

บทบรรณาธิการ

แล้วก็ตามถึง วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สี่ ซึ่งเป็นวารสารนิติศาสตร์ฉบับสุดท้ายของปีที่ 44 (พ.ศ. 2558) และเป็นวารสารนิติศาสตร์ฉบับสุดท้ายภายใต้การเข้ามาทำหน้าที่ของ บรรณาธิการและกองบรรณาธิการชุดปัจจุบัน (ตั้งแต่เดือนมกราคม 2558) วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สี่ มีหัวข้อเรื่อง (theme) คือ “กฎหมายมหาชนและกฎหมายรัฐธรรมนูญ” บทความตามหัวข้อเรื่องที่ปรากฏในวารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สี่นี้ประกอบด้วยบทความที่น่าสนใจและครอบคลุมแขนงต่าง ๆ ด้านกฎหมายมหาชนและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ทั้งในบริบทของประเทศไทยและในบริบทของต่างประเทศ รวมทั้งสิ้นห้าเรื่องด้วยกัน ด้านกฎหมายมหาชน ได้แก่ บทความเรื่อง การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของภาษีโดยองค์การตุลาการของประเทศไทย และบทความเรื่อง คดีการเลือกตั้งในระบบกฎหมายฝรั่งเศส และ ด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญ ได้แก่ บทความเรื่อง รัฐธรรมนูญไวมาร์ บทความเรื่อง เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 และบทความเรื่อง การบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมืองและข้อห้ามย้ายพรรคการเมืองในประเทศแอฟริกาใต้

ในการทำงานเกี่ยวกับวารสารนิติศาสตร์ฉบับต่าง ๆ ที่ผ่านมา นอกจากบทความตามหัวข้อเรื่องแล้ว วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สี่ ยังมีบทความอื่น ๆ อีกด้วย ซึ่งนำเสนอและให้ข้อมูลความรู้เกี่ยวกับกฎหมายในด้านต่าง ๆ ที่หลากหลายและน่าสนใจเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่อง การเยียวยาผู้เสียหายจากการก่อการร้าย การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของบุคคล การปฏิรูประบบกฎหมายจีนในสมัยราชวงศ์ชิง และการเลือกใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับแก่พินัยกรรม ซึ่งเป็นบทความที่เขียนโดยคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และผู้ทรงคุณวุฒิภายนอก

วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สี่ ยังคงมีบทความภาษาต่างประเทศอยู่เช่นเคย ได้แก่ บทความเรื่อง The effect of Conference of the Parties (COP) on the Driving Force of Normative Change and Development in International Environment Law พร้อมทั้งคอลัมน์ประจำอันเป็นเกร็ดข้อมูลความรู้ทางกฎหมาย ซึ่งได้แก่ ปกิณกะกฎหมาย

นอกจากนี้ ดังที่ได้แจ้งไว้ในวารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สอง แล้วว่ากองบรรณาธิการ จะกำหนดคอลัมน์แนะนำหนังสือ (Book Review) สลับกับคอลัมน์ฎีกาวิเคราะห์เพื่อความหลากหลายยิ่งขึ้นของวารสารนิติศาสตร์ ดังนั้น **วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สี่** จึงมี **คอลัมน์แนะนำหนังสือ (Book Review)** โดยในวารสารเล่มนี้ หนังสือที่นำมาแนะนำเป็นหนังสือกฎหมายแรงงานในระบบเศรษฐกิจโลก หรือ Labour Laws and Global Trade

พร้อม ๆ กับการจัดทำวารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สี่นี้ กองบรรณาธิการก็ได้จัดทำวารสารนิติศาสตร์ ฉบับพิเศษครบรอบ 44 ปี ที่กองบรรณาธิการจะมอบให้แก่สมาชิกและผู้มีอุปการคุณที่ให้การสนับสนุนการจัดพิมพ์วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ด้วยดีเสมอมา ดังที่กองบรรณาธิการได้ให้สัญญาไว้ กองบรรณาธิการจึงขอมอบวารสารนิติศาสตร์ ฉบับพิเศษครบรอบ 44 ปี ให้เป็นของขวัญส่งท้ายปีเก่าต้อนรับปีใหม่ พร้อม ๆ กับวารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สี่นี้ด้วย

กองบรรณาธิการขอแสดงความขอบคุณคุณชญุพร พันธุ์วิเศษศักดิ์ ที่กรุณาออกแบบโลโก้วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 44 ดังที่ปรากฏบนปกของวารสารนิติศาสตร์ทั้งสี่ฉบับของปีที่ 44 นี้ มา ณ โอกาสนี้ด้วย

สุดท้ายนี้ บรรณาธิการและกองบรรณาธิการหวังเป็นอย่างยิ่งว่า วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 44 ทั้งสี่ฉบับ ได้ทำหน้าที่เป็นแหล่งข้อมูลความรู้ทางกฎหมายอย่างครบถ้วนสมบูรณ์ และเป็นประโยชน์แก่สมาชิกและผู้อ่านทุกท่านดังเช่นวารสารนิติศาสตร์ในทุก ๆ ปีที่ผ่านมา และหวังเป็นอย่างยิ่งว่าสมาชิกและผู้อ่านทุกท่านจะยังคงติดตามวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ อย่างต่อเนื่อง พร้อมทั้งขอให้สมาชิกและผู้อ่านทุกท่านพบกับวารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 45 ภายใต้การทำหน้าที่ของกองบรรณาธิการชุดใหม่ต่อไป

นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์
บรรณาธิการ

วารสารนิติศาสตร์

ปีที่ 44 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2558)

สารบัญ

บทความที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชนและกฎหมายรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญไวมาร์.....	วรเจตน์ ภาคีรัตน์.....	800
การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของภาษี โดยองค์การตุลาการของประเทศไทย.....	สุปรียา แก้วละเอีียด.....	838
คดีการเลือกตั้งในระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	ปิยบุตร แสงกนกกุล.....	870
เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557	อานนท์ มาม้าย.....	902
การบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมืองและข้อห้ามย้ายพรรคการเมือง ในประเทศแอฟริกาใต้.....	ณรงค์เดช สุโรษิต.....	926

บทความอื่น ๆ

การก่อการร้ายและแนวทางในการเยียวยาผู้เสียหาย.....	เชมภูมิ ภูมิถาวร.....	948
ความเป็นส่วนตัวและการคุ้มครองจากการล่วงล้ำของรัฐ ในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	ชวิน อุ่นภัทร.....	968
กฎหมายจีนในสมัยราชวงศ์ชิง: การปฏิรูประบบกฎหมายและความล้มเหลว ในการจัดทำรัฐธรรมนูญ.....	วิธวินท์ โตเกียรติรุ่งเรือง.....	1006
การเลือกกฎหมายต่างประเทศบังคับแก่พินัยกรรม.....	อานนท์ ศรีบุญโรจน์.....	1023

บทความภาษาต่างประเทศ

The Effect of the Conference of the Parties (COP) on the Driving Force of Normative Change and Development in International Environmental Law.....	Peerapon Jaderojanont.....	1036
--	----------------------------	------

แนะนำหนังสือ

Labour Laws and Global Trade.....Thitirat Thipsamritkul.....1048

ปกิณกะกฎหมาย

อารมณ์วิชาการศาลฎีกา.....ไพโรจน์ กัมพูสิริ.....1055

THAMMASAT LAW JOURNAL

Vol. 44 No. 4 (December 2015)

CONTENTS

Public Law and Constitutional Law-Related Articles

- The Weimar Constitution.....*Worachet Pakeerut*.....800
- The Control of the Legality of Taxation
by the Judicial Institutions in Thailand.....*Supreeya Kaewla-ia*.....838
- The Election Cases in the French Legal System.....*Piyabutr Saengkanokkul*.....870
- The Jurisdiction of the Constitutional Court concerning Review
of Constitutionality of Law in the Constitution of the
Kingdom of Thailand (Interim) B.E. 2557.....*Amon Mamout*.....902
- Political Party Affiliation Requirement when Standing
for Election to be a Member of Parliament and the
Ban on Floor-crossing in South Africa.....*Narongdech Srukhsit*.....926

Other Articles

- Terrorism and Compensation for Victims.....*Khemapoom Bhumithavara*.....948
- Privacy and its Protection against Intrusions by the Government
in the United States.....*Chawin Oinpat*.....968
- Chinese Law in the Qing Dynasty: Modernization of the Legal System and Failure
to Establish the Constitution.....*Wittawin Tokiatroongruang*.....1006
- Professio Juris ad Voluntas.....*Amon Sriboonroj*.....1023

Foreign-Language Article

- The Effect of the Conference of the Parties (COP) on the
Driving Force of Normative Change and Development
in International Environmental Law.....*Peerapon Jaderojanant*.....1036

Book Review

Labour Laws and Global Trade.....*Thitirat Thipsamritkul*.....1048

Legal Variety

The Academic Mood of the Thai Supreme Court.....*Pairojana Kampusiri*.....1005

รัฐธรรมนูญไวมาร์*

วรเจตน์ ภาคีรัตน์**

บทคัดย่อ

รัฐธรรมนูญไวมาร์หรือที่เรียกอย่างเป็นทางการว่ารัฐธรรมนูญแห่งจักรวรรดิเยอรมันเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับในประเทศเยอรมนีในระหว่าง ค.ศ. 1919 ถึง ค.ศ. 1933 การเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญไวมาร์เป็นผลมาจากการปฏิวัติในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1918 การสิ้นสุดลงของการปกครองระบอบราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ และความปราชัยสงครามโลกครั้งที่ 1 ของเยอรมนี รัฐธรรมนูญไวมาร์ได้รับการร่างขึ้นจากศาสตราจารย์ทางกฎหมายฝ่ายเสรีนิยมก้าวหน้าที่ชื่อฮูโก้ พร์รอยช ซึ่งกำหนดรูปแบบการปกครองตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นระบบผสมระหว่างระบบรัฐสภาและระบบประธานาธิบดี โดยประธานาธิบดีซึ่งได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนมีอำนาจสูงมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานการณ์ฉุกเฉิน รัฐธรรมนูญไวมาร์เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของเยอรมนีที่ให้สิทธิเลือกตั้งแก่ประชาชนทั้งชายและหญิงเท่าเทียมกันและกำหนดให้การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งในระบบสัดส่วนทั้งหมด รัฐธรรมนูญไวมาร์ไม่เคยถูกยกเลิกอย่างเป็นทางการ แต่สิ้นสภาพบังคับลงในทางความเป็นจริงเมื่อมีการตรารัฐธรรมนูญที่ด้วยการมอบอำนาจให้แก่ฮิตเลอร์ในเดือนมีนาคม ค.ศ. 1933

* สรุปลงและแก้ไขเพิ่มเติมจากรายงานการวิจัยชื่อเดียวกัน เสนอต่อคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2558

** อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Abstract

The Weimar Constitution, officially named as the Constitution of the German Empire, was the constitution that governed Germany from 1919 until 1933. It was the result of the November Revolution 1918, the collapse of the constitutional Monarchy and the defeat of Germany in the First World War. The Weimar Constitution was drafted by the liberal law professor Hugo Preuß. The government structure of the Weimar Constitution was a mix of parliamentary and presidential system. The President was directly elected by the people and had enormous power, especially in the emergency situation. It was the first time that the German constitution guaranteed the equal right for both genders to vote. The electoral system was the proportional representation. The Weimar Constitution was never formally repealed, but after the Enabling Act was enacted on March 24, 1933 the Weimar Constitution was de facto abolished.

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของภาษี โดยองค์กรตุลาการในประเทศไทย*

สุปรียา แก้วละเอียด**

บทคัดย่อ

ภาษีเป็นเครื่องมือทางการคลังที่สำคัญของรัฐบาลที่รัฐใช้อำนาจมหาชนในการบังคับจัดเก็บเพื่อนำไปใช้จ่ายในภาวะสาธารณะโดยไม่มีผลตอบแทนโดยตรงเป็นการเฉพาะตัวแก่ผู้เสียภาษี ฉะนั้นการจัดเก็บภาษีต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของภาษี กล่าวคือ การจัดเก็บภาษีจะต้องสอดคล้องกับหลักไม่มีภาษีโดยไม่มีผู้แทน กฎหมายที่ให้อำนาจในการจัดเก็บภาษีจึงต้องอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ผ่านรัฐสภาในฐานะที่เป็นผู้แทนประชาชน จึงจำเป็นต้องมีกลไกในการควบคุมการจัดเก็บภาษีให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าวก็คือ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของภาษีโดยองค์กรของรัฐต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การควบคุมโดยองค์กรตุลาการซึ่งเป็นที่ยอมรับว่ามีความเป็นกลางและเป็นธรรมมากกว่าองค์กรอื่น ๆ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการประกันสิทธิของผู้เสียภาษี

แต่อย่างไรก็ตาม ระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของภาษีโดยองค์กรตุลาการในปัจจุบันมีข้อจำกัดที่สำคัญ คือ การที่ประเทศไทยไม่ได้บัญญัติรับรองหลักความชอบด้วยกฎหมายของภาษีไว้ในรัฐธรรมนูญ ส่งผลทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีข้อจำกัดในการควบคุมตรวจสอบหลักความชอบด้วยกฎหมายของภาษี จะเห็นได้จากที่ผ่านมารัฐบาลออกกฎหมายมาจัดเก็บภาษีโดยไม่เคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายของภาษี ไม่ว่าจะเป็นการออกพระราชกำหนดในการขยายฐานภาษีหรือเพิ่มอัตราภาษี หรือการออกกฎหมายอนุบัญญัติทางภาษีที่ไม่มีฐานทางกฎหมาย

* บทความนี้เป็นการนำเสนอผลการศึกษารวบรวมโดยสรุปจาก โครงการวิจัยเรื่อง “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของภาษีโดยองค์กรตุลาการในประเทศไทย” เสนอต่อคณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

** นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 1) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ประกาศนียบัตรกฎหมายภาษีอากร สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ปริญญาโทสาขากฎหมายมหาชน (เกียรตินิยมดี) และปริญญาเอกสาขากฎหมายมหาชน (เกียรตินิยมดีเยี่ยมโดยมติเอกฉันท์ของคณะกรรมการ) มหาวิทยาลัยตุลัส 1 ประเทศฝรั่งเศส, ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

มาบังคับจัดเก็บภาษีหรือการยกเว้น ลดหย่อนภาษี ซึ่งทำให้เกิดรายจ่ายแผ่นดินที่เป็นภาษี เป็นจำนวนมากอันเป็นภาระทางการคลังของประเทศ จากปัญหาดังกล่าวจึงจำเป็นต้องกำหนด บทบัญญัติทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของภาษีเอาไว้ในรัฐธรรมนูญให้ชัดเจน โดยการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับฐานภาษี อัตราภาษี และวิธีการคำนวณภาษีจะต้องเป็นอำนาจของ รัฐสภาเท่านั้น เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของภาษีได้ อันจะเป็น การคุ้มครองสิทธิทางทรัพย์สินให้แก่ประชาชนและสามารถควบคุมภาระทางการคลังของประเทศ อันเนื่องมาจากการดำเนินนโยบายทางภาษีของรัฐบาล แนวทางดังกล่าวจะทำให้ระบบการตรากฎหมายภาษีของประเทศไทยสอดคล้องกับหลักการของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อย่างแท้จริง

Abstract

Taxation is one of the major fiscal instruments that the government imposes through its public power in order to financially support public services that yield no direct benefits to taxpayers themselves. Therefore, it is required that tax imposition be under the principle of the Legality of taxation. In other words, tax imposition needs to comply with the principle of No taxation without representation, which states that any imposition of tax needs to be presented in form of taxation bills which represents the consent of Parliament. It is also required that the imposition of tax be controlled by states organs, mainly the Judicial Institutions which provide independent and impartial judicial review with the aim of protecting the rights of taxpayers.

However, there are underlying limitations to the controlling of the Principle of the Legality of Taxation implemented by the Judicial Institutions in Thailand. The most important limitation illustrated in this study is that the principle of the Legality of taxation has not been stated in the Thai Constitution, causing limited authority of the Constitutional Court to enforce the principle of the Legality of taxation. This constraint has resulted in the act of issuing emergency decrees to broaden tax base and the act of passing subordinate tax legislation for tax abatements without a legal basis, which leads to tax expenditure in turn. In addition, this limitation has affected the assertion of people's rights to property. This study proposes that the principle of the Legality of taxation be clearly stated in the Thai Constitution especially in terms of tax base, tax rates and tax calculation. With this proposal, the principle of the Legality of taxation can be fully reflected, which will subsequently restrict fiscal burden caused by the government's tax policy and will consequently be in accord with the democratic regime.

คดีการเลือกตั้ง ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส*

ปิยบุตร แสงกนกกุล**

บทคัดย่อ

การเลือกตั้งในประเทศฝรั่งเศสมีหลายระดับ ตั้งแต่การเลือกตั้งประธานาธิบดี การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร การเลือกตั้งวุฒิสภา การเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น การเลือกตั้งสมาชิกสภายุโรป ซึ่งการเลือกตั้งในแต่ละประเภท อาจเกิดข้อพิพาทเป็นคดีความได้ในหลายลักษณะ เช่น คดีเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง คดีเกี่ยวกับผู้มีสิทธิเลือกตั้ง คดีเกี่ยวกับการโต้แย้งผลการเลือกตั้ง คดีเกี่ยวกับเงินอุดหนุนพรรคการเมือง เป็นต้น คดีการเลือกตั้งทั้งหลายเหล่านี้ อยู่ในเขตอำนาจศาลแตกต่างกันออกไป ในบทความนี้ จะกล่าวถึงคดีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และคดีการเลือกตั้งระดับท้องถิ่น ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองเท่านั้น โดยจะศึกษาประเด็นเขตอำนาจศาล เงื่อนไขการรับคำร้อง การดำเนินกระบวนการพิจารณา และการวินิจฉัย

* บทความนี้ ผู้เขียนตัดตอนบางส่วนมาจากงานของผู้เขียนที่เขียนให้กับรายงานวิจัย เรื่อง “การพัฒนากระบวนการจัดการคดีการเมืองในศาลยุติธรรม” เสนอต่อ สถาบันวิจัยที่พัฒนาศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม พฤษภาคม 2556 ซึ่งคณะผู้วิจัยประกอบด้วย จันทจิรา เอี่ยมมยุรา ปิยบุตร แสงกนกกุล ธีระ สุธีวรางกูร และกริช ภูฎิยามา

** นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) ธรรมศาสตร์, D.E.A. de droit public et droit de l'environnement, มหาวิทยาลัย Nantes ประเทศฝรั่งเศส, Doctorat, มหาวิทยาลัย Toulouse I ประเทศฝรั่งเศส, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Abstract

This article provides an analysis of court cases related to parliamentary and senatorial elections, as well as local elections in France. The former fall under the jurisdiction of the Constitutional Council while the latter fall under administrative courts competence. It examines in detail the scope of jurisdiction of each court, the conditions of admissibility of cases, the procedure of adjudication and the rulings.

เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ กฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557*

อานนท์ มาเฒ่า**

บทคัดย่อ

รัฐธรรมนูญในหลายประเทศได้จัดตั้งองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนเพื่อควบคุมการทำงานขององค์กรของรัฐให้เป็นไปตามกฎหมาย องค์กรหนึ่งซึ่งมีการจัดตั้งขึ้นเป็นพิเศษในรัฐธรรมนูญเพื่อดำเนินการดังกล่าว คือ ศาลรัฐธรรมนูญ (constitutional court) ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลประเภทหนึ่งที่ถูกจัดตั้งให้เป็นศาลชนิดพิเศษ (special court)¹ และมีเขตอำนาจทางรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะ (exclusive jurisdiction) โดยมีบทบาทสำคัญคือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (constitutionality) ของกฎหมายหรือการกระทำใด ๆ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ไว้ในเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ

* บทความวิจัยนี้สรุปจากรายงานวิจัยชื่อ เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งผู้เขียนได้จัดทำเสร็จสิ้นโดยสมบูรณ์และได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการบริหารศูนย์วิจัยและให้คำปรึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อสิงหาคม 2558

** นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อาจารย์ประจำภาควิชากฎหมายมหาชนและภาควิชากฎหมายแพ่ง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

¹ ผู้เขียนไม่เลือกใช้คำว่า “ศาลชำนาญพิเศษ” เพราะศาลชำนาญพิเศษ หมายถึง ศาลยุติธรรมประเภทศาลชั้นต้นซึ่งมีวิธีพิจารณา และองค์คณะแตกต่างจากศาลชั้นต้นทั่วไปของศาลยุติธรรม ตัวอย่างศาลชำนาญพิเศษ เช่น ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย ดังนั้น หากเรียกศาลรัฐธรรมนูญว่าเป็นศาลชำนาญพิเศษย่อมทำให้เกิดความเข้าใจผิดว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลประเภทหนึ่งในศาลยุติธรรม

สำหรับเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ได้บัญญัติเรื่องเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญไว้ 3 มาตรา ได้แก่ มาตรา 5 มาตรา 23 และมาตรา 45 แต่เฉพาะกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ในมาตรา 45

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 45 ดังกล่าวประสบปัญหา 2 ประการอยู่ในเวลานี้ กล่าวคือ ปัญหาประการแรก เป็นปัญหาจากการที่บทบัญญัติมีเนื้อหาที่ไม่ชัดเจน และปัญหาประการที่สอง เป็นปัญหาจากการที่ศาลได้ตีความที่ส่งผลให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญเป็นไปโดยยาก อาจทำให้เกิดความไม่แน่นอนและสับสนในระบบกฎหมาย

เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว บทความวิจัยนี้จึงมีข้อเสนอแนะสำหรับการแก้ไขปัญหา 2 ประเด็น ได้แก่ ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการที่บทบัญญัติมีเนื้อหาที่ไม่ชัดเจน และข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการที่ศาลได้ตีความ กล่าวคือ ในข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการที่บทบัญญัติมีเนื้อหาที่ไม่ชัดเจน ผู้เขียนให้ข้อเสนอแนะสำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 และข้อเสนอแนะสำหรับรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ส่วนข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการที่ศาลได้ตีความ ผู้เขียนให้ข้อเสนอแนะเป็นแนวทางใหม่ในการตีความมาตรา 45 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 เพื่อแก้ปัญหาคือเป็นอยู่ในเวลานี้

Abstract

Under the constitutions of many countries, state inspection organizations have been established with purposes to protect the rights and liberties of the people as well as to control legal enforcement of the operation of state organs. The Constitutional Court is a state organ that has been specially established under the constitution to conduct the abovementioned functions. The Constitutional Court is one of many courts that have been set up as special courts with exclusive jurisdiction. The Constitutional Court has its major role to examine constitutionality of any law or action prescribed by the constitution to be under the jurisdiction of the Constitutional Court.

According to the present Constitution of the Kingdom of Thailand (Interim) B.E. 2557, the jurisdiction of the Constitutional Court is stated under three sections, i.e., Section 5, Section 23 and Section 45. Although, regarding the review of constitutionality of laws by the Constitutional Court, it is specifically stated under Section 45.



However, Section 45 of the Constitution of the Kingdom of Thailand (Interim) B.E. 2557 is currently confronted with two legal problems. The first problem is the problem of obscure content of legal provision. While the second problem arose from court interpretation which has been affecting the Constitutional Court with difficulties when examining constitutionality of laws, the problem might as well lead to uncertainty and confusion in the legal system.

In order to work out solutions to the above problems, this research article presents two suggestions. The first suggestion regarding obscure content of legal provision, the author offers suggestions to the Constitution of the Kingdom of Thailand (interim) B.E. 2557 and also to the upcoming constitution. Meanwhile, the second suggestion regarding court interpretation, the author suggests new interpretation method to Section 45 of the Constitution of the Kingdom of Thailand (Interim) B.E. 2557 in order to solve the current interpretation problem.

การบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง และข้อห้ามย้ายพรรคการเมือง ในประเทศแอฟริกาใต้

ณรงค์เดช สรุไซษิต*

บทคัดย่อ

นับแต่ปี พ.ศ. 2517 เป็นต้นมา รัฐธรรมนูญไทยมักกำหนดเป็นบทบังคับให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (ส.ส.) ต้องสังกัดพรรคการเมือง และต้องสิ้นสุดสมาชิกภาพ ส.ส. เมื่อความเป็นสมาชิกพรรคการเมืองสิ้นสุดลง เว้นแต่เข้าด้วยเงื่อนไขข้อยกเว้นตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดดังกล่าวถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่า เป็นหนึ่งในสาเหตุสำคัญที่นำไปสู่ระบอบเผด็จการโดยนายทุนพรรคการเมือง และยังเป็น การลิดรอนสิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมืองของบุคคลผู้ที่ประสงค์จะลงสมัครรับเลือกตั้งโดยไม่สังกัดพรรคการเมือง

บทความนี้จึงขอเสนอเนื้อหากฎหมายและคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้ พร้อมทั้งข้อมูลเกี่ยวกับบริบททางการเมืองของประเทศดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับให้ ผู้สมัคร ส.ส. ต้องสังกัดพรรคและข้อห้ามย้ายพรรค เนื่องจากประเทศแอฟริกาใต้เป็นหนึ่งในสี่ประเทศในโลกที่บังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง ด้วยความหวังที่ว่า การศึกษาบทเรียนและประสบการณ์ ของต่างประเทศนั้น อาจช่วยให้เข้าใจปัญหาของไทยได้ดียิ่งขึ้น และเห็นทางเลือกต่าง ๆ ที่เหมาะสม เพื่อเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาของเราต่อไปในอนาคต

จากการศึกษาพบว่า แอฟริกาใต้ซึ่งใช้ระบบเลือกตั้งแบบสัดส่วนได้กำหนดให้ผู้สมัคร ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมืองและห้ามมิให้ ส.ส. ย้ายพรรคในระหว่างอายุสภามาตั้งแต่เมื่อครั้ง ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันภายหลังการล้มล้างระบอบกีดกันคนผิวสีในปี 1994 อย่างไรก็ตาม ในระหว่างปี 2003-2008 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อผ่อนปรนให้

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง จุฬาฯ), LL.M. (Cantab.), รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

มีการย้ายพรรคการเมืองในระหว่างอายุสภาได้ แต่น่าเสียดาย การผ่อนปรนดังกล่าวกลับมิได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่จะเสริมสร้างความเข้มแข็งของพรรคการเมืองขนาดเล็ก เพราะสิ่งที่เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ ก็คือ ส.ส. จากพรรคเล็กได้ย้ายเข้าสู่พรรคใหญ่ คือ พรรค African National Congress (ANC) ส่งผลให้ ANC ครองเสียงข้างมากเกือบสามในสี่ของสมาชิกสภาทั้งหมด ด้วยเหตุนี้จึงเกิดกระแสเรียกร้องและนำไปสู่การยกเลิกข้อผ่อนปรนดังกล่าวในปี 2009

สิ่งที่น่าสนใจก็คือ ทั้งการกำหนดข้อห้ามย้ายพรรคการเมืองและการผ่อนปรนให้ย้ายพรรคกันได้นั้น ต่างก็ถูกโต้แย้งและมีการนำคดีไปสู่ศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้รวมสองครั้ง ในการนี้ ศาลได้อธิบายหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้และหลักการประชาธิปไตย ตลอดจนหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการไว้อย่างน่าสนใจ ข้อเสนอที่ได้ก็คือ ทั้งข้อห้ามย้ายพรรคและการผ่อนปรนดังกล่าวต่างก็ได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้หรือขัดต่อหลักประชาธิปไตยแต่อย่างใด

Abstract

All the (permanent) Constitutions of Thailand promulgated since 1974 impose a political party affiliation requirement on those standing for election to be members of the House of Representatives. Also, party affiliation must continue throughout one's parliamentary term; otherwise, membership of the House terminates, unless qualifying for an exemption as specified in the Constitution. But those requirements have been subject to severe criticism, being one of the grounds facilitating the emergence of a dictatorial situation under the control of financial party backers and an excessive restriction on the political participation rights of those wanting to stand for election as independent candidates.

This article will consider South African laws and Constitutional Court decisions as well the political context regarding the requirement for party affiliation and the ban on floor-crossing. In fact, South Africa is one of four countries in the world that have such rules in place. Hopefully, by making a comparison with the legal and political experience of this country, it may be possible to better understand similar problems in Thai politics and, in turn, discover workable options for solving such problems in the future.

The proportional electoral system, party affiliation requirement and ban on floor-crossing have all been in force since the introduction of the 1994 South African Constitution established immediately after the abolition of the apartheid regime. The



ban was, however, suspended from 2003 to 2008, and thus floor-crossing was permitted under certain conditions. Unfortunately, the purpose of this concession, i.e. to bolster the efficiency and political competitiveness of minor political parties, did, in practice, come to nought. This was because MPs of minor parties defected from their affiliated parties to major parties, especially the country's ruling party – the African National Congress (ANC). As a result, the ANC enjoyed an absolute majority in the House. And hence intense academic and public dissent erupted, resulting in the repeal of the floor-crossing concession in 2009.

Intriguingly, both the ban on floor-crossing and its suspension were brought before the Constitutional Court of South Africa twice. On those occasions, the Court expounded the fundamental principles of the South African Constitution, democracy and the principle of judicial review with self-restraint. The Court's findings in those cases were that neither controversial issue was contrary to the South African Constitution and its fundamental democratic principles.

การก่อการร้ายและแนวทาง ในการเยียวยาผู้เสียหาย*

เชมภูมิ ภูมิถาวร**

บทคัดย่อ

การก่อการร้ายทำให้เกิดความสูญเสียต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของประชาชนจำนวนมาก อีกทั้งเป็นเรื่องยากที่ผู้เสียหายจะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายจากผู้ก่อการร้าย รัฐจึงควรกำหนดมาตรการในการเยียวยาผู้เสียหายจากการก่อการร้าย โดยเทียบเคียงประสบการณ์ของกองทุนชดเชยความเสียหายสำหรับผู้เสียหายจากการก่อการร้ายและความผิดอาญาอื่น ของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งนำหลักการที่มีสาระสำคัญมาจากกองทุนทดแทนผู้ประสบภัยจากรถ มาเป็นแนวทางในการจัดตั้งกองทุนเยียวยาผู้เสียหายจากการก่อการร้ายสำหรับประเทศไทย

คำสำคัญ: การก่อการร้าย, ผู้เสียหาย, การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

Abstract

Terrorism has caused loss to life, body and property of a significantly large number of citizens. However, it is fairly difficult for victims of terrorism to receive compensation from terrorists. In response, the government should establish measures that provide remedies to victims of acts of terrorism. Through taking into

* สรุปรจากงานวิจัยทางนิติศาสตร์ เรื่อง “การก่อการร้ายและแนวทางในการเยียวยาผู้เสียหาย” (Terrorism and Compensation for the victims) โครงการวิจัยวิชาการทางนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เดือนกันยายน 2558

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, Doctorat d'Université (Droit Privé) Université Robert Schuman de Strasbourg (Mention Très bien avec éloges) ประเทศฝรั่งเศส, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

account the establishment of the fund for compensation of victims of acts of terrorism and other criminal offences of France, which utilizes important principles derived from the fund for compensation of victims from car accidents as a guideline, the government can, thus, establish a fund to provide remedies to victims of acts of terrorism in Thailand. Important terms: Terrorism, Victims, Compensation

Keywords: Terrorism, Victims, Compensation

ความเป็นส่วนตัวและการคุ้มครอง จากการล่วงล้ำของรัฐ ในประเทศสหรัฐอเมริกา*

ชวิน อุ๋นภัทร**

บทคัดย่อ

ความเป็นส่วนตัวเป็นข้อความคิดทางกฎหมายที่สำคัญประการหนึ่งที่มีพัฒนาการมาอย่างยาวนานโดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทของประเทศสหรัฐอเมริกา บทความนี้ต้องการอธิบายแนวคิดและความสำคัญของความเป็นส่วนตัว (Privacy) ในบริบทของยุคปัจจุบัน ตลอดจนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเป็นส่วนตัวของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เน้นไปที่การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวจากรัฐกับเทคโนโลยีในโลกยุคอินเทอร์เน็ตซึ่งเทคโนโลยีมีส่วนสำคัญต่อการขับเคลื่อนและปฏิสัมพันธ์ในสังคม ในส่วนสุดท้ายจะนำเอาหลักกฎหมายสหรัฐอเมริกามาพิจารณาการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในกฎหมายไทย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ายังขาดพัฒนาการเกี่ยวกับการคุ้มครองการเป็นส่วนตัวอยู่ จึงต้องศึกษาพัฒนาการในต่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ ตลอดจนแนวทางในการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในระดับระหว่างประเทศ การออกกฎหมายให้อำนาจรัฐในการเฝ้าระวังทางอิเล็กทรอนิกส์ควรจะต้องกระทำอย่างระมัดระวังเพื่อไม่ให้เป็นการละเมิดความเป็นส่วนตัวของประชาชนมากเกินไปโดยมีระบบตรวจสอบโดยศาลที่เหมาะสม กล่าวคือ การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะกับความเป็นส่วนตัวจะต้องได้ดุลกัน

* ขอบคุณ ดร. ธาตุกร ศิริฤทธิ์วัฒนา มิตรทางวิชาการของผู้เขียนที่ช่วยให้ความเห็นก่อนที่งานจะออกตีพิมพ์สู่สาธารณะ

** นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, LL.M (Thesis), Indiana University – University of Oxford Joint Program in Information Law and Policy, SJD Candidate, Indiana University Maurer School of Law, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Abstract

In the United States, privacy is a critical legal concept which has long been developed and shaped by its own context. The objective of this article is to describe the concept of privacy, its development, and its importance until the information age and cyber context. This article focuses on American privacy laws with regard to the government and the emergence of technology in this era in which the technology is one of the most significant factors that influences the dynamic of and interactions in the society. The last part of this article explores the current situation of privacy laws in Thailand in a comparative view to American privacy laws. Due to the lack of the legal concept of privacy and modern privacy law, the author therefore suggests that Thailand should modernize the legal concept of privacy by looking at the history and development of privacy law in developed countries, foreign privacy laws, as well as international privacy guidelines. The bills that would empower government agencies to perform electronic surveillance on communications should also designate an appropriate judicial review system in order to ensure the right to privacy of the people. In the other words, the line should be drawn at the right place between public interest and privacy.

กฎหมายจีนในสมัยราชวงศ์ชิง: การปฏิรูป ระบบกฎหมายและความล้มเหลว ในการจัดทำรัฐธรรมนูญ

วิธวินท์ โตเกียรติรุ่งเรือง*

บทคัดย่อ

กฎหมายแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนนั้นได้ถูกพัฒนาและมีรากฐานความคิดมาจากประวัติศาสตร์อันยาวนานและการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองครั้งสำคัญหลายครั้งหลายคราว ไม่ว่าจะเป็นการเปลี่ยนแปลงราชวงศ์ หรือการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง ซึ่งรากฐานความคิดทางกฎหมายที่สำคัญก็คือแนวคิดจากการปฏิรูปกฎหมายในสมัยราชวงศ์ชิงตอนปลายนั่นเอง บทความฉบับนี้จะนำเสนอกฎหมายจีนในสมัยราชวงศ์ชิงตั้งแต่สมัยที่จักรพรรดิซุ่นจื้อแห่งกองทัพแมนจูได้เข้ายึดกรุงปักกิ่ง เรื่อยมาจนถึงการปฏิรูปกฎหมายให้มีความทันสมัยในสมัยราชวงศ์ชิงตอนปลายและความพยายามในการจัดทำรัฐธรรมนูญในสมัยจักรพรรดิกวางสูไปจนถึงตอนที่จักรพรรดิผู่อี๋ซึ่งเป็นจักรพรรดิองค์สุดท้ายในประวัติศาสตร์จีนได้สละราชสมบัติอันเป็นการจบสิ้นราชวงศ์ชิงและการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของจีนและทำให้ประเทศจีนได้ก้าวเข้าสู่ยุคใหม่แห่งการปกครองแบบสาธารณรัฐและระบบกฎหมายแบบสากล

คำสำคัญ กฎหมายจีนสมัยราชวงศ์ชิง, การปฏิรูปกฎหมายสมัยราชวงศ์ชิง

* นิติศาสตร์บัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อดีตที่ปรึกษากฎหมายภาษี สำนักภาษี
เคพีเอ็มจีภูมิภาคไทยจำกัด, ปัจจุบันได้รับทุนรัฐบาลจีนเพื่อศึกษาหลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเจ้อเจียง
สาธารณรัฐประชาชนจีน

Abstract

Legal system of People's Republic of China experienced a long legal history and continually developed during many political reformations which the most important legal thought is based on the modern legal reformation conducted in Late Qing dynasty period. This article will outline the Chinese legal system since Emperor Shunzi of Manchu army seized Beijing and the conduct of modern legal reformation in Late Qing dynasty period. Furthermore, it will show the attempt to draft and promulgate the first constitution law of China in period of Emperor Guangxu until the throne renunciation of Emperor Puyi which made China entered into new era of modern political and legal system period.

Keyword Chinese law in Qing dynasty, Late Qing legal reform

การเลือกกฎหมายต่างประเทศ บังคับแก่พินัยกรรม

อานนท์ ศรีบุญโรจน์*

บทคัดย่อ

การเลือกกฎหมายต่างประเทศบังคับแก่พินัยกรรมเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่เกิดจากการยอมรับเจตนาของเจ้ามรดกในอันที่จะเลือกกฎหมายของต่างประเทศเพื่อบังคับแก่พินัยกรรมที่ตนได้ทำขึ้น ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากความไม่ลงรอยกันของระบบกฎหมายขัดกันในเรื่องมรดกกระหว่างระบบรวมกองทรัพย์สินของเจ้ามรดกกับระบบแยกกองทรัพย์สินของเจ้ามรดก โดยการเลือกกฎหมายต่างประเทศบังคับแก่พินัยกรรมในปัจจุบันได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายจากทั้งกฎหมายภายในและความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องด้วยกฎหมายขัดกันในเรื่องมรดก แต่อย่างไรก็ดีหลักการเกณฑ์ของการเลือกกฎหมายต่างประเทศเพื่อบังคับแก่พินัยกรรมของแต่ละประเทศ ตลอดจนความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องด้วยกฎหมายขัดกันก็ยังคงมีความแตกต่างกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับนิตินโยบายของแต่ละประเทศ ตลอดจนความมุ่งหมายของความตกลงในแต่ละฉบับที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้อย่างไร

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (วิทยานิพนธ์ดีเด่น สาขากฎหมายระหว่างประเทศ พ.ศ. 2553) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ



Abstract

The choice of choosing any particular foreign law to govern the testament or “*professio juris*” as a connecting factor, depends on the intention of the testator of that testament. The *professio juris* is a consequence of the conflict between the Unitary System and the Scission System in conflict of laws on succession matters. The *professio juris* has been widely recognized by domestic law and international agreements concerning the conflict of laws on succession matters. However, the criteria of *professio juris* in domestic law and international agreements concerning the conflict of laws on succession matters are different. It depends on the legal policy of each country and the intention of such agreement.

The Effect of Conference of the Parties (COP) on the Driving Force of Normative Change and Development in International Environmental Law

Peerapon Jaderojananont *

บทคัดย่อ

ที่ประชุมสมัชชาภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศ หรือที่รู้จักกันในนาม The Conference of the Parties (COP) มีบทบาทที่สำคัญยิ่งต่อการพัฒนากฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ โดยบทความนี้มีเป้าหมายที่จะศึกษาและค้นหาว่า ที่ประชุมสมัชชาภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศ มีบทบาทสำคัญในการช่วยผลักดันและเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อมอย่างไรบ้าง โดยจะพิจารณาเป็นสองมุมมอง มุมมองที่หนึ่ง เป็นเรื่องของการเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ และมุมมองที่สอง เป็นเรื่องการพัฒนากฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ ซึ่งจากการศึกษาแล้วพบว่าหากไม่มีการจัดตั้งที่ประชุมสมัชชาภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศขึ้นแล้ว กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อมอาจจะไม่ได้รับการพัฒนาอย่างเหมาะสมอย่างที่เป็นอย่างในปัจจุบัน เนื่องจากที่ประชุมสมัชชาภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศนั้น มีบทบาทในฐานะที่เป็นศูนย์รวม เป็นเวทีให้รัฐภาคีแต่ละรัฐมาประชุมกัน ดำเนินการเจรจาต่อรองผลประโยชน์ซึ่งกันและกัน ภายใต้เงื่อนไขเวลาและวาระที่เหมาะสม เพื่อที่จะให้ความเห็นชอบร่วมกันในการทบทวน ปรับปรุงแก้ไขอนุสัญญาระหว่างประเทศ และทำการใด ๆ เพื่อให้การดำเนินการตามอนุสัญญาระหว่างประเทศ ด้านสิ่งแวดล้อมบรรลุผลสำเร็จ ตลอดจนเพื่อการสร้างพิธีสารต่าง ๆ ขึ้น อีกทั้งมีอำนาจที่สำคัญเกี่ยวกับการให้คำปรึกษา การตีความอนุสัญญา และการสร้างกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็น Soft Law อีกด้วย

* LLB, LLM (Thammasat University, Thailand), and LLM in International Environmental Law (Macquarie University, NSW, Australia)

คำสำคัญ ที่ประชุมสมัชชาภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศ, แรงขับเคลื่อนในการเปลี่ยนแปลง และพัฒนากฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ, กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

Abstract

It is true that the Conference of the Parties (COP) can play important roles in the development of international environmental legal regime. This article is to deal with discussing and determining how the COP can significantly contribute to changing and developing international environmental law. Furthermore, the discussion is to be divided into two main aspects: (1) the normative change aspect and (2) the development aspect. From the discussion, it seems obvious that if the COP has not been established, international environmental law might not be appropriately developed because the COP becomes the most important forum in which provides the periodical meeting and negotiation among state parties for reviewing, amending, and implementing the Multilateral Environmental Agreements (MEAs) and also for adopting protocols. The COP also has supervisory power, interpretative power, and the role of soft law making. Consequently, it would be very interesting to discuss and determine how the roles of COP are so important to change and develop international environmental legal regime.

Keyword Conference of the Parties, The Driving Force of Normative Change and Development, International Environmental Law



Book Review

Thitirat Thipsamritkul*

Labour Laws and Global Trade

Bob Hepple. Labour Laws and Global Trade. Hart Publishing. Oregon, 2005 xxiii + 302

ตัวตนของผู้เขียน

Professor Sir Bob Hepple เป็นที่รู้จักในหมู่นักกฎหมายและนักเคลื่อนไหวเพื่อสิทธิมาเป็นเวลายาวนานในฐานะผู้เชี่ยวชาญกฎหมายสิทธิมนุษยชน กฎหมายแรงงาน และกฎหมายต่อต้านการเลือกปฏิบัติ เมื่อวันที่ 21 สิงหาคม 2015 ท่านได้เสียชีวิตลงด้วยวัย 81 ปี หนังสือพิมพ์บางฉบับลงบทความแจ้งข่าวการเสียชีวิตของท่านในฐานะนักวิชาการและในฐานะ “ผู้ต่อสู้เพื่อเสรีภาพ (freedom fighter)”¹ ส่วนผู้อำนวยการองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization - ILO) กล่าวสดุดีถึงท่านว่าเป็น “ผู้พิทักษ์ความยุติธรรมเชิงสังคม เพื่อนผู้มั่นคงและผู้อุทิศตนให้กับงานของ ILO”²

คนทั่วไปที่ติดตามการต่อสู้เพื่อต่อต้านการแบ่งแยกสีผิวในแอฟริกาใต้ Professor Sir Bob Hepple ในฐานะทนายความของเนลสัน แมนเดลาในการไต่สวนคดีปี 1962 ซึ่งจากเหตุการณ์ครั้งนั้นทำให้ท่านต้องหลบหนีออกจากประเทศแอฟริกาใต้มาสู่สหราชอาณาจักร ในประเทศบ้านเกิดนอกจากบทบาทด้านการเมืองเพื่อต่อต้านระบบการปกครองอันไม่เป็นธรรม ท่านยังมีบทบาทด้านการต่อสู้เพื่อสิทธิแรงงานตั้งแต่วัยหนุ่ม เมื่อย้ายมาอยู่ในสหราชอาณาจักรท่านก็ได้สานต่องาน

* LLB (Kyoto University), LLM in Law, Development and Governance (SOAS, University of London), LLM International Law Program (GSICS, Kobe University), อาจารย์คณะนิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์

¹ Sir Bob Hepple obituary, 26 August 2015, available at <http://www.theguardian.com/law/2015/aug/26/sir-bob-hepple>.

² ILO Director-General pays tribute to Professor Sir Bob Hepple (1934-2015), Statement, 25 August 2015, available at http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/who-we-are/ilo-director-general/statements-and-speeches/WCMS_395710/lang-en/index.htm.

ด้านนี้จนกลายเป็นผู้เชี่ยวชาญกฎหมายแรงงานและสวัสดิการสังคมของประเทศอังกฤษและสหภาพยุโรป ที่มีบทบาทสำคัญในการเคลื่อนไหวผลักดันเชิงนโยบาย และยังทำงานกับองค์กรแรงงานระหว่างประเทศ เพื่อผลักดันมาตรฐานแรงงานในระดับสากลด้วย

หนังสือเล่มนี้คือประจักษ์พยานของความมุ่งมั่นทางวิชาการด้านกฎหมายแรงงานตลอดชีวิตของ Professor Sir Bob Hepple ที่ส่องทางให้คนรุ่นใหม่ได้เห็นว่าการทำงานเข้าใจและวิเคราะห์กฎหมายแรงงานนั้นมีอาจจำกั้อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายภายในที่มีผลบังคับใช้ภายในอาณาเขตดินแดนของรัฐใดรัฐหนึ่ง หากแต่ต้องพิจารณาในมุมมองของกฎเกณฑ์เกี่ยวกับแรงงานที่ข้ามขอบเขตของรัฐชาติ (transnational labour law) เพื่อให้ก้าวทันสถานการณ์ของโลกยุคปัจจุบัน ที่การขยายตัวของการค้าการลงทุนระหว่างประเทศที่เปลี่ยนแปลงโครงสร้างสังคมและวิถีการใช้ชีวิตของคนเราไปโดยสิ้นเชิง แนวคิดเช่นนี้ทำให้การอ่านหนังสือเล่มนี้แม้ในปัจจุบันก็ยังเป็นประโยชน์ยิ่งต่อการทำความเข้าใจรอบวิธีคิดของกฎหมายแรงงานในยุคโลกาภิวัตน์

วัตถุประสงค์ของหนังสือ

หนังสือเล่มนี้ตั้งต้นที่ความย้อนแย้งของกฎหมายแรงงานในระบบเศรษฐกิจโลก กฎหมายแรงงานภายในของแต่ละรัฐถูกมองเป็นความได้เปรียบโดยเปรียบเทียบ (comparative advantage) อันเป็นปัจจัยสำคัญในการตัดสินใจของการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับทรัพยากร ระบบการขนส่ง หรืออัตราภาษี กล่าวคือยิ่งค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับแรงงาน ทั้งค่าจ้าง สวัสดิการ ค่ารักษาพยาบาล หลักประกันสังคมต่าง ๆ ถูกลดเท่าใดก็จะยิ่งดึงดูดใจนักลงทุนมากขึ้นเท่านั้น จึงไม่แปลกที่กฎหมายที่พยายามกำหนดมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศจะถูกมองว่าเป็นการแทรกแซงตลาดเสรี หรือแม้แต่เป็น “จักรวรรดินิยมเชิงสังคม (social imperialism)” ที่บีบบังคับให้ประเทศกำลังพัฒนาต้องปฏิบัติตามมาตรฐานสวัสดิการสังคมของตะวันตก ซึ่งประเทศที่พัฒนาแล้วเองในอดีตก็มิได้จัดการสวัสดิการแรงงานตามมาตรฐานอันสูงส่งนี้ในยุคปฏิวัติอุตสาหกรรม หากแต่ขณะเดียวกันก็มีความกังวลว่าถ้าปล่อยให้รัฐแข่งขันกันในตลาดโลกโดยอาศัยความได้เปรียบเชิงเปรียบเทียบของกฎหมายแรงงานภายในรัฐ จะทำให้เกิดภาวะที่เรียกว่า “race to the bottom” หรือการแข่งขันลดมาตรฐานแรงงานเพื่อดึงดูดใจผู้ค้าและนักลงทุน

ในโลกแห่งความเป็นจริง ผู้กำหนดนโยบายของแต่ละรัฐในปัจจุบันต่างไม่ใช่ทั้งผู้นิยมการค้าเสรีแบบสุดโต่ง หรือเป็นผู้ที่สนับสนุนการคุ้มครองแรงงานโดยละทิ้งระบบตลาดเสรี เพราะต่างก็รู้ดีถึงความจำเป็นในการสร้างสมดุลระหว่างโอกาสทางการค้าการลงทุนและสวัสดิการสังคม ปัญหาหนึ่งไม่ใช่ปัญหาในระดับรัฐ แต่เป็นประเด็นในระดับกฎหมายระหว่างประเทศด้วย โดยเฉพาะกฎหมายเศรษฐกิจที่สนับสนุนอุดมการณ์ตลาดเสรี แต่ทว่าต้องคำนึงถึงการพัฒนาที่ยั่งยืนและเท่าเทียมด้วย หนังสือเล่มนี้มุ่งค้นหาทางออกต่อคำถามเรื่องการประนีประนอมระหว่างการค้าเสรีและการพัฒนาสวัสดิการและคุณภาพชีวิตแรงงาน อีกนัยหนึ่ง หนังสือเล่มนี้พยายามตอบโจทย์เรื่อง

การยกระดับมาตรฐานแรงงานโดยคำนึงถึงสภาพความเป็นจริงของเศรษฐกิจระหว่างประเทศ
ในบริบทของโลกาภิวัตน์

จุดยืนของผู้เขียน

หนังสือเล่มนี้ถูกแบ่งออกเป็นสี่บท ในบทแรก ผู้เขียนอภิปรายแนวคิดเกี่ยวกับแรงงาน
ในบริบทของโลกาภิวัตน์ใหม่ ในทางทฤษฎีโลกาภิวัตน์ การเคลื่อนย้ายแรงงานเสรีควรเป็นทางออก
ของความเหลื่อมล้ำระหว่างประเทศรวยและประเทศจน หากแต่ในความเป็นจริง ในบรรดาสิ่งปัจจัย
สำคัญของการค้าระหว่างประเทศ ต่างจากสินค้า บริการและทุน แรงงานกลับเป็นปัจจัยที่เปิดเสรีได้
ยากที่สุด เนื่องด้วยเหตุผลอันหลากหลาย ทั้งทางการเมือง กำแพงของภาษา วัฒนธรรม และต้นทุน
ในการเคลื่อนย้าย เป็นต้น

ผู้เขียนให้ความสำคัญกับลักษณะของการค้าในบริบทโลกาภิวัตน์ใหม่นั้นเน้นไปที่
การส่งออกสิ่งค้าอุตสาหกรรมและบริการมากกว่าการผลิตสินค้าพื้นฐานและส่งออกวัตถุดิบท้องถิ่น
ดังที่เคยเป็นในยุคก่อน การเพิ่มขึ้นของการค้าระหว่างประเทศสะท้อนภาพสายพานการผลิตที่ขยาย
ปกคลุมทั่วโลก สินค้าหนึ่งชนิดอาจประกอบด้วยชิ้นส่วนที่ถูกผลิตขึ้นตามที่ตั้งต่าง ๆ ของโลก ซึ่งรวมถึง
การใช้แรงงานจากหลากหลายพื้นที่ด้วย ในบริบทเช่นนี้ที่ผู้บริโภคมองไกลถึงครึ่งโลกจากผู้ใช้งาน
ในสายพานการผลิต คุณภาพชีวิตและสวัสดิการชีวิตของแรงงานในรัฐหนึ่งกลายเป็นความสนใจ
ของผู้คนในอีกรัฐหนึ่ง ในอีกทางหนึ่ง การโยกย้ายฐานการผลิตไปสู่ประเทศอื่น (relocation) หรือ
การเปลี่ยนไปใช้บริการ ที่ตั้งอยู่ในประเทศอื่น (offshoring) เช่น บริษัทสายการบินในยุโรปใช้
ศูนย์คอลเซ็นเตอร์ในอินเดีย ก็ส่งผลกระทบต่ออัตราการจ้างงานในประเทศดั้งเดิมและก่อให้เกิด
ความไม่พอใจ บรรษัทข้ามชาติ (transational corporates - TNCs) มีบทบาทมากในการก่อให้เกิด
ปรากฏการณ์เหล่านี้ ทั้งโครงสร้างการบริหารที่กระจายอำนาจและซับซ้อนของบรรษัทเหล่านี้ยังมี
ผลกระทบต่ออำนาจและยุทธศาสตร์การต่อรองของสหภาพแรงงานท้องถิ่น ไปจนถึงความเสื่อมถอย
ของพรรคแรงงานในหลายประเทศ เนื่องจากโลกาภิวัตน์ของตลาดเสรีได้ให้ทางออกแก่บรรษัท
เมื่อถูกกดดันจากสหภาพแรงงานไว้อย่างหลากหลายอยู่แล้ว ไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาที่ส่งเสริม
การเคลื่อนย้ายของทุน สินค้าและบริการ ทั้งโดยการลดกำแพงอุปสรรคทางการค้า การยกเลิกภาษี
นำเข้า การยกเว้นหรือลดภาษีนิติบุคคล เป็นต้น

ผู้เขียนชี้ให้เห็นอย่างแหลมคมว่าในขณะที่แรงงานนั้นประสบกับข้อจำกัดมากมาย
แต่นักลงทุนนั้นสามารถเคลื่อนย้ายไปได้อย่างเสรี ในสภาวะเช่นนี้ การประนีประนอมระหว่างความ
ต้องการตลาดแรงงานที่มีความยืดหยุ่น (market flexibility) เพื่อตอบสนองความต้องการที่หลากหลาย
ของตลาดโลก และความต้องการของแรงงานที่จะมีงานที่สามารถสร้างคุณภาพชีวิตที่ดี (decent jobs)
จึงเป็นคำถามสำคัญของผู้กำหนดนโยบายไปจนถึงองค์การระหว่างประเทศที่ให้ความช่วยเหลือ
ทางการเงินแก่ประเทศกำลังพัฒนา

ผู้เขียนมองกฎหมายแรงงานว่าเป็นทั้งเครื่องมือทางเศรษฐกิจที่สามารถสร้างและลดแรงจูงใจที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาทักษะและผลิตภาพของแรงงาน และยังมีหน้าที่เชิงคุณธรรมที่ย้ำเตือนว่า “แรงงานมิใช่สินค้า (labour is not commodity or article of commerce)” กฎหมายแรงงานจึงมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนในบริบทของการทำงานด้วย

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับแรงงานที่ข้ามขอบเขตของชาติ (transnational labour regulation)³ มีภารกิจที่คล้ายคลึงกับกฎหมายแรงงานภายในรัฐแต่อาจส่งผลกระทบสูงกว่ามาก ผู้เขียนอภิปรายถึงเหตุผลในการสร้างมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศตั้งแต่ทฤษฎีดั้งเดิมเรื่อง “การทุ่มตลาดเชิงสังคม (social dumping)” ที่ธุรกิจแข่งขันกันลดมาตรฐานแรงงาน (race to the bottom) เพื่อเพิ่มผลกำไร โดยละเลยการพัฒนาทักษะหรือนวัตกรรมที่ส่งผลโดยตรงต่อผลิตภาพ ซึ่งผู้เขียนได้ตั้งข้อกังขาเกี่ยวกับทฤษฎีนี้เนื่องจากบริษัทข้ามชาตินั้นมิได้มองปัจจัยค่าใช้จ่ายแรงงานเป็นหลักหากแต่ยังพิจารณาถึงปัจจัยอื่น ๆ หลายอย่างประกอบกันในการตัดสินใจโยกย้ายฐานการผลิต และมีหลักฐานเชิงประจักษ์ไม่เพียงพอที่จะบอกว่าการทุ่มตลาดเชิงสังคมเองสามารถสร้างความได้เปรียบเชิงเปรียบเทียบได้

ทฤษฎีถัดมาเสนอว่า กฎเกณฑ์เกี่ยวกับแรงงานที่ข้ามขอบเขตของชาติ (transnational labour regulation) จะช่วยพัฒนาเศรษฐกิจในภาพรวมเนื่องจากสามารถเพิ่มผลิตภาพแรงงานในระยะยาว ผู้เขียนมองว่าทฤษฎีนี้อาจสะท้อนความเป็นจริงในประเทศที่พัฒนาแล้ว หากแต่ในประเทศกำลังพัฒนานั้นอาจไม่เป็นเช่นนั้น เหตุผลสำคัญเนื่องจากแรงงานส่วนมากในประเทศกำลังพัฒนาได้ถูกจ้างในระบบที่มีสัญญาจ้างงานระบุค่าแรงและสวัสดิการชัดเจน หากแต่เป็นแรงงานนอกระบบ (informal sector) ที่กฎหมายแรงงานเอื้อมไปไม่ถึง ดังนั้น หากไม่มีเติบโตเศรษฐกิจในระดับมหภาคและการเปลี่ยนแปลงเชิงโครงสร้าง มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศก็ไม่อาจบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ด้วยเหตุนี้ จึงมีอีกทฤษฎีที่เสนอว่า กฎเกณฑ์เกี่ยวกับแรงงานที่ข้ามขอบเขตของชาติ (transnational labour regulation) ควรนำไปสู่การลดความยากจนและความเหลื่อมล้ำ การค้าระหว่างประเทศที่ช่วยเร่งการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจยกระดับคุณภาพชีวิตก็จริง แต่ทว่าคนที่ยากจนที่สุดในประเทศมิได้รับผลประโยชน์มากนัก กลับกันการเติบโตของเศรษฐกิจในหลายประเทศกำลังพัฒนาเป็นผลมาจากการเอารัดเอาเปรียบแรงงานจำนวนมาก จึงกลายเป็นว่ายิ่งตลาดโลกขยายตัว ปัญหาความเหลื่อมล้ำก็ยิ่งเด่นชัดขึ้นไปด้วย ผู้เขียนเสนอว่ากฎหมายแรงงานข้ามชาติในยุคโลกาภิวัตน์จะต้องช่วยสร้าง “ความเท่าเทียมของสมรรถนะ (equality in capabilities)” ในความหมายของ อมาตยา เซน ซึ่งความเท่าเทียมรูปแบบนี้ไม่ใช่เพียงการพัฒนาเศรษฐกิจเพื่อทำ

³ ผู้เขียนใช้คำว่า “กฎเกณฑ์เกี่ยวกับแรงงานที่ข้ามขอบเขตของชาติ (transnational labour law)” เพื่อสื่อถึงกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับแรงงานในรูปแบบต่าง ๆ ทั้งที่เป็นกฎหมายและเป็นแนวทางที่ไม่มีสภาพบังคับ ซึ่งอาจกำหนดให้ใช้ทั้งกับรัฐ บริษัท หรือเอกชน และไม่จำกัดอยู่เพียงแต่ในกรอบของกฎหมายภายในของรัฐ



ให้คนมีรายได้มากขึ้น แต่มองว่าต้องทำให้คนมีโอกาสและทางเลือกในการทำงาน รวมถึงมีอิสระที่จะเข้าร่วมในกระบวนการตัดสินใจที่กระทบต่อชีวิต

ยิ่งไปกว่านั้น ผู้เขียนยังสนับสนุนทฤษฎีที่มองว่า กฎเกณฑ์เกี่ยวกับแรงงานที่ข้ามขอบเขตของรัฐบาล (transnational labour regulation) จะสามารถนำไปสู่การแข่งขันสร้างมาตรฐานที่ดีกว่า (race to the top) รวมไปถึงการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนและประชาธิปไตย เนื่องจากการควบคุมมาตรฐานการผลิตของบริษัทข้ามชาติอาจนำไปสู่เงื่อนไขการทำงานที่คล้ายคลึงกันมากขึ้น ทั้งทั้งเครือข่าย (convergence) อีกทั้งสายพานการผลิตที่ครอบคลุมหลากหลายประเทศจะสร้างโอกาสให้เกิดการรวมตัวของแรงงานจากหลากหลายประเทศและหลากหลายเงื่อนไขการทำงาน การขยายตัวและเผยแพร่ตัวอย่างแนวปฏิบัติที่ดีที่สุด (best practices) จึงเป็นหัวใจสำคัญของกฎเกณฑ์เกี่ยวกับแรงงานที่ข้ามขอบเขตของรัฐบาล (transnational labour regulation)

เนื้อหาแต่ละบท

เมื่อได้อธิบายจุดยืนในบทแรก ผู้เขียนใช้เนื้อหาของบทอื่น ๆ เพื่ออธิบายว่าการสร้างกฎเกณฑ์เกี่ยวกับแรงงานที่ข้ามขอบเขตของรัฐบาล (transnational labour regulation) เพื่อวัตถุประสงค์แห่งการสร้างความเท่าเทียมและนำไปสู่การแข่งขันสร้างมาตรฐานที่ดีกว่าในรูปแบบที่ว่านี้ จะสามารถทำได้อย่างไร และมีกลไกอย่างไร

ในบทที่ 2 ผู้เขียนวิเคราะห์มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศผ่านมุมมองเชิงประวัติศาสตร์ พัฒนาการของ ILO รวมถึงวิพากษ์วิจารณ์แนวทางการทำงานในอดีตที่ไม่สอดคล้องกับความแตกต่างระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนา ทั้งชี้ให้เห็นความสำคัญของแนวทางใหม่ ๆ ของ ILO ที่มุ่งเน้นไปที่การให้ความสำคัญกับสิทธิพื้นฐานของแรงงาน รวมถึงแนวคิด “งานที่มีคุณค่า (Decent Work)” ที่ก้าวข้ามขีดจำกัดของกฎหมายแรงงานที่สามารถกำกับดูแลได้เฉพาะแรงงานที่มีสัญญาจ้างเท่านั้น หากแต่มองเห็นปัจจัยเชิงโครงสร้างอื่น ๆ ที่ส่งเสริมคุณภาพชีวิตของแรงงานด้วย

ในบทที่ 3 ผู้เขียนสำรวจกฎเกณฑ์เกี่ยวกับแรงงานที่บริษัทเอกชนจัดทำขึ้นโดยสมัครใจ และชี้ให้เห็นว่าบทบาทของรัฐในการกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับมาตรฐานแรงงานที่สามารถบังคับใช้อย่างเข้มงวดกำลังลดลงเรื่อย ๆ และถูกแทนที่โดยแนวปฏิบัติที่ไม่มีสภาพบังคับของเอกชน ทั้งยังเป็นไปโดยสมัครใจ ไม่มีกฎเกณฑ์ในระดับระหว่างประเทศที่จะสามารถบังคับให้บริษัทข้ามชาติมีหน้าที่ต้องรักษามาตรฐานแรงงานที่สำคัญได้ ยกเว้นแต่เพียงกฎเกณฑ์บางประการในระดับภูมิภาคของสหภาพยุโรป ซึ่งยังไม่มีในประเทศอื่น ๆ

บทที่ 4 และบทที่ 5 อภิปรายถึงกลไกและประสิทธิภาพของ “ข้อบททางสังคม (social clause)” ซึ่งคือการนำการปฏิบัติตามกฎหมายแรงงานมาเงื่อนไขของการลงโทษหรือการอำนวยความสะดวกในบริบทของการค้าระหว่างประเทศ ทั้งในรูปแบบของการกำหนดเงื่อนไขฝ่ายเดียวในบทที่ 4 และการบรรจุข้อบทเหล่านี้ไว้ในความตกลงทวิภาคีและพหุภาคีด้านการลงทุนและการค้าระหว่างประเทศ โดยเปรียบเทียบให้เห็นความแตกต่างระหว่างแนวปฏิบัติของอเมริกาและยุโรป

ซึ่งฝ่ายแรกเน้นไปที่การลงโทษทางการค้า (trade sanctions) และฝ่ายหลังเน้นมาตรการเพิ่มขีดความสามารถ (capacity building) มากกว่า ต่อมาในบทที่ 6 ผู้เขียนอภิปรายถึงความพยายามอันล้มเหลวในการนำข้อบททางสังคมเข้ามาสู่กรอบของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศภายใต้ระบบขององค์การการค้าโลก (WTO) อันเนื่องมาจากเป้าหมายหลักของ WTO มุ่งเน้นการส่งเสริมการค้าเสรี มีใช้สิทธิแรงงาน ทั้งโครงสร้างการตัดสินใจของ WTO อันไม่มีตัวแทนแรงงานหรือบริษัทนั้นใช้ระบบฉันทามติ (consensus) ซึ่งเอื้อให้รัฐมีอำนาจสูงสุด

ในบทที่ 7 ผู้เขียนอภิปรายถึงการบังคับใช้กฎหมายแรงงานข้ามขอบเขตของพรมแดนรัฐ โดยอาศัยกรอบนิติวิธีของกฎหมายขัดกัน (conflict of laws) หรือกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (private international law) และชี้ให้เห็นข้อจำกัดของการบังคับใช้กฎหมายภายนอกอาณาเขตที่ไม่ตอบสนองต่อสภาพการบริหารจัดการแรงงานในปัจจุบันที่มีลักษณะข้ามพรมแดน ซึ่งนำไปสู่ข้อเสนอของผู้เขียนเรื่อง “การออกแบบโครงสร้างสถาบันใหม่ (institutional redesign)” ที่จะช่วยรับรองเสรีภาพในการรวมตัวและเพิ่มขีดความสามารถในการต่อรองของแรงงานในระดับข้ามพรมแดน

ผู้เขียนจึงอภิปรายต่อไปเกี่ยวกับสิทธิแรงงานในบริบทของการรวมตัวทางเศรษฐกิจที่อนุญาตให้เกิดการเคลื่อนย้ายอย่างเสรีของสินค้า บริการ ทุน และแรงงาน โดยยกตัวอย่างมาตรการต่าง ๆ ของสหภาพยุโรปที่พยายามปรับปรุงกฎเกณฑ์ภายในของแต่ละรัฐสมาชิกให้มีความสอดคล้องกัน (harmonisation) ในบทที่ 8 ผู้เขียนวิเคราะห์กฎหมายและคดีของสหภาพยุโรปอย่างละเอียดเพื่ออภิปรายสองแนวทางของ harmonisation คือ หนึ่ง แนวทางที่มองว่ากฎหมายแรงงานที่แตกต่างกันของแต่ละรัฐเป็นหนึ่งในปัจจัยกีดขวางการรวมตัวทางเศรษฐกิจเพื่อให้เกิดเป็นตลาดเสรี (negative harmonisation) และสอง แนวทางที่มุ่งเน้นสร้างมาตรการของสหภาพยุโรปให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิที่ปัจเจกสามารถเรียกร้องได้ในระบบกฎหมายภายใน (positive harmonisation) ส่วนในบทที่ 9 ผู้เขียนวิเคราะห์แนวทางใหม่ในสหภาพยุโรปที่เรียกว่า open method of co-ordination (OMC) ที่กำหนดเป้าหมายร่วมกันแต่ไม่จำกัดแนวทางการปฏิบัติ ซึ่งเอื้อให้รัฐสมาชิกยังสามารถกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับแรงงานและสวัสดิการสังคมได้อย่างอิสระตามแต่สถานการณ์ภายในจะอำนวย และมุ่งเน้นไปที่การสร้างความร่วมมือมากกว่าการลงโทษ

ในบทสุดท้าย ผู้เขียนอ้างอิงทฤษฎี “ความได้เปรียบเชิงสถาบันโดยเปรียบเทียบ (comparative institutional advantage)” หรือ “ความหลากหลายของทุนนิยม (varieties of capitalism)” ที่เสนอว่าความได้เปรียบของแรงงานนั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับปัจจัยเชิงตลาดเช่นค่าแรง แต่เพียงอย่างเดียว แต่รวมถึงปัจจัยอื่น ๆ เช่น การมีส่วนร่วมของแรงงานและประกันสังคม เป็นต้น ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์อธิบายหน้าที่เชิงเศรษฐศาสตร์ของกฎหมายแรงงานที่มีความแตกต่างกัน ทั้งจำกัดอำนาจบริหารจัดการของนายจ้างไม่ให้มีมากเกินไป สร้างแรงจูงใจให้ธุรกิจปรับตัว เพิ่มผลิตภาพโดยไม่ต้องพึ่งพิงการกดขี่หรือกีดกันแรงงาน และช่วยลดความเสี่ยงทางเศรษฐกิจที่ผู้ใช้แรงงานต้องแบกรับ อีกทั้งทฤษฎีทางรัฐศาสตร์ก็ยังมองว่าการที่แต่ละรัฐจะตัดสินใจกำหนดกฎหมายแรงงานเพื่อตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลงของโลกาภิวัตน์อย่างไรนั้นก็มีที่มาหลากหลายขึ้นอยู่กับ

ภูมิหลังทางสังคม ประวัติศาสตร์ และความสัมพันธ์เชิงอำนาจภายใน นอกจากนี้ ผู้เขียนพยายามตอบข้อสังเกตที่ว่าสภาพการจ้างงานในบริบทของโลกาภิวัตน์ปัจจุบันนั้นอาจเกินความสามารถที่รัฐจะกำกับดูแล กฎเกณฑ์และแนวปฏิบัติของผู้เล่นอื่น ๆ โดยเฉพาะบริษัทข้ามชาติอาจมีความสำคัญเท่าเทียมหรือมากกว่ากฎหมายของรัฐด้วย

ผู้เขียนสรุปด้วยการยืนยันจุดยืนที่ว่า การบรรจุกฎหมายแรงงานลงในระบบกฎหมายการค้าระหว่างประเทศนั้นจะไม่ช่วยนำไปสู่การลดความยากจนอันเป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญการพัฒนาเศรษฐกิจได้ ดังนั้น กฎหมายแรงงานในยุคโลกาภิวัตน์จะช่วยผลักดันให้การเติบโตของตลาดเสรีช่วยสร้างความเท่าเทียมเชิงสังคมได้ก็ด้วยมาตรการดังต่อไปนี้ หนึ่ง สนธิสัญญาที่เกี่ยวกับการรวมตัวทางเศรษฐกิจจะต้องคำนึงถึงแง่มุมด้านสังคมและการจ้างงานด้วย สอง กฎเกณฑ์โดยสมัครใจของบริษัทข้ามชาติ สาม การสร้างพันธมิตรระหว่างกลุ่มแรงงานและกลุ่มเคลื่อนไหวทางสังคมกลุ่มอื่น ๆ และ สี่ กลไกที่เอื้อต่อการบังคับใช้มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ

คุณูปการของหนังสือ

หนังสือเล่มนี้เป็นตำรามาตรฐานที่ผู้สนใจศึกษากฎหมายแรงงานควรอ่านเป็นอย่างยิ่ง ผู้เขียนได้ชี้ให้เห็นการถกเถียงและความเชื่อมโยงระหว่างทฤษฎีสำคัญของกฎหมายแรงงานในบริบทของโลกาภิวัตน์ ประกอบกับทฤษฎีเชิงเศรษฐศาสตร์และรัฐศาสตร์ นำไปสู่การวิเคราะห์ถึงพัฒนาการของเครื่องมือทางกฎหมายในระดับต่าง ๆ อย่างละเอียดผ่านการเปรียบเทียบกลไกเชิงโครงสร้างของระบบที่แตกต่างและคดีตัวอย่าง นอกจากนี้ หนังสือเล่มนี้ยังพยายามเสนอแนวทางใหม่ ๆ เพื่อสร้างกลไกที่จะยกระดับมาตรฐานแรงงานภายใต้ข้อจำกัดของตลาดเสรี และชี้ให้เห็นแนวทางว่ากฎหมายแรงงานอาจช่วยกำจัดความยากจนและความเหลื่อมล้ำในระดับสากลได้

ปกิณกะกฎหมาย

อารมณ์วิชาการศาลฎีกา

ไพโรจน์ กัมพลศิริ*

มีปรากฏการณ์นำทั้งของศาลชั้นต้นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7407/2556 ที่กำหนดให้เด็กชาย ก. และเด็กหญิง อ. ผู้เยาว์ บุตรของโจทก์และจำเลยซึ่งอยู่กินฉันสามีภริยาโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน อยู่ในความปกครองของจำเลย (ฝ่ายหญิง) ในระหว่างระยะเวลาเปิดภาคเรียน ส่วนในระหว่างระยะเวลาปิดภาคเรียนให้ผู้เยาว์ทั้งสองพักอาศัยและอยู่ในความปกครองของโจทก์ (ฝ่ายชาย) โดยในวันเสาร์และวันอาทิตย์ ให้ขึ้นอยู่กับความตัดสินใจของผู้เยาว์ทั้งสองว่าจะพักอาศัยอยู่กับฝ่ายใดและในกรณีที่ผู้เยาว์ทั้งสองอยู่กับฝ่ายใดอีกฝ่ายหนึ่งสามารถจะไปมาหาสู่เยี่ยมเยียนผู้เยาว์ทั้งสองได้ ฝ่ายที่ดูแลผู้เยาว์ทั้งสองต้องไม่ขัดขวางหรือพุดเสียดสี หากมีการขัดขวางหรือพุดเสียดสีให้ฝ่ายที่ถูกขัดขวางหรือถูกพุดเสียดสีเสนอข้อเท็จจริงต่อศาลเพื่อเปลี่ยนอำนาจปกครองและกำหนดถิ่นที่อยู่ของผู้เยาว์ทั้งสองตามที่ศาลจะเห็นสมควร ซึ่งการใช้อำนาจปกครองแบบสลับสับเปลี่ยนระหว่างบิดามารดาในลักษณะนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยอย่างยิ่ง เป็นหลักการที่ไม่นำเอาความผิดของบิดาหรือมารดาในคดีฟ้องหย่ามาเป็นตัวตัดมิให้ฝ่ายผิดใช้อำนาจปกครองออกไป เนื่องจากชายหญิงอาจจะเป็นสามีภริยาที่เลว แต่สามารถจะทำหน้าที่บิดามารดาที่ประเสริฐได้¹ เนื่องจากมีความจริงประการหนึ่งที่ต้องยอมรับก็คือ คู่สมรสมิได้สัมพันธ์ระหว่างกันโดยสายโลหิต ตรงข้ามกับบิดามารดาที่สัมพันธ์กับบุตรธิดาโดยสายโลหิต คู่สมรสจึงอาจถูกอีกฝ่ายตัดทิ้งโดยการฟ้องหย่าได้ แต่ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรไม่มีกฎหมายใด ๆ ให้ตัดขาดจากกัน

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย Doctorat de l'Université de Paris คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

¹ ภรรยาถูกจำคุกในข้อหาเป็นเจ้าของและจัดการสถานการค้าประเวณี ต่อมาสามีซึ่งเป็นปลัดอำเภอฟ้องหย่า แม้ศาลจะมีคำพิพากษาให้หย่า เนื่องจากภรรยาประพฤติชั่ว แต่ศาลก็ให้บุตรผู้เยาว์อายุ 12 ปี อยู่ใ้อำนาจปกครองของฝ่ายมารดา แต่เพียงผู้เดียว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 116/2547)

โปรดดูบทความของผู้เขียนเรื่อง “การใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าขาดของบิดามารดา” ในหนังสือรวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555) น.160-163



อย่างไรก็ตาม เมื่อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นปรากฏว่าชายหญิงคู่นี้มิได้จดทะเบียนสมรสกัน ทั้งฝ่ายชายไม่ได้จดทะเบียนว่าผู้เยาว์ทั้งสองเป็นบุตรและยังไม่มีคำพิพากษาของศาลว่าผู้เยาว์ทั้งสองเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายตาม ป.พ.พ. มาตรา 1547 อีกด้วย ชายจึงไม่มีอำนาจปกครองผู้เยาว์ทั้งสอง ฝ่ายหญิงซึ่งเป็นมารดาจึงเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์ทั้งสองแต่เพียงผู้เดียว ตามมาตรา 1546 สัญญาประนีประนอมยอมความซึ่งศาลชั้นต้นพิพากษาตามยอมให้ผู้เยาว์ทั้งสองอยู่ในความปกครองของฝ่ายชายในระยะเวลาปิดภาคเรียนจึงถือได้เพียงว่า ฝ่ายมารดาใช้สิทธิกำหนดที่อยู่ของบุตรตามมาตรา 1567 (1) ให้อยู่กับฝ่ายชายโดยตนเองยังเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์ตลอดระยะเวลาอันสั้น ดังนั้น เจตนาที่ดีของศาลชั้นต้นจึงเป็นไปได้ เนื่องจากฝ่ายชายเมื่อไม่มีฐานะเป็นสามี ย่อมไม่มีฐานะเป็นบิดาผู้ใช้อำนาจปกครอง ถือได้ว่าเป็น “บุคคลอื่น” ตามมาตรา 1567 (4) ที่มารดามีสิทธิเรียกบุตรคืนด้วยซ้ำไป (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3641/2541)

ในเรื่องโมฆียะกรรม อารมณีกฎหมายของศาลฎีกามีอยู่ว่า ใน ป.พ.พ. บรรพ 5 มีการสมรสที่เป็นโมฆียะ โดยกฎหมายได้นำเอาหลักการแสดงเจตนาบกพร่องในบรรพ 1 มาใช้บังคับโดยอนุโลมไม่ว่าจะเป็นการสมรสโดยสำคัญผิดตัว ถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ จึงมักจะมีปัญหาว่าจะดึงเอาหลักการในบรรพ 1 มาใช้บังคับได้มากน้อยเพียงใด กล่าวคือ จะมีการให้สัตยาบันแก่การสมรสที่เป็นโมฆียะได้หรือไม่ ปัญหานี้เกิดขึ้นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6868/2542 โดยฝ่ายชายซึ่งเป็นจำเลยกับพวกใช้กำลังข่มขู่เชิญให้โจทก์ต้องนั่งรถยนต์ไปกับจำเลยจากจังหวัดสมุทรปราการไปยังจังหวัดฉะเชิงเทรา โดยมีจำเลยกับพวกอย่างน้อย 2 คน คอยควบคุมตัวไว้มิให้หลบหนี ทั้งยังถูกจำเลยข่มขืนกระทำชำเรา ระหว่างพักที่บ้านญาติจำเลยด้วย โจทก์ซึ่งเป็นหญิงคนเดียวอยู่ในกลุ่มพวกจำเลยย่อมต้องเกรงกลัวการบังคับและคำขู่ของจำเลยที่ว่าจะไม่พาโจทก์กลับบ้านจะทำร้ายร่างกายและพาโจทก์ไปอยู่ในป่า หากไม่ยอมจดทะเบียนสมรสกับจำเลย วิญญาณที่ตกอยู่ในภาวะการณ์เช่นนี้ย่อมมีผลต้องเกรงกลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อร่างกายและเสรีภาพของตน หากไม่ยินยอมปฏิบัติตามคำข่มขู่เช่นเดียวกับโจทก์ การสมรสระหว่างโจทก์กับจำเลยจึงเป็นการสมรสโดยถูกข่มขู่ตกเป็นโมฆียะตามมาตรา 1507 วรรคแรก จำเลยต่อสู้ว่าจำเลยไปขอขมาต่อบิดามารดาโจทก์และมอบเงินให้ 100,000 บาท บิดามารดาโจทก์และตัวโจทก์ไปถอนคำร้องทุกข์ไม่ติดใจดำเนินคดีอาญาต่อจำเลยแล้ว จึงเป็นการให้สัตยาบันแก่การสมรสที่เป็นโมฆียะมีผลทำให้การสมรสระหว่างโจทก์กับจำเลยสมบูรณ์มาแต่เริ่มแรกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 177 โจทก์จึงไม่มีสิทธิมาฟ้องขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนการสมรสระหว่างโจทก์กับจำเลยได้อีก นำเสียดายที่ข้อต่อสู้ดังกล่าวฝ่ายจำเลยมิได้ยกขึ้นว่ากันมาแล้วโดยชอบมาตั้งแต่ต้น ศาลฎีกาจึงไม่รับวินิจฉัยในประเด็นนี้ให้² เกี่ยวกับประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า การสมรสที่เป็นโมฆียะไม่น่าจะมีการให้สัตยาบันได้ เนื่องจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้วางกรอบเฉพาะไว้อย่างเข้มงวดโดยจำกัดเหตุที่จะทำให้การสมรสเป็นโมฆียะไว้ 5 เหตุ กำหนดวิธีการทำลายการสมรสที่เป็นโมฆียะไว้แล้วว่าจะต้องใช้คำพิพากษาศาลเท่านั้น (มาตรา 1502) จะใช้การกล่าวอ้างแบบการสมรสซ้อนในมาตรา 1497 ไม่ได้ นอกจากนี้ การสมรสที่เป็นโมฆียะอาจจะสมบูรณ์ได้หลายวิธีโดยไม่ต้องอาศัยการให้สัตยาบัน เช่น ชายหญิงมีอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์ หรือหญิงมีครรภ์ก่อนอายุครบ (มาตรา 1504

² มีหมายเหตุท้ายฎีกาของท่านกริตติกา ทองธรรม ที่น่าสนใจอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในประเด็นที่นักกฎหมายมีความเห็นแตกต่างกันเป็นสองนัย

วรรคท้าย) มีการจำกัดระยะเวลาในการฟ้องขอให้ศาลเพิกถอน (มาตรา 1505, 1506 และ 1507 วรรคท้าย) ตลอดจนจำกัดตัวผู้ที่จะมีสิทธิขอให้ศาลฟ้องเพิกถอนการสมรสที่เป็นโมฆียะ (มาตรา 1508 วรรคแรก) ซึ่งหากปล่อยให้มีการให้สัตยาบันได้ย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าว

สุดท้ายการใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับโมฆียะกรรมในบรรพ 5 อย่างเคร่งครัดยังเห็นตัวอย่างได้จาก คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7031/2557 ซึ่งวางบรรทัดฐานเกี่ยวกับการเพิกถอนนิติกรรมเกี่ยวกับสินสมรสไว้ว่า ป.พ.พ. มาตรา 1480 วรรคหนึ่ง ที่ว่า เว้นแต่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้ให้สัตยาบันแก่นิติกรรมนั้นแล้ว มีความหมายว่าหากมีการให้สัตยาบันแล้วจะขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมนั้นอีกไม่ได้ มิได้หมายความว่า เมื่อมีการให้สัตยาบันแก่นิติกรรมได้ **แสดงว่านิติกรรมนั้นเป็นโมฆียะกรรม** การบอกล้างนิติกรรมจึงไม่มีผลให้นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะ³ อนึ่ง ศาลฎีกายังเห็นว่านิติกรรมในการจัดการสินสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1476 (1) ถึง (8) ที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งทำไปลำพังฝ่ายเดียว โดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง นิติกรรมนั้นไม่สมบูรณ์ คู่สมรสที่ไม่ได้ให้ความยินยอมอาจขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมนั้นได้ แต่ตราบใดที่ยังไม่ได้ถูกศาลเพิกถอน บุคคลภายนอกที่เป็นคู่สัญญา่อมมีสิทธิสมบูรณ์ในนิติกรรมอยู่เสมอ เพราะกฎหมายมิได้บัญญัติว่านิติกรรมนั้นเป็นโมฆะหรือโมฆียะ บัญญัติแต่เพียงว่านิติกรรมนั้นอาจถูกศาลเพิกถอนได้ในภายหลังเท่านั้น

จึงเกิดคำถามอีกว่า การหมั้นที่ผู้เยาว์ทำไปโดยมิได้รับความยินยอมและมาตรา 1436 วรรคท้าย ให้การหมั้นดังกล่าวตกเป็นโมฆียะนั้น จะมีการให้สัตยาบันหรือบอกล้างตามบรรพ 1 ได้หรือไม่ อย่างไร?

³ ในทางกลับกันแม้บทบัญญัติมาตรา 1469 จะให้สามีหรือภรรยาบอกล้างสัญญาระหว่างสมรสได้ก็มิได้หมายความว่า จะมีการให้สัตยาบันสัญญาดังกล่าวได้