



วารสารวิชาการ

คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

Huachiew Chalermprakiet Law Journal

ปีที่ ๔ ฉบับที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๕๖ - พฤษภาคม ๒๕๕๗ ISSN 2286 - 6965

Vol.4 No.2 (December 2013 - May 2014)

บทความวิจัย

กฎหมายและนโยบายภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการลงทุน
ของประเทศอินโดนีเซียเปรียบเทียบกับประเทศไทย

ธนวรรณ เตชะวิจิต และภัทรพร เย็นบุตร

บทความวิชาการ

ผลผูกพันของคำพิพากษาในศาลไทย: ศึกษากรณีแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกา
วสุ ศิริมหาพฤกษ์

การเข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยสมัครใจของลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดา
จักรพงษ์ โฉมปราชนุ

ข้อคิดบางประการเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางเลือกในศาล
ลาววัลย์ หอนพรัตน์

หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรีระหว่างสยามกับนานาประเทศ:
วิเคราะห์ในเชิงพัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศ (ตอนที่ ๑)
ประสิทธิ์ เอกบุตร

ประเด็นทางกฎหมายของสามิภริยาที่ร่วมกันหรือแยกกันอยู่โดยมิได้หย่า
ช.ชยินทร์ เพ็ชฌุไพศิษฐ์

ที่มาทางอำนาจขององค์กรตุลาการในการพิจารณาคดีทางการเมือง
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ : ศาลรัฐธรรมนูญ
ทวนชัย โชติช่วง



วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ Huachiew Chalermprakiet Law Journal

ปีที่ ๔ ฉบับที่ ๒ (ธันวาคม ๒๕๕๖ - พฤษภาคม ๒๕๕๗) ISSN 2286-6965

Vol. 4 No. 2 (December 2013 - May 2014)

เจ้าของ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

๑๘/๑๘ ถนนบางนา-ตราด กม.๑๘ ตำบลบางโฉลง อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ ๑๐๕๔๐

โทรศัพท์ ๐-๒๓๑๒-๖๓๐๐ ต่อ ๑๖๘๙ ๑๖๙๐ โทรสาร ๐-๒๓๑๒-๖๔๑๙

E-mail : faclaw120hcu@gmail.com

ที่ปรึกษากองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โฉมไธกุล

ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร

ประธานหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

คณบดีคณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

หัวหน้าบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิก สุนทรชัย

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการ

รองศาสตราจารย์ ดร.วิรัชชัย สุวรรณพานิช

รองศาสตราจารย์มาลี สุระเชษฐ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรุณฯ ลิงห์สงบ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุรวัชร กิจกุล

ผู้ช่วยศาสตราจารย์จักรกฤษณ์ สถาปนสินี

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ช.ชยันต์ เพ็ชฌไศษัญญ์

อาจารย์ภัทรวิทย์ ยั่งยืน

อาจารย์วุฒิชัย เต็งพงศธร

อาจารย์ธนาชัย สุนทรอนันต์ชัย

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

มหาวิทยาลัยนเรศวร

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการและเลขานุการ

อาจารย์พิรพล เจตโรจนานนท์

กองบรรณาธิการและเหรียญกษาปณ์

นางวราภรณ์ แจ่มแจ้ง

ผู้ช่วยเลขานุการ

นางอศรา วงษ์ดี

กำหนดการออกวารสาร

ปีการศึกษาละ ๒ ฉบับ (มิถุนายน - พฤศจิกายน และ ธันวาคม - พฤษภาคม)

พิมพ์ที่ บริษัท จามจุรีโปรดักส์ จำกัด ๒๖ ถนนพระรามที่ ๒ ซอย ๘๓ แขวงสามยุค เขตบางขุนเทียน กรุงเทพฯ ๑๐๑๕๐ โทร. ๐๘๑-๘๑๒-๓๖๗๔, ๐๒-๔๑๕-๘๓๒๐ - ๑



สารจากคณบดี

ในนามคณบดีคณะนิติศาสตร์ ผมขอแสดงความยินดีต่อความสำเร็จของกองบรรณาธิการวารสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ที่สามารถจัดทำวารสารฯได้สำเร็จโดยยึดคุณภาพทางวิชาการเป็นเกณฑ์มาตรฐานในการดำเนินงาน

แม้ว่าในทางปฏิบัติ จะมีอุปสรรคหลายด้านในการจัดทำวารสารทางวิชาการก็ตาม แต่คณะนิติศาสตร์ ก็ยังคงมีพันธกิจที่ต้องรักษามาตรฐานทางวิชาการทางนิติศาสตร์ไว้ให้ได้ การมีวารสารฯ ที่ออกซ้างจึงย่อมจะดีกว่าไม่มีวารสารฯเผยแพร่ออกสู่วงการนิติศาสตร์ไทย

ผมเชื่อว่าในอนาคต กองบรรณาธิการวารสารฯจะสามารถจัดทำวารสารของคณะฯได้ทันตามกำหนดโดยยังคงรักษามาตรฐานวิชาการทางนิติศาสตร์ไว้ได้เป็นอย่างดี

ในประการสุดท้าย ผมหวังว่าท่านผู้อ่านทุกท่านคงจะได้รับความพึงพอใจจากการอ่านวารสารฯ เล่มนี้ และหวังว่าผู้อ่านคงจะได้รับความรู้ทางวิชาการ รวมทั้งข้อขบคิดต่าง ๆ ทางนิติศาสตร์ ทั้งในเชิงทฤษฎีและในเชิงปฏิบัติได้ตามสมควร

ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร

คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ



รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบความวารวิชาการ (Peer review)

ศาสตราจารย์วีระพงษ์ บุญโญภาส

ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ

รองศาสตราจารย์ลาวัลย์ หอนพรัตน์

ศาสตราจารย์พิเศษธงทอง จันทรางศุ

รองศาสตราจารย์ ดร.กิจปติ ก้องเบญจกุล

รองศาสตราจารย์ธัชชัย ทองอุไร

สาขาวิชากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม

สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ

สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ

สาขาวิชากฎหมายมหาชน

สาขาวิชากฎหมายมหาชน

สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ





สารบัญ

บทความวิจัย

- กฎหมายและนโยบายภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการลงทุนของประเทศอินโดนีเซีย
เปรียบเทียบกับประเทศไทย ๑
- ธนวรรณ เตชะวิจิตร และภัทรพร เย็นบุตร

บทความวิชาการ

- ผลผูกพันของคำพิพากษาในศาลไทย: ศึกษากรณีแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกา
วสุ ศิริมหาพฤกษ์ ๑๗
- การเข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยสมัครใจของลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดา
จักรพงษ์ โฉมปราชญ์ ๓๓
- ข้อคิดบางประการเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางเลือกในศาล
ลาวัลย์ หอนพรัตน์ ๔๖
- หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรีระหว่างสยามกับนานาประเทศ:
วิเคราะห์ในเชิงพัฒนาการ ของกฎหมายระหว่างประเทศ (ตอนที่ ๑)
ประสิทธิ์ เอกบุตร ๕๗
- ประเด็นทางกฎหมายของสามิภริยาที่ร้างกันหรือแยกกันอยู่โดยมิได้หย่า
ช.ชยินทร์ เพ็ชฌุไพศิษฐ์ ๗๔
- ที่มาทางอำนาจขององค์กรตุลาการในการพิจารณาคดีทางการเมือง
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ : ศาลรัฐธรรมนูญ
ทวนชัย โชติช่วง ๘๘



บทบรรณาธิการ

วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ เป็นปีที่ ๔ ฉบับที่ ๒ ปีการศึกษา ๒๕๕๖ ประจำเดือนธันวาคม ๒๕๕๖ ถึง พฤษภาคม ๒๕๕๗ ซึ่งคณะได้จัดทำขึ้น เพื่อรวบรวมบทความที่เป็นผลงานสร้างสรรค์ด้านวิชาการของคณาจารย์ประจำ อีกทั้งยังได้รับความอนุเคราะห์บทความด้านกฎหมายจากผู้ทรงคุณวุฒิ และบุคคลภายนอกผู้ที่มีความประสงค์จะร่วมเผยแพร่ความรู้ด้านกฎหมาย โดยภายในวารสารฉบับนี้ประกอบไปด้วยบทความที่มีเนื้อหาสาระน่าสนใจเช่นเดิม อาทิ การเปรียบเทียบกฎหมายและนโยบายของรัฐด้านการลงทุนของประเทศไทย และประเทศอินโดนีเซีย ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มอาเซียน (ASEAN) เหมือนกันว่า มีจุดเด่นหรือด้อยอย่างไร หรือ ประเด็นทางกฎหมายของคู่สามีภรรยาที่แยกกันอยู่ โดยมีได้หย่า ซึ่งก่อให้เกิดผลทางกฎหมายตามมาโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ หรือประเด็นกฎหมายที่เกิดขึ้น จากการที่ลูกหนี้ยินยอมสมัครใจเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย และยังมีบทความอื่นๆ ทั้งด้านกฎหมายมหาชน และกฎหมายอาญา เป็นต้น นอกจากนี้ วารสารฉบับนี้ยังมีบทความที่น่าสนใจในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมาย (Legal History) คือ พัฒนาการของการทำหนังสือสัญญาทางพระราชไมตรีระหว่างสยามกับนานาประเทศ

กองบรรณาธิการขอขอบพระคุณท่านผู้ทรงคุณวุฒิ คณาจารย์ ที่ให้การสนับสนุนบทความมาโดยตลอดและขอขอบคุณผู้ส่งบทความมาร่วมเผยแพร่ ในโอกาสนี้ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ขอเชิญชวนท่านที่สนใจส่งบทความตีพิมพ์ที่วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ ในฉบับต่อไป เพื่อเป็นการพัฒนาวิชาการด้านนิติศาสตร์ และแบ่งปัน เผยแพร่ความรู้สู่สังคม อันจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อนักศึกษา คณาจารย์ และประชาชนทั่วไป ซึ่งทางคณะจะจัดพิมพ์วารสารวิชาการเผยแพร่ปีการศึกษาละ ๒ ฉบับ โดยสามารถติดต่อได้ที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ โทรศัพท์ ๐-๓๓๑๒-๖๓๐๐ ต่อ ๑๖๘๙ หรือ ๑๖๙๐

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิก สุนทรธัย

บรรณาธิการ



กฎหมายและนโยบายภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับ การส่งเสริมการลงทุนของประเทศอินโดนีเซีย เปรียบเทียบกับประเทศไทย

ธนวรรณ เตชะวิจิต*

ภัทรพร เย็นบุตร**

บทคัดย่อ

เนื่องจากปัจจัยในหลาย ๆ ด้าน เช่น การมีนโยบายภาครัฐที่กำหนดอัตราค่าแรงที่ต่ำกว่าประเทศอื่น ๆ การมีทรัพยากรธรรมชาติที่อุดมสมบูรณ์เหมาะสมแก่การใช้เป็นวัตถุดิบของภาคอุตสาหกรรม ปัจจัยเหล่านี้ส่งผลให้ประเทศสมาชิกในกลุ่มอาเซียนเกิดแรงกระตุ้นเพื่อสร้างความร่วมมือด้านเศรษฐกิจ จนเกิดอำนาจต่อรองกับประเทศคู่ค้าที่อยู่นอกกลุ่มได้มากขึ้น เรียกว่า “ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน” โดยที่ความร่วมมือดังกล่าวนำมาซึ่งการเคลื่อนย้ายเสรีทั้งสินค้า บริการ และแรงงาน ทำให้ประเทศไทยที่มุ่งเป็นฐานการผลิตและส่งออกอย่างกว้างขวางในภูมิภาคอาเซียนจำเป็นต้องมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายและนโยบายภาครัฐในการส่งเสริมการลงทุนของประเทศสมาชิกในกลุ่มอาเซียน โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่มีความโดดเด่นด้านการเติบโตทางเศรษฐกิจ เพื่อพัฒนาการประสานประโยชน์ในการค้าและการลงทุนมากยิ่งขึ้น

ดังนั้น วิทยฉบับนี้ จึงมุ่งในการศึกษาภาพรวมข้อมูลพื้นฐาน ประกอบกับลักษณะกฎหมายและการจัดการภาครัฐ ที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาเศรษฐกิจ กฎหมายและนโยบายภาครัฐในการส่งเสริมการลงทุน ของประเทศอินโดนีเซียซึ่งเป็นประเทศที่มีภาพลักษณ์การเสริมสร้างโอกาสการพัฒนาด้านเศรษฐกิจจนประสบความสำเร็จอย่างต่อเนื่อง โดยที่การศึกษาดังกล่าวได้วิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศไทยเพื่อสร้างความรู้ความเข้าใจถึงสาระสำคัญที่นักลงทุนข้ามชาติอาจเข้าไปเกี่ยวข้องกับสัมพันธในสี่ประเด็นหลัก ได้แก่ การส่งเสริมทรัพยากรเส้นทางปัญญา การให้สิทธิประโยชน์ทางภาษี การพัฒนาศักยภาพทางเศรษฐกิจใน ๖ เขตเศรษฐกิจ รวมถึงแรงงานและการขอใบอนุญาตในการทำงาน ซึ่งพบว่าจากประเด็นดังกล่าวทั้งประเทศไทยและประเทศอินโดนีเซียมีการส่งเสริมสนับสนุนการค้าและการลงทุน ภายใต้บริบทกฎหมาย

* อาจารย์คณะนิติศาสตร์ วิทยาลัยเซาธ์อีสท์บางกอก

** อาจารย์คณะนิติศาสตร์ วิทยาลัยเซาธ์อีสท์บางกอก

และนโยบายภาครัฐของตนเอง ไปในทิศทางที่จะช่วยเหลือเกื้อกูลกัน และประเทศไทยอาจอาศัยแนวทางการพัฒนาอย่างต่อเนื่องของประเทศอินโดนีเซียเพื่อส่งเสริมเศรษฐกิจให้ก้าวหน้าต่อไปได้

คำสำคัญ: อาเซียน, อินโดนีเซีย, กฎหมายส่งเสริมการลงทุน

Abstract

Many factors affect the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), such as the state policy of ASEAN which control minimum wage at lower rate than other countries, the fertile natural resources suitable for industry raw material. These constituents influence the member of ASEAN to cooperate in economic terms yielding more bargaining power with trading partner outside ASEAN, and then named ASEAN Economic Community (AEC). The AEC brings free movement of goods, services, investment, skill labor and free flow of capital. Thailand with the aim to be production and export base in ASEAN need the knowledge concerning with laws and state policies to support investment in this area, especially in countries with outstanding economic growth, in order to integrate trade and investment benefit increasingly.

Therefore, this research intend to study overall basic information, identity of laws and public management associated with economic development, as well as laws and state policies of Indonesia to promote investment. The country presents continuous achievement from the promotion of opportunity for economic development. This study analyzes and compares Indonesia with Thailand in order to reinforce understanding of the multinational investors on four main topics they might be dealing. They are Intellectual Property promotion, provision of tax benefits, development of economic potential in 6 economic zones, labor and work permit. The research results are saying that Thailand as well as Indonesia support and promote trade and investment in the context of laws and state policies in each own country in the direction of coordinating. Thailand may applies the continuously development of Indonesia to guide support economic progress.

Keywords: ASEAN, Indonesia, Law on Investment Promotion

บทนำ

จากข้อเท็จจริงที่ประเทศจีนและประเทศอินเดียได้เข้ามามีอิทธิพลในฐานะเป็นคู่แข่งทางเศรษฐกิจที่สำคัญของประเทศในกลุ่มสมาชิกอาเซียน เนื่องจากปัจจัยในหลาย ๆ ด้าน เช่น อัตราค่าแรงที่ต่ำกว่าประเทศอื่น ๆ หรือมีจำนวนแรงงานที่มีฝีมือมากกว่าเมื่อเทียบกับประเทศต่าง ๆ¹ ทำให้ประเทศสมาชิกในกลุ่มอาเซียนเกิดแรงผลักดันในการเสริมสร้างความร่วมมือประสานประโยชน์กันทางด้านเศรษฐกิจ ให้มีอำนาจต่อรองกับประเทศคู่ค้าที่อยู่นอกกลุ่มอาเซียนได้มากขึ้น

ต่อมาเมื่อมีความตกลงร่วมมือระหว่างประเทศจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC) ขึ้น โดยจะมีการเปิดอย่างเป็นทางการในวันที่ ๓๑ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๕๘ ซึ่งความร่วมมือดังกล่าวทำให้เกิดการเคลื่อนย้ายเสรีทั้งสินค้า บริการ และแรงงาน อันจะส่งผลต่อกฎหมายและนโยบายภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการลงทุนของประเทศสมาชิก และแม้ว่าประเทศสมาชิกของอาเซียนจะมีความแตกต่างกันทั้งในแง่ภูมิของสังคม ประวัติศาสตร์ และศิลปวัฒนธรรม และกฎหมาย ซึ่งเป็นเอกลักษณ์ของแต่ละประเทศโดยเฉพาะ² จนทำให้การรวมตัวของอาเซียนเป็นการผสมผสานความแตกต่างในด้านต่าง ๆ ของชาติสมาชิกเข้าด้วยกัน การพัฒนาเศรษฐกิจของภูมิภาคนี้ก็ยังม

จุดมุ่งหมายเพื่อให้เป็นตลาดเดียวกัน ประกอบกับการที่ประเทศไทยมีความมุ่งมั่นพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศโดยการเป็นฐานการผลิตและส่งออกขนาดใหญ่ใน AEC หากแต่ยังขาดความรู้ความเข้าใจในประเด็นที่สำคัญ ๆ เกี่ยวกับประเทศในกลุ่มอาเซียนด้วยกัน³ เหล่านี้ชี้ให้เห็นว่าควรศึกษากฎหมายและนโยบายภาครัฐที่เกี่ยวข้องหรือจะนำไปสู่ผลกระทบต่อการส่งเสริมการลงทุนของประเทศในกลุ่มอาเซียน โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่มีความโดดเด่นก้าวหน้าทางเศรษฐกิจอย่างต่อเนื่องจากอดีตจนถึงปัจจุบัน

ดังนั้น วิทยฉบับนี้ จึงมุ่งในการศึกษาข้อมูลพื้นฐาน ลักษณะกฎหมายและการจัดการภาครัฐ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการลงทุน ของประเทศอินโดนีเซีย ซึ่งเป็นประเทศที่มี GDP เพิ่มขึ้นสูงเรื่อยๆ และดึงดูดนักลงทุนทั้งภายในและภายนอกประเทศ เพื่อเป็นประโยชน์ต่อการสร้างเข้าใจในภาพรวมอันจะเป็นข้อมูลสำคัญที่นักลงทุนข้ามชาติอาจเข้าไปเกี่ยวข้องสัมพันธ์ ตลอดจนได้มีการเปรียบเทียบกฎหมายและนโยบายภาครัฐของไทยควบคู่กันไปด้วย เพื่อนำไปสรุปและข้อเสนอแนะในการพัฒนากฎหมายและนโยบายภาครัฐเพื่อส่งเสริมกิจกรรมทางด้านการลงทุนระหว่างประเทศของไทยกับอินโดนีเซียให้เติบโตก้าวหน้าต่อไปในอนาคต

¹ Gita Nandan, *ASEAN Building an Economic Community* (Australia: Department of Foreign Affairs and Trade Economic Analytical Unit, 2549), 16.

² ปัญหาและอุปสรรคที่สำคัญของประชาคมอาเซียน, (๕ มีนาคม ๒๕๕๓) < <http://www.nwvoc.ac.th/asean/asean6.html> >.

³ วริศรา ภาณุวัฒน์, *แนวทางการลงทุนใน AEC* (กรุงเทพฯ: แสงดาว, 2556) 24, 49.

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

๑. เพื่อศึกษาถึงข้อมูลพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศอินโดนีเซีย

๒. เพื่อวิเคราะห์ถึงกฎหมายและนโยบายภาครัฐในการส่งเสริมการลงทุนของประเทศอินโดนีเซียเปรียบเทียบกับประเทศไทย

๓. เพื่อวิจัยกฎหมายและนโยบายภาครัฐในการส่งเสริมการลงทุน อันจะนำไปสู่แนวทางการเสนอแนะเกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายและนโยบายภาครัฐของประเทศไทย ให้สอดคล้องกับบริบทสังคมอาเซียน

วิธีดำเนินงานวิจัย

งานวิจัยนี้ เป็นงานวิจัยเชิงคุณภาพ โดยผู้เขียนได้มุ่งศึกษาวิจัยจากเอกสาร ได้แก่ บทความวิจัย บทความวิชาการ และหนังสือที่เกี่ยวข้องกับภาพรวมข้อมูลพื้นฐาน ประกอบกับลักษณะกฎหมายและการจัดการภาครัฐ ที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาเศรษฐกิจ และกฎหมายและนโยบายภาครัฐในการส่งเสริมการลงทุนของประเทศอินโดนีเซียเป็นสำคัญ โดยมีการศึกษาวิเคราะห์ประเด็นที่มีความน่าสนใจโดดเด่นเปรียบเทียบกับประเทศไทย เพื่อนำไปสรุปทสรุปและข้อเสนอแนะของผู้เขียน

ผลของการวิจัย

เนื่องจากการเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) ในวันที่ ๓๑ ธันวาคม ๒๕๕๘ อันจะส่งผลกระทบต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ

ไทย และประเทศไทยยังขาดความรู้ความเข้าใจในประเด็นที่สำคัญ ๆ เกี่ยวกับประเทศเพื่อนบ้านกลุ่มอาเซียน นำมาซึ่งการพยายามสร้างความตระหนักรู้ถึงปัจจัยที่พัฒนาขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศในกลุ่มอาเซียนด้วยกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศอินโดนีเซียซึ่งเป็นประเทศเป้าหมายหลักของนักลงทุนจำนวนมากทั้งภายในภูมิภาคอาเซียน และนอกภูมิภาคอาเซียน ทำให้ผู้เขียนพบว่าประเทศอินโดนีเซียมีข้อมูลพื้นฐาน ลักษณะกฎหมายและการจัดการภาครัฐ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการลงทุน ดังต่อไปนี้

๑. ข้อมูลพื้นฐานของประเทศอินโดนีเซีย

แม้ว่าประเทศอินโดนีเซียจะเป็นประเทศอุตสาหกรรมใหม่ ซึ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนาเช่นเดียวกับประเทศไทย แต่ประเทศอินโดนีเซียก็มีสภาพภูมิศาสตร์และประวัติศาสตร์ที่แตกต่างไปจากประเทศไทย ทำให้การพัฒนาเศรษฐกิจการค้าและการลงทุนของอินโดนีเซียมีความแตกต่างไปจากประเทศไทยด้วย ซึ่งมีข้อพิจารณาที่สำคัญ ได้แก่

๑.๑ สภาพทางภูมิศาสตร์

ประเทศอินโดนีเซียมีภูมิศาสตร์เป็นหมู่เกาะ จึงมีพื้นที่ติดต่อกับทะเลมาก เหมาะแก่การขนส่งสินค้าทางทะเล นอกจากนี้ ยังมีทรัพยากรธรรมชาติที่หลากหลายมากมายทั้งทรัพยากรน้ำมัน ก๊าซธรรมชาติ ถ่านหิน และแร่ธาตุต่าง ๆ รวมถึงมีทรัพยากรดินที่เหมาะสมแก่การเพาะปลูก^๔ ซึ่งย่อมเป็นผลดีต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ แต่ประเทศอินโดนีเซียอยู่ในพื้นที่รอยต่อของเปลือกโลก

^๔ ศูนย์สารสนเทศเศรษฐกิจอุตสาหกรรม, รายงานการวิเคราะห์ข้อมูลการพัฒนาเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมของประเทศไทยและประเทศอินโดนีเซีย (สาธารณรัฐอินโดนีเซีย) (๕ มีนาคม ๒๕๕๗) <http://www.oie.go.th/sites/default/files/attachments/article/thai_indonesia_economics_14112556.pdf> 2-3.

จึงมีความเสี่ยงต่อการประสบภัยพิบัติแผ่นดินไหว และภูเขาไฟระเบิดที่รุนแรง⁵

จากสภาพภูมิศาสตร์ดังกล่าว การดำเนินธุรกิจในประเทศอินโดนีเซียจำเป็นต้องคำนึงถึงสภาพแวดล้อมในพื้นที่แต่ละหมู่เกาะ ประกอบกับความสะดวกในด้านการคมนาคมขนส่งทางทะเลเป็นสำคัญ ในขณะที่ภูมิประเทศของไทยมีเป็นลักษณะภาคพื้นทวีปที่มีอาณาเขตติดต่อกับหลายประเทศซึ่งย่อมเป็นข้อดีในการพัฒนาระบบโลจิสติกส์ระหว่างประเทศโดยการคมนาคมทางบกเป็นสำคัญ นอกจากนี้ นโยบายการจัดการภาครัฐและภาคเอกชนของประเทศอินโดนีเซียจะต้องเตรียมความพร้อมแก้ปัญหาภัยพิบัติดังกล่าว โดยเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทยที่เคยประสบภัยธรรมชาติอย่างอื่นทั้งน้ำท่วมและภัยแล้ง ก็ควรมีมาตรการภาครัฐในการให้ความช่วยเหลือเอกชนด้านบริหารความเสี่ยงจากภัยธรรมชาติเช่นเดียวกัน

๑.๒ วิวัฒนาการและความสำคัญของการส่งเสริมการลงทุนในประเทศอินโดนีเซีย

เดิมประเทศอินโดนีเซียเคยอยู่ภายใต้อาณานิคมของประเทศเนเธอร์แลนด์ (ฮอลแลนด์) ต่อมาในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง

ประเทศญี่ปุ่นได้เข้ามามีอิทธิพลจนกระทั่งมีผู้นำของประเทศอินโดนีเซียคือนายซูการ์โนได้ประกาศอิสรภาพ และก้าวสู่การเป็นประธานาธิบดีคนแรกของประเทศ⁶ ครั้นในสมัยประธานาธิบดีซูฮาร์โตได้ใช้กำลังทหารเพื่อรักษาความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง จนทำให้ระบบเศรษฐกิจถดถอยและประสบปัญหาสภาพคล่องทางเศรษฐกิจขึ้น⁷ ประเทศอินโดนีเซียจึงได้พยายามพัฒนาประเทศให้รอดพ้นวิกฤตทางเศรษฐกิจด้วยการส่งเสริมธุรกิจด้านการเกษตรเป็นสำคัญ ทั้งการเพาะปลูกข้าว ซึ่งเป็นระดับกิจการขนาดเล็ก ส่วนการทำสวนยาง หรือปาล์มน้ำมัน จัดเป็นระดับกิจการขนาดใหญ่ และมีการส่งเสริมด้านการประมง ตลอดจนอุตสาหกรรมใหม่ที่เกี่ยวข้องกับพลังงาน เชื้อเพลิง ได้แก่ น้ำมัน ก๊าซธรรมชาติ และถ่านหิน นอกจากนี้ ยังมีอุตสาหกรรมการผลิตสิ่งทอและคอมพิวเตอร์ ที่สร้างรายได้ให้กับประเทศจำนวนมาก⁸

จนกระทั่งในช่วงปี ๒๕๕๐ - ๒๕๕๔ เศรษฐกิจของประเทศอินโดนีเซียมีการเติบโตสูง โดยที่ศูนย์วิจัยกสิกรไทยได้ให้ความเห็นว่า เศรษฐกิจของอินโดนีเซียมีความเข้มแข็งอย่างต่อเนื่อง จนทำให้อินโดนีเซียเป็นประเทศคู่แข่งทางการค้า

⁵ Colin Brown, *A Short History of Indonesia* (New South Wales, Allen&Unwin: Crows Nest Press, 2003) 8. และ Steven Drakeley, *The History of Indonesia* (Westport, Connecticut: Green wood Press, 2005) xiv. อ้างใน ภาณุวัฒน์ พันธุ์ประเทศ, *ระบบการปกครองท้องถิ่นประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียน: สาธารณรัฐอินโดนีเซีย* (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, พฤศจิกายน ๒๕๕๖) ๕.

⁶ Michael E. Porter, Christian Ketels, *Indonesia: Attracting Foreign Investment*, (Harvard business school: November 19, 2008) <http://www.fpn.bg.ac.rs/wp-content/uploads/Indonesia_708420p2.pdf> 2-3.

⁷ *Ibid.*

⁸ World Trade Organization, *Trade Policy Review of Indonesia* (5 มีนาคม 2557) <http://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/s278_e.pdf> 12.

การลงทุนทัดเทียมกันกับประเทศไทย⁹ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าประเทศอินโดนีเซียมีจุดแข็งด้านเศรษฐกิจจากอดีตจนถึงปัจจุบัน เนื่องมาจากการมีทรัพยากรธรรมชาติที่อุดมสมบูรณ์ และเน้นการทำธุรกิจในลักษณะพึ่งวัตถุดิบของตนเองเพื่อดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ จึงมีการเติบโตอย่างค่อยเป็นค่อยไปที่มีแนวโน้มพัฒนาอย่างยั่งยืน

๒. ลักษณะกฎหมายและการจัดการภาครัฐ และกฎหมายการลงทุนของประเทศอินโดนีเซีย

นอกจากประเทศอินโดนีเซียจะมีทรัพยากรอันอุดมสมบูรณ์เป็นปัจจัยที่ส่งผลให้การส่งเสริมการลงทุนประสบผลสำเร็จแล้ว เมื่อศึกษาถึงลักษณะกฎหมายและการจัดการภาครัฐตลอดจนการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายการลงทุนให้สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน ก็พบว่าป็นอีกปัจจัยที่มีความสำคัญยิ่ง ดังนี้

๒.๑ ลักษณะกฎหมายและการจัดการภาครัฐ

ประเทศอินโดนีเซียมีความพยายามสร้างกฎเกณฑ์ทางสังคมให้สอดคล้องกับหลักศีลธรรมและหลักนิติธรรม (The rule of law)

กล่าวคือ มีหลักปรัชญาศีล ได้แก่ หลักการเชื่อในพระเจ้าพระองค์เดียวและหนึ่งเดียว หลักมนุษยธรรม อันยุติธรรมและมีอารยะ หลักความเป็นหนึ่งเดียวของประเทศ หลักประชาธิปไตยอันเกิดจากความเห็นพ้องของผู้แทนปวงชน และหลักความยุติธรรมทางสังคมสำหรับชาวอินโดนีเซียทุกหมู่เหล่า¹⁰ ทำให้กฎหมายรัฐธรรมนูญมีการแก้ไขเพิ่มเติมและประกาศใช้ในปี ค.ศ. ๒๐๐๐ กำหนดหลักการสำคัญให้มีรัฐบาลท้องถิ่นที่มาจากการเลือกตั้งตามระบอบประชาธิปไตย ช่วยเหลือรัฐบาลกลางทั้งในการบริหารงานภาครัฐทั้งระดับจังหวัด ระดับตำบลและเทศบาลเมือง¹¹ อีกทั้งยังตรากฎหมายให้อำนาจปกครองตนเอง (the Autonomy Law, 2004) แก่รัฐบาลท้องถิ่นให้สามารถบัญญัติกฎหมายลำดับรองได้หลากหลาย เพื่อความเจริญก้าวหน้าของท้องถิ่น¹²

การที่ประเทศอินโดนีเซียอาศัยหลักปรัชญาศีลเป็นเครื่องกำหนดทิศทางการบริหารและการพัฒนาประเทศ ย่อมช่วยขับเคลื่อนเศรษฐกิจตามแนวทุนนิยมเสรีได้เป็นอย่างดี เปรียบเทียบได้กับการที่ประเทศไทยมีหลักปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียงเป็นเครื่องชี้นำ¹³ อย่างไรก็ตามองค์กรทั้งภาครัฐและภาคเอกชนจะต้องอาศัยหลักเหล่านี้ไปดำเนินการ

⁹ ดัดแปลงจาก ศูนย์วิจัยกสิกรไทย, AEC PLUS Your business to the new frontier, ประเทศอินโดนีเซีย <<http://www.asokbank.com/WhatsHot/Documents/Indonesia.pdf>> 19-20.

¹⁰ Faisal Ismail, *Politics and Ideology in Indonesia: A Study of the Process of Muslim Acceptance of the Pancasila* (PhD Thesis, McGill University, 1995) 2-4. อ้างใน ภาณุวัฒน์ พันธุ์ประเทศ, ระบบการปกครองท้องถิ่นประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียน: สาธารณรัฐอินโดนีเซีย (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, พฤศจิกายน 2556) 17.

¹¹ Simon Butt, *Regional Autonomy and Legal Disorder: the Proliferation of Local Laws in Indonesia* (5 March 2014) <http://sydney.edu.au/law/slr/slr_32/slr32_2/Butt.pdf> 177-178.

¹² *Ibid*, 181.

¹³ แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ ๑๑ (พ.ศ. ๒๕๕๕ - ๒๕๕๙), ๔๓ - ๔๔.

ให้เป็นรูปธรรมโดยปราศจากการทุจริตคอร์รัปชัน เพื่อความเป็นธรรมในสังคมด้วย โดยเน้นการกระจายอำนาจรัฐส่วนกลางไปสู่ส่วนภูมิภาคและท้องถิ่น เพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันขององค์กรธุรกิจอันจะนำมาซึ่งการพัฒนาประเทศต่อไปได้ในระยะยาว

๒.๒ กฎหมายการลงทุน

ในปี พ.ศ. ๒๕๕๐ รัฐสภาอินโดนีเซีย ได้ตรากฎหมายการลงทุนฉบับใหม่ขึ้น (the Investment Law of 2007) เพื่อส่งเสริมปัจจัยแวดล้อมในการลงทุนและสร้างความมั่นใจสำหรับนักลงทุน ทั้งสัญชาติอินโดนีเซียเองและนักลงทุนต่างชาติ กฎหมายการลงทุนนี้มีผลบังคับใช้แทนที่กฎหมายเดิม ๒ ฉบับ คือ กฎหมายการลงทุนจากต่างประเทศ พ.ศ. ๒๕๑๐ และกฎหมายการลงทุนภายในประเทศ พ.ศ. ๒๕๑๑ ซึ่งกฎหมายการลงทุนฉบับใหม่ได้บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญ สรุปได้ว่า ๑.) ให้มีการลดขั้นตอนและระยะเวลาการอนุมัติการลงทุน โดยกำหนดให้หน่วยงานอิสระภาครัฐที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการลงทุนในอินโดนีเซีย คือ Investment Coordinating Board (Badan Koordinasi Penanaman Modal: BKPM) ดำเนินการให้บริการเบ็ดเสร็จ ณ จุดๆ เดียว (One-Stop Service) ๒.) พยายามทบทวนการปรับลดจำนวนกิจการที่ห้ามนักลงทุนต่างชาติเข้าไปลงทุน ๓.) รับประกันว่าจะไม่ยึดกิจการของนักลงทุนต่างชาติ เว้นแต่กิจการนั้นจะเข้าข่ายเป็นการก่ออาชญากรรมทาง

ธุรกิจ (Corporate Crime) ๔.) ขยายเวลาการให้สิทธิใช้ที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม ประมง หรือ ปศุสัตว์ จากเดิมให้เวลา ๓๕ ปี เป็นเวลา ๙๕ ปี และสามารถต่ออายุเพิ่มได้อีก ๒๕ ปี¹⁴

จากหลักกฎหมายการลงทุนดังกล่าวจะเห็นได้ว่า BKPM เทียบได้กับคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนของไทย (Thailand Board of Investment: BOI) ซึ่งทำหน้าที่กำหนดนโยบายและมาตรการทางกฎหมายที่สนับสนุนให้มีการเติบโตทางเศรษฐกิจโดยการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันและสนับสนุนธุรกิจต่าง ๆ¹⁵ ทั้งนี้ BOI และ BKPM ควรสร้างเครือข่ายความร่วมมือเพื่ออำนวยความสะดวกในการลงทุนตามหลักการเป็นตลาดเดียวของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน และก้าวสู่การแข่งขันในตลาดโลกได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

๓. กฎหมายและนโยบายภาครัฐในการส่งเสริมการลงทุนของประเทศอินโดนีเซีย

เนื่องจากสถานการณ์การขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศอินโดนีเซียมีความโดดเด่นอย่างต่อเนื่องในระยะเวลา ๑๐ ปีที่ผ่านมา ปรากฏเป็นหลักฐานจากยอดอัตราการเกินดุลบัญชีเดินสะพัดโดยเฉลี่ยร้อยละ ๒-๓ ต่อปี และไม่มียอดติดลบ¹⁶ จึงแสดงให้เห็นว่ากฎหมายและนโยบายภาครัฐในการส่งเสริมการลงทุนของประเทศอินโดนีเซียเป็นที่น่าสนใจศึกษาเปรียบเทียบกับ

¹⁴ สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม, มาตรการ/กฎ ระเบียบทางการค้าประเทศอินโดนีเซีย (๑๐ มีนาคม ๒๕๕๓) <<http://www.sme.go.th/SiteCollectionDocuments>>

¹⁵ มาตรา ๑๖, พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. ๒๕๒๐.

¹⁶ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๔, ๑๓๖, ๑๓๘.

ประเทศไทยอย่างยิ่ง สรุปได้เป็นสี่ประเด็นดังต่อไปนี้

๓.๑ การส่งเสริมทรัพย์สินทางปัญญา

ประเทศอินโดนีเซียมีกฎหมายและนโยบายภาครัฐที่เหมาะสมในการลงทุนด้านทรัพย์สินทางปัญญา โดยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) จึงต้องออกกฎหมายภายในประเทศในทิศทางเดียวกันกับความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า หรือความตกลงทริพส์ อันเป็นความตกลงร่วมกันของสมาชิกองค์การการค้าโลกในการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำเพื่อคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา¹⁷ และใช้ระบบการคุ้มครองตามหลักไครจดก่อนมีสิทธิดีกว่า (first-to-file system) เช่นเดียวกับประเทศไทย¹⁸

ประเทศอินโดนีเซียได้พัฒนาระบบการจดทะเบียนหรือขอรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาให้สะดวกรวดเร็วมากขึ้น เช่น ในการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์เบื้องต้นจะแล้วเสร็จเพียง ๒-๓ เดือน โดยไม่มีระบบตรวจสอบคำขอเชิงเนื้อหา เว้นแต่กรณีมีผู้ยื่นคำคัดค้านการขอรับสิทธิดังกล่าว ซึ่งกฎหมายได้กำหนดระยะเวลาประกาศโฆษณาคำขอรับ

สิทธิบัตรเพื่อให้ประชาชนทั่วไปสามารถยื่นคัดค้านได้ภายในเวลา 3 เดือน เป็นต้น¹⁹ ในขณะที่ประเทศไทยปัจจุบันมีระบบการจดทะเบียนและการขอรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาค่อนข้างล่าช้า ดังเห็นได้จากความในมาตรา ๒๗ แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม²⁰ ซึ่งได้กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรมีอำนาจเรียกผู้ขอรับสิทธิบัตรมาให้ถ้อยคำหรือส่งมอบเอกสารเพิ่มเติม และจะถือว่าผู้ขอรับสิทธิบัตรละทิ้งคำขอต่อเมื่อผู้ขอรับสิทธิบัตรไม่ปฏิบัติตามภายในระยะเวลาเก้าสิบวัน ดังนั้นการให้ถ้อยคำหรือส่งมอบเอกสารเพิ่มเติมอาจเพิ่มระยะเวลาการตรวจสอบสิทธิบัตรออกไปอีกได้ถึงเก้าสิบวัน

นอกจากนี้ อินโดนีเซียยังจัดตั้งหน่วยงานภาครัฐทำหน้าที่ให้บริการการขอรับหรือจดทะเบียนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภท ได้แก่ สำนักงานทรัพย์สินทางปัญญา (The Directorate General of Intellectual Property (DGIP)²¹ ดำเนินการเช่นเดียวกับกรมทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทย อีกทั้งยังมีหน่วยงานในสังกัดกระทรวงเกษตร คือ The Agency for Agriculture Research and

¹⁷ World Trade Organization, *Frequently asked questions about TRIPS [trade-related aspects of intellectual property rights] in the WTO* (5 March 2014), <http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/tripfq_e.htm>.

¹⁸ ดัดแปลงจาก Australian Government, *IP Passport Indonesia, Exporting fact sheet* (5 March 2014) <<http://www.ipaustralia.gov.au/uploaded-files/publications/indonesia-ip-passport-aug-2012.pdf>>.

¹⁹ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, *กฎหมายการออกแบบผลิตภัณฑ์-อินโดนีเซีย (๕ มีนาคม ๒๕๕๗)* <http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=711&Itemid=600>.

²⁰ มาตรา ๒๗, พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม.

²¹ World Trade Organization, above n 18.

Development (AARD) ทำหน้าที่ส่งเสริมการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและการถ่ายโอนเทคโนโลยีในการวิจัยและการพัฒนาด้านการเกษตร เพื่อแลกเปลี่ยนเรียนรู้เทคโนโลยีข้ามชาติโดยเฉพาะอย่างยิ่งเทคโนโลยีชีวภาพ²²

เหล่านี้ ล้วนแสดงให้เห็นถึงการจัดรูปองค์กรภาครัฐที่รองรับการขยายตัวทางเศรษฐกิจโดยการส่งเสริมและสนับสนุนด้านทุนทางปัญญาของประเทศอินโดนีเซีย ซึ่งนักลงทุนไทยที่เข้าไปลงทุนในประเทศอินโดนีเซียควรตระหนักถึงความสำคัญของการขอรับหรือจดทะเบียนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ณ ประเทศอินโดนีเซีย และดำเนินการตามข้อตกลงความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองสิทธิอย่างเดียวกันภายใต้บริบทของกฎหมายภายในประเทศสมาชิกความร่วมมือทั้งหลาย อันจะเป็นการสร้างมูลค่าเพิ่มให้แก่สินค้าหรือบริการได้ต่อไป อีกทั้งนโยบายภาครัฐของไทยและอินโดนีเซียก็ควรร่วมมือกันในการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทั้งหลายด้วย

๓.๒ การให้สิทธิประโยชน์ทางภาษี

เนื่องจากประเทศอินโดนีเซียได้จัดตั้ง BKPM ขึ้นดังที่กล่าวมาแล้วในเรื่องกฎหมายการลงทุน ซึ่งองค์กรนี้มีพันธกิจในการเสริมสร้างและรับรองความเสมอภาคเพื่อช่วยเหลือด้านการ

ลงทุน อันหมายรวมถึงการลงทุนโดยต่างชาติด้วย²³ ทำให้ประเทศต่าง ๆ ได้รับสิทธิประโยชน์ด้านภาษีที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการลงทุนอย่างเท่าเทียมกัน ปรากฏเป็นข้อสรุปโดยสังเขปได้ว่า ๑) BKPM หรือสำนักงานตัวแทนของภูมิภาคสามารถให้ความเห็นชอบเพื่อลดหย่อนอากรขาเข้าโดยคิดอัตราภาษีขั้นสุดท้ายเพียงร้อยละ ๕ และสำหรับกรณีที่อากรขาเข้าได้กำหนดไว้ใน Indonesian Customs Tariff Book ให้เหลือเพียงระดับร้อยละ ๕ หรือต่ำกว่า ๒) ผู้ลงทุนจะได้คืนอากร (Drawback) เมื่อมีการนำเข้าสินค้าและวัตถุดิบเพื่อนำมาผลิตเป็นสินค้าสำเร็จรูปส่งออก และยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม หรือภาษีการค้าสำหรับสินค้าฟุ่มเฟือยที่ซื้อในอินโดนีเซียก่อนนำมาผลิตเป็นสินค้าส่งออก ๓) ในกิจการที่ตั้งอยู่ในพื้นที่เขต Bonded Zone จะยกเว้นอากรขาเข้า ภาษีสรรพสามิต ภาษีเงินได้ และภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับสินค้าฟุ่มเฟือย ซึ่งเป็นการนำเข้าสินค้าทุน และเครื่องมือต่างๆ ตลอดจนวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า อีกทั้งยังได้ยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มและภาษีการค้าสำหรับสินค้าฟุ่มเฟือยในการส่งสินค้าเพื่อการผลิตต่อ จาก Bonded Zone ไปยังผู้รับเหมาช่วงของบริษัท หรือในทางกลับกันระหว่างบริษัทในเขตพื้นที่ดังกล่าว²⁴

นอกจากนี้ ประเทศอินโดนีเซียยังประกาศใช้กฎหมายชื่อว่า “Law of the Republic of Indonesia Number 25 of 2007

²² Mywish K. Maredia, *Application of Intellectual Property Rights in Developing Countries: Implications for Public Policy and Agricultural Research Institutes* (2001), 26-27 < http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/studies/pdf/study_k_maredia.pdf>.

²³ BKPM, *About us* (6 March 2014) <http://www2.bkpm.go.id/contents/general/2/about-us#.Uxfi9j9_t9k>.

²⁴ ดัดแปลงจากข้อมูลของสำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ กรุงจาการ์ตา, *สิทธิประโยชน์ในการลงทุน* (๑๐ มีนาคม ๒๕๕๗) <http://www.boi.go.th/thai/asean/Indonesia/capt5_p3n.html>.

Concerning investments” ที่ได้บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญถึงการให้บริการจากหน่วยงานภาครัฐแบบเบ็ดเสร็จ ณ จุดๆ เดียว (One-stop service) ทั้งกิจกรรมที่ต้องขอใบอนุญาตและไม่ต้องขอใบอนุญาต²⁵ ซึ่งนับเป็นการสร้างมาตรการที่เหมาะสมอย่างยิ่งในการส่งเสริมการลงทุนในประเทศที่มีภูมิประเทศเป็นลักษณะหมู่เกาะ และระบบโครงสร้างพื้นฐานอาจยังพัฒนาไม่สมบูรณ์มากนัก

๓.๓ การกำหนดเขตเศรษฐกิจ

ตามแผนแม่บทเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจอินโดนีเซีย หรือ Master Plan for Acceleration and Expansion of Indonesia Economic Development 2011-2025 (Masterplan Percepatan dan Perluasan Pembangunan Ekonomi Indonesia: MP3EI) รัฐบาลอินโดนีเซียได้กำหนดทิศทางการพัฒนาในแนวพื้นที่เศรษฐกิจ ๖ พื้นที่ ได้แก่ ๑. เขตเศรษฐกิจสุมาตรา ๒. เขตเศรษฐกิจชวา ๓. เขตเศรษฐกิจกาลิมันตัน ๔. เขตเศรษฐกิจซูลาเวซี ๕. เขตเศรษฐกิจบาห์ลี-นูซาเต็งการา ๖. เขตเศรษฐกิจปาปัว-หมู่เกาะโมลุกกะ²⁶ ทั้งนี้ เพื่อนำไปสู่การพัฒนาตามแผนที่วางไว้ ได้แก่

๓.๑.๑ การพัฒนาศักยภาพทาง

เศรษฐกิจใน 6 เขตเศรษฐกิจ

เนื่องจากอินโดนีเซียเป็นประเทศที่ประกอบไปด้วยเกาะน้อยใหญ่ต่าง ๆ กว่า ๑๗,๕๐๐ เกาะ ทำให้แต่ละพื้นที่มีศักยภาพทางเศรษฐกิจแตกต่างกัน โดยจะมุ่งพัฒนาเขตเศรษฐกิจที่มีอยู่แล้วให้มีความเข้มแข็งมากยิ่งขึ้น และสร้างเขตเศรษฐกิจใหม่ด้วย เพื่อให้มีการกระจายความเจริญทั่วถึงกัน ก่อให้เกิดกลุ่มอุตสาหกรรม (Industrial Cluster) ในแต่ละเขตพื้นที่ ซึ่งอาศัยความได้เปรียบเชิงพื้นที่ประกอบกับการใช้วัตถุดิบในท้องถิ่นนั้น ๆ มาเป็นจุดแข็ง สำหรับเขตเศรษฐกิจสุมาตรา (Sumatra Economic Corridor) จะพัฒนาเป็นศูนย์กลางการผลิตและแปรรูปทรัพยากรธรรมชาติ และเป็นแหล่งสำรองพลังงานของชาติ²⁷ เขตเศรษฐกิจชวา (Java Economic Corridor) จะพัฒนาเป็นศูนย์กลางขับเคลื่อนอุตสาหกรรมและการบริการของประเทศ เขตเศรษฐกิจกาลิมันตัน (Kalimantan Economic Corridor) จะพัฒนาเป็นศูนย์กลางการผลิตและแปรรูปด้านเหมืองแร่ และเป็นแหล่งพลังงานของประเทศ เขตเศรษฐกิจซูลาเวซี (Sulawesi Economic Corridor) จะพัฒนาเป็นศูนย์กลางการผลิตและแปรรูปด้านการเกษตร

²⁵ Law of the Republic of Indonesia Number 25 of 2007 Concerning investments, Article 1 (10) One-Stop Integrated Service shall be any licensing or non-licensing activity delegated or authorized by any institutions or agencies possessing licensing or non-licensing authority, whose issuance process shall begin with application stage up to the document issuance stage conducted in a single place.

²⁶ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน, คู่มือการประกอบธุรกิจในประเทศอินโดนีเซีย (๕ มีนาคม ๒๕๕๓) <http://toi.boi.go.th/bpanel/upload/country_content_pdf/2013/07/_Investment%20Manual-Indonesia.pdf> 33.

²⁷ เปิดแผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติอินโดนีเซีย: MP3EI กับการพัฒนาประเทศ (๓ มีนาคม ๒๕๕๓) <<http://thaipublica.org/2013/01/indonesia-mp3ei-2/>> 4-6.

ของประเทศ เขตเศรษฐกิจบาหลี-นูซาเต็งการา (Bali-Nusa Tenggara Economic Corridor) จะพัฒนาเป็นศูนย์กลางการท่องเที่ยวและผลิตอาหารของประเทศ เขตเศรษฐกิจปาปัว-หมู่เกาะโมลุกกะ (Papua - Kepulauan Maluku Economic Corridor) จะพัฒนาเป็นศูนย์กลางด้านอาหาร ประมง พลังงาน และเหมืองแร่ของประเทศ²⁸

๓.๓.๒ สร้างการเชื่อมต่อทางเศรษฐกิจทั้งภายในและภายนอกประเทศ

เนื่องจากอินโดนีเซียมีพื้นที่ติดทะเลกว่า ๕๔,๗๖ กิโลเมตรทำให้ชายฝั่งของอินโดนีเซียสามารถติดต่อกับพื้นที่สำคัญทางทะเลได้โดยตรง อาทิ มหาสมุทรอินเดีย ช่องแคบมะละกา ทะเลจีนใต้ ทะเลชวา ทะเลเซเลเบส ทะเลโมลุกกะ และมหาสมุทรแปซิฟิก จึงมีเส้นทางเดินทะเลที่สำคัญผ่าน่านน้ำของอินโดนีเซียจำนวนมาก เช่น เส้นทางเดินเรือช่องแคบมะละกาที่เป็นเส้นทางคมนาคมทางทะเล (Sea Lane of Communication หรือ SLOC) ที่สำคัญ เส้นทางคมนาคมทางทะเลของหมู่เกาะอินโดนีเซีย (ALKI) เส้นทางคมนาคมทางทะเลหลักของโลกที่ใช้ขนส่งสินค้า ติดกับพื้นที่ชายฝั่งของอินโดนีเซีย ฯลฯ ประเทศอินโดนีเซียจึงมีนโยบายเชื่อมต่อเขตเศรษฐกิจที่สำคัญของประเทศด้านระบบโลจิสติกส์ ระบบขนส่ง ระบบการพัฒนาพื้นที่ระดับภูมิภาค และระบบ ICT เพื่อรองรับการเติบโตทางเศรษฐกิจ

๓.๓.๓ การสร้างความเข้มแข็งด้านทรัพยากรมนุษย์ วิทยาศาสตร์ และเทคโนโลยี

รัฐบาลอินโดนีเซียได้สนับสนุนการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์โดยการจัด

การศึกษาตามหลักสูตรวิชาการ หลักสูตรวิชาชีพ และหลักสูตรวิชาชีพขั้นสูง เพื่อสร้างแรงงานในการพัฒนาเศรษฐกิจของแต่ละพื้นที่ และพัฒนาระบบวิจัยของมหาวิทยาลัย ในฐานะที่เป็นศูนย์กลางการสร้างนวัตกรรมของชาติ และต้องมีการพัฒนาระบบ ICT เพื่อใช้ในการแบ่งปันข้อมูล และทรัพยากรร่วมกันของแต่ละสถาบัน ตลอดจนมีการนำความรู้ด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมาประยุกต์ในการผลิต เพื่อทำให้สินค้าเกิดมูลค่าเพิ่มเนื่องจากแผน MP3EI กำหนดขึ้นโดยตระหนักถึงการเป็นยุคเศรษฐกิจแห่งปัญญาและความรู้ (Knowledge-Based Economy) อันจะต้องพัฒนาเศรษฐกิจจากการผลิตที่ขับเคลื่อนโดยนวัตกรรม รัฐบาลจึงจำเป็นต้องจัดการศึกษาที่ดีให้แก่ประชากร เพื่อทำให้เกิดการพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีต่อไปในอนาคต

ผู้วิจัยเห็นว่าประเทศไทยอาจกำหนดแบ่งเขตการพัฒนาเศรษฐกิจ เพื่อลดความเหลื่อมล้ำในแต่ละภูมิภาคได้ โดยเบื้องต้นจะต้องศึกษาให้เกิดองค์ความรู้ที่ชัดเจนก่อนว่าท้องถิ่นใดมีความได้เปรียบด้านทุนมนุษย์หรือด้านทุนวัตถุดิบอันจะนำมาสร้างจุดแข็งของการส่งเสริมการลงทุนได้ แล้วจึงวางกรอบกฎหมายและนโยบายภาครัฐให้เหมาะสมตามความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นนั้น ๆ ควบคู่ไปกับการสร้างแรงจูงใจให้กับนักลงทุนต่างชาติ โดยที่จะต้องไม่ละเลยเพิกเฉยต่อการรักษาสมดุลของเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม เป็นสำคัญ

²⁸ เพิ่งอ้าง ๓๐-๓๑.

๓.๔ แรงงานและการขอใบอนุญาต
ในการทำงาน

ในเรื่องแรงงานนั้น ประเทศ
อินโดนีเซียมีกระทรวงแรงงานและการเคลื่อนย้าย
แรงงาน (Ministry of Manpower and
Transmigration) เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบ
โดยการบังคับใช้กฎหมายแรงงานหลักที่เกี่ยวข้อง
กับอุตสาหกรรมและการลงทุนสี่ฉบับ ได้แก่
๑) กฎหมายเลขที่ ๓/๑๙๙๒ ว่าด้วยสวัสดิการทาง
สังคมของแรงงาน ซึ่งเกี่ยวข้องกับสิทธิการประกัน
สุขภาพ การได้รับอุบัติเหตุจากการทำงาน สิทธิ
ประโยชน์ภายหลังการเกษียณอายุ และการเสีย
ชีวิต โดยใช้บังคับกับบริษัทที่มีคนงานตั้งแต่ ๑๐ คน
ขึ้นไป ๒) กฎหมายเลขที่ ๒๑/๒๐๐๓ ว่าด้วย
สหภาพแรงงาน ซึ่งเกี่ยวข้องกับสภาแห่งชาติของ
แรงงานสิทธิในการจัดตั้งสหภาพแรงงาน การจัด
ตั้งสมาพันธ์สหภาพแรงงาน และการเป็นสมาชิก
ของสหภาพแรงงาน ๓) กฎหมายเลขที่ ๑๓/๒๐๐๓
ว่าด้วยกำลังคน ซึ่งเกี่ยวข้องกับองค์กรความ
ร่วมมือด้านแรงงาน แบบพหุภาคี และไตรภาคี
๔) กฎหมายเลขที่ ๒/๒๐๐๔ ว่าด้วยการระงับ
ข้อพิพาทของแรงงาน ซึ่งเกี่ยวข้องกับวิธีระงับ
ข้อพิพาทระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง การนำคดีไปสู่
ศาล และการตัดสินชี้ขาดตามกฎหมาย^{๒๙}

ในส่วน of แรงงานต่างชาตินั้น
กฎหมายของประเทศอินโดนีเซียได้กำหนดให้
นายจ้างต้องจัดทำแผนการใช้แรงงานต่างชาติ
โดยระบุเหตุผลในการใช้แรงงานต่างชาติ ตำแหน่ง
ค่าจ้าง จำนวนแรงงาน สถานที่ทำงาน ระยะเวลา

การจ้างและจำนวนแรงงานท้องถิ่นที่จะทำงานด้วย
และจัดให้แรงงานต่างชาติเข้าร่วมโครงการประกัน
สังคมด้วย สำหรับแรงงานต่างชาติที่ได้รับเงิน
ค่าจ้างต่อเดือนมากกว่า ๑๐๐ ดอลลาร์ นายจ้าง
จะต้องจ่ายเงินล่วงหน้าให้กับกองทุนพัฒนาฝีมือ
แรงงานโดยการโอนเงินเข้าบัญชีธนาคารของรัฐ
ที่กำหนดไว้ สำหรับผู้ประกอบการที่ต้องการจ้าง
แรงงานต่างชาติมากกว่า ๕๐ คน จะต้องได้รับการ
อนุมัติจากอธิบดีกระทรวงแรงงาน อีกทั้งยังต้องต่อ
อายุใบอนุญาตให้แรงงานต่างชาติเป็นประจำทุกปี
ซึ่งเงื่อนไขการจ้างแรงงานต่างชาติมีตัวอย่างเช่น
๑) การจ้างงานแรงงานต่างชาติทำได้ในกรณีที่ยัง
ไม่สามารถหาแรงงานชาวอินโดนีเซียมาทดแทนได้
โดยเงื่อนไขนี้จะให้ความสำคัญกับบริษัทที่มีสัดส่วน
การส่งออกอย่างน้อยร้อยละ ๘๕ ของมูลค่าการ
ผลิต ๒) ระยะเวลาการทำงานของแรงงานต่างชาติ
ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขของรัฐ ซึ่งจะพิจารณาจากความ
ชำนาญและความสามารถของแรงงานต่างชาติ
๓) การต่ออายุวีซ่าสำหรับแรงงานต่างชาติขึ้นอยู่กับ
การต่ออายุใบอนุญาตทำงาน (Work Permit)
ที่ออกโดยคณะกรรมการประสานการลงทุนท้องถิ่น
๔) แรงงานต่างชาติไม่สามารถทำงานมากกว่า ๑
ตำแหน่ง และไม่สามารถทำงาน ๒ แห่งพร้อมกัน
ได้ เป็นต้น^{๓๐}

สำหรับประเทศไทยเองก็มีการรับรองสิทธิ
ขั้นพื้นฐานไว้ ในกฎหมายคุ้มครองแรงงานและ
กฎหมายแรงงานสัมพันธ์ ส่วนการที่ประเทศ
อินโดนีเซียได้ออกเงื่อนไขต่าง ๆ เกี่ยวกับแรงงาน
ต่างชาตินั้น ผู้เขียนเห็นว่าแม้ประเทศอินโดนีเซีย

^{๒๙} อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๒๗, ๓๓ - ๓๖.

^{๓๐} เพิ่งอ้าง.

จะมีจำนวนประชากรมาก หากแต่แรงงานชาวอินโดนีเซียก็ยังไม่ถูกแรงงานต่างชาติแย่งงานมากนักไป ซึ่งประเทศไทยสามารถอาศัยเงื่อนไขในการจ้างแรงงานต่างชาติของประเทศอินโดนีเซียเป็นแนวทางในการสร้างมาตรการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการลักลอบใช้แรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ

การอภิปรายผล และข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาทำให้เราได้ทราบถึงภาพรวมข้อมูลพื้นฐานของประเทศอินโดนีเซียว่าเป็นประเทศที่มีประชากรมาก จึงถือเป็นตลาดที่ใหญ่ในภูมิภาคนี้ ประกอบกับการมีทรัพยากรอุดมสมบูรณ์ โดยเฉพาะแร่ธาตุและน้ำมัน ถือได้ว่าเป็นข้อได้เปรียบที่นักลงทุนไทยจะได้ในการเข้ามาทำการค้าและลงทุนทำธุรกิจกับประเทศอินโดนีเซีย

ในส่วนของกฎหมาย และส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเมืองในประเทศอินโดนีเซียถือเป็นปัจจัยสำคัญต่อการดึงดูดนักลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุนในประเทศ หากประเทศใดก็ตามที่มีการเมืองที่ไม่ผันผวนไม่แน่นอนก็จะทำให้นักลงทุนไม่มั่นใจที่จะเข้าไปลงทุน เพราะมีความรู้สึกที่มีความเสี่ยงสูงซึ่งอินโดนีเซียเป็นสังคมประชาธิปไตยที่เน้นการกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่น จึงมีส่วนสนับสนุนให้นักลงทุนเข้าไปลงทุนมากขึ้นเรื่อย ๆ

จากการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายและนโยบายภาครัฐของประเทศอินโดนีเซียเปรียบเทียบกับประเทศไทยในสี่ประเด็นดังกล่าว สามารถสรุปประเด็นอภิปรายและมีข้อเสนอแนะดังนี้

๑. ในการส่งเสริมทรัพย์สินทางปัญญานั้น ประเทศอินโดนีเซียมีมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสม เนื่องจากได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ทำให้ต้องอนุวัติการกฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า หรือความตกลงทริปส์ ที่สมาชิกองค์การการค้าโลกได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำเพื่อคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และอินโดนีเซียยังใช้ระบบการคุ้มครองตามหลักใครจดก่อนมีสิทธิดีกว่า (first-to-file system) เช่นเดียวกับประเทศไทย ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบการบังคับใช้กฎหมายบริหารจัดการระบบจดทะเบียนสิทธิกันแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าประเทศไทยควรพัฒนาระบบการให้บริการเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาภายในประเทศให้สะดวกรวดเร็วยิ่งขึ้นกว่าเดิม และนักลงทุนไทยควรให้ความสำคัญกับการขอรับสิทธิหรือจดทะเบียนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ณ ประเทศที่ทำการค้าหรือลงทุน ตลอดจนนโยบายภาครัฐของไทยควรร่วมมือกับอินโดนีเซียด้านการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาด้วย

๒. การให้สิทธิประโยชน์ทางภาษี เนื่องจากประเทศอินโดนีเซียมีการจัดตั้งคณะกรรมการประสานงานการลงทุนระหว่างภาครัฐกับภาครัฐ (Indonesia Investment Coordinating Board (BKPM)) ซึ่งมีพันธกิจเพื่อเสริมสร้างและรับรองความเสมอภาคในการให้ความช่วยเหลือด้านการลงทุน อันหมายรวมถึงการลงทุนโดยต่างชาติด้วย เช่นเดียวกับที่ประเทศไทยมีสำนักงาน

คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (Board of Investment (BOI)) ประเทศต่างๆ จึงได้รับสิทธิประโยชน์ในการส่งเสริมการลงทุนอย่างเท่าเทียมกัน และทั้งสององค์กรควรประสานเครือข่ายความร่วมมือเพื่อรองรับการมุ่งเป็นตลาดเดียวของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนด้วย

๓. การกำหนดเขตเศรษฐกิจ เป็นไปตามแผนแม่บทเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจอินโดนีเซีย หรือ Master Plan for Acceleration and Expansion of Indonesia Economic Development 2011-2025 (Masterplan Percepatan dan Perluasan Pembangunan Ekonomi Indonesia: MP3EI) การวางแผนเศรษฐกิจ MP3EI ได้วางกลยุทธ์ให้มีการพัฒนาโครงสร้างทางเศรษฐกิจที่สำคัญเพื่อนำไปสู่การพัฒนาตามแผนที่วางไว้ ซึ่งประเทศไทยยังไม่มีแนวทางการดำเนินการดังกล่าว โดยที่ผู้วิจัยเห็นว่าควรมีการศึกษาจุดแข็งเพื่อส่งเสริมการลงทุนในแต่ละท้องถิ่น

๔. แรงงานและการขอใบอนุญาตในการทำงาน จากการวิเคราะห์ถึงแนวโน้มในการลงทุนในประเทศอินโดนีเซีย ยังมีความสัมพันธ์กับ

แรงงานที่เข้าไปทำงานในประเทศนี้ โดยกฎหมายแรงงานหลักที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมและการลงทุนได้กำหนดสิทธิพื้นฐานในการทำงาน รวมไปถึงการคุ้มครองแรงงาน ซึ่งผู้วิจัยเห็นได้ว่าอินโดนีเซียได้เปรียบบางประเทศในกลุ่มอาเซียน รวมถึงประเทศไทยด้วยเรื่องตลาดแรงงาน และประเทศไทยควรเร่งปฏิรูปการบังคับใช้กฎหมายแรงงานเพื่อป้องกันการลักลอบใช้แรงงานต่างด้าวผิดกฎหมาย ดังเช่นที่ประเทศอินโดนีเซียมีการกำหนดเงื่อนไขในการจ้างแรงงานต่างชาติไว้อย่างเหมาะสม

จากประเด็นทั้งสี่ข้างต้น จะเห็นได้ว่าทั้งประเทศไทยและประเทศอินโดนีเซียสามารถส่งเสริมสนับสนุนการค้าและการลงทุน ภายใต้บริบทกฎหมายและนโยบายภาครัฐของตนเอง ไปในทิศทางที่จะช่วยเหลือเกื้อกูลกันได้ชัดเจนนารมณในการรวมกลุ่มเป็นตลาดเดียวของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน และประเทศไทยอาจอาศัยแนวทางการพัฒนาอย่างต่อเนื่องของประเทศอินโดนีเซียเพื่อส่งเสริมเศรษฐกิจให้เติบโตยิ่งขึ้นต่อไป



บรรณานุกรม

- กรมทรัพย์สินทางปัญญา, กฎหมายการออกแบบผลิตภัณฑ์-อินโดนีเซีย (๕ มีนาคม ๒๕๕๗) <http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=711&Itemid=600>
- เปิดแผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติอินโดนีเซีย: MP3EI กับการพัฒนาประเทศ (๓ มีนาคม ๒๕๕๗) <<http://thaipublica.org/2013/01/indonesia-mp3ei-2/>>
- ปัญหาและอุปสรรคที่สำคัญของประชาคมอาเซียน (๕ มีนาคม ๒๕๕๗) <<http://www.nwvoc.ac.th/asean/asean6.html>>
- แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ ๑๑ (พ.ศ. ๒๕๕๕ - ๒๕๕๙), ๔๓ - ๔๔.
- มาตรา ๑๖, พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. ๒๕๒๐.
- มาตรา ๒๗, พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม.
- วรศรา ภาณุวัฒน์, แนวทางการลงทุนใน AEC (กรุงเทพฯ: แสงดาว, ๒๕๕๖) ๒๔, ๔๙.
- ศูนย์สารสนเทศเศรษฐกิจอุตสาหกรรม, รายงานการวิเคราะห์ข้อมูลการพัฒนาเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมของประเทศไทยและประเทศอินโดนีเซีย (สาธารณรัฐอินโดนีเซีย) (๕ มีนาคม ๒๕๕๗) <http://www.oie.go.th/sites/default/files/attachments/article/thai_indonesia_economics_14112556.pdf> 2-3.
- สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน, คู่มือการประกอบธุรกิจในประเทศอินโดนีเซีย (๕ มีนาคม ๒๕๕๗) <http://toi.boi.go.th/bpanel/upload/country_content_pdf/2013/07/_Investment%20Manual-Indonesia.pdf> 33.
- สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ กรุงจาการ์ตา, สิทธิประโยชน์ในการลงทุน (๑๐ มีนาคม ๒๕๕๗) <http://www.boi.go.th/thai/asean/Indonesia/capt5_p3n.html>.
- สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม, มาตรการ/กฎ ระเบียบทางการค้าประเทศอินโดนีเซีย (๑๐ มีนาคม ๒๕๕๗) <<http://www.sme.go.th/SiteCollectionDocuments>>
- Article 1 (10), Law of the Republic of Indonesia Number 25 of 2007 Concerning investments.

Australian Government, *IP Passport Indonesia, Exporting fact sheet* (5 March 2014) <<http://www.ipaustralia.gov.au/uploaded-files/publications/indonesia-ip-passport-aug-2012.pdf>>.

BKPM, *About us* (6 March 2014) <http://www2.bkpm.go.id/contents/general/2/about-us#.Uxfi9j9_t9k>.

Colin Brown, *A Short History of Indonesia* (New South Wales, Allen&Unwin: Crows Nest Press, 2003) 8. และ Steven Drakeley, *The History of Indonesia* (Westport, Connecticut: Green wood Press, 2005) xiv. อ้างใน ภาณุวัฒน์ พันธุ์ประเทศ, *ระบบการปกครองท้องถิ่นประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียน: สาธารณรัฐอินโดนีเซีย* (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, พฤศจิกายน ๒๕๕๖) ๕.

Gita Nandan, *ASEAN Building an Economic Community* (Australia: Department of Foreign Affairs and Trade Economic Analytical Unit, 2549), 16.

Maredia, Mywish K. *Application of Intellectual Property Rights in Developing Countries: Implications for Public Policy and Agricultural Research Institutes* (2001), 26-27 <http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/studies/pdf/study_k_maredia.pdf>.

World Trade Organization, *Frequently asked questions about TRIPS (trade-related aspects of intellectual property rights) in the WTO* (5 March 2014) <http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/tripfq_e.htm>.





ผลผูกพันของคำพิพากษาในศาลไทย : ศึกษากรณีแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกา Binding of Previously Decided Cases in Thai Court : Study on the Supreme Court Precedent Case

วศุ ศิริมหาพฤกษ์*

บทคัดย่อ

คำพิพากษาของศาลเป็นการใช้อำนาจตุลาการที่ได้รับมอบหมายจากรัฐ และเมื่อมีคำพิพากษาแล้ว ย่อมมีสภาพบังคับและผลผูกพันแก่คู่ความ โดยหากคู่ความฝ่ายใดไม่พอใจคำพิพากษา คู่ความฝ่ายนั้นจำเป็นต้องอุทธรณ์ หรือฎีกาต่อไป และเมื่อศาลลำดับสูงสุดมีคำพิพากษาออกมาในคดีนั้นแล้ว คดีย่อมถึงที่สุด และคู่ความต้องปฏิบัติตามนั้น ซึ่งในเรื่องคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ทำให้คดีถึงที่สุดนี้เอง วิทยานิพนธ์นี้ต้องการศึกษาถึงคำพิพากษาของศาลฎีกาของประเทศไทยมีผลผูกพันต่อการวินิจฉัยของศาลในคดีต่อไปหรือไม่ กล่าวคือ หากคดีใด ๆ ที่มีข้อเท็จจริงเหมือนดังคดีที่ศาลฎีกาได้ตัดสินไว้แล้ว ศาลในคดีต่อไปหรือไม่ กล่าวคือ หากคดีใด ๆ ที่มีข้อเท็จจริงเหมือนดังคดีที่ศาลฎีกาได้ตัดสินไว้แล้ว ศาลในคดีต่อไปหรือไม่ กล่าวคือ หากคดีใด ๆ ที่มีข้อเท็จจริงเหมือนดังคดีที่ศาลฎีกาได้ตัดสินไว้แล้ว ศาลในคดีต่อไปหรือไม่ กล่าวคือ หากคดีใด ๆ ที่มีข้อเท็จจริงเหมือนดังคดีที่ศาลฎีกาได้ตัดสินไว้แล้ว ศาลในคดีต่อไปหรือไม่

จากการศึกษาผลผูกพันของคำพิพากษาศาลสูงในต่างประเทศ และคำพิพากษาของศาลฎีกาในประเทศไทย ต่างก็ให้ความสำคัญแก่คำพิพากษาศาลสูง จะมีความแตกต่างกันก็แต่เพียง ประเทศในระบบคอมมอน ลอว์ ถือว่าคำพิพากษาศาลสูงมีค่าเป็นกฎหมายที่ศาลในคดีหลังต้องถือตาม และประเทศในระบบซีวิล ลอว์ถือว่าคำพิพากษาศาลสูงมีความสำคัญ ในฐานะตัวอย่างที่ดีในการตีความกฎหมาย ทั้งยังเป็นแนวทางในการพิพากษาคดี เพื่อให้คำพิพากษามีความชัดเจน

วิทยานิพนธ์นี้จึงได้มีการเสนอแนะว่าองค์กรตุลาการสมควรให้ความสำคัญกับเหตุผลในคำพิพากษา เพื่อสร้างแนวความคิดแก่ตุลาการเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว อีกทั้งควรมีการจัดทำแนวคำพิพากษาเพื่อเผยแพร่ โดยแนวคำพิพากษาดังกล่าวควรมีการจัดระบบ หมวดหมู่ของกฎหมายต่าง ๆ ให้มีความชัดเจน และสะดวกแก่การค้นคว้ามากยิ่งขึ้น ส่วนในการพิพากษาคดีศาลล่างอาจพิพากษาแตกต่างจากศาลสูงได้

* น.บ. (มหาวิทยาลัยรามคำแหง), น.ม. (กฎหมายธุรกิจ) (มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ), น.บ.ท.

และแม้กระทั่งศาลสูงด้วยกันก็ควรมีการพิพากษาแตกต่างกันได้ แต่เพื่อให้มีหลักประกันเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของศาลในการพิพากษาคดี ก็ควรมีการกำหนดแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการไม่เห็นด้วยกับแนวคำพิพากษาของศาลที่พิพากษาเอาไว้ กล่าวคือ หากศาลล่างจะไม่พิพากษาตามแนวคำพิพากษาศาลสูง ศาลล่างจะกล่าวถึงแนวคำพิพากษาของศาลสูง แล้วตามด้วยความเห็นของตน พร้อมด้วยเหตุผลทั้งมวลที่ตนได้วินิจฉัยคดีต่างออกไป

คำสำคัญ: คำพิพากษาบรรทัดฐาน, ศาลฎีกา, คำวินิจฉัย

Abstract

A judgment is a production of exercising judicial power assigned by a State. Once a court issues a judgment, such judgment is effective and binds parties of such case. If any party is not satisfied with a judgment, such party has to appeal to the Appeal Court or the Supreme Court, as the case may be. After the highest court renders a judgment, a case is final and parties have to comply with a judgment. This thesis aims to study whether the Thai Supreme Court's judgments bind courts' adjudication in a latter case. In other words, if a case has the same facts as the facts in the case previously adjudicated by the Supreme Court, does this court have an obligation to honor the previous precedent? If such court wishes to reverse or differently rule, how should it do?

From the study on binding effect of higher courts abroad and of the Supreme Court of Thailand, all countries give precedence to the high courts' judgments. There is a different between a common law system and a civil law system, nevertheless. While common law countries consider high courts' decisions as a law that latter cases have to oblige, civil law countries view high courts' decision as an important and good example for legal interpretation. In civil law countries, high courts' decision is a guideline for adjudication and makes a judgment more explicit.

This thesis, therefore, suggests that judicial organization should pay high attention to the rationale for the decision, ratio decidendi, in order to create a concept to judges. Moreover, judgment rules should be publicized. It should be systematized based on types of law in order to be clear and easy to research. A judgment in a lower court can differ from a judgment in a higher court. Furthermore, it is acceptable that a judgment in a higher court is different from a judgment in the same court. However, to secure a court's

discretion in making a judgment, there should be a guideline on dissenting with previous judgments. In the case that a lower court does not follow a higher court's precedent, the lower court will refer to such higher court's decision and follow by the lower court's opinion and all reasons leading to dissimilar adjudication.

Keywords: Precedent, The Supreme Court, Decision

๑. บทนำ

คำพิพากษาของศาลเป็นการใช้อำนาจตุลาการที่ได้รับมอบหมายจากรัฐ ซึ่งประกอบไปด้วยองค์ประกอบสามส่วนหลัก ส่วนแรกคือการกล่าวถึงบทกฎหมายที่ศาลจะนำมาปรับใช้กับคดี รายละเอียดของพยานหลักฐานต่างๆ แห่งคดี ส่วนที่สองคือเหตุผลของผู้พิพากษาในการใช้พิพากษาคดีในแต่ละประเด็น และส่วนที่สามได้แก่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลในประเด็นนั้น ๆ

การพิพากษาคดีของศาล มีหลักการสำคัญประการหนึ่งที่เป็นหลักที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อให้ผู้พิพากษาสถาบันอำนวยความยุติธรรมได้เต็มที่ ไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของบุคคลใด ๆ และไม่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจใด ๆ โดยเรียกหลักดังกล่าวว่าหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ซึ่งการเป็นอิสระนี้ ผู้พิพากษาต้องมีอิสระทั้งในทางส่วนตัวและทางอรรถคดี กล่าวคือ จะต้องไม่มีผู้ใด หรือองค์กรใดที่จะมาชี้นำ หรือใช้อำนาจบังคับบัญชาเกี่ยวกับการพิพากษาคดีของผู้พิพากษา ฉะนั้น ในการพิพากษาคดีที่ดี หรือในการให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาก็ดี ผู้พิพากษาย่อมสามารถทำได้โดยมีอิสระ และเมื่อมีคำพิพากษาออกไปแล้ว ย่อมมีสภาพบังคับและผลผูกพันแก่คู่ความ โดยหากคู่ความฝ่ายใดไม่พอใจคำพิพากษา คู่ความฝ่ายนั้นจำเป็นต้อง

จะต้องอุทธรณ์ หรือฎีกาต่อไป และเมื่อศาลลำดับสูงสุดมีคำพิพากษาออกมาในคดีนั้นแล้ว คดีย่อมถึงที่สุด และคู่ความต้องปฏิบัติตามนั้น

ในเรื่องคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ทำให้คดีถึงที่สุดนี้เอง ทำให้เกิดความคิดกับเรื่องดังกล่าวว่าคำพิพากษาของศาลฎีกาของประเทศไทยนั้น มีความสำคัญหรือไม่ ต่อการวินิจฉัยของศาลในคดีต่อไป กล่าวคือ หากคดีใด ๆ ที่มีข้อเท็จจริงเหมือนดังคดีที่ศาลฎีกาได้ตัดสินไว้แล้ว ศาลในคดีหลังจะต้องถือ คำพิพากษาศาลฎีกาในคดีก่อนเป็นบรรทัดฐานหรือไม่ หากต้องการกลับ หรือวินิจฉัยแตกต่างไปจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่เคยตัดสินไว้จะต้องทำอย่างไร เพื่อจะได้เป็นประโยชน์ทางวิชาการและแนวปฏิบัติในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลต่อไป

๒. สภาพปัญหา

ประวัติและแนวความคิดเกี่ยวกับผลผูกพันของคำพิพากษามีความเป็นมาช้านาน ซึ่งแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวอาจจำแนกออกเป็น ๒ แนวความคิดหลัก อันได้แก่ กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบคอมมอน ลอว์ และกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบซีวิล ลอว์

ในระบบคอมมอน ลอว์ บ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุด คือ หลักกฎหมายในคำพิพากษาของศาล ทั้งนี้เนื่องจากแบบฉบับที่สืบทอดมาจากระบบศาลหลวงที่ถือว่าเหตุผลที่ได้จากการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงเป็นกฎหมายที่ดีที่สุดสำหรับตัดสินข้อพิพาท¹ เพราะเหตุผล (Reason) มีค่าเป็นกฎหมายที่เป็นอยู่แล้ว ศาลเป็นเพียงผู้ค้นพบและประกาศใช้ และการที่ศาลอังกฤษยอมผูกพันตามแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานก็เป็นไปตามหลักเหตุแห่งผลที่ว่า “ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน ย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน”

ส่วนในระบบซีวิล ลอว์ คำพิพากษาของศาลสูงไม่ใช่บ่อเกิดอย่างเป็นทางการของกฎหมาย แต่ก็เป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่ไม่เป็นทางการ เหตุที่ถือว่าไม่เป็นทางการ เพราะไม่มีกฎหมายใดยอมรับหรือให้อำนาจให้ศาลออกกฎหมายได้ในทางตรงกันข้ามกลับห้ามมิให้คำพิพากษาของศาลมีผลผูกพันถึงบุคคลภายนอกเป็นการทั่วไป เมื่อผูกมัดให้คำพิพากษาศาลมีผลเฉพาะคู่ความในคดีหรือบุคคลภายนอกอย่างจำกัด (เช่น บริวารของคู่ความในบางกรณี) คำพิพากษาศาลจึงไม่เป็นกฎหมาย

ทฤษฎีพื้นฐานของการพิพากษาคดีมีอยู่หลากหลาย เช่น หลักบรรทัดฐานคำพิพากษา หลักความประสงค์ของคู่ความ หลักควบคุมคำพิพากษาด้วยศาลสูง หลักฟังความสองฝ่าย หลักการให้เหตุผลในคำพิพากษา หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา และหลักความศักดิ์สิทธิ์ของ

คำพิพากษา ซึ่งหลักทฤษฎีดังกล่าวล้วนแต่มีวัตถุประสงค์ให้การพิพากษาคดีมีความโปร่งใส ตรวจสอบได้ และมีความเป็นธรรมในการพิพากษาคดีของศาล

ผลผูกพันของเหตุผลในคำพิพากษาในต่างประเทศ แบ่งออกเป็นประเทศที่ถือว่าเหตุผลในคำพิพากษาของศาลมีผลผูกพัน อันได้แก่ ประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ส่วนประเทศที่ไม่ถือว่าเหตุผลใน คำพิพากษาของศาลมีผลผูกพัน ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และเยอรมัน

ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่อยู่ในระบบคอมมอนลอว์ ศาลสามารถสร้างบัญญัติกฎหมายได้ตามกฎเกณฑ์เรื่อง Rule of Precedent² ซึ่งคำพิพากษาของศาลโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลสูงจะมีความสำคัญในฐานะเป็นหลักกฎหมายที่ศาลในคดีหลังจะต้องถือตามหากมีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน เรียกหลักนี้ว่า “Stare Decisis” อันเป็นหลักที่ศาลที่มีลำดับต่ำกว่าในคดีหลังจะต้องถือตามคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐาน หากศาลที่มีลำดับต่ำกว่าในคดีหลังไม่ถือตามคำพิพากษาในคดีก่อนจะต้องอธิบายให้ได้ว่าข้อเท็จจริงของคดีตนไม่เหมือนกับข้อเท็จจริงในคดีก่อนเสียทีเดียว โดยใช้เหตุผลแยกแยะความแตกต่างคดีก่อนกับคดีที่ตนกำลังจะพิพากษา

ส่วนของคำพิพากษาที่มีผลผูกพันศาลในประเทศอังกฤษ

¹ วิชา มหาคุณ, การใช้เหตุผลในทางกฎหมาย (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, ๒๕๒๗), ๒๐๖.

² ธนกร วรปรัชญากุล, “คำพิพากษาศาลกับบ่อเกิดของกฎหมาย,” (มกราคม – เมษายน ๒๕๔๙) ๕๓:๑ ดุลพาห ๑๕.

ในการพิพากษาตามแบบของคำพิพากษาในคดีแรกของประเทศอังกฤษนั้น จะต้องทราบว่าอะไรหรือส่วนไหนที่คำพิพากษาในคดีหลังต้องถือตาม ทั้งนี้เพราะคำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษนั้น มีเหตุผลทั้งที่เป็นข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และเหตุผลในลักษณะเกริ่นนำ หรือเพียงอุปมาอุปมัย ซึ่งเหตุผลเหล่านี้มิได้มีสภาพบังคับที่คู่ความหรือศาลในคดีหลังจะต้องถือตามทุก ๆ กรณีไป

เหตุผลที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของคำพิพากษาที่มีสภาพบังคับแก่คู่ความ และศาลที่จะต้องปฏิบัติตามนั้น ในประเทศอังกฤษเรียกว่า “ratio decidendi” หรือ “Reason for the Decision” หรือ “เหตุผลแห่งคำพิพากษา” หรือ “หลักกฎหมายที่ศาลใช้เป็นหลักในการตัดสิน” (The principle of law on which the decision was based) หรือเป็นหลักกฎหมายที่ศาลวางไว้เพื่อการตัดสินคดีนั้นเอง

“ratio decidendi” หรือ “Reason for the Decision” หรือ “เหตุผลแห่งคำพิพากษา” หรือ “หลักกฎหมายที่ศาลใช้เป็นหลักในการตัดสิน” ของคดี คือส่วนที่ผู้พิพากษาซึ่งตัดสินคดีนั้นคิดและให้เหตุผลไว้ในคำพิพากษา แต่การนำมาประยุกต์ใช้ในคดีหลัง ก็เป็นการยากที่ศาลในคดีหลังจะพิจารณาว่าส่วนไหนของ คำพิพากษาในคดีก่อนที่เป็น “Ratio decidendi” หรือ “Reason for the Decision” หรือ “เหตุผลแห่ง คำพิพากษา” หรือ “หลักกฎหมายที่ศาลใช้เป็นหลักในการตัดสิน”

ส่วนของคำพิพากษาที่ไม่มีผลผูกพันศาลในประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ ผู้พิพากษาจะวินิจฉัยคดี โดยอาจกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเป็นเชิงอุปมาอุปมัย หรือยกตัวอย่าง หรือเสนอข้อกฎหมาย ซึ่งในที่สุดก็ได้นำมาใช้ในการวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดี ซึ่งเหตุผลต่าง ๆ เหล่านี้ ในอังกฤษถือเป็นเพียงการกล่าวอ้างไว้ในคำพิพากษา หรือเป็นเพียง “obiter dicta” และไม่ถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่มีสภาพบังคับ หรือผูกพันศาลในคดีหลังต้องปฏิบัติตาม เพราะเหตุผลเหล่านั้นมิได้ผ่านการกลั่นกรองอย่างละเอียด ต่อผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากเหตุผลนั้น แต่อาจมีน้ำหนักงูใจศาลในคดีหลังอยู่บ้าง ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับชื่อเสียงของผู้พิพากษาที่อ้างเหตุผลเหล่านั้นไว้

คำว่า “obiter dicta” มีความหมายในภาษาอังกฤษว่า “the thing said by the way” หมายถึง คำกล่าวเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่ไม่จำเป็นในการตัดสินคดี

ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศอเมริกา เป็นประเทศที่เคยอยู่ในอาณานิคมของอังกฤษ จึงได้รับอิทธิพลระบบกฎหมายของอังกฤษไปเป็นอย่างมาก แต่อย่างไรก็ตาม อเมริกาก็มิได้รับเอากฎหมายแบบอย่างของอังกฤษมาทั้งหมด แต่มีหลายส่วนที่อเมริกาเปลี่ยนแปลงรูปแบบให้แตกต่างออกไปเป็นแบบของตนเอง จึงมีผู้เรียกกฎหมายอเมริกันว่า “แองโกล – อเมริกัน” จะเห็นได้จากปัจจุบันอเมริกาได้พัฒนากฎหมายของตนให้มีความคล่องตัวด้วยการออกกฎหมายใหม่ๆ มาให้ทันสมัย และมีความเป็นอเมริกัน มากกว่าความเป็นแองโกล³

³ วิษณุ เครืองาม, ระบบกฎหมายแองโกล – อเมริกัน” ในเอกสารการสอนชุดวิชา ระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ สายวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, พิมพ์ครั้งที่ ๑ (กรุงเทพฯ : บริษัทวิศดอริเพาเวอร์พอยท์ จำกัด, ๒๕๒๔), ๒๗๗ - ๒๗๙

ประเทศฝรั่งเศส

ในปัจจุบัน กฎหมายฝรั่งเศสห้ามมิให้คำพิพากษาที่วางกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ซึ่งเป็นผลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา ๕ ของฝรั่งเศส ที่ห้ามผู้พิพากษาทำคำพิพากษาที่เป็นการวางกฎเกณฑ์ของกฎหมาย ทำให้ศาลในประเทศฝรั่งเศสจะมีคำพิพากษาเป็นเฉพาะแต่ละคดีเท่านั้น จะไม่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปเหมือนกับประเทศในกลุ่ม Common Law ซึ่งสาเหตุที่มีกฎหมายบัญญัติห้ามผู้พิพากษาวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมายคงมีที่มาจากเหตุผลทางประวัติศาสตร์ที่การปฏิวัติฝรั่งเศส ที่ฝ่ายปฏิวัติต้องการจำกัดอำนาจของฝ่ายตุลาการ ด้วยการสร้างหลักแบ่งแยกอำนาจ เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายตุลาการเข้าไปก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ⁴

ในทางทฤษฎีกฎหมายของฝรั่งเศส มีอยู่ว่าผู้พิพากษาทุกนายมีหน้าที่รับผิดชอบในการตีความตัวบทกฎหมายของตน เขาต้องให้เหตุผลแล้วจึงสรุปด้วยการอ้างยกเอาแนวคำพิพากษาของศาลสูง หรือความเห็นอันเป็นที่ยอมรับแล้วในหมู่นักวิชาการขึ้นสนับสนุน แต่เขาจะพิพากษาโดยไม่มีเหตุผลของตน อ้างเพียงแนวคำพิพากษาของศาลสูง หรือความเห็นอันเป็นที่ยอมรับแล้วในหมู่นักวิชาการขึ้นสนับสนุนเลยไม่ได้⁵

ในกฎหมายฝรั่งเศสเป็นที่ยอมรับกันว่าเหตุผลต่าง ๆ ที่ผู้พิพากษาใช้ตัดสินคดีในคำพิพากษาหนึ่ง ๆ นั้นไม่มีสภาพบังคับใด ๆ ทั้งสิ้นระหว่าง

คู่ความ แม้ว่าเหตุผลที่แสดงไว้ในคำพิพากษาจะบ่งชี้โดยนัยถึงเนื้อหาของคำตัดสินก็ตาม ตัวอย่างเช่นกรณีที่ผู้พิพากษาแสดงเหตุผลในลักษณะที่จำกัดอยู่เพียงการยกคำกล่าวอ้างของคู่ความฝ่ายหนึ่งขึ้นมากล่าวซ้ำ และแม้ว่าการให้เหตุผลจะเป็นส่วนสนับสนุนเนื้อหาในคำวินิจฉัยก็ตาม แต่ก็ต้องจำกัดขอบเขตของการมีสภาพบังคับของคำพิพากษาไว้เฉพาะสำหรับประเด็นที่ได้รับการชี้ขาดแล้วซึ่งจะปรากฏอยู่ในส่วนของคำวินิจฉัย แม้ว่าเราจะสามารถใช้เหตุผลที่แสดงอยู่ในคำพิพากษาดิความเนื้อหาในส่วนของคำวินิจฉัย หรือใช้สร้างความเข้าใจให้ชัดเจนขึ้นเกี่ยวกับความมุ่งหมายของคำพิพากษาหรือหลักการที่ได้จากคำพิพากษานั้น แต่ก็ไม่อาจทำให้เหตุผลที่ใช้ในคำพิพากษานั้น ๆ กลายเป็นมีสภาพบังคับหรือผลผูกพันไปได้

ส่วนของคำพิพากษาของศาลในประเทศฝรั่งเศสที่มีผลผูกพัน

ในประเทศฝรั่งเศส โดยหลักดังที่กล่าวแล้วข้างต้น เฉพาะคำตัดสินหรือคำสั่งของศาล (dispositif du jugement) เท่านั้น ที่มีผลผูกพันและมีสภาพบังคับได้ (autorité de chose jugée) และโดยผลของกฎหมายดังกล่าว เหตุผลของคำพิพากษา (les motifs du jugement) จึงไม่มีผลผูกพันและมีสภาพบังคับได้ ถือเป็นเพียงการกล่าวนำก่อนมีคำตัดสินหรือมีคำสั่งของศาลเท่านั้น ทั้งนี้ เพราะกฎหมายทางฝรั่งเศสเห็นว่า หากจะถือว่าเหตุผลเป็นส่วนหนึ่งของคำตัดสิน อย่างประเทศในระบบ

⁴ ธนกร วรปรัชญากุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๒, ๑๕-๑๘.

⁵ Amos & Walton's, *Introduction to French Law* (London : Oxford at The clarendon Press, reprinted, 1974), 10 – 11.

คอมมอนลอร์แล้ว ก็จะมีผลทำให้คำตัดสิน หรือ คำสั่งของศาล เกิดความไม่ชัดเจน ต้องเข้าไป ค้นหาในส่วนของเหตุผลที่อยู่ในคำพิพากษานั้นด้วย

อย่างไรก็ตาม หลักการที่กล่าวมาข้างต้น นั้นมีข้อยกเว้นอยู่ในบางกรณี โดยศาลฝรั่งเศสได้มีการยอมรับว่าสภาพบังคับของเหตุผลในคำพิพากษามีลักษณะที่ไม่อาจกำหนดขอบเขตให้แน่นอนลงไปได้ ไม่ว่าจะเป็นกรณีของเหตุผลประกอบคำพิพากษา (motifs dcisoires) หรือเหตุผลหลักของคำพิพากษา (motifs dcisifs) จึงมีแนวคำพิพากษาว่าเหตุผลที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษานั้นก็อาจมีสภาพบังคับขึ้นมาได้ในบางกรณี ทั้งนี้เพราะเหตุผลที่ว่าคำวินิจฉัยของคำพิพากษาหนึ่ง ๆ ไม่จำเป็นที่จะต้องปรากฏอยู่ในตอนท้ายของคำพิพากษานั้นเสมอไป ศาลยุติธรรมสูงสุดจึงได้ยอมรับว่าคำชี้ขาดคดีอาจปรากฏอยู่ในส่วนของเหตุผลที่ใช้ในการตัดสินก็ได้ กล่าวคือ ศาลยุติธรรมสูงสุดเคยวางหลักการไว้ว่า ในกรณีที่บางส่วนของคำวินิจฉัยในคำพิพากษานั้น ไม่ปรากฏอยู่ในส่วนของเหตุผล จึงอาจพบว่าสภาพบังคับของคำพิพากษาอยู่ที่เหตุผลดังกล่าวหน้านั้นเอง อันเป็นเหตุผลที่มีลักษณะของการชี้ขาดคดีอยู่ในตัว

แนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมสูงสุดของฝรั่งเศส ศาลยุติธรรมสูงสุดได้วางแนวทางในการวินิจฉัยเพื่อใช้ค้นหาว่าผู้พิพากษาได้ชี้ขาดในคดีนั้นไว้อย่างไร กล่าวคือ หากผู้พิพากษาได้ชี้ขาดประเด็นคำฟ้องเอาไว้ในส่วนของเหตุผลของคำพิพากษาแล้ว แต่ด้วยเหตุจากความผิดพลาดในการเขียนคำพิพากษาทำให้เหตุผลดังกล่าวไม่ได้ถูกยกมากล่าวซ้ำอีกครั้งอย่างเป็นทางการในส่วน of คำวินิจฉัย ในกรณีเช่นนี้ เหตุผลลักษณะ

ดังกล่าวเรียกว่า “เหตุผลประกอบคำพิพากษา” หรือ “motifs dcisoires” ซึ่งเป็นเหตุผลที่ไม่มีสภาพบังคับระหว่างคู่ความ

ส่วนหากเหตุผลของคำพิพากษาของศาลในคดีใด มีลักษณะไม่สามารถแยกออกจากตัวคำพิพากษาได้ และมีน้ำหนักสำคัญอันนำไปสู่การชี้ขาดประเด็นพิพาทแห่งคดี เรียกเหตุผลลักษณะนี้ว่า “เหตุผลหลักของคำพิพากษา” โดยศาลยุติธรรมสูงสุดของฝรั่งเศสได้วางแนวปฏิบัติไว้ว่า “หากเหตุผลดังกล่าว มีลักษณะใกล้ชิด จนมาสามารถแยกจากคำตัดสินของศาลได้แล้ว ย่อมเป็นเหตุผลที่มาก่อนคำตัดสินหรือคำสั่งของศาล และมีสภาพบังคับได้” เรียกว่า “motifs dcisifs” กล่าวคือ เป็นเหตุผลตามธรรมดาที่จะถือว่ามีผลผูกพันและมีสภาพบังคับได้ ไม่สามารถจะได้แย้งได้อีกต่อไป

แนวคำพิพากษาดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้กับหลักการเรื่องเหตุผลประกอบคำพิพากษา (motifs dcisoires) และเหตุผลหลักของคำพิพากษา (motifs dcisifs) โดยปรับใช้ทั้งกับกรณีของมาตรา ๕๔๔ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง รวมถึงมาตรา ๔๘๐ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับเดียวกัน กล่าวคือ ประการแรก หลักการเรื่องเหตุผลข้างต้นถูกนำมาใช้กับคำพิพากษาที่รวมเอาคำวินิจฉัยและคำสั่งมาไว้ในคำพิพากษาเดียวกัน ซึ่งเป็นกรณีที่ทำให้คู่ความมีสิทธิอุทธรณ์ในระหว่างพิจารณาได้ ตามมาตรา ๕๔๔ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เนื่องจากคำพิพากษาในลักษณะนี้ได้ “ชี้ขาดให้ปรากฏในคำวินิจฉัยเป็นสองส่วน คือ การวินิจฉัยในบางส่วนของเนื้อหาคดีและคำสั่งเกี่ยวกับการไต่สวนเพิ่มเติม หรือวิธีการชั่วคราว” เมื่อศาล

ไม่ต้องการให้มีการอุทธรณ์ในระหว่างพิจารณามากเกินไป บางแผนกคดีของศาลยุติธรรมสูงสุดจึงได้เสี่ยงการชี้ขาดให้ปรากฏไว้ในคำวินิจฉัยแต่พิพากษาคดีโดยชี้ขาดประเด็นเอาไว้ในเหตุผลประกอบคำพิพากษาหรือในเหตุผลหลักของคำพิพากษาแทน อันเป็นการแก้ปัญหาเกี่ยวกับการอุทธรณ์ระหว่างพิจารณาซึ่งขึ้นสู่ศาลมากเกินไป แต่อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันวิธีการนี้ได้ถูกยกเลิกไปแล้วในหลายแผนกของศาลยุติธรรมสูงสุด ทั้งนี้ ก็เพื่อให้การใช้มาตรา ๕๔๔ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นไปตามถ้อยคำที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างแท้จริง กล่าวคือ แนวคำพิพากษาใหม่เห็นว่า ในการทำคำพิพากษานั้น ให้เฉพาะคำวินิจฉัยเท่านั้นที่จะสามารถมีสภาพบังคับได้ ส่วนเหตุผลที่ปรากฏในคำพิพากษานั้น แม้ว่าจะมีลักษณะเป็นเหตุผลประกอบคำพิพากษาหรือเหตุผลหลักของคำพิพากษาก็ตาม ก็ไม่อาจใช้สิทธิอุทธรณ์ในระหว่างพิจารณาได้ โดยศาลยุติธรรมสูงสุดที่มีการแก้ไขดังกล่าวให้เหตุผลไว้ ๒ ประการคือ ประการแรกก็เพื่อให้สอดคล้องกับถ้อยคำในมาตรา ๕๔๔ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งบัญญัติไว้เฉพาะส่วนของ “คำวินิจฉัย” ของคำพิพากษา ประการที่สอง คือ เป็นการใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการเดิมเรื่องการมีสภาพบังคับของคำพิพากษา เช่น กรณีการอุทธรณ์ระหว่างพิจารณาต่อศาลยุติธรรมสูงสุด ตามมาตรา ๖๐๖ ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งการอุทธรณ์ในกรณีดังกล่าวจะไม่อาจรับไว้พิจารณาได้หากเป็นการอุทธรณ์โต้แย้งในเหตุผลของคำพิพากษา กล่าวคือ การที่ศาลจะรับอุทธรณ์ระหว่างพิจารณานั้น จะต้องเป็นกรณีที่การรับอุทธรณ์ดังกล่าวจะมีผลให้คู่ความสามารถโต้แย้ง

ประเด็นที่ได้มีการตัดสินไปแล้วและเป็นประเด็นที่ไม่อาจนำมาฟ้องร้องกันได้อีกในภายหลัง ดังนั้น เห็นได้ว่าการรับอุทธรณ์และการมีสภาพบังคับของคำพิพากษาเป็นสิ่งที่มีความสัมพันธ์กันในส่วนที่การรับอุทธรณ์ระหว่างพิจารณาทำได้ต่อเมื่อเป็นประเด็นที่ได้ตัดสินไปแล้ว อันเป็นประเด็นที่มีสภาพบังคับแล้ว

กรณีมาตรา ๔๘๐ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส เกี่ยวกับการยกเหตุผลประกอบคำพิพากษา (motifs dcisoires) และเหตุผลหลักของคำพิพากษา (motifs dcisifs) ขึ้นกล่าวอ้าง และเป็นหลักที่ใช้ได้ไม่ว่ากับคำพิพากษาในเนื้อหาหรือคำพิพากษาที่ตัดสินทั้งรูปแบบและเนื้อหาของข้อพิพาทคดี ตัวอย่างเช่น สำหรับเหตุผลที่ใช้ชี้ขาดในเนื้อหาซึ่งเชื่อมโยงไปถึงเรื่องเขตอำนาจศาลนั้น หากเหตุผลดังกล่าวปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยด้วยแล้ว เหตุผลดังกล่าวก็มีสภาพบังคับได้

อย่างไรก็ตาม กรณีเช่นเดียวกันนี้ เมื่อผู้พิพากษาได้ชี้ขาดให้การซื้อขายสิ้นสุดลงแล้วโดยอ้างเหตุผลหลักที่นำไปสู่การวินิจฉัยเช่นนั้น และปรากฏในขณะเดียวกันว่าผู้ฟ้องคดีในคดีดังกล่าวไม่มีอำนาจฟ้องอีกต่อไป ศาลอุทธรณ์ก็ไม่อาจยกเลิกการมีสภาพบังคับของคำพิพากษานั้นและไม่อาจยกคำฟ้องในคดีนี้ที่เป็นการเรียกร้องให้ชำระเงินตามสัญญาซื้อขายในคดีก่อน และนอกจากกรณีดังกล่าว ศาลยุติธรรมสูงสุดแผนกคดีแพ่ง ๑ ได้เคยวินิจฉัยแนวทางข้างต้นไว้โดยนัยแสดงให้เห็นว่าศาลอุทธรณ์ได้ยกเลิกการมีสภาพบังคับของเหตุผลของคำพิพากษาเนื่องจากเหตุผลที่ปรากฏอยู่ในคดีนั้นมีใช่เหตุผลหลักที่นำไปสู่การวินิจฉัยคดีและต่อมาศาลยุติธรรมสูงสุดแผนกคดีแพ่ง ๑ ได้

ยืนยันหลักการดังกล่าวว่า “ตามมาตรา ๙๕ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สภาพบังคับของคำพิพากษาจะครอบคลุมไปถึงเหตุผลในเชิงเนื้อหาในกรณีของคำพิพากษาที่ตัดสินเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลได้ก็ต่อเมื่อเหตุผลเหล่านั้นเป็นเหตุผลหลักในการทำคำวินิจฉัยคดี⁶

การถือหลักดังกล่าวข้างต้นมีปัญหาอยู่ไม่น้อย ทั้งนี้เพราะเกิดความยุ่งยากว่า การตีความจากเนื้อหาคำพิพากษาทำให้ขอบเขตของการมีสภาพบังคับของคำพิพากษามีความไม่แน่นอนสูง ในระยะหลังบางคำพิพากษาก็มีแนวคำวินิจฉัยต่างออกไปโดยการตีความกฎหมายอย่างเคร่งครัดมากขึ้น โดยกำหนดว่าสิ่งที่มิได้ปรากฏอย่างเป็นทางการอยู่ในส่วนของคำวินิจฉัยของคำพิพากษาก็ไม่อาจมีสภาพบังคับไปได้ เนื่องจากมาตรา ๔๘๐ ได้ห้ามมิให้การให้เหตุผลในคำพิพากษามีสภาพบังคับขึ้นมา ไม่ว่าเหตุผลนั้นจะมีลักษณะเป็นเหตุผลประกอบคำพิพากษา (motifs dcisoires) หรือเหตุผลหลักของคำพิพากษา (motifs dcisifs)

บางคดีศาลตีความตามที่มาตรา ๔๘๐ บัญญัติไว้อย่างเคร่งครัด โดยถือได้ว่า “สภาพบังคับของ คำพิพากษาจะมีได้ก็แต่ในสิ่งที่ได้ถูกชี้ขาดไปแล้วซึ่งปรากฏอยู่ในส่วนของคำวินิจฉัยนั่นเอง” และในคดี Cass. 2e civ., 20 mai 2010 ศาลยุติธรรมสูงสุดได้กล่าวว่า “คำพิพากษาที่ได้ชี้ขาดประเด็นแห่งคดีเอาไว้ในคำวินิจฉัยจะมีสภาพบังคับตั้งแต่วเวลาที่มีการอ่านคำพิพากษาอันเป็นสภาพบังคับที่จะมีผลต่อสิ่งที่ได้มีการโต้แย้งกันเอา

ไว้ในคดีนั้น ส่วนเหตุผลที่ผู้พิพากษาให้ไว้ในคำพิพากษานั้น ไม่อาจนำมาใช้กล่าวอ้างเพื่อให้มีสิทธิฟ้องคดีขึ้นมาใหม่”

คำพิพากษาของศาลสูงในประเทศฝรั่งเศส ศาลฝรั่งเศสแบ่งออกเป็น ๒ ระบบศาล ได้แก่ ศาลยุติธรรม และศาลปกครอง โดยศาลยุติธรรมจะพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาโดยมีศาลยุติธรรมสูงสุดเป็นศาลสูงสุด ส่วนระบบศาลปกครองก็จะพิจารณาเฉพาะคดีปกครอง

ในระบบศาลยุติธรรมคดีที่ฎีกาไปยังศาลสูงนั้น มิได้เฉพาะปัญหาข้อกฎหมาย จะฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริงไม่ได้ ซึ่งโดยปกติส่วนใหญ่จะเป็นคดีที่คัดค้านคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ ซึ่งหน้าที่ที่สำคัญที่สุดของศาลสูงคือรักษากฎหมายของฝรั่งเศสให้เป็นเอกภาพไม่ให้เกิดแตกต่างกันไปตามท้องที่ โดยในการพิพากษหากศาลสูงพิพากษายืนตามศาลล่างคดีก็จะถึงที่สุด แต่หากไม่เห็นด้วยก็จะพิพากษายกคำพิพากษาของศาลล่างแล้วส่งสำนวนกลับไปให้ศาลล่างซึ่งมิใช่ศาลล่างเดิมพิจารณาใหม่ และศาลที่รับสำนวนมาก็จะไม่ถูกผูกมัดที่จะต้องมีความเห็นตามศาลสูง แต่หากศาลล่างที่รับสำนวนคดีมาเห็นตามศาลสูง คดีก็จะถึงที่สุด แต่หากตัดสินแตกต่างจากความเห็นของศาลสูง ก็จะมีฎีกาอีกครั้งไปยังศาลสูง แล้วศาลสูงก็จะพิจารณาคดีนั้นเป็นครั้งที่สองโดยที่ประชุมใหญ่ของศาลสูง ซึ่งหากศาลสูงยกคำพิพากษาของศาลล่างอีก คดีก็จะถึงที่สุด หรือศาลสูงอาจส่งสำนวนไปยังศาลล่างและให้ศาลล่างต้องพิพากษาคดีตามศาลสูงก็ได้

⁶ Mélanges J. Waline, *L'autorité de chose jugée des motifs d'une décision judiciaire en droit privé* (France: Dalloz, 2002), 575.

การถือตามแนวคำพิพากษาของศาลสูง

ศาลสูงมักจะไม้อ้างคำพิพากษาในคดีก่อน ๆ เพื่อตัดสินคดีที่มีข้อเท็จจริงเหมือนกับคดีในปัจจุบัน ทั้งนี้เพราะประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสมาตรา ๕ ในปัจจุบันก็ได้ห้ามไม่ให้ศาลสร้างหรือวางหลักกฎหมายทั่วไป หรือเฉพาะเรื่องในคำพิพากษา ดังนั้น ตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส คำพิพากษาจึงมิใช่บ่อเกิดของกฎหมาย คำพิพากษาศาลสูงจึงไม่ผูกมัดศาลต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นศาลในลำดับเดียวกัน หรือศาลที่ลำดับต่ำกว่าที่จะต้องถือตาม

หากกล่าวถึงในกรณีที่เป็นทางปฏิบัติ คำพิพากษาศาลสูงกลับมีอิทธิพลอย่างมากในการจูงใจให้ศาลล่างพิพากษาตามอยู่เสมอ เพราะการเดินตามคำพิพากษาของศาลสูงย่อมทำให้ศาลล่างรู้สึกอุ่นใจว่าคำพิพากษาของตนคงไม่ถูกกลับ เพราะการถูกกลับจนมากเกินไปย่อมมีผลต่อการเลื่อนตำแหน่งของผู้พิพากษานั้น

ส่วนการไม่ถือตามแนวคำพิพากษาของศาลสูง ศาลยุติธรรมสูงสุดของฝรั่งเศสมีหน้าที่สำคัญในการควบคุมคำพิพากษาให้มีความชัดเจน และมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยศาลยุติธรรมสูงสุดจะใช้วิธีการควบคุมโดยการวางแนวคำพิพากษาในการตีความบทบัญญัติของกฎหมายให้เป็นแนวเดียวกัน กล่าวคือหากปัญหาในคดีเคยมีคำพิพากษาของศาลสูงเคยวินิจฉัยไว้แล้ว ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมสูงสุดก็จะใช้หลักเกณฑ์ของศาลในคดีก่อนซึ่งเป็นเรื่องที่ธรรมดาแก่การพิพากษาตามแบบอย่างกัน แต่ก็มีในบางกรณีที่ศาลสูงของ

ฝรั่งเศสมีการกลับคำพิพากษาที่เคยวินิจฉัยเอาไว้ แต่ก็มีจำนวนน้อยมาก เช่น หากมีคำพิพากษาขัดแย้งกันจำนวนมาก หรือมีการกล่าวอ้างต่อศาลสูงว่าสภาพการณ์ทางสังคมได้มีการเปลี่ยนแปลงไปจากแนวเดิมที่เคยตัดสินเอาไว้ หรือองค์คณะ สองคณะของศาลสูงตัดสินต่างกันในเรื่องเดียวกัน หรือเป็นคดีที่ศาลล่างพิพากษาไม่เหมือนกับศาลสูงหลายคดีเรื่อยมา⁷

ประเทศเยอรมัน

ส่วนที่มีผลผูกพันในคำพิพากษาของศาลประเทศเยอรมัน

ในประเทศเยอรมัน ตามแนวทฤษฎีและแนวคำพิพากษาของศาลสูงที่สุด ได้วางหลักไว้ว่า เฉพาะในส่วนของคำตัดสินและคำสั่งของศาลเท่านั้น ที่มีผลผูกพันและมีสภาพบังคับได้ ทั้งนี้ ตาม ๓๒๒ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมัน (ZPO) บัญญัติว่า “เฉพาะคำตัดสินของศาลตามประเด็นข้อพิพาทเท่านั้นที่มีผลผูกพันและมีสภาพบังคับได้” (322 al.1er ZPO “Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den anspruch entscheidend ist”) จึงมีความแตกต่างกันกับประเทศฝรั่งเศสที่มีเรื่อง “motifs decisifs” หรือเหตุผลตามธรรมดาที่ถือว่ามีผลผูกพันและมีสภาพบังคับได้

เกี่ยวกับเรื่องเหตุผลในคำพิพากษาดังกล่าวประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันมาตรา มาตรา 313a ก็ได้บัญญัติว่า

⁷ ธนกร วรปรัชญากุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๒, หน้า ๒๑.

กล่าวคือ เป็นเรื่องการงดการระบุนข้อเท็จจริงและเหตุผลแห่งการตัดสินคดี อันแสดงให้เห็นถึงกฎหมายเยอรมันที่มีได้ถือว่าเหตุผลในคำพิพากษามีสภาพบังคับได้ โดยศาลอาจไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลในคำพิพากษาได้ในกรณีเหล่านี้

(๑) ไม่จำเป็นต้องระบุนข้อเท็จจริง หากไม่ได้รับอนุญาตให้อุทธรณ์คำตัดสินนั้นโดยชัดแจ้ง ในกรณีที่คู่ความสละเหตุผลหรือ เนื้อหาสำคัญของเหตุผลไว้ในกระบวนการพิจารณาแล้ว ไม่มีความจำเป็นต้องระบุนเหตุผลอีก

(๒) ไม่จำเป็นต้องมีข้อเท็จจริงและเหตุผลอีก เมื่อคำพิพากษาได้ทำลงและอ่านในวันสิ้นสุดการพิจารณา หากคู่ความทั้งสองฝ่ายสละสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษา หรือหากคำพิพากษานั้นสามารถโต้แย้งได้โดยคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด เมื่อคู่ความฝ่ายนั้นสละสิทธิอุทธรณ์

(๓) การสละสิทธิภายใต้วรรค ๑ หรือ ๒ อาจทำก่อนคำตัดสิน และต้องแถลงไม่ช้ากว่าหนึ่งสัปดาห์หลังจากได้สรุปการพิจารณาในศาล

(๔) วรรค ๑ ถึง ๓ ไม่ใช่บังคับในกรณีคำพิพากษาบังคับให้บุคคลชำระหนี้ที่จะถึงกำหนดชำระในอนาคต หรือคาดหมายว่าคำพิพากษานั้นจะใช้บังคับในต่างประเทศ

(๕) หากในต่างประเทศสามารถทำคำพิพากษาโดยไม่มีข้อเท็จจริงและเหตุผลได้ ให้ใช้บังคับมาตรานี้ได้โดยอนุโลมในเรื่องความสมบูรณ์ของคำพิพากษาทั้งการระบุนั้น

การเดินตามแนวคำพิพากษาศาลสูงในเยอรมัน

กฎหมายเยอรมัน วางหลักการเอาไว้ว่าที่มาของกฎหมายมีอยู่ ๒ ทาง คือ กฎหมายลายลักษณ์อักษร และจารีตประเพณี ส่วนคำพิพากษาของศาลไม่ถือเป็นกฎหมายที่ศาลจะต้องวินิจฉัยตาม ดังนั้นเหตุผลของคำพิพากษาศาลเยอรมัน ก็ย่อมไม่มีสภาพบังคับและผลผูกพันตามนัยนี้ แต่อย่างไรก็ตามคำพิพากษาของศาลสูงสุดในทางปฏิบัติ (de facto) จะมีความสำคัญเป็นอย่างมากในการวินิจฉัยชี้ขาดของศาลในคดีหลัง และปัจจุบันก็ยิ่งทวีความสำคัญมากขึ้น

ศาลสูงสุดของเยอรมัน เคยวินิจฉัยให้ทนายความคนหนึ่งรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับลูกความของตน เนื่องจากทนายความคนนั้นไม่เอาใจใส่ในคำพิพากษาของศาลสูงสุดที่เคยวางบรรทัดฐานในคดีก่อนเอาไว้ จนนักวิชาการบางคนเคยกล่าวว่า “เยอรมันควรยอมรับได้แล้วว่าคำพิพากษาของศาลเป็นที่มาของกฎหมายอีกทางหนึ่งด้วยเช่นกัน”

การไม่ถือตามแนวคำพิพากษาของศาลสูง⁸

แม้ในทางปฏิบัติคำพิพากษาศาลสูงของเยอรมันจะมีแรงจูงใจให้ศาลล่างถือตามแนวคำพิพากษาที่เคยพิพากษาเอาไว้ แต่เนื่องจากคำพิพากษาของศาลสูงในเยอรมันไม่มีผลผูกพันศาลล่างให้ต้องเดินตาม จึงมีในบางคดีที่ศาลล่าง

⁸ Walther J. HABCHEID, *Droit judiciaire privé SUISSE* (France: Genève Librairie de l' Université 1981), pp. 310 – 315. ; Serge GUINCHARD, *Droit processuel : droit commun et droit comparé du process*, (France: Dalloz, 2003), 685 – 692.

อาจพิพากษาแตกต่างจากศาลสูง และศาลล่างในเยอรมันที่ทำเช่นนี้ก็เพราะศาลล่างมีความประสงค์ที่จะจูงใจให้ศาลสูงเห็นว่าความเห็นของศาลล่างถูกต้อง โดยในการพิพากษาของศาลล่างเช่นนี้ ศาลล่างมักจะกล่าวถึงแนวคำพิพากษาของศาลสูงเสียก่อน แล้วตามด้วยความเห็นของตน พร้อมด้วยเหตุผลทั้งหมดที่ตนได้วินิจฉัยคดีต่างออกไป เช่น ศาลล่างอาจอ้างถึงความไม่สอดคล้องทางศีลธรรม สภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปจากคำพิพากษาศาลสูงที่วางแนวเอาไว้ ในการนี้อาจทำให้ศาลสูงเปลี่ยนแนวคำพิพากษาของตนได้หากศาลสูงเห็นด้วยกับเหตุผลของศาลล่าง

ส่วนในระหว่างศาลสูงด้วยกัน ในศาลยุติธรรมสูงสุดของเยอรมัน ที่มีการแบ่งออกเป็นคณะต่าง ๆ เรียกว่า “Senate” โดยการพิพากษาคดีนั้น หาก Senateใดประสงค์จะตัดสินปัญหาข้อกฎหมายใดแตกต่างไปจากความเห็นที่ตนเคยให้ไว้ในคดีก่อน ก็ต้องนำปัญหาเข้าสู่การพิจารณาของ Great Senate for Civil Matters ของศาลสูงที่สุด อันประกอบด้วยประธานศาลสูงที่สุด และผู้พิพากษาศาลสูงที่สุดจำนวน ๘ นาย เพื่อวินิจฉัยคดี และคำพิพากษาดังกล่าวต้องเป็นไปตามที่ Great Senate for Civil Matters ของศาลสูงที่สุด ได้ชี้ขาด

จากที่กล่าวข้างต้น ปัญหาเกี่ยวกับผลผูกพันของแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในประเทศไทย อาจวิเคราะห์ในเรื่องดังกล่าวต่อไปนี้

สถานะของคำพิพากษาเป็นกฎหมายหรือไม่ หากจะพิจารณาจากระบบกฎหมายไทยแล้วย่อมต้องให้คำตอบในเรื่องดังกล่าวว่า เนื่องจากประเทศไทยอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย

ซีวิล ลอว์ ที่ถือว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมาย ส่วนคำพิพากษาของศาลเป็นเพียงตัวอย่างในการตีความกฎหมายเท่านั้น ฉะนั้น คำพิพากษาศาลของไทยย่อมต้องมีสถานะเป็นเพียงตัวอย่างในการตีความกฎหมายเท่านั้น ไม่ถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายเช่นกัน แต่หากพิจารณาความเห็นของนักกฎหมายแล้ว ก็มีนักกฎหมายไทยบางท่านเห็นว่า คำพิพากษา โดยเฉพาะคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยมีสถานะเป็นกฎหมาย หรือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายอย่างหนึ่งเช่นเดียวกับกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาและจารีตประเพณี ทั้งในประเทศไทยมิได้มีกฎหมายบัญญัติห้ามมิให้ศาลฎีกาสั่งสร้างกฎหมายขึ้นมาจากคำพิพากษาจะมีก็แต่เพียงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา ๑๔๕ ที่บัญญัติเกี่ยวกับคำพิพากษาศาลฎีกาว่าบุคคลใดบ้างในคดีแพ่ง ซึ่งในบทบัญญัติดังกล่าวก็ได้กำหนดให้คำพิพากษาของศาลผูกพันคู่ความ และอาจผูกพันบุคคลภายนอกได้ หากเข้าข้อยกเว้นของกฎหมาย แต่ไม่ได้กล่าวถึงผลผูกพันของคำพิพากษามีต่อศาลด้วยกัน

การไม่ให้เหตุผลในคำพิพากษาคดีแพ่งของไทย มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๗๔๕ - ๓๗๔๗/๒๕๓๓ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๔๗๔ / ๒๕๕๑ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๐๕ / ๒๕๕๐ เคยวินิจฉัยเอาไว้ ซึ่งศาลในคดีแพ่งก็ได้ให้ความชัดเจนเกี่ยวกับผลของการไม่มีเหตุผลในคำพิพากษา ทั้งนักวิชาการก็มีความเห็นต่างกันไป แต่อาจพิจารณาได้ว่าการไม่ให้เหตุผลในคำพิพากษา โดยไม่มีกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ หรือกรณีที่กฎหมายอนุญาตให้พิพากษาโดยไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลในคำพิพากษา แต่คู่ความร้องขอทราบเหตุผลต่อศาล หรือคู่ความมีการอุทธรณ์ฎีกาคำพิพากษานั้น แต่ศาลกลับมิได้ให้เหตุผลใน

คำพิพากษา ดังนี้ คำพิพากษาดังกล่าวย่อมเป็นคำพิพากษาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ชัดกับหลักฟังความสองฝ่าย และเป็นกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบสามารถเพิกถอนได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา ๒๗ รวมทั้งหากพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๔๐ ที่กำหนดให้ประชาชนมีสิทธิที่จะรับทราบเหตุผลของการพิพากษาคดีในกระบวนการยุติธรรมก็อาจนำพิจารณาได้ว่าคำพิพากษาที่มีได้ให้เหตุผลในคำพิพากษา ที่ประชาชนมีคำขอรับทราบเหตุผลต่อศาล แต่ศาลมิได้ให้เหตุผลในคำพิพากษานั้นเป็นการกระทำที่ขัดรัฐธรรมนูญ

เกี่ยวกับเรื่องเหตุผลของศาลที่เป็นการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ได้แก่เมื่อผู้พิพากษาต้องพิจารณาพิพากษาคดีที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรได้บัญญัติเอาไว้ หรือที่มีได้บัญญัติเอาไว้ย่อมเป็นเรื่องธรรมดาที่หากข้อเท็จจริงในเรื่องเคยมียุติพิพากษาดัดลिनไว้ก่อนแล้ว ผู้พิพากษาก็ย่อมสามารถอ้างอิงหลักเกณฑ์ ที่เคยมีการดัดลिनไว้แล้วนั้นได้ เพราะการดัดลिनตามแบบอย่างกันยอมทำให้เกิดความชัดเจนแน่นอน

เหตุผลในคำพิพากษาสถาสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายได้มีเรื่องที่จะต้องพิจารณาใน ๒ กรณีด้วยกัน คือ

ก) กรณีที่กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติรายละเอียดของกฎหมายอย่างแจ่มชัดแล้ว การตีความกฎหมายทำได้โดยไม่มีข้อยุ่งยาก ศาลก็เพียงแต่บังคับใช้กฎหมายนั้นแก่คดี โดยแทบไม่ต้องสร้างกฎเกณฑ์อย่างใด ในคำพิพากษาเลย ในกรณีนี้อาจกล่าวได้ว่าศาลมิได้สร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายแต่อย่างใด

ข) กรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น แล้วกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ แต่ไม่มีรายละเอียดเพียงพอ หรือกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นโดยที่ฝ่ายนิติบัญญัติมิได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเอาไว้เลย ศาลย่อมสามารถให้เหตุผลในข้อกฎหมายในคดีนั้นๆ เพื่อสร้างรายละเอียดของกฎหมายให้เพียงพอต่อการดัดลिनคดีนั้น และเมื่อศาลได้ดัดลिनคดีแล้ว ศาลที่มีลำดับต่ำกว่าย่อมเป็นเรื่องธรรมดาที่ต้องอาศัยหลักเกณฑ์นั้น เพราะแม้ศาลที่มีลำดับต่ำกว่ามิได้อาศัยหลักเกณฑ์ที่ศาลฎีกาดังกล่าวเคยดัดลिनเอาไว้ เมื่อคดีขึ้นสู่ศาลฎีกา ศาลฎีกาก็มีอำนาจในการที่จะควบคุมการบังคับใช้กฎหมายให้ถูกต้อง เพราะฉะนั้น จะทำให้คำพิพากษาไม่สอดคล้องและไม่เป็นไปในทางเดียวกัน อันจะส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของคำพิพากษาของศาล

เกี่ยวกับปัญหาเรื่องผลผูกพันของเหตุผลในคำพิพากษาคดีแพ่งนั้น การที่เหตุผลของศาลสามารถสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นมาได้ เป็นเพราะศาลมีความจำเป็นที่จะต้องยืนยันอำนาจของศาลในการพิพากษาคดีที่กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมิได้บัญญัติเอาไว้อย่างแจ่มชัด หรือมิได้บัญญัติเอาไว้เลย เหตุผลที่เป็นกฎเกณฑ์ดังกล่าวจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเป็นเหตุผลที่ดี มีความยุติธรรม มีความแจ่มชัด สมเหตุสมผล รวมทั้งเป็นเหตุผลที่ใช้เป็นหลักในการดัดลिनคดี มิใช่เหตุผลที่เป็นเพียงการเกริ่นนำ อุปมาอุปไมย หรือเหตุผลที่เป็นเพียงการเปรียบเปรยเท่านั้น โดยอาจเทียบได้กับ “เหตุผลแห่งคำพิพากษา (Ratio decidendi)” ของระบบคอมมอน ลอว์ หรืออาจเทียบได้กับ “เหตุผลหลักของคำพิพากษา (motifs decisifs)”

ของประเทศฝรั่งเศส โดยเรื่อง “เหตุผลหลักของคำพิพากษา (motifs dcisifs)” ได้เคยถูกนำมาใช้เป็นสาระในการตอบข้อหารือแก่กระทรวงพลังงานของสำนักงานกฤษฎีกาเรื่อง การดำเนินการตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่เพิกถอนพระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับการแปลงสภาพการไฟฟ้าฝ่ายผลิต เป็นบริษัทการไฟฟ้าฝ่ายผลิต จำกัด (มหาชน) เรื่องเสรีจที่ ๒๐๘/๒๕๔๙

นอกจากนั้นยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่มีลักษณะถือว่าเหตุผลในข้อกฎหมายของคำพิพากษาที่เคยเกิดขึ้นในคดีก่อนมีผลผูกพัน แต่กระนั้นก็มีคำพิพากษาอยู่บางเรื่องที่มีได้ถือว่าคำพิพากษามีผลผูกพัน แม้ข้อเท็จจริงในคดีจะเป็นอย่างเดียวกัน เช่น เรื่องการรับขนทางทะเลตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๖๖/๒๕๓๒ เรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๐๒๒/๒๕๑๙ เป็นต้น

๓. สรุปและข้อเสนอแนะ

ในเรื่องความเป็นกฎหมายของคำพิพากษาคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยมีผลผูกพันเป็นกฎหมายที่ศาลในคดีอื่นจะต้องถือตามหรือไม่ มีความเห็นเกี่ยวกับคำตอบในเรื่องดังกล่าวว่า หากจะพิจารณาจากระบบกฎหมายไทยแล้ว เนื่องจากประเทศไทยอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิล ลอร์ ที่ถือเป็นหลักการว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมาย ส่วนคำพิพากษาของศาลแม้มีความสำคัญ ก็มีความสำคัญในแง่ตัวอย่างที่ดีในการตีความกฎหมายเท่านั้น ไม่ถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย ดังนั้น การใช้การตีความกฎหมายของศาลจึงสมควรที่จะคำนึงถึงหลักการของระบบ

กฎหมาย ที่ศาลสามารถมีคำพิพากษาที่เป็นอิสระแตกต่างไปจากคดีอื่นได้

เกี่ยวกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกา องค์การตุลาการสมควรให้ความสำคัญกับเหตุผลในคำพิพากษา เพื่อสร้างแนวความคิดแก่ตุลาการเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว เช่น ควรมีการอบรมเกี่ยวกับการให้เหตุผลในคำพิพากษา มีการวางกรอบการให้เหตุผลในคำพิพากษาให้มีลักษณะใกล้เคียงกับประเด็นแห่งคดีมากที่สุด เพราะการให้เหตุผลนอกเหนือจากประเด็นในคดี อาจทำให้คู่ความสับสนในการตัดสินใจเรื่องอุทธรณ์ฎีกา หรือมีการจัดทำคู่มือเกี่ยวกับการให้เหตุผลในคำพิพากษา ทั้งนี้ก็เพื่อให้ตุลาการตระหนักว่าเหตุผลในคำพิพากษามีความสำคัญทั้งในแง่ความน่าเชื่อถือ ความชัดเจนของกฎหมาย

อีกทั้งควรมีการจัดทำแนวคำพิพากษาเพื่อเผยแพร่ โดยแนวคำพิพากษาดังกล่าวควรมีการจัดระบบหมวดหมู่ของกฎหมายต่าง ๆ ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น และสะดวกแก่การค้นคว้ามากยิ่งขึ้น ทำให้ประชาชนทั้งหลายสามารถคาดการณ์ได้ว่าในอนาคตศาลจะตัดสินคดีอย่างไร และสมควรมีการอุทธรณ์ หรือฎีกาคัดค้านคำพิพากษาของศาลหรือไม่ เห็นว่าไม่จำเป็นต้องพิมพ์เผยแพร่เฉพาะคำพิพากษาศาลฎีกาเท่านั้น อาจมีการเผยแพร่คำพิพากษาของศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษอื่น ๆ ด้วย ทั้งนี้ เพราะในข้อเท็จจริงบางเรื่องอาจไม่มีการฎีกาไปยังศาลฎีกา

ทั้งนี้ ในการพิพากษาคดี หากผู้พิพากษาศาลล่างไม่เห็นด้วยกับศาลสูง หรือศาลสูงไม่เห็นด้วยกับ คำพิพากษาของศาลสูงเดิม ที่มีการพิพากษา

เป็นแนวเอาไว้ในข้อเท็จจริงของคดี ที่เป็นอย่างเดียวกัน เห็นว่าเนื่องจากสภาพสังคมมีความสลับซับซ้อนเพิ่มมากขึ้นในปัจจุบัน คำพิพากษาที่เคยพิพากษาไว้ในอดีต อาจมีความล้าสมัย ทำให้การเดินตามแนวคำพิพากษาดังกล่าว อาจขาดความยุติธรรมได้ ฉะนั้นย่อมต้องให้การพิพากษาคดีของศาลมีความยืดหยุ่นได้ โดยศาลล่างอาจพิพากษาแตกต่างจากศาลสูงได้ และแม้กระทั่งศาลสูงด้วยกันก็ควรมีการพิพากษาแตกต่างกันได้ แต่เพื่อให้มีหลักประกันเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของศาลในการพิพากษาคดี ก็ควรมีการกำหนดแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการไม่เห็นด้วยกับแนวคำพิพากษาของศาลที่พิพากษาเอาไว้ โดยเห็นว่าเยอรมันเป็นตัวอย่างที่ดี เกี่ยวกับการกระบวนการพิพากษาของศาลที่จะไม่ถือตามแนวคำพิพากษาที่เคยวินิจฉัยเอาไว้ กล่าวคือ หากศาลล่างจะไม่พิพากษาตามแนวคำพิพากษาศาลสูง ศาลล่างจะกล่าวถึงแนวคำพิพากษาของศาลสูงแล้วตามด้วยความเห็นของตน พร้อมด้วยเหตุผล

ทั้งหมดที่ตนได้วินิจฉัยคดีต่างออกไป เช่น ความไม่สอดคล้องทางศีลธรรม สภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปจากคำพิพากษาศาลสูงที่วางแนวเอาไว้ เป็นต้น

กระบวนการพิพากษาคดีของไทยจึงอาจกำหนดแนวปฏิบัติให้ผู้พิพากษาในศาลล่างที่ต้องการพิพากษาให้ต่างจากแนวคำพิพากษาที่มีอยู่เดิมของศาลสูง โดยอาจกำหนดเป็นคำแนะนำของประธานศาลฎีกา ซึ่งสามารถทำได้ตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม โดยจะต้องกล่าวถึง เหตุผลที่ตนไม่เห็นพ้องด้วยกับแนวคำพิพากษาศาลอย่างชัดเจน ส่วนศาลฎีกาใดประสงค์จะคดีแตกต่างไปจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เคยให้ไว้ในคดีก่อน ก็อาจต้องนำปัญหาเข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา เพื่อจะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนในการตัดสินใจอุทธรณ์ฎีกา และเป็นประโยชน์ต่อศาลสูงในการพิพากษา ทั้งยังเป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการทางกฎหมายที่จะได้ศึกษาการใช้เหตุผลของศาลในการพิพากษาคดีของไทย



บรรณานุกรม

ธนกร วรปรัชญากุล, “คำพิพากษาศาลกับบ่อเกิดของกฎหมาย,” (มกราคม – เมษายน ๒๕๕๙) ๕๓:๑
ตุลพาห ๑๕.

วิชา มหาคุณ, การใช้เหตุผลในทางกฎหมาย (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, ๒๕๒๗)

วิษณุ เครืองาม, ระบบกฎหมายแองโกล – อเมริกัน” ในเอกสารการสอนชุดวิชา ระบบกฎหมายไทยและ
ต่างประเทศ สายวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, พิมพ์ครั้งที่ ๑ (กรุงเทพฯ :
บริษัทวิศดอร์เฟาเวอร์พอยท์ จำกัด, ๒๕๒๘)

Amos & Walton's, Introduction to French Law (London : Oxford at The clarendon Press,
reprinted, 1974)

J. HABCHEID, Walther, Droit judiciaire priv SUISSE (France: Genve Librarie de l' Universit
1981) ; GUINCHARD, Serge , Droit processuel : droit common et droit compar du
process, (France: Dalloz, 2003)

J. Waline, Mlanges, L'autorit de chose juge des motifs d'une dcision judiciaire en droit priv
(France: Dalloz, 2002)





การเข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยสมัครใจ ของลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดา Entering into Voluntary Bankruptcy Process of the Natural Person

จักรพงษ์ โฉมปราชญ์*

บทคัดย่อ

การประสบปัญหาทางการเงินจนอยู่ในสภาวะล้มละลายของบุคคลธรรมดามีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ กฎหมายล้มละลายจึงต้องการให้ลูกหนี้สามารถเข้าถึงการเยียวยาของกระบวนการล้มละลายได้โดยเร็วเช่นเดียวกับเจ้าหนี้ เพื่อให้เป็นไปตามแนวคิดที่ต้องการช่วยเหลือลูกหนี้ที่สุจริตแต่ประสบเคราะห์ร้ายทางการเงิน ให้สามารถกลับมาเริ่มต้นชีวิตใหม่ได้อีกครั้ง โดยแนวคิดดังกล่าวได้ให้ความสำคัญกับกระบวนการเริ่มต้นคดีโดยเปิดโอกาสให้ลูกหนี้สามารถเข้าสู่กระบวนการได้โดยสมัครใจ หากลูกหนี้ประสบปัญหาทางการเงินจนไม่สามารถจัดการกับหนี้สินนั้นได้ เพื่อให้ลูกหนี้ได้รับการเยียวยาจากกระบวนการล้มละลายไม่ว่าด้วยกระบวนการฟื้นฟูหรือกระบวนการชำระบัญชี และให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากภาระหนี้สินนั้นไปได้โดยเร็วโดยมีการกำหนดมาตรการเพื่อควบคุมและป้องกันลูกหนี้ให้ไม่สามารถอาศัยกระบวนการทางกฎหมายโดยมิชอบจากกฎหมายล้มละลายดังกล่าว

คำสำคัญ: กระบวนการล้มละลายโดยสมัครใจ, ลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดา

ABSTRACT

The financial problem to the natural person which led to bankruptcy were essential to the economic development of the country; therefore, the bankruptcy law required the debtors to be able to be remedied by the bankruptcy processes as rapidly as the creditors. In accordance with the concept to assist the honest debtors but were encountered with financial misfortune in recovering their new lives, such concept emphasized the case

* นักศึกษาปริญญาโท วิชาเอกกฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช สถานที่ทำงาน บริษัทสำนักกฎหมาย เอรารินทร์ จำกัด ตำแหน่ง ผู้จัดการฝ่ายคดีสินเชื่อบุคคล

beginning processes by giving opportunity to the debtors to enter to the voluntary bankruptcy processes, if such debtors were faced with financial problems to the extent that they could not manage their own debts, in order for the debtors to be remedied by the bankruptcy process, irrespective of rehabilitation process or liquidation process, and in order for the debtors to relieve from debt burdens in a swift manner by determining the measures to control and prevent the debtors from exploiting the illegal processes from such bankruptcy laws.

Keywords: Voluntary bankruptcy process, natural person debtor.

บทนำ

เดิมกระบวนการล้มละลายเป็นเพียงกระบวนการที่ส่งผลร้ายต่อลูกหนี้ โดยในยุคโรมันกฎหมายล้มละลายได้ลงโทษลูกหนี้ที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้ด้วยโทษที่รุนแรง เพราะมีเพียงวัตถุประสงค์ที่ต้องการปกป้องเจ้าหนี้ไว้จากการคดโกงของลูกหนี้เท่านั้น¹ ไม่ได้ให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองหรือช่วยเหลือลูกหนี้ ซึ่งเจ้าหนี้มีสิทธินำลูกหนี้ที่ไม่ชำระหนี้ไปขายเป็นทาสได้ หรือ ตามกฎหมายลักษณะกัณฑ์ บทที่ ๕๐ ของประเทศไทยก็ได้บัญญัติให้เจ้าหนี้ฟ้องลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวให้ชำระหนี้ซึ่งหากลูกหนี้ไม่สามารถชำระได้ก็จะถูกลงโทษและรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้จนหมดสิ้นรวมทั้งตัวลูกหนี้ก็ถือเป็นทรัพย์สินด้วย แต่ปัจจุบันแนวคิดของกฎหมายล้มละลายได้เปลี่ยนแปลงไปจากการที่มุ่งลงโทษลูกหนี้ไปสู่การแก้ไขปัญหาหนี้

สินของลูกหนี้² โดยมีแนวคิดที่ต้องการจะช่วยเหลือและคุ้มครองลูกหนี้ที่สุจริตแต่ประสบเคราะห์ร้ายทางการเงินให้สามารถหลุดพ้นจากหนี้สินและสามารถกลับมาเริ่มต้นใหม่ทางการเงินได้โดยเร็วตามแนวคิดการเริ่มต้นชีวิตใหม่ (Fresh start)³ ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวเห็นว่าลูกหนี้ที่ประสบปัญหาทางการเงินจนไม่สามารถจัดการกับหนี้สินของตนได้นั้นไม่ได้เกิดจากความทุจริตของลูกหนี้เสมอไป แต่อาจเกิดจากวัฏจักรของระบบเศรษฐกิจที่มีขึ้นมีลง ลูกหนี้บางคนก็สุจริตอาจประสบปัญหาทางการเงินอันเป็นผลมาจากวัฏจักรของระบบเศรษฐกิจ⁴ ซึ่งการตัดลูกหนี้ออกจากระบบเศรษฐกิจไปโดยสิ้นเชิงย่อมไม่ส่งผลดีต่อการพัฒนาระบบเศรษฐกิจเนื่องจากลูกหนี้ที่ประสบปัญหาทางการเงินนั้นยังคงมีศักยภาพที่จะสามารถกลับมาพัฒนาระบบเศรษฐกิจต่อไปได้ การเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย

¹ วิชา มหาคุณ คำอธิบายกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, พิมพ์ครั้งที่ ๑๓, ๒๕๕๓) ๑๕

² วิศิษฐ์ วิเศษสุรอรอด บทสัมภาษณ์ เมื่อวันที่ ๒๖ กรกฎาคม ๒๕๕๖ สัมภาษณ์โดย นายจักรพงษ์ โฉมปราชญ์ ณ กรมบังคับคดี

³ เกียรติศักดิ์ ภมรโมตรี มาตราการในการช่วยเหลือไม่ให้ลูกหนี้ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาต้องล้มละลาย (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๕๕) ๒๔

⁴ ราชกิจจานุเบกษากรุงเทพมหานครในพระบรมมหาราชวัง เล่มที่ ๘ แผ่นที่ ๕๐ วันที่ ๑๓ มีนาคม ร.ศ.๑๑๐, ๔๔๖

ในปัจจุบันจึงไม่ได้เป็นการซ้ำเติมลูกหนี้ด้วยกระบวนการของกฎหมายอีกต่อไปเนื่องจากกฎหมายล้มละลาย ได้มีกระบวนการต่าง ๆ ที่เอื้อประโยชน์กับลูกหนี้อยู่ด้วยเช่นเดียวกัน เช่น กระบวนการพักชำระหนี้ กระบวนการฟื้นฟู รวมถึงกระบวนการปลดปล่อยหนี้ในคดีล้มละลาย เป็นต้น

กฎหมายล้มละลายของประเทศไทยในปัจจุบันไม่ได้นำแนวคิดการเริ่มต้นชีวิตใหม่ทางการเงินของลูกหนี้มาใช้กับกระบวนการเริ่มต้นคดีล้มละลาย โดยรูปแบบการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายตั้งแต่ภายหลังยกเลิกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะกู้หนี้ยืมสิน ร.ศ. ๑๑๐ จนถึงมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. ๒๔๘๓ ที่ใช้บังคับอยู่ปัจจุบัน ยังคงกำหนดรูปแบบการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายให้มีได้เฉพาะกรณีบังคับให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยไม่สมัครใจเท่านั้น แตกต่างกับ The Bankruptcy Act 1914 ของประเทศอังกฤษที่ประเทศไทยได้นำมาใช้เป็นต้นแบบในการร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. ๒๔๘๓^๕ ที่เปิดโอกาสให้ลูกหนี้สามารถเริ่มต้นคดีล้มละลายได้โดยสมัครใจ และแม้ในปัจจุบันประเทศอังกฤษจะมีการประกาศใช้ The Insolvency Act 1986 แทนแต่ก็ ยังคงหลักการเริ่มต้นคดีโดยสมัครใจของลูกหนี้ไว้เช่นเดียวกับ The Bankruptcy Act 1914 ที่ใช้อยู่เดิม หรือตาม United States Code, Title 11-Bankruptcy ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ประเทศไทยได้อาศัยเป็นต้นแบบในการปรับปรุงพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. ๑๔๘๓ ก็มีรูปแบบการเริ่มต้นคดีล้มละลายโดยเปิด

โอกาสให้ลูกหนี้สามารถร้องขอเข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยสมัครใจได้เช่นเดียวกัน นอกจากนี้ แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ก็ได้มีข้อเสนอแนะว่าลูกหนี้ต้องสามารถเข้าถึงกระบวนการเยียวยาของกฎหมายล้มละลายได้โดยสมัครใจเช่นเดียวกับเจ้าหนี้ จึงเห็นได้ว่าตามแนวคิดการเริ่มต้นชีวิตใหม่ทางการเงินของลูกหนี้ได้ให้ความสำคัญกับกระบวนการเริ่มต้นคดีล้มละลายโดยสมัครใจของลูกหนี้ไม่น้อยไปกว่ากระบวนการช่วยเหลือลูกหนี้ภายหลังเริ่มต้นคดีโดยที่พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. ๒๔๘๓ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๔๗ ได้นำแนวคิดการเริ่มต้นชีวิตใหม่ทางการเงินของลูกหนี้มาใช้เพียงกระบวนการปลดปล่อยหนี้ในคดีล้มละลายของบุคคลธรรมดา โดยให้ลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาสามารถได้รับการปลดจากล้มละลายทันทีที่พ้นระยะเวลาสามปี นับแต่วันที่ศาลได้พิพากษาให้ล้มละลาย ซึ่งกระบวนการปลดปล่อยหนี้ในคดีล้มละลายดังกล่าวเอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาที่ต้องการปลดปล่อยภาระหนี้สินของตนเพื่อต้องการกลับมาเริ่มต้นชีวิตใหม่โดยเร็วแต่การที่กฎหมายล้มละลายไม่ได้เปิดโอกาสให้ลูกหนี้สามารถเข้าถึงกระบวนการปลดปล่อยหนี้สินในคดีล้มละลายได้โดยสมัครใจทำให้กระบวนการล้มละลายขาดประสิทธิภาพในการนำมาใช้เพื่อบรรลุดมมุ่งหมายในการช่วยเหลือและคุ้มครองลูกหนี้ที่สุจริตแต่เคราะห์ร้ายทางการเงินให้กลับมาเริ่มต้นชีวิตใหม่โดยเร็วได้ เนื่องจากลูกหนี้ไม่สามารถได้รับการปลดปล่อยหนี้สินไปได้โดยเร็วอย่างแท้จริง แต่การปลดปล่อยหนี้ในคดีล้มละลาย

^๕ ฤทธา พงษ์โคชัย หลักการเสมือนเป็นเจ้าของ (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๓๙), ๑๐๖

ขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของเจ้าหน้าที่นำลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายเมื่อใดเท่านั้น นอกจากนี้ยังทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถเข้าถึงกระบวนการเยียวยาอื่น ๆ ของกฎหมายล้มละลายได้โดยเร็วอีกด้วย ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าแม้กระบวนการล้มละลายจะมีกระบวนการที่ดีเพียงใดแต่หากขาดการเริ่มต้นกระบวนการที่เหมาะสมแล้วกระบวนการล้มละลายนั้นก็จะมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายได้

กระบวนการล้มละลายนั้นมีความสำคัญต่อลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดา กล่าวคือ แม้ศาลจะมีคำพิพากษาให้ลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลายลูกหนี้ก็ไม่ได้สูญสิ้นไปจากสังคมแต่ยังคงมีสภาพบุคคลและต้องดำเนินชีวิตอยู่ต่อไปในสังคม ทำให้การล้มละลายของลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดานั้นส่งผลต่อคุณภาพชีวิตของลูกหนี้ ครอบครัวของลูกหนี้ รวมถึงส่งผลต่อสังคมและระบบเศรษฐกิจของประเทศโดยตรง ดังนั้นจึงเห็นควรศึกษาวิจัยการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยสมัครใจของลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดา เพื่อแก้ไขปัญหาการขาดประสิทธิภาพของกฎหมายล้มละลายและหาหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมในการเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย เพื่อบรรลุจุดมุ่งหมายตามแนวคิดที่ต้องการช่วยเหลือและคุ้มครองลูกหนี้ที่สุจริตแต่ประสบเคราะห์ร้ายให้กลับมาเริ่มต้นชีวิตใหม่ทางการเงินได้โดยเร็วต่อไป

วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

๑. เพื่อศึกษาวิวัฒนาการ แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย

๒. เพื่อศึกษากระบวนการล้มละลายของบุคคลธรรมดาตามกฎหมายของต่างประเทศและตามแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL

๓. เพื่อเปรียบเทียบหลักกฎหมายล้มละลายของไทยกับหลักกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย

๔. เพื่อวิเคราะห์ปัญหากฎหมาย และอุปสรรคที่เกิดขึ้นในกรณีที่ลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาไม่สามารถเข้าสู่กระบวนการล้มละลายได้โดยสมัครใจในประเทศไทย

๕. เพื่อหาข้อเสนอแนะ ในการปรับปรุงหลักกฎหมายล้มละลายเกี่ยวกับการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยสมัครใจให้เป็นไปอย่างเหมาะสมกับประเทศไทย

ระเบียบวิธีวิจัย

การวิจัยนี้ดำเนินการวิจัยแบบเอกสาร โดยจะทำการ ค้นคว้า รวบรวม เอกสารภาษาไทย และภาษาต่างประเทศ จากตำรา หนังสือ ข้อมูลวิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง บทความต่าง ๆ คดีล้มละลาย งานวิจัยที่เกี่ยวข้อง ความเห็นของนักนิติศาสตร์ กฎหมาย กฎเกณฑ์ ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ ที่เกี่ยวข้อง และจากทางอินเทอร์เน็ต เพื่อศึกษาการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายและหาความสำคัญของการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยสมัครใจของลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดา รวมทั้ง

การศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบ หลักกฎหมายของ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และแนวทาง การร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ที่ เกี่ยวกับการเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย

ผลการวิจัย

การเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย เป็น กระบวนการเริ่มต้นที่จะนำกระบวนการอื่น ๆ ของ กฎหมายล้มละลายมาใช้ต่อไป จึงเป็นกระบวนการ ที่มีความสำคัญในการทำให้กระบวนการล้มละลาย สามารถตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ล้มละลายได้ จากการศึกษาแนวคิดของกฎหมาย ล้มละลายเกี่ยวกับการเริ่มต้นคดีล้มละลายพบว่า กระบวนการล้มละลายที่กำหนดให้การเข้าสู่ กระบวนการล้มละลายเกิดขึ้นโดยความไม่สมัครใจ ของลูกหนี้นั้นเป็นผลมาจากแนวคิดในยุคเริ่มต้น ของกระบวนการล้มละลายที่กำหนดขึ้นเพื่อปกป้อง เจ้าหนี้และมุ่งลงโทษลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว เนื่องจากเห็นว่าลูกหนี้เป็นเหมือนผู้กระทำผิด⁶ ซึ่ง ในยุคเริ่มต้นนั้นลูกหนี้อยู่ในฐานะบุคคลธรรมดา และเป็นพ่อค้าซึ่งต้องเดินทางไปมาระหว่างเมือง ต่าง ๆ เป็นประจำจึงสามารถปกปิดและซุกซ่อน ทรัพย์สินได้โดยง่าย กระบวนการล้มละลายจึงมี จุดประสงค์เพียงเพื่อต้องการจะปกป้องเจ้าหนี้ เท่านั้น⁷ การเข้าสู่กระบวนการล้มละลายจึงเกิดขึ้น จากความไม่สมัครใจของลูกหนี้เพียงอย่างเดียว ส่วนการที่กระบวนการล้มละลายในปัจจุบันได้

กำหนดให้ลูกหนี้สามารถเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ได้โดยสมัครใจ ก็เนื่องมาจากแนวคิดของกฎหมาย ล้มละลายได้เปลี่ยนแปลงไป โดยเห็นว่าการมุ่ง ลงโทษลูกหนี้และตัดลูกหนี้ออกจากระบบเศรษฐกิจ โดยสิ้นเชิงนั้น ไม่สามารถทำให้ระบบเศรษฐกิจ ดีขึ้นได้ การช่วยเหลือลูกหนี้ที่สุจริตแต่ประสบ เศรษฐกิจร้ายทางการเงิน ที่มีศักยภาพให้สามารถ กลับมาเริ่มต้นใหม่ในระบบเศรษฐกิจได้อีกครั้งโดย เร็วจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาระบบเศรษฐกิจ มากกว่าการมุ่งลงโทษลูกหนี้⁸ และตัดลูกหนี้ออก จากระบบเศรษฐกิจไปโดยสิ้นเชิง ซึ่งจุดประสงค์ ของกระบวนการล้มละลายไม่ได้มีเพียงมุ่งปกป้อง เจ้าหนี้เพียงอย่างเดียวอีกต่อไป แต่ให้ความสำคัญ กับการคุ้มครองลูกหนี้ขึ้นมาเสมอกับการปกป้อง เจ้าหนี้ ทำให้รูปแบบการเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย เปลี่ยนไปจากอดีตที่เกิดขึ้นด้วยความไม่สมัครใจ ของลูกหนี้เป็นการเปิดโอกาสให้ลูกหนี้สามารถเข้า สู่กระบวนการล้มละลายได้โดยสมัครใจเองเพื่อให้ ได้รับการเยียวยาจากกระบวนการล้มละลายโดย เร็วได้ ตามแนวคิดในการคุ้มครองลูกหนี้จากการ ศึกษากระบวนการล้มละลายของ ประเทศสหรัฐ อเมริกา ประเทศอังกฤษ และแนวทางการร่าง กฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL พบว่า กระบวนการล้มละลายมีรูปแบบคล้ายคลึงกัน โดย กระบวนการล้มละลายจะถูกแบ่งแยกเป็นสอง กระบวนการหลัก คือกระบวนการล้มละลาย สำหรับลูกหนี้ที่มีความสามารถในการชำระหนี้ได้

⁶ มองซิเออร์ เอ. ซี. เอเดเกอร์ คำอธิบายพระราชบัญญัติลักษณะล้มละลาย (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และการเมือง, ๒๕๕๙) หน้า ๑๐

⁷ อ่างแล้ว วิชา มหาคุณ หน้า ๑

⁸ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ ๑๙, ๒๕๕๐) หน้า ๑-๒๕

และกระบวนการล้มละลายสำหรับลูกหนี้ที่ไม่มี
ความสามารถในการชำระหนี้ได้ ซึ่งกระบวนการ
ล้มละลายสำหรับลูกหนี้ที่มีความสามารถชำระหนี้
ได้จะกำหนดมาตรการในการช่วยเหลือและฟื้นฟู
ลูกหนี้ให้ไม่ต้องตกเป็นบุคคลล้มละลายโดยพยายาม
รักษากิจการของลูกหนี้ไว้และให้เจ้าหนี้ได้รับชำระ
หนี้อย่างเป็นธรรม ส่วนกระบวนการล้มละลาย
สำหรับลูกหนี้ที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้จะกำหนด
มาตรการในการจัดการและรวบรวมทรัพย์สินของ
ลูกหนี้เพื่อนำมาแบ่งชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้โดยเร็ว
และเป็นธรรม และให้ลูกหนี้สามารถปลดเปลื้องหนี้
สินไปได้โดยเร็ว ซึ่งทั้งสองกระบวนการจะมีมาตรการ
ในการรักษาและป้องกันทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อ
ไม่ให้เกิดการทำให้น้อยถอยลงด้วยกระบวนการพัก
ชำระหนี้เช่นเดียวกัน โดยกระบวนการล้มละลาย
ทั้งสองกระบวนการดังกล่าวได้กำหนดขึ้นเพื่อ
ประโยชน์ของทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ แตกต่างกับ
ในอดีตที่กระบวนการล้มละลายมีเพียงมุ่งที่จะ
รวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อนำมาชำระหนี้
ให้แก่เจ้าหนี้เท่านั้น การคุ้มครองลูกหนี้ถูกละเลย
กระบวนการล้มละลายในอดีตยังเป็นเสมือนบท
ลงโทษลูกหนี้ และเป็นไปเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้
เพียงเท่านั้นซึ่งคงไม่มีลูกหนี้คนใดอยากเข้าสู่
กระบวนการล้มละลายดังกล่าว การที่กระบวนการ
ล้มละลายได้กำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์ของทั้งเจ้าหนี้
และลูกหนี้ตามแนวคิดปัจจุบัน ต้องคำนึงว่าการ
จะนำกระบวนการล้มละลายกระบวนการหนึ่ง
กระบวนการใดมาใช้ให้มีประสิทธิภาพเพียงใดนั้น
ไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่ากระบวนการนั้นมีมาตรการที่

เหมาะสมเพียงอย่างเดียว แต่ต้องคำนึงถึงช่วง
เวลาที่จะนำกระบวนการล้มละลายมาใช้ให้เกิด
ความเหมาะสมด้วยจึงจะสามารถบรรลุจุดมุ่งหมาย
ของกระบวนการล้มละลายได้⁹ การกำหนดรูปแบบ
ของการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายจึงมีความ
สำคัญที่เท่าเทียมกับกระบวนการภายหลังเริ่มต้น
คดีล้มละลาย

รูปแบบของการเข้าสู่กระบวนการ
ล้มละลายของบุคคลธรรมดา จากการศึกษาพบว่า
การเข้าสู่กระบวนการล้มละลายเป็นขั้นตอนหนึ่ง
ที่มีความสำคัญกับการนำกระบวนการล้มละลาย
อื่นๆ มาใช้ต่อไป โดยรูปแบบการเข้าสู่กระบวนการ
ล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศ
อังกฤษ และแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลาย
ของ UNCITRAL ได้กำหนดรูปแบบการเข้าสู่
กระบวนการล้มละลายซึ่งสามารถแยกได้เป็น
๒ รูปแบบคือ รูปแบบการเริ่มต้นกระบวนการ
ล้มละลายด้วยความไม่สมัครใจของลูกหนี้และ
รูปแบบการเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายด้วย
ความสมัครใจของลูกหนี้ ซึ่งรูปแบบการเริ่มต้น
กระบวนการล้มละลายด้วยความไม่สมัครใจของ
ลูกหนี้ ในกรณีที่เจ้าหนี้ฟ้องลูกหนี้ให้ล้มละลาย
กฎหมายจะกำหนดจำนวนหนี้ขั้นต่ำที่เจ้าหนี้จะ
สามารถฟ้องลูกหนี้ให้ล้มละลายได้ไว้ ส่วนรูปแบบ
การเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายด้วยความสมัคร
ใจของลูกหนี้ กฎหมายจะกำหนดเงื่อนไขในกรณีที่
ลูกหนี้ร้องขอให้ตนเองล้มละลายไว้ในกรณีที่ลูกหนี้
ไม่สามารถชำระหนี้ของตนเองได้โดยไม่ได้กำหนด

⁹ วิชา มหาคุณ, บทสัมภาษณ์, เมื่อวันที่ ๑๔ สิงหาคม ๒๕๕๖, สัมภาษณ์โดย นายจักรพงษ์ โฉมปราชญ์ ณ สำนักงานคณะกรรมการ
ป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

จำนวนหนี้ขั้นต่ำ การที่กำหนดรูปแบบการเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายไว้ทั้งสองรูปแบบดังกล่าว ก็เพื่อให้เจ้าหนี้และลูกหนี้ สามารถเข้าถึงกระบวนการล้มละลายได้โดยเร็วและนำกระบวนการล้มละลายที่เหมาะสมมาใช้ได้อย่างทันเวลาและมีประสิทธิภาพเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่เจ้าหนี้และลูกหนี้ต่อไป

จุดเริ่มต้นในการนำรูปแบบการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยสมัครใจมาใช้นั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำมาใช้เนื่องจากเกิดวิกฤติการเงินขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยมีแนวคิดที่ต้องการจะฟื้นฟูลูกหนี้¹⁰ ในกระบวนการล้มละลาย เนื่องจากเห็นว่าการช่วยเหลือให้ลูกหนี้สามารถคงอยู่ในระบบเศรษฐกิจต่อไปได้จะส่งผลดีกว่าการตัดลูกหนี้ออกจากระบบเศรษฐกิจโดยสิ้นเชิง แต่ในประเทศอังกฤษได้เริ่มนำรูปแบบการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยสมัครใจมาใช้เพื่อเป็นการจูงใจลูกหนี้ให้มีส่วนร่วมในการจัดการทรัพย์สินโดยมีมาตรการที่สามารถปลดปล่อยภาระหนี้ของลูกหนี้จากกระบวนการล้มละลายได้โดยอำนาจศาล¹¹ แต่กฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษยังคงมุ่งที่จะรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อนำมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เพราะมีแนวคิดในการปกป้องเจ้าหนี้เป็นสำคัญ การปลดปล่อยหนี้สินของลูกหนี้นั้นเข้มงวดซึ่งในทางปฏิบัติศาลจะไม่ใช้อำนาจดังกล่าวนี้เลย แต่ต่อมาแนวคิดในการเริ่มต้นคดีล้มละลายในประเทศอังกฤษได้เปลี่ยนไปโดยมีแนวคิดที่ต้องการฟื้นฟูลูกหนี้เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งรูปแบบการ

เข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยสมัครใจของลูกหนี้เป็นส่วนหนึ่งที่สนับสนุนกระบวนการปลดปล่อยหนี้สินในคดีล้มละลายสำหรับลูกหนี้ที่สุจริตแต่ประสบเคราะห์ร้ายทางการเงินไปโดยเร็ว หากลูกหนี้ไม่สามารถเลือกที่จะเข้าสู่กระบวนการล้มละลายได้เองโดยเร็วแล้วกระบวนการปลดปล่อยหนี้สินของลูกหนี้ที่ต้องการปลดปล่อยภาระหนี้ของลูกหนี้ไปโดยเร็วก็จะไม่สามารถนำมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพเพราะลูกหนี้ต้องรองจนกว่าเจ้าหนี้จะยื่นฟ้องให้ตนเองล้มละลายเท่านั้น ซึ่งส่วนใหญ่เจ้าหนี้จะฟ้องลูกหนี้ให้ล้มละลายก็ต่อเมื่อเจ้าหนี้ได้บังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เจ้าหนี้ทราบจนหมดสิ้นแล้ว รูปแบบการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยลูกหนี้ไม่สมัครใจจึงไม่เพียงพอที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของกระบวนการปลดปล่อยหนี้สินในคดีล้มละลายได้

ความสำคัญของลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาในกระบวนการล้มละลายต่อระบบเศรษฐกิจนั้น โดยสภาพของลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาที่แม้ศาลจะมีคำพิพากษาให้ตกเป็นบุคคลล้มละลาย ลูกหนี้ก็ยังไม่สิ้นสภาพการเป็นบุคคลและยังคงต้องดำเนินชีวิตอยู่ต่อไปในสังคม แตกต่างจากลูกหนี้ที่เป็นนิติบุคคลซึ่งหากศาลมีคำพิพากษาให้เป็นนิติบุคคลนั้นล้มละลาย ลูกหนี้ที่เป็นนิติบุคคลนั้นก็จะสิ้นสภาพการเป็นบุคคลไปทันที ผู้บริหารหรือผู้ดำเนินกิจการที่เป็นนิติบุคคลนั้นก็สามารถไปจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นใหม่เพื่อประกอบกิจการต่อไปได้ แต่ลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาไม่สามารถไปจัดตั้งกิจการใหม่ได้หากยังคงตกเป็นบุคคลล้มละลายอยู่

¹⁰ อ่างแล้ว, เกียรติศักดิ์ ภมรไมตรี, หน้า ๒๙

¹¹ Section 26, The Bankruptcy Act 1914

การให้ความสำคัญต่อกระบวนการล้มละลายของลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาจึงต้องคำนึงถึงกระบวนการที่ช่วยเหลือและคุ้มครองลูกหนี้ไปพร้อมกับการจัดการทรัพย์สินและกิจกรรมของลูกหนี้ด้วย โดยการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายของบุคคลธรรมดานั้นจะส่งผลโดยตรงต่อระบบเศรษฐกิจไม่ว่าด้วย กระบวนการชำระบัญชีในคดีล้มละลายที่เป็นกระบวนการที่รวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อแบ่งชำระให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายของลูกหนี้อย่างเป็นธรรมและรวดเร็ว ทำให้เจ้าหนี้สามารถนำเงินกลับไปใช้ลงทุนดำเนินการต่าง ๆ ได้ต่อไป โดยความต้องการของกฎหมายล้มละลายคือทำให้เงินกลับคืนสู่ตลาดให้เร็วที่สุด และทำให้ทรัพย์สินของลูกหนี้มีมูลค่าสูงสุดในการนำมาแบ่งชำระให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย ซึ่งเป็นผลดีกว่าการปล่อยเงินทุนนั้นลดน้อยลงหรือสูญเสียไปหรือไม่สามารถก่อให้เกิดประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจได้หากกระบวนการบังคับชำระหนี้ล่าช้า หรือกระบวนการปรับโครงสร้างหนี้และฟื้นฟูกิจการในคดีล้มละลายที่เป็นกระบวนการที่ช่วยเหลือไม่ให้ลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลายและทำให้กิจการของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ซึ่งจะส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจมากกว่าการที่ปล่อยให้ลูกหนี้ล้มละลายและต้องเลิกกิจการไปหากกิจการของลูกหนี้นั้นยังมีช่องทางหรือโอกาสที่จะประกอบกิจการต่อไปได้และลดผลกระทบที่จะเกิดขึ้นหากกิจการของลูกหนี้ต้องหยุดลงเพราะลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลายซึ่งหากลูกหนี้ต้องเลิกกิจการไปอาจส่งผลกระทบต่อกิจการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง กับลูกหนี้จนอาจถึงขั้นประสบปัญหาทางการเงินเช่นเดียวกับลูกหนี้ต่อไปได้ ในทางกลับกันหากกิจการของลูกหนี้ไม่มีศักยภาพหรือช่องทางที่จะดำเนินกิจการต่อไปได้

ก็ควรจะหยุดกิจการนั้นโดยเร็วก่อนที่จะก่อความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจมากขึ้น และเป็นการนำเงินทุนกลับเข้าสู่ตลาดโดยเร็วเพื่อนำไปพัฒนาระบบเศรษฐกิจต่อไป

การเข้าสู่กระบวนการล้มละลายของลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาในประเทศไทย ยังคงมีแนวคิดที่ไม่ไว้วางใจลูกหนี้ในการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายเนื่องจากเดิมกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยได้เคยเปิดโอกาสให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายได้โดยสมัครใจได้เพียงฝ่ายเดียวตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะกู้หนี้ยืมสิน ร.ศ.๑๑๐ แต่เนื่องจากการขาดมาตรการป้องกันการทุจริตของลูกหนี้ที่เพียงพอทำให้ลูกหนี้เกิดการทุจริตโดยอาศัยกระบวนการล้มละลายเป็นเครื่องมือเช่น ยักยอกทรัพย์สินแล้วขอให้ตนล้มละลายหรือไม่ล้มละลายแต่เลือกใช้หนี้ให้เจ้าหนี้คนใดก็ได้ ทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบและไม่เป็นธรรม เป็นต้นกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยจึงได้ยกเลิกการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยสมัครใจของลูกหนี้ไป แม้ต่อมาจะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. ๒๔๘๓ ที่ได้อาศัยต้นแบบมาจาก The Bankruptcy Act 1914 ของประเทศอังกฤษที่มีการเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาสามารถร้องขอให้ตนเองเข้าสู่กระบวนการล้มละลายได้โดยสมัครใจก็ตาม แต่ประเทศไทยก็ไม่ได้นำเอาหลักการดังกล่าวมาใช้เนื่องจากยังคงมีแนวคิดที่ไม่ไว้วางใจลูกหนี้ รูปแบบการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายของบุคคลธรรมดาในประเทศไทยจึงยังคงอยู่ในรูปแบบที่เกิดจากความไม่สมัครใจของลูกหนี้เท่านั้น ซึ่งทำให้รูปแบบการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายของประเทศไทย

ไม่สอดคล้องกับแนวคิดและหลักเกณฑ์ของกฎหมายล้มละลายที่หลายๆ ประเทศรวมทั้งแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ที่เห็นว่ากฎหมายล้มละลายต้องช่วยให้เจ้าหนี้และลูกหนี้ได้เข้าถึงวิธีการเยียวยาที่กฎหมายบัญญัติไว้ และการยื่นคำขอเข้าสู่กระบวนการล้มละลายต้องเป็นไปอย่างรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ¹² ตามแนวคิดคุ้มครองลูกหนี้ แต่ในกระบวนการภายหลังเริ่มต้นคดีล้มละลายของประเทศไทยได้รับแนวคิดที่ต้องการคุ้มครองลูกหนี้มาใช้ในเรื่องกระบวนการปลดปล่อยหนี้สินของลูกหนี้ไปโดยเร็ว ซึ่งกระบวนการปลดปล่อยหนี้ดังกล่าวยังคงขาดประสิทธิภาพเนื่องจากลูกหนี้ไม่มีสิทธิที่จะเข้าสู่กระบวนการล้มละลายได้โดยเร็วตามที่ตนต้องการ เมื่อรู้ว่ตนเองไม่สามารถจัดการหนี้สินของตนได้แล้ว เพื่อให้ตนสามารถหลุดพ้นจากหนี้สินนั้นและสามารถกลับมาเริ่มต้นใหม่ทางการเงินได้โดยเร็วตามจุดมุ่งหมายของกระบวนการปลดปล่อยหนี้สิน นอกจากนี้ยังพบว่ากฎหมายบางฉบับของประเทศไทยได้จำกัดสิทธิบุคคลล้มละลายที่เป็นบุคคลธรรมดาให้ไม่สามารถประกอบอาชีพต่อไปได้ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ ที่กำหนดให้ข้าราชการพลเรือนนั้นต้องไม่เป็นบุคคลล้มละลาย หรือการเปิดช่องทางให้มีการเลิกจ้างบุคคลล้มละลายได้ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๕๑ ที่ไม่ได้กำหนดข้อห้ามมิให้นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างที่ตกเป็นบุคคลล้มละลายซึ่งทำให้นายจ้างอาจเลิกจ้างลูกจ้างเพราะตกเป็นบุคคลล้มละลายได้ เป็นต้น การจำกัดสิทธิดังกล่าวเป็นการทำให้กระบวนการล้มละลายขาดประสิทธิภาพ

เพื่อจะบรรลุจุดมุ่งหมายที่ต้องการคุ้มครองลูกหนี้ในกฎหมายล้มละลาย

ข้อเสนอแนะ

๑. ปรับเปลี่ยนทัศนคติเกี่ยวกับกระบวนการล้มละลาย ผู้เขียนเห็นว่ากระบวนการล้มละลายที่มีประสิทธิภาพในสังคมปัจจุบัน สมควรเป็นกระบวนการล้มละลายที่ช่วยแก้ไขปัญหานี้สินของลูกหนี้ ไม่ใช่กระบวนการล้มละลายที่มุ่งรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้เหมือนในอดีต ซึ่งปัจจุบันกระบวนการล้มละลายของประเทศไทยได้มีการพัฒนาไปตามแนวคิดสากลมากขึ้น เช่น มีกระบวนการปลดปล่อยหนี้สินของลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดา โดยปลดจากล้มละลายภายในระยะเวลา สามปีนับแต่ศาลมีคำพิพากษาให้ล้มละลายได้ แต่กระบวนการล้มละลายของประเทศไทยบุคคลทั่วไปยังมีทัศนคติที่ไม่ดีต่อกระบวนการล้มละลาย โดยเฉพาะลูกหนี้ที่เห็นว่ากระบวนการล้มละลายเป็นกระบวนการที่ซ้ำเติมตนเองมากกว่าเป็นกระบวนการช่วยเหลือ ดังนั้นสิ่งสำคัญในการที่กฎหมายล้มละลายจะเปิดโอกาสให้บุคคลธรรมดาเข้าสู่กระบวนการล้มละลายได้โดยสมัครใจ ต้องมีการปรับเปลี่ยนทัศนคติของลูกหนี้เจ้าหนี้และบุคคลทั่วไป ต่อกระบวนการล้มละลายใหม่ จากทัศนคติที่เห็นว่าบุคคลที่เข้าสู่กระบวนการล้มละลายเป็นบุคคลที่ล้มเหลวเป็นทัศนคติที่เห็นว่าบุคคลที่เข้าสู่กระบวนการล้มละลายเป็นบุคคลที่ต้องการความช่วยเหลือจากกระบวนการของกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหานี้สินและเมื่อผ่านกระบวนการล้มละลายแล้วลูกหนี้

¹²UNCITRAL “Legislative Guide on Insolvency Law”, P.47

ที่ออกมาจะสามารถแก้ไขปัญหานี้สินนั้นได้ เช่น สร้างกระบวนการล้มละลายที่มุ่งแก้ไขปัญหาทางด้านการเงินของลูกหนี้โดยมีกระบวนการต่าง ๆ ที่จะช่วยเหลือเพื่อไม่ให้ลูกหนี้ต้องตกเป็นบุคคลล้มละลาย เช่น การกำหนดให้ตั้งผู้เชี่ยวชาญทางด้านการเงินเข้ามาช่วยเหลือและให้คำปรึกษาแก่ลูกหนี้ในการแก้ปัญหา นอกจากนี้กระบวนการล้มละลายที่จะเยียวยาลูกหนี้ไม่ได้มีเพียงกระบวนการชำระบัญชีและช่วยให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้สินไปโดยเร็วเท่านั้นแต่ควรมีการกำหนดมาตรการทางเลือกเพิ่มขึ้น โดยมีมาตรการเอื้อประโยชน์แก่บุคคลธรรมดาเช่นเดียวกับการฟื้นฟูกิจการของนิติบุคคล เพื่อให้ลูกหนี้มีทางเลือกอื่นนอกจากกระบวนการชำระบัญชี หรือการขอประนอมหนี้ ในคดีล้มละลาย และทำให้กฎหมายล้มละลาย บรรลุดัตถประสงค์ตามแนวคิดฟื้นฟูลูกหนี้ที่ได้รับ ความสำคัญในปัจจุบัน

๒. เพิ่มกระบวนการช่วยเหลือและคุ้มครองลูกหนี้มากขึ้น ผู้เขียนเห็นว่าการปรับเปลี่ยนทัศนคติในกระบวนการล้มละลายให้เป็นกระบวนการแก้ไขปัญหานี้สินของลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาโดยการเพิ่มกระบวนการช่วยเหลือและคุ้มครองลูกหนี้มากขึ้นจะทำให้บุคคลที่เข้าสู่กระบวนการล้มละลายได้รับการสนับสนุนไว้มาก่อนว่าเป็นบุคคลผู้สุจริตเสมอ หากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่เข้าสู่กระบวนการล้มละลายนั้นสุจริต บุคคลนั้นก็จะได้รับประโยชน์จากกระบวนการล้มละลาย ที่กำหนดขึ้นมาเพื่อคุ้มครองลูกหนี้ที่สุจริต และช่วยให้ลูกหนี้สามารถหลุดพ้นจากหนี้สินไปได้โดยเร็วและกลับมาเริ่มต้นชีวิตใหม่ทางการเงินได้ ซึ่งหากบุคคลที่เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย

เป็นบุคคลสุจริตแล้วกระบวนการล้มละลายก็ต้องมีกระบวนการตรวจสอบและลงโทษบุคคลนั้น เพื่อป้องกันไม่ให้อาศัยกระบวนการล้มละลายเป็นเครื่องมือในการเอาตัวรอดเอาเปรียบเจ้าหนี้ เช่น การประวิงการชำระหนี้ การได้รับการปลดจากล้มละลายโดยเร็ว เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากระบวนการป้องกันและข่มขู่ลูกหนี้ผู้มีเจตนาทุจริตเป็นกระบวนการสำคัญของกระบวนการล้มละลาย เพราะหากไม่สามารถสร้างความโปร่งใสในการจัดการหนี้สินของลูกหนี้ได้กระบวนการล้มละลายที่มีไว้เพื่อคุ้มครองลูกหนี้ก็คงไม่สามารถจะคงอยู่ต่อไปได้ กระบวนการที่แสดงความโปร่งใสในการจัดการหนี้สินของลูกหนี้และป้องกันการทุจริตของลูกหนี้ หากเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาสามารถเข้าสู่กระบวนการล้มละลายได้โดยสมัครใจ ผู้เขียนเห็นว่าควรมีกระบวนการ ดังนี้

๒.๑ กระบวนการแสดงความสุจริตของตัวลูกหนี้เอง โดยการยื่นคำร้องขอเข้าสู่กระบวนการล้มละลายต้องแสดงฐานะที่แท้จริงรวมทั้งทรัพย์สินและหนี้สินต่างๆ ทั้งหมดของตนเพื่อขอรับความช่วยเหลือจากกระบวนการล้มละลายในการจัดการปัญหานี้สิน เนื่องจากคำร้องขอเป็นขั้นตอนเริ่มต้นคดีที่เริ่มโดยลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาภายใต้ข้อสันนิษฐานที่ว่าลูกหนี้เป็นผู้สุจริต ดังนั้น ลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดานั้นจึงต้องแสดงความสุจริตด้วยการแสดงฐานะที่แท้จริงให้ศาลเห็นเพื่อหากระบวนการที่เหมาะสมในการจัดการกับปัญหานี้สินของลูกหนี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไปและง่ายต่อการพิจารณาความสุจริตของลูกหนี้ในการขอรับความช่วยเหลือจากกระบวนการล้มละลายเนื่องจากหากการได้สวน

ของศาลได้ข้อเท็จจริงต่างไปจากคำร้องขอของ ลูกหนี้ก็อาจแสดงได้เบื้องต้นว่าลูกหนี้มีเจตนาที่ไม่สุจริตได้

๒.๒. กระบวนการไต่สวนคำร้อง ต้อง เป็นกระบวนการที่เปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนได้เสีย เช่น เจ้าหนี้ มีโอกาสได้ตรวจ โต้แย้ง หรือคัดค้าน คำร้องขอของลูกหนี้ได้หากเห็นว่าลูกหนี้มีเจตนา ทุจริตหรือยื่นคำร้องไม่ตรงกับความเป็นจริง กระบวนการไต่สวนต้องมีการประกาศแจ้งการยื่น คำร้องของลูกหนี้ไปยังเจ้าหนี้และบุคคลที่มีส่วน ได้เสียรวมทั้งประกาศหนังสือพิมพ์ และปิดประกาศ ที่ศาลล้มละลาย โดยการประกาศแจ้งต้องให้ระยะเวลาพอสมควรก่อนกำหนดวันไต่สวนเพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียมีโอกาสทราบและเข้ามาในคดีได้ กระบวนการประกาศการขอล้มละลายของลูกหนี้ เป็นกระบวนการที่กฎหมายล้มละลายได้ให้ความสำคัญกระบวนการหนึ่ง เพราะจะทำให้ผู้ที่มีส่วนได้ เสียลูกหนี้รู้ว่าลูกหนี้ขอเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย แล้ว ทำให้ผู้มีส่วนได้เสียนั้นสามารถมาแสดงสิทธิ ของตนหรือโต้แย้ง คัดค้าน คำร้องขอล้มละลาย ของลูกหนี้ได้ซึ่งถ้ากระบวนการประกาศแจ้งการขอ ล้มละลายของลูกหนี้มีประสิทธิภาพก็จะทำให้การ จัดการทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นไปอย่างโปร่งใสมาก ขึ้น และกระบวนการประกาศยังเป็นกระบวนการ ที่ช่วยตรวจสอบความสุจริตของลูกหนี้อีกขั้นตอน หนึ่งโดยให้ผู้มีส่วนได้เสียเข้ามาพิสูจน์ความสุจริต ของลูกหนี้ได้

๒.๓ กระบวนการพิจารณาของศาล ซึ่งเป็นองค์กรที่ไม่มีส่วนได้เสียในคดีพิจารณาพยาน หลักฐานต่าง ๆ ก่อนจะมีคำสั่งให้ลูกหนี้ได้รับความ ช่วยเหลือจากกระบวนการล้มละลาย โดยศาลต้อง

ไต่สวนคำขอของลูกหนี้และข้อคัดค้านของเจ้าหนี้ และของผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ เพื่อให้ได้ความจริงว่า ลูกหนี้เป็นผู้สุจริตมีหนี้สินและไม่สามารถจัดการ หนี้สินนั้นได้ จึงจะมีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการ ล้มละลายที่เป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้ต่อไป ซึ่งหาก ศาลพบว่าลูกหนี้สามารถชำระหนี้ได้หรือไม่สุจริต โดยอาศัยช่องทางของกฎหมายล้มละลายโดย มิชอบ ศาลก็ต้องมีคำสั่งยกคำร้องของลูกหนี้

2.4 กระบวนการกำหนดบทลงโทษ หากพบว่าลูกหนี้มีเจตนาทุจริต กรณีนี้เป็น มาตรการข่มขู่ให้ลูกหนี้เกรงกลัวว่าจะไม่กระทำการ โดยทุจริตเพราะมีบทกำหนดโทษไว้ เป็นมาตรการ ป้องกันก่อนการเริ่มต้นคดี

กระบวนการที่กล่าวข้างต้นเป็นกระบวนการ ที่กำหนดขึ้นเพื่อสร้างความมั่นใจให้กับเจ้าหนี้ว่า จะมีการจัดการทรัพย์สินและหนี้สินของลูกหนี้ อย่างโปร่งใสและสามารถพิสูจน์ความสุจริตของ ลูกหนี้ได้ เนื่องจากมีกระบวนการที่แน่นอนที่เจ้าหนี้ คาดหมายได้ว่าหากลูกหนี้ทุจริตจะไม่ได้รับประโยชน์ จากกระบวนการล้มละลาย โดยกระบวนการ ล้มละลายที่มีการตรวจสอบความสุจริตของลูกหนี้ และป้องกันการทุจริตที่มีประสิทธิภาพก็จะสามารถ สร้างทัศนคติที่ดีต่อกระบวนการล้มละลายได้อีก ทางหนึ่งด้วยเพราะบุคคลที่จะได้รับความช่วยเหลือ จากกฎหมายล้มละลายได้ผ่านการพิสูจน์ความสุจริต มาแล้ว

๓. แกไขกฎหมายฉบับอื่นที่จำกัดสิทธิ ของบุคคลล้มละลาย นอกจากการแก้ไขเพิ่มเติม กระบวนการล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลาย ควรมีการแก้ไขกฎหมายอื่นที่จำกัดสิทธิของบุคคล

ล้มละลายในการประกอบอาชีพหรือกฎหมายที่เปิด
ช่องให้บุคคลล้มละลายถูกปฏิเสธในการประกอบ
อาชีพ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบราชการพลเรือน
พ.ศ. ๒๕๕๑ ที่กำหนดให้ข้าราชการพลเรือนนั้น
ต้องไม่เป็นบุคคลล้มละลาย หรือในพระราชบัญญัติ
คุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๕๑ ก็ไม่มีบทบัญญัติที่ห้าม
นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างที่ตกเป็นบุคคลล้มละลาย
ซึ่งทำให้นายจ้างอาจเลิกจ้างลูกจ้างเพราะตกเป็น
บุคคลล้มละลายได้ เป็นต้น เนื่องจากการจำกัด
สิทธิบุคคลล้มละลายในการประกอบอาชีพดังกล่าว
เป็นการขัดแย้งกับแนวคิดในกระบวนการล้มละลาย
ที่ต้องการให้ลูกหนี้สามารถกลับมาเริ่มต้นใหม่

ทางการเงินได้โดยเร็ว ข้อจำกัดสิทธิของบุคคล
ธรรมดาที่ตกเป็นบุคคลล้มละลายเกี่ยวกับการ
ประกอบอาชีพ ในกฎหมายอื่นๆ จึงไม่สมควรนำมา
ใช้กับบุคคลล้มละลาย ยกเว้นในการประกอบอาชีพ
บางประเภทที่ต้องอาศัยความน่าเชื่อถือซึ่งต้อง
พิจารณาเป็นรายกรณีไป ซึ่งการแก้ไขเช่นว่านี้
จะช่วยให้ลูกหนี้สามารถดำรงชีพอยู่ในสังคมต่อไป
ได้ด้วยตนเองไม่ต้องตกเป็นภาระของสังคม หรือ
ครอบครัว และทำให้กระบวนการล้มละลายสำหรับ
ลูกหนี้ที่ศาลมีคำพิพากษาให้ตกเป็นบุคคลล้มละลาย
ตามแนวคิดที่ต้องการคุ้มครองลูกหนี้มีประสิทธิภาพ



บรรณานุกรม

กฤษฎา พงษ์โชคชัย, หลักการเสมือนเป็นเจ้าของ (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๓๙)

เกียรติศักดิ์ ภมรโมตรี, มาตรการในการช่วยเหลือไม่ให้ลูกหนี้ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาต้องล้มละลาย (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๕)

มองซิเออร์ เอ. ซี. เอเดเกอร์, คำอธิบายพระราชบัญญัติลักษณะล้มละลาย (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และการเมือง, ๒๕๔๙)

ราชกิจจานุเบกษากรุงเทพมหานครในพระบรมมหาราชวัง เล่มที่ ๔ แผ่นที่ ๕๐ วันที่ ๑๓ มีนาคม ร.ศ. ๑๑๐ หน้า ๔๔๖

วิชา มหาคุณ, บทสัมภาษณ์ เมื่อวันที่ ๑๔ สิงหาคม ๒๕๕๖ สัมภาษณ์โดย นายจักรพงษ์ โฉมปราษฎ์ ณ สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

วิชา มหาคุณ, คำอธิบายกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, พิมพ์ครั้งที่ ๑๓, ๒๕๕๓)

วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ ๑๙, ๒๕๕๐)

วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, บทสัมภาษณ์ เมื่อวันที่ ๒๖ กรกฎาคม ๒๕๕๖, สัมภาษณ์โดย นายจักรพงษ์ โฉมปราษฎ์ ณ กรมบังคับคดี

The Bankruptcy Act 1914

UNCITRAL “Legislative Guide on Insolvency Law”





ข้อดีบางประการเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรม ทางเลือกในศาล

ลาวัลย์ หอนพรัตน์*

บทคัดย่อ

การฟ้องร้องคดีในศาลมีขั้นตอนและกระบวนการทางกฎหมายมาคู่พิพาทจึงนิยมใช้กระบวนการยุติธรรมทางเลือก ซึ่งกระบวนการยุติธรรมทางเลือกที่นิยมในไทยได้แก่ การเจรจา การประนีประนอมข้อพิพาท และการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทนอกศาล

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง อนุญาโตตุลาการในศาลมิได้แต่มีปัญหาและอุปสรรคบางประการคือ การเสนอคดีต่ออนุญาโตตุลาการในศาลนั้นต้องมีการฟ้องร้องคดีก่อน การจะเริ่มต้นอนุญาโตตุลาการในศาลเป็นการเพิ่มภาระใหม่ ๆ แก่คู่ความมากขึ้น ทำให้คู่ความไม่อยากจะใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในศาล รวมทั้งความชัดเจนในวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการและการบังคับคำชี้ขาดอาจมีความยุ่งยากเนื่องจากอนุญาโตตุลาการต้องเสนอต่อศาล เพื่อให้ศาลพิพากษาตามคำชี้ขาด ทำให้คำชี้ขาดนั้นมีสภาพเป็นคำพิพากษา

จากปัญหาดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยมีบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ อันจะทำให้คู่พิพาทต้องการใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในศาลและทำให้คดีในศาลลดลง

คำสำคัญ: กระบวนการยุติธรรมทางเลือก อนุญาโตตุลาการ

Abstract

Court proceedings involve complex and mostly often require a number of complicated steps to be taken before presenting and have the cases trialled before the court of justice. In order to navigate away from such complications, many find alternative dispute resolution (ADR) to be a suitable option to resort to. In Thailand, one of the most

* อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

popular alternative dispute resolution methods are namely negotiation, mediation and, last but not least, arbitration. Pursuant to the provisions laid down in the Thai Commercial and Procedural Code, it is stated that parties may choose to opt for arbitration, however, in certain cases, it requires parties to file the case to court before entering into arbitration. Therefore, many may deem that an option of arbitration could instigate and involve a number of unnecessarily and unpleasant steps and procedures. Accordingly, this, in effect, renders conflicting parties less willing to choose to enter into an arbitration agreement to settle their case out of court. What is more, the provisions governing arbitration proceedings itself are relatively vague and ambiguous. Also, the problems regarding the difficulty with the enforcement of arbitrators' ruling inevitably renders parties to become less and less keen to choose arbitration as their solutions. Therefore, from the problems and obstacles encountered above, the author highly views that there is a pressing need to review and amend certain relevant provisions regulating the arbitration procedures within the current context of the Thai Commercial and Procedural Code, which could ultimately result in an increasing use of arbitration rendering fewer cases and litigations presented to court.

Keywords: Alternative Dispute Resolution (ADR)/ Arbitration

บทนำ

ข้อพิพาทกับสังคมมนุษย์นับว่าเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ ประเทศต่างๆ ได้ตั้งศาลขึ้นมาเพื่ออำนวยความสะดวกสำหรับประชาชนในประเทศตนเอง เช่นกรณีประเทศไทยได้ตั้งศาลขึ้นมามากมายทุกจังหวัด บางจังหวัดมีมากกว่า ๑ ศาล อย่างไรก็ตามเป็นที่ทราบกันดีว่าแม้จำนวนศาลจะมีมากมาย แต่การดำเนินคดีในศาลเป็นต้องใช้เวลาอันยาวนานกว่าคดีจะถึงที่สุด ทั้งนี้เพราะมีประชาชนใช้บริการเป็นจำนวนมาก ยิ่งไปกว่านั้นการฟ้องร้องดำเนินคดี

ในศาลมีพิธีรีตองและระเบียบแบบแผนมากมาย ประชาชนธรรมดา มักไม่ค่อยเข้าใจทำให้เกิดแนวความคิดที่จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอื่นนอกจากการฟ้องคดีต่อศาล

กระบวนการระงับข้อพิพาททางอื่นนอกจากศาล เป็นกระบวนการที่เรียกกันว่า “กระบวนการยุติธรรมทางเลือก (Alternative Dispute Resolution)”¹ คู่พิพาทที่ต้องการหลีกเลี่ยงการฟ้องร้องคดีต่อศาล จึงมักนิยมใช้วิธีการ ADR กระบวนการ ADR ที่สำคัญและเป็นที่ยอมรับ

¹ มักเรียกกันว่า ADR และต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่า “ADR”

ในประเทศไทยได้แก่ การเจรจา การประนีประนอมข้อพิพาท และอนุญาโตตุลาการ ADR ไม่ได้ใช้เฉพาะการระงับข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีต่อศาลเท่านั้น แม้มีการฟ้องคดีต่อศาลแล้วก็มีการนำ ADR มาใช้ด้วยเช่นกัน เพื่อเป็นทางเลือกให้แก่คู่ความที่อาจเข้าสู่กระบวนการ ADR และหากข้อพิพาทสามารถระงับลงด้วยกระบวนการ ADR ก็จะทำให้ปริมาณคดีที่ค้างศาลลดลง ด้วยเหตุนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้บัญญัติให้มีการประนีประนอมข้อพิพาท และการอนุญาโตตุลาการในศาลก่อนศาลพิพากษาคดี

กรณีการประนีประนอมข้อพิพาทในศาลนั้น ศาลต่าง ๆ ทั่วประเทศได้จัดให้มีผู้ประนีประนอมข้อพิพาทประจำศาลขึ้น เพื่อทำหน้าที่เป็นผู้ประนีประนอมข้อพิพาทที่ได้มีการฟ้องร้องต่อศาล และอาจกล่าวได้ว่าการประนีประนอมข้อพิพาทในศาลเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทในศาลที่มีประสิทธิภาพสามารถช่วยลดปริมาณคดีในศาลลงได้เป็นจำนวนมาก ในขณะที่ ADR ในศาลอีกประเภทหนึ่งคือ อนุญาโตตุลาการในศาลกลับไม่เป็นที่รู้จักของนักกฎหมายไทย ไม่มีการนำวิธีการใช้อุญาโตตุลาการในศาลมาใช้ดังเช่นการใช้วิธีการประนีประนอมข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการในศาลไม่สามารถทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพเหมือนเช่นอนุญาโตตุลาการนอกศาล

การศึกษาว่าอะไรเป็นอุปสรรคและปัญหาที่ทำให้อนุญาโตตุลาการในศาลตามปวิพ. ไม่มีประสิทธิภาพจนไม่เป็นที่นิยมของคู่พิพาทจึงนับว่ามีความสำคัญ หากสามารถแก้ข้อขัดข้องต่างๆ ที่มีได้ ก็จะทำให้อนุญาโตตุลาการในศาลเป็นกลไกระงับข้อพิพาทในศาลที่มีประสิทธิภาพและในที่สุด

อนุญาโตตุลาการในศาลจะเป็นกลไกอีกกลไกหนึ่งที่จะช่วยลดปริมาณคดีในศาลดังเช่นการประนีประนอมข้อพิพาท

ความหมายอนุญาโตตุลาการในศาล

ปวิพ. มาตรา ๒๒๑ ได้จำแนกอนุญาโตตุลาการออกเป็นอนุญาโตตุลาการในศาลซึ่งเป็นไปตามปวิพ. มาตรา ๒๑๐-๒๒๒ และอนุญาโตตุลาการนอกศาลตามพรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ การจำแนกเช่นนี้เป็นเพียงให้เข้าใจว่าอนุญาโตตุลาการในศาลเป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นภายหลังมีการฟ้องคดีแล้ว ส่วนอนุญาโตตุลาการนอกศาลนั้นเป็นอนุญาโตตุลาการที่ไม่มีการฟ้องคดีต่อศาล

ปัญหาคือทั้งปวิพ. และพรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ กลับไม่ได้จำกัดความของคำว่าอนุญาโตตุลาการนอกศาลและในศาลไว้ว่าคืออะไร อย่างไรก็ตามการศึกษาว่าอนุญาโตตุลาการในศาลคืออะไรอาจพิจารณาได้จากปวิพ. มาตรา ๒๑๐ ซึ่งบัญญัติว่า

“บรรดาคดีทั้งปวงซึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้น คู่ความจะตกลงกันเสนอข้อพิพาทอันเกี่ยวกับประเด็นทั้งปวง หรือแต่ข้อใดข้อหนึ่งให้อนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือ หลายคนเป็นผู้ชี้ขาดก็ได้ โดยยื่นคำขอร่วมกันกล่าวถึงข้อความแห่งข้อตกลงเช่นนั้นต่อศาล

“ถ้าศาลเห็นว่าข้อตกลงนั้นไม่ผิดกฎหมายให้ศาลอนุญาต ตามคำขอนั้น”

จากบัญญัตินี้จึงอาจกล่าวได้ว่าองค์ประกอบอนุญาโตตุลาการในศาลที่สำคัญคือ

ก) ต้องมีการฟ้องคดีต่อศาลแล้ว

คู่พิพาทที่ยังไม่ได้มีการฟ้องร้องต่อศาล ไม่สามารถจะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการในศาลได้ หากคู่พิพาทประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการโดยไม่ฟ้องศาล คู่พิพาทก็สามารถทำได้แต่เป็นอนุญาโตตุลาการนอกศาล ตกภายใต้บังคับพรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ และเมื่อเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการนอกศาลแล้ว คู่พิพาทไม่อาจนำข้อพิพาทฟ้องต่อศาลได้ และหากฟ้องคดีต่อศาลๆ ต้องสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้ไปดำเนินการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการนอกศาลตามพรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๑๔

ข) คดีกำลังอยู่ระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้น

คู่ความที่ประสงค์เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการในศาลต้องเสนอขณะคดียังอยู่ระหว่างพิจารณาศาลชั้นต้นเท่านั้น หากศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษาแล้ว และคดีมีอยู่ระหว่างอุทธรณ์หรือฎีกาคำพิพากษาของศาลชั้นต้น คู่ความไม่สามารถเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการในศาลได้

ค) คู่ความต้องสมัครใจที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ

การเสนอประเด็นข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการในศาล ต้องเกิดจากความสมัครใจของคู่ความ กฎหมายไม่ได้ให้อำนาจศาลที่จะสั่งให้คู่ความเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการในศาลได้ดังเช่นกรณีการประนอมข้อพิพาทในศาลซึ่ง

ปรวิพ. มาตรา ๒๐ บัญญัติให้อำนาจศาลที่จะไกล่เกลี่ยคู่พิพาทหรือประนีประนอมยอมความกันในเรื่องข้อพิพาทนั้นได้ ไม่ว่าการพิจารณาคดีจะได้ดำเนินไปแล้วเพียงใด

การเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการในศาลนั้น คู่ความอาจเสนอประเด็นข้อพิพาททั้งหมด หรือแต่บางประเด็นก็ได้ เช่นอาจตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดเฉพาะประเด็นใครเป็นผู้ผิดสัญญา ส่วนประเด็นค่าเสียหายยังคงให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยก็สามารถทำได้

อย่างไรก็ตามข้อตกลงของคู่ความเพื่อให้มีการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการนั้นอาจล้มเลิกได้หากปรากฏว่ากรณีไม่อาจดำเนินตามข้อตกลงเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดเพราะ²

๑) บุคคลภายนอก ซึ่งรับมอบหมายให้เป็นผู้ตั้งอนุญาโตตุลาการมิได้ตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้น หรือ

๒) อนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้น คนเดียวหรือหลายคนนั้น

ก) ปฏิเสธไม่ยอมรับหน้าที่หรือตายเสียก่อน หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ หรือด้วยเหตุประการอื่น

ข) ไม่อาจที่จะปฏิบัติหน้าที่ของตนได้ก่อนให้คำชี้ขาดหรือ

ค) ปฏิเสธหรือเพิกเฉย ไม่กระทำตามหน้าที่ของตนภายในเวลาอันสมควร

๓) ถ้าคู่ความไม่สามารถทำความตกลงกันเป็นอย่างอื่น ให้ถือว่าข้อตกลงนั้น เป็นอันสิ้นสุด

² ปรวิพ. มาตรา ๒๑๙

ง) อนุญาตตุลาการต้องทำหน้าที่
ชี้ขาดข้อพิพาท

อนุญาตตุลาการในศาลทำหน้าที่เช่นเดียวกับอนุญาตตุลาการนอกศาล คือหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทหน้าที่ดังกล่าวของอนุญาตตุลาการทำให้อนุญาตตุลาการมีลักษณะแตกต่างจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทซึ่งผู้ไกล่เกลี่ยทำหน้าที่เพียงช่วยเหลือให้คู่พิพาทได้เจรจาตกลงกันเท่านั้น ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทใดๆ

จำนวนอนุญาตตุลาการเป็นเท่าใดก็ได้ แต่ถ้ากำหนดกันไว้เป็นจำนวนเลขคู่ เช่น อนุญาตตุลาการ ๒ คน อาจมีปัญหาการทำคำชี้ขาด เพราะอนุญาตตุลาการอาจมีความเห็นต่างกัน ทำให้ไม่สามารถทำคำชี้ขาดได้ อย่างไรก็ตาม ปวิพ. มาตรา ๒๑๗ ได้กำหนดทางแก้ไว้ว่าหากคะแนนเสียงเท่ากัน ให้อนุญาตตุลาการตั้งบุคคลภายนอกเพื่อออกเสียงชี้ขาด สำหรับจำนวนอนุญาตตุลาการนอกศาลนั้น จำนวนจะเป็นเลขคี่เสมอหากคู่พิพาทตกลงกันเป็นเลขคู่ พรบ.อนุญาตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๑๗ วรรคสองให้อนุญาตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งแล้วร่วมกันตั้งอนุญาตตุลาการเพิ่มอีกหนึ่งคนเป็นประธานคณะอนุญาตตุลาการ ทำให้คณะอนุญาตตุลาการจะเป็นเลขคี่เสมอ เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการทำคำชี้ขาดดังกล่าวมาแล้ว

วิธีดำเนินการอนุญาตตุลาการในศาล

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๒๑๐-๒๑๒ ได้กำหนดวิธีดำเนินการอนุญาตตุลาการในศาลดังนี้

³ ปวิพ. มาตรา ๒๑๑(๓)

(๑) การตั้งอนุญาตตุลาการ

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า จำนวนอนุญาตตุลาการผู้ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทจะมีจำนวนเท่าไรก็ได้แล้วแต่คู่ความจะตกลงกัน แม้จะตกลงกันเป็นจำนวนเลขคู่ก็สามารถทำได้ ส่วนผู้มีอำนาจตั้งอนุญาตตุลาการปกติแล้วได้แก่คู่ความทุกฝ่ายจะเป็นผู้ตั้ง อย่างไรก็ตามผู้มีอำนาจตั้งอนุญาตตุลาการอาจเป็นคู่ความฝ่ายหนึ่ง หรือบุคคลภายนอกเป็นผู้ตั้งก็ได้

การที่คู่ความมาตกลงกันให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ตั้งอนุญาตตุลาการนั้นเป็นเรื่องปกติที่ทำกันทั้งนี้เพื่อความสะดวก และรวดเร็วกว่าการที่จะให้คู่ความเป็นผู้ตั้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการตั้งอนุญาตตุลาการคนเดียว ซึ่งมีความยุ่งยากและใช้เวลามากหากให้คู่ความเป็นผู้ร่วมกันตั้ง ดังนั้นการให้บุคคลภายนอกตั้งแทนคู่พิพาทจึงเป็นวิธีการหลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าวได้ ส่วนการให้อำนาจคู่พิพาทแต่เพียงฝ่ายเดียวเป็นผู้ตั้งนั้น แม้จะสามารถแก้ปัญหาความล่าช้าการตั้งอนุญาตตุลาการ แต่การให้อำนาจคู่ความแต่เพียงฝ่ายเดียวเป็นผู้ตั้งนั้น สุ่มเสี่ยงต่อการตั้งอนุญาตตุลาการที่ไม่เป็นอิสระ และเป็นกลางได้ อย่างไรก็ตามปัญหานี้ อาจมีโอกาสดังเกิดขึ้นได้ยากสำหรับการตั้งอนุญาตตุลาการในศาล เพราะในที่สุดแล้วศาลจะเป็นผู้พิจารณาความเหมาะสมการตั้งอนุญาตตุลาการอีกครั้งหนึ่ง³

วิธีการตั้งอนุญาตตุลาการนั้นปวิพ. ให้อำนาจคู่ความที่อาจตกลงวิธีการตั้งอนุญาตตุลาการเป็นอย่างไรก็ได้ อย่างไรก็ตามหากคู่ความไม่ได้ตกลงกันไว้ให้ดำเนินการตั้งดังนี้คือ

กรณีอนุญาโตตุลาการคนเดียวให้คู่ความ
ตั้งด้วยความเห็นชอบพร้อมกัน ส่วนกรณีจำนวน
อนุญาโตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน คู่ความก็อาจตั้ง
ด้วยความเห็นชอบพร้อมกันก็ได้ หรืออาจให้คู่ความ
แต่ละฝ่ายตั้งฝ่ายละหนึ่งคนก็ได้ อย่างไรก็ตาม
ในกรณีหลังประมวลกฎหมายวิธีความแพ่งมาตรา
๒๑๑(๑) บัญญัติไว้ไม่ชัดเจน กล่าวคือได้แต่บัญญัติ
ว่าให้คู่ความแต่ละฝ่ายตั้งฝ่ายละหนึ่งคน สมมติ
คู่ความกำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการ ๓ คนดังนี้
อนุญาโตตุลาการคนที่สามใครเป็นคนตั้ง หรือกรณี
กำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการ ๕ คน เช่นนี้จะตั้งกัน
อย่างไร

อย่างไรก็ตามมาตรา ๒๑๑(๔) ได้บัญญัติ
ให้อำนาจศาลที่จะตั้งอนุญาโตตุลาการหากคู่ความ
หรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายไม่สามารถตั้งอนุญาโต
ตุลาการได้ อย่างไรก็ตามการตั้งอนุญาโตตุลาการ
ในศาลนั้นต้องปรากฏว่าบุคคลผู้ได้รับการตั้งเป็น
อนุญาโตตุลาการยินยอมด้วย⁴

(๒) การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านและอาจ
ทำให้การเป็นอนุญาโตตุลาการต้องสิ้นสุดลงก่อนมี
คำชี้ขาดได้ ๒ กรณีคือ

(ก) อนุญาโตตุลาการขาดความเป็น
อิสระและเป็นกลาง

เนื่องจากอนุญาโตตุลาการต้องทำ
หน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างคู่ความ ดังนั้นอนุญาโต
ตุลาการต้องมีความเป็นอิสระและเป็นกลางใน

การทำหน้าที่ หากปรากฏข้อเท็จจริงใด ๆ ที่ทำให้
อนุญาโตตุลาการอาจขาดความเป็นอิสระและ
เป็นกลางตามที่บัญญัติไว้ในปวิพ.มาตรา ๑๑ แล้ว
คู่พิพาทอาจคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ผู้นั้นได้หาก
ตนไม่ได้เป็นผู้ตั้งอนุญาโตตุลาการผู้นั้น⁵

(ข) อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติ
หน้าที่ได้

หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าอนุญาโต
ตุลาการที่คู่ความตั้งไร้ความสามารถหรือไม่สามารถ
ปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมายได้ คู่ความฝ่ายที่
ไม่ได้ตั้งอนุญาโตตุลาการผู้นั้นสามารถคัดค้าน
อนุญาโตตุลาการผู้นั้นได้

การที่ปวิพ.มาตรา ๒๑๓ วรรคสองบัญญัติ
ให้อำนาจเฉพาะคู่ความฝ่ายที่ไม่ได้ตั้งอนุญาโต
ตุลาการผู้ถูกคัดค้านเท่านั้นที่มีอำนาจคัดค้าน อาจ
มีปัญหาได้ดังเช่น กรณี คดีอนุญาโตตุลาการใน
ศาลคดีหนึ่ง นายเอกคู่ความเป็นผู้ตั้งนายโท ต่อมา
ขณะพิจารณาคดีปรากฏว่านายโทไปแต่งงาน
กับลูกสาวของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งดังนั้นนายเอก
ไม่สามารถคัดค้านนายโทได้ เพราะเหตุว่านายเอก
เป็นผู้ตั้งนายโท ซึ่งน่าจะไม่ต้อง

ปัญหาที่ตามมาอีกประการหนึ่งคือ หาก
การคัดค้านดังกล่าวมาข้างต้นประสบความสำเร็จ
ทำให้อนุญาโตตุลาการผู้ถูกคัดค้านต้องสิ้นสุดความ
เป็นอนุญาโตตุลาการลง และต้องตั้งอนุญาโต
ตุลาการใหม่แทน⁶ ดังนั้น การดำเนินกระบวนการ
พิจารณาที่ดำเนินการไปแล้วจะอย่างไร จำเป็น
ต้องพิจารณาคดีใหม่หมดตั้งแต่ต้นหรือไม่

⁴ ปวิพ. มาตรา ๒๑๒

⁵ ปวิพ. มาตรา ๒๑๓ วรรคสอง

⁶ ปวิพ. มาตรา ๒๑๓ วรรคสาม

(๓) วิธีพิจารณาชั้นอนุญาตตุลาการ

ปวิพ. มาตรา ๒๑๕ และมาตรา ๒๑๖ ได้กำหนดวิธีพิจารณาชั้นอนุญาตตุลาการดังต่อไปนี้คือ

(ก) ให้อนุญาตตุลาการกำหนดประเด็นข้อพิพาท เว้นแต่ข้อตกลงของคู่ความ หรือคำสั่งศาล ได้กำหนดประเด็นพิพาทไว้แล้ว

(ข) ให้อนุญาตตุลาการฟังคู่ความ ทั้งปวงและอาจทำการไต่สวนตามที่เห็นสมควรในข้อพิพาทอันเสนอมาให้พิจารณานั้น ก่อนที่จะทำคำชี้ขาด

(ค) อนุญาตตุลาการอาจตรวจเอกสารทั้งปวงที่ยื่นขึ้นมาและฟังพยาน หรือผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งเต็มใจมา ให้การ ถ้าอนุญาตตุลาการขอให้ศาลส่งคำคู่ความหรือบรรดาเอกสารอื่น ๆ ในสำนวน เช่นว่านี้มาให้ตรวจดู ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องขอนั้น

(ง) การดำเนินการบางอย่างที่อนุญาตตุลาการเห็นว่าจำเป็น แต่อนุญาตตุลาการไม่สามารถดำเนินการเองได้ เช่น หมายเรียกพยาน หรือให้พยานสาบานตน หรือให้ส่งเอกสาร ซึ่งต้องดำเนินการกับบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่ความ เหล่านี้ อนุญาตตุลาการอาจยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาล ให้ศาลดำเนินการกระบวนพิจารณาเช่นนั้น ถ้าศาลเห็นว่า กระบวนพิจารณานั้นอยู่ในอำนาจศาลและพึงรับทำให้ได้แล้ว ให้ศาลจัดการให้ตามคำขอเช่นว่านี้

(จ) นอกจากนี้ อนุญาตตุลาการมีอำนาจที่จะดำเนินการตามวิธีพิจารณาใด ๆ ตามที่เห็นสมควรก็ได้เว้นแต่ในข้อตกลงจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

(๔) การทำคำชี้ขาด

เมื่อดำเนินการชั้นอนุญาตตุลาการในการรับฟังพยานต่างๆ แล้ว อนุญาตตุลาการจะทำคำชี้ขาด ซึ่งเป็นไปตามที่คู่ความตกลงกัน เช่นกรณีอนุญาตตุลาการหลายคน คำชี้ขาดต้องใช้คะแนนเสียงที่เป็นเอกฉันท์ เป็นต้น อย่างไรก็ตามหากคู่ความไม่ได้ตกลงกันไว้ ปวิพ. มาตรา ๒๑๗ ได้กำหนดวิธีการทำคำชี้ขาดดังต่อไปนี้

ถ้าคณะอนุญาตตุลาการ มีเพียงคนเดียวกันทำคำชี้ขาดเป็นไปตามที่อนุญาตตุลาการคนเดียวนั้นวินิจฉัยชี้ขาด แต่หากมีอนุญาตตุลาการหลายคน คำชี้ขาดต้องใช้เสียงข้างมาก เช่น อนุญาตตุลาการมี ๓ คน คำชี้ขาดต้องใช้เสียง ๒ ใน ๓ เสียง แต่ถ้าอนุญาตตุลาการมีจำนวนเป็นเลขคู่และไม่สามารถหาคะแนนเสียงข้างมากได้ ให้อนุญาตตุลาการตั้งบุคคลภายนอกขึ้นเป็นประธานเพื่อชี้ขาด^๗

ประธานคณะอนุญาตตุลาการ กรณีที่บัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา ๒๑๗(๒) นั้นมีความแตกต่างจากประธานคณะอนุญาตตุลาการตามที่บัญญัติไว้ในพรบ.อนุญาตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๑๗ วรรคสอง กรณีพรบ.อนุญาตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๑๗ วรรคสอง นั้น ประธานคณะอนุญาตตุลาการจะเริ่มนั่งพิจารณาคดีร่วมกับอนุญาตตุลาการคนอื่นๆ มาแต่เริ่มแรก ส่วนกรณีตามปวิพ. มาตรา ๒๑๗(๒) นั้น เป็นกรณีที่แต่งตั้งเมื่ออนุญาตตุลาการไม่สามารถลงมติทำคำชี้ขาดโดยเสียงข้างมากได้ จึงตั้งประธานอนุญาตตุลาการ ซึ่งกรณีนี้ประธานอนุญาตตุลาการไม่ได้ร่วม

^๗ ปวิพ. มาตรา ๒๑๗(๒)

นั่งพิจารณาคดีมาแต่แรกตั้งเช่นกรณีอนุญาโตตุลาการนอกศาล

สำหรับการทำคำชี้ขาดนั้น ให้นำปวิพ.ว่าด้วยการทำคำพิพากษามาตรา ๑๔๑-๑๔๒ มาใช้โดยอนุโลม

เมื่ออนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดเสร็จแล้วให้อนุญาโตตุลาการยื่นคำชี้ขาดของตนต่อศาลเพื่อให้ศาลพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น อย่างไรก็ตามกฎหมายไม่ได้บังคับว่าศาลจะต้องพิพากษาตามคำชี้ขาดเสมอไป ศาล อาจไม่พิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ หากศาลเห็นว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขัดต่อกฎหมายประการใดประการหนึ่ง แต่ถ้าเพียงคำชี้ขาดมีข้อผิดพลาดที่สามารถแก้ไขได้ ศาลอาจให้อนุญาโตตุลาการหรือคู่ความที่เกี่ยวข้องแก้ไขเสียก่อนภายในเวลาอันสมควรที่ศาลจะกำหนดไว้

ปัญหาอนุญาโตตุลาการในศาล

ดังได้กล่าวอนุญาโตตุลาการในศาลมาแล้วข้างต้น ทำให้เห็นอุปสรรคและปัญหาของอนุญาโตตุลาการในศาลดังนี้

๑) คดีที่จะเสนอต่ออนุญาโตตุลาการในศาลได้นั้น ต้องมีการฟ้องร้องคดีกันก่อน แล้วจึงมาตกลงกันว่าจะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการกันภายหลัง ซึ่งเป็นเรื่องที่ยากที่คู่ความจะตกลงกันระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ การดำเนินคดีในศาลต่อไป หรือจะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ซึ่งกระบวนการทั้งคู่มียุติคล้ายคลึงกันมาก จนไม่มีเหตุจูงใจที่จะทำหาคู่พิพาทให้อนุญาโตตุลาการ ยิ่งไปกว่านั้น การเริ่ม

ต้นอนุญาโตตุลาการในศาลต้องเพิ่มภาระใหม่ๆ แก่คู่ความมากยิ่งขึ้น เช่นต้องตั้งอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

๒) ความไม่ชัดเจนวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจะดำเนินการพิจารณาอย่างไร มีเพียงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๒๑๖ วรรคหนึ่ง และวรรคสองได้กล่าวถึงอำนาจอนุญาโตตุลาการในการตรวจสอบเอกสาร ฟังพยาน ผู้เชี่ยวชาญ เท่านั้น

ปัญหาชั้นพิจารณาที่สำคัญคือ สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการจะต้องกระทำในศาลหรือไม่ ซึ่งน่าจะไม่สะดวกเพราะส่วนใหญ่เป็นห้องพิจารณาของศาลอยู่แล้ว หรือถ้าจะกระทำนอกศาลใครจะเป็นผู้ดำเนินงานด้านธุรการ เช่นการจัดเก็บพยานหลักฐาน หรือ การรับฟังพยานจะถือหลักตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือไม่

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาคดีไปแล้วชักระยะหนึ่งปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการตาย เช่นนี้จะทำอย่างไรซึ่งกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ว่าจะดำเนินการอย่างไร กล่าวคือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา ๒๑๙ บัญญัติ แต่เพียงว่าให้ข้อตกลงเป็นอันสิ้นสุด หมายถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงด้วยหรือไม่ ถ้าถือว่าไม่สิ้นสุด ก็จำเป็นต้องตั้งอนุญาโตตุลาการคนใหม่ แล้วจะตั้งกันอย่างไร หากถือว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการสิ้นสุด คู่ความจะต้องดำเนินคดีต่อในศาล แล้วพยานหลักฐานที่สืบไปแล้วในชั้นอนุญาโตตุลาการก่อนอนุญาโตตุลาการตายจะต้องนำมาสืบใหม่หรือไม่

๓) การบังคับคำชี้ขาดอาจมีความยุ่งยาก เนื่องจากเมื่ออนุญาตตุลาการคำชี้ขาดแล้ว อนุญาตตุลาการต้องเสนอต่อศาลเพื่อให้ศาล พิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น แต่ถ้าศาลเห็นว่าคำชี้ขาด นั้นขัดต่อกฎหมาย ศาลจะไม่พิพากษาตามยอม ปัญหา คือ โอกาสที่คำชี้ขาดจะขัดต่อกฎหมายมี ความเป็นไปได้เนื่องจากอนุญาตตุลาการอาจไม่ใช่ นักกฎหมายก็ได้ ถ้าศาลไม่พิพากษาตามคำชี้ขาด คดีต้องกลับสู่การพิจารณาของศาลใหม่ซึ่งทำให้ เสียเวลา และดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าศาลจะรับฟัง พยานที่เบิกความในชั้นอนุญาตตุลาการหรือไม่

ถ้าศาลพิพากษาตามคำชี้ขาดของ อนุญาตตุลาการ จะทำให้คำชี้ขาดนั้นมีสภาพเป็น คำพิพากษาซึ่งผู้ชนะคดีสามารถบังคับได้เช่นเดียวกับ คำพิพากษาของศาล อย่างไรก็ตามเมื่อคำชี้ขาด มีสถานะภาพเป็นพิพากษาแล้ว การที่ผู้ชนะคดี จะนำคำพิพากษานั้นไปบังคับในต่างประเทศ เป็น เรื่องที่ค่อนข้างยุ่งยาก ไม่เหมือนกับนำคำชี้ขาดไป บังคับในต่างประเทศ ด้วยเหตุนี้หากกรณีคู่ความ ฝ่ายหนึ่งเป็นชาวต่างชาติซึ่งมีทรัพย์สินในต่าง ประเทศ และทำอนุญาตตุลาการในศาล และเมื่อ ศาลได้มีคำพิพากษาคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการแล้ว สถานะของชาวต่างชาตินั้นจะได้เปรียบ เพราะถ้าชาวต่างชาติชนะ เขาสามารถบังคับ คำชี้ขาด (ซึ่งมีสถานะเป็นคำพิพากษาของศาล) ใน ประเทศไทยได้ง่าย แต่ถ้าคนไทยชนะ และต้องนำ คำชี้ขาด (ซึ่งมีสถานะเป็นคำพิพากษาของศาล)

ไปบังคับในต่างประเทศจะกระทำได้ยากกว่า

๔) ค่าใช้จ่าย เนื่องจากอนุญาตตุลาการ ในศาลจะเกิดขึ้นได้ คู่ความต้องฟ้องคดีต่อศาลก่อน ดังนั้นคู่ความจึงต้องเสียค่าขึ้นศาลตามปกติ และ เมื่อมีการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการ การ ตั้งอนุญาตตุลาการคู่ความต้องเสียค่าธรรมเนียม อนุญาตตุลาการ^๘ เพิ่มเติมจากการฟ้องร้อง หรือ หากจำเป็นต้องร้องขอต่อศาลเพื่อดำเนินการใด ๆ ทางศาล เช่น หมายเรียกพยาน คู่ความต้องเสีย ค่าธรรมเนียมด้วย^๙

จากปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้ทำให้เป็นได้ว่า ไม่มีคู่ความใดที่อยากเสนอข้อพิพาทตนต่อ อนุญาตตุลาการ ในศาล นอกจากไม่มีความจำเป็น ใดๆ แล้ว ยังเป็นเรื่องยุ่งยาก เพิ่มค่าใช้จ่าย และ ในที่สุดได้คำพิพากษาเช่นเดียวกับการพิจารณาคดี ในศาล จึงไม่น่าแปลกใจที่จำนวนคดีที่เสนอต่อ อนุญาตตุลาการในศาลนั้นแทบ จะไม่มีเลย ทำให้ กระบวนการอนุญาตตุลาการในศาลไม่มีประโยชน์ ในการช่วยลดจำนวนคดีจากศาลแต่ประการใด

ข้อเสนอแนะ

อนุญาตตุลาการในศาลตามปรวิพ. เป็น บทบัญญัติที่ต้องการให้อนุญาตตุลาการในศาลเป็น ทางเลือกแก่คู่ความในการระงับข้อพิพาท หาก กระบวนการดังกล่าวสามารถดำเนินการอย่างมี ประสิทธิภาพจะทำให้ปริมาณคดีในศาลลดลงได้

^๘ ปรวิพ. มาตรา ๒๑๔

^๙ ปรวิพ. มาตรา ๒๑๖ วรรคสาม

ดังเช่นที่เคยใช้ได้ผลในมลรัฐฮาวาย¹⁰ และอีกหลาย ๆ มลรัฐ¹¹

อุปสรรคที่สำคัญของอนุญาโตตุลาการในศาลที่สำคัญคือ

ประการแรก การที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาแพ่งได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยความสมัครใจของคู่ความ ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักความจริง กล่าวคือ หากคู่ความมีความประสงค์จะใช้อนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทของตน คู่พิพาทน่าจะเลือกใช้ตั้งแต่ก่อนฟ้องคดีต่อศาลแล้ว แต่ด้วยเหตุเพราะคู่ความไม่ประสงค์จะใช้อนุญาโตตุลาการ คู่ความจึงได้นำคดีฟ้องต่อศาล ดังนั้นการใช้อนุญาโตตุลาการในศาลควรเกิดจากกฎหมายบังคับให้คู่ความเสนอต่ออนุญาโตตุลาการก่อน เพื่อเป็นเงื่อนไขในการดำเนินคดีในศาลต่อไปหรือไม่

ประการที่สอง หากกฎหมายจะบังคับให้ข้อพิพาทต้องเสนอต่ออนุญาโตตุลาการในศาล กฎหมายควรจะจำกัดเฉพาะข้อพิพาทบางประเภทเพื่อไม่ให้ข้อพิพาททุกข้อพิพาทต้องเสนอก่อนอนุญาโตตุลาการก่อนอันจะทำให้มีจำนวนข้อพิพาทที่จะเสนอต่ออนุญาโตตุลาการมากเกินไป การจำกัดข้อพิพาทอาจจำกัดทุนทรัพย์ หรือจำกัดเฉพาะประเภทของข้อพิพาท เช่น ข้อพิพาทที่เกิดจากการกระทำของผู้มีวิชาชีพเฉพาะเช่น ข้อพิพาทจากความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของแพทย์ เป็นต้น

ประการที่สาม ค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการในศาลไม่ควรให้มีผลผูกพันคู่ความ ควรให้เป็นทางเลือกของคู่ความที่จะตัดสินใจว่า ค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการนั้นมีผลผูกพัน หรือเลือกที่จะไม่ให้มีผลผูกพัน และ ให้ศาลดำเนินต่อไป เช่น เมื่ออนุญาโตตุลาการชี้ขาดแล้วอาจกำหนดระยะเวลาให้คู่ความที่ไม่พอใจคำชี้ขาดร้องขอต่อศาลเพื่อให้พิจารณาคดีนั้น อย่างไรก็ตามควรต้องมีแรงจูงใจที่จะทำให้คู่ความพอใจคำชี้ขาด เช่น อาจกำหนดเรื่องค่าขึ้นศาลเฉพาะกรณีที่คู่ความขอให้ศาลพิจารณาต่อไป แต่ถ้าคู่ความยอมรับคำชี้ขาด คู่ความไม่ต้องเสียค่าขึ้นศาล ให้เสียเฉพาะค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการ

ประการที่สี่ บทบัญญัติว่าด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการในศาลนั้นควรเป็นบทบัญญัติที่ชัดเจน และสามารถปฏิบัติได้ง่ายกว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการนอกศาล เนื่องจากคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการในศาลไม่มีผลผูกพันดังได้กล่าวมาแล้ว ประกอบกับอนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่ชี้ขาดอาจไม่ใช่ในกฎหมาย และปัญหาในชั้นพิจารณานั้น ศาลสามารถเข้ามาช่วยเหลือได้ตลอดเวลาอยู่แล้ว

หากประมวลกฎหมายวิธีความแพ่งเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวมาแล้วจะทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการในศาลมีประสิทธิภาพมากขึ้น อันนำไปสู่การช่วยลดปริมาณคดีในศาล อันเป็นวัตถุประสงค์ของอนุญาโตตุลาการในศาล

¹⁰ ดู John L. Barkai and Gene Kassebaum, "Using Court-Annexed Arbitration in Reduce Litigant Costs and to Increase the Pace of Litigation", 16 Pepp.L.Rev. 43 (1988-1989)

¹¹ ดู B. Meierhoefer, Court-Annexed Arbitration in Ten District Courts (Federal Judicial Center 1990)

บรรณานุกรม

B. Meierhoefer, Court-Annexed Arbitration in Ten District Courts (Federal Judicial Center 1990).

Oregon Court Annexed Arbitration Statute 2011 <<http://fcann.com/oregon-statutes-court-annexed-arbitration-2007.php>>

Schmitz, A., "Nonconsensual + Nonbinding = Nonsensical? Reconsidering Court-Connected Arbitration Programs" (2009) 10 Cardozo J. of Conflict Resol, 587-625.

เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความ ๒, สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัย
ธรรมาธิราช





หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรีระหว่างสยาม กับนานาประเทศ: วิเคราะห์ในเชิงพัฒนาการ ของกฎหมายระหว่างประเทศ

ประสิทธิ์ เอกบุตร*

บทคัดย่อ

ความสัมพันธ์ทางการทูตระหว่างสยามกับนานาประเทศตามประวัติศาสตร์ไทยนั้น อาจพิจารณาย้อนกลับไปได้จนถึงรัชสมัยของพ่อขุนรามคำแหงมหาราชแห่งสุโขทัย (พ.ศ. ๑๘๒๒-๑๘๔๓) ในเวลานั้น สยามได้ติดต่อค้าขายเป็นส่วนใหญ่กับจีนและอินเดีย ต่อมา ในรัชสมัยของสมเด็จพระรามาธิบดีที่ ๒ (พ.ศ. ๒๐๓๔-๒๐๓๖) ในยุคต้นของกรุงศรีอยุธยา สยามได้ทำสนธิสัญญากับโปรตุเกส (เข้าใจว่าน่าจะเป็นสนธิสัญญาฉบับแรกของไทย) เมื่อ พ.ศ. ๒๐๕๙ นับจากนั้นมา บรรดาชาติต่าง ๆ และพ่อค้าจากต่างแดนมากมายก็ได้แล่นเรือเข้ามาค้าขายติดต่อกับสยามมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัชสมัยของสมเด็จพระนารายณ์มหาราช (พ.ศ. ๒๑๙๙-๒๒๓๑) ในช่วงเวลานี้ สยามได้เจริญสัมพันธ์ไมตรีทางการทูตกับประเทศตะวันตกหลายประเทศ พุทธไทยคนแรกคือ พระวิสุทธิสุนทร หรือออกญาโกษาธิบดี (ปาน) หรือที่รู้จักกันดีในนาม “ราชทูตโกษา ปาน” ซึ่งได้รับพระราชทานจากพระเจ้าหลุยส์ที่ ๑๔ กษัตริย์แห่งฝรั่งเศส ให้เข้าเฝ้า ณ พระราชวังแวร์ซายส์ ในปี พ.ศ. ๒๒๒๙ บรรดาสนธิสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศที่จัดทำขึ้นในยุคนั้นอาจจัดได้ว่าเป็นรูปแบบของสนธิสัญญาไม่เสมอภาค ทั้งนี้เนื่องจากอยู่ในยุคสมัยของการล่าอาณานิคมและการเมืองแบบการครองความเป็นเจ้าของเหล่าบรรดาชาติตะวันตกทั้งหลาย

คำสำคัญ: สนธิสัญญาไมตรี, สนธิสัญญาไม่เสมอภาค, ยุคแห่งการล่าอาณานิคม, สยามกับนานาประเทศ

ABSTRACT

The diplomatic relations between Siam and other countries according to Thai history may be traced back to King Ramkhamhaeng of Sukhothai (1279-1300) period. At that time, Siam had conducted her trade relations mainly with China and India. Later on,

* ศาสตราจารย์ (ระดับ 11) ของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (ข้าราชการบำนาญ คณบดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ Docteur en Droit (Nouveau Régime 1984), Mention Très Honorable, Université Paris 2.

during the reign of King Ramatibodi II (1491-1529), in the earlier Ayutthaya period, Siam had concluded a treaty (probably the first treaty of the kingdom) with Portugal in 1516. Since that period, many nations including foreign traders began sailing in numbers in Ayutthaya early in 16th Century, especially during the era of King Narai the great (1656-1688). In this period, Siam had established her diplomatic relations with many western countries. The first envoy of Thailand was “Kosa Pan” who was received in audience by King Louis XIV of France at the Court of Versailles in 1686. Many treaties or other international agreements concluded in this era may be classified as an unequal treaty model due to the colonization and politics of hegemony of western countries at that time.

Keywords: Amity Treaties, Unequal Treaties, Colonization Period, Siam and other nations

ความนำ

ความสัมพันธ์ระหว่างสยามกับนานาประเทศได้เริ่มมีมาช้านานแล้ว¹ ในยุคแรกๆ สมัยพ่อขุนรามคำแหงมหาราช (ประมาณปี ค.ศ. ๑๒๗๙-๑๓๐๐ หรือในราว พ.ศ. ๑๘๒๒-๑๘๔๓) สยามได้มีการติดต่อค้าขายกับประเทศต่างๆ ในแถบเอเชียด้วยกันก่อน อันได้แก่ จีนและอินเดีย

ต่อมาการค้าเจริญขึ้น ในรัชสมัยสมเด็จพระเจ้าทรงธรรมครองกรุงศรีอยุธยา จึงได้มีการเจริญสัมพันธ์ไมตรีกับต่างประเทศที่อยู่ห่างไกลออกไปมากขึ้น จากหลักฐานเท่าที่ค้นพบ ปอร์ตุเกสน่าจะเป็นชาติแรกที่เข้ามาทำหนังสือสัญญาทางพระราชไมตรีกับสยามในแผ่นดินสมเด็จพระรามาธิบดีที่ ๒ ราวปี ค.ศ. ๑๕๑๖ (พ.ศ. ๒๐๕๙)

ต่อมาประเทศต่าง ๆ เช่น ญี่ปุ่น ฮอลแลนด์ (เนเธอร์แลนด์) อังกฤษ และสเปน จึงเข้ามาเจริญสัมพันธ์ไมตรีกับสยามกันมากขึ้น

ในรัชสมัยของสมเด็จพระเอกาทศธรรม สยามได้มีการส่งราชทูตสยามไปเจริญพระราชไมตรีถึงยุโรปหลายคราว ราชทูตไทยไปถึงยุโรปครั้งแรกในสมัยสมเด็จพระเอกาทศธรรมนั้น ได้นำเอาพระราชสาสน์ออกไปยังประเทศฮอลแลนด์เพื่อเจริญพระราชไมตรีกับพระเจ้า Maurice of Orange ในปี ค.ศ. ๑๖๐๗ (พ.ศ. ๒๑๕๐)

ความสัมพันธ์ระหว่างสยามกับนานาประเทศได้เจริญรุ่งเรืองอย่างมากในสมัยสมเด็จพระนารายณ์มหาราช โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความสัมพันธ์ระหว่างสยามกับฝรั่งเศสได้เจริญก้าวหน้า

¹ บทความนี้ ผู้เขียนได้เรียบเรียงขึ้นโดยอาศัยข้อมูลส่วนใหญ่จากตำราคำสอนชั้นปริญญาโททางการทูต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และการเมือง ของ หลวงสิทธิสยามการ เรื่อง “สัญญาทางพระราชไมตรีระหว่างสยามกับต่างประเทศ” ซึ่งจัดพิมพ์ขึ้นเมื่อ พ.ศ. ๒๔๗๘ (ค.ศ. ๑๙๓๕) เป็นสำคัญ และโดยที่การค้นคว้ารวบรวมหลักฐานทางประวัติศาสตร์อาจยังไม่สมบูรณ์ ประกอบกับการรอบเวลาในการทำบทความนี้มีค่อนข้างจำกัด ผู้เขียนจึงต้องขออภัย หากยังมีข้อผิดพลาดปรากฏอยู่ในบทความนี้

อย่างรวดเร็ว โดยเริ่มจากการเข้ามาของคณะ บาทหลวงฝรั่งเศสเพื่อสอนศาสนาคริสต์ นิกาย โรมันคาทอลิก เมื่อ ค.ศ. ๑๘๖๒ (พ.ศ. ๒๒๐๕) ได้แก่ Monsieur de la Motte Lambert, Bishop of B r ythe และ Monsieur Pallu, Bishop of Heliopolis เป็นหัวหน้า

โดยที่สมเด็จพระนารายณ์มหาราชมิได้ ทรงกีดกันการเผยแพร่คำสอนและลัทธิทางศาสนา แต่ทรงกลับพระราชทานความสละวาทต่างๆ แก่ คณะผู้สอนศาสนาต่างชาติเป็นอย่างดี เช่น ทรง พระราชทานที่ดินให้คณะบาทหลวงฝรั่งเศสอยู่ อาศัยและสร้างโบสถ์คริสต์ให้ จึงทำให้คณะ บาทหลวงเข้าใจผิด คิดว่าสมเด็จพระนารายณ์ ทรงเลื่อมใสศาสนาคริสต์ จึงมีความคิดที่จะหาทาง ชักชวนพระองค์ให้เข้ารีต

เมื่อ บาทหลวง Pallu กลับฝรั่งเศส จึงได้ เข้าเฝ้าพระเจ้าหลุยส์ที่ ๑๔ และเข้าเฝ้าสันตะปาปา (Pope) และเมื่อกลับมาสยามแล้ว บาทหลวง Pallu ได้เชิญพระราชสาสน์ของพระเจ้าหลุยส์ที่ ๑๔ และศุภอักษรของสันตะปาปาเข้ามาถวาย สมเด็จพระนารายณ์ด้วย เพื่อเป็นการแสดงความ ขอบพระทัยที่ได้ทรงอุปถัมภ์พวกบาทหลวงทั้ง หลายให้ได้รับความร่มเย็น

สมเด็จพระนารายณ์ได้ทรงส่งทูตไทยไป ฝรั่งเศสเป็นครั้งแรกเมื่อราว ค.ศ. ๑๖๘๑ (พ.ศ. ๒๒๒๔) ได้แก่ ออกญาพิพัฒน์ราชไมตรี ออกหลวง ศรีวิสารสุนทร ออกขุนนครศรีวิไชย กับข้าราชการ สยามอีกหลายคนได้ออกเรือไปยังกรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส แต่เรือสำเภาที่โดยสารไปนั้น ประสบพายุรุนแรง เกิดล่มลงกลางทะเลใกล้เกาะ

Madagascar ผู้โดยสารสูญหายทั้งหมด จึงทำให้ การเจริญความสัมพันธ์ทางการทูตครั้งแรกของ สยามกับฝรั่งเศสยังไม่อาจบรรลุตามที่คาดหมาย ไว้ได้

ต่อมาอีก ๒-๓ ปี คณะทูตคณะที่ ๒ ของ สยามก็ได้เดินทางไปอีก แต่มีใช้คณะทูตที่ใหญ่ เหมือนครั้งแรก ประกอบด้วยข้าราชการสยามชั้น ผู้น้อย ๒ คน กับคนไทยอีก ๕-๖ คน ไปถึงกรุงปารีส แต่มิได้เข้าเฝ้าพระเจ้าหลุยส์ที่ ๑๔ แต่ประการใด แต่ก็เกิดผลทำให้ฝรั่งเศสส่ง Chevalier de Chaumont เป็นหัวหน้าคณะทูตฝรั่งเศสเข้ามายัง สยาม เมื่อ ค.ศ. ๑๖๘๕ (พ.ศ. ๒๒๒๘) และเมื่อทูต ฝรั่งเศสจะเดินทางกลับ สมเด็จพระนารายณ์ทรง ได้ส่งคณะทูตคณะที่ ๓ ไปยังฝรั่งเศสด้วย ได้แก่ พระวิสุทธสุนทร (โกษาปาน) หลวงกัลยาราชไมตรี กับ ขุนศรีวิสารวาจา และมีบุตรข้าราชการสยาม อีกหลายคนร่วมเดินทางไปด้วยกัน ทั้งนี้ ด้วยการ โดยสารไปกับเรือรบของฝรั่งเศสที่นำทูตมาและนำ กลับฝรั่งเศสในครั้งนั้น

เมื่อถึงกรุงปารีสคณะทูตสยามได้เข้าเฝ้า พระเจ้าหลุยส์ที่ ๑๔ ณ พระราชวัง Versailles พระเจ้าหลุยส์ที่ ๑๔ ได้ทรงสร้างสิ่งระลึกไว้เฉลิม พระเกียรติหลายอย่าง เช่น ให้เขียนรูปภาพราชทูต ไทยเข้าเฝ้าที่พระราชวัง Versailles และให้แต่ง หนังสือเรื่อง “ทูตฝรั่งเศสเข้ามาประเทศสยาม” กับเรื่อง “ราชทูตโกษาปาน” พิมพ์เผยแพร่เป็น ภาษาฝรั่งเศส

ครั้น พระวิสุทธสุนทรจะกลับสยาม พระเจ้าหลุยส์ที่ ๑๔ ยังได้ทรงแต่งตั้งคณะทูตมา เจริญพระราชไมตรีกับสมเด็จพระนารายณ์อีกครั้ง

หนึ่ง โดยทรงโปรดให้ใช้เรือรบฝรั่งเศสเป็นพาหนะ นำคณะทูตฝรั่งเศส คือ Monsieur de la Loubert, Monsieur Cberet กับพวกฝรั่งเศส อีกหลายคนมายังสยามพร้อมรับพระวิสุทธิสุนทร กับพวกกลับมาส่งด้วย คณะทูตพักเมืองสยามได้ ราว ๓ เดือน จึงกลับไปยังประเทศฝรั่งเศส

เมื่อสิ้นแผ่นดินสมเด็จพระนารายณ์ บ้านเมืองเกิดจลาจล การเจริญสัมพันธไมตรีกับ ฝรั่งเศสจึงชะงักไปชั่วคราว จนถึงสมัยรัตนโกสินทร์ ในรัชกาลที่ ๒ และ ๓ จึงได้มีทูตฝรั่งเศสเข้ามาอีก คือ ทูตโปรตุเกสและทูตอังกฤษซึ่งแต่งตั้งมาจาก ผู้สำเร็จราชการหัวเมืองขึ้นของโปรตุเกสและอังกฤษ สยามจึงมิได้แต่งตั้งราชทูตไปตอบแทน ทูตอังกฤษ ที่เข้ามาในช่วงนี้คือ John Crawford เข้ามาเมื่อ ค.ศ. ๑๘๒๑ (พ.ศ. ๒๓๖๔) และ Henry Burney เมื่อ ค.ศ. ๑๘๒๕ (พ.ศ. ๒๓๖๘) ส่วนสหรัฐอเมริกา ได้แต่งตั้ง Edmund Roberts เข้ามายังสยามใน สมัยรัชกาลที่ ๓ และมีการจัดทำสนธิสัญญาทาง พระราชไมตรีต่อกัน แต่สยามมิได้แต่งตั้งทูตไปยัง สหรัฐฯ เนื่องจากประมุขของสหรัฐอเมริกามีเชื้อสายตรี และสหรัฐอาอยู่ไกลมากเกินไป อีกทั้งยังเกรงว่าอาจ จะมีภัยต่อความมั่นคง จึงระงับเอาไว้

ก่อนสิ้นรัชสมัยรัชกาลที่ ๓ อังกฤษได้ แต่งตั้งให้ Sir James Brooks เข้ามาทำสนธิ สัญญาทางพระราชไมตรี แต่เจรจากันไม่สำเร็จ จึงมิได้มีการส่งทูตสยามไปเจริญพระราชไมตรี ด้วย ในทำนองเดียวกัน เมื่อสหรัฐฯแต่งตั้งให้ทูต Ballestier มาขอแก้สัญญาทางพระราชไมตรีที่ Edmond Roberts ทำไว้ไม่สำเร็จ สยามก็มิได้มี การแต่งตั้งทูตออกไปตอบแทนเช่นกัน

ครั้นถึงรัชกาลที่ ๔ สมเด็จพระราชินี Victoria พระเจ้าแผ่นดินแห่งอังกฤษได้ทรงแต่งตั้ง Sir John Bowring เจ้าเมืองฮ่องกงเป็นราชทูต เข้ามาขอทำสัญญาทางพระราชไมตรีกับไทยอีกเมื่อ ค.ศ. ๑๘๕๕ (พ.ศ. ๒๓๙๘) ส่วนสหรัฐฯแต่งตั้ง Townsend Harris เข้ามาทำสัญญาทางพระราชไมตรีกับสยาม พระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงขอให้ Sir John Bowring ไปบอกให้ฝรั่งเศสแต่งตั้งทูต เข้ามาทำสัญญาทางพระราชไมตรีกับสยามอย่าง เดียวกับที่ทำกับอังกฤษเพื่อมิให้ชาติใดชาติหนึ่ง เข้ามามีอิทธิพลเหนือสยามในเวลานั้นแต่เพียง ชาติเดียว

เป็นที่น่าสังเกตว่า นับแต่สิ้นแผ่นดิน สมเด็จพระนารายณ์มหาราชแล้วจนตลอดสมัย กรุงศรีอยุธยา รวมเวลากว่า ๑๖๐ ปี ไม่ได้มีทูต สยามไปถึงยุโรปอีกเลย จนกระทั่งถึงรัชสมัยของ รัชกาลที่ ๔ แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ จึงได้มีการส่งทูต ไปยุโรปอีกครั้ง จากนั้นเป็นต้นมา การเจริญ สัมพันธไมตรีกับต่างประเทศก็เติบโตเรื่อยมาจนถึง ทุกวันนี้

อย่างไรก็ดี มิได้หมายความว่าในช่วงเวลา กว่า ๑๖๐ ปีนั้น สยามจะมิได้ทำหนังสือสัญญาทาง พระราชไมตรีกับนานาชาติ ทั้งนี้เนื่องจาก ในสมัย กรุงศรีอยุธยา มีฝรั่งหลายชาติมาติดต่อค้าขายกับ สยาม เช่น โปรตุเกส เนเธอร์แลนด์ ฝรั่งเศส เป็นต้น และน่าเชื่อว่าจะคงจะมีการทำหนังสือสัญญาทาง พระราชไมตรีต่อกันหลายฉบับ แต่จากหลักฐานที่ ยังคงมีหลงเหลืออยู่ มีเพียงหนังสือสัญญาทาง พระราชไมตรีระหว่างสยามกับเนเธอร์แลนด์ฉบับ หนึ่งและสยามกับฝรั่งเศสอีกฉบับหนึ่งเท่านั้น²

² เพิ่งอ้าง หน้า ๙.

ในการวิเคราะห์แง่มุมทางกฎหมาย เมื่อพิจารณาจากการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่สยามกับนานาประเทศโดยอาศัยการวิเคราะห์จากหนังสือสัญญาทางพระราชไมตรีที่สยามได้ทำไว้นั้น เราอาจแยกพิจารณาแยกออกไปตามยุคสมัยได้ ๕ ยุค ดังนี้

๑. สมัยก่อน ค.ศ. ๑๙๐๗ (พ.ศ. ๒๔๕๐) : ยุคล่าอาณานิคมกับสนธิสัญญาไม่เสมอภาค

๒. สมัยสงครามโลกครั้งที่ ๑ ค.ศ. ๑๙๑๔-๑๙๑๘ : ยุคของการเข้าเป็นสมาชิกสันนิบาตชาติและการแก้ไขสนธิสัญญาไม่เสมอภาค

๓. สมัยสงครามโลกครั้งที่ ๒ ค.ศ. ๑๙๓๙-๑๙๔๕ : ยุคของการเข้าเป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติกับการจัดระเบียบโลก

๔. สมัยสงครามเย็น ค.ศ. ๑๙๔๕-๑๙๙๑ : ยุคของสหประชาชาติและการสิ้นสุดสงครามเย็น

๕. สมัยโลกาภิวัตน์ ค.ศ. ๑๙๙๑-ปัจจุบัน : ยุคของการเปิดเสรีทางเศรษฐกิจกับผลกระทบจากกฎหมายระหว่างประเทศในยุคโลกาภิวัตน์

๑. สมัยก่อน ค.ศ. ๑๙๐๗ (พ.ศ. ๒๔๕๐) : ยุคล่าอาณานิคมกับสนธิสัญญาไม่เสมอภาค

การทำสนธิสัญญาของสยามกับนานาประเทศในยุคนี้ ส่วนใหญ่จะเป็นสนธิสัญญาไม่เสมอภาค (unequal treaty) ทั้งนี้เพราะอยู่ภายใต้ยุคสมัยของการล่าอาณานิคม สยามจำเป็นต้องทำสนธิสัญญาไม่เสมอภาคหลายฉบับเพื่อแลกกับความอยู่รอดเป็นเอกราชของประเทศนับตั้งแต่

สมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นต้นมา

สนธิสัญญาที่สยามทำกับประเทศตะวันตก ซึ่งน่าจะถือได้ว่าเป็นฉบับแรกในสมัยกรุงศรีอยุธยา³ นั้น คือ สัญญาที่ทำกับบริษัทอีสต์อินเดียของเนเธอร์แลนด์ (Dutch United East India Company) ทำขึ้น ณ กรุงศรีอยุธยา เมื่อวันที่ ๒๒ สิงหาคม ค.ศ. ๑๖๖๔ (พ.ศ. ๒๒๐๗) นับเป็นสนธิสัญญาที่ทำให้สยามต้องเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขต (extraterritoriality) ให้แก่นเนเธอร์แลนด์เป็นประเทศแรก

หนังสือสัญญาสยาม-เนเธอร์แลนด์ ค.ศ. ๑๖๖๔ (พ.ศ. ๒๒๐๗) มีใจความที่เป็นสาระสำคัญดังนี้

ข้อ ๑. ฝ่ายสยามยอมให้บริษัทอีสต์อินเดียของเนเธอร์แลนด์ (Dutch United East India Company) เข้ามาค้าขายในสยามได้ ทั้งให้ซื้อขายกับราษฎรได้โดยตรงอีกด้วย

ข้อ ๒. สำหรับสินค้าต่าง ๆ ที่นำเข้ามาหรือนำออกไปจากเมืองไทยนั้น บริษัทจะต้องไม่เสียภาษี หรือค่าภาระ สูงกว่าหรือยิ่งไปกว่าที่เก็บอยู่ตามธรรมเนียมประเพณี และซึ่งจะได้เป็นที่ตกลงกัน ทั้งภาษีที่ว่านี้ ก็จะไม่มีการเพิ่มอัตราขึ้นอีกด้วย

ข้อ ๓. ต่อไป คนสยามจะต้องไม่ยอมให้คนจีนทำงาน ไม่ว่าในหน้าที่ใดๆ ในเรือของตน ซึ่งมุ่งเดินทางไปยัง ญี่ปุ่น ญวน ดังเกีย และที่อื่น ๆ ทั้งหลายทั้งสิ้น

³ เพิ่งอ้าง คำว่า “สัญญา” หรือ “หนังสือสัญญา” เป็นศัพท์ที่ทางราชการ ใช้เรียกสนธิสัญญากันมาตั้งแต่อดีต แม้ในปัจจุบันจะนิยมเรียกสนธิสัญญาแทนคำว่า สัญญา หรือ หนังสือสัญญา กันเป็นส่วนใหญ่แล้วก็ตาม แต่ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับของไทย ตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน ก็ยังใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” อยู่ ดูมาตรา ๑๙๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ เป็นตัวอย่าง

ข้อ ๔. ให้บริษัททำการผูกขาดสินค้าบางอย่างในกรุงศรีอยุธยา เช่น การส่งหนังวัวหนังควาย (cow and deer hides) ออกนอกประเทศเป็นต้น

ข้อ ๕. ถ้าคนของบริษัทกระทำความผิดอาญาอย่างรุนแรง (grave crimes) ขึ้นในเมืองไทย ให้หัวหน้าบริษัทพิจารณาลงโทษบุคคลนั้นตามกฎหมายเนเธอร์แลนด์ ถ้าตัวหัวหน้าบริษัทเองกระทำความผิดอาญาอย่างร้ายแรง (capital crimes) ก็ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายสยามกักตัวไว้ แล้วแจ้งความให้ผู้สำเร็จราชการทราบ

ข้อ ๖. ถ้าลูกหนี้ของบริษัทไม่ยอมชำระหนี้ให้แก่บริษัท เจ้าหน้าที่ฝ่ายสยามจะต้องช่วยให้ บริษัทได้รับชำระหนี้ โดยจับลูกหนี้มา กักตัวไว้จนกว่าจะชำระหนี้เสร็จ แต่ถ้าแม้บริษัทไม่ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนโดยวิธีนี้แล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายสยามจะต้องมอบตัวลูกหนี้ให้แก่บริษัท

ความในข้อ ๑ ของหนังสือสัญญาฉบับนี้มีผลทำให้การค้ากับต่างประเทศที่พระคลังหลวงมีอำนาจผูกขาดมาก่อนต้องหมดไป และต้องยอมให้คนชาติของเนเธอร์แลนด์สามารถค้าขายกับราชอาณาจักรสยามได้โดยตรง

นอกจากนั้น ข้อ ๒ ของหนังสือสัญญายังกำหนดห้ามมิให้สยามใช้ลูกเรือจีน มีผลทำให้เรือสยามไม่สามารถเดินเรือไปยังเมืองจีนได้ ทั้งนี้ เพราะในสมัยนั้น ชาวสยามเองยังไม่มี ความชำนาญในการเดินเรือข้ามทะเลไปยังต่างประเทศ จึงอาศัยการว่าจ้างคนจีนให้ช่วยเดินเรือให้ การมีข้อกำหนด

ในสัญญาเช่นนี้ จึงเท่ากับว่าเป็นการตัดโอกาสการแข่งขันทางการค้าระหว่างประเทศทางฝั่งทะเลตะวันออกของสยามออกไป

ส่วนข้อสัญญาในข้ออื่น ๆ ของหนังสือสัญญาฉบับนี้ ก็ล้วนแต่ทำให้ฝ่ายสยามเสียเปรียบทั้งสิ้น อีกทั้งเมื่อเกิดคดีความ คนชาติของเนเธอร์แลนด์ก็ไม่ต้องขึ้นศาลสยาม จึงนับเป็นการเสียเอกราชทางการศาลและทำให้เนเธอร์แลนด์มีสิทธิสภาพนอกอาณาเขตเหนือสยามมานับแต่นั้น โดยฝ่ายสยามไม่อาจขัดขืนได้เนื่องจาก เนเธอร์แลนด์หรือฮอลันดาในยุคนั้นมีอิทธิพลมากสามารถล่าอาณานิคมไว้เป็นเมืองขึ้นได้หลายแห่ง เช่น อินเดีย สิงคโปร์ มะละกา เป็นต้น

ส่วนหนังสือสัญญาอีกสองฉบับที่สยามทำกับฝรั่งเศสโดยฝีมือการเจรจาของทูต Chevalier de Chaumont ในช่วงเวลาต่อมาที่ใกล้เคียงกันนั้น คือ หนังสือสัญญาสยาม-ฝรั่งเศส ค.ศ.๑๖๘๕ (พ.ศ. ๒๒๒๘) ทำขึ้นที่เมืองลพบุรี โดยฉบับแรกทำขึ้นเมื่อวันที่ ๑๐ ธันวาคม ค.ศ. ๑๖๘๕ (พ.ศ. ๒๒๒๘) ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการรับรองสิทธิในการเผยแพร่ศาสนาคริสต์ของหมอสอนศาสนาชาวฝรั่งเศสในสยามประเทศ กับฉบับที่สองทำขึ้นเมื่อวันที่ ๑๑ ธันวาคม ค.ศ. ๑๖๘๕ (พ.ศ. ๒๒๒๘) เป็นสนธิสัญญาทางการค้าที่ให้สิทธิประโยชน์แก่ฝรั่งเศสหลายอย่าง เช่น ฝ่ายสยามต้องยอมให้บริษัทของฝรั่งเศสเข้ามาตั้งห้างในกรุงสยามได้โดยไม่ต้องเสียภาษีทั้งขาเข้าและขาออก เพียงแต่ฝ่ายสยามโดยพระคลังหลวงยังคงมีสิทธิผูกขาดทางการค้ากับฝรั่งเศสใน

สินค้าบางประเภทเท่านั้น⁴ แต่การค้าขายดิบๆใน
เมืองภูเก็ตนั้น ฝรั่งเศสมีสิทธิผูกขาดแต่เพียงผู้เดียว⁵
และยังยอมยกเมืองสงขลาและเมืองขึ้นของสงขลา
ให้แก่ฝ่ายฝรั่งเศส ให้สิทธิฝรั่งเศสสร้างป้อมใน
เมืองสงขลาได้⁶ อีกทั้งยังให้ฝรั่งเศสมีสิทธิสภาพ
นอกอาณาเขตเหนือสยาม⁷อีกด้วย

การที่ฝ่ายสยามจะต้องยอมทำสนธิสัญญา
ไม่เสมอภาคและเสียเปรียบกับฝรั่งเศสด้วยนั้น
ก็เพราะในสมัยนั้น เนเธอร์แลนด์กับฝรั่งเศสมี
การแข่งขันกันในการล่าอาณานิคม ฝ่ายสยามจึง
จำเป็นต้องดึงเอาฝรั่งเศสมาถ่วงดุลอำนาจกับฝ่าย
เนเธอร์แลนด์ ด้วยสมเด็จพระนารายณ์มหาราช
ทรงเกรงว่าหากสยามเกิดติดใจกับเนเธอร์แลนด์
ฝ่ายสยามอาจไม่ปลอดภัย จึงได้ทรงยอมทำหนังสือ
สัญญายกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตให้กับฝรั่งเศสเช่น
เดียวกันกับที่ยอมยกให้กับเนเธอร์แลนด์และยอม
ยกเมืองสงขลาและเมืองขึ้นของเมืองสงขลาให้แก่

ฝ่ายฝรั่งเศส อีกทั้งยังให้ฝรั่งเศสสร้างป้อมในเมือง
สงขลาได้อีกด้วย เพื่อว่าจะได้ช่วยสยามทำศึกกับ
หากมีข้อติดใจกับเนเธอร์แลนด์เกิดขึ้น⁸

แม้ว่าสนธิสัญญาการค้าฉบับนี้ ฝรั่งเศส
จะเป็นฝ่ายได้เปรียบก็ได้ แต่ฝรั่งเศสกลับต้องการ
เอาเปรียบมากยิ่งขึ้น สองปีต่อมา ฝรั่งเศสจึงได้ส่ง
ทูตมาอีกสองคน คือ Monsieur de la Loubert
และ Cbret เพื่อเข้ามาเจรจาขอทำสนธิสัญญา
ฉบับใหม่แทนที่ฉบับเดิม โดยมีการจัดทำสนธิ
สัญญาฉบับใหม่ตามที่กล่าวมานี้ขึ้นที่เมืองลพบุรี
ลงวันที่ ๑๑ ธันวาคม ค.ศ. ๑๖๘๗ (พ.ศ. ๒๒๓๐)

ตามหนังสือสัญญาฉบับลงวันที่ ๑๑ ธันวาคม
ค.ศ. ๑๖๘๗ (พ.ศ. ๒๒๓๐) นี้ ฝ่ายสยามยอมให้บริษัท
ฝรั่งเศสสามารถทำการค้าในสินค้าทุกชนิดกับราษฎร
สยามโดยตรงได้ โดยไม่ต้องผ่านการผูกขาดของ
พระคลังหลวงแห่งเดียวอีกต่อไป⁹ อีกทั้งยังขยาย

⁴ ข้อ ๑ ของหนังสือสัญญาสยาม-ฝรั่งเศส ลงวันที่ ๑๑ ธันวาคม ค.ศ. ๑๖๘๕ (พ.ศ. ๒๒๒๘) มีความว่า “ยอมให้บริษัทฝรั่งเศสเข้ามา
ตั้งห้างในกรุงสยาม และทำการค้าขายในกรุงสยามได้โดยไม่ต้องเสียภาษีทั้งขาเข้าและขาออก แต่สำหรับสินค้าบางอย่างบริษัท
จะซื้อจากราชรัฐโดยตรงไม่ได้ จะซื้อได้ก็แต่เฉพาะจากพระคลังหลวงแห่งเดียว”

⁵ ข้อ ๒ ของหนังสือสัญญาสยาม-ฝรั่งเศส ลงวันที่ ๑๑ ธันวาคม ค.ศ. ๑๖๘๕ (พ.ศ. ๒๒๒๘) มีความว่า “ยอมให้บริษัทฝรั่งเศสตั้งห้าง
ที่เมืองภูเก็ตและให้บริษัททำการค้าผูกขาดดิบๆในเมืองภูเก็ตและเมืองขึ้นของเมืองภูเก็ตได้แต่ฝ่ายเดียว”

⁶ ข้อ ๓ ของหนังสือสัญญาสยาม-ฝรั่งเศส ลงวันที่ ๑๑ ธันวาคม ค.ศ. ๑๖๘๕ (พ.ศ. ๒๒๒๘) มีความว่า “ยอมยกเมืองสงขลาและเมืองขึ้น
ของเมืองสงขลาให้แก่ฝ่ายฝรั่งเศส และให้ฝ่ายฝรั่งเศสสร้างป้อมในเมืองสงขลาได้”

⁷ ข้อ ๔ ของหนังสือสัญญาสยาม-ฝรั่งเศส ลงวันที่ ๑๑ ธันวาคม ค.ศ. ๑๖๘๕ (พ.ศ. ๒๒๒๘) มีความว่า “ยอมว่าคนฝรั่งเศสทั้งหลาย
ซึ่งมิได้รับราชการอยู่ในพระเจ้ากรุงสยาม หรือทำงานอยู่กับเสนาบดีของพระเจ้ากรุงสยามนั้น ถ้ากระทำความผิดลักทรัพย์ของบริภักดิ์
หรือลักทรัพย์กันเองก็ดี หรือกระทำความผิดอย่างอื่นก็ดี ให้หัวหน้าของบริษัทเป็นผู้พิจารณาตัดสินและลงโทษคนฝรั่งเศสผู้กระทำ
ผิดนั้นได้ แต่ถ้าคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่พอใจในคำตัดสินของหัวหน้าบริษัท และร้องขอรับความยุติธรรมต่อเสนาบดีฝ่ายสยามแล้ว
ให้ตั้งมิให้ดำเนินการตามคำตัดสินนั้น และให้รอไปจนกว่าจะได้นำคดีนั้นขึ้นกราบทูลพระเจ้ากรุงฝรั่งเศส และจนกว่าพระเจ้ากรุง
ฝรั่งเศสจะได้มีรับสั่งมา”

⁸ หลวงสิทธิสยามการ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑ หน้า ๑๓.

⁹ ข้อ ๑ ของสนธิสัญญาสยาม-ฝรั่งเศส ลงวันที่ ๑๑ ธันวาคม ค.ศ. ๑๖๘๗ (พ.ศ. ๒๒๓๐) มีความว่า“(๑) ให้บริษัทฝรั่งเศสซื้อขาย
จากราชรัฐได้โดยตรง โดยไม่ต้องเสียภาษีขาเข้าและภาษีขาออก” (๒) ให้บริษัททำการผูกขาดการค้าซื้อดิบๆที่เมืองกลาง บางคลี และ
ให้ซื้อหนังนอกเขตกรุงศรีอยุธยา ซึ่งได้อนุญาตให้บริษัทเนเธอร์แลนด์ผูกขาดไปนั้น ได้ด้วย”

สิทธิผูกขาดทางการค้าเพิ่มเติมให้กับฝรั่งเศสอีกหลายประการ เช่น ให้บริษัทฝรั่งเศสทำการค้าผูกขาดในสินค้าดิบที่เมืองกลางกับเมืองบางคลีได้ด้วย จากเดิมที่ฝรั่งเศสได้สิทธิผูกขาดทางการค้าในสินค้าดิบแต่เฉพาะภายในเมืองภูเก็ตและเมืองขึ้นของเมืองภูเก็ตเท่านั้น

นอกจากนั้น ฝรั่งเศสยังได้สิทธิผูกขาดในการซื้อสินค้าหนังสัตว์จำพวกหนังวัว หนังงาว ด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ เนื่องจากฝรั่งเศสเห็นว่าเนเธอร์แลนด์ได้สิทธิผูกขาดทางการค้าหนังวัวหนังงาวในเขตกรุงศรีอยุธยาไปแล้ว ฝรั่งเศสก็อยากได้สิทธินั้นบ้าง แต่เนื่องจากเนเธอร์แลนด์จะได้สิทธิผูกขาดแต่เพียงประเทศเดียวในการซื้อหนังวัว หนังงาวภายในเขตกรุงศรีอยุธยา การจะให้สิทธิซ้ำซ้อนในการค้าผูกขาดหนังวัว หนังงาวในเขตกรุงศรีอยุธยาแก่ประเทศอื่นได้อีกย่อมจะทำได้

ด้วยเหตุนี้ สยามจึงต้องยอมให้สิทธิผูกขาดในการซื้อหนังวัว หนังงาว แก่ฝรั่งเศสเฉพาะนอกเขตกรุงศรีอยุธยาเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อมิให้เกิดข้อขัดข้องใจกับเนเธอร์แลนด์นั่นเอง นอกจากนั้น ยังต้องยอมให้สิทธิแก่ฝรั่งเศสเหนือเกาะแห่งหนึ่งที่ตั้งไกลออกไปจากเมืองมริด ๑๐ โยชน์และฝรั่งเศสสามารถสร้างป้อมทหารบนเกาะนั้นได้อีกด้วย^{๑๑}

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างหนังสือสัญญาฝรั่งเศส-สยาม ฉบับลงวันที่ ๑๑ ธันวาคม

ค.ศ. ๑๖๘๕ (พ.ศ. ๒๒๓๑) ซึ่งเป็นฉบับเดิมกับฉบับหนังสือสัญญาฝรั่งเศส-สยาม ฉบับใหม่ ลงวันที่ ๑๑ ธันวาคม ค.ศ. ๑๖๘๗ (พ.ศ. ๒๒๓๐) แล้ว จะเห็นได้ว่า ฝรั่งเศสได้สิทธิตามหนังสือสัญญาที่เพิ่มขึ้นใหม่มากกว่าที่เคยได้ตามหนังสือสัญญานับฉบับเดิมเป็นอันมาก

เมื่อเนเธอร์แลนด์เห็นว่าฝรั่งเศสได้สิทธิดีกว่าเนเธอร์แลนด์ในบางเรื่องเช่น ได้สิทธิดีกว่าในเรื่องการค้าผูกขาดสินค้าดิบในเมืองกลางและบางคลีตามความในข้อ ๑ แห่งหนังสือสัญญาฝรั่งเศส-สยาม ค.ศ. ๑๖๘๗ แล้ว เนเธอร์แลนด์ก็ไม่ยอมและอยากจะได้สิทธิผูกขาดนั้นบ้าง เป็นเหตุให้ในปีต่อมา สยามจำต้องยอมทำหนังสือสัญญาเพิ่มเติมฉบับลงวันที่ ๑๔ พฤศจิกายน ค.ศ. ๑๖๘๘ (พ.ศ. ๒๒๓๑) กับเนเธอร์แลนด์ในการให้สิทธิผูกขาดทางการค้าสินค้าดิบแก่เนเธอร์แลนด์ในเขตเมืองนครศรีธรรมราชด้วย

อย่างไรก็ดี หนังสือสัญญาที่สยามทำกับฝรั่งเศส ในปีค.ศ. ๑๖๘๗ กับที่ทำเพิ่มเติมกับเนเธอร์แลนด์เมื่อค.ศ. ๑๖๘๘ นั้น สุดท้ายกลับกลายเป็นหนังสือสัญญาที่ใช้ไม่ได้ เพราะหลังจากที่ได้ทำหนังสือสัญญาทั้งสองฉบับกันแล้ว ไม่นานนัก ก็ถึงปลายแผ่นดินสมเด็จพระนารายณ์มหาราช บ้านเมืองเกิดจลาจล เกิดการรบพุ่งกัน พวกฝรั่งเศสพากันไปค้าขายกับเมืองอื่นและทำให้การเจริญพระราชไมตรีที่มีกับต่างประเทศต้องระงับไปคราวหนึ่ง

^{๑๑} เพ็งอ้าง ดู ข้อ ๑ (๒) ของสนธิสัญญาสยาม-ฝรั่งเศส ลงวันที่ ๑๑ ธันวาคม ค.ศ. ๑๖๘๗ (พ.ศ. ๒๒๓๐) มีความว่า “(๒) ให้บริษัททำการผูกขาดการซื้อดิบที่เมืองกลาง บางคลี และให้ซื้อหนังนอกเขตกรุงศรีอยุธยา ซึ่งได้อนุญาตให้บริษัทเนเธอร์แลนด์ผูกขาดไปนั้น ได้ด้วย”

^{๑๒} ข้อ ๔ ของหนังสือสัญญาสยาม-ฝรั่งเศส ลงวันที่ ๑๑ ธันวาคม ค.ศ. ๑๖๘๗ (พ.ศ. ๒๒๓๐) มีความว่า “(๔) ยอมยกเกาะแห่งหนึ่งอยู่ไกลเมือง มริดออกไป ๑๐ โยชน์ ให้แก่ฝรั่งเศส และยอมให้บริษัทสร้างป้อมบนเกาะนั้นได้”

ต่อมา เมื่อเข้าสู่สมัยกรุงธนบุรี พระเจ้าตากสินมหาราชได้ทรงเจริญพระราชไมตรีกับต่างประเทศขึ้นใหม่โดยทรงเน้นการติดต่อสมาคมและทำการค้ากับจีนเป็นสำคัญ การติดต่อค้าขายกับฝรั่งมาเริ่มมีขึ้นใหม่ในสมัยรัชกาลที่ ๑ แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ แต่มีปริมาณไม่มาก เนื่องจากในช่วงเวลานั้นมีการทำศึกกันมาก ในยุโรป จักรพรรดินโปเลียนที่ ๑ ทรงทำศึกสงครามขยายอำนาจและดินแดนของจักรวรรดิฝรั่งเศส ส่วนในสยาม รัชกาลที่ ๑ ก็จำเป็นต้องทำศึกป้องกันการรุกรานของพม่าในสงครามเก้าทัพ ทำให้การติดต่อค้าขายกับฝรั่งในรัชสมัยของรัชกาลที่ ๑ มีน้อย แต่การติดต่อค้าขายกับประเทศต่างๆ ในแถบเอเชียด้วยกันเช่น การค้ากับอินเดีย ชวา และจีน มีอยู่เรื่อยๆ และค่อยๆ เพิ่มปริมาณมากขึ้น

การติดต่อค้าขายกับฝรั่งเริ่มกลับมาขยายตัวอีกครั้งในสมัยรัชกาลที่ ๒ และรัชกาลที่ ๓ แต่ยังไม่ขยายตัวมาก เนื่องจากการศึกสงครามในยุโรปยังไม่ยุติ เมื่อสงครามในยุโรปสิ้นสุดลงแล้ว อังกฤษจึงกลับมาสนใจที่จะติดต่อค้าขายกับสยามอย่างจริงจัง โดยสหรัฐอเมริกาและปอร์ตุเกสก็มีความประสงค์เช่นเดียวกัน เพียงแต่อังกฤษเห็นว่าวิธีการค้าของฝ่ายสยามไม่เป็นประโยชน์กับอังกฤษ เพราะมีข้อจำกัดปกป้องผลประโยชน์ให้กับสยามมากเกินไปอยู่หลายประการ เช่น เมื่อมีเรือสินค้าจากต่างประเทศเข้ามาค้าขายเจ้าหน้าที่สยามสามารถเลือกกันสินค้าที่ราชการต้องการ ห้ามมิให้ขายให้กับผู้อื่น จะต้องขายให้กับพระคลังหลวงเท่านั้นได้และราคาที่ซื้อนั้นฝ่ายสยามสามารถกำหนดราคาซื้อตามที่ตนเห็นสมควรจนเป็นที่พอใจ

แก่ทางราชการสยามได้ นอกจากนั้น สินค้าที่บางอย่าง ทางราชการสยามสามารถกำหนดเป็นสินค้าผูกขาดของหลวงได้ ห้ามมิให้ผู้ใดขายสินค้าผูกขาดนั้นแก่พ่อค้าต่างประเทศ พ่อค้าต่างประเทศจะต้องซื้อจากพระคลังหลวงแห่งเดียว ทำให้การค้าเป็นการค้าผูกขาดโดยราชการสยามและทำให้ฝ่ายสยามได้เปรียบทางการค้าอย่างมากมายเพราะซื้อมาจากราษฎรในราคาถูกแต่มาขายพ่อค้าต่างประเทศในราคาแพง นอกจากนั้น พิกัดนำเข้าสินค้าก็ไม่มีค่านอน ขึ้นอยู่กับความพอใจของเจ้าหน้าที่ศุลกากรของสยามจะเรียกเก็บ

อังกฤษมีความไม่พอใจในเรื่องนี้ จึงได้ส่ง John Crawford เป็นทูตเข้ามาเจรจาขอทำสนธิสัญญาทางพระราชไมตรีกันใหม่กับสยามในสมัยรัชกาลที่ ๓ เมื่อราว ค.ศ. ๑๘๒๑ (พ.ศ. ๒๓๖๔) โดยมีเจตนาขอให้ยกเลิกหรือลดหย่อนข้อจำกัดทางการค้าต่างๆ ที่อังกฤษไม่พอใจเหล่านั้น และให้คนในบังคับอังกฤษ (British subjects) ไปมาค้าขายได้โดยเสรี สามารถค้าขายกับไพร่บ้านพลเมืองได้โดยทั่วไป

ผลการเจรจา ปรากฏว่า แม้จะไม่มีการทำหนังสือสัญญาระหว่างกัน แต่พระยาจุฬาราชมนตรีก็ได้ทำหนังสืออนุญาตให้พ่อค้าอังกฤษสามารถไปมาค้าขายตามอย่างธรรมเนียมบ้านเมืองได้ อันน่าจะตีความได้ว่าข้อจำกัดทางการค้าต่างๆ ของฝ่ายสยามที่อังกฤษไม่พอใจและตั้งข้อรังเกียจนั้นเป็นอันยกเลิกไปตามข้อเรียกร้องของอังกฤษในคราวนี้ แต่อังกฤษก็ยังไม่ลื้มพอใจนัก เนื่องจากเห็นว่าวิธีการค้าของสยามยังมีลักษณะของการปิดกั้นและกีดกันการค้าระหว่างประเทศอยู่มาก

ในช่วงเวลานี้ อังกฤษและฝรั่งเศสได้เริ่มล่าอาณานิคมและแผ่ขยายอิทธิพลในแถบเอเชียกันแล้ว ในด้านทิศตะวันออกของสยามตกเป็นเขตอิทธิพลของฝรั่งเศส โดยมีเวียดนามตกเป็นเมืองขึ้นของฝรั่งเศสและในเวลาต่อมาฝรั่งเศสก็ได้ลาวและกัมพูชาไปจากสยาม ส่วนทางด้านทิศตะวันตกของสยาม นับได้ว่าเป็นเขตอิทธิพลของอังกฤษ เนื่องจากอังกฤษได้ล่าอินเดียเป็นเมืองขึ้นและได้ตั้งบริษัทอินเดียตะวันออก (East India Company) ขึ้นเพื่อดูแลรักษาสผลประโยชน์ทางการค้าในแถบนี้ และโดยที่อังกฤษมีความต้องการที่จะล่าพม่าเป็นเมืองขึ้นด้วย จึงส่งกัปตัน Henry Berney เข้ามาเจรจาทำสัญญาทางพระราชไมตรีกับสยาม โดยมี การลงนามสนธิสัญญากันในวันที่ ๒๐ มิถุนายน ค.ศ. ๑๘๒๖ (พ.ศ. ๒๓๖๙) เรียกหนังสือสัญญานี้ โดยย่อว่า “สนธิสัญญาเบอร์นี (Berney Treaty) ค.ศ. ๑๘๒๖” โดยมีการให้สัตยาบันกันเมื่อวันที่ ๑๓ มกราคม ค.ศ. ๑๘๒๗ (พ.ศ. ๒๓๗๐)

ในหนังสือสัญญานี้ อังกฤษยอมอ่อนข้อให้ กับสยาม เนื่องจากอังกฤษต้องการล่าพม่าเป็นเมืองขึ้น จึงไม่ต้องการให้สยามไปช่วยพม่ารบต่อต้านอังกฤษ อังกฤษจึงยอมทำสนธิสัญญาที่มีลักษณะต่างตอบแทน (Reciprocal Treaty) กับ

สยามในลักษณะของสนธิสัญญาเสมอภาค ดังปรากฏตามความในข้อ ๑-๑๒ ของหนังสือสัญญานี้ ความว่า

“ข้อ ๑ ว่า อังกฤษกับไทยเป็นไมตรีรักใคร่ด้วยความลัทธิจิตซื่อตรงต่อกัน ไทยมิได้คิดร้ายที่จะเบียดเบียนพหาลิ่งไรต่ออังกฤษฯ มิได้คิดร้ายที่จะเบียดเบียนพหาลิ่งไรต่อไทย แต่บรรดาบ้านเมืองซึ่งขึ้นแก่อังกฤษทั้งสิ้น ไทยมิไปเบียดเบียนพหาลิ่งเอาบ้านเมืองเขตแดนของอังกฤษ แต่บรรดาบ้านเมืองซึ่งขึ้นแก่ไทยทั้งสิ้น อังกฤษมิไปเบียดเบียนพหาลิ่งเอาบ้านเมืองเขตแดนของไทยฯ จะจัดแจงเขตแดนไทยตามอย่างธรรมเนียมประการใดตามแต่ใจไทย”¹²

ความในข้อนี้หมายถึงว่า อังกฤษกับไทยจะเป็นไมตรีต่อกัน จะไม่คิดเบียดเบียนหรือคิดร้ายต่อกัน จะไม่แย่งชิงเอาบ้านเมืองดินแดนกัน และยอมรับว่าไทยสามารถที่จะจัดการเรื่องต่างๆ ได้ทุกเรื่องที่เกิดขึ้นในเขตแดนไทย อันเป็นการยืนยันเขตอำนาจรัฐ (State Jurisdiction) ของไทยว่ามีอยู่อย่างสมบูรณ์ภายในเขตแดนของไทย

“ข้อ ๒ ถ้าบ้านเมืองใดซึ่งขึ้นแก่อังกฤษ จะทำสิ่งใดให้เหลือเกินต่อเมืองไทยฯ มิไปทำ

¹²Treaty between the King of Siam and Great Britain, June 20, 1826. **Article 1** “The English and Siamese engage in friendship, love and affection, with mutual truth, sincerity, and candour. The Siamese must not meditate or commit evil, so as to molest the English in any manner. The English must not meditate or commit evil, so as to molest the Siamese in any manner. The Siamese must not go and molest, attack, disturb, seize, or take any place, territory, or boundary belonging to the English in any Country subject to the English. The English must not go and molest, attack, disturb, seize, or take any place, territory, or boundary belonging to the Siamese in any Country subject to the Siamese. The Siamese shall settle every matter within the Siamese boundaries, according to their own will and customs.”

อันตรายแก่บ้านเมือง จะบอกแก่อังกฤษก่อน อังกฤษจะว่ากล่าวให้โดยสัจโดยจริง ถ้าผิด อังกฤษจะทำโทษตามความผิด ถ้าบ้านเมืองใดซึ่งขึ้นแก่ไทยจะทำสิ่งใดให้เหลือเกินต่ออังกฤษๆ ไม่ไปทำ อันตรายแก่บ้านเมือง จะบอกกล่าวแก่เมืองไทยก่อน ไทยจะว่ากล่าวให้โดยสัจโดยจริง ถ้าผิด ไทยจะทำโทษให้ตามความผิด ถ้าบ้านเมืองไทยซึ่งอยู่ใกล้เมืองอังกฤษจะยกกองทัพเรือไป ถ้าเจ้าเมืองอังกฤษถามว่า จะไปไหน เจ้าเมืองไทยจะต้องบอกแก่เจ้าเมืองอังกฤษ ถ้าบ้านเมืองอังกฤษซึ่งอยู่ใกล้เมืองไทยจะยกกองทัพเรือไป ถ้าเจ้าเมืองไทยถามว่า จะไปไหน เจ้าเมืองอังกฤษจะต้องบอกแก่เจ้าเมืองไทย”¹³

ความในข้อ ๒ แห่งสนธิสัญญาเบอร์นีนี้ แสดงถึงหลักการต่างตอบแทน (Reciprocity Principle) ในการปกครองและบังคับเมืองขึ้นของทั้งสองฝ่าย เพื่อป้องกันมิให้กลายเป็นสาเหตุของข้อพิพาทระหว่างอังกฤษกับไทย ดังนั้น เมื่อฝ่ายใดไม่พอใจการกระทำของบรรดาเมืองขึ้นของอีกฝ่ายหนึ่ง จะต้องแจ้งให้อีกฝ่ายทราบก่อน เพื่อขอให้

การลงโทษตามความผิด ในทำนองเดียวกัน หากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด มีการยกทัพเรือออกไปจากที่มั่น เมื่อมีการสอบถามจากอีกฝ่ายแล้ว ฝ่ายที่ยกทัพเรือออกไปจากที่มั่นนั้น จะต้องแจ้งความประสงค์ในการเคลื่อนกำลังพลทางเรือให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบ เพื่อแสดงความสุจริตใจว่าจะไม่มีการรุกรานซึ่งกันและกัน

“ข้อ ๓ ถ้าบ้านเมืองของไทย ของอังกฤษ ฝ่ายทิศวันขึ้น ฝ่ายทิศวันตก ทิศลมว่าว ทิศลมล่าเภา ที่อยู่ใกล้ต่อแดนกัน ถ้าอังกฤษสงสัยด้วยเขตแดนยังไม่รู้แน่ ก็ให้เจ้าเมืองฝ่ายข้างอังกฤษมีหนังสือแต่คนแลชาวด่านมาไต่ถามเจ้าเมืองฝ่ายไทยที่อยู่ใกล้กัน เจ้าเมืองฝ่ายไทยจะแต่งกรมการแลชาวด่านพร้อมด้วยคนเจ้าเมืองฝ่ายอังกฤษไปกำหนดชี้ที่แดนต่อกันให้รู้เป้นแน่ทั้งสองข้างโดยทางไมตรี ถ้าเจ้าเมืองฝ่ายไทยสงสัยด้วยเขตแดนยังไม่รู้แน่ ก็ให้เจ้าเมืองฝ่ายข้างไทยมีหนังสือแต่คนแลชาวด่านมาไต่ถามเจ้าเมืองฝ่ายอังกฤษที่อยู่ใกล้กัน เจ้าเมืองฝ่ายอังกฤษจะแต่งกรมการแลชาวด่านพร้อมด้วยคนเจ้าเมืองฝ่ายไทยไปกำหนดชี้

¹³ Article 2 “Should any place or Country subject to the English do anything that may offend the Siamese, the Siamese shall not go and injure such place or Country, but first report the matter to the English, who will examine into it with truth and sincerity; and if the fault lie with the English, the English shall punish according to the fault. Should any place or Country subject to the Siamese do anything that may offend the English, the English shall not go and injure such place or Country, but first report the matter to the Siamese, who will examine into it with truth and sincerity; and if the fault lie with the Siamese, the Siamese shall punish according to the fault. Should any Siamese place or Country that is near an English Country, collect at any time an army, or a fleet of boats, if the Chief of the English inquires the object of such force, the Chief of the Siamese Country must declare it. Should any English place or Country that is near a Siamese Country, collect at any time an army, or a fleet of boats, if the Chief of the Siamese Country inquires the object of such force, the Chief of the English Country must declare it.”

ที่แดนต่อกันให้รู้แน่ทั้งสองข้างโดยทางไมตรี”¹⁴

ข้อตกลงในข้อ ๓ นี้เป็นเรื่องข้อสัญญาว่าด้วยเขตแดนระหว่างสยามกับอังกฤษเพื่อแก้ปัญหาเรื่องแนวเส้นเขตแดนระหว่างดินแดนที่อยู่ติดกันและอาจเกิดข้อสงสัยได้ว่าดินแดนส่วนใดเป็นอาณานิคมของอังกฤษกับดินแดนส่วนใดเป็นของสยาม ในกรณีเช่นนี้ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดย่อมมีสิทธิทำหนังสือสอบถามไปยังอีกฝ่ายพร้อมกับขอให้มีการชี้แนวเขตแดนที่เกิดข้อสงสัยได้

“ข้อ ๔ ถ้าคนของไทยหนีไปอยู่ในแดนอังกฤษ ไทยไม่ล่วงเกินเข้าไปจับกุมคนในแดนอังกฤษ ไทยจะไปว่ากล่าวขอแต่โดยดี อังกฤษจะยอมให้ก็ได้ ไม่ยอมให้ก็ได้ ถ้าคนอังกฤษหนีไปอยู่ในแดนไทย อังกฤษไม่ล่วงเกินเข้าไปจับกุมคนในแดนไทย อังกฤษจะไปว่ากล่าวขอแต่โดยดี ไทยจะยอมให้ก็ได้ ไม่ยอมให้ก็ได้”¹⁵

ในข้อนี้เป็นเรื่องของหลักดินแดน (territorial principle) ที่รัฐคู่สัญญาจะต้องให้การเคารพในอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐ ดังนั้นรัฐใดรัฐหนึ่งจะเข้าไปจับกุมผู้ต้องหาหรือบุคคลที่ตกเป็นผู้ต้องสงสัยในดินแดนของอีกรัฐหนึ่งโดยมิได้รับความยินยอมจากรัฐนั้นก่อนมิได้ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักภาษีละตินที่ว่า “ในระหว่างผู้ที่เท่าเทียมกัน ฝ่ายหนึ่งย่อมไม่มีอำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่ง (*par in parem non habet imperium*)”

ทั้งนี้เนื่องจากทั้งไทยและอังกฤษต่างก็เป็นรัฐอธิปไตยด้วยกัน หากคนในบังคับของไทยหนีความผิดอาญาไปอยู่ในดินแดนของอังกฤษแล้ว ฝ่ายไทยย่อมจะเข้าไปจับกุมบุคคลนั้นในดินแดนของอังกฤษมิได้เพราะดินแดนที่เป็นของอังกฤษนั้น อังกฤษย่อมมีอำนาจอธิปไตยสมบูรณ์ ฝ่ายไทยไม่มีอำนาจอธิปไตยเหนืออังกฤษ ย่อมไม่อาจเข้าไปจับกุมโดยพลการได้ เว้นแต่ฝ่ายอังกฤษจะยินยอม

¹⁴ Article 3 “In places and Countries belonging to the Siamese and English, lying near their mutual borders, whether to the east, west, north, or south, if the English entertain a doubt as to any boundary that has not been ascertained, the Chief on the side of the English must send a Letter with some men and people from his frontier posts, to go and inquire from the nearest Siamese Chief, who shall depute some of his Officers and people from his frontier posts to go with the men belonging to the English Chief, and point out and settle the mutual boundaries, so that they may be ascertained on both sides in a friendly manner. If a Siamese Chief entertain a doubt as to any boundary that has not been ascertained, the Chief on the side of the Siamese must send a Letter with some men and people from his frontier post, to go and inquire from the nearest English Chief, who shall depute some of his Officers and people from his frontier post, to go with men belonging to the Siamese Chief, and point out and settle the mutual boundaries, so that they may be ascertained on both sides in a friendly manner.”

¹⁵ Article 4 “Should any Siamese subject run and go and live within the boundaries of the English, the Siamese must not intrude, enter, seize, or take such person within the English boundaries, but must report and ask for him in a proper manner; and the English shall be at liberty to deliver the party or not. Should any English subject run and go and live within the boundaries of the Siamese, the English must not intrude, enter, seize, or take such person within the Siamese boundaries, but must report and ask for him in a proper manner; and the Siamese shall be at liberty to deliver the party or not.”

ให้ทำการเช่นนั้นได้ และแม้จะมีการขอร้องให้อังกฤษทำการจับกุมส่งผู้ร้ายข้ามแดนมาให้ฝ่ายไทย ฝ่ายอังกฤษอาจไม่ดำเนินการตามที่ฝ่ายไทยขอมาก็ได้ เพราะถือเป็นเรื่องอำนาจอธิปไตยของอังกฤษที่มีอยู่เหนือดินแดนของตน รัฐอื่นย่อมจะเข้าไปบีบบังคับให้อีกฝ่ายซึ่งมีอำนาจอธิปไตยเสมอกันยอมทำตามข้อเรียกร้องของตนมิได้

ในทางกลับกันก็เช่นกัน หากคนในบังคับอังกฤษหนีความผิดอาญาเข้ามาอยู่ในเขตแดนไทย ฝ่ายอังกฤษก็จะเข้ามาจับกุมบุคคลดังกล่าวในดินแดนไทยโดยมิได้รับความยินยอมจากฝ่ายไทยก่อนมิได้ และถึงแม้ฝ่ายอังกฤษจะมีการขอมาให้ฝ่ายไทยทำการจับกุมและส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้กับอังกฤษ ไทยอาจจะดำเนินการหรือไม่ดำเนินการตามคำขอก็ได้ ด้วยเหตุผลเดียวกัน

“ข้อ ๕ อังกฤษกับไทยได้ทำหนังสือสัญญาเป็นมิตรสุจริตต่อกันแล้ว ถ้าลูกค้าฝ่ายข้างอังกฤษไปมาค้าขาย ณ เมืองไทยที่เมืองมีสินค้ามาก สลบกัปันเรือสำเภาก็จะไปมาค้าขายได้ ไทยจะทำนุบำรุงให้ซื้อขายโดยสะดวก ถ้าลูกค้าฝ่ายข้างไทยไปมาค้าขาย ณ เมืองอังกฤษได้ ๆ เรือสำเภาสลบกัปันจะไปมาค้าขายได้ อังกฤษจะทำนุบำรุงให้ซื้อขายโดยสะดวก ไทยจะไปเมืองอังกฤษ ๆ จะไปเมืองไทย ให้ทำตามอย่างธรรมเนียมบ้านเมืองทั้งสองฝ่าย ถ้าไม่รู้อย่างธรรมเนียม ขุนนางไทยให้ขุนนางอังกฤษบอกอย่างธรรมเนียม ให้พวกไทยที่ไปเมืองอังกฤษต้องทำตามกฎหมายอย่างธรรมเนียมเมืองอังกฤษทุกสิ่ง พวกอังกฤษไปเมืองไทยต้องทำ

ตามกฎหมายอย่างธรรมเนียมไทยทุกสิ่ง

ข้อ ๖ ถ้าลูกค้าฝ่ายเมืองไทยก็ดี เมืองอังกฤษก็ดี จะไปซื้อขาย ณ เมืองมังกะลาแลหัวเมืองขึ้นแก่อังกฤษ จะไปซื้อขาย ณ กรุงไทยแลหัวเมืองขึ้นแก่กรุงไทย ให้ลูกค้าเสียค่าธรรมเนียมในการค้าขายให้ตามอย่างธรรมเนียมบ้านเมืองทั้งสองฝ่าย ให้ลูกค้าแลไพร่พลเมืองได้ซื้อขายเองในเมืองนั้น ถ้าลูกค้าไทยถ้าลูกค้าอังกฤษจะมีคดีข้อความสิ่งใด ๆ ก็ดี ให้ฟ้องร้องต่อขุนนางเจ้าเมืองกรมการฝ่ายไทย ฝ่ายอังกฤษ ขุนนางเจ้าเมืองกรมการจะชำระตัดสินให้ตามกฎหมายอย่างธรรมเนียมบ้านเมืองทั้งสองฝ่าย ถ้าลูกค้าไทยถ้าลูกค้าอังกฤษก็ดีซื้อขายไม่สืบสวนว่าคนชั่วคนดี ซื้อขายปะคนชั่วพาเอาสิ่งของหลบหนีไป แลเจ้าเมืองกรมการจะสืบสวนเอาตัวมาชำระให้โดยสุจริต ถ้ามีเงินมีของใช้ให้ก็ได้ ถ้าไม่มีเงินมีของให้แลมิได้ตัวผู้หนี ก็เพราะลูกค้าทำผิดเอง

ข้อ ๗ ถ้าลูกค้าฝ่ายไทยฝ่ายอังกฤษก็ดี จะไปซื้อขาย ณ เมืองอังกฤษแลเมืองไทย จะขอตั้งห้างตั้งเรือน จะขออาศัยเช่าที่โรงเรือนใส่สินค้า ถ้าขุนนางไทยถ้าขุนนางอังกฤษแลเจ้าเมืองกรมการไม่ยอมให้อยู่ ก็อยู่ไม่ได้ ถ้ายอมให้อยู่ จึงให้ลูกค้าขึ้นอยู่ตามสัญญาว่ากล่าวกัน แลให้ขุนนางไทยแลให้ขุนนางอังกฤษแลเจ้าเมืองกรมการช่วยดูแลเอาใจใส่ อย่าให้ไพร่บ้านพลเมืองทำข่มเหงแก่ลูกค้า อย่าให้ลูกค้าทำข่มเหงแก่ไพร่บ้านพลเมือง ถ้าลูกค้าอังกฤษพวกอังกฤษลูกค้าไทยพวกไทยที่ไม่เกี่ยวข้องจะขนเอาสิ่งของลงเรือสำเภาสลบกัปัน

ลากลับไปบ้านเมืองเมื่อใด ก็ให้ได้กลับไปโดยสะดวก¹⁶

ผู้ครองเมืองก็จะให้สลับให้กำนันมาค้าขาย

ข้อ ๙ ถ้าลูกค้าข้างอังกฤษจะใคร่มาค้าขาย ณ เมืองของไทยที่ยังไม่เคยไปมาค้าขาย ให้ลูกค้าเข้าหาพระยาผู้ครองเมืองก่อน ถ้าเมืองไหนไม่มีสินค้า พระยาผู้ครองเมืองก็จะบอกว่าสลับกำนันจะมามีสินค้าไหม ถ้าเมืองไหนมีสินค้าพอจะรับสลับพอจะรับกำนันได้ พระยา

ข้อ ๑๐ อังกฤษแลไทยสัญญาต่อกันการค้าขายซึ่งจะมีต่อกันโดยสะดวกในเมืองอังกฤษ เมืองเกาะหมาก เมืองมลากา เมืองสิงหะโปรา แลเมืองของไทย คือ เมืองนคร เมืองพัทลุง เมืองสงขลา เมืองตานี เมืองถลาง เมืองไทร และหัวเมืองอื่นๆ ลูกค้าจีนลูกค้าแขกเมืองอังกฤษให้ได้

¹⁶ Article 5 "The English and Siamese having concluded a Treaty, establishing a sincere friendship between them, merchants, subject to the English, and their ships, junks, and boats, may have intercourse and trade with any Siamese Country which has much merchandize; and the Siamese will aid and protect them, and permit them to buy and sell with facility. Merchants, subject to the Siamese, and their boats, junks, and ships, may have intercourse and trade with any English Country; and the English will aid and protect them, and permit them to buy and sell with facility. The Siamese desiring to go to an English Country, or the English desiring to go to a Siamese Country, must conform to the customs of the place or Country, on either side; should they be ignorant of the customs, the Siamese or English Officers must explain them. Siamese subjects who visit an English Country, must conduct themselves according to the established Laws of the English Country, in every particular. The English subjects who visit a Siamese Country, must conduct themselves according to the established Laws of the Siamese Country, in every particular."

Article 6 "Merchants subject to the Siamese or English, going to trade either in Bengal, or any other Country subject to the English, or at Bangkok, or in any Country subject to the Siamese, must pay the duties upon commerce according to the customs of the place or Country, on either side; and such merchants and the inhabitants of the Country shall be allowed to buy and sell without the intervention of other persons in such Countries. Should a Siamese or English merchant have any complaint or suit, he must complain to the Officers and Governors, on either side; and they will examine and settle the same, according to the established Laws of the place or Country, on either side. If a Siamese or English merchant buy or sell, without inquiring or ascertaining whether the seller or buy be of a bad or good character and if he meet with a bad man, who takes the property and absconds, the Rulers and Officers must make search and produce the person of the absconder, and investigate the matter with sincerity. If the party possesses money or property, he can be made to pay; but if he does not possess any, or if he cannot be apprehended, it will be the merchant's own fault.

Article 7 "A merchant subject to the Siamese or English, going to trade in any English or Siamese Country, and applying to build godowns or houses, or to buy or hire shops or houses, in which to place his merchandize, the Siamese or English Officers and Rulers shall be at liberty to deny him permission to stay. If they permit him to stay, he shall land and take up his residence according to such terms as may be mutually agreed on; and the Siamese or English Officers and Rulers will assist and take proper care of him, preventing the inhabitants of the Country from oppressing him, and preventing him from oppressing the inhabitants of the Country. Whenever a Siamese or English merchant or subject, who has nothing to detain him, requests permission to leave the Country, and to embark with his property on board of any vessel, he shall be allowed to do so with facility.

ค้าขายทางบกทางคลองโดยสะดวก ถ้าลูกค้าจีน ลูกค้าแขกเมืองมณฑล เมืองทวาย เมืองตนาว เมืองเย ซึ่งขึ้นกับอังกฤษจะเข้ามาค้าขาย ณ เมืองไทย อังกฤษจะมีหนังสือเข้ามาเป็นสำคัญ ให้ได้ค้าขาย ทางบกทางน้ำโดยสะดวก แล้วจะห้ามมิให้ลูกค้าเอา ผืนซึ่งเปนของต้องห้ามเข้ามาค้าขาย ณ เมืองไทย เปนอันตราย ถ้าลูกค้าจีนเอาผืนเข้ามาขายเมืองใด ให้พระยาผู้ครองเมืองเก็บริบเอาผืนเผาไฟเสียให้ ลั่น”¹⁷

ความในข้อ ๕ ๖ ๗ ๘ และ ๑๐ แห่ง สัญญาทางพระราชไมตรีฉบับนี้ แสดงให้เห็นถึง การยอมรับหลักการค้าเสรีที่พ่อค้าอังกฤษและไทย สามารถนำเรือสำเภามาขึ้นสินค้าไปมาค้าขายกันได้ โดยเสรี เพียงแต่ต่างฝ่ายจะต้องเคารพในกฎหมาย กฎระเบียบและธรรมเนียมปฏิบัติของอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อนำเรือสินค้าเข้าไปค้าขายในดินแดนของกัน และกัน อย่างไรก็ตาม สินค้าบางชนิดก็เป็นสินค้า อันตรายต้องห้ามมิให้นำมาค้าขาย เช่น ผืนเป็นต้น

ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทต่อกัน ก็ให้ฟ้องร้อง คดีพิพาทนั้นต่อขุนนางเมืองกรมการของแต่ละฝ่าย ได้เพื่อให้มีการตัดสินคดีพิพาทนั้น ในกรณีเช่นนี้ ผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายจะต้องชดใช้ค่าเสียหาย ให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งตามคำตัดสินนั้น หากไม่สามารถ ชดใช้ค่าเสียหายได้ ตัวลูกค้าของแต่ละฝ่ายที่ จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบต่อการกระทำที่ก่อให้เกิด ความเสียหายซึ่งอยู่ในความดูแลรับผิดชอบของตน โดยจะต้องรับผิดชอบความเสียหายนั้น ด้วยตนเอง

“ข้อ ๘ ถ้าลูกค้าจะไปค้าขายบ้านใด เมืองใดฝ่ายไทยฝ่ายอังกฤษก็ได้ ถ้าสลับกำปั่นเรือ แลสำเภของอังกฤษของไทยก็จะเป็นอันตราย สิ่งใดสิ่งหนึ่ง ขุนนางไทยแลขุนนางอังกฤษจะช่วย ทำนุบำรุงกว่าจะเสร็จ ถ้าสลับกำปั่นเรือสำเภของ อังกฤษของไทยก็ตีแตกลงที่บ้านใดเมืองใด ไทย อังกฤษเก็บได้สิ่งของในสลับในกำปั่นเรือสำเภที่ แตกมากน้อยเท่าใด ให้ขุนนางอังกฤษให้ขุนนางไทย ชำระไล่เลียงเอาสิ่งของคืนให้แก่เจ้าของ ถ้าเจ้าของ

¹⁷ Article 9 “Merchants subject to the English, desiring to come and trade in any Siamese Country, with which it has not been the custom to have trade and intercourse, must first go and inquire of the Governor of the Country. Should any Country have no merchandize, the Governor shall inform the ship that has come to trade that there is none. Should any Country have merchandize sufficient for a ship, the Governor shall allow her to come and trade.

Article 10 “The English and Siamese mutually agree, that there shall be an unrestricted trade between them in the English Countries of Prince of Wales’ Island, Malacca, and Singapore, and the Siamese Countries of Ligore, Merdilony, Singora, Patam, Junkceylon, Queda, and other Siamese Provinces. Asiatic merchants of the English Countries, not being Burmese, Peguers, or descendants of Europeans, shall be allowed to trade freely overland, and by means of the rivers. Asiatic merchants, not being Burmese, Peguers, or descendants of Europeans, desiring to enter into and trade with the Siamese Dominions, from the Countries of Mergni, Tavoy, Tenasserim, and Ye, which are now subject to the English, will be allowed to do so freely, overland and by water, upon the English furnishing them with proper certificates; but merchants are forbidden to bring opium, which is positively a contraband article in the Territories of Siam; and should a merchant introduce any, the Governor shall seize, burn, and destroy the whole of it.”

ตายก็ให้คืนให้แก่พวกพ้อง ให้เจ้าของแลพวกพ้อง แทนคุณผู้เก็บได้ตามสมควร ถ้าพวกไทยพวกอังกฤษ ไปเมืองอังกฤษไปเมืองไทยตาย สิ่งของพวกไทย พวกอังกฤษมีอยู่มากน้อยเท่าใด ให้คืนให้พวกพ้อง ของอังกฤษของไทย ถ้าพวกพ้องไทยถ้าพวกพ้อง อังกฤษไม่มีที่เมืองนั้น อยู่เมืองอื่นมาได้ จะแต่ง คนถือหนังสือมารับเอาสิ่งของ ก็ให้ส่งสิ่งของให้แก่ ผู้ถือหนังสือให้คืน¹⁸

ข้อ ๑๑ ถ้าอังกฤษจะมีหนังสือมาถึงผู้ใด ณ เมืองไทยก็ดี ณ เมืองอื่น ๆ ก็ดี ให้ผู้นั้นเปิด หนังสือมิ ให้ผู้อื่นเปิดหนังสือออกดู ถ้าไทยจะมี หนังสือไปถึงผู้ใด ณ เมืองอังกฤษก็ดี ณ เมืองอื่น ๆ ก็ได้ ให้ผู้นั้นเปิดหนังสือ มิให้ผู้อื่นเปิดหนังสือออก ดู”¹⁹

ข้อสัญญาในข้อ ๘ นี้แสดงถึงหลักการให้ความช่วยเหลือทางด้านมนุษยธรรมแก่เรือและ ลูกเรือที่อัปปาง (salvage principle) ซึ่งเป็นหลัก กฎหมายที่นานาประเทศให้การยอมรับและปฏิบัติตาม อันแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของกฎหมาย ระหว่างประเทศที่มีมาแต่โบราณและยังคงใช้ หลักการนี้อยู่ตลอดมาจนถึงทุกวันนี้

ส่วนสัญญาข้อ ๑๑ ได้วางหลักการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัว (privacy rights) เอาไว้ ดังนั้น การเปิดจดหมายของผู้อื่นมาอ่านโดยไม่ได้รับอนุญาตจึงกระทำได้ แม้บุคคลนั้นจะเป็น เจ้าหน้าที่ของรัฐคู่สัญญาก็ตาม

“ข้อ ๑๒ เมืองไทยไม่ไปขัดขวางทาง ค้าขาย ณ เมืองตรังกะนู เมืองกลันตัน ให้ลูกค้า พวกอังกฤษได้ไปมาค้าขายโดยคล่องสะดวกข้างน่า เหมือนแต่ก่อน อังกฤษไม่ไปเบียดเบียนพรบกวน เมืองตรังกะนูเมืองกลันตันด้วยการสิ่งใด

ข้อ ๑๓ ไทยสัญญาต่ออังกฤษว่า ไทยให้อยู่รักษาเมืองไทร แลไพร่พลเมือง ๆ ไทร แลคน เมืองเกาะหมากเมืองไทรจะได้ไปมาค้าขายอย่าง เดิม แลโคกระบือแลเปิดไก่อแลปลาเข้าเปลือกเข้า สารซึ่งเปนเสบียงอาหารไพร่พลเมือง ๆ เกาะหมาก แลกำปั่นในเมืองเกาะหมากต้องการจะซื้อแต่เมือง ไทร ไทยไม่เรียกภาษี แลปากน้ำคลองใด ๆ ที่เมือง ไทร ไทยไม่ตั้งส่วยทอด ไทยเรียกเอาจังกอบภาษี ตามสมควร ไทยสัญญาว่า เจ้าพระยานครกลับ ออกไปแต่กรุงจะปล่อยครอบครัวทาสว่าคนของ พระยาไทรคนเก่าให้กลับคืนไปตามชอบใจ อังกฤษ

¹⁸ Article 8 “If a merchant desire to go and trade in any place or Country belonging to the English or Siamese, and his ship, boat, or junk, meet with any injury whatever, the English or Siamese Officers shall afford adequate assistance and protection. Should any vessel belonging to the Siamese or English be wrecked in any place or Country where the English or Siamese may collect any of the property belonging to such vessel, the English or Siamese Officers shall make proper inquiry, and cause the property to be restored to its owner, or in case of his death, to his heir, and the owner or heir will give a proper remuneration to the persons who may have collected the property. If any Siamese or English subject die in an English or Siamese Country, whatever property he may leave shall be delivered to his heir; if the heir be not living in the same Country, and unable to come, appoint a person by Letter to receive the property, the whole of it shall be delivered to such person.”

¹⁹ Article 11 “If an Englishman desire to transmit a letter to any person in a Siamese or other Country, such person only, and no other, shall open and look into the letter. If a Siamese desire to transmit a letter to any person in an English or other Country, such person only, and no other, shall open and look into the letter.”

สัญญาต่อไทยว่า ไม่ต้องการเอาเมืองไทร อังกฤษ
ไม่รบกวเมืองไทร แลไม่ให้พระยาไทรคนเก่ากับ
ปาวไพรของพระยาไทรคนเก่าไปรบกวทำอันตราย
สิ่งหนึ่งสิ่งใด ณ เมืองไทรแลเมืองอื่น ๆ ซึ่งขึ้นกับ
เมืองไทร แลอังกฤษสัญญาว่า จะจัดแจงให้พระยา
ไทรคนเก่าไปอยู่เมืองอื่น ไม่ให้พระยาไทรคนเก่า
อยู่ที่เมืองเกาะหมาก เมืองไทร เมืองเปหระ เมือง
สลาหงอ เมืองพม่า ถ้าอังกฤษไม่ให้พระยาไทรคนเก่า
ไปอยู่เมืองอื่นตามสัญญา ก็ให้ไทยเรียกเอามา
เข้าเปลือกเข้าสารที่เมืองไทรเหมือนแต่ก่อน อังกฤษ
สัญญาว่า ไทย ว่า แยก ว่า จีน ซึ่งอยู่ ณ เมือง
เกาะหมาก จะมาอยู่ ณ เมืองไทร อังกฤษไม่ห้าม

ข้อ ๑๔ ไทยกับอังกฤษสัญญาต่อกันว่า
ให้พระยาเปหระครองเมืองเปหระตามใจพระยา
เปหระ ถ้าพระยาเปหระจะถวายดอกไม้ทองดอกไม้
เงิน ณ กรุงตามแต่ก่อน ก็ตามใจพระยาเปหระ
อังกฤษไม่ห้ามปราม เจ้าพระยานครจะใช้ไทยใช้แขก
ใช้จีนคนฝ่ายไทยลงไปเมืองเปหระโดยดี ๔๐ คน
๕๐ คน ถ้าพระยาเปหระจะใช้ศรีตรัน กรมการฝ่าย
เมืองเปหระ มาหาเจ้าพระยานคร อังกฤษไม่ห้าม
ไทยอังกฤษไม่ยกกองทัพไปเบียดเบียนรบกว ณ

เมืองเปหระ อังกฤษไม่ให้เมืองสลาหงอมารบกว
เมืองเปหระ ไทยก็ไม่ไปรบกวเมืองสลาหงอ
การซึ่งสัญญาเมืองไทรเมืองเปหระ ๒ ข้อนี้ ต่อเมื่อ
เจ้าพระยานครกลับออกไปแต่กรุง จึงจะได้จัดแจง
ตามสัญญา”

ข้อสัญญาในข้อ ๑๒ ถึง ๑๔ เป็นเรื่อง
การแก้ปัญหาทางการเมืองเกี่ยวกับเมืองไทรบุรีและ
เกี่ยวกับพระยาไทรโดยเฉพาะ อันเห็นได้ว่าอังกฤษ
ได้เริ่มเข้ามาล่าอาณานิคมเพื่อหาผลประโยชน์
ทางการค้า และเริ่มสร้างเขตอิทธิพลทางการเมือง
และทางการทหารของตนในแถบนี้แล้ว

เนื่องจากการจัดพิมพ์มีข้อจำกัดเรื่อง
จำนวนหน้าของบทความ ผู้เขียนจึงขอแนะนำ
บทความโดยวิเคราะห์จากสนธิสัญญาทางพระราช
ไมตรีระหว่างสยามกับนานาประเทศที่มีมาตั้งแต่
คริสต์ศตวรรษที่ ๑๖ จนถึงการจัดทำสนธิสัญญา
เบอร์นี (Berny Treaty of 1826) เพียงเท่านั้นเอา
ไว้ก่อน ส่วนพัฒนาการต่อไปของกฎหมายระหว่าง
ประเทศจากหนังสือสัญญาทางพระราชไมตรีที่
สยามทำไว้กับนานาประเทศในเวลาต่อมานั้น จะได้
ตีพิมพ์เผยแพร่ในโอกาสต่อไป



บรรณานุกรม

หนังสือสัญญาสยาม-ฝรั่งเศส ลงวันที่ ๑๑ ธันวาคม ค.ศ. ๑๖๘๕

หนังสือสัญญาสยาม-สหราชอาณาจักร ลงวันที่ ๒๐ มิถุนายน ค.ศ. ๑๘๒๖

หลวงสิทธิสยามการ, สัญญาทางพระราชไมตรีระหว่างสยามกับต่างประเทศ (ตำราคำสอนชั้นปริญญา
โททางการทูต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง พ.ศ. ๒๕๓๘)



ประเด็นทางกฎหมายของสามีภริยา ที่ร้างกันหรือแยกกันอยู่โดยมิได้หย่า

ช.ชยินทร์ เพ็ชฌุไพศิษฐ์*

บทคัดย่อ

ปัจจุบันปัญหาการหย่าร้างในสังคมไทยนับวันจะมีจำนวนเพิ่มสูงขึ้นจากหลาย ๆ สาเหตุ ซึ่งมีผลทำให้การการสมรสสิ้นสุดลง ซึ่งการหย่าร้างจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายก็ต่อเมื่อมีการจดทะเบียนหย่า และเมื่อมีการจดทะเบียนหย่าแล้วส่งผลให้สิ้นสุดความผูกพันทางกฎหมายไม่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ของการเป็นสามีภริยาระหว่างกัน แต่ก็มีบางครอบครัวที่สามีภริยาที่ร้างกันหรือแยกกันอยู่โดยมิได้จดทะเบียนหย่าถือว่าสถานะในทางกฎหมายยังคงเป็นสามีภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมายกันอยู่ ทำให้ยังคงมีความผูกพันทางกฎหมายในสิทธิและหน้าที่ของการเป็นสามีภริยาระหว่างกัน แม้ว่าต่างฝ่ายจะไม่ได้อยู่ร่วมกันแต่ยังคงมีความสัมพันธ์ในทางกฎหมาย เช่น การอุปการะเลี้ยงดู สิ้นสมรส สิทธิในการรับมรดก เป็นต้น

คำสำคัญ: สามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย, สิ้นสมรส, ทายาทโดยธรรม, สิทธิโดยธรรมในการสืบมรดก

Abstract

It is true that, in current Thai society, the problem of divorce has been continually increased due to a lot of factors which result in the termination of married status. Under Thai family law, it obviously provides that the divorce is to be completely taken into effect when spouses aim to register a divorce certificate; consequently, the separation will not be legally completed as long as the certificate has not been registered. However, in reality, there are so many spouses who are living apart without registering the divorce certificate. This might lead to the legal problem of child support, marriage properties, or succession right.

Keywords: Statutory Heirs, Marriage Property, Succession

* ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

๑. บทนำ

บทความนี้จะกล่าวถึงประเด็นทางกฎหมายหลายๆ ด้าน การเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย ต้องมีการจดทะเบียนสมรสระหว่างชายหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๔๕๗¹ แล้วเท่านั้น สามีภริยาที่ร้างกันหรือแยกกันอยู่โดยมิได้จดทะเบียนหย่า จึงถือว่ายังมีสถานะเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายกันอยู่ ทำให้เกิดประเด็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายในการใช้สิทธิและหน้าที่ระหว่างสามีภริยา เช่น ประเด็นของการจะไปมีครอบครัวใหม่ ประเด็นของการใช้อำนาจในการปกครองบุตร ประเด็นในเรื่องของทรัพย์สินและประเด็นในเรื่องสิทธิการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม เป็นต้น ซึ่งจะทำให้สามีภริยาที่ร้างกันหรือแยกกันอยู่โดยมิได้จดทะเบียนหย่าเกิดปัญหาความยุ่งยากในทางกฎหมายได้ในอนาคต ดังนั้น เพื่อเป็นการขจัดปัญหาที่จะเกิดขึ้นนั้น เมื่อสามีภริยาไม่มีความประสงค์หรือความสมัครใจที่จะอยู่กินกันฉันสามีภริยากันแล้ว ควรที่จะดำเนินการจดทะเบียนหย่าน่าจะเป็นทางออกที่ดีที่สุดในการระงับปัญหาทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นในอนาคตข้างหน้า

๒. ประเด็นปัญหาทางกฎหมายการหย่าร้างกันโดยมิได้จดทะเบียนหย่า

การสิ้นสุดการสมรสมี ๓ กรณี ดังนี้ ๑. ความตายของคู่สมรส ๒. การหย่า ๓. ศาลพิพากษาให้เพิกถอนในกรณีที่การสมรสที่เป็นโมฆียะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา ๑๕๐๑ บัญญัติว่า “การสมรสย่อมสิ้นสุดลงด้วยความตาย การหย่า หรือศาลพิพากษาให้เพิกถอน” มีผลทำให้การเป็นสามีภริยาลิ้นสุดลง และสิ้นความผูกพันกันในทางกฎหมาย ส่วนกรณีที่สามีภริยาร้างกันและแยกกันอยู่โดยมิได้จดทะเบียนหย่า ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ยังถือว่ายังมีสถานะเป็นคู่สมรสกันอยู่

ดังนั้น เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายในเบื้องต้นการสามีภริยาทั้งร้างกันไปหรือแยกกันอยู่โดยมิได้มีการจดทะเบียนหย่า ไม่มีผลต่อการสิ้นสุดการสมรส ถือว่าสามีภริยาในลักษณะดังกล่าวนั้นยังมีความสัมพันธ์กันในทางกฎหมายครอบครัวและกฎหมายมรดก เหมือนเช่นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายทั่วไปในหลายประเด็นด้วยกัน ได้แก่

๑) ประเด็นแรก ไม่สามารถที่จะไปทำการสมรสใหม่ได้ เพราะขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๔๕๒ บัญญัติว่า “ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้” หากฝ่าฝืนไปทำการสมรส เป็นการสมรสซ้อนตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๔๙๕ บัญญัติว่า “การสมรสที่ฝ่าฝืนมาตรา ๑๔๔๙ มาตรา ๑๔๕๐ มาตรา ๑๔๕๒ และมาตรา ๑๔๕๔ เป็นโมฆะ”

๒) ประเด็นที่สอง ในด้านความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา ยังมีหน้าที่ระหว่างกันต้องให้ความอุปการะเลี้ยงดูกันและกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๖๑ บัญญัติว่า “สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา

¹ มาตรา ๑๔๕๗ การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น

สามีภริยาต้องช่วยเหลืออุปการะ เลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน”

๓) ประเด็นที่สาม ในด้านทรัพย์สินเมื่อ ยังมีสถานะในทางกฎหมายเป็นสามีภริยาโดยชอบ ด้วยกฎหมายกันอยู่ ดังนั้น ในระหว่างที่ทั้งร่างกัน หรือที่แยกกันอยู่ ทรัพย์สินที่ไม่ว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หาได้ในระหว่างการสมรสถือว่าเป็นสินสมรส ซึ่ง อำนาจในการจัดการสินสมรสต้องทำร่วมกัน หรือ ได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง หากว่าฝ่ายใด ดำเนินการจัดการสินสมรสโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมาย อีกฝ่ายฟ้องเพิกถอนนิติกรรมนั้นได้ นอกจากนี้แล้ว จะทำพินัยกรรมยกสินสมรสเกินกว่าส่วนของตน ไม่ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๗๔ บัญญัติว่า

“สินสมรสได้แก่ทรัพย์สิน

(๑) ที่คู่สมรสได้มาระหว่างสมรส

(๒) ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มาระหว่าง สมรสโดยพินัยกรรมหรือโดยการให้เป็นหนังสือ เมื่อพินัยกรรมหรือหนังสือยกให้ระบุว่าสิน สมรส

(๓) ที่เป็นดอกผลของสินส่วนตัว

ถ้ากรณีเป็นที่สงสัยว่าทรัพย์สินอย่าง หนึ่งเป็นสินสมรสหรือไม่ใช่ ให้สันนิษฐานไว้ก่อน ว่าเป็นสินสมรส”

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๗๖ บัญญัติว่า

“สามีและภริยาต้องจัดการสินสมรส ร่วมกันหรือได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง ในกรณีดังต่อไปนี้

(๑) ขาย แลกเปลี่ยน ขายฝาก ให้

เช่าซื้อ จำนอง ปลดจำนอง หรือโอนสิทธิจำนอง ซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ที่อาจ จำนองได้

(๒) ก่อตั้งหรือกระทำให้สุดสิ้นลง ทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งภาระจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน หรือภาระติดพัน ในอสังหาริมทรัพย์

(๓) ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์เกินสามปี

(๔) ให้กู้ยืมเงิน

(๕) ให้โดยเสน่หา เว้นแต่การให้ที่ พอดีควรแก่ฐานานุรูปของครอบครัวเพื่อการกุศล เพื่อการสังคม หรือตามหน้าที่ธรรมจรรยา

(๖) ประนีประนอมยอมความ

(๗) มอบข้อพิพาทให้อนุญาโต ตูลาการวินิจฉัย

(๘) นำทรัพย์สินไปเป็นประกันหรือ หลักประกันต่อเจ้าพนักงานหรือศาล

การจัดการสินสมรสนอกจากกรณี ที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง สามีหรือภริยาจัดการได้ โดยมีต้องได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง”

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์มาตรา ๑๔๘๐ บัญญัติว่า

“การจัดการสินสมรสซึ่งต้องจัดการ ร่วมกันหรือต้องได้รับความยินยอมจากอีกฝ่าย หนึ่งตามมาตรา ๑๔๗๖ ถ้าคู่สมรสฝ่ายหนึ่งได้ทำ นิติกรรมไปแต่เพียงฝ่ายเดียวหรือโดยปราศจาก ความยินยอมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง คู่สมรสอีก ฝ่ายหนึ่งอาจฟ้องให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมนั้นได้ เว้นแต่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้ให้สัตยาบันแก่ นิติกรรมนั้นแล้ว หรือในขณะที่ทำนิติกรรมนั้น บุคคลภายนอกได้กระทำโดยสุจริตและเสียค่า

ตอบแทน

การฟ้องให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมตามวรรคหนึ่งห้ามมิให้ฟ้องเมื่อพ้นหนึ่งปี นับแต่วันที่ได้รู้เหตุอันเป็นมูลให้เพิกถอน หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันที่ได้ทำนิติกรรมนั้น”

และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๔๘๑ บัญญัติว่า

“สามีหรือภริยาไม่มีอำนาจทำพินัยกรรมยกสินสมรสที่เกินกว่าส่วนของตนให้แก่บุคคลใดได้”

๔) ประเด็นที่สี่ สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร ยังมีสิทธิและหน้าที่ร่วมกันในการให้ความอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาแก่บุตรผู้เยาว์และบุตรผู้ทุพพลภาพ หากฝ่ายใดละเลยหน้าที่อีกฝ่ายฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๕๖๔ บัญญัติว่า

“บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้”

และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๕๖๕ บัญญัติว่า

“การร้องขอค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรหรือขอให้บุตรได้รับการอุปการะเลี้ยงดู โดยประการอื่น นอกจากอัยการจะยกคดีขึ้นว่ากล่าวตามมาตรา ๑๕๖๒ แล้ว บิดาหรือมารดาจะนำคดีขึ้นว่ากล่าวก็ได้”

๕) ประเด็นที่ห้า หนี้สินระหว่างสมรสยังมีความรับผิดชอบร่วมกันในหนี้สินครอบครัว และในหนี้สินส่วนตัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๘๘ บัญญัติว่า

“ถ้าสามีหรือภริยาต้องรับผิดชอบส่วนตัวเพื่อชำระหนี้ที่ก่อไว้ก่อนหรือระหว่างสมรส ให้ชำระหนี้ด้วยสินส่วนตัวของฝ่ายนั้นก่อน เมื่อไม่พอจึงให้ชำระด้วยสินสมรสที่เป็นส่วนของฝ่ายนั้น”

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๔๘๙ บัญญัติว่า

“ถ้าสามีภริยาเป็นลูกหนี้ร่วมกัน ให้ชำระหนี้จากสินสมรสและสินส่วนตัวของทั้งสองฝ่าย”

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๔๙๐ บัญญัติว่า

“หนี้ที่สามีภริยาเป็นลูกหนี้ร่วมกันนั้นให้รวมถึงหนี้ที่สามีหรือภริยาก่อให้เกิดขึ้นในระหว่างสมรสดังต่อไปนี้

(๑) หนี้เกี่ยวกับการจัดการบ้านเรือนและจัดหาสิ่งจำเป็นสำหรับครอบครัว การอุปการะเลี้ยงดูตลอดถึงการรักษาพยาบาลบุคคลในครอบครัวและการศึกษาของบุตรตามสมควรแก่อัตภาพ

(๒) หนี้ที่เกี่ยวข้องกับสินสมรส

(๓) หนี้ที่เกิดขึ้นเนื่องจากการงานซึ่งสามีภริยาทำด้วยกัน

(๔) หนี้ที่สามีหรือภริยาก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ตนฝ่ายเดียวแต่อีกฝ่ายหนึ่งได้ให้สัตยาบัน”

และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๔๙๑ บัญญัติว่า

“ถ้าสามีหรือภริยาต้องคำพิพากษาให้ล้มละลาย สิ้นสมรสย่อมแยกจากกันโดยอำนาจกฎหมายนับแต่วันที่ศาลพิพากษาให้ล้มละลายนั้น”

๖) ประเด็นที่หก การเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินภริยาไปในทำนองชู้สาว หรือจากหญิงอื่นที่แสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชู้สาวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๕๒๓ บัญญัติว่า

“เมื่อศาลพิพากษาให้หย่ากันเพราะเหตุตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) ภริยาหรือสามีมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากสามีหรือภริยาและจากผู้ซึ่งได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่อง หรือผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่านั้น

สามีจะเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินภริยาไปในทำนองชู้สาวก็ได้ และภริยาจะเรียกค่าทดแทนจากหญิงอื่นที่แสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชู้สาวก็ได้

ถ้าสามีหรือภริยายินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำการตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) หรือให้ผู้อื่นกระทำการตามวรรคสอง สามีหรือภริยานั้นจะเรียกค่าทดแทนไม่ได้”

๗) ประเด็นที่เจ็ด ไม่ว่าแล้วฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตาย คู่สมรสอีกฝ่ายที่ยังมีชีวิตมีสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๖๒๔

บัญญัติว่า

“สามีภริยาที่ร่วมกัน หรือแยกกันอยู่โดยยังมีได้หย่าขาดจากกันตามกฎหมาย มิได้สิ้นไปซึ่งสิทธิโดยธรรมในการสืบมรดกซึ่งกันและกัน”

สรุปได้ว่า

ประเด็นแรก สามีภริยาที่ร่วมกันหรือแยกกันอยู่โดยมิได้จดทะเบียนหย่า ยังไม่สามารถจะทำการสมรสใหม่ได้ เพราะยังมีสถานะเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายกันอยู่ หากฝ่าฝืนเป็นการสมรสซ้อน การสมรสตกเป็นโมฆะและอาจมีความผิดฐานแจ้งความเท็จแก่เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๓๗ และมีความผิดฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารราชการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๖๗ ได้อีกด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๓๖/๒๕๐๑ หญิงทำหนังสือหย่าขาดจากสามี แล้วจดทะเบียนสมรสกับชายอื่นแล้วหญิงชายที่ดินสิ้นสมรสกับสามีเดิมไป สามีฟ้องศาลพิพากษาเพิกถอนการสมรสนั้น เพราะการหย่าไม่สมบูรณ์ หญิงจึงยังเป็นภริยาของสามีเดิมอยู่ กรณีต้องด้วย มาตรา ๑๔๙๕ เมื่อผู้ซื้อไม่สุจริต สามีขอเพิกถอนการขายนั้นได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๕๔๑/๒๕๒๑ เดิม จ. จดทะเบียนสมรสกับโจทก์ก่อนโจทก์บวชเป็นพระภิกษุและยังมิได้หย่าขาดจากกัน ต่อมา จ. ได้จดทะเบียนสมรสกับจำเลยอีก หลังจากนั้น จ. ได้ถึงแก่กรรมด้วยอุบัติเหตุรถยนต์ชน โจทก์จึงมาฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการสมรสระหว่างจำเลยกับ จ. เป็นโมฆะ ดังนี้ เมื่อ จ. ได้ถึงแก่

กรรมไปแล้วก่อนโจทก์ฟ้อง การสมรสระหว่าง จำเลยกับ จ. ได้ขาดจากกันเพราะเหตุ จ. ถึงแก่ ความตายตามมาตรา ๑๔๙๗ แล้ว เมื่อการสมรส ช้อนของจำเลยกับ จ.ขาดจากกันแล้วขณะโจทก์ ฟ้องคดีนี้ การสมรสช้อนนั้นจึงไม่มีผลกระทบ กระเทือนหรือโต้แย้งสิทธิของโจทก์ในฐานะคู่สมรส เดิมแต่อย่างใด และตามคำฟ้องโจทก์มิได้กล่าว แสดงว่าจำเลยได้กระทำการสิ่งใด อันเป็นการโต้ แแย้งเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของโจทก์เช่นสิทธิใน ครอบครัวสิทธิในมรดกของผู้ตายหรือสิทธิอื่นใด ซึ่งจะเป็นเหตุให้โจทก์มีอำนาจฟ้องจำเลยได้ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๕๕ จึงถือว่าตามคำฟ้องไม่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิ หรือหน้าที่ของโจทก์ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๕๘๓/๒๕๒๒ สามีจดทะเบียนสมรสกับหญิงอื่นโดยที่ยังไม่ขาด จากภริยาเดิมที่ได้จดทะเบียนสมรสไว้ แต่อ้างกับ เจ้าหน้าที่จดทะเบียนว่าไม่เคยจดทะเบียนสมรส มาก่อน ภริยาเดิมเป็นผู้เสียหายฟ้องสามิตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๓๗ ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๓๗/๒๕๔๔ ขณะที่จำเลยจดทะเบียนสมรสกับ ส. ในวันที่ ๑๐ สิงหาคม ๒๕๓๑ จำเลยไม่มีคู่สมรสเพราะจำเลยจด ทะเบียนหย่ากับ ค. แล้ว ตั้งแต่วันที่ ๔ กรกฎาคม ๒๕๑๕ จึงไม่เป็นการฝ่าฝืนเงื่อนไขการสมรสตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๕๒ การที่จำเลยไม่มีคู่สมรสอยู่ในขณะที่จดทะเบียน สมรส แม้จำเลยจะอ้างว่าจำเลยเคยสมรสแต่ไม่ได้ จดทะเบียนสมรสก็มีผลอย่างเดียวกันว่าจำเลยไม่มี คู่สมรสในขณะที่จำเลยจดทะเบียนสมรสกับ ส. นั้นเอง การที่นายทะเบียนจดทะเบียนสมรสให้

จำเลยกับ ส. โดยเชื่อว่าจำเลยไม่เคยสมรสมาก่อน จึงไม่อาจทำให้ผู้อื่นหรือประชาชนเสียหายและ ไม่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน **จำเลยจึงไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๓๗ และมาตรา ๒๖๗**

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๑๘๖/๒๕๔๕ โจทก์ ทั้งเจ็ดเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของนาย ท. กับ นาง จ. ต่อมานาง จ. ถึงแก่ความตาย นาย ท. ได้ จดทะเบียนสมรสกับนาง ป. หลังจากนั้นนาย ท.มาจดทะเบียนสมรสกับจำเลยอีกโดยมิได้หย่า ขาดจากนาง ป. จึงเป็นการฝ่าฝืนประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๕๒ ย่อม ตกเป็นโมฆะตามมาตรา ๑๔๙๕ เมื่อนาย ท. ถึงแก่ความตายแล้ว โจทก์ทั้งเจ็ดจึงเป็นทายาทโดย ธรรมของนาย ท. และมีสิทธิได้รับทรัพย์มรดกของ นาย ท. โจทก์ทั้งเจ็ดจึงอยู่ในฐานะเป็นบุคคลผู้ที่มี ส่วนได้เสียที่จะร้องขอให้ศาลพิพากษาว่า การ สมรสระหว่างนาย ท. และจำเลยเป็นโมฆะได้ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๔๙๗ โจทก์ทั้งเจ็ดมีอำนาจฟ้อง ขอให้เพิกถอนการสมรส ระหว่างนาย ท. กับจำเลย

ประเด็นที่สอง สามิภริยาที่ร้างกันหรือ แยกกันอยู่โดยมิได้จดทะเบียนหย่า ยังคงมีหน้าที่ ระหว่างกันที่ต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูกันและกัน เพราะสถานะภาพทางกฎหมายยังคงเป็นสามิภริยา กันโดยชอบด้วยกฎหมายกันอยู่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๙๕๙/๒๕๕๒ ป.พ.พ. มาตรา ๑๔๖๑ วรรคสองและมาตรา ๑๕๙๘/๓๔ เป็นบทบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่สามิ หรือภริยาโดยให้ฝ่ายที่มีฐานะดีช่วยเหลืออุปการะ เลี้ยงดูตามฐานะและความสามารถ ถ้าฝ่ายหนึ่งมี

ความสามารถที่จะอุปการะเลี้ยงดูแล้วไม่อุปการะเลี้ยงดู อีกฝ่ายย่อมมีสิทธิฟ้องหย่าได้ตามมาตรา ๑๕๑๖ (๖) แต่ถ้าไม่ประสงค์จะฟ้องหย่า ก็ฟ้องขอค่าอุปการะเลี้ยงดูได้ตามมาตรา ๑๕๙๘/๓๘ ในเมื่ออีกฝ่ายที่ควรได้รับไม่ได้รับการเลี้ยงดูตามอัตภาพ มิใช่เป็นสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นเมื่อฟ้องหย่า

หลังจากจดทะเบียนสมรส โจทก์จำเลยอยู่กินด้วยกันที่บ้านบิดาของโจทก์ แม้จำเลยไปรับราชการต่างจังหวัดก็กลับมามานั่งกล่าวที่โจทก์อยู่ กับบุตร โจทก์เป็นแม่บ้านไม่มีรายได้ **เหตุที่โจทก์กับจำเลยสมรสใจแยกกันอยู่ตั้งแต่ปี ๒๕๓๙ ก็เนื่องจากจำเลยทำร้ายร่างกายโจทก์ ที่สำคัญจำเลยไปอุปการะเลี้ยงดูหญิงอื่นจนภริยาตลอดมา การสมรสใจแยกกันอยู่จึงมิใช่ความผิดของโจทก์ จำเลยซึ่งอุปการะเลี้ยงดูโจทก์ตลอดมา และอยู่ในฐานะที่สามารถอุปการะเลี้ยงดูโจทก์ได้ จึงมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูโจทก์** โจทก์ซึ่งเป็นฝ่ายมีความสามารถหรือฐานะน้อยกว่าและแยกไปอยู่โดยสุจริตจึงชอบที่จะได้รับการช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูจากจำเลย

ประเด็นที่สาม สามีภริยาที่ร้างกันหรือแยกกันอยู่โดยมิได้จดทะเบียนหย่า ยังมีความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินในส่วนของสินสมรส เพราะในช่วงที่ทั้งร้างหรือแยกกันอยู่นั้นไม่ว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะหาได้มาซึ่งทรัพย์สินถือว่าเป็นสินสมรสที่คู่สมรสนั้นมีสิทธิกันคนละครึ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๘๓๐/๒๕๔๒ เมื่อไม่ได้ความชัดว่า ส. ได้ที่ดินพิพาทมาก่อนสมรสหรือได้มาในระหว่างสมรสกับ ล. จึงต้องด้วยข้อสันนิษฐานของกฎหมายที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นสินสมรสตาม ป.พ.พ. มาตรา ๑๔๗๔ วรรคท้าย

เมื่อ ส. ตายที่ดินพิพาทซึ่งเป็นสินสมรสย่อมตกเป็นของ ล. กึ่งหนึ่งตาม ป.พ.พ. มาตรา ๑๖๒๕ (๑) ประกอบมาตรา ๑๕๓๓ อีกกึ่งหนึ่งเป็นมรดกตกแก่ ล. กับโจทก์ คนละส่วนเท่าๆ กันตามมาตรา ๑๖๒๙ (๑) ประกอบด้วยมาตรา ๑๖๓๕ (๑)

ประเด็นที่สี่ สามีภริยาที่ร้างกันหรือแยกกันอยู่โดยมิได้จดทะเบียนหย่า ยังมีหน้าที่ในการให้ความอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษานูตรผู้เยาว์ร่วมกัน ดังนั้นแม้จะแยกกันอยู่ทั้งสามมีภริยายังคงมีหน้าที่ทั้งสองฝ่ายที่จะต้องร่วมกันให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์และบุตรผู้ทุพพลภาพ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๕๖๘/๒๕๕๒ ป.พ.พ. มาตรา ๑๕๖๔ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาดูตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์...” บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้บิดาและมารดามีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะปฏิเสธมิได้ ส่วนการกำหนดค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ตามมาตรา ๑๕๙๘/๓๘ ให้ศาลคำนึงถึงความสามารถของผู้มีหน้าที่ต้องให้ ฐานะของผู้รับและพฤติการณ์แห่งกรณี เมื่อศาลเชื่อว่าโจทก์และจำเลยก็ยังสามารถที่จะให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ทั้งสองได้ไม่ยิ่งหย่อนกว่ากัน และแบ่งความรับผิดชอบให้จำเลยชำระค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ทั้งสองเดือนละ 15,000 บาท เท่ากับคนละ 7,500 บาทต่อเดือนนั้นจึงเหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งกรณีแล้ว

ส่วนข้ออ้างว่าจำเลยยกส่วนแบ่งในสินสมรสของจำเลยให้โจทก์เป็นค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ทั้งสองอีกนั้น กรณีแบ่งสินสมรสเป็นคนละส่วนกับหน้าที่ของจำเลยในฐานะบิดาที่จำต้อง

อุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ทั้งสองตามกฎหมาย
จำเลยจึงไม่อาจอ้างเหตุดังกล่าวปฏิเสธความรับผิด
ได้

ประเด็นที่ห้า สามีภริยาที่ร้างกันหรือแยก
กันอยู่โดยมิได้จดทะเบียนหย่า หากฝ่ายใดมีปัญหา
ในเรื่องหนี้สิน หากเป็นหนี้สินส่วนตัวเจ้าหนี้ต้อง
บังคับเอาจากสินส่วนตัวของฝ่ายนั้นก่อน ไม่พอจึง
มาบังคับเอาจากสินสมรสต่อไป และอาจเป็นลูกหนี้
ร่วมได้ ในหนี้เกี่ยวกับการจัดการบ้านเรือน และ
จัดหาสิ่งจำเป็นสำหรับครอบครัว การอุปการะ
เลี้ยงดูตลอดถึงการรักษาพยาบาลบุคคลในครอบครัว
และการศึกษาของบุตรตามสมควรแก่อัตภาพ
ดังนั้นในประเด็นนี้แม้จะทั้งร้างหรือแยกกันอยู่
ทรัพย์สินที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหาได้มายังถือว่าเป็นสิน
สมรสที่สามารถจะถูกบังคับชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้
ต่อไป

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๙๙/๒๕๓๑ ผู้ร้อง
กับจำเลยแยกกันอยู่และไม่เกี่ยวข้องกัน การที่
ผู้ร้องมิได้แจ้งให้จำเลยทราบว่าจำเลยถูกฟ้อง
มิได้แสดงว่าผู้ร้องให้สัตยาบันหนี้ที่จำเลยก่อขึ้น
ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา
๑๔๙๐ (๔)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๙๐๘/๒๕๔๐ หนี้
ที่สามีหรือภริยาก่อขึ้นในระหว่างสมรส ซึ่งป.พ.พ.
มาตรา ๑๔๙๐ บัญญัติให้ถือเป็นหนี้ร่วมกันหมายถึง
ถึงการเป็นสามีภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมาย

แม้ข้อความในหนังสือรับสภาพหนี้จะ
ระบุว่า จำเลยทั้งสองยอมรับผิดชอบชำระหนี้จำนวน
๘๐๐,๐๐๐ บาท พร้อมดอกเบี้ยตามกฎหมายให้แก่
ศ. แต่เมื่อไม่ปรากฏว่าจำเลยที่ ๒ ได้ลงชื่อใน

หนังสือดังกล่าวหรือมีส่วนเกี่ยวข้องด้วย คงมี
จำเลยที่ ๑ เพียงผู้เดียวที่ลงชื่อไว้ในฐานะลูกหนี้
อีกทั้งในช่วงระยะเวลาที่จำเลยที่ ๑ ก่อหนี้ขึ้นและ
ทำหนังสือรับสภาพหนี้ จำเลยที่ ๒ มิได้มีฐานะเป็น
ภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของจำเลยที่ ๑ แต่
อย่างใด หนี้ที่จำเลยที่ ๑ ก่อขึ้นตามหนังสือรับ
สภาพหนี้ดังกล่าวจึงไม่เป็นหนี้ร่วมระหว่างจำเลย
ที่ ๑ กับจำเลยที่ ๒

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๒๔๔/๒๕๕๐
บทบัญญัติตาม ป.พ.พ. มาตรา ๑๕๒๒ กำหนดให้
ศาลมีอำนาจกำหนดค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรได้เป็น
กรณีเฉพาะเมื่อศาลพิพากษาให้หย่าหรือในกรณีที่
สัญญาหย่ามิได้กำหนดเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูไว้
ดังนั้น แม้จำเลยมิได้ฟ้องแย้งขอค่าอุปการะเลี้ยงดู
บุตรทั้งสอง ศาลชั้นต้นก็กำหนดให้โจทก์ชำระค่า
อุปการะเลี้ยงดูบุตรทั้งสองเป็นรายเดือนจนกว่า
บุตรทั้งสองจะบรรลุนิติภาวะได้ ปัญหาการกำหนด
ค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรดังกล่าว แม้ไม่มีคู่ความ
ฝ่ายใดยกขึ้นฎีกา แต่เป็นปัญหาเกี่ยวกับความ
สงบเรียบร้อย ศาลฎีกาเห็นสมควรหยิบยกขึ้น
พิพากษาเป็นประโยชน์แก่บุตรผู้เยาว์ทั้งสองของ
โจทก์จำเลย

ในการเข้าซื้อรถยนต์พิพาท บิดาโจทก์เป็น
ผู้วางเงินจองให้ ๑๐,๐๐๐ บาท และบิดามารดา
โจทก์ออกเงินดาวน์ให้อีกส่วนหนึ่ง รถยนต์คันดังกล่าว
โจทก์จำเลยได้ออกเงินบางส่วนเป็นค่ารถยนต์
ด้วย ทั้งเงินที่บิดามารดาโจทก์ช่วยออกเป็นค่า
รถยนต์ ภายหลังก็ไม่ปรากฏว่าบิดามารดาโจทก์ได้
ทวงถามให้โจทก์จำเลยชำระหนี้ส่วนนี้แต่อย่างไร
แสดงว่าบิดามารดาโจทก์มีเจตนาที่จะออกเงินค่า
รถยนต์ส่วนนี้ให้แก่โจทก์จำเลย รถยนต์คันดังกล่าว

จึงเป็นทรัพย์สินที่โจทก์จำเลยได้มาในระหว่างสมรส เป็นสินสมรสตาม ป.พ.พ. มาตรา ๑๔๗๔ (๑) ลิทธิ ตามสัญญาเช่าซื้อรถยนต์จึงเป็นสินสมรส การที่ โจทก์โอนสิทธิการเช่าซื้อรถยนต์ให้แก่ ว. ใน ระหว่างที่โจทก์จำเลยยังเป็นสามีภริยากัน โดย จำเลยไม่ทราบเรื่องจึงเป็นการจำหน่ายโอน สิทธิการเช่าซื้อรถยนต์อันเป็นสินสมรสไปโดยมิ เจตนาทำให้จำเลยได้รับความเสียหายซึ่ง ป.พ.พ. มาตรา ๑๕๓๔ ให้ถือเสมือนหนึ่งว่าทรัพย์สินนั้น ยังคงมีอยู่เพื่อจัดแบ่งสินสมรสตามมาตรา ๑๕๓๓ โจทก์ต้องแบ่งสินสมรสดังกล่าวให้แก่จำเลยครึ่งหนึ่ง

แม้การกู้เงินของจำเลยทั้งสองครั้ง จะเป็นการกู้หลังจากจำเลยแยกมาอยู่กับบิดา มารดาจำเลยแล้ว แต่จำเลยได้นำบุตรไปเลี้ยงดู ด้วย จึงต้องมีภาระค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ โจทก์เป็น บิดาต้องมีส่วนอุปการะเลี้ยงดูบุตรเช่นกัน จำเลยนำสืบว่าจำเลยกู้เงินในการกู้ปี ๒๕๔๓ จำเลยได้ระบุในวัตถุประสงค์ขอกู้ว่า ซื้อเครื่อง คอมพิวเตอร์ และมีหลักฐานใบสั่งซื้อสินค้า ส่วน การกู้ในปี ๒๕๔๖ เป็นการกู้เงินเพื่อเหตุฉุกเฉิน ฟังได้ว่า จำเลยกู้เงินสองครั้งดังกล่าว เพื่อเป็น ค่าใช้จ่ายของบุตรอันเป็นค่าใช้จ่ายจำเป็นใน ครอบครัวและเป็นหน้าที่จำเลยก่อกำขึ้นในระหว่าง สมรสจึงเป็นหน้าที่โจทก์ จำเลยต้องรับผิดชอบอย่าง ลูกหนี้ร่วมกันตาม ป.พ.พ. มาตรา ๑๔๙๐

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๓๐๖/๒๕๕๑ สัญญากู้ยืมเงินเป็นหน้าที่จำเลยซึ่งเป็นภริยาผู้ร้อง ก่อให้เกิดขึ้นในระหว่างสมรส และเป็นหนี้เกี่ยวแก่ การจัดการบ้านเรือนและจัดหาสิ่งจำเป็นสำหรับ ครอบครัว การอุปการะเลี้ยงดูตลอดถึงการรักษา พยาบาลบุคคลในครอบครัวและการศึกษาของบุตร

ตามสมควรแก่อัตภาพ ถือได้ว่าเป็นหนี้ร่วมกัน ระหว่างผู้ร้องและจำเลยตาม ป.พ.พ. มาตรา ๑๔๙๐ (๑) แม้ภายหลังจำเลยกับผู้ร้องได้จดทะเบียนหย่าและแบ่งสินสมรสกันก็ไม่กระทบ สิทธิของโจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาที่จะ ดำเนินการบังคับคดีแก่เงินในบัญชีเงินฝากของ ผู้ร้อง โจทก์จึงมีสิทธิอายัดเงินในบัญชีเงินฝากของ ผู้ร้องเพื่อนำมาชำระหนี้ให้โจทก์ได้

ประเด็นที่หก สามีภริยาที่ร่วมกันหรือ แยกกันอยู่โดยมิได้จดทะเบียนหย่า หากว่าคู่สมรส ฝ่ายใดไปมีคู่สมรสใหม่ คู่สมรสใหม่นั้นอาจถูกฟ้อง เรียกค่าทดแทนได้ โดยสามีจะเรียกค่าทดแทนจาก ผู้ซึ่งล่วงเกินภริยาไปในทำนองชู้สาวก็ได้ และภริยา จะเรียกค่าทดแทนจากหญิงอื่นที่แสดงตนโดย เป็ดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีใน ทำนองชู้สาวก็ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๔๔๓/๒๕๒๔ การที่จำเลยพา บ.ซึ่งจำเลยรู้อยู่แล้วว่าเป็นภริยา โจทก์ไปร่วมประเวณี แม้ บ. จะยินยอมสมัครใจ ร่วมประเวณีกับจำเลย ก็ถือว่าจำเลยกระทำ ล่วงเกินภริยาโจทก์ไปในทำนองชู้สาว จำเลยจึง ต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนให้โจทก์ และการที่จำเลย พาภริยาโจทก์ไปร่วมประเวณีดังกล่าว ย่อมทำให้ โจทก์ผู้เป็นสามีได้รับความเสื่อมเสียทั้งด้านจิตใจ เกียรติยศ และชื่อเสียง ซึ่งไม่อาจคิดเป็นราคาเงิน ได้ การกำหนดค่าทดแทนให้เพียงโดยยอมแล้วแต่ พฤติการณ์แห่งคดี

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๑๒๐/๒๕๓๐ คำ ทดแทนตาม ป.พ.พ. มาตรา ๑๕๒๓ วรรคแรก จะมีได้ต่อเมื่อศาลพิพากษาให้หย่ากัน เพราะเหตุ

ที่สามีอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงอื่นฉัน ภริยา หรือภริยามีชู้ ตามมาตรา ๑๕๑๖(๑) เท่านั้นฉะนั้น เมื่อโจทก์และจำเลยจดทะเบียนหย่ากันโดยชอบ ด้วยกฎหมายแล้วโจทก์จึงไม่มีสิทธิฟ้องหย่าและ เรียกค่าทดแทนจากจำเลยที่อุปการะเลี้ยงดูและ ยกย่อง หญิงอื่นฉัน ภริยาได้.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๕๕๓/๒๕๓๗ โจทก์กับสามีโจทก์เป็นสามีภริยาโดยจดทะเบียน สมรสกันตามบรรพ ๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ การหย่านอกจากได้ทำเป็นหนังสือ และมีพยานลงลายมือชื่อ ๒ คนแล้วยังต้องจดทะเบียนหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๑๕ อีกด้วย การหย่าจึงจะสมบูรณ์ เมื่อ โจทก์กับสามีโจทก์ยังไม่มีกรจดทะเบียนหย่า โจทก์ กับสามีโจทก์จึงยังเป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย ดังนั้น แม้จำเลยจะมีข้อตกลงกับโจทก์ว่าหากโจทก์ ยอมหย่ากับสามีจำเลยจะไม่ดำเนิน คดีอาญากับ โจทก์ก็ตาม แต่เมื่อจำเลยได้แสดงตนโดยเปิดเผย ว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีโจทก์ซึ่งยังไม่ ได้จดทะเบียนหย่า ในทำนองชู้สาวโจทก์ในฐานะ ภริยาจึงมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากจำเลยได้ตาม นัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๕๒๓ วรรคสอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๙๔๐/๒๕๓๘ โจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยได้แสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่ามีความสัมพันธ์กับสามีโจทก์ ในทำนองชู้สาวตลอดมา จนถึงวันฟ้อง ลักษณะ การกระทำของจำเลยได้กระทำต่อเนื่องกัน มายังมีได้หยุด การกระทำละเมิดของจำเลยได้เกิดขึ้น และ มีอยู่ในขณะฟ้อง คดีโจทก์จึงไม่ขาดอายุความ ฎีกาจำเลยที่ว่า การฟ้องเรียกค่าทดแทนตาม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๒๓ จะต้องฟ้องหย่าเสียก่อนจึงจะเรียกค่าทดแทนได้นั้น เป็นฎีกาเรื่องอำนาจฟ้องเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยว ด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้จำเลย มิได้ยกขึ้นต่อสู้ไว้ในคำให้การจำเลยก็มีสิทธิยกขึ้น อ้างในชั้นฎีกาได้ การเรียกค่าทดแทนจากหญิงอื่น ที่แสดงตนโดยเปิดเผย เพื่อแสดงว่าตนมีความ สัมพันธ์กับสามีในทำนองชู้สาวตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๒๓ วรรค สอง ไม่มีเงื่อนไขว่าภริยาต้องฟ้องหย่าสามีเสีย ก่อนจึงจะฟ้องเรียก ค่าทดแทนจากหญิงนั้นได้ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๙๔/๒๕๓๙ ลิทธิเรียกค่าทดแทนจากหญิงอื่นที่แสดงตนโดยเปิดเผยว่า ตนมีความสัมพันธ์กับสามีในทำนอง ชู้สาวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๒๓ วรรคสอง กฎหมายมิได้มีเงื่อนไข ว่าภริยาต้องฟ้องหรือหย่าขาดจากสามีเสียก่อน จึงจะฟ้องได้จึงไม่ต้องอาศัยเหตุหย่าตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๕๑๖ (๑)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๑๓๐/๒๕๔๔ ป.พ.พ. มาตรา ๑๕๒๓ วรรคสอง เป็นบทบัญญัติ ที่ให้สิทธิแก่ภริยาชอบด้วยกฎหมายที่จะเรียกร้อง ค่าทดแทนจากหญิงอื่นที่แสดงตนโดยเปิดเผย เพื่อ แสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชู้สาว โดยมีได้มีเงื่อนไขว่าภริยาจะต้องเกิดความเสียหาย อย่างใดหรือจะต้องเป็นภริยาที่อยู่กินกับสามีและ อุปการะเลี้ยงดูกัน หรือต้องไม่มีคดีฟ้องหย่ากัน อยู่ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องเรียกค่าทดแทนจาก จำเลยได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๘๑๘/๒๕๕๑ จำเลยไปรับประทานอาหารกับ พ. ร่วมกับเพื่อนของจำเลยและเพื่อนของ พ. โดยมีการแสดงออกถึงความสัมพันธ์ในลักษณะใกล้ชิดเป็นพิเศษเกินกว่าความสัมพันธ์ในระดับคนที่รู้จักในการทำงานทั่วไปและการที่จำเลยไปพักที่โรงแรมทั้งสองแห่งกับ พ. โดยพักอยู่ห้องเดียวกันและมีเพศสัมพันธ์กัน แม้ผู้ที่เห็นเหตุการณ์จะเป็นเพื่อนของ พ. เพื่อนของจำเลยและพนักงานงานโรงแรมก็เป็นการแสดงตัวอย่างเปิดเผยว่ามีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกันแล้ว โจทก์จึงมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากจำเลยได้

โจทก์ฟ้องเรียกค่าทดแทนจากจำเลยซึ่งเป็นหญิงอื่นที่แสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีโจทก์ในทำนองชู้สาวตาม ป.พ.พ. มาตรา ๑๕๒๓ วรรคสอง ซึ่งกฎหมายไม่ได้บังคับว่าจะต้องมีการฟ้องหย่าก่อนจึงจะมีสิทธิฟ้องเรียกค่าทดแทนได้ ย่อมไม่ใช้การฟ้องเรียกค่าทดแทนตามมาตรา ๑๕๒๓ วรรคหนึ่ง ซึ่งจะต้องมีการฟ้องหย่าโดยอาศัยเหตุตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) เสียก่อนจึงจะมีสิทธิฟ้องได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๑๖๔/๒๕๕๒ เมื่อโจทก์จดทะเบียนสมรสกับจำเลยที่ ๑ โจทก์ย่อมได้รับสิทธิและได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายในฐานะภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย จำเลยที่ ๑ ไม่มีสิทธิที่จะไปอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องจำเลยที่ ๒ ฉะนั้นภริยา ไม่ว่าจะเป็นคู่อุปการะหรือยกย่องอยู่ก่อนแล้วหรือไม่ ส่วนจำเลยที่ ๒ นั้นเมื่อจำเลยที่ ๒ รู้ว่าโจทก์เป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของจำเลยที่ ๑ แล้ว แต่ยังไม่รับการอุปการะเลี้ยงดูและการยกย่องฉนั้นภริยาอยู่อีกจึงเป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์ โจทก์ย่อมมีสิทธิโดยชอบที่จะนำคดีมาสู่ศาล

เรียกค่าทดแทนจากจำเลยที่ ๒ ตาม ป.พ.พ. มาตรา ๑๕๒๓ วรรคสองได้ ถือไม่ได้ว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๕๑๖/๒๕๕๒ แม้จำเลยที่ ๑ จะไม่เคยพาจำเลยที่ ๒ ออกงานสังคมหรือแนะนำให้บุคคลอื่นรู้จักในฐานะภริยาแต่การที่จำเลยทั้งสองไปไหนมาไหนด้วยกันอย่างเปิดเผยอยู่ในบ้านซึ่งปลูกสร้างในแหล่งชุมชนด้วยกันในเวลากลางวัน ขับรถรับส่งเมื่อไปทำกิจธุระหรือซื้ออาหารด้วยกัน ย่อมบ่งชี้ว่าจำเลยทั้งสองมีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวและเอื้ออาทรดูแลเอาใจใส่ต่อกัน แสดงว่าจำเลยที่ ๑ ยกย่องจำเลยที่ ๒ ฉนั้นภริยาอันเป็นเหตุหย่าตาม ป.พ.พ. มาตรา ๑๕๑๖(๑) แล้ว และโจทก์ยังมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากจำเลยที่ ๒ ที่แสดงตนโดยเปิดเผยว่ามีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกับจำเลยที่ ๑ ซึ่งเป็นสามีโจทก์ให้ร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ ๑ ต่อโจทก์ตามป.พ.พ. มาตรา ๑๕๒๓ วรรคหนึ่ง ได้อีกด้วย

ประเด็นที่เจ็ด สามีภริยาที่ร้างกันหรือแยกกันอยู่โดยมิได้จดทะเบียนหย่า ยังคงมีสถานะเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายกันอยู่ หากฝ่ายใดถึงแก่ความตายอีกฝ่ายมีสิทธิโดยธรรมในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม ส่วนกรณีที่เป็นสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการรับมรดกกระหว่างกันในฐานะทายาทโดยธรรม แต่มีสิทธิเป็นทายาทได้ในฐานะผู้รับพินัยกรรม

สิทธิในการรับมรดกของสามีภริยาในฐานะทายาทโดยธรรมเกิดขึ้นได้ เมื่อเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๖ มรดก มาตรา ๑๖๒๙ วรรค

ท้าย^๒ คู่สมรสในที่นี้ต้องเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้ามรดกในเวลาตาย ส่วนกรณีที่เป็นสามีภริยาดังแต่กฎหมายลักษณะผัวเมีย ถ้ามีการละทิ้งกันก่อนประกาศใช้ ป.พ.พ.บรรพ ๕ และ ๖ แล้ว ย่อมไม่ถือว่าเป็นทายาทที่จะรับมรดกซึ่งกันและกันได้ แต่เมื่อใช้บรรพ ๕ แล้ว สามีภริยาแม้แยกกันอยู่หรือทิ้งร้างกันนานเพียงใด หากยังไม่จดทะเบียนหย่าก็ยังคงเป็นสามีภริยากัน มีสิทธิรับมรดกซึ่งกันและกันได้

ทรัพย์สินที่เป็นมรดกของคู่สมรสได้แก่สินส่วนตัวและสินสมรส สินส่วนตัวเป็นมรดกทั้งหมด ส่วนสินสมรสเป็นมรดกเฉพาะส่วนของคู่สมรสที่ถึงแก่ความตาย เพราะสินสมรสถือว่าเป็นสามีภริยาเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วมกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๘๙/๒๔๘๖ เป็นสามีภริยากันก่อนใช้ ป.พ.พ.บรรพ ๕ แต่ตายจากกันเมื่อ ป.พ.พ. ใช้บรรพ ๕ แล้ว ต้องแบ่งสินสมรสตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย แต่แบ่งมรดกตามป.พ.พ. บรรพ ๖

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๗/๒๔๘๗ สามีภริยาที่ร้างกันหรือแยกกันอยู่โดยยังมีได้หย่าขาดจากกัน ตามกฎหมายถือว่าเป็นทายาทกันอยู่ ย่อมมีสิทธิรับมรดกซึ่งกันและกันได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๗/๒๔๙๑ ตามบรรพ ๕ แม้จะแยกกันอยู่หรือทิ้งร้างกันไปอยู่ที่อื่นหรือไม่ทำมาหากินแม้จะนานเพียงใด หากยังไม่จดทะเบียนหย่าก็คงเป็นสามีภริยากัน มีสิทธิรับมรดกซึ่งกันและกันได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๗๕๓/๒๔๙๒ ภริยาซึ่งได้ทิ้งสามีไปมีสามีใหม่ ๒๐ ปีก่อนใช้ ป.พ.พ. บรรพ ๕ ถือว่าขาดจากกันตามกฎหมายลักษณะผัวเมียและไม่มีสิทธิได้ส่วนสินสมรส

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๑๓/๒๕๐๖ การแบ่งมรดกมีขึ้นได้ต่อเมื่อบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย ดังนั้นเมื่อบุคคลใดถึงแก่ความตายในขณะที่ใช้กฎหมายใด ต้องตกอยู่ในบังคับแห่งกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้น ในเมื่อเป็นสามีภริยากันก่อนใช้ ป.พ.พ. บรรพ ๕ และบรรพ ๖ แต่ภายหลังใช้บรรพ ๕ และบรรพ ๖ ต้องแบ่งมรดกตาม ป.พ.พ. บรรพ ๖

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๓๖/๒๕๐๙ เป็นสามีภริยาดังแต่กฎหมายลักษณะผัวเมีย ถ้ามีการละทิ้งกันก่อนประกาศใช้ ป.พ.พ. บรรพ ๕ และ ๖ ย่อมไม่ถือว่าเป็นทายาทที่จะรับมรดกซึ่งกันและกันได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๖๑/๒๕๑๐ ผู้ตายมีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่ก่อน ต่อมาภริยาได้แยกร้างไปอยู่ต่างหากโดยมิได้หย่าขาดจากกัน โจทก์กับผู้ตายจึงมาอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โจทก์กับผู้ตายได้ช่วยกันทำมาหากินโดยภริยาเก่ามิได้มาร่วมปะปนด้วย โจทก์ได้นำทรัพย์สินของโจทก์มาให้ผู้ตายหาดอกผลและได้ทำการค้าขายช่วยผู้ตายเก็บค่าเช่า ดังนี้ ถือได้ว่าผู้ตายและโจทก์ทำมาหาได้ร่วมกันจึงเป็นเจ้าของรวมและมีส่วนเท่ากัน เมื่อผู้ตายตาย ภริยาเก่าจึงไม่มีสิทธิในทรัพย์สินส่วนที่เป็นของภริยาใหม่แต่อย่างใด

^๒ มาตรา ๑๖๒๙ วรรคท้าย คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นก็เป็นทายาทโดยธรรม ภายใต้บังคับของบทบัญญัติพิเศษแห่งมาตรา ๑๖๓๕

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๖๖๔/๒๕๒๓
สามีภริยาก่อน ประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ บรรพ ๕ ภริยาไปบวชชี ไม่ได้ความว่า
สามีอนุญาต ยังไม่ขาดจากสามีภริยากัน สามี
ได้ภริยาใหม่จดทะเบียนเมื่อใช้บรรพ ๕ แล้ว ไม่เป็น
การสมรส ที่สมบูรณ์ ไม่มีสิทธิรับมรดกของสามี
สามีตายมรดกตกได้แก่ภริยาเดิม ภริยาเดิมจดทะเบียนยกที่ดินให้โจทก์แม่ไม่ระบุถึงบ้านด้วย บ้าน
เป็น ส่วนควบของที่ดิน โจทก์มีกรรมสิทธิ์ในบ้าน
ด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๗๑๔/๒๕๔๒
ป.พ.พ. มาตรา ๑๔๗๐ ที่กำหนดให้ทรัพย์สิน
ระหว่างสามีภริยาประกอบด้วยสินส่วนตัวและสิน
สมรสนั้น หมายถึงทรัพย์สินที่สามีภริยามีอยู่ใน
ขณะที่เป็นสามีภริยากัน ณ. ถึงแก่กรรมย่อมทำให้
การสมรสระหว่าง ณ. กับโจทก์สิ้นสุดลงตาม
ป.พ.พ. มาตรา ๑๕๐๑ เงินชดเชยเป็นเงินที่เกิด
ขึ้นเนื่องจากความตายของ ณ. และได้รับมาหลัง
จาก ณ. ถึงแก่กรรมไปแล้วจึงไม่เป็นสินสมรส
ระหว่าง ณ. กับโจทก์ และ ป.พ.พ. มาตรา ๑๖๐๐
ที่กำหนดให้ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตายตลอดทั้ง
สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบต่างๆ เป็นมรดกของ
ผู้ตายนั้น ทรัพย์สินหรือสิทธิเช่นว่านี้ต้องเป็นของ
ผู้ตายอยู่แล้วในขณะที่ผู้ตายถึงแก่กรรม แต่สิทธิที่
จะได้รับเงินค่าชดเชยเป็นสิทธิที่เกิดขึ้น เนื่องจาก
ความตายของ ณ. มิใช่เป็นเงินหรือสิทธิเรียกร้องที่
ณ. มีอยู่แล้วในระหว่างมีชีวิตหรือขณะถึงแก่กรรม
จึงมิใช่เป็นทรัพย์มรดกของ ณ.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๗๑๔/๒๕๔๔
ผู้ร้องเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ตาย
แม้จะแยกกันอยู่ แต่เมื่อยังมีได้หย่าขาดจากกัน
ตามกฎหมาย ก็ไม่สิ้นสิทธิโดยธรรมในการสืบ
มรดกของผู้ตายตามประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ มาตรา ๑๖๒๔ ผู้ร้องจึงเป็นทายาทโดย
ธรรมมีสิทธิรับมรดกของผู้ตาย

ผู้มีส่วนได้เสียที่จะร้องขอต่อศาลขอให้
ตั้งผู้จัดการมรดก ตามประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ มาตรา ๑๗๑๓ ไม่จำเป็นต้องมีส่วนได้เสียใน
ทรัพย์มรดกของผู้ตายโดยเป็นทายาทโดยตรงของ
ผู้ตาย เมื่อผู้คัดค้านที่ ๑ อยู่กินฉันสามีภริยากับ
ผู้ตายเป็นเวลานานถึง ๑๐ ปีเศษจนกระทั่งผู้ตาย
ถึงแก่ความตาย มีทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกัน
ถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในทรัพย์สินของผู้ตาย
ศาลตั้งเป็นผู้จัดการมรดกได้

๓. บทสรุป

การที่คู่สมรสไม่สามารถมีชีวิตร่วมกัน
ได้ เมื่อมีการตั้งร้างหรือแยกกันอยู่โดยมิได้มีการ
หย่าร้าง จะก่อให้เกิดประเด็นทางกฎหมายหลาย
ประเด็นดังที่กล่าวในข้างต้น ในความคิดเห็นของ
ผู้เขียนสามีภริยาที่ทิ้งร้างหรือแยกกันอยู่ เมื่อไม่
สมัครใจที่จะอยู่กินฉันสามีภริยาต่อกันแล้ว ควรที่
จะดำเนินการจดทะเบียนหย่ากันให้เรียบร้อย
เพราะจะทำให้ไม่เกิดความสับสนในทางกฎหมาย
ระหว่างกันอันจะเป็นปัญหาในอนาคต



บรรณานุกรม

- เฉลิมชัย เกษมสันต์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย มรดก (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), พิมพ์ครั้งที่ ๕, ๒๕๕๓)
- โชค จารุจินดา, คำบรรยายกฎหมายลักษณะมรดก. (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัดแสงจันทร์การพิมพ์, ๒๕๓๐)
- ประกาศน์ อวยชัย, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๖ มรดก พร้อมด้วยย่อข้อกฎหมายจาก คำพิพากษาศาลฎีกา ตั้งแต่ พ.ศ. ๒๔๗๘ ถึง พ.ศ. ๒๕๒๘ (กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครการพิมพ์, ๒๕๒๙)
- มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย มรดก (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ ๒, ๒๕๔๔)
- รศ.เอกบุตร, กฎหมายครอบครัวเบื้องต้น (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ ๑, ๒๕๔๐)
- สหัส สิงหวิริยะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่าด้วยครอบครัว. (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, ๒๕๒๗)
- อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มรดก (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, ๒๕๔๖)
- ศาลฎีกา, ค้นฎีกา DEKA 2007 (๖ มีนาคม ๒๕๕๗) ศาลฎีกา <<http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp>>
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, (๖ มีนาคม ๒๕๕๗) ห้องสมุดกฎหมาย <<http://www.krisdika.go.th/wps/portal/general>>





ที่มาทางอำนาจขององค์กรตุลาการในการพิจารณาคดี ทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ : ศาลรัฐธรรมนูญ

The origin of judicial power in role of authority and
function to control and supervise The Congress and
The Government in the Constitution of the Kingdom of
Thailand B.E. 2550: The constitutional Court

ทวนชัย โชติช่วง*

บทคัดย่อ

การที่องค์กรตุลาการอย่างศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทสำคัญในการทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบ
อำนาจรัฐ การคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ซึ่งทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีทางการเมืองควรจะ
มาจากสถาบันทางการเมืองที่มาจากประชาชน นั่นคือ ตุลาการรัฐธรรมนูญควรจะมาจากสภาผู้แทนราษฎร
วุฒิสภา และรัฐบาล ในสัดส่วนอย่างละจำนวนที่เท่าๆ กัน แต่สำหรับประเทศไทย ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
มีที่มาจากสถาบันทางการเมืองเพียงสถาบันเดียวคือ วุฒิสภา ซึ่งเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการคัดเลือก
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากบุคคล ๔ กลุ่ม ได้แก่ (๑) กลุ่มผู้พิพากษาจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา
จำนวน ๓ คน (๒) กลุ่มตุลาการจากที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด จำนวน ๒ คน (๓) กลุ่มผู้ทรงคุณวุฒิ
สาขานิติศาสตร์ จำนวน ๒ คน และ (๔) กลุ่มผู้ทรงคุณวุฒิสาวรัฐศาสตร์ จำนวน ๒ คน ซึ่งในกลุ่มของ
ผู้ทรงคุณวุฒิจะต้องผ่านการลงมติเห็นชอบจากวุฒิสภา แต่ในกลุ่มที่มาจากที่ผู้พิพากษาที่ประชุมใหญ่
ศาลฎีกา และตุลาการที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด ไม่ต้องผ่านความเห็นชอบจากวุฒิสภา แต่เมื่อ
เปรียบเทียบกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศเยอรมนี ประเทศสเปน และ
ฝรั่งเศส ต่างมีที่มาจากสถาบันทางการเมือง ๓ สถาบัน คือ สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐบาล ดังนั้น
จากข้อมูลดังกล่าวจึงสามารถสรุปได้ว่า ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประเทศไทย ไม่ได้มาจากสถาบัน
การเมืองที่มาจากประชาชนอย่างสมบูรณ์ โดยผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าควรมีการนำรูปแบบการคัดเลือก

* อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จากประเทศเยอรมนี และประเทศสเปนมาใช้ หรือ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญควรมีที่มาจากสถาบันทางการเมืองที่มาจากประชาชน แต่เนื่องด้วยในปัจจุบันที่วุฒิสภาได้ทำหน้าที่ในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบันแล้ว ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะให้กลุ่มตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้พิพากษาประชุมใหญ่ศาลฎีกา และตุลาการที่ประชุมใหญ่ศาลปกครอง ต้องผ่านการลงมติให้ความเห็นชอบจากวุฒิสภาเช่นเดียวกัน

คำสำคัญ: ศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ที่มาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

Abstract

In case of the Constitutional Court has a role of authority and function to control and supervise the congress and the government, the organizations which come from the sovereignty of people. The judge of the Constitutional Court should to have chosen by the organizations which from the sovereignty of people too. Such as, the House of Representative, the Senate and the Government. But in Thailand, in the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2550, the judge of the Constitutional Court come from only the Senate. Such as, (1) the judge from the Court of Justice 3 persons (2) the judge from the Administration Court 2 persons (3) the Knowledgeable people of Law 2 persons and (4) the Knowledgeable people of Political Science 2 persons. But only the Knowledgeable of Law and Political Science have chosen by the Senate, the judge from the Court of justice and the Administration Court have not. And when compare with the Constitutional Court in foreign, the judge of the Constitutional Court have chosen by the organizations which from the sovereignty of people (the House of Representative, the Senate and the Government). But in Thailand, had in case of the House of representative is in elective dictatorship condition. So the role of authority and function to chose the judge of the Constitutional Court is only the Senate. Thus the judge from the Court of Justice and the judge from the Administration Court should to have chosen by the Senate too, seem the judge of Constitutional Court have chosen by the sovereignty of people too.

Keywords: The Constitutional Court, The Constitutional Judge, The Origin of the Constitutional Judge

บทนำ

ตามทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) อำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ แบ่งออกเป็น ๓ อำนาจ ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยอำนาจอธิปไตยย่อมมีความแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับลักษณะการปกครองประเทศ ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อำนาจอธิปไตยจึงเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นผ่านทางรัฐสภา (อำนาจนิติบัญญัติ) คณะรัฐมนตรี (อำนาจบริหาร) และศาล (อำนาจตุลาการ)¹ ซึ่งตามทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจในประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่สมบูรณ์จะต้องมีการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกันตามหลักการควบคุมและตรวจสอบอำนาจรัฐ เพื่อให้เกิดการรับรองและคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายในรัฐได้อย่างสมบูรณ์ อำนาจนิติบัญญัติ มีหน้าที่ ๒ ทาง ได้แก่ หน้าที่ในทางนิติบัญญัติ คือ การตรากฎหมาย กับหน้าที่ในการควบคุมฝ่ายบริหารในการบริหารและปกครองประเทศ เช่น การกำหนดให้รัฐมนตรีต้องแถลงนโยบายต่อรัฐสภา การตั้งกระทู้ถาม การเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจ และการตั้งกรรมการสอบสวน เป็นต้น และอำนาจบริหารเองก็มีอำนาจในการควบคุมและถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติไว้

เช่นกัน นั่นคือ การยุบสภา แต่อำนาจตุลาการไม่ได้มีหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหารโดยตรง แต่มีหน้าที่เพียงการบังคับใช้กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกมาเพื่อให้เกิดความยุติธรรมเท่านั้น ซึ่งหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบของฝ่ายนิติบัญญัติมีต่อฝ่ายบริหารอาจจะมีข้อจำกัดบางประการ ในกรณีถ้ารัฐบาลนั้นมีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร หรือการที่รัฐบาลมีเสถียรภาพมากพอสมควร ดังนั้น จากข้อจำกัดดังกล่าว ทำให้อำนาจตุลาการต้องเข้ามามีบทบาทมากขึ้นในการทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบอำนาจรัฐ ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงที่มาของอำนาจทั้งอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารแล้วต่างมีที่มาจากการใช้อำนาจของประชาชน กล่าวคือ สภาผู้แทนราษฎรนั้นมาจากการเลือกตั้งของประชาชน และสภาผู้แทนราษฎรจะมีการลงมติกันในสภาเพื่อเลือกนายกรัฐมนตรี และนายกรัฐมนตรีจะไปทำการสรรหาคณะบุคคลมาเพื่อดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีประจำกระทรวงต่างๆ จึงเป็นการเหมาะสมถ้าจะกล่าวว่า ฝ่ายบริหาร หรือคณะรัฐมนตรีนั้นมีที่มาจากประชาชน เนื่องจากหัวหน้าฝ่ายบริหารหรือนายกรัฐมนตรีนั้นมาจากการลงมติในสภาผู้แทนราษฎรที่เปรียบเสมือนเป็นตัวแทนของประชาชน² เพราะฉะนั้น การที่อำนาจนิติบัญญัติมีหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบอำนาจบริหารจึงเป็นรูปแบบที่เหมาะสม เนื่องจากเป็นอำนาจและหน้าที่ที่ได้มาจากประชาชน แต่การที่อำนาจตุลาการต้องเข้ามา

¹ ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๒๒ บัญญัติว่า “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาย่อมเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย โดยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมาย หรือความครอบงำใดๆ และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนร่วมของปวงชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์”

มีบทบาทสำคัญในการทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบ ทั้งอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหารนั้นจะมีวิธีการในการควบคุมและตรวจสอบอย่างไร และที่มาทางอำนาจขององค์กรตุลาการดังกล่าวนี้ควรมีที่มาอย่างไร ดังนั้น ในบทความฉบับนี้จึงจะทำการศึกษาถึงที่มาของอำนาจองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบตรวจสอบการอำนาจรัฐว่ามีที่มาและวิธีการอย่างไร และมีความเหมาะสมหรือไม่กับสถานการณ์การเมืองไทยในปัจจุบัน โดยจะทำการศึกษาเฉพาะองค์กรตุลาการที่เกี่ยวข้องในทางการเมือง ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ

เนื้อเรื่อง

ตั้งแต่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ อำนาจตุลาการได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร โดยจัดตั้งเป็นองค์กรตุลาการซึ่งได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่ในการควบคุมมิให้กฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ควบคู่ไปกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ ตลอดจนพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดคดีทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญ และในการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ก็ได้มีการยืนยันในหลักการดังกล่าว ซึ่งจากการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับทางการเมืองนี้ ทำให้ที่ผ่านมามีคดีเข้าสู่ศาลที่สำคัญหลายคดี เช่น คดียุบพรรคไทยรักไทย การวินิจฉัยให้นายสมัคร สุนทรเวช พ้นจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี การวินิจฉัยในเรื่องการแก้ไข

รัฐธรรมนูญในส่วนของที่มาและคุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภาขัดต่อรัฐธรรมนูญ และล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตย ตามมาตรา ๖๘ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเงินกู้ ๒ ล้านล้านบาทขัดกับรัฐธรรมนูญ และล่าสุดการพิจารณาคดีที่อดีตนายกรัฐมนตรี นางสาว ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร มีคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย นายถวิล เปลี่ยนศรี เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มีผลให้นางสาว ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร พ้นจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี เป็นต้น

จากข้อเท็จจริงดังกล่าว ทำให้มีประชาชนบางกลุ่มที่ไม่เห็นด้วยต่อการตัดสินใจพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ จึงตั้งประเด็นคำถามที่อาจจะก่อให้เกิดทัศนคติที่ไม่ดีต่อระบอบการปกครองในรูปแบบประชาธิปไตย ดังนั้น ในบทความนี้จะทำการศึกษาให้เห็นถึงที่มาทางอำนาจของศาลหรือองค์กรตุลาการในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการเมืองว่ามีที่มาอย่างไร มีกระบวนการในการควบคุมและตรวจสอบอย่างไร ที่มาทางอำนาจนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่ ประการใด โดยจะทำการศึกษาศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับทางการเมือง คือ ศาลรัฐธรรมนูญ เปรียบเทียบกับที่มาทางอำนาจตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ ทั้งนี้ ผู้เขียนบทความมีความตั้งใจที่จะนำเสนอบทความนี้ให้เป็นไปตามหลักการทางวิชาการ เพื่อจะนำเสนอข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบันให้เป็นไปตามหลักการวิชาการ ไม่ได้มีเจตนาที่จะมีทัศนคติเอนเอียงไปทางกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือกล่าวโจมตีบุคคลใดบุคคลหนึ่งแต่ประการใด

จากหลักการที่ได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อำนาจอธิปไตยนั้นแบ่งออกเป็น ๓ อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ซึ่งอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนั้นผ่านทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาล³ ซึ่งจากการบัญญัติรับรองหลักการดังกล่าว ทำให้การได้มาของสมาชิกรัฐสภานั้นต้องมาจากการเลือกตั้งของประชาชน โดยประชาชนจะทำการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภาบางส่วนเพื่อเข้าไปทำหน้าที่เป็นตัวแทนของประชาชนในรัฐสภา⁴ และสภาผู้แทนราษฎรจะไปทำการลงมติเพื่อให้ความเห็นชอบบุคคลที่ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรด้วยกันเพื่อมาดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี⁵ และนายกรัฐมนตรีต้องสรรหาบุคคลมาเพื่อเข้ารับการโปรดเกล้าฯ ให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีประจำกระทรวงต่างๆ อีกไม่เกิน ๓๕ คน รวมเรียกเป็นคณะรัฐมนตรี หรือฝ่ายบริหาร มีหน้าที่ในการบริหารแผ่นดินตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน⁶ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วที่มาของคณะรัฐมนตรีหรือฝ่ายบริหารก็มาจากการใช้สิทธิของประชาชนผ่านทางสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเปรียบเสมือนเป็นตัวแทนของประชาชน เพราะฉะนั้น หน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรที่ทำการควบคุมและตรวจสอบการบริหาร

ราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีจึงเป็นรูปแบบที่มีความเหมาะสม เพราะต่างมีที่มาของอำนาจที่มาจากประชาชน ดังนั้น เพื่อให้ตรงตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน การที่ศาลหรืออำนาจตุลาการจะเข้ามาทำการควบคุมและตรวจสอบทั้งอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหาร จึงต้องมีรูปแบบของอำนาจที่มาจากประชาชนด้วยเช่นเดียวกัน จึงจะถือว่าเป็นรูปแบบที่เหมาะสม

ศาลรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรหนึ่งที่ตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ เพื่อทำหน้าที่เป็นกลไกสำคัญในการปฏิรูปการเมือง มีบทบาทและหน้าที่ในการควบคุมมิให้กฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ควบคุมไปกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ ตลอดจนพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดคดีทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญ ตามหลักการสำคัญของกฎหมายมหาชนภายใต้ระบบ “นิติรัฐ” ที่เรียกว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญ”⁷

รูปแบบศาลรัฐธรรมนูญ ได้มีการจัดตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศออสเตรเลีย ในรูปแบบของศาลพิเศษ โดยแยกอำนาจหน้าที่ออกจากศาลยุติธรรม เรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ”⁸ เนื่องจากตามแนวคิดของ Hans Kelsen ได้อ้างหลักแนว

³ ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓

⁴ ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๒๒

⁵ ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๗๑ วรรค ๑, ๒ ประกอบมาตรา ๑๗๒ วรรคแรก

⁶ ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๗๑ วรรคแรก

⁷ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ” พิมพ์ครั้งที่ ๑ (กรุงเทพฯ : บริษัท พี. เพลส จำกัด, ๒๕๔๖) หน้า ๑.

⁸ ปรับปรุงจาก สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ” เพิ่งอ้าง, หน้า ๕.

ความคิดตามทฤษฎีหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยเห็นว่าศาลยุติธรรมทั่วไปเป็นอำนาจหนึ่งของอำนาจตุลาการตามรัฐธรรมนูญ การที่ศาลยุติธรรมมีอำนาจตัดสินวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาตามรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการก้าวล่วงถึงอำนาจแห่งองค์กรรัฐธรรมนูญอื่น และการวินิจฉัยชี้ขาดบทบัญญัติหรือกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการลบหลู่กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารได้ตราขึ้น จำต้องตั้งศาลพิเศษขึ้นเป็นศาลที่รวมอำนาจสำคัญๆ โดยการคัดเลือกจากองค์กรตามรัฐธรรมนูญ⁹ ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงลักษณะและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญและวิเคราะห์ตามทฤษฎีหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องมีที่มาจากการสรรหาขององค์กรที่มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่มาจากประชาชน และไม่สามารถที่จะนำผู้พิพากษาจากศาลยุติธรรมมาทำหน้าที่แทนได้เนื่องจากผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมมาจากการสอบเข้ารับราชการ โดยต้องสำเร็จการศึกษาทางกฎหมาย และสอบไล่ได้เป็นเนติบัณฑิต และต้องมีประสบการณ์ตามที่ประกอบวิชาชีพทางกฎหมายตามที่คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมกำหนด¹⁰ จึงไม่ได้มีที่มาจากการใช้อำนาจของประชาชน

สำหรับประเทศไทย ได้เกิดประเด็นถกเถียงกันว่า องค์กรใดควรทำหน้าที่ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๙ จึงได้กำหนดให้มีการจัดตั้งองค์กรขึ้นที่เรียกว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” เพื่อทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จนต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จึงได้มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบองค์กรใหม่ในรูปแบบศาลที่ใช้อำนาจตุลาการ เรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ”¹¹ และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ก็ได้ยืนยันหลักการดังกล่าวไว้เช่นเดียวกัน

๑. อำนาจหน้าที่และองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

๑.๑ อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ¹²

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ ซึ่งแบ่งได้เป็น ๙ ประการ คือ

⁹ บทความทางวิชาการหัวข้อเรื่อง “บทบาทและอำนาจหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ ตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด” เรียบเรียงโดย นายวุฒิชัย จิตตานุ เผยแพร่ในหนังสือ “๑๐ ปี ศาลรัฐธรรมนูญไทย : สู่ศตวรรษใหม่ของนิติรัฐไทย” สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพ : บริษัท พี. เพรส จำกัด, ๒๕๕๑) หน้า ๒๓๗.

¹⁰ บทความทางวิชาการหัวข้อเรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญไทยต่างจากศาลอื่น และศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศอย่างไร” เรียบเรียงโดย บุญเสริม นาคสาร เผยแพร่ในหนังสือ “๑๐ ปี ศาลรัฐธรรมนูญไทย : สู่ศตวรรษใหม่ของนิติรัฐไทย” เล่มเดียวกัน หน้า ๓๑๒.

¹¹ ปรับปรุงจาก สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ” อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๗, หน้า ๒.

¹² สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ “๑๐ ปี ศาลรัฐธรรมนูญไทย : สู่ศตวรรษใหม่ของนิติรัฐไทย” (กรุงเทพ : บริษัท พี. เพรส จำกัด, ๒๕๕๑) หน้า ๔๖ - ๔๗.

๑. การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย และร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติก่อนที่จะประกาศใช้บังคับมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

๒. การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

๓. การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

๔. การวินิจฉัยว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือ กรรมการการกระทำใดเพื่อให้ตนมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่

๕. การวินิจฉัยปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป

๖. การวินิจฉัยติหรือข้อบังคับของพรรคการเมือง การพิจารณาอุทธรณ์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และการวินิจฉัยกรณีบุคคลหรือพรรคการเมืองใช้สิทธิและเสรีภาพในทางการเมืองโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

๗. การวินิจฉัยสมาชิกภาพหรือคุณสมบัติของสมาชิกรัฐสภา รัฐมนตรี และกรรมการการเลือกตั้ง

๘. การวินิจฉัยหนังสือสนธิสัญญาใดต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่

๙. อำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พุทธศักราช ๒๕๕๐

๑.๒ องค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญ¹³

ในศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมีคณะกรรมการศาลรัฐธรรมนูญหรือผู้พิพากษาประจำศาลรัฐธรรมนูญ โดยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญ ๑ คน และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีก ๘ คน รวมเป็น ๙ คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภา

ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(๑) ผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน ๓ คน

(๒) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน ๒ คน

(๓) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์ อย่างแท้จริงและได้รับเลือกตามมาตรา ๒๐๖ จำนวน ๒ คน

(๔) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือ สังคมศาสตร์อื่น ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านการบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริงและได้รับเลือกตามมาตรา ๒๐๖ จำนวน ๒ คน

¹³ เพิ่งอ้างเชิงอรรถที่แล้ว, หน้า ๔๔ - ๔๖.

ในกรณีที่ไม่มีผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณีเลือกบุคคลอื่นซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๒๐๕ และมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์ที่เหมาะสมจะปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตาม (๑) หรือ (๒) แล้วแต่กรณี

การสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิทั้งในสาขานิติศาสตร์และสาขารัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่นนั้น จะมีคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน ๕ คน ประกอบด้วย ประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร และประธานองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ ๑ คน เป็นกรรมการ ทำหน้าที่ในการสรรหาและคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิทั้งสองสาขาให้แล้วเสร็จภายใน ๓๐ วัน นับแต่วันที่มิเหตุทำให้ต้องมีการเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวแล้วให้เสนอรายชื่อผู้ที่ได้รับเลือกพร้อมความยินยอมของผู้นั้นต่อประธานวุฒิสภา และมีมติในการคัดเลือkdังกล่าวต้องลงคะแนนโดยเปิดเผยและต้องมีคะแนนไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ในกรณีที่ไม่มีกรรมการในตำแหน่งใด หรือมีแต่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ถ้ากรรมการที่เหลืออยู่นั้นมีจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง ให้คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยกรรมการที่เหลืออยู่ ทั้งนี้ให้นำบทบัญญัติ ในมาตรา ๑๑๓ วรรคสอง มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ให้ประธานวุฒิสภาเรียกประชุมวุฒิสภาเพื่อมีมติให้ความเห็นชอบบุคคลผู้ได้รับการคัดเลือกจากคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญภายใน ๓๐ วัน นับแต่วันที่ได้รับรายชื่อ การลงมติให้ใช้วิธีลงคะแนนลับ ในกรณีที่วุฒิสภาให้ความเห็นชอบ ให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคับทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป ในกรณีที่วุฒิสภาไม่เห็นชอบในรายชื่อใด ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ให้ส่งรายชื่อนั้นกลับไปยังคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพร้อมด้วยเหตุผลเพื่อให้ดำเนินการสรรหาใหม่ หากคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่เห็นด้วยกับวุฒิสภาและมีมติยืนยันตามมติเดิมด้วยคะแนนเอกฉันท์ ให้ส่งรายชื่อนั้นให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไปแต่ถ้ามติที่ยืนยันตามมติเดิมไม่เป็นเอกฉันท์ให้เริ่มกระบวนการสรรหาใหม่ ซึ่งต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน ๓๐ วัน นับแต่วันที่มิเหตุให้ต้องดำเนินการดังกล่าว

ในกรณีที่มิอาจสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิตามสาขานิติศาสตร์ และสาขารัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่น ได้ภายในเวลาที่กำหนดไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวน ๓ คน และให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน ๒ คน เป็นกรรมการสรรหาเพื่อดำเนินการแทน

รัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ โดยประธานศาลรัฐธรรมนูญและ

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่ง ๙ ปี นับแต่วันที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งและให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว นอกจากนี้ในการพ้นจากตำแหน่งวุฒิสภาสมาชิกมีมติให้ถอดถอนประธานศาลรัฐธรรมนูญหรือตุลาการศาลรัฐธรรมนูญออกจากตำแหน่งได้ โดยวิธีการลงคะแนนลับ และให้ถือเอาคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา¹⁴

๒. ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

๒.๑ ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹⁵

กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Basic Law) มาตรา ๙๔(๑) บัญญัติว่า “ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ ประกอบด้วยผู้พิพากษาแห่งสหพันธ์รัฐและสมาชิกคนอื่น โดยครึ่งหนึ่งของสมาชิกของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐต้องมาจากการคัดเลือกโดยสภาผู้แทนราษฎร (The Bundestag) และอีกครึ่งหนึ่งโดยสมาชิกวุฒิสภา (The Bundesrat) ทั้งนี้ สมาชิกศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐต้องไม่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกของรัฐบาลแห่งสหพันธ์รัฐ หรือสมาชิกขององค์กรดังกล่าวของมลรัฐ”

ประกอบกับรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. ๑๙๙๘ มาตรา ๒ (องค์คณะ) บัญญัติว่า “ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยองค์คณะ ๒ องค์คณะ ในแต่ละองค์คณะให้มีตุลาการ ๘ คน ในแต่ละองค์คณะให้มีตุลาการ ๓ คน ซึ่งได้รับคัดเลือกจากผู้พิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ ผู้ที่จะได้รับการคัดเลือกจะต้องปฏิบัติงานในศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์มาแล้วอย่างน้อย 3 ปี”

ส่วนการคัดเลือกตุลาการนั้น รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. ๑๙๙๘ มาตรา ๕(๑) บัญญัติว่า “ในแต่ละองค์คณะให้ตุลาการกึ่งหนึ่งมาจากการเลือกโดยสภาผู้แทนราษฎร (จำนวน ๔ คน) ตุลาการอีกกึ่งหนึ่งมาจากการเลือกโดยวุฒิสภา (จำนวน ๔ คน) ให้องค์กรดังกล่าวองค์กรหนึ่งเลือกผู้พิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ ๑ คน อีกองค์กรหนึ่ง เลือกผู้พิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ ๒ คน สำหรับจำนวนตุลาการที่เหลือให้องค์กรหนึ่งเลือกตุลาการ ๓ คน อีกองค์กรหนึ่งเลือกตุลาการอีก ๒ คน ให้ครบเป็นองค์คณะ”

สำหรับผู้ที่จะได้รับการคัดเลือกจากสภาผู้แทนหรือวุฒิสภาให้เป็นตุลาการ จะต้องได้รับคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของแต่ละสภา นอกจากนี้ตุลาการมีวาระในการดำรงตำแหน่ง

¹⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๐๙(๖) ประกอบ มาตรา ๒๗๔ วรรคแรก

¹⁵ การบรรยายทางวิชาการหัวข้อเรื่อง “วิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี : กรณีการใช้สิทธิของประชาชนยื่นฟ้องคดีรัฐธรรมนูญ” โดย ศาสตราจารย์ ดร. รูดอล์ฟ โดล์เชอร์ ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายจากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เผยแพร่ในหนังสือ “รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ ๙ : เรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน” สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพ : บริษัท พี. เพรส จำกัด, ๒๕๕๓) หน้า ๗ - ๘.

๑๒ ปี แต่ต้องไม่เกินอายุเกษียณ (๖๕ ปีบริบูรณ์) และดำรงตำแหน่งได้เพียงแค่วาระเดียวเท่านั้น

๒.๒ ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน¹⁶

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. ๑๙๗๘ มาตรา ๑๕๙ ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญสเปนประกอบด้วย ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน ๑๒ คน และต้องได้รับการแต่งตั้งจากพระมหากษัตริย์ โดยมีที่มาจาก (๑) การเสนอชื่อจากสภาผู้แทนราษฎร (The Congress of Deputies) จำนวน ๔ คน โดยต้องได้รับเลือกจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรด้วยคะแนนเสียง ๓ ใน ๕ ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมด (๒) การเสนอจากวุฒิสภา (Senate) จำนวน ๔ คน โดยต้องได้รับเลือกจากสมาชิกวุฒิสภา ด้วยคะแนนเสียงข้างมากของวุฒิสภา (๓) การเสนอจากรัฐบาล (Government) จำนวน ๒ คน (๔) การเสนอจากสภาแห่งศาล (The General Council of the Judicial) จำนวน ๒ คน

ประธานศาลรัฐธรรมนูญสเปนจะได้รับการเลือกจากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญด้วยเสียงข้างมากโดยการลงคะแนนลับ และจะดำรงตำแหน่งประธานศาลรัฐธรรมนูญได้คราวละ ๓ ปี ซึ่งตำแหน่งประธานศาลรัฐธรรมนูญสเปนจะมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากประธานศาลรัฐธรรมนูญ

ประเทศอื่นๆ กล่าวคือ ประธานศาลรัฐธรรมนูญสเปนจะมีเอกลักษณ์ในการออกเสียงชี้ขาด (casting vote) ในกรณีที่ที่ประชุมของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญลงมติแล้วมีคะแนนเสียงเท่ากัน นอกจากนี้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสเปนมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ ๙ ปี และจะมีการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญใหม่ จำนวน ๓ คน ทุก ๓ ปี และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะไม่ถูกเสนอให้ดำรงตำแหน่งในวาระที่สองติดต่อกัน ถ้าผู้นั้นมีวาระการดำรงตำแหน่งไม่ถึง ๓ ปี¹⁷

๒.๓ ที่มาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสนั้นมีได้มีลักษณะเป็นองค์กรศาลหรือองค์กรตุลาการ แต่มีลักษณะเป็น “คณะกรรมการ” ที่มีความเป็นกลาง ทำหน้าที่ในการลดความขัดแย้งระหว่างรัฐสภากับรัฐบาล และไม่ได้มีวัตถุประสงค์หลักในการทำหน้าที่เป็นองค์กรที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีอำนาจ ๒ ลักษณะ คือ อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดทางตุลาการ และอำนาจในการวินิจฉัยในลักษณะให้คำปรึกษา ซึ่งแตกต่างจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมนีที่มีอำนาจเฉพาะการวินิจฉัยชี้ขาดทางตุลาการเท่านั้น โดยที่มาของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศสนั้นได้มีการบัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญแห่ง

¹⁶บทความทางวิชาการหัวข้อเรื่อง “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาในประเทศสเปน” โดย พิมล ธรรมพิทักษ์พงษ์ เผยแพร่ในหนังสือ “รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ ๙ : เรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน” สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ : บริษัท พี. เพรส จำกัด ,๒๕๕๓) หน้า ๒๒๒.

¹⁷เรื่องเดียวกัน หน้า ๒๒๔.

สาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. ๑๙๕๘ ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน โดยจะมีตุลาการ ๒ ประเภท คือ ตุลาการโดยตำแหน่ง คือ อดีตประธานาธิบดีทุกคน และประเภทที่สอง คือ ตุลาการโดยการแต่งตั้ง จะมาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดี จำนวน ๓ คน มาจากการแต่งตั้งของประธานสภาผู้แทนราษฎร จำนวน ๓ คน และมาจากการแต่งตั้งของประธานวุฒิสภา จำนวน ๓ คน รวมทั้งหมด ๙ คน และเมื่อตุลาการโดยการแต่งตั้งอยู่ครบ ๓ ปี ก็จะต้องมีการให้ตุลาการประเภทดังกล่าวออกจากตำแหน่งจำนวนหนึ่งในสามเพื่อให้มีการแต่งตั้งใหม่ โดยตุลาการดังกล่าวจะดำรงตำแหน่งซ้ำอีกไม่ได้¹⁸

เมื่อพิจารณาถึงที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยแล้ว มีที่มาจากวุฒิสภา โดยต้องได้รับการแต่งตั้งจากพระมหากษัตริย์ตามคำแนะนำของวุฒิสภา ซึ่งมีการคัดสรรและเลือกจากบุคคลกลุ่มต่าง ๆ ๔ กลุ่ม คือ จากกลุ่มผู้พิพากษาศาลฎีกา จำนวน ๓ คน จากกลุ่มตุลาการศาลปกครองสูงสุด จำนวน ๒ คน จากผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ จำนวน ๒ คน และจากผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์ด้านอื่น อีกจำนวน ๒ คน โดยการคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิมิมีคณะกรรมการสรรหา ที่เรียกว่า “คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ” แล้วส่งให้วุฒิสภาลงมติให้ความเห็นชอบต่อไป ซึ่งถ้าวิเคราะห์ตามรูปแบบ การที่ศาลหรืออำนาจตุลาการจะเข้ามาทำหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบทั้งอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร จะต้องมีรูปแบบที่มาจากอำนาจมา

จากประชาชน เมื่อพิจารณาแล้วกระบวนการในการสรรหาบุคคลผู้ทรงคุณวุฒิที่มาจากการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องผ่านการลงมติให้ความเห็นชอบจากวุฒิสภา ซึ่งถือเป็นสถาบันทางการเมืองที่มาจากประชาชน แต่จากการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ซึ่งเป็นข้าราชการที่ต้องมีการสอบเข้ารับราชการ โดยต้องสำเร็จการศึกษาทางกฎหมาย และสอบไล่ได้เป็นเนติบัณฑิต และต้องมีประสบการณ์ตามที่ประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย ตามที่คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมกำหนดจึงไม่ใช่เป็นองค์กรหรือสถาบันที่มาจากประชาชน แต่เนื่องด้วยในการพิจารณาพิพากษาคดีต้องอาศัยความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมาย และต้องมีความชำนาญในประสบการณ์การพิจารณาพิพากษาคดี จึงต้องอาศัยผู้พิพากษาจากศาลยุติธรรมเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าว

ดังนั้น ตามทัศนะของผู้เขียนต่อที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไทย ถึงแม้ว่าโดยรูปแบบจะมาจากวุฒิสภา แต่ก็ไม่สามารถกล่าวได้ว่ามาจากการใช้สิทธิของประชาชนอย่างสมบูรณ์ นอกจากนี้ สมาชิกวุฒิสภานั้นมีสองประเภท คือ สมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้ง และสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการแต่งตั้ง แต่เมื่อวิเคราะห์เหตุผลอื่น ๆ ประกอบ วุฒิสภาตั้งขึ้นมาเพื่อกลั่นกรองกฎหมาย ควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน ให้ความเห็นชอบในเรื่องสำคัญ ๆ พิจารณาให้บุคคลดำรงตำแหน่ง ถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่ง และหน้าที่อื่น ๆ ซึ่งไม่ได้มีส่วนได้ส่วนเสียในสภา

¹⁸ปรับปรุงจาก วิทยานิพนธ์หัวข้อเรื่อง “ปัญหาผู้มีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ” โดย เฉลิมพงษ์ ถ้อยดียิ่ง (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต กฎหมายมหาชน : ๒๕๕๕) หน้า ๗๐ - ๗๑.

ผู้แทนราษฎร หรือ การเลือกฝ่ายบริหาร ดังนั้น ในการจัดตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นหน้าที่ของวุฒิสภาแต่เพียงผู้เดียว

แต่เมื่อเปรียบเทียบที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไทยกับศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศแล้วมีความแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด กล่าวคือ ทั้งสามประเทศ ได้แก่ เยอรมนี สเปน และฝรั่งเศส ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นมาจากการเลือกตั้งของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นสถาบันทางการเมืองที่มาจากประชาชน โดย ในประเทศเยอรมนี ครึ่งหนึ่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐต้องมาจากการคัดเลือกโดยสภาผู้แทนราษฎร และอีกครึ่งหนึ่งต้องมาจากการคัดเลือกโดยสมาชิกวุฒิสภา ในประเทศสเปน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องมาจากการได้รับเลือกจากสภาผู้แทนราษฎร จำนวน ๔ คน จากการได้รับเลือกจากวุฒิสภา จำนวน ๔ คน การเสนอชื่อจากรัฐบาล จำนวน ๒ คน และการเสนอชื่อจากสภาแห่งศาล (The General Council of the Judicial) จำนวน ๒ คน และในประเทศฝรั่งเศส ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดี จำนวน ๓ คน มาจากการแต่งตั้งของประธานสภาผู้แทนราษฎร จำนวน ๓ คน และมาจากการแต่งตั้งของประธานวุฒิสภา จำนวน ๓ คน แต่ทั้งนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส ไม่ได้มีวัตถุประสงค์หลักในการทำหน้าที่เป็นองค์กรที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของ

ประชาชน แต่มีหน้าที่หลักในการลดความขัดแย้งระหว่างรัฐสภากับรัฐบาล ขณะที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไทย เฉพาะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิต่างนิติศาสตร์ และผู้ทรงคุณวุฒิต่างรัฐศาสตร์เท่านั้น ที่มาจากการเลือกของวุฒิสภาซึ่งเป็นสถาบันการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากการเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา และที่มาจากการเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด ไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา¹⁹

ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วจึงสามารถกล่าวได้ว่า ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประเทศไทยไม่ได้มีที่มาทางอำนาจที่มาจากประชาชนอย่างสมบูรณ์ แต่ในทัศนะของผู้เขียนมองว่า การที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้มาจากสภาผู้แทนราษฎรและฝ่ายบริหาร เนื่องจากเกิดกรณี “เผด็จการรัฐสภา” ที่รัฐบาลมีกัมเลียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรซึ่งอาจจะทำให้การเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เกิดความเอนเอียงไปทางฝั่งใดฝั่งหนึ่ง และประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของการตรวจสอบและควบคุมอำนาจรัฐไว้อย่างเข้มงวด ทำให้องค์กรที่มีหน้าที่ในการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จึงมีแต่วุฒิสภาองค์กรเดียว ซึ่งเป็นองค์กรที่ไม่ได้มีส่วนได้เสียในทางการเมืองของฝ่ายบริหารอย่างสภาผู้แทนราษฎร

¹⁹ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งปฏิบัติหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ ๑/๒๕๕๑ ลงวันที่ ๗ มกราคม ๒๕๕๑ ว่า วุฒิสภาไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาไม่ให้ความเห็นชอบแก่บุคคลที่ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาได้พิจารณาเลือกมาเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้ว และคำวินิจฉัยดังกล่าว มีผลผูกพันกับการเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเพื่อแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน (อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๑๐, เรื่องเดียวกัน หน้า ๓๑๗.)

สำหรับทัศนะของผู้เขียน มองว่าในรูปแบบที่เหมาะสมสำหรับการคัดเลือกที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไทย คือ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องมีที่มาจาก ๓ องค์กรซึ่งถือเป็นสถาบันทางการเมืองที่มีอำนาจมาจากประชาชน ได้แก่ สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐบาล หรือเช่นเดียวกับประเทศเยอรมนี และสเปน แต่เนื่องด้วยในกรณีที่เกิดเผด็จการรัฐสภา และจากปัญหาการทุจริตต่างๆ ในสภาผู้แทนราษฎรในปัจจุบัน ทำให้การคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประเทศไทยไม่สามารถที่จะอาศัยหรือพึ่งพา ๒ องค์กร นี้ได้ แต่ต้องอาศัยองค์กรที่ยังถือว่าเป็นองค์กรที่มาจากประชาชนได้เพียงองค์กรเดียวคือ วุฒิสภา และในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ในกลุ่มที่คัดเลือกมาจากผู้พิพากษาที่มาจากการประชุมใหญ่ศาลฎีกา และมาจากตุลาการที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด ควรจะต้องผ่านความเห็นชอบจากวุฒิสภาทั้งหมด โดยถือมติเสียงข้างมากเช่นเดียวกันกับผู้มาจากผู้ทรงคุณวุฒิในสาขานิติศาสตร์ และรัฐศาสตร์ จึงจะถือได้ว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีที่มาที่มาจากสถาบันทางการเมืองที่มาจากการใช้อำนาจของประชาชน

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ดังนั้น จากการศึกษาข้อมูลต่างๆ สามารถสรุปได้ว่าที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประเทศไทยไม่ได้มีที่มาจากอำนาจที่มาจากประชาชนอย่างสมบูรณ์ เมื่อเปรียบเทียบกับที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศแล้ว โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นควรจะมีที่มาจากคัดเลือกจากสถาบันการเมืองที่มาจากประชาชน ได้แก่ สภา

ผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐบาล แต่เนื่องด้วยการเกิดการเกิดเผด็จการรัฐสภา อาจจะทำให้การคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เกิดความเอนเอียงไปทางฝั่งใดฝั่งหนึ่ง ดังนั้น จึงต้องเป็นหน้าที่ของวุฒิสภาในการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากวุฒิสภามีหน้าที่ในการกลั่นกรองกฎหมาย ควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน ให้ความเห็นชอบในเรื่องสำคัญๆ พิจารณาให้บุคคลดำรงตำแหน่ง ถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่ง และหน้าที่อื่นๆ ซึ่งไม่ได้มีส่วนได้ส่วนเสียในสภาผู้แทนราษฎร หรือ การเลือกรัฐบาล แต่อย่างไรก็ตาม ในทัศนะของผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าควรจะให้กฎหมายในส่วนของที่มาของตุลาการที่มาจากผู้พิพากษาที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา และที่มาจากตุลาการที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด ต้องผ่านการให้ความเห็นชอบจากวุฒิสภา เช่นเดียวกับการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิในสาขานิติศาสตร์ และรัฐศาสตร์ จึงจะกล่าวได้ว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีที่มาจากสถาบันการเมืองที่มาจากประชาชนอย่างสมบูรณ์



บรรณานุกรม

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ” พิมพ์ครั้งที่ ๑ (กรุงเทพฯ : บริษัท พี. เพรส จำกัด, ๒๕๔๖)

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ “๑๐ ปี ศาลรัฐธรรมนูญไทย: สู่ทศวรรษใหม่ของนิติรัฐไทย” (กรุงเทพฯ : บริษัท พี. เพรส จำกัด, ๒๕๕๑)

บทความวิชาการ

บทความทางวิชาการหัวข้อเรื่อง “บทบาทและอำนาจหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ ตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายสูงสุด” เรียบเรียงโดย นายวุฒิชัย จิตตานุ เผยแพร่ในหนังสือ “๑๐ ปี ศาลรัฐธรรมนูญไทย: สู่ทศวรรษใหม่ของนิติรัฐไทย” สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ : บริษัท พี. เพรส จำกัด, ๒๕๕๑)

บทความทางวิชาการหัวข้อเรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญไทยต่างจากศาลอื่น และศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศอย่างไร” เรียบเรียงโดย บุญเสริม นาคสาร เผยแพร่ในหนังสือ “๑๐ ปี ศาลรัฐธรรมนูญไทย: สู่ทศวรรษใหม่ของนิติรัฐไทย” สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ : บริษัท พี. เพรส จำกัด, ๒๕๕๑)

การบรรยายทางวิชาการหัวข้อเรื่อง “วิधिพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี : กรณีการใช้สิทธิของประชาชนยื่นฟ้องคดีรัฐธรรมนูญ” โดย ศาสตราจารย์ ดร. รูดอล์ฟ โดล์เชอร์ ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายจากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เผยแพร่ในหนังสือ “รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ ๙ : เรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน” สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ : บริษัท พี. เพรส จำกัด, ๒๕๕๓)

บทความทางวิชาการหัวข้อเรื่อง “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาในประเทศสเปน” โดย พิมล ธรรมพิทักษ์พงษ์ เผยแพร่ในหนังสือ “รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ ๙ : เรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน” สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ : บริษัท พี. เพรส จำกัด, ๒๕๕๓)

วิทยานิพนธ์

วิทยานิพนธ์หัวข้อเรื่อง “ปัญหาผู้มีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ” โดย เฉลิมพงษ์ ถือดียิ่ง (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต กฎหมายมหาชน : ๒๕๕๕)

กฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐





คำแนะนำในการส่งต้นฉบับวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ขอเชิญท่านที่สนใจส่งบทความเผยแพร่ในวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ โดยบทความของท่านต้องไม่เคยพิมพ์เผยแพร่หรืออยู่ระหว่างการรอพิจารณาจากวารสารอื่น และกองบรรณาธิการขอสงวนสิทธิ์ ในการตรวจทานแก้ไขต้นฉบับตามเกณฑ์

ประเภทของเนื้อหา แบ่งออกเป็น

- บทความทางวิชาการ พร้อมบทความย่อภาษาไทยและภาษาอังกฤษ รวมทั้งคำสำคัญ เรื่องละประมาณ 10 หน้า กระดาษ A4
- รายงานการวิจัยหรือวิทยานิพนธ์ เรื่องละประมาณ 10 หน้า กระดาษ A4
- สรุปการอภิปราย สัมมนา บทความพิเศษ ในหัวข้อที่น่าสนใจ ประมาณ 5 หน้า กระดาษ A4

การเตรียมต้นฉบับ

- ☆ ต้องพิมพ์ด้วย Microsoft Word ตัวอักษร Angsana New ขนาดตัวอักษร 15 point ถ้ามีตัวเลขต้องพิมพ์เป็นเลขไทย ใช้กระดาษ A4
- ☆ ชื่อเรื่องพิมพ์ไว้หน้าแรกตรงกลางหน้ากระดาษ (ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ) ชื่อผู้เขียนอยู่ใต้ชื่อเรื่องเยื้องลงมาทางขวามือ ตำแหน่งทางวิชาการ และสถานที่ทำงานของผู้เขียนพิมพ์ไว้เป็นเชิงอรรถในหน้าแรก
- ☆ บทความที่เป็นรายงานการวิจัยหรือวิทยานิพนธ์ ควรเขียนเรียงลำดับดังนี้
 - ชื่อเรื่อง (Title)
 - ชื่อผู้ทำงานวิจัย (Author)
 - บทคัดย่อ (Abstract) ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
 - คำสำคัญ (Key word) ระบุคำสำคัญหรือวลีสั้น ๆ เพียง 2 – 5 คำ
 - บทนำ (Introduction)
 - วัตถุประสงค์ของการวิจัย (Objective)
 - วิธีดำเนินงานวิจัย (Method)
 - ผลของการวิจัย (Result)
 - การอภิปรายผล (Discussion) และข้อเสนอแนะ

วารสารวิชาการ ๑๐๓

3. บทความในหนังสือ (Chapter in Edited Books)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	“ชื่อบทความ”	ใน	ชื่อบรรณาธิการหรือผู้รวบรวม,	ชื่อหนังสือ	(สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์, ครั้งที่พิมพ์, ปีที่พิมพ์)	หน้าเริ่มต้นบทความ,	หน้า.
ตัวอย่าง	พะยอม แก้วกำเนิด,	“ความหมายของวัฒนธรรม”	ใน	ฉัตรชัย ศุภกาญจน์ (บรรณาธิการ),	ห้องสมุดวัฒนธรรม	(นครศรีธรรมราช : ศูนย์วัฒนธรรมภาคใต้, 2525)	1,	4.
	Richard J. McNeil	“International Parks for Peace”	In	Jim Thorsell (ed.),	Parks on the Borderline: Experience in Transfrontier Conservation	(Gland, Switzerland and Cambridge, UK: IUCN, 1990)	23,	35.

4. วิทยานิพนธ์ (Theses)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	ชื่อเรื่อง	(หลักสูตร, สถาบัน, ปี)	หน้า.
ตัวอย่าง	นิก สุนทรชัย,	มาตรการทางกฎหมายในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม	(นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534)	53.
	Chloe Sage Castro,	Over the Moon: Lunar Heritage Protection	(Master of Fine Arts Thesis, Savannah College of Art and Design, 2011)	44.

วารสารวิชาการ ๑๐๕

8. ตราสารระหว่างประเทศ (Treaties, Conventions, Protocol)

รูปแบบ	ชื่อตราสาร,	วันที่เปิดลงนาม,	Treaty Series	(วันเริ่มต้นมีผลผูกพัน) (Enter into Force)	มาตรา.
ตัวอย่าง	United Nations Convention on the Law of the Sea,	opened for signature 10 December 1982,	21 ILM 1261	(entered into force 16 November 1994)	art 2.

หลักการอ้างอิงเอกสารที่เคยอ้างมาแล้ว (Subsequent References)

- กรณีการใช้ “เพ็ญอ้าง” หรือ “Ibid” กรณีอ้างอิงเอกสารเดิมที่อยู่ก่อนหน้า เช่น
 - 21 ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล,คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2543) 183.
 - 22 เพ็ญอ้าง, 184.
 - 18 Eric Barendt, *Freedom of Speech* (Oxford University Press, 2nd ed, 2005) 163.
 - 19 Ibid.
- กรณีการใช้ “อ้างแล้ว” หรือ “Above n” กรณีอ้างอิงเอกสารเดิมที่อยู่ก่อนหน้า แต่มีเอกสารอื่นมาค้น เช่น
 - 9 Catharine MacMillan, *Mistakes in Contract Law* (Hart Publishing, 2010) 38.
 -
 - 20 Catharine MacMillan, above n 9.

การอ้างบรรณานุกรม (Bibliography)

มีหลักการเขียนดังนี้

- (1) รูปแบบเดียวกับ กรณีการอ้างอิงเชิงอรรถ (Footnote) ขึ้นอยู่กับประเภทของแหล่งอ้างอิง
- (2) ตัดหน้าเอกสารที่อ้างออก และไม่ใส่จุด full stop (.) กรณีเอกสารที่อ้างเป็นบทความ (Journal Articles) ให้ตัดแต่เลขหน้าที่อ้างออก ให้ใส่หน้าเริ่มต้นบทความเอาไว้
- (3) กรณีผู้แต่งเป็นชาวต่างชาติ ให้สลับที่ ชื่อแรก และ นามสกุล โดยค้นด้วย comma (,) เช่น Christopher C. Miller เปลี่ยนเป็น Miller, Christopher C.
- (4) การเรียงลำดับเอกสาร ให้เรียงตามอักษรตัวแรกของชื่อผู้เขียน จาก ก-ฮ หรือ A-Z

วารสารวิชาการ ๑๐๓

การส่งต้นฉบับ

1. การส่งต้นฉบับทางไปรษณีย์

ส่งต้นฉบับ 1 ชุด และสำเนา 1 ชุด พร้อมแผ่นซีดี ที่กองบรรณาธิการ วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ เลขที่ 18/18 ถนนบางนา-ตราด ตำบลบางโฉลง อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ 10540

2. การส่งต้นฉบับทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) ส่งต้นฉบับมายัง faclaw120hcu@gmail.com

การอ้างอิงเชิงอรรถ (Footnote)

1. หนังสือ/ตำรา (Books)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	ชื่อเรื่อง	(สถานที่พิมพ์: สำนักพิมพ์, ครั้งที่พิมพ์, ปีที่พิมพ์)	หน้า.
ตัวอย่าง	ประสิทธิ์ โสวไลกุล,	คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล	(กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2543)	183.
	Malcome N Shaw,	International Law	(London: Cambridge University Press, 2008)	578.

2. บทความวารสาร (Journal Articles)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	“ชื่อเรื่อง”	(ปีที่พิมพ์)	ปีที่ฉบับที่	ชื่อวารสาร	หน้าเริ่มต้นบทความ,	หน้า.
ตัวอย่าง	ศนันท์กรณ โสติดิพันธุ์,	“หลักความสำคัญผิด”	(2553)	39:4	วารสารนิติศาสตร์	788,	797.
	Christopher C. Miller,	“To The Moon & Beyond: The United States and The Future of International Space Law”	(2011)	35:1	Suffolk Transnational Law Review	101,	113.

๑๐๔ การสำรวจวิชาการ

5. เอกสารประกอบการประชุม (Conference Proceedings)

รูปแบบ	ชื่อผู้เขียน,	“ชื่อเรื่อง”	(นำเสนอที่ ชื่อการประชุม, สถานที่, ว/ด/ป)	หน้า.
ตัวอย่าง	Anne Orford	“Roman Law and the Godly Imperium in England’s New Worlds”	(Paper presented at the Workshop on the Theo-Political Renaissance, Department of English, Cornell University, 25 April 2008)	12.

6. เว็บไซต์ (Website/Electronic Materials)

รูปแบบ	ชื่อผู้เขียน,	ชื่อเอกสาร	(ว/ด/ป ที่เข้าถึงข้อมูล)	ชื่อเว็บไซต์	<URL>.
ตัวอย่าง	Apichai Sunchindah,	The ASEAN Approach to Regional Environmental Management	(24 Aug 2013)	ASEAN Environment Cooperation	< http://www.aseansec.org/2838.htm >.

7. กฎหมายภายใน (Domestic Laws)

รูปแบบ	เลขมาตรา,	ชื่อกฎหมาย
ตัวอย่าง	มาตรา 15,	พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.๒๕๑๔
	Section 17,	Land and Environment Court Act 1979

๑๐๖ การสำรวจวิชาการ



ใบสมัครสมาชิก วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

เรียน กองบรรณาธิการวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มฉก.

ชื่อ-สกุล.....
ที่อยู่ เลขที่..... หมู่ที่..... ซอย.....
ถนน..... ตำบล/แขวง..... อำเภอ/เขต.....
จังหวัด..... รหัสไปรษณีย์.....
โทรศัพท์..... โทรสาร..... E-mail address.....

มีความประสงค์จะสมัครเป็นสมาชิกวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มฉก. เป็นรายปี (ปีละ ๒ ฉบับ ๓๐๐ บาท)

ที่อยู่ในการจัดส่งวารสาร

เลขที่..... หมู่ที่..... ซอย..... ถนน.....
ตำบล/แขวง..... อำเภอ/เขต..... จังหวัด.....
รหัสไปรษณีย์.....

เงื่อนไขการชำระเงิน

☐ ธนาณัติ / ตัวแลกเงิน สั่งจ่ายในนาม “มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ”

☐ เช็คขีดคร่อม สั่งจ่ายในนาม มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

ธนาคาร..... สาขา.....

เลขที่..... ลงวันที่.....

☐ อื่นๆ โปรดระบุ

และโปรดส่งสำเนาการชำระเงินและใบสมัครสมาชิก ทางโทรสาร หมายเลข ๐-๒๓๑๒-๖๔๑๔
หรือ ส่งกองบรรณาธิการวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
๑๔/๑๔ ถนนบางนา-ตราด กม.๑๔ ต.บางโคลง อ.บางพลี จ.สมุทรปราการ ๑๐๕๔๐

สอบถามรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ สำนักงานเลขานุการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
โทรศัพท์ ๐-๒๓๑๒-๖๓๐๐-๗๕ ต่อ ๑๖๔๕ ๑๖๕๐



พิมพ์ที่ บริษัท จามจุรีโปรดักส์ จำกัด

26 ถนนพระรามที่ 2 ซอย 83 แขวงสามยุค เขตบางขุนเทียน กรุงเทพฯ 10150 โทร. 081-812-3674, 02-415-8320-1

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

ได้รับการรับรองหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต

จาก

สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

เมื่อวันที่ ๓๐ มีนาคม ๒๕๕๒

และ

สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภาทนายความ

เมื่อวันที่ ๓๐ มกราคม ๒๕๕๒



คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

เลขที่ ๑๘/๑๘ ถนนบางนา-ตราด กิโลเมตรที่ ๑๘ ตำบลบางโจลง

อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ ๑๐๕๔๐

E-mail : faclaw120hcu@gmail.com

ศูนย์แนะนำกฎหมายสำหรับประชาชน

โทร. ๐-๒๓๓๑๒-๖๓๐๐ ต่อ ๑๖๘๘, ๑๖๙๐