# กฎหมายขัดกันไทย : กลไกเพื่อสร้างความยุติธรรมระหว่างประเทศ สำหรับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับประเทศไทย

โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร[1]

บทความเพื่อหนังสือรพีของคณะกรรมการเนติบัณฑิต สมัยที่ ๖๓
เมื่อวันที่ ๑๒ กรกฎาคม พ.ศ.๒๕๕๔
ปรับปรุงล่าสุดเมื่อวันที่ ๑๓ กรกฎาคม พ.ศ.๒๕๕๔

---

แม้ไม่มีศาลโลกและกฎหมายโลกในความเป็นจริง แต่ด้วยศาลภายในของรัฐบนโลกมีแนวคิดในการเลือกกฎหมายเพื่อจัดการการขัดกันแห่งกฎหมายที่ไม่แตกต่างกันในสาระสำคัญ เหล่าศาลภายในของร้อยกว่ารัฐบนโลกจึงสามารถผดุงความยุติธรรมระหว่างประเทศไว้ได้ ดังที่นักนิติศาสตร์ทราบดีว่า เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายมหาชนในนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับหลายรัฐ กฎหมายมหาชนภายในของรัฐที่ศาลภายในรัฐจะต้องใช้ ก็คือ กฎหมายมหาชนภายในของรัฐคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ ทั้งนี้ เพราะกฎหมายที่ควรมีผลกำหนดนิติสัมพันธ์ในสายตาของทุกศาลภายในรัฐ ก็คือ กฎหมายของรัฐที่มีจุดเกาะเกี่ยว "ที่แท้จริง" กับนิติสัมพันธ์

นิติประเพณีระหว่างประเทศมีแนวคิดเป็น ๒ ลักษณะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ อันทำให้ตกอยู่ภายใต้สถานการณ์ที่เรียกว่า "การขัดกันแห่งกฎหมาย" กล่าวคือ

สถานการณ์แรก ก็คือ สถานการณ์แห่งการขัดกันแห่งกฎหมายมหาชน อันเกิดจากนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนระหว่างเอกชนและรัฐ ในสถานการณ์นี้ เว้นแต่จะกำหนดเป็นอย่างอื่น กฎหมายที่จะถูกเลือกให้มีผลกำหนดนิติสัมพันธ์ ก็คือ กฎหมายมหาชนของฝ่ายรัฐคู่กรณีซึ่งเป็นผู้แทนของผลประโยชน์ของมหาชน เพราะถือกันว่า ย่อมมีความเกาะเกี่ยวที่แท้จริงกับนิติสัมพันธ์มากกว่ากฎหมายของรัฐเจ้าของตัวบุคคล (Personal State) ของเอกชนซึ่งเป็นคู่กรณีในนิติสัมพันธ์

สถานการณ์ที่สอง ก็คือ สถานการณ์แห่งการขัดกันแห่งกฎหมายเอกชน อันเกิดจากนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน ซึ่งเป็นเรื่องระหว่างเอกชนด้วยกัน ซึ่งอาจมีองค์กรของรัฐลงมาเป็นคู่กรณี แต่องค์กรของรัฐนี้ก็มักจะสละเอกสิทธิของความเป็นองค์กรของรัฐและลงมายอมรับสถานะเสมือนหนึ่งเป็นเอกชน

ขอให้ตระหนักว่า การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่แท้จริงในนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนไม่มีคำตอบเดียว เพราะว่านิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนเป็นเรื่องระหว่างเอกชน จึงไม่มีฝ่ายใดที่จะมีเอกสิทธิเหนืออีกฝ่ายหนึ่ง กฎหมายที่ขัดกันเป็นกฎหมายของรัฐที่มีความเกี่ยวกับเอกชนตั้งแต่สองรัฐขึ้นไป ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่เกิดขึ้นเป็นความสัมพันธ์ทางอ้อม โดยฝ่ายเอกชนหรือถิ่นที่เกี่ยวข้องกับเอกชนหรือทรัพย์สินของเอกชน และเป็นการขัดกันระหว่างประโยชน์ของเอกชนเป็นหลัก ภายใต้นิติประเพณีระหว่างประเทศ เราพบว่า มีจุดเกาะเกี่ยวที่แท้จริงระหว่างรัฐกับนิติสัมพันธ์ใน ๕ สถานการณ์ที่แตกต่างกันสุดแต่จะเป็นการพิจารณานิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนประเภทใด[2] แต่อย่างไรก็ตาม คำตอบของศาลภายในรัฐบนโลกก็จะไม่แตกต่างกันในสาระสำคัญ เพราะศาลดังกล่าวยอมรับใน "หลักการเลือกกฎหมายเพื่อจัดการการขัดกันแห่งกฎหมาย" ที่เป็นเอกรูป ซึ่งมักเรียกกฎหมายในส่วนนี้ว่า "กฎหมายว่าด้วยการเลือกกฎหมาย (Law on Choice of Laws)" หรือ "กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Law on Conflict of laws)" ซึ่งในประเทศไทย เราเรียกกฎหมายนี้สั้นว่า "กฎหมายขัดกัน"

โดยการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ในช่วงต้นของการพิจารณาของศาลไทยภายใต้ยุครัฐชาติสมัยใหม่ (Age of Modern Nation State) เราก็ยอมรับหลักกฎหมายขัดกันสากลมาใช้แม้ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ประเทศไทยยอมรับกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อประมวลหลักกฎหมายขัดกันสากลใน พ.ศ.๒๔๘๑ กฎหมายลาย

---

[1] รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และทำหน้าที่อาจารย์ผู้บรรยายวิชากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ หลักสูตรเนติบัณฑิตของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

[2] สถานการณ์ทั้ง ๕ ประเภท ก็คือ (๑) เรื่องบุคคล (๒) หนี้สิน (๓) ทรัพย์สิน (๔) ครอบครัว และ (๕) มรดก

ลักษณ์อักษรฉบับนี้มีชื่อว่า "พ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.๒๔๘๑" และยังทำหน้าที่เป็นกฎหมายขัดกันหลักและทั่วไปมาจนถึงปัจจุบัน

เราพบว่า ในทุกคณะนิติศาสตร์ของโลก ก็จะมีการสอนหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศอันทำให้ตกอยู่ในการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งเราอาจเรียกการสอนนี้ว่า "วิชากฎหมายว่าด้วยการเลือกกฎหมาย" หรือ "วิชากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย" หรือ "วิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private International Law)" ก็ได้ แต่ชื่อหลังนี้เป็นที่นิยมมากในยุคของรัฐชาติสมัยใหม่ของประชาคมระหว่างประเทศ กล่าวคือ ตั้งแต่ศตวรรษที่ ๑๗ เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน

เราพบอีกว่า นักนิติศาสตร์ในโลกใบนี้จึงต้องมีความรู้พื้นฐานที่ตรงกันเกี่ยวกับการเลือกกฎหมายเพื่อจัดการการขัดกันแห่งกฎหมาย ๔ ประการ กล่าวคือ

ในประการแรก ศาลภายในรัฐทุกรัฐบนโลกมีแนวคิดในการจัดการนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศตรงกัน ดังนั้น กระบวนการยุติธรรมของรัฐทุกรัฐบนโลกย่อมมีลักษณะสอดคล้องกัน และสามารถสร้างสรรค์ "ความยุติธรรมระหว่างประเทศ" ได้ โดยไม่ต้องการศาลโลกและกฎหมายโลกสำหรับคดีเกี่ยวกับเอกชน ไม่ว่าคู่พิพาทของเอกชนจะเป็นรัฐ หรือเอกชนด้วยกัน ความยุติธรรมระหว่างประเทศเกิดจากการใช้กฎหมายที่มีเนื้อหาเกือบจะเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในการตัดสินคดี โดยกฎหมายนี้เป็นกฎหมายของรัฐที่แตกต่างกัน แนวคิดและเนื้อหาที่ตรงกันนี้ถูกเรียกว่า "หลักกฎหมายขัดกันสากล (Universal Conflictual Law) " และถือเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่นานาอารยประเทศยอมรับนำมาใช้ในการจัดการการขัดกันแห่งกฎหมายที่เกิดขึ้นภายในรัฐของตน

ในประการที่สอง รัฐทุกรัฐบนโลกย่อมมีกฎหมายขัดกันที่เป็นเอกเทศของตนเอง แต่เหล่ากฎหมายขัดกันนี้มีทั้งแนวคิด นิติวิธี และเนื้อหาที่ตรงกันในสาระสำคัญสำหรับกำหนดการเลือกกฎหมายในนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะระหว่างทั้ง ๕ สถานการณ์ กล่าวคือ (๑) ปัญหาความเป็นบุคคลตามกฎหมายของเอกชน (๒) ปัญหาหนี้สินของเอกชน (๓) ปัญหาทรัพย์สินของเอกชน (๔) ปัญหาครอบครัวของเอกชน และ (๕) ปัญหามรดกของเอกชน แต่ขอให้สังเกตว่า กฎหมายขัดกันของรัฐต่างๆ อาจมีรูปแบบที่แตกต่างกัน บางรัฐอาจมีกฎหมายขัดกันหลักเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่บางรัฐอาจมีกฎหมายขัดกันหลักเป็นลายลักษณ์อักษร

แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อสนองตอบต่อการพัฒนาของปัญหากฎหมายที่เกิดขึ้นใหม่ๆ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กฎหมายขัดกันหลักซึ่งมีลักษณะทั่วไปอาจไม่มีความทันสมัย รัฐหลายรัฐก็มีมักบัญญัติกฎหมายขัดกันในสถานการณ์พิเศษอีกด้วย ซึ่งกฎหมายขัดกันพิเศษนี้ก็อาจมีรูปแบบที่แตกต่างกัน มีความเป็นไปได้ที่รัฐที่มีกฎหมายขัดกันหลักที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร กลับมีกฎหมายขัดกันพิเศษที่เป็นลายลักษณ์อักษร อาทิ ประเทศฝรั่งเศสหรือประเทศอังกฤษซึ่งต่างก็ไม่มีกฎหมายขัดกันหลักที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็มีกฎหมายขัดกันพิเศษในนิติสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศของเอกชนเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร

เราจะตระหนักได้ว่า บ่อเกิดของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเอกชนจึงมีลักษณะที่ซับซ้อน แม้จะมีความแน่นอนและเป็นเอกภาพก็ตาม ความซับซ้อนนี้ทำให้กฎหมายสาขานี้ต้องการนักกฎหมายที่มีความเป็นมืออาชีพ (professional) กล่าวคือ (๑) มีความรอบรู้ในพัฒนาการของกฎหมายขัดกันในทุกประเทศที่อาจเข้ามามีสถานะเป็น "กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ (connecting laws)" และ (๒) มีความแม่นยำในการนำสืบพิสูจน์ข้อเท็จจริงอันแสดงว่า ในระหว่างกฎหมายของรัฐที่เกี่ยวข้องทั้งหมด (Connecting Laws) กฎหมายของรัฐใดเป็น "กฎหมายที่มีผลบังคับ (applicable law)" ต่อประเด็นของคดีที่จะต้องนำเข้าสู่ศาล หรือที่กำลังอยู่ในการพิจารณาของศาล

ในประการที่สาม วิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในทุกคณะนิติศาสตร์ของทุกรัฐบนโลก ชี้ตรงกันว่า กฎหมายขัดกันของรัฐที่จะถูกนำมาเริ่มต้นพิจารณาคดีโดยศาลภายใน

รัฐ ย่อมได้แก่ กฎหมายขัดกันของรัฐเจ้าของศาลผู้พิจารณาคดี แต่กฎหมายขัดกันนี้อาจส่งให้ใช้กฎหมายขัดกันของรัฐต่างประเทศหากจุดเกาะเกี่ยวที่แท้จริงที่ถูกนำสืบนำไปสู่ความเกาะเกี่ยวกับรัฐต่างประเทศ หรืออาจจะส่งกลับเข้ามาใช้กฎหมายสาระบัญญัติของรัฐเจ้าของศาลก็เป็นได้ ดังนั้น เมื่อศาลไทยจะต้องพิจารณาคดีตามกฎหมายเอกชนของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ กฎหมายขัดกันที่ศาลไทยจะใช้ ก็คือ กฎหมายขัดกันไทย ซึ่งโดยหลัก ก็คือ พ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.๒๔๘๑ แต่ก็อาจจะเป็นกฎหมายขัดกันพิเศษ กล่าวคือ มาตรา ๔ แห่ง พ.ร.บ.การรับขนของทางทะเล พ.ศ.๒๕๓๔ หากเป็นประเด็นแห่งคดีที่เกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในสัญญารับขนของทางทะเลระหว่างประเทศ

ในประการที่สี่ กฎหมายของรัฐหนึ่งอาจถูกใช้ในลำดับต่อมาโดยการส่งอำนาจของกฎหมายขัดกันของรัฐเจ้าของศาลที่รับพิจารณาคดี ศาลภายในของรัฐหนึ่งจึงอาจต้องตัดสินคดีโดยกฎหมายของรัฐต่างประเทศได้ แต่การกระทำเช่นนั้นมิได้ทำให้เสียอำนาจอธิปไตยทางตุลาการของรัฐแต่อย่างใด เนื่องจากเป็นการกระทำที่เกิดจากกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของศาลเพื่อเคารพกฎหมายระหว่างประเทศและนำมาซึ่งความยุติธรรมระหว่างประเทศ

มีความเป็นไปได้ที่รัฐสภาหรือศาลภายในของรัฐหนึ่งจะมีแนวคิดชาตินิยมและปฏิเสธที่จะใช้กฎหมายของรัฐต่างประเทศ โดยการปฏิเสธที่จะใช้กลไกแห่งกฎหมายขัดกันสากล แต่ด้วยหลักต่างตอบแทนที่ใช้ในทางปฏิบัติของศาลภายในรัฐบนโลก นิติประเพณีระหว่างประเทศจะปรากฏตัวเข้ามาควบคุม "ความนอกรีต" ของศาลที่แสดงตนเป็นชาตินิยม และด้วยความเป็นจริงของชีวิตเอกชนที่มีลักษณะข้ามชาติ (Transnational Private Life) ที่เกิดขึ้นอย่างมากมายในปัจจุบัน โอกาสที่คำพิพากษาของศาลภายในของรัฐหนึ่งจะต้องถูกบังคับในศาลภายในของรัฐอีกรัฐหนึ่งจึงเกิดขึ้นบ่อยครั้งขึ้น เป็นธรรมดามากขึ้น ความเป็นชาตินิยมของศาลหนึ่งจึงนำไปสู่ความไม่มีของคำพิพากษาของศาลนั้นในทางระหว่างประเทศ เราจึงพบว่า ความนอกรีตของศาลภายในรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศจึงเกิดขึ้นน้อยลงมากในยุคโลกาภิวัฒน์

สำหรับนักนิติศาสตร์ไทย สิ่งที่เราต้องตระหนักเพื่อสร้างสรรค์คำพิพากษาที่เป็นที่ยอมรับในประชาคมระหว่างประเทศและเพื่อสร้างสรรค์ความยุติธรรมระหว่างประเทศ มีอยู่ ๒ ประเด็น กล่าวคือ (๑) เมื่อศาลไทยจะต้องพิจารณาคดีของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เราซึ่งเป็นนักกฎหมายอยู่ในตำแหน่งใดในกระบวนพิจารณาความของศาลในรัฐก็ตาม อาจจะเป็นทนายความหรืออัยการหรือผู้พิพากษา จะต้องใช้กฎหมายขัดกันไทยอย่างถูกต้อง และสอดคล้องกับหลักกฎหมายขัดกันสากลอันเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้อยู่ในประชาคมระหว่างประเทศ และ (๒) เมื่อเราซึ่งเป็นทนายความจะต้องตามคดีที่เกี่ยวข้องกับประเทศไทยไปในการพิจารณาของศาลภายในรัฐต่างประเทศ และเมื่อประเทศไทยมีสถานะเป็นรัฐที่มีจุดเกาะเกี่ยวที่แท้จริงกับประเด็นแห่งคดีหนึ่งหรือมากกว่า เราก็จะต้องกล่าวอ้างกฎหมายขัดกันไทยอย่างถูกต้องเช่นกัน เพราะมิฉะนั้น ศาลภายในรัฐต่างประเทศก็จะไม่รับรองและบังคับตามคำพิพากษาของศาลไทย

เมื่อการเปิดเสรีทางเศรษฐกิจในประชาคมอาเซียนอย่างเต็มรูปจะเกิดขึ้นใน พค.ศ.๒๐๑๕/พ.ศ.๒๕๕๘ เราคงต้องตระหนักอย่างจริงจังว่า การกล่าวอ้างสิทธิในความยุติธรรมระหว่างประเทศที่ไม่ถูกต้องอาจไม่นำไปสู่การใช้กฎหมายขัดกันไทย และคำพิพากษาที่ได้รับก็อาจไม่มีผลทั้งในประเทศเองหรือประเทศที่สาม เพราะเป็นคำพิพากษาที่ขัดต่อหลักกฎหมายขัดกันสากลอันเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และสถานการณ์อันสร้างความไม่มีเสถียรภาพทางกฎหมายที่เกิดขึ้นนี้ย่อมไม่เป็นผลดีต่อการค้าการลงทุนและการเงินระหว่างประเทศ ตลอดจนการพัฒนาทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับประเทศไทย

เราอาจยกตัวอย่างของการใช้กฎหมายขัดกันไทยในความเป็นจริงดังนี้

## กรณีศึกษาเกี่ยวกับการใช้กฎหมายขัดกันไทยของศาลของรัฐต่างประเทศ

สมมติมีข้อเท็จจริงว่า นายสมชายและนายสมพงษ์เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน บุคคลทั้งสองมีสถานะบุคคลตามกฎหมายเป็น "คนสองสัญชาติ" กล่าวคือ เป็นทั้งคนสัญชาติไทยและคนสัญชาติมาเลเซีย นายสมชายมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศมาเลเซีย ส่วนนายสมพงษ์มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย นายสมชายและนายสมพงษ์เป็นเจ้าของที่ดิน ๔ แปลงในปีนังร่วมกัน เมื่อนายสมชายถึงแก่กรรม นายสมชายได้ทำพินัยกรรมระบุทั้งให้นางนารีและนางสาวิตรีซึ่งมีสถานะเป็นคนสัญชาติไทยเป็นผู้จัดการมรดกของนายสมชาย

นางนารีและนางสาวิตรีจึงฟ้องนายสมพงษ์ต่อศาลปีนังซึ่งเป็นศาลภายในรัฐมาเลเซียให้บังคับเอาที่ดิน ๔ แปลงดังกล่าวมาประมูลราคาขายหรือขายทอดตลาดเอาเงินมาแบ่งแก่ทายาท หรือถ้าหากนายสมพงษ์ต้องการที่ดินดังกล่าวก็ให้นายสมพงษ์นำเงินมาชำระแก่กองมรดกของนายสมชายเป็นจำนวนเงิน ๒๐๐ ล้านบาท

ในคดีมรดกดังกล่าว นายสมพงษ์ต่อสู้ว่า พินัยกรรมไม่สมบรูณ์ในทางแบบ แต่ตามกฎหมายขัดกันมาเลเซีย ความสมบรูณ์ของพินัยกรรมในทางแบบย่อมตกอยู่ภายใต้กฎหมายแห่งถิ่นที่ทำพินัยกรรม ปรากฏข้อเท็จจริงต่อไปว่า พินัยกรรมตามข้อพิพาททำในประเทศไทย ซึ่งตามกฎหมายไทย พินัยกรรมนี้มีความสมบูรณ์ทางแบบ

**ดังนั้น หากศาลปีนังซึ่งเป็นศาลของประเทศมาเลเซียจะพิจารณาคดี ศาลนี้จะใช้กฎหมายของประเทศบ้างใดในการพิจารณาประเด็นแห่งคดีนี้ ?**

เราพบว่า เมื่อศาลปีนังจะต้องพิจารณาคดีที่นางนารีและนางสาวิตรีเป็นโจทก์ฟ้องนายสมพงษ์เป็นจำเลย หากมีการกล่าวอ้างจากคู่ความฝ่ายหนึ่งถึงความเป็นคดีมรดกที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ศาลปีนังย่อมจะต้องนำกฎหมายขัดกันของรัฐเจ้าของศาล กล่าวคือ กฎหมายขัดกันของมาเลเซียมาพิจารณาประเด็นแห่งคดีดังกล่าว มิใช่กฎหมายแพ่งสารบัญญัติของมาเลเซียโดยพลัน

ภายใต้หลักกฎหมายขัดกันนี้ กฎหมายที่มีผลบังคับย่อมได้แก่กฎหมายแห่งถิ่นที่ทำพินัยกรรม ดังนั้น กฎหมายที่ศาลปีนังจะนำมาใช้ในการกำหนดความสมบรูณ์ทางแบบของพินัยกรรมดังกล่าวจึงได้แก่กฎหมายไทย กฎหมายขัดกันไทยจึงถูกยกขึ้นพิจารณาในศาลมาเลเซียในสถานการณ์นี้ หากคู่ความฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างขึ้นสู่การรับรู้ของศาลปีนัง และด้วยความเป็นระหว่างประเทศนิยม ศาลนี้ย่อมไม่ปฏิเสธ แต่จะต้องไม่ลืมว่า หากไม่มีการพิสูจน์ถึงจุดเกาะเกี่ยวของประเด็นแห่งคดีกับประเทศไทย ศาลปีนังย่อมไม่มีหน้าที่รับรู้ข้อเท็จจริงที่แสดงจุดเกาะเกี่ยวที่แท้จริงระหว่างประเทศไทยและนิติสัมพันธ์ของเอกชน กล่าวคือ ตัวพินัยกรรมที่นายสมชายได้ทำขึ้นเกี่ยวกับที่ดินของตนในปีนัง

ทนายความที่ดูแลคดีนี้จึงต้องนำสืบว่า ความเกาะเกี่ยวกับกฎหมายไทยมาจากข้อเท็จจริงใด ? และกฎหมายไทยในกรณีนี้คือกฎหมายอะไรบ้าง ? หากศาลปีนังไม่พอใจในการพิสูจน์ ก็เป็นนิติประเพณีระหว่างประเทศที่ศาลนี้จะไม่ยอมรับใช้กฎหมายไทยซึ่งเป็นกฎหมายของรัฐต่างประเทศ

คำว่า "กฎหมายไทย" นี้ในประการแรกย่อมหมายถึง "กฎหมายขัดกันไทย" อันได้แก่ มาตรา ๔๐ แห่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.๒๔๘๑ ซึ่งกำหนดว่า "*บุคคลจะทำพินัยกรรมตามแบบที่กฎหมายสัญชาติกำหนดไว้ก็ได้ หรือจะทำตามแบบที่กฎหมายของประเทศที่ทำพินัยกรรมกำหนดไว้ก็ได้*" โดยผลของบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นว่า กฎหมายขัดกันไทยก็ยอมรับให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่ทำพินัยกรรมกำหนดความสมบรูณ์ของพินัยกรรมในทางแบบเช่นกัน เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า พินัยกรรมทำในประเทศไทย กฎหมายขัดกันไทยจึงยอมรับให้ใช้กฎหมายไทยพิจารณาประเด็นแห่งคดีนี้ได้ คำว่า "กฎหมายไทย" ในขั้นตอนนี้จึงหมายถึง "กฎหมายมรดกสาระบัญญัติของไทย" อันได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทยว่าด้วยมรดกนั่นเอง

ในท้ายที่สุด โดยผลการพิสูจน์จุดเกาะเกี่ยวที่แท้จริงแห่งคดีกับประเทศไทยและการพิสูจน์กฎหมายไทยจนเป็นที่พอใจของศาล ศาลปีนังซึ่งเป็นศาลของประเทศมาเลเซียจึงอาจใช้กฎหมายเอกชนสาระบัญญัติไทยในการชี้ประเด็นแห่งคดีดังกล่าวได้

## กรณีศึกษาเกี่ยวกับการใช้กฎหมายขัดกันไทยของศาลไทย

ถ้าประเด็นแห่งคดีเป็นเรื่องที่ศาลไทยจะต้องพิจารณาความสามารถของนางกิมจูซึ่งมีสถานะเป็นคนสัญชาติอังกฤษ แต่มีภูมิลำเนาทั้งตามกฎหมายเอกชนและมหาชนอยู่ในประเทศฝรั่งเศส ปัญหานี้ย่อมตกอยู่ภายใต้การขัดกันแห่งกฎหมายเอกชนของ ๒ ประเทศ กล่าวคือ กฎหมายอังกฤษซึ่งกฎหมายเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคล และกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งเป็นกฎหมายของรัฐเจ้าของภูมิลำเนาของบุคคล

**ดังนั้น หากมีการกล่าวอ้างความเป็นระหว่างประเทศของประเด็นแห่งคดีต่อศาลไทย ศาลนี้จะใช้กฎหมายของประเทศใดบ้างในการพิจารณาประเด็นแห่งคดีนี้ ?**

จะเห็นว่า ทนายความที่ดูแลคดีนี้จึงต้องนำสืบให้ศาลเชื่อว่า นางกิมจูมีจุดความเกาะเกี่ยวกับประเทศใดบ้าง ? และเมื่อศาลไทยตระหนักว่า คดีมีจุดเกาะเกี่ยวกับประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส ศาลไทยก็ต้องเริ่มต้นพิจารณาคดีโดยกฎหมายขัดกันไทย นั่นก็คือ ศาลไทยจะต้องนำ พ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๔๘๑ มาใช้ในการพิจารณาประเด็นแห่งคดีอันเกี่ยวกับสถานภาพของนางกิมจูซึ่งบุคคลธรรมดาที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ

โดยผลของมาตรา ๑๐ แห่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๔๘๑ ความสามารถของนางกิมจูย่อมตกอยู่ภายใต้กฎหมายอังกฤษ ทั้งนี้ เพราะนางกิมจูมีสถานะเป็นคนสัญชาติอังกฤษ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลไทยไม่อาจนำกฎหมายแพ่งสาระบัญญัติของอังกฤษมาใช้ได้ทันที ศาลไทยจะต้องพิจารณาเสียก่อนว่า กฎหมายขัดกันอังกฤษยินยอมรับอำนาจที่กฎหมายขัดกันของไทยส่งให้ในกรณีนี้หรือไม่ ดังที่เราทราบ กฎหมายขัดกันของอังกฤษกำหนดให้ความสามารถของบุคคลตกอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐเจ้าของภูมิลำเนาของบุคคล ดังนั้น ภายใต้กฎหมายขัดกันอังกฤษนี้ ความสามารถของนางกิมจูจึงตกอยู่ภายใต้กฎหมายฝรั่งเศส เพราะตามข้อเท็จจริง นางกิมจูมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศดังกล่าว จะเห็นได้ว่า กฎหมายขัดกันของอังกฤษมิได้ยอมรับอำนาจที่มาตรา ๑๐ ส่งให้แม้ว่านางกิมจูจะมีสัญชาติอังกฤษ กฎหมายขัดกันของอังกฤษจะยอมรับให้นำกฎหมายแพ่งของอังกฤษมาใช้ต่อปัญหาบุคคลได้ก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นมีภูมิลำเนาในอังกฤษเท่านั้น หลักของกฎหมายขัดกัน ก็คือ เพื่อมิให้เกิดการละเมิดอำนาจอธิปไตยในทางนิติบัญญัติ ศาลจะต้องปฏิบัติตามกลไกแห่งกฎหมายขัดกัน และไม่นำเอากฎหมายแพ่งสารบัญญัติของรัฐต่างประเทศมาใช้ถ้ากฎหมายขัดกันของรัฐนั้นมิได้ยินยอม เป็นที่แน่นอนว่า การปฏิบัติตามกฎหมายอังกฤษก็คือการเคารพกฎหมายขัดกันของอังกฤษ เมื่อกฎหมายขัดกันของอังกฤษให้นำกฎหมายภูมิลำเนามาใช้ต่อปัญหาสถานภาพของบุคคล ศาลไทยก็ไม่อาจนำกฎหมายแพ่งของอังกฤษมาใช้ต่อการพิจารณาความสามารถของนางกิมจู เพราะนางกิมจูไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในอังกฤษ แต่ศาลไทยจะต้องไปนำเอากฎหมายฝรั่งเศสมาพิจารณาต่อไป เพราะนางกิมจูมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศฝรั่งเศส

จะเห็นว่า กรณีของนางกิมจูเป็นตัวอย่างที่อำนาจที่กฎหมายขัดกันของไทยส่งไปให้กฎหมายของรัฐต่างประเทศรัฐที่ ๑ และกฎหมายนั้นก็ส่งอำนาจต่อไปยังกฎหมายของรัฐต่างประเทศรัฐที่ ๒

ในขั้นตอนต่อมานี้ ศาลไทยจึงต้องพิจารณาความสามารถของนางกิมจูภายใต้กฎหมายขัดกันฝรั่งเศสซึ่งกำหนดให้ความสามารถของบุคคลตกอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคล ดังนั้น ศาลไทยจึงต้องนำเอากฎหมายอังกฤษมาใช้ในการพิจารณาความสามารถของนางกิมจูอีกครั้ง ในกรณีที่ไม่อาจพิสูจน์ได้ว่า กฎหมายขัดกันอังกฤษยอมรับการย้อนส่งกลับ ศาลไทยก็จะต้องนำเอากฎหมายฝรั่งเศสมาพิจารณาความสามารถของนางกิมจูอีกครั้ง และในกรณีที่ไม่อาจพิสูจน์ได้ว่า กฎหมายขัดกันฝรั่งเศสยอมรับการย้อนส่งกลับ ก็ย่อมสรุปได้ว่า ศาลไทยได้เผชิญกับ "ความล้มเหลวของกลไกของกฎหมายขัดกัน" แล้ว

ในสถานการณ์เช่นนี้ ก็จะเป็นเหมือนการตีลูกปิงปอง ที่ไม่มีฝ่ายใดยอมรับถือลูกปิงปองไว้ในมือ ลูกถูกตีกลับไป-มาระหว่างผู้เล่น ๒ ฝ่าย ความสามารถของนางกิมจูก็จะถูกตีกลับไป-มาระหว่างกฎหมายขัดกันของอังกฤษและของฝรั่งเศส ศาลไทยก็จะมีสภาพเหมือนเดินในเขา

วงกต หาทางออกไม่ได้ กล่าวคือ หากฎหมายแพ่งสารบัญญัติที่จะมาใช้กำหนดความสามารถของนางกิมจูไม่ได้ เป็นสถานการณ์ที่ชี้ว่า กลไกของกฎหมายขัดกันล้มเหลว

แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เกิดขึ้นดังกล่าว นิติประเพณีระหว่างประเทศไม่ยอมรับให้ศาลภายในรัฐไม่อาจคืนคดีต่อคู่ความเพราะจะเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม (denial of justice) กรณีปรากฏเช่นกันในกฎหมายไทย จะเห็นว่า ศาลไทยนั้นถูกกำหนดโดยมาตรา ๑๓๔ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งมีข้อกำหนดว่า "*ไม่ว่าในกรณีใดๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษา หรือมีคำสั่งชี้ขาดคดี โดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี หรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์*" ดังนั้น ศาลภายในของรัฐจะต้องตัดสินคดี แม้ว่ากลไกของกฎหมายขัดกันล้มเหลว โดยศาลนี้จะนำกฎหมายที่ศาลมีอยู่ กล่าวคือ กฎหมายของรัฐเจ้าของศาลมาใช้ในการตัดสินคดี ถ้ากรณีเกิดขึ้นในศาลไทย ศาลไทยก็จะนำกฎหมายแพ่งสารบัญญัติของไทยมาใช้ในการตัดสินคดี

เราพบว่า ข้อเท็จจริงที่นำไปสู่ความล้มเหลวของกลไกของกฎหมายขัดกันอาจเกิดขึ้นใน ๓ กรณี กล่าวคือ (๑) ความเป็นไปไม่ได้ที่จะพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ (๒) ความไม่สามารถพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจนศาลพอใจ และ (๓) กรณีที่กฎหมายต่างประเทศนั้นขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไทย

**สถานการณ์แรกอันได้แก่ความเป็นไปไม่ได้ที่จะพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้น** เป็นสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเมื่อคู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างกฎหมายของรัฐต่างประเทศอันเนื่องมาจากความเป็นระหว่างประเทศของนิติสัมพันธ์ และทุกฝ่ายในคดีก็ยอมรับว่า กฎหมายของรัฐต่างประเทศเป็นกฎหมายที่มีจุดเกาะเกี่ยวที่แท้จริงต่อประเด็นแห่งคดี มิใช่กฎหมายภายในรัฐเจ้าของศาล แต่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างนั้นก็ไม่อาจพิสูจน์ต่อศาลถึงเนื้อหาสาระของกฎหมายของประเทศที่มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับคดี มีเป็นไปได้เช่นกันที่คู่ความนั้นจะไม่ทราบว่ากฎหมายของประเทศนั้นมีบทบัญญัติอย่างไรกันแน่

**กรณีศึกษา**

หากคู่ความฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างต่อศาลไทยว่า จะต้องใช้กฎหมายบูกิน่าฟาโซกำหนดความสามารถของนายยองยองเน่ซึ่งมีสัญชาติบูกินน่าฟาโซ

เป็นที่แน่นอนว่า โดยผลของมาตรา ๑๐ แห่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๔๘๑ ว่า ความสามารถของนายยองยองเน่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยบุคคลของประเทศบูกินน่าฟาโซ[3] แต่การจะพิสูจน์เนื้อหาของกฎหมายนี้ในศาลไทย ก็อาจจะทำไม่ได้เลย เพราะไม่อาจหาข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับกฎหมายนี้ได้เลยในประเทศไทย

นักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเรียกสถานการณ์เช่นนี้ว่า "ความเป็นไปไม่ได้ในการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ" (Impossibility of Proof of Foreign Law) สถานการณ์อย่างนี้ย่อมนำไปสู่ความล้มเหลวของกลไกของกฎหมายขัดกัน อันเป็นเหตุให้ศาลสามารถนำกฎหมายสารบัญญัติของของรัฐเจ้าของศาลมาตัดสินคดีโดยขัดกับกฎหมายขัดกันของรัฐเจ้าของศาล ดังนั้น ศาลไทยก็อาจนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาใช้กำหนดความสามารถของนายยองยองเน่โดยขัดต่อมาตรา ๑๐ แห่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.๒๔๘๑ ได้ เพราะหากไม่ทำเช่นนั้น ก็ไม่อาจชี้ขาดประเด็นแห่งคดีนี้ได้เลย

**สถานการณ์ที่สองอันได้แก่ความไม่สามารถที่จะพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจนศาลพอใจนั้น** เป็นสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเมื่อกฎหมายขัดกันของรัฐมักกำหนดให้คู่ความฝ่ายกล่าวอ้างความเป็นระหว่างประเทศของนิติสัมพันธ์จะต้องพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศต่อศาลจนศาลพอใจ ดังจะเห็นจากบทบัญญัติแห่งมาตรา ๘ แห่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

[3] ประเทศนี้มีอยู่จริงในทวีปอัฟริกา แต่เป็นประเทศด้อยพัฒนามาก มีการติดต่อระหว่างประเทศกับบางประเทศเท่านั้น จึงเป็นการยากที่จะนำสืบพิสูจน์กฎหมายระหว่างประเทศนี้ในศาล

พ.ศ.๒๔๘๑ ซึ่งมีใจความว่า "*ในกรณีที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ถ้ามิได้พิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยาม*"

จะเห็นว่า ความสำเร็จของขั้นตอนนี้ขึ้นอยู่กับอำเภอใจของศาล โดยทั่วไป การพิจารณาคดีในศาลเป็นเรื่องที่เปิดเผยต่อสาธารณชน ศาลจึงไม่อาจใช้อารมณ์ในการวัดความพอใจต่อเนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศที่ทนายความนำมาพิสูจน์ต่อศาล ความน่าเชื่อถือได้ว่ากฎหมายต่างประเทศมีเนื้อหาเช่นนั้นอาจจะพิสูจน์ได้โดยการนำพยานผู้เชี่ยวชาญมานำสืบพิสูจน์ต่อศาล หรือโดยการนำพยานเอกสารมานำสืบต่อศาล พยานเอกสารที่มีน้ำหนักที่สุด ก็คือหนังสือพิมพ์ราชการ (Official Journal) อันเป็นแหล่งประกาศกฎหมายของประเทศนั้น

ในกรณีที่ศาลไม่พอใจการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ กลไกของกฎหมายขัดกันก็ย่อมล้มเหลวลงอีกแม้คู่ความฝ่ายหนึ่งจะได้นำสืบพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศต่อศาลแล้ว ขอให้สังเกตว่า ขั้นตอนนี้ได้กลายเป็นเทคนิคของการต่อสู้คดีที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ถ้ากฎหมายต่างประเทศจะเป็นประโยชน์ต่อฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายนั้นก็ย่อมมีหน้าที่นำสืบพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจนศาลพอใจแต่ถ้ากฎหมายต่างประเทศจะไม่เป็นประโยชน์ต่อฝ่ายใด ฝ่ายนั้นก็ย่อมจะต้องพยายามนำสืบหักล้างน้ำหนักของการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศของอีกฝ่ายหนึ่ง กล่าวคือ ทำให้ศาลเกิดความไม่แน่ใจในเนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศที่ถูกนำสืบ ในสถานการณ์ที่ศาลผู้พิจารณาคดีไม่เชื่อในเนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศ ศาลนี้ก็จะนำเอากฎหมายของรัฐเจ้าของศาลมาใช้ในการวินิจฉัยคดี

**สถานการณ์ที่สามอันได้แก่การปฏิเสธกฎหมายแพ่งสาระบัญญัติต่างประเทศที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น** เป็นสถานการณ์ที่เกิดขึ้นแม้จะสามารถพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจนศาลพอใจได้แล้ว ก็อาจจะต้องมีการพิสูจน์ว่าเนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศที่ศาลฟังเป็นยุติแล้วนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของรัฐเจ้าของศาลหรือไม่ กฎหมายขัดกันของทุกรัฐมักกำหนดให้ศาลของตนใช้หลัก "Public Order" เป็นเครื่องกรองกฎหมายต่างประเทศที่มีผลกระทบกระเทือนเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของรัฐเจ้าของศาล กรณีเป็นเช่นเดียวกันในประเทศไทย ดังจะเห็นจากมาตรา ๕ แห่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.๒๔๘๑ ซึ่งกำหนดว่า "*ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศสยาม*"

ถ้าศาลพบว่า เนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนของรัฐเจ้าของศาล ศาลก็ย่อมไม่ยอมนำกฎหมายต่างประเทศนั้นมาบังคับคดีในศาล แม้ว่าคดีนั้นจะมีลักษณะระหว่างประเทศ ในสถานการณ์ดังกล่าว กลไกของกฎหมายขัดกันก็ย่อมล้มเหลวเช่นกัน ศาลนี้ก็จะนำเอากฎหมายของรัฐเจ้าของศาลมาใช้ในการวินิจฉัยคดีอีกเช่นกัน

ขอให้สังเกตว่า เทคนิคในการต่อสู้คดีที่มีลักษณะระหว่างประเทศเกิดขึ้นที่ตรงนี้อีกเช่นกัน ถ้ากฎหมายต่างประเทศจะเป็นประโยชน์ต่อฝ่ายหนึ่ง และฝ่ายนั้นได้นำสืบพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจนศาลพอใจได้แล้ว ทางเดียวที่ฝ่ายตรงกันข้ามจะพลิกรูปคดีได้ก็คือ การนำสืบพิสูจน์ว่าการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศในกรณีนั้นเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนของรัฐเจ้าของศาล แต่อย่างไรก็ตาม การต่อสู้คดีโดยวิธีนี้เป็นเรื่องที่ยากที่จะนำมาใช้ได้ง่ายๆ ในคดีทั่วไป

ในกรณีที่ทนายความได้นำสืบพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจนศาลพอใจและการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นก็ไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลก็ย่อมต้องนำกฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศมาใช้ในการตัดสินคดีในศาลของตนได้ ศาลก็ย่อมไม่อิดเอื้อนที่จะรับรองอำนาจอธิปไตยในทางนิติบัญญัติของรัฐต่างประเทศอีกต่อไป

สิ่งที่ต้องตระหนักในที่สุด ก็คือ การไม่ยอมรับกลไกแห่งกฎหมายขัดกันอย่างไม่มีเหตุผลที่นิติประเพณีที่นานาอารยประเทศยอมรับ ก็คือ การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งจะทำให้การกระทำของรัฐไม่ว่าในทางนิติบัญญัติหรือบริหารหรือตุลาการไม่มีผลในทางระหว่างประเทศ ดังนั้น การศึกษากลไกแห่งกฎหมายขัดกันจึงเป็นภารกิจที่สำคัญของนักนิติศาสตร์ที่มี

**จิตใจรับใช้ความยุติธรรม ซึ่งในโลกที่มีความเป็นระหว่างประเทศมากขึ้น เรื่องของนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนก็ต้องการความยุติธรรมทั้งในระดับภายในประเทศและระหว่างประเทศ กฎหมายขัดกันไทยจึงเป็นกลไกที่ศาลไทยจะต้องใช้ในการรักษาความยุติธรรมระหว่างประเทศสำหรับบุคคลตามกฎหมายเอกชน ซึ่งอาจจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนก็ตาม**

---