บทที่ 3

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับพันธกรณีตามอนุสัญญากรุงเคปทาวน์ ค.ศ. 2001 และร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ

เนื้อหาในบทนี้ จะกล่าวถึงปัญหาต่าง ๆ ซึ่งเป็นประเด็นเกี่ยวกับการปรับใช้บทบัญญัติบางประการของอนุสัญญาฯ และร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ โดยผู้เขียนแบ่งเนื้อหาเป็น 2 ส่วน โดยส่วนแรกจะกล่าวถึงปัญหาในการปรับใช้บทบัญญัติบางประการของอนุสัญญาฯ และส่วนสองจะกล่าวถึงปัญหาในการปรับใช้บทบัญญัติของร่างพิธีสารฯ ซึ่งมีปัญหากฎหมายหลายประการที่มีการถกเถียงกันมานานตั้งแต่ในชั้นยกร่างและยังไม่ยุติ โดยปัจจุบันได้มีการเปิดให้มีการแสดงความคิดเห็นก่อนที่จะมีการเปิดให้ลงนามรับร่างพิธีสารฯ เช่น ปัญหาเรื่องขอบเขตคำนิยามสินทรัพย์อวกาศ ปัญหาเรื่องการบ่งชี้สินทรัพย์อวกาศ ปัญหาเรื่องขอบเขตสิทธิของลูกหนี้ และสิทธิที่เกี่ยวข้อง ปัญหาการเยียวยาเจ้าหนี้กรณีเจ้าหนี้มีสิทธิครอบครองแต่ไม่มีสิทธิควบคุมดาวเทียม ปัญหากรณีการใช้สินทรัพย์อวกาศเพื่อการให้บริการสาธารณะ ปัญหาเรื่องผลกระทบจากการโอนสิทธิเหนือสินทรัพย์อวกาศ ปัญหาเรื่องหน่วยงานที่ทำหน้าที่รับจดทะเบียนสินทรัพย์อวกาศ เป็นต้น[1]

1. ปัญหาในการปรับใช้บทบัญญัติบางประการของอนุสัญญาฯ

1.1 ปัญหาการเลือกศาล

ตามอนุสัญญากรุงเคปทาวน์ ค.ศ. 2001 หมวด 12 ว่าด้วยเขตอำนาจศาล ข้อ 42 การเลือกศาล (Choice of forum) ได้กำหนดหลักเกณฑ์เปิดช่องให้คู่สัญญาสามารถตกลงเลือกศาลที่จะมาทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทที่จะเกิดตามสัญญาระหว่างคู่สัญญา โดยศาลที่คู่สัญญาตกลงเลือกอาจไม่มีความเกี่ยวข้องหรือจุดเกาะเกี่ยวกับคู่สัญญาหรือธุรกรรมเลยก็ได้[2] กล่าวคือ

---

[1] See <http://spacelawprobe.blogspot.com/2006/12/your-comments-on-draft-international.html>, June 2007.

[2] Cape Town Convention, Article 42

ศาลที่คู่สัญญาตกลงเลือกนี้อาจมิใช่ศาลที่คู่สัญญามีสัญชาติหรือมีภูมิลำเนาหรือมีถิ่นที่อยู่และอาจมิใช่ศาลอันเป็นถิ่นที่มีการทำสัญญาก็ได้ โดยศาลที่คู่สัญญาตกลงเลือกจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีเพียงศาลเดียว (exclusive) เว้นแต่คู่สัญญามีการตกลงกันเป็นอย่างอื่น ในกรณีที่เป็นแบบ exclusive แล้ว ศาลอื่น ๆ ของรัฐภาคีจะไม่มีเขตอำนาจในการรับฟ้อง[3] หากฟ้องศาลอื่นนอกเหนือจากที่ตกลงกันไว้ในสัญญา ศาลนั้นต้องไม่ประทับรับฟ้อง ทั้งนี้ข้อตกลงเลือกศาลนี้ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขตามที่บัญญัติในอนุสัญญา ข้อ 43 และ 44 กล่าวคือ ในส่วนของเขตอำนาจศาลที่จะออกคำสั่งเพื่อบรรเทาความเสียหายชั่วคราวแก่เจ้าหนี้นั้น อนุสัญญากรุงเคปทาวน์ ค.ศ. 2001 ได้กำหนดเขตอำนาจศาลเป็นการเฉพาะ[4] และศาลแห่งถิ่นอันเป็นที่ตั้งศูนย์กลางบริหารงานของผู้รับจดทะเบียน จะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการเฉพาะที่จะกำหนดค่าเสียหายหรือออกคำสั่งต่อผู้รับจดทะเบียน[5]

จะเห็นได้ว่า ข้อตกลงเลือกศาลนี้มีลักษณะเป็นการเอื้อประโยชน์แก่รัฐเจ้าหนี้มากกว่ารัฐของลูกหนี้ ทั้งนี้เพราะโดยมากข้อตกลงเลือกศาลในสัญญา คู่สัญญามักตกลงให้ใช้กฎหมายของประเทศเจ้าหนี้เป็นหลัก รวมถึงการกำหนดให้ศาลของประเทศเจ้าหนี้เป็นศาลที่มีเขตอำนาจในกรณีที่เกิดกรณีพิพาทขึ้น อย่างไรก็ดี รัฐที่ประสงค์จะเข้าเป็นภาคีสามารถที่จะทำคำประกาศ ณ เวลาที่มีการให้สัตยาบัน ยอมรับ เห็นชอบ หรือภาคยานุวัติพิธีสาร เพื่อกำหนดศาลแห่งใดแห่งหนึ่งหรือหลายแห่งให้เป็นศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้สอดคล้องตามกฎหมายภายในของตนเพื่อความมุ่งประสงค์ในการปรับใช้บทบัญญัติหมวด 12 นี้

ข้อพิจารณาคือ การเปิดช่องให้เลือกศาลดังกล่าวนี้จะขัดแย้งหรือไม่กับอนุสัญญาว่าด้วยหลักการเกี่ยวกับกิจกรรมของรัฐในการสำรวจและการใช้ห้วงอวกาศ รวมถึงดวงจันทร์และ

---

[3] Roy Goode, Official Commentary to Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment, (Rome: UNIDROIT, 2002), p.142. และ สุดา วิศรุตพิชญ์ และคณะ, รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ (Final Report) งานจ้างที่ปรึกษาเพื่อศึกษาความเหมาะสมในการเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยผลประโยชน์ระหว่างประเทศในอุปกรณ์เคลื่อนที่และร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ, เสนอต่อกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (กรุงเทพมหานคร, 2549), น.44–45.

[4] Cape Town Convention, Article 43

[5] Cape Town Convention, Article 44

เทห์ฟากฟ้าอื่น ๆ (Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies 1967: Outer Space Treaty 1967 หรือ "OST" ต่อไปจะเรียกว่า *"สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967"*) ซึ่งวางหลักว่า "รัฐภาคีตามสนธิสัญญาที่มีการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ (space object) จะเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจศาล มีอำนาจควบคุมเหนือวัตถุใด ๆ ดังกล่าวตลอดจนเหนือบุคคลใด ๆ ในอวกาศและเทห์ฟากฟ้า[6]

<u>อุทาหรณ์</u> รัฐ A จดทะเบียนวัตถุอวกาศตามสนธิสัญญาว่าด้วยการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1976 (Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space 1976: Registration Convention 1976") ดังนั้น รัฐ A จึงเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจ (Jurisdiction) มีอำนาจควบคุมเหนือวัตถุอวกาศดังกล่าวตลอดจนเหนือบุคคลใด ๆ ในอวกาศและเทห์ฟากฟ้า หากวัตถุอวกาศดังกล่าว คือดาวเทียมได้มีการนำมาจดทะเบียนใช้เป็นหลักประกัน โดยคู่สัญญาตกลงเลือกศาลของรัฐ B เป็นศาลที่มีเขตอำนาจ ข้อตกลงเลือกศาลของคู่สัญญาสามารถมีผลหรือไม่ เขตอำนาจระหว่างรัฐทั้งสองจะขัดกันหรือไม่ อย่างไร

จะเห็นได้ว่า ข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้ ทั้งนี้โดยความมุ่งหมายของสนธิสัญญาว่าด้วยการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ (Registration Convention) เป็นการกำหนดเขตอำนาจรัฐ โดยกำหนดให้รัฐที่มีการจดทะเบียนเหนือวัตถุอวกาศเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจในการควบคุมเหนือวัตถุที่ส่งขึ้นไปในอวกาศ โดยการกำหนดดังกล่าวสัมพันธ์กับเรื่อง "ความรับผิดชอบของรัฐ" (State Responsibility) ในกรณีที่วัตถุอวกาศที่ส่งขึ้นไปในอวกาศดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งเป็นคนละกรณีกับความมุ่งหมายในการกำหนดเขตอำนาจศาล ตามอนุสัญญากรุงเคปทาวน์ ค.ศ. 2001 และร่างพิธีสารเบื้องต้นฯ นอกจากนี้ การจดทะเบียนวัตถุอวกาศตาม Registration Convention 1976 เป็นคนละกรณีกับการจดทะเบียนสินทรัพย์อวกาศเพื่อเป็นหลักประกันตามอนุสัญญาและพิธีสารสินทรัพย์อวกาศ ซึ่งกรณีหลังหมายถึงกรณีสิทธิของคู่สัญญาที่เป็นเอกชนภายใต้อนุสัญญาและร่างพิธีสารฯ ดังนั้น คู่สัญญาเอกชนจึงมีสิทธิที่จะตกลงเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เรื่องศาลที่มีเขตอำนาจได้[7]

---

[6] Outer Space Treaty 1967, Article VIII

[7] Cape Town Convention, Article 42 และ Article 43 และ ร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ, Article XVII

1.2 ปัญหากฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใช้บังคับกับสัญญา (Choice of Law)

ดังที่ได้กล่าวในบทที่ 1 เกี่ยวกับหลักการพื้นฐานของอนุสัญญาและร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศว่าด้วยหลักเสรีภาพของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายหรือหลัก Party Autonomy โดยร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศได้วางหลักเกี่ยวกับประเด็นเรื่องการเลือกกฎหมาย (Choice of law) โดยกำหนดให้คู่สัญญาสามารถทำความตกลงเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาได้เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนได้[8] โดยกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใช้บังคับนั้นอาจมิได้มีจุดเกาะเกี่ยวหรือเกี่ยวพันกับคู่สัญญาเลยก็ได้ กล่าวคือ กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกนั้นอาจจะมิใช่กฎหมายของประเทศที่คู่สัญญานั้นมีสัญชาติหรือมีภูมิลำเนาหรือ อาจมิได้เป็นกฎหมายของรัฐที่เป็นภาคีอนุสัญญากรุงเคปทาวน์ก็ได้[9] นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถ้อยคำที่ปรากฏในร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศนั้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายที่คู่สัญญาตกลงเลือกนั้นจะกำหนดเพียงสิทธิและหน้าที่ในทางสัญญา (contractual rights and obligations) ซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิในทางหนี้เท่านั้น กล่าวคือไม่รวมถึงกรณีทรัพยสิทธิ (*jus in rem*)[10]

ทั้งนี้ หลักการยอมรับการเลือกกฎหมายนี้จะมีผลใช้บังคับเว้นแต่รัฐภาคีได้ทำคำประกาศฝ่ายเดียว ณ เวลาที่มีการให้สัตยาบัน หรือยอมรับ หรืออนุมัติ หรือภาคยานุวัติพิธีสารว่าไม่ประสงค์ที่จะใช้บังคับข้อตกลงเลือกศาลตามข้อ VIII นี้[11] หากรัฐภาคีมิได้ทำคำประกาศเช่นว่าหลักการเลือกกฎหมายย่อมผลผูกพันรัฐนั้น โดยประเด็นกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใช้บังคับ (applicable law) นี้จะสัมพันธ์กับประเด็นเรื่องการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (characterisation) ซึ่งจะกล่าวในหัวข้อถัดไป

อนึ่ง ตามความมุ่งหมายของร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ ข้อ VIII คำว่า “กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใช้บังคับ” มุ่งหมายถึง “กฎหมายภายใน” ซึ่งหมายถึงกฎหมายสารบัญญัติ (substantive law) เท่านั้น เพราะเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาสามารถกำหนดสิทธิและหน้าที่

---

[8] ร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ, Article VIII

[9] Roy Goode, *supra note* 3, p.64.

[10] ร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ, Article VIII

[11] ร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ, Article VIII (1) ประกอบกับ Article XXVI(1)

ระหว่างคู่สัญญาได้ มิได้หมายถึงกฎหมายขัดกัน (conflict of laws) หรือกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลแต่อย่างใด เว้นแต่จะมีการกำหนดเป็นอย่างอื่น[12] จากหลักดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นว่า การย้อนส่ง (renvoi) ตามกฎหมายขัดกันจะไม่นำมาใช้แก่กรณีสัญญา โดยเรียกหลักดังกล่าวนี้ว่า “การปฏิเสธการย้อนส่ง” (Exclusive of renvoi)[13]

นอกจากนี้ การตกลงเลือกกฎหมายตามร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศนี้ คู่สัญญาสามารถตกลงเลือกกฎหมายได้มากกว่าหนึ่งประเทศเพื่อใช้บังคับในสาระสำคัญของสัญญา กล่าวคือ โดยปกติแล้ว สัญญาอาจแบ่งออกเป็นประเด็นต่าง ๆ ได้หลายประเด็น เช่น ประเด็นการเกิดขึ้นของสัญญา วัตถุประสงค์ของสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา การเรียกร้องค่าเสียหาย ฯลฯ เป็นต้น ซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสาระสำคัญของสัญญานี้ กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ก็ถือตามระบบกฎหมายต่าง ๆ กัน ดังนั้น สาระสำคัญแต่ละประเด็นจึงอาจอยู่ภายใต้กฎหมายต่างฉบับ และอยู่ภายใต้กฎหมายมากกว่าหนึ่งประเทศสุดแต่เจตนาของคู่สัญญาที่ตกลงกันไว้ นักนิติศาสตร์เรียกการเลือกกฎหมายแบบนี้ว่า “การแยกส่วนของสัญญา” (scission of contract, *depecage* in French (กฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญามีมากกว่าหนึ่ง))[14] หรือบางครั้งก็เรียกว่า “Picking and Choosing”[15]

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาเนื้อหาพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ของประเทศไทย จะเห็นได้ว่า กฎหมายขัดกันของประเทศไทยยอมรับหลักเสรีภาพของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมาย ดังที่ปรากฏในมาตรา 13 วรรค 1[16] และมีแนวคำพิพากษาของศาลไทยเกี่ยวกับการยอมรับกฎหมายที่คู่กรณีตกลงเลือกตาม ”หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา

---

[12] ร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ, Article VIII (3)

[13] สุดา วิศรุตพิชญ์ และคณะ, *supra note* 3, น.45.

[14] *Ibid.,*น.45. และโปรดดู หยุด แสงอุทัย, <u>คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายและสัญชาติ</u>, แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2504) น. 265-266.

[15] กมล สนธิเกษตริน, <u>คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล</u> (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2539) น.231.

[16] พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 13 วรรค 1 บัญญัติว่า *“ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญานั้นให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี…”*

ของคู่กรณี"[17] อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบเนื้อหาในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 13 กับร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ ข้อ VIII ไม่ปรากฏว่า บทบัญญัติกฎหมายของไทยยอมรับหลักการเรื่อง "การปฏิเสธการย้อนส่ง" และหลักการเรื่อง "การแบ่งส่วนสัญญา" แต่อย่างใด[18]

1.3 <u>ปัญหาการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง</u>

ประเด็นเรื่องการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้น โดยลักษณะของเรื่องถือว่าเป็นนิติวิธีประเภทหนึ่งว่าด้วยเรื่องเทคนิคการตีความและการให้เหตุผลทางกฎหมาย (Legal Reasoning) ทั้งนี้เพราะโดยธรรมชาติของเรื่องดังกล่าวเปรียบเสมือนกลไกหนึ่งหรือเป็นเครื่องมือหนึ่งของศาลในการพิจารณาว่า ข้อเท็จจริงที่ขึ้นมาสู่ศาลต้องด้วยลักษณะข้อกฎหมายเรื่องใด ดังนั้น โอกาสที่ศาลจะให้ลักษณะข้อกฎหมายไขว้เขวผิดเรื่องจึงอาจมีได้ และจะทำให้ผลแห่งคดีออกมาแตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากข้อเท็จจริงดังกล่าวมีองค์ประกอบต่างประเทศ (Foreign Elements) เข้ามาเกี่ยวข้องด้วยแล้ว ยิ่งเป็นเรื่องที่ยากมากขึ้นอีกเพราะศาลจะต้องคำนึงถึงกฎหมายขัดกันและกฎหมายของต่างประเทศ (Foreign Law) ด้วย เพื่อเป็นการทำความเข้าใจเนื้อหาส่วนนี้ ผู้เขียนจะนำเสนอเนื้อหาในทางทฤษฎีในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือกฎหมายขัดกันก่อนแล้วจึงเชื่อมโยงกับเนื้อหาในส่วนที่เกี่ยวกับอนุสัญญากรุงเคปทาวน์ ค.ศ. 2001 ดังนี้

(1) ความหมายของการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง

การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (Characterization หรือ Qualification หรือ Classification) [19] คำดังกล่าวนี้ในภาษาไทยมีการแปลและใช้คำแตกต่างกัน เช่น ท่านอาจารย์

---

[17] คำพิพากษาฎีกาที่ 2930/2519 คู่สัญญาโอนหุ้นมีสัญชาติอเมริกันร่วมกัน ตกลงให้ใช้กฎหมายอเมริกันบังคับแก่สัญญา ข้อตกลงนั้นใช้บังคับได้ อ้างถึงใน หยุด แสงอุทัย, *supra note* 14, น. 270.

[18] สุดา วิศรุตพิชญ์ และคณะ, *supra note* 3, น. 45.

[19] บทความที่เขียนเกี่ยวกับเรื่อง Characterization ครั้งแรกเขียนโดย Prof. Franz Kahn ตีพิมพ์ใน Yale Law Journal ในปี 1891 ต่อมาในปี 1897 Prof. Bartin ได้เขียนเรื่องเดียวกัน โดยท่านใช้คำว่า Qualification และชื่อดังกล่าวก็เริ่มแพร่หลาย โดยทั้งสองท่านได้เสนอ

คนึง ฦาไชย ให้ความหมายว่า *"การจัดลักษณะของมูลกรณี"*[20] ส่วนอาจารย์หยุด แสงอุทัย ให้ความหมายว่า *"การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง"*[21] และอาจารย์ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช ให้ความหมายว่า "การให้ปัญหาข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง"[22] เป็นต้น

การพิจารณาการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยการพิจารณาจากกฎหมายภายในของศาลที่พิจารณาคดี เป็นเครื่องมือในการวินิจฉัยว่าควรให้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตกอยู่ภายใต้กฎหมายลักษณะใด ตาม ทฤษฎี Lex fori ซึ่งจะกล่าวต่อไป

อันที่จริงแล้ว คำภาษาอังกฤษทั้ง 3 คำ มีการใช้กันทั่วไปโดยสื่อความหมายในทำนองเดียวกัน โดยคำว่า "Qualification" จะเป็นที่นิยมใช้ในภาคพื้นทวีปมากกว่า ส่วนคำว่า Characterization และ "Classification" จะเป็นที่นิยมใช้ในกลุ่ม Anglo-American โดยเฉพาะประเทศอังกฤษ อย่างไรก็ตาม Prof. Beckett ดูเหมือนจะเป็นคนแรกที่เห็นว่า ควรใช้คำว่า Classification มากกว่าคำว่า "Characterization" เพราะท่านเห็นว่า คำดังกล่าวถูกต้องตามหลักภาษาศาสตร์มากกว่า โปรดดู "The Question of Classification (Qualification) in Private International Law," Brit.Y.B.Int.L.46, p.3. แต่ Prof. Falconbridge มีความเห็นตรงกันข้ามโดยเห็นว่า คำว่า "Characterization" เป็นคำภาษาอังกฤษที่เหมาะสมที่สุด โปรดดู Falconbridge, "Characterization in the Conflict of Laws," L.Q.Rev. 235 (1937), p.17. ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของ Nussbuam อย่างไรก็ตาม Nussbuam ให้ข้อสังเกตว่า คำว่า "Qualification" ดูจะได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศมากที่สุด โปรดดู Book Review, 40 Col.L.Rev. 1461(1940), p.2. cited by Earnest G. Lorenzen, "The Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws," Yale L.J. 743 (1944) p.743. และ "The Theory of Qualifications and the Conflict of Laws," 20 Col.L.Rev. 247 (1920), cited by A.H.Robertson, "A Survey of the Characterization Problem in the Conflict of Laws," Harv.L.Rev. 747 (1939), p.747.

[20] คนึง ฦาไชย, คำบรรยายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (การขัดกันแห่งกฎหมาย), (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2522) น.22.

[21] หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527) น. 56.

[22] ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548) น.152.

โดยทางปฏิบัติแล้ว เมื่อคดีขึ้นสู่ศาล ก่อนที่ศาลจะวินิจฉัยและตัดสินในประเด็นแห่งคดีได้นั้น สิ่งที่ศาลต้องคำนึงเป็นอันดับแรก คือ ศาลจะต้องรู้ให้ได้ก่อนว่า ข้อเท็จจริงที่พิพาทกันนั้นเป็นเรื่องอะไร เช่น เป็นเรื่องละเมิดหรือว่าเป็นเรื่องสัญญา เป็นต้น ทั้งนี้ศาลจะได้ปรับหลักกฎหมายให้ถูกต้องแก่ข้อเท็จจริง ซึ่งขั้นตอนดังกล่าวนี้เป็นขั้นตอนที่ทำกันในทุกประเทศและทำในทุกระบบกฎหมาย กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็นระบบคอมมอนลอว์หรือซีวิลลอว์ ศาลภายในซึ่งพิจารณาคดี ต่างต้องทำขั้นตอนดังกล่าวทั้งสิ้น ซึ่งในทางนิติศาสตร์เรียกขั้นตอนนี้ว่า *subsume*[23]

อย่างไรก็ตาม การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือตามกฎหมายขัดกันนั้น เป็นขั้นตอนที่คล้ายคลึงกันแต่ซับซ้อนกว่า ทั้งนี้เป็นเพราะว่า ข้อเท็จจริงมีความแตกต่างเนื่องจากพัวพันหรือเกี่ยวพันกับองค์ประกอบต่างประเทศ กล่าวคือ มี Foreign Factors เข้ามาเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริง ดังนั้นการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของศาล จึงหาได้คำนึงแต่เพียงกฎหมายแพ่งภายในของตนเท่านั้น แต่ศาลจะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงกฎหมายขัดกัน และกฎหมายของต่างประเทศ (Foreign Law) อีกด้วย[24]

(2) ที่มาของปัญหา

ปัญหาเกี่ยวกับเรื่องการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้น เกิดขึ้นได้ด้วยสาเหตุหลัก 2 ประการ คือ

1. เกิดเพราะความแตกต่างของระบบกฎหมายในการกำหนดประเภทหรือประเด็นของเรื่อง เช่น หากมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นมากรณีหนึ่ง ศาลบางประเทศมองว่าเป็นเรื่องการผิดสัญญา ในขณะที่บางประเทศมองว่าเป็นเรื่องละเมิด เป็นต้น

2. เกิดจากเนื้อหาของกฎหมายในแต่ละประเทศแตกต่างกัน กล่าวคือ ระบบกฎหมายของสองประเทศมีความเหมือนหรือคล้ายคลึงกันในการกำหนดประเภทหรือประเด็นแห่งคดี แต่เนื้อหาของกฎหมายแตกต่างกัน เช่น มีการจัดประเภทของข้อเท็จจริงแล้วว่าเป็นเรื่องความยินยอมของบิดามารดาในการอนุญาตให้ผู้เยาว์สมรส แต่ตามกฎหมายอังกฤษมองว่าเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องแบบ แต่ขณะเดียวกันกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสมองว่าเป็นเรื่องความสามารถ

---

[23] *Ibid.,* p.153.

[24] Torben Svenne Schmidt, “The Incidental Question in Private International Law”, Recueil des Cours II (1992), p.333. cited by ประสิทธ์ ปิวาวัฒนพานิช, *supra note* 20, น.153.

หรือกรณีมีการให้ลักษณะกฎหมายแล้วว่าเป็นเรื่องทรัพย์ แต่เนื้อหาการพิจารณาว่าเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์แตกต่างกัน เป็นต้น

ในทางปฏิบัติเมื่อคดีขึ้นสู่ศาล ศาลประเทศใดก็ต้องพิจารณาคดีตามกฎหมายของประเทศตน (Lex fori) ดังนั้น จากข้อเท็จจริงข้างต้น ศาลของประเทศอังกฤษก็จะตัดสินเรื่องดังกล่าวว่า เป็นเรื่องแบบ ส่วนศาลประเทศฝรั่งเศสก็ตัดสินว่าเป็นเรื่องความสามารถ และเมื่อข้อเท็จจริงมีองค์ประกอบต่างประเทศเกี่ยวข้อง ยกตัวอย่างเช่น ผู้เยาว์สัญชาติฝรั่งเศส มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศฝรั่งเศส แต่ได้สมรสกันในประเทศอังกฤษ ดังนั้นหากฟ้องกันที่ประเทศอังกฤษ ศาลอังกฤษจะตัดสินโดยใช้กฎหมายตนเลยโดยข้ามไม่พิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่ว่า บุคคลดังกล่าวมีสัญชาติฝรั่งเศสและมีภูมิลำเนาที่ฝรั่งเศส และดูเหมือนจะไม่ยุติธรรม ปัญหาก็คือว่า ศาลที่รับคดีจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงนี้โดยคำนึงถึงกลไกของกฎหมายขัดกันด้วย ดังนั้น หน้าที่ศาล นอกจากจะให้ลักษณะกฎหมายว่าเป็นเรื่องอะไรแล้ว ศาลยังต้องพิจารณาตามกลไกของกฎหมายขัดกันหากข้อเท็จจริงมีองค์ประกอบต่างประเทศ เพื่อหาจุดเกาะเกี่ยว (Connecting Point) โยงไปสู่หลักกฎหมายสารบัญญัติเพื่อนำมาปรับกับคดี อย่างไรก็ตาม ในทางทฤษฎีมีความเห็นเกี่ยวกับกลไกการพิจารณาดังกล่าวมีหลายทฤษฎี ดังจะได้กล่าวต่อไป ในชั้นนี้ พึงระลึกเสมอว่า การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงแตกต่างกัน จะมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของคู่ความแตกต่างกัน ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ศาลที่ทำหน้าที่พิจารณาควรมีความรู้เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว

(3) ทฤษฎีที่ใช้ในการวินิจฉัยปัญหาการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง

ในทางตำราของต่างประเทศว่าด้วยกฎหมายขัดกัน มีหลายทฤษฎีที่ได้กล่าวถึงการวินิจฉัยปัญหาการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ที่สำคัญๆ มีอยู่ 3 ทฤษฎี คือ

1. ทฤษฎี *lex fori*
2. ทฤษฎี *lex causae* และ
3. การวิเคราะห์ข้อความคิดทางกฎหมายและการใช้วิธีตามกฎหมายเปรียบเทียบ (Analytical jurisprudence and comparative legal studies)

โดยแต่ละทฤษฎีมีเนื้อหาโดยสรุป ดังนี้

1. <u>ทฤษฎี *lex fori*</u> : เป็นการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดี ซึ่งประเทศที่ถือตามทฤษฎีนี้ คือ ประเทศอังกฤษ กล่าวคือ เมื่อมีข้อเท็จจริงขึ้นสู่ศาลอังกฤษ ศาลจะนำกฎหมายอังกฤษ ซึ่งเป็นกฎหมายของศาลที่กำลังพิจารณาคดีมาพิจารณา อย่างไรก็ตาม กฎหมายอังกฤษที่จะนำมาพิจารณาปัญหาการขัดกันของกฎหมายจะไม่เคร่งครัดเหมือนอย่างคดีที่ใช้กฎหมายภายในโดยสิ้นเชิง แต่ศาลจะ

คำนึงถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวเนื่องกับต่างประเทศประกอบด้วย กล่าวคือ แม้นิติสัมพันธ์ของคู่กรณีจะไม่สามารถปรับได้ครบองค์ประกอบหรือหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในในเรื่องใดเรื่องหนึ่งได้โดยครบถ้วน แต่ถ้าหากนิติสัมพันธ์นั้นมีลักษณะใกล้เคียงกับลักษณะกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งแล้ว ศาลอังกฤษก็จะปรับเข้าลักษณะของกฎหมายเรื่องนั้น[25]

ยกตัวอย่างเช่น สามีภรรยาชาวฝรั่งเศสมีภูมิลำเนาในฝรั่งเศส ความสัมพันธ์ของสามีภรรยาในเรื่องทรัพย์สินตามกฎหมายฝรั่งเศสอยู่ภายใต้ตามบังคับหลักกฎหมายเรื่อง comunaute des biens หรือ community of property แต่หลักนี้ไม่มีในกฎหมายอังกฤษ ต่อมาสามีตายในประเทศอังกฤษ และได้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินให้แก่ผู้อื่นทั้งหมด ฝ่ายภรรยาจึงฟ้องผู้จัดการมรดกเรียกร้องส่วนแบ่ง ศาลอังกฤษเห็นว่า เรื่องดังกล่าวมีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาก่อนสมรสตามกฎหมายอังกฤษ แม้ว่าหาพิจารณาตามกฎเกณฑ์เรื่องสัญญาตามกฎหมายภายในของอังกฤษ จะไม่ถือว่าเป็นสัญญาก็ตาม แต่ศาลอังกฤษก็จัดลักษณะ communaute des biens เป็นเรื่องสัญญา เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นที่ศาลอังกฤษจะไม่ให้ลักษณะข้อกฎหมายตามทฤษฎี *Lex fori* คือ กรณีที่คดีที่กฎหมายจะนำมาปรับใช้บังคับแก่ข้อเท็จจริงของทั้งสองประเทศมีหลักการให้ลักษณะข้อกฎหมาแก่ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน[26]

2. <u>ทฤษฎี *lex causae*</u>: ทฤษฎีนี้เสนอนักนิติศาสตร์ชาวเยอรมัน คือ Prof. Martin Wolff ทฤษฎีนี้เป็นการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยท่านเห็นว่า “เป็นเรื่องไม่เหมาะสมที่ศาลที่กำลังพิจารณาคดีอยู่จะปรับใช้ตามกฎหมายแพ่งของตนเพราะว่าข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นพิพาทนั้น ควรจะให้กฎหมายแพ่งของประเทศนั้นๆ ตัดสินเองว่าเป็นเรื่องอะไร เพราะหากใช้ทฤษฎี *lex fori* ข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นพิพาทจะแปรผันไปตามกฎหมายภายในของศาลที่พิจารณาคดีว่าฟ้องที่ศาลใดก็จะใช้กฎหมายแพ่งของศาลนั้นเป็นเครื่องมือวินิจฉัย [27]

อย่างไรก็ตาม บางกรณีศาลก็ไม่อาจจะให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ เนื่องจากว่าไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนั้น เช่น ในคดี Ogden v. Ogden (1908) ซึ่งเป็นกรณีผู้แทนโดยชอบธรรมไม่ได้ให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ทำการสมรส จึงเกิดประเด็นว่าเรื่อง

---

[25] คนึง ฤาไชย, *supra note* 18, น. 25.

[26] *Ibid.*

[27] ประสิทธ์ ปิวาวัฒนพานิช, *supra note* 20, น.156.

ดังกล่าวเป็นเรื่อง แบบหรือเรื่องเงื่อนไขแห่งการสมรส เป็นต้น ดังนั้น การยึดถือตามแนวทฤษฎีนี้ ศาลที่พิจารณาคดีจะต้องทราบกฎหมายแพ่งของต่างประเทศว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นควรจะเข้าลักษณะกฎหมายใดมากที่สุด ซึ่งเป็นไปได้ยากที่ศาลจะเข้าใจกฎหมายที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ

3. การวิเคราะห์ข้อความคิดทางกฎหมายและการใช้วิธีตามกฎหมายเปรียบเทียบ (Analytical jurisprudence and comparative legal studies) ตามทฤษฎีนี้ หมายถึง การพิจารณาปรัชญากฎหมาย โดยการเปรียบเทียบหลักกฎหมายของประเทศต่างๆ เพื่อหาหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นแก่นของเรื่อง โดยศาสตราจารย์ Ernst Rabel และ ศาสตราจารย์ Backett เสนอว่า ก่อนที่ศาลจะกำหนดว่าเรื่องนั้นเป็นเรื่องอะไร ศาลควรจะศึกษาโดยการศึกษาเปรียบเทียบข้อความคิดทางกฎหมายก่อนว่า ระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ มองเรื่องดังกล่าวว่าอย่างไร ทฤษฎีนี้ ท่านศาสตราจารย์ Beckett เห็นว่าการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงบนฐานของการวิเคราะห์ข้อความคิดทางกฎหมายและการใช้วิธีตามกฎหมายเปรียบเทียบเป็นวิธีที่เหมาะสมที่สุด โดยท่านให้เหตุผลสนับสนุนว่า *“กฎเกณฑ์ว่าด้วยกฎหมายขัดกันนั้นเป็นกฎเกณฑ์ที่ศาลใช้เมื่อเกิดกรณีที่มีความต่างเรื่องกฎหมาย ดังนั้นการศึกษาโดยวิธีการเปรียบเทียบจึงเป็นการเหมาะสมที่สุดที่จะศึกษาความต่างของกฎหมายเหล่านั้น เพราะลำพังการศึกษาจากกฎหมายภายในของประเทศหนึ่งของระบบกฎหมายหนึ่งย่อมไม่เพียงพอ และจากตัวอย่างในหลายๆคดีศาลได้ตัดสินให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงตามกฎหมายภายในของตน ซึ่งก็ต้องตีความและให้เหตุผลตามกฎหมายทั่วไปของตน”*[28]

---

[28] เป็นแนวคิดเช่นเดียวกันกับท่านศาสตราจารย์ Ernst Rabel (1931) Zeitschrift 241; (1933) Revue de Droit International Prive 1 และ Meriggi (1932) Rivista Italiana 189; (1933) Revue de DroitInternational Prive 201; 14 B.U.L.Rev 319 (1934) cite by A.H. Robertson, “A Survey of the Characterization Problem in the Conflict of Laws,” Harv.L.Rev.747 (1939) p.747. และโปรดดู Ernst Rabel, The Conflict of Laws: A Comparative Study Volume 1, Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1947.

อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ Falconbridge ตั้งข้อสังเกตต่อความเห็นของศาสตราจารย์ Beckett ว่า *"การให้ลักษณะข้อกฎหมายตามทฤษฎีกฎหมายเปรียบเทียบนั้นดูเหมือนจะก่อให้เกิดภาระแก่ศาลในการศึกษากฎหมายเพื่อเปรียบเทียบ..."*[29]

จากการศึกษา สามารถสรุปได้ว่า ทฤษฎีที่ใช้ในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่พบกันทั่วไป มีอยู่ 3 ทฤษฎีหลักๆ และในทางปฏิบัติในการพิจารณาของศาลในหลายๆประเทศ ทฤษฎี Lex fori ดูจะเป็นที่นิยมมากที่สุด เนื่องจากว่าไม่สร้างภาระแก่ศาลมากเกินไปอีกทั้งสามารถปรับใช้ได้ง่ายและสะดวกแก่ศาลในการพิจารณาปรับใช้กฎหมายภายในของตน เนื่องจากว่าศาลย่อมมีความรู้ความเชี่ยวชาญกฎหมายภายในของตนดีอยู่แล้วนั่นเอง

(4) ข้อพิจารณาเชื่อมโยงกับกรณีตามอนุสัญญากรุงเคปทาวน์ ค.ศ. 2001

เนื่องจากว่า แนวคิดเรื่องหลักประกันหนี้ตามระบบกฎหมายที่มีอยู่ในโลกนี้ แบ่งหลัก ๆ ได้เป็น 2 ระบบ คือ แนวคิดแบบ Traditional Approach (Formal Approach) และ Functional Approach กล่าวคือแนวคิดแบบแรกนั้นจะยึดติดอยู่กับเรื่อง "แบบของสัญญา" (Form) เป็นหลัก โดยมองว่าสิ่งที่จะนำมาเป็นหลักประกันได้นั้นกรรมสิทธิ์ต้องเป็นของผู้ให้หลักประกัน แนวคิดแบบแรกนี้แตกต่างจากแนวคิดแบบหลังซึ่งเห็นว่าสิ่งที่จะนำมาเป็นหลักประกันได้นั้น ไม่จำเป็นต้องขึ้นอยู่กับแบบของสัญญา แต่สิ่งที่จะทำหน้าที่เป็นหลักประกันนั้น คือ การให้เจ้าหนี้ถือกรรมสิทธิ์โดยกรรมสิทธิ์จะทำหน้าที่เป็นหลักประกัน ดังนั้น สัญญาซื้อขายโดยมีข้อตกลงหน่วงกรรมสิทธิ์ สัญญาเช่าแบบลิสซิ่ง ตามแนวคิดแบบหลังนี้มิใช่เพียงสัญญาธรรมดาแต่เป็นสัญญาที่ทำหน้าที่เป็นหลักประกันด้วย[30] ตัวอย่างกฎหมายของประเทศที่ถือตามแนวคิดแบบ Functional Approach คือ ประเทศสหรัฐอเมริกา[31] ประเทศแคนาดา[32] และประเทศนิวซีแลนด์ เป็นต้น ด้วยเพราะความ

---

[29] Falconbridge, "Characterization in the Conflict of Laws," L.Q.Rev. 235 (1937), p.245.

[30] สรุปจาก ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, "การประกันหนี้ด้วยวัตถุอากาศยาน รถไฟ และสินทรัพย์อวกาศ," วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 4 ปีที่ 32, น. 800-801 (ธันวาคม 2545).

[31] ตาม Uniform Commercial Code ("UCC") มาตรา 9-102 (2) บัญญัติว่า

"This Article applies to security interests created by contract including pledge, assignment, chattel mortgage, chattel trust, trust deed, factor's lien, equipment trust, conditional sale, trust receipt, other lien or title retention contract and lease or consignment intended as security. This Article does not apply to statutory liens except

ต่างของระบบกฎหมายหลักประกันนี้เอง จึงเป็นที่มาในการสร้างหลักเกณฑ์สากลตามอนุสัญญากรุงเคปทาวน์ ค.ศ. 2001 โดยมุ่งสร้างหลักเกณฑ์ขึ้นมาให้ครอบคลุมระบบหลักประกันทั้งสองระบบ ดังที่ปรากฏในอารัมภบทของอนุสัญญากรุงเคปทาวน์ ค.ศ. 2001

ข้อพิจารณาคือ รูปแบบของสัญญาก่อตั้งสิทธิตามอนุสัญญาทั้ง 3 รูปแบบ คือ สัญญาหลักประกัน สัญญาซื้อขายโดยมีข้อตกลงหน่วงกรรมสิทธิ์ และสัญญาเช่าแบบลิสซิ่ง หากพิจารณาตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และประเทศนิวซีแลนด์ จะเป็นเพียงสัญญาหลักประกันเท่านั้น โดยผลทางกฎหมายสำคัญที่ตามมา คือ การใช้มาตรการเยียวยาการผิดนัดที่แตกต่างกัน กล่าวคือ หากเป็นสัญญาหลักประกัน มาตรการการเยียวยาการผิดนัดจะเป็นไปตามอนุสัญญา ข้อ 8 และข้อ 9 แต่ถ้าหากเป็นสัญญาซื้อขายโดยมีข้อตกลงหน่วงกรรมสิทธิ์ หรือสัญญาเช่าแบบลิสซิ่ง มาตรการการเยียวยาการผิดนัดจะเป็นไปตามอนุสัญญาข้อ 10[33] ดังนั้น การให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างคู่สัญญาว่าเป็นสัญญาประเภทใดจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมาก โดยอนุสัญญากรุงเคปทาวน์ ค.ศ. 2001 ได้วางหลักการแก้ปัญหาดังกล่าว ดังปรากฏอยู่ในข้อ 2 (4) ซึ่งเป็นการกล่าวถึงประเด็นเกี่ยวกับการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (Characterisation) โดยวางหลักว่า *"The applicable law determines whether an interest to which paragraph 2 applies falls within subparagraph (a), (b) or (c) of that paragraph."* ซึ่งหมายความว่า กฎหมายที่ใช้บังคับ (Applicable Law)

---

as provided in Section 9-310." See http://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-102.htm >(date accessed: 22 November, 2006)

[32] ตาม Personal Property Security Acts 1996 of Canada ("PPSA") มาตรา 2 (Scope of Act: security interests) บัญญัติว่า

"2 (1) Subject to section 4, this Act applies (a) to every transaction that in substance creates a security interest, without regard to its form and without regard to the person who has title to the collateral, and (b) without limiting paragraph (a), to a chattel mortgage, a conditional sale, a floating charge, a pledge, a trust indenture, a trust receipt, an assignment, a consignment, a lease, a trust, and a transfer of chattel paper if they secure payment or performance of an obligation." See <http://www.qp.gov.bc.ca/statreg/stat/P/96359_01.html> November 2006.

[33] Roy Goode, *supra note* 3, p.70.

จะเป็นตัวชี้ว่า สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างคู่สัญญานั้นจะเป็นสัญญาหลักประกัน (Security Agreement) หรือสัญญาซื้อขายโดยมีข้อตกลงหน่วงกรรมสิทธิ์ (Title Reservation Agreement) หรือสัญญาเช่าแบบลิสซิ่ง (Leasing Agreement)[34] ดังนั้น การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงกับกฎหมายที่ใช้บังคับจึงเป็นเรื่องที่สัมพันธ์กัน โดยกฎหมายที่คู่สัญญาตกลงเลือกนำมาปรับใช้แก่สัญญาจะเป็นเครื่องชี้ว่าสัญญาที่ทำขึ้นเป็นสัญญาประเภทใด

ยกตัวอย่างเช่น หากคู่สัญญาทำสัญญาขึ้นมาฉบับหนึ่งโดยตกลงเลือกกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือกฎหมายของประเทศแคนาดาหรือกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์ เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญา สัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาแม้จะทำเป็นสัญญาซื้อขายที่มีข้อตกลงหน่วงกรรมสิทธิ์หรือเป็นสัญญาเช่าแบบลิสซิ่ง ก็จะจัดเป็นสัญญาหลักประกันเท่านั้น ในทางกลับกัน หากคู่สัญญาทำสัญญาโดยตกลงเลือกกฎหมายไทยเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับ โอกาสของสัญญาที่เกิดขึ้นนั้นอาจเป็นสัญญารูปแบบหนึ่งรูปแบบใดก็ได้ในสามรูปแบบดังที่กล่าวข้างต้น

อนึ่ง กฎหมายที่ใช้บังคับที่คู่สัญญาตกลงเลือกนั้น หมายถึง กฎหมายสารบัญญัติหรือกฎหมายภายในของประเทศที่คู่สัญญาเลือก ซึ่งไม่รวมถึงกฎหมายขัดกันดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้น กฎเกณฑ์ว่าด้วยการย้อนส่ง (renvoi) จะไม่นำมาใช้บังคับแก่สัญญา ทั้งนี้เพราะอนุสัญญาฯ ต้องการหลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าว[35]

ประเด็นพิจารณาต่อมา คือ หากมีการนำคดีขึ้นสู่ศาล โดยศาลที่รับคดีเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเพราะเป็นศาลของรัฐภาคีที่ลูกหนี้อยู่ ประเด็นการกล่าวอ้างกฎหมายที่ใช้บังคับในศาลจะเป็นอุปสรรคหรือไม่ อย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของประเทศไทย

<u>อุทธาหรณ์</u> หากประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกาเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเคปทาวน์ ค.ศ. 2001 โดยต่างมีกฎหมายภายในรองรับพันธกรณีอนุสัญญาแล้ว และลูกหนี้อยู่ในรัฐภาคี เมื่อมีการนำคดีขึ้นสู่ศาล แยกพิจารณาเป็น 4 กรณี ดังนี้

<u>กรณีที่ 1</u> กรณีที่คู่สัญญาตกลงเลือกกฎหมายรัฐนิวยอร์กเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับและมีการกล่าวอ้างในศาลรัฐนิวยอร์ก ก็จะไม่มีปัญหาในการกล่าวอ้างกฎหมายเพราะกฎหมายที่ศาลจะนำมาปรับใช้เป็นกฎหมายที่ศาลมีความรู้ความเชี่ยวชาญอยู่แล้ว และสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างคู่สัญญาก็จะเป็นเพียงสัญญาหลักประกัน

---

[34] Cape Town Convention, Article 2 (4)

[35] Cape Town Convention, Article 5(3) และ Roy Goode, *supra note* 3, p.60.

<u>กรณีที่ 2</u> กรณีที่คู่สัญญาตกลงเลือกกฎหมายรัฐนิวยอร์กเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับและมีการกล่าวอ้างในศาลประเทศไทย กรณีนี้จำเป็นต้องพิจารณาประเด็นการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย เพราะว่าโดยทางปฏิบัติของศาลไทย กฎหมายต่างประเทศเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลไทยไม่อาจรู้ได้เอง แต่คู่ความต้องนำสืบให้ศาลเห็น หากพิสูจน์ไม่ได้ โอกาสที่สัญญาที่ทำขึ้นจะไม่ใช่สัญญาหลักประกัน แต่เป็นสัญญาซื้อขายที่มีข้อตกลงหน่วงกรรมสิทธิ์หรือสัญญาเช่าแบบลิสซิ่งย่อมมีได้

<u>กรณีที่ 3</u> กรณีที่คู่สัญญาตกลงเลือกกฎหมายไทยเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับและมีการกล่าวอ้างในศาลรัฐนิวยอร์ก ผลย่อมเป็นไปตามกรณีที่ 2 คือ ต้องพิจารณาประเด็นการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาล และสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างคู่สัญญามีโอกาสที่จะเป็นเพียงสัญญาหลักประกันเท่านั้นตามกฎหมายของศาลรัฐนิวยอร์ก

<u>กรณีที่ 4</u> กรณีที่คู่สัญญาตกลงเลือกกฎหมายไทยเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับและมีการกล่าวอ้างในศาลประเทศไทย ผลย่อมเป็นไปตามกรณีที่ 1 คือ ไม่มีปัญหาเพราะศาลไทยสามารถปรับใช้กฎหมายภายในได้เลย

โปรดดูตารางข้างล่างเพื่อประกอบการทำความเข้าใจ

ศาล / กฎหมายที่ใช้บังคับ	ศาลรัฐนิวยอร์ก	ศาลประเทศไทย
กฎหมายรัฐนิวยอร์ก	ไม่มีปัญหา	ปัญหาการอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาล
กฎหมายไทย	ปัญหาการอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาล	ไม่มีปัญหา

ด้วยเหตุนี้ ไม่ว่ากรณีจะเป็นเช่นไร การตกลงกันระหว่างคู่สัญญาเกี่ยวกับกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับ หากเป็นกฎหมายไทยและมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลไทย ประเด็นที่จะเป็นปัญหาอาจไม่ได้อยู่ที่การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเพียงเท่านั้น แต่ปัญหายังมีอยู่ที่การกล่าวอ้างกฎหมายดังกล่าวในชั้นศาลด้วย และโดยมากในทางปฏิบัติของศาลในกรณีที่ไม่สามารถพิสูจน์

กฎหมายต่างประเทศได้ ศาลมักใช้กฎหมายภายในของตนเป็นเครื่องมือพิจารณา[36] ซึ่งอยู่บนฐานของทฤษฎี *lex fori*

2. <u>ปัญหาในการปรับใช้บทบัญญัติของร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ</u>

เนื่องจากว่า ตามสนธิสัญญาว่าด้วยหลักการที่ใช้บังคับต่อกิจกรรมในเรื่องการสำรวจและใช้อวกาศ รวมถึงดวงจันทร์และเทห์วัตถุ ค.ศ.1967 หรือ “สนธิสัญญากฎหมายอวกาศ ค.ศ. 1967” (Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies 1967 : The Outer Space Treaty 1967) ได้กำหนดหลักว่า การดำเนินกิจกรรมในอวกาศต้องกระทำเพื่อผลประโยชน์ของรัฐทุกรัฐ[37] จากหลักดังกล่าว รัฐภาคีจึงมีหน้าที่ต้องควบคุมการดำเนินการของเอกชนตนที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจกรรมในอวกาศ[38] ดังนั้น เพื่อให้เกิดความสอดคล้องระหว่างกฎหมายอวกาศซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวพันระหว่างรัฐกับหลักการตามอนุสัญญากรุงเคปทาวน์ ค.ศ. 2001 และร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายเอกชนว่าด้วยกฎหมายหลักประกัน ด้วยเหตุนี้ ร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศจึงได้บัญญัติไว้ชัดเจนในอารัมภบทว่า หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ตามพิธีสารนี้ สร้างขึ้นมาโดยตระหนักถึงหลักกฎหมายอวกาศที่มีอยู่ตลอดจนสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอวกาศภายใต้การสนับสนุนขององค์การสหประชาชาติ[39] ดังนั้น ปัญหากฎหมายต่าง ๆ บางปัญหาที่จะกล่าวถึงต่อไปนี้ จะนำเสนอโดยการ

---

[36] พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 8 บัญญัติว่า *“ในกรณีที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ถ้ามิได้พิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยาม”*

[37] Outer Space Treaty 1967, Article I

[38] Outer Space Treaty 1967, Article VI

[39] อารัมภบทร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ, โปรดดู รายละเอียดสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายอวกาศภายใต้การสนับสนุนขององค์การสหประชาชาติใน United Nations Treaties and Principles on Outer Space, A Commemorative Edition Published on the Occasion of the Third United Nations on the

วิเคราะห์ถึงหลักการตามอนุสัญญาและร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศควบคู่กันไปกับหลักการตามสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอวกาศ

อนึ่ง ดังที่ได้เคยกล่าวก่อนหน้านี้แล้วว่า ร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศนั้นจัดทำขึ้นมาโดยล้อไปกับพิธีสารอากาศยาน ดังนั้น เนื้อหาส่วนใดหากเป็นลักษณะเฉพาะของร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ ผู้เขียนจะนำเสนอโดยยกเปรียบเทียบกับเนื้อหาในพิธีสารอากาศยานเพื่อแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างอย่างชัดเจน

2.1 <u>ปัญหาเรื่องขอบเขตคำนิยามสินทรัพย์อวกาศ</u>

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วเกี่ยวกับนิยามสินทรัพย์อวกาศตามร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศในบทที่ 2 ข้อ 2.1 อย่างไรก็ตาม มีข้อพิจารณาปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับขอบเขตของคำนิยามดังกล่าว ซึ่งยังคงเป็นปัญหาอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเปรียบเทียบกับนิยาม “วัตถุอวกาศ” (space objects) ตามอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดในทางระหว่างประเทศสำหรับความเสียหายซึ่งเกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 (Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects 1972 ต่อไปเรียกว่า “Liability Convention 1972”) และอนุสัญญาว่าด้วยการจดทะเบียนวัตถุที่ส่งขึ้นไปในห้วงอวกาศ ค.ศ. 1976 หรืออนุสัญญาการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1976 (Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space 1976: Registration Convention 1976 ต่อไปเรียกว่า “Registration Convention 1976”)

เมื่อพิจารณานิยาม “สินทรัพย์อวกาศ” ตามร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศแล้ว จะเห็นว่า มีความหมายกว้างกว่า คำว่า “วัตถุอวกาศ” ตามที่ปรากฏใน Liability Convention 1972[40] และ Registration Convention 1976[41] กล่าวคือ “วัตถุอวกาศ” ตามอนุสัญญาทั้งสองนั้นหมายถึง วัตถุที่ส่งขึ้นไปในอวกาศ ตลอดจนส่วนประกอบต่าง ๆ ของวัตถุอวกาศที่ส่งขึ้นไปในอวกาศด้วย แต่ “สินทรัพย์อวกาศ” นั้น มีความหมายรวมถึงทั้งวัตถุที่ส่งขึ้นไปและที่ตั้งอยู่บนพื้น

Exploration and Peaceful Uses of Outer Space (UNISPACE III), United Nations: Vienna 1999. A/AC.105/722, A/CONF.184.

[40] Liability Convention, Article I (d)

[41] Registration Convention, Article I (b)

โลกด้วย[42] กล่าวคือ การส่งดาวเทียมขึ้นสู่ห้วงอวกาศนอกเหนือจากตัวทรัพย์ดาวเทียมที่อยู่ในความหมายของสินทรัพย์อวกาศแล้ว สถานีควบคุมระบบดาวเทียม (สถานีควบคุมภาพพื้น) ซึ่งอยู่บนพื้นโลกก็จัดว่าอยู่ในความหมายของสินทรัพย์อวกาศด้วย

ดังนั้น หากพิจารณาเปรียบเทียบคำนิยามตาม Registration Convention 1972 และ Liability Convention 1976 กับร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศนี้ ก็ดูเหมือนว่าเนื้อหาตามร่างพิธีสารฯมีความไม่สอดคล้องกับกฎหมายอวกาศ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากว่าวัตถุประสงค์ของ Liability Convention 1972 มุ่งกำหนดเรื่องความรับผิดของรัฐผู้ส่ง (Launching State) ที่ส่งวัตถุอวกาศนั้น ส่วนวัตถุประสงค์ของ Registration Convention1976 มุ่งกำหนดเรื่องเขตอำนาจรัฐในการควบคุมเหนือวัตถุอวกาศที่ส่งขึ้นไป โดยกำหนดให้มีการจัดตั้งระบบการจดทะเบียนสำหรับการส่งวัตถุขึ้นไปในอวกาศและกำหนดให้รัฐผู้จดทะเบียนเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจเหนือวัตถุอวกาศ แต่วัตถุประสงค์ของร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ มุ่งสร้างหลักเกณฑ์สากลเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เอกชนที่เป็นเจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อซึ่งรับสินทรัพย์อวกาศเป็นหลักประกัน ดังนั้น นิยามของคำว่า “สินทรัพย์อวกาศ”จึงมีความหมายกว้างกว่าคำว่า “วัตถุอวกาศ” และเป็นเหตุผลแสดงให้เห็นถึงความมุ่งประสงค์ในการเลือกใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน ด้วยเหตุนี้ สิ่งที่สามารถเอามาเป็นหลักประกันในฐานะของสินทรัพย์อวกาศ จึงอาจมิได้หมายถึงวัตถุอวกาศตาม Liability Convention 1972 และ Registration Convention 1976 ก็ได้

อย่างไรก็ดี ในการประชุมยกร่างครั้งที่ 2 – 4 ของคณะทำงานด้านอวกาศ (Space Working Group – “SWG”) มีผู้เสนอว่า สินทรัพย์อวกาศน่าจะหมายความครอบคลุมถึงสินทรัพย์ที่อยู่ระหว่างกระบวนการผลิต การขนส่งหรือก่อนส่งด้วย (assets in manufacture, transport or pre-launch stages) และในการประชุมยกร่าง ครั้งที่ 3 ของ SWG มีผู้เสนอว่า “สินทรัพย์อวกาศ” ควรหมายรวมถึงสินทรัพย์ที่รัฐเป็นเจ้าของซึ่งนำมาใช้เพื่อเป็นสินเชื่อทางพาณิชย์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนด้วย (State-owned assets intended to be commercially financed in whole or in part)[43]

---

[42] โปรดดู คำนิยาม “สินทรัพย์อวกาศ” ในหน้า 49 – 51

[43] See Appendix III, Report of Unidroit Committee of Governmental Experts for the Preparation of a Draft Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Space Assets, First Session (Rome, 15-19 December 2003), Unidroit 2004 C.G.E. Space Pr./1/Report rev. page viii-ix.

นอกจากนี้ มีข้อสังเกตว่า นิยามสินทรัพย์อวกาศครอบคลุมถึง ทรัพย์สินทางปัญญา เช่น สิทธิบัตรในสิ่งประดิษฐ์ที่เกิดจากการทำขึ้นหรือประกอบขึ้นในอวกาศหรือไม่ เนื่องจากตามนิยาม ทรัพย์สินทางปัญญาไม่อยู่ในความหมายของ ทรัพย์สินใด ๆ ที่สามารถระบุได้ โดยประกอบขึ้นหรือทำขึ้นในอวกาศ (any identifiable asset assembled of manufactured in space) ตามข้อ 2

2.2 ปัญหาการบ่งชี้สินทรัพย์อวกาศ

หลักเกณฑ์การบ่งชี้สินทรัพย์อวกาศนั้น เป็นหลักเกณฑ์ที่มีความสำคัญอย่างมาก เพราะเป็นองค์ประกอบหรือเงื่อนไขสำคัญในการก่อให้เกิดผลประโยชน์ระหว่างประเทศและเกี่ยวพันกับระบบการจดทะเบียนระหว่างประเทศ[44] อีกทั้งตามนิยามสินทรัพย์อวกาศ ทรัพย์สินที่จะอยู่ในกรอบความหมายตามนิยามนั้น จะต้องเป็นทรัพย์สินที่สามารถบ่งชี้ได้ อย่างไรก็ตาม ปัญหาว่าด้วยการบ่งชี้สินทรัพย์อวกาศ ยังเป็นปัญหาที่ยังไม่มีข้อยุติ ว่าหลักเกณฑ์การบ่งชี้ที่เหมาะสมควรเป็นเช่นไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่มีการนำสินทรัพย์อวกาศเฉพาะส่วนไปเป็นหลักประกัน ซึ่งในร่างพิธีสารฉบับล่าสุดกำหนดเพียงหลักการกว้าง ๆ ในข้อ VII เท่านั้นโดยไม่ได้กำหนดว่าการบ่งชี้ต้องทำอย่างไร ซึ่งคาดว่า ก่อนมีการจัดพิธีทางการทูตเพื่อรับเอาร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศนั้น รายละเอียดว่าด้วยเกณฑ์การบ่งชี้สินทรัพย์อวกาศน่าจะกำหนดไว้ชัดเจน

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาหลักเกณฑ์การบ่งชี้สินทรัพย์อวกาศซึ่งกำหนดในร่างพิธีสารเดิมก่อนร่างฉบับปัจจุบัน ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบ่งชี้สินทรัพย์อวกาศ คือ 1) ต้องระบุชื่อของเจ้าหนี้และลูกหนี้ 2) ต้องระบุที่อยู่ของเจ้าหนี้และลูกหนี้ 3) รายละเอียดทั่วไปของสินทรัพย์อวกาศ อันได้แก่ ชื่อผู้ผลิต (ถ้ามีหลายรายให้ระบุผู้ผลิตรายใหญ่) หมายเลขชุดของผู้ผลิต (ถ้ามี) การกำหนดรุ่นของผู้ผลิต (หากไม่มี ให้กำหนดรุ่นที่เทียบเท่ากัน) ตำแหน่งที่สินทรัพย์อวกาศจะขึ้นไปประจำในอวกาศ 4) วันและตำแหน่งที่จะทำการส่งสินทรัพย์อวกาศ 5) ในกรณีส่วนประกอบที่เป็นส่วนหนึ่งหรือติดอยู่กับหรืออยู่ในสินทรัพย์อวกาศ ต้องกำหนดรายละเอียดทั้งส่วนประกอบและตัวสินทรัพย์อวกาศนั้น ตลอดจนรายละเอียดอื่น ๆ ที่อาจกำหนด และ

---

[44] Roy Goode, *supra note* 3, p.12. และโปรดดู เชิงอรรถที่ 16 ร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ

6) การกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมเช่นว่า จะต้องกำหนดในกฎเกณฑ์ตามข้อ XVIII ว่าด้วย First Regulation[45]

อนึ่ง เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับพิธีสารอากาศยาน ข้อ VII ว่าด้วยการบ่งชี้วัตถุอากาศยาน จะพบว่าเกณฑ์การบ่งชี้สินทรัพย์อวกาศมีข้อแตกต่างเห็นได้อย่างชัดเจนทั้งนี้อาจเป็นได้ว่าเพราะลักษณะการใช้ประโยชน์จากทรัพย์แตกต่างกันจึงเป็นผลให้เกณฑ์การบ่งชี้แตกต่างกัน โดยพิธีสารอากาศยาน ข้อ VII วางหลักกำหนดว่า “การกำหนดลักษณะวัตถุอากาศยานซึ่งประกอบด้วยหมายเลขชุดผู้ผลิต (Manufacturer Serial Number) ชื่อผู้ผลิต (Manufacturer) และแบบ (Model) ถือว่าจำเป็นและเพียงพอที่จะระบุถึงวัตถุเพื่อวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดในอนุสัญญา ข้อ 7 (c) ว่าด้วยการระบุหรือบ่งชี้วัตถุหลักประกัน”[46]

2.3 <u>ปัญหาการเยียวยาเจ้าหนี้</u>

ตามบทบัญญัติในอนุสัญญาและร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศได้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้โดยเฉพาะการเยียวยาเจ้าหนี้กรณีลูกหนี้ผิดนัดโดยกำหนดให้เจ้าหนี้ไม่ว่าเป็นเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน หรือเจ้าหนี้ผู้ขายโดยมีข้อตกลงหน่วงกรรมสิทธิ์หรือเจ้าหนี้ผู้ให้เช่า มีสิทธิเข้าครอบครองหรือควบคุมวัตถุที่เป็นหลักประกัน ซึ่งกรณีของหลักประกันสินทรัพย์อวกาศจะแตกต่างจากการเข้าครอบครองหรือควบคุมทรัพย์ประกันอื่น ๆ ซึ่งมีลักษณะเป็นการเข้าครอบครองควบคุมทางกายภาพ โดยเฉพาะกรณีอากาศยาน ส่วนกรณีสินทรัพย์อวกาศนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้ดาวเทียมเป็นหลักประกัน การเข้าครอบครองควบคุมดาวเทียมตลอดจนวงจรดาวเทียมหรือช่องสัญญาณดาวเทียมนั้น เจ้าหนี้จำเป็นต้องทราบหัสควบคุม (Code Escrow) ซึ่งจัดเป็นข้อมูลรหัสคอมพิวเตอร์ที่ใช้ควบคุมดาวเทียม โดยร่างพิธีสารฯ ได้กำหนดหลักการเพื่อประโยชน์ในการใช้สิทธิเยียวยาของเจ้าหนี้โดยเฉพาะว่าด้วยการฝากรหัสควบคุมและข้อมูล ซึ่งพิธีสารอากาศยานจะไม่มีเนื้อหาในส่วนนี้ โดยร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ Article IX bis ได้กำหนดว่า คู่สัญญาอาจทำความตกลงกันโดยกำหนดให้มีการฝากรหัสควบคุมและข้อมูลกับบุคคลที่สามได้เพื่อเป็นการเปิดโอกาสแก่เจ้าหนี้สามารถเข้าถึง

---

[45] ร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ, Article VII – Identification of space assets

[46] พิธีสารอากาศยาน, Article VII

รหัสควบคุมเพื่อเข้าครอบครอง ควบคุมหรือดำเนินการใด ๆ ต่อสินทรัพย์อวกาศที่เป็นหลักประกันได้[47] ซึ่งการเข้าครอบครองและใช้สิทธิควบคุมนั้นเป็นเรื่องทางเทคนิคที่ซับซ้อนและยุ่งยาก อีกทั้งดาวเทียมเป็นทรัพย์พาณิชย์ที่มีค่ามาก และอาจนำไปสู่ปัญหาการใช้ที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐได้ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับพิธีสารอากาศยาน จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติว่าด้วยการเยียวยาเจ้าหนี้จะมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ พิธีสารอากาศยานกำหนดให้เจ้าหนี้สามารถดำเนินการถอนทะเบียนอากาศยาน ตลอดจนดำเนินการนำวัตถุอากาศยานออกหรือโยกย้ายวัตถุอากาศยานออกจากอาณาเขตที่อากาศยานนั้นตั้งอยู่[48] ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการดำเนินการต่อตัวทรัพย์ในทางกายภาพนั่นเอง

อนึ่ง โดยตัวของรหัสควบคุมเองนั้น มีลักษณะเป็นข้อมูลซอฟแวร์ การตกลงมอบโอนรหัสควบคุมให้เก็บรักษาอยู่กับบุคคลที่สามเพื่อประโยชน์ในการเยียวยาเจ้าหนี้เป็นเรื่องที่เสี่ยงและส่งผลกระทบหลายประเด็นโดยเฉพาะในเรื่องของผลประโยชน์ เช่น การโอนการควบคุม การถ่ายทอดเทคโนโลยี ข้อมูลและบริการ ตลอดจนเกี่ยวกับประเด็นเรื่องการโอนสิทธิที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น ประเด็นดังกล่าวนี้ จึงเป็นปัญหาที่รัฐซึ่งประสงค์จะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาและพิธีสารสินทรัพย์อวกาศ ต้องพิจารณาคำนึงถึงผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นด้วยว่า รัฐภาคีจะให้น้ำหนักความสำคัญกับเรื่องไหนมากกว่ากันระหว่าง ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้ลูกหนี้โดยเฉพาะการใช้สิทธิเยียวยาของเจ้าหนี้ กับ ประเด็นเรื่องความมั่นคงซึ่งเกี่ยวพันกับความรับผิดของรัฐ[49]

อย่างไรก็ดี ร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ เปิดช่องให้รัฐภาคีสามารถทำคำประกาศ ณ เวลาที่มีการให้สัตยาบัน ยอมรับ เห็นชอบ หรือภาคยานุวัติพิธีสารสินทรัพย์อวกาศ

---

[47] ร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ, Article IX bis - Placement of Data and Materials

[48] พิธีสารอากาศยาน, Article IX (1) และ (2)

[49] Joanne I. Gabrynowicz, Notes on the UNIDROIT Committee of Government Experts for the Preparation of a Draft Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Space Assets, 49 (December 15-19, 2003) (unpublished manuscript, on the file with the author) (examining whether conflicts exists between UNIDROIT and treaties) cited by Joanne I. Gabrynowicz, “Space Law: Its Cold War Origins and Challenges in the Era of Globalization,” Suffolk University Law Review 1041, p.1062 (2004).

เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ภายในของตนโดยการจำกัดหรือวางเงื่อนไขเพื่อการใช้สิทธิเยียวยาตามอนุสัญญาฯ หมวด 3 และร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ หมวด 2 ดังกล่าว รวมถึงบทบัญญัติว่าด้วยการฝากรหัสควบคุมและข้อมูล ตาม Article IX bis ได้[50]

2.4 <u>ปัญหากรณีการใช้สินทรัพย์อวกาศเพื่อการให้บริการสาธารณะ</u>

ประเด็นนี้เป็นกรณีของการใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์อวกาศที่เป็นหลักประกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของหลักประกันดาวเทียม ซึ่งประเด็นดังกล่าวนี้แตกต่างกันขึ้นอยู่กับนโยบายภายในของแต่ละรัฐในเรื่องของการใช้ดาวเทียมเพื่อการให้บริการสาธารณะ[51] กล่าวคือ การใช้ประโยชน์จากดาวเทียมไม่เพียงแต่เพื่อประโยชน์ของรัฐเท่านั้น แต่สามารถนำมาใช้ประโยชน์เพื่อสร้างรายได้โดยการให้บริการเชิงพาณิชย์ ซึ่งนโยบายของรัฐบางรัฐไม่ต้องการส่งเสริมให้เอกชนเข้าทำบริการสาธารณะ ในขณะที่บางรัฐเห็นควรอนุญาตโดยเห็นว่า เครื่องทวนสัญญาณหรือวงจรดาวเทียมที่เช่ามาสามารถใช้ประโยชน์และก่อให้เกิดรายได้แก่รัฐโดยการให้บริการสาธารณะได้ ประเด็นนี้จึงเกี่ยวพันกับขอบเขตของอนุสัญญาและร่างพิธีสารว่าจะปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวให้ครอบคลุมถึงการให้บริการสาธารณะหรือไม่ อย่างไร ทั้งนี้เพราะหากขยายขอบเขตของอนุสัญญาและพิธีสารให้ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าว ข้อพิจารณาที่ตามมา คือ หากเกิดกรณีลูกหนี้ผิดนัด การใช้สิทธิเยียวยาของเจ้าหนี้ไม่ว่าโดยสัญญาก่อตั้งสิทธิประเภทใด

---

[50] ร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ, Article XVI (2) ประกอบกับ Article XXVI (2)

[51] บริการสาธารณะ หมายถึงกิจกรรมที่อยู่ในความอำนวยการหรือควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน ซึ่งแยกลักษณะสำคัญได้เป็น 5 ประการ คือ 1) บริการสาธารณะต้องมีวัตถุประสงค์ในการสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน 2) วิธีการจัดทำบริการสาธารณะย่อมจะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอโดยบทกฎหมาย 3) บริการสาธารณะจะต้องจัดดำเนินการอยู่เป็นนิจและสม่ำเสมอไม่มีการหยุดชะงัก 4)เอกชนย่อมมีสิทธิได้รับประโยชน์จากการบริการสาธารณะเท่าเทียมกัน และ 5) บริการสาธารณะจำต้องเป็นกิจการที่อยู่ในความอำนวยการหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครอง,โปรดดู สุรพงศ์ กลั่นประชา, “สัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539) น.15-18.

เพื่อเข้าครอบครอง ควบคุม ขาย หรือให้เช่า หรือดำเนินการอื่นใด ย่อมส่งผลกระทบต่อการให้บริการสาธารณะอันเนื่องมากจากหลักประกันนั้นและย่อมส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของรัฐทำให้การให้บริการสาธารณะหยุดชะงัก ด้วยเหตุนี้ ประเด็นปัญหาการใช้สินทรัพย์อวกาศเพื่อการให้บริการสาธารณะจึงต้องพิจารณาจากนโยบายของรัฐเป็นหลักและขึ้นอยู่กับการวางระเบียบกฎเกณฑ์ภายในของแต่ละรัฐเกี่ยวกับการใช้สิทธิเยียวยาเจ้าหนี้ หากมีกรณีดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติว่าด้วยการใช้สินทรัพย์อวกาศที่เป็นหลักประกันเพื่อการบริการสาธารณะนี้ก็เหมือนกับบทบัญญัติว่าด้วยการเยียวยาซึ่งกล่าวก่อนหน้านี้ กล่าวคือ ร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ เปิดช่องให้รัฐภาคีสามารถทำคำประกาศ ณ เวลาที่มีการให้สัตยาบัน ยอมรับ เห็นชอบ หรือภาคยานุวัติพิธีสารสินทรัพย์อวกาศ ว่าจะยอมให้มีการให้บริการสาธารณะได้หรือไม่[52]

2.5 <u>ปัญหาเรื่องผลกระทบจากการโอนสินทรัพย์อวกาศ</u>

อนุสัญญากรุงเคปทาวน์ ค.ศ. 2001 ได้กำหนดนิยามการโอนว่าหมายถึง สัญญาซึ่งไม่ว่าจะโดยการเป็นหลักประกันหรืออย่างอื่น ได้มอบ"*สิทธิ*" ให้แก่ผู้รับโอน โดยจะมีการโอนผลประโยชน์ระหว่างประเทศหรือไม่ก็ได้[53] จากการศึกษา พบว่า "สิทธิ" ที่จะนำมาโอนได้ตามที่กำหนดในอนุสัญญาฯ และร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศนั้น มี 2 ประเภท คือ[54]

1. สิทธิเรียกร้องในการชำระหนี้ ซึ่งคำที่ปรากฏในอนุสัญญา คือ associated rights ส่วนคำที่ปรากฏในร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ คือ debtor's rights เมื่อพิจารณานิยามที่ปรากฏพบว่า มีความหมายในทำนองเดียวกันดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยหมายถึงสิทธิเรียกร้องในการชำระหนี้ซึ่งเป็นการชำระหนี้โดยลูกหนี้ตามสัญญา ดังนั้น กรณีของการใช้สินทรัพย์อวกาศเป็นหลักประกัน จึงหมายถึงสิทธิเรียกร้องในการชำระหนี้ตามความตกลงที่เกิดจากการใช้สินทรัพย์อวกาศเป็นหลักประกันตลอดจนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาประกันภัยด้วย

---

[52] ร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ, Article XVI (2)

[53] Cape Town Convention, Article 1 (b)

[54] สุดา วิศรุตพิชญ์ และคณะ, *supra note* 3, น.40-41.

2. สิทธิหรือผลประโยชน์ระหว่างประเทศ ซึ่งในกรณีนี้หมายถึง สิทธิหรือผลประโยชน์ระหว่างประเทศของเจ้าหนี้เหนือทรัพย์เคลื่อนที่ที่เอามาประกันตามสัญญาก่อตั้งผลประโยชน์ระหว่างประเทศรูปแบบต่าง ๆ ที่อนุสัญญาได้กำหนดไว้

ข้อพิจารณา คือ กรณีของการใช้ดาวเทียมเป็นหลักประกัน เนื่องจากว่าการใช้ประโยชน์จากดาวเทียมสามารถใช้ประโยชน์ได้สองทาง กล่าวคือ การใช้ดาวเทียมเพื่อประโยชน์ในทางเอกชน เช่น เพื่อการสื่อสาร เพื่อการนำร่อง หรือเพื่อการตรวจหาข้อมูลบนพื้นโลกจากระยะไกล และการใช้ประโยชน์เพื่อภารกิจทางทหาร ซึ่งการใช้ประโยชน์ในกรณีหลัง มีความเกี่ยวพันกับเรื่องของความมั่นคงของรัฐ ดังนั้น การโอนหลักประกันหรือการโอนสิทธิในหลักประกัน กล่าวคือ การโอนดาวเทียมจากการควบคุมของผู้ควบคุมหนึ่งไปยังอีกผู้ควบคุมหนึ่งหรืออีกรัฐหนึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อเรื่องความปลอดภัยและนโยบายด้านความมั่นคงของรัฐได้ ด้วยเหตุนี้ ร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ จึงเปิดช่องอนุญาตให้รัฐที่ประสงค์จะเข้าเป็นภาคีสามารถทำคำประกาศ สงวนสิทธิของตนโดยกำหนดข้อจำกัดการเยียวยาการผิดนัดกรณีการโอนสินทรัพย์อวกาศเพื่อยกเว้นไม่ผูกพันได้[55] โดยในร่างพิธีสารเบื้องต้นฯ กำหนดว่า รัฐภาคีสามารถกำหนดเงื่อนไขหรือข้อจำกัดเกี่ยวกับการเยียวยาเจ้าหนี้กรณีการเข้าควบคุมหรือกรณีการโอนสิทธิที่เกี่ยวข้องต่างๆ อันเนื่องจากสินทรัพย์อวกาศซึ่งเป็นหลักประกัน เช่น สิทธิตามใบอนุญาต ต่างๆ ตามที่จะเป็นไปได้เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายภายในของตน[56]

อนึ่ง เนื่องจากว่าในทางกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยแนวคิดและทฤษฎีระบบความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) นั้น สามารถแบ่งประเภทความรับผิดชอบของรัฐออกได้เป็น 2 ประเภท คือ 1) ความรับผิดในการกระทำที่เป็นความผิด (Fault Responsibility หรือ Fault Theory) และ 2) ความรับผิดโดยปราศจากความผิด (Liability without Fault หรือ Risk Theory) ซึ่งเมื่อกล่าวถึงประเด็นดังกล่าวจะพบคำภาษาอังกฤษที่ใช้แตกต่างกันสองคำ คือ คำว่า “responsibility” และคำว่า “liability” โดยคำว่า “responsibility” นั้น จะหมายถึงความรับผิดชอบของรัฐอันเกิดจากการกระทำที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ (internationally wrongful act) ส่วนคำว่า “liability” (ความรับผิด) เป็นคำที่เกิดขึ้นและใช้ในภายหลังตาม Liability Convention 1972 โดยเป็นความรับผิดที่มิได้เกิดจากการกระทำที่ละเมิดพันธกรณีระหว่าง

---

[55] Cape Town Convention หมวด 3 ประกอบกับร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ หมวด 2

[56] ร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ, Article XVI (2)

ประเทศ แต่มีผลเสียหายหรือความเสียหายเกิดขึ้นเป็นเหตุให้รัฐต้องรับผิด กล่าวคือ โดยตัวของการกระทำหรือกิจกรรมไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย แต่เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น รัฐต้องรับผิด[57]

ในทางทฤษฎีความรับผิดในการกระทำที่เป็นความผิด กฎหมายระหว่างประเทศได้กำหนดองค์ประกอบความรับผิดชอบของรัฐ คือ 1) ต้องมีการกระทำที่ผิดกฎหมาย 2) การกระทำนั้นละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ 3) การกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหาย และ 4) การกระทำนั้นถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ[58]

ส่วนความรับผิดโดยปราศจากความผิด เป็นความรับผิดที่มิได้ตั้งอยู่บนฐานเดียวกับความรับผิดแบบแรก กล่าวคือ เป็นความรับผิดโดยการกระทำที่ไม่เป็นความผิด ไม่ต้องห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่รัฐต้องรับผิดเพราะมีความเสียหายเกิดขึ้น[59] ด้วยเหตุนี้จึงเรียกความ

---

[57] See Peter Malanczuk, "Akehusrst's Modern Introduction to International Law,"7th revised Edition, (London: Routledge,1997): p.254., Karl Zemanek, "Causes and Forms of International Liability," in Contemporary Problems of International Law : Essays in honour of Georg Schwarzenberger on his eightieth birthday edited by Bin Cheng and E.D. Brown., (London: Stevens & Son Limited, 1988): pp.319-332., Prasit Pivavatanapanich, "International Regimes of State Responsibility: Fault and Risk Theory," Thammasat Law Journal, Issue 1, Volume 33 (March 2003): pp.152-187., Ian Brownlie, State Responsibility,(Oxford: Clarendon Press), 1983., Bin Cheng, General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, (U.K.: Cambridge University Press), 1953., Chapters 6-10; See also the reports of the ILC Special Rapporteurs on State Responsibility, Ago, Riphagen, Arangio Ruiz and Crawford printed in volumes of the Y.B.I.L.C. from 1969 onwards.

[58] โปรดดู การวิเคราะห์ปัญหาองค์ประกอบความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ ใน ประสิทธ์ ปิวาวัฒนพานิช, "ปัญหาองค์ประกอบเพื่อความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538).

[59] โปรดดู การวิเคราะห์ปัญหาความรับผิดดังกล่าวใน ชูจิต ติยวลีย์, "ความรับผิดระหว่างประเทศสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากกิจกรรมที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมายระหว่าง

รับผิดกรณีหลังนี้ว่า ความรับผิดโดยปราศจากความผิด ดังนั้น ความเสียหายจึงเป็นองค์ประกอบของความรับผิดของรัฐ ซึ่งความรับผิดประเภทนี้ยังสามารถแยกออกได้เป็นอีก 2 ประเภท คือ 1) ความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) และ 2) ความรับผิดโดยเด็ดขาด (Absolute Liability) ซึ่งมีหลักการแตกต่างกัน คือ

ความรับผิดแบบเคร่งครัดนั้น รัฐจะต้องรับผิดในทางระหว่างประเทศ (จากการที่ได้ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศซึ่งทำให้เกิดความเสียหาย) โดยไม่คำนึงว่ารัฐนั้นได้ใช้มาตรการที่จำเป็นในการป้องกันความเสียหายหรือได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้วหรือไม่ เว้นแต่รัฐผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดจะอ้างเหตุหรือสถานการณ์ใด ๆ เพื่อยกเว้นความไม่ชอบด้วยกฎหมายตามที่กฎหมายระหว่างประเทศอนุญาต ซึ่งตามร่างอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดของรัฐโดยคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้กำหนดเหตุหรือสถานการณ์ไว้ เช่น ความยินยอม การป้องกันตัวเอง มาตรการตอบโต้ เหตุสุดวิสัย ทุกขภัย เป็นต้น[60]

ส่วนความรับผิดโดยเด็ดขาด เป็นความรับผิดของรัฐโดยปราศจากการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายและแม้ได้กระทำการด้วยความระมัดระวังแล้วแต่การกระทำนั้นก็ยังก่อให้เกิดความเสียหายและรัฐผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำการอันเป็นความผิดไม่สามารถอ้างเหตุหรือสถานการณ์ใด ๆ ตามที่กฎหมายระหว่างประเทศอนุญาตเพื่อยกเว้นการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้ ซึ่งความรับผิดประเภทนี้โดยมากมักเป็นความรับผิดที่เกิดจากการกระทำหรือกิจกรรมที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เนื่องด้วยลักษณะของการกระทำหรือ

ประเทศ: วิเคราะห์จากร่างอนุสัญญาของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542).

[60] See International Law Commission: Final Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Chapter 5, article 20-27, ILCs 2001 report A/56/49 (Vol.I). See also at http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf.>January 2008 and Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries at http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.>, January 2008.

กิจกรรมมีความเสี่ยงสูงซึ่งจะก่ออันตรายอย่างรุนแรงแก่ส่วนรวม (hazardous) เช่น กิจกรรมโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ กิจกรรมอวกาศ เป็นต้น[61]

ในส่วนของความรับผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดในทางระหว่างประเทศสำหรับความเสียหายซึ่งเกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 หรือ Liability Convention 1972 นั้น ได้แบ่งระบบความรับผิดของรัฐผู้ส่ง (Launching State) ออกเป็น 2 ระบบ โดยพิจารณาจากความเสียหายว่าเกิดขึ้น ณ ส่วนใด[62] กล่าวคือ หากวัตถุอวกาศก่อให้เกิดความเสียหายโดยเกิดขึ้นบนพื้นผิวโลกหรือต่ออากาศยานที่อยู่ระหว่างการบิน ความรับผิดของรัฐผู้ส่งจะเป็นความรับผิดแบบเด็ดขาดตาม Liability Convention 1972 article II[63] โดยความรับผิดประเภทนี้ เป็นหลักการที่มีพื้นฐานมาจากหลักความรับผิดโดยปราศจากความผิดหรือทฤษฎีความเสี่ยงนั่นเอง เพราะมิจำเป็นต้องมีการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายและแม้ได้กระทำด้วยความระมัดระวังแล้วแต่หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายรัฐก็ยังต้องรับผิด ด้วยเหตุเพราะว่าเมื่อพิจารณาคำนึงการดำเนินกิจกรรมอวกาศแล้วเป็นกิจกรรมที่มีความเสี่ยงสูง และหากมีการระเบิดจะก่อให้เกิดอันตรายอย่างรุนแรง ประเภทความรับผิดของรัฐจากการดำเนินกิจกรรมอวกาศจึงเป็นความรับผิด

---

[61] See “Survey of liability regimes relevant to the topic of international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law” (international liability in case of loss from transboundary harm arising out of hazardous activities) by International Law Commission, Fifty-sixth session, Geneva, 3 May-4 June and 5 July-6 August 2004, document A/CN.4/543 ซึ่งเป็นการปรับปรุงแก้ไขบทความเรื่องเดียวกันใน Yearbook of the International Law Commission, 1985, vol. II (Part One) (Addendum), document A/CN.4/384 และ Yearbook of the International Law Commission, 1995, vol. II (Part One), document A/CN.4/471. และโปรดดูการวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวใน ชูจิต ติยวลีย์, *supra note* 59.

[62] Pamela L. Meredith and George S. Robinson, “Space Law: A Case Study for the Practitioner Implementing a Telecommunications Satellite Business Concept,” (The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1922): pp.57-62.

[63] Liability Convention 1972, Article II state that

“A launching State shall be absolutely liable to pay compensation for damage caused by its space object on the surface of the earth or to aircraft in flight”.

โดยเด็ดขาด โดยกฎหมายกำหนดให้รัฐผู้ส่งเป็นผู้รับผิดชอบโดยเด็ดขาดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น ทั้งนี้รัฐผู้เสียหายไม่จำต้องพิสูจน์ว่าเป็นความผิดของรัฐผู้ส่งหรือไม่แต่อย่างใด รัฐผู้เสียหายมีหน้าที่เพียงพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายที่ได้รับกับกิจกรรมอวกาศของรัฐผู้ส่งเท่านั้น[64] แต่ถ้าหากความเสียหายเกิดขึ้นกับวัตถุอวกาศของรัฐอื่น หรือเกิดกับบุคคลหรือทรัพย์สินในวัตถุอวกาศนั้นเองในอวกาศ ความรับผิดของรัฐผู้ส่งจะเป็นไปตาม Liability Convention 1972 Article III[65] ซึ่งเป็นการกำหนดระบบความรับผิดโดยอยู่บนฐานของความรับผิดในการกระทำที่เป็นความผิด (Fault Theory) ตามความรับผิดแบบทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ[66]

ประเด็นพิจารณา คือ หากมีการโอนสินทรัพย์อวกาศ เช่น มีการโอนเปลี่ยนมือดาวเทียมที่ลอยอยู่ในวงโคจรไปยังเจ้าหนี้ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจรัฐอื่นแล้ว ซึ่งการโอนดังกล่าวอาจเกิดโดยผลของการที่เจ้าหนี้ใช้สิทธิเยียวยาความเสียหาย ตามอนุสัญญากรุงเคปทาวน์ ค.ศ. 2001 ข้อ 8 โดยการเข้าครองครอง ควบคุมดาวเทียมที่เป็นหลักประกัน ทันทีที่มีกรณีเช่นว่า การเข้าครอบครอง ควบคุมของเจ้าหนี้อาจก่อให้เกิดความเสียหายได้ ประเด็นกฎหมายที่ตามมา คือ รัฐผู้ส่งยังคงต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่อาจมีขึ้นจากดาวเทียมที่เป็นหลักประกันหรือไม่ และหากต้องรับผิด จะต้องรับผิดอย่างไร หรือรัฐผู้ส่งจะหลุดพ้นความรับผิดไปโดยปริยายโดยให้ความรับผิดโอนไปยังรัฐเจ้าของสัญชาติของเจ้าหนี้ผู้รับโอน หรือว่ารัฐผู้ส่งยังคงต้องรับผิดโดยมีรัฐ

---

[64] จตุรนต์ ถิระวัฒน์, <u>กฎหมายอวกาศ: หลักทั่วไปและปัญหาในทางปฏิบัติ</u>, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540) น.89.

[65] Liability Convention 1972, Article III states that

"In the event of damage being caused elsewhere than on the surface of the earth to a space object of one launching state or to persons or property on board such a space object by a space object of another launching state, the latter shall be liable only if he damage is due to its fault or the fault of persons for whom it is responsible".

[66] Pamela L. Meredith and George S. Robinson, *supra note* 57, p. 62. เพื่อทำความเข้าใจระบบความรับผิดของรัฐผู้ส่งทั้ง 2 รูปแบบ ตาม Liability Convention 1972 article II และ article III โปรดดู นิยามเฉพาะ ของคำว่า "ความเสียหาย" (damage) "การส่ง" (launching) "รัฐผู้ส่ง" (launching state) และ "วัตถุอวกาศ" (space object) ใน article I อนุสัญญาดังกล่าว

เจ้าของสัญชาติของเจ้าหนี้ผู้รับโอนร่วมรับผิดชอบในความเสียหายที่อาจมีขึ้นจากดาวเทียมที่เป็นหลักประกันเสมือนเป็นรัฐผู้ส่งด้วย หรือจะต้องเยียวยาความรับผิดอย่างไร

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของการเยียวยาความเสียหายที่จะมีขึ้นระหว่างคู่สัญญานั้นจะไม่อยู่ภายใต้หลักการตาม Liability Convention 1972 และไม่อยู่ภายใต้หลักการตามร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ แต่ทั้งนี้จะเป็นไปตามความตกลงระหว่างรัฐแยกต่างหาก หรือเป็นไปตามกฎหมายอื่นเฉพาะ[67]

2.6 ปัญหาเรื่องหน่วยงานที่ทำหน้าที่รับจดทะเบียนสินทรัพย์อวกาศ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วก่อนหน้าเกี่ยวกับการตั้งหน่วยงานกำกับดูแลและนายทะเบียนเพื่อทำหน้าที่ดูแลเรื่องการจดทะเบียนระหว่าประเทศสำหรับการนำสินทรัพย์อวกาศไปเป็นหลักประกัน ในเบื้องต้นควรทำความเข้าใจก่อนว่า การจดทะเบียนสินทรัพย์อวกาศเป็นหลักประกันตามอนุสัญญาและร่างพิธีสารเบื้องต้นฯ กับการจดทะเบียนวัตถุอวกาศตาม Registration Convention 1976 มีความมุ่งหมายแตกต่างกัน กล่าวคือ ระบบการจดทะเบียนตามอนุสัญญาและร่างพิธีสารฯ มีขึ้นเพื่อต้องการสร้างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องสิทธิประโยชน์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งดำเนินการโดยหน่วยงานเอกชน ส่วนวัตถุประสงค์การจดทะเบียนตาม Registration Convention 1976 มีขึ้นเพื่อกำหนดเขตอำนาจของรัฐในการควบคุมวัตถุอวกาศที่ส่งขึ้นไปในห้วงอวกาศซึ่งเป็นการดำเนินการโดยรัฐ[68]

ด้วยเหตุนี้ คณะทำงานยกร่างพิธีสารเบื้องต้นว่าด้วยสินทรัพย์อวกาศ จึงได้กำหนดแยกการจดทะเบียนสินทรัพย์อวกาศออกจากระบบการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ โดยตั้งหน่วยงาน

---

[67] Paul B. Larsen, “Future Protocol on Security Interests in Space Assets,” Journal of Air Law and Commerce 1071 (Fall 2002): p.1091, Henry R. Hertzfeld and Frans G. von der Dunk. “Symposium: Issues in Space Law, Bringing Space Law into the Commercial World: Property Rights without Sovereignty,” Chicago Journal of International Law 81 (Summer 2005): pp.88-89.

[68] Registration Convention, Article II states that *“Launching States shall register space objects.”*

กำกับดูแลและนายทะเบียน (ผู้รับจดทะเบียน) ขึ้นมา โดยอนุสัญญากรุงเคปทาวน์ ค.ศ. 2001 กำหนดว่า หน่วยงานรับจดทะเบียนจะต้องมีขึ้นตามที่กำหนดในพิธีสาร[69]

ประเด็นปัญหาเรื่องหน่วยงานรับจดทะเบียนสินทรัพย์อวกาศนี้ เป็นประเด็นปัญหาที่มีมานานและยังไม่มีข้อสรุป ซึ่งในรายงานการประชุม UNIDROIT Committee ครั้งที่ 2 วาระที่ 4 มีการพิจารณาถึงความเหมาะสมของหน่วยงานต่าง ๆ ที่จะมาทำหน้าที่ดังกล่าว เช่น องค์การสหประชาชาติ, I.T.U. , International Mobile Satellite Organization (I.M.S.O.), the European Space Agency (E.S.A.) เป็นต้น[70] และในที่ประชุมของคณะอนุกรรมการกฎหมายแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการใช้อวกาศอย่างสันติ (United Nations Legal subcommittee of the Committee on the Peaceful Use of Outer Space- COPOUS) ก็ยังไม่มีข้อสรุปว่าควรให้หน่วยงานใดเป็นหน่วยงานทำหน้าที่ดูแลการจดทะเบียนระหว่างประเทศเกี่ยวกับหลักประกันสินทรัพย์อวกาศ

ในระหว่างการประชุมมีการเสนอให้องค์การสหประชาชาติเป็นหน่วยงานรับผิดชอบ โดยเห็นว่าองค์การสหประชาชาติ มีหน่วยงาน COPOUS ซึ่งทำหน้าที่ดูแลการดำเนินกิจกรรมอวกาศในทางสันติอยู่แล้ว จึงประหยัดงบประมาณในการจัดตั้งองค์การขึ้นมาใหม่ อีกทั้ง องค์การสหประชาชาติเองมีสำนักกิจการอวกาศ (Office for Outer Space- OOSA) ซึ่งทำหน้าที่เป็นเลขานุการให้กับ COPOUS เกี่ยวกับทะเบียนวัตถุอวกาศตาม Registration Convention 1975 อยู่แล้ว ก็จะก่อให้เกิดการประสานงานและทำงานสะดวกขึ้นระหว่างการจดทะเบียนวัตถุอวกาศและระบบการจดทะเบียนระหว่างประเทศในสินทรัพย์อวกาศ อย่างไรก็ดี มีผู้เห็นว่า การปฏิบัติหน้าที่โดยองค์การสหประชาชาติ อาจไม่เหมาะสมด้วยเหตุผลบางประการ กล่าวคือ การจดทะเบียนสินทรัพย์อวกาศเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์แก่หน่วยงานเอกชนทางธุรกิจซึ่งเป็นหน่วยงานดำเนินการเพื่อแสวงหากำไรเชิงพาณิชย์ ซึ่งจะขัดต่อเป้าหมายขององค์การสหประชาชาติในการธำรงรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ[71] นอกจากนี้

---

[69] Cape Town Convention, Article 17

[70] Report of Unidroit Committee of Governmental Experts for the Preparation of a Draft Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Space Assets, Second Session (Rome, 26-28 October 2004), Unidroit 2004 C.G.E. Space Pr./2/Report rev. pp. 6-7.

[71] สุดา วิศรุตพิชญ์, *supra note* 3, น.75.

การดำเนินงานอาจก่อให้เกิดความรับผิดทางแพ่งกรณีที่เกิดความผิดพลาด แม้ว่าอนุสัญญากรุงเคปทาวน์ ค.ศ. 2001 จะกำหนดให้หน่วยงานรับจดทะเบียนมีเอกสิทธิ์ในฐานะองค์การระหว่างประเทศ แต่ทั้งนี้ก็ยังต้องรับผิดสำหรับความเสียหายจากการดำเนินงานของตนเช่นกัน[72]

นอกจากนี้ความไม่เหมาะสมอีกประการหนึ่งที่จะให้องค์การสหประชาชาติทำหน้าที่เป็นหน่วยงานรับจดทะเบียนระหว่างประเทศ คือ ระบบการทำงานขององค์การสหประชาชาติเองมีลักษณะเป็นการให้อภิสิทธิ์แก่รัฐมหาอำนาจโดยเฉพาะการตัดสินใจในเรื่องสำคัญในคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ซึ่งรัฐมหาอำนาจเหล่านี้ เป็นรัฐมหาอำนาจในกิจกรรมอวกาศและมีส่วนในการให้การสนับสนุนทางการเงินแก่ผู้ประกอบการต่าง ๆ เช่นกัน เช่น สหรัฐอเมริกา สหภาพโซเวียต ฝรั่งเศส เป็นต้น ซึ่งรัฐเหล่านี้มักเป็นรัฐที่มีศักยภาพทางการเงินในการให้สินเชื่อ เป็นรัฐเจ้าหนี้หากเข้ามาบริหารจัดการองค์กรรับจดทะเบียนอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้[73] ด้วยเหตุนี้จึงมีผู้เสนอเป็นทางเลือกใหม่ โดยเสนอให้มีการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศขึ้นมาเฉพาะเพื่อดูแลเรื่องดังกล่าว อย่างไรก็ตาม แนวโน้มและความเป็นไปได้ในการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศขึ้นมาใหม่มีโอกาสน้อยมาก เพราะต้องใช้งบประมาณในการจัดตั้งสูง[74]

---

[72] จตุรนต์ ถิระวัฒน์, "ผลกระทบจากพัฒนาการด้านเทคโนโลยีอวกาศต่อกฎหมายอวกาศในปัจจุบัน," ใน อาจาริยาบูชา ศาสตราจารย์ ดร.อรุณ ภาณุพงศ์, จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550): น.426.

[73] *Ibid*., น.427.

[74] สุดา วิศรุตพิชญ์, *supra note* 3, น.76.