



นายศพนธ์ นิตริจิโรจน์*
และนายติณเมธ วงศ์ใหญ่*

ปัญหา การใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย^๑

(Problem arising from applying foreign laws in Thai courts)

บทนำ

ในปัจจุบันโลกเรามีความเจริญก้าวหน้าทางด้านเศรษฐกิจ สังคม เทคโนโลยี การสื่อสาร การคมนาคม ฯลฯ ทำให้คนสัญชาติหนึ่งมีการผูกพันสัมพันธ์กับคนอีกสัญชาติหนึ่งได้และอาจก่อให้เกิดข้อพิพาทระหว่างเอกชนที่มีสัญชาติต่างกันขึ้น ซึ่งข้อพิพาทลักษณะนี้เรียกว่า “คดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศ”

คดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้นในบางครั้งอาจเสนอคดีต่อศาลได้ในหลายประเทศ ซึ่งผลของการเสนอคดีต่อศาลได้หลายประเทศนี้อาจส่งผลให้คดีที่มีข้อเท็จจริงเดียวกัน แต่มีผลแห่งคดีที่ต่างกันได้ ทำให้เกิดความไม่เป็นเอกภาพในคำพิพากษา เพื่อขจัดปัญหาความไม่เป็นเอกภาพของคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้น จึงได้มีการตรากฎหมายภายในเรียกกันว่า “กฎหมายขัดกัน (conflict of law)” อันเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงวิธีการพิจารณาว่าคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศที่ได้เสนอต่อศาลนั้นจะบังคับใช้กฎหมายของประเทศใดในการตัดสินคดี และผลของการที่ศาลในประเทศใดบังคับใช้กฎหมายขัดกันอย่างเคร่งครัดแล้วย่อมทำให้คำพิพากษาของศาลประเทศนั้นเป็นที่ยอมรับแก่นานาอารยประเทศ

สำหรับประเทศไทยได้มีการตรากฎหมายขัดกันไว้ ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๔๘๑ ประกาศใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๔๘๑ มาจนกระทั่งปัจจุบัน ซึ่งก็เป็นระยะเวลาเกือบ ๘๐ ปีแล้ว แต่ก็ยังไม่เคยมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขแม้แต่ครั้งเดียว สาเหตุเนื่องจากกฎหมาย

*บทความวิจัยคัดย่อมาจากรายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง “ปัญหาการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย” ได้รับทุนอุดหนุนจากมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงในปีงบประมาณ ๒๕๕๗. คณะผู้วิจัยประกอบด้วย อาจารย์ศพนธ์ นิตริจิโรจน์ อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง เป็นหัวหน้าโครงการและอาจารย์ติณเมธ วงศ์ใหญ่ อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง เป็นผู้วิจัย.

๑นบ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง นม. (กฎหมายระหว่างประเทศ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ นต. (กำลังศึกษา) (กฎหมายทะเล) South China Sea Institute, Xiamen University เนติบัณฑิตยสภา อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง.

๑นบ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง นม. (กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม) มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง.



ฉบับดังกล่าวไม่ค่อยได้รับความสนใจจากแวดวงนักกฎหมายไทยเท่าที่ควร การใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนี้มีกฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๔๘๑ บัญญัติว่า “ในกรณีที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ถ้ามิได้พิสูจน์กฎหมายนั้น ให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยาม” จึงมีปัญหาในการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยหลายประการ เช่น ๑) การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ มีข้อสงสัยว่าใครเป็นผู้มีสิทธิกล่าวอ้าง กล่าวอ้างเวลาใดและกล่าวอ้างด้วยวิธีการใด, ๒) การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย มีข้อสงสัยว่าการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้นจะใช้พยานหลักฐานใดพิสูจน์ พยานผู้เชี่ยวชาญต้องมีคุณสมบัติอย่างไร ใครเป็นผู้มีหน้าที่นำสืบและต้องพิสูจน์ถึงระดับใดจึงจะเป็นที่พอใจแก่ศาล, และ ๓) การตีความกฎหมายต่างประเทศ กล่าวคือ หากในกรณีที่ผู้พิพากษาจะตัดสินคดีความโดยใช้กฎหมายต่างประเทศแล้วพบว่าตัวบทกฎหมายต่างประเทศมีความหมายคลุมเครือศาลไทยจะใช้วิธีการอย่างไรในการตีความ

งานวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งเน้นจะศึกษาถึงปัญหาในการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยทั้งสามปัญหาดังกล่าวข้างต้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการปรับใช้ ตลอดจนเสนอแนะแนวทางที่อาจนำมาปรับใช้เพื่อให้เกิดการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยอย่างแพร่หลายในอนาคต

๑. หลักเกณฑ์และวิธีการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย

กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private International Law) หรือกฎหมายขัดกัน (Conflict of Laws)^๔ นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้พิพากษาสสามารถเลือกใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของต่างประเทศได้อย่างถูกต้องและเหมาะสมโดยคำนึงถึงจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดกับนิติสัมพันธ์นั้น ๆ มากที่สุด^๕ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลจึงเปรียบเสมือนเครื่องมือของผู้พิพากษาที่จะใช้เลือกกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อนำมาตัดสินคดีแพ่งและพาณิชย์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศหรือที่เรียกว่าคดีแพ่งที่มีองค์ประกอบของต่างประเทศ (Foreign elements) เข้ามาพัวพัน อย่างไรก็ตามรูปแบบการนำกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาปรับใช้ของผู้พิพากษาเพื่อตัดสินใจว่าจะใช้กฎหมายประเทศใดตัดสินคดีนั้น ก็มีอยู่หลายรูปแบบ ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น ๓ รูปแบบ หรือ ๓ ระบบ ได้แก่ ระบบทางเลือก ตรงกับภาษาอังกฤษว่า Alternative System เป็นระบบที่ไม่อนุญาตให้ศาลใช้กฎหมายขัดกันได้เองแต่จะต้องรอให้คู่ความไม่ว่าโจทก์หรือจำเลยได้กล่าวอ้างต่อศาลก่อนข้อพิพาทของคดีมีความคาบเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนของต่างประเทศหรือระบบกฎหมายมากกว่าหนึ่งประเทศ^๖ และผู้ที่กล่าวอ้างยังมีหน้าที่ต้องพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจนเป็นที่พอใจแก่ศาลอีกด้วย

ระบบบังคับตรงกับภาษาอังกฤษว่า Mandatory System เป็นระบบที่เห็นว่าการใช้กฎหมายขัดกันนั้นเป็นความรับผิดชอบโดยตรงของศาล^๗ หรือผู้พิพากษา หมายความว่า หากมีการเสนอ

^๔คำว่า “กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” (Private of International Law) จะใช้ในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Civil Law ส่วนคำว่า “กฎหมายขัดกัน” (Conflict of Laws) จะใช้ในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Common Law แต่มีความหมายเช่นเดียวกัน.

^๕ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, (๒๕๔๗), “การใช้กฎหมายต่างประเทศโดยกลไกของกฎหมายขัดกัน,” (งานวิจัยวิชาการ ภาควิชากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), ๕.

^๖เรื่องเดียวกัน.

^๗เรื่องเดียวกัน.



ข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศขึ้นมาสู่ศาล ผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องใช้กฎหมายขัดกันเพื่อพิจารณาข้อพิพาทนั้นทันทีโดยไม่จำเป็นต้องรอให้มีผู้ใดกล่าวอ้างว่าคดีนั้นต้องใช้กฎหมายต่างประเทศ

ระบบผสม ตรงกับภาษาอังกฤษว่า Mixed System เป็นระบบที่อยู่กึ่งกลางระหว่างระบบทางเลือกและระบบบังคับ กล่าวคือ ไม่ได้บังคับว่าเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาในการใช้กฎหมายขัดกันกับคดีแพ่งและพาณิชย์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศอย่างเช่นระบบบังคับ คู่ความยังต้องกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศดังเช่นระบบทางเลือก แต่ระบบนี้ก็มี ความแตกต่างจากระบบทางเลือกในส่วนของการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ กล่าวคือ ระบบผสมนี้ได้ห้ามผู้พิพากษาในการค้นหากฎหมายต่างประเทศด้วยตนเองดังเช่นในระบบทางเลือก การใช้กฎหมายต่างประเทศหรือไม่จึงเป็นดุลพินิจของศาลและขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไปว่าสมควรจะใช้กฎหมายต่างประเทศหรือไม่^๕

ในส่วนของประเทศไทย อาจกล่าวได้ว่าได้ใช้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในแบบระบบทางเลือก โดยสามารถพิจารณาได้จาก มาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๔๘๑ บัญญัติว่า “ในกรณีที่จะต้องใช้อกฎหมายต่างประเทศบังคับ ถ้ามิได้พิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ให้ใช้อกฎหมายภายในแห่งประเทศสยาม” สาเหตุก็เนื่องมาจากกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของไทยได้รับอิทธิพลมาจากประเทศอังกฤษ หลักฐานที่ยืนยันได้ว่าประเทศไทยได้รับอิทธิพลกฎหมายขัดกันของประเทศอังกฤษ เห็นได้จากคำพิพากษาของศาลไทยก่อนจะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๔๘๑ ที่ศาลไทยอ้างอิงหลักกฎหมายอังกฤษมาตัดสินคดี^๖ อีกทั้งวิธีการดำเนินคดีในชั้นศาลของไทยในทางปฏิบัติก็ได้รับอิทธิพลจากพระเจ้าบรมวงศ์เธอพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ ซึ่งทรงได้ศึกษาเล่าเรียนกฎหมายจากประเทศอังกฤษ

เงื่อนไขในการใช้อกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย มี ๔ องค์ประกอบ ได้แก่ ๑) ต้องเป็นคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศ, ๒) คดีนั้นต้องใช้อกฎหมายต่างประเทศบังคับแก่กรณี, ๓) ไม่มีข้อจำกัดในการบังคับใช้อกฎหมายต่างประเทศ และ ๔) ต้องมีการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจนเป็นที่พอใจแก่ศาล ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

๑.๑ คดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

คำว่า “คดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศ” หรือ “คดีแพ่งที่มีองค์ประกอบของต่างประเทศเข้ามาพัวพัน” ที่อาจขึ้นสู่ศาลไทยได้นั้น ย่อมเกิดขึ้นได้เนื่องจากปัจจัยหลายประการ อาทิเช่น สัญชาติหรือภูมิลำเนาของคู่พิพาทต่างกัน, สถานที่ที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์หรือสถานที่ที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้มีหลายประเทศ, ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้ตั้งอยู่ในต่างประเทศหรือตามเจตนาของคู่พิพาทตามสัญญากำหนดให้ใช้อกฎหมายของต่างประเทศบังคับ เป็นต้น

^๕เรื่องเดียวกัน.

^๖สายหยุด แสงอุทัย, (มปป), การขัดกันแห่งกฎหมาย, (มปท). ๑๔๖.



๑.๒ คดีที่ต้องปรับใช้กฎหมายต่างประเทศ

ขั้นตอนและวิธีการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ อาจอธิบายได้ตามลำดับดังต่อไปนี้

๑) กฎหมายขัดกันของประเทศไทยกำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ

วิธีการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๔๘๑ เริ่มจากการพิจารณาก่อนว่าประเด็นที่พิพาทในคดีเป็นเรื่องใด ที่เรียกกันว่า “การให้ปัญหาข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง”^{๑๐} จากนั้นจึงค่อยตรวจสอบว่าข้อพิพาทในเรื่องนั้น ๆ ว่ากฎหมายขัดกันได้บัญญัติให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ

๒) กฎหมายขัดกันของประเทศนั้นกำหนดให้ใช้กฎหมายประเทศใดบังคับ

หากปรากฏตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันฯ ว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่กรณีเป็นกฎหมายไทย ศาลย่อมสามารถปรับใช้กฎหมายไทยในการพิจารณาคดีตัดสินคดีได้ แต่หากปรากฏว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่กรณีเป็นกฎหมายต่างประเทศแล้ว ไซ้ว่าศาลไทยจะปรับใช้กฎหมายของประเทศนั้นได้ทันที หากแต่ยังต้องพิจารณากฎหมายขัดกันของประเทศนั้นอีกด้วยว่าได้บัญญัติให้ใช้กฎหมายของประเทศใดปรับแก้คดีอีกครั้งว่าให้ปรับใช้กฎหมายของประเทศใดแก่กรณี ซึ่งเมื่อพิจารณากฎหมายขัดกันของประเทศนั้นแล้วอาจก่อให้เกิดผลตามมา ๒ ประการ ดังนี้

๒.๑) การย้อนส่งกลับ หมายถึง กรณีที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ แต่เมื่อพิจารณากฎหมายขัดกันของประเทศนั้นแล้วบัญญัติให้ใช้กฎหมายไทยบังคับ กรณีดังกล่าวตามมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๔๘๑ บัญญัติว่า “ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ และตามกฎหมายต่างประเทศนั้นกฎหมายที่ใช้บังคับได้แก่กฎหมายแห่งประเทศสยาม ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยามบังคับ มิใช่ใช้กฎหมายแห่งประเทศสยามว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย” ดังนั้น หากเกิดกรณีดังกล่าวขึ้น ศาลไทยอาจนำกฎหมายสารบัญญัติของไทยมาปรับแก้คดีได้

๒.๒) การย้อนส่งต่อไป หมายถึง ในกรณีที่กฎหมายขัดกันของไทยกำหนดให้ศาลไปใช้กฎหมายขัดกันของประเทศที่สองและในขณะเดียวกันกฎหมายขัดกันของประเทศที่สองกำหนดให้ศาลใช้กฎหมายของประเทศที่สาม ในกรณีดังกล่าวเรียกว่า “การย้อนส่งต่อไป” ซึ่งก็เป็นเรื่องที่ยังคงถกเถียงกันในแวดวงนักกฎหมายไทยว่ากฎหมายไทยยอมรับให้มีการย้อนส่งต่อไปหรือไม่ เนื่องจากมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๔๘๑ ไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะและในทางปฏิบัติของศาลไทยก็ยังไม่เคยมีการกล่าวถึงปัญหาการย้อนส่งต่อไปแต่ประการใด

และเมื่อผ่านขั้นตอนการพิจารณากฎหมายขัดกันของประเทศนั้นว่าให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับแก่กรณีแล้ว การใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยจึงอาจจะมีได้ใน ๒ กรณี ได้แก่ กรณีแรกคือที่กฎหมายขัดกันของประเทศนั้นกำหนดให้ใช้กฎหมายภายในของประเทศนั้นหรือกรณีที่สองกฎหมายขัดกันของประเทศนั้นกำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศที่สามที่เรียกว่าการย้อนส่งต่อไป

^{๑๐}หยุด แสงอุทัย, (๒๕๔๙), คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน), ๒๕.



๓) ข้อจำกัดในการใช้กฎหมายต่างประเทศ

นอกจากพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นแล้วหากปรากฏว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่กรณี คือ กฎหมายต่างประเทศ ศาลไทยก็ยังไม่อาจจะปรับใช้กฎหมายต่างประเทศในการตัดสินคดีได้ เนื่องจากในบางครั้งกฎหมายต่างประเทศมีเนื้อหาสาระที่แตกต่างกับกฎหมายไทยอย่างยิ่งจนไม่อาจเป็นที่ยอมรับแก่สังคมไทยได้ ซึ่งก็อาจเกิดขึ้นได้เนื่องจากสภาพสังคมและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันกฎหมายของแต่ละประเทศย่อมมีเนื้อหาสาระที่แตกต่างกันเป็นธรรมดาหรือในกรณีที่ประเทศไทยมีกฎหมายพิเศษสำหรับเรื่องนั้น ๆ แล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องปรับใช้กฎหมายต่างประเทศหรือแม้กระทั่งในกรณีที่มีสนธิสัญญาบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้เป็นพิเศษแล้วก็ตาม เช่น ตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๔๘๑ บัญญัติว่า “ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศสยาม” หรือในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษแล้ว ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการรับขนของทางทะเล พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๔ บัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่การขนส่งทางทะเลจากที่แห่งหนึ่งในราชอาณาจักร หรือจากที่แห่งหนึ่งนอกราชอาณาจักรมายังที่อีกแห่งในราชอาณาจักร เว้นแต่กรณีที่ได้ระบุในใบตราส่งว่าให้ใช้กฎหมายของประเทศอื่นหรือกฎหมายระหว่างประเทศก็บังคับให้เป็นไปตามนั้น แต่แม้ว่าจะได้ระบุไว้เช่นนั้นก็ตาม ถ้าปรากฏว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้มีสัญชาติไทยหรือเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย ก็ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้บังคับ” หรือในกรณีที่มีอนุสัญญาระหว่างประเทศกำหนดให้ใช้กฎหมายประเทศใดบังคับแก่กรณี เป็นต้น

๔) การกล่าวอ้างและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ

หลักเกณฑ์การใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนั้น นอกจากจะเป็นคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศ, เป็นคดีที่ต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับแก่กรณีและกฎหมายต่างประเทศนั้นไม่ถูกจำกัดในการนำมาปรับใช้ในศาลไทยแล้ว การจะใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนั้นยังจะต้องมีการกล่าวอ้างและการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจนเป็นที่พอใจแก่ศาลอีกด้วย

๒. ปัญหาการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย

หลักเกณฑ์และวิธีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย ต้องศึกษาจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งประกอบ เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คือ บทบัญญัติทั้งหลายที่วางหลักเกณฑ์การดำเนินคดีแพ่ง^{๑๑} ซึ่งการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศก็ถือเป็นหลักเกณฑ์ในการดำเนินคดีแพ่งประการหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็ยังมีได้บัญญัติหลักเกณฑ์และวิธีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยไว้โดยเฉพาะเจาะจง จึงทำให้เกิดข้อสงสัยในวิธีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยในหลายประเด็น เช่น ผู้มีสิทธิกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศคือใครบ้าง, จะกล่าวอ้างได้ในช่วงเวลาใดและวิธีการกล่าวอ้างต้องทำอย่างไร

^{๑๑} คณิต ฒ นคร (๒๕๕๒), กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาคการดำเนินคดี, พิมพ์ครั้งที่ ๒, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน), ๒๙.



๒.๑ สถานะของกฎหมายต่างประเทศ

ประเทศไทยได้รับอิทธิพลทางด้านกฎหมายจากประเทศอังกฤษตั้งแต่ก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๔๘๑ เห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๓๐/๒๔๖๘ ซึ่งในคดีนี้ศาลไทยพิจารณาเห็นว่า กฎหมายต่างประเทศเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ศาลรู้เองไม่ได้ โดยในคดีนี้กรรมการศาลฎีกาได้อ้างตำรากฎหมายชดกันของประเทศอังกฤษ คือ ตำราของท่าน เอ.วี. ไดซี (A.V. Dicey) ในเรื่องการสืบกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ว่าใช้หลักถิ่นที่ทรัพย์นั้นตั้งอยู่ (lex situs)^{๑๒} และมาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๔๘๑ ยังยืนยันได้ว่าศาลไทยถือว่ากฎหมายต่างประเทศเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ด้วยเหตุดังกล่าว ในสายตาของผู้พิพากษาศาลไทย กฎหมายต่างประเทศจึงมีสถานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง (Fact) ไม่ใช่ปัญหาข้อกฎหมาย (Law)^{๑๓}

ดังนั้น เมื่อกฎหมายต่างประเทศเป็นปัญหาข้อเท็จจริง หากคู่ความฝ่ายใดประสงค์จะให้ศาลใช้กฎหมายต่างประเทศตัดสินคดีจึงมีหน้าที่กล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ หากละเลยไม่กล่าวอ้างแล้วก็ไม่เกิดเป็นประเด็นข้อพิพาทในคดี อีกทั้งยังต้องมีหน้าที่นำสืบพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้นเพราะเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลไม่สามารถรู้ได้เองอีกด้วย

๒.๒ ผู้มีสิทธิกล่าวอ้าง

การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ หมายถึง การกล่าวอ้างเนื้อหาสาระของกฎหมายต่างประเทศต่อศาลเพื่อให้ศาลได้ปรับใช้กฎหมายนั้น ๆ ตัดสินคดี การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศจึงมีผลเป็นการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงประเภทหนึ่งที่จะต้องมีการพิสูจน์ หรือที่เรียกว่าเป็น “ประเด็นข้อพิพาท” ดังนั้น โดยหลักแล้วผู้มีสิทธิกล่าวอ้างข้อเท็จจริงจนเกิดเป็นประเด็นข้อพิพาทนั้นได้แก่ “คู่ความ” สาเหตุก็เนื่องจากประเด็นข้อเท็จจริงที่ศาลตัดสินนั้นต้องผูกพันคู่ความแต่ไม่ผูกพันบุคคลภายนอก ซึ่งจะสอดคล้องกับหลักการที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ว่า คู่ความเป็นผู้มีส่วนได้เสียในคดีและเป็นผู้ที่ต้องผูกพันในคำพิพากษตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๑๔๕

คำว่า “คู่ความ” ตามที่บัญญัติในมาตรา ๑(๑๑) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หมายถึง “บุคคลผู้ยื่นคำฟ้องหรือถูกฟ้องต่อศาล และเพื่อประโยชน์แห่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้รวมถึงบุคคลผู้มีสิทธิกระทำการแทนบุคคลนั้น ๆ ตามกฎหมายหรือในฐานะทนายความ” อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อสงสัยในบุคคลบางจำพวกว่าจะกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้หรือไม่ เช่น ผู้ร้องขอ ผู้ร้องคัดค้าน ผู้ร้องสอด คู่ความร่วม หรือ บุคคลผู้ร้องขอเข้ามาในคดีภายหลังมีคำพิพากษา

๑) ผู้ร้องขอ นักกฎหมายบางท่านเห็นว่าคำว่า “คู่ความ” หมายรวมถึง ผู้ที่ได้ร้องขอให้ศาลคุ้มครองสิทธิของตนและผู้ที่มีการขอให้ศาลคุ้มครองสิทธินั้นได้กระทำต่อตนและในที่สุดเมื่อคำพิพากษาหรือคำสั่งใดที่ออกมาในนามของผู้ที่เป็นคู่ความ คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นย่อมจะส่งผลดีหรือผลร้ายต่อผู้ที่เป็นคู่ความนั้น^{๑๔} ดังนั้น หากในคดีไม่มีข้อพิพาท เช่น คดีร้องขอเป็นผู้จัดการมรดกที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ผู้ร้องขอก็มีฐานะเป็นคู่ความและมีสิทธิกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้

^{๑๒} ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, (๒๕๕๖), คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ ๓, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), ๒๒๘.

^{๑๓} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๕๓๗/๒๕๔๖, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๕๓๗/๒๕๔๖.

^{๑๔} พระนิติการณประสม, (มปป), คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, (มปท), ๔๖.



๒) ผู้ร้องคัดค้าน หมายถึง บุคคลผู้คัดค้านคำร้องขอในคดีไม่มีข้อพิพาทซึ่งจะส่งผลให้สถานะของคดีเปลี่ยนแปลงไปจากคดีไม่มีข้อพิพาทเปลี่ยนเป็นคดีมีข้อพิพาท ในขณะที่เดียวกันฐานะของผู้ร้องขอจะเปลี่ยนเป็นโจทก์ในคดีและฐานะของผู้ร้องคัดค้านจะเปลี่ยนเป็นจำเลยในคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๑๔๘ (๔) ในคดีดังกล่าวเมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้วย่อมจะผูกพันทั้งผู้ร้องขอและผู้ร้องคัดค้าน ถือได้ว่าผู้ร้องคัดค้านเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคดีโดยตรงจึงเป็นคู่ความในคดีประเภทหนึ่งและหากเมื่อผู้ร้องคัดค้านมีฐานะเสมือนเป็นจำเลยในคดี ผู้ร้องคัดค้านย่อมมีสิทธิกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้เช่นกัน

๓) ผู้ร้องสอด คือ บุคคลซึ่งไม่ได้เป็นคู่ความมาแต่เริ่มแรก แต่เป็นบุคคลภายนอกที่เข้ามาเป็นคู่ความในภายหลังเมื่อมีคดีกันแล้ว ผู้ร้องสอดอาจแบ่งได้ ๒ ลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะแรก ผู้ร้องสอดเข้ามาเองโดยสมัครใจ คือ บุคคลที่ร้องขอเข้ามาในคดีโดยความสมัครใจเอง^{๑๔} และลักษณะที่สอง ผู้ร้องสอดเข้ามาด้วยกฎหมายเรียก ไม่ว่าจะเป็นการหมายเรียกให้เข้ามาในคดีตามคำขอของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือโดยคำสั่งของศาล

ผลของการร้องสอดเข้ามาในคดีนั้นหากเป็นกรณีการร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความฝ่ายที่สามหรือถูกเรียกเข้ามาเป็นคู่ความร่วม ย่อมทำให้ผู้ร้องสอดมีสิทธิเสมือนเป็นผู้ฟ้องคดี^{๑๖} ส่วนหากเป็นกรณีร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความร่วมโดยสมัครใจ กรณีเช่นนี้เป็นการยินยอมเข้าเป็นร่วมกับผู้อื่นจึงย่อมต้องผูกพันตามสิทธิของคู่ความร่วมที่ตนเข้าร่วม ผู้ร้องสอดจะใช้สิทธิอย่างอื่นนอกจากสิทธิที่มีอยู่แก่คู่ความที่ตนขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมหรือจำเลยร่วมไม่ได้และจะใช้สิทธิขัดกับสิทธิของโจทก์จำเลยเดิมไม่ได้ ดังนั้น หากบุคคลใดร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความฝ่ายที่สามหรือถูกเรียกเข้ามาเป็นคู่ความร่วม บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้ แต่บุคคลผู้ร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความในคดีร่วมย่อมไม่อาจกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้

๔) คู่ความร่วม การเป็นคู่ความร่วมมีเงื่อนไขสำคัญตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๕๙ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้แก่ ผู้ที่จะเป็นคู่ความร่วมนั้นจะต้องมีผลประโยชน์ร่วมกันในมูลความแห่งคดี^{๑๗} กล่าวคือ เป็นผู้มีส่วนได้เสียร่วมกันในมูลคดีนั้นเป็นสาระสำคัญ^{๑๘} ส่วนผลของการเป็นคู่ความร่วมนั้น ถ้ามูลความแห่งคดีเป็นการชำระหนี้ซึ่งแย้งแยกกันได้ บุคคลเหล่านั้นย่อมไม่แทนซึ่งกันและกัน กล่าวคือ การกระทำของคู่ความร่วมคนใด หรือต่อคู่ความร่วมคนใดย่อมเป็นคุณและโทษเฉพาะคู่ความร่วมคนนั้น^{๑๙} หากกรณีเป็นหนี้ที่แบ่งชำระกันไม่ได้ คู่ความร่วมยอมแทนซึ่งกันและกันเพียงในเรื่องกระบวนการพิจารณาที่ทำโดยหรือทำต่อคู่ความร่วมคนหนึ่ง เว้นแต่กระบวนการพิจารณาที่คู่ความร่วมคนหนึ่งกระทำไปนั้นเป็นที่เสื่อมเสียแก่คู่ความร่วมคนอื่น ๆ หรือการเลื่อนคดีหรือการงดการพิจารณานั้นย่อมมีผลถึงคู่ความร่วมคนอื่น ๆ ด้วย

^{๑๔} คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาคการดำเนินคดี, ๑๓๓.

^{๑๖} คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๕๒๔/๒๕๓๖.

^{๑๗} อาจารย์อุดม เพ็ญพุง ได้ให้นิยามความหมายคำว่า “มูลความแห่งคดี” หมายถึง “ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เป็นเหตุให้มีการฟ้องร้องกัน มีความเกี่ยวข้องกัน”.

^{๑๘} วรรณชัย บุญบำรุง, (๒๕๕๕), ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ ๕, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน), ๑๗๘.

^{๑๙} ไพโรจน์ วายุภาพ, (๒๕๕๕), คำอธิบาย กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค ๑ บททั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๓, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินติง), ๓๔๔.



อย่างไรก็ตาม ผลของการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศไม่น่าจะอยู่ภายใต้บังคับ มาตรา ๕๙ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เนื่องจากคำว่า “การกระทำ” ตามมาตราดังกล่าวน่าจะหมายถึงเฉพาะการดำเนินกระบวนการในทางวิธีพิจารณาความโดยแท้ไม่รวมถึงขั้นตอน การเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่กรณี อีกทั้งการบังคับใช้กฎหมายของประเทศที่เหมาะสมที่สุด แก่คดีนั้น เป็นสิ่งที่ถูกต้องสมควรต้องกระทำเสมอไม่ว่าจะกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ จะทำให้เป็นการเสียเปรียบแก่คู่ความร่วมคนอื่น ๆ ได้

๕) ผู้ร้องขอเข้ามาในคดีภายหลังมีคำพิพากษา เช่น ผู้ร้องขัดทรัพย์ ผู้ร้องขอเกินส่วน เป็นต้น บุคคลเหล่านี้ย่อมไม่สามารถกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้ เนื่องจากสภาพของคดีเป็นเพียง คดีสาขา หากมีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้อาจทำให้ขัดแย้งกับคดีหลัก อีกทั้งในคดีสาขา แต่ละประเภทล้วนแต่มีประเด็นที่จำกัดในการพิจารณาไม่เหมาะแก่การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ

๒.๓ ระยะเวลาในการกล่าวอ้าง

ในคดีหนึ่งเมื่อมีการยื่นฟ้องและจำเลยยื่นคำให้การแล้ว ศาลจะนัดหมายให้ทั้งโจทก์ และจำเลยมาศาลเพื่อไกล่เกลี่ย, กำหนดประเด็นข้อพิพาท, กำหนดหน้าที่นำสืบและกำหนดลำดับ การนำพยานเข้าสืบก่อนหลัง ซึ่งเรียกนัดนี้ว่า “นัดชี้สองสถาน” หลังจากนั้นจะได้ทำการสืบพยานโจทก์ จำเลย เรียกว่า “นัดสืบพยาน” จนกระทั่งสืบพยานโจทก์และจำเลยเสร็จสิ้นแล้ว ศาลจะได้นำพยาน หลักฐานของโจทก์จำเลยมาวิเคราะห์และชี้ว่าพยานหลักฐานของฝ่ายใดน่าเชื่อถือกว่ากัน ศาลก็จะได้ตัดสินให้ฝ่ายนั้นชนะคดี เรียกว่า “นัดฟังคำพิพากษา”

เมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้วหากคู่ความฝ่ายใดไม่เห็นพ้องด้วยกับคำพิพากษาของศาล ก็มีสิทธิยื่นอุทธรณ์และฎีกาต่อไป เว้นแต่จะมีกฎหมายจำกัดการอุทธรณ์และฎีกาไว้ ในขณะที่ฝ่ายชนะคดี ย่อมมีอำนาจจะบังคับให้จำเลยปฏิบัติตามชำระหนี้ตามคำพิพากษา

ส่วนช่วงเวลาในการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ เนื่องจากสถานะทางกฎหมาย ของกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยเป็นข้อเท็จจริง ดังนั้น การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ จึงต้องเป็นช่วงเวลาที่คู่ความสามารถกล่าวอ้างข้อเท็จจริงให้เกิดเป็นประเด็นข้อพิพาทด้วย เช่น ในเวลา เสนอคำฟ้อง ในเวลาเสนอคำให้การหรือหากมิได้กล่าวมาในคำฟ้องหรือคำให้การ ก็อาจกล่าวอ้าง กฎหมายต่างประเทศได้ก่อนวันชี้สองสถานไม่น้อยกว่าเจ็ดวันหรือในกรณีที่ไม่มีวันชี้สองสถาน ก็ต้องกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่าเจ็ดวันเช่นกัน การกล่าวอ้างกฎหมาย ต่างประเทศในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกาจึงไม่อาจทำได้^{๒๐}

๒.๔ วิธีการกล่าวอ้าง

รูปแบบกระบวนการพิจารณานั้นอาจแบ่งออกได้เป็น ๒ รูปแบบ ได้แก่ รูปแบบกระบวนการ พิจารณาคดีด้วยวาจาและรูปแบบกระบวนการพิจารณาคดีด้วยลายลักษณ์อักษร สำหรับรูปแบบการ ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของไทย เป็นการผสมผสานระหว่างกระบวนการพิจารณาคดีด้วยวาจา และกระบวนการพิจารณาคดีด้วยเอกสารและอาจกล่าวได้ว่ากระบวนการพิจารณามีลักษณะอย่างเดียวกับประเทศ

^{๒๐}คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๘๓๘/๒๕๔๕.



ในกลุ่ม Common law ที่ให้ความสำคัญกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจามากกว่ากระบวนการพิจารณาด้วยเอกสาร โดยเฉพาะในขั้นตอนการสืบพยาน^{๒๑} อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาตามสถานะของกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยแล้ว การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศจำเป็นต้องกล่าวอ้างในรูปแบบของคำฟ้องหรือคำให้การหรือคำฟ้องแย้งด้วยลายลักษณ์อักษร เนื่องจากจะทำให้เกิดเป็นประเด็นข้อพิพาท เว้นแต่ การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในคำฟ้องคดีโมฆะหรือคดีที่ไม่มีข้อยุ่งยากอาจกล่าวอ้างด้วยวาจาก็ได้

๓. ปัญหาการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ

การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยยังคงเป็นปัญหาว่าจะต้องพิสูจน์อย่างไรจึงจะถูกต้องและจะต้องพิสูจน์ถึงระดับไหนจึงจะเป็นที่พอใจแก่ศาลเนื่องจากในกฎหมายไทยไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นอย่างชัดเจน แต่การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยแต่ละคดีกลับต้องเสียค่าใช้จ่ายที่สูง ในทางปฏิบัติคู่ความจึงมักจะหลีกเลี่ยงที่จะกล่าวอ้างและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศเสีย จนเป็นเหตุให้คดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศในศาลไทยส่วนใหญ่จะใช้กฎหมายไทยตัดสิน

๓.๑ พยานหลักฐานที่ใช้พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐานที่ใช้พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย มีอยู่ ๒ คำพิพากษา ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๘๗/๒๕๔๘ โดยคดีนี้ศาลเพียงแต่กล่าวว่าพยานในคดีเป็นเพียงผู้แปลกฎหมายไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายของประเทศนั้น แต่มีได้กล่าวให้เห็นว่าพยานผู้เชี่ยวชาญนั้นต้องมีคุณสมบัติอย่างไรและคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๕๓๗/๒๕๔๖ คดีนี้ศาลไม่ใช้กฎหมายต่างประเทศเนื่องจากให้เห็นผลว่าจำเลยไม่ได้นำสืบกฎหมายต่างประเทศว่ามีอยู่อย่างไรอีกทั้งศาลยังได้พยายามแนะนำวิธีการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศด้วยว่าคู่ความจะต้องนำพยานผู้เชี่ยวชาญกฎหมายของประเทศนั้นมาสืบประกอบด้วยบทกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีให้เป็นที่พอใจศาล

ขณะที่หลักเกณฑ์ในเรื่องพยานหลักฐานที่ใช้พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยยังไม่ชัดเจน คณะผู้วิจัยจึงได้ศึกษาแนวทางปฏิบัติในเรื่องดังกล่าวจากต่างประเทศ เพื่อนำมาประกอบหาแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว เช่น

ประเทศอังกฤษ คู่ความไม่สามารถพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศเพียงแค่การนำตัวบทกฎหมายต่างประเทศ, คำพิพากษาของศาล, สนธิสัญญาหรือแหล่งที่มาอื่น ๆ มาแสดงต่อศาลเท่านั้น หากแต่ต้องมีการเบิกความยืนยันโดยผู้เชี่ยวชาญเพื่ออธิบายและตีความเอกสารเหล่านั้นด้วย ซึ่งการจัดหาพยานผู้เชี่ยวชาญเป็นความรับผิดชอบของคู่ความเอง ศาลอังกฤษจะไม่ยอมรับคำให้การเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการสาบานที่เรียกว่า affidavit โดยปราศจากการถามค้าน^{๒๒} เนื่องจากการตรวจสอบความน่าเชื่อถือหรือความถูกต้องของพยานผู้เชี่ยวชาญไม่อาจมีได้หากไม่มีการซักถาม

^{๒๑}วรรณชัย บุญบำรุง, (๒๕๕๖), *หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม ๑*, พิมพ์ครั้งที่ ๓, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน), ๕๑.

^{๒๒}Lord Goff กล่าวไว้ในคำตัดสินคดี *Seasconsar Far East Ltd v. Bank Markazi (1994)* ว่า “the court cannot resolve disputed question of fact on affidavit evidence”.



ซึ่งส่งผลให้ศาลไม่มีโอกาสได้ประเมินความถูกต้องหรือความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานด้วย ซึ่งเป็นส่วนที่มีความสำคัญต่อขั้นตอนในการตัดสินคดีของศาล^{๒๓} ประเทศอังกฤษแบ่งผู้เชี่ยวชาญออกได้เป็น ๓ กลุ่ม ดังนี้^{๒๔} ๑) เป็นนักกฎหมายที่มาจากระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในคดีนั้น ๆ โดยตรง ซึ่งอาจเป็นนักปฏิบัติ ผู้พิพากษา นักวิชาการก็ได้, ๒) เป็นนักกฎหมายที่ไม่ได้มาจากระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในคดีนั้น ๆ โดยตรงแต่มาจากระบบกฎหมายที่ใกล้เคียง หากว่าพยานผู้เชี่ยวชาญท่านนั้นมีความรู้หรือประสบการณ์เพียงพอและ ๓) เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญที่มีใช้นักกฎหมาย แต่มีความรู้หรือประสบการณ์ทางกฎหมายซึ่งอาจได้มาจากการทำงานที่มีโอกาสใช้กฎหมายในสาขาใดสาขาหนึ่งโดยเฉพาะเป็นเวลายาวนานจนมีความรู้ความเข้าใจในกฎหมายนั้น ๆ

ประเทศออสเตรเลีย ตามพระราชบัญญัติรูปแบบพยานหลักฐาน ค.ศ. ๑๙๙๕ อนุญาตให้นำเอกสารเช่นหนังสือหรือแผ่นพับที่ประกอบตัวพระราชบัญญัติหรือประกาศ^{๒๕} และรายงานคำพิพากษาของศาลต่างประเทศอ้างอิงเพื่อพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ^{๒๖} โดยคู่ความไม่จำเป็นต้องนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความที่ศาล แต่อาจจำเป็นเมื่อพิสูจน์ปัญหาจะใช้ดุลพินิจอย่างไรภายใต้พระราชบัญญัติที่จะใช้บังคับแก่กรณีหรือการตรวจสอบให้ทราบถึงบทบัญญัติที่บังคับใช้ในปัจจุบัน การรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติพยานหลักฐาน มาตรา ๗๙ ดังนั้น ผู้เชี่ยวชาญต้องเป็นผู้มีความรู้พิเศษเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศบนพื้นฐานของการฝึกฝน, การศึกษา หรือประสบการณ์^{๒๗} ไม่ได้จำกัดคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญว่าต้องจบปริญญาตรีหรือสูงกว่าทางด้านกฎหมาย หากจะต้องเป็นผู้ที่มีความคุ้นเคยในกฎหมายสาขาที่ตนเองรับผิดชอบหรือเกี่ยวข้องมานานหลายปี

^{๒๓}Richard Fentiman, (1998), *Foreign Law in English Courts: Pleading, Proof and Choice of Law 203*, (Great Britain: Oxford University Press), 204-205.

^{๒๔}Ibid, 180.

^{๒๕}(NSW) Evidence Act 1995, Section 174. (Evidence of foreign law)

“(1) Evidence of a statute, proclamation, treaty or act of state of a foreign country may be adduced in a proceeding by producing:

(a) a book or pamphlet, containing the statute, proclamation, treaty or act of state, that purports to have been printed by the government or official printer of the country or by the authority of the government or administration of the country, or

(b) a book or other publication, containing the statute, proclamation, treaty or act of state, that appears to the court to be a reliable source of information, or

(c) a book or pamphlet that is or would be used in the courts of the country to inform the courts about, or prove, the statute, proclamation, treaty or act of state, or

(d) a copy of the statute, proclamation, treaty or act of state that is proved to be an examined copy.

(2) A reference in this section to a statute of a foreign country includes a reference to a regulation or by-law of the country.”

^{๒๖}(NSW) Evidence Act 1995, Section 174. (Evidence of law reports of foreign countries)

(1) Evidence of the unwritten or common law of a foreign country may be adduced by producing a book containing reports of judgments of courts of the country if the book is or would be used in the courts of the country to inform the courts about the unwritten or common law of the country.

(2) Evidence of the interpretation of a statute of a foreign country may be adduced by producing a book containing reports of judgments of courts of the country if the book is or would be used in the courts of the country to inform the courts about the interpretation of the statute.

^{๒๗}(NSW) Evidence Act 1995, Section 174. (Exception: opinions based on specialised knowledge)

“(1) If a person has specialised knowledge based on the person’s training, study or experience, the opinion rule does not apply to evidence of an opinion of that person that is wholly or substantially based on that knowledge.



ประเทศเยอรมนี ศาลมีหน้าที่ต้องปรับใช้กฎหมายต่างประเทศเอง โดยตำแหน่ง (*ex officio*) ในสายตาของศาลเยอรมันกฎหมายต่างประเทศจึงมีฐานะเป็นกฎหมายหาใช่เป็นข้อเท็จจริง ในกรณีที่ไม่มีความรู้กฎหมายต่างประเทศอย่างเพียงพอในคดีที่ต้องใช้กฎหมายต่างประเทศ ศาลมีหน้าที่ต้องตรวจสอบ แปล และปรับใช้กฎหมายต่างประเทศด้วยตนเอง ตามหลัก “*iura novit curia*” ดังที่บัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน (Zivilprozessordnung (ZPO), The German Code of Civil Procedure) ค.ศ. ๑๘๗๗ มาตรา ๒๙๓ ว่า “กฎหมายที่มีผลใช้บังคับในต่างประเทศ กฎหมายประเพณีและบทบัญญัติท้องถิ่น จำต้องพิสูจน์ทราบเท่าที่ไม่เป็นที่รู้จักแก่ศาล ในกรณีที่ศาลต้องสืบค้นกฎหมายต่างประเทศ ศาลหาได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะหลักฐานที่น่าเสนอโดยคู่ความไม่ ศาลมีสิทธิที่จะใช้แหล่งความรู้อื่นและสั่งให้ใช้มาตรการเท่าที่จำเป็นแก่การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ” ในกรณีที่ศาลมีข้อสงสัย โดยหลักการพื้นฐานของการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้น ศาลมีอิสระที่จะเลือกวิธีการพิสูจน์เพื่อให้ทราบถึงกฎหมายต่างประเทศได้ กล่าวคือ ศาลมีดุลพินิจอย่างเต็มที่ที่จะใช้วิธีการแบบไม่เป็นทางการ (*informal procedure*) เช่น การร้องขอข้อมูลกฎหมายต่างประเทศจากเอกชน, ท้องถิ่นหรือเจ้าหน้าที่ต่างประเทศ, คณะทูต, กงสุลหรือสถาบันทางการศึกษาหรือที่คล้ายคลึงหรือในกรณีที่ศาลใช้วิธีการค้นหาข้อมูลกฎหมายต่างประเทศภายใต้บังคับแห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยข้อมูลกฎหมายต่างประเทศ ค.ศ. ๑๙๖๘ (European Convention on Information on Foreign Law of 1968) ที่บัญญัติให้รัฐภาคี^{๒๘} หรือวิธีการแบบเป็นทางการ (*formal procedure*) เช่น การขอคำปรึกษาจาก “เพื่อนของศาล” (*amicus curiae*) ซึ่งในประเทศเยอรมันจะมีศูนย์กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่มีชื่อเสียงมาก อย่างเช่น The Max-Planck-Institute for Foreign Law and Private International Law^{๒๙}

เมื่อพิจารณาจากแนวทางปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ แล้ว อาจกล่าวได้ว่าพยานหลักฐานที่จะนำพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยอาจใช้แนวทางปฏิบัติของอังกฤษและออสเตรเลียในเรื่องคุณสมบัติของพยานผู้เชี่ยวชาญเนื่องจากมีระบบการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศคล้ายกับประเทศไทย อย่างไรก็ตามในขณะที่ประเทศไทยใช้กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ ดังนั้น แนวทางปฏิบัติของประเทศเยอรมนีก็ถือเป็นแนวทางที่น่าสนใจและอาจนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้ เช่น การจัดตั้งศูนย์กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

(2) To avoid doubt, and without limiting subsection (๑):

(a) a reference in that subsection to specialised knowledge includes a reference to specialised knowledge of child development and child behaviour (including specialised knowledge of the impact of sexual abuse on children and their development and behaviour during and following the abuse), and

(b) a reference in that subsection to an opinion of a person includes, if the person has specialised knowledge of the kind referred to in paragraph (a), a reference to an opinion relating to either or both of the following:

(i) the development and behaviour of children generally,

(ii) the development and behaviour of children who have been victims of sexual offences, or offences similar to sexual offences.”

^{๒๘}รัฐภาคีในอนุสัญญาฉบับนี้ ได้แก่ ๔๒ ใน ๔๗ ประเทศรัฐสมาชิกของสภายุโรป (Council of Europe) ๕ ประเทศรัฐสมาชิกของสภายุโรปที่มีได้ให้สัตยาบัน ได้แก่ ประเทศอันโดรรา, ประเทศอาร์มีเนีย, ประเทศไอซ์แลนด์ประเทศโมนาโก และประเทศซานมารีโน และประเทศอื่นอีก ๔ ประเทศ ได้แก่ เบลารุส, ประเทศคอซตาริกา, ประเทศเม็กซิโก และประเทศโมร็อกโก.

^{๒๙}ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, ๑๖-๑๗.



๓.๒ หลักเกณฑ์และวิธีการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ

หลักเกณฑ์และวิธีการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ แต่เนื่องจากกฎหมายต่างประเทศในสายตาของผู้พิพากษาศาลไทยถือว่าเป็นปัญหาข้อเท็จจริง จึงอาจนำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยลักษณะพยานมาปรับใช้ได้

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งส่วนใหญ่ของไทยมีความเป็นระบบกล่าวหา มีหลักกฎหมายในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐาน (Admissibility of Evidence) ว่าพยานหลักฐานชั้นนั้นรับฟังได้หรือไม่ ส่วนในเรื่องหน้าที่การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้น โดยหลักแล้วได้แก่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้าง ตามมาตรา ๘๔ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่มีข้อยกเว้นในมาตรา ๘๖ วรรค ๓ ซึ่งได้บัญญัติให้อำนาจของศาลในการสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติมหรือเรียกพยานที่สืบแล้วมาสืบใหม่โดยไม่ต้องมีฝ่ายใดร้องขอ ทั้งนี้ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม อย่างไรก็ตาม การสืบกฎหมายต่างประเทศเพิ่มเติมยังไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ดังนั้น หากอาศัยอำนาจตามมาตรา ๘๖ วรรค ๓ ศาลจึงไม่อาจพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศเพิ่มเติมด้วยตนเองได้

ในประเทศสหรัฐอเมริกาแต่เดิมถือว่ากฎหมายต่างประเทศมีสถานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง เช่นเดียวกับประเทศไทย ศาลในสหรัฐอเมริกาไม่สามารถรู้กฎหมายต่างประเทศได้เอง คู่ความที่ประสงค์จะให้ศาลใช้กฎหมายต่างประเทศจะต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์ต่อศาล^{๓๐} ต่อมาในปี ค.ศ. ๑๙๖๖ ได้มีการแก้ไขกฎหมายตามกฎข้อ ๔๔.๑ Federal Rules of Civil Procedure^{๓๑} เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจหรือช่องทางที่จะค้นคว้าและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศได้มากขึ้น รวมถึงการริเริ่มค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศด้วยตนเองได้^{๓๒}

ดังนั้น หากประเทศไทยต้องการให้มีการใช้กฎหมายต่างประเทศอย่างแพร่หลายแล้ว การแก้ไขอำนาจศาลให้สามารถริเริ่มค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศด้วยตนเองได้ก็ถือเป็นอีกทางเลือกที่ควรได้รับการพิจารณา

๓.๓ ระดับมาตรฐานการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ

การวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานในคดีนั้น ศาลย่อมมีอิสระในการใช้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักหรือประเมินความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานโดยปราศจากการแทรกแซง เพื่อไม่ให้เสียความยุติธรรมในการตัดสินคดีตาม มาตรา ๑๐๔ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

การใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีจึงเป็นที่สงสัยว่าต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้นถึงแค่ไหนอย่างไรจึงจะเป็นที่พอใจแก่ศาล ซึ่งระดับการพิสูจน์หรือมาตรฐานการพิสูจน์นี้มีความสำคัญต่อการดำเนินคดีอย่างยิ่ง กล่าวคือ หากพิจารณาในแง่ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรฐานการพิสูจน์

^{๓๐}Louise Ellen Teiz, (2000), From the Courthouse in Tobago to the Internet law of Macao, *Yearbook of Private International Law*, Vol.๒, 139.

^{๓๑}“A party who intends to raise an issue concerning the law of a foreign country shall give notice in his pleading or other reasonable written notice.

The court, in determining foreign law, may consider any relevant material or source, including testimony, whether or not submitted by a party or admissible under the Federal Rules of Evidence.

The court determination [of foreign law] shall be treated as a ruling on a question of law.”

^{๓๒}See *Micheal v SS Thanasis*; *Kearney v Savannah Foods & Industries, Inc.*



กับภาระการพิสูจน์พบว่า ผู้มีภาระการพิสูจน์ประเด็นใดในคดี ย่อมจะต้องพิสูจน์ให้ได้ถึงมาตรฐานการพิสูจน์ในเรื่องนั้น ๆ หากพิสูจน์ไม่ได้ตามมาตรฐานแล้วอาจเป็นฝ่ายแพ้คดีได้ ระดับมาตรฐานการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนี้อาจแบ่งออกได้เป็น ๕ ระดับ ได้แก่

๑) ระดับการพิสูจน์ให้เห็นถึงเหตุอันมีพยานหลักฐานเพียงพอ (Probable Cause) มักจะพบได้ในการออกหมายจับหมายค้น กล่าวคือ ศาลจะต้องพิจารณาว่ามีเหตุที่น่าเชื่อได้ว่าผู้ที่จะต้องถูกจับ ค้นหรือขัง

๒) ระดับการพิสูจน์ให้เห็นถึงมูลคดี (Proof Prima facie Case) ปรากฏอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยเรื่องการไต่สวนมูลฟ้อง

๓) ระดับการพิสูจน์ให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่า (Proof on the Balance of Probability) หมายถึง การพิจารณาว่าคู่ความฝ่ายใดมีพยานหลักฐานที่แน่นหนากว่า คู่ความฝ่ายนั้นย่อมเป็นฝ่ายชนะคดี ดังนั้น การพิสูจน์ในระดับนี้ ส่วนใหญ่จะต้องมีการสืบพยานสองฝ่ายเพื่อจะได้มีการเปรียบเทียบ หรือการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานว่าฝ่ายใดน่าเชื่อถือกว่ากัน

๔) ระดับการพิสูจน์ให้เห็นว่าพยานหลักฐานนั้นน่าเชื่อถืออย่างชัดเจน (Proof by the Clear and Convincing Evidence) มาตรฐานระดับนี้ต้องอยู่ประมาณ ๖๐-๘๐ เปอร์เซ็นต์ คือ อยู่กึ่งกลางระหว่างมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีอาญาและมาตรฐานระดับการพิสูจน์ระดับ Preponderance of Evidence ที่นิยมใช้ในคดีแพ่งทั่ว ๆ ไป^{๓๓}

๕) ระดับการพิสูจน์ให้ได้ความชัดเจนโดยปราศเหตุอันควรสงสัย (Proof beyond a Reasonable Doubt) มักจะใช้ในการพิสูจน์ความผิดในคดีอาญา

มาตรฐานการพิสูจน์ข้อเท็จจริงทั้ง ๕ ระดับดังกล่าวมาในข้างต้นมีมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีแพ่งเพียง ๒ ระดับ ได้แก่ ระดับการพิสูจน์ให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่า (Proof on the Balance of Probability) เป็นระดับการพิสูจน์ที่จะใช้ในการพิจารณาประเด็นในคดี และระดับการพิสูจน์ให้เห็นว่าพยานหลักฐานนั้นน่าเชื่อถืออย่างชัดเจน (Proof by the Clear and Convincing Evidence) ซึ่งจะใช้ในคดีค้าร้องฝ่ายเดียว

อย่างไรก็ตาม มาตรฐานการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศน่าจะต้องถึงระดับการพิสูจน์ให้เห็นว่าพยานหลักฐานนั้นน่าเชื่อถืออย่างชัดเจนจึงจะถือว่าการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ มิใช่เพียงว่าพยานหลักฐานของฝ่ายใดน่าเชื่อถือกว่ากันแล้วศาลก็พิพากษากฎหมายต่างประเทศไปตามที่คู่ความฝ่ายนั้นกล่าวอ้าง เนื่องจากกฎหมายต่างประเทศเป็นข้อเท็จจริงที่แตกต่างจากข้อเท็จจริงทั่วไปซึ่งควรได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้องก่อนตัดสินคดี ใช่เพียงเชื่อตามฝ่ายที่น่าสืบได้น้ำหนักดีกว่าเท่านั้น

^{๓๓}จรัญ ภักดีธนากุล, (๒๕๔๘), คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ ๑, (กรุงเทพฯ : หจก. จีระวิชาการพิมพ์), ๒๒๔-๒๒๖.



๔. การตีความกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย

ในการตีความกฎหมายที่แตกต่างกันและในการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นมีหลักสำคัญว่า ศาลที่พิจารณาคดี (Lex forum) จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศ (กฎหมายแพ่ง) ดุจเดียวกับที่ศาลต่างประเทศนั้นใช้กฎหมายของตน^{๓๔} ดังนั้น ผู้พิพากษาที่ต้องใช้กฎหมายต่างประเทศตัดสินคดี อาจต้องใช้วิธีการตีความกฎหมายของประเทศนั้นในการตัดสินด้วยจึงจะเป็นการตีความกฎหมายที่ถูกต้อง

๔.๑ ประเภทของการตีความกฎหมาย

เนื่องจากการตีความกฎหมายถือเป็นนิติวิธี (Legal Method) ที่แต่ละประเทศย่อมมีแนวทางปฏิบัติที่แตกต่างกันไป อย่างไรก็ตามการศึกษาแนวทางการตีความกฎหมายอาจแบ่งออกได้เป็น ๒ กลุ่มประเภท ได้แก่ การตีความในกลุ่มประเทศ Civil Law และการตีความในกลุ่มประเทศ Common Law

๑) หลักการตีความกฎหมายในระบบ Civil Law

หลักสำคัญอยู่สองประการของการตีความกฎหมายในระบบ Civil Law ได้แก่

๑.๑) หลักการตีความตามไวยากรณ์หรือตามตัวอักษรที่เรียกว่า Grammatical (Literal) Interpretation หรือ Textual Approach หมายถึง การตีความที่ยึดถือถ้อยคำตามตัวอักษร เช่นเดียวกับหลักการตีความ Literal Rule ในระบบ Common Law หากแต่มีข้อแตกต่างที่ระบบ Civil Law จะไม่ใช้วิธีพิจารณาเฉพาะแต่ถ้อยคำประการเดียวหรือจะไม่ใช้วิธีหาความหมายของถ้อยคำตามตัวอักษรก่อนจนเมื่อไม่สามารถที่จะค้นหาความหมายที่แท้จริงได้จึงจะไปใช้หลักการตีความที่เป็นการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายเหมือนอย่างในระบบอังกฤษ หากแต่จะพิจารณาถ้อยคำตามตัวอักษรควบคู่กับการค้นหาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายนั้นไปพร้อม ๆ กัน

๑.๒) หลักการตีความตามหลักตรรกวิทยาหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่เรียกว่า Logical Interpretation หรือ Purposive Approach^{๓๕} โดยผู้พิพากษาอาจพิจารณาถึงบทบัญญัติของกฎหมายนั้นทั้งหมดที่มีส่วนสัมพันธ์เชื่อมโยงกันทั้งฉบับ และอาจพิจารณาจากประวัติความเป็นมาของการจัดทำกฎหมายนั้น (Historical Interpretation) ซึ่งสามารถค้นหาได้จากตัวร่างกฎหมายเดิมที่เสนอต่อสภา บันทึกหลักการและเหตุผลบันทึกชี้แจงในการเสนอร่างกฎหมาย (Expose) ตลอดจนจากรายงานของคณะกรรมการของรัฐสภา รายงานการประชุมของสภา^{๓๖} หรือรายงานการเตรียมร่างกฎหมาย (travaux preparetoire) ศาลก็สามารถนำมาประกอบการตีความได้^{๓๗}

๒) หลักการตีความของกลุ่มประเทศ Common Law

หลักการตีความของกลุ่มประเทศ Common Law เป็นผลที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลสูง กล่าวคือ เมื่อมีคดีเกิดขึ้นจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล ในที่สุดศาลได้ตัดสินวางหลักกฎหมายไว้อย่างไร ในการตัดสินชี้ขาดคดีของศาลต่าง ๆ ในคราวต่อ ๆ ไป ก็จะต้องชี้ขาด

^{๓๔}Martin Wolff, (๑๙๖๒), *Private International Law*, ๒๑๔.

^{๓๕}อัครราชทูต จุฬารัตน, (๒๕๔๙), *การตีความกฎหมาย*, พิมพ์ครั้งที่ ๒, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์กฎหมายไทย), ๖๔.

^{๓๖}เรื่องเดียวกัน, ๗๒-๗๓.

^{๓๗}Carl Baudenbacher, (Summer ๑๙๙๙), Some Remarks on the Method of Civil Law, ๓๕ *Texas International Law Journal* ๓๓๓, ๓๕๖.



โดยอาศัยหลักกฎหมายที่ศาลสูงเดิมได้ตัดสินเป็นบรรทัดฐาน (Precedent) ไว้^{๓๘} หลักการตีความกฎหมายในระบบ Common Law ที่รู้จักกันทั่วไป มีอยู่ ๓ หลัก ได้แก่ หลักการตีความตามตัวอักษร Literal Rule, หลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ Golden Rule และ หลักการตีความโดยอาศัยเหตุที่มีการแก้ไขข้อบกพร่อง Mischief Rule ในการตีความกฎหมายแต่ละครั้งศาลอาจใช้หลักใดในการตีความ บางคดีใช้หลักเดียว บางคดีใช้ทั้ง ๒ หลัก หรือทั้งสามหลักก็ได้ ซึ่งแต่ละหลักในการตีความมีรายละเอียด ดังนี้

๒.๑) หลัก Literal Rule หรือหลักการตีความตามตัวอักษร หมายถึง ผู้พิพากษา มีหน้าที่ในการตีความกฎหมายจะแปลถ้อยคำในบัญญัติของกฎหมายที่เป็นปัญหาด้วยการอาศัยความหมายธรรมดาโดยไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือฝ่ายนิติบัญญัติ แม้ผลแห่งคดีไม่น่าจะเป็นเช่นนั้นหรือเกิดผลแปลกประหลาด

๒.๒) หลัก Golden Rule หรือหลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ ซึ่งมีหลักว่าถ้อยคำในกฎหมายลายลักษณ์อักษรต้องตีความโดยไม่ให้เกิดผลอันไม่พึงปรารถนา เมื่อกฎหมายมีความหมายสองนัยหรือมากกว่านั้น ศาลย่อมตีความในทางที่มีความหมายอันสมควร มิใช่ในทางที่ไม่ควรจะเป็นหรือเกิดผลประหลาด

๒.๓) หลัก Mischief Rule หรือหลักการตีความโดยอาศัยเหตุที่มีการแก้ไขข้อบกพร่อง กล่าวคือ กรณีที่กฎหมายมีข้อบกพร่องและต่อมาได้ตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรมาแก้ไข ศาลย่อมตีความกฎหมายใหม่ไปในทางแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ก่อนออกกฎหมายใหม่นั้น การตีความตามหลักนี้จึงเป็นหลักที่เปิดโอกาสให้ศาลได้พิจารณาบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่รัฐสภาตราขึ้น (Statutes) โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ตราขึ้นใหม่นั้น

๔.๒ ปัญหาและข้อควรคำนึงในการตีความกฎหมายต่างประเทศของศาลไทย

แต่นักกฎหมายไทยรุ่นแรกและต่อ ๆ มาที่นิยมไปศึกษาต่อที่ประเทศอังกฤษ หลีกเลียงไม่พ้นที่จะได้รับอิทธิพลความคิดการตีความกฎหมายแบบ Common Law กล่าวคือ ให้ตีความตามตัวอักษรก่อน ต่อเมื่อผลในทางกฎหมายออกมาไม่ยุติธรรม จึงจะตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย^{๓๙} ในปัญหาเรื่องดังกล่าวท่านศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ได้เคยแสดงความเห็นไว้ว่า “...ตั้งแต่ผมเข้าเรียนกฎหมายก็ถูกสอนมาเลยว่าการตีความตัวบทกฎหมายนั้นต้องตีความตามตัวอักษรก่อนมันเป็นปัญหาหรือยังก็ค่อยไปดูความมุ่งหมายต่อไป ซึ่งผมก็เข้าใจตามหลักอันนี้ ความจริงก็อย่างที่อาจารย์ปรีดีพูด มันไม่ถูกหรือ แล้วก็ค่อยมาคิดได้ว่ามันไม่ถูก เมื่อเร็ว ๆ นี้เหมือนกันแหละ...”^{๔๐} ดังนั้น หากในกรณีผู้พิพากษาศาลไทยต้องตีความกฎหมายต่างประเทศของประเทศในกลุ่ม Civil Law อาจเกิดปัญหาว่าผู้พิพากษาศาลไทยไม่ได้ตีความกฎหมายต่างประเทศตามหลักการตีความของประเทศในกลุ่ม Civil Law หากต้องตีความกฎหมายประเทศในกลุ่ม Civil Law ศาลไทยมีข้อควรคำนึง

^{๓๘} อัคราทร จุฬารัตน, การตีความกฎหมาย, ๒๖.

^{๓๙} ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, (๒๕๔๖), ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ ๒, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), ๙๘.

^{๔๐} อัคราทร จุฬารัตน, การตีความกฎหมาย, หน้า ๘๖-๘๗.



๑) รูปแบบแนวทางการตีความ ศาลไทยจะต้องไม่ใช่วิธีพิจารณาเฉพาะแต่ถ้อยคำ ประการเดียวหรือจะไม่ใช้วิธีหาความหมายของถ้อยคำตามตัวอักษรก่อนจนเมื่อไม่สามารถที่จะค้นหา ความหมายที่แท้จริงได้จึงจะไปใช้หลักการตีความที่เป็นการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย หากแต่จะพิจารณาถ้อยคำตามตัวอักษรควบคู่กับการค้นหาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ไปพร้อม ๆ กัน

๒) วิธีการตีความ ศาลไทยต้องตระหนักว่าสามารถค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ได้อย่างกว้างขวาง โดยเริ่มจากการพิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายนั้นทั้งหมดที่มีส่วนสัมพันธ์ เชื่อมโยงกันทั้งฉบับและอาจพิเคราะห์จากประวัติความเป็นมาของการจัดทำกฎหมายนั้น (Historical Interpretation) ซึ่งสามารถค้นหาได้จากตัวร่างกฎหมายเดิมที่เสนอต่อสภา บันทึกหลักการและเหตุผล บันทึกชี้แจงในการเสนอร่างกฎหมาย (Expose) ตลอดจนจากรายงานของคณะกรรมการนิติการของรัฐสภา รายงานการประชุมของสภา หรือรายงานการเตรียมร่างกฎหมาย (travaux preparetoire) ศาลก็สามารถ นำมาประกอบการตีความได้ ดังนั้น การนำสืบกฎหมายต่างประเทศในกลุ่ม Civil Law อาจต้องมีการ นำสืบถึงเอกสารเหล่านี้ประกอบมาในคดีด้วย

๕. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การไม่ใช่กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยภายใต้กลไกแห่งกฎหมายขัดกันอาจทำให้ คำพิพากษาของศาลไทยอาจไม่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ เนื่องจากอาจถูกมองว่าเป็นคำพิพากษา ที่ขัดกับหลักกฎหมายขัดกัน วิธีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ เป็นการเฉพาะแต่มีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่สามารถนำมาปรับใช้ได้ครบถ้วน ไม่ว่าจะเป็น ผู้มีสิทธิกล่าวอ้าง ระยะเวลาและวิธีการกล่าวอ้าง ส่วนการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้นไม่มีกฎหมาย บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะและยังมีความไม่ชัดเจนในทางปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องหลักฐานที่จะนำมาพิสูจน์ และเรื่องคุณสมบัติของพยานผู้เชี่ยวชาญ คณะผู้วิจัยเห็นว่าปัญหาดังกล่าวอาจแก้ไขได้หลายวิธี เช่น ๑) แก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรืออาจจะประกาศเป็นข้อบังคับของ ประธานศาลฎีกาว่าด้วยพยานหลักฐานที่จะนำมาพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ, ๒) จัดตั้งสถาบันกฎหมาย ต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (The Institute for Foreign Law and Private International Law) ดังเช่นประเทศเยอรมนี, ๓) จัดตั้งสถาบันแปลกฎหมายต่างประเทศ ของกระทรวงยุติธรรม (Foreign Law Translation Institute of Ministry of Justice), ๔) กำหนดให้ ผู้พิพากษาศาลไทยนำหลัก Doctrine of Precedent มาปรับใช้ในการรับฟังปัญหา, ๕) แก้ไขกฎหมาย กำหนดให้ศาลไทยมีอำนาจในการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศได้ นอกจากนี้ปัญหาคำพิพากษาของการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยอีกประการ คือ การตีความกฎหมายต่างประเทศของกลุ่มประเทศ ที่ใช้กฎหมายระบบ Civil Law ซึ่งศาลไทยอาจยังไม่คุ้นเคย คณะผู้วิจัยเสนอว่ามีการจัดอบรมเผยแพร่ หลักสูตรวิธีการตีความกฎหมายต่างประเทศและออกประกาศเป็นแนวทางปฏิบัติของศาลว่าด้วย การตีความกฎหมายต่างประเทศด้วย ๖



บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- “ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. ๒๔๗๗,” (ตุลาคม ๒๔๗๘), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม ๕๒/-/หน้า ๗๒๓/๒๐ มิถุนายน ๒๔๗๘
- “พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช ๒๔๘๑” (มีนาคม ๒๔๘๑), ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๕๕/-/หน้า ๑๐๒๑/๒๐ มีนาคม ๒๔๘๑
- คณิต ฌ นคร, (๒๕๕๒), **กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาคการดำเนินคดี**, พิมพ์ครั้งที่ ๒, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน).
- จรัญ ภัคดีธนากุล, (๒๕๔๘), **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน**, พิมพ์ครั้งที่ ๑, (กรุงเทพฯ: หจก. จีรัชการพิมพ์)
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, (๒๕๔๗), **การใช้กฎหมายต่างประเทศโดยกลไกของกฎหมายขัดกัน**, งานวิจัยวิชาการ ภาควิชากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, (๒๕๔๖), **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย**, พิมพ์ครั้งที่ ๒, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์)
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, (๒๕๕๖), **คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล**, พิมพ์ครั้งที่ ๓, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์)
- ไพโรจน์ วายุภาพ, (๒๕๕๕), **คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค ๑ บททั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ ๓, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินติ้ง)
- วรรณชัย บุญบำรุง, (๒๕๕๕), **ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฉบับอ้างอิง**, พิมพ์ครั้งที่ ๕, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน)
- วรรณชัย บุญบำรุง, (๒๕๕๖), **หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม ๑**, พิมพ์ครั้งที่ ๓, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน)
- สายหยุด แสงอุทัย, (มปป), **การขัดกันแห่งกฎหมาย**, (มปท)
- หยุด แสงอุทัย, (๒๕๔๙), **คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย**, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน)
- อักษรารท จุฬารัตน, (๒๕๔๙), **การตีความกฎหมาย**, พิมพ์ครั้งที่ ๒, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์กฎหมายไทย)

ภาษาอังกฤษ

- Carl Baudenbacher, (Summer 1999), Some Remarks on the Method of Civil Law, 34 Texas International Law Journal 333.
- Louise Ellen Teiz, (2000), From the Courthouse in Tobago to the Internet law of Macao, Yearbook of Private International Law, Vol.2
- Martin Wolff, (1962), **Private International Law**, (Great Britain: Clarendon Press)
- Richard Fentiman, (1998), **Foreign Law in English Courts: Pleading, Proof an Choice of Law**, (Great Britain: Oxford University Press)