

วารสารกฤตภัฏ

OCS e-JOURNAL

เล่ม ๒ ตอน ๓

สำนักงานคณะกรรมการกฤตภัฏ

OCS e-Journal

July 2022
Volume 2 Part 3

Better Regulation for Better Life
พัฒนากฎหมายให้ดีขึ้นเพื่อประชาชนมีคุณภาพชีวิตดีขึ้น

บทบรรณาธิการ

สวัสดีค่ะ ท่านผู้อ่าน วารสารกฤษฎีกา เล่ม ๒ ตอน ๓ ยังคงสรรหาบทความที่น่าสนใจในสถานการณ์ปัจจุบันมาอีกเช่นเคยนะคะ

- บทความแรกเป็นบทความที่น่าสนใจต่อเนื่องมาตั้งแต่เล่ม ๒ ตอน ๑ ซึ่งในเล่มนี้จะเป็นตอนจบและบทสรุปที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้างอาคารสูงที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ได้แก่ บทความ เรื่อง **ข้อพิจารณาทางกฎหมายและผลกระทบอันเนื่องมาจากการก่อสร้างอาคารสูงที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ส่วนที่ ๒ : การควบคุมอาคารสูงตามกฎหมายไทยและการนำแนวคิดของต่างประเทศมาปรับใช้กับปัญหาของประเทศไทย** โดย ฝ่ายกฎหมายที่ดิน สิ่งก่อสร้าง และการเกษตร กองกฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

- บทความ เรื่อง **ข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย (International Settlement Agreements Resulting from Mediation)** โดย นางสาวพนัสนิธิ วรณราช และนางสาวสายทิพย์ สัตยญะวี ซึ่งได้นำเสนอแนวคิดและวิวัฒนาการของการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ กลไกระงับข้อพิพาทนอกจากทางศาลที่มีอยู่ในประเทศไทย และสาระสำคัญของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย รวมทั้งนำเสนอข้อพิจารณาที่น่าสนใจ หากประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาสหประชาชาติดังกล่าว

- บทความ เรื่อง **การบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ในคดีแพ่งและพาณิชย์ในประเทศไทย** โดย นางสาวรัชนิกร ลาภวนิชชา ซึ่งได้ชี้ให้เห็นถึงหลักการเคลื่อนย้ายเสรีของคำพิพากษา (free movement of judgements) การบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ในจีนและบางประเทศในภูมิภาคเอเชีย การบังคับตามคำพิพากษาระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป และบทวิเคราะห์เพื่อการตรากฎหมายไทย

- บทความ เรื่อง **รายงานดัชนีข้อจำกัดการค้าบริการของ OECD ว่าด้วยแนวโน้มการจัดทำนโยบาย (OECD Trade Restrictiveness Index: Policy Trends up to 2022)** โดย นางสาวณรรธา บือตฐ์ ซึ่งได้สรุปรายงานประจำปีที่ทำขึ้นโดย OECD ที่ได้รวบรวมและวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงด้านนโยบายและกฎระเบียบที่ส่งผลต่อการค้าบริการใน ๔๖ ประเทศ และ ๒๒ ภาคส่วน โดยแสดงให้เห็นถึงข้อมูลที่น่าสนใจว่า หากประเทศไทยดำเนินการปฏิรูปนโยบายให้เปิดเสรีในระดับเท่าเทียมกับครึ่งหนึ่งของประเทศผู้นำ จะทำให้ลดต้นทุนทางการค้าได้ และต้นทุนทางการค้าที่น้อยลงจะช่วยให้ผู้ส่งออกพ้นตัวจากสถานการณ์การระบาดของ COVID 19

- บทความ เรื่อง **“แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา” ตามกฎหมายแรงงานของประเทศสเปน (El Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente : TRADE)** โดย นางปัทมา นิภาวรรณ โชติทิติกุล ซึ่งได้ศึกษาถึงลักษณะของแรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา ที่อยู่ในสถานะที่อิสระมีลักษณะที่อยู่ตรงกลางระหว่างลูกจ้างและแรงงานรับจ้างอิสระโดยการคุ้มครองแรงงานประเภทดังกล่าวของประเทศสเปน โดยนำเสนอแนวคิดที่อาจนำกฎหมายแรงงานของประเทศสเปนมาปรับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาแรงงานรับจ้างอิสระบางประเภทในประเทศไทยที่ยังไม่ได้รับความคุ้มครองหรือได้รับสวัสดิการสังคมที่ดีต่อไป

- บทความ เรื่อง **ฤ ช่างไทย จะแพ้โควิด (๒)** โดย สว.ญ.กิตญา จรรยาเมธากุล ซึ่งวารสารเล่มนี้ยังคงได้รับเกียรติจากคุณหมออยู่เช่นเดิม บทความนี้จะช่วยให้ผู้อ่านได้เข้าใจถึงสภาพปัญหาที่ช่างไทยต้องเผชิญ ในสถานการณ์ที่นักท่งเกี่ยวข้องให้ความสำคัญกับเรื่องสวัสดิภาพสัตว์ โดยไม่เข้าใจวิถีการเลี้ยงช้าง พร้อมทั้งได้นำเสนอแนวทางการรับมือเพื่อการท่องเที่ยวอย่างยั่งยืน การรอดพ้นจากวิกฤตโควิด และการเป็นที่ยอมรับในระดับสากลว่า เราคนไทย เลี้ยงช้างตามวิถีตามวัฒนธรรม และมีสวัสดิภาพช้างที่ดี

- บทความสุดท้ายในเล่มนี้ เป็นเรื่องที่น่าสนใจอย่างยิ่งกับผู้ที่สนใจศึกษาค้นคว้าหลักการและเนื้อหาของรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ซึ่งบทความเรื่อง **แนะนำเว็บไซต์ค้นหารัฐธรรมนูญ** โดย นางสาวณัฏฐริดา วันศิริ ได้แนะนำ <https://www.constituteproject.org/> ซึ่งเป็นฐานข้อมูลที่ให้บริการข้อมูลตัวบทรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ รวมทั้งฉบับร่างรัฐธรรมนูญ และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม โดยสามารถสืบค้นด้วยคำสำคัญหรือตัวกรอง พร้อมทั้งเปรียบเทียบเนื้อหาของรัฐธรรมนูญของประเทศที่สนใจ ค้นหารัฐธรรมนูญตามรายประเทศ ค้นหาตามหัวข้อที่สนใจ และค้นหาจากบทความ

พบกับใหม่ กับวารสารกฤษฎีกา เล่ม ๒ ตอน ๔ ตุลาคม ๒๕๖๕ นะคะ

สารบัญ

บทความทางกฎหมาย

- 1** ข้อพิจารณาทางกฎหมายและผลกระทบอันเนื่องมาจากการก่อสร้างอาคารสูงที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ส่วนที่ ๒ : การควบคุมอาคารสูงตามกฎหมายไทย และการนำแนวคิดของต่างประเทศมาปรับใช้กับปัญหาของประเทศไทย
โดย ฝ่ายกฎหมายที่ดิน สิ่งก่อสร้าง และการเกษตร
กองกฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม
- 23** ข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย (International Settlement Agreements Resulting from Mediation)
โดย พงษ์พิสัย วรรณราช และสายทิพย์ สันญะวี
- 50** การบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ในประเทศไทย
โดย รัชนิกร ลาภวณิชชา
- 85** รายงานดัชนีข้อจำกัดการค้าบริการของ OECD ว่าด้วยแนวโน้มการจัดทำนโยบาย (OECD Trade Restrictiveness Index: Policy Trends up to 2022)
โดย ณรธา บือตฐ์
- 91** “แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา” ตามกฎหมายแรงงานของประเทศสเปน (*El Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente* : TRADE)
โดย ปกิตตา นิภาวรรณ โชติกิตติกุล
- 110** ฤ ช่างไทย จะแพ้ โควิด (๒)
โดย สพ.ญ.กิตัญญา จรรยาเมธากุล

เรื่องน่ารู้

- 117** แนะนำเว็บไซต์ค้นหารัฐธรรมนูญ
โดย ณัฏฐริดา วุ่นศิริ

ข้อพิจารณาทางกฎหมายและผลกระทบอันเนื่องมาจากการก่อสร้างอาคารสูงที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย*

ส่วนที่ ๒ : การควบคุมอาคารสูงตามกฎหมายไทยและการนำแนวคิดของต่างประเทศมาปรับใช้กับปัญหาของประเทศไทย

ฝ่ายกฎหมายที่ดิน สิ่งก่อสร้าง และการเกษตร**
กองกฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

จากที่ได้นำเสนอมาตรการทางกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้างอาคารสูง ในประเทศสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส เครือรัฐออสเตรเลีย และสาธารณรัฐอินเดีย ไปแล้ว ในส่วนที่ ๑ ทั้งภาคที่ ๑ และภาคที่ ๒ ในส่วนที่ ๒ นี้จะได้นำเสนอหลักการสำคัญของกฎหมายและอนุบัญญัติที่ใช้บังคับกับการควบคุมอาคารในลักษณะต่าง ๆ ของประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาคารสูง มาตรการทางกฎหมาย สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน และการนำแนวคิดของต่างประเทศมาปรับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทย

๑. การควบคุมอาคารในประเทศไทย

“ที่อยู่อาศัย” จัดเป็นหนึ่งในปัจจัยสี่ที่สำคัญนอกจากอาหาร เครื่องนุ่งห่ม และยารักษาโรค ซึ่งนอกจากจะนำมาเป็นที่พักอาศัยแล้ว ยังเป็นที่ประกอบการทำมาหาเลี้ยงชีพและดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ได้ ทุกคนจึงต้องการที่อยู่อาศัยที่มีความมั่นคง แข็งแรง และมีความปลอดภัยต่อชีวิตและทรัพย์สินของผู้ที่เข้าอาศัย แต่ด้วยสภาพสังคมที่ประกอบไปด้วยกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายมาอยู่รวมกัน ทำให้ความต้องการด้านที่อยู่อาศัยมีความหลากหลายและแตกต่างกันไปตามบริบทและวัฒนธรรมในแต่ละพื้นที่ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการระเบียบเพื่อวางแนวทางในเรื่องอาคารให้เป็นไปตามมาตรฐาน มีความเป็นระเบียบ เรียบร้อย และปลอดภัยด้วยเหตุนี้ จึงได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารขึ้น เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคาร

พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ มีวัตถุประสงค์ที่จะควบคุมอาคารในด้านต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

๑. ความมั่นคงแข็งแรงและความปลอดภัยของตัวอาคาร และความปลอดภัยของผู้อยู่อาศัยและผู้ที่ใช้อาคาร เช่น การกำหนดหลักเกณฑ์และมาตรฐานเกี่ยวกับการรับ

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** ฝ่ายกฎหมายที่ดิน สิ่งก่อสร้าง และการเกษตร กองกฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (ธันวาคม ๒๕๖๔)

น้ำหนัก ความต้านทาน ความคงทน ตลอดจนลักษณะและคุณสมบัติของวัสดุที่ใช้ รวมทั้งการรับน้ำหนัก ความต้านทาน ความคงทนของอาคาร และพื้นดินที่รองรับอาคาร

๒. การป้องกันอัคคีภัย เช่น การกำหนดแบบและวิธีการเกี่ยวกับการติดตั้งระบบประปา ก๊าซ ไฟฟ้า เครื่องกล ความปลอดภัยที่เกี่ยวกับอัคคีภัยหรือภัยพิบัติอย่างอื่น และการป้องกันอันตรายเมื่อมีเหตุฉุกเฉินวุ่นวาย

๓. การสาธารณสุข และการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เช่น การกำหนดให้มีระบบการจัดแสงสว่าง การระบายอากาศ การปรับอากาศ การฟอกอากาศ การระบายน้ำ การบำบัดน้ำเสีย และการกำจัดขยะมูลฝอย และสิ่งปฏิกูล

๔. การผังเมือง และการสถาปัตยกรรม เช่น การกำหนดลักษณะ แบบ รูปทรง สัดส่วน ขนาด เนื้อที่ และที่ตั้งของอาคาร ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อย และความสวยงาม

๕. การอำนวยความสะดวกแก่การจราจร เช่น การกำหนดระยะหรือระดับระหว่างอาคารกับอาคารหรือเขตที่ดินของผู้อื่น หรือระหว่างอาคารกับถนน ตรอก ซอย ทางเท้า ทาง หรือที่สาธารณะ พื้นที่หรือสิ่งก่อสร้างขึ้นเพื่อใช้เป็นที่จอดรถ ที่กับลรถ และทางเข้าออกของรถสำหรับอาคารบางชนิด หรือบางประเภท ตลอดจนลักษณะและขนาดของพื้นที่หรือสิ่งก่อสร้างขึ้นดังกล่าว

โดยคำว่า “อาคาร” ตามบทนิยามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๖๒ นั้น มิได้มุ่งประสงค์ให้ความคุ้มครองเฉพาะแต่อาคารที่มีลักษณะเป็นสิ่งก่อสร้างที่ใช้เป็นที่อยู่อาศัยหรือประกอบการทำมาหาเลี้ยงชีพ เช่น ตึก บ้าน เรือน โรง ร้าน แพ คลังสินค้า หรือสำนักงาน เท่านั้น แต่ยังได้ขยายความคุ้มครองไปถึงสิ่งก่อสร้างที่สร้างขึ้นอย่างอื่นซึ่งบุคคลอาจเข้าอยู่หรือเข้าใช้สอยได้ด้วย เช่น เชื้อน สะพาน อุโมงค์ อัฒจันทร์ ทางหรือท่อระบายน้ำ อุโมงค์คานเรือ ท่อน้ำ ท่อจอดเรือ รั้ว กำแพง เป็นต้น เนื่องจากการเข้าอยู่หรือเข้าใช้สอยสิ่งก่อสร้างขึ้นอย่างอื่นนั้นอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้เข้าอยู่หรือเข้าใช้สอยได้ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๖๒ จึงประสงค์ที่จะคุ้มครองให้การเข้าอยู่หรือเข้าใช้สอยสิ่งก่อสร้างขึ้นอย่างอื่นนั้น มีความปลอดภัยและไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมด้วย โดยกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารจะมีผลใช้บังคับในท้องที่ใด และมีบริเวณเพียงใดนั้นจะต้องมีการตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อกำหนด “เขตควบคุมอาคาร” เสียก่อน โดยผู้ที่ดำเนินการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน เคลื่อนย้าย ใช้หรือเปลี่ยนการใช้ อาคารหรือสิ่งก่อสร้างที่เข้าลักษณะเป็นอาคารภายในเขตควบคุมอาคารจะต้องขออนุญาตและได้รับการอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นก่อน เว้นแต่เป็นเขตท้องที่ที่ได้มีการประกาศให้ใช้บังคับผังเมืองรวมตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารจะมีผลใช้บังคับตามเขตของผังเมืองรวมนั้นได้โดยไม่ต้องตราเป็นพระราชกฤษฎีกา อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ดำเนินการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน เคลื่อนย้าย ใช้หรือเปลี่ยนการใช้อาคารสูง อาคารขนาดใหญ่พิเศษ อาคารชุมนุมคน และโรงแรมสหผู้ที่จะดำเนินการจะต้องขออนุญาตและได้รับการอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นก่อนไม่ว่า “อาคารดังกล่าว” นั้น จะอยู่ในเขตควบคุมอาคารหรืออยู่นอกเขตควบคุมอาคารก็ตาม เนื่องจากลักษณะ

ของอาคารสูง ต้องรองรับการเข้าใช้งานของคนจำนวนมาก จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีความมั่นคง แข็งแรงและมีระบบความปลอดภัยในด้านต่าง ๆ ที่ได้มาตรฐาน ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้เข้าใช้อาคารได้รับความสะดวกและความปลอดภัยจากการเข้าใช้อาคารดังกล่าวนั่นเอง

กฎหมายว่าด้วยควบคุมอาคารนั้นมีมาตรการในการควบคุมทั้งในขั้นตอนการออกแบบ ขั้นตอนการอนุญาตก่อสร้าง ขั้นตอนการก่อสร้าง และขั้นตอนการใช้อาคาร เนื่องจากเมื่อได้มีการเข้ามาในระยะหนึ่งแล้วจำเป็นต้องมีการตรวจสอบ ดูแล และบำรุงรักษา เพื่อให้อาคารอยู่ในสภาพที่ใช้งานได้อย่างปลอดภัย และไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตและทรัพย์สินของผู้ใช้อาคาร^๑ สำหรับมาตรการควบคุมการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับอาคารสูงนั้น มาตรการส่วนใหญ่จะปรากฏอยู่ในกฎกระทรวง ฉบับที่ ๓๓ (พ.ศ. ๒๕๓๕) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ และกฎกระทรวง ฉบับที่ ๕๐ (พ.ศ. ๒๕๔๐) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ โดยกฎกระทรวงทั้งสองฉบับนี้ต่างมีเจตนารมณ์ที่ต้องการควบคุมการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับอาคารสูงและอาคารขนาดใหญ่พิเศษตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร เพื่อให้อาคารในลักษณะดังกล่าวมีความมั่นคงแข็งแรง ปลอดภัย และมีมาตรฐานความปลอดภัยในด้านต่าง ๆ ทั้งในด้านระบบการระบายอากาศ ระบบไฟฟ้า ระบบความปลอดภัยเกี่ยวกับอัคคีภัยหรือภัยพิบัติอย่างอื่น เป็นต้น

๑.๑ สภาพปัญหาเกี่ยวกับการก่อสร้างอาคาร

จากข้อจำกัดเกี่ยวกับทำเลที่ตั้งของที่ดิน จำนวนเนื้อที่ของที่ดิน และสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบันประกอบกับความต้องการในการก่อสร้างอาคารที่มีความหลากหลายเพื่อสนองตอบการประกอบธุรกิจรูปแบบต่าง ๆ ทำให้เจ้าของอาคารก่อสร้างอาคารโดยปฏิบัติไม่ถูกต้องตามกฎหมายอันมีผลทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายตามมา โดยจะเห็นได้จากข่าวตามสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ ว่ามีการรื้อถอนอาคารที่มีการก่อสร้างไม่ถูกต้องตามกฎหมายเกิดขึ้นอยู่ตลอด ทั้งกรณีที่เจ้าของอาคารซึ่งก่อสร้างอาคารเป็นผู้กระทำผิด และกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการอนุญาตก่อสร้างได้อนุญาตก่อสร้างไปโดยไม่ถูกต้อง อย่างเช่นกรณีที่เจ้าของอาคารขออนุญาตก่อสร้างอาคารที่พักอาศัยต่อมาเมื่อต้องการหารายได้เพิ่มเติมได้นำอาคารนั้นมาประกอบธุรกิจหอพัก ในกรณีนี้เจ้าของอาคารต้องขออนุญาตดัดแปลงอาคารตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร ต้องขออนุญาตประกอบกิจการหอพัก ตรวจสอบผังเมืองรวมว่ากำหนดให้สามารถใช้ประโยชน์ที่ดินเพื่อประกอบกิจการหอพักได้หรือไม่ และปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุขเนื่องจากเป็นกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ หากเจ้าของอาคารไม่ปฏิบัติตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งย่อมเป็นการใช้อาคารโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น ในกรณีของอาคารสูงก็เช่นเดียวกัน หากเจ้าของอาคารได้ขออนุญาตก่อสร้างอาคารที่มีความสูง ๒๕ ชั้น โดยได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นแล้ว แต่เจ้าของอาคารได้ก่อสร้างอาคารดังกล่าว

^๑ สำนักควบคุมและตรวจสอบอาคาร กรมโยธาธิการและผังเมือง กระทรวงมหาดไทย, “คู่มือกฎหมายควบคุมอาคาร”, เมษายน ๒๕๕๒, หน้า ๒๔.

โดยมีความสูง ๒๘ ชั้น ซึ่งเกินไปกว่าที่ได้รับอนุญาต ย่อมเป็นการใช้อาคารโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือกรณีที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นได้อนุญาตให้ก่อสร้างอาคารสูงเนื่องจากเห็นว่าอาคารที่จะก่อสร้างนั้นอยู่ติดถนนสาธารณะที่มีเขตทางกว้างไม่น้อยกว่า ๑๐ เมตร ยาวต่อเนื่องกัน โดยตลอดจนไปเชื่อมต่อกับถนนสาธารณะอื่นที่มีเขตทางกว้างไม่น้อยกว่า ๑๐ เมตร แต่ปรากฏข้อเท็จจริงจากการร้องเรียนของประชาชนในภายหลังว่าถนนสาธารณะดังกล่าวมีเขตทางกว้างไม่ถึง ๑๐ เมตร การอนุญาตของเจ้าพนักงานท้องถิ่นในกรณีนี้ก็จะไม่เป็นไปโดยไม่ถูกต้อง เป็นต้น

๑.๒ การดำเนินการของเจ้าพนักงานท้องถิ่นเมื่อมีการก่อสร้างอาคารโดยไม่ชอบ

ด้วยกฎหมาย

กรณีที่มีการใช้อาคารโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารได้กำหนดให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจและหน้าที่ดำเนินการ ดังต่อไปนี้

(๑) ออกคำสั่งให้ระงับการก่อสร้างหรือตัดแปลงอาคาร กรณีที่มีการก่อสร้าง ตัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคารโดยฝ่าฝืนกฎหมาย เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร ผู้ควบคุมงาน ผู้ดำเนินการ ลูกจ้างหรือบริวารของบุคคล ดังกล่าวระงับการกระทำดังกล่าวได้

(๒) ออกคำสั่งห้ามใช้หรือเข้าไปในส่วนใด ๆ หรือบริเวณของอาคาร กรณีที่มีการก่อสร้าง ตัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคารโดยฝ่าฝืนกฎหมาย เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งห้ามมิให้บุคคลใดใช้หรือเข้าไปในส่วนใด ๆ ของอาคาร หรือบริเวณที่มีการกระทำดังกล่าว และจัดให้มีเครื่องหมายแสดงการห้ามนั้นไว้ในที่เปิดเผยและเห็นได้ง่าย ณ อาคารหรือบริเวณดังกล่าว

(๓) ออกคำสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้อง กรณีที่มีการก่อสร้าง ตัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคารที่ฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ โดยเจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้เจ้าของอาคารยื่นคำขออนุญาตหรือดำเนินการแจ้งหรือดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่าสามสิบวัน ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร เจ้าพนักงานท้องถิ่นจะขยายระยะเวลาดังกล่าวออกไปอีกก็ได้

(๔) ออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคาร กรณีที่มีการก่อสร้าง ตัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคารที่ฝ่าฝืนกฎหมาย แต่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ หรือเจ้าของอาคารมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่น เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ดำเนินการรื้อถอนอาคารนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่าสามสิบวัน ทั้งนี้ ในกรณีที่ไม่มีกรรื้อถอนอาคารตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่น เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจดำเนินการยื่นคำขอฝ่ายเดียวโดยทำเป็นคำร้องต่อศาล และขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขัง หรือมีอำนาจดำเนินการหรือจัดให้มีการรื้อถอนอาคารดังกล่าวได้เอง

๑.๓ การควบคุมอาคารสูงตามกฎหมายไทย

พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ได้บัญญัติมาตรการในการควบคุมอาคารสูงไว้ โดยกำหนดให้ในระหว่างที่มีการใช้อาคารสูงต้องจัดให้มีผู้ตรวจสอบด้านวิศวกรรมหรือผู้ตรวจสอบด้านสถาปัตยกรรม เพื่อทำการตรวจสอบสภาพอาคาร โครงสร้างของตัวอาคาร อุปกรณ์ประกอบต่าง ๆ เกี่ยวกับระบบไฟฟ้า และการจัดแสงสว่าง ระบบการเตือน การป้องกัน และการระงับอัคคีภัย การป้องกันอันตรายเมื่อมีเหตุฉุกเฉิน ระบายอากาศ ระบบระบายน้ำ ระบบบำบัดน้ำเสีย ระบบเครื่องกล หรือระบบอื่น ๆ ของอาคารที่จำเป็นต่อการป้องกันอันตรายต่าง ๆ ที่มีผลต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน แล้วรายงานผลการตรวจสอบต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น โดยให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นพิจารณาผลการตรวจสอบสภาพอาคารดังกล่าว โดยมีชักช้า เพื่อพิจารณาออกใบรับรองการตรวจสอบสภาพอาคารหรือดำเนินการแก้ไขหรือระงับการกระทำ แล้วแต่กรณี^๒

นอกจากนี้ ในระหว่างการก่อสร้างหรือระหว่างที่มีการใช้อาคารสูง ยังมีการกำหนดมาตรการควบคุมอาคารสูงไว้ในกฎกระทรวงซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒^๓ ซึ่งกล่าวโดยสรุปได้ ดังนี้

(๑) พื้นที่ติดถนนสาธารณะ เช่น กำหนดให้ที่ดินที่ใช้เป็นที่ตั้งของอาคารสูงที่มีพื้นที่อาคารรวมกันทุกชั้นไม่เกิน ๓๐,๐๐๐ ตารางเมตร ต้องมีด้านหนึ่งด้านใดของที่ดินนั้นยาวไม่น้อยกว่า ๑๒.๐๐ เมตร ติดถนนสาธารณะที่มีเขตทางกว้างไม่น้อยกว่า ๑๐.๐๐ เมตร ยาวต่อเนื่องกันโดยตลอดจนไปเชื่อมต่อกับถนนสาธารณะอื่นที่มีเขตทางกว้างไม่น้อยกว่า ๑๐.๐๐ เมตร และที่ดินด้านที่ติดถนนสาธารณะดังกล่าว ต้องมีความกว้างไม่น้อยกว่า ๑๒.๐๐ เมตร ยาวต่อเนื่องกันโดยตลอดจนถึงบริเวณที่ตั้งของอาคาร และที่ดินนั้นต้องว่างเพื่อสามารถใช้เป็นทางเข้าออกของรถดับเพลิงได้โดยสะดวกด้วย เป็นต้น

(๒) ถนนรอบอาคาร กำหนดให้ต้องจัดให้มีถนนรอบอาคารที่มีผิวการจราจรกว้างไม่น้อยกว่า ๖.๐๐ เมตร ที่ปราศจากสิ่งปกคลุมโดยรอบอาคาร เพื่อให้รถดับเพลิงสามารถเข้าออกได้

(๓) ระยะห่างจากเขตที่ดินของผู้อื่นหรือถนนสาธารณะ กำหนดให้ส่วนที่เป็นขอบเขตนอกสุดของอาคารสูงไม่ว่าจะอยู่ในระดับเหนือพื้นดินหรือต่ำกว่าระดับพื้นดินต้องห่างจากเขตที่ดินของผู้อื่นหรือถนนสาธารณะไม่น้อยกว่า ๖.๐๐ เมตร ซึ่งไม่รวมถึงส่วนที่เป็นฐานรากของอาคาร

(๔) ขนาดพื้นที่อาคารต่อพื้นที่ดินที่ใช้เป็นที่ตั้งอาคาร กำหนดให้อาคารสูงที่ก่อสร้างขึ้นในพื้นที่ดินที่ใช้เป็นที่ตั้งอาคารต้องมีค่าสูงสุดของอัตราส่วนพื้นที่อาคารรวมกันทุกชั้นของอาคาร

^๒ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ และพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๓.

^๓ กฎกระทรวง ฉบับที่ ๓๓ (พ.ศ. ๒๕๓๕) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ และกฎกระทรวง ฉบับที่ ๕๐ (พ.ศ. ๒๕๔๐) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒.

ทุกหลังต่อพื้นที่ดินที่ใช้เป็นที่ตั้งอาคารไม่เกิน ๑๐ ต่อ ๑ ในกรณีที่มีอาคารอื่นใดหรือจะมีการก่อสร้างอาคารอื่นใดในพื้นที่ดินที่ใช้เป็นที่ตั้งอาคารเดียวกันกับอาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษ ต้องมีค่าสูงสุดของอัตราพื้นที่อาคารรวมกันทุกชั้นของอาคารทุกหลังต่อพื้นที่ดินที่ใช้เป็นที่ตั้งอาคารไม่เกิน ๑๐ ต่อ ๑ ด้วย

(๕) ที่ว่างของพื้นที่ดินที่ใช้เป็นที่ตั้งอาคาร กำหนดให้ต้องมีที่ว่างไม่น้อยกว่าร้อยละ ๓๐ ของพื้นที่ดินที่ใช้เป็นที่ตั้งอาคาร และอาคารพาณิชย์ โรงงาน อาคารสาธารณะ และอาคารอื่นที่ไม่ได้ใช้เป็นที่อยู่อาศัยต้องมีที่ว่างไม่น้อยกว่าร้อยละ ๑๐ ของพื้นที่ดินที่ใช้เป็นที่ตั้งอาคาร แต่ถ้าอาคารนั้นใช้เป็นที่อยู่อาศัยรวมอยู่ด้วยต้องมีที่ว่างไม่น้อยกว่าร้อยละ ๓๐ ของพื้นที่ดินที่ใช้เป็นที่ตั้งอาคารด้วย

นอกจากนี้ กฎกระทรวงทั้งสองฉบับดังกล่าวยังกำหนดให้ “อาคารสูง” ต้องจัดให้มีระบบบำบัดน้ำเสียและการระบายน้ำทิ้ง ระบบป้องกันเพลิงไหม้ ระบบประปา ระบบกำจัดขยะมูลฝอย และระบบลิฟต์ ทางเดินเชื่อมระหว่างอาคาร และสวดแทรกอยู่ในกฎกระทรวงอื่นอีกหลายฉบับ เช่น กฎกระทรวงกำหนดสิ่งอำนวยความสะดวกในอาคารสำหรับผู้พิการหรือทุพพลภาพ และคนชรา พ.ศ. ๒๕๔๘ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งกำหนดให้อาคารขนาดใหญ่ต้องจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับผู้พิการหรือทุพพลภาพ และคนชรา กฎกระทรวง ฉบับที่ ๖ (พ.ศ. ๒๕๒๗) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับลักษณะและคุณสมบัติของวัสดุที่ใช้เป็นโครงสร้างหลักของอาคารสูง กฎกระทรวงกำหนดชนิดหรือประเภทของอาคารที่เจ้าของอาคารหรือผู้ครอบครองอาคารหรือผู้ดำเนินการต้องทำการประกันภัยความรับผิดชอบตามกฎหมายต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของบุคคลภายนอก พ.ศ. ๒๕๔๘ ซึ่งกำหนดให้อาคารสูงของเอกชนต้องจัดให้มีการประกันภัยความรับผิดชอบตามกฎหมายต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของบุคคลภายนอก และกฎกระทรวงการแก้ไขอาคารที่มีสภาพหรือมีการใช้ที่อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกายหรือทรัพย์สิน หรืออาจไม่ปลอดภัยจากอัคคีภัย หรือก่อให้เกิดเหตุรำคาญหรือกระทบกระเทือนต่อการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๖๓ ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับการแก้ไขอาคารสูงที่มีสภาพหรือมีการใช้ที่อาจไม่ปลอดภัยจากอัคคีภัยให้มีระบบความปลอดภัยเกี่ยวกับอัคคีภัย เป็นต้น

๑.๔ การใช้อาคารโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและวิธีการเยียวยาแก่เจ้าของอาคารหรือบุคคลอื่นผู้สุจริต

ในการก่อสร้างอาคารนอกจากเจ้าของอาคารต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งเป็นกฎหมายหลักว่าด้วยมาตรฐานของตัวอาคารตลอดจนมาตรฐานในการก่อสร้างอาคารแล้ว เจ้าของอาคารยังต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. ๒๕๖๒ ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำกับดูแลการใช้ประโยชน์ในพื้นที่นั้น ๆ ว่าจะใช้ประโยชน์เพื่อการใดได้หรือไม่ และพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยการดำเนินการเพื่อรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมหากจะมีกิจกรรมใด ๆ เกิดขึ้น นอกจากนั้น เจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติงานยังมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ

ทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ อีกด้วย ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ย่อมทำให้เป็นการใช้อำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในหลายปีที่ผ่านมา มีการก่อสร้างอาคารสูงที่เป็นปัญหาต้องนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลหลายคดี เช่น

(๑) คดีหมายเลขแดงที่ อ.๕๘๘/๒๕๕๗ คดีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับการก่อสร้างอาคารขนาดใหญ่พิเศษในซอยร่วมฤดี ซึ่งผู้ก่อสร้างอาคารได้รับใบอนุญาตก่อสร้างจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นแล้ว แต่ต่อมาประชาชนในพื้นที่ร้องเรียนว่าการอนุญาตนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากทางสาธารณะที่เป็นทางเข้าออกอาคารมีความกว้างตลอดทางไม่ถึง ๑๐ เมตร ซึ่งศาลปกครองได้วินิจฉัยว่าการอนุญาตก่อสร้างดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรุงเทพมหานครจะต้องใช้อำนาจหน้าที่ของตนเองตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๔๐ มาตรา ๔๑ มาตรา ๔๒ และมาตรา ๔๓ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒

(๒) กรณีการต่อเติมอาคารห้างสรรพสินค้าบริเวณบางลำพูโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งกรุงเทพมหานครได้สั่งให้รื้อถอนส่วนที่ต่อเติมออกไป และต่อมาได้มีการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม โดยศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาที่ ๔๖๖/๒๕๔๗ ให้รื้อถอนอาคารตั้งแต่ชั้น ๕ ถึงชั้น ๑๑ ซึ่งเจ้าของอาคารดำเนินการตามคำพิพากษาของศาลอย่างล่าช้า กรุงเทพมหานครจึงประสงค์จะเข้าทำการรื้อถอนเองโดยเจ้าของอาคารเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย แต่เจ้าของอาคารเห็นว่าค่าใช้จ่ายสูงเกินไป จึงทำการรื้อถอนเองแต่ก็ในระหว่างรื้อถอนก็เกิดอุบัติเหตุคือพื้นบริเวณชั้น ๘ ซึ่งเป็นที่รองรับเศษวัสดุรื้อถอนได้ร่วงหล่นลงมาทำให้มีผู้เสียชีวิตและบาดเจ็บ และในปัจจุบันอาคารห้างสรรพสินค้าดังกล่าวก็ปิดเป็นห้างร้าง

(๓) กรณีอาคารบริเวณแยกอโศก ซึ่งศาลปกครองกลางได้มีคำพิพากษาที่ ส. ๑๙/๒๕๖๔ อาคารดังกล่าวเป็นอาคารขนาดใหญ่พิเศษมีพื้นที่ตั้งแต่ ๓๐,๐๐๐ ตารางเมตรขึ้นไป รวมทุกชั้น จึงต้องมีที่ดินด้านใดด้านหนึ่งกว้างไม่น้อยกว่า ๑๒ เมตร และต้องติดทางสาธารณะซึ่งมีเขตทางกว้างไม่น้อยกว่า ๑๘ เมตร โดยด้านที่ติดทางสาธารณะนั้นต้องกว้างไม่น้อยกว่า ๑๒ เมตร ด้วย ซึ่งได้มีการขอให้ที่ดินของ รพม. ที่เวนคืนมาจำนวน ๑๓ เมตร รวมกับที่ดินทางจำเป็นอีก ๖.๔ เมตร เพื่อเป็นทางสาธารณะ โดยศาลปกครองกลางเห็นว่า ที่ดินของ รพม. นั้น ไม่ปรากฏว่ามีการยกให้เป็นทางสาธารณะ จึงไม่อาจถือได้ว่าโครงการดังกล่าวมีด้านใดด้านหนึ่งติดทางสาธารณะซึ่งมีความกว้างไม่น้อยกว่า ๑๘ เมตร จึงให้กรุงเทพมหานครเพิกถอนการอนุญาต

จากตัวอย่างคำพิพากษาข้างต้นจะเห็นได้ว่ากรณีการก่อสร้างอาคารไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น อาจเกิดจากข้อบกพร่อง ๒ กรณี คือ

(๑) กรณีที่เจ้าของอาคารเป็นผู้กระทำความผิด ซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมมีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ โดยอาจพิจารณาสั่งให้เจ้าของอาคารระงับห้ามใช้ ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงอาคารให้ถูกต้อง หรือสั่งให้รื้อถอนอาคาร แล้วแต่กรณี

(๒) กรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการออกใบอนุญาตก่อสร้าง ออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร

ขนาดใหญ่พิเศษที่ไม่ติดทางสาธารณะที่มีขนาดทางกว้างตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเมื่อมีการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไป ก็ย่อมต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งการเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างอาคารนั้นเป็นปัญหาที่กระทบในวงกว้างเพราะมีความคืบหน้าในการก่อสร้างอาคารไปมากแล้วหรือก่อสร้างอาคารเสร็จแล้ว ฝ่ายปกครองจึงต้องมาพิจารณาว่าจะดำเนินการต่อไปอย่างไรจึงจะไม่ส่งผลกระทบต่อบุคคลอื่นหรือซึ่งเป็นผู้สุจริต โดยเฉพาะกรณีที่อาคารนั้นก่อสร้างเป็นอาคารชุด ซึ่งจะมีผู้ได้รับผลกระทบซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในห้องชุดโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นจำนวนมากหากอาคารต้องถูกสั่งให้รื้อถอน

เมื่อเจ้าของอาคารได้รับใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารและได้เริ่มก่อสร้างอาคารแล้ว ต่อมาเมื่อเหตุให้ต้องเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างนั้น เช่น เจ้าหน้าที่พบในภายหลังว่าอาคารสร้างผิดแบบ หรือพบในภายหลังว่าพื้นที่บริเวณนั้นไม่สามารถอนุญาตให้สร้างอาคารสูงได้ ในกรณีเช่นนี้ เจ้าหน้าที่อาจต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งเมื่อมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองแล้ว เจ้าของอาคารย่อมได้รับผลกระทบ และหากกรณีที่อาคารนั้นเป็นอาคารชุดผู้ซื้ออาคารชุดก็ย่อมได้รับผลกระทบด้วย ซึ่งกฎหมายได้กำหนดวิธีการเยียวยาแก่เจ้าของอาคารหรือบุคคลอื่นผู้สุจริต ได้แก่

๑. การเรียกค่าทดแทนความเสียหายจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจะเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักทั่วไปในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองก็กำหนดวิธีการเยียวยากรณีที่เจ้าหน้าที่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองไว้เช่นกัน โดยหากกรณีเป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ ผู้ได้รับผลกระทบจากการเพิกถอนคำสั่งนั้นย่อมได้รับค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ตามมาตรา ๕๒ และมาตรา ๕๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

๒. การใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒

พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ กำหนดหลักเกณฑ์การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะโดยกำหนดให้มีคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ได้เพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างของเจ้าของอาคาร เจ้าของอาคารย่อมใช้สิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามมาตรา ๕๒ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ได้ โดยการอุทธรณ์ดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิเพื่อให้ฝ่ายปกครองได้ทบทวนคำสั่งทางปกครองของตนเอง

๓. การใช้สิทธิฟ้องคดีตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

หากเจ้าหน้าที่ได้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองอันเกี่ยวกับการก่อสร้างอาคารแล้วและผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้นใช้สิทธิอุทธรณ์ซึ่งเป็นกระบวนการการเยียวยาภายในฝ่ายปกครองแล้ว หากผู้อยู่ในบังคับไม่พอใจก็อาจใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองต่อไปได้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ปรากฏว่าศาลเป็นผู้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นเองเนื่องจากคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีเช่นนี้จะต้องพิจารณาต่อไปในเรื่องความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

๔. การใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙

เมื่อปรากฏว่ามีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเจ้าหน้าที่ต้องรับผิด บุคคลผู้ที่ได้รับความเสียหายนั้นอาจยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐที่ออกคำสั่งทางปกครองให้พิจารณาชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนตามมาตรา ๑๑ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ และหากหน่วยงานปฏิเสธไม่ชดใช้ค่าเสียหายหรือชดใช้ค่าเสียหายน้อยกว่าที่ผู้ได้รับความเสียหายต้องการ ผู้เสียหายมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้

๕. การใช้สิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในกรณีอาคารที่ถูกเพิกถอนการก่อสร้างเป็นอาคารชุด ซึ่งในทางปฏิบัติจะมีการโฆษณาขายอาคารชุดและให้มีการทำสัญญาจะซื้อจะขายและวางมัดจำ (ผ่อนดาวน์) กันก่อน ซึ่งหากปรากฏในภายหลังว่าอาคารนั้นไม่สามารถจดทะเบียนเป็นอาคารชุดได้ หรือมีการเพิกถอนการอนุญาตก่อสร้างอาคาร ผู้จะซื้อผู้จะขายอาคารชุดก็ต้องปฏิบัติตามสัญญาจะซื้อจะขายต่อไป โดยสัญญาจะซื้อจะขายหรือสัญญาซื้อขายอาคารชุดนั้นเป็นสัญญามาตรฐานที่กฎหมายกำหนดแบบไว้ ซึ่งตามสัญญามาตรฐานที่กระทรวงมหาดไทยประกาศนั้น กำหนดว่าหากไม่สามารถก่อสร้างอาคารชุดเนื่องจากเหตุสุดวิสัย จะต้องคืนเงินให้แก่ผู้จะซื้อพร้อมทั้งดอกเบี้ย และผู้จะซื้อสามารถเรียกค่าเสียหายได้ ตามประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง กำหนดแบบสัญญาจะซื้อจะขายและสัญญาซื้อขายห้องชุดตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. ๒๕๒๒ ดังนั้น ผู้จะซื้ออาคารชุดย่อมสามารถใช้สิทธิในทางแพ่งฟ้องเรียกเงินที่ได้จ่ายไปพร้อมดอกเบี้ยและค่าเสียหายจากเจ้าของโครงการได้

๒. แนวคิดของต่างประเทศและการปรับใช้กับปัญหาของประเทศไทย

ในการพิจารณาแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นจากผลกระทบของการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน เคลื่อนย้าย ใช้หรือเปลี่ยนการใช้อาคารโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายในประเทศไทย จำเป็นอย่างยิ่งที่ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายทั้งภาครัฐและภาคเอกชนควรจะได้เรียนรู้และทำความเข้าใจแนวคิด

ของต่างประเทศในเรื่องมาตรการคุ้มครองประชาชนผู้อยู่อาศัยและชุมชนข้างเคียงในพื้นที่นั้น รวมถึงการกำหนดบทลงโทษแก่ผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร กฎหมายว่าด้วยการผังเมือง และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นกฎหมายที่บูรณาการด้านที่อยู่อาศัยและสิ่งแวดล้อมเพื่อให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดี อีกทั้งมาตรการทางกฎหมายในต่างประเทศยังคำนึงถึงการเยียวยาผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผู้อยู่อาศัยและเจ้าของที่ดินหรืออาคารในพื้นที่ใกล้เคียง อันเป็นผลที่สืบเนื่องมาจากการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน เคลื่อนย้าย ใช้หรือเปลี่ยนการใช้อาคารซึ่งกระทำโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย การเรียนรู้และทำความเข้าใจมุมมองที่แตกต่างออกไปทั้งมาตรการและข้อคำนึงต่าง ๆ เหล่านี้ และนำมาปรับใช้ให้สอดคล้องกับสภาพสังคมของประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม ก็อาจมีส่วนช่วยให้การบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้อยู่อาศัยในอาคารต่าง ๆ โดยเฉพาะอาคารสูงของประเทศไทยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

๒.๑ แนวคิดที่สำคัญของต่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้อยู่อาศัยในอาคารสูง

เมื่อได้ทำการศึกษาค้นคว้ากฎหมายและคำพิพากษา รวมทั้งเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาการก่อสร้างอาคารพักอาศัยและการคุ้มครองผู้อยู่อาศัยในอาคารต่าง ๆ โดยเฉพาะอาคารสูงในประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส ออสเตรเลีย และอินเดียแล้ว พบว่าในประเทศต่าง ๆ ที่ได้ยกมาใช้เป็นกรณีศึกษามีแนวคิดที่น่าสนใจควรนำมากล่าวในภาพรวมดังนี้

(๑) กฎเกณฑ์ที่ใช้ควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับอาคาร เมื่อพิจารณา กฎเกณฑ์ที่ใช้ในการควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับอาคารในหลายประเทศแล้วจะเห็นได้ว่า โดยมากจะแบ่งออกเป็น ๒ ส่วน กล่าวคือ ๑. ส่วนที่ใช้เป็นมาตรฐานกลางของประเทศในเรื่องการดำเนินการเกี่ยวกับอาคาร กล่าวคือ ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีประมวลกฎหมายควบคุมอาคาร (The Building Code) ซึ่งเป็นกฎหมายระดับสหพันธรัฐใช้เป็นกฎเกณฑ์กลางสำหรับกำหนดมาตรฐานทั่วไปของการก่อสร้างภายในประเทศ ประเทศฝรั่งเศสก็จะมีประมวลกฎหมายผังเมือง (Code de l'urbanisme) เป็นกฎเกณฑ์กลางที่บังคับใช้กับการดำเนินการเกี่ยวกับอาคารภายในประเทศเช่นกัน ส่วนในประเทศอินเดียจะใช้บังคับประมวลกฎหมายอาคารแห่งชาติของอินเดีย (National Building Code of India) เป็นกฎเกณฑ์กลาง หรือในประเทศออสเตรเลียก็จะมีข้อกำหนดควบคุมอาคารของเครือรัฐออสเตรเลีย (The Building Code of Australia) ที่กำหนดโดยคณะกรรมการควบคุมอาคารของออสเตรเลียเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการดำเนินการเกี่ยวกับอาคารในกรณีทั่วไป และ ๒. ส่วนที่ใช้เป็นการเฉพาะสำหรับพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกาจะให้อำนาจมลรัฐตรากฎเกณฑ์ที่ใช้เฉพาะในมลรัฐนั้นสำหรับควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับอาคารภายในมลรัฐให้เป็นรูปแบบเดียวกัน ประเทศฝรั่งเศสจะให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดทำผังเมืองของตนเอง และออกกฎเกณฑ์ที่ควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับอาคารซึ่งจะมีข้อกำหนดที่แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ประมวลกฎหมายผังเมืองตามความเหมาะสมและไม่ขัดหรือแย้งกับประมวลกฎหมายผังเมือง ส่วนประเทศอินเดียก็ให้อำนาจรัฐบาลของมลรัฐในการตรากฎหมายควบคุมอาคารภายในมลรัฐนั้น ๆ เช่นกัน

หรือประเทศออสเตรเลียแม้จะมีข้อกำหนดควบคุมอาคารของเครือรัฐออสเตรเลียเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการดำเนินการเกี่ยวกับอาคารก็ตาม แต่มลรัฐและเขตการปกครองตนเองก็สามารถออกกฎเกณฑ์และข้อบังคับเกี่ยวกับการควบคุมอาคารเพื่อบังคับใช้ภายในรัฐหรือเขตของตนเองได้

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงเหตุผลของการมีกฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละพื้นที่แยกต่างหากจากกฎเกณฑ์อันเป็นมาตรฐานกลางแล้ว ก็พอเข้าใจได้ว่าเป็นไปเพื่อให้การดำเนินการเกี่ยวกับอาคารมีความสอดคล้องกับสภาพภูมิประเทศและสภาพความเป็นอยู่ของประชาชนในพื้นที่นั้น ๆ และยังเอื้อต่อการอนุรักษ์ความหลากหลายทางวัฒนธรรมและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของชุมชนในแต่ละภูมิภาคของประเทศ ซึ่งรายละเอียดต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในกฎเกณฑ์เฉพาะพื้นที่เป็นเรื่องที่ไม่สามารถระบุเจาะจงไว้ในกฎเกณฑ์ที่ใช้เป็นมาตรฐานกลางได้ จึงจำเป็นที่จะต้องให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือรัฐบาลในระดับมลรัฐเป็นผู้พิจารณาข้อกำหนดที่จะใช้เฉพาะสำหรับพื้นที่นั้น ๆ ซึ่งสามารถปรับเปลี่ยนหรือแก้ไขเพิ่มเติมให้เป็นไปตามบริบทสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยได้โดยง่าย อย่างไรก็ตาม กฎเกณฑ์เฉพาะเรื่องที่กำหนดขึ้นนั้นยังคงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่เป็นมาตรฐานกลาง ซึ่งหน่วยงานระดับประเทศหรือรัฐบาลกลางเป็นผู้กำหนดให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน เพื่อให้อาคารมีความมั่นคงปลอดภัยและระบบการจัดการที่ดีในลักษณะเช่นเดียวกันทั่วประเทศ

(๒) หน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแลการดำเนินการเกี่ยวกับอาคาร สำหรับหน่วยงานที่ทำหน้าที่ควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับอาคารนั้น ในต่างประเทศจะมีการกำหนดหน่วยงานเฉพาะที่ควบคุมดูแลการขออนุญาตโดยตรง เช่น รัฐนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา มีกรมควบคุมอาคารแห่งนครนิวยอร์กทำหน้าที่เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบดูแลการบังคับใช้กฎหมายควบคุมอาคารในเขตพื้นที่ของรัฐนิวยอร์ก หรือในรัฐวิกตอเรีย ประเทศออสเตรเลีย ก็มีหน่วยงานควบคุมอาคารของรัฐวิกตอเรียทำหน้าที่เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบการออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารในเขตรัฐวิกตอเรีย อย่างไรก็ตาม การขออนุญาตดำเนินการเกี่ยวกับอาคารอาจจะไม่ได้ขึ้นอยู่กับหน้าที่และอำนาจของหน่วยงานนั้นเพียงหน่วยงานเดียว หากการดำเนินการเกี่ยวกับอาคารมีความเกี่ยวข้องกับสุขภาพอนามัยของประชาชนหรือมีประเด็นอ่อนไหวที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมหรือประวัติศาสตร์ กฎหมายของต่างประเทศก็จะกำหนดให้ต้องได้รับอนุมัติจากหน่วยงานอื่นของรัฐที่มีหน้าที่และอำนาจในเรื่องนั้น ๆ ว่าสามารถดำเนินการได้โดยไม่กระทบกระเทือนต่อปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย เช่น เมื่อการก่อสร้างอาคารในรัฐนิวยอร์กที่จะมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือความเป็นอยู่ของชุมชน ผู้ขออนุญาตจะต้องได้รับอนุมัติจากกรมคุ้มครองสิ่งแวดล้อมแห่งนครนิวยอร์ก หรือกรมพัฒนาและอนุรักษ์ที่อยู่อาศัยแห่งนครนิวยอร์ก แล้วแต่กรณี เสียก่อน หรือการก่อสร้างอาคารในรัฐวิกตอเรียที่กระทบต่อผังเมือง ผู้ขออนุญาตจะต้องได้รับอนุมัติสภาท้องถิ่นด้วยเช่นกัน

ทั้งนี้ ความจำเป็นที่จะต้องให้หน่วยงานอื่นที่มีใช้หน่วยงานด้านการควบคุมอาคารเข้ามาร่วมกำกับดูแลการดำเนินการเกี่ยวกับอาคารด้วยนั้น ก็เพื่อให้ความเป็นอยู่ของประชาชนโดยรอบพื้นที่ก่อสร้างได้รับการพิจารณาอย่างรอบด้าน ซึ่งไม่เพียงแต่หน่วยงาน

ของรัฐจะมองถึงความมั่นคงปลอดภัยหรือความแข็งแรงของโครงสร้างอาคารเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาไปถึงสภาพแวดล้อมและวิถีชีวิตของชุมชนใกล้เคียงที่จะต้องไม่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการเกี่ยวกับอาคารจนเกิดการเปลี่ยนแปลงในทางที่ส่งผลเสียอย่างมีนัยยะสำคัญต่อความเป็นอยู่เดิมของชุมชน ซึ่งหน่วยงานด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม หรือด้านวิถีชีวิตของชุมชน จะมีส่วนช่วยยกระดับมาตรฐานของการดำเนินการเกี่ยวกับการควบคุมอาคารในพื้นที่นั้น ๆ ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

(๓) **แนวทางการพิจารณาคดีของต่างประเทศ** เมื่อศึกษาทำความเข้าใจกฎหมายและคำพิพากษา รวมถึงเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับแนวทางการให้ความคุ้มครองผู้อยู่อาศัยในกรณีที่มีการก่อสร้างอาคารโดยไม่ถูกต้องแล้ว จะพบว่า แนวทางของศาลในต่างประเทศมักจะคำนึงถึงผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นกับผู้อยู่อาศัยในอาคารหากมีการรื้อถอนอาคารที่ดำเนินการโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย โดยศาลในต่างประเทศยอมรับให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสภาพของอาคารให้สอดคล้องกับบริบทและสภาพแวดล้อมโดยรอบมากกว่าที่จะมีคำวินิจฉัยให้มีการรื้อถอนอาคารนั้น ดังจะเห็นได้จากคดี Amsterdam Avenue ที่ศาลอุทธรณ์แห่งรัฐนิวยอร์กซึ่งเป็นศาลสูงสุดของรัฐพิจารณาว่า ที่ดินที่ยื่นขออนุญาตแม้จะรวมที่ดิน “tax lot” บางส่วน แต่เมื่อข้อบังคับผังเมืองของนครนิวยอร์ก ไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า ผู้ขออนุญาตไม่สามารถนำที่ดิน “zoning lot” ซึ่งรวมที่ดิน “tax lot” บางส่วนไว้ มาใช้ก่อสร้างอาคารสูงได้ ศาลสูงสุดของรัฐนิวยอร์กจึงไม่ได้เพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างอาคารดังกล่าว อย่างไรก็ตาม แม้ศาลอุทธรณ์แห่งรัฐนิวยอร์กจะเคยมีคำวินิจฉัยในแนวทางที่คำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับผู้อยู่อาศัยในอาคาร โดยพิพากษาให้สามารถก่อสร้างอาคารต่อไปได้และไม่ต้องรื้อถอนอาคารก็ตาม แต่เพราะกรณีดังกล่าวเป็นการก่อสร้างอาคารซึ่งสอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติที่บังคับใช้อยู่ในขณะที่มีการยื่นขออนุญาตก่อสร้างอาคาร และบทบัญญัติของกฎหมายก็ได้ระบุไว้เฉพาะเจาะจงว่ากรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่ไม่สามารถก่อสร้างอาคารตามที่ขออนุญาตได้ แต่หากการก่อสร้างอาคารมีประเด็นที่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายอย่างชัดเจน ศาลก็ยังคงพิจารณาพิพากษาให้มีการรื้อถอนอาคารเพื่อยึดถือความถูกต้องของกฎหมายด้านการควบคุมอาคารและการผังเมือง และคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมยิ่งกว่าประโยชน์ส่วนตัวของเจ้าของที่ดิน เช่น คดี Parkview Assocs vs City of New York ซึ่งผู้ขออนุญาตได้ยื่นขออนุญาตก่อสร้างอาคารสูง ซึ่งเมื่อพิจารณาแผนที่แสดงแนวเขตการก่อสร้างอาคารสูงแนบท้ายข้อบังคับผังเมืองของรัฐนิวยอร์กแล้ว ผู้ขออนุญาตสามารถก่อสร้างอาคารตามความสูงที่ยื่นคำขออนุญาตได้ แต่ต่อมาปรากฏว่าแผนที่แนบท้ายดังกล่าวมีข้อผิดพลาด ทำให้อาคารสูงที่ได้เริ่มก่อสร้างไปแล้วอยู่ในเขตพื้นที่ที่ไม่สามารถก่อสร้างอาคารตามความสูงที่ได้รับอนุญาตได้ ศาลอุทธรณ์แห่งรัฐนิวยอร์กซึ่งเป็นศาลสูงสุดของรัฐจึงพิพากษาให้เพิกถอนใบอนุญาตในส่วนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น โดยเจ้าของต้องรื้อถอนอาคารจำนวน ๑๒ ชั้น ซึ่งเป็นส่วนที่มีความสูงเกินไปกว่าที่ข้อบังคับผังเมืองของรัฐนิวยอร์กซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมให้ถูกต้องแล้วกำหนดไว้ ซึ่งกรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่า แนวปฏิบัติและกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในขณะที่มีการยื่นขออนุญาตก่อสร้างอาคารได้กำหนดเขตก่อสร้างอาคารสูงไว้อย่างแน่นอนแล้ว

การก่อสร้างอาคารที่มีความสูงเกินไปกว่าข้อกำหนดนั้นจึงไม่อาจกระทำได้แม้ข้อผิดพลาดในการอนุญาตจะเกิดขึ้นเพราะความคลาดเคลื่อนของข้อกำหนดนั่นเอง แต่ศาลก็เห็นว่า การก่อสร้างอาคารให้มีความสูงขัดต่อกฎหมายนั้น ย่อมไม่เกิดผลดีแก่ผู้อยู่อาศัยในบริเวณใกล้เคียง และอาจจะเกิดข้อถกเถียงในเรื่องความสูงของอาคารใกล้เคียงที่มีการก่อสร้างในภายหลังได้ ด้วยเหตุนี้การคุ้มครองผู้อยู่อาศัยในอาคารสูงจึงต้องคำนึงถึงความสอดคล้องของกฎหมายประกอบด้วยเสมอ

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาหลักการที่ศาลต่างประเทศยอมรับให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสภาพของโดยรอบของอาคารแทนการรื้อถอนอาคารเช่นเดียวกับคำพิพากษาในคดี Amsterdam Avenue ของศาลอุทธรณ์แห่งรัฐนิวยอร์ก แล้ว สามารถทำความเข้าใจแนวคิดพื้นฐานของหลักการดังกล่าวได้ว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงในส่วนที่บกพร่องสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย และจะก่อให้เกิดผลดีมากกว่าการรื้อถอนอาคารนั้นออกเสียทั้งหมด ซึ่งแนวคิดทำนองเดียวกันนี้ สภาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศส ก็นำมาใช้ตัดสินในคดีของบริษัท คอมปานี อิมโมบิลิแยร์ เมดิเตอร์เรเนียน (Compagnie Immobilière Méditerranée) โดยวินิจฉัยว่าการออกใบอนุญาตโดยไม่ได้ศึกษาผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามขั้นตอนของกฎหมาย เป็นข้อบกพร่องที่สามารถแก้ไขให้เป็นไปตามข้อบัญญัติผังเมืองท้องถิ่นได้โดยไม่จำเป็นต้องพิพากษาให้เพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างอาคารแต่อย่างใด ซึ่งคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐสอดคล้องกับประมวลกฎหมายผังเมืองของประเทศฝรั่งเศสในปัจจุบันที่บัญญัติให้การรื้อถอนอาคารจะกระทำได้เฉพาะกรณีเหตุพิเศษที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น เนื่องจากหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของผู้ขออนุญาตดำเนินการเกี่ยวกับอาคารเป็นหลักการที่สำคัญของประเทศฝรั่งเศส ส่วนความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการละเมิดต่อกฎหมาย ผู้ได้รับผลกระทบจะต้องใช้สิทธิเรียกร้องให้มีการชดเชยเยียวยาต่อไป นอกจากนี้ ในกรณีของคดี Isai vs Darebin City Council ที่เกิดขึ้นในรัฐวิกตอเรีย ประเทศออสเตรเลีย ศาลก็ใช้หลักการในลักษณะเดียวกันโดยเห็นว่า แม้การก่อสร้างอาคารจะไม่สอดคล้องกับแบบแปลนที่ขออนุญาตและมาตรฐานการก่อสร้างของรัฐวิกตอเรีย แต่การกำหนดให้ผู้ขออนุญาตไปดำเนินการแก้ไขรูปแบบของอาคารให้สอดคล้องกับบริบทของพื้นที่ดังกล่าว รวมถึงการปรับปรุงอาคารที่อยู่ระหว่างการก่อสร้างบางส่วนแทนการรื้อถอนอาคารทั้งหมด จะเป็นผลดีกับทั้งผู้ขออนุญาตและเพื่อนบ้านข้างเคียงที่ได้รับผลกระทบ ทั้งนี้ ผู้ขออนุญาตจะต้องว่าจ้างผู้เชี่ยวชาญในการก่อสร้างอาคารเพื่อให้คำปรึกษาถึงการดำเนินการให้ถูกต้องและสอดคล้องกับกฎหมายด้วย ซึ่งคำพิพากษาของศาลรัฐวิกตอเรียชี้ให้เห็นถึงความพยายามที่จะบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ประชาชนซึ่งอาศัยอยู่ใกล้เคียงกับอาคารพิพาท และในอีกด้านหนึ่งต้องไม่สร้างภาระอันเกินสมควรให้แก่ผู้ขออนุญาตก่อสร้างด้วยการรื้อถอนอาคารทั้งหมดเพราะเหตุแห่งความบกพร่องเพียงบางส่วนที่สามารถแก้ไขได้

อนึ่ง แนวคิดในเรื่องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสภาพของโดยรอบของอาคารแทนการรื้อถอนอาคารมุ่งเน้นใช้สำหรับกรณีที่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นยังอยู่ในวิสัยที่สามารถกระทำได้และไม่ส่งผลเสียแก่สภาพความเป็นอยู่ของประชาชนในพื้นที่เกินสมควร แต่หากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นไม่อาจกระทำได้เพราะจะส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยของผู้อยู่อาศัยภายใน

อาคาร หรือจะเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างชัดเจน ศาลก็มีความจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อพิพากษาให้รื้อถอนอาคารนั้น ดังจะเห็นได้จากคดี Supertech Limited vs Emerald Court Owner Resident Welfare Association ในประเทศอินเดีย เมื่อมีการก่อสร้างอาคารซึ่งไม่เป็นไปตามรูปแบบและมีความสูงเกินกว่าที่ประมวลกฎหมายอาคารแห่งชาติของประเทศอินเดียและกฎเกณฑ์ท้องถิ่นอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยและกรรมสิทธิ์ห้องชุดกำหนดไว้ ศาลฎีกาของประเทศอินเดียได้พิจารณาโดยคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมของชุมชนบริเวณรอบข้างเป็นสำคัญยิ่งกว่าประโยชน์ของเจ้าของที่ดินและอาคาร อีกทั้งการคุ้มครองความปลอดภัยของผู้อยู่อาศัยในอาคารถือเป็นเรื่องสำคัญยิ่งกว่าผลประโยชน์ในทางธุรกิจ เพราะการที่อาคารมีความสูงเกินกว่าที่กำหนดไว้อย่างมาก กระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยของอาคาร อีกทั้งยังกระทบต่ออัตราส่วนกรรมสิทธิ์ของเจ้าของห้องในอาคารนั้นด้วย ศาลฎีกาของประเทศอินเดียจึงมีคำพิพากษาให้รื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น และให้เจ้าของที่ดินและอาคารเป็นผู้รับผิดชอบคืนเงินให้แก่ผู้ซื้อห้องในอาคารนั้น พร้อมด้วยดอกเบี้ยในอัตราร้อยละสิบสองต่อปี และคดี Priyanka Estates International (P) Ltd. v State of Assam ศาลฎีกาของประเทศอินเดียก็วินิจฉัยในทำนองเดียวกันโดยเห็นว่า การก่อสร้างอาคารเป็นไปโดยฝ่าฝืนแผนแม่บทหรือโครงการพัฒนาและไม่ได้รับอนุญาตอย่างชัดเจนจากหน่วยงานของรัฐให้ก่อสร้างอาคารสูงเกินกว่าที่เคยได้รับอนุญาตไว้ จึงพิพากษาให้รื้อถอนอาคารในส่วนที่มีความสูงเกินกว่าที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย

๒.๒ การปรับใช้แนวคิดของต่างประเทศกับปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทย

การทำความเข้าใจถึงกรอบแนวคิดของต่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้อยู่อาศัยในอาคารต่าง ๆ โดยเฉพาะอาคารสูง และนำมาปรับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยนั้น นอกจากจะต้องพิจารณาถึงความสอดคล้องกับบริบทของสภาพสังคมไทยและความเป็นอยู่ของประชาชนโดยรวมของประเทศไทยที่มีความแตกต่างจากวิถีการดำรงชีวิตของประชาชนในต่างประเทศแล้ว ยังจะต้องพิจารณาถึงนิติวิธีและตัวบทกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันของประเทศไทยด้วย ซึ่งสามารถวิเคราะห์ประเด็นสำคัญได้ดังนี้

(๑) กฎเกณฑ์ที่ใช้ควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับอาคาร เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรฐานในการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน เคลื่อนย้าย ใช้หรือเปลี่ยนการใช้อาคารของประเทศไทยในปัจจุบันแล้ว พบว่าพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ได้กำหนดบทบัญญัติในลักษณะทำนองเดียวกับกฎเกณฑ์อันเป็นมาตรฐานกลางของต่างประเทศไว้ ดังจะเห็นได้จากการที่มาตรา ๘ ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยโดยคำแนะนำของคณะกรรมการควบคุมอาคารสามารถออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดมาตรฐานที่ใช้เป็นการทั่วไปเกี่ยวกับความมั่นคงแข็งแรง ความปลอดภัย การป้องกันอัคคีภัย การสาธารณสุข การรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การผังเมือง การสถาปัตยกรรม และการอำนวยความสะดวกแก่การจราจร เช่น ประเภท ลักษณะ หรือที่ตั้งของอาคาร การรับน้ำหนัก ความต้านทาน หรือคุณสมบัติของวัสดุที่ใช้ หรือระบบการจัดการเกี่ยวกับ

สภาพแวดล้อมของอาคาร และมาตรา ๘ ทวิ ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย โดยคำแนะนำของคณะกรรมการควบคุมอาคารออกกฎกระทรวงในเรื่องเกี่ยวกับมาตรฐานที่ใช้เป็นการทั่วไปสำหรับอาคารที่มีลักษณะเฉพาะ เช่น กระเช้าไฟฟ้าหรือเครื่องเล่นในสวนสนุก แยกต่างหากมาตรฐานที่ใช้อยู่โดยปกติทั่วไปได้ ซึ่งเมื่อมีการออกกฎกระทรวงตามมาตรา ๘ หรือ มาตรา ๘ ทวิ แล้ว การดำเนินการเกี่ยวกับอาคารที่ก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน เคลื่อนย้าย ใช้หรือ เปลี่ยนการใช้อาคาร ไม่ว่าจะอยู่ในพื้นที่บริเวณใดของประเทศไทย ก็ย่อมต้องปฏิบัติให้เป็นไปตาม มาตรฐานที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงนั้น

อย่างไรก็ตาม นอกจากพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ จะมี บทบัญญัติที่กำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นมาตรฐานกลางของประเทศไว้แล้ว ยังมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจ แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถออกข้อบัญญัติท้องถิ่นเป็นการเฉพาะเพื่อใช้สำหรับควบคุม อาคารในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งได้เช่นเดียวกับหลักการในกฎหมายของต่างประเทศที่ให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือรัฐบาลในระดับมลรัฐเป็นผู้พิจารณาข้อกำหนดที่จะใช้เฉพาะ สำหรับพื้นที่นั้น ๆ ซึ่งเมื่อพิจารณามาตรา ๙ มาตรา ๑๐ มาตรา ๑๐ ทวิ และมาตรา ๑๑ แห่ง พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ แล้ว อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า องค์การปกครอง ส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นในส่วนที่ยังไม่มีการออกกฎกระทรวงอันเป็น มาตรฐานกลางของประเทศในการควบคุมอาคาร ซึ่งออกข้อบัญญัติท้องถิ่นที่จะนำไปบังคับใช้กับ อาคารซึ่งอยู่ภายในเขตการปกครองขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น จะต้องไม่ขัดหรือแย้ง กับกฎกระทรวงอันเป็นมาตรฐานกลางที่ใช้อยู่เป็นการทั่วไป เว้นแต่การออกข้อบัญญัติที่ขัด หรือแย้งนั้นจะมีความจำเป็นหรือมีเหตุผลพิเศษเฉพาะท้องถิ่นซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบ จากคณะกรรมการควบคุมอาคารและได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยซึ่งมีหน้าที่ และอำนาจในการกำกับดูแลการดำเนินการเกี่ยวกับอาคารโดยรวมของประเทศเสียก่อน

(๒) หน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแลการดำเนินการเกี่ยวกับอาคาร สำหรับ ในประเทศไทยหน่วยงานที่มีหน้าที่และอำนาจในการดูแลควบคุมในภาพรวมของการดำเนินการ เกี่ยวกับอาคาร ได้แก่ กรมโยธาธิการและผังเมือง กระทรวงมหาดไทย ส่วนหน่วยงานที่มีหน้าที่ และอำนาจในการพิจารณาอนุญาตหรือรับแจ้งการดำเนินการเกี่ยวกับอาคาร ได้แก่ เจ้าพนักงาน ท้องถิ่นในท้องที่ที่มีการดำเนินการเกี่ยวกับอาคารนั้น ซึ่งการดำเนินการในส่วนต่าง ๆ ซึ่งรวมถึง การตรวจสอบอาคารให้มีความมั่นคงปลอดภัย การป้องกันอัคคีภัย การดูแลระบบสุขอนามัย หรือ ภูมิสถาปัตยกรรม เจ้าพนักงานท้องถิ่นจะต้องพิจารณาให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ ในกฎหมายและกฎกระทรวงที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้น ๆ ด้วย อย่างไรก็ตาม หน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับ ดูแลการพิจารณาอนุญาตหรือรับแจ้งการดำเนินการเกี่ยวกับอาคารในประเทศไทยก็มีหลักการ คล้ายคลึงกับการพิจารณาอนุญาตในต่างประเทศ กล่าวคือ หากการขออนุญาตหรือการแจ้ง การดำเนินการเกี่ยวกับอาคารมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่นเฉพาะเรื่อง เช่น พระราชบัญญัติ ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕ ที่กำหนดมาตรการควบคุม ป้องกัน และแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อม ผู้ขออนุญาตหรือผู้แจ้งก็ต้องดำเนินการให้เป็นไปตาม

กฎหมายในเรื่องนั้นด้วย ซึ่งจะเห็นได้จากมาตรา ๓๙ ทวิ (๙) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ที่ให้ผู้แจ้งขอดำเนินการเกี่ยวกับอาคารโดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตจะต้องยื่นหนังสือแสดงการให้ความเห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมหรือรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมเบื้องต้น ตามที่กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติกำหนด หรือหากการขออนุญาตดำเนินการเกี่ยวกับอาคารนั้นเป็นการดำเนินการในโครงการหรือกิจการหรือการดำเนินการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม หรือที่อาจมีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดของประชาชนหรือชุมชนหรือสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง ผู้ขออนุญาตต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามที่พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕ กำหนดด้วย ดังนั้น กรณีการขออนุญาตดำเนินการเกี่ยวกับอาคาร จึงมิได้มีเพียงแต่กรมโยธาธิการและผังเมือง กระทรวงมหาดไทย หรือเจ้าพนักงานท้องถิ่นเท่านั้นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการพิจารณาความเหมาะสมของการดำเนินการดังกล่าว แต่ยังขึ้นอยู่กับ การพิจารณาอนุมัติของหน่วยงานอื่นที่มีหน้าที่และอำนาจควบคุมผลกระทบอันอาจเกิดขึ้นจากการดำเนินการในโครงการนั้นด้วย

สำหรับกรณีของอาคารสูง นอกจากผู้ขออนุญาตหรือผู้แจ้งจะต้องปฏิบัติ ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารแล้ว ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบ สิ่งแวดล้อม และหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบ สิ่งแวดล้อม และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๔๘ และ มาตรา ๕๑/๔ แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕ ยังได้กำหนดให้อาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร บางลักษณะ และอาคารอยู่อาศัยรวมที่มีจำนวนห้องชุดหรือห้องพักตั้งแต่ ๘๐ ห้องขึ้นไป หรือมี พื้นที่ใช้สอยตั้งแต่ ๔,๐๐๐ ตารางเมตร ขึ้นไป เป็นโครงการซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม ทำให้การพิจารณาก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน เคลื่อนย้าย ใช้หรือเปลี่ยนการใช้ อาคารสูงซึ่งเป็นอาคารตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดดังกล่าว จะต้องได้รับความเห็นชอบ จากคณะกรรมการผู้ชำนาญการตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม แห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕ เสียก่อน โดยมาตรา ๕๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษา คุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕ ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจอนุญาตตามกฎหมาย รอการส่งอนุญาตสำหรับโครงการหรือกิจการหรือการดำเนินการไว้จนกว่ารายงานการประเมิน ผลกระทบสิ่งแวดล้อมจะได้รับความเห็นชอบหรือถือว่าได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ ผู้ชำนาญการ และได้รับหนังสือแจ้งผลการพิจารณาจากสำนักงานนโยบายและแผน ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมหรือหน่วยงานของรัฐตามที่คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ มอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่แทน กรณีจึงเห็นได้ว่า ในการพิจารณาดำเนินการเกี่ยวกับอาคารสูง หลายกรณีในประเทศไทย หากมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับปัจจัยด้านสิ่งแวดล้อมหรือคุณภาพชีวิต

ของชุมชน การดำเนินการนั้นจะต้องได้รับการพิจารณาทั้งจากหน่วยงานที่กำกับดูแลควบคุมอาคารโดยตรง และจากหน่วยงานที่มีหน้าที่และอำนาจอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบตามกฎหมาย เฉพาะเรื่องเช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในกฎหมายของต่างประเทศ

(๓) **แนวทางของประเทศไทยในการให้ความคุ้มครองผู้อยู่อาศัย** ในปัจจุบัน การให้ความคุ้มครองผู้อยู่อาศัยในอาคารต่าง ๆ โดยเฉพาะอาคารสูงที่ได้รับผลกระทบ อันเนื่องมาจากการก่อสร้างอาคารโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายในประเทศไทย เป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ หรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการก่อสร้างอาคารโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขึ้นอยู่กับการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแลการดำเนินการเกี่ยวกับอาคาร และการอำนวยความสะดวกขององค์กรฝ่ายตุลาการที่จะนำหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง มาปรับใช้ให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย โดยจะขอแยกพิจารณาประเด็นที่สำคัญเพื่อให้เห็นภาพรวมของการให้ความคุ้มครองผู้อยู่อาศัยในอาคารสูงดังนี้

๑. การให้ความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับอาคารสูง เมื่อหน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแลการดำเนินการเกี่ยวกับอาคารมีปัญหาการบังคับใช้กฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับอาคารสูง หน่วยงานนั้นจะมีหนังสือหารือประเด็นปัญหามายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อขอทราบความเห็นทางกฎหมายสำหรับใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายต่อไป ซึ่งที่ผ่านมาได้เคยมีความเห็นในเรื่องนี้ที่น่าสนใจสมควรนำมากล่าวไว้พอสังเขปดังนี้

- การที่กฎกระทรวง ฉบับที่ ๓๓ (พ.ศ. ๒๕๓๕) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ บังคับให้ที่ดินที่ใช้เป็นที่ตั้งของอาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษต้องมีด้านหนึ่งด้านใดยาวไม่น้อยกว่า ๑๒.๐๐ เมตร ติดถนนสาธารณะ และหากพื้นที่อาคารมากกว่า ๓๐,๐๐๐ ตารางเมตร ที่ดินในด้านนั้นจะต้องติดกับถนนสาธารณะที่มีเขตทางกว้างไม่น้อยกว่า ๑๘.๐๐ เมตร ด้วย เนื่องจากอาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษเป็นอาคารที่สร้างขึ้นเพื่อรองรับการเข้าใช้สอยของคนได้เป็นจำนวนมาก ๆ จึงต้องมีช่องทางออกสู่ถนนสาธารณะที่เหมาะสมกับขนาดและสภาพการใช้ประโยชน์ของอาคาร ซึ่งนอกจากจะใช้เพื่อการเข้าออกตามปกติแล้ว ยังมีไว้เพื่อประโยชน์ในการเข้าไปช่วยเหลือประชาชนที่อยู่ในอาคารและการบรรเทาความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นภายในบริเวณอาคารเนื่องจากภัยพิบัติต่าง ๆ ด้วย เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า อาคารมีพื้นที่มากกว่า ๓๐,๐๐๐ ตารางเมตร แม้ที่ตั้งของอาคารจะติดกับถนนสาธารณะถึงสองด้าน คือ ถนนเดโชและถนนสุรวงศ์ แต่ถนนเดโชมีเขตทางกว้างไม่ถึง ๑๘.๐๐ เมตร และแม้ถนนสุรวงศ์จะมีเขตทางกว้าง ๑๘.๐๐ - ๑๙.๙๓ เมตร แต่ที่ดินด้านที่ติดถนนสุรวงศ์มีอาคารสูง ๑๐ ชั้น ตั้งอยู่ทำให้ไม่มีที่ว่างซึ่งมีความกว้างไม่น้อยกว่า ๑๒.๐๐ เมตร ยาวต่อเนื่องถึงถนนสุรวงศ์ จึงไม่เข้าลักษณะเป็นที่ดินที่จะใช้เป็นที่ตั้งอาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษได้ (เรื่องเสร็จที่ ๖๐๕/๒๕๔๑)

- กรณีที่ดินหลายแปลงเชื่อมต่อกันมีลักษณะเป็นผืนเดียวกัน ซึ่งที่ดินตอนในเป็นที่ตั้งของอาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษ ส่วนที่ดินตอนนอกอยู่ติดกับถนนรัชดาภิเษก แม้มีคลองสาธารณะผ่านกลางระหว่างที่ดินตอนในและที่ดินตอนนอก แต่คลองนั้นก็เป็คลองเล็ก ๆ กว้างเพียง ๓ - ๕ เมตร และบางตอนก็ตื้นเขินแล้วไม่สามารถใช้สัญจรได้ โดยมีการก่อสร้างสะพานคอนกรีตเสริมเหล็กความกว้าง ๑๒.๐๐ เมตร ใช้ข้ามคลองดังกล่าวเพื่อเชื่อมระหว่างที่ดินทั้งสองตอนเข้าด้วยกัน การสร้างสะพานจึงทำให้ถือได้ว่าที่ดินทั้งสองตอนเสมือนเป็นที่ดินแปลงเดียวกัน อีกทั้งมีการแบ่งแยกโฉนดที่ดินทั้งสองตอนเป็นทางสัญจรเชื่อมจากที่ตั้งอาคารผ่านสะพานข้ามคลองถึงถนนรัชดาภิเษกมีความกว้างไม่น้อยกว่า ๑๒.๐๐ เมตร แล้วที่ดินดังกล่าวจึงอยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษได้ (เรื่องเสร็จที่ ๖๓๓/๒๕๔๑)

- กรณีที่ข้อ ๒ แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ ๓๓ (พ.ศ. ๒๕๓๕)ฯ กำหนดให้ที่ดินที่ใช้เป็นที่ตั้งของอาคารสูงและอาคารขนาดใหญ่ต้องมีด้านหนึ่งด้านใดของที่ดินนั้นยาวไม่น้อยกว่า ๑๒.๐๐ เมตร ติดถนนสาธารณะนั้น ด้านหนึ่งด้านใดของที่ดินดังกล่าวย่อมหมายถึงที่ดินของเอกชน ไม่อาจถือรวมเอาที่ดินที่เป็นถนนสาธารณะซึ่งยาวไม่น้อยกว่า ๑๒.๐๐ เมตร มาเป็นส่วนหนึ่งของที่ดินที่ใช้เป็นที่ตั้งของอาคารสูงและอาคารขนาดใหญ่ เพื่อให้เชื่อมต่อถึงถนนสาธารณะที่มีเขตทางกว้างไม่น้อยกว่า ๑๐.๐๐ เมตร หรือไม่น้อยกว่า ๑๘.๐๐ เมตร ได้ (เรื่องเสร็จที่ ๑๐๑/๒๕๔๓)

- ในกรณีที่มีการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน เคลื่อนย้าย ใช้หรือเปลี่ยนการใช้อาคารที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ได้บัญญัติให้อำนาจเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่จะสั่งให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอาคารให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่กำหนด หรืออาจสั่งให้รื้อถอนหรือระงับการใช้อาคารทั้งหมดหรือบางส่วนได้ จึงมิได้บัญญัติเรื่องการเพิกถอนใบอนุญาตไว้ ดังนั้น การพิจารณาเพิกถอนใบอนุญาตที่ออกตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ จึงต้องอาศัยบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ (เรื่องเสร็จที่ ๖๔๔/๒๕๔๖)

- การนำที่ดินที่หน่วยงานของรัฐได้มาโดยการเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ ไปใช้ประโยชน์อื่นโดยทำบันทึกข้อตกลงอนุญาตให้เอกชนใช้เป็นทางเข้า - ออก เพื่อประกอบการขออนุญาตหรือยื่นแจ้งการก่อสร้างอาคารตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร และเพื่อประโยชน์ของผู้พักอาศัยโครงการก่อสร้างอาคารชุดของเอกชนดังกล่าว โดยประชาชนที่ประสงค์จะมาจอดรถ ณ บริเวณที่ดินดังกล่าวตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนที่ดิน ไม่อาจใช้พื้นที่ที่เป็นทางเข้า - ออก เป็นพื้นที่สำหรับจอดรถได้อีกต่อไป การดำเนินการดังกล่าวจึงเป็นไปเพื่อให้เอกชนสามารถก่อสร้างอาคารชุดพักอาศัยซึ่งเป็นอาคารขนาดใหญ่พิเศษและประกอบธุรกิจอาคารชุดดังกล่าวได้ มิใช่เป็นไปเพื่อประโยชน์ตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืน การนำที่ดินไปให้เอกชนใช้ประโยชน์ในลักษณะดังกล่าว จึงไม่อาจกระทำได้ (เรื่องเสร็จที่ ๒๓๗/๒๕๖๓)

จะเห็นได้ว่า การให้ความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะเป็นการให้ความเห็นตามประเด็นปัญหาที่หน่วยงานได้หาหรือซึ่งเกิดจากหน่วยงานมีข้อขัดข้องในทางปฏิบัติ และไม่สามารถดำเนินการตามกฎหมายในเรื่องนั้นต่อไปได้ ความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับอาคารสูงของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาโดยส่วนใหญ่จึงมุ่งเน้นถึงการแก้ไขปัญหาคัดค้านดังกล่าวเพื่อให้หน่วยงานสามารถพิจารณาดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจของตนได้ตามความเหมาะสมแห่งกรณี โดยมีได้ระบุเจาะจงไปถึงเรื่องการขอให้เยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อยู่อาศัยซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากการดำเนินการของหน่วยงานหรือบริษัทเอกชนซึ่งเป็นผู้ประกอบการ เนื่องจากเป็นเรื่องที่หน่วยงานจะต้องพิจารณาในรายละเอียดของข้อเท็จจริงที่มีความแตกต่างกันในแต่ละกรณีว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นหรือไม่ เพียงใด รวมถึงสมควรที่จะต้องมีการขอให้เยียวยาแก่ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบอย่างเป็นธรรมอย่างไรบ้าง

๒. การให้ความคุ้มครองผู้อยู่อาศัยในอาคารสูง ดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้นของบทความเรื่องนี้แล้วว่า เมื่อการก่อสร้างอาคารดำเนินการโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจที่จะออกคำสั่งให้ระงับการกระทำดังกล่าวไว้ก่อนได้ ซึ่งหากเป็นกรณีที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้เจ้าของอาคารยื่นคำขออนุญาตหรือดำเนินการแก้ไขตามมาตรา ๓๙ ทวิ หรือดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องภายในระยะที่กำหนด แต่หากเป็นกรณีที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ เจ้าพนักงานท้องถิ่นก็มีอำนาจที่จะออกคำสั่งให้มีการรื้อถอนอาคารนั้นทั้งหมดหรือบางส่วน รวมถึงเข้าดำเนินการหรือจัดให้มีการรื้อถอนอาคารดังกล่าวได้เอง ทั้งนี้ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๔๐ ถึงมาตรา ๔๓ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๖๒ ส่วนกรณีที่การก่อสร้างอาคารดำเนินการโดยถูกต้องตามกฎหมาย เจ้าพนักงานท้องถิ่นก็มีอำนาจที่จะออกคำสั่งให้ดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอาคารนั้นได้เช่นกัน หากปรากฏว่าสภาพของอาคารหรือการใช้อาคารนั้นอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรืออาจไม่ปลอดภัยจากอัคคีภัย หรือก่อให้เกิดเหตุรำคาญ หรือกระทบกระเทือนต่อการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นมาตรการที่กำหนดไว้ในมาตรา ๔๖ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๖๒

อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าสังเกตว่า การที่พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๖๒ ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นออกคำสั่งเพื่อบังคับและแก้ไขความบกพร่องที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการเกี่ยวกับอาคาร นั้น มีผลกระทบโดยตรงกับผู้ขออนุญาตหรือผู้ประกอบการก่อสร้างอาคาร โดยผู้ขออนุญาตหรือผู้ประกอบการมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่น และหากไม่ดำเนินการก็จะได้รับโทษทางอาญาตามกฎหมายบัญญัติไว้ แต่ในขณะเดียวกันการออกคำสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงอาคารให้ถูกต้องหรือให้รื้อถอนอาคารนั้นย่อมส่งผลกระทบต่อผู้อยู่อาศัยภายในอาคารด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นกรณีที่ต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของอาคารสูง หรือต้องมีการรื้อถอนอาคารนั้นไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ผลกระทบจากคำสั่งดังกล่าวย่อมเกิดขึ้นแก่ประชาชนจำนวนมากซึ่งเป็นผู้อยู่อาศัยภายในอาคารนั้น แต่โดยที่พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๖๒

มิได้กำหนดกลไกรองรับการชดใช้เยียวยาหรือการบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้อยู่อาศัยไว้อย่างชัดเจน อีกทั้งเจ้าพนักงานท้องถิ่นก็ไม่มีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้ขออนุญาตหรือผู้ประกอบการกำหนดมาตรการเยียวยาผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับผู้อยู่อาศัย ทำให้ผู้อยู่อาศัยจะต้องดำเนินการใช้สิทธิทางศาลเพื่อเรียกร้องให้มีการชดใช้เยียวยาหรือบรรเทาความเสียหายดังกล่าวด้วยตนเอง

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณามาตรการทางกฎหมายอื่นที่อาจจะมีส่วนช่วยคุ้มครองผู้อยู่อาศัยในอาคารสูงอันเนื่องมาจากผลกระทบของการออกคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ แล้ว พบว่ามาตรการทางกฎหมายดังกล่าวมีประเด็นข้อสังเกตบางประการที่สมควรจะได้นำมากล่าวไว้ดังนี้

- พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เมื่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นออกคำสั่งให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอาคารให้ถูกต้องหรือให้รื้อถอนอาคารนั้น ผู้ที่มีสิทธิในการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวโดยปกติย่อมหมายถึงผู้ขออนุญาตเพราะมีฐานะเป็น “คู่กรณี” ซึ่งอยู่ในบังคับหรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ตามความหมายของคำว่า “คู่กรณี” ในมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ทั้งนี้ กระบวนการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มุ่งเน้นที่จะให้เจ้าหน้าที่ทบทวนคำสั่งทางปกครองของตนเอง หากเจ้าหน้าที่ทบทวนคำสั่งแล้วเห็นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นไปโดยชอบและเหมาะสมแก่กรณีแล้ว เจ้าหน้าที่ก็สามารถดำเนินการตามคำสั่งทางปกครองนั้นต่อไปได้ แต่หากเจ้าหน้าที่เห็นว่าการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะมีความเหมาะสมยิ่งกว่า เจ้าหน้าที่ก็อาจพิจารณาแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองของตนเองได้เช่นกัน ส่วนกลไกการชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากคำสั่งทางปกครองนั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ กำหนดไว้เฉพาะกรณีที่เจ้าหน้าที่ “เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง” และต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา ๕๒ และมาตรา ๕๓ โดยกรณีที่มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการให้ประโยชน์อย่างอื่นนอกจากเงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ ผู้ได้รับผลกระทบจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งในเรื่องการชดใช้เยียวยาหรือบรรเทาความเสียหายให้แก่ผู้อยู่อาศัยภายในอาคารสูงตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ นั้น นอกจากจะต้องพิจารณาว่าผู้อยู่อาศัยเป็นคู่กรณีซึ่งมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่น ตามความหมายของคำว่า “คู่กรณี” หรือไม่ แล้ว ยังจะต้องพิจารณาว่า หากมีการเพิกถอนคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่น ผู้อยู่อาศัยภายในอาคารสูงถือเป็น “ผู้ได้รับผลกระทบจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง” หรือไม่ อีกด้วย โดยหากผู้นั้นประสงค์จะใช้สิทธิขอรับค่าทดแทนจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง จะต้องดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลปกครองต่อไป

- พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรการทางกฎหมายอีกส่วนหนึ่งที่จะช่วยคุ้มครองผู้อยู่อาศัยในอาคารสูงจากผลกระทบที่เกิดขึ้น

จากการออกคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ คือ การเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบในผลของการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ซึ่งมาตรา ๑๑ กำหนดให้ผู้เสียหายมีสิทธิยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐเพื่อให้พิจารณาชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ โดยหน่วยงานของรัฐต้องออกใบรับคำขอให้ไว้เป็นหลักฐานและต้องพิจารณาคำขอให้แล้วเสร็จภายใน ๑๘๐ วัน แต่ถ้าไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลานั้นได้ ต้องรายงานปัญหาและอุปสรรคให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดหรือกำกับหรือควบคุมดูแลหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นทราบ และขออนุมัติขยายระยะเวลาออกไปได้อีกแต่ต้องไม่เกิน ๑๘๐ วัน อย่างไรก็ตาม การที่หน่วยงานของรัฐจะชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ได้นั้น ข้อเท็จจริงจะต้องปรากฏว่าความเสียหายเกิดขึ้นในขณะที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นกระทำการปฏิบัติหน้าที่และกระทำด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ดังนั้น แม้จะเห็นได้ชัดว่าการออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าพนักงานท้องถิ่นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อยู่อาศัยในอาคารสูงก็ตาม แต่หากความเสียหายนั้นมิได้เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง ผู้อยู่อาศัยในอาคารสูงก็ไม่อาจเรียกร้องให้มีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ได้

แม้ว่าผู้อยู่อาศัยในอาคารสูงสามารถเรียกร้องให้มีการชดเชยเยียวยาหรือบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าพนักงานท้องถิ่นเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการก่อสร้างที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็ตาม แต่มาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันยังไม่เอื้ออำนวยให้ผู้อยู่อาศัยในอาคารสูงได้รับความคุ้มครองอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม เนื่องจากการออกคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ มีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ระหว่าง “เจ้าพนักงานท้องถิ่น” ซึ่งเป็นผู้ออกคำสั่ง กับ “ผู้ขออนุญาตหรือผู้แจ้ง” ซึ่งเป็นผู้อยู่ในบังคับของคำสั่ง แต่ไม่ได้พิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นกับ “ผู้อยู่อาศัยในอาคารสูง” ซึ่งเป็นบุคคลที่สามที่ได้รับความเสียหายจากการออกคำสั่งดังกล่าว ดังนั้น หากพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ มีการกำหนดกลไกในเรื่อง “สิทธิที่จะได้รับการชดเชย (Right to compensation)” ไว้เป็นการเฉพาะดังเช่น Planning and Environment Act 1987 ของประเทศออสเตรเลีย ก็อาจจะทำให้การคุ้มครองผู้อยู่อาศัยในอาคารสูงที่ได้รับผลกระทบอันเนื่องมาจากการก่อสร้างอาคารโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในประเทศไทยมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น โดยอาจพิจารณากำหนดมาตรการทางกฎหมายในลักษณะเดียวกับ Section 94 ของ Planning and Environment Act 1987 เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์สำหรับผู้ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือองค์กรของรัฐซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแลการบังคับใช้พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ให้สามารถเรียกร้องชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการออกคำสั่งนั้นได้ ดังเช่นกรณีที่เกิดขึ้นในคดี Morning Peninsula Shire Council v Adinelle Pty Ltd. และคดี Morton v Alpine Shire Council นอกจากนั้น ยังสมควรกำหนดมาตรการอื่น ๆ ที่จำเป็นเพิ่มเติมเพื่อให้การคุ้มครองประชาชน

ผู้อยู่อาศัยในอาคารสูงซึ่งเป็นบุคคลที่ประสงค์จะเข้าใช้ประโยชน์หรืออยู่อาศัยภายในอาคารเมื่ออาคารนั้นก่อสร้างเสร็จสมบูรณ์แล้ว เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น อาทิ อาจกำหนดให้ผู้ขออนุญาตก่อสร้างอาคารสูงที่มีผู้อยู่อาศัยตามจำนวนเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดต้องวางเงินบางส่วนโดยฝากไว้กับธนาคารหรือมีหนังสือค้ำประกันของธนาคารมอบไว้แก่เจ้าพนักงานท้องถิ่น เพื่อเป็นหลักประกันแห่งความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากข้อบกพร่องของผู้ขออนุญาต หรือการดำเนินการใด ๆ ที่จะส่งผลร้ายแก่ผู้อยู่อาศัยในอาคารสูงนั้น ซึ่งจะช่วยสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้อยู่อาศัยในอาคารสูงว่าจะได้รับชดเชยเยียวยาหรือบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นในเบื้องต้นอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม หรืออาจให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจกำหนดมาตรการเยียวยาที่ผู้ขออนุญาตหรือผู้ประกอบการจะต้องดำเนินการไปพร้อมกับคำสั่งทางปกครองที่ให้มีการแก้ไขหรือรื้อถอนอาคารที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายนั้นก็ได้ ซึ่งจะมีส่วนช่วยลดขั้นตอนและภาระค่าใช้จ่ายในการเรียกร้องค่าเสียหายของผู้อยู่อาศัยในอาคารสูงไปได้อย่างมาก

ข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย *
(International Settlement Agreements Resulting from Mediation)

พงษ์พิลัย วรรณราช**

สายทิพย์ สัตยฐานะวิ**

ปัจจุบันด้วยพัฒนาการทางเทคโนโลยี การติดต่อสื่อสาร และการคมนาคมขนส่ง ส่งผลทำให้การค้าการลงทุนในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศขยายตัวเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว และมีนักลงทุนทั้งรายเล็กรายใหญ่เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก โดยในการดำเนินกิจกรรมการค้าการลงทุนดังกล่าวคงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะเกิดข้อพิพาท อันเป็นผลมาจากการผิดสัญญาของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งบางกรณีถือได้ว่าเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศและส่งผลกระทบต่อการค้าและเศรษฐกิจของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ในบทความนี้มุ่งหมายที่จะนำเสนอให้เห็นถึงแนวคิดและพัฒนาการของการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยเฉพาะการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution : ADR) ในรูปแบบต่าง ๆ รวมทั้งยังได้มีการพิจารณากลไกการระงับข้อพิพาทนอกจากทางศาลที่มีอยู่ในประเทศไทยว่ามีกลไกทางกฎหมายในเรื่องนี้อย่างไร ทั้งที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. ๒๕๖๒ และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ จากนั้นได้มีการศึกษาถึงความเป็นมาและสาระสำคัญของอนุสัญญาที่เป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาทให้แก่การลงทุนในอีกทางหนึ่ง คือ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย และได้มีการนำเสนอประเด็นข้อพิจารณาต่าง ๆ ที่น่าสนใจ หากประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีแห่งอนุสัญญานี้ในอนาคต

๑. แนวคิดและพัฒนาการของการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ

การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในอดีต คู่พิพาทหรือคู่สัญญาส่วนใหญ่มักจะใช้วิธีการฟ้องร้องคดีต่อศาล เนื่องจากมีการกำหนดวิธีพิจารณาไว้อย่างชัดเจน และคดีจะถูกตัดสินโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการอาชีพที่มีความเป็นกลาง ทำให้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการทางศาลได้รับการยอมรับมาอย่างยาวนาน ประกอบกับในอดีตยังไม่มีช่องทางการระงับข้อพิพาทอื่นให้เลือกมากนัก อย่างไรก็ตาม เป็นที่รับรู้กันได้อย่างแพร่หลายว่า การฟ้องคดี (Litigation) นั้นมีความไม่เหมาะสมในบางประการที่จะใช้ระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ เนื่องจากมีค่าใช้จ่ายค่อนข้างสูง ใช้ระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีนาน และส่วนใหญ่

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายแปลและให้ความเห็น กองกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (เมษายน ๒๕๖๕)

เป็นการแพ้ชนะคดีด้วยเรื่องทางเทคนิคมากกว่าการต่อสู้กันในทางเนื้อหาของข้อพิพาท อีกทั้งยังมีปัญหาเรื่องความแตกต่างของระบบกฎหมายและระดับศาลของแต่ละประเทศ ทำให้การฟ้องคดีต่อศาลไม่ได้รับความนิยมเท่าที่ควร^๑ ด้วยปัญหาและอุปสรรคที่เกิดจากกระบวนการทางศาลที่กล่าวมาข้างต้นประกอบกับความเจริญก้าวหน้าทางธุรกิจและความต้องการที่เปลี่ยนไปก่อให้เกิดความพยายามในการสร้างกลไกการระงับข้อพิพาทในรูปแบบใหม่ด้วยวิธีการอื่นนอกจากวิธีการทางศาล ซึ่งมีหลายวิธี เช่น การเจรจาต่อรอง (Negotiation) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)^๒

เพื่อให้การบริหารกระบวนการยุติธรรมของรัฐสมัยใหม่เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ รัฐได้พยายามแสวงหาเครื่องมือและกลไกในการระงับข้อพิพาทให้สอดคล้องกับความต้องการของสังคมในปัจจุบันที่ต้องการความรวดเร็วและเป็นธรรม รวมทั้งบรรลุนิติประสงคในอันที่จะคุ้มครองสังคมให้มีความสงบเรียบร้อยและเป็นไปอย่างปกติสุข กระบวนการยุติธรรมในปัจจุบันจึงมีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอื่นนอกจากวิธีการทางศาล (Outside of the courtroom) โดยเรียกว่า วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution : ADR) ซึ่งมีอยู่ด้วยกันหลายวิธี ซึ่งสามารถสรุปได้เป็น ๓ รูปแบบ ดังนี้^๓

๑.๑ การเจรจาต่อรอง (Negotiation) เป็นการแสวงหาข้อตกลงร่วมกันระหว่างคู่กรณีตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยอาศัยกระบวนการสันติวิธี อยู่บนพื้นฐานของความสมัครใจ ไม่มีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้อง เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีความเป็นธรรม ประหยัด รวดเร็ว สามารถรักษาความลับและสัมพันธ์ภาพระหว่างคู่ความ ตลอดจนมีสภาพบังคับที่ดีที่สุด เพราะเป็นการตกลงกันในระหว่างคู่ความด้วยตนเอง ที่มีความยืดหยุ่นเพราะขึ้นอยู่กับความพึงพอใจร่วมกันของทุกฝ่าย โดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะทำการเจรจาทกลงกันเอง การตัดสินใจต่าง ๆ ขึ้นอยู่กับคู่กรณี โดยไม่มีบุคคลที่สามมาชี้แนะหรือแนะนำการตัดสินใจ แต่เกิดจากความสมัครใจของคู่กรณีที่เจรจาตกลงระงับข้อพิพาทกันเอง^๔

^๑ สถาบันอนุญาโตตุลาการ, “อนุสัญญาสิงคโปร์ : กลไกส่งเสริมการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ” <<https://thac.or.th/>>, สืบค้นเมื่อ ๑ มีนาคม ๒๕๖๕.

^๒ สุปราณี อัจฉิตต์, “ข้อตกลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ: ศึกษากรณีข้อพิจารณาของระหว่างสัญญาอนุญาโตตุลาการและสัญญาเลือกศาล” <<http://libdoc.dpu.ac.th/mtext/article/487038.pdf>>, สืบค้นเมื่อ ๑ มีนาคม ๒๕๖๕

^๓ อรัชมน พิเชฐวรกุล, “การระงับข้อพิพาททางเลือก” <<https://www.bangkokbiznews.com/blogs/columnist/122222>> สืบค้นเมื่อ ๑ มีนาคม ๒๕๖๕

^๔ ชูดาภรณ์ เหมโลหะ, “ปัญหาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในภาคปฏิบัติ : ศึกษากรณีคดีในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ๒๕๕๙) ๘ - ๙.

๑.๒ การไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาท (Mediation or Conciliation)

เป็นการแก้ไขปัญหาคัดแย้งระหว่างคู่กรณี โดยมีบุคคลที่สามซึ่งเป็นบุคคลที่มีความเป็นกลางเข้ามาช่วยไกล่เกลี่ย เพื่อชักจูงให้บุคคลที่มีข้อพิพาทปรับเปลี่ยนหรือตกลงในปัญหาข้อพิพาทได้ โดยคู่พิพาททั้งสองฝ่ายยอมผ่อนผันข้อเรียกร้องของตนและแต่ละฝ่ายจะได้สิทธิตามที่ไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมยอมความกัน ในส่วนของประเทศไทย ความหมายของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและการประนอมข้อพิพาทมิได้มีความหมายที่แยกออกจากกันอย่างชัดเจน แต่สำหรับบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ความหมายหรือกระบวนการของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) และการประนอมข้อพิพาท (Conciliation) มีการแยกออกจากกัน โดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นเป็นวิธีการให้ความสำคัญกับคู่ความในการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นและเจรจาด้วยตนเอง ซึ่งส่วนใหญ่มิได้กระทำผ่านทนายความ และผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีบทบาทในการให้ความช่วยเหลือทั้งสองฝ่ายในการหาข้อตกลงร่วมกัน ส่วนการประนอมข้อพิพาทนั้นมักกระทำผ่านทนายความของคู่ความแต่ละฝ่าย โดยผู้ประนอมข้อพิพาทมักเป็นทนายความผู้มีประสบการณ์ทำหน้าที่ในการแยกแยะประเด็น ปัญหาและประเมินจุดอ่อนและจุดแข็งของคู่ความแต่ละฝ่าย และพยายามหาข้อตกลงระหว่างกัน ทั้งนี้ รูปแบบของการไกล่เกลี่ย (Mediation) กับ การประนอมข้อพิพาท (Conciliation) มีความแตกต่างกัน โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาจากหน้าที่ของผู้ทำหน้าที่เป็นคนกลางแล้ว กล่าวคือ ผู้ทำหน้าที่เป็นคนกลางในการไกล่เกลี่ยหรือที่เรียกว่าผู้ไกล่เกลี่ยนั้นเป็นผู้ทำหน้าที่ในการติดต่อสื่อสารระหว่างคู่พิพาท แต่จะไม่นำเสนอทางออกหรือข้อเสนอแนะให้แก่คู่พิพาท ซึ่งมีความแตกต่างจากผู้ทำหน้าที่เป็นคนกลางในการประนอมข้อพิพาทหรือที่เรียกว่าผู้ประนอมข้อพิพาทนั้นจะเป็นผู้จัดทำทางออกหรือข้อเสนอแนะสำหรับการระงับข้อพิพาทให้แก่คู่พิพาทเพื่อตัดสินใจด้วย

อย่างไรก็ดี แม้ว่าการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ยจะทำให้ข้อพิพาทยุติลงได้ในเวลาอันรวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่าย แต่หากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นไม่สำเร็จ การดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยที่ไม่สำเร็จนั้นก็เป็นการทำให้คู่พิพาทต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายเพิ่มมากขึ้น เพราะอาจต้องมีกระบวนการร้องขอหรือฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลบังคับคดีให้ อันเป็นข้อเสียของการนำวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้ระงับข้อพิพาทนั่นเอง^๕

๑.๓ อนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นการตกลงเพื่อยุติข้อพิพาทโดยการตัดสินใจของคนกลาง ซึ่งจะต้องไม่ใช่เป็นฝ่ายที่อยู่ในข้อพิพาท คือ เป็นบุคคลภายนอกจะมีจำนวนหนึ่งคนหรือหลายคนก็ได้ โดยได้รับเลือกจากคู่ความในข้อพิพาทหรือได้รับแต่งตั้งตามวิธีการที่ผู้เป็นคู่ความในข้อพิพาทได้ตกลงไว้หรือตามที่กฎหมายกำหนดให้ทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเรื่องใด ๆ โดยเฉพาะ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น โดยทั่วไปแล้วจะถือว่า

^๕ กรรณิกา สุทธิประสิทธิ์ และคณะ, โครงการพัฒนาความรู้ตุลาการศาลปกครอง เรื่อง การนำวิธีระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) มาใช้กับคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมในศาลปกครอง, กรุงเทพมหานคร : (สำนักงานศาลปกครอง ๒๕๕๕) ๗๗.

ถึงที่สุด หมายความว่าคำชี้ขาดดังกล่าวมีผลเป็นการยุติข้อพิพาท ทั้งปัญหาข้อเท็จจริง และกฎหมาย รวมทั้งคู่กรณีจะต้องผูกพันตามคำชี้ขาดนั้น หากคู่กรณีที่เป็นผู้แพ้คดีไม่ปฏิบัติตาม คำชี้ขาดคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถอาศัยองค์การของรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งคือศาลให้ทำการระงับ ตามที่ได้ชี้ขาดนั้นได้

ในการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะเป็นสัญญาเชิงพาณิชย์ระหว่างประเทศ นักธุรกิจหรือนักลงทุนมักจะเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมากกว่าวิธีการทางศาล เพราะสามารถเลือกอนุญาโตตุลาการที่ไม่มีสัญชาติของคู่กรณี ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับปัญหาข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี อีกทั้งกระบวนการยังเป็นความลับและรักษาความเป็นส่วนตัวของคู่พิพาท ดังจะเห็นได้จากการที่กว่า ๑๖๐ ประเทศทั่วโลกได้ลงนามเป็นประเทศภาคีสมาชิกของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับ นับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ 1958 (Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 (New York Convention)) หรือที่รู้จักกันในชื่อ “อนุสัญญา New York” อย่างไรก็ตาม วิธีการอนุญาโตตุลาการก็มีข้อด้อย ในแง่การบังคับให้คู่กรณีปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากคู่กรณีไม่มีอำนาจ บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้โดยตรง หากแต่จะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อร้องขอให้ ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่การพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาล แม้ว่าจะมีข้อด้อยเรื่องเงื่อนไข ขั้นตอน และกระบวนการพิจารณาคดีที่ยุ่งยากซับซ้อนอันทำให้เกิด ความล่าช้าและส่งผลกระทบต่อการค้าเงินธุรกิจการพาณิชย์ระหว่างประเทศ แต่วิธีการ อนุญาโตตุลาการยังมีข้อดีในแง่ที่ว่าคำพิพากษามีผลผูกพันคู่กรณี โดยคู่กรณีที่เป็นฝ่ายชนะคดี สามารถร้องขอต่อศาลให้บังคับตามคำพิพากษาได้

๒. กลไกการระงับข้อพิพาทนอกจากทางศาลที่มีอยู่ในประเทศไทย

๒.๑ การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยในประเทศไทย

กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททั้งภายในและภายนอกศาลปรากฏ ร่องรอยมาอย่างยาวนานในประเทศไทย สำหรับกระแสที่หันมาให้ความสำคัญและผลักดัน กระบวนการดังกล่าวอย่างจริงจังนั้น ได้เริ่มขึ้นในปี พ.ศ. ๒๕๓๕ เป็นต้นมา โดยประธานศาลฎีกา ในขณะนั้นได้เริ่มผลักดันให้ศาลต่าง ๆ นำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้อย่างเต็มรูปแบบ และแพร่หลายมากขึ้น ต่อมาในปี พ.ศ. ๒๕๓๗ ได้มีการออกระเบียบศาลแพ่งว่าด้วยการไกล่เกลี่ย เพื่อยังให้เกิดการประนีประนอมยอมความ พ.ศ. ๒๕๓๗ ซึ่งได้มีการนำเอาแนวทางการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทของสหรัฐอเมริกามาประยุกต์ใช้ จวบจนถึงปี พ.ศ. ๒๕๔๔ ประเทศไทยได้นำกระบวนการ

ใกล้เคียงข้อพิพาทมาใช้ในศาลทั่วประเทศ^๖ อย่างไรก็ตาม การนำกระบวนการดังกล่าวมาใช้ก็ยังมีอุปสรรคอยู่ เพราะแม้ว่าในภายหลังจะมีการออกข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการใกล้เคียง พ.ศ. ๒๕๕๔ เพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินการใกล้เคียงในแต่ละศาลก็ตาม แต่ทุกศาลก็ต้องออกระเบียบเกี่ยวกับการใกล้เคียงข้อพิพาทไว้ใช้บังคับในศาล ซึ่งในทางปฏิบัติยังมีความแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับลักษณะของประเภทคดีที่เข้ามาสู่ศาล^๗ และนอกจากการใกล้เคียงข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในศาลแล้ว ในระบบกฎหมายไทยยังได้สอดแทรกกลไกการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการใกล้เคียงไว้ในกฎหมายฉบับต่าง ๆ ทั้งที่เป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๒๒ กำหนดให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจและหน้าที่ในการใกล้เคียงหรือประนีประนอมข้อพิพาทเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคตามที่ผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจตกลงกันก่อนมีการฟ้องคดีต่อศาล^๘ และพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. ๒๕๓๕ กำหนดให้อำนาจแก่นายทะเบียนในการพิจารณาข้อร้องเรียนและดำเนินการใกล้เคียงในกรณีที่มีการร้องเรียนเกี่ยวกับการประกันภัย การจ่ายค่าสินไหมทดแทน การชดใช้เงินหรือประโยชน์อื่นใดตามกฎหมายประกันภัยได้^๙ รวมทั้งที่เป็นกฎหมายลำดับรอง เช่น กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ พ.ศ. ๒๕๕๖ กำหนดให้กองบริหารการประกอบธุรกิจของชาวต่างชาติมีอำนาจหน้าที่ในการให้คำปรึกษาตอบข้อหารือ ใกล้เกลี่ย และวินิจฉัย เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว^{๑๐}

^๖ ตะวัน มานะกุล, “กระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาทในประเทศไทย” (โครงการสำรวจองค์ความรู้เพื่อการปฏิรูปประเทศไทย มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ) <<http://v-reform.org/wp-content/uploads/2014/06>> สืบค้นเมื่อ ๑ มีนาคม ๒๕๖๕

^๗ อิศราธรมี ยวรัตน์, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการใกล้เคียงข้อพิพาทพาณิชย์ระหว่างประเทศ : ศึกษากรณีศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ๒๕๕๙) ๓๕.

^๘ มาตรา ๑๐ คณะกรรมการมีอำนาจและหน้าที่ดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(๑/๑) ใกล้เกลี่ยหรือประนีประนอมข้อพิพาทเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคตามที่ผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจตกลงกันก่อนมีการฟ้องคดีต่อศาล ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

ฯลฯ

ฯลฯ

^๙ มาตรา ๓๖/๑ ในกรณีที่มีการร้องเรียนเกี่ยวกับการประกันภัย การจ่ายค่าสินไหมทดแทน การชดใช้เงินหรือประโยชน์อื่นใดตามกฎหมายประกันภัย นายทะเบียนอาจจัดให้มีการพิจารณาข้อร้องเรียนและดำเนินการใกล้เคียงได้

^{๑๐} ข้อ ๑๑ กองบริหารการประกอบธุรกิจของชาวต่างชาติ มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(๒) ให้คำปรึกษา ตอบข้อหารือ ใกล้เกลี่ย และวินิจฉัย เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ฯลฯ

ฯลฯ

และกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการค้าต่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ กำหนดให้ กองมาตรฐานสินค้านำเข้าส่งออกมีอำนาจหน้าที่ใกล้เคียง ประนีประนอม และวินิจฉัยปัญหา ข้อโต้แย้ง และข้อพิพาทเกี่ยวกับมาตรฐานสินค้าและดำเนินคดีผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย^{๑๑}

จากสถิติการใกล้เคียงข้อพิพาทในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศของศาล ทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางปรากฏว่ามีการเพิ่มจำนวนมากขึ้นของเรื่อง ดังกล่าว การใช้ระบบการพิจารณาคดีของศาลอย่างเดียวไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ทันทั่วทั้ง เพราะคดีประเภทนี้เวลาเป็นสิ่งสำคัญ ยิ่งใช้เวลามากเท่าไรก็จะยิ่งเกิดความเสียหายมากขึ้น เท่านั้นและในบางครั้งอาจรุนแรงและส่งผลเสียหายจนถึงขั้นทำให้ธุรกิจต้องหยุดชะงักไป อันส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ การนำระบบการใกล้เคียงข้อพิพาทมาใช้ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งเพราะมีความสะดวก รวดเร็ว และประหยัดเวลา ทำให้คู่พิพาทสามารถ บริหารจัดการดูแลธุรกิจของตนได้ ซึ่งคดีในกลุ่มการค้าระหว่างประเทศส่วนใหญ่มีแนวโน้ม ของการใกล้เคียงข้อพิพาทสำเร็จค่อนข้างมาก^{๑๒} อย่างไรก็ตาม แม้ศาลต่าง ๆ จะออกระเบียบ ว่าด้วยการใกล้เคียงข้อพิพาทในศาลขึ้นมาใช้บังคับ อีกทั้งกฎหมายภายในของไทยหลายฉบับ ก็กำหนดให้มีการใกล้เคียงข้อพิพาทก่อนที่จะมีการนำคดีขึ้นมาสู่ศาล เพื่อลดปริมาณคดีในศาล รวมทั้งยังเป็นการประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายของคู่พิพาท แต่ก็ยังมีปัญหาทั้งในเรื่องมาตรฐาน และแนวทางปฏิบัติที่มีความแตกต่างกัน ในเวลาต่อมาจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติการใกล้เคียง ข้อพิพาท พ.ศ. ๒๕๖๒ ขึ้นมาใช้บังคับ เพื่อให้เป็นกฎหมายกลางสำหรับใช้ในการยุติหรือระงับ ข้อพิพาท ทั้งที่เป็นข้อพิพาททางแพ่งซึ่งมีทุนทรัพย์ไม่มากนัก (ไม่เกินห้าล้านบาท) และข้อพิพาท ทางอาญาบางประเภท อันเป็นการระงับข้อพิพาทโดยคำนึงถึงความยินยอมของคู่กรณีเป็นสำคัญ

สำหรับสาระสำคัญของพระราชบัญญัติการใกล้เคียงข้อพิพาท พ.ศ. ๒๕๖๒ นั้น ในที่นี้ขออธิบายสรุปเฉพาะในส่วนที่เป็นข้อพิพาททางแพ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อพิพาททางพาณิชย์ ระหว่างประเทศโดยตรง โดยมีสาระสำคัญสรุปได้ ดังนี้

(๑) ความหมายของ “การใกล้เคียงข้อพิพาท” “ผู้ใกล้เคียง” และ “ข้อตกลงระงับข้อพิพาท”

การใกล้เคียงข้อพิพาทตามกฎหมายฉบับนี้เป็นการดำเนินการเพื่อให้ คู่กรณีมีโอกาสเจรจาตกลงกันระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีและปราศจากการวินิจฉัยข้อพิพาท ซึ่งผู้ที่จะทำหน้าที่ใกล้เคียงนั้นต้องเป็นผู้ที่ได้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ใกล้เคียงแล้ว โดยมีกลไกต่าง ๆ ที่กำหนดเกี่ยวกับผู้ใกล้เคียง เช่น การกำหนดคุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม และจริยธรรม

^{๑๑} ข้อ ๑๕ กองมาตรฐานสินค้านำเข้าส่งออก มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(๕) ใกล้เคียง ประนีประนอม และวินิจฉัยปัญหา ข้อโต้แย้ง และข้อพิพาทเกี่ยวกับ มาตรฐานสินค้าและดำเนินคดีผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๑๒} อิศรารัตน์ ยุรัตน์, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ ๗, ๕๔ - ๕๕.

ของผู้ไกล่เกลี่ย การเปิดเผยข้อเท็จจริงเรื่องการมีส่วนได้เสีย การตั้งข้อรังเกียจ และการถอดถอนผู้ไกล่เกลี่ย ทั้งนี้ เพื่อให้ได้ผู้ไกล่เกลี่ยที่มีความเป็นกลาง มีประสบการณ์ และสามารถทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระงับลงได้อย่างแท้จริงอันจะเป็นประโยชน์แก่คู่กรณีทุกฝ่าย สำหรับหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยนั้น จะต้องจัดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ช่วยเหลือ อำนวยความสะดวก และเสนอแนะคู่กรณีในการหาแนวทางยุติข้อพิพาท โดยต้องไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความเป็นกลาง และสุดท้ายต้องมีการจัดทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทตามผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น ซึ่งเป็นข้อตกลงที่คู่กรณีได้ตกลงกันให้มีผลผูกพันโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อระงับข้อพิพาทหรือข้อเรียกร้องใด ๆ ที่แต่ละฝ่ายมีอยู่ โดยคู่กรณีแต่ละฝ่ายจะมีสิทธิหน้าที่หรือความรับผิดชอบเพียงเท่าที่กำหนดไว้ในข้อตกลงนั้น

(๒) กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ข้อพิพาททางแพ่งที่สามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยได้ตามกฎหมายฉบับนี้ เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินที่ไม่ใช่เรื่องกรรมสิทธิ์ ข้อพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินมรดก และข้อพิพาทที่มีทุนทรัพย์ไม่เกินห้าล้านบาท อย่างไรก็ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ได้กำหนดมิให้นำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามกฎหมายฉบับนี้มาใช้กับข้อพิพาทบางประเภท กล่าวคือ ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสิทธิแห่งสภาพบุคคล สิทธิในครอบครัว และกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ สำหรับขั้นตอนหรือกระบวนการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น เริ่มจากการที่คู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะให้มีการไกล่เกลี่ยต้องยื่นคำร้องต่อหน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และโดยที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่อยู่บนพื้นฐานของความสมัครใจ ดังนั้น หน่วยงานจึงต้องสอบถามความสมัครใจของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วย โดยหากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่สมัครใจก็ต้องจำหน่ายคำร้องขอไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น แต่ถ้าคู่กรณีอีกฝ่ายสมัครใจที่จะไกล่เกลี่ยด้วยก็จะเข้าสู่ขั้นตอนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อไป

ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คู่กรณีต้องตกลงกันแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยจากบัญชีผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งอาจมีจำนวนหนึ่งคนหรือหลายคนก็ได้ หากไม่สามารถแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยกันเองได้อาจขอให้หน่วยงานแต่งตั้งแทน ทั้งนี้ หน่วยงานต้องชี้แจงให้คู่กรณีรับทราบเกี่ยวกับกระบวนการและผลทางกฎหมายในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท รวมทั้งสิทธิในการยุติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วย และเพื่อให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระงับลงโดยเร็ว จะต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอย่างต่อเนื่องเพื่อให้แล้วเสร็จโดยเร็ว โดยผู้ไกล่เกลี่ยอาจตกลงกับคู่กรณีกำหนดกรอบระยะเวลาและแผนการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยก็ได้

ผู้ไกล่เกลี่ยต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อหน้าคู่กรณีทุกฝ่าย โดยคู่กรณีมีสิทธิเจรจาเพื่อหาข้อตกลงร่วมกันได้โดยอิสระ ซึ่งข้อตกลงนั้นต้องไม่เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ห้ามมิให้ใช้รับฟังเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดี กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการพิจารณาอื่นใด เว้นแต่เพื่อการบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้น และเมื่อคู่กรณีมีข้อตกลงเป็นประการใดแล้ว

ให้ผู้ไกล่เกลี่ยบันทึกข้อตกลงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือจัดให้มีการบันทึกข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและให้คู่กรณีและผู้ไกล่เกลี่ยลงลายมือชื่อไว้ โดยกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะสิ้นสุดลงเมื่อคู่กรณีตกลงระงับข้อพิพาทกันได้ คู่กรณีถอนตัวจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือผู้ไกล่เกลี่ยเห็นว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อไปจะไม่เป็นประโยชน์และให้ยุติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

(๓) การบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท

ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้เรียกร้องให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทแล้ว แต่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องนั้นไม่ยอมปฏิบัติตาม คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลซึ่งเป็นศาลยุติธรรมที่มีการทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทในเขตศาลนั้น หรือคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งมีการไกล่เกลี่ยนั้น เพื่อให้ศาลบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้ โดยการร้องขอดังกล่าวต้องกระทำภายในสามปี นับแต่วันที่อาจบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้ ทั้งนี้ กฎหมายนี้ได้กำหนดให้อำนาจแก่ศาลในการที่จะมีคำสั่งบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้โดยตรง โดยไม่จำเป็นต้องมีการฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นใหม่ เพื่อให้ข้อตกลงที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นบังคับได้ตามความประสงค์ของคู่กรณี อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นที่ศาลอาจไม่บังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงนั้นได้ เช่น คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถ เหตุแห่งข้อพิพาทหรือข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นเป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นเกิดจากกลฉ้อฉล บังคับ ชูเชื้อ หรือกระทำการโดยมิชอบ หรือมีเหตุเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยที่มีผลต่อการทำบันทึกข้อตกลงอย่างมีนัยสำคัญ และเพื่อให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระงับลงโดยเร็ว อันเป็นการประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้อง จึงได้กำหนดห้ามมิให้มีการอุทธรณ์คำสั่งของศาลในกรณีนี้ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามที่กำหนด และให้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นอุทธรณ์นั้นเป็นที่สิ้นสุด

๒.๒ การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ

การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการยุติธรรมโดยเอกชน (private judicial system) ที่รัฐยอมลดอำนาจผูกขาดให้เอกชนมาใช้อำนาจถึงตุลาการแทนรัฐได้ แต่รัฐเองก็มีได้สละอำนาจของรัฐในการบริหารกระบวนการยุติธรรมเสียทีเดียว เพียงแต่สละบางส่วนและยังคงกำกับดูแลกระบวนการยุติธรรมทางเลือกนี้ผ่านทางกฎหมายที่รัฐตราขึ้น โดยกรณีของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ซึ่งได้ยกเลิกพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๓๐ ที่ถือว่าเป็นกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ นอกศาลฉบับแรกของประเทศไทย การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมอย่างแพร่หลายในสัญญาทางธุรกิจต่าง ๆ สัญญาระหว่างประเทศ และสัญญาสัมปทาน เนื่องจากสามารถสร้างความเชื่อมั่นในระบบการบริหารกระบวนการยุติธรรมโดยเอกชนคู่สัญญาเอง อีกทั้งยังเป็นความลับ โดยกฎหมายให้อำนาจศาลอย่างจำกัด (limited judicial review)

ในการตรวจสอบคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่ได้ให้อำนาจศาลในการเข้ามาทำหน้าที่เสมือนดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือสืบพยานในศาลเสียใหม่ เพราะจะขัดกับหลักการในการใช้ระบบข้อพิพาททางเลือกที่เอกชนยอมตนไปใช้ระบบกระบวนการยุติธรรมทางเลือกดังกล่าว^{๑๓}

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อให้ระบบการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป รวมทั้งสอดคล้องกับหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นด้วย โดยพระราชบัญญัตินี้ได้นำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ซึ่งเป็นที่ยอมรับและรู้จักอย่างกว้างขวางมาเป็นหลัก เพื่อพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้ทัดเทียมกับนานาประเทศ รวมทั้งส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศให้แพร่หลายยิ่งขึ้น โดยพระราชบัญญัตินี้มีสาระสำคัญสรุปได้ ดังนี้

(๑) สัญญาอนุญาโตตุลาการ

สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงกันให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนทั้งที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจจะเกิดขึ้นโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจจะเป็นเพียงข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลักหรือทำเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้ โดยสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้เช่นเดียวกัน และหากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไปฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่อคณะอนุญาโตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้จำหน่ายคดีนั้นได้ ทั้งนี้ เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามที่ได้ตกลงกันไว้ต่อไป

(๒) คณะอนุญาโตตุลาการ

คณะอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัตินี้อาจมีเพียงคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ ซึ่งโดยหลักแล้วคู่พิพาทจะต้องตกลงกันตั้งคณะอนุญาโตตุลาการนั้นขึ้นมา แต่ในกรณีที่ไม่วางตกลงกันได้ คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแทน และเนื่องจากอนุญาโตตุลาการมีบทบาทในการชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งถูกมองว่าเป็นการใช้อำนาจถึงตุลาการ ดังนั้น ผู้ที่มาทำหน้าที่ดังกล่าวจึงต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ รวมทั้งต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วย นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลาง

^{๑๓} ศุภวัชร มาลานนท์, “การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ” <<https://www.kaohoon.com/column/296881>> สืบค้นเมื่อ ๑ มีนาคม ๒๕๖๕.

หรือความเป็นอิสระ หรือการขาดคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทตกลงกัน ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนรวมถึงความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ความสมบูรณ์ของการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ และประเด็นข้อพิพาทที่อยู่ภายในขอบเขตอำนาจของตนได้

(๓) วิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งถูกมองว่าเป็นการใช้อำนาจกึ่งตุลาการ จึงต้องมีการกำหนดวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการไว้ในพระราชบัญญัตินี้เพื่อให้มีกลไกการดำเนินการในเรื่องต่าง ๆ ที่ชัดเจน มีมาตรฐาน และได้รับการยอมรับจากผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย อย่างไรก็ตามวิธีพิจารณาดังกล่าวส่วนใหญ่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสมัครใจและความยินยอมของคู่กรณี จึงไม่มีขั้นตอนที่ยุ่งยากซับซ้อนหรือต้องใช้ระยะเวลาในการพิจารณาที่ยาวนานเมื่อเปรียบเทียบกับกระบวนการพิจารณาคดีของศาล ทั้งนี้ เพื่อให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นยุติลงโดยเร็ว ซึ่งหลักในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่สำคัญ คือ การให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และให้มีโอกาสนำเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้ออ้างนั้น และหากคู่พิพาทมิได้ตกลงกันหรือกฎหมายนี้มิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ ได้ตามที่เห็นสมควร และอาจนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยพยานหลักฐานมาใช้โดยอนุโลม สำหรับกระบวนการพิจารณานั้น กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดเหตุเริ่มต้นของการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ การเปิดให้แสดงข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนข้อเรียกร้อง ประเด็นข้อพิพาท และคำขอบังคับ รวมทั้งการแสดงคำคัดค้าน และการสืบพยานหลักฐานต่าง ๆ

(๔) คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

การวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามข้อสัญญา และหากเป็นข้อพิพาททางการค้าจะต้องคำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมนั้นด้วย โดยคณะอนุญาโตตุลาการต้องชี้ขาดข้อพิพาทตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท และในระหว่างนี้อาจมีการประนีประนอมยอมความกันและให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดตามข้อตกลงนั้นได้ ทั้งนี้ เมื่อเสร็จสิ้นการพิจารณาแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการต้องทำคำชี้ขาดเป็นหนังสือ และต้องระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยไว้โดยชัดแจ้งพร้อมทั้งส่งสำเนาคำชี้ขาดนั้นให้แก่คู่พิพาททุกฝ่าย โดยการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลงเมื่อมีคำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาดหรือคณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้ยุติกระบวนการพิจารณา และได้กำหนดเหตุในการคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไว้ด้วย

สำหรับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดนั้น มาตรา ๔๑ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ได้กำหนดให้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะได้ทำขึ้นในประเทศใดให้ผูกพันคู่พิพาท และเมื่อได้มีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจย่อมบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น และในกรณีที่คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้นในต่างประเทศ ศาลที่มีเขตอำนาจจะมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาด

ที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น โดยคู่ความที่ประสงค์ให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ภายในสามปีนับแต่วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้ หลังจากนั้นศาลจะรับทำการไต่สวน และมีคำพิพากษาโดยพลัน ทั้งนี้ ศาลมีอำนาจที่จะทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดได้ เมื่อมีเหตุตามที่กำหนด และเพื่อให้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการนี้ยุติลงโดยเร็ว จึงได้กำหนดห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่จะเป็นกรณีตามที่กำหนด โดยให้อุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณี

๓. ความเป็นมาและสาระสำคัญของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย (อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า นักลงทุนระหว่างประเทศส่วนใหญ่เลือกใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศมากขึ้น แต่เมื่อเวลาผ่านไป ทำให้เริ่มเห็นปัญหาและอุปสรรคจากการใช้กระบวนการดังกล่าว ทั้งภาระค่าใช้จ่ายที่ค่อนข้างสูง และความล่าช้าในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ทำให้นักลงทุนระหว่างประเทศเริ่มมีความสนใจที่จะนำข้อพิพาทมาสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทกันมากขึ้น เนื่องจากการประหยัดเวลาและค่าใช้จ่าย อีกทั้งยังได้ผลลัพธ์ที่มีประสิทธิภาพและยังรักษาความสัมพันธ์ของคู่พิพาทไว้ได้ อย่างไรก็ตาม กระบวนการระงับข้อพิพาทมีอุปสรรคที่สำคัญ คือ สภาพบังคับของสัญญาประนีประนอมยอมความ เพราะหากคู่พิพาทฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญานั้น ไม่ยอมปฏิบัติตามหรือไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญา คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องดำเนินการระงับข้อพิพาทตามกระบวนการที่ระบุในสัญญาต่อไป ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่าจะต้องกลับมาใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล อันนำมาซึ่งระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่เกินความจำเป็น และด้วยข้อบกพร่องเรื่องประสิทธิภาพในการบังคับตามสัญญาประนีประนอมยอมความสำหรับข้อพิพาทระหว่างประเทศนี้เอง จึงทำให้เกิดแนวคิดเรื่องข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยนี้ขึ้น เพื่อเป็นทางเลือกหนึ่งสำหรับนักลงทุนระหว่างประเทศที่ประสบปัญหาดังกล่าวข้างต้น

๓.๑ ความเป็นมาของอนุสัญญาฯ

ในทางระหว่างประเทศ ได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของเรื่องดังกล่าว โดยคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) คณะทำงาน ๒ ว่าด้วยการระงับข้อพิพาท (Working Group II : Arbitration and Conciliation/Dispute Settlement) ได้มีการพิจารณาและดำเนินการยกร่างอนุสัญญา UNCITRAL Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation มาเป็นระยะเวลาหนึ่ง โดยในเดือนมิถุนายน ค.ศ. ๒๐๑๘ ได้เสนอร่างฉบับสมบูรณ์

ของอนุสัญญา UNCITRAL Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation และได้ยอมรับกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ที่เกี่ยวข้องกับการประนอมข้อพิพาททางแพ่งระหว่างประเทศ ซึ่งใช้ชื่อว่า UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International settlement Agreement Resulting from Mediation ๒๐๑๘ และองค์การสหประชาชาติ (UNCITRAL Commission) ได้มีมติรับรองอนุสัญญาดังกล่าว เมื่อวันที่ ๒๐ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๑๘^{๑๔} ในสมัยประชุมที่ ๗๓ และได้มีการรับรองให้ประเทศสิงคโปร์เป็นเจ้าภาพจัดพิธีลงนามอนุสัญญาดังกล่าว โดยในวันที่ ๗ สิงหาคม ๒๕๖๒ ได้มีการจัดพิธีลงนามในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation) หรือที่มีชื่อเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย” (Singapore Convention on Mediation) ณ ประเทศสิงคโปร์ โดยมีประเทศที่ลงนามในขณะนั้นจำนวน ๔๖ ประเทศ และต่อมามีประเทศที่ลงนามเพิ่มขึ้นอีก ๗ ประเทศ รวมทั้งสิ้น ๕๓ ประเทศ^{๑๕} เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ประเทศออสเตรเลีย ประเทศอินเดีย ประเทศมาเลเซีย ประเทศสิงคโปร์ ประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เป็นต้น สำหรับการมีผลใช้บังคับอนุสัญญานี้ มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ ๑๒ กันยายน ๒๕๖๓ ซึ่งเป็นวันที่พ้นกำหนดหกเดือนหลังจากที่ประเทศกาตาร์มอบสัตยาบันสารฉบับที่สามให้เลขาธิการสหประชาชาติ (ประเทศกาตาร์ได้มอบสัตยาบันสารเมื่อวันที่ ๑๒ มีนาคม ๒๕๖๓) ทั้งนี้ ตามที่ Article 10, Article 11 (4) และ Article 14 ของอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย กำหนดไว้

๓.๒ สารสำคัญของอนุสัญญา

อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยมีสาระสำคัญเป็นการรวบรวมเนื้อหาของร่างกฎหมายต้นแบบเพื่อให้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมุ่งเน้นการสร้างกรอบการทำงานที่สอดคล้องกันสำหรับการบังคับใช้ข้อตกลงการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่มีประสิทธิภาพและรวดเร็ว และมุ่งมั่นที่จะทำให้การไกล่เกลี่ยมีประสิทธิภาพและน่าสนใจยิ่งขึ้นสำหรับการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ ซึ่งเป็นอีกทางเลือกหนึ่งนอกจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและการดำเนินคดี^{๑๖} โดยอนุสัญญานี้มีจำนวนทั้งสิ้น ๑๖ ข้อบท และได้จัดทำต้นฉบับเป็น ๖ ภาษา ได้แก่ ภาษาอารบิก จีน อังกฤษ ฝรั่งเศส รัสเซีย และสเปน ซึ่งในแต่ละข้อบทมีสาระสำคัญและรายละเอียดดังต่อไปนี้

^{๑๔} สถานะ ณ เดือนมกราคม ๒๐๒๑, <<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2020/12/Status-2018-Singapore-Convention-on-Mediation.pdf>> สืบค้นเมื่อ ๑ มีนาคม ๒๕๖๕.

^{๑๕} <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-4&chapter=22 &clang=_en> สืบค้นเมื่อ ๑ มีนาคม ๒๕๖๕.

^{๑๖} <https://www.international-arbitration-attorney.com/th/2018-singapore-convention-on-mediation/> สืบค้นเมื่อ ๑ มีนาคม ๒๕๖๕.

(๑) ข้อบทที่ ๑ (ขอบเขตการบังคับใช้)

อนุสัญญานี้ได้กำหนดให้บังคับกับข้อตกลงอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยและได้ทำเป็นหนังสือโดยคู่สัญญาเพื่อระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ ซึ่งได้ทำขึ้นระหว่างประเทศ โดยเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่อนุสัญญานี้กำหนด ได้แก่ การที่คู่สัญญาในข้อตกลงระงับข้อพิพาทอย่างน้อยสองฝ่ายมีสถานประกอบธุรกิจต่างรัฐกัน หรือรัฐซึ่งคู่สัญญาในข้อตกลงระงับข้อพิพาทมีสถานประกอบธุรกิจต่างกัน ไม่ว่ารัฐซึ่งมีหน้าที่อันเป็นส่วนสำคัญแห่งข้อตกลงระงับข้อพิพาท ต้องได้รับการปฏิบัติ หรือรัฐซึ่งมีความเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดที่สุดกับมูลเหตุแห่งข้อตกลงระงับข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม อนุสัญญานี้ไม่ใช้บังคับกับข้อตกลงระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากธุรกรรมโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง (ผู้บริโภคม) มีวัตถุประสงค์ส่วนตัว ทางครอบครัว หรือในครัวเรือน หรือเกี่ยวกับกฎหมายครอบครัว มรดก หรือแรงงาน นอกจากนี้ อนุสัญญานี้ยังไม่ใช้บังคับกับกรณีของข้อตกลงระงับข้อพิพาทซึ่งศาลเห็นชอบหรือทำขึ้นต่อหน้าศาลในการพิจารณาคดีและบังคับได้ตามคำพิพากษาของศาลในรัฐนั้น หรือข้อตกลงระงับข้อพิพาทซึ่งได้จัดทำขึ้นและบังคับได้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

(๒) ข้อบทที่ ๒ คำนิยาม

เพื่อให้การใช้บังคับอนุสัญญานี้เป็นไปในแนวทางเดียวกันและบรรลุมุ่งประสงค์ตามขอบเขตการบังคับใช้ที่กำหนดไว้ตามข้อบทที่ ๑ ข้างต้น อนุสัญญานี้จึงได้กำหนดนิยามไว้ในข้อบทที่ ๒ ได้แก่ ข้อบทที่ ๒ ๑. (ก) ได้กำหนดรองรับกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสถานประกอบธุรกิจเกินกว่าหนึ่งแห่ง สถานประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง คือ สถานประกอบธุรกิจแห่งที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับข้อพิพาทที่ระงับไปด้วยข้อตกลงระงับข้อพิพาท มีความเกี่ยวข้องกับเหตุข้อพิพาทซึ่งคู่สัญญาได้รับรู้หรือได้พิจารณาไตร่ตรองในเวลาที่ยุติข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้ทำขึ้น และกรณีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่มีสถานประกอบธุรกิจให้ใช้สถานที่อยู่อาศัยของคู่สัญญานั้นซึ่งเป็นไปตามข้อบทที่ ๒ ๑. (ข)

นิยามคำว่า “เป็นหนังสือ” ในข้อบทที่ ๒ ๒. ได้กำหนดว่าข้อตกลงระงับข้อพิพาทเป็นหนังสือ ถ้าเนื้อหาของข้อตกลงถูกบันทึกไว้ไม่ว่ารูปแบบหรือหลักเกณฑ์ที่ทำให้ข้อตกลงระงับข้อพิพาทเป็นหนังสือในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ คือ สามารถเข้าถึงข้อมูลที่ปรากฏในสัญญาเพื่อนำมาอ้างอิงในภายหลังได้

นิยามคำว่า “การไกล่เกลี่ย” ในข้อบทที่ ๒ ๓. ได้กำหนดความหมายให้หมายถึง กระบวนการซึ่งคู่สัญญาพยายามที่จะระงับข้อพิพาทอย่างฉันทมิตรด้วยความช่วยเหลือของบุคคลภายนอกคนหนึ่งหรือหลายคน (ผู้ไกล่เกลี่ย) ซึ่งไม่มีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทของคู่สัญญาโดยไม่คำนึงถึงการแสดงออกหรือบนหลักการพื้นฐานของกระบวนการที่นำมาใช้

(๓) ข้อบทที่ ๓ หลักการทั่วไป

ในข้อบทนี้ได้กำหนดสาระสำคัญให้ภาคีแห่งอนุสัญญาฯ บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทให้เป็นไปตามกระบวนการแห่งข้อบังคับของตนและภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ แต่ถ้าข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวข้องกับเรื่องซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง

อ้างสิทธิเรียกร้องได้ระงับลงแล้วด้วยข้อตกลงระงับข้อพิพาท ให้ภาคีแห่งอนุสัญญาฯ ยอมให้คู่สัญญาโต้แย้งข้อตกลงระงับข้อพิพาทให้เป็นไปตามกระบวนการแห่งข้อบังคับของตนและภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้เพื่อพิสูจน์ว่าข้อพิพาทนั้นได้ระงับแล้ว

(๔) ข้อบทที่ ๔ หลักเกณฑ์การถือเอาข้อตกลงระงับข้อพิพาท

ในข้อบทนี้ได้กำหนดสาระสำคัญของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการถือเอาข้อตกลงระงับข้อพิพาทไว้ให้ต้องปฏิบัติตาม โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องดังกล่าวไว้ดังนี้ ๑. ให้มีการส่งมอบข้อตกลงระงับข้อพิพาทให้แก่หน่วยงานที่มีอำนาจของภาคีแห่งอนุสัญญานี้เพื่อให้บังคับให้ โดยข้อตกลงระงับข้อพิพาทเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย และพยานหลักฐานว่าข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย เช่น ลายมือชื่อของผู้ไกล่เกลี่ยที่ปรากฏในข้อตกลงระงับข้อพิพาท เอกสารที่ลงลายมือชื่อโดยผู้ไกล่เกลี่ยที่ระบุว่าได้มีการไกล่เกลี่ย หนังสือรับรองที่ออกโดยสถาบันซึ่งกำกับดูแลการไกล่เกลี่ย หรือถ้าไม่มีพยานหลักฐานข้างต้น อาจเป็นพยานหลักฐานอื่นซึ่งหน่วยงานที่มีอำนาจยอมรับ ๒. ข้อตกลงระงับข้อพิพาทต้องได้รับการลงลายมือชื่อโดยคู่สัญญาหรือผู้ไกล่เกลี่ย นอกจากนี้ ยังได้กำหนดรองรับกรณีที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้ด้วย หากเป็นวิธีการที่ใช้ในการระบุตัวคู่สัญญาหรือผู้ไกล่เกลี่ยหรือบ่งชี้เจตนาของคู่สัญญาหรือผู้ไกล่เกลี่ยเกี่ยวกับข้อมูลที่ปรากฏอยู่ในการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ และวิธีการที่ใช้ดังกล่าวจะต้องเชื่อถือได้ตามสมควรเพื่อวัตถุประสงค์ของการนำสื่ออิเล็กทรอนิกส์มาใช้หรือในการติดต่อกัน ไม่ว่าในกรณีใด ๆ ทั้งปวง รวมถึงข้อตกลงใดที่เกี่ยวข้อง หรือได้พิสูจน์ความจริงว่า ได้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่ระบุไว้ในวรรค (A) ด้วยวิธีการนั้นเองหรือร่วมกับหลักฐานอื่น ๆ ๓. ถ้าข้อตกลงระงับข้อพิพาทไม่ได้จัดทำขึ้นเป็นภาษาราชการของภาคีแห่งอนุสัญญาฯ หน่วยงานที่มีอำนาจอาจขอให้มีการจัดทำคำแปลข้อตกลงระงับข้อพิพาทเป็นภาษาราชการก็ได้ ๔. หน่วยงานที่มีอำนาจร้องขอเอกสารใด ๆ ที่จำเป็นเพื่อรับรองว่าได้มีการปฏิบัติตามอนุสัญญาฯ อย่างครบถ้วนแล้ว และ ๕. ให้หน่วยงานที่มีอำนาจดำเนินการพิจารณาคำร้องขอให้บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทโดยเร็ว

(๕) ข้อบทที่ ๕ เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามข้อตกลงระงับ

ข้อพิพาท

อนุสัญญานี้ นอกจากจะกำหนดหลักการแห่งการใช้บังคับไว้โดยการกำหนดให้ภาคีแห่งอนุสัญญาฯ บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทให้เป็นไปตามกระบวนการแห่งข้อบังคับของตนและภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้แล้ว ยังได้กำหนดเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทไว้ด้วย ทั้งนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้มีการปฏิเสธคำร้องขอในกรณีที่คู่สัญญาของข้อตกลงระงับข้อพิพาทไม่มีความสามารถ หรือข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นไม่ถูกต้องหรือได้มีการปฏิบัติตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทไปแล้ว เป็นต้น โดยเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทนี้ ข้อบทที่ ๕ ได้กำหนดเหตุไว้ในกรณีดังนี้ ๑. หน่วยงานที่มีอำนาจของภาคีแห่งอนุสัญญาฯ ซึ่งรับคำร้องขอให้บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทตามข้อบทที่ ๔ ข้างต้น อาจปฏิเสธคำร้องนั้น เมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งถูกบังคับตามข้อตกลง

ระงับข้อพิพาทร้องขอ โดยสามารถพิสูจน์ให้หน่วยงานนั้นเห็นว่า (ก) คู่สัญญาข้อตกลงระงับข้อพิพาทไม่มีความสามารถ (ข) ข้อตกลงระงับข้อพิพาทที่มีการขอให้บังคับตามไม่มีผลและเป็นโมฆะ ไร้ประโยชน์ หรือไม่สามารถปฏิบัติได้ตามกฎหมายที่คู่สัญญานำมาบังคับใช้กับข้อตกลงระงับข้อพิพาท หรือไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเหตุปัจจัยดังกล่าวข้างต้น หรือตามกฎหมายที่นำมาใช้บังคับโดยหน่วยงานที่มีอำนาจของภาคีแห่งอนุสัญญาฯ ซึ่งรับคำร้องขอให้บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทภายใต้ข้อบทที่ ๔ หรือไม่ผูกพัน ไม่สมบูรณ์ ตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท หรือถูกแก้ไขในภายหลัง (ค) หน้าที่ตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้ปฏิบัติแล้วหรือไม่ชัดเจนหรือไม่สามารถเข้าใจได้ (ง) การบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทจะขัดแย้งกับข้อกำหนดของข้อตกลงระงับข้อพิพาท (จ) มีการฝ่าฝืนร้ายแรงของผู้ไกล่เกลี่ยเกี่ยวกับบรรทัดฐานสำหรับผู้ไกล่เกลี่ยหรือการไกล่เกลี่ย ซึ่งหากปราศจากการฝ่าฝืนเช่นนั้นคู่สัญญาจะไม่ทำข้อตกลงระงับข้อพิพาท หรือ (ฉ) ผู้ไกล่เกลี่ยไม่เปิดเผยให้คู่สัญญาทราบถึงเหตุ อันทำให้เกิดความสงสัยในความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของผู้ไกล่เกลี่ย และการไม่เปิดเผยเช่นนั้นส่งผลกระทบสำคัญหรือมีอิทธิพลอันไม่สมควรต่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ๒. หน่วยงานที่มีอำนาจของภาคีแห่งอนุสัญญาฯ ซึ่งรับคำร้องขอให้บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทตามข้อบทที่ ๔ อาจปฏิเสธคำร้องนั้น หากการบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทจะขัดแย้งกับนโยบายสาธารณะของภาคีนั้น หรือเรื่องที่พิพาทนั้นเป็นเรื่องที่ไม่สามารถระงับได้ด้วยการไกล่เกลี่ยตามกฎหมายของภาคีนั้น

(๖) ข้อบทที่ ๖ การร้องขอหรือการใช้สิทธิเรียกร้องซ้อน

ในข้อบทที่ ๖ นี้ได้กำหนดบทบัญญัติรองรับกรณีที่มีการร้องขอหรือใช้สิทธิเรียกร้องจากศาล คณะอนุญาโตตุลาการ หรือหน่วยงานที่มีอำนาจอื่นใด ซึ่งอาจมีผลต่อการบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท โดยอาจมีการเลื่อนการชี้ขาดคำร้อง หรืออาจสั่งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้หลักประกันที่เหมาะสม

(๗) ข้อบทที่ ๗ กฎหมายหรือสนธิสัญญาอื่น ๆ

ข้อบทนี้ได้กำหนดห้ามเรื่องการจำกัดสิทธิใด ๆ ที่พึงมีในการจัดทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทในลักษณะและขอบเขตที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายหรือสนธิสัญญาของภาคีแห่งอนุสัญญาฯ

(๘) ข้อบทที่ ๘ ข้อสงวน

อนุสัญญานี้ได้กำหนดให้ภาคีแห่งอนุสัญญาฯ สามารถตั้งข้อสงวนได้ตลอดเวลา ในเรื่องดังต่อไปนี้ ๑. การไม่นำอนุสัญญานี้มาใช้บังคับกับข้อตกลงระงับข้อพิพาทซึ่งตนเป็นคู่สัญญา หรือหน่วยงานราชการใดหรือบุคคลใดที่กระทำการในนามของหน่วยงานราชการเป็นคู่สัญญา ในขอบเขตที่ระบุไว้ในคำประกาศ หรือภาคีแห่งอนุสัญญาฯ จะประกาศว่า จะนำอนุสัญญานี้มาใช้เฉพาะกรณีคู่สัญญาข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้ตกลงกันที่จะนำเอาอนุสัญญานี้มาใช้บังคับ ๒. ห้ามมิให้มิข้อสงวน เว้นแต่กรณีที่อนุญาตให้กระทำได้อย่างชัดเจนในข้อบทนี้ ๓. การตั้งข้อสงวนในเวลาที่ยังไม่ได้ลงนามต้องได้รับการยืนยันด้วยสัตยาบัน การยอมรับ หรืออนุมัติให้ข้อสงวนนั้นมีผลทันทีที่อนุสัญญาฯ มีผลใช้บังคับ สำหรับข้อสงวนที่ตั้งขึ้นในเวลา

สัตยาบัน รับรอง หรืออนุมัติอนุสัญญา หรือภาคยานุวัติ หรือในเวลาที่มีคำประกาศตามข้อบทที่ ๑๓ ให้มีผลทันทีที่อนุสัญญานี้มีผลใช้บังคับ ในส่วนของข้อสงวนที่ภาคีแห่งอนุสัญญาฯ ฝากไว้หลังจากการมีผลใช้บังคับของอนุสัญญาฯ ให้มีผลเมื่อพ้นหกเดือนนับแต่วันที่ได้นำฝาก ๔. ข้อสงวนและหนังสือยืนยันให้ฝากไว้ที่ผู้เก็บรักษาอนุสัญญาฯ ๕. ภาคีที่ตั้งข้อสงวนไว้อาจถอนข้อสงวนนั้นได้ในเวลาใด ๆ ก็ได้ต่อผู้เก็บรักษาอนุสัญญาฯ และให้มีผลหกเดือนนับแต่วันที่ได้ฝาก

(๙) ข้อบทที่ ๙ ผลบังคับต่อข้อตกลงระงับข้อพิพาท

ข้อบทนี้มีสาระสำคัญเป็นการกำหนดให้อนุสัญญาฯ ข้อสงวน หรือการถอนข้อสงวนมีผลบังคับต่อข้อตกลงระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหลังจากวันที่อนุสัญญาฯ ข้อสงวน หรือการถอนข้อสงวนนั้นมีผลใช้บังคับในส่วนที่เกี่ยวกับภาคีแห่งอนุสัญญาฯ

(๑๐) ข้อบทที่ ๑๐ ผู้เก็บรักษาอนุสัญญา

ข้อบทนี้ได้กำหนดให้เลขาธิการสหประชาชาติเป็นผู้เก็บรักษาอนุสัญญานี้

(๑๑) ข้อบทที่ ๑๑ การลงนาม สัตยาบัน การรับรอง การอนุมัติ ภาคยานุวัติ

สำหรับข้อบทที่ ๑๑ มีสาระสำคัญเป็นการกำหนดวิธีการในการลงนาม โดยได้กำหนดให้มีการเปิดลงนามโดยรัฐต่าง ๆ ทั้งปวง ณ ประเทศสิงคโปร์ ในวันที่ ๑ สิงหาคม ๒๕๖๒ และได้กำหนดให้อนุสัญญานี้อยู่ภายใต้การให้สัตยาบัน การรับรอง การอนุมัติ อีกทั้งมีการเปิดให้มีการภาคยานุวัติโดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐที่ลงนามนับแต่วันที่เปิดให้มีการลงนาม รวมถึงบุคคลที่รับฝากสัตยาบันสาร ตราสารรับรอง ตราสารอนุมัติ หรือภาคยานุวัติสารไว้

(๑๒) ข้อบทที่ ๑๒ การเข้าร่วมโดยกลุ่มความร่วมมือทางเศรษฐกิจ ระดับภูมิภาค

สำหรับข้อบทที่ ๑๒ มีสาระสำคัญเป็นการเปิดโอกาสให้กลุ่มความร่วมมือทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาคซึ่งประกอบด้วยรัฐต่าง ๆ อาจลงนามให้สัตยาบัน รับรอง อนุมัติ หรือภาคยานุวัติอนุสัญญานี้ได้ ทั้งนี้ ได้มีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของภาคีแห่งอนุสัญญาฯ ภายในขอบเขตที่กลุ่มความร่วมมือนั้นมีอำนาจเหนือเรื่องที่อยู่ภายใต้ข้อบังคับแห่งอนุสัญญานี้ โดยได้กำหนดวิธีการที่กลุ่มความร่วมมือทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาคจะต้องดำเนินการในเวลาที่มีการลงนาม การให้สัตยาบัน การรับรอง การอนุมัติ หรือการภาคยานุวัติ โดยจะต้องทำคำประกาศต่อผู้เก็บรักษาอนุสัญญาฯ นอกจากนี้ ยังได้กำหนดข้อยกเว้นบางเรื่องที่จะไม่นำอนุสัญญานี้มาบังคับเหนือข้อบังคับว่าด้วยการขัดกันของกลุ่มความร่วมมือทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาคเอาไว้

(๑๓) ข้อบทที่ ๑๓ ระบบกฎหมายที่ไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

ข้อบทนี้ได้กำหนดบทบัญญัติรองรับกรณีที่ภาคีแห่งอนุสัญญาฯ มีดินแดนอาณาเขตสองแห่งหรือมากกว่านั้นขึ้นไป และมีระบบกฎหมายแตกต่างกัน ข้อบทนี้ได้กำหนดให้ภาคีแห่งอนุสัญญาฯ สามารถเลือกได้ว่าจะให้ครอบคลุมถึงดินแดนอาณาเขตทั้งหมด

หรือเฉพาะแห่งหนึ่งแห่งใดก็ได้ โดยภาคีแห่งอนุสัญญาฯ จะต้องประกาศในเวลาลงนามให้สัตยาบัน รับรอง อนุมัติ หรือภาคยานุวัติ นอกจากนี้ ยังได้กำหนดถึงวิธีการอ้างอิงกฎหมายหรือข้อบังคับวิธีพิจารณา โดยให้ตีความตามกฎหมายและข้อบังคับวิธีพิจารณาที่ใช้บังคับในดินแดนอาณาเขตที่เกี่ยวข้องด้วย และกรณีอ้างอิงถึงสถานประกอบธุรกิจในรัฐ ให้หมายถึงสถานประกอบธุรกิจในดินแดนอาณาเขตที่เกี่ยวข้อง และหากการอ้างอิงใด ๆ ถึงหน่วยงานที่มีอำนาจของรัฐ ให้หมายถึงหน่วยงานที่มีอำนาจในดินแดนอาณาเขตที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม หากภาคีแห่งอนุสัญญาฯ ไม่ได้มีการจัดทำคำประกาศไว้ อนุสัญญานี้จะครอบคลุมถึงดินแดนอาณาเขตทั้งปวงของรัฐนั้น

(๑๔) ข้อบทที่ ๑๔ การมีผลใช้บังคับ

ข้อบทนี้เป็นการกำหนดการมีผลใช้บังคับของอนุสัญญานับนี้ โดยได้กำหนดให้มีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหกเดือนหลังจากที่มีการฝากสัตยาบัน ตราสารรับรอง ตราสารอนุมัติ หรือภาคยานุวัติสาร เป็นฉบับที่สาม สำหรับรัฐที่ให้สัตยาบัน รับรอง อนุมัติ หรือภาคยานุวัติต่ออนุสัญญานี้ ภายหลังจากการฝากเอกสารข้างต้นฉบับที่สาม อนุสัญญาฯ จะมีผลใช้บังคับต่อรัฐนั้นเมื่อพ้นหกเดือนหลังจากวันดังกล่าว และมีผลใช้บังคับกับบางดินแดนอาณาเขตตามข้อบทที่ ๑๓ เมื่อพ้นหกเดือนหลังจากที่มีการแจ้งคำประกาศ

(๑๕) ข้อบทที่ ๑๕ การแก้ไขเพิ่มเติม

อนุสัญญานี้ได้เปิดโอกาสให้ภาคีแห่งอนุสัญญาฯ สามารถขอแก้ไขปรับปรุงได้โดยได้กำหนดวิธีการให้ยื่นข้อเสนอต่อเลขาธิการสหประชาชาติ เพื่อให้ส่งข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมให้แก่ภาคีแห่งอนุสัญญาฯ โดยมีคำขอให้ภาคีแห่งอนุสัญญาฯ ทั้งหลายระบุว่าจะเห็นควรให้มีการจัดประชุมภาคีแห่งอนุสัญญาฯ เพื่อพิจารณาและลงมติตามข้อเสนอแนะ ในกรณีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมและได้รับการรับรองแล้วจะมีผลใช้บังคับเมื่อพ้นหกเดือนหลังจากวันที่ได้ฝากสัตยาบันสาร ตราสารรับรอง หรือตราสารอนุมัติ เป็นฉบับที่สาม โดยจะมีผลผูกพันภาคีแห่งอนุสัญญาฯ ซึ่งยอมเข้าผูกพันตนต่อการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว

(๑๖) ข้อบทที่ ๑๖ การบอกเลิก

อนุสัญญานี้ได้กำหนดให้ภาคีแห่งอนุสัญญาฯ สามารถบอกเลิกอนุสัญญาฯ ได้โดยให้ภาคีแห่งอนุสัญญาฯ มีหนังสือแจ้งอย่างเป็นทางการไปถึงผู้เก็บรักษาอนุสัญญา (เลขาธิการสหประชาชาติ) สำหรับผลการบอกเลิกจะมีผลเมื่อพ้นสิบสองเดือนหลังจากผู้เก็บรักษาอนุสัญญาได้รับแจ้งการบอกเลิก นอกจากนี้ ในข้อบทนี้ยังได้กำหนดรองรับกรณีที่เป็นการบอกเลิกที่มีผลในระยะที่ยาวนานกว่าที่ระบุไว้ในหนังสือบอกเลิก และให้อนุสัญญาฯ มีผลใช้บังคับต่อไปสำหรับข้อตกลงระดับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการบอกเลิกจะมีผล

๔. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย (อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย) กับกฎหมายภายในของไทย

แม้ว่าอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย (อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย) จะได้มีการจัดทำขึ้นและมีผลใช้บังคับมาเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้ว โดยหลายประเทศได้ให้การยอมรับและทยอยเข้าร่วมลงนามในอนุสัญญาดังกล่าว เพราะเล็งเห็นถึงประโยชน์และผลดีที่จะได้รับการเข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาฯ โดยเฉพาะด้านการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ เนื่องจากการเพิ่มทางเลือกในการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศให้แก่นักลงทุนอีกทางหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ในส่วนของประเทศไทยนั้นยังไม่ได้เข้าร่วมลงนามในอนุสัญญานับนี้มาตั้งแต่ต้น แต่ในปัจจุบันหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องได้ทำการศึกษาข้อมูลและเตรียมความพร้อมเพื่อรองรับหากประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาดังกล่าวในอนาคต ซึ่งหากประเทศไทยเลือกที่จะใช้วิธีการภาคยานุวัติ (accession) เพื่อเข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาฯ กรณีดังกล่าวต้องมีการออกกฎหมายอนุวัติการซึ่งเป็นกฎหมายภายในของไทยให้เรียบร้อยก่อนที่จะมีการยื่นภาคยานุวัติสารต่อไป รวมทั้งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของมาตรา ๑๗๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยด้วย เพราะถือเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญานั้น จึงต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาก่อน

สำหรับข้อพิจารณาในเรื่องนี้ อาจจะมองได้หลายแง่มุมเพราะมีความหลากหลายในมิติต่าง ๆ ซึ่งในบทความนี้ ผู้เขียนขอหยิบยกแง่มุมทางกฎหมายในบางประเด็นขึ้นมาพิจารณา โดยจะทำการเปรียบเทียบกับกฎหมายภายในของประเทศไทยที่มีการใช้บังคับอยู่แล้วจำนวนสองฉบับ ได้แก่ (๑) พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. ๒๕๖๒ และ (๒) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ว่า การตรากฎหมายอนุวัติการตามกลไกที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาดังกล่าวจะมีความซ้ำซ้อนหรือใกล้เคียงกับกลไกทางกฎหมายที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับนี้หรือไม่ อย่างไร

๔.๑ ขอบเขตการใช้บังคับและลักษณะของข้อพิพาท

เมื่อได้พิจารณาเนื้อหาและสาระสำคัญของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย (อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย) โดยเฉพาะในตอนต้นที่กล่าวถึงขอบเขตการใช้บังคับอนุสัญญาฯ แล้ว จะเห็นว่าได้มีการกำหนดขอบเขตการใช้บังคับไว้โดยกำหนดให้ใช้บังคับกับข้อตกลงอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยและได้ทำเป็นหนังสือโดยคู่สัญญาเพื่อระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ ซึ่งได้ทำขึ้นระหว่างประเทศ โดยเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่อนุสัญญาฯ กำหนด รวมไปถึงการกำหนดข้อยกเว้นที่ไม่ใช้บังคับกับในบางกรณี เช่น ข้อตกลงระงับข้อพิพาทซึ่งศาลเห็นชอบหรือทำขึ้นต่อหน้าศาลในการพิจารณาคดี และบังคับได้ตามคำพิพากษาของศาลในรัฐนั้น หรือข้อตกลงระงับข้อพิพาทซึ่งได้จัดทำขึ้นและบังคับได้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ เพื่อมิให้เกิดความซ้ำซ้อนกับ

อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 (New York Convention)) หรือที่เรียกว่า “อนุสัญญา New York” ซึ่งมีจำนวนภาคีสมาชิกมากกว่า ๑๕๐ ประเทศทั่วโลก โดยประเทศสมาชิกอาเซียนได้มีการลงนามในอนุสัญญาดังกล่าว^{๑๗} จึงถือได้ว่า อนุสัญญา New York นี้เป็นกฎหมายหลักของการอนุญาโตตุลาการด้านการพาณิชย์ระหว่างประเทศ และเป็นกฎหมายแม่แบบของกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในของแต่ละประเทศ โดยขอบเขตการใช้บังคับ^{๑๘} อนุสัญญา New York เป็นการใช้บังคับแก่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะทำในประเทศภาคีหรือไม่ก็ได้ แต่หากประเทศใดประสงค์จะใช้บังคับเฉพาะคำชี้ขาดต่างประเทศที่ทำในประเทศภาคีย่อมสามารถดำเนินการได้โดยการตั้งข้อสงวนไว้ขณะลงนามอนุสัญญาฯ และใน Article 2^{๑๙} ของอนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดให้ประเทศภาคี

^{๑๗} สมชาย รัตนเชื้อสกุล และคณะ, “การยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดทางการค้าพาณิชย์ระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน” (๒๕๖๓) วารสารสุทธิปริทัศน์, ปีที่ ๓๔ ฉบับที่ ๑๐๙ มกราคม – มีนาคม, ๒๕๖๓, ๘๓.

^{๑๘} Article I

1. This Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal. It shall also apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought.

2. The term “arbitral awards” shall include not only awards made by arbitrators appointed for each case but also those made by permanent arbitral bodies to which the parties have submitted.

3. When signing, ratifying or acceding to this Convention, or notifying extension under article X hereof, any State may on the basis of reciprocity declare that it will apply the Convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting State. It may also declare that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the national law of the State making such declaration.

^{๑๙} Article II

1. Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.

2. The term “agreement in writing” shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.

3. The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

ยอมรับและบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยรัฐภาคีแต่ละรัฐต้องรับรองสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เป็นหนังสือซึ่งคู่พิพาทมีหน้าที่เสนอข้อพิพาทของตนซึ่งเกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในความสัมพันธ์ระหว่างกันไม่ว่าจะเป็นทางสัญญาหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ เรื่องดังกล่าวต้องเป็นเรื่องที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ

นอกจากนี้ เมื่อเปรียบเทียบขอบเขตการใช้บังคับอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายในของไทยที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยมิใช่กระบวนการทางศาลแล้ว จะพบว่า ในปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่จำนวนสองฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทฯ และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ ซึ่งขอบเขตอนุสัญญาฯ และพระราชบัญญัติดังกล่าวทั้งสองฉบับนั้นมีขอบเขตการใช้บังคับที่ใกล้เคียงกัน เนื่องจากเป็นเรื่องของกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ไม่ได้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาล อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาในรายละเอียดแล้วจะเห็นถึงความแตกต่างกันในแต่ละขอบเขตของการใช้บังคับ กล่าวคือ อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทฯ มีขอบเขตการใช้บังคับกับข้อตกลงอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยและได้ทำเป็นหนังสือโดยคู่สัญญาเพื่อระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ซึ่งได้ทำขึ้นระหว่างประเทศ โดยเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่อนุสัญญาฯ กำหนดโดยไม่มีการกำหนดจำนวนทุนทรัพย์ของข้อพิพาทไว้ แต่พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทฯ เป็นการกำหนดกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งซึ่งมีทุนทรัพย์ไม่มากนัก ทั้งนี้ ตามมาตรา ๒๐ แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทฯ เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินที่มีใช้ข้อพิพาทเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ ข้อพิพาทระหว่างทายาทเกี่ยวกับมรดก ข้อพิพาทอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา และข้อพิพาทอื่นที่มีทุนทรัพย์ไม่เกินห้าล้านบาทหรือไม่เกินจำนวนที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา รวมทั้งข้อพิพาททางอาญาบางประเภท นอกจากนี้ พระราชบัญญัตินี้ยังได้กำหนดให้บางเรื่องเป็นเรื่องที่ไม่สามารถทำการไกล่เกลี่ยได้ เช่น สิทธิแห่งสภาพบุคคล สิทธิในครอบครัว หรือกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ในส่วนของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ ซึ่งมีสาระสำคัญเป็นกลไกในการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศมีขอบเขตการใช้บังคับตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงกันให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่ ซึ่งอาจเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักหรือแยกไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง โดยคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ ไม่ว่าสัญญาดังกล่าวจะเกิดขึ้นในประเทศใดย่อมมีผลผูกพันคู่พิพาท และเมื่อได้มีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจย่อมบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น

เมื่อได้พิจารณาอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยประกอบกับอนุสัญญาที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ 1958 (อนุสัญญา New York) รวมถึงกฎหมายภายในที่ใช้บังคับในปัจจุบันของไทย ทั้งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทฯ และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ จะเห็นได้ถึงพัฒนาการที่สำคัญของกฎหมายไทยว่า ได้มีการยอมรับถึง

ระบบการไกล่เกลี่ยและระบบอนุญาโตตุลาการเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของการอำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการพาณิชย์ระหว่างประเทศ รวมทั้งยังมีการกำหนดขอบเขตในการใช้บังคับที่ชัดเจนว่ามีขอบเขตเป็นเช่นไร อย่างไรก็ตาม มีข้อที่น่าสังเกตว่า ขอบเขตของอนุสัญญาดังกล่าวกับพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทฯ ที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศไทยนั้นมีความใกล้เคียงกันเป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นเรื่องเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในทางแพ่งเช่นเดียวกัน แต่เมื่อพิจารณารายละเอียดของพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทฯ แล้วจะเห็นได้ถึงข้อจำกัดของขอบเขตในการใช้บังคับกฎหมายดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดจำนวนทุนทรัพย์ของข้อพิพาททางแพ่งไว้ไม่เกินห้าล้านบาท ซึ่งทำให้ขอบเขตการใช้บังคับของกฎหมายฉบับนี้เป็นไปในวงที่จำกัดอย่างมาก ประกอบกับเมื่อพิจารณาบริบทในทางการค้าระหว่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจะมีทุนทรัพย์เป็นจำนวนที่สูง ดังนั้นแล้วจะทำให้ในทางปฏิบัติพระราชบัญญัตินี้ไม่สามารถนำมาใช้ในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทในทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงขอบเขตของอนุสัญญานี้ จะเห็นได้ว่าไม่ได้มีการกำหนดจำนวนทุนทรัพย์ของข้อพิพาทไว้แต่ประการใด หากแต่เป็นการกำหนดให้เป็นเรื่องที่คู่พิพาทสามารถตกลงกันในการนำเอาอนุสัญญานี้ไปใช้บังคับ อันเป็นการเปิดโอกาสให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในทางระหว่างประเทศได้มากขึ้น ซึ่งเรื่องดังกล่าวครอบคลุมและสอดคล้องกับบริบทของการพาณิชย์ระหว่างประเทศที่ต้องการความสะดวกรวดเร็วในการดำเนินการเพื่อให้เกิดประโยชน์ในทางการพาณิชย์ให้มากที่สุด

อนึ่ง แม้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ จะไม่ได้กำหนดจำนวนทุนทรัพย์ของข้อพิพาทไว้แต่ประการใด เพียงแต่กำหนดขอบเขตของการใช้บังคับให้เป็นไปตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาทนั้น จึงมีข้อที่น่าพิจารณาว่าการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้จะยังคงเหมาะสมกับบริบทของการระงับข้อพิพาทในทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศที่ต้องการความรวดเร็วและความคล่องตัว อยู่หรือไม่ เพราะแม้ว่าจะประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายมากกว่าการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล แต่ก็ยังมีขั้นตอนและกรอบในการดำเนินการเรื่องต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งมีรายละเอียดที่เกี่ยวข้องพอสมควร โดยเมื่อเปรียบเทียบกับดำเนินการตามอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยที่คู่พิพาทสามารถร้องขอให้ศาลหรือหน่วยงานผู้มีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยได้โดยตรง ทำให้ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ได้มากขึ้น และช่วยให้ข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระงับลงโดยเร็ว กรณีนี้ย่อมเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่น่าสนใจของนักลงทุน ซึ่งน่าจะส่งผลดีในทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศต่อไป

๔.๒ กระบวนการดำเนินการและการบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท

เมื่อเปรียบเทียบกับกระบวนการดำเนินการตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ และตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทฯ และพระราชบัญญัติ

อนุญาตตุลาการฯ แล้ว จะเห็นได้ว่า ทั้งสามกรณีดังกล่าวล้วนแต่มีกระบวนการและขั้นตอนที่ยุ่งยากน้อยกว่ากระบวนการพิจารณาคดีของศาล ทำให้ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายได้มากกว่า อย่างไรก็ตาม ข้อแตกต่างประการสำคัญ คือ การดำเนินการตามอนุสัญญาฯ จะเกิดขึ้นหลังจากที่คู่พิพาทหรือคู่สัญญาได้จัดทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยสำเร็จแล้ว โดยอนุสัญญานี้ไม่ได้มีการกำหนดวิธีการหรือขั้นตอนในการไกล่เกลี่ยไว้ เนื่องจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในแต่ละประเทศล้วนแล้วแต่มีลักษณะและรูปแบบที่หลากหลายแตกต่างกันออกไป จึงได้เปิดกว้างไว้เพื่อให้มีข้อจำกัดให้น้อยที่สุด เพียงแต่มีการกำหนดคำนิยามคำว่า “การไกล่เกลี่ย” ซึ่งก็เป็นการกำหนดในความหมายอย่างกว้าง และกำหนดให้ต้องมีพยานหลักฐานมาแสดงว่าเป็นข้อตกลงระงับข้อพิพาทที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยจริง เช่น มีลายมือชื่อของผู้ไกล่เกลี่ยในข้อตกลงระงับข้อพิพาท หรือมีเอกสารที่ลงลายมือชื่อโดยผู้ไกล่เกลี่ยระบุว่าได้มีการไกล่เกลี่ยแล้ว จึงอาจกล่าวได้ว่า กระบวนการดำเนินการตามอนุสัญญานี้มุ่งเน้นในเรื่องของการบังคับให้คู่พิพาทปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยแล้วเท่านั้น โดยคู่พิพาทที่ประสงค์ให้มีการบังคับตามข้อตกลงนั้นสามารถยื่นคำขอหรือคำร้องให้หน่วยงานที่มีอำนาจของภาคีแห่งอนุสัญญาฯ (กรณีของประเทศไทยอาจจะเป็นศาล) เป็นผู้บังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงดังกล่าวได้

สำหรับพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทฯ จะเริ่มต้นกระบวนการตั้งแต่ในขั้นตอนของการไกล่เกลี่ย มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้ไกล่เกลี่ย เช่น การขึ้นทะเบียนผู้ไกล่เกลี่ย การกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามรวมทั้งจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ย และการถอดถอนผู้ไกล่เกลี่ย จากนั้นจึงจะเข้าสู่กระบวนการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยเริ่มตั้งแต่การยื่นคำร้องขอต่อหน่วยงานให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มีการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย เริ่มดำเนินการไกล่เกลี่ย การจัดทำบันทึกข้อตกลงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือข้อตกลงการระงับข้อพิพาท และในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งไม่ยอมปฏิบัติตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทดังกล่าว คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งสามารถยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้บังคับตามข้อตกลงนั้นต่อไปได้ ส่วนพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการฯ นั้นได้กำหนดเริ่มต้นกระบวนการตั้งแต่การทำสัญญาอนุญาตตุลาการ การตั้งและการคัดค้านคณะอนุญาโตตุลาการ อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ จนเข้ามาสู่วิธีพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ และการทำคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ จากนั้นก็จะเป็นกลไกที่คล้ายกับที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ และในพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทฯ คือ คู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการสามารถยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้

โดยเมื่อพิจารณากระบวนการทั้งหมดแล้ว มีข้อพิจารณาที่น่าสนใจ คือ การที่คู่พิพาทสามารถร้องขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจมีคำพิพากษาหรือคำสั่งบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้ ไม่ว่าจะเป็นข้อตกลงที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยหรือคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่เป็นกฎหมายภายในของไทย คือ พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทฯ และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ จะมีกลไกที่เป็นหลักประกันว่า ข้อตกลงระงับ

ข้อพิพาทนั้นเกิดขึ้นบนพื้นฐานความสมัครใจของคู่พิพาทและผู้ที่ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยหรือคณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ที่มีความเป็นกลาง ไม่มีส่วนได้เสีย และมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง ในขณะที่การดำเนินการตามอนุสัญญาฯ นั้น แม้ว่าจะยังคงตั้งอยู่บนความสมัครใจของคู่พิพาท แต่ก็มิได้กำหนดกลไกที่เป็นหลักประกันถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระของผู้ไกล่เกลี่ยตั้งแต่ในขั้นที่เริ่มต้นกระบวนการโดยตรง โดยกำหนดให้เป็นเพียงเหตุที่ศาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจจะยกขึ้นมาปฏิเสธการบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้เท่านั้น เช่น กรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้ฝ่าฝืนบรรทัดฐานสำหรับผู้ไกล่เกลี่ยอย่างร้ายแรงหรือหากไม่มีการฝ่าฝืน เช่นว่านั้นคู่สัญญาก็จะไม่ทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทขึ้น รวมถึงกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยไม่เปิดเผยให้ผู้สัญญาทราบถึงเหตุอันทำให้เกิดความสงสัยในความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งการไม่เปิดเผยนั้นส่งผลกระทบอย่างสำคัญหรือมีอิทธิพลอันไม่สมควรต่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอย่างใดก็ดี ในกรณีที่ปรากฏเหตุดังกล่าวในภายหลังย่อมทำให้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยนั้นต้องเสียเปล่าหรือล่าช้าออกไป รวมทั้งต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นโดยไม่จำเป็น เพราะไม่อาจบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นได้ ดังนั้น เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาดังกล่าวจึงมีความจำเป็นที่ต้องอาศัยความร่วมมือจากประเทศต่าง ๆ ในการพัฒนาระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศ โดยเฉพาะหลักประกันในเรื่องความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ย เพื่อให้มีมาตรฐานและเป็นที่ยอมรับของทุกฝ่าย แม้ว่าอาจจะมียุทธวิธี รูปแบบ ลักษณะ และวิธีการในการไกล่เกลี่ยที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละประเทศก็ตาม ซึ่งเมื่อการทำหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยเป็นไปอย่างถูกต้องและไม่มีข้อโต้แย้งในเรื่องความเป็นอิสระและความเป็นกลางแล้ว โอกาสที่จะถูกปฏิเสธการบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นก็ย่อมน้อยลง และทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นยุติลงได้โดยเร็วอันจะเป็นผลดีแก่ทุกฝ่าย

๔.๓ เหตุในการปฏิเสธไม่บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท

ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทที่ได้จัดทำขึ้น ไม่ว่าจะเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยของผู้ไกล่เกลี่ยหรือจากการชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการก็ตาม คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งย่อมนำข้อตกลงนั้นมายื่นต่อศาลเพื่อให้ศาลบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงนั้นได้ ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้เป็นที่ยอมรับตรงกันทุกฝ่าย ทั้งกรณีพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทฯ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ และในอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย แต่การที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นย่อมแตกต่างจากกรณีที่คู่พิพาทได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลมาตั้งแต่ต้น เพราะศาลมิได้เข้ามามีบทบาทในการพิจารณากำหนดประเด็นข้อพิพาทและนำเสนอพยานหลักฐานต่าง ๆ เหมือนกับกรณีการดำเนินคดีปกติ โดยศาลจะถือเอาข้อตกลงระงับข้อพิพาทที่ได้จัดทำขึ้นมาแล้วเป็นหลักในการพิจารณาคำลาถ้อยคำของสัญญาประนีประนอมยอมความ เนื่องจากเป็นข้อตกลงที่อยู่บนพื้นฐานความสมัครใจของคู่กรณี อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าเมื่อมีการร้องขอต่อศาลแล้ว ศาลต้องบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นทุกกรณี เพราะได้มีการกำหนดเหตุยกเว้นที่ศาลจะปฏิเสธไม่บังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นได้

ซึ่งเป็นการเปิดช่องให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในกรณีดังกล่าวได้อย่างเต็มที่และยังเป็นการตรวจสอบอีกทางหนึ่งว่า ข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นเกิดขึ้นจากความจริงใจและความยินยอมของคู่พิพาทอย่างแท้จริง โดยปราศจากเหตุที่ทำให้ข้อตกลงนั้นไม่สมบูรณ์หรือมีความบกพร่องอย่างร้ายแรง

สำหรับเหตุที่ศาลจะปฏิเสธไม่บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ นั้น บางกรณีก็จะเป็นเหตุในลักษณะเดียวกับที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของไทย เช่น คู่สัญญาในข้อตกลงระงับข้อพิพาทไม่มีความสามารถ (เทียบกับมาตรา ๓๓ (๑)^{๒๐} แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทฯ และมาตรา ๔๐ วรรคสาม (๑) (ก)^{๒๑}) หรือข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นไม่มีผล เป็นโมฆะหรือไม่สามารถปฏิบัติตามกฎหมายที่คู่สัญญานำมาบังคับใช้กับข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้น (เทียบกับมาตรา ๓๓ (๒) แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทฯ และมาตรา ๔๐ วรรคสาม (๑) (ข) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ) ส่วนเหตุในการปฏิเสธกรณีอื่นนั้น จะมีทั้งกรณีที่คู่พิพาทเป็นผู้หยิบยกขึ้นมาเอง เช่น หน้าที่ตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้มีการปฏิบัติแล้วหรือไม่ชัดเจน การบังคับตามข้อตกลงนั้นจะขัดแย้งกับข้อกำหนดของข้อตกลงระงับข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยฝ่าฝืนบรรทัดฐานสำหรับการไกล่เกลี่ยอย่างร้ายแรงหรือไม่เปิดเผยให้คู่พิพาททราบถึงเหตุที่ทำให้สงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของผู้ไกล่เกลี่ย และกรณีที่ศาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจเป็นผู้พบเห็นเอง เช่น การบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นจะขัดแย้งกับนโยบายสาธารณะของรัฐภาคี หรือเรื่องที่พิพาทนั้นไม่สามารถระงับได้ด้วยการไกล่เกลี่ยตามกฎหมายของรัฐภาคีนั้น

โดยเรื่องนี้ มีข้อน่าพิจารณาว่า เหตุที่ศาลหรือหน่วยงานผู้มีอำนาจจะหยิบยกขึ้นมาเพื่อปฏิเสธการบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาดังกล่าวนั้นมีการใช้ถ้อยคำในความหมายที่ค่อนข้างกว้างและมีลักษณะที่เป็นนามธรรมสูง เช่น

^{๒๐} มาตรา ๓๓ ให้ศาลมีคำสั่งบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท เว้นแต่ความปรากฏแก่ศาลหรือคู่กรณีซึ่งถูกบังคับตามข้อตกลงนั้นพิสูจน์ให้เห็นได้ว่า

(๑) คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถที่จะเข้าทำข้อตกลงระงับข้อพิพาท

(๒) มูลเหตุแห่งข้อพิพาทหรือข้อตกลงระงับข้อพิพาทมีลักษณะเป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๒๑} มาตรา ๔๐

ฯลฯ

ฯลฯ

ให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(๑) คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดสามารถพิสูจน์ได้ว่า

(ก) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

(ข) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือตามกฎหมายไทยในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

ฯลฯ

ฯลฯ

- กรณีที่ผู้ใกล้ชิดฝ่าฝืนบรรทัดฐานสำหรับผู้ใกล้ชิดอย่างร้ายแรง หรือมีการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในการใกล้ชิดซึ่งหากไม่มีการฝ่าฝืนในเรื่องดังกล่าวแล้ว คู่พิพาท ย่อมไม่ทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นขึ้นมา ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ในอนุสัญญาฉบับนี้ ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกระบวนการหรือขั้นตอนในการใกล้ชิดไว้โดยตรง เนื่องจาก กลไกการใกล้ชิดในแต่ละประเทศล้วนมีความหลากหลายแตกต่างกันไป จึงเป็นเรื่องที่ค่อนข้าง ยากที่จะชี้ให้เห็นว่า มีการฝ่าฝืนบรรทัดฐานในเรื่องนี้แล้วหรือไม่ และกรณีใดถือเป็นการฝ่าฝืน ที่ร้ายแรงซึ่งคงต้องมีการตีความแยกตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นแต่ละกรณีไป

- กรณีที่ผู้ใกล้ชิดไม่เปิดเผยให้คู่พิพาททราบถึงเหตุที่ทำให้เกิดความสงสัย ในความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของผู้ใกล้ชิด และการไม่เปิดเผยดังกล่าวได้ส่งผลกระทบ อย่างมีนัยสำคัญหรือมีอิทธิพลที่ไม่สมควรต่อคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นเรื่องที่ศาลหรือหน่วยงาน ผู้มีอำนาจต้องใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่า กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญ แล้วหรือไม่ อย่างไร หรือกรณีใดเป็นกรณีที่มีอิทธิพลที่ไม่สมควรต่อคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง และยังเป็นภาระหน้าที่ของคู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับให้ปฏิบัติตามข้อตกลงที่ต้องพิสูจน์ให้ศาล หรือหน่วยงานผู้มีอำนาจเห็นว่าเป็นกรณี que s'agit d'un cas de conflit d'intérêt ในเรื่องดังกล่าวแล้ว ซึ่งก็เป็นเรื่องที่ ค่อนข้างยากพอสมควร

- กรณีที่การบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทขัดแย้งกับนโยบาย สาธารณะของรัฐภาคี โดยที่ภาคีสมาชิกของอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการใกล้ชิดมีเป็นจำนวน มากและทยอยเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ การใช้คำว่า “นโยบายสาธารณะ” (public policy) ของรัฐภาคี จึงเป็นเรื่องที่ต้องตีความให้สอดคล้องกับบริบทของแต่ละประเทศ เพราะนโยบายสาธารณะ ของแต่ละประเทศย่อมมีทั้งส่วนที่เหมือนกันและส่วนที่แตกต่างกัน ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นหน้าที่ ของศาลหรือหน่วยงานผู้มีอำนาจตีความที่ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงในเรื่องดังกล่าวต่อไป

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การที่อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการใกล้ชิด ได้กำหนดเหตุในการปฏิเสธการบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทไว้หลายข้อเมื่อเปรียบเทียบกับ เหตุปฏิเสธตามกฎหมายภายในของไทย เนื่องจากอนุสัญญาดังกล่าวมิได้กำหนดกระบวนการ ในการใกล้ชิดข้อพิพาทไว้ เพียงแต่กำหนดช่องทางในการที่คู่พิพาทจะร้องขอให้หน่วยงาน ที่มีอำนาจพิจารณาบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงนั้นได้ซึ่งเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นมาในภายหลัง ดังนั้น จึงต้องมีวิธีการเพื่อให้ศาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจสามารถตรวจสอบความถูกต้อง และความสมบูรณ์ของข้อตกลงระงับข้อพิพาทอันเป็นผลมาจากการใกล้ชิดนั้นได้ด้วย ว่าเกิดขึ้น จากความประสงค์หรือเจตนาที่แท้จริงของคู่พิพาท ไม่มีการบิดเบือนและสามารถบังคับให้เกิดผล ในทางปฏิบัติได้จริงหรือไม่ ส่วนกรณีที่มีการกำหนดถ้อยคำไว้ในลักษณะอย่างกว้าง เพื่อให้ประเทศภาคีต่าง ๆ สามารถนำไปปรับใช้หรือกำหนดกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับ บริบทของแต่ละประเทศนั้นได้ โดยในอนาคตหากประเทศไทยต้องออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการ อนุสัญญาดังกล่าว กรณีย่อมต้องนำเอาเหตุปฏิเสธตามอนุสัญญาฉบับนี้มากำหนดถ้อยคำใหม่ เพื่อให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับบริบทของประเทศไทยต่อไป

บทสรุป

ในปัจจุบันการค้าการลงทุนระหว่างประเทศได้ขยายตัวเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว ทำให้มีข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก โดยการระงับข้อพิพาทในอดีตมักจะใช้วิธีการฟ้องร้องต่อศาลเป็นหลักเพราะยังไม่มีช่องทางเลือกอื่นมากนัก แต่ด้วยปัญหาและอุปสรรคที่เกิดจากกระบวนการทางศาล ทั้งในเรื่องของค่าใช้จ่ายที่ค่อนข้างสูง และระยะเวลาในการพิจารณาที่นาน ประกอบกับความเจริญก้าวหน้าทางธุรกิจและความต้องการที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้แต่ละประเทศมีความพยายามที่จะสร้างกลไกในการระงับข้อพิพาทรูปแบบอื่นนอกจากทางศาลหรือที่เรียกว่า วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution : ADR) ซึ่งมีอยู่ด้วยกันหลายวิธี เช่น การเจรจาต่อรอง การไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อพิพาท และการอนุญาโตตุลาการ ในส่วนของประเทศไทยได้มีการพัฒนากลไกที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอื่นนอกจากทางศาลไว้เช่นกัน โดยสะท้อนผ่านทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือ พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. ๒๕๖๒ และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕

แม้ว่าที่ผ่านมานักลงทุนระหว่างประเทศส่วนใหญ่จะเลือกใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศมากขึ้น แต่เมื่อเวลาผ่านไปทำให้เห็นถึงปัญหาและอุปสรรคจากการใช้กระบวนการดังกล่าวเพิ่มมากขึ้น ประเทศต่าง ๆ จึงเริ่มมีความสนใจที่จะนำข้อพิพาทมาสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมข้อพิพาทกันมากขึ้น เนื่องจากประหยัดเวลาและค่าใช้จ่าย และยังสามารถรักษาความสัมพันธ์ของคู่พิพาทไว้ได้ อย่างไรก็ตามก็ยังมีอุปสรรคที่สำคัญ คือ สภาพบังคับของการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมยอมความที่ยังคงต้องมีการร้องขอต่อศาลหรือหน่วยงานผู้มีอำนาจให้ดำเนินการบังคับให้ โดยองค์การสหประชาชาติได้มีมติรับรองอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation) และได้รับรองให้ประเทศสิงคโปร์เป็นเจ้าภาพจัดพิธีลงนามในอนุสัญญานี้ เมื่อวันที่ ๗ สิงหาคม ๒๕๖๒ ทำให้มีชื่อเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย” (Singapore Convention on Mediation) โดยอนุสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์มุ่งเน้นให้การบังคับใช้ข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยเกิดผลได้จริงในทางปฏิบัติ มีประสิทธิภาพ และทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นยุติลงได้อย่างรวดเร็ว ซึ่งจะก่อให้เกิดผลดีต่อการค้าการลงทุนระหว่างประเทศและทำให้เป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่น่าสนใจทั่วโลก

สำหรับประเทศไทยนั้นแม้ว่าจะไม่ได้เข้าร่วมลงนามในอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยมาตั้งแต่ต้นก็ตาม แต่ก็มีคามจำเป็นที่ต้องเตรียมความพร้อมในด้านต่าง ๆ เพื่อรองรับหากประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีแห่งอนุสัญญานี้ซึ่งอาจต้องออกกฎหมายอนุวัติการให้เรียบร้อยก่อนที่จะมีการยื่นภาคยานุวัติสารต่อไป อย่างไรก็ตาม ในการออกกฎหมายอนุวัติการดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมาย

ภายในที่มีอยู่แล้วของไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. ๒๕๖๒ และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ว่า กลไกที่จะกำหนดขึ้นมานั้นมีความซ้ำซ้อนหรือใกล้เคียงกับกลไกตามที่มีการกำหนดไว้ในกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวหรือไม่ โดยในบทความนี้ได้ทำการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบใน ๓ ประเด็นหลัก กล่าวคือ ประเด็นขอบเขตการใช้บังคับและลักษณะของข้อพิพาท ประเด็นกระบวนการดำเนินการและการบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท และประเด็นเกี่ยวกับเหตุในการปฏิเสธไม่บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท ซึ่งในอนาคตหากประเทศไทยจะต้องมีการออกกฎหมายอนุวัติการอนุสัญญาฉบับนี้ เพื่อเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาทอีกช่องทางหนึ่งให้แก่นักลงทุนระหว่างประเทศ ย่อมส่งผลดีต่อบรรยากาศการค้าการลงทุนทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ ในขณะเดียวกัน แม้ว่าการดำเนินการในเรื่องต่าง ๆ จะมีที่มาจากอนุสัญญาระหว่างประเทศก็ตาม หากแต่ยังมีความจำเป็นที่จะต้องมีการพัฒนาและปรับปรุงกลไกการดำเนินการในเรื่องดังกล่าวให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับบริบทของประเทศไทย ทั้งนี้ เพื่อที่จะช่วยยกระดับมาตรฐานในด้านการระงับข้อพิพาททางเลือกของประเทศไทยให้เป็นไปตามมาตรฐานสากลต่อไป

การบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ในประเทศไทย *

รัชนิกร ลาภวนิชชา **

บทนำ

นับแต่อดีตถึงปัจจุบัน การติดต่อสื่อสารมีความสะดวกมากขึ้นย่อมส่งผลให้ข้อพิพาทระหว่างเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ (private international disputes) มีปริมาณเพิ่มขึ้น การระงับข้อพิพาททางการค้าหรือข้อพิพาททางแพ่งเหล่านี้สามารถระงับได้หลายวิธี ไม่ว่าจะเป็นการเจรจา การไกล่เกลี่ยหรือการอนุญาโตตุลาการ ศาลก็เป็นองค์กรหนึ่งที่ได้รับการนิยมนำไประงับข้อพิพาทเพราะประชาชนทั่วไปมีความคุ้นเคยและมั่นใจว่าเมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้ว ฝ่ายชนะคดีจะสามารถบังคับตามคำพิพากษาเพื่อยุติความเสียหายของตนได้ ความเชื่อมั่นนี้จึงกลายเป็นความคาดหวังว่าหากชนะคดีในศาลของรัฐหนึ่งและจำเป็นต้องนำคำพิพากษามายกบังคับในอีกรัฐหนึ่งเนื่องจากเป็นที่ตั้งของทรัพย์สินที่อาจบังคับคดีได้ ศาลของรัฐปลายทางจะยอมรับบังคับคดีตามคำพิพากษาให้ หากศาลต่างประเทศนั้นไม่ยอมรับบังคับให้ หรือฝ่ายชนะคดีต้องประสบอุปสรรคอย่างมากในการบังคับตามคำพิพากษาดังกล่าว เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาย่อมได้รับความเดือดร้อนเสียหาย แต่ก็เป็นไปได้เช่นกันที่คำพิพากษาของรัฐหนึ่งจะสามารถมีผลและมีสภาพบังคับในอีกรัฐหนึ่งได้โดยปราศจากเงื่อนไข เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยของรัฐ^๑

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ ฝ่ายกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและทรัพย์สินทางปัญญา กองกฎหมายการพาณิชย์และอุตสาหกรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ผู้ช่วยศาสตราจารย์, อาจารย์พิเศษคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ. (เกียรตินิยม) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., Master 2 (Recherche) สาขากฎหมายระหว่างประเทศ (Mention Assez-bien) Université Lille II, Docteur en droit (Université Lille II) สาขากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

^๑ นักวิชาการในประเทศไทยได้กล่าวถึงประเด็นเรื่องการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศมาเป็นเวลานานกว่า ๕๐ ปี ทั้งในรูปแบบของบทความทางวิชาการและงานวิจัย อาทิ สกิต เล็งไธสง, “การบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศตามกฎหมายไทย”, (๒๕๑๕) ๔ วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๘๐.; กนก อินทรมพรรย์, “ความเห็นและข้อสังเกตในเรื่องความร่วมมือทางศาลเกี่ยวกับการยอมรับบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ”, (๒๕๒๗) ๒ ดุลพาห, ๕๖-๖๙; สุรชาติ สัตตบุศย์, “การยอมรับและการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์”, (๒๕๒๗) ๒ ดุลพาห, ๗๐-๘๗; ญัฐพล จุลละเกศ, “การรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในสหรัฐอเมริกา”, (๒๕๔๐) ๒ ดุลพาห, ๘๓-๙๒. หรือผลงานวิจัย อาทิ “โครงการการยอมรับและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ในกลุ่มประเทศอาเซียน” จัดทำโดยสถาบันวิชาการนโยบายกิจการสาธารณะกับธุรกิจและการกำกับดูแล (APaR) มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย

การศึกษาเพียงเฉพาะเรื่องของประเทศไทยอาจไม่น่าสนใจมากนักและไม่ช่วยให้เกิดความรู้มากขึ้น เพราะพัฒนาการในเรื่องที่กล่าวมานี้ค่อนข้างน้อยมาก จึงจำเป็นต้องนำประเทศอื่น ๆ มาเป็นกรณีศึกษา สำหรับผู้เขียนเห็นว่าประเทศหนึ่งที่น่าสนใจและควรนำมาศึกษา ได้แก่ สาธารณรัฐประชาชนจีน (People's Republic of China) (ต่อไปจะเรียกว่า “ประเทศจีน”) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงวิกฤตการณ์การแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ ที่ประเทศจีนเป็นประเทศแรกที่ได้รับผลกระทบและส่งผลกระทบต่อเนื่องมาถึงการค้าระหว่างประเทศของจีนที่หยุดชะงัก ปริมาณคดีเกี่ยวเนื่องย่อมเพิ่มมากขึ้นในระหว่างนี้ การฟ้องคดีการบังคับชำระหนี้ย่อมเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ รัฐบาลจีนจัดการกับปัญหาดังกล่าวอย่างไรเพื่อดึงดูดนักลงทุนและสร้างความเชื่อมั่นให้กับผู้ประกอบการ และทำให้การค้าระหว่างประเทศของตนกลับมามีเสถียรภาพ นอกจากนี้ ทั้งไทยและจีนต่างก็เข้าเป็นสมาชิก Hague Conference on Private International Law (HCCH)^๒ จึงน่าจะสนใจว่าทั้งสองประเทศได้ให้ความสนใจที่จะใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับใดในเรื่องการบังคับตามคำพิพากษาภายใต้ HCCH หรือไม่

เมื่อกล่าวถึงการเคลื่อนย้ายเสรีของคำพิพากษา (free movement of judgments) การบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ต้นแบบที่น่าสนใจในระดับระหว่างประเทศคงหนีไม่พ้นระบบกฎหมายสหภาพยุโรป อย่างไรก็ตาม การพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและวิธีพิจารณาความคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศของสหภาพยุโรปก็ต้องใช้เวลายาวนานเช่นกัน กล่าวได้ว่ามีความก้าวหน้ากว่าประเทศในภูมิภาคอาเซียนอยู่ประมาณ ๖๐ ปี เพราะกลุ่มความร่วมมือในยุโรปเริ่มต้นคิดและใช้วิธีพิจารณาความคดีแพ่งและพาณิชย์ที่เป็นกฎหมายกลางมาตั้งแต่ ค.ศ. ๑๙๖๘ โดยมีเป้าหมายคือการเคลื่อนย้ายเสรีของคำพิพากษากลายในตลาดร่วม^๓ เมื่อเป็นเช่นนี้กระบวนการคิด การตัดสินใจเลือกวิธีการ และความตระหนักถึงประโยชน์ของระบบนี้ย่อมต้องเกิดก่อน ค.ศ. ๑๙๖๘ ทั้งนี้ การเคลื่อนย้ายคำพิพากษาที่มาจาก

มีนาคม ๒๕๖๐ เสนอต่อกรมบังคับคดี แต่ดูเหมือนว่าผลงานเหล่านี้ถูกมองว่าเป็นเพียงความเพ้อฝันของนักวิชาการและยากที่จะเกิดขึ้นได้จริงในประเทศไทย อีกทั้งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก็มิได้ให้ความสำคัญกับเรื่องนี้อย่างจริงจัง อาจเป็นเพราะผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยตรงเป็นภาคเอกชนและภาคธุรกิจ เมื่อไม่มีการรวมตัวเพื่อเรียกร้อง ย่อมมิใช่เรื่องจำเป็นเร่งด่วนที่รัฐจะต้องให้ความสนใจ

^๒ ประเทศไทยเข้าเป็นสมาชิกลำดับที่ ๘๘ ของที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Hague Conference on Private International Law) หรือ HCCH เมื่อวันที่ ๓ มีนาคม ๒๕๖๔

^๓ ตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. ๑๙๙๐ เป็นต้นมา มีรายงานวิจัยจากหลายประเทศในประชาคมยุโรป อาทิ ฝรั่งเศส เยอรมนี เบลเยียม อิตาลี และเนเธอร์แลนด์ แสดงให้เห็นว่ามีการร้องขอให้บังคับตามคำพิพากษาระหว่างประเทศสมาชิกเป็นจำนวนมากในแต่ละปี โดยเฉพาะเมืองใหญ่ที่มีปริมาณการค้าสูง จนกระทั่งรัฐสภายุโรปผลักดันให้ยกเลิกเงื่อนไขให้ต้องขอออกคำบังคับ (exequatur) เมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๒ ในที่สุดโปรดูเพิ่มเติม H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5e édition, LGDJ, 2015, n° 349

ศาลของรัฐสมาชิกหนึ่งไปขอบังคับในอีกรัฐสมาชิกหนึ่งในสหภาพยุโรปนั้น เป็นไปได้โดยสะดวกง่ายดาย เพราะมีกฎหมายกลางของสหภาพกำหนดเงื่อนไขและขั้นตอนดำเนินการไว้อย่างชัดเจน โดยรัฐสมาชิกต้องยอมรับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพาณิชย์ที่เป็นกฎหมายสหภาพ กล่าวคือศาลอำนาจอธิปไตยทางศาลบางส่วนของตน เพราะตามปกติแล้วกฎหมายวิธีพิจารณาความถือเป็นกฎหมายมหาชนของรัฐผู้พิจารณาคดี จะไม่ตกอยู่ภายใต้หลักการเลือกกฎหมาย (choice of laws) ตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ดังนั้น การพยายามนำวิธีการของสหภาพยุโรปมาใช้ทั้งหมดจึงเป็นเรื่องยาก เพราะประชาคมอาเซียนยืนยันในหลายโอกาสว่ามิใช่ประชาคมความร่วมมือที่มีพื้นฐานทางกฎหมายเป็นหัวใจสำคัญ^๔ แต่เป็นการรวมกลุ่มที่รัฐสมาชิกต่างมีอำนาจอธิปไตยเต็มรูปแบบ และดำเนินการตัดสินใจโดยใช้คะแนนเสียงแบบฉันทามติ มิได้มีสถานะเป็นองค์กรเหนือรัฐ (supranational) แต่อย่างใด การคิดจากมุมมองของสหภาพยุโรปจึงห่างไกลกับความเป็นจริงของประเทศไทย บทความนี้จึงอาจยกตัวอย่างของกฎหมายสหภาพยุโรปบ้างตามสมควร เพราะถือว่าเป็นต้นแบบของการพัฒนาขึ้นสมบูรณ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพาณิชย์ซึ่งรวมถึงการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศด้วย

ปัจจุบัน (พ.ศ. ๒๕๖๕) ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่ชัดเจนในเรื่องนี้ ส่งผลให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติมาโดยตลอด ทั้งศาลผู้รับคำฟ้องและทนายความผู้รับปรึกษาคดี จึงเกิดคำถามว่าถึงเวลาที่ไทยจะต้องตรากฎหมายรองรับเพื่ออำนวยความสะดวกให้กับประชาชนแล้วหรือไม่ อนึ่ง ในบทความนี้จะใช้คำว่า “รัฐผู้ส่ง” หมายถึง รัฐเจ้าของศาลที่ทำคำพิพากษา และ “รัฐผู้รับ” หมายถึง รัฐปลายทางที่ได้รับการร้องขอให้บังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

การรับรอง (recognition) และการบังคับ (enforcement) ตามคำพิพากษา
การรับรองคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นมีความแตกต่างจากการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ กล่าวคือ “การรับรอง” หมายถึง การยอมรับผลของคำพิพากษาที่ตัดสินโดยองค์กรตุลาการของรัฐต่างประเทศให้สามารถแสดงผลได้ในรัฐผู้รับ โดยไม่ต้องมีขั้นตอนการบังคับหรือออกคำบังคับแต่อย่างใด^๕ มักเป็นกรณีของคำพิพากษาที่ให้การรับรองสถานะ ในขณะที่ “การบังคับ” หรือ exequatur นั้น หมายถึง กรณีที่ศาลชั้นต้นให้อำนาจในการบังคับในประเทศแก่คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ^๖ ซึ่งต้องมีขั้นตอนในการออก “คำบังคับ” จึงจะสามารถนำไปใช้ได้ อาทิ คำพิพากษาให้ชำระหนี้เงิน ให้ส่งมอบทรัพย์สิน ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปที่เรียกว่า Brussels Regime ก็ได้มีการแบ่งแยก “การรับรอง” ออกจาก “การบังคับ” โดยการรับรอง (recognition) นั้นจะเป็นการยอมรับผลของคำพิพากษาศาลต่างประเทศ (คือ คำพิพากษาของรัฐสมาชิกอื่น

^๔ รัชนิกร ลาภนิชชา, “การตีความกฎหมายสหภาพยุโรป (The Interpretation of the European Union Laws)”, (๒๕๕๕) ๔ วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๗๘๘.

^๕ « Reconnaissance des jugements étranger », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF/Quadrige, 2002.

^๖ « Exequatur » ความหมายที่ II, *ibid.*

เพราะหากพิจารณาจากมุมมองของแต่ละรัฐ รัฐสมาชิกอื่น ๆ ของสหภาพยุโรปล้วนแต่เป็นรัฐต่างประเทศทั้งสิ้น) ให้มีผลได้เต็มรูปแบบในรัฐผู้รับ โดยไม่กำหนดขั้นตอนใด ๆ ให้ต้องกระทำในรัฐผู้รับอีก ส่วนการบังคับ (enforcement) จะมีการกำหนดขั้นตอนให้ผู้ร้องขอต้องดำเนินการให้ครบถ้วนเพื่อให้รัฐผู้รับบังคับตามคำพิพากษานั้นให้^๗

ข้อตกลงเลือกศาลนำไปสู่การฟ้องศาลต่างประเทศ สังเกตได้ว่าร้านค้าที่ขายสินค้าออนไลน์ (Official Store) ประเภท luxury goods เช่น Chanel Gucci Louis Vuitton รวมถึงบรรดาแพลตฟอร์ม e-commerce ยักษ์ใหญ่ อาทิ Line Man Amazon Tao Bao Alibaba Wei Dian Shopee Lazada มักจะระบุข้อตกลงเลือกกฎหมาย (choice of law clause/governing law) และข้อตกลงเลือกศาล (choice of forum clause) เอาไว้ใน Terms of Service and Privacy หรือแม้แต่ในแอปพลิเคชันเกมออนไลน์ แอปพลิเคชันเพลง หรือ Apple Store ก็เป็นตัวอย่งที่ชัดเจนอีกกรณีหนึ่งที่ได้กำหนดไว้ใน Terms and Conditions ให้ผู้รับบริการกดยอมรับก่อนเริ่มใช้แอปพลิเคชันว่า ผู้รับบริการสมัครใจนำข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้บริการขึ้นสู่การพิจารณาของศาลแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย เมื่อผู้รับบริการกดยอมรับยอมถือเป็นการตกลงเข้าทำสัญญาหรือเข้าใช้บริการนั้นพร้อมข้อตกลงระงับข้อพิพาทที่พ่วงมากับ Terms and Conditions ซึ่งผู้เขียนเชื่อว่าผู้รับบริการจำนวนมากที่จะอ่านเงื่อนไขทั้งหมดรวมถึงข้อตกลงเลือกกฎหมายและข้อตกลงเลือกศาล หรือเลือกวิธีการระงับข้อพิพาท ซึ่งข้อตกลงที่กล่าวมานี้จะมีความเชื่อมโยงกันกับการนำคำพิพากษาจากรัฐหนึ่งไปขอให้ศาลของอีกรัฐหนึ่งบังคับให้ดังจะได้กล่าวต่อไป

๑. การรับรองและการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในประเทศไทย

๑.๑ สภาพปัญหา

๑) ขาดความชัดเจนแน่นอนทางกฎหมาย (legal certainty) จากประสบการณ์ของผู้เขียนเมื่อครั้งเป็นที่ปรึกษากฎหมายในสำนักงานที่ปรึกษากฎหมายของฝรั่งเศสในประเทศไทย มีโอกาสพบลูกค้าความขอคำปรึกษาเพื่อให้ดำเนินการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในประเทศไทย^๘ ปรากฏว่าประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องการยอมรับหรือ

^๗ โปรดดูเพิ่มเติม B. Audit, *Droit international privé*, Paris : Economica, 4e éd., 2006,. n° 581.

^๘ ในแต่ละปีมีการขอรับคำปรึกษาเรื่องการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในประเทศไทยเป็นจำนวนไม่น้อย แต่ไม่สามารถดำเนินการให้ได้โดยรวดเร็ว บางครั้งเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศได้รับคำแนะนำให้ฟ้องลูกหนี้รายเดียวกันในมูลหนี้เดียวกัน และมีคำขออย่างเดียวกันต่อศาลของสองประเทศ ซึ่งลูกหนี้มีทรัพย์สินอาจบังคับได้ตั้งอยู่ เพียงเพราะว่าไม่สามารถนำคำพิพากษาจากประเทศหนึ่งไปขอบังคับในอีกประเทศหนึ่งได้โดยสะดวก และท้ายที่สุดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีเดียวกันในศาลของทั้งสองประเทศมีจำนวนสูงกว่ามูลหนี้ หากกรณีดังกล่าวนี้เกิดขึ้นระหว่างศาลภายในประเทศทั้ง ๒ ศาลด้วยกัน อาจมีทางแก้ไขได้โดยนำบทบัญญัติในเรื่องการฟ้องซ้อนมาปรับใช้ เช่น มาตรา ๑๐๐ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งศาลที่รับฟ้องไว้ภายหลังจะต้องจำหน่ายคดีเพื่อให้ศาลที่รับฟ้องไว้ก่อนนั้น

การบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช ๒๔๘๑ เป็นเพียงบทบัญญัติเฉพาะส่วนของ “การขัดกันแห่งกฎหมาย” (conflict of laws) มิได้ครอบคลุมถึง “การขัดกันแห่งอำนาจศาล” (conflict of jurisdictions) จึงไม่สามารถอาศัยการตีความมาตรา ๓^๔ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันนี้ในส่วนของบทเปิดเสร็จทั่วไปให้ใช้บังคับไปถึงเรื่องการยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศอันเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายวิธีพิจารณาความได้ ด้วยเหตุนี้ ข้อมูลที่จะนำมาใช้ตอบคำถามและให้คำแนะนำได้คงมีเพียงคำพิพากษาสองเรื่องเท่านั้น ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๘๕/๒๔๖๑ (คดีฟามทีเลียน) และคำพิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางที่ ๒๓๕๑/๒๕๔๘ ซึ่งจะได้กล่าวถึงในรายละเอียดต่อไป การมีอยู่ของคำพิพากษาเหล่านี้มิได้สร้างความชัดเจนหรือสร้างความเชื่อมั่นให้กับลูกความชาวต่างชาติแม้แต่น้อย เพราะคำพิพากษาไม่ใช่กฎหมาย อีกทั้งผลของคำพิพากษาขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีทำให้เกิดความไม่แน่นอน บางครั้งอาจเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย เช่น คำพิพากษาที่อ้างถึงความสงบเรียบร้อย (public order) ซึ่งกรณีใดจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคมไทยหรือไม่นั้น ย่อมต้องพิจารณาไปตามกาล จึงไม่อาจนำคำพิพากษาที่วางหลักไว้เมื่อนานมาแล้วมาอ้างกับกรณีที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้เสมอไป ดังนั้นเมื่อไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนในเรื่องนี้ คู่สัญญาจึงไม่อาจคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าศาลไทยจะยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศได้ในกรณีใดบ้าง และมีเงื่อนไขอย่างไร

๒) เป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจ ภาคธุรกิจของไทยที่อยู่ในสถานะเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาย่อมได้รับประโยชน์จากการที่ประเทศไทยมีบทบัญญัติในเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศด้วยเช่นกัน เพราะประเทศส่วนใหญ่ที่มีกฎหมายภายในในเรื่องนี้มักจะกำหนดไว้ด้วยว่าให้การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศเป็นไปตามหลักต่างตอบแทน (reciprocity) ทำให้การที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาศาลไทยสามารถนำคำพิพากษาไปขอบังคับในต่างประเทศได้สะดวกมากขึ้น ประเทศไทยควรจะต้องสร้างกฎหมาย

ได้พิจารณาต่อไป หรือกรณีของศาลไทยก็สามารถยกเรื่องดังกล่าวนี้ขึ้นเองได้เพราะถือเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่มีการฟ้องซ้อนเกิดขึ้นในศาลของสองประเทศตามที่กล่าวมาข้างต้น ศาลของทั้งสองรัฐจะอย่างไร ในเมื่อไม่มีความตกลงระหว่างประเทศต่อกันและไม่มีความหมายกลางที่จะใช้บังคับร่วมกันเพื่อที่จะทำให้ศาลต้องใช้ทางแก้ปัญหาอย่างเดียวกัน โปรตดู รัชนิกร ลาภวนิชชา, “Lis Pendens ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Lis Pendens in Private International Law)”, ใน คณิง ภาไชย, *คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย*, (สำนักพิมพ์วิญญูชน ๒๕๕๕) ๒๐๘; โปรตดูเพิ่มเติม ศิรดา วรสาร “การขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลในกลุ่มประเทศอาเซียน: ศึกษากรณีการรับฟ้องคดีที่มีมูลคดีเดียวกันและมีคู่ความเดียวกันในสองศาลต่างรัฐ”, วิทยานิพนธ์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, สาขากฎหมายระหว่างประเทศ, ปี ๒๕๕๙

^๔ มาตรา ๓ “เมื่อใดไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศไทยที่จะยกมาปรับกับกรณีขัดกันแห่งกฎหมายได้ ให้ใช้กฎหมายทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล”

วิธีพิจารณาความคดีที่มีลักษณะระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ โดยอาจเริ่มต้นจากการบังคับตามคำพิพากษาเกี่ยวกับการค้าเพื่อเป็นการสร้างความเชื่อมั่นแก่นักลงทุน ผู้ประกอบธุรกิจเป็นการเริ่มต้น จากนั้นจึงขยายไปสู่คำพิพากษาเกี่ยวกับคดีแพ่ง (civil matters) เช่น คดีละเมิด และคดีครอบครัว^{๙๐}

ในอนาคตหากประเทศไทยต้องการดึงดูดนักลงทุนต่างชาติมาร่วมทุนใน Entertainment Complex ที่มีคาสีโนอยู่ด้วย ต้องพิจารณาด้วยว่าหากหนี้ที่เกิดจากการพนันยังไม่อาจบังคับได้ตามกฎหมายไทย เมื่อผู้แสวงโชคในคาสีโนของไทยเป็นหนี้และหนีไปต่างประเทศ เมื่อเจ้าของคาสีโนต้องการฟ้องคดีต่อศาลไทย สามารถทำได้ใช่หรือไม่ จะไม่มีการอ้างมาตรา ๑๕๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าหนี้ที่เกิดจากการพนันขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่อาจบังคับได้ใช่หรือไม่ หรือหากเป็นกรณีที่ศาลไทยรับคดีไว้พิจารณาและมีคำพิพากษาแล้ว เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะนำคำพิพากษานั้นไปขอบังคับชำระหนี้เงินในประเทศที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินอยู่ได้หรือไม่ นอกจากคิดลงทุนในสถานบันเทิงครบวงจรแล้ว ก็สมควรคำนึงถึงเรื่องที่กำลังมาด้วย

๓) ไม่รองรับทางปฏิบัติของธุรกิจระหว่างประเทศ ตามที่กล่าวไว้ข้างต้นว่าปัจจุบันข้อสัญญามาตรฐาน (standard form contract) ในแพลตฟอร์ม e-commerce ที่มีชื่อเสียง เช่น Line Man Youtube Shopee Lazada รวมถึงร้านค้าทางการแบบออนไลน์ (Online Official Store) ต่าง ๆ จะระบุข้อตกลงเลือกศาล (choice of forum clause) ใน Terms of Service and Privacy ไว้อย่างชัดเจนว่าเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญาดังกล่าว จะให้ศาลของประเทศใดมีอำนาจพิจารณาคดีนั้น^{๙๑} ปัญหาที่น่าสนใจเสมอมาสำหรับนักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล คือ หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญาว่าให้ศาลของประเทศตนเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาคดีนั้น เช่น ศาลของสาธารณรัฐประชาชนจีน โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ได้แย้งและยอมรับที่จะผูกพันตามสัญญาดังกล่าว เมื่อเกิดข้อพิพาท หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งบิดพลิ้วไม่ฟ้องศาลของประเทศจีนตามที่กำหนดไว้ แต่กลับนำคดีมาฟ้องศาลอื่น เช่น ฟ้องศาลไทย ศาลไทยจะยอมรับข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าวหรือไม่ ในเรื่องนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๕๓๗/๒๕๔๖ (โจทก์ - ธนาคาร ยูไนเต็ต โอเวอร์ซีส์ จำกัด กับพวก จำเลย - บริษัท ยูนิเวสท์ พรอพเพอร์ตี้ จำกัด กับพวก) ที่พอจะเป็นเครื่องยืนยันได้ว่า ศาลไทยยอมรับข้อตกลงเลือกศาล

^{๙๐} เนื่องจากคดีครอบครัวเป็นคดีที่มีประเด็นเรื่องความสงบเรียบร้อย (Public Order) และศีลธรรมอันดี (Good Morals) มาเกี่ยวข้องด้วยค่อนข้างมาก ทำให้ต้องอาศัยการวินิจฉัยของศาลในแต่ละกรณีว่าเรื่องใดที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เรื่องใดเป็นประเด็นศีลธรรมอันดีของสังคมไทยที่จะต้องปกป้องรักษาไว้ ซึ่งเป็นเรื่องที่มีผลเปลี่ยนแปลงการใช้กฎหมายต่างประเทศหรือเรียกว่าเป็นข้อยกเว้นของการใช้กฎหมายต่างประเทศก็ได้

^{๙๑} ในแอปพลิเคชันเกมออนไลน์ แอปพลิเคชัน Apple Store เป็นตัวอย่างที่ชัดเจนอีกกรณีหนึ่งที่กำหนดไว้ในเงื่อนไข (Terms and Conditions) ให้กดยอมรับก่อนใช้แอปพลิเคชันว่าผู้ใช้บริการสมัครใจนำข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้บริการขึ้นสู่การพิจารณาของศาลแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย

ต่างประเทศโดยเฉพาะ non-exclusive jurisdiction กล่าวคือ ในคดีเกี่ยวกับการกู้ยืมเงิน ซึ่งมีผู้ให้กู้ร่วมกันหลายบริษัทและมีสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ที่สิงคโปร์ ในขณะที่ผู้กู้มีสำนักงานใหญ่ในประเทศไทย คู่สัญญาตกลงกันว่า หากเกิดข้อพิพาทจากสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ ให้ฟ้องต่อศาลสิงคโปร์ อย่างไรก็ตาม คู่กรณีฝ่ายหนึ่งกลับนำข้อพิพาทมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลไทย ศาลไทยในคดีนี้มีความเห็นว่าข้อตกลงเลือกศาลตามที่กล่าวมานั้นสามารถทำได้ตามหลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศ อีกทั้งคู่สัญญาไม่ได้ตกลงให้ฟ้องร้องยังศาลแห่งประเทศสิงคโปร์เพียงศาลเดียวเด็ดขาดเพราะได้เปิดโอกาสให้ผู้ให้กู้ฟ้องผู้กู้ในศาลอื่นที่มีเขตอำนาจได้ด้วย จึงเห็นว่าการที่โจทก์ทั้งสามซึ่งเป็นผู้ให้กู้ยื่นฟ้องจำเลยทั้งสองซึ่งเป็นผู้กู้ต่อศาลในประเทศไทยจึงมีอำนาจทำได้ตามสัญญา ในเรื่องนี้เห็นได้ว่าข้อตกลงเลือกศาลเป็นประเภท non-exclusive jurisdiction จากคำพิพากษานี้โจทก์เป็นฝ่ายนำคดีมาฟ้องศาลไทยทั้งที่โจทก์มีสำนักงานใหญ่อยู่ในสิงคโปร์ อาจเป็นเพราะเห็นว่าจำเลยมีทรัพย์สินอาจบังคับได้อยู่ในประเทศไทย และในเมื่อจำเลยมิได้ปฏิเสธอำนาจศาลไทยโดยยกเรื่องข้อตกลงเลือกศาลขึ้นอ้าง ศาลไทยจึงพิจารณาและพิพากษาคดีในที่สุด หากศาลไม่ยอมรับข้อตกลงเลือกศาลจีนทั้งที่เป็นสัญญาที่สมบูรณ์และยืนยันจะพิจารณาคดีนั้นต่อไปจนจบ^{๑๒} ภายหลังเมื่อมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วและฝ่ายชนะคดีมีความจำเป็นต้องนำคำพิพากษานั้นไปบังคับที่ประเทศจีน เป็นไปได้ว่าศาลจีนจะปฏิเสธไม่บังคับตามคำพิพากษาให้โดยถือว่าศาลไทยพิจารณาคดีนั้นโดยไม่มีอำนาจ เพราะมิใช่ศาลที่มีอำนาจเหนือคดีตามที่ได้ตกลงไว้ในสัญญาตั้งแต่ต้น ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศซึ่งนานาประเทศให้การยอมรับ^{๑๓} กล่าวคือ ข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ได้กำหนดให้เป็น exclusive jurisdiction จะไม่ก่อให้เกิดอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการพิจารณาคดี (exclusive competence) ของศาลที่ถูกเลือก ส่วนในทางปฏิบัติศาลจีนจะยอมรับบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่เป็นผลมาจากข้อตกลงเลือกศาลให้หรือไม่ เป็นสิ่งที่จะได้กล่าวถึงต่อไป

^{๑๒} มีตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๕๑/๒๕๓๙ และ ๕๘๐๙/๒๕๓๙ (บริษัทชินาโปรบเปอร์ตี้ แอนด์ แคสเวลตี้ อินชัวร์นส์ จำกัด โจทก์ และบริษัทคอร์รัล ไลน์ จำกัด กับพวก จำเลย) ซึ่งเป็นที่รู้จักอย่างกว้างขวางในแวดวงกฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ เนื่องจากกรณีเป็นเรื่องข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญารับขนส่งสินค้าที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ระหว่างบริษัทรับประกันภัยทางทะเลและบริษัทผู้รับขนส่งสินค้า ซึ่งทั้งสองฝ่ายต่างเป็นบริษัทตามกฎหมายต่างประเทศ โดยบริษัทผู้รับขนส่งสินค้ายกข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศ (ศาลลอนดอนและศาลโคเปนเฮเกน ตามลำดับ) เพื่อให้ศาลไทยยกฟ้องและให้ไปดำเนินคดีในศาลที่เลือกไว้ตามสัญญา แต่ศาลไทยกลับพิจารณาคดีต่อไปและมีคำพิพากษาในที่สุด เพียงแต่ไม่ปรากฏชัดว่าได้มีการนำคำพิพากษาดังกล่าวไปขอบังคับในต่างประเทศหรือไม่

^{๑๓} ตัวอย่างเช่น New York's Civil Practice Law and Rules : Recognition of Foreign Country Money Judgments ใน Article 53 (Section 5304) กำหนดเงื่อนไขหนึ่งในหลายประการว่าเหตุที่ศาลนิวยอร์กจะปฏิเสธไม่บังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศก็คือกรณีที่คำพิพากษาดังกล่าวเกิดจากการละเมิดข้อตกลงเลือกศาล เป็นผลให้ศาลที่รับคดีนั้นไว้พิจารณาไม่มีอำนาจเหนือคดีนั้นแต่แรก

นอกจากนี้การขอบังคับตามคำพิพากษาที่เป็นผลมาจากข้อตกลงเลือกศาลที่เป็นไปตามพระราชบัญญัติการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ พ.ศ. ๒๕๔๘ ย่อมเป็นเรื่องที่อาจเกิดขึ้นได้เช่นกัน กฎหมายฉบับนี้เป็นตัวอย่างของความก้าวหน้าในการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ โดยมาตรา ๖๕ กำหนดให้คู่สัญญาสามารถเลือกศาลที่จะระงับข้อพิพาทที่จะเกิดจากสัญญาได้ซึ่งรวมถึงศาลต่างประเทศ ภายใต้เงื่อนไขว่าต้องมีจุดเกาะเกี่ยวกับคดี คือ มีเขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าว และในกรณีที่มิได้ระบุศาลเอาไว้ กฎหมายเปิดโอกาสให้โจทก์เลือกฟ้องคดีต่อศาลตามที่กำหนดไว้ได้ ซึ่งเป็นศาลที่มีจุดเกาะเกี่ยวทางใดทางหนึ่งกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และในวรรคท้ายที่ใช้บังคับในกรณีที่เกิดสิทธิเรียกร้องขึ้นแล้ว กฎหมายยังได้รับรองให้คู่สัญญาตกลงกันได้ว่าจะให้นำข้อพิพาทนั้นไปฟ้องที่ศาลใดซึ่งรวมถึงศาลต่างประเทศ ขอเพียงให้ศาลนั้นมีเขตอำนาจเหนือคดีก็พอ

๔) การจัดอันดับความยาก-ง่ายในการประกอบธุรกิจ^{๑๔} ถึงแม้ว่าในปี ค.ศ. ๒๐๒๑ International Bank for Reconstruction and Development (IBRD หรือ World Bank) ได้ประกาศยุติการจัดอันดับความยาก-ง่ายในการประกอบธุรกิจ (Ease of Doing Business Ranking) ในประเทศต่าง ๆ^{๑๕} เนื่องจากประสบปัญหาความน่าเชื่อถือของข้อมูลที่บางประเทศรายงาน ทำให้การจัดอันดับผิดเพี้ยนไป แต่ผู้เชี่ยวชาญมีความเห็นว่าตัวชี้วัดความยาก-ง่าย ในการประกอบธุรกิจยังคงเป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่ยังคงความสำคัญอยู่ ประเทศไทยควรให้ความสนใจและพัฒนาให้ดีขึ้นเรื่อย ๆ เนื่องจากเกณฑ์ที่ World Bank ใช้ในการจัดอันดับที่ผ่านมาเป็นสิ่งที่นักลงทุนจะนำมาใช้พิจารณาว่าสมควรมาลงทุนในประเทศนี้หรือไม่ หากทุกขั้นตอนของการประกอบธุรกิจมีแต่ความยุ่งยาก รัฐไม่คิดจะแก้ไขและยังสร้างอุปสรรคเพิ่ม ย่อมไม่น่าลงทุน รายใดสนใจมาทำธุรกิจในประเทศนั้นอย่างแน่นอน ดังนั้น เกณฑ์ต่าง ๆ ที่ได้เคยกำหนดไว้จึงยังคงใช้เป็นเครื่องนำทาง (guideline) การพัฒนาของไทยได้ต่อไป เพียงแค่ในระยะนี้จะไม่มีการจัดอันดับโดย World Bank อีก หากประเทศไทยสนใจในการปรับปรุงขั้นตอนภายในเพื่ออำนวยความสะดวกต่อการลงทุน ย่อมต้องหาทางประชาสัมพันธ์ด้วยตนเองเพื่อให้นักลงทุนต่างชาติได้รับทราบข่าวสาร

ตัวชี้วัดที่เกี่ยวข้องกับบทความนี้ คือ “การบังคับตามสัญญา” (Enforcing Contracts) โดยการจัดลำดับความยาก-ง่ายในการประกอบธุรกิจได้มีการให้คะแนนในเรื่องนี้ ซึ่งหมายรวมถึงการปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพาณิชย์ตลอดจน

^{๑๔} ในปี ค.ศ. ๒๐๒๐ ประเทศไทยได้รับการจัดอันดับความยาก-ง่ายในการประกอบธุรกิจไว้ในลำดับที่ ๒๑

^{๑๕} The World Bank, “World Bank Group to Discontinue Doing Business Report”, <https://www.worldbank.org/en/news/statement/2021/09/16/world-bank-group-to-discontinue-doing-business-report> สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๕ ตุลาคม ๒๕๖๔

กฎระเบียบที่ใช้ในการบังคับคดี เพื่อให้ต้นทุนในการบังคับคดีหรือบังคับตามสัญญาลดลง^{๑๖} แม้ว่า World Bank จะไม่ได้กำหนดชัดเจนถึงขั้นที่ว่าประเทศต่าง ๆ ต้องปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความเพื่อให้การบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีพาณิชย์เป็นไปได้โดยสะดวก แต่การพัฒนากฎหมายในเรื่องนี้ให้ทันสมัยรองรับภาคธุรกิจก็เป็นสิ่งจำเป็นในกรณีของนักลงทุนหรือผู้ประกอบการธุรกิจ เมื่อศาลมีคำพิพากษา คู่ความฝ่ายชนะคดีอาจมีความประสงค์ให้คำพิพากษาดังกล่าวถูกนำไปบังคับในอีกรัฐหนึ่งได้โดยสะดวก เพราะเป็นรัฐที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษามีทรัพย์สินอันอาจบังคับคดีได้ตั้งอยู่ โดยคาดหวังว่าจะมีขั้นตอนที่ไม่ยุ่งยากและประหยัด ที่สำคัญต้องสามารถทราบเงื่อนไขในการรับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาในต่างประเทศได้ล่วงหน้าที่มีความแน่นอนทางกฎหมาย (legal certainty) โดยไม่ต้องกังวลว่าศาลภายในของแต่ละรัฐสมาชิกจะตรวจสอบหรือทบทวนคำพิพากษาที่มาจากต่างประเทศในเชิงลึกหรือเริ่มต้นพิจารณาข้อเท็จจริงใหม่ สืบพยานใหม่ทั้งหมด ซึ่งทำให้เสียเวลาและมีผลกระทบต่อต้นทุนในการประกอบธุรกิจ จึงกล่าวได้ว่าเพื่อให้บรรลุเป้าหมายในการดึงดูดนักลงทุน ประเทศไทยยังจำเป็นต้องให้ความสำคัญกับการพัฒนากฎหมายให้เป็น business-friendly legal system ไปพร้อมกัน

๑.๒ ศาลไทยกับการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

๑) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๘๕/๒๕๖๑^{๑๗} เป็นคำพิพากษาในคดีพาณิชย์เกี่ยวกับการซื้อขายรถลากและรถจักรยานที่เกิดขึ้นในประเทศเวียดนาม โดยนายตรันวันเนียวผู้ขายผิดสัญญาไม่ส่งมอบสินค้า นางฟามทีเลียนผู้ซื้อจึงฟ้องคดีต่อศาลไซ่ง่อน และศาลแห่งเมืองไซ่ง่อนมีคำพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี แต่ปรากฏว่าจำเลยย้ายถิ่นฐานมาอาศัยอยู่ที่กรุงเทพมหานคร ฝ่ายเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาสืบพบว่าจำเลยมีทรัพย์สินที่อาจบังคับคดีได้อยู่ในประเทศไทย นางฟามทีเลียนจึงได้มอบอำนาจให้นายเวียนวันน่ายอฟ้องศาลแพ่งในประเทศไทยเพื่อเรียกเงินตามคำพิพากษาศาลไซ่ง่อน สังเกตได้ว่ากรณีนี้เป็นการฟ้องคดีใหม่โดยใช้คำพิพากษาศาลต่างประเทศเป็นจุดตั้งต้น และศาลแพ่งของไทยได้พิจารณาในเนื้อหาของคดีไปถึงขนาดที่ว่าได้มีการส่งมอบรถลากแล้วจริงหรือไม่ มีหลักฐานที่จะทำให้โจทก์เป็นฝ่ายชนะคดีหรือไม่ ซึ่งล้วนเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ผู้เขียนจึงเห็นว่าคำพิพากษานี้ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นการฟ้องเพื่อบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศตามแนวทางที่ใช้อยู่ในนานาประเทศ^{๑๘} เพราะศาลฎีกาได้วางหลักให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศต้องนำคดีมาฟ้องใหม่ต่อศาลไทย โดยศาลจะเริ่มจาก

^{๑๖} World Bank, Measuring Business Regulations, สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๐ พฤศจิกายน ๒๕๖๔ จากเว็บไซต์ <https://www.doingbusiness.org/en/reforms>

^{๑๗} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๘๕/๒๕๖๑ (นายเวียนวันน่ายอ (แทน นางฟามทีเลียน) โจทก์ และนายตรันวันเนียว นางเซา จำเลย)

^{๑๘} โปรตุเกสเพิ่มเติม วิชัย อริยะนันทกะ, “บทสะท้อนสองทศวรรษศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ”, ใน Intellectual Property and International Trade Court in Thailand: Reflections of the First 20 Years, ๑๑๐ - ๑๒๐

การตรวจสอบอำนาจศาลผู้ทำคำพิพากษามีอำนาจเหนือคดีนั้นหรือไม่ (personal jurisdiction หรือ compétence indirecte) มีการสืบพยานประกอบกับพิจารณาข้อเท็จจริงแห่งคดีอีกครั้งก่อนที่จะมีคำพิพากษา ทั้งนี้ คงเนื่องมาจากว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยยังไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ โดยท้ายที่สุดศาลไทยปฏิเสธที่จะบังคับตามคำพิพากษาเวียดนามให้ โดยได้ให้เหตุผลในคำพิพากษาว่าศาลไซ่ง่อนได้พิพากษาให้ฝ่ายโจทก์ชนะคดีโดยจำเลยขาดนัด แต่โจทก์มิได้นำสืบต่อศาลไทยว่าคำพิพากษานี้ถึงที่สุดแล้วตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเวียดนาม ศาลไทยจึงไม่อาจบังคับตามคำพิพากษาให้ได้ เพราะไม่ทราบว่าคดีลักษณะนี้ถึงที่สุดตามกฎหมายเวียดนามแล้วหรือไม่ หากพิจารณาจากเหตุผลนี้ก็อาจเป็นไปได้ว่าถ้าไม่มีประเด็นในเรื่องนี้ ศาลไทยอาจจะยอมบังคับตามคำพิพากษาเวียดนามให้ก็เป็นได้

๒) คำพิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง^{๑๙} เป็นกรณีการ “ฟ้องเรียกบุตรคืน” โดยโจทก์มีสัญชาติสวีเดน ฟ้องเรียกบุตรคืนจากมารดาซึ่งมีสัญชาติไทย โจทก์ไม่ได้สมรสกับมารดาแต่ได้จดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรแล้ว และต่อมาศาลสวีเดนพิพากษาให้โจทก์เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรแต่เพียงผู้เดียว ต่อมามารดาเด็กนำเด็กกลับประเทศไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ โจทก์จึงฟ้องศาลไทยเพื่อเรียกบุตรคืน มีประเด็นให้ศาลไทยต้องพิจารณาเรื่องอำนาจฟ้องของโจทก์ คือ ต้องเป็นผู้มีอำนาจปกครองจึงจะมีอำนาจฟ้องเรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่น ศาลไทยจึงต้องอาศัยคำพิพากษาศาลสวีเดนเพื่อวินิจฉัยในประเด็นนี้ มาตรา ๓๓ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช ๒๔๘๑ กำหนดว่า การถอนอำนาจปกครองให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศซึ่งศาลที่ส่งถอนอำนาจปกครองสังกัดอยู่ จึงต้องพิจารณากฎหมายสวีเดนซึ่งเป็นศาลที่มีคำพิพากษาให้โจทก์มีอำนาจปกครองบุตรเพียงผู้เดียวซึ่งมีการนำสืบว่าคดีได้ถึงที่สุดแล้ว ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางพิจารณาแล้วเห็นว่าคำพิพากษาศาลสวีเดนที่ตัดสินให้โจทก์เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรแต่เพียงผู้เดียวนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความเป็นอยู่ของผู้เยาว์ จึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของไทย สามารถนำมารับฟังในศาลไทยได้ นับเป็นสัญญาณที่ดีในเรื่องการรับรองคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

๓) เงื่อนไขในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศของไทย
จากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๘๕/๒๕๖๑ สามารถสรุปเงื่อนไขในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศของไทยได้ ดังนี้

(๑) ศาลที่พิพากษาคดีที่คู่ความนำมาอ้างต้องเป็นศาลอันมีอำนาจพิจารณาคดีนั้น เรียกว่า การตรวจสอบอำนาจของศาลต่างประเทศ (la régularité de compétence indirecte) เป็นการพิจารณาว่าศาลของรัฐต่างประเทศมีอำนาจเหนือคดีดังกล่าวตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือพยานของรัฐบาลต่างประเทศนั้น อันเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่ใช้กันทั่วไปในนานาประเทศ กล่าวได้ว่าเป็นการตรวจสอบชั้นพื้นฐาน ซึ่งศาลแพ่ง

^{๑๙} คำพิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางที่ ๒๓๕๑/๒๕๔๘

ของไทยในคดีนี้พิจารณาแล้วเห็นว่าศาลเมืองไซ่ง่อนรับพิจารณาคดีที่โจทก์และจำเลยเป็น คนในบังคับแห่งประเทศที่ตั้งศาลนั้น (ทั้งสองมีสัญชาติเวียดนาม) ศาลเมืองไซ่ง่อนจึงเป็นศาลที่มี อำนาจเหนือคดีนี้ เห็นได้ว่าศาลแพ่งไทยพิจารณาจากจุดเกาะเกี่ยวระหว่างศาลเวียดนามและ สัญชาติของโจทก์และจำเลย ซึ่งต่อมากฎหมายวิธีพิจารณาคความแพ่งของไทยเองก็ได้ยอมรับ หลักเรื่องสัญชาติของโจทก์นี้เช่นกัน รวมถึงหลักภูมิลำเนาของจำเลยด้วย

(๒) คำพิพากษานั้นต้องเป็นคำพิพากษาที่สำเร็จเด็ดขาด ได้วินิจฉัยถึง มูลคดีข้อพิพาทในระหว่างคู่ความว่ามีหนี้สินหรือความรับผิดชอบเกี่ยวกันอยู่ อันคู่ความจะร้องถอน ขึ้นโต้แย้งกันในศาลนั้นอีกไม่ได้ โดยศาลแพ่งได้กล่าวในคำพิพากษาดังกล่าวว่าคำพิพากษาที่สำเร็จ เด็ดขาดนั้น คือ คำพิพากษาที่ศาลต่างประเทศพึงจะรับบังคับบัญชาและดำเนินการตาม หมายความว่า หากศาลของรัฐต่างประเทศที่ทำคำพิพากษาก็ยังไม่อาจบังคับตามคำพิพากษาดังกล่าวให้ ในประเทศตนได้ ศาลไทยย่อมถือว่า คำพิพากษานั้นยังไม่ถึงที่สุด ไม่อาจนำมาขอบังคับ ในประเทศไทยได้นั่นเอง ซึ่งในคดีนี้ศาลเวียดนามพิจารณาและพิพากษาคดีโดยจำเลยขาดนัด ศาลแพ่งจึงได้อ้างหลักทั่วไปแห่งธรรมศาสตร์ ประกอบกับมาตรา ๕๐ แห่งพระราชบัญญัติ วิธีพิจารณาคความแพ่ง ร.ศ. ๑๒๗ ที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นว่า กรณีที่จำเลยแพคดีโดยขาดนัดนั้น จำเลยจะร้องชี้แจงแสดงเหตุที่จำเป็นต้องขาดนัดและขอให้ศาลพิจารณาคดีนั้นใหม่ก็ได้ แต่ต้อง ดำเนินการภายใน ๑๕ วันนับแต่มีคำพิพากษา เห็นได้ว่าเป็นการเปิดโอกาสให้แก่จำเลย เพื่อความเป็นธรรม เมื่อคำพิพากษาศาลเวียดนามเกิดขึ้นโดยจำเลยขาดนัด ศาลแพ่งจึงมองว่า อาจเป็นคำพิพากษาที่ยังไม่เสร็จเด็ดขาดและสามารถรื้อร้องฟ้องกันได้อีกในศาลเวียดนามก็เป็นได้ และโจทก์ก็ได้นำสืบกฎหมายวิธีพิจารณาคความแพ่งของเวียดนามว่าบัญญัติในเรื่องการขาดนัด เอาไว้อย่างไร

(๓) เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศต้องฟ้องเป็นคดีใหม่ต่อ ศาลชั้นต้นของไทย และนำพยานมาสืบเช่นเดียวกับที่สืบในศาลต่างประเทศ เนื่องจากใน คำพิพากษาระบุชัดเจนว่าแม้โจทก์จะฟ้องคดีในศาลประเทศหนึ่งแล้ว (ศาลเวียดนาม) ถ้ายังมีได้ ชำระหนี้สินกันเสร็จไปแล้ว (คือ ยังมีได้ชำระหนี้ตามคำพิพากษา) โจทก์ยังอาจจะนำคดีนั้น ฟ้องร้องในศาลอีกประเทศหนึ่งได้ เมื่อจำเลยเข้ามาอยู่ในอำนาจของศาลนั้น แต่ในคดีนี้โจทก์ไม่มี พยานกล่าวถึงมูลคดีเดิมเสียเลยแม้แต่ปากเดียว ศาลแพ่งจึงเห็นว่าในเมื่อไม่มีพยานมาเบิกความ จำเลยก็ยังไม่มีความรับผิดชอบตามฟ้อง คดีเป็นอันยุติ

เห็นได้ว่าเงื่อนไขที่ศาลฎีกาไทยนำมาใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๔๖๑ เป็นเงื่อนไข ที่ใช้อยู่ในประเทศต่าง ๆ ในยุโรป น่าจะเป็นเพราะคดีนี้เกิดขึ้นในห้วงเวลาที่ไทยยังคงประสบ ปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตทำให้องค์กรคณะผู้พิพากษามีชาวต่างชาติร่วมอยู่ด้วยถึงสองคน การพิจารณาคดีที่ต้องอ้างอิงถึงสิ่งที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนในไทย ดังเช่นการบังคับตามคำพิพากษา ศาลต่างประเทศในไทย จึงดำเนินรอยตามตัวอย่างของประเทศในยุโรป ศาลของประเทศฝรั่งเศส เองก็ใช้เงื่อนไขคล้ายกันนี้ โดยในแต่ละทศวรรษอาจมีการกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมบ้างหรือลด เงื่อนไขเป็นการผ่อนคลายเป็นให้มีการนำคำพิพากษาศาลต่างประเทศมาบังคับในฝรั่งเศสได้ง่ายขึ้น

ตามแต่ยุคสมัย ในขณะที่การยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาระหว่างสมาชิกสหภาพยุโรปนั้นก็มีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่มีลักษณะเฉพาะ (เช่น นำคำพิพากษาศาลเยอรมนีไปขอบังคับในฝรั่งเศส) และแยกจากกรณีการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่มีใช้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปโดยสิ้นเชิง (เช่น นำคำพิพากษาของศาลไทยไปขอบังคับในฝรั่งเศส) ดังจะได้กล่าวต่อไป

ปัจจุบันหากมีเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งหรือคดีพาณิชย์แสดงความประสงค์จะขอบังคับนี้ตามคำพิพากษานั้นในประเทศไทย สิ่งที่น่าจะความและที่ปรึกษากฎหมายจะแนะนำคือ ให้ฟ้องเป็นคดีใหม่ สืบพยานในคดีเดิมใหม่ทั้งหมดและอ้างคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นเป็นพยานเอกสาร

๑.๓ กฎหมายล้มละลายของไทย

มาตรา ๑๗๘ แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๔๘๓ ถือเป็นความก้าวหน้าอย่างหนึ่งของประเทศไทย แต่เป็นกรณีเฉพาะกฎหมายล้มละลายเท่านั้น กล่าวคือเจ้าหน้าที่ต่างประเทศซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักรจะขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้ต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามเงื่อนไข ๒ ประการ โดยเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับบทความนี้ คือเงื่อนไขข้อแรก กล่าวคือ “ต้องพิสูจน์ว่าเจ้าหน้าที่ในประเทศไทยก็มีสิทธิขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายตามกฎหมายและในศาลแห่งประเทศของตนได้ในทำนองเดียวกัน” เห็นได้ว่าเงื่อนไขอาศัยหลักต่างตอบแทน (reciprocity) ซึ่งเป็นหลักที่หลายประเทศนำมาใช้กับกรณีการขอบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับหนี้เงิน มิได้จำกัดเฉพาะคดีล้มละลายเท่านั้น ดังจะได้กล่าวต่อไป

หลังจากที่ได้ศึกษาแนวทางการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศเท่าที่มีอยู่ของไทยแล้ว ควรต้องศึกษาต่อไปว่าแนวทางของประเทศอื่นในเอเชียเป็นอย่างไร เพื่อจะได้ทราบว่าประเทศอื่นมีความก้าวหน้า มีแนวทางที่ไทยพอจะนำมาปรับใช้ได้หรือไม่

๒. การบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในจีนและบางประเทศในภูมิภาคเอเชีย

ประเทศจีนเป็นประเทศที่ควรศึกษาเป็นตัวอย่างในประเด็นนี้ เนื่องจากมีปริมาณการค้าทั้งภายในและการค้าระหว่างประเทศในปริมาณสูง แม้จะเกิดการระบาดของไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ ขึ้นเป็นประเทศแรก แต่ต้องยอมรับว่าการที่จีนสามารถค้นคว้าและผลิตวัคซีนขึ้นใช้ได้เองมีส่วนให้การค้าและเศรษฐกิจของจีนอยู่ในภาวะทรงตัว และในช่วงครึ่งปีแรกของปี ค.ศ. ๒๐๒๑ มูลค่าการค้าระหว่างประเทศ การส่งออกและนำเข้ามีอัตราการเติบโตสูงมากเป็น

ประวัติศาสตร์ โดยส่วนมากเป็นการค้าอีคอมเมิร์ซกับต่างประเทศ^{๒๐} ทั้งนี้ เนื่องจากประเทศจีนเป็นแหล่งผลิตสินค้าขนาดใหญ่ อาทิ สินค้าเกษตร สินค้าโภคภัณฑ์ สินค้าอุปโภคและบริโภค และได้อาศัยการท่องเที่ยวจากต่างชาติเป็นหลัก จึงทำให้ประเทศจีนได้รับผลกระทบที่ไม่รุนแรงมากนัก สำหรับประเทศที่นำเข้าสินค้าจากจีนเป็นอันดับหนึ่ง อย่างต่อเนื่องคือ สหรัฐอเมริกา^{๒๑} ซึ่งเป็นประเทศที่ได้รับผลกระทบอย่างรุนแรงจากไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ มีจำนวนประชากรเสียชีวิตเป็นลำดับแรก ๆ ของโลก อาจมีการตั้งคำถามว่าเหตุใดจึงนำประเทศจีนที่ปกครองในระบอบคอมมิวนิสต์มาเป็นวัตถุแห่งการศึกษา ในเรื่องนี้สามารถอธิบายได้ว่าจีนมีกฎหมายที่ชัดเจนในเรื่องการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ศาลจีนเริ่มเปิดประตูต้อนรับคำพิพากษาศาลสหรัฐอเมริกาและประเทศอื่น ๆ ให้มาบังคับในประเทศจีนได้แล้ว เป็นเครื่องยืนยันว่าระบอบการปกครองแบบคอมมิวนิสต์มิได้มีผลต่อการยอมรับบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ในขณะที่ประเทศไทยมีระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยแต่ยังไม่เห็นท่าทีใด ๆ ที่ชัดเจนจากรัฐบาลไทยและศาลไทย

๒.๑ เจื่อนไขในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศของจีน

เมื่อสำรวจกฎหมายของสาธารณรัฐประชาชนจีนที่เกี่ยวข้อง พบว่าหากพิจารณาในแง่ของการมีบทบัญญัติของกฎหมายรองรับ จีนเป็นประเทศที่มีความก้าวหน้าในเรื่องนี้มากกว่าไทย เพราะการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในจีนได้รับการบัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. ๑๙๙๑ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๒๘๑^{๒๒} และมีการแก้ไขเพิ่มเติมในภายหลัง ในขณะที่ประเทศไทยมิได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ในกฎหมาย ดังนั้น โดยหลักแล้ว หากเอกชนต่างด้าวยื่นคำร้องต่อศาลในประเทศจีนเพื่อให้รับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ศาลจีนจะยอมรับบังคับให้ ภายใต้เงื่อนไขต่างตอบแทนดังที่ได้กำหนดไว้ชัดเจนในมาตรา ๒๘๑ ไม่ว่าจะเป็นเพราะได้ทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่าง

^{๒๐} กระทรวงพาณิชย์ (กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ), “กระทรวงพาณิชย์จีนเดินทางสนับสนุนการค้าอีคอมเมิร์ซข้ามพรมแดน”, https://www.ditp.go.th/contents_attach/753069/753069.pdf

^{๒๑} ดูสถิติเพิ่มเติมได้จาก The World Bank Open Data <https://data.worldbank.org/> ; OEC Trade Data <https://oec.world/en/profile/country/chn>

^{๒๒} “If a legally effective judgment or ruling made by a foreign court requires recognition and execution by a People’s Court of the People’s Republic of China, the party concerned may directly apply for recognition and execution to the competent Intermediate People’s Court of the People’s Republic of China. Alternatively, the foreign court may, pursuant to the provisions of an international treaty concluded between or acceded to by the foreign state and the People’s Republic of China, or in accordance with the principle of reciprocity, request the People’s Court to recognize and execute the judgment or ruling”.

ประเทศเอาไว้กับจีน หรือเพราะเหตุอื่น เช่น ศาลของประเทศดังกล่าวเคยยอมรับบังคับตามคำพิพากษาของประเทศจีนมาก่อน

(๑) เจื่อนไซแรก มีความตกลงระหว่างประเทศรองรับ ศาลจีนจะปฏิเสธไม่รับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศให้ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงระหว่างประเทศระหว่างจีนและประเทศต้นทางของคำพิพากษา (เว้นแต่กรณีคำพิพากษาให้หย่า ที่ไม่เกี่ยวข้องกับจัดการทรัพย์สิน ซึ่งมาตรา ๕๔๔ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีนกำหนดรองรับไว้)

(๒) เจื่อนไซที่สอง เป็นไปตามหลักต่างตอบแทนตามมาตรา ๒๘๑ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในส่วนนี้จะได้อธิบายในรายละเอียดต่อไป

(๓) เจื่อนไซที่สาม คำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศจีน มาตรา ๒๘๒ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ได้กำหนดเจื่อนไซเพิ่มเติม กล่าวคือ ศาลจีนมีหน้าที่ต้องตรวจสอบด้วยว่าคำพิพากษาศาลต่างประเทศดังกล่าวขัดหรือแย้งกับหลักความสงบเรียบร้อยของประเทศจีนหรือไม่ ในเรื่องนี้ แม้กฎหมายจะไม่กำหนดให้เป็นหน้าที่ แต่ศาลของทุกประเทศมักจะตรวจสอบและยกเรื่องความสงบเรียบร้อยขึ้นอ้างเพื่อไม่รับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เสมือนหนึ่งงานเฝ้าระวังที่ศาลสามารถทำให้ประเทศของตนได้ หรือละเมิดอธิปไตย โดยต้องปฏิเสธไม่รับรองหรือไม่บังคับให้ หากพบว่าเนื้อหาของคำพิพากษานั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือการรับรองคำพิพากษานั้นจะเป็นการละเมิดอธิปไตยของจีน^{๒๓} เป็นที่น่าสนใจว่าศาลจีนตรวจสอบหรือยอมรับเอกสารในลักษณะใด หากพิจารณาจากคำพิพากษายอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลเกาหลีใต้ที่เกิดขึ้นเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๒๐ (Shanghai Decision 2020) เห็นได้ว่าในกรณีดังกล่าวศาลข้างให้ตรวจสอบจากหนังสือรับรองที่ออกให้โดยศาลเกาหลีใต้โดยถือว่าเป็นเอกสารทางการที่เพียงพอแล้ว

นอกจากนี้ยังมีช่องทางการขอบังคับตามคำพิพากษผ่านช่องทางทางการทูต (diplomatic channel) ซึ่งเป็นหนทางที่หลาย ๆ ประเทศดูจะเข้าใจตรงกันว่ามีความล่าช้า และไม่อาจหวังผลได้ว่าจะได้รับการตอบรับหรือไม่ เนื่องจากไม่อาจกำหนดระยะเวลาให้กระทรวง

^{๒๓} Article 282 of CPL “In the case of an application or request for recognition and enforcement of a legally effective judgment or written order of a foreign court, the People’s Court shall, after examining it in accordance with the international treaties concluded or acceded to by the People’s Republic of China or with the principle of reciprocity and arriving at the conclusion that it does not contradict the basic principles of the People’s Republic of China nor violates State sovereignty, security and social and public interests of the country, recognize the validity of the judgment or written order and, if requested, issue a writ of execution to enforce it in accordance with the relevant provisions of this Law; if the application or request contradicts the basic principles of the law of the People’s Republic of China or violates State sovereignty, security and socio-public interests of the country, the people’s court should not recognize and enforce it.”

การต่างประเทศของประเทศอื่นประสานงานได้ เช่น กรณีของประเทศไทย เพียงเรื่องการส่งเอกสารหรือส่งหมายของศาลไทยไปต่างประเทศ ก็มีอุปสรรคและความไม่สะดวกเกิดขึ้นบ่อยครั้งเมื่อต้องร้องขอผ่านช่องทางทางการทูต บางครั้งอาจเกิดจากการที่ฝ่ายที่ต้องการส่งหมายไม่ทราบที่อยู่ชัดเจนของอีกฝ่ายในต่างประเทศ

๒.๒ หลักการต่างตอบแทน (principle of reciprocity) ตามแนวคำพิพากษาศาลจีน

“หลักการต่างตอบแทน” เป็นถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๘๑ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีน เหตุที่จำเป็นต้องศึกษาว่าอย่างไรจึงจะเรียกว่าเกิดการ “ต่างตอบแทน” (reciprocity) ขึ้นแล้วในสายตาของศาลจีน เนื่องจากเป็นสิ่งที่ศาลจีนนำมาใช้ในการพิจารณาว่าจะยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศให้หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ไม่มีการทำความตกลงระหว่างประเทศกับจีน ศาลจีนมีแนวโน้มปฏิเสธไม่บังคับให้โดยอ้างว่าไม่มีการต่างตอบแทนเสมอ ดังจะกล่าวต่อไป อย่างไรก็ดี ประเด็นนี้กลับเป็นเรื่องที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และส่วนตีความประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ. ๒๐๑๕ เองก็ไม่ได้เขียนเอาไว้ชัดเจน การศึกษาค้นคว้าเรื่องการต่างตอบแทนตามแนวทางของศาลจีนจึงต้องอาศัยคำพิพากษาเป็นสำคัญ

(๑) German Zublin International Co. Ltd. คดีนี้มีชื่อเต็มว่า German Zublin International Co. Ltd. vs Wuxi Walker General Engineering Rubber Co. Ltd.^{๒๔} นับเป็นจุดเริ่มต้นของการรับรองคำพิพากษาศาลต่างประเทศของจีน โดยเริ่มต้นจากการที่ศาลเยอรมันได้รับรองคำพิพากษาของศาลจีน (Supreme Court of China) เป็นครั้งแรก ในปี ค.ศ. ๒๐๐๖ แม้ว่าจะก่อนหน้านี้ศาลสูงของจีนจะเคยปฏิเสธการยอมรับบังคับตามคำพิพากษาของศาลเยอรมันมาแล้ว และต่อมาในปี ค.ศ. ๒๐๑๐ เกิดกรณีเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาสัญชาติเยอรมันได้ยื่นคำร้องต่อศาลจีนเพื่อขอให้บังคับตามคำพิพากษาของศาลเยอรมัน โดยมีการอ้างหลักการต่างตอบแทนว่าศาลเยอรมันได้เคยรับรองคำพิพากษาของศาลจีนในคดี German Zublin International Co. Ltd. ในปี ค.ศ. ๒๐๐๖ มาก่อน จึงถือได้ว่าเกิดกรณี “ต่างตอบแทน” ระหว่างประเทศจีนและประเทศเยอรมนีขึ้นแล้ว ปรากฏว่าศาลสูงของจีนกลับพิจารณาคำร้องโดยมิได้ยืนยันหรือยอมรับว่าการที่ศาลเยอรมันได้บังคับตามคำพิพากษาศาลจีนให้เมื่อ ค.ศ. ๒๐๐๖ ได้นำไปสู่การต่างตอบแทนระหว่างสองรัฐ ท้ายที่สุดศาลสูงของจีนได้ปฏิเสธที่จะบังคับตามคำพิพากษาศาลเยอรมัน โดยให้เหตุผลว่าคำพิพากษาศาลเยอรมันเกิดขึ้นจากการพิจารณาโดยจำเลยขาดนัด และไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ใน Hague Convention on the Service

^{๒๔} Court of Appeal of Berlin, 18 May 2006, German Zublin International Co. Ltd vs Wuxi Walker General Engineering Rubber Co. Ltd, document no. 20 S ch 13/04, available on <https://openjur.de/u/273207.html> (last accessed on 10 Oct. 2021)

Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters ที่จีนและเยอรมนีต่างเป็นภาคี

ในเรื่องนี้นักวิชาการด้านกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของจีนบางท่าน^{๒๕} เห็นว่า ศาลสูงของจีนไม่ได้ปฏิเสธในคำพิพากษาว่าไม่เคยมีการต่างตอบแทนระหว่างประเทศเยอรมนีและประเทศจีน เพียงแต่ต้องการวางเงื่อนไขเพิ่มเติมเพื่อที่จะรับรองคำพิพากษาให้ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าทางปฏิบัติในการกำหนดเงื่อนไขในการยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาของแต่ละรัฐมักจะเกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของศาลสูง เช่น ศาลฎีกาของไทย ศาลสูงของฝรั่งเศส (la cour de cassation) คนทั่วไปอาจสงสัยว่าเหตุใดจึงไม่มีเกณฑ์ที่ชัดเจนแต่ต้น ในเรื่องนี้พอจะอธิบายได้ว่าตามปกติแล้วสิ่งที่รัฐดำเนินการได้เป็นรูปธรรมมากที่สุดในเรื่องนี้ คือ กำหนดไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของตนว่าการรับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นจะกระทำได้อีกต่อเมื่อเป็นไปตามหลักต่างตอบแทนหรือมีการทำความตกลงระหว่างประเทศ เช่น มาตรา ๒๘๒ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีน หรือมาตรา ๑๑๘ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของญี่ปุ่นที่ได้กล่าวต่อไป และเหลือพื้นที่ใช้ดุลพินิจให้กับศาลภายในของตนในการกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ผ่านคำพิพากษา โดยคำพิพากษาเหล่านั้นจะมีวิวัฒนาการไปตามแต่ละยุคสมัย ในบางทศวรรษศาลอาจเห็นว่าควรกำหนดเงื่อนไขเพียง ๔ ประการ ต่อมาในอีกทศวรรษกลับเพิ่มเงื่อนไขมากขึ้นเพื่อกันกรองให้เข้มงวดยิ่งขึ้น^{๒๖} และเงื่อนไขที่นานาประเทศมักจะนำมาใช้กล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธไม่รับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาให้คือ คำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยของรัฐตน ส่วนกรณีที่มีการกำหนดเงื่อนไขของการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่ชัดเจนไว้ คงมีแต่เพียงกรณีของสหภาพยุโรปอันเป็นความร่วมมือที่เข้มแข็งในระดับ supranational หรือระดับเหนือรัฐที่จะได้อธิบายต่อไป ซึ่งเป็นกรณีที่ไม่อาจนำมาเปรียบเทียบกับกรณีของจีนได้ การปฏิบัติเช่นนี้ของ

^{๒๕} Guangjian Tu, *Private International Law in China*, (Springer: Singapore 2016) (eBook), 171-173.

^{๒๖} โปรดศึกษาเพิ่มเติมจากคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสที่มีการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ (ที่มีใช้รัฐสมาชิกสหภาพยุโรป) อยู่เป็นระยะ ๆ ตามบริบทและสภาพสังคมในขณะนั้น ได้แก่ คำพิพากษา Cass. 1er civ., 7 janvier 1964, *Munzer*, RCDIP.1964.344, note Batiffol ; JDI.1964.302, note B. Goldman ; JCP.1964.II.13590, note Ancel ; Rép. Comm.1964.425, obs. G. Droz, GA n° 41 ; Cass. 1er civ., 4 octobre 1967, *Bachir*, GA n° 45 ; Cass. 1er civ., 6 février 1985, *Simitch*, JDI.1985.460, obs. A. Huet ; RCDIP.1985.369 ; D. 1985. IR.498, obs. Huet ; GA n° 70 ; Cass. 1er civ., 20 février 2007, *Cornelissen*, n° 05-14.082 ; D. 2007.1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; RCDIP.2007.420, note B. Ancel et H. Muir Watt. ส่วนเงื่อนไขของการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างฝรั่งเศสและรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป เป็นไปตามที่กำหนดไว้ใน Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)

ศาลจีนคงสร้างความผิดหวังให้กับประเทศเยอรมนีไม่น้อย เพราะศาลเยอรมันได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาของตนอย่างชัดเจนว่าหลักการต่างตอบแทนที่กำหนดไว้ในกฎหมายเยอรมันนั้นมิได้เป็นอุปสรรคต่อการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศแต่อย่างใด ศาลเยอรมันยินดีที่จะเป็นฝ่ายเริ่มต้นยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลจีนให้ก่อนในครั้งนี้ โดยหวังว่าศาลจีนจะปฏิบัติต่อคำพิพากษาของศาลเยอรมันในแนวทางเดียวกันนี้^{๒๗}

(๒) Hubei Gezhouba Sanlian Industrial Co. Ltd นอกจากกรณีของศาลเยอรมันแล้ว ยังมีกรณีที่ศาลแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้รับรองคำพิพากษาของศาลจีนในเรื่องของค่าสินไหมทดแทนกรณีละเมิด^{๒๘} โดยมีได้คำนึงว่าจะมีหลักการต่างตอบแทนระหว่างสหรัฐอเมริกาและจีนอยู่หรือไม่ ซึ่งศาลอเมริกันตรวจสอบขั้นตอนว่าได้มีการปฏิบัติตาม the Hague Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters หรือไม่ คำพิพากษาของศาลจีนเป็นคำพิพากษาถึงที่สุดสามารถบังคับได้ในจีนแล้วหรือไม่ เมื่อมีคุณสมบัติตามเกณฑ์ที่กำหนด ศาลก็จะบังคับตามคำพิพากษาดังกล่าวให้ นอกจากนี้ยังมีกรณีการบังคับตามคำพิพากษาเกี่ยวกับหนี้เงินภายใต้กฎหมาย the Uniform Foreign Money Judgments Recognition Act (UFMJRA) ของศาลแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย^{๒๙} จึงเป็นที่น่าสังเกตว่าในระยะต่อมาคำพิพากษาของศาลจีนได้รับการยอมรับและบังคับในต่างประเทศอยู่พอสมควร ทั้งหมดเป็นคำพิพากษาเกี่ยวกับหนี้เงิน โดยประเทศเหล่านี้เป็นประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ อาทิ สิงคโปร์^{๓๐} ออสเตรเลีย^{๓๑}

^{๒๗} โปรดดูเพิ่มเติม Wenliang Zhang, “Sino-Foreign Recognition and Enforcement of Judgments: A Promising “Follow-Suit” Model?”, Chinese Journal of International Law, Volume 16, Issue 3, September 2017, pp. 515–545, spec. p. 523-524.

^{๒๘} Hubei Gezhouba Sanlian Industrial Co. Ltd. vs Robinson Helicopter Co., Inc., 2009 WL 2190187 (C.D.Cal. 22 July 2009) (No. 2:06-CV-01798-FMCSSX); Hubei Gezhouba Sanlian Indus., Co., Ltd. vs Robinson Helicopter Co., Inc., 425 Fed. Appx. 580 (9th Cir. (Cal.) 29 March 2011).

^{๒๙} โปรดดูเพิ่มเติม Jon Yormick, “Enforcing Chinese Judgments in U.S. Courts Now a Reality”, available on <https://yormicklaw.com/enforcing-chinese-judgments-u-s-courts-now-reality/> (last accessed on 10 Oct. 2021)

^{๓๐} Giant Light Metal Technology (Kunshan) Co Ltd v. Aksa Far East Pte Ltd, [2014] SGHC 16. See also Tan Ruo Yu, “Enforcement of Foreign Judgments: Giant Light Metal Technology (Kunshan) Co Ltd v Aksa Far East Pte Ltd [2014] 2 SLR 545” Singapore Law Blog (25 May 2014).

^{๓๑} Jeanne Huang, “Recognition and Enforcement of Chinese Monetary Judgments in Australia based on Chinese Citizenship” available on <http://conflictoflaws.net/2019/recognition-and-enforcement-of-chinese-monetary-judgments-in-australia-based-on-chinese-citizenship/> (last accessed on 20 Jan. 2022)

นิวซีแลนด์^{๓๒} อิสราเอล^{๓๓} แต่จีนเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบซีวิลลอว์ และประเทศเหล่านี้มิได้มีความตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าทวิภาคีหรือพหุภาคีกับจีนแต่ยอมเป็นฝ่ายเริ่มต้นยอมรับบังคับตามคำพิพากษาของศาลจีนให้ก่อน เช่น ศาลชั้นต้นของอิสราเอลตรวจสอบอำนาจของศาลจีนในการรับคดีที่มีลักษณะระหว่างประเทศนี้ไว้พิจารณา ตรวจสอบว่าคำพิพากษาของศาลจีนเป็นคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว ซึ่งเป็นเงื่อนไขทั่วไปที่ศาลของประเทศอื่น ๆ นำมาใช้ในการตรวจสอบคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเช่นกัน และเมื่อคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูง ศาลสูงของอิสราเอลก็ยืนยันการตรวจสอบคำพิพากษาของศาลจีนตามที่ได้กล่าวมานี้

๒.๓ พัฒนาการทางการศาลเพื่อรองรับคดีพาณิชย์ที่มีลักษณะต่างประเทศ

๒.๓.๑ แนวโน้มของศาลจีนที่มีต่อการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

นับตั้งแต่รัฐบาลสีจิ้นผิงประกาศนโยบาย One Belt One Road^{๓๔} เมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๓ สังเกตได้ว่าศาลจีนเริ่มยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศมากขึ้นกว่าเดิม การบังคับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีนในส่วนนี้เริ่มเป็นรูปธรรมมากขึ้นเพื่อสนองนโยบายดังกล่าว แม้จะล่าช้าไปพอสมควรเพราะบัญญัติเรื่องการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศไว้ในกฎหมายตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๙๑ แต่ถือเป็นสัญญาณที่ดีสำหรับนักลงทุนและประเทศคู่ค้าของจีน โดยสรุปแนวคำพิพากษาได้ดังนี้

๑) คำพิพากษานานจิง (Nanjing Decision 2016) จากการศึกษาพบว่า “การต่างตอบแทน” (reciprocity) ตามแนวคำพิพากษาของศาลจีนเริ่มปรากฏเป็นรูปธรรมตั้งแต่ปี ค.ศ. ๒๐๑๖ เป็นครั้งแรกที่ศาลจีน (นานจิง) ยอมรับบังคับตามคำพิพากษาในคดีพาณิชย์เกี่ยวกับหนี้เงินของศาลสิงคโปร์ โดยลูกหนี้ตามคำพิพากษาเป็นนิติบุคคลสัญชาติจีน คำพิพากษานี้มีชื่อว่า Nanjing Decision^{๓๕} ศาลนานจิงให้เหตุผลในคำพิพากษานี้ว่าสืบเนื่องจากการที่ศาลสิงคโปร์เคยยอมรับบังคับตามคำพิพากษาจีนในคดีพาณิชย์ให้ จึงถือว่าสิงคโปร์และจีนมีการต่างตอบแทนโดยพฤตินัย (de facto) เกิดขึ้นแล้ว ศาลจีนจึงยอมบังคับตามคำพิพากษาศาลสิงคโปร์ให้ในครั้งนี้ สังเกตได้ว่าแม้ทั้งสองประเทศไม่มีความตกลงทวิภาคีระหว่างกันหรือมิได้

^{๓๒} Court of Appeal of New Zealand, CA334/2015, Yang Chen v. Jinzhu Lin, [2016] NZCA 113.

^{๓๓} Tel Aviv-Jaffa District Court, 6 Oct. 2015, Jiangsu Overseas Group Co Ltd vs. Reitman, The Tel Aviv-Jaffa District Court, Civil File 48946-11-12; Jiangsu Overseas Group Co. Ltd. vs Reitmann, the Israel Supreme Court, Civil appeal, 7884/15.

^{๓๔} People's Daily Online, “Chronology of China's Belt and Road Initiative”, 24 June 2016, <http://en.people.cn/n3/2016/0624/c90883-9077342.html> (last accessed on 24 Jan. 2022)

^{๓๕} Kolmar Group AG v. Sutex Group [2016] Su No. 1 Xiewai No. 3.

เป็นสมาชิกในอนุสัญญาระหว่างประเทศแบบพหุภาคี แต่มีใช้อุปสรรคที่ศาลจีนจะบังคับตามคำพิพากษาให้

๒) คำพิพากษาอู่ฮั่น (Wuhan Decision 2017) ในปี ค.ศ. ๒๐๑๗ ศาลจีนได้ยอมรับบังคับตามคำพิพากษาของศาลสูงของออสเตรเลียในคดี Liu Li vs Tao Li and Tong Wu^{๓๖} หรือเป็นที่รู้จักกันในชื่อ Wuhan Decision ซึ่งเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับการโอนหุ้นในบริษัทจดทะเบียนตามกฎหมายมลรัฐแคลิฟอร์เนียระหว่างโจทก์และจำเลยซึ่งมีสัญชาติจีน ต่อมาศาลสูงของออสเตรเลียมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำเลยชำระเงินแก่โจทก์เป็นจำนวน ๑๔๗,๔๕๒ ดอลลาร์สหรัฐ ฝ่ายเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจึงนำคำพิพากษาดังกล่าวมาขอบังคับในประเทศจีนซึ่งเป็นถิ่นที่จำเลยมีทรัพย์สินอยู่ โดยได้อ้างกรณี Hubei Gezhouba Sanlian Industrial Co., Ltd ซึ่งศาลแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ยอมรับบังคับตามคำพิพากษาของศาลจีนให้ก่อนหน้า และอ้างถึงหลักการต่างตอบแทนตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีน ศาลอู่ฮั่นรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาและมีความเห็นว่าการที่ศาลแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียบังคับตามคำพิพากษาศาลจีนให้ในคดีดังกล่าวย่อมถือว่ามี การต่างตอบแทนโดยพฤตินัย (de facto) ได้ ศาลอู่ฮั่นจึงยอมรับและบังคับตามคำพิพากษานี้ให้

๓) คำพิพากษาเซี่ยงไฮ้ (Shanghai Decision 2018) ความกระตือรือร้นของศาลจีนเพิ่มขึ้นทีละน้อย โดยในปี ค.ศ. ๒๐๑๘ ศาลเซี่ยงไฮ้ (Shanghai Decision^{๓๗}) มีโอกาสบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศอีกครั้งในคดีเกี่ยวกับหนี้เงิน โดยศาลรัฐบาลกลางแห่งอิลลินอยส์ (United States District Court for Northern District of Illinois) มีคำพิพากษาในคดีระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้สัญชาติอเมริกัน โดยฝ่ายลูกหนี้ซึ่งแพ้คดีต้องชำระหนี้จำนวน ๒๓ ล้านหยวน ต่อมาเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้ยื่นคำร้องให้ศาลเซี่ยงไฮ้บังคับตามคำพิพากษาให้เนื่องจากลูกหนี้มีทรัพย์สินอยู่ในมหานครเซี่ยงไฮ้ และในครั้งนี้ศาลเซี่ยงไฮ้ได้กล่าวถึงหลักการต่างตอบแทนว่า ที่ผ่านมาศาลอเมริกัน (ศาลเซี่ยงไฮ้เรียกในภาพรวมไม่แยกระหว่างศาลแห่งมลรัฐและศาลรัฐบาลกลาง) ได้ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลจีนให้หลายครั้งจนอาจกล่าวได้ว่าเกิดการต่างตอบแทนขึ้นแล้ว นอกจากนี้ศาลเซี่ยงไฮ้คงตรวจสอบเพียงอำนาจในการรับคดีของศาลอเมริกัน (personal jurisdiction หรือ compétence indirecte) และตรวจสอบว่าคำพิพากษาดังกล่าวไม่มีเนื้อหาขัดต่อความสงบเรียบร้อยของจีนเพียงเท่านั้น

๔) คำพิพากษาชิงเต่า (Qingdao Decision 2019) ศาลจีนเริ่มเปิดรับและยอมรับบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศมากขึ้น ในปีค.ศ. ๒๐๑๙ ศาลชิงเต่า (Qingdao Intermediate People's Court of Shandong) ได้รับรองและบังคับตามคำพิพากษา

^{๓๖} Wuhan Intermediate People's Court, 30 June 2017, Liu Li vs Tao Li and Tong Wu.

^{๓๗} Qing Di and Karen King, "Trending Toward Reciprocity: Enforcement of US Judgments in China" available on <https://www.chinabusinessreview.com/trending-toward-reciprocity-enforcement-of-us-judgments-in-china-2/> (last accessed on 18 Nov. 2021)

ของศาลเกาหลีใต้^{๓๘} โดยให้เหตุผลว่าระหว่างประเทศจีนและประเทศเกาหลีใต้ได้เกิดกรณีการต่างตอบแทนแล้ว เนื่องจากศาลเกาหลีใต้เคยบังคับตามคำพิพากษาจีนในคดีแพ่งให้ในปี ค.ศ. ๑๙๙๙^{๓๙}

๕) คำพิพากษาชางไห่ (Shanghai Decision 2020) ล่าสุดในปี ค.ศ. ๒๐๒๐ ศาลชางไห่ (Shanghai no.1 Intermediate People's Court) ได้ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลเกาหลีใต้ (Seoul Southern District Court) เป็นครั้งแรก^{๔๐} จากเดิมที่ศาลจีนปฏิเสธไม่รับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลเกาหลีใต้ในคดีแฟรนไชส์มาโดยตลอดสำหรับคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลเกาหลีใต้ล่าสุดนี้เป็นคดีแฟรนไชส์โรงเรียนสอนเด็กเล็กของเกาหลีที่ขายแฟรนไชส์ให้กับผู้ประกอบการในชางไห่ เนื้อหาของคำพิพากษาเป็นการบังคับให้ฝ่ายแพ้คดีชำระหนี้เงินจำนวน ๘๔๐,๐๐๐ ดอลลาร์สหรัฐ พร้อมดอกเบี้ย และห้ามใช้เครื่องหมายการค้าของ franchisor ในการประกอบการ และกำหนดให้ franchisee ถอดโลโก้โปรแกรมการสอน Misulo Program ออกจากเว็บไซต์ของสถานประกอบการ แผ่นพับและโฆษณาทุกประเภท ต่อมาทาง franchisor ที่เป็นฝ่ายชนะคดีได้นำคำพิพากษามาขอให้ศาลชางไห่ออกคำบังคับให้ ศาลชางไห่รับคำร้องนี้ไว้ในเดือนสิงหาคม ค.ศ. ๒๐๑๙ และมีคำพิพากษาในเดือนเมษายน ค.ศ. ๒๐๒๐ บังคับตามคำพิพากษาศาลเกาหลีใต้ให้ทุกประเด็นที่ขอมา สังเกตได้ว่าแม้แต่คำขอที่ไม่เกี่ยวข้องกับหนี้เงิน ศาลจีนก็บังคับให้ด้วย กล่าวคือ คำขอให้ยุติการใช้เครื่องหมายการค้าในเรื่องนี้ศาลชางไห่นำมาตรา ๒๘๑ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ เห็นได้ว่าแม้ว่าทั้งสองประเทศจะมีได้มีความตกลงทวิภาคีหรือเป็นสมาชิกในอนุสัญญาระหว่างประเทศแบบพหุภาคีใด ๆ ในเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษา แต่ศาลชางไห่อ้างอิงหลักการต่างตอบแทนที่ศาลเกาหลีใต้เคยบังคับตามคำพิพากษาจีนในคดีแพ่งให้ในปี ค.ศ. ๑๙๙๙ เช่นเดียวกันกับที่อ้างในคดีเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๙

หากแนวปฏิบัติของศาลจีนเป็นไปตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น อาจกล่าวได้ว่ากรณีไทย-จีนที่ผู้เขียนได้ยกเป็นตัวอย่างในตอนต้น ศาลจีนจะบังคับตามคำพิพากษาของศาลไทยให้ก็ต่อเมื่อไทยและจีนมีความตกลงระหว่างประเทศในเรื่องโดยตรง หรือไม่เช่นนั้นต้องเคยปรากฏว่าไทยได้เคยรับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาศาลจีนให้แล้ว เพราะที่ผ่านมายังไม่เคยปรากฏว่าจีนเป็นฝ่ายเริ่มต้นยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของประเทศอื่นให้ก่อน แม้ว่าจะได้มีการ

^{๓๘} South Korean Judgment (No. 2017 Gabdan 15740)

^{๓๙} Weifang Intermediate People's Court of Shandong/山东省潍坊市中级人民法院 [1997] Wei Jing Chu Zi No. 219 (1997).

^{๔๐} Paul Jones, Yuxiao Zheng and Xin (Leo) Xu, "CHINA: Comments on the first Chinese Court decision recognizing and enforcing a foreign judgment on a franchise case on the grounds of reciprocity", available on <https://www.idipproject.com/news/china-comments-first-chinese-court-decision-recognizing-and-enforcing-foreign-judgment> (accessed on 16 Nov. 2021)

บัญญัติเรื่องการรับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาเอาไว้ให้ชัดเจนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่ก็ยังไม่อาจมั่นใจอย่างเต็มที่ว่าศาลจีนจะบังคับตามคำพิพากษาของศาลไทยให้ เพราะการตีความคำว่า “ต่างตอบแทน” ค่อนข้างแคบ ไม่ยืดหยุ่นและยังไม่มีหลักเกณฑ์การพิจารณาที่ชัดเจนมากนัก ดังนั้น คู่สัญญาจึงยังคงไม่อาจคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าผลสุดท้ายคำพิพากษาจากศาลประเทศตนจะมีโอกาสได้รับการรับรองหรือออกคำบังคับให้ในจีนหรือไม่ แต่อย่างน้อยในช่วงสองปีที่ผ่านมาเราได้เห็นการเริ่มต้นของจีนในเรื่องการบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศทั้งที่เกี่ยวข้องกับหนี้เงินและที่มีใช้หนี้เงินในคดีพาณิชย์บ้างแล้ว ดังนั้น การที่นักลงทุนหรือผู้ประกอบการธุรกิจชาวไทยจะทำการค้าและลงทุนในจีนก็ยังคงต้องพึ่งพาวิธีการระงับข้อพิพาทรูปแบบอื่นควบคู่กันไป รวมถึงการทำความเข้าใจความเสี่ยงจากภัยต่าง ๆ เอาไว้ด้วย เพราะหากศาลจีนยังคงประสงค์ให้อีกฝ่ายต้องเริ่มต้นรับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาของตนให้ก่อนเพื่อเป็นการพิสูจน์ความจริงใจ ในสถานการณ์ปัจจุบันศาลจีนย่อมไม่บังคับตามคำพิพากษาของศาลไทยให้ เนื่องจากที่ผ่านมาไม่เคยปรากฏว่าศาลไทยยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลจีนแต่อย่างใด

เมื่อเปรียบเทียบแนวปฏิบัติของศาลจีนกับกรณีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๘๕/๒๕๖๑ ของไทยที่เป็นคำพิพากษาคดีพาณิชย์และมีคำขอให้ชำระหนี้เงิน จะเห็นว่าศาลของประเทศจีนนั้นก้าวหน้าไปไกลกว่าศาลไทยมากแล้ว เพราะเริ่มเปิดประตูออกมาเผชิญหน้ากับคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ประกอบกับจีนมีบทบัญญัติที่ชัดเจนในเรื่องการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศว่าให้พิจารณาโดยใช้หลักต่างตอบแทน (reciprocity) ในกรณีที่ไม่มี ความตกลงระหว่างประเทศกับจีน แต่ประเทศไทยยังไม่มี ความชัดเจนในเรื่องนี้ เมื่อมีปัญหาเข้ามาสู่ศาลชั้นต้น ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นจะดำเนินการอย่างไรต่อไป เป็นไปได้ว่าจะรับฟ้องเป็นคดีใหม่ และพิจารณาพิพากษาไปตามขั้นตอนปกติโดยมิได้ปฏิบัติเสมือนหนึ่งเป็นการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ โจทก์และจำเลยต้องเริ่มต้นคดีอีกครั้ง สืบพยานอีกครั้ง หรือถ้าไม่ต้องการเสียเวลาอีก ก็ต้องหาหนทางอื่นในการบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ นั้นในประเทศอื่นที่จำเลยมีทรัพย์สินอาจบังคับคดีได้อยู่ และเป็นประเทศที่ “รู้จัก” และมี “เครื่องมือตามกฎหมาย” ในการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

๒.๓.๒ พัฒนาการทางการศาลเพื่อรองรับคดีพาณิชย์ของประเทศ

ในภูมิภาคเอเชีย

ก่อนที่จะศึกษาระบบการบังคับตามคำพิพากษาในสหภาพยุโรปต่อไปนั้น เพื่อความต่อเนื่องจึงสมควรที่จะกล่าวถึงสภาพของกฎหมายและแนวโน้มการจัดตั้งศาลเพื่อรองรับคดีพาณิชย์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในทวีปเอเชีย เช่น สิงคโปร์ ญี่ปุ่น

สิงคโปร์ ในบรรดาระัฐสมาชิกอาเซียนนั้นคงต้องยอมรับว่าสิงคโปร์เป็นประเทศชั้นนำในเรื่องการเงินและการค้าระหว่างประเทศของภูมิภาค ด้วยเหตุนี้การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญา โดยองค์กรระงับข้อพิพาททางเลือกอันเป็นที่ยอมรับในระดับสากลอย่าง Singapore International Arbitration Centre (SIAC) จึงมีความโดดเด่นมาตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๙๑

(เป็นปีที่จีนมีบทบัญญัติเรื่องการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง) และยังมี Singapore Mediation Centre (SMC) ก่อตั้งเมื่อปี ค.ศ. ๑๙๙๗ เป็นที่น่าสังเกตว่าท้ายที่สุดในปี ค.ศ. ๒๐๑๕ สิงคโปร์ก็ย้อนกลับมาให้ความสำคัญกับองค์กรตุลาการด้วยการยกระดับศาลภายในเพื่อให้เป็นศาลการค้าระหว่างประเทศ โดยมุ่งเน้นความเป็น business-friendly legal system เป็นเครื่องยืนยันว่าการระงับข้อพิพาททางเลือกอาจมิได้เป็นคำตอบที่ดีที่สุดสำหรับผู้ประกอบธุรกิจ ปัจจุบันศาลการค้าระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (Singapore International Commercial Court: SICC) เป็นองค์กรตุลาการที่น่าสนใจอย่างยิ่ง เนื่องจากรัฐบาลสิงคโปร์ได้พยายามดึงดูดนักลงทุนและนักธุรกิจต่างด้าวที่อาจจะมีข้อขัดข้องกับการระงับข้อพิพาททางเลือก ให้นำข้อพิพาทไปฟ้องต่อ SICC โดยพยายามทุกทางในการอำนวยความสะดวก อาทิ ทำความตกลงระหว่างประเทศในระดับทวิภาคีกับรัฐอื่น ๆ ในเรื่องการบังคับตามคำพิพากษาเกี่ยวกับหนี้เงิน^{๔๑} ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรับประกันการบริการว่าคำพิพากษาของ SICC สามารถนำไปขอบังคับในรัฐเหล่านั้นได้โดยง่าย สำหรับกฎหมายของสิงคโปร์นั้น ได้แก่ Reciprocal Enforcement of Foreign Judgments Act 1959 (Revised Edition 2020)^{๔๒} ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมนี้มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๓๑ ธันวาคม ๒๐๒๑ กฎหมายจะกำหนดนิยามต่าง ๆ รวมถึงประเภทของคดีที่ไม่อาจนำมาขอบังคับตามรัฐบัญญัตินี้ได้ เช่น คำพิพากษาเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตร คำพิพากษาคดีล้มละลาย และกำหนดเงื่อนไขที่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาต้องตรวจสอบว่าคำพิพากษาของตนครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กำหนดหรือไม่ อาทิ ศาลต่างประเทศนั้นเป็นศาลที่มีอำนาจเหนือคดี เป็นคำพิพากษาถึงที่สุดของรัฐต่างประเทศนั้น

อีกทั้งในปี ค.ศ. ๒๐๑๖ สิงคโปร์ได้ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. ๒๐๐๕ (Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements) มีผลใช้บังคับเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๕) ยิ่งทำให้การเคลื่อนย้ายของคำพิพากษาศาลสิงคโปร์เพื่อไปบังคับในรัฐสมาชิกอื่นเป็นไปได้โดยง่าย ลดขั้นตอนและประหยัดค่าใช้จ่ายของคู่ความฝ่ายชนะคดีได้มาก เช่นนี้ย่อมสร้างความมั่นใจให้กับผู้ประกอบการต่างชาติและผู้ประกอบการสิงคโปร์ว่าหากต้องการบังคับตามคำพิพากษาในประเทศเหล่านั้น ก็สมควรจะนำข้อพิพาทไปฟ้องที่ศาลการค้าระหว่างประเทศของสิงคโปร์ ซึ่งสามารถทำได้ด้วยการกำหนดข้อตกลงเลือกศาลสิงคโปร์ให้เป็น exclusive jurisdiction

ญี่ปุ่น ศาลญี่ปุ่นยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ เนื่องจากมีกฎหมายรองรับชัดเจนในเรื่องนี้ กล่าวคือ มาตรา ๒๔ แห่งพระราชบัญญัติการบังคับคดีแพ่ง

^{๔๑} ประเทศที่ทำความตกลงกับสิงคโปร์ ได้แก่ เมียนมา จีน เบอร์มิวดา การ์ตา ออสเตรเลีย (อยู่ในเขตอำนาจของ Commercial Court) ออสเตรเลีย (อยู่ในเขตอำนาจของ Global Market Courts ของอาบูดาบี และ International Financial Centre Courts ของดูไบ) สำหรับประเทศไทยยังมิได้มีท่าทีใด ๆ ต่อการทำความตกลงในประเด็นนี้

^{๔๒} การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในกรณีที่มีข้อตกลงเลือกศาล จะต้องพิจารณาภายใต้กฎหมายที่เรียกว่า Choice of Court Agreement Act 2016 แยกต่างหาก

(Civil Execution Act) และมาตรา ๑๑๘ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง^{๔๓} ที่กำหนดเงื่อนไขในการยอมรับบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศไว้ว่า

๑) ต้องเป็นคำพิพากษาถึงที่สุดสามารถบังคับได้ในรัฐผู้ทำคำพิพากษานั้น

๒) ศาลที่มีคำพิพากษานั้นต้องเป็นศาลที่มีอำนาจตามกฎหมายหรืออนุสัญญาหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

๓) ต้องปรากฏว่าจำเลยในคดีนั้นได้รับการบริการส่งหมายเรียกหรือคำสั่งศาลที่จำเป็นต่อการต่อสู้คดีตั้งแต่เริ่มต้นคดี หรือปรากฏว่าจำเลยได้ต่อสู้คดีแม้ว่าจะไม่ได้รับหมายเรียกหรือคำสั่งศาลก็ตาม

๔) เนื้อหาของคำพิพากษาศาลต่างประเทศและกระบวนการวิธีพิจารณาในศาลผู้ทำคำพิพากษาต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของญี่ปุ่น

๕) เงื่อนไขเรื่องถิ่นที่อยู่ของลูกหนี้ในญี่ปุ่น การร้องขอให้บังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลที่มีเขตอำนาจในพื้นที่ซึ่งลูกหนี้มีถิ่นที่อยู่หรือพื้นที่ที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินอันอาจบังคับคดีได้ นอกจากนี้กฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนว่า คำบังคับที่ศาลญี่ปุ่นออกให้นั้นจะต้องกระทำโดยปราศจากการตรวจสอบความเหมาะสมของคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้น คือ ไม่ก้าวล่วงไปตรวจสอบเนื้อหาหรือรายละเอียดของคำพิพากษาศาลต่างประเทศอีก และให้เขียนในคำบังคับด้วยว่าคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้นมีผลบังคับได้ในญี่ปุ่น

ที่น่าสนใจคือ มาตรา ๑๑๘ ของกฎหมายญี่ปุ่นได้กำหนดชัดเจนว่าอย่างไรจึงจะถือว่าคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นถึงที่สุดแล้ว เพื่อขจัดปัญหาที่จะเกิดขึ้นในชั้นการพิจารณาของศาลญี่ปุ่น หากเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๘๕/๒๕๖๑ คงจะจำกันได้ว่าศาลฎีกาในคดีนี้อ้างว่าฝ่ายโจทก์ที่เป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาศาลไซ่ง่อนมิได้นำสืบว่าอย่างไรจึงจะถือว่าคดีถึงที่สุดแล้วตามกฎหมายเวียดนาม ดังนั้น แทนที่จะคาดหวังให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาต้องนำสืบการถึงที่สุดของคำพิพากษาศาลฎีกาตามกฎหมายของศาลผู้ทำคำตัดสิน การกำหนดไว้ในกฎหมายของตนเองดังเช่นกฎหมายญี่ปุ่นจึงเป็นทางเลือกที่ดีกว่า เพราะมีความชัดเจน หากไม่เข้าเงื่อนไขที่กำหนดศาลสามารถปฏิเสธไม่บังคับให้โดยไม่ต้องเสียเวลานำสืบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของต่างประเทศอีก

จีน ในปี ค.ศ. ๒๐๑๘ รัฐบาลสนับสนุนให้ก่อตั้งศาลการค้าระหว่างประเทศ (China International Commercial Court: CICC) ๒ แห่ง ตั้งอยู่ที่เมืองซีอานและเมืองเซินเจิ้น มีเขตอำนาจพิจารณาและพิพากษาคดีการค้าระหว่างประเทศและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีการค้าระหว่างประเทศ ความพิเศษของคำพิพากษาของศาลการค้าระหว่างประเทศนี้คือเป็นคำพิพากษาถึงที่สุด (final judgment) หากพิจารณาในเรื่องของสถาบัน

^{๔๓} สืบค้นคำแปลกฎหมายทั้งสองฉบับได้ที่ <http://www.japaneselawtranslation.go.jp>

ระบับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศในจีนจะเห็นได้ชัดเจนว่าล้าหลังกว่าสิงคโปร์และไทย แต่ในแง่ของศาลจีนที่เริ่มเปิดกว้างยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศให้มากขึ้นในแต่ละปี ก็คงต้องยอมรับเช่นกันว่าจีนก้าวหน้ากว่าไทยในเรื่องนี้ ส่วนในเรื่องของการยอมรับ “ข้อตกลงเลือกศาล” หรือ choice of forum clause ประเทศจีนลงนามในอนุสัญญากรุงเฮก ว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. ๒๐๐๕ แล้วเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๗ แต่ยังมีได้ให้สัตยาบัน อาจกล่าวได้ว่าเมื่อประเทศจีนตัดสินใจเข้าเป็นภาคีของ HCCH และยังสามารถลงนามในอนุสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวซึ่งเป็นการสนับสนุนการค้าระหว่างประเทศ ศาลจีนน่าจะไม่ปฏิเสธข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศ และอาจจะเดินตามรูปแบบของข้อตกลงเลือกศาลดังเช่นประเทศตะวันตก ในขณะที่ประเทศไทยยังมีได้ให้ความสำคัญต่อการเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาลฯ แต่อย่างใด

ช่วงครึ่งปีหลังของ ค.ศ. ๒๐๒๑ สังเกตได้ว่ารัฐบาลจีนเริ่มปฏิวัติในเรื่องต่าง ๆ เพื่อแสดงให้เห็นถึงจุดยืนว่าตนเป็นประเทศสังคมนิยมและไม่ฝักใฝ่ทุนนิยมแบบอเมริกัน เป็นต้นว่า ปฏิวัติวงการการศึกษา เลิกสถาบันกวดวิชา ควบคุมการเข้าถึงเกมออนไลน์ ปฏิวัติวัฒนธรรม ปฏิวัติวงการบันเทิง จำกัดจำนวนการซื้อขายผ่าน live streaming ยกเลิกการจัดอันดับนักแสดง และอื่น ๆ อีกหลายประการ ผู้เขียนใช้คำว่า “ปฏิวัติ” (revolution) เพราะการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นภายในเวลาอันรวดเร็วเพียงไม่กี่วัน หรือบางกรณีไม่กี่สัปดาห์ จึงห่างไกลจากการปฏิรูป (reform) ที่มักจะใช้กับการเปลี่ยนแปลงแบบค่อยเป็นค่อยไป เมื่อต้องประสบกับเรื่องดังกล่าวมา นักลงทุนต่างชาติ หรือนักธุรกิจคู่ค้าของจีน รวมถึงลูกค้ารายย่อยจากการซื้อขายสินค้าและบริการออนไลน์ที่ทำสัญญาทางพาณิชย์กับจีนอาจต้องใช้ความระมัดระวังเพิ่มมากขึ้น เพราะไม่แน่ว่าธุรกิจหรือสัญญาดังกล่าวจะได้รับผลกระทบจากการปฏิวัตินี้ดังกล่าวรุนแรงเพียงใด แต่หากเกิดคดีขึ้นสู่ศาลแล้ว ต่อมาต้องนำคำพิพากษาดังกล่าวไปบังคับในจีน อาจจะเป็นเรื่องยากหากเป็นคำพิพากษาที่มาจากประเทศที่ไม่เคยรับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาจีนให้ก่อน กรณีของประเทศไทยคงต้องรอดูต่อไปว่าศาลไทยจะยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาของศาลจีนให้บ้างหรือไม่ หรือไม่เช่นนั้นหากพิจารณาแล้วมีแนวโน้มว่าภาคเอกชนไทยและจีนจะมีมูลค่าการค้าระหว่างกันเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ในแต่ละปี รัฐก็สมควรที่จะพิจารณาความเป็นไปได้ในการทำความตกลงระหว่างประเทศแบบทวิภาคีในเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษา เพื่ออำนวยความสะดวกให้กับนักธุรกิจและนักลงทุนในคดีพาณิชย์ รวมถึงประชาชนทั่วไปในกรณีที่เป็นคดีแพ่ง

๓. การบังคับตามคำพิพากษาระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป

แนวคิดและที่มาเบื้องต้นของการเคลื่อนย้ายเสรีของคำพิพากษา (free movement of judgments) ในยุโรปเกิดจากความคิดที่จะอำนวยความสะดวกให้กับประชาชนหรือพลเมืองของประชาคมยุโรปให้สามารถบังคับหนี้ตามคำพิพากษา รวมถึงได้รับการรับรองคำพิพากษาก่อตั้งสิทธิต่าง ๆ ได้โดยสะดวก รวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ ซึ่งเรื่องเหล่านี้จะเกิดขึ้นได้บนพื้นฐานของความเชื่อมั่นของศาลรัฐผู้รับที่มีต่อศาลของรัฐผู้ส่ง

ทั้งในเรื่องของการใช้กฎหมายและกระบวนการวิธีพิจารณาคดี หากศาลของรัฐผู้ส่งต้องใช้กฎหมายขัดกัน (conflict of laws rules) หรือต้องใช้กฎหมายต่างประเทศ (foreign law) ในการพิจารณาคดี ศาลของรัฐผู้รับจะต้องตรวจสอบการใช้นั้นด้วยหรือไม่ เป็นเรื่องที่ผู้ร่างกฎหมายของประชาคมยุโรปได้ขบคิดมาแล้วตั้งแต่ต้น เพื่อหาทางออกที่เหมาะสมที่สุด เป็นที่ยอมรับได้ของรัฐสมาชิกทั้งหมด เช่นนี้ศาลของรัฐผู้รับจึงจะเกิดความมั่นใจได้ว่าการรับรองและการบังคับตามคำพิพากษาของรัฐสมาชิกด้วยกันสามารถทำได้โดยไม่ตะขิดตะขวงใจในความสามารถในการพิจารณาคดีของศาลแห่งรัฐผู้ส่ง อนึ่ง ผู้เขียนขอชี้แจงว่าศัพท์กฎหมายบางคำไม่ควรแปลเป็นภาษาไทยเพราะจะเกิดความสับสนกับสิ่งที่ใช้ชื่อเดียวกันแต่มีได้หมายความอย่างเดียวกัน อาทิ คำว่า regulation จะใช้คำภาษาอังกฤษโดยไม่แปลว่า “ข้อบังคับ” เนื่องจาก regulation เป็นกฎหมายของสหภาพยุโรปที่มีสภาพบังคับเฉพาะตัวและแตกต่างจากข้อบังคับที่มีลักษณะทั่ว ๆ ไปอย่างมาก^{๔๔}

๓.๑ รูปแบบของการบังคับตามคำพิพากษานำมาใช้

ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เป็นที่ทราบกันว่าการรับรองและการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้น มีรูปแบบที่สามารถนำมาใช้ได้ ๒ รูปแบบหลัก ขึ้นอยู่กับความต้องการของรัฐหนึ่ง ๆว่าจะเลือกใช้รูปแบบใดตามความสะดวก กล่าวคือ

๑) การยอมรับผลของคำพิพากษา (assimilation des effets) เป็นการยอมรับให้คำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นมีผลอย่างเดียวกันกับคำพิพากษาของศาลแห่งรัฐผู้รับ เป็นการพิจารณาโดยใช้ผลของคำพิพากษาแห่งรัฐผู้รับเป็นหลัก คือ หากคำพิพากษาประเภทเดียวกันของศาลแห่งรัฐผู้รับมีผลได้แค่ไหน คำพิพากษาศาลต่างประเทศประเภทเดียวกันนั้นก็จะมีผลได้เพียงเท่านั้นเช่นกัน โดยไม่สนใจว่าหากคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นอยู่ในรัฐต้นกำเนิดแล้วจะสามารถแสดงผลบังคับได้มากกว่นี้

๒) การขยายผลของคำพิพากษา (extension des effets) เป็นการยอมรับว่าคำพิพากษาศาลต่างประเทศสามารถแสดงผลในรัฐผู้รับได้เพียงเท่าที่คำพิพากษานั้นจะมีผลได้ในรัฐที่ทำคำพิพากษา ต่างจากรูปแบบแรกเพราะจะพิจารณาจากรัฐผู้ทำคำพิพากษาเป็นหลัก

๓.๒ พัฒนาการในกฎหมายสหภาพยุโรป

ในการศึกษาพัฒนาการของระบบการบังคับตามคำพิพากษาในส่วนนี้ จำเป็นต้องอาศัยความรู้เกี่ยวกับระบบกฎหมายของสหภาพยุโรปและประวัติศาสตร์ของการรวมกลุ่มที่เริ่มจากการก่อตั้งประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้า (the European Coal and Steel Community: ECSC) ในปี ค.ศ. ๑๙๕๑ มาถึงประชาคมยุโรป (European Community) จนกระทั่งพัฒนามาเป็นสหภาพยุโรป (European Union) ในปัจจุบัน ซึ่งผู้เขียนจะไม่นำมากล่าวในที่นี้ เพราะเป็นเรื่องพื้นฐานที่ต้องศึกษาแยกต่างหาก โดยในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงอนุสัญญากรุงบรัสเซลส์

^{๔๔} โปรดดูคำอธิบายเรื่อง Regulation และ Directive รัชนิกร ลาภนิชชา “การตีความกฎหมายสหภาพยุโรป (The Interpretation of the European Union Laws)”, (๒๕๕๕) ๔ วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๗๘๘.

ค.ศ. ๑๙๖๘ Brussels I Regulation Brussels I Regulation (Recast) และ Regulation No. 861/2007 สำหรับ Small Claims ไว้โดยสังเขป เพื่อให้เห็นการพัฒนาของกฎหมายที่ทันสมัยรองรับคดีประเภทต่าง ๆ สอดคล้องกับสถานการณ์ในยุโรปในแต่ละยุค

๑) อนุสัญญากรุงบรัสเซลส์ ค.ศ. ๑๙๖๘ ว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการบังคับตามคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์ (Brussels Convention 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters)

ประชาคมยุโรป (European Community) ในช่วงเริ่มต้นจะเป็นการเลือกใช้วิธีการขยายผลของคำพิพากษา (extension des effets) สังเกตได้จากข้อบท ๒๖ ของอนุสัญญากรุงบรัสเซลส์ ค.ศ. ๑๙๖๘ ว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการบังคับตามคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์ (Brussels Convention 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters)^{๔๕} ซึ่งเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกลางของประชาคม แต่บางครั้งการตีความของศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปก็เกินไปในทิศทางเสมือนหนึ่งจะยอมรับรูปแบบการยอมรับผลของคำพิพากษา^{๔๖} จากการศึกษาพบว่าประชาคมยุโรปเองก็ประสบปัญหาในเรื่องของการบังคับตามคำพิพากษาเช่นกัน แม้ว่าจะมีกฎหมายกลางที่กำหนดเงื่อนไขและวิธีการไว้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะการนำข้อยกเว้นที่จะปฏิเสธไม่บังคับตามคำพิพากษาของรัฐสมาชิกมาอ้าง ปัญหาที่ว่านี้มีที่มาจากข้อบท ๒๗-๒ แห่งอนุสัญญา^{๔๗} ทำให้ศาลของรัฐผู้รับยกเหตุที่ว่าคำพิพากษาที่ให้โจทก์เป็นฝ่ายชนะคดีนั้นได้มาโดยการขาดนัดของจำเลยอันเนื่องมาจากการที่จำเลยไม่ได้รับคำฟ้องหรือคำคู่ความโดยชอบด้วยกฎหมายภายในระยะเวลาที่เหมาะสมที่จะสามารถเตรียมตัวเพื่อต่อสู้คดีได้ เพื่อนำไปสู่การปฏิเสธไม่รับรอง

^{๔๕} Article 26 “A judgment given in a Contracting State shall be recognized in the other Contracting States without any special procedure being required.

Any interested party who raises the recognition of a judgment as the principal issue in a dispute may, in accordance with the procedures provided for in Sections 2 and 3 of this Title, apply for a decision that the judgment be recognized.

If the outcome of proceedings in a court of a Contracting State depends on the determination of an incidental question of recognition that court shall have jurisdiction over that question.”

^{๔๖} CJCE Hoffmann c. Krieg, 4 février 1988, aff. 145/86

^{๔๗} Article 27 A judgment shall not be recognized:

2.where it was given in default of appearance, if the defendant was not duly served with the document which instituted the proceedings in sufficient time to enable him to arrange for his defence; โดยตัวบทในต้นฉบับภาษาฝรั่งเศสเขียนว่า “2. si l’acte introductif d’instance n’a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant, régulièrement et en temps utile, pour qu’il puisse se défendre;”

และบังคับตามคำพิพากษาของรัฐผู้ส่ง^{๔๘} การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการสร้างอุปสรรคในการเคลื่อนย้ายเสรีของคำพิพากษาระหว่างรัฐสมาชิกประชาคมด้วยกัน จึงจำเป็นต้องหาทางแก้ไข

๒) *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels I Regulation)*

ต่อมาเมื่อกฎหมายกลางของสหภาพยุโรปได้พัฒนาจากอนุสัญญาระหว่างประเทศมาเป็น regulation ที่เรียกว่า Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels I Regulation) จึงได้มีการแก้ไขข้อบกพร่องที่ปรากฏในข้อบท ๒๗ แห่งอนุสัญญากรุงบรัสเซลส์ ค.ศ. ๑๙๖๘ โดยข้อบท ๓๔-๒^{๔๙} ของ Regulation ได้กำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมไว้อีกว่า กรณีที่จำเลยซึ่งแพคดีโดยขาดนัดอยู่ในวิสัยที่สามารถคัดค้านคำพิพากษาต่อศาลภายในของรัฐผู้ส่ง แต่จำเลยมิได้กระทำ เช่นนั้นคำพิพากษาดังกล่าวสามารถได้รับการรับรองในรัฐผู้รับได้เพราะถือว่าให้โอกาสคัดค้านแล้ว แต่จำเลยเป็นฝ่ายละเลย นอกจากนี้ Brussels I Regulation ยังก้าวหน้าไปถึงขนาดกำหนดให้ขั้นตอนการขอให้ศาลของรัฐผู้รับออกคำบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศให้ โดยศาลของรัฐผู้รับจะดำเนินการออก “ประกาศรับรอง” (certificate) โดยมีการตรวจสอบคำพิพากษาศาลต่างประเทศตามรูปแบบเท่านั้นและศาลของรัฐผู้รับจะไม่ก้าวล่วงไปตรวจสอบเนื้อหา จะไม่มีการพิจารณาใหม่ ไม่มีการสืบพยานใหม่ ไม่สร้างขั้นตอนเพิ่มเติมมากไปกว่าที่กำหนดไว้ในบทบัญญัตินี้อีก กล่าวคือเมื่อส่งคำพิพากษาที่ต้องการบังคับพร้อมทั้งใบรับรองตามแบบที่กำหนดในภาคผนวกท้าย Regulation ถือเป็นอันเสร็จพิธีการของฝ่ายชนะคดี โดยการคัดค้านหรือการอุทธรณ์คำพิพากษาสามารถกระทำได้ตามที่กฎหมายภายในของรัฐผู้ส่งกำหนด แต่เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาและคดีถึงที่สุดไปแล้ว กระทั่งโจทก์นำคำพิพากษานั้นมาขอให้บังคับในรัฐผู้รับแล้ว เช่นนี้จำเลยย่อมไม่สามารถคัดค้านคำพิพากษานั้นต่อศาลของรัฐผู้รับได้อีก เว้นแต่จะเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในข้อยกเว้นของข้อบท ๓๔ ได้แก่

(๑) หากการรับรองคำพิพากษานั้นจะเป็นการขัดแย้งต่อความสงบเรียบร้อยของรัฐสมาชิกซึ่งต้องมีการบังคับตามคำพิพากษานั้น กรณีนี้ ศาลของรัฐผู้รับสามารถปฏิเสธไม่บังคับตามคำพิพากษาได้

^{๔๘} H. Gaudemet-Tallon, *loc.cit.*

^{๔๙} Article 34-2. “where it was given in default of appearance, if the defendant was not served with the document which instituted the proceedings or with an equivalent document in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, unless the defendant failed to commence proceedings to challenge the judgment when it was possible for him to do so;”

(๒) คำพิพากษาที่ให้โจทก์เป็นฝ่ายชนะคดีนั้นได้มาโดยการขาดนัดของจำเลยอันเนื่องมาจากการที่จำเลยไม่ได้รับคำฟ้องหรือคำคู่ความโดยชอบด้วยกฎหมายภายในระยะเวลาที่เหมาะสมที่จะสามารถเตรียมตัวเพื่อต่อสู้คดีได้ เห็นได้ว่าท้ายที่สุดก็ไม่สามารถยกเลิกเงื่อนไขในเรื่องนี้ได้ เพราะต้องให้ความเป็นธรรมแก่ฝ่ายจำเลยในการต่อสู้คดี แต่จำเลยมีหน้าที่พิสูจน์ประกอบการคัดค้าน ในเรื่องนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าการกำหนดเงื่อนไขนี้ไว้อย่างต้องพิจารณาด้วยว่าระบบการส่งคำคู่ความและหมายต่าง ๆ ของศาลแต่ละรัฐต้องไม่แตกต่างกันจนเกินไป หากวิธีการส่งคำคู่ความแตกต่างกันมาก การกล่าวอ้างของจำเลยว่าไม่ได้รับคำฟ้องอาจถูกนำมาใช้พรั้งเพ้อ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์กลางในยุโรปเพื่อกำหนดวิธีการส่งคำฟ้อง คำคู่ความ และหมายศาลที่เป็นที่ยอมรับของรัฐสมาชิก ได้แก่ Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents) รัฐสมาชิกจะต้องกำหนดหน่วยงานภายในของตนที่จะเป็นหน่วยงานประสานงานรับ-ส่งหมายและคำคู่ความ เพื่ออำนวยความสะดวกให้กับประชาชน โดยใน Regulation จะกำหนดวิธีการส่งแบบต่าง ๆ รวมถึงเขียนชัดเจนว่าเมื่อได้รับเอกสารต้องส่งต่อไปยังปลายทางให้เร็วที่สุด

(๓) หากปรากฏว่าคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นขัดหรือไม่สอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลแห่งรัฐสมาชิกที่มีการร้องขอให้บังคับ โดยเป็นกรณีที่มีคู่ความเดียวกัน อันเป็นกรณีที่คำพิพากษาของศาลของรัฐสมาชิก ๒ รัฐ มีความขัดแย้งกัน ทั้งที่เป็นข้อพิพาทเดียวกัน คู่ความเดียวกัน ซึ่งเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นได้ แต่ปกติแล้วหากคู่ความฝ่ายหนึ่งนำข้อพิพาทมาฟ้องต่อศาลของรัฐสมาชิกรัฐหนึ่ง และคู่ความอีกฝ่ายไปฟ้องคดีต่อศาลของรัฐสมาชิกอีกรัฐหนึ่งในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปจะมีกระบวนการวิธีพิจารณาที่เรียกว่า *lis pendens* หรือ *litispendance* เพื่อให้ศาลที่รับคดีไว้ภายหลังจำนายคดี ให้ศาลที่รับคดีไว้ก่อนเป็นผู้พิจารณาและพิพากษาคดีต่อไป^{๔๐}

(๔) หากคำพิพากษาที่ต้องการขอบังคับนั้นไม่สอดคล้องกับคำพิพากษาที่ศาลของรัฐสมาชิกอื่นได้เคยมีคำพิพากษาไว้แล้ว หรือขัดกับคำพิพากษาของศาลที่มีใช้ศาลของรัฐสมาชิก แต่เนื้อหาของคำพิพากษานั้นมีความเกี่ยวข้องกับเหตุพิพาทเดียวกัน มีคู่ความเดียวกัน โดยศาลของรัฐสมาชิกอื่นหรือรัฐที่มีใช้รัฐสมานั้นนั้นมีคำพิพากษาก่อนและปรากฏว่าเป็นคำพิพากษาที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่จะได้รับการรับรองและบังคับให้ในรัฐสมาชิกที่ได้รับการร้องขอ เช่นนี้ ย่อมสามารถใช้หลัก *res judicata* เป็นเหตุปฏิเสธไม่บังคับให้ได้เช่นกัน

^{๔๐} รัชนิกร ลาภนิชชา, “Lis Pendens ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Lis Pendens in Private International Law)”, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๘; ศิริดา วรสาร, “การขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลในกลุ่มประเทศอาเซียน: ศึกษากรณีการรับฟ้องคดีที่มีมูลคดีเดียวกันและมีคู่ความเดียวกันในสองศาลต่างรัฐ”, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๘.

๓) Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters หรือ Brussels I Regulation (Recast)

Brussels I Regulation ที่ได้กล่าวมาในข้อ ๒) มีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ปี ค.ศ. ๒๐๐๑ จนกระทั่งปี ค.ศ. ๒๐๑๐ มีการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญในเรื่องของการบังคับตามคำพิพากษาระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป ในการนี้ European Commission ได้เสนอให้ปรับปรุง Brussels I Regulation เสียใหม่ ให้สอดคล้องกับความต้องการในการบังคับตามคำพิพากษาอย่างรวดเร็ว ทำให้ Brussels I Recast เข้าแทนที่ Brussels I Regulation ตั้งแต่วันที่ ๑๐ มกราคม ค.ศ. ๒๐๑๕ ทั้งนี้ ใน Regulation ใหม่เป็นการกำหนดในเชิงหลักการให้รัฐผู้รับต้องบังคับตามคำพิพากษาของรัฐผู้ส่งโดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ อีก แต่ไม่ได้หมายความว่าคำพิพากษาจากรัฐสมาชิกหนึ่งจะไม่อาจถูกคัดค้านได้เลยในรัฐผู้รับ หลักการรับฟังความสองฝ่ายอย่างเป็นธรรมยังคงมีความสำคัญอยู่ เพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในข้อบท ๒๖-๒ ตอนท้าย ที่ให้ศาลของรัฐที่มีคำพิพากษาต้องรับประกันสิทธิของจำเลยในการคัดค้านอำนาจศาลและคัดค้านผลของคดีที่เกิดจากการขาดนัด ต้องไม่ลืมว่าเหตุที่ต้องปรับปรุง Regulation เนื่องจากที่ผ่านมามีปัญหาเกิดขึ้นเมื่อเจ้าหนี้ตามคำพิพากษานำคำพิพากษาไปขอบังคับในอีกรัฐสมาชิก แล้วปรากฏว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษาไปคัดค้านที่ศาลของรัฐผู้รับ ยิ่งทำให้เกิดความล่าช้าในการบังคับคดี ดังนั้น เพื่ออำนวยความสะดวกในการคัดค้าน จึงได้มีการจัดทำรายชื่อหน่วยงานของแต่ละประเทศสมาชิกให้ประชาชนทราบว่าต้องคัดค้านไปที่ใดและใช้แบบฟอร์มใดในการยื่นคัดค้าน สังเกตได้ว่าการกำหนดเช่นนี้อยู่บนแนวคิดที่ว่าเมื่อเริ่มต้นถูกต้อง ตอนจบคือการบังคับตามคำพิพากษาในต่างประเทศย่อมเป็นไปได้ง่ายเนื่องจากได้ให้คัดค้านเสียตั้งแต่ต้นทาง

นอกจากนี้ข้อบท ๓๙ ยังคงรักษาแนวคิดเดิมตาม Brussels I Regulation คือกำหนดชัดเจนว่าคำพิพากษาที่ทำโดยศาลของรัฐสมาชิกและมีผลบังคับได้ในรัฐนั้น ย่อมมีสภาพบังคับในรัฐสมาชิกอื่น ๆ โดยไม่จำเป็นต้องมีการรับรองสภาพบังคับให้อีก ในปัจจุบันเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาสามารถกรอกแบบฟอร์ม Certificate concerning a judgment in civil and commercial matters ซึ่งออกให้โดยศาลผู้ทำคำพิพากษาเพื่อนำไปขอบังคับตามคำพิพากษาในรัฐสมาชิกอื่นผ่านช่องทางออนไลน์ได้โดยสะดวก

ในส่วนของเงื่อนไขในการปฏิเสธไม่บังคับตามคำพิพากษาให้หนี้กำหนดไว้ในข้อบท ๔๖ (ซึ่งให้กลับไปใช้เงื่อนไขในการรับรองคำพิพากษาในข้อบท ๔๕) และ ๔๗ อาทิ คำพิพากษานั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยของรัฐผู้รับ กรณีการพิพากษาคดีโดยจำเลยขาดนัด โดยที่จำเลยมิได้รับคำฟ้อง หรือมิได้รับแจ้งให้มาต่อสู้คดีภายในกำหนดเวลาที่เหมาะสม

เห็นได้ว่าการวางระบบการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์ของสหภาพยุโรปนั้นประกอบไปด้วยเครื่องมือทางกฎหมายหลายอย่างด้วยกัน

มิใช่ว่ามีเพียงกฎหมาย ๑ ฉบับ มีรายละเอียดเป็นการกำหนดเงื่อนไขการรับรอง กรณีที่ศาลจะใช้ปฏิเสธ แล้วจะทำให้ประสบความสำเร็จในการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศระหว่างรัฐสมาชิกได้โดยง่าย ดังนั้น การนำระบบที่ใช้ในสหภาพยุโรปมาเป็นต้นแบบจึงต้องพิจารณาและวางแผนการร่างกฎหมายให้รัดกุม คำนึงถึงกลไกที่จะช่วยเสริมและอำนวยความสะดวกให้สามารถบรรลุเป้าหมายได้อย่างเป็นรูปธรรมด้วย

๔) *Regulation No. 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure*

มีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ ๑ มกราคม ค.ศ. ๒๐๐๗ ถือเป็นความก้าวหน้าอีกขั้นหนึ่งของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสำหรับ Small Claims หรือคดีเล็กน้อย^{๕๑} โดยจะใช้กับคดีที่มีลักษณะระหว่างประเทศหรือข้ามพรมแดน (cross-border case) เท่านั้น ทั้งคดีที่เป็นหนี้เงินและคดีที่ไม่เกี่ยวกับหนี้เงินแต่สามารถกำหนดค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินได้ เนื่องจากสหภาพยุโรปมีความประสงค์จะอำนวยความสะดวกให้การระงับข้อพิพาทในคดีแพ่งและพาณิชย์ข้ามพรมแดน ที่มีทุนทรัพย์ไม่มากนักให้ดำเนินไปได้อย่างรวดเร็ว ช่วยลดภาระค่าใช้จ่ายของคู่ความที่อยู่คนละรัฐ จึงได้มี Regulation นี้ขึ้นใช้ โดยนำวิธี e-filing มาใช้เป็นทางเลือกเพิ่มจากการส่งคำฟ้องทางไปรษณีย์

ในส่วนของการบังคับตามคำพิพากษาคดีเล็กน้อยในรัฐสมาชิกอื่นนั้น ได้มีการกำหนดไว้ใน Regulation ด้วยเช่นกัน หากเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาคดีที่มีทุนทรัพย์ไม่สูงนักแต่กลับต้องประสบความยุ่งยากและเสียค่าใช้จ่ายมากกว่าทุนทรัพย์พิพาทในการไปขอบังคับตามคำพิพากษานี้ในอีกรัฐสมาชิก ย่อมเป็นการซ้ำเติมเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ด้วยเหตุนี้ผู้ร่างจึงได้กำหนดไว้ชัดเจนในข้อบท ๑๕ และ ๒๑ ของ Regulation ว่าเมื่อศาลของรัฐสมาชิกมีคำพิพากษาคดีเล็กน้อยแล้ว (ทุนทรัพย์ไม่เกิน ๒๐๐๐ ยูโร ไม่รวมดอกเบี้ยผิดนัด) คำพิพากษานั้นจะได้รับการบังคับในรัฐสมาชิกอื่นอย่างเต็มรูปแบบเสมือนหนึ่งบังคับในรัฐของศาลผู้ทำคำพิพากษา โดยไม่ต้องมีการประกาศรับรองสภาพบังคับหรือออกคำบังคับในรัฐผู้รับอีก

หลังจากที่ได้ศึกษาตัวอย่างจากกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายระดับเหนือรัฐ (supranational law) มาแล้วพอสมควร พอสรุปได้ว่าการมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใช้ย่อมเป็นการเหมาะสมเพื่อให้มีกรอบและแนวทางที่ชัดเจน องค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการมี

^{๕๑} เป็นคำที่คณะอนุกรรมการปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสากล ภายใต้คณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นผู้ริเริ่มใช้ชื่อนี้ในการเสนอร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีเล็กน้อยต่อที่ประชุมคณะกรรมการฯ เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๖๑ หลังจากที่ได้อภิปรายกันว่าควรแปล Small Claims อย่างไร เพื่อให้แยกชัดเจนจากคดีมโนสารเนื่องจากทุนทรัพย์ชั้นสูงต่ำกว่าคดีมโนสาร และให้ครอบคลุมถึงคดีที่เกิดจากข้อพิพาทระหว่างเพื่อนบ้าน เช่น ข้อพิพาทเล็กน้อย ข้อพิพาทที่ทุนทรัพย์น้อย ข้อพิพาทที่ไม่สำคัญ คดีมโนสารพิเศษ ท้ายที่สุดที่ประชุมคณะอนุกรรมการฯ มีความเห็นให้ใช้คำว่า “คดีเล็กน้อย” เพื่อความชัดเจน

หลักให้อ้างอิง มีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขให้ตรวจสอบ มีความมั่นใจที่จะบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศมากขึ้น เหตุที่กล่าวเช่นนี้เนื่องจากการไม่มีกฎหมายรองรับส่งผลให้ตุลาการทั้งหลายไม่กล้าบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศให้ การนำคำพิพากษาศาลต่างประเทศมาขอให้ศาลไทยบังคับให้ย่อมต้องเริ่มมาจากศาลชั้นต้น ศาลในต่างจังหวัดก็มีโอกาสพบคำร้องในลักษณะนี้ บางท่านอาจให้คำแนะนำต่อ ๆ กันมาว่า ให้ฝ่ายชนะคดียื่นฟ้องเป็นคดีใหม่ สืบพยานใหม่โดยอ้างคำพิพากษาศาลต่างประเทศในฐานะพยานเอกสาร การแนะนำเช่นนี้ไม่ได้ช่วยให้การบังคับตามคำพิพากษาเป็นไปได้อย่างรวดเร็ว เพราะเท่ากับแนะนำให้ฟ้องคดีใหม่ทั้งหมดนั่นเอง นอกจากนี้การมีกฎหมายจะทำให้ผู้บริโภค ผู้ประกอบการจากต่างประเทศได้รับทราบเงื่อนไขของการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศล่วงหน้า ตั้งแต่ก่อนเกิดข้อพิพาทว่าท้ายสุดเมื่อชนะคดีจะสามารถบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษาได้จริงในประเทศไทย และยังทำให้มีโอกาสที่คำพิพากษาของศาลไทยได้รับการรับรองและบังคับในศาลต่างประเทศเป็นการตอบแทน

๔. บทวิเคราะห์เพื่อการตรากฎหมายของประเทศไทย

๔.๑ ความจำเป็นของประเทศไทยในการตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับ

การรับรองคำพิพากษาศาลต่างประเทศมิใช่เรื่องที่คู่กรณีจะตกลงกันได้เองโดยกำหนดในสัญญา เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่ต้องเป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ ดังนั้น หากจะยอมรับบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในไทย ย่อมจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติขึ้นใช้ในการเฉพาะ หากจะอ้างว่าเป็นดุลพินิจของศาลว่าจะรับรองและบังคับตามคำพิพากษาให้หรือไม่ ในเรื่องนี้เห็นว่าเป็นการปล่อยให้ศาลใช้ดุลพินิจกว้างมากเกินไป สมควรกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเอาไว้ด้วย เพื่อเป็นแหล่งอ้างอิงเบื้องต้นของศาลและประชาชนจะได้ทราบอย่างชัดเจน มีความโปร่งใส ส่วนในรายละเอียดว่าจะปฏิเสธไม่บังคับตามคำพิพากษาให้เพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประเทศไทยนั้น ก็ได้ขัดข้องที่จะปล่อยให้เป็นที่สำหรับศาลใช้ดุลพินิจ เนื่องจากลักษณะประการหนึ่งของความสงบเรียบร้อยฯ คือ เปลี่ยนแปลงตามกาลและเวลา (variable over time)

๔.๒ การเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาระหว่างประเทศแบบพหุภาคี

หากจะถามว่าปัจจุบันมีอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับใดที่เปิดให้ประเทศไทยสามารถเข้าร่วมเป็นภาคีได้บ้าง ได้แก่ Convention of 2 July 1919 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters ซึ่งเป็นเรื่องของการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาคดีแพ่งและพาณิชย์โดยตรง การเป็นสมาชิกในอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับนี้ย่อมทำให้การเคลื่อนย้ายของคำพิพากษาเป็นไปได้อย่างสะดวกรวดเร็ว มีขั้นตอนน้อยลง มีความแน่นอนในการที่ศาลของรัฐสมาชิกจะยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาที่มาจากศาลของรัฐสมาชิกด้วยกันมากขึ้น แต่ประเทศต่าง ๆ ย่อมต้องศึกษาอย่างรอบคอบเช่นกันว่าจะเกิดผลดีมาน้อยเพียงใด เพราะขอบเขตของอนุสัญญา

ค่อนข้างจำกัดอยู่พอสมควร อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับนี้เป็นเรื่องค่อนข้างใหม่ จึงยังไม่มีผลใช้บังคับเพราะจำนวนภาคีสมาชิกยังไม่ครบตามที่กำหนดไว้ หากจะพิจารณาว่า ควรเข้าร่วมหรือไม่ ก็ต้องศึกษาข้อบทของอนุสัญญาฯ ทั้งฉบับให้รอบด้าน อนึ่ง สิงคโปร์ จีน และ ญี่ปุ่นยังมิได้ลงนามในอนุสัญญาฯ หากจะพิจารณาท่าทีของประเทศไทยในปัจจุบันคงต้องตอบว่า ยังไม่มีความสนใจที่จะเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกในคดีแพ่งและพาณิชย์ฉบับใดทั้งสิ้น เพราะแม้แต่อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. ๒๐๐๕ ที่มีผลใช้บังคับมาระยะหนึ่งแล้วและเป็นเรื่องที่จำกัดอยู่เฉพาะการเลือกศาล เพื่อระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ประเทศไทยก็ได้ให้ความสนใจเข้าร่วมแต่น้อย ยิ่งพิจารณาจากความลังเลในการตัดสินใจเข้าร่วมเป็นสมาชิกของ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna 1980 หรือ CISG) ยิ่งเห็นได้ชัดเจนว่าแม้จะมีการศึกษาเรื่องนี้ในไทยมากกว่าสามสิบปีกระทั้ง ไม่เหลือประเด็นใดให้ศึกษาได้อีก มีการรวบรวมกรณีศึกษาที่เกิดในแต่ละประเทศให้สามารถค้นคว้าได้และเป็นข้อมูลที่เป็นทางการ (Digest of Case Law) แต่ไทยก็ไม่ได้จริงจังกับการเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ เพราะถ้ามีความตั้งใจ ผลักดันอย่างจริงจังก็คงประสบความสำเร็จไปนานแล้ว ดังนั้น หากพิจารณาตามความเป็นจริง ต้องยอมรับว่าการเสนอให้ไทยเข้าเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ การรับรอง การบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศอันเป็นส่วนของกฎหมายวิธีพิจารณาความยอมเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในไทยได้ยากยิ่งกว่า ผู้เขียนจึงได้เสนอแนวทางที่พอจะเป็นไปได้มากที่สุดสำหรับประเทศไทยดังจะได้กล่าวในลำดับต่อไป

๔.๓ การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

เมื่อกล่าวว่าการเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศเป็นเรื่องที่ท้าทายอย่างมากสำหรับประเทศไทย ทางออกที่อาจเป็นไปได้ (แม้ว่าจะไม่ง่ายมากนัก) คือ ย้อนกลับมาพิจารณาเครื่องมือทางกฎหมายที่มีอยู่ ได้แก่ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนี้ อาจมีคำถามว่าเหตุใดจึงไม่คิดให้ไกลไปถึงขั้นทำให้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของรัฐสมาชิกอาเซียนเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Unification of Laws) ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อพิจารณาจากลักษณะเฉพาะตลอดจนวัฒนธรรมของรัฐสมาชิกอาเซียนแล้วต้องยอมรับว่าเป็นไปได้ค่อนข้างยาก โดยเฉพาะการยกร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศขึ้นใช้ระหว่างรัฐสมาชิก ทั้งนี้ เนื่องจากนักกฎหมายส่วนหนึ่งเกรงว่าจะกระทบอำนาจอธิปไตยของรัฐ แม้ว่าจะมีตัวอย่างของกฎหมายสหภาพยุโรปที่ผ่านการทดสอบทางสังคมมาเป็นเวลากว่า กึ่งศตวรรษให้เรียนรู้ แต่เป็นเพราะวัฒนธรรมแบบเอเชียมีความแตกต่างจากตะวันตกค่อนข้างมาก การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจโดยใช้กฎหมายเป็นรากฐานจึงเกิดขึ้นได้ยาก ทั้งนี้ เนื่องด้วยวิถีอาเซียนไม่นิยมการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือหลักในการตัดสินเรื่องต่าง ๆ สะท้อนให้เห็นได้ในกฎบัตรอาเซียนที่ใช้ระบบฉันทามติแทนการใช้การลงมติที่ต้องมีการแสดงผลแพ้-ชนะ การรวมกลุ่มของประเทศในอาเซียนจึงไม่เอื้อต่อการพัฒนากฎหมายให้เป็นรูปแบบเดียวกันหรือที่เรียกว่ากฎหมาย

เอกรูป (Uniform Law) แต่ผู้เขียนไม่ได้ปฏิเสธว่าประชาคมอาเซียนอาจมีวิธีการอื่น เช่น การผสมหรือบูรณาการกฎหมาย (harmonization of law) มาใช้โดยการจัดทำกฎหมายแม่แบบ (Model Law) แต่นั่นคงเป็นเรื่องที่ต้องใช้เวลาอีกเช่นกัน

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมานี้ การดำเนินการอย่างเป็นอิสระไม่ต้องเกี่ยวข้องกับอำนาจภายนอกโดยเลือกวิธีการชำระกฎหมายภายในของไทยจึงเหมาะสมกว่า เนื่องจากการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจทำให้คนชาติของรัฐสมาชิกมีเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายระหว่างประเทศมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการเดินทางท่องเที่ยว การศึกษาต่อต่างประเทศ การเดินทางไปทำงาน การประกอบธุรกิจ และการลงทุนในต่างประเทศ ซึ่งกิจกรรมข้ามชาติที่กล่าวมานี้มีได้เกิดขึ้นกับเฉพาะกลุ่มสมาชิกอาเซียน แต่ยังรวมไปถึงประเทศอื่น ๆ นอกอาเซียนอีกด้วย ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากจะมีกฎหมายรองรับในเรื่องการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศก็สมควรที่จะพิจารณาให้ครอบคลุมไปถึงกรณีคำพิพากษาที่มาจากประเทศนอกประชาคมอาเซียนด้วย เพื่อให้เกิดประโยชน์อย่างแท้จริงต่อประเทศไทยและป้องกันไม่ให้เกิดกรณีที่ไทยจะต้องให้สิทธิประโยชน์ในเรื่องการบังคับตามคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์กับทุกรัฐ ซึ่งเรื่องนี้จะเกิดขึ้นหากไทยเลือกเข้าเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาระหว่างประเทศ โดยแนวทางที่เป็นไปได้ คือ

๑) การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เหมาะสมสำหรับกรณีที่เป็นเพียงการวางหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ไม่ระบุรายละเอียด ขั้นตอนมากจนเกินไป อาทิ กำหนดขอบเขตว่าจะบังคับให้เฉพาะเรื่องดังต่อไปนี้ และจะเป็นไปตาม “หลักการต่างตอบแทน” เป็นสำคัญ โดยไม่จำเป็นต้องตราขึ้นเป็นกฎหมายเฉพาะเพื่อใช้กับเรื่องนี้ เพราะจะทำให้เกิดความแปลกแยกจากระบบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป โดยเฉพาะกรณีที่มีพระราชบัญญัติอื่นอุดช่องว่างของกฎหมายด้วยการกำหนดให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม ตัวอย่างเช่น จีน และญี่ปุ่น

๒) ตรากฎหมายเฉพาะขึ้นใช้ เป็นวิธีที่เหมาะสมกับกรณีที่ต้องการระบุรายละเอียดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการ ข้อยกเว้นต่าง ๆ ไว้อย่างชัดเจนทุกขั้นตอน ดังเช่นกรณีของสิงคโปร์ โดยสามารถกำหนดให้ชัดเจนเช่นเดียวกับ ๑) ว่าการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาต่างประเทศในไทยนั้นต้องเป็นไปตามหลักต่างตอบแทน

๔.๔ สามารถนำวิธีการอื่นมาใช้แทนการตรากฎหมายได้หรือไม่

เหตุผลที่รัฐควรแทรกแซงเรื่องการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นค่อนข้างชัดเจน เพราะการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาเป็นขั้นตอนหนึ่งที่อยู่ภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประเทศไทย คู่กรณีไม่สามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ จึงไม่มีทางเลือกอื่นใดที่จะนำมาใช้เพื่อให้คำพิพากษาของศาลต่างประเทศสามารถมีผลในดินแดนของรัฐไทยได้นอกจากการตราเป็นกฎหมายเพื่อรับรอง โดยมีทางเลือกที่ได้นำเสนอไปข้างต้นว่าอาจเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรืออาจเป็นการตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติขึ้นใช้บังคับ

ข้อเสนอแนะ

๑) หากประเทศไทยแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่องนี้โดยไม่มีเงื่อนไข บทบัญญัติดังกล่าวย่อมมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไปกับคนทุกชาติ แม้ว่าประเทศดังกล่าวจะยังไม่มีกฎหมายภายในว่าด้วยการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศก็ตาม เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่เป็นคนต่างด้าวย่อมได้รับประโยชน์จากกฎหมายไทยอย่างเต็มที่ แต่คนสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลสัญชาติไทยที่ฟ้องคดีต่อศาลไทยและเป็นฝ่ายชนะคดีอาจจะไม่ได้รับประโยชน์ในลักษณะเดียวกัน หรือยังคงต้องเผชิญปัญหาการบังคับตามคำพิพากษาศาลไทยในต่างประเทศอยู่เช่นเดิม เพราะไม่มีกลไกรับรองว่าศาลของประเทศอื่นจะยอมบังคับตามคำพิพากษาของศาลไทยให้

ตามที่กล่าวมาแล้วว่าทางเลือกที่เป็นไปได้สำหรับประเทศไทยคือ การตรากฎหมายโดยระบุไว้อย่างชัดเจนว่าศาลไทยจะรับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศโดยคำนึงถึงหลักต่างตอบแทน เช่นเดียวกับ Reciprocal Enforcement of Foreign Judgments Act ของสิงคโปร์ หรือกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีน และกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของญี่ปุ่น รวมถึงมาตรา ๑๗๘ แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๕๔๓ ก็เป็นตัวอย่งทันสมัยที่สามารถใช้เป็นแนวทางในการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ ซึ่งจะช่วยผ่อนคลายความกังวลของนักกฎหมายไปได้ส่วนหนึ่งว่าประเทศไทยจะไม่เสียเปรียบต่างชาติ ไม่สูญเสียอธิปไตยทางการศาล เพราะศาลไทยจะรับรองคำพิพากษาของศาลต่างประเทศให้เฉพาะกรณีที่ประเทศนั้น ๆ ยอมรับรองและบังคับตามคำพิพากษาของศาลไทยให้เช่นเดียวกัน

๒) นอกจากที่จะต้องดำเนินการปรับปรุงกฎหมายให้รองรับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่ารัฐควรสร้างความชัดเจนในเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับวิธีพิจารณาความแพ่งในคดีที่มีลักษณะระหว่างประเทศไปพร้อมกัน ได้แก่ เขตอำนาจศาลโดยทั่วไป เขตอำนาจศาลที่เกิดจากข้อตกลงเลือกศาล เขตอำนาจศาลที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ (Exclusive Jurisdiction) ในคดีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อน้อยกว่า เช่น คดีผู้บริโภค ผู้เอาประกันภัย (ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาประกันภัย) ลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน ประเด็นเรื่องความสงบเรียบร้อย (Public Order) อาทิ เรื่องหนี้ที่เกิดจากการพนันในคาสิโนตามที่ได้ยกตัวอย่างไว้ในตอนต้น ประเด็นกฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที (Lois de police หรือ Overriding Mandatory Rules) ประเด็นการฟ้องซ้อนระหว่างศาลของสองรัฐขึ้นไป (lis pendens) เพราะปัญหาเรื่องการปฏิเสธไม่บังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศจะยังคงมีอยู่หากไม่ได้จัดการปัญหาการฟ้องซ้อนไปพร้อมกัน เนื่องจากการที่คู่ความเดียวกันนำข้อพิพาทในประเด็นเดียวกันโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกันไปฟ้องเป็นคดีต่อศาลคนละประเทศ หากคดีถึงที่สุดแล้วในศาลของประเทศหนึ่งแต่คดียังอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลอีกประเทศหนึ่ง เช่นนี้ ย่อมเป็นไปได้ยากที่ศาลของรัฐที่คดียังอยู่ระหว่างการพิจารณาจะยอมรับบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศให้

บทสรุป

ปัญหาที่ทำให้ประเทศไทยยังคงสับสนท่าทีในเรื่องการรับรองและการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ อาจเป็นเพราะเกรงจะเป็นการลดอำนาจของศาลไทย ตลอดจนเกรงว่าลูกหนี้สัญชาติไทยจะถูกบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศได้โดยง่าย แน่นอนว่าบทความนี้มีใช้ผลงานชิ้นแรกในเรื่องการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่าบรรดางานวิจัย บทความทางวิชาการ ตลอดจนการเรียนการสอนวิชากฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคลซึ่งเป็นวิชาบังคับที่นักกฎหมายทุกคนต้องศึกษาตั้งแต่ระดับปริญญาตรีก็น่าจะทำให้ผู้เกี่ยวข้องจำนวนหนึ่งเข้าใจปัญหาและความสำคัญของเรื่องนี้มาพอสมควรแล้ว การเพิกเฉยของภาคส่วนที่เกี่ยวข้องด้วยการอ้างว่ายังไม่มีความจำเป็นในขณะนี้จึงเป็นสิ่งที่ขัดแย้งกับความพยายามของรัฐบาลในการแก้ไขกฎ ระเบียบให้เอื้อต่อการลงทุนอันเป็นการดำเนินการตามนโยบายเพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันกับประเทศอื่น ๆ ในการประกอบธุรกิจ トラบเท่าที่ยังไม่มีการตอบรับจากภาคส่วนที่เกี่ยวข้องเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายวิธีพิจารณาความ ให้รองรับเรื่องนี้ คงไม่อาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยอำนวยความสะดวกในการประกอบธุรกิจ ให้คนต่างชาติอย่างเต็มที่ เมื่อเกิดข้อพิพาทเป็นคดีขึ้นสู่ศาล แม้ขณะคดีมีสถานะเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาแต่ไม่สามารถบังคับเอากับลูกหนี้ได้ ย่อมไม่เกิดประโยชน์ ดังนั้น ประเทศไทยยังจำเป็นต้องให้ความสำคัญกับการพัฒนากฎหมายให้เป็น business-friendly legal system เพื่อให้บรรลุเป้าหมายในการดึงดูดนักลงทุนต่อไป

รายงานดัชนีข้อจำกัดการค้าบริการของ OECD ว่าด้วยแนวโน้มการจัดทำนโยบาย *
(OECD Trade Restrictiveness Index: Policy Trends up to 2022)

ณรรธา บ็อดรัฐ**

ดัชนีข้อจำกัดการค้าบริการของ OECD ว่าด้วยแนวโน้มการจัดทำนโยบาย (OECD Trade Restrictiveness Index: Policy Trends up to 2022) เป็นรายงานประจำปีที่จัดทำขึ้นโดย OECD โดยฉบับล่าสุดที่จะกล่าวถึงนี้เผยแพร่เมื่อเดือนกุมภาพันธ์ ปี ๒๕๖๕ มีสาระสำคัญเป็นการรวบรวมและวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงด้านนโยบายและกฎระเบียบที่ส่งผลต่อการค้าบริการใน ๔๖ ประเทศและใน ๒๒ ภาคส่วน โดยประเมินข้อมูลจากการประติบัติแก่ชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nation Treatment: MFN) ซึ่งรายงานฯ จะกำหนดค่าบ่งชี้ด้านข้อจำกัดการค้าบริการ (STRI Indicator) ให้มีค่าระหว่าง ๐-๑ โดย ๑ บ่งชี้สภาพแวดล้อมการค้าที่จำกัดที่สุด ในส่วนของรายงานฉบับล่าสุดนั้น สรุปผลการวิเคราะห์ได้ดังนี้

๑. กฎระเบียบด้านการค้าบริการแสดงแนวโน้มการเปิดเสรีมากขึ้นในช่วงปีที่ผ่านมา แต่โดยที่นโยบายยังคงเป็นอุปสรรคในการกีดกันทางการค้าบริการ

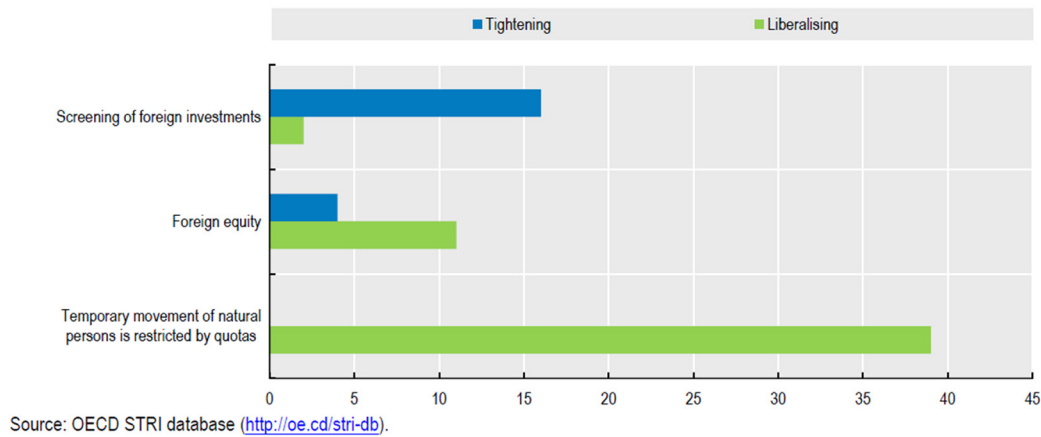
OECD พบว่า กฎระเบียบด้านการค้าบริการแสดงแนวโน้มการเปิดเสรีมากขึ้นในช่วงปีที่ผ่านมา มีการชะลอการออกมาตรการการกีดกันทางการค้าในเกือบทุกภาคส่วนหลักที่รายงานฯ ครอบคลุมโดยข้อมูลบ่งชี้ว่าข้อจำกัดทางการค้า (trade barriers) ลดลงอย่างมีนัยสำคัญทั้งในด้านปริมาณและผลกระทบ แต่อย่างไรก็ตาม ในส่วนของนโยบายเพื่อลดอุปสรรคด้านการค้าบริการนั้น ยังคงกระจุกตัวอยู่ในบางภาคส่วน เช่น การขนส่งทางอากาศหรือการธนาคารพาณิชย์ ดังนั้น แม้จะมีนโยบายผ่อนคลายเป็นอุปสรรคทางการค้า แต่ระดับของข้อจำกัดในภาคส่วนเหล่านี้ยังคงค่อนข้างสูงโดยเฉลี่ยทั่วโลก โดยมีการเปิดเสรีทางการค้ามากที่สุดได้แก่ การผ่อนคลามาตรการการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาชั่วคราว และมาตรการการลงทุนตราสารหนี้ระหว่างประเทศ ในขณะที่เดียวกันพบว่าหลายประเทศเพิ่มมาตรการคัดกรองการลงทุนจากต่างประเทศ อีกทั้งพบว่ามาตรการของรัฐที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์การระบาดของ COVID-19 ส่งผลกระทบต่อภาคส่วนที่กล่าวถึงในรายงานในระดับน้อย เนื่องจากมาตรการดังกล่าวเป็นเพียงมาตรการชั่วคราวหรือมีได้เกี่ยวข้องกับภาคส่วนที่รายงานฯ ครอบคลุม

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ ฝ่ายกฎหมายการเงิน กองกฎหมายการเงินการคลัง

Figure 2. Changes in economy-wide measures in 2021

Number of measures changed in the STRI database across all countries and sectors

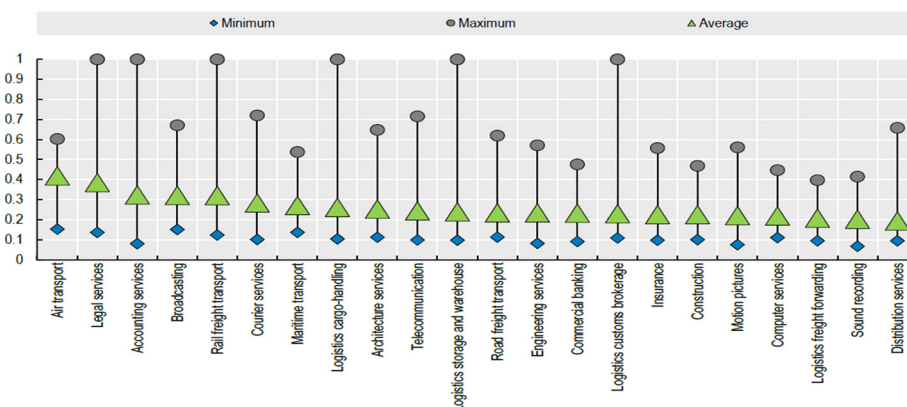


รูป ๑ การเปลี่ยนแปลงในจำนวนมาตรการที่ส่งผลต่อข้อจำกัดการค้าบริการ (STRI Indicator) โดยรวม

๒. การวิเคราะห์ระดับการเปิดเสรีรายภาคส่วน

การเปิดเสรีทางการค้าพบได้มากที่สุดในภาคส่วนการธนาคารพาณิชย์ และบริการคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบริการการกระจายสินค้า การขนส่งและโลจิสติกส์ และการบันทึกเสียง และภาคส่วนที่มีการเปิดเสรีทางการค้าน้อยที่สุดได้แก่การบริการขนส่งทางอากาศ การบริการด้านกฎหมาย และการสอบบัญชี

Figure 3. STRI, minimum and maximum values by sector, 2021



รูป ๒ ข้อจำกัดการค้าบริการ (STRI Indicator) ในแต่ละภาคส่วน

นอกจากนี้ รายงานฯ วิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับนโยบายในแต่ละโหมดการบริการ การเข้าสู่ตลาด (Market Access) ตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS) ซึ่งเป็นหลักการเกี่ยวกับการเปิดตลาดให้ต่างชาติเข้ามาทำธุรกิจ การค้าบริการด้านการเงินภายในประเทศ การเปิดตลาดการค้าบริการด้านการเงิน ประกอบด้วย ๔ รูปแบบ ดังนี้

(๑) Mode 1 Cross-border supply การให้ธุรกิจการเงินต่างประเทศสามารถเสนอบริการข้ามพรมแดนมาได้

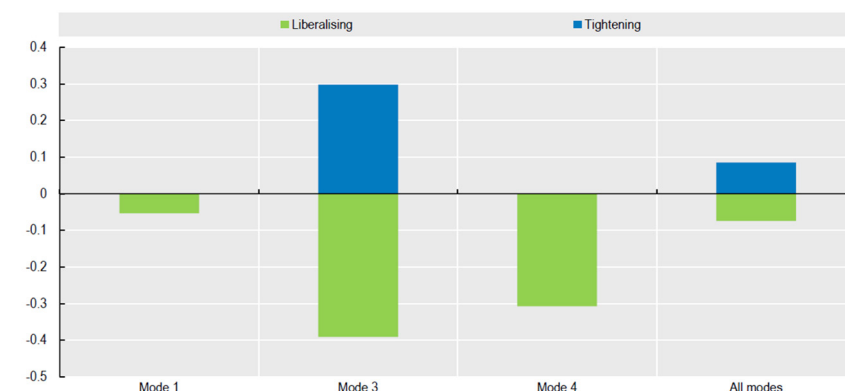
(๒) Mode 2 Consumption abroad การให้ผู้ให้บริการในประเทศเข้าไปใช้บริการการเงินในต่างประเทศได้

(๓) Mode 3 Commercial presence การให้ธุรกิจการเงินต่างประเทศเข้ามาเปิดดำเนินธุรกิจในรูปแบบต่าง ๆ ในประเทศได้ เช่น การถือหุ้น การเปิดสาขา

(๔) Mode 4 Presence of natural persons การอนุญาตให้บุคลากรที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจการเงินของต่างประเทศเข้ามาดำเนินธุรกิจในประเทศได้

โดยรายงานฯ วิเคราะห์ข้อมูลในส่วนของโหมดที่ ๑ โหมดที่ ๓ และโหมดที่ ๔ โดยในปี ๒๐๒๑ พบว่า มีการผ่อนคลายกฎระเบียบด้านขายบริการผ่านสถานประกอบการค้า (services traded through commercial establishments: mode 3) มากที่สุด เช่น การยกเลิกข้อกำหนดเกี่ยวกับการถือหุ้นส่วนใหญ่โดยสัญชาติสำหรับผู้ได้รับอนุญาตประกอบการขนส่งทางอากาศในสหราชอาณาจักร และการเปิดให้ชาวต่างชาติประกอบกิจการก่อสร้างได้ในประเทศอินโดนีเซีย และในอันดับรองลงมา ได้แก่ การขายบริการผ่านการเคลื่อนย้ายผู้ให้บริการชั่วคราว (temporary movement of services providers : mode 4) เช่น มาตรการเพื่ออำนวยความสะดวกในการตรวจคนเข้าเมืองแก่ผู้เชี่ยวชาญของสหราชอาณาจักร และการลดจำนวนเอกสารประกอบการพิจารณาการตรวจลงตราประเภทนักธุรกิจของประเทศออสเตรเลีย

Figure 4. Policy changes and modes of supply, 2020-2021



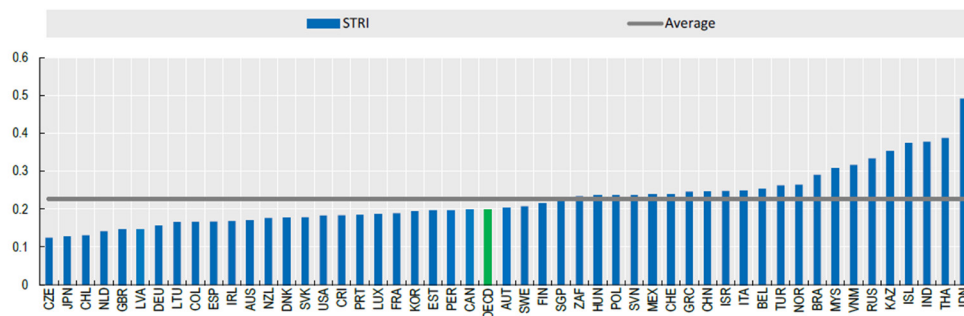
Source: OECD STRI database (<http://oe.cd/stri-db>).

รูป ๓ การเปลี่ยนแปลงของนโยบายในแต่ละโหมดการบริการ

๓. ประเทศผู้นำในด้านการเปิดเสรี

จากการวิเคราะห์ข้อมูลทั้งสิ้น ๕๐ ประเทศ ประเทศที่มีกฎระเบียบที่กีดกันทางการค้าในทุก ๆ ภาคส่วนที่น้อยที่สุดในปี ๒๐๑๙ ได้แก่ สาธารณรัฐเช็ก ญี่ปุ่น และชิลี และประเทศที่มีการเปิดเสรีทางการค้ามากที่สุด ได้แก่ สหราชอาณาจักร อินโดนีเซีย และเวียดนาม ส่วนประเทศไทยอยู่อันดับที่ ๔๙ โดยประเทศที่ระดับการเปิดเสรีลดมากที่สุดจากปี ๒๐๒๐ ได้แก่ สหราชอาณาจักร อินโดนีเซีย และเวียดนาม

Figure 5. Average STRI across countries, 2021



Note: The STRI indices take values between zero and one, one being the most restrictive. The STRI database records measures on a Most Favoured Nations basis. Air transport and road freight cover only commercial establishment (with accompanying movement of people). The indices are based on laws and regulations in force on 31 October 2021. The STRI regulatory database covers the 38 OECD countries, Brazil, the People's Republic of China, India, Indonesia, Kazakhstan, Malaysia, Peru, Russian Federation, Singapore, South Africa, Thailand, and Viet Nam.

The statistical data for Israel are supplied by and under the responsibility of the relevant Israeli authorities. The use of such data by the OECD is without prejudice to the status of the Golan Heights, East Jerusalem and Israeli settlements in the West Bank under the terms of international law.

Source: OECD STRI database (<http://oe.cd/stri-db>).

รูป ๕ ค่าบ่งชี้ข้อจำกัดการค้าบริการ (STRI Indicator) ในแต่ละประเทศ

๔. ข้อสังเกตของผู้จัดทำรายงานเกี่ยวกับนโยบายการเปิดเสรีการขายบริการในประเทศไทย

OECD กำหนดค่าบ่งชี้ด้านข้อจำกัดการค้าบริการ (STRI Indicator) ของประเทศไทยในรอบการประเมินนี้ไว้ที่ ๐.๓๙ ซึ่งเป็นอันดับที่ ๔๙ จากประเทศทั้งสิ้น ๕๐ ประเทศ โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับนโยบายและกฎหมายที่มีผลต่อการเปิดเสรีการขายบริการในประเทศไทยสองประการ ได้แก่

(๑) พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ๒๕๖๒ ซึ่งกำหนดกรอบการทำงานสำหรับการปกป้องข้อมูลและควบคุมกระแสข้อมูลข้ามพรมแดน อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ยังเต็มรูปแบบได้ถูกเลื่อนออกไปเป็นไตรมาสที่สองของปี ๒๕๖๕

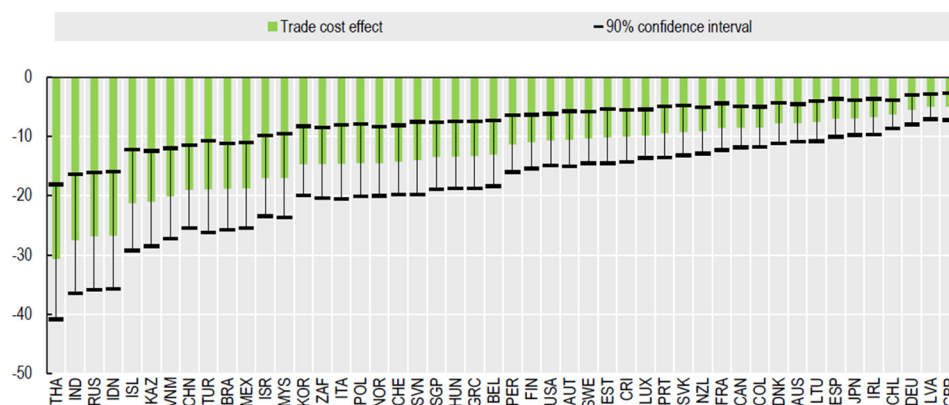
(๒) ณ ปี ๒๕๖๐ องค์กรรัฐวิสาหกิจไม่ได้รับการยกเว้นจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ อย่างไรก็ตาม มีบางภาคส่วนอยู่ภายใต้ข้อบังคับการแข่งขันที่เฉพาะเจาะจง ดังนั้น จึงได้รับการยกเว้นจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ซึ่งรวมถึงภาคส่วนโทรคมนาคม บริการทางการเงิน และการบินพลเรือน

๕. ผลประโยชน์ของการเปิดเสรี

OECD เห็นว่า การรับรองแนวทางการกำกับดูแลการค้าบริการภายในประเทศขององค์การการค้าโลก (WTO Reference Paper on Services Domestic Regulation) เมื่อปลายปี ๒๐๒๑ บ่งชี้ถึงแนวโน้มการเปิดเสรีการค้าบริการ และผลการวิเคราะห์ข้อมูลบ่งชี้ว่าหากมีการรับแนวทางฯ มาปรับใช้จะทำให้ลดต้นทุนการค้าบริการได้มากถึงหนึ่งแสนห้าหมื่นล้านดอลลาร์สหรัฐต่อปี โดยภาคส่วนที่จะได้รับประโยชน์สูงสุดได้แก่ ภาคบริการด้านการเงิน ธุรกิจการสื่อสาร และการขนส่ง โดยในส่วนของประเทศไทยนั้น OECD วิเคราะห์ว่า หากประเทศไทยดำเนินการการปฏิรูปนโยบายให้เปิดเสรีในระดับเท่าเทียมกับครึ่งหนึ่งของค่าเฉลี่ยของประเทศผู้นำจะทำให้ลดต้นทุนการค้าเกินร้อยละ ๓๐ ของมูลค่าการส่งออก ซึ่งเป็นประเทศที่จะได้รับผลประโยชน์มากที่สุดในบรรดา ๕๐ ประเทศ

Figure 8. Trade cost effects of services liberalisation by country

Trade cost implications of policy reforms in the STRI, 2021 (% of export values)



รูป ๕ ผลกระทบต้นทุนการค้าของการเปิดเสรีบริการ

๖. บทสรุป

ดัชนีข้อจำกัดการค้าบริการของ OECD ว่าด้วยแนวโน้มการจัดทำนโยบาย (OECD Trade Restrictiveness Index: Policy Trends up to 2022) พบว่า กฎระเบียบด้านการค้าบริการแสดงแนวโน้มการเปิดเสรีมากขึ้นในช่วงปีที่ผ่านมาในเกือบทุกภาคส่วน โดยข้อจำกัดทางการค้าลดลงอย่างมีนัยสำคัญทั้งในด้านปริมาณและผลกระทบ แต่อย่างไรก็ตาม ในส่วนของนโยบายเพื่อลดอุปสรรคด้านการค้านั้น ยังคงกระจุกตัวอยู่ในบางภาคส่วน มีการเปิดเสรีทางการค้ามากที่สุดในภาคส่วนการธนาคารพาณิชย์ และบริการคอมพิวเตอร์ และน้อยที่สุดในการบริการขนส่งทางอากาศ การบริการด้านกฎหมาย และการสอบบัญชี ในส่วนของประเทศไทยนั้น OECD ยังคงกำหนดค่าบ่งชี้ด้านข้อจำกัดการค้าบริการ (STRI Indicator) ในระดับที่ไม่ดีเมื่อเทียบกับประเทศอื่น โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับกฎหมายสองฉบับได้แก่พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูล

ส่วนบุคคล พ.ศ. ๒๕๖๒ ซึ่งกำหนดให้มีผลบังคับใช้อย่างเต็มรูปแบบในไตรมาสที่สองของปี ๒๕๖๕ และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งไม่ครอบคลุมถึงภาคส่วนโทรคมนาคม บริการทางการเงิน และการบินพลเรือน อย่างไรก็ตาม รายงานฯ แสดงให้เห็นว่าหากประเทศไทย ดำเนินการการปฏิรูปนโยบายให้เปิดเสรีในระดับเท่าเทียมกับครึ่งหนึ่งของค่าเฉลี่ยของประเทศผู้นำ จะทำให้ลดต้นทุนการค้าเกินร้อยละ ๓๐ ของมูลค่าการส่งออก ซึ่งเป็นประเทศที่จะได้รับ ผลประโยชน์มากที่สุดในบรรดา ๕๐ ประเทศ โดยตลาดการค้าบริการที่เปิดเสรีจะส่งเสริม ความยืดหยุ่นและยั่งยืนของห่วงโซ่อุปทาน (supply chain resilience) และต้นทุนการค้าบริการ ที่น้อยลงจะช่วยให้ผู้ส่งออกฟื้นตัวจากสถานการณ์การระบาดของ COVID-19 ได้เร็วขึ้น โดย กฎการค้าพหุภาคี (multilateral trade rules) และความยืดหยุ่นในการเปิดเสรีด้านการค้าบริการ จะลดต้นทุนและให้ความมั่นใจแก่ผู้ประกอบการที่ต้องการเข้าถึงตลาดต่างประเทศ

“แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา” ตามกฎหมายแรงงานของประเทศสเปน*
(*El Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente* : TRADE)

ปกิตตา นิภาวรรณ โชติกิตติกุล**

ในช่วง ๒๐ ปีที่ผ่านมา ผู้ประกอบกิจการในประเทศสเปนมีแนวโน้มที่จะจ้างบุคคลภายนอกที่เป็นแรงงานรับจ้างทำงานอิสระมาทำงานในส่วนที่ตนไม่เชี่ยวชาญและงานนั้นไม่ใช่งานหลักของธุรกิจ เพื่อลดต้นทุนค่าใช้จ่าย ตัวอย่างเช่น งานขนส่ง โรงเก็บสินค้า งานเทคโนโลยีสารสนเทศ งานโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการ งานทำความสะอาด งานดูแลเครื่องมืออุปกรณ์ งานต้อนรับ งานรักษาความปลอดภัย เป็นต้น โดยเฉพาะในช่วงสถานการณ์โรคระบาดโควิด-๑๙ ที่สถานประกอบกิจการต้องปิดตัวลงด้วยปัญหาเศรษฐกิจ ลูกจ้างจำนวนมากถูกเลิกจ้างและกลายเป็นแรงงานรับจ้างอิสระซึ่งจะรับทำงานเป็นครั้งคราวตามความต้องการของลูกค้า แต่แรงงานรับจ้างอิสระบางรายอาจรับทำงานให้กับลูกค้าเพียงไม่กี่ราย และรายได้จากลูกค้าคนดังกล่าวก็เป็นรายได้หลักของการทำงานของแรงงานรับจ้างอิสระ

ประเทศสเปนจึงได้มีการตรา “พระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระ” (*Estatuto del Trabajo Autónomo*) (พระราชบัญญัติฉบับที่ ๒๐/๒๐๐๗ ลงวันที่ ๑๑ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๐๗)^๑ (หรือ “กฎหมายฟรีแลนซ์”) เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการทำงานของแรงงานรับจ้างอิสระขึ้นมาเป็นการเฉพาะ และได้กำหนดประเภทของแรงงานรับจ้างอิสระขึ้นมาใหม่อีกประเภทหนึ่งในลักษณะ ๒ แรงงานอิสระ หมวด ๓ แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา^๒ เรียกว่า “แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา” (*Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente* หรือเรียกโดยย่อว่า “TRADE”) เพื่อแก้ไขปัญหาผู้ว่าจ้างหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายคุ้มครองแรงงานและกฎหมายประกันสังคม โดยการทำสัญญาจ้างทำของแทนที่จะทำเป็นสัญญาจ้างแรงงาน และบังคับให้แรงงานที่ควรจะเป็น “ลูกจ้าง” ต้องตกอยู่ในสถานะแรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องรับผิดชอบความเสี่ยงในการทำงานด้วยตัวเอง ซึ่งในบางครั้งเรียกแรงงานประเภทนี้ว่า

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย (เมษายน ๒๕๖๕)

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายกฎหมายสวัสดิการสังคม กองกฎหมายสวัสดิการสังคม/ฝ่ายกิจการพิเศษ กองกฎหมายไทย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา; เนติบัณฑิตไทยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา (๒๕๖๓); ปริญญาเอก กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยกลาสโกว์ สหราชอาณาจักร (๒๕๕๙); ปริญญาโท กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (๒๕๕๑) และปริญญาตรี กฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยอิมโง-มูแลง ลียง ๓ สาธารณรัฐฝรั่งเศส (๒๕๔๙).

^๑ Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

^๒ Título II. El regimen profesional de los Trabajadores Autónomos. Capítulo III. Régimen general del trabajador autónomo económicamente dependiente.

“แรงงานรับจ้างอิสระที่ไม่อิสระอย่างแท้จริง” (“bogus” self-employed workers หรือในภาษาสเปนใช้คำว่า “falso autónomo”)

แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา (TRADE) เป็นแรงงานที่มีสถานะ “กึ่งถูกบังคับบัญชา” (“quasi-subordinate”) หรือ “เสมือนอยู่ภายใต้บังคับบัญชา” (“para-subordinate”) อาจกล่าวได้ว่าเป็น “แรงงานกึ่งอิสระ” ที่อยู่ตรงกลางระหว่างลูกจ้าง (empleado) และแรงงานรับจ้างอิสระโดยแท้ (trabajo autónomo)

๑. ประเภทของแรงงานรับจ้างอิสระ (El Trabajador Autónomo) ในประเทศสเปน

ในประเทศสเปนอาจแบ่งแรงงานอิสระออกเป็น ๖ ประเภท^๓ ได้แก่

(๑) ผู้ใช้แรงงานแบบรับจ้างอิสระ (Trabajadores Autónomos) อาจเป็นผู้ใช้แรงงานหรือมีกิจการเล็ก ๆ เป็นของตัวเอง เช่น คนขับรถแท็กซี่ พ่อค้าแม่ค้า ช่างตัดผม ช่างก่อสร้าง ช่างไฟฟ้า ช่างประปา ช่างทำสวน นักแสดง นักกีฬา นักแข่งวัวกระทิง เป็นต้น

(๒) นักวิชาชีพอิสระ (Profesionales autónomos) ที่มีการขึ้นทะเบียนประกอบวิชาชีพ เช่น แพทย์ ทนาย วิศวกร สถาปนิก หรืออาจจะไม่ได้ขึ้นทะเบียน เช่น ดีไซน์เนอร์ ครู นักเขียน นักโฆษณา เป็นต้น

(๓) เจ้าของกิจการ (Emprendedores independientes) หุ่นส่วนของกิจการจะต้องขึ้นทะเบียนเป็นแรงงานรับจ้างอิสระ และไม่สามารถที่จะขึ้นทะเบียนเป็นลูกจ้างในระบบประกันสังคมได้

(๔) แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา (Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente (TRADE หรือ TAED)) เป็นแรงงานรับจ้างอิสระที่ประกอบอาชีพโดยตรงด้วยตนเอง (direct) และเป็นประจำ (regular) ให้กับลูกค้าเพียงคนเดียวเป็นหลัก และมีรายได้จากลูกค้าคนดังกล่าวไม่น้อยกว่าร้อยละ ๗๕ ของรายได้ทั้งหมด แรงงานประเภทนี้จะได้รับความคุ้มครองมากกว่าแรงงานรับจ้างอิสระทั่วไป เช่น เวลาพัก วันลาประจำปี ค่าชดเชยกรณีเลิกสัญญา เป็นต้น

(๕) แรงงานรับจ้างอิสระในงานเกษตรกรรม (Trabajadores Agrarios) ต้องเป็นเจ้าของพื้นที่เกษตรกรรมหรือปศุสัตว์ และต้องมีรายได้มาจากการเกษตรกรรมดังกล่าวไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๐ ของรายได้ทั้งหมด อาจจ้างมีการจ้างแรงงานมาทำงานด้วยก็ได้ ในปี ค.ศ. ๒๐๐๘ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้แรงงานอิสระในงานเกษตรกรรมอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายเฉพาะสำหรับแรงงานอิสระในงานเกษตรกรรม (Sistema Especial de los Trabajadores Agrarios : SETA)

^๓ <https://www.selfemployedspain.com/do-you-know-the-different-types-of-self-employed-in-spain/> (สืบค้นครั้งล่าสุดเมื่อ ๒๕ มีนาคม ๒๕๖๕)

(๖) แรงงานรับจ้างอิสระอื่น ๆ ที่ไม่อาจจัดอยู่ในประเทศที่ ๑ ถึง ๖ ได้ เช่น แรงงานในครอบครัว เป็นต้น

๒. “พระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระ” (“Estatuto del Trabajo Autónomo”)

(พระราชบัญญัติฉบับที่ ๒๐/๒๐๐๗ ลงวันที่ ๑๑ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๐๗)

พระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระ ค.ศ. ๒๐๐๗^๔ แบ่งเป็น ๕ ลักษณะ มาตราหลักจำนวน ๒๙ มาตรา มาตราเสริม ๑๙ มาตรา บทเฉพาะกาล ๓ มาตรา บทยกเลิกกฎหมาย ๑ มาตรา และบทส่งท้าย ๖ มาตรา ดังนี้

ลักษณะ ๑ กำหนดขอบเขตการใช้บังคับกฎหมาย นิยามทั่วไป

ลักษณะ ๒ ประเภทอาชีพรับจ้างอิสระ แบ่งออกเป็น ๓ ส่วน ได้แก่

ส่วนที่ ๑ กล่าวถึงสัญญาแพ่งและพาณิชย์อันเป็นที่มาของงานรับจ้างอิสระ กล่าวคือ ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างคู่สัญญามีใช้สัญญาจ้างแรงงาน รวมทั้งกำหนดให้มี “ข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มอาชีพ” (*Los acuerdos de interés profesional*) สำหรับแรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา (TRADE)

ส่วนที่ ๒ กำหนดสิทธิและหน้าที่ของแรงงานรับจ้างอิสระทั่วไป กฎเกณฑ์ในการป้องกันความเสี่ยงที่เกิดจากการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้เยาว์ และการประกันรายได้

ส่วนที่ ๓ ให้การรับรองแรงงานอิสระที่ต้องพึ่งพา (TRADE) ในกฎหมายเป็นครั้งแรก ทั้งนี้ เป็นการสะท้อนกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศสเปนในช่วงปี ค.ศ. ๒๐๐๐ อย่างชัดเจนว่ามีแรงงานประเภนี้เพิ่มจำนวนขึ้นเป็นอย่างมากและรัฐบาลต้องให้ความสำคัญ^๕ รวมถึงรับรองสิทธิในการรวมกลุ่มเจรจาต่อรองของแรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา (TRADE) ด้วย ตามกฎหมายฉบับนี้จึงได้แบ่งแรงงานออกเป็น ๓ ประเภท ได้แก่

(๑) แรงงานรับจ้างอิสระโดยแท้ (*trabajadores autónomos «clásicos»*)

(๒) แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา (*el Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente* (TRADE))

(๓) ลูกจ้าง (*personas empleadas*)

ลักษณะ ๓ กำหนดวิธีการแสดงออกซึ่งสิทธิในการรวมกลุ่มเจรจาต่อรองของแรงงานรับจ้างอิสระ กำหนดให้องค์กรแรงงาน วิธีการคัดเลือกผู้แทน การจัดตั้งสมาคม

^๔ อ้างแล้ว, โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑

^๕ ในปี ค.ศ. ๒๐๐๔ ข้อมูลจากสำนักงานสถิติแห่งชาติของประเทศสเปนปรากฏว่า มีนายจ้างที่ไม่มีลูกจ้าง (*empresarios sin empleados*) ที่ทำงานให้กับบริษัทหรือลูกค้าเพียงรายเดียวประมาณ ๒๘๕,๖๐๐ ราย ซึ่งเพิ่มขึ้นจากสถิติในปี ค.ศ. ๒๐๐๑ ถึงร้อยละ ๓๓

แรงงาน และมีสภาแรงงานรับจ้างอิสระเป็นองค์กรที่ปรึกษาของรัฐบาลในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจสังคมและการประกอบอาชีพของแรงงานรับจ้างอิสระ

ลักษณะ ๔ กำหนดหลักการประกันสังคม หลักเกณฑ์ทั่วไปในการสมัครเป็นผู้ประกันตน การจ่ายเงินสะสมเข้ากองทุนประกันสังคม และมาตรการคุ้มครองต่าง ๆ สำหรับแรงงานรับจ้างอิสระ การยกเว้นหรือลดอัตราการจ่ายเงินสะสมหรือการเพิ่มสิทธิประโยชน์ ซึ่งขึ้นอยู่กับประเภทของแรงงานรับจ้างอิสระและจำนวนเงินสะสมที่จ่ายเข้ากองทุน นอกจากนี้ยังได้ขยายสิทธิประโยชน์ให้แก่แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา (TRADE) ในกรณีอุบัติเหตุจากการทำงานและโรคที่เกิดจากการประกอบอาชีพ รวมถึงอาการป่วยจากสารพิษหรือกิจกรรมที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวด ภายใต้เงื่อนไขเดียวกับผู้ประกันตนในระบบทั่วไป

ลักษณะ ๕ เป็นบทบัญญัติเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนการทำงานรับจ้างอิสระ กำหนดมาตรการที่มุ่งสร้างเสริมวัฒนธรรมการเป็นผู้ประกอบการ การลดต้นทุน การเริ่มต้นอาชีพ การฝึกอบรมอาชีพ และนโยบายสนับสนุนทางการเงินการคลังที่เหมาะสม

๓. การคุ้มครองแรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา

๓.๑ นิยามคำว่า “แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา”

มาตรา ๑๑^๖ แห่งพระราชบัญญัติแรงงานอิสระฯ ได้กำหนดนิยามคำว่า “แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา” (*el Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente* เรียกโดยย่อว่า “TRADE” หรือ “TADE”) หมายความว่า “บุคคลผู้ซึ่งประกอบอาชีพด้วยตัวเองเพื่อหารายได้เป็นประจำ โดยการทำงานให้แก่ “ลูกค้า” (client) ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล และได้รับค่าตอบแทนจากลูกค้าไม่น้อยกว่าร้อยละ ๗๕ ของรายได้ทั้งหมดจากการทำงานหรือประกอบอาชีพ” ซึ่งหมายความว่า ในเวลาเดียวกัน แรงงานคนนั้นก็สามารถทำการงานให้แก่ลูกค้ารายอื่นได้ด้วย

^๖ Artículo 11. Concepto y ámbito subjetivo.

1. Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d) de la presente Ley son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

Article 11. Concept and subjective scope. (คำแปลภาษาอังกฤษ)

(1) The economically dependent self-employed persons referred to in Article 1.2.d) of this Law are those who carry out an economic or professional activity in a lucrative and usual manner, personal, direct and predominant. for a natural or legal person, referred to as a client, on whom he or she is economically dependent for receiving at least 75% of his income from income from work and economic or professional activities.

๓.๒ เงื่อนไขในการเป็น “แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา”

การพิจารณาว่าแรงงานคนหนึ่งจะเป็น “แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา” หรือไม่นั้น ต้องเข้าเงื่อนไขทุกข้อ ดังนี้

(๑) ไม่มีลูกจ้าง หรือไม่ช่วงงานต่อแก่บุคคลที่สาม ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

(๒) ไม่เป็นเจ้าของอาคาร สถานที่ หรือสำนักงาน ที่เปิดให้ประชาชน (ลูกค้า) สามารถเข้ามาติดต่อได้โดยตรง

(๓) ทำงานที่แตกต่างจากงานที่ลูกจ้างของสถานประกอบกิจการ (ลูกค้า) นั้นทำเป็นปกติ ในลักษณะที่เป็นการจ้างแรงงาน

(๔) มีอุปกรณ์ในการผลิตหรือวัสดุอุปกรณ์ที่จำเป็นในการทำงานของตนเอง

(๕) กำหนดวิธีการทำงานด้วยตัวเอง เว้นแต่ในกรณีที่ลูกค้ามีคำสั่งทางเทคนิค เป็นพิเศษ

(๖) ได้รับค่าตอบแทนตามผลงาน ขึ้นอยู่กับข้อตกลงที่ทำกับลูกค้า

(๗) ยอมรับความเสี่ยงจากการทำงาน และได้รับผลประโยชน์จากการทำงานด้วยตัวเอง

(๘) จัดแจ้งสัญญากับสำนักงานการจ้างงานของประเทศสเปน (SEPE)^๗

ทั้งนี้ บุคคลที่เป็นเจ้าของสถานประกอบกิจการเชิงพาณิชย์ ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด จะไม่ถือว่าเป็นแรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา (TRADE)

๓.๓ สัญญาจ้างแรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา

มาตรา ๑๒^๘ แห่งพระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระฯ กำหนดให้สัญญาระหว่างแรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา (TRADE) กับลูกค้าต้องจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษร และต้องระบุเอาไว้ในสัญญาโดยชัดแจ้งว่าเป็นสัญญาที่จัดทำขึ้นระหว่าง “ลูกค้า” กับ “แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา” หรือชื่ออื่น ๆ ที่มีความหมายทำนองเดียวกัน และต้องนำสัญญาไปจัดแจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยการจดแจ้งดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเปิดเผยให้ประชาชนทราบเป็นการทั่วไป^๙ แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพาคนหนึ่ง (el TRADE) สามารถทำ “สัญญาการพึ่งพา” กับ “ลูกค้า” ได้เพียงรายเดียวเท่านั้น

^๗ “สำนักงานการจ้างงานของประเทศสเปน” (Servicio Público de Empleo Estatal: SEPE) เป็นองค์กรอิสระ มีหน้าที่และอำนาจในการบริหารจัดการและควบคุมดูแลผลประโยชน์ในกรณีว่างงาน อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการจ้างงานและสวัสดิการสังคม; โปรดดูเพิ่มเติม [https://www.euraxess.es/spain/information-assistance/unemployment-procedures-and-benefits-spain#:~:text=The%20Spanish%20State%20Employment%20Service%20\(SEPE\)%20is%20the%20Autonomous%20Body,Managing%20and%20controlling%20unemployment%20benefits](https://www.euraxess.es/spain/information-assistance/unemployment-procedures-and-benefits-spain#:~:text=The%20Spanish%20State%20Employment%20Service%20(SEPE)%20is%20the%20Autonomous%20Body,Managing%20and%20controlling%20unemployment%20benefits) (สืบค้นครั้งล่าสุดเมื่อ ๒๕ มีนาคม ๒๕๖๕)

^๘ Artículo 12. Contrato.

^๙ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ต้องเปิดเผยข้อมูลการทำสัญญา หน่วยงานของรัฐจะต้องไม่แสดงข้อมูลเลขประจำตัวประชาชน ที่อยู่ สถานะครอบครัว และข้อมูลอื่น ๆ ตามที่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ ๑/๑๙๘๒ ลงวันที่ ๕ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๘๒ ว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen)

ในกรณีที่แรงงานรับจ้างอิสระทำสัญญาใช้แรงงานหรือให้บริการกับลูกจ้างหลายราย คู่สัญญาจะต้องรักษาสัญญาจนกว่าสัญญาจะสิ้นสุดลง เว้นแต่ทั้งสองฝ่ายตกลงแก้ไขปรับปรุงเงื่อนไขของสัญญา และในกรณีที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาเอาไว้ในสัญญา ให้สันนิษฐานว่าเป็นสัญญาที่ตกลงกันโดยไม่มีกำหนดระยะเวลา พระราชบัญญัติแรงงานอิสระฯ กำหนดให้ “สัญญาแรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึงพา” ระหว่างแรงงานกับลูกจ้างต้องประกอบด้วยรายการอย่างน้อย ดังนี้

- (๑) ชื่อคู่สัญญา
- (๒) รายละเอียดการพึงพาต่อลูกจ้างคู่สัญญา
- (๓) วัตถุประสงค์ของสัญญา
- (๔) ลักษณะงานที่แรงงานอิสระที่ต้องพึงพาต้องดำเนินการ
- (๕) ค่าตอบแทน
- (๖) วันทำงาน วันหยุด วันลา
- (๗) เวลาพัก การหยุดงานชั่วคราว
- (๘) ข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มอาชีพที่ใช้บังคับกับสัญญา

รายการอื่น ๆ ที่คู่สัญญาอาจตกลงกันไว้ล่วงหน้าในสัญญา เช่น วันที่เริ่มต้นสัญญา ระยะเวลาแจ้งเตือนก่อนยกเลิกงานหรือเลิกสัญญา เหตุอื่นในการเลิกสัญญา (นอกจากที่กฎหมายกำหนด) ค่าชดเชยกรณีเลิกสัญญาก่อนกำหนดและก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่สัญญา (ในกรณีที่ข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มอาชีพไม่ได้กำหนดไว้) การป้องกันอุบัติเหตุจากการทำงาน เป็นต้น

๓.๔ ข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มอาชีพ (*Acuerdos de interés profesional*)

มาตรา ๑๓^{๑๐} แห่งพระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระฯ กำหนดให้แรงงานรับจ้างอิสระอาจจัดทำ “ข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มอาชีพ” โดยถือเป็นข้อตกลงลายลักษณ์อักษร ตามประมวลกฎหมายแพ่งที่จัดทำขึ้นระหว่างสมาคมหรือสหภาพแรงงานที่เป็นตัวแทนของแรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึงพา (TRADE) โดยอาจกำหนดเงื่อนไขทั่วไปในการจ้างงาน วัน เวลา สถานที่ในการทำงาน เป็นต้น ขอบเขตการใช้บังคับข้อตกลงผลประโยชน์สำหรับกลุ่มอาชีพจำกัดอยู่เฉพาะบุคคลที่ได้ลงลายมือชื่อและสมาชิกของสมาคมแรงงานหรือสหภาพแรงงานรับจ้างอิสระที่ได้ให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งเท่านั้น กรณีจึงไม่ถึงกับเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง (*Convenio Colectivo*) ตามกฎหมายแรงงานสัมพันธ์ นอกจากนี้ ข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มอาชีพจะต้องสอดคล้องกับข้อจำกัดและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าด้วย ข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มอาชีพใดขัดต่อกฎหมายย่อมเป็นโมฆะ

^{๑๐} Artículo 13. Acuerdos de interés profesional.

๓.๕ วันทำงาน

แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา (TRADE) สามารถปรับเปลี่ยนวันเวลาทำงานให้สอดคล้องกับสถานการณ์ครอบครัวและชีวิตประจำวันของตนได้ มาตรา ๑๔^{๑๑} แห่งพระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระฯ กำหนดให้แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา (TRADE) มีสิทธิหยุดงานปีละ ๑๘ วันทำงาน ทั้งนี้ สัญญาการทำงานหรือข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มอาชีพอาจตกลงกันให้มีวันหยุดมากกว่า ๑๘ วันก็ได้ ในสัญญาจ้างแรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพาหรือในข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มอาชีพ ต้องกำหนดวันพักผ่อนประจำปี และวันหยุดพักผ่อนที่มีจำนวนวันเท่ากับจำนวนวันหยุดราชการ จำนวนวันทำงานที่มากที่สุด在一个สัปดาห์ หนึ่งเดือนหรือหนึ่งปี แล้วแต่กรณี ด้วย

ในการนี้ แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา (TRADE) สามารถตกลงทำงานในวันหยุดเกินกว่าที่จะได้กำหนดไว้ในสัญญาได้โดยสมัครใจ แต่ห้ามมิให้เกินจำนวนวันทำงานสูงสุดที่ได้กำหนดไว้ในข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มอาชีพ ในกรณีที่ข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มอาชีพไม่ได้กำหนดจำนวนวันทำงานสูงสุดไว้ แรงงานรับจ้างอิสระที่พึ่งพา (TRADE) สามารถเพิ่มจำนวนวันทำงานได้ไม่มากไปกว่าร้อยละ ๓๐ ของวันทำงานที่ได้ตกลงกันไว้ตามสัญญา

นอกจากนี้ กฎหมายได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษในกรณีที่แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา (TRADE) ตกเป็นเหยื่อจากการกระทำความรุนแรงทางเพศ แรงงานดังกล่าวมีสิทธิปรับเปลี่ยนวันเวลาทำงานตามที่ได้ตกลงไว้เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองหรือได้รับความช่วยเหลือด้านสังคมสงเคราะห์ด้วย

๓.๖ การสิ้นสุดของสัญญา

ตามมาตรา ๑๕^{๑๒} แห่งพระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระฯ สัญญาจะสิ้นสุดลงด้วยเหตุใดเหตุหนึ่ง ดังนี้

- (๑) คู่สัญญาตกลงกัน
- (๒) เหตุในการทำสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย
- (๓) การตาย การเกษียณอายุ หรือการไร้ความสามารถทางกฎหมาย ที่ทำให้ไม่สามารถใช้แรงงานต่อไปได้ ทั้งนี้ กรณีเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม
- (๔) ลูกจ้างแสดงเจตนาเลิกจ้างหรือไล่ออก ทั้งนี้ ต้องมีการทำหนังสือเตือนหรือตักเตือนตามวิธีปฏิบัติหรือประเพณีในการทำงานก่อน
- (๕) แรงงานอิสระที่ต้องพึ่งพา (TRADE) แสดงเจตนาขอเลิกสัญญาด้วยเหตุลูกจ้างผิดสัญญาอย่างร้ายแรง
- (๖) ลูกจ้างแสดงเจตนาเลิกสัญญาโดยมีเหตุผลอันสมควร ทั้งนี้ ต้องมีการทำหนังสือเตือนหรือตักเตือนตามวิธีปฏิบัติหรือประเพณีในการทำงานก่อน

^{๑๑} Artículo 14. Jornada de la actividad profesional.

^{๑๒} Artículo 15. Extinción contractual.

(๗) แรงงานอิสระที่ต้องพึ่งพา (TRADE) ตัดสินใจเลิกทำงานให้ด้วยเหตุฉุกเฉินกระทำด้วยความรุนแรงทางเพศ

(๘) เหตุอื่นตามที่กฎหมายกำหนด

ในกรณีที่สัญญาต้องสิ้นสุดลงเนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายอาจบอกเลิกสัญญาและมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหาย

ในกรณีที่ลูกจ้างบอกเลิกสัญญาอย่างไม่มีเหตุผลอันสมควร แรงงานอิสระที่ต้องพึ่งพา (TRADE) มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหาย

ในกรณีที่แรงงานอิสระที่ต้องพึ่งพา (TRADE) ถอนตัวจากการทำงาน ลูกจ้างมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่การถอนตัวดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยยะสำคัญต่อการประกอบกิจการตามปกติของลูกจ้าง

ในกรณีที่แรงงานอิสระที่ต้องพึ่งพา (TRADE) เป็นฝ่ายที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนจำนวนเงินดังกล่าวให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มอาชีพในกรณีที่ไม่ได้ตกลงกันไว้ล่วงหน้า อย่างน้อยจะต้องคำนึงถึงระยะเวลาที่เหลืออยู่ตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา ความร้ายแรงของการที่ลูกจ้างไม่ปฏิบัติตามสัญญา ค่าใช้จ่ายและเงินลงทุนที่แรงงานอิสระที่ต้องพึ่งพา (TRADE) ได้จ่ายหรือลงทุนไปแล้ว รายได้ที่คาดว่าจะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญาของลูกจ้าง รวมถึงระยะเวลาที่ลูกจ้างแจ้งเตือนล่วงหน้าว่าจะยกเลิกสัญญา

มาตรา ๑๖^{๑๓} แห่งพระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระฯ ได้กำหนดเหตุอันสมควรในการหยุดทำงาน (*Interrupciones justificadas*) ของแรงงานอิสระที่ต้องพึ่งพา (TRADE) ดังนี้

(๑) คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกัน

(๒) เหตุฉุกเฉินเร่งด่วนของครอบครัวที่ไม่อาจคาดหมายได้

(๓) ความเสี่ยงต่อชีวิตหรือสุขภาพอย่างร้ายแรงและใกล้จะถึง

(๔) ลาป่วยชั่วคราว รวมถึงกรณีแรงงานหญิงที่อยู่ในช่วงคลอดบุตรและเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์อายุต่ำกว่า ๙ เดือน และแรงงานชายที่อยู่ในช่วงช่วยเหลือภรรยาคลอดบุตร^{๑๔}

(๕) ตกอยู่ในสถานการณ์ความรุนแรงทางเพศ และกำลังใช้สิทธิขอรับความคุ้มครองหรือความช่วยเหลือทางสังคมสงเคราะห์

(๖) เหตุสุดวิสัย

(๗) เหตุอื่นที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาหรือข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มอาชีพ

^{๑๓} Artículo 16. Interrupciones justificadas de la actividad profesional.

^{๑๔} การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติแรงงาน ค.ศ. ๒๐๐๗ ได้นำหลักความเท่าเทียมมาใช้ในการทำงานระหว่างชายและหญิง ที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ ๓/๒๐๐๗ ว่าด้วยความเท่าเทียมกันอย่างมีประสิทธิภาพระหว่างชายและหญิง (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) มาปรับใช้ในการอธิบายเกี่ยวกับความสมดุลของชีวิตและการทำงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคำนึงถึงสิทธิในการลาของบิดา

๓.๗ เขตอำนาจศาล

ถึงแม้ว่า “สัญญาแรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา” จะเป็นสัญญาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เนื่องจากเนื้อหามีความเกี่ยวข้องกับการปรับใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวเป็น “สัญญาจ้างแรงงาน” หรือไม่ ซึ่ง “ศาลความเรียบร้อยของสังคม” (*Los órganos jurisdiccionales del orden social*) เป็นศาลที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องนี้อยู่แล้ว กฎหมายจึงกำหนดให้ “ศาลความเรียบร้อยของสังคม” มีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นจากสัญญาระหว่างแรงงานอิสระที่ต้องพึ่งพาและลูกจ้าง และให้มีอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นจากการใช้บังคับหรือการตีความข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มอาชีพด้วย ทั้งนี้ ตามมาตรา ๑๗^{๑๕} แห่งพระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระฯ

๓.๘ วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก

มาตรา ๑๘^{๑๖} แห่งพระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระฯ บัญญัติว่า ก่อนที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาล คู่กรณีจะต้องหาทางระงับข้อพิพาทโดยการประนีประนอมยอมความหรือการไกล่เกลี่ย หรือผ่านกลไกการระงับข้อพิพาทใด ๆ ตามที่กำหนดไว้ในข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มอาชีพ วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกจะต้องอยู่บนพื้นฐานของการไม่เสียค่าใช้จ่าย ความรวดเร็ว และความมีประสิทธิภาพ

ในกรณีที่มีการตกลงกันระงับข้อพิพาทและได้จัดทำข้อตกลงกันแล้ว ให้มีผลใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาได้ และในกรณีที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตาม ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายมาขอให้ศาลบังคับให้ตามข้อตกลงได้

คู่กรณีอาจเสนอข้อโต้แย้งต่ออนุญาโตตุลาการโดยสมัครใจก็ได้ คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการมีค่าเท่ากับคำพิพากษาของศาล ข้อตกลงที่จะนำคดีเสนอต่ออนุญาโตตุลาการอาจกำหนดไว้ในสัญญาหรือในข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มอาชีพก็ได้ ทั้งนี้ ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ ฉบับที่ ๖๐/๒๐๐๓ ลงวันที่ ๒๓ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๓ ว่าด้วยศาลอนุญาโตตุลาการ^{๑๗} และพระราชบัญญัติ ฉบับที่ ๑๖/๑๙๘๗ ลงวันที่ ๓๐ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๘๗ ว่าด้วยการบริหารจัดการขนส่งทางบก^{๑๘} หรือกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

^{๑๕} Artículo 17. Competencia jurisdiccional.

^{๑๖} Artículo 18. Procedimientos no jurisdiccionales de solución de conflictos.

^{๑๗} Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje

^{๑๘} Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres.

๔. การประกันสังคมของ “แรงงานรับจ้างอิสระ” (*Protección social del trabajador autónomo*)

๔.๑ สิทธิในการมีประกันสังคม (*El Derecho a la seguridad social*)

มาตรา ๒๓^{๑๙} แห่งพระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระฯ บัญญัติรับรองสิทธิประกันสังคม ตามมาตรา ๔๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสเปน (*Constitución española de 1978*)^{๒๐} ว่าบุคคลที่ทำงานรับจ้างอิสระมีสิทธิเข้าสู่ระบบประกันสังคม เพื่อที่จะได้รับความช่วยเหลือและสิทธิประโยชน์ทางสังคมต่าง ๆ อย่างเพียงพอต่อการดำรงชีวิต และกำหนดให้มีระบบประกันสังคมประเภทพิเศษสำหรับแรงงานรับจ้างอิสระ (*el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos : RETA*)

ระบบประกันสังคมของประเทศสเปน^{๒๑} จึงแบ่งเป็นมี ๒ ระบบใหญ่ ๆ ได้แก่

(๑) ระบบประกันสังคมทั่วไป (*Régimen General de la Seguridad Social*) และ (๒) ระบบประกันสังคมเฉพาะกลุ่มแรงงาน (*Regímenes Especiales de la Seguridad Social*) แรงงานรับจ้างอิสระจัดเป็นแรงงานในระบบประกันสังคมระบบที่ ๒ ใช้ชื่อว่า “ระบบประกันสังคมเฉพาะกลุ่มแรงงานรับจ้างอิสระ” (*Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos*) ซึ่งครอบคลุมร้อยละ ๙๐ ของแรงงานรับจ้างอิสระทั้งประเทศ อีกร้อยละ ๑๐ ที่เหลือจะเป็นแรงงานรับจ้างอิสระที่อยู่ในกลุ่มแรงงานเกษตรกรรม (*Régimen Especial Agrario*) และกลุ่มแรงงานทางทะเล (*Régimen Especial de los Trabajadores del Mar*)

๔.๒ ระบบประกันสังคมเฉพาะกลุ่มแรงงานรับจ้างอิสระ

ตามกฎหมายประกันสังคมของประเทศสเปน^{๒๒} “แรงงานรับจ้างอิสระ” (*Trabajadores Autónomos*) หมายถึงบุคคลที่มีอายุ ๑๘ ปีบริบูรณ์ ซึ่งประกอบอาชีพเพื่อหารายได้เป็นปกติ ด้วยตัวเอง โดยตรง และไม่อยู่ภายใต้สัญญาจ้าง ไม่มีรายได้ประจำ ทั้งนี้ โดยไม่ต้องพิจารณาว่าแรงงานรับจ้างอิสระมีลูกจ้างหรือไม่หรือประกอบธุรกิจประเภทใด ส่วนแรงงานอิสระที่ต้องพึ่งพา (*TRADE*) จะต้องจ่ายเงินสะสมเข้ากองทุนประกันสังคมสำหรับอุบัติเหตุในการทำงานด้วยตนเอง เพื่อมีสิทธิประกันสังคมกรณีได้รับอุบัติเหตุจากการทำงาน หรือโรคที่เกิดจากการประกอบอาชีพ และกรณีหยุดทำงาน

^{๑๙} Artículo 23. El derecho a la Seguridad Social.

^{๒๐} มาตรา ๔๑ ของรัฐธรรมนูญของประเทศสเปน ค.ศ. ๑๙๗๘ บัญญัติให้หน่วยงานของรัฐต้องจัดให้ประชาชนทุกคนเข้าถึงระบบประกันสังคม ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการสังคมที่เหมาะสม ในกรณีที่ตกอยู่ในสถานการณ์ยากลำบาก โดยเฉพาะกรณีว่างงาน หน่วยงานของรัฐอาจจัดให้ความช่วยเหลือและสิทธิประโยชน์อื่น ๆ เพิ่มเติมได้ ; โปรดดู <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionINGLES.pdf>

^{๒๑} โปรดดูเพิ่มเติมที่ <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/Afiliacion/10548/10562> (สืบค้นล่าสุดเมื่อวันที่ ๒๕ มีนาคม ๒๕๖๕)

^{๒๒} Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

การตราพระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระ ค.ศ. ๒๐๐๗ ส่งผลให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายประกันสังคมให้รองรับกลุ่ม “แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา” (TRADE) ให้สอดคล้องหรือใกล้เคียงกับสิทธิประโยชน์กรณีต่าง ๆ ของลูกจ้างในระบบประกันสังคมทั่วไป ในประเด็นสำคัญดังต่อไปนี้

(๑) สิทธิประโยชน์กรณีหยุดทำงาน (*prestación por cese de actividad*) เพื่อให้ความช่วยเหลือแรงงานรับจ้างอิสระที่ตกอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉินทำให้ต้องหยุดทำงานโดยไม่สมัครใจ รวมถึงกรณีแรงงานหญิงที่อยู่ในช่วงคลอดและเลี้ยงดูบุตร และแรงงานชายที่อยู่ในช่วงช่วยเหลือภรรยาคลอดและเลี้ยงดูบุตรด้วย

(๒) สิทธิประโยชน์กรณีลาป่วยชั่วคราว (*prestación social por incapacidad temporal*) กฎหมายได้ขยายสิทธิประโยชน์กรณีลาป่วยชั่วคราวให้แก่แรงงานรับจ้างอิสระทุกคน

(๓) การลดอัตราเงินสะสมเข้ากองทุนประกันสังคม (*una reducción en la cotización*) สำหรับกลุ่มบุคคลบางประเภท เช่น ผู้พิการ ผู้ประกอบกิจการรุ่นใหม่ งานช่างฝีมือ เป็นต้น

(๔) สิทธิประโยชน์เกษียณอายุก่อนกำหนด (*jubilación anticipada*)^{๒๓} ในกรณีที่ทำงานเกี่ยวกับสารพิษ งานอันตราย งานที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวด

๔.๓ การสมัครเป็นผู้ประกันตนและการจ่ายเงินสะสมเข้ากองทุนประกันสังคม

มาตรา ๒๔^{๒๔} และมาตรา ๒๕^{๒๕} แห่งพระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระฯ กำหนดให้แรงงานรับจ้างอิสระทุกคนต้องสมัครเป็นผู้ประกันตน และต้องจ่ายเงินสะสมเข้ากองทุนประกันสังคมประเภทพิเศษสำหรับแรงงานรับจ้างอิสระ ทั้งนี้ ตามมาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม ค.ศ. ๑๙๙๔^{๒๖} โดยกฎหมายอาจกำหนดอัตราการจ่ายเงินสะสมของแรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพาให้น้อยกว่าอัตราปกติ รวมทั้งกำหนดสิทธิประโยชน์เพิ่มเติมให้แก่แรงงานรับจ้างอิสระบางประเภทก็ได้

โดยหลัก แรงงานรับจ้างอิสระทุกคนมีสิทธิได้รับประโยชน์ว่างงานก็ต่อเมื่อได้จ่ายเงินสะสมเข้ากองทุนประกันสังคมมาแล้วไม่น้อยกว่า ๑๒ เดือน และจะต้องพิสูจน์ว่า รายได้ลดลงร้อยละ ๑๐ เพื่อที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ว่างงาน ในขณะที่แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา (TRADE) ไม่ต้องมีหลักฐานการลดลงของรายได้ เพียงแต่สามารถพิสูจน์ได้ว่าสัญญาการทำงานสิ้นสุดลงก็มีสิทธิได้รับประโยชน์ว่างงานได้ทันที

^{๒๓} อายุเกษียณที่จะมีสิทธิได้รับบำนาญตามกฎหมายของประเทศสเปนกำหนดไว้ที่ ๖๕ ปีบริบูรณ์ แต่เนื่องจากประเทศสเปนมีจำนวนผู้สูงอายุมากขึ้น รัฐบาลจึงมีแนวโน้มที่จะแก้ไขอายุเกษียณจาก ๖๕ ปีบริบูรณ์เป็น ๖๗ ปีบริบูรณ์

^{๒๔} Artículo 24. Afiliación a la Seguridad Social.

^{๒๕} Artículo 25. Cotización a la Seguridad Social.

^{๒๖} Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio de 1994, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

๔.๔ มาตรการประกันสังคมเชิงป้องกัน (*Acción protectora*)

เป้าหมายสูงสุดของพระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ การที่หน่วยงานของรัฐสามารถผลักดันให้แรงงานรับจ้างอิสระจะได้รับสิทธิประโยชน์ตามมาตราการเชิงป้องกันต่าง ๆ เทียบเท่ากับผู้ประกันตนซึ่งเป็นลูกจ้าง มาตรา ๒๖^{๒๗} แห่งพระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระฯ จึงกำหนดว่า มาตรการประกันสังคมประเภทพิเศษสำหรับแรงงานรับจ้างอิสระ อย่างน้อยต้องรวมถึง

(๑) การประกันสุขภาพ รวมถึงกรณีมารดาคลอดและเลี้ยงดูบุตร อุบัติเหตุและโรคที่เกิดจากการประกอบอาชีพ

(๒) การประกันรายได้ ในกรณีที่ไม่สามารถทำงานได้ชั่วคราว แรงงานหญิงคลอดและเลี้ยงดูบุตร แรงงานชายลาช่วยภรรยาเลี้ยงดูบุตร ทพพลภาพ เกษียณอายุ เสียชีวิต การให้เงินช่วยเหลือบุคคลที่อยู่ในการอุปการะของผู้ประกันตน

(๓) การศึกษาต่อเนื่อง การฟื้นฟูผู้พิการและผู้สูงอายุ

(๔) แรงงานอิสระที่ต้องพึ่งพา (TRADE) ต้องจ่ายเงินสะสมเข้ากองทุนประกันสังคม ตามมาตรการประกันสังคมเชิงป้องกัน เพื่อให้ครอบคลุมถึงกรณีไม่สามารถทำงานได้เป็นการชั่วคราวและอุบัติเหตุและโรคที่เกิดจากการทำงาน โดยมาตรานี้ได้นิยามคำว่า “อุบัติเหตุจากการทำงาน” (*accidente de trabajo*) หมายถึง การที่แรงงานอิสระที่ต้องพึ่งพา (TRADE) ได้รับบาดเจ็บทางร่างกายเนื่องจากการประกอบอาชีพ รวมถึงกรณีแรงงานได้รับบาดเจ็บระหว่างการเดินทางไปกลับที่พักและสถานที่ปฏิบัติงาน และให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นไม่เกี่ยวข้องกับการทำงานถ้าอุบัติเหตุเกิดขึ้นนอกเวลาปฏิบัติงาน ทั้งนี้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้เป็นอย่างอื่น

(๕) หน่วยงานภาครัฐต้องส่งเสริมนโยบายให้แรงงานรับจ้างอิสระประกอบอาชีพอย่างต่อเนื่องถึงแม้ว่าจะเข้าสู่วัยเกษียณอายุแล้ว อย่างไรก็ตาม ในกรณีได้รับสารพิษ ความทุกข์หรืออันตรายจากงานที่ทำ แรงงานรับจ้างอิสระมีสิทธิที่จะได้รับเงินช่วยเหลือประเภทเกษียณอายุ ก่อนกำหนดทำนองเดียวกับผู้ประกันตนซึ่งเป็นลูกจ้างก็ได้

(๖) แรงงานรับจ้างอิสระซึ่งเป็นผู้พิการจะได้รับสิทธิประโยชน์เท่ากับผู้ประกันตนซึ่งเป็นลูกจ้างด้วย

๕. สิทธิในการรวมกลุ่มเจรจาต่อรองของแรงงานรับจ้างอิสระ^{๒๘}

มาตรา ๑๙^{๒๙} แห่งพระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระฯ รับรองเสรีภาพในการสมาคมและสิทธิพื้นฐานในการรวมกลุ่ม (*Derechos colectivos básicos*) ของแรงงานรับจ้างอิสระทุกคนให้สามารถเข้าร่วมสหภาพแรงงานหรือสมาคมธุรกิจต่าง ๆ เข้าร่วมสมาคมอาชีพเฉพาะ

^{๒๗} Artículo 26. Acción protectora.

^{๒๘} Títulol III. Derechos colectivos del trabajador autónomo.

^{๒๙} Artículo 19. Derechos colectivos básicos.

สำหรับแรงงานรับจ้างอิสระได้โดยไม่ต้องขออนุญาตหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลใดล่วงหน้า และมีสิทธิทำกิจกรรมต่าง ๆ เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของกลุ่มอาชีพ

๕.๑ องค์กรลูกจ้างที่สำคัญของประเทศสเปน

ประเทศสเปนมีองค์กรลูกจ้างสำคัญ ๒ องค์กร ได้แก่ สหพันธ์คณะกรรมการแรงงาน (*Comisiones Obreras* : CCOO)^{๓๐} และสหภาพแรงงานทั่วไป (*Union General de Trabajadores* : UGT)^{๓๑} และมีสหภาพแรงงานเฉพาะกลุ่มแรงงานรับจ้างอิสระ ได้แก่ สหภาพแรงงานรับจ้างอิสระแห่งประเทศสเปน (*Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos de España* : UPTA)^{๓๒} และสมาคมแรงงานรับจ้างอิสระ (*Asociación de Trabajadores Autónomos* : ATA)^{๓๓} เป็นองค์กรหลักที่รณรงค์ให้มีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับสถานะของแรงงานรับจ้างอิสระมาเป็นเวลานานจนประสบความสำเร็จในปี ค.ศ. ๒๐๐๖ ปัจจุบันวัตถุประสงค์หลักขององค์กรลูกจ้าง คือการร่วมเจรจาต่อรองเพื่อให้แรงงานรับจ้างอิสระได้รับเงื่อนไขในการทำงานที่ดีขึ้น ทั้งในระบบประเทศ ระดับท้องถิ่น และระดับกลุ่มอาชีพแรงงาน โดยสิ่งสำคัญที่เหมือนกันประการหนึ่งขององค์กรลูกจ้างเหล่านี้ คือ ข้อบังคับขององค์กรลูกจ้างจะกำหนดให้สมาชิกต้องเป็นสมาชิกประกันสังคมในฐานะ “แรงงานรับจ้างอิสระ”

๕.๒ การจัดตั้งสมาคมอาชีพแรงงานรับจ้างอิสระ (*Las asociaciones de trabajadores autónomos*)

แรงงานรับจ้างอิสระมีสิทธิรวมกลุ่มกันเป็นสมาคมอาชีพแรงงานรับจ้างอิสระ ซึ่งเป็นการรวมกลุ่มประเภทหนึ่งเป็นการเฉพาะและแตกต่างจากสหภาพแรงงานหรือองค์กรธุรกิจรูปแบบอื่น มาตรา ๒๐^{๓๔} แห่งพระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระฯ บัญญัติให้การจัดตั้งและกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสมาคมอาชีพสำหรับแรงงานรับจ้างอิสระอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ ๑/๒๐๐๒ ลงวันที่ ๒๒ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๐๒^{๓๕} ว่าด้วยการสมาคม และบทบัญญัติเฉพาะตามพระราชบัญญัตินี้ สมาคมมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของกลุ่มแรงงานรับจ้างอิสระโดยการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ประกอบกิจกรรมเพื่อค้ากำไร และไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลใด

^{๓๐} โปรดดู <https://www.ccoo.es/>

^{๓๑} โปรดดู <https://www.ugt.es/>

^{๓๒} โปรดดู <https://upta.es/>

^{๓๓} โปรดดู <https://ata.es/>

^{๓๔} Artículo 20. Derecho de asociación profesional de los trabajadores autónomos.

^{๓๕} Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

การจัดตั้งสมาคมแรงงานรับจ้างอิสระต้องขึ้นทะเบียนและแจ้งข้อบังคับสมาคมให้นายทะเบียนบันทึกไว้ โดยนายทะเบียน^{๓๖} ได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงาน แรงงานต่างด้าว และประกันสังคม (*Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*) หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง (*Comunidad Autónoma*) เมื่อจัดตั้งแล้วสมาคมแรงงานรับจ้างอิสระมีสิทธิในการดำเนินการร่วมกัน ดังนี้

- (๑) ก่อตั้งความสัมพันธ์กับสมาคมธุรกิจหรือสหภาพแรงงานอื่น ๆ
- (๒) จัดทำข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มอาชีพตามมาตรา ๑๓
- (๓) ทำกิจกรรมเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของแรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา
- (๔) มีส่วนร่วมในการระงับข้อพิพาทของแรงงานรับจ้างอิสระตามที่กำหนดไว้ในข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มอาชีพ

ในกรณีละเมิดหรือฝ่าฝืนกฎหมายอย่างร้ายแรง สมาคมอาชีพแรงงานรับจ้างอิสระอาจถูกระงับหรือเพิกถอนทะเบียนตามคำพิพากษาของศาล

๕.๓ การคัดเลือกผู้แทนของสมาคมแรงงานรับจ้างอิสระ

การคัดเลือกผู้แทนของสมาคมแรงงานรับจ้างอิสระจะต้องพิจารณาจากพื้นที่จำนวนสมาชิก บุคลากร เครื่องมือ การส่งเงินเข้ากองทุนประกันสังคม และข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มอาชีพ เป็นต้น ผู้แทนของสมาคมแรงงานรับจ้างอิสระจะปฏิบัติหน้าที่ภายในเขตพื้นที่ที่ตนเป็นผู้แทน มาตรา ๒๑^{๓๗} แห่งพระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระฯ กำหนดให้สมาคมซึ่งเป็นผู้แทนของสมาคมแรงงานรับจ้างอิสระทั้งหมดและสหภาพแรงงานที่ได้รับการสนับสนุนมากที่สุดให้ผู้แทนของสหภาพแรงงานทั้งหมด (*más representativas*) เป็นนิติบุคคล ทั้งนี้ ตามมาตรา ๖ และมาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ ๑๑/๑๙๘๕ ลงวันที่ ๒ สิงหาคม ค.ศ. ๑๙๘๕ ว่าด้วยเสรีภาพในการสมาคม^{๓๘} และสามารถดำเนินการทางกฎหมายแทนแรงงานรับจ้างอิสระที่ตนผู้เป็นแทนได้ในเรื่องดังต่อไปนี้

- (๑) เป็นผู้แทนของแรงงานรับจ้างอิสระในการติดต่อประสานงานกับหน่วยงานของรัฐ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
- (๒) ให้คำปรึกษาหารือกับหน่วยงานของรัฐในกรณีที่มีนโยบายภาครัฐส่งผลกระทบต่อแรงงานรับจ้างอิสระ
- (๓) บริหารจัดการโครงการภาครัฐที่ให้ความช่วยเหลือแรงงานรับจ้างอิสระตามที่ได้รับมอบหมาย

^{๓๖} การจดทะเบียนสมาคมอาชีพแรงงานรับจ้างอิสระเป็นส่วนที่ไม่นำมาตรา ๑๐ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ ๑/๒๐๐๒ ลงวันที่ ๒๒ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๐๒ ว่าด้วยการสมาคมมาใช้บังคับ

^{๓๗} Artículo 21. Determinación de la representatividad de las asociaciones de trabajadores autónomos.

^{๓๘} La Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, sobre Libertad de Asociación.

(๔) ดำเนินการอื่น ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด

๕.๔ สภาแรงงานรับจ้างอิสระ (Consejo del Trabajo Autónomo)

มาตรา ๒๒^{๓๙} แห่งพระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระฯ กำหนดให้มี “สภาแรงงานรับจ้างอิสระ” โดยเป็นการจัดตั้งขึ้นตามมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ ๑/๒๐๐๒ ลงวันที่ ๒๒ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๐๒ ว่าด้วยการสมาคม^{๔๐} ทำหน้าที่เป็นองค์กรที่ปรึกษาของรัฐบาลในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสถานะทางเศรษฐกิจ สังคม และอาชีพแรงงานรับจ้างอิสระ ในเรื่องเกี่ยวกับ

(๑) ผลกระทบในการตรากฎหมายต่อแรงงานรับจ้างอิสระ และกฎหมายกำหนดให้รัฐบาลจะต้องรับฟังความเห็นของสภาแรงงานรับจ้างอิสระเสียก่อนในกรณีการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระฯ

(๒) การออกแบบนโยบายภาครัฐเกี่ยวกับการรับจ้างทำงานอิสระ

(๓) ศึกษาวิจัยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับแรงงานรับจ้างอิสระ

(๔) กำหนดข้อบังคับสภาแรงงานรับจ้างอิสระ

(๕) เรื่องอื่น ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด หรือตามที่หน่วยงานของรัฐร้องขอ

สภาที่ปรึกษาแรงงานรับจ้างอิสระประกอบด้วยผู้แทนจากสมาคมอาชีพแรงงานรับจ้างอิสระต่าง ๆ ที่ครอบคลุมระดับประเทศหรือระดับข้ามภาคอุตสาหกรรม ผู้แทนหน่วยงานภาครัฐ ผู้แทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และผู้แทนสมาคมระดับท้องถิ่นที่ได้รับเสียงสนับสนุนมากที่สุดในระดับประเทศ มีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานเป็นประธานสภาแรงงานรับจ้างอิสระ ในการนี้ รัฐมนตรีอาจมอบหมายให้ผู้อำนวยการกองแรงงานรับจ้างอิสระ เศรษฐกิจเชิงสังคม และวิสาหกิจเพื่อสังคม (*Dirección General del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas*) เป็นประธานแทนก็ได้ การดำเนินการใด ๆ ที่จำเป็นของสภาแรงงานรับจ้างอิสระให้อยู่ภายใต้งบประมาณของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงาน และสวัสดิการสังคม ในการนี้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจจัดตั้งสภาที่ปรึกษาแรงงานรับจ้างอิสระระดับท้องถิ่นด้วยก็ได้

๖. การส่งเสริมและพัฒนาอาชีพแรงงานรับจ้างอิสระ

ลักษณะ ๕^{๔๑} การพัฒนาและส่งเสริมแรงงานรับจ้างอิสระ แห่งพระราชบัญญัติแรงงานอิสระ ค.ศ. ๒๐๐๗ เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้หน่วยงานภาครัฐกำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อส่งเสริมสนับสนุนการแรงงานรับจ้างอิสระเข้าถึงสิทธิต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิประกันสังคม

^{๓๙} Artículo 22. Consejo del Trabajo Autónomo.

^{๔๐} อ้างแล้ว, โปรดดูเชิงอรรถที่ ๓๔

^{๔๑} TÍTULO V. Fomento y promoción del trabajo autónomo.

CAPÍTULO I. Disposiciones Generales al fomento y promoción del trabajo autónomo.

๖.๑ นโยบายพัฒนาและส่งเสริมงานรับจ้างอิสระ (*Política de fomento del trabajo autónomo*)

มาตรา ๒๗^{๔๒} แห่งพระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระฯ กำหนดให้หน่วยงานภาครัฐต้องมีนโยบายพัฒนาและส่งเสริมงานรับจ้างอิสระ เพื่อให้เกิดการพัฒนาทางเศรษฐกิจและทางอาชีพแก่แรงงานรับจ้างอิสระ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่และอำนาจของหน่วยงานนั้น ๆ นโยบายเหล่านี้มุ่งประสงค์ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ ดังนี้

(๑) ลดอุปสรรคในการเริ่มต้นทำงานและการพัฒนาเศรษฐกิจหรืออาชีพของแรงงานรับจ้างอิสระ

(๒) อำนวยความสะดวกและสนับสนุนความคิดสร้างสรรค์ในการทำงานอิสระ

(๓) ยกเว้นการจ่ายเงินสะสม ลดอัตราเงินสะสม ให้สิทธิพิเศษหรือโบนัส ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประกันสังคม

(๔) เสริมสร้างแนวคิดในการเป็นเจ้าของกิจการ

(๕) ส่งเสริมการฝึกอบรมอาชีพและการพัฒนาต่อยอดอาชีพ

(๖) ให้ข้อมูลและคำแนะนำเชิงเทคนิค

(๗) อำนวยความสะดวกในการเข้าถึงเทคโนโลยีและนวัตกรรมเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิต

(๘) สร้างสภาพแวดล้อมที่เหมาะสมแก่การพัฒนาเศรษฐกิจและอาชีพในกรอบของการทำงานรับจ้างอิสระ

นอกจากวัตถุประสงค์ข้างต้นแล้ว นโยบายส่งเสริมการทำงานรับจ้างอิสระต้องเน้นการสร้างโอกาสและความเท่าเทียมในการทำงานระหว่างหญิงและชาย และต้องคำนึงถึงกลุ่มบุคคลด้อยโอกาสของสังคมหรือกลุ่มบุคคลที่ถูกละเลยด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้พิการ

๖.๒ การฝึกอาชีพและการให้คำแนะนำเชิงเทคนิค

มาตรา ๒๘^{๔๓} แห่งพระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระฯ กำหนดให้

(๑) ระบบการศึกษาของประเทศต้องรวมไปถึงการส่งเสริมการทำงานรับจ้างอิสระ โดยเฉพาะการฝึกอาชีพแรงงานรับจ้างอิสระ การอำนวยความสะดวกในการเข้าถึงโครงการฝึกอาชีพ และเน้นการพัฒนาทักษะในการบริหารจัดการ

(๒) นโยบายการส่งเสริมการทำงานรับจ้างอิสระจะต้องกำหนดเรื่องการให้ข้อมูลและการให้ความช่วยเหลือเชิงเทคนิคในการทำงานรับจ้างอิสระ และสร้างการสื่อสารและความร่วมมือระหว่างแรงงานรับจ้างอิสระ

^{๔๒} Artículo 27. Política de fomento del trabajo autónomo.

^{๔๓} Artículo 28. Formación profesional y asesoramiento técnico.

๖.๓ การสนับสนุนทางการเงินสำหรับการเริ่มทำงาน

รัฐบาลต้องกำหนดนโยบายการคลังเพื่อสนับสนุนการทำงานรับจ้างอิสระ หน่วยงานภาครัฐต้องมีโครงการสนับสนุนทางการเงินสำหรับผู้ประกอบการที่ประสงค์จะเริ่มด้านอาชีพ ทั้งนี้ ตามหน้าที่และอำนาจของแต่ละหน่วยงาน และภายใต้ความผูกพันที่ได้ตกลงไว้กับสหภาพยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้ความช่วยเหลือกลุ่มบุคคลที่มีความยากลำบากเป็นพิเศษในการเข้าถึงตลาดแรงงาน การประกันความเป็นไปได้ของโครงการ และการประเมินความสำเร็จของโครงการ ทั้งนี้ ตามมาตรา ๒๙^{๔๔} แห่งพระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระฯ

๗. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

พระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระ ค.ศ. ๒๐๐๗ (“*Estatuto del Trabajo Autónomo*”) ของประเทศสเปนได้กำหนดให้มี “แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา” (*Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente* : TRADE) ขึ้นมาเป็นแรงงานอีกประเภทหนึ่ง หมายถึงแรงงานที่ต้องพึ่งพารายได้จากลูกค้ารายเดียวมากถึงร้อยละ ๗๕ ของรายได้จากการประกอบอาชีพทั้งหมดของตน โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อให้ประเภทของแรงงานมีความชัดเจนมากขึ้น และไม่เป็นช่องทางให้นายจ้างหลีกเลี่ยงกฎหมายคุ้มครองแรงงานและกฎหมายประกันสังคม นอกจากนี้ ยังเป็นการเพิ่มหน้าที่และอำนาจของ “พนักงานตรวจแรงงาน” (*el Inspector de Trabajo*) ในการบังคับใช้กฎหมายแก่ผู้ว่าจ้างและ “แรงงานอิสระที่ต้องพึ่งพา” (TRADE) ด้วย มาตรา ๑๑ แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการพิจารณาว่าเป็น “แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา” (TRADE) หรือไม่ ในกรณีที่การทำงานของแรงงานดังกล่าวเป็นการทำงานนอกกรอบองค์กรและการบริหารจัดการของผู้ว่าจ้าง

พระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระ ค.ศ. ๒๐๐๗ ได้กำหนดให้สัญญาระหว่างแรงงานรับจ้างอิสระกับผู้ว่าจ้าง (หรือลูกค้า) ต้องจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรและกำหนดรายการต่าง ๆ ที่ต้องระบุไว้ในสัญญา ได้แก่ ชื่อคู่สัญญา รายละเอียดการพึ่งพาลูกค้าคู่สัญญา วัตถุประสงค์ของสัญญา ลักษณะงานที่แรงงานอิสระที่ต้องพึ่งพาดำเนินการ ค่าตอบแทน วันทำงาน วันหยุด วันลา เวลาพัก การหยุดงานชั่วคราว ข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มอาชีพที่ใช้บังคับ (ถ้าหากมี) แต่โดยหลักแล้ว กฎหมายฉบับนี้ยังให้ความสำคัญกับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา (*El principio de la autonomía de la voluntad en las contrataciones*) เพียงแต่ได้กำหนดกฎเกณฑ์บางประการเพื่อเป็นหลักประกันให้กับ “แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา” (TRADE) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดห้ามมิให้คู่สัญญาเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาเพียงฝ่ายเดียว

เพื่อแก้ไขปัญหาด้านอำนาจในการเจรจาต่อรองของแรงงานรับจ้างอิสระกับผู้ว่าจ้าง (หรือลูกค้า) พระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระ ค.ศ. ๒๐๐๗ ได้กำหนดรับรองสิทธิในการ

^{๔๔} Artículo 29. Apoyo financiero a las iniciativas económicas.

รวมกลุ่มเจรจาต่อรองของแรงงานรับจ้างอิสระเป็นสมาคมอาชีพแรงงานรับจ้างอิสระ และจัดทำข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มแรงงาน เพื่อเป็นพื้นฐานในการจัดทำสัญญาลายลักษณ์อักษรระหว่างคู่สัญญาเฉพาะราย นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดให้มี “สภาแรงงานรับจ้างอิสระ” ทำหน้าที่เป็นองค์กรที่ปรึกษาของรัฐบาลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับนโยบายหรือกฎหมายว่าด้วยแรงงานรับจ้างอิสระด้วย ทั้งนี้ “สมาคมอาชีพแรงงานรับจ้างอิสระ” มิใช่ “สหภาพแรงงาน” และ “ข้อตกลงผลประโยชน์ของกลุ่มแรงงาน” มิได้ถือเป็นการจัดทำ “ข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง” ตามกฎหมายแรงงานสัมพันธ์

พระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระ ค.ศ. ๒๐๐๗ ได้บัญญัติถึงสิทธิในการเข้าถึงประกันสังคมของแรงงานรับจ้างอิสระ โดยกำหนดให้มีระบบประกันสังคมประเภทพิเศษสำหรับแรงงานรับจ้างที่ต้องพึ่งพาเป็นการเฉพาะ และกำหนดให้รัฐบาลสามารถยกเว้นหรือลดอัตราการจ่ายเงินสะสมเข้าสู่กองทุนประกันสังคม หรือเพิ่มสิทธิประโยชน์ของผู้ประกันตนได้ รวมทั้งได้ขยายสิทธิประโยชน์ให้แก่แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพาในกรณีอุบัติเหตุจากการทำงาน และโรคที่เกิดจากการประกอบอาชีพ ภายใต้เงื่อนไขเดียวกับผู้ประกันตนในระบบทั่วไป

นอกจากมิติของการคุ้มครองแรงงานแล้ว พระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระฯ ยังได้สะท้อนถึงมิติของการส่งเสริมและสนับสนุนการทำงานรับจ้างอิสระ โดยกำหนดให้รัฐบาลกลางต้องมีนโยบายสนับสนุนทางการเงินการคลังที่เหมาะสม และหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องจัดสรรงบประมาณเพื่อดำเนินการจัดทำโครงการฝึกอบรมอาชีพ และพัฒนาฝีมือแรงงานรับจ้างอิสระ โดยมีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทำหน้าที่สนับสนุนและให้ความร่วมมือในระดับพื้นที่

จากข้อมูลข้างต้น มาตราการและกลไกต่าง ๆ ตามที่ได้ระบุไว้ในพระราชบัญญัติแรงงานรับจ้างอิสระ ค.ศ. ๒๐๐๗ ของประเทศสเปนจึงอาจเป็นตัวอย่างในการนำมาปรับใช้ ในบริบทของประเทศไทยเพื่อแก้ไขปัญหาแรงงานรับจ้างอิสระบางประเภทที่ยังไม่ได้รับความคุ้มครองหรือได้รับสวัสดิการสังคมที่ดี หรือที่บางครั้งเรียกกันว่า “แรงงานนอกระบบ” ที่มีจำนวนมากขึ้น โดยอาจต้องมีการพิจารณาเป็น ๒ ขั้นตอน กล่าวคือ **ขั้นตอนแรก** จะต้องนำ “ความเป็นอิสระของแรงงาน” จากการควบคุมดูแลของนายจ้าง เช่น ตารางเวลาการทำงาน เครื่องมือและอุปกรณ์การทำงาน มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเสียก่อนว่า แรงงานนั้นเป็น “แรงงานรับจ้างอิสระ” หรือ “ลูกจ้าง” หากเมื่อพิจารณาแล้วได้ความว่าเป็น “ลูกจ้าง” ย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายคุ้มครองแรงงานและกฎหมายประกันสังคม แต่หากพิจารณาแล้วได้ความว่าเป็น “แรงงานรับจ้างอิสระ” ก็จะต้องพิจารณาในขั้นตอนที่สองต่อไป **ขั้นตอนที่สอง** เป็นการพิจารณาว่า “แรงงานรับจ้างอิสระ” คนนั้นเป็น “แรงงานรับจ้างอิสระโดยแท้” หรือเป็น “แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา” โดยใช้เกณฑ์รายได้จากการประกอบอาชีพมาพิจารณา หากเป็นแรงงานที่รับจ้างทำงานตามที่ตนเองพึงพอใจและมีรายได้มาจากลูกค้าหลากหลาย จะถือเป็น “แรงงานรับจ้างอิสระโดยแท้” และต้องจัดเตรียมสวัสดิการของตนเองโดยการเก็บสะสมเงินออมเพื่อดูแลรักษาตนเองในยามเจ็บป่วยและชราภาพ หากเป็นแรงงานที่ถึงแม้จะทำงานให้ผู้อื่นแต่มีหลายราย แต่ได้รับรายได้จากผู้ว่าจ้างคนเดียวเกินกว่าร้อยละห้าสิบตามที่กฎหมายกำหนด จะต้องถือว่าเป็น

“แรงงานรับจ้างอิสระที่ต้องพึ่งพา”^{๔๕} ซึ่งกฎหมายอาจต้องให้ความคุ้มครองใกล้เคียงกับที่ถูกจ้างตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานได้รับ และอาจต้องออกแบบให้ความคุ้มครองเพิ่มเติมเป็นพิเศษในบางเรื่อง เช่น การเข้าทำสัญญา สิทธิและหน้าที่ตามสัญญา การได้รับสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายประกันสังคมหรือการเข้าถึงสวัสดิการสังคมอื่น ๆ รวมไปถึงการกำหนดโทษสำหรับผู้ว่าจ้างที่จงใจจัดแรงงานผิดประเภทเพื่อหลีกเลี่ยงการบังคับใช้กฎหมาย (misclassification) ทั้งนี้ เพื่อให้แรงงานได้รับการจัดประเภทใหม่เสียให้ถูกต้อง (reclassification) ได้รับการคุ้มครองจากการใช้แรงงานที่ไม่เป็นธรรม มีรายได้เพียงพอต่อการดำรงชีวิต ได้รับการส่งเสริมฝึกพัฒนาอาชีพ และสามารถรวมกลุ่มกันเพื่อสร้างอำนาจในการเจรจาต่อรองกับผู้ว่าจ้างให้มีสภาพการทำงานและได้รับสวัสดิการที่ดีขึ้น อย่างไรก็ตาม ในเวลาเดียวกันกฎหมายก็ต้องคำนึงถึงต้นทุนที่อาจเพิ่มขึ้นของผู้ประกอบกิจการและทิศทางการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศในภาพรวมด้วย

^{๔๕} “เกณฑ์การพึ่งพา” อาจแตกต่างกันไปตามนโยบายของแต่ละประเทศ ประเทศสเปนกำหนดไว้ที่ร้อยละ ๗๕ ของรายได้ทั้งหมดที่แรงงานรับจ้างอิสระได้รับ ประเทศแคนาดาใช้เกณฑ์การพึ่งพาที่ร้อยละ ๘๐ ของรายได้ทั้งหมดที่แรงงานรับจ้างอิสระได้รับ ส่วนประเทศเยอรมนีกำหนดไว้ที่ร้อยละ ๕๐ ของรายได้ทั้งหมดที่แรงงานรับจ้างอิสระได้รับ ; โปรดดู “โครงการขับเคลื่อนข้อเสนอเชิงนโยบายต่อคุณภาพชีวิตของคนทำงานแพลตฟอร์ม (Platform Worker)” (มีนาคม ๒๕๖๕), สำนักงานนโยบายแรงงานนอกระบบ สำนักงานปลัด กระทรวงแรงงาน, หน้า ๓-๒๙.

๑ ช้างไทย จะแพ้ โควิด (๒)*

สพ.ญ.ทิตฏยา จรรยาเมธากุล**

ศึกก่อนโควิดมาเยือน / มาตรฐานช้างไทยที่โลกต้องการ

ในช่วงก่อนโควิดเริ่มต้นระบาดนั้น การท่องเที่ยวช้างยังคงเป็นไปได้สวยงาม หากแต่ไม่ได้ราบรื่นเหมือนที่คนทั่วไปเข้าใจนัก ซึ่งการดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับช้างนั้นได้มีการเปลี่ยนแปลงมาโดยตลอดในช่วง ๓๐ ปีที่ผ่านมา โดยเปลี่ยนไปตามกระแสที่นักท่องเที่ยวให้ความสนใจ จากที่เคยตื่นตาตื่นใจกับการทำงานร่วมกันของควาญและช้างในการลากไม้ ลากซุง ก็เริ่มให้ความสนใจและชื่นชมการแสดงความสามารถของช้าง ที่เป็นในเชิงการให้ความบันเทิง แก่ผู้ชม เช่น การวาดรูป การเตะฟุตบอล การนวดคน การปาลูกดกบนเป้าหรือลูกโป่ง จนกระทั่งการท่องเที่ยวเชิงนิเวศที่มีกิจกรรมการขี่ช้างเข้าไปในพื้นที่ป่าเพื่อชมธรรมชาติ โดยการนั่งบนแห่หลังช้างหรือคอกช้าง (แบบไม่มีแห่) จนนำไปสู่การเรียนรู้ด้านวัฒนธรรมและวิถีชีวิตควาญช้าง^๑ เมื่อนักท่องเที่ยวเริ่มให้ความสำคัญกับเรื่องสวัสดิภาพสัตว์ ดังนั้น กิจกรรมที่แลดูไม่เป็นธรรมชาติของช้าง จึงเริ่มไม่เป็นที่นิยม กอรปกับเทคโนโลยีที่เอื้อให้นักท่องเที่ยวเข้าถึงแหล่งข้อมูลมากขึ้น นักท่องเที่ยวจึงให้ความสนใจกับสถานที่และรูปแบบกิจกรรมที่เชื่อว่าเป็นการส่งเสริมสวัสดิภาพช้าง เทคโนโลยีเป็นดาบสองคม เป็นทั้งการโฆษณา บอกเล่าเรื่องราวที่ดี เชิญชวนให้คนมาท่องเที่ยว ในขณะที่เดียวกันก็เป็นสื่อที่ใช้โจมตีการท่องเที่ยวที่เกี่ยวกับช้างด้วย นี่คือ ศึกก่อนโควิดที่ช้างไทยพบ เรียกว่า เป็นการโจมตีทางด้านสวัสดิภาพช้าง ซึ่งมาทั้งจากการไม่เข้าใจวิถีการเลี้ยง ไม่ได้รับคำตอบที่ไขข้อข้องใจจากคนไทยหรืออาจเกิดจากความเข้าใจที่ดูแลสวัสดิภาพช้างได้ไม่ดีจริง ๆ ภาพและคลิปวิดีโอโดยมากจะต้องการสื่อสารถึงการใช้ช้างที่ผิดธรรมชาติ การใช้ช้างในเชิงทารุณกรรม การบังคับโดยใช้อุปกรณ์ที่รุนแรง เมื่อมีการแชร์มากมาย ทำให้ภาพลักษณ์การใช้ช้างของประเทศไทยดูแย่ จนกระทั่งมีชาวต่างชาติที่ไม่เห็นด้วยกับการเลี้ยงช้าง การใช้ช้างทำงานและรวมไปถึงการส่งเสริมไม่ให้ทำกิจกรรมการท่องเที่ยวที่เกี่ยวข้องกับช้าง

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** สัตวแพทย์ประจำสมาคมสหพันธ์ช้างไทยและฟาร์มช้างภัทร, สัตวแพทยศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, หลักสูตรวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาวิทยาศาสตร์สัตวแพทย์. มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

^๑ นิสิต พันธมิตร และไพศาล พันธมิตร, ช้าง: การเพิ่มมูลค่าทางเศรษฐกิจอย่างยั่งยืนของการท่องเที่ยวไทย ใน ฉัตรโชติ ทิตาราม และเฉลิมชาติ สมเกิด(บรรณาธิการ) ช้าง-ขอ-แห่ การจัดการปางช้างเพื่อการท่องเที่ยว (ศูนย์ความเป็นเลิศด้านการวิจัยช้างและสัตว์ป่า คณะสัตวแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ๒๕๖๑) ๘๙-๙๙.

จากการพูดคุยในหลาย ๆ เวทีเสวนาจากหน่วยงานที่ดูแลเรื่องการท่องเที่ยว จึงเน้นถึงแนวทางการรับมือเพื่อการท่องเที่ยวอย่างยั่งยืน อันประกอบด้วย 3 C ได้แก่ Communication คือ การสื่อสารและนำเสนอข้อมูลเพื่อสร้างการรับรู้และเข้าใจที่ถูกต้องเรื่อง ช้างทั้งกับชาวต่างชาติและคนไทย Collaboration คือ การร่วมมือกันของหน่วยงานต่าง ๆ เพื่อ ส่งเสริมการท่องเที่ยวไปในทิศทางที่ใส่ใจต่อสวัสดิภาพช้าง Compromise คือ การแสวงหาทิศทาง ที่ก่อให้เกิดประโยชน์กับทุกฝ่าย เป็นต้น^๒

C ตัวที่ ๑ เป็นไปอย่างยากลำบาก เพราะความยากที่จะเข้าใจว่าช้างในประเทศไทย มี ๒ ประเภท ช้างป่าและช้างบ้าน การเข้าใจเรื่องช้างและวิธีการเลี้ยงช้าง ไปจนถึงอุปกรณ์ที่ใช้ ในการเลี้ยงช้าง เช่น โซ่ ตะขอ ก็ทำให้นักท่องเที่ยวไม่มั่นใจ นักท่องเที่ยวจึงเริ่มสอบถามทางบริษัท นำเที่ยวถึงรายนามปางช้างที่ได้รับการรับรอง หรือไม่มีการทารุณกรรมช้าง โดยอาศัยภาพลักษณ์ ของการเลี้ยงช้าง แบบใช้ โซ่ หรือตะขอ หรือรูปแบบกิจกรรมมาเป็นตัวชี้วัด^๓ เครื่องหมายโลโก้ ต่าง ๆ ถูกถามหาเพื่อนำมาเป็นเครื่องการันตีความสบายใจของนักท่องเที่ยว ในขณะที่ประเทศไทย เคยมีการออกเครื่องหมายรับรองจากหลายหน่วยงาน เช่น มาตรฐานการจัดกิจกรรมปางช้าง เพื่อการท่องเที่ยว กรมการท่องเที่ยว^๔ ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์เรื่องมาตรฐานปาง (แคมป์) ช้างของประเทศไทย กรมปศุสัตว์^๕ แต่ก็พบกับอุปสรรคเช่นเดียวกับผู้ประกอบการ ท่องเที่ยวประเภทอื่นที่ต้องใช้เครื่องหมายรับรองมาตรฐานการท่องเที่ยวไทย เนื่องจากรูปแบบ การประเมินในบางเกณฑ์ ต้องมีการลงทุนทำหรือก่อสร้างเพิ่มเติม ทำให้ทางผู้ประกอบการ ปางช้างบางรายยังไม่มีทุนทรัพย์เพียงพอ หรืออยู่บนพื้นที่ดินที่ไม่สามารถสร้างสิ่งปลูกสร้างถาวรได้ จึงไม่เข้าข่ายที่จะได้รับการการันตีจากหน่วยงานดังกล่าว เป็นต้น^๖

ส่วนเครื่องหมายที่จะรับรองถึงแนวทางการดูแลช้างที่เหมาะสม รวมไปถึงแบบที่ บริษัทการท่องเที่ยวให้ความเชื่อถือจึงกลายเป็นเครื่องหมายจากหน่วยงานต่างชาติ ทำให้

^๒ สถาบันคชบาลแห่งชาติ องค์การอุตสาหกรรมป่าไม้ และคณะสัตวแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, สรุปรายงานประชุมช้างแห่งชาติ ๒๕๖๓, (๒๐ - ๒๓ สิงหาคม ๒๕๖๓) ๑๐. และไทยรัฐออนไลน์, “โครงการ ช่วยชุมชน ช่วยช้าง ช่วยชาติ” (ไทยรัฐออนไลน์, ๑๐ สิงหาคม ๒๕๖๓) <<https://www.thairath.co.th/news/society/1907399>> สืบค้นเมื่อ ๑๕ พฤษภาคม ๒๕๖๕.

^๓ สมยศ โอง์เคลือบ, “ปางช้างกับนักท่องเที่ยว” ใน ฉัตรโชติ ทิตารามและเฉลิมชาติ สมเกิด (บรรณาธิการ) ช้าง-ขอ-แหง การจัดการปางช้างเพื่อการท่องเที่ยว (ศูนย์ความเป็นเลิศด้านการวิจัยช้างและ สัตว์ป่า คณะสัตวแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ๒๕๖๑) ๗๕-๘๗.

^๔ กองพัฒนาบริการท่องเที่ยว กรมการท่องเที่ยว กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา, มาตรฐาน การจัดกิจกรรมปางช้างเพื่อการท่องเที่ยว (โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ๒๕๖๑)

^๕ กรมปศุสัตว์, ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์เรื่องมาตรฐานปาง (แคมป์) ช้างของ ประเทศไทย (๑๖ เมษายน ๒๕๕๕)

^๖ ปริญญ์ นาคปทุม และคณะ, “การสร้างความเชื่อมั่นของผู้ประกอบการที่มีต่อเครื่องหมาย รับรองมาตรฐานการท่องเที่ยวไทย” (๒ วารสารมหาวิทยาลัยคริสเตียน ๒๕๖๔) ๑ - ๑๖, ๑๑.

การประเมินสวัสดิภาพข้างบ้านของไทย ก็หนีไม่พ้นการอ้างอิงจากการจัดการมาตรฐานที่มีมาแล้วอย่างสวนสัตว์ ซึ่งจากรูปแบบการเลี้ยงที่แตกต่างจากแนวทางการเลี้ยงช้างของไทยเพราะในประเทศไทยการเลี้ยงช้างเป็นการเลี้ยงอย่างใกล้ชิด ซึ่งความอยู่ช้างไทยนั้นคืออาชีพเก่าแก่และสืบทอดความรู้จากรุ่นสู่รุ่น การเลี้ยงดูช้างจึงมีความแตกต่างไปตามรูปแบบวิถีชีวิตและภูมิภาคด้วย ทำให้การประเมินบางอย่างไม่อาจประเมินได้ ทางผู้เลี้ยงช้างจำนวนมากก็ได้เรียกร้องให้รัฐบาลช่วยเหลือในการออกแนวทางปฏิบัติที่ทำได้จริง ดีต่อช้างและยังคงไว้ซึ่งวิถีเลี้ยงช้างดั้งเดิมได้

C ตัวที่ ๒ ได้ออกมาเป็นรูปเป็นร่างเมื่อวันที่ ๒๔ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๖๔ สำนักงานมาตรฐานสินค้าเกษตรและอาหารแห่งชาติ (มกอช.) ได้ประกาศ การปฏิบัติที่ดีสำหรับปางช้าง ตามพระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าเกษตร พ.ศ. ๒๕๕๑ ไว้เป็นมาตรฐานทั่วไปที่ครอบคลุมองค์ประกอบปางช้าง การจัดการปางช้าง บุคลากร สุขภาพช้าง สวัสดิภาพช้าง สิ่งแวดล้อม การจัดการด้านความปลอดภัย (ทั้งในส่วนของช้าง บุคลากร และผู้มาใช้บริการหรือนักท่องเที่ยว) ด้วย^๗

ความอยู่ช้าง อาชีพเลี้ยงดูช้างบ้าน

เมื่อพิจารณาถึงช้าง ช้างเป็นสัตว์ที่มีบุคลิกหลากหลายเหมือนคน มีสมองที่ซับซ้อน ความจำดี การดูแลช้างหนึ่งเชือกจึงจำเป็นที่จะต้องมีความรู้ช้างที่รู้ใจ รู้นิสัยช้าง กล่าวกันว่าสวัสดิภาพที่ดีของช้าง ขึ้นอยู่กับความอยู่เป็นหลัก เพราะการดูแลช้างให้สุขภาพดีนั้นเป็นงานที่หนัก เพราะการดูแลเริ่มตั้งแต่เช้าตรู่ไปจนถึงช่วงกลางคืน ความอยู่ต้องตื่นเช้า ทำความสะอาดที่นอนช้าง พาช้างอาบน้ำ เดินออกกำลังกาย และเป็นคนที่คอยจัดสรร คัดเลือกอาหารที่สด สะอาด และแบ่งสัดส่วนให้ช้าง โดยการให้หญ้า (อาหารหลัก) แบ่งเป็นมือ ๆ สลับกับที่พากินน้ำ เป็นหลักการเลี้ยงที่สืบทอดกันมาและช่วยป้องกันการป่วยจากท้องอืด การดูแลช้างเพศผู้ก็ยิ่งยากขึ้นเพราะช้างมีประสาทรับกลิ่นที่ดีมาก ๆ หากได้กลิ่นช้างผู้เชือกอื่น ๆ ที่ติดมากับตัวความอยู่ อาจทำร้ายความอยู่ได้ แต่ไม่ว่าจะเป็นช้างเพศผู้หรือเมียแล้ว จากการที่ต้องใช้เวลาด้วยกันกว่า ๑๐ ชั่วโมงในแต่ละวัน สัดส่วนของความอยู่และช้างที่ดีที่สุด จึงเป็นที่สัดส่วน ๑:๑ แต่ความหวังของอาชีพความอยู่ช้างนั้น ช่างรับหรือและกลายเป็นอาชีพที่พ่อความอยู่ ไม่ได้อยากให้ลูกหลานมาสืบทอด จากการสัมภาษณ์ความอยู่ ส่วนมากบอกว่า รู้สึกว่าเป็นอาชีพที่ต่ำต้อย ได้รับค่าแรงน้อย มีความเสี่ยงสูง ทั้งยังใช้เวลาค่อนข้างมากเมื่อเทียบกับอาชีพอื่น ๆ ความอยู่ช้างที่ยังทำงานอยู่จึงเป็นความอยู่ที่มีใจอยากเป็นความอยู่อย่างแท้จริง สืบเนื่องจากจำนวนความอยู่ที่มีน้อยลงทุกวัน จึงน่าเป็นห่วงที่ว่า ความอยู่ช้างอาจสูญพันธุ์ก่อนช้างบ้านก็เป็นได้^๘

^๗ ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดมาตรฐานสินค้าเกษตร : การปฏิบัติที่ดีสำหรับปางช้าง ตามพระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าเกษตร พ.ศ. ๒๕๕๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๖๔ <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2564/E/196/T_0025.PDF>

^๘ ปางช้างภัทรเอเลเฟ่นคอนเซอร์เวชั่น, คณะกรรมการบริหารงานปางช้าง, การประชุมเพื่อสอบถามความคิดเห็นเกี่ยวกับวิชาชีพความอยู่ช้างเขตทางดงและสะเมิง (๑๙ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๕) ๑.

จากแนวคิดที่ว่า สวัสดิภาพที่ดีของควาญและช้างสัมพันธ์กัน หากควาญช้างมีสวัสดิภาพที่ดี เค้าจะสามารถดูแลช้างได้ดี ได้เต็มที่^๙ การยกระดับวิชาชีพควาญช้างจึงเป็นอีกหนึ่งแนวทางที่สามารถส่งเสริมได้ เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๖๓ สมาคมสหพันธ์ช้างไทยได้ร่วมกับอีกหลายหน่วยงานจัดทำมาตรฐานหลักสูตรวิชาชีพควาญช้าง สาขาวิชาชีพการท่องเที่ยว การโรงแรม ภัตตาคารและร้านอาหาร สาขาการจัดการท่องเที่ยวเชิงนิเวศ อาชีพควาญช้าง โดยสถาบันคุณวุฒิวิชาชีพ (องค์การมหาชน) เพื่อมุ่งหวังให้มีการยกระดับวิชาชีพควาญช้าง เพื่อให้เกิดความภาคภูมิใจ และคาดหวังว่าจะมีคนรุ่นใหม่ได้มาสืบทอดอาชีพต่อไป เรียกได้ว่า ประเทศไทยค่อย ๆ มีเครื่องมือต่าง ๆ ที่ส่งเสริมเรื่องของสวัสดิภาพช้างบ้านได้มากกว่าเดิมแล้ว แต่การจะขับเคลื่อนการใช้งาน ๒ สิ่งนี้ต้องใช้งบประมาณ เช่น การปรับปรุงปางช้าง การว่าจ้างควาญช้าง ที่ผ่านการรับรองจากสถาบันคุณวุฒิวิชาชีพ (องค์การมหาชน) รวมถึงมีการปรับระดับเงินเดือนตามระดับการรับรอง แต่เมื่อเศรษฐกิจหยุดชะงักด้วยโควิด ขณะนี้เป็นการค่อย ๆ เตรียมตัว ซึ่งก็เป็นจุดที่จะช่วยให้การเลี้ยงช้างไทยได้ก้าวสู่มาตรฐานที่โลกต้องการ

ธารน้ำใจที่หลังไหลมาเพื่อช่วยช้างไทย

การช่วยเหลือช้างบ้านระหว่างโควิดได้เกิดการร่วมมือร่วมใจกันทั้งภาครัฐ ภาคเอกชน แม้ว่าในส่วนรัฐบาลนั้นไม่อาจครอบคลุมความต้องการด้านการเยียวยาเป็นงบประมาณได้โดยตรง แต่ก็ได้ให้การช่วยเหลือในส่วนของสุขภาพช้าง เช่น โรงพยาบาลช้าง ยังคงให้การดูแลสุขภาพทั้งในส่วนการออกบริการตรวจสุขภาพ (อาจมีบางพื้นที่ที่ไม่สามารถเข้าเยี่ยมได้ด้วยสถานการณ์โรคระบาดโควิด) ทางกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช ได้ให้การช่วยเหลือช้างโดยการจัดสรรพื้นที่ให้ช้างบ้านเข้าไปหาอาหารในเขตพื้นที่ป่าอนุรักษ์ และหากมีช้างบ้านป่วยก็อนุญาตให้สัตวแพทย์ของกรมอุทยานฯ เข้าไปให้การรักษาช้าง เป็นต้น^{๑๐}

ความเดือดร้อนจากการปิดประเทศและไม่มีการท่องเที่ยวโดยเฉพาะนักท่องเที่ยวต่างชาติ ทำให้ไม่มีรายได้ไปจัดซื้ออาหารช้างอย่างที่เคย ซึ่งช้างโตเต็มวัยหนึ่งเชือกต้องได้กินอาหารสด เช่น หญ้า ต้นข้าวโพด ต้นสับปะรด ที่น้ำหนักประมาณร้อยละ ๑๐ ของน้ำหนักตัว กล่าวคือ ช้างต้องได้กินอาหารหลักเป็นน้ำหนักสดที่ประมาณ ๒๕๐ - ๓๕๐ กิโลกรัมต่อวัน (ยังไม่รวมอาหารเสริมต่าง ๆ ที่ควรให้เพื่อสุขภาพที่ดี) ตกเป็นค่าใช้จ่าย ๕๐๐ - ๑,๐๐๐ บาทต่อวัน ควาญช้างไม่สามารถให้ช้างอดอาหารได้ การจะออกไปตัดหญ้าในพื้นที่รกร้างหรือสวนที่มีผู้บริจาค ทางเจ้าของช้างก็เต็มใจจะไปตัด แต่การขนอาหารนั้นออกมาเลี้ยงช้างก็ยังคงใช้ค่าน้ำมันเพื่อขนส่ง ในสถานการณ์ที่น่าเป็นห่วงเพื่อบรรเทาความเดือดร้อน สมาคมสหพันธ์

^๙ วิโรจน์ สุภโชคสกุล, ควาญช้าง “หัวใจสำคัญสู่ความสำเร็จของปางช้าง” ใน ฉัตรโชติ ทิตาราม และเฉลิมชาติ สมเกิด(บรรณาธิการ) ช้าง-ขอ-ແຫ່ງ การจัดการปางช้างเพื่อการท่องเที่ยว (ศูนย์ความเป็นเลิศด้านการวิจัยช้างและสัตว์ป่า คณะสัตวแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ๒๕๖๑) ๗๒.

^{๑๐} สถาบันคชบาลแห่งชาติ องค์การอุตสาหกรรมป่าไม้ และคณะสัตวแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, สรุปรายงานประชุมช้างแห่งชาติ ๒๕๖๓, (๒๐ - ๒๓ สิงหาคม ๒๕๖๓) ๑๐.

ช้างไทย (สมาคมฯ) จึงได้ทำโครงการร่วมด้วยช่วยช้างฝ่าวิกฤต COVID-๑๙ เพื่อขอรับบริจาคและกระจายความช่วยเหลือตามรูปแบบที่แต่ละพื้นที่ต้องการ เช่น การนำงบประมาณไปจ่ายค่าน้ำมัน หรือการเหมาซื้อไร่สับปะรด การซื้อหญ้าอาหารช้าง เป็นต้น ระหว่างการดำเนินโครงการ สมาคมฯ ได้เห็นว่า ช้างบ้านไทยได้รับความช่วยเหลือจากผู้คนทั่วโลก ทุกช่วงวัย ทุกระดับ เช่น ผู้บริจาคจากประเทศญี่ปุ่น มีตั้งแต่ผู้บริจาคที่เป็นบุคคลทั่วไป เด็กประถมที่ขายสร้อยคอมือลูกปิดโอนเงินมาช่วยช้างไทย ไปจนถึงระดับหน่วยงานบริษัท ผู้บริจาคจากประเทศสเปนระดับมูลนิธิ Loro Parque Fundación ที่ทำให้สมาคมฯ ได้รับโอกาสในการเข้าพบท่านเอกอัครราชทูตสเปนประจำประเทศไทยและบอกเล่าเรื่องราวของช้างไทยช่วงโควิด การช่วยเหลือต่าง ๆ รวมถึงการติดตามข่าวสาร การสื่อสารทางโลกออนไลน์ ทำให้เราได้รับทราบถึงความรักความห่วงใยช้างทั้งจากผู้ที่เคยมาท่องเที่ยวสัมผัสช้างไทยและผู้ที่ไม่เคยมาเมืองไทยมาก่อน^{๑๑}

ธารน้ำใจคนไทยที่หลั่งไหลมาช่วยช้างมาในทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการบริจาคเงิน สิ่งของ อาหารช้าง การอำนวยความสะดวกในการรักษาช้างก็ได้รับการอนุเคราะห์ในรูปแบบที่หลากหลาย เช่น สถานที่พักแรมจากเครือข่ายสถานีวิจัยสัตว์ป่าเขานางรองเดินทางไปรักษาช้างต่างจังหวัด กล้องวิดีโอที่ทรูได้นำเทคโนโลยี 5G เพื่อติดตามอาการของช้าง และสามารถปฐมพยาบาลเบื้องต้นตามคำแนะนำแบบเรียลไทม์ของสัตวแพทย์ระหว่างการเดินทางไปโรงพยาบาล ช่วยให้การรักษาช้างทันท่วงทีมากขึ้น^{๑๒} หรือแม้แต่การนำทางโดยทีมกู้ชีพในท้องถิ่นนั้น ๆ ยามขนย้ายช้างป่วยก็มีชาวบ้านที่ผ่านไปมาให้ความเอ็นดูช้าง นำอาหารมาให้ช้างระหว่างการเดินทาง ไปจนถึงงานต่าง ๆ ที่จัดเพื่อระดมทุน อาทิ เช่น การจัดรวบรวมผ้าป่าเพื่อช่วยช้าง เมื่อวันช้างไทย ๑๓ มีนาคม ปีที่ผ่านมาโดยคุณหญิงแจ่มใส ศิลปอาชา เป็นประธาน หรือสมาคมธุรกิจท่องเที่ยวเชียงใหม่ได้จัดหาทุนช่วยช้างภายใต้โครงการ “ช้างรอดเพราะเราช่วย” ผ่านทางการประมูลภาพวาดจากศิลปินช้าง

นอกจากความทุกข์ที่ช้างได้รับผลกระทบแล้ว เกษตรกรผู้ปลูกอาหารช้างก็ลำบาก จึงเป็นที่มาของโครงการ “ช่วยชุมชน ช่วยช้าง ช่วยชาติ” ที่การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย (ททท.) จัดเพื่อสนับสนุนงบประมาณการจัดซื้ออาหารช้างจากชุมชนเกษตรกรผู้ปลูกอาหารช้าง สำหรับช้างที่ตกงาน ในช่วงเดือนกรกฎาคมถึงสิงหาคม ๒๕๖๓^{๑๓} ในช่วงการปิดประเทศ โดยเฉพาะการปิดรับสินค้านำเข้าส่งออกของประเทศจีนและเพื่อนบ้าน การปิดตลาดสดขนาดใหญ่ รวมถึงการลดการรับซื้อผลไม้ ส่งผลกระทบต่อเกษตรกรไทยที่ปลูกมะม่วง พักทอง กล้วยหอม ผักต่าง ๆ

^{๑๑} สมาคมสหพันธ์ช้างไทย, “โครงการร่วมด้วยช่วยช้างฝ่าวิกฤตโควิด-๑๙” (สมาคมสหพันธ์ช้างไทย, ๓๐ มีนาคม ๒๕๖๓) <<https://www.thaielephantalliance.org/>> สืบค้นเมื่อ ๑๕ พฤษภาคม ๒๕๖๕

^{๑๒} ผู้จัดการออนไลน์, “ทรูชู 5G อนุรักษ์ช้างไทยยุคดิจิทัล” (MRG online, ๑๓ มีนาคม ๒๕๖๔) <<https://mgronline.com/cyberbiz/detail/9640000024382>> สืบค้นเมื่อ ๑๕ พฤษภาคม ๒๕๖๕

^{๑๓} ไทยรัฐออนไลน์, “โครงการ ช่วยชุมชน ช่วยช้าง ช่วยชาติ” (ไทยรัฐออนไลน์, ๑๐ สิงหาคม ๒๕๖๓) <<https://www.thairath.co.th/news/society/1907399>> สืบค้นเมื่อ ๑๕ พฤษภาคม ๒๕๖๕

การช่วยอุดหนุนผลไม้จากเกษตรกรมาให้ช้าง คืออีกแนวทางที่เสมือนยิ่งกระสุนเดียวได้นกสองตัว ที่ผู้บริจาคจากบริษัท ไทยเบฟเวอเรจ จำกัด (มหาชน) การรวมงบบริจาคจากกลุ่มคนทั่วไป เช่น กลุ่มกาดมั่วมช. (ศิษย์เก่ามหาวิทยาลัยเชียงใหม่) กลุ่มแฟนคลับของศิลปิน และกลุ่มที่ต้องการช่วยเหลือเกษตรกร เช่น กลุ่มกินช่วยเกษตรกร ซึ่งโครงการเหล่านี้ ทางสมาคมสหพันธ์ช้างไทยได้เป็นผู้ประสานเชื่อมผู้บริจาคและผู้รับบริจาคเข้าด้วยกัน จึงเป็นที่มาของแนวทางการบริหารการช่วยช้างของสมาคมฯ ว่า ช่วยช้างถึงช้าง ซึ่งก็ได้รับการสนใจจากเครือข่ายภาคีภาคีที่ช่วยสนับสนุนและเปิดช่องทางการรับบริจาคภายใต้โครงการ “คนไทยรักช้าง” ให้ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา^{๑๔}

ในขณะเดียวกันในเชิงของการดูแลสุขภาพช้าง อาหารเป็นปัจจัยที่สำคัญ การจัดสัดส่วนอาหารหลักและอาหารเสริม โดยอาหารหลัก เช่น หญ้า ต้นข้าวโพด ที่จัดเป็นอาหารที่มีเยื่อใยยาวนาน จำเป็นต้องมีปริมาณมากกว่าอาหารเสริมอันได้แก่ ผลไม้ ดังนั้น การที่มีผู้บริจาคผลไม้เป็นจำนวนมากนั้น หากไม่ได้สัดส่วน ช้างจะท้องเสีย ท้องอืด^{๑๕} ในแง่ของการช่วยเหลือคนดูแลช้าง การได้รับบริจาคผลไม้ไม่ได้หมายถึงภาระในการหาอาหารหลักของเจ้าของช้างจะลดลง ดังนั้น การจัดหาอาหารบริจาคที่เป็นอาหารหลักจึงกลายเป็นสิ่งที่ตอบโจทย์เจ้าของช้างความยากได้มากที่สุด การรับบริจาคหญ้าหรืออาหารหลักยังต้องคำนึงถึงความปลอดภัย (ปลอดภัยสารเคมี) การปลูกอาหารช้างจึงกลายเป็นทางออกที่เหมาะสม ทางบริษัท แสนสิริ จำกัด จึงได้เล็งเห็นถึงประโยชน์จากการใช้ที่ดินรกร้างเพื่อช่วยช้าง จึงได้ร่วมกับสมาคมฯ จัดตั้งโครงการ Sansiri Backyard for elephants เพื่อให้ทางสมาคมฯ ได้ใช้พื้นที่รกร้างพัฒนา จำนวนกว่า ๗๐ ไร่ในการปลูกหญ้าเพื่อช้างเขตจังหวัดเชียงใหม่ จัดเป็นโครงการบุกเบิกที่นำไปสู่ความร่วมมือ ดำเนินงานปลูกหญ้าเนเปียร์เพื่อเป็นการช่วยเหลือช้างไทยในพื้นที่จังหวัดเชียงใหม่ ซึ่งเป็นข้อตกลงร่วมกันระหว่างองค์การบริหารส่วนจังหวัดเชียงใหม่ สมาคมฯ และกองการสัตว์และเกษตรกรรมที่ ๓ กรมการสัตว์ทหารบก ในช่วงสิงหาคม ๒๕๖๔ ทางสมาคมฯ คาดหวังว่าจะมีการนำโมเดลการปลูกอาหารช้างไปดำเนินต่อในแต่ละเขตจังหวัดที่มีช้างบ้าน ซึ่งในปี พ.ศ. ๒๕๖๕ นี้ทางเกาะสมุยก็นำโมเดลการปลูกหญ้าเพื่อช้างนี้ ไปดำเนินการต่อได้เป็นอย่างดี^{๑๖}

^{๑๔} แนวคิดสีเขียว ๗ ประการ, “ช้างไทย คนไทย กับภัยโควิด-๑๙”(แนวคิดสีเขียว ๗ ประการ) <<https://7greens.tourismthailand.org/2021/08/24/help-thai-elephants/>> สืบค้นเมื่อ ๑๕ พฤษภาคม ๒๕๖๕.

^{๑๕} คณะนายสัตวแพทย์ โรงพยาบาลช้าง สถาบันคชบาลแห่งชาติในพระอุปถัมภ์ฯ, ตำราการดูแลช้าง,(ศิลปการพิมพ์, ๒๕๕๔) ๘๗.

^{๑๖} สมาคมสหพันธ์ช้างไทย, “โครงการร่วมด้วยช่วยช้างฝ่าวิกฤตโควิด-๑๙” (สมาคมสหพันธ์ช้างไทย, ๓๐ มีนาคม ๒๕๖๓) <<https://www.thaielephantalliance.org/>> สืบค้นเมื่อ ๑๕ พฤษภาคม ๒๕๖๕.

เพื่อให้ช้างไทยไม่แพ้โควิด

สุดท้ายแล้ว เมื่อการท่องเที่ยวไม่ฟื้นตัว เศรษฐกิจไม่ดี ความรู้ช้างก็ต้องยังชีพด้วยวิธีอื่น ๆ เพื่อเลี้ยงดูตัวเอง ครอบครัว และช้าง การจะเลี้ยงช้างบ้านทั่วประเทศ ช้างเป็นงบประมาณที่มากมาย แต่ความรับผิดชอบหลักก็ไม่พ้นผู้เป็นเจ้าของช้าง ในวิกฤตินี้เจ้าของช้าง ความรู้ช้างหลายคนได้ทำอาชีพเสริม เช่น ทำก่อสร้าง รับจ้างตามสนามกอล์ฟ ขายของ เปิดคาเฟ่ช้าง การลากไม้ในสวนยางพารา เป็นต้น ส่วนมากทางภาคตะวันออกเฉียงเหนือ ความรู้หลายคนได้ผันตัวมาเป็น YouTuber บางบ้านไลฟ์ขายตะกร้าผลไม้ ซึ่งก็น่าดีใจที่มีคนทั่วไทยที่ชอบช่วยช้าง คอยติดตามและให้การสนับสนุนหรือที่เราใช้เรียกว่า เอฟซีช้าง หลายจังหวัดพบว่าช้างจำนวนหนึ่งเข้าไปขออาศัยตามวัด พอได้ขายตะกร้าผลไม้ เก็บค่าลอดท้องช้างจากผู้ศรัทธาบ้าง สำหรับทางเลือกสุดท้ายที่เจ้าของช้างจะทำคือ การขายช้างให้กับผู้ที่พร้อมดูแล เช่น วัด (การไล่ชีวิตช้างก็เป็นอีกความเชื่อของพุทธศาสนิกชน) ปางช้างหรือเจ้าของช้างที่มีลูกหลานช่วยดูแลช้างได้ เป็นต้น แท้จริงแล้วเราต้องยอมรับว่า รายได้การท่องเที่ยวจากชาวต่างชาติได้ช่วยเราเลี้ยงช้างบ้านของไทยมาโดยตลอด ดังนั้น C ตัวที่ ๑ และ ๒ ได้เริ่มต้นแล้ว ในส่วน C ตัวที่ ๓ คงได้ใช้เมื่อการท่องเที่ยวกลับมาโดยหวังว่าจะมีการแสวงหาการประนีประนอมกันทั้งนักท่องเที่ยวต่างชาติ ชาวไทย และคนเลี้ยงช้าง เมื่อมีข้อขัดแย้งหรือไม่เข้าใจกัน

การส่งเสริมการท่องเที่ยวเพื่อให้เจ้าของช้างมีรายได้เพียงพอที่จะดูแลช้างตามหลักสวัสดิภาพ การมีมาตรการรองรับต่าง ๆ ทั้งในด้านการทำงานของช้าง การจัดการปางช้างและป้องกันการทารุณกรรม รวมถึงมาตรฐานหลักสูตรวิชาชีพระดับความรู้ช้างคงเป็นแนวทางการอนุรักษ์ช้างบ้านและความรู้ช้าง อาชีพเก่าแก่ได้ เพราะช้าง ความรู้ มีความสัมพันธ์กันอย่างมาก การจัดการสวัสดิภาพที่ดี ทั้งสวัสดิภาพความรู้ สวัสดิภาพช้าง ส่งผลให้ภาพลักษณ์ของการท่องเที่ยวดีตามไปด้วย

จึงเป็นอีกจุดหนึ่งที่ยอยากให้ช้างไทยรอดพ้นจากวิกฤตโควิด และก้าวสู่การได้รับการยอมรับระดับสากลว่า เราคนไทย เลี้ยงช้างตามวิถี ตามวัฒนธรรม และมีสวัสดิภาพช้างที่ดีได้

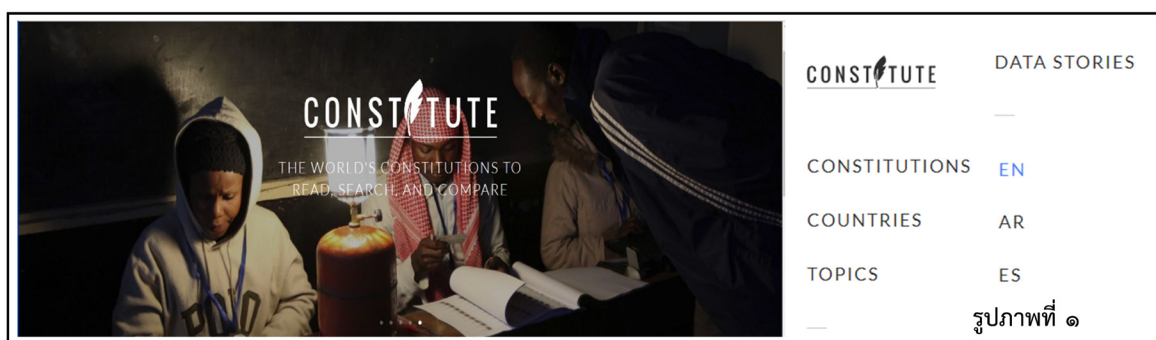
แนะนำเว็บไซต์ค้นหารัฐธรรมนูญ*

ณัฐธิดา วุ่นศิริ**

เว็บไซต์ *Constitute* (<https://www.constituteproject.org/>) เป็นฐานข้อมูลรัฐธรรมนูญและข้อมูลทางรัฐธรรมนูญอื่น ๆ จัดทำขึ้นโดย Comparative Constitutions Project ซึ่งเป็นองค์กรไม่แสวงหาผลกำไร โดยมีจุดประสงค์เพื่อให้ผู้เชี่ยวชาญทางวิชาการมีแหล่งความรู้สำหรับการร่างรัฐธรรมนูญและให้ประชาชนสามารถเข้าถึงความรู้ในเรื่องของรัฐธรรมนูญได้สะดวกขึ้น

ภายในเว็บไซต์ *Constitute* นั้น มีการให้บริการข้อมูลตัวบทรัฐธรรมนูญ (Constitutional texts) ในต่างประเทศทั่วโลก ซึ่งรวมทั้งฉบับร่าง (Draft) และฉบับแก้ไข (Amendment) ตลอดจนการเปลี่ยนแปลงของรัฐธรรมนูญตามกาลเวลา โดยได้นำมาวิเคราะห์สังเคราะห์ จัดหมวดหมู่ และนำเสนอข้อมูลแสดงคุณลักษณะของรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศ (Characteristics of National Constitutions Data) ตลอดจนข้อมูลทางสถิติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญผ่านทางแผนภาพ แผนที่ และเส้นเวลา อีกทั้งยังรวบรวมบทความเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญที่น่าสนใจ ซึ่งมีทั้งข้อมูลทางรัฐธรรมนูญส่วนที่เผยแพร่โดยไม่มีค่าใช้จ่ายและข้อมูลที่ไม่ได้เผยแพร่บนเว็บไซต์ซึ่งหากผู้สืบค้นสนใจก็สามารถสมัครสมาชิกเพื่อเข้าสู่ระบบเว็บไซต์ *Constitute* (Log in) แบบมีค่าใช้จ่ายได้ โดยเลือกที่คำว่า “Private Collections” ที่อยู่ด้านล่างของเว็บไซต์ และกรอก Google Forms เพื่อสมัครสมาชิก

ในหน้าแรกของเว็บไซต์ *Constitute* ออกแบบและจัดรูปแบบให้ใช้งานง่ายและไม่ซับซ้อนเหมาะสำหรับการค้นคว้าหาข้อมูลเพื่อศึกษาเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ โดยเว็บไซต์ *Constitute* และตัวบทรัฐธรรมนูญมีทั้งหมด ๓ ภาษา ได้แก่ ภาษาอังกฤษ ภาษาอาหรับ และภาษาสเปน (รูปภาพที่ ๑)



* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** เจ้าหน้าที่สนับสนุนงานด้านการจัดทำตัวบทกฎหมายและพัฒนาประสิทธิภาพการจัดทำกฎหมายไทยฉบับภาษาอังกฤษตามภารกิจของกองกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ตรวจทานโดยนายรักไท เทพปัญญา นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ กองกฎหมายต่างประเทศ

ในการค้นหาข้อมูลบนเว็บไซต์ *Constitute* นั้น ได้มีการแบ่งการสืบค้นออกเป็น ๔ หมวดหมู่ ดังนี้

๑. การค้นหารัฐธรรมนูญด้วยคำสำคัญและตัวกรอง
๒. การค้นหาหัวข้อที่สนใจในรัฐธรรมนูญด้วยประเทศ (Countries)
๓. การค้นหารัฐธรรมนูญด้วยหัวข้อ (Topics)
๔. บทความรัฐธรรมนูญ (Data Stories)

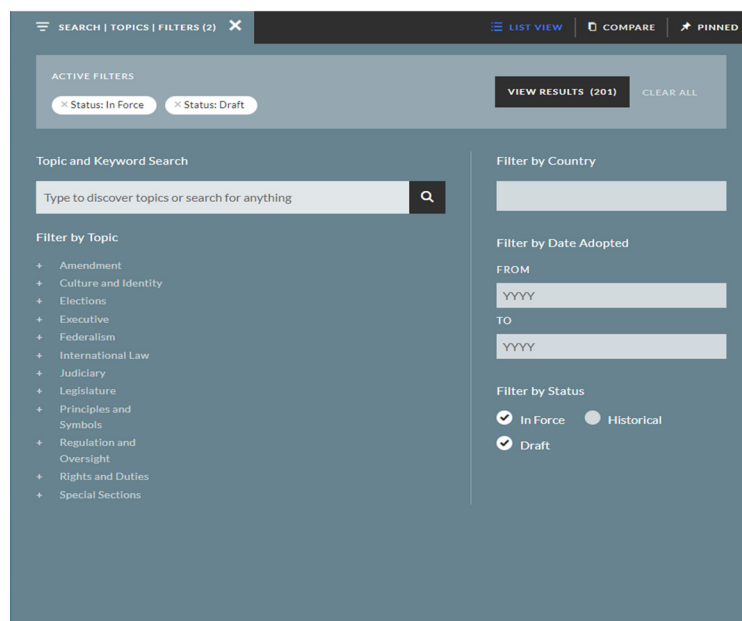
๑. การค้นหารัฐธรรมนูญด้วยคำสำคัญและตัวกรอง

ในกรณีที่ผู้สืบค้นต้องการค้นหาตัวบทรัฐธรรมนูญ ให้เลือกที่คำว่า “Constitutions” ที่ด้านบนเว็บไซต์ ซึ่งเว็บไซต์จะแสดงผลเป็นรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศเรียงตามลำดับตัวอักษร หากผู้สืบค้นต้องการไปยังตัวอักษรหมวดใดก็สามารถคลิกแถบตัวอักษรด้านบนได้ (รูปภาพที่ ๒)



รูปภาพที่ ๒

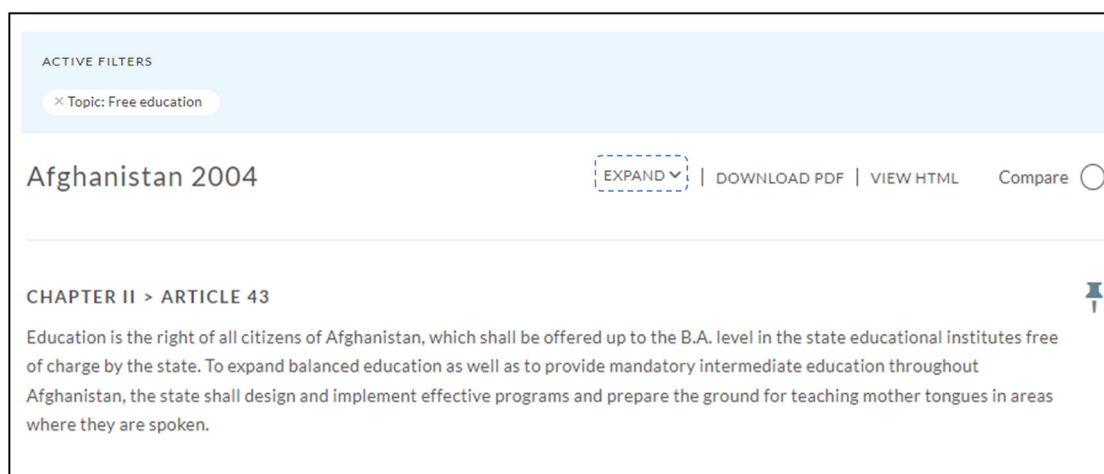
ในกรณีที่ผู้สืบค้นต้องการค้นหาตัวบทรัฐธรรมนูญโดยใช้คำค้น (Keyword) หรือตัวกรอง (Filters) ค้นหาสามารถทำได้โดยเลือกไปที่ “SEARCH | TOPICS | FILTERS” ทางด้านซ้ายมือ และเว็บไซต์จะแสดงช่องสำหรับพิมพ์คำที่ต้องการค้นหา (รูปภาพที่ ๓)



รูปภาพที่ ๓

ผู้สืบค้นสามารถทำการกรองผลการสืบค้นตามหัวข้อ ประเทศ วันที่บังคับใช้ หรือสถานะของรัฐธรรมนูญได้ เช่น รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวรัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบัน (In Force) หรือรัฐธรรมนูญที่ไม่มีผลบังคับใช้อีกต่อไปแล้ว (Historical text) โดยผู้ใช้งานสามารถกรองผลการสืบค้นทั้งโดยการพิมพ์คำค้นและการเลือกหัวข้อด้านล่างช่องสำหรับพิมพ์คำที่ต้องการค้นหา

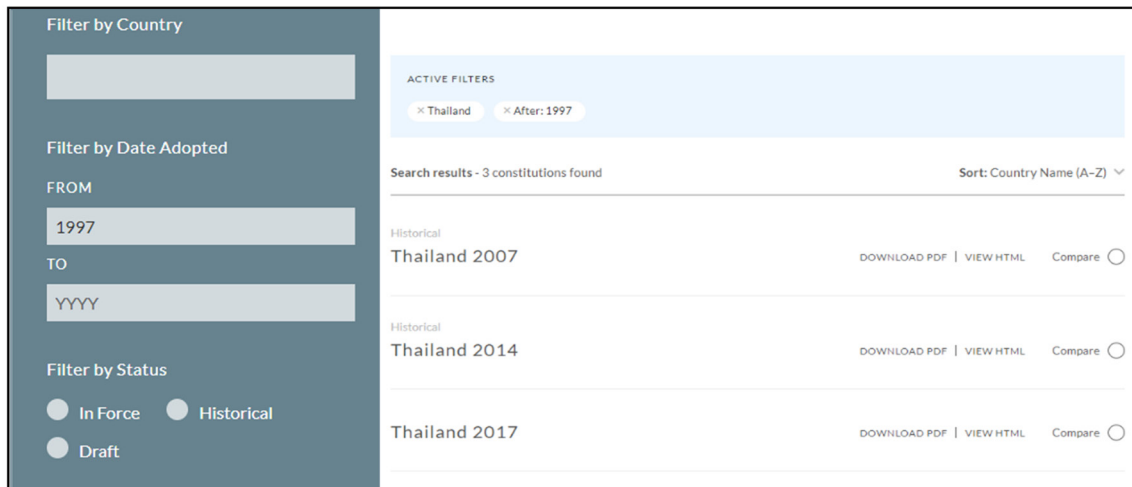
ตัวอย่างการค้นหาข้อมูลโดยใช้คำค้น เช่น หากผู้สืบค้นสนใจเรื่องการศึกษา โดยไม่มีค่าใช้จ่าย และทำการสืบค้นข้อมูลโดยใช้คำค้นว่า “Free Education” คำค้นดังกล่าวก็จะไปปรากฏอยู่ใต้คำว่า “Active Filters” ซึ่งแสดงว่าคำว่า “Free Education” ได้ถูกนำมาเป็นตัวกรองหนึ่งในการสืบค้นแล้ว จากนั้นให้ผู้สืบค้นไปที่คำว่า “View Result” เพื่อแสดงผลลัพธ์การค้นหา เมื่อเว็บไซต์แสดงผลการค้นหาแล้ว ผู้สืบค้นสามารถเลือกเปิดผลการค้นหาได้ ๓ รูปแบบ คือ ๑) เลือกดูเฉพาะบทบัญญัติมาตราที่มีถ้อยคำที่ค้นหาด้วยการคลิกที่คำว่า “Expand” โดยไม่ต้องกดเข้าไปในตัวบทรัฐธรรมนูญได้ (รูปภาพที่ ๔) ๒) เลือกดูรัฐธรรมนูญทั้งฉบับในรูปแบบไฟล์ pdf หรือ ๓) เลือกดูรัฐธรรมนูญทั้งฉบับบนเว็บไซต์



รูปภาพที่ ๔

ในกรณีที่ผู้สืบค้นต้องการค้นหารัฐธรรมนูญโดยอ้างอิงจากประเทศหรือปีที่สนใจ ผู้สืบค้นสามารถใส่คำค้นเป็นชื่อประเทศและ/หรือตามปี ค.ศ. ในช่องใต้คำว่า “Filter by Country” และ/หรือใต้คำว่า “Filter by Date Adopted” เมื่อผู้สืบค้นคลิกคำว่า “View Result” เว็บไซต์จะแสดงผลลัพธ์ที่ค้นหาออกมา

ตัวอย่างเช่น หากผู้สืบค้นต้องการค้นหาตัวบทรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ในปีหลัง ค.ศ. ๑๙๙๗ ให้ผู้สืบค้นใส่คำค้น (Keyword) คำว่า “Thailand” และ “1997” ผลลัพธ์การค้นหาจะขึ้นมาให้เลือก (รูปภาพที่ ๕)



รูปภาพที่ ๕

นอกจากนี้ ผู้สืบค้นยังสามารถทำการเปรียบเทียบเนื้อหาของรัฐธรรมนูญแต่ละประเทศได้อีกด้วยโดยคลิกคำว่า “Compare” ด้านหลังชื่อรัฐธรรมนูญของประเทศที่สนใจ โดยผู้สืบค้นสามารถเลือกรัฐธรรมนูญของประเทศที่ต้องการเปรียบเทียบกันได้ ๒ ฉบับ (รูปภาพที่ ๖)



รูปภาพที่ ๖

จากนั้น ให้ผู้สืบค้นคลิกที่ปุ่ม “Compare” บนแถบสีดำด้านบน (รูปภาพที่ ๗) ซึ่งจะทำให้ผู้สืบค้นสามารถเปรียบเทียบตัวบทรัฐธรรมนูญโดยละเอียดได้ ทั้งนี้ หากผู้สืบค้นได้เลือกคำค้นไว้ เว็บไซต์จะแสดงเนื้อหาตัวบทรัฐธรรมนูญทั้ง ๒ ฉบับว่ามีเนื้อหาตามคำค้นหรือไม่ โดยมีการเน้นข้อความเนื้อหาที่เหมือนกัน (รูปภาพที่ ๘)

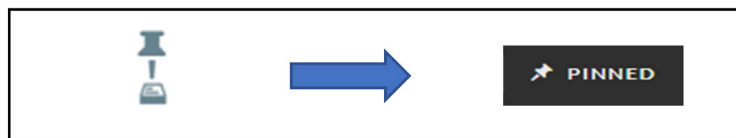


รูปภาพที่ ๗

<p>Article 43</p> <p>Education is the right of all citizens of Afghanistan, which shall be offered up to the B.A. level in the state educational institutes free of charge by the state. To expand balanced education as well as to provide mandatory intermediate education throughout Afghanistan, the state shall design and implement effective programs and prepare the ground for teaching mother tongues in areas where they are spoken.</p> <p>Article 44</p> <p>The state shall devise and implement effective programs to create and foster balanced education for women, improve education of nomads as well as eliminate illiteracy in the country.</p> <p>Article 45</p> <p>The state shall devise and implement a unified educational curricula based on the tenets of the sacred religion of Islam, national culture as well as academic principles, and develop religious subjects curricula for schools on the basis of existing Islamic sects in Afghanistan.</p> <p>Article 46</p> <p>Establishing and administering higher, general and specialized educational institutions shall be the duty of the state. The citizens of Afghanistan shall establish higher, general and specialized educational as well as literacy institutions with</p>	<p>be conditioned only on criteria of abilities.</p> <p>5. Mandatory education and general high school education in public schools are free.</p> <p>6. Pupils and students may also be educated in private schools of all levels, which are created and operated according to the law.</p> <p>7. The autonomy and academic freedom of higher education institutions are guaranteed by law.</p> <p>Article 58</p> <p>1. Freedom of artistic creation and scientific research, the use and profits deriving from them are guaranteed for all.</p> <p>2. Copyright is protected by law.</p> <p>CHAPTER V. SOCIAL OBJECTIVES</p> <p>Article 59</p> <p>1. The state, within its constitutional powers and the means at its disposal, aims to supplement private initiative and responsibility with:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. employment under suitable conditions for all persons who are able to work; b. fulfilment of the housing needs of its citizens; c. the highest health, physical and mental standards
--	---

รูปภาพที่ ๘

ในกรณีที่ผู้สืบค้นต้องการปักหมุดการสืบค้น บทความ หรือการเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญก็สามารถทำได้โดยคลิกปุ่มรูปเข็มหมุดตรงด้านขวาแล้วคลิกที่ปุ่มคำว่า “Pinned” (รูปภาพที่ ๙)

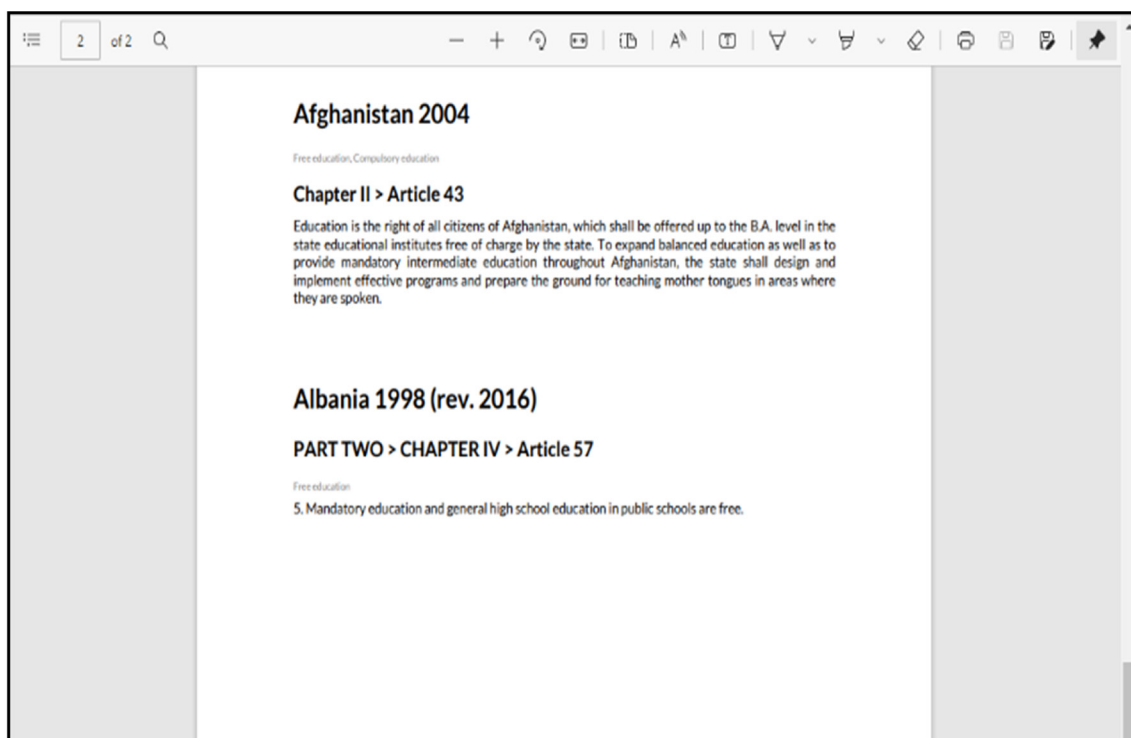


รูปภาพที่ ๙

ต่อมา เว็บไซต์จะให้ผู้สืบค้นเลือกประเภทของเอกสาร (รูปภาพที่ ๑๐) โดยผู้สืบค้นสามารถกดส่งเอกสารไปที่ Google docs หรือ กด Download เป็น pdf หรือ Microsoft Excel ได้ ซึ่งในกรณีของการเปรียบเทียบการสืบค้นนั้น เว็บไซต์จะคัดเฉพาะส่วนที่มีเนื้อหาบทบัญญัติมาตราตรงกับถ้อยคำที่ค้นหา (รูปภาพที่ ๑๑)



รูปภาพที่ ๑๐

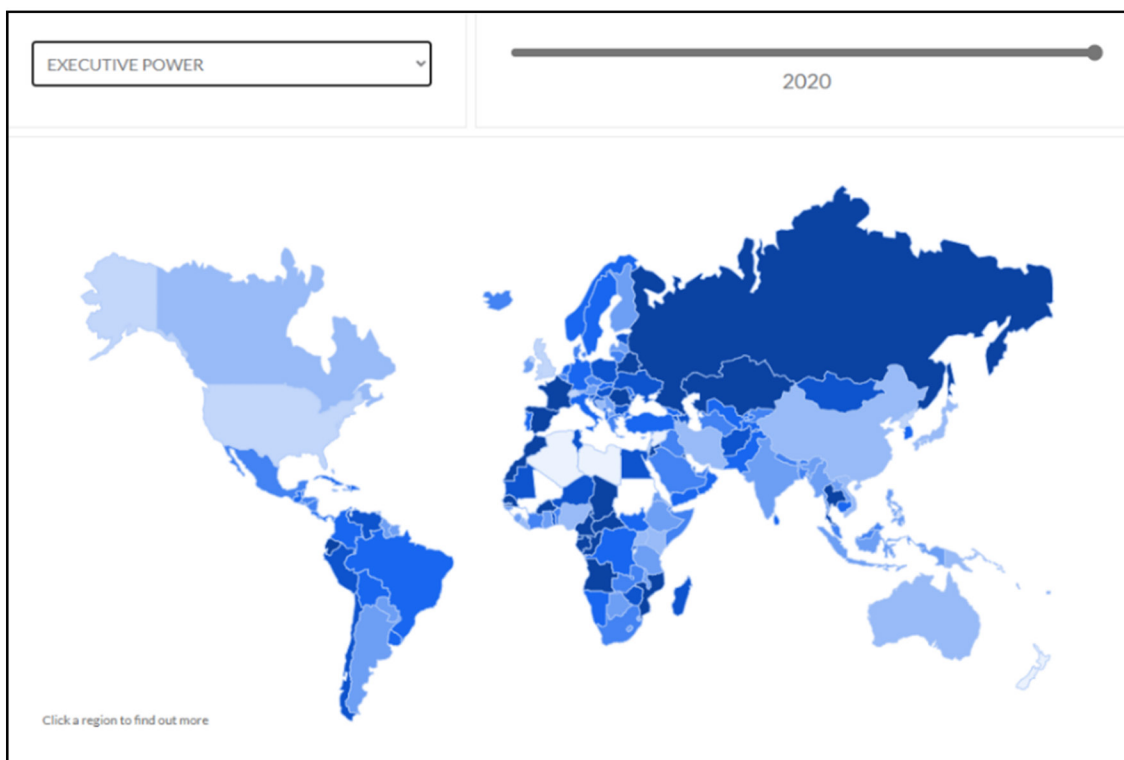


รูปภาพที่ ๑๑

๒. การค้นหาข้อมูลที่สนใจในรัฐธรรมนูญตามรายประเทศ (Countries)

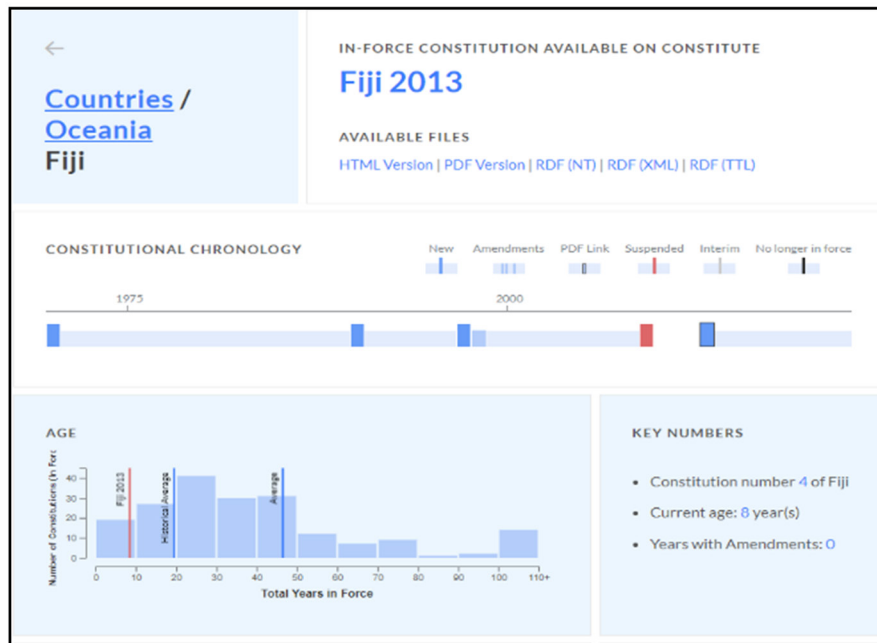
นอกจากเนื้อหาตัวบทของรัฐธรรมนูญแล้ว เว็บไซต์ยังได้จัดทำฐานข้อมูลในหัวข้อที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญในหลายประเทศทั่วโลกด้วย เช่น อำนาจอธิปไตย อำนาจตุลาการ อำนาจบริหาร ความเป็นอิสระของตุลาการ ความยาวของรัฐธรรมนูญโดยพิจารณาจากจำนวนคำ เป็นต้น โดยฐานข้อมูลนี้จะแสดงผลผ่านทางแผนภาพ ทั้งนี้ แผนภาพดังกล่าวผู้สืบค้นยังอาจเลือกให้แสดงผลตามปี ค.ศ. ได้อีกด้วย โดยเลือกที่แถบปีทางด้านขวา

ตัวอย่างเช่น หากผู้สืบค้นเลือกหัวข้ออำนาจบริหาร (Executive power) โดยในแผนภาพจะมีข้อมูลว่ารัฐธรรมนูญประเทศใดให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารมากหรือน้อยเพียงใดโดยจำแนกตามความเข้มของสี (รูปภาพที่ ๑๒)



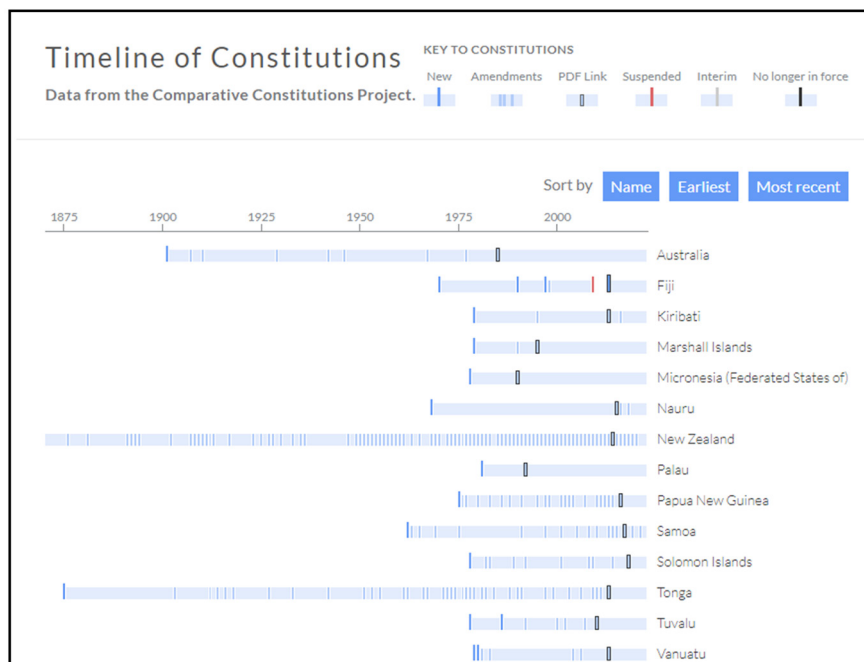
รูปภาพที่ ๑๒

เมื่อผู้สืบค้นคลิกที่ภูมิภาคใดบนแผนภาพ เว็บไซต์จะนำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญโดยรวมของภูมินาคนั้น รวมถึงสถิติข้อมูลด้านรัฐธรรมนูญโดยสรุปเพื่อให้ผู้สืบค้นเข้าใจภาพรวมของเนื้อหามากขึ้น พร้อมแสดงเส้นเวลา (Timeline of Constitutions) ของรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศในภูมินาคนั้นโดยจำแนกตามชื่อประเทศและวันที่รัฐธรรมนูญบังคับใช้ (รูปภาพที่ ๑๓)

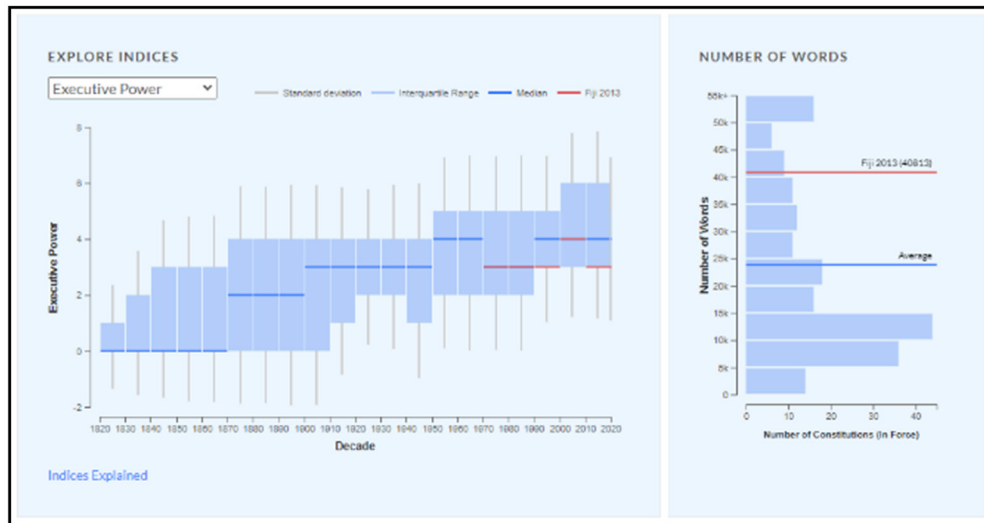


รูปภาพที่ ๑๓

ในกรณีที่ผู้สืบค้นต้องการดูข้อมูลของประเทศใดโดยเฉพาะก็สามารถเลือกชื่อประเทศบนเส้นเวลาเพื่อดูรายละเอียดของรัฐธรรมนูญของประเทศดังกล่าวได้ เช่น รัฐธรรมนูญฉบับล่าสุดที่บังคับใช้ ปีที่บังคับใช้ ปีที่การแก้ไขรัฐธรรมนูญ จำนวนคำที่ใช้ เป็นต้น รวมไปถึงหัวข้ออื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น อำนาจอธิปไตย อำนาจตุลาการ อำนาจบริหารของประเทศนั้น ๆ ด้วย (รูปภาพที่ ๑๔ และ รูปภาพที่ ๑๕)



รูปภาพที่ ๑๔

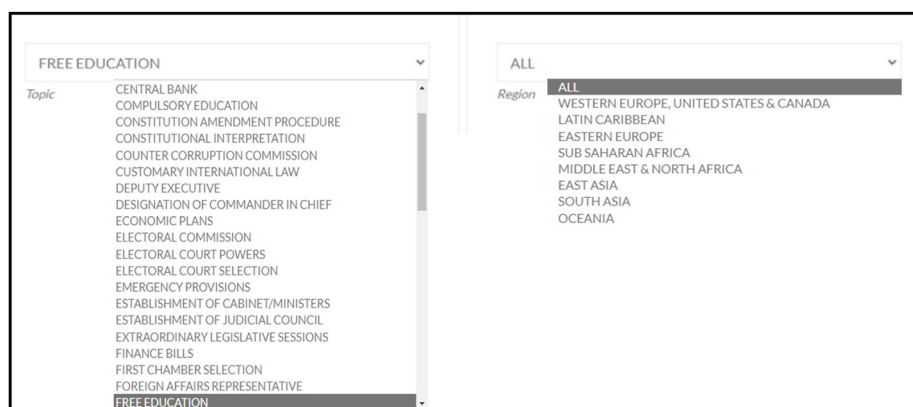


รูปภาพที่ ๑๕

๓. การค้นหารัฐธรรมนูญด้วยหัวข้อ (Topics)

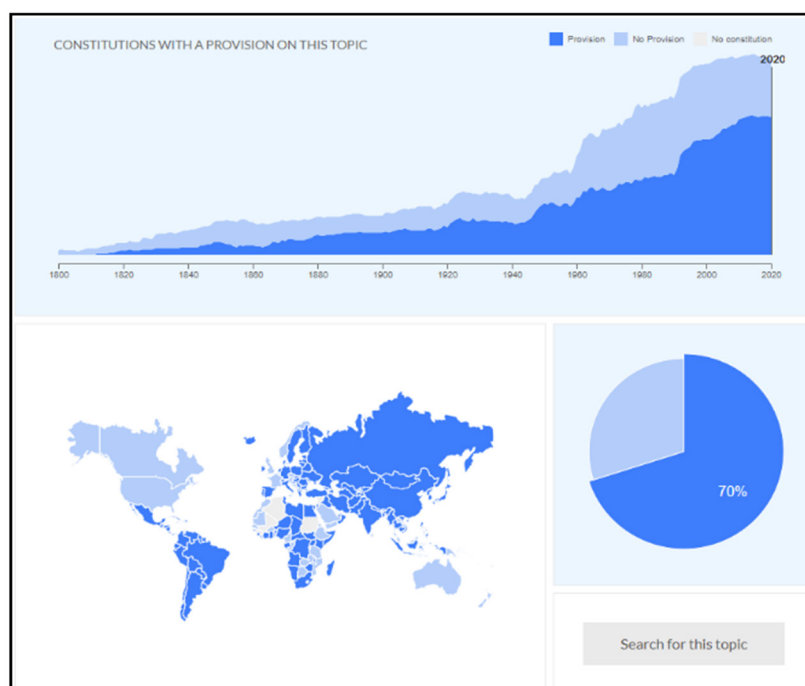
หากผู้สืบค้นต้องการทราบข้อมูลของรัฐธรรมนูญแต่ละภูมิภาคตามหัวข้อที่สนใจ ผู้สืบค้นสามารถเลือกที่คำว่า “Topic” ด้านบน ซึ่งเว็บไซต์จะให้ผู้สืบค้นสามารถเลือกได้ว่า จะค้นหาในหัวข้อใดและในภูมิภาคใด โดยเลือกที่ “Topic” สำหรับหัวข้อ และเลือกที่ “Region” สำหรับภูมิภาค

ตัวอย่างเช่น หากผู้สืบค้นต้องการทราบว่ารัฐธรรมนูญของประเทศใดบ้าง ที่กล่าวถึงการศึกษาโดยไม่มีค่าใช้จ่าย (Free Education) เอาไว้ ผู้สืบค้นสามารถเลือกคำว่า “Free Education” ที่กล่องตัวเลือกเหนือคำว่า “Topic” และเลือกคำว่า “All” ที่กล่องตัวเลือกเหนือคำว่า “Region” (รูปภาพที่ ๑๖)



รูปภาพที่ ๑๖

หลังจากนั้น เว็บไซต์จะทำการแสดงข้อมูลตามหัวข้อที่เลือก ตลอดจนการเปลี่ยนแปลงและการพัฒนาในเรื่องดังกล่าวดังกล่าวตามระยะเวลา เช่น รัฐธรรมนูญทั่วโลกมีแนวโน้มที่จะระบุเรื่องการศึกษาโดยไม่มีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น นอกจากนี้ เว็บไซต์ยังประมวลผลเป็นแผนภาพให้ผู้สืบค้นทราบว่าประเทศใดบ้างที่มีและไม่มีเนื้อหาในเรื่องดังกล่าว หรือไม่มีรัฐธรรมนูญเลย โดยจำแนกตามสิบบนแผนที่โลก แผนภาพกราฟ และแผนภูมิวงกลมแสดงสัดส่วนร้อยละระหว่างรัฐธรรมนูญของประเทศที่มีและไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการศึกษาโดยไม่มีค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ หากผู้สืบค้นต้องการดูเนื้อหาของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับหัวข้อใด หรือต้องการดูเนื้อหาของรัฐธรรมนูญเป็นรายประเทศ ก็สามารถไปที่ “Constitutional Topic Pages” หรือ คลิกปุ่ม “Search for this topic” เพื่อดูข้อมูลเพิ่มเติมได้ (รูปภาพที่ ๑๗)



รูปภาพที่ ๑๗

ด้านล่างของหน้าเดียวกันนี้ ยังมีการจำแนกหัวข้อที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญเอาไว้เป็นการเฉพาะ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติม การเลือกตั้ง ฝ่ายบริหาร หรือสิทธิและหน้าที่ เป็นต้น และในแต่ละหัวข้อก็ยังมีหัวข้อแยกย่อยลงไปอีก ซึ่งหากผู้สืบค้นเลือกไปที่หัวข้อย่อยดังกล่าวเว็บไซต์ก็จะแสดงสาระสำคัญของหัวข้อนั้นพอสังเขป (รูปภาพที่ ๑๘) และผู้สืบค้นสามารถเลือกดูรัฐธรรมนูญของประเทศที่มีบทบัญญัติในเรื่องเหล่านี้ได้โดยคลิกไปที่ “See Constitutional Provisions On This Topic” ด้านล่าง (รูปภาพที่ ๑๙)

CONSTITUTIONAL TOPIC PAGES		
+ Amendment	+ Electoral Oversight	• Duty to join a political party
+ Culture and Identity	+ Electoral Rules and Regulations	• Equality regardless of political party
- Elections	- Political Parties	• Indigenous right to political parties
+ Executive	+ Referenda and Initiatives	• Preferred political parties
+ Federalism	+ Suffrage and Turnout	• Prohibited political parties
+ International Law		• Regulation of political parties
+ Judiciary		• Restrictions on political parties
+ Legislature		• Right to form political parties
+ Principles and Symbols		
+ Regulation and Oversight		
+ Rights and Duties		
+ Special Sections		

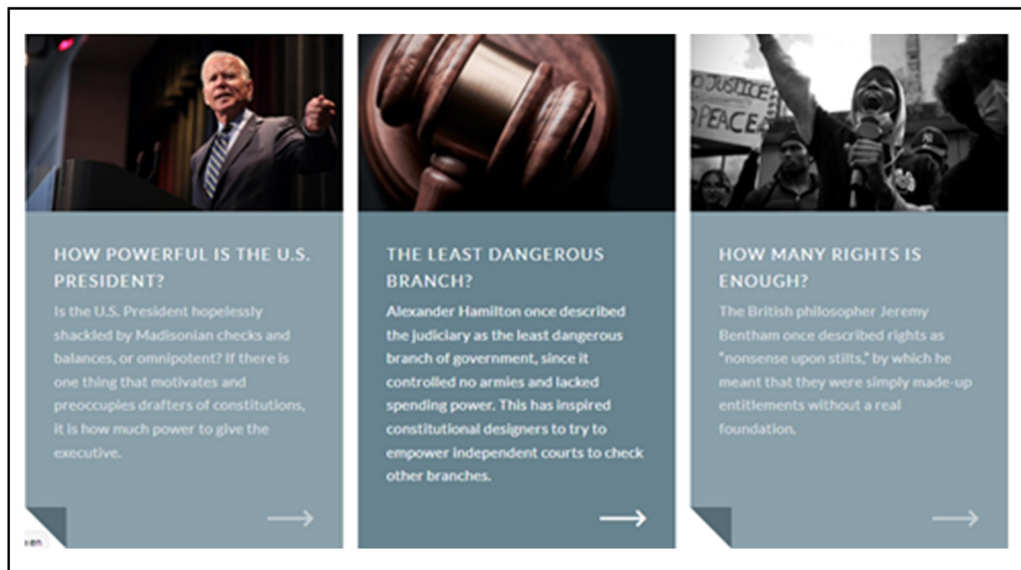
รูปภาพที่ ๑๘

Topics Right to form political parties	<p>More information about the CCP's research design is available here, including background information on how the team designed the inventory of constitutional topics as well as the full coding survey.</p>
	<p>DESCRIPTION</p> <p>Establishes the right to join a party or other political organization, or gives citizens the right to form new political parties.</p>
	<p>CATEGORIES</p> <p>Elections</p>
	<p>SURVEY QUESTIONS</p> <p>Does the constitution provide for a right to form political parties?</p>
	<p>SEE CONSTITUTIONAL PROVISIONS ON THIS TOPIC</p>

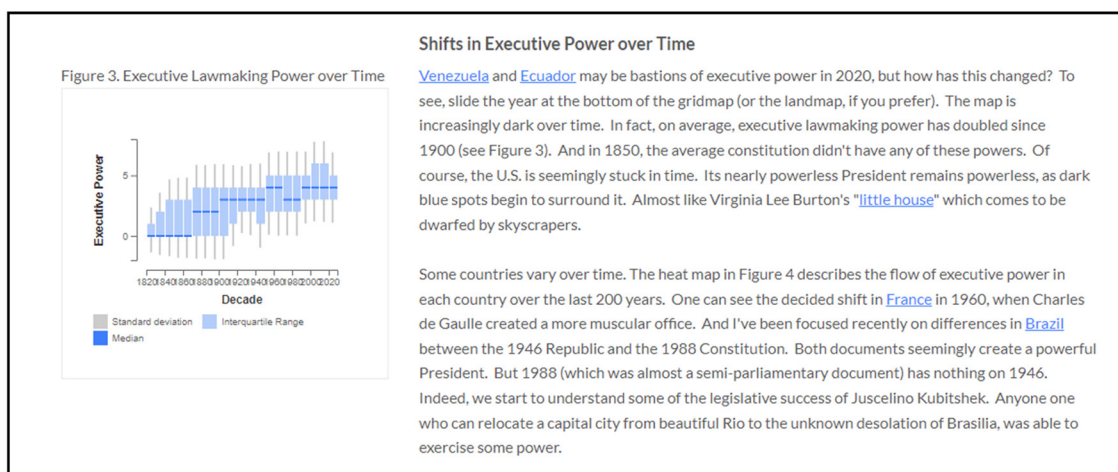
รูปภาพที่ ๑๙

๔. บทความเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ (Data Stories)

เว็บไซต์ *Constitute* ได้เลือกสรรประเด็นที่น่าสนใจทางด้านรัฐธรรมนูญ โดยผู้เชี่ยวชาญด้านรัฐศาสตร์และนำเสนอในรูปแบบของบทความพร้อมแผนภาพประกอบเพื่อให้ผู้สื่บค้นเข้าใจผลกระทบทางด้านการบริหารของรัฐ กฎหมาย และสังคมที่เชื่อมโยงกับรัฐธรรมนูญของหลายประเทศทั่วโลก เช่น อำนาจบริหารของประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกา การเปลี่ยนแปลงของอำนาจตุลาการในปัจจุบัน เป็นต้น (รูปภาพที่ ๒๐ และรูปภาพที่ ๒๑)

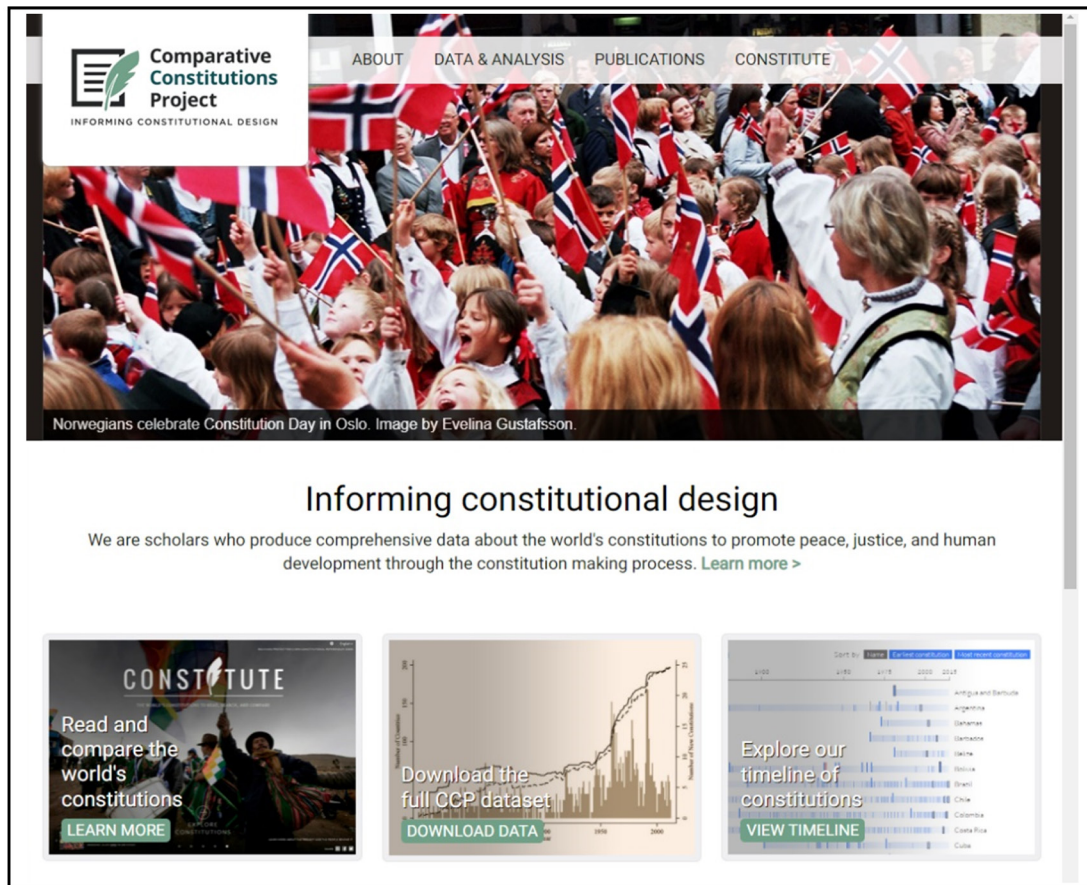


รูปภาพที่ ๒๐



รูปภาพที่ ๒๑

หากผู้สืบค้นต้องการศึกษาเพิ่มเติม ผู้สืบค้นสามารถไปที่ท้ายบทความเพื่อไปยังอีกเว็บไซต์หนึ่งซึ่งได้แก่ Comparative Constitutions Project เพื่อค้นหาข้อมูลเพิ่มเติม (<https://comparativeconstitutionsproject.org/>) ไม่ว่าจะเป็นเส้นเวลา (Timeline of Constitutions of Constitutions) การวิเคราะห์ข้อมูลโดยใช้แผนภาพ (Data Visualizations) การจัดอันดับประเทศในด้านรัฐธรรมนูญ (Constitution Rankings) พร้อมบทความ วิจัย ประกาศ ข่าวสาร และสื่ออื่น ๆ เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญเพิ่มเติม รวมถึงคำอธิบายขั้นตอนการเก็บข้อมูลของเว็บไซต์ (Research Design) ด้วย (รูปภาพที่ ๒๒)



รูปภาพที่ ๒๒

แม้เว็บไซต์ *Constitute* จะมีข้อมูลรัฐธรรมนูญจากหลายประเทศ แต่ทาง Comparative Constitutions Project ซึ่งเป็นผู้จัดทำเว็บไซต์ มีข้อจำกัดบางประการในเรื่องตัวบทรัฐธรรมนูญในภาษาอาหรับและภาษาสเปนที่มีจำนวนน้อยกว่าตัวบทรัฐธรรมนูญในภาษาอังกฤษ รวมถึงเอกสารบางฉบับเนื่องจากเอกสารบางฉบับมีอายุมากเกินไปหรือมีลักษณะไม่ตรงตามนิยามของรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน เช่น มหากฎบัตร (Magna Carta) ทางเว็บไซต์จึงไม่มีข้อมูลของเอกสารในลักษณะตามที่ได้กล่าวไปในข้างต้น นอกจากนี้ เนื่องจากการวิเคราะห์ข้อมูลเว็บไซต์นั้นต้องจัดเก็บข้อมูลเป็นภาษาอังกฤษ ดังนั้น ข้อมูลรัฐธรรมนูญในเว็บไซต์นี้จึงมีข้อจำกัดสำหรับรัฐธรรมนูญฉบับที่ทางผู้จัดทำเว็บไซต์ *Constitute* ยังไม่สามารถหาตัวบทเป็นภาษาอังกฤษได้ เช่น รัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๔๙๐ เป็นต้น

ที่ปรึกษา

นายปกรณ์ นิลประพันธ์

บรรณาธิการ

นางสมาพร นิลประพันธ์

กองบรรณาธิการ

นางสาววราลัย อ่อนนุ่ม

นางสาวกัลยา เกียรติถาวรชัย

นางสาวดนีนิจ แซ่เฮง

นางสาวธมนกัญญา พรหมนิตย์

นางสาวเสาวนีย์ จันทิขลิต

นางสุปราณี เพ็ญหนู

นายกรณ์ อรรถเนติศาสตร์

นางสาวรัชนิกร ลาภวณิชชา

นางสาวพรรณพร สนิธิไชย

ผู้จัดการ

นางสาววราลัย อ่อนนุ่ม

เหรียญก

นางสาวศิริพรรณ พวงทอง

OCS

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

Better Regulation for Better Life
พัฒนากฎหมายให้ดีเพื่อให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น

สถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน
Advanced Legal Training Institute