sup> Regulation (EC) No 785/2004, art. 4(1).

และมีข้อยกเว้นกรณีเที่ยวบินบางประเภท<sup>65</sup>

ในเรื่องมาตรการบังคับ มาตรา 5 กำหนดเรื่องการแสดงหลักฐานว่า ผู้ขนส่งมีการทำประกันภัยตามกฎระเบียบจริงๆ และกฎระเบียบกำหนดมาตรการการบังคับและมาตรการลงโทษไว้โดยผูกกับใบอนุญาต คือ การถอนใบอนุญาตสำหรับผู้ขนส่งในสหภาพ<sup>66</sup> ส่วนผู้ขนส่งที่ไม่ใช่ผู้ขนส่งในสหภาพก็อาจถูกปฏิเสธการลงจอดในดินแดนของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป หากไม่ปฏิบัติตามกฎระเบียบ<sup>67</sup>

### 3.2 สหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาคือรัฐที่ 30 ที่เข้าเป็นภาคีสัญญามอนทรีโอล อันทำให้อนุสัญญามอนทรีโอลมีผลใช้บังคับ กฎหมายสหรัฐอเมริกากำหนดเรื่องการประกันภัยไว้ในมาตรา 41112 ส่วนกฎระเบียบด้านเศรษฐกิจ (Subpart ii-economic regulation) โดยผูกหน้าไว้กับเงื่อนไขการออกใบอนุญาตประกอบกิจการเดินอากาศ โดยให้ผู้ขนส่งทางอากาศต้องยื่นกรมธรรม์ประกันภัยหรือหลักฐานอื่นที่แสดงแผนการประกันภัยด้วยตนเอง (self-insurance plan) ที่ได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม<sup>68</sup> ทั้งนี้ กรมธรรม์หรือแผนนั้นจะต้องมีจำนวนเงินที่เพียงพอครอบคลุมความเสี่ยงที่เกิดจากการได้รับบาดเจ็บทางร่างกายหรือความตายของบุคคลหรือการสูญหาย ความเสียหายของทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่เป็นผลจากการดำเนินการของอากาศยานภายในใบอนุญาต<sup>69</sup> มีข้อสังเกตคือกฎหมายมาตรานี้ใช้ถ้อยคำว่า การบาดเจ็บทางร่างกาย (bodily injury) อันเป็นคำตามอนุสัญญามอนทรีโอล

ตัวบทบังคับเฉพาะพลเมืองสหรัฐอเมริกาเท่านั้น (a citizen of the United States) ไม่ได้ใช้คำว่า “บุคคลใดๆ” อันเป็นคำกลางๆ เนื่องจากว่า ผู้ที่สามารถขอใบอนุญาตตามกฎหมายสหรัฐฯ จะต้องเป็นพลเมืองสหรัฐฯ เท่านั้น<sup>70</sup> ดังนั้นการเขียนดังกล่าวทำให้เกิดความชัดเจนและสอดคล้องกับมาตราอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง และเมื่อการทำกรมธรรม์หรือแผนผูกไว้กับใบอนุญาต ดังนั้น เมื่อไม่ทำตามที่กฎหมายกำหนดเรื่องการประกันภัยหรือแผน ย่อมส่งผลให้ใบอนุญาตไม่มีผล<sup>71</sup>

จำนวนเงินได้กำหนดไว้ในกฎหมายลำดับรองในกรณีประกันภัยความรับผิดชอบจากอุบัติเหตุของอากาศยาน (aircraft accident liability insurance)<sup>72</sup> โดยกำหนดให้ใช้บังคับกับผู้ขนส่งทางอากาศของสหรัฐฯ ไม่ว่าจะเป็นการทำการบินภายในประเทศหรือระหว่างประเทศ<sup>73</sup> ผู้ประกอบการ air taxi<sup>74</sup> และยังรวมถึงผู้ขนส่ง

<sup>65</sup> Regulation (EC) No 785/2004, art. 6; Commission Regulation (EU) No 285/2010 of 6 April 2010 amending Regulation (EC) No 785/2004 of the European Parliament and of the Council on insurance requirements for air carriers and aircraft operators OJ L 87, 7.4.2010, art. 1.

<sup>66</sup> Regulation (EC) No 785/2004, art. 8(5).

<sup>67</sup> Regulation (EC) No 785/2004, art. 8(6).

<sup>68</sup> 49 U.S. Code § 41112(a).

<sup>69</sup> 49 U.S. Code § 41112(a).

<sup>70</sup> 49 U.S. Code § 41112.

<sup>71</sup> 49 U.S. Code § 41112(a).

<sup>72</sup> 14 CFR Part 205 – Aircraft Accident Liability Insurance.

<sup>73</sup> 14 CFR § 205.1

<sup>74</sup> คู่มือใน 14 CFR §298.2-Definitions.

การอนุวัติการหลักการการบังคับประกันภัยตามอนุสัญญาเพื่อการรวบรวมกฎเกณฑ์บางประการ  
เกี่ยวกับการรับชดเชยระหว่างประเทศทางอากาศ

ทางอากาศโดยตรงต่างประเทศ (foreign direct air carrier)<sup>75</sup> ที่ทำการบินภายใต้ใบอนุญาตของรัฐอื่นๆ ด้วย  
คือ ผู้ประกอบการชาร์เตอร์ air taxi ของแคนาดา<sup>76</sup> กฎหมายได้กำหนดจำนวนเงินแบ่งตามประเภทผู้ขนส่ง ได้แก่  
1) ผู้ขนส่งสหรัฐฯ และผู้ขนส่งทางอากาศโดยตรงต่างประเทศ 2) ผู้ประกอบการ air taxi ที่สัญชาติสหรัฐฯ  
3) ผู้ประกอบการชาร์เตอร์ air taxi ของแคนาดา และแยกย่อยประเภทความรับผิด ได้แก่ ความรับผิดต่อบุคคล  
ภายนอกกรณีอุบัติเหตุจากอากาศยาน (third-party aircraft accident liability) และความรับผิดต่อผู้โดยสาร<sup>77</sup>  
โดยสามารถสรุปเป็นตารางได้ดังนี้

ตารางที่ 2 จำนวนเงินประกันภัยขั้นต่ำตามกฎหมาย 14 CFR Part 205 – Aircraft Accident Liability  
Insurance

ประเภทผู้ขนส่ง	จำนวนเงินประกันภัยขั้นต่ำ	
	ความรับผิดต่อบุคคลภายนอก	ความรับผิดต่อผู้โดยสาร
ผู้ขนส่งสหรัฐฯ และผู้ขนส่ง ทางอากาศโดยตรง ต่างประเทศ	ขั้นต่ำ 300,000 เหรียญสหรัฐฯ ต่อบุคคลต่อหนึ่งเหตุการณ์ และรวม จำนวน 20,000,000 เหรียญสหรัฐฯ ต่ออากาศยานต่อหนึ่งเหตุการณ์ ยกเว้นกรณีอากาศยานที่มีที่นั่งไม่ถึง 60 ที่นั่งหรือมีความจุสูงสุดไม่เกิน 18,000 ปอนด์ ให้มีประกันภัย 2,000,000 เหรียญสหรัฐฯ ต่ออากาศยานต่อหนึ่งเหตุการณ์	ขั้นต่ำ 300,000 เหรียญสหรัฐฯ ต่อผู้โดยสารหนึ่งคน และรวมจำนวน 300,000 เหรียญสหรัฐฯ คุณร้อยละ 75 ของจำนวนที่นั่งผู้โดยสารที่ติดตั้ง ในอากาศยาน
ผู้ประกอบการ air taxi ที่สัญชาติสหรัฐฯ	75,000 เหรียญสหรัฐฯ สำหรับบุคคล หนึ่งคนในเหตุการณ์หนึ่งเหตุการณ์ และจำนวนรวม 300,000 เหรียญ สหรัฐฯ ต่ออากาศยานต่อหนึ่ง เหตุการณ์ โดยจำกัดจำนวนอย่างน้อย 100,000 เหรียญสหรัฐฯ ต่อความ สูญหายหรือเสียหายในทรัพย์สิน	การได้รับบาดเจ็บทางร่างกาย หรือความตายของผู้โดยสาร จำนวน ขั้นต่ำ 75,000 เหรียญสหรัฐฯ ต่อผู้โดยสารหนึ่งคน และรวมจำนวน 75,000 เหรียญสหรัฐฯ คุณ ร้อยละ 75 ของจำนวนที่นั่งผู้โดยสารที่ติดตั้ง ในอากาศยาน

<sup>75</sup> นิยาม “foreign air carrier” และ “direct air carrier” ดู 14 CFR Part 212, accessed July 16, 2019, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CFR-2018-title14-vol4/xml/CFR-2018-title14-vol4-part212.xml>.

<sup>76</sup> 14 CFR § 205.2.

<sup>77</sup> 14 CFR § 205.5.

ตารางที่ 2 จำนวนเงินประกันภัยขั้นต่ำตามกฎหมาย 14 CFR Part 205 – Aircraft Accident Liability Insurance (ต่อ)

ประเภทผู้ขนส่ง	จำนวนเงินประกันภัยขั้นต่ำ	
	ความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก	ความรับผิดชอบต่อผู้โดยสาร
ผู้ประกอบการชาร์เตอร์ air taxi ของแคนาดา	75,000 เหรียญสหรัฐฯ สำหรับบุคคลหนึ่งคนในเหตุการณ์หนึ่งเหตุการณ์ และจำนวนรวม 2,000,000 เหรียญสหรัฐฯ ต่ออากาศยานต่อหนึ่งเหตุการณ์ ยกเว้นกรณีอากาศยานที่มีที่นั่งไม่ถึง 30 ที่นั่งหรือมีความจุของสูงสุดไม่เกิน 7,500 ปอนด์ และมีค่า maximum authorized takeoff weight on wheels ไม่เกิน 35,000 ปอนด์ ให้มีประกันภัย 20,000,000 เหรียญสหรัฐฯ ต่ออากาศยานต่อหนึ่งเหตุการณ์	การได้รับบาดเจ็บทางร่างกายหรือความตายของผู้โดยสาร จำนวนขั้นต่ำ 75,000 เหรียญสหรัฐฯ ต่อผู้โดยสารหนึ่งคน และรวมจำนวน 75,000 เหรียญสหรัฐฯ คูณร้อยละ 75 ของจำนวนที่นั่งผู้โดยสารที่ติดตั้งในอากาศยาน

จากตารางที่ 2 เห็นได้ว่า กฎหมายสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดจำนวนเงินประกันภัยขั้นต่ำต่อการกำหนดให้ผู้ขนส่งของต้องทำประกันภัยนั้น เป็นกรณีเพื่อรับผิดชอบอุบัติเหตุดต่อบุคคลภายนอกซึ่งรวมถึงผู้เดินทางไปกับของแต่ไม่ใช่ลูกจ้างของผู้ขนส่ง (nonemployee cargo attendant)<sup>78</sup> นอกจากนี้ ในการรับขนส่งผู้ขนส่งสหรัฐฯ และผู้ขนส่งทางอากาศโดยตรงต่างประเทศต้องแจ้งเป็นหนังสือแก่ผู้ส่งเมื่อรับขนส่งของเกี่ยวกับการประกันภัยความรับผิดในการขนส่ง และต้องรวมหรือแนบไว้กับอัตราค่าธรรมเนียมและใบตราส่งทางอากาศ (airway bill)<sup>79</sup>

กฎหมายสหรัฐฯในมาตรา 41112 ยังมีอนุมาตรา (b) ที่กำหนดเรื่องความรับผิดชอบทางการเงิน (financial responsibility) เพื่อคุ้มครองผู้โดยสารและผู้ส่งของที่ใช้การขนส่งทางอากาศโดยผู้ขนส่งที่ได้รับใบอนุญาตตามกฎหมายสหรัฐฯ อาจต้องวางหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา (performance bond) หรือการประกันแบบอื่นๆ ตามจำนวนที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมกำหนดด้วย<sup>80</sup>

<sup>78</sup> 14 CFR § 205.5(b).

<sup>79</sup> 14 CFR § 205.8.

<sup>80</sup> 49 U.S. Code § 41112(b).

การอนุวัติการหลักการการบังคับประกันภัยตามอนุสัญญาเพื่อการรวบรวมกฎเกณฑ์บางประการ  
เกี่ยวกับการรับชระหว่างประเทศทางอากาศ

กฎหมายการเดินอากาศเป็นกฎหมายระดับรัฐบาลกลาง (federal law) แต่เรื่องท่าอากาศยานนั้น  
มลรัฐสามารถออกกฎหมายระดับมลรัฐเพิ่มเติมได้ หน่วยงานด้านท่าอากาศยานระดับมลรัฐบางรัฐจึงได้ออก  
ข้อกำหนดให้ผู้ดำเนินการเดินอากาศต้องแสดงว่าได้ทำประกันภัยไว้ด้วยจึงจะสามารถใช้ท่าอากาศยานได้<sup>81</sup>

### 3.3 แคนาดา

แคนาดาลงนามและให้สัตยาบันอนุสัญญามอนทรีออล<sup>82</sup> และได้อนุวัติการโดยให้ข้อกำหนดเรื่อง  
การประกันภัยก็เป็นหนึ่งในเงื่อนไขการประกอบกิจการเดินอากาศในแคนาดา<sup>83</sup> ทั้งในการบินภายในประเทศ<sup>84</sup>  
การบินระหว่างประเทศแบบประจำ<sup>85</sup> และการบินระหว่างประเทศแบบไม่ประจำ<sup>86</sup> และผู้ได้รับใบอนุญาตให้  
ประกอบกิจการเดินอากาศจะต้องแจ้งให้ Canadian Transportation Agency หรือ CTA ทราบเป็นหนังสือ  
โดยไม่ชักช้าหากมีการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการประกันภัยความรับผิดชอบ<sup>87</sup>

CTA ได้ออกกฎระเบียบเรื่องจำนวนเงินที่กำหนดในกรมธรรม์ประกันภัยไว้<sup>88</sup> คือ Regulations  
Respecting Air Transportation ซึ่งกำหนดจำนวนเงินไว้โดยใช้บังคับกับการขนส่งทางอากาศภายในประเทศ  
และระหว่างประเทศ และไม่ได้แบ่งเส้นทางบินประจำหรือไม่ประจำ<sup>89</sup> กรณีความรับผิดในการบาดเจ็บหรือความตาย  
ของผู้โดยสารกำหนดจำนวนไว้ไม่น้อยกว่าจำนวน 300,000 เหรียญแคนาดา คุณด้วยจำนวนที่หนึ่งผู้โดยสาร  
(passenger set) ที่อากาศยานนั้นติดตั้ง<sup>90</sup> มีข้อสังเกตว่า ในกฎระเบียบนี้ใช้คำว่า “การบาดเจ็บ” หรือ “injury”  
โดยไม่ได้มีคำขยาย “bodily” ตามอนุสัญญามอนทรีออลแต่อย่างใด นอกจากนี้ เห็นได้ว่า แคนาดาไม่ได้กำหนด  
เรื่องการประกันภัยสำหรับความเสียหายต่อสัมภาระ ของ และการล่าช้า

ส่วนเจ้าของอากาศยานส่วนบุคคล (private aircraft) เช่น ผู้ได้รับใบอนุญาตให้ทำเที่ยวบินฝึกสอน  
ผู้ประกอบการประเภทบอลูนที่รับขนส่งผู้โดยสารก็อยู่ภายใต้บังคับให้ทำประกันภัยความรับผิดชอบด้วยเช่นกัน หากแต่  
กำหนดไว้ในกฎระเบียบอีกฉบับ<sup>91</sup> แต่ไม่รวมถึงอากาศยานที่ควบคุมการบินจากภายนอก (remotely piloted  
aircraft) หรือที่รู้จักในชื่อโดรน<sup>92</sup>

<sup>81</sup> Rod D. Margo, et. al., Margo on Aviation Insurance: The Law and Practice of Aviation Insurance, including Space and  
Hovercraft Insurance, 27.

<sup>82</sup> List of Parties Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air.

<sup>83</sup> Canada Transportation Act, S.C. 1996, C.10, s. 57.

<sup>84</sup> Canada Transportation Act, S.C. 1996, C.10, s. 61(a)(iii).

<sup>85</sup> Canada Transportation Act, S.C. 1996, C.10, s. 69(1)(a)(iii).

<sup>86</sup> Canada Transportation Act, S.C. 1996, C.10, s. 73(1)(a)(iii).

<sup>87</sup> Canada Transportation Act, S.C. 1996, C.10, s. 82(a).

<sup>88</sup> Canada Transportation Act, S.C. 1996, C.10, s. 86(c).

<sup>89</sup> Regulations Respecting Air Transportation, S.O.R./1988-58 s. 7; Rod D. Margo, et. al., Margo on Aviation Insurance: The  
Law and Practice of Aviation Insurance, including Space and Hovercraft Insurance, 24.

<sup>90</sup> Regulations Respecting Air Transportation, S.O.R./1988-58 s. 7(1)(a).

<sup>91</sup> Canadian Aviation Regulations, S.O.R./96-433 ss. 606.02.

<sup>92</sup> Canadian Aviation Regulations, S.O.R./96-433 ss. 606.02(1).

ส่วนมาตรการกำกับดูแลนั้น แคนาดากำหนดให้เจ้าของอากาศยานหรือผู้ดำเนินการเดินอากาศจะต้องเก็บหลักฐานการทำประกันภัยความรับผิดชอบไว้ในอากาศยานด้วย ยกเว้นกรณีบอลลูนที่เจ้าของบอลลูนหรือผู้ดำเนินการเดินอากาศที่ไม่แสดงหลักฐานก่อนเริ่มทำการบินและหลังทำการบิน<sup>93</sup> ทั้งนี้ น่าจะเป็นเพราะสภาพของเที่ยวบินบอลลูนไม่เอื้อให้เก็บหลักฐานการทำประกันภัยไว้ในตัวบอลลูน และเจ้าของอากาศยานหรือผู้ดำเนินการเดินอากาศที่ไม่มีการทำประกันภัยก็จะไม่สามารถดำเนินการเดินอากาศได้<sup>94</sup>

### 3.4 ออสเตรเลีย

ออสเตรเลียไม่ได้ลงนามในอนุสัญญามอนทรีออล แต่มอบอากาศยานวิติสารโดยไม่ได้ตั้งข้อสงวนเรื่องการประกันภัยไว้เมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน พ.ศ. 2551<sup>95</sup> อนุสัญญามอนทรีออลมีผลใช้บังคับกับออสเตรเลียวันที่ 24 มกราคม พ.ศ. 2552 กฎหมายระหว่างประเทศจะไม่มีผลใช้บังคับภายในประเทศออสเตรเลียจนกว่าจะมีการออกกฎหมายภายในอนุวัติการ หลังจากมีการผ่านกฎหมาย the Civil Aviation Amendment (Montreal Convention and Other Measures) Bill 2008 เพื่อแก้ไขกฎหมาย Civil Aviation (Carriers' Liability) Act 1959 (CACL Act) ในวันที่ 26 มิถุนายน พ.ศ. 2551<sup>96</sup>

กฎหมาย CACL Act ใช้บังคับทั้งการขนส่งทางอากาศภายในประเทศและการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ โดยเพิ่มหมวด 1A Carriage to which the 1999 Montreal Convention applies เพื่ออนุวัติการอนุสัญญามอนทรีออล และในหมวดดังกล่าวมีมาตรา 9G เกี่ยวกับเรื่องกรรมธรรม์ประกันภัยในการประเมินค่าเสียหายเกี่ยวกับความรับผิดตามอนุสัญญา โดยให้พิจารณาถึงสัญญาประกันภัยประกอบการพิจารณาค่าเสียหาย<sup>97</sup> มาตราลักษณะนี้มีปรากฏในหมวดอื่นๆ ของ CACL Act เพื่อใช้บังคับกับการขนส่งทางอากาศประเภทอื่นๆ ด้วยเช่นกัน<sup>98</sup> CACL Act กำหนดหน้าที่ของผู้ขนส่งในการจัดหาประกันภัยไว้เฉพาะในหมวด IVA Carriers to be insured against liability to passengers for death or personal injury เพื่อให้ผู้ขนส่งสามารถชดเชยความเสียหายในกรณีผู้โดยสารเสียชีวิตหรือบาดเจ็บได้ โดยหมวดนี้เพิ่มเข้ามาใน CACL Act ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2539 หลังเกิดอุบัติเหตุกับสายการบิน Monarch Airlines ในปี พ.ศ. 2537<sup>99</sup> ก่อนที่จะมีการยกวางอนุสัญญามอนทรีออลฉบับสืบปี วัตถุประสงค์ของกฎหมายส่วนนี้คือ เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้รับประกันภัยยกเลิกสัญญาประกันภัยหากผู้เอาประกันภัยซึ่งหมายถึงผู้รับขนส่งทางอากาศหรือตัวแทนไม่ได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดเรื่องความปลอดภัย และส่งผลให้ผู้ขนส่งไม่มีประกันภัย ท้ายที่สุดคือผู้โดยสารอยู่ในสภาวะไม่แน่นอนว่าจะได้รับ

<sup>93</sup> Canadian Aviation Regulations, S.O.R./96-433 ss. 606.02(9)-(10).

<sup>94</sup> Canadian Aviation Regulations, S.O.R./96-433 ss. 606.02; Rod D. Margo, et. al., Margo on Aviation Insurance: The Law and Practice of Aviation Insurance, including Space and Hovercraft Insurance, 25.

<sup>95</sup> List of Parties Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air.

<sup>96</sup> Department of Infrastructure, Transport, Regional Development and Local Government, "Review of Carriers' Liability and Insurance: Discussion Paper," (May 2009), 9, accessed July 16, 2019, [https://infrastructure.gov.au/aviation/international/files/Liability\\_Insurance\\_Discussion\\_Paper.pdf](https://infrastructure.gov.au/aviation/international/files/Liability_Insurance_Discussion_Paper.pdf). ส่วนกรณีการประกันภัยความรับผิดต่อบุคคลภายนอกนั้นอยู่ภายใต้กฎหมายอีกฉบับ คือ Damage by Aircraft Act 1999 ซึ่งจะไม่กล่าวถึงในบทความนี้เพราะอยู่นอกวัตถุประสงค์ของบทความที่มุ่งศึกษาเฉพาะการประกันภัยตามอนุสัญญามอนทรีออลเท่านั้น

<sup>97</sup> Civil Aviation (Carriers' Liability) Act 1959, C2016C01045, art.9G.

<sup>98</sup> Civil Aviation (Carriers' Liability) Act 1959, C2016C01045, arts 15, 38.

<sup>99</sup> Ron Bartsch, *Aviation Law in Australia*, 5<sup>th</sup> ed. (Sydney: Thomson Reuters, 2018), 460.

ค่าเสียหายหรือไม่

กฎหมายกำหนดให้ผู้ขนส่งที่อยู่ภายใต้บังคับประกอบด้วยผู้ขนส่งเพื่อการพาณิชย์ทั้งเที่ยวบินประจำและไม่ประจำที่ขนส่งผู้โดยสารในทางการที่จ้างเพื่อสินจ้าง ดังนั้น การบินทั่วไปที่รับขนคนโดยสารโดยไม่ได้รับค่าจ้างย่อมไม่อยู่ภายใต้บังคับการทำประกันภัย<sup>100</sup> วงเงินที่ผู้รับประกันภัยต้องรับผิดชอบไว้กรณีมีความรับผิดชอบตามอนุสัญญามอนทรีออลไว้ที่ 260,000 หน่วยสิทธิพิเศษถอนเงิน หรือสูงกว่านั้นตามที่ประกาศกำหนดไว้ และกฎหมายยังได้กำหนดวงเงินที่ผู้รับประกันภัยต้องรับผิดชอบสำหรับการขนส่งทางอากาศภายในประเทศไว้ที่ 725,000 เหรียญออสเตรเลีย อันเท่ากับจำนวนความรับผิดที่กำหนดไว้ในกฎหมาย<sup>101</sup> กฎหมายมุ่งคุ้มครองผู้โดยสารที่ได้รับความเสียหายเพราะได้กำหนดให้สัญญาประกันภัยต้องให้ผู้รับประกันภัยรับผิดชอบแม้ว่าจะมีการฝ่าฝืนข้อกำหนดเรื่องความปลอดภัยที่กฎหมายการบินพลเรือนกำหนด<sup>102</sup> และผู้ขนส่งจะมีสถานะการเงินผิดเคือง หรือเป็นหรือกำลังจะเป็นบุคคลล้มละลาย หรือจะเลิกกิจการ<sup>103</sup>

กลไกในการบังคับให้ผู้ขนส่งต้องทำประกันภัย คือ การกำหนดแบบประกาศนียบัตร certificate of insurance<sup>104</sup> และให้อำนาจหน่วยงานด้านความปลอดภัยการบินพลเรือนของออสเตรเลีย (Civil Aviation Safety Authority – CASA) ในการตรวจสอบโดยแจ้งให้ผู้ขนส่งส่งหลักฐานแสดงว่า สัญญาประกันภัยยังคงมีผลใช้บังคับอยู่<sup>105</sup> หาก CASA มีเหตุอันควรเชื่อว่าสัญญาประกันภัยมีผลใช้บังคับ CASA มีสิทธิขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจสั่งระงับผู้ขนส่งจากการประกอบการขนส่ง เพื่อให้ศาลทำการไต่สวนว่าจะออกคำสั่งระงับหรือไม่ เพียงใด โดยศาลสามารถสั่งระงับเป็นการชั่วคราวก็ได้<sup>106</sup> และผู้ขนส่งที่มีเจตนาที่จะไม่มีประกาศนียบัตร certificate of insurance อาจถูกดำเนินคดีทางอาญาที่มีทั้งโทษปรับและจำคุกด้วย<sup>107</sup>

นอกจากนี้ CAAL Act ยังมีมาตราว่าด้วยกฎหมายขัดกันโดยบัญญัติว่า หากกฎหมายที่ใช้ในสัญญาประกันภัยกำหนดให้ใช้กฎหมายต่างประเทศแทนบทบัญญัติในกฎหมายฉบับนี้ ให้ใช้กฎหมายฉบับนี้บังคับ<sup>108</sup> แสดงว่า กฎหมายจะมีผลเหนือสัญญา ดังนั้น คู่สัญญาไม่สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้

ออสเตรเลียยังได้ออกกฎหมายลำดับรอง เพื่อกำหนดเกี่ยวกับรายละเอียดการทำประกันภัยไว้ โดยครอบคลุมเรื่องต่างๆ เช่น ข้อสัญญาที่ผู้รับประกันภัยไม่ต้องรับผิดชอบ คุณสมบัติของผู้รับประกันภัยที่ประกอบการในต่างประเทศ เป็นต้น ในเรื่องคุณสมบัติของผู้รับประกันภัยที่ประกอบการในต่างประเทศนั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีที่รับผิดชอบของออสเตรเลียด้วยว่า ข้อกำหนดในกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับ

<sup>100</sup> Ibid., 460, 462.

<sup>101</sup> Civil Aviation (Carriers' Liability) Act 1959, C2016C01045, arts 31, 41C(3). เดิมกำหนดไว้ที่ 500,000 เหรียญออสเตรเลีย

<sup>102</sup> Civil Aviation (Carriers' Liability) Act 1959, C2016C01045, art. 41C(4)(a)

<sup>103</sup> Civil Aviation (Carriers' Liability) Act 1959, C2016C01045, art. 41C(4)(b)

<sup>104</sup> Certificate of Insurance. Available from [https://www.casa.gov.au/sites/default/files/\\_assets/main/manuals/regulate/clic/form1068.pdf](https://www.casa.gov.au/sites/default/files/_assets/main/manuals/regulate/clic/form1068.pdf) [2019, July 16]

<sup>105</sup> Civil Aviation (Carriers' Liability) Act 1959, C2016C01045, art. 41JA; Civil Aviation (Carriers' Liability) Regulations 1991, Statutory Rules 1991 No. 6 as amended made under the Civil Aviation (Carriers' Liability) Act 1959.

<sup>106</sup> Civil Aviation (Carriers' Liability) Act 1959, C2016C01045, art. 41J.

<sup>107</sup> Ron Bartsch, *Aviation Law in Australia*, p. 461.

<sup>108</sup> Civil Aviation (Carriers' Liability) Act 1959, C2016C01045, art. 41H.

การประกันภัยนั้นเหมือนหรือสอดคล้องกับข้อกำหนดในกฎหมายออสเตรเลีย<sup>109</sup>

มีข้อสังเกตคือ ตัวบทใช้คำว่า “personal injury” ต่างจากอนุสัญญามอนทรีออลที่ใช้คำว่า “bodily injury” จากเอกสาร *Review of Carriers’ Liability and Insurance* เพื่อปรับปรุงระบบความรับผิดชอบผู้ขนส่งและการทำประกันภัยของประเทศออสเตรเลีย ได้อธิบายว่า ในระบบกฎหมายความรับผิดจากการรับขนทางอากาศภายในประเทศ ออสเตรเลียได้ขยายกรอบความรับผิดให้ครอบคลุมความเสียหายประเภท personal injury ซึ่งรวมถึง “การบาดเจ็บทางร่างกาย ความเจ็บป่วย โรคภัยไข้เจ็บ ความหวาดกลัว การตกใจหรือความเจ็บปวดรวดร้าวทางจิตใจ และการบาดเจ็บทางจิตเวช”<sup>110</sup> และในเอกสารฉบับเดียวกันยังได้ข้อสรุปจากการหารือว่าการเปลี่ยนไปใช้คำว่า “bodily injury” แทนเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ก็ไม่ได้ช่วยแก้ปัญหาเรื่องการใช้ถ้อยคำ เพราะสุดท้ายจะมีประเด็นการตีความว่าควรจะตีความถ้อยคำอย่างไรในบริบทการขนส่งระหว่างประเทศและการขนส่งภายในประเทศ<sup>111</sup> ดังนั้น รัฐบาลควรทำให้เกิดความสอดคล้องกันโดยให้จำกัดความรับผิดในการบาดเจ็บทางจิตใจ (mental injury) ในระบบกฎหมายการขนส่งภายในประเทศด้วย<sup>112</sup> หรือกล่าวอีกนัยคือ ทำให้กรอบความรับผิดในการขนส่งภายในประเทศแคบลงเท่ากับกรอบความรับผิดในการขนส่งระหว่างประเทศนั่นเอง

ส่วนในทางปฏิบัติของธุรกิจประกันภัยนั้น ตามรูปแบบกรรมธรรม์ประกันภัยความรับผิดต่อผู้โดยสารของออสเตรเลีย (AVN 57A (Australia)) จะมีคำอธิบายว่า คำว่า “personal injury” ตามที่กฎหมายกำหนดนั้น ตามกรรมธรรม์ประกันภัยหมายถึงความถึง “การบาดเจ็บทางร่างกาย ความเจ็บป่วย โรคภัยไข้เจ็บ ความหวาดกลัว การตกใจ หรือ การเจ็บปวดทางจิตใจ รวมถึงการเสียชีวิตอันเป็นผลจากกรณีข้างต้น”<sup>113</sup>

#### 4. มาตรา 6 พระราชบัญญัติรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558

##### 4.1 ประวัติการร่างมาตรา 6

มาตรา 6 เป็นมาตราที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติรับขนฯ ตั้งแต่ฉบับแรก อย่างไรก็ตาม จากการตรวจสอบเอกสารการร่างพบว่า ในขั้นร่างกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกายังไม่ปรากฏมาตรา 6 หรือมาตราอื่นใดที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการประกันภัย<sup>114</sup> เนื้อหานี้ถูกเพิ่มเข้ามาโดยคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ในร่างมาตรา 5/1<sup>115</sup>

<sup>109</sup> Civil Aviation (Carriers’ Liability) Regulations 1991, Statutory Rules 1991 No. 6 as amended made under the Civil Aviation (Carriers’ Liability) Act 1959.

<sup>110</sup> Department of Infrastructure, Transport, Regional Development and Local Government, “Review of Carriers’ Liability and Insurance: Discussion Paper,” 11.

<sup>111</sup> *Ibid.*, 26.

<sup>112</sup> *Ibid.*, 26 อย่างไรก็ตาม ประเด็นว่าศาลออสเตรเลียจะตีความถ้อยคำ “personal injury” อย่างไรนั้นอยู่นอกขอบของบทความนี้ที่มุ่งจะพิจารณาในประเด็นการปฏิบัติตามพันธกรณีเรื่องการประกันภัย

<sup>113</sup> Rod D. Margo, et. al., *Margo on Aviation Insurance: The Law and Practice of Aviation Insurance, including Space and Hovercraft Insurance*, 771.

<sup>114</sup> ร่างฯ ที่ สคก. ตรวจสอบพิจารณาแล้ว เรื่องเสร็จที่ 1268/2555.

<sup>115</sup> สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, “รายงานของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. ....”.

การอนุวัติการหลักการการบังคับประกันภัยตามอนุสัญญาเพื่อการรวบรวมกฎเกณฑ์บางประการ  
เกี่ยวกับการรับขนระหว่างประเทศทางอากาศ

ซึ่งกลายมาเป็นมาตรา 6 ต่อมาพระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ได้แก้ไขมาตรา 6 วรรคสาม โดยแก้ไขคำว่า “อธิบดีกรมการบินพลเรือน” เป็น “ผู้อำนวยการสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย” เพื่อให้สอดคล้องกับโครงสร้างองค์การที่เปลี่ยนไป ดังนี้

“มาตรา 6 ผู้ขนส่งที่ดำเนินการรับขนทางอากาศภายใน เข้ามาใน หรือออกไปนอกราชอาณาจักร ต้องจัดให้มีการประกันสำหรับความรับผิดชอบของผู้ขนส่งตามพระราชบัญญัตินี้

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการประกันตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่กำหนด  
ในกฎกระทรวง

การประกันตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้อำนวยการสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย  
มีอำนาจสั่งให้ผู้ขนส่งแสดงหลักฐานการประกัน

ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสาม ให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ  
ในการอนุญาตให้ดำเนินการรับขนทางอากาศสั่งให้ผู้ขนส่งระงับการดำเนินการรับขนทางอากาศ  
ภายใน เข้ามาใน หรือออกไปนอกราชอาณาจักร จนกว่าผู้ขนส่งนั้นจะได้ดำเนินการตามวรรคหนึ่ง  
หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี”<sup>116</sup>

#### 4.2 การประกันภัยการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศตามกฎหมายไทย

ตามวรรคสองแห่งมาตรา 6 พระราชบัญญัติรับขนฯ กำหนดให้มีการออกกฎกระทรวงเพื่อให้  
รายละเอียดเกี่ยวกับการประกันนั้น ในวันที่ 21 มิถุนายน พ.ศ. 2562 ได้มีการออกกฎกระทรวงการประกัน  
ความรับผิดชอบของผู้ขนส่งที่ดำเนินการรับขนทางอากาศ พ.ศ. 2562 ขึ้น

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ฉบับที่ 14 ได้เพิ่มมาตราเกี่ยวกับการทำ  
ประกันภัยไว้ด้วยในหมวด 4/2 การกำกับดูแลการบินพลเรือนทางเศรษฐกิจ และให้ประกาศต่างๆ ที่ออกตาม  
ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ยังใช้บังคับอยู่ต่อไปจนกว่าจะมีกฎหมายออกมาใช้แทน<sup>117</sup> เนื่องจากคณะกรรมการ  
การบินพลเรือนได้ออกข้อบังคับมาเพื่อยกเลิกประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่อง หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการ  
อนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ ฉบับต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกันภัย และใช้ข้อบังคับ  
ของคณะกรรมการการบินพลเรือน ฉบับที่ 97 ว่าด้วยการอนุญาตประกอบกิจการการบินพลเรือนประเภทการขนส่ง  
ทางอากาศเพื่อการพาณิชย์และประเภทการทำงานทางอากาศแทน โดยได้ออกข้อบังคับวันที่ 12 กรกฎาคม  
พ.ศ. 2562 จึงต้องพิจารณาเอกสารทั้งข้อบังคับฉบับที่ 97 และประกาศกระทรวงคมนาคมที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย

<sup>116</sup> พระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560, ม.7.

<sup>117</sup> พระราชบัญญัติการเดินอากาศ (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2562, ม.75.

#### 4.2.1 ผู้ขนส่งที่ต้องทำประกันภัย

กฎกระทรวงไม่ได้ให้นิยามคำว่า “ผู้ขนส่ง” ไว้<sup>118</sup> เนื่องจากการออกตามพระราชบัญญัติรับขนฯ ดังนั้นจึงแปลความตามพระราชบัญญัติรับขนฯ ทั้งนี้ ผู้อยู่ใต้บังคับตามพระราชบัญญัติรับขนฯ คือผู้ขนส่งที่ดำเนินการรับขนทางอากาศภายในประเทศ และระหว่างประเทศ ตามกฎหมายได้นิยามคำว่า “ผู้ขนส่ง” ให้รวมทั้งผู้ขนส่งตามสัญญาและผู้ขนส่งตามความเป็นจริง แต่ต้องทำการรับขนทางอากาศเพื่อบำเหน็จเป็นการค้าปกติ การรับขนนั้นรวมทั้งการรับขนคนโดยสาร สัมภาระ หรือของ<sup>119</sup> แต่ไม่รวมถึงการรับขนไปรษณีย์ภัณฑ์ การรับขนโดยหน่วยงานของรัฐซึ่งไม่มีวัตถุประสงค์ทางการค้า การรับขนในราชการทหาร<sup>120</sup>

สำหรับตัวแทนของผู้ขนส่ง (feeder) นั้น คำว่า “ผู้ขนส่งตามความเป็นจริง” หมายความว่า รวมถึงตัวแทนของผู้ขนส่ง (feeder) ที่ไม่มีเครื่องบินเป็นของตนเองด้วย<sup>121</sup> ส่วนผู้รับจัดการขนส่งสินค้า (freight forwarder) ประเภทที่เจ้าของสินค้าทำสัญญาขนส่งกับผู้ขนส่งโดยตรงโดยการออกใบตราส่งทางอากาศโดยตนเอง (House Air Waybill) นั้นอยู่ภายใต้บังคับกฎกระทรวงโดยชัดแจ้งและต้องจัดให้มีประกัน<sup>122</sup>

ส่วนตามพระราชบัญญัติการเดินอากาศ มาตรา 41/132 กำหนดให้ผู้ที่ต้องจัดให้มีการประกันภัยความรับผิดตามสัญญาและบุคคลที่สามไว้สองประเภท คือ ประเภทที่ 1 ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการการบินพลเรือนตามมาตรา 41/125 ซึ่งเป็นผู้ประกอบกิจการขนส่งทางอากาศเพื่อการพาณิชย์ เมื่อพิจารณาตามมาตรา 41/125 นั้น จะครอบคลุมผู้ประกอบกิจการการบินพลเรือนประเภทอื่นด้วย เช่น การทำงานทางอากาศการบินทั่วไปตามที่คณะกรรมการการบินพลเรือนกำหนด และกิจการการบินพลเรือนอื่นที่คณะกรรมการการบินพลเรือนกำหนด แต่เมื่อมาตรา 41/132 ได้ระบุเฉพาะกิจการประเภทการขนส่งทางอากาศเพื่อการพาณิชย์ ย่อมแสดงว่า กิจการประเภทอื่นไม่อยู่ภายใต้บังคับให้ทำประกันภัยภายใต้มาตราดังกล่าว และประเภทที่ 2 ผู้ดำเนินการเดินอากาศต่างประเทศที่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 41/126 หมายถึงผู้ดำเนินการเดินอากาศต่างประเทศที่ประกอบกิจการขนส่งทางอากาศเพื่อการพาณิชย์ที่เข้ามาয়หรือออกจากราชอาณาจักร ดังนี้ จะเห็นได้ว่าผู้อยู่ใต้บังคับให้ทำประกันภัยคือผู้ดำเนินการเดินอากาศที่ประกอบกิจการขนส่งทางอากาศเพื่อการพาณิชย์เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม มาตรา 41/126 มีเงื่อนไขเพิ่มเติมว่า ผู้ดำเนินการเดินอากาศต่างประเทศนั้นจะต้องถูกกำหนดให้เป็นผู้ใช้สิทธิรับขนทางอากาศเพื่อการพาณิชย์ตามความตกลงว่าด้วยการบริการเดินอากาศ (air service agreement) กับประเทศไทย การบัญญัติไว้เช่นนี้ทำให้ครอบคลุมเฉพาะผู้ดำเนินการเดินอากาศ

<sup>118</sup> ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการประกัน พ.ศ. ..., ข้อ 4. เข้าถึงเมื่อ 16 กรกฎาคม 2562, <https://www.caat.or.th/wp-content/uploads/2016/10/%E0%B8%A3%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%87-%E0%B8%9C%E0%B8%AD.%E0%B8%81%E0%B8%9E%E0%B8%97-%E0%B9%81%E0%B8%81%E0%B9%89%E0%B9%84%E0%B8%82-11-%E0%B8%95.%E0%B8%84.-59-1.pdf>  
ร่างกฎกระทรวงฯ ข้อ 2 ให้นิยาม “ผู้ขนส่ง” หมายความว่า ผู้ขนส่งตามกฎหมายว่าด้วยการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศที่ดำเนินการรับขนทางอากาศภายใน เข้ามาใน หรือออกไปนอกราชอาณาจักร ซึ่งต่างจาก นิยาม “ผู้ขนส่ง” ตามพระราชบัญญัติรับขนฯ มาตรา 3 ที่บัญญัติว่า “ผู้ขนส่ง” หมายความว่า บุคคลซึ่งประกอบการรับขนทางอากาศเพื่อบำเหน็จเป็นการค้าปกติไม่ว่าจะเป็นผู้ขนส่งตามสัญญาหรือผู้ขนส่งตามความเป็นจริง และให้หมายความรวมถึงบุคคลซึ่งรับขนคนโดยสาร สัมภาระ หรือของทางอากาศโดยอากาศยาน

<sup>119</sup> พระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558, ม.3.

<sup>120</sup> พระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558, ม.5.

<sup>121</sup> รายงานการประชุมฝ่ายกฎหมายคมนาคม ครั้งที่ 1/2560, วันที่ 15 สิงหาคม พ.ศ. 2560, หน้า 4-5.

<sup>122</sup> กฎกระทรวงการประกันความรับผิดของผู้ขนส่งที่ดำเนินการรับขนทางอากาศ พ.ศ. 2562, ข้อ 3.

ต่างประเทศที่ทำการบินในเที่ยวบินแบบประจำ (scheduled flight) เท่านั้น เนื่องจากเป็นบริการเดินอากาศที่ตกลงไว้ในความตกลงว่าด้วยการบริการเดินอากาศ แต่เที่ยวบินแบบไม่ประจำจะไม่อยู่ภายใต้บังคับความตกลงดังนี้ ย่อมทำให้ผู้ดำเนินการเดินอากาศต่างประเทศที่ให้บริการเดินอากาศเที่ยวบินแบบไม่ประจำ ไม่อยู่ในบังคับการทำประกันภัยตามนัยแห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ

แม้กระนั้นก็ตาม เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติรับขนฯ แล้ว ผู้ดำเนินการเดินอากาศต่างประเทศที่ให้บริการเดินอากาศเที่ยวบินแบบไม่ประจำก็ยังคงอยู่ภายใต้บังคับความหมายของคำว่า “ผู้ขนส่ง” ตามพระราชบัญญัติรับขนฯ จึงต้องทำประกันภัยเช่นกัน

คำถามว่า ผู้ดำเนินการเดินอากาศต่างประเทศที่ได้รับใบอนุญาตจากรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญามอนทรีออลจะต้องจัดหาประกันภัยเมื่อทำการบินเข้ามาในประเทศไทยหรือไม่ เช่น ประเทศภูฏานที่ไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญามอนทรีออล<sup>123</sup> มีสายการบินดรุกแอร์ ดำเนินการบินแบบประจำระหว่างสนามบินสุวรรณภูมิและสนามบินภูฏาน พาโร สองเที่ยวบินต่อวัน<sup>124</sup> คำตอบคือ เมื่อสายการบินประสงค์จะดำเนินการเดินอากาศเพื่อการพาณิชย์เข้ามาในน่านฟ้าของราชอาณาจักรไทยก็จำเป็นต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติรับขนฯ นอกจากนี้ เมื่อเป็นเที่ยวบินแบบประจำยังเข้ากรณีตามพระราชบัญญัติการเดินอากาศอีกด้วย

จากกฎหมายทั้งสองฉบับของไทยเห็นว่า เน้นบังคับเฉพาะผู้ขนส่งในทางพาณิชย์คือมุ่งหาบ่าเหน็จจากกิจกรรมขนส่งและรวมทั้งผู้ขนส่งตามสัญญาและผู้ขนส่งตามความเป็นจริง มีข้อสังเกตว่า ประเทศไทยใช้บังคับเรื่องการประกันภัยทั้งกับผู้ขนส่งเที่ยวบินในประเทศและเที่ยวบินระหว่างประเทศซึ่งเป็นการกำหนดเกินกว่าพันธกรณีของอนุสัญญามอนทรีออล ทั้งนี้ เป็นเพราะมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติรับขนฯ ได้บัญญัติให้นำพระราชบัญญัติรับขนฯ มาใช้บังคับแก่การรับขนทางอากาศภายในประเทศด้วยโดยอนุโลม

#### 4.2.2 ประเภทของสัญญาประกันภัย

พระราชบัญญัติรับขนฯ กำหนดให้ต้องจัดให้มีการประกันสำหรับความผิดของผู้ขนส่งตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อพิจารณาเนื้อหาพระราชบัญญัติรับขนฯ พบว่า ความผิดของผู้ขนส่งเป็นเรื่องความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการที่คนโดยสารถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บทางร่างกาย<sup>125</sup> การที่ล้มละลายหรือบาดเจ็บ<sup>126</sup> ความล่าช้าในการขนส่งคนโดยสารและสัมภาระ<sup>127</sup> การที่ของถูกทำลาย สูญหายเสียหาย<sup>128</sup> และการที่ของมาถึงล่าช้า<sup>129</sup> หรือกล่าวได้ว่า ความรับผิดชอบของผู้ขนส่งเป็นความรับผิดที่เกิดตามสัญญารับขนนั่นเอง

<sup>123</sup> List of Parties Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air.

<sup>124</sup> DruksAsia, “Flights to Bhutan,” accessed July 16, 2019, <https://www.druksasia.com/bhutan-druk-air/bhutan-flights-with-drukair/>.

<sup>125</sup> พระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558, ม.10.

<sup>126</sup> พระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558, ม.11.

<sup>127</sup> พระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558, ม.12.

<sup>128</sup> พระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558, ม.37.

<sup>129</sup> พระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558, ม.38.

เมื่อพิจารณาประกอบกับกฎกระทรวงการประกันความรับผิดของผู้ขนส่งที่ดำเนินการรับขนทางอากาศ พ.ศ. 2562 ก็พบว่าประเภทการประกันสำหรับความรับผิดนั้นกำหนดเฉพาะความรับผิดตามสัญญารับขนในกรณี

“(1) กรณีการรับขนคนโดยสารและสัมภาระ ให้ครอบคลุมความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่คนโดยสารถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บทางร่างกาย และความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่สัมภาระถูกทำลาย สูญหาย หรือเสียหาย หรือกรณีล่าช้าในการรับขนคนโดยสารและสัมภาระ

(2) กรณีการรับขนของ ให้ครอบคลุมความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่ของถูกทำลาย สูญหายหรือเสียหาย หรือกรณีล่าช้าในการรับขนของ

(3) กรณีการรับขนคนโดยสาร สัมภาระ และของ ให้ครอบคลุมความเสียหายตาม (1) และ (2)”<sup>130</sup>

จากถ้อยคำในกฎกระทรวงจะพบว่า ได้กำหนดให้ทำประกันไว้ตามความรับผิดตามพระราชบัญญัติรับขนฯ ที่เขียนล่อมาจากอนุสัญญามอนทรีออล แต่ไม่รวมถึงการประกันภัยความรับผิดต่อบุคคลที่สามเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากอุบัติเหตุที่เกิดจากอากาศยานตามที่พระราชบัญญัติการเดินอากาศกำหนดไว้ และแตกต่างจากร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการประกัน พ.ศ. .... (ร่างกฎกระทรวง) ที่เปิดให้รับฟังความคิดเห็นจากผู้มีส่วนได้เสีย เมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2559 ได้กำหนดให้ครอบคลุมถึงกรณีบุคคลที่สาม<sup>131</sup> ผู้เขียนเห็นว่า การที่กฎกระทรวงไม่ระบุให้ครอบคลุมถึงการประกันภัยความรับผิดต่อบุคคลที่สามนั้นทำถูกต้องแล้ว เนื่องจากกรอบอำนาจในการออกกฎกระทรวงนั้นอาศัยอำนาจตามมาตรา 6 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติรับขนฯ ที่ไม่รวมความรับผิดต่อบุคคลภายนอกสัญญารับขน ดังนั้นกฎกระทรวงย่อมไม่อาจออกเกินขอบกฎหมายที่ให้อำนาจได้

ประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่องหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ พ.ศ. 2559 ซึ่งออกตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการเดินอากาศต้องจัดให้มีประกันภัยเช่นกัน โดยอิงกับกฎหมายว่าด้วยการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ แต่เมื่อพิจารณาภาคผนวก ค. วงเงินประกันภัยขั้นต่ำ จะระบุเฉพาะกรณีคนโดยสาร สัมภาระ สินค้า และบุคคลที่สาม โดยไม่ได้ระบุถึงกรณีความเสียหายจากการขนส่งล่าช้า<sup>132</sup> ข้อบังคับของคณะกรรมการการบินพลเรือน ฉบับที่ 97

<sup>130</sup> กฎกระทรวงการประกันความรับผิดของผู้ขนส่งที่ดำเนินการรับขนทางอากาศ พ.ศ. 2562, ข้อ 2.

<sup>131</sup> ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการประกัน พ.ศ. ...., ข้อ 4.

<sup>132</sup> ประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่องหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ พ.ศ. 2559, ภาคผนวก ค. เข้าถึงเมื่อ 16 กรกฎาคม 2562, <https://www.caat.or.th/wp-content/uploads/2018/03/%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A8-%E0%B8%84%E0%B8%84-%E0%B8%AB%E0%B8%A5%E0%B8%B1%E0%B8%81%E0%B9%80%E0%B8%81%E0%B8%93%E0%B8%91%E0%B9%8C%E0%B9%81%E0%B8%A5%E0%B8%B0%E0%B9%80%E0%B8%87%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%99%E0%B9%84%E0%B8%82-AOL-Consolidated-Text-June-2018.pdf>.

ก็บัญญัติในทำนองเดียวกัน<sup>133</sup>

#### 4.2.3 จำนวนเงินเอาประกันภัย

พระราชบัญญัติการเดินอากาศไม่ได้กำหนดจำนวนเงินไว้ เพียงแต่เชื่อมโยงไปที่กฎหมายว่าด้วยการรับชาระหว่างประเทศ ร่างกฎกระทรวงกำหนดให้จำนวนเงินซึ่งเอาประกันภัยต้องไม่ต่ำกว่าเกณฑ์จำกัดความรับผิดที่กำหนดในพระราชบัญญัติ<sup>134</sup> แต่จำนวนเงินเอาประกันภัยที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษานั้นระบุว่า “ต้องเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าเกณฑ์จำกัดความรับผิดตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการรับชาระหว่างประเทศ”<sup>135</sup> ซึ่งในที่นี้น่าจะหมายถึงพระราชบัญญัติรับชาระเช่นเดียวกับร่างกฎกระทรวง สิ่งที่เพิ่มขึ้นในกฎกระทรวงคือ แยกจำนวนเงินเอาประกันภัยสำหรับกรณีที่ผู้ขนส่งเป็นผู้ประกอบการรับจัดการขนส่งของทางอากาศที่ออกใบตราส่งทางอากาศโดยตนเอง (house air waybill) ไว้ด้วยว่าต้องระบุจำนวนเงินเอาประกันภัยไว้ไม่น้อยกว่า 10 ล้านบาท<sup>136</sup> ส่วนภาคผนวก ค. ของประกาศกระทรวงคมนาคมฯ ระบุจำนวนไว้เท่ากับจำนวนความรับผิดในพระราชบัญญัติรับชาระ<sup>137</sup>

มีข้อสังเกตว่า กรณีผู้รับจัดการขนส่งสินค้า กฎกระทรวงได้กำหนดจำนวนเงินเอาประกันภัยไว้ถึง 10 ล้านบาท หมายความว่า กฎกระทรวงกำหนดให้จำนวนเงินเอาประกันภัยสำหรับการขนส่งสินค้านั้นสูงกว่าการขนส่งคนโดยสาร เหตุที่เป็นเช่นนั้นเนื่องจากทางปฏิบัติของผู้ขนส่งทางอากาศที่เป็นสมาชิกของสมาคมตัวแทนขนส่งสินค้าทางอากาศไทยส่วนใหญ่จัดให้มีประกันความเสียหายและมีความคุ้มครองมากกว่าจำนวนที่อนุสัญญามอนทรีออลกำหนดไว้ ตามลักษณะของการขนส่งที่จะรวมสินค้าเพื่อขนส่งในแต่ละเที่ยวบิน จึงต้องพิจารณาความเสียหายที่เกิดขึ้นในแต่ละเหตุการณ์ (limit per accident) กฎกระทรวงจึงระบุเช่นนั้น<sup>138</sup>

ทั้งนี้ จำนวนที่จำกัดไว้เป็นเพียงความรับผิดในชั้นแรกเท่านั้น หากต้องรับผิดเกินกว่านั้นในกรณีของประเทศไทยย่อมเป็นภาระของผู้ขนส่งที่ต้องรับผิดชอบโดยไม่สามารถเรียกจากบริษัทประกันภัยได้ หากทำประกันภัยเท่าจำนวนที่กฎกระทรวงกำหนด เนื่องจากพระราชบัญญัติรับชาระ มีผลใช้บังคับไม่ถึง 5 ปี และประเทศไทยเพิ่งเป็นภาคีอนุสัญญาในปี พ.ศ. 2560 จึงยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาตามพระราชบัญญัติรับชาระเผยแพร่ ณ สิ้นเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2562

ในอดีตศาลฎีกาไทยจะตัดสินโดยใช้กฎหมายละเมิด เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2195/2527 โดยศาลตัดสินให้สายการบินอียิปต์แอร์ จำเลยที่ 1 ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์ในกรณีที่สามีโจทก์เสียชีวิตจากการขนส่งของสายการบินจำเลยที่ 1 เป็นจำนวน 1,800,000 บาท พร้อมด้วยดอกเบี้ยร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี

<sup>133</sup> ข้อบังคับของคณะกรรมการการบินพลเรือน ฉบับที่ 97 ว่าด้วยการอนุญาตประกอบกิจการการบินพลเรือนประเภทการขนส่งทางอากาศเพื่อการพาณิชย์และประเภทการทำงานทางอากาศ, ข้อ 19, 54. ข้อบังคับฯ ข้อ 70 ยังให้ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการการทำงานทางอากาศต้องจัดให้มีการประกันภัยเช่นเดียวกัน.

<sup>134</sup> ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการประกัน พ.ศ. ...., ข้อ 5.

<sup>135</sup> กฎกระทรวงการประกันความรับผิดของผู้ขนส่งที่ดำเนินการรับชาระทางอากาศ พ.ศ. 2562, ข้อ 3 วรรคหนึ่ง.

<sup>136</sup> กฎกระทรวงการประกันความรับผิดของผู้ขนส่งที่ดำเนินการรับชาระทางอากาศ พ.ศ. 2562, ข้อ 3 วรรคสอง.

<sup>137</sup> ประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่องหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ พ.ศ. 2559 ภาคผนวก ค.

<sup>138</sup> รายงานการประชุมฝ่ายกฎหมายคมนาคม ครั้งที่ 3/2560, วันที่ 21 มิถุนายน พ.ศ. 2561, หน้า 2-4.

นับแต่วันฟ้องจนกว่าจะชำระเสร็จ<sup>139</sup> จำนวนเงินต้นดังกล่าวเป็นค่าเงินในช่วงปี พ.ศ. 2527 ซึ่งต้องพิจารณาว่าค่าของเงินในพ.ศ. 2562 จะเป็นเช่นไร และต้องพิจารณาส่วนดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปีนับแต่วันฟ้องด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ จากคำพิพากษาทั้งฉบับย่อสั้นและย่อยาวที่เผยแพร่ไม่เปิดเผยข้อมูลวันฟ้องของโจทก์ ทำให้ไม่สามารถประมาณยอดเงินค่าสินไหมทดแทนที่โจทก์ต้องชำระได้ แต่หากพิจารณาจากจำนวนค่าเสียหายกรณีผู้โดยสารเสียชีวิตที่ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาให้ผู้ขนส่งชดใช้โดยเฉลี่ยอยู่ที่ 3 ล้านดอลลาร์สหรัฐซึ่งเป็นอัตราที่สูงกว่าทางฝั่งสหภาพยุโรป<sup>140</sup> จึงน่าติดตามว่า ศาลไทยจะให้ค่าเสียหายโดยเฉลี่ยอยู่ที่เท่าใด

#### 4.2.4 มาตรการบังคับ

กฎหมายรับขนได้วางมาตรการในการตรวจสอบคือให้ผู้อำนวยความสะดวกสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยนั้น มีอำนาจสั่งให้ผู้ขนส่งแสดงหลักฐานการประกัน ซึ่งการกำหนดนี้สอดคล้องกับอนุสัญญามอนทรีออล เนื่องจากกฎกระทรวงกำหนดให้สัญญาประกันภัยเป็นแบบกำหนดเวลา ดังนั้น จึงได้กำหนดว่าการประกันจะต้องมีอยู่ตลอดระยะเวลาที่ดำเนินการรับขนทางอากาศ<sup>141</sup> ร่างกฎกระทรวงได้กำหนดให้ผู้ขนส่งต้องขอต่ออายุการประกันภัยและยื่นหลักฐานแสดงการขอต่ออายุ หรือสำเนากรมธรรม์ประกันภัยที่ได้รับการต่ออายุแล้วไว้ด้วย<sup>142</sup> แต่กฎกระทรวงไม่ได้กำหนดรายละเอียดส่วนนี้ไว้ อย่างไรก็ตาม แม้กฎกระทรวงจะไม่กำหนดไว้ ผู้อำนวยความสะดวกสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยมีอำนาจสั่งให้ผู้ขนส่งแสดงหลักฐานการประกันอยู่แล้วตามพระราชบัญญัติรับขนฯ

นอกจากนี้ กฎหมายไทยยังกำหนดมาตรการในกรณีฝ่าฝืนไว้คือ ให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการอนุญาตให้ดำเนินการรับขนทางอากาศสั่งให้ผู้ขนส่งระงับการดำเนินการรับขนทางอากาศจนกว่าผู้ขนส่งจะได้ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด<sup>143</sup> หากพิจารณาการกำหนดดังกล่าวก็จะคล้ายกับบทบัญญัติในกฎหมายออสเตรเลีย มีประเด็นน่าพิจารณาคือ ประสิทธิภาพการประกันภัยของกฎหมายไทยนั้นกว้างกว่ากฎหมายออสเตรเลีย เพราะรวมกรณีรับขนของและกรณีขนส่งล่าช้าด้วย หากผู้ขนส่งไม่ได้จัดทำประกันภัยกรณีขนส่งล่าช้าแต่มีมาตรการเยียวยาอื่น เช่น การจัดหาเที่ยวบินอื่นให้ หรือปฏิบัติตามประกาศกระทรวงคมนาคมเรื่อง การคุ้มครองสิทธิของผู้โดยสารที่ใช้บริการสายการบินของไทย พ.ศ. 2553 แล้วนั้นจะเป็นเหตุนำมาพิจารณาไม่ระงับการดำเนินการรับขนทางอากาศหรือไม่

กฎหมายรับขนไม่ได้กำหนดโทษทางอาญาไว้ แต่เมื่อพระราชบัญญัติการเดินอากาศได้เพิ่มหน้าที่การจัดให้มีประกันภัยแล้วก็ได้เพิ่มบทกำหนดโทษไว้เช่นกัน คือ โทษปรับไม่เกินสองล้านบาท<sup>144</sup> จึงต้อง

<sup>139</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2195/2527.

<sup>140</sup> Paul B. Larsen et. al., *Aviation Law: Cases, Laws, and Related Sources* (Leiden: Brill, 2006), 677.

<sup>141</sup> กฎกระทรวงการประกันความรับผิดชอบของผู้ขนส่งที่ดำเนินการรับขนทางอากาศ พ.ศ. 2562, ข้อ 2, ข้อ 5.

<sup>142</sup> ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการประกัน พ.ศ. ...., ข้อ 8.

<sup>143</sup> พระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558, ม.6 วรรคสี่.

<sup>144</sup> พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2487, ม. 107/1. ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 17 กำหนดโทษสำหรับผู้ได้รับอนุญาตที่ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด เป็นโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท และในกรณีที่เป็นความผิดต่อเนื่องกัน ให้ปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งพันบาทตลอดเวลาที่ยังทำการฝ่าฝืนอยู่ ในเรื่องการกำหนดโทษว่าควรกำหนดโทษแบบใด โปรดดู International Civil Aviation Organization, "Manual on the Legal Aspects of Unruly and Disruptive Passengers," *ICAO Doc 10117*, (2019), 4-3.

พิจารณาว่าจะพิจารณาโทษกรณีผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการการบินพลเรือนตามพระราชบัญญัติการเดินอากาศ และเป็นผู้ขนส่งตามพระราชบัญญัติรับขนฯ จัดหาหลักประกันอื่นแทนการทำประกันภัยจะนับว่าเป็นการประกันภัยหรือไม่ อันจะนำไปสู่การพิจารณาโทษปรับต่อไป

ไม่ใช่ทุกกรณีที่ผู้ขนส่งไม่ได้จัดให้มีกรมธรรม์ประกันภัยแล้วจะต้องถูกระงับการดำเนินการรับขนทางอากาศ เนื่องจากกฎกระทรวงเปิดช่องว่า ในกรณีที่ผู้ขนส่งไม่ได้จัดให้มีการทำกรมธรรม์ประกันภัย แต่ได้จัดหลักประกันอย่างอื่นเป็นประกันสำหรับความรับผิดชอบของผู้ขนส่งแทนซึ่งมีมูลค่าไม่น้อยกว่าจำนวนเงินเอาประกันภัยที่กำหนดไว้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมอาจอนุญาตให้ใช้หลักประกันนั้นแทนการทำประกันภัยได้<sup>145</sup> ทั้งนี้ ก่อนที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญามอนทรีออล คณะรัฐมนตรีได้เคยมีมติคณะรัฐมนตรีเพื่อให้ความช่วยเหลือบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) ไว้จากผลกระทบการก่อวินาศกรรมที่ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยให้ความคุ้มครองชดใช้ความเสียหายจากตัวเครื่องบินที่เกิดจากภัยสงครามและภัยที่ต่อเนื่อง (aviation hull war risks and allied perils insurance) ในรูปของ government indemnity<sup>146</sup> ดังนั้น การกำหนดข้อความดังกล่าวไว้ในกฎกระทรวงจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดช่องให้สามารถกำหนดหลักประกันรูปแบบอื่นหากจำเป็น

## 5. สรุปและข้อเสนอแนะ

จากการพิจารณาการอนุวัติการข้อ 50 การประกันภัย แห่งอนุสัญญามอนทรีออลของประเทศไทย เมื่อเปรียบเทียบกับคำอธิบายของนักวิชาการด้านกฎหมายรับขนทางอากาศระหว่างประเทศและการอนุวัติการของภาคีสมาชิกอื่นแล้วนั้น สามารถสรุปเปรียบเทียบและมีข้อเสนอแนะดังนี้

### 5.1 สรุปเปรียบเทียบการอนุวัติการโดยภาคีสมาชิกอนุสัญญามอนทรีออล

การบังคับทำประกันภัยในการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศได้ถูกบัญญัติในอนุสัญญามอนทรีออล และส่งผลให้รัฐภาคีต้องอนุวัติการเข้ามาเป็นกฎหมายภายใน เนื่องจากเนื้อหาถ้อยคำในอนุสัญญาเปิดช่องให้ตีความได้

การอนุวัติการจึงมีความแตกต่างกัน โดยสามารถแยกเป็นประเด็นได้ดังนี้

#### 5.1.1 ผู้ขนส่ง

อนุสัญญามอนทรีออลกำหนดให้รัฐภาคีไปออกกฎหมายบังคับแก่ “ผู้ขนส่งของตน” แต่ไม่ได้กำหนดว่า ใครบ้างเป็นผู้ขนส่งของรัฐภาคี ทางปฏิบัติของสหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย รวมทั้งไทย จึงกำหนดไว้คล้ายคลึงกัน คือ ใช้บังคับกับผู้ขนส่งเพื่อการพาณิชย์ หรือสายการบินที่ทำการขนส่ง

<sup>145</sup> กฎกระทรวงการประกันความรับผิดชอบของผู้ขนส่งที่ดำเนินการรับขนทางอากาศ พ.ศ. 2562, ข้อ 4.

<sup>146</sup> มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง ผลกระทบกรณีความเสียหายจากการก่อวินาศกรรมที่ประเทศสหรัฐอเมริกา, 25 กันยายน พ.ศ. 2544; มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง ขออนุมัติขยายระยะเวลาการให้ความคุ้มครองชดใช้ความเสียหายต่อบุคคลที่สามจากภัยสงครามและภัยที่เกี่ยวข้องเนื่องในส่วนที่เกินจากวงเงิน 50 ล้านดอลลาร์สหรัฐ, 19 มีนาคม พ.ศ. 2545; มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง ขออนุมัติขยายระยะเวลาการให้ความคุ้มครองชดใช้ความเสียหายต่อบุคคลที่สามจากภัยสงครามและภัยที่เกี่ยวข้องเนื่องในส่วนที่เกินจากวงเงิน 50 ล้านดอลลาร์สหรัฐ, 10 กันยายน พ.ศ. 2545; มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง ขออนุมัติขยายระยะเวลาการให้ความคุ้มครองชดใช้ความเสียหายต่อบุคคลที่สามจากภัยสงคราม และภัยที่เกี่ยวข้องเนื่องในส่วนที่เกินจากวงเงิน 50 ล้านดอลลาร์สหรัฐ, 25 มีนาคม พ.ศ. 2546.

ทางอากาศทั้งเที่ยวบินในประเทศและระหว่างประเทศ เที่ยวบินประจำและไม่ประจำ ส่วนข้อแตกต่างในการบังคับ จะมีแบ่งตามประเภทของการให้บริการและน้ำหนักของอากาศยานที่ใช้ เช่น กรณีของสหรัฐอเมริกามีการระบุ ผู้ประกอบการ air taxi ไว้เฉพาะ ส่วนผู้ประกอบการบอลลูนนั้น สหภาพยุโรปยกเว้นบอลลูนลำม ส่วนแคนาดา ไม่ได้เขียนโดยกล่าวถึงบอลลูนลำม แต่ระบุว่า บอลลูนที่ใช้ในการขนส่งต้องอยู่ใต้บังคับการทำประกันภัยด้วย แต่มีการกำหนดรายละเอียดแตกต่างออกไป นอกจากนี้ แคนาดายังไม่บังคับให้อากาศยานที่ควบคุมการบิน จากภายนอกอยู่ภายใต้บังคับการทำประกันภัย

ส่วนผู้ขนส่งตามความเป็นจริง เป็นการตีความตามอนุสัญญามอนทรีออล ทั้งเยอรมัน และไทยรวมผู้รับจัดการขนส่งสินค้าเข้าไปอยู่ในบังคับให้ต้องทำประกันภัยด้วยโดยระบุไว้เฉพาะ ส่วนกรณีของ ตัวแทนผู้ขนส่งเป็นการตีความว่าอยู่ภายใต้บังคับเนื่องจากเป็นผู้ขนส่งตามความเป็นจริง

### 5.1.2 ประเภทของสัญญาประกันภัย

เช่นเดียวกับกรณีของคำว่า “ผู้ขนส่ง” ตามหัวข้อ 5.1.1 อนุสัญญามอนทรีออลไม่ได้ระบุไว้ เป็นรายการว่า สัญญาประกันภัยต้องครอบคลุมความรับผิดใดบ้าง กฎกระทรวงของไทยจะครอบคลุมความรับผิด ทั้งหมดตามที่อนุสัญญามอนทรีออลกำหนด แต่เมื่อเทียบกับตัวอย่างภาคีสมาชิกอื่นที่อนุวัติการอนุสัญญา มอนทรีออล เช่น สหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา แคนาดา และออสเตรเลียจะเห็นว่า ความเสียหายจากกรณี การขนส่งล่าช้านั้น ไม่ได้ถูกบังคับให้ผู้ขนส่งต้องทำประกันภัยแต่อย่างใด ทั้งนี้ ในหัวข้อ 2.3.2 ก็ได้สรุปแล้ว ในเบื้องต้นว่า ประเภทของสัญญาประกันภัยไม่นำรวมถึงการประกันภัยกรณีการขนส่งล่าช้า อีกทั้ง ร่างกฎกระทรวง ก็ไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้ทำประกันภัยกรณีความรับผิดจากความล่าช้าไว้<sup>147</sup>

ทั้งนี้ จากรายงานการประชุมฝ่ายกฎหมายคมนาคม ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้มีการสรุปว่า การยกร่างกฎกระทรวงนั้น ได้ศึกษาแนวทางการดำเนินการตามอนุสัญญามอนทรีออล กฎระเบียบ ที่ 785/2004 และกฎระเบียบของแคนาดา และสอบถามความเห็นไปยังภาคปฏิบัติ ได้แก่ สมาคมการขนส่ง ทางอากาศระหว่างประเทศ คณะกรรมการดำเนินงานธุรกิจการบินกรุงเทพ และสมาคมธุรกิจการบิน<sup>148</sup> อย่างไรก็ตาม กฎระเบียบของสหภาพยุโรป และแคนาดา ไม่ได้บังคับให้ทำประกันภัยกรณีล่าช้าแต่อย่างใด อีกทั้ง ทางปฏิบัติ ตามตัวอย่างกฤษฎีกาประกันภัยก็ไม่มีข้อที่ระบุเกี่ยวกับการประกันภัยกรณีล่าช้าเช่นกัน<sup>149</sup>

สำหรับการรับขนของนั้น ร่างกฎกระทรวงได้มีการบัญญัติไว้ และในกฎกระทรวงก็มีเช่นกัน อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากสภาพธุรกิจการขนส่งระหว่างประเทศ สำหรับการขนส่งของนั้นควรให้เป็นเรื่อง ทางธุรกิจที่จะมีการทำประกันการขนส่งสินค้าไว้อยู่แล้ว

<sup>147</sup> ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการประกัน พ.ศ. .... ผู้เขียนไม่พบเอกสารสรุปผลการรับฟังความเห็นจึงไม่สามารถสรุปได้ว่าเหตุใดจึงเพิ่มเรื่องล่าช้าเข้ามา

<sup>148</sup> รายงานการประชุมฝ่ายกฎหมายคมนาคม ครั้งที่ 1/2560, วันที่ 15 สิงหาคม พ.ศ. 2560, หน้า 2.

<sup>149</sup> Rod D. Margo, et. al., *Margo on Aviation Insurance: The Law and Practice of Aviation Insurance, including Space and Hovercraft Insurance*, 770-774.

### 5.1.3 จำนวนเงินเอาประกันภัย

จำนวนเงินเอาประกันภัยของไทยนั้น ล้อตามจำนวนความรับผิดชอบที่กำหนดในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งนำมาจากอนุสัญญามอนทรีออลอีกทีหนึ่ง แต่หากพิจารณาจากภาคีสมาชิกอื่นของอนุสัญญามอนทรีออล ได้แก่ สหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา แคนาดา และออสเตรเลียพบว่า หากเป็นกรณีคนโดยสารแล้ว จะกำหนดจำนวนเงินเอาประกันภัยไว้สูงกว่าจำนวนที่อนุสัญญากำหนดให้ต้องรับผิดชอบในชั้นแรก และสูงกว่าจำนวนความรับผิดชอบในชั้นแรกที่อนุสัญญามอนทรีออลจะปรับในวันที่ 28 ธันวาคม พ.ศ. 2562

ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายสหรัฐอเมริกายังกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมตามจำนวนที่นั่งในอากาศยาน และประเภทการประกอบกิจการด้วย กรณีนี้มีข้อสังเกตสำหรับการออกกฎหมายบังคับกับผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศที่จะต้องออกมาใช้บังคับแทนประกาศกระทรวงคมนาคมฯ เนื่องจากผู้อยู่ใต้บังคับอาจมีมากกว่าผู้ขนส่งในรูปของสายการบิน แต่อาจรวมถึงกรณีบอลลูน การประกอบกิจการพาหนะที่ศึ้นยภาพทางอากาศ ในแง่ที่ว่า จะนำจำนวนเงินเอาประกันภัยสำหรับการขนส่งเพื่อการพาณิชย์มาปรับใช้หรือไม่

### 5.1.4 มาตรการบังคับ

จากการศึกษาในหัวข้อ 2.3.4 ได้ข้อสรุปว่า รัฐภาคีสามารถบังคับและกำกับดูแลการทำประกันภัยโดยมีอำนาจเรียกดูหลักฐาน และผูกการทำประกันภัยไว้เป็นเงื่อนไขการออกใบอนุญาต สหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย และไทย ส่วนใช้มาตรการบังคับดังกล่าว การทำผิดเงื่อนไขส่งผลถึงการระงับหรือห้ามทำการบิน นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกายังมีมาตรการย่อยในระดับมลรัฐ คือ ทำอากาศยานในบางมลรัฐกำหนดเงื่อนไขการแสดงหลักฐานการประกันภัยเป็นเงื่อนไขหนึ่งในการใช้ทำอากาศยาน

## 5.2 ข้อเสนอแนะต่อประเทศไทยในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ

### 5.2.1 ผู้ขนส่ง

ผู้ขนส่งที่ประเทศไทยกำหนดในกฎหมายรับขนนั้น ใช้นิยามผู้ขนส่งไม่แตกต่างจากอนุสัญญาที่ครอบคลุมผู้ขนส่งตามสัญญาและผู้ขนส่งตามความเป็นจริง ดังนั้น การปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศของไทยเรื่องผู้ขนส่งจึงไม่มีปัญหา อย่างไรก็ตาม ในการปฏิบัติงานของหน่วยงานกำกับดูแลของไทยได้เชื่อมโยงเงื่อนไขการทำประกันภัยไว้กับพระราชบัญญัติการเดินอากาศด้วย และใช้บังคับกับการทำงานทางอากาศด้วย จึงเกิดประเด็นว่าการบังคับทำประกันภัยจะใช้กับอากาศยานประเภทบอลลูน และอากาศยานที่ควบคุมการบินจากภายนอกนั้นเหมาะสมเพียงใด แต่ประเด็นนี้อยู่นอกกรอบการศึกษาของบทความนี้

### 5.2.2 ประเภทของสัญญาประกันภัย

จากการสรุปและเปรียบเทียบในหัวข้อ 5.1.2 พบว่า ภาคีสมาชิกอนุสัญญามอนทรีออลไม่ได้บังคับให้ทำประกันภัยความรับผิดชอบผู้ขนส่งล่าช้าไว้แต่อย่างใด ในทางปฏิบัติของธุรกิจการบินนั้น ความรับผิดชอบที่เกิดจากขนส่งล่าช้ามีค่อนข้างน้อย เพราะอนุสัญญามอนทรีออลมีเหตุยกเว้นความรับผิดชอบล่าช้าไว้อยู่แล้ว สายการบินเลือกจ่ายค่าเสียหายเอง อาจมีต้นทุนน้อยกว่าการเสียค่าเบี้ยประกันภัย ดังนั้นการกำหนดบังคับประกันภัยกรณีล่าช้าย่อมทำให้โอกาสในการออกแบบวางแผนธุรกิจของสายการบินถูกจำกัดลง ผู้เขียนเห็นว่า

หากหน่วยงานกำกับดูแลต้องการกำกับดูแลในเรื่องการขนส่งล่าช้า อาจเลือกให้ผู้ขนส่งใช้หลักประกันอย่างอื่นแทน เพื่อเปิดช่องให้ผู้ขนส่งได้มีโอกาสวางแผนธุรกิจและจัดการค่าใช้จ่ายของตนเองตามที่กฎกระทรวงเปิดช่องไว้ ในข้อ 4

### 5.2.3 จำนวนเงินเอาประกันภัย

จำนวนเงินเอาประกันภัยกรณีความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายนั้น แม้ทุกตัวอย่างที่เลือกศึกษาจะกำหนดไว้สูงกว่าจำนวนความรับผิดขั้นแรกของอนุสัญญามอนทรีออล อย่างไรก็ตาม แต่ละแห่งก็กำหนดจำนวนบังคับประกันภัยไว้แตกต่างกัน ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยสามารถกำหนดไว้เพียงจำนวนความรับผิดขั้นแรก และรอพิจารณาจากแนวคำพิพากษาต่อไปได้

ประเด็นที่เป็นเรื่องเร่งด่วนสำหรับเรื่องจำนวนเงินเอาประกันภัย เนื่องจากอาจมีการปรับจำนวนเงินความรับผิดตามอนุสัญญามอนทรีออลในวันที่ 28 ธันวาคม พ.ศ. 2562 ตามที่ได้อธิบายในหัวข้อ 2.3.2 ดังนั้น ประเทศไทยต้องเตรียมแก้กฎหมายที่เกี่ยวข้องได้แก่ พระราชบัญญัติรับขนฯ และ ภาคผนวก ค. แห่งข้อบังคับของคณะกรรมการการบินพลเรือนฉบับที่ 97 และแจ้งแก่ผู้อยู่ใต้บังคับเพื่อเตรียมการเพิ่มจำนวนเงินเอาประกันภัย และตรวจสอบกรมธรรม์ประกันภัยภายหลังจำนวนความรับผิดที่เพิ่มขึ้นมีผลใช้บังคับ

### 5.2.4 มาตรการบังคับ

ประเทศไทยมีมาตรการบังคับเรื่องระงับการดำเนินการรับขนซึ่งคล้ายคลึงกับประเทศออสเตรเลีย แต่ข้อแตกต่างที่สำคัญคือ ประเทศออสเตรเลียไม่ได้บังคับให้ทำประกันภัยกรณีขนส่งล่าช้า ดังนั้น หากผู้ขนส่งไม่ได้จัดทำประกันภัยกรณีขนส่งล่าช้า และเป็นเหตุให้ถึงกับระงับการดำเนินการนั้นจะมีส่วนหรือไม่ ทั้งนี้การพิจารณาระงับการดำเนินการควรอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วนตามกฎหมายปกครอง เนื่องจากเป็นการออกคำสั่งทางปกครอง

นอกจากนี้ มาตรการเสริมกรณีห้ามลงจอดที่สนามบินที่บางมลรัฐในสหรัฐอเมริกากำหนดก็นำมาศึกษาต่อว่าอาจจะกำหนดใช้ในประเทศไทยได้หรือไม่ เพียงใด

### 5.2.5 การใช้ถ้อยคำไม่สอดคล้องกัน

ตัวบทอนุสัญญามอนทรีออลใช้คำว่า “insurance” ซึ่งแปลเป็นไทยว่า “ประกันภัย” แต่พระราชบัญญัติรับขนฯ ใช้คำว่า “การประกัน” ซึ่งอาจมีความหมายกว้างกว่าการประกันภัย และเพราะเหตุนี้ อาจทำให้กฎกระทรวงยอมให้ผู้ขนส่งจัดทำหลักประกันอย่างอื่นเป็นประกันสำหรับความรับผิดของผู้ขนส่งแทนได้ โดยต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี<sup>150</sup> ประเด็นอยู่ตรงที่ว่า หากจัดหลักประกันอย่างอื่นแทนการทำประกันภัยแล้วจะสามารถอาศัยการตีความโดยถือว่าประเทศไทยได้ปฏิบัติตามพันธกรณีตามอนุสัญญามอนทรีออลหรือไม่ เนื่องจากเมื่อพิจารณาถ้อยคำและเอกสารในชั้นร่างอนุสัญญามอนทรีออลก็ไม่ได้มีการกล่าวถึงการวางหลักประกันอื่นแทนการประกันภัยแต่อย่างใด<sup>151</sup> หรืออาจต้องตีความโดยมุ่งไปที่วัตถุประสงค์ว่า การวางหลักประกันก็สามารถ

<sup>150</sup> กฎกระทรวงการประกันความรับผิดของผู้ขนส่งที่ดำเนินการรับขนทางอากาศ พ.ศ. 2562, ข้อ 4.

<sup>151</sup> Julian Hermida, “The New Montreal Convention: The International Passenger’s Perspective One Airline’s Merit is Another Passenger’s Shortcoming,” *Air & Space Law XXVI/3* (July 2001): 155.

คุ้มครองผู้โดยสารให้ได้รับค่าเสียหายได้ไม่ต่างจากการประกันภัย

ประเด็นเรื่องความแตกต่างในการใช้ถ้อยคำ “การประกัน” และ “ประกันภัย” ยังพบในพระราชบัญญัติเดินอากาศ เนื่องจากพระราชบัญญัติเดินอากาศใช้คำว่า “ประกันภัย” ดังนั้น จึงเกิดประเด็นคำถามขึ้นมาว่าหากผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการการบินพลเรือนตามพระราชบัญญัติการเดินอากาศและเป็นผู้ขนส่งตามพระราชบัญญัติรับขนฯ จัดหาหลักประกันอื่นแทนการทำประกันภัยจะนับว่าเป็นการประกันภัยหรือไม่ ด้วยเหตุที่มาตรา 41/132 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศนั้นเพียงแต่โยงพระราชบัญญัติรับขนฯ ในเรื่องจำนวนเงินซึ่งเอาประกันภัยเท่านั้น ไม่ได้ให้นำวิธีการประกันตามที่พระราชบัญญัติรับขนกำหนดมาทั้งหมด และเนื่องจากพระราชบัญญัติการเดินอากาศมีมาตรการบังคับเป็นโทษปรับ<sup>152</sup> ดังนั้น หากตีความเคร่งครัดตามตัวอักษร การไม่ทำประกันภัยแต่วางหลักประกันก็อาจผิดพระราชบัญญัติการเดินอากาศได้

### 5.2.6 การมีผลใช้บังคับ

กฎกระทรวงมีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดสามสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา คือ วันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2562 โดยไม่มีข้อยกเว้นเฉพาะกาล กรณีนี้ต่างจากร่างกฎกระทรวงที่ให้ระยะเวลาผู้ขนส่งเตรียมการนานกว่า คือ ให้กฎกระทรวงมีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหกสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา<sup>153</sup> และมีข้อยกเว้นเฉพาะกาลให้เวลาผู้ขนส่งที่ประกอบกิจการหรือให้บริการอยู่ก่อนวันที่กฎกระทรวงใช้บังคับถึง 90 วัน นับแต่วันที่กฎกระทรวงมีผลใช้บังคับ<sup>154</sup> การกำหนดเวลาดังกล่าวเนื่องจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายกฎหมายคมนาคมสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่า ได้ตัดสาระในส่วนของการกำหนดให้ผู้ขนส่งต้องแสดงหลักฐานการจัดให้มีการประกันความรับผิดชอบต่อผู้อำนวยการสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยออกไปแล้ว ประกอบกับผู้ขนส่งต้องจัดให้มีการประกันความรับผิดชอบอยู่แล้ว จึงกำหนดให้กฎกระทรวงมีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนด 30 วัน นับแต่วันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา<sup>155</sup> ดังนั้น แม้จะมีการตัดหน้าที่การแสดงหลักฐานการจัดให้มีการประกันความรับผิดชอบออกไป แต่กฎกระทรวงมีการกำหนดวงเงินเอาประกันไว้ และใช้กับผู้ขนส่งที่ให้บริการเที่ยวบินในประเทศและต่างประเทศ อีกทั้ง การยื่นระยะเวลาเหลือเพียง 30 วัน ก็ไม่ได้มีการสอบถามผู้ที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎดังกล่าว เพื่อให้การออกกฎที่มีผลใช้บังคับต่อประชาชนเป็นไปด้วยความเรียบร้อย โปร่งใส และตรวจสอบได้ ควรให้ผู้ที่เกี่ยวข้องเข้ามาให้ความเห็น และมีการเผยแพร่ร่างกฎหมายให้ชัดเจน และให้เวลาในการเปลี่ยนผ่านการใช้บังคับกฎหมายอย่างราบรื่น

<sup>152</sup> ดูหัวข้อ 4.2.4.

<sup>153</sup> ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการประกัน พ.ศ. ...., ข้อ 1.

<sup>154</sup> ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการประกัน พ.ศ. ...., ข้อ 10.

<sup>155</sup> รายงานการประชุมฝ่ายกฎหมายคมนาคม ครั้งที่ 3/2560, วันที่ 21 มิถุนายน พ.ศ. 2561, หน้า 5.



# Challenging “Fraudulent” Transactions and Protecting Company Creditors in Thailand: a Comparison with English and German Law

## การเพิกถอนนิติกรรม “ฉ้อฉล” และการปกป้องเจ้าหนี้ของบริษัท ในประเทศไทย: เปรียบเทียบกับกฎหมายอังกฤษและเยอรมัน

*Adam Reekie*

อาดัม รีคี่

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200

Full-time Lecturer

Faculty of Law, Thammasat University, 2 Phrachan Road, Phra Nakhon, Bangkok 10200

Corresponding author Email: a\_reekie@tu.ac.th

(Received: June 28, 2019; Revised: August 5, 2019; Accepted: August 7, 2019)

---

### Abstract

Thailand’s latest corporate governance code accepts the need to consider a wide range of interests in making corporate decisions including, in certain situations, those of a company’s creditors. However, where the underlying legal environment is fundamentally at odds with the values expressed in a soft law corporate governance code, there is a risk that companies will ignore conflicting requirements or merely pay them lip service in annual reports. This article investigates one aspect of the protection of corporate creditors by way of company and bankruptcy law, the right to challenge so-called fraudulent transactions. Thai law in this area, as in the areas of company law and bankruptcy law generally, was transplanted from late nineteenth and early twentieth century European models, with English and German law particularly influential. However, a comparative analysis of those sources reveals that Thai law, although similar on the surface, has developed along a markedly different path. Although English and German law have developed different approaches to each other, they have both developed an objective test to address the problem of asset dilution in certain circumstances. Thai law, by contrast, retains a requirement for unethical conduct on the part of company insiders for creditors to obtain a remedy. This presents

a view of Thai law which is fundamentally different to that of the comparator systems. Ultimately, Thai law favours flexibility for company insiders to manage company property, even to the detriment of creditors, provided that in doing so they act within the boundaries of ethical conduct. These conclusions challenge the assumptions implied by the adoption of the latest corporate governance code and its applicability to the Thai legal environment.

**Keywords:** Comparative law, company law, fraudulent transactions, English law, German law, bankruptcy law

## บทคัดย่อ

หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีในประเทศไทยฉบับล่าสุดได้ยอมรับความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาผลประโยชน์ของบุคคลหลายกลุ่มในการตัดสินใจของกิจการ รวมทั้งผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ของบริษัท อย่างไรก็ตาม เมื่อสภาพแวดล้อมทางกฎหมายไม่เป็นไปในทางเดียวกับคุณค่าที่แสดงไว้ในหลักการดังกล่าว จึงก่อให้เกิดความเสี่ยงที่กิจการจะละเลยข้อบังคับที่ขัดกัน บทความนี้ศึกษาแง่มุมหนึ่งของการคุ้มครองเจ้าหนี้ของบริษัทโดยการใช้กฎหมายว่าด้วยบริษัทและกฎหมายล้มละลาย และสิทธิที่จะเพิกถอนนิติกรรมฉ้อฉล ซึ่งกฎหมายไทยในเรื่องนี้มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายว่าด้วยบริษัทและกฎหมายล้มละลาย คือได้รับการปลูกถ่ายจากต้นแบบกฎหมายยุโรป ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 และคริสต์ศตวรรษที่ 20 ตอนต้น ซึ่งกฎหมายอังกฤษและเยอรมันมีอิทธิพลเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม การศึกษาเปรียบเทียบแหล่งที่มาของกฎหมายเหล่านี้แสดงให้เห็นว่า แม้กฎหมายไทยจะมีลักษณะคล้ายกับกฎหมายเหล่านี้เมื่อพิจารณาโดยผิวเผิน แต่แท้จริงแล้วกฎหมายไทยมีพัฒนาการที่ต่างไป กล่าวคือ แม้ว่ากฎหมายอังกฤษและเยอรมันจะมีพัฒนาการเรื่องการคุ้มครองเจ้าหนี้ที่ต่างกัน แต่กฎหมายทั้งสองระบบใช้วิธีการทดสอบแบบภาววิสัยในการแก้ปัญหาเรื่องการเจือจางสินทรัพย์ในบริบททางประการ ซึ่งต่างจากกฎหมายไทยที่มีข้อบังคับเกี่ยวกับการกระทำอันขาดจริยธรรมโดยบุคคลภายในบริษัทเพื่อให้เจ้าหนี้สามารถได้รับการเยียวยาได้ แนวคิดของกฎหมายไทยตั้งนี้จึงต่างอย่างชัดเจนกับกฎหมายในประเทศที่นำมาเปรียบเทียบ ในที่สุดแล้ว กฎหมายไทยสนับสนุนให้มีความยืดหยุ่นในการที่บุคคลภายในบริษัทจะสามารถบริหารทรัพย์สินของบริษัท แม้ว่าจะทำให้เกิดผลร้ายต่อเจ้าหนี้ หากว่าการกระทำถือเป็นการกระทำที่มีจริยธรรม ข้อเสนอเหล่านี้จึงค้ำกับข้อสันนิษฐานโดยนัยในการนำหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีมาใช้ รวมทั้งค้ำกับการนำหลักการนี้ไปใช้ในสภาพแวดล้อมทางกฎหมายของประเทศไทย

**คำสำคัญ:** กฎหมายเปรียบเทียบ, กฎหมายว่าด้วยบริษัท, นิติกรรมฉ้อฉล, กฎหมายอังกฤษ, กฎหมายเยอรมัน, กฎหมายล้มละลาย

## Introduction

Thailand's Corporate Governance Code 2017 ("CG2017")<sup>1</sup> was developed by Thailand's National Corporate Governance Committee as a set of best practice principles for boards of directors of listed companies. Intended to incorporate the "essence of principles and best practices"<sup>2</sup> of the G20/OECD Principles of Corporate Governance ("G20/OECD Principles"), its objectives emphasise the concept of long-term sustainable value creation. The value created includes not only what is "good for the company, but also its shareholders, stakeholders, the capital market and the society at large".<sup>3</sup> Company creditors are specifically mentioned in the CG2017; companies must have sound financial mitigation plans that "consider stakeholder rights including creditor rights."<sup>4</sup>

This recognition of the need for companies to consider a wider range of interests represents a move, consistent with the G20/OECD Principles,<sup>5</sup> away from the shareholder-centric approach which has traditionally characterised corporate governance in Thailand.<sup>6</sup> However, this begs the question of whether such a view of corporate governance is consistent with the Thai legal environment overall. If the CG2017, soft law as it is,<sup>7</sup> is at odds with the values present in Thai law generally, it seems likely—also based on empirical evidence—that incompatible concepts may either be ignored or merely paid lip service to in company reports.<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> 'Corporate Governance Code 2017' (The National Corporate Governance Committee), [https://www.sec.or.th/mpublish/cgcode\\_en/documents/CGcode2017\\_en.pdf](https://www.sec.or.th/mpublish/cgcode_en/documents/CGcode2017_en.pdf).

<sup>2</sup> 'Corporate Governance Code 2017', 4.

<sup>3</sup> 'Corporate Governance Code 2017', 4.

<sup>4</sup> 'Corporate Governance Code 2017', sec. 7.3.2.

<sup>5</sup> See for example Mathias M. Siems and Oscar Salvador Alvarez-Macotela, "The G20/OECD Principles of Corporate Governance 2015: A Critical Assessment of Their Operation and Impact," 2017; Janet Dine and Marios Koutsias, *The Nature of Corporate Governance* (Edward Elgar Publishing, 2013); John Buchanan and Simon Deakin, "Japan's Paradoxical Response to the New "Global Standard" in Corporate Governance," *European Corporate Governance Institute Working Paper Series in Law*, no. 87/2007 (2007).

<sup>6</sup> Saravuth Pitiyasak, "Thai Company Laws and Good Governance Practices of Unlisted Companies," in *Corporate Governance in Thailand*, ed. Sakulrat Montreevat (Singapore: Institute of Southeast Asian Studies, 2006), 93.

<sup>7</sup> The CG2017 operates on an "apply or explain" principle, under Principle 3.2. Therefore, it is considered "soft law" on the basis that absolute compliance with all of the principles is not required.

<sup>8</sup> Recommendations within corporate governance codes which are seen as more controversial are associated with a higher level of non-compliance, indicating that the overall environment including legal norms affects compliance. Christian Andres and Erik Theissen, "Setting a Fox to Keep the Geese—Does the Comply-or-Explain Principle Work?," *Journal of Corporate Finance* 14, no. 3 (2008): 289–301; Aron Chizema, "Institutions and Voluntary Compliance: The Disclosure of Individual Executive Pay in Germany," *Corporate Governance: An International Review* 16, no. 4 (2008): 359–74.

Creditors theoretically have a wide variety of means by which they may protect themselves. However, certain classes of creditors are often unable to use them and must rely instead on protections afforded by company and bankruptcy law. This article will investigate one particular legal strategy for corporate creditors’s protection: the right to challenge so-called ‘fraudulent’ transactions. This allows a court to reverse the effects of a transaction by which a debtor inappropriately removes assets from the reach of creditors. Although the term ‘fraudulent’ is used in this article, which is consistent with other English language academic literature across the relevant jurisdictions, this terminology is potentially misleading. As discussed below, the debtor need not have entered into a transaction with an intention that satisfies the relevant legal test for fraud. Rather, this legal concept applies to situations where a debtor has engaged in some kind of genuine transaction, but one which aims at putting assets beyond the reach of her creditors’ claims.

In relation to limited companies, there is a particular risk of company insiders—shareholders and managers—engaging in such transactions while using the doctrine of limited liability inappropriately as a shield against the claims of unsatisfied creditors. A classic example would be the case of a heavily indebted company selling some of its assets to shareholders at significantly below market value. The shareholders receive a benefit, while the assets against which creditors may enforce their claims are reduced to the extent by which the transaction is undervalued. The doctrine of limited liability prevents creditors from enforcing their claims directly against the shareholders.

It is argued that the manner and extent to which company creditors may rely on rules of law to prevent such abuse at the hands of managers and shareholders forms a part of, and is indicative of, the legal environment which concerns the protection of company creditors generally. Where the legal system does not provide creditors with strong protection, but rather gives companies the flexibility to move assets out of the pool against which creditors may claim, this creates a legal environment which favours shareholders’ interests over those of creditors.

As discussed below, late 19<sup>th</sup> and early 20<sup>th</sup> century English and German laws influenced Thai law in this area. This provides an opportunity to perform a comparative study with these legal systems. We might expect to see Thai law developing along a similar path, perhaps, to one or the other. Indeed, on the surface, it appears that Thai law uses similar provisions. However, a wider analysis reaching beyond the doctrinal categories separating bankruptcy law and company law reveals important differences. This supports, for example, Teubner’s view

of legal borrowing as resulting in fundamental irritations which trigger the whole series of new and unexpected events.<sup>9</sup> Both English law and German law, through more recent developments of rules of insolvency law and rules of capital maintenance respectively, have introduced objective elements into the relevant legal tests. Thai law, albeit with important presumptions, remains fundamentally tied to requiring a subjective element on the part of both the debtor and the counterparty for a transaction to be successfully challenged. It is argued that this divergence hints at different attitudes to the scope and purpose of the law in this area. This raises questions on the applicability of the CG2017, based on the G20/OECD Principles, to a fundamentally different legal environment.

Existing academic literature on the concept of challenging fraudulent transactions in Thai law focuses on the doctrinal concept as a whole, analysing its effectiveness and normative basis.<sup>10</sup> This article takes a different approach, which it is hoped will add to existing academic literature in this area. Rather than remaining within the doctrinal category, this article analyses one particular issue, that of protecting creditors against a limited company's attempts to put assets beyond their reach, a matter not specifically dealt with in existing Thai academic literature. This approach, performing a functional comparative exercise with legal systems which influenced the form of the legal rules when they were adopted, reveals particular attitudes within Thai law which, it is submitted, would not easily be revealed by a purely doctrinal comparison of the legal rules.

This article will proceed as follows. Section 1 addresses general concepts in relation to the protection of creditors of limited liability companies. It argues that the concept of limited liability presents particular problems for non-adjusting creditors, which in part may be

---

<sup>9</sup> Gunther Teubner, "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies," *The Modern Law Review* 61, no. 1 (1998): 11-32.

<sup>10</sup> Detailed discussions are contained in classic texts by Seni Pramoj (เสนีย์ ปราโมช, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้* [Seni Pramoj, *The Civil and Commercial Code on Juristic Acts and Debt*], vol. 2 (Bangkok: Thaiwattanapanich, 2505)) and Serim Winitchaigul (เสริม วินิจฉัยกุล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้* [Serim Winitchaigul, *Explanation of the Principles of Juristic Acts and Debt in the Civil and Commercial Code*], 2515), as well as more recent texts by Professors Sophon Ratanakorn (โสภณ รัตนกร, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้* [Sophon Ratanakorn, *Explanation of Law on the Principles of Debt*], 10th ed. (Bangkok: Nitibannagarn, 2553)) Sanunkorn Sotthipan (ศันันท์ภรณ์ โสคติพันธุ์, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้)* [Sanunkorn Sotthipan, *Explanation of the Law on the Principles of Obligations (Results of Obligations)*], 3rd ed. (Bangkok: Winyuchon Publication House, 2017) and Auen Kunkeaw (เอื้ออน ขุนแก้ว, *กฎหมายล้มละลาย* [Auen Kunkeaw, *Bankruptcy Law*], 13th ed. (Bangkok: Krungsiam Publishing Co., Ltd, 2016)), the latter in relation to bankruptcy law. There have also been a number of journal articles including กุศล บุญยีน, "การเพิกถอนการฉ้อฉล [Guson Bunyeun, Cancelling Fraudulent Transactions]," *Siripatum University Law Journal* 20 (1990): 65-74; ปกป้อง ศรีสนิท, "การเพิกถอนนิติกรรมที่ได้กระทำไปแล้ว ตามกฎหมายล้มละลาย [Pogpong Srisanit, Cancelling Juristic Acts Which Have Been Performed According to Bankruptcy Law]," *Thammasat Law Journal* 30, no. 4 (2000): 667-84.

addressed by the legal concept of challenging fraudulent transactions. Section 2 examines the concept of challenging fraudulent transactions in Thai law, paying particular attention to its origins and development. Section 3 provides a comparative analysis of Thai law, English law and German law. Although the provisions are superficially similar, there are important differences between the elements required by each of the three systems. English law, in particular circumstances, takes an approach which relies on objectivity; Thai law and German law, conversely, require a subjective mental element on the part of both debtor and creditor. Section 4 examines how German law has developed an approach which, in certain circumstances, allows for transactions to be challenged through rules of company law. This results in a legal test which is fundamentally objective, tied to the net value lost by the debtor company in the transaction. Section 5 presents the conclusions and implications of the comparative analysis, arguing that it reveals not only some weaknesses in the protection of certain classes of creditors, but also some different fundamental concepts present in Thai law. This leads us to question assumptions concerning the nature and purpose of the company and Thai law which are implied by the adoption of the CG2017, and perhaps advocates considering a different approach.

## 1. Protecting company creditors through challenging transactions: general concepts

The concept of limited liability is commonly regarded as a core feature of the modern limited company across jurisdictions.<sup>11</sup> In essence, the concept is that shareholders are only liable to contribute the total subscription amount for their shares to the company; beyond this amount, typically no liability will arise for them in relation to the company’s activities.<sup>12</sup> The benefits of limited liability for the operation of businesses and the economy are well known to legal and economic literature.<sup>13</sup> These include encouraging investment and

---

<sup>11</sup> Paul Davies, *Introduction to Company Law*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2010), 34; Reinier Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 3rd ed. (Oxford University Press, 2017), 5; Christopher Bruner, “The Corporation’s Intrinsic Attributes,” in *Understanding the Company: Corporate Governance and Theory*, ed. Barnali Choudhury and Martin Petrin (Cambridge University Press, 2017), 60–88.

<sup>12</sup> For a description of this concept in Thai company law, see โสภณ รัตน์การ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วนบริษัท* [Sophon Ratanakorn, *Explanation of the Provisions of the Civil and Commercial Code relating to Partnerships and Companies*], 12th ed. (Bangkok: Nitibannagarn, 2553), 209.

<sup>13</sup> See e.g. Richard A. Posner, “The Rights of Creditors of Affiliated Corporations,” *University of Chicago Law Review* 43 (1975): 499; Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, “Limited Liability and the Corporation,” *The University of Chicago Law Review* 52, no. 1 (1985): 89–117; Ben Pettet, “Limited Liability—A Principle for the 21st Century?,” *Current Legal Problems* 48 (1995): 125.

diversification, and increasing the efficiency of providing credit. However, limited liability poses a special risk for a conflict between a company's shareholders and its creditors.<sup>14</sup> Shareholders may rely on the rule of limited liability to benefit themselves at the expense of the company's creditors.

While there are a variety of potential mechanisms for this,<sup>15</sup> this article will focus on a group of activities which may be termed "asset dilution".<sup>16</sup> This describes a situation in which shareholders are able to benefit from procuring the transfer of company assets to themselves or to a connected person in exchange for a value which is below the market price for the assets. This reduces the amount of assets against which creditors may bring a claim; since shareholders are protected by limited liability, their personal assets, including those stripped out of the company, are shielded. Since asset dilution requires a transfer of assets by the company, it requires the willing participation of company managers or directors. Therefore, asset dilution is more likely where there is an overlap or close connection between managers and shareholders.<sup>17</sup> Furthermore, shareholders have stronger incentives to pressure managers to engage in asset dilution when a company is in financial difficulties, since this becomes the only way for them to extract value from the company in the short term.<sup>18</sup>

Creditors who are in a position to do so negotiate protections against asset dilution. These typically include contractual protections, such as dividend restrictions and restrictions on significant asset transactions, and proprietary protections through acquiring security rights.<sup>19</sup> However, in practice, these protections will be unavailable to many of a company's creditors. Such creditors may be termed "non-adjusting" creditors, on the basis that they are unable to adjust the terms of their credit to reflect its risks.<sup>20</sup> A classic example of a non-adjusting

<sup>14</sup> Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 29.

<sup>15</sup> Michael C. Jensen and William H. Meckling, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure," *Journal of Financial Economics* 3, no. 4 (1976): 305-60; Alan Schwartz, "A Theory of Loan Priorities," *The Journal of Legal Studies* 18, no. 2 (1989): 209-61; Peter O. Mülbert, 'A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection', *European Business Organization Law Review (EBOR)* 7, no. 1 (2006): 357-408.

<sup>16</sup> This is sometimes referred to as "self-dealing" or "tunneling": see Simon Johnson et al., "Tunneling," *American Economic Review* 90, no. 2 (2000): 22-27; Vladimir Atanasov et al., "Self-Dealing by Corporate Insiders: Legal Constraints and Loopholes," in *Research Handbook on the Economics of Corporate Law*, 2012, 419.

<sup>17</sup> Davies, *Introduction to Company Law*, 78.

<sup>18</sup> Paul Davies, "Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency," *European Business Organization Law Review (EBOR)* 7, no. 1 (2006): 304ff.

<sup>19</sup> Paul Davies, "Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency," *European Business Organization Law Review (EBOR)* 7, no. 1 (2006): 304ff.

<sup>20</sup> Lucian Arye Bebchuk and Jesse M. Fried, "The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy," *Yale Law Journal* 105 (1995): 882ff.

creditor is the victim of a tort, or wrongful act, committed by the company. The tort victim is a creditor, because the company owes her an amount awarded by a court judgment or via a settlement. However, the tort victim did not agree with the terms on which the credit was extended; indeed, by definition, she did not agree to become a tort victim. Therefore, the terms cannot be adjusted to take into account the risk that the company has insufficient assets to meet her claim.

Other types of non-adjusting creditors include the state, in respect of tax and regulatory claims—like tort victims, an involuntary non-adjusting creditor—and customers, employees and trade creditors.<sup>21</sup> The latter groups agree voluntarily to become creditors. However, the cost of attempting to adjust the terms of their credit to reflect the risks may be significant or impractical to do so.<sup>22</sup> A small supplier of goods on credit to a large supermarket chain, for example, will have little prospect of negotiating specific terms concerning the credit arrangements.

In recognition of these risks, legal systems typically deploy an array of strategies to prevent asset dilution.<sup>23</sup> The direct distribution of assets to shareholders via dividends may be restricted through capital maintenance rules, for example.<sup>24</sup> Directors may be held liable through rules of bankruptcy law or the concept of directors’ duties where they inappropriately dissipate company assets.<sup>25</sup> Alternatively, in more extreme cases of asset dilution, the doctrine of limited liability may be disregarded altogether, and the law may permit creditors to claim

---

<sup>21</sup> Paul Halpern, Michael Trebilcock, and Stuart Turnbull, “An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law,” *The University of Toronto Law Journal* 30, no. 2 (1980): 149–50.

<sup>22</sup> Robert Charles Clark, ‘The Duties of the Corporate Debtor to Its Creditors’, *Harvard Law Review* 90 (1977): 543-45; John Hudson, ‘The Case against Secured Lending’, *International Review of Law and Economics* 15, no. 1 (1995): 56; Mitchell A. Petersen and Raghuram G. Rajan, ‘The Benefits of Lending Relationships: Evidence from Small Business Data’, *The Journal of Finance* 49, no. 1 (1994): 23–25.

<sup>23</sup> For categorisation of these strategies based on surveys across a number of jurisdictions, see Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, chap. 5; For an alternative categorisation, see Davies, *Introduction to Company Law*, 88ff.

<sup>24</sup> In relation to Thai law, see e.g. โสภณ รัตนการ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วน บริษัท [Ratanakorn, Explanation of the Provisions of the Civil and Commercial Code relating to Partnerships and Companies]*, 473ff.

<sup>25</sup> Directors’ duties, particularly the duty of loyalty, may play an important part in protecting creditors in Thai company law. However, this article focuses on the problem of asset dilution, which as discussed results in directors acting to benefit shareholders to the detriment of creditors. In such circumstances, these duties are less likely to be a source of liability for directors provided they are acting in the interests of the shareholders collectively and within the company’s objects, as may be the case in many examples of asset dilution. Therefore, directors’ duties, though highly relevant to the topic of creditor protection generally, will not be discussed in this article.

against shareholders directly.<sup>26</sup> Although other methods of creditor protection will be discussed below, the focus of this article will be rights granted to creditors to challenge fraudulent transactions undertaken by the company. The next section discusses this right in Thai law, tracing its historical development and its current interpretation and operation.

## 2. Challenging transactions in Thai law

Generally, the right to challenge fraudulent transactions in Thai law is set out in Sections 237-240 of the Civil and Commercial Code (“CCC”). These provisions form part of Book II of the CCC on obligations, specifically Part IV of Chapter II which concerns the results of obligations. Section 237, in Thai and English, using the Sandhikshetrin English language version,<sup>27</sup> is as follows:

“มาตรา 237 เจ้าหนี้ชอบที่จะร้องขอให้ศาลเพิกถอนเสียได้ ซึ่งนิติกรรมใดๆ อันลูกหนี้ได้กระทำลง ทั้งรู้หรือว่าจะเป็นการให้เจ้าหนี้ เสียเปรียบ แต่ความข้อนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าปรากฏว่าในขณะที่ทำนิติกรรมนั้น บุคคลซึ่งเป็นผู้ได้ลาภยกแต่การนั้นมีได้รู้เท่าถึงข้อความจริงอันเป็นการให้เจ้าหนี้ต้องเสียเปรียบนั้นด้วย แต่หากกรณีเป็นการทำให้โดยเสน่หาท่านว่าเพียงแต่ลูกหนี้เป็นผู้รู้ฝ่ายเดียวเท่านั้น ก็พอแล้วที่จะขอเพิกถอนได้

บทบัญญัติดังกล่าวมาในวรรคก่อนนี้ ท่านมิให้ใช้บังคับแก่นิติกรรมใดอันมิได้มีวัตถุประสงค์เป็นสิทธิในทรัพย์สิน”

“Section 237. The creditor is entitled to claim cancellation by the Court of any juristic act done by the debtor with knowledge that it would prejudice his creditor; but this does not apply if the person enriched by such act did not know, at the time of the act, or the facts which would make it prejudicial to the creditor, provided, however, that in case of a gratuitous act the knowledge on the part of the debtor alone is sufficient.”<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> This is often referred to as ‘piercing the corporate veil’. In relation to Thai law, see ไชยวัฒน์ บุนนาค, “การไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทจำกัด [Jayavadh Bunnag, Disregarding the Separate Corporate Personality of the Limited Liability Company],” *Tanaikwam [The Lawyer]* 25, no. 3 (1973).

<sup>27</sup> Sandhikshetrin’ English language version of the CCC (Kamol Sandhikshetrin, *The Civil and Commercial Code Books I-VI and Glossary*, 2008) is a compilation of the English language original draft of the code, which was then translated into Thai before its approval and promulgation. Although often referred to in English language scholarship on Thai law, it is therefore not precise to refer to this as a translation of the CCC.

<sup>28</sup> Sandhikshetrin, 63.

The basic elements of Section 237 are that a creditor may challenge any juristic act related to property rights which was done by her debtor (i) in the knowledge that it would prejudice the creditor, and (ii) when the counterparty knew of facts which would make it prejudicial to the creditor. If the juristic act is gratuitous, the knowledge of the counterparty is not required. The right is generally referred to as a right to challenge fraudulent (ฉ้อฉล [chochon]<sup>29</sup>) transactions; however, as mentioned above, this terminology is potentially misleading. If the act is done with deceptive intention (กลฉ้อฉล [konchochon]), the juristic act would be voidable.<sup>30</sup> The required mental element on the part of the debtor in Section 237 is only knowledge that the transaction would prejudice the creditor.

The following sections, 238 to 240, add qualifications and detail to the operation of Section 237. Section 238 provides that cancellation of a juristic act under Section 237 must not affect the rights of innocent third parties, referring to subsequent transferees rather than the counterparty to the juristic act with the debtor. However, this exception does not apply if the right is acquired gratuitously. Section 239 provides that cancellation operates in favour of all creditors, and Section 240 sets limitation periods: a claim must be brought within 1 year of the time at which the creditor knew of the juristic act, and within 10 years of the performance of the juristic act.

Importantly, Thai bankruptcy law also gives powers to an insolvency office holder<sup>31</sup> to challenge fraudulent transactions, which are enhanced in certain circumstances. In the case of insolvent liquidation,<sup>32</sup> Section 113 of the Bankruptcy Act BE 2483 (“BA”) allows the insolvency office holder to apply to the court for cancellation of a fraudulent transaction using the right under Sections 237-240 of the CCC. However, Section 114 of the BA enhances the ability of the insolvency office holder to bring a claim in three circumstances. Where the juristic act (i) arose within a year of the petition for bankruptcy, (ii) was a gratuitous act, or (iii) was an act for which the debtor received unreasonably small remuneration, it will *prima facie* be presumed to satisfy the mental element required by Section 237. In these situations, for the defendant to overturn the presumptions; they must prove either that the debtor did

---

<sup>29</sup> This article gives the Roman alphabet transliteration for Thai terms using the Royal Thai General System of Transcription published by the Royal Institute of Thailand.

<sup>30</sup> Section 159 CCC.

<sup>31</sup> This article uses the general term “insolvency office holder” to refer to the relevant manager in each jurisdiction responsible for supervising the conduct of the company during an insolvency-related process.

<sup>32</sup> See Section 90/40 of the BA in relation to business reorganisation. The rights in respect of business reorganisation mirror those in relation to insolvent liquidation, and will therefore not be separately discussed in this article due to brevity.

not know that the juristic act would prejudice the creditors, or that the counterparty was unaware of the facts which would make the juristic act prejudicial to creditors.

Therefore, the two routes to challenging fraudulent transactions—by an insolvency office holder under the BA and by a creditor under the CCC—are linked to Section 237 of the CCC. However, it is interesting to note that the link between the bankruptcy provisions and the CCC created by Section 113 of the BA represents a change in the underlying principles regarding the right to challenge fraudulent transactions.

The early 20<sup>th</sup> century bankruptcy legislation which preceded the BA was based on English law models,<sup>33</sup> as was the BA itself in general terms.<sup>34</sup> In respect of the right to challenge fraudulent transactions, the relevant provisions have a distant statutory history in the Statute of 13 Elizabeth 1 in CE 1571.<sup>35</sup> The right to challenge fraudulent transactions in the CCC, by contrast, has an even older Roman law procedure as its origins, the *actio pauliana*,<sup>36</sup> which made its way into the codes of several civil law jurisdictions around the world.<sup>37</sup> It was introduced to the Thai legal system during the process of codification in the early 20<sup>th</sup> century, which followed a programme of substantially adopting German and Japanese models.<sup>38</sup> The *actio pauliana* essentially describes a triangular pattern of relationships. On the one hand it is the relationship between the creditor and the debtor, but on the other is the relationship between the debtor and the counterparty to a transaction. The *actio pauliana* completes the triangle by allowing the creditor to bring a claim against the

<sup>33</sup> The earlier Bankruptcy Act R.S. (Ratanakosin Era) 127 (CE 1908) and the Bankruptcy Act R.S. 130 (CE 1911) were based on English law models. In relation to the right to challenge transactions, Section 45 of the Bankruptcy Act R.S. 130 seems inspired by Section 45 of the English Bankruptcy Act 1883, which has the same crucial elements. The following sections of the Bankruptcy Act R.S. 130 also trace very closely the following provisions of the English Bankruptcy Act 1883.

<sup>34</sup> Committee meeting notes accompanying the BA state that it “should still be conducted in accordance with the manner of English bankruptcy law to the extent that it was adapted in the Straits Settlement, Hong Kong and India for the most part.” Book 328 Series 9 (Council of State), translation by the author.

<sup>35</sup> John Armour, “Transactions at an Undervalue,” in *Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency*, ed. John Armour and Howard Bennett (Bloomsbury Publishing, 2003), 38.

<sup>36</sup> Max Radin, “Fraudulent Conveyances at Roman Law,” *Virginia Law Review*, (1931): 109–30.

<sup>37</sup> Drafting notes to the CCC, and the abortive 1923 draft code, cite as sources a list of Thai Supreme Court judgments, as well as Egyptian, French, Italian, Japanese and Tunisian codes: see Draft Civil and Commercial Code, Archive of the Office of the Juridical Council, Roll 9, 1311 (1910) and Draft Civil and Commercial Code, Archive of the Office of the Juridical Council, Roll 9, 1311 (1910).

<sup>38</sup> Preedee Kasemsup, “Reception of Law in Thailand-A Buddhist Societ,” in *Asian Indigenous Law: In Interaction with Received Law*, ed. Masaj Chiba (KPI, 1986), 293; David M. Engel, *Law and Kingship in Thailand during the Reign of King Chulalongkorn* (Center for South and Southeast Asian Studies, University of Michigan, 1975), 76; Tamara Lynn Loos, *Subject Siam: Family, Law, and Colonial Modernity in Thailand*, (Cornell University Press, 2006).

counterparty.<sup>39</sup>

The *actio pauliana* represents a balancing exercise between the relative weight of the interests represented by the creditor-debtor relationship and the debtor-counterparty relationship. By contrast, the purpose of the Statute of Elizabeth is the prevention of fraud.<sup>40</sup> Thus, the focus of the provision is only on the intention of the debtor; the counterparty’s *bona fides* is merely a defence.<sup>41</sup> The *actio pauliana* model requires some kind of collusion between the debtor and the counterparty for the creditors’ rights to be protected. The decisions in the development of Thai law, first with the CCC and then with the BA, changed the conceptual basis for challenging fraudulent transactions from the English law model, which evolved from the Statute of Elizabeth, to the *actio pauliana* model.

A further important further feature of the development of this right in Thai bankruptcy law is that its English bankruptcy law predecessors did not apply to limited companies; their application was restricted to personal bankruptcies, including those of individual traders.<sup>42</sup> The extension of the right to include corporate debtors was only made in English bankruptcy law by the passing of the Insolvency Act 1986 (“IA86”), nearly a century later.

From this brief explanation of its development, it is evident that Thai law in this area is rather a blend of different concepts derived over time from different sources with different underlying principles. The next section of this article will conduct a detailed comparative exercise between Thai law, English law, which heavily influenced the adoption of Thai bankruptcy law, and German law, which heavily influenced the adoption of the CCC. It will be argued that Thai law, rather than following the development of either of the comparator systems, has evolved along its own path, creating a different environment for the protection of corporate creditors.

---

<sup>39</sup> Ilaria Pretelli, “Cross-Border Credit Protection Against Fraudulent Transfers of Assets: Actio Pauliana in the Conflict of Laws,” *Yearbook of Private International Law* 13 (2011): 599.

<sup>40</sup> See Douglas G. Baird and Thomas H. Jackson, “Fraudulent Conveyance Law and Its Proper Domain,” *Vanderbilt Law Review* 38 (1985): 829.

<sup>41</sup> See Baird and Jackson, “Fraudulent Conveyance Law and Its Proper Domain,”

<sup>42</sup> Transactions with limited companies were challenged on the basis either that they were *ultra vires* or that they were an abuse of the directors’ powers, recoverable from a recipient who had notice. Armour, “Transactions at an Undervalue,” 41.

### 3. Comparison between Thai law, English law and German law relating to challenging transactions

This article will now conduct a comparative exercise to analyse the operation of Thai law in comparison to English law and German law. To facilitate this comparison, an example fact pattern will be applied to the law of each jurisdiction in turn. The facts which will be used are based on those which resulted in a Thai Supreme Court decision, Case 3591/2538, a relatively clear example of asset dilution.

In this case, the four defendants (D1-D4) were limited companies and the claimant was the Revenue Department. The first defendant, D1, owed a significant amount of money to the claimant, and did not pay when required to by the claimant. The claimant had the legal power to seize D1's assets and sell them at auction to fund the payment of its debt. However, after receipt of the claimant's demand, D1 made a number of transfers of its assets. It transferred the shares it held in its subsidiary, D4, to the remaining two defendants D2 and D3. It also transferred a substantial number of shares it held in listed companies, as well as a piece of land, to D4. At the time the claim was filed, D1 had only a nominal amount of cash in its accounts and only a few assets, far insufficient to meet its debt to the claimant.

The four defendants argued that, at the time of the transfers, D1 still had substantial assets, more than sufficient to pay its debts, and that it lost these in subsequent trading. However, the accounts of the companies could not verify the amount given in exchange for the various transfers, nor provide a record of D1's assets at the time. Furthermore, the four defendant companies all had registered offices at the same address and a number of common directors, including one individual who had personally effected all of the transfers and who was a director on the board of all of four companies.

#### 3.1 Thai law

In the Thai Supreme Court case, the claimant requested the revocation of the transfers under Section 237 of the CCC. For a successful claim under Section 237, the following four elements must be made out to the satisfaction of the court.<sup>43</sup> First, the debtor must have performed a juristic act whose object is a property right. Second, the creditor must suffer a loss as a result. Third, the debtor must know that the creditor will suffer a loss. Fourth, if the juristic act was not performed gratuitously, the counterparty or

---

<sup>43</sup> This article will use the categorisation provided by โสภณ รัตนกร, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้* [Ratanakorn, *Explanation of Law on the Principles of Debt*], 298ff.

the third party who received the property must also have known that the creditor would suffer a loss.

The first element is uncontroversial in the fact pattern used here, since the transactions related to transferring the ownership of shares in D4 to D2 and D3, the transfer of shares in a number of listed companies to D4, and the transfer of land to D4. All of these are clearly juristic acts concerning property rights.

Regarding the second element, that harm must be caused to creditors, the concept of harm is not defined in Section 237 of the CCC. However, academics have expressed the concept in very consistent terms: a situation in which the juristic act of the debtor results in the assets of the debtor being reduced to a level at which they are insufficient to be used for the repayment of her creditors will be one in which harm is caused to creditors.<sup>44</sup> When applying this to the facts, it seems that the court was unconvinced by the defendants’ explanation that the reduction in D1’s assets was caused by subsequent trading losses rather than by the transactions. This is perhaps unsurprising, given that the defendants could provide no evidence of the value paid to D1 or of D1’s financial position at the time of the transaction. Therefore, the transactions were taken to have reduced D1’s assets to a level insufficient to repay the claimant, causing it harm.

The third element is that the debtor must know that the creditor would suffer a loss. The defendant need not have the intention to cause the creditor to suffer a loss; it will be sufficient for the defendant to know that it may result in the creditor suffering a loss by doing the relevant juristic act.<sup>45</sup> For example, where a debtor transfers property to a relative, but has a genuine hope that she will be able to repay her creditors when their calls come, this will still satisfy the mental element since she was aware, at the time of the transaction, that it might result in a loss to her creditors.<sup>46</sup> Here, presumably on the basis that the transactions happened after the claimant brought a claim in respect of the debt, D1 was judged to have known that the transactions may have caused loss to the claimant.

---

<sup>44</sup> Similar expressions of this concept are given by เสนีย์ ปราโมช, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้* [Pramoj, *The Civil and Commercial Code on Juristic Acts and Debt*], 2:718; จิต เศรษฐบุตร, *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้* [Jit Setthabutr, *Principles of Debt in Civil Law*], 20th ed. (Bangkok: Thammasat University, 2554), 111; โสภณ รัตนกร, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้* [Rotanakorn, *Explanation of Law on the Principles of Debt*], 302.

<sup>45</sup> เสนีย์ ปราโมช, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้* [Pramoj, *The Civil and Commercial Code on Juristic Acts and Debt*], 2:712; วินิจฉัยกุล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้* [Winitchaikul, *Explanation of the Principles of Juristic Acts and Debt in the Civil and Commercial Code*], 210; โสภณ รัตนกร, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้* [Rotanakorn, *Explanation of Law on the Principles of Debt*], 309.

<sup>46</sup> เสนีย์ ปราโมช, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้* [Pramoj, *The Civil and Commercial Code on Juristic Acts and Debt*], 2:714-15.

The fourth element, where the transaction is not gratuitous, requires a similar mental element on the part of the debtor's counterparty. Here, the creditor must prove that the counterparty knew that the creditor would suffer a loss as a result of the juristic act.<sup>47</sup> It has been suggested by some commentators that the counterparty must know specifically that the debtor is in debt to the claimant; besides, where she is aware that the debtor has creditors, she must also be aware that the debtor lacks sufficient property to repay them. Otherwise, the counterparty will be found to be honest and the creditor's claim will fail.<sup>48</sup> Certainly, if the counterparty is unfamiliar with the debtor and merely obtains a favourable price for assets, the creditor's claim will be unsuccessful.<sup>49</sup> The knowledge of the counterparty may be inferred from other facts, which the counterparty knew or should have known, or from actions taken by the counterparty.<sup>50</sup> So, for example, if the debtor sells assets at a particularly low value or to a person closely connected with the debtor, such as a relative or a person who frequently does business with the debtor, then knowledge of the counterparty may be inferred<sup>51</sup>

Applying this to the facts, the court could infer the relevant knowledge of the counterparties on the basis that the companies were registered in the same building and had many common directors. Indeed, the director who effected the relevant transactions was a director of all of the defendant companies. As a result, the other defendants were taken to have been aware of the details of D1's financial position and the claim brought by the claimant. On this basis, the Thai Supreme Court concluded that the elements were satisfied and upheld the claimant's right to revoke the transactions.

Should the same factual scenario occur but suppose that D1 was put into insolvency proceedings, the analysis would be as follows. Under Section 113 of the BA, the insolvency office holder would bring the claim to court on behalf of the creditors as a whole, requesting the court to revoke the transactions using the right granted under Section 237 of the CCC. This would result in the same analysis as above. However, in three circumstances, the claim

---

<sup>47</sup> โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ [Ratanakorn, *Explanation of Law on the Principles of Debt*], 310.

<sup>48</sup> ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ [Pairot Wayuphap, *Explanation of Debt in the Civil and Commercial Code*], 9th ed. (Bangkok, 2554), 340.

<sup>49</sup> เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ [Pramoj, *The Civil and Commercial Code on Juristic Acts and Debt*], 2:723.

<sup>50</sup> โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ [Ratanakorn, *Explanation of Law on the Principles of Debt*], 310.

<sup>51</sup> เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ [Pramoj, *The Civil and Commercial Code on Juristic Acts and Debt*], 2:723; โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ [Ratanakorn, *Explanation of Law on the Principles of Debt*], 310.

benefits from a presumption that the mental elements on the part of the debtor and the counterparty are fulfilled. These three circumstances, pursuant to Section 114 of the BA, are as follows: first, where the juristic act occurred within a year of the initiation of the bankruptcy proceedings; second, where the juristic act was a gratuitous act; and third, where the debtor received an unreasonably small amount of value in exchange from the counterparty.

Under the analysis above, since the claim was allowed under Section 237, this would also have succeeded under Section 113 of the BA. However, if the transactions in the fact pattern above had occurred within 1 year of D1 entering bankruptcy proceedings, the claim would have benefited from the presumption under Section 114. Indeed, this presumption would likely have applied in any event since the defendants could not prove that any value had been given in exchange for the transfers. As a result, the court’s consideration of the mental elements, assumed from the overlap between the directors of the four companies, would not have been necessary. Instead, the defendants would have needed to prove that they did not know the details of D1’s finances and the claimant’s demand; particularly difficult in this case.

### 3.2 English law

The relevant statutory options for the fact pattern above are found in the IA86, which applies also to claims brought against companies which are solvent. The most important provisions are Section 423 if the debtor is solvent and Section 238 if the debtor has entered insolvency proceedings. The elements required for bringing a claim under Section 423 are as follows.<sup>52</sup>

First, the creditor must show that she is the victim. This requires demonstrating that she has an actual or potential debt claim against the defendant and that the debtor’s transaction has caused or may cause factual prejudice to this claim. Second, the debtor must have entered into a transaction with another party at an undervalue. Third, the debtor must have had the purpose of putting the assets beyond the reach of her creditors. If these elements are made out, the court will reverse the effects of the transaction provided that this does not affect the rights of third parties who subsequently acquired property for value, in good faith and without notice of the relevant circumstances.

---

<sup>52</sup> This article draws on the categorisation of the elements of Section 423 of the IA86 used in John Armour, “Transactions Defrauding Creditor,” in *Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency*, ed. John Armour and Howard Bennett (Bloomsbury Publishing, 2003), 96ff.

Applying these elements to the fact pattern above, the first element requires proof that the claimant, here the Revenue Department, was a victim. In other words, did the transaction leave the debtor with debts greater than assets, or to a greater extent than before the transaction?<sup>53</sup> Applying this to the fact pattern, the fact of the debt owed by D1 to the claimant, the Revenue Department, is evident. Since it appears that insufficient value was given in exchange for the transfers by the other defendants, they reduced the amount of D1's assets so that they could not be used to fully repay the claimant. Therefore, the transactions prejudiced the Revenue Department's claim.

The second element is whether the defendant entered into a transaction at an undervalue, which requires either no consideration or significantly less value, given in exchange.<sup>54</sup> It seems that any difference of more than 15% of the true value will be considered to be 'significant'.<sup>55</sup> Here, the value given by the counterparties could not be verified and the Court appears to have treated the transfers as having been made for, at most, nominal consideration, significantly less than the true value of the assets. Therefore, on our facts, this element is also satisfied.

The third element is that the debtor must have engaged in the transaction for the purpose of putting the assets beyond the reach of its creditors. A person is taken to act with a purpose when doing something it is believed will lead to a particular consequence.<sup>56</sup> This is narrower than 'intention', which includes all other necessary consequences of a person's acts.<sup>57</sup> To qualify as a purpose, the link between the transaction and the prejudice to the claimant must have been in the debtor's mind at the time of the transaction.<sup>58</sup> If there are several purposes, the element will be satisfied if this was a real, or non-trivial, purpose.<sup>59</sup> Where a debtor is facing claims from creditors at the time of a transaction, and where the transaction leaves her with insufficient assets to pay her debts, it will be inferred that she had the purpose of putting assets beyond the reach of creditors unless she can offer some legitimate explanation of her actions.<sup>60</sup>

---

<sup>53</sup> Armour, 102.

<sup>54</sup> Section 423(1) IA86. See also *Re MC Bacon* [1990] BCC 78 at 92.

<sup>55</sup> *National Westminster Bank plc v Jones* [2002] 1 BCLC 55. See also discussion in Armour, "Transactions Defrauding Creditors," 68.

<sup>56</sup> *Mallalieu v Drummond* [1983] 2 AC 861 at 870. See also Armour, 109.

<sup>57</sup> *Re MC Bacon Ltd* [1990] BCC 78 at 87.

<sup>58</sup> See Armour, "Transactions Defrauding Creditors," 109.

<sup>59</sup> *Inland Revenue Commissioners v Hashmi* [2002] EWCA Civ 981 at [19]-[25].

<sup>60</sup> *Freeman v Pope* (1870) LR 5 Ch App 538; *Banca Carige v Banco Nacional de Cuba* [2001] 2 Lloyd's Rep 147 at 158-59.

Applying this to the fact pattern, since D1 was aware of the claimant’s demand and it did not have sufficient assets to repay following the transfers, it is likely that the court would infer that D1 had the purpose of putting its assets beyond the reach of the claimant. Therefore, D1 would need to prove that there was a different purpose for these transactions, and that putting the assets beyond the reach of the Revenue Department was, at most, a trivial consideration. It is suggested that this would be a difficult obstacle to overcome for the defendants.

Since the three elements above are satisfied under English law, the court would reverse the effects of the transaction provided that this does not affect the rights of a third party who acquired property or received benefits as a result of the transaction for value, in good faith and without notice of the relevant circumstances. On the facts, D2, D3 and D4, were in possession of the relevant assets from the debtor, D1. Since they are counterparties rather than third parties, their good faith or knowledge of the relevant circumstances is not considered as a matter to prevent the reversal of the effects of the transaction.

Should the same facts occur, but should D1 go into insolvency subsequent to the relevant transactions, the analysis would use Section 238 of the IA86. To bring a successful claim, the insolvency office holder must first show that the transaction occurred at the ‘relevant time,’ which has both a temporal and financial element to it. For the temporal element, it must have occurred during the period of two years ending with the bringing of a successful petition for insolvency proceedings. The financial element is that, at the time of the transaction, the company was unable to pay its debts, within the meaning of Section 123 of the IA86, or that it became so as a result of the transaction. Secondly, there must have been a transaction at an undervalue, which has the same meaning as for Section 423 as discussed above.<sup>61</sup> There are several defences, the most important of which is that a transaction will be protected if it can be shown to have had a ‘*bona fide* business purpose’:<sup>62</sup> that the debtor entered into the transaction in good faith for the purpose of carrying on its business, and that there were reasonable grounds for believing that it would benefit the company.

Applying this to the facts, assuming that D1 entered insolvency proceedings within two years of the transaction, the temporal condition would be satisfied. Regarding the financial condition of being unable to pay its debts, there are a number of possible tests

---

<sup>61</sup> *National Bank of Kuwait v Menzies* [1994] 2 BCLC 306 at 319.

<sup>62</sup> Section 238(5) of the IA86

demonstrating factual insolvency. However, the company is presumed to be unable to pay its debts where the counterparty is a person connected with the company.<sup>63</sup> The list of connected persons includes any company of which either the same person has control or persons who are her associates have control, and any company which the company, together with its associates, controls.<sup>64</sup> Here, since the defendant companies had a significant number of overlapping directors, the counterparties would be considered to be connected with the debtor, D1. This would result in a presumption that D1 was factually insolvent at the time of the transaction. The defendants would have needed to prove that the company was financially solvent at the time of the transactions to the satisfaction of the court, which it appears they were unable to do so. As a result, the elements for bringing a claim under Section 238 would be satisfied, subject to defences.

The ‘*bona fide* business purposes’ defence is contained in Section 238(5) of the IA86. This provides that the court will not make an order revoking the relevant transaction if it is satisfied (a) that the debtor entered into the transaction in good faith and for the purpose of carrying on its business, and (b) that, at the time it did so, there were reasonable grounds for thinking that it was in the best interests of the company. Therefore, this defence has both a subject and an objective element. The individuals at the debtor’s company responsible for the transaction must have been motivated by carrying on the company’s business, subjectively. Furthermore, objectively, it must be shown that a reasonable board of directors would have considered that the transaction was beneficial to the company.<sup>65</sup> Applying this to the facts, there does not appear to have been any clear business purpose served by the transactions which simply moved the assets to the ownership of different entities in the same corporate group. Therefore, it is unlikely that this defence would have been available on the facts.

### 3.3 German law

In German law, the right to bring an action for the revocation of fraudulent transactions outside of insolvency is contained in a separate Act, known as the *Anfechtungsgesetz* (“AnfG”)

---

<sup>63</sup> Section 240(2) of the IA86

<sup>64</sup> ‘Control’ is defined to mean either (a) that the directors of the controlled company, or of another company which in turn controls it, are ‘accustomed to act in accordance with the directions’ of the controller; or (b) that the controller is entitled to exercise, or control the exercise of, one third or more of the voting power at any general meeting of the controlled company, or of any company which in turn controls it. Section 435(10) IA86.

<sup>65</sup> *Criterion Properties plc v Stratford UK Properties LLC* [2002] EWHC 496 (Ch) at [23].

which may be translated into English as the Avoidance Act.<sup>66</sup> Section 3 of the AnfG provides that a legal act (*Rechtshandlung*)<sup>67</sup> which has been made in the previous 10 years may be challenged by a creditor if the debtor had the intention to prejudice her creditors, the counterparty knew of the debtor’s intention to prejudice creditors at the time of the act, and the act prejudiced creditors. These elements which must be proved for a creditor to bring a successful claim are that there was a legal act which produced detriment to the creditor, and the presence of the required mental element with regard to both debtor and counterparty.<sup>68</sup>

Applying this to the fact pattern, regarding the first element, the transfers of shares and property by D1 would certainly meet the description of legal act, just as for the equivalents in both Thai law and English law. Regarding detriment to creditors, where a company transfers assets to a counterparty for consideration which is less than the fair value of the assets, the creditors will be considered to suffer a direct detriment.<sup>69</sup> This is because, in the case of a hypothetical liquidation, the creditors have a smaller amount of assets against which they may claim. Thus, any diminution in value or even, where the full value was paid, any resulting prejudice to the position of the creditors on enforcement, will suffice to make out this element.<sup>70</sup> Here, D1’s transfers would constitute a direct detriment since, as above, sufficient value was not given in exchange by the counterparties.

Regarding the second element, German law, like Thai law, requires a mental element on the part of both the debtor and the counterparty. On the part of the debtor, German law requires intent (*Vorsatz*) which goes beyond the English concept of purpose,

---

<sup>66</sup> *Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens (Anfechtungsgesetz, AnfG)*, BGBl, 1994, Part I, p. 2911

<sup>67</sup> This concept should be understood broadly, as any act of will that produces legal consequences. See Thomas Bachner, *Creditor Protection in Private Companies: Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse*, (Cambridge University Press, 2009), 57.

<sup>68</sup> This categorisation is based on that used by Bachner, 39ff.

<sup>69</sup> German law has a concept of both direct detriment and indirect detriment. Indirect detriment can be any detriment to the creditors which arises after the legal act but beyond the consequences of the legal act itself. An example would be where a debtor sells assets for full and fair value, but subsequently dissipates the proceeds so that the creditors are left with nothing, or uses the proceeds to flee the country. See Bachner, 62ff.

<sup>70</sup> An example would be where a debtor owned a piece of land and subsequently leased it to a third party at full market rent. Although granting the lease would not easily be seen as a transaction at below market value, it prejudiced the creditors who were not able to obtain vacant possession of the land when enforcing their claims. These were the facts of an Austrian case, which follows German law in this area, OGH 9.3.1989 discussed in Bachner, 63ff.

requiring ‘*bedingter Vorsatz*’,<sup>71</sup> the Latin term for which is *dolus eventualis*.<sup>72</sup> For this mental element to be found, the debtor must not only foresee the risk to creditors, but also positively accept harming creditors as the likely consequence of the legal act.<sup>73</sup> There appears to be a need to sanction or approve both the act and the detriment created for creditors.<sup>74</sup> For example, in a High Federal Court (*Bundesgerichtshof*) case decided in 2003,<sup>75</sup> the Court, citing a number of previous decisions, stated that the debtor must not only be aware that disadvantage to creditors is possible but also accept this risk by not allowing this possibility to prevent her from taking such actions. However, mere hope that the debtor’s economic situation will improve in the future will not be sufficient to show that the debtor did not intend to harm creditors. Applying this to the fact pattern, since the transactions occurred after the Revenue Department brought its claim against D1, and the relevant directors at D1 would have been well aware of the effect of transferring the assets to the counterparties, the mental element would likely be satisfied here.

Like Thai law, a mental element must also be satisfied in relation to the counterparty. Section 3 of the AnFG requires knowledge on the part of the counterparty of the intent of the debtor to prejudice its creditors.<sup>76</sup> This is an element which presents a significant hurdle to a claimant, since it requires proving knowledge of one party about the intent of another party. However, in the present factual circumstance, given that the director acting on the transactions was a director of all the counterparties, knowledge of the intention of the debtor seems likely to be found. Therefore, this element would likely be satisfied with the facts.

Assuming the same facts occur, but that D1 goes into insolvency following the transactions, the analysis under German law would be as follows. The relevant legislation would be the Insolvency Code (*Insolvenzordnung* (“InsO”)), specifically Sections 129-147. There are five main grounds of avoidance, the most relevant of which to the fact pattern, and asset dilution generally, are Sections 132 and 133, covering acts which are directly detrimental to creditors and intentionally harmful acts respectively.

---

<sup>71</sup> BGH 27 May 2003, BGHZ 155, 75

<sup>72</sup> Bachner, *Creditor Protection in Private Companies: Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse*, 69.

<sup>73</sup> Gerhard Wagner, “Distributions to Shareholders and Fraudulent Transfer Law,” *European Business Organization Law Review (EBOR)* 7, no. 1 (2006): 220; Bachner, *Creditor Protection in Private Companies: Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse*, 69. See also BGH 18 April 1991, NJW 1991 p. 2144 at p. 2145; BGH 2 April 1998, ZIP 1998 p. 830 at p. 835.

<sup>74</sup> Wagner, “Distributions to Shareholders and Fraudulent Transfer Law,” 220.

<sup>75</sup> BGH 27 May 2003, BGHZ 155, 75

<sup>76</sup> Bachner, *Creditor Protection in Private Companies: Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse*, 77.

Section 133 is nearly identical to Section 3 of the AnfG, except that the insolvency office holder has the power to bring the claim. Therefore, applying this to the facts, the analysis of Section 133 of the InsO would follow the analysis of Section 3 of the AnfG conducted above.

Under Section 132 of the InsO, a transaction causing a direct detriment to creditors may be challenged which occurred during the three months before an insolvency petition, if the debtor was unable to pay its debts on the date of the transaction and if the counterparty knew this. Knowledge of the debtor’s inability to pay its debts is deemed to be established by the counterparty’s knowledge of circumstances which ‘compellingly bespeak’ the debtor’s insolvency.<sup>77</sup> On the facts, D1’s financial position on the date of the transaction was unclear. However, in practice, in an insolvency situation, there may be more financial information available, since the insolvency office holder would have access to the debtor’s financial records. If the fact of D1’s insolvency could be shown, it seems likely that the counterparties’ knowledge of D1’s financial position could also be proven, given the overlap in directors.

However, as in English law, further assistance will be given to an insolvency office holder in situations involving connected persons, defined in Section 138 of the InsO. In relation to Section 132, persons with particular relationships to a company, which would include companies with common directors or common owners such as in the present case, will be presumed to have been aware of the debtor’s cash flow insolvency. In relation to Section 133, where there is a transaction between the debtor and a counterparty who is a connected person in the two years before the opening of insolvency proceedings, the burden of proof regarding the subjective mental element will be reversed. In other words, it will be presumed that the debtor had the intention to prejudice creditors and that the counterparty knew this. Indeed, there is a similar provision to the benefit of creditors’ claims in respect of transactions with connected persons, at Section 3(4) of the AnfG.

Therefore, both in and outside of insolvency, it seems that the facts would give rise to a successful challenge in German law, as for Thai law and English law. Furthermore, assistance would be given to the party bringing the claim from the presumptions established in relation to connected persons, under Section 138 of the InsO. The next section will provide a detailed comparison of the three legal systems.

---

<sup>77</sup> Bachner, 83–84.

### 3.4 Comparison between Thai law, English law and German law relating to challenging fraudulent transactions

An analysis of the same set of facts under the three legal systems allows some important distinctions to come to the forefront, in spite of the fact that the conclusions under all three would likely be the same. The most important difference between the approaches concerns the mental element in relation to the counterparty to the transaction.

In the case of a solvent company, Thai law and German law require knowledge or intention on the part of both the debtor and the counterparty that the transaction would prejudice the creditor. In English law, under the same circumstances, it is only required that the debtor act for the purpose of putting the assets beyond the reach of the creditor. Therefore, there is a significant structural obstacle for a creditor bringing a claim in Thai law or German law when compared to English law; the creditor under Thai law and German law must prove the mental state of an additional party, with the associated difficulties in obtaining evidence. It should be noted that the required mental element of the debtor in Thai law is merely knowledge of harm to creditors, which is likely easier to prove than the English law requirement of purpose. Nevertheless, the additional requirement to prove the knowledge of the counterparty implies that it will generally be harder for a creditor to bring a successful challenge in Thai law than in English law. German law, by contrast, requires a stronger mental element on the part of the debtor, with a requirement for the debtor to sanction or approve both the act and the detriment caused. This is combined with the need to prove knowledge of the counterparty of the intent of the debtor.

In the case of an insolvent company there is, too, a corresponding difference between the approaches of the three systems. Although all three systems assist an insolvency office holder in bringing a successful claim in certain circumstances, the extent of the assistance differs. Thai law gives a presumption in favour of finding the required mental element where the transaction occurred during a one year 'twilight' period before formal insolvency, was gratuitous or was made in return for an unreasonably small value. However, this is only a presumption and can be overturned by the debtor or the counterparty. In German law, the twilight period is shorter, only three months, and it is necessary to prove that the defendant was unable to pay its debts and that the counterparty knew this. However, where the counterparty is a connected person, the twilight period extends to two years and the burden of proof regarding the subjective mental element is reversed. There is no equivalent for the connected parties concept in Thai law. In English law, if there is an undervalue transaction

during the longer two-year period before insolvency and when, or as a result of which, the debtor is unable to pay its debts, the transaction may be challenged. Indeed, where there is a defined close connection between debtor and counterparty, which is likely in cases of asset dilution, the debtor will be presumed to have been unable to pay its debts. Although there is a defence, this requires proof both that subjectively there was a good faith business purpose and that objectively there were reasonable grounds for thinking that the transaction would benefit the company. Therefore, in insolvency also, a claim will generally be easier to make out under English law, since the twilight period is generally longer and the counterparty has more to prove to raise the English law defence successfully than to overturn the Thai or German law presumptions.

Fundamentally, Thai law and German law focus on subjective elements. Where the debtor or counterparty were acting without knowledge that the transaction would harm the creditor, the transaction will be protected. Under English law, this would not necessarily be the case. The mere absence of knowledge that a transaction would prejudice a creditor would not be sufficient to successfully raise a defence against Section 238 of the IA86. Instead, the defence requires an objective element: the transaction must also be one which a reasonable board of directors would regard as benefiting the company in the circumstances.

Commentators have noted that, in its adoption of an objective approach in Section 238 of the IA86, English law appears to have moved beyond the prevention of fraud as the purpose of such provisions.<sup>78</sup> English law presents, and accepts, the possibility that transactions may be successfully challenged even where the parties were honest. This has led Armour, for example, to argue that Section 238, rather than purely aimed at fraud-prevention, serves to ameliorate the perverse incentives which face corporate debtors in financial difficulties.<sup>79</sup> Where undervalue transactions are likely to be reversed in a long twilight period before insolvency, the incentives to engage in asset dilution are reduced. Furthermore, the objectivity recruits outsiders, others in the business environment, to act as monitors of undervalue transactions. Potential counterparties who see a suspiciously good deal will need to investigate the financial position of the seller and be assured of a *bona fide* business purpose to be confident that the transaction will not be challenged later. This creates a further benefit to unsecured creditors, by making it difficult for companies to offload their

---

<sup>78</sup> Armour, “Transactions at an Undervalue”, 42-43; Baird and Jackson, “Fraudulent Conveyance Law and Its Proper Domain Symposium on Bankruptcy”, 830-31.

<sup>79</sup> Armour, “Transactions at an Undervalue”, 56.

assets at low prices in a desperate attempt to keep up payments to secured creditors; for example, value is preserved for unsecured creditors in the long term.

Conversely, the retention of the subjective element in the Thai and German provisions potentially creates the opposite incentives. Where a purchaser sees the opportunity of a good bargain, they are in fact protected by knowing nothing about the seller's financial position. On one hand, these systems aim to ensure that honest debtors and counterparties will be protected. It also means that companies in financial difficulties will find it easy to sell their assets, affording them opportunities to keep their business out of formal insolvency proceedings. However, this also gives rise to a risk that the pool of assets available to creditors to claim against may be more easily emptied, incentivising those being offered a good price to not ask too many questions.

This analysis might lead to a conclusion that the three jurisdictions could be viewed on a spectrum with English law at one end with a long twilight period, no need to prove the mental element of the counterparty, and in some circumstances an objective test; German law at the other end with a requirement to prove a *dolus eventualis* of the debtor and the counterparty's knowledge of the debtor's intention, and short twilight periods; and Thai law somewhere in between, perhaps closer to German law due to its requirement for subjective elements, with an advantage over German law, from the claimant's point of view, that the counterparty's knowledge only of harm to creditors need be shown, but with the disadvantage of the lack of a formal presumption in the case of connected parties.

However, this analysis misses the crucial point that German law may treat cases of asset dilution as an issue concerning rules of capital maintenance, dealt with under company law, rather than as a matter of challenging fraudulent transactions through avoidance law or bankruptcy law. This provides a claimant with an option to bring a claim which relies on objective elements rather than requiring proof of the subjective mental state of the debtor and counterparty.

#### **4. Another approach to address asset dilution–German law capital maintenance provisions**

This section discusses an alternative approach to addressing the problem of asset dilution in limited companies in German law, which is to use rules of capital maintenance rather than rules relating to fraudulent transactions. Capital maintenance rules may be

considered as a subset of legal capital rules which concern both the raising of equity capital from shareholders and the circumstances in which it may be returned to shareholders.<sup>80</sup> The basic principle of maintenance of capital, put simply, is that the capital investment in a company made by shareholders should not be returned before all of the company’s creditors have been fully satisfied. Shareholders should only expect returns paid out of profits made by the company. This so-called ‘shareholders last’ principle is fundamental to the company and bankruptcy law of Thailand, England, and Germany.<sup>81</sup>

In relation to private limited companies, the first sentence of Section 30 of the *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (“GmbHG”), sets out the basic concept of capital maintenance, requiring that the funds necessary to maintain the company’s registered share capital must not be paid out to shareholders.<sup>82</sup> There are similar provisions in English law and Thai law.<sup>83</sup> However, in German law, this principle has developed into a wide-ranging concept which may be used to address problems of asset dilution through the doctrine of disguised distributions.

In German law, the concept of maintenance of capital not only applies to distributions such as dividends, but encompasses all transfers of value to a shareholder through transactions which do not return adequate value to the company in exchange.<sup>84</sup> This includes disguised distributions, so-called because the net transfer of value is concealed by a transaction on an other than arm’s length basis.<sup>85</sup> Whether or not the company received adequate value will be considered by applying the business judgement of a diligent and prudent director.<sup>86</sup>

---

<sup>80</sup> Gullifer and Payne, *Corporate Finance Law*, 115ff.; Ellis Ferran and Look Chan Ho, *Principles of Corporate Finance Law*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2014), 5ff.; Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 114ff.

<sup>81</sup> โสภณ รัตนการ [Ratanakorn], *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วน บริษัท* [Explanation of the Provisions of the Civil and Commercial Code relating to Partnerships and Companies], 473; Davies, *Introduction to Company Law*, 93; Andreas Cahn, *Capital Maintenance in German Company Law*, Institute for Law and Finance (ILF) Working Paper 146 (Goethe-Universität, Institute for Law and Finance, 2015), 6; Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 114ff.

<sup>82</sup> For public companies, see Sections 57-58 of the AktG.

<sup>83</sup> Thai law: Section 1201 para 3 CCC in relation to private limited companies and Section 115 of the Public Limited Companies Act BE 2535 (CE 1992) in relation to public limited companies; English law: Section 830 of the Companies Act 2006, and following sections.

<sup>84</sup> For a relatively recent case discussing the interpretation and indicating the development of jurisprudence on this topic, see BGH 21 Mar 2017.

<sup>85</sup> Cahn, *Capital Maintenance in German Company Law*, 6.

<sup>86</sup> OLG Köln AG 2009, 584, 587; OLG Koblenz AG 2007, 408, 409.

Generally accepted methods of valuation provide guidance for the court's assessment.<sup>87</sup> This concept also applies where a third party is the counterparty rather than a shareholder, such as where a shareholder's nominee purchases a company asset. The courts adopt a principle-based approach: where the shareholder receives, directly or indirectly, the economic benefit of the transaction or where the transfer of value is a result of the shareholder exercising her influence over the company, the capital maintenance rules apply. In the latter case, the asset will be deemed as having been passed first to the shareholder and then transmitted to the third party.<sup>88</sup> Pursuant to traditional doctrine, distributions in violation of capital maintenance provisions are void.<sup>89</sup> However, since the objection to the transfer is based on the inadequacy of the value given in exchange, the *Bundesgerichtshof* has interpreted the doctrine as requiring the shareholder to compensate the company for the shortfall, rather than to return the asset.<sup>90</sup>

The operation of capital maintenance provisions also relates to transactions between companies in the same corporate group. Where a subsidiary company makes a net transfer of value to its parent, the parent is liable to compensate the subsidiary. The assessment of transfers between sister companies is the subject of debate.<sup>91</sup> Some authors argue that these should be treated as transfers of assets to the parent and then on to the transferee, resulting in the parent company's liability to compensate the transferor. Others argue that the parent should only be liable if the transaction is due to its influence on the transferor company; if the undervalue is due to the lack of business judgment of the transferor alone, the parent should not be liable.<sup>92</sup>

The concept of disguised distributions and capital maintenance may be applied to the fact pattern discussed above. Although the details of the relationship are not entirely clear from the facts, it appears that D1-D4 were all part of the same corporate group, indicating that they have common shareholders. Assuming that is the case, the undervalue transfer of assets from D1 to the other defendants would be considered a transfer of value between sister companies. We might also assume that this was under the influence of the parent company or controlling shareholders, which is likely given that one particular director acted

---

<sup>87</sup> OLG Koblenz AG 2007, 408, 409.

<sup>88</sup> BGHZ 60, 324, 330. See Cahn, *Capital Maintenance in German Company Law*, 15.

<sup>89</sup> See Cahn, 15. and references.

<sup>90</sup> BGHZ 196, 312, 316. See discussion in Cahn, 16.

<sup>91</sup> Cahn, 17.

<sup>92</sup> See discussion in Cahn, 17.

on all the transactions. If, as seems likely, D1 did not have sufficient profits to cover the transfer of value, German law would treat this as a violation of capital maintenance rules. This would require the relevant shareholder to pay compensation to D1 for the reduction in value caused by the transfers.

Analysing the facts this way, it becomes clear that German law offers the ability to address the problem of asset dilution in an objective manner. The rules discussed above relating to challenging fraudulent transactions will still assist creditors in circumstances in which value did not pass to a shareholder, or a shareholder cannot be shown to have influenced the transaction. However, typical cases of asset dilution may be addressed using the objective rules of capital maintenance, as developed by German courts and academics.

## **5. Conclusion–Thailand, England, Germany, objectivity and conceptions of the limited company**

As discussed above, the right to challenge fraudulent transactions in German law requires finding a subjective mental element on the part of both the debtor and the counterparty. However, the German legal system in many circumstances treats asset dilution as a matter for company law, using an objective test based on the net value transferred away from the company.

English law on fraudulent transactions contains no requirement to prove a mental element in relation to the counterparty. Furthermore, in the relatively lengthy twilight period of two years before a company’s formal insolvency, the test is an entirely objective one. Where the transaction is at an undervalue and the company is factually insolvent, before or as a result of the transaction, the transaction will be revoked. The most important defence, too, has an objective element, since it requires the court to consider if a reasonable board of directors would have considered the transaction beneficial to the company. Furthermore, certain presumptions will assist claimants in the case of transactions between connected parties.

By contrast, the Thai legal system does not have an objective test for challenging fraudulent transactions. Even in the case of a transaction made during the one-year twilight period, Thai law requires the court to conclude that there was knowledge on the part of both the debtor and the counterparty that the transaction would prejudice the company’s creditors. In this circumstance, there is a presumption that both parties had the relevant

knowledge. However, if the counterparty, for example, can prove that they were unaware of the debtor's circumstances, the court will not revoke the transaction. Moreover, Thai law has not developed an alternative with an objective test, such as German law's approach of addressing asset dilution through rules of capital maintenance in company law.

An objective approach may assist claimants in bringing a successful challenge. As discussed above, companies in financial difficulties may come under pressure to offload company assets quickly for cash, to keep making payments to powerful secured creditors. If the business then fails and the company is liquidated, unsecured creditors in particular suffer from the shortfall in the company's assets caused by the undervalue transactions, since they receive low priority in the order of payments on insolvency. An objective test can help address this problem by making counterparties reluctant to purchase assets below market value from companies in financial difficulties. However, an objective test also has the potential to revoke transactions where the counterparties are honest, as well as making it more difficult for struggling businesses to raise cash when they most need it to avoid failure.

Overall, English and German law use objective tests which incentivise behaviour intended to benefit the economy as a whole even though in some circumstances honest parties may be affected. By contrast, with its subjective test, Thai law aims at protecting honest traders, preventing only unethical conduct in business, and giving flexibility to managers. Indeed, this view of Thai law is supported by a number of criminal provisions which apply to companies nearing insolvency. For example, in the year prior to insolvency, a director or employee of a limited company who takes loans or transfers property by deceit, or fails to explain a large loss of property, or disposes of property knowing about an impending receivership order, commits a criminal offence.<sup>93</sup> These provisions appear to have been based on English law models, consistent with the programme for the adoption of the BA and its predecessors generally as discussed above.<sup>94</sup> However, the UK models did not apply to limited companies but only to individuals.<sup>95</sup>

This emphasis on the prevention of unethical behaviour in business creates a markedly different legal environment to that of England or Germany. On one hand, it seems to accept a wide role of criminal law in regulating the relations between corporate debtors and their creditors. On the other hand, Thai law's approach creates a flexible business environment in

---

<sup>93</sup> Sections 164, 166, 173 and 175 of the BA

<sup>94</sup> E.g. Sections 154(15) and 157(c) of the English Bankruptcy Act 1914.

<sup>95</sup> E.g. Section 126 of the English Bankruptcy Act 1914.

which companies have great freedom in entering into transactions provided that the participants act within the ethical framework established by the relevant provisions of the CCC and the BA, even where the result causes harm to creditors. As discussed at the beginning of this article, this indicates a legal environment which may be considered shareholder-centric: the law allows companies to be run for the benefit of shareholders; creditors are expected to protect their own interests through contractual or proprietary means.

In light of this, it must be questioned how likely the CG2017 is to impact decisions made by managers. As mentioned at the start of this article, the CG2017 aims to integrate the essence of the principles and best practices of the G20/OECD Principles into the previous Thai corporate governance codes, with a focus on creating value not just for shareholders but for stakeholders, the capital market and wider society. This includes requirements for listed companies to prepare financial mitigation plans which consider creditors’ rights. However, as demonstrated by the comparative analysis in this article, Thai company law generally is fundamentally shareholder-centric, with creditors expected to protect themselves by the existing means available to them. Although advocating that listed companies consider creditors may be the policy approach adopted in the CG2017, it is submitted that soft law such as this code faces an uphill task in such a legal environment. Indeed, it is perhaps likely to result in such financial mitigation plans being prepared as an exercise of ticking the boxes for company reports rather than as an earnest and effective creditor protection measure. Instead of relying on the CG2017, it is suggested that Thai law-makers could consider the following options to protect creditors’ interests, which may prove more effective.

The first option is a wholesale revision of company law. If Thai law-makers are firmly committed to adopting a paradigm of company law which encourages companies to take into account the interests of other stakeholders including creditors in decisions, deep and wide-ranging legal change is required. Specifically, such revision could include a mechanism to address undervalue transactions similar to that in German law, creating an objective means of preventing value being stripped out of company assets based on capital maintenance rules. A major problem with this option is that it would require large-scale legislative intervention, opening all provisions of company law to review. Furthermore, this would require adopting a significantly different view of the purpose and extent of the legal capital rules to that currently used in Thai law. Implementing the amendments would thus require lengthy consultation with the business community and potentially including amendments to relevant accountancy rules. Indeed, there would remain a number of questions to be resolved, such

as whether to use book value or market value to assess whether a transaction is at an undervalue, for example.

The second option is a narrower legislative intervention, by amending the law on challenging fraudulent transactions. Specifically, Thai law-makers could adopt a model based on English insolvency law to alter the nature of the test, in certain circumstances, to one which contains purely objective elements, and no longer tied to the CCC. Section 114 of the BA could be modified so that, during a particular twilight period—one or two years, for example—before a bankruptcy petition, any transaction at a significant undervalue with a company may be challenged by the insolvency office holder. The concept of significant undervalue could be defined, for example, based on the English experience in case law, as 15% below market value. Within corporate groups, in such circumstances, the burden of proof regarding the undervalue could be reversed, so it would be for the counterparty to prove that adequate value was paid. Similarly, there could be a defence intended to protect genuine rescue attempts, but any of such defence should be tied to an objective test: for example, transactions which are reasonably considered to have been in the best interests of the company in the circumstances. Since this would be an amendment potentially to only one provision of the BA, an Act which has been frequently amended in the past, this process would be simpler and faster than the wholesale amendment of company law envisaged in the first option.

Drawbacks of this second option primarily concern the fundamental shift that this concept creates in the way Thai law in this area has developed. First, in the area of bankruptcy law, Thai law has maintained as far as possible an alignment between the regime applying to individual traders and limited companies. Giving a different test for challenging transactions to companies, it would alter this. However, it may be countered that this recognises the special risks posed to creditors by the concept of limited liability as discussed above. Second, and more fundamentally, an objective test would, in certain circumstances, allow transactions to be challenged which were entered into by innocent parties. This runs counter to the fundamental concepts relating to the business environment which have evolved in Thailand differently to England and Germany, as discussed above.

This brings us to a third option. This would be to preserve the view of company law and fraudulent transactions law which has evolved over nearly a century, and retains Thai law's focus on penalising only unethical conduct in business, preserving flexibility for companies in financial difficulty. Instead of upsetting the balance which has evolved, other

targeted means of addressing problems for unsecured non-adjusting creditors may be considered. So, for example, the order of distributions on a company’s insolvent liquidation in the BA could be modestly revised to ring-fence a portion of the company’s assets, dedicated to the claims of unsecured trade creditors. This would assist trade creditors in getting some value from a company’s insolvency. It may also reduce the incentives of powerful secured creditors, such as banks, to pressure managers to sell company assets at an undervalue to continue repayments in the short term. Since the ring-fenced fund would be given priority, reductions in the company’s assets would be more likely to negatively affect secured creditors’ claims also. Other measures could include creating a regime of compulsory insurance to cover the claims of tort victims. The costs of their compensation could be spread instead across the whole business community and allocated through insurance premiums. Other approaches could be taken for other categories of creditors: for example, the state’s tax claims could be given priority on insolvency, or even allowed to be recovered directly from shareholders in certain circumstances.

Perhaps, there are signs of change in this direction. The Thai Consumer Cases Procedure Act 2551, Section 44, allows the court to make a shareholder a joint defendant with a company where insufficient assets are available to meet consumer claims, cutting through the concept of limited liability. Consistent with the view of Thai law above, liability requires bad faith or deceitful behaviour. However, this development indicates an awareness of the special problems caused by limited liability, and a targeted approach which protects a specific class of vulnerable creditors.

All of the options above are available for Thai law-makers, and each has features to recommend it. A lesson that we may draw from this article, however, is that the CG2017 implies an attitude towards the purpose and operation of companies which is at odds with the current legal environment. If Thai law-makers are set on adopting a less shareholder-centric view of company law, in accordance with the direction of the G20/OECD Principles, then this view must be consistent throughout the legal environment; it cannot be achieved through a soft law code addressed to listed companies only. Without corresponding changes, it is submitted that these parts of the CG2017 will be ignored or merely paid lip service to in company reports. An intriguing alternative could be to make a considered rejection of the G20/OECD Principles’ approach, relying on the evidence which shows that Thai law has developed in its own direction, different even to England and Germany the historical sources of many of its legal provisions. Creditor protection may be pursued through other means,

while preserving the special character of Thai business law, which has evolved to create a shareholder-centric environment emphasising flexibility in corporate decision-making within the established boundaries of ethical conduct.

การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรมของกลุ่มประเทศ  
ในอาเซียน: สิงคโปร์ มาเลเซีย และฟิลิปปินส์

Judicial Review in Selected ASEAN Countries: Singapore,  
Malaysia and the Philippines

ปวาริต เลิศธรรมเทวี  
*Pawarit Lertdhamtewe*

ผู้ช่วยศาสตราจารย์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

Full-time Assistant Professor

Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, Huamark, Bangkok, 10240

Corresponding author E-mail: p.lertdhamtewe@gmail.com

(Received: July 5, 2019; Revised: August 4, 2019; Accepted: August 7, 2019)

**บทคัดย่อ**

การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรมเป็นอีกรูปแบบหนึ่งของการควบคุมและตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญที่มีต้นกำเนิดมาจากคดีคำตัดสินมาร์เบอร์และเมดิสัน ค.ศ. 1803 โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา การควบคุมตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรมมีลักษณะเช่นเดียวกับระบบศาลรัฐธรรมนูญ โดยรัฐสมาชิกอาเซียนที่ได้รับอิทธิพลตามแนวคิดนี้คือประเทศสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์ ซึ่งมีรากฐานระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี บทความนี้กล่าวถึง การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรมของกลุ่มประเทศในอาเซียน ได้แก่ สิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์ โดยให้ความสำคัญกับโครงสร้างอำนาจและหน้าที่ ตลอดจนคำตัดสินที่สำคัญ เพื่อนำมาศึกษา วิเคราะห์และเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

**คำสำคัญ:** รัฐธรรมนูญ, ศาลยุติธรรม, การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ, การควบคุมโดยตุลาการ, กฎหมายอาเซียน

### Abstract

Judicial review by (ordinary) courts presents another form of constitutional review, which was developed through precedent laid down by the U.S. Supreme Court in *Marbury v Madison* (1803) decision. Its roles and functions are similar to those of the Constitutional Court whereby the court can strike down the legislation that are in contrary to the constitutional principles. This form of review appears in three ASEAN member states, including Singapore, Malaysia and the Philippines due to their linked with common legal system. The overall objective of this paper is to consider constitutional review in Singapore, Malaysia and the Philippines. Emphasis will be given to an analysis of the roles and functions of the courts and relevant decisions. The examination is also based on a comparison with the Constitutional Court of Thailand.

**Keywords:** Constitution, Supreme Court, Constitutional Review, Judicial Review, ASEAN Law

## 1. บทนำ

การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรมเป็นระบบการวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายของอเมริกา ระบบดังกล่าวไม่มีองค์กรพิเศษ (Specialized Body) ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับคดีรัฐธรรมนูญ แต่ให้อำนาจศาลยุติธรรม (Ordinary Courts) โดยเฉพาะศาลสูง (Supreme Court) ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวได้ว่า ระบบการวินิจฉัยตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรม<sup>1</sup> เป็นระบบที่มีการปรับใช้มากที่สุด (84 ประเทศทั่วโลก)<sup>2</sup>

สำหรับรัฐสมาชิกอาเซียนที่มีระบบการควบคุมกฎหมายในลักษณะดังกล่าว เป็นประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ทั้งสิ้น ได้แก่ สิงคโปร์ มาเลเซีย และฟิลิปปินส์ บทความนี้กล่าวถึงองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในระบบศาลยุติธรรมของกลุ่มประเทศในอาเซียนทั้งสามประเทศดังกล่าว โดยจะพิจารณาถึงพัฒนาการ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ตลอดจนกระบวนการวินิจฉัยและคำตัดสินของศาลที่สำคัญ และนำมาศึกษาวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญของไทย<sup>3</sup>

## 2. การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรม (ศาลสูง) ในสิงคโปร์ มาเลเซีย และฟิลิปปินส์ และคำตัดสินของศาลที่สำคัญ

ดังได้กล่าวข้างต้น ประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law) ส่วนใหญ่<sup>4</sup> จะไม่มีองค์กรหรือศาลพิเศษทำหน้าที่ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญก็มิได้มีบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้อำนาจฝ่ายตุลาการในการควบคุมและตรวจสอบกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติเหมือนประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบ Civil Law อาทิ ประเทศไทย และอินโดนีเซีย

รัฐธรรมนูญของกลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมายจารีตประเพณีหลายๆ ประเทศ รวมทั้งสิงคโปร์ มาเลเซีย และฟิลิปปินส์ วางกรอบอย่างกว้างๆ ให้อำนาจฝ่ายตุลาการในการพิจารณาอรรถคดีที่พิง หรือวางหลักเกี่ยวกับความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อาทิ มาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญของประเทศสิงคโปร์ได้รับรองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยกฎหมายใดๆ จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ เป็นต้น หรือมาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญของมาเลเซีย มีข้อความในลักษณะเดียวกัน

<sup>1</sup> ที่มาและบ่อเกิดของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรม (ศาลสูง) มาจากคดีคำตัดสิน Marbury v Madison (1803) ดูทวีเคราะห์ใน เข็มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง, “วิเคราะห์คดีมาร์เบอร์และเมดิสัน: ต้นกำเนิดแห่งการใช้อำนาจตุลาการเพื่อธำรงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ,”วารสารกฎหมาย, 27(3), (2552): 169-190.

<sup>2</sup> ดูทวีเคราะห์และคำอธิบายใน ปวีศร เลิศธรรมเทวี, องค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบในกลุ่มประเทศอาเซียน (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2559).

<sup>3</sup> ดูพัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญของไทยใน ปวีศร เลิศธรรมเทวี, “พัฒนาการขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย,”วารสารกฎหมาย 34(1), (2559), 177-201.

<sup>4</sup> ยกเว้นประเทศบรูไน และพม่าซึ่งมีองค์กรตุลาการรัฐธรรมนูญในการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ.

แม้รัฐธรรมนูญของกลุ่มประเทศ Common Law จะมีได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนถึงอำนาจในการวินิจฉัย ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฝ่ายตุลาการ ระบบการควบคุมและตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการของกลุ่มประเทศ Common Law ปรากฏในคำตัดสินและคำพิพากษาของศาล<sup>5</sup> โดยขอบเขตในการควบคุมดังกล่าวมีได้จำกัดเฉพาะ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (Constitutional Review) ในลักษณะองค์กรพิเศษอย่างศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย แต่ครอบคลุมถึงการควบคุมกฎหมายอื่นๆ การควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหาร และการกระทำทางปกครอง กลไกการตรวจสอบดังกล่าวจึงมีลักษณะ เป็นการควบคุมโดยฝ่ายตุลาการ (Judicial Review) ในระบบศาลยุติธรรมเพียงศาลเดียว<sup>6</sup>

สิงคโปร์ มีจุดเริ่มต้นในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่ปี ค.ศ.1969 โดยเป็นอำนาจ ของศาลยุติธรรม รัฐธรรมนูญ มาตรา 93 วางกรอบไว้ว่า ศาลสูงของสิงคโปร์ (Supreme Court of Singapore) และศาลอื่นๆ ในระดับที่รองลงมา (Subordinate Courts) มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาบรรดาคดีทั้งปวง อำนาจของศาลยุติธรรมดังกล่าว ได้รับการยืนยันในหลายคดี อาทิ คดี *Chan Hiang Leng Colin v PP* (1994)<sup>7</sup> และคดี *Mohammad Faizal v PP* (2012)<sup>8</sup> อย่างไรก็ตาม คดีดังกล่าว กล่าวเฉพาะอำนาจของฝ่ายตุลาการ ในการควบคุมการกระทำทางปกครอง โดยมีได้กล่าวถึงประเด็นการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้แต่ ประการใด

มาเลเซียได้รับอิทธิพลแนวคิดในเรื่อง “รัฐธรรมนูญนิยม” มาจากสหรัฐอเมริกา ทำให้มีระบบการควบคุม กฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญในรูปแบบของศาลยุติธรรมโดยปรากฏเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ.1957 และสำหรับ ฟิลิปปินส์ มีจุดเริ่มต้นของการควบคุมและตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการมายาวนานกว่าประเทศสิงคโปร์และมาเลเซีย โดยปรากฏเป็นครั้งแรกในคดี *Angara v Electoral Commission* (1936)<sup>9</sup> สรุปลักษณะของการควบคุม และตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ (Judicial Review) ของประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสามประเทศได้ดังตารางที่ 1

ตารางที่ 1 วิวัฒนาการของการควบคุมและตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการในสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์

ประเทศ	ลักษณะการควบคุม	ศาล	ปีที่เริ่ม (ค.ศ.)
สิงคโปร์	Judicial Review	High Court	1969
มาเลเซีย	Judicial Review	Federal Court	1957
ฟิลิปปินส์	Judicial Review	Supreme Court	1936

<sup>5</sup> อาทิ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมิได้มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ชัดเจนว่าฝ่ายตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่กลับมีบรรทัดฐานของศาลในคดี *Marbury v Madison* (1803) ซึ่งเป็นคดีคำตัดสินคดีแรกที่ศาลสูงได้วางกรอบไว้ว่าตุลาการมีอำนาจ ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ.

<sup>6</sup> เป็นระบบศาลเดียวซึ่งคดีที่เข้าสู่ศาลจะมีได้แยกว่าเป็นคดีปกครอง คดีรัฐธรรมนูญ คดีแพ่งหรือคดีอาญา ที่จะต้องแยกฟ้องต่อศาลอื่นๆ ดังที่ ปรากฏในประเทศที่มีระบบศาลคู่อย่างประเทศไทย ฝรั่งเศส และเยอรมัน เป็นต้น.

<sup>7</sup> *Chan Hiang Leng Colin v PP* [1994] 3 SLR (R) 209.

<sup>8</sup> *Mohammad Faizal v PP* [2012] 4 SLR 0947.

<sup>9</sup> *Angara v Electoral Commission*, 63 Phil. 139 (1936).

## 2.1 โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลสูงในสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์

มาตรา 93 แห่งรัฐธรรมนูญสิงคโปร์กำหนดให้ ศาลสูง (Supreme Court) มีอำนาจในการพิจารณา วินิจฉัยอรรถคดีที่ถึงปวง โดยมีองค์คณะผู้พิพากษาในศาลสูงประกอบด้วย

- 1) ประธานศาล (Chief Justice)
- 2) ผู้พิพากษาที่เป็น Judges of Appeal และ
- 3) ผู้พิพากษาที่เป็น Judges and Judicial Commissioners of the High Court

ปัจจุบันศาลสูงสิงคโปร์มีองค์คณะผู้พิพากษาทั้งหมด 30 คน แต่งตั้งโดยประธานาธิบดีของสิงคโปร์ ตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี คุณสมบัติของบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาในสิงคโปร์จะต้องเป็นผู้มีประสบการณ์ในวงการกฎหมายมากกว่า 10 ปี ซึ่งโดยปกติจะแต่งตั้งจากศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมาย หรือนายความที่มีประสบการณ์ในการว่าความ (Barristers) มาอย่างยาวนาน และสามารถดำรงตำแหน่งได้ จนกว่าอายุจะครบ 65 ปีบริบูรณ์

ศาลสูงของสิงคโปร์ ประกอบไปด้วย 2 ส่วนที่สำคัญ ได้แก่ Court of Appeal และ High Court แต่ละส่วนมีเขตอำนาจที่แตกต่างกัน กล่าวคือ

Court of Appeal มีอำนาจวินิจฉัยเฉพาะคดีที่มีการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นในคดีแพ่ง และอาญาเท่านั้น สำหรับ High Court มีอำนาจในการพิจารณาคดีแพ่งและอาญา รวมทั้งมีอำนาจในการตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญและมีอำนาจในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร อันจะเห็นได้ว่าการวินิจฉัย ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่อยู่ภายใต้ High Court ของศาลสูงสิงคโปร์

สำหรับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในประเทศมาเลเซีย อยู่ในเขตอำนาจของศาลสูงเช่นกัน โดยมีชื่อเรียกที่แตกต่างกัน “Federal Court” องค์คณะผู้พิพากษาประจำศาลสูงมาเลเซีย ประกอบด้วย

- 1) ประธานศาล (Chief Justice)
- 2) ผู้พิพากษาที่มีตำแหน่ง President of the Court of Appeal
- 3) ผู้พิพากษาที่เป็น Chief Judges of High Court หรือผู้พิพากษาอื่นใน High Court in Sabah and Sarawak

ในมาเลเซีย การแต่งตั้งผู้พิพากษาเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ (Yang di-Pertuan Agong) ซึ่งแต่งตั้งตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี จะเห็นได้ว่าการแต่งตั้งผู้พิพากษาของมาเลเซียและสิงคโปร์มีลักษณะที่เหมือนกัน กล่าวคือ ไม่มีการสอบแข่งขันแบบของประเทศไทย แต่จะแต่งตั้งจากผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย ผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้งสามารถอยู่ในตำแหน่งดังกล่าวได้จนถึงอายุ 65 ปี

สำหรับอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ Federal Court ปรากฏในมาตรา 128 แห่งรัฐธรรมนูญ โดยมีลักษณะเช่นเดียวกับศาลสูงของสิงคโปร์ กล่าวคือ มีอำนาจในการพิจารณารรรถคดีที่ถึงปวง ซึ่งมีความหมายครอบคลุมถึงอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และการกระทำของฝ่ายบริหาร<sup>10</sup>

<sup>10</sup> The Federal Constitution of Malaysia, art. 128.

สำหรับฟิลิปปินส์ การควบคุมกฎหมายมีให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญอยู่ในอำนาจของศาลสูง (Supreme Court) เช่นเดียวกัน สำหรับศาลสูงของฟิลิปปินส์ ประกอบไปด้วยประธานศาล 1 คน และผู้พิพากษาอีก 14 คน (รวม 15 คน) และหมดวาระเมื่ออายุครบ 70 ปีบริบูรณ์ คุณสมบัติของบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาในศาลสูงของประเทศฟิลิปปินส์มีเงื่อนไขและลักษณะแบบเดียวกับของสิงคโปร์และมาเลเซีย กล่าวคือ มีการกำหนดเรื่องสัญชาติ ซึ่งผู้พิพากษาจะต้องมีสัญชาติฟิลิปปินส์โดยการเกิด มีการกำหนดคุณสมบัติเรื่องอายุว่าจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 40 ปีบริบูรณ์ และเคยดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาในศาลอื่นๆ มาก่อนไม่ต่ำกว่า 15 ปี หรือมีประสบการณ์เกี่ยวกับวงการนิติศาสตร์ภายในประเทศฟิลิปปินส์ไม่น้อยกว่า 15 ปี

เขตอำนาจของศาลสูงฟิลิปปินส์เกี่ยวกับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญปรากฏภายใต้มาตรา VIII แห่งรัฐธรรมนูญของประเทศฟิลิปปินส์ ซึ่งให้อำนาจศาลสูงฟิลิปปินส์ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติและการกระทำของฝ่ายบริหารในลักษณะแบบเดียวกับศาลสูงในสิงคโปร์และมาเลเซีย

## 2.2 การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (Acts of Parliament) และการกระทำของรัฐ (Administrative Actions)

ดังได้กล่าวข้างต้นว่าการควบคุมโดยฝ่ายตุลาการในรูปแบบของศาลยุติธรรม ไม่มีองค์กรพิเศษทำหน้าที่ แต่เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมเพียงศาลเดียว ฉะนั้น จึงไม่มีความจำเป็นที่ต้องวิเคราะห์แยกประเด็นระหว่างการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ (1) กฎหมาย (Acts of Parliament) กับ (2) การกระทำของรัฐ (Administrative Actions) เหมือนกับกรณีองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญอย่างของประเทศไทยและอินโดนีเซีย

### (1) สิงคโปร์

ปัจจุบัน มีเพียงคดีเดียวที่ขึ้นสู่ศาลสูง (High Court) ของสิงคโปร์เกี่ยวกับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยปรากฏในคดี *Taw Cheng Kong v Public Prosecutor* (1998)<sup>11</sup> ซึ่งศาลมีคำวินิจฉัยถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (unconstitutional) ของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ภายหลังศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) กลับคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าวในคดี *Public Prosecutor v Taw Cheng Kong* (1998)<sup>12</sup> โดยอ้างเหตุผลที่ว่าอำนาจในการควบคุมกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจที่อยู่นอกเหนือขอบเขตของศาล อำนาจที่จะชี้ขาดได้ว่ากฎหมายใดชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นอำนาจของรัฐสภาแต่เพียงผู้เดียว การควบคุมโดยฝ่ายตุลาการจึงกระทำได้เฉพาะกรณีการกระทำของรัฐหรือคำสั่งทางปกครองเท่านั้น<sup>13</sup>

<sup>11</sup> *Taw Cheng Kong v Public Prosecutor* [1998] SGHC 10, [1998] 1 S.L.R.(R.) 78, H.C (Singapore).

<sup>12</sup> *Public Prosecutor v Taw Cheng Kong* [1998] SGCA 37, [1998] 2 S.L.R.(R.) 489 (Singapore).

<sup>13</sup> Chan Sek Keong, "The Courts and the 'Rule of Law' in Singapore," *Singapore Journal of Legal Studies*, (2012): 209-231.

ต่อมาในคดี *Rajeevan Edakalavan* (1998)<sup>14</sup> ได้ยืนยันหลักการที่ศาลอุทธรณ์ได้เคยวางหลัก  
ในคดี *Public Prosecutor v Taw Cheng Kong* (1998)<sup>15</sup> ข้างต้นซึ่งวางกรอบไว้ว่า

รัฐสภาที่มีอำนาจสูงสุดในการวางกรอบและขอบเขตแห่งสิทธิและเสรีภาพ ตุลาการ  
มีอำนาจเพียงปฏิบัติตามกรอบดังกล่าวที่ฝ่ายนิติบัญญัติไว้แนบปฏิบัติไว้ให้เป็นไปตาม  
เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ....<sup>16</sup>

จะเห็นได้ว่า แม้รัฐธรรมนูญจะให้อำนาจฝ่ายตุลาการในการพิจารณาบรรดคดีทั้งปวงแต่ศาลก็  
ไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปควบคุมอำนาจของสภา กรณีนี้แสดงให้เห็นถึงการเคารพอำนาจระหว่างสามอำนาจต่อกัน  
ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

กล่าวโดยสรุป แม้อำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในสิงคโปร์จะอยู่ในเขตอำนาจ  
ของศาลยุติธรรม (ศาลสูง) แต่ในทางปฏิบัติ ศาลจะไม่เข้าไปแทรกแซงฝ่ายนิติบัญญัติ โดยถือว่ารัฐสภาเป็นผู้มี  
อำนาจในการพิจารณาถึงความชอบของกฎหมายด้วยรัฐธรรมนูญ กรณีนี้อาจเป็นเพราะระบบกฎหมายของอังกฤษ  
มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายในประเทศสิงคโปร์เป็นอย่างมาก โดยอังกฤษถือว่า รัฐสภาซึ่งมีที่มาจากระชาชน  
เป็นผู้มีอำนาจสูงสุด<sup>17</sup> สรุปลักษณะขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลสูงของประเทศสิงคโปร์  
ได้ดังตารางที่ 2

## (2) มาเลเซีย

รัฐธรรมนูญแห่งมาเลเซียวางหลักความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 4(1) ซึ่งบัญญัติว่า  
“รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ กฎหมายใดๆ จะขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไม่ได้  
และให้ถือว่ากฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นไม่มีผลบังคับ” อาจกล่าวได้ว่า อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติถูกจำกัด  
โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติจะถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหากมี  
ข้อความที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุดังกล่าว รัฐธรรมนูญ มาตรา 128<sup>18</sup> วางกรอบให้ศาลสูง (Federal  
Court) มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีพิพาทดังต่อไปนี้

<sup>14</sup> *Rajeevan Edakalavan v Public Prosecutor* [1998] ICHRL 1, [1998] 1 S.L.R.(R.) 10, H.C. (Singapore).

<sup>15</sup> *Public Prosecutor v Taw Cheng Kong* [1998] SGCA 37, [1998] 2 S.L.R.(R.) 489 (Singapore).

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> Andrew Harding, “Parliament and the Grundnorm in Singapore,” *Malaya Law Review* 25 (1983): 351, 365-66.

<sup>18</sup> Federal Constitution of Malaysia, art. 128 states that “(1) The Supreme Court shall, to the exclusion of any other court, have jurisdiction to determine in accordance with any rules of courts regulating the exercise of such jurisdiction – (a) any question whether a law made by Parliament or by the Legislature of a State is invalid on the ground that it makes provision with respect to a matter with respect to which Parliament or, as the case may be, the Legislature of the State has no power to make laws; and (b) disputes on any other question between States or between the Federation and any State. (2) Without prejudice to any appellate jurisdiction of the Supreme Court, where in any proceedings before another court a question arises as to the effect of any provision of this Constitution, the Supreme Court shall have jurisdiction (subject to any rules of court regulating the exercise of that jurisdiction) to determine the question and remit the case to the other court to be disposed of in accordance with the determination. (3) The jurisdiction of the Supreme Court to determine appeals from a High Court or a judge thereof shall be such as may be provided by federal law [emphasis in original].”

- กรณีมีปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายระดับมลรัฐ (Federal Law) ตราขึ้นไม่ถูกต้อง หรือไม่มีอำนาจให้กระทำการ หรือกรณีปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายระดับรัฐ (State Law) ตราขึ้นไม่ถูกต้อง หรือไม่มีอำนาจให้กระทำการ ศาลสูงมาเลเซียมีอำนาจวินิจฉัยกรณีพิพาทดังกล่าว (art. 128 (a))
- ข้อพิพาทระหว่างองค์กรระดับรัฐตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป หรือข้อพิพาทระหว่างองค์กรระดับมลรัฐตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป หรือข้อพิพาทระหว่างองค์กรระดับรัฐกับมลรัฐ ศาลสูงมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัย (art. 128 (b)) และ
- อำนาจในการวินิจฉัยคดีที่ศาลสูง (High Court) ในระดับรัฐมีคำวินิจฉัย ศาลสูงมีเขตอำนาจในการพิจารณา

จะเห็นได้ว่า กลไกการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรมของประเทศมาเลเซียมีลักษณะเป็นแบบการควบคุม **หลัง** กฎหมายได้ประกาศใช้

การนำคดีเข้าสู่กระบวนการวินิจฉัยของศาล ประชาชน เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือองค์กรของรัฐที่มีส่วนได้เสียสามารถใช้สิทธิได้ต่อศาลได้ตามหลักการฟ้องร้องคดีในกระบวนการยุติธรรมตามปกติ

อย่างไรก็ตาม ฝ่ายตุลาการของประเทศมาเลเซียพยายามหลีกเลี่ยงการวินิจฉัยประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ประกาศใช้ ปรากฏในคำพิพากษาของศาลหลายคดี อาทิ คดี *Fan Teng v Government of Malaysia* (1976) หรือ *Abd. Ghapur Hj. Salleh v Tun Datuk Hj. Mohd. Adnan Robert Tyt Yang Di-Pertua Negeri Sabah & Ors* (1988) ซึ่งเป็นกรณีที่มีการร้องขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยศาลปฏิเสธที่จะรับคำร้องไว้พิจารณา แสดงให้เห็นว่าการควบคุมและตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการของมาเลเซียมีข้อจำกัดแบบเดียวกับของสิงคโปร์ ซึ่งน่าจะมีสาเหตุสำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ

**ประการแรก** แม้มาเลเซียจะได้รับอิทธิพลเรื่อง “รัฐธรรมนูญนิยม” มาจากสหรัฐอเมริกา แต่ระบอบการปกครองและระบบกฎหมายของมาเลเซียมีรากฐานมาจากระบบกฎหมายของอังกฤษ (Westminster Parliamentary System)<sup>19</sup> แบบเดียวกับสิงคโปร์ ทำให้แนวคิดในเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภามีอิทธิพลต่อหลักกฎหมาย (Jurisprudence) ในมาเลเซีย

**ประการที่สอง** ในทางปฏิบัติ ศาลจะไม่เข้าไปก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร เนื่องจากเคยมีบทเรียนในอดีต กรณีที่ประธานศาลสูงแห่งมาเลเซีย (President of the Supreme Court) ถูกสั่งให้ยุติการปฏิบัติหน้าที่ และถูกปลดออกจากตำแหน่ง ในช่วงวิกฤตรัฐธรรมนูญ (Malaysian Constitutional Crisis) ปี ค.ศ. 1988 เนื่องจากเข้าไปก้าวล่วงอำนาจฝ่ายบริหารและนิติบัญญัติเกี่ยวกับการเลือกตั้ง

ปัจจุบันอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการในมาเลเซียจึงถูกจำกัดขอบเขตลงเหลือเพียงอำนาจในการควบคุมการกระทำทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามหลักการแห่งกฎหมาย<sup>20</sup> หรือกรณีวินิจฉัย

<sup>19</sup> Sharifah Suhanah Syed Ahmad and Roy Rajasingham, *The Malaysian Legal System, Legal Practice & Legal Education*, (Institute of Developing Economies (IDE-JETRO), March 2001, Japan).

<sup>20</sup> กรณีนี้เป็นประเด็นที่แตกต่างจากระบบศาลของประเทศไทยที่อำนาจในการควบคุมการกระทำทางปกครองอยู่ภายใต้อำนาจของศาลปกครอง.

ข้อพิพาทเกี่ยวกับองค์กรของรัฐตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปดังกล่าวข้างต้น สรุปลักษณะขององค์กร  
วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลสูงของประเทศมาเลเซียได้ดังตารางที่ 3

### (3) ฟิลิปปินส์

ฟิลิปปินส์ซึ่งมีรูปแบบการปกครองแบบประธานาธิบดี แบ่งอำนาจการปกครองออกเป็นสามทาง  
ในลักษณะเดียวกับประเทศในอาเซียน รวมทั้งประเทศไทย ในประเทศฟิลิปปินส์ แบ่งอำนาจการควบคุมโดยฝ่าย  
ตุลาการไว้ชัดเจนกว่าประเทศสิงคโปร์และมาเลเซีย กล่าวคือ อำนาจในการควบคุมและตรวจสอบกฎหมายที่ตราขึ้น  
โดยฝ่ายนิติบัญญัติมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นของศาลสูง (Supreme Court) และอำนาจในการควบคุมกฎหมาย  
ลำดับที่รองลงมาหรือการกระทำทางปกครองเป็นของศาลอื่นๆ ในลำดับรองลงมา (Ordinary Court) ลักษณะ  
เชิงโครงสร้างของศาลสูงฟิลิปปินส์ มีความคล้ายคลึงกับโครงสร้างของศาลยุติธรรมในอเมริกา สาเหตุหนึ่งอาจ  
เป็นเพราะฟิลิปปินส์ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายของอเมริกา

ขอบเขตในการวินิจฉัยตรวจสอบของศาลสูงครอบคลุมถึงหลายๆ ประเด็น อาทิ ความสอดคล้อง  
ของหนังสือสัญญากับรัฐธรรมนูญ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้โดยฝ่ายนิติบัญญัติ  
อำนาจดังกล่าวยังรวมถึงอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎระเบียบหรือคำสั่งของประธานาธิบดี<sup>21</sup>  
การตัดสินใจโดยอาศัยเสียงข้างมากขององค์คณะที่หนึ่งพิจารณาวินิจฉัย

สำหรับศาลในระดับที่รองจากศาลสูง (Lower Courts) ในประเทศฟิลิปปินส์มีอำนาจในการวินิจฉัย  
ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรดาสนธิสัญญา กฎหมายฉบับต่างๆ ที่ตราขึ้นโดยสภา หรือคำสั่งของฝ่ายบริหาร  
ในลักษณะเดียวกับศาลสูง แต่ศาลสูงอาจกลับคำวินิจฉัยของศาลล่างได้กรณีแสดงให้เห็นถึงความเป็นที่ยุติของ  
คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลสูงในประเทศฟิลิปปินส์<sup>22</sup>

สำหรับคำพิพากษาศาลของศาลสูงฟิลิปปินส์ที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ  
ของกฎหมายมีปรากฏหลายคำพิพากษา อาทิ คดี Moa Case (2008)<sup>23</sup> คดี Manila Bay Case (2010)<sup>24</sup>  
หรือคดี Nicole-Lance CPL. Smith Case (2009)<sup>25</sup> เป็นต้น ซึ่งศาลสูงฟิลิปปินส์มีคำพิพากษาถึงความไม่ชอบ  
ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ อาจกล่าวได้ว่า ศาลสูงของฟิลิปปินส์มีลักษณะแบบเดียวกับ  
ศาลรัฐธรรมนูญ

สรุปลักษณะขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลสูงของประเทศฟิลิปปินส์ได้ดังตาราง  
ที่ 4

<sup>21</sup> Art. VII, Sec. 1, para. 2 of the Philippine Constitution ยังให้อำนาจศาลยุติธรรมในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับองค์กรของ  
รัฐตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป.

<sup>22</sup> อำนาจดังกล่าวมีลักษณะแบบเดียวกับศาลในประเทอเมริกาที่ศาลใดๆ (Ordinary Court) มีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ  
แต่อำนาจชี้ขาดสุดท้ายเป็นของศาลสูงสุด (Supreme Court of the United States).

<sup>23</sup> The Province of North Cotabato v. Government, G.R. No. 183591, October 14, 2008 (Supreme Court of the Philippines).

<sup>24</sup> Metropolitan Manila Development Authority v. Concerned Residents of Manila Bay, G.R. Nos. 171847-48, December 18,  
2008 (Supreme Court of the Philippines).

<sup>25</sup> Nicolas v. Sec. Romulo, G.R. No. 175888, February 11, 2009 (Supreme Court of the Philippines).

## 2.3 วิธีพิจารณาของศาลสูงสิงคโปร์ มาเลเซีย และฟิลิปปินส์

สำหรับประเด็นเรื่องวิธีพิจารณาของศาลสูงในสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์ปรากฏในธรรมนูญของศาลในส่วนที่เกี่ยวข้อง ซึ่งสรุปรายละเอียดเป็นรายประเทศได้ดังต่อไปนี้

### (1) สิงคโปร์

การพิจารณาคดีของศาลในประเทศสิงคโปร์เป็นระบบกล่าวหา (Adversarial System) ซึ่งเป็นระบบที่ใช้ในกลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี โดยเป็นระบบที่อาศัยการชั่งน้ำหนักพยานและหลักฐานที่คู่ความนำเข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดี ผู้พิพากษามีหน้าที่สำคัญในการรับฟังและชั่งน้ำหนักพยานตลอดจนปรับใช้หลักกฎหมายกับพฤติการณ์ที่เกิดขึ้น เพื่อยืนยันหลักแห่งความเป็นกฎหมาย (Declare the Law) รายละเอียดของกระบวนการวิธีพิจารณาของศาลสูงสิงคโปร์ปรากฏใน *Supreme Court of Judicature Act (1969)*<sup>26</sup> ซึ่งสามารถสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

- การนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล จะอาศัยการร้องกล่าวหาของคู่ความในคดี การนำสืบอาศัยหลักการที่ว่า ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นเป็นผู้นำสืบก่อน ซึ่งเป็นระบบเดียวกับศาลยุติธรรมของไทยที่ใช้อยู่จนถึงปัจจุบัน
- กระบวนการวิธีพิจารณาของศาลเป็นไปตามประเภทและลักษณะของคดี หากคดีเป็นคดีความแพ่ง กระบวนการวิธีพิจารณาของศาล จะมีกฎระเบียบของศาลที่กำหนดวิธีพิจารณาคดีความแพ่งไว้เป็นกรณีเฉพาะ และหากเป็นคดีความอาญา จะมีวิธีพิจารณาความอาญากล่าวไว้เป็นการเฉพาะ
- การพิจารณาคดีของศาลสูงในสิงคโปร์ ศาลมีอำนาจในการปรับใช้หลักกฎหมายของสิงคโปร์ สนธิสัญญาที่สิงคโปร์เป็นภาคี หลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ รวมตลอดทั้งจารีตประเพณีแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ

กล่าวโดยสรุป กระบวนการวิธีพิจารณาของศาลสูงสิงคโปร์มีลักษณะแบบเดียวกับศาลยุติธรรมของประเทศไทย ที่การตัดสินอาศัยพยานหลักฐาน การชั่งน้ำหนักพยาน การปรับใช้หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องสาเหตุหนึ่งอาจเป็นเพราะทั้งสิงคโปร์และศาลยุติธรรมของประเทศไทยได้รับอิทธิพลของระบบกฎหมายมาจาก Common Law ของอังกฤษ

### (2) มาเลเซีย

มาเลเซียเป็นอีกประเทศที่มีกระบวนการวิธีพิจารณาที่ได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายของอังกฤษ ฉะนั้น วิธีพิจารณาของศาลสูงในมาเลเซียจึงมีความคล้ายคลึงกับวิธีพิจารณาของศาลสูงในสิงคโปร์ กล่าวคือ เป็นระบบกล่าวหาที่การตัดสินข้อพิพาทอาศัยการฟ้องร้องคดีต่อศาลของผู้ได้รับผลกระทบ และการตัดสินพิพากษาของศาลอาศัยพยานหลักฐานที่ได้จากการพิจารณาในชั้นพิจารณาคดี รายละเอียดและสาระสำคัญของวิธีพิจารณาของศาลสูงมาเลเซีย<sup>27</sup> จึงขึ้นอยู่กับประเภทแห่งคดีเช่นเดียวกับวิธีพิจารณาของศาลสูงในสิงคโปร์

<sup>26</sup> The Supreme Court of Judicature Act (1969) (Singapore).

<sup>27</sup> ดูคำอธิบายใน Datuk Seri Gopal Sri Ram (ed), *Malaysian Civil Procedure*, (London: Sweet and Maxwell, 2015).

หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือมีลักษณะเช่นเดียวกับกระบวนการวิธีพิจารณาของศาลยุติธรรมไทยที่ปรากฏในประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง และประมวลวิธีพิจารณาความอาญา ประเด็นเรื่องวิธีพิจารณาคดีของศาลสูงมาเลเซีย จะได้นำไปวิเคราะห์เปรียบเทียบกับวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทยต่อไป

### (3) ฟิลิปปินส์

สำหรับฟิลิปปินส์ เป็นอีกหนึ่งประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี โดยได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายของอเมริกา ฉะนั้น กระบวนการและวิธีพิจารณาคดีของศาลสูงฟิลิปปินส์จึงมีความใกล้เคียงกับกระบวนการพิจารณาของศาลสูงสิงคโปร์และมาเลเซีย ฉะนั้น การพิจารณาคดีของศาลสูงฟิลิปปินส์จึงอาศัยการฟ้องร้องกล่าวหาต่อศาล เป็นระบบการกล่าวหา เช่นเดียวกับศาลสูงสิงคโปร์และมาเลเซียดังกล่าวข้างต้น ประเด็นเรื่องกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของศาลสูงฟิลิปปินส์<sup>28</sup> จะได้นำไปวิเคราะห์เปรียบเทียบกับวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญไทยต่อไป

## 2.4 หน่วยงานธุรการของศาลสูงสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์

### (1) สิงคโปร์

ศาลสูงของสิงคโปร์จะมีหน่วยงานทางธุรการเรียกว่า “Registry”<sup>29</sup> ทำหน้าที่ดูแลเกี่ยวกับการจัดการ (Administration) การรับเรื่องร้องทุกข์ การรวบรวมเอกสาร และการประสานงานเกี่ยวกับคดีทั้งปวง<sup>30</sup> ลักษณะแบบเดียวกับสำนักงานศาลยุติธรรมของประเทศไทย ฉะนั้น การดำเนินงานของ Registry จึงมีลักษณะเป็นเลขานุการให้แก่บรรดาผู้พิพากษาศาล

โครงสร้างของ Registry ประกอบด้วย Registrar<sup>31</sup> ซึ่งเป็นหัวหน้าสำนักงานโดยมี Deputy Registrar เป็นรองหัวหน้าสำนักงานและมี Senior Assistant Registrars และ Assistant Registrars เป็นบุคลากรของสำนักงานทำหน้าที่ในการประสานงานทางธุรการ การแต่งตั้งบุคลากรภายในองค์กร Registry เป็นอำนาจของประธานศาลสูง และคณะกรรมการตุลาการสิงคโปร์<sup>32</sup> ซึ่งโดยปกติ จะแต่งตั้งจากบุคคลหลากหลายวิชาชีพ โดยเฉพาะนักศึกษาและนิติศาสตรบัณฑิตจบใหม่ ทำหน้าที่เป็นเลขานุการให้กับผู้พิพากษา (Clerk) เพื่อเรียนรู้กระบวนการทางคดี และงานวิจัย งานเอกสาร และงานทางธุรการก่อนที่จะพัฒนาไปเป็นนักกฎหมายในระดับที่สูงยิ่งขึ้น และเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ สิงคโปร์ได้มีการปรับปรุงระบบการบริหารงานศาลสูงให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยกำหนดให้มีตำแหน่งเพิ่มเติมเรียกว่า Chief Executive of Judiciary Administration & Operation ทำหน้าที่เป็นผู้บริหารสูงสุด (CEO) เกี่ยวกับการดำเนินงานธุรการของศาลสูง โดย Chief Executive มีลักษณะคล้ายคลึงกับเลขาธิการสำนักงานต่างๆ ของประเทศไทย อาทิ เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง เป็นต้น

<sup>28</sup> Rule of Civil Procedure (1997) (Rules 1 to 71) (The Philippines).

<sup>29</sup> SCJA, S. 71(1).

<sup>30</sup> SCJA, S. 67(1).

<sup>31</sup> SCJA, S. 71(2).

<sup>32</sup> SCJA, S. 61(1).

## (2) มาเลเซีย

สำหรับหน่วยงานทางธุรการของศาลในมาเลเซียมี Registrar's Office<sup>33</sup> ทำหน้าที่สำคัญในการประสานงานคดี การจัดการเกี่ยวกับการรับเรื่องร้องทุกข์ การจัดรวบรวมเอกสาร ตลอดจนอำนวยความสะดวกต่างๆ ให้แก่บรรดาผู้พิพากษาของศาล งานในหน้าที่หลักของหน่วยงานธุรการของศาลมาเลเซียยังรวมถึงการศึกษาวินิจฉัย และการค้นคว้าเพื่อความก้าวหน้าทางกระบวนการยุติธรรม

โครงสร้างของ Registrar's Office ประกอบด้วย Chief Registrar เป็นหัวหน้าสำนักงาน และ Deputy Chief Registrar เป็นรองหัวหน้าสำนักงาน รวมตลอดทั้งตำแหน่งต่างๆ ทำหน้าที่ดูแลทางธุรการให้กับศาลในระดับต่างๆ อาทิ Registrar of the Court of Appeal เป็นหัวหน้างานทางธุรการให้กับศาลอุทธรณ์ Registrar of the High Court of Malaysia เป็นหัวหน้างานทางธุรการสำหรับศาลสูง หรือตำแหน่งผู้อำนวยการจัดการ (Director Management) ดูแลกิจการด้านการเงินการคลัง และการจัดการอื่นๆ เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า สำนักงาน Registrar's Office ของมาเลเซียมีลักษณะแบบเดียวกับ Registry ของประเทศสิงคโปร์ และสำนักงานศาลต่างๆ ของไทย โดยเฉพาะสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

## (3) ฟิลิปปินส์

สำหรับหน่วยงานทางธุรการของศาลในฟิลิปปินส์อยู่ภายใต้การดำเนินงานของ Office of the Court Administrator<sup>34</sup> ซึ่งทำหน้าที่เกี่ยวกับงานทางธุรการของศาลในฟิลิปปินส์ อาทิ การรับเรื่อง การรวบรวมเอกสาร การบังคับคดี การดำเนินงานเกี่ยวกับการพิจารณาคดี งานเกี่ยวกับการค้นคว้าวิจัยกฎหมาย และงานอื่นๆ ในลักษณะเดียวกันกับของประเทศสิงคโปร์และมาเลเซีย

## 3. คำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญของศาลสูงสิงคโปร์ มาเลเซีย และฟิลิปปินส์

### 3.1 สิงคโปร์

ดังได้กล่าวข้างต้น การควบคุมกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือขอบเขตอำนาจของศาลในสิงคโปร์ อำนาจที่จะชี้ขาดว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เป็นอำนาจของรัฐสภาแต่เพียงผู้เดียว กล่าวได้ว่า การควบคุมโดยฝ่ายตุลาการของประเทศสิงคโปร์ จึงกระทำได้เพียงกรณีการกระทำของฝ่ายบริหาร หรือคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แนวคำพิพากษาของศาลสิงคโปร์ที่สามารถอธิบายกรณีดังกล่าวได้คือคดี *Taw Cheng Kong v Public Prosecutor* (1998) และคดี *Public Prosecutor v Taw Cheng Kong* (1998) ดังกล่าวข้างต้น

ในคดี *Taw Cheng Kong v Public Prosecutor* (1998) เป็นกรณีที่นาย Eddie Taw Cheng Kong ชาวสิงคโปร์ซึ่งมีตำแหน่งเป็นผู้จัดการระดับภูมิภาคให้กับหน่วยงาน Government of Singapore

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> ดู Office of the Court Administrator, available at <http://oca.judiciary.gov.ph/>.

Investment Corporation Pte. Ltd. (GIC) อยู่ในประเทศฮ่องกง มีหน้าที่ในการบริหารจัดการทรัพย์สิน (Equity Portfolio) ในประเทศฮ่องกงและฟิลิปปินส์ และมีอำนาจในการจัดการแทน GIC นาย Taw ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ เรียกรับผลประโยชน์จากตำแหน่งหน้าที่ในนามผู้จัดการระดับภูมิภาค GIC ศาลชั้นต้น (District Court) ของสิงคโปร์มีคำพิพากษาให้นาย Taw มีความผิดเกี่ยวกับการทุจริตคอร์รัปชันตามกฎหมายว่าด้วยการปราบปรามการทุจริต (Prevention of Corruption Act)<sup>35</sup> มาตรา 6 (a) ประกอบมาตรา 37 (1)

**มาตรา 6 (a)** บัญญัติว่า “ผู้ใดเรียกรับหรือรับ หรือยินยอมว่าจะรับ หรือพยายามจะเรียกรับผลประโยชน์จากบุคคลใด เพื่อประโยชน์สำหรับตนเอง หรือผู้อื่น หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ ความชอบหรือรางวัลใดๆ หรือเพื่อชกแจงใจให้กระทำการดังกล่าว ผู้นั้นมีความผิดฐานทุจริต ...”<sup>36</sup>

**มาตรา 37 (1)** วางกรอบไว้ว่า “บทบัญญัติตามกฎหมายฉบับนี้ให้มีผลบังคับต่อบุคคลที่มีสัญชาติสิงคโปร์ที่อาศัยอยู่ภายในประเทศ รวมตลอดทั้งที่อยู่นอกอาณาจักร และให้ถือว่าความผิดที่เกิดขึ้นตามกฎหมายฉบับนี้ ให้ครอบคลุมการกระทำที่เกิดขึ้นนอกอาณาจักรด้วย”<sup>37</sup>

กรณีนี้เป็นเหตุให้นาย Taw อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลไปที่ศาลสูง (High Court)<sup>38</sup> ด้วยเหตุผลสองประการ ได้แก่ (1) หลักฐานที่ใช้ในการตัดสินความผิดได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และ (2) บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้ลงโทษการกระทำความผิดที่ให้ผลนอกอาณาเขตประเทศสิงคโปร์ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลสูงมีคำพิพากษาว่าบทบัญญัติที่ใช้ในการลงโทษ ในส่วนที่ให้ผลภายนอกอาณาเขตประเทศสิงคโปร์ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และพิพากษาให้ความผิดที่ลงแก่นาย Taw โดยศาลชั้นต้น (District Court) เป็นโมฆะไป

ต่อมาัยการสูงสุดได้อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลสูงต่อศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ในคดี *Public Prosecutor v Taw Cheng Kong* (1998) เพื่อพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย 2 ประการ กล่าวคือ

---

<sup>35</sup> The Prevention of Corruption Act (Singapore).

<sup>36</sup> Ibid, § 6 (a) provides as follows “If [...] any agent corruptly accepts or obtains, or agrees to accepts or attempts to obtain, from any person, for himself or for any other person, any gratification as an inducement or reward for doing or forbearing to do, or for having done or forborne to do, any act in relation to his principal’s affairs or business, or for showing or forbearing to show favour or disfavor to any person in relation to his principal’s affairs or business [...] he shall be guilty of an offence ...” [emphasis in original].

<sup>37</sup> Ibid, § 37 (1) provides as follows “The provisions of this Act have effect, in relation to citizens of Singapore, outside as well as within Singapore; and where an offence under the Act was committed by a citizen of Singapore in any place outside Singapore, that person could be dealt with in respect of that offence as if it had been committed in Singapore”. [emphasis in original].

<sup>38</sup> ศาลสูงสุดของสิงคโปร์ (Supreme Court of Singapore) ประกอบด้วย (1) ศาลสูง (High Court) และ (2) ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal).

- ให้ศาลพิจารณาว่าบทบัญญัติมาตรา 37 (1) แห่งกฎหมายว่าด้วยการปราบปรามการทุจริต เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมายหรือไม่
- ให้ศาลพิจารณาว่าบทบัญญัติมาตรา 37 (1) ดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) กับประชาชนชาวสิงคโปร์ ซึ่งจะถือว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 12 (1) หรือไม่

ในการพิจารณาพิพากษา ศาลอุทธรณ์กลับคำตัดสินของศาลสูงที่เคยวางไว้ในคดี *Taw Cheng Kong v Public Prosecutor* (1998) ด้วยเหตุผลที่ว่า อำนาจตุลาการจะไม่เข้าไปแทรกแซงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร และให้เหตุผลเกี่ยวกับประเด็นการเลือกปฏิบัติ (Discriminatory) ของบทบัญญัติมาตรา 37 (1) แห่งกฎหมายปราบปรามการทุจริตไว้ว่า คำว่า “ความเท่าเทียม” (Equality) ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญสิงคโปร์ มาตรา 12 (1) มิได้หมายความว่า “บุคคลจะได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน แต่หมายถึงบุคคลจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันภายใต้สถานการณ์เดียวกัน”<sup>39</sup>

คำพิพากษาในคดี *Public Prosecutor v Taw Cheng Kong* (1998) ถือเป็นคดีบรรทัดฐานที่ก่อให้เกิดหลักการสำคัญที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา ภายหลังคดีดังกล่าวได้มีการยืนยันหลักการที่ศาลอุทธรณ์ได้เคยวางหลักไว้โดยปรากฏในคดี *Rajeevan Edakalavan* (1998)<sup>40</sup>

### 3.2 มาเลเซีย

กรณีมาเลเซีย การควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรมมีลักษณะคล้ายคลึงกับสิงคโปร์ กล่าวคือ ฝ่ายตุลาการของมาเลเซียพยายามหลีกเลี่ยงการวินิจฉัยประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นไว้บังคับ<sup>41</sup> ดังปรากฏในคดีคำพิพากษาที่สำคัญ ได้แก่ คดี *Fan Yew Teng v Government of Malaysia* (1976)<sup>42</sup> หรือในคดี *Abu Mansor Ali J in Abd. Ghapur Hj. Salleh v. Tun Datuk Hj. Mohd. Adnan Robert Tyt Yang Di-Pertua Negeri Sabah & Ors* (1988)<sup>43</sup> เป็นต้น ทั้งสองคดีศาลสูง (Federal Court) ให้เห็นผลว่าการพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดชอบหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ แนวคำพิพากษาของศาลสูงในมาเลเซียแสดงให้เห็นถึง การหลีกเลี่ยงการก้าวล่วงอำนาจระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายนิติบัญญัติ

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันคดีที่ขึ้นสู่ศาลสูงมาเลเซีย (Federal Court of Malaysia) เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความเท่าเทียมกันของบุคคล<sup>44</sup> มิใช่เป็นประเด็นที่เกี่ยวกับการควบคุมกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

<sup>39</sup> *Public Prosecutor v Taw Cheng Kong* (1998) (Court of Appeal) (Singapore).

<sup>40</sup> *Rajeevan Edakalavan v Public Prosecutor* [1998] ICHRL 1, [1998] 1 SLR (R) 10, H.C. (Singapore).

<sup>41</sup> Arifin Zakaria, The Relation between Constitutional Review Organs, Governments and the Ordinary Judiciary – Malaysian Perspective, in Clauspeter Hill (ed), *Constitutional Review and Separation of Powers*, (Singapore: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009), 20.

<sup>42</sup> *Fan Yew Teng v Government of Malaysia* [1976] 1 LNS 28 (Malaysia).

<sup>43</sup> *Abu Mansor Ali J in Abd. Ghapur Hj. Salleh v. Tun Datuk Hj. Mohd. Adnan Robert Tyt Yang Di-Pertua Negeri Sabah & Ors*, [1988] 1 CLJ 317 (Malaysia).

<sup>44</sup> Mohd Zaki Bin Abdul Wahab, Important Decisions of Malaysian Courts in Recent Years, in Clauspeter Hill (ed), *Constitutional Review and Separation of Powers*, (Singapore: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009), 116.

### 3.3 ฟิลิปปินส์

สำหรับฟิลิปปินส์ ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายของอเมริกา มีระบบการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปแบบของศาลยุติธรรม โดยศาลสูง (Supreme Court of the Philippines) มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติและกฎหมายของฝ่ายบริหาร (ประธานาธิบดี)<sup>45</sup> สำหรับแนวคำพิพากษาของศาลสูงที่สำคัญปรากฏคดีคำพิพากษาของศาลสูงฟิลิปปินส์เรื่อง *Moa Case* (2008)<sup>46</sup> เป็นกรณีที่รัฐบาลฟิลิปปินส์ ได้ทำร่างข้อตกลงกับกลุ่มกบฏมุสลิม (MILF) เกี่ยวกับการใช้พื้นที่และดินแดนในฟิลิปปินส์ รวมทั้งข้อกำหนดในการแก้ไขบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ในช่วงระหว่างการลงนามข้อตกลงดังกล่าว ได้มีภาคส่วนต่างๆ ของสังคมร้องเรียนไปยังศาลสูงฟิลิปปินส์ ว่าการลงนามในข้อตกลงดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อกระบวนการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของฟิลิปปินส์ และการดำเนินการขาดการมีส่วนร่วมของประชาชน จึงเป็นการกระทำที่มีขัดต่อรัฐธรรมนูญ และเมื่อวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ.2008 ศาลสูงฟิลิปปินส์ได้พิพากษาคดีดังกล่าวว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากขาดการมีส่วนร่วมของประชาชน และเป็นเรื่องของอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐ การเปลี่ยนแปลงดินแดนอาณาเขต ความมั่นคงภายใน และการแก้ไขรัฐธรรมนูญ<sup>47</sup>

นอกเหนือจากคดี *Moa Case* (2008) ยังปรากฏแนวคำพิพากษาของศาลสูงที่เข้าไปมีบทบาทในการกำกับการกระทำของฝ่ายบริหารในคดี *The Manila Bay Case* (2008)<sup>48</sup> หรือคดี *The Nicole-Lance CPL. Smith Case* (2009)<sup>49</sup> เป็นต้น<sup>50</sup>

## 4. วิเคราะห์เปรียบเทียบองค์รวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในระบบศาลยุติธรรมของกลุ่มประเทศอาเซียนกับศาลรัฐธรรมนูญของไทย

เมื่อพิจารณาศาลรัฐธรรมนูญของไทยกับศาลสูงของสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์ในเรื่องการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ พบว่ามีประเด็นความคล้ายคลึงและแตกต่างในรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 4.1 ความแตกต่างของโครงสร้างองค์กร

ศาลรัฐธรรมนูญของไทยแตกต่างจากศาลสูงของสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์ในเรื่องโครงสร้างของกระบวนการยุติธรรม การพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของไทยอยู่ภายใต้ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรพิเศษที่แยกระบอบออกมาอย่างชัดเจนจากระบบศาลยุติธรรม ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายสิงคโปร์ มาเลเซียและ

<sup>45</sup> ดูคำอธิบายและบทวิเคราะห์ใน Adolfo S. Azcuna, *The Relationship Between Constitutional Review Organs, Governments and the Ordinary Judiciary – Philippines*, in Clauspeter Hill (ed), *Constitutional Review and Separation of Powers*, (Singapore: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009), 94.

<sup>46</sup> *The Province of North Cotabato v. Government*, G.R. No. 183591, October 14, 2008 (Supreme Court of the Philippines).

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> *Metropolitan Manila Development Authority v. Concerned Residents of Manila Bay*, G.R. Nos. 171947-48, December 18, 2008 (Supreme Court of the Philippines).

<sup>49</sup> *Nicolas v. Sec. Romulo*, G.R. No. 175888, February 11, 2009 (Supreme Court of the Philippines).

<sup>50</sup> ดูคำอธิบายและบทวิเคราะห์ใน Adolfo S. Azcuna, *Report on Important Decisions in Recent Years – Philippines*, in Clauspeter Hill (ed), *Constitutional Review and Separation of Powers*, (Singapore: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009), 121.

ฟิลิปปินส์ที่เป็นอำนาจของศาลยุติธรรม ตามหลักการเรื่องระบบศาลเดี่ยว ฉะนั้น ศาลทุกระดับ (Lower Courts)<sup>51</sup> ในสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์ นอกเหนือจากศาลสูงยังมีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ<sup>52</sup> เพียงแต่คำพิพากษาไม่ถึงว่าเป็นที่สุด คู่กรณีสามารถโต้แย้งคำพิพากษาต่อศาลในระดับที่สูงกว่าได้ (อุทธรณ์-ฎีกา) ความแตกต่างดังกล่าวเป็นผลสืบเนื่องมาจากการปรับใช้ระบบศาลเดี่ยวและศาลคู่ที่มีแนวคิดแตกต่างกัน

#### 4.2 ประเด็นเกี่ยวกับองค์ประกอบของคณะตุลาการ การแต่งตั้ง และวาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการ

ที่มาและการแต่งตั้งผู้พิพากษาของศาลสูงในสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์ เป็นอีกประเด็นที่แตกต่างจากการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทย<sup>53</sup> กล่าวคือ ผู้พิพากษาในสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์ มาจากการแต่งตั้งโดยหัวหน้าฝ่ายบริหารซึ่งมาจากผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ อาทิ ศาสตราจารย์ด้านกฎหมาย หรือทนายความที่มีประสบการณ์คดีในประเทศและเป็นที่ยอมรับ

สำหรับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย คัดสรรมาจากผู้ทรงคุณวุฒิเช่นเดียวกัน แต่แต่งตั้งโดยพระมหากษัตริย์ตามคำแนะนำจากวุฒิสภา จำนวนองค์คณะที่พิจารณายังมีความแตกต่างกัน โดยเฉพาะประเทศไทยมีองค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 9 คน ขณะที่จำนวนผู้พิพากษาในศาลสูงของทั้งสามประเทศดังกล่าวมีจำนวนมากกว่าของประเทศไทย โดยสิงคโปร์มีจำนวนผู้พิพากษาองค์คณะในศาลสูงทั้งหมด 30 คน มาเลเซียมี 11 คน และฟิลิปปินส์มี 15 คน

การดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูงของสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์มีวาระแตกต่างกับวาระการดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทย โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไทยมีวาระการดำรงตำแหน่งที่ 9 ปี และครบวาระเมื่อมีอายุ 70 ปีบริบูรณ์ ขณะที่ผู้พิพากษาศาลสูงของทั้งสามประเทศดังกล่าวมีวาระการดำรงตำแหน่งที่ไม่แน่นอนตายตัว กล่าวคือ มีวาระการดำรงตำแหน่งตั้งแต่ได้รับแต่งตั้ง และจนกว่าครบอายุตามที่กฎหมายกำหนด อาทิ ฟิลิปปินส์ผู้พิพากษาสูง จะต้องเป็นผู้มีอายุตั้งแต่ 40 ปี และดำรงตำแหน่งได้ถึงอายุ 70 ปี (วาระการดำรงตำแหน่ง 30 ปี) เป็นต้น อาจกล่าวได้ว่า ลักษณะการกำหนดวาระ (Term) ของผู้พิพากษาศาลของประเทศสิงคโปร์ มาเลเซีย และฟิลิปปินส์ เป็นลักษณะของการแต่งตั้งผู้พิพากษาในกลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law)

#### 4.3 เขตอำนาจศาล (Jurisdiction)

ศาลรัฐธรรมนูญของไทยมีการแบ่งเขตอำนาจในการพิจารณาคดีออกจากศาลอื่นอย่างชัดเจน กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังความที่เคยปรากฏในมาตรา 211 รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ.2550 ซึ่งบัญญัติว่า

<sup>51</sup> John E. Ferejohn, "Constitutional Review in the Global Context," *New York University Journal of Legislation and Public Policy* 6 (2002), 49-59.

<sup>52</sup> เป็นลักษณะของศาลในประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบ Common Law.

<sup>53</sup> การแต่งตั้งผู้พิพากษาของสิงคโปร์ มาเลเซีย และฟิลิปปินส์ ยังแตกต่างจากการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลยุติธรรม หรือตุลาการศาลปกครองของไทย.

ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีได้ ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 และยังมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็น เช่นว่านั้นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย ในระหว่างนั้นให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ<sup>54</sup>

มาตรา 6 ในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวยังได้บัญญัติไว้ว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”<sup>55</sup>

จะเห็นได้ว่า เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไทยมีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ฉะนั้น คดีอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวกับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะอยู่ภายใต้ศาลยุติธรรม ซึ่งชี้ขาดคดีความแพ่งและอาญา หรือศาลปกครองซึ่งเกี่ยวกับข้อพิพาททางปกครองแล้วแต่กรณี

สำหรับเขตอำนาจศาลในสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์ มิได้แยกประเภทคดีว่าเป็น คดีรัฐธรรมนูญ คดีปกครองหรือคดีความแพ่งและอาญา การฟ้องคดีในทุกๆ ประเภทอยู่ภายใต้ศาลยุติธรรม โดยเฉพาะศาลแพ่ง (Civil Court) เพียงศาลเดียว ลักษณะดังกล่าวทำให้ศาลให้สิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์ไม่มีปัญหาเรื่องความทับซ้อนของเขตอำนาจศาล (Overlapping Jurisdictions)<sup>56</sup> และผู้พิพากษาสามารถหยิบยกบทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีได้ทันทีตัวอย่างเช่น ในคดีแพ่ง หากคู่ความมีการกล่าวอ้างถึงการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ศาลมีอำนาจตีความ หยิบยกหลักกฎหมาย และบังคับเอาแก่คู่ความได้ทันทีโดยไม่ต้องมีการส่งให้ศาลอื่นพิจารณา กรณีนี้จึงแตกต่างจากคดีรัฐธรรมนูญของไทยที่ศาลจะต้องส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญเมื่อมีประเด็นว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

กรณีนี้ชี้ให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญของไทยควรมีการจัดทำกระบวนการวิธีพิจารณาที่มีการกำหนดขอบเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

#### 4.4 ลักษณะการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ดังได้กล่าวข้างต้น ศาลสูงสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์ กับศาลรัฐธรรมนูญมีความแตกต่างกันทั้งในเรื่องโครงสร้าง ที่มาของผู้พิพากษาและเขตอำนาจศาล ความแตกต่างดังกล่าวส่งผลให้ลักษณะการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญระหว่างศาลสูงสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์ กับศาลรัฐธรรมนูญของไทย

เมื่อพิจารณากลไกการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญของศาลสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์ จะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาลเมื่อมีการร้องขอ (Complaint) การตรวจสอบดังกล่าวจึงเป็นการควบคุม

<sup>54</sup> มาตรา 211 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550.

<sup>55</sup> มาตรา 6 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550.

<sup>56</sup> ดูประเด็นเรื่องความทับซ้อนของเขตอำนาจศาลใน ปวีศร เลิศธรรมเทวี, รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558) ซึ่งกล่าวถึงประเด็นเรื่องความทับซ้อนของศาลอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองและศาลยุติธรรม ในคดีสิ่งแวดล้อม.

แบบ Abstract Review และเป็นการควบคุมเมื่อกฎหมายได้ประกาศใช้บังคับแล้ว อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ ศาลของสิงคโปร์และมาเลเซีย จะไม่เข้าไปก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ

สรุปประเด็นการเปรียบเทียบของค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลสูงของสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์ กับศาลรัฐธรรมนูญของไทยได้ดังตารางที่ 5

#### 4.5 ประเด็นเรื่องวิธีพิจารณาของศาลสูงสิงคโปร์ มาเลเซีย และฟิลิปปินส์ เปรียบเทียบกับ ศาลรัฐธรรมนูญของไทย

จากการวิเคราะห์วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทยในบทที่ 4 พบว่ากระบวนการเป็นแบบใดส่วน ซึ่งตุลาการมีอำนาจในการแสวงหาข้อเท็จจริง ขณะที่วิธีพิจารณาของศาลสูงในสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์ เป็นระบบกล่าวหา ซึ่งผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นเป็นผู้นำสืบ ระบบดังกล่าวเหมือนกับกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมของไทย กรณีนี้ส่งผลให้กระบวนการวิธีพิจารณาของศาลในสิงคโปร์ มาเลเซีย และฟิลิปปินส์มีรายละเอียดปลีกย่อยที่แตกต่างกันตามประเภทแห่งคดี อาทิ คดีความแพ่งจะมีวิธีพิจารณาคดีแพ่งเป็นระเบียบปฏิบัติ คดีความอาญาอยู่ภายใต้วิธีพิจารณาความอาญาของศาล

#### 4.6 เปรียบเทียบแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญของศาลสูง สิงคโปร์ มาเลเซีย และฟิลิปปินส์ กับแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย

จากการศึกษาวิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลสูงสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์ที่เกี่ยวกับการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพื่อเปรียบเทียบกับแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยพบว่า ศาลในสิงคโปร์และมาเลเซียไม่เข้าไปแทรกแซงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากได้รับอิทธิพลของระบบกฎหมายอังกฤษที่มองว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภาซึ่งมาจากประชาชน ฉะนั้น การตรวจสอบอำนาจสูงสุดของประชาชนจึงกระทำไม่ได้ การควบคุมโดยฝ่ายตุลาการ (Judicial Review) ในสิงคโปร์และมาเลเซียจึงกระทำเฉพาะการกระทำของฝ่ายบริหารที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ

สำหรับศาลสูงฟิลิปปินส์ มีลักษณะแบบเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญของไทย ศาลสูงฟิลิปปินส์มีอำนาจในการยับยั้ง หรือเพิกถอนบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาและการกระทำของฝ่ายบริหารที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยสภาพบังคับของคำพิพากษาศาลสูงฟิลิปปินส์มีลักษณะเช่นเดียวกับประเทศไทย กล่าวคือเป็นที่สุดและผูกพันทุกองค์กร

## 5. บทสรุป

บทความนี้กล่าวถึงองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปแบบของศาลยุติธรรม (ศาลสูง) ของกลุ่มประเทศอาเซียน โดยรัฐสมาชิกอาเซียนที่มีระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยระบบศาลยุติธรรม ได้แก่ สิงคโปร์ มาเลเซีย และฟิลิปปินส์

การพัฒนาของการควบคุมและตรวจสอบโดยตุลาการในสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์ มีจุดเริ่มต้นในปี ค.ศ.1969 ค.ศ.1957 และปี ค.ศ.1936 ตามลำดับ อันจะเห็นได้ว่าทั้งสามประเทศมีวิวัฒนาการเกี่ยวกับการควบคุมและตรวจสอบโดยตุลาการ (Judicial Review) มาอย่างยาวนานกว่าประเทศไทย

สิงคโปร์ ซึ่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจศาลสูงในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ในทางปฏิบัติศาลจะไม่เข้าไปก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ แสดงให้เห็นถึงความเคารพในหลักการเรื่องรัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตย

มาเลเซีย ซึ่งมีวิวัฒนาการเกี่ยวกับการควบคุมโดยฝ่ายตุลาการยาวนานกว่าสิงคโปร์และของไทย รัฐธรรมนูญให้อำนาจศาลโดยเฉพาะศาลสูงในการพิจารณาอรรถคดีทั้งปวง อย่างไรก็ตาม ศาลมาเลเซียไม่เข้าไปแทรกแซงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและตุลาการเช่นเดียวกับของประเทศสิงคโปร์ เนื่องจากมีบทเรียนจากเหตุการณ์ตุลาการภิวัตน์

ฟิลิปปินส์ เป็นอีกประเทศที่มีระบบการควบคุมและตรวจสอบโดยศาลสูง และมีประสบการณ์เกี่ยวกับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหลายคดี อาทิ คดี *Moa Case* (2008) คดี *Manila Bay Case* (2010) หรือคดี *Nicole-Lance CPL. Smith Case* (2009) ซึ่งศาลสูงฟิลิปปินส์มีคำพิพากษาถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ขอบเขตในการวินิจฉัยตรวจสอบของศาลสูงฟิลิปปินส์ยังครอบคลุมถึงหลายๆ ประเด็น อาทิ ความสอดคล้องของหนังสือสัญญาที่รัฐธรรมนูญ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้โดยฝ่ายนิติบัญญัติ อำนาจดังกล่าวยังรวมถึงอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎระเบียบหรือคำสั่งของประธานาธิบดี การตัดสินอาศัยเสียงข้างมากขององค์คณะที่นั่งพิจารณาวินิจฉัย อาจกล่าวได้ว่า ศาลสูงของฟิลิปปินส์มีลักษณะแบบเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญของไทย

จากการศึกษาวิเคราะห์ศาลสูงของสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์ เพื่อเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญของไทยพบว่าลักษณะโครงสร้างขององค์กร องค์ประกอบขององค์คณะผู้พิพากษา ตลอดจนเขตอำนาจศาลมีความแตกต่างกันสรุปได้ 4 ประเด็น กล่าวคือ

ประการแรก ความแตกต่างเรื่องโครงสร้างขององค์กร ศาลทุกระดับของสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์มีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ เพียงแต่คำพิพากษาของศาลล่าง (Lower Courts) ไม่ถือว่าเป็นที่สุด คู่กรณีสามารถโต้แย้งคำพิพากษาต่อศาลในระดับที่สูงกว่าได้ (อุทธรณ์-ฎีกา) กรณีนี้แตกต่างจากศาลรัฐธรรมนูญของไทย ซึ่งมีสถานะเป็นองค์กรพิเศษที่แยกออกจากศาลยุติธรรมอย่างชัดเจน ความแตกต่างดังกล่าวเป็นเรื่องระบบศาล

ประการที่สอง องค์ประกอบของตุลาการ จำนวน การแต่งตั้งและวาระการดำรงตำแหน่งของศาลสูงสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์แตกต่างจากของศาลรัฐธรรมนูญไทย โดยประเทศไทยมีการกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งไว้ชัดเจนที่ 9 ปี สำหรับวาระการดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูงของสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์ ไม่มีกำหนดเวลาที่แน่นอน เริ่มตั้งแต่ได้รับแต่งตั้งและอยู่ในตำแหน่งได้จนกว่าอายุจะครบตามที่กฎหมายกำหนด หรือถึงแก่ความตาย กรณีนี้ส่งผลให้ผู้พิพากษาในสิงคโปร์ มาเลเซียหรือฟิลิปปินส์มีวาระการดำรงตำแหน่งที่ยาวนาน บางกรณีมีวาระยาวนานถึง 30 ปี

ประการที่สาม ความแตกต่างเรื่องเขตอำนาจของศาล (Jurisdiction) โดยศาลรัฐธรรมนูญของไทย แยกประเภทของคดีที่จะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญว่าจะต้องเป็นกรณีที่กฎหมายมีประเด็นปัญหาว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนกรณีอื่นๆ อาทิ ปัญหาเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง ข้อพิพาททางแพ่งหรืออาญาอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม แล้วแต่กรณี

ประการสุดท้าย ความแตกต่างในเรื่องลักษณะของการควบคุมกฎหมายมีให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในประเทศ สิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์ ศาลจะมีอำนาจในการวินิจฉัยเมื่อมีการร้องขอ (Complaint) แสดงให้เห็นว่า ลักษณะการควบคุมเป็นแบบ Abstract Review ที่อาศัยการกล่าวหา และมีลักษณะเป็นการควบคุมหลังกฎหมาย ประกาศใช้บังคับแล้ว กรณีนี้จึงแตกต่างจากระบบศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยที่สามารถควบคุมกฎหมายได้ ทั้งก่อนและหลังกฎหมายประกาศใช้ โดยกลไกการควบคุมมีทั้งแบบ Abstract Review ซึ่งอาศัยการฟ้องกล่าวหา และการควบคุมแบบ Concrete Review กล่าวคืออาศัยการร้องขอโดยศาลอื่นๆ

ความแตกต่างดังกล่าวอาจเป็นเพราะแนวคิดเรื่องระบบศาลคู่และศาลเดี่ยว ซึ่งประเทศสิงคโปร์ มาเลเซีย และฟิลิปปินส์เป็นระบบศาลเดี่ยว การฟ้องคดีต่างๆ สามารถดำเนินการได้ภายใต้ศาลยุติธรรมเพียงศาลเดียว สรุประดับโครงสร้าง อำนาจและหน้าที่และความแตกต่างของศาลสูงสิงคโปร์ มาเลเซียและฟิลิปปินส์กับ ศาลรัฐธรรมนูญของไทยได้ตั้งตารางต่อไปนี้

ตารางที่ 2 โครงสร้าง อำนาจ และหน้าที่ของศาลสูงสุดสิงคโปร์ (Supreme Court of Singapore)

ประเด็น		รายละเอียด
รูปแบบและลักษณะขององค์กรวินิจฉัย	ศาลยุติธรรม โดยศาลสูง	
ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	(High Court ซึ่งอยู่ภายใต้ Supreme Court of Singapore)	
ประมุขแห่งรัฐ/ระบอบการปกครอง	ประธานาธิบดีเป็นประมุข/ระบบรัฐสภา (Presidency/Parliamentary Representative Democratic Republic)	
รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน	รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1965	
โครงสร้างองค์กร	องค์กรและผู้พิพากษาในศาลสูงทั้งหมด 30 คน มีวาระตั้งแต่ได้รับแต่งตั้ง จนกว่าอายุจะครบ 65 ปี	
อำนาจและหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกรวินิจฉัย	ศาลสูง (High Court) และศาลล่าง (Lower Court) มีอำนาจพิจารณากินิจฉัยคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ	
ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	ดังต่อไปนี้	<ul style="list-style-type: none"><li>• ในคดีแพ่ง หากคู่กรณีกล่าวอ้างถึงประเด็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ศาลที่พิจารณาคดีดังกล่าวมีอำนาจวินิจฉัย</li><li>• ในคดีอาญา หากคู่กรณีกล่าวอ้างถึงประเด็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ศาลที่พิจารณาคดีดังกล่าวมีอำนาจวินิจฉัย</li><li>• ในคดีเกี่ยวกับรัฐ (คดีปกครอง) หากคู่กรณีกล่าวอ้างถึงประเด็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ศาลที่พิจารณาคดีดังกล่าวมีอำนาจวินิจฉัย</li><li>• ศาลที่พิจารณาคดีดังกล่าวมีอำนาจวินิจฉัย</li><li>• คำพิพากษาศาลล่าง คู่กรณีสามารถอุทธรณ์ฎีกาต่อไปได้ และคำพิพากษาศาลสูงให้ถือเป็นที่สุด</li><li>• ในทางปฏิบัติ ศาลสูงไม่รับเรื่องเกี่ยวกับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติไว้พิจารณา (คดี <i>Taw Cheng Kong v Public Prosecutor</i> 1998)</li></ul>

ตารางที่ 2 สรุปโครงสร้าง อำนาจ และหน้าที่ของศาลสูงสุดสิงคโปร์ (Supreme Court of Singapore) (ต่อ)

ประเด็น	รายละเอียด
การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในเชิงนามธรรม (Abstract Review)	เมื่อมีกรณีพิพาทเข้าสู่กระบวนการของศาล <b>X</b>
การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในเชิงรูปธรรม (Concrete Review)	<b>X</b>
การใช้สิทธิของประชาชนต่อศาลสูงเกี่ยวกับ คดีรัฐธรรมนูญ (Individual Complaint)	ใช้สิทธิได้โดยตรง
การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กับกระบวนการทำสนธิสัญญา (Treaties)	<b>X</b>
การตรวจสอบกฎหมายลำดับรอง (Review of Administrative Acts) หรือการตรวจสอบฝ่าย บริหาร (Review of Administrative Acts)	<b>✓</b>
กระบวนการพิจารณา	ใช้ระบบกล่าวหา
หน่วยงานทางธุรการ	Registry โดยมี Chief Executive of Judiciary Administration and Operation เป็นหัวหน้าสำนักงาน

ตารางที่ 3 สรุปโครงสร้าง อำนาจ และหน้าที่ของศาลสูงมาเลเซีย (Federal Court of Malaysia)

มาเลเซีย	
ประเด็น	รายละเอียด
รูปแบบและลักษณะองค์กรวินิจฉัย ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	ศาลยุติธรรม โดยศาลสูง (Federal Court of Malaysia)
ประมุขแห่งรัฐและระบอบการปกครอง	การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ (Yang di-Pertuan Agong) เป็นประมุข (Constitutional Monarchy)
รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน	รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1957
โครงสร้างองค์กร	องค์คณะในศาลสูง 11 คน ดำรงตำแหน่ง ตั้งแต่ได้รับการแต่งตั้งไปจนกว่าอายุครบ 65 ปี
อำนาจและหน้าที่	ศาลสูง (Federal Court) และศาลล่าง (Lower Court) มาเลเซียมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ ดังต่อไปนี้ <ul style="list-style-type: none"> <li>• ในคดีแพ่ง หากคู่กรณีกล่าวอ้างถึงประเด็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ศาลที่พิจารณาคดีดังกล่าวมีอำนาจวินิจฉัย</li> <li>• ในคดีอาญา หากคู่กรณีกล่าวอ้างถึงประเด็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ศาลที่พิจารณาคดีดังกล่าวมีอำนาจวินิจฉัย</li> <li>• ในคดีเกี่ยวกับรัฐ (คดีปกครอง) หากคู่กรณีกล่าวอ้างถึงประเด็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ศาลที่พิจารณาคดีดังกล่าวมีอำนาจวินิจฉัย</li> <li>• คำพิพากษาศาลล่าง คู่กรณีสามารถอุทธรณ์-ฎีกาต่อไปได้ และคำพิพากษาศาลสูงให้ถือเป็นที่สุด</li> <li>• ในทางปฏิบัติ ศาลสูงไม่รับเรื่องเกี่ยวกับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติไว้พิจารณา</li> </ul>

ตารางที่ 3 สรุปโครงสร้าง อำนาจ และหน้าที่ของศาลสูงมาเลเซีย (Federal Court of Malaysia) (ต่อ)

ประเด็น รายละเอียด	
การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในเชิงนามธรรม (Abstract Review)	เมื่อมีการตีพิพากษาเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดี ของศาล
การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในเชิงรูปธรรม (Concrete Review)	<b>X</b>
การใช้สิทธิของประชาชนต่อศาลสูงเกี่ยวกับ คดีรัฐธรรมนูญ (Individual Complaint)	ใช้ได้โดยตรง
การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กับกระบวนการทำสนธิสัญญา (Treaties)	<b>X</b>
การตรวจสอบกฎหมายลำดับรอง (Review of Administrative Acts) หรือการตรวจสอบฝ่าย บริหาร (Review of Administrative Acts)	<b>✓</b>
กระบวนการพิจารณา	ใช้ระบบกล่าวหา
หน่วยงานทางตุลาการ	Registrar's Office โดยมี Chief Registrar เป็นหัวหน้าสำนักงาน

ตารางที่ 4 สรุปโครงสร้าง อำนาจ และหน้าที่ของศาลสูงฟิลิปปินส์ (Supreme Court of the Philippines)

ประเด็น		รายละเอียด
รูปแบบและลักษณะขององค์กรวินิจฉัย	ศาลยุติธรรม โดยศาลสูง	
ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	(Supreme Court of the Philippines)	
ประมุขแห่งรัฐและระบอบการปกครอง	ประธานาธิบดีเป็นประมุขแห่งรัฐ (Presidential Representative and Democratic Republic)	
รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน	รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1987	
โครงสร้างองค์กร	องค์คณะผู้พิพากษา 15 คน ตั้งแต่เมื่อมีอายุ 40 และดำรงตำแหน่งไปจนกว่าอายุครบ 70 ปี (วาระการดำรงตำแหน่งสูงสุด 30 ปี)	
อำนาจและหน้าที่	ศาลสูง (Supreme Court) และศาลล่าง (Lower Court) ฟิลิปปินส์มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ ดังต่อไปนี้ <ul style="list-style-type: none"> <li>• ในคดีแพ่ง หากคู่กรณีกล่าวอ้างถึงประเด็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ศาลที่พิจารณาคดีดังกล่าวมีอำนาจวินิจฉัย</li> <li>• ในคดีอาญา หากคู่กรณีกล่าวอ้างถึงประเด็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ศาลที่พิจารณาคดีดังกล่าวมีอำนาจวินิจฉัย</li> <li>• ในคดีเกี่ยวกับรัฐ (คดีปกครอง) หากคู่กรณีกล่าวอ้างถึงประเด็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ศาลที่พิจารณาคดีดังกล่าวมีอำนาจวินิจฉัย</li> <li>• คำพิพากษาศาลล่าง คู่กรณีสามารถอุทธรณ์-ฎีกาต่อไปได้ และคำพิพากษาศาลสูงให้ถือเป็นที่สุด</li> </ul>	

ตารางที่ 4 สรุปโครงสร้าง อำนาจ และหน้าที่ของศาลสูงฟิลิปปินส์ (Supreme Court of the Philippines) (ต่อ)

ประเด็น		รายละเอียด
การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในเชิงนามธรรม (Abstract Review)		ตรวจสอบได้เฉพาะหลังกฎหมายประกาศใช้ โดยการร้องขอจากคู่ความที่ได้รับความเสียหายต่อศาล
การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในเชิงรูปธรรม (Concrete Review)	X	
การใช้สิทธิของประชาชนต่อศาลสูงเกี่ยวกับ คดีรัฐธรรมนูญ (Individual Complaint)		ใช้สิทธิได้โดยตรง
การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กับกระบวนการทำสนธิสัญญา (Treaties)	✓	
การตรวจสอบกฎหมายลำดับรอง (Review of Administrative Acts) หรือการตรวจสอบฝ่าย บริหาร (Review of Administrative Acts)	✓	
กระบวนการพิจารณา		ใช้ระบบกล่าวหา
หน่วยงานทางธุรการ		Office of the Court Administrator

ตารางที่ 5 เปรียบเทียบศาลรัฐธรรมนูญไทยกับศาลสูงของสิงคโปร์ มาเลเซีย และฟิลิปปินส์

	ศาลรัฐธรรมนูญไทย	ศาลสูงสิงคโปร์	ศาลสูงมาเลเซีย	ศาลสูงฟิลิปปินส์
องค์คณะผู้พิพากษา/ตุลาการ	9	30	11	15
การแต่งตั้งตุลาการ	พระมหากษัตริย์ โดยคำแนะนำจากวุฒิสภา	ประธานาธิบดี ตามคำแนะนำจาก นายกรัฐมนตรี	พระมหากษัตริย์ ตามคำแนะนำจาก นายกรัฐมนตรี	ประธานาธิบดี แต่งตั้งจาก คณะบุคคลที่ผ่านการ คัดเลือกโดยฝ่ายตุลาการ และสภานิติบัญญัติ
วาระการดำรงตำแหน่ง	9 ปี	วันที่ได้รับการแต่งตั้ง จนอายุครบ 65 ปี	วันที่ได้รับการแต่งตั้ง จนอายุครบ 65 ปี	วันที่ได้รับการแต่งตั้ง จนอายุครบ 70 ปี
เขตอำนาจทับซ้อนกับศาลอื่น	X	X	X	X
กลไกแบบ “Abstract Review”	✓	✓	✓	✓
กลไกแบบ “Concrete Review”	✓	X	X	X
การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในประเด็นต่างๆ				
(1) กฎหมายหลัก	✓	X	X	✓
(2) กฎหมายลำดับรอง/คำสั่ง ทางปกครอง	X	✓	✓	✓
(3) การร้องขอจากศาลอื่น	✓	X	X	X
(4) การร้องโดยจากประชาชน	✓	✓	✓	✓

ตารางที่ 5 เปรียบเทียบศาลรัฐธรรมนูญไทยกับศาลสูงของสิงคโปร์ มาเลเซีย และฟิลิปปินส์ (ต่อ)

	ศาลรัฐธรรมนูญไทย	ศาลสูงสิงคโปร์	ศาลสูงมาเลเซีย	ศาลสูงฟิลิปปินส์
การถอดถอนการดำรงตำแหน่ง	X	X	X	X
การเมือง (Impeachment)				
อำนาจในการยุบพรรคการเมือง	✓	X	X	✓
อำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่าง	✓	✓	✓	✓
องค์กรตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่				
2 องค์กรขึ้นไป				
อำนาจวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการเลือกตั้ง	X	X	X	✓
กระบวนการพิจารณา	✓	✓	✓	✓
	(ระบบได้สวน)	(ระบบกล่าวหา)	(ระบบกล่าวหา)	(ระบบกล่าวหา)
หน่วยงานตุลาการ	สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ	Registry	Registrar's Office	Office of the Court Administrator

บทวิจารณ์หนังสือ  
How Democracies Die

พรชัย บุญบวรรัตนกุล  
Pornchai Boonbarwornrattanakul

นักวิจัยอิสระ

133/77 ซอยเพชรเกษม 46 ถนนเพชรเกษม แขวงบางด้วน เขตภาษีเจริญ กรุงเทพฯ 10160

Independent Researcher

133/77 Soi Petchakasem 46 Bangduan Pasi-Charoen Bangkok 10160

Corresponding author Email: dr.paul.boon@gmail.com

(Received and Accepted: August 5, 2019)

หนังสือชื่อเรื่อง HOW DEMOCRACIES DIE. ถูกพิมพ์เผยแพร่ในประเทศสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 2018 โดยสำนักพิมพ์ บรอดเวย์ บุ๊คส์ (Broadway Books) และต่อมาได้รับการตีพิมพ์เผยแพร่อีกครั้งหนึ่งในปี ค.ศ. 2019 โดยสำนักพิมพ์เพนกวิน แรนดอม เฮาส์ (Penguin Random House LLC, New York) เป็นหนังสือที่ถูกแต่งขึ้นโดยลาวิตสกีและซีเบลท์ (Steven Levitsky and Daniel Ziblatt) ทั้งสองท่านเป็นศาสตราจารย์สอนหนังสือและนักวิจัยซึ่งมีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการปกครอง (Government) ณ มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด (Harvard University) งานวิจัยของลาวิตสกีมุ่งเน้นศึกษารูปแบบการเมืองเฉพาะลาตินอเมริกาและในโลกของประเทศกำลังพัฒนา ลาวิตสกีเป็นผู้เขียนหนังสือที่มีชื่อว่า Compleitive Authoritarianism และเป็นผู้ที่ได้รับรางวัลเกี่ยวกับการสอนมากมาย สำหรับซีเบลท์นั้นเป็นผู้ที่ศึกษาเกี่ยวกับรูปแบบการปกครองของยุโรปตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 จนถึงปัจจุบัน เป็นผู้แต่งหนังสือชื่อว่า Conservative Parties and the Birth of Democracy และนอกจากงานเขียนอื่นๆ ของทั้งสองท่านแล้วทั้งคู่ยังได้เขียนบทความลงในวารสาร Vox และ New York Times อีกด้วย

HOW DEMOCRACIES DIE. หรือแปลเป็นภาษาไทยว่า “ความล่มจมของระบอบประชาธิปไตยจะเกิดขึ้นได้อย่างไร” เป็นเรื่องราวที่ผู้เขียนทั้งสองท่านได้ตั้งคำถามว่า “ระบอบประชาธิปไตยของประเทศสหรัฐอเมริกาที่กำลังอยู่ในสภาวะอันตรายที่จะมีแนวโน้มไปสู่การล่มสลายหรือไม่?” ซึ่งผู้เขียนทั้งสองท่านได้ใช้เวลาในการศึกษาด้วยการวิจัยและค้นคว้าหาความรู้เกี่ยวกับความล้มเหลวของระบอบประชาธิปไตยในยุโรปและลาตินอเมริกา และมีความเชื่อว่าระบอบประชาธิปไตยในปัจจุบันอยู่ในสภาพที่ถูกคุกคามด้วยภัยอันตรายต่างๆ การที่ระบอบประชาธิปไตยสิ้นสุดลงนั้นมิได้มีสาเหตุมาจากกระบอกปืนดังขึ้นภายใต้การปฏิวัติหรือการทำรัฐประหารโดยทหาร แต่เกิดขึ้นโดยเสียงกระซิบซึ่งหมายถึงสิ่งที่เปลี่ยนแปลงทีละน้อยและเป็นการเปลี่ยนแปลงไปเรื่อยๆ ก่อให้เกิดความอ่อนแอของระบบสถาบันหลักต่างๆ เช่น ระบบยุติธรรม ระบบตรวจสอบอิสระ และสื่อสารมวลชน และความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นทีละน้อยดังกล่าวได้กัดเซาะสิ่งที่เรียกว่าจารีตประเพณีที่ได้รับการยึดถือและปฏิบัติกันมาเป็นเวลาช้านาน งานวิจัยของศาสตราจารย์ทั้งสองท่านที่ได้ถูกค้นคว้ามาในช่วงเกือบยี่สิบปีที่ผ่านมา

ไม่ว่าจะเป็นประวัติศาสตร์ของประเทศต่างๆ ทั้งในยุโรปและลาตินอเมริกาได้ถูกหยิบยกมาเป็นหลักฐานเชิงประจักษ์ และแสดงออกเพื่อยืนยันหลักคิดต่างๆ ที่ท่านทั้งสองได้เขียนไว้ในหนังสือเล่มนี้ หนังสือดังกล่าวมีทั้งหมด 385 หน้า ประกอบด้วยบทต่างๆ คือ บทนำ พันธมิตรที่สำคัญ การเฝ้าระวังในฐานะยามเฝ้าประตูผู้นำในประเทศสหรัฐอเมริกา การเสียดสีของพรรครีพับลิกันที่ยิ่งใหญ่ ระบอบประชาธิปไตยที่ถูกโค่นล้ม รั้วป้องกันภัยของระบอบประชาธิปไตย กฎที่มีได้ถูกเขียนไว้เกี่ยวกับการเมืองในประเทศสหรัฐอเมริกา การคลี่คลาย ทรัมป์ผู้ทำลายรั้วของประชาธิปไตย การป้องกันและรักษาประชาธิปไตย ผู้วิจารณ์เห็นว่า ผู้เขียนทั้งสองท่านได้นำประสบการณ์ในการสอนและงานวิจัย ที่กระทำให้มาตลอดยี่สิบปีมาใช้ในการเขียนหนังสือเล่มดังกล่าว โดยใช้หลักฐานเชิงประจักษ์มาอ้างอิงหลักต่างๆ ที่ได้จากผลการศึกษา โดยผู้เขียนได้วางหลักการศึกษาไว้ในบทที่หนึ่งและสอง และลงรายละเอียดในบทต่อไป รวมถึงให้คำแนะนำว่าทางออกในการรักษาประชาธิปไตยนั้นจะทำได้อย่างไรบ้าง นอกจากนี้หนังสือดังกล่าว ยังเป็นหนังสือที่ได้รับความนิยมว่าเป็นหนังสือขายดีที่สุดโดยนิวยอร์กไทมส์ (New York Times Bestseller) และได้รับการคัดเลือกเป็นหนังสือที่น่าน่าอ่านเล่มหนึ่งของบรรณาธิการของนิวยอร์กไทมส์ (A New York Times Book Review Editor's Choice) อีกด้วย ซึ่งทำให้ผู้วิจารณ์สนใจและติดตามอ่านหนังสือเล่มนี้เพื่อหาคำตอบ ที่ว่าระบอบประชาธิปไตยจะสิ้นสุดลงได้อย่างไร ผู้วิจารณ์จะขอหยิบยกเรื่องย่อยสองถึงสามเรื่องจากเรื่องย่อย ต่างๆ ของหนังสือเล่มนี้มาวิจารณ์เล่าสู่กันฟัง ดังต่อไปนี้

### เนื้อเรื่องโดยย่อของหนังสือนี้:-

จากคำถามที่ผู้เขียนได้ตั้งขึ้นว่า ระบอบประชาธิปไตยของประเทศสหรัฐอเมริกาขึ้นอยู่กับอันตรายหรือไม่ เป็นคำถามซึ่งยังไม่มีใครเคยตั้งคำถามมาก่อน โดยผู้เขียนได้ใช้เวลาเกือบยี่สิบปีร่วมกับผู้ร่วมงานในการใช้ความคิด เขียนตำราและสอนนักศึกษาเกี่ยวกับความล้มเหลวของระบอบประชาธิปไตยของประเทศต่างๆ โดยเฉพาะ ประเทศในยุโรปช่วงทศวรรษ 1930s และลาตินอเมริกาในช่วงทศวรรษ 1970s รวมถึงการศึกษารูปแบบใหม่ๆ ของผู้นำเผด็จการ (Authoritarians) ที่เกิดขึ้นในที่ต่างๆ ทั่วโลกโดยในกลุ่มของผู้เขียนนั้นใช้วิธีการศึกษา ประวัติศาสตร์ และการเฝ้าสังเกตถึงปัจจัยและสาเหตุที่ทำให้ระบอบประชาธิปไตยล่มสลายนั้นมีอะไรบ้าง

แต่สิ่งหนึ่งที่ผู้เขียนพบว่าในประเทศของสหรัฐอเมริกานับตั้งแต่ปี ค.ศ. 2016 นับจากประธานาธิบดี โดนัลด์ ทรัมป์เข้ารับตำแหน่งเป็นต้นมานั้น ผู้เขียนสังเกตเห็นได้ว่าภายใต้ระบอบการปกครองของสหรัฐอเมริกานั้น มีแนวโน้มจะเกิดวิกฤตที่นำไปสู่การล่มสลายของระบอบประชาธิปไตยของประเทศ ซึ่งตั้งแต่อดีตหลังจากประกาศ ใช้รัฐธรรมนูญเป็นต้นมา ผู้นำของประเทศสหรัฐได้วางรากฐานของหลักเสรีภาพและความเท่าเทียมเอาไว้อย่าง มั่นคง ก่อให้เกิดความมั่นคงทางด้านการเมืองและการปกครองของสหรัฐอเมริกาจนถึงปัจจุบัน

แต่สิ่งที่ผู้เขียนกังวลคือการเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกา ณ ปัจจุบันนี้มีปัญหาอย่างหนึ่งเกิดขึ้น คือ นักการเมืองของพรรคการเมืองหนึ่งมีทัศนคติหรือการมองนักการเมืองของพรรคฝ่ายตรงข้ามว่าเป็นศัตรู มิใช่คู่แข่งทางการเมืองเหมือนในอดีต ผู้นำประเทศซึ่งเป็นสมาชิกพรรคการเมืองนั้นเข้าแทรกแซงเสรีภาพของ สื่อสารมวลชนและสร้างภัยคุกคามในอันที่จะล้มล้างผลลัพธ์ที่ได้รับจากการเลือกตั้ง เหล่าผู้นำนักการเมือง ในประเทศสหรัฐอเมริกาพยายามที่จะสร้างความอ่อนแอให้แก่ระบบสถาบันต่างๆ ภายใต้ระบอบประชาธิปไตย ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ สถาบันยุติธรรม หน่วยข่าวกรองของประเทศ และหน่วยงานที่ดูแลทางด้าน

จริยธรรม ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งครั้งหนึ่งเคยได้รับการยกย่องว่าเป็นบิดาแห่งประชาธิปไตย ณ ปัจจุบันระบบดังกล่าวอยู่ในภาวะอันตรายที่อาจจะกลายเป็นแหล่งกำเนิดของเหล่าผู้นำเผด็จการ อันเนื่องมาจากคนเหล่านั้นเมื่ออยู่ในอำนาจก็ทำการเขียนกฎสำหรับการเลือกตั้งขึ้นใหม่ ใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ และปฏิเสธสิทธิภายใต้รัฐธรรมนูญเพื่อที่จะให้พวกเขาเหล่านั้นอยู่ในอำนาจและมีให้พวกตนหรือพวกพ้องสูญเสียอำนาจ และในปี ค.ศ. 2016 เป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีบุคคลที่ไม่มีประสบการณ์ในทางการเมืองและการบริหารสถาบันภาครัฐมาก่อน มีการให้คำมั่นสัญญาอย่างมากในการที่จะยอมรับกฎเกณฑ์ภายใต้รัฐธรรมนูญ และมีแนวโน้มอย่างชัดเจนที่จะเป็นผู้นำเผด็จการในสถานะของประธานาธิบดีที่ได้รับการเลือกตั้ง

ตัวอย่างของความล้มเหลวของระบอบประชาธิปไตยที่เกิดขึ้นในประเทศอาร์เจนตินา บราซิล สาธารณรัฐโดมินิกัน กานา กรีซ กัวเตมาลา ไนจีเรีย ปากีสถาน เปรู ตุรกี และอุรุกวัย ซึ่งการล่มสลายเริ่มต้นจากผู้นำที่ได้รับการคัดเลือกจากประชาชนนั้นเข้ามาบริหารประเทศในขณะที่เกิดความล้มเหลวในการที่จะทำหน้าที่ของผู้นำที่สมบูรณ์ก่อให้เกิดการชุมนุมประท้วง เกิดวิกฤตทางเศรษฐกิจและเกิดการแบ่งแยกทางการเมือง ในขณะที่ผู้นำสมควรที่จะคืนอำนาจกลับสู่ประชาชนเพื่อให้ดำเนินการจัดการเลือกตั้งเพื่อหาผู้นำคนใหม่ แต่ผู้นำกลับหวงอำนาจและยืนยันที่จะอยู่ในตำแหน่งต่อไปโดยไม่สนใจคำเรียกร้องของประชาชน นำไปสู่ผลของการทำรัฐประหารโดยทหาร ในขณะที่ผู้นำที่มาจากการเลือกตั้งดังกล่าวก็คาดหวังว่าจะได้รับการสนับสนุนจากประชาชนด้วยการออกมาสู่ถนนประท้วงการรัฐประหารนั้น แต่เนื่องจากสิ่งที่ตนกระทำนั้นเป็นความผิดพลาดซึ่งส่งผลทำให้ไม่เกิดสิ่งที่คาดหวังดังกล่าว เปิดโอกาสให้เหล่าทหารที่ยึดครองอำนาจนั้นปกครองประเทศนำไปสู่ความล่มสลายของระบอบประชาธิปไตย อันนี้เป็นรูปแบบหนึ่งของการล่มสลายของระบอบประชาธิปไตยที่อยู่ในโลกนี้

อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีลักษณะของการล่มสลายของประชาธิปไตยที่เกิดขึ้น โดยที่มีลักษณะความเปลี่ยนแปลงที่ค่อยๆ เกิดขึ้นโดยที่ระบอบประชาธิปไตยไม่ได้ล่มสลายภายใต้เงื้อมมือของทหารที่เป็นผู้นำเผด็จการ แต่ความล่มสลายของประชาธิปไตยกลับล่มสลายภายใต้เงื้อมมือของผู้นำที่ได้รับการเลือกตั้งภายใต้ระบอบประชาธิปไตย ซึ่งผู้นำเหล่านั้นกลับเป็นผู้ล้มล้างขบวนการและขั้นตอนต่างๆ ภายใต้รัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร และจารีตประเพณีในการปกครองประเทศที่ดีซึ่งสะสมมาตั้งแต่ในอดีตที่ผ่านมาเพื่อที่จะนำพวกของตนขึ้นสู่อำนาจ ผู้นำบางคนได้ทำการล้มล้างระบอบประชาธิปไตยได้อย่างรวดเร็ว เช่นฮิตเลอร์ที่ได้ทำการล้มล้างรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันในปี ค.ศ. 1933 แต่โดยทั่วๆ ไปแล้วผู้นำที่ได้รับการเลือกตั้งภายใต้ระบอบประชาธิปไตยนั้นโดยส่วนใหญ่จะเป็นตัวการที่กระทำการล้มล้างระบอบประชาธิปไตยในลักษณะที่ค่อยๆ กัดเซาะและค่อยๆ เปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ที่ถือว่าสำคัญภายใต้ระบอบประชาธิปไตยโดยในแต่ละขั้นตอนนั้นยากที่ประชาชนจะสังเกตได้

ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างของผู้นำประเทศเวเนซุเอลา คือ ฮิวโก ชาเวซ (Hugo Chavez) ซึ่งแต่เดิมนั้นมีลักษณะเป็นผู้นำที่ให้การสนับสนุนระบอบประชาธิปไตยอย่างเต็มที่ ฮิวโก ชาเวซได้ต่อสู้กับผู้นำเผด็จการและในท้ายที่สุดในปี ค.ศ. 1998 ได้รับเลือกตั้งจากประชาชนให้เป็นผู้นำของประเทศนี้ แต่ในที่สุดฮิวโก ชาเวซก็ประพัตตัวเป็นผู้นำเผด็จการด้วยการปิดหูปิดตาสื่อสารมวลชน เช่น การสั่งปิดสถานีโทรทัศน์ที่เป็นสื่อหลักของประเทศ สั่งจับหรือเนรเทศนักการเมือง ผู้พิพากษาและผู้สื่อข่าวที่อยู่ฝ่ายตรงข้าม เพื่อให้ตนเองอยู่ในตำแหน่งผู้นำตลอดไป เมื่อชาเวซตายด้วยโรคมะเร็งในปี ค.ศ. 2012 แม้จะเกิดการเลือกตั้งผู้นำอย่างเสรีแต่การเลือกตั้งดังกล่าวนั้นก็กลับมีการทุจริตและการฉ้อฉลจนนำไปสู่การกำเนิดของผู้นำเผด็จการที่สืบต่อจากผู้นำคนเดิมในเวลา

ต่อมา จึงอนุมานได้ว่าในระหว่างที่ชาวเวสต์ได้รับชัยชนะในการเลือกตั้งประธานาธิบดีและปกครองประเทศมาเกือบยี่สิบปีนั้นเป็นช่วงที่ประเทศนี้มีผู้นำเผด็จการปกครองประเทศทำให้ประชาธิปไตยตกต่ำอ่อนแอลงจนสูญสิ้นไป

เมื่อกล่าวถึงประเทศสหรัฐอเมริกาย้อนกลับไปเมื่อสองร้อยกว่าปีก่อนนั้น ผู้นำของประเทศนี้ได้วางรากฐานประชาธิปไตยโดยการเขียนรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นตัวบทกฎหมายที่ให้หลักในการปกครองของประเทศและนำไปสู่ขนบธรรมเนียมและประเพณีนิยมเป็นแนวทางในการปฏิบัติของนักการเมืองต่างๆ ในเวลาต่อมาภายในประเทศสหรัฐอเมริกามีสิ่งๆ ที่เรียกว่าหลักกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ประกอบไปด้วยกฎหมายสูงสุดคือรัฐธรรมนูญและหลักกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มักเรียกกันว่าจารีตประเพณีนั้นเป็นเสาหลักในการนำพาประเทศให้ปกครองและบริหารบ้านเมืองภายใต้หลักการตรวจสอบและการถ่วงดุล (Check and Balance)

ผู้เขียนได้ให้นิยามของความหมายของคำว่าประชาธิปไตยหมายถึงระบอบของการปกครองซึ่งประกอบด้วยลักษณะที่สำคัญ ได้แก่ ความสม่ำเสมอหรือเป็นประจำ (Regular) ความเป็นอิสระหรือเสรีภาพ (Free) และการเลือกตั้งที่ยุติธรรม (Fair elections) โดยที่พลเมืองทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกันในการเลือกตั้งและกระทำการต่างๆ ได้ภายใต้พื้นฐานของหลักเสรีภาพของพลเมือง (Basic civil liberties) เช่น เสรีภาพในการพูด (Speech) และสมาคม (Association)

จากประสบการณ์ที่เรียนรู้จากงานวิจัยศึกษาเกี่ยวกับความล้มเหลวของระบอบประชาธิปไตยในประเทศต่างๆ จากอดีตที่ผ่านมา ผู้เขียนได้พัฒนาหลักการทดสอบ เพื่อนำมาใช้เป็นเครื่องมือค้นหาคุณลักษณะของบุคคลที่มีแนวโน้มว่าจะเป็นผู้นำเผด็จการในอนาคต เครื่องมือนี้ดังกล่าวเป็นเครื่องมือที่มีประโยชน์ในการวิเคราะห์พฤติกรรมของบุคคลว่าในอนาคตบุคคลนี้จะมีแนวโน้มเป็นผู้นำเผด็จการหรือไม่ ซึ่งจะช่วยให้สามารถป้องกันไม่ให้บุคคลดังกล่าวได้มีโอกาสเข้าสู่หนทางที่นำไปสู่การเป็นผู้นำของประเทศได้ ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างของหลายประเทศแล้วให้คำแนะนำว่า ถ้าผู้บริหารหรือผู้นำประเทศคนก่อนหน้านั้นได้ใช้วิธีการวิเคราะห์ลักษณะคุณสมบัติของบุคคลและทราบว่าบุคคลดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะเป็นผู้นำเผด็จการแล้ว ผู้นำของประเทศก่อนหน้านั้นก็จะหาหนทางที่จะกีดกันไม่ให้บุคคลดังกล่าวได้มีโอกาสขึ้นเป็นผู้นำคนต่อไป เช่น ในอดีตของประเทศสหรัฐอเมริกามีนักการเมืองที่มีลักษณะเป็นผู้นำเผด็จการได้รับความนิยมจากประชาชนและมีโอกาสที่ดีที่จะเข้าสู่หนทางทางการเมืองที่ประธานาธิบดี เช่น Henry Ford, Huey Long, Joseph McCarthy และ George Wallace บุคคลเหล่านี้มีความโดดเด่นทางการเมืองและมีโอกาสที่จะได้รับคัดเลือกเป็นประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาในอดีต เพราะมีความนิยมในหมู่ประชาชนสูงมาก แต่อย่างไรก็ตาม ผู้นำของสหรัฐอเมริกาในช่วงเวลาดังกล่าวได้สังเกตเห็นว่าบุคคลเหล่านี้มีลักษณะของผู้นำที่จะมีแนวโน้มเป็นผู้นำเผด็จการจึงปฏิเสธที่จะให้การสนับสนุน (refusing to endorse) เป็นการปิดโอกาสไม่ให้บุคคลเหล่านี้เข้าสู่การแข่งขันเพื่อเป็นประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกา

อย่างไรก็ตาม หากเกิดกรณีที่มีบุคคลที่มีลักษณะเป็นผู้นำเผด็จการได้เข้าสู่ระบบการเลือกตั้งและสามารถที่จะก้าวขึ้นสู่ตำแหน่งผู้นำของประเทศ ผู้เขียนได้กล่าวถึงเครื่องมือที่ใช้ในการทดสอบถึงความแข็งแรงของระบอบประชาธิปไตยในขั้นที่สอง โดยตั้งคำถามว่า “ผู้นำเผด็จการดังกล่าวจะสามารถทำลายสถาบันที่เป็นหลักของระบอบประชาธิปไตยหรือสิ่งๆ ที่มาจำกัดอำนาจของผู้นำนั้นได้หรือไม่” ผู้เขียนอธิบายว่าสถาบันที่อยู่ภายใต้ระบอบ

ประชาธิปไตยดังกล่าวนั้นไม่สามารถที่จะควบคุมหรือกำหนดกรอบอำนาจของผู้นำเผด็จการที่เป็นผู้นำที่ได้รับการเลือกตั้งขึ้นมาได้ เนื่องจากผู้นำเผด็จการจะใช้ช่องว่างของรัฐธรรมนูญในการดำเนินการต่างๆ เพื่อประโยชน์ของตนและจะเป็นผู้ทำลายกฎที่เขียนไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจะต้องได้รับการปกป้องโดยพรรคการเมืองหรือองค์กรพลเมือง นอกจากนี้สิ่งที่จะต้องปกป้องนอกจากรัฐธรรมนูญแล้วคือจารีตประเพณีที่เกี่ยวกับการกระทำหรือการใช้อำนาจภายใต้ระบอบประชาธิปไตย เพราะว่าหากผู้นำหรือนักการเมืองละเลยไม่คำนึงถึงสิ่งที่เป็นจารีตประเพณีที่เคยปฏิบัติมาในอดีตเกี่ยวกับการปกครองภายใต้ระบอบประชาธิปไตยแล้ว ลำพังรัฐธรรมนูญซึ่งมีหน้าที่ในการกำหนดเพื่อตรวจสอบและถ่วงดุลกันระหว่างองค์กรต่างๆ นั้นไม่สามารถที่จะปกป้องระบอบประชาธิปไตยได้ เนื่องจากผู้นำเผด็จการมักจะใช้ช่องว่างของรัฐธรรมนูญหรือบิดเบือนรัฐธรรมนูญโดยการเข้าแทรกแซงการทำหน้าที่ของสถาบันหลักของรัฐธรรมนูญเพื่อนำสถาบันเหล่านั้นมาเป็นเครื่องมือของตนในการหาผลประโยชน์ใส่ตนหรือเพื่อรักษาอำนาจของตนให้อยู่ตลอดไปรวมถึงการใช้เครื่องมือดังกล่าวทำร้ายบุคคลที่อยู่ฝ่ายตรงกันข้าม ตัวอย่างของพฤติกรรมของผู้นำเผด็จการที่ทำลายระบอบประชาธิปไตย เช่น การกำหนดจำนวนคณะผู้พิพากษาศาลสูงและใช้อำนาจแต่งตั้งพวกของตนเข้าเป็นสมาชิกในคณะผู้พิพากษานั้นเพื่อที่จะให้เสียงส่วนใหญ่ของคณะผู้พิพากษานั้นอยู่ภายใต้การควบคุมของตนเองได้ รวมถึงการแทรกแซงหน่วยงานอิสระการชั่งตวงการทำงานของสื่อสารมวลชนและองค์กรเอกชนต่างๆ นอกจากนี้การแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเมืองเพื่อที่จะนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์แก่ตนหรือทำลายบุคคลที่อยู่ฝ่ายตรงกันข้าม สิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่ผู้นำสามารถหยาบกร้านมาใช้ได้ซึ่งเป็นสิ่งที่กัดเซาะระบอบประชาธิปไตยนำไปสู่ความล้มเหลวของระบบดังกล่าวในที่สุด

ผู้เขียนได้นำเครื่องมือที่ผู้เขียนได้พัฒนาขึ้นก็คือการทดสอบมาใช้วิเคราะห์ประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า นับจากเดือนพฤศจิกายนปี ค.ศ. 2016 เมื่อโดนัลด์ ทรัมป์ (Donald Trump) ได้รับชัยชนะจากการเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดี ถือว่าพรรครีพับลิกันสอบตกคือไม่ผ่านบททดสอบบทแรก นั่นคือพรรคการเมืองนี้มีหน้าที่จะต้องคัดกรองนักการเมืองที่มีแนวโน้มว่าจะเป็นผู้นำเผด็จการออกไป มิให้ได้รับโอกาสในการเข้าสู่การแข่งขันคัดเลือกเป็นผู้นำของประเทศ แต่พรรครีพับลิกันกลับปล่อยให้นายทรัมป์เป็นตัวแทนของพรรคเข้าสู่การแข่งขั้รับเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดี

ผู้เขียนได้ค้นพบหลักเกณฑ์ที่ทำให้การเมืองและการปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีส่วนช่วยพัฒนาระบอบประชาธิปไตยให้เข้มแข็งนับจากอดีตจนถึงปัจจุบัน ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีดังนี้ ระบอบประชาธิปไตยจะมีโลกที่ทำงานได้ดีที่สุดและอยู่รอดปลอดภัยนานมากขึ้นเมื่อรัฐธรรมนูญถูกนำมาบังคับใช้ และด้วยกฎหมายเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้เขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (unwritten democratic norms) ซึ่งมีจารีตประเพณีหลักที่เกี่ยวข้องสองหลักการที่ช่วยรักษาระบอบประชาธิปไตยของอเมริกันชนในการทำหน้าที่ตรวจสอบและถ่วงดุลในแนวทางที่ก่อให้เกิดความมั่นคงแก่ระบอบประชาธิปไตย หลักจารีตประเพณีแรกคือ ความอดทนร่วมกัน (mutual toleration) หรือเป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปว่าหมายถึงการที่พรรคการเมืองที่เป็นคู่แข่งยอมรับพรรคการเมืองอีกฝ่ายหนึ่ง และพรรคการเมืองอีกฝ่ายหนึ่งก็ยอมรับคู่แข่งของตนว่าเป็นคู่แข่งที่มีความถูกต้องตามกฎหมาย (legitimate rivals) เช่น เมื่อแพ้การเลือกตั้งก็ต้องยอมรับความพ่ายแพ้ให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าบริหารประเทศตามคำกล่าวที่ว่ารัฐแพ้รัฐชนะและให้ดำเนินการไปตามกฎหมายรัฐธรรมนูญที่กำหนด จารีตประเพณีอีกประเภทหนึ่งคือ

ความอดทนอดกลั้น (forbearance) ซึ่งหมายถึงแนวความคิดที่ว่านักการเมืองจะต้องดำเนินกิจกรรมหรือบริหารกิจการใดๆ โดยจะต้องใช้ความยับยั้งชั่งใจในการจัดตั้งหรือใช้ประโยชน์จากอภิสิทธิ์ที่ตนมีต่อองค์กรหรือสถาบันในอดีตที่ผ่านมาของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น จาริตประเพณีทั้งสองหลักการดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้โดยผู้นำของพรรคการเมืองหลักทั้งสองพรรคยอมรับซึ่งกันและกัน โดยถือว่าพรรคคู่แข่งเป็นคู่แข่งที่ถูกต้องตามกฎหมาย และในขณะเดียวกันเมื่อใดก็ตามที่ได้ขึ้นเป็นผู้นำของประเทศที่มีความยับยั้งชั่งใจที่ไม่ใช้อำนาจแทรกแซงองค์กรหรือสถาบันหลักของประชาธิปไตยเพื่อนำมาใช้เป็นเครื่องมือแสวงหาประโยชน์ให้แก่ตนและพวกพ้อง จาริตประเพณีที่เกี่ยวข้องกับความอดทนอดกลั้นและความยับยั้งชั่งใจได้ถูกถือว่าเป็นราวอย่างอ่อน (soft guardrails) ที่คอยคุ้มครองและปกป้องระบอบประชาธิปไตยของอเมริกันชน เป็นสิ่งที่ช่วยเหลือนมิให้เกิดหรือหลีกเลี่ยงการเกิดพฤติกรรมการต่อสู้อย่างเอาเป็นเอาตายของเหล่านักการเมืองและกลุ่มพรรคการเมืองรวมทั้งกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นในประเทศต่างๆ นำไปสู่การทำลายล้างระบอบประชาธิปไตยรวมถึงสิ่งที่เกิดขึ้นในยุโรปในปี ค.ศ. 1930s และลาตินอเมริกาในช่วงทศวรรษ 1960s ถึง 1970s

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันนี้รั้วที่คอยปกป้องระบอบประชาธิปไตยของอเมริกันชนได้ถูกทำให้อ่อนแอลง การกัดเซาะระบอบประชาธิปไตยของเหล่าอเมริกันชนในส่วนของจาริตประเพณีที่ยึดถือปฏิบัติในการดำเนินการทางด้านประชาธิปไตยได้ถูกกัดกร่อนมาตั้งแต่ทศวรรษ 1980s และ 1990s และด้วยอัตราเร่งที่เพิ่มมากขึ้นในช่วงทศวรรษที่ 2000s ในช่วงเวลาดังกล่าว บาร์ค โอบามา ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี มีผู้แทนในฝั่งรีพับลิกันได้ตั้งคำถามเฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับความชอบธรรมทางกฎหมายของคู่แข่งทางการเมืองซึ่งก็คือพรรคเดโมแครตและการละทิ้งความยับยั้งชั่งใจ (forbearance) ในการใช้อำนาจของประธานาธิบดีโดยเน้นที่การหาทุกวิถีทางที่จะเอาชนะให้ได้โดยไม่คำนึงถึงว่าจะเป็นการฝ่าฝืนจาริตประเพณีที่ปฏิบัติสืบทอดกันมา และเมื่อโดนัลด์ ทรัมป์ ได้เข้าสู่ตำแหน่งประธานาธิบดีบุคคลดังกล่าวอาจจะเป็นผู้ที่เร่งให้ขบวนการกัดเซาะประชาธิปไตยมีเพิ่มมากขึ้น ซึ่งอาจจะมิได้เกิดจากการกระทำของเขาเป็นหลัก สิ่งดังกล่าวเป็นสิ่งที่ทำลายต่อระบอบประชาธิปไตยของอเมริกันชนซึ่งได้ฝังลึกลงไปเรื่อยๆ ความอ่อนแอของจาริตประเพณีภายใต้ระบอบประชาธิปไตยของสหรัฐอเมริกาเป็นผลสืบเนื่องมาจากความแตกแยกแบ่งพรรคแบ่งพวกอย่างสุดฤทธิ์ (extreme partisan polarization) สิ่งที่เป็นสาเหตุของความแตกแยกดังกล่าวนั้นนอกจากความแตกต่างกันในด้านความคิดเกี่ยวกับนโยบายแล้วยังมีการขยายวงของความแตกต่างออกไปครอบคลุมถึงเชื้อชาติสีผิวและวัฒนธรรม ความพยายามของประเทศสหรัฐอเมริกาที่จะนำไปสู่ความสำเร็จในการสร้างความเท่าเทียมกันของเชื้อชาติและสีผิวในขณะที่สังคมของอเมริกันชนนั้นมีความหลากหลายเพิ่มมากขึ้นอย่างมาก สิ่งดังกล่าวได้กลายเป็นเชื้อเพลิงที่จุดประกายขยายตัวไปสู่ความแตกแยกแบ่งพรรคแบ่งฝ่ายหรือแบ่งขั้วทางการเมืองเพิ่มมากขึ้น และถ้าสิ่งนี้ผู้เขียนได้ศึกษาเกี่ยวกับความล่มสลายของระบอบประชาธิปไตยของประเทศอื่นๆ จากในอดีตนั้นเป็นความจริง การแบ่งขั้วทางการเมืองอย่างสุดฤทธิ์นั้นจะสามารถทำลายระบอบประชาธิปไตยให้สูญสิ้นลงไปได้

ดังนั้น จึงมีเหตุผลที่จะเตือนสติว่านอกจากการที่อเมริกันชนได้เลือกบุคคลที่เป็นนักปลุกระดมมวลชน ซึ่งเป็นบุคคลที่มีคุณลักษณะเป็นผู้นำเผด็จการเข้าไปเป็นผู้นำในปี ค.ศ. 2016 แล้วนั้น แต่การที่พวกเราได้ทำสิ่งต่างๆ ณ เวลาเดียวกันกับเมื่อจาริตประเพณีที่เคยถือว่าเป็นรั้วอันแข็งแกร่งป้องกันระบอบประชาธิปไตยของเรานั้นกำลังจะถูกทำลายลง นอกจากประสบการณ์ที่ได้รับจากการเรียนรู้จากประเทศต่างๆ ว่าการแบ่งแยก

เป็นข่าวต่างๆ สามารถที่จะฆ่าระบอบประชาธิปไตยได้แล้ว สิ่งเหล่านั้นยังสอนเราให้รู้ถึงความแตกแยกไปจนถึง การแตกหักนั้นไม่อาจจะหลีกเลี่ยงได้และไม่อาจจะทำให้ย้อนกลับมาเหมือนเดิมได้ เมื่อเราวาดภาพบทเรียนที่ ได้รับจากวิกฤตประชาธิปไตยจากที่อื่นๆ ผู้เขียนหนังสือเล่มนี้แนะนำกลยุทธ์ต่างๆ ว่าพลเมืองทั้งหมดนั้นสมควร และไม่ควรกระทำเพื่อสร้างผลลัพธ์สู่การปกป้องประชาธิปไตยของเหล่าอเมริกันชนให้คงอยู่ตลอดไป

และจากประวัติศาสตร์ที่ผ่านมาชาวอเมริกันจำนวนมากได้ต่อสู้กับสิ่งต่างๆ ที่ได้เกิดขึ้นในประเทศเพื่อให้ ประเทศอยู่รอดปลอดภัยจากภัยต่างๆ แต่การปกป้องประชาธิปไตยนั้นต้องทำมากกว่าการต่อสู้หรือการออกรบ เราจะต้องเป็นผู้ที่อ่อนน้อมถ่อมตนและกล้าหาญ เราต้องเรียนรู้จากประเทศอื่นๆ เพื่อให้รู้ถึงสัญญาณการเตือนภัย และจดจำสัญญาณเตือนความล้มเหลวที่เคยเกิดขึ้นมาแล้ว เราต้องเปิดใจกว้างและรับรู้ คือรับรู้ด้วยความซื่อสัตย์ ต่อความผิดพลาดทั้งหลายที่ก่อให้เกิดความหายนะต่อระบอบประชาธิปไตยของประเทศอื่นๆ และเราต้องรู้ว่า พลเมืองได้กระทำอย่างไรและอะไรบ้างที่เป็นการยกระดับของวิกฤตระบอบประชาธิปไตยอันใหญ่หลวงในอดีต ที่ผ่านมา การแก้ปัญหาในเรื่องของการแบ่งแยกแบ่งฝักแบ่งฝ่ายที่เกิดขึ้นจนเป็นผลเสีย ประวัติศาสตร์มิได้เกิดขึ้น โดยซ้ำรอยตัวมันเอง แต่เป็นสิ่งที่เรียกว่าความคล้องจอง (Rhymes) คำมั่นสัญญาและความหวังของผู้เขียนหนังสือ เล่มนี้คือการหาสิ่งที่คล้องจองแล้วดำเนินการแก้ไขเพื่อนำไปสู่ความเข้มแข็งของประชาธิปไตยมากขึ้นก่อนที่จะ สลายเกินไป

### หลัก แนวคิดและข้อคิดเห็นที่ปรากฏในหนังสือนี้:-

สาเหตุในการเปิดโอกาสให้บุคคลที่มีลักษณะเป็นผู้นำเผด็จการก้าวขึ้นสู่ตำแหน่งผู้นำประเทศ คือ ผู้นำเดิม เลือกผู้นำเผด็จการเป็นพันธมิตรที่สำคัญ ผู้เขียนได้ค้นพบปัจจัยที่สำคัญประการหนึ่งในการนำไปสู่ความล้มเหลว ของระบอบประชาธิปไตย คือ การที่ผู้นำประเทศคนก่อนหน้าหรือกลุ่มของผู้นำในอดีตจะเป็นด้วยเหตุผลทาง การเมือง หรือเพื่อการรักษาอำนาจของตัวเองให้อยู่ตลอดไป หรือเหตุผลอื่นใดก็ตาม ได้สร้างพันธมิตรที่สำคัญ ทางการเมืองโดยปราศจากการพิจารณาว่าบุคคลที่จะรับเข้ามาเป็นพันธมิตรที่สำคัญนั้นมีคุณลักษณะที่มีแนวโน้ม จะเป็นผู้นำเผด็จการในอนาคตหรือไม่ การที่ผู้นำหรือกลุ่มผู้นำในอดีตมิได้คำนึงถึงคุณลักษณะของบุคคลดังกล่าว นั้น การที่เลือกคนที่มีแนวโน้มที่จะเป็นผู้นำเผด็จการเข้าเป็นพันธมิตรที่สำคัญจะเป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลนั้น มีโอกาสได้เข้าสู่หนทางสู่การเป็นผู้นำของประเทศ เมื่อผู้นำของประเทศเป็นผู้ที่มีคุณลักษณะของผู้นำเผด็จการ ผลที่เกิดขึ้นคือผู้นำเผด็จการนั้นจะพยายามทุกวิถีทางในการที่จะรักษาอำนาจของตนให้คงอยู่กับตนตลอดไป ดังนั้น ผู้นำเผด็จการดังกล่าวจึงจะทำทุกวิถีทางเพื่อให้ตนมีอำนาจและอยู่ในอำนาจ

ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างของกรณีศึกษาประกอบเพื่อเป็นหลักฐานเชิงประจักษ์ยืนยันสมมติฐานที่ได้ตั้งขึ้น ดังที่กล่าวมาแล้วโดยยกตัวอย่างประเทศอิตาลีกับการขึ้นสู่อำนาจของมุสโสลินีในปี ค.ศ. 1922 โดยมุสโสลินี ในฐานะพันธมิตรที่สำคัญได้รับคำรับเชิญจากกษัตริย์เพื่อให้ดำรงตำแหน่งที่สำคัญในรัฐบาลที่จัดตั้งใหม่เป็นจุด เริ่มต้นที่ผู้นำได้เปิดโอกาสให้มุสโสลินีเข้าสู่อำนาจทางการเมือง นำไปสู่การเปลี่ยนระบอบการปกครองเป็น ฟาสซิสต์ นอกจากกรณีของการขึ้นสู่อำนาจของมุสโสลินีนั้นยังมีตัวอย่างอื่นๆ ที่เข้าสู่อำนาจทางการเมืองของ ผู้นำเผด็จการในลักษณะที่ผู้นำในอดีตได้เปิดโอกาสให้เข้ามาสู่ถนนการเมืองเพื่อนำไปสู่การเป็นผู้นำโดยที่ผู้นำ ในอดีตไม่ได้พิจารณาหรือไตร่ตรองคุณลักษณะของบุคคลดังกล่าวว่าจะมีแนวโน้มไปสู่การเป็นผู้นำเผด็จการหรือไม่

ผู้นำที่มีลักษณะและวิถีทางสู่อำนาจเช่นเดียวกับกรณี ได้แก่ ออดอฟฟ์ ฮิตเลอร์ (Adolf Hitler) ในประเทศเยอรมัน เก็ตตุลีโอ วากาส (Gettulo Vargas) ในประเทศบราซิล อัลเบอริโต ฟุจิโมริ (Alberto Fujimori) ในประเทศเปรู และฮิวโก ซาเวซ (Hugo Chavez) ในประเทศเวเนซุเอลา

ผู้เขียนได้กล่าวถึงพฤติกรรมสี่ประการที่เป็นสัญลักษณ์ที่เตือนว่าบุคคลดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะเป็นผู้นำเผด็จการซึ่งมีคุณลักษณะพฤติกรรมดังต่อไปนี้ ประการแรก มีพฤติกรรมบอกรับ (reject) ในความหมายของกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือในลักษณะของการกระทำที่ปฏิเสธและละเลยกฎกติกาของเกมเกี่ยวกับระบอบประชาธิปไตย ประการที่สอง มีพฤติกรรมปฏิเสธ (deny) ความชอบธรรมตามกฎหมายของฝ่ายตรงข้าม ประการที่สาม ยอมรับหรือให้การสนับสนุนความรุนแรง หรือประการที่สี่ แสดงออกถึงความต้องการที่จะลิดรอนเสรีภาพแห่งพลเมืองของฝ่ายตรงข้ามรวมถึงสื่อสารมวลชนด้วย

ผู้เขียนได้กล่าวถึงประเทศสหรัฐอเมริกาว่าประสบความสำเร็จในการที่ผู้นำทางการเมืองเป็นส่วนสำคัญของการเฝ้าระวัง (gate keeping) ทั้งพรรคเดโมแครตและพรรครีพับลิกันต่างได้มีส่วนสำคัญในการเฝ้าระวัง โดยการค้นหาบุคคลที่ไม่มีคุณสมบัติหรือคุณลักษณะที่มีแนวโน้มจะเป็นผู้นำเผด็จการเพื่อเป็นตัวแทนของพรรค ในการเข้าสู่หนทางแห่งการแข่งขันเพื่อเป็นประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาและจะกีดกันมิให้บุคคลที่มีแนวโน้มจะเป็นเผด็จการดังกล่าวเข้าสู่หนทางสู่การเป็นผู้นำของประเทศ โดยทั้งสองพรรคต่างมีกลไกในการคัดเลือกบุคคลที่มีประสิทธิภาพ แม้ว่าบริบทของการคัดสรรบุคคลที่เป็นตัวแทนของพรรคจะมีการเปลี่ยนแปลง แต่ในช่วงเวลาต่างๆที่ผ่านมาทั้งสองพรรคก็ประสบความสำเร็จในการรักษาภาพของการเป็นพรรคผู้นำที่ช่วยปกป้องประชาธิปไตยของประเทศสหรัฐอเมริกาจนกระทั่งเกิดเหตุการณ์การเลือกตั้งในปี ค.ศ. 2016 และหลังจากนั้นเป็นต้นมา

### เกี่ยวกับบทที่กล่าวถึงการเฝ้าระวังในฐานะยามเฝ้าประตูในประเทศสหรัฐอเมริกา:-

ในหนังสือชื่อ “The Plot Against America” ผู้ประพันธ์ที่มีความหลักแหลมในปัญญาชื่อว่าฟิลิปส์ รอท (Philips Roth) ได้เขียนบทประพันธ์จากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริงในประวัติศาสตร์เพื่อจินตนาการให้เห็นภาพบริบททางการเมืองในประเทศสหรัฐอเมริกาในรูปแบบการปกครองภายใต้ลัทธิฟาสซิสต์ว่าเป็นอย่างไรในช่วงก่อนสงคราม ผู้เขียนได้รวบรวมข้อมูลเชิงประจักษ์แสดงให้เห็นว่าในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่สองนั้น มีนักการเมืองอเมริกันหลายคนที่มีแนวคิดสุดโต่งที่จะเป็นผู้นำเผด็จการในขณะที่นักการเมืองเหล่านั้นเป็นที่ชื่นชอบของประชาชน ซึ่งผู้เขียนให้ข้อสังเกตว่าในช่วงเวลาดังกล่าวประเทศสหรัฐอเมริกาเสี่ยงอันตรายที่จะมีบุคคลเผด็จการขึ้นสู่ตำแหน่งผู้นำของประเทศ และได้กล่าวถึงพฤติกรรมของบุคคลดังต่อไปนี้ไว้

ชาร์ลส์ ลินด์เบิร์ก (Charles Lindbergh) อดีตนักบินผู้ที่ได้สร้างชื่อเสียงจากการบินข้ามมหาสมุทรแอตแลนติกในปี ค.ศ. 1927 ลินด์เบิร์กก้าวเข้าสู่การเมืองในปี ค.ศ. 1990 ภายใต้พรรครีพับลิกัน ลินด์เบิร์กเป็นบุคคลที่ไม่มีประสบการณ์ทางการเมืองแต่ได้ใช้ชื่อเสียงที่เป็นนักบินข้ามมหาสมุทรในอดีตในการหาเสียงให้แก่ตน จนได้รับความนิยมจากประชาชนในฐานะฮีโร่คนหนึ่ง ลินด์เบิร์กได้รับความนิยมนำแฟรงกลิน ดีลาโน รูสเวลท์ และมีโอกาสที่จะได้ก้าวไปสู่ตำแหน่งประธานาธิบดี นอกจากนี้ ลินด์เบิร์กยังเป็นเจ้าของแคมเปญ (campaign) ในการหาเสียงซึ่งถูกเปิดเผยในภายหลังว่ามีความเชื่อมโยงกับฮิตเลอร์ผู้นำเผด็จการของประเทศ

เยอรมันโดยมีแผนที่จะลงนามอนุสัญญาสันติภาพกับศัตรูของอเมริกา ก่อให้เกิดกระแสการต่อต้านชาวยิว และลัทธิความรุนแรงแพร่ไปทั่วยุโรป

ในช่วงทศวรรษที่ 1930s ก่อนเกิดสงครามโลกครั้งที่สองได้ปรากฏนักการเมืองอเมริกันหลายคนที่มีแนวคิดไปในแนวทางผู้นำเผด็จการ ได้แก่ ชาร์ลส์ คอจท์ลิน (Charles Coughlin) เฮย์ ลอง (Hey Long) โจเซฟ แมคคาร์ที (Joseph McCarthy) และจอร์จ วอลล์ (George Wallace)

ชาร์ลส์ คอจท์ลิน (Charles Coughlin) เป็นบาทหลวงนิกายคาทอลิกที่มีแนวคิดต่อต้านชาวยิว เป็นเจ้าของรายการสื่อวิทยุที่ได้รับความนิยมสูงในระดับชาติ มีผู้ฟังถึงสี่สิบล้านคนในแต่ละสัปดาห์ บาทหลวงคอจท์ลินมีพฤติกรรมต่อต้านประชาธิปไตยอย่างเปิดเผยโดยเรียกร้องให้ยกเลิกพรรคการเมืองทั้งหมดแล้วตั้งคำถามเกี่ยวกับคุณค่าของการเลือกตั้ง นอกจากนี้ยังเป็นเจ้าของหนังสือพิมพ์ชื่อ “Social Justice” ในช่วงทศวรรษที่ 1930s โดยวางแนวทางการสื่อสารไปในแนวทางโปรฟาสซิสต์ (Pro-Fascist) ด้วยการยกย่องมุสโสลินีว่าเป็นบุคคลแห่งสัปดาห์และมักออกมาปกป้องระบอบนาซีอยู่เสมอ ถึงแม้ว่าคอจท์ลินจะมีแนวคิดสุดโต่งก็ตามแต่ก็ได้รับความนิยมอย่างมากในอเมริกา ได้รับการขนานนามจากนิตยสารฟอร์จูน (Fortune Magazine) ว่า “เป็นสิ่งที่ยิ่งใหญ่ที่สุดที่อุบัติขึ้นในวงการสื่อวิทยุ” คอจท์ลินได้ออกตระเวนกล่าวสุนทรพจน์และเผยแพร่แนวความคิดในที่ต่างๆ ทั่วประเทศ นับว่าเป็นผู้ที่มีแนวคิดไปในทางผู้นำเผด็จการที่ได้รับความนิยมจากประชาชนมากเป็นอันดับสองรองจากรูสเวลต์

เฮย์ ลอง (Hey Long) เป็นอดีตผู้ว่าการมลรัฐลุยส์เซียน่าและเป็นวุฒิสมาชิกที่โดดเด่นอีกคนหนึ่งได้รับฉายาว่า “The King fish” ได้รับการกล่าวขานจากนักเขียนประวัติศาสตร์ว่าเป็นนักปลุกระดมมวลชนด้วยมีลักษณะคล้ายผู้นำเผด็จการในลาตินอเมริกาที่มีนามว่าวาแกส (Vagas) และเปรอน (Peron) เฮย์ ลองมักจะมีพฤติกรรมฝ่าฝืนกฎหมาย (Rule of Law) อยู่เสมอ ในระหว่างที่ดำรงตำแหน่งผู้ว่าการมลรัฐลุยส์เซียน่า เฮย์ ลองกล่าวถึงรัฐดังกล่าวว่า “เป็นมลรัฐที่ผู้นำยึดถือแนวทางเผด็จการในการบริหารมากที่สุดเท่าที่ได้พบเห็นในอเมริกาเลยทีเดียว” เนื่องจาก เฮย์ ลองได้ใช้วิธีการติดสินบนและการคุกคามองค์กรอิสระแห่งมลรัฐ ได้แก่ การแทรกแซงรัฐสภา ผู้พิพากษาศาล และสื่อมวลชน เฮย์ ลองใช้อำนาจของตนในการแทรกแซงเขียนและแก้ไขกฎหมายแห่งมลรัฐเพื่อประโยชน์ของตนและได้รับขนานนามจากสื่อหนังสือพิมพ์ว่าเป็นผู้นำเผด็จการ ซึ่งมีคำกล่าวเปรียบเทียบกับแนวคิดไปในแนวทางฟาสซิสต์ไม่ต่างจากมุสโสลินีผู้นำเผด็จการของอิตาลีเลย เฮย์ ลองได้ปลุกระดมมวลชนโดยการเรียกร้องให้เกิดการกระจายทรัพย์สิน (Wealth Distribution) ในปี ค.ศ. 1934 เฮย์ ลอง ได้รับความนิยมจากประชาชนจำนวนมาก เขาได้วางแผนลงสมัครแข่งขันเพื่อรับการเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดี ถือว่าเป็นคู่แข่งคนสำคัญของรูสเวลต์ แต่ต่อมาเฮย์ ลองถูกลอบสังหารถึงแก่ความตายในเดือนกันยายนปี ค.ศ. 1935 ก่อนถึงวันเลือกตั้งประธานาธิบดีแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา

โจเซฟ แมคคาร์ที (Joseph McCarthy) เป็นวุฒิสมาชิกผู้ใช้ “ความกลัว” เกี่ยวกับลัทธิคอมมิวนิสต์ในช่วงสงครามเย็น (Cold War fear of communist subversion) ที่เกิดขึ้นในหมู่ประชาชนในสหรัฐอเมริกา เป็นเครื่องมือในการหาเสียงและใส่ร้ายบุคคลอื่น เช่น ใสความบุคคล สร้างบัญชีดำ (Blacklist) ดำเนินการเซ็นเซอร์และแบนหนังสือ ในช่วงเวลาดังกล่าวโจเซฟ แมคคาร์ทีได้รับความนิยมจากประชาชนจำนวนมาก โดยผลสำรวจพบว่าประชาชนเกือบครึ่งหนึ่งของทั้งหมดในประเทศให้ความนิยมต่อ โจเซฟ แมคคาร์ที

บุคคลสุดท้ายที่จะกล่าวถึงคือจอร์จ วาแลซส์ (George Wallace) จอร์จ วาแลซส์ เป็นผู้ว่าการรัฐอลาบามา ที่มีจุดยืนเป็นนักแบ่งแยกสีผิวที่ต่อต้านคนหนึ่ง มักจะออกมาส่งเสริมแนวคิดด้านความรุนแรงและแสดงออกโดยประกาศไม่เคารพจารีตประเพณีที่ยึดถือปฏิบัติมาเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ จอร์จ วาแลซส์ได้กระจายข่าวสารของตนซึ่งมีลักษณะเป็นการเหยียดผิวไปสู่คนอเมริกันผิวขาว เพื่อเรียกร้องความชอบธรรมให้แก่ชาวผิวขาวที่ต้องรับภาระในการดูแลคนต่างสีผิว การรณรงค์ดังกล่าวทำให้ จอร์จ วาแลซส์ได้รับความนิยมในหมู่ประชาชนชาวอเมริกันผิวขาว จอร์จ วาแลซส์ได้สมัครรับการเลือกตั้งในปี ค.ศ. 1968 และอีกครั้งในปี ค.ศ. 1972 โดยได้รับความนิยมาจากประชาชนอย่างล้นหลาม กล่าวคือในปี ค.ศ. 1972 จอร์จ วาแลซส์ได้รับคะแนนเสียงในการหยั่งเสียงเลือกตั้งมากกว่าจอร์จ แมกโกรเวอร์ (George McGrover) ถึงมากกว่าหนึ่งล้านเสียง

ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างของนักการเมืองในอเมริกาที่มีแนวคิดหัวรุนแรงและมีแนวโน้มฟักใฝ่ผู้นำเผด็จการเพื่อต้องการชี้ให้เห็นว่าในสังคมอเมริกันจากอดีตที่ผ่านมาั้นปรากฏชาวอเมริกันจำนวนมากที่มีแนวคิดฟักใฝ่ไปในทางผู้นำเผด็จการซึ่งเป็นภัยต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อย่างไรก็ตามผู้เขียนได้วางหลักไว้เป็นแนวคิดที่เกี่ยวกับความอยู่รอดของระบอบประชาธิปไตยในอเมริกาว่า ในอดีตนั้นรัฐที่เป็นประการสำคัญในการปกป้องประชาธิปไตยของสหรัฐอเมริกาคือ “การเฝ้าระวัง” (Gate keeping) ซึ่งเฝ้าระวังมิให้บุคคลที่มีคุณลักษณะของผู้ผู้นำเผด็จการ นักปลุกระดมมวลชนหรือผู้ที่มีแนวคิดหัวรุนแรงเข้าสู่หนทางหรือได้รับโอกาสในการได้รับคัดเลือกเป็นผู้แทนของพรรคในการแข่งขันรับสมัครเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกา ซึ่งหน้าที่ในการเฝ้าระวังนั้นเป็นหน้าที่ของพรรคการเมืองและอยู่ในความรับผิดชอบของพรรคการเมืองทั้งสองพรรคคือเดโมแครตและรีพับลิกัน

ผู้เขียนได้แสดงข้อมูลเชิงประจักษ์เพื่อให้เห็นความเปลี่ยนแปลงของระบบการเฝ้าระวัง (Gate keeping System) ซึ่งจากในอดีตเริ่มจากกลุ่มผู้นำเพียงไม่กี่คนในพรรคการเมืองที่ทำหน้าที่ในการเฝ้าระวัง รูปแบบของการเฝ้าระวังในยุคแรกเกิดขึ้นที่ห้องพักแห่งหนึ่งในโรงแรมจึงมีชื่อเรียกแบบนี้ว่า “ห้องด้านหลังที่เต็มไปด้วยควัน” (Smoke-filled back room) โดยกลุ่มผู้นำของพรรครวมตัวกันในห้องที่โรงแรมแห่งหนึ่งเพื่อร่วมกันตัดสินใจเลือกผู้แทนของพรรคที่จะส่งลงสมัครรับเลือกตั้งในตำแหน่งประธานาธิบดี กลุ่มผู้นำเหล่านี้จะทำหน้าที่เลือกบุคคลที่มีลักษณะเป็นผู้นำประชาธิปไตยไม่ใช่ผู้นำเผด็จการหรือผู้นำหัวรุนแรง เพื่อกำหนดให้เป็นตัวแทนของพรรคลงสมัครเลือกตั้งตำแหน่งประธานาธิบดี

ผู้เขียนได้กล่าวถึงผู้ที่วางรากฐานประชาธิปไตยในสหรัฐได้ตระหนักและให้ความสำคัญอย่างสูงต่อ “การเฝ้าระวัง” (Gate keeping) ดังนั้น ในการออกแบบกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Constitution) ของประเทศและระบบการเลือกตั้ง (Electoral System) ผู้วางรากฐานจะวางหลักที่เป็นทางเลือกที่ผู้นำจะต้องตัดสินใจในเรื่องต่างๆ และในหลายแง่มุมต่างๆ ซึ่งสิ่งเหล่านี้ยังคงปรากฏอยู่จนถึงปัจจุบัน สิ่งที่ว่าหลักไว้ที่สำคัญมากคือที่มาของประธานาธิบดีที่ได้รับการเลือกตั้งนั้น เนื่องจากผู้วางรากฐานมีความกังวลและไม่ได้เชื่อมั่นว่าประชาชนโดยทั่วไปจะมีความสามารถหรือวิจรรย์ญาณมากเพียงพอที่จะตัดสินใจว่าผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกคนใดจะมีความเหมาะสมมากที่สุดสำหรับตำแหน่งประธานาธิบดีเนื่องจากประชาชนไม่มีข้อมูลที่เพียงพอ ซึ่งหากให้มีการเลือกตั้งโดยตรงคือประชาชนเลือกตั้งประธานาธิบดีโดยตรงในลักษณะของ popular vote อาจจะเปิดโอกาสให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งบางคนฉวยโอกาสใช้วิธีปลุกระดมมวลชนหรือใช้ความกลัวของประชาชนเพื่อสร้างคะแนนเสียงให้แก่ตนจนชนะการเลือกตั้ง ดังนั้น จึงไม่ได้วางระบบการเลือกตั้งโดยให้ประชาชนเลือกประธานาธิบดีโดยตรง

แต่ได้วางหลักการเลือกตั้งโดยให้ประชาชนเลือกตั้งผู้แทนของมลรัฐที่มีคุณลักษณะเป็นผู้ที่ฉลาด มีความรอบรู้ และมีประสบการณ์การทำงานในหน่วยงานของรัฐหรือการเมืองอย่างใกล้ชิดเพื่อเข้าไปเป็นตัวแทนคัดเลือกผู้ที่ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีอีกทีหนึ่งซึ่งนำไปสู่ระบบที่เรียกว่า “คณะผู้เลือกตั้ง” (Electoral College) ซึ่งปรากฏภายใต้ Article II ของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา โดยการเลือกตั้งดังกล่าวเป็นระบบการเลือกตั้งประธานาธิบดีโดยอ้อม ซึ่งผู้เขียนได้วิเคราะห์ระบบการเลือกตั้งโดยอ้อมว่าแต่เดิมนั้นจะได้ผู้แทนของแต่ละมลรัฐ ที่เป็นตัวแทนที่มีอิสระในการตัดสินใจที่จะลงคะแนนเลือกตั้งประธานาธิบดีที่มีคุณสมบัติเป็นผู้นำที่พึงประสงค์

ผู้เขียนได้อธิบายปรากฏการณ์และความเปลี่ยนแปลงของระบบการเฝ้าระวัง (Gate keeping system) ของสหรัฐอเมริกา นับแต่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญจนถึงปี ค.ศ. 2016 ไว้ดังนี้

“การเฝ้าระวัง” ในช่วงแรกหลังจากที่สหรัฐอเมริกาได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้วในเดือนมิถุนายนปี ค.ศ. 1920 วูดโรว์ วิลสัน ประธานาธิบดีได้พ้นจากตำแหน่งเป็นเหตุให้ตัวแทนของพรรครีพับลิกันได้มาชุมนุมกันเพื่อเลือกผู้แทนพรรคเป็นคู่แข่ง (nominee) เพื่อลงแข่งขันชิงตำแหน่งประธานาธิบดี กลุ่มของวุฒิสมาชิกของสหรัฐและผู้นำพรรคการเมืองชุดเดิมได้ประชุมกันในโรงแรมแห่งหนึ่งกลุ่มนี้ถูกขนานนามว่า “The Old Guard” “Smoke-filled back room” ได้ปรึกษาหารือหาทางแก้ปัญหาที่ไม่สามารถหาทางออกได้ เพื่อให้ได้ผู้สมัคร (Candidates) ให้ได้จำนวน 493 ตัวแทน (Delegates) ตามที่กฎหมายกำหนดสำหรับเข้าสู่กระบวนการคัดเลือกผู้ทำชิง (nominee) เพื่อเข้าชิงตำแหน่งประธานาธิบดี

หลักการคือผู้สมัครที่ได้รับคัดเลือกทั้งหมดจะต้องเสนอบุคคลในกลุ่มของผู้ถูกคัดเลือกเพื่อให้คณะกรรมการของพรรคซึ่งประกอบด้วยประเทศสมาชิกและผู้นำทำการคัดเลือกเพื่อสรรหาผู้ทำชิงเป็นตัวแทนของพรรคไปชิงตำแหน่งประธานาธิบดี จากข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีวุฒิสมาชิกและผู้นำจำนวนหนึ่งมาประชุมกันโดยพิจารณาคุณสมบัติและประสบการณ์ของผู้สมัครแต่ละคน โดยกลุ่มของผู้สรรหานี้จะทำหน้าที่ในการเฝ้าระวัง กล่าวคือ หากผู้สมัครคนใดมีคุณสมบัติที่ไม่เป็นผู้นำที่ดีหรือเป็นผู้นำเผด็จการและไม่ยึดหลักประชาธิปไตยก็จะถูกคัดออกไปเหลือไว้ซึ่งผู้สมัครที่มีคุณสมบัติเหมาะสมที่จะทำหน้าที่เป็นผู้นำในระบบประชาธิปไตย

อาจย้อนกลับไปพิจารณา “สถาบันที่ทำหน้าที่เฝ้าระวัง” นับจากช่วงกำเนิดของกฎหมายรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1787 ระบบการคัดเลือกประธานาธิบดีระบบแรกคือประธานาธิบดีจะต้องเป็นสมาชิกของรัฐสภา ซึ่งถูกเลือกโดยประชาชนเข้ามา โดยผู้นำกลุ่มต่างๆ ในรัฐสภาจะเป็นผู้สรรหาประธานาธิบดีจากสมาชิกของรัฐสภาที่เป็นสมาชิกผู้แทนราษฎรที่อยู่ในสภาและมีได้เป็นวุฒิสมาชิก ดังนั้น จะเห็นว่าระบบเฝ้าระวังโดยทำการคัดเลือกประธานาธิบดีโดยต้องเลือกเฉพาะผู้ที่เป็นสมาชิกรัฐสภาประเภทสมาชิกผู้แทนราษฎร ดังนั้นเพื่อที่จะขึ้นสู่ตำแหน่งประธานาธิบดีได้จะต้องเป็นคนในเท่านั้น คนนอกจะไม่มีโอกาสเข้าสู่การคัดเลือกนี้ ซึ่งเป็นข้อดีคือผู้นำที่เป็นผู้คัดเลือกจะทราบเป็นอย่างดีว่าบุคคลที่เข้ารับการคัดเลือกนั้นมีคุณลักษณะเหมาะสมที่จะเป็นประธานาธิบดีหรือไม่ และสามารถคัดเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติไม่เหมาะสมเช่นมีคุณลักษณะเป็นผู้นำเผด็จการออกไปจากระบบการคัดเลือกได้ แต่ข้อเสียก็คือการคัดเลือกดังกล่าวถือว่าเป็นระบบคัดเลือกที่เป็นประชาธิปไตย

ระบบคณะเลือกตั้ง (Electoral College) เป็นการคัดเลือกผู้แทนในแต่ละรัฐเพื่อทำหน้าที่และรับผิดชอบในการเลือกผู้ที่เหมาะสมจะเป็นประธานาธิบดี ภายใต้ระบบนี้ผู้ที่ถูกเลือกเป็นผู้เลือกประธานาธิบดีจะเป็นผู้ที่มีคุณวุฒิที่มีชื่อเสียงและมีคุณสมบัติโดดเด่นตามที่ต้องการ ส่วนผู้สมัครที่มีความฉลาดในการสร้างความสนใจในตัวให้กับตัวเองได้ต่ำและมีศิลปะในการเรียกคะแนนเสียงได้น้อยก็จะถูกรองทิ้งไป ดังนั้นระบบคณะเลือกตั้งจะทำหน้าที่เป็นผู้เฝ้าระวังเช่นแบบเดิมของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ใช้ในอดีต

อย่างไรก็ตาม ระบบดังกล่าวถูกนำมาใช้ในช่วงเวลาที่ไม่ยาวนานนัก เนื่องจากประการแรก รัฐธรรมนูญไม่ได้ตั้งคำถามว่าจะใช้วิธีใดในการเลือกผู้สมัครเข้าชิงตำแหน่งประธานาธิบดี ดังนั้น ระบบคณะเลือกตั้งจะทำงานได้ก็ต่อเมื่อหลังจากที่ประชาชนลงคะแนนเสียงเลือกตั้งแล้ว ซึ่งไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์ในการพิจารณาผู้ที่เข้าแข่งขันช่วงชิงตำแหน่งในช่วงก่อนหน้าเลือกตั้งหรือก่อนลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง ประการที่สอง รัฐธรรมนูญไม่เคยกล่าวถึงพรรคการเมืองเลย ซึ่งการเกิดขึ้นของพรรคการเมืองในเวลาต่อมาก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงวิธีการในระบบการเลือกตั้ง

ต่อมาเมื่อมีพรรคการเมืองเกิดขึ้นในช่วงทศวรรษที่ 1800s เกิดความเปลี่ยนแปลงในวิธีการทำงานภายใต้ระบบการเลือกตั้ง กล่าวคือ เดิมประชาชนเลือกผู้หรือผู้ที่มีความเชี่ยวชาญเป็นผู้แทนของมลรัฐเพื่อเข้าไปเป็นคณะเลือกตั้ง และต่อมาเมื่อเกิดพรรคการเมืองขึ้นจึงทำให้ในแต่ละมลรัฐเริ่มเลือกตั้งผู้ที่จะรักษาติดต่อพรรคการเมือง ซึ่งแทนที่จะมีความเป็นอิสระ ผู้เลือก (Electors) ที่ถูกเลือกเข้าสู่คณะเลือกตั้งจะถูกเปลี่ยนไปเป็นตัวแทนของพรรค หมายความว่าในคณะเลือกตั้งย่อมตกอยู่ภายใต้อำนาจในการเฝ้าระวัง กล่าวคืออำนาจในการคัดกรองผู้นำนั้นตกอยู่ภายใต้การชี้นำโดยพรรคการเมืองเป็นผู้มีอำนาจในการเลือกผู้แทนเพื่อเข้าชิงตำแหน่งประธานาธิบดีนับตั้งแต่มีพรรคการเมืองเป็นต้นมา

บทต่อมาที่มีชื่อว่าการเสียสละที่ยิ่งใหญ่ของพรรครีพับลิกันนั้น เนื่องจากในช่วงสองทศวรรษที่ผ่านมาทัศนคติของผู้นำของพรรครีพับลิกันที่มีต่อพรรคเดโมแครตได้เปลี่ยนแปลงไปคือจากเดิมในอดีตจะมองพรรคที่อยู่ฝ่ายตรงข้ามในฐานะเป็นคู่แข่งที่ต้องตามกฎหมายทางการเมือง แต่ในช่วงสามสิบปีที่ผ่านมาผู้นำของพรรครีพับลิกันได้เปลี่ยนมุมมองโดยมองว่าพรรคเดโมแครตเป็นศัตรู มุมมองที่เปลี่ยนไปโดยการมองคู่แข่งเป็นศัตรูนั้นทำให้ผู้นำของพรรคดังกล่าวพยายามทุกวิถีทางที่จะทำลายพรรคฝ่ายตรงข้ามและต้องการเป็นผู้นำตลอดกาล โดยใช้กลยุทธ์ทุกวิถีทางเพื่อเอาชนะจนถึงขั้นทำลายขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณีที่ยึดถือปฏิบัติซึ่งเป็นเกราะป้องกันระบอบประชาธิปไตยให้อยู่รอดปลอดภัยมาตั้งแต่อดีต ตัวอย่างของการข้ามเส้นแดงแห่งขนบธรรมเนียมหรือจารีตประเพณี ได้แก่การใช้คำกล่าวหาพรรคฝ่ายตรงข้ามว่าเป็นศัตรูของประชาชนและย่ำเตือนวาทกรรมดังกล่าวอยู่ตลอดเวลา หรือใช้อำนาจของผู้นำเข้าครอบงำองค์กรอิสระเพื่อนำมาใช้เป็นเครื่องมือหาประโยชน์ให้ฝ่ายตนเพื่อความสะดวกในการแสวงหาชัยชนะ ก่อให้เกิดปฏิกิริยาของพรรคฝ่ายตรงข้ามสื่อสารมวลชนและองค์กรพลเมืองเกิดการต่อสู้และทำลายซึ่งกันและกัน โดยผู้เขียนได้แสดงทรรศนะเป็นเชิงขอร้องว่าผู้นำพรรครีพับลิกันควรจะเสียสละโดยถอยกลับคืนไปสู่กรอบของวิธปฏิบัติตามจารีตประเพณีที่ปฏิบัติมาแต่อดีต เช่น มีความอดทนอดกลั้นซึ่งกันและกัน (Mutual Toleration) และมีความยับยั้งชั่งใจ (Institutional forbearance) ที่จะไม่ใช้ช่องว่างของกฎหมายในการแสวงหาประโยชน์และอำนาจเพื่อความได้เปรียบของตนในการเป็นผู้นำตลอดไป

ผู้เขียนได้แสดงให้เห็นว่าสังคมการเมืองในประเทศสหรัฐอเมริกาเกิดการแตกแยกและแบ่งขั้วทางการเมืองของพรรคทั้งสองไปอยู่ฝั่งตรงข้ามกันอย่างสุดโต่ง อันมีสาเหตุมาจากจุดยืนทางนโยบายที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง และนอกจากนั้นยังมีความแตกต่างกันทางด้านสีผิวและวัฒนธรรมอย่างเห็นได้ชัด เช่น พรรครีพับลิกันมีสมาชิกส่วนใหญ่เป็นชาวอเมริกันผิวขาว ในขณะที่พรรคเดโมแครตมีสมาชิกส่วนใหญ่เป็นคนผิวสีที่เป็นคนกลุ่มน้อยต่างๆ และเป็นกลุ่มผู้อพยพรุ่นใหม่เช่นกลุ่มที่มีเชื้อชาติลาตินอเมริกา กลุ่มอาเซียน รวมถึงกลุ่มคนยากจนในประเทศ ด้วยส่งผลให้นโยบายของพรรคการเมืองทั้งสองแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง ถือเป็นความแตกต่างคนละขั้วซึ่งเป็นการแตกแยกทางการเมืองจนถึงขั้นแบ่งพวกกันอย่างสุดโต่ง และความแตกแยกนั้นกลับทวีเพิ่มมากขึ้นหลังจากที่โดนัลด์ ทรัมป์ขึ้นเป็นประธานาธิบดีนับแต่ปี ค.ศ. 2016 เป็นต้นมาอันเนื่องมาจากประธานาธิบดีโดนัลด์ ทรัมป์เป็นผู้ที่มีคุณลักษณะของผู้นำเผด็จการ ละเลยที่จะข้ามเส้นแดงของหลักการทางจารีตประเพณีที่เป็นเกราะป้องกันประชาธิปไตย ในขณะที่ตัวผู้นำคนนี้แสวงหาโอกาส ช่องว่างของรัฐธรรมนูญสร้างโอกาสให้ตนเองและดำเนินการแทรกแซงการทำหน้าที่ขององค์กรอิสระ เช่น ศาลสูง องค์กรตรวจสอบอิสระ และสื่อสารมวลชน ผลที่ตามมาคือก่อให้เกิดการต่อต้านอย่างมากมายนำไปสู่ความแตกแยกของประชาชนในประเทศนี้มากยิ่งขึ้น

โดยภาพรวมเมื่อได้อ่านหนังสือเล่มนี้เราสามารถสรุปหลักแนวคิดที่ใช้เป็นหลักในการรักษาระบบประชาธิปไตยให้คงอยู่ตลอดไปซึ่งประกอบไปด้วย วิธีการทดสอบความมั่นคงแข็งแรงของรั้วที่ปกป้องระบอบประชาธิปไตย การทดสอบประกอบไปด้วยการทดสอบ 2 ขั้นตอน ขั้นตอนแรกคือการทดสอบวาระระบบการเฝ้าระวัง (Gate keeping system) มีประสิทธิภาพในการคัดกรองผู้นำที่ไม่มีคุณสมบัติหรือเป็นผู้นำเผด็จการที่เป็นภัยต่อระบอบประชาธิปไตยออกไปจากระบบการแข่งขันเลือกตั้งสู่ประธานาธิบดี เพื่อตัดโอกาสมิให้เกิดผู้นำเผด็จการเป็นภัยต่อระบอบประชาธิปไตย โดยพิจารณาว่าระบบดังกล่าวสามารถทำงานอย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ ขั้นตอนที่สอง คือ การทดสอบว่าเมื่อบุคคลที่มีลักษณะเป็นผู้นำเผด็จการได้หลุดรอดจากการเฝ้าระวังและมีโอกาสขึ้นเป็นผู้นำของประเทศ รั้วที่มีไว้สำหรับปกป้องประชาธิปไตยอันได้แก่กฎหมายรัฐธรรมนูญที่ถูกเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรและจารีตประเพณี (Norm) ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่ไม่ได้เขียนเป็นลายลักษณ์อักษรอันได้แก่จารีตประเพณีสองประเภทหลัก คือ ความอดทนอดกลั้นร่วมกัน (Mutual toleration) ที่ยังคงยอมรับพรรคคู่แข่งเป็นคู่แข่งที่ถูกกฎหมายคือผู้ชนะหรือผู้แพ้รู้จักกฎเกณฑ์รู้จักคำว่ารู้แพ้รู้ชนะและไม่ถือว่าพรรคคู่แข่งเป็นศัตรู ซึ่งถ้ามองเป็นศัตรูแล้วจะทำให้เกิดความคิดจะเอาชนะโดยทุกวิถีอย่างเอาเป็นเอาตาย จารีตประเพณีหลักที่สองคือจารีตประเพณีที่เป็นความยับยั้งชั่งใจที่จะไม่ล่วงละเมิดสถาบัน (Institutional forbearance) เป็นความยับยั้งชั่งใจของผู้ที่ขึ้นหรือก้าวเข้าสู่การเป็นผู้นำของประเทศที่จะไม่อาศัยช่องว่างทางกฎหมายใช้อำนาจของตนละเมิดสถาบันต่างๆ เพื่อประโยชน์ของตนและเพื่อตนจะได้อยู่ในอำนาจตลอดไป หากฝ่าฝืนจารีตประเพณีดังกล่าวจะก่อให้เกิดสถานการณ์ที่นำไปสู่การอับจนหนทางทางการเมือง ก่อให้เกิดการล้มเหลวในการทำหน้าที่ของหน่วยงานอิสระและวิกฤตรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างของการใช้อำนาจข้ามเส้นจารีตประเพณีที่เป็นความยับยั้งชั่งใจ (Institutional forbearance norm) คือ การใช้อำนาจของประธานาธิบดีก้าวล่วงองค์กรยุติธรรม ผู้พิพากษา ศาล การออกกฎหมายเพื่อประโยชน์หรืออำนาจของตนและพรรคพวก หรือการข่มขู่สื่อสารมวลชน เป็นต้น การทดสอบขั้นที่สองนี้เป็นการพิสูจน์ว่ารั้วที่ป้องกันระบอบประชาธิปไตยที่มีลักษณะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรและเป็นจารีตประเพณีที่ถือเป็นกฎหมายไม่มีลายลักษณ์อักษรนั้นเป็นบทการทดสอบว่าการใช้อำนาจของผู้นำของประเทศ

จะถูกยับยั้งด้วยวิธีที่เป็นจารีตประเพณีทั้งประเภทความอดทนร่วมกัน (Mutual toleration Norm) และความยับยั้งชั่งใจ (Institutional forbearance Norm) ได้หรือไม่

โดยสรุปหนังสือชื่อ HOW DEMOCRACIES DIE. ในความเห็นของผู้วิจารณ์แล้วเป็นหนังสือที่ดีและมีคุณค่าเล่มหนึ่ง เพราะผู้เขียนทั้งสองท่านซึ่งเป็นศาสตราจารย์ที่สอนอยู่ในมหาวิทยาลัยที่มีชื่อเสียงมาช้านาน มีการสอน การแต่งตำราและงานวิจัยที่สะสมมาตลอดเกือบสี่สิบปี หนังสือเล่มนี้จึงประกอบไปด้วยหลักการและแนวคิดต่างๆ ที่สามารถนำไปใช้เป็นหลักหรือเป็นวิธีในการป้องกันไม่ให้เกิดสถานการณ์ที่ไม่พึงประสงค์อันจะนำไปสู่ความล่มสลายของระบอบประชาธิปไตย นอกจากนี้ผู้เขียนยังได้นำข้อมูลเชิงประจักษ์ที่ได้รับจากการเก็บรวบรวมในระหว่างการทำวิจัยมาใช้ประกอบเพื่อเพิ่มความเข้าใจของผู้อ่านให้เข้าใจในหลักการอย่างกระจ่างชัดมากขึ้น ทำให้หนังสือเล่มนี้มีคุณค่าและมีประโยชน์ ซึ่งนอกจากความเพลิดเพลินที่ได้จากการอ่านกรณีศึกษาที่เกิดขึ้นจริงในประวัติศาสตร์ของประเทศต่างๆ ทั้งในยุโรป ลาตินอเมริกาและอีกหลายแห่งทั่วโลก ผู้วิจารณ์ขอแนะนำว่าเป็นหนังสือที่ดีที่ควรค่าแก่การอ่านจึงควรหามาอ่านกันครับ

บทวิเคราะห์คำตัดสินศาล  
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร.๓๑/๒๕๖๑  
(คำสั่งไม่รับคดีพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองคณะสงฆ์)  
Supreme Administrative Court Judgment 31/2561  
(Refusal to Adjudicate Dispute Concerning Religious Institutions)

อานนท์ มาเมา  
Arnon Mamout

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200

Full-time Lecturer

Faculty of Law, Thammasat University, 2 Phrachan Road, Phra Nakhon, Bangkok 10200

Corresponding author Email: arnon\_mamout@hotmail.com

(Received and Accepted: August 23, 2019)

## 1. บทนำ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร.31/2561 เป็นคดีในศาลปกครองโดยมีสาเหตุจากพระภิกษุรูปหนึ่งฟ้องต่อศาลปกครองกล่าวหากรมการศาสนาว่า มติมหาเถรสมาคมที่แต่งตั้งให้พระภิกษุรูปหนึ่งเป็นเจ้าคณะจังหวัดเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากขัดต่อกฎหมายมหาเถรสมาคม ฉบับที่ 24 (พ.ศ. 2541) ว่าด้วยการแต่งตั้งถอดถอนพระสังฆาธิการ ที่ห้ามมิให้แต่งตั้งเจ้าคณะจังหวัดจากพระภิกษุที่เคยต้องคำวินิจฉัยลงโทษในอธิการณที่พึงรังเกียจมาก่อน ด้วยเหตุนี้ การที่มหาเถรสมาคมมีมติฝ่าฝืนข้อห้ามเช่นนั้น จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น เพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนมติที่อนุมัติแต่งตั้งให้พระภิกษุรูปนั้นเป็นเจ้าคณะจังหวัด

ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า ข้อพิพาทที่นำคดีมาฟ้องนี้เป็นเรื่องขององค์กรทางศาสนา และเป็นเรื่องอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการดำเนินกิจการทางศาสนา มิใช่ข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามนัยมาตรา 9<sup>1</sup> วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครอง

<sup>1</sup> มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างชั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

ชั้นต้นจึงไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาพิพากษาในเวลาต่อมาว่า กรณีนี้เป็นเรื่องการปกครองดูแลคณะสงฆ์ของมหาเถรสมาคมโดยเฉพาะ จึงเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองคณะสงฆ์ มิใช่การใช้อำนาจทางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองสูงสุดจึงเห็นพ้องกับศาลปกครองชั้นต้นและมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

ตุลาการศาลปกครองที่เป็นองค์คณะในคดีนี้มี 5 คน ประกอบด้วย นายมนูญ บุญญกริยากร นายสมรรถชัย วิศาลภรณ์ นายประวิตร บุญเทียม นายสมชัย วัฒนการุณ นายไพบุลย์ วราหะไพฑูรย์ ทั้งนี้ มีความเห็นแย้งโดยตุลาการ 1 คนในองค์คณะดังกล่าว คือ นายประวิตร บุญเทียม<sup>2</sup> อยู่ท้ายคำสั่งศาลปกครองสูงสุดนี้ด้วย

## 2. บทวิเคราะห์

ในบทวิเคราะห์ที่คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร.31/2561 นี้ ผู้เขียนจะแยกบทวิเคราะห์ออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวคำวินิจฉัย และข้อโต้แย้งต่อคำสั่งศาลปกครอง

### 2.1 ข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวคำวินิจฉัย

คดีนี้ “ไม่ใช่คดีแรก” ที่ศาลปกครองไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาโดยให้เหตุผลว่า การใช้อำนาจของมหาเถรสมาคมหรือองค์กรที่ทำหน้าที่ปกครองคณะสงฆ์ “ไม่ใช่การใช้อำนาจทางปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง” หากแต่หลายปีที่ผ่านมาปรากฏข้อเท็จจริงที่อาจจะถือเป็น “แนวคำวินิจฉัย” ของศาลปกครองได้ว่า ศาลปกครองจะไม่รับคำฟ้องในประเด็นดังกล่าวไว้พิจารณาโดยตลอด ซึ่งผู้เขียนพบว่า “แนวคำวินิจฉัย” นี้ ขยายความ

---

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

(1) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

(2) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ

(3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น

<sup>2</sup> นายประวิตร บุญเทียม ตุลาการเสียงข้างน้อยในคดีนี้มีความเห็นว่า (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจตามกฎหมายของมหาเถรสมาคมอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เพราะมหาเถรสมาคมมีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และไม่มีความหมายโดยนัยให้มหาเถรสมาคมไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

(2) มติมหาเถรสมาคมที่แต่งตั้งเจ้าคณะจังหวัดมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แม้ว่ามาตรา 4 วรรคหนึ่ง (9) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ยกเว้นมิให้บังคับกฎหมายนี้กับการดำเนินการขององค์กรทางศาสนา แต่ก็มีได้หมายความว่า การดำเนินการขององค์กรทางศาสนาไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองแต่อย่างใด

ครอบคลุมการดำเนินกิจการของศาสนาอื่นด้วย เช่น อิสลาม<sup>3</sup> จนอาจสกัด “หลัก” ในแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ได้ดังนี้ คือ ข้อพิพาทเกี่ยวกับการดำเนินกิจการขององค์กรทางศาสนา ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของ ศาลปกครอง

คดีตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองดังกล่าวข้างต้น ได้แก่ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 857/2560 (ประชุมใหญ่), 16/2560, 5/2560 (ประชุมใหญ่), 128/2559, 685/2555, 426/2555, 389/2553, 569/2547, 167/2546 (ประชุมใหญ่), 4/2546, 1/2545 และที่ล่าสุดหลังจากที่เริ่มเขียนบทวิเคราะห์นี้แล้ว คือ คำสั่ง ศาลปกครองสูงสุดที่ 40/2562 (คดีล่าสุดนี้ ตุลาการเสียงข้างน้อย 2 คนเห็นแย้งจากอีก 3 คน โดยเห็นแย้งว่า ศาลปกครองมีอำนาจรับไว้พิจารณา ซึ่งหนึ่งในนั้นก็คือ นายประวิตร บุญเทียม)

อย่างไรก็ดี แม้ศาลปกครองจะไม่รับคดีเกี่ยวกับการดำเนินกิจการขององค์กรทางศาสนาไว้พิจารณา โดยให้เหตุผลว่าเรื่องดังกล่าวไม่ใช่เรื่องการใช้อำนาจทางปกครองในทุกกรณี ทำให้ต้องจำหน่ายคดีออกจาก สารบบความก็ตาม แต่ก็มิได้หมายความว่า เรื่องดังกล่าวจะปราศจากการตรวจสอบโดยศาลอื่น ทั้งนี้ เพราะปัญหา ทางกฎหมายที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง สามารถอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมได้ เนื่องจาก เป็นไปตามหลักที่ว่า หากคดีไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลอื่นใดเป็นการเฉพาะ คดีนั้นก็จะเข้ามา อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นศาลที่ฟังสุดท้ายที่จะรองรับสถานการณ์ในกรณีมีคดี ซึ่งไม่อยู่ในอำนาจของศาลอื่น ทั้งนี้ หลักดังกล่าวปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญปัจจุบัน มาตรา 194<sup>4</sup> วรรคหนึ่ง ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 95/2559, 26/2552

## 2.2 ข้อโต้แย้งต่อคำสั่งศาลปกครอง

เมื่อพิจารณาคำสั่งศาลปกครองสูงสุดฉบับนี้แล้ว ผู้เขียนมีข้อโต้แย้ง 2 ประเด็นใหญ่ ได้แก่ ปัญหา การที่ศาลปกครองไม่อธิบายให้ละเอียดในการสร้างข้อยกเว้นเรื่องเขตอำนาจศาลปกครอง กับปัญหาในเชิง หลักการ

(1) ปัญหาการที่ศาลปกครองไม่อธิบายให้ละเอียดในการสร้างข้อยกเว้นเรื่องเขตอำนาจ ศาลปกครอง

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับการให้เหตุผลในคดีนี้ทั้งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด คือ ในกรณีศาลปกครองชั้นต้น พบว่า ศาลปกครองชั้นต้นกล่าวถึงข้อเท็จจริงแล้วปรับบทวินิจฉัยว่า เมื่อข้อพิพาท ในคดีนี้เป็นเรื่อง “การดำเนินการเกี่ยวกับการปกครองคณะสงฆ์” อันเป็น “กิจการทางศาสนา” ดังนั้น จึง “มิใช่ การกระทำทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง” เพราะฉะนั้น ย่อมไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง “ตามนัย” ของมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

<sup>3</sup> เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 167/2546 (ประชุมใหญ่)

<sup>4</sup> มาตรา 194 ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น การจัดตั้ง วิธีพิจารณาคดี และการดำเนินงานของศาลยุติธรรมให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนี้

เมื่อพิจารณาการให้เหตุผลของศาลดังกล่าวจะพบว่า เป็นการให้เหตุผลโดยกระชับ แต่ไม่ละเอียด กล่าวคือ ศาลใช้วิธีการวินิจฉัยที่ยังเกิดข้อสงสัยว่า การดำเนินการเกี่ยวกับการปกครองคณะสงฆ์ซึ่งเป็นกิจการทางศาสนานั้น มิใช่การกระทำทางปกครองได้อย่างไร ทั้งที่ปรากฏชัดว่า มีการดำเนินการตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารองค์กรทางศาสนาและกำหนดอำนาจหน้าที่ตลอดจนโครงสร้างสถานะของตำแหน่งภิกษุต่างๆ และบุคคลที่เกี่ยวข้อง ที่มีอำนาจหน้าที่ซึ่งได้จากการที่รัฐก่อตั้งขึ้น และมีกระบวนการหรือกลไกที่รัฐรับรองเรื่องอำนาจหน้าที่นั้นอย่างเป็นกิจจะลักษณะ ผู้เขียนเห็นว่าเรื่องนี้ จะปราศจากข้อสงสัยใดๆ เลย หากเป็นกรณีที่ไม่มียกเว้นของกฎหมายของรัฐก่อตั้งและเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการดำเนินการทางปกครอง

การที่ศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคดีนี้ไว้พิจารณาโดยตัดสินว่าไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ถ้าสังเกตการใช้คำของศาลปกครองชั้นต้น เราจะพบว่า ศาลปกครองใช้คำว่า “ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง “ตามนัย” ของมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ การใช้คำว่า “ตามนัย” ย่อมหมายความว่า ศาลปกครองชั้นต้นอาจเห็นว่า คดีนี้ไม่ต้องด้วยตัวบทที่เป็นลายลักษณ์อักษรตามตรง เนื่องจากข้อยกเว้นเรื่องคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครองแบบชัดแจ้งนั้น ปรากฏอยู่ในมาตรา 9 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แต่กรณีคดีอันเกี่ยวกับการดำเนินการเกี่ยวกับการปกครองคณะสงฆ์ ไม่อยู่ในมาตรา 9 วรรคสอง ดังกล่าวแต่ประการใด เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึงคาดว่า ศาลปกครองชั้นต้นอาจต้องการที่จะอธิบายว่า เมื่อพิจารณาตัวบทที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ว่าด้วยเขตอำนาจศาลปกครอง ซึ่งก็คือ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แล้ว เห็นว่า ทั้ง 6 อนุมาตราในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง คือคดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง โดยที่ทั้งหมดทั้งมวลคือ เรื่อง “การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง” การดำเนินการเกี่ยวกับการปกครองคณะสงฆ์ซึ่งเป็นกิจการทางศาสนาไม่อาจนับว่าเป็นเรื่อง “การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง”<sup>5</sup> ตามนัยภาพรวมทั้งหมดทั้งมวลของมาตรา 9 วรรคหนึ่ง ดังกล่าวในทัศนะของศาลปกครองชั้นต้น

สำหรับกรณีศาลปกครองสูงสุด พบว่า ศาลปกครองสูงสุดเริ่มต้นการวินิจฉัยด้วยการกล่าวไต่เรื่องถึงเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง ดังกล่าวทั้ง 6 อนุมาตราเช่นเดียวกับศาลปกครองชั้นต้น จากนั้นศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า คดีนี้เป็นเรื่องการปกครองดูแลคณะสงฆ์ของมหาเถรสมาคมโดยเฉพาะข้อพิพาทในคดีจึงเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองคณะสงฆ์ มิใช่การใช้อำนาจทางปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง ดังกล่าว โดยจะเห็นได้ว่า การให้เหตุผลของศาลปกครองสูงสุดก็มีได้ละเอียดและก่อให้เกิดข้อสงสัยเช่นเดียวกับข้อสังเกตที่ผู้เขียนมีต่อกรณีศาลปกครองชั้นต้น

อนึ่ง ผู้เขียนมีข้อสังเกตอีกประการ คือ ศาลปกครองสูงสุดไม่ใช้คำว่า คดีนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง “ตามนัย” ของมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แต่ศาลเลือกที่จะอธิบายว่าคดีนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง อย่างตรงไปตรงมา โดยให้เหตุผลในเชิงว่า มาตรา 9 วรรคหนึ่ง เป็นเรื่อง “การใช้อำนาจทางปกครอง” แต่คดีนี้มิใช่การใช้อำนาจทางปกครองจึงไม่ต้องด้วยบทบัญญัติดังกล่าว<sup>6</sup>

<sup>5</sup> การอธิบายเขตอำนาจศาลปกครองในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ โดยศาลปกครองชั้นต้นในคดีนี้สอดคล้องกับบทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจศาลปกครองที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 197 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า ศาลปกครองมีเขตอำนาจในคดีปกครอง ซึ่งมีอยู่ 2 ลักษณะในภาพรวม ได้แก่ คดีอันเนื่องมาจาก “การใช้อำนาจทางปกครอง” กับคดีอันเนื่องมาจาก “การดำเนินกิจการทางปกครอง”

<sup>6</sup> ศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ ไม่กล่าวถึง “การดำเนินกิจการทางปกครอง” ในเวลาที่อธิบายถึงภาพรวมเขตอำนาจศาลปกครอง ซึ่งแตกต่างจากกรณีศาลปกครองชั้นต้นในคดีนี้

## (2) ปัญหาในเชิงหลักการ

ผู้เขียนเห็นว่า คำสั่งศาลปกครองฉบับนี้มีปัญหาในเชิงหลักการที่ขอตั้งเป็นข้อสังเกตและวิเคราะห์อยู่ 2 ประเด็น ได้แก่ ประเด็นการดำเนินกิจการทางศาสนาเป็นเรื่องเสรีภาพส่วนตัวของบุคคล และประเด็นการใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเป็นเรื่องอยู่ในอำนาจศาลปกครอง

### (2.1) ประเด็นการดำเนินกิจการทางศาสนาเป็นเรื่องเสรีภาพส่วนตัวของบุคคล

ข้อที่ต้องตระหนักเป็น “หลัก” ในเบื้องต้นเมื่อมีการพิจารณาเรื่องศาสนาในระบบกฎหมายไทย คือ ศาสนาเป็นเรื่องความเชื่อของบุคคล ที่รัฐธรรมนูญไทยหลายฉบับรับรองมาโดยตลอดว่าเป็นเรื่อง “เสรีภาพ” ซึ่งเกี่ยวข้องกับความเป็นอิสระของบุคคลที่ห้ามมิให้ผู้ใดรวมถึงรัฐด้วยเข้าแทรกแซง โดยในปัจจุบันได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 31<sup>7</sup>

เมื่อพิจารณาเนื้อความของ “เสรีภาพทางศาสนา” ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 31 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในระบบกฎหมายไทย ณ ขณะนี้ เห็นว่า เสรีภาพทางศาสนาเป็นเรื่อง “ส่วนตัว” ของบุคคล เพราะฉะนั้น การที่มีบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดมีความเชื่อหรือนับถือในศาสนาใดศาสนาหนึ่งหรือดำเนินการตามความเชื่อของศาสนาใดศาสนาหนึ่ง ย่อมเป็นกรณีการกระทำทางเอกชนอยู่ในตัวของรูปเรื่องนั่นเอง

ผู้เขียนขอตั้งตัวอย่างเป็นนามธรรม เช่น นายดำเป็นคนนับถือศาสนา X ร่วมกับบุคคลอีกเป็นจำนวนมาก การที่นายดำนับถือความเชื่อในศาสนา X และปฏิบัติตามหลักความเชื่อหรือประกอบกิจกรรมดำเนินการในกลุ่มขององค์กรผู้นับถือศาสนา X ก็ย่อมเป็นพื้นที่เสรีภาพส่วนตัวของนายดำรวมถึงผู้นับถือศาสนา X นั่นเอง เรื่องนี้ถือเป็นการกระทำทางเอกชนที่เกิดขึ้นอยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพทางศาสนา

จากที่อธิบายดังกล่าว จะเห็นได้ว่า สถานการณ์เกี่ยวกับการดำเนินกิจการทางศาสนา ย่อมไม่มีการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง อันเป็นเรื่องที่มีรัฐเข้าไปเกี่ยวข้องแต่ประการใด เพราะโดยหลักแล้ว การถือศาสนาและการดำเนินกิจการทางศาสนาเป็นเรื่องเสรีภาพของบุคคลโดยแท้ ดังนั้น กรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับความเชื่อทางศาสนาหรือหลักธรรมทางศาสนา เช่น ข้อโต้เถียงเกี่ยวกับสถานที่เกิดของศาสดา ข้อโต้เถียงว่านิพพานเป็นอัตตาหรืออนัตตา ฯลฯ หรือกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการดำเนินกิจการหรือเรื่องภายในองค์กรทางศาสนา เช่น ข้อโต้เถียงว่าจะจัดพิธีกรรมทางศาสนาอย่างไรจึงจะถูกต้องตามหลักคำสอน ข้อโต้เถียงเกี่ยวกับการแต่งตั้งคนที่สมควรได้รับตำแหน่งเป็นประธานศาสนิกชนของศาสนานั้น ในแต่ละจังหวัด ฯลฯ ล้วนแล้วแต่เป็นเรื่องส่วนตัวของกลุ่มผู้มีความเชื่อนั้นทั้งสิ้น มิใช่เรื่องที่จะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้อง อันจะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองได้แต่ประการใด ยิ่งไปกว่านั้นคือ กล่าวให้ถึงที่สุด เรื่องดังกล่าวข้างต้นทั้งหมดเกี่ยวกับการดำเนินกิจการทางศาสนา หากมีข้อพิพาทหรือปัญหาที่มีเรื่องทางกฎหมาย แต่เป็นข้อพิพาทหรือปัญหาทางความเชื่อในแต่ละศาสนาซึ่งเป็นพื้นที่ส่วนตัว จึงมิใช่เรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจศาลใดได้เลยในระบบกฎหมายไทย

<sup>7</sup> มาตรา 31 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

เพราะเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจศาลต้องเป็นเรื่องปัญหาทางกฎหมายเท่านั้น<sup>9</sup>

ดังนั้น เมื่อพิจารณาตาม “หลัก” จากเรื่องเสรีภาพทางศาสนาแล้ว จะสรุปได้ว่าการดำเนินกิจการทางศาสนาไม่ใช่เรื่องที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองรวมถึงศาลอื่นใดในระบบกฎหมายไทย

## (2.2) ประเด็นการใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเป็นเรื่องอยู่ในอำนาจศาลปกครอง

ที่กล่าวมาก่อนหน้าในเรื่องทางศาสนาในสายตาของระบบกฎหมายไทยนั้น คือ “หลัก” ที่จะต้องตระหนักกันในเบื้องต้นเสมอว่า การดำเนินกิจการทางศาสนาเป็นเรื่องเสรีภาพส่วนบุคคล อย่างไรก็ตามสำหรับศาสนาพุทธในประเทศไทย การที่จะกล่าวว่าเป็นเรื่องเสรีภาพส่วนบุคคลแต่อย่างเดียวย่อมไม่ถูกต้องทั้งหมด เพราะศาสนาพุทธเฉพาะส่วนเรื่องการปกครองคณะสงฆ์ ถูกระบบกฎหมายไทยดึงเข้ามาอยู่ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ซึ่งปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 เพราะฉะนั้น การดำเนินกิจการทางศาสนาพุทธในส่วนการปกครองคณะสงฆ์จึงแตกต่างจากการดำเนินกิจการทางศาสนาโดยทั่วไปตามหลักที่ได้กล่าวข้างต้นว่าเป็นเรื่องเสรีภาพส่วนตัวของบุคคล ซึ่งจะเห็นได้ว่าไม่มีเรื่องอำนาจรัฐที่ถูกมอบผ่านกฎหมายเข้าไปปะปนแต่ประการใด ดังนั้น การปกครองคณะสงฆ์จึงไม่ใช่เรื่องเสรีภาพของสงฆ์และศาสนิกชนไทยโดยแท้ที่จะจัดการกันเองในพื้นที่ส่วนตัว หากแต่เป็นเรื่องที่มีรัฐเข้าไปข้องเกี่ยวมากมายหลายประการในเชิงอำนาจ เป็นต้นว่า รัฐเข้าไปเกี่ยวข้องในฐานะผู้กำหนดองค์กรปกครองและหน่วยต่างๆ ในคณะสงฆ์ เช่น กำหนดให้มีมหาเถรสมาคมและควรประกอบด้วยผู้ใดบ้าง กำหนดว่าวัดคืออะไรและมีอำนาจหน้าที่ใดบ้าง ฯลฯ กำหนดกลไกหรือยอมรับให้มีกลไกเช่นนั้น เช่น กำหนดให้มีการออกกติกากายใต้พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ เช่น กฎกระทรวง ฯลฯ กำหนดโทษทางอาญา ซึ่งเท่ากับรัฐยอมรับว่าการฝ่าฝืนอำนาจหน้าที่ในพระราชบัญญัตินี้ ไม่ใช่เรื่องที่จะจัดการกันเองในกลุ่มทางศาสนา ไม่ผูกพันรัฐ หากแต่เป็นเรื่องในระดับที่อาศัยกระบวนการยุติธรรมของรัฐเป็นผู้จัดการลงโทษหรือที่สำคัญซึ่งเห็นได้ตั้งแต่มาตราต้นๆ ของพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ก็คือ การกำหนดให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ จึงสะท้อนให้เห็นว่า การปกครองคณะสงฆ์มีผู้รับผิดชอบสูงสุดในการปฏิบัติตามกฎหมายนี้คือนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในระบบกฎหมายไทย และความจริงก็เคยมีปัญหาเกี่ยวกับการปกครองคณะสงฆ์ในเรื่องการเสนอชื่อผู้สมควรเป็นสมเด็จพระสังฆราชเข้าสู่การหารือของคณะกรรมการพิเศษฯ<sup>10</sup> ในช่วงปี พ.ศ. 2559 เพราะเป็นประเด็นโต้แย้งเกี่ยวกับการแต่งตั้งว่าถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งก็เป็นเรื่องการตีความการใช้อำนาจในกฎหมายนั่นเอง เพราะฉะนั้น การดำเนินกิจการทางศาสนาในส่วนของการปกครองคณะสงฆ์ในประเทศไทยที่เป็นไปตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 จึงไม่ใช่เรื่องที่ตั้งอยู่บน “หลัก” ว่าเป็นเรื่องส่วนตัวของเอกชนเสียแล้ว เนื่องจากในส่วนนี้เป็นเรื่องที่มีการใช้อำนาจทางปกครองตามพระราชบัญญัติดังกล่าว

ตัวอย่างที่จะยกให้เห็นภาพความแตกต่าง เช่น หากมีประเด็นพิพาทเกี่ยวกับการปกครองภายในกลุ่มผู้นับถือศาสนาเช่นในประเทศไทย ข้อพิพาทดังกล่าวซึ่งเป็นเรื่องการดำเนินกิจการทางศาสนาเช่นนี้ ย่อมเป็นเรื่องภายในของกลุ่มผู้นับถือที่ถือว่าเป็นเสรีภาพทางศาสนาส่วนบุคคล ที่สำคัญ คือ เมื่อไม่มีกฎหมายใด

<sup>9</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.250.

ให้อำนาจทางปกครองเข้าไปเกี่ยวข้องกับปกครองภายในของศาสนาในประเทศไทย ดังนั้น หากมีข้อพิพาท  
ก็ย่อมไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

อนึ่ง จากการค้นคว้าพบว่า มีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 857/2560 (ประชุมใหญ่) วินิจฉัยว่า  
รัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มิได้มีเจตนารมณ์ที่จะให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณา  
พิพาทหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 คำถาม  
คือ ศาลปกครองรู้ได้อย่างไรว่ารัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้มีเจตนารมณ์ให้ศาลปกครองเข้าไปมี  
อำนาจตรวจสอบ เพราะผู้เขียนยังไม่พบหลักฐานหรือบทบัญญัติใดที่จะแสดงให้เห็นว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจ  
ไม่ว่าจะแบบชัดแจ้งหรือแบบสะท้อนให้เห็นโดยปริยาย ดังนั้น การกล่าวว่านี้คือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ  
และกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่จะตัดอำนาจศาลปกครองออกไป จึงเป็นคำวินิจฉัยที่พิจารณาแล้วพบว่าไม่มี  
น้ำหนักนัก ประกอบกับในขณะที่เราเห็นโดยชัดแจ้งว่าการใช้อำนาจปกครองคณะสงฆ์เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง  
ตามกฎหมาย ไม่ใช่เรื่องส่วนตัวของเอกชน ยิ่งกลับเป็นข้อที่เพิ่มน้ำหนักให้กับการที่เห็นว่าศาลปกครองมีอำนาจ  
เข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจในการปกครองคณะสงฆ์เสียมากกว่า

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น จึงสรุปได้ว่า การปกครองคณะสงฆ์ในประเทศไทย แม้จะเป็น  
การดำเนินกิจการทางศาสนา แต่เมื่อปรากฏว่าการปกครองคณะสงฆ์เป็นการดำเนินกิจการที่มีการใช้อำนาจ  
ทางปกครองตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ไม่ใช่เรื่องการค้าเงินกิจการทางเอกชนโดยแท้หรือเป็น  
เรื่องส่วนตัวของบุคคลตามความเชื่อภายในองค์กรทางศาสนาของตนเท่านั้นแต่ประการใด ฉะนั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับ  
การปกครองคณะสงฆ์ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวที่เป็นเรื่องการใช้อำนาจทางปกครองจึงอยู่ในอำนาจศาลปกครอง  
ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๕๒ ดังนั้น การที่ศาลปกครองมีคำสั่ง  
ไม่รับไว้พิจารณา ผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยดังเหตุผลที่กล่าวมาทั้งหมด<sup>9</sup>

### 3. บทส่งท้าย

ผู้เขียนเห็นว่า ศาลปกครองควรเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยเป็นรับคดีเกี่ยวกับการปกครองคณะสงฆ์ไว้  
พิจารณาพิพาท เพราะสภาพความจริงที่เป็นอยู่คือการใช้อำนาจเกี่ยวกับการปกครองคณะสงฆ์นั้น เป็นเรื่อง  
ของการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย<sup>10</sup> ศาลปกครองจะคิดว่าเรื่องทางศาสนจักรไม่ใช่เรื่องที่ศาลซึ่งเป็น

<sup>9</sup> อนึ่ง ในบางคำสั่งศาลปกครองสูงสุด เช่น 4/2545, 1/2545 พบว่า ศาลปกครองให้เหตุผลอีกชุดว่า กรณีการใช้อำนาจทางปกครองคณะสงฆ์  
เป็นเรื่องที่พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ได้บัญญัติแนวทางแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนและความไม่เป็นธรรมทางการปกครองไว้เป็นระบบต่างหากแล้ว  
จึงไม่ใช่เรื่องที่ศาลปกครองจะมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบได้

ด้วยความเคารพ ผู้เขียนเห็นว่า ตรงดังกล่าวไม่ถูกต้อง เพราะในระบบกฎหมายไทยก็มีพระราชบัญญัติอีกเป็นจำนวนมากหลายฉบับ  
ที่บัญญัติแนวทางแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนและความไม่เป็นธรรมทางการปกครองไว้เป็นระบบในกฎหมายนั้นอย่างต่างหากแล้วเช่นกัน เช่น กฎหมาย  
ว่าด้วยมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐที่ต่าง ๆ กฎหมายว่าด้วยข้าราชการพลเรือน กฎหมายว่าด้วยองค์การมหาชน ฯลฯ แต่ทั้งหมดก็ไม่อาจอ้างว่า มีอยู่ภายใต้  
การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการปกครองโดยศาลปกครองเพราะเหตุที่ตัวเองมีแนวทางภายในของตน เพราะฉะนั้น การใช้เหตุผลของศาลปกครอง  
ดังกล่าวข้างต้นจึงสร้างความสับสนในระบบกฎหมาย และอาจทำให้ชาวบ้านคิดว่า เพียงแค่ผู้ใช้อำนาจทางปกครองมุ่งหวังชีวิต ก็หลุดพ้นจากการตรวจสอบ  
ของศาลปกครอง ทั้งที่เอาอำนาจในกฎหมายไปใช้บังคับกับผู้คน

<sup>10</sup> โปรดดูข้อมูลเพิ่มเติมและข้อเสนอแนะใน สมบูรณ์ วชิรบูรณ์สุข, การควบคุมการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ.2505,  
(วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551).

องค์กรของรัฐหรือเป็นส่วนหนึ่งของอาณาจักรจะเข้าไปก้าวกายควบคุมตรวจสอบ ก็เป็นเรื่องที่คิดได้และถูกต้องตามหลักการในรัฐสมัยใหม่ที่ส่วนใหญ่มีความเป็นกลางทางศาสนาและแยกเรื่องศาสนจักรกับอาณาจักรออกจากกัน<sup>11</sup> แต่นั่นไม่ใช่ความเป็นจริงในระบบกฎหมายไทยปัจจุบัน เพราะข้อที่เราจะลืมนเสียมิได้คือ รัฐไทย ณ วันนี้ไม่แยกเรื่องศาสนจักรออกจากอาณาจักรอย่างเด็ดขาด การปกครองคณะสงฆ์ไทยเป็นตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมประการหนึ่งซึ่งทำให้เห็นกันอยู่ทั่วไปว่า เรื่องนี้ไม่ใช่พื้นที่ส่วนตัวภายในของศาสนาโดยแท้ แต่เป็นพื้นที่ที่รัฐเข้าไปมอบอำนาจรัฐให้และใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือ เพราะฉะนั้น ศาลปกครองจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวหรือจะตรวจสอบการปกครองคณะสงฆ์ได้ก็ต่อเมื่อถึงเวลาที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจทางปกครองลงไปในการปกครองคณะสงฆ์ของไทยอีกต่อไป การที่ศาลปกครองวางแนวไว้ว่าไม่รับคดีไว้พิจารณาเกี่ยวกับการปกครองคณะสงฆ์ ทั้งที่เป็นเรื่องใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย จึงทำให้เกิดข้อเปรียบเทียบกับคดีที่ใช้อำนาจทางปกครองในการปกครองของกลุ่มอื่นๆ ที่ไม่ใช่คณะสงฆ์ แต่ก็ยังเป็นกลุ่มบุคคลที่มีกฎหมายจัดตั้งและกำหนดให้มีการใช้อำนาจทางปกครองเช่นกัน นั่นก็คือ คณะบุคคลในประเภทสหวิชาชีพตามกฎหมายต่างๆ ดังนั้น ศาลปกครองจึงไม่ควรมองข้ามว่า แท้จริงแล้วเรื่องการปกครองคณะสงฆ์นั้น เป็นเรื่องการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายเฉกเช่นการปกครองในคณะบุคคลตามกฎหมายอื่นๆ ดังกล่าว

นอกจากนั้น การที่ศาลปกครองปิดคดีออกไป ไม่รับไว้พิจารณา คดีก็จะไปตกอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรมอยู่ดี ถ้าเป็นเรื่องโต้แย้งการใช้อำนาจตามกฎหมายในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ อันก่อให้เกิดปัญหาซับซ้อนขึ้นไปอีกคือ ปัญหาเรื่องการตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายที่เป็นภารกิจรากฐานของศาลปกครองในการสร้างคุณภาพทางอำนาจระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีหรือระหว่างรัฐกับปัจเจกบุคคล โดยการมีวิธีพิจารณาคดีที่เหมาะสมกับสภาพแห่งข้อพิพาท<sup>12</sup> ไปตกอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมซึ่งโดยหลักแล้วรับคดีทั่วไปไว้พิจารณาพิพากษา

<sup>11</sup> โปรตตุ อานนท์ มาเมา, การแบ่งแยกระหว่างรัฐกับศาสนจักร : มโนทัศน์ทางนิติปรัชญาและกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557)

<sup>12</sup> ฤทัย หงส์สิริ, ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2561), น.11.

บทแนะนำวิทยานิพนธ์  
“มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันความรุนแรง  
จากกิจกรรมรับนิสิตนักศึกษาใหม่”  
Legal Measures for Anti-Hazing

กองบรรณาธิการ  
Editorial Board

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330  
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok, 10330  
Corresponding author Email: journal@law.chula.ac.th  
(Received and Accepted: September 1, 2019)

บทแนะนำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ กองบรรณาธิการขอแนะนำวิทยานิพนธ์จากหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2559 หัวข้อ “มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันความรุนแรงจากกิจกรรมรับนิสิตนักศึกษาใหม่ (Legal Measures for Anti-Hazing)” ของ นายประพัฒน์พงศ์ พงษ์ทัตศิริกุล ซึ่งเป็นวิทยานิพนธ์ที่ได้รับการประเมินในระดับ “ดีมาก”

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ศึกษาปัญหาเกี่ยวกับ “มาตรการทางกฎหมาย” ที่จะนำมาใช้เพื่อป้องกันความรุนแรงในรูปแบบต่าง ๆ จากกิจกรรมรับนิสิตนักศึกษาใหม่ในประเทศไทย (กิจกรรมรับน้อง) ซึ่งพบว่ามาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันยังไม่ครอบคลุมและชัดเจนเพียงพอที่จะปรับใช้กับกรณีความรุนแรงที่เกิดขึ้นได้ทั้งหมด รวมถึงยังไม่อาจทำหน้าที่ป้องปรามและลดความรุนแรงดังกล่าวได้ โดยผู้เขียนได้ศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศอันได้แก่ สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ สาธารณรัฐอินเดีย และสาธารณรัฐฝรั่งเศส พบว่าประเทศเหล่านี้มีมาตรการทางกฎหมายโดยเฉพาะในการป้องกันและแก้ไขความรุนแรงจากกิจกรรมที่คล้ายคลึงกับกิจกรรมรับนิสิตนักศึกษาใหม่ในประเทศไทย และได้นำมาศึกษาวิเคราะห์ เปรียบเทียบและเสนอแนวทางในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมกับประเทศไทย

เนื้อหาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้แบ่งประเด็นศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบเป็น 4 ประเด็นสำคัญ ได้แก่

1. ข้อพิจารณาเรื่องการกำหนดฐานความผิดทางอาญาเกี่ยวกับความรุนแรงจากกิจกรรมรับนิสิตนักศึกษาใหม่ ซึ่งได้กล่าวถึงรูปแบบการบัญญัติฐานความผิดว่าจะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาหรือบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะ, การกำหนดนิยามของ “ความรุนแรงจากกิจกรรมรับนิสิตนักศึกษาใหม่” ครอบคลุมการกระทำอย่างไรเพียงใดบ้าง และการกำหนดองค์ประกอบของฐานความผิด มีองค์ประกอบอย่างไรบ้าง โดยเฉพาะฐานความผิดที่อาศัยเพียงพฤติการณ์ประกอบการกระทำ และฐานความผิดต่อการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

2. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมรับนิสิตนักศึกษาใหม่ ซึ่งได้กล่าวถึงความรับผิดชอบทางอาญาของบุคลากรที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมดังกล่าวรวมถึงบุคคลอื่น ๆ นำมาพิจารณา ร่วมกับหลักกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

3. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความยินยอมของผู้ถูกกระทำ ความรุนแรงในกิจกรรมรับนิสิตนักศึกษาใหม่ โดยเฉพาะเรื่องความยินยอมในทางกฎหมายอาญาว่าผู้กระทำจะสามารถนำมากล่าวอ้างเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบได้หรือไม่ เพียงใด

4. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับมาตรการอย่างอื่นเพื่อป้องกันความรุนแรงจากกิจกรรมรับนิสิตนักศึกษาใหม่ ซึ่งกล่าวถึงมาตรการอย่างอื่นที่กำหนดเพิ่มเติมในกฎหมาย นอกจากฐานความผิดอาญา เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ ในการป้องกันความรุนแรงที่จะเกิดขึ้นจากกิจกรรมดังกล่าว

จากการศึกษาเปรียบเทียบและวิเคราะห์ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ได้เสนอแนะให้ประเทศไทยมีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการป้องกันความรุนแรงจากกิจกรรมของนิสิตนักศึกษาในสถาบันอุดมศึกษา ในรูปแบบพระราชบัญญัติ โดยกำหนดขอบเขตให้ครอบคลุมกับกิจกรรมทั้งหลายของนิสิตนักศึกษาในสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษา ไม่เฉพาะแต่กิจกรรมรับน้องใหม่เท่านั้น เพื่อไม่ให้เกิดการจำกัดในการปรับใช้และเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการหลีกเลี่ยงกฎหมายจากการตีความว่ากิจกรรมใดคือกิจกรรมรับนิสิตนักศึกษาใหม่หรือไม่ และได้เสนอแนะให้กำหนดนิยามของคำต่าง ๆ ในกฎหมายให้ชัดเจน โดยเฉพาะคำว่า “ความรุนแรงจากกิจกรรมของนิสิตนักศึกษาในสถาบันอุดมศึกษา”, “นิสิตนักศึกษา”, “กิจกรรมของนิสิตนักศึกษา”, “ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบกิจการนักศึกษา”

ผู้เขียนเสนอให้บัญญัติฐานความผิดที่มีองค์ประกอบความผิดเป็นพิเศษ ที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่อาจปรับใช้กับรูปแบบการกระทำเหล่านั้นได้ อันได้แก่ กำหนดให้ผู้ที่กระทำการหรือ ก่อสถานการณ์ใด ๆ ไม่ว่าผู้ถูกกระทำ จะยินยอมหรือไม่ก็ตาม “ในลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจ เสรีภาพ หรือ ชื่อเสียงของนิสิตนักศึกษา มีความผิดฐานก่อความรุนแรงในกิจกรรมของนิสิตนักศึกษาในสถาบันอุดมศึกษา” ซึ่งเป็นการกำหนดองค์ประกอบความผิดให้มีเพียงพฤติการณ์ประกอบการกระทำเท่านั้น ไม่ต้องการผลของการกระทำ รวมถึงกำหนดฐานความผิดอันเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของนิสิตนักศึกษา เพิ่มเป็นอีกฐานความผิดหนึ่งโดยกำหนดนิยามและตัวอย่างของการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในกฎหมายด้วย

นอกจากนี้ผู้เขียนยังเสนอให้ กำหนดความรับผิดชอบของผู้มีหน้าที่รับผิดชอบกิจการนักศึกษา หากตนได้รู้หรือควรได้รู้ว่ามี ความรุนแรงจากกิจกรรมของนิสิตนักศึกษาเกิดขึ้น แต่เพิกเฉยไม่ดำเนินการตามสมควรเพื่อระงับเหตุการณ์ความรุนแรงดังกล่าว โดยกำหนดไว้จำกัดเพียงว่า ต้องเป็นผู้มีหน้าที่โดยตรงในการควบคุมดูแลกิจกรรม และกิจกรรมนั้นต้องได้รับอนุมัติอย่างถูกต้องจากสถาบันอุดมศึกษาเท่านั้น รวมถึงเสนอให้มีการกำหนดมาตรการอย่างอื่นเพื่อป้องกันความรุนแรงจากกิจกรรมของนิสิตนักศึกษาไว้ในกฎหมายด้วย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีเนื้อหาที่เป็นประโยชน์รอบด้านและมีคุณค่าที่จะนำมาปรับปรุงเพิ่มเติมมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยในการป้องกันและลดความรุนแรงจากกิจกรรมรับนิสิตนักศึกษาใหม่ซึ่งในปัจจุบันยังคงพบเห็นความรุนแรงในรูปแบบต่าง ๆ เกิดขึ้นกับบรรดานิสิตศึกษาน้องใหม่ในประเทศไทย

## คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

### การเตรียมต้นฉบับ

ในการเตรียมผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนจะต้องระบุรายละเอียดและดำเนินการตามรูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. ข้อมูลที่ต้องระบุ
  - 1) ชื่อผลงาน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ที่กระชับ ครบคลุม และสื่อถึงเนื้อหาสาระของผลงานอย่างชัดเจน โดยให้พิมพ์ไว้ที่ตรงกลางของหน้าแรก
  - 2) ชื่อ-สกุลของผู้เขียน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
  - 3) ตำแหน่งทางวิชาการของผู้เขียน (ถ้ามี) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
  - 4) อีเมลล์ของผู้เขียน โดยผู้เขียนอาจเลือกใช้อีเมลล์ส่วนตัวหรืออีเมลล์ของหน่วยงานต้นสังกัดได้
  - 5) ชื่อและที่อยู่ของหน่วยงานหรือสถาบันที่ผู้เขียนสังกัด ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
  - 6) บทคัดย่อ (Abstract) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยมีความยาวอย่างละไม่เกิน 300 คำ
  - 7) คำสำคัญ (Keywords) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ อย่างน้อย 3 คำ
2. รูปแบบผลงาน
  - 1) พิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word โดยบันทึกเป็นสกุล .doc หรือ .docx
  - 2) ตั้งค่าขนาดหน้ากระดาษที่ A4 (21 x 29.4 เซนติเมตร) หน้าเดียว
  - 3) กั้นหน้ากระดาษบน-ล่าง อย่างละ 1 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร) และซ้าย-ขวา อย่างละ 1.1 นิ้ว (2.8 เซนติเมตร)
  - 4) พิมพ์เนื้อหาผลงานโดยใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์
  - 5) ใช้ระยะห่างระหว่างบรรทัด 1 เท่า (single space)
3. การอ้างอิง
  - 1) การอ้างอิงให้ทำเป็นเชิงบรรณ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 12.5 พอยต์
  - 2) ผู้เขียนต้องใช้รูปแบบการอ้างอิงตามแบบ ชิคาโก (Chicago Style Citation) ซึ่งตรงกับรูปแบบการอ้างอิงแบบเชิงบรรณของการเขียนวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์ของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เช่น  
โสภณ รัตนากร, *คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยาน*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2553), 11.  
Sanunkorn Sothiphan, *Explanation of the Law of Tort, Negotiorum Gestio and Undue Enrichment*, 7<sup>th</sup> ed. (Bangkok: Winyuchon, B.E. 2560 (2017) (Thai language), 81.

- 3) ผู้เขียนสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ที่
  1. (ภาษาไทย)  
<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9Icl4S E3P7Nh5wwHvHijgMKHzqpcULRQC33dewPdVjDpCuU>
  2. (ภาษาอังกฤษ)  
[https://www.chicagomanualofstyle.org/tools\\_citationguide/citation-guide-1.html](https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html)
4. ผู้เขียนควรตรวจสอบความถูกต้องของการสะกดคำ ไวยากรณ์ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ และความสม่ำเสมอของการใช้คำที่ทับศัพท์มาจากภาษาอังกฤษทั้งผลงาน
5. เนื้อหาของผลงานรวมเชิงอรรถไม่ควรเกิน 30 หน้า ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของกองบรรณาธิการ

### การส่งต้นฉบับผลงาน

---

1. วารสารกฎหมาย เปิดรับผลงานผ่านช่องทางออนไลน์เท่านั้น เพื่อให้เป็นไปตามเกณฑ์มาตรฐานของ ศูนย์ดัชนีอ้างอิงวารสารไทย โดยผู้เขียนสามารถส่งผลงานผ่านเว็บไซต์ของวารสารกฎหมายในระบบ Thai Journals Online (ThaiJO) ได้ที่  
<https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions>
2. กระบวนการส่งผลงานผ่านช่องทางออนไลน์มีดังนี้
  - 1) โปรดเข้าไปยังเว็บไซต์ของวารสาร ที่ <https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/index> (สามารถอ่านได้ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยกดปุ่มเปลี่ยนภาษาที่มุมบนขวาของเว็บไซต์)
  - 2) กรณีที่เป็นสมาชิก ThaiJO อยู่แล้ว สามารถเข้าสู่ระบบ (log in) ได้เลย แต่ถ้ายังไม่ได้เป็นสมาชิก จะต้องสมัครสมาชิกเสียก่อน จึงจะส่งบทความได้
  - 3) ศึกษา “คำแนะนำสำหรับผู้เขียน” อย่างละเอียด เพื่อปรับแต่งและจัดรูปแบบผลงานให้ตรงตามที่วารสารกำหนด
  - 4) ส่งบทความมายังวารสาร
  - 5) คำอธิบายเพิ่มเติมสามารถศึกษาได้ที่  
<https://drive.google.com/file/d/1y217JvKwnwdevJdP2X1fjNT5OPxZ2aaZ/view>

### กระบวนการพิจารณาผลงาน

---

การพิจารณาผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย จะดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

1. เมื่อผู้เขียนส่งผลงานมายังกองบรรณาธิการเพื่อขอรับการพิจารณาผลงานตามช่องทางที่กำหนดแล้ว ผู้เขียนจะได้รับแจ้งว่าผลงานเข้าสู่ระบบแล้ว

2. กองบรรณาธิการจะดำเนินการพิจารณาผลงานของผู้เขียนในขั้นต้น และแจ้งผลการพิจารณาในขั้นต้นให้ผู้เขียนทราบโดยไม่ชักช้า
  - 1) หากกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
  - 2) หากกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าไม่ควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา ผลงานจะไม่ได้รับการพิจารณาตีพิมพ์
3. เมื่อกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา กองบรรณาธิการดำเนินการดังต่อไปนี้
  - 1) บทความวิชาการและบทความวิจัยทุกชิ้นจะต้องผ่านการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 2 ท่าน ที่กองบรรณาธิการพิจารณาคัดเลือกแล้วเห็นว่าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญตรงตามสาขาวิชาของเนื้อหาที่นำเสนอในบทความ และการประเมินดังกล่าวเป็นการประเมินลับทั้งสองทาง (Double-blinded peer review)
  - 2) ผลงานอื่นๆ กองบรรณาธิการจะเป็นผู้ร่วมกันพิจารณา
4. เมื่อผู้ทรงคุณวุฒิหรือกองบรรณาธิการประเมินผลงานของผู้เขียนแล้วเสร็จ ผู้ทรงคุณวุฒิหรือกองบรรณาธิการจะระบุความเห็นเกี่ยวกับคุณภาพของผลงาน อาทิ ข้อผิดพลาดทางวิชาการ การใช้ภาษา ความครอบคลุมของเนื้อหา คุณภาพทางวิชาการ ความชัดเจนในการนำเสนอ ความสำคัญในสาขาวิชา และแจ้งผลการประเมินโดยแบ่งเป็น 3 ระดับดังต่อไปนี้
  - 1) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่มีการแก้ไข
  - 2) เห็นสมควรให้แก้ไข และเมื่อแก้ไขแล้ว ให้บรรณาธิการพิจารณาได้ทันทีหรือให้ส่งกลับมาที่ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อพิจารณาอีกครั้ง
  - 3) เห็นสมควรปฏิเสธการพิมพ์
5. กองบรรณาธิการจะแจ้งผลการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิหรือกองบรรณาธิการให้ทราบโดยไม่ชักช้าตามแต่กรณีดังนี้
  - 1) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่มีการแก้ไข” ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
  - 2) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรให้แก้ไข และเมื่อแก้ไขแล้ว ให้บรรณาธิการพิจารณาได้ทันทีหรือให้ส่งกลับมาที่ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อพิจารณาอีกครั้ง” เมื่อผู้เขียนได้แก้ไขตามคำแนะนำของผู้ทรงคุณวุฒิ และบรรณาธิการหรือผู้ทรงคุณวุฒิ (แล้วแต่กรณี) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์ได้ ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
  - 3) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรปฏิเสธการพิมพ์” ผลงานจะไม่ได้รับการพิจารณาตีพิมพ์
6. หลังจากได้รับผลการประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิหรือบรรณาธิการครั้งที่สอง กองบรรณาธิการพิจารณาตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนอีกครั้ง โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิในการตรวจ แก้ไข ขอข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้เขียน และจัดรูปแบบผลงานก่อนการตีพิมพ์ เพื่อให้เป็นไปตามรูปแบบผลงานและรายละเอียดที่วารสารฯ กำหนด ทั้งนี้ กองบรรณาธิการอาจส่งผลงานคืนไปให้ผู้เขียนเพื่อแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมได้แล้วแต่กรณี

7. กองบรรณาธิการจะตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนที่ได้รับผลการประเมินให้ตีพิมพ์ และได้จัดรูปแบบผลงานให้เป็นไปตามที่วารสารฯ กำหนดเรียบร้อยแล้วเท่านั้น โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิในการพิจารณาจัดลำดับผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารฯ ในโอกาสอันควรต่อไป

## ข้อกำหนดอื่น

---

ในการส่งผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนตกลง รับรอง ยอมรับ และรับประกันว่า

1. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ ไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ใดมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตามหรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วันนับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
2. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง
3. ผลงานที่ส่งมามีได้ผ่านการคัดลอกโดยปราศจากการอ้างอิงอย่างเหมาะสมหรือละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใด
4. กองบรรณาธิการสามารถแก้ไขเพิ่มเติม และ/หรือปรับเปลี่ยนรูปแบบของผลงานให้เป็นไปตามที่กองบรรณาธิการกำหนด และนำผลงานที่ตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายมาแปลงเป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ (PDF) เพื่อเผยแพร่ในเว็บไซต์ของห้องสมุดระบบออนไลน์สำหรับการศึกษาค้นคว้าและอ้างอิงแก่คณาจารย์และนิสิต และเผยแพร่ผลงานต่อไปได้ในอนาคต
5. การพิจารณาผลงานที่จะได้รับการตีพิมพ์เป็นดุลพินิจของกองบรรณาธิการวารสารกฎหมาย และผลการประเมินจากกองบรรณาธิการถือเป็นที่สุด โดยที่กองบรรณาธิการจะไม่รับผิดชอบในเนื้อหาหรือความถูกต้องของผลงาน

## Author's Guidelines

### Preparing Manuscript

---

Manuscripts submitted for consideration to be published by Chulalongkorn Law Journal must comply with the following requirements:

1. Required information:
  - 1) Title of the manuscript, both in Thai and in English, which is concise, comprehensive and clearly represents the content of the manuscript.
  - 2) Author's name, both in Thai and in English.
  - 3) Author's academic title (if applicable), both in Thai and in English.
  - 4) Author's email, which can be either a personal account or an account belonging to author's affiliation or employer.
  - 5) Name and address of author's affiliation or employer, both in Thai and in English.
  - 6) Abstracts, both in Thai and in English, which do not exceed 300 words each.
  - 7) Minimum of 3 keywords, both in Thai and in English.
2. Required Format:
  - 1) Use Microsoft Word Processing Program and save in .doc or .docx format.
  - 2) Typewritten on A4 size (21 x 29.4 centimeters) on one side.
  - 3) Use top and bottom margin at 1 inch (2.54 centimeters) and left and right margin at 1.1 inch (2.8 centimeters).
  - 4) Use TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 16 points for content.
  - 5) Use single spacing.
3. Citation Style:
  - 1) Use footnote format for citation, using TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 12.5 points.
  - 2) Use Chicago Style Citation, which corresponds with the prescribed citation format style used for writing dissertations or thesis at Faculty of Law, Chulalongkorn University, for instance:

โสภณ รัตนกร, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2553), 11.

Sanunkorn Sothiphan, *Explanation of the Law of Tort, Negotiorum Gestio and Undue Enrichment*, 7<sup>th</sup> ed. (Bangkok: Winyuchon, B.E. 2560 (2017) (Thai language), 81.

3) For more information, please visit:

1. (Thai)

<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9IcI4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqpcULRQC33dewPdVjDpCuU>

2. (English)

[https://www.chicagomanualofstyle.org/tools\\_citationguide/citation-guide-1.html](https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html)

4. Authors should ensure that all errors relating to spelling, Thai and English grammar, and inconsistency of using transliteration of English words be corrected throughout the manuscript.
5. Content and footnote of each manuscript should not exceed 30 pages, or under the sole discretion of the editorial board.

## Submitting Manuscript

---

1. Chulalongkorn Law Journal only accepts manuscripts which are submitted through online channel, in accordance with the requirement prescribed by the Thai Citation Index (TCI). Authors can submit their manuscript through the website of the journal using the Thai Journals Online (ThaiJO) system at:

<https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions>

2. Online submission process

- 1) Visit the journal website at (readable in both Thai and English, but clicking change-language button at the top right of the website)

- 2) Registration as members of the ThaiJO System is required before submission.

- 3) Study the “Author’s Guidelines” carefully and perform preliminary formatting as prescribed by the journal.

- 4) Submit the manuscript

- 5) For more information, please visit:

<https://drive.google.com/file/d/1y217JvKwnwdevJdP2X1fjNT5OPxZ2aaZ/view>

## Review Process

---

The Editorial Board of Chulalongkorn Law Journal will utilize the following procedure in receiving and reviewing the submitted manuscripts:

1. After the authors have submitted the manuscripts through the online channel, the authors will be informed of the acknowledgment of submission.

2. The Editorial Board will process the manuscripts for initial screening and inform the authors of the decision without delay.
  - 1) The manuscripts that pass the initial screening will proceed to the following stage.
  - 2) The manuscripts that are rejected in the initial screening will not be considered for publication.
3. If the manuscript passes the initial screening, it will undergo reviewing process.
  - 1) Each academic and research articles shall be peer reviewed using the double-blinded process by at least two qualified individuals, whom the Editorial Board carefully select owing to their expertise corresponded with the substance presented in the articles.
  - 2) Other manuscripts shall be reviewed by the Editorial Board.
4. Having reviewed the manuscripts, the reviewers or the Editorial Board will provide expert opinions on the quality of the manuscripts, such as academic errors, use of language, content comprehensiveness, academic quality, clarity, importance to the relevant academic field, and classify the decision into one of the followings:
  - 1) Accepted for publication without any revision.
  - 2) Revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the reviewers for further review.
  - 3) Not accepted for publication.
5. The Editorial Board will, without delay, inform the authors of one of the following decisions.
  - 1) If the manuscripts are “accepted for publication without any revision”, they will be eligible to proceed to the following stage.
  - 2) If the manuscripts are noted as “revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the reviewers for further review”, they will only be eligible to proceed to the following stage after the authors have revised them, and the Editor-in-Chief or the reviewers (as the case may be) have so agreed.
  - 3) If the manuscripts are “not accepted for publication”, they will not be considered for publication.
6. After receiving the follow-up evaluation from the reviewers, the Editorial Board will perform a final check of the manuscripts before proceeding to printing. The Editorial Board reserves the right to check, revise, request for additional information, and

perform formatting in accordance with the prescribed style. The Editorial Board may request the author to perform additional revision if necessary.

7. The Editorial Board will publish the manuscripts that have been evaluated as “accepted for publication without any revision” or that, in the case of having been evaluated as “revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the reviewers for further review”, have been revised satisfactorily, and have been formatted in accordance with the prescribed style. The Editorial Board reserves the right to determine the order of publication in the appropriate occasion.

## Other Requirements

---

When submitting the manuscripts to be considered for publication, the authors agree, accept, and warrant that:

1. The manuscript has not been previously published in any form, nor is it under review for publication in any other journals within 90 days from the date when the Editorial Board has received this manuscript.
2. The manuscript is written exclusively by the author or along with the co-author(s) as submitted.
3. The manuscript is original, does not contain plagiarism, and does not infringe any copyright.
4. The Editorial Board reserves the right to perform additional revision and/or formatting into the prescribed style, to convert this manuscript into an electronic form (PDF) for publication in the website of Faculty of Law, Chulalongkorn University online library, and to publish this manuscript from the date hereof onwards.
5. Decision whether to publish the manuscript solely belongs to the Editorial Board, and such decision shall be final. The Editorial Board is not responsible for any contents nor accuracy in the manuscript.

## จริยธรรมการตีพิมพ์

### หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เขียน

---

ผู้เขียนจะต้อง

1. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ และมีการอ้างอิงอย่างถูกต้อง
2. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ใดมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วันนับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
3. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง และการเรียงลำดับผู้เขียนร่วมควรเป็นการตัดสินใจร่วมกันระหว่างผู้เขียนร่วมและสะท้อนสัดส่วนการจัดทำผลงานอย่างแท้จริง
4. นำเสนอแต่ข้อเท็จจริง
5. ส่งผลงานตามรูปแบบที่กำหนด
6. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่มีส่วนใดส่วนหนึ่งที่สื่อไปในทางหมิ่นประมาทหรือละเมิดลิขสิทธิ์หรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่นใดของบุคคลที่สาม
7. แสดงแหล่งสนับสนุนการจัดทำผลงานให้แล้วเสร็จ
8. แสดงความเป็นไปได้ในการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ (conflicts of interest) (ถ้ามี)
9. แจ้งบรรณาธิการหรือสำนักพิมพ์หากพบข้อผิดพลาดในผลงานที่ได้รับการตีพิมพ์แล้ว

### หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ

---

บรรณาธิการจะต้อง

1. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารกฏหมาย
2. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นมีคุณภาพ และยินดีที่จะตีพิมพ์การแก้ไขหรือคำอธิบายเพิ่มเติมหากจำเป็น
3. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ และมีมาตรการจัดการการคัดลอก (plagiarism) อย่างเข้มงวด
4. ไม่ตีพิมพ์ผลงานที่เคยได้รับการตีพิมพ์ที่อื่นมาแล้ว
5. ดำเนินการในลักษณะที่เป็นธรรม เป็นกลาง ไม่ชักช้า ไม่เลือกปฏิบัติบนฐานของสถาบันที่สังกัด เพศ เชื้อชาติ รสนิยมทางเพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือเหตุอื่นใดในลักษณะคล้ายกัน
6. รับรองว่าจะไม่มีการขัดผลประโยชน์ (conflict of interest)
7. จัดให้มีคำแนะนำสำหรับผู้เขียนเกี่ยวกับการส่งผลงาน
8. แจ้งผู้เขียนเกี่ยวกับความคืบหน้าการพิจารณาอย่างต่อเนื่อง

9. รักษาความลับเกี่ยวกับตัวตนของผู้เขียนและผู้ประเมินในระหว่างขั้นตอนการพิจารณาประเมินแบบลับ (double-blinded peer review)
10. จัดให้มีคำแนะนำสำหรับผู้ประเมินเกี่ยวกับการประเมินผลงาน
11. ตัดสินใจตีพิมพ์ผลงานในวารสารกฎหมาย บนฐานของคุณภาพผลงานและความเหมาะสม โดยไม่มีเหตุแทรกแซงจากภายนอก
12. จัดให้มีคำอธิบายกระบวนการพิจารณาผลงาน และสามารถให้เหตุผลได้หากมีการดำเนินงานขั้นตอนใดที่ไม่ตรงตามคำอธิบาย

## หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ประเมิน

---

### ผู้ประเมินจะต้อง

1. มุ่งมั่นที่จะพัฒนาคุณภาพของผลงานด้วยความระมัดระวัง อุตวิสัย และรวดเร็ว
2. หลีกเลี่ยงการใช้ภาษาที่ไม่เหมาะสม ไม่สุภาพ หรือไม่ให้เกียรติ ในการประเมินผลงาน
3. แสดงความเป็นไปได้ในการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ (conflicts of interest) (ถ้ามี) และปฏิเสธไม่ประเมินผลงานนั้นๆ
4. ไม่เผยแพร่ข้อมูลใดๆ ในผลงานที่อยู่ในขั้นตอนการพิจารณาประเมิน
5. แจ้งบรรณาธิการหากสงสัยว่าผลงานที่ตนประเมินนั้นมีการคัดลอก (plagiarism)

## Publication Ethics

### Responsibilities of Authors

---

Authors must:

1. Certify that their submitted manuscript is original with proper citation to avoid plagiarism.
2. Certify that their submitted manuscript has not been previously published in any form, nor is it under review for publication in any other journals within 90 days from the date when the Editorial Board has received this manuscript.
3. Certify that their submitted manuscript is written exclusively by the author or along with the co-author(s) as submitted and the listing of authors should be jointly determined and accurately reflect who carried out the research and wrote the article.
4. Present only true fact.
5. Submit the manuscript in accordance with the prescribed format.
6. Ensure that the manuscript does not contain any libelous matter or infringe any copyright or other intellectual property rights or any other rights of any third party.
7. Declare the source of funding or support in the completion of the manuscript.
8. Declare any potential conflicts of interest, if any.
9. Inform the Editor-in-Chief or publisher of any significant error in their published manuscript.

### Responsibilities of the Editor-in-Chief

---

The Editor-in-Chief must:

1. Ensure that the published manuscripts are in line with the aim and scope of Chulalongkorn Law Journal.
2. Ensure the quality of the published manuscripts with willingness to publish corrections and clarifications when required.
3. Ensure that no published manuscripts infringe copyrights and measures against plagiarism be taken seriously.
4. Not publish manuscripts that have already been published elsewhere.

5. Act in a fair, balanced manner when carrying out his/her duties, without discrimination based on institutional affiliation, gender, ethnicity, sexual orientation, religious, political beliefs and other comparable grounds.
6. Ensure no conflicts of interests, if any.
7. Provide guidelines for authors regarding the submission of manuscripts.
8. Keep authors informed of the consideration progress.
9. Maintain confidentiality regarding the identify of both authors and reviewers throughout the entire double-blinded consideration period.
10. Provide reviewers with revision guidelines.
11. Make decisions based on quality and suitability for Chulalongkorn Law Journal without any external interference.
12. Publish the description of peer review process and be able to justify any significant deviation from the described process.

### **Responsibilities of Reviewers**

---

Reviewers must:

1. Undertake to improve the quality of the manuscript under review with care consideration, objectivity, and in a timely manner.
2. Avoid using improper, inappropriate or disrespectful language for providing review feedback.
3. Declare any potential conflicts of interest, if any, and refuse to review any manuscripts if there are grounds for conflicts of interest.
4. Respect the confidentiality of any information or material contained in the manuscript during the review process.
5. Inform the Editor-in-Chief of any suspected plagiarism.

ใบสมัคร/ต่ออายุสมาชิกวารสารกฎหมาย  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ชื่อ-สกุล (ส่วนตัว).....  
(บริษัท/หน่วยงาน).....  
ที่อยู่.....

โทรศัพท์..... โทรสาร .....

มีความประสงค์จะสมัคร/ต่ออายุสมาชิกวารสารกฎหมายปีที่..... เป็นเวลา

- 1 ปี จำนวน .....ชุด  
 ..... ปี จำนวน .....ชุด

ทั้งนี้ ได้ชำระค่าสมาชิกโดย

- เงินสด  
 ไปรษณีย์ธนาณัติ สั่งจ่าย “ปณ. จุฬาลงกรณ์ฯ 10332” ในนาม “ผู้จัดการวารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย”

จำนวนเงิน.....บาท (.....)

(กำหนดออกปีละ 2 ฉบับ อัตราค่าสมาชิก 500 บาท รวมค่าจัดส่งทางไปรษณีย์)

โอนเข้าบัญชีธนาคารไทยพาณิชย์ ชื่อบัญชี คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เลขที่ 045-522901-3 (กรุณาส่งสำเนาใบโอนเงินพร้อมกับใบสมัครวารสารฯ เพื่อเป็นหลักฐานทางการเงินที่ โทรสาร 02-218-2080 หรือที่ journal@law.chula.ac.th)

ลงชื่อ.....  
(.....)  
...../...../.....

จำหน้าถึง

ผู้จัดการวารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท  
เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330 หรือที่ journal@law.chula.ac.th เว็บไซต์ของวารสาร ที่  
<https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/index>

หากท่านมีข้อสงสัยประการใด โปรดติดต่อสอบถามได้ที่  
วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
โทร. 02-2182017 ต่อ 302 (คุณกัณนิกา รสริน)  
โทรสาร 02-2182080

สำหรับ

## ผู้สำเร็จปริญญาตรีนิติศาสตร์

### หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์

สำหรับนิติศาสตรบัณฑิตเพื่อศึกษาต่อยอดตามหมวดวิชาที่สนใจ ได้แก่ กฎหมายเอกชนและธุรกิจ กฎหมายอาญา และกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กฎหมายมหาชน และกฎหมายระหว่างประเทศ

### หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายการเงินและภาษีอากร

สำหรับนิติศาสตรบัณฑิตที่ต้องการความเชี่ยวชาญเฉพาะทางกฎหมายการเงิน หลักทรัพย์ หรือภาษีอากร

### LL.M. (Business Law) International Program

สำหรับนิติศาสตรบัณฑิตที่ต้องการศึกษากฎหมายธุรกิจ เป็นภาษาอังกฤษกับอาจารย์ผู้เชี่ยวชาญจากหลากหลายประเทศ โดยไม่จำเป็นต้องเดินทางไปศึกษาต่อที่ต่างประเทศ

สำหรับ

## ผู้สำเร็จปริญญาโทนิติศาสตร์

### หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

สำหรับนิติศาสตรมหาบัณฑิตที่สนใจศึกษาวิจัยประเด็นปัญหาทางนิติศาสตร์ในเชิงลึก

สมัคร Online ได้ที่  
[www.law.chula.ac.th](http://www.law.chula.ac.th)



LAW  
CHULA

เปิดรับสมัคร  
ผู้สนใจเข้าศึกษาในระดับ  
ปริญญาบัณฑิตและบัณฑิตศึกษา

สำหรับ

## ผู้สำเร็จปริญญาตรีทุกสาขา

### หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต ภาคบัณฑิต (นอกเวลาราชการ)

สำหรับผู้จบปริญญาตรีสาขาใดก็ได้  
(ยกเว้นปริญญาตรีศาสตรบัณฑิตในประเทศ)  
หลักสูตร 3 ปี

### หลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ

สำหรับผู้จบปริญญาตรีสาขาใดๆ ก็ได้ เหมาะสำหรับผู้ประกอบการอาชีพ หรือ ประสงค์จะประกอบการด้านเศรษฐกิจ การพาณิชย์ และภาษีอากร

สอบถามรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่  
[Facebook.com/LawChula](https://www.facebook.com/LawChula)  
0-2218-2017  
Line : @LawChula