

สัญญาเลขที่ 10 / 2557
รหัสโครงการวิจัย 57106080010

รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์

ปัญหาการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย
Problem arising from applying foreign laws in Thai courts

โดย

อาจารย์ศพนธ์ นิตรุจิโรจน์
อาจารย์ติณเมธ วงศ์ใหญ่

งานวิจัยนี้ได้รับเงินอุดหนุนการวิจัยจาก มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2557

กิตติกรรมประกาศ

คณะผู้วิจัยขอขอบพระคุณมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง เนื่องจากงานวิจัยฉบับนี้คงจะเกิดขึ้นไม่ได้หากขาดการสนับสนุนจากมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง คณะผู้วิจัยจึงกราบขอบพระคุณมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงมา ณ โอกาสนี้ อย่างไรก็ดี จุดเริ่มต้นของงานวิจัยฉบับนี้เกิดจากคำแนะนำจาก รศ. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช ผู้ซึ่งได้ให้คำแนะนำประเด็นวิจัย และ แนวทางการจัดทำ คณะผู้วิจัยใคร่ขอขอบพระคุณทุกท่านที่มีส่วนช่วยเหลือทั้งในด้านการวิจารณ์ผลการดำเนินงาน และการให้การสนับสนุนด้านอื่นๆ เพื่อร่วมงานสำนักวิชานิติศาสตร์ทุกท่านที่มีส่วนเกี่ยวข้อง โดยเฉพาะท่านอดีตคณบดีสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง รศ. ดร. อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ และทุกท่านที่มีส่วนเกี่ยวข้องที่ได้เอื้อนาม ณ ที่นี้

ยศพนธ์ นิตรุจิโรจน์
ดิณเมธ วงศ์ใหญ่
ส.ค. 2557



บทสรุปผู้บริหาร (Executive Summary)

การใช้กฎหมายต่างประเทศ หมายถึง การนำกฎหมายต่างประเทศมาตัดสินคดี ในคดีแพ่งที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ (Foreign Element) เช่น คู่กรณีมีสัญชาติต่างกัน มูลความแห่งคดีเกิดขึ้นในต่างประเทศ หรือ ทรัพย์สินที่พิพาทตั้งอยู่ในต่างประเทศ ฯลฯ ซึ่งตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือกฎหมายขัดกันแล้ว ศาลต้องพิจารณาเสียก่อนว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดในการตัดสินคดีนั้น เพื่อความเป็นเอกภาพของคำพิพากษาไม่ว่าจะฟ้องที่ศาลใดในโลก หากเป็นคดีเดียวกันผลของคำพิพากษาก็ควรจะเป็นไปในทิศทางเดียวกัน หลายประเทศทั่วโลกต่างให้ความสนใจในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ในการตัดสินคดี ทำให้คำพิพากษาที่ได้ปรับใช้กฎหมายในการตัดสินคดีตามหลักกฎหมายขัดกันนั้นย่อมเป็นที่ยอมรับแก่นานาประเทศด้วย

ประเทศไทยได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2481 มาจนกระทั่งปัจจุบันยังไม่เคยมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข การใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยเมื่อพิจารณาจากสถิติพบว่าเป็นจำนวนที่น้อยมาก สาเหตุเนื่องจากกฎหมายขัดกันของไทยใช้ระบบทางเลือก (Alternative) ผู้พิพากษาศาลไทยจึงไม่ต้องใช้กฎหมายขัดกันโดยหน้าที่ (*ex officio*) หากแต่เป็นหน้าที่ของคู่ความในคดีที่จะต้องกล่าวอ้างเสียก่อนผู้พิพากษาจึงจะพิจารณากฎหมายขัดกัน และ หากคดีนั้นตามกฎหมายขัดกันกำหนดให้ต้องปรับใช้กฎหมายต่างประเทศในการตัดสินคดี คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างก็มีหน้าที่ต้องพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจนเป็นที่พอใจแก่ศาล ตามที่ปรากฏในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติ ฯ ว่า “ในกรณีที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ถ้ามิได้พิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยาม”

แต่ในขณะเดียวกันกฎหมายขัดกันของไทยกลับมิได้บัญญัติหลักเกณฑ์และวิธีการกล่าวอ้างและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศไว้อย่างชัดเจน การใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยจึงไม่เป็นที่แพร่ ซึ่งผลของการปล่อยปะละเลยในการพิจารณากฎหมายขัดกันและการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศของศาลไทย อาจทำให้คำพิพากษาศาลไทยไม่เป็นที่ยอมรับของนานาประเทศและทำให้นักลงทุนและนักธุรกิจต่างชาติไม่เชื่อถือคำพิพากษาศาลไทย จนอาจบานปลายเป็นอุปสรรคต่อการค้าการลงทุนของชาวต่างชาติในประเทศไทยได้

ด้วยเหตุดังกล่าววิจัยฉบับนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาปัญหาในการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย ได้แก่ 1) เพื่อศึกษาให้เกิดความชัดเจนในวิธีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย, 2) เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์และวิธีการนำสืบพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยและต่างประเทศ และ 3) เพื่อศึกษาให้ทราบถึงข้อควรคำนึงในการตีความกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย

งานวิจัยนี้จะศึกษาปัญหาการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย 3 ประการ ได้แก่ ปัญหาการกล่าวอ้าง, ปัญหาการพิสูจน์และปัญหาการตีความกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย เพื่อให้เกิดความชัดเจนในหลักเกณฑ์วิธีการกล่าวอ้าง, การพิสูจน์ และ การตีความ ทั้งนี้จะได้ศึกษาจากกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลไทยและศาลต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ เยอรมนี ออสเตรเลีย

งานวิจัยฉบับนี้ได้ดำเนินการวิจัยประกอบกัน 2 รูปแบบ คือ 1) การวิจัยเอกสาร (Documentary research) ที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายไทยและต่างประเทศ คำพิพากษาศาลไทยและต่างประเทศ ตลอดจนงานวิจัย และรายงานการประชุมต่างๆ และ 2) การวิจัยภาคสนาม (Field research) โดยการลงพื้นที่เก็บข้อมูลโดยเน้น กระบวนการสัมภาษณ์บุคคลหรือเจ้าหน้าที่รัฐที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย

จากการศึกษาวิจัยได้พบค้นพบจนเกิดความชัดเจนในปัญหาของการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย ว่าด้วยการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศและแนวทางที่เหมาะสมในการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ ตลอดจนข้อควรคำนึงของศาลไทยในการตีความกฎหมายต่างประเทศ ดังนี้

วิธีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนั้น แม้ได้มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะหากแต่สามารถทราบได้จากการศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจนทราบได้ว่าผู้มีสิทธิในการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย ได้แก่ “คู่ความ” ในคดี เช่น บุคคลผู้ยื่นคำฟ้อง (โจทก์), บุคคลผู้ถูกฟ้อง (จำเลย), บุคคลผู้มีสิทธิกระทำการแทนตามกฎหมาย เช่น ผู้รับมอบอำนาจโจทก์/จำเลย ผู้แทนนิติบุคคล ผู้แทนโดยชอบธรรม เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ของผู้ล้มละลาย, ทนายความ, ผู้ร้องขอ, ผู้ร้องคัดค้าน, คู่ความร่วมมือ, ผู้ร้องสอด เว้นแต่ การร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความร่วมมือโดยสมัครใจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 57 (2) และบุคคลผู้ร้องขอเข้ามาในคดีภายหลังศาลมีคำพิพากษานั้นไม่สามารถกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้

การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนั้น พยานหลักฐานที่จะใช้พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ตัวบทกฎหมายต่างประเทศและพยานผู้เชี่ยวชาญ, ผู้มีหน้าที่พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ คู่ความที่กล่าวอ้าง, หลักเกณฑ์การพิสูจน์นั้นก็จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายลักษณะพยานและระดับการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ นั้นต้องถึงระดับการพิสูจน์ให้เห็นว่าพยานหลักฐานนั้นน่าเชื่อถืออย่างชัดเจน ไม่ใช่เพียงพิสูจน์ในระดับการพิสูจน์ให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่าเท่านั้น

การตีความของศาลไทยนั้นค่อนข้างจะคล้ายคลึงกับแนวทางการตีความของอังกฤษ ดังนั้น หากมีการใช้กฎหมายของประเทศในกลุ่ม Civil Law ในศาลไทยอาจเป็นปัญหาได้ ดังนั้น ในการตีความกฎหมายของประเทศในกลุ่ม Civil Law ผู้พิพากษาศาลไทยต้องคำนึงว่าอาจต้องตีความโดยพิจารณาถ้อยคำตามตัวอักษรควบคู่กับการค้นหาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายนั้นไปพร้อมๆ กันและวิธีการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นศาลไทยต้องทำอย่างกว้างขวางมากกว่าการตีความกฎหมายของประเทศในกลุ่ม Common Law

จากการศึกษาวิจัยดังกล่าว คณะผู้ศึกษาวิจัยจึงมีข้อเสนอแนะดังนี้

1. ควรมีการกำหนดคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญกฎหมายต่างประเทศให้ชัดเจน อย่างเช่น ที่ประเทศออสเตรเลียได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนใน (NSW) Evidence Act 1995, Article 174. ว่า “ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญกฎหมายต่างประเทศ ต้องเป็นบุคคลที่มีความกฎหมายต่างประเทศเป็นพิเศษ จากพื้นฐานของการฝึกฝน การศึกษา หรือ ประสบการณ์” เป็นต้น โดยอาจบัญญัติเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 98 หรือในมาตรา 98/1 ก็ได้ หรือ อาจจะประกาศเป็นข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยคุณสมบัติของพยานผู้เชี่ยวชาญกฎหมายต่างประเทศก็ได้

2. เพื่อเป็นการลดภาระค่าใช้จ่ายในการแปลกฎหมายต่างประเทศและการแก้ไขปัญหาคำความนำเชื่อถือของผู้แปลภาษา ควรมีการจัดตั้งสถาบันแปลกฎหมายต่างประเทศของกระทรวงยุติธรรม (Foreign Law Translation Institute of Ministry of Justice) ไว้โดยเฉพาะ ด้วยวิธีการจัดตั้งให้เป็นองค์กรหนึ่งที่เป็นส่วนหนึ่งในศาลยุติธรรม และบุคลากรที่จะทำหน้าที่แปลเอกสารต้องผ่านการคัดเลือกและการฝึกอบรมตาม

หลักเกณฑ์ที่มีมาตรฐาน การจัดตั้งสถาบันแปลกฎหมายต่างประเทศสามารถทำได้โดยไม่ต้องใช้งบประมาณมากนัก และ ยังจะก่อให้เกิดรายได้แก่รัฐเพิ่มขึ้นจากการคิดค่าบริการในการแปลกฎหมายต่างประเทศให้แก่คู่ความ และ คู่ความเองก็จะได้ประโยชน์เนื่องจากลดค่าใช้จ่ายในการรับรองการแปล และ ลดค่าใช้จ่ายในการว่าจ้างให้ผู้แปลเอกสารมาเบิกความยืนยันต่อศาล เพราะหากผ่านการแปลโดยสถาบันแปลกฎหมายต่างประเทศที่จัดตั้งโดยศาลยุติธรรมแล้วย่อมมีความน่าเชื่อถือได้พอสมควร

3. เพื่อเป็นการลดค่าใช้จ่ายในการพาดพิงผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความยังศาล ประเทศไทยอาจจัดตั้งสถาบันกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (The Institute for Foreign Law and Private International Law) ดังประเทศเยอรมัน โดยให้คู่ความผู้มีหน้าที่พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศเป็นผู้ดำเนินการร้องขอและออกค่าใช้จ่ายในการขอให้ผู้เชี่ยวชาญในสถาบันดังกล่าวให้ความเห็นเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับคดีพิพาท ซึ่งจะเป็นการลดค่าใช้จ่ายได้มากและยังส่งผลให้วงวิชาการด้านกฎหมายของไทยพัฒนามากยิ่งขึ้น แต่ยังไม่ถึงกับให้ผู้พิพากษาศาลไทยเป็นผู้ขอคำปรึกษาจาก “เพื่อนของศาล” (*amicus curiae*) ในสถาบันดังกล่าวด้วยตนเองดังเช่นประเทศเยอรมัน

4. เพื่อเป็นการลดค่าใช้จ่ายและระยะเวลาที่ต้องสูญเสียในการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในเรื่องเดียวกันที่ผู้พิพากษาเคยใช้ตัดสินมาในคดีก่อนหน้า อาจกำหนดให้ผู้พิพากษาศาลไทยนำหลัก Doctrine of Precedent มาปรับใช้ในการรับฟังปัญหาข้อเท็จจริง กล่าวคือ หากศาลเคยพิจารณากฎหมายต่างประเทศใดในคดีก่อนหน้าแล้ว ศาลอาจหยิบยกกฎหมายต่างประเทศนั้นมาตัดสินในคดีนี้ได้ ดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยพยานหลักฐานในคดีแพ่งของอังกฤษ ค.ศ. 1972 มาตรา 4 (2) แต่ในคดีก่อนหน้านั้นต้องมีการจัดทำรายงานหรือมีการบันทึกอย่างเหมาะสม และได้พิจารณาอย่างรอบด้านแล้วในการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ ตลอดจนคู่ความในคดีนี้ไม่ได้โต้แย้งการนำหลักดังกล่าวมาใช้ด้วย

5. เพื่อเป็นการส่งเสริมให้มีการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย อาจทำได้โดยวิธีการแก้ไขกฎหมายกำหนดให้ศาลไทยมีอำนาจในการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศได้ ดังเช่นที่เคยปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกา ตามกฎข้อ 44.1 Federal Rules of Civil Procedure

6. เพื่อป้องกันการตีความกฎหมายต่างประเทศของศาลไทยที่ผิดพลาด เนื่องจากศาลไทยได้รับอิทธิพลความคิดการตีความกฎหมายแบบ Common Law ไม่นับเคยกับการตีความกฎหมายตามหลัก Civil Law ดังนั้น อาจต้องมีการอบรมเผยแพร่ แนวทางการตีความตามหลัก Civil Law ให้ศาลไทยทราบ หรือ อาจจะออกประกาศเป็นแนวทางปฏิบัติของศาลว่าด้วยการตีความกฎหมายต่างประเทศก็ได้

บทคัดย่อภาษาไทย

งานวิจัยฉบับนี้จัดทำขึ้นเพื่อศึกษาปัญหาการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย โดยมีวัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย คือ การศึกษาถึงปัญหาการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ, ปัญหาการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ และ ปัญหาการตีความกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย

จากการศึกษาในสามปัญหาดังกล่าวข้างต้นพบว่า

1) ปัญหาการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนั้น เนื่องจากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ จึงเป็นที่สงสัยใน 3 ประเด็น ได้แก่ ประเด็นแรก ผู้มีสิทธิกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย ได้แก่ “คู่ความ” ได้แก่ บุคคลผู้ยื่นคำฟ้อง (โจทก์), บุคคลผู้ถูกฟ้อง (จำเลย), บุคคลผู้มีสิทธิกระทำการแทนตามกฎหมาย เช่น ผู้รับมอบอำนาจโจทก์ ผู้รับมอบอำนาจจำเลย ผู้แทนนิติบุคคล ผู้แทนโดยชอบธรรม เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ของผู้ล้มละลาย, ทนายความ, ผู้ร้องขอ, ผู้ร้องคัดค้าน, ผู้ร้องสอด เว้นแต่ การร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความร่วมโดยสมัครใจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 57 (2), คู่ความร่วม ส่วนบุคคลผู้ร้องขอเข้ามาในคดีภายหลังศาลมีคำพิพากษานั้นไม่สามารถกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้ ประเด็นที่สอง ระยะเวลาในการกล่าวอ้างต้องเป็นช่วงเวลาที่คู่ความสามารถกล่าวอ้างข้อเท็จจริงให้เกิดเป็นประเด็นข้อพิพาท และประเด็นที่สาม วิธีการกล่าวอ้างควรจะกล่าวอ้างในคำฟ้อง, คำให้การ และ คำฟ้องแย้ง ด้วยลายลักษณ์อักษร เว้นแต่ การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในคำฟ้องคดีโมฆะหรือคดีไม่มีข้อยุ่งยากอาจกล่าวอ้างด้วยวาจาก็ได้

2) ปัญหาการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนั้น พยานหลักฐานที่จะใช้พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ตัวบทกฎหมายต่างประเทศ และ พยานผู้เชี่ยวชาญ ส่วนคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญนั้น อาจถือตามประเทศอังกฤษและออสเตรเลีย กล่าวคือ ต้องเป็นผู้มีความรู้จากที่เรียนหรือจากประสบการณ์เกี่ยวกับการใช้กฎหมายนั้นโดยตรงก็ได้, ผู้มีหน้าที่พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้น ได้แก่ คู่ความที่กล่าวอ้าง ศาลไทยยังไม่อาจใช้อำนาจเรียกพยานหลักฐานมาสืบเพิ่มเติมโดยอาศัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 86 วรรคสามได้, ส่วนหลักเกณฑ์การพิสูจน์นั้นก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายลักษณะพยานและระดับการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้นต้องถึงระดับการพิสูจน์ให้เห็นว่าพยานหลักฐานนั้นน่าเชื่อถืออย่างชัดเจน (Proof by the Clear and Convincing Evidence)

3) ปัญหาการตีความกฎหมายต่างประเทศ เนื่องจากการตีความของศาลไทยค่อนข้างจะคล้ายคลึงกับแนวทางการตีความของอังกฤษ (ระบบ Common Law) หากกฎหมายที่ศาลต้องตีความเป็นกฎหมายในกลุ่มประเทศระบบ Civil Law ศาลไทยอาจต้องปรับเปลี่ยนหลักการและวิธีการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับระบบกฎหมาย ซึ่งมีข้อที่ศาลไทยควรคำนึงอยู่สองประการ ได้แก่ ศาลไทยอาจต้องตีความโดยพิจารณาถ้อยคำตามตัวอักษรควบคู่กับการค้นหาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายนั้นไปพร้อม ๆ กันและวิธีการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นศาลไทยต้องทำอย่างกว้างขวาง โดยเริ่มจากการพิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายนั้นทั้งหมดที่มีส่วนสัมพันธ์เชื่อมโยงกันทั้งฉบับและอาจพิเคราะห์จากประวัติความเป็นมาของการจัดทำกฎหมายนั้น ซึ่งสามารถค้นหาได้จากตัวร่างกฎหมายเดิมที่เสนอต่อสภา บันทึกลักการและเหตุผลบันทึกชี้แจงในการเสนอร่างกฎหมาย (Expose) ตลอดจนจากรายงานของคณะกรรมการสิทธิการของรัฐบาล รายงานการประชุมของสภาหรือรายงานการเตรียมร่างกฎหมาย (*travaux preparetoire*)

บทคัดย่อ (ภาษาอังกฤษ)

The objective of this research is to study the problems arising from applying foreign laws in Thai courts. The issues of foreign laws application consist of 3 main parts: foreign laws pleading in Thai courts, the proof of foreign laws and the interpretation of foreign laws in Thai courts.

According to the study of the arising problems mentioned above, the results of the study are as follows;

1) Regarding the issue of foreign law pleading in Thai courts, due to the absence of a specific law, it can be identified as three issues. Firstly, the person who has the right to plead foreign laws in Thai court has to be the party of the lawsuit, including a person who files the lawsuit (or a Plaintiff), a person who is sued (or a Defendant), a person who has the right to legally represent for the others such as the attorney of plaintiff, the attorney of defendant, the juristic person's representative, the legal representative, the comptroller in a bankruptcy case, a lawyer, a complainant, an opposer, an interpleader, except for the volunteer interpleading to be co-party of the case, in aspect of section 57(2) of the Code of Civil Procedure, co-party. For the person who requests to enter into the lawsuit after the court has delivered its judgment, the is not allowed to plead any foreign law. Secondly, the period of pleading foreign laws must be a period which the party could cite some facts that result in the matter of issue. Thirdly, any method of pleading for a foreign law should be written in the plaint, deposition and counterclaim, except in petty case, foreign law could be verbally referred.

2) According to the problems concerning the proof of foreign law in Thai courts, the evidence which should be brought to prove the foreign laws is a statutory law and the expert witness. The qualifications of the expert witness should resemble to English or Australian Law, namely a person who has specialized knowledge based on education or experience background. The person having a burden of proof is the party of the lawsuit who makes a claim to the court. Thai courts do not have the authority to request any additional evidence for the investigation, according to Section 86 of the Code of Thai Civil Procedure Code. The criteria to prove witness and evidence should be considered under the evidence law and the level of proof should be reached by clear and convincing evidence.

3) According to the interpretation of foreign laws in Thai courts, since the interpretation of Thai court is similar to that in English law, if the law which would be interpreted is in the civil law system, Thai courts should adjust the principle and method accordingly to the system of law. There are two concerning issues. Firstly, the court has to interpret the law by considering both wording and the spirit of law simultaneously and secondly the method to find the spirit of law should be widely used. Approaching the spirit of law should initiate by analyzing the whole provision and considering the history of that law, which could be found in the draft of the bill that was submitted to the council, the principles and reasons under the law, parliamentary commission minutes, parliament minutes or report on the preparation to draft a bill.

สารบัญ

	หน้า
บทที่ 1 บทนำ	
1.1 ความเป็นมาของปัญหาวิจัย	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	4
1.3 ความสำคัญของการวิจัย	5
1.4 สมมติฐานของการวิจัย	5
1.5 ขอบเขตของการวิจัย	6
1.6 นิยามศัพท์เฉพาะ	6
บทที่ 2 แนวคิดทฤษฎี และเอกสารงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง	
2.1 แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องและครอบคลุมงานวิจัย	7
2.2 งานวิจัยและเอกสารที่เกี่ยวข้อง	10
บทที่ 3 วิธีการดำเนินการวิจัย	
3.1 ระเบียบวิธีวิจัย	16
3.2 ประชากรและกลุ่มตัวอย่าง	16
3.3 เครื่องมือที่ใช้ในการวิจัย	17
3.4 การเก็บรวบรวมข้อมูล	17
3.5 การวิเคราะห์ข้อมูล	17
บทที่ 4 ผลการศึกษาวิจัย	
4.1 หลักเกณฑ์การใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย	18
4.1.1 เป็นคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศ	20
4.1.2 เป็นคดีที่ต้องปรับใช้กฎหมายต่างประเทศ	21
4.1.3 ข้อจำกัดการใช้กฎหมายต่างประเทศ	23
4.1.4 การกล่าวอ้างและการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ	26

4.2 การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย	29
4.1.1 สถานะทางกฎหมายของกฎหมายต่างประเทศ	30
4.1.2 ผู้มีสิทธิกล่าวอ้าง	31
4.1.3 ระยะเวลาในการกล่าวอ้าง	48
4.1.4 วิธีการกล่าวอ้าง	56
4.3 การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย	61
4.3.1 พยานหลักฐานที่ใช้พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ	61
4.3.2 หลักเกณฑ์และวิธีการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ	72
4.3.2.1 ระบบการค้นหาคำความจริงในศาลไทย	73
4.3.2.2 ผู้ที่มีหน้าที่พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ	75
4.3.2.3 วิธีการสืบพยานในศาลไทย	77
4.3.3 ระดับมาตรฐานการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ	83
4.4 การตีความกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย	90
4.4.1 ความหมายของการตีความกฎหมาย	91
4.4.2 ประเภทของการตีความกฎหมาย	92
4.4.2.1 การตีความในกลุ่มประเทศ Civil Law	93
4.4.2.2 การตีความในกลุ่มประเทศ Common Law	94
4.4.3 ปัญหาและข้อควรคำนึงในการตีความกฎหมายต่างประเทศ ของศาลไทย	97
4.4.3.1 ปัญหาการตีความกฎหมายต่างประเทศของศาลไทย	97
4.4.3.2 ข้อควรคำนึงของศาลไทยการตีความกฎหมาย ของประเทศในกลุ่ม Civil Law	99
บทที่ 5 บทสรุปผลการวิจัยและข้อเสนอแนะ	
5.1 บทสรุป	100
5.2 ข้อเสนอแนะ	103
บรรณานุกรม	106
ประวัตินักวิจัย	112

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาของปัญหาวิจัย

ในปัจจุบันประเทศไทยมีความเจริญก้าวหน้าทางด้านเศรษฐกิจ สังคม เทคโนโลยี การสื่อสาร การคมนาคม ฯลฯ การติดต่อระหว่างคนไทยกับต่างชาติเป็นไปโดยง่าย ด้วยการติดต่อสื่อสารที่ง่ายขึ้นนี้เอง ทำให้คนไทยอาจมีการผูกพันติดพันกับคนต่างชาติ หรือไม่ก็คนต่างชาติมาผูกพันติดพันกับคนไทยและเมื่อมีการก่อกวนติดพันขึ้นก็อาจเกิดข้อพิพาทตามมาเป็นเรื่องธรรมดา

ข้อพิพาทระหว่างเอกชนนั้น หากเป็นข้อพิพาททางแพ่งซึ่งแม้คดีนั้นจะอยู่ในเขตอำนาจศาลไทย แต่ก็ยังไม่แน่ว่าจะใช้กฎหมายไทยตัดสินคดีนั้นหรือไม่ เนื่องจากในคดีแพ่งที่มีความเกี่ยวพันระหว่างคู่กรณีหลายสัญชาติ คดีที่มูลความแห่งคดีเกิดขึ้นในหลายประเทศเกี่ยวเนื่องกัน หรือคดีที่เป็นวัตถุแห่งคดีตั้งอยู่ในหลายประเทศ หรือ คดีที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ต้องกระทำในหลายประเทศ เหล่านี้ก็จะเรียกกันว่า “คดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศ”

คดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศนี้ในบางครั้งอาจเสนอคดีต่อศาลได้ในหลายประเทศ ยกตัวอย่างเช่น ในคดีแพ่งเรื่องหนึ่งคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลสัญชาติไทย คู่กรณีอีกฝ่ายเป็นบุคคลสัญชาติจีน ทำสัญญาร่วมลงทุนเปิดร้านอาหารไทยที่ประเทศสิงคโปร์ ภายหลังจากเปิดร้านอาหาร ณ ประเทศสิงคโปร์ ปรากฏว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเกิดกรณีพิพาทในทางการค้าขึ้น หากคู่สัญญาสัญชาติจีนจะฟ้องคู่สัญญาสัญชาติไทยต่อศาลไทยก็ได้ เนื่องจากศาลไทยมีเขตอำนาจศาลเหนือคดีที่มีมูลคดีเกิดในประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 (2) ในขณะเดียวกันคู่สัญญาสัญชาติไทยอาจฟ้องคู่สัญญาสัญชาติจีนที่ประเทศสิงคโปร์ก็ได้ เนื่องจากประเทศสิงคโปร์เป็นสถานที่ทำสัญญาและสถานที่ประกอบกิจการตามสัญญา ศาลแพ่งสิงคโปร์ก็มีเขตอำนาจเหนือคดีแพ่งที่มูลคดีเกิดเช่นกัน และอาจจะเกิดปัญหาที่ตามมาทันทีหากกฎหมายแพ่งในเรื่องการลงทุนเปิดร้านอาหารระหว่างประเทศไทยและประเทศสิงคโปร์มีเนื้อหาสาระต่างกัน ผลของคำพิพากษาของศาลไทยและศาลสิงคโปร์ย่อมจะต่างกันด้วย ทำให้เกิดความไม่เป็นเอกภาพในคำพิพากษาของคดีมีข้อเท็จจริงเดียวกัน

เพื่อจัดปัญหาความไม่เป็นเอกภาพของคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้น จึงเกิดแนวความคิดว่าจะทำอย่างไรให้ฟ้องคดีที่ศาลใดในโลกผลของคำตัดสินก็จะเหมือนหรือไม่ขัดแย้งกันเป็นที่ยอมรับแก่นานาประเทศ ประเทศต่าง ๆ จึงได้มีการตรากฎหมายภายในเรียกกันว่า “กฎหมายขัดกัน (conflict of law)” ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงวิธีการพิจารณาว่าคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศที่ได้เสนอต่อศาลนั้นจะบังคับใช้กฎหมายของประเทศใดในการตัดสินคดี

สำหรับประเทศไทยเองได้มีการตรากฎหมายขัดกันไว้ ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ประกาศใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2481 มาจนกระทั่งปัจจุบัน ซึ่งก็เป็นระยะเวลาเกือบ 80 ปีแล้ว แต่ก็ยังไม่เคยมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขแม้แต่ครั้งเดียว สาเหตุเนื่องจากกฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ค่อยได้รับความสนใจจากแวดวงนักกฎหมายไทยเท่าที่ควร

ประเทศไทยใช้กฎหมายขัดกันในระบบทางเลือก กล่าวคือ ไม่ได้บังคับเด็ดขาดว่าจะต้องใช้กฎหมายขัดกันในทุกคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศ หากแต่จะต้องมีการกล่าวอ้างและพิสูจน์ก่อนจึงจะบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยได้ และการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนี้มีกฎหมายบัญญัติไว้เพียงมาตราเดียว ได้แก่ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 บัญญัติว่า “ในกรณีที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ถ้ามิได้พิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยาม” ด้วยเหตุที่กฎหมายเกี่ยวกับการใช้กฎหมายต่างประเทศมีเพียงมาตรานี้เอง หลักเกณฑ์และวิธีการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยจึงมีปัญหาอยู่หลายประการ เช่น

1) ปัญหาการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย เนื่องจากไม่มีกฎหมายบัญญัติหลักเกณฑ์และวิธีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศไว้โดยเฉพาะ จึงเกิดกรณีสงสัยเกี่ยวกับการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยหลายประการ ได้แก่

1.1) ผู้ใดบ้างที่จะกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยได้ เนื่องจากการดำเนินคดีแพ่งคดีหนึ่งนั้น อาจมีบุคคลที่เกี่ยวข้องหลายฝ่าย เช่น โจทก์ จำเลย ทนายความ พนักงานอัยการ ผู้รับมอบอำนาจ บุคคลที่เข้าดำเนินคดีแทนที่คู่ความมรณะ ผู้ร้องสอด คู่ความร่วม ผู้ร้องขัดทรัพย์ ผู้ร้องกันส่วน ผู้ร้องขอเฉลี่ยทรัพย์ ผู้ร้องขอรับชำระหนี้บุริมสิทธิ ผู้พิพากษา ในเมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะจึงเกิดกรณีสงสัยได้ว่าผู้ใดบ้างจะมีสิทธิกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย

1.2) ขั้นตอนการดำเนินคดีแพ่งย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวโดยสังเขป คือ เริ่มจากโจทก์ยื่นฟ้องจำเลยยื่นคำให้การต่อสู้คดี, นัดไกล่เกลี่ยข้อพิพาท, นัดชี้สองสถาน (นัดคู่ความทั้งสองฝ่ายมาตรวจสอบว่าคดีมีประเด็นพิพาทอะไรบ้าง ใครมีหน้าที่นำสืบ และใครสืบก่อนสืบหลัง), นัดสืบพยาน, นัดฟังคำพิพากษา, อุทธรณ์, ฎีกา, บังคับคดี เป็นต้น การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศก็ยังคงเป็นที่น่าสงสัยว่าผู้มีสิทธิกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศจะกล่าวอ้างในช่วงเวลาใดในระหว่างการดำเนินคดีได้บ้าง

1.3) เนื่องจากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ว่าวิธีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศจะต้องทำอย่างไร แต่หากพิจารณาเรื่องรูปแบบของการดำเนินกระบวนการพิจารณาแล้วแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ กล่าวคือ กระบวนพิจารณาคดีด้วยวาจา และ กระบวนการพิจารณาด้วยลายลักษณ์อักษร การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย จึงน่าสงสัยว่าจะกล่าวอ้างด้วยวาจาหรือ ต้องกล่าวอ้างด้วยลายลักษณ์อักษร และ ในการกล่าวอ้างด้วยลายลักษณ์อักษรยังมีปัญหาต่อไปอีกว่า ลายลักษณ์อักษรนั้นคือเอกสารใด กล่าวคือ คำฟ้อง, คำให้การ, คำร้อง, คำขอ, คำแถลง หรือ คำบอกกล่าว อีกทั้งการยื่นเอกสารเหล่านั้นต่อศาลต้องทำสำเนาส่งให้คู่ความฝ่ายอื่นทราบด้วยหรือไม่

2) ปัญหาการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย เนื่องจากตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 บัญญัติไว้เพียงให้คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ มีหน้าที่พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศที่จะใช้บังคับจนเป็นที่พอใจแก่ศาลกรณีจึงเกิดข้อสงสัยว่า การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้นจะใช้พยานหลักฐานใดพิสูจน์ได้บ้าง เช่น พยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความต่อศาลได้หรือไม่ หรือ พยานเอกสารซึ่งก็หมายถึงตัวบทกฎหมายของต่างประเทศพร้อมคำแปลภาษาไทยจะได้หรือไม่

นอกจากนั้นการนำสืบแค่นั้นจึงจะถือว่าเป็นที่พอใจแก่ศาลซึ่งก็ไม่มีหลักเกณฑ์กำหนดไว้แน่นอนตายตัว หากแต่ปล่อยให้ปดุลพินิจของผู้พิพากษา ตามหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน แต่ก็เป็นที่น่าสังเกตว่าหากจะใช้หลักนี้กับการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้นเหมาะสมแล้วหรือ เนื่องจากแม้ประเทศไทยจะถือว่ากฎหมายต่างประเทศเป็น “ข้อเท็จจริง” ดังหลายๆประเทศที่ต้องนำสืบศาลไม่สามารถรู้เองได้ก็จริง แต่ข้อเท็จจริงนี้ก็แตกต่างจากข้อเท็จจริงโดยทั่วไป ดังจะเห็นได้จากประเทศที่ใช้ระบบลูกขุน ก็ยังไม่ให้ลูกขุนตัดสินในข้อเท็จจริงที่เป็นกฎหมายต่างประเทศด้วย ดังนั้น ความเป็นอิสระของผู้

พิพากษาในการใช้ดุลพินิจว่าการนำสืบกฎหมายต่างประเทศนั้นเป็นที่พอใจหรือไม่ควรจะมีข้อจำกัดหรือควรมีหลักมีเกณฑ์ที่แน่นอนบ้าง เช่น หากเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายต่างประเทศต้องเป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติอย่างไร หรือ หากเป็นเอกสารตัวบทกฎหมายต่างประเทศ ก็ต้องผ่านการแปลและรับรองจากหน่วยงานที่ไว้วางใจได้ เป็นต้น มิฉะนั้นแล้ว คู่ความก็จะไม่กล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาล เนื่องจากไม่อาจทราบได้ว่านำสืบไปแล้วศาลจะพอใจหรือไม่ นำสืบไปก็มีแต่เสียเวลาและค่าใช้จ่ายโดยใช้เหตุ

3) ปัญหาการตีความกฎหมายต่างประเทศ กล่าวคือ เมื่อผ่านการกล่าวอ้างและนำสืบกฎหมายต่างประเทศจนเป็นที่พอใจแก่ศาลครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดแล้ว ในขณะที่ผู้พิพากษาจะตัดสินคดีอาจเกิดข้อสงสัยได้ว่า ถ้อยคำในตัวบทกฎหมายต่างประเทศนั้นมีความหมายอย่างไร ผู้พิพากษาไทยก็จำเป็นต้องตีความถ้อยคำในตัวบทกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งในการตีความกฎหมายต่างประเทศนี้มีหลักอยู่ว่า “ศาลที่พิจารณาคดีจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศ (กฎหมายแพ่ง) ดังเดียวกับที่ศาลต่างประเทศนั้นใช้กฎหมายของตน” ดังนั้น สิ่งที่เป็นปัญหาในการตีความกฎหมายต่างประเทศ คือ ศาลไทยจะทราบได้อย่างไรว่าศาลของประเทศที่ใช้กฎหมายนั้นมีวิธีการตีความกฎหมายอย่างไร

ดังนั้น การศึกษาวิจัยนี้จึงมุ่งที่จะศึกษาเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการกล่าวอ้าง การนำสืบ พิสูจน์ และการตีความกฎหมายต่างประเทศของศาลไทย และ ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายและแนวทางการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลต่างประเทศ ตลอดจนนำมาวิเคราะห์แนวทางการแก้ปัญหาการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยอย่างเป็นรูปธรรม ประหยัด และเหมาะสมมากที่สุด

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- 1.2.1 เพื่อศึกษาให้เกิดความชัดเจนในวิธีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย
- 1.2.2 เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์และวิธีการนำสืบพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย และต่างประเทศ
- 1.2.3 เพื่อศึกษาให้ทราบถึงข้อควรคำนึงในการตีความกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย

1.3 ความสำคัญของการวิจัย

การวิจัยนี้จะมุ่งเน้นศึกษาให้ทราบถึงปัญหาที่แท้จริงที่ทำให้ศาลไทยไม่อาจบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยได้โดยสะดวก ซึ่งเท่าที่ศึกษาก็ทราบได้ว่าปัญหาหลัก คือ ปัญหาว่าด้วยตัวบทกฎหมายที่ไม่ชัดเจน ดังนั้น ความสำคัญของการวิจัยครั้งนี้จะก่อให้เกิดคุณค่าและประโยชน์ 2 ด้าน ดังต่อไปนี้

ด้านแรก การวิจัยครั้งนี้จะก่อให้เกิดความรู้ที่เพิ่มขึ้นหลายด้าน เช่น 1. ความรู้ในหลักเกณฑ์และวิธีการในการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยอย่างชัดเจน 2. ความรู้ในด้านหลักเกณฑ์การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศของประเทศต่างๆ เช่น อังกฤษ เยอรมนี ออสเตรเลีย เป็นต้น และ 3. ความรู้ในหลักเกณฑ์วิธีการตีความกฎหมายของกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Common Law และ กฎหมายระบบ Civil Law

ด้านที่สอง การวิจัยครั้งนี้จะมีความสำคัญในด้านที่จะนำความรู้ที่ค้นพบจากการวิจัยประยุกต์ใช้ กล่าวคือ เมื่อได้ศึกษาวิจัยในครั้งนี้จะทำให้ทราบถึง 1) หลักเกณฑ์การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยตามกฎหมายไทย หากตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยขาดตกบกพร่องประการใด การวิจัยครั้งนี้จะนำไปสู่ข้อเสนอแนะเพื่อการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย หรือ การออกระเบียบข้อบังคับเพื่อให้เกิดความชัดเจน 2) แนวทางการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลต่างประเทศ ซึ่งการศึกษาวินิจฉัยครั้งนี้จะนำไปสู่การเสนอแนวทางปฏิบัติใหม่ของประเทศไทย เพื่อแก้ปัญหาการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยที่ยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน และ 3) หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายของระบบ Common Law และ Civil Law การศึกษาวินิจฉัยครั้งนี้จะทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์การตีความของระบบ Common Law และ ระบบ Civil Law อย่างเป็นรูปธรรม เพื่อศาลไทยจะได้ใช้เป็นแนวทางหรือใช้เป็นคู่มือการตีความกฎหมายต่างประเทศ

1.4 สมมติฐานของการวิจัย

ความไม่ชัดเจนของตัวบทกฎหมายว่าด้วยการกล่าวอ้างและการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ ตลอดจนสิ่งที่ศาลไทยต้องคำนึงในการตีความกฎหมายต่างประเทศนั้น หากมีการศึกษาให้เกิดความชัดเจนจากการศึกษาและวิเคราะห์จากกฎหมายและคำพิพากษาของไทยและต่างประเทศ อาจทำให้เกิดความชัดเจนในแนวทางการกล่าวอ้าง การพิสูจน์ และการตีความกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยได้ อีกทั้งยังจะทราบแนวทางการแก้ไขปัญหานั้นเพื่อให้เกิดการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยที่มากยิ่งขึ้นได้

1.5 ขอบเขตของการวิจัย

งานวิจัยนี้จะศึกษาปัญหาการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย 3 ประการ ได้แก่ ปัญหาการกล่าวอ้าง, ปัญหาการพิสูจน์ และ ปัญหาการตีความ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในหลักเกณฑ์วิธีการกล่าวอ้าง, การพิสูจน์ และ การตีความ ทั้งนี้จะได้ศึกษาแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายและยึดเป็นแนวทางในการปฏิบัติของ 4 ประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ เยอรมนี ออสเตรเลีย

1.6 นิยามศัพท์เฉพาะ

1.6.1 คำว่า “คดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศ” หมายถึง คดีแพ่งที่มีองค์ประกอบของต่างประเทศ (Foreign Element) เข้ามาพัวพัน

1.6.2 คำว่า “ศาล” หมายถึง ศาลยุติธรรมหรือผู้พิพากษาที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง

1.6.3 คำว่า “ศาลไทย” หมายถึง ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีในประเทศไทย รวมตลอดทั้งศาลชำนาญพิเศษ เช่น ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ศาลแรงงาน เป็นต้น

1.6.4 คำว่า “กฎหมายต่างประเทศ” (Foreign Law) หมายถึง กฎหมายภายในของประเทศอื่น ๆ หมายถึงทั้งกฎหมายขัดกันและกฎหมายสารบัญญัติ แต่ไม่หมายความรวมถึงกฎหมายวิธีสบัญญัติของต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law)

1.6.5 คำว่า “กฎหมายขัดกัน” มีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” ต่างกันที่คำว่ากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private International Law) นิยมใช้ในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Civil law ส่วนคำว่ากฎหมายขัดกัน (Conflict of Law) มักนิยมใช้ในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Common Law

บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎี และเอกสารงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

2.1 แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องที่ครอบคลุมงานวิจัย

2.1.1 แนวคิดว่าด้วยการใช้กฎหมายต่างประเทศ

แนวความคิดว่าด้วยการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลทั่วโลกอาจแบ่งออกเป็น 3 ระบบ กล่าวคือ ระบบที่เปิดโอกาสให้ศาลมีดุลพินิจในการเลือกใช้กฎหมายต่างประเทศ, ระบบที่บังคับให้ศาลใช้กฎหมายต่างประเทศ และ ระบบผสมระหว่างสองระบบแรก ซึ่งแต่ละระบบนั้นมีรายละเอียดในแต่ละระบบ ดังนี้

(1) ระบบทางเลือก (Alternative) หมายถึง ระบบกฎหมายขัดกันที่มีได้บังคับให้ผู้พิพากษาใช้กฎหมายต่างประเทศโดยผ่านกฎหมายขัดกันโดยหน้าที่ ระบบนี้ทำให้ผู้พิพากษาไม่มีหน้าที่ต้องใช้กฎหมายขัดกันด้วยตนเอง ไม่มีหน้าที่ต้องสืบค้นและปรับใช้กฎหมายต่างประเทศด้วยตนเอง ผู้พิพากษาประเทศที่ใช้กฎหมายขัดกันระบบทางเลือกจะมีทัศนคติต่อกฎหมายต่างประเทศเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องกล่าวอ้างและนำเสนอ

(2) ระบบบังคับ (Mandatory) หมายถึง ระบบกฎหมายขัดกันที่บังคับให้ผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องใช้กฎหมายต่างประเทศ (โดยผ่านกฎหมายขัดกัน) ไม่ต้องรอให้คู่ความกล่าวอ้างว่านิติสัมพันธ์นั้นมีลักษณะระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องรู้ ต้องสืบค้น และ ใช้กฎหมายต่างประเทศด้วยตนเอง ทัศนคติของผู้พิพากษาประเทศที่ใช้กฎหมายขัดกันระบบบังคับจึงเห็นว่ากฎหมายต่างประเทศมีฐานะเป็นกฎหมายเช่นกัน

(3) ระบบผสม (Mixed System) หมายถึง เป็นระบบกฎหมายขัดกันที่มองว่ากฎหมายต่างประเทศเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องกล่าวอ้างและต้องนำสืบดังเช่นประเทศที่ใช้กฎหมายขัดกันในระบบทางเลือก แต่กฎหมายขัดกันในระบบผสมนี้ถือเป็นระบบที่ได้ผสมเอาระบบบังคับมาใช้เพื่อผ่อนคลายเรื่องการนำสืบกฎหมายต่างประเทศ โดยระบบผสมนี้มีได้ห้ามศาลที่จะทำการค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศด้วยตนเองโดยเด็ดขาด ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าระบบ

ผลนี้แม้คู่ความมีหน้าที่ต้องกล่าวอ้างและนำสืบกฎหมายต่างประเทศ แต่ศาลอาจค้นคว้ากฎหมายด้วยตนเองได้เช่นกัน

2.1.2 มาตรฐานการพิสูจน์ข้อเท็จจริง

เนื่องจากศาลไทยถือว่ากฎหมายต่างประเทศเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องนำสืบ แต่เมื่อนำสืบไปแล้วศาลจะเชื่อว่าข้อเท็จจริงเป็นดังที่คู่ความกล่าวอ้างหรือไม่ เป็นเรื่องที่ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่น่าสืบเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น ๆ แต่มาตรฐานการพิสูจน์ข้อเท็จจริงอาจแบ่งออกได้เป็น 5 ระดับ ได้แก่

(1) การพิสูจน์ให้เห็นถึงเหตุอันมีพยานหลักฐานเพียงพอ

หมายถึง ระดับการนำสืบพิสูจน์หลักฐานที่มีเหตุผลน่าเชื่อถือได้ว่าจะน่าจะเป็นเช่นนั้น (Probable Cause) หรือ การพิสูจน์เพื่อให้เห็นเหตุเพียงพอที่น่าจะแสดงว่าเป็นเช่นนั้น เช่น การนำสืบพยานหลักฐานเบื้องต้นเพื่อให้ศาลเห็นว่าผู้ต้องหาจะกระทำความผิด เพื่อที่ศาลจะได้มีคำสั่งออกหมายจับผู้ต้องหาคนนั้น เป็นต้น

(2) การพิสูจน์ให้เห็นถึงมูลคดี

หมายถึง ระดับการพิสูจน์เพื่อให้ศาลเห็นว่าคดีที่โจทก์นำมาฟ้องนั้นมีหลักฐานเพียงพอว่าเชื่อว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นตามที่ได้มีการฟ้องร้องพอที่จะพิจารณาค้นหาความจริงต่อไปได้ จึงเรียกว่า การพิสูจน์ให้เห็นถึงมูลคดี (Proof Prima Facie Case) นักกฎหมายบางท่านเห็นว่าการพิสูจน์ในระดับนี้น่าจะอยู่ระดับเดียวกับการพิสูจน์ให้เห็นถึงเหตุอันมีพยานหลักฐานเพียงพอ (Probable Cause) นั้นเอง

(3) การพิสูจน์ให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่า

หมายถึง การพิสูจน์จนศาลเห็นว่ามีความน่าหนักพยานหลักฐานมากกว่าที่อีกฝ่ายกล่าวอ้าง โดยไม่ได้ขึ้นอยู่กับจำนวนของพยานหลักฐาน แต่ขึ้นอยู่กับคุณค่าของพยานหลักฐานของฝ่ายที่อ้างที่มีมากกว่าอีกฝ่าย ดังนั้น มักเรียกการพิสูจน์ระดับนี้เป็นภาษาอังกฤษว่า proof on the balance of preponderance of evidence หรือ proof on the balance of probability

(4) การพิสูจน์ให้เห็นว่าพยานหลักฐานนั้นมีความน่าเชื่อถืออย่างชัดเจน

หมายถึง การพิสูจน์ให้ศาลเชื่อว่าข้อเท็จจริงเป็นดังที่คู่ความฝ่ายนั้นกล่าวอ้าง โดยมีพยานหลักฐานที่ชี้ว่าสิ่งที่ถูกพิสูจน์นั้นมีความน่าจะเป็นไปได้มากที่สุดหรือแน่นอนพอสมควร จึงเรียกการพิสูจน์ระดับนี้ว่า proof clear and convincing evidence ซึ่งมักจะใช้กับคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับสิทธิที่สำคัญ เช่น การสิ้นสุดของสิทธิปกครอง คู่กรณีฝ่ายที่ต้องพิสูจน์ภายใต้มาตรฐานนี้จะต้องพิสูจน์ให้ได้มากกว่าความเป็นไปได้ที่เกิดขึ้นแต่ไม่ต้องถึงขนาดล้นสงสัย ซึ่งนักกฎหมายก็ไม่สามารถตีความได้ชัดเจนมากกว่าที่กล่าวมาแล้ว

(5) การพิสูจน์ให้ได้ความชัดเจนโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัย

หมายถึง การพิสูจน์ให้ศาลเห็นจนไม่มีข้อสงสัยในข้อเท็จจริงที่คู่ความฝ่ายนั้นกล่าวอ้างเลย การพิสูจน์ระดับนี้จะใช้กับการพิสูจน์ความผิดของจำเลยในคดีอาญา ซึ่งเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องพิสูจน์จนศาลปราศจากข้อสงสัยเลยว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ จึงเรียกการพิสูจน์ระดับนี้ว่า proof a reasonable doubt หรือ proof beyond a reasonable doubt

2.1.3 แนวความคิดเกี่ยวกับการตีความกฎหมาย

(1) การตีความกฎหมายตามระบบ Common Law

ระบบ Common Law หมายถึง ระบบกฎหมายที่ถือคำพิพากษาของศาลสูงเป็นหลักกฎหมาย ตามหลัก Precedent ต่อมาภายหลังประเทศที่ใช้ระบบ Common Law มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร แต่แนวคิดของนักระบบ Common Law ยังคงเห็นว่ากฎหมายที่ตราขึ้นนั้นเป็นกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องที่เป็นกรยกเว้นหลักกฎหมายของระบบ Common Law การตีความหลักกฎหมายตามคำพิพากษา และ การตีความกฎหมายลักษณะพิเศษจึงแตกต่างกัน โดยการตีความกฎหมายลักษณะพิเศษจะใช้หลักการตีความเคร่งครัดตามตัวอักษร ดังนั้น ในระบบ Common Law มีหลักการตีความ 3 หลัก ได้แก่

หลัก Literal Rule หมายถึง หลักการตีความถ้อยคำตามตัวอักษรกล่าวคือจะตีความโดยอาศัยความหมายธรรมดาหรือความหมายปกติ (Ordinary Sense) เว้นแต่ถ้อยคำนั้นจะมีความหมายเฉพาะหรือศัพท์ทางเทคนิค,

หลัก Golden Rule หมายถึง หลักการตีความตามตัวอักษรแต่ต้องก่อให้เกิดผลที่ประหลาดและมีความสอดคล้องสมเหตุสมผลด้วย และ

หลัก Mischief Rule หมายถึง หลักการตีความโดยพิจารณาบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่รัฐสภาตราขึ้น (Statutes) โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ตราขึ้น

(2) การตีความกฎหมายตามระบบ Civil Law

ระบบ Civil Law หมายถึง ระบบที่ใช้กฎหมายตามลายลักษณ์อักษร ประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Civil Law มีหลักการตีความกฎหมาย 2 ประการ ได้แก่ หลักการตีความตามตัวอักษร Textual Approach และ หลักการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย Logical Interpretation หรือ Purposive Approach โดยประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law จะใช้ทั้งสองหลักควบคู่กันไปใน การตีความกฎหมาย

2.2 งานวิจัยและเอกสารที่เกี่ยวข้อง

งานวิจัยนี้ประกอบด้วยการศึกษาปัญหาการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยโดยมุ่งเน้นศึกษาปัญหาหลัก 3 ปัญหา ได้แก่ ปัญหาการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ, ปัญหาการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ และ ปัญหาการตีความกฎหมายต่างประเทศ มีงานวิจัยและเอกสารที่เกี่ยวข้องในแต่ละประเด็นปัญหา ดังจะกล่าวต่อไปนี้

2.2.1 ในปัญหาการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ เป็นปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์วิธีการดำเนินคดีแพ่งในชั้นศาล คณะผู้วิจัยมุ่งเพื่อจะศึกษาให้เกิดความกระจ่างชัดว่าการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนั้น ใครสามารถกล่าวอ้างได้บ้าง กล่าวอ้างด้วยวิธีการอย่างไร และจะกล่าวในเวลาใดได้บ้าง ซึ่งเป็นปัญหาที่เกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย คณะผู้วิจัยจึงได้ค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลด้านตำราวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหลายเล่มเป็นหลักในการทำงานวิจัยในครั้งนี้ เช่น

วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกฤต วรรณชชากุล, “หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, พ.ศ. 2556.;

วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกฤต วรรณชชากุล, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, พ.ศ. 2554.;

วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกฤต วรรณชชากุล, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 5, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, พ.ศ. 2555.

ส่วนในด้านรายละเอียดโดยลึกซึ่งเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น คณะผู้วิจัยได้ใช้สำหรับงานวิจัยนี้หลายเล่ม เช่น

คณิต ณ นคร, “กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาคการดำเนินคดี”, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, พ.ศ. 2552.;

จรัญ ภักดีธนากุล, “กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยอุทธรณ์-ฎีกา”, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินตติ้ง, พ.ศ. 2553.;

จรัญ ภักดีธนากุล, “กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการบังคับคดี”, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินตติ้ง, พ.ศ. 2553.;

ไพโรจน์ วายุภาพ, “คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 บททั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินตติ้ง, พ.ศ. 2555.;

ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ลักษณะ 2 วิธีพิจารณาวิสามัญในศาลชั้นต้น หมวด 1 วิธีพิจารณาคดีมโนสำเนาและคดีไม่มีข้อยุ่งยาก, พิมพ์ครั้งที่ 7, กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินตติ้ง, พ.ศ. 2550.

2.2.2 ในปัญหาการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนั้น คณะผู้วิจัยได้ศึกษาหลักเกณฑ์และกลไกการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย เพื่อให้ทราบแนวทางและวิธีการปฏิบัติของศาลไทยในปัจจุบันนี้ ประกอบด้วยเอกสารต่างๆ เช่น บทความ, งานวิจัยและตำราหลายฉบับ ดังจะกล่าวต่อไปนี้ เช่น บทความของ กมลสินทร์ พินิจภูวดล และ สุวิชา นาควัชระ, “การใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง, สืบค้นจาก www.library.coj.co.th. และงานวิจัยของประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “การใช้กฎหมายต่างประเทศโดยกลไกของกฎหมายขัดกัน” งานวิจัยวิชาการ, กรุงเทพฯ: ภาควิชากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2547. อีกทั้งประกอบด้วยตำรากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เช่น

คณิง ภาไชย, “คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย”, พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, พ.ศ. 2549.;

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล”, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, พ.ศ. 2556.;

หยุด แสงอุทัย, “กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล”, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2527.

และเนื่องจากในปัญหาการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนั้น ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในเรื่องดังกล่าว คณะผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาวิจัยกฎหมายและแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศที่เกี่ยวกับการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ ทั้งที่เป็นตำราและบทความต่างประเทศซึ่งมีข้อมูลเกี่ยวกับการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลประเทศต่าง ๆ ในส่วนของตำรากฎหมายภาษาต่างประเทศนั้น คณะผู้วิจัยได้ใช้ประกอบงานวิจัยนี้หลายเล่ม อาทิเช่น

Adrian Briggs, “The Conflict of Laws”, 3rd edition, Oxford: Oxford University Press, 2013.;

Anthony Gray, “Choice of Law: The Presumption in the Proof of Foreign Law”, UNSW Law Journal Volume 31(1), (2008).

Arthur Nussbaum, “The Problem of Proving Foreign Law”, The Yale Law Journal vol. 50 No. 6, (April 1941).

Bea Verschraegen, “Private International Law”, Hague: Kluwer Law International, 2001.;

Cheshire, “Private International Law”, 11th Edition, London: Butterworths, 1987.;

D G Cracknell, “Conflict of Laws” 2nd Edition, London: Old Bailey Press, 2002.;

Elizabeth Crawford, “International private law in Scotland”, Edinburgh: W, Green, 1998.;

Ian Brown, “Conflict of Laws”, second edition, London: Old Bailey Press, 2002.;

Ian F. Fletcher, “Insolvency in Private International Law”, 2nd Edition, Oxford: Oxford University Press, 2005-2007.;

J.-G. Castel, "Introduction to Conflict of Laws", Toronto: Butterworths, 1978.;

John O'Brien, "Conflict of Laws", second edition, London: Cavendish Publishing Limited 1999.;

Martin Wolff, "Private International Law", Great Britain: Clarendon Press, 1962.;

Michael Tibury, "Conflict of Laws in Australia, Australia: Oxford University Press, 2002.;

Richard Fentiman, "Conflict of Laws", Aldershot, England: Dartmouth, 1996.;

Richard Fentiman, "Foreign law in English Courts: Pleading, proof and choice of law", Oxford: Oxford University Press, 1998.

ส่วนข้อมูลที่เป็นบทความต่างประเทศอันเกี่ยวข้องกับการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลประเทศต่าง ๆ ที่คณะผู้วิจัยได้ใช้ประกอบการทำงานวิจัยฉบับนี้ เช่น

Andrian Briggs, "Public Policy in the Conflict of Laws: Sword and a Sheild?", Singapore Journal of International Law and Comparative Law, (2002).

Antonio Marques Dos Santos, "The New Private International Law of Macao", Yearbook of Private International Law, vol 2, (2000).;

Benjamin Busch, "Current Foreign Law Problems in the Courts", American Bar Association. Section of International and Comparative Law, (1955).

Bukhard Bastuck and Burkhard Gopfert, "Admission and Presentation of Evidence in Germany", 16 Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal, (1994).;

Ganesh Sitaraman, "The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation", Harvard Journal of Law & Public Policy vol.32 No.2, (Spring 2009).

Gerhard Dannemann, "Establishing Foreign Law in German Court", <http://iecl.iuscomp.org/gla/literature/foreignlaw.;>

Gregory S. Alexander, "The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts: Variations on a Theme of Alexander Nekam", Northwestern University Law Review 70, (1975).

James McComish, "Pleading and Proving Foreign Law in Australia", Melbourne University Law Review Vol. 31, (2007).

John R. Brown, "Ways to Prove Foreign Law", 9 Maritime Lawyer, (1984).;

Louise Ellen Teitz, "From the Courthouse in Tobago to the Internet: The Increasing Need To Prove Foreign Law in US court", 34 Journal of Maritime Law and Commerce, (2003).;

Louise Ellen Teitz, "Determining and Applying Foreign Law: The Increasing Need for Cross-Border Cooperation", International Law and Politics vol. 45, (2013).

Rainer Hausmann, "Pleading and Proof of Foreign Law-a Comparative Analysis", The European Legal Forum Issue 1-2008, (2008).

Roger M. Michalski, "Pleading and Proving Foreign Law in the Age of Plausibility Pleading", Buffalo Law Review vol. 59, (2011).;

Ronald Petersen and Stephen Maddex, "Proving a Foreign cause of Action in Ontario: Implications for Discovery and Trial" The Litigator, (November 2010).;

Shaheez Lalani, "Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study", 20 MJ 1, (2013).;

Stephen Sass, "Foreign Law in Federal Courts", The American Journal of Comparative Law, (1981).;

Tito Ballarino & Andrea Bonomi, "The Italian Statute on Private International Law of 1995", Yearbook of Private International Law vol.2, (2000).;

William B. Stern, "Foreign Law in the Courts: Judicial Notice and Proof", California Law Review volume. 45 Issue 1, (1957).

และเอกสารต่างประเทศอื่นๆ ทั้งที่เป็นเอกสารประกอบการบรรยาย และ รายงานวิจัย ภาษาต่างประเทศ เช่น

Bereton, "Proof of Foreign Law-Problems and Initiatives", The Future of Private International Law in Australia, Sydney Law School-University of Sydney, 16 May 2011.;

Swiss Institute of Comparative Law, "The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Members States and its Perspectives for the Future", Synthesis Report with Recommendations, 11 July 2011.;

2.2.3 ในปัญหาการตีความกฎหมายต่างประเทศ คณะผู้วิจัยได้ใช้เอกสารและงานวิจัย เพื่อศึกษาให้ทราบถึงแนวทางการตีความกฎหมายของประเทศต่างๆ ทั่วโลก เช่น ตำราภาษาไทย

ปรีดี เกษมทรัพย์, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป”, พิมพ์ครั้งที่ 5, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ภาพพิมพ์, พ.ศ. 2526.;

ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ, “การตีความกฎหมาย”, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัดชวนพิมพ์, พ.ศ. 2539.;

หยุด แสงอุทัย, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป”, พิมพ์ครั้งที่ 12, (กรุงเทพฯ: รุ่งเรืองสาส์นการพิมพ์), พ.ศ. 2538.;

อัคราทร จุฬารัตน, “การตีความกฎหมาย”, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์กฎหมายไทย, พ.ศ. 2542.;

ปรีดี เกษมทรัพย์, “การใช้การตีความกฎหมาย”, นิติศาสตร์ 15 (มีนาคม 2538), หน้า 65-82.;

Ian McLeod, “Legal Method”, 9th edition, Basingstoke: Palgrave Mcmillian, 2013.;

Marmor, “Interpretation and Legal Theory” 2nd edition, Oxford: Clarendon Press, 1992.;

Richard Chisholm, “Understanding law”, Chatswood, N.S.W.: LexiaNexis Butterworths, 2012.

บทที่ 3

วิธีดำเนินการวิจัย

3.1 ระเบียบวิธีวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้ได้ดำเนินการวิจัยประกอบกัน 2 รูปแบบ คือ การวิจัยเอกสาร (Documentary research) และการวิจัยภาคสนาม (Field research) โดยมีรายละเอียด ดังนี้

3.1.1 การวิจัยเอกสาร (Documentary research)

ในด้านการวิจัยเอกสารคณะผู้วิจัยได้ทำการศึกษาหลักกฎหมายและทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาล, ศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตลอดจนคำพิพากษาของศาลฎีกา และศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลต่างประเทศ อาทิเช่น อังกฤษ อเมริกา ออสเตรเลีย เป็นต้น

3.1.2 การวิจัยภาคสนาม (Field research)

ในด้านการวิจัยภาคสนาม คณะผู้วิจัยได้ลงพื้นที่เก็บข้อมูลโดยเน้นกระบวนการสัมภาษณ์บุคคลหรือเจ้าหน้าที่รัฐที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย เช่น นักวิชาการด้านกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และ นักกฎหมายภาคปฏิบัติ อาทิเช่น ทนายความ ผู้พิพากษา และ พนักงานอัยการ

3.2 ประชากรและกลุ่มตัวอย่างที่ใช้ในการวิจัย

นักกฎหมายด้านวิชาการและด้านปฏิบัติที่มีความชำนาญที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหางานวิจัยในหลายภาคส่วนรวม 10 ท่านแบ่งเป็น นักวิชาการ 4 ท่าน, ทนายความ 2 ท่าน พนักงานอัยการ 2 ท่าน และ ผู้พิพากษา 2 ท่าน

3.3 เครื่องมือที่ใช้ในการวิจัย

งานวิจัยนี้เป็นงานวิจัยด้านเอกสาร และ การสัมภาษณ์ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของงานวิจัย เช่น นักวิชาการด้านกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และ กฎหมายขัดกัน ตลอดจนนักกฎหมายภาคปฏิบัติ เช่น ผู้พิพากษา อัยการ และ ทนายความ โดยกลุ่มคณะผู้วิจัยและผู้ช่วยเป็นผู้ลงมือค้นหาและเก็บรวบรวมเอกสารและสัมภาษณ์ด้วยตนเอง

3.4 การเก็บรวบรวมข้อมูล

คณะผู้วิจัยได้ลงมือเก็บข้อมูลวิจัยนับตั้งแต่ได้ทำสัญญางานวิจัยฉบับนี้ โดยเริ่มแรกจะค้นหาจากห้องสมุดในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง และ จังหวัดที่ใกล้เคียง และ ค้นหาข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต หลังจากนั้นได้ไปเก็บข้อมูลในมหาวิทยาลัยที่มีข้อมูลเชิงลึก เช่น มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เป็นต้น ส่วนการสัมภาษณ์นั้นคณะผู้วิจัยได้สัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายที่ได้รับเชิญมาบรรยายกฎหมายในฐานะเป็นอาจารย์พิเศษหรือวิทยากรของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง หลังจากนั้นจะได้ไปสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญอื่นๆ ที่ไม่สามารถเดินทางมาที่จังหวัดเชียงรายได้

3.5 การวิเคราะห์ข้อมูล

วิธีการวิเคราะห์ข้อมูลนั้น คณะผู้วิจัยจะจัดเก็บรวบรวมข้อมูลทางด้านเอกสารทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ แล้วนำข้อมูลเหล่านั้นมาวิเคราะห์เพื่อตอบโจทย์งานวิจัย อีกทั้งคณะผู้วิจัยจะนำข้อมูลทางด้านเอกสารเหล่านั้นประกอบกับการสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายมาวิเคราะห์ร่วมกันเพื่อหาแนวทางการแก้ไขปัญหาที่ประหยัด รวดเร็ว และเหมาะสมกับสภาพปัญหาการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย

บทที่ 4

ผลการศึกษาวิจัย

4.1 หลักเกณฑ์และวิธีการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย

กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private International Law) หรือ กฎหมายขัด (Conflict of Laws)¹ นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้พิพากษาสามารถเลือกใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของต่างประเทศได้อย่างถูกต้องและเหมาะสมโดยคำนึงถึงจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดกับนิติสัมพันธ์นั้น ๆ มากที่สุด² โดยผู้วิจัยเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนั้นเปรียบเสมือนเครื่องมือของผู้พิพากษาที่จะใช้เลือกกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อนำมาตัดสินคดีแพ่งและพาณิชย์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศหรือที่เรียกว่าคดีแพ่งที่มีองค์ประกอบของต่างประเทศ (Foreign elements) เข้ามาพัวพัน

อย่างไรก็ตามรูปแบบการนำกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาปรับใช้ของผู้พิพากษาเพื่อตัดสินใจว่าจะใช้กฎหมายประเทศใดตัดสินคดีนั้น ก็มีอยู่หลายรูปแบบ ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 3 รูปแบบ หรือ 3 ระบบ ได้แก่

1. ระบบทางเลือก ตรงกับภาษาอังกฤษว่า Alternative System เป็นระบบที่ไม่อนุญาตให้ศาลใช้กฎหมายขัดกันได้เองแต่จะต้องรอให้คู่ความไม่ว่าโจทก์หรือจำเลยได้กล่าวอ้างต่อศาลก่อนข้อพิพาทของคดีมีความคาบเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนของต่างประเทศหรือระบบกฎหมายมากกว่าหนึ่งประเทศ³ และผู้ที่กล่าวอ้างยังมีหน้าที่ต้องพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจนเป็นที่พอใจแก่ศาลอีกด้วย

¹ คำว่า “กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” (Private of International Law) จะใช้ในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Civil Law ส่วนคำว่า “กฎหมายขัดกัน” (Conflict of Laws) จะใช้ในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Common Law แต่มีความหมายเช่นเดียวกัน

² ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “การใช้กฎหมายต่างประเทศโดยกลไกของกฎหมายขัดกัน”, งานวิจัยวิชาการ ภาควิชากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2547, หน้า 5.

³ เพิ่งอ้าง.

2. ระบบบังคับ ตรงกับภาษาอังกฤษว่า Mandatory System เป็นระบบที่เห็นว่าการใช้กฎหมายขัดกันนั้นเป็นความรับผิดชอบโดยตรงของศาล⁴ หรือ ผู้พิพากษา หมายความว่า หากมีการเสนอข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศขึ้นมาสู่ศาล ผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องใช้กฎหมายขัดกันเพื่อพิจารณาข้อพิพาทนั้นทันทีโดยไม่จำเป็นต้องรอให้มีผู้ใดกล่าวอ้างว่าคดีนั้นต้องใช้กฎหมายต่างประเทศ

3. ระบบผสม ตรงกับภาษาอังกฤษว่า Mixed System เป็นระบบที่อยู่กึ่งกลางระหว่างระบบทางเลือกและระบบบังคับ กล่าวคือ ไม่ได้บังคับว่าเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาในการใช้กฎหมายขัดกันกับคดีแพ่งและพาณิชย์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศ อย่างเช่นระบบบังคับ คู่ความยังต้องกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศดังเช่นระบบทางเลือก แต่ระบบนี้ก็มีความแตกต่างจากระบบทางเลือกในส่วนของการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ กล่าวคือระบบผสมนี้มีได้ห้ามผู้พิพากษาในการค้นหากฎหมายต่างประเทศด้วยตนเองดังเช่นในระบบทางเลือก การใช้กฎหมายต่างประเทศหรือไม่จึงเป็นดุลพินิจของศาลและขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไปว่าสมควรจะใช้กฎหมายต่างประเทศหรือไม่⁵

ในส่วนของประเทศไทย อาจกล่าวได้ว่าได้ใช้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในแบบระบบทางเลือก โดยสามารถพิจารณาได้จาก มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 บัญญัติว่า “ในกรณีที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับถ้ามิได้พิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยาม”

สาเหตุที่ทำให้ประเทศไทยเลือกใช้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในระบบทางเลือกก็เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของไทยได้รับอิทธิพลมาจากประเทศอังกฤษ ซึ่งประเทศอังกฤษใช้กฎหมายขัดกันในระบบทางเลือก หลักฐานที่ยืนยันได้ว่าประเทศไทยได้รับอิทธิพลกฎหมายขัดกันของประเทศอังกฤษ เห็นได้จากคำพิพากษาของศาลไทยก่อนจะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ที่ศาลไทยอ้างอิงหลักกฎหมายอังกฤษมาตัดสินคดี⁶ นอกจากนั้นวิธีการดำเนินคดีในชั้นศาลของไทยในทางปฏิบัติก็ได้รับอิทธิพลจากองค์เจ้าระพีพัฒน์ศักดิ์ ซึ่งได้ไปศึกษาเล่าเรียนกฎหมายที่ประเทศอังกฤษ จึงทำให้กฎหมายขัดกันของประเทศไทยได้รับอิทธิพลของประเทศอังกฤษ

⁴ เฟ็งอ้าง.

⁵ เฟ็งอ้าง.

⁶ สายหยุด แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย, มปท, มปป, หน้า 146.

ส่วนการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยจะมีหลักเกณฑ์ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 อยู่ 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก ต้องเป็นกรณีที่คดีนั้นจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ

ประการที่สอง ต้องมีการพิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล

ซึ่งคณะวิจัยได้ศึกษาหลักเกณฑ์สองประการดังกล่าวแล้วพบว่าเงื่อนไขในการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย มี 4 องค์ประกอบ ได้แก่ 1) ต้องเป็นคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศ, 2) คดีนั้นต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับแก่กรณี, 3) ไม่มีข้อจำกัดในการบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศ และ 4) ต้องมีการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจนเป็นที่พอใจแก่ศาล ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1.1 เป็นคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

คดีแพ่งที่ได้รับการเสนอขึ้นสู่ศาลไทยนั้น โดยหลักแล้วศาลไทยจะต้องใช้กฎหมายไทยในการพิจารณาและตัดสินคดี ซึ่งก็เป็นเรื่องปกติที่ศาลประเทศต่าง ๆ มักจะใช้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศตนเองในการตัดสินคดีความ ตามหลักอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ด้านอำนาจตุลาการ (Judicial Power)

แต่ในคดีแพ่งบางคดีนั้นคู่ความอาจยื่นฟ้องต่อศาลได้ในหลายประเทศ เช่น กรณีที่คู่พิพาทมีสัญชาติต่างกันและกฎหมายของประเทศสัญชาติของคู่พิพาททั้งสองต่างบัญญัติให้มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทของบุคคลสัญชาติตนเองได้ ในกรณีดังกล่าวหากต่างฝ่ายต่างนำคดีซึ่งเป็นเรื่องเดียวกันไปฟ้องศาลที่ตนเองมีสัญชาติและปรากฏว่ากฎหมายสารบัญญัติในเรื่องนั้น ๆ ของทั้งสองประเทศได้บัญญัติเนื้อหาสาระแตกต่างกัน ผลของคำตัดสินคดีของศาลทั้งสองประเทศย่อมมีผลที่แตกต่างกันไปด้วย ซึ่งก็จะเกิดความสับสนวุ่นวายขึ้นเนื่องจากเรื่องเดียวกันแต่คำพิพากษาศาลตัดสินแตกต่างกัน

ดังนั้น เพื่อให้คำตัดสินคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศหรือมีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาพัวพันมีความเป็นเอกภาพ ไม่ว่าคู่พิพาทจะฟ้องคดีที่ศาลใดในโลกนี้ก็ตาม จึงต้องมีเครื่องมือสำคัญที่ศาลใช้ประกอบการตัดสินใจว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดตัดสินคดี อันได้แก่ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือกฎหมายขัดกัน

การใช้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือกฎหมายขัดกันประกอบการตัดสินใจว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดตัดสินคดีพิพาทนั้น จึงจำกัดการใช้ได้แต่ในคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศหรือเป็นคดีแพ่งที่มีองค์ประกอบของต่างประเทศเข้ามาพัวพันนั่นเอง

ส่วนคำว่า “คดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศ” หรือ “คดีแพ่งที่มีองค์ประกอบของต่างประเทศเข้ามาพัวพัน” ที่อาจขึ้นสู่ศาลไทยได้นั้น ย่อมเกิดขึ้นได้เนื่องจากปัจจัยหลายประการ อาทิเช่น สัญชาติหรือภูมิลำเนาของคู่พิพาท กล่าวคือ โจทก์ หรือ จำเลยเป็นชาวต่างประเทศ อย่างไรก็ตามน่าจะหมายความว่าความรวมถึงผู้ร้องสอดที่เป็นชาวต่างประเทศด้วย, สถานที่ที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ กล่าวคือ มูลคดีที่พิพาทเกิดในต่างประเทศ หรือ สถานที่ที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาอยู่ต่างประเทศ, วัตถุประสงค์ กล่าวคือ ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนี้ตั้งอยู่ในต่างประเทศ หรือ กรณีเจตนาของคู่พิพาทตามสัญญา กล่าวคือ ในสัญญาได้กำหนดไว้ว่าให้ใช้กฎหมายของต่างประเทศบังคับ เป็นต้น ซึ่งกรณีต่างๆ ดังกล่าวมาในข้างต้นล้วนแต่ทำให้นิติสัมพันธ์นั้นกลายเป็นนิติสัมพันธ์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือ มีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาพัวพันทั้งสิ้น

และจากผลของการคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือ มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ เมื่อมีการเสนอเข้ามาสู่ศาลไทย ย่อมทำให้คดีนั้นศาลไทยต้องพิจารณาว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใด ซึ่งถือได้ว่าเป็นเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์การใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยประการแรก

4.1.2 เป็นคดีที่ต้องปรับใช้กฎหมายต่างประเทศ

เมื่อมีการนำเสนอคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศหรือคดีที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศขึ้นสู่ศาลไทย ผู้พิพากษาศาลไทยอาจต้องใช้กฎหมายขัดกันเพื่อนำมาพิจารณาว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดตัดสินคดีนั้น ซึ่งการพิจารณาว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดตัดสินคดีนั้นถือเป็นหลักเกณฑ์ในแต่ละประเทศก็จะมีวิธีการที่แตกต่างกันไปแล้วแต่จะกำหนด

แต่ปัญหายังคงมีอยู่ว่าสิ่งที่ศาลจะนำมาใช้ประกอบการตัดสินใจเลือกกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้แก่คดีนั้น จะใช้หลักเกณฑ์ใดมาเป็นตัวกำหนด อย่างไรก็ตามก็มีหลักการหนึ่งที่สำคัญในการเลือกกฎหมาย คือ กฎหมายประเทศที่จะปรับใช้แก่คดีควรเป็นกฎหมายของประเทศที่ใกล้ชิดที่สุดกับนิติสัมพันธ์ ตามหลัก Closest Connection หรือจะกล่าวในทางกลับกันว่านิติสัมพันธ์มีจุดเกาะเกี่ยว (Connecting Point) กับประเทศนั้นมากที่สุดก็ได้

อย่างไรก็ตามในบางกรณีกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดี ก็อาจไม่ใช่กฎหมายของประเทศที่จุดเกาะเกี่ยวใกล้ชิดที่สุดก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่ากฎหมายขัดกันของประเทศนั้นๆ ให้ความสำคัญกับจุดเกาะเกี่ยวใดในเรื่องนั้นๆ

ประเภทของจุดเกาะเกี่ยวในกฎหมายขัดกันอาจแบ่งออกเป็น 3 ประเภทใหญ่ๆ⁷ คือ
 ประเภทแรก จุดเกาะเกี่ยวที่ใช้กฎหมายเกี่ยวกับบุคคล ได้แก่ สัญชาติ และ ภูมิลำเนา,
 ประเภทที่สอง จุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวกับสถานที่ เช่น สถานที่ทำสัญญา, สถานที่ปฏิบัติตาม
 สัญญา, ที่ตั้งของทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้

ประเภทที่สาม จุดเกาะเกี่ยวตามเจตนาของเอกชน

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ได้รับรองจุดเกาะเกี่ยวไว้
 หลายประการ เช่น สัญชาติและภูมิลำเนา, สถานที่ตั้งของทรัพย์สิน, สถานที่ทำสัญญา, สถานที่ทำ
 ละเมิด, เป็นต้น อย่างไรก็ตามขั้นตอนและวิธีการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศตามพระราชบัญญัติ
 ฉบับนี้ อาจอธิบายได้ตามลำดับดังต่อไปนี้

1) กฎหมายขัดกันของประเทศไทยกำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 แบ่งออกเป็น 6 ภาค คล้าย
 กับที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิธีการปรับใช้พระราชบัญญัตินี้ เริ่ม
 จากการพิจารณาเสียก่อนว่าประเด็นที่พิพาทในคดีเป็นเรื่องใด กฎหมายได้บัญญัติอยู่ในภาคใด
 มาตราใด ที่เรียกกันว่า “การให้ปัญหาข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง⁸” ซึ่งหมายความว่า เป็น
 กระบวนการหรือนิติวิธีที่ผู้พิพากษาจะต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหาให้ถูกต้องเหมาะสมกับ
 ข้อกฎหมายตามกฎหมายขัดกัน⁹

แล้วจากนั้นจึงค่อยตรวจสอบว่าข้อพิพาทในเรื่องนั้นๆ กฎหมายขัดกันบัญญัติให้ใช้
 กฎหมายของประเทศใดบังคับ เช่น กรณีเป็นข้อพิพาทในเรื่องสถานะและความสามารถของบุคคล
 ยกตัวอย่างเช่น

กรณีพิพาทกันว่าคู่พิพาทฝ่ายใดมีความสามารถทำนิติกรรมสัญญาได้หรือไม่ โดย
 กฎหมายประเทศที่เกี่ยวข้องมีหลักเกณฑ์บัญญัติเรื่องความสามารถของบุคคลไว้ไม่เหมือนกัน ใน
 เรื่องดังกล่าวกฎหมายบัญญัติไว้ในภาค 2 มาตรา 10 โดยให้ใช้กฎหมายสัญชาติ หรือ

กรณีพิพาทกันในเรื่องหนี้ ปัญหาว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ ต้องพิจารณาตาม
 มาตรา 13 กล่าวคือ หากคู่สัญญาตกลงกันไว้ก็ให้ใช้กฎหมายประเทศที่ได้ตกลงกัน แต่หากมิได้

⁷ โปรตุเกส ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล”, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), พ.ศ. 2556, หน้า 153.

⁸ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน), พ.ศ. 2549, หน้า 25.

⁹ Torben Svenne Schmidt, The Incidental Question in Private International Law, Recueil des Cours II (1992), p.333.

ตกลงกันได้ก็ให้ใช้กฎหมายที่คู่สัญญามีสัญชาติร่วมกัน (กรณีที่คู่สัญญามีสัญชาติเดียวกัน) และหากมิได้ตกลงกันได้และไม่มีสัญชาติร่วมกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งดินที่สัญญาได้ทำขึ้น เป็นต้น

2) กฎหมายขัดกันของประเทศนั้นว่ากำหนดให้ใช้กฎหมายประเทศใดบังคับ

ภายหลังจากพิจารณากฎหมายขัดกันของไทยแล้ว หากปรากฏว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่กรณีเป็นกฎหมายไทย ศาลย่อมสามารถปรับใช้กฎหมายไทยในการพิจารณาคดีตัดสินคดีได้ แต่หากว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่กรณีเป็นกฎหมายต่างประเทศแล้ว ใช่ว่าศาลไทยจะปรับใช้กฎหมายของประเทศนั้นได้ทันที หากแต่ยังต้องพิจารณากฎหมายขัดกันของประเทศนั้นอีกด้วยว่า ได้บัญญัติให้ใช้กฎหมายของประเทศใดปรับแก้คดีอีกครั้งว่าให้ปรับใช้กฎหมายของประเทศใดแก่กรณี ซึ่งเมื่อพิจารณากฎหมายขัดกันของประเทศนั้นแล้วอาจก่อให้เกิดผลตามมา 2 ประการ ดังนี้

2.1) การย้อนส่งกลับ

การย้อนส่งกลับ หมายถึง กรณีที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ แต่เมื่อพิจารณากฎหมายขัดกันของประเทศนั้นแล้วบัญญัติให้ใช้กฎหมายไทยบังคับ กรณีดังกล่าวตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 บัญญัติว่า “ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ และตามกฎหมายต่างประเทศนั้นกฎหมายที่ใช้บังคับได้แก่กฎหมายแห่งประเทศสยาม ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยามบังคับ มิใช่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายสยามว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย” ดังนั้น หากเกิดกรณีดังกล่าวขึ้น ศาลไทยอาจนำกฎหมายสารบัญญัติของไทยมาปรับแก้คดีได้

2.2) การย้อนส่งต่อไป

ในกรณีที่ศาลไทยใช้กฎหมายขัดกันของตนแล้วกฎหมายขัดกันนี้เองที่สั่งให้ศาลไปใช้กฎหมายขัดกันของอีกประเทศหนึ่ง และหากกฎหมายขัดกันของประเทศสองกำหนดให้ศาลใช้กฎหมายของประเทศที่สาม ในกรณีดังกล่าวเรียกว่า “การย้อนส่งต่อ” ซึ่งก็เป็นเรื่องที่ยังคงถกเถียงกันในแวดวงนักกฎหมายไทยว่ากฎหมายไทยยอมรับให้มีการย้อนส่งต่อหรือไม่ เนื่องจากมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ และในทางปฏิบัติของศาลไทยก็ยังไม่เคยมีการกล่าวถึงปัญหาการย้อนส่งต่อไปแต่ประการใด

และเมื่อผ่านขั้นตอนการพิจารณากฎหมายขัดกันของประเทศนั้นว่าให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับแก่กรณีแล้ว การใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยจึงอาจจะมีได้ใน 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรกคือที่กฎหมายขัดกันของประเทศนั้นกำหนดให้ใช้กฎหมายภายในของ

ประเทศนั้นหรือกรณีที่สองกฎหมายขัดกันของประเทศนั้นกำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศที่สามที่เรียกว่าการย้อนส่งต่อไป

4.1.3 ข้อจำกัดการใช้กฎหมายต่างประเทศ

นอกจากพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังได้กล่าวมาในเบื้องต้นแล้ว หากปรากฏว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่กรณี คือ กฎหมายต่างประเทศ (ไม่ใช่กฎหมายไทย) ศาลไทยก็ยังไม่อาจจะปรับใช้กฎหมายต่างประเทศในการตัดสินคดีได้ เนื่องจากในบางครั้งกฎหมายต่างประเทศมีเนื้อหาสาระที่แตกต่างกับกฎหมายไทยอย่างยิ่งจนไม่อาจเป็นที่ยอมรับแก่สังคมไทยได้ ซึ่งก็อาจเกิดขึ้นได้เนื่องจากสภาพสังคมและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันกฎหมายของแต่ละประเทศย่อมมีเนื้อหาสาระที่แตกต่างกันเป็นธรรมดาหรือในกรณีที่ประเทศไทยมีกฎหมายพิเศษสำหรับเรื่องนั้น ๆ แล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องปรับใช้กฎหมายต่างประเทศหรือแม้กระทั่งในกรณีที่มีสนธิสัญญาบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้เป็นพิเศษแล้วก็ตาม โดยมีรายละเอียดดังจะได้กล่าวต่อไป

4.1.3.1 ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 บัญญัติว่า “ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศสยาม” ดังนั้น หากศาลไทยพิจารณาตามกลไกการใช้กฎหมายขัดกันแล้วปรากฏว่ากฎหมายที่จะต้องใช้บังคับแก่กรณีคือกฎหมายของต่างประเทศ ศาลไทยต้องพิจารณาต่อไปอีกว่ากฎหมายของต่างประเทศนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ หากศาลเห็นว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลไทยก็จะต้องไม่ใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นบังคับแก่กรณี แล้วนำกฎหมายไทยมาปรับใช้แก่กรณีแทน ยกตัวอย่างเช่น สัญญาเป็นกริยาน้อย ซึ่งตามกฎหมายต่างประเทศอนุญาตให้ทำได้ ส่วนประเทศไทยไม่อนุญาต เนื่องจากเห็นว่าเป็นเรื่องที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น ส่วนในทางปฏิบัติ ศาลฎีกาไทยเคยได้ตัดสินว่ากฎหมายต่างประเทศขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีหรือไม่ในหลายคดี เช่น

อายุความเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1583/2511 : “การที่คู่สัญญารับขนของทางทะเลตกลงกันให้ใช้กฎหมายของราชอาณาจักรเดนมาร์กแก่ข้อพิพาทในคดีนี้ ย่อมใช้ได้เพียงเท่าที่ไม่ขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย แต่กฎหมายเรื่องอายุความเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประเทศไทย ฉะนั้นข้อตกลงหรือเงื่อนไขในการ

ตราส่งที่จะให้มีผลถึงการให้ใช้กฎหมายในเรื่องอายุความของกฎหมายของราชอาณาจักรเดนมาร์ก มาบังคับแก่ข้อพิพาทในคดีนี้จึงใช้บังคับไม่ได้”

เงื่อนไขการสมรสที่แตกต่างกับกฎหมายไทยไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2524 : “โจทก์สมรสในประเทศจีนเมื่ออายุ 10 ปี กับหญิงอายุ 12 ปี ซึ่งถูกต้องไม่มีกฎหมายห้ามในประเทศจีนในขณะนั้น เป็นการสมรสที่ชอบด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 20 บุตรของโจทก์เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

4.1.3.2 กรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ

ในกรณีที่ข้อพิพาทในเรื่องดังกล่าวมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษแล้ว ก็ถือเป็นอีกข้อจำกัดที่ไม่จำเป็นต้องใช้กฎหมายขัดกัน ดังนั้น ในกรณีดังกล่าวก็ไม่อาจจะใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยได้เช่นกัน ยกตัวอย่าง กฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นพิเศษ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 มาตรา 4 บัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่การขนส่งทางทะเลจากที่แห่งหนึ่งในราชอาณาจักร หรือจากที่แห่งหนึ่งนอกราชอาณาจักรมายังที่อีกแห่งในราชอาณาจักร เว้นแต่กรณีที่ได้ระบุในใบตราส่งว่าให้ใช้กฎหมายของประเทศอื่นหรือกฎหมายระหว่างประเทศก็บังคับให้เป็นไปตามนั้น แต่แม้ว่าจะได้ระบุไว้เช่นนั้นก็ตาม ถ้าปรากฏว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้มีสัญชาติไทยหรือเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยก็ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้บังคับ” ดังนั้น หากกรณีเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 แล้ว ศาลไทยจะใช้กฎหมายไทยบังคับทันที โดยไม่ต้องพิจารณากฎหมายขัดกัน ซึ่งมักเรียกหลักนี้ว่า “หลักกฎหมายพึงใช้บังคับทันที” (*Lois d' application immediate*)¹⁰

4.1.3.3 กรณีที่มีอนุสัญญาระหว่างประเทศ

ด้วยความแตกต่างกันแห่งกฎหมายและข้อพิพาทอาจนำเสนอต่อศาลได้ในหลายประเทศ ทำให้ในคดีเดียวกันนั้นเกิดคำพิพากษาที่แตกต่างกัน จึงได้มีแนวคิดในการสร้างเครื่องมือเพื่อให้คำพิพากษานั้นไม่ว่าจะฟ้องต่อศาลใดในโลกก็จะไม่แตกต่างกัน ซึ่งเครื่องมือดังกล่าวเป็นที่รู้จักกันในนาม “กฎหมายขัดกัน” อย่างไรก็ตามกลไกการบังคับใช้กฎหมายขัดกันของแต่ละประเทศยังคงมีความยุ่งยากซับซ้อนแตกต่างกันไป ซึ่งจะเป็นอุปสรรคต่อการติดต่อค้าขายระหว่างประเทศ เนื่องจากการระงับข้อพิพาทมีความยุ่งยาก เกิดความสับสนและไม่แน่นอน

¹⁰ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7, หน้า 231.

ขึ้นได้ เพื่อจัดปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้ หลายประเทศต่างได้ประชุมเจรจาและหาทางออกของปัญหาดังกล่าว จึงเกิดความคิดในการร่างกฎหมายกลางขึ้นมาเพื่อให้เกิดมาตรฐานเดียวกันและความแน่นอนชัดเจนในการระงับข้อพิพาทในด้านต่าง ๆ เช่น ด้านการซื้อขายระหว่างประเทศ โดยในปัจจุบันมีองค์การระหว่างประเทศที่สำคัญมีหน้าที่ดูแลในเรื่องดังกล่าว เช่น

1) ที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Hague Conference on Private International Law) จัดตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1893 มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างเอกภาพให้แก่หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลอย่างต่อเนื่อง (Work for the progressive unification of the rules of private international law) ซึ่งประเทศไทยยังไม่ได้เป็นรัฐสมาชิก

2) สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการจัดทำกฎหมายเอกชนให้เป็นเอกภาพ (UNIDROIT) ตั้งอยู่ที่กรุงโรม ประเทศอิตาลี องค์การ UNIDROIT นี้ได้มีการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยการซื้อขายระหว่างประเทศที่สำคัญ ๆ 2 ฉบับ ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายรูปแบบของการซื้อขายระหว่างประเทศ (The Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods) และ อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายรูปแบบของการก่อให้เกิดสัญญาสำหรับการซื้อขายระหว่างประเทศ (The Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods) ประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว

3) คณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL) ได้ร่างกฎหมายแม่แบบในการค้าระหว่างประเทศโดยเฉพาะสำหรับการซื้อขาย เรียกว่า United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980 (CISG) ประเทศไทยยังไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญานี้

แม้ว่าในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญาต่าง ๆ ดังกล่าวมาในข้างต้น แต่หากภายหลังประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญานับต่าง ๆ เหล่านี้แล้ว ย่อมทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม อันจะส่งผลให้ศาลไทยไม่จำเป็นต้องใช้กฎหมายขัดกันพิจารณาตัดสินเหล่านั้น แต่จะต้องใช้กฎหมายแม่แบบในการตัดสินคดีไปในทันที ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่ากรณีที่มีอนุสัญญาระหว่างประเทศบัญญัติไว้เกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้ระงับข้อพิพาทในคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ถือเป็นข้อจำกัดที่ไม่ต้องต้องพิจารณาว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับแก่กรณี

4.1.4 การกล่าวอ้างและการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ

หลักเกณฑ์การใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนั้น นอกจากจะเป็นคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศ, เป็นคดีที่ต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับแก่กรณีและกฎหมายต่างประเทศนั้นไม่ถูกจำกัดในการนำมาปรับใช้ในศาลไทยแล้ว การจะใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนั้นยังจะต้องมีการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจนเป็นที่พอใจแก่ศาลอีกด้วย จึงเห็นได้ว่าประเทศไทยใช้กฎหมายขัดกันแบบระบบทางเลือก ดังที่ระบุไว้ในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 บัญญัติไว้ว่า “ในกรณีที่จำเป็นต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ถ้ามิได้พิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยาม”

หากกล่าวว่าประเทศไทยใช้กฎหมายขัดกันระบบทางเลือกการจะพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ ก็เป็นหน้าที่ของคู่ความที่จะต้องกล่าวอ้างและนำสืบพิสูจน์จนเป็นที่พอใจแก่ศาล เนื่องจากระบบทางเลือกถือว่ากฎหมายต่างประเทศเป็นปัญหาข้อเท็จจริงไม่ใช่ปัญหาข้อกฎหมาย อย่างไรก็ตาม มาตรา 8 แห่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 กลับมิได้กล่าวถึงรายละเอียดของหลักเกณฑ์และวิธีการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยไว้ กรณีจึงเป็นที่สงสัยเกี่ยวกับหลักเกณฑ์วิธีการกล่าวอ้างและการนำสืบกฎหมายต่างประเทศหลายประการ ซึ่งปัญหาข้อสงสัยเหล่านี้ได้กลายเป็นที่มาของการจัดทำวิจัยฉบับนี้ กล่าวคือ

1) ปัญหาการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย

เนื่องจากการดำเนินคดีแพ่งในแต่ละคดีนั้นมีบุคคลหลายฝ่ายที่เกี่ยวข้อง, การดำเนินคดีในแต่ละคดีมีการใช้เวลานาน อีกทั้งรูปแบบการดำเนินคดีในชั้นศาลมีหลายรูปแบบ ดังนั้นจึงอาจเกิดข้อสงสัยได้ว่าเมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะแล้วปัญหาข้อสงสัยเกี่ยวกับวิธีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนั้น ควรจะกระทำอย่างไรจึงจะถูกต้องและเหมาะสมมากที่สุด

2) ปัญหาวิธีการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจนเป็นที่พอใจแก่ศาลไทย

เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายบัญญัติหลักเกณฑ์การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศไว้โดยเฉพาะ และ หากคิดจะบัญญัติก็คงจะเป็นเรื่องยาก เนื่องจากหลักการตัดสินคดีความที่สำคัญประการหนึ่งที่ประเทศไทยยึดถือกันมายาวนาน ได้แก่ หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา หมายความว่า ต้องเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจได้อย่างเต็มที่ว่าจะพอใจหรือไม่พอใจการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศของคู่ความ ดังนั้น การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยจึงเป็นเรื่องที่ยังไม่แน่นอน ทำให้คู่ความไม่กล้าที่จะกล่าวอ้างและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย เพราะหากพิสูจน์ไปแล้วศาลไม่พอใจย่อมเท่ากับว่าเสียทั้งเวลาและค่าใช้จ่ายไปโดยเปล่าประโยชน์และค่าใช้จ่ายในการ

พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนั้นก็เป็นจำนวนที่สูงพอสมควร เช่น การนำผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายต่างประเทศมาพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศต่อศาล ต้องเสียค่าจ้าง, ค่าเดินทาง และค่าที่พัก ตลอดจนล่ามแปลภาษาในขณะที่เบิกความที่ศาล แต่หากจะนำพยานเอกสาร (ตัวบทกฎหมาย, ตำรากฎหมาย ฯลฯ) มาสืบพิสูจน์ ก็ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการแปล, การรับรองคำแปล และ ค่าใช้จ่ายในการนำตัวผู้แปลมาเบิกความยังศาล ซึ่งในที่สุดแล้วยังไม่แน่ใจว่าจะเป็นที่พอใจแก่ศาลไทยหรือไม่

3) ปัญหาการตีความกฎหมายต่างประเทศ

เนื่องจากในบางกรณีตัวบทกฎหมายต่างประเทศที่ศาลจะนำมาใช้ตัดสินคดีความอาจมีความไม่ชัดเจนและตีความได้หลายนัย ในกรณีดังกล่าวนี้หากศาลไทยจะใช้กฎหมายต่างประเทศก็ต้องมีการตีความให้ชัดเจนเสียก่อน แต่ย่อมจะเกิดปัญหาที่ตามมา คือ ศาลไทยจะใช้วิธีการตีความกฎหมายต่างประเทศอย่างไร เนื่องจากหลักการตีความกฎหมายในประเทศต่าง ๆ มีความแตกต่างกันไป การใช้วิธีการตีความกฎหมายในประเทศใดก็ควรใช้หลักเกณฑ์และวิธีการตีความของประเทศนั้นด้วยหรือศาลไทยจะใช้หลักเกณฑ์วิธีการตีความตามกฎหมายไทยไปโดยไม่คำนึงถึงหลักเกณฑ์การตีความของประเทศเจ้าของกฎหมายนั้นได้หรือไม่ประการใด

4.2 การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย

หลักเกณฑ์การใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ดังได้กล่าวมาแล้วในบทก่อนหน้า ทำให้ทราบว่าการจะใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนั้นต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์หลายประการ เช่น คดีนั้นต้องเป็นคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศ, ต้องเป็นคดีที่ตามกฎหมายขัดกันของไทยกำหนดให้ปรับใช้กฎหมายต่างประเทศ, ไม่มีข้อจำกัดในการใช้กฎหมายต่างประเทศ อีกทั้งต้องมีการกล่าวอ้างและนำสืบกฎหมายต่างประเทศจนเป็นที่พอใจแก่ศาล แต่อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติ ฯ ดังกล่าวเปรียบเสมือนเพียงเครื่องมือของผู้พิพากษาที่จะใช้เลือกกฎหมายเพื่อนำมาตัดสินคดีเท่านั้นไม่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยไว้อย่างชัดเจน

การศึกษาหลักเกณฑ์และวิธีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย จึงต้องศึกษาจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งประกอบ เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คือ บทบัญญัติทั้งหลายที่วางหลักเกณฑ์การดำเนินคดีแพ่ง¹¹ ซึ่งการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศก็ถือเป็นหลักเกณฑ์ในการดำเนินคดีแพ่งประการหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็ยังมีได้บัญญัติหลักเกณฑ์และวิธีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยไว้โดยเฉพาะเจาะจง จึงทำให้เกิดข้อสงสัยในวิธีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยในหลายประเด็น เช่น ผู้มีสิทธิกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศคือใครบ้าง, จะกล่าวอ้างได้ในช่วงเวลาใดและวิธีการกล่าวอ้างต้องทำอย่างไร

ในบทนี้จะได้ศึกษาวิธีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย เพื่อให้เกิดความชัดเจนในข้อสงสัยในประเด็นต่างๆ ดังกล่าวข้างต้น โดยการศึกษาจะแบ่งออกเป็น 4 บท ได้แก่ บทแรกจะทำการศึกษาถึงสถานะของกฎหมายต่างประเทศ เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ในประเด็นต่างๆ ในบทต่อไป บทที่สอง ศึกษาเพื่อให้ทราบว่าบุคคลที่เกี่ยวข้องในคดีแพ่งนั้น เช่น ผู้ร้องขอ, ผู้คัดค้าน, ผู้ร้องสอด, ผู้ร้องขอทรัพย์, ผู้ร้องขอคืนส่วน ผู้ใดจะเป็นผู้ที่มีสิทธิกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้บ้าง, บทที่สาม ศึกษาเพื่อให้ทราบว่าการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศนั้น ควรต้องกล่าวอ้างในช่วงเวลาใดของการพิจารณาคดี เนื่องจากการดำเนินคดีแต่ละคดีต้องเป็นไปตามลำดับขั้นตอน ดังนั้น หากล่วงพ้นเวลาที่จะใช้สิทธิกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้แล้ว ก็ไม่ควรให้สิทธิแก่คู่ความในคดีที่จะกล่าวอ้างได้ เนื่องจากจะเป็นการทำให้กระบวนการพิจารณา

¹¹ คณิต ฒ นคร, “กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาคการดำเนินคดี”, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน), พ.ศ. 2552, หน้า 29.

คดีเป็นไปด้วยความล่าช้าและเกิดความสับสนวุ่นวายได้และบทสุดท้าย บทที่สี่ จะได้ศึกษาถึงวิธีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศว่าสามารถทำได้บ้างหรือไม่ เช่น การกล่าวอ้างด้วยวาจาหรือกล่าวอ้างเป็นลายลักษณ์อักษร เป็นต้น

4.2.1 สถานะทางกฎหมายของกฎหมายต่างประเทศ

การศึกษาปัญหาการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย ต้องเริ่มจากการศึกษาสถานะของกฎหมายต่างประเทศตามกฎหมายไทย เพื่อประโยชน์แก่การวิเคราะห์ถึงวิธีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในประเด็นต่างๆ เช่น เมื่อทราบสถานะทางกฎหมายของกฎหมายต่างประเทศแล้วจะทำให้ทราบว่าบุคคลผู้มีสิทธิกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศคือใครบ้าง เป็นต้น

การใช้กฎหมายขัดกันระบบทางเลือก (Alternative) เป็นหน้าที่ของคู่ความในการกล่าวอ้างและนำสืบ ผู้พิพากษาไม่มีหน้าที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศ ซึ่งกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบทางเลือก คือกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Common Law เช่น ประเทศอังกฤษ เป็นต้น ส่วนประเทศไทยแม้จะใช้กฎหมายระบบ Civil Law หรือ ระบบลายลักษณ์อักษร และประเทศไทยได้รับอิทธิพลทางด้านกฎหมายจากประเทศอังกฤษตั้งแต่อ่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 เห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 530/2468 ซึ่งในคดีนี้ศาลไทยพิจารณาเห็นว่า กฎหมายต่างประเทศ เป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ศาลรู้เองไม่ได้ โดยในคดีนี้กรรมการศาลฎีกาได้อ้างตำรากฎหมายขัดกันของประเทศอังกฤษ คือ ตำราของท่าน เอ.วี. ไดซี่ (A.V. Dicey) ในเรื่องการสืบทอดมรดกในอสังหาริมทรัพย์ว่าใช้หลักถิ่นที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ (*lex situs*)¹² และต่อมาเมื่อได้มีการร่าง มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 อันเป็นการยืนยันว่าศาลไทยถือว่ากฎหมายต่างประเทศเป็นปัญหาข้อเท็จจริง คู่ความต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็น ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายขัดกันของไทยเป็นไปในรูปแบบระบบทางเลือก

ด้วยเหตุดังกล่าว ในสายตาของผู้พิพากษาศาลไทย กฎหมายต่างประเทศจึงมีสถานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง (Fact) ไม่ใช่ปัญหาข้อกฎหมาย (Law) ด้วย ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาของไทย ดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3537/2546: “กฎหมายของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ที่เกี่ยวกับคดีนี้มีอยู่อย่างไร เป็นหน้าที่ของคู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างเอาประโยชน์จากกฎหมายดังกล่าวจะต้องนำพยานผู้เชี่ยวชาญกฎหมายของประเทศนั้นมาสืบประกอบตัวบทกฎหมายให้เป็นที่น่าพอใจ

¹² ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7, หน้า 228.

ศาล ถ้าไม่พิสูจน์หรือพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลไม่ได้ ศาลก็ต้องใช้กฎหมายของประเทศไทยมาบังคับ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 8”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1950/2529 : “การที่ผู้ร้องทั้งสองซึ่งเป็นบุคคลสัญชาติญานร้องขอต่อศาลให้สั่งนายอำเภอในฐานะนายทะเบียนครอบครัวจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ร้องทั้งสองนั้น แม้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 10 และมาตรา 19 จะบัญญัติว่า ความสามารถของบุคคลและเงื่อนไขแห่งการสมรสให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น ๆ ก็ตาม แต่ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวผู้ร้องก็หาได้มีหน้าที่พิสูจน์ถึงความสามารถและเงื่อนไขดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่และเมื่อไม่มีฝ่ายใดนำสืบว่าตามกฎหมายสัญชาติของผู้ร้องในเรื่องนี้มีอยู่อย่างใดจึงต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เมื่อปรากฏว่าผู้ร้องทั้งสองมีเงื่อนไขที่จะทำการสมรสได้ครบถ้วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วนายอำเภอก็ไม่ชอบที่จะปฏิเสธไม่ยอมจดทะเบียนสมรสให้ผู้ร้องทั้งสอง”

ดังนั้น เมื่อกฎหมายต่างประเทศเป็นปัญหาข้อเท็จจริง หากคู่ความฝ่ายใดประสงค์จะให้ศาลใช้กฎหมายต่างประเทศตัดสินคดีจึงมีหน้าที่กล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ หากละเลยไม่กล่าวอ้างแล้วก็ไม่เกิดเป็นประเด็นข้อพิพาทในคดี อีกทั้งยังต้องมีหน้าที่นำสืบพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้นเพราะเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลไม่สามารถรู้ได้เองอีกด้วย

แต่กฎหมายต่างประเทศก็ยังมีสถานะแตกต่างจากข้อเท็จจริงอยู่บ้าง กล่าวคือ ถ้าเป็นปัญหาข้อเท็จจริงแท้ๆ คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างต้องนำสืบ ถ้าคู่ความฝ่ายไหนมีหน้าที่ แล้วนำสืบไม่ได้หรือไม่นำสืบต้องแพ้ในประเด็นนั้น แต่กรณีกฎหมายต่างประเทศไม่ใช่ปัญหาข้อเท็จจริงแท้ๆ ความจริงเป็นข้อกฎหมาย แต่เนื่องจากมีเหตุผลทางด้านการปฏิบัติทางนโยบายทางหลักการจึงได้ให้ถือว่าเป็นข้อเท็จจริงเพื่อผลักหน้าที่นี้จากศาลให้ลงไปอยู่ที่คู่ความเพราะจะสะดวกกว่า แต่ถ้าคู่ความไม่นำสืบไม่ถือว่าเขาแพ้แต่ถือว่าให้ใช้กฎหมายไทย¹³

4.2.2 ผู้มีสิทธิกล่าวอ้าง

การดำเนินคดีแพ่งตั้งแต่ต้นจนจบคดีนั้น ใช้จะมีแต่โจทก์ จำเลย หรือ ผู้พิพากษาเท่านั้นที่เกี่ยวข้อง และ ในคดีบางลักษณะก็ยังไม่มียุเป็นโจทก์หรือจำเลยด้วย ดังนั้น การดำเนินคดีอาจมีบุคคลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องนอกเหนือจากโจทก์ จำเลยอีก เช่น ผู้ร้องขอ ผู้คัดค้าน ผู้ร้องสอด คู่ความร่วม ผู้ร้องขัดทรัพย์ ผู้ร้องขอถอนส่วน ฯลฯ ซึ่งบุคคลเหล่านี้ล้วนแต่มีสิทธิและหน้าที่ในการ

¹³ จริญ ภักดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา), พ.ศ. 2553, หน้า 41.

ดำเนินคดีที่แตกต่างกัน แต่บุคคลใดบ้างที่จะมีสิทธิกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศยังคงเป็นสิ่งที่ควรพิจารณา

การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ หมายถึง การกล่าวอ้างเนื้อหาสาระของกฎหมายต่างประเทศต่อศาลเพื่อให้ศาลได้ปรับใช้กฎหมายนั้น ๆ ตัดสินคดี การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ จึงมีผลเป็นการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงประเภทหนึ่งที่จะต้องมีการพิสูจน์ (เป็นประเด็นพิพาท) ดังนั้น โดยหลักแล้วผู้มีสิทธิกล่าวอ้างข้อเท็จจริงจนเกิดเป็นประเด็นข้อพิพาทนั้นจึงได้แก่คู่ความ สาเหตุก็เนื่องจากประเด็นข้อเท็จจริงที่ศาลตัดสินนั้นต้องผูกพันคู่ความแต่ไม่ผูกพันบุคคลภายนอก ผู้ที่ต้องผูกพันในผลแห่งการตัดสินในข้อเท็จจริงนั้นก็พึงมีสิทธิที่จะกล่าวอ้างได้ ซึ่งจะสอดคล้องกับหลักการที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ว่า คู่ความเป็นผู้มีส่วนได้เสียในคดี และ เป็นผู้ที่ต้องผูกพันในคำพิพากษา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145¹⁴ บุคคลอื่นในคดีที่มีคู่ความ เช่น พยานในคดีย่อมไม่ผูกพันตามคำพิพากษา ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 533/2527 : คำพิพากษาให้ถือว่าผูกพันคู่ความตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145 นั้น คงผูกพันคู่ความตามความหมายของ มาตรา 1 (11) หากมีผลผูกพันถึงพยานที่ได้เบิกความไว้ในคดีอื่นไม่ คำเบิกความของพยานที่ เบิกความไว้ในคดีก่อนจะรับฟังเป็นยุติว่าเป็นความจริงโดยเด็ดขาดหาได้ไม่ แม้ในคดีดังกล่าวศาลจะได้พิพากษาคดีถึงที่สุดโดยเชื่อว่าคำเบิกความของพยานเป็นความจริงคำเบิกความของพยานจะเป็นเท็จหรือไม่เป็นปัญหาที่ต้องมีการพิจารณาวินิจฉัยในเนื้อแท้ของความจริงให้ประจักษ์มีฉะนั้นแล้ว หากเผชิญศาลเชื่อรับฟังคำเบิกความของผู้ใดอันเป็นเท็จไว้เป็นยุติในคดีใด ผู้นั้นก็จะไม่มีโทษอันเป็นความผิดฐานเบิกความเท็จได้เลยทั้ง ๆ ที่ความจริงของคำเบิกความนั้นเป็นเท็จและอาจพิสูจน์ให้เห็นชัดได้ในคดีที่ถูกฟ้องภายหลัง อีกทั้งไม่มีบทกฎหมายใดที่จะรองรับคำเบิกความของพยานในกรณีดังกล่าวให้ถือเป็นยุติว่าเป็นความจริงไม่เป็นเท็จ

แม้จะทราบว่าคู่ความเป็นผู้มีสิทธิกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ แต่ประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าบุคคลใดมีสิทธิกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศต่อไป คือ คำว่า “คู่ความ” หมายถึงใครบ้าง เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1 (11) หมายความว่า

¹⁴ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 145.

“ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการอุทธรณ์ฎีกา และการพิจารณาใหม่ คำพิพากษาหรือคำสั่งใด ๆ ให้ถือว่าผูกพันคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลที่พิพากษาหรือมีคำสั่ง นับตั้งแต่วันที่ได้พิพากษาหรือมีคำสั่ง จนถึงวันที่คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลง แก้ไข กลับหรือดลเสีย ถ้าหากมี...”

“บุคคลผู้ยื่นคำฟ้องหรือถูกฟ้องต่อศาล และเพื่อประโยชน์แห่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้รวมถึงบุคคลผู้มีสิทธิกระทำการแทนบุคคลนั้น ๆ ตามกฎหมายหรือในฐานะทนายความ” ดังนั้น หากกล่าวว่าคู่ความเท่านั้นที่จะมีสิทธิกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศต่อศาล ซึ่งจะมีบุคคล 4 ประเภท ได้แก่ 1) บุคคลผู้ยื่นคำฟ้อง (โจทก์), 2) บุคคลผู้ถูกฟ้อง (จำเลย), 3) บุคคลผู้มีสิทธิกระทำการแทนตามกฎหมาย เช่น ผู้รับมอบอำนาจโจทก์ ผู้รับมอบอำนาจจำเลย ผู้แทนนิติบุคคล ผู้แทนโดยชอบธรรม เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ของผู้ล้มละลาย¹⁵ และ 4) ทนายความ

แต่อย่างไรก็ตามนอกจากบุคคล 4 ประเภทดังกล่าวข้างต้นที่มีฐานะเป็นคู่ความตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว ยังมีบุคคลที่น่าพิจารณาว่าจะมีฐานะเป็นคู่ความตามกฎหมายหรือไม่ และ บุคคลเหล่านั้นจะมีสิทธิกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้หรือไม่ เช่น

(1) ผู้ร้องขอ

ตามมาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า “เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง หรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นชอบที่จะเสนอคดีของตนต่อศาลส่วนแพ่งที่มีเขตอำนาจได้ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายนี้” จึงกล่าวได้ว่าผู้มีอำนาจฟ้องคดีแพ่ง นอกจากจะเป็นบุคคลผู้ถูกโต้แย้งสิทธิแล้ว หากเป็นบุคคลที่จำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาลก็อาจเสนอคดีต่อศาลได้ เช่น การร้องขอเป็นผู้จัดการมรดก คดีลักษณะนี้เรียกว่า “คดีไม่มีข้อพิพาท” เนื่องจากผู้ร้องขอไม่ได้พิพาทกับใคร แต่ที่เสนอคดีต่อศาลเนื่องจากประสงค์ให้ศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ตนเป็นผู้จัดการมรดก เป็นต้น

นักกฎหมายบางท่านได้ให้นิยามความหมายคำว่าคู่ความเพื่อให้ครอบคลุมถึงคดีที่ไม่มีข้อพิพาทให้คำว่า “คู่ความ” หมายถึง ผู้ที่ได้ร้องขอให้ศาลคุ้มครองสิทธิของตนและผู้ที่ต้องการขอให้ศาลคุ้มครองสิทธินั้นได้กระทำต่อตน และในที่สุดเมื่อคำพิพากษาหรือคำสั่งใดที่ออกมาในนามของผู้ที่เป็นคู่ความ คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นย่อมจะส่งผลดีหรือผลร้ายต่อผู้ที่เป็นคู่ความนั้น¹⁶

ดังนั้น หากในคดีไม่มีข้อพิพาท เช่น คดีร้องขอเป็นผู้จัดการมรดกที่มีลักษณะระหว่างประเทศ กล่าวคือ เป็นคดีจัดการมรดกที่เจ้ามรดกเป็นคนต่างด้าวหรือเป็นคนไทย แต่มีภูมิลำเนาอยู่ในต่างประเทศหรือมีทรัพย์สินทั้งที่เป็นสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์อยู่ใน

¹⁵ สมชัย ธิมาอุตมากร, “ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 บททั่วไป”, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), พ.ศ. 2553, หน้า, 25-26.

¹⁶ พระนิติการณประสม, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มปป., มปท., หน้า 46.

ประเทศไทย หรือ ต่างประเทศ ผู้ร้องขออาจกล่าวอ้างให้ศาลปรับใช้กฎหมายต่างประเทศ ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ว่าด้วยเรื่องมรดกได้ ยกตัวอย่างเพื่อให้เกิดความเข้าใจยิ่งขึ้น เช่น คดีร้องขอจัดการมรดกเรื่องหนึ่ง เจ้ามรดกมีทรัพย์สินมรดกเพียงสิ่งเดียว คือ อาคารพาณิชย์ตั้งอยู่ที่ประเทศมาเลเซีย แต่เจ้ามรดกมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย คดีนี้หากเจ้ามรดกไม่มีทายาท มีแต่ภริยานอกสมรสในประเทศไทย ภริยานอกสมรสผู้นั้นอาจมีสิทธิยื่นคำร้องเป็นผู้จัดการมรดกที่ศาลไทยได้ ตามมาตรา 4 จัตวา วรคแรกแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้¹⁷ แต่เนื่องจากคดีนี้เป็นคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศ กล่าวคือ เป็นคดีร้องขอจัดการมรดกที่ทรัพย์สินมรดกเป็นอสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ต่างประเทศ ซึ่งตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481¹⁸ กำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สินมรดกที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ และหากสมมุติว่าตามกฎหมายขัดกันของประเทศมาเลเซียก็ให้ใช้การร้องขอจัดการทรัพย์สินมรดกที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ให้ใช้กฎหมายท้องถิ่นที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ คดีนี้จึงต้องใช้กฎหมายมรดกของมาเลเซียบังคับและสมมุติว่าหากกฎหมายมรดกของมาเลเซียบัญญัติว่าภริยาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิร้องขอเป็นผู้จัดการมรดกได้ ดังนี้ ผู้ร้องขออาจกล่าวอ้างให้ศาลไทยใช้กฎหมายประเทศมาเลเซียในการวินิจฉัยการร้องขอเป็นผู้จัดการมรดกในคดีนี้ได้ เป็นต้น

2) ผู้ร้องคัดค้าน

ผู้ร้องคัดค้าน หมายถึง บุคคลผู้คัดค้านคำร้องขอในคดีไม่มีข้อพิพาท ยกตัวอย่าง เช่น ในคดีที่ผู้ร้องขอยื่นคำร้องขอเป็นผู้จัดการมรดกแต่ผู้ร้องคัดค้านไม่เห็นด้วยจึงยื่นคำร้องคัดค้านการเป็นผู้จัดการมรดกนั้นเสีย กรณีดังกล่าวจะส่งผลให้สถานะของคดีเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมเป็นคดีไม่มีข้อพิพาทเปลี่ยนเป็นคดีมีข้อพิพาท ในขณะเดียวกันฐานะของผู้ร้องขอจะเปลี่ยนเป็นโจทก์ในคดีและฐานะของผู้ร้องคัดค้านจะเปลี่ยนเป็นจำเลยในคดี¹⁹ และในคดีดังกล่าว

¹⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 4 จัตวา.

“คำร้องขอแต่งตั้งผู้จัดการมรดก ให้เสนอต่อศาลที่เจ้ามรดกมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลในขณะถึงแก่ความตาย...”

¹⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481, มาตรา 37.

“มรดกเท่าที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่”

¹⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 148 (4).

“ในคดีที่ไม่มีข้อพิพาทให้ใช้ข้อบังคับต่อไปนี้

(4) ถ้าบุคคลอื่นใดนอกจากคู่ความที่ได้ยื่นฟ้องคดีอันไม่มีข้อพิพาทได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับคดีโดยตรงหรือโดยอ้อม ให้ถือว่าบุคคลเช่นนั้นเป็นคู่ความ และให้ดำเนินคดีไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยคดีอันมีข้อพิพาท...”

เมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้วย่อมจะผูกพันทั้งผู้ร้องขอและผู้ร้องคัดค้าน ถือได้ว่าผู้ร้องคัดค้านเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคดีโดยตรงจึงเป็นคู่ความในคดีประเภทหนึ่งและหากเมื่อผู้ร้องขอมีสิทธิกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้ ผู้ร้องคัดค้านก็ย่อมมีสิทธิกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้เช่นกัน

3) ผู้ร้องสอด

การร้องสอด²⁰ คือ การเข้ามีส่วนร่วมของบุคคลภายนอกในการจัดการกับ “วัตถุแห่งการพิพาท” (Streitgegenstand) ของผู้อื่น²¹ ส่วนอำนาจของผู้ร้องสอดในประเทศต่าง ๆ ได้มีการบัญญัติไว้แตกต่างกันไป กล่าวคือ ในกฎหมายบางประเทศได้แยกความแตกต่างระหว่างคู่ความและผู้ร้องสอด โดยผู้ร้องสอดจะเป็นบุคคลที่เข้าร่วมในระหว่างการดำเนินคดี มีสิทธิและ

²⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 57.

“บุคคลภายนอกซึ่งมิใช่คู่ความอาจเข้ามาเป็นคู่ความได้ด้วยการร้องสอด

(1) ด้วยความสมัครใจเองเพราะเห็นว่าเป็นการจำเป็นเพื่อยังให้ได้รับความรับรองคุ้มครอง หรือบังคับตามสิทธิของตนที่มีอยู่ โดยยื่นคำร้องขอต่อศาลที่คดีนั้นอยู่ในระหว่างพิจารณาหรือเมื่อตนมีสิทธิเรียกร้องเกี่ยวเนื่องด้วยการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง โดยยื่นคำร้องขอต่อศาลที่ออกหมายบังคับคดีนั้น

(2) ด้วยความสมัครใจเองเพราะตนมีส่วนได้เสียตามกฎหมายในผลแห่งคดีนั้นโดยยื่นคำร้องขอต่อศาลไม่ว่าเวลาใด ๆ ก่อนมีคำพิพากษา ขออนุญาตเข้าเป็นโจทก์ร่วมหรือจำเลยร่วม หรือเข้าแทนที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียทีเดียวโดยได้รับความยินยอมของคู่ความฝ่ายนั้นแต่ถ้าแม้ศาลจะได้อนุญาตให้เข้าแทนที่กันได้ก็ ตาม คู่ความฝ่ายนั้นจำต้องผูกพันตนโดยคำพิพากษาของศาลทุกประการเสมือนหนึ่งว่ามิได้มีการเข้าแทนที่กันเลย

(3) ด้วยกฎหมายเรียกให้เข้ามาในคดี (ก) ตามคำขอของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำเป็นคำร้องแสดงเหตุว่าตนอาจฟ้องหรือถูกคู่ความเช่นนั้นฟ้องตนได้ เพื่อการใช้สิทธิไต่เบี่ยงหรือเพื่อใช้คำทดแทน ถ้าหากศาลพิจารณาให้คู่ความเช่นนั้นแพคดี หรือ (ข) โดยคำสั่งของศาลเมื่อศาลนั้นเห็นสมควร หรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคำขอ ในกรณีที่กฎหมายบังคับให้บุคคลภายนอกเข้ามาในคดี หรือศาลเห็นจำเป็นที่จะเรียกบุคคลภายนอกเข้ามาในคดีเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม แต่ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จะเรียกบุคคลภายนอกเข้ามาในคดีดังกล่าวแล้วให้เรียกด้วยวิธียื่นคำร้องเพื่อให้หมายเรียกพร้อมกับคำฟ้องหรือคำให้การ หรือในเวลาใด ๆ ต่อมาก่อนมีคำพิพากษาโดยได้รับอนุญาตจากศาล เมื่อศาลเป็นที่พอใจว่าคำร้องนั้นไม่อาจยื่นก่อนนั้นได้

การส่งหมายเรียกบุคคลภายนอกตามอนุमतรานี้ต้องมีสำเนาคำขอ หรือคำสั่งของศาล แล้วแต่กรณี และคำฟ้องตั้งต้นคดีนั้นแนบไปด้วย

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้ไม่ตัดสิทธิของเจ้าหนี้ ในอันที่จะใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้และที่จะเรียกลูกหนี้ให้เข้ามาในคดีตั้งที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”

²¹ คณิต ณ นคร, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 11, หน้า.131.

อำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในบางขั้นตอน และไม่ได้รับการปฏิบัติในฐานะเดียวกับคู่ความเดิม แต่ในบางประเทศก็ได้ให้อำนาจแก่ผู้ร้องสอดเช่นเดียวกับคู่ความทุกประการ²² ด้วยหลักการ เพื่อต้องการให้เรื่องใดที่เกี่ยวข้องกัน ถ้าจะมีคดีพิพาทก็ให้ได้รับการพิจารณาไปเสียคราวเดียวกัน²³

ผู้ร้องสอด คือ บุคคลซึ่งไม่ได้เป็นคู่ความมาแต่เริ่มแรก แต่เป็นบุคคลภายนอกที่เข้ามาเป็นคู่ความในภายหลังเมื่อมีคดีกันแล้ว²⁴ ผู้ร้องสอดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 57 อาจแบ่งได้ 2 ลักษณะ กล่าวคือ

ลักษณะแรก ผู้ร้องสอดเข้ามาเองโดยสมัครใจ คือ บุคคลที่ร้องขอเข้ามาในคดีโดยความสมัครใจเอง อาจเกิดขึ้นได้เพราะผู้ร้องสอดเห็นว่า²⁵ 1) เป็นการจำเป็นเพื่อยังให้ได้รับความรับรอง ค้ำครอง หรือบังคับตามสิทธิของตนที่มีอยู่ โดยยื่นคำร้องขอต่อศาลที่คดีนั้นยังเป็นคดีอยู่ในระหว่างพิจารณา (Rechtshangigkeit), หรือ 2) ตนมีสิทธิเรียกร้องเกี่ยวเนื่องด้วยการบังคับคดี (Vollstreckung) หรือ, 3) เห็นว่าตนมีส่วนได้เสียตามกฎหมายในผลแห่งคดีนั้น โดยยื่นคำร้องขอต่อศาลไม่ว่าเวลาใด ๆ ก่อนมีคำพิพากษา

ลักษณะที่สอง ผู้ร้องสอดเข้ามาด้วยกฎหมายเรียก หมายถึง เป็นกรณีที่บุคคลภายนอกเข้ามาเป็นคู่ความโดยหมายเรียกให้เข้ามาในคดีตามคำขอของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือโดยคำสั่งของศาล

3.1) ฐานะของผู้ร้องสอด

ส่วนการร้องสอดเข้ามาในคดีนั้นอาจทำให้ผู้ร้องสอดมีฐานะที่แตกต่างกันไปดังต่อไปนี้

(1) ผู้ร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความฝ่ายที่สาม

หมายถึง ร้องสอดเข้ามาตามสิทธิของตน ไม่ได้เข้ามาโดยอาศัยสิทธิของคู่ความฝ่ายใด ดังนั้น การเข้ามาในคดีของผู้ร้องสอดกรณีนี้อาจเป็นการโต้แย้งสิทธิกับคู่ความเดิมก็ได้ อาจเรียกสั้น ๆ ว่า เป็นการร้องสอดเข้ามาในคดีเพาะข้อพิพาทของคู่ความเดิมนั้นไปโต้แย้ง

²² วรณชัย บุญบำรุง, ธนฤต วรณชัชกุล, “ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฉบับอ้างอิง”, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, พ.ศ. 2555, หน้า 172.

²³ อุดม เฟื่องฟู, “คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 ตอน 1”, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา), พ.ศ. 2552, หน้า 536.

²⁴ เฟื่องฟู.

²⁵ คณิต ณ นคร, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 11, หน้า 133.

สิทธิหรือหน้าที่ของใครเข้าแล้ว ผู้นั้นเขาก็ร้องสอดเข้ามาตามข้อนี้ได้²⁶ ซึ่งจะร้องสอดเข้ามาได้ใน 2 ช่วงเวลา ได้แก่

ระหว่างการพิจารณา เป็นการร้องสอดเข้ามาโดยสมัครใจ และ มิได้เข้ามาเป็นคู่ความร่วมมือกับคู่ความเดิม โดยมีเหตุที่จะเข้ามาเพราะมีความจำเป็นเพื่อจะได้รับความรับรอง คຸ່ມครองหรือบังคับตามสิทธิของตนที่มีอยู่ ในขณะที่คดีนั้นอยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้น²⁷

และระหว่างการบังคับคดี เป็นการร้องสอดเข้ามาเพราะเหตุที่ตนมีสิทธิเรียกร้องเกี่ยวเนื่องด้วยการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งอันเป็นเรื่องในชั้นบังคับคดีโดยไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ที่ถูกโต้แย้งสิทธิ²⁸ ไม่ว่าจะเป็นการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลในชั้นใด ไม่ว่าศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกา²⁹ เช่น มีการบังคับการชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่เจ้าพนักงานบังคับคดียึดไว้ออกขายทอดตลาดเอาเงินมาชำระหนี้ ถ้ายึดทรัพย์สินที่มีใช้ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึด เป็นต้น หรือ

(2) ผู้ร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความร่วมมือหรือแทนคู่ความเดิม

กรณีนี้เป็นการร้องสอดเข้ามาในคดีโดยความสมัครใจของบุคคลภายนอกตามมาตรา 57 (2) เนื่องจากผู้ร้องมีส่วนได้เสียตามกฎหมายในผลแห่งคดี³⁰ หมายถึง ผลแห่งคดีจะกระทบสิทธิหรือก่อให้เกิดความผูกพันหรือความรับผิดชอบแก่ผู้ร้องสอด ยกตัวอย่างเช่น ผู้ร้องสอดเป็นเจ้าของที่ดินร่วมกับโจทก์ ร้องสอดเข้ามาโดยอ้างว่าอาจได้รับความเสียหายจากการกระทำของเจ้าของรวมที่เป็นโจทก์³¹

²⁶ อุดม เฟื่องฟู, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23, หน้า 542.

²⁷ ไพโรจน์ วายุภาพ, “คำอธิบาย กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 บททั่วไป”, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินตติ้ง), พ.ศ. 2555, หน้า 309.

²⁸ เฟื่องฟู.

²⁹ อุดม เฟื่องฟู, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23, หน้า 548.

³⁰ ไพโรจน์ วายุภาพ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27, หน้า 325.

31 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2662/2550 : “โจทก์ร่วมทั้งสี่ยื่นคำร้องสอดเข้าเป็นคู่ความ โดยอ้างว่า โจทก์ร่วมทั้งสี่เป็นเจ้าของที่ดินร่วมกับโจทก์ทั้งสอง โจทก์ทั้งสองฟ้องคดีโดยพลการ โจทก์ร่วมทั้งสี่จึงขอใช้สิทธิเข้าเป็นคู่ความตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 57 (1) แต่สิทธิในฐานะเจ้าของรวมในที่ดินพิพาทโจทก์ร่วมทั้งสี่มีอยู่อย่างใดก็จะมีอยู่อย่างนั้นไม่มีเหตุที่จะต้องได้รับความรับรอง คຸ່ມครอง หรือบังคับตามสิทธิของตนที่มีอยู่ตามมาตรา 57 (1) แต่โจทก์ร่วมทั้งสี่ระบุในคำร้องตอนหนึ่งว่าโจทก์ร่วมทั้งสี่อาจได้รับความเสียหายจากการกระทำของโจทก์ทั้งสองโจทก์ร่วมทั้งสี่มีส่วนได้เสียในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์รวมในที่ดินร่วมกับ

3.2) ผลของการร้องสวด

เมื่อศาลอนุญาตให้ร้องสวดเข้ามาในคดีหรือเรียกบุคคลภายนอกเข้ามาในคดีแล้ว มีผลให้ผู้ร้องสวดมีฐานะเป็นคู่ความโดยตรงตามมาตรา 1 (11) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่ผู้ร้องสวดจะมีสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบอย่างไร ย่อมขึ้นอยู่กับว่าเป็นการร้องสวดเข้ามาในฐานะใด ดังที่ปรากฏในมาตรา 58 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง³² ซึ่งอาจแบ่งผลของการร้องสวดได้ดังต่อไปนี้

(1) กรณีการร้องสวดเข้ามาเป็นคู่ความฝ่ายที่สามกับถูกเรียกเข้ามาเป็นคู่ความร่วม

การร้องสวดเข้ามาเป็นคู่ความฝ่ายที่สาม ย่อมทำให้ผู้ร้องสวดมีสิทธิเสมือนเป็นผู้ฟ้องคดี ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4524/2536 : “ศาลฎีกาพิพากษาให้

โจทก์ทั้งสอง ตามคำร้องจึงเป็นเรื่องที่โจทก์ร่วมทั้งสองร้องสวดเข้ามาด้วยความสมัครใจเอง เพราะตนมีส่วนได้เสียตามกฎหมายในผลแห่งคดีตามมาตรา 57 (2) ศาลชั้นต้นจึงมีอำนาจสั่งไม่อนุญาตให้โจทก์ร่วมทั้งสองเข้ามาเป็นคู่ความฝ่ายที่สามตามมาตรา 57 (1) แต่ให้เข้ามาเป็นโจทก์ร่วมตามมาตรา 57 (2)”

³² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 58.

“ผู้ร้องสวดที่ได้เข้าเป็นคู่ความตามอนุมาตรา (1) และ (3) แห่งมาตราก่อนนี้ มีสิทธิเสมือนหนึ่งว่าตนได้ฟ้องหรือถูกฟ้องเป็นคดีเรื่องใหม่ ซึ่งโดยเฉพาะผู้ร้องสวดอาจนำพยานหลักฐานใหม่มาแสดง คัดค้านเอกสารที่ได้ยื่นไว้ ถ้ามค้านพยานที่ได้สืบมาแล้วและคัดค้านพยานหลักฐานที่ได้สืบไปแล้วก่อนที่จะตนได้ร้องสวด อาจอุทธรณ์ฎีกาคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ และอาจได้รับหรือถูกบังคับให้ใช้ค่าฤชาธรรมเนียม

ห้ามมิให้ผู้ร้องสวดที่ได้เป็นคู่ความตามอนุมาตรา (2) แห่งมาตราก่อน ใช้สิทธิอย่างอื่นนอกจากสิทธิที่มีอยู่แก่คู่ความฝ่ายซึ่งตนเข้าเป็นโจทก์ร่วมหรือจำเลยร่วมในชั้นพิจารณาเมื่อตนร้องสวด และห้ามมิให้ใช้สิทธิเช่นนั้นในทางที่ขัดกับสิทธิของโจทก์หรือจำเลยเดิม และให้ผู้ร้องสวดเสียค่าฤชาธรรมเนียมอันเกิดแต่การที่ร้องสวด แต่ถ้าศาลได้อนุญาตให้เข้าแทนที่โจทก์หรือจำเลยเดิม ผู้ร้องสวดจึงมีฐานะเสมือนด้วยคู่ความที่ตนเข้าแทน

เมื่อได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งแล้ว ถ้ามีข้อเกี่ยวข้องกับคดี เป็นปัญหาจะต้องวินิจฉัยในระหว่างผู้ร้องสวดกับคู่ความฝ่ายที่ตนเข้าร่วม หรือที่ตนถูกหมายเรียกให้เข้าร่วมผู้ร้องสวดย่อมต้องผูกพันตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น เว้นแต่ในกรณีต่อไปนี้

(1) เนื่องจากความประมาทเลินเล่อของคู่ความนั้น ทำให้ผู้ร้องสวดเข้ามาเป็นคู่ความในคดีซ้ำเกินสมควรที่จะแสดงข้อเถียงอันเป็นสาระสำคัญได้ หรือ

(2) เมื่อคู่ความนั้นจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมิได้ยกขึ้นใช้ซึ่งข้อเถียงในปัญหาข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญซึ่งผู้ร้องสวดมิได้รู้ว่ามีอยู่เช่นนั้น”

ผู้ร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความในคดีได้แล้วผู้ร้องสอย่อมมีสิทธิเสมือนหนึ่งว่าตนได้ฟ้องหรือถูกฟ้องเป็นคดีเรื่องใหม่ การพิจารณาพิพากษาคดีจึงต้องกระทำโดยมีคู่ความทั้งสามฝ่าย การที่ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ภาค 2 พิจารณาพิพากษาคดีไปโดยไม่มีผู้ร้องสอดเข้ามาในคดี เป็นการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการพิจารณาศาลฎีกามีอำนาจสั่งยกคำพิพากษาศาลล่างทั้งสอง แล้วให้ศาลชั้นต้นพิจารณาและพิพากษาใหม่ตามรูปคดีได้” ส่วนการร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความร่วมแต่เนื่องจากการเข้ามาในคดีโดยไม่ได้เกิดจากความสมัครใจ เมื่อให้เข้ามาในคดีแล้ว กฎหมายก็ไม่ควรตัดสิทธิในการดำเนินคดีของเขา ดังนั้นผู้ที่ถูกหมายเรียกเข้ามาให้เป็นคู่ความร่วมจึงมีสิทธิเสมือนเป็นผู้ฟ้องหรือผู้ถูกฟ้องเป็นคดีใหม่เช่นกัน³³ ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 58 วรรคหนึ่ง ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าการร้องสอดเข้ามาในคดีทั้งสองกรณีนี้ผู้ร้องสอย่อมมีสิทธิในการดำเนินคดีในฐานะคู่ความตามกฎหมายทำให้ผู้ร้องสอดกรณีนี้มีสิทธิในการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลได้

(2) กรณีร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความร่วมโดยสมัครใจ

หมายถึง กรณีที่ร้องสอดเข้าไปเป็นคู่ความร่วมกับฝ่ายโจทก์หรือจำเลยในคดี กรณีเช่นนี้เป็นการยินยอมเข้าเป็นร่วมกับผู้อื่น จึงย่อมต้องผูกพันตามสิทธิของคู่ความร่วมที่ตนเข้าร่วม กรณีร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความร่วมโดยสมัครใจจึงเป็นไปตามมาตรา 58 วรรคสอง กล่าวคือ ผู้ร้องสอดจะใช้สิทธิอย่างอื่นนอกจากสิทธิที่มีอยู่แก่คู่ความที่ตนขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมหรือจำเลยร่วมไม่ได้และจะใช้สิทธิขัดกับสิทธิของโจทก์จำเลยเดิมไม่ได้ ผู้ร้องสอดในกรณีนี้จะมีฐานะเสมอด้วยคู่ความที่ตนเข้าร่วม จึงก่อให้เกิดผล หลายประการ กล่าวคือ

(2.1) ผู้ร้องสอดจะใช้สิทธิอย่างอื่นนอกจากสิทธิที่คู่ความที่ตนเข้าร่วมมีอยู่ในขณะที่ตนร้องสอดไม่ได้ เช่น ถ้าตามคำฟ้องเดิม โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องผู้ร้องจะขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมไม่ได้ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1050/2493 : “บุตรมาฟ้องเรียกที่นาของบิดาคืนจากเจ้าหนี้เงินกู้โดยอ้างว่าเป็นทายาทผู้รับมรดกของบิดา เมื่อปรากฏว่าบิดายังมีชีวิตอยู่ อำนาจฟ้องคดีของบุตรย่อมหมดไป แม้บิดาจะขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมก็ไม่ได้ เพราะฟ้องเดิมใช้ไม่ได้แล้ว ไม่มีฟ้องเดิมที่สมบูรณ์จะให้บิดาร่วมเป็นโจทก์ด้วยได้”

หรือ จำเลยเดิมยื่นคำให้การไว้อย่างไร ผู้ร้องสอดก็ให้การยกข้อต่อสู้ตั้งประเด็นขึ้นมาใหม่ไม่ได้ ตามที่ปรากฏใน

³³ ไพโรจน์ วายุภาพ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27, หน้า 136.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2523 : “ตามคำร้องสอดและคำสั่งของศาลชั้นต้นอนุญาตให้เข้ามาในคดีฐานะเป็นจำเลยร่วมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 57 (2) ซึ่งมาตรา 58 วรรคสอง ห้ามมิให้ผู้ร้องสอดใช้สิทธิอย่างอื่น นอกจากสิทธิที่มีอยู่แก่คู่ความฝ่ายซึ่งตนเข้าเป็นโจทก์ร่วมหรือจำเลยร่วมในชั้นพิจารณาเมื่อตนร้องสอด ดังนั้น เมื่อคดีเดิมไม่มีประเด็นข้อพิพาทว่าโจทก์รับโอนกรรมสิทธิ์ที่พิพาทตามฟ้องโดยสุจริตหรือไม่ จำเลยร่วมจึงไม่อาจตั้งประเด็นข้อนี้ขึ้นใหม่ในคำร้องสอดเพื่อให้ศาลวินิจฉัยในคดีนี้ได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6045/2538 : “ผู้ร้องสอดใช้สิทธิร้องสอดเข้าแทนที่โจทก์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 57 (2) จึงมีฐานะเสมอด้วยโจทก์ซึ่งเป็นคู่ความที่ผู้ร้องสอดเข้าแทนที่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 58 วรรคสอง เมื่อจำเลยไม่ได้ยกอายุความขึ้นต่อสู้โจทก์ จำเลยย่อมไม่มีสิทธิยกข้อต่อสู้ดังกล่าวขึ้นต่อสู้ผู้ร้องสอด”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3359/2528 : “แม้จำเลยร่วมจะต่อสู้ในเรื่องการบอกกล่าวไว้ในคำให้การ และ ฟ้องแย้ง เมื่อศาลอุทธรณ์อนุญาตให้จำเลยร่วมเข้ามาเป็นคู่ความตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 57 (2) ไม่มีคู่ความฝ่ายใดฎีกาปัญหาดังกล่าวจึงถึงที่สุด กรณีจึงต้องด้วยมาตรา 58 วรรคสอง คือ จำเลยร่วมจะใช้สิทธิอย่างอื่น นอกจากสิทธิที่มีอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่ตนเข้าเป็นจำเลยร่วมหรือใช้สิทธิในทางที่ขัดกับสิทธิของจำเลยเดิมไม่ได้ เมื่อจำเลยไม่ได้ให้การต่อสู้ในเรื่องการบอกกล่าวไว้ จำเลยร่วมก็จะยกความข้อนี้ต่อสู้ไม่ได้ถือว่าไม่มีประเด็นในเรื่องการบอกกล่าวระหว่างโจทก์กับจำเลยร่วมเช่นเดียวกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4223/2533 : “จำเลยร่วมร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 57 (2) ต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิอย่างอื่นนอกจากสิทธิที่มีอยู่แก่คู่ความฝ่ายซึ่งตนเข้าเป็นจำเลยร่วมในชั้นพิจารณาเมื่อตนร้องสอดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 58 วรรคสอง คำให้การและฟ้องแย้งของจำเลยร่วมที่อ้างสิทธิเกี่ยวกับสิทธิครอบครองทรัพย์สินในที่ดินพิพาท กับคดีโจทก์ขาดอายุความมรดกนั้น เป็นการยกสิทธิขึ้นมาใหม่ นอกเหนือจากคำให้การเดิมของจำเลยซึ่งตนเข้ามาเป็นจำเลยร่วม จึงต้องทำตามกฎหมายดังกล่าว

หรือจำเลยไม่ยื่นคำให้การจนขาดนัดยื่นคำให้การแล้ว ผู้ร้องสอดย่อมไม่มีอำนาจยื่นคำให้การของตนเข้ามาในคดีได้ ถือเป็นการใช้สิทธินอกเหนือจากที่จำเลยมีอยู่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 996/2549 : “จำเลยร่วมร้องสอดเข้ามาเป็นจำเลยร่วมกับจำเลยที่ 1 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 57 (2) จำเลยร่วมจึงต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิอย่างอื่นนอกจากสิทธิที่มีอยู่ของจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นคู่ความฝ่ายที่ตนเข้าเป็นจำเลยร่วมตามมาตรา 58 วรรคสอง ฉะนั้น เมื่อจำเลยที่ 1 ไม่ยื่นคำให้การจนศาลสั่งว่าจำเลยที่ 1 ขาดนัดยื่นคำให้การแล้ว จำเลยร่วมย่อมไม่มีสิทธิยื่นคำให้การของตนเข้ามาอันเป็นการใช้สิทธินอกเหนือจากที่จำเลยที่ 1 มีอยู่ได้...”

(2.2) ผู้ร้องสอดจะใช้สิทธิในทางที่ขัดกับสิทธิของคู่ความเดิมไม่ได้ เช่น ผู้ร้องสอดจะตั้งประเด็นขึ้นมาใหม่ไม่ได้เพราะเป็นการขัดกับสิทธิของโจทก์เดิม³⁴

ดังนั้น ผู้ร้องสอดเข้ามาในคดีโดยหลักแล้วย่อมมีฐานะเป็นคู่ความตามกฎหมาย ย่อมมีสิทธิตั้งเช่นคู่ความทั่วไปทุกประการ แต่ในกรณีการร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความร่วมโดยสมัครใจตามมาตรา 57 (2) นั้นกฎหมายจะจำกัดสิทธิของผู้ร้องสอดดังกล่าว 2 ประการ กล่าวคือ ไม่อาจใช้สิทธิอย่างอื่นนอกจากสิทธิที่ความที่ตนเข้าร่วมอยู่ในขณะที่ตนร้องสอดไม่ได้ และ จะใช้สิทธิในทางที่ขัดกับสิทธิของคู่ความเดิมไม่ได้ เช่น การไม่สามารถยกประเด็นข้อต่อสู้ใหม่นอกเหนือจากประเด็นในคดีเดิมได้ การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ ถือเป็นการกล่าวอ้างประเด็นข้อเท็จจริงขึ้นมาใหม่ลักษณะหนึ่ง ดังนั้น ผู้ร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความร่วมโดยสมัครใจนี้จึงไม่อาจกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2523, 3359/2528, 4223/2533 ดังกล่าวข้างต้น อย่างไรก็ตามยังไม่เคยปรากฏคำพิพากษาดัดสินเกี่ยวกับสิทธิของผู้ร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความร่วมโดยสมัครใจว่าจะกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยโดยตรงว่าสามารถทำได้หรือไม่

4) คู่ความร่วม

เนื่องจากผู้ที่จะเป็นคู่ความคือเป็นโจทก์ก็ดี จำเลยก็ดี กฎหมายไม่จำกัดว่าจะมีได้แต่เฉพาะคนเดียวหรือกี่คน³⁵ ดังนั้น ในคดีหนึ่ง ๆ มิใช่ว่าจะมีคู่ความแต่ละฝ่ายได้เพียงคนเดียวเท่านั้น ในกรณีมีบุคคลหลายคนถูกโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ตามมาตรา 55 บุคคลดังกล่าวอาจเป็นคู่ความร่วมในคดีเดียวกันตั้งแต่ที่มีการเสนอคดีต่อศาลไม่ว่าเป็นโจทก์ร่วมหรือจำเลยร่วมก็ได้³⁶

³⁴ ไพโรจน์ วายุภาพ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27, หน้า 339.

³⁵ หลวงจรัญเนติศาสตร์, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน), พ.ศ. 2553, หน้า 40.

³⁶ ไพโรจน์ วายุภาพ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27, หน้า 341.

คำว่า “คู่ความร่วมมือ” จึงหมายถึงเฉพาะผู้เป็นโจทก์หรือจำเลยด้วยกันในคดีเท่านั้น ส่วนบุคคลผู้มีสิทธิทำการแทนตัวความ เช่น ทนายความ, ผู้รับมอบอำนาจ หรือ ผู้รับมอบฉันทะ แม้ตามมาตรา 1 (11) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จะให้ถือว่าบุคคลเหล่านี้เป็นตัวความ แต่ก็ไม่สามารถถือเป็นคู่ความร่วมมือ เนื่องจากกฎหมายเพียงให้ถือว่าบุคคลเหล่านั้นเป็นคู่ความ เพื่อประโยชน์แห่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาเท่านั้น หาได้ทำให้ผู้นั้นเป็นตัวความจริงๆ ไม่³⁷

คู่ความร่วมมือจะมีความแตกต่างจากผู้ร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความร่วมมือ กล่าวคือ กรณีการเป็นคู่ความร่วมมือต้องเริ่มต้นมาตั้งแต่มีการฟ้องคดี³⁸ แต่การร้องสอดเป็นการร้องขอหรือถูกเรียกเข้ามาในคดีภายหลังจากที่มีคดีอยู่ในชั้นศาลแล้ว

การเป็นคู่ความร่วมมือมีเงื่อนไขสำคัญตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง³⁹ ได้แก่ ผู้ที่จะเป็นคู่ความร่วมมือนั้นจะต้องมีผลประโยชน์ร่วมกันในมูลความแห่งคดี⁴⁰ กล่าวคือ เป็นผู้มีส่วนได้เสียร่วมกันในมูลคดีนั้นเป็นสาระสำคัญ⁴¹ เช่น ในกรณีทำละเมิดต่อโจทก์หลายคนร่วมกัน แม้ค่าเสียหายของโจทก์แต่ละคนจะแตกต่างกันหากจากกันได้ ก็อาจเป็นโจทก์ร่วมกันในคดีเดียวกันได้⁴²

³⁷ หลวงจํารูญนิติศาสตร์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 35, หน้า 41.

³⁸ อุดม เฟื่องฟู, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23, หน้า 587.

³⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 59.

“บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปอาจเป็นคู่ความในคดีเดียวกันได้โดยเป็นโจทก์ร่วมหรือจำเลยร่วม ถ้าหากปรากฏว่าบุคคลเหล่านั้นมีผลประโยชน์ร่วมกันในมูลความแห่งคดี แต่ห้ามมิให้ถือว่าบุคคลเหล่านั้นแทนซึ่งกันและกัน เว้นแต่มูลแห่งคดีเป็นการชำระหนี้ซึ่งแบ่งแยกจากกันมิได้ หรือได้มีกฎหมายบัญญัติไว้ตั้งนั้นโดยชัดแจ้งในกรณีเช่นนี้ ให้ถือว่าบุคคลเหล่านั้นแทนซึ่งกันและกันเพียงเท่าที่จะกล่าวต่อไปนี้

(1) บรรดากระบวนการพิจารณาซึ่งได้ทำโดยหรือทำต่อคู่ความร่วมมือคนหนึ่งนั้น ให้ถือว่าได้ทำโดยหรือทำต่อคู่ความร่วมมือคนอื่นๆ ด้วย เว้นแต่กระบวนการพิจารณาที่คู่ความร่วมมือคนหนึ่งกระทำไปเป็นที่เสื่อมเสียแก่คู่ความร่วมมือคนอื่นๆ

(2) การเลื่อนคดีหรือการงดพิจารณาคดี ซึ่งเกี่ยวกับคู่ความร่วมมือคนหนึ่งนั้น ให้ใช้ถึงคู่ความร่วมมือคนอื่นๆ ด้วย”

⁴⁰ อาจารย์อุดม เฟื่องฟู ได้ให้นัยความหมายคำว่า “มูลความแห่งคดี” หมายถึง “ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เป็นเหตุให้มีการฟ้องร้องกัน มีความเกี่ยวข้องกัน”

⁴¹ วรรณชัย บุญบำรุง, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 22, หน้า 178.

⁴² เฟื่องฟู.

ส่วนผลของการเป็นคู่ความร่วมมือนั้นก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าการมีผลประโยชน์ร่วมกันในมูลความแห่งคดีเป็นการชำระหนี้ที่แบ่งแยกจากกันได้หรือไม่ ซึ่งจะมีผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันไปดังนี้

4.1) ผลของการเป็นคู่ความร่วมมือในหนี้ที่แบ่งแยกจากกันได้

ถ้ามูลความแห่งคดีเป็นการชำระหนี้ซึ่งแยกจากกันได้ บุคคลเหล่านั้นย่อมไม่แทนซึ่งกันและกัน การกระทำของคู่ความร่วมมือคนใด หรือต่อคู่ความร่วมมือคนใดย่อมเป็นคุณและโทษเฉพาะคู่ความร่วมมือคนนั้น⁴³

4.2) ผลของการเป็นคู่ความร่วมมือในหนี้ที่แบ่งแยกจากกันไม่ได้

หนี้ที่แบ่งแยกจากกันไม่ได้อาจเกิดขึ้นโดยสภาพของหนี้ เช่น ฟ้องให้จำเลยทั้งสองซึ่งเป็นเจ้าของรวมส่งมอบช้างหนึ่งเชือกให้โจทก์⁴⁴ หรือ เกิดขึ้นเนื่องจากมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าแบ่งแยกการชำระหนี้จากกันไม่ได้ เช่น บุคคลหลายคนถือหุ้น ๆ เดียวร่วมกันในบริษัท ต้องร่วมกันรับผิดชอบบริษัทในการชำระค่าหุ้นดังกล่าวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1118⁴⁵ ในกรณีดังกล่าวบุคคลเหล่านั้นย่อมแทนซึ่งกันและกันเพียงในเรื่องต่อไปนี้

(1) กระบวนพิจารณาที่ทำโดยหรือทำต่อคู่ความร่วมมือคนหนึ่ง เว้นแต่กระบวนพิจารณาที่คู่ความร่วมมือคนหนึ่งกระทำไปนั้นเป็นที่เสื่อมเสียแก่คู่ความร่วมมือคนอื่น ๆ เช่น การยอมรับผิดตามฟ้อง⁴⁶, การตกลงทำกัน⁴⁷

⁴³ ไพโรจน์ วายุภาพ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27, หน้า 344.

⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 351/2510 : “โจทก์ฟ้องให้จำเลยร่วมกันส่งมอบช้างคืน มูลแห่งคดีเป็นการชำระหนี้ซึ่งแบ่งแยกจากกันมิได้ การที่จำเลยคนอื่นยื่นคำให้การต่อสู้เรื่องอายุความตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 59(1) ให้ถือว่าจำเลยทำแทนซึ่งกันและกัน จำเลยอื่นจึงได้รับผลแห่งอายุความด้วย”

⁴⁵ ไพโรจน์ วายุภาพ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27, หน้า 343.

⁴⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 382/2506 : “แต่เมื่อจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นผู้คำประกันปฏิเสธว่าจำเลยที่ 1 มิได้ประมาทเช่นนี้ โจทก์ต้องนำสืบหักล้างให้ฟังได้ตามฟ้องว่า จำเลยที่ 1 ประมาท ทั้งนี้เพราะคำให้การอันเป็นกระบวนพิจารณาที่จำเลยที่ 1 กระทำไปนั้นเป็นที่เสื่อมเสียแก่จำเลยที่ 2 ย่อมไม่มีผลผูกพันจำเลยที่ 2 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 59”

⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1713-1714/2523 : “โจทก์ฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมที่จำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 2 ทำไว้ ก่อนสืบพยาน โจทก์กับจำเลยที่ 1 ตกลงทำพิสูจน์ลายมือของจำเลยที่ 2 ในเอกสารที่ตกลงกันโดยจำเลยที่ 2 มิได้ตกลงตามคำทำด้วย หากผลปรากฏว่าจำเลยที่ 1 เป็นฝ่ายแพ้ตามคำทำ ข้อตกลงทำกันระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 คงมีผลบังคับเฉพาะในระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 เท่านั้น ห้ามมีผลบังคับถึงจำเลยที่ 2 ด้วยไม่เพราะกระบวนพิจารณาที่จำเลยที่ 1 กระทำไปเป็นที่เสื่อมเสียแก่จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นคู่ความร่วมมือตาม

(2) การเลื่อนคดีหรือการงดการพิจารณานั้นย่อมมีผลถึงคู่ความร่วมคนอื่น ๆ ด้วย ไม่ว่าคู่ความร่วมคนหนึ่งขอเลื่อนคดีหรือของดการพิจารณาเพราะเหตุส่วนตัวของคู่ความร่วมคนนั้น หรือศาลเป็นผู้สั่งเลื่อนคดีหรืองดการพิจารณาเอง⁴⁸

เนื่องจากคู่ความร่วมมีสถานะทางกฎหมายเป็นคู่ความตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1 (11) ย่อมมีสิทธิในการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้

แต่ปัญหาที่จะเกิดขึ้นตามมาหากคู่ความร่วมกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศแล้วจะมีผลอย่างไร เนื่องจากกฎหมายจำกัดผลของกระบวนการพิจารณาที่ทำโดยหรือทำต่อคู่ความร่วมคนหนึ่งในกรณีที่มูลความแห่งคดีเป็นการชำระหนี้ซึ่งแบ่งแยกจากกันได้ และ กรณีที่มูลความแห่งคดีเป็นการชำระหนี้ซึ่งแบ่งแยกจากกันมิได้ แต่เป็นการกระทำให้เสื่อมเสียแก่คู่ความร่วมคนอื่น ๆ

อย่างไรก็ตามผลของการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศไม่น่าจะอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เนื่องจากตามมาตราดังกล่าวน่าจะหมายถึงเฉพาะการดำเนินกระบวนการในทางวิธีพิจารณาความโดยแท้ไม่รวมถึงขั้นตอนการเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่กรณี ซึ่งจะเป็นเรื่องของกฎหมายขัดกันที่จะต้องปรับใช้ในการพิจารณาคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศอยู่แล้ว อีกทั้งการบังคับใช้กฎหมายของประเทศที่เหมาะสมที่สุดแก่คดีนั้น เป็นสิ่งที่ถูกต้องสมควรต้องกระทำเสมอ จึงไม่อาจกล่าวว่าจะทำให้เป็นการเสียเปรียบแก่คู่ความร่วมคนอื่น ๆ ได้

5) บุคคลผู้ร้องขอเข้ามาในคดีภายหลังศาลมีคำพิพากษา

แม้กระทั่งศาลมีคำพิพากษาแล้ว บุคคลภายนอกยังอาจร้องขอเข้ามาในคดีได้ ส่วนใหญ่จะเป็นการร้องขอเข้ามาในคดีทำให้เกิดเป็นคดีสาขา สาเหตุที่เรียกว่าเป็นคดีสาขาเนื่องจากเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับคดีหลัก ตามมาตรา 7 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในการเสนอคำฟ้องหรือคำร้องขอลักษณะดังกล่าวว่า “คำฟ้องหรือคำร้องขอที่เสนอเกี่ยวเนื่องกับการบังคับคดีตามคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลซึ่งคำฟ้องหรือคำร้องขอนั้นจำต้องมีคำวินิจฉัยของศาลก่อนที่การบังคับคดีจะได้ดำเนินไปได้โดย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 59 (1) โจทก์ย่อมมีหน้าที่นำสืบให้ฟังได้ตามที่โจทก์กล่าวอ้าง ดังนั้น คดีระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 2 จึงต้องมีการสืบพยานกันต่อไป”

⁴⁸ ไพโรจน์ วายุภาพ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27, หน้า 348.

ครบถ้วนและถูกต้องนั้น ให้เสนอต่อศาลที่มีอำนาจในการบังคับคดีตามมาตรา 302” บุคคลผู้ร้องขอเข้ามาในคดีภายหลังศาลมีคำพิพากษามีดังต่อไปนี้

5.1) ผู้ร้องขอถอนส่วน

ผู้ร้องขอถอนส่วน หมายถึง บุคคลภายนอกคดีผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งถูกเจ้าหนี้ตามคำพิพากษายึดเพื่อนำออกขายทอดตลาด เช่น เป็นผู้มีสิทธิยึดหน่วง, เป็นเจ้าหนี้จำนำ, เป็นเจ้าหนี้จำนอง หรือ เป็นผู้ที่อยู่ในฐานะอันจะให้งดทะเบียนได้อยู่ก่อนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1300 เป็นต้น

ผู้ร้องขอถอนส่วนมีสิทธิยื่นคำร้องเพื่อขอถอนเอาส่วนของเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษามาชำระหนี้แก่ตนหรือขอถอนส่วนเอาจากทรัพย์สินดังกล่าวด้วยก็ได้⁴⁹ ทั้งนี้ไม่มีกฎหมายกำหนดเวลาในการยื่นคำร้องขอถอนส่วนไว้ ดังนั้น ผู้ร้องขอถอนส่วนอาจยื่นหลังการขายทอดตลาดก็ได้⁵⁰

ในคดีร้องขอถอนส่วนนั้นมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าผู้ร้องขอเป็นผู้มีบุริมสิทธิหรือสิทธิอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ตามกฎหมาย⁵¹ ซึ่งคำว่า “บุริมสิทธิหรือสิทธิอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ตามกฎหมาย” เป็นคำที่มีความหมายเฉพาะในกฎหมายไทยโดยแท้ ย่อมมีความหมายที่บังคับใช้ได้แต่ในประเทศไทย โดยสภาพเนื้อหาของคดีจึงไม่เหมาะที่จะมีกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศแต่อย่างใด

5.2) ผู้ร้องขัดทรัพย์

ผู้ร้องขัดทรัพย์ หมายถึง บุคคลภายนอกคดีผู้อ้างว่าจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้ที่จะร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่ถูกยึดไว้แล้วได้⁵² โดยผู้มีสิทธิร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่ถูกยึดมีหลายกรณี ยกตัวอย่างเช่น เป็น

⁴⁹ เจริญชัย อัครพิริยอนันต์, กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 3-4, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์บ้านนา สวีท, พ.ศ. 2555, หน้า 355.

⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3139/2529 : “ผู้มีกรรมสิทธิ์ร่วมตามส่วนในทรัพย์ที่ถูกยึดมาขายทอดตลาดมีสิทธิร้องขอให้จ่ายเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287 การร้องขอไม่มีกำหนดระยะเวลาไว้ร้องขอภายหลังจากการขายทอดตลาดแล้วได้”

⁵¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 287.

“ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติมาตรา 288 และ 289 บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้น ย่อมไม่กระทบกระทั่งถึงบุริมสิทธิหรือสิทธิอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ตามกฎหมาย”

⁵² วรรณชัย บุญบำรุง, อ่างแล้วเชิงอรุณที่ 22, หน้า 795.

เจ้าของทรัพย์สิน, เป็นผู้มีส่วนได้เสียตามกฎหมาย เช่น ผู้เช่าซื้อ (แม้ชำระค่าเช่าซื้อยังไม่ครบ)⁵³, บุคคลซึ่งไถ่ถอนทรัพย์สินที่ขายฝากภายในกำหนด แม้จะยังมีได้จดทะเบียนไถ่ถอนการขายฝาก⁵⁴

ในคดีร้องขอทรัพย์สินมีประเด็นที่ต้องพิจารณา คือ ผู้ร้องเป็นผู้ถูกโต้แย้งสิทธิหรือเป็นบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการยึดทรัพย์สินของเจ้าพนักงานบังคับคดีหรือไม่ และหากพิจารณาได้ความว่าผู้ร้องขอทรัพย์สินเป็นผู้ถูกโต้แย้งสิทธิหรือเป็นบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการยึดทรัพย์สินของเจ้าพนักงานบังคับคดี ศาลย่อมมีอำนาจออกคำสั่งให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึดนั้นเสียได้ และการพิจารณาว่าผู้ร้องขอทรัพย์สินถูกโต้แย้งสิทธิหรือความเป็นผู้เสียหายจากการยึดทรัพย์สินหรือไม่ ย่อมต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ดังนั้น โดยลักษณะของคดีร้องขอทรัพย์สินย่อมไม่อาจจะกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้เช่นกัน

5.3) ผู้ร้องขอรับชำระหนี้ก่อน

ผู้ร้องขอรับชำระหนี้ก่อน หมายถึง บุคคลผู้ชอบที่จะบังคับการชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้ หรือ ชอบที่จะได้เงินที่ขายหรือจำหน่ายทรัพย์สินเหล่านั้นโดยอาศัยอำนาจแห่งการจำนอง หรือ อำนาจแห่งบุริมสิทธิ

ผู้มีสิทธิขอรับชำระหนี้ก่อนมีสิทธิยื่นคำร้องขอต่อศาลให้เอาเงินที่ได้มานั้นชำระหนี้ตนก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ ดังนั้น ประเด็นที่ต้องพิจารณาในคดีขอรับชำระหนี้ก่อน คือ ต้องพิจารณาว่าผู้ร้องขอรับชำระหนี้ก่อน เป็นผู้ที่มีสิทธิบังคับการชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดไว้ หรือ ชอบที่จะได้เงินที่ขายหรือจำหน่ายทรัพย์สินเหล่านั้นโดยอาศัยอำนาจแห่งการจำนอง หรือ อำนาจแห่งบุริมสิทธิ ซึ่ง สิทธิจำนอง หรือ บุริมสิทธิ ย่อมต้องเป็นไปตามกฎหมายไทยโดยแท้ สภาพแห่งคดีร้องขอรับชำระหนี้ก่อนจึงไม่เปิดช่องให้มีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้เช่นกัน

5.4) ผู้ร้องขอเฉลี่ยทรัพย์สิน

⁵³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 399/2534 (ประชุมใหญ่) : “ผู้ร้องเป็นคู่สัญญาเช่าซื้อทรัพย์สินที่ถูกยึดแม้จะชำระค่าเช่าซื้อยังไม่ครบ แต่ในระหว่างสัญญาเช่าซื้อผู้ร้องมีสิทธิยึดถือประโยชน์ตลอดจนต้องรับผิดชอบในความเสียหายหรือสูญหายอันเกิดแก่ทรัพย์สินที่ถูกยึดและเมื่อผู้ร้องชำระค่าเช่าซื้อครบย่อมได้กรรมสิทธิ์ ผู้ร้องจึงเป็นผู้มีส่วนได้เสีย เมื่อทรัพย์สินที่ผู้ร้องเช่าซื้อมาถูกยึด ถือได้ว่าผู้ร้องถูกโต้แย้งสิทธิในทรัพย์สินที่ถูกยึดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 ผู้ร้องจึงร้องขอทรัพย์สินได้ตามมาตรา 55”

⁵⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5562/2531 : “ผู้ร้องซื้อที่พิพาทจากจำเลยโดยสุจริตเสียค่าตอบแทนและขายฝากไว้กับบริษัท ค. ก่อนที่โจทก์จะนำยึด ต่อมาผู้ร้องได้ชำระเงินค่าไถ่ถอนการขายฝากให้แก่ผู้รับซื้อฝากแล้ว แม้ผู้ร้องยังไม่ได้จดทะเบียนไถ่ถอนการขายฝากเนื่องจากโจทก์อาศัยที่พิพาทไว้ก็ตาม ก็ต้องถือว่าผู้ร้องมีส่วนได้เสียในที่พิพาท ย่อมร้องขอทรัพย์สินได้”

การขอเฉลี่ยทรัพย์เป็นเรื่องที่ลูกหนี้มีเจ้าหนี้หลายราย หรือมีเจ้าหนี้รายเดียวแต่เป็นเจ้าหนี้ในมูลหนี้หลายรายและยื่นฟ้องลูกหนี้หลายคดี เมื่อเจ้าหนี้รายหนึ่งได้นำเจ้าพนักงานบังคับคดีไปยึดทรัพย์ของลูกหนี้เพื่อนำมาชำระหนี้แก่ตนแล้วเจ้าหนี้รายอื่นๆ หรือเจ้าหนี้ในมูลหนี้รายอื่นซึ่งแม้จะเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาก็ไม่มีสิทธิไปยึดทรัพย์รายเดียวกันนั้นซ้ำอีก ชอบที่เจ้าหนี้รายหลังจะมายื่นคำร้องขอเฉลี่ยทรัพย์ในเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินของลูกหนี้⁵⁵

ในคดีร้องขอเฉลี่ยทรัพย์มีประเด็นที่ต้องพิจารณา คือ ผู้ร้องขอเฉลี่ยทรัพย์ต้องเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในคดีอื่นหรือไม่ จึงไม่มีกรณีที่ผู้ร้องขอเฉลี่ยทรัพย์จะกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้ ส่วนการอ้างความเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในคดีอื่น ในปัจจุบันน่าจะยังหมายถึงเฉพาะในคดีแพ่งที่ศาลไทยได้ตัดสินเท่านั้น เนื่องจากการร้องขอเฉลี่ยทรัพย์นั้นมีค่าเทียบเท่าได้กับการนำคำพิพากษาของศาลในคดีอื่นมาขอให้ศาลในคดีนี้บังคับตามคำพิพากษา ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการรับรองและการบังคับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศอย่างครอบคลุมและเป็นระบบ⁵⁶ และในทางปฏิบัติศาลฎีกาเคยตัดสินในปัญหาดังกล่าวไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 585/2461 มีรายละเอียดว่า ในคดีนี้โจทก์ยื่นฟ้องจำเลยต่อศาลไทยให้ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลเมืองไซ่ง่อน ประเทศเวียดนาม ซึ่งศาลฎีกาของไทยปฏิเสธที่จะยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลเมืองไซ่ง่อน ด้วยเหตุผลที่ว่าคำพิพากษาที่ศาลไทยจะยอมรับและบังคับได้ต้องเป็นคำพิพากษาที่เสร็จเด็ดขาด แต่คำพิพากษาของศาลเมืองไซ่ง่อนเป็นคำพิพากษาที่โจทก์ชนะคดีโดยขาดนัด ไม่ปรากฏถึงมูลคดีข้อพิพาทระหว่างคู่ความ คำพิพากษาโดยคู่ความขาดนัดเช่นนี้ตามหลักทั่วไปแห่งพระธรรมนูญ เป็นคำพิพากษาที่อาจเพิกถอนทำลายเสียได้ ทั้งตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ศก 127 ก็มีบังคับอยู่ในมาตรา 50 ตอน 2 ว่า “อนึ่งคดีใดที่ศาลได้พิพากษาเด็ดขาดไปแล้ว โดยเหตุที่ฝ่ายจำเลยขาดนัด จำเลยจะร้องชี้แจงแสดงเหตุที่จำเป็นต้องขาดนัด และขอให้ศาลพิพากษาคดีนั้นใหม่ก็ให้ร้องได้ แต่ต้องร้องเสียภายในกำหนด 15 วัน นับตั้งแต่วันที่ตัดสินเป็นต้นไป ถ้าศาลได้สวนได้ความจริงว่าเป็นเหตุสมควรแล้วก็ให้ศาลยกคำพิพากษาชั้นคดีขาดนัดนั้นเสียแล้วให้นัดพิจารณาคดีนั้นอีกต่อไป แต่ในคดีบางเรื่องที่จำเลยสามารถแสดงให้เห็นว่าเป็นการเหลือวิสัยที่จำเลยจะมาศาล หรือ แจ้งเหตุการณ์มายังศาลได้ภายในกำหนด 15 วันตั้งแต่วันที่ตัดสิน ถ้าเช่นนี้แล้วก็ให้ศาลรับคำร้องขอของจำเลยภายในกำหนด 15 วันนับตั้งแต่วันที่จำเลย

⁵⁵ เจริญชัย อัครพิริยอนันต์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49, หน้า 411.

⁵⁶ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7, หน้า 327

สามารถจะแจ้งความมาได้ ฯลฯ” กฎหมายสยามมีชัดเจนอยู่ดังนี้ ฝ่ายโจทก์มิได้นำสืบให้ปรากฏว่า ลักษณะวิธีพิจารณาในเรื่องที่ศาลพิพากษาโดยขาดนัดตามกฎหมายในเมืองไซ่ง่อนมีข้อบัญญัติเป็นอย่างไร เช่นว่าจำเลยที่ขาดนัดไม่มีโอกาสจะร้องขอให้เพิกถอนคำพิพากษานั้นเสียเลย หรือว่า โอกาสนั้นได้ล่วงเลยพ้นไปแล้วเป็นอาทิ ความข้อนี้เป็นหน้าที่ของโจทก์จะต้องสืบให้ได้ความชัดเจน และเมื่อคดีของโจทก์มิได้นำสืบให้ปรากฏดังนี้ ถ้าสันนิษฐานว่ากฎหมายในเมืองไซ่ง่อนมีข้อบัญญัติอย่างเดียวกันกับกฎหมายแห่งประเทศไทย ซึ่งมีข้อความดังกล่าวแล้วก็ต้องวินิจฉัยว่าคำพิพากษาศาลเมืองไซ่ง่อนนั้นอยู่ในระหว่างที่จำเลยอาจจะมีคำขอร้องให้เพิกถอนเสียได้ ... คดีของโจทก์ยังสืบไม่สมว่าคำพิพากษาศาลเมืองไซ่ง่อนที่โจทก์อ้างได้เป็นคำพิพากษาที่เสร็จเด็ดขาด อันศาลในเมืองต่างประเทศจะพึงรับบังคับบัญชาและดำเนินการ โจทก์จะอ้างคำพิพากษานั้น เป็นมูลคดีฟ้องร้องยังมิได้⁵⁷

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าบุคคลผู้ร้องขอเข้ามาในคดีภายหลังศาลมีคำพิพากษาแล้วไม่สามารถกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้ เนื่องจากสภาพของคดีเป็นเพียงคดีสาขา หากมีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้อาจทำให้เกิดแย้งกับคดีหลัก อีกทั้งในคดีสาขาแต่ละประเภทล้วนแต่มีประเด็นที่จำกัดในการพิจารณาไม่เหมาะแก่การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ

4.2.3 ระยะเวลาในการกล่าวอ้าง

การดำเนินคดีแพ่งบางคดีอาจต้องใช้เวลาอันนานนับปีจนจะเสร็จสิ้น ทั้งนี้ก็เนื่องจากกฎหมายต้องการให้การตรวจสอบคดีเป็นไปอย่างรอบคอบเพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่ความทุกฝ่าย ซึ่งมีลำดับขั้นตอนพอจะกล่าวโดยสังเขป ดังนี้ เริ่มจากโจทก์ยื่นฟ้องจำเลยต่อศาล จำเลยยื่นคำให้การแก้คดี หากมีการฟ้องแย้ง โจทก์ก็มีหน้าที่ต้องยื่นคำให้การแก้ฟ้องแย้ง ภายหลังจากมีการยื่นคำฟ้องคำให้การจนเสร็จสิ้นแล้ว ขั้นตอนต่อไปศาลจะนัดหมายให้ทั้งโจทก์และจำเลยมาศาลเพื่อไต่ถามไต่สวน กำหนดประเด็นข้อพิพาท กำหนดหน้าที่ที่นำสืบ และ ลำดับการนำพยานเข้าสืบก่อนหลัง ซึ่งเรียกนัดนี้ว่า “นัดชี้สองสถาน” หลังจากนั้นจะได้ทำการสืบพยานโจทก์จำเลย เรียกนัดนี้ว่า “นัดสืบพยาน” จนกระทั่งสืบพยานโจทก์และจำเลยเสร็จสิ้นแล้ว ศาลจะได้นำพยานหลักฐานของโจทก์จำเลยมาวิเคราะห์และชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของฝ่ายใดน่าเชื่อถือกว่ากัน ศาลก็จะได้ตัดสินให้ฝ่ายนั้นชนะคดี จะเรียกนัดนี้ว่า “นัดฟังคำพิพากษา”

เมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้วหากคู่ความฝ่ายใดไม่เห็นพ้องด้วยกับคำพิพากษาของศาล ก็มีสิทธิยื่นอุทธรณ์และฎีกาต่อศาลสูงต่อไป เว้นแต่จะมีกฎหมายจำกัดการอุทธรณ์และฎีกาไว้ และใน

⁵⁷ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7, หน้า 323-324.

ขณะเดียวกันโจทก์ชนะคดีย่อมมีอำนาจจะบังคับให้จำเลยปฏิบัติตามคำพิพากษา กล่าวคือ มีสิทธิยึดอายัดทรัพย์สินของจำเลยหรือขับไล่จำเลยก็ได้

อย่างไรก็ตามรูปแบบการดำเนินคดีแพ่งนั้น คู่ความอาจตกลงให้มีรูปแบบการดำเนินคดีที่ ผิดแผกแตกต่างไปจากการดำเนินคดีโดยทั่วไปก็ได้ ตามหลักความประสงค์ของคู่ความ (principle of party disposition) กล่าวคือ คู่ความมีอำนาจเต็มที่ในการต่อสู้คดีในทางกฎหมาย สารบัญญัติและสิทธิในกระบวนการพิจารณา และมีสิทธิที่จะเลือกได้โดยอิสระว่าจะใช้หรือไม่ใช้สิทธิ เหล่านั้นขอบเขตของคดีและวิธีการสืบพยานเป็นไปตามความประสงค์ของคู่ความ (*nemo iudex sine actore ; ne eat iudex ultra petita et allegata a partibus*) คู่ความเป็นผู้ตัดสินใจเลือกว่าควร จะนำเข้าสู่ศาลหรือไม่ เป็นผู้กำหนดขอบเขตของคดี เป็นผู้กำหนดทิศทางหรือความเป็นไปของ กระบวนการพิจารณา เป็นผู้เลือกว่าจะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปจนศาลมีคำพิพากษาหรือถอน คดีออกไป ส่วนศาลต้องวางตัวเป็นกลางโดยเคร่งครัดและไม่มีบทบาทในเชิงรุกในกระบวนการ พิจารณา⁵⁸ หลักนี้จึงส่งผลโดยปริยายทำให้กระบวนการพิจารณามีลักษณะเป็นแบบกล่าวหา ซึ่งจะได้ กล่าวถึงต่อไป ลักษณะของวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเน้นไปที่กระบวนการของฝ่ายเอกชนของ ประเทศยุโรปตะวันตก

(1) การยื่นคำฟ้อง

ถือเป็นลำดับขั้นตอนแรกของการดำเนินคดี เนื่องจากการยื่นฟ้อง คือ การเสนอ คดีต่อศาล ซึ่งถือเป็นการริเริ่มคดี หากไม่มีการยื่นฟ้องร้องต่อศาลคดีแพ่งย่อมไม่อาจจะบังเกิดขึ้น ได้ อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิฟ้องคดีแพ่ง มี 2 ลักษณะ ตามมาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความแพ่ง กล่าวคือ การฟ้องคดีคดีมีข้อพิพาท ในกรณีที่ผู้ฟ้องถูกโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ คำฟ้องในลักษณะนี้ต้องแสดงให้เห็นชัดแจ้งซึ่งสภาพแห่งข้อหาและข้ออ้างอันเป็นหลักแห่งข้อหาตาม มาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและการฟ้องคดีแบบไม่มีข้อพิพาท ใน กรณีที่ผู้ร้องขอมีความจำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาล

ภายหลังยื่นฟ้องคดีต่อศาลแล้ว หากเป็นคดีมีข้อพิพาทจำเลยหรือผู้ถูกฟ้องยังไม่อาจ ทราบได้ว่าตนเองถูกฟ้อง จึงต้องมีการแจ้งให้ผู้ถูกฟ้องหรือจำเลยทราบ เพื่อให้มีโอกาสเข้าต่อสู้ คดีที่ถูกฟ้องได้อย่างเต็มที่ การส่งหมายเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานศาลในการส่งมีหลายวิธี เช่น การส่งหมายตามปกติให้จำเลยลงลายมือชื่อรับเอกสาร, ส่งให้ผู้อื่นในบ้านจำเลยรับไว้แทน, ปิด หมายไว้ ณ ภูมิลำเนาของจำเลย หรือ การประกาศหนังสือ และ หากเป็นการฟ้องคดีไม่มีข้อ

⁵⁸ วรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน), พ.ศ. 2556, หน้า 135-136.

พิพาท ก็ต้องมีการประกาศหนังสือพิมพ์ให้ผู้อื่นทราบ เพื่อจะได้มีโอกาสเข้ามาคัดค้านการร้องขอใช้สิทธิทางศาลนั้น

(2) การยื่นคำให้การ

เมื่อจำเลยได้รับหมายเรียกและสำเนาคำฟ้อง หรือ ผู้มีส่วนได้เสีย รับทราบการร้องขอใช้สิทธิทางศาลแล้ว หากไม่เห็นพ้องด้วยกับคำฟ้องหรือคำร้องขอนั้น จำเลยอาจยื่นคำให้การเพื่อต่อสู้คดีเป็นหนังสือยื่นต่อศาลภายในสิบห้าวัน ตามมาตรา 177 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งคำให้การของจำเลยนั้นต้องให้เหตุผลแห่งการปฏิเสธ อาจเป็นการปฏิเสธในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายก็ได้ ส่วนในคดีไม่มีข้อพิพาท หากบุคคลใดไม่เห็นพ้องด้วยการร้องขอใช้สิทธิทางศาล อาจยื่นคำคัดค้านได้

(3) ยื่นคำให้การแก้ฟ้องแย้ง

ในกรณีที่จำเลยยื่นคำให้การต่อสู้คดี หากจำเลยเห็นว่าตนมีสิทธิที่จะบังคับโจทก์ให้ชำระหนี้แก่ตน ซึ่งสิทธิเรียกร้องของจำเลยนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับฟ้องเดิม จำเลยก็มีสิทธิฟ้องแย้งมาในคำให้การได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 177 วรรคสาม และหากจำเลยได้ฟ้องแย้งมาแล้วโจทก์จะมีฐานะเป็นจำเลยในส่วนฟ้องแย้ง มีหน้าที่ต้องยื่นคำให้การแก้คดีภายในกำหนดเวลา 15 วันนับแต่วันที่ได้รับคำฟ้องแย้งนั้น หากไม่ยื่นคำให้การแก้คดีก็จะถือว่าโจทก์เดิมขาดนัดยื่นคำให้การในส่วนของคดีฟ้องแย้ง

(4) นัดชี้สองสถาน

การชี้สองสถานเป็นการกระประเด็นข้อพิพาท ภาระการพิสูจน์และหน้าที่นำสืบว่าประเด็นข้อพิพาทมีอยู่อย่างไร ฝ่ายใดมีภาระการพิสูจน์และหน้าที่นำสืบก่อน เพราะในคดีแพ่งหน้าที่นำสืบพยานก่อนมิได้ตกอยู่แก่โจทก์เสมอไป การชี้สองสถานจึงเป็นกระบวนการพิจารณาในศาลชั้นต้นก่อนที่ศาลจะทำการสืบพยาน เพื่อให้ได้ความชัดเจนในประเด็นข้อพิพาท ภาระการพิสูจน์และหน้าที่นำสืบ⁵⁹ การชี้สองสถานจึงเป็นกระบวนการพิจารณาอย่างหนึ่งที่ศาลต้องออกนั่งพิจารณาและศาลจะต้องดำเนินการ 4 ประการ คือ

(4.1) การไต่ถาม

คดีที่พิพาทกันนั้นหากคู่ความทั้งสองฝ่ายสามารถตกลงกันได้ย่อมเป็นเรื่องที่ดี เนื่องจากจะเป็นการประหยัดทั้งเวลาและค่าใช้จ่าย เช่น ไม่ต้องมีการจัดเตรียมพยานหลักฐานมาสืบ ดังนั้น ในคดีแพ่งที่มีทางจะตกลงกันได้ ก็จะมีการนัดให้คู่ความมาไต่ถาม

⁵⁹ ไพโรจน์ วายุภาพ, “คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 2 ลักษณะ 1”, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินติ้ง), พ.ศ. 2553, หน้า 267-268.

กัน หากใกล้เคียงได้คดีก็เป็นอันยุติโดยความพึงพอใจของคู่ความทั้งสองฝ่าย การใกล้เคียงจึงถือเป็นขั้นตอนที่ศาลมักปฏิบัติในนัดชี้สองสถาน โดยจะกระทำก่อนที่จะมีการกำหนดประเด็นข้อพิพาท

(4.2) การกำหนดประเด็นข้อพิพาท

การกำหนดประเด็นข้อพิพาท หมายถึง การกำหนดข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทระหว่างคู่ความในคดีนั้นที่มีนัยสำคัญต่อผลในทางคดี ซึ่งได้ยกขึ้นกล่าวอ้างไว้ในคำคู่ความแล้ว⁶⁰ เมื่อมีการกำหนดประเด็นข้อพิพาทแล้วมีผลให้การดำเนินคดีนั้นต้องอยู่ภายใต้กรอบประเด็นข้อพิพาทนั้น คู่ความไม่สามารถสืบพยานนอกประเด็นพิพาท ผู้พิพากษาไม่สามารถพิพากษานอกเหนือประเด็นข้อพิพาท และ ประเด็นข้อพิพาทที่ไม่ได้กล่าวมาในศาลล่างไม่สามารถยกขึ้นว่ากล่าวในศาลสูงได้

(4.3) การกำหนดภาระการพิสูจน์

การกำหนดภาระการพิสูจน์ หมายถึง การกำหนดว่าในประเด็นข้อพิพาทนั้นใครเป็นผู้มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ ซึ่งการกำหนดภาระการพิสูจน์นี้มีความสำคัญต่อผลแพ้ชนะของคดี เนื่องจากตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ถือปฏิบัติกันเป็นสากลว่า คู่ความฝ่ายใดมีภาระการพิสูจน์ประเด็นข้อใดแล้วไม่นำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ตามที่ของตนก็ดี หรือนำพยานหลักฐานมาสืบไม่ได้ตามมาตรฐานการพิสูจน์ที่กฎหมายกำหนดไว้ในประเด็นนั้นก็ดี ถือว่าเป็นผู้แพ้ในประเด็นนั้น⁶¹

(4.4) การจัดลำดับก่อนหลังในการนำพยานหลักฐานเข้าสืบ

เรื่องลำดับก่อนหลังในการนำสืบ เป็นการจัดลำดับนำพยานหลักฐานเข้าสืบในชั้นพิจารณาคดีของศาลว่าจะให้คู่ความฝ่ายไหนนำพยานหลักฐานเข้าสืบก่อนหรือหลังกันอย่างไร⁶²

(5) นัดสืบพยาน

นัดสืบพยาน เป็นนัดที่คู่ความมีหน้าที่ต้องนำพยานหลักฐานเข้าสืบเพื่อสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตน การสืบพยานในศาลของประเทศไทย ใช้ระบบการซักถามพยานฝ่ายตรงข้าม (cross-examination) กล่าวคือ โดยหลักพยานคนหนึ่งจะถูกถามสามครั้ง โดยครั้งแรก จากฝ่ายที่อ้าง เรียกว่า “การซักถาม” ครั้งที่สอง จากฝ่ายตรงข้าม เรียกว่า “ถามค้าน” และครั้งที่สาม

⁶⁰ จริฎ ภักดีธนากุล, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13, หน้า 176.

⁶¹ เพิ่งอ้าง, หน้า 190.

⁶² เพิ่งอ้าง, หน้า 244.

โดยฝ่ายที่อ้างอีกครั้ง เรียกว่า “ถามตั้ง” นัดสืบพยานยังแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ นัดสืบพยานโจทก์ หมายถึง วันสืบพยานที่ฝ่ายโจทก์กล่าวอ้าง และ วันนัดสืบพยานจำเลย หมายถึง วันสืบพยานที่ฝ่ายจำเลยกล่าวอ้าง

(6) นัดฟังคำพิพากษาหรือคำสั่ง

เมื่อมีการนำสืบพยานหลักฐานเข้ามาในคดีแล้วสุดท้ายศาลจะนำพยานหลักฐานของคู่ความทั้งสองฝ่ายมาชั่งน้ำหนักและพิพากษาคัดสินคดีไปว่าเชื่อตามพยานหลักฐานของคู่ความฝ่ายใดและเขียนออกมาเป็นคำพิพากษา จากนั้นก็จะนัดให้คู่ความทุกฝ่ายมารับฟังคำพิพากษานั้น

(7) อุทธรณ์ฎีกา

ภายหลังศาลได้พิพากษาคัดสินคดีแล้ว หากคู่ความไม่พึงพอใจกับคำตัดสินของศาลหรือเห็นว่าคำตัดสินของศาลไม่ถูกต้องคู่ความก็มีสิทธิจะยื่นอุทธรณ์หรือฎีกาต่อศาลสูงต่อไป ซึ่งโดยหลักแล้วทุกคดีสามารถอุทธรณ์ฎีกาได้ทั้งสิ้น เว้นแต่จะมีกฎหมายห้าม เป็นไปตามหลักการอุทธรณ์โดยสิทธิ (Appeal by Right)

(8) บังคับคดี

ภายหลังจากศาลพิพากษาให้จำเลยชำระหนี้แก่โจทก์แล้ว โจทก์ยังหาได้รับชำระหนี้อย่างแท้จริงแต่อย่างใด เนื่องจากจำเลยอาจไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาก็ได้ เมื่อจำเลยไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาจึงต้องมีการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้โจทก์ได้รับการชำระหนี้จากจำเลยอย่างเป็นรูปธรรมซึ่งเรียกว่า “การบังคับคดี”

การบังคับคดี ต้องกระทำตามลำดับขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ ในวันอ่านคำพิพากษาหรือคำสั่ง หากจำเลยมาศาล ศาลจะอ่านคำพิพากษาและมีคำสั่งต่อท้ายคำพิพากษาว่าให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาปฏิบัติตามคำพิพากษา หากไม่ปฏิบัติตามจะถูกยึดทรัพย์ หรือ จำคุก และให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาลงชื่อรับทราบไว้⁶³ ดังนี้ ถือว่าได้มีการออกคำบังคับให้จำเลยทราบโดยชอบแล้ว แต่หากจำเลยไม่ได้มาฟังคำพิพากษาศาลมีหน้าที่ต้องออกคำบังคับส่งไปให้จำเลยเพื่อให้จำเลยปฏิบัติตามคำพิพากษากายในระยะเวลาที่กำหนดด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 272 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ต่อเมื่อลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้รับคำบังคับโดยชอบแล้ว แต่มิได้ปฏิบัติตามคำบังคับนั้นภายในกรอบเวลาและเงื่อนไขที่ศาลระบุไว้ในคำบังคับ เจ้าหนี้คำพิพากษาจะต้องยื่นคำ

⁶³ จัญญ ภักดีธนากุล, กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการบังคับคดี, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย)), พ.ศ.2553, หน้า 198.

ขอฝ่ายเดียวต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งออกหมายบังคับคดี ตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

เมื่อมีการออกหมายบังคับคดีแล้ว เจ้าหนี้ตามคำพิพากษายังจะต้องร้องขอต่อเจ้าพนักงานบังคับคดี เพื่อให้เจ้าพนักงานบังคับคดีไปทำการยึดทรัพย์สินหรืออายัดสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ตามคำพิพากษาตามรายการที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาต้องระบุไว้ในคำร้องขอด้วย⁶⁴

การดำเนินคดีแพ่งจนเสร็จสิ้นในแต่ละคดีมีหลายขั้นตอนและอาจต้องใช้เวลาที่ยาวนานดังได้กล่าวมาในข้างต้น หากแต่ยังคงเป็นที่สงสัยว่าการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศโดยคู่ความนั้นจะสามารถกล่าวอ้างได้ในช่วงเวลาใดบ้าง

ในทางปฏิบัติเคยมีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลสูงโดยมิได้มีการว่ากล่าวมาโดยชอบในศาลชั้นต้นคดีหนึ่ง ข้อเท็จจริงของคดีมีอยู่ว่า จำเลยสัญชาติอเมริกันทำสัญญาจ้างโจทก์สัญชาติอเมริกันที่ประเทศสิงคโปร์ แต่ให้โจทก์มาทำงานที่ประเทศไทย ต่อมาโจทก์ถูกจำเลยเลิกจ้าง โจทก์จึงมาฟ้องจำเลยเพื่อเรียกค่าชดเชยพร้อมดอกเบี้ย เงินเดือน ค่าเบี้ยเลี้ยงชีพ เงินโบนัส ค่ารักษาพยาบาล ค่าพาหนะ ค่าที่จำเลยใช้รถโจทก์ ค่าซ่อมรถ ค่าภาษีและค่าปรับภาษีโจทก์เป็นเงินรวม 5,506,684 บาท

ศาลชั้นต้นพิพากษาให้จำเลยจ่ายค่าชดเชยให้แก่โจทก์เป็นเงิน 63,296 บาท พร้อมดอกเบี้ย และสินจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้าเป็นเงิน 15,002.40 บาท แก่โจทก์ ค่าขออื่นของโจทก์นอกจากนี้ให้ยก

โจทก์และจำเลยต่างอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา ในประเด็นกฎหมายที่จะใช้บังคับแก้คดีต่างกัน กล่าวคือ จำเลยอุทธรณ์อ้างว่าคดีนี้ต้องใช้กฎหมายสิงคโปร์เนื่องจากโจทก์จำเลยตกลงว่าจ้างกันที่ประเทศสิงคโปร์ ส่วนโจทก์อุทธรณ์กล่าวว่าคดีนี้ต้องใช้กฎหมายไทยบังคับเนื่องจากโจทก์และจำเลยมีภูมิลำเนาในประเทศไทย เมื่อโจทก์และจำเลยมิได้ตกลงกันไว้ชัดแจ้งว่าเมื่อมีคดีพิพาทกันขึ้นจะใช้กฎหมายใดบังคับ จึงเป็นที่เห็นได้โดยปริยายว่าโจทก์จำเลยมีเจตนาให้ใช้กฎหมายของประเทศไทยบังคับ คดีนี้ศาลฎีกาได้ตัดสินประเด็นว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดปรับแก้คดีไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3223/2525 ว่า

“จำเลยทำสัญญาจ้างโจทก์ที่ประเทศสิงคโปร์ ต่อมามีการผิดสัญญาในประเทศไทย โจทก์จึงฟ้องเรียกเงินเดือนค่าเบี้ยเลี้ยง เงินโบนัส ค่ารักษาพยาบาล ค่าเดินทางค่าใช้จ่ายของโจทก์ ค่าซ่อมรถ ค่าภาษีและค่าปรับภาษีจากจำเลย กรณีต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ๓ มาตรา 13 คือต้องถือตามเจตนาของคู่กรณี แต่เมื่อไม่อาจทราบได้ว่าขณะทำสัญญาคู่กรณีประสงค์จะใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับและปรากฏว่าคู่กรณีมีสัญชาติอเมริกันทั้งสองฝ่าย กฎหมายที่ใช้บังคับแก้กรณีตามฟ้องจึงต้องเป็นกฎหมายสัญชาติอื่น

⁶⁴ เฟื่องอ้าง, หน้า 204.

ร่วมกันของคู่กรณีคือกฎหมายของสหรัฐอเมริกา แต่ไม่มีฝ่ายใดนำเสนอว่ากฎหมายของสหรัฐอเมริกาในเรื่องนี้มีอยู่อย่างไร กรณีจึงต้องบังคับตามมาตรา 8 คือให้ใช้กฎหมายของประเทศไทย”

มีข้อสังเกตในคำพิพากษาศาลฎีกานี้ คล้ายกับศาลฎีกาจะยอมรับว่าการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลสูงได้ แต่อย่างไรก็ตามคดีนี้มิได้มีการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจนเป็นที่พอใจแก่ศาลจึงทำให้ตัดปัญหาการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลสูงเสียได้ แต่ศาลฎีกาปฏิเสธการใช้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาเนื่องจากไม่มีฝ่ายใดนำเสนอว่ากฎหมายของสหรัฐอเมริกามีอยู่อย่างไร

แต่ต่อมาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินประเด็นการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลสูงอีกครั้ง ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า จำเลยทำสัญญากู้เงินโจทก์โดยตกลงว่าหากมีกรณีพิพาทจะให้ศาลของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีและใช้กฎหมายของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ในการตีความสัญญาหรือการฟ้องร้องบังคับคดีเกี่ยวกับสัญญาเงินกู้ ต่อมาจำเลยผิดสัญญากู้ยืมเงินดังกล่าว โจทก์จึงนำคดีมาฟ้องยังศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศฯ ในศาลชั้นต้นจำเลยให้การต่อสู้คดี-ขอให้ยกฟ้อง

ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางพิพากษาให้จำเลยชำระเงินจำนวน 1,024,999.65 ดอลลาร์สหรัฐ แก่โจทก์ พร้อมด้วยดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 8 ต่อปี นับแต่วันที่ 3 เมษายน 2540 เป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จและให้จำเลยชำระเงินค่าธรรมเนียมทางกฎหมายจำนวน 17,004.94 ดอลลาร์สหรัฐกับ 1,056.64 บาท แก่โจทก์ พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันที่ 30 มีนาคม 2542 เป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จ

จำเลยยื่นอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาว่า โจทก์และจำเลยได้ตกลงกันในสัญญากู้เงินเอกสารหมายเลข จ.5 ข้อ 16.1 และ 22.1 ให้ศาลของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีและใช้กฎหมายของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ในการตีความสัญญาหรือการฟ้องร้องบังคับคดีเกี่ยวกับสัญญาเงินกู้ ซึ่งต้องเป็นไปตามหลักการแสดงเจตนาของคู่กรณีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 13 เท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น

ศาลฎีกาจึงได้ตัดสินตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4838/2545 ว่า

“ข้ออ้างของจำเลยที่ตกลงกันในสัญญากู้เงิน ให้ศาลของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีและใช้กฎหมายของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ในการตีความสัญญาหรือการฟ้องร้องบังคับคดีเกี่ยวกับสัญญาเงินกู้ ซึ่งต้องเป็นไปตามหลักการแสดงเจตนาของคู่กรณีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายฯ มาตรา 13 เท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น เป็นข้อเท็จจริงที่จำเลยมิได้ให้การไว้จึงเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่ได้ยกขึ้นว่ากันมาแล้วโดยชอบในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางจึงต้องห้ามมิให้อุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและ

การค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศฯ มาตรา 38 ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 225 วรรคหนึ่ง”

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้จึงเป็นการยืนยันว่าการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศนั้น ต้องกล่าวอ้างมาในศาลชั้นต้น หากในศาลชั้นต้นคู่ความมิได้กล่าวอ้างกันมาโดยชอบ (เป็นประเด็นข้อพิพาทในคดี) จะยกขึ้นว่ากล่าวในชั้นอุทธรณ์, ฎีกา ไม่ได้

อย่างไรก็ตามการดำเนินคดีในศาลชั้นต้นเองก็ยังสามารถแบ่งออกได้เป็นหลายขั้นตอน ดังกล่าวข้างต้น เช่น ขั้นตอนการฟ้องคดี ขั้นตอนการยื่นคำให้การ ขั้นตอนการนัดชี้สองสถาน ขั้นตอนการสืบพยาน และ ขั้นตอนการพิพากษาคัดสินคดีดังกล่าวมาข้างต้น จึงอาจเกิดข้อสงสัยว่าการอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลชั้นต้นที่เหมาะสมควรจะกล่าวอ้างในช่วงเวลาใดในศาลชั้นต้น

เนื่องจากกฎหมายต่างประเทศในสายตาของศาลไทยมีสถานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง การจะบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยต้องมีการนำสืบกฎหมายต่างประเทศโดยฝ่ายที่กล่าวอ้างจนเป็นที่พอใจแก่ศาลเสียก่อน อีกทั้งตามกฎหมายลักษณะพยานของไทย กำหนดประเด็นที่ต้องนำสืบว่าจะต้องเป็นประเด็นพิพาทในคดีด้วย กล่าวคือ เป็นประเด็นที่คู่ความโต้แย้งกัน

ประเด็นข้อพิพาทในคดีแพ่งย่อมถูกกำหนดโดยการกำหนดในวันนัดชี้สองสถาน หรือ ในกรณีที่ไม่มีวันนัดชี้สองสถานประเด็นข้อพิพาทจะถูกกำหนดโดยคำฟ้องและคำให้การ ประเด็นข้อพิพาทจึงเป็นสิ่งที่สำคัญของการดำเนินคดี ไม่ว่าจะเป็นการสืบพยานหรือการพิพากษาคดี แต่ประเด็นที่กล่าวมาในคำฟ้องหรือคำให้การก็ว่าจะไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ดังจะเห็นได้จากมาตรา 179 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นกฎหมายก็ยังกำหนดกรอบเวลาในการดำเนินการไว้ว่าจะต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงก่อนวันชี้สองสถานไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน หรือ ในกรณีที่ไม่มีวันนัดชี้สองสถานต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ตามมาตรา 180 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁶⁵

ด้วยเหตุดังกล่าว ช่วงเวลาในการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศจึงต้องเป็นช่วงเวลาที่คู่ความสามารถกล่าวอ้างข้อเท็จจริงให้เกิดเป็นประเด็นข้อพิพาทด้วย เช่น ช่วงการเสนอคำฟ้อง การเสนอคำให้การ หรือ หากมิได้กล่าวมาในคำฟ้องหรือคำให้การ ก็อาจกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้ก่อนวันชี้สองสถานไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน หรือ ในกรณีที่ไม่มีวันนัดชี้สองสถานก็ต้องกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่าเจ็ดวันเช่นกัน

⁶⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 180.

“การแก้ไขคำฟ้องหรือคำให้การที่คู่ความเสนอต่อศาลไว้แล้ว ให้ทำเป็นคำร้องยื่นต่อศาลก่อนวันชี้สองสถานหรือก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ในกรณีที่ไม่มีวันนัดชี้สองสถานเว้นแต่มีเหตุอันสมควรที่ไม่อาจยื่นคำร้องได้ก่อนนั้น หรือเป็นการขอแก้ไขในเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือเป็นการแก้ไขข้อผิดพลาดเล็กน้อยหรือผิดหลงเล็กน้อย”

4.2.4 วิธีการกล่าวอ้าง

รูปแบบกระบวนการพิจารณานั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ รูปแบบกระบวนการพิจารณาคดีด้วยวาจาและรูปแบบกระบวนการพิจารณาคดีด้วยลายลักษณ์อักษร ซึ่งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law และ กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ย่อมมีความแตกต่างกันไป กล่าวคือ จะให้ความสำคัญกับรูปแบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาหรือด้วยลายลักษณ์อักษรที่แตกต่างกันไป

สำหรับรูปแบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของไทย เป็นการผสมผสานระหว่างกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาและกระบวนการพิจารณาด้วยเอกสารและอาจกล่าวได้ว่ากระบวนการพิจารณามีลักษณะอย่างเดียวกับประเทศในกลุ่ม Common law ที่ให้ความสำคัญกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจามากกว่ากระบวนการพิจารณาด้วยเอกสาร โดยเฉพาะในขั้นตอนการสืบพยาน⁶⁶ และเนื่องจากกฎหมายต่างประเทศนั้นในสายตาของศาลไทยเปรียบได้กับปัญหาข้อเท็จจริงที่จะต้องมีการร่วกล่าวกันจนเกิดเป็นประเด็นข้อพิพาทในคดี อีกทั้งจะต้องมีการนำเสนอพยานหลักฐานต่างประเทศนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาลด้วย ดังนั้น รูปแบบการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศจึงเทียบได้กับการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงในคดีประการหนึ่ง การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศจึงสามารถกล่าวอ้างได้ในคำฟ้อง, คำให้การ, คำฟ้องแย้ง ตลอดจนคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องและคำให้การ

ในบทนี้จะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์วิธีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในรูปแบบคำฟ้อง, คำให้การ, ฟ้องแย้ง ตลอดจนคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้อง ให้เกิดความชัดเจนว่าสามารถกระทำได้ในรูปแบบกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาหรือรูปแบบลายลักษณ์อักษร ยิ่งกว่านั้นจะได้ทำการศึกษาต่อไปว่าในกรณีที่อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาลายลักษณ์อักษรนั้นยังมีหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินคดีอย่างไรต่อไปอีกหรือไม่ประการใด

(1) คำฟ้อง

การจัดทำคำฟ้องในคดีแพ่งสามัญ คู่ความต้องเสนอคดีโดยทำคำฟ้องเป็นหนังสือยื่นต่อศาลชั้นต้นจะเสนอข้อหาด้วยวาจายังคดีแพ่งวิสามัญไม่ได้⁶⁷ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เว้นแต่คำฟ้องในคดีแพ่งวิสามัญที่โจทก์อาจเสนอคำฟ้องด้วยวาจาก็ได้ เช่น คำฟ้องคดีมโนสาเร่⁶⁸ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 191 แห่ง

⁶⁶ วรรณชัย บุญบำรุง, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 58, หน้า 51.

⁶⁷ สมชัย ที่มาอุดมการ, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 2 วิธีพิจารณาในศาลชั้นต้น, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย)), พ.ศ. 2552, หน้า 5.

⁶⁸ คดีมโนสาเร่ หมายถึง คดีเล็กน้อยๆ ดังที่ปรากฏในมาตรา 189 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่า “คดีมโนสาเร่ คือ

(1) คดีที่มีค่าขอให้ปลดปล่อยทุกข้ออ้างคำนวณเป็นราคาเงินได้ไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือไม่เกินจำนวนที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁶⁹ที่ได้มีการแก้ไขใหม่ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 2542 ซึ่งมีจุดประสงค์ประการหนึ่ง คือเป็นการส่งเสริมให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิทางศาลด้วยตนเองได้ กรณีจึงจำเป็นที่จะต้องให้ความสำคัญกับรูปแบบของการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาซึ่งไม่ยุ่งยากซับซ้อนและเป็นทางการจนเกินไป⁷⁰ ดังนั้น ในการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศมาในคำฟ้องนั้น หากเป็นคดีแพ่งสามัญ ต้องกล่าวอ้างมาในรูปแบบคำฟ้องเป็นหนังสือ แต่หากเป็นคดี민โนสาเร่ โจทก์อาจกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศมาในรูปแบบคำฟ้องเป็นหนังสือ หรือ คำฟ้องด้วยวาจาก็ได้

(2) คำให้การ

คดีแพ่งสามัญ จำเลยต้องให้การเป็นหนังสือยื่นต่อศาลภายในสิบห้าวัน ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 177 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่บัญญัติไว้ว่า

“เมื่อได้ส่งหมายเรียกและคำฟ้องให้จำเลยแล้ว ให้จำเลยทำคำให้การเป็นหนังสือยื่นต่อศาลภายในสิบห้าวัน...”

อย่างไรก็ตามในคดี민โนสาเร่ เมื่อโจทก์มีอำนาจฟ้องจำเลยด้วยวาจาได้ จำเลยก็อาจให้การต่อสู้คดีด้วยวาจาได้เช่นกัน ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 193 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่บัญญัติว่า

“ถ้าคู่ความไม่อาจตกลงกันหรือไม่อาจประนีประนอมยอมความกันได้และจำเลยยังไม่ได้ยื่นคำให้การ ให้ศาลสอบถามคำให้การของจำเลย โดยจำเลยจะยื่นคำให้การเป็นหนังสือ หรือจะให้การด้วยวาจาก็ได้ ในกรณียื่นคำให้การเป็นหนังสือให้นำมาตรา 191 วรรคสอง มาใช้บังคับโดยอนุโลม ในกรณีให้การด้วยวาจา ให้ศาลบันทึกคำให้การรวมทั้งเหตุแห่งการนั้นไว้ อ่านให้จำเลยฟัง แล้วให้จำเลยลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ”

ดังนั้น การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในคำให้การ จึงมีหลักเกณฑ์คล้ายกับการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในคำฟ้อง กล่าวคือ หากเป็นคดีแพ่งสามัญการกล่าวอ้างในคำให้การต้องทำเป็นหนังสือ (ลายลักษณ์อักษร) หากเป็นคดี민โนสาเร่ จำเลยอาจกล่าวอ้างด้วยลายลักษณ์อักษรหรือกล่าวอ้างด้วยวาจาก็ได้

(3) ฟ้องแย้ง

(2) คดีฟ้องขับไล่บุคคลใด ๆ ออกจากอสังหาริมทรัพย์อันมีค่าเช่าหรืออาจให้เช่าได้ในขณะยื่นคำฟ้องไม่เกินเดือนละสี่พันบาท หรือไม่เกินจำนวนที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา”

⁶⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 191.

“วิธีฟ้องคดี민โนสาเร่ นั้น โจทก์อาจยื่นคำฟ้องเป็นหนังสือหรือมาแถลงข้อหาด้วยวาจาต่อศาลก็ได้ ในกรณีที่โจทก์ยื่นคำฟ้องเป็นหนังสือ หากศาลเห็นว่าคำฟ้องดังกล่าวไม่ถูกต้องหรือขาดสาระสำคัญบางเรื่อง ศาลอาจมีคำสั่งให้โจทก์แก้ไขคำฟ้องในส่วนนั้นให้ถูกต้องหรือชัดเจนขึ้นก็ได้

ถ้าโจทก์มาแถลงข้อหาด้วยวาจา ดังกล่าว ให้ศาลบันทึกรายการแห่งข้อหาเหล่านั้นไว้อ่านให้โจทก์ฟัง แล้วให้โจทก์ลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ”

⁷⁰ วรรณชัย บุญบำรุง, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 58, หน้า 51.

ฟ้องแย้งเป็นเรื่องที่จำเลยอาศัยคำให้การของจำเลยที่ยกข้อต่อสู้โจทก์มาเป็นข้อกล่าวหาโจทก์ว่าโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ของจำเลยตามกฎหมายอันเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับฟ้องเดิมนั้น ดังนั้น ข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาตามฟ้องแย้งจึงต้องสอดคล้องกับคำให้การของจำเลยที่ยกขึ้นต่อสู้คำฟ้องโจทก์ด้วย⁷¹ ดังนั้น รูปแบบการฟ้องแย้ง จึงใช้หลักเกณฑ์เดียวกับการทำคำให้การดังกล่าวมาในข้างต้น แม้จะทราบรูปแบบการฟ้องแย้งแล้วก็ตาม แต่ยังเป็นที่น่าสังเกตว่า จะกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศมาในฟ้องแย้งได้หรือไม่ มาตรา 177 วรรคสาม “ฟ้องแย้งต้องเกี่ยวกับฟ้องเดิม” ดังนั้น ตามสภาพแล้วหากจะกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศจำเลยก็จะกล่าวอ้างในคำให้การอยู่แล้ว ไม่ต้องกล่าวในฟ้องแย้ง และ เป็นเรื่องแปลกที่คำให้การไม่ได้กล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ แต่จะมากล่าวอ้างในฟ้องแย้ง

(4) คำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องและคำให้การ

คำฟ้องหรือคำให้การที่ผิดพลาดหรือขาดตกบกพร่องอาจมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยทำเป็นคำร้องขอขึ้นต่อศาลได้ แต่ปัญหาว่าจะต้องกระทำรูปแบบใด, ต้องดำเนินการส่งสำเนา คำร้องขอให้คู่ความอีกฝ่ายหรือคู่ความอื่น ๆ เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลเหล่านั้นมีโอกาสโต้แย้งคัดค้านก่อนหรือไม่ และ ต้องมีการไต่สวนคำร้องขอนั้นก่อนศาลจะมีคำสั่งหรือไม่

ปัญหาดังกล่าวข้างต้นนั้น ต้องพิจารณาตามมาตรา 21 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁷² ว่าด้วยรูปแบบและหลักเกณฑ์การพิจารณาคำขอและคำแถลงซึ่งอาจอธิบายได้ดังต่อไปนี้

⁷¹ สมชัย ทัฬหสูตมารกร, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 67, หน้า 162.

⁷² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 21.

“เมื่อคู่ความฝ่ายใดเสนอคำขอหรือคำแถลงต่อศาล

(1) ถ้าประมวลกฎหมายนี้มีบัญญัติว่า คำขอหรือคำแถลงจะต้องทำเป็นคำร้องหรือเป็นหนังสือ ก็ให้ศาลมีอำนาจที่จะยอมรับคำขอหรือคำแถลงที่คู่ความได้ทำในศาลด้วยวาจาได้แต่ศาลต้องจดข้อความนั้นลงไว้ในรายงาน หรือจะกำหนดให้คู่ความฝ่ายนั้นยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้อง หรือยื่นคำแถลงเป็นหนังสือก็ได้ แล้วแต่ศาลจะเห็นสมควร

(2) ถ้าประมวลกฎหมายนี้มีบัญญัติไว้ว่า คำขออันใดจะทำได้แต่ฝ่ายเดียวห้ามมิให้ศาลทำคำสั่งในเรื่องนั้น ๆ โดยมีให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งหรือคู่ความอื่น ๆ มีโอกาสคัดค้านก่อนแต่ทั้งนี้ต้องอยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติของประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการขาดนัด

(3) ถ้าประมวลกฎหมายนี้มีบัญญัติไว้ว่า คำขออันใดอาจทำได้แต่ฝ่ายเดียวแล้วให้ศาลมีอำนาจที่จะฟังคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งหรือคู่ความอื่น ๆ ก่อนออกคำสั่งในเรื่องนั้น ๆ ได้เว้นแต่ในกรณีที่คำขอนั้นเป็นเรื่องขอหมายเรียกให้ให้การ หรือเพื่อยึดหรืออายัดทรัพย์สินก่อนคำพิพากษาหรือเพื่อให้ออกหมายบังคับ หรือเพื่อจับหรือกักขังจำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษา

(4) ถ้าประมวลกฎหมายนี้มีบัญญัติไว้ว่า ศาลต้องออกคำสั่งอนุญาตตามคำขอที่ได้เสนอต่อศาลนั้น โดยไม่ต้องทำการไต่สวนแล้ว ก็ให้ศาลมีอำนาจทำการไต่สวนได้ตามที่เห็นสมควรก่อนมีคำสั่งตามคำขอนั้น

4.1) กรณีมิได้มีกฎหมายบัญญัติว่าคำขออันใดจะต้องทำเป็นหนังสือ

หลักเกณฑ์ประการแรกในการยื่นคำขอคำแถลงต่อศาล คือ หากกฎหมายมิได้บัญญัติว่าต้องทำเป็นหนังสือ ศาลมีอำนาจยอมรับคำขอคำแถลงนั้นด้วยวาจาก็ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 21 วรรค 1 แต่การขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องหรือคำให้การนั้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 180 บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า “การแก้ไขคำฟ้องหรือคำให้การที่คู่ความเสนอต่อศาลไว้แล้ว ให้ทำเป็นคำร้องยื่นต่อศาลก่อนวันชี้สองสถานหรือก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่าเจ็ดวันในกรณีที่ไม่มีวันชี้สองสถาน เว้นแต่จะมีเหตุอันสมควรที่ไม่อาจยื่นคำร้องได้ก่อนนั้น หรือเป็นการขอแก้ไขในเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือเป็นการแก้ไขข้อผิดพลาดเล็กน้อยหรือข้อผิดพลาดเล็กน้อย” ดังนั้นรูปแบบการร้องขอแก้ไขคำฟ้องหรือคำให้การจึงต้องทำในรูปแบบกระบวนการพิจารณาคดีด้วยลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

4.2) กรณีมิได้มีกฎหมายบัญญัติว่าคำขออันใดจะทำได้แต่ฝ่ายเดียว

ในกรณีที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าคำขอคำแถลงนั้นอาจทำได้แต่ฝ่ายเดียว ก็ต้องยึดถือตามหลักทั่วไปว่าศาลจะมีคำสั่งตามคำขอนั้น ๆ ได้ ก็ต่อเมื่อได้เปิดโอกาสให้คู่ความอีกฝ่ายหรือคู่ความฝ่ายอื่น ๆ มีโอกาสได้คัดค้านเสียก่อน ดังที่ปรากฏในมาตรา 21 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ดังนั้น การร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องหรือคำให้การไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าให้ทำได้แต่ฝ่ายเดียว การร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องหรือคำให้การนอกจากจะจัดทำเป็นคำร้องยื่นต่อศาลแล้ว ผู้ร้องขอยังมีหน้าที่ต้องส่งสำเนาคำร้องดังกล่าวให้คู่ความอีกฝ่ายหรือคู่ความฝ่ายอื่น ๆ อีกด้วย

4.3) กรณีมิได้มีกฎหมายบัญญัติว่าศาลต้องออกคำสั่งอนุญาตตามคำขอที่ได้เสนอต่อศาลโดยไม่ต้องทำการไต่สวน

ในกรณีที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าคำขอที่ได้เสนอต่อศาลนั้น ศาลสามารถออกคำสั่งอนุญาตได้โดยไม่ต้องทำการไต่สวน ก็ให้ศาลมีอำนาจทำการไต่สวนได้ตามที่เห็นสมควรก่อนมีคำสั่งตามคำขอนั้น ตามมาตรา 21 (4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งเป็นหลักการที่จะช่วยให้ศาลได้ข้อเท็จจริงที่เพียงพอก่อนออกคำสั่ง ดังนั้นในกรณีนี้ ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจว่าจะทำการไต่สวนหรือไม่ ไม่ได้เป็นบทบังคับศาลว่าจะต้องทำการไต่สวนเสมอไป ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป

ในกรณีเรื่องใดที่ศาลอาจออกคำสั่งได้เองหรือต่อเมื่อคู่ความมีคำขอ ให้ใช้บทบัญญัติอนุมาตรา (2), (3) และ (4) แห่งมาตรานี้บังคับ

ในกรณีเรื่องใดที่คู่ความไม่มีอำนาจขอให้ศาลมีคำสั่ง แต่หากศาลอาจมีคำสั่งในกรณีเรื่องนั้นได้เอง ให้ศาลมีอำนาจภายในบังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 103 และ 181 (2) ที่จะดฟังคู่ความหรือดทำการไต่สวนก่อนออกคำสั่งได้”

จึงอาจกล่าวได้ว่ารูปแบบการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนั้น ควรจะกล่าวอ้างในคำฟ้อง, คำให้การ และ คำฟ้องแย้ง ด้วยลายลักษณ์อักษร เว้นแต่ การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในคำฟ้องคดีโมฆะหรือคดีไม่มีข้อยุ่งยากอาจกล่าวอ้างด้วยวาจาก็ได้ ส่วนการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องหรือคำให้การนั้น นอกจากจะต้องกล่าวอ้างด้วยลายลักษณ์อักษรโดยทำเป็นคำร้องขอยื่นต่อศาลแล้ว ยังต้องทำสำเนาส่งให้คู่ความอีกฝ่ายหรือคู่ความอื่น ๆ เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลเหล่านั้นมีโอกาสโต้แย้งคัดค้าน อีกทั้งก่อนศาลจะมีคำสั่งอนุญาตให้แก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องคำให้การนั้นเป็นดุลพินิจของศาลว่าจะทำการไต่สวนคำร้องนั้นหรือไม่ก็ได้



4.3 การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย

การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยยังคงเป็นปัญหาว่าจะต้องพิสูจน์อย่างไรจึงจะถูกต้องและจะต้องพิสูจน์ถึงระดับไหนจึงจะเป็นที่พอใจแก่ศาล เนื่องจากในกฎหมายไทยไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ จะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ก็เพียงตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 8 ซึ่งได้บัญญัติหลักการไว้กว้างๆ แต่เพียงว่าต้องพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจนเป็นที่พอใจแก่ศาลเท่านั้น ส่วนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเองก็มิได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์วิธีการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศไว้โดยเฉพาะเช่นกัน

การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในแต่ละคดีนั้นต้องเสียค่าใช้จ่ายที่สูง ไม่ว่าจะเป็น ค่าใช้จ่ายสำหรับว่าจ้างผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายต่างประเทศมาเบิกความยังศาล, ค่าเดินทางและค่าที่พักให้แก่พยานผู้เชี่ยวชาญ ตลอดจนค่าจ้างล่ามแปลภาษาในการแปลคำเบิกความของพยานผู้เชี่ยวชาญปากนั้นอีกด้วย หรือ ในกรณีการนำตัวบทกฎหมายต่างประเทศมาพิสูจน์ต่อศาลไทย ก็ยังต้องมีค่าใช้จ่ายในการแปล, ค่ารับรองการแปล และ ค่าจ้างให้ผู้แปลมาเบิกความต่อศาล ซึ่งค่าใช้จ่ายดังกล่าวข้างต้นยังคงเป็นจำนวนที่สูงมากในประเทศไทยในปัจจุบัน ดังนั้น หากคู่ความยังไม่ทราบแน่ชัดในหลักเกณฑ์และวิธีการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ คู่ความมักจะคิดว่าไม่คุ้มค่ากับการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ เนื่องจากสุดท้ายแล้วศาลก็อาจจะไม่นำกฎหมายต่างประเทศมาตัดสินคดีและผลที่ตามมาอาจถูกลูกความดำเนินคดีที่ต้องเสียค่าใช้จ่ายสิ้นเปลืองโดยไร้ประโยชน์ ด้วยเหตุดังกล่าว ในทางปฏิบัติคู่ความมักจะหลีกเลี่ยงที่จะกล่าวอ้างและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศเสีย จนเป็นเหตุให้คดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศในศาลไทยส่วนใหญ่จะใช้กฎหมายไทยตัดสิน ซึ่งการกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการส่งเสริมให้คำพิพากษาของศาลไทยไม่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ และอาจทำให้ชาวต่างชาติมองว่าศาลไทยไม่พัฒนาก็ได้

ด้วยเหตุดังกล่าวจึงควรทำการศึกษาวิจัยเพื่อให้ทราบว่าแนวทางในการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนั้นควรจะเป็นเช่นไร เพื่อให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศภายใต้กลไกของกฎหมายขัดกันอย่างแพร่หลายมากขึ้น

เนื้อหาการศึกษาวิจัยในบทนี้จึงแบ่งออกเป็น 3 บทย่อย ได้แก่ บทแรก เป็นศึกษาให้ทราบว่าพยานหลักฐานใดบ้างที่จะใช้พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ บทที่สอง เป็นการศึกษาให้ทราบว่า การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศมีหลักเกณฑ์และวิธีการอย่างไร และ บทที่สาม ศึกษาให้ทราบว่าระดับมาตรฐานของการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้นควรต้องพิสูจน์จนถึงระดับใดเพียงใด

4.3.1 พยานหลักฐานที่ใช้พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ

การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศควรใช้พยานหลักฐานใดบ้างในการพิสูจน์ ในปัญหาดังกล่าว อาจารย์ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายขัดกันของประเทศไทย ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “คู่ความต้องนำกฎหมายมาสืบต่อศาลเท่านั้น คู่ความจะนำสิ่งอื่นที่มีใช้กฎหมาย เช่น ตำรา รายงานการประชุม หรืองานวิชาการอย่างอื่น ฯลฯ มาสืบต่อศาลไม่ได้ ส่วนกฎหมายต่างประเทศนั้นจะอยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือคำพิพากษาก็สุดแต่แต่ละระบบกฎหมายของประเทศนั้นๆ ทั้งนี้ไม่ห้ามที่จะนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความหรือให้ความเห็นประกอบ นอกจากนี้แล้ว ยังจะต้องให้ทนายฝ่ายตรงข้ามมีสิทธิถามค้าน (cross-examination) หรือ ชักถามในศาลได้ด้วย เพื่อที่ศาลไทยจะได้มีโอกาสซึ่งนำพยานว่ามีที่น่าเชื่อถือเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญกฎหมายของประเทศนั้นๆ หรือไม่⁷³

จากข้อเสนอดังกล่าว คณะผู้วิจัยมีความเห็นพ้องด้วยในประการที่ว่า การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยต้องนำตัวบทกฎหมายต่างประเทศมาพิสูจน์เท่านั้น จะนำสิ่งอื่นที่มีใช้กฎหมาย เช่น ตำรา รายงานการประชุม หรืองานวิชาการอื่น ฯลฯ มาสืบต่อศาลไม่ได้ แต่มีความเห็นต่างตรงที่ว่าแม้จะมีการนำตัวบทกฎหมายต่างประเทศมาพิสูจน์ต่อศาลแล้ว ยังต้องมีการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายต่างประเทศอยู่ เพื่อให้ทราบรายละเอียดที่แท้จริงของกฎหมายต่างประเทศ เนื่องจากประเทศที่ใช้กฎหมายระบบซีวิลลอว์อาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวบทกฎหมาย ส่วนในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ก็อาจมีคำพิพากษาใหม่ๆ ที่ตัดสินแตกต่างไปจากเดิมได้ จึงควรนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความยืนยันตัวบทกฎหมายด้วยทุกครั้ง ซึ่งจะสอดคล้องกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3537/2546 ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า คดีนี้จำเลยกล่าวอ้างให้ใช้กฎหมายสิงคโปร์บังคับ แต่จำเลยกลับมิได้พิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจศาล ศาลจึงต้องใช้กฎหมายไทยบังคับ ศาลฎีกาตัดสินในประเด็นนี้ว่า

“กฎหมายของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ที่เกี่ยวกับคดีนี้มีอยู่อย่างไร เป็นหน้าที่ของคู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างว่าเป็นกรณีที่ศาลไทยต้องใช้กฎหมายดังกล่าวนำพยานผู้เชี่ยวชาญกฎหมายของประเทศนั้นมาสืบประกอบตัวบทกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีให้เป็นที่พอใจศาล เมื่อจำเลยทั้งสองซึ่งเป็นฝ่ายกล่าวอ้างมิได้พิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจศาล ศาลจึงต้องใช้กฎหมายภายในของประเทศไทยมาบังคับแก่คดีตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 8”

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ คล้ายกับศาลฎีกาพยายามจะแนะนำวิธีการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยด้วยว่า คู่ความจะต้องนำพยานผู้เชี่ยวชาญกฎหมายของประเทศนั้นมาสืบประกอบตัวบทกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีให้เป็นที่พอใจศาล แต่ก็ยังไม่อาจทราบได้ว่า คำว่า “ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายของประเทศนั้น” มีความหมายแคบไหนด้อย่างไร อีกทั้งจะต้องนำสืบถึงระดับไหนศาลไทยจึงจะพอใจ

⁷³ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7, หน้า 227.

การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้น นอกจากจะทราบว่าจะต้องใช้ตัวบทกฎหมายต่างประเทศและพยานผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายต่างประเทศในการพิสูจน์แล้ว ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายต่างประเทศนั้นต้องมีคุณสมบัติอย่างไรบ้าง ในปัญหาดังกล่าวเคยเกิดขึ้นในครั้งอดีต ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า คู่ความ (โจทก์) ได้นำสืบถึงเนื้อหาของกฎหมายสัญญาชาติจีนโดยอภัยนายหยุด แสงอุทัยและนายอมร อินทรกำแหง ผู้แปลกฎหมายว่าด้วยสัญญาของรัฐบาลจีนแห่งชาติ แต่ศาลฎีกาเห็นไม่ปรากฏว่าพยานทั้งสองนี้เป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายจีน ศาลจึงไม่รับฟังคำเบิกความ⁷⁴ นอกจากคดีนี้แล้วปัญหาเรื่องคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญกฎหมายต่างประเทศไม่มีใครเกิดขึ้นในศาลไทยอีก เนื่องจากคู่ความส่วนใหญ่จะไม่กล่าวอ้างและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ

ปัญหาเรื่องการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในต่างประเทศก็คงประสบปัญหานี้เช่นกัน ซึ่งในแต่ละประเทศมีแนวทางปฏิบัติในการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศแตกต่างกันไป โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษใช้กฎหมายขัดกันในระบบทางเลือก กล่าวคือ ผู้พิพากษาไม่มีหน้าที่ต้องใช้กฎหมายต่างประเทศหากแต่ต้องมีการกล่าวอ้างและนำสืบโดยคู่ความเสียก่อน ดังนั้น บทบาทของผู้พิพากษาในการค้นหาหรือพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจึงถูกจำกัด ผู้พิพากษาจะไม่ก้าวล่วงในการสืบค้นและทำความเข้าใจกฎหมายต่างประเทศนั้นแต่จะปล่อยให้คู่ความรับผิดชอบตนเองและโดยปกติศาลมักจะประเมินความน่าเชื่อถือของพยานผู้เชี่ยวชาญจากบุคคลหรือเอกสารที่คู่ความเสนอมาเท่านั้น⁷⁵

การใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลอังกฤษไม่เพียงแต่กล่าวอ้างโดยคู่ความเท่านั้น ดังที่ศาลอังกฤษได้วางหลักไว้ว่า ในกรณีที่กฎหมายต่างประเทศอยู่ในรูปของประมวลกฎหมาย หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว ปัญหาไม่ได้อยู่ที่ภาษาของกฎหมายแต่อยู่ที่คำอธิบาย การตีความและการปรับใช้กฎหมาย⁷⁶ หากแต่ยังต้องมีการพิสูจน์โดยคู่ความอีกด้วย ซึ่งเป็นหน้าที่ของคู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างจะต้องพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้น ไม่ว่าคู่ความอีกฝ่ายจะยอมรับหรือไม่ก็ตาม หากปราศจากการพิจารณาแล้วผู้พิพากษาจะใช้กฎหมายของศาลนั้นพิจารณาตามหลัก “Lex fori”⁷⁷

วิธีการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศของประเทศอังกฤษนั้น ภายใต้กฎหมายอังกฤษคู่ความไม่สามารถพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศเพียงแค่นำตัวบทกฎหมายต่างประเทศ, คำพิพากษา

⁷⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1687/2498 : “แม้โจทก์จะนำสืบถึงเนื้อหาของกฎหมายสัญญาชาติจีนโดยอภัยนายหยุด แสงอุทัย และ นายอมร อินทรกำแหง ผู้แปลกฎหมายว่าด้วยสัญญาของรัฐบาลจีนแห่งชาติ แต่ศาลฎีกาเห็นว่าไม่ปรากฏว่าพยานทั้งสองนี้เป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายจีน ศาลจึงไม่รับฟังคำเบิกความดังกล่าว”

⁷⁵ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7, หน้า 211.

⁷⁶ คดี Lazard Bros. & Co. v. Midland Bank Ltd (1933).

⁷⁷ Hartley, I.C.L.Q. 45 (1996), 283.

ของศาล, สนธิสัญญาหรือแหล่งที่มาอื่น ๆ มาแสดงต่อศาลเท่านั้น หากแต่ต้องมีการเบิกความยืนยันโดยผู้เชี่ยวชาญเพื่ออธิบายและตีความเอกสารเหล่านั้นด้วย ซึ่งการจัดหาพยานผู้เชี่ยวชาญเป็นความรับผิดชอบของคู่ความเอง⁷⁸ ศาลอังกฤษจะไม่ยอมรับคำให้การเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการสาบานที่เรียกว่า affidavit โดยปราศจากการถามค้าน⁷⁹ เนื่องจากการตรวจสอบความน่าเชื่อถือหรือความถูกต้องของพยานผู้เชี่ยวชาญไม่อาจทำได้หากไม่มีการซักถาม ซึ่งส่งผลให้ศาลไม่มีโอกาสได้ประเมินความถูกต้องหรือความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานด้วยซึ่งเป็นส่วนที่มีความสำคัญต่อขั้นตอนในการตัดสินคดีของศาล⁸⁰

ด้วยเหตุที่ศาลอังกฤษให้ความสำคัญกับการเบิกความของผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายต่างประเทศต่อการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศอย่างยิ่ง ดังนั้น คุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญจึงเป็นสิ่งสำคัญ ส่วนการพิจารณาคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญนั้นยังคงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษาอยู่ แต่ผู้เชี่ยวชาญไม่จำกัดว่าต้องเป็นนักกฎหมาย, ผู้มีประสบการณ์ในทางปฏิบัติเท่านั้น ศาลอังกฤษจะยอมรับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายหรือนักปฏิบัติที่คลุกคลีกับการใช้กฎหมายมาเป็นเวลาหลายปีมากกว่านักวิชาการที่ยังขาดประสบการณ์ในการใช้กฎหมาย ดังนั้น จึงประเทศอังกฤษแบ่งผู้เชี่ยวชาญออกได้เป็น 3 กลุ่ม ดังนี้⁸¹

(1) เป็นนักกฎหมายที่มาจากระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในคดีนั้น ๆ โดยตรง ซึ่งอาจเป็นนักปฏิบัติ ผู้พิพากษา นักวิชาการก็ได้

(2) เป็นนักกฎหมายที่ไม่ได้มาจากระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในคดีนั้น ๆ โดยตรงแต่มาจากระบบกฎหมายที่ใกล้เคียง หากว่าพยานผู้เชี่ยวชาญท่านนั้นมีความรู้หรือประสบการณ์เพียงพอ และ

(3) เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญที่มี isn นักกฎหมายแต่มีความรู้หรือประสบการณ์ทางกฎหมายซึ่งอาจได้มาจากการทำงานที่มีโอกาสใช้กฎหมายในสาขาใดสาขาหนึ่งโดยเฉพาะเป็นเวลานานจนมีความรู้ความเข้าใจในกฎหมายนั้น ๆ

การพิจารณาการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลอังกฤษ แม้จะถือว่าเป็นข้อเท็จจริงประเภทหนึ่งแต่ก็เป็นข้อเท็จจริงที่ต่างจากข้อเท็จจริงทั่วไป กล่าวคือ คณะลูกขุน (Jury) ไม่มีหน้าที่ตัดสินกฎหมายต่างประเทศ แต่เป็นหน้าที่ของศาลเท่านั้นที่จะตัดสิน และ ส่วนใหญ่ศาลจะจำกัดบทบาทตนเองโดยจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการนำสืบกฎหมายต่างประเทศของคู่ความแม้จะเห็นว่าการพิสูจน์ของคู่ความยังไม่เป็นที่พอใจแก่ศาล แต่บางครั้งศาลอาจช่วยเหลือคู่ความทางอ้อม เช่น ศาลอาจบอกให้คู่ความเสนอรายงานหรือความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญในบางเรื่องบาง

⁷⁸ See Richard Fentiman, *Foreign Law in English Courts: Pleading, Proff and Choice of Law* 203 (1998).

⁷⁹ Lord Goff กล่าวไว้ในคำตัดสินคดี *Seasconsar Far East Ltd v. Bank Markazi* (1994) ว่า “the court cannot resolve disputed question of fact on affidavit evidence”

⁸⁰ Richard Fentiman, *Foreign Law in English Courts: Pleading, Proff and Choice of Law* 203 (1998), pp.204-205.

⁸¹ See Richard Fentiman, “Foreign Law in English Courts: Pleading, Proof and Choice of Law”, Great Britain: Oxford University Press, 1998, p. 180.

ประเด็นที่ยังขาดไป หรือศาลอาจแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญหรือที่ปรึกษาทางกฎหมายหรือศาลพยายามตัดสินคดีนั้นให้ดีที่สุดโดยใช้ความรู้เหตุผลทางกฎหมายและสามัญสำนึกของศาลเองมาช่วยประเมินเนื้อหากฎหมายต่างประเทศนั้นก็ได้⁸² นอกจากนั้นในกรณีที่คู่ความไม่อาจพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศต่อศาลได้ ศาลอังกฤษยังอาจใช้บทสันนิษฐานว่ากฎหมายต่างประเทศนั้นมีเนื้อหาถูกต้องเกี่ยวกับกฎหมายภายในของตน หรือ การนำสืบกฎหมายใกล้เคียงได้ กล่าวคือ ศาลยอมให้คู่ความอาจนำสืบกฎหมายที่ใกล้เคียงได้ในกรณีที่ไมอาจพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้นโดยตรง⁸³

และวิธีการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศของอังกฤษยังอยู่ในขอบเขตของพระราชบัญญัติว่าด้วยพยานคดีแพ่ง ค.ศ. 1972 มาตรา 4 (2) กล่าวคือ ศาลอาจอาศัยคำวินิจฉัยคดีก่อนที่เคยพิจารณากฎหมายต่างประเทศมาพิจารณาว่ากฎหมายต่างประเทศนั้น ๆ มีเนื้อหาสาระอย่างไร หากแต่คำพิพากษาในคดีก่อนหน้านั้นต้องมีการจัดทำรายงานหรือบันทึกอย่างเหมาะสม และได้พิจารณาอย่างรอบด้านแล้วในการพิสูจน์⁸⁴

ประเทศออสเตรเลีย

ในสายตาของผู้พิพากษาออสเตรเลีย กฎหมายต่างประเทศเป็นเพียงปัญหาข้อเท็จจริงที่คู่ความจำต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์ให้ศาลพอใจในเนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศ⁸⁵ เนื่องจากประเทศออสเตรเลียใช้กฎหมายขัดกันระบบทางเลือกดั่งเช่นประเทศอังกฤษ ผู้พิพากษาออสเตรเลียจะไม่ใช้ดุลพินิจอย่างอิสระในการพิจารณาประเด็นกฎหมายบนพื้นฐานของกฎหมายต่างประเทศที่ฝ่าฝืนต่อเจตนารมณ์ของคู่กรณี ไม่ว่าคดีนั้นจะต้องบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศก็ตาม ถ้าคู่กรณีละเลยการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ ผู้พิพากษาออสเตรเลียจะบังคับใช้กฎหมายท้องถิ่นในการพิจารณาสีทธิและหน้าที่ของคู่กรณี⁸⁶ ประเด็นการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการกล่าวอ้างโดยคู่กรณี⁸⁷

⁸² Richard Fentiman, "Foreign Law in English Courts: Pleading, Proof and Choice of Law", Great Britain: Oxford University Press, 1998, pp.153-154.

⁸³ ดู ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, การใช้กฎหมายต่างประเทศโดยกลไกของกฎหมายขัดกัน" งานวิจัยวิชาการ, กรุงเทพฯ: ภาควิชากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2547. หน้า 11.

⁸⁴ Rainer Hausmann, "Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis", The European Legal Forum, Issue 1-2008, p.1-13.

⁸⁵ See Michael Tibury, Conflict of Laws in Australia, Melbourne: Oxford University Press, 2002, p.319.; J McComish, Pleading and Proving foreign law in Australia, (2007) 31 Melbourne University Law Review Vol.31, p. 400.

⁸⁶ Michael Tibury, Conflict of Laws in Australia, Melbourne: Oxford University Press, 2002, p.315.

⁸⁷ Ibid.

อย่างไรก็ตามกฎหมายต่างประเทศถือเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่มีลักษณะแปลก⁸⁸ กล่าวคือ การพิจารณาคดีที่มีระบบลูกขุนปัญหากฎหมายต่างประเทศจะได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษา ไม่ใช่คณะลูกขุน⁸⁹, เป็นข้อเท็จจริงที่จะไม่นำเอาหลัก Doctrine of Precedent มาใช้บังคับ กล่าวคือ คดีที่มีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศต้องมีการพิสูจน์ทุกคดีจะอาศัยคำพิพากษาในคดีก่อนหน้าที่ได้ตัดสินเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศนั้นไม่ได้⁹⁰, คำพิพากษาของศาลต่างประเทศมีน้ำหนักเพียงพยานหลักฐานชั้นหนึ่ง⁹¹, การอุทธรณ์ทบทวนคำพิพากษาในการค้นหากฎหมายต่างประเทศไม่ถูกจำกัดตั้งเช่นการค้นหาคำข้อเท็จจริง⁹², หากคู่ความละเลยการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศอย่างเพียงพอแล้ว กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีจะถูกนำมาปรับใช้ทันที⁹³

สำหรับหลักการทั่วไปในการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศของกลุ่มคอมมอน Common Law กฎหมายต่างประเทศจะต้องพิสูจน์โดยพยานผู้เชี่ยวชาญเท่านั้น⁹⁴ โดยทั่วไปจะไม่นำกฎหมายต่างประเทศหรือรายงานด้านกฎหมายมาสืบโดยปราศจากการเบิกความสนับสนุนเอกสารเหล่านั้นโดยพยานผู้เชี่ยวชาญ แต่หลักการนี้ได้รับการผ่อนปรนโดยพระราชบัญญัติรูปแบบพยานหลักฐาน ค.ศ. 1995 ที่อนุญาตให้นำเอกสารเช่นหนังสือหรือแผ่นพับที่ประกอบตัวพระราชบัญญัติหรือประกาศ⁹⁵ และรายงานคำพิพากษาของศาลต่างประเทศอ้างอิงเพื่อพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ⁹⁶

⁸⁸ คดี Parkasho v Singh [1968] p. 233, 250.

⁸⁹ (NSW) Evidence Act 1995, Section 176.

Questions of foreign law to be decided by judge

"If, in a proceeding in which there is a jury, it is necessary to ascertain the law of another country which is applicable to the facts of the case, any question as to the effect of the evidence adduced with respect to that law is to be decided by the judge alone."

⁹⁰ Re Marseilles Extension Railway and Land Co [1885] 30 Ch D 598, 602 (Pearson LJ), Lazard Bros & Co v Midland Bank Ltd [1933] AC 289, 290.

⁹¹ Carl Zeiss Stiftung v Rayner & Keeler Ltd (No 2) [1967] AC 853, 923, (Lord Reid).

⁹² Parkasho v Singh; King v Brandywine Reinsurance Co (UK) Ltd (formerly Cigna RE Co (UK) Ltd) [2005] EWCA Civ 235.

⁹³ Lloyd v Gilbert (1865) LR 1 QB 115.

⁹⁴ Baron de Bode's Case (1845) 8 QB 208, 246-247; Nelson v Bridport (1845) 8 Beav. 527, 536.

⁹⁵ (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.

ดังนั้นคู่ความอาจไม่จำเป็นต้องเรียกพยานผู้เชี่ยวชาญมาพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศยั้งศาลอีกต่อไป แต่อาจจำเป็นเมื่อ พิสูจน์ปัญหาจะใช้ดุลพินิจอย่างไรภายใต้พระราชบัญญัติที่จะใช้บังคับแก่กรณีหรือการตรวจสอบให้ทราบถึงบทบัญญัติที่บังคับใช้ในปัจจุบัน การรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติพยานหลักฐาน มาตรา 79 ดังนั้น ผู้เชี่ยวชาญต้องเป็นผู้มีความรู้พิเศษเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศบนพื้นฐานของการฝึกฝน การศึกษา หรือประสบการณ์⁹⁷

อย่างไรก็ตามกฎหมายออสเตรเลียไม่ได้จำกัดคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญว่าต้องจบปริญญาตรีหรือสูงกว่าทางด้านกฎหมาย หากจะต้องเป็นผู้ที่มีความคุ้นเคยในกฎหมายสาขาที่ตนเองรับผิดชอบหรือเกี่ยวข้องมานานหลายปี เช่น นักธุรกิจก็อาจเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญกฎหมายธุรกิจในเรื่องที่ตนทำการค้า หรือนายธนาคาร (Bank manager) ก็อาจฟังได้ว่าเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญกฎหมายการเงินได้ หรือแม้แต่พระในคริสต์ศาสนาตำแหน่งบิชอป (Bishop) ก็อาจเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญกฎหมายของสำนักวาติกันซึ่งใช้กฎหมายพระ (Canon Law) ได้

โดยปกติแล้วพยานที่เป็นนักปฏิบัติที่ประกอบวิชาชีพกฎหมายในต่างประเทศย่อมรับฟังว่าเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ⁹⁸ แต่ก็มิได้จำกัดแค่นั้น นักวิชาการ เช่น อาจารย์สอนกฎหมาย

(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.”

⁹⁶ (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.

⁹⁷ (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.

(2) To avoid doubt, and without limiting subsection (1):

(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.”

⁹⁸ คดี Clyne V. Federal Commissioner of Taxation

(กฎหมายต่างประเทศ) ในมหาวิทยาลัย แม้จะไม่เคยว่าความในศาลหรือใช้กฎหมายมาก่อนก็ตามก็สามารถรับฟังเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญกฎหมายของประเทศนั้นๆ ได้เหมือนกัน แม้ว่าในทางความเป็นจริง นำนักหรือความน่าเชื่อถือของพยานผู้เชี่ยวชาญจะไม่สู้เท่าผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายโดยตรง เช่น ทนายความ อัยการ นิติกร ที่ปรึกษากฎหมาย หรืออดีตผู้พิพากษา เป็นต้น⁹⁹

ประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีใช้กฎหมายขัดกันระบบบังคับ (Mandatory) หมายถึง ระบบที่ถือว่าศาลมีหน้าที่ต้องใช้กฎหมายต่างประเทศโดยหน้าที่หากคดีนั้นต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับโดยไม่จำเป็นต้องรอให้คู่ความกล่าวอ้างและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศต่อศาล ศาลมีหน้าที่ต้องปรับใช้กฎหมายต่างประเทศเอง โดยตำแหน่ง (*ex officio*) ในสายตาของศาลเยอรมันกฎหมายต่างประเทศจึงมีฐานะเป็นกฎหมายหาใช่เป็นข้อเท็จจริง ในกรณีที่ไม่มีความรู้กฎหมายต่างประเทศอย่างเพียงพอ ในคดีที่ต้องใช้กฎหมายต่างประเทศ ศาลมีหน้าที่ต้องตรวจสอบ แปล และ ปรับใช้กฎหมายต่างประเทศด้วยตนเอง ตามหลัก “*iura novit curia*” ดังที่บัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน (Zivilprozessordnung (ZPO), The German Code of Civil Procedure) ค.ศ. 1877 มาตรา 293 ว่า “กฎหมายที่มีผลใช้บังคับในต่างประเทศ กฎหมายประเพณี และ บทบัญญัติท้องถิ่น จำต้องพิสูจน์ทราบเท่าที่ไม่เป็นที่รู้จักแก่ศาล ในกรณีที่ศาลต้องสืบค้นกฎหมายต่างประเทศ ศาลหาได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะหลักฐานที่นำเสนอโดยคู่ความไม่ ศาลมีสิทธิที่จะใช้แหล่งความรู้อื่นและสั่งให้ใช้มาตรการเท่าที่จำเป็นแก่การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ”

ตามมาตรา 293 ดังที่กล่าวมาในข้างต้น จะเห็นได้ว่าการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลเยอรมนีนั้น จะมีได้ก็แต่ในกรณีที่ศาลไม่อาจรู้ถึงกฎหมายต่างประเทศได้ หากศาลยังอาจค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศได้ การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศก็หาจำเป็นไม่ โดยความรู้กฎหมายต่างประเทศของศาลอาจได้มาจากการศึกษาค้นคว้าด้วยตนเองด้วยการหาข้อมูลจากห้องสมุดก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีความรู้กฎหมายต่างประเทศที่จะนำมาปรับใช้แก่คดี ศาลย่อมมีอำนาจจะนำมาปรับใช้ได้ทันที แต่อย่างไรก็ตามก่อนจะนำกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้ ศาลต้องทำการบอกกล่าวแก่คู่ความเกี่ยวกับการการใช้กฎหมายต่างประเทศตามความเห็นของตนด้วย ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้คู่ความมีโอกาสโต้แย้งความเห็นของศาลเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศด้วย ตามมาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี และหากมีการทำความเห็นคัดค้านจากคู่ความแล้ว แม้ว่าศาลจะเชื่อมั่นในความเห็นของตนเพียงไร ศาลย่อมไม่อาจปฏิเสธความเห็นของผู้เชี่ยวชาญกฎหมายต่างประเทศที่คู่ความเสนอเข้ามาในคดีได้ หากแต่จะต้องพิจารณาความเห็นเหล่านั้นประกอบด้วย

⁹⁹ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7, หน้า 213.

ในการปฏิบัติการตามหน้าที่ศาลเยอรมนีในการค้นหากฎหมายต่างประเทศนั้นอาจค้นหาไม่เพียงพอถึงกฎหมายต่างประเทศอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง หรือ การตีความกฎหมายต่างประเทศก็เป็นได้ แต่อย่างไรศาลก็ยังมีหน้าที่จะต้องปรับใช้กฎหมายต่างประเทศประเทศดังประเทศเจ้าของกฎหมาย เพราะฉะนั้น ก่อนจะปรับใช้กฎหมายต่างประเทศศาลต้องพิจารณาไปถึงข้อปฏิบัติของศาลต่างประเทศ โดยเฉพาะกฎเกณฑ์ของศาลต่างประเทศที่เกี่ยวข้องด้วย¹⁰⁰ กล่าวได้ว่าการบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลเยอรมนีนั้น ศาลจะต้องพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยถึงเนื้อหาสาระและแนวทางการบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นเสียก่อน จึงจะนำกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้ในศาลเยอรมันได้

ในกรณีที่ศาลมีข้อสงสัย โดยหลักการพื้นฐานของการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้น ศาลมีอิสระที่จะเลือกวิธีการพิสูจน์เพื่อให้ทราบถึงกฎหมายต่างประเทศได้ กล่าวคือ ศาลมีดุลพินิจอย่างเต็มที่ที่จะใช้วิธีการแบบไม่เป็นทางการ (informal procedure) หรือ วิธีการแบบเป็นทางการ (formal procedure) กล่าวคือ

(1) วิธีการแบบไม่เป็นทางการ หมายถึง ศาลอาจใช้วิธีการที่นอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (“Freibeweisverfahren”) มาใช้ เช่น การร้องขอข้อมูลกฎหมายต่างประเทศจากเอกชน, ท้องถิ่น หรือ เจ้าหน้าที่ต่างประเทศ, คณะทูต, กงสุล หรือ สถาบันทางการศึกษา หรือ ที่คล้ายคลึง หรือ ในกรณีที่ศาลใช้วิธีการค้นหาข้อมูลกฎหมายต่างประเทศภายใต้บังคับแห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยข้อมูลกฎหมายต่างประเทศ ค.ศ. 1968 (European Convention on Information on Foreign Law of 1968) ที่บัญญัติให้รัฐภาคี¹⁰¹ในอนุสัญญานี้มีพันธกรณีต้องให้ข้อมูลข่าวสารด้านกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งตลอดจนองค์กระตุติธรรมของตนแก่รัฐภาคีที่ร้องขอ และได้มีการจัดทำพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญานี้ดังกล่าวในปี ค.ศ. 1978 เพื่อขยายกรอบความร่วมมือไปถึงการให้ข้อมูลด้านกฎหมายอาญาด้วย (Additional Protocol to the European Convention on Information on Foreign Law) ในทางปฏิบัติภาคีในอนุสัญญานี้ไม่ค่อยนิยมใช้ออนุสัญญานี้เท่าไร แต่ประเทศเยอรมันมักจะอาศัยอนุสัญญาดังกล่าวให้เป็นประโยชน์เกี่ยวกับการจัดหาข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศที่เป็นสมาชิกของอนุสัญญานี้¹⁰²

¹⁰⁰Rainer Hausmann, “Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis”, The European Legal Forum, Issue 1-2008, p.1-7.

¹⁰¹ รัฐภาคีในอนุสัญญานี้ ได้แก่ 42 ใน 47 ประเทศรัฐสมาชิกของสภายุโรป (Council of Europe) 5 ประเทศรัฐสมาชิกของสภายุโรปที่มีได้ให้สัตยาบัน ได้แก่ ประเทศอันโดรรา, ประเทศอัมเนีย, ประเทศไอซ์แลนด์ ประเทศโมนาโก และ ประเทศซานมารีโนและ ประเทศอื่นอีก 4 ประเทศ ได้แก่ เบลารุส, ประเทศคอซอวาร์, ประเทศแม็กซิโก และ ประเทศโมร็อกโค.

¹⁰²Gerhard Dennemann, Establishing Foreign Law in German Court, จากเว็บไซต์ www.iuscomp.org/gla/literature/foreignlaw.htm.

(2) วิธีการแบบเป็นทางการ หมายถึง วิธีการค้นหากฎหมายต่างประเทศตามหลักเกณฑ์ที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน ได้แก่ การขอคำปรึกษาจาก “เพื่อนของศาล” (*amicus curiae*) ซึ่งในประเทศเยอรมันจะมีศูนย์กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่มีชื่อเสียงมาก อย่างเช่น The Max-Plant-Institute for Foreign Law and Private International Law¹⁰³ ในเมือง Hamburg นอกจากนี้แล้ว ผู้พิพากษาอาจขอความเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรจากบรรดาศาสตราจารย์ทางกฎหมายตามมหาวิทยาลัยต่าง ๆ ซึ่งในประเทศเยอรมันจะมีศาสตราจารย์ที่เชี่ยวชาญสาขาด้านกฎหมายเปรียบเทียบเป็นจำนวนมาก กล่าวกันว่า ประเทศเยอรมันมีตำแหน่งศาสตราจารย์ทางกฎหมายเปรียบเทียบประมาณ 50 ตำแหน่ง¹⁰⁴ การขอความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวมีข้อดีต่อผู้พิพากษาอย่างยิ่ง เนื่องจากผู้เชี่ยวชาญนอกจากจะมีความรู้ในกฎหมายต่างประเทศแล้วยังมีความรู้ด้านกฎหมายขัดกันของเยอรมันและกฎหมายสารบัญญัติของเยอรมันอีกด้วย ดังนั้นผู้เชี่ยวชาญจะให้ความเห็นด้านกฎหมายต่างประเทศได้อย่างครอบคลุมในทุกแง่มุมมากกว่าการขอความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญในวิธีการที่ไม่เป็นทางการ หรือ การขอข้อมูลด้านกฎหมายต่างประเทศภายใต้อนุสัญญาโรปัวด้วยข้อมูลกฎหมายต่างประเทศ ค.ศ. 1968 ซึ่งจะได้ความเห็นโดยย่อและเฉพาะจุดที่ขอความเห็นไปเท่านั้น

ในการค้นหากฎหมายต่างประเทศนั้น แม้กฎหมายจะให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจในการเลือกวิธีการโดยอิสระก็ตาม แต่การใช้ดุลพินิจของศาลชั้นต้นในการค้นหากฎหมายต่างประเทศที่จะใช้พิจารณาตัดสิน ยังถูกควบคุมโดยศาลสูง เช่น ศาลอุทธรณ์ กล่าวคือ หากศาลชั้นต้นละเลยที่จะพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศตามหน้าที่เพื่อให้ทราบเนื้อหาสาระของกฎหมายต่างประเทศอย่างถูกต้องและเพียงพอแล้ว คู่ความย่อมมีสิทธิอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์เพื่อตรวจสอบความถูกต้องของการใช้ดุลพินิจของศาลชั้นต้นหรือการบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นถูกต้องหรือไม่ ตามมาตรา 555 (3) ข้อ 3 (b) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน

อย่างไรก็ตาม แม้การค้นหากฎหมายต่างประเทศในเยอรมันเป็นหน้าที่ของศาล แต่คู่ความก็ยังมีความหน้าที่โต้แย้งคัดค้านในกรณีที่ศาลใช้ความเห็นไม่ถูกต้องหรือกรณีที่ศาลยังไม่พิจารณากฎหมายต่างประเทศอย่างเพียงพอ

จากการศึกษาแนวทางการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศของประเทศในกลุ่ม Civil Law และ ประเทศในกลุ่ม Common Law ปรากฏว่ามีความแตกต่างกัน 2 ประการ ได้แก่

1. บทบาทของผู้พิพากษาในการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ กล่าวคือ ในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Civil Law ผู้พิพากษามีหน้าที่ในการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ แต่ในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Common Law ผู้พิพากษามีไม่มีหน้าที่ในการพิสูจน์กฎหมาย

¹⁰³ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1*, หน้า 16-17.

¹⁰⁴ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7*, หน้า 216.

ต่างประเทศ หากแต่เป็นหน้าที่ของคู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างจะต้องพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจนเป็นที่พอใจแก่ศาล

2. สถานะของกฎหมายต่างประเทศ กล่าวคือ ในสายตาของประเทศกลุ่มที่ใช้กฎหมายระบบ Civil Law มีฐานะเป็นปัญหาข้อกฎหมาย แต่ในสายตาของประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Common Law กลับมองว่ากฎหมายต่างประเทศเป็นปัญหาข้อเท็จจริง

ด้วยเหตุดังกล่าวการพิจารณาคุณสมบัติผู้เชี่ยวชาญในกลุ่มประเทศ Civil Law จึงไม่ใคร่จะมีปัญหา แต่ประเทศไทยเองแม้จะใช้กฎหมายในระบบ Civil Law หากแต่กลับมองว่าเป็นปัญหาข้อเท็จจริง

ดังนั้นประเทศไทยอาจนำข้อดีของสองระบบมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย เช่น การแก้ปัญหาคำความไม่ชัดเจนในเรื่องคุณสมบัติของประเทศไทย อาจผสมผสานแนวทางปฏิบัติของประเทศในกลุ่ม Common Law และ Civil Law กล่าวคือ อาจนำเกณฑ์คุณสมบัติของประเทศออสเตรเลียและอังกฤษมาใช้ในการกำหนดคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญกฎหมายต่างประเทศประกอบกับการนำแนวทางในการให้อำนาจผู้พิพากษามีบทบาทในการค้นหากฎหมายต่างประเทศของประเทศของประเทศไทยมาใช้ ซึ่งอาจจะกล่าวให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นได้ว่า ประเทศไทยอาจมีการกำหนดคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญกฎหมายต่างประเทศให้ชัดเจนอย่างเช่น ที่ประเทศออสเตรเลียได้บัญญัติไว้ใน (NSW) Evidence Act 1995, Article 174. ว่า “ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญกฎหมายต่างประเทศ ต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้กฎหมายต่างประเทศเป็นพิเศษ จากพื้นฐานของการฝึกฝน การศึกษา หรือ ประสบการณ์” เป็นต้น โดยอาจบัญญัติเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 98 หรือในมาตรา 98/1 ก็ได้ หรือ อาจจะประกาศเป็นข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยคุณสมบัติของพยานผู้เชี่ยวชาญกฎหมายต่างประเทศก็ได้

อย่างไรก็ตามด้วยวิธีการนำสืบทั้งเอกสารและพยานผู้เชี่ยวชาญนั้น แม้จะเป็นเรื่องที่ดีและรัดกุมสอดคล้องกับการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลอังกฤษและออสเตรเลีย แต่การพิสูจน์ดังกล่าวเป็นการสร้างภาระค่าใช้จ่ายให้แก่คู่ความอย่างยิ่ง ยกตัวอย่างเช่น พยานเอกสารภาษาต่างประเทศจะต้องมีค่าใช้จ่ายในการแปล การรับรองการแปล และการว่าจ้างให้ผู้แปลมาเบิกความยืนยันคำแปล และการว่าจ้างพยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความก็มีค่าใช้จ่ายสำหรับการเดินทาง ที่พัก ค่าจ้างผู้เชี่ยวชาญและค่าจ้างล่ามแปลคำเบิกความของผู้เชี่ยวชาญ จากการศึกษาแนวทางปฏิบัติของศาลต่างประเทศ อาจนำแนวทางเหล่านั้นมาปรับใช้เพื่อลดค่าใช้จ่ายของคู่ความลงได้ เช่น

(1) การจัดตั้งสถาบันแปลกฎหมายต่างประเทศของกระทรวงยุติธรรม (Foreign Law Translation Institute of Ministry of Justice) ไว้โดยเฉพาะ ด้วยวิธีการจัดตั้งให้เป็นองค์กรหนึ่งที่เป็นส่วนหนึ่งในศาลยุติธรรม และบุคลากรที่จะทำหน้าที่แปลเอกสารต้องผ่านการคัดเลือกและการฝึกอบรมตามหลักเกณฑ์ที่มีมาตรฐาน การจัดตั้งสถาบันแปลกฎหมาย

ต่างประเทศสามารถทำได้โดยไม่ต้องใช้งบประมาณมากนัก และ ยังจะก่อให้เกิดรายได้แก่รัฐเพิ่มขึ้นจากการคิดค่าบริการในการแปลกฎหมายต่างประเทศให้แก่คู่ความ และ คู่ความเองก็จะได้ประโยชน์เนื่องจากลดค่าใช้จ่ายในการรับรองการแปล และ ลดค่าใช้จ่ายในการว่าจ้างให้ผู้แปลเอกสารมาเบิกความยืนยันต่อศาล เพราะหากผ่านการแปลโดยสถาบันแปลกฎหมายต่างประเทศที่จัดตั้งโดยศาลยุติธรรมแล้วย่อมมีความน่าเชื่อถือได้พอสมควร

(2) การจัดตั้งสถาบันกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (The Institute for Foreign Law and Private International Law) ตามแนวทางปฏิบัติของประเทศเยอรมัน วิธีการจัดตั้งสถาบันดังกล่าวจะเป็นการลดค่าใช้จ่ายในการพยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความยังศาล และความเห็นของผู้เชี่ยวชาญจากสถาบันหรือศาสตราจารย์มีความน่าเชื่อถือเพียงพอแก่การรับฟังได้ เพียงแต่ก่อนที่ศาลจะนำกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้ตามความเห็นของผู้เชี่ยวชาญดังกล่าว ศาลต้องทำการบอกกล่าวแก่คู่ความที่เกี่ยวข้องให้ทราบเสียก่อน ทั้งนี้เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้คู่ความมีโอกาสโต้แย้งความเห็นของศาลเกี่ยวกับการรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ และ หากคู่ความได้ทำความเห็นแย้งความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ ศาลยังต้องนำความเห็นแย้งดังกล่าวมาประกอบการพิจารณาด้วยเสมอ

ซึ่งประเทศไทยอาจจัดตั้งสถาบันกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (The Institute for Foreign Law and Private International Law) และ นำมาประยุกต์ใช้กับแนวทางปฏิบัติของไทยเท่าที่เหมาะสม เช่น การให้คู่ความผู้มีหน้าที่พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศเป็นผู้ดำเนินการร้องขอและออกค่าใช้จ่ายในการขอให้ผู้เชี่ยวชาญในสถาบันดังกล่าวให้ความเห็นเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับคดีพิพาท ซึ่งจะเป็นการลดค่าใช้จ่ายได้มากและยังส่งผลให้วงวิชาการด้านกฎหมายของไทยพัฒนามากยิ่งขึ้น แต่ยังไม่ถึงกับให้ผู้พิพากษาศาลไทยเป็นผู้ขอคำปรึกษาจาก “เพื่อนของศาล” (*amicus curiae*) ในสถาบันดังกล่าวด้วยตนเอง

(3) การนำหลัก Doctrine of Precedent มาปรับใช้ในการรับฟังปัญหาข้อเท็จจริง กล่าวคือ หากศาลเคยพิจารณากฎหมายต่างประเทศใดในคดีก่อนหน้านี้แล้ว ศาลอาจหยิบยกกฎหมายต่างประเทศนั้นมาตัดสินในคดีนี้ได้ ดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยพยานหลักฐานในคดีแพ่งของอังกฤษ ค.ศ. 1972 มาตรา 4 (2) แต่ในคดีก่อนหน้านี้จะต้องมีการจัดทำรายงานหรือมีการบันทึกอย่างเหมาะสม และได้พิจารณาอย่างรอบด้านแล้วในการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ ตลอดจนคู่ความในคดีนี้ไม่ได้โต้แย้งการนำหลักดังกล่าวมาใช้ด้วย

4.3.2 หลักเกณฑ์และวิธีการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ

ในทางปฏิบัติการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยยังไม่มีที่แพร่หลายมากนัก เห็นได้จากสถิติคดีการชำระระหว่างประเทศในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางในช่วงวันที่ 1 ธันวาคม 2540 ถึงวันที่ 30 กันยายน 2547 มีคดีที่ขึ้นสู่ศาลทั้งสิ้น 21,276 คดี (ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา) ในจำนวนนี้มีคดีการชำระระหว่างประเทศ 3,255 คดี เป็นคดีที่โจทก์

มีสัญญาอื่น 39 รายและคดีที่จำเลยมีสัญญาอื่น 94 ราย จึงเห็นว่าคดีส่วนหนึ่งที่ขึ้นสู่ศาลนี้เป็นคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศ (พิจารณาเฉพาะสัญญาของคู่ความ) แต่มีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศเพียง 2 คดี ได้แก่ คดีหมายเลขแดงที่ 473/2544 และคดีหมายเลขแดงที่ 109/2545¹⁰⁵

ในปัจจุบันนี้กล่าวได้ว่าการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยยังไม่มีกฎหมายบัญญัติหลักเกณฑ์ที่แน่นอนและยังไม่มีตัวอย่างแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจน ซึ่งการศึกษาให้ทราบหลักเกณฑ์การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยในเบื้องต้นอาจต้องศึกษาเทียบเคียงกับการพิสูจน์ข้อเท็จจริงคดีแพ่งในศาลไทย เนื่องจากในสายตาของศาลไทยมองว่ากฎหมายต่างประเทศมีสถานะเป็นข้อเท็จจริง ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการวิเคราะห์แนวทางการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในแง่มุมต่างๆได้

ดังนั้นในบทนี้จะได้ทำการศึกษาแนวทางพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีแพ่งของศาลไทยในด้านต่างๆ เช่น หลักทั่วไปในการสืบพยาน, หลักเกณฑ์การนำสืบพยานหลักฐานในลักษณะต่างๆ ตลอดจนมาตรฐานในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง

4.3.2.1 ระบบการค้นหาความจริงในศาลไทย

ประเทศไทยแม้จะใช้กฎหมายในระบบ Civil Law (ระบบประมวลกฎหมาย) และกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็ได้ถูกบัญญัติไว้ในรูปประมวลกฎหมาย แต่หากพิจารณากระบวนการสืบพยานในคดีแพ่งโดยรวมแล้ว จะพบว่าเนื้อหาส่วนใหญ่มาจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของอังกฤษ กล่าวคือ ผู้พิพากษาจะวางตัวเป็นกลางเหมือนกรรมการและให้คู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยานหลักฐานเข้าสืบ แล้วจึงจะทำการพิพากษาคดีตามพยานหลักฐานที่คู่ความทั้งสองฝ่ายเสนอเข้ามา

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งส่วนใหญ่ของไทยมีความเป็นระบบกล่าวหา กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงมีหลักกฎหมายในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐาน (Admissibility of Evidence) ว่าพยานหลักฐานชิ้นนั้นรับฟังได้หรือไม่ ต้องห้ามรับฟังหรือไม่ เป็นต้น ตัวอย่างพยานหลักฐานที่ห้ามรับฟัง เช่น การห้ามมิให้รับฟังเอกสารที่เป็นเท็จหรือพยานหลักฐานปลอม, พยานหลักฐานที่พุ่มเพื่อยเกินสมควร หรือประวิงให้ชักช้า หรือไม่เกี่ยวข้องประเด็น ดังที่ปรากฏในมาตรา 86 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง¹⁰⁶ เป็น

¹⁰⁵ กมลสินทร์ พินิจกุล และ สุวิชา นาควัชระ, “การใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง, สืบค้นจาก www.library.coj.co.th, หน้า 9-10.

¹⁰⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 86 วรรคสอง.

ต้น อีกทั้งต้องเป็นพยานหลักฐานที่เข้าสู่สำนวนคดีโดยชอบด้วยกฎหมาย (Production of Evidence) เช่น ต้องไม่เป็นพยานหลักฐานที่เป็นเท็จหรือปลอม, พยานบุคคลที่น่าสับสนไขพยานเอกสาร, พยานเอกสารที่ได้มีการปิดอากรแสตมป์, พยานหลักฐานที่มีได้ระบุไว้ในบัญชีพยานหรือ มิได้ยื่นบัญชีพยานต่อศาลก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ตามมาตรา 88 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง¹⁰⁷ ทั้งนี้หลักการรับฟังพยานหลักฐานของศาลไทย ย่อมเป็นไปตามที่ระบุไว้ในบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยเรื่องพยานหลักฐานที่ศาลรับฟังได้ ตามมาตรา 87 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง¹⁰⁸

ส่วนหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ไม่เกี่ยวกับประเด็นกิติ พยานหลักฐานที่มีได้นำเข้ามาในสำนวนคดีโดยชอบด้วยกฎหมายกิติ ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กล่าวคือ ศาลจะปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ เช่น พยานหลักฐานที่เป็นเท็จหรือปลอม หรือเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ แต่ได้ยื่นฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งจะเป็นการสอดคล้องกับหลักระบบการสืบพยานแบบกล่าวหา ที่ศาลวางตัวเป็นกรรมการให้ผู้เล่นทั้งสองฝ่ายทำตามกฏกติกาในการนำเสนอพยานหลักฐาน หากผู้เล่นฝ่ายใดฝ่าฝืนกฏกติกาดังกล่าวศาลก็ต้องปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ยื่นมาโดยฝ่าฝืนนั้น อย่างไรก็ตามกฎหมายไทยยังคงมีลักษณะที่ผ่อนปรนในเรื่อง

“เมื่อศาลเห็นว่าพยานหลักฐานใดฟังเพื่อยืนยันสมควร หรือประวิงให้ชักช้า หรือไม่เกี่ยวแก่ประเด็น ให้ศาลมีอำนาจจัดการสืบพยานหลักฐานเช่นนั้น หรือพยานหลักฐานอื่นต่อไป”

¹⁰⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 88 วรรคหนึ่ง.

“เมื่อคู่ความฝ่ายใดมีความจำนงค์ที่จะอ้างอิงเอกสารฉบับใดหรือคำเบิกความของพยานคนใด หรือมีความจำนงค์ที่จะให้ศาลตรวจบุคคล วัตถุ สถานที่ หรืออ้างอิงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลตั้งหรือความเห็นของผู้มีความรู้เชี่ยวชาญ เพื่อเป็นพยานหลักฐานสนับสนุนข้ออ้างหรือข้อเถียงของตน ให้คู่ความฝ่ายนั้นยื่นบัญชีระบุพยานต่อศาลก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน โดยแสดงเอกสารหรือสภาพของเอกสารที่จะอ้าง และรายชื่อ ที่อยู่ของบุคคล ผู้มีความรู้เชี่ยวชาญ วัตถุ หรือสถานที่ซึ่งคู่ความฝ่ายนั้นระบุอ้างเป็นพยานหลักฐาน หรือขอให้ศาลไปตรวจ หรือขอให้ตั้งผู้เชี่ยวชาญ แล้วแต่กรณี พร้อมทั้งสำเนาบัญชีระบุพยานดังกล่าวในจำนวนที่เพียงพอ เพื่อให้คู่ความฝ่ายอื่นมารับไปจากเจ้าพนักงานศาล”

¹⁰⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 87.

“ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานใด เว้นแต่

- (1) พยานหลักฐานนั้นเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่คู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในคดีจะต้องนำสืบ และ
- (2) คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานหลักฐานได้แสดงความจำนงค์ที่จะอ้างอิงพยานหลักฐานนั้นตั้งที่บัญชีไว้ในมาตรา 88 และ 90 แต่ถ้าศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมจำเป็นจะต้องสืบพยานหลักฐานอื่นสำคัญซึ่งเกี่ยวกับประเด็นข้อสำคัญในคดีโดยฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของอนุमतรานี้ ให้ศาลมีอำนาจรับฟังพยานหลักฐานเช่นนั้นได้”

ดังกล่าวอยู่บ้าง โดยกฎหมายยังคงเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานตลอดจนอำนาจของศาลที่จะมีคำสั่งในบางเรื่องได้เองโดยคู่ความไม่ต้องร้องขอ เช่น มาตรา 86 วรรค 3¹⁰⁹ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจในการเรียกพยานที่เกี่ยวกับประเด็นมาสืบเพิ่มเติมได้ ซึ่งเป็นการนำระบบไต่สวนมาประยุกต์ใช้อีกด้วย

4.3.2.2 ผู้ที่มีหน้าที่พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ

การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนั้น เนื่องจากผู้พิพากษาศาลไทยถือว่ากฎหมายต่างประเทศเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 ตามหลักที่ว่าผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นนำสืบ อย่างไรก็ตามระบบการค้นหาความจริงของไทยยังมีลักษณะของระบบไต่สวนผสมอยู่ด้วย กล่าวคือ กฎหมายยังคงเปิดช่องให้อำนาจศาลในการค้นหาความจริงได้ดังที่ปรากฏในมาตรา 86 วรรค 3 ได้บัญญัติไว้ว่า “อำนาจของศาลในการสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติม หรือเรียกพยานที่สืบแล้วมาสืบใหม่โดยไม่ต้องมีฝ่ายใดร้องขอ” การใช้อำนาจของศาลในการค้นหาความจริงประกอบด้วยหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้¹¹⁰

- (1) เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม
- (2) เป็นการจำเป็นที่จะต้องสืบพยานหลักฐานนั้นต่อไป
- (3) พยานหลักฐานนั้นต้องเกี่ยวกับประเด็นในคดี
- (4) โดยพยานหลักฐานที่ศาลนำมาสืบเพิ่มเติมตามมาตรา 86 วรรค

สาม ไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องระบุพยานตามมาตรา 88¹¹¹

กรณีจึงเป็นที่สงสัยว่าศาลไทยจะมีอำนาจพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศได้หรือไม่ การใช้อำนาจของศาลไทยตามมาตรา 86 ดังกล่าวอยู่ภายใต้เงื่อนไขเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม และการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยเป็นไปตามกลไกของกฎหมายขัดกันซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้พิพากษาสามารถเลือกใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของต่างประเทศได้อย่างถูกต้องและเหมาะสมโดยคำนึงถึงจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดกับนิติสัมพันธ์นั้น ๆ มากที่สุดและเพื่อให้

¹⁰⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 86 วรรคสาม.

“เมื่อศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเป็นการจำเป็นที่จะต้องนำพยานหลักฐานอื่นอันเกี่ยวกับประเด็นในคดีมาสืบเพิ่มเติมให้ศาลทำการสืบพยานหลักฐานต่อไป ซึ่งอาจรวมทั้งการที่จะเรียกพยานที่สืบแล้วมาสืบใหม่ด้วย โดยไม่ต้องมีฝ่ายใดร้องขอ”

¹¹⁰ สมชัย ธีมาอุดมกร, พยานหลักฐาน, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย)), พ.ศ. 2551 หน้า. 93.

¹¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2301/2545 : “ศาลชั้นต้นมีคำสั่งอนุญาตให้ทำแผนที่วิวาทเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 86 วรรคท้าย ซึ่งสามารถสั่งได้เองโดยไม่ต้องมีฝ่ายใดร้องขอหรือจะสั่งตามคำคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอก็ได้ เมื่อศาลอนุญาตแล้วแม้คู่ความจะมีได้ระบุพยานเพิ่มเติมศาลก็สามารถรับฟังพยานหลักฐานที่มีการสืบเพิ่มเติมนั้นได้ตามมาตรา 87(2) ส่วนพยานหลักฐานนั้นจะมีน้ำหนักกับฟังได้เพียงใดเป็นเรื่องของการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน”

คดีที่มีข้อเท็จจริงเดียวกันไม่ว่าจะฟ้องต่อศาลประเทศใดในโลกย่อมจะทำให้คำพิพากษาเป็นไปในทิศทางเดียวกัน หากไม่ใช้กฎหมายขัดกันแล้วก็ยังไม่อาจถือโดยเด็ดขาดว่าคดีนั้นจะขาดความยุติธรรมและคำว่า “ประโยชน์แห่งความยุติธรรม” น่าจะหมายถึง ความยุติธรรมในการพิสูจน์ในเนื้อหาข้อเท็จจริงของคดีเท่านั้น จึงกล่าวได้ว่าการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยยังคงเป็นหน้าที่ของคู่ความ โดยศาลไม่อาจใช้อำนาจในการสืบพยานเพิ่มเติมหรือเรียกพยานมาสืบแล้วมาสืบใหม่ ตามนัยแห่งมาตรา 86 วรรคสาม

หากประเทศไทยต้องการสนับสนุนการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยตามกลไกแห่งกฎหมายขัดกัน อาจทำได้โดยวิธีการแก้ไขกฎหมายกำหนดให้ศาลไทยมีอำนาจในการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศได้ดังเช่นที่เคยปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกา ตามกฎข้อ 44.1 Federal Rules of Civil Procedure¹¹² ซึ่งแต่เดิมในทางปฏิบัติของศาลอเมริกาก่อนมีการประกาศใช้กฎข้อดังกล่าวเมื่อปี ค.ศ. 1966 ก็ถือว่ากฎหมายต่างประเทศมีสถานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริงเช่นเดียวกับประเทศไทย ศาลไม่สามารถรู้เอง คู่ความที่ประสงค์จะให้ศาลใช้กฎหมายต่างประเทศจะต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์ต่อศาล¹¹³ และผู้พิพากษาไม่สามารถค้นหาหรือค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศด้วยตนเองได้ หากคู่ความไม่กล่าวอ้างและพิสูจน์เนื้อหาความตลอดจนถึงการใช้และการตีความกฎหมายต่างประเทศด้วยแล้ว ผู้พิพากษาอเมริกันจะปฏิเสธที่จะใช้กฎหมายต่างประเทศแต่ละใช้กฎหมายอเมริกันแทน¹¹⁴

แต่การบังคับใช้กฎข้อที่ 44.1 นี้ในเบื้องต้นก็ได้ถูกวิจารณ์จากนักกฎหมายอเมริกันแบ่งเป็น 2 ฝ่ายทั้งที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วย¹¹⁵ โดยฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย เช่น Milton Pollack ผู้พิพากษาศาลภาคใต้ของรัฐนิวยอร์ก (Southern District of New York (“SDNY”)) เห็นว่าเป็นการสร้างภาระงานให้แก่ผู้พิพากษามากขึ้น และ นักกฎหมายในศาลสูงสุดของนิวยอร์กได้แสดงความเห็นว่าหากประเด็นกฎหมายต่างประเทศปรากฏขึ้น ผู้พิพากษาก็หวังว่าคู่ความจะชักชวนให้ศาลใช้กฎหมายภายในมากกว่า ทั้งสองความเห็นจึงเป็นการยืนยันความไม่เห็นด้วยกับกฎข้อที่ 44.1 นี้ ส่วนฝ่ายที่เห็นด้วย เช่น Judge Roger Miner กล่าวว่า ผู้พิพากษาผู้พิจารณากฎหมายต่างประเทศ ต้องพิจารณาเอกสารและข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง และ การสืบพยาน ไม่ว่างจะ

¹¹² Rule 44.1 of Federal Rules of Civil Procedure

“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.”

¹¹³ See Louise Ellen Teiz, From the Courthouse in Tobago to the Internet law of Macao, Yearbook of Private International Law, Vol.2 (2000), p.139.

¹¹⁴ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7, หน้า 221.

¹¹⁵ See The Committee on International Commercial Dispute Resolution Association of the Bar of the City of New York, Proof of Foreign Law after Four Decades with Rule 44.1 FRCP and CPLR 4511.

ได้รับการเสนอเข้ามาโดยคู่ความหรือยื่นเข้ามาโดยถูกต้องตามกฎหมายลักษณะพยานหรือไม่ก็ตาม

หลักเกณฑ์การบังคับใช้กฎข้อที่ 44.1 นี้ ยังคงให้การกล่าวอ้างเป็นหน้าที่ของคู่ความฝ่ายที่ต้องการกล่าวอ้างให้ศาลปรับใช้กฎหมายต่างประเทศ ต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรให้ศาลและคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบในเวลาอันสมควร อย่างไรก็ตามยังเป็นที่สงสัยว่าหากคู่ความไม่กล่าวอ้างผู้พิพากษาอเมริกันสามารถหยิบยกกฎหมายต่างประเทศขึ้นพิจารณาเองได้หรือไม่ แต่ในทางปฏิบัติศาลอเมริกันก็ยังยึดติดกับแนวทางปฏิบัติเดิม คือ ปล่อยให้คู่ความในการกล่าวอ้างก่อน

ส่วนในเรื่องการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในกฎข้อ 44.1 เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจหรือช่องทางที่จะค้นคว้าและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศได้มากขึ้น รวมถึงการริเริ่มค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศด้วยตนเองได้¹¹⁶ แต่ในทางปฏิบัติผู้พิพากษาอเมริกันก็ไม่นิยมใช้วิธีการขอความเห็นจากสถาบันกฎหมายเปรียบเทียบอย่างผู้พิพากษาประเทศภาคพื้นยุโรป แต่จะนิยมใช้วิธีให้พยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความในศาลและให้ฝ่ายตรงข้ามสามารถถามค้านได้แทน¹¹⁷

4.3.2.3 วิธีการสืบพยานในศาลไทย

เนื่องจากพยานหลักฐานที่จะนำมาพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย ได้แก่ พยานเอกสาร และ พยานผู้เชี่ยวชาญ วิธีการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย จึงอยู่ภายใต้กฎหมายลักษณะพยานซึ่งต้องคำนึงถึงด้วย ดังนั้น การศึกษาวิธีการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจึงควรศึกษาถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวิธีการนำสืบพยานในศาลไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องด้วย เช่น 1) วิธีการสืบพยานบุคคล เนื่องจากพยานผู้เชี่ยวชาญก็ถือเป็นพยานบุคคลประเภทหนึ่ง, 2) วิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ เนื่องจากการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศต้องพิสูจน์ด้วยการเบิกความของผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งวิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญก็ได้มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ, 3) วิธีการสืบพยานเอกสาร เนื่องจากตัวบทกฎหมายต่างประเทศ ถือเป็นพยานเอกสารประเภทหนึ่ง

(1) วิธีการสืบพยานบุคคล (Witness)

หลักการสืบพยานบุคคลประการแรก ได้แก่ คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างพยานบุคคลโดย่อมมีหน้าที่ต้องพาพยานบุคคลนั้นมายังศาลเพื่อเบิกความ หากสามารถพาพยานมาได้ย่อมไม่มีปัญหา ซึ่งโดยทั่วไปจะเรียกพยานที่คู่ความสามารถพามาศาลเองได้ว่า “พยานนำ” แต่หากไม่สามารถพาพยานมาเบิกความด้วยตนเองได้ อาจต้องขอให้ศาลออกหมายเรียกให้พยาน

¹¹⁶ See *Micheal v SS Thanasis*; *Kearney v Savannah Foods & Industries, Inc.*

¹¹⁷ See Albert A. Ehrenzweig, *Private International Law* (1974), pp. 192-193.

บุคคลนั้นเข้ามาเบิกความต่อศาล ซึ่งจะเรียกพยานที่ต้องออกหมายเรียกให้มาเบิกความยังศาลว่า “พยานหมาย”

พยานหมายที่ได้รับหมายเรียกให้มาศาลโดยชอบแล้ว หากไม่มาตามกำหนดนัด ถือว่าเป็นพยานที่ขัดขึ้นหมายเรียก อาจถูกศาลออกหมายจับ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 111 (2) และมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 170 เว้นแต่มีเหตุเจ็บป่วยหรือมีข้อแก้ตัวอันจำเป็นอย่างอื่นโดยได้แจ้งเหตุขึ้นให้ศาลทราบแล้ว และศาลเห็นว่าข้ออ้างหรือข้อแก้ตัวนั้นฟังได้¹¹⁸ อย่างไรก็ตามมีพยานบุคคลบางประเภทที่ออกหมายเรียกไม่ได้ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 106/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง¹¹⁹ อย่างไรก็ตามมีบุคคลอีกสองประเภทที่เป็นพยานแต่มีสิทธิที่จะไม่เบิกความ ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 115¹²⁰ และ มาตรา 92¹²¹ นอกจากนั้นพยาน

¹¹⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 108.

“พยานที่ได้รับหมายเรียกโดยชอบดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 106 และมาตรา 107 นั้น จำต้องไป ณ สถานที่และตามวันเวลาที่กำหนดไว้ เว้นแต่มีเหตุเจ็บป่วยหรือมีข้อแก้ตัวอันจำเป็นอย่างอื่นโดยได้แจ้งเหตุขึ้นให้ศาลทราบแล้ว และศาลเห็นว่าข้ออ้างหรือข้อแก้ตัวนั้นฟังได้”

¹¹⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 106.

“ห้ามมิให้ออกหมายเรียกพยานดังต่อไปนี้

- (1) พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ไม่ว่ากรณีใด ๆ,
- (2) พระภิกษุและสามเณรในพุทธศาสนา ไม่ว่าในกรณีใด ๆ และ
- (3) ผู้ที่ได้รับเอกสิทธิ์หรือความคุ้มกันตามกฎหมาย ดังที่บัญญัติไว้ใน

ในกรณีตาม (2) และ (3) ให้ศาลหรือผู้พิพากษาที่รับมอบ หรือศาลที่ได้รับแต่งตั้งออกคำบอกกล่าวว่าจะสืบพยานนั้น ณ สถานที่และวันเวลาใดแทนการออกหมายเรียก โดยในกรณีตาม (2) ให้ส่งไปยังพยานส่วนตาม (3) ให้ส่งคำบอกกล่าวไปยังสำนักงานศาลยุติธรรมเพื่อดำเนินการตามบทบัญญัติว่าด้วยการนั้น หรือตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ”

¹²⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 115.

“พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์หรือพระภิกษุและสามเณรในพุทธศาสนา แม้มาเป็นพยานจะไม่ยอมเบิกความหรือตอบคำถามใด ๆ ก็ได้สำหรับบุคคลที่ได้รับเอกสิทธิ์หรือความคุ้มกันตามกฎหมายจะไม่ยอมเบิกความหรือตอบคำถามใด ๆ ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ตามกฎหมายนั้น ๆ ก็ได้”

¹²¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 92.

“ถ้าคู่ความหรือบุคคลใดจะต้องเบิกความหรือนำพยานหลักฐานชนิดใด ๆ มาแสดง และคำเบิกความหรือพยานหลักฐานนั้นอาจเปิดเผย

บุคคลที่มาเบิกความยังศาลยังมีสิทธิไม่ตอบคำถามที่อาจทำให้พยานหรือคู่ความอีกฝ่ายหรือบุคคลภายนอกต้องรับโทษทางอาญา หรือคำถามที่เป็นการหมิ่นประมาทพยาน เว้นแต่ คำถาม เช่นว่านั้นเป็นข้อสาระสำคัญในอันจะชี้ขาดข้อพิพาท ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 118 วรรคสาม

รูปแบบการสืบพยานบุคคลของไทย จะใช้ระบบการซักถามพยานฝ่ายตรงข้าม (cross-examination) และในทางปฏิบัติเมื่อได้ตัวพยานมาอยู่ต่อหน้าศาลแล้ว ก่อนพยานจะเบิกความ พยานต้องสาบานตนหรือปฏิญาณตนตามลัทธิศาสนาหรือจารีตประเพณีแห่งชาติของตนก่อน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 112 วรรคแรก จากนั้นศาลจะรายละเอียดเบื้องต้นของพยานจนเสร็จ ต่อจากนั้นฝ่ายที่นำพยานเข้าสืบก็จะมาถามพยานเรียกว่า “การซักถาม” หลังจากนั้นจะให้คู่ความฝ่ายอื่นถามพยานปากนั้น เรียกว่า “การถามค้าน” และสุดท้ายฝ่ายที่นำพยานเข้าสืบมีโอกาสถามพยานปากนั้นอีกครั้ง เรียกว่า “การถามตง” เมื่อถามตงเสร็จแล้วห้ามมิให้คู่ความฝ่ายใดถามพยานอีก เว้นแต่ ศาลอนุญาต และ หากศาลอนุญาต คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งย่อมถามค้านพยานได้อีกในข้อที่เกี่ยวกับคำถามนั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 117 วรรคสี่

คุณสมบัติของพยานบุคคลที่จะมาเบิกความยังศาลได้ก็จะต้องเป็นพยานบุคคลที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย กล่าวคือ ต้องเป็นพยานที่สามารถเข้าใจคำถามและสามารถตอบคำถามได้ และ เป็นพยานที่พบเห็นการเหตุการณ์ด้วยตนเอง พยานต้องเบิกความด้วยวาจา และ ห้ามไม่ให้พยานอ่านข้อความที่เขียนมา เว้นแต่ จะได้รับอนุญาตจากศาลหรือเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 113 เนื่องจากกฎหมายต้องการให้พยานเบิกความด้วยความทรงจำของตนเองอย่างแท้จริง มีข้อยกเว้นโดยให้ทำบันทึกถ้อยคำเป็นหนังสือยืนยันข้อเท็จจริงหรือความเห็นส่งต่อศาลแทนการไปเบิกความด้วยวาจาต่อหน้าศาล

(1) หนังสือราชการหรือข้อความอันเกี่ยวกับงานของแผ่นดินซึ่งโดยสภาพจะต้องรักษาเป็นความลับไว้ชั่วคราวหรือตลอดไป และคู่ความหรือบุคคลนั้นเป็นผู้รักษาไว้ หรือได้ทราบมาโดยตำแหน่งราชการ หรือในหน้าที่ราชการหรือกึ่งราชการอื่นใด

(2) เอกสารหรือข้อความที่เป็นความลับใด ๆ ซึ่งตนได้รับมอบหมายหรือบอกเล่าจากลูกความในฐานะที่ตนเป็นทนายความ

(3) การประดิษฐ์ แบบ หรือการงานอื่น ๆ ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไม่ให้เปิดเผย

คู่ความหรือบุคคลเช่นว่านั้นชอบที่จะปฏิเสธไม่ยอมเบิกความหรือนำพยานหลักฐานนั้น ๆ มาแสดงได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้ที่เกี่ยวข้องให้เปิดเผยได้...”

ได้ 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรกพยานอยู่ต่างประเทศ คู่ความมีคำร้องร่วมกันและศาลเห็นสมควรให้ คู่ความส่งบันทึกถ้อยคำพยานได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 120/2 วรรคหนึ่ง หรือ กรณีที่สอง พยานอยู่ในประเทศ คู่ความฝ่ายหนึ่งร้องขอ คู่ความอีกฝ่ายไม่คัดค้าน และ ศาลเห็นสมควรอนุญาต ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 120/1 วรรค หนึ่ง และ จะต้องยื่นคำร้องแสดงความจำนงพร้อมเหตุผลต่อศาลก่อนวันชี้สองสถาน หรือก่อนวัน สืบพยาน ในกรณีที่ไม่มีคำชี้สองสถาน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 120/1 วรรคสอง

ห้ามพยานเบิกความต่อหน้าพยานอื่นที่จะเบิกความในภายหลัง ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 114 ภาษาที่ใช้เบิกความในศาล ต้องเป็น ภาษาไทย หากพยานไม่สามารถฟังและตอบเป็นภาษาไทยได้ คู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้องเป็นผู้จัดหา ล่าม ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 46 วรรคสี่ ในทางปฏิบัติฝ่ายที่อ้าง พยานบุคคลต่างประเทศจะเป็นผู้จัดหาล่ามมาแปลภาษา และ คู่ความอีกฝ่ายก็จะจัดหาล่ามมา ตรวจสอบการแปลของล่ามคนนั้นด้วย และ ล่ามแปลภาษานั้นไม่จำเป็นต้องเป็นล่ามที่ทางราชการ จัดหาหรือรับรอง เพียงแต่เป็นผู้ที่มีความสามารถแปลให้ผู้ที่ไม่รู้ภาษาเข้าใจได้ก็ใช้ได้

(2) วิธีการพินิจพยานผู้เชี่ยวชาญ (Expert witness)

พยานผู้เชี่ยวชาญ หมายถึง บุคคลผู้มีความรู้เชี่ยวชาญในศิลปะ วิทยาศาสตร์ การฝีมือ การค้า หรือการทำงานที่ทำ หรือในกฎหมายต่างประเทศ และซึ่งความเห็น ของพยานอาจเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อความในประเด็น ทั้งนี้ไม่ว่าพยานจะเป็นผู้มี อาชีพในการนั้นหรือไม่ ตามที่บัญญัติในมาตรา 98 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ แพ่ง¹²²

พยานผู้เชี่ยวชาญในคดีนั้น อาจเกิดขึ้นจากการแต่งตั้งโดยศาล หรือ โดย คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาสืบเป็นพยานของตนก็ได้ ตามมาตรา 99 แห่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง¹²³ ซึ่งมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ พยานผู้เชี่ยวชาญที่

¹²² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 98.

“คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะอ้างบุคคลใดเป็นพยานของตนก็ได้เมื่อบุคคลนั้นเป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญ ในศิลปะวิทยาศาสตร์ การฝีมือ การค้า หรือการทำงานที่ทำ หรือในกฎหมายต่างประเทศ และซึ่งความเห็นของ พยานอาจเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อความในประเด็น ทั้งนี้ ไม่ว่าพยานจะเป็นผู้มีอาชีพในการนั้น หรือไม่”

¹²³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 99.

ศาลตั้ง อาจถูกคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งคัดค้านได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 129 (2)¹²⁴ อีกทั้งพยานยังมีสิทธิที่จะทำความเห็นด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือก็ได้ ตามมาตรา 130¹²⁵ ส่วนพยานผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาเป็นพยานนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายตรงข้ามคัดค้านได้ และ พยานผู้เชี่ยวชาญนั้นต้องเบิกความต่อศาลด้วยวาจาเสมอ แต่จะทำความเห็นเป็นหนังสือประกอบด้วยก็ได้

อย่างไรก็ตาม พยานผู้เชี่ยวชาญก็ยังคงถือเป็นพยานบุคคลประเภทหนึ่ง ดังนั้น การเบิกความต่อศาลของพยานผู้เชี่ยวชาญ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 130 บัญญัติให้นำบทบัญญัติในลักษณะนี้ว่าด้วยพยานบุคคลมาใช้บังคับโดยอนุโลม ส่วนสถานะของความเห็นผู้เชี่ยวชาญเป็นการแสดงความเห็นตามหลักวิชาการ มิใช่พยานบอกเล่า แต่ศาลไม่จำต้องรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญเสมอไป ศาลอาจพิจารณาจากพยานหลักฐานแล้ววินิจฉัยชี้ขาดไปตามพยานหลักฐานก็ได้ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2576/2526 : “สิ่งใดที่บุคคลธรรมดาอาจตรวจเห็นได้แล้ว ศาลก็ย่อมตรวจเห็นเองได้ ศาลจึงมีอำนาจตรวจลายมือชื่อจำเลยในเอกสารหลายฉบับเปรียบเทียบกัน เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีได้ โดยศาลเชื่อว่าเป็นลายมือชื่อของบุคคลเดียวกัน ทั้งที่ผู้เชี่ยวชาญได้ตรวจพิสูจน์แล้วลงความเห็นได้แต่เพียงว่าน่าจะเชื่อว่าจะไม่ใช่ลายมือชื่อของบุคคลคนเดียวกัน”

(3) วิธีการพิสูจน์พยานเอกสาร

“ถ้าศาลเห็นว่าจำเป็นที่จะต้องตรวจบุคคล วัตถุ สถานที่ หรือตั้งผู้เชี่ยวชาญที่บัญญัติไว้ในมาตรา 129 และ 130 เมื่อศาลเห็นสมควร ไม่ว่าการพิจารณาจะอยู่ในชั้นใด หรือเมื่อมีคำขอของคู่ความฝ่ายใด ฝ่ายใด บังคับแห่งบทบัญญัติมาตรา 87 และ 88 ให้ศาลมีอำนาจออกคำสั่งกำหนดการตรวจหรือการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ เช่นว่านั้นได้

บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ไม่ตัดสิทธิของคู่ความในอันที่จะเรียกบุคคลผู้มีความรู้เชี่ยวชาญมาเป็นพยานฝ่ายตนได้”

¹²⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 129 (2).

“ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งอาจถูกคัดค้านได้ และต้องสาบานหรือปฏิญาณตน ทั้งมีสิทธิที่จะได้รับค่าธรรมเนียมและรับค่าใช้จ่ายที่ได้ออกไปตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงว่าด้วยการนั้น”

¹²⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 130.

“ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งอาจแสดงความเห็นด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือก็ได้ แล้วแต่ศาลจะต้องการ ถ้าศาลยังไม่เป็นที่พอใจในความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ทำเป็นหนังสือนั้น หรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดเรียกร้องโดยทำเป็นหนังสือ หรือเรียกให้มาศาลเพื่ออธิบายด้วยวาจา หรือให้ตั้งผู้เชี่ยวชาญคนอื่นอีก

ถ้าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลตั้งจะต้องแสดงความเห็นด้วยวาจา หรือ ต้องมาศาลเพื่ออธิบายด้วยวาจาให้นำบทบัญญัติในลักษณะนี้ว่าด้วยพยานบุคคลมาใช้บังคับโดยอนุโลม”

ความหมายของคำว่า “เอกสาร” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1

(7) หมายถึง “กระดาษหรือวัตถุอื่นใดซึ่งได้ทำให้ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข พังหรือแผนแบบอย่างอื่น จะเป็นโดยวิธีพิมพ์ ถ่ายภาพหรือวิธีอื่นอันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้น” ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า พยานเอกสาร หมายถึง พยานหลักฐานที่มีการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร หรือ ด้วยรูปรอยใด ๆ อันเป็นการสื่อความหมายในภาษาใดภาษาหนึ่งเอกสารภาษาต่างประเทศ แต่มีพยานหลักฐานประเภทหนึ่งที่ได้รับการนิยามในปัจจุบัน อันได้แก่ ข้อมูลทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นกรณีสงสัยว่าสื่อความหมายได้เหมือนกัน แต่หากพิจารณาความหมายคำว่าพยานเอกสารแล้ว อาจกล่าวได้ว่าข้อมูลทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ไม่ใช่พยานเอกสาร เนื่องจากไม่มีวัตถุใดรองรับ เหมือนดังเช่น กระดาษ ผ้า หนังสือ ฯ ด้วยเหตุดังกล่าวพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2551 จึงบัญญัติป้องกันปัญหาข้อสงสัย โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวว่า “ภายใต้บทบัญญัติแห่งมาตรา 9 ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การใดต้องทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีเอกสารมาแสดง ถ้าได้มีการจัดทำข้อความขึ้นเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถเข้าถึงและนำกลับมาใช้ได้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง ให้ถือว่าข้อความนั้นได้ทำเป็นหนังสือ หรือมีเอกสารมาแสดงแล้ว” และในมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันยังได้บัญญัติป้องกันปัญหาการโต้แย้งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ว่าเป็นเอกสารต้นฉบับหรือไม่ว่า “ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้นำเสนอหรือเก็บรักษาข้อความใดในสภาพที่เป็นมาแต่เดิมอย่างเอกสารต้นฉบับ ถ้าได้นำเสนอหรือเก็บรักษาในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าได้มีการนำเสนอหรือเก็บรักษาเป็นเอกสารต้นฉบับตามกฎหมายแล้ว...” อีกด้วย

หลักเกณฑ์การอ้างเอกสารเป็นพยานในคดีแพ่ง ประกอบด้วยหลักเกณฑ์สำคัญ 2 ประการ ดังนี้

1. การอ้างเอกสารเป็นพยานต้องส่งสำเนา หมายถึง การส่งสำเนาเอกสารที่ใช้อ้างเป็นพยานให้คู่ความฝ่ายอื่น ก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 90 เพื่อให้คู่ความฝ่ายอื่นได้ตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงของพยานเอกสาร อย่างไรก็ตามหากเอกสารที่อ้างเป็นพยานนั้น เป็นเอกสารเป็นชุดซึ่งคู่ความฝ่ายอื่นทราบหรือสามารถตรวจสอบได้โดยง่าย หรือ เป็นเอกสารที่อยู่ในความครอบครองของคู่ความฝ่ายอื่น หรือ เป็นเอกสารที่หากคัดสำเนาแล้วจะทำให้กระบวนการพิจารณาล่าช้าเป็นที่เสื่อมเสียแก่คู่ความฝ่ายที่อ้างอิงเอกสารนั้น คู่ความฝ่ายที่อ้างเอกสารอาจขออนุญาตงดการยื่นสำเนาเอกสาร

นั้นและขอยื่นต้นฉบับเอกสารแทน เพื่อให้ศาลหรือคู่ความฝ่ายอื่นตรวจสอบตามเงื่อนไขที่ศาลเห็นสมควรก็ได้

2. การอ้างเอกสารเป็นพยานต้องส่งต้นฉบับ เนื่องจาก ตามมาตรา 93 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติให้การอ้างเอกสารเป็นพยานหลักฐานให้ยอมรับฟังได้เฉพาะต้นฉบับเอกสารเท่านั้น เว้นแต่ คู่ความที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายตกลงกันว่าสำเนาเอกสารนั้นถูกต้อง หรือ เอกสารต้นฉบับไม่อาจนำมาได้ เพราะถูกทำลายโดยเหตุสุดวิสัย สูญหาย หรือ ไม่สามารถนำมาได้โดยประการอื่น อันมิใช่เกิดจากพฤติการณ์ที่ผู้อ้างต้องรับผิดชอบ หรือ ต้นฉบับเอกสารอยู่ในอารักขาหรือในความควบคุมของราชการ หรือ เมื่อฝ่ายที่ถูกคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งอ้างไม่คัดค้านการนำเอกสารนั้นมาสืบตามมาตรา 125 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

เอกสารต้นฉบับที่อ้างอิงเป็นพยานหลักฐานต้องติดอากรแสตมป์ และ ถ้าต้นฉบับเอกสารหรือแผ่นกระดาษไม่ว่าอย่างใด ๆ ที่ส่งต่อศาลได้ทำขึ้นเป็นภาษาต่างประเทศ ให้ศาลส่งคู่ความฝ่ายที่สั่งให้ทำคำแปลทั้งฉบับหรือเฉพาะแต่ส่วนสำคัญ โดยมีคำรับรองมายื่นเพื่อแนบไว้กับต้นฉบับ แต่ถ้าศาลไม่สั่งให้ทำคำแปล ก็ไม่จำเป็นต้องทำคำแปลแต่อย่างใด¹²⁶ นอกจากนี้ เมื่อฝ่ายที่กล่าวอ้างเอกสารภาษาต่างประเทศทำคำแปลเอกสารภาษาต่างประเทศยื่นต่อศาลแล้ว ไม่มีคำคัดค้านว่าคำแปลไม่ถูกต้อง กรณีดังกล่าวก็ไม่ต้องนำผู้แปลมาสืบอีก¹²⁷

4.3.3 ระดับมาตรฐานการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ

การวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานในคดีนั้น ศาลย่อมมีอิสระในการใช้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักหรือประเมินความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานโดยปราศจากการแทรกแซง เพื่อไม่ให้เสียความยุติธรรมในการตัดสินคดี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 104 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จึงบัญญัติให้ศาลมีอำนาจเต็มที่ในอันที่จะวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานที่คู่ความนำมาสืบนั้นจะเกี่ยวกับประเด็นและเป็นอันเพียงพอให้เชื่อฟังเป็นยุติได้หรือไม่ แล้วพิพากษาคดีไปตามนั้น

¹²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2155/2540 : “เอกสารที่ทำขึ้นเป็นภาษาต่างประเทศ คู่ความส่งต่อศาลได้โดยไม่ต้องทำคำแปลเป็นภาษาไทยยื่นต่อศาลเสมอไป นอกจากศาลสั่งให้ทำคำแปลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 46 วรรคสามเมื่อศาลไม่ได้สั่งให้โจทก์ทั้งสองทำคำแปลศาลก็รับฟังเอกสารดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานของโจทก์ทั้งสองได้”

¹²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 694/2521 : “กฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องนำผู้แปลมาสืบเมื่อจำเลยเห็นว่าคำแปลตรงไหนไม่ถูกต้อง หรือคลาดเคลื่อนอย่างไรจำเลยก็ได้แย้งหรือเสนอคำแปลที่ถูกต้องได้ แต่จำเลยก็ไม่ได้กระทำการดังกล่าว จึงถือได้ว่าคำแปลเอกสารภาษาต่างประเทศของโจทก์ถูกต้องแล้ว”

กฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของทุกประเทศมีข้อยุติตรงกันว่าไม่ควรวางหลักกฎหมายตายตัวไปทางใดทางหนึ่งในชั้นตอนนี้ แต่ควรจะเป็นดุลพินิจแก่ศาลหรือผู้ที่จะต้องชี้ขาดปัญหาข้อเท็จจริง (trier of fact) ในคดีได้ใช้ดุลพินิจให้เหมาะสมและละเอียดรอบคอบที่สุดเป็นรายกรณีไป¹²⁸ การใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีจึงเป็นที่สงสัยในเรื่องหลักเกณฑ์ว่าต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้นถึงแค่ไหนอย่างไรจึงจะเป็นที่พอใจแก่ศาลและย่อมหมายรวมถึงปัญหาว่าการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศถึงระดับไหนอย่างไรจึงจะเป็นที่พอใจแก่ศาลด้วย

คำว่า “ระดับของการพิสูจน์” ในบางครั้งจะเรียกว่า “มาตรฐานการพิสูจน์” แต่ทั้งสองคำนี้น่าจะเป็นคำที่มีความหมายเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากการให้นิยามความหมายของคำว่า “มาตรฐานการพิสูจน์” ของนักกฎหมายหลายท่าน อาทิเช่น

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) โสภณ รัตนกรได้ให้นิยามคำว่า “มาตรฐานการพิสูจน์” (standard of proof) หมายถึง ระดับของความน่าจะเป็นไปได้ ซึ่งใช้ในการพิสูจน์ว่าข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นความจริงหรือไม่ วิธีการที่ใช้ในการวินิจฉัยว่าอะไรจริงหรือไม่นั้น เป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นเรื่องของความน่าจะเป็นไปได้เท่านั้น ด้วยความจำกัดในความรู้ของมนุษย์เรา เราไม่อาจคาดหวังให้ใครพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้เป็นที่เชื่อถือได้อย่างแน่นอนเด็ดขาด โดยไม่มีข้อผิดพลาดเลย ความน่าจะเป็นไปได้ก็มีหลายระดับ ปัญหาจึงอยู่ที่ว่าความถี่ของการพิสูจน์จะต้องพิสูจน์ให้เห็นความน่าจะเป็นไปได้ในหลายระดับเท่านั้น มาตรฐานการพิสูจน์ขึ้นอยู่กับประเภทของคดีว่าเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญาและการต่อสู้คดีของคู่ความและมาตรฐานการพิสูจน์ของโจทก์และจำเลยก็มีความแตกต่างกัน¹²⁹

Richard May ได้กล่าวถึง “มาตรฐานการพิสูจน์” ว่าหมายถึง มาตรฐานหรือระดับซึ่งต้องพิสูจน์ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญามีอยู่ 2 มาตรฐานการพิสูจน์เท่านั้น คือ การพิสูจน์ “จนปราศจากข้อสงสัยตามสมควร” และการพิสูจน์ในระดับให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่า (“standard of proof” means the standard or degree to which proof must be established. There are only two standards of proof in criminal proceedings: proof “beyond reasonable doubt” and proof “on the balance of probabilities”)¹³⁰

¹²⁸ จริฎ ภักดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา), พ.ศ. 2553, หน้า 503.

¹²⁹ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ : นิติบรรณาการ), พ.ศ. 2545, หน้า 458.

¹³⁰ Richard May, Criminal Evidence, Third Edition (London : Sweet & Max well), 1995, p.64.

มาตรฐานการพิสูจน์หรือระดับการพิสูจน์นี้มีความสำคัญต่อการดำเนินคดีอย่างยิ่ง กล่าวคือ หากพิจารณาในแง่ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรฐานการพิสูจน์กับการพิสูจน์พบว่า ผู้มีการพิสูจน์ประเด็นใดในคดี ย่อมจะต้องพิสูจน์ให้ได้ถึงมาตรฐานการพิสูจน์ในเรื่องนั้น ๆ เพื่อให้ตนเป็นฝ่ายชนะคดี หากพิสูจน์ไม่ได้ตามมาตรฐานแล้วอาจเป็นฝ่ายแพ้คดีได้ ซึ่งการพิจารณาว่าฝ่ายใดมีการพิสูจน์ประเด็นใดในคดีพึงยอมเป็นไปตามหลัก “ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นนำสืบ” ดังที่ปรากฏในมาตรา 84 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ส่วนในคดีอาญานักกฎหมายยังมีความเห็นต่างว่าจะใช้หลักผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นนำสืบนี้ได้หรือไม่อย่างไร

มาตรฐานการพิสูจน์ในคดีแต่ละประเภทย่อมมีความแตกต่างกันไป เช่น คดีแพ่งและคดีอาญาจะมีมาตรฐานการพิสูจน์ที่แตกต่างกัน และ แม้แต่ในคดีเดียวกันมาตรฐานการพิสูจน์ขั้นตอนการดำเนินคดีในศาลแต่ละชั้นตอนก็ยังคงมีความแตกต่างกันด้วย แต่หากจะถึงระดับของมาตรฐานการพิสูจน์ ก็อาจแบ่งออกได้เป็น 5 ระดับ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

(1) ระดับการพิสูจน์ให้เห็นถึงเหตุอันมีพยานหลักฐานเพียงพอ (Probable Cause)

หมายถึง ระดับการพิสูจน์ให้เห็นถึงเหตุที่ต้องมีหลักฐานที่เพียงพอจะทำให้เชื่อได้ว่าบุคคลนั้นน่าจะมีการกระทำความผิดทางอาญาหรือน่าเชื่อได้ว่าสถานที่นั้นเป็นบริเวณที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางอาญามีใช้เพียงแต่สงสัยโดยไม่มีพยานหลักฐาน¹³¹ การพิสูจน์ในระดับชั้นนี้พยานหลักฐานที่ใช้พิสูจน์อาจไม่ต้องถึงขั้นปราศจากข้อสงสัยดังเช่นการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในชั้นศาล และมักจะเป็นการพิสูจน์ในเรื่องที่มีข้อพิพาทแห่งคดี หากแต่จะเป็นประเด็นปลีกย่อยทั่วไป ในทางปฏิบัติของศาลไทยการพิสูจน์ระดับนี้จะพบได้ในการออกหมายจับหมายค้น กล่าวคือ ศาลจะต้องพิจารณาว่ามีเหตุที่น่าเชื่อได้ว่าผู้ที่จะต้องถูกจับ ค้น หรือขัง เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เช่น การออกหมายจับ ต้องมีเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลนั้นน่าจะหลบหนี , จะไปยุ่งเหยิงพยานหลักฐาน ตลอดจนไปก่อเหตุอันตรายประการอื่น เป็นต้น

(2) ระดับการพิสูจน์ให้เห็นถึงมูลคดี (Proof Prima facie Case)

หมายถึง ระดับการพิสูจน์ให้เห็นว่าคดีที่โจทก์ยื่นฟ้องจำเลยต่อศาลนั้นมีพยานหลักฐานพอที่จะพิจารณาค้นหาความจริงต่อไปได้ จนบางครั้งอาจกล่าวได้ว่าเป็นมาตรฐานที่ใกล้เคียงกับระดับการพิสูจน์ให้เห็นถึงเหตุอันมีพยานหลักฐานเพียงพอ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการพิสูจน์

¹³¹ คณิง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด), พ.ศ. 2548, หน้า 204.

ในระดับที่ต่ำที่สุดก็ได้ การพิสูจน์ในระดับนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยเรื่องการไต่สวนมูลฟ้อง

(3) ระดับการพิสูจน์ให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่า (Proof on the Balance of Probability)

หมายถึง ระดับการพิสูจน์ให้เห็นถึงน้ำหนักพยานหลักฐานที่มากกว่า กล่าวคือ การพิจารณาว่าคู่ความฝ่ายใดมีพยานหลักฐานที่แน่นหนักกว่า คู่ความฝ่ายนั้นย่อมเป็นฝ่ายชนะคดี ดังนั้น การพิสูจน์ในระดับนี้ ส่วนใหญ่จะต้องมีการสืบพยานสองฝ่าย เพื่อจะได้มีการเปรียบเทียบ หรือ การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานว่าฝ่ายใดน่าเชื่อถือกว่ากัน

ท่านอาจารย์พรเพชร วิชิตชลชัย ได้อธิบายว่า การพิสูจน์ในระดับนี้ หมายถึง การชั่งน้ำหนักของพยานหลักฐานทั้งสองฝ่าย เป็นภาระการพิสูจน์ที่ใช้มากที่สุด ซึ่งเป็นการชั่งน้ำหนักคำพยานว่าฝ่ายใดน่าเชื่อถือกว่ากัน¹³²

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าพยานหลักฐานมีความโน้มเอียงมาทางฝ่ายใด ศาลย่อมจะเชื่อข้อเท็จจริงตามที่ฝ่ายนั้นกล่าวอ้าง หากว่าไม่อาจหาได้ว่าพยานหลักฐานโน้มเอียงไปยังฝ่ายใดหรือกำลังจนไม่สามารถบอกได้ว่า พยานหลักฐานของฝ่ายใดมีน้ำหนักน่าเชื่อถือมากกว่ากัน ในสถานการณ์เช่นนี้ ศาลอาจใช้หลักกฎหมายในเรื่องหน้าที่นำสืบเข้ามาตัดสินปัญหานั้นแทนการใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานไปทางใดทางหนึ่งก็ได้ กล่าวคือวินิจฉัยให้ฝ่ายที่มีหน้าที่นำสืบในประเด็นนั้นเป็นฝ่ายแพ้ และฟังข้อเท็จจริงให้เป็นคุณแก่ฝ่ายตรงข้ามไป¹³³ ดังเช่นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 62/2539 : “คำเบิกความของโจทก์เจือสมกับข้อความที่เขียนลงไว้ในสัญญากู้และจำนวนเงินที่เขียนลงไว้ในสัญญากู้ตรงกับที่เขียนลงไว้ในสัญญาค้ำประกันทั้งยังมี ร. ผู้ลงชื่อเป็นพยานในสัญญากู้เบิกความว่าเห็นเงินที่โจทก์จ่ายให้ จ. ด้วยในขณะที่พยานหลักฐานของจำเลยที่ 1 ทายาทของ จ. คงมีเฉพาะคำเบิกความของจำเลยที่ 1 ซึ่งฟังไม่ได้ว่าสัญญากู้เป็นสัญญาปลอมหรือไม่กับ ส. ซึ่งมีได้รู้เห็นการกู้เงินด้วยตนเองโดยอ้างว่า จ. เคยเล่าให้ฟังว่ามีได้กู้เงินโจทก์ตามจำนวนดังฟ้องอีกทั้งจำเลยที่ 1 ก็มีได้นำ ป. ผู้ค้ำประกันการกู้เงินซึ่งรู้เรื่องดังกล่าวมาเป็นพยานด้วย พยานหลักฐานของโจทก์จึงมีน้ำหนักดีกว่าพยานหลักฐานของจำเลยที่ 1 ฟังได้ว่าสัญญากู้มิได้เป็นสัญญาปลอมและ จ. ได้รับเงินกู้ไปจากโจทก์ครบถ้วนแล้วตามฟ้อง” เป็นต้น

¹³² พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ : บริษัท เกรน ไกรว จำกัด), พ.ศ. 2542, หน้า 104.

¹³³ จรัญ ภักดีธนากุล, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13, หน้า 506.

(4) ระดับการพิสูจน์ให้เห็นว่าพยานหลักฐานนั้นน่าเชื่อถืออย่างชัดเจน
(Proof by the Clear and Convincing Evidence)

ระดับการพิสูจน์ระดับนี้ เป็นการมาตรฐานการพิสูจน์ที่ชี้ให้เห็นว่าสิ่งที่ถูกพิสูจน์นั้นมีความน่าจะเป็นไปได้มากที่สุดหรือแน่นอนพอสมควรหรือพิสูจน์ให้เห็นว่าพยานหลักฐานนั้นมีความน่าเชื่อถืออย่างชัดเจน แต่ไม่ต้องถึงขนาดพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยตามสมควร (Proof Beyond a Reasonable Doubt) ซึ่งนักกฎหมายบางท่านได้เปรียบเทียบว่ามาตรฐานระดับนี้ต้องอยู่ประมาณ 60-80 เปอร์เซนต์ คือ อยู่กึ่งกลางระหว่างมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีอาญาและมาตรฐานระดับการพิสูจน์ระดับ Preponderance of Evidence ที่นิยมใช้ในคดีแพ่งทั่ว ๆ ไป¹³⁴

ในกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นใช้มาตรฐานระดับนี้มากโดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีฟ้องหย่าที่ต้องพิสูจน์ว่ามีเหตุหย่าตามที่กล่าวอ้าง เช่น มีชู้ กระทำทารุณโหดร้าย¹³⁵ ซึ่งจะเห็นได้ว่าคำพิพากษาในเรื่องครอบครัวเป็นคำพิพากษามีผลต่อชีวิตของคู่ความยิ่งกว่าคดีแพ่งทั่วไป

ท่านอาจารย์พรเพชร วิชิตชลชัย เห็นว่า ในคดีร้องขอฝ่ายเดียว เช่น ร้องขอตั้งผู้จัดการมรดก หรือร้องขอให้ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถน่าจะใช้ระดับมาตรฐานการพิสูจน์ระดับนี้ ไม่ควรใช้ระดับการพิสูจน์ให้เห็นถึงมูลคดี หรือระดับการพิสูจน์ให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่า เพราะเป็นคดีฝ่ายเดียวไม่มีการชั่งน้ำหนักพยานเปรียบเทียบ¹³⁶

(5) ระดับการพิสูจน์ให้ได้ความชัดเจนโดยปราศเหตุอันควรสงสัย (Proof beyond a Reasonable Doubt)

หมายถึง การพิสูจน์จนเป็นที่ชัดเจนโดยปราศจากข้อสงสัยว่าข้อเท็จจริงเป็นเช่นนั้นจริง ๆ ส่วนใหญ่มักจะใช้ในคดีอาญาในกรณีที่ศาลจะพิพากษาลงโทษจำเลย ดังคำสาบานที่ว่าปล่อยคนผิดสืบคนดีกว่าลงโทษผู้บริสุทธิ์เพียงคนเดียว ซึ่งจะเป็นการสอดคล้องกับหลักยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย (*in dubio pro reo*)

อย่างไรก็ตามแม้จะทราบว่าการพิสูจน์เพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษในทางอาญาดังถึงระดับที่ปราศจากเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดจริงหรือไม่ แต่

¹³⁴ จริฎ ภักดีธนากุล, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : หจก. จีรัชการพิมพ์), พ.ศ. 2548, หน้า 224-226.

¹³⁵ D.W. Elliot, Phipson's Manual of the Law of Evidence, Tenth Edition, (London : Sweet & Maxwell, 1972), pp. 231-232.

¹³⁶ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ : บริษัท เกรนโกรว จำกัด), พ.ศ. 2542, หน้า 105.

ท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ก็ยังได้ให้ข้อสังเกตแก่ผู้ช่วยผู้พิพากษารุ่นที่ 10 เกี่ยวกับระดับการพิสูจน์แค่ไหนอย่างไรจึงจะปราศจากเหตุอันควรสงสัยว่าต้องใช้ “หลักความน่าจะเป็น” ความน่าจะเป็นนี้ จะเป็นความแน่นอนขึ้นเมื่อใด ย่อมแล้วแต่น้ำหนัก ยิ่งน่าจะเป็นอย่างนี้มากขึ้นหรือ คล้ายคลึงใกล้เคียงความจริงมากเท่าใดก็ยิ่งน่าเชื่อว่าเป็นความจริงแน่นอนยิ่งขึ้นเท่านั้น ที่ว่าแน่นอนยิ่งขึ้นก็เพราะที่จะหาความแน่นอนอันสมบูรณ์จริง ๆ นั้นหาไม่ได้ ความแน่นอนจะพึงเป็นความจริงได้ก็ต่อเมื่อความแน่นอนนั้นมีน้ำหนักถึงขนาดหนึ่งเท่านั้น ได้แก่ความแน่นอนตามความรู้สึกของจิตใจ ความแน่นอนเด็ดขาดอย่างในการคำนวณทางคณิตศาสตร์นั้นหาไม่ได้ในการพิพยานหลักฐาน¹³⁷ ดังนั้น การจะกล่าววาระดับการพิสูจน์แค่ไหนจึงจะถึงขั้นปราศจากเหตุอันควรสงสัยนี้ก็ต้องขึ้นอยู่กับความแน่นอนตามความรู้สึกของจิตใจผู้พิพากษาผู้ตัดสินคดีนั้น ๆ

จากการศึกษามาตรฐานการพิสูจน์ข้อเท็จจริงทั้ง 5 ระดับดังกล่าวมาในข้างต้น มาตรฐานการพิสูจน์ในคดีแพ่งมีเพียง 2 ระดับ ได้แก่ ระดับการพิสูจน์ให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่า (Proof on the Balance of Probability) เป็นระดับการพิสูจน์ที่จะใช้ในการพิจารณาประเด็นในคดี และ ระดับการพิสูจน์ให้เห็นว่าพยานหลักฐานนั้นน่าเชื่อถืออย่างชัดเจน (Proof by the Clear and Convincing Evidence) ซึ่งจะใช้ในคดีคำร้องฝ่ายเดียว

การพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีแพ่งนั้น โดยหลักแล้วจะใช้ระดับการพิสูจน์ในระดับการพิสูจน์ให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่า (Proof on the Balance of Probability) กล่าวคือ ศาลจะตัดสินให้ฝ่ายใดชนะคดีโดยการดูจากพยานหลักฐานของฝ่ายใดมีความน่าเชื่อถือกว่ากัน แต่หากเป็นคดีที่ไม่มีการต่อสู้ เช่น คดีขาดนัด หรือ คดีคำร้องขอ ย่อมไม่อาจจะใช้มาตรฐานนี้ได้ เนื่องจากศาลไม่สามารถชั่งน้ำหนักได้ว่าพยานหลักฐานของฝ่ายใดมีความน่าเชื่อถือกว่าฝ่ายใด การพิสูจน์ข้อเท็จจริงในลักษณะดังกล่าวศาลจึงจะใช้ระดับการพิสูจน์ให้เห็นว่าพยานหลักฐานนั้นน่าเชื่อถืออย่างชัดเจน (Proof by the Clear and Convincing Evidence)

ส่วนในการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศไม่อาจใช้ระดับการพิสูจน์พยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่าได้ เนื่องจากกฎหมายต่างประเทศมีความแตกต่างจากปัญหาข้อเท็จจริงทั่วไป กล่าวคือ ปัญหาข้อเท็จจริงทั่วไปนั้นศาลอาจพิพากษาให้แตกต่างจากข้อเท็จจริงได้ เนื่องจากศาลถูกจำกัดการพิจารณาข้อเท็จจริงภายใต้กรอบของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน ซึ่งก็มีหลายคดีที่ศาลตัดสินแตกต่างจากความเป็นจริงที่เกิดขึ้น แต่ปัญหาก็คือเพียงเท่านั้น ส่วนในปัญหากฎหมายต่างประเทศแม้จะถือเป็นปัญหาข้อเท็จจริงแต่ก็ไม่ควรจะทำให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้น

¹³⁷ จิติ ดิงศภัทย์, ข้อสังเกตในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานและการเขียนคำพิพากษา, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน), พ.ศ. 2550, หน้า 14.

เนื่องจากกฎหมายต่างประเทศมีอยู่อย่างไรก็มีอยู่อย่างนั้นสามารถตรวจสอบและพิสูจน์ได้ หากศาลไทยตัดสินคดีโดยใช้กฎหมายต่างประเทศ แต่กลับใช้กฎหมายต่างประเทศที่ผิดเพี้ยนไปจากความเป็นจริงแล้ว ย่อมกระทบต่อความน่าเชื่อถือและความยุติธรรมในคำพิพากษาของศาลไทยได้ ดังนั้น มาตรฐานการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศน่าจะต้องถึงระดับการพิสูจน์ให้เห็นว่า พยานหลักฐานนั้นน่าเชื่อถืออย่างชัดเจนจึงจะถือว่าเป็นการเพียงพอต่อการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ มิใช่เพียงว่าพยานหลักฐานของฝ่ายใดน่าเชื่อถือกว่ากันแล้วศาลก็พิพากษากฎหมายต่างประเทศไปตามที่คู่ความฝ่ายนั้นกล่าวอ้าง ซึ่งจะเป็นการสอดคล้องกับมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ที่บัญญัติให้การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ ต้องพิสูจน์จนเป็นที่พอใจแก่ศาล คำว่า “จนเป็นที่พอใจแก่ศาล” ย่อมน่าจะหมายถึงระดับการพิสูจน์พยานหลักฐานจนน่าเชื่อถืออย่างชัดเจนนั่นเอง



4.4 การตีความกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย

ในการบังคับใช้กฎหมายนั้นบางกรณีที่ยกย่องคำในประมวลกฎหมาย (code) หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นๆ (Statutes) ไม่ชัดเจน (unclear) กำกวม (ambiguous) คลุมเครือ (obscure) หรือน่าสงสัย (dubious) หรือเมื่อตัวบทเกิดช่องโหว่ของกฎหมาย (Lacunae : gap of law or Lucken in Recht in German) หรือเกิดการนิ่งเฉยของตัวบท¹³⁸ การตีความกฎหมายจะพึงกระทำต่อเมื่อมีข้อสงสัยในความหมายของกฎหมายเกิดขึ้น ถ้ากฎหมายชัดเจนอยู่แล้วก็ไม่ต้องตีความ แม้ว่าผู้ใช้กฎหมายจะรู้สึกว่าการนำกฎหมายไปใช้บังคับแก่คดีเรื่องนั้นๆ จะไม่ยุติธรรม¹³⁹ อย่างไรก็ตามนักกฎหมายไทยบางท่านกลับมีความเห็นในทางตรงกันข้ามว่า “ไม่มีถ้อยคำในตัวบทกฎหมายที่นักกฎหมายอ่านแล้วเข้าใจได้ทันทีแม้ว่าถ้อยคำหรือวลีดังกล่าวจะมีความชัดเจนอยู่ในตัวแล้วหรือไม่คลุมเครือก็ตามเพราะว่าถ้อยคำได้มีความหมายสมบูรณ์ในตัวเอง แต่ขึ้นอยู่กับบริบท (context) ที่แวดล้อมข้อความหรือถ้อยคำนั้น¹⁴⁰ เป็นไปไม่ได้ที่มีการตีความตามตัวอักษรแยกออกจากเจตนารมณ์¹⁴¹ แต่ไม่ว่าการตีความกฎหมายนั้นจะตีความต่อเมื่อเกิดความไม่ชัดเจนในตัวบทกฎหมาย หรือ จะตีความทุกครั้งที่ใช้กฎหมายก็ตาม การตีความก็ยังเป็นสิ่งที่สำคัญและอาจเกิดขึ้นได้ตลอดเวลาในการปรับใช้กฎหมาย

วิธีการตีความกฎหมายของประเทศต่างๆ ในโลกนี้ย่อมมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันไปอันเนื่องมาจากปัจจัยหลายประการ เช่น ความแตกต่างในระบบกฎหมาย ความแตกต่างในวิวัฒนาการในการใช้กฎหมาย ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าแต่ละประเทศมีนิติวิธี (Legal Method) ในการตีความกฎหมายที่ต่างกันและในการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นก็มีหลักสำคัญว่า ศาลที่พิจารณาคดี (Lex forum) จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศ (กฎหมายแพ่ง) ดังเดียวกับที่ศาลต่างประเทศนั้นใช้กฎหมายของตน¹⁴² ดังนั้น ผู้พิพากษาที่ต้องใช้กฎหมายต่างประเทศตัดสินคดีอาจต้องใช้วิธีการตีความกฎหมายของประเทศนั้นในการตัดสินด้วยจึงจะถูกต้อง ซึ่งก็อาจเป็นเรื่องยากที่ศาลประเทศหนึ่งจะต้องตีความตามหลักการตีความของอีกประเทศหนึ่ง

¹³⁸ Rieg, Judicial Interpretation of Written Rules, Louisiana Law Review, Vol.40, 1979, p.49.

¹³⁹ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 18, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), พ.ศ. 2553, หน้า 119.

¹⁴⁰ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), พ.ศ. 2546, หน้า 98.

¹⁴¹ Glanville Williams, Learning The Law, (London: Stevens & Sons, 1982), p.97.

¹⁴² Martin Wolff, Private International Law, (1962), p.214.

แม้ในทางปฏิบัติผู้พิพากษาศาลไทยยังไม่เคยตีความกฎหมายต่างประเทศ แต่ก็ เป็น ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้หากในภายหน้าศาลไทยต้องนำกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้ในการตัดสินคดีความ การตีความกฎหมายต่างประเทศจึงเป็นปัญหาการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยอีก ปัญหาหนึ่ง ที่ควรได้รับการศึกษา ด้วยเหตุดังกล่าวในบทนี้จะได้ทำการศึกษาหลักเกณฑ์การตีความของต่างประเทศ โดยแบ่งการศึกษาออกเป็นสองกลุ่มประเทศ ได้แก่ กลุ่มประเทศ Civil Law และ กลุ่มประเทศ Common Law จากนั้นจะได้ศึกษาแนวทางปฏิบัติในการตีความกฎหมายของศาลไทย เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ความพร้อมของศาลไทยในการตีความกฎหมายต่างประเทศหากจะมีขึ้นในอนาคต

4.4.1 ความหมายของการตีความกฎหมาย

คำว่า “การตีความ (Interpretation)” ตามพจนานุกรมเป็นคำกริยา หมายความว่าชี้หรือกำหนดความหมาย ให้ความหมายหรืออธิบาย ใช้หรือปรับให้เข้าใจเจตนา และความมุ่งหมายเพื่อความถูกต้อง มีคำที่ใกล้เคียง ได้แก่ คำว่า “การแปลความ (Translation)” ซึ่งคำว่า การแปลความ หมายความว่า การถ่ายความหมายจากภาษาหนึ่งมาเป็นอีกภาษาหนึ่ง ทำให้เข้าใจความหมาย สองคำนี้มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การแปลความเป็นการกระทำตรงไปตรงมาไม่ต้องขบคิดค้นหาอะไรเลย แต่การตีความต้องค้นหาเหตุผลและความหมายที่แท้จริง

คำว่า “การตีความกฎหมาย (Interpretation of Law)” มีนักกฎหมายทั้งไทยและเทศหลายท่านได้ให้นิยามความหมายไว้ เช่น

ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ อธิบายว่า การตีความกฎหมาย หมายถึง การคิดค้นหาจากบทบัญญัติของกฎหมายโดยวิธีใช้เหตุผลตามหลักตรรกวิทยาและสามัญสำนึกเพื่อให้ได้มาซึ่ง “ข้อความ” ของกฎหมายที่จะนำไปใช้วินิจฉัยคดีข้อพิพาทได้อย่างถูกต้อง คือ เหมาะเจาะเหมาะสมและเป็นธรรม¹⁴³

ศาสตราจารย์ธานีกร กรัยวิเชียร อธิบายว่า การตีความกฎหมาย คือ การค้นหาหรืออธิบายความหมายของถ้อยคำที่ปรากฏในตัวบทกฎหมาย โดยอาศัยการใช้เหตุผลตามหลักตรรกวิทยาและสามัญสำนึก ให้มีความหมายที่ชัดเจนขึ้น เพื่อที่จะนำกฎหมายนั้นไปใช้บังคับแก่กรณีที่มีปัญหาได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม แต่มีข้อสังเกตในการตีความประการสำคัญว่า การ

¹⁴³ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ธรรมนิติ, 2538), หน้า 120.

ตีความกฎหมายไม่ใช่การสร้างหรือบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ แต่เป็นเพียงการให้ความหมายที่ชัดเจนแก่บทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น¹⁴⁴

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย อธิบาย การตีความกฎหมาย หมายถึง การค้นหาความหมายของกฎหมายที่มีถ้อยคำไม่ชัดเจนแน่นอน คือกำกวมหรือมีความหมายได้หลายทาง เพื่อหยั่งทราบว่าถ้อยคำของบทบัญญัติของกฎหมายว่ามีความหมายอย่างไร¹⁴⁵

Peter De Cruz ได้แบ่งความหมายของการตีความกฎหมายออกเป็นสองความหมาย กล่าวคือ ความหมายอย่างกว้าง หมายถึง กิจกรรมในเชิงสร้างสรรค์ของผู้พิพากษาในการขยายความ จำกัดความ หรือ การแก้ไขกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ซึ่งถูกแสดงออกหรืออยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ส่วนในความหมายอย่างแคบ ส่วนความหมายอย่างแคบ หมายถึง การอธิบาย (explanation) โดยผู้พิพากษาเกี่ยวกับความหมายของถ้อยคำหรือวลีที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่น ๆ¹⁴⁶

Kohler อธิบายว่าการตีความกฎหมาย หมายถึง การค้นหาความหมายและนัยสำคัญซึ่งได้อยู่เบื้องหลังของถ้อยคำที่บุคคลบางคนมีเจตนาจะกล่าวแต่หมายถึงสิ่งที่ต้องการกล่าวจริง ๆ¹⁴⁷

4.4.2 ประเภทของการตีความกฎหมาย

เนื่องจากการตีความกฎหมายถือเป็นนิติวิธี (Legal Method) ที่แต่ละประเทศย่อมมีแนวทางปฏิบัติที่แตกต่างกันไป อย่างไรก็ตามการศึกษานวทางการตีความกฎหมายอาจแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่มประเภท ได้แก่ การตีความในกลุ่มประเทศ Civil Law และ การตีความในกลุ่มประเทศ Common Law

ซึ่งความแตกต่างระหว่างสองระบบดังกล่าว อยู่ที่บ่อเกิดของกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น ในระบบกฎหมาย Common Law บ่อเกิดของกฎหมายเกิดจากคำวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินของศาลสูง (Case Law) แต่ในระบบกฎหมาย Civil Law บ่อเกิดของกฎหมายเกิดจากการจัดทำในรูปแบบของกฎหมายลายลักษณ์อักษร การตีความกฎหมายของกลุ่มประเทศ Civil Law และ Common Law จึงมีลักษณะดังจะกล่าวต่อไปนี้

¹⁴⁴ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, ความสำคัญของการตีความในวิชาชีพกฎหมาย, งานวิชาการรำลึก ศาสตราจารย์จิติ ดิสงส์ภักดิ์ ครั้งที่ 13 “100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิติ ดิสงส์ภักดิ์” วันเสาร์ที่ 29 มีนาคม 2551, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์, หน้า 1.

¹⁴⁵ หยุต แสงอุทัย, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 140, หน้า 118.

¹⁴⁶ Peter De Cruz, Comparative Law in a Changing World, (Great Britain: Cavendish Publishing Ltd., 1995), p.261.

¹⁴⁷ Kohler, Judicial Interpretation of Enacted Law, in Science of Legal Method, Translation by Brunchen and Register, (U.S.A.: Augustus M. Kelley Publisher, 1969) p. 187.

4.4.2.1 การตีความในกลุ่มประเทศ Civil Law

หลักการตีความกฎหมายในระบบ Civil Law มีหลักสำคัญอยู่สองประการ กล่าวคือ หลักการตีความตามไวยากรณ์หรือตามตัวอักษรที่เรียกว่า Grammatical (Literal) Interpretation หรือ Textual Approach กับหลักการตีความตามหลักตรรกวิทยาหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่เรียกว่า Logical Interpretation หรือ Purposive Approach¹⁴⁸ มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) หลักการตีความตามตัวอักษร Grammatical (Literal) Interpretation

หลักการตีความตามตัวอักษรนี้ หมายถึง การตีความที่ยึดถือถ้อยคำตามตัวอักษร เช่นเดียวกับหลักการตีความ Literal Rule ในระบบ Common Law หากแต่มีข้อแตกต่างที่ระบบ Civil Law จะไม่ใช้วิธีพิจารณาเฉพาะแต่ถ้อยคำประการเดียว หรือจะไม่ใช้วิธีหาความหมายของถ้อยคำตามตัวอักษรก่อน จนเมื่อไม่สามารถที่จะค้นหาความหมายที่แท้จริงได้จึงจะไปใช้หลักการตีความที่เป็นการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายเหมือนอย่างในระบบอังกฤษ หากแต่จะพิจารณาถ้อยคำตามตัวอักษรควบคู่กับการค้นหาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายนั้นไปพร้อม ๆ กัน¹⁴⁹ ตัวอย่างเช่น กฎหมายฉบับหนึ่งบัญญัติไว้ว่า “ห้ามมิให้บุคคลใดล่าช้างและกวาง โดยไม่ได้รับอนุญาต” ถ้าใช้หลักการตีความตามตัวอักษรโดยเคร่งครัดดังเช่นระบบ Common Law การกระทำความผิดในข้อหานี้ ผู้กระทำความผิดจะต้องล่าสัตว์ทั้งสองชนิดพร้อมกัน แต่หากการตีความในระบบ Civil Law จะพิจารณาควบคู่กับเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นด้วย และอาจตีความได้ว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสัตว์ทั้งสองชนิด แม้ไม่ล่าสัตว์ทั้งสองก็เป็นความผิดในข้อหานี้แล้ว เป็นต้น

(2) หลักการตีความเจตนารมณ์ของกฎหมาย

นักกฎหมายในระบบ Civil Law บางท่านเห็นว่า การตีความกฎหมายตามเจตนารมณ์ จะนำมาใช้ต่อเมื่อการตีความตามตัวอักษรไม่ได้ผลแล้วเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อรักษาความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายไว้ แต่ท่าน Savigny ผู้นำของสำนักประวัติศาสตร์ของเยอรมันมิได้ถือตามความเห็นนี้¹⁵⁰ เนื่องจากนักกฎหมายในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law มีทัศนะต่อการใช้

¹⁴⁸ อักษรารท จุฬารัตน, การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์กฎหมายไทย), พ.ศ. 2549, หน้า 64.

¹⁴⁹ เพิ่งอ้าง.

¹⁵⁰ ไพรตดู กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธี ในระบบซีวิลลอว์ และ คอมมอนลอว์, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.

การตีความกฎหมายว่าถ้อยคำที่คนทั่วไปเข้าใจว่าสามารถแปลได้ตามความหมายธรรมดาเป็นสิ่งที่ไม่แน่นอนพอ เพราะถ้อยคำที่เข้าใจได้ตามความหมายธรรมดานั้น ความจริงแล้วอาจมีความหมายอย่างอื่นได้อีกด้วย และแม้ถ้อยคำที่คน ๆ หนึ่งอาจจะเห็นว่า ถ้าแปลเช่นนั้นจะก่อให้เกิดผลประหลาด (absurd) แต่สำหรับอีกคนหนึ่งอาจเห็นว่าไม่ได้เป็นเช่นนั้นก็ได้ ด้วยเหตุนี้แนวความคิดดั้งเดิมที่เป็นคำกล่าวในภาษาลาตินว่า “*in claris non fit interpretario*” (เมื่อถ้อยคำมีความชัดเจนแล้วก็ไม่จำเป็นต้องตีความ) นั้น ในปัจจุบันนักกฎหมายของระบบ Civil Law เห็นว่ามิได้เป็นเช่นนั้น¹⁵¹

การตีความกฎหมายในระบบ Civil Law ผู้พิพากษาสามารถที่จะค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นได้อย่างกว้างขวาง โดยเริ่มจากการพิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายนั้นทั้งหมดที่มีส่วนสัมพันธ์เชื่อมโยงกันทั้งฉบับ และอาจพิเคราะห์จากประวัติความเป็นมาของการจัดทำกฎหมายนั้น (Historical Interpretation) ซึ่งสามารถค้นหาได้จากตัวร่างกฎหมายเดิมที่เสนอต่อสภา บันทึกหลักการและเหตุผลบันทึกชี้แจงในการเสนอร่างกฎหมาย (Expose) ตลอดจนจากรายงานของคณะกรรมการการปฏิรูปกฎหมาย รายงานการประชุมของสภา¹⁵² หรือรายงานการเตรียมร่างกฎหมาย (*travaux preparetoire*) ศาลก็สามารถนำมาประกอบการตีความได้¹⁵³

4.4.2.2 การตีความในกลุ่มประเทศ Common Law

หลักการตีความของกลุ่มประเทศ Common Law เป็นผลที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลสูง กล่าวคือ เมื่อมีคดีเกิดขึ้นจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล ในที่สุดศาลได้ตัดสินวางหลักกฎหมายไว้อย่างไร ในการตัดสินชี้ขาดคดีของศาลต่าง ๆ ในคราวต่อไป ก็จะต้องชี้ขาดโดยอาศัยหลักกฎหมายที่ศาลสูงเดิมได้ตัดสินเป็นบรรทัดฐาน (Precedent) ไว้¹⁵⁴ และหลังจากหลักกฎหมายดังกล่าวได้ยึดถือปฏิบัติติดต่อกันมาเป็นเวลาช้านาน จนมีการจัดตั้งองค์กรเพื่อทำหน้าที่ตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นมาเรียกว่า Act หรือ Statute แนวความคิดของนักกฎหมาย Common Law จึงมองว่า Act หรือ Statute นั้น มีลักษณะเป็นกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องที่เป็นกรยกเว้นหลักกฎหมาย Common Law ด้วยเหตุดังกล่าว การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระบบ Common Law จึงยึดถือหลักที่ว่าต้องตีความเคร่งครัดตามตัวอักษร หลักการตีความกฎหมายในระบบ Common Law ที่รู้จักกันทั่วไป มีอยู่ 3 หลัก ได้แก่ หลักการ

¹⁵¹ อักษราทร จุฬารัตน, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 149*, หน้า 65.

¹⁵² อักษราทร จุฬารัตน, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 149*, หน้า 72-73.

¹⁵³ See Carl Baudenbacher, Some Remarks on the Method of Civil Law, 34 Texas International Law Journal 333 esq. (1999).

¹⁵⁴ อักษราทร จุฬารัตน, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 149*, หน้า 26.

ตีความตามตัวอักษร Literal Rule, หลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ Golden Rule และ หลักการตีความโดยอาศัยเหตุที่มีการแก้ไขข้อบกพร่อง Mischief Rule ในการตีความกฎหมายแต่ละครั้ง ศาลอาจใช้หลักใดในการตีความ บางคดีใช้หลักเดียว บางคดีใช้ทั้ง 2 หลัก หรือทั้งสามหลักก็ได้ ซึ่งแต่ละหลักในการตีความมีรายละเอียดดังนี้

(1) หลัก Literal Rule หรือ หลักการตีความตามตัวอักษร

หมายถึง ผู้พิพากษามีหน้าที่ในการตีความกฎหมายจะแปลถ้อยคำในบัญญัติของกฎหมายที่เป็นปัญหาด้วยการอาศัยความหมายธรรมดาโดยไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือฝ่ายนิติบัญญัติ แม้ผลแห่งคดีไม่น่าจะเป็นเช่นนั้น หรือเกิดผลแปลกประหลาด ดังเช่นในคดี R v. Harris (1836) ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่านาง Harris (จำเลย) ได้กีดจุมูกของเพื่อนเธอและกีดนิ้วของนายตำรวจที่เข้ามาห้ามปราม ซึ่งมีบทบัญญัติกฎหมายความผิดไว้สำหรับผู้กระทำความผิดด้วยการ “stub cut or wound another person” กรณีจึงต้องมีการตีความกฎหมายดังกล่าวเพื่อให้ทราบว่าการกระทำของนาง Harris เป็นความผิดตามบทบัญญัตินี้หรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว นาง Harris น่าจะมีความผิดตามมาตรานี้ แต่ศาลกลับตัดสินว่านาง Harris ไม่มีความผิด เนื่องจากถ้อยคำที่ใช้ในตัวบทไม่ว่าจะเป็นคำว่า stab หรือ cut หรือ wound นั้นแสดงให้เห็นว่าจะต้องเป็นการใช้สิ่งที่เป็นอาวุธกระทำต่อบุคคลอื่น แต่จำเลยในคดีนี้ใช้ฟันกัดไม่ใช่เป็นการใช้อาวุธ ดังนั้นจึงไม่มีความผิดตามกฎหมายดังกล่าว¹⁵⁵ เป็นต้น

(2) หลัก Golden Rule หรือ หลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ

มีที่มาจากหลักการตีความตามตัวอักษรถูกวิจารณ์อย่างมาก โดยนักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่าการตีความกฎหมายโดยเคร่งครัดตามตัวอักษรทำให้เกิดผลแห่งคำพิพากษาที่แปลกประหลาดและไม่สอดคล้องกับเหตุผล จึงเกิดแนวคิดในการปรับปรุงหลักการตีความตามตัวอักษรเพื่อไม่ให้ใช้หลักการตีความถ้อยคำตามตัวอักษรก่อให้เกิดผลที่ประหลาดหรือไม่สอดคล้องกับเหตุผล หลัก Golden Rule จึงมีหลักว่าถ้อยคำในกฎหมายลายลักษณ์อักษรต้องตีความโดยไม่ให้เกิดผลอันไม่พึงปรารถนา เมื่อกฎหมายมีความหมายสองนัย หรือมากกว่านั้น ศาลย่อมตีความในทางที่มีความหมายอันสมควร มิใช่ในทางที่ไม่ควรจะเป็นหรือเกิดผลประหลาด จนอาจกล่าวได้ว่าหลัก Golden Rule มีลักษณะเป็นหลักการตีความเสริมประกอบหลัก Literal Rule ไม่ใช่เป็นหลักการตีความที่เกิดขึ้นเป็นอิสระแยกต่างหากหลักหนึ่งอย่างแท้จริง ตัวอย่างเช่น กฎหมายอังกฤษว่าด้วยความผิดฐานทำการสมรสซ้อนกำหนดว่าผู้ใดมีคู่สมรสแล้วจะสมรส (shall marry) กับบุคคลอื่นในขณะที่ยังมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้ ถ้าใช้หลัก Literal Rule ตีความ

¹⁵⁵ อัครราช จุฬารัตน, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 149, หน้า 31-32.

ย่อมเกิดผลแปลกประหลาดเพราะการสมรสครั้งที่ 2 เรียกว่าการสมรสซ้อนโดยถูกต้องตามกฎหมายไม่มีทางเกิดขึ้นได้ ดังนั้นจึงต้องตีความคำว่าสมรสในความหมายที่ 2 คือ เข้าสู่พิธีสมรสนั่นเอง หรือ กรณีตามกฎหมาย Statute of Frauds 1677 มีข้อกำหนดที่เป็นเงื่อนไขว่าพินัยกรรมนั้น ผู้ทำพินัยกรรมจะต้องลงนามต่อหน้าพยาน (in the presence of witnesses) แต่ในคดี Casson v. Dade ค.ศ. 1871 ข้อเท็จจริงได้ความว่า นางสาว Jenkins ได้ไปยังสำนักงานทนายความของเธอเพื่อที่จะทำพินัยกรรม ทันทีที่เธอได้ลงนามในพินัยกรรมเสร็จ ก็เกิดเป็นลมและไม่รู้สึกตัวจึงได้มีการนำเธอออกไปนอกอาคาร โดยนั่งอยู่ในรถม้าข้างนอกกับคนรับใช้ ส่วนผู้ที่จะต้องลงชื่อเป็นพยานในพินัยกรรมคงอยู่ในสำนักงานทนายความ และได้ลงนามเป็นพยานในพินัยกรรมฉบับนั้นต่อไปจนเสร็จ คนรับใช้ซึ่งเป็นพยานในคดีนี้ได้ให้การว่า ในขณะที่พยานในการทำพินัยกรรมกำลังลงนามอยู่ในสำนักงานทนายความหลังจากที่นางสาว Jenkins ได้ออกไปนอกสำนักงาน ๓ นั้น ม้าที่เทียมรถอยู่เกิดตกใจ จึงทำให้รถม้าขยับเคลื่อนตัวไปข้างหน้าและปรากฏว่านางสาว Jenkins มองเห็นผ่านหน้าต่างสำนักงานทนายความได้ คนรับใช้ให้การว่าถ้าเมื่อนางสาว Jenkins ได้มองไปยังที่หน้าต่าง เธอก็จะเห็นสิ่งที่เกิดขึ้นว่าพยานกำลังลงนามอยู่ มีปัญหาว่าข้อกฎหมายที่ศาลต้องตัดสินก็คือพินัยกรรมที่ได้ดำเนินไปนั้นมีความสมบูรณ์หรือไม่

ศาลตัดสินว่าในกรณีนี้ถือว่าการทำพินัยกรรมดังกล่าว พยานได้มีการลงนามในพินัยกรรมต่อหน้าผู้ทำพินัยกรรม เนื่องจากปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้ทำพินัยกรรมนั่งอยู่ในระดับสายตาที่อาจมองเห็นพยานที่กำลังลงนาม ทั้งนี้แม้ว่าตัวผู้ทำพินัยกรรมจะไม่ได้อยู่ในห้องนั้นก็ตาม¹⁵⁶

(3) หลัก Mischief Rule หรือ หลักการตีความโดยอาศัยเหตุที่มีการแก้ไขข้อบกพร่อง

กรณีที่กฎหมายมีข้อบกพร่องและต่อมาได้ตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรมาแก้ไข ศาลย่อมตีความกฎหมายใหม่ไปในทางแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ก่อนออกกฎหมายใหม่นั้น การตีความตามหลักนี้จึงเป็นหลักที่เปิดโอกาสให้ศาลได้พิจารณาบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่รัฐสภาตราขึ้น (Statutes) โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ตราขึ้นใหม่นั้น ซึ่งในกรณีที่ศาลจะนำหลัก Mischief Rule มาใช้นั้น ศาลจำเป็นต้องพิจารณาจากแนวทาง 4 ประการดังต่อไปนี้ คือ ประการที่หนึ่ง ต้องพิจารณาว่าก่อนที่มีการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นนั้นหลักกฎหมาย Common Law ในเรื่องที่เป็นปัญหามีไว้ว่าอย่างไร ประการที่สอง ข้อบกพร่อง (defect of mischief) ที่หลักกฎหมาย Common Law มิได้วางเอาไว้เป็นอย่างไร ประการที่สาม สิ่งที่

¹⁵⁶ อัคราทร จุฬารัตน, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 149, หน้า 41-42.

รัฐสภาออกกฎหมายดังกล่าวมานั้นมีวิธีการแก้ไขข้อบกพร่องในเรื่องนั้นไว้อย่างไร กับประการที่สี่ เหตุผลที่แท้จริงในการกำหนดวิธีการแก้ไข (remedy) จุดบกพร่องนั้นคืออะไร¹⁵⁷ ตัวอย่างเช่น คดี *Gorris v. Scott* 1874 ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า นาย Scott เข้าทำสัญญารับขนส่งแกะทางเรือ ในระหว่างที่เรือซึ่งขนแกะเดินทางไปยังสถานที่ปลายทางตามสัญญา ปรากฏว่าทะเลมีพายุที่รุนแรงมาก ซึ่งในที่สุดแกะถูกน้ำทะเลพัดตกทะเลตายหมด เนื่องจากไม่ได้มีการทำเครื่องกันคอกล้อมป้องกันแกะดังกล่าว ซึ่งตามกฎหมาย *Contagious Disease (Animal) Act 1869* กำหนดไว้ว่า “การขนส่งสัตว์จากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่งนั้น จะต้องให้มีคอกล้อมสัตว์เหล่านั้นไว้ด้วยเสมอ” นาย Gorris จึงกล่าวหานาย Scott ว่ากระทำความผิดพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลอังกฤษตัดสินว่า วัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ต้องการที่จะป้องกันการแพร่ระบาดของโรคในแกะหรือปศุสัตว์ในระหว่างทางที่ขนส่งไปยังประเทศอังกฤษ ดังนั้น นาย Gorris จึงไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายตามที่อ้าง เพราะเหตุที่ไม่ได้จัดให้มีคอกล้อมแกะเหล่านั้น อันเป็นเหตุให้ถูกน้ำทะเลพัดหายไปทะเลได้

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการตีความในระบบคอมมอนลอว์จะใช้หลักการตีความตามตัวอักษร, หลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ ซึ่งทั้งสองหลักการตีความนี้ศาลจะพิจารณาจากตัวบทกฎหมายเป็นหลัก ไม่ได้มีเครื่องมือช่วยในการตีความอะไรมากมายนัก ส่วนหลักการตีความโดยอาศัยเหตุที่มีการแก้ไขข้อบกพร่อง ศาลจะพิจารณาโดยคำนึงถึงกฎหมายที่มีอยู่ก่อนหน้าในเรื่องนั้น ๆ ประกอบในการตีความกฎหมายที่เป็นปัญหาอยู่

4.4.3 ปัญหาและข้อควรคำนึงในการตีความกฎหมายต่างประเทศของศาลไทย

การตีความกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนั้นยังไม่เคยเกิดขึ้น เหตุหนึ่งก็เนื่องจากยังไม่มีการใช้กฎหมายต่างประเทศอย่างแพร่หลายในศาลไทย อย่างไรก็ตามการตีความกฎหมายก็เป็นสิ่งที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต การศึกษาแนวทางปฏิบัติในการตีความกฎหมายของศาลไทยก็เพื่อวิเคราะห์ให้ทราบว่าทิศทางการตีความของศาลไทยเป็นอย่างไร

4.4.3.1 ปัญหาการตีความกฎหมายต่างประเทศของศาลไทย

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคแรก บัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ” จากถ้อยคำที่ปรากฏในมาตราดังกล่าว มีนักกฎหมาย

¹⁵⁷ อภิราทร จุฬารัตน, *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 149*, หน้า 49.

บางท่านเห็นว่า หลักการตีความกฎหมายไทยได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอยู่ในมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁵⁸ แต่ก็มีนักกฎหมายบางท่านมีความเห็นตรงกันข้ามว่ามาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิใช่เป็นเรื่องการตีความกฎหมายว่าให้ศาลต้องตีความกฎหมายตามตัวอักษรก่อน หากผลที่ได้ออกมาไม่ยุติธรรมแล้วจึงค่อยตีความตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ มาตรา 4 เป็นเรื่องบ่อเกิดของกฎหมายที่เป็น “Legal source” และ ลำดับการใช้กฎหมาย ไม่ใช่เรื่องการตีความ¹⁵⁹

อย่างไรก็ตามหากพิจารณาที่มาของมาตราดังกล่าวจะพบว่า มีที่มาจากมาตรา 1 วรรคหนึ่งของประมวลกฎหมายแพ่งสวิสที่บัญญัติว่า “The Law must be applied in all case which come within the letter or the spirit of its provision” หมายความว่า กฎหมายจะถูกบังคับใช้ในทุกคดีโดยพิจารณาจากถ้อยคำอักษรและเจตนารมณ์ของบทบัญญัตินั้น ดังนั้น หากถือว่ามาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เป็นเรื่องหลักการตีความกฎหมาย ก็ต้องถือว่าหลักการตีความกฎหมายของไทยนั้นต้องตีความตามตัวอักษรไปพร้อมกับเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย

แต่นักกฎหมายไทยรุ่นแรกและต่อ ๆ มาที่นิยมไปศึกษาต่อที่ประเทศอังกฤษ หลีกเลียงไม่พ้นที่จะได้รับอิทธิพลความคิดการตีความกฎหมายแบบ Common Law กล่าวคือ ให้ตีความตามตัวอักษรก่อน ต่อเมื่อผลในทางกฎหมายออกมาไม่ยุติธรรม จึงจะตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย¹⁶⁰ ในปัญหาเรื่องดังกล่าวท่านศาสตราจารย์จิติ ดิสงฆ์ ได้เคยแสดงความเห็นไว้ว่า “...ตั้งแต่ผมเข้าเรียนกฎหมายก็ถูกสอนมาเลยว่าการตีความตัวบทกฎหมายนั้นต้องตีความตามตัวอักษรก่อน มันเป็นปัญหาหรือยังก็ค่อยไปดูความมุ่งหมายต่อไป ซึ่งผมก็เข้าใจตามหลักอันนี้ ความจริงก็อย่างที่อาจารย์ปรีดีพูด มันไม่ถูกหรือ แล้วก็ค่อยมาคิดได้ว่ามันไม่ถูก เมื่อเร็ว ๆ นี้เหมือนกันแหละ...”¹⁶¹

ดังนั้น หากในกรณีผู้พิพากษาศาลไทยต้องตีความกฎหมายต่างประเทศของประเทศในกลุ่ม Civil Law อาจเกิดปัญหาว่าผู้พิพากษาศาลไทยไม่ได้ตีความกฎหมายต่างประเทศตามหลักการตีความของประเทศนั้น ๆ ซึ่งจะเป็นการขัดต่อหลักการที่ว่าศาลที่พิจารณาคดี (*lex forum*) จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศ (กฎหมายแพ่ง) ดุจเดียวกับที่ศาล

¹⁵⁸ จิต เสรฐบุตตร, หลักกฎหมายเบื้องต้นแห่งการตีความตัวบทกฎหมายตามกฎหมายฝรั่งเศส, บทบัญญัติ 11, (2482), หน้า 1200.

¹⁵⁹ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 141, หน้า 101.

¹⁶⁰ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 141, หน้า 98.

¹⁶¹ อักษราทร จุฬารัตน, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 149, หน้า 86-87.

ต่างประเทศนั้นใช้กฎหมายของตน

4.4.3.2 ข้อควรคำนึงของศาลไทยในการตีความกฎหมายของประเทศในกลุ่ม Civil Law

การตีความของศาลไทยค่อนข้างจะคล้ายคลึงกับแนวทางการตีความของอังกฤษ ตามที่ได้กล่าวมาในข้างต้น ดังนั้น หากเกิดกรณีที่ต้องตีความกฎหมายต่างประเทศที่เป็นกฎหมายในระบบ Common Law การตีความของศาลไทยย่อมไม่น่าจะเกิดปัญหา แต่หากกฎหมายที่ศาลต้องตีความเป็นกฎหมายในระบบ Civil Law ศาลไทยอาจต้องปรับเปลี่ยนหลักการและวิธีการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับระบบกฎหมาย ซึ่งมีข้อที่ศาลไทยควรคำนึงอยู่สองประการ ดังนี้

ประการแรก หลักการตีความที่จะปรับใช้

หลักการตีความตามตัวอักษรของระบบ Civil Law จะไม่ใช่วิธีพิจารณาเฉพาะแต่ถ้อยคำประการเดียวหรือไม่ใช่วิธีหาความหมายของถ้อยคำตามตัวอักษรก่อน จนเมื่อไม่สามารถที่จะค้นหาความหมายที่แท้จริงได้จึงจะไปใช้หลักการตีความที่เป็นการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายเหมือนอย่างในระบบอังกฤษ หากแต่จะพิจารณาถ้อยคำตามตัวอักษรควบคู่กับการค้นหาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายนั้นไปพร้อม ๆ กัน

ประการที่สอง วิธีการตีความ

เนื่องจากในระบบ Common Law ห้ามมิให้ผู้พิพากษาอาศัยสิ่งที่อยู่นอกเหนือไปจากตัวบท เช่น เอกสารเตรียมร่างกฎหมาย มาเป็นเครื่องช่วยตีความ แต่ศาลทำได้เพียงพิจารณาจากข้อความที่ปรากฏอยู่แล้วในตัวบท เช่น อาร์ัมภบท (Preamble) หรือ ภาคผนวก (Annex) มาเป็นปัจจัยที่ช่วยในการตีความได้ หรือศาลอาจพิจารณาว่าบทบัญญัติดังกล่าวอยู่ใน “หมวดหมู่” (Title) ไດหรือ “ส่วน” (Section) ไตของกฎหมายมาเป็นเครื่องประกอบในการตีความกฎหมายได้¹⁶² แต่ในระบบ Civil Law ผู้พิพากษาสามารถที่จะค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นได้อย่างกว้างขวาง โดยเริ่มจากการพิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายนั้นทั้งหมดที่มีส่วนสัมพันธ์เชื่อมโยงกันทั้งฉบับ และอาจพิเคราะห์จากประวัติความเป็นมาของการจัดทำกฎหมายนั้น (Historical Interpretation) ซึ่งสามารถค้นหาได้จากตัวร่างกฎหมายเดิมที่เสนอต่อสภา บันทึกหลักการและเหตุผลบันทึกชี้แจงในการเสนอร่างกฎหมาย (Expose) ตลอดจนจากรายงานของคณะกรรมการการของรัฐสภา รายงานการประชุมของสภา หรือรายงานการเตรียมร่างกฎหมาย (*travaux preparetoire*) ศาลก็สามารถนำมาประกอบการตีความได้

¹⁶² ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 141, หน้า 233.

บทที่ 5

สรุปผลการวิจัยและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การไม่ใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยภายใต้กลไกแห่งกฎหมายขัดกัน อาจทำให้คำพิพากษาของศาลไทยอาจไม่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศได้เนื่องจากอาจถูกมองว่าเป็นคำพิพากษาที่ขัดกับหลักกฎหมายขัดกัน ทำให้คณะผู้วิจัยเกิดความสนใจและได้ทำการศึกษาถึงปัญหาการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย เบื้องต้นทราบว่าปัญหาการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยมี 3 ประการ ได้แก่ ปัญหาการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ, ปัญหาการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ และ ปัญหาการตีความกฎหมายต่างประเทศ งานวิจัยฉบับนี้จึงจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการศึกษา 3 ประการ กล่าวคือ

- 1) เพื่อให้เกิดความชัดเจนในหลักเกณฑ์และวิธีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย
- 2) เพื่อให้ทราบแนวทางการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศที่เหมาะสมกับศาลไทย
- 3) เพื่อให้ทราบข้อควรคำนึงของศาลไทยในการตีความกฎหมายต่างประเทศ

โดยคณะวิจัยได้ตั้งสมมุติฐานการวิจัยไว้ว่า ความไม่ชัดเจนของตัวบทกฎหมายว่าด้วยการกล่าวอ้างและการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ ตลอดจนสิ่งที่ศาลไทยต้องคำนึงในการตีความกฎหมายต่างประเทศนั้น หากมีการศึกษาให้เกิดความชัดเจนจากการศึกษาและวิเคราะห์จากกฎหมายและคำพิพากษาของไทยและต่างประเทศ อาจทำให้เกิดความชัดเจนในแนวทางการกล่าวอ้าง การพิสูจน์ และการตีความกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยได้ อีกทั้งยังจะทราบแนวทางการแก้ไขปัญหานั้นเพื่อให้เกิดการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยที่มากยิ่งขึ้นได้

งานวิจัยฉบับนี้ได้ดำเนินการวิจัยใน 2 รูปแบบเป็นสำคัญ คือ 1) การวิจัยเอกสาร (Documentary research) ที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายไทยและต่างประเทศ คำพิพากษาศาลไทยและต่างประเทศ ตลอดจนงานวิจัยและรายงานการประชุมต่างๆ และ 2) การวิจัยภาคสนาม (Field research) โดยการลงพื้นที่เก็บข้อมูลโดยเน้นกระบวนการสัมภาษณ์บุคคลหรือเจ้าหน้าที่รัฐที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย

จากการศึกษาวิจัยปัญหาการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยตามกลไกของกฎหมายขัดกันทั้งปัญหา 3 ประการพบว่า

ปัญหาแรก ปัญหาการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย

กฎหมายไทยมิได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์และวิธีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยไว้เป็นการเฉพาะ การศึกษาให้ทราบถึงความชัดเจนในการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยต้องพิจารณาจากกฎหมายในส่วนของวิธีพิจารณาความ ได้แก่ ประมวลกฎหมายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งทำให้ทราบได้ว่า

1) ผู้มีสิทธิกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทย

ได้แก่ คู่ความ ได้แก่ 1) บุคคลผู้ยื่นคำฟ้อง (โจทก์), 2) บุคคลผู้ถูกฟ้อง (จำเลย), 3) บุคคลผู้มีสิทธิกระทำการแทนตามกฎหมาย เช่น ผู้รับมอบอำนาจโจทก์ ผู้รับมอบอำนาจจำเลย ผู้แทนนิติบุคคล ผู้แทนโดยชอบธรรม เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ของผู้ล้มละลาย และ 4) ทนายความ นอกจากนี้ยังมีบุคคลอื่นที่มีฐานะเป็นคู่ความได้อีกเช่น ผู้ร้องขอ ผู้ร้องคัดค้าน คู่ความร่วมมือ ผู้ร้องสอด เว้นแต่ กรณีร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความร่วมมือตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 57 (2) เนื่องจากตามมาตรา 58 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบัญญัติห้ามผู้ร้องสอดจะใช้สิทธิอย่างอื่นนอกจากสิทธิที่มีอยู่แก่คู่ความที่ตนขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมหรือจำเลยร่วมไม่ได้ และจะใช้สิทธิขัดกับสิทธิของโจทก์จำเลยเดิมไม่ได้ ส่วนบุคคลผู้ร้องขอเข้ามาในคดีภายหลังศาลมีคำพิพากษานั้นไม่สามารถกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้ เนื่องจากสภาพของคดีเป็นเพียงคดีสาขา หากมีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้อาจทำให้ขัดแย้งกับคดีหลัก อีกทั้งในคดีสาขาแต่ละประเภทล้วนแต่มีประเด็นที่จำกัดในการพิจารณาไม่เหมาะแก่การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ

2) ระยะเวลาในการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ

ช่วงเวลาในการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ ต้องเป็นช่วงเวลาที่คู่ความสามารถกล่าวอ้างข้อเท็จจริงให้เกิดเป็นประเด็นข้อพิพาทด้วย เช่น ช่วงการเสนอคำฟ้อง การเสนอคำให้การ หรือ หากมิได้ว่ากล่าวมาในคำฟ้องหรือคำให้การ ก็อาจกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศได้ก่อนวันชี้สองสถานไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน หรือ ในกรณีที่ไม่มีวันชี้สองสถานก็ต้องกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่าเจ็ดวันเช่นกัน

3) วิธีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ

รูปแบบกระบวนการพิจารณานั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ รูปแบบกระบวนการพิจารณาคดีด้วยวาจา และ รูปแบบกระบวนการพิจารณาคดีด้วยลายลักษณ์อักษร ส่วนรูปแบบการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนั้น ควรจะกล่าวอ้างในคำฟ้อง, คำให้การ และ คำฟ้องแย้ง ด้วยลายลักษณ์อักษร เว้นแต่ การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศในคำฟ้องคดีมโนสำเนาหรือคดีไม่มีข้อยุ่งยากอาจกล่าวอ้างด้วยวาจาก็ได้ ส่วนการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ

ในคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องหรือคำให้การนั้น นอกจากจะต้องกล่าวอ้างด้วยลายลักษณ์อักษรโดยทำเป็นคำร้องขอยื่นต่อศาลแล้ว ยังต้องทำสำเนาส่งให้คู่ความอีกฝ่ายหรือคู่ความอื่น ๆ เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลเหล่านั้นมีโอกาสโต้แย้งคัดค้าน อีกทั้งก่อนศาลจะมีคำสั่งอนุญาตให้แก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องคำให้การนั้นเป็นดุลพินิจของศาลว่าจะทำการไต่สวนคำร้องนั้นหรือไม่ก็ได้

ปัญหาที่สอง ปัญหาการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย

กฎหมายไทยไม่ได้มีบทบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะว่าการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้นจะต้องกระทำการอย่างไรแค่ไหน เพียงแต่บัญญัติไว้เพียงกว้าง ๆ ว่า จะต้องพิสูจน์จนเป็นที่พอใจแก่ศาล ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 จากการศึกษาวิจัยปัญหาดังกล่าวพบว่า การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้นต้องใช้พยานหลักฐานที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่ ตัวบทกฎหมายต่างประเทศและพยานผู้เชี่ยวชาญกฎหมายต่างประเทศ ส่วนปัญหาว่าด้วยเรื่องคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญว่าควรเป็นอย่างไรนั้น ประเทศไทยอาจถือตามแนวทางของประเทศอังกฤษและออสเตรเลียก็ได้ กล่าวคือ เป็นผู้มีความรู้จากที่เรียนหรือจากประสบการณ์เกี่ยวกับการใช้กฎหมายนั้นโดยตรงก็ได้ ตามที่ได้มีการบัญญัติไว้ใน (NSW) Evidence Act 1995, Article 174., ผู้มีหน้าที่พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ คู่ความที่กล่าวอ้าง ศาลไทยยังไม่อาจใช้อำนาจเรียกพยานหลักฐานมาสืบเพิ่มเติมโดยอาศัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 86 วรรคสามได้, ส่วนหลักเกณฑ์การพิสูจน์นั้นจะตกอยู่ภายใต้กฎหมายลักษณะพยาน เช่น หลักเกณฑ์การสืบพยานบุคคล พยานผู้เชี่ยวชาญ และ พยานเอกสาร และสุดท้ายในส่วนของการระดับการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้น คู่ความผู้กล่าวอ้างต้องพิสูจน์ถึงระดับการพิสูจน์ให้เห็นว่าพยานหลักฐานนั้นน่าเชื่อถืออย่างชัดเจน (Proof by the Clear and Convincing Evidence) ไม่ใช่เพียงแต่พิสูจน์ให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่า (Proof on the Balance of Probability) ซึ่งเป็นระดับมาตรฐานการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีแพ่ง ที่ศาลจะตัดสินให้ฝ่ายใดชนะคดีโดยการดูจากพยานหลักฐานของฝ่ายใดมีความน่าเชื่อถือกว่ากันเท่านั้น

ปัญหาที่สาม ปัญหาการตีความกฎหมายต่างประเทศ

เนื่องจากการใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นมีหลักว่า ศาลต้องใช้กฎหมายต่างประเทศคู่เคียงกับที่ศาลประเทศนั้นใช้กฎหมายของตน การตีความกฎหมายต่างประเทศจึงต้องใช้หลักการตีความคู่เคียงกับที่ศาลประเทศนั้นใช้ ดังนั้น หากศาลไทยต้องตีความต้องตีความกฎหมายต่างประเทศและไม่ใช้หลักการตีความกฎหมายของประเทศนั้น อาจถือได้ว่าเป็นการใช้กฎหมายไม่ถูกต้องตามหลักการตีความของประเทศนั้นได้ จากการศึกษาวิจัยปัญหาการตีความกฎหมายต่างประเทศของศาลไทยจึงพบว่า การตีความกฎหมายของประเทศในกลุ่ม Common Law จะใช้

วิธีการหาความหมายของถ้อยคำตามตัวอักษรก่อน จนเมื่อไม่สามารถที่จะค้นหาความหมายที่แท้จริงได้จึงจะไปใช้หลักการตีความที่เป็นการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายและจะห้ามมิให้ผู้พิพากษาอาศัยสิ่งที่ยอยู่นอกเหนือไปจากตัวบท ส่วนการตีความกฎหมายของประเทศในกลุ่ม Civil Law จะพิจารณาถ้อยคำตามตัวอักษรควบคู่กับการค้นหาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายนั้นไปพร้อม ๆ กันและผู้พิพากษาสามารถที่จะค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นได้อย่างกว้างขวาง โดยเริ่มจากการพิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายนั้นทั้งหมดที่มีส่วนสัมพันธ์เชื่อมโยงกันทั้งฉบับ และอาจพิเคราะห์จากประวัติความเป็นมาของการจัดทำกฎหมายนั้น (Historical Interpretation) ซึ่งสามารถค้นหาได้จากตัวร่างกฎหมายเดิมที่เสนอต่อสภา บันทึกลักการและเหตุผลบันทึกชี้แจงในการเสนอร่างกฎหมาย (Expose) ตลอดจนจากรายงานของคณะกรรมการธิการของรัฐสภา รายงานการประชุมของสภา หรือรายงานการเตรียมร่างกฎหมาย (*travaux preparetoire*) ศาลก็สามารถนำมาประกอบการตีความได้ สำหรับประเทศไทยนั้นใช้แนวทางการตีความตามแบบของประเทศอังกฤษ (Common Law) จึงอาจเกิดปัญหาในการตีความกฎหมายของประเทศในกลุ่ม Civil Law ได้ ดังนั้น ในการตีความกฎหมายต่างประเทศนั้น ข้อที่ศาลไทยต้องคำนึงก็คือหากเป็นการตีความกฎหมายของประเทศในกลุ่มที่ใช้ระบบ Civil Law ศาลไทยต้องใช้หลักการตีความแบบ Civil Law ด้วยนั่นเอง

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการกระบวนกรวิจัยของคณะวิจัยในด้านการรวบรวมข้อมูลเอกสาร และ ข้อมูลจากการสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญ คณะผู้วิจัยมีข้อสังเกตและข้อเสนอดังนี้

1. เพื่อเป็นการกำหนดความชัดเจนในคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญกฎหมายต่างประเทศที่จะมาเบิกความในศาล ควรมีการกำหนดคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญกฎหมายต่างประเทศให้ชัดเจน อย่างเช่น ที่ประเทศออสเตรเลียได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนใน (NSW) Evidence Act 1995, Article 174. ว่า “ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญกฎหมายต่างประเทศ ต้องเป็นบุคคลที่มีความกฎหมายต่างประเทศเป็นพิเศษ จากพื้นฐานของการฝึกฝน การศึกษา หรือ ประสบการณ์” เป็นต้น ซึ่งจะสอดคล้องกับระบบ Civil Law ที่ประเทศไทยบังคับใช้อยู่ โดยอาจมีการบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 98 หรือในมาตรา 98/1 ก็ได้ หรือ อาจจะประกาศเป็นข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยคุณสมบัติของพยานผู้เชี่ยวชาญกฎหมายต่างประเทศก็ได้

2. เพื่อเป็นการลดภาระค่าใช้จ่ายในการแปลกฎหมายต่างประเทศและการแก้ไขปัญหาคำความน่าเชื่อถือของผู้แปลภาษา ควรมีการจัดตั้งสถาบันแปลกฎหมายต่างประเทศของกระทรวงยุติธรรม (Foreign Law Translation Institute of Ministry of Justice) ไว้โดยเฉพาะ ด้วยวิธีการจัดตั้งให้เป็นองค์กรหนึ่งที่เป็นส่วนหนึ่งในศาลยุติธรรม และบุคลากรที่จะทำหน้าที่แปลเอกสารต้องผ่านการคัดเลือกและการฝึกอบรมตามหลักเกณฑ์ที่มีมาตรฐาน การจัดตั้งสถาบันแปลกฎหมายต่างประเทศสามารถทำได้โดยไม่ต้องใช้งบประมาณมากนัก และ ยังจะก่อให้เกิดรายได้แก่รัฐเพิ่มขึ้นจากการคิดค่าบริการในการแปลกฎหมายต่างประเทศให้แก่คู่ความ และ คู่ความเองก็จะได้ประโยชน์เนื่องจากลดค่าใช้จ่ายในการรับรองการแปล และ ลดค่าใช้จ่ายในการว่าจ้างให้ผู้แปลเอกสารมาเบิกความยืนยันต่อศาล เพราะหากผ่านการแปลโดยสถาบันแปลกฎหมายต่างประเทศที่จัดตั้งโดยศาลยุติธรรมแล้วย่อมมีความน่าเชื่อถือได้พอสมควร

3. เพื่อเป็นการลดค่าใช้จ่ายในการพาดพิงผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความยังศาล ประเทศไทยอาจจัดตั้งสถาบันกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (The Institute for Foreign Law and Private International Law) ดังประเทศเยอรมัน โดยให้คู่ความผู้มีหน้าที่พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศเป็นผู้ดำเนินการร้องขอและออกค่าใช้จ่ายในการขอให้ผู้เชี่ยวชาญในสถาบันดังกล่าวให้ความเห็นเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับคดีพิพาท ซึ่งจะเป็นการลดค่าใช้จ่ายได้มากและยังส่งผลให้วงวิชาการด้านกฎหมายของไทยพัฒนามากยิ่งขึ้น แต่ยังไม่ถึงกับให้ผู้พิพากษาศาลไทยเป็นผู้ขอคำปรึกษาจาก “เพื่อนของศาล” (*amicus curiae*) ในสถาบันดังกล่าวด้วยตนเองดังเช่นประเทศเยอรมัน

4. เพื่อเป็นการลดค่าใช้จ่ายและระยะเวลาที่ต้องสูญเสียในการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในเรื่องเดียวกันที่ผู้พิพากษาเคยใช้ตัดสินมาในคดีก่อนหน้านี้ อาจกำหนดให้ผู้พิพากษาศาลไทยนำหลัก Doctrine of Precedent มาปรับใช้ในการรับฟังปัญหาข้อเท็จจริง กล่าวคือ หากศาลเคยพิจารณากฎหมายต่างประเทศใดในคดีก่อนหน้านี้แล้ว ศาลอาจหยิบยกกฎหมายต่างประเทศนั้นมาตัดสินในคดีนี้ได้ ดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยพยานหลักฐานในคดีแพ่งของอังกฤษ ค.ศ. 1972 มาตรา 4 (2) แต่ในคดีก่อนหน้านี้จะต้องมีการจัดทำรายงานหรือมีการบันทึกอย่างเหมาะสม และได้พิจารณาอย่างรอบด้านแล้วในการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศตลอดจนคู่ความในคดีนี้ไม่ได้โต้แย้งการนำหลักดังกล่าวมาใช้ด้วย

5. เพื่อเป็นการส่งเสริมให้มีการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย อาจทำได้โดยวิธีการแก้ไขกฎหมายกำหนดให้ศาลไทยมีอำนาจในการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศได้ ดังเช่นที่เคย

ปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกา ตามกฎข้อ 44.1 Federal Rules of Civil Procedure เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาก็เคยประสบปัญหาคล้ายกับประเทศไทย กล่าวคือ ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้กฎหมายขัดกันในระบบทางเลือก (Alternative) เป็นหน้าที่ของคู่ความที่จะต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ การพิสูจน์กฎหมายเป็นไปด้วยความไม่แน่นอน การบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลอเมริกันมีจำนวนที่น้อย จึงได้มีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวเพื่อส่งเสริมการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลของสหรัฐอเมริกาให้มากขึ้น

6. เพื่อป้องกันการตีความกฎหมายต่างประเทศของศาลไทยที่ผิดพลาด เนื่องจากศาลไทยได้รับอิทธิพลความคิดการตีความกฎหมายแบบ Common Law กล่าวคือ ผู้พิพากษาศาลไทยจะตีความกฎหมายตามตัวอักษรก่อน ต่อเมื่อผลในทางกฎหมายออกมาไม่ยุติธรรม จึงจะตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ผู้พิพากษาศาลไทยจึงไม่คุ้นเคยกับการตีความกฎหมายตามหลัก Civil Law ที่จะพิจารณาคำตามตัวอักษรควบคู่กับการค้นหาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายนั้นไปพร้อม ๆ กันและผู้พิพากษาสามารถที่จะค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นได้อย่างกว้างขวาง กว่าผู้พิพากษาในระบบ Common Law ดังนั้น อาจต้องมีการอบรมเผยแพร่แนวทางการตีความตามหลัก Civil Law ให้ศาลไทยทราบ หรือ อาจจะออกประกาศเป็นแนวทางปฏิบัติของศาลว่าด้วยการตีความกฎหมายต่างประเทศก็ได้

บรรณานุกรม

ตำราภาษาไทย

- คณิง ภาไชย. (2548). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: บริษัท
โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด.
- _____. (2549). คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ:
สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- คณิต ฒ นคร. (2552). กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาคการดำเนินคดี. พิมพ์ครั้งที่ 2.
กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- จรัญ ภักดีธนากุล. (2553). กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยอุทธรณ์-ฎีกา. พิมพ์ครั้งที่ 3.
กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินตติ้ง.
- _____. (2553). กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการบังคับคดี. พิมพ์ครั้งที่ 2.
กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินตติ้ง.
- _____. (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: หจก.
จิรัชการพิมพ์.
- _____. (2553). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: สำนัก
อบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- เจริญชัย อัสวพิริยอนันต์. (2555). กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 3-4. กรุงเทพฯ:
สำนักพิมพ์บานานา สวีท.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ. (2539). การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 3.
กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัดชวนพิมพ์.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2546). ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ:
สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- _____. (2556). คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ภาพพิมพ์.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. (2555). คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 บททั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินติ้ง.
- _____. (2553). คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 2 ลักษณะ 1 วิธีพิจารณาวิสามัญในศาลชั้นต้น หมวด 1 วิธีพิจารณาคดีมโนสำเนาและคดีไม่มีข้อยุ่งยาก. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- _____. (2550). คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ลักษณะ 2 วิธีพิจารณาวิสามัญในศาลชั้นต้น หมวด 1 วิธีพิจารณาคดีมโนสำเนาและคดีไม่มีข้อยุ่งยาก. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินติ้ง.
- วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกฤต วรรณรัชชากุล. (2556). หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- _____. (2554). หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- _____. (2555). ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- สมยศ เชื้อไทย. (2538). คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ธรรมนิติ.
- สายหยุด แสงอุทัย. (มปป). การขัดกันแห่งกฎหมาย. มปป.
- หยุด แสงอุทัย. (2527). กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

_____. (2553). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อัคราทร จุฬารัตน. (2542). การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์กฎหมายไทย.

บทความและงานวิจัยภาษาไทย

กมลสินทร์ พินิจภูวดล และ สุวิชา นาควัชร, “การใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง”, สืบค้นจาก www.library.coj.co.th.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2547). การใช้กฎหมายต่างประเทศโดยกลไกของกฎหมายขัดกัน. งานวิจัยวิชาการ. กรุงเทพฯ: ภาควิชากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ตำราภาษาอังกฤษ

Adrian Briggs. (2013). The Conflict of Laws. 3rd edition. Oxford: Oxford University Press.

Bea Verschraegen. (2001). Private International Law. Hague: Kluwer Law International.

Cheshire. (1987). Private International Law. 11th Edition. London: Butterworths.

D G Cracknell. (2002). Conflict of Laws. 2nd Edition. London: Old Bailey Press.

Ian Brown. (2002). Conflict of Laws. second edition. London: Old Bailey Press.

Ian F. Fletcher. (2005-2007). Insolvency in Private International Law. 2nd Edition. Oxford: Oxford University Press.

Ian McLeod. (2013). Legal Method. 9th edition. Basingstoke: Palgrave Mcmillian.

- J.-G. Castel. (1978). *Introduction to Conflict of Laws*. Toronto: Butterworths.
- John O'Brien. (1999). *Conflict of Laws*. second edition. London: Cavendish Publishing Limited.
- Marmor, (1992). *Interpretation and Legal Theory*. 2nd edition. Oxford: Clarendon Press.
- Martin Wolff. (1962). *Private International Law*. Great Britain: Clarendon Press.
- Michael Tibury. (2002). *Conflict of Laws in Australia*. Australia: Oxford University Press.
- Richard Chisholm. (2012). *Understanding law*. Chatswood, N.S.W.: LexisNexis Butterworths.
- Richard Fentiman. (1996). *Conflict of Laws*. Aldershot, England: Dartmouth.
- _____. (1998). *Foreign law in English Courts: Pleading, proof and choice of law*. Oxford: Oxford University Press.

บทความภาษาอังกฤษ

- Andrian Briggs. Public Policy in the Conflict of Laws: Sword and a Sheild?. Singapore Journal of International Law and Comparative Law, (2002).
- Anthony Gray. Choice of Law: The Presumption in the Proof of Foreign Law. UNSW Law Journal Volume 31(1). (2008).
- Antonio Marques Dos Santos. The New Private International Law of Macao. Yearbook of Private International Law vol 2. (2000).
- Arthur Nussbaum. The Problem of Proving Foreign Law. The Yale Law Journal vol. 50 No. 6. (April 1941).
- Benjamin Busch. Current Foreign Law Problems in the Courts. American Bar Association. Section of International and Comparative Law. (1955).
- Bukhard Bastuck and Burkhard Gopfert. Admission and Presentation of Evidence in Germany. 16 Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal. (1994).

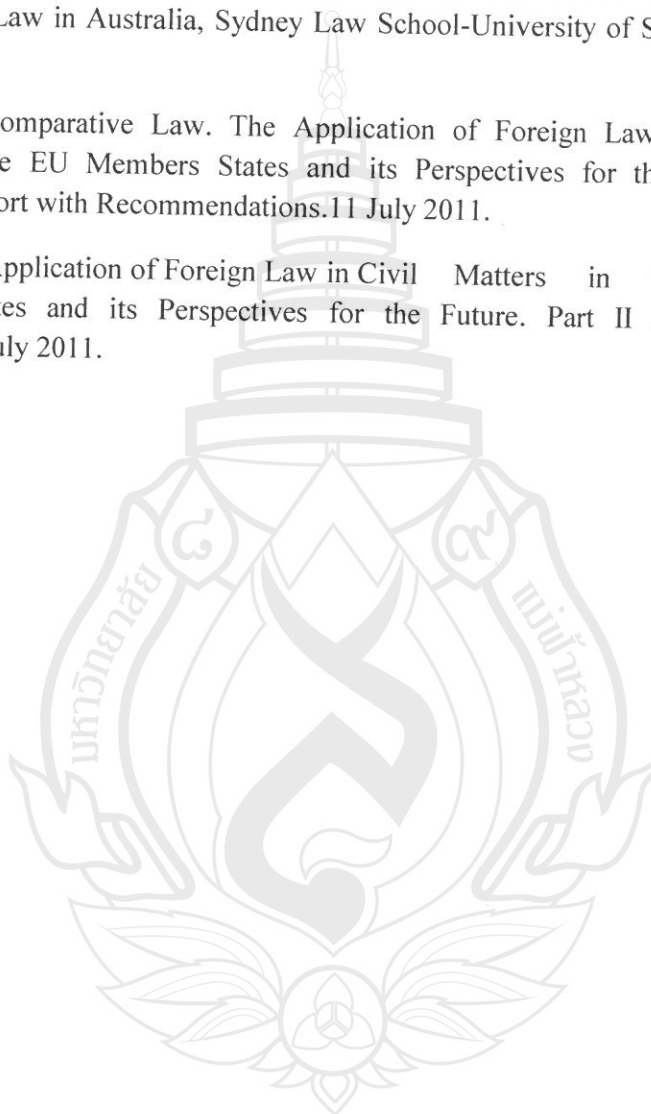
- Ganesh Sitaraman. The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation. Harvard Journal of Law & Public Policy vol.32 No.2. (Spring 2009).
- Gerhard Dannemann. Establishing Foreign Law in German Court. <http://iecl.iuscomp.org/gla/literature/foreignlaw>.
- Gregory S. Alexander. The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts: Variations on a Theme of Alexander Nekam. Northwestern University Law Review 70. (1975).
- Huanfang DU. An Overview of Choice of Jurisdiction and Law of Foreign-related Cases in China. Journal of Cambridge Studies vol. 4. No. 4. (December 2009).
- James McComish. Pleading and Proving Foreign Law in Australia. Melbourne University Law Review Vol. 31, (2007).
- John R. Brown. Ways to Prove Foreign Law. 9 Maritime Lawyer. (1984).
- Louise Ellen Teitz. Determining and Applying Foreign Law: The Increasing Need for Cross-Border Cooperation. International Law and Politics vol. 45. (2013).
- _____. From the Courthouse in Tobago to the Internet: The Increasing Need To Prove Foreign Law in US court. 34 Journal of Maritime Law and Commerce. (2003).
- Rainer Hausmann. Pleading and Proof of Foreign Law-a Comparative Analysis. The European Legal Forum Issue 1-2008. (2008).
- Roger M. Michalski. Pleading and Proving Foreign Law in the Age of Plausibility Pleading. Buffalo Law Review vol. 59. (2011).
- Ronald Petersen and Stephen Maddex. Proving a Foreign cause of Action in Ontario: Implications for Discovery and Trial. The Litigator. (November 2010).
- Shaheeza Lalani. Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study. 20 MJ 1. (2013).
- Stephen Sass. Foreign Law in Federal Courts. The American Journal of Comparative Law. (1981).
- William B. Stern. Foreign Law in the Courts: Judicial Notice and Proof. California Law Review volume. 45 Issue 1. (1957).

เอกสารประกอบการบรรยายและงานวิจัยภาษาต่างประเทศ

Bereton. Proof of Foreign Law-Problems and Initiatives. The Future of Private International Law in Australia, Sydney Law School-University of Sydney. 16 May 2011.

Swiss Institute of Comparative Law. The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Members States and its Perspectives for the Future. Synthesis Report with Recommendations. 11 July 2011.

_____. The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Members States and its Perspectives for the Future. Part II Empirical Analysis. 11 July 2011.



ประวัตินักวิจัย

ประวัติหัวหน้าผู้วิจัย

1. ชื่อ นายศพนธ์ นิตรุจิโรจน์
2. ตำแหน่งปัจจุบัน อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์
3. หน่วยงานที่อยู่ ที่ติดต่อได้สะดวก สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง 333 หมู่ 1 ตำบลท่าสูด อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100 หมายเลขโทรศัพท์ 053-916-857 โทรศัพท์เคลื่อนที่ 087-7094404 โทรสาร 053-916-857 E-mail address : surino_juris@hotmail.com

4. ประวัติการศึกษา

คุณวุฒิ	สาขาวิชา	สถาบัน	ปี พ.ศ. ที่จบ
ปริญญาโท	นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ	มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์	2555
ปริญญาตรี	นิติศาสตรบัณฑิต	มหาวิทยาลัยรามคำแหง	2549
เนติบัณฑิต ไทย	-	เนติบัณฑิตยสภา	2552

5. ประวัติการทำงาน

วัน เดือน ปี	ตำแหน่ง	สังกัดหน่วยงาน
2550-2552	เสมียนนายและทนายความ	สำนักกฎหมายสิทธิทนายความ
2552 - 2555	ทนายความ	บริษัทสยามลีเกิ้ล (ประเทศไทย) จำกัด
พ.ศ. 2556 - ปัจจุบัน	อาจารย์ประจำ	สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

6. ประสบการณ์การสอน (2556 - ปัจจุบัน)

วิชาการให้คำปรึกษากฎหมายและการว่าความ, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, กฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท, กฎหมายสนธิสัญญา, สัมมนากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

7. ประสบการณ์งานวิจัย -

8. ผลงานทางวิชาการ

- บทความ, “การตีความคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ”, ในวารสารจุลนิติ ปีที่ 10 ฉบับที่ 6 พฤศจิกายน-ธันวาคม 2556, หน้า 56-64.

- บทความ, “แนวทางการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งในหมู่เกาะสแปรตลีย์”, ใน Proceeding Impact of China towards ASEAN Integration, 11-12 กุมภาพันธ์ 2557 ณ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง. หน้า 408-424.

ประวัติผู้ร่วมวิจัย

1. ชื่อ นายติณเมธ วงศ์ใหญ่
2. ตำแหน่งปัจจุบัน อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์
3. หน่วยงานที่อยู่ ที่ติดต่อได้สะดวก สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง 333 หมู่ 1 ตำบลท่าสูด อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100 หมายเลขโทรศัพท์ 053-916-857 โทรศัพท์เคลื่อนที่ 089-669-3889 โทรสาร 053-916-857 E-mail address: tw_mflu@hotmail.com

4. ประวัติการศึกษา

คุณวุฒิ	สาขาวิชา	สถาบัน	ปี พ.ศ. ที่จบ
ปริญญาโท	นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายอาญาและ กระบวนการยุติธรรม	มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง	2552
ปริญญาตรี	นิติศาสตรบัณฑิต	มหาวิทยาลัยรามคำแหง	2544

5. ประวัติการทำงาน

วัน เดือน ปี	ตำแหน่ง	สังกัดหน่วยงาน
2544 – 2546	เสมียนทนาย	สำนักกฎหมาย ซอดัน แอลแอล เอ็ม
2546 – 2548	ทนายความ	สำนักกฎหมาย ซอดัน แอลแอล เอ็ม
2549 – 2553	นิติกร	ส่วนสารบรรณ อำนวยการ และ นิติกร มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
2553 – ปัจจุบัน	อาจารย์ประจำ	สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

6. ประสบการณ์การสอน (2553 – ปัจจุบัน)

การใช้และการตีความกฎหมาย ,หลักกฎหมายเบื้องต้น ,กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน ,กฎหมายอาญา 2, สัมมนากฎหมายอาญา

7. ประสบการณ์งานวิจัย

- แนวทางกฎหมายในการสร้างกลไก องค์กร และกระบวนการแสวงหาพยานหลักฐาน ตามพระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญา พ.ศ. 2526 (A Legal Approach to Develop a Mechanism Organization and Process in the Emergence of New Evidence according to the Criminal Retrial Act B.E. 2526) งบประมาณมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง.