



**วารสารนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง  
ปีที่ 3 ฉบับที่ 1**



*Mae Fah Luang University  
Law Journal  
Volume 3 Issue 1*





## วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Mae Fah Luang University Law Journal

ปีที่ 3 ฉบับที่ 1 • มกราคม - มิถุนายน 2563

Volume 3 Issue 1 • January - June 2020

ISSN: 1906-7739

### วัตถุประสงค์

1. เพื่อส่งเสริมให้บุคคลทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงได้นำผลงานทางวิชาการในสาขาวิชานิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องของตนออกเผยแพร่สู่สาธารณชนในรูปแบบของบทความ
2. เพื่อเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนข้อมูล ข่าวสาร และการพัฒนาความร่วมมือทางด้านนิติศาสตร์และด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องระหว่างมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงกับหน่วยงานอื่น ๆ ทั้งภาครัฐและภาคเอกชน
3. เพื่อเป็นเอกสารประกอบการศึกษาค้นคว้าและการอ้างอิง

### ขอบเขต

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง รับผิดชอบบทความวิชาการ บทความวิจัย วิเคราะห์คำตัดสินศาล วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย วิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย ปกติกะกฎหมาย แนะนำหนังสือกฎหมาย และบทความอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยขอบเขตเนื้อหาทางวิชาการของวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ครอบคลุมเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายในทุกสาขาวิชา เป็นต้นว่า กฎหมายแพ่งและธุรกิจ กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กฎหมายมหาชน กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภาษีอากร ฯลฯ

### การพิจารณาบทความ

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง มีระบบการพิจารณาบทความ ดังนี้  
บทความทุกเรื่องจะได้รับการพิจารณาคุณภาพจากผู้ทรงคุณวุฒิ (peer review) ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญตรงตามเนื้อหาของบทความนั้น ๆ จำนวน 2 ท่าน ต่อ 1 บทความ ทั้งนี้ ผู้ทรงคุณวุฒิจะเป็นบุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียกับผู้เขียนบทความ โดยผู้ทรงคุณวุฒิจะไม่ทราบชื่อของผู้เขียนบทความ และผู้เขียนบทความจะไม่ทราบชื่อของผู้ทรงคุณวุฒิ (double blinded)

ในกรณีที่บทความใดเขียนโดยบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ผู้ทรงคุณวุฒิที่พิจารณาคณะภาพบทความดังกล่าวจะเป็นบุคคลภายนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงทั้ง 2 ท่าน (หลักเกณฑ์นี้ใช้ในกรณีที่บทความซึ่งมีผู้เขียนร่วมกัน และผู้เขียนท่านหนึ่งหรือหลายท่านเป็นบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงด้วย)

สำหรับบทความที่จะได้รับการตีพิมพ์ในวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง นั้น จะต้องเป็นบทความที่ได้รับการประเมินคุณภาพจากผู้ทรงคุณวุฒิทั้ง 2 ท่าน ในระดับ “เห็นสมควรให้ตีพิมพ์” ในกรณีที่บทความใดผู้ทรงคุณวุฒิทั้ง 2 ท่าน “เห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์” บทความนั้นจะไม่ได้รับการตีพิมพ์ ส่วนในกรณีที่บทความใดผู้ทรงคุณวุฒิท่านหนึ่ง “เห็นสมควรให้ตีพิมพ์” แต่ผู้ทรงคุณวุฒิอีกท่านหนึ่ง “เห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์” บรรณาธิการและกองบรรณาธิการจะพิจารณาเลือกผู้ทรงคุณวุฒิท่านที่ 3 เพื่อประเมินคุณภาพบทความดังกล่าว ทั้งนี้ ผลการประเมินคุณภาพจากผู้ทรงคุณวุฒิท่านที่ 3 ให้ถือเป็นที่ยุติ

#### **กำหนดตีพิมพ์เผยแพร่**

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง มีกำหนดตีพิมพ์เผยแพร่ปีละ 2 ฉบับ ดังนี้

ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม - มิถุนายน

ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม

ความคิดเห็นใด ๆ ในบทความที่ตีพิมพ์ในวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง บรรณาธิการ กองบรรณาธิการ และสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

## Objective

1. To encourage people inside and outside Mae Fah Luang University to publish academic work in the field of law and other related disciplines in the form of articles.
2. To serve as a medium for exchanging information and developing cooperation in law and other related fields between Mae Fah Luang University and other agencies in both the public and private sectors.
3. To be used as a research document and reference.

## Scope

Mae Fah Luang University Law Journal will consider the following article types; academic article, research article, analysis of judicial decision, analysis of legal opinion, analysis of legal exam question, legal miscellaneous, and other related articles in both Thai and English. The scope of academic content of the Mae Fah Luang University Law Journal includes legal issues in all disciplines such as civil law, business law, criminal law and criminal justice system, public law, international law, taxation law, etc.

## Consideration for Publication

Mae Fah Luang University Law Journal operates with double blind peer review policy.

All articles will be considered by two peer reviewers who have the knowledge and expertise in the subject matter to be reviewed. Qualified reviewers will be the persons who have no conflict of interest with the author. The reviewers will not know the name of the author, and the author will not know the name of the reviewers (double blinded).

In case any article is written by a person inside Mae Fah Luang University, qualified peer reviewers will be individuals outside Mae Fah Luang University. (This rule also applies to co-authored articles, which one or more authors are working at Mae Fah Luang University)

For an article to be published in the Mae Fah Luang University Law Journal, the article must be assessed as “*worthy of publication*” by two peer

reviewers. In the event that both reviewers made decisions to “*decline the publication*”, the article will not be accepted for publication. However, if one of the peer reviewer assessed the article as worthy of publication, but the other one rejected the article, the editor and the editorial board will consider selecting a third peer reviewer to assess the quality of the article. The assessment of the third peer reviewer is considered final.

### **Publication Frequency**

Mae Fah Luang University Law Journal will publish two issues per year.

No. 1 January - June

No. 2 July - December

The opinion expressed and displayed in the content of the article published in Mae Fah Luang University Law Journal does not represent the view and responsibility of the editor and the editorial board of Mae Fah Luang University Law Journal

## บรรณาธิการ

Editor

ผู้ช่วยศาสตราจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์  
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

## กองบรรณาธิการ

Editorial Board

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ

รองอธิการบดี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

รองศาสตราจารย์อานนท์ มาเ้า

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

อาจารย์ ดร.อัจฉริยา วงษ์บูรณาวาทย์

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

อาจารย์วิมพัทธ์ ราชประดิษฐ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

อาจารย์ณัฐดนัย นาจันทร์

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง



## ที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ

ราชบัณฑิต

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รุ่ง ศรีสมวงษ์

คณบดีสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

## ผู้ทรงคุณวุฒิ\*

รองศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กฤษฏากร ว่องวุฒิภัก

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชูเกียรติ น้อยฉิม

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ชนันภรณ์ บุญเกิดทรัพย์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุชิน กฤตลักษณ์วงศ์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์อารีรัตน์ โกสิทธิ์

อาจารย์ ดร.ยศพนธ์ นิตรุจิโรจน์

อาจารย์ ดร.อนุเทพ สุขศรีวงศ์

อาจารย์ ดร.อรัชมน พิเชฐวรกุล

อาจารย์กมลนัยน์ ชลประทีน

อาจารย์เทียนศิริ บุญไชยวิหุร

อาจารย์นันทัช กิจรานันท์

อาจารย์เพชรณพัฒน์ ศรีวุทธิยประภา

\* รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิที่ปรากฏนี้ คือผู้ทรงคุณวุฒิที่ประเมินคุณภาพบทความให้กับวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 3 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2563) ทั้งบทความที่ได้รับการตีพิมพ์ และบทความที่ไม่ได้รับการตีพิมพ์เนื่องจากผู้ทรงคุณวุฒิเห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์

## พิสูจน์อักษร

นางสาวปิ่นหยก ศาสน์ประดิษฐ์



## บทบรรณาธิการ

สวัสดีครับผู้อ่านทุกท่าน พบกันอีกครั้งกับวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 3 ฉบับที่ 1 ซึ่งเป็นฉบับแรกของปีนี้

วารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับนี้ประกอบไปด้วยบทความวิจัย บทความวิชาการ ภาษาฝรั่งเศส สำหรับนักกฎหมาย แนะนำหนังสือกฎหมาย และนักกฎหมายเล่าเรื่อง รวมทั้งสิ้น 6 บทความ หวังเป็นอย่างยิ่งว่าผู้อ่านทุกท่านจะได้รับประโยชน์จากบทความในวารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับนี้

ผมและกองบรรณาธิการขอขอบพระคุณผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามและให้การสนับสนุนวารสารนิติศาสตร์ฯ เสมอมา แล้วพบกันใหม่กับวารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับหน้า สวัสดีครับ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์  
บรรณาธิการ



## สารบัญ

### บทความวิจัย (Research Articles)

- State's Obligations Under International Water Law on the Implementation of the Right to Water 15  
พันธกรณีของรัฐสำหรับการบังคับการตามสิทธิในการเข้าถึงน้ำภายใต้  
กฎหมายน้ำระหว่างประเทศ  
Farnaz Shirani Bidabadi  
ฟานัส ซีรานี บิดาบาดี
- Prospects for Amicus Curiae Under the Annex to the 1997 Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses 49  
การค้นคว้าที่ปรึกษาของศาลภายใต้ภาคผนวกของอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมาย  
เกี่ยวกับการใช้ลำนน้ำระหว่างประเทศที่มีใช้เพื่อการเดินเรือ ค.ศ. 1997  
Andrew Vajhuabmuas Vangh  
แอนดรูว์ วาฮูมวัส ว่าง

### บทความวิชาการ (Academic Article)

- แนวทางและมาตรการการลงโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วย  
ความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 87  
Guidelines and Measures of Criminal Punishment According to the  
Offence Arising from the Use of Cheque Act B.E. 2534  
อัครพล ทองกลาง  
Aukkarapon Thonglang

### ภาษาฝรั่งเศสสำหรับนักกฎหมาย (French for Lawyer)

- Contrats de la Commande Publique et Autres Contrats (Part I) 109  
สัญญาจัดซื้อจัดจ้างและสัญญาอื่น ๆ (ส่วนที่ 1)  
Tanistnan Pakdeethammasakul  
ธนิชฐ์นันท์ ภัคดีธรรมะสกุล

### แนะนำหนังสือกฎหมาย (Law Book Recommendation)

- คู่มือวางแผนการสอบและหลักการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายในระดับ  
นิติศาสตรบัณฑิต เนติบัณฑิตไทย อัยการผู้ช่วย และผู้ช่วยผู้พิพากษา  
พร้อมการเตรียมตัวศึกษาต่อระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิตในต่างประเทศ 135  
Handbook for Legal Exam Preparations Including Writing Principles  
at LL.B., Barrister-at-Law, Assistant Public Prosecutor and Judge Trainee  
Levels, Together with the Guidance to Study LL.M. Abroad  
ปิ่นหยก ศาสน์ประดิษฐ์  
Pinyok Satpradit

### นักกฎหมายเล่าเรื่อง (Storytelling from Lawyer)

- ก้าวแรกสู่ประสบการณ์การทำงานในสำนักงานกฎหมาย ณ ประเทศ  
สหรัฐอเมริกา (ภาคต่อ) 145  
The First Ladder to My Legal Work Experience in USA (Chapter Two)  
สิตานันท์ ศรีวรกร  
Sitanan Sriworakorn

## บทความวิจัย (Research Articles)

### State's Obligations Under International Water Law on the Implementation of the Right to Water<sup>\*</sup>

พันธกรณีของรัฐสำหรับการบังคับการตามสิทธิในการเข้าถึงน้ำ  
ภายใต้กฎหมายน้ำระหว่างประเทศ

Farnaz Shirani Bidabadi<sup>\*\*</sup>  
ฟานัส ชีรานี บิดาบาดิ

#### Abstract

By adopting the General Comment No. 15 concerning the human right to water, the water issue has been removed from other parts of the security of life and has been identified as an independent legal issue in human rights. This resolution obliges member states to provide their citizens with the right to access clean water and sanitation as their primary and independent responsibility.

So, riparian states which have several transboundary water agreements with their neighbors are obliged to fulfill the right to water for their citizens, and they have to follow some basic standards and rules for more cooperation on water utilization, management, and protection of international watercourses with other riparian states. In some countries, because of the dependency of their populations on the shared water resources, and fulfilling their water-

---

<sup>\*</sup> วันที่รับบทความ (Received): 17 มิถุนายน 2562; วันที่แก้ไขบทความ (Revised): 22 กรกฎาคม 2562; วันที่ตอบรับบทความ (Accepted): 15 สิงหาคม 2562

This research article is part of a doctoral dissertation topic “The Human Right to Water: A Study from the Perspectives of International Human Rights Law and International Water Law” of School of Law, Xiamen University

<sup>\*\*</sup> Ph.D. Candidate, School of Law, Xiamen University, PRC, LL. M. (Public International Law) Ashrafi Isfahani University, Iran, LL. B. Ashrafi Isfahani University, Iran

E-mail: [farnaz.shirani@gmail.com](mailto:farnaz.shirani@gmail.com)



related human rights, they could not be very successful in meeting their human rights obligations regarding the right to water. The research question which has been raised is what the state's responsibilities are in fulfilling the right to water according to International water law's principles and instruments, and what the solution is to address people's problems.

**Keywords:** The Right to Water, State's Responsibility, Transboundary Water, International Water Law

### บทคัดย่อ

จากการยกร่างข้อวินิจฉัยทั่วไปที่ 15 ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในการเข้าถึงน้ำ ปัญหานี้ถูกยกเลิกจากส่วนอื่น ๆ ของความมั่นคงของชีวิตและถูกกำหนดให้เป็นประเด็นกฎหมายแยกออกมาจากปัญหาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อมติดังกล่าวกำหนดให้รัฐสมาชิกมีพันธกรณีที่จะให้สิทธิแก่ประชาชนในการเข้าถึงน้ำที่สะอาดและถูกสุขอนามัย อันถือเป็นความรับผิดชอบหลักและเป็นเอกเทศ

ดังนั้น รัฐชายฝั่งที่ได้มีความตกลงว่าพรมแดนแม่น้ำระหว่างประเทศกับประเทศเพื่อนบ้านมีพันธกรณีที่จะต้องทำให้บรรลุถึงสิทธิในการเข้าถึงน้ำของประชาชน และต้องปฏิบัติตามมาตรฐานและกฎเกณฑ์พื้นฐานบางประการสำหรับความร่วมมือที่มากขึ้นสำหรับการใช้ การจัดการ และการป้องกันรักษาลำน้ำระหว่างประเทศร่วมกับรัฐริมชายฝั่งอื่น ๆ เนื่องจากการพึ่งพาอาศัยของประชากรในทรัพยากรน้ำที่ใช้ร่วมกันและการปฏิบัติตามสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับน้ำ ในบางรัฐไม่สามารถประสบความสำเร็จในการปฏิบัติตามพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการเข้าถึงน้ำ ปัญหาที่จะทำการศึกษาในบทความนี้ได้แก่ พันธกรณีของรัฐในเรื่องใดบ้างที่จะทำให้บรรลุสิทธิในการเข้าถึงน้ำตามหลักการและตราสารว่าด้วยกฎหมายน้ำระหว่างประเทศ และแนวทางใดที่จะสามารถจัดการปัญหาเหล่านั้นได้

**คำสำคัญ:** สิทธิในการเข้าถึงน้ำ, ความรับผิดชอบของรัฐ, แม่น้ำข้ามแดน, กฎหมายน้ำระหว่างประเทศ

## Chapter I. Introduction

States assume obligations and duties under International Law to respect, to protect, and to fulfill human rights, and recognition of the right to water as a human right cause to make an obligation for countries to set a priority for the realization of basic human needs. It means that states must provide access to water based on the legally binding instruments and people also instead of claiming to their needs can claim their rights.<sup>1</sup>

Sometimes, non-fulfillment of human rights obligations by one State is due to, its international disputes with the other states to implement obligations arising from an international treaty. For instance, some conflicts between countries with transboundary waters, stems from violations of accepted International rules and principles of international transboundary waters in their agreements, the same as Equity and Reasonable Use, No-Harm Principle and Duty to Cooperate, which their violations can be directly or indirectly affect the human rights of people living in river basins. And sometimes, it's because of the assignment of the state's responsibilities in supplying drinking water or ensuring about water quality to non-state actors, the same as private or transnational companies. In these cases, there are some controversies about the international responsibility of states or private companies for the realization of this right as a human right. So, in this paper it has tried to mention to the importance of identifying the human right to water that would raise the state's obligation in the realization of the rights to water to meet the basic human needs, and also examine the correlation of the human right to water and the principles of international water law.

## Chapter 2. The principles of international water law and the instruments on the right to water

International human rights and international water law are inextricably linked, and somehow, they can support each other mutually. Some rules of

---

<sup>1</sup> Winkler, Inga T, *The Human Right to Water: Significance, 2012, Legal Status and Implications for Water Allocation*, HART Publishing, OXFORD AND PORTLAND, OREGON, p. 214.

customary International Law including substantive and procedural rules have codified in the UN Convention on the Law of Non-Navigational Uses of Watercourses.<sup>2</sup> States according to their commitments under the human rights law have direct obligations to fulfill the right to water for their citizens in the field of International Water Law. Also, in the principles of the IWL, it has stated that in the event of disagreements about the equitable and reasonable utilization of shared water resources, priority should be given to the primary and essential human needs to water which includes drinking water.<sup>3</sup>

The Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes or Water Convention<sup>4</sup>, and the UN Watercourses Convention 1997<sup>5</sup> are the primary international water law's documents, which have cited to the right to water and the other related human rights explicitly or implicitly. UNECE didn't directly mention to the right to water, although its purpose is implicitly related to the right to water. The only and the first agreement which has presented the vital human needs term among the international water law treaties is the UNWC which contains a statutory utility in the establishment of the human right to water. However, still, the consideration to the human water needs by the IWL is not adequate.

---

<sup>2</sup> GRECO, ROBERTA, The Silala Dispute: Between International Water Law and the Human Right to Water, 2017, QIL, Zoom-in 39.

Available at: [http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2017/07/03\\_Silala-Water-Dispute\\_GRECO\\_FIN.pdf](http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2017/07/03_Silala-Water-Dispute_GRECO_FIN.pdf)

<sup>3</sup> International Water Law Obligations Derived from International Human Rights Commitments, WaterLex, p. 3.

Available at: [https://www.waterlex.org/resources/documents/Int'l%20Obligations\\_HRWS.pdf](https://www.waterlex.org/resources/documents/Int'l%20Obligations_HRWS.pdf)

<sup>4</sup> The Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes (Water Convention)

Available at: <https://www.unece.org/env/water/>

<sup>5</sup> UN Watercourses Convention (UNWC), 1997, article 10(1-1) Vital human needs.

Available at: <http://www.unwatercoursesconvention.org/the-convention/part-ii-general-principles/article-10-relationships-between-different-kinds-of-uses/10-1-1-vital-human-needs/>

The UNWC 1997, as one of the main instruments in IWL, had an effective role in the evolution of international water law, because of two reasons. The first reason is because of the recognition of substantive principles of international water law including the principle of equitable and reasonable utilization of water, cooperation, and the obligation not to cause significant harm, and the second one is because of as the protection of aquatic ecosystems and the human right to water.<sup>6</sup> Also, this convention includes the procedural rules including the duty to consult, prior notification and information exchange which may have negative effects on the other riparian states population.<sup>7</sup> So based on the substantive rules of the IWL, if unsustainable utilization or management of shared water resources leads to ignoring the basic human needs, it will consider as a violation of human rights standards.

Therefore, IWL principles to improve water management, resolving conflicts concerning shared water resources and also establish global peace and security are trying to extend a framework of minimum standards of human rights. As the basic human needs have supported by the two principles of IWL includes the principle of cooperation and the obligation not to cause significant harm to the transboundary waters.<sup>8</sup>

Alternatively, the principle of equitable and reasonable utilization which is connected to the fulfillment of the other human rights like the right to health, access to safe drinking water and sanitation. However, referring and applying to this principle by one of the riparian states may create some problems and violate human rights of the other riparian states populations. Nevertheless, this principle has developed in IWL, and it has counted as the best solution for water disputes especially in the water-scarce.

---

<sup>6</sup> Tignino, Mara, Brethaut, Christian, Turley, Laura, Research Handbook on Freshwater Law and International Relation, 2018, Edward Elgar Publishing Limited, 2018, p. 83.

<sup>7</sup> Tignino, Mara, Brethaut, Christian, Turley, Laura, Research Handbook on Freshwater Law and International Relation, 2018, Ibid, p. 347.

<sup>8</sup> Leb, Christina, Cambridge University Press, 2013, Ibid, p. 203.

The principle of No-Harm is another principle in IWL, which is related to the equitable and reasonable utilization of water. It means that neglecting the equitable and reasonable use of shared water resources by one of the parties will cause significant harm to human health, safety, and environment of the others.

Even though the Substantive principles of IWL has given direct and indirect references to the observance of human rights standards, there are still a lot of problems and deficiencies in the application and full implementation of human rights law in IWL.

One of these problems is the absence of a comprehensive approach to the concept of the right to water. The absence of an extensive approach to the concept of the “right to water,” has led to a lack of acceptance and implementation of the human right to water. This comprehensive approach to the concept of “right to water” can be implemented through various methods to meet the human needs of the water. One of them is fulfilling the right to water for riparian states populations and indigenous people, and another one is addressing the public interest in the protection of the environment and also the human right to water which is done through the recognition of the treaty water right.<sup>9</sup>

However, some scholars the same as McCaffrey believes that the application and implementation of human rights to water for each within the territory of any states should be gradually completed.

Considering that the implementation of human rights in countries is not dependent on the extent of their development. Because many countries are economically developed and also accepted the right to water, but they have so many problems with the rules and regulations regarding access to safe drinking water and also fulfilling the right to water for their citizens. For example, California, which is economically at a high level in the world with more than 250,000 inhabitants, according to the report of the UN Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation, has failed to fulfill the right to access to the safe drinking water and sanitation for its residents. So, the

---

<sup>9</sup> SHEPHERD, HAROLD, Implementing the human right to water in the Colorado River Basin, 2011, [J] Willamette Law Review 425, Vol. 47, p. 427.

right to water will implement progressively.<sup>10</sup> Following the IWL's instruments, it seems clear that the IWL by considering to the basic human needs adequately and examining the interconnected standards to protect them may be able to provide a supportive and complementary role to human rights.

However, as regards the definition of the right to water and the instruments referred to this right, it can be stated that the right to water as a fundamental human right has not either defined or expressly recognized in International law. However, there are other rights derived from it. There are various International instruments which explicitly or implicitly are supporting the right to water. Some of them are binding and obliged stated parties to fulfill the human rights to water. For instance, the Convention for the Elimination of Discrimination Against Women<sup>11</sup>, the Convention on the Rights of the Child<sup>12</sup>, the U.N. Convention on the Law of the Non Navigational Uses of International Water Courses<sup>13</sup>, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities<sup>14</sup>, and the Geneva Convention in

---

<sup>10</sup> McCaffrey, Stephen C., *The Human Right to Water: A False Promise?*, 2016, *The University of the Pacific Law Review*, Vol. 47, pp. 230-232.

<sup>11</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), December 1979, Article 14(2)(h). The states parties have to ensure, *"To enjoy adequate living conditions, particularly about housing, sanitation, electricity and water supply, transport and communications."*

Available at: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>

<sup>12</sup> The United Nations Convention on the Rights of the Child, GAR 44/25 of 20 November 1989, entry into force 2 September 1990, in accordance with Article 49.

Available at: [http://www.unicef.org.uk/Documents/Publication-pdfs/UNCRC\\_PRESS\\_200910web.pdf](http://www.unicef.org.uk/Documents/Publication-pdfs/UNCRC_PRESS_200910web.pdf)

<sup>13</sup> UNWC, (1997). Article 10: *"1. in the absence of agreement or custom to the contrary, no use of an international watercourse enjoys inherent priority over other uses. 2. In the event of a conflict between uses of an international watercourse, it shall be resolved with reference to articles 5 to 7, with special regard being given to the requirements of vital human needs"*.

Available at: [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8\\_3\\_1997.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_3_1997.pdf)

<sup>14</sup> United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 6 December 2006.

International humanitarian law<sup>15</sup>, are International binding instruments which despite the lack of recognition of the right to water as an independent human rights entitlement explicitly, have pointed out to the state's obligations that are concerning to the right to water in different ways.

These documents, have mentioned the member states international commitments: to protect the right to enjoy adequate living conditions, protects the highest attainable standard of health, assert the priority of vital human needs, to secure that persons with disabilities have equal access to clean water and also to ensure the water accessibility for prisoners of war and civilians for their consumption and sanitation which are listed respectively. Others are non-binding documents which can use as interpretative guides for states to fulfill their obligations.

The Vancouver Declaration from the U.N. Conference on Human Settlement<sup>16</sup>, The Mar del Plata Action Plan from the U.N. Conference on Water<sup>17</sup>, The Dublin Statement on Water and Sustainable Development<sup>18</sup>, Agenda 21 from the U.N.

---

Available at: [http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convention\\_accessible\\_.pdf](http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convention_accessible_.pdf)

<sup>15</sup> Geneva Convention relative to the treatment of prisoners of war, 1949 (GENEVA CONVENTION III) Entry into Force: 21 October 1950, Articles 20, and 26, CHAPTER VIII, Transfer of prisoners of war after their arrival in camp, Articles 46 and 29.

Available at: [https://www.legal-tools.org/uploads/tx\\_ltpdb/GenevaConvention\\_3rd\\_Prisonersofwar\\_1949\\_\\_E\\_\\_05.pdf](https://www.legal-tools.org/uploads/tx_ltpdb/GenevaConvention_3rd_Prisonersofwar_1949__E__05.pdf)

<sup>16</sup> The Vancouver Declaration on Human Settlements: From the report of Habitat - United Nations Conference on Human Settlements, Vancouver, Canada, 31 May to 11 June 1976.

Available at: <https://unhabitat.org/the-vancouver-declaration-on-human-settlements-from-the-report-of-habitat-united-nations-conference-on-human-settlements-vancouver-canada-31-may-to-11-june-1976/>

<sup>17</sup> The Mar del Plata Action Plan, Resolution II on community water supply, Water: A Shared Responsibility, UNESCO, World Water Assessment, 2006, p. 63.

<sup>18</sup> The Dublin Statement on Water and Sustainable Development, Adopted January 31, 1992, in Dublin, Ireland, International Conference on Water and the Environment.

Available at: <http://www.un-documents.net/h2o-dub.htm>

Conference on Environment and Development in Rio de Janeiro<sup>19</sup>, and the Program of Action of the International Conference on Population and Development<sup>20</sup> are some of them.

Between these non-binding documents, The Mar del Plata Action Plan from the U.N. Conference on Water has mentioned several times and it was one of the most oft-cited non-binding documents which explicitly has asserted all people have the right to drinking water (in quality and quantity) to fulfill their basic needs.

On the other hand, this declaration led to the following documents, which were related to the right to development, referred to the right to water regularly<sup>21</sup>, and at the end, some of them are international customary law<sup>22</sup>, which develops from the state's behaviors and practice. The International instruments include declarations, resolutions, and agreements since the 1970s

---

Available at: <http://www.wmo.int/pages/prog/hwrp/documents/english/icwedec.html#>

<sup>19</sup> The Rio Declaration on Environment and development, 1992, the earth summit and AGENDA 21.

Available at: [http://www.unesco.org/education/pdf/RIO\\_E.PDF](http://www.unesco.org/education/pdf/RIO_E.PDF)

AGENDA 21, United Nations Conference on Environment & Development, 3 to 14 June 1992, Rio de Janeiro, Brazil.

Available at: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>

<sup>20</sup> The Programme of Action of the UN International Conference on Population and Development, A/CONF.171/13, 1994.

Available at: [http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_CONF.171\\_13.pdf](http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.171_13.pdf)

<sup>21</sup> McGraw, George S., Defining and Defending the Right to Water and Its Minimum Core: Legal Construction and the Role of National Jurisprudence, 2010-2011, Vol. 8, Issue 2, Loyola University Chicago International Law Review. 127, pp. 140-141.

Available at: <https://pdfs.semanticscholar.org/aed7/9fa21a70ba8758a6a06276737dbdc0519da1.pdf>

<sup>22</sup> McGraw, George S., Loyola University Chicago International Law Review. 127, 2011, Ibid, p. 139.



have done extensive support to recognize the right to water as an independent human rights entitlement.

Finally, after analyzing the documents which directly or indirectly referring to the right to water, it can be stated that, the right to water didn't identify explicitly in the Universal Declaration of Human Rights<sup>23</sup> and also in the International Covenant on Civil and Political Rights<sup>24</sup>, and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights<sup>25</sup> of the UN as an independent rights, but by interpreting of this Covenant, we can infer the existence of the right to water implicitly, because in drafting process of article 11 has considered to the water which is necessary for fulfilling the other human rights which have mentioned in these two instruments, so maybe because of its apparent role in human life, they didn't refer to this right again.

However, these two instruments, especially the ICCPR, have considered as the guarantee and a means of realizing other human rights. The most important documents referring to the right to water explicitly, and have already been expanded in details are including international declarations.

These declarations divided into two groups of binding and, non-binding declarations. Among binding international conventions can be mentioned the four Geneva conventions, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination, the Convention on the Rights of the Child, and Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Non-binding instruments are like the UDHR, declaration on the right to development, and international instruments related to the environmental law, which between them, the 1977 Mar del Plata Action Plan,

---

<sup>23</sup> The Universal Declaration of Human Rights (UDHR), 2015, United Nations.

Available at: [http://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr\\_booklet\\_en\\_web.pdf](http://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf)

<sup>24</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, Adopted and opened for signature, ratification, and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 23 March 1976, in accordance with Article 49.

Available at: <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

<sup>25</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Adopted and opened for signature, ratification, and accession by General Assembly, resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 3 January 1976, in accordance with article 27.

Available at: <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf>

and the 1992 Dublin statement are the most important instruments that have identified the right to water.

In addition, in order to promotion and protection of human rights, governments have also adopted international documents at the regional level, which among them the African charter 1990, and the protocol to the African charter 2003 were the only documents that referred to obligations with respect to the right to water.

Finally, the CESCR in it's General Comment 15<sup>26</sup>, has considered the human rights obligations concerning the right to water. These comments are not legally binding, but because of their authentic nature, it can be inferred that the right to water has counted as a self-standing right.

By examining the international instruments, we conclude that there is no ambiguity regarding the recognition of the right to water and also the state's obligations regarding the realization of this right. This right has been explicitly and implicitly recognized in various documents, and the only controversial issue with this right is the discussion of international obligations regarding international cooperation in the realization of the right to water.

### **Chapter 3. Legal analysis of State's Obligations for Implementation of the Right to Water**

One of the main reasons for the importance of recognizing the right to water by the States is non-infringement of this right by the other co-riparian states. If one state, among the other co-riparian countries, doesn't realize the human right to water, it will lead to more uses of shared water in the other co-riparian countries in different sections of agricultural, industrial and other areas, and also it may cause some pollution which affects the quality of water and also reduces the amount of water that is flowing into the other states territories.

---

<sup>26</sup>General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant), Twenty-ninth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 20 January 2003, p. 1.

These are just some parts of the complications of non-realization of the human right to water in a co-riparian state, without the necessity of controlling or occupying its territory, as it has been mentioned in the Trail Smelter decision.<sup>27</sup>

By regarding the importance of the rights listed in the Covenant on Civil and Political Rights<sup>28</sup> which is related to the basic human needs, like the right to food and the right to water, states have applied some standards to evaluate their efforts in fulfilling the human rights based on their obligations under the ICCPR, as Mccaffrey has stated: “It may well be that certain rights under that instrument either are not of a fundamental nature or would require the establishment of national infrastructures and the like to ensure their fulfillment... However, other rights under the E.S.C. Covenant can hardly describe as being anything but fundamental.

Indeed, article 11 itself refers to the ‘fundamental right of everyone to be free from hunger.’ This fundamental right can only be interpreted as a right to life-supporting sustenance, which would include potable water”.<sup>29</sup>

So, states must fulfill, promote, and protect the right to water as a fundamental human need. States have the obligations to fulfill and protect the right to water because in most cases, they are in charge of water resources, and they should have an active protection against public or private subjects. They must promote the water services and facilities the full enjoyment of the right to water for all without any discrimination.

---

<sup>27</sup> Reports of International Arbitral Awards, *Trail smelter case (United States, Canada)*, 16 April 1938 and 11 March 1941, Vol. 3, p. 62.

Available at: [https://www.ilsa.org/jessup/jessup17/Batch%202/Trail%20smelter%20case%20\(United%20States,%20Canada\).pdf](https://www.ilsa.org/jessup/jessup17/Batch%202/Trail%20smelter%20case%20(United%20States,%20Canada).pdf)

<sup>28</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, Adopted and opened for signature, ratification, and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 23 March 1976, in accordance with Article 49.

Available at: <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

<sup>29</sup> Alvarez, Ignacio J., *The Right to Water as a Human Right*, 2003, The University of Arizona press, p. 78.

Available at: <http://wp.cedha.net/wp-content/uploads/2011/05/the-right-to-water-as-a-human-right.pdf>

The International Law Association, suggests that states, in addition to respecting the rights of individuals to fulfill their water needs, must provide access to adequate water, in order to meet their basic needs, also, it notes that, according to customary law, states should not be impeded with the realization of the right to access to water for residences of the other riparian countries.<sup>30</sup>

Therefore, based on the human rights principles states as duty-bearers have some responsibilities and appointed commitments concerning the full realization of the right to water for their residents as the rights-holders. Rights-holders can claim their rights and duty-bearers must guarantee the rights to water and sanitation-like other human rights-equally, without discrimination and by participation and accountability.

The Human Rights Committee in its observations to Israel, in the Third Periodic Report of States Parties due in 2007, has mentioned that the violation of the right to water could be violations of the other human rights including the right to life and equal protection based on the law.<sup>31</sup>

This case practically has proven that states have obligations for the respect, protection, and fulfillment of socio-economic rights which are legally binding because they have originated from article 11(1) of International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights<sup>32</sup> and articles (11(2) and 12(1)) of the ICESCR.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Bluemel, Eric B., 2004, *The Implications of Formulating a Human Right to Water*, ECOLOGY LAW QUARTERLY, Vol. 31, p. 976.

Available at: [http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10\\_bluemel.pdf](http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_bluemel.pdf)

<sup>31</sup> *Human Rights Committee, Third Periodic Report of States Parties due in 2007- Israel*, Nov. 21, 2008, U.N. Doc., CCPR/C/ISR/3.

Available at: <http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/CF890DF7A2692BO9852576A80056B757>.

<sup>32</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966.

Available at: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

<sup>33</sup> McGraw, George S., 2010-2011, *Defining and defending the right to water and its minimum core: Legal Construction and the role of national jurisprudence*, Loyola University Chicago International Law Review, Vol. 8, Iss. 2, p. 148.

In other words, all co-riparian states based on different factors which include: the jurisprudence of the regional and international human rights instruments, the duty to respect, and also their de jure or de facto controlling over the water in the other co-riparian states territories, in the case of human rights violations which arises from their actions or omissions, have responsibility for their extraterritorial conducts.<sup>34</sup> The recognition of the right to water as an independent human right by General Comment 15, explicitly and implicitly has made some critical commitments to governments on the realization of this right.

### 3.1 State's Commitments under General comment No.15<sup>35</sup>

General Comment No. 15 on the right to water and sanitation in different parts has noted the importance of the fulfillment of the right to water in realizing the other human rights such as the right to health and adequate sanitation, life, human dignity, and privacy. It states: "The elements of the right to water must be adequate for human dignity, life, and health, ...".<sup>36</sup> General comment 15, has explained that states must extend safe sanitation services to rural and deprived areas.<sup>37</sup> Therefore, as recognizing the right to water as a human right, has created some rights for individuals, as it has mentioned: "everyone has the right to sufficient, safe, acceptable, physically accessible and

---

Available at: <https://pdfs.semanticscholar.org/aed7/9fa21a70ba8758a6a06276737dbdc0519da1.pdf>

<sup>34</sup> Bulto, Takele Soboka, 2011, *Towards Rights-Duties congruence: Extraterritorial application of the human right to water in the African Human Rights system*, Netherlands Quarterly of Human rights, vol. 29/4, p. 523.

<sup>35</sup> *General Comment No. 15, The right to water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, 2002, E/C.12/2002/11, 20 January 2003, COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, Twenty-ninth session, Geneva, 11-29 November 2002, Agenda item 3.

Available at: [http://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/CESCR\\_GC\\_15.pdf](http://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/CESCR_GC_15.pdf)

<sup>36</sup> *General Comment No. 15: The Right to Water*, 2003, Ibid, (Contained in Document E/C.12/2002/11), paragraph 11.

<sup>37</sup> Ibid, paragraph 29, p. 11.

affordable water for personal and domestic uses,”<sup>38</sup> naturally it has created some duties for governments as well.

According to this document, governments should not deprive people of the minimum essential level of water due to their inability to pay for water supply services and facilities,<sup>39</sup> it means that governments must consider the financial capability of individuals before taking any decision or action which is related to the right to water as a human right of individuals. States parties based on the obligation to fulfill should ensure that water is affordable for everyone and must take some essential measures.<sup>40</sup>

Also, the states should provide the necessary facilities for accessing to properly maintained water facilities in rural and deprived urban areas.<sup>41</sup> Under General comment 15, the realization of the right to water by the state must be done without any discrimination between people.<sup>42</sup>

Thus, General Comment No. 15, in paragraph 16, declares that states should pay special attention to individuals and groups, especially indigenous peoples, women, ethnic minorities, refugees, and others, in the realization of their right to water<sup>43</sup>, and they “should provide resources for indigenous peoples to design, deliver and control their access to water;”<sup>44</sup> In two cases states may compensate, due to human rights violations especially the right to water. It is when states have violated the individual’s right to water, and also the traditional water sources of indigenous people expropriated. Also, General Comment 15 refers to the obligations and responsibilities that governments have for the present and future generations.

General Comment 15, explicitly has mentioned that one of the state’s duties to fulfill the access to safe and sufficient water for present and future

---

<sup>38</sup> *General Comment No. 15*, Ibid, paragraph 11.

<sup>39</sup> Ibid, paragraph 56.

<sup>40</sup> Ibid, paragraphs 26 and 27.

<sup>41</sup> Ibid, paragraph 16 (c).

<sup>42</sup> Ibid, paragraph 14.

<sup>43</sup> Ibid, paragraph 16.

<sup>44</sup> Ibid, paragraph 16 (d).

generations are adopting comprehensive plans and programs by countries, so according to this paragraph<sup>45</sup>, a group of researchers argued that the right to water is not limited to the rights of individuals, but also includes environmental requirements for water.<sup>46</sup>

### 3.2 State's Extraterritorial Human Rights Obligations

States by reducing the quality and quantity of shared water resources, with commonly shared water resources, can cause human rights violations of people who are living in another state, without the need to occupy the territory under their sovereignty or control of the individuals living in another basin. So, the economic, social, and cultural human rights have created the extraterritorial obligations for states.<sup>47</sup>

International assistance and cooperation to realized political, economic and social rights as the two primary responsibilities of states and also two tools to fulfill the Economic, Social and Cultural Rights, have created the International obligations between states, and individuals beyond their borders or jurisdictions, concerning the realization of economic, social and cultural rights.<sup>48</sup>

The committee on economic, social and cultural rights (CESCR), in different General comments, has pointed out that, states should recognize the importance of international cooperation in the realization of ESC rights and also they

---

<sup>45</sup> Ibid, paragraph 28.

<sup>46</sup> GOOD, MEG, *Implementing the Human Right to Water in Australia*, 2011, [J] UTasLawRw 14, 30(2), University of Tasmania Law Review 107, p. 115.

Available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UTasLawRw/2011/14.html>

<sup>47</sup> Murillo Chavarro, JIMENA, *Extraterritorial Obligations to Ensure the Enjoyment of the Human Right to Water in a Transboundary Context*, 2015, [J] Hum.Rts. & Int'l Legal Discourse 9(1), pp. 90-91.

Available at: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.Journals/hurandi9&collection=journals&id=89&startid=&end=110>

<sup>48</sup> Murillo Chavarro, JIMENA, *Extraterritorial Obligations to Ensure the Enjoyment of the Human Right to Water in a Transboundary Context*, 2015, [J] Hum.Rts. & Int'l Legal Discourse 9(1), pp. 91-92.

Available at: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.Journals/hurandi9&collection=journals&id=89&startid=&end=110>

should take all their steps and commitments toward the fulfillment of these rights. In other words, this committee has mentioned the states extraterritorial obligations regarding ESCs rights.<sup>49</sup>

In the case of extraterritorial obligations of countries, it should be stated that these commitments are always complementary to the domestic obligations of states and just the extraterritorial obligations of states to fulfill, somehow play a subsidiary role in states which are not able to meet these rights within their territory or borders. States need two sources to meet their economic, social, and cultural rights obligations: 1-economic resources 2-natural resources. Regarding access to water resources and to fulfill the extraterritorial obligations to states, General comment 15 has pointed to the availability of water resources.

Thus, not considering or neglecting the interests of other riparian states in the management and allocation of shared water resources like: diversion of water, the reduction of quantity and quality of water, dam construction, overexploitation and so on, can have a negative impact on extraterritorial obligations of states to realization of human rights of people who are living in other countries.<sup>50</sup> For instance, Nile River could be a clear example related to the importance of cooperation in the management and allocation of shared water resources, because more than eight countries have shared water in Nile River basin and Egypt as a downstream country depends on the Nile's water to fulfill the human rights of its population.<sup>51</sup> Although there is no doubt about the commitments of states to protect, respect, and fulfill the right to water of individuals, but about the international assistance which created the extraterritorial obligations between states, concerning the realization of economic, social and cultural rights<sup>52</sup>, there are some ambiguities. As Christina Leb also believes, the

---

<sup>49</sup> Murillo Chavarro, JIMENA, *Extraterritorial Obligations to Ensure the Enjoyment of the Human Right to Water in a Transboundary Context*, 2015, *Ibid*, p. 95.

<sup>50</sup> Murillo Chavarro, JIMENA, *Extraterritorial Obligations to Ensure the Enjoyment of the Human Right to Water in a Transboundary Context*, 2015, *Ibid*, p. 99.

<sup>51</sup> *Ibid*.

<sup>52</sup> Murillo Chavarro, JIMENA, *Extraterritorial Obligations to Ensure the Enjoyment of the Human Right to Water in a Transboundary Context*, 2015, *Ibid*, pp. 91-92.



development in international water law can gradually compensate for this defect.<sup>53</sup> For instance, besides the prioritization of the basic human needs as a keyword in international water law treaties, article 32 of the UN Watercourses Convention to some extent, has pointed to the extraterritorial obligations between states, concerning the individuals and the realization of their human rights.<sup>54</sup> These cases illustrate how these two areas of international law can complete each other to fulfill the right to access to safe and sufficient water. It may be possible at the regional level, through the application of human rights principles and objectives within the framework of the shared water treaties, as well as promoting international cooperation on the realization of human rights, reduce the violation of this right and help to promote its fulfillment.

#### Chapter 4. State's Responsibilities for Human Rights Violations

To distinguish between disability and the unwillingness of a state to decide what action or omission leads to a violation of the right to water, the distinction between incapacity and the reluctance of a country to comply with its obligations regarding the right to water is essential. A government that is reluctant to use its maximum resources to fulfill this human right has violated its obligations under the Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights. Violations of the right to water can be achieved through an action, ie, direct measures by governments or other entities regulated by governments, including:

---

<sup>53</sup> Leb, Christina, *The right to water in a transboundary context: emergence of seminal trends*, 2012, [J] Water International, 37:6, 640-653, p. 650.

<sup>54</sup> Article 32 of the UN Watercourses Convention: *"Unless the watercourse States concerned have agreed otherwise for the protection of the interests of persons, natural or juridical, who have suffered or are under a serious threat of suffering significant transboundary harm as a result of activities related to an international watercourse, a watercourse State shall not discriminate on the basis of nationality or residence or place where the injury occurred, in granting to such persons, in accordance with its legal system, access to judicial or other procedures, or a right to claim compensation or other relief in respect of significant harm caused by such activities carried on in its territory"*.

Available at: [https://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/watercourse\\_conv.html](https://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/watercourse_conv.html)

adoption of restitution measures which are inconsistent with the essential obligations, abolition or formal revoking of the law that is require for the continued enjoyment of the right to water, adoption of the law or policies that are fundamentally inconsistent with the pre-existing national or international law obligations in relation to the right to water.<sup>55</sup>

Violations through the omission of the act include the lack of appropriate measures for the full realization of each person's right to water, the absence of a national policy on water and the non-implementation of relevant laws. Some examples of violations through abandonment include: Violation of the commitment to respect the right to water, breach of the obligation to protect the failure of a state to take measures to protect people who are under its jurisdiction against violations of the right to water by third parties, breach of a commitment to implementation which will be realized through the failure of States parties to the Covenant to take the necessary measures to ensure the fulfillment of the right to water, a breach of the obligation to implement that is achieved through the failure of States parties to the Covenant to take the necessary steps to ensure the right to water, and so on.

And regarding this issue, whether there is any possibility of litigations for economic, social, and cultural rights, the ICESCR committee in its general interpretation has tried to answer this question. According to this interpretation, States parties to the human rights treaties are committed to respect and support the rights contained in these treaties and to work towards their realization, and in terms of ESC rights including the right to water, to take steps to achieve the full realization of this right gradually.<sup>56</sup> These obligations include the inclusion of these rights in domestic laws and policies and the need to ensure non-discrimination in both law and practice. Imposing the right to water to the

---

<sup>55</sup> Tavakoli, Mohammad Reza, *Right to Water from the Point of View of International Human Rights*, Thesis, Masters Research Paper or Project, 2007-2008, Allameh Tabatabaei University, Tehran, pp. 106-112.

<sup>56</sup> *General comment No.3*, 1990, UN Doc, E/199123, Annex 3, paras. 5-6.

Available at: <https://www.refworld.org/pdfid/4538838e10.pdf>

domestic law of a country should provide access to legal redress for violating the right of access to water for individuals and communities.

#### *4.1 State's Responsibility Based on National Participatory Approaches*

This section discusses how different countries adopted human rights approaches to improve their legal and policy framework concerning water and sanitation. Regarding the resolution of existing disputes over the allocation of transboundary water, several countries, including countries in Northern Africa, have taken two important factors as solutions, which failed to act effectively in resolving their conflicts. These two factors included the privatization of the water supply sector and the identification of the human rights to water. For example, these countries have identified water as a commodity by the privatization of the water supply sector, but regardless of its weaknesses and strengths, the plan has not been successful and has often led to increasing inequality, as it has happened in the Philippines which one of the world's most massive privatization has taken place there. In the Philippines, water rates went up, infrastructure has gotten worse, and there is a lack of private funding to help the poor.

In other words, even though there are two different sides to the argument (pros and cons), globally, public opinion is firmly against the private-sector management of water resources.

Moreover, people believe that water is a fundamental human right which should not be managed by private companies.<sup>57</sup>

In addition to that, some of the objections against privatization of the water were related to the human rights responsibility of these corporations<sup>58</sup>, because there are some Norms to defining the human rights responsibility for

---

<sup>57</sup> Laudicina, Lee A., *International Water Disputes: How to Prevent a War over the Nile River*, 2007, Vol. 4, Iss. 2, 4 Loy. U. Chi. Int'l L. Rev. 235, pp. 244-246.

Available at: <https://lawcommons.luc.edu/lucitr/vol4/iss2/4>

<sup>58</sup> Rosemann, Nils, *The UN Human Rights Norms for Business: Towards Legal Accountability*, 2005, Amnesty International, 3.3 Business' Human Rights Obligations, p. 14.

Available at: [http://www.humanrights.ch/upload/pdf/100202\\_rosemann\\_un\\_norms.pdf](http://www.humanrights.ch/upload/pdf/100202_rosemann_un_norms.pdf)

corporations and “the Norms clearly state that states remain the primary addressees of human rights law.”<sup>59</sup>

Whereas, according to the UN Human Rights Norms for Business by Amnesty International<sup>60</sup>, human rights obligations are mandatory in legal and moral terms for corporations, and they are obliged to water consumers affected by their decisions.<sup>61</sup>

The other solution is to identify water as a human right in the domestic law of the countries. Although “the right to water has not reached the status as international customary law, textual support has increased recognition of the right to water,”<sup>62</sup> and some countries the such as South Africa and Ethiopia have started to recognize the right to water in their national legal system.

Totally, in connection with the privatization of water, in addition to the opposition, which has briefly mentioned above, there are also positive comments that support the privatization of water. One of them is that, by applying human rights approaches to water privatization, it will point the positive achievements that will follow.

First of all, the application of the human rights approach to water privatization will reduce the injustice power between multinational corporations

---

<sup>59</sup> Petrova, Violeta, *All the Frontiers of the Rush for Blue Gold: Water Privatization and the Human Right to Water*, 2006, [J] Brooklyn Journal of International Law, Vol. 31, Iss. 2, p. 612.

Available at: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=bjil>

<sup>60</sup> Rosemann, Nils, *The UN Human Rights Norms for Business: Towards Legal Accountability*, 2005, Amnesty International, 3.3 Business’ Human Rights Obligations, p. 14.

Available at: [http://www.humanrights.ch/upload/pdf/100202\\_rosemann\\_un\\_norms.pdf](http://www.humanrights.ch/upload/pdf/100202_rosemann_un_norms.pdf)

<sup>61</sup> Petrova, Violeta, *All the Frontiers of the Rush for Blue Gold: Water Privatization and the Human Right to Water*, 2006, [J] Brooklyn Journal of International Law, Vol. 31, Iss. 2, p. 613.

Available at: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=bjil>

<sup>62</sup> Laudicina, Lee A., 2007, *Ibid*, p. 247.

and governments in developing countries, and also, it can increase the participation of local people as shareholders in the process of privatization of water, which has many positive benefits for both investors and communities.

The second positive achievement that the human rights approach has in privatizing water is that, since water recognized as a human right, it creates obligations for private companies as water providers, which helps to achieve the global goal of access to safe drinking water for everyone.<sup>63</sup>

Hence, considering the division of human rights into welfare and liberty rights, the right to water the same as other social rights has counted as welfare right. State's right to water should be by the doctrine of equitable utilization of water.

However, the problem is that this principle contains ambiguous standards such as the definition of equitable utilization and also the determination of the economic capability of states. The result is that although identifying water as a human right increases standards of living and reduces poverty, it has not been an effective mechanism for settling disputes between African countries, because there is no guarantee of sufficient and adequate implementation against co-riparian states.<sup>64</sup>

#### *4.2 State's Responsibilities for Foreign Investors Violations*<sup>65</sup>

These days of globalization and economic liberalization, the classic point of views about the main actors of international public law as the responsibility for human rights violations has changed.

Nowadays, not only in International law but other areas of International law the same as economic law, international environmental law, and human rights law, non-states actors are counted responsible for the human rights violations in both areas of International law.

One of the main reasons for conceding such a huge responsibility to these non-state actors is that the states have changed some of their traditional functions and they have been privatizing them. For example, states had some

---

<sup>63</sup> Petrova, Violeta, 2006, Ibid.

<sup>64</sup> Laudicina, Lee A., 2007, Ibid, pp. 244-248.

<sup>65</sup> (ETOs)

duties in supplying drinking water or ensuring about water quality, which has been given over to non-state actors, the same as private or transnational companies.

Sometimes these private companies which have the duties for the water supply and sanitation services could be a cause of human rights violation. In the beginning, a brief definition was provided by companies and their obligations regarding the right to water. Companies are independent legal entities with distinct personalities, rights, and duties and divided into two categories of commercial and non-commercial companies. Such companies and private sectors, through the production of goods and services, can have a great deal of impact on water resources, and somehow, they have been able to solve the water challenges in today's world.<sup>66</sup>

Although the international jurisdiction for legal entities has not fully developed, it should not be assumed that these companies do not have any legal obligations. Private companies, as legal entities and like the states, are committed to complying with the three principles of respect, protection, and realization of the right to water as a human right. The basis and origin of these obligations are the domestic laws and the rules of international law.<sup>67</sup> General Comment No. 15, in paragraph 33, states that not only states have obligations to respect and fulfill the right to water of individuals, but also corporations have this kind of commitments.<sup>68</sup> "Corporations can have a positive also, negative impact on the human rights of individuals, wider communities, and

---

<sup>66</sup> *The CEO Water Mandate*, an initiative by business leaders in partnership with the international community, In January 2011, this CEO Water Mandate document was amended to refer to the 2010 UN resolutions which recognize the human right to safe drinking water and sanitation, UN, New York.

Available at: [https://ceowatermandate.org/files/CEO\\_Water\\_Mandate.pdf](https://ceowatermandate.org/files/CEO_Water_Mandate.pdf)

<sup>67</sup> Letnar Cernic, Jernej, *Corporate Obligations Under the Human Right to Water*, 2011, Denver Journal of International Law and Policy, Vol. 39, No. 2, pp. 305-318.

Available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?Abstract\\_id=1792446https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?Abstract_id=1792446https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID)

<sup>68</sup> *General Comment No. 15: The Right to Water*, 2003, Ibid, (Contained in Document E/C.12/2002/11). Paragraph 33.

indigenous peoples.”<sup>69</sup> For instance, they may increase the price of their services (water and sanitation) or do some discriminations in distributing water provision, which is the violation of the non-discrimination and equality principle.<sup>70</sup>

As it has been mentioned before, non-discrimination and equality is one of the factors that are necessary for fulfilling the rights of water and sanitation. Also, it is ignoring the availability as one of the normative content which states should take it into account in the area of water and sanitation service provision.

On the other hand, there are some extractive industries in different areas of oil, gas, and mining, which by their activities could be another cause of human rights violations, because of their actions they can affect the availability of water for residents and water evacuation.

As it can be observed, due to the extractive industries activities, some of the normative contents such as physical accessibility, availability and the quality and safety of water and sanitation could be ignored while the states should consider these criteria. One of the main problems that exist in identifying human rights obligations for companies is that “individuals do not have recourse to enforce their human rights and ideals against corporations,”<sup>71</sup> because “a substantive obligation only arises when joined with a jurisdiction that can enforce it.”<sup>72</sup> About the behavior of private actors, states have two significant commitments. They should ensure that private corporations do not ignore the right to water in other countries and also the states should take

---

<sup>69</sup> Cernic, Jernej Letnar, *Corporate Obligations Under the Human Right to Water*, 2011, [J] Denver Journal of International Law and Policy, Vol. 39, No. 2, p. 305.

Available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?Abstract\\_id=1792446](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?Abstract_id=1792446)

<sup>70</sup> Cavallo, Gonzalo Aguilar, *The Human Right to Water and Sanitation: Going Beyond Corporate Social Responsibility*, 2013, Utrecht Journal of International and European Law, Merkourios, Vol. 29, Iss. 76, pp. 39-41.

Available at: <http://www.utrechtjournal.org/articles/abstract/10.5334/ujiel.bm/>

<sup>71</sup> Letnar Cernic, 2011, Ibid, p. 310.

<sup>72</sup> Letnar Cernic, 2011, Ibid, p. 310.

appropriate measures to prevent violations of the right to water by private actor's behavior.<sup>73</sup>

In general, it can say that the root or the primary source of corporate commitments derive from these factors, respectively: 1-National constitutions 2-International law 3-Unilateral arbitrary obligations by the corporations or private sectors.<sup>74</sup>

International law sources include conventions or International treaties, general legal principles, customs, judicial decisions and at the end of Judicial doctrine. Among these sources, it can mention to the decisions of some arbitration tribunals about the company's obligations to exercise the right to water as a human right, while the main international human rights instruments do not directly mention companies' legal obligations regarding the right to water.<sup>75</sup>

Regarding International responsibility in International law, in case of human rights violations by private companies, corporations, enterprises, or other parties, there are two kinds of International human rights instruments:

- (1) Binding international human rights instruments
- (2) Nonbinding international human rights instruments.

The legally binding international human rights instruments, directly have mentioned to the violations of human rights obligations by individuals or private companies, the same as: The Elimination of all forms of racial discrimination against women, the Convention on the rights of the child, and the no binding International human rights instrument in this field is the General Comment No. 15 on the right to water, recommended to its states parties to prevent the violations of the right to water as a human right to citizens, companies and other communities who are living in those areas, by other parties including private companies or citizens.

---

<sup>73</sup> Bluemel, 2004, Ibid, p. 998.

<sup>74</sup> Letnar Cernic, 2011, Ibid, p. 318.

<sup>75</sup> Letnar Cernic, 2011, Ibid, p. 324.



The two instruments are referring to human rights obligations indirectly.<sup>76</sup> The UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises about human rights was trying to address direct International responsibility to International companies for human rights violations or abuses.

Beside this instrument, we have some legally binding instruments in International Law, which have referred to the responsibility of legal persons. These instruments include: the Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil (1954), the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy (1960), the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage (1963), the Protocol of 1992 to Amend The International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, the Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, and The Global Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal.

Moreover, CESCR or The UN Committee on ESCR has affirmed a direct corporate responsibility in the human rights area, for the states and other actors, especially in the field of the right to water and sanitation. States and other actors to fulfill the right to water and sanitation have some responsibilities, for instance; they have a duty to assist or cooperate in providing and promoting the water and sanitation's situations in their territories or other countries.<sup>77</sup>

In addition to these documents, there are non-binding international instruments or soft law international documents, such as the Universal Declaration of Human Rights, which, in its Articles 29 and 30, respectively has recognized the respect for others' rights as a collective duty for all individuals<sup>78</sup> and also states: a group or person do not have any rights to take any action or partnership that is intended to destroy any of the rights and freedoms outlined in this declaration.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Cavallo, 2013, Ibid, pp. 44-45.

<sup>77</sup> Cavallo, 2013, Ibid, pp. 62-64.

<sup>78</sup> UDHR, published by the United Nations, 2015, Article 29.

Available at: [http://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr\\_booklet\\_en\\_web.pdf](http://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf)

<sup>79</sup> Ibid, Article 30.

In this regard, the company's obligations in relation to the promotion, respect, and protection of human rights principles listed in these documents: The OECD<sup>80</sup> Guidelines for Multinational Enterprises in 1976, which is the second part that is related to the general policies states that Multinational Enterprises should "Respect the human rights of those affected by their activities consistent with the host government's international obligations and commitments".<sup>81</sup> The 2003 UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Corporations and Other Business Enterprises in its first paragraph states: "transnational corporations and other business enterprises have an obligation to promote, secure the fulfillment of, respect, ensure respect of and protect human rights recognized in international as well as national law".<sup>82</sup>

The ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, in principle 9, states: all members which include states and multinational companies as well, should have the contribution to the realization of the Fundamental Principles and Rights at work which have mentioned in 1998 ILO Declaration.<sup>83</sup>

In addition to Legally binding and non-binding international human rights instruments as sources of human rights obligations related to the right to

---

<sup>80</sup> The Organization for Economic Co-operation and Development

<sup>81</sup> *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, published on the responsibility of the Secretary-General of the OECD, p. 14.

Available at: <https://www.oecd.org/corporate/mne/1922428.pdf>

<sup>82</sup> Weissbrodt, David, Kruger, Muria, *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, 2003, [J] American Journal of International Law. 97, p. 912.

Available at: [https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1247&context=faculty\\_articles](https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1247&context=faculty_articles)

<sup>83</sup> *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, Governing Body of the International Labour Office at its 204<sup>th</sup> Session (Geneva, November 1977) and amended at its 279<sup>th</sup> (November 2000), 295<sup>th</sup> (March 2006) and 329<sup>th</sup> (March 2017) Sessions, International Labour Office Geneva.

Available at: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_emp/---emp\\_ent/---multi/documents/publication/wcms\\_094386.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf)

water, the third source of human rights obligations (right to water) for companies is arbitrary, unilateral obligations by the corporations or private sectors which has been recognized as codes of conduct. Both the Organization for Economic Co-operation and Development<sup>84</sup> and the ILO Tripartite Declaration<sup>85</sup>, have provided some definitions of codes of conduct.

The rules, norms, and principles contained in the codes of conduct originated from international human rights law, so many companies have adopted the codes of conduct in their guidelines, to ensure that their actions are according to the right to water principles and they take responsibility for the activities.

For example, Pepsi corporation was one of the companies which has officially assumed responsibility in its code of conduct for ensuring that its actions comply with the principles and rules of human rights to water, therefore, the UN Global Compact, in order to assist companies in developing, implementing and clarifying sustainable water policies and practices, has established the CEO Water Mandate.<sup>86</sup>

The corporate human rights obligations under the right to water, are the same as states obligations based on traditional doctrines of human rights, as the UN Norms for corporations also has addressed these obligations which include: the obligation to respect, obligation to protect and obligation to fulfill

---

<sup>84</sup> *Codes of corporate conduct: An Inventory, Working Party of the Trade Committee*, 1999, Organization for Economic Co-operation and Development TD/TC/WP (98)74/FINAL, p. 5.

Available at: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?Doclanguage=en&cote=td/tc/wp\(98\)74/final](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?Doclanguage=en&cote=td/tc/wp(98)74/final)

<sup>85</sup> International Labour Organization, Working Party on the Social Dimensions of the Liberalization of International Trade, *Overview of global developments and Office activities concerning codes of conduct, social labelling and other private sector initiatives addressing labour issues*, November 1998, GB.273/WP/SDL/1(Rev.1), 273<sup>rd</sup> Session, Geneva.

Available at: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/gb/docs/gb273/sdl-1.htm>

<sup>86</sup> Letnar Cernic, 2011, *Ibid*, pp. 328-330.

the right to water.<sup>87</sup> The corporations must commit to these obligations within the framework of their actions and the effects, without any interfering or violating the human rights of the others, which means the obligation to respect.

To guarantee the obligation to respect the realization of the right to water by corporations, they should identify the right to water continuously in their policies and decisions.

Also, they should use the monitoring systems to monitor the human rights situation in the countries where these companies operate in them.

The purpose of monitoring corporate performance is to ensure that the policies applied by these companies are not in contradiction with the right to water.<sup>88</sup> The obligation to protect under the right to water has two aspects of internal and external. In the internal dimension, companies have a commitment to protecting the human right of people with regard to the right to water in their activities and the external dimension, the obligation to protect the right to water for companies, means corporations in relation to their business partners should protect the human rights of individuals and territorial integrity the same as local communities.

Finally, it is a commitment to realize human rights by which companies must decrease the human rights violations by assisting the state government in fulfilling their obligations. The obligation to fulfill contains some measures to ensure the availability, accessibility, and affordability of the right to water in international and external activities.<sup>89</sup>

The duties set forth by the World Health Organization for national and multinational companies regarding the right to water and based on the purpose of forming the company may include: “advance the provision of services so

---

<sup>87</sup> *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, Approved August 13, 2003, by U.N. Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights resolution 2003/16, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/L.11 at 52(2003).

Available at: <http://hrlibrary.umn.edu/links/norms-Aug2003.html>

<sup>88</sup> Letnar Cernic, 2011, *Ibid*, p. 338.

<sup>89</sup> Letnar Cernic, 2011, *Ibid*, pp. 338-341.

that the number of people served should always increase; establish sustainable policies towards water conservation for its own activities; use differential cost-recovery/progressive pricing to contribute to increasing coverage; ensure equity in reliability of services; give priority to supplies for the most marginalized communities; establish a responsible disconnection policy; ensure the participation of citizens in decision-making; provide clear and accurate information to all users”.<sup>90</sup>

As a final result of this discussion, it can be argued that, despite the sources of corporate human rights obligations regarding right to water, which includes domestic laws, international laws and unilateral, arbitrary obligations by the corporations or private sectors respectively, have mentioned in these sources, the exact commitments of corporations in support of the right to water are not transparent. Despite all of the progress that we had in International human rights law about the private corporate responsibilities, because of human rights violations, still, it has not clarified the statute of corporates responsibilities for human rights violations directly or explicitly.

So, although there is no barrier for recognizing the international responsibility, because of violations or abuses of the right to water, the necessity of the existence of regulations, state practice and opinion Juris in this area are needed.<sup>91</sup>

## Chapter 5. Conclusion

One of the essential human rights approaches to the UN Watercourses Convention is expanding the concept of international responsibility of States that governs the UNWC. This means that not only states have international responsibility on the contrary, but also it extends the responsibility of states to individuals too.

---

<sup>90</sup> *The Right to water*, World Health Organization, Health and human rights publication series; No. 3., 2003, p. 36.

Available at: [http://www.who.int/water\\_sanitation\\_health/en/righttowater.pdf](http://www.who.int/water_sanitation_health/en/righttowater.pdf)

<sup>91</sup> Cavallo, 2013, Ibid, p. 64.

So, according to the International human rights regimes and especially the CESC, states have the affirmative obligation<sup>92</sup> to protect, respect and fulfill human rights and more specifically, in this case, the right to water and sanitation which is a fundamental right for the realization of the other human rights.

Moreover, also, states and in particular, the riparian states, must prevent the violation of human rights in the other countries, even when they apply the principles of UNWC. For example, in the states with transboundary waters, any new decisions related to the water policies, water development plans, infrastructure projects, and privatization of water services will affect the people living along international watercourses, while they do not have so many opportunities to participate in watershed decision making. Countries through the Legitimize in IWL and also promotion in public participation in watershed management decisions will be able to modify international management and reduce potential conflicts on water issues.<sup>93</sup> Besides, legislation on International Water Law has led to an increase in international cooperation and equity on the utilization and exploitation of shared water sources. Also, the riparian states

---

<sup>92</sup> Due diligence: “*Due diligence is a well-known and accepted concept in international environmental law. In this field of law, due diligence has the meaning that legal subjects of international law must behave in such a way as to ensure that no damage will occur to the environment of other States or other areas, as a result of the activities under their jurisdiction and control. The principle of due diligence is present in a number of elements of international environmental law, for example notification, consultation and environmental impact assessment*”. Flemme, Maria, *Due Diligence in International Law*, 2004, Faculty of Law, University of Lund, p. 39.

Available at: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?Func=downloadFile&recordOld=1557482&fileOld=1564336>

<sup>93</sup> Bruch, Carl, Jansky, Libor, Nakayama, Mikiyasu and Kazimierz A. Salewicz, *Public participation in the governance of international freshwater resources (Water Resources Management and Policy)*, 2005, United Nations University Press, p. 3.

Available at: <http://archive.unu.edu/unupress/sample-chapters/publicparticipationGIFR.pdf>

can refer to these rules as evidence in their negotiations, the resolution of disputes, and agreements over the shared water sources.<sup>94</sup>

Riparian states should apply the rules and principles of the UNWC, Considering the basic human needs. Provided, the Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International watercourses and also International customary water law, unfortunately, do not have adequate support for fulfilling the basic human needs, and inaction, there are not appropriate enforcement guarantees.

By stopping the process of constructing dams on transboundary rivers, other basic human needs, and human rights both will protect mainly if the population who are living in the basins were mostly reliant on the river water for fulfilling their basic needs the same as accessing water for drinking, agriculture, sanitation or domestic uses.

Human Rights and International water law, both include rights and duties for states. So, States must comply with IWL and human rights obligations to fulfill the human rights of people living on their territories or protect them from the (in)action of a state, which may violate their human rights. Within the framework of existing transboundary water agreements between states and through the collaborative structures in those agreements, new issues and neglected issues can examine, and consequently, in the form of new independent agreements or as an attachment to the existing contracts can be raised and used. Nevertheless, the implementation of human rights in international transboundary water law have some results which relate to the deficiencies in the field.

The first one is that in the field of water legislation in international law, still there is ambiguity in nature of provisions, and there are many weaknesses, in the substantive stipulations primarily related to the sanitation.<sup>95</sup> It seems that

---

<sup>94</sup> McCaffrey, Stephen, *The codification of universal norms: a means to promote cooperation and equity?*, 2013, International Law and Freshwater: The multiple challenges, Edward Elgar Publishing Limited, p. 139.

<sup>95</sup> Cahill-Ripley, Amanda, *the human right to water and its application in the occupied Palestinian territories*, 2011, Routledge, p. 178.

one of the most important reasons behind the lack of attention to human rights issues in the transboundary water agreements is the lack of provisions concerning the right to water. It is understood that in the first stage, the legal standing of the right to water as an independent human right must be legally promoted.

Moreover, in the second phase, as some scholars have suggested, to improve the existing situation of the right to water, the “advances in remedy for economic and social rights as a whole” should be implemented.<sup>96</sup> The second problem, as it has been mentioned before is that the private corporate responsibilities, in International human rights law, because of human rights violations, still, has not clarified the statute of corporates responsibilities for human rights violations directly or explicitly.

So, although there is no barrier for recognizing the international responsibility, because of the violations or abuses of the right to water, the necessity of the existence of regulations, state practice and opinion Juris in this area are needed.<sup>97</sup>

Another major problem encountered in most of the international treaties on transboundary water is that it does not provide an effective, adequate and immediate compensation mechanism for human rights violations, or if such a mechanism has been predicted, they are not as effective or efficient.

It seems that governments should explicitly and specifically refer to the public participation, principle in their transboundary waters agreements, and in their domestic water governance should clarify the type of public participation and also this question that which people should participate or which groups of the individual should be involved in the decision-making procedures. Finally, the countries, to the actual implementation of public participation obligations in both areas of international and domestic law, should do more empirical research.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> Cahill-Ripley, 2011, Ibid, p. 189.

<sup>97</sup> Cavallo, 2013, Ibid, p. 64.

<sup>98</sup> SPIJKERS, Otto, LI, Xian, DAI, Liping, *Public Participation in China's Water Governance*, 2018, [J] Chinese Journal of Environmental Law 2, pp. 55-56.





# Prospects for Amicus Curiae Under the Annex to the 1997 Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses \*

การค้นคว้าที่ปรึกษาของศาลภายใต้ภาคผนวกของอนุสัญญา  
ว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ลำนํ้าระหว่างประเทศ  
ที่มีใช้เพื่อการเดินเรือ ค.ศ. 1997

Andrew Vajhuabmuas Vangh \*\*  
แอนดรูว์ วาฮูมัวส์ วัง

## Abstract

As global demand for water resources increase for limited supplies, disputes may arise between States which share international watercourses. In the law of international watercourses, when States are unable to settle disputes through

---

\* *วันที่รับบทความ (Received):* 11 เมษายน 2562; *วันที่แก้ไขบทความ (Revised):* 1 ตุลาคม 2562; *วันที่ตอบรับบทความ (Accepted):* 23 ตุลาคม 2562

This article is part of ongoing doctoral student research by Andrew Vajhuabmuas Vangh. This article in its entirety or portions of this article may be republished in the final doctoral thesis of Andrew Vajhuabmuas Vangh.

\*\* B.S., Applied Economics, B.A.S., Construction Management, University of Minnesota. J.D., Mitchell-Hamline School of Law. M.B.A., Hamline University School of Business, Ph.D. Candidate, International Law, China International Water Law (CIWL), School of Law, Xiamen University, 422 Siming South Road, Xiamen, Fujian, PRC 361005, Phone Number: 8615959282797, Supervised by Professor Chen Huiping.

The author also wishes to express his gratitude to his current and former colleagues at School of Law, Xiamen University: Aidana Aldiyarova (Ph.D.), Md. Mehedi Hasan (Ph.D.), Nabaat Mahbub (Ph.D.), Farnaz Shirani Bidabadi (Ph.D. Candidate), Michael Gavin Johnston (Ph.D. Candidate), Palmer Prince Dagadu (Ph.D. Candidate), and Agyekum Essien Barima (L.L.M.), for their valuable comments on earlier drafts of this article.

E-mail: [avangh@gmail.com](mailto:avangh@gmail.com)

“diplomatic” methods, they may resort to international courts and tribunals. A recent trend in water-related disputes submitted to international courts and tribunals has been participated by non-parties as amicus curiae. This procedural tool of international courts and tribunals is not customary international law, nor is it a procedural tool common to all States. The 1997 Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses came into force on August 17, 2014. The convention includes optional recourse to arbitration and an annex of procedural rules for arbitration. However, the annex to the convention provides no express provision for amicus curiae. This article reviews whether an arbitral tribunal constituted under the annex may accept amicus curiae submissions based on the rules and practice of selected international courts and tribunals. This article concludes that based on the rules and practice of selected international courts and tribunals, an arbitral tribunal following the procedures in the annex to the convention will most likely find the discretion to accept amicus curiae submissions under its general procedural powers, however notions of public participation may be explored that may further support the acceptance of amicus curiae submissions.

**Keywords:** Amicus Curiae, Dispute, International, Public Participation, Water

### บทคัดย่อ

เนื่องจากความต้องการใช้ทรัพยากรน้ำสูงขึ้นแต่ปริมาณน้ำมีจำกัด ข้อพิพาทระหว่างรัฐที่ใช้แหล่งน้ำระหว่างประเทศร่วมกันจึงอาจเกิดขึ้นได้ ในกฎหมายลำนํ้าระหว่างประเทศ เมื่อรัฐไม่สามารถระงับข้อพิพาทผ่านวิธีการทูต รัฐเหล่านั้นอาจระงับข้อพิพาททางศาลหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แนวโน้มล่าสุดของข้อพิพาทที่เกี่ยวกับน้ำซึ่งถูกเสนอต่ออนุญาโตตุลาการหรือศาลระหว่างประเทศเพื่อระงับข้อพิพาทมักจะมีที่ปรึกษาของศาล (Amicus Curiae) ที่มีใช้คู่ความเข้ามามีส่วนร่วม เครื่องมือพิจารณาคดีดังกล่าวไม่ใช่ทั้งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและไม่ใช่แนวทางการพิจารณาคดีร่วมกันของทุกรัฐ อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ลำนํ้าระหว่างประเทศที่มีใช้เพื่อการเดินเรือ ค.ศ. 1997 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 17 สิงหาคม 2557 ประกอบด้วยบทบัญญัติเกี่ยวกับการขอความช่วยเหลือทางเลือกต่ออนุญาโตตุลาการและภาคผนวกว่าด้วยกฎกระบวนการพิจารณาสำหรับอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม ภาคผนวกดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับการเสนอที่ปรึกษาของศาล

บทความนี้จึงมุ่งที่จะทบทวนให้เห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการที่ถูกตั้งขึ้นภายใต้ภาคผนวกอาจยอมรับข้อเสนอสองที่ปรึกษาของศาลตามกฎหมายเกณฑ์และทางปฏิบัติเกี่ยวกับศาลหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ถูกคัดเลือกได้หรือไม่ บทความนี้ได้สรุปว่าตามกฎหมายและวิธีปฏิบัติของศาลหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ถูกคัดเลือกขึ้นมานั้นจะต้องใช้ดุลพินิจในการยอมรับและพิจารณาข้อเสนอดังที่ปรึกษาของศาลภายใต้อำนาจกระบวนการพิจารณาโดยทั่วไป อย่างไรก็ตาม แนวคิดที่ว่าด้วยการมีส่วนร่วมของประชาชนอาจถูกนำมาวินิจฉัยสนับสนุนในอนาคตสำหรับการยอมรับและการพิจารณาข้อเสนอสองที่ปรึกษาของศาล

**คำสำคัญ:** ที่ปรึกษาของศาล, ข้อพิพาท, ระหว่างประเทศ, การมีส่วนร่วมของประชาชน, น้ำ

## 1. Introduction

Water is at the center of sustainability for human beings and human development.<sup>1</sup> The global population tripled during the 20<sup>th</sup> century, but the use of water increased by six times during the same period.<sup>2</sup> All human enterprises (food and agriculture, energy, industry, and human settlement)<sup>3</sup> and ecosystems require the use of water directly or indirectly.<sup>4</sup> By 2050, the world's population is estimated to increase to between 9.4 billion and 10.2 billion.<sup>5</sup> As the global population grows, so will the demand for food and agriculture, energy, industry, and human settlement,<sup>6</sup> and the demand for the use of water will also increase as well,<sup>7</sup> putting increasing strain on ecosystems. The current global population withdraws an estimated 4,600 cubic kilometers of water per year, an amount already near maximum sustainable levels.<sup>8</sup> However, by 2050, global water withdrawal is expected to increase by 20%-30%.<sup>9</sup> The Earth's water is finite, all

---

<sup>1</sup> The World Bank, 'Water, Overview - Context.' (*The World Bank*, 2019) <<http://www.worldbank.org/en/topic/water/overview>>; The World Bank, *Water Resources Sector Strategy: Strategic Directions for World Bank Engagement* (The World Bank 2004) 7; 'Report of the United Nations Conference on Environment and Development' (United Nations 1993) UN Doc A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I) 3-8, 275-314.

<sup>2</sup> The World Bank, *Water Resources Sector Strategy: Strategic Directions for World Bank Engagement* (n 4) 5.

<sup>3</sup> WWAP, *The United Nations World Water Development Report 4: Managing Water Under Uncertainty and Risk*, vol. 1 (UNESCO 2012).

<sup>4</sup> WWAP, *The United Nations World Water Development Report 3: Water in a Changing World* (UNESCO 2009) 166.

<sup>5</sup> WWAP, *The United Nations World Water Development Report 2018: Nature-Based Solutions for Water* (UNESCO 2018) 10-11.

<sup>6</sup> WWAP, *The United Nations World Water Development Report 4: Managing Water Under Uncertainty and Risk* (n 6) 45.

<sup>7</sup> WWAP, *The United Nations World Water Development Report 2018: Nature-Based Solutions for Water* (n 8) 10.

<sup>8</sup> WWAP, *The United Nations World Water Development Report 2018: Nature-Based Solutions for Water* (n 8) 11, 13.

<sup>9</sup> WWAP, *The United Nations World Water Development Report 2018: Nature-Based Solutions for Water* (n 8) 11.

water that exists is all that there will ever be.<sup>10</sup> The water we use today is the same water used by ancient civilizations thousands of years ago.<sup>11</sup> There are an estimated 1,386 million cubic kilometers of water in the whole world.<sup>12</sup> However, only 2.5% of this water is freshwater fit for human sustainability and development.<sup>13</sup> This water supply<sup>14</sup> is unevenly distributed in various water resources around the world. The majority of the Earth's freshwater is held in glaciers (68.7%) or is groundwater and permafrost (30.9%).<sup>15</sup> Less than 0.4% is surface water such as lakes, rivers, wetlands, and reservoirs, from which most humans have relied upon for much of human history.<sup>16</sup> These water resources are sustained or diminished by a complex global interaction between processes in the atmosphere, land surface, and subsurface known as the hydrologic cycle.<sup>17</sup> When there is a system of surface waters and groundwaters constituting by virtue of their physical relationship a unitary whole and normally flowing into a common

---

<sup>10</sup> Stephen C McCaffrey, *The Law of International Watercourses* (2<sup>nd</sup> edn, Oxford University Press 2007) 4.

<sup>11</sup> McCaffrey (n 13) 4.

<sup>12</sup> USGS, 'Where Is Earth's Water?' (*USGS Water-Science School*, 2 December 2016) <<https://water.usgs.gov/edu/earthwherewater.html>>.

<sup>13</sup> Laurence Boisson de Chazournes, *Fresh Water in International Law* (Oxford University Press 2013) 1; WWAP, *The United Nations World Water Development Report 2: Water, A Shared Responsibility* (UNESCO 2006) 121.

<sup>14</sup> Water supply may be defined as "quantities of acceptable quality water for sustaining livelihoods, human well-being, and socio-economic development, for ensuring protection against water-borne pollution and water-related disasters, and for preserving ecosystems in a climate of peace and political stability." - UN-Water, 'What Is Water Security? Infographic.' (*UN-Water*, 8 May 2013) <<http://www.unwater.org/publications/water-security-infographic/>>.

<sup>15</sup> WWAP, *The United Nations World Water Development Report 2: Water, A Shared Responsibility* (n 16) 121.

<sup>16</sup> USGS (n 15); WWAP, *The United Nations World Water Development Report 2: Water, A Shared Responsibility* (n 16) 121.

<sup>17</sup> McCaffrey (n 13) 24–25; M Pidwirny, 'The Hydrologic Cycle.' (*Fundamentals of Physical Geography, 2nd Edition*, 2018) <<http://www.physicalgeography.net/fundamentals/8b.html>>.

terminus, it may be called a watercourse.<sup>18</sup> Watercourses are one of the water resources used by States to satisfy the water requirements for the uses of those living within its national borders.<sup>19</sup>

It is often the case that the ingenuity of human beings alter the natural flow of one or several watercourses, through feats great and small to maintain a stable quantity and quality of water for when and where they should need and want it.<sup>20</sup> Ideally, every community, every State, on its own, would have all the water it needs and wants, in adequate quantity and quality, at the time desired. However, the reality is that States have imposed political borders upon watercourses in such a way that hundreds of known watercourses flow contiguously, successively or both contiguously and successively between more than one State.<sup>21</sup> This trans-boundary nature has given hundreds of watercourses an international<sup>22</sup> characteristic as those watercourses are claimed for uses by more than one State such that the uses of water from an international watercourse by any one State will implicate international substantive and procedural obligations and have consequences in the quantity and quality of water available in any other State that shares the same watercourse or watercourses. As more and more demands are placed upon a watercourse shared by two or more States, tensions between uses may arise with another State or States that share the watercourse or watercourses and mature into an

---

<sup>18</sup> “‘Watercourse’ means a system of surface waters and groundwaters constituting by virtue of their physical relationship a unitary whole and normally flowing into a common terminus” - Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses 1997 (I-52106) art. 2(a).

<sup>19</sup> USGS, ‘How Much Water Is There on Earth?’ (*USGS Water Science School*, 2 December 2016) <<https://water.usgs.gov/edu/earthhowmuch.html>>; Boisson de Chazournes, *Fresh Water in International Law* (n 16) 8; McCaffrey (n 13) 24–25.

<sup>20</sup> WWAP, *The United Nations World Water Development Report 3: Water in a Changing World* (n 7) 129–130, 162.

<sup>21</sup> WWAP, *The United Nations World Water Development Report 2018: Nature-Based Solutions for Water* (n 8) 107.

<sup>22</sup> “‘International watercourse’ means a watercourse, parts of which are situated in different States” - UNWC art. 2(b).

international dispute.<sup>23</sup> In the event of an international dispute, States are under an obligation to settle their disputes by peaceful means that will maintain peace and security between users and uses.<sup>24</sup> This may include the use of international courts and tribunals.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> The term “dispute” is often used in treaties without definition. In several scholarly works, the term is often used interchangeably with the term conflict. In other works, a dispute is also often assumed and emphasis is placed on the process of dispute prevention or settlement. The terms conflict and dispute are related, but are not the same. Commentary to the Charter of the United Nations states a dispute arises, “when a State addresses specific claims to another State, which the latter rejects.” - Bruno Simma and others (eds), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, vol. 1 (3<sup>rd</sup> edn, Oxford University Press 2012) 192. The Permanent Court of International Justice in the *Mavromattis Palestine Concessions* case defined a dispute as, “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between two persons.” - *Mavromattis Palestine Concessions (Greece v UK), Judgment* (Aug. 30) 1924 PCIJ Ser No. 2 (PCIJ) 11. Merrills defines a dispute as “a specific disagreement concerning a matter of fact, law or policy in which a claim or assertion of one party is met with refusal, counter claim or denial by another.” - JG Merrills, *International Dispute Settlement* (Cambridge University Press 2005) 1. Black’s Law Dictionary defines dispute as, “A conflict or controversy, especially one that has given rise to a particular lawsuit.” - Bryan A Garner (ed), *Black’s Law Dictionary* (4<sup>th</sup> edn, West Publishing Co 1996) 240. In the non-navigational uses of international watercourses, some scholars have provided a limited definition, “Thus, for the purpose of this study the term ‘water dispute’ will be limited to those conflicts involving the use of transboundary water resources, both surface and ground waters. However, it will be treated broadly enough to cover any conflict of views or of interests that takes the form of opposing claims between the states involved, ‘justiciable’ as well as ‘non-justiciable’ disputes, which can be resolved through all available means of dispute settlement.” - Vinogradov, Wouters and Jones (n 85) 26.

<sup>24</sup> Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice 1945 (1 UNTS XVI) art. 1(1), 2(3), 33(1).

<sup>25</sup> Laurence Boisson de Chazournes, ‘The Permanent Court of International Justice, The International Court of Justice and International Water Law: Versatility in Consistency’, *The Research Handbook on International Water Law* (Edward Elgar Publishing 2019) 285; Laurence Boisson de Chazournes, ‘The Settlement of Disputes through Judicial Means (Article 33(10) and the Annex on Arbitration)’ in Laurence Boisson de Chazournes and



International disputes involving international watercourses reflect the versatility of water and its uses through the variety of disputes that occur.<sup>26</sup> Allocating water between its competing uses is a balancing of values<sup>27</sup> whether sociological, ecological, cultural, or economic.<sup>28</sup> Specific values may be well represented in the forum in which the international watercourse dispute is being settled such as investment protection and trade policies, but other values may not, such as the environment and sustainability. In balancing values to reach a proper determination of a case before them, international courts and tribunals have various procedural tools available to provide perspectives, arguments, or expertise on disputes before them. A recent trend in water-related disputes submitted to international courts and tribunals has been increasing participation by non-parties to the dispute in the form of *amicus curiae*.<sup>29</sup>

*Amicus curiae* is Latin for “friend of the court.”<sup>30</sup> It is a procedural tool of courts and tribunals.<sup>31</sup> There is no one definition of the scope and content

---

others (eds), *The UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses: A Commentary* (Oxford University Press 2018) 568.

<sup>26</sup> Boisson de Chazournes, *Fresh Water in International Law* (n 16) 198.

<sup>27</sup> Eyal Benvenisti, ‘The Role of Third Parties in Promoting Collective Action Among Riparians’ in The International Bureau of the PCA (ed), *Resolution of International Water Disputes (PCA/Peace Palace Papers)* (Kluwer Law International 2003) 203.

<sup>28</sup> Boisson de Chazournes, *Fresh Water in International Law* (n 16) 198.

<sup>29</sup> Boisson de Chazournes, *Fresh Water in International Law* (n 16) 218–226; Makane Moïse Mbengue and Mara Tignino, ‘Transparency, Public Participation, and Amicus Curiae in Water Disputes’ in Edith Brown Weiss, Laurence Boisson de Chazournes and Nathalie Bernasconi-Osterwalder (eds), *Fresh Water and International Economic Law* (Oxford University Press 2005) 367–405; Attila Tanzi and Cesare Pitea, ‘Emerging Trends in the Role of Non-State Actors in International Water Disputes’ in The International Bureau of the PCA (ed), *Resolution of International Water Disputes (PCA/Peace Palace Papers)* (Kluwer Law International 2003) 286–297.

<sup>30</sup> Philippe J Sands and Ruth Mackenzie, ‘International Courts and Tribunals, Amicus Curiae’ in Rüdiger Wolfrum (ed), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press 2012) 519.

of amicus curiae.<sup>32</sup> However, amicus curiae may generally be characterized as a procedural tool of a court or tribunal whereby a non-party to a dispute provides perspectives, arguments, or expertise that can assist the court or tribunal in the administration of its duties.<sup>33</sup> Amici are not considered a party to a dispute<sup>34</sup> and participate at the discretion of the court or tribunal.<sup>35</sup> Therefore, amici are without the same substantive and procedural rights as a party<sup>36</sup> and are not bound by the judgment of the court or tribunal.<sup>37</sup> Participation as amicus curiae may take different forms from the submission of briefs to oral testimony. Generally, anyone may participate as amicus curiae, however this is subject to the court or tribunal's discretion. Upon the completion of the submission, amicus curiae participation is considered over, there is no requirement that a court or tribunal consider the submission.<sup>38</sup>

In the non-navigational uses of international watercourses, the *1997 Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses* ("UNWC") does not expressly address amicus curiae in the convention. Adopted by resolution A/RES/51/229 on May 21, 1997, and entering into force on August 17, 2014,<sup>39</sup> the UNWC is a framework convention of universal effect<sup>40</sup> that is

---

<sup>31</sup> Astrid Wiik, *Amicus Curiae Before International Courts and Tribunals* (Nomos Verlagsgesellschaft 2018) 123–126.

<sup>32</sup> Wiik (n 34) 33; Sands and Mackenzie (n 33) 519.

<sup>33</sup> Wiik (n 34) 22–29; Sands and Mackenzie (n 33) 519–520; Lance Bartholomeusz, 'The Amicus Curiae Before International Courts and Tribunals' (2005) 5 *Non-State Actors and International Law* 209, 211.

<sup>34</sup> Gernot Biehler, *Procedures in International Law* (Springer-Verlag 2008) 181–183; Bartholomeusz (n 36) 209.

<sup>35</sup> Bartholomeusz (n 36) 44.

<sup>36</sup> Wiik (n 34) 126; Bartholomeusz (n 36) 273.

<sup>37</sup> Wiik (n 34) 546.

<sup>38</sup> Helen A Anderson, 'Frenemies of the Court: The Many Faces of Amicus Curiae' (2014) 49 *URichLRev* 361, 389–390.

<sup>39</sup> *Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses 1997* (UN Doc A/RES/51/229).

<sup>40</sup> Patricia Wouters, 'Universal and Regional Approaches to Resolving International Water Disputes: What Lessons Learned from State Practice?' in *The International Bureau of*

intended to “ensure the utilization, development, conservation, management and protection of international watercourses and the promotion of the optimal and sustainable utilization thereof for present and future generations.”<sup>41</sup> The UNWC consists of 37 articles that are a codification of substantive and procedural principles<sup>42</sup> that when cooperatively implemented as a whole, serve to regulate the use of international watercourses and avoid disputes.<sup>43</sup> Those principles being equitable and reasonable utilization, prevention of significant harm, and prior notification of planned measures.<sup>44</sup> These principles are supported by other principles such as cooperation and information exchange.<sup>45</sup> If a dispute does arise regarding the interpretation and application of the UNWC’s principles, Article 33 of the UNWC reiterates the general obligation of States to settle their disputes peacefully under Article 2(3) and Article 33(1) of the Charter of the United Nations.<sup>46</sup> The settlement of disputes under Article 33 of the UNWC is

---

the PCA (ed), *Resolution of International Water Disputes (PCA/Peace Palace Papers)* (Kluwer Law International 2003) 119.

<sup>41</sup> UNWC pmb.

<sup>42</sup> UNWC art. 1-37.

<sup>43</sup> Ruth Lapidoth, ‘Dispute Settlement Under the 1997 Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses’ (2000) 75 ILS 231.

<sup>44</sup> Dr Stephen McCaffrey, ‘The Entry into Force of the 1997 Watercourses Convention.’ (*International Water Law Project Blog*, 26 June 2014) <<https://www.internationalwaterlaw.org/blog/2014/05/25/dr-stephen-mccaffrey-the-entry-into-force-of-the-1997-watercourses-convention/>>.

<sup>45</sup> Muhammad Mizanur Rahaman, ‘Principles of International Water Law: Creating Effective Transboundary Water Resources Management’ (2009) 1 IJSSoc 207, 212–213.

<sup>46</sup> Robert Rosenstock, ‘The Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses’ in ILC (ed), *Yearbook of the International Law Commission 1994: Report of the Commission to the General Assembly on the Work of Its Forty-Sixth Session A/CN.4/SER.A/1994/Add.I (Part 2)*, vol. 2(2) (United Nations 1996) 134, art. 33, cmt 1 <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/8\\_3\\_1994.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/8_3_1994.pdf)>; Jens Evensen, ‘The Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses A/CN.4/367: First Report on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, by Mr. Jens Evensen, Special Rapporteur’ in ILC (ed), *Yearbook of the International Law Commission 1983: Documents of the Thirty-fifth Session A/CN.4/SER.A/1983/Add.I (Part 1)*,

residual and applies where the parties to the dispute do not have an applicable agreement for dispute settlement otherwise.<sup>47</sup> The means of dispute settlement under the UNWC include optional recourse to arbitration<sup>48</sup> which is complemented by optional procedural rules codified in the Annex to the UNWC (“Annex”).<sup>49</sup> However, the Annex has no express provision regulating amicus curiae participation.

This article explores whether an arbitral tribunal constituted under the Annex has the authority to accept amicus curiae submissions under the optional arbitration procedures codified in the Annex based on the rules and practice of selected international courts and tribunal. This article will first provide a brief overview of the origins of amicus curiae. Secondly, this article draw upon the empirical work of various scholars<sup>50</sup> and briefly illustrate the rules and practice of selected international courts and tribunals to determine general criteria for the acceptance of submissions from amicus curiae. Thirdly, this article will analyze this criterion under the Annex to determine whether an arbitral tribunal following the procedures under the Annex may accept amicus curiae submissions; and fourthly, recommend consideration of other factors such as the principle of public participation for the acceptance of amicus curiae submissions.

This article concludes that based on the rules and practice of selected international courts and tribunals, an arbitral tribunal following the procedures

---

vol. 2(1) (United Nations 1983) 190, art. 31, cmt 207

<[http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1983\\_v2\\_p1.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1983_v2_p1.pdf)>; United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 (1833 UNTS 397) art. 279-280; Attila Tanzi and Cristina Contartese, ‘Dispute Prevention, Dispute Settlement and Implementation Facilitation in International Water Law: The Added Value of the Establishment of an Implementation Mechanism Under the Water Convention’ in Attila Tanzi and others (eds), *The UNECE Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes: Its Contribution to International Water Cooperation* (Koninklijke Brill NV 2015) 324–325.

<sup>47</sup> Rosenstock (n 49) 134, art. 33, cmt 1.

<sup>48</sup> UNWC art. 33(10).

<sup>49</sup> UNWC ann.

<sup>50</sup> Wiik (n 34); Sands and Mackenzie (n 33); Bartholomeusz (n 36).

in the Annex will most likely be able to accept amicus curiae submissions under its general procedural powers. However, notions of public participation need to be explored that may further support the acceptance of amicus curiae submissions in the context of the UNWC.

## 2. Methodology

This research will utilize the formal sources of international law to make its conclusions: treaties, customary international law, general principles of law, judicial and arbitral decisions, and the teachings of the most highly qualified publicists.<sup>51</sup> This approach is supported by the practice of the ICJ.<sup>52</sup> In addition to the formal sources of international law, this research will utilize other binding and non-binding sources such as “resolutions and declarations of international organizations and international conferences having an impact on the progressive development of international law...”<sup>53</sup> In analyzing these sources, this research bears in mind to accommodate the structural preferences for argument of dispute settlement institutions in order to develop its conclusions. For example, although there is no established hierarchy of sources in international law, the ICJ prefers to invoke treaties first in its reasoning.<sup>54</sup> This research will also cross reference between different sources as well as fields of law as necessary in order to provide more harmonized conclusions. This is based on the fact that there exists no international organization constituted by States to regulate the world’s international watercourses nor is there an international court or tribunal dedicated solely to disputes involving the non-navigational uses of international watercourses.

---

<sup>51</sup> Martti Koskeniemi, ‘Methodology of International Law’ in Rüdiger Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of International Law*, vol. 7 (Oxford University Press 2012) 126. It should be noted that the teachings of most highly qualified publicists “do not actually qualify as sources of law but rather as means to establish the existence of sources of law.” - Rüdiger Wolfrum, ‘Sources of International Law’ in Rüdiger Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of International Law*, vol. 9 (Oxford University Press 2012) 301.

<sup>52</sup> Statute of the International Court of Justice 1945 (33 UNTS 993) art. 38(1).

<sup>53</sup> Wolfrum (n 54) 300.

<sup>54</sup> Wolfrum (n 54) 301.

### 3. The Origins of Amicus Curiae

The origins of amicus curiae are not clear. But several scholars consider it a tradition originating in Roman law and later further developed by some civil and numerous common law jurisdictions.<sup>55</sup> Other scholars point out that this relationship between Roman law and modern amicus curiae is too broadly stated and creates an assumption that amicus curiae has remained “functionally unchanged as long as the term has remained constant.”<sup>56</sup> According to Wiik, “[A] review of the surviving accounts of Roman law indicates that no direct equivalent existed to today’s concept of amicus curiae.”<sup>57</sup> Rather, Roman law provided an instrument with similar functions to amicus curiae, the consilium.<sup>58</sup> The closest form of consilium to modern amicus curiae is considered by Wiik to be the consilium magistratum, “an advisory body composed of eminent jurists and priests selected by the judge.”<sup>59</sup> The judge could at his discretion solicit advice from the consilium.<sup>60</sup> The scope of the advice the consilium could provide covered the whole scope of judicial activity, however the advice was not binding and the judge bore the responsibility for their decision.<sup>61</sup> Wiik also points out that at this time, there was no mechanism for unsolicited advice.<sup>62</sup>

Early English common law amicus curiae has a stronger functional relationship to developments in modern amicus curiae. Initially used in criminal

---

<sup>55</sup> Steven Kochevar, ‘Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions’ (2013) 122 YaleLJ 1653; Filip Balcerzak, ‘Amicus Curiae Submissions in Investor-State Arbitrations’ (2012) 12 CMLRev 66; Ruben J Garcia, ‘A Democratic Theory of Amicus Advocacy’ (2008) 35 FlaStLRev 315; S Chandra Mohan, ‘The Amicus Curiae: Friends No More’ [2010] SingJLegalStud 352; Mbengue and Tignino (n 32); Laurence Boisson de Chazournes, ‘Transparency and “Amicus Curiae” Briefs’ (2004) 5 JWIT 333.

<sup>56</sup> Samuel Krislov, ‘The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy’ (1963) 72 The Yale Law Journal 694.

<sup>57</sup> Wiik (n 34) 75.

<sup>58</sup> Wiik (n 34) 75.

<sup>59</sup> Wiik (n 34) 75.

<sup>60</sup> Wiik (n 34) 75.

<sup>61</sup> Wiik (n 34) 75–76.

<sup>62</sup> Wiik (n 34) 76.

proceedings, the practice of *amicus curiae* expanded to other areas of law.<sup>63</sup> Mohan provides several possible explanations for the development of *amicus curiae* at common law: 1) the inherent right of the court to require assistance; 2) the ‘bystander’ theory; 3) preserving the honor of the court; 4) oral “shepardizing”; and 5) overcoming the shortcomings of the adversarial system.<sup>64</sup> According to Mohan, *amicus curiae* at common law may be a construct of the common law “based on the inherent jurisdiction of a court to require assistance from members of the legal profession to whom it had given special rights to practise their profession.”<sup>65</sup> Under the bystander theory, *amicus curiae* was established to allow bystanders to provide assistance to the court in order to avoid judicial errors and to thus ensure justice. *Amicus curiae* could also help preserve the honor of the court by helping it avoid judicial errors or correcting past error.<sup>66</sup> *Amicus curiae* could also bring to attention cases not known to the judge.<sup>67</sup> Most commonly cited however, is that *amicus curiae* helps compensate for the shortcomings of the adversarial system.<sup>68</sup> Krislov explains, “Perhaps the most significant enlargement of the *amicus curiae* function was itself a partial solution to one of the most serious and enduring shortcomings of the adversary system. The problem of representation of third parties in a common law suit (and, for that matter, in equity proceedings in class suits where large numbers are involved) is one that does not permit either a quick or easy solution. On the contrary, the difficulties have persisted through the centuries, and devices designed to mitigate rather than cure have been the rule.”<sup>69</sup> Indeed, it is one thing to provide relevant law and facts to ensure the proper determination of a case between two parties, but what about when a party that is not part of the suit has rights and interests that may be affected by the

---

<sup>63</sup> Wiik (n 34) 77.

<sup>64</sup> Mohan (n 58) 357–360.

<sup>65</sup> Mohan (n 58) 357.

<sup>66</sup> Mohan (n 58) 359.

<sup>67</sup> Krislov (n 59) 695.

<sup>68</sup> Mohan (n 58) 360.

<sup>69</sup> Krislov (n 59) 696.

suit? Participation as amicus curiae is not to be confused with third-party intervention. A third-party may intervene to become a party to the dispute and does so as a matter of legal right because it has a legal interest in the dispute.<sup>70</sup> However, what about when this legal interest is not strong enough to constitute a legal right to intervene or the party does not have a specific legal interest in the dispute but wishes to provide relevant law or facts for the proper determination of the case. The function of amicus curiae assists in filling this gap. What is the proper determination of the case may be best summed up by one court's determination on amicus curiae participation, "The 'proper determination' of the case refers, quite simply, to the Court reaching the decision which most accords with the end of justice – i.e. that gets the law right."<sup>71</sup>

#### 4. Amicus Curiae Practice Before International Courts and Tribunals

Modern amicus curiae is generally not expressly codified in treaties and has been mostly a "judge driven process."<sup>72</sup> One of the few recent exceptions is in the investment context. The 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty expressly addresses amicus curiae.<sup>73</sup> Amicus curiae is also not customary international law as it is not a procedural tool used by the national legal system of all States or common to all international courts and tribunals.<sup>74</sup> Amicus curiae as practiced by international courts and tribunals is not uniform.<sup>75</sup> International courts and

---

<sup>70</sup> Sands & Mackenzie, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 519 (2008).

<sup>71</sup> Prosecutor v. Kallon, p. 3 para 5 *The Prosecutor v Morris Kallon, Decision on Application by the Redress Trust, Lawyers Committee for Human Rights and the International Commission of Jurists for Leave to File Amicus Curiae Brief and to Present Oral Submissions* (2003) SCSL-2003-07 (SCSL)3, para. 5.

<sup>72</sup> Boisson de Chazournes, 'Transparency and "Amicus Curiae" Briefs' (n 58) 334.

<sup>73</sup> "The tribunal shall have the authority to accept and consider amicus curiae submissions from a person or entity that is not a disputing party." - 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty art. 28(3).

<sup>74</sup> Wiik (n 34) 73, 86–87.

<sup>75</sup> Mbengue and Tignino (n 32) 383.



tribunals have different rules of procedures and determinations on the amicus curiae participation.

International courts and tribunals have so far determined that the acceptance amicus curiae submissions is a procedural matter within the court or tribunal's discretion<sup>76</sup> and is based on "parameters established by the applicable rules."<sup>77</sup> These rules are derived from applicable sources of international law such as treaties, custom, and the general principles of law<sup>78</sup> and are often manifested in the form of statutes of the courts, rules of procedure, and practice directions.<sup>79</sup>

The applicable rules are sometimes express in addressing amicus curiae.<sup>80</sup> In most cases, the rules are not express. In instances where there are no express provisions within the applicable rules for amicus curiae, international courts and tribunals have had to look to provisions that allow for the court or tribunal to "seek or receive information relevant to the dispute," as well as its own general procedural powers to allow for the acceptance of amicus curiae submissions in specific cases.<sup>81</sup> This section illustrates this conclusion in brief as

---

<sup>76</sup> Wiik (n 34) 123–126.

<sup>77</sup> Wiik (n 34) 126; Sands and Mackenzie (n 33) 519; Bartholomeusz (n 36) 273–276.

<sup>78</sup> Mandana Knust Rassekh Afshar, 'International Courts and Tribunals, Rules and Practice Directions (ECJ, GC, ECtHR, IACtHR, ICSID, ITLOS, WTO Panels and Appellate Body)' in Rüdiger Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press 2012) 621.

<sup>79</sup> Jean-Marc Sorel, 'International Courts and Tribunals, Procedure' in Rüdiger Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press 2012) 613.

<sup>80</sup> For example: International Criminal Court, Rules of Procedure and Evidence 2002 (ICC-ASP/1/3 and Corr1) r 103(1), 149; ICTR Rules of Procedure and Evidence 2015 r 74; Rules of Procedure and Evidence for the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991 2015 (IT/32/Rev50) r 74; Rules of Procedure and Evidence for the Special Court for Sierra Leone 2002 r 74.

<sup>81</sup> Sands and Mackenzie (n 33) 519.

more empirical analysis of this trend has already been conducted by other authors.<sup>82</sup>

In contentious proceedings before the International Court of Justice (“ICJ”), *amicus curiae* participation is not expressly addressed. However, Art. 34(2) of the ICJ Statute states that the ICJ, “may request of public international organizations information relevant to the cases before it, and shall receive such information presented by such organization on their own initiative.”<sup>83</sup> The term “*amicus curiae*” is not mentioned, but a review of the practice before the ICJ reveal that *amicus curiae* submission has been accepted under such rule. In *Aerial Incident of 3 July 1998* between Iran and the United States, the court requested and received observations from the International Civil Aviation Organization, a non-party, relevant to the disputes before it.<sup>84</sup> In advisory proceedings before the ICJ, Article 66(2) of the ICJ Statute states that the ICJ may, “...notify any state entitled to appear before the Court or international organization considered by the Court,... as likely to be able to furnish information on the question, that the Court will be prepared to receive, within a time-limit to be fixed by the President, written statements, or to hear, at a public sitting to be held for the purpose, oral statements relating to the question.”<sup>85</sup> Again, the term “*amicus curiae*” is not used, but in proceedings of *International Status of South West Africa*, a non-party, non-governmental organization, requested permission to make submissions relevant to the dispute before the court.<sup>86</sup> The request was granted; however the submissions were never made.<sup>87</sup>

---

<sup>82</sup> Wiik (n 34); Sands and Mackenzie (n 33); Bartholomeusz (n 36).

<sup>83</sup> Statute of the International Court of Justice art. 34(2).

<sup>84</sup> *Aerial Incident of 3 July 1988 (Iran v US), Observations of the International Civil Aviation Organization* (ICJ).

<sup>85</sup> Statute of the International Court of Justice art. 66(2).

<sup>86</sup> *International Status of South West Africa (Advisory Opinion), Correspondence of 19 December 1949* (ICJ).

<sup>87</sup> *International Status of South West Africa (Advisory Opinion), Correspondence of 19 December 1949* (n 89) 345.

In Panel proceedings of the World Trade Organization (“WTO”) Dispute Settlement Body (“DSB”), the Panel in carrying out its duties<sup>88</sup> has under Article 13 of the Understanding on the Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (“WTO DSU”), “the right to seek information and technical advice from any individual or body which it deems appropriate...”<sup>89</sup> and, “...may seek information from any relevant source and may consult experts to obtain their opinion on certain aspects of the matter...”<sup>90</sup> The most famous case on point is *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (“US-Shrimp”).<sup>91</sup> During the Panel proceedings, NGOs attempted to submit unsolicited amicus curiae briefs “reflecting their respective independent views with respect to the use of [turtle excluding devices] and other issues” which were objected to by the complaining parties and rejected by the Panel based on its interpretation of the applicable rules of procedure.<sup>92</sup> Although the Panel initially refused to allow the submission of an unsolicited amicus curiae brief from a non-party based on a plain reading of the rule, the Appellate Body determined otherwise upon review of the Panel’s report. The Appellate Body determined that:

The comprehensive nature of the authority of a panel to “seek” information and technical advice from “any individual or body” it may consider appropriate, or from “any relevant source”, should be underscored. This authority embraces more than merely the choice and evaluation of the *source* of the information or advice which it may seek. A panel's authority includes the

---

<sup>88</sup> Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Annex 2 1994 (1869 UNTS 401) art. 11.

<sup>89</sup> WTO DSU art. 13(1).

<sup>90</sup> WTO DSU art. 13(2).

<sup>91</sup> *Appellate Body Report, United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* [1998] WTO WT/DS58/AB/R.

<sup>92</sup> *Panel Report, United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* [1998] WTO WT/DS58/R 68–69, 279–280; *Appellate Body Report, United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (n 94) 28(n 66).

authority to decide *not to seek* such information or advice at all. We consider that a panel also has the authority to *accept or reject* any information or advice which it may have sought and received, or to *make some other appropriate disposition* thereof. It is particularly within the province and the authority of a panel to determine *the need for information and advice* in a specific case, to ascertain the *acceptability* and *relevancy* of information or advice received, and to decide *what weight to ascribe to that information or advice* or to conclude that no weight at all should be given to what has been received.<sup>93</sup>

This determination allowed for Panels to accept amicus curiae briefs, whether or not solicited, at their discretion. In *United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*<sup>94</sup> before the Appellate Body of the WTO DSB, which has separate rules of procedure from the Panel, the Appellate Body has looked to Article 17(9) of the WTO DSU, “Working procedures shall be drawn up by the Appellate Body in consultation with the Chairman of the DSB and the Director-General, and communicated to the Members for their information,”<sup>95</sup> and Rule 16(1) of the Working Procedures for Appellate Review, “In the interests of fairness and orderly procedure in the conduct of an appeal, where a procedural question arises that is not covered by these Rules, a division may adopt an appropriate procedure for the purposes of that appeal only, provided that it is not inconsistent with the DSU, the other covered

---

<sup>93</sup> *Appellate Body Report, United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (n 94) 37.

<sup>94</sup> *Appellate Body Report, United States - Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom* [1998] WTO WT/DS138/AB/R para. 36-42.

<sup>95</sup> WTO DSU 17(9).

agreements and these Rules”<sup>96</sup> to determine that the Appellate Body may accept curiae submissions on a case by case basis.<sup>97</sup>

In proceedings following the International Centre for Settlement of Investment Dispute (“ICSID”) 2006 arbitral rules, ICSID 2006 arbitration rule 37(2) states that the tribunal “may allow a person or entity that is not a party to the dispute... to file a written submission with the tribunal regarding a matter within the scope of the dispute...”<sup>98</sup> This rule has been interpreted to include submissions by amici curiae.<sup>99</sup> Several requests by non-parties for amicus curiae status to make submissions have been made in proceedings under the ICSID arbitration rules since 37(2) was adopted.<sup>100</sup> Before the adoption of the amended ICSID arbitration rules on April 11, 2006, clarifying submissions by amicus curiae,<sup>101</sup> only three decisions of ICSID tribunals had involved requests by non-disputing parties for amicus curiae participation.<sup>102</sup> All three decisions involved water-related disputes. After the adoption of the amended ICSID arbitration rules, the first decision rendered on amicus curiae participation was

---

<sup>96</sup> WTO Appellate Body, Working Procedures for Appellate Review 2010 (WT/AB/WP/6) 16(1).

<sup>97</sup> *Appellate Body Report, United States - Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom* (n 97); *Appellate Body Report, European Communities - Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products* [2001] WTO WT/DS135/AB/R.

<sup>98</sup> ICSID Convention, Regulations and Rules, Rules of Procedure for Arbitration Proceedings 2006 ch IV, r 37(2).

<sup>99</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v United Republic of Tanzania, Procedural Order No 5* [2007] ICSID Case No. ARB/05/22.

<sup>100</sup> ICSID, ‘Decisions on Non-Disputing Party Participation.’ (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*, 2019) <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Decisions-on-Non-Disputing-Party-Participation.aspx>>.

<sup>101</sup> ICSID Convention, Regulations and Rules 2006 5.

<sup>102</sup> ICSID (n 103).

*Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*,<sup>103</sup> another dispute involving water.

Finally, there are optional rules available from other notable dispute settlement bodies that take into consideration the possibility of amicus curiae participation through provisions or statements referring to submissions by non-parties at the discretion of the international court or tribunal. This includes the Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment and the 2013 UNCITRAL Arbitration Rules.<sup>104</sup>

These rules may also be supported by past the decisions of international courts and tribunals.<sup>105</sup> For example, the ICSID tribunal constituted under the North American Free Trade Agreement (“NAFTA”) and following the 1976 UNICTRAL Arbitration Rules in *Methanex Corp. v. United States*, determined in its proceedings that there were no provisions in the applicable rules expressly allowing for nor prohibiting the acceptance of amicus curiae submissions.<sup>106</sup> In deciding that it had the discretion to accept amicus curiae submissions, the

---

<sup>103</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v United Republic of Tanzania, Award* [2008] ICSID Case No. ARB/05/22.

<sup>104</sup> United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration 2014 [UN Doc A/RES/69/116]; UNCITRAL Arbitration Rules 2013 [UN Doc A/RES/68/109] art. 1(4); UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Arbitration 2013 [UN Doc A/RES/68/109]; PCA Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment 2001, 214.

<sup>105</sup> Although precedent is generally not binding on international arbitration and adjudication, “international jurisprudence is relevant for the development of international law through its consistency and detailed reasoning. It serves as a source for the determination of rules of law and this constitutes a subsidiary sources of international law.” - Karin Oellers-Frahm, ‘International Courts and Tribunals, Judges and Arbitrators’ in Rüdiger Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press 2012) 576, 584. See also Statute of the International Court of Justice art. 38(1)(d).

<sup>106</sup> *Methanex Corporation v. United States of America, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as ‘Amici Curiae’* ([https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0517\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0517_0.pdf)).

tribunal looked to its general procedural powers under Article 15(1) of the UNCITRAL Arbitration Rules to provide it the procedural flexibility to properly administer the dispute, “Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such a manner as it considers appropriate...”<sup>107</sup> In reaching its decision, the tribunal, among other methods of reasoning, cross-referenced the practice of other international tribunals and courts, including the ICJ, WTO, and Iran-US Claims Tribunal, regarding its discretion on procedural matters.<sup>108</sup> Since the proceeding and one other,<sup>109</sup> the NAFTA Free Trade Commission issued a statement guiding tribunals constituted under NAFTA dealing with amicus curiae submissions, “No provision of the North American Free Trade Agreement (“NAFTA”) limits a Tribunal’s discretion to accept written submissions from a person or entity that is not a disputing party.”<sup>110</sup>

Amicus curiae participation is generally not codified in treaties nor is it customary international law. The basis for amicus curiae participation has been “judge driven” and is based on the rules and practice of selected international courts and tribunals. In the absence of express provisions that address amicus curiae participation, the applicable rules that allow for an international court or tribunal to seek or receive information relevant to the dispute and general procedural rules that grant the court or tribunal flexibility in the administration of its duties may be a basis to exercise discretion in accepting amicus curiae submissions. These rules are derived from the sources of international law and may often be found in the statutes of the court, rules of procedure, and practice directions. These rules are also supported by the past practice of international courts and tribunal.

---

<sup>107</sup> *Methanex Corporation v. United States of America, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as ‘Amici Curiae’* (n 109) 12–13.

<sup>108</sup> *Methanex Corporation v. United States of America, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as ‘Amici Curiae’* (n 109).

<sup>109</sup> *United Parcel Service of America Inc v Government of Canada, Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae* [2001] ICSID Case No. UNCT/02/1.

<sup>110</sup> NAFTA FTC, ‘Statement of the Free Trade Commission on Non-Disputing Party Participation’ para A(1) <<https://www.state.gov/documents/organization/38791.pdf>>.

## 5. Amicus Curiae and the Annex to the UNWC

During the process of development and codification of the UNWC, the issue of dispute settlement was one of the “most controversial subjects.”<sup>111</sup> The draft articles of the UNWC were adopted by the Drafting Committee in 1994 and submitted to the United Nations General Assembly.<sup>112</sup> Dispute settlement came under draft Article 33.<sup>113</sup> Subsequent deliberations during the revision of the draft articles showed split support for draft Article 33 as a narrow majority adopted it. Of the States in the United Nations Working Group voting for the adoption of draft Article 33, only 33 voted for, 5 against, and 22 abstaining.<sup>114</sup> Nonetheless, on May 21, 1997, the UNWC was adopted by general assembly resolution.<sup>115</sup> Article 33 of the UNWC in its final form was a compromise. “It did away with any forms of compulsory arbitration or adjudication, but confirmed the compulsory fact-finding procedure,” and added a “unilaterally triggered conciliation procedure.”<sup>116</sup> It did, however, include optional recourse to judicial or arbitral settlement to be accepted by the States “when accepting, ratifying, or acceding to the UNWC or ‘any other time thereafter.’”<sup>117</sup> In the event of optional recourse to arbitration, the UNWC is complemented by an annex of optional rules for the conduct of the arbitration that is the subject of this article.<sup>118</sup> Based on the rules and practice of international courts and tribunals, this article looks at the Annex for rules allowing an arbitral tribunal to seek and receive information as well as general procedural rules that grant the

---

<sup>111</sup> Boisson de Chazournes, ‘The Settlement of Disputes through Judicial Means (art. 33(10) and the Annex on Arbitration)’ (n 28) 568–569.

<sup>112</sup> Rosenstock (n 49) 89, para 220.

<sup>113</sup> Rosenstock (n 49) 133–135.

<sup>114</sup> Lapidoth (n 46) 235.

<sup>115</sup> Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses.

<sup>116</sup> Attila Tanzi and Maurizio Arcari, *The United Nations Convention on the Law of International Watercourses. A Framework for Sharing* (Kluwer Law International 2001) 282–283.

<sup>117</sup> Tanzi and Arcari (n 119) 283.

<sup>118</sup> UNWC ann.



tribunal flexibility in the administration of its duties as observed in the rules and practice before selected international courts and tribunals. Four articles of the Annex stand out from a plain reading of the text,<sup>119</sup> Article 5, 6, 8, and 12, and may serve as the basis for an arbitral tribunal to accept amicus curiae submissions. This section determines that the most likely basis for the acceptance of amicus curiae under the Annex to the UNWC will arise under the arbitral tribunal's general procedural powers.

Article 5, 6, 8(1) and 12 states respectively:

The arbitral tribunal shall render its decisions in accordance with the provisions of this Convention and international law.<sup>120</sup>

Unless the parties to the dispute otherwise agree, the arbitral tribunal shall determine its own rules of procedure.<sup>121</sup>

The parties to the dispute shall facilitate the work of the arbitral tribunal and, in particular, using all means at their disposal, shall:

(a) Provide it with all relevant documents, information and facilities; and

(b) Enable it, when necessary, to call witnesses or experts and receive their evidence.<sup>122</sup>

Decisions both on procedure and substance of the arbitral tribunal shall be taken by a majority vote of its members.<sup>123</sup>

On a plain reading of the text, Article 8(1) is most similar to a provision that allows a court or tribunal to seek and receive information in the administration of its duties, at least in regards to evidence. Article 8 is specific as it obligates the disputing parties to facilitate the work of the arbitral tribunal by enabling it, when necessary, to call witnesses or experts and receive their

---

<sup>119</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 (1155 UNTS 331) 31(1).

<sup>120</sup> UNWC ann, art. 5.

<sup>121</sup> UNWC ann, art. 6.

<sup>122</sup> UNWC art. 8(1).

<sup>123</sup> UNWC ann, art. 12.

evidence. How such evidence is to be accepted is not clear, but is *amicus curiae* a procedural tool available? The equitable and reasonable utilization of international watercourses requires “taking into account all relevant factors and circumstances.”<sup>124</sup> Individuals appointed as arbitrators and judges in international legal disputes “are often among the world’s leading in international law,” however the entire spectrum of relevant factors is inexhaustible and it is likely expert decisions makers in international law do not possess expertise on various relevant factors such as scientific and technical matters.<sup>125</sup> This is acknowledged in the dissenting opinion of Judges Al-Khasawneh and Simma in *Pulp Mills on the River Uruguay*:

As we will explain in the following dissent, the Court has evaluated the scientific evidence brought before it by the Parties in ways that we consider flawed methodologically: the Court has not followed the path it ought to have pursued with regard to disputed scientific facts; it has omitted to resort to the possibilities provided by its Statute and thus simply has not done what would have been necessary in order to arrive at a basis for the application of the law to the facts as scientifically certain as is possible in a judicial proceeding. Therefore, faced with the results of a deficient method of scientific fact-finding, we are not in a position to agree... The exceptionally fact-intensive case before us is unlike most cases submitted to the Court and raises serious questions as to the role that scientific evidence can play in an international judicial institution. The traditional methods of evaluating evidence are deficient in assessing the relevance of such complex, technical and scientific facts... The adjudication of disputes in which the assessment of scientific questions by experts is indispensable, as is the case here, requires an interweaving of legal process with knowledge and expertise that can only be drawn from experts properly trained to evaluate the increasingly complex nature of the facts put before the

---

<sup>124</sup> UNWC art. 6(1).

<sup>125</sup> Cicely O Parseghian and Benjamin K Guthrie, ‘The Role of Scientific and Technical Experts’ in Stephen C McCaffrey, Christina Leb and T Denoon Riley (eds), *Research Handbook on International Water Law* (Edward Elgar Publishing 2019) 301–302.

Court... The Court on its own is not in a position adequately to assess and weigh complex scientific evidence of the type presented by the Parties.<sup>126</sup>

It would seem at first glance that an arbitral tribunal would be able to accept amicus curiae submissions under Article 8(1) of the Annex. However, *Wiik's* analysis of Article 50 of the ICJ Statute<sup>127</sup> leads to the conclusion that Article 8(1) of the Annex would not likely be a basis for the acceptance of amicus curiae submissions as its function would not be in line with that of amicus curiae. In her analysis, *Wiik* identifies Article 50 of the ICJ Statute as concerning the evidentiary process and involving “investigation and evaluation of specific questions of fact” and the explanation of “technical and scientific questions to the legal specialist on the bench” by experts to establish the factual record.<sup>128</sup> This function would not be compatible with those of amicus curiae, as amicus curiae tend to have a specific view on the dispute and exceed the neutral assistance of the evidentiary process.<sup>129</sup> This is supported by the decision in *Methanex* in which the tribunal distinguish amici from that of an expert, “*Amici* are not experts; such third persons are advocates (in the non-pejorative sense) and not ‘independent’ in that they advance a particular case to a tribunal.”<sup>130</sup>

Without a provision that allows the arbitral tribunal to seek or receive information in the administration of its duties beyond that of the evidentiary process, an arbitral tribunal following the rules of the Annex would have to turn to its general procedural powers to determine whether it can accept amicus curiae submissions. Absent agreement between the disputing parties otherwise, Article 6 of the Annex gives the arbitral tribunal wide discretion to decide whether or not amicus curiae submissions may be accepted so long as

---

<sup>126</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Arg v. Uru)* (Apr. 20) 2010 ICJ 14 (ICJ) 109–111.

<sup>127</sup> Statute of the International Court of Justice art. 50.

<sup>128</sup> *Wiik* (n 34) 182.

<sup>129</sup> *Wiik* (n 34) 182.

<sup>130</sup> *Methanex Corporation v. United States of America, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as ‘Amici Curiae’* (n 109) para. 38.

amicus curiae participation is determined procedural.<sup>131</sup> The article expresses a general practice that once a court or tribunal is established, it is delegated the power to draft its own procedural rules.<sup>132</sup> Concerning what is procedural, on point is a water-related dispute before ICSID. In *Agues Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, the tribunal addressed the procedural role of an amicus curiae as assisting the work of the tribunal, “At a basic level of interpretation, a procedural question is one which relates to the manner of proceeding or which deals with the way to accomplish a stated end. The admission of an *amicus curiae* submission would fall within this definition of procedural question since it can be viewed as a step in assisting the Tribunal to achieve its fundamental task of arriving at a correct decision in this case.”<sup>133</sup> Article 12 of the Annex reinforces the arbitral tribunal’s power to determine its own rules of procedures by giving the arbitral tribunal sole authority over the determination the rules of procedure.<sup>134</sup> This is a power not enjoyed by all arbitral tribunal and courts. For example, amicus curiae participation in proceedings before the Appellate Body of the WTO DSB is facilitated by Rule 16(1) of the Working Procedures, which states:

In the interests of fairness and orderly procedure in the conduct of an appeal, where a procedural question arises that is not covered by these Rules, a division may adopt an appropriate procedure for the purposes of that appeal only, provided that it is not inconsistent with the DSU, the other covered agreements and these Rules.<sup>135</sup>

---

<sup>131</sup> UNWC ann, art. 6.

<sup>132</sup> Sorel (n 82) 613.

<sup>133</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and InterAguas Servicios Integrales del Agua SA v The Argentine Republic, Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae* [2006] ICSID Case No. ARB/03/17.

<sup>134</sup> UNWC ann, art. 12.

<sup>135</sup> WTO Appellate Body, Working Procedures for Appellate Review 16(1).

Rule 16(1) is only a solution on a case by case basis in Appellate Body proceedings. Any permanent changes to the rules that would allow for amicus curiae submissions would have to be done so in consultation with the Chairman of the DSB and the Director-General.<sup>136</sup> Under the 2006 ICSID arbitration rules, the arbitral tribunal has to consult with the disputing parties before allowing a non-disputing party to make a submission.<sup>137</sup>

Lastly, Article 5 of the Annex reminds the arbitral tribunal that the rules of procedure are derived from the UNWC and applicable international law and that a decision on accepting amicus curiae submissions cannot be inconsistent with the UNWC and applicable international law.<sup>138</sup> Although the applicable rules may allow an arbitral tribunal the discretion to accept amicus curiae submissions, it is not an open door through which any non-party may participate in a dispute. The arbitral tribunal still must weigh the appropriateness of the acceptance of amicus curiae submissions on a case by case basis and have varying factors to determine if allowing for amicus curiae submissions is desirable. These factors may be guided by provisions and statements derived from the applicable international law that range from who may request for leave to submit as amicus curiae, the relevancy of the perspectives, arguments, or expertise to the proceedings, and the interests of the disputing parties. For example, amicus curiae status in contentious cases before the ICJ has been limited to public international organizations which are defined as an “international organization of States.”<sup>139</sup> In ICSID proceedings, when determining whether to allow a written submission, the ICSID arbitral tribunal must consider, among other things, whether, “the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from

---

<sup>136</sup> WTO DSU 17(9).

<sup>137</sup> ICSID Convention, Regulations and Rules, Rules of Procedure for Arbitration Proceedings ch IV, r 37(2).

<sup>138</sup> Rassekh Afshar (n 81) 621.

<sup>139</sup> International Court of Justice, Rules of Court (1978) 1978 r 69(4).

that of the disputing parties...”<sup>140</sup> ICSID proceedings have also referred to the NAFTA Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation<sup>141</sup> for guidance on the exercise of their discretion regarding the acceptance of amicus curiae submissions. Absent applicable provisions guiding the exercise of their discretion in accepting amicus curiae submissions, courts and tribunals are well aware of the balancing of the interests of the disputing parties and the court or tribunal’s exercise of discretion in accepting amicus curiae submissions.<sup>142</sup> In the case of the UNWC, Article 32 appears to support the acceptance of amicus curiae submissions, at least where the practice is part of the jurisdiction where judicial access is sought and there is a serious threat of suffering significant harm.<sup>143</sup> There may also be other international law applicable that is not directly incorporated or incorporated more specifically at the regional and sub-regional level due to the framework nature of the UNWC. This will be discussed further in the following section.

Based on the rules and the practice of selected international courts and tribunals, the acceptance of amicus curiae will most likely be found in the tribunal’s general procedural powers under the Annex to the UNWC. Article 8 appears to allow the tribunal to accept amicus curiae submissions, but it involves the evidentiary process which is generally not in line with the function

---

<sup>140</sup> ICSID Convention, Regulations and Rules, Rules of Procedure for Arbitration Proceedings ch IV, r 37(2)(a). See also *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Procedural Order No. 5 (n 102).

<sup>141</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA and Vivendi Universal, SA v. Argentine Republic*, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae [2005] ICSID Case No. ARB/03/19 348–349; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA and Vivendi Universal, SA v. Argentine Republic*, Order in Response to a Petition by Five Non-Governmental Organizations for Permission to Make an Amicus Curiae Submission [2007] ICSID Case No. ARB/03/19. See also ICSID, ‘Non-Disputing Party Submission - ICSID Convention Arbitration.’ (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*, 2019) <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Non-Disputing-Party-Submission.aspx>>.

<sup>142</sup> Wiik (n 34) 64–65.

<sup>143</sup> UNWC art. 32.

of amicus curiae. However, Article 5, 6, and 12 of the Annex combined may provide an arbitral tribunal the flexibility to accept amicus curiae submissions when necessary to administer its duties. However, any acceptance of amicus curiae cannot be inconsistent with the UNWC and applicable international law.

## 6. Public Participation and Amicus Curiae Under the Annex to the UNWC

As mentioned in the previous section, other international law may be applicable that influence an international court or tribunal's decision on the acceptance of amicus curiae. Although amicus curiae has been a "judge driven" process, the contributions of international courts and tribunals is not necessarily to create new law, but rather to "settle disputes on the basis of international law."<sup>144</sup> This "means the law has to exist."<sup>145</sup> There must be some basis with which to interpret that the applicable rules may allow amicus curiae participation specifically. Since the practice is generally not codified in treaties nor customary international law, there may be general principles that support the procedure of amicus curiae. "International courts... and tribunals make use of principles as an interpretive tool or a source of concrete obligations."<sup>146</sup> This section briefly discusses one such possibility,<sup>147</sup> that being the principle of public participation, its relation to amicus curiae, and the significance to the non-navigational uses of international watercourses.

"Water disputes may... emerge when individuals and groups of individuals allege that their interests are affected."<sup>148</sup> Affected interests involving water are frequently derived from environmental and human rights instruments.<sup>149</sup> These

---

<sup>144</sup> Wolfrum (n 54) 308.

<sup>145</sup> Wolfrum (n 54) 308.

<sup>146</sup> Wolfrum (n 54) 306.

<sup>147</sup> Other factors may be considered that cannot fit into this article. Such factors include but are not limited to who may participate as an amicus curiae, the form and content of submissions, other policy implications, etc. - See Bartholomeusz (n 36) 273-286.

<sup>148</sup> Boisson de Chazournes, *Fresh Water in International Law* (n 16) 218.

<sup>149</sup> Examples of instruments from which affected interests may derive include but are not limited to: United Nations Convention to Combat Desertification in those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa 1994 (1954 UNTS

instruments are relevant international law in ensuring and promoting the optimal and sustainable non-navigational uses of international watercourses.<sup>150</sup>

These instruments contribute to the complexity of disputes involving water as States may be held to account for obligations for which they have consented to that vary in purpose, scope, and approach, but did not anticipate in the dispute or forum for settling the dispute.<sup>151</sup>

Although the affected interests of individuals and groups are relevant in the ensuring and promoting the optimal and sustainable non-navigational uses of international watercourses, the UNWC is State centric with limited obligations to the public in participation in the settlement of disputes.<sup>152</sup> Under the UNWC, Art. 33 is triggered when a dispute arises between two or more parties to the UNWC regarding the interpretation or application of the convention.<sup>153</sup> Parties

---

3); United Nations Framework Convention on Climate Change 1992 (1771 UNTS 107); Convention on Biological Diversity 1992 (1760 UNTS 79); Convention on Wetlands of International Importance especially Waterfowl Habitat 1971 (996 UNTS 245); International Covenant on Civil and Political Rights 1966 (999 UNTS 171).; See also Jona Razzaque, 'Public Participation in Water Governance' in JW Dellapenna and J Gupta (eds), *The Evolution of the Law and Politics of Water* (Springer 2009).

<sup>150</sup> Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses art. 6.

<sup>151</sup> Melvin Woodhouse, 'Is Public Participation a Rule of the Law of International Watercourses?' (2003) 43 *NatResourcesJ* 137.

<sup>152</sup> Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses art. 2(c-d); Anna Spain, 'International Dispute Resolution in an Era of Globalization' in Andrew Byrnes, Mika Hayashi and Christopher Michaelsen (eds), *International Law in the New Age of Globalization* (Koninklijke Brill NV 2013) 48; Nahid Islam, *The Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses: Options for Regional Regime-Building in Asia* (Kluwer Law International 2010) 237; Tanzi and Arcari (n 119) 73.; "[T]he public is often understood as encompassing almost all actors outside the public (governmental) administration." - Jonas Ebbesson, 'Public Participation in Environmental Matters' in Rüdiger Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 8 (Oxford University Press 2012) 577.

<sup>153</sup> Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses art. 33(1).



to the UNWC may only be a Watercourse State or Regional Economic Integration Organization.<sup>154</sup> Even under the optional arbitral procedural rules codified in the Annex of the UNWC,<sup>155</sup> the rules appear silent with regard to the public's participation in arbitration proceedings, which motivated this article. With the exception of Art. 32 of the UNWC, which only allows the right to equal access to procedures for “when the legal system of the State where the harm originates has already recognized the right of access to administrative and judicial procedures and to compensation for environmental damages,”<sup>156</sup> the public must rely upon the parties to the UNWC to represent any interest they may have under the UNWC in dispute settlement.

Although the UNWC is State centric with regard to the participation of the public in the settlement of disputes, international law has slowly encouraged the public to engage in the relationship between States when their interests are affected.<sup>157</sup> In the context of the UNWC, the convention recalls the principles and recommendations of the 1992 Rio Declaration on Environment and Development (“1992 Rio Declaration”) and Agenda 21 on sustainable

---

<sup>154</sup> “‘Watercourse State’ means a State Party to the present Convention in whose territory part of an international watercourse is situated, or a Party that is a regional economic integration organisation, in the territory of one or more of whose member states part of an international watercourse is situated.” - Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses art. 2(c); ‘Regional economic integration organisation’ means an organisation constituted by sovereign states of a given region, to which its member states have transferred competence in respect of matters governed by this Convention and which has been duly authorised in accordance with its internal procedures to sign, ratify, accept or accede to it.” - Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses art. 2(d).

<sup>155</sup> Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses ann.

<sup>156</sup> Roberta Greco, ‘Chapter 16. Access to Procedures and the Principle of Non-Discrimination (Article 32)’ in Laurence Boisson de Chazournes and others (eds), *The UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses* (Oxford University Press 2018) 523.

<sup>157</sup> Boisson de Chazournes, *Fresh Water in International Law* (n 16) 218; Simma and others (n 26) 184–185.;

development.<sup>158</sup> Those principles and recommendations state that a prerequisite for achieving sustainable development is public participation.<sup>159</sup> Although neither the 1992 Rio Declaration or Agenda 21 are binding agreements, the fact the instruments were endorsed by over 150 States reflects a general perception of support for public participation in order to promote the optimal and sustainable non-navigational uses of international watercourses.<sup>160</sup> This general perception is further supported by the incorporation of or reference to public participation by subsequent instruments at the international, regional, and sub-regional level. A frequently cited example is the 1998 Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (“Aarhus Convention”).<sup>161</sup> The Aarhus Convention prescribes minimum

---

<sup>158</sup> Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses pmbL.

<sup>159</sup> ‘Report of the United Nations Conference on Environment and Development’ (n 4) ann. I, pr. 10, ann. II, ch. 23(2).; Public participation may be divided into three areas: access to information, public participation in decision making, and access to justice. Access to Information “refers to the right of members of the public to request information concerning the environment, including issues of health and natural resources, held by public bodies and authorities” - Jonas Ebbesson, ‘Access to Information on Environmental Matters’ in Rüdiger Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1 (Oxford University Press 2012) 31.; Public participation in decision making “refers to the right and opportunity of members of the public to be part of the decision making that affects the environment, including health and natural resources.” - Ebbesson, ‘Public Participation in Environmental Matters’ (n 155) 575.; Access to justice “refers to the right of members of the public to have decisions, acts, and omissions related environmental matters legally reviewed in a fair manner.” - Jonas Ebbesson, ‘Access to Justice in Environmental Matters’ in Rüdiger Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1 (Oxford University Press 2012).; See also Jonas Ebbesson, ‘The Notion of Public Participation in International Environmental Law’ (1997) 8 *YIntlEnvL* 51.

<sup>160</sup> ‘Report of the United Nations Conference on Environment and Development’ (n 4) 2.

<sup>161</sup> Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters 1998 (2161 UNTS 447).

standards of public participation and defines who may participate.<sup>162</sup> Parties to the Aarhus Convention are predominantly members of the European Union (“EU”), due to the fact that the EU is a party to the convention.<sup>163</sup> This regional membership in turn has resulted in the EU adopting directives to be implemented by its member States at the domestic level.<sup>164</sup>

In 2012, the international community once again reaffirmed its commitment to sustainable development and past action plans with the outcome document “The Future We Want” at the United Nations Conference on Sustainable Development in Rio de Janeiro (“Rio 2012”)<sup>165</sup> which was endorsed by the United Nations General Assembly shortly after.<sup>166</sup> Another result of Rio 2012 was the Open Working Group on Sustainable Development Goals<sup>167</sup> whose work contributed significantly to the current 2030 Agenda for Sustainable Development.<sup>168</sup>

Research on public participation in water indicates a relationship that may affect the settlement of disputes through the use of amicus curiae in the law of international watercourses.<sup>169</sup> Amicus curiae is not a foreign concept in water-related disputes. It has assisted international courts and tribunals in the administration of their duties by serving as a mechanism in which the interested public may participate in proceedings. “Almost all international dispute settlement

---

<sup>162</sup> Ebbesson, ‘Public Participation in Environmental Matters’ (n 155) 579.

<sup>163</sup> Ibid.

<sup>164</sup> Ibid.

<sup>165</sup> ‘Report of the United Nations Conference on Sustainable Development: Rio de Janeiro, Brazil, 20-22 June 2012’ (United Nations 2012) UN Doc A/CONF.216/16.

<sup>166</sup> The Future We Want 2012 [UN Doc A/RES/66/288].

<sup>167</sup> Open Working Group of the General Assembly on Sustainable Development Goals 2013 [UN Doc A/67/L.48/rev.1].

<sup>168</sup> Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development 2015 [UN Doc A/RES/70/1].

<sup>169</sup> See generally Tanzi and Pitea (n 32); Ellen Hey, ‘Non-State Actors and International Water Disputes: A Search for the Nexus Between the Local and Global’ in The International Bureau of the PCA (ed), *Resolution of International Water Disputes (PCA/Peace Palace Papers)* (Kluwer Law International 2003).

bodies have dealt with water issues,”<sup>170</sup> and water-related disputes have played a significant role in the advancement of amicus curiae as a procedural tool that international courts and tribunals may avail themselves of.

Amicus curiae was informally used in the *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project*.<sup>171</sup> During proceedings, the Hungarian government submitted concerns regarding the economic viability of the project, but more so, concerns regarding the preservation of the environment resulting from the potential effects of the project on water resources.<sup>172</sup> An amicus brief prepared by various NGOs regarding the environmental impact of the project, particularly in regards to water resources and wetland ecology, and filed as part of the Hungarian government’s submissions.<sup>173</sup> The ICJ gave “most careful attention” to the submissions of the disputing parties regarding the scientific material aimed at supporting the respective arguments of each party.<sup>174</sup>

In *Methanex Corp. v. United States*, Canadian investors initiated arbitration proceedings under Chapter 11 of NAFTA against the United States in regards to the State of California’s prohibition on the sale or use of the gasoline additive methyl tertiary-butyl ether (“MTBE”).<sup>175</sup> During the proceedings, NGOs requested leave to submit amicus curiae briefs regarding scientific information on the effects of MTBE on the environment, including water resources, and legal

---

<sup>170</sup> Boisson de Chazournes, *Fresh Water in International Law* (n 16) 199.

<sup>171</sup> Cathrine Zengerling, *Greening International Jurisprudence: Environmental NGOs Before International Courts, Tribunals and Compliance Committees* (Martinus Nijhoff Publishers 2013) 175–176; Carl Bruch and others (eds), *Public Participation in the Governance of International Freshwater Resources* (United Nations University Press 2005) 52. Although some sources question whether the ICJ accepted an informal amicus curiae submission. - Wiik (n 34) 96, n 99.

<sup>172</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hung/Slovk)* (Sept. 25) 1997 ICJ 7 (ICJ) 31.

<sup>173</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hung/Slovk): Reply of the Republic of Hungary* (ICJ) 45, n 246.

<sup>174</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hung./Slovk.)* (n 175) 42.

<sup>175</sup> *Methanex Corporation v United States of America: Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits* (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>).

arguments regarding the environment in the investment context.<sup>176</sup> The NGOs argued in their request for leave that the case was of public importance and the critical impact the tribunal's decision would have on the environment and public welfare. The tribunal acknowledged that there was "undoubtedly public interest"<sup>177</sup> in the arbitration and allowed leave for amicus curiae submission.

After the adoption of the amended ICSID arbitration rules, the first decision rendered on amicus curiae participation was *Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*.<sup>178</sup> Bewater Gauff Limited, a joint company formed by a British and German corporation, won a bid to manage and operate the water and sewerage system for Dar es Salaam and neighboring coastal regions, as well as to carry out some works related to the Dar es Salaam Water Supply and Sanitation Project.<sup>179</sup> During management and operation, a series of events occurred that ultimately led to the deportation of certain senior management and seizure of the joint company's assets. ICSID arbitral proceedings were initiated by the joint company with a claim of expropriation and various breaches. During the proceedings, a joint request for leave to make a submission as amicus curiae was made by five NGOs purportedly representing the public interest.<sup>180</sup> The tribunal acknowledged the significance of the public interest in the case as a decision would affect services to millions of people and as a result, "may raise a variety of complex public and international law questions."<sup>181</sup>

The increasing use of amicus curiae in water-related disputes, its absence from treaties and the increasing significance of public participation in water-

---

<sup>176</sup> *Methanex Corporation v. United States of America: Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits* (n 178).

<sup>177</sup> *Methanex Corporation v. United States of America, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as 'Amici Curiae'* (n 109).

<sup>178</sup> *Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, Award* (n 106).

<sup>179</sup> *Ibid.*

<sup>180</sup> *Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, Procedural Order No. 5* (n 102).

<sup>181</sup> *Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, Procedural Order No. 5* (n 102) 15–19.

related disputes justifies further inquiry. For the non-navigational uses of international watercourses, further research into how *amicus curiae* as a procedural tool operates within this context will help create a better understanding of what is *amicus curiae* and connect principles in the field with practical application.

## 7. Conclusion

In conclusion, as global demand for water resources increase for limited supplies, disputes may arise between States that share international watercourses. The settlement of these disputes require a balancing of values and some of these values may be well represented and others may not. *Amicus curiae* is a procedural tool that provides an avenue by which international courts and tribunals may avail themselves of these values in the form of perspectives, arguments, or expertise that may assist in the administration of their duties. The UNWC provides optional recourse to arbitration that may be utilized by the parties to the convention. Although the Annex provides no express provision for the acceptance of *amicus curiae* submissions, the rules and practice of selected international courts and tribunals has demonstrated that provisions that allow the court or tribunal to seek and receive information, as well as a court or tribunal's general procedural authority may be a basis to accept *amicus curiae* submissions. In the case of the Annex, the most likely basis for the acceptance of *amicus curiae* will likely be derived from the general procedural powers bestowed upon the arbitral tribunal. However, notions of public participation need to be explored that may further support the acceptance of *amicus curiae* submissions in the context of the UNWC.



## บทความวิชาการ (Academic Article)

### แนวทางและมาตรการการลงโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติ ว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534<sup>\*</sup>

#### Guidelines and Measures of Criminal Punishment According to the Offence Arising from the Use of Cheque Act B.E. 2534

อัครพล ทองกลาง<sup>\*\*</sup>  
Aukkarapon Thonglang

#### บทคัดย่อ

บทความฉบับนี้มุ่งเสนอแนวทางและมาตรการในการกำหนดโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบัน และลดการลงโทษจำคุกที่เป็นการสิ้นเปลืองงบประมาณของรัฐ ตั้งแต่การดำเนินคดีในชั้นพิจารณาจนถึงชั้นบังคับคดี ตลอดจนเพื่อไม่ให้เป็นการกระทบซึ่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากเกินไปอันเนื่องมาจากการทำธุรกิจทางการค้าหรือการชำระหนี้ตามสัญญา

---

<sup>\*</sup> วันที่รับบทความ (Received): 3 มีนาคม 2563; วันที่แก้ไขบทความ (Revised): 26 มีนาคม 2563;  
วันที่ตอบรับบทความ (Accepted): 8 เมษายน 2563

<sup>\*\*</sup> นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี, ปัจจุบันเป็นที่ปรึกษากฎหมายและทนายความบริษัทเอกชน และทนายความหัวหน้าสำนักงานกฎหมายอัครพล ทองกลาง ทนายความ 116 หมู่ที่ 3 ตำบลคอนสาร อำเภอคอนสาร จังหวัดชัยภูมิ

At present is legal counsel and lawyer of private companies and lawyer at the head of Aukkarapon Thonglang law office, 116 Moo3, Khonsan Sub-District, Khonsan District, Chaiyaphum Province.

E-mail: t.y.aukkarapon@hotmail.com



**คำสำคัญ:** มาตรการลงโทษทางอาญา, เช็ค, พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534

### Abstract

This article aims to propose guidelines and measures for determining criminal penalties under the Offence Arising from the Use of Cheque act B.E. 2534 to be in line with the current situation. The proposed solutions also aim to reduce the use of imprisonment that consumes the state budget from the phase of trials to the execution, as well as not to adversely affect the rights and freedoms of the citizens due to the business operation or the payment of debt under the contract.

**Keywords:** Criminal Punishment Measures, Cheque, The Offence Arising from the Use of Cheque Act B.E. 2534

## 1. บทนำ

การออกกฎหมายมีหลักการเปลี่ยนไปจากเดิม อันเนื่องมาจากบทบัญญัติของมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่วางกรอบการออกกฎหมายที่มีผลกระทบต่อประชาชนว่า จะต้องไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ประชาชนจนเกินควร มาตรการลงโทษทางอาญา และการกำหนดโทษทางอาญาจะต้องกระทำเฉพาะกรณีที่เป็นกรกระทำผิดที่ร้ายแรงเท่านั้น<sup>1</sup> แต่หากย้อนกลับมาดูพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 จะเห็นได้ว่ามีโทษทางอาญาทั้งโทษปรับ และโทษจำคุก อันเนื่องมาจากเพียงการใช้เช็คทางการค้า หรือจากการทำสัญญาเพื่อชำระหนี้ที่มีอยู่จริง และบังคับได้ตามกฎหมาย<sup>2</sup> ซึ่งหากพิจารณาจากบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช็คที่ถูกปฏิเสธการชำระเงินสามารถดำเนินการฟ้องร้องกันได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 21 ตัวเงิน โดยกำหนดตั้งแต่วิธีการออกเช็ค จนถึงการฟ้องชำระหนี้ตามเช็คในกรณีที่มีผิดนัด หรือไม่มีการชำระหนี้ตามเช็คนั้น ๆ

เดิมทีที่มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2497 เนื่องจากการค้าในประเทศไทยได้เจริญขึ้นเป็นอันมาก สมควรที่จะมีการสนับสนุนให้มีการใช้เช็คโดยแพร่หลายเพื่อให้สะดวกแก่การประกอบธุรกิจการค้า จึงได้ตรากฎหมายออกมาเพื่อที่จะเอาผิดกับบุคคลที่คิดทุจริตใช้เช็คโดยไม่มีเงินที่จะพึงชำระตามจำนวนที่ส่งจ่าย<sup>3</sup> การตรากฎหมายเช่นนี้เป็นการออกกฎหมายมาเพื่อแก้ไขปัญหาที่ปลายเหตุ ไม่ได้เป็นการกำหนดมาตรการวิธีการเพื่อป้องกันต้นเหตุ อีกทั้งก่อให้เกิดการนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลเป็นจำนวนมาก ทำให้เกิดค่าใช้จ่ายที่ไม่คุ้มค่าต่อการดำเนินคดี ซึ่งในอดีตกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือเจตนาในการออกเช็คแต่อย่างใด เพียงแค่เช็คดังกล่าวก็สามารถที่จะถูกดำเนินคดีอาญาต่อผู้ส่งจ่ายได้แล้ว ต่อมาจึงได้มีการแก้ไขเปลี่ยนมาใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 โดยได้เปลี่ยนแปลงโทษปรับจากเดิมที่ให้ปรับไม่เกินจำนวนสองเท่าของจำนวนเงินที่ส่งจ่าย<sup>4</sup> เป็นปรับจำนวนหกหมื่นบาท<sup>5</sup> แทน เพื่อให้คดีเช็คนั้นอยู่ใน

---

<sup>1</sup> ณรงค์ ใจหาญ, กฎหมายและนักนิติศาสตร์ในยุคไทยแลนด์ 4.0, สยามรัฐ (13 ตุลาคม 2560), สืบค้นเมื่อวันที่ 2 เมษายน 2562, จาก <https://siamrath.co.th/n/24773>

<sup>2</sup> อ้างไว้ในเชิงอรรถที่ 7

<sup>3</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2497

<sup>4</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2497

“มาตรา 3 ผู้ใด

(1) ออกเช็คโดยเจตนาที่จะมิให้มีการใช้เงินตามเช็คนั้น

(2) ออกเช็คโดยในขณะที่ออกไม่มีเงินอยู่ในบัญชีอันจะพึงให้ใช้เงินได้

(3) ออกเช็คให้ใช้เงินมีจำนวนเงินสูงกว่าจำนวนเงินที่มีอยู่ในบัญชีอันจะพึงให้ใช้เงินได้ในขณะที่ออกเช็คนั้น

อำนาจพิจารณาของศาลแขวงได้ แม้จำนวนเงินในเช็คจะเกินอำนาจการพิจารณาของศาลแขวงก็ตาม ส่วนโทษจำคุกยังคงเป็นไม่เกินหนึ่งปีเช่นเดิม ทั้งยังได้มีการนำหลักสุจริต<sup>6</sup> มาบังคับใช้ในเช็คนี้ด้วย เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 ได้มีการนำหลักของเจตนาและการชำระหนี้ที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนมาใช้เป็นเกณฑ์ขององค์ประกอบความผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยเช็คที่ออกมานั้นจะต้องเป็นเช็คที่ออกมาเพื่อให้มีผลผูกพัน และบังคับชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย<sup>7</sup> จึงจะเป็นความผิดทางอาญา

การฟ้องร้องคดีบังคับตามเช็คที่ถูกปฏิเสธการจ่ายเงินนั้น ในทางแพ่งสามารถฟ้องร้องได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 898 ถึงมาตรา 1011 ที่กำหนดทั้งวิธีการสั่งจ่ายเช็ค รายละเอียดการออกเช็ค วิธีการทวงถาม ตลอดจนถึงอายุความในการฟ้องร้องบังคับคดีหากเกิดกรณีถูกปฏิเสธการจ่ายเงินจากธนาคาร หรือที่เรียกว่า “เช็คแดง” รวมทั้งยังสามารถฟ้องเรียกดอกเบี้ยในเงินตามที่ได้สั่งจ่ายไว้ด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ระบุวิธีการสั่งจ่าย และกำหนดมาตรการการดำเนินการทางกฎหมายกับผู้สั่งจ่ายเช็คไว้อย่างครอบคลุม รวมทั้งสามารถที่จะเรียกดอกเบี้ยตามที่ระบุไว้ในเช็คนั้นได้อีกด้วย อีกทั้งการฟ้องร้องเรียกเงินตามเช็คมิได้อาศัยมูลความผิดทางอาญา จึงไม่ใช่คดีแพ่ง

---

(4) ถอนเงินทั้งหมด หรือแต่บางส่วนออกจากบัญชีอันจะพึงให้ใช้เงินตามเช็คจนจำนวนเงินเหลือไม่เพียงพอที่จะใช้เงินตามเช็คนั้นได้ หรือ

(5) ห้ามธนาคารมิให้ใช้เงินตามเช็คนั้นโดยเจตนาทุจริต

ถ้าธนาคารปฏิเสธไม่จ่ายเงินตามเช็คนั้น มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองเท่าของจำนวนเงินที่ระบุในเช็ค แต่ต้องไม่น้อยกว่าหนึ่งหมื่นบาท หรือจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือทั้งปรับทั้งจำ”

<sup>5</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 มาตรา 4

<sup>6</sup> ตรีเนตร สาระพงษ์, “แนวคิดเรื่องหลักสุจริตในตัวเงิน,” วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ 5, 1 (มิถุนายน 2557): 84.

<sup>7</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534

“หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2497 ใช้บังคับมานานแล้ว บทบัญญัติที่มีอยู่ไม่เหมาะสมหลายประการสมควรปรับปรุงให้มีบทบัญญัติชัดเจนว่า การออกเช็คที่มีความผิดตามพระราชบัญญัตินี้จะต้องเป็นการออกเช็คเพื่อให้มีผลผูกพันและบังคับชำระหนี้ได้ตามกฎหมายเท่านั้น และกำหนดให้มีระวางโทษปรับเพียงไม่เกินหกหมื่นบาทเพื่อให้เกิดความผิดตามพระราชบัญญัตินี้อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลแขวง ทั้งให้การปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยจะกระทำโดยไม่มีหลักประกันก็ได้ แต่ถ้าจะให้หลักประกัน หลักประกันนั้นจะต้องไม่เกินหนึ่งในสามของจำนวนเงินตามเช็ค นอกจากนี้สมควรกำหนดให้การฟ้องคดีแพ่งตามเช็คที่มีจำนวนไม่เกินอำนาจพิจารณาพิพากษาของผู้พิพากษาคนเดียวสามารถฟ้องรวมไปกับคดีส่วนอาญาได้ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

เกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา<sup>8</sup> มาตรการการลงโทษทางอาญาจึงมีวัตถุประสงค์ในการที่จะเอาผู้กระทำความผิดอาญามาลงโทษ แม้กระทั่งคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา ก็จะต้องมีความผิดมูลฐานทางอาญาและสามารถที่จะลงโทษทางอาญาได้ ไม่ใช่ลงโทษทางอาญาเนื่องจากการกระทำผิดสัญญาในทางแพ่ง

อย่างไรก็ดี การกำหนดโทษทางอาญาในยุคสมัยที่มีการเปลี่ยนแปลงนี้ จำต้องคำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชน และไม่ให้เป็นการกระทบซึ่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร และคำนึงถึงจุดประสงค์ในการลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดอาญา หรือกระทำผิดทางแพ่งอันมีมูลฐานความผิดทางอาญา ประกอบกันเพื่อให้สอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่ว่า “บุคคลจะถูกจำคุกเพียงเพราะเหตุว่าไม่สามารถปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาได้”<sup>9</sup> ดังนั้นจึงต้องหาแนวทางและมาตรการอื่นเพื่อมาบังคับใช้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 โดยศึกษาจากหลักและวัตถุประสงค์ในการกำหนดโทษในการใช้เช็คตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โดยมองผ่านหลักของจุดประสงค์ในการลงโทษอาญา ว่าจะมีแนวทางหรือมาตรการทางใดที่จะสามารถบังคับใช้โทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 เพื่อให้สอดคล้องกับการสนับสนุนให้มีการใช้เช็คอย่างแพร่หลาย และการเปลี่ยนแปลงของสังคมไทยต่อไป

## 2. โทษทางอาญาและมาตรการลงโทษทางอาญา

“กฎหมายอาญา” นั้น เป็นกฎหมายว่าด้วยการลงโทษแก่บุคคลผู้ที่กระทำความผิดในลักษณะต่าง ๆ ในสังคม และเป็นกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยตรง กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือเป็นกฎหมายที่บัญญัติห้ามมิให้มีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดหรือบังคับให้มีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดโดยที่ผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม จะต้องได้รับโทษ<sup>10</sup>

การลงโทษทางอาญานั้นเป็นมาตรการหนึ่งในการใช้เป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสังคมควบคุมความประพฤติของสังคมให้คนอยู่ร่วมกันอย่างปกติสุขและสงบเรียบร้อย โดยใช้กฎหมายบังคับแก่สมาชิกในสังคม หากมีการละเมิดกฎหมายซึ่งถือว่าเป็นความผิด ก็จะต้องมีการลงโทษ การลงโทษจึงเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมประสิทธิภาพของกฎหมายอย่างหนึ่ง

<sup>8</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา 1308/2553

<sup>9</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, **Article 11** No one shall be imprisoned merely on the ground of inability to fulfil a contractual obligation, Retrieved March 23, 2020, from: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

<sup>10</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: จีระการพิมพ์, 2549), หน้า 1.

และเป็นการใช้อำนาจบังคับโดยรัฐเป็นผู้กระทำตอบโต้ผู้กระทำความผิด ซึ่งการลงโทษทางอาญานั้นมีวัตถุประสงค์หรือแนวคิดในการลงโทษอยู่ 3 ประการ<sup>11</sup> ดังนี้

1. การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retribution) เนื่องมาจากระบบการเมื่อก่อนการปกครอง ศาสนา และระบบสังคมในสมัยอดีตที่ผู้มีอำนาจปกครองจะใช้วิธีการลงโทษเพื่อการตอบแทนผู้กระทำความผิดให้ได้รับโทษ ในลักษณะตาต่อตาฟันต่อฟัน มีการใช้วิธีการที่รุนแรงทั้งการประหารชีวิต การลงทัณฑ์ ทรมานด้วยรูปแบบต่าง ๆ เพื่อให้สาสมกับความผิดที่ผู้นั้นได้กระทำลงไป เพื่อให้ผู้กระทำความผิดสารภาพ และเพื่อให้รู้สำนึกถึงความผิดในการกระทำของตน ทฤษฎีนี้มีแนวคิดในการลงโทษว่า ผู้กระทำความผิดมีเจตจำนงเสรี (Free Will) ในการที่จะคิดตัดสินใจ และกระทำการด้วยตนเอง ประกอบกับมนุษย์มีความสามารถในการใช้เหตุผล เมื่อตัดสินใจทำสิ่งใดลงไปจึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนอย่างเต็มที่ เมื่อกระทำความผิดจึงต้องรับผิดชอบต่อความผิดและสมควรได้รับการลงโทษ

2. การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence) การลงโทษนั้นสามารถข่มขู่และยับยั้งตัวผู้กระทำความผิดที่ได้รับโทษและบุคคลอื่นที่เห็นตัวอย่าง ทำให้เกิดความเกรงกลัวโทษ จนไม่กล้ากระทำความผิดขึ้นอีก การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งมีวัตถุประสงค์หลัก 2 ประการคือ (1) เพื่อยับยั้งตัวผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษไม่ให้กระทำความผิดซ้ำอีก เพราะเกิดความกลัวเกรงในโทษที่ได้รับ อันเป็นผลให้ตัดโอกาสที่จะกระทำความผิดขึ้นอีก (Incapacitation) (2) เพื่อยับยั้งบุคคลอื่นมิให้กระทำความผิด เนื่องจากได้เห็นผลร้ายของการกระทำความผิดและการได้รับโทษ จนไม่อยากจะกระทำความผิดเพราะเกรงกลัวโทษ การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งนี้อาจกล่าวได้ในอีกความหมายหนึ่งคือ เป็นการป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดเช่นนั้นอีกนั่นเอง ซีชาร์ เบ็คคาเรีย อธิบายว่า การลงโทษที่สามารถข่มขู่ยับยั้งผู้กระทำความผิดได้นั้นควรจะต้องมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ คือ (1) การลงโทษต้องทำด้วยความรวดเร็ว (2) ความแน่นอนในการลงโทษ และ (3) ความเคร่งครัดหรือความรุนแรงในการลงโทษ

3. การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitation) เป็นการลงโทษที่มีวัตถุประสงค์เพื่อผลในอนาคต การลงโทษควรมีเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด ให้กลับตัวเป็นคนดี เพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับมากระทำความผิดซ้ำ รวมทั้งพยายามที่จะช่วยให้ผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคมได้ตามปกติ จึงต้องมีการให้การเรียนรู้ การอบรม การฝึกอาชีพ ให้เพียงพอที่เขาจะใช้ในการดำเนินชีวิตได้ รวมทั้งการพยายามช่วยให้ผู้กระทำความผิดไม่รู้สึกรังเกียจจากการที่ได้รับการลงโทษไปแล้ว สำหรับหลักการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูประกอบด้วย (1) หลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้กระทำความผิดต้องประสบกับสิ่งที่ทำลายคุณลักษณะประจำตัวของเขาโดยให้ใช้วิธีการอื่นแทนการลงโทษจำคุกระยะสั้น (2) การลงโทษต้องเหมาะสมกับการกระทำผิดเป็น

<sup>11</sup> ญัฐวิวัฒน์ สุทธิโยธิน, “ทฤษฎีการลงโทษ,” ใน เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง หน้าที่ 6, (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2554), หน้า 12-35.

รายบุคคล (3) เมื่อผู้กระทำได้แก้ไขคดีเดิมแล้วให้หยุดการลงโทษ และให้มีการปรับปรุงการลงโทษระหว่างที่มีการคุมขัง

## 2.1 โทษทางอาญา

การลงโทษทางอาญาในประเทศไทยนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดฐานการลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิดอาญาเอาไว้อยู่ 5 สถานความผิด ซึ่งบทกำหนดโทษทางอาญาของประเทศไทยนั้นมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 ดังนี้

“มาตรา 18 โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดมีดังนี้

(1) ประหารชีวิต

(2) จำคุก

(3) กักขัง

(4) ปรับ

(5) ริบทรัพย์สิน

โทษประหารชีวิตและโทษจำคุกตลอดชีวิตมิให้นำมาใช้บังคับแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดในขณะที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

ในกรณีผู้ซึ่งกระทำความผิดในขณะที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีได้กระทำความผิดที่มีระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต ให้ถือว่าระวางโทษดังกล่าวได้เปลี่ยนเป็นระวางโทษจำคุกห้าสิบปี”

ซึ่งจากบทบัญญัติโทษในมาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายอาญาจะเห็นได้ว่า มีลักษณะเป็นการลงโทษเพื่อเป็นการลงโทษต่อผู้กระทำความผิดทางอาญา ดังที่ได้กระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ซึ่งหากมีการกระทำความผิดก็จะต้องถูกลงโทษตามบทบัญญัติมาตรานั้น ๆ โดยมีฐานลงโทษตามมาตรา 18 นี้ หรือการกระทำความผิดตามบทกฎหมายอื่นอันมิใช่การกระทำความผิดทางอาญาโดยตรงหรือกระทำความผิดตามกฎหมายอื่นนอกจากที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีทั้งโทษปรับและจำคุก ซึ่งแยกอธิบายได้ดังนี้

### 2.1.1 ความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา

การกระทำที่เป็นความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาจะมีบัญญัติลักษณะความผิดและบทลงโทษไว้อย่างชัดเจน อันเป็นความผิดมูลฐานทางอาญาที่ผู้กระทำได้เจตนาหรือโดยประมาท กระทำให้บุคคลอีกคนหนึ่งได้รับความเสียหาย ทั้งชีวิต ร่างกาย สิทธิและเสรีภาพ หรือทรัพย์สิน ซึ่งความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันแบ่งออกเป็น 2 ประเภท

1. ความผิดอาญาแผ่นดิน หรือความผิดอันยอมความไม่ได้ จะเป็นความผิดที่ถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหาย เป็นคดีความผิดที่กระทบต่อสังคมส่วนรวม ดังนั้น ผู้ที่ได้รับผลเสียหายจากความผิดอาญาดังกล่าวอาจจะเข้าไปดำเนินคดีเองได้ หรือแม้จะไม่ตั้งใจเอาความ คดีก็ยังไม่ยุติ ต้องดำเนินคดีฟ้องร้องผู้กระทำผิดจนถึงที่สุด ดังนั้นแล้วพนักงานอัยการและผู้เสียหายมีสิทธิที่จะฟ้องคดีได้หากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น แม้คดีดังกล่าวจะมีได้แจ้งความร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน เพียงแต่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว พนักงานสอบสวนก็มีอำนาจสอบสวนและส่งให้พนักงานอัยการฟ้องดำเนินคดีแทนได้ เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 ทำร้ายผู้อื่นต่อร่างกายหรือจิตใจตามมาตรา 295 ลักทรัพย์ตามมาตรา 334 เป็นต้น

2. ความผิดต่อส่วนตัว หรือความผิดอันยอมความได้ ไม่ได้มีกฎหมายนิยามความหมายดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน แต่มีข้อแตกต่างจากความผิดอาญาแผ่นดิน หรือความผิดอันยอมความไม่ได้ กล่าวคือ ความผิดที่ความเสียหายเกิดขึ้นต่อเอกชนเป็นการเฉพาะ รัฐไม่ถือว่าเป็นผู้เสียหายในความผิดประเภทนี้ และจะต้องมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าความผิดใดเป็นความผิดต่อส่วนตัว หากไม่มีการบัญญัติไว้ก็จะถือว่าเป็นความผิดต่อแผ่นดิน โดยความผิดประเภทนี้เจ้าพนักงานของรัฐจะสามารถนำคดีขึ้นฟ้องต่อศาลได้ต่อเมื่อมีคำร้องทุกข์จากผู้เสียหายก่อน หากไม่มีการร้องทุกข์ เจ้าพนักงานของรัฐก็ไม่มีอำนาจฟ้องคดีต่อศาล อีกทั้งความผิดประเภทนี้ผู้เสียหายก็สามารถใช้สิทธิของตนเองได้อย่างเต็มที่ในการเจรจาตกลงยอมความกับผู้กระทำความผิดอันนำไปสู่การระงับการดำเนินคดีอาญา<sup>12</sup>

### 2.1.2 ความผิดอาญาตามกฎหมายอื่น

ในปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายที่มีโทษทางอาญาอยู่หลายฉบับ มีทั้งเป็นความผิดอันยอมความได้และความผิดยอมความไม่ได้ โดยการตราเป็นพระราชบัญญัติต่าง ๆ มีทั้งมูลฐานความผิดทางอาญา และมีใช้มูลฐานความผิดทางอาญาแต่มีโทษทางอาญาทั้งปรับและจำคุก ตลอดไปจนถึงโทษประหารชีวิต และในประเทศไทยมีกฎหมายที่มีโทษทางอาญาที่กำหนดความผิดทางอาญาไว้เป็นการเฉพาะเรื่องอยู่หลายเรื่อง ซึ่งจะแยกออกเป็นความผิดอันยอมความได้และความผิดอาญาอันยอมความไม่ได้

ความอันยอมความไม่ได้ (ความผิดอาญาแผ่นดิน) เป็นความผิดที่มีผลกระทบต่อประชาชน และผิดศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งมีโทษปรับและโทษจำคุก และสถานหนักสุดคือประหารชีวิต เช่น การหน่วงเหนี่ยว กักขัง กระทำด้วยประการใดให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพในร่างกาย หรือทำร้ายร่างกาย หรือขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ ว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายผู้อื่นเพื่อข่มขืนใจให้ผู้อื่นนั้นกระทำการค้าประเวณี มีโทษประหารชีวิต หรือ

<sup>12</sup> พงศ์อิทธิ ภูษิตโภยโคย, “ความผิดต่อส่วนตัว: ศึกษาปัญหาการดำเนินคดีในศาล,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 7-74.

จำคุกตลอดชีวิต ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 ตาม มาตรา 12 หรือการใช้อาวุธปืน เครื่องกระสุน หรือวัตถุระเบิด นอกจากที่กำหนดในกฎกระทรวง ที่อนุญาตให้ออกได้ นำไปใช้ในการกระทำความผิด ได้แก่ ฆ่าผู้อื่น เรียกค่าไถ่ กรรโชก ชิงทรัพย์ และ ปล้นทรัพย์ มีโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต ตามพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่อง กระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 มาตรา 78 และตาม พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 โดยการผลิต นำเข้า หรือส่งออกซึ่งยาเสพติด ให้โทษในประเภท 1 เพื่อจำหน่าย มีโทษประหารชีวิตตามมาตรา 65 ผู้ใดจำหน่ายหรือมิไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย ซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 โดยมีปริมาณคำนวณเป็นสาร บริสุทธิ์เกิน 20 กรัมขึ้นไป มีโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่หนึ่งล้านบาท ถึงห้าล้านบาท ตามมาตรา 66 การใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจ ครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ให้ผู้อื่นเสพเฮโรอีน โดยเป็นการ กระทำต่อผู้หญิงหรือต่อบุคคลซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะ หรือเป็นการกระทำเพื่อจูงใจให้ผู้อื่น กระทำความผิดทางอาญา หรือเพื่อประโยชน์แก่ตนเองหรือผู้อื่นในการกระทำความผิดทางอาญา มี โทษประหารชีวิต ตามมาตรา 93

ความผิดอันยอมความได้ (ความผิดต่อส่วนตัว) เป็นความผิดที่มักจะ เกิดขึ้นจากการกระทำในทางแพ่ง ซึ่งอาจจะเกิดจากการผิดสัญญาต่าง ๆ การกระทำละเมิด ซึ่ง มีกฎหมายที่กำหนดโทษทางอาญาไว้เป็นโทษปรับและโทษจำคุก ซึ่งตามกฎหมายจะมีบัญญัติ เอาไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นความผิดอันยอมความได้ เช่น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติไว้ในมาตรา 66 พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 บัญญัติไว้ในมาตรา 5 เป็นต้น

### 2.1.3 ความผิดอาญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการ ใช้เช็ค พ.ศ. 2534

ความผิดอาญาว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็คตามพระราชบัญญัติ ว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 นั้น อาศัยความรับผิดทางแพ่งเป็นมูลฐาน ความผิด ซึ่งมูลหนี้ันั้นเกิดจากบ่อเกิดแห่งหนี้ทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นนิติกรรมสัญญา จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรถัด ละเมิด ฯลฯ เช่น หนี้ตามสัญญาซื้อขาย กู้ยืม จ้างทำของ เป็นต้น ทั้งนี้จะต้องเป็น หนี้อันสมบูรณ์และสามารถบังคับได้ตามกฎหมาย โดยแยกพิจารณาได้จากการกระทำหรือ เจตนาของผู้ออกเช็คหรือผู้กระทำความผิดได้ 2 แนวทางดังนี้

1. ผู้ออกเช็คไม่มีเจตนาทุจริตมาตั้งแต่แรก กล่าวคือ ได้มีการ ออกเช็คเพื่อชำระหนี้ตามสัญญาให้กับผู้ทรงเช็ค แต่ปรากฏว่าภายหลังออกเช็คตนได้ประสบ ปัญหาทางการเงิน จนต้องนำเงินในบัญชีที่ได้มีการออกเช็คนั้นไปหมุนเวียนในธุรกิจของตน จน ทำให้เงินในบัญชีนั้นไม่พอจ่าย เช่นนี้ก็ถือว่าความผิดอาญานั้นสำเร็จและมีความผิดแล้ว หรือ



ในขณะที่ออกเช็คนั้นตนไม่มีเงินในบัญชีที่จะพอจ่าย แต่มีแผนทางการค้าหรือธุรกิจว่าจะมีเงินจำนวนดังกล่าวชำระเข้ามายังบัญชีของตน แต่ภายหลังก็ไม่ได้มีการชำระหรือโอนเข้ามาตามกำหนดวันที่จะมีการนำเช็คดังกล่าวไปเรียกเก็บเงินจากธนาคาร กรณีนี้ก็ถือเป็นความผิดอาญาตามพระราชบัญญัตินี้แล้ว เป็นต้น

2. ผู้ออกเช็คมีเจตนาทุจริตมาตั้งแต่แรก กล่าวคือ การออกเช็คฉบับนั้น ผู้ออกเช็คหรือผู้ส่งจ่ายมีเจตนาที่จะไม่ให้มีการใช้เงินตามเช็คตั้งแต่แรก อันถือว่ามีเจตนาที่จะไม่ให้มีการใช้เงินตามเช็คนั้นมาตั้งแต่ต้น ซึ่งนอกจากจะมีความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 แล้วก็ยังคงมีความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 อีกด้วย โดยการกระทำในลักษณะนี้ถือเป็นการกระทำโดยทุจริต หลอกลวงผู้อื่นโดยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงอันควรบอกให้แจ้ง และการหลอกลวงดังเช่นว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินของผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สามทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ ผู้ที่กระทำความผิดฐานฉ้อโกง ดังนั้นการที่จำเลยแสดงข้อความอันเป็นเท็จ โดยทำให้เชื่อว่าเช็คที่ออกมานั้นเป็นเช็คของจำเลยแล้วแลกเงินสดผู้เสียหายไปซึ่งความจริงนั้นเป็นเช็คของคนอื่น จึงไม่มีการจ่ายเงินตามเช็ค การกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานฉ้อโกง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 940/2503) หรือการที่ผู้ออกเช็คพูดอวดอ้างว่าตนมีบัญชีเงินฝากในธนาคาร แล้วควักเช็คออกมาเซ็นชื่อให้ ทั้งนี้เพื่อให้ผู้อื่นหลงเชื่อและจะได้ให้ตนกู้เงิน และผู้ยื่นหลงเชื่อในการแสดงข้อความเท็จนั้นจึงจ่ายเงินให้กู้ยืมไป เป็นความผิดฐานฉ้อโกง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1014/2505) หรือมีการนำเช็คมาชำระหนี้ให้กับผู้อื่น ทั้งที่มีการปิดบัญชีที่ส่งจ่ายเช็คนั้นไปแล้ว ก็มีความผิดฐานฉ้อโกงได้<sup>13</sup>

จากข้างต้นจึงอาจกล่าวได้ว่าความผิดอาญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 นั้นไม่จำเป็นต้องถือเจตนาทุจริตเป็นสำคัญเหมือนประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใด เพียงแต่มีการออกเช็คเพื่อชำระหนี้ที่มีอยู่จริง และสามารถบังคับได้ตามกฎหมาย ก็มีความผิดอาญาตามพระราชบัญญัตินี้แล้ว

## 2.2 มาตรการอื่นทางอาญา

นอกจากโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 แล้ว ยังมีมาตรการทางอาญาอื่น ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญานั้นได้กำหนดไว้ชัดเจนสำหรับบทลงโทษผู้กระทำความผิดดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น มีอีก 2 มาตรการที่ผู้เขียนเห็นว่าสามารถที่จะนำไปใช้กำหนดโทษในคดีความผิดอันเกิดจากการใช้เช็คได้ และเป็นมาตรการที่เหมาะสม คือ

<sup>13</sup> เถลิงศักดิ์ คำสุระ, “ความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2526), หน้า 244.

### 2.2.1 มาตรการหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัย<sup>14</sup> (Safety Measures)

วิธีการเพื่อความปลอดภัยถูกกำหนดขึ้นตามสภาพที่เป็นอันตรายซึ่งบุคคลนั้นแสดงออกมาว่าน่าจะกระทำผิดขึ้นในอนาคต จึงต้องหาวิธีการป้องกันมิให้การกระทำผิดที่เป็นอันตรายต่อสังคมเกิดขึ้นหรือมิให้เกิดขึ้นอีก อันเป็นการป้องกันการกระทำผิดที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากโทษโดยเฉพาะอย่างยิ่งสภาพบังคับ กล่าวคือ โทษเป็นสภาพบังคับที่รัฐจะบังคับใช้แก่บุคคลภายหลังจากที่บุคคลนั้นได้กระทำความผิดแล้ว แต่วิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นมาตรการที่รัฐนำมาใช้ก่อนที่จะมีการกระทำความผิด หรือมีการกระทำความผิดแล้วไม่ให้เกิดมากระทำผิดอีก

การห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง เป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยประเภทหนึ่งที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50<sup>15</sup> ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลได้มีคำพิพากษาให้ลงโทษผู้นั้นตามฐานความผิดแล้ว และศาลเห็นว่าผู้กระทำความผิดนั้นได้กระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพหรือความผิดเนื่องจากการประกอบวิชาชีพ เช่น ผู้จัดการโรงแรมกระทำความผิดเกี่ยวกับการค้าประเวณี ถ้าศาลเห็นว่าที่กระทำความผิดนั้นเพราะอาชีพผู้จัดการโรงแรม หากให้ดำเนินกิจการโรงแรมต่อไปอาจกระทำความผิดฐานค้าประเวณีขึ้นอีกได้<sup>16</sup>

ในประเทศฝรั่งเศสนั้น มีการกำหนดห้ามผู้กระทำความผิดอันเกิดจากการใช้เช็คไว้หลายประการ เช่น ต้องห้ามมิให้ประกอบอาชีพการธนาคาร ห้ามมิให้ประกอบอาชีพประกันภัย ห้ามมิให้ประกอบอาชีพนายหน้า ห้ามมิให้เป็นสมุห์บัญชีในบริษัทจำกัด ห้ามมิให้เป็นผู้ดำเนินการหรือจัดการในตำแหน่งใด ๆ ในบริษัทจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นตัวแทนหรือสาขาของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนดังกล่าว และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง

<sup>14</sup> ประมวลกฎหมายอาญา “มาตรา 39 วิธีการเพื่อความปลอดภัย มีดังนี้”

- (1) กักกัน
- (2) ห้ามเข้าเขตกำหนด
- (3) เรียกประกันทัณฑ์บน
- (4) คุมตัวไว้ในสถานพยาบาล
- (5) ห้ามการประกอบอาชีพบางอย่าง”

<sup>15</sup> ประมวลกฎหมายอาญา “มาตรา 50 เมื่อศาลพิพากษาให้ลงโทษผู้ใด ถ้าศาลเห็นว่าผู้นั้นกระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ หรือเนื่องจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ และเห็นว่าหากผู้นั้นประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นต่อไปอาจจะกระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นอีก ศาลจะสั่งไว้ในคำพิพากษาห้ามการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นมิกำหนดเวลาไม่เกินห้าปีนับแต่วันพ้นโทษไปแล้วก็ได้”

<sup>16</sup> กอปรลาภ อภัยภักดิ์, “ความเหมาะสมของการลงโทษ: กรณีศึกษาความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 123-137.

ต้องห้ามมิให้ประกอบอาชีพการค้าหรืออุตสาหกรรมใด ๆ ถ้าหากถูกพิพากษาให้จำคุกตั้งแต่ 3 เดือนขึ้นไป<sup>17</sup>

อย่างไรก็ดี การนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยประเภทห้ามประกอบอาชีพบางอย่างมาใช้นั้นอาจมีข้อจำกัดบางประการ คือศาลจะต้องเห็นว่าผู้นั้นกระทำความผิดอาญาโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ หรือเนื่องจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้น ๆ ดังนั้น การนำมาตรการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างตามมาตรา 50 มาใช้กับผู้กระทำความผิดอันเกิดจากการใช้เช็คจะต้องเป็นกรณีที่ประจักษ์ต่อศาลว่า บุคคลนั้นได้ใช้เช็คเพื่อดำเนินธุรกิจการค้าของตนและปรากฏว่ามีพฤติกรรมการส่งจ่ายเช็คโดยไม่มีเงินบ่อยครั้ง และศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าหากปล่อยให้มีการดำเนินธุรกิจดังกล่าวต่อไป ก็อาจกระทำความผิดเกี่ยวกับเช็คขึ้นอีก ศาลอาจมีคำสั่งห้ามบุคคลนั้นประกอบธุรกิจดังกล่าวได้<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน

## 2.2.2 มาตรการคุมประพฤติ<sup>19</sup> (Probation)

<sup>19</sup> ประมวลกฎหมายอาญา “มาตรา 56 ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุกหรือปรับ และในคดีนั้น ศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินห้าปีไม่ว่าจะลงโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม หรือลงโทษปรับ ถ้าปรากฏว่าผู้นั้น

(1) ไม่เคยรับโทษจำคุกมาก่อน หรือ

(2) เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ หรือเป็นโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือ

(3) เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่พ้นโทษจำคุกมาแล้วเกินกว่าห้าปี แล้วมากระทำความผิดอีก โดยความผิดในครั้งหลังเป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

และเมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือการรู้สึกความผิด และพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น หรือเหตุอันควรปรานีแล้ว ศาลจะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิดแต่รอการกำหนดโทษหรือกำหนดโทษแต่รอการลงโทษไว้ ไม่ว่าจะลงโทษจำคุกหรือปรับอย่างหนึ่งอย่างใดหรือทั้งสองอย่าง เพื่อให้โอกาสกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนดแต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษา โดยจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติของผู้นั้นด้วยหรือไม่ก็ได้

เงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติของผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ศาลอาจกำหนดข้อเดียวหรือหลายข้อตามควรแก่กรณีได้ ดังต่อไปนี้

(1) ให้ไปรายงานตัวต่อเจ้าพนักงานที่ศาลระบุไว้เป็นครั้งคราว เพื่อเจ้าพนักงานจะได้สอบถาม แนะนำ ช่วยเหลือ หรือตักเตือนตามที่เห็นสมควรในเรื่องความประพฤติและการประกอบอาชีพ หรือจัดให้กระทำกิจกรรมบริการสังคมหรือสาธารณประโยชน์

(2) ให้ฝึกหัดหรือทำงานอาชีพอันเป็นกิจจะลักษณะ

(3) ให้ละเว้นการคบหาสมาคมหรือการประพฤติได้อันอาจนำไปสู่การกระทำความผิดในทำนองเดียวกันอีก

(4) ให้ไปรับการบำบัดรักษาการติดยาเสพติดให้โทษ ความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ หรือความเจ็บป่วยอย่างอื่น ณ สถานที่และตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด

(5) ให้เข้ารับการฝึกอบรม ณ สถานที่และตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด

(6) ห้ามออกนอกสถานที่อยู่อาศัย หรือห้ามเข้าในสถานที่ใดในระหว่างเวลาที่ศาลกำหนด ทั้งนี้ จะใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรืออุปกรณ์อื่นใดที่สามารถใช้ตรวจสอบหรือจำกัดการเดินทางด้วยก็ได้

(7) ให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือเยียวยาความเสียหายโดยวิธีอื่นให้แก่ผู้เสียหายตามที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายตกลงกัน

(8) ให้แก้ไขฟื้นฟูหรือเยียวยาความเสียหายที่เกิดแก่ทรัพยากรธรรมชาติ หรือสิ่งแวดล้อม หรือชดใช้ค่าเสียหายเพื่อการดังกล่าว

(9) ให้ทำทัณฑ์บนโดยกำหนดจำนวนเงินตามที่ศาลเห็นสมควรว่าจะไม่ก่อเหตุร้าย หรือก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่บุคคลอื่นหรือทรัพย์สิน

(10) เงื่อนไขอื่น ๆ ตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนดเพื่อแก้ไข ฟื้นฟู หรือป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำหรือมีโอกาสดำเนินการกระทำความผิดซ้ำอีก หรือเงื่อนไขในการเยียวยาผู้เสียหายตามที่เห็นสมควร

มาตรการคุมประพฤติ คือมาตรการทางกฎหมายที่ใช้ในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดโดยไม่ใช้เรือนจำ หรือเป็นวิธีการหนึ่งในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดในชุมชนโดยจัดให้มีการสืบเสาะ และรายงานเกี่ยวกับประวัติภูมิหลังของจำเลยก่อนที่ศาลมีคำพิพากษาเพื่อประโยชน์ในการสร้างมาตรการและเงื่อนไขที่เหมาะสมในการฟื้นฟูและป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดซ้ำ และมีมาตรการในการควบคุมสอดส่องดูแลผู้กระทำความผิดภายหลังจากศาลมีคำพิพากษา โดยการคุมประพฤติเป็นวิธีการที่ศาลซึ่งเป็นคดีที่ศาลเห็นว่าจำเลยได้กระทำผิดจริง แต่เห็นเป็นการสมควรให้รอการลงโทษจำเลยไว้เพราะศาลเชื่อว่าจำเลยสามารถกลับตัวเป็นคนดีได้ โดยจำเลยจะต้องอยู่ภายใต้การสอดส่องดูแลของเจ้าพนักงานคุมประพฤติ และต้องปฏิบัติตามมาตรการและเงื่อนไขที่กำหนด<sup>20</sup>

การที่ศาลจะใช้มาตรการคุมประพฤติกับผู้กระทำความผิดอันเนื่องมาจากการใช้เช็คนี้ แน่แน่นอนว่าจะต้องเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 56 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งโทษจำคุกจะต้องไม่เกิน 5 ปี และไม่ว่าจะมีโทษปรับด้วยหรือไม่ อันเป็นที่แน่นอนแล้วว่าคดีความผิดอันเกิดจากการใช้เช็คนั้น ย่อมเข้าเงื่อนไขที่ศาลสามารถที่จะใช้ดุลพินิจได้ เนื่องจากว่าโทษจำคุกตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 มีโทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 3 ปี แม้ว่าจะมีการออกเช็คหลายฉบับอันจะทำให้ศาลลงโทษหลายกรรมตามจำนวนเช็คที่สั่งจ่าย เมื่อแต่ละกระทงความผิดศาลลงไม่เกิน 5 ปี ก็สามารถที่จะรอลงอาญาผู้กระทำความผิดได้<sup>21</sup>

นอกจากประเทศไทยของเราแล้วนั้น ในต่างประเทศก็มีการนำมามาตรการคุมประพฤตินำมาใช้ประกอบในการพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดในทำนองเดียวกัน เช่น ในสหรัฐอเมริกาที่มีการแยกการใช้มาตรการคุมประพฤติออกเป็น 2 แนวทาง โดยแนวทางแรกนั้นพิจารณาจากการกระทำความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หากจำเลยรับสารภาพ หรือให้การปฏิเสธแล้วสืบพยานและคณะลูกขุนตัดสินว่าจำเลยกระทำความผิด ศาลจะเป็นผู้มีหน้าที่ดำเนินการกำหนดโทษ ก่อนที่ศาลจะพิจารณาใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ศาลอาจสั่งให้พนักงานคุมประพฤติทำการสืบเสาะข้อเท็จจริง แล้วทำรายงานก่อนการกำหนดโทษเสนอต่อศาล แต่

---

เงื่อนไขตามที่ศาลได้กำหนดตามความในวรรคสองนั้น ถ้าภายหลังความปรากฏแก่ศาลตามคำขอของผู้กระทำความผิด ผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้นั้น ผู้อนุบาลของผู้นั้น พนักงานอัยการหรือเจ้าพนักงานว่าพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องแก่การควบคุมความประพฤติของผู้กระทำความผิดได้เปลี่ยนแปลงไป เมื่อศาลเห็นสมควรศาลอาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือเพิกถอนข้อหนึ่งข้อใดเสียก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขข้อใดตามที่กล่าวในวรรคสองที่ศาลยังมิได้กำหนดไว้เพิ่มเติมขึ้นอีกก็ได้ หรือถ้ามีการกระทำผิดทัณฑ์บนให้นำบทบัญญัติมาตรา 47 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

<sup>20</sup> กัลยกร กิจมานะวัฒน์, “การนำมาตรการคุมประพฤตินำมาใช้ประกอบโทษในคดีอาญา,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า 24.

<sup>21</sup> เทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2924/2523 (ที่ประชุมใหญ่)

หากเป็นกรณีที่กระทำความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป ศาลจะต้องสั่งให้พนักงานคุมประพฤติสืบเสาะแล้วจัดทำรายงานการสืบเสาะรวมถึงเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดโทษเมื่อพิจารณาแล้วศาลอาจกำหนดให้คุมประพฤติจำเลยภายหลังจากได้รับการปล่อยตัวตามคำพิพากษาของศาลตามกำหนดระยะเวลาที่กำหนดในกฎหมาย<sup>22</sup>

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการใช้มาตรการคุมประพฤติมาประกอบการตัดสิน หรือการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญา เป็นดุลพินิจของศาลโดยแท้ ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขหรือข้อกำหนดตามที่บัญญัติไว้กฎหมาย เพื่อป้องกันและรักษาผลประโยชน์ของสังคม หรือเพื่อชดเชยไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับไปทำกระทำความผิดซ้ำอีก

### 3. เช็ค (Cheque)

เช็ค (Cheque) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติความหมายไว้ในมาตรา 987 “อันว่าเช็คนั้น คือ หนังสือตราสารซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้สั่งจ่าย สั่งธนาคารให้ใช้เงินจำนวนหนึ่งเมื่อทวงถามให้แก่บุคคลหนึ่ง หรือให้ใช้ตามคำสั่งของบุคคลอีกคนหนึ่ง อันเรียกว่าผู้รับเงิน” ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามีบุคคลที่เกี่ยวข้องด้วยกันสามฝ่าย ดังนี้<sup>23</sup>

1. ผู้สั่งจ่าย (Drawee) เป็นบุคคลที่ทำตราสารขึ้นมา อันอาศัยการมีนิติสัมพันธ์กับธนาคารหรือผู้จ่ายเงินโดยการเปิดบัญชีกระแสรายวันเพื่อต้องการใช้เช็คในการถอนเงินจากธนาคาร ซึ่งก่อให้เกิดความสะดวกในธุรกิจของตน โดยเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ มีอำนาจในการห้ามจ่ายเงินให้แก่ผู้นำเช็คมาทวงถามให้ใช้เงิน แต่จะบังคับให้ธนาคารจ่ายเงินให้แก่ผู้มาทวงถามโดยที่บัญชีนั้นไม่มีเงินฝากหรือเงินในบัญชีไม่เพียงพอไม่ได้ อีกทั้งหากธนาคารไม่สามารถจ่ายเงินให้แก่ผู้มาทวงถามได้ที่ไม่ได้เกิดจากความผิดของธนาคาร ผู้สั่งจ่ายจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบเพียงฝ่ายเดียว

2. ธนาคาร (Banker) ธนาคารที่ผู้สั่งจ่ายได้มีการเปิดบัญชีกระแสรายวันเอาไว้ นับตั้งแต่วันที่ธนาคารได้ตกลงเป็นตัวแทน (วันที่มีการเปิดบัญชีกระแสรายวัน) ของผู้สั่งจ่ายในการจ่ายเงินให้แก่ผู้นำเช็คมาทวงถาม และมีหน้าที่ทำตามคำสั่งของผู้สั่งจ่ายในกรณีที่ผู้สั่งจ่ายปฏิเสธการให้จ่ายเงินแก่ผู้นำเช็คมาทวงถาม และผู้สั่งจ่ายไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ใดกับผู้นำเช็คมาทวงถาม หากเกิดกรณีที่ผู้สั่งจ่ายหรือธนาคารไม่สามารถที่จะจ่ายเงินให้แก่ผู้นำเช็คมาทวงถามได้อันไม่ใช่ความผิดของผู้สั่งจ่าย ธนาคารก็ไม่ต้องรับผิดชอบผู้ที่ถือเช็คมาทวงถามให้จ่ายเงิน แต่หากว่า

<sup>22</sup> กัลยกร กิจมานะวัฒน์, “การนำมาตรการคุมประพฤติมาใช้ประกอบโทษในคดีอาญา,” หน้า 72-75.

<sup>23</sup> อัครพล ทองกลาง, “ปัญหาความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค: กรณีของการออกเช็คล่วงหน้าตามสัญญาเช่าซื้อ,” วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ 1, 2 (มิถุนายน 2562): 11.

ถ้าธนาคารได้รับรองเช็คแล้วธนาคารต้องรับผิดชอบเช็คนั้นทันที กฎหมายถือว่าธนาคารตกเป็นลูกหนี้ชั้นต้น จะต้องจ่ายเงินให้แก่ผู้ทรงเช็คนั้นเมื่อเช็คถึงกำหนดให้ใช้เงินจะปฏิเสธไม่ได้

3. ผู้รับเงิน (Payee) หรือผู้ทรงเช็คจะเป็นฝ่ายที่มีนิติสัมพันธ์กันกับผู้ส่งจ่าย โดยตรงอันเกิดจากนิติกรรมสัญญาใด ๆ อันจะทำให้ได้รับการชำระหนี้ ซึ่งผู้รับเงินหรือผู้ทรงเช็คนี้มีหน้าที่ในการนำเช็คไปทวงถามแก่ธนาคารผู้จ่ายเงินในวันที่ระบุส่งจ่ายภายในหนึ่งเดือน ในกรณีที่มีการส่งจ่ายในจังหวัดเดียวกัน หากส่งจ่ายต่างจังหวัดผู้ทรงเช็คจะต้องนำเช็คไปทวงถามให้ธนาคารจ่ายเงินภายในหกเดือนนับแต่วันที่ระบุส่งจ่าย มิฉะนั้นเช็คจะหมดอายุธนาคารผู้จ่ายเงินมีสิทธิที่จะไม่จ่ายเมื่อเรียกทวงถามเลยกำหนด

จากข้างต้น เมื่อเกิดการผิดนัดหรือการที่ธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงิน ย่อมมีข้อพิพาทและคดีความขึ้นสู่ศาล ซึ่งในความผิดอันเกี่ยวกับเช็ค มีความผิดทั้งทางแพ่งและอาญา แต่ความผิดอันเกิดจากการใช้เช็คนั้นมีอัตราโทษความผิดทางอาญา<sup>24</sup> จึงไม่ใช่คดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา ดังจะเห็นได้จากการกำหนดวิธีการออกเช็ค รายละเอียดเช็ค และผู้ต้องรับผิดชอบระยะเวลาในการเรียกเก็บเงินจากธนาคาร ซึ่งสิ่งเหล่านี้ล้วนมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่อย่างไรก็ดี หากเช็คดังกล่าวมีจำนวนเงิน (ทุนทรัพย์) ไม่เกินอำนาจผู้พิพากษาศาลเดียวที่จะพิจารณาพิพากษาคดีได้ ผู้ทรงหรือผู้เสียหายสามารถที่จะฟ้องรวมไปกับคดีอาญาได้<sup>25</sup> ฉะนั้นแล้วในบทความนี้ผู้เขียนจึงขออธิบายในเรื่องการดำเนินกฎหมายทางอาญาอันเนื่องมาจากการใช้เช็คของประเทศไทยในหัวข้อถัดไป

#### 4. การดำเนินการทางกฎหมายและบทลงโทษในคดีเช็ค

การดำเนินคดีเช็คในคดีอาญาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันจะกำหนดองค์ประกอบของความผิดและกำหนดบทลงโทษเอาไว้เป็นกฎหมายเฉพาะ โดยตราเป็นพระราชบัญญัติขึ้นมาเพื่อใช้เป็นมาตรการในการลงโทษผู้ที่ออกเช็คโดยมีเจตนาทุจริต และเพื่อสนับสนุนให้มีการใช้เช็คอย่างแพร่หลายในทางการค้าของประเทศไทย อีกทั้งยังเป็นการสร้างความน่าเชื่อถือให้กับเช็คที่ใช้ในประเทศไทยที่ทำการค้ากับชาวต่างชาติ หรือผู้ประกอบการธุรกิจในประเทศ โดยแบ่งพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2497 ประกาศของคณะปฏิวัติ 196 และพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 ดังนี้

##### 4.1 พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2497

ในยุคสมัยการค้าในสมัยรัฐบาลจอมพลแปลก พิบูลสงคราม ประเทศไทยได้มีการค้าขายกับชาวต่างชาติเป็นอย่างมาก มีการรับอิทธิพลการชำระหนี้ด้วยวิธีการต่าง ๆ หนึ่งในวิธีการชำระหนี้ นั่นคือการส่งจ่ายเช็ค และในขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดการผิดสัญญาโดยการ

<sup>24</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา 1308/2553

<sup>25</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534

ออกเช็คโดยทุจริต เพื่อมิให้มีการชำระเงินตามเช็คนั้นเมื่อผู้รับเงินนำเช็คไปทวงถามจากธนาคาร ทำให้การใช้เช็คในสมัยนั้นขาดความน่าเชื่อถือเป็นอย่างมาก ก่อให้เกิดการชะลอตัวของเศรษฐกิจ เพื่อสร้างความน่าเชื่อมั่นทางการค้าให้กับชาวต่างชาติ ผู้ประกอบกิจการภายในประเทศไทย และบุคคลอื่น ๆ จึงต้องมีมาตรการการลงโทษกับบุคคลผู้ทุจริตในการใช้เช็ค เพื่อสนับสนุนให้มีการใช้เช็คอย่างแพร่หลาย และสร้างความเชื่อถือให้กับการใช้เช็ค จนนำมาสู่การตราพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2497 เพื่อเอาโทษกับบุคคลที่คิดทุจริตใช้เช็คโดยไม่มีเงินที่จะพึงชำระตามจำนวนที่สั่งจ่าย<sup>26</sup>

การลงโทษทางอาญาแก่บุคคลที่ออกเช็คโดยทุจริตตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2497 ได้บัญญัติลักษณะความผิดเอาไว้ในมาตรา 3<sup>27</sup> โดยหากธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงินผู้รับเงิน ผู้ออกเช็คหรือผู้สั่งจ่ายย่อมมีความผิดแล้ว<sup>28</sup> เพียงแค่ออกเช็คโดยมีเจตนาทุจริต และธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงิน ก็มีความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2497 นี้แล้ว แต่ทั้งนี้ จะต้องเป็นเรื่องออกเช็คมีเจตนาผูกพันกันโดยใช้เช็คเป็นเครื่องมือชำระหนี้เท่านั้น ถ้าออกเช็คโดยคู่กรณีมีเจตนาที่จะไม่ให้ใช้เงินตามเช็ค ก็ไม่มีความผิด<sup>29</sup> โดยมีโทษปรับไม่เกินสองเท่าของจำนวนเงินในเช็ค แต่ไม่ต่ำกว่าหนึ่งหมื่นบาท หรือจำคุกหนึ่งปี หรือทั้งปรับทั้งจำ ทั้งนี้คดีอาญานั้นจะเลิกกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 ได้ หากผู้สั่งจ่ายหรือผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ได้นำเงินไปชำระให้แก่ผู้ทรงเช็คหรือธนาคารเพื่อจ่ายเงินตามเช็คภายในเจ็ดวัน นับแต่วันที่ธนาคารที่มีชื่อในเช็คบอกกล่าวให้ผู้ออกเช็คได้ทราบว่าการปฏิเสธไม่จ่ายเงิน<sup>30</sup>

#### 4.2 ประกาศของคณะปฏิวัติ 196

การตราพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2497 มีวัตถุประสงค์ในการสร้างความน่าเชื่อถือในการใช้เช็ค และเพื่อส่งเสริมการใช้เช็คให้เป็นที่แพร่หลายทางการค้าภายในประเทศ แต่กลับกลายเป็นช่องว่างทางกฎหมายให้บุคคลบางกลุ่ม

<sup>26</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2497

<sup>27</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2497 มาตรา 3

<sup>28</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 378/2536

<sup>29</sup> ประพันธ์ ทรัพย์แสง, คำอธิบายเช็คตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2497 และประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 196 พร้อมด้วยคำพิพากษาศาลฎีกา, (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2517), หน้า 57.

<sup>30</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2497 (ก่อนมีประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 196) “มาตรา 5 ถ้าผู้กระทำความผิดตามมาตรา 3 ได้นำเงินจำนวนในเช็คไปชำระแก่ผู้ทรงเช็ค หรือแก่ธนาคารเพื่อจ่ายเงินตามเช็คภายในเจ็ดวัน นับแต่วันที่ธนาคารมีชื่อในเช็คบอกกล่าวให้ผู้ออกเช็คได้รับทราบว่าการปฏิเสธไม่จ่ายเงิน ให้คดีเป็นอันเลิกกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา”



ใช้กฎหมายดังกล่าวบีบบังคับให้ลูกหนี้<sup>31</sup> ชำระเงินโดยการออกเช็คเพื่อชำระหนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าว หัวหน้าคณะปฏิวัติในขณะนั้นจึงได้ทำการแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2497 มาตรา 5 โดยในข้อที่ 1 ประกาศของคณะปฏิวัติให้ยกเลิกความในมาตรา 5 เดิม โดยมีข้อความดังนี้

“ข้อ 1 ให้ยกเลิกความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2497 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

มาตรา 5 การควบคุมผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ปฏิบัติดังนี้

(1) ถ้าจำนวนเงินที่ระบุในเช็คแต่ละฉบับ หรือหลายฉบับรวมกันไม่เกินห้าหมื่นบาท ให้ควบคุมผู้ต้องหาไว้ได้เท่าเวลาที่จะถามคำให้การและที่จะรู้ตัวว่าเป็นใคร และที่อยู่ของเขายู่ที่ไหนเท่านั้น

(2) ถ้าจำนวนเงินที่ระบุในเช็คแต่ละฉบับ หรือหลายฉบับเกินกว่าห้าหมื่นบาท การควบคุมผู้ต้องหาให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ถ้าผู้ต้องหายื่นคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราว ให้พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการสั่งปล่อยตัวชั่วคราว โดยมีประกันหรือหลักประกันไม่เกินจำนวนเงินตามเช็ค

ในกรณีผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ได้กระทำความผิดตามกฎหมายอื่นด้วย ให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ถ้าผู้กระทำความผิดตามมาตรา 3 ได้นำเงินตามเช็คไปชำระแก่ผู้ทรงเช็คหรือแก่ธนาคารเพื่อจ่ายเงินตามเช็คภายในสิบห้าวัน นับแต่วันที่ผู้ทรงเช็คได้บอกกล่าวให้ผู้ออกเช็คได้รับทราบว่าเป็นธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงิน ให้คดีเป็นอันเลิกกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา”

จากข้างต้นจะเห็นได้ว่าการแก้ไขดังกล่าวได้มีการเพิ่มเติมการควบคุมตัวของผู้ต้องหากระทำความผิดในกรณีที่วงเงินในเช็ค หรือเช็คหลายฉบับรวมกันไม่เกินห้าหมื่นบาท ซึ่งแต่เดิมไม่ได้จำกัดวงเงินเอาไว้และใช้หลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาบังคับใช้เท่านั้น

นอกจากนี้ระยะเวลาที่ผู้ออกเช็คจะนำเงินตามเช็คไปชำระแก่ผู้ทรงเช็คหรือแก่ธนาคารนั้นก็ต้องเริ่มนับตั้งแต่วันที่ผู้ทรงเช็คบอกกล่าวให้ผู้ออกเช็คทราบว่า ธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงินแล้ว มีกำหนดเวลาสิบห้าวันผิดกับพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2497 เดิม ซึ่งมีกำหนดระยะเวลาเพียงแค่วันเดียว นับแต่วันที่ธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงินเท่านั้น ซึ่งข้อความตามที่เขียนในประกาศของคณะปฏิวัตินั้นเป็นการถูกต้องกับความเป็นจริงตามประเพณีทางปฏิบัติของธนาคาร เพราะปกติเมื่อธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงินนั้น ธนาคารจะ

<sup>31</sup> ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 196 ลงวันที่ 8 สิงหาคม 2515

บอกกล่าวตามแบบฟอร์มของธนาคารที่เรียกกันว่าใบคืนเช็คโดยระบุถึงสาเหตุที่ปฏิเสธการจ่ายเงินไว้ในแบบฟอร์มนั้น และธนาคารก็จะกวดแบบฟอร์มนั้นติดกับเช็คที่ขึ้นเงินไม่ได้ แล้วมอบให้แก่ผู้ทรงเช็คไปเพื่อให้ติดต่อกับผู้ออกเช็คเอง ไม่ใช่หน้าที่ของธนาคารที่จะบอกกล่าวการปฏิเสธการใช้เงินแก่ผู้ออกเช็ค<sup>32</sup>

### 4.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534

ภายหลังมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็คมาตั้งแต่ พ.ศ. 2497 เนื่องจากประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงไปมาก ทั้งด้านการค้า การทำธุรกรรมการเงิน ประกอบทั้งมีการใช้ช่องว่างทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติดังกล่าว เอาเปรียบลูกหนี้เป็นอย่างมาก จึงได้มีการยกเลิก<sup>33</sup> และมีการเปลี่ยนมาใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 แทน ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้เพิ่มหลักเกณฑ์ในการออกเช็คจะต้องเป็นการออกเช็คเพื่อชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย และกำหนดระวางโทษปรับเพียงไม่เกินหกหมื่นบาท เพื่อที่จะให้คดีเช็คอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลแขวง อีกทั้งการปล่อยตัวชั่วคราวจะมีประกันหรือไม่ประกันก็ได้ แต่หากมีประกันจะต้องไม่เกินหนึ่งในสามของจำนวนเงินที่สั่งจ่ายตามเช็ค และหากจำนวนเงินไม่เกินอำนาจพิจารณาของศาลแขวงสามารถที่จะฟ้องรวมไปกับคดีอาญาได้<sup>34</sup> และได้ขยายระยะเวลาในการที่ให้โอกาสแก่ผู้สั่งจ่ายได้จ่ายเงินตามเช็คให้แก่ผู้ทรงเช็คเพื่อให้คดีอาญาระงับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จากสิบห้าวันเป็นสามสิบวัน<sup>35</sup> แต่ยังคงกำหนดโทษทางอาญาเอาไว้โดยโทษทางอาญาในความผิดอันเกิดจากการใช้เช็คนั้นตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 มาตรา 4 ได้กำหนดโทษเอาไว้คือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือทั้งปรับทั้งจำ

การดำเนินคดีเช็คเป็นคดีอาญานั้น มีวิธีการดำเนินการเหมือนคดีความผิดต่อส่วนตัวตามประมวลกฎหมายอาญาทั่วไปซึ่งจะดำเนินการฟ้องร้องด้วยตนเองภายในสามเดือนนับแต่วันที่ธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงิน หรือจะดำเนินการแจ้งความร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนซึ่งจะทำให้อายุความขยายออกไปเป็น 5 ปี และหากมีการแจ้งความไว้เองแล้วผู้ทรงเช็คก็สามารถที่จะนำเช็คดังกล่าวไปฟ้องร้องศาลเองได้

<sup>32</sup> ประพันธ์ ทรัพย์แสง, คำอธิบายเช็คตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2497 และประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 196 พร้อมด้วยคำพิพากษาศาลฎีกา, หน้า 83.

<sup>33</sup> ยกเลิกโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 มาตรา 3

<sup>34</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534

<sup>35</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 “มาตรา 7 ถ้าผู้กระทำความผิดตามมาตรา 4 ได้ใช้เงินตามเช็คแก่ผู้ทรงเช็คหรือแก่ธนาคารภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ผู้ออกเช็คได้รับหนังสือบอกกล่าวจากผู้ทรงเช็คว่าธนาคารไม่ใช้เงินตามเช็คนั้น หรือหน้าที่ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 4 ได้ออกเช็คเพื่อใช้เงินนั้นได้สิ้นผลผูกพันไปก่อนศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุด ให้ถือว่าคดีเลิกกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา”

ในการดำเนินคดีอาญาความผิดเกี่ยวกับเช็คนี้ หากเป็นเช็คฉบับเดียวมักจะ ไม่ค่อยมีปัญหาในเรื่องของการลงโทษมากนัก เนื่องจากในทางปฏิบัติศาลมักจะใช้ดุลพินิจ ในการลงโทษจำคุกจำเลยไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท แต่หากมีการดำเนินคดี เช็คหลายฉบับ เช่นกรณีการส่งจ่ายเช็คล่วงหน้าตามสัญญาเช่าซื้อซึ่งจะมีการส่งจ่ายเช็คจำนวน หลายฉบับ หากมีการส่งจ่ายจำนวน 20 ฉบับ แล้วปรากฏว่าแต่ละฉบับนั้นธนาคารได้ปฏิเสธ การจ่ายเงิน และผู้ทรงเช็คได้มีการร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนเอาไว้แล้วรวมพร้อมครั้งเดียว ศาลอาจจะลงโทษจำคุกจำเลยถึงสิบปีเลยก็เป็นได้<sup>36</sup> เพราะเช็คแต่ละฉบับนั้นถือเป็นการ กระทำความผิดต่างกรรมต่างวาระหากมีการฟ้องร้องดังตัวอย่างดังกล่าวศาลก็สามารถลงโทษ จำเลยทุกกรรมกระทำความผิดได้<sup>37</sup>

## 5. สรุป

การลงโทษทางอาญาต่อบุคคลผู้กระทำความผิดนั้น หากมีการกระทำความผิดทาง อาญา หรือทางแพ่งที่มีมูลฐานความผิดทางอาญา (คดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา) จึงจะสามารถ ดำเนินคดีอาญาให้ศาลพิพากษาลงโทษได้ เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน ช่มชู้ยั้ง และเพื่อ แก้ไขฟื้นฟู

เช็คเป็นตราสารชนิดหนึ่งซึ่งจ่ายอันเนื่องมาจากมูลหนี้ทางแพ่ง ไม่ว่าจะเป็นการส่งจ่าย ตามสัญญาซื้อขาย ส่งจ่ายเพื่อชำระหนี้เงินกู้ หรือการส่งจ่ายตามสัญญาเช่าซื้อ นอกจากจะมี ความผิดในทางแพ่งในเรื่องของดอกเบี้ยแล้ว ยังมีความผิดทางอาญาที่มีทั้งโทษจำคุกและ โทษปรับตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 ซึ่งเป็นความผิด ที่มีได้มีมูลฐานความผิดทางอาญา โดยการลงโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิด อันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 มีโทษทั้งจำและปรับ ซึ่งมีบทกำหนดโทษความผิดอันเกิดจาก การใช้เช็คบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 4 โดยระวางโทษปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือจำคุกไม่เกิน หนึ่งปี หรือทั้งปรับทั้งจำ อีกทั้งเช็คแต่ละฉบับนั้นเป็นความผิดต่างกรรมต่างวาระ แม้จะมีมูลหนี้

<sup>36</sup> อัครพล ทองกลาง, “ปัญหาความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค: กรณีของการออกเช็คล่วงหน้าตาม สัญญาเช่าซื้อ,” 18.

<sup>37</sup> ประมวลกฎหมายอาญา “มาตรา 91 เมื่อปรากฏว่าผู้ใดได้กระทำการอันเป็นความผิดหลายกรรม ต่างกัน ให้ศาลลงโทษผู้นั้นทุกกรรมเป็นกระทำความผิดไป แต่ไม่ว่าจะมีการเพิ่มโทษ ลดโทษ หรือลดมาตรา ส่วนโทษด้วยหรือไม่ก็ตาม เมื่อรวมโทษทุกกรรมแล้ว โทษจำคุกทั้งสิ้นต้องไม่เกินกำหนดดังต่อไปนี้

- (1) สิบปี สำหรับกรณีความผิดกระทำความผิดที่หนักที่สุดมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินสามปี
- (2) ยี่สิบปี สำหรับกรณีความผิดกระทำความผิดที่หนักที่สุดมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปีแต่ไม่เกินสิบปี
- (3) ห้าสิบปี สำหรับกรณีความผิดกระทำความผิดที่หนักที่สุดมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสิบปีขึ้นไป เว้นแต่ กรณีที่ศาลลงโทษจำคุกตลอดชีวิต”

การส่งจ่ายเป็นมูลหนี้เดียวกัน หากมีการส่งจ่ายหลายฉบับ ศาลจะลงโทษเรียงกระบวนฐานความผิดไป แต่ทั้งนี้โทษจำคุกรวมกันแล้วต้องไม่เกินสิบปี

การส่งจ่ายเช็คหรือออกเช็คคนนั้นจะต้องเป็นการส่งจ่ายเพื่อชำระหนี้ที่มีอยู่จริง และสามารถบังคับได้ตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการส่งจ่ายเพื่อชำระเงินกู้ ส่งจ่ายชำระค่างวดสินค้า ตามสัญญาเช่าซื้อ ชำระค่าสินค้า ฯลฯ ทั้งนี้จะต้องมีเจตนาที่จะไม่ให้มีการใช้เงินตามเช็คที่ส่งจ่าย โดยหากในขณะที่ออกเช็คคนนั้นไม่มีเงินอยู่ในบัญชีอันจะพึงให้ใช้เงินได้หรือให้ใช้เงินมีจำนวนสูงกว่าจำนวนเงินที่มีอยู่ในบัญชีอันจะพึงให้ใช้เงินได้ในขณะที่ออกเช็คคนนั้นหรือถอนเงินทั้งหมดหรือแต่บางส่วนออกจากบัญชีอันจะพึงให้ใช้เงินตามเช็คจนจำนวนเงินเหลือไม่เพียงพอที่จะใช้เงินตามเช็คคนนั้นได้ หรือห้ามธนาคารมิให้ใช้เงินตามเช็คคนนั้นโดยเจตนาทุจริต ซึ่งหากธนาคารปฏิเสธการจ่ายโดยเหตุใดเหตุหนึ่ง ผู้ส่งจ่ายก็จะมีคามผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วย ความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534

พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 แม้จะมีบทบัญญัติว่า ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้ ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ในทางปฏิบัติหากไม่มีการชำระเงินให้กับผู้ทรงเช็ค หรือนำเงินไปฝากธนาคารภายในสามสิบวัน ผู้ทรงเช็ค ในฐานะผู้เสียหายอาจจะยอมความหรือไม่ก็ได้ ซึ่งศาลมักจะนำมาตรการคุมประพฤติมาใช้ โดยให้รอลงอาญาหนึ่งถึงสองปี ซึ่งตามพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้มีการนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาปรับใช้เป็นบทลงโทษตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ทำให้ผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 กระทำผิดซ้ำอีกได้ง่าย

อนึ่ง การดำเนินคดีอาญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 นี้มีอายุความที่แตกต่างไปจากความผิดอาญาแผ่นดิน เนื่องจากหากไม่มีการดำเนินการร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน คดีนั้นจะมีอายุความเพียงสามเดือนเท่านั้น หากฟ้องภายหลังจากนี้ถือว่าคดีขาดอายุความ คดีอาญาย่อมระงับไม่สามารถนำมาฟ้องต่อศาลได้อีก<sup>38</sup> แต่หากมีการดำเนินการร้องทุกข์ไว้กับพนักงานสอบสวนไว้แล้ว อายุความก็จะนับห้าปี<sup>39</sup> ซึ่งผู้เสียหายหรือพนักงานอัยการสามารถยื่นฟ้องได้ภายในอายุความสำหรับความผิดนั้น ๆ ได้

## 6. ข้อเสนอแนะ

พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 นี้ ผู้เขียนในฐานะทนายความดำเนินคดีเช็คมาแล้วเป็นจำนวนหลายคดี เห็นว่าพระราชบัญญัตินี้ยังมีข้อบกพร่องอยู่ และมาตรการในการลงโทษนั้นไม่ควรมีโทษจำคุกสำหรับผู้ส่งจ่ายเช็คอันเกิดจากการผิดสัญญาทางแพ่ง เนื่องจากการลงโทษทางอาญานั้นมีจุดมุ่งหมายที่จะเอาผิดแก่ผู้กระทำความผิดทางอาญา

<sup>38</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39

<sup>39</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 95 (4)

หรือผู้กระทำความผิดทางแพ่งที่มีมูลฐานความผิดทางอาญา จึงทำให้การใช้เช็คในปัจจุบันนี้  
ไม่มีความน่าเชื่อถือในทางการค้าสักเท่าใดนัก ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับพระราชบัญญัติ  
ดังกล่าวดังนี้

1. การจะโทษอาญาในคดีเช็ค ควรมีการกำหนดให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจเป็น  
กรณีพิเศษ โดยการกำหนดในพระราชบัญญัติไว้ให้ชัดเจนว่าหากมีการดำเนินคดีดังกล่าวจะต้อง  
มีการสืบเสาะโดยเจ้าพนักงานคุมประพฤติ และหากพนักงานคุมประพฤติมีข้อเสนอให้  
ดำเนินการลงโทษจึงจะลงโทษตามพระราชบัญญัตินี้ได้ แต่หากพนักงานคุมประพฤตีสืบเสาะ  
มาแล้ว และให้ความเห็นว่าไม่สมควรได้รับโทษก็ให้ศาลรอลงอาญาหรือรอการลงโทษไว้ก่อน

2. ควรมีการนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาปรับใช้ในพระราชบัญญัติว่าด้วย  
ความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 ในเรื่องของการห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง มา  
ปรับใช้เป็นกรณีผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้จะต้องห้ามเปิดบัญชีกระแสรายวัน  
หรือห้ามจ่ายเงินโดยวิธีการส่งจ่ายโดยเช็ค กำหนดระยะเวลา 1 ถึง 2 ปี ซึ่งจะทำให้ผู้กระทำ  
ความผิดดังกล่าวไม่กลับมากระทำความผิดซ้ำตามพระราชบัญญัตินี้ได้ง่าย ๆ

จากข้อเสนอแนะทั้งสองข้อดังกล่าวนี้ เหตุผลในการที่ต้องมีการปรับปรุงหรือแก้ไขให้ใช้  
วิธีการดังกล่าวเนื่องจากการค้าในประเทศไทยเปลี่ยนไปเป็นอย่างมาก การที่คนทำธุรกิจแล้ว  
ติดคุกไปนั้นอาจจะทำให้กิจการของเขาต้องปิดลงเนื่องจากไม่มีการดูแลกิจการโดยเฉพาะธุรกิจ  
ขนาดย่อม ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจได้ และยังเป็น การป้องกันมิให้ผู้กระทำ  
ความผิดกลับมากระทำความผิดซ้ำอีกได้อย่างง่าย ทั้งนี้เพื่อให้การใช้เช็คในประเทศไทยมีความ  
น่าเชื่อถือมากขึ้น อีกทั้งการกำหนดมาตรการลงโทษทางอาญาและโทษทางอาญาเช่นนี้ก็  
ไม่เป็นการกระทบต่อประชาชนเกินสมควรอีกด้วย

## ภาษาฝรั่งเศสสำหรับนักกฎหมาย (French for Lawyer)

### Contrats de la Commande Publique et Autres Contrats (Part I)\*

#### สัญญาจัดซื้อจัดจ้างและสัญญาอื่น ๆ (ส่วนที่ 1)

Tanistnan Pakdeethammasakul\*\*

ธนิษฐนันท์ ภัคศิธรระมะสกุล

#### Abstract

France has established the Public Procurement Code in 1964 (code des marchés publics) and has been revised throughout. This code followed the EU Regulations in accordance with the Treaty on the Functioning of the European Union that focuses on being a single market allowing citizens in the member states of the European Union or the World Trade Organization to have equal rights to compete in government procurement in the State Parties with the citizens of that State Party.

In 2014, the Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement has updated the EU Regulations relating to the public procurement and has repealed the Directive 2004/18/EC on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts. This new directive sets the norms and minimum rules for member states on public procurement

---

\* *วันที่รับบทความ (Received): 18 สิงหาคม 2562; วันที่แก้ไขบทความ (Revised): 30 มีนาคม 2563; วันที่ตอบรับบทความ (Accepted): 8 เมษายน 2563*

\*\* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชนทางธุรกิจ) Université de Toulouse 1 Capitole, ปัจจุบันเป็นอาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Lecturer in Law, School of Law, Mae Fah Luang University

E-mail: [tanistnan.p@gmail.com](mailto:tanistnan.p@gmail.com)

to make the provision of goods and services that are socially efficient and sustainable. For example, necessary specifications for public civil work, provision of services and procurement to achieve the objectives of social sustainability. This directive sets also a minimum standard of safety methods for evaluating the quality of packaging products and recommendations for use.

In addition to setting minimum rules for procurement for sustainability, this directive has been initiated a new principle of responsibility for all line of subcontract which small to medium enterprise (SME) is able to participate effectively by forcing every section of subcontract to be responsible for respecting the basic rights, health and safety of workers and also labour laws that are currently in force. This principle is aim to correct the cases where tenders bid lower than a normal prize to award the contract due to the lack of respect for basic rights in labour that reduces the cost of the companies and it turns out that the quality of the products and works are poor.

Following the EU Directive in 2014, France has adopted the law to comply with the regulations by issuing the Ordinance relating to public procurement in 2015 and the Ordinance relating to the concession in 2016. These ordinances led to the revision of the current procurement code (Code de la commande publique, 2019) and have cancelled the original procurement code (Code des marchés publics, 1964).

This amendment was made to make the procedure easier and clearer for everyone involving in public procurement. This new code is a collection of content that purchasing power and economic entrepreneurs use in the daily life of procurement including the main rules and guidelines of the Administrative Court.

This article provides the rules related to the current public procurement law which is divided into four parts as follows:

- I. the general definition and organizations that are subject to the procurement code;
- II. the purpose of the contract within the framework of the procurement law and different types of contracts;
- III. the concession contract under the Procurement Code;

- III. the nature of the contract excludes from the Procurement Code.

**Keywords:** Public Procurement Law, Concession

### บทคัดย่อ

ประเทศฝรั่งเศสได้จัดทำประมวลกฎหมายการพัสดุขึ้นในปี ค.ศ. 1964<sup>1</sup> และมีการแก้ไขปรับปรุงมาโดยตลอด ซึ่งกฎหมายนี้สอดคล้องกับระเบียบของสหภาพยุโรปเพื่อให้เป็นไปตามสนธิสัญญาเกี่ยวกับการดำเนินงานของสหภาพยุโรป<sup>2</sup> ที่มุ่งเน้นการเป็นตลาดร่วมของประเทศสมาชิก เปิดโอกาสให้พลเมืองในรัฐสมาชิกของประชาคมยุโรปหรือองค์การการค้าโลก มีสิทธิเข้าร่วมแข่งขันในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในรัฐภาคีได้อย่างเท่าเทียมกับพลเมืองของรัฐภาคีนั้น<sup>3</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ. 2014 ได้มีการแก้ไขกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างโดยระเบียบปฏิบัติของสหภาพยุโรป<sup>4</sup> และได้ยกเลิกระเบียบเดิมว่าด้วยเรื่องความร่วมมือในกระบวนการมอบสัญญาพัสดุ ซึ่งกฎเกณฑ์ที่แก้ไขใหม่นี้ได้วางบรรทัดฐานและกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นต่ำสำหรับประเทศสมาชิกว่าด้วยเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้การจัดทำสัญญาการพัสดุมีประสิทธิภาพและยั่งยืนทางสังคม ยกตัวอย่างเช่น มีการกำหนดลักษณะที่จำเป็นสำหรับงานโยธาสาธารณะ การให้บริการ และการจัดหาพัสดุ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของความยั่งยืนทางสังคม จึงมีการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของความปลอดภัย วิธีการประเมินคุณภาพของผลิตภัณฑ์ บรรจุภัณฑ์ ข้อเสนอการใช้งานต่าง ๆ

นอกเหนือจากการกำหนดกฎเกณฑ์ขั้นต่ำสำหรับการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อให้เกิดความยั่งยืนแล้วนั้น ระเบียบปฏิบัติของสหภาพยุโรปได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเพื่อให้บริษัทขนาดกลางหรือขนาดย่อมสามารถเข้ามามีส่วนร่วมได้อย่างมีประสิทธิภาพผ่านการรับจ้างช่วงโดยได้ริเริ่มหลักความรับผิดชอบตลอดสายของการจ้างช่วง เพื่อให้ทุกช่วงรับผิดชอบในการเคารพสิทธิขั้นพื้นฐาน สุขภาพ และความปลอดภัยของคนทำงาน และกฎหมายแรงงานที่บังคับใช้อยู่

<sup>1</sup> Le premier Code des marchés publics français est issu du décret n° 64-729 du 17 juillet 1964

<sup>2</sup> Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)

<sup>3</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, **สัญญาทางปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553), หน้า 496-503.

<sup>4</sup> La directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics



ณ ขณะปัจจุบัน เพราะในบางครั้งก็เกิดกรณีที่ผู้ยื่นซองประกวดราคายื่นเสนอราคาต่ำกว่าปกติ อันเนื่องมาจากการไม่เคารพสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องแรงงานที่ทำให้ค่าใช้จ่ายของผู้ประกอบการทางด้านเศรษฐกิจต่ำกว่าผู้ประกอบการรายอื่นและส่งผลให้การพัสดุนั้น ๆ ไม่มีคุณภาพ

ภายหลังการออกกฎหมายของสหภาพยุโรปในปี ค.ศ. 2014 ประเทศฝรั่งเศสก็ได้ อนุวัติกฎหมายให้เป็นไปตามระเบียบดังกล่าวโดยการออกรัฐกำหนดว่าด้วยเรื่องการพัสดุในปี ค.ศ. 2015<sup>5</sup> และรัฐกำหนดว่าด้วยเรื่องสัญญาสัมปทานในปี ค.ศ. 2016<sup>6</sup> ตามลำดับ และเป็นสิ่งที่นำไปสู่การแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างที่ใช้บังคับในปัจจุบัน<sup>7</sup> และได้ยกเลิกประมวลกฎหมายการพัสดุที่ใช้มาดั้งเดิม<sup>8</sup>

การแก้ไขปรับปรุงนี้เป็นไปเพื่อให้การจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐมีความง่ายและชัดเจนมากขึ้น โดยประมวลกฎหมายฉบับนี้เป็นกรรวมเนื้อหาที่ผู้มีอำนาจจัดซื้อและผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจใช้ในชีวิตประจำวันของการจัดซื้อจัดจ้าง รวมถึงกฎเกณฑ์หลักและแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง

ในบทความฉบับนี้ผู้เขียนได้แปลกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างที่ใช้บังคับในปัจจุบัน โดยได้แบ่งออกเป็น 4 ส่วนดังนี้

- ส่วนที่หนึ่งจะเป็นการอธิบายคำนิยามโดยทั่วไป และองค์กรที่จะตกอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง
- ส่วนที่สองว่าด้วยวัตถุประสงค์ของสัญญาที่อยู่ในกรอบของประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง ลักษณะของสัญญาประเภทต่าง ๆ
- ส่วนที่สามจะพูดถึงเรื่องของสัญญาสัมปทานภายใต้ประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง
- ส่วนสุดท้ายจะอธิบายถึงลักษณะของสัญญาที่มีได้ใช้กฎเกณฑ์ของการจัดซื้อจัดจ้าง

**คำสำคัญ:** กฎหมายจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ, สัมปทาน

<sup>5</sup> L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

<sup>6</sup> L'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession

<sup>7</sup> Le Code de la commande publique (2019)

<sup>8</sup> Le Code des marchés publics (2001)

## Contrats de la Commande Publique et autres contrats

Fiche DAJ (Direction des Affaires Juridiques)

Les contrats de la commande publique (article L.2 du code de la commande publique) se divisent en deux catégories: les marchés publics, définis à l'article L.1110-1 du code de la commande publique et les contrats de concessions, définis à l'article L.1120-1 du même code.

Les marchés publics sont les marchés, les marchés de partenariat et les marchés de défense ou de sécurité, conformément à l'article L.1110-1 du code de la commande publique. Cette fiche traitera de manière générique des grandes notions applicables à ces trois contrats. Les spécificités de chacun de ces contrats sont traitées, à part entière, dans leurs propres fiches techniques publiées sur le site Internet de la direction des affaires juridiques. Tous les contrats publics conclus par les acheteurs publics ne sont pas des marchés publics ou des contrats de concession.

### 1. Les marchés publics

La notion de « marché public » recouvre les marchés classiques, les marchés de partenariat et le marchés de défense ou de sécurité<sup>9</sup>.

Les marchés publics sont soumis aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures<sup>10</sup>.

Un marché consiste en un contrat, conclu à titre onéreux entre un acheteur public ou privé et un opérateur économique, portant sur la réalisation de travaux, l'achat de fournitures ou la réalisation d'une prestation de services répondant aux besoins de l'acheteur<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Article L.1110-1 du code de la commande publique.

<sup>10</sup> Article L.3 du code de la commande publique; Cons. const., déc. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit.

<sup>11</sup> Article L.1111-1 du code de la commande publique. Pour les marchés de partenariat, se rapporter à l'article L.1112-1 du code et pour les marchés de défense ou de sécurité, à l'article L.1113-1 du code.

### **1.1 Les marchés publics relevant du champ d'application du code de la commande publique et passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs**

L'article L.6 du code de la commande publique dispose que les contrats de la commande publique, dont les marchés publics, relevant de son champ d'application et conclus par les personnes morales de droit public, sont des contrats administratifs.

La définition de marché public suppose l'existence d'un contrat. À l'inverse, la dévolution strictement unilatérale ne peut être qualifiée de marché public. En effet, l'investiture par voie unilatérale d'un opérateur, même pour accomplir une mission d'intérêt général, n'implique pas de lien contractuel<sup>12</sup>.

Afin de déterminer l'existence d'un tel acte unilatéral, il convient de vérifier si cet acte manifeste le fait d'imposer à un opérateur des conditions qui se départissent sensiblement des conditions normales de l'offre commerciale de l'opérateur économique. Pour déterminer en pratique si cet opérateur est ou non en capacité de négocier le contenu de ses missions, la Cour de justice de l'Union européenne énumère deux conditions<sup>13</sup> cumulatives:

- l'absence de capacité de négocier le contenu concret des prestations ainsi que les tarifs applicables;
- et l'absence de faculté de se libérer des obligations découlant de l'accord, moyennant le respect du préavis prévu par celui-ci.

Dans cette hypothèse, cette dévolution unilatérale s'apparenterait à un simple transfert de compétences.

---

<sup>12</sup> CE, 13 juillet 2007, Commune de Rosny-sous-Bois, n° 299207 et cons. 34 de la directive 2014/24/UE relative à la passation des marchés publics.

<sup>13</sup> CJUE, 18 décembre 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia contre Administracion General del Estado (Correos), Aff. C-220/06, pt. 55; Concl. J. MAZAK sous CJUE, 8 mai 2013, Éric Libert et autres contre Gouvernement flamand et All projects & Developments NV e.a. contre Vlaamse Regering, Aff. C-197/11 et C-203/11; voir également Rép. min. n° 41108, JOAN, 22 décembre 2015, p. 10525.

Ainsi, les règles de la commande publique et les principes en matière de passation des marchés ne trouvent pas à s'appliquer pour de telles dévolutions unilatérales.

## **1.2 Les marchés publics sont des contrats passés entre un acheteur public ou privé soumis au code de la commande publique et un opérateur économique**

Un marché public est un contrat conclu entre un acheteur public ou privé et un opérateur économique public ou privé.

### **1.2.1 Les acheteurs publics ou privés**

Les définitions des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices sont traitées dans la fiche technique « les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices ».

Les pouvoirs adjudicateurs sont les personnes morales de droit public tels que, par exemple, l'État et ses établissements publics administratifs et industriels et commerciaux, les collectivités territoriales et leurs établissements publics locaux, les groupements d'intérêts publics, etc.

Sont aussi pouvoirs adjudicateurs les « personnes morales de droit privé » qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et dont:

« a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur;

« b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur;

« c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur »<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> 2° de l'article L.1211-1 du code de la commande publique. Cette définition recouvre l'ancienne notion « d'organisme de droit public » employée par le code des marchés publics de 2006 et l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005. Le terme de « droit public » était en effet source de confusion dès lors que le droit de l'Union européenne considère que les qualifications nationale son inopérantes pour apprécier la nature d'un organisme

De même, on intègre dans cette définition les organismes de droit privé qui ont été constitués par des pouvoirs adjudicateurs dans l'objectif de réaliser certaines activités en commun<sup>15</sup>.

Enfin, les entités adjudicatrices sont les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux<sup>16</sup>, les « entreprises publiques »<sup>17</sup> qui exercent une des activités d'opérateur de réseau, et les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer cette activité<sup>18</sup>.

### 1.2.2 L'opérateur économique

L'opérateur économique est toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes, doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services<sup>19</sup>.

Le candidat est l'opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un marché public<sup>20</sup>.

---

au regard du droit des marchés publics: CJUE, 12 décembre 2002, Universale-Bau AG, Aff. C-470/99.

<sup>15</sup> 3° de l'article L.1211-1 du code de la commande publique.

<sup>16</sup> Dans les secteurs de l'énergie (gaz, chaleur, électricité, etc.), de l'eau, des transports et des services postaux.

<sup>17</sup> Au sens de l'article L.1212-2 du code de la commande publique, une entreprise publique est « tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété de l'entreprise, de la participation financière ou des règles qui la régissent ».

<sup>18</sup> Article L.1212-2 du code de la commande publique.

<sup>19</sup> Article L.1220-1 du code de la commande publique.

<sup>20</sup> Article L.1220-2 du code de la commande publique.

Le soumissionnaire est l'opérateur économique qui présente une offre dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public<sup>21</sup>.

### 1.2.2.1 L'opérateur économique, personne privée

Le considérant 14 de la directive 2014/24/UE précise que la notion d'opérateur économique doit être interprétée de manière extensive, de sorte que des sociétés, des succursales, des filiales, des associations, des sociétés coopératives, des sociétés anonymes, des universités, qu'elles soient publiques ou privées, ainsi que d'autres formes d'entités que les personnes physiques, devraient toutes relever de la notion d'opérateur économique, qu'il s'agisse ou non de « personnes morales », en toutes circonstances.

Cette interprétation large de la notion d'opérateur économique reprend la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qui considère que toute activité consistant à offrir des biens et des services sur un marché donné revêt un caractère économique<sup>22</sup> et que « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » doit être considérée comme entreprise.

#### ➤ La notion d'opérateur économique est d'interprétation large

À titre d'illustration, les associations sont considérées comme des opérateurs économiques. À cet égard, la circonstance qu'elles ne poursuivent pas de but lucratif et qu'elles puissent proposer des prix sensiblement inférieurs à ceux d'autres opérateurs est sans incidence sur le caractère économique de l'activité ou de l'opérateur<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Article L.1220-3 du code de la commande publique.

<sup>22</sup> CJUE, 12 septembre 2000, Pavel Pavlov e.a. contre Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, Aff. C-180/98; CJUE, 25 octobre 2001, Firma Ambulanz Glöckner contre Landkreis Südwestpfalz, Aff. C-475/99.

<sup>23</sup> CJUE, 29 novembre 2007, Commission contre République italienne, Aff. C-119/06.

La notion d'opérateur économique peut donc comprendre des organismes qui ne poursuivent pas une finalité lucrative et n'ont pas de structure d'entreprise<sup>24</sup>.

➤ La notion d'activité non-économique est interprétée strictement

Pour clarifier la distinction entre activités économiques et activités non économiques, la CJUE a jugé de façon constante que constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné<sup>25</sup>.

Cette définition extensive de la notion d'activité économique est reprise en droit national et recouvre ainsi toute offre de biens ou de services sur un marché, quel que soit le secteur d'activité concerné, sans que puisse y faire obstacle la circonstance que l'activité soit de nature sociale ou que l'entité qui l'exerce ne poursuive pas un but lucratif.

La question de savoir s'il existe un marché pour des services déterminés peut dépendre de la manière dont ces services sont organisés dans l'État membre concerné<sup>26</sup> et peut donc varier d'un État membre à un autre. En outre, la qualification d'une activité donnée peut varier dans le temps en fonction de choix politiques ou d'une évolution économique. Ce qui ne constitue pas une activité économique aujourd'hui peut le devenir demain et inversement.

Le caractère non économique de certaines activités a été reconnu de manière très limitative.

---

<sup>24</sup> CJUE, 23 décembre 2009, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) contre Regione Marche, Aff. C-305/08.

<sup>25</sup> CJUE, 16 décembre 2010, AceaElectrabel Produzione SpA contre Commission européenne, Aff. C-480/09 P.

<sup>26</sup> CJUE, 16 juin 1987, Commission des Communautés européennes contre République italienne, Aff. 118/85.

● En règle générale, à moins que l'État membre concerné n'ait décidé d'introduire des mécanismes de marché, les activités qui font intrinsèquement partie des prérogatives de puissance publique et qui sont exercées par l'État ne constituent pas des activités économiques. Il en est par exemple ainsi des activités suivantes:

- a) l'armée ou la police<sup>27</sup>;
- b) la sécurité et le contrôle de la navigation aérienne<sup>28</sup>;
- c) le contrôle et la sécurité du trafic maritime<sup>29</sup>;
- d) la surveillance antipollution<sup>30</sup>;
- e) l'organisation, le financement et l'exécution des peines d'emprisonnement<sup>31</sup>;
- f) la valorisation et la revitalisation de terrains publics par des autorités publiques<sup>32</sup>;
- g) la collecte de données à utiliser à des fins publiques sur la base d'une obligation légale pour les entreprises concernées de communiquer de telles données<sup>33</sup>.

---

<sup>27</sup> Décision de la Commission du 7 décembre 2011 concernant l'aide d'État SA. 32820 (2011/NN) Royaume-Uni - Aid to Forensic Science Services (disponible uniquement en anglais).

<sup>28</sup> CJUE, 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft mbH contre Eurocontrol, Aff. C-364/92.

<sup>29</sup> Décision de la Commission du 16 octobre 2002 concernant l'aide d'État N 438/02 Belgique - Subventions aux régies portuaires pour l'exécution de missions relevant de la puissance publique (JO C 284 du 22 novembre 2002, page 2).

<sup>30</sup> CJUE, 18 mars 1997, Diego Cali & Figli Srl contre Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG), Aff. C-343/95.

<sup>31</sup> Décision de la Commission du 19 juillet 2006 concernant l'aide d'État N 140/06 Lituanie - Subventions aux entreprises publiques opérant dans les établissements pénitentiaires.

<sup>32</sup> Décision de la Commission du 27 mars 2014 relative à l'aide d'État SA.36346 Allemagne GRW land development scheme for industrial and commercial use (disponible uniquement en allemand et en anglais).

<sup>33</sup> CJUE, 12 juillet 2012, Compass-Datenbank GmbH contre Republik Österreich, Aff. C-138/11.



- Ont également été qualifiées d'activités non-économiques les régimes de sécurité sociale obligatoire. Les régimes de sécurité sociale fondés sur le principe de solidarité qui ne relèvent pas d'une activité économique présentent généralement les caractéristiques suivantes:
  - a) l'affiliation au régime est obligatoire<sup>34</sup>;
  - b) le régime a un objectif exclusivement social<sup>35</sup>;
  - c) le régime est à but non lucratif<sup>36</sup>;
  - d) les prestations versées sont indépendantes du montant des cotisations<sup>37</sup>;
  - e) le montant des prestations versées n'est pas nécessairement proportionnel aux revenus de l'assuré<sup>38</sup>;
  - f) et le régime est soumis au contrôle de l'État<sup>39</sup>.
  
- Les hôpitaux publics font partie intégrante d'un service de santé national et leur fonctionnement repose presque intégralement sur le principe de solidarité<sup>40</sup>. Ces hôpitaux sont financés directement par les cotisations de sécurité sociale et d'autres ressources d'État et fournissent leurs services

---

<sup>34</sup> CJUE, 17 février 1993, Christian Poucet contre Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon, Aff. C-159/91 et C-160/91.

<sup>35</sup> CJUE, 22 janvier 2002, Cisl di Battistello Venanzio & C. Sas contre Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), Aff. C-218/00.

<sup>36</sup> CJUE, 16 mars 2004, AOK Bundesverband, Aff.C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01.

<sup>37</sup> CJUE, 17 février 1993, Christian Poucet contre Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon, Aff. C-159/91 et C-160/91.

<sup>38</sup> CJUE, 22 janvier 2002, Cisl di Battistello Venanzio & C. Sas contre Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), Aff. C-218/00.

<sup>39</sup> CJUE, 17 février 1993, Christian Poucet contre Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon, Aff. C-159/91 et C-160/91.

<sup>40</sup> CJUE, 11 juillet 2006, Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contre Commission des Communautés européennes, Aff. C-205/03 P.

gratuitement sur la base d'une couverture universelle<sup>41</sup>. Les juridictions de l'Union ont confirmé que lorsqu'une telle structure existe, les organismes en question n'agissent pas en qualité d'entreprises<sup>42</sup>.

- L'enseignement public organisé dans le cadre du système d'éducation nationale financé et supervisé par l'État peut être considéré comme une activité non économique. La Cour de justice a ainsi jugé que l'État: « en établissant et en maintenant un tel système d'enseignement public, financé en règle générale par le budget public et non par les élèves ou leurs parents, [...] n'entendait pas s'engager dans des activités rémunérées, mais accomplissait sa mission dans les domaines social, culturel et éducatif envers sa population »<sup>43</sup>.

- L'organisation de certaines activités ayant trait à la culture, au patrimoine et à la protection de la nature, compte tenu de la spécificité de celles-ci, peut ne pas revêtir de caractère commercial et, de ce fait, ces activités peuvent être de nature non économique. Leur financement public peut donc ne pas constituer une aide d'État. La Commission considère que le financement public d'une activité ayant trait à la culture ou à la conservation du patrimoine accessible au public gratuitement remplit une mission purement sociale et culturelle qui n'est pas de nature économique. De même, le fait que les visiteurs d'une institution culturelle ou les participants à une activité culturelle ou de conservation du patrimoine ouverte au grand public, y compris de protection de la nature, doivent acquitter une contribution financière qui ne couvre qu'une partie des coûts réels ne modifie pas la nature non économique

---

<sup>41</sup> En fonction des caractéristiques générales du système, la perception de montants ne couvrant qu'une fraction limitée du coût réel du service peut ne pas affecter sa qualification en tant que régime non économique.

<sup>42</sup> CJUE, 11 juillet 2006, Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contre Commission des Communautés européennes, Aff. C-205/03.

<sup>43</sup> CJUE, 11 septembre 2007, Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne, Aff. C-318/05.

de cette activité, car ces contributions ne sauraient être considérées comme une véritable rémunération pour le service fourni.

- De plus, de nombreuses activités culturelles ou de conservation du patrimoine sont objectivement non substituables (la gestion d'archives publiques détenant des documents uniques, par exemple) et, de ce fait, elles excluent l'existence d'un véritable marché. La Commission européenne considère que ces activités pourraient également être considérées comme ne revêtant pas de caractère économique.

- Il convient de distinguer entre les fonctions d'organisation de ces missions et les fonctions d'exercice des missions. La jurisprudence de la Cour citée ci-dessus porte sur l'organisation même de ses missions. Il n'en demeure pas moins que lorsque la personne publique, après avoir organisé le service ou les missions, souhaite en déléguer l'exercice à un tiers, moyennant rémunération ou souhaite acquérir de façon onéreuse, des prestations ou des fournitures, lui permettant d'exercer elle-même ses missions, elle intervient alors comme cliente sur un marché de nature économique.

- La communication de la Commission relative à la notion d'aide d'État visée à l'article 107 paragraphe 1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) détaille les éléments sur lesquels se fonde l'Union européenne pour déterminer le caractère économique ou non des activités ci-dessus rappelées.

### 1.2.2.2 L'opérateur économique, personne publique

La conclusion d'un marché public peut se faire tout aussi bien avec une personne privée qu'avec une personne publique<sup>44</sup>. Sous réserve que le contrat conclu entre les entités appartenant au secteur

---

<sup>44</sup> Voir en ce sens CE, avis 7/5 SSR, 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants, n° 222208; CE, 10 juillet 2009, Département de l'Aisne, n° 324156.

public ne soit pas qualifié de « quasi-régie » ou de « coopération public-public »<sup>45</sup>, des marchés publics sont conclus entre personnes publiques en application des règles du code de la commande publique.

### 1.2.2.3 Le cas particulier du mandat

Un contrat conclu entre deux personnes privées non soumises au code de la commande publique ne peut être qualifié de marché public. Néanmoins, dans l'hypothèse où une personne privée agit sur le fondement d'un mandat (express ou tacite) délivré par un acheteur soumis au code, elle doit respecter les règles posées par ce code<sup>46</sup>. Il convient par ailleurs de relever que les contrats de mandat conclus par l'acheteur à titre onéreux sont des marchés publics<sup>47</sup>.

### 1.2.2.4 Le cas particulier des contrats subventionnés

L'article L. 2100-2 du code de la commande publique prévoit que les personnes de droit privé qui ne sont pas des acheteurs soumettent néanmoins les contrats qu'elles concluent avec des tiers, aux règles du code, à l'exception de ses chapitres I<sup>er</sup><sup>48</sup>, II<sup>49</sup>, III<sup>50</sup> du livre I de la deuxième partie et du chapitre VI du titre IX du même livre I, lorsque les conditions suivantes sont cumulativement réunies:

- ce contrat est subventionné directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur soumis au code. La Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de préciser ce que recouvre le terme « subventionné », qui doit être entendu de manière large. En effet, il comprend toutes les participations financières directes des pouvoirs adjudicateurs dans le contrat que la personne privée entend conclure et peut aussi inclure des

---

<sup>45</sup> Voir la fiche technique « Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public ».

<sup>46</sup> CE, 28 juillet 1995, Préfet de la Région Île-de-France, n° 143438.

<sup>47</sup> CE, 5 mars 2003, Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres, n° 233372.

<sup>48</sup> Articles L.2191-2 à L.2191-8 relatifs à l'exécution financière des marchés publics.

<sup>49</sup> Articles L.2192-10 à L.2192-15 relatifs aux modalités de facturation et de paiement.

<sup>50</sup> Articles L.2193-1 à L.2193-14 relatifs à la sous-traitance.

mesures de financement indirectes comme les allègements fiscaux. Le fait que cette participation financière soit prévue par un texte ou découle de la libre volonté des pouvoirs adjudicateurs concernés est sans incidence<sup>51</sup>.

- la valeur estimée hors taxe du contrat est supérieure aux seuils européens publiés au journal officiel de la République française (JORF);

- l'objet du contrat relève des activités de génie civil ou des travaux de construction relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires ainsi qu'aux bâtiments à usage administratif ou de prestations de services liés à ces travaux.

Ainsi, les personnes de droit privé devront procéder à des mesures de publicité et de mise en concurrence pour ces contrats. Le pouvoir adjudicateur qui octroie les subventions est chargé de veiller au respect des dispositions des livres Ier, II, III et V de la deuxième partie législative du code de la commande publique.

## คำแปลภาษาไทย

### **สัญญาจัดซื้อจัดจ้างและสัญญาอื่น ๆ**

เอกสารกรมการกฎหมาย กระทรวงเศรษฐกิจ การเงินและอุตสาหกรรม

สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (les contrats de la commande publique) (มาตรา L. 2 แห่งประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง) แบ่งออกเป็นสองประเภท ประเภทแรกคือสัญญาพัสดุ (les marchés publics) ตามมาตรา L. 1110-1 แห่งประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง และประเภทที่สองคือสัญญาสัมปทานตามมาตรา L. 1120-1 แห่งประมวลกฎหมายฉบับเดียวกัน

สัญญาพัสดุนี้ ได้แก่ สัญญาพัสดุ (marchés) สัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชน (marchés de partenariat) และสัญญาพัสดุสำหรับการป้องกันประเทศหรือความมั่นคง (marchés de défense ou de sécurité) บัญญัติไว้ในมาตรา L. 1110-1 แห่งประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง โดยเอกสารฉบับนี้จะอธิบายหลักใหญ่ ๆ ที่บังคับใช้กับสัญญา 3 ประเภทนี้ ซึ่ง

---

<sup>51</sup> CJUE, 26 septembre 2013, République française contre Commission européenne, Aff. C-115/12 P, points 42 à 49.

สัญญาแต่ละประเภทจะอธิบายไว้ในเอกสารเฉพาะที่ได้เผยแพร่ไว้บนเว็บไซต์ของกรมการกฎหมาย กระทรวงเศรษฐกิจ การเงินและอุตสาหกรรม (Direction des affaires juridiques) มิใช่สัญญาภาครัฐทุกฉบับที่ลงนามโดยผู้จัดซื้อจัดจ้างภาครัฐจะเป็นสัญญาพัสดุหรือสัญญาสัมปทาน

## 1. สัญญาพัสดุ

ข้อความคิดของการพัสดุครอบคลุมถึงการพัสดุทั่วไป สัญญาร่วมทุน และสัญญาพัสดุสำหรับการป้องกันประเทศและความมั่นคง<sup>52</sup>

การพัสดุเหล่านี้ต้องอยู่ภายใต้หลักเสรีภาพในการเข้าถึงการจัดซื้อจัดจ้าง (Principe de liberté d'accès à la commande publique) หลักความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อผู้เสนอราคา (Principe d'égalité de traitement des candidats) และหลักความโปร่งใสของกระบวนการ (Principe de transparence des procédures)

การพัสดุประกอบด้วยสัญญาที่มีประโยชน์ตอบแทน (à titre onéreux) ทำขึ้นระหว่างผู้จัดซื้อภาครัฐหรือเอกชน (un acheteur public ou privé) กับผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ (un opérateur économique) เพื่อการก่อสร้าง (la réalisation de travaux) จัดซื้อสิ่งของ (l'achat de fournitures) หรือการให้บริการ (la réalisation d'une prestation de services) เพื่อตอบสนองความต้องการของผู้จัดซื้อ (besoins de l'acheteur)

### 1.1 การพัสดุที่ตกอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง และจัดทำโดยนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนเป็นสัญญาทางปกครอง

มาตรา L. 6 แห่งประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างบัญญัติว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างประเภทการพัสดุที่อยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างและได้จัดทำโดยนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนเป็นสัญญาทางปกครอง

นิยามของการพัสดุนี้แสดงถึงการมีอยู่ของสัญญา ในทางกลับกัน การโอนอำนาจฝ่ายเดียวไม่เป็นสัญญา เนื่องจากการโอนอำนาจฝ่ายเดียวให้แก่ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจในการจัดทำบริการสาธารณะไม่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ของคู่สัญญา

ในการที่จะระบุว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวหรือไม่นั้นจำเป็นต้องดูว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกำหนดให้ผู้ประกอบการต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่เกินกว่าเงื่อนไขปกติทั่วไปในทางการค้าของผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจหรือไม่ ในทางปฏิบัติจะพิจารณาว่าผู้ประกอบการนั้นมีความสามารถในการเจรจาต่อรองเนื้อหาของภาระหน้าที่นั้นได้หรือไม่ โดยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้แจกแจงเงื่อนไขสองอย่างที่ต้องใช้ประกอบกันไว้ดังนี้

<sup>52</sup> มาตรา L. 1110-1 แห่งประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง

- ขาดความสามารถในการเจรจาต่อรองเกี่ยวกับเนื้อหาการให้บริการ รวมถึงการต่อรองด้านราคา

- ไม่สามารถปลดปล่อยตนเองจากมูลหนี้ที่เกิดขึ้นจากข้อตกลง และการบอกกล่าวล่วงหน้า ที่กำหนดโดยข้อตกลงนี้

ในสมมติฐานนี้ การโอนอำนาจฝ่ายเดียวจะมีลักษณะเป็นเพียงการถ่ายโอน อำนาจหน้าที่

และกฎเกณฑ์ในการจัดซื้อจัดจ้างและหลักการต่าง ๆ ในการทำสัญญาพัสดุ จะไม่บังคับใช้กับการโอนอำนาจฝ่ายเดียว

**1.2 การพัสดุเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้จัดซื้อภาครัฐหรือเอกชนตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างฝ่ายหนึ่งกับผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจอีกฝ่ายหนึ่ง**

การพัสดุเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้จัดซื้อภาครัฐหรือเอกชนฝ่ายหนึ่งกับผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจทางมหาชนหรือเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง

### **1.2.1 ผู้จัดซื้อภาครัฐหรือภาคเอกชน (Les acheteurs publics ou privés)**

คำนิยามของหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้าง (pouvoirs adjudicateurs) และองค์กรผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้างที่ประกอบกิจการด้านเครือข่าย (entités adjudicatrices) จะถูกอธิบายไว้ในเอกสารเฉพาะ

โดยหน่วยงานผู้จัดซื้อจัดจ้างนี้เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน เช่น รัฐ (État) องค์กรมหาชนที่มีลักษณะทางปกครอง ทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (établissements publics administratifs et industriels et commerciaux) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (collectivités territoriales) และองค์กรมหาชนระดับท้องถิ่น (établissements publics locaux) สมาคมเพื่อประโยชน์สาธารณะ (groupements d'intérêts publics) เป็นต้น

นิติบุคคลในกฎหมายเอกชนก็สามารถที่จะเป็นหน่วยงานผู้จัดซื้อจัดจ้างได้เช่นเดียวกันหากการจัดตั้งนิติบุคคลดังกล่าวเป็นไปเพื่อตอบสนองความต้องการ ประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะ (satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général) ที่มีลักษณะที่นอกเหนือไปจากด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (autre qu'industriel ou commercial) กล่าวคือ

« a) กิจการที่เงินสนับสนุนส่วนใหญ่มาจากหน่วยงานที่มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้าง;

« b) กิจการที่การบริหารจัดการอยู่ภายใต้การควบคุมของหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้าง;

« c) กิจการที่องค์กรฝ่ายบริหาร ฝ่ายกำกับดูแล หรือฝ่ายตรวจสอบ ประกอบไปด้วยสมาชิกที่แต่งตั้งโดยหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้างเกินกว่ากึ่งหนึ่ง »

และนิติบุคคลในกฎหมายเอกชนที่จัดตั้งขึ้นโดยหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้างโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำกิจการบางอย่างร่วมกันให้ถือว่ารวมอยู่ในคำนิยามนี้ด้วย

สุดท้าย องค์กรผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้างที่ประกอบกิจการด้านเครือข่ายนี้คือหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้าง (pouvoir adjudicateur) ที่ประกอบธุรกิจเครือข่าย (d'opérateur de réseaux)<sup>53</sup> «รัฐวิสาหกิจ» (entreprises publiques) ที่ประกอบกิจการด้านเครือข่าย และองค์กรตามกฎหมายเอกชนที่ได้รับประโยชน์จากกฎหมายพิเศษหรือกฎหมายเฉพาะที่มีขึ้นเพื่อสงวนไว้ซึ่งการประกอบกิจการเครือข่ายหรือเพื่อมอบหมายในส่วนที่เป็นสาระสำคัญให้แก่ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจในการที่จะประกอบกิจการดังกล่าว

### 1.2.2 ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ (l'opérateur économique)

ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจนี้คือบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล หรือกลุ่มบุคคลไม่ว่าจะมีสถานะเป็นนิติบุคคลหรือไม่ก็ตาม ที่เสนอการจัดทำงานหรืองานก่อสร้าง การจัดหาผลิตภัณฑ์ หรือการให้บริการ

ผู้สมัคร (candidat) คือผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจที่ได้ขอเข้าร่วมหรือถูกเชิญให้เข้าร่วมในกระบวนการจัดทำสัญญาพัสดุ

ผู้ยื่นซองประกวดราคา (soumissionnaire) คือผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจที่ยื่นข้อเสนอตามกรอบการจัดทำสัญญาพัสดุ

#### 1.2.2.1 ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจที่มีสถานะเป็นบุคคลตามกฎหมายเอกชน (L'opérateur économique, personne privée)

ข้อพิจารณาที่ 14 ของระเบียบสหภาพยุโรป 2014/24/UE ระบุว่า คำว่าผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจต้องตีความอย่างกว้าง เพื่อให้ครอบคลุมถึงบริษัท สาขา บริษัทลูก สมาคม สหกรณ์ บริษัทมหาชนจำกัด มหาวิทยาลัย ไม่ว่าจะปฏิบัติตามกฎหมายมหาชนหรือตามกฎหมายเอกชน รวมถึงบริษัทในรูปแบบอื่น ๆ ที่นอกเหนือไปจากบุคคลธรรมดาที่รวมอยู่ในคำนิยามของผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ ไม่ว่าจะ เป็นนิติบุคคลหรือไม่ก็ตาม

การตีความอย่างกว้างของคำว่าผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจนี้มีที่มาจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ที่พิจารณาว่ากิจกรรมทุกอย่างที่เป็น การเสนอซึ่งสินค้าหรือบริการในตลาดนั้น ๆ ครอบคลุมลักษณะทางเศรษฐกิจ และทุกบริษัทที่

<sup>53</sup> ด้านพลังงาน (แก๊ส ความร้อน ไฟฟ้า เป็นต้น) ด้านประปา ด้านการขนส่ง และด้านไปรษณีย์



ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจต้องถูกพิจารณาว่าเป็นบริษัท โดยไม่คำนึงถึงสถานะทางกฎหมาย และวิธีการจัดหาเงินทุนของกิจการนี้

➤ ข้อความคิดคำว่าผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจเป็นการตีความอย่างกว้าง

เพื่ออธิบายให้เห็นภาพ สมาคมต่าง ๆ นั้นถูกพิจารณาว่าเป็นผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ โดยในกรณีนี้ จากลักษณะของสมาคมที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรที่ทำให้สมาคมสามารถที่จะยื่นข้อเสนอในราคาต่ำกว่าผู้ประกอบการรายอื่นนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อลักษณะทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการหรือลักษณะธุรกิจ

เพราะฉะนั้นนิยามคำว่าผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจนี้รวมถึงองค์กรที่ไม่ได้แสวงหากำไรและไม่ได้มีโครงสร้างของการเป็นบริษัท

➤ ข้อความคิดคำว่ากิจกรรมที่ไม่ใช่ทางเศรษฐกิจนี้ต้องถูกตีความอย่างเคร่งครัด

เพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องความแตกต่างระหว่างกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (activités économiques) และกิจกรรมที่ไม่ใช่ทางเศรษฐกิจ (activités non économiques) ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้ตัดสินไว้อย่างชัดเจนว่ากิจกรรมทุกอย่างที่เป็นการเสนอซึ่งสินค้าหรือบริการในตลาดเฉพาะเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ

คำนิยามอย่างกว้างของกิจกรรมทางเศรษฐกิจนี้ได้ถูกนำมาใช้กับกฎหมายภายในประเทศฝรั่งเศสและครอบคลุมทุกการเสนอซึ่งสินค้าและบริการในตลาดในทุก ๆ ด้าน โดยที่กิจกรรมที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรนี้ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อลักษณะของกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ทั้งที่เป็นกิจกรรมเชิงสังคมหรือเป็นบริษัท

ในการที่จะทราบว่าตลาดสำหรับการบริการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นมีอยู่หรือไม่จะขึ้นอยู่กับการจัดการของประเทศสมาชิกแต่ละประเทศ ฉะนั้นจึงมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศสมาชิก ยิ่งไปกว่านั้นคุณสมบัติของกิจกรรมอาจแตกต่างกันไปในแต่ละช่วงเวลาขึ้นอยู่กับนโยบายทางการเมืองและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ และกิจกรรมที่ไม่เป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจในปัจจุบันอาจกลายเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจในอนาคตก็เป็นได้

โดยลักษณะของกิจกรรมที่ไม่ใช่ทางเศรษฐกิจที่ทราบกันในปัจจุบันมีจำกัด

- ตามกฎหมายโดยทั่วไป เว้นแต่ว่าประเทศสมาชิกได้ตัดสินใจที่จะใช้กลไกตลาดกิจกรรมที่ลักษณะโดยทั่วไปเป็นอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองและถูกใช้โดยรัฐนี้มีใช้กิจกรรมทางเศรษฐกิจ ซึ่งตัวอย่างของกิจกรรมดังกล่าวมีดังนี้

- a) ด้านการทหารหรือตำรวจ
- b) ด้านความปลอดภัยและการควบคุมเรือบิน
- c) ด้านการควบคุมและความปลอดภัยในการเดินเรือสมุทร
- d) ด้านการเฝ้าระวังต่อต้านมลพิษ
- e) ด้านองค์กร การเงิน และการบังคับโทษจำคุก
- f) ด้านการพัฒนาและฟื้นฟูที่ดินสาธารณะด้วยอำนาจมหาชน
- g) ด้านการเก็บรวบรวมข้อมูลเพื่อใช้ในวัตถุประสงค์สาธารณะจากบริษัทที่เกี่ยวข้อง โดยให้ส่งข้อมูลดังกล่าวบนพื้นฐานหน้าที่ตามกฎหมาย

● ระบบประกันสังคมภาคบังคับนี้ที่ถือว่าเป็นกิจกรรมที่มีใช้กิจกรรมทางเศรษฐกิจ เนื่องจากระบบประกันสังคมนี้ตั้งอยู่บนหลักการพึ่งพาอาศัยกัน (principe de solidarité) ที่มีใช้กิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยระบบประกันสังคมมีลักษณะดังต่อไปนี้

- a) การเข้าร่วมในระบบประกันสังคมนี้เป็นภาคบังคับ
- b) ระบบนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อสังคมโดยเฉพาะ
- c) ระบบนี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร
- d) การให้บริการไม่ได้ขึ้นอยู่กับจำนวนเงิน
- e) มูลค่าในการให้บริการนี้ไม่จำเป็นต้องได้สัดส่วนกับรายได้ของผู้เอาประกัน
- f) ระบบนี้อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ

● โรงพยาบาลรัฐเป็นส่วนสำคัญของการบริการด้านสาธารณสุขแห่งชาติและการทำงานของโรงพยาบาลเกือบทั้งหมดตั้งอยู่บนหลักความเป็นเอกภาพ โดยแหล่งเงินทุนของโรงพยาบาลนี้มาจากเงินค่าประกันสังคมโดยตรง และจากแหล่งอื่น ๆ ของรัฐ ซึ่งโรงพยาบาลของรัฐจะให้บริการโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายบนพื้นฐานของการคุ้มครองทั่วไป และศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้รับรองว่าโครงสร้างของโรงพยาบาลดังกล่าวนี้มิได้กระทำในรูปของบริษัท

● การศึกษาของรัฐจัดทำขึ้นในกรอบของระบบการศึกษาแห่งชาติซึ่งมีการจัดหาเงินทุนและควบคุมโดยรัฐ มิใช่กิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยศาลยุติธรรมยุโรปได้ตัดสินไว้ว่า ในการจัดตั้งหรือดำรงไว้ซึ่งระบบการศึกษาของรัฐที่มีการจัดหาเงินทุนโดยทั่วไปผ่านทางงบประมาณของรัฐมิใช่ผ่านทางนักเรียนหรือผู้ปกครอง [...] มิใช่กิจกรรมที่ได้รับค่าตอบแทน แต่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ในด้านสังคม วัฒนธรรม และการศึกษาเพื่อประชาชน

- องค์การของกิจกรรมบางอย่างที่ดูแลเกี่ยวกับด้านวัฒนธรรม ประเพณี และการปกป้อง ธรรมชาติ ซึ่งลักษณะเฉพาะของกิจกรรมเหล่านี้ ไม่มีลักษณะทางพาณิชย์ จึงมิใช่กิจกรรมทาง เศรษฐกิจ เงินทุนสาธารณะขององค์กรเหล่านี้อาจไม่ได้มาจากเงินช่วยเหลือจากรัฐ คณะกรรมการ พิจารณาว่าการระดมทุนสาธารณะของกิจกรรมที่เกี่ยวกับด้านวัฒนธรรมหรือการสงวนไว้ซึ่ง มรดกของชาติที่เปิดให้บุคคลทั่วไปเข้าชมนี้เป็นหน้าที่เฉพาะด้านสังคมและวัฒนธรรมที่มีใช้ ลักษณะทางเศรษฐกิจ และแม้ว่าผู้เข้าเยี่ยมชมซึ่งสถานที่ทางวัฒนธรรมหรือเข้าร่วมกิจกรรม ทางวัฒนธรรมหรือการสงวนไว้ซึ่งมรดกแห่งชาติ ที่เปิดให้บุคคลทั่วไป รวมถึงการปกป้อง ธรรมชาติ จะได้เก็บค่าเข้าชมหรือเข้าร่วมกิจกรรมก็ตาม แต่จำนวนเงินนี้ก็เป็นเพียงส่วนหนึ่ง ของค่าใช้จ่ายทั้งหมดขององค์กรเหล่านี้เท่านั้น กิจกรรมเหล่านี้จึงไม่มีลักษณะทางเศรษฐกิจ เพราะการมีส่วนร่วมนี้ไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการจ่ายค่าตอบแทนที่แท้จริงต่อการให้บริการ ขององค์กร
- ยิ่งไปกว่านั้นหลายกิจกรรมทางวัฒนธรรมหรือการสงวนไว้ซึ่งมรดกของชาติสามารถ เรียกได้ว่าไม่สามารถทดแทนได้ (ยกตัวอย่างเช่น การจัดการเก็บรักษาซึ่งเอกสารของรัฐที่มี เพียงฉบับเดียว) ด้วยเหตุนี้ กิจกรรมเหล่านี้จึงไม่มีตลาดรองรับ คณะกรรมการสหภาพยุโรปจึง พิจารณาว่ากิจกรรมเหล่านี้ไม่มีลักษณะทางเศรษฐกิจ
- ความแตกต่างระหว่างหน้าที่ขององค์กรในภารกิจเหล่านี้ (les fonctions d'organisation de ces missions) กับหน้าที่ในการดำเนินการกิจ (les fonctions d'exercice des missions) แนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรปที่อ้างถึงก่อนหน้านี้นี้ เกี่ยวกับองค์กรและภารกิจ ข้อเท็จจริงที่ว่าเมื่อบุคคลในกฎหมายมหาชนที่ได้จัดทำบริการหรือภารกิจและประสงค์ที่จะ มอบหมายการจัดทำภารกิจเหล่านี้ให้บุคคลภายนอก โดยการจ่ายค่าตอบแทนหรือประสงค์ให้ ได้รับค่าตอบแทนสำหรับการบริการ การจัดหาพัสดุ ซึ่งบุคคลในกฎหมายมหาชนสามารถ ปฏิบัติภารกิจเหล่านี้ได้ด้วยตนเอง ฉะนั้นจึงเป็นการแทรกแซงตลาดที่มีลักษณะทางเศรษฐกิจ ในฐานะลูกค้ารายหนึ่ง
- คณะกรรมการสหภาพยุโรปได้ชี้แจงรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับคำนิยามคำว่า ความช่วยเหลือจากภาครัฐ ตามมาตรา 107 วรรคหนึ่ง แห่งสนธิสัญญาสากลแห่งสหภาพยุโรป (traité de fonctionnement de l'Union européenne) ที่สหภาพยุโรปใช้เป็นพื้นฐานในการ พิจารณาลักษณะทางเศรษฐกิจของกิจกรรมที่ได้กล่าวถึงไปข้างต้น

### 1.2.2.2 ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจที่มีสถานะเป็นบุคคลในกฎหมายมหาชน (L'opérateur économique, personne publique)

การทำสัญญาพัสดุนี้สามารถทำได้กับบุคคลในกฎหมายเอกชนรวมถึงบุคคลในกฎหมายมหาชนภายใต้เงื่อนไขที่ว่าสัญญาพัสดุที่สร้างขึ้นระหว่างบริษัทที่เป็นของภาครัฐนี้ต้องไม่อยู่ในสถานะที่เป็นการกระทำภายในองค์กร (quasi-régie) หรือเป็นความร่วมมือระหว่างภาครัฐด้วยกัน (coopération public-public) หากไม่ใช่ลักษณะข้างต้นสัญญาพัสดุที่สร้างขึ้นระหว่างบุคคลในกฎหมายมหาชนนี้จะต้องใช้กฎเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างในการบังคับ

### 1.2.2.3 กรณีเฉพาะในลักษณะตัวแทน (mandat)

สัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างบุคคลในกฎหมายเอกชนด้วยกันนั้นจะไม่ถูกพิจารณาเป็นสัญญาพัสดุและไม่ตกอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง อย่างไรก็ตามในกรณีที่บุคคลในกฎหมายเอกชนกระทำการในฐานะตัวแทน (ทั้งชัดแจ้งหรือเป็นนัย) ของผู้จัดซื้อ กรณีนี้จะต้องใช้ประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างในการบังคับ และจะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดโดยประมวลกฎหมายฉบับนี้ และยิ่งไปกว่านั้นสัญญาแต่งตั้งตัวแทนที่จัดทำโดยผู้จัดซื้อ (l'acheteur) โดยมีค่าตอบแทนนี้เป็นสัญญาพัสดุ

### 1.2.2.4 กรณีเฉพาะของสัญญาให้เงินอุดหนุน (contrats subventionnés)

ตามมาตรา L. 2100-2 แห่งประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างได้บัญญัติไว้ว่า ยกเว้นบทที่ 1 บทที่ 2 และบทที่ 3 ของบรรพ 1 ส่วนที่สอง และบทที่ 6 ของหัวข้อที่ 9 ในบรรพเดียวกันนี้ บุคคลในกฎหมายเอกชนที่มีใช้ผู้จัดซื้อได้ทำสัญญากับบุคคลภายนอกจะตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างเมื่อเงื่อนไขดังต่อไปนี้ครบถ้วน

- สัญญาที่สร้างขึ้นได้รับเงินอุดหนุนจากผู้จัดซื้อตามประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างเกินกว่าร้อยละ 50 ซึ่งศาลยุติธรรมยุโรปได้ระบุกรณีที่ครอบคลุมคำว่า การให้เงินอุดหนุน ซึ่งได้พิจารณาอย่างกว้าง โดยที่เงินอุดหนุนนี้คือการมีส่วนร่วมทางการเงินโดยตรงของผู้จัดซื้อในสัญญาที่บุคคลในกฎหมายเอกชนตั้งใจที่จะทำ และรวมถึงมาตรการการเงินทางอ้อม เช่น การลดภาษี โดยที่การมีส่วนร่วมทางการเงินนี้จะได้ถูกกำหนดไว้โดยกฎหมายหรือเกิดขึ้นโดยความสมัครใจของผู้มีอำนาจจัดซื้อที่เกี่ยวข้องก็ไม่ส่งผลต่อลักษณะการมีส่วนร่วมทางการเงิน

- มูลค่าของสัญญาที่ไม่รวมภาษีต้องมีมูลค่าสูงกว่าเกณฑ์ยุโรป (seuil d'euro péens) ที่ถูกกำหนดให้ต้องตีพิมพ์ในรัฐกิจจานุเบกษาแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส (journal officiel de la République française)

- วัตถุประสงค์ของสัญญาต้องเกี่ยวข้องกับกิจกรรมด้านวิศวกรรมโยธาหรือการก่อสร้างที่เกี่ยวข้องกับโรงพยาบาล อุปกรณ์กีฬา สันทนาการและนันทนาการ อาคารโรงเรียนและมหาวิทยาลัย รวมถึงอาคารสำหรับใช้ในการจัดการและให้บริการสำหรับการก่อสร้างข้างต้น

หากครบตามเงื่อนไขข้างต้นแล้ว บุคคลในกฎหมายเอกชนจะต้องดำเนินการจัดการโฆษณาและจัดการประกวดราคาสำหรับสัญญาที่สร้างขึ้น ซึ่งผู้มีอำนาจจัดซื้อที่เป็นผู้ให้เงินอุดหนุนจะต้องเป็นผู้ดูแลในการปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างที่ระบุไว้ในบรรพ 1 บรรพ 2 บรรพ 3 และบรรพ 5 ของส่วนที่สองภาคกฎหมายนิติบัญญัติ (la deuxième partie législative)

### คำศัพท์ที่น่าสนใจ

(1) **Contrat administratif (n. masculin)** สัญญาทางปกครอง เป็นการที่ฝ่ายปกครองตกลงทำสัญญากับเอกชนเพื่อมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะบางประเภท โดยสัญญาทางปกครองนี้จะแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งเนื่องจากจะมีการใช้อำนาจที่เป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (pérogatives de puissance publique) เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ<sup>54</sup> รวมถึงการมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง ให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครอง รวมถึงอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์สาธารณะ (d'intérêt public) ซึ่งเอกสิทธิ์นี้เองที่ทำให้สถานะของฝ่ายปกครองเหนือกว่าฝ่ายเอกชน และหากมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครอง ศาลที่รับพิจารณาคดีคือ ศาลปกครอง

(2) **Marché public (n. masculin)** สัญญาพัสดุ ตามประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างที่ประกาศบังคับใช้ปี ค.ศ. 2019 ได้กำหนดให้สัญญาพัสดุเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งจัดทำขึ้นเพื่อให้ได้มาซึ่งวัสดุอุปกรณ์ การบริการ และการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ

(3) **Pouvoir adjudicateur (n. masculin)** หน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้าง ตามประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน<sup>55</sup> ได้บัญญัติถึงหน่วยงานที่จะตกอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายนี้ โดยได้กำหนดไว้ 3 ประเภท<sup>56</sup> ได้แก่

---

<sup>54</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, **หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 87-96.

<sup>55</sup> Article L1211-1 du Code de la commande publique

<sup>56</sup> แปลและเรียบเรียงจาก Fiche Direction des Affaires Juridiques: Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices

1. นิติบุคคลในกฎหมายมหาชน เช่น รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรมหาชน เป็นต้น

2. นิติบุคคลในกฎหมายเอกชนที่เข้าเงื่อนไขบางประการที่กำหนดโดยประมวลกฎหมายฉบับนี้ เช่น กรณีที่เงินสนับสนุนส่วนใหญ่มาจากหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้าง หรือนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน หรือนิติบุคคลในกฎหมายเอกชนดังกล่าวอยู่ภายใต้ความควบคุมของหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้าง เป็นต้น

3. นิติบุคคลในกฎหมายเอกชนที่จัดตั้งโดยหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำกิจการบางอย่างร่วมกัน เช่น บริษัทมหาชนท้องถิ่น (sociétés publiques locales หรือ SPL) ที่เป็นบริษัทมหาชนจำกัด ที่จัดตั้งขึ้นและถือหุ้นทั้งหมดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือกลุ่มขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น<sup>57</sup>

(4) **Entités adjudicatrices (n. féminin)** องค์กรผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้างที่ประกอบกิจการเครือข่าย (activités d'opérateur de réseaux) ได้แก่ ด้านพลังงาน (แก๊ส ความร้อน ไฟฟ้า เป็นต้น) ด้านประปา ด้านการขนส่ง ด้านไปรษณีย์ ซึ่งจะต่างจากหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้าง (pouvoir adjudicateur) ที่มีได้จำกัดเฉพาะกิจการเครือข่าย โดยตามประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง มาตรา L. 1212-1<sup>58</sup> องค์กรผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้างที่ประกอบกิจการเครือข่ายได้แบ่งออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้

---

<sup>57</sup> L'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales: « Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital. [...] »

<sup>58</sup> L'article L. 1212-1 du code de la commande publique: « Les entités adjudicatrices sont:

1° Les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies aux articles L. 1212-3 et L. 1212-4;

2° Lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies aux articles L. 1212-3 et L. 1212-4;

3° Lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice de ces activités et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer celle-ci.

1. หน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้าง (pouvoir adjudicateur) ที่ประกอบกิจการเครือข่าย
2. รัฐวิสาหกิจ (entreprises publiques) ที่ประกอบกิจการด้านเครือข่าย
3. องค์กรตามกฎหมายเอกชน (les organismes de droit privé) ที่ได้รับประโยชน์จากกฎหมายพิเศษหรือกฎหมายเฉพาะที่มีขึ้นเพื่อสงวนไว้ซึ่งการประกอบกิจการเครือข่ายหรือเพื่อมอบหมายในส่วนที่เป็นสาระสำคัญให้แก่ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจในการที่จะประกอบกิจการดังกล่าว

---

*Ne sont pas considérés comme des droits spéciaux ou exclusifs les droits d'exclusivité accordés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires. »*

## แนะนำหนังสือกฎหมาย (Law Book Recommendation)

คู่มือวางแผนการสอบและหลักการเขียนตอบข้อสอบกฎหมาย  
ในระดับนิติศาสตรบัณฑิต เนติบัณฑิตไทย อัยการผู้ช่วย  
และผู้ช่วยผู้พิพากษา พร้อมการเตรียมตัวศึกษาต่อระดับ  
นิติศาสตรมหาบัณฑิตในต่างประเทศ\*

Handbook for Legal Exam Preparations Including  
Writing Principles at LL.B., Barrister-at-Law,  
Assistant Public Prosecutor and Judge Trainee Levels,  
Together with the Guidance to Study LL.M. Abroad

ปิ่นหยอก ศาสตราจารย์

Pinyok Satpradit

### บทคัดย่อ

หนังสือคู่มือวางแผนการสอบและหลักการเขียนตอบข้อสอบกฎหมาย ในระดับนิติศาสตรบัณฑิต เนติบัณฑิตไทย อัยการผู้ช่วย และผู้ช่วยผู้พิพากษา พร้อมการเตรียมตัวศึกษาต่อระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิตในต่างประเทศ ซึ่งเขียนโดย พลภวิชัย พันธุ์คำเกิด เป็นหนังสือที่รวบรวมประสบการณ์ของผู้เขียน และข้อมูลที่น่าสนใจมาถ่ายทอดเพื่อเป็นการแนะแนวการเรียน การสอบกฎหมายในประเทศไทยให้กับผู้อ่าน นอกจากนี้ยังมี วรรณญา ตรงพิสุทธิ์ศักดิ์ ที่ร่วมเขียนหนังสือเล่มนี้ขึ้น โดยท่านได้ให้ข้อมูลการเตรียมความพร้อมในการศึกษาต่อระดับปริญญาโทด้านกฎหมายในต่างประเทศอีกด้วย หนังสือเล่มนี้จึงเป็นหนังสือที่เหมาะสมแก่ผู้ที่ประสงค์จะศึกษาหรือกำลังศึกษาอยู่คณะนิติศาสตร์ในระดับชั้นปริญญาตรี และวางแผนการสอบเนติบัณฑิตไทย หรือ

---

\* วันที่รับบทความ (Received): 29 เมษายน 2563; วันที่แก้ไขบทความ (Revised): ผู้ทรงคุณวุฒิ เห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติม; วันที่ตอบรับบทความ (Accepted): 28 พฤษภาคม 2563

\*\* นักศึกษาชั้นปีที่ 2 สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Sophomore, School of Law, Mae Fah Luang University

E-mail: 6131601173@lamduan.mfu.ac.th



การสอบในสนามอัยการผู้ช่วยและผู้ช่วยผู้พิพากษา รวมถึงผู้ที่เตรียมตัวศึกษาต่อปริญญาโทด้านกฎหมายในต่างประเทศ

**คำสำคัญ:** นิติศาสตรบัณฑิต, นิติศาสตรมหาบัณฑิต, เนติบัณฑิต, อัยการผู้ช่วย, ผู้ช่วยผู้พิพากษา

### Abstract

Handbook for Legal Exam Preparations including Writing Principles at LL.B., Barrister-at-Law, Assistant Public Prosecutor and Judge Trainee Levels, together with the Guidance to Study LL.M. Abroad written by Ponpawit Pankhamkerd is the handbook which compiles the author's experiences and the interesting information. This book aims to pass on knowledge as a guideline for studying and preparing legal exam in Thailand. Furthermore, Waranya Trongpisutsak is also a co-author of this handbook, who provides guidance related to study LL.M. Abroad. The handbook is suitable for people who desire to study or who are studying at LL.B. and prepare to take legal exams, namely Barrister-at-Law, Assistant Public Prosecutor and Judge Trainee Levels, as well as people who desire to preparing to study LL.M. Abroad.

**Keywords:** LL.B., LL.M., Barrister-at-Law, Assistant Public Prosecutor, Judge Trainee Levels

**ชื่อหนังสือ:** คู่มือวางแผนการสอบและหลักการเขียนตอบข้อสอบกฎหมาย ในระดับนิติศาสตรบัณฑิต เนติบัณฑิตไทย อัยการผู้ช่วย และผู้ช่วยผู้พิพากษา พร้อมการเตรียมตัวศึกษาต่อระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิตในต่างประเทศ

**ผู้เขียน:** พลภวิชัย พันธุ์คำเกิด และวรัญญา ตรงพิสุทธิ์ศักดิ์

**ขนาด:** 14.5 x 21 ซม.

**จำนวนหน้า :** 459 หน้า

**ราคา:** 290 บาท

**โรงพิมพ์:** บริษัทกรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด

**ISBN:** 978-616-497-287-2



ผู้แนะนำได้รับมอบหมายจากบรรณาธิการให้เรียบเรียงคอลัมน์ “แนะนำหนังสือกฎหมาย” ซึ่งหนังสือกฎหมายที่จะมาแนะนำคือ “คู่มือวางแผนการสอบและหลักการเขียนตอบข้อสอบกฎหมาย ในระดับนิติศาสตรบัณฑิต เนติบัณฑิตไทย อัยการผู้ช่วย และผู้ช่วยผู้พิพากษา พร้อมการเตรียมตัวศึกษาต่อระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิตในต่างประเทศ” ผู้เขียนคือ พลภวิชัย พันธุ์คำเกิด และวรัญญา ตรงพิสุทธิ์ศักดิ์

โดยผู้เขียนท่านแรกที่ผู้แนะนำจะกล่าวถึงนั่นคือ พลภวิชัย พันธุ์คำเกิด ท่านผู้เขียนสำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และเนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 66 ปัจจุบันดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา ท่านผู้เขียนได้รับประกาศนียบัตรศึกษากฎหมาย ภาคฤดูใบไม้ผลิ จากมหาวิทยาลัยพาซาเซา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประกาศนียบัตรอบรมกฎหมายเยาวชนและครอบครัว จากมหาวิทยาลัยนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ยังมีผลงานการเขียนหนังสือ เช่น คู่มือสัมมนาและวิเคราะห์ข้อสอบกฎหมายลักษณะนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 และเล่ม 2 และคู่มือวางแผนการสอบและหลักการเขียนตอบข้อสอบกฎหมาย อีกทั้งมีผลงานวิชาการที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายสารบัญญัติ (กฎหมายแพ่งและพาณิชย์) และกฎหมาย

วิธีสับัญญัติ (กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง) ด้วยประสบการณ์ที่ผู้เขียนได้สั่งสมมาเป็นระยะเวลา นานจึงทำให้มีหลักการและเทคนิคการเรียนการสอนที่น่าสนใจ ผู้เขียนจึงเป็นผู้มีความรู้ เชี่ยวชาญในเนื้อหาของหนังสือเล่มนี้อย่างยิ่ง

ส่วนผู้เขียนอีกท่านหนึ่งที่ได้ร่วมเขียนหนังสือเล่มนี้ด้วยคือ วรัญญา ทรงพิสุทธิ์ศักดิ์ ท่านสำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ นิเทศศาสตรมหาบัณฑิต จากมหาวิทยาลัย London School of Economic and Political Sciences สหราชอาณาจักร และเนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 70 ปัจจุบันดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา รุ่นที่ 71 ผู้เขียนมีประสบการณ์ในการศึกษาต่อระดับปริญญาโทด้านกฎหมายในต่างประเทศ โดยในหนังสือเล่มนี้ท่านได้ให้ข้อมูลตั้งแต่เรื่องทุนการศึกษา การสมัครเรียน เอกสารที่ใช้ในการ สมัคร และการทดสอบภาษาอังกฤษ ไปจนถึงการเล่าถึงประสบการณ์และคำแนะนำในการ เรียนและการใช้ชีวิตในต่างประเทศโดยละเอียด ด้วยประสบการณ์โดยตรงของผู้เขียนนี้จึงทำให้ เนื้อหาในส่วนของการศึกษาต่อระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิตในต่างประเทศนั้นมีความครบถ้วน มากยิ่งขึ้น

**โครงสร้างของหนังสือเล่มนี้แบ่งออกเป็น 5 ภาค รวม 24 บท ได้แก่**

**ภาค 1 ข้อมูลเบื้องต้นที่สำคัญในการเรียนการสอนเนติบัณฑิต อัยการผู้ช่วย และ ผู้ช่วยผู้พิพากษา**

บทที่ 1 ข้อมูลการเรียนการสอนเนติบัณฑิต

บทที่ 2 ข้อมูลการสอบผู้ช่วยผู้พิพากษา

บทที่ 3 ข้อมูลการสอบอัยการผู้ช่วย

**ภาค 2 หลักการอ่านตำราและวางแผนการสอบ**

บทที่ 1 หลักการและเทคนิคการศึกษาในเบื้องต้นและระดับชั้นปริญญาตรี

บทที่ 2 ข้อเสนอแนะพื้นฐานในการศึกษาชั้นเนติบัณฑิต

บทที่ 3 การเตรียมตัวสอบผู้ช่วยผู้พิพากษาและอัยการผู้ช่วย สนามใหญ่ ใน ระยะเวลา (Version ละเอียดยที่สุด)

บทที่ 4 ข้อเสนอแนะการเตรียมสอบผู้ช่วยผู้พิพากษาและอัยการผู้ช่วย สนามเล็ก สนามจีว

บทที่ 5 การเตรียมตัวสอบในช่วงโค้งสุดท้าย 3 เดือนก่อนวันสอบ

บทที่ 6 การเตรียมตัวสอบผู้ช่วยผู้พิพากษาและอัยการผู้ช่วย ในสถานการณ์ ปีคับขัน (Version ฉุกเฉินที่สุด)

บทที่ 7 สุดท้ายขอวิฆานักสอบ: ออกข้อสอบเอง!

### **ภาค 3 หลักการและเทคนิคการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายในระดับนิติศาสตรบัณฑิต เนติบัณฑิตไทย อัยการผู้ช่วย และผู้ช่วยผู้พิพากษา**

- บทที่ 1 ความสำคัญของการฝึกเขียนตอบข้อสอบกฎหมาย
- บทที่ 2 หลักการและเทคนิคการเขียนตอบข้อสอบทุกประเภท
- บทที่ 3 วิชาวาทกรรมการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายทุกสนาม
- บทที่ 4 ข้อเตือนใจในการเรียนเขียนตอบข้อสอบความรู้ชั้นเนติบัณฑิตภาค 1: กลุ่มแพ่งและพาณิชย์ และกลุ่มอาญา
- บทที่ 5 ข้อเตือนใจในการเรียนเขียนตอบข้อสอบความรู้ชั้นเนติบัณฑิตภาค 2: กลุ่มวิธีพิจารณาความแพ่ง และกลุ่มวิธีพิจารณาความอาญา
- บทที่ 6 ข้อเตือนใจในการเขียนตอบข้อสอบผู้ช่วย “ผู้พิพากษาและอัยการผู้ช่วย”
- บทที่ 7 วิธีการขั้นต้นในการทำข้อสอบภาษาอังกฤษ สนามผู้ช่วยผู้พิพากษาและอัยการผู้ช่วย สนามใหญ่
- บทที่ 8 ธงคำตอบกับตัวอย่างการเขียนตอบจริง

### **ภาค 4 การศึกษาต่อระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิตในต่างประเทศ**

- บทที่ 1 ทุนการศึกษาาระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิตในต่างประเทศ
- บทที่ 2 การสมัครเรียนระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิตในต่างประเทศ เอกสารที่ต้องเตรียม และการทดสอบด้านภาษา
- บทที่ 3 การเรียนการสอนระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิตในต่างประเทศ

### **ภาค 5 ชีวิตส่วนตัว: กำลังใจ กับการพัฒนาตนเอง**

- บทที่ 1 กำลังใจในการอ่านหนังสือสอบ: วิธีการสร้างแรงบันดาลใจ
- บทที่ 2 การพัฒนาตนเองด้วยกิจกรรม: สร้างเป้าหมายชีวิต
- บทที่ 3 ชีวิตหลังสอบ: ไร่ใช้ประชาคือ ปลายทางที่เราเล่าเรียน

### **ภาคผนวก: ตารางท่องเที่ยวตามตราสำคัญสำหรับการสอบเนติบัณฑิต อัยการผู้ช่วย และผู้ช่วยผู้พิพากษา ประมวลสถิติถึงการสอบรอบล่าสุด (กรกฎาคม 2562)**

เมื่อแบ่งโครงสร้างดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าหนังสือเล่มนี้ได้ให้ข้อมูลเบื้องต้นในการเรียน การสอบเนติบัณฑิต อัยการผู้ช่วย และผู้ช่วยผู้พิพากษาไว้เป็นอันดับแรก เพื่อที่ผู้อ่านจะได้วางแผนลงเรียนในระดับชั้นปริญญาตรี ทั้งนี้หนังสือเล่มนี้ยังแบ่งเนื้อหาแยกออกตามระดับชั้น เพื่อให้ผู้อ่านได้เข้าใจการเรียนการสอบนิติศาสตร์ ตั้งแต่ระดับชั้นปริญญาตรี เนติบัณฑิต ไปจนถึงอัยการผู้ช่วย และผู้ช่วยผู้พิพากษา เพื่อเตรียมตัวและวางแผนการเรียนการสอบในระดับชั้นนั้น ๆ

เนื่องจากผู้แนะนำเป็นนักศึกษาในระดับชั้นปริญญาตรี จึงขอหยิบยกเนื้อหาในภาค 2 เรื่องหลักการอ่านตำราและวางแผนการสอบ ในส่วนของบทที่ 1 ซึ่งเป็นเรื่องหลักการและเทคนิคการศึกษาในเบื้องต้นและระดับชั้นปริญญาตรีขึ้นมาเป็นตัวอย่าง ซึ่งเนื้อหาในส่วนนี้ ผู้เขียนได้อธิบายตั้งแต่หลักในการเรียนนิเทศศาสตร์ ทักษะในการเป็นนักกฎหมาย แนะนำหนังสือกฎหมายที่น่าสนใจ หลักการและเทคนิคในการทำข้อสอบกฎหมาย ไปจนถึงหลักการอ่าน คำพิพากษาและเรื่องเกี่ยวกับคำพิพากษาศาลฎีกา ซึ่งผู้แนะนำจะขอยกตัวอย่างเพียงบางเรื่อง ดังนี้

ผู้เขียนได้อธิบายให้เข้าใจถึงหลักในการเรียนนิเทศศาสตร์ก่อนเป็นลำดับแรกว่า การศึกษานิตศาสตร์นั้นเป็นการศึกษาระบบการใช้เหตุผล และการชั่งน้ำหนักทางกฎหมายเป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งถือเป็นข้อดีของการศึกษาในคณะนิติศาสตร์ กล่าวคือ ผู้เรียนนิเทศศาสตร์สามารถศึกษาโดยอาศัยตนเองเป็นหลักได้โดยการค้นคว้าหาความรู้จากหนังสือ การเข้าฟังบรรยาย และการถกเถียงเพื่อขัดเกลาความคิด ทั้งนี้ก็ต้องอาศัยความวิริยะอุตสาหะของผู้เรียนด้วยจึงจะสามารถประสบความสำเร็จในการเรียนกฎหมายได้ ทั้งนี้ผู้เขียนยังได้แจ่มแจ้งให้ผู้เรียนได้เข้าใจถึงความสำคัญของการเข้าฟังบรรยายว่า การเข้าฟังบรรยายโดยอาจารย์ของมหาวิทยาลัยนั้น นอกจากจะเป็นหน้าที่ของผู้เรียนแล้วยังเป็นตัวช่วยให้ได้แนวทางการศึกษาที่ถูกต้อง ได้ความรู้จากข้อความคิดที่ชัดเจน ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการอ่านและการฝึกฝนทำข้อสอบเก่าของผู้เรียนเอง และยังถือเป็นการให้เกียรติอาจารย์ผู้บรรยายที่ตั้งใจถ่ายทอดความรู้ให้แก่ผู้เรียนอีกด้วย ซึ่งก่อนการเข้าฟังบรรยายนั้นจะต้องมีการเตรียมตัวเพื่อเข้าฟังบรรยาย โดยการเตรียมความพร้อมทำได้หลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการอ่านหนังสือและการตั้งคำถามก่อนเข้าฟังบรรยาย รวมถึงไปถึงการฝึกทำข้อสอบเก่าเพื่อช่วยตั้งคำถาม การอ่านหนังสือหรือการตั้งคำถามไปก่อนนั้นจะทำให้ผู้ที่เข้าฟังบรรยายเข้าใจเนื้อหาที่ฟังบรรยายได้อย่างรวดเร็ว และได้คำตอบที่ถูกต้องชัดเจนในข้อสงสัยที่เกิดจากการอ่านและการฝึกทำข้อสอบเก่าอีกด้วย

ในแนวคิดของผู้เขียนนั้นเห็นว่า การฝึกทักษะความเป็นนักกฎหมายมี 2 ประการคือ การใช้เหตุผล และการเรียงเรียงความคิด ซึ่งผู้แนะนำเห็นด้วยกับแนวคิดดังกล่าวว่าทั้งสองทักษะนี้เป็นสิ่งสำคัญในการฝึกความเป็นนักกฎหมาย เพราะการเป็นนักกฎหมายนั้นจะได้ อธิบายและถ่ายทอดเรื่องราวความคิดต่าง ๆ ออกมาอย่างเป็นลำดับเพื่อให้ผู้อื่นเข้าใจ เมื่อเข้าศึกษาชั้นปีที่ 1 นั้นผู้แนะนำเองก็ยังไม่ได้มีทักษะที่กล่าวมาข้างต้น แต่เมื่อได้ทำการฝึกฝนโดยการฝึกเขียนและฝึกพูดก็จะส่งผลให้สามารถถ่ายทอดเรื่องราวต่าง ๆ ออกมาได้ดีขึ้น นอกจากการฝึกเขียนและฝึกพูดนั้น ผู้เขียนยังให้ความสำคัญกับการใช้ภาษาอังกฤษอีกด้วย โดยผู้เขียนเห็นว่า การใช้ภาษาอังกฤษเป็นทักษะที่สำคัญที่สุดของนักกฎหมายในปัจจุบัน เพราะการสื่อสารด้วยภาษาอังกฤษได้เป็นอย่างดีนั้นเป็นปัจจัยสำคัญในการได้รับเข้าทำงานและเจริญก้าวหน้าในหน้าที่การงานอย่างเห็นได้ชัด ผู้เขียนจึงให้ความสำคัญกับเรื่องนี้เป็นอย่างยิ่ง

สำหรับหลักการและเทคนิคการอ่านนั้น ผู้เขียนมีหลักในการอ่านคือ จะต้องอ่านให้ไวที่สุด เพราะจะต้องสอบทุกรายวิชาในช่วงเวลาที่ใกล้เคียงกัน โดยเฉพาะในการสอบระดับผู้ช่วยผู้พิพากษาและอัยการผู้ช่วย เช่นนี้จึงเป็นเหตุผลว่าทำไมถึงจะต้องอ่านให้เร็วที่สุด ทั้งนี้ผู้เขียนยังได้อธิบายถึงวิธีการว่าต้องทำอย่างไรจึงจะอ่านได้เร็ว โดยผู้เขียนนั้นได้แนะนำให้เริ่มศึกษาจากข้อสอบเก่าและคำตอบก่อน ซึ่งวิธีการนี้จะทำให้เห็นว่าข้อสอบนั้นมีเรื่องใดบ้างที่ออกสอบบ่อย ๆ หรือประเด็นในระดับใดบ้างที่เคยออกข้อสอบ นอกจากนี้ยังทำให้เห็นถึงวิธีการเรียบเรียงคำตอบอีกด้วยว่า เขานำคำใดไปใส่ไว้ในคำตอบบ้าง ซึ่งผู้อ่านจะต้องศึกษาองค์ประกอบอย่างลึกซึ้งทุกคำทุกความหมาย การทำเช่นนี้จะเป็นการฝึกให้เราสามารถนำคำมาเรียบเรียงและถ่ายทอดเรื่องราวต่าง ๆ ลงบนกระดาษคำตอบได้ดียิ่งขึ้น แต่สิ่งที่สำคัญนั้นก็จะต้องแยกได้ว่าเนื้อหาส่วนใดเป็นเนื้อหาสำคัญ และเนื้อหาส่วนใดเป็นประเด็นที่ยิบย่อยไม่ได้มีความสำคัญในทางปฏิบัติมากนัก เพื่อที่จะได้มุ่งเน้นไปในส่วนที่มีเนื้อหาสำคัญมากกว่า ซึ่งเป็นการลดความเข้มข้นในการจำเนื้อหาบางส่วนลงด้วย โดยผู้เขียนได้แนะนำว่าให้นำข้อสอบเก่าในวิชาที่อยากจะอ่านมาลองทำ และศึกษาองค์ประกอบโดยละเอียดก่อนที่จะเริ่มอ่านวิชานั้น ๆ และเมื่ออ่านเสร็จแล้ว จึงนำข้อสอบเก่ามาทำใหม่อีกครั้ง ซึ่งสิ่งที่สำคัญที่สุดในขณะอ่านนั้นจะต้องมีสมาธิด้วยจึงจะทำให้ได้ผลลัพธ์ที่ดีขึ้น โดยศาสตราจารย์หลวงวิจิตรวาทการได้ให้คำอธิบายว่า “การสร้างสมาธิเป็นการกระทำที่ต้องฝึกฝนใจ แต่เมื่อเราฝึกฝนใจทางที่ถูกพยายามไปให้ได้ลงท้ายก็จะเป็นความเคยชินและเป็นประโยชน์แก่เราเอง เช่น ถ้าเราหัดสมาธิด้วยการพยายามฝึกฝนใจ เราจะรู้สึกลำบากในขั้นต้น แต่ในเมื่อปลายจะเห็นความดีของสมาธิเป็นอันมาก” ซึ่งผู้แนะนำได้นำเทคนิคดังกล่าวไปใช้ในการอ่านหนังสือสอบ ผลลัพธ์ที่ได้คือ ทำให้การอ่านได้เร็วขึ้นอย่างมาก ผู้เขียนแนะนำเพราะการแยกแยะได้ว่าเนื้อหาส่วนไหนที่มีความสำคัญและควรเน้นย้ำมากกว่า จะทำให้มีเวลาจดจำเนื้อหาส่วนนั้นมากขึ้น และยังทำให้รู้สึกมั่นใจว่าเนื้อหาที่เน้นย้ำจากการทำข้อสอบเก่านั้นมีโอกาสที่จะนำมาออกสอบได้อีกด้วย

อีกหนึ่งเทคนิคในการอ่านหนังสือให้ได้ประสิทธิภาพก็คือ ไม่อ่านเพื่อสอบ แต่อ่านเพื่อทวน แล้วทวนเพื่อสอบ โดยผู้เขียนได้ให้ความเห็นว่า ในการอ่านหนังสือนั้นถึงแม้ว่าเราจะได้อ่านหนังสือจบไปแล้วในรอบแรกนั้นไม่ได้หมายความว่าเราจะสามารถจำเนื้อหาทุกอย่างที่อ่านได้ทั้งหมดจนถึงวันสอบ ฉะนั้นสิ่งที่จะต้องทำก็คือ จะต้องอ่านเพื่อทวน กล่าวคือ ผู้เรียนจะต้องอ่านรอบแรกอย่างละเอียดเพื่อให้เข้าใจในเนื้อหา และทำสิ่งบันทึกช่วยทวน อย่างเช่น การ Mark เนื้อหาที่มีความสำคัญไว้ในหนังสือ นั้น ๆ อาจทำได้โดยการใช้ประเภทสีของไฮไลท์ในการช่วยจดจำ ซึ่งข้อดีของวิธีนี้คือ ทำได้ง่ายและเร็วเพราะไม่ต้องเสียเวลาจดใหม่ หรืออาจใช้วิธีการจดบันทึกเนื้อหานั้นอย่างย่อ ๆ ในประมวลเล่มใหญ่ เพราะเมื่อถึงเวลาทวน ผู้เรียนจะได้ทวนทั้งตัวบท และเนื้อหาที่สำคัญไปพร้อม ๆ กัน แต่เนื่องจากเนื้อที่ว่างในประมวลอาจมีน้อยกว่าเนื้อหาจึงอาจต้องมีใบประจำต่อ แต่ถือว่าวิธีนี้ก็เป็นที่นิยมมาก ๆ อีกวิธีหนึ่ง และเมื่อทำสิ่ง

บันทึกช่วยทวนเสร็จแล้วก็จะนำสิ่งบันทึกนั้นมาทวนเพื่อสอบ ซึ่งขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนที่ต้องอ่านเพื่อจำเนื้อหาที่สำคัญเข้าห้องสอบ โดยผู้เขียนได้เน้นย้ำว่า สิ่งบันทึกช่วยทวน คือสิ่งที่สำคัญที่สุด เพราะจะช่วยให้ผู้เรียนเข้าใจเนื้อหา และทวนได้ทันสอบอย่างแน่นอน

เทคนิคสำคัญต่อมาคือ ต้องทำความเข้าใจตัวบทก่อน แล้วจึงค่อยอ่านเนื้อหาเรื่องนั้น ๆ โดยผู้เขียนได้ประสบกับปัญหาอ่านซ้ำเพราะมุ่งหาคำอธิบายโดยที่ไม่สนใจตัวบทเลย ซึ่งวิธีการทำความเข้าใจตัวบทก่อนอ่านคำอธิบายนั้นจะทำให้เข้าใจตัวบทมากขึ้นและสามารถจดจำเนื้อหาได้ง่ายกว่า เนื่องจากการอ่านคำอธิบายตัวบทจะทำให้เราเข้าใจตัวบทไปที่ละองค์ประกอบ ซึ่งจะทำให้เกิดความแม่นยำและจดจำเนื้อหาได้ดี ทั้งนี้ การท่องจำตัวบทและเลขมาตราให้ได้นั้นก็เป็นสิ่งสำคัญสำหรับการเขียนตอบอีกด้วย โดยผู้เขียนได้แนะนำให้เริ่มโดยการจำเลขมาตรา ก่อน ซึ่งเลขมาตรานั้นเพียงหัดทวนบ่อย ๆ หรือดูธงคำตอบบ่อย ๆ ก็จำได้ไม่ยาก แต่สิ่งที่ยากก็คือ การท่องจำตัวบทให้ได้ทุกคำ เนื่องจากบทบัญญัติมาตรานั้นมีทั้งตัวบทเก่าและตัวบทใหม่ การเรียบเรียงคำและการใช้ถ้อยคำระหว่างตัวบทเก่าและตัวบทใหม่จะแตกต่างกันออกไปโดยตัวบทเก่า ๆ ที่ไม่ค่อยมีการแก้ไขนั้นจะอ่านได้ง่าย และจำได้ค่อนข้างง่าย เพราะมีภาษาที่เป็นเอกลักษณ์ มีการร้อยเรียงคำที่มักจะสอดคล้องกันเป็นลำดับมากกว่าจึงทำให้ไม่สับสนกับมาตราอื่น ส่วนตัวบทที่แก้ไขใหม่ ๆ นั้นมีหลายมาตราที่ใช้คำแบบเดียวกัน ไม่มีเอกลักษณ์ ทำให้ท่องจำได้ยากและเวลาท่องจำจะเกิดความสับสนได้ง่าย ซึ่งกรณีนี้อาจจะไม่ท่องตัวบททั้งหมด เพียงแต่ทำความเข้าใจหลักการและรายละเอียดของมาตรานั้น ๆ

ทั้งนี้ ผู้เขียนยังได้แนะนำวิธีการท่องจำตัวบทโดยการใส่ทำนองลงไปในตัวบท หรือเรียกง่าย ๆ คือการแต่งตัวบทให้เป็นเพลงนั่นเอง ซึ่งเปรียบตัวบทเป็นเนื้อร้องที่เราต้องพยายามหาจังหวะทำนองมาใส่ลงไปในตัวบทให้ได้ โดยการใส่ทำนองลงไปในแต่ละมาตราให้ไม่เหมือนกัน และเมื่อใส่ทำนองลงไปในแต่ละมาตราได้ลงตัวแล้วก็จะท่องตัวบทนั้นด้วยทำนองนั้นตลอดไปเพื่อให้จดใจได้อย่างชัดเจนไม่สับสนกับมาตราอื่น ๆ วิธีการนี้เป็นวิธีการส่วนตัวของผู้เขียนที่ผู้เขียนแนะนำเท่านั้น แต่ละคนอาจมีเทคนิคในการท่องจำที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งอาจนำวิธีดังกล่าวไปประยุกต์ใช้ให้เข้ากับวิธีของผู้เรียนเองก็ได้ แต่ประเด็นที่สำคัญคือ ต้องหมั่นท่องตัวบทเป็นประจำสม่ำเสมอจึงจะสามารถจำตัวบทนั้นได้อย่างแม่นยำ

และเมื่อท่องมาตรานั้นได้แล้ว ผู้เขียนใช้วิธีการอัดเสียงใส่เครื่องอัดเสียง และฟังวนไปเรื่อย ๆ เพราะในบางสถานที่ที่ไม่อาจหยิบหนังสือขึ้นมาอ่านได้ก็หยิบเครื่องอัดเสียงขึ้นมาเปิดมาตราที่อัดไว้มาฟัง ซึ่งผู้แนะนำเห็นด้วยว่าวิธีการนี้ใช้ได้ผลเป็นอย่างดี เพราะผู้เรียนสามารถใช้ช่วงเวลาว่างเล็ก ๆ น้อย ๆ อย่างเช่น การนั่งบนรถโดยสารประจำทาง หรือช่วงเวลาก่อนเข้านอน ในการฟังตัวบทที่เราอัดเสียงเอาไว้ และอาจท่องไปพร้อม ๆ กับเสียงที่เราอัดไปด้วยในใจก็ได้ ซึ่งการฟังบ่อย ๆ ก็เป็นการทบทวนตัวบทอีกทางหนึ่งซึ่งจะช่วยให้จำตัวบทได้แม่นยำยิ่งขึ้น เมื่อจดจำตัวบทได้แม่นยำแล้วในระดับหนึ่ง ผู้เขียนแนะนำให้ใช้วิธีการสุ่มตัวเลขจาก

แอปพลิเคชันในโทรศัพท์มือถือเมื่อสุ่มแล้วได้ตัวเลขใดก็ท่องเลขมาตานั้น โดยวิธีการนี้อาจนำไปใช้เป็นกิจกรรมคั่นเวลาระหว่างอ่านหนังสือกับเพื่อน ๆ ก็เป็นอีกวิธีการหนึ่งที่น่าสนใจเลยทีเดียว อย่างไรก็ตาม ข้อสำคัญที่สุดในการท่องตัวบทคือ อย่าท่องทีละนาน ๆ แต่ให้ท่องบ่อย ๆ โดยการใช้เวลาท่องตัวบทแต่ละครั้งไม่เกิน 15 นาที และควรท่องทุก ๆ 2 ชั่วโมง เพื่อเก็บตัวบทนั้นไปเรื่อย ๆ ซึ่งวิธีการนี้สอดคล้องกับคำอธิบายของศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียรว่าการท่องจำที่จะได้ผลดีที่สุดนั้น คือการท่องจำวันละเล็กละน้อย และท่องจำสม่ำเสมอทุกวัน ในทางตรงกันข้ามหากเราพยายามที่จะท่องจำให้ได้โดยใช้เวลาเป็นก้อนใหญ่ หรือใช้เวลาทั้งวันในการพยายามท่องจำเรื่องทั้งหมดนั้นเป็นไปได้ยาก เพราะการที่เราบังคับสมองให้รับเรื่องราวต่าง ๆ เข้าไปในเวลาที่จำกัด ทำให้สมองไม่ได้รับการพักผ่อน และไม่มีเวลาที่จะจำเรื่องราวเหล่านั้นได้อย่างเพียงพอ

นอกจากหลักการและเทคนิคการศึกษาเบื้องต้นในระดับชั้นปริญญาตรีที่ผู้เขียนยกขึ้นมาเป็นตัวอย่างให้ผู้อ่านได้เห็นแล้ว ในหนังสือเล่มนี้ยังมีหลักการและเทคนิคอีกมากมายที่เหมาะสมสำหรับการศึกษาในระดับชั้นต่าง ๆ เพื่อให้ผู้อ่านได้ศึกษาและนำไปเป็นแนวทางในการวางแผนการเรียนการสอนของตนเอง อีกทั้งผู้เขียนได้อธิบายหลักการต่าง ๆ โดยอ้างอิงจากหนังสือวิชาการจำนวนมาก ซึ่งทำให้เห็นว่าหนังสือเล่มนี้ผ่านการค้นคว้ามาแล้วอย่างดี รวมถึงมีการใส่รูปภาพประกอบเนื้อหาเพื่อให้อ่านได้เข้าใจและเห็นภาพมากยิ่งขึ้น และยังมีสารบัญที่ละเอียดทุกหัวข้อทำให้ง่ายต่อการค้นหาเฉพาะเนื้อหาที่ผู้อ่านสนใจ ทั้งนี้ เนื่องจากหนังสือเล่มนี้เขียนขึ้นมาจากประสบการณ์ของผู้เขียนเองจึงทำให้ผู้อ่านได้เห็นวิธีที่ทำได้แล้ว ถ้าดีแล้ววิธีการนั้นคืออย่างไร ส่งผลอย่างไรต่อการเรียนบ้าง หรือวิธีการใดที่ทำแล้วไม่ดี เมื่อไม่ดีแล้วสามารถที่จะปรับเปลี่ยนแก้ไขวิธีการนั้นอย่างไรให้เข้ากับการเรียนได้บ้าง นอกจากนี้ผู้เขียนได้ใช้ภาษาและการเรียบเรียงคำที่อ่านง่ายและรู้สึกเป็นกันเองทำให้เกิดความสนุกสนานในการอ่าน แต่อย่างไรก็ดี หนังสือเล่มนี้ยังมีการใช้คำที่ยากซึ่งอาจเป็นคำที่เข้าใจเฉพาะตัวผู้เขียน โดยไม่ได้มีการอธิบายต่อไปว่าคำคำนั้นหมายความว่าอย่างไร และมีคำที่พิมพ์ผิดอยู่จำนวนหนึ่ง

โดยสรุปแล้ว หนังสือเล่มนี้เป็นคู่มือการวางแผนการสอนและหลักการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายที่รวบรวมจากประสบการณ์เชิงประจักษ์ และข้อมูลที่น่าสนใจในฐานะพยานบอกเล่าของผู้เขียนที่คัดเลือกหลักการและเทคนิคต่าง ๆ มารวบรวมเข้าด้วยกันจนทำให้ผู้อ่านได้รับรู้ถึงวิธีการเรียนการสอนกฎหมายและนำไปปรับใช้ในการเรียนของตนเองได้ ซึ่งผู้แนะนำชื่นชอบและเชิญชวนให้ผู้ที่ประสงค์จะศึกษาหรือกำลังศึกษาอยู่คณะนิติศาสตร์ทุกท่านได้อ่านหนังสือเล่มนี้





## นักกฎหมายเล่าเรื่อง (Storytelling from Lawyer)

### ก้าวแรกสู่ประสบการณ์การทำงานในสำนักงานกฎหมาย ณ ประเทศสหรัฐอเมริกา (ภาคต่อ)\*

#### The First Ladder to My Legal Work Experience in USA (Chapter Two)

สิตานันท์ ศรีวรกร\*\*  
Sitanan Sriworakorn

---

\* วันที่รับบทความ (Received): 9 มีนาคม 2563; วันที่แก้ไขบทความ (Revised): 26 พฤษภาคม 2563; วันที่ตอบรับบทความ (Accepted): 2 มิถุนายน 2563

\*\* ผู้ช่วยผู้พิพากษา รุ่นที่ 72 (น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง (เกียรตินิยมอันดับ 2), น.บ.ท. สมัยที่ 62, นิติศาสตรมหาบัณฑิตสาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศเปรียบเทียบจากมหาวิทยาลัยเซาเทิร์นเมธอดิสต์, นิติศาสตรมหาบัณฑิตสาขาวิชากฎหมายภาษีอากรระหว่างประเทศจากมหาวิทยาลัยฟลอริดา, เนติบัณฑิต และทนายความมลรัฐแคลิฟอร์เนีย) อดีตอาจารย์ผู้บรรยายโครงการอบรมเตรียมความพร้อมความรู้สำหรับการศึกษาระดับเนติบัณฑิต วิชากฎหมายภาษีอากร สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, อาจารย์ประจำภาควิชากฎหมายภาษีอากร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, ที่ปรึกษาภาษีอากร บริษัท ไพรซ์วอเตอร์เฮาส์คูเปอร์ส คอนซัลติ้ง (ประเทศไทย) จำกัด, ที่ปรึกษากฎหมายในแผนกภาษีอากร สำนักงานกฎหมายเบเคอร์ แอนด์ แม็คเค็นซี (ประเทศไทย), ทนายความต่างชาติในแผนกภาษีอากรระหว่างประเทศ สำนักงานกฎหมายโพโคปิโอ คอร์รี่ ฮาร์กรีฟส์ แอนด์ ซาวิทซ์ (สำนักงานใหญ่ เมืองซานดีเอโก มลรัฐแคลิฟอร์เนีย) และอัยการประจำกอง สำนักงานอัยการสูงสุด

Jude Trainee Batch 72 (LL.B. (Second Class Honor) from Ramkhamhaeng University, Thai Barrister-at-Law Batch 62, LL.B. in International and Comparative Law from Southern Methodist University, LL.M. in International Taxation from University of Florida, California Bar) Former Tax Laws Lecturer at the Thai Bar Prep Program, Institute of Legal Education Thai Bar Association; Full-Time Lecturer at the Graduate Tax Department, Assumption University; Tax Consultant at PricewaterhouseCoopers; Associate Attorney (Tax Practice Group) at Baker & McKenzie Ltd.; Foreign Lawyer (International Tax Practice Group) at Procopio, Cory, Hargreaves & Savitch LLP; Divisional Public Prosecutor at the Office of Attorney General.

E-mail: [sitanan.swk@gmail.com](mailto:sitanan.swk@gmail.com)

### บทคัดย่อ

สืบเนื่องจากบทความนักกฎหมายเล่าเรื่อง วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 2 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2562) ซึ่งผู้เขียนได้บอกเล่าถึงก้าวแรกของการ “เข้าทำงาน” ในสายวิชาชีพกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยการยื่นสมัครและสัมภาษณ์งานระหว่างที่กำลังศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (LL.M.) ในประเทศสหรัฐอเมริกาไปแล้ว นั้น มีผู้อ่านให้ความสนใจข้อมูลดังกล่าวเป็นจำนวนมาก ในบทความนี้ ผู้เขียนจึงขอถือโอกาสมาเล่าสู่กันฟังถึงเส้นทางอีกทางหนึ่งที่นิสิตนักศึกษากฎหมายไทยและทนายความคนไทยอาจ “เข้าทำงาน” ในสายวิชาชีพกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ โดยบทความนี้ผู้เขียนจะบอกเล่าถึงโครงการทนายความแลกเปลี่ยนระหว่างประเทศ (International Legal Exchange Program (ILEX)) การทำงานในประเทศสหรัฐอเมริกา และสมาคมทนายความไทย-อเมริกัน ซึ่งผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าจะเป็นประโยชน์กับนิสิตนักศึกษากฎหมายรวมถึงทนายความคนไทยที่กำลังมองหา “โอกาส” เพิ่มพูนประสบการณ์การทำงานในสายวิชาชีพนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกา

**คำสำคัญ:** ประสบการณ์การทำงาน, สำนักงานกฎหมาย, สหรัฐอเมริกา, ทนายความไทยในต่างแดน

### Abstract

After the first chapter of my article on “The First Ladder to My Legal Work Experience in USA” was published in Mae Fah Luang University Law Journal, Volume 2 Issue 2 (July - December 2019) and well responded, hereinafter is the second chapter on my insight into my legal work experience abroad. This article is to cover another alternative path that could possibly land foreign law students and foreign lawyers in a legal profession in the United States. It is also to discuss the work environment in the States as well as to get the reader to know about the Thai-American Bar Association (TABA). I truly hope the reader who is looking for a work “opportunity” in the legal profession in United States will find this article helpful.

**Keywords:** Work experience, Law firm, USA, Thai lawyer abroad

## โครงการนายความแลกเปลี่ยนระหว่างประเทศ (International Legal Exchange Program (ILEX))

โครงการนายความแลกเปลี่ยน (International Legal Exchange Program (ILEX)) เป็นโครงการที่จัดขึ้นโดยสำนักกฎหมายระหว่างประเทศแห่งเนติบัณฑิตยสภาสหรัฐอเมริกา (American Bar Association (ABA) Section of International Law) ซึ่งได้รับทุนสนับสนุนจากกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกา (U.S. Department of State)<sup>1</sup> มีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ที่ประกอบวิชาชีพนายความในต่างประเทศได้เข้าไปฝึกงานในสำนักงานกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เข้าร่วมโครงการ (Participating Host Firms) ในตำแหน่งนายความแลกเปลี่ยนหรือนายความต่างชาติ (Exchanged Lawyer/Foreign Lawyer) และต่อ ยอดโอกาสในการเข้าทำงานในฐานะนายความอย่างเต็มตัวภายใต้วีซ่าทำงานชั่วคราว (temporary work Visa) หรือวีซ่าถาวรผ่านการจ้างงาน (employment-based permanent residency visa) ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป เนื่องจากกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นผู้สนับสนุนหลักของโครงการนายความแลกเปลี่ยน ผู้ที่เข้าร่วมโครงการนี้ทุกคนจะได้รับการรับรองคุณสมบัติให้ได้รับวีซ่าประเภท J<sup>2</sup> จากรัฐบาลสหรัฐอเมริกา

ตลอดระยะเวลาที่ฝึกงานภายใต้โครงการนายความแลกเปลี่ยนระหว่างประเทศ นอกจากนายความผู้เข้าร่วมโครงการจะได้รับเงินเดือนจากสำนักงานกฎหมายแล้ว ก็ยังได้รับโอกาสที่จะเข้าร่วมกิจกรรมด้านการส่งเสริมความหลากหลายและหลอมรวมต่าง ๆ (diversity and inclusion programs) อีกทั้งยังได้รับสวัสดิการการรักษาพยาบาลและสวัสดิการด้านอื่น ๆ ในฐานะลูกจ้าง รวมถึงลดจนทุนการศึกษาเพื่อต่อยอดองค์ความรู้ในวิชาชีพกฎหมาย เช่น ทุนการศึกษาเต็มจำนวนในหลักสูตรประกาศนียบัตรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสาขากฎหมายที่ทำงาน และทุนสนับสนุนเต็มจำนวนในการยื่นสมัครสอบและเตรียมตัวสอบใบอนุญาตว่าความหรือเนติบัณฑิตสหรัฐอเมริกาในมลรัฐที่สำนักงานกฎหมายนั้น ๆ ตั้งอยู่

คุณสมบัติของผู้เข้าร่วมโครงการนายความแลกเปลี่ยนระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้โดยสำนักกฎหมายระหว่างประเทศแห่งเนติบัณฑิตยสภาสหรัฐอเมริกามีดังนี้

---

<sup>1</sup> กระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นกระทรวงของรัฐบาลกลางประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบกิจการด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา

<sup>2</sup> วีซ่าประเภท J มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการแลกเปลี่ยนบุคคล ความรู้ และทักษะทั้งในด้านการศึกษา ศิลปะ และวิทยาศาสตร์ ผู้ที่เข้าร่วมโครงการนี้ได้แก่นักเรียนในทุกระดับการศึกษา ผู้เข้ารับการฝึกงานภาคปฏิบัติตามบริษัท สถาบัน และหน่วยงานต่าง ๆ ตลอดจนครูจากโรงเรียนประถมศึกษา มัธยมศึกษาและโรงเรียนเฉพาะทางอื่น ๆ อาจารย์ที่เดินทางมาสอนหรือค้นคว้าวิจัย ณ สถาบันในระดับอุดมศึกษา ผู้ได้รับทุนด้านการทำวิจัย ผู้เข้าฝึกอบรมวิชาชีพในสาขาวิชาทางการแพทย์และสาขาอื่น ๆ ที่ใกล้เคียง และชาวต่างชาติที่เดินทางมาด้วยวัตถุประสงค์เพื่อสังเกตการณ์ ให้คำปรึกษา ทำวิจัย ฝึกอบรมแลกเปลี่ยน หรือแสดงความรู้หรือทักษะที่เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หรือเข้าร่วมโครงการแลกเปลี่ยนบุคคล

1. ผู้เข้าร่วมโครงการจะต้องจบการศึกษาในระดับอุดมศึกษาหรือเทียบเท่าในประเทศอื่นนอกเหนือจากประเทศสหรัฐอเมริกา (The participant must hold a degree from a post-secondary academic institution outside of the United States.)

2. ผู้เข้าร่วมโครงการจะต้องได้รับข้อเสนอตอบตกลงว่าจ้างจากสำนักงานกฎหมายที่เข้าร่วมโครงการให้ทำงาน (The participant must have been offered a training program through a host firm.)

3. ผู้เข้าร่วมโครงการจะต้องมีประสบการณ์การทำงานในประเทศอื่นนอกเหนือจากประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างน้อยหนึ่งปี ในสาขาเดียวกันกับที่ตนจะเข้าร่วมในโครงการทนายความแลกเปลี่ยนระหว่างประเทศ (The participant must have at least one year of prior related work experience in their occupational field acquired outside of the United States.)

4. ผู้เข้าร่วมโครงการจะต้องพิสูจน์ให้เห็นได้ว่ามีทักษะการใช้ภาษาอังกฤษที่เพียงพอต่อการทำงานในแต่ละวัน (The participant must possess verifiable English language skills sufficient to function on a day-to-day basis.)

5. ผู้เข้าร่วมโครงการจะต้องได้รับเอกสารแผนการปฏิบัติงานและกิจกรรมของโครงการแลกเปลี่ยน (The participant must complete an acceptable training placement plan (DS-7002)) ซึ่งเอกสารฉบับนี้เป็นเอกสารที่สำนักงานนายจ้างออกให้แก่ผู้สมัครเข้าร่วมโครงการเพื่อประกอบการพิจารณาอนุมัติให้ผู้สมัครเข้าทำงานกับสำนักงานกฎหมายนายจ้างนั้น ๆ<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> เอกสารแผนการปฏิบัติงานและกิจกรรมของโครงการแลกเปลี่ยน (Placement Plan) ประกอบด้วยรายละเอียดการทำงาน ได้แก่ ชื่อสำนักงานกฎหมายนายจ้าง ชื่อและตำแหน่งของผู้บังคับบัญชาหรือทนายความที่ปรึกษาของผู้เข้าร่วมโครงการ (Supervising Attorney) แผนกหรือสาขากฎหมาย ตำแหน่ง ขอบเขตเนื้อหางานและความรับผิดชอบของผู้เข้าร่วมโครงการ ตลอดจนกิจกรรมต่าง ๆ ที่ผู้เข้าร่วมโครงการจะต้องเข้าร่วมตลอดระยะเวลาของโครงการ เนื่องจากวัตถุประสงค์หนึ่งของโครงการทนายความแลกเปลี่ยนคือการให้โอกาสทนายความต่างประเทศกับทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกาได้แลกเปลี่ยนเรียนรู้ประสบการณ์การทำงานซึ่งกันและกัน ดังนั้น แผนการปฏิบัติงานและกิจกรรมของโครงการแลกเปลี่ยนจึงจำต้องระบุรายละเอียดกิจกรรมของสำนักงานกฎหมายนายจ้างที่จะส่งเสริมให้เกิดการหลอมรวมความหลากหลายดังกล่าว ทั้งนี้ เมื่อสำนักกฎหมายระหว่างประเทศแห่งเนติบัณฑิตยสภาสหรัฐอเมริกาพิจารณาอนุมัติแผนการปฏิบัติงานและกิจกรรมของโครงการแลกเปลี่ยนของผู้สมัครเข้าร่วมโครงการและผู้สมัครได้ตอบรับเข้าร่วมโครงการแล้ว ผู้เข้าร่วมโครงการจะต้องจัดทำรายงานผลการปฏิบัติงานและกิจกรรมยื่นต่อสำนักงานกฎหมายนายจ้างและสำนักกฎหมายระหว่างประเทศแห่งเนติบัณฑิตยสภาสหรัฐอเมริกาทุกสามเดือน (หรือตามระยะเวลาที่สำนักกฎหมายระหว่างประเทศแห่งเนติบัณฑิตยสภากำหนด) ต่อไป

เนื่องจากผู้เขียนเคยเข้าร่วมโครงการทนายความแลกเปลี่ยนระหว่างประเทศนี้ ผู้เขียนจึงขอถือโอกาสบอกเล่าเรื่องราวเพื่อยืนยันว่า ทนายความคนไทยที่ทำงานในประเทศไทยก็สามารถผ่านการคัดเลือกและเข้าร่วมโครงการดังกล่าวได้เช่นเดียวกับทนายความในประเทศอื่น ๆ โดยในกรณีของผู้เขียนนั้น ระหว่างที่ผู้เขียนทำงานในตำแหน่งที่ปรึกษากฎหมายของในแผนกกฎหมายภาษีอากรที่สำนักงานกฎหมายเบเคอร์ แอนด์ แม็คเคินซี (ประเทศไทย) ผู้เขียนได้รับการแนะนำจากอาจารย์ที่ปรึกษาด้านกฎหมายภาษีอากรที่มหาวิทยาลัยฟลอริดา (University of Florida Fredric G. Levin College of Law) ให้รู้จักโครงการนี้ ซึ่งในขณะนั้นผู้เขียนผ่านคุณสมบัติด้านการศึกษา ประสบการณ์การทำงาน และทักษะภาษาอังกฤษแล้วยังขาดเพียงแต่ข้อเสนอตอบตกลงว่าจ้างงานจากสำนักงานกฎหมายที่เข้าร่วมโครงการ ผู้เขียนจึงยื่นประวัติการศึกษาและการทำงาน (Resume/CV) จดหมายแนะนำแนะนำตนเอง (Cover Letter) และตัวอย่างการเขียน (Sample Writing) ไปยังหุ้นส่วนผู้จัดการ (Managing Partner) ของสำนักงานกฎหมาย Procopio, Cory, Hargreaves and Savitch LLP<sup>4</sup> ในเมืองซานดิเอโก มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ซึ่งเป็นสำนักงานที่มีชื่อเสียงอย่างมากในการให้คำแนะนำด้านกฎหมายภาษีอากรและวางแผนภาษีอากรระหว่างประเทศในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย โดยสำนักงานกฎหมายแห่งนี้มีสัดส่วนลูกความที่เป็นบุคคลผู้ถือสองสัญชาติหรือบุคคลผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศใดประเทศหนึ่งมากกว่าหนึ่งประเทศ (Dual Citizens/Dual Residents) บุคคลผู้ถือสัญชาติอเมริกาที่อาศัยอยู่ในต่างประเทศ (U.S. Expatriates) และบริษัทในต่างประเทศที่มีผู้ถือหุ้นหลักเป็นคนสัญชาติอเมริกัน (U.S. Controlled Foreign Corporations (CFC)) ค่อนข้างมาก จากนั้น ผู้เขียนได้รับการนัดหมายให้สัมภาษณ์งานผ่านแอปพลิเคชัน Skype Video Call<sup>5</sup> ประมาณสองสัปดาห์ให้หลัง ทางสำนักงานได้แจ้งผลการสัมภาษณ์งานผ่านทางอีเมลแจ้งว่าผู้เขียนได้ผ่านการคัดเลือกและตอบตกลงยอมรับข้อเสนอให้เข้าทำงาน หลังจากนั้น ทางสำนักงานจะจัดส่งเอกสารสัญญาว่าจ้าง และเอกสารแผนการปฏิบัติงานและกิจกรรมของโครงการแลกเปลี่ยน (Placement Plan) มายังที่อยู่ของผู้เขียนที่ประเทศไทย เพื่อส่งต่อให้แก่สำนักงานกฎหมายระหว่างประเทศแห่งเนติบัณฑิตยสภาสหรัฐอเมริกา (American Bar Association (ABA) Section of International Law) เมื่อเนติบัณฑิตยสภาสหรัฐอเมริกาดำเนินการตรวจสอบคุณสมบัติรอบสุดท้ายและผู้เขียนได้รับการยืนยันว่ามีคุณสมบัติครบถ้วนแล้ว ทางเนติบัณฑิตยสภาสหรัฐอเมริกาก็จะจัดส่งเอกสารเพื่อให้ผู้เขียนดำเนินการยื่นขอทำวีซ่าที่สถานทูตสหรัฐอเมริกาประจำประเทศไทย โดยวีซ่าที่ผู้เขียนได้รับนั้นจะระบุชื่อ American Bar Association (ABA)

<sup>4</sup> รายละเอียดเพิ่มเติมของสำนักงานกฎหมาย Procopio, Cory, Hargreaves and Savitch LLP ค้นหาได้ที่ <https://www.procopio.com/>

<sup>5</sup> รายละเอียดเกี่ยวกับการสัมภาษณ์งานผู้เขียนเคยกล่าวไว้ในบทความนักกฎหมายเล่าเรื่องวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 2 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2562) แล้ว

เป็นผู้สนับสนุนการยื่นขอวีซ่า (Visa Sponsor) ทำให้ผู้เขียนไม่ต้องออกค่าใช้จ่ายในการยื่นขอวีซ่าและค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปยังสำนักงานกฎหมายที่ประเทศสหรัฐอเมริกา เพียงเท่านั้น ผู้เขียนก็ได้เข้าไปเป็นหนึ่งในผู้เข้าร่วมโครงการนายความแลกเปลี่ยนระหว่างประเทศแล้ว

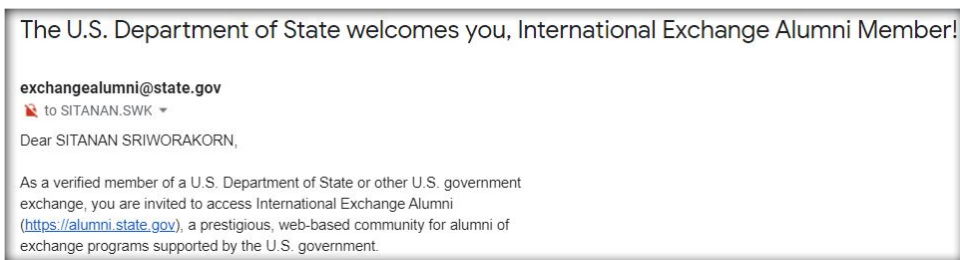
ถึงจุดนี้ ผู้อ่านคงพอทราบแล้วว่าตัวแปรสุดท้ายที่จะทำให้ผู้สมัครได้รับการตอบรับเข้าโครงการนายความแลกเปลี่ยนระหว่างประเทศของเนติบัณฑิตยสภาสหรัฐอเมริกา คือข้อเสนอตอบตกลงให้เข้าทำงานจากสำนักงานกฎหมายที่เข้าร่วมโครงการในประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น **สำหรับผู้ที่มีคุณสมบัติข้ออื่นครบถ้วน ขาดเพียงแต่ข้อเสนอตอบตกลงให้เข้าทำงาน สิ่งแรกที่ผู้สมัครต้องทราบก็คือรายชื่อสำนักงานกฎหมายที่ขึ้นทะเบียนเป็น Participating Host Firms ไว้กับสำนักกฎหมายระหว่างประเทศแห่งเนติบัณฑิตยสภาสหรัฐอเมริกา ซึ่งผู้ที่สนใจอาจสอบถามรายละเอียดได้โดยตรงจากสำนักกฎหมายระหว่างประเทศแห่งเนติบัณฑิตยสภาสหรัฐอเมริกา<sup>6</sup> หลังจากนั้น ผู้สมัครจะต้องทำการบ้านโดยหาข้อมูลว่าสำนักงานกฎหมายที่ตนประสงค์จะสมัครนั้นมีชื่อเสียงในกฎหมายด้านใดเป็นพิเศษหรือไม่ หากมี ผู้สมัครก็ควรระบุเน้นย้ำถึงความเชี่ยวชาญของตนต่อกฎหมายเฉพาะด้านนั้น ๆ ผ่านประวัติการศึกษาและการทำงานหรือเอกสารแนะนำตัวเอง ทั้งนี้ สำหรับผู้สมัครที่ยังไม่ได้รับการตอบรับในปีนั้น ๆ ยังสามารถสมัครใหม่ในปีถัดไปได้อีก โดยโอกาสที่จะได้รับการตอบรับเข้าทำงานขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ บางครั้งในปีแรกสำนักงานอาจพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้สมัครยังมีประสบการณ์การทำงานไม่เพียงพอ หรือยังไม่มีอัตราว่างในตำแหน่งที่สมัครเป็นเหตุให้ผู้สมัครไม่ได้รับการตอบรับ แต่พอปีถัดไปมีตำแหน่งว่าง ประกอบกับทางสำนักงานเล็งเห็นถึงความมุ่งมั่นตั้งใจของผู้สมัคร ก็อาจพิจารณาให้โอกาสสัมภาษณ์และตอบรับเข้าทำงาน ผู้เขียนจึงอยากให้ท่านผู้อ่านมองว่าการทำงานยังสำนักงานกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นไม่ได้เป็นเรื่องไกลตัวแต่อย่างใด**

นอกจากกรณีของผู้เขียนที่สมัครเข้าร่วมโครงการขณะที่ผู้เขียนทำงานอยู่ที่ประเทศไทยแล้ว นักศึกษากฎหมายที่เพิ่งสำเร็จการศึกษาจากหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตในประเทศสหรัฐอเมริกาหรือที่อยู่ระหว่างการฝึกอบรมวิชาชีพเพิ่มเติมภายใต้วิชานักเรียน (Optional Practical Training (OPT)) ก็สามารถสมัครเข้าร่วมโครงการนายความแลกเปลี่ยนได้เช่นกัน ซึ่งหมายความว่าผู้สมัครสามารถอยู่ทำงานในประเทศสหรัฐอเมริกาต่อเนื่องไปได้เลยโดยไม่ต้องเดินทางกลับประเทศไทยก่อน เพียงแต่ผู้สมัครต้องมีคุณสมบัติในการสมัครเข้าร่วมโครงการครบตามที่กำหนดตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น ส่วนขั้นตอนการสมัครอื่น ๆ นั้น จะมีขั้นตอนการสมัครเช่นเดียวกับการสมัครเข้าร่วมโครงการจากประเทศไทยทุกประการ ซึ่ง

<sup>6</sup> รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับโครงการนายความแลกเปลี่ยนระหว่างประเทศ (ILEX) ศึกษาได้ที่ [https://www.americanbar.org/groups/international\\_law/international-projects/international\\_legal\\_exchange/](https://www.americanbar.org/groups/international_law/international-projects/international_legal_exchange/)

ถือเป็นอีกหนึ่งเส้นทางที่น่าสนใจอย่างยิ่งสำหรับผู้ที่ต้องการหาประสบการณ์การทำงานจริงในประเทศสหรัฐอเมริกา

ผู้สมัครที่ได้รับการตอบรับให้เข้าร่วมโครงการจะได้อีเมลรับเชิญจากกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกา (U.S. Department of State) ให้ขึ้นทะเบียนเป็นสมาชิกศิษย์เก่าแลกเปลี่ยนด้วยทุนรัฐบาลประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเมื่อขึ้นทะเบียนแล้วผู้เข้าร่วมโครงการจะได้รับข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับกิจกรรมของศิษย์เก่าแลกเปลี่ยนจากทุกสัญชาติทั่วโลก ไม่ว่าจะเป็นนักเรียนแลกเปลี่ยน นักศึกษาฝึกงานแลกเปลี่ยน ทุนความแลกเปลี่ยน รวมทั้งศิษย์เก่าแลกเปลี่ยนที่ได้รับทุนสนับสนุนจากรัฐบาลสหรัฐอเมริกาในสาขาวิชาชีพอื่น ๆ ด้วย



เมื่อระยะเวลาของโครงการทุนความแลกเปลี่ยนระหว่างประเทศสิ้นสุดลง ผู้เข้าร่วมโครงการอาจได้รับข้อเสนอตอบตกลงจากสำนักงานกฎหมายที่ตนทำงานอยู่ให้เข้าทำงานต่อในฐานะลูกจ้างภายใต้วีซ่าทำงานชั่วคราวประเภท H1B<sup>7</sup> หรือวีซ่าถาวรผ่านการจ้างงานประเภท EB-3<sup>8</sup> โดยปัจจัยที่สำนักงานกฎหมายจะใช้พิจารณายื่นขอวีซ่าทำงานชั่วคราวหรือวีซ่าถาวร

<sup>7</sup> วีซ่าประเภท H-1B (อาชีพผู้ชำนาญการพิเศษ) เป็นวีซ่าสำหรับผู้ที่จะเดินทางไปยังสหรัฐอเมริกาเพื่อปฏิบัติงานซึ่งได้มีการจัดการทำเรื่องไว้เรียบร้อยแล้ว ผู้ที่มีคุณสมบัติในการได้รับวีซ่าประเภทนี้จะต้องได้รับวุฒิการศึกษาขั้นต่ำปริญญาตรี (หรือปริญญาที่เทียบเท่า) ในสาขาวิชาที่ตรงกับตำแหน่งที่ลูกจ้าง โดยนายจ้างจะต้องยื่นคำร้องการจ้างงานต่อกระทรวงแรงงานสหรัฐฯ เพื่อชี้แจงข้อกำหนดและเงื่อนไขของสัญญาจ้างงานของผู้ที่จะได้รับอนุมัติวีซ่า ทั้งนี้ สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองและสัญชาติ USCIS จะเป็นผู้กำหนดว่างานประเภทนั้นเข้าข่ายเป็นอาชีพผู้ชำนาญการหรือไม่ ตลอดจนการเป็นผู้พิจารณาว่าผู้ที่จะได้รับอนุมัติวีซ่ามีคุณสมบัติเพียงพอที่จะทำงานดังกล่าวได้หรือไม่ รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับวีซ่า H1B ศึกษาได้ที่ <https://www.uscis.gov/working-united-states/temporary-workers/h-1b-specialty-occupations-dod-cooperative-research-and-development-project-workers-and-fashion-models>

<sup>8</sup> วีซ่าถาวรประเภท EB-3 (หมวดหมู่ย่อยประเภทผู้ทำงานที่มีทักษะวิชาชีพ) เป็นวีซ่าถาวรย้ายถิ่นฐาน โดยนายจ้างจะต้องยื่นเอกสารในการกำหนดค่าจ้างต่อกระทรวงแรงงานสหรัฐฯ และพิสูจน์ต่อกระทรวงแรงงานสหรัฐฯ ให้เห็นได้ว่าไม่มีผู้สมัครชาวอเมริกันเพียงพอต่อความต้องการของตำแหน่งงาน จากนั้นกระทรวงแรงงานสหรัฐฯ จะพิจารณากำหนดค่าจ้างขั้นต่ำที่ทางนายจ้างต้องจ่ายให้แก่ลูกจ้าง พิจารณานุมัติ (หรือไม่อนุมัติ) การรับสมัครลูกจ้างของนายจ้าง และออกเอกสารเพื่อให้ผู้สมัครยื่นขอวีซ่าต่อสำนักงาน



ผ่านการจ้างงานให้แก่ผู้เข้าร่วมโครงการมีหลายประการ เช่น คุณสมบัติของผู้เข้าร่วมโครงการ ผลงานการทำงานในช่วงระยะเวลาโครงการ ความแตกต่างและเปลี่ยนแปลงระหว่างประเทศ ผลการสอบเป็นเนติบัณฑิตของมลรัฐที่สำนักงานกฎหมายนั้นตั้งอยู่ เงื่อนไขการเปลี่ยนสถานะวีซ่าหรือเงื่อนไขการอยู่อาศัยในประเทศสหรัฐอเมริกาของผู้เข้าร่วมโครงการ<sup>9</sup> และความมุ่งมั่นตั้งใจที่ผู้เข้าร่วมโครงการประสงค์จะต่อ ยอดการทำงานในสายวิชาชีพกฎหมายระยะยาวในประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

### **การทำงานในฐานะทนายความในต่างแดน**

จากประสบการณ์ตรงของผู้เขียน การทำงานที่สำนักงานกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา มีความคล้ายคลึงกับการทำงานในตำแหน่งที่ปรึกษากฎหมายที่สำนักงานกฎหมายในประเทศไทยเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะในด้านระบบการจัดการบริหาร ระบบจัดเก็บข้อมูล โปรแกรมบันทึก ชั่วโมงการทำงาน รายละเอียดการทำงาน โปรแกรมจัดเก็บและค้นหาไฟล์งาน ตลอดจนการเชื่อมต่อระบบการทำงานนอกสถานที่เข้าไปยังระบบจัดเก็บข้อมูลภายในของสำนักงานกฎหมายล้วนแต่เป็นลักษณะเดียวกัน ทำให้ผู้เขียนไม่ต้องใช้เวลาปรับตัวให้คุ้นชินกับระบบการทำงานมากนัก อย่างไรก็ตาม ในความเหมือนย่อมมีความแตกต่าง การทำงานที่สำนักงานกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกามีความแตกต่างจากการทำงานที่สำนักงานกฎหมายในประเทศไทยอยู่หลายประการ อาทิ

---

ตรวจคนเข้าเมืองและสัญชาติ (USCIS) ต่อไป ทั้งนี้ วีซ่าถาวรประเภท EB-3 เป็นวีซ่าที่ผู้ที่ได้รับอนุมัติวีซ่า อาจเปลี่ยนเป็นกรีนการ์ดได้ในภายหลัง รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับวีซ่า EB-3 ศึกษาได้ที่ <https://www.uscis.gov/working-united-states/permanent-workers/employment-based-immigration-third-preference-eb-3>

<sup>9</sup> บางประเทศกำหนดเงื่อนไขว่าผู้เข้าร่วมโครงการต้องเดินทางกลับประเทศภูมิลำเนา (ประเทศบ้านเกิด) ของตนภายหลังจากที่ระยะเวลาโครงการความแตกต่างระหว่างประเทศสิ้นสุดลง (Two-Year Home Residency Requirement) ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่จำกัดไม่ให้ผู้ที่ได้รับวีซ่าประเภท J เปลี่ยนสถานะวีซ่าเป็นวีซ่าทำงานหรือเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ถาวร (Permanent Resident) ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ จนกว่าจะเดินทางกลับและอาศัยอยู่ในประเทศภูมิลำเนาของตนเป็นระยะเวลาอย่างน้อย 2 ปี ทำให้ผู้ที่มีข้อกำหนด “two-year home residency requirement” ต้องเดินทางกลับไปยังประเทศของตนเสียก่อน และไม่สามารถยื่นเรื่องขอเปลี่ยนสถานะวีซ่าทำงานในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ในช่วงเวลาดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ผู้ที่ติดเงื่อนไขนี้อาจยื่นเอกสารขอยกเว้นการปรับใช้ข้อกำหนดดังกล่าวได้ โดยการพิสูจน์ให้รัฐบาลประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่าผู้เข้าร่วมโครงการเป็นบุคคลผู้มีทักษะการทำงานในสาขาวิชาชีพเฉพาะ (the applicant is subject based on the skills list) และรัฐบาลประเทศภูมิลำเนาของผู้เข้าร่วมโครงการมีหนังสือไม่ได้แย้งคัดค้านการขอยกเว้นข้อกำหนดดังกล่าว (letter of no objection) ส่งให้แก่ผู้เข้าร่วมโครงการ ซึ่งผู้เขียนเองก็ได้รับยกเว้นการปรับใช้ข้อกำหนดนี้เช่นกันทำให้ผู้เขียนสามารถเปลี่ยนวีซ่าเพื่อทำงานต่อที่สหรัฐอเมริกาได้โดยไม่ต้องเดินทางกลับมายังประเทศไทยก่อน

## 1. การจัดสัมมนาวิชาการภายในสำนักงาน

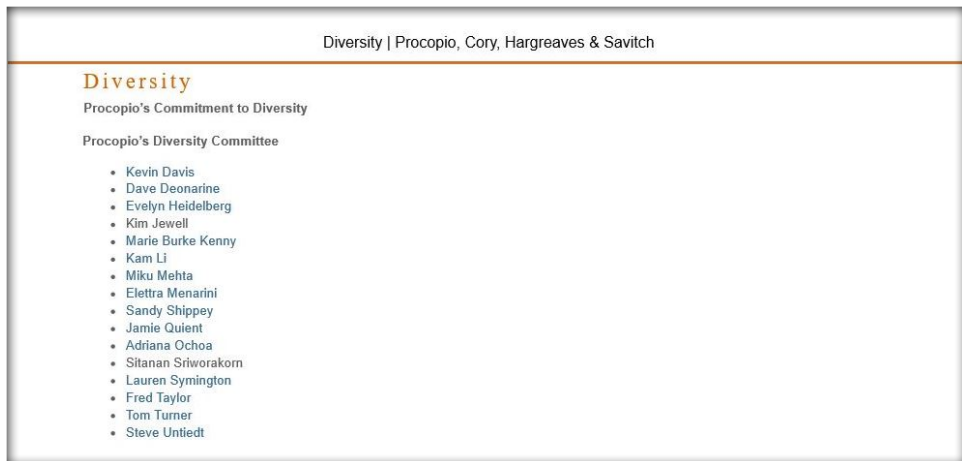
สืบเนื่องจากข้อกำหนดของเนติบัณฑิตยสภาในแต่ละมลรัฐที่กำหนดให้ผู้ที่สอบผ่านเป็นทนายความ/เนติบัณฑิตต้องเก็บชั่วโมงการศึกษาต่อเนื่องในสาขาวิชากฎหมายในแต่ละปีและรายงานต่อเนติบัณฑิตยสภาในมลรัฐนั้น ๆ เพื่อคงสถานะในการประกอบวิชาชีพกฎหมายในฐานะทนายความ/เนติบัณฑิต (Continuing Legal Education (CLE) Reporting and Compliance Requirements)<sup>10</sup> ซึ่งหากเก็บชั่วโมงไม่ครบตามที่กำหนดไว้ สถานะในการประกอบวิชาชีพกฎหมาย (Active Status) ของบุคคลนั้นจะถูกเปลี่ยนเป็นสถานะที่ไม่สามารถประกอบวิชาชีพในฐานะทนายความ/เนติบัณฑิตได้ (Inactive Status) ด้วยเหตุนี้ สำนักงานกฎหมายหลายแห่ง รวมถึงสำนักงานกฎหมายที่ผู้เขียนทำงานอยู่จึงมักจัดสัมมนาวิชาการภายในสำนักงานเป็นประจำเพื่อทบทวนและต่อยอดองค์ความรู้ให้แก่ทนายความในสำนักงาน โดยทนายความ/เนติบัณฑิตสามารถเก็บชั่วโมงจากการเข้าร่วมสัมมนาดังกล่าวได้ ซึ่งรูปแบบการจัดงานสัมมนาวิชาการส่วนมากจะเป็นการจัดสัมมนาช่วงเวลาที่พักทานอาหารกลางวัน โดยมีการจัดอาหารกลางวันให้แก่ทนายความที่ประสงค์จะเข้าร่วมฟังสัมมนาด้วย ทำให้ทนายความสามารถฟังสัมมนาและรับประทานอาหารกลางวันไปพร้อมกันได้ โดยไม่กระทบต่อชั่วโมงการทำงานในวันนั้น ๆ

## 2. การส่งเสริมและหลอมรวมความหลากหลาย

สืบเนื่องจากเอกลักษณ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีความหลากหลายทางชาติพันธุ์สูงดังที่ผู้เขียนได้บรรยายไว้ในบทความภาคที่แล้ว สำนักงานกฎหมายชั้นนำในประเทศสหรัฐอเมริกา รวมถึงที่ทำงานอื่นอีกหลายแห่งจึงพยายามเน้นย้ำและให้ความสำคัญกับการส่งเสริมและหลอมรวมความหลากหลายด้วยการแสดงให้เห็นเป็นประจักษ์ว่าสำนักงานของตนไม่ได้คัดเลือกทนายความเข้าทำงานด้วยสาเหตุว่าบุคคลนั้นมีเชื้อชาติใดเชื้อชาติหนึ่ง เพศใดเพศหนึ่ง หรือนับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง หากแต่พิจารณาจากความรู้ความสามารถและศักยภาพในการประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นสำคัญ วัตถุประสงค์ในการส่งเสริมและการหลอมรวมความหลากหลาย

<sup>10</sup> หลักเกณฑ์การเก็บชั่วโมงการศึกษาต่อเนื่องในสาขาวิชากฎหมายในแต่ละปีและรายงานต่อเนติบัณฑิตยสภาในมลรัฐถูกกำหนดขึ้นเพื่อให้ทนายความ/เนติบัณฑิตหมั่นศึกษาและพัฒนาองค์ความรู้วิชากฎหมายให้เท่าทันปัจจุบัน ตลอดจนเพิ่มเติมทักษะในการประกอบวิชาชีพกฎหมายอยู่เสมอ เช่น เนติบัณฑิตยสภาแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (The State Bar of California) กำหนดให้ผู้ที่สอบผ่านเป็นทนายความ/เนติบัณฑิตในมลรัฐแคลิฟอร์เนียต้องเก็บชั่วโมงการศึกษาต่อเนื่องในสาขาวิชากฎหมายอย่างน้อย 25 ชั่วโมง (Minimum Continuing Legal Education (MCLE) Credit Hours) ทุก 3 ปี โดยต้องประกอบด้วยเนื้อหาวิชาที่เกี่ยวกับจริยธรรมสำหรับนักกฎหมาย (Legal Ethics) อย่างน้อย 4 ชั่วโมง ความรู้ความสามารถในการประกอบวิชาชีพกฎหมาย (Legal Competence) อย่างน้อย 1 ชั่วโมง การรับรู้และกำจัดความอคติในวิชาชีพกฎหมาย และสังคม (Recognition and Elimination of Bias in the Legal Profession and Society) อย่างน้อย 1 ชั่วโมง เป็นต้น

นี่เองที่ทำให้สำนักงานกฎหมาย Procopio และสำนักงานอื่นอีกหลายแห่งในประเทศสหรัฐอเมริกา จัดตั้ง “คณะกรรมการด้านความหลากหลาย” หรือ “Diversity Committee” ขึ้น เพื่อสร้างความมั่นใจให้แก่ทนายความทุกคนในสำนักงานว่าจะไม่มีการเลือกปฏิบัติและให้ผลประโยชน์แก่ทนายความคนใดคนหนึ่งด้วยเหตุผลทางด้านเพศ เชื้อชาติ สถานที่เกิดและเติบโต หรือ ศาสนาที่นับถือ ยกตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมเช่น ในการประชุมแต่ละครั้ง จะมีการนำเสนอข้อมูลเป็นตัวเลขจำนวนงานที่ทนายความแต่ละคนได้รับมอบหมาย เพื่อให้ทนายความทุกคนมั่นใจว่าตนไม่ได้ถูกเลือกปฏิบัติในด้านหน้าที่การงาน รวมไปถึงการปรึกษาหารือแนวทางแก้ไขปัญหาที่ทนายความแต่ละคนพบเจอในสถานที่ทำงานสืบเนื่องมาจากความหลากหลายดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นสวัสดิการลูกจ้างระหว่างลาคลอด การได้รับการเลื่อนตำแหน่งขึ้นเป็นตำแหน่งบริหาร หรือการได้รับการกระจายงานคดีที่มีความสำคัญ เป็นต้น นอกจากนี้ คณะกรรมการด้านความหลากหลายยังคอยจัดกิจกรรมทั้งภายในและระหว่างองค์กรรวมทั้งให้การสนับสนุนการจัดกิจกรรมของกรรมการแต่ละคนอีกด้วย อย่างในกรณีของผู้เขียนซึ่งเป็นหนึ่งในคณะกรรมการด้านความหลากหลายของสำนักงานกฎหมาย Procopio ก็เคยได้รับเงินสนับสนุนจากทางสำนักงานเพื่อจัดกิจกรรมกระชับมิตรร่วมกับสมาคมทนายความไทย-อเมริกัน ทำให้ผู้เขียนรู้สึกว่าการให้ความสำคัญกับการเข้าร่วมโครงการทนายความแลกเปลี่ยนระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ในแผนการปฏิบัติงานและกิจกรรมของโครงการแลกเปลี่ยน (Placement Plan) ในฐานะที่ผู้เขียนเป็นทนายความไทยที่ประกอบวิชาชีพกฎหมายในต่างแดนอย่างแท้จริง



### 3. วัฒนธรรมการทำงานในสำนักงานกฎหมาย

จากประสบการณ์และการสังเกตของผู้เขียนพบว่า บรรยากาศการทำงานในสำนักงานกฎหมายที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นมืออาชีพสูงมาก ระหว่างชั่วโมงการทำงานจะมีการพูดคุยเพียงเล็กน้อยเท่านั้น และช่วงพักรับประทานอาหารกลางวันก็จะให้

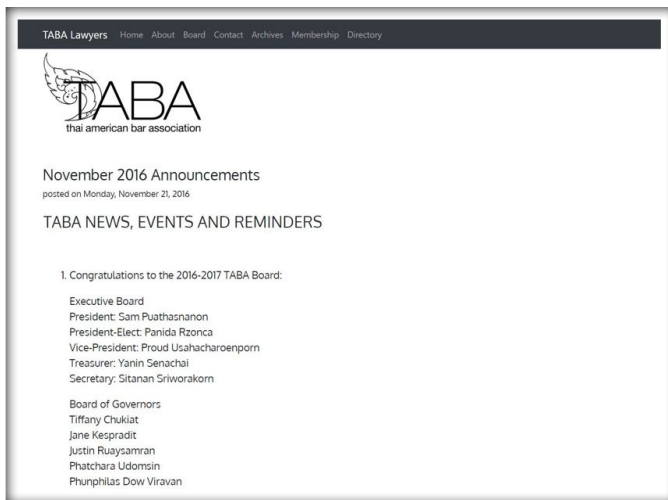
ความสำคัญกับการรักษาเวลาไม่ให้พักเนิ่นนานเกินไป (เท่าที่ผู้เขียนสังเกตจะไม่เกิน 20-30 นาที) ทั้งบรรยากาศในที่ทำงานก็จะให้ความเคารพเวลาทำงานของกันและกันสูง ไม่ทำอะไรที่จะเป็นการรบกวนการทำงานของผู้อื่น แต่ก็ยังคงมีการปรึกษาหารือหรือพูดคุยกันบ้างเล็กน้อย ทำให้บรรยากาศมีความผ่อนคลายไม่เคร่งเครียดจนเกินไป ผู้เขียนสังเกตได้ว่าทนายความ ผู้ช่วยทนายความ รวมถึงพนักงานในสำนักงานส่วนใหญ่จะให้ความสำคัญกับประสิทธิภาพ (productiveness) ในระหว่างชั่วโมงการทำงานอย่างมาก เพื่อให้งานของตนเสร็จลุล่วงด้วยความรวดเร็ว นอกจากนี้ ผู้คนในประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญกับเวลาส่วนตัวและสถาบันครอบครัวค่อนข้างมาก เห็นได้จากการรวมตัวกันเฉลิมฉลองในงานเลี้ยงที่จัดโดยสำนักงาน ในช่วงเย็นวันศุกร์ของแต่ละสัปดาห์ ก็มักจะเลิกไม่ตึกมากนักเพื่อไม่ให้กระทบคนทำงานส่วนใหญ่ที่มีครอบครัวแล้ว ผู้เขียนจึงสรุปได้ว่าคนอเมริกันมีวัฒนธรรมในการสร้างความสมดุลระหว่างเวลาทำงาน เวลาส่วนตัว และเวลาครอบครัวที่ชัดเจนมาก

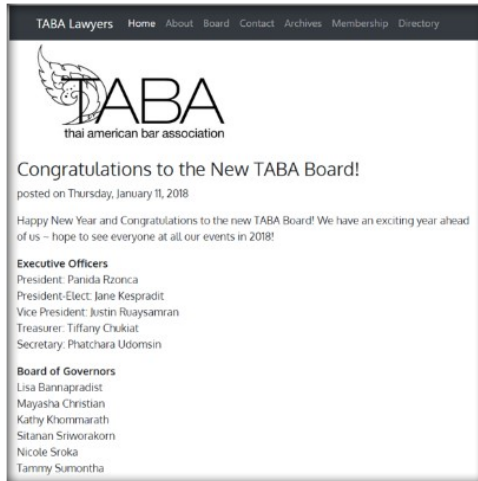
### สมาคมทนายความไทย-อเมริกัน (Thai-American Bar Association (TABA))

สมาคมทนายความไทย-อเมริกันก่อตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อสนับสนุนการประกอบวิชาชีพกฎหมายของทนายความคนไทยและทนายความคนไทย-อเมริกันในประเทศสหรัฐอเมริกา ในสมาคมประกอบด้วยสมาชิกที่ประกอบวิชาชีพด้านกฎหมายจากหลากหลายภาคส่วน ตั้งแต่ทนายความในสำนักงานกฎหมายขนาดเล็กจนถึงสำนักงานกฎหมายขนาดใหญ่หรือสำนักงานกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ปรึกษากฎหมายประจำบริษัท นิติกร อัยการ นักศึกษากฎหมาย ตลอดจนนักกฎหมายจากสาขาวิชาชีพอื่น ๆ เช่น นักกฎหมายในองค์กรไม่แสวงหาผลกำไรหรือองค์กรสาธารณประโยชน์ เป็นต้น โดยสมาคมทนายความไทย-อเมริกันนี้มีหน้าที่ตอบสนองความต้องการในภาพรวมในการรักษาผลประโยชน์ บทบาท และส่วนได้เสียของทนายความไทย-อเมริกันและชุมชนคนไทย-อเมริกันในสหรัฐอเมริกา ตลอดจนกระชับความสัมพันธ์กับองค์กรและหน่วยงานด้านกฎหมายต่าง ๆ ทั้งในระดับมหภาคและจุลภาค นอกจากนี้ สมาคมทนายความไทย-อเมริกันยังมีบทบาทในการช่วยประสานงานบริการให้แก่ชุมชนคนไทยในสหรัฐอเมริกา การถ่ายทอดประสบการณ์การทำงานให้แก่ศึกษากฎหมาย และผู้ที่สนใจ รวมตลอดถึงการให้โอกาสสมาชิกของสมาคมที่จะขยายเครือข่ายและทำความรู้จักผู้ที่ประกอบวิชาชีพด้านกฎหมายด้วยกันให้กว้างขวางยิ่งขึ้น

ขณะที่ผู้เขียนทำงานในตำแหน่งทนายความต่างชาติ (Foreign Lawyer) ของสำนักงานกฎหมาย Procopio ภายใต้โครงการทนายความแลกเปลี่ยนระหว่างประเทศ ผู้เขียนได้รู้จักกับสมาคมทนายความไทย-อเมริกันผ่านการทำงานในฐานะกรรมการด้านความหลากหลายของสำนักงานกฎหมาย Procopio ภายหลังจากนั้น ผู้เขียนมีโอกาเข้าไปร่วมงานกับสมาคมทนายความ-อเมริกันในตำแหน่งเลขานุการสมาคมซึ่งเป็นตำแหน่งหนึ่งในกรรมการผู้บริหาร

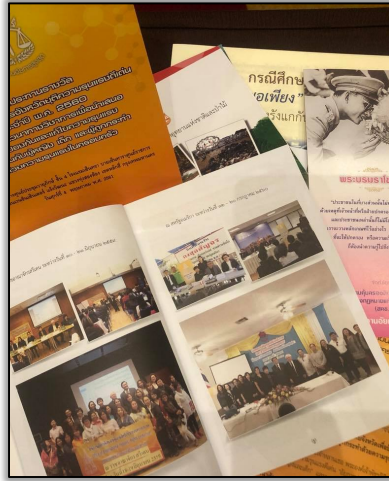
(Executive Board) เป็นระยะเวลาหนึ่งปี และในฐานะกรรมการสมาคม (Board of Governors) อีกตำแหน่งหนึ่งเป็นระยะเวลาอีกหนึ่งปี และในฐานะสมาชิกสมาคมภายหลังจากนั้น ทำให้ผู้เขียนได้มีความรู้ความเข้าใจต่อการทำงานในวิชาชีพกฎหมายที่ประเทศสหรัฐอเมริกาขึ้นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในฐานะที่เป็นทนายความไทย-อเมริกันคนหนึ่ง นอกจากนี้ ในขณะที่ผู้เขียนได้รับโอกาสให้เข้าไปช่วยงานในตำแหน่งเลขานุการสมาคมนี้ กรรมการสมาคมและสมาชิกสมาคมส่วนใหญ่จะเป็นคนเชื้อชาติไทยที่ถือสัญชาติอเมริกันโดยกำเนิดหรือคนไทยที่ย้ายถิ่นฐานไปอาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาตั้งแต่อายุยังน้อย เป็นเหตุให้ทุกคนมีทักษะในการสื่อสารภาษาอังกฤษได้คล่องแคล่วกว่าภาษาไทยมาก ดังนั้น ภาษาที่ใช้ในการสื่อสารกันภายในสมาคม รวมถึงภาษาที่ใช้ในการประชุมและการดำเนินงานกิจกรรมของสมาคมทั้งหมดจึงเป็นภาษาอังกฤษ นับเป็นความท้าทายและเป็นโอกาสให้ผู้เขียนได้พัฒนาทักษะภาษาอังกฤษขึ้นไปอีกระดับหนึ่ง





ประสบการณ์ที่ผู้เขียนได้รับจากการทำงานร่วมกับสมาคมทนายความไทย-อเมริกัน ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาทำให้ผู้เขียนเข้าใจลักษณะการทำงานของผู้ที่ประกอบวิชาชีพทนายความ ในประเทศสหรัฐอเมริกาอีกซึ่งมากยิ่งขึ้น สมาคมทนายความไทย-อเมริกันไม่ได้เป็นเพียง ศูนย์กลางของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายคนไทยหรือไทย-อเมริกันในสหรัฐอเมริกา แต่ยังเป็น อีกหนึ่งแรงขับเคลื่อนสำคัญเพื่อส่งเสริมความหลากหลายในการประกอบวิชาชีพกฎหมาย ในประเทศสหรัฐอเมริกาอีกด้วย ไม่ว่าจะผ่านการจัดกิจกรรมหรือการเข้าร่วมเป็นส่วนหนึ่งของ หลาย ๆ กิจกรรมที่จัดขึ้นโดยองค์กรหรือหน่วยงานต่าง ๆ เพื่อแสดงให้เห็นถึงจุดยืนร่วมกัน ในการผลักดันให้มีการยอมรับและหลอมรวมความหลากหลายในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในวิชาชีพกฎหมาย นอกจากนี้ สมาคมทนายความไทย-อเมริกันยังให้ความ ช่วยเหลือในการประสานงานบริการด้านกฎหมายระหว่างสมาชิกของสมาคมกับคนไทย ในสหรัฐอเมริกา หรือคนอเมริกันในประเทศไทยที่ต้องการความช่วยเหลือด้านกฎหมาย สมาคมทนายความไทย-อเมริกันจึงไม่ได้มีความสัมพันธ์กับองค์กรหรือหน่วยงานในประเทศ สหรัฐอเมริกาเท่านั้น แต่สมาคมยังให้ความร่วมมือในการจัดกิจกรรมร่วมกับหน่วยงานภาครัฐ ของไทยอีกหลายหน่วยงานอย่างสม่ำเสมอ เช่น การเป็นเจ้าภาพร่วมกับสถานเอกอัครราชทูต ไทย ณ กรุงวอชิงตัน และสถานกงสุลใหญ่ ณ นครลอสแอนเจลิส จัดงานสามัคคีสัมพันธ์ประจำปี ในประเทศสหรัฐอเมริกา หรือการร่วมกับสถานกงสุลใหญ่ ณ นครลอสแอนเจลิส และสำนักงาน คุ่มครองสิทธิและช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชน (สคช.) ระหว่างประเทศ สำนักงาน อัยการสูงสุด จัดงานสัมมนาเผยแพร่ความรู้กฎหมาย เป็นต้น ดังนั้น สมาคมทนายความไทย-อเมริกันจึงเปรียบเสมือนศูนย์กลางที่คอยเชื่อมโยงชุมชนคนไทยและไทย-อเมริกันในประเทศ สหรัฐอเมริกา องค์กร สมาคมหรือหน่วยงานภาคส่วนต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกา และหน่วยงาน ภาครัฐในประเทศไทย เข้าด้วยกัน นับว่าเป็นอีกหนึ่งบทบาทที่เชื่อมให้นักกฎหมายไทยและ

นักกฎหมายไทย-อเมริกันได้แลกเปลี่ยนองค์ความรู้ประสบการณ์เพื่อพัฒนากฎหมายต่อไป ในภายภาคหน้าได้อย่างมีนัยสำคัญ



ภาพกิจกรรมกงสุลสัญจรของสถานกงสุลใหญ่ไทย ณ นครลอสแอนเจลิส ร่วมกับกิจกรรมการเผยแพร่ความรู้กฎหมาย ที่จัดโดย สำนักงานคุ้มครองสิทธิและช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชน (สคช.) ระหว่างประเทศ สำนักงานอัยการสูงสุด สมาคมทนายความไทย-อเมริกัน (TABA) และสมาคมไทยและเอเชียตะวันออกเฉียงใต้แห่งแคลิฟอร์เนีย (TSAAC)



ภาพกิจกรรมงานสามัคคีสัมพันธ์ครั้งที่ 5 ประจำปี 2562 (5<sup>th</sup> Samakkee Summit 2018) จัดโดยสถานกงสุลใหญ่ไทย ณ นครลอสแอนเจลิส ร่วมกับสมาคมทนายความไทย-อเมริกัน (TABA) สมาคมไทยและเอเชียตะวันออกเฉียงใต้แห่งแคลิฟอร์เนีย (TSAAC) และองค์กรชั้นนำในภาคเอกชนต่าง ๆ

### บทส่งท้าย

สุดท้ายนี้ ผู้ที่ติดตามอ่านบทความนี้มาตั้งแต่ภาคแรกคงเห็นแล้วว่าเส้นทางการสมัครเข้าทำงานในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นมีหลากหลายเส้นทางขึ้นอยู่กับคุณสมบัติและเงื่อนไขที่แตกต่างกันของผู้สมัครแต่ละคน โดยในบทความนี้ผู้เขียนได้นำเสนอโครงการทนายความแลกเปลี่ยน

ของเนติบัณฑิตสภาสหรัฐอเมริกาเพื่อเป็นอีกทางเลือกหนึ่งให้กับผู้อ่านหรือผู้ที่สนใจ ทั้งนี้ สำหรับผู้เขียน การเข้าทำงานในประเทศสหรัฐอเมริกาผ่านโครงการทุนความแลกเปลี่ยน ไม่ได้นำมาซึ่งประสบการณ์ที่ทำให้ผู้เขียนมีความรู้ในวิชากฎหมายอเมริกันหรือทักษะภาษาอังกฤษมากขึ้นเท่านั้น หากแต่ยังเป็นประตูหรือจุดเริ่มต้นของอีกหลาย ๆ โอกาสที่ผู้เขียน ได้รับระหว่างการทำงานในประเทศสหรัฐอเมริกาภายใต้โครงการนี้ดังที่ได้ยกตัวอย่างไว้ข้างแล้ว ข้างต้น ผู้เขียนจึงหวังเป็นอย่างยิ่งว่าบทความนี้จะเป็นส่วนหนึ่งที่จะช่วยตอบหลาย ๆ คำถามในใจ ของผู้อ่านที่สนใจต่อยอดประสบการณ์การทำงานในสาขาวิชาชีพกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา และเป็นส่วนหนึ่งที่จะนำผู้อ่านไปสู่จุดเริ่มต้นของอีกหลาย ๆ โอกาสที่กำลังรอให้ผู้อ่านเดินทางไปไขว่คว้าเช่นกัน





## คำแนะนำสำหรับผู้เขียนบทความ

### รูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. พิมพ์โดยใช้กระดาษ A4
2. พิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word for windows
3. พิมพ์โดยใช้ตัวอักษรแบบ TH SarabunPSK
4. ตั้งค่านำกระดาษด้านบน (Top) 2.54 ซม., ล่าง (Bottom) 2.54 ซม., ซ้าย (Left) 2.54 ซม. และขวา (Right) 2.54 ซม.
5. ระยะห่างระหว่างบรรทัดขนาด 1 เท่า
6. มีความยาวของเนื้อหาไม่เกิน 30 หน้า (รวมบรรณานุกรม)

### รายละเอียดการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. **ชื่อเรื่อง** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่กึ่งกลางของหน้ากระดาษ ชื่อภาษาอังกฤษขึ้นต้นคำให้พิมพ์ด้วยตัวพิมพ์ใหญ่และให้ใช้ตัวอักษรขนาด 18 ตัวหนา
2. **ชื่อผู้เขียน** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านขวาของหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา และให้กำกับด้วยสัญลักษณ์ (\*) ไว้ต่อท้ายด้วย เพื่อระบุคุณวุฒิการศึกษา ตำแหน่งทางวิชาการ หน่วยงานต้นสังกัด ทั้งนี้ ให้พิมพ์ไว้ในส่วนของเชิงอรรถด้านล่างของหน้าตามจำนวนผู้เขียน โดยใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 14 ตัวปกติ
3. **บทคัดย่อ** และ **Abstract** คำว่า “บทคัดย่อ” และ “Abstract” ให้ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความในบทคัดย่อและ Abstract ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยให้ย่อหน้าแรกเยื้อง 0.5 นิ้ว ของบรรทัดถัดไป
4. **คำสำคัญ** และ **Keywords** คำว่า “คำสำคัญ” และ “Keywords” ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา ควรเลือกคำสำคัญที่เกี่ยวข้องกับบทความไม่เกิน 3 คำ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ
5. **หัวข้อ** ให้ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้าย
6. **เนื้อเรื่อง** ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ จัดรูปแบบใช้กระจายแบบไทย โดยให้บรรทัดแรกของทุกย่อหน้าเยื้อง 0.5 นิ้ว ของบรรทัดถัดไป
7. **ตัวเลข** ให้ใช้เลขอารบิกทั้งในกรณีเขียนเป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ
8. **การอ้างอิงเชิงอรรถ** ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยมีรูปแบบดังนี้

\* / แทนการเว้นระยะห่าง 1 เคาะ

### หนังสือ หรือตำรา

ผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.

ตัวอย่างที่ 1: จิตติ ดิงศภัทย์, **กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1**, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า 9.

ตัวอย่างที่ 2: หยุต แสงอุทัย, (ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ), **กฎหมายอาญา ภาค 2-3**, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 89.

### บทความในวารสาร

ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อวารสาร/ปีของวารสาร,/ฉบับที่/(เดือนที่พิมพ์ ปีที่พิมพ์):/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: รณกรณ์ บุญมี, “การข่มขืนกระทำชำเราโดยหลอกลวง: วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557 และการกระทำอื่น ๆ,” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 46, 3 (กันยายน 2560): 647-663.

### วิทยานิพนธ์

ผู้เขียนวิทยานิพนธ์,/“ชื่อวิทยานิพนธ์,”/(ระดับวิทยานิพนธ์,/สาขาวิชาหรือภาควิชา,/คณะ,/ชื่อสถาบัน,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: ชิดชนก แผ่นสุวรรณ, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 108.

### รายงานวิจัย

ชื่อผู้วิจัย,/ชื่อรายงานวิจัย,/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: อานนท์ มาเม้า, สถานะทรัพย์สินของสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมสวัสดิการและสวัสดิภาพครูและบุคลากรทางการศึกษา, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 88.

### สารสนเทศบน Internet

ชื่อผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง/[ออนไลน์], วันเดือนปีที่อ้างอิง./แหล่งที่มาของข้อมูล.

ตัวอย่าง: อนุรักษ์ วิทิตานนท์, การลอบสังหารในการเมืองอเมริกัน [ออนไลน์], 5 กุมภาพันธ์ 2561. แหล่งที่มา <https://prachatai.com/journal/2012/11/43532>

### บทในหนังสือ หรือบทในตำรา

ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ใน/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย/.../ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์ “ขึ้นชื่อว่าวิทยานิพนธ์ ทุกคนสามารถทำได้” ใน ยากยิ่งสิ่งเดียว วิทยานิพนธ์ทางกฎหมายหลากหลายทรงสนะ, บรรณาธิการโดย คณพล จันทน์หอม, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 140.

### บทความในหนังสือพิมพ์ หรือบทความในนิตยสาร

ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วันเดือนปี,/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: ไทยรัฐ, “นาฬิกาเพื่อนทำพิษ ผอ.นิด้าโพลออก” ไทยรัฐ, 29 มกราคม 2561, หน้า 11.

### เอกสารอื่น ๆ

ชื่อหน่วยงาน, “ชื่อเอกสาร,”/วันเดือนปี.

ตัวอย่าง: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “การรับฟังความคิดเห็นร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. ... (ความผิดเกี่ยวกับเพศ),” 5 กุมภาพันธ์ 2561.

### สัมภาษณ์บุคคล

ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์,/ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี),/สัมภาษณ์,/วันเดือนปี.

ตัวอย่าง: วันชัย ศิริชนะ, อธิการบดีมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, สัมภาษณ์, 5 กุมภาพันธ์ 2561.

### **\*กรณีอ้างอิงซ้ำ\***

#### (1) ถ้าไม่มีการอ้างอิงอื่นมาก่อน

หากเป็นเอกสารภาษาไทยให้ใช้คำว่า “เรื่องเดียวกัน” ถ้าเป็นเอกสารภาษาต่างประเทศให้ใช้คำว่า “Ibid.”

อนึ่ง ถ้าเอกสารเรื่องเดียวกันนั้นมาจากเลขหน้าที่ต่างกัน ให้ระบุเลขหน้าไว้ด้วย เช่น “เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.” หรือ “Ibid., Page 9.”

#### (2) ถ้ามีการอ้างอิงอื่นมาก่อน

ให้ตัดส่วนที่เป็นสถานที่พิมพ์ สำนักพิมพ์ และปีที่พิมพ์ออกได้ เช่น

<sup>1</sup> จิตติ ติงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า 9.

<sup>2</sup> .....

<sup>3</sup> จิตติ ติงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 18.

### **หมายเหตุ:**

(1) หากมีผู้เขียน ผู้แปล หรือบรรณาธิการ แล้วแต่กรณี เกินกว่า 3 คนขึ้นไป ให้ใส่คำว่า “และคนอื่น ๆ” หรือ “and others” ตามหลังชื่อบุคคล เช่น “วิษณุ เครืองาม และคนอื่น ๆ, .....”

(2) หากไม่ปรากฏชื่อผู้แต่ง ผู้แปล หรือบรรณาธิการ แล้วแต่กรณี ให้เลื่อนรายการอื่น ๆ ขึ้นมาแทน

## บรรณานุกรม

คำว่า “บรรณานุกรม” ให้จัดกึ่งกลางตรงหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้อักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยมีรูปแบบดังนี้

- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./แปลโดย/ชื่อผู้แปล./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ใน/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย/ชื่อบรรณาธิการ,/เลขหน้า./ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือนที่พิมพ์/ปีที่พิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วันเดือนปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์./“ชื่อวิทยานิพนธ์.”/ระดับวิทยานิพนธ์,/สาขาวิชาหรือภาควิชา,/คณะ,/ชื่อสถาบัน,/ปีพิมพ์.
- ชื่อผู้วิจัย./ชื่อรายงานวิจัย./ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย. สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ชื่อหน่วยงาน./“ชื่อเอกสาร.”/วันเดือนปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์./ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี)/.สัมภาษณ์,/วันเดือนปี.
- ชื่อผู้บรรยาย./“หัวข้อการบรรยาย.”/ชื่อการประชุมและสถาบันที่ดำเนินการ (ถ้ามี)./สถานที่,/วันเดือนปี.
- ชื่อผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง/[ออนไลน์]/แหล่งที่มา:/.../ปีที่อ้างอิง/(เดือนที่อ้างอิง, วันที่อ้างอิง).

## หลักเกณฑ์อื่น ๆ

1. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่เคยผ่านการตีพิมพ์ในวารสารใด ๆ มาก่อน (รวมตลอดถึงการตีพิมพ์ในเอกสารที่มีชื่อเรียกอย่างอื่น เช่น หนังสืออาจารย์บูชา หนังสือรพี หนังสือพิมพ์ ฯลฯ และการเผยแพร่ในระบบออนไลน์ด้วย) อนึ่ง การตีพิมพ์บทความซ้ำเป็นความรับผิดชอบของผู้เขียน

2. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของวารสารอื่น

3. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ ต้องไม่ตัดทอนหรือลอกเลียนมาจากบทความ หนังสือ ตำรา หรืองานวิจัยของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง

4. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ ต้องมีคุณค่าทางวิชาการ
5. ผู้เขียนบทความต้องจัดเตรียมต้นฉบับบทความตามรูปแบบและรายละเอียดการส่งต้นฉบับบทความอย่างเคร่งครัด

## Submission Guidelines

### Manuscript Format

1. Printed on A4 paper.
2. Printed with Microsoft Word for windows.
3. Printed by using font TH SarabunPSK.
4. Printed with the customized page layout: top 2.54 cm, bottom 2.54 cm, left 2.54 cm, and right 2.54 cm.
5. Printed with 1x line spacing.
6. Length of content shall not exceeding 30 pages (including bibliography).

### Manuscript Preparation Details

1. The title centered on the page must be in both Thai and English. The first letter of the English title must be uppercase letter and 18 pt. bold.
2. The author's name must be in both Thai and English, aligned to the right side of the page, used 16 pt. bold letters, and marked with an asterisk (\*) in order to identify the qualifications, academic positions. Please insert the details in the footnote at the bottom of the page in accordance with the number of authors and use TH SarabunPSK 14 pt. normal.
3. The term "abstract" must be used TH SarabunPSK 16 pt. bold. For content in the abstract, it must be used TH SarabunPSK 16 pt. normal, with the first paragraph indented by 0.5 inches of the next line.
4. The term "Keywords" must be used TH SarabunPSK 16 pt. bold. The selected keywords should be no more than three words aligned to the left edge of the page and typed with TH SarabunPSK 16 pt. normal.
5. The headline must be used TH SarabunPSK 16 pt. bold and aligned to the left edge of the page.
6. The contents must be used TH SarabunPSK 16 pt. normal with the Thai-style distribution. The first line of every paragraph must be indented 0.5 inches of the next line.



7. The numbers must be used in Arabic, in case of writing in both Thai and foreign languages.

8. The footnotes must be used TH SarabunPSK 14 pt. normal in the following format\*

#### **Book or Textbook**

Author,/Title,/Edition/(Place of Publication:/Publisher,/Year of Publication),/Page Number.

Example 1: Jidti Tingsaphati, **Criminal Law Division 2, Part 1**, 8<sup>th</sup> Edition (Bangkok: The Bar Association, 2005), Page 9.

Example 2: Yut Sanguthai, (Twekiat Menakanist Editor), **Criminal Law Division 2-3**, 11<sup>th</sup> Edition (Bangkok: Thammasat University, 2013), Page 89.

#### **Journal article**

Author of Article,/“ Title of Article,”/Journal title/Year of journal,/Issue/ (Month of publication Year of publication):/Page Number

Example: Ronnakorn Bunmee, “ Rape by deception: An Analysis of the Supreme Court Judgement 10007/2557 and other actions,” **Thammsat University Law Journal** 46, 3 (September 2017): 647-663.

#### **Thesis**

Author,/“ Thesis Title,”/(Thesis Level,/Subject, or Department,/Faculty,/ Name of Institution,/ Year of publication),/Page Number.

Example: Chitchanok Phansuwan, “ Offense of rape and obscene: A study of the law of three sals to the Penal Code,” (Master thesis in Law Faculty of Law Faculty of Law Chulalongkorn University, 2005), Page 108.

---

\* / as pressing space bar 1 time

### Research Report

Name of the Researcher,/Title of the Research Report,/Name of the Research Funding Organization/(Place of Publication:/Publisher,/Year of Publication),/Page Number.

Example: Arnon Mamout, **Property Status of the Office of the Welfare Promotion Commission for Teachers and Education Personnel**, Thammasat University (Bangkok: Thammasat University, 2017), Page 88.

### Internet Resources

Author,/Title/[Online],Date Month Year of Reference./Source of Information.

Example: Nuttakorn Vititanon, **Assassination in American Politics** [Online], 5 February 2018. Source: <https://prachatai.com/journal/2012/11/43532>

### Chapter in a Book

Author,/“ Title of the Article,” /in/Title,/Edited by/...,/Edition/(Place of publication:/Publisher, /Year of Publication),/Page Number

Example: Wiwat Damrongkulnan “ Reputed as thesis everyone can do this” in **The hardest thing to do: legal thesis in various perspectives**, Edited by Kanapol Chanhom, 1<sup>st</sup> edition (Bangkok: Winyuchon, 2018), Page 140.

### Article in Newspaper or Magazine

Author of the Article,/“ Name of the Article,”/Title of the Newspaper or Magazine,/Date Month Year,/Page Number.

Example: Thairath, “ The case of friend watch cause director of NIDA poll quit the job” Thairath, 29 January 2018, 2, Page 11.

### Other Documents

Agency Name,/"Document Name,"/Date Month Year.

Example: Office of the Council of State, "Hearing on the Draft Amendment to Criminal Code (No. ...), B.E. ... (Sexual Offenses)," 5 February 2018.

### Interview

Name of Interviewee,/Executive Position (If any),/Interview,/Date Month Year.

Example: Vanchai Sirichana, President of Mae Fah Luang University, interview, 5 February 2018.

### **\*Repeated Reference\***

(1) If no other reference is made between them, the word "Ibid." shall be used.

Incidentally, if the same document comes from a different page number, please include such page numbers such as "Ibid., Page 9."

(2) If there are other references between them, the print location, publisher, and year of printing can be cut off. For instance,

<sup>1</sup> Jidti Tingsaphati, **Criminal Law Part 2, Episode 1**, 8<sup>th</sup> Edition (Bangkok: The Bar Association, 2005), Page 9.

<sup>2</sup> .....

<sup>3</sup> Jidti Tingsaphati, **Criminal Law Part 2, Episode 1**, Page 18.

### **Note:**

(1) If there are more than 3 authors, translators or editors, please include the words "and others" after the person's name, such as "Wisnu Kruangam and others, ....."

(2) If there is no name of author, translator or editor, please start with other details.

## **Bibliography**

The word “bibliography” shall be centered on the page and used TH SarabunPSK 16 pt. bold. For the content, please use TH SarabunPSK 16 pt. normal in the following format:

- Author./Title./Edition/Place of Publication:/Publisher,/Year of publication.
- Author./Title./Translated by/Translator./Place of Publication:/Publisher, /Year of publication.
- Author of the Article./“ Title of the article.” /in/Title,/Edited by/Editor Name,/Page Number.
- Author of the Article./“Title of the article.”/Journal Title/Year of issue, /Issue/(Month of Publication/Year of Publication):/Page Number.
- Author of the Article./“ Name of the Article.”/Name of the Newspaper or Magazine,/Month, Year/Page Number.
- Author of the Thesis./Thesis Level,/Department,/Faculty,/Name of Institution, /Year of Publication.
- Researcher Name/Research Title./Name of the Research Funding Organization /Place of publication:/Publisher,/Year of publication.
- Name of Agency./“Name of document.”/Date Month Year.
- Name of Interviewee./Executive Position (if any)./interview,/month.
- Name of Lecturer./“ Subject of the Lecture.”/Name of the Conference and the Institution (If any)./Location,/Date Month Year.
- Author./Title/[online]/Source:/.../Reference year/(Reference month, Reference date).

## **Other Guidelines**

1. The manuscript submitted for publication must be an article that has never been published in any of the journals (including those published in other documents, such as Ajarya books, books, Raphi books, newspapers, and online publications). Republishing the article is the responsibility of the author.

2. The article submitted for publication must not in the process of reviewing in other journals.

3. The article submitted for publication must not cut or copy from any article, book, textbook, or research without permission or lack of proper reference.
4. The article submitted for publication must have academic value.
5. The author of the article must strictly prepare the manuscript according to the format and the details of the submission preparation.

## ใบนำส่งบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ลงใน วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

เรียน บรรณาธิการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ข้าพเจ้า (นาย/นาง/นางสาว).....

วุฒิการศึกษา ..... ตำแหน่งทางวิชาการ .....

ตำแหน่งงาน ..... หน่วยงาน .....

ขอส่ง  บทความวิชาการ  บทความวิจัย  วิเคราะห์คำตัดสินศาล  วิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย

วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย  ปกิณกะกฎหมาย  แนะนำหนังสือกฎหมาย  อื่น ๆ

ชื่อเรื่อง (ภาษาไทย) .....

ชื่อเรื่อง (ภาษาอังกฤษ) .....

ชื่อผู้เขียนทั้งหมด (ภาษาไทย) .....

ชื่อผู้เขียนทั้งหมด (ภาษาอังกฤษ) .....

ที่อยู่ติดต่อได้สะดวก (สำหรับจัดส่งวารสาร) .....

โทรศัพท์ ..... โทรสาร ..... โทรศัพท์มือถือ .....

E-mail .....

ข้าพเจ้าขอรับรองว่าบทความนี้

- เป็นผลงานของข้าพเจ้าแต่เพียงผู้เดียว
- เป็นผลงานของข้าพเจ้าและผู้ร่วมงานตามที่ระบุไว้ข้างต้น
- เป็นบทความที่ไม่เคยได้รับการตีพิมพ์มาก่อน
- ข้าพเจ้าจะไม่นำบทความนี้ส่งไปพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารอื่นภายในระยะเวลา 60 วัน นับจากวันที่ข้าพเจ้าส่งบทความนี้

(ลงชื่อ).....

(.....)

วันเดือนปีที่ส่งบทความ...../...../.....

## Manuscript Submission Form to Mah Fah Luang University Law Journal

To The Editor of Mah Fah Luang University Law Journal

I (Mr./Mrs./Miss).....

Academic Qualification ..... Academic Position .....

Job Position ..... Agency .....

Submit  Academic Article  Research Article  Analysis of Judicial Decision

Analysis of Legal Exam Question  Analysis of Legal Opinion  Legal Miscellaneous

Law Book Recommendation  Others

Title (in Thai) .....

.....

Title (in English) .....

.....

All Authors (in Thai) .....

.....

All Authors (in English) .....

.....

Corresponding Address (for journal delivery) .....

.....

.....

Phone ..... Fax ..... Mobile Phone .....

E-mail .....

- I hereby certify that
- This article is solely my own work.
  - This article is a work of mine and co-authors as stated above.
  - This article has never been published.
  - I will not submit this article for publication in other journals within 60 days from the date that I submit this article.

(Sign).....

(.....)

Date Month Year of Submission...../...../.....



วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง  
333 หมู่ 1 ตำบลท่าสุต อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100  
Website: <http://law.mfu.ac.th>  
Email: [journal.law@mfu.ac.th](mailto:journal.law@mfu.ac.th)  
Facebook: [www.facebook.com/lawjournal.mfu.ac.th](http://www.facebook.com/lawjournal.mfu.ac.th)

