

# รายงานวิจัยขั้นต้น (Inception Report)

## เรื่อง “การพัฒนากฎหมายภายในเพื่อรองรับการทำงานด้านประชาคมอาเซียน”

### บทนำ

#### ๑. หลักการและเหตุผล

สืบเนื่องจากการที่ประเทศไทยเป็นภาคีของประชาคมอาเซียน บทหลักการพื้นฐานที่ทุกรัฐร่วมกันกำหนด แนวทางดำเนินการเพื่อประโยชน์ร่วมกันทั้งทางด้านเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมและความมั่นคงทางการเมืองที่ ได้ร่วมกันกำหนดขึ้นไว้ ทั้งนี้ แม้รัฐภาคีของประชาคมอาเซียนยังมีอำนาจอธิปไตยโดยสมบูรณ์ในดินแดนของตน แต่การใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าวย่อมถูกผูกพันโดยพันธกรณีซึ่งมีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยการ ดำเนินการเกี่ยวกับเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม และความมั่นคง และการเมืองของรัฐภาคีของประชาคม อาเซียนแต่ละประเทศจึงต้องอยู่ภายใต้กรอบพันธกรณีทั้งสามด้าน

สำหรับประเทศไทยการเป็นภาคีของประชาคมอาเซียน มีผลกระทบโดยตรงต่อการกำหนดนโยบายด้าน กฎหมาย การปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในกฎบัตรอาเซียน ตลอดจนสนธิสัญญา อนุสัญญา ความตกลง ข้อตกลง ปฏิญญา พิธีสาร และตราสารอาเซียนอื่น ๆ ที่ทำขึ้นทั้งก่อนและหลังวันที่กฎบัตรอาเซียนมีผลใช้บังคับ ดังนั้น การจัดทำและการพิจารณาร่างกฎหมายของหน่วยงานรัฐจึงต้องอนุวัติการและสอดคล้องกับพันธกรณี ที่ ประเทศไทยมีต่อประชาคมอาเซียน

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรในฐานะเป็นองค์กรที่สนับสนุนการทำงานของฝ่ายนิติบัญญัติ จึง ตระหนักถึงความจำเป็นที่ต้องศึกษาวิจัยด้านกฎหมาย เพื่อให้ได้ข้อมูลสำหรับการพิจารณาและให้ความเห็นชอบ ความตกลงและสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับประชาคมอาเซียนและการจัดทำและพิจารณาร่างกฎหมาย ตลอดจนการ ปรับปรุงแก้ไข หรือยกเลิกกฎหมาย การตรวจสอบความสอดคล้องของร่างกฎหมายกับพันธกรณีต่าง ๆ ที่ประเทศ ไทยเป็นภาคี ดังนั้นในปีงบประมาณ ๒๕๕๙ ศูนย์ประชาคมอาเซียนของสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรจึงจะจัด จ้างเพื่อจัดทำข้อเสนอในการพัฒนากฎหมายภายในเพื่อรองรับพันธกรณีของประชาคมอาเซียน โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อบูรณาการทางกฎหมาย (Legal Harmonization) ของกฎหมายไทยกับกฎหมายภายในประเทศสมาชิก อาเซียนในสามเสาหลัก โดยมีเป้าหมายให้งานวิจัยแล้วเสร็จภายในปีงบประมาณ ๒๕๕๙ เพื่อนำผลการวิจัยมา เสนอในการเสวนาประชาคมอาเซียนในไตรมาสสี่ของปีงบประมาณ ๒๕๕๙

พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ หรือ อีคอมเมิร์ซ (E-commerce) เป็นตลาดที่มีผู้ประกอบการและผู้บริโภคให้ ความสนใจเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะในภูมิภาคอาเซียน ซึ่งมีสัดส่วนผู้ใช้อินเทอร์เน็ตสูงถึง ๑๙๙ ล้านคน มีผู้เป็น สมาชิกเครือข่ายสังคมออนไลน์ เช่น Facebook สูงสุดถึง ๑๗๗ ล้านบัญชี ในปี ๒๕๕๖ แม้ว่ามูลค่าการค้าของ ตลาดอีคอมเมิร์ซแบบธุรกิจสู่ลูกค้า (B2C) จะมีมูลค่าอยู่ที่ประมาณ ๕๐๐ - ๑,๑๐๐ ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ คิดเป็น ร้อยละ ๐.๒ ของยอดค้าปลีกของอาเซียน แต่มีโอกาสขยายตัวทางการค้ามากขึ้น จากปัจจัยดังต่อไปนี้ (๑) การ เพิ่มขึ้นของชนชั้นกลาง (rise of middle class) และราคาอุปกรณ์ไอที เช่น โทรศัพท์เคลื่อนที่และแท็บเล็ต ที่ ราคาถูกและสามารถเข้าถึงได้ง่าย (๒) ความพร้อมของโครงสร้างขั้นพื้นฐานด้านเทคโนโลยีสารสนเทศและ โทรคมนาคม (๓) จำนวนผู้ประกอบการที่เพิ่มขึ้นในตลาดอีคอมเมิร์ซ (๔) ทางเลือกที่หลากหลายด้านบริการขนส่ง สินค้า (logistic option) (๕) ทางเลือกในการชำระสินค้าที่สะดวกและรวดเร็ว นอกจากนี้ธุรกิจบริการเกี่ยวกับ

คอมพิวเตอร์ ซึ่งรวมถึงการให้บริการที่เกี่ยวข้องกับอีคอมเมิร์ซยังเป็นสาขาที่มีการเปิดเสรีตามกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน (ASEAN Framework Agreement on Services: AFAS)

ตามแผนแม่บทไอซีที ๒๐๒๐ (ASEAN ICT Masterplan ๒๐๒๐) กำหนดให้มียุทธศาสตร์การพัฒนาตลาดดิจิทัลและชุมชนออนไลน์ที่มีความมั่นคงปลอดภัย อันเป็นการพัฒนาต่อยอดแผนแม่บทไอซีที ๒๐๑๕ ที่กำหนดให้มีการพัฒนาตลาดอาเซียนอีคอมเมิร์ซเป็นหนึ่งในยุทธศาสตร์หลักในการดำเนินงานตามแผนแม่บท อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงระดับการพัฒนาด้านเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ซึ่งถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของการพัฒนาดิจิทัลในด้านต่าง ๆ รวมถึงด้านอีคอมเมิร์ซด้วย พบว่า ระดับการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านเทคโนโลยีสารสนเทศและโทรคมนาคมของประเทศในสมาชิกอาเซียน ยังไม่อยู่ในระดับดีเท่าใดนัก ยกเว้นประเทศสิงคโปร์ และมีระดับการพัฒนาที่แตกต่างกันค่อนข้างมากในแต่ละประเทศ เป็นผลสืบเนื่องมาจากนโยบายและกฎระเบียบการพัฒนาด้านดิจิทัลภายในประเทศ เช่น การไม่มีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในการใช้บริการอีคอมเมิร์ซแม้ว่าความตกลงด้านอิเล็กทรอนิกส์ของอาเซียน (e-ASEAN Framework Agreement) ได้กำหนดพันธกรณีของประเทศสมาชิกอาเซียนในการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Online Consumer Protection) เพื่อส่งเสริมและอำนวยความสะดวกการทำธุรกรรมอีคอมเมิร์ซ

ด้วยเหตุผลดังกล่าวในการประชุมสุดยอดผู้นำอาเซียน (ASEAN Summit) ครั้งที่ ๒๗ เมื่อวันที่ ๒๒ พฤศจิกายน ๒๕๕๘ ณ กรุงกัวลาลัมเปอร์ ประเทศมาเลเซีย ผู้นำประเทศสมาชิกอาเซียนได้ลงนาม “ปฏิญญาอาเซียน ๒๕๖๘: มุ่งหน้าไปด้วยกัน” (ASEAN ๒๐๒๕: Forging Ahead Together) ซึ่งกำหนดวิสัยทัศน์และแผนปฏิบัติการร่วมกันของอาเซียนทั้ง ๓ เสา ได้เน้นย้ำถึงความสำคัญของการสร้างกรอบทางกฎหมายร่วมกันของอาเซียนในการคุ้มครองผู้บริโภค

นอกจากนี้ ตามนโยบายที่รัฐบาลพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ได้แถลงไว้ต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เมื่อวันที่ ๑๒ กันยายน ๒๕๕๗ ในส่วนของการสร้างศักยภาพของเศรษฐกิจของประเทศที่มุ่งเน้นให้มีการส่งเสริมภาคเศรษฐกิจดิจิทัล ขับเคลื่อนประเทศสู่ความเป็นเลิศด้านเศรษฐกิจและสังคมโดยวางรากฐานเศรษฐกิจดิจิทัลในทุกภาคส่วน ซึ่งนำไปสู่การเสนอร่างกฎหมายชุดเศรษฐกิจดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม จำนวน ๑๐ ฉบับ ที่มีการพิจารณาปรับรวมเหลือ ๘ ฉบับ ได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ ...) พ.ศ... เพื่อจัดตั้งกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม ร่างพระราชบัญญัติการพัฒนาดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม พ.ศ... ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่...) พ.ศ... ร่างพระราชบัญญัติสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ... ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่...) พ.ศ... ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ พ.ศ... ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ... ร่างพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม (ฉบับที่...) พ.ศ... อย่างไรก็ตาม ยังไม่ปรากฏการเสนอร่างกฎหมายด้านการคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นการเฉพาะ ดังนั้น ผู้บริโภคในพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จึงได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๒๒ อันเป็นกฎหมายซึ่งใช้คุ้มครองผู้บริโภคในกรณีการซื้อขายสินค้าและบริการทั่วไป แต่กิจการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีลักษณะเอื้อประโยชน์แก่ผู้ประกอบการมากกว่าการซื้อขายสินค้าและบริการทั่วไป เนื่องจากผู้ประกอบการสามารถนำเก็บข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภค เช่น เบอร์โทรศัพท์ อีเมล ความถี่ในการเข้าชมเว็บไซต์ ไปใช้ในกิจการอื่นนอกเหนือจากกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายสินค้า ตัวอย่างเช่น การนำข้อมูลดังกล่าวไปประมวลผลเพื่อวิเคราะห์พฤติกรรมของผู้บริโภคและนำข้อมูลดังกล่าว

ไปขายให้กับบุคคลที่สาม เป็นต้น กฎหมายการคุ้มครองผู้บริโภคในพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง เพื่อสร้างความมั่นใจให้กับผู้บริโภคในเศรษฐกิจดิจิทัล

ดังนั้นการศึกษาเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคในพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งในการเตรียมความพร้อมด้านกฎหมายของไทยเพื่อรองรับการทำงานด้านประชาคมอาเซียน โดยเฉพาะในเสาประชาคมเศรษฐกิจ ผลของการศึกษาสามารถนำมาเป็นส่วนหนึ่งในการจัดทำแผนนิติบัญญัติแห่งชาติของสภาผู้แทนราษฎร เพื่อปฏิรูปกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคสำหรับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ซึ่งสอดคล้องกับวาระการปฏิรูปประเทศ (วาระที่ 31 ปฏิรูประบบคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศ) และพันธกรณีของประชาคมอาเซียน

## ๒. วัตถุประสงค์

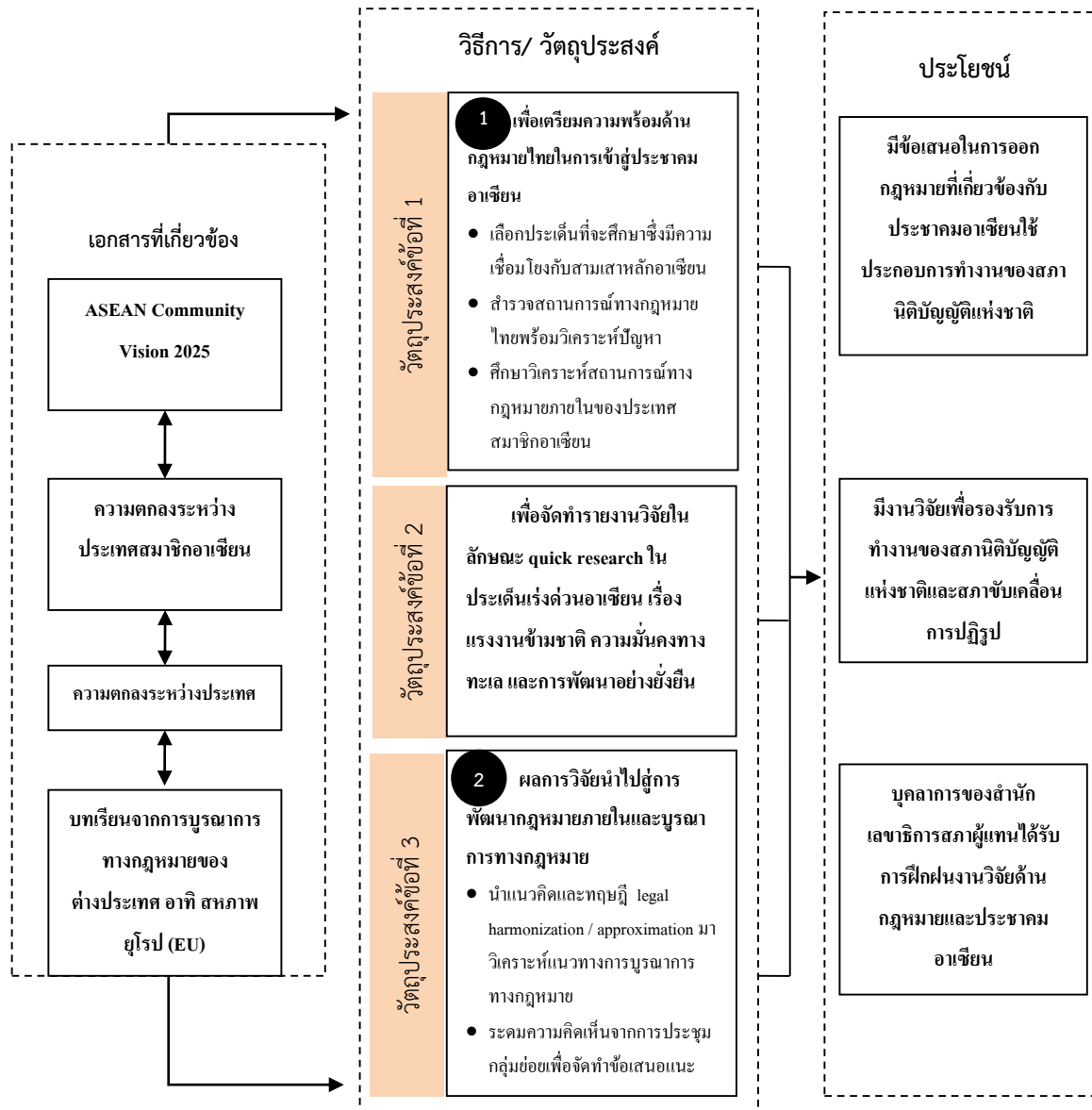
๒.๑ เพื่อสร้างความร่วมมือกับเครือข่ายทั้งภายในและภายนอกสำนักงานฯ ในการจัดทำวิจัยโดยการจ้างที่ปรึกษาเพื่อดำเนินการวิจัย ตลอดจนส่งเสริมให้ข้าราชการรัฐสภาสามัญได้เข้าร่วมในทีมงานวิจัยเพื่อการพัฒนาการทำวิจัยด้วยตนเองอย่างยั่งยืนและนำผลการวิจัยมาใช้ในการปฏิบัติงานของศูนย์ประชาคมอาเซียน

๒.๒ เพื่อให้ศูนย์ประชาคมอาเซียนของสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรเป็นศูนย์ข้อมูลด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประชาคมอาเซียน

๒.๓ เพื่อนำเสนอผลการวิจัยในงานเสวนาประชาคมอาเซียนและจะนำไปสู่การพัฒนากฎหมายภายในประเทศและกฎหมายอาเซียนและการบูรณาการกฎหมาย (Legal Harmonization)

## ๓. กรอบแนวคิดในการศึกษา

การศึกษาวิจัยการพัฒนากฎหมายภายในของประเทศไทยเพื่อรองรับการทำงานด้านประชาคมอาเซียนจะเริ่มจากการเลือกประเด็นที่จะศึกษา ซึ่งต้องมีความเชื่อมโยงกับสามเสาหลักของอาเซียนและเป็นประเด็นที่ประเทศไทยให้ความสนใจ โดยมีรายละเอียดตามแผนดังนี้



## ๔. ขอบเขตและวิธีการศึกษาวิจัย

วิธีการศึกษาวิจัยจะเป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative research methodology) ประกอบกับการสัมภาษณ์เชิงลึก (in-depth interview) และการประชุมระดมสมองกลุ่มย่อย (Focus group) โดยมีขอบเขตการศึกษาวิจัย ดังนี้

๔.๑ ศึกษารวบรวมข้อมูลแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการรองรับพันธกรณีระหว่างประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศ การจัดทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวกัน (Harmonization of law)

๔.๒ ศึกษาวิเคราะห์การสร้างความเป็นหนึ่งเดียวกันของกฎหมายในระดับอาเซียน โดยศึกษาจากตราสารสำคัญของอาเซียน อาทิ กฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) และพิมพ์เขียวของประชาคมอาเซียน (ASEAN Community Blueprint)

๔.๓ ศึกษาวิเคราะห์กรณีที่เลือกศึกษา เรื่อง “การคุ้มครองผู้บริโภคในพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์” โดยประกอบไปด้วยข้อมูลสถานการณ์ ทิศทางของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-commerce) ของโลกและอาเซียน และความเชื่อมโยงระหว่างพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์กับประชาคมการเมืองและความมั่นคง (APSC) ประชาคมเศรษฐกิจ (AEC) และประชาคมสังคมและวัฒนธรรม (ASCC) ตลอดจนพัฒนาการและแนวคิดในการคุ้มครองผู้บริโภคในพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของอาเซียน

๔.๔ สสำรวจและวิเคราะห์สถานการณ์ทางกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

๔.๕ สสำรวจและวิเคราะห์สถานการณ์ทางกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกอาเซียนในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคในพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยเลือกศึกษาอย่างน้อย 2 ประเทศสมาชิกอาเซียน

๔.๖ วิเคราะห์แนวทางที่เหมาะสมในการจัดทำกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ให้เป็นหนึ่งเดียวกัน โดยศึกษาจากตัวอย่างของต่างประเทศในการทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวกัน

๔.๗ จัดประชุมระดมความคิดเห็นกลุ่มย่อยจำนวนอย่างน้อย 1 ครั้ง โดยมีจากผู้แทนหน่วยงานภาครัฐ ภาคเอกชน นักวิชาการ ภาคประชาชน และข้าราชการจากสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร เพื่อรับฟังข้อเสนอแนะต่อร่างรายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ (Draft Final Report) และนำความคิดเห็นมาปรับปรุงรายงานวิจัย

๔.๘ จัดทำข้อเสนอแนะเชิงนโยบายในการพัฒนากฎหมายภายในของไทยเพื่อรองรับการทำงานของประชาคมอาเซียนในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคในพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยเชื่อมโยงกับวาระการปฏิรูปประเทศและวิเคราะห์ให้เห็นความพร้อมด้านกฎหมายของประเทศไทย

๔.๙ จัดทำบทสรุปผู้บริหารเป็นภาษาไทยและภาษาอังกฤษ

## ๕. การทบทวนวรรณกรรม

โครงการวิจัยเรื่อง “การพัฒนากฎหมายภายในเพื่อรองรับการทำงานด้านประชาคมอาเซียน” มุ่งเน้นการศึกษากระบวนการทำกฎหมายในระดับภูมิภาคอาเซียนในสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Legal harmonization) จึงนำเสนอวรรณกรรมปริทัศน์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว

การบูรณาการกฎหมาย (Legal Harmonization) หมายถึง การทำกฎหมายให้มีความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน การบูรณาการกฎหมายเกิดขึ้นได้หลายสถานการณ์ แต่มักเกิดขึ้นในกรณีที่รัฐมีหน้าที่ หรือ

พันธกรณีบางประการที่จะต้องทำให้กฎหมายสอดคล้องกัน ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายภายในประเทศที่บางกรณีที่เกิดความขัดแย้งภายในด้วยตนเอง หรือ การอนุวัติการกฎหมายระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายภายในซึ่งเป็นพันธกรณีของรัฐที่เข้าผูกพันตนตามสนธิสัญญา ในกรณีที่บทบัญญัติที่ต้องอนุวัตการนั้นมีความแตกต่างกับกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ การบูรณาการกฎหมายจึงเป็นวิธีการที่ช่วยพัฒนาระบบกฎหมายภายในรัฐ และระหว่างรัฐให้มีเสถียรภาพ และปราศจากความลักลั่นทางกฎหมาย

ตัวอย่างการบูรณาการทางกฎหมายในระดับระหว่างประเทศได้แก่ ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs) กำหนดให้รัฐสมาชิกผู้เข้าผูกพันตนเองเข้ากับสนธิสัญญาทุกรัฐจะต้องให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นมาตรฐานขั้นต่ำตามที่สนธิสัญญากำหนดไว้ ดังนั้นรัฐที่เข้าผูกพันตนเองกับ TRIPs มีพันธกรณีต้องบัญญัติกฎหมายภายในให้ตรงกันกับสนธิสัญญาดังกล่าว นอกเหนือไปจากนี้การบูรณาการที่ถูกนิยมนำมาอธิบายมากที่สุด คือ ระบบกฎหมายของสหภาพยุโรป (European Union) ที่ประเทศสมาชิกของสหภาพยินยอมมอบอำนาจบางส่วนแก่สหภาพ เพื่อให้มีอำนาจแทนตนในการจัดการบางเรื่อง และบัญญัติกฎหมายบางเรื่องที่ประเทศสมาชิกจะต้องนำไปปฏิบัติตามเป็นกฎหมายภายในประเทศ อาทิ การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (General Data Protection Regulation: GDPR) การควบคุมและอนุญาตให้ใช้สารเคมี (REACH Regulation) จากตัวอย่างข้างต้นนี้เองทำให้เห็นได้ว่าการบูรณาการกฎหมายนั้นเป็นการสร้างระบบกฎหมายให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและลดความขัดแย้งของระบบกฎหมายที่แตกต่างกันให้ได้มากที่สุด อย่างไรก็ตามในประเด็นนี้ต้องพึงระลึกเอาไว้เสมอว่าการบูรณาการกฎหมายนั้นไม่อาจสร้างระบบการบูรณาการได้อย่างสมบูรณ์แบบ กล่าวคือ การสร้างระบบกฎหมายของทุกรัฐให้เหมือนกันทั้งหมด หรือ การสร้างระบบกฎหมายภายในรัฐให้ไม่มีความขัดแย้งกันเลยนั้นเป็นไปได้ เนื่องจากเนื้อหาของกฎหมายภายในอาจจะมีความขัดแย้งกันได้ในบางกรณี และในทางระหว่างประเทศรัฐจำเป็นต้องรักษาอำนาจอธิปไตย และความเป็นเอกลักษณ์ของตนเองไว้ด้วย นอกเหนือจากการบูรณาการกฎหมายข้างต้นแล้ว ในบางกรณีลักษณะแห่งการบูรณาการก็อาจถูกอธิบายในอีกมุมมองหนึ่งได้เช่นเดียวกัน คือ การจัดการขัดกันแห่งกฎหมาย (Unification of Laws) ซึ่งมีเป้าหมายเดียวกัน คือ การสร้างกฎหมายที่สอดคล้องกัน อนึ่ง การบูรณาการกฎหมายมีผู้ให้คำอธิบายเอาไว้หลากหลาย อันจะนำเสนอดังต่อไปนี้

(๑) **ดร. ตูลย์ ไตรโสรัส\*** ได้กล่าวถึงแนวคิดเรื่องการบูรณาการกฎหมายในงานวิจัยส่วนบุคคลว่า “แนวคิดทฤษฎีในเรื่องดังกล่าว เป็นแนวคิดเกี่ยวกับการทำให้กฎหมายสอดคล้องและเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Harmonization and Unification) เป็นแนวคิดที่จะหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการขัดกันของกฎหมาย โดยทำให้กฎหมายของประเทศต่าง ๆ มีความสอดคล้องกัน อันจะช่วยเสริมสร้างความเชื่อมั่นของนักลงทุน และส่งเสริมการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ โดยท่านได้อ้าง บทความเรื่อง “Legal Harmonization through Model Laws: The Experience of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)” โดย **Jose Angelo Estrella Faria** ประเมินผลการดำเนินงานของ UNCITRAL เกี่ยวกับกฎหมายแม่แบบ (Model law) เรื่องอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Model Law on International Commercial Arbitration) เรื่องพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Commerce) และเรื่องลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์

---

\* ตูลย์ ไตรโสรัส, รายงานการศึกษาส่วนบุคคล (Individual Study) เรื่อง “ความท้าทายในการพัฒนากฎหมายของไทยให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ: กรณีศึกษา UNCITRAL”, หลักสูตรนักบริหารการทูต รุ่นที่ ๖ ปี ๒๕๕๗, สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ กระทรวงการต่างประเทศ.

(Electronic Signatures) ซึ่งประเมินว่า ประสบผลสำเร็จเป็นที่น่าพอใจ โดยประเด็นสำคัญหลายประเด็นได้รับการสะท้อนในกฎหมายภายในของประเทศสมาชิก

(๒) ศ. ดร. ประสิทธิ์ เอกบุตร<sup>๒</sup> ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ ความสอดคล้องกลมกลืนกันของระเบียบกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งท่านได้นำเสนอถึงการทำให้วิธีการในการขจัดความขัดแย้งออกจากสังคมกฎหมายระหว่างประเทศที่นักกฎหมายสามารถเลือกเอาวิธีการดังกล่าวมาเพื่อแก้ไขความขัดแย้งกันของกฎหมายได้ สามารถสรุปความได้ดังนี้ ระเบียบกฎหมาย (Legal Order) นั้นไม่ว่าจะเป็นกฎหมายภายในประเทศ หรือกฎหมายระหว่างประเทศจำเป็นต้องใช้กฎหมายอย่างสอดคล้องและกลมกลืนกัน และหลีกเลี่ยงการใช้กฎหมายอย่างขัดแย้งกัน เนื่องจากจะทำให้กฎหมายขาดความแน่นอน และเกิดความสับสนขึ้นได้

การใช้กฎหมายระหว่างประเทศให้มีความกลมกลืนกัน อาจทำให้บรรลุได้โดย ๒ วิธีการ คือ ๑. วิธีการขจัดข้อขัดแย้งของระเบียบกฎหมาย ๒. วิธีการกำหนดกฎเกณฑ์แบบแผนที่จะนำมาใช้ด้วยการพิจารณาจากบ่อเกิดทางแบบพิธีของระเบียบกฎหมายต่าง ๆ นั้น หรือ พิจารณาจากกลุ่มของรัฐที่จะต้องผูกพันโดยกฎเกณฑ์แบบแผนเหล่านั้น หรือพิจารณาจากวัตถุประสงค์หรือระยะเวลา โดยการใช้วิธีทั้งสองนั้นสามารถแยกอธิบายออกได้เป็น ๕ กรณีเพื่อขจัดความขัดแย้งของกฎหมาย ได้แก่ ๑. วิธีการตีความกฎหมาย ๒. การพิสูจน์ว่ากฎเกณฑ์แบบแผนนั้นไม่มีผลบังคับใช้ ๓. การพิสูจน์ว่ากฎเกณฑ์แบบแผนนั้นเป็นโมฆะและไม่มีอยู่จริง ๔. การจัดลำดับความสำคัญของกฎเกณฑ์แบบแผน และ ๕. การพิจารณาจากกลุ่มของรัฐที่จะต้องผูกพันตามกฎเกณฑ์แบบแผน ซึ่งทั้งสองวิธีนี้สามารถนำไปใช้ได้ทั้งกับระเบียบกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป และระเบียบกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้เฉพาะกับองค์การระหว่างประเทศ

(๓) José Angelo Estrella Faria<sup>๓</sup> ได้กล่าวไว้ในบทความของตนโดยสรุปว่า การบูรณาการกฎหมายในส่วนกฎหมายระหว่างประเทศนั้น จะต้องอธิบายควบคู่กับประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในประเทศ กับกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเป้าหมายในการสร้างกฎหมายให้มีความมั่นคงแน่นอน และสามารถคาดหมายได้ยังเป็นเป้าประสงค์หลักในการบูรณาการกฎหมาย (The aim of enhancing legal certainty and predictability is still the main driving force of international harmonisation efforts.) ซึ่งการบูรณาการเช่นนี้มีได้จำกัดแต่เพียงการออกกฎหมายกันภายในรัฐ หรือระหว่างรัฐ แต่ยังรวมไปถึงองค์การระหว่างประเทศ หรือ องค์การระหว่างประเทศเหนือรัฐ (Supranational Organisations) เช่น สหภาพยุโรป

การบูรณาการกฎหมายนั้นเริ่มต้นในช่วงกลางศตวรรษที่ ๑๙ ในเรื่องการขจัดความขัดแย้งในกฎหมายเอกชน เนื่องจากกฎหมายแต่ละประเทศมีลักษณะแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง เป็นอุปสรรคต่อการทำการค้าระหว่างประเทศร่วมกัน จึงมีการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศขึ้นหลายองค์การ ส่งผลให้มีสนธิสัญญาจำนวนมากถูกบัญญัติขึ้น และรัฐสมาชิกมีพันธกรณีในการนำเอาบทบัญญัติตามสนธิสัญญามาอนุวัติการภายในรัฐตน ภายหลังจากที่สนธิสัญญารูปแบบเดิมมีใช้กันอย่างแพร่หลาย ในระยะเวลาต่อมาได้เกิดการรวมกลุ่มกันทางภูมิภาคเพื่อเข้าเป็นภาคส่วนเดียวกัน คือ ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Community) หรือภายหลังมีการ

<sup>๒</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม ๑ สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๕๑, น. 43-45.

<sup>๓</sup> José Angelo Estrella Faria, *Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform : Stormy Seas or Prosperous Voyage ?*, Unif. L. Rev. 2009.

แก้ไขสนธิสัญญาจัดตั้งและยกระดับเป็นสหภาพยุโรป (European Union) นั้น มีส่วนสำคัญที่ทำให้แนวคิดเรื่องบูรณาการกฎหมายพัฒนาไปอย่างยิ่ง เพราะการรวมกลุ่มดังกล่าวมิใช่เพียงการปฏิบัติตามสนธิสัญญาของแต่ละรัฐ แต่หากเป็นการยินยอมสละอำนาจของตนบางส่วนเพื่อสร้างระบบกฎหมายร่วมกัน ทั้งยังมีองค์การกลางที่เป็นตัวแทนรัฐสมาชิกมีปฏิสัมพันธ์กับรัฐนอกกลุ่มสมาชิกอีกด้วย

การบูรณาการกฎหมายมีผู้กล่าวว่า ยังมีมากเท่าไรยังเป็นประโยชน์ อย่างไรก็ตามอุปสรรคสำคัญ คือ ปัญหาในเชิงปฏิบัติที่เกิดขึ้นจากการบูรณาการทางกฎหมายที่จะต้องมีการแก้ไขในกระบวนการบูรณาการทางกฎหมายในอนาคตเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการบูรณาการทางกฎหมายอย่างแท้จริง (“*more harmonisation of law is useful*” but that “*in the light of practical difficulties experienced in the past new ways have to be explored in order to achieve that result.*”) กระบวนการที่ได้รับความนิยมสูงสุดในการบูรณาการกฎหมาย คือ การจัดทำอนุสัญญา (Convention) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศตามวิธีการที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

(๔) E J Lohse<sup>๔</sup> ได้กล่าวไว้โดยสรุปไว้ในบทความของตนในเรื่องการบูรณาการกฎหมายภายใต้ประชาคมยุโรป ดังนี้ การบูรณาการกฎหมายเป็นการพัฒนาการในหลายแง่มุม โดยคำว่า บูรณาการ (Harmonisation) นั้นมิได้ถูกจำกัดอยู่เพียงบริบทของสหภาพยุโรป หรือ กฎหมาย หากแต่เป็นคำทั่วไปที่หมายถึง การรวม หรือ ปรับตัวของ ส่วน, องค์ประกอบ หรือ ส่วนที่เกี่ยวข้องเพื่อสร้างให้มีความมั่นคงเป็นระเบียบอย่างองค์รวม โดยสันนิษฐานคือการบูรณาการสิ่งที่หลากหลาย (“*combination or adaptation of parts, elements or related things, so as to form a consistent and orderly whole*”, presupposing ‘*the diversity of the objects harmonized*”)

อย่างไรก็ตามในการสร้างและพัฒนาประชาคมเศรษฐกิจยุโรป แม้จะมีการนำเอาคำว่าบูรณาการมาใช้บ่อยครั้ง แต่ก็ไม่มีผู้ใดให้คำนิยาม หรือความหมายเอาไว้อย่างชัดเจน นอกเหนือจากนี้ยังมีคำอีกหลายคำที่มีนิยามนำมาใช้แทน หรือ อ้างอิงถึงคำว่าบูรณาการ ได้แก่ คำว่า “*unification, referring to the creation of identical legal rules, and ‘convergence’, ‘Europeanisation’, ‘cross-fertilization’ or ‘spill-over*” จะสังเกตได้ว่าคำที่ยกมานั้นมักมีความหมายใกล้เคียง หรือ มีผลลัพธ์เช่นเดียวกับการบูรณาการ ในส่วนนี้ผู้เขียนได้เน้นย้ำว่าการให้คำนิยามคำว่าบูรณาการในเชิงกฎหมายภายใต้ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปนั้นอาจก่อให้เกิดปัญหา เนื่องจากรัฐสมาชิกแต่ละรัฐล้วนมีบริบททางภาษาที่แตกต่างกัน ทำให้การนิยามจากการแปลความภาษาเดียวส่งผลให้เกิดความเข้าใจที่คาดเคลื่อนได้ ผู้เขียนได้อธิบายลักษณะการให้นิยามของความหมายคำว่าบูรณาการสำหรับประชาคมเศรษฐกิจยุโรปว่า หากพิจารณาถึงมุมมองนี้เพียงมุมมองเดียว อาจพิเคราะห์ได้ว่า แนวทางของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปเป็นไปเพื่อให้มีการบูรณาการทางเศรษฐกิจ โดยได้นำเสนอถึงบทบัญญัติที่รัฐสมาชิกประชาคมฯ ได้ร่วมกันสร้างขึ้น อาทิ บทบัญญัติเรื่องตลาดร่วม (Common market) การเคลื่อนย้ายเสรีของบุคคล (Free movement of persons, asylum and immigrants)

---

<sup>๔</sup> E J Lohse, *The Meaning of Harmonisation in the Context of European Community Law — a Process in Need of Definition*, University of Erlangen-Nürnberg.



ในตอนท้ายของบทความ ผู้เขียนได้กล่าวว่า การบูรณาการในบทความฉบับนี้อาจนิยามได้ว่าเป็นกระบวนการ เพื่อเป็นการเพิ่มเติมแนวคิดในทางกฎหมาย ซึ่งส่งผลให้เกิดการปรับตัว และสร้างเป็นแนวคิดภายในยุโรป เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของสหภาพยุโรป (“*Harmonisation can thus be defined as a conscious process that has the aim to lead to the insertion of a concept into the national legal orders, which triggers a process of adaptation to form a European concept as uniform as required to serve the objectives of the European Union.*”)

การบูรณาการทางกฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อขจัดความลักลั่นของบทบัญญัติทางกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อสังคมในประเทศและสังคมระหว่างประเทศ กระบวนการทำให้กฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศสอดคล้องกันจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง โดยรัฐที่มีความประสงค์สามารถเลือกวิธีการบูรณาการทางกฎหมายที่เหมาะสมกับตน เพื่อให้การบูรณาการทางกฎหมายขจัดความขัดแย้งทางกฎหมาย ก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบริหารประเทศและยกระดับพัฒนาการทางเศรษฐกิจ ดังเช่นที่เกิดขึ้นในสหภาพยุโรป ดังนั้นเพื่อให้การทำงานของประชาชาติอาเซียนมีประสิทธิภาพ ลดอุปสรรคทางการค้าและบริการระหว่างกัน จึงจำเป็นที่จะต้องมีการบูรณาการทางกฎหมายระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนให้มีความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

## ๖. รูปแบบการจัดประชุมระดมความคิดเห็น (Focus Group)

การศึกษาวิจัยในรายงานฉบับนี้จะดำเนินการจัดประชุมระดมความคิดเห็น (Focus Group) เพื่อรับฟังข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะต่อการพัฒนากฎหมายภายในเพื่อรองรับการทำงานด้านประชาคมอาเซียน โดยเชิญผู้แทนหน่วยงานภาครัฐและภาคเอกชน นักวิชาการ และภาคประชาชน ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงผู้แทนจากสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร รัฐสภา จำนวนรวม ๓๐ ท่าน โดยคณะผู้ดำเนินงานวิจัยจะนำเสนอข้อมูลความเป็นมาของโครงการศึกษารายงานวิจัยนี้ และเชิญผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญด้านการบูรณาการทางกฎหมาย (Legal harmonization) ให้ความคิดเห็นต่อรายงานวิจัย และระดมความคิดเห็นโดยให้ผู้เข้าร่วมเสนอแนะข้อคิดเห็นตามประเด็นคำถามที่คณะผู้ดำเนินงานวิจัยนำเสนอ โดยมีประเด็นคำถามตามภาคผนวก ๑ และร่างกำหนดการตามภาคผนวก ๒

## บทที่ ๑

### การรองรับพันธกรณีระหว่างประเทศและการจัดทำกฎหมายภายในให้เป็นเอกภาพ หรือความเป็นหนึ่งเดียวกันของกฎหมาย

กฎหมายระหว่างประเทศมีบริบทเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและเกี่ยวข้องกับระบบกฎหมายภายในของรัฐ โดยเฉพาะในกรณีที่รัฐได้ทำสนธิสัญญาระหว่างกัน รัฐจึงมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ตนเข้าผูกพัน ซึ่งรัฐอาจจำเป็นต้องทำให้พันธกรณีระหว่างประเทศมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายใน ดังนั้นในการศึกษาเรื่องพัฒนาการทางกฎหมายภายในเพื่อรองรับการทำงานของประชาคมอาเซียน จึงจำเป็นที่จะต้องเข้าใจถึง (๑) ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศ (๒) แนวคิดในการจัดทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวกัน

#### ๑.๑. ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน

ปัญหาพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเกิดขึ้นเมื่อกฎหมายทั้งสองมีความขัดแย้งกัน ผู้ใช้กฎหมายจะทราบได้อย่างไรว่ากฎหมายใดมีลำดับศักดิ์สูงกว่า การศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายทั้งสองจึงต้องพิจารณาบริบทใน ๒ กรณี คือ

*กรณีที่หนึ่ง* ฐานะของกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อเข้าไปเกี่ยวข้องกับระบบกฎหมายภายใน

ด้วยเหตุที่บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ (Source of international law) มิได้จำกัดอยู่เพียงสนธิสัญญาที่รัฐแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งเข้าผูกพันตนตามกฎเกณฑ์ที่ระบุในสนธิสัญญาเท่านั้น แต่ยังมีกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary international law) และหลักกฎหมายทั่วไป (General principal of law) ที่ปรากฏอยู่ในบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยที่รัฐมิได้แสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งในการเข้าผูกพันตนต่อบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศทั้งสองรูปแบบ องค์การภายในรัฐที่มีหน้าที่ในการตีความและชี้ขาดกฎหมาย อาทิ ศาล กระทรวงการต่างประเทศ จึงประสบปัญหาในการพิจารณาการมีอยู่ของกฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายใน<sup>๔</sup> คำบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศต่อหน่วยงานภายในของรัฐและต่อประชาชน และความจำเป็นในการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาผนวกรวมเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน

*กรณีที่สอง* ฐานะของกฎหมายภายในเมื่อเข้าไปเกี่ยวข้องกับระบบกฎหมายระหว่างประเทศ

เมื่อเกิดความขัดแย้งระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน ในเวทีระหว่างประเทศรัฐจะสามารถอ้างกฎหมายภายในของตนขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้มากน้อยเพียงใด กรณีดังกล่าว ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice: ICJ) เคยตัดสินว่า กฎหมายภายในของรัฐสามารถเป็นหลักฐานแห่งการมีอยู่

---

<sup>๔</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๘๓๔/๒๕๔๒ เป็นกรณีที่ศาลไทยยอมรับการมีอยู่ (Judicial notice) ของความหมายแห่งถ้อยคำซึ่งมีอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศ ในรูปอนุสัญญา แต่ถ้อยคำดังกล่าวมิได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทย

ของทางปฏิบัติของรัฐ (State practice) เพื่อพิสูจน์การมีอยู่ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไป<sup>๖</sup>

ด้วยเหตุแห่งความขัดแย้งในเรื่องอำนาจบังคับสูงสุดของกฎหมาย (Supremacy of law) ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน นักกฎหมายจึงคิดค้นทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในขึ้น ๒ ทฤษฎี คือ (๑) ทฤษฎีเอกนิยม (Monism) (๒) ทฤษฎีทวินิยม (Dualism)

### ๑.๑.๑ ทฤษฎีเอกนิยม (Monism)

ตามทฤษฎีเอกนิยม (Monism) เห็นว่า กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายในของรัฐมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน และเป็นกฎหมายในระบบเดียวกัน<sup>๗</sup> ดังนั้นเมื่อองค์กรภายในของรัฐสามารถหยิบยกสนธิสัญญา กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไปในทางระหว่างประเทศมาบังคับใช้ได้โดยไม่จำเป็นต้องมีกระบวนการอนุวัติการ (Transformation of international law to domestic law) ใดๆก็ตาม หากเกิดการขัดแย้งกันระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน จะให้ลำดับศักดิ์ของกฎหมายใดสูงกว่า มีความเห็นแบ่งแยกเป็น ๒ แนวทาง ดังนี้

#### (๑) เอกนิยมที่เน้นความสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศ (Classic Monism)

Kelsen<sup>๘</sup> และ Lauterpacht<sup>๙</sup> มีความเห็นเดียวกันว่าเมื่อมีความขัดแย้งกันระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน กฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายภายใน เนื่องจากหลักเกณฑ์หนึ่งจะเกิดขึ้นได้จะต้องมีที่มาจากหลักเกณฑ์อีกอันหนึ่ง<sup>๑๐</sup> ดังเช่น พระราชกฤษฎีกาเกิดขึ้นได้จากพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติถูกบัญญัติขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญ ดังนั้น การที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการองค์ประกอบความเป็นรัฐ (State) รับรู้การมีอำนาจอธิปไตยของรัฐ (Sovereignty) กฎหมายระหว่างประเทศจึงอยู่เหนือรัฐและกฎหมายภายใน นอกจากนี้ ตามแนวคิดกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) ที่เชื่อว่าธรรมชาติมีกฎเกณฑ์ที่แน่นอนและมีค่าสูงกว่ากฎเกณฑ์อื่น โดยเฉพาะกรณีสิทธิมนุษยชน ดังนั้น กฎหมายระหว่างประเทศจำเป็นต้องมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายภายในเพื่อให้สิทธิมนุษยชนมีค่าบังคับได้อย่างจริงจัง

#### (๒) เอกนิยมที่เน้นความสำคัญของกฎหมายภายใน (Inverted Monism)

แม้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในจะเป็นส่วนหนึ่งอันเดียวกัน แต่สำหรับเอกนิยมที่เน้นความสำคัญของกฎหมายภายในจะให้กฎหมายภายในมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายระหว่างประเทศเมื่อเกิดความขัดแย้งกัน เนื่องจากเอกนิยมที่เน้นความสำคัญของกฎหมายภายในเห็นว่ารัฐมีเจตจำนงและอำนาจอธิปไตย รัฐจะมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศได้เมื่อรัฐให้ความยินยอม (Consent) เข้าผูกพันตนตามกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว ซึ่งความยินยอมอาจเป็นไปโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย พิจารณาได้จากการมีผลบังคับเป็นการทั่วไป (*Erga Omnes*) ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งผูกพันรัฐทุกรัฐในสังคมนระหว่างประเทศให้ต้องปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าว ยกเว้นรัฐผู้คัดค้านยืนกราน (Persistent objector) ที่ได้แสดง

<sup>๖</sup> *Nottebohm case*, I.C.J. Reports (1955)

<sup>๗</sup> นพนิธิ สุริยะ, *Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม ๑*, พิมพ์ครั้งที่ ๗, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๕๖, น. ๑๐๐-๑๐๑

<sup>๘</sup> Kelsen, *Principle of International Law*, New York, 1996

<sup>๙</sup> Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, USA: Stevens and Sons, 1968

<sup>๑๐</sup> นพนิธิ สุริยะ, *Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม ๑*, พิมพ์ครั้งที่ ๗, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๕๖, น. ๑๐๙

เจตนาอย่างชัดเจนไม่ยอมรับทางปฏิบัติดังกล่าวในระหว่างที่ทางปฏิบัติดังกล่าวกำลังก่อตัวเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สำหรับรัฐอื่นที่ไม่ได้คัดค้านยืนกรานเท่ากับได้ให้ความยินยอมโดยปริยายเข้าผูกพันตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้นกฎหมายระหว่างประเทศจึงเป็นสิ่งที่ต้องได้รับความยินยอมของรัฐรัฐเป็นผู้กำหนดขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศที่บังคับใช้กับตน กฎหมายภายในซึ่งบัญญัติขึ้นโดยรัฐอธิปไตยจึงมีอำนาจบังคับสูงกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ

### ๑.๑.๒ ทฤษฎีทวินิยม (Dualism)

ตามทฤษฎีทวินิยม (Dualism) กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในมีเนื้อหา (Subject-Matter) ต่างกันและแยกออกจากกัน โดยที่กฎหมายระหว่างประเทศใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐอธิปไตย ส่วนกฎหมายภายในมีวัตถุประสงค์กำกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกชน ดังนั้นทวินิยมจึงเชื่อว่า กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในเป็นคนละระบบกัน เหตุผลอีกประการหนึ่ง<sup>๑๑</sup> คือ กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในมีหลักการที่แตกต่างกัน กล่าวคือ รัฐซึ่งเป็นบุคคล (Subject) ในกฎหมายระหว่างประเทศตกลงที่จะเคารพและปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ตนได้เข้าผูกพันตามหลักกฎหมายสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*) แต่กฎหมายภายในอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า กฎหมายซึ่งเป็นคำสั่งของรัฐอธิปไตยจะต้องได้รับการปฏิบัติตาม ดังเช่น คำกล่าวที่ว่า บุคคลไม่สามารถอ้างความไม่รู้กฎหมายเพื่อใช้เป็นข้อแก้ตัวในการไม่เคารพกฎหมาย (*ignorantia facti excusat, ignorantia juris non excusat*)

ในกรณีที่เกิดการขัดแย้งกันระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน ทฤษฎีทวินิยมเห็นว่าการกระทำของรัฐจะต้องบังคับใช้กฎหมายภายในเสมอ ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาต่อพันธกรณีของรัฐในทางระหว่างประเทศได้ ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties) ข้อ ๔๖ (๑) กำหนดว่า “รัฐไม่สามารถอ้างข้อเท็จจริงว่าการยอมรับที่จะผูกพันตามสนธิสัญญานั้นได้ถูกแสดงออกโดยขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายภายใน ซึ่งทำให้การยอมรับที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาดังกล่าวไร้ผล เว้นแต่ว่าการขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายภายในดังกล่าวนั้นมีความชัดเจนว่าเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญ” ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยืนยันหลักการข้อ ๔๖ (๑) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ไว้ในคดี Cameroon V. Nigeria<sup>๑๒</sup> ว่า ไม่มีหลักการทั่วไปกำหนดให้รัฐต้องทราบพัฒนาการทางกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญของรัฐอื่นซึ่งอาจมีความสำคัญต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

ด้วยเหตุที่ทวินิยมมองว่ากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในไม่อยู่ในระบบเดียวกัน การที่จะทำให้อำนาจกฎหมายระหว่างประเทศมีค่าบังคับในกฎหมายภายในได้จะต้องทำกฎหมายระหว่างประเทศให้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน ซึ่งสามารถกระทำได้ ๒ วิธี ดังนี้

#### ๑.๒.๑ การแปลงรูป (Transformation)

การทำให้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในโดยวิธีการแปลงรูปทำได้โดยการประกาศ (Promulgate) อย่างเป็นทางการว่ากฎหมายระหว่างประเทศอันใดอันหนึ่งมีผลบังคับใช้ได้เป็นกฎหมายภายใน อาทิ การประกาศรับสนธิสัญญา นอกจากนี้ อาจใช้วิธีการบัญญัติกฎหมาย (Legislative Act) อาทิ

<sup>๑๑</sup> Annilotti, Corso di Diritto Internazionale, 1928, เก็บความจาก J.G.Strake, An Introduction to International Law, London: Butterworths, 1972, หน้า 78

<sup>๑๒</sup> Cameroon V. Nigeria case, I.C.J. Reports (2002)

พระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. ๒๕๒๗ ที่ถูกบัญญัติขึ้นเนื่องจากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูตซึ่งทำขึ้นเมื่อวันที่ ๑๘ เมษายน พ.ศ. ๒๕๐๔

### ๑.๒.๒ การผนวก (Incorporation)

การผนวกกฎหมายระหว่างประเทศให้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในเกิดขึ้นในกรณีและผู้พิพากษาหยิบยกเอากฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในการตัดสินคดี โดยยังไม่มี การประกาศอย่างเป็นทางการตามกระบวนการกฎหมายภายในของรัฐ การผนวกจึงมักเกิดขึ้นในระบบ Common law ที่เปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาสมากรสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นได้ (Judge made law) แต่ผู้พิพากษาย่อมยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศที่ไม่ขัดกับกฎหมายภายในของตน สำหรับประเทศไทย ในคำพิพากษาฎีกาที่ ๓๓๐๕/๒๕๐๕ ศาลฎีการับรู้การมีอยู่ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศในทางการค้า (lex mercatoria) โดยนำจารีตประเพณีดังกล่าวมาใช้ในการตัดสินคดี

ทฤษฎีเอกนิยมและทวินิยมต่างมีลักษณะเฉพาะและมีความคล้ายคลึงกันอยู่ในบางส่วน การจะพิจารณาว่าประเทศใดยอมรับทฤษฎีใดในความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในต้องพิจารณาจากรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นเป็นเบื้องต้น และศึกษาทางปฏิบัติขององค์กรภายในประเทศ อาทิ ศาล กระทรวงการต่างประเทศ หรือรัฐสภา ทั้งนี้ มีความเป็นไปได้ว่า ประเทศหนึ่งอาจยอมรับทฤษฎีเอกนิยมและทวินิยมในความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน ขอยกตัวอย่างสหรัฐอเมริกา ซึ่งตามมาตรา ๖ ของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา กำหนดว่า “สนธิสัญญาทั้งหลายที่ได้กระทำแล้วหรือซึ่งจะกระทำโดยฝ่ายที่มีอำนาจของสหรัฐฯ ถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุดของแผ่นดิน และผู้พิพากษาของทุกมลรัฐจะผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตาม (“All treaties made, or shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land: and the Judges in every State shall be bound thereby”)” ซึ่งศาลสูงของสหรัฐฯ (Supreme court) ได้วางหลักความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในระดับมลรัฐไว้เพื่อป้องกันปัญหาความขัดแย้งของกฎหมาย โดยกำหนดว่าสนธิสัญญาอาจแบ่งเป็น ๒ ประเภท คือ (๑) สนธิสัญญาที่ไม่มีผลบังคับโดยตนเอง (Non-Self-Executing Treaty) ซึ่งหมายถึง สนธิสัญญาที่มีเนื้อหาทางการเมือง การใช้และการตีความอยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหาร เช่น พิกัตอัตราภาษีสินค้านำเข้า การผนวกหรือโอนดินแดน การทหาร เป็นต้น สนธิสัญญาเหล่านี้จะมีผลบังคับใช้ยั่งยืนต่อประชาชนชาวอเมริกันและสถาบันภายในประเทศได้ต่อเมื่อมีการบัญญัติรับรองเป็นกฎหมายโดยสภาองเกรสส์ (๒) สนธิสัญญาที่มีผลบังคับโดยตนเอง (Self-Executing Treaty) ซึ่งไม่จำเป็นต้องบัญญัติรับรองเป็นกฎหมายภายในก็มีผลบังคับใช้ต่อประชาชนและสถาบันสหรัฐฯ การพิจารณาว่าสนธิสัญญาใดเป็นสนธิสัญญาที่มีผลบังคับโดยตนเองต้องพิจารณาจากเจตนารมณ์ของประเทศสมาชิกของสนธิสัญญานั้นและพฤติการณ์แวดล้อม ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเคยตัดสินไว้ในคดี

### ๑.๑.๓ แนวปฏิบัติของประเทศไทยในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน

รัฐธรรมนูญของประเทศไทย ตั้งแต่ พ.ศ. ๒๔๗๕ จนถึง พ.ศ. ๒๕๕๐ ได้บัญญัติเรื่องสนธิสัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญหลายฉบับ จึงขอหยิบยกรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ เพื่อเป็นศึกษาแนวปฏิบัติของประเทศไทยในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน โดยเฉพาะเรื่องสนธิสัญญา

มาตรา ๑๙๐ ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๔ มีความดังนี้

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว

ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น ในการนี้ให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย

เมื่อลงนามในหนังสือสัญญาตามวรรคสองแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น และในกรณีที่การปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็ว เหมาะสม และเป็นธรรม ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดประเภทกรอบการเจรจา ขั้นตอนและวิธีการจัดทำ หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมี ผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป”

มาตรา ๑๙๐ ใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” ซึ่งไม่ใช่ถ้อยคำเดียวกันที่ปรากฏตามข้อ ๒ วรรคหนึ่ง วงเล็บเอของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties) จึงมีข้อควรพิจารณาว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญ เหมือนกับ “สนธิสัญญา” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนา หรือไม่ เพื่อที่จะทราบความหมายที่แท้จริงของหนังสือสัญญาตามระบบกฎหมายระหว่างประเทศและระบบกฎหมายภายใน

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. ๑๙๖๙ ข้อ ๒ วรรคหนึ่ง วงเล็บเอ บัญญัติว่า “สนธิสัญญา หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศซึ่งได้กระทำขึ้นระหว่างรัฐเป็นลายลักษณ์อักษร และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ไม่ว่าปรากฏในตราสารฉบับเดียว หรือสองฉบับหรือตราสารที่เกี่ยวข้องกันมากกว่านั้นขึ้นไป และจะมีชื่อเรียกเฉพาะว่าอย่างไรก็ตาม (“Treaty” means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation)

เมื่อพิจารณา “หนังสือสัญญา” ตามมาตรา ๑๙๐ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ และความหมายของสนธิสัญญาตามข้อ ๒ วรรคหนึ่ง วงเล็บเอของอนุสัญญากรุงเวียนนา พบว่า “หนังสือสัญญา” และ “สนธิสัญญา” มีลักษณะร่วมกัน คือ (๑) ความตกลงที่กระทำขึ้นระหว่างรัฐ (๒) จัดทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร (๓) ก่อให้เกิดข้อผูกพันทางกฎหมายภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ อนุสัญญากรุงเวียนนา ไม่ได้กำหนดให้ต้องมีชื่อเรียกเฉพาะ อย่างไรก็ตาม หนังสือสัญญาตามมาตรา ๑๙๐ สามารถทำขึ้นระหว่างรัฐกับองค์การระหว่าง

ประเทศได้ ซึ่งความหมายของสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ไม่ได้ครอบคลุมถึงการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ ศาลรัฐธรรมนูญเคยมีการวินิจฉัยถึงคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญกับความหมายของสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ไว้ในคำวินิจฉัยที่ ๑๑/๒๕๔๒, ๓๓/๒๕๔๓ และ ๖-๗/๒๕๕๑ ซึ่งระบุว่าแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติความหมายของ “หนังสือสัญญา” ไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่หนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญมีความหมายครอบคลุมไปถึงความตกลงทุกประเภทที่ประเทศไทยทำขึ้นกับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ หนังสือสัญญาดังกล่าวต้องมีลักษณะเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นเป็นหนังสือ และเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งสอดคล้องกับจารีตประเพณีและแนวปฏิบัติของนานาประเทศที่ได้มีการประมวลเป็นอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. ๑๙๖๙ และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. ๑๙๘๖ หนังสือสัญญาจึงมีความหมายครอบคลุมถึงความตกลงระหว่างประเทศทุกรูปแบบตามอนุสัญญาทั้ง ๒ ฉบับ

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ มาตรา ๑๙๐ ยอมรับว่ากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในเป็นส่วนหนึ่งในระบบเดียวกันตามทฤษฎีเอกนิยม หรือกำหนดว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นคนละระบบแยกออกจากกฎหมายภายในตามทฤษฎีทวินิยม

วรรคสอง มาตรา ๑๙๐ กำหนดประเภทของหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ๕ ประเภท ดังนี้

(๑) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย

หมายถึงสนธิสัญญาที่มีผลทำให้อาณาเขตที่ประเทศไทยมีอำนาจอธิปไตยมีผลเปลี่ยนแปลงไป<sup>๑๓</sup> ตัวอย่างเช่น การทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศไทยกับมาเลเซียเกี่ยวกับการแบ่งเขตทะเลอาณาเขตของประเทศทั้งสอง ในปี พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งได้เปลี่ยนแปลงการกำหนดพรมแดนระหว่างประเทศไทยกับมาเลเซีย (ซึ่งในขณะนั้นเป็นอาณานิคมของอังกฤษ) ตามสัญญาว่าด้วยเขตแดนติดท้ายหนังสือสัญญาลงวันที่ ๑๐ มีนาคม รัตนโกสินทร์ศก ๑๒๗ ค.ศ. ๑๙๐๙ ระหว่างสมเด็จพระเจ้าแผ่นดินสยามกับสมเด็จพระเจ้าแผ่นดินอังกฤษ

(๒) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ

หมายถึงสนธิสัญญาย่อย ๔ ประเภท ดังนี้

(๒.๑) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยตามหนังสือสัญญา พื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หมายถึง บริเวณที่มีได้อยู่ในราชอาณาจักรไทยหรือมีใช้ทะเลอาณาเขตซึ่งเป็นส่วนที่ประเทศไทยมีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ซึ่งตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล (UNCLOS) ค.ศ. ๑๙๘๒ หมายถึงบริเวณน้ำทะเล (water column) พื้นดินท้องทะเล (sea-bed) ดินใต้ผิวดินของพื้นดินท้องทะเล (sub-soil) ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะในระยะ ๒๐๐ ไมล์ทะเลวัดจากเส้นทางที่ใช้วัดความกว้างทะเลอาณาเขต และไหล่ทวีป (Continental shelf)

กรณีตัวอย่างของหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยตามหนังสือสัญญา ได้แก่ การที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกอนุสัญญาไหล่ทวีป ค.ศ. ๑๙๕๘ และต่อมามีการทำบันทึกความเข้าใจระหว่างมาเลเซียกับประเทศไทยเรื่องการจัดตั้งองค์การร่วมเพื่อการแสวงประโยชน์จาก

<sup>๑๓</sup> นพนิติ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม ๑, พิมพ์ครั้งที่ ๗, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๕๖

ทรัพยากรธรรมชาติในพื้นที่ดินใต้ทะเลในบริเวณที่กำหนดของไหล่ทวีปของประเทศทั้งสองในอ่าวไทย เมื่อวันที่ ๒๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๒

(๒.๒) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศหมายถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) ที่เกี่ยวข้องกับเขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีปที่มีพัฒนาการเพิ่มเติม นอกเหนือไปจากอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล (UNCLOS) ค.ศ. ๑๙๘๒ ซึ่งประเทศไทยได้ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ ๑๕ พฤษภาคม ๒๕๕๔ ดังนั้นหากประเทศไทยทำหนังสือสัญญาที่เปลี่ยนแปลงสิทธิอธิปไตยที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวย่อมต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา

(๒.๓) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญา หมายถึงสนธิสัญญาที่เปลี่ยนแปลงเขตอำนาจ (Jurisdiction) เหนือเกาะเทียมและสิ่งติดตั้งที่อยู่ในบริเวณเขตเศรษฐกิจจำเพาะตามที่กำหนดในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล (UNCLOS) ซึ่งประเทศไทยได้ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ ๑๕ พฤษภาคม ๒๕๕๔

กรณีตัวอย่างหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญา ได้แก่ ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ว่าด้วยการแบ่งเขตทางทะเลระหว่างประเทศทั้งสองในอ่าวไทยเมื่อปี ค.ศ. ๑๙๗๑ ต่อมามีการแก้ไขเส้นที่ลากกำหนดเขตเศรษฐกิจจำเพาะที่ซ้อนกันโดยจัดทำความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามว่าด้วยการแบ่งเขตทางทะเลระหว่างประเทศทั้งสองในอ่าวไทยเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๔๐

(๒.๔) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีเขตอำนาจตามกฎหมายระหว่างประเทศ หมายถึงสนธิสัญญาที่เปลี่ยนแปลงเขตอำนาจตามข้อ (๒.๓) ซึ่งเขตอำนาจดังกล่าวได้รับการรับรองโดยกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

(๓) หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา

หมายถึงสนธิสัญญาที่สร้างพันธกรณีบางอย่างไว้ ซึ่งหากไม่ออกกฎหมายอนุวัติการก็จะปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวไม่ได้ ซึ่งความจำเป็นในการออกพระราชบัญญัติ คือ

(๓.๑) เพื่อให้มีอำนาจปฏิบัติได้โดยชอบธรรม

แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญา แต่หากไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจในการปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว ฝ่ายบริหารจะต้องร้องขอให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายภายในรองรับเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยอาจออกพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา ซึ่งจะเลือกรูปแบบใดขึ้นอยู่กับระดับของพันธกรณีตามหนังสือสัญญา หากเป็นเพียงแนวปฏิบัติเป็นครั้งคราวสามารถออกพระราชกฤษฎีกาเพื่อรองรับพันธกรณีระหว่างประเทศ

(๓.๒) เพราะหนังสือสัญญาขัดต่อกฎหมายภายใน

หากการปฏิบัติตามพันธกรณีตามหนังสือสัญญาขัดต่อกฎหมายภายใน จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้มีอำนาจอันชอบธรรมในการปฏิบัติตามพันธกรณี อาทิ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. ๑๙๖๑ ที่ประเทศไทยเป็นสมาชิก กำหนดให้คณะผู้แทนทางการทูตได้รับยกเว้นการเสียภาษี ซึ่งขัดแย้งบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรที่กำหนดหน้าที่เสียภาษีแก่ผู้มีรายได้ที่อาศัยอยู่ในประเทศไทย



เกิน ๑๘๐ วัน ดังนั้นจึงต้องมีการออกพระราชบัญญัติเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. ๒๕๒๗ เพื่อปฏิบัติ ตามพันธกรณีในอนุสัญญาฯ

(๓.๓) เพราะพันธกรณีกระทบต่อสิทธิของคนไทย

ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. ๑๙๖๙ กำหนดให้คณะผู้แทน ทางการทูตได้รับอุปโภคความคุ้มกัน (Diplomatic immunity) ทางแพ่ง ทางอาญา และทางปกครอง ดังนั้นหาก ทูตมีข้อพิพาทกับคนไทยจะกระทบสิทธิของคนไทยในฐานะผู้เสียหายซึ่งไม่สามารถดำเนินคดีทางศาลกับทูตได้ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. ๒๕๒๗

(๔) หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง

มาตรา ๑๙๐ ไม่ได้กำหนดนิยามของ “ผลกระทบอย่างกว้าง” หรือ “ความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคม” ดังนั้น การจะพิจารณาว่าสนธิสัญญาใดมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมอย่างกว้างต้องพิจารณา เป็นรายกรณีไป ทั้งนี้ยกตัวอย่าง การเข้าเป็นสมาชิกของประเทศไทยในอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกประ ตีปฏิบัติทุกรูปแบบต่อสตรี (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women 1979) ตามอนุสัญญาฯ ประเทศสมาชิกจะต้องดูแลมิให้มีการเลือกปฏิบัติต่อสตรี แต่ตามประเพณีทางภาคเหนือ ของประเทศไทยห้ามสตรีเข้าไปในบริเวณชั้นในของโบสถ์อันเป็นที่ประดิษฐานของพระธาตุ อนุสัญญาฉบับนี้จึงอาจ ส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างกว้าง

(๕) หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ

หมายถึง สนธิสัญญาที่กำหนดพันธกรณีให้ประเทศไทยดำเนินการด้านการค้า การลงทุน หรือกำหนด พันธกรณีให้ต้องชำระราคาจากงบประมาณแผ่นดิน อาทิ ความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreement) หรือ สนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุน (Bilateral Investment Treaty)

เมื่อพิจารณาทางแนวทางการทำสนธิสัญญาของประเทศไทยตามมาตรา ๑๙๐ พบว่า ประเทศไทยให้ ความสำคัญกับการอนุวัติการสนธิสัญญาที่ไทยเข้าผูกพันเป็นกฎหมายภายใน โดยเฉพาะสนธิสัญญาที่มีผลกระทบต่อ สิทธิของประชาชนหรือขัดแย้งกับกฎหมายภายใน อย่างไรก็ตามในส่วนของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่าง ประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งเป็นอีก ๒ บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลไทยเคยยอมรับเอาจารีต ประเพณีระหว่างประเทศในทางการค้า (*lex mercatoria*) มาใช้ในการตัดสินคดีดังเช่นที่ปรากฏตามคำพิพากษา ศาลฎีกาที่ ๑๓๐๕/๒๕๐๕ แต่ในส่วนของสนธิสัญญา ยังไม่มีตัวอย่างกรณีศาลนำเอาสนธิสัญญาที่ยังไม่ผ่าน กระบวนการอนุวัติการมาใช้ในการตัดสินคดี ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าประเทศไทยยอมรับทฤษฎีวินัยในความสัมพันธ์ ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน ความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าเป็นสมาชิก จะต้องมีการอนุวัติการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด (อ้างอิงมาตรา ๑๙๐ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐) ความตกลงดังกล่าว จึงจะมีผลผูกพันตามระบบกฎหมายภายในของประเทศไทย

## ๑.๒ แนวคิดในการจัดทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวกัน (Harmonization of Law)

การจัดทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวกันมิใช่เรื่องใหม่ เนื่องจากแนวคิดในการจัดทำกฎหมายให้เป็นหนึ่ง เดียวกันมีมานานแล้ว ดังที่ร้อย กู้ด นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงด้านกฎหมายพาณิชย์ระหว่างประเทศกล่าวว่า

ประโยชน์ของการทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวได้เป็นที่ตระหนักถึงมาตั้งแต่เกือบสองพันปีมาแล้วโดยซิเซโร<sup>๑๔</sup> อย่างไรก็ตามการทำให้กฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวกันแต่เดิมนั้นมุ่งเน้นไปที่การทำกฎหมายภายในให้เป็นหนึ่งเดียว (internal harmonization) ดังเช่นการทำให้กฎหมายและจารีตประเพณีท้องถิ่นให้เป็นหนึ่งเดียวกันซึ่งนำไปสู่การเกิดขึ้นของ Common Law หรือการขยายการใช้บังคับกฎหมายภายในของประเทศเจ้าอาณานิคมไปยังดินแดนอาณานิคม หรือการที่ประเทศกำลังพัฒนายอมรับกฎหมายของอีกรัฐหนึ่งอันเป็นเส้นทางลัดในการสร้างกฎหมายของประเทศกำลังพัฒนา<sup>๑๕</sup> จะเห็นได้ว่าการทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันในอดีตมิได้มีวัตถุประสงค์ในการการพาณิชย์ระหว่างประเทศ หรือการรวมตัวทางเศรษฐกิจแต่อย่างใด<sup>๑๖</sup> แตกต่างจากการทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันตั้งแต่ศตวรรษที่ ๒๐ เป็นต้นมา ที่มีแนวคิดมาจากความต้องการลดผลกระทบของพรมแดนของรัฐ (national boundaries) สาเหตุที่ต้องทำให้กฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายพาณิชย์ (commercial law) เป็นหนึ่งเดียวกันมีอยู่ด้วยกันหลายสาเหตุ แบ่งออกเป็นเหตุผลในทางเศรษฐกิจ และเหตุผลในทางการเมือง

เหตุผลเกี่ยวกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจมาจากแนวคิดที่ว่า ความแตกต่างของกฎหมายในประเทศต่างๆ มีผลทำให้เกิดค่าใช้จ่ายในการประกอบธุรกิจ (Transaction costs) เพิ่มมากขึ้น และทำให้ความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจลดลง กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องการทำธุรกิจระหว่างประเทศ ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องแต่ละประเทศซึ่งอาจมีเนื้อหาแตกต่างกันไป ส่งผลให้ต้องมีการออกแบบสัญญาหลายฉบับหรือต้องเปลี่ยนแปลงวิธีการในการประกอบธุรกิจเพื่อให้เหมาะสมกับกฎหมายของแต่ละประเทศ ค่าใช้จ่ายเพื่อได้ข้อมูลสำหรับร่างสัญญาสำหรับใช้กับการทำธุรกิจในแต่ละประเทศ ค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีในต่างประเทศหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น<sup>๑๗</sup> สิ่งเหล่านี้ทำให้เกิดค่าใช้จ่ายในการที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศเหล่านั้น ดังนั้นหากกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องเหมือนกันก็จะช่วยลดค่าใช้จ่ายในการประกอบธุรกิจได้ นอกจากนี้ การเป็นหนึ่งเดียวกันของกฎหมายยังทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีความมั่นใจในการทำธุรกิจข้ามพรมแดนมากขึ้น เนื่องจากหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น กฎหมายที่จะนำมาใช้กับข้อพิพาทก็จะเหมือนกับกฎหมายของประเทศตน ดังที่ Lord Justice Kennedy ได้กล่าวไว้ว่า

*The certainty of enormous gain to civilized mankind from the unification of law needs no exposition. Conceive the security and the peace of mind of the shipowners, the banker, or the merchant who knows that in regard to his transactions in a foreign country the law of contract, of movable property, and of civil wrongs is practically identical with that of his own country.*<sup>๑๘</sup>

นอกจากความแตกต่างทางกฎหมายจะมีผลกระทบต่อผู้ประกอบการแล้วยังส่งผลกระทบต่อผู้บริโภค ทำให้ผู้บริโภคลังเลที่จะซื้อสินค้าหรือรับบริการในต่างประเทศ เนื่องจากกังวลว่าหากสินค้าหรือบริการมีความบกพร่องตนจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายต่างประเทศหรือไม่อย่างไร<sup>๑๙</sup> ด้วยเหตุนี้หากกฎหมายในประเทศต่าง ๆ เป็นหนึ่งเดียวกันก็จะช่วยให้การค้าข้ามพรมแดนมีปริมาณเพิ่มมากขึ้น

<sup>๑๔</sup> Roy Goode, (1991), "Reflections on the Harmonisation of Commercial Law", *Uniform Law Review* 19, 1 : 54.

<sup>๑๕</sup> Ibid.

<sup>๑๖</sup> Ibid.

<sup>๑๗</sup> Gerald Wagner, (2002), "The Economics of Harmonisation: The Case of Contract Law", *ERA Forum* 3, 2 : 83.

<sup>๑๘</sup> Justice Kennedy, (1910), "The Unification of Law", *Journal of the Society of Comparative Legislation*, 10, 2 : 214.

<sup>๑๙</sup> Gerald Wagner, (2002), "The Economics of Harmonisation: The Case of Contract Law": 84.

นอกจากเหตุผลทางเศรษฐกิจแล้ว การทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันยังให้ประโยชน์ในทางการเมืองอีกด้วย กล่าวคือ เมื่อรัฐประกอบขึ้นจากการรวมกลุ่มกันของบุคคล หากความแตกต่างหรือข้อพิพาทระหว่างบุคคลจากรัฐหนึ่งกับบุคคลจากอีกรัฐหนึ่งนั้นสามารถแก้ไขโดยอาศัยหลักการเดียวกันก็จะส่งผลทางนามธรรมโดยการสร้างความเป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกัน (human solidarity) ในบรรดาผู้คนที่ทั้งหลาย อันจะช่วยลดความขัดแย้งระหว่างรัฐ และก่อให้เกิดสันติภาพและความรู้สึกที่ดี (goodwill) ระหว่างกัน<sup>๒๐</sup>

อย่างไรก็ดีแนวคิดในการทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่แนวคิดที่อ้างเหตุผลความจำเป็นทางเศรษฐกิจนั้นได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ด้วยเหตุผลหลายประการด้วยกัน

ประการที่หนึ่ง แนวคิดดังกล่าวให้น้ำหนักกับปัจจัยทางกฎหมายในการประกอบธุรกิจมากเกินไป ถึงแม้ว่าความแตกต่างของกฎหมายจะทำให้ธุรกิจจะต้องมีค่าใช้จ่ายเพิ่มมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งค่าใช้จ่ายในการรับค่าปรึกษาทางกฎหมาย แต่ค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นค่าใช้จ่ายที่ไม่เกิดขึ้นอีก (non-recurring expenses) และโดยส่วนใหญ่แล้วปัญหาในการประกอบธุรกิจสามารถแก้ไขได้โดยไม่ต้องใช้กฎหมาย อีกทั้งหากมีปัญหากฎหมายเกิดขึ้น ปัญหาดังกล่าวก็แก้ไขได้โดยกฎหมายสัญญาซึ่งคู่กรณีได้สร้างขึ้นจากกระบวนการเจรจาสัญญา และหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นคู่กรณีมักจะเลือกที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการโดยใช้กฎหมายที่คู่กรณีเลือกได้อยู่แล้ว<sup>๒๑</sup>

ประการที่สอง ไม่มีหลักฐานเชิงประจักษ์ที่สนับสนุนว่า ความแตกต่างทางกฎหมายมีผลต่อการประกอบธุรกิจข้ามพรมแดน และการทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันช่วยให้ปริมาณการประกอบธุรกิจเพิ่มมากขึ้น แม้ว่าความแตกต่างของกฎหมายอาจจะเพิ่มค่าใช้จ่ายในการประกอบธุรกิจ และเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่เริ่มประกอบธุรกิจใหม่ก็ตาม ยังไม่มีหลักฐานว่าอุปสรรคดังกล่าวมีอยู่จริง<sup>๒๒</sup> ในส่วนของผลกระทบของความแตกต่างของกฎหมายต่อผู้บริโภคนั้นก็ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เช่นเดียวกันว่า การทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันอาจไม่ผลทำให้ผู้บริโภคบริโภคสินค้าหรือบริการข้ามพรมแดนเนื่องจากผู้บริโภคโดยทั่วไปมักจะซื้อสินค้าหรือรับบริการจากผู้ประกอบการที่อยู่ใกล้บ้านมากกว่าที่จะซื้อสินค้าหรือบริการในประเทศอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการซื้อสินค้าที่ต้องมีบริการหลังการขาย<sup>๒๓</sup>

ประการที่สาม การทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันมีผลทำให้ไม่เกิดการแข่งขัน (competition) ระหว่างกฎหมายของแต่ละประเทศ รัฐบาลสูญเสียโอกาสที่เรียนรู้จากประสบการณ์จากกฎหมายของประเทศอื่นซึ่งจะทำให้ได้มาซึ่งกฎหมายที่ดีและมีประสิทธิผลที่สุด<sup>๒๔</sup>

ผู้วิจัยเห็นว่า ข้อวิพากษ์วิจารณ์ข้างต้นไม่ได้หมายความว่าไม่ควรมีการทำให้กฎหมายเป็นอันหนึ่งเดียวกันเลย เพียงแต่เรียกร้องให้ต้องมีการไตร่ตรองอย่างรอบด้านมากขึ้นก่อนเริ่มกระบวนการ เนื่องจากกฎหมายบางเรื่องอาจไม่เหมาะสมที่จะทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกัน บางเรื่องอาจจะทำให้ประสบความสำเร็จได้ยาก ดังที่ศาสตราจารย์ Arthur S. Hartkamp ให้ความเห็นว่าแทนที่จะทำให้กฎหมายสัญญาเป็นหนึ่งเดียวกัน อาจจำกัด

<sup>๒๐</sup> Justice Kennedy, (1910), “The Unification of Law” : 215.

<sup>๒๑</sup> Arthur S. Hartkamp, (2003), “Modernisation and Harmonisation of Contract Law: Objectives, Methods and Scope”, *Uniform Law Review*, 8, 1-2 : 82.

<sup>๒๒</sup> Gerald Wagner, (2002), “The Economics of Harmonisation: The Case of Contract Law”: 84.

<sup>๒๓</sup> Ibid.

<sup>๒๔</sup> Ibid : 79-80.

ขอบเขตของโครงการโดยมุ่งเน้นที่กฎหมายที่เป็นกฎหมายบังคับ (mandatory law) ซึ่งคู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันหลีกเลี่ยงได้ เพราะกฎหมายดังกล่าวเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการค้าระหว่างประเทศมากกว่ากฎหมายสัญญาทั่วไป ที่มีลักษณะเป็น default law ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงเป็นอย่างอื่น คู่สัญญาจึงสามารถตกลงกันไม่ใช้ default law ของรัฐที่เกี่ยวข้องได้ แต่จะตกลงกันไม่ให้ mandatory law มีผลใช้บังคับนั้นทำไม่ได้<sup>๒๕</sup> นอกจากนี้ กรณีที่อาจจำเป็นต้องมีการทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันได้แก่กรณีที่หากปล่อยให้มีความแตกต่างทางด้านกฎหมายแล้วจะทำให้มี externalities ตัวอย่างเช่น กรณีความแตกต่างของกฎหมายบริษัท (corporate law) ซึ่งความแตกต่างกันของกฎหมายทำให้มีการจัดทะเบียนจัดตั้งในประเทศที่มีกฎหมายบริษัทที่เป็นประโยชน์ต่อการดำเนินธุรกิจ ทั้งที่ในความเป็นจริงบริษัทดำเนินธุรกิจอย่างมีนัยสำคัญอยู่ในประเทศอื่น ความแตกต่างของกฎหมายดังกล่าวก่อให้เกิด externalities แก่ประเทศที่บริษัทนั้นประกอบธุรกิจ<sup>๒๖</sup> ดังนั้น การเลือกสาขากฎหมาย (field) ที่จะทำให้เป็นหนึ่งเดียวกันต้องเป็นไปอย่างรอบคอบ

### ๑.๒.๑ พัฒนาการของการทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกัน

Basedow ได้วิเคราะห์พัฒนาการของการทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันตั้งแต่ครั้งหลังของศตวรรษที่ ๑๙ เป็นต้นมาโดยแบ่งออกเป็นสามช่วงด้วยกัน<sup>๒๗</sup>

ช่วงที่หนึ่ง เป็นช่วงที่เรียกว่า “ภูมิภาคนิยมแอบแฝง (regionalism in disguise)” ซึ่งมีอยู่จนถึงช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ช่วงนี้เป็นช่วงที่การทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันจำกัดอยู่ในเฉพาะภูมิภาคใดภูมิภาคหนึ่ง โดยมีกลุ่มประเทศที่สำคัญซึ่งมีบทบาทมากในกระบวนการนี้อยู่สองกลุ่ม ได้แก่ กลุ่มประเทศในทวีปยุโรป และกลุ่มประเทศในทวีปอเมริกา โดยกลุ่มประเทศแรกๆ ที่เริ่มการทำให้กฎหมายเอกชนเป็นหนึ่งเดียวกัน ได้แก่ กลุ่มประเทศลาตินอเมริกา ซึ่งทำสนธิสัญญาขึ้นมาขึ้นในปี ค.ศ. ๑๘๗๘ สนธิสัญญาดังกล่าวมีเนื้อหาครอบคลุมหลายเรื่องในด้านกฎหมายเอกชน กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และกฎหมายอาญา นอกจากนี้กลุ่มประเทศนี้ยังมีการทำสนธิสัญญาอีกหลายฉบับในปี ค.ศ. ๑๘๘๙ เกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และกฎหมายวิธีพิจารณาความ กฎหมายลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า ประเทศในกลุ่มลาตินอเมริกาบางประเทศปฏิเสธในการเข้าร่วมการประชุมเพื่อจัดให้มีการทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันในระดับสากล (universal unification of laws) ด้วยเกรงว่าการเข้าร่วมการประชุมดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐ และกระทบต่อหลักการของกฎหมายภายใน นอกจากนี้ แม้ว่าจะมีการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันในระดับสากล ได้แก่ ที่ประชุมระหว่างประเทศ ณ กรุงเฮกด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (The Hague Conference on Private International Law) และสถาบันระหว่างประเทศเพื่อจัดทำกฎหมายเอกชนให้เป็นเอก रूप (International Institute for the Unification of Private Law: UNIDROIT) แต่กิจกรรมขององค์การดังกล่าวจำกัดอยู่ในทวีปยุโรป และมีประเทศจากทวีปอื่นจำนวนน้อยมากเข้าร่วม อีกทั้งอนุสัญญาที่สร้างขึ้นในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่สองนี้มักจะถูกให้สืตยาบันและ

<sup>๒๕</sup> Arthur S. Hartkamp, (2003), “Modernisation and Harmonisation of Contract Law: Objectives, Methods and Scope” : 84-85.

<sup>๒๖</sup> Gerald Wagner, (2002), “The Economics of Harmonisation: The Case of Contract Law” : 80.

<sup>๒๗</sup> Jürgen Basedow, (2003), “Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration – General Report”, Uniform Law Review, 8, 1-2 : 32-36.

ภาคยานุวัติโดยประเทศในทวีปยุโรปเป็นส่วนใหญ่ ตัวอย่างเช่น the Paris Convention on the Protection of Industrial Property of 1883, the 1886 Revised Berne Copyright Convention, the 1929 Warsaw Convention on International Air Transport เป็นต้น<sup>๒๘</sup>

ช่วงที่สอง เป็นช่วง “ความรุ่งเรืองของสากลนิยม (The rise of universalism)” ช่วงนี้เริ่มตั้งแต่หลังจากสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลงเป็นต้นมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งตั้งแต่ทศวรรษที่ ๑๙๗๐ การทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันในระดับสากลเจริญรุ่งเรืองในช่วงนี้ด้วยเหตุหลายประการประกอบกัน ไม่ว่าจะเป็นการถดถอยลงซึ่งอิทธิพลของประเทศยุโรปในขณะที่ประเทศในภูมิภาคอื่นๆ มีอำนาจและบทบาทมากขึ้น ความต้องการมีส่วนร่วมที่เท่าเทียมกันของประเทศเกิดใหม่หลังจากได้รับอิสรภาพจากประเทศอาณานิคม และการพัฒนาเครือข่ายคมนาคมและการสื่อสารที่ทำให้เกิดการเจริญเติบโตของการแลกเปลี่ยนและการค้าอย่างไม่เคยปรากฏมาก่อน อันนำมาซึ่งความจำเป็นในการมีความร่วมมือทางกฎหมายและการทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันในระดับสากล<sup>๒๙</sup> พัฒนาการที่เกิดขึ้นในช่วงนี้ที่ชี้ให้เห็นถึงความรุ่งเรืองของสากลนิยม ได้แก่ การจัดตั้งสถาบันระดับสากลหลายสถาบันในกรอบขององค์การสหประชาชาติไม่ว่าจะเป็นองค์การทางทะเลระหว่างประเทศ (International Maritime organization) องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (International Civil Aviation organization) และที่ประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (the United Nations Conference on Trade and Development) เป็นต้น นอกจากนี้ สหประชาชาติยังได้ตั้งคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ (the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)) ขึ้นมาเป็นหน่วยงานที่ไม่มีวัตถุประสงค์ทางการเมือง มีภารกิจสำคัญในการพัฒนากฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ประเทศจากภูมิภาคอื่นได้เข้าร่วมในสถาบันที่ประชุมกรงเฮกฯ และ UNIDROIT มากขึ้น และภาคยานุวัติอนุสัญญาต่าง ๆ ซึ่งเดิมมีแต่ประเทศยุโรปเข้าผูกพันเป็นส่วนใหญ่ ในช่วงนี้ยังได้มีการจัดทำอนุสัญญาใหม่ๆ ที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง The Convention on the International Sale of Goods 1980 ที่ได้รับการยกย่องให้เป็นตัวอย่างของการทำให้กฎหมายเอกชนสารบัญญัติเป็นหนึ่งเดียวกันที่ประสบความสำเร็จตัวอย่างแรก<sup>๓๐</sup>

ช่วงที่สาม เป็นช่วงที่เรียกว่า “ยุคเริ่มต้นของความสัมพันธ์ระหว่างภูมิภาค (the dawn of inter-regionalism)” สืบเนื่องมาจากการที่องค์การระหว่างประเทศระดับภูมิภาค (regional organizations) มีบทบาทมากขึ้นในกระบวนการออกกฎหมายซึ่งสามารถทำให้การทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันได้รวดเร็วขึ้น ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนคือ กรณีสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศที่มีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากรัฐสมาชิก อีกทั้งยังมีอำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศกับรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศอื่น ๆ อีกด้วย สหภาพยุโรปมีความสามารถ (competence) ในการเข้าทำความตกลงระหว่างประเทศในเรื่องที่รัฐสมาชิกได้ให้อำนาจไว้ ซึ่งนอกจากการให้อำนาจอย่างชัดแจ้งแล้วยังมีอำนาจที่ได้รับมาโดยปริยายด้วย (implied power) อำนาจโดยปริยายเกิดจากการที่สหภาพยุโรปมีความสามารถในการออกกฎหมายภายใน (internal legislative competence) ในเรื่องใด ก็ถือว่ามีอำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศในเรื่องนั้นด้วย ด้วยเหตุนี้ สหภาพยุโรปจึงมีบทบาทในเวทีเจรจาระหว่างประเทศรวมถึงเวทีเจรจาความตกลงเกี่ยวกับการทำให้กฎหมายเอกชนเป็นหนึ่งเดียวกัน<sup>๓๑</sup>

<sup>๒๘</sup> Ibid : 32-33.

<sup>๒๙</sup> Ibid : 33.

<sup>๓๐</sup> Ibid : 34.

<sup>๓๑</sup> Ibid : 36.

นอกจากสหภาพยุโรปแล้ว ยังอาจมีองค์การระหว่างประเทศระดับภูมิภาคอื่นๆ เข้ามามีบทบาทมากขึ้นเช่นเดียวกัน เช่น MERCOSUR ซึ่งกรอบทางกฎหมายขององค์การฯ ส่งเสริมให้มีการรับเอาตราสารเกี่ยวกับการทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกัน (uniform law instruments) หรือ the Organisation for the Harmonisation of Business Law in Africa (OHADA) ซึ่งสภารัฐมนตรี (Council of Ministers) มีอำนาจในการรับเอาตราสารการทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวกัน (Uniform law instruments) โดยการออกเสียงเป็นเอกฉันท์ และจะมีผลบังคับในรัฐสมาชิกโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการอนุวัติการในรัฐสมาชิกแต่ละรัฐอีก<sup>๓๒</sup> เมื่อองค์การระหว่างประเทศระดับภูมิภาคมีบทบาทมากขึ้นก็จะส่งผลให้การเจรจาเปลี่ยนแปลงไปเป็นแบบ “inter-regional negotiations”<sup>๓๓</sup>

### ๑.๒.๒ องค์การที่เกี่ยวข้องกับการทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกัน

องค์การที่มีบทบาทให้การทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันมีหลายองค์การ ทั้งที่มีสถานะเป็นองค์การระหว่างประเทศระดับรัฐบาล ที่เป็นหน่วยงานขององค์การระหว่างประเทศระดับรัฐบาล และที่เป็นองค์การภาคเอกชน องค์การที่มีบทบาทสำคัญที่ควรกล่าวถึงในที่นี้ได้แก่

(๑) ที่ประชุมระหว่างประเทศ ณ กรุงเฮก ว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (The Hague Conference on Private International Law) ซึ่งเป็นสถาบันที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดทำอนุสัญญาเพื่อความเป็นเอกสรของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือกฎหมายขัดกัน<sup>๓๔</sup> สถาบันนี้จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. ๑๙๘๓ โดยมีสถานะแรกเริ่มเป็นเพียงที่ประชุมระหว่างประเทศ ต่อมาถูกยกย่องระดับเป็นองค์การระหว่างประเทศในปี ค.ศ. ๑๙๕๕ โดยผลของธรรมนูญก่อตั้ง (Statute of the Hague Conference on Private International Law) ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๑๕ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๕๕ ปัจจุบันมีสมาชิกที่เป็นรัฐรวมทั้งสิ้น ๘๐ ประเทศ และองค์การการรวมตัวทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค (Regional Economic Integration Organization) ๑ องค์การ ได้แก่ สหภาพยุโรป ตั้งแต่ ค.ศ. ๑๙๙๓ เป็นต้นมา ที่ประชุมระหว่างประเทศ ณ กรุงเฮก ว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลได้พัฒนาตราสารที่นำไปสู่การทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันจำนวนมาก ส่วนใหญ่อยู่ในรูปของอนุสัญญา ครอบคลุมประเด็นกฎหมายเอกชนหลายเรื่อง เช่น เรื่องการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม การคุ้มครองเด็ก ความร่วมมือทางศาลเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์ การยอมรับและบังคับคำพิพากษาต่างประเทศในทางแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยไม่ได้เป็นสมาชิกของที่ประชุมนี้ แต่ก็ได้เป็นภาคีอนุสัญญาที่จัดทำขึ้นโดยสถาบัน กล่าวคือ Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction และ Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption<sup>๓๕</sup>

(๒) สถาบันระหว่างประเทศเพื่อจัดทำกฎหมายเอกชนให้เป็นเอกสร (International Institute for the Unification of Private Law: UNIDROIT) ก่อตั้งเมื่อ ค.ศ. ๑๙๒๖ โดยเป็นองค์การหนึ่งของสันนิบาตชาติ เมื่อสันนิบาตชาติถูกยุบไป สถาบันนี้ก็ได้รับการก่อตั้งขึ้นอีกครั้งหนึ่งใน ค.ศ. ๑๙๔๐ โดยมีสถานะเป็นองค์การระหว่าง

<sup>๓๒</sup> Ibid : 35.

<sup>๓๓</sup> Ibid : 36.

<sup>๓๔</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, (2553), คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, หน้า 332.

<sup>๓๕</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 334.

ประเทศระดับรัฐบาล<sup>๓๖</sup> วัตถุประสงค์สำคัญของ UNIDROIT ก็คือ การศึกษาความจำเป็นและวิธีการในการพัฒนา กฎหมายให้ทันสมัย ทำให้กฎหมายเอกชนด้านการพาณิชย์สอดคล้องกัน ตลอดจนจัดทำตราสารกฎหมายเอกรูป จัดให้มีหลักการ (principles) และกฎเกณฑ์ (rules) เพื่อบรรลุปเป้าหมายดังกล่าว<sup>๓๗</sup> UNIDROIT มีบทบาทในการ พัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกันในหลายเรื่องทางพาณิชย์ และตราสารที่ใช้ก็มีรูปแบบแตกต่างกันไป ไม่ว่าจะเป็น Convention เช่น Convention on Agency in the International Sale of Goods และ Convention on International Financial Leasing ตราสารที่อยู่ในรูป Model Law ตัวอย่างเช่น Model Franchise Disclosure Law ส่วนที่อยู่ในรูปของ Principles ตัวอย่างเช่น UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure เป็นต้น ปัจจุบัน UNIDROIT มีสมาชิกทั้งสิ้น ๖๓ ประเทศ ประเทศไทยไม่ได้เป็นรัฐสมาชิก

(๓) The United Nations Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL เป็นองค์กร ย่อย (subsidiary organ) ขององค์การสหประชาชาติ ตั้งขึ้นเมื่อ ค.ศ. ๑๙๖๖ โดยข้อมติของสมัชชาใหญ่ที่ ๒๒๐๕ (XXI) UNCITRAL มีวัตถุประสงค์ในการพัฒนากฎหมาย และทำให้กฎหมายพาณิชย์สอดคล้องกัน เพื่อส่งเสริม การค้าระหว่างประเทศซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการสร้างความเจริญโตทางเศรษฐกิจและยกระดับความเป็นอยู่ของ ประชาชนให้สูงขึ้น ผลงานของ UNCITRAL ครอบคลุมหลายเรื่อง ไม่ว่าจะเป็นการอนุญาโตตุลาการ การซื้อขาย ระหว่างประเทศ การชำระหนี้ระหว่างประเทศ และการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น ตราสารที่ UNCITRAL ใช้ เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวมีทั้งที่อยู่ในรูปแบบของอนุสัญญา เช่น Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards และ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods กฎหมายต้นแบบ เช่น UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996) คำแนะนำเกี่ยวกับการออกกฎหมาย (legal and legislative guides) เช่น UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law เป็นต้น

(๔) สภาหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce) เป็นองค์กรเอกชนซึ่งเกิดขึ้น จากการรวมตัวของนักธุรกิจตั้งแต่ ค.ศ. ๑๙๑๙ เพื่อเป็นองค์กรซึ่งเป็นตัวแทนของภาคเอกชน ปัจจุบันมีสมาชิกจาก กว่า ๑๒๐ ประเทศทั่วโลก สภาหอการค้าที่มีบทบาทสำคัญในการพัฒนา voluntary rules, guidelines, codes, model contracts ซึ่งอำนวยความสะดวกแก่การทำธุรกิจข้ามพรมแดน ผลงานที่สำคัญของสภาหอการค้า นานาชาติที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ได้แก่ Incoterms ซึ่งทำขึ้นตั้งแต่ ค.ศ. ๑๙๓๖ และได้รับการยอมรับว่าเป็น มาตรฐานโลกสำหรับการตีความถ้อยคำที่ใช้ในสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ นอกจาก Incoterms แล้วยังมี Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP) ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการออกและใช้ เลตเตอร์ออฟเครดิต (letters of credit) สำหรับการชำระหนี้ระหว่างประเทศ UCP ถูกนำไปใช้โดยธนาคารและ ผู้ทำการค้าระหว่างประเทศทั่วโลก

(๕) องค์กรระดับภูมิภาค ในปัจจุบันองค์กรระหว่างประเทศระดับภูมิภาคมีบทบาทสำคัญอย่างมาในการ พัฒนากฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวกัน เนื่องจากการลดความแตกต่างกันของกฎหมายถือเป็นแนวทางในการทำให้ การรวมกลุ่มแน่นแฟ้นมากขึ้น โดยการทำให้พรมแดนของรัฐในกลุ่มหมดความสำคัญลงไป การทำให้กฎหมายเป็น

<sup>๓๖</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 335.

<sup>๓๗</sup> UNIDROIT, History and Overview [online], Retrieved from <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>, [12 May 2016].

หนึ่งเดียวกันจึงมีบทบาทสำคัญในการสร้างตลาดร่วม ดังนั้นการทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันขององค์กรระดับภูมิภาคจึงมักจะไม่ได้อยู่ในรูปแบบ Convention และไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างระบอบพิเศษเพื่อใช้กับธุรกรรมระหว่างประเทศ แต่จะทำโดย Directives ซึ่งมักจะมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในธุรกรรมภายในรัฐ<sup>๓๔</sup> องค์กรระหว่างประเทศระดับภูมิภาคที่มีบทบาทอย่างมาก ได้แก่ สหภาพยุโรป การทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันเป็นเครื่องมือสำคัญของสหภาพยุโรปในการสร้าง internal market โดยการออก Directives และ Regulations ตัวอย่างเช่น Directive 2011/83/EU on Consumer Rights, Directive 93/13/EEC on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts และ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters เป็นต้น

นอกจากทวีปยุโรปแล้ว ภูมิภาคอื่นก็มีองค์กรระหว่างประเทศที่มีอำนาจหน้าที่ในการทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกัน ตัวอย่างเช่น Organization for the Harmonization of Business Law in Africa (OHADA) ซึ่งเป็นองค์กรระหว่างประเทศระดับรัฐบาลที่มีประเทศสมาชิกเป็นประเทศจากทวีปแอฟริกาที่ใช้ภาษาฝรั่งเศส ปัจจุบันมี 16 ประเทศเป็นสมาชิก ในทวีปอเมริกาใต้มี MERCOSUR เป็นการรวมกลุ่มกันระหว่างประเทศลาตินอเมริกา ประกอบด้วย อาเจนตินา บราซิล ปารากวัย อุรุกวัย และเวเนซุเอลา มีวัตถุประสงค์ในการสร้างตลาดร่วม อย่างไรก็ตามการค้าตัดสินของ MERCOSUR ไม่มีผลบังคับในแต่ละประเทศสมาชิกโดยอัตโนมัติแต่ต้องผ่านการอนุมัติการตามกฎหมายภายในก่อน นอกจากนี้ยังมีองค์กรแห่งรัฐอเมริกา (Organization of American States: OAS) ซึ่งมีบทบาทในการส่งเสริมการประชุมเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล อันนำไปสู่การทำอนุสัญญาหรือตราสารอื่นๆ ตัวอย่างเช่น 1994 Inter-American Convention on Law Applicable to International Contracts และ OAS Model Law on Secured Transactions เป็นต้น

### ๑.๒.๓ รูปแบบของตราสารสำหรับการทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวกัน (Instruments of Harmonization)

ในการทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวกัน รัฐอาจเลือกใช้ตราสารแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับความเหมาะสมของแต่ละเรื่อง รูปแบบของตราสารสำหรับการทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวกันมีหลายรูปแบบ แต่ละรูปแบบจะมีผลทางกฎหมายแตกต่างกัน รูปแบบที่สำคัญมีดังต่อไปนี้

- (๑) อนุสัญญาพหุภาคี (Multilateral convention)
- (๒) สนธิสัญญาทวิภาคี (Bilateral treaty)
- (๓) กฎหมายที่ออกโดยประชาคม (Community legislation) มักจะอยู่ในรูปของ Directive
- (๔) กฎหมายต้นแบบ (Model law)
- (๕) ประมวลประเพณีและทางปฏิบัติ (Codification of custom and usage) ที่ทำขึ้นโดยองค์กรเอกชนระหว่างประเทศ (International non-governmental organization)
- (๖) ถ้อยคำทางการค้า (International trade terms) ที่ทำขึ้นโดยองค์กรเอกชนระหว่างประเทศ
- (๗) สัญญาต้นแบบ (Model contracts) และเงื่อนไขทั่วไปของสัญญา (General contractual conditions)

<sup>๓๔</sup> Roy Goode, (1991), “Reflections on the Harmonisation of Commercial Law” : 54-55.



ตราสารรูปแบบที่ ๑-๓ มีผลบังคับเป็นกฎหมาย และการที่ตราสารดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขกฎหมายภายในของรัฐที่เกี่ยวข้อง ส่วนกฎหมายต้นแบบ เป็นเพียงต้นแบบไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย รัฐอาจรับเอากฎหมายต้นแบบทั้งหมด หรืออาจดัดแปลง หรือใช้กฎหมายต้นแบบเป็นเพียงฐานความคิดในการออกกฎหมายภายในของรัฐก็ได้ สำหรับกรณีตราสารตามข้อ ๕-๗ นั้น การมีผลบังคับต้องอาศัยการที่คู่สัญญารวมเอาตราสารดังกล่าวไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา<sup>๓๙</sup> นอกจากตราสารรูปแบบที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ในระยะหลังมีการนำตราสารในรูปแบบของ Principles มาใช้ ตัวอย่างเช่น Principles on the Choice of Law in International Commercial Contracts ซึ่งได้รับการรับรองโดยที่ประชุมระหว่างประเทศ ณ กรุงเฮก ว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เมื่อวันที่ ๑๙ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๕๘ หรือ UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts เป็นต้น

### ๑.๒.๔ ขอบเขต (Scope) และระดับ (Degree) ของการทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกัน

นอกจากข้อพิจารณาในเรื่องของสาขากฎหมายแล้ว ยังมีข้อพิจารณาเรื่องขอบเขต (scope) และระดับ (degree) ของการทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันอีกด้วย ในเรื่องขอบเขตนั้นเกี่ยวกับประเด็นที่ว่าโครงการทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันจะครอบคลุมประเด็นทางกฎหมายกว้างแคบเพียงใด ซึ่งโดยประเด็นนี้มีแนวคิดที่เรียกว่า minimalist approach และ maximalist approach minimalist approach คือแนวคิดที่ว่าควรจำกัดขอบเขตของโครงการให้แคบเพื่อให้การทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันประสบความสำเร็จได้ในระยะเวลาที่สมเหตุสมผล ในขณะที่ maximalist approach มองว่าการทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันจะไร้คุณค่า ถ้าหากไม่ครอบคลุมประเด็นสำคัญในกฎหมายสาขานั้น<sup>๔๐</sup> นอกจากเรื่องความกว้างแคบของโครงการแล้ว ข้อพิจารณาเรื่องขอบเขตยังเกี่ยวข้องกับขอบเขตของการใช้กฎหมายที่เป็นหนึ่งเดียวกันว่าจะใช้กับธุรกรรมระหว่างประเทศเท่านั้น (international transactions) หรือจะใช้กับธุรกรรมภายในประเทศด้วย (domestic transactions) อีกทั้งยังมีประเด็นว่ากฎหมายที่เป็นหนึ่งเดียวกันนั้นจะใช้กับธุรกรรมทางธุรกิจ (business transactions) เท่านั้น หรือจะใช้กับธุรกรรมของผู้บริโภค (consumer transactions) ด้วย

ส่วนข้อพิจารณาเรื่องระดับการทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันนั้น มีสองแนวคิด กล่าวคือ maximum harmonization หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า full harmonization และ minimum harmonization การทำให้กฎหมายเป็นหนึ่งเดียวกันแบบ maximum harmonization จะมีผลทำให้มีการแทนที่กฎหมายภายในของรัฐด้วยกฎหมายที่ทำให้เป็นหนึ่งเดียวกัน<sup>๔๑</sup> กฎหมายภายในจึงไม่สามารถมีผลใช้บังคับได้อีกต่อไป ในขณะที่ minimum harmonization เป็นกรณีที่กฎหมายที่ทำให้เป็นหนึ่งเดียวกันกำหนดข้อบังคับพื้นฐาน (mandatory floor) ยังคงยอมให้รัฐกฎหมายภายในที่กำหนดรายละเอียดได้เอง กฎหมายที่เป็นหนึ่งเดียวกันจึงไม่แทนที่หรือกำจัดกฎหมายภายในไปเสียทั้งหมดดังเช่นกรณี maximum harmonization กรณี minimum harmonization นั้น กฎหมาย

<sup>๓๙</sup> Ibid : 57.

<sup>๔๐</sup> Ibid : 61.

<sup>๔๑</sup> Fernando Gomez and Juan Jose Ganuza, “An Economic Analysis of Harmonization Regimes: Full Harmonisation, Minimum Harmonisation or Optional Instrument” [online], Retrieved from, [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0052/contributions/166\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/166_en.pdf), [12 May 2016] : 17

ภายในของรัฐจะถูกแทนที่ด้วยกฎหมายที่เป็นหนึ่งเดียวกันก็ต่อเมื่อกฎหมายภายในมีมาตรฐานที่ต่ำกว่า ดังนั้นรัฐจึงยังสามารถมีกฎหมายภายในที่มาตรฐานสูงกว่ากฎหมายที่เป็นหนึ่งเดียวกันได้<sup>๔๒</sup>

---

<sup>๔๒</sup> Ibid : 18.

## เอกสารอ้างอิง

- นพนินิ สุริยะ. (๒๕๕๖). **Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม ๑**. พิมพ์ครั้งที่ ๗. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ วิทยุชน.
- ตุลย์ ไตรโสรัส. รายงานการศึกษาส่วนบุคคล (Individual Study) เรื่อง “ความท้าทายในการพัฒนากฎหมายของไทยให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ: กรณีศึกษา UNCITRAL”. หลักสูตรนักบริหาร การทูต รุ่นที่ ๖ ปี ๒๕๕๗, สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ กระทรวงการต่างประเทศ.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (๒๕๕๓). **คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล** พิมพ์ครั้งที่ ๒. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิทยุชน.
- ประสิทธิ์ เอกบุตร. (๒๕๕๑) **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม ๑ สนธิสัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ ๔. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ วิทยุชน.
- Basedow, Jürgen. (2003). “Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration – General Report”. **Uniform Law Review** 8, 1-2 : 31-49.
- E J Lohse. **The Meaning of Harmonisation in the Context of European Community Law — a Process in Need of Definition**. University of Erlangen-Nürnberg.
- Faria, José Angelo Estrella. (2009). “Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform : Stormy Seas or Prosperous Voyage?”. **Uniform Law Review** 14 (1-2) : 5-34.
- Gomez, Fernando and Juan Jose Ganuza. “An Economic Analysis of Harmonization Regimes: Full Harmonisation, Minimum Harmonisation or Optional Instrument” [online]. Retrieved from [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0052/contributions/166\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/166_en.pdf). [May 12, 2016].
- Goode, Roy. (1991). “Reflections on the Harmonisation of Commercial Law”. **Uniform Law Review** 19, 1 : 54-74.
- Hartkamp, Arthur S. (2003). “Modernisation and Harmonisation of Contract Law: Objectives, Methods and Scope”. **Uniform Law Review** 8, 1-2 : 81-89.
- José Angelo Estrella Faria. (2009). “Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform : Stormy Seas or Prosperous Voyage ?”. **Uniform Law Review**.
- Kelsen. (1996). **Principle of International Law**. New York.
- Kennedy, Justice. (1910). “The Unification of Law”. **Journal of the Society of Comparative Legislation** 10, 2 : 212-219.

Lauterpacht. (1986). **International Law and Human Rights**. USA: Stevens and Sons.

UNIDROIT. **History and Overview** [online]. Retrieved from <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>. [May 12, 2016].

Wagner, Gerald. (2002). “The Economics of Harmonisation: The Case of Contract Law”. **ERA Forum** 3, 2 : 77-87.

## ภาคผนวก

## ภาคผนวก ๑

### แบบสัมภาษณ์เชิงลึก

### โครงการวิจัยเรื่อง “การพัฒนากฎหมายภายในเพื่อรองรับการทำงานด้านประชาคมอาเซียน”

#### ประเด็นคำถาม

1. ท่านมีความเข้าใจเกี่ยวกับการบูรณาการทางกฎหมาย (Legal harmonization) อย่างไร
2. ท่านทราบถึงความจำเป็นของประชาคมอาเซียนในการบูรณาการทางกฎหมายหรือไม่
3. ท่านคิดว่าอะไรคือประเด็นเร่งด่วนของประชาคมอาเซียนด้านการบูรณาการทางกฎหมาย
4. หน่วยงานของท่านมีภารกิจและบทบาทในเรื่องการบูรณาการทางกฎหมายหรือไม่ อย่างไร
5. ประชาคมอาเซียนควรมีมาตรฐานการคุ้มครองผู้บริโภคร่วมกันสำหรับการค้าข้ามพรมแดน (Cross-border trade) หรือพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ หรือไม่ และควรมีกระบวนการอย่างไรการสร้างมาตรฐานดังกล่าว

## ภาคผนวก ๒



(ร่าง)

กำหนดการประชุมระดมความคิดเห็น (Focus group) เรื่อง  
“โครงการพัฒนากฎหมายภายในเพื่อรองรับการทำงานด้านประชาคมอาเซียน”  
วันพุธที่ ๒๒ มิถุนายน ๒๕๕๙ เวลา ๐๘.๓๐ - ๑๖.๓๐ น.  
กรุงเทพฯ

- ๐๘.๓๐ - ๐๙.๐๐ น. ลงทะเบียนและรับเอกสาร
- ๐๙.๐๐ - ๐๙.๑๕ น. กล่าวต้อนรับและเปิดประเด็นการประชุมกลุ่มย่อย  
โดย ผู้แทนสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร รัฐสภา
- ๐๙.๑๕ - ๐๙.๓๕ น. นำเสนอข้อมูลความเป็นมาของโครงการวิจัย และ ข้อมูลรายงานวิจัยเรื่อง  
“การเตรียมความพร้อมด้านกฎหมายของไทยในการเข้าสู่ประชาคมอาเซียน”  
โดย ดร.กมลินทร์ พิณีจิวาดล  
ผู้อำนวยการสถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา
- ๐๙.๓๕ - ๑๐.๓๕ น. ผู้เข้าร่วมประชุมให้ข้อคิดเห็นตามประเด็นคำถาม
- ๑๐.๓๕ - ๑๐.๕๐ น. พักรับประทานอาหารว่าง
- ๑๐.๕๐ - ๑๒.๐๐ น. ผู้เข้าร่วมประชุมให้ข้อคิดเห็นตามประเด็นคำถาม (ต่อ)
- ๑๒.๐๐ - ๑๒.๑๕ น. สรุปการประชุมระดมความคิดเห็น (Focus Group)
- ๑๒.๑๕ - ๑๓.๑๐ น. รับประทานอาหารกลางวัน
- ๑๓.๑๕ - ๑๖.๓๐ น. ประชุมระดมความคิดเห็นกลุ่มย่อย โดยแยกกลุ่มตามประเด็น Quick Research จำนวน ๓ ห้อง ดังนี้
- ห้องที่ ๑ : ประชุมระดมความคิดเห็นกลุ่มย่อย “Quick Research ประเด็นเร่งด่วนของประชาคมอาเซียน เรื่อง แรงงานข้ามชาติ”
- ห้องที่ ๒ : ประชุมระดมความคิดเห็นกลุ่มย่อย “Quick Research ประเด็นเร่งด่วนของประชาคมอาเซียน เรื่อง ความมั่นคงทางทะเล”
- ห้องที่ ๓ : ประชุมระดมความคิดเห็นกลุ่มย่อย “Quick Research ประเด็นเร่งด่วนของประชาคมอาเซียน เรื่อง การพัฒนาอย่างยั่งยืน”