

บทที่ 1

แนวความคิดพื้นฐานต่อการบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศโดยศาลไทย

ในเบื้องต้นควรเข้าใจถึงความหมายของการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ เสียก่อน เพื่อที่จะนำไปสู่ความเข้าใจในการศึกษาแนวความคิด หลักเกณฑ์ และวิธีการเกี่ยวกับการบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ แล้วนำมาวิเคราะห์หาข้อสรุปได้อย่างเป็นระบบ

การบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ หมายถึง การที่ศาลของประเทศที่ได้รับคำร้องขอ ต้องดำเนินการในการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศโดยอาศัยหลักเกณฑ์และวิธีการของศาลที่ได้รับคำร้องขอให้มีการบังคับ เพื่อให้คำพิพากษาศาลต่างประเทศบังเกิดผล¹ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง หมายความว่า การนำผลของคำพิพากษาของศาลแห่งประเทศหนึ่งไปขอให้ศาลอีกประเทศหนึ่งบังคับตามให้

การบังคับตามคำพิพากษานั้น เป็นเรื่องที่คุณ่ความหรือผู้มีส่วนได้เสีย มีความประสงค์ที่จะให้มีการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ โดยจะต้องนำคำพิพากษานั้นไปดำเนินการให้ศาลต่างประเทศหรือองค์กรที่มีอำนาจในต่างประเทศยอมรับและบังคับตามให้ในอีกประเทศหนึ่ง มิใช่เรื่องที่ศาลต่างประเทศ หรือองค์กรที่มีอำนาจจะหยิบยกขึ้นในการบังคับคดีขึ้นเอง โดยคุณ่ความหรือผู้มีส่วนได้เสียมิได้ร้องขอ

ในเรื่องการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้น เมื่อเราพิจารณาถึงทฤษฎีจะปรากฏแนวความคิดพื้นฐานในเรื่องนี้แบ่งเป็น 2 แนวความคิด คือ แนวความคิดที่เป็นอุปสรรคต่อการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ และแนวความคิดที่สนับสนุนต่อการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

1.1 แนวความคิดที่เป็นอุปสรรคต่อการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

แนวความคิดนี้คัดค้าน หรือไม่เห็นด้วย ในการที่จะให้ผลของคำพิพากษาของศาลประเทศหนึ่งไปมีผลบังคับในอีกประเทศหนึ่ง โดยผ่านกระบวนการทางศาลหรือองค์กรที่มีอำนาจเป็นผู้บังคับตามให้ แนวความคิดที่เป็นอุปสรรคได้แก่

¹ A.W. Scott, Private International Law, Conflict of laws (Plymouth : Macdonald & Evans, 1979), p.101

1.1.1 แนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย

อำนาจอธิปไตยในความหมายที่ใช้กันอยู่ทุกวันนี้มีความแตกต่างหลายประการ คืออาจหมายถึง

- (1) อำนาจของรัฐที่จะกำหนดหน้าที่ต่าง ๆ ของตนขึ้นโดยตนเอง
- (2) อำนาจของรัฐที่จะกำหนดด้วยตนเองว่าวิธีการใดเหมาะสม และจำเป็นสำหรับการดำเนินการตามหน้าที่ให้บรรลุผล
- (3) ฐานะสูงสุดของอำนาจรัฐในความหมายที่ว่า อำนาจนี้มิได้รับมาจากแหล่งอื่นใดบนพื้นโลก
- (4) การตัดสินใจว่าองค์กรใดของรัฐ ถือเป็นองค์กรสูงสุดในรัฐยามเมื่ออยู่ในภาวะสงบ “ เป็นปกติ ”
- (5) การตัดสินใจว่าองค์กรใดของรัฐ จะเป็นองค์กรสูงสุดในยามฉุกเฉินหรือสงคราม²

จากความหมายดังกล่าว ทำให้เห็นถึงตัวตน ของรัฐว่า รัฐมีสถานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ มีสิทธิใช้อำนาจอธิปไตยภายในดินแดนของตนได้อย่างเด็ดขาด และบริบูรณ์แต่เพียงผู้เดียว รัฐมีองค์ประกอบที่สำคัญ 4 ประการ คือ 1. ดินแดนที่มีเขตกำหนดอย่างแน่ชัด (Defined territory) 2. ประชากรซึ่งมีถิ่นที่อยู่อย่างถาวร (Permanent Population) 3. รัฐบาล (Government) 4. อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ซึ่งรวมถึงอำนาจของรัฐที่ใช้ภายในดินแดน และอำนาจของรัฐในการที่จะเข้าไปดำเนินสัมพันธไมตรีกับประเทศต่าง ๆ ในที่นี้เราจะกล่าวถึงข้อความคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของรัฐ ซึ่งอำนาจอธิปไตยแยกได้เป็น 2 ชนิด คือ

1. อำนาจอธิปไตยภายใน (Internal Sovereignty or supremacy) คือ อำนาจของแต่ละรัฐที่จะกำหนดหน้าที่ของตนได้อย่างอิสระ และเป็นเอกเทศ ที่จะจัดองค์การของตนและผูกขาดการใช้กำลังอันชอบด้วยกฎหมายบังคับภายในอาณาเขตของตน อำนาจอธิปไตยจึงมีลักษณะที่เป็นกลางที่สามารถจะหมายถึงระบบใดก็ได้ เช่น ระบบรัฐสภา ประธานาธิบดี ประชาธิปไตย

² อำนาจอธิปไตยกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดย Luzius WILDHABER แปลและเรียบเรียงโดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, จตุรนต์ ธีระวัฒน์, วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 4 ปีที่ 16 ธันวาคม 2529 : หน้า 191

อภิชนาธิปไตย ราชาธิปไตยหรือเผด็จการ ประกอบด้วยที่มีอาณาเขตพร้อมด้วยพลเมือง และหมายถึงการใช้อำนาจบังคับบัญชาที่มีประสิทธิภาพอย่างเป็นเอกเทศและอย่างเป็นเอกราช ก็จะมีคุณสมบัติสำหรับการเป็นรัฐ และอำนาจอธิปไตย

รัฐที่เป็นเอกราชย่อมมีความเป็นอิสระจากรัฐอื่น ตลอดจนมีอำนาจสูงสุดในการบริหารกิจการภายในรัฐของตน โดยแบ่งอำนาจดังกล่าวออกเป็น 3 ประเภท คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ทั้งนี้ เพื่อเป็นกลไกในการบริหารกิจการภายในรัฐให้ดำเนินไปโดยเรียบร้อย และเกิดความสงบสุข มั่นคง ภายในรัฐนั้น ๆ โดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐอื่น รัฐมีอำนาจในการออกกฎหมาย ระเบียบ และข้อบังคับต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับภายในประเทศ โดยใช้อำนาจผ่านทางฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารเป็นผู้ใช้อำนาจในการดำเนินการบังคับตามกฎหมาย เช่น การจับกุม สอบสวนผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย และใช้อำนาจตุลาการผ่านทางฝ่ายตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งอำนาจของฝ่ายตุลาการนี้เรียกว่า “ อำนาจศาล ”

2. อำนาจอธิปไตยภายนอก (External Sovereignty or independence) ซึ่งได้แก่ อำนาจของรัฐที่จะดำเนินการเกี่ยวกับกิจการอย่างอิสระเสรี ตามที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐ ณ กรุงมอนเตวิเดโอ กล่าวว่า “ มีความสามารถที่จะมีสัมพันธภาพกับรัฐอื่น ๆ ได้ ” ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของควมมีเอกราช ปฏิเสธไม่ให้ใครมีอำนาจเหนือรัฐ เพราะรัฐแต่ละรัฐต่างเป็นรัฐเอกราชต่อกัน มีสถานะเท่าเทียมกันในกฎหมายระหว่างประเทศ มีการอยู่ร่วมกันในสังคมโลกอย่างสันติ และร่วมมือกันโดยสมัครใจ โดยไม่คำนึงถึงระบบการปกครองที่แตกต่างกัน กฎหมายระหว่างประเทศนี้มีรากฐานจากหลักเกณฑ์ในการปกครองอย่างมีประสิทธิภาพ และการปฏิบัติต่างตอบแทน อย่างมีความเสมอภาคอธิปไตย เมื่อเป็นเช่นนั้นกฎหมายระหว่างประเทศเน้นการเปิดช่องทางติดต่อระหว่างรัฐ ซึ่งรัฐแต่ละรัฐต้องเคารพสิทธิซึ่งกันและกัน ตามกฎหมายระหว่างประเทศดังนี้

1. สิทธิที่จะทำการติดต่อ (The Right of Intercourse)
2. สิทธิที่จะได้รับการเคารพในเกียรติศักดิ์ (The Right of Goodname and Reputation)
3. สิทธิที่จะมีเอกราช และอำนาจสูงสุดในแผ่นดิน (The Right of Independence and Territorial Supremacy of Holding)

4. สิทธิที่จะป้องกันตนเอง (The Right of Self-preservation)
5. สิทธิที่จะไม่ถูกแทรกแซง (The Right of Existence)
6. สิทธิที่จะมีความเท่าเทียม (The Right of Equality)
7. สิทธิที่จะมีอำนาจบงการโดยกฎหมาย (The Right of Jurisdiction)³

บรรดาสิทธิของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว เป็นรากฐานของอำนาจอธิปไตยของรัฐ ซึ่งแสดงออกถึงสภาพความเป็นจริง และตามการผ่อนปรนของกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม อำนาจอธิปไตยภายนอก อาจถูกมองได้ว่าเป็นการเรียกร้องเพื่อประโยชน์ของรัฐ ในอีกด้านหนึ่งอำนาจอธิปไตยภายในนั้นได้ถูกเรียกร้องกันในนามของประชาชน รัฐอธิปไตยจึงเป็นการประสานระหว่างหลักประกันแห่งกฎหมายและเสรีภาพ จึงต้องเข้าใจว่าอำนาจอธิปไตยเหมือนกับเป็นข้อความคิดทางกฎหมายที่ถูกจำกัด และผูกพันกับสิ่งอื่นๆ และถูกควบคุมให้อยู่ในบังคับ อำนาจอธิปไตยเช่นว่านี้ มิได้หมายความว่าเพียงแต่การปกครองตนเองภายในเท่านั้น แต่หมายถึงเขตอำนาจรัฐ ในความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศในการกำหนดหน้าที่ และลำดับความสำคัญเร่งด่วนของรัฐอย่างอิสระ เขตอำนาจรัฐของรัฐอธิปไตยจึงมุ่งไปสู่สวัสดิภาพของสาธารณชน และการดำรงสันติภาพภายในด้านระเบียบการปกครองที่ถูกต้องและเสรี ซึ่งรวมอำนาจและสิทธิไว้ด้วยกัน เพื่อที่จะทำให้เกิดระเบียบ การปกครองที่ดี และอำนาจอธิปไตยของปวงชนที่แท้จริง

แนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย มีนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสชื่อ จัง โบแดง (JEAN BODIN) ซึ่งมีชีวิตอยู่ในปี ค.ศ.1530-1596 ได้เสนอแนวความคิด และได้เขียนหนังสือว่าด้วยรัฐ 6 เล่ม จนมีชื่อเป็นที่รู้จักกันทั่วโลก โบแดงได้อธิบายว่า รัฐจะดำเนินไปได้ จะต้องมียุทธศาสตร์การปกครองสูงสุด เรียกอำนาจอธิปไตย โดยเขานิยามคำนี้ไว้ว่า “อำนาจอธิปไตยนั้นเป็นอำนาจสูงสุดเหนือประชาชนในรัฐ อันไม่ถูกจำกัดหรือยับยั้งโดยกฎหมายใดๆ” และอีกตอนหนึ่ง เขาได้กล่าวว่า “อำนาจอธิปไตย คืออำนาจเหนือพลเมืองของรัฐ เป็นอำนาจเด็ดขาดและเป็นนิรันดร ”

³ สุมานิต มั่นสุข , คำบรรยายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีอาญา , (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523) หน้า 9-11

อำนาจอธิปไตยดังกล่าวจึงหมายถึง อำนาจในอันที่จะตรากฎหมาย ยกเลิกกฎหมาย และแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายซึ่งเรียกว่า อำนาจนิติบัญญัตินั่นเอง คือ อำนาจในอันที่จะตรากฎหมายบังคับ หรืออนุญาตให้บุคคลกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการใดๆ ก็ได้เมื่อรัฐมีอำนาจอธิปไตย รัฐย่อมมีอำนาจเด็ดขาดและเป็นนิรันดร ในทางนิติบัญญัตินั้น คำอธิบายของ จัง โบแดง ที่ว่า “ อำนาจอธิปไตยย่อมไม่ถูกยับยั้งหรือจำกัดโดยกฎหมายใด ๆ (Legibus Soluta) ” เท่ากับเป็นการประกาศว่า ภายใต้เขตแดนของรัฐที่มีอำนาจอธิปไตย รัฐย่อมมีอำนาจที่จะบัญญัติกฎหมาย คือ มีอำนาจบัญญัติกฎหมายให้แก่ตนเอง และประชาชนของตนเองให้ปฏิบัติตาม โดยไม่ต้องขึ้นอยู่กับใคร หรือกฎเกณฑ์ของผู้ใด อำนาจนิติบัญญัติ หรืออำนาจบัญญัติกฎหมายนี้ จึงเป็นลักษณะแสดงออกอย่างหนึ่งว่า รัฐมีอิสระในการกำหนดตนเอง และต่อมาจึงถือกันว่าอำนาจอธิปไตยเป็นเครื่องแสดงออกว่าองค์กรนั้นๆ เป็นรัฐหรือไม่ มีอำนาจอธิปไตยหรือไม่ และรัฐสมัยใหม่ได้อาศัยคำอธิบายของ จัง โบแดง เป็นข้ออ้างความชอบธรรมในการใช้อำนาจบัญญัติกฎหมายเพื่อบงการกิจการต่างๆ ภายในรัฐให้ดำเนินไปอย่างมีระเบียบแบบแผน อันนำไปสู่ความสำเร็จของการสร้างชาติ และความมีอำนาจของรัฐสมัยใหม่ในโลกตะวันตกทราบมาจนทุกวันนี้

อย่างไรก็ดี คำสอนของ จัง โบแดง ที่อธิบายว่าอำนาจอธิปไตยย่อมไม่ถูกจำกัดด้วยกฎหมายใดๆ (Legibus Soluta) มิได้ยืนยันว่าอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจอธิปไตยสมบูรณ์ล้นพ้นปราศจากเงื่อนไข ข้อแม้ หรือไร้ขอบเขตใด ๆ เขายอมรับว่าแม้เขาจะกล่าวไว้ว่า อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจอธิปไตย และไม่ถูกจำกัด แต่องค์อธิปัตย์ตามที่เสนอของเขาก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายธรรมชาติ (Jus Naturale) กฎหมายนานาชาติ (Jus Gentium) และหลักที่ว่าสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) แท้จริงแล้วเขาหมายถึงว่า ไม่ถูกจำกัดโดยกฎหมายใดๆ ที่มนุษย์บัญญัติขึ้น ดังนั้น การที่ จัง โบแดง อธิบายว่าอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจอธิปไตยเด็ดขาดนิรันดร และไม่ถูกยับยั้งหรือจำกัดด้วยกฎหมายใดๆ แท้จริงหมายถึงว่ารัฐอธิปัตย์ย่อมไม่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายศาสนจักรหรือจักรพรรดิ หรือผู้ถืออำนาจปกครองอื่นใดเท่านั้น ความเข้าใจเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยในลักษณะไม่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ใดๆ เลยโดยสิ้นเชิงนั้น เป็นความเข้าใจในสมัยหลังมานี้เอง ที่เป็นเช่นนี้น่าจะเป็นเพราะความจำเป็นในการบัญญัติกฎหมายออกมาบังคับเพื่อดำเนินกิจการต่างๆ ของรัฐสมัยใหม่มีมากขึ้นทุกที จึงมีการกล่าวอ้าง และเน้นความชอบธรรมในการบัญญัติกฎหมายโดยไม่จำกัดเป็นเวลานานติดต่อกันนานๆ เข้าก็กลายเป็นความเชื่อที่ว่า อำนาจอธิปไตยที่แสดงออกโดยการนิติบัญญัตินั้น เป็นอำนาจที่สมบูรณ์เด็ดขาด ไม่มีขอบเขต เป็นความเข้าใจผิดที่นำมนุษยชาติไปสู่วิกฤตการณ์ทางสังคมในปัจจุบัน เพราะไม่อาจ

ชี้ออกมาได้ว่าอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสมัยใหม่นั้น มีขอบเขตเพียงใด โดยเฉพาะในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องอำนาจและสิทธิหน้าที่ของรัฐ⁴

จากแนวความคิดที่กล่าวมาข้างต้น อำนาจอธิปไตยเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับมาตั้งแต่ในอดีตจนกระทั่งถึงสมัยปัจจุบัน อำนาจอธิปไตยเป็นเครื่องแสดงออกของความเป็นรัฐที่มีเอกราชในการบริหาร และจัดการทุกสิ่งทุกอย่างในรัฐได้อย่างเป็นอิสระ เป็นการยืนยันถึงอำนาจภายในดินแดนของตน รัฐสามารถใช้อำนาจโดยปราศจากเงื่อนไขเพื่อปกป้องประโยชน์ของรัฐชาติของตน และขณะเดียวกันยอมใช้อำนาจได้อย่างสมบูรณ์เต็มที่ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐอื่นภายในดินแดนของตน รัฐจึงมีความอิสระ โดยสามารถปฏิเสธอิทธิพลจากภายนอก

จากการที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยภายในโดยเด็ดขาด ทำให้เกิดความคิดว่า อำนาจอธิปไตยภายในเป็นอุปสรรคในความร่วมมือระหว่างประเทศ เนื่องจากในปัจจุบันนี้รัฐแต่ละรัฐไม่สามารถอยู่ได้โดยลำพังเพียงรัฐเดียว หากแต่ต้องมีการติดต่อมีความสัมพันธ์กับรัฐอื่น แม้รัฐจะมีอิสระในการปกครองตนเอง แต่ขณะเดียวกันรัฐก็จำเป็นต้องเคารพสิทธิของรัฐอื่น ตามกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือการใช้อำนาจโดยเด็ดขาด และโดยปราศจากเงื่อนไขแต่เพียงผู้เดียว⁵ รัฐจะทำอะไรก็ได้ที่ราบใดที่อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ คำว่า อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้น หมายความว่า จะต้องอยู่ภายใต้บรรทัดฐานของสังคมระหว่างประเทศซึ่งปรากฏอยู่ในรูปของสนธิสัญญาที่มุ่งกำหนดบรรทัดฐานทั่วไป และรัฐนั้น ๆ ได้เข้าร่วมเป็นภาคี รัฐจะต้องอยู่ภายใต้บรรทัดฐานของสังคมซึ่งกำหนดโดยหลักกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป หรือภายใต้หลักกฎหมายทั่วไป⁶ เช่น แม้รัฐจะเป็นรัฐอธิปไตยใช้อำนาจได้อย่างเต็มที่ภายในดินแดนของตน แต่ถ้าวินิจฉัยกฎหมายขึ้นมาเพื่อทำลายล้างเผ่าพันธุ์ใดเผ่าพันธุ์หนึ่ง

⁴ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531) หน้า 164-166

⁵ ชุมพร ปัจจุบันท์, “สังคมระหว่างประเทศกับกฎหมายระหว่างประเทศ”, ในเอกสารการสอน ชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ และองค์ระหว่างประเทศ หน้าที่ 1-5, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราชา, 2530) หน้า 44-45.

⁶ ดูข้อ 38 ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ตาม The Vienna Convention on the Law of Treaty, 1965 ยอมรับว่าจารีตประเพณีใช้บังคับระหว่างรัฐได้

ในกรณีนี้ถือว่าเป็นการใช้อำนาจรัฐที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ การที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐมีสิทธิที่จะไม่ถูกแทรกแซง เช่น เมื่อผู้กระทำความผิดได้หลบหนีจากประเทศหนึ่งซึ่งการกระทำความผิดได้เกิดขึ้น และหลบหนีเข้าไปอยู่ในอีกประเทศหนึ่ง รัฐที่การกระทำความผิดได้เกิดขึ้นไม่สามารถที่จะเข้าไปดำเนินการจับกุมได้ เพราะรัฐไม่มีอำนาจบังคับโดยกฎหมายในรัฐอื่น และเป็นการขัดต่อหลักการเคารพอธิปไตยในดินแดนของรัฐอื่น ซึ่งเป็นหลักการทั่วไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็มีข้อยกเว้นตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งให้มีการแทรกแซงได้บางกรณี เช่น มีสนธิสัญญาให้แทรกแซงได้ จะเห็นได้จากความร่วมมือในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยความตกลงของรัฐที่ยินยอมให้รัฐอื่นเข้าแทรกแซงกิจการเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญาในรัฐตนได้

1.1.2 แนวความคิดเรื่องอำนาจตุลาการ

คำว่า “Jurisdiction” นี้ หมายถึงเขตอำนาจศาล หรือขอบเขตเกี่ยวกับดินแดนในการใช้ระบบศาล ซึ่งเขตอำนาจศาลดังกล่าวย่อมอยู่ภายในเขตอำนาจรัฐเป็นหลักสากลทั่วไป ไม่มีรัฐใดที่จะกำหนดเขตอำนาจศาลของตนเกินไปจากเขตอำนาจรัฐ เนื่องจากการใช้อำนาจศาลเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ หรืออาจกล่าวได้ว่า การกำหนดเขตอำนาจศาลเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจรัฐ

จากความหมายของคำว่า “Jurisdiction” ดังกล่าวนี สามารถจำแนกออกเป็น 2 นัย คือ

1. อำนาจบังคับโดยกฎหมายในทางบัญญัติ (The Jurisdiction to Prescribe) เป็นอำนาจของรัฐที่จะออกกฎหมายเพื่อบังคับใช้แก่ประชาชนภายในรัฐ ทั้งนี้ เพื่อความสงบสุขของประชาชนและเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยภายในรัฐ ผู้มีหน้าที่ใช้อำนาจบังคับโดยกฎหมายในทางบัญญัติ คือ ฝ่ายนิติบัญญัติที่ทำหน้าที่ในสภาเพื่อร่างกฎหมายมาใช้บังคับแก่ประชาชน หรือฝ่ายบริหารที่มีอำนาจร่างกฎข้อบังคับมาใช้บังคับโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายที่ร่างโดยฝ่ายนิติบัญญัติ รวมทั้งฝ่ายตุลาการด้วย สำหรับกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law เพราะฝ่ายตุลาการก็มีอำนาจที่จะใช้อำนาจบังคับโดยกฎหมายในทางบัญญัติ โดยถือว่าการพิพากษาของศาลก็เป็นที่มาของกฎหมายด้วยประการหนึ่ง

2. อำนาจบงการโดยกฎหมายในทางบังคับ (The Jurisdiction to Enforce) เป็นอำนาจของรัฐที่จะบังคับให้เป็นไปตามอำนาจบงการโดยกฎหมายทางบัญญัติ เพื่อให้อำนาจบงการชนิดนี้มีประสิทธิภาพ ผู้มีหน้าที่ใช้อำนาจประเภทนี้ได้แก่ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ โดยฝ่ายบริหารเป็นผู้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายด้วยการจับกุมบุคคลที่กระทำความผิดและลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ส่วนตุลาการจะเป็นผู้ใช้อำนาจในการรับฟังและพิจารณาพิพากษาในคดีพิพาท ซึ่งในส่วนของการใช้อำนาจบงการโดยกฎหมายในทางบังคับของฝ่ายตุลาการนี้ เราเรียกว่า “ เขตอำนาจศาล ”

เขตอำนาจศาลก็มาจากหลักที่ว่า รัฐทุกรัฐเสมอภาคกัน จึงย่อมไม่สามารถให้อำนาจศาลของตนเหนือรัฐอื่น กล่าวคือ รัฐจะบังคับรัฐอื่นเป็นจำเลยในศาลของตนไม่ได้ นอกจากรัฐนั้นจะยินยอม ศาลจึงไม่มีเขตอำนาจศาลเหนือรัฐอื่น และจะบังคับรัฐอื่นให้มาเป็นจำเลยของตนไม่ได้

ดังนั้น เขตอำนาจศาลจึงเป็นสิ่งสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงควมมีอำนาจอธิปไตยของรัฐ ซึ่งเป็นอำนาจของศาลและเจ้าหน้าที่ของศาลในการที่จะใช้ความรู้ในการพิจารณาตัดสินคดี และก็ เป็นสิทธิตามกฎหมายของศาลที่จะใช้อำนาจดังกล่าวนี้ ศาลนั้นจะคงมีอำนาจพิจารณาคดีนั้น ก็ โดยคำนึงถึงชั้นของคดีที่เกี่ยวข้อง จำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้อง และประเด็นที่จะชี้ขาดว่าอยู่ในอำนาจของศาลหรือไม่ ศาลมีอำนาจที่จะนั่งฟังการพิจารณาและทำการตัดสินชี้ขาดคดีได้ ทั้งเป็นสิทธิและอำนาจของศาลที่จะทำคำวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทในคดี ส่วนเขตศาลก็ถือตามพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ของแต่ละศาลที่มี หรือตามประเภทของคดีที่ศาลนั้นมีอำนาจที่จะนั่งพิจารณา

1.1.2.1 ความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการภายในประเทศ

อำนาจตุลาการ คือ อำนาจที่ช่วยรักษาความยุติธรรมไว้ให้แก่ประชาชน อำนาจความยุติธรรมให้แก่ประชาชนโดยทั่วหน้ากัน เพื่อให้เกิดความสงบสุขขึ้นแก่บ้านเมืองเป็นการภายใน อำนาจตุลาการไม่มีอาวุธที่จะไปปราบปรามอริราชศัตรู แต่ตุลาการมีอำนาจตามกฎหมาย โดยใช้ความคิดและความสุจริตฟันฝ่าศัตรู คือความอยุติธรรมที่เกิดขึ้นแก่ประชาชนพลเมือง อำนาจอธิปไตยถือเป็นอำนาจสูงสุดของประเทศ แยกเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ อำนาจตุลาการจึงจะต้องจัดให้เป็นอำนาจอธิปไตยอำนาจหนึ่งเป็นเอกเทศ อำนาจนี้คืออำนาจในการชี้ขาดตัดสินคดีให้เป็นไปตามตัวบทกฎหมาย และศาลเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการในพระปรมาภิไธยของกษัตริย์ รัฐธรรมนูญของเราได้บัญญัติให้สิทธิและเสรี

ภาพไว้แก่ประชาชนมากมายหลายประการ อำนาจที่จะปกป้องรักษา และให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่บุคคลมีอยู่โดยชอบด้วยกฎหมายได้โดยเด็ดขาดและจริงจังนั้น คืออำนาจตุลาการ บุคคลทุกคนในรัฐเมื่อเห็นว่าสิทธิและเสรีภาพที่ตนมีอยู่โดยชอบด้วยกฎหมายถูกละเมิด ถูกรบกวนโดยบุคคลอื่นจะเป็นผู้ใดก็ตาม แม้เป็นเจ้าพนักงานของรัฐเอง ถ้ากระทำไปโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมายแล้ว บุคคลที่ถูกละเมิดนั้นก็มิสิทธิที่จะไปฟ้องร้องต่อศาล ให้ตัดสินชี้ขาดบังคับคดีให้เป็นไปตามกฎหมายบ้านเมืองได้ ฉะนั้น อำนาจตุลาการจึงเป็นที่พึงของประชาชนเมื่อเขาไม่ได้รับความเป็นธรรม ถ้าอำนาจตุลาการถึงมือผู้ก็เป็นที่ยังให้แก่ประชาชนไม่ได้ ความปั่นป่วนในบ้านเมืองคงจะเกิดขึ้น ถ้าหันไปใช้กำลังเพื่อเรียกร้องสิทธิของตนเอาเอง กฎหมายบ้านเมืองก็จะไม่มีความหมาย ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการจะต้องแยกออกจากกัน ฝ่ายบริหารย่อมมีอำนาจบริหารราชการแผ่นดิน มีอำนาจตามกฎหมายเพื่อปกครองดูแลราษฎร ถ้าเจ้าพนักงานฝ่ายบริหารใช้อำนาจนั้นโดยไม่เป็นธรรมต่อราษฎร ราษฎรก็สามารถไปฟ้องร้องที่ศาลได้ อำนาจตุลาการย่อมไม่ถูกครอบงำหรือถูกแทรกแซงจากอำนาจอื่นอันเป็นเหตุให้ขาดความเป็นอิสระในการวินิจฉัยคดี หากศาลอยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารแล้วจะมีอะไรเป็นหลักประกันว่าศาลนั้นจะสามารถชี้ขาดตัดสินไปได้โดยอิสระอย่างแท้จริง ด้วยเหตุนี้ตามระบอบประชาธิปไตยโดยทั่วไปในปัจจุบัน จึงได้แยกอำนาจตุลาการออกเป็นอิสระ เป็นอำนาจอธิปไตยที่เคียงคู่กับอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร แต่ละอำนาจต่างเป็นอิสระ และปฏิบัติอำนาจหน้าที่ของตนโดยไม่ก้าวก่ายกัน แต่เป็นการประสานกันประเทศชาติจึงจะสงบสุข เมื่ออำนาจทั้งสามนี้เกิดมีการก้าวก่ายกระทบกระทั่งกันบ้าง ก็ต้องดำเนินการแก้ไขตามวิถีทางของกฎหมาย ซึ่งได้คำนึงถึงปัญหานี้ อยู่แล้ว และมีวิธีการตามกฎหมายรัฐธรรมนูญที่จะแก้ไขได้โดยสงบและถูกต้อง เช่น ระหว่างอำนาจตุลาการและอำนาจนิติบัญญัติ เมื่อรัฐสภาออกกฎหมายมาโดยไม่ถูกต้อง ศาลก็จำต้องใช้อำนาจกฎหมายนั้นชี้ขาดตัดสินคดี ศาลจะปฏิเสธไม่ใช้กฎหมายที่ออกมาโดยถูกต้องไม่ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่ากฎหมายที่รัฐสภาออกมานั้นไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ ศาลก็จะไม่ใช้กฎหมายนั้นบังคับคดี แต่จะส่งให้ตุลาการรัฐธรรมนูญชี้ขาดว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้าตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่ากฎหมายนั้นขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นก็จะเป็นโมฆะไป ศาลก็จะไม่ใช้กฎหมายนั้นในการชี้ขาดตัดสินคดี⁷

⁷ ประกอบ หุตะสิงห์, “อำนาจตุลาการ” นิติศาสตร์ 4 ล 1 ต 1 (กรกฎาคม 2512) : 4-10

บุคคลผู้ซึ่งปฏิบัติกรไปตามอำนาจตุลาการ คือ ผู้พิพากษาทั้งหลายที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่ในศาลต่าง ๆ ทั่วประเทศ ผู้พิพากษาเป็นผู้ที่รัฐมอบหมายให้มีอำนาจชี้ขาดตัดสินคดี โดยให้ความยุติธรรมแก่ประชาชนที่เดือดร้อน กฎหมายให้ความคุ้มครองผู้พิพากษาเพื่อเป็นหลักประกันว่า ผู้พิพากษาย่อมชี้ขาดตัดสินคดีไปตามตัวบทกฎหมาย โดยไม่เกรงกลัวอำนาจใด ๆ หลักประกันอันนี้คือมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติว่า “ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย” ปริญญาสากรลข้อ 10 มีความว่า “ทุกคนมีสิทธิโดยเสมอภาคในอันที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมและเปิดเผยจากศาลที่อิสระ และเที่ยงธรรมในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของตนและการกระทำผิดอาญาใด ๆ ที่ตนถูกกล่าวหา” ความข้อนี้ได้เน้นให้เห็นว่า ศาลที่อิสระและเที่ยงธรรม (independent and impartial) มีความสำคัญต่อสิทธิมนุษยชนเพียงใด ถ้าอำนาจตุลาการถูกครอบงำหรือถูกแทรกแซงจากอำนาจอื่น เป็นเหตุให้ขาดความเป็นอิสระในการวินิจฉัยคดี สิทธิมนุษยชนย่อมถูกระทบกระเทือนขนาดหนัก⁸

ทฤษฎีในระบอบประชาธิปไตย 1. อำนาจวินิจฉัยอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะ 2. ผู้พิพากษาต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย หมายความว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ ผู้พิพากษาต้องมีสิทธิที่จะออกความคิดเห็นของตนได้โดยไม่ต้องถูกรบกวน หรือถูกระทบกระเทือนจากอำนาจอื่น ถ้าผู้พิพากษาไม่มีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ตามความคิดเห็นของตน ราษฎรก็จะไม่มีโอกาสได้รับความยุติธรรมอย่างเต็มที่ อันเป็นการผิดหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยในส่วนที่ว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจให้สมดุลกัน ดังคำกล่าวของพระยาอรรถการีย์นิพนธ์ ได้ให้โอวาทต่อผู้ช่วยผู้พิพากษา เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2500 ว่า “ท่านสามารถใช้อำนาจและดุลพินิจในการพิจารณาพิพากษาคดีด้วยความเป็นอิสระ โดยไม่ต้องหวั่นเกรงต่ออิทธิพลอย่างใด ๆ ทั้งสิ้น ข้าพเจ้าขอแสดงความหวังว่า นับแต่บัดนี้เป็นต้นไป อำนาจตุลาการจะไม่ถูกแทรกแซงโดยอำนาจหรือบุคคลใด และผู้พิพากษาสามารถใช้อำนาจโดยอิสระได้ตามกฎหมาย”⁹

⁸ ประทีป อ่าววิจิตรกุล, “อิสระของตุลาการ”, *ตุลาการ* (พ.ย.-ธ.ค. 2535 เล่ม 6 ปีที่ 39), หน้า 60

⁹ วินัย ทองลงยา, *ความเป็นมาของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ และคณะกรรมการตุลาการ* หนังสือที่ระลึกในการเสด็จพระราชดำเนินทรงประกอบพิธีเปิดอาคารที่ทำการศาลแพ่ง และศาลฎีกา (15 พฤษภาคม 2506), หน้า 140

ในที่ประชุมตุลาการแห่งทวีปอเมริกา ครั้งที่ 1 ณ เมืองซานฮวน บอดีสตา แห่งเปอร์โตริโก ระหว่างวันที่ 24 ถึง 26 ตุลาคม 2508 ได้มีการประกาศอุดมการณ์ที่สำคัญประการหนึ่งว่า

“ อำนาจตุลาการที่แข็งแกร่งและเป็นอิสระ คือ ความจำเป็นชั้นมูลฐานและเป็นรากฐานเพื่อความดำรงอยู่ของสังคมประชาธิปไตย ซึ่งยอมรับนับถือในหลักนิติธรรม (the rule of law) ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาควรได้รับการรับรองในหลักประกันในทางกฎหมาย และในทางรัฐธรรมนูญที่แสดงโดยแจ้งชัดว่า จะไม่มีการแทรกแซงหรืออิทธิพลใด ๆ ภายนอกต่อการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาได้เลย ”

อุดมการณ์ดังกล่าวนี้ ปรากฏอยู่ในชาติทั้งหลาย เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา แต่ชาติเหล่านี้ล้วนแต่ผ่านความเจ็บปวดจากการแทรกแซงหรือการใช้อิทธิพลของอำนาจอื่น ที่มีต่ออำนาจตุลาการทั้งสิ้น

ความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการ มิได้หมายความว่าศาลมีอำนาจโดยเด็ดขาด โดยปราศจากการควบคุม ความเป็นอิสระที่ว่านี้โดยพื้นฐาน หมายถึง สิทธิที่จะพิจารณาพิพากษาอรรถคดีโดยบริสุทธิ์ยุติธรรม เป็นกลางโดยคำนึงถึงสิทธิและความรับผิดชอบของคู่ความ ความบริสุทธิ์ยุติธรรมและความเป็นกลางในการใช้กฎหมายถือว่าเป็นหัวใจสำคัญในการปฏิบัติหน้าที่ของศาล และสิ่งเหล่านี้จะเป็นไปได้ก็ต่อเมื่อศาลเป็นอิสระจากอิทธิพลหรือการบีบบังคับโดยอำนาจนอกเหนือกฎหมาย¹⁰

1.1.2.2 ความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการระหว่างประเทศ

สืบเนื่องจากความมีอิสระของอำนาจตุลาการ โดยศาลจะทำหน้าที่บังคับการไปตามกฎหมาย ตามหลักการคำพิพากษาของศาลจะมีผลบังคับใช้ภายในดินแดนของรัฐนั้นเท่านั้น คำพิพากษาของศาลรัฐหนึ่งจะไปมีผลบังคับยังศาลของรัฐหนึ่งไม่ได้ ถ้าเป็นเช่นนั้นเท่ากับเป็นการแทรกแซงอำนาจศาลจากอิทธิพลภายนอก แต่ในโลกปัจจุบันนี้ ได้มีการค้าขายติดต่อและสัมพันธ์มิตรระหว่างประเทศได้เจริญก้าวหน้าขึ้นอย่างรวดเร็ว และเพิ่มพูนความสำคัญขึ้น

¹⁰ วิชา มหาคุณ , ศาลยุติธรรมและการพิพากษาคดี , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน) , 2536 หน้า 80-82.

ความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และการติดต่อสื่อสารโทรคมนาคมต่าง ๆ ได้วิวัฒนาการขึ้นอันเป็นผลให้ย่นระยะทางระยะเวลาในการสื่อสาร และเอื้ออำนวยความสะดวกในการติดต่อระหว่างประเทศ การติดต่อดังกล่าวก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทั้งทางแพ่งและทางพาณิชย์ การติดต่อระหว่างประเทศทางแพ่ง ได้แก่ ความสัมพันธ์ทางครอบครัวระหว่างบุคคลต่างสัญชาติ การย้ายภูมิลำเนาถิ่นที่อยู่ เป็นต้น ส่วนการติดต่อระหว่างประเทศทางพาณิชย์มีที่มาจากกรขายตัวทางเศรษฐกิจ ซึ่งอาจจำแนกออกได้เป็นการขายตัวทางการลงทุน ความต้องการแรงงาน การติดต่อสื่อสารระหว่างประเทศนี้ จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้องเพื่อรับรองบังคับตามสิทธิ ตลอดจนระงับข้อพิพาทต่าง ๆ ซึ่งจะเกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และย่อมต้องมีข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยความร่วมมือทางศาล เพื่อให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปโดยสะดวก รวดเร็วและเป็นธรรม

โดยถือกันว่าประเทศทั้งหลายต่างมีเอกราชทางศาลในอันที่จะบังคับให้เป็นไปตามตัวบทกฎหมายภายในรัฐของตนอย่างมีอิสระปราศจากการแทรกแซงใด ๆ และใช้บังคับภายในประเทศของตนเท่านั้น ไม่อาจใช้บังคับข้ามประเทศได้ จริจอยู่แม้บทกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบันนี้มีความเจริญก้าวหน้าไม่ยิ่งหย่อนกว่ากัน และแม้ว่าหลักกฎหมายของแต่ละประเทศจะคล้ายคลึงกันก็ตาม แต่ในการบัญญัติกฎหมายของประเทศต่าง ๆ จึงแตกต่างกันด้วยเหตุผลดังกล่าวและด้วยเหตุนี้ข้อเท็จจริงเดียวกันอาจมีผลในทางคดีแตกต่างกันได้ แล้วแต่ว่าจะนำคดีไปฟ้องยังศาลประเทศใด เพราะจะทำให้ฐานะทางกฎหมายของกรณีนั้นไม่แน่นอน ดังนั้น จะต้องมีการร่วมมือกันในทางศาล เพื่อให้เกิดความถูกต้องเป็นธรรมต่อข้อพิพาทที่อาจมีขึ้น โดยปกติแล้วศาลของรัฐใดรัฐหนึ่งย่อมมีเขตอำนาจเฉพาะภายในอาณาเขตของรัฐนั้นเท่านั้น จะไปใช้อำนาจศาลอันเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในอาณาเขตของรัฐอื่นไม่ได้ เพราะการใช้อำนาจอธิปไตยในอาณาเขตหรือดินแดนของรัฐอื่นย่อมเป็นการละเมิดอธิปไตยของรัฐอื่นนั้น อย่างไรก็ตาม เพื่อเป็นการให้ความยุติธรรมในการพิจารณาคดี ซึ่งมีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น จำเลยอยู่ในต่างประเทศหรือพยานหลักฐานบางส่วนอยู่ในต่างประเทศ เป็นต้น ศาลของรัฐใดรัฐหนึ่งก็มีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการเพื่อให้กระบวนการพิจารณาของศาลได้ลุล่วงไป โดยการร้องขอให้ศาลของรัฐหนึ่งช่วยดำเนินกระบวนการพิจารณาให้มิฉะนั้นแล้ว ศาลที่มีการฟ้องคดีก็จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปไม่ได้ ความจำเป็นนี้ย่อมมีมากขึ้นตามลำดับในยุคปัจจุบัน ศาลที่พิจารณาคดีก็จำเป็นที่จะต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศทางการศาลมากยิ่งขึ้น เพื่ออำนวยประโยชน์ต่อความยุติธรรมแก่คดี ทั้งนี้ ความตกลงว่าด้วยความร่วมมือทางศาล จะต้องตั้งอยู่บนฐานแห่งความยุติธรรม และความเสมอภาคระหว่างประเทศของคู่สัญญาทุกฝ่าย เพื่อมิให้เกิดข้อได้เปรียบเสียเปรียบซึ่งกันและกัน

ในเรื่องการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ เมื่อเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาของศาลประเทศหนึ่ง ไม่อาจบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาในประเทศนั้นได้ทั้งหมด หรือไม่อาจบังคับชำระหนี้ได้เลย เนื่องจากลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่มีทรัพย์สินอยู่ในประเทศนั้นเลย หรืออาจมีแต่ไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ได้ทั้งหมด เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา จึงมีความประสงค์ที่จะนำคำพิพากษานั้นไปขอให้ศาลในประเทศที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินตั้งอยู่ ดำเนินการบังคับชำระหนี้ให้เต็มจำนวนหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งโดยหลักแล้วอำนาจอธิปไตยย่อมรวมถึงอำนาจศาลที่จะไม่ถูกแทรกแซงจากอำนาจอื่น คำพิพากษาของศาลในประเทศหนึ่งย่อมมีขอบเขตการบังคับใช้เฉพาะภายในดินแดนของรัฐนั้น จะนำไปบังคับใช้ในดินแดนของรัฐอื่นไม่ได้ รัฐทั้งหลายต่างมีเอกราชในทางศาลในอันที่จะบังคับให้เป็นไปตามบทกฎหมายภายในของตนอย่างอิสระ และใช้บังคับภายในรัฐของตนเท่านั้น แต่เนื่องจากสังคมโลกในปัจจุบันมีการขยายตัวทางเศรษฐกิจ มีการลงทุนของรัฐต่าง ๆ ได้กระทำในตลาดระหว่างประเทศมากขึ้น เช่น มีการนำเงินเข้ามาลงทุนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย โดยนำเงินเข้ามาซื้อหุ้นเป็นจำนวนมาก เป็นต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าถ้าหากรัฐจะคำนึงถึงหลักอำนาจอธิปไตยแต่เพียงอย่างเดียว ก็จะทำให้เกิดอุปสรรคในการขยายตัวทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ และมีผลต่อการพัฒนาประเทศเป็นอย่างยิ่ง ดังนั้น จึงเป็นความจำเป็นของรัฐที่จะต้องอาศัยความร่วมมือซึ่งกันและกันในระบบศาล โดยการชั่งน้ำหนักส่วนได้เสียผลประโยชน์ของรัฐเป็นสำคัญ โดยไม่จำเป็นต้องยึดหลักความเสมอภาคเสมอไป แต่หากในการที่รัฐยอมสละอำนาจอธิปไตยในส่วนนี้ รัฐต้องวางหลักเกณฑ์ในการที่จะดำเนินการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ เพื่อประโยชน์ของรัฐเอง หรือจะเรียกได้ว่าเป็นการผสมผสานระหว่างผลประโยชน์ของรัฐที่จะบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ กับหลักเกณฑ์ในเรื่องอำนาจอธิปไตย

สำหรับสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หรือ ASEAN นั้น ความสนใจในเรื่องความร่วมมือทางศาล ยังคงมีให้เห็นเฉพาะในเรื่องความร่วมมือในด้านต่าง ๆ ก่อนมีคำพิพากษา เช่น การส่งเอกสาร และการสืบพยาน และยังจำกัดอยู่ในรูปการทำข้อตกลงระหว่างประเทศแบบทวิภาคีเป็นส่วนใหญ่ เช่น การทำความตกลงระหว่างประเทศไทยกับสาธารณรัฐอินโดนีเซียว่าด้วยความร่วมมือทางศาลในคดีแพ่ง ซึ่งได้มีการลงนามทำความตกลงเมื่อวันที่ 8 มีนาคม 2521 เป็นต้น ส่วนความร่วมมือทางศาลเกี่ยวกับการบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้น ในส่วนของประเทศไทยนั้นยังไม่ได้ได้รับความสนใจเท่าที่ควร อีกทั้งประเทศไทยยังไม่มีข้อตกลงระหว่างประเทศในเรื่องนี้กับประเทศใดเลย

1.1.3 แนวความคิดเรื่องความแตกต่างด้านระบบกฎหมาย

ในแต่ละประเทศมีที่มาของการใช้ระบบกฎหมายภายในที่แตกต่างกัน เนื่องจากการมีภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ที่แตกต่างกัน ฉะนั้น ผู้เขียนจึงขอนำเสนอถึง วิวัฒนาการและที่มาของระบบกฎหมายหลักของโลกดังนี้

1. ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law)

เป็นระบบกฎหมาย ซึ่งพัฒนามาจากกฎหมายโรมัน ประมวลกฎหมายฉบับแรกที่จำลองกฎหมายโรมันออกมาอย่างเป็นระบบ คือประมวลกฎหมายนโปเลียน (Napoleon Code) ซึ่งยกร่างขึ้นในสมัยจักรวรรดินโปเลียน แล้วก็ได้รับการยกย่องอย่างสูงในการสร้างประมวลกฎหมายให้กับฝรั่งเศสและให้กับโลก ส่วนประมวลกฎหมายที่สามารถถ่ายทอดบทกฎหมายโรมันมาสู่รูปประมวลสมัยใหม่ที่เป็นระบบ และถือว่าดีที่สุด คือประมวลกฎหมายแพ่ง BGB ของเยอรมัน (Burgerliches Gesetz Buch) จนถือว่าเป็นกฎหมายของนักปฏิบัติ (Practitioners Law)

ประเทศที่ได้รับการยกย่องว่าเป็นประเทศที่เผยแพร่ระบบประมวลกฎหมายให้ไปสู่ทั่วโลก และรวบรวมกฎหมายที่สำคัญที่สุด คือ ประเทศฝรั่งเศส และประมวลกฎหมายของฝรั่งเศส การนิยมนกฎหมายระบบประมวลนั้นได้เผยแพร่ไปโดยลัทธิจักรวรรดินิยมของฝรั่งเศส ประเทศต่าง ๆ ที่เป็นอาณานิคมหรือเมืองขึ้นของฝรั่งเศสได้นำประมวลกฎหมายนโปเลียนเข้าไป โดยการที่ส่งนักกฎหมายเข้าไปศึกษากฎหมายยังประเทศแม่ ก็คือ ประเทศฝรั่งเศส ในภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ก็เผยแพร่ไปยังประเทศเมืองขึ้น แล้วก็รัฐหลุยส์เซียนาในสหรัฐใช้ระบบ Civil law คิวเบ็กในแคนาดาก็ได้รับอิทธิพลของ Napolean Code ประเทศในแอฟริกา ประเทศจีน ลาว เขมร เวียดนาม ก็ได้รับอิทธิพลจากประเทศฝรั่งเศส

ประเทศไทยกับญี่ปุ่นถือว่าเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย โดยเกิดจากการศึกษาของคณะกรรมการร่างกฎหมายไทย และญี่ปุ่นว่า ระบบประมวลกฎหมายเป็นระบบที่ดีกว่า เนื่องจากมีการจัดกฎหมายอย่างเป็นหมวดหมู่

ระบบประมวลกฎหมายเป็นการประมวลกฎหมาย (Codification) คือ การรวบรวมบทบัญญัติเรื่องเดียวกันเข้าไว้ด้วยกันจัดหมวดหมู่ให้เรียบร้อย มีข้อความทั่วถึงซึ่ง

กันและกัน บัญญัติหลักเกณฑ์ทั่วไปให้คลุมข้อความทั้งหมดในเรื่องที่ประสงค์จะบัญญัติโดยกล่าวไว้แต่หลักเกณฑ์ใหญ่ๆ

2. ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)

เป็นระบบกฎหมายที่เกิดจากจารีตประเพณีที่ได้ปฏิบัติยึดถือกันมาเป็นเวลานาน และไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร ณ ที่ใด นอกจากในคำพิพากษาเฉพาะคดีนั้น ฉะนั้น คู่ความไม่มีทางที่จะทราบว่าจะกฎหมายในประเด็นพิพาทมีว่าอย่างไร เว้นแต่คดีนั้นจะเคยมีคำวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีเดียวกันมาก่อน ผู้พิพากษาเป็นผู้สร้างกฎหมายขึ้นปรับแก้คดี คำพิพากษาของศาลจะกลายเป็นบรรทัดฐานสำหรับศาลในเวลาต่อมาที่จะต้องวินิจฉัยตาม เมื่อเวลาผ่านไปนานเข้า คำวินิจฉัยของศาลก็จะกลายเป็นกฎหมายซึ่งมีเนื้อหาและขอบเขตมากขึ้นเป็นลำดับ

อาจกล่าวได้ว่าระบบกฎหมาย Common Law เป็นวิธีการตามแบบอย่าง (Precedent) กล่าวคือ ถ้าศาลได้วินิจฉัยปัญหาใดไว้ครั้งหนึ่งแล้ว ศาลต่อๆ มาซึ่งต้องวินิจฉัยปัญหาอย่างเดียวกันจะต้องวินิจฉัยให้ได้ผลอย่างเดียวกับคำพิพากษาแรก คือ ผู้พิพากษาจะต้องเจริญรอยตามคำพิพากษาก่อนๆ ซึ่งเป็นแบบอย่าง เรียกว่า “ Doctrine of Precedent ” แต่หลักในการเดินตามแบบอย่างนี้ใช้เฉพาะกรณีที่เป็นประเด็นในการวินิจฉัยคดี (Ratio Decidendi) คือ ประเด็นซึ่งจำเป็นอย่างแท้จริงที่จะพิพากษาคดี ถ้ามิใช่ประเด็นสำคัญเป็นแต่เพียงคำกล่าวอ้างไว้ในคำพิพากษา (Obiter Dicta) ถ้อยคำดังกล่าวก็หาผูกมัดคำพิพากษาในคดีหลังไม่ ในกรณีที่มีสถานะการณ์เกิดขึ้นใหม่คล้ายกับคดีที่เคยพิพากษามาแล้วแต่ไม่เหมือนกันเสียทีเดียว ถ้าผู้พิพากษาเห็นสมควรจะพิพากษาไปในทางเดียวกันก็พิพากษตามคดีก่อนได้ แต่ในสถานะการณ์ที่ผู้พิพากษาเห็นว่า คำพิพากษาในคดีก่อนได้พิพากษาโดยผิดพลาดไป ก็สามารถกลับหลักเกณฑ์คำพิพากษาในคดีก่อนที่ได้กำหนดไว้ก็ได้ ซึ่งในกรณีหลังก็เป็นการสร้าง “ แบบอย่าง ” (Precedent) ขึ้นใหม่ ทั้งนี้ เพื่อให้มีความยืดหยุ่นและมีหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมกับสถานะการณ์ใหม่ๆ ได้

3. ระบบกฎหมายสังคมนิยม (Socialist)

เป็นระบบกฎหมายที่สร้างขึ้นมากในระบบสังคมนิยม จะเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย เช่น รัสเซีย โดยให้มีกฎหมายเพื่ออนาคตให้เป็นไปตามอุดมการณ์ทางเศรษฐกิจ และมีระบบเศรษฐกิจรวมที่รวบรวมผลประโยชน์ของประเทศไปสู่รัฐ ฉะนั้น กฎหมายในประเทศสังคมนิยมจึงเป็นกฎหมายที่มุ่งให้รัฐมีความผูกขาดในความมั่นคงของรัฐ กฎหมายจึงเป็นตัวเชื่อมโยงที่จะนำความต้องการของรัฐออกมาเป็นรูปธรรมโดยกฎหมาย เป็นการใช้อกฎหมายหรืออนุวัตรกฎหมายให้เป็นไปตามปรัชญาทางเศรษฐศาสตร์ คือ เศรษฐกิจรวม¹¹

4. ระบบกฎหมายศาสนา

4.1 ระบบกฎหมายอิสลาม ได้แก่ ประเทศอาหรับทั้งหลาย ซึ่งมี 2 แนวความคิด คือ

- 1) ระบบกฎหมายอิสลามแท้ คือ อิงกับคัมภีร์
- 2) พัฒนาการทางกฎหมายซึ่งใช้เทคนิคทาง Common Law คือ เอาคำพิพากษาของศาลเป็นที่มาของกฎหมาย และอุดช่องว่างแบบ Common Law ซึ่งเกิดกับประเทศที่เคยถูกปกครองโดยประเทศอังกฤษ เช่น ประเทศปากีสถาน มาเลเซีย บรูไน

4.2 ระบบกฎหมายฮินดู ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากอินเดีย ได้แก่ ประเทศพม่าอินเดีย ไทย ซึ่งไทยมีปรากฏในกฎหมายครอบครัว

¹¹ รองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร และอาจารย์วิชัย อริยนันทกะ , คำบรรยายวิชากฎหมายเปรียบเทียบ และสกุลกฎหมายหลักของโลก , ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย ปีการศึกษา 2534 , หน้า 7-9

ประเทศต่าง ๆ แม้จะมีที่ตั้ง หรืออยู่ในภูมิภาคที่มีสภาพทางภูมิศาสตร์ใกล้เคียงกันก็ตาม แต่หากมีภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ การเมือง สังคม วัฒนธรรมที่แตกต่างกันไป กฎหมายของประเทศต่าง ๆ จึงมีความต่างกันไปด้วย เช่น สมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หรือ ASEAN นั้น ระบบกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกของอาเซียนนั้น มีความแตกต่างกันอยู่มาก กล่าวคือ กฎหมายของอินโดนีเซียมีรากเหง้ามาจากกฎหมายอิสลาม ฮินดู และจารีตประเพณี (ADAT) ผสมกับกฎหมายดัตช์ กฎหมายของมาเลเซียและสิงคโปร์เดิมได้รับอิทธิพลจากศาสนาอิสลาม แต่ในระยะหลังกลับมีลักษณะส่วนใหญ่ไปตามอิทธิพลของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ของอังกฤษ สำหรับกฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์นั้น มีความผสมผสานระหว่างหลักศาสนาโรมันคาทอลิก หลักกฎหมายตามระบบประมวล (Civil Law System) หลักกฎหมายคอมมอนลอว์ และจารีตประเพณี ในส่วนกฎหมายของไทยนั้น เดิมได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมายฮินดู และกฎหมายอิสลาม และแม้ต่อมาจะมีการปรับปรุงกฎหมายให้มีรูปลักษณะเป็นแบบระบบประมวล แต่ในสาระของกฎหมายกลับได้รับอิทธิพลของหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ และจารีตประเพณีเดิมผสมผสานอยู่ไม่น้อย

จะเห็นว่ากฎหมายของประเทศต่าง ๆ ย่อมมีความแตกต่างกัน เพราะประเทศต่าง ๆ ในโลกมีพื้นฐานทางประวัติศาสตร์ การเมือง สังคม วัฒนธรรมที่แตกต่างกัน กฎหมายซึ่งเป็นส่วนสะท้อนของสังคมจึงย่อมมีความแตกต่างกันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และเนื่องจากความจำเป็นในปัจจุบันนี้ ประเทศต่าง ๆ ต้องมีการติดต่อค้าขายระหว่างประเทศ การที่โลกแคบเข้ามา สังคมต่าง ๆ มีการติดต่อสื่อสารกันมากขึ้น แต่กฎหมายของแต่ละประเทศได้ใช้อยู่มีความแตกต่างกัน จึงเกิดประเด็นปัญหาขึ้นมาว่า จะมีวิธีการอย่างไรในการขจัดปัญหาดังกล่าว เช่น ประเด็นพิพาทเรื่องทรัพย์สินในประเทศออสเตรเลีย ซึ่งข้อเท็จจริงของคดีนั้น คนไทยเป็นทนายความ และเป็นผู้แทน (Proxy) ของบริษัทในออสเตรเลีย ทำสัญญากับคนไทยด้วยกันในประเทศออสเตรเลีย แต่ว่าสัญญาที่ทำกันนั้นมีลักษณะเป็น Trustee อันเกี่ยวกับเรื่องการดูแลทรัพย์สินบางอย่างกับผู้ร่วมลงทุนซึ่งเป็นคนไทย หากปรากฏว่าตัวการและคนไทยซึ่งเป็นทนายและก็เป็น Proxy ของบริษัทตัวการในออสเตรเลีย ซึ่งเกี่ยวกับธุรกิจที่คนไทยเข้าไปร่วมด้วย เกิดมีการฟ้องเป็นคดีระหว่างตัวการซึ่งเป็นบริษัทในออสเตรเลีย และฟ้องตัวทนายซึ่งเป็นตัวแทน ในกรณีเช่นนี้หากมีการฟ้องในประเทศออสเตรเลียก็จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับหลักกฎหมายของทรัสต์ แต่ถ้าหากนำคดีมาฟ้องในประเทศไทย ศาลไทยจะต้องพิจารณาคดีอย่างไร

ประเด็นปัญหาดังกล่าวเป็นเรื่องของความแตกต่างของระบบกฎหมายคือกฎหมายสารบัญญัติที่แตกต่างกัน เนื่องจากในประเทศออสเตรเลียมีกฎหมายเรื่องทรัสต์ แต่ในกฎหมายไทย หลักในเรื่องนี้ยังไม่มี ดังนั้น วิธีการที่จะเยียวยาเพื่อนำมาใช้ในการจัดปัญหาในเรื่องระบบกฎหมายสารบัญญัติที่แตกต่างกัน จึงมีการจัดทำกฎหมายซึ่งเรียกว่า Conflict of laws ซึ่งในประเทศไทยเราก็มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งเป็นเรื่องที่จะกำหนดว่า ในคดีที่มีความสัมพันธ์ของเอกชนต่อเอกชนที่มีองค์ประกอบต่างชาติเข้ามาแทรกซ้อน และนิติสัมพันธ์ดังกล่าวนั้น มีจุดเกี่ยวพันกับกฎหมายภายในหลายระบบ ซึ่งหากนำเอากฎหมายภายในของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีนั้นมาใช้แต่อย่างเดียวยังไม่เหมาะสม เพราะไม่สอดคล้องต่อความเป็นจริงและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีได้ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการมีกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของศาลในการที่จะกำหนดวิธีการ หากกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับข้อเท็จจริง ตลอดจนต้องมีการจำแนกประเภทของนิติสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายระบบว่า ควรจะขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายใด ฉะนั้น จากประเด็นปัญหาดังกล่าว หากนำคดีมาฟ้องในศาลไทย ศาลไทยก็จะพิจารณาว่า ประเด็นปัญหาดังกล่าวเกิดจากมูลคดีอะไร และตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 บัญญัติถึงมูลหนี้ดังกล่าวไว้ว่าอย่างไร เท่ากับว่าการใช้กฎหมายขัดกันเข้ามาแก้ปัญหา ก็ต้องมาดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใหม่ ส่วนในเรื่องของความแตกต่างของกฎหมายสารบัญญัติของแต่ละประเทศนั้น คงไม่เกิดเป็นประเด็นปัญหาแต่อย่างใด เนื่องจากการนำคดีขึ้นสู่ศาลในประเทศใด ก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศนั้น

ระบบกฎหมายของแต่ละประเทศใช้อยู่ เช่น กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล จึงมีความพยายามที่จะทำให้กฎหมายมีการประสานกลมกลืนกัน (Harmonization of the Law) ให้มีลักษณะที่สอดคล้องกัน อาจจะไม่ถึงกับการทำให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เพียงแต่มีการพยายามปรับแก้กฎหมายของแต่ละประเทศในเรื่องนั้น ๆ ให้อยู่ในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน ถ้อยคำอาจจะไม่เหมือนกัน แต่ผลแห่งการกระทำคำพิพากษา หรือตัดสินใช้หลักอันเดียวกัน ซึ่งในคดีหนึ่งเมื่อเกิดประเด็นข้อพิพาทขึ้น การกระทำความผิดฐานดังกล่าวไม่ว่าคดีขึ้นสู่ศาลประเทศใด ผลแห่งคำพิพากษาจะไม่แตกต่างกัน การประสานกลมกลืนของกฎหมายบางเรื่อง อาจทำในรูปของสนธิสัญญาทวิภาคี ซึ่งอาจแก้ไขหรือเยียวยาได้เพียงบางส่วนเท่านั้น เพราะในบางเรื่องมันอาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยของอีกประเทศหนึ่งได้

การประสานกลมกลืนของกฎหมาย เป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง ไม่ว่าจะเป็นระบบประมวลกฎหมาย ระบบคอมมอนลอว์ ระบบสังคมนิยม หรือระบบศาสนาก็ดี

ปัจจุบันจึงเป็นการเข้ามาสู่ยุคที่พยายามประสานความแตกต่างทางด้านกฎหมายต่าง ๆ สร้างระบบกฎหมายให้มีลักษณะที่สอดคล้องกัน เช่น การประสานกลมกลืนของกฎหมายในยุโรป เพราะในขณะนี้ยุโรปได้รวมตัวเป็นสหภาพยุโรป EU (European Union community) เพราะกฎหมายของสหภาพยุโรปหรือระบบเศรษฐกิจและการเมืองของประชาคมยุโรป ซึ่งเป็นรากฐานของการแบ่งแยกระหว่าง Common Law กับ Civil Law มีประเทศซึ่งเป็นต้นร่างของ Civil Law ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลี เป็นต้น กับประเทศอังกฤษซึ่งเป็นรากฐานของ Common Law เพราะในยุโรปนี้ระบบ Common Law และ Civil Law ได้รวมกันเป็นหนึ่งเดียวเช่นภายใต้ Treaty of Maastricht เป็นโครงสร้างของสหภาพยุโรป หรือในมลรัฐต่าง ๆ ในสหรัฐก็พยายามรวบรวมกฎหมายให้เหมือนกัน โดยมี Uniform Commercial Code เป็นประมวลกฎหมายการค้าเอกภาพ หรือในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ได้มีการรวมตัวกันเป็นสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ASEAN) มีประเทศไทย อินโดนีเซีย ใช้ระบบ Civil Law และประเทศมาเลเซีย สิงคโปร์ ฟิลิปปินส์ บรูไน ใช้ระบบ Common Law และนอกจากความร่วมมือในภูมิภาคเดียวกันนี้ ยังมีความพยายามที่จะสร้างร่วมมือระหว่างภูมิภาค เช่น การประชุมเอเชีย-ยุโรป (ASEM: Asia-Europe Meeting) ประกอบด้วยกลุ่มสหภาพยุโรป ประเทศสมาชิกอาเซียน ร่วมกับ จีน ญี่ปุ่น และเกาหลีใต้ ส่วนในเรื่องของ Unification of the Law มีลักษณะของการทำรูปแบบของกฎหมายให้เหมือนกันหมด เช่น การที่มีกฎหมายฉบับหนึ่งเป็นแบบอย่างและทุกประเทศทำให้เหมือนกันหมด ซึ่งวิธีนี้เป็นแนวความคิดที่ยังไม่มีผู้ใดกล่าวถึงนัก เพราะมันเป็นการยากที่จะทำให้กฎหมายของแต่ละประเทศเหมือนกันหมด

ในการที่จะให้ทุกประเทศมีบทบัญญัติอย่างเดียวกันเสียทุกเรื่องนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการยากเป็นอย่างยิ่ง หรือเป็นไปได้เลย แต่เราควรที่จะแยกกฎหมายเสียว่า ถ้าเป็นกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ มีวิธีปฏิบัติเหมือนกันทั่วโลก กฎหมายที่อนุวัติตามข้อตกลงระหว่างประเทศ จะเห็นว่า มีมาตรฐานโลกของการติดต่อของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ หรือกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งมีอยู่ในกฎหมายบางลักษณะ ซึ่งสังคมโลกหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศ (International Convention) จะสร้างบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายในลักษณะนั้น ๆ เพื่อให้ประเทศซึ่งเป็นภาคีออกกฎหมายภายในอนุวัติตาม ให้เป็นไปตามพันธะผูกพันระหว่างประเทศ เช่น กฎหมายลิขสิทธิ์ มี Berne Convention ว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม โดยได้ร่างมาตรฐานขั้นต่ำของการคุ้มครองไว้ ให้ประเทศต่าง ๆ ออกกฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามแม่บทของอนุสัญญา เพราะฉะนั้นลักษณะการประสานกลมกลืนของกฎหมายจึงได้เกิดขึ้น ในส่วนของไทยเราก็ได้มีการออกกฎหมายอนุวัติ (Implementation Act) อย่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2535 ก็อนุวัติตามพันธะกรณีที่มีอยู่ภายใต้ Berne Convention จึงเกิด Harmonization ได้

มีกฎหมายบางลักษณะที่ไม่มีทางประสานกลมกลืนกันได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมาย ซึ่งสร้างขึ้นมา หรือเจริญขึ้นมาจากขนบธรรมเนียมประเพณี หรือวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายลักษณะครอบครัวและมรดก แต่ว่าอิทธิพลหรือการติดต่อทางสังคม นั้นได้เผยแพร่ค่านิยมของสังคมหนึ่งไปสู่อีกสังคมหนึ่ง ซึ่งกฎหมายครอบครัวก็เริ่มเจริญรอย ตามแนวทางเดียวกันได้ เช่น ก่อนปี 2478 สถาบันครอบครัวของประเทศไทยให้ชายมี ภริยาหลายคนได้ ซึ่งเป็นค่านิยมของสังคมในปี 2478 ก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ค่านิยมตะวันตกได้เริ่มเข้ามา และมีอิทธิพลในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เราได้รับอิทธิพล Monogamous นี้มาโดยสร้างระบบมีคู่สมรสเพียงคนเดียว แต่เราก็ไม่ ยอมรับระบบให้มีความผิดฐานที่มีคู่สมรสมากกว่าหนึ่ง ซึ่งเป็นระบบที่มาจากเยอรมัน แล้วก็มี ของไทยเข้าไปด้วย คือ อุทลุม การฟ้องคดีความผิดเกี่ยวกับอุทลุม¹²

ในเรื่องการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ จะเห็นว่าอนุสัญญาที่เกิดจาก ความพยายามขององค์การระหว่างประเทศที่จะก่อให้เกิดการประสานกันของกฎหมายว่าด้วย เงื่อนไขในการรับรองคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ โดยเกิดจากความร่วมมือในระดับโลก และความร่วมมือในระดับภูมิภาคในการทำสนธิสัญญาเพื่อแลกเปลี่ยนการรับรองบังคับคำ พิพากษาของศาลต่างประเทศ ซึ่งปัจจุบันมีอยู่ 11 ฉบับ ดังนี้

1. สนธิสัญญาแห่งกรุงมอนเตวิเดโอ ลงวันที่ 11 มกราคม ค.ศ.1889 ว่าด้วย กฎหมายวิธีพิจารณาความ

2. อนุสัญญาแห่งกรุงฮาวานา ลงวันที่ 20 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1928 ว่าด้วยประมวล กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของ Bustamante ซึ่งผูกพันประเทศลาตินอเมริกา

3. สนธิสัญญาแห่งกรุงมอนเตวิเดโอ ลงวันที่ 19 มีนาคม ค.ศ.1940 ว่าด้วย กฎหมายวิธีพิจารณาความระหว่างประเทศ ซึ่งผูกพันประเทศลาตินอเมริกา

4. อนุสัญญาแห่งกรุงโคเปนเฮเกน ลงวันที่ 16 มีนาคม ค.ศ.1932 ว่าด้วยการรับ รองและบังคับตามคำพิพากษา ซึ่งผูกพันกลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย

¹² คดีอุทลุม หมายถึง การห้ามฟ้องบุพการีของตนเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา

5. อนุสัญญาแห่งกรุงไคโร ลงวันที่ 10 พฤศจิกายน ค.ศ.1952 ว่าด้วยการบังคับตามคำพิพากษา ซึ่งผูกพันกลุ่มประเทศสมาชิกของสันนิบาตของรัฐอาหรับ (League of Arab State)

6. อนุสัญญาแห่งกรุงบรัสเซลส์ ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน ค.ศ.1967 เกี่ยวกับเขตอำนาจของศาล และการบังคับตามคำตัดสินในทางแพ่งและพาณิชย์

7. อนุสัญญาแห่งกรุงเฮก ลงวันที่ 1 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1971 ว่าด้วยการรับรองและการบังคับตามคำพิพากษาต่างประเทศในทางแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งผูกพันกลุ่มประเทศสมาชิกของที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล

8. พิธีสารแห่งกรุงเฮก ลงวันที่ 1 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1971 เพิ่มเติมอนุสัญญาแห่งกรุงเฮก ลงวันที่ 1 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1971 ว่าด้วยการรับรองและการบังคับตามคำพิพากษาต่างประเทศในทางแพ่งและพาณิชย์

9. อนุสัญญาแห่งกรุงบรัสเซลส์ ลงวันที่ 9 ตุลาคม ค.ศ.1978 ว่าด้วยการแก้ไขอนุสัญญาแห่งกรุงบรัสเซลส์ ลงวันที่ 27 กันยายน ค.ศ.1968 ว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการบังคับตามคำตัดสินในทางแพ่งและพาณิชย์

10. อนุสัญญาแห่งกรุงมอนเตวิเดโอ ลงวันที่ 8 พฤษภาคม ค.ศ.1979 ว่าด้วยความมีผลนอกอาณาเขตของรัฐของคำพิพากษาของศาลต่างประเทศและคำตัดสินอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งผูกพันกลุ่มประเทศสมาชิกขององค์การรัฐอเมริกา

11. อนุสัญญาแห่งลูกาโน ลงวันที่ 16 กันยายน ค.ศ.1988 ว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการบังคับตามคำตัดสินในทางแพ่งและพาณิชย์

นอกจากนั้น ยังมีอนุสัญญาเพื่อการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในเรื่องเฉพาะหลายฉบับด้วยกัน อาทิ

- อนุสัญญาแห่งกรุงเฮก ลงวันที่ 15 เมษายน ค.ศ.1958 ว่าด้วยการยอมรับ และบังคับตามคำตัดสินในเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร

- อนุสัญญาแห่งกรุงเฮก ลงวันที่ 15 พฤศจิกายน ค.ศ.1965 ว่าด้วยอำนาจของเจ้าหน้าที่กฎหมายที่มีผลใช้บังคับ และการยอมรับคำตัดสินเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม

- อนุสัญญาแห่งกรุงเฮก ลงวันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ.1973 ว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำตัดสินเกี่ยวกับค่าอุปการะเลี้ยงดู¹³

สำหรับประเทศไทยนั้น ท่ามกลางความตื่นตัวของนานาประเทศเพื่อมุ่งอ้างไว้ซึ่งเสรีภาพในทางกฎหมายของชีวิตระหว่างประเทศของเอกชน โดยการทำอนุสัญญาเพื่อทำให้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่องการยอมรับ และบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเป็นเอก रूप ประเทศไทยก็ยังไม่เคยเข้าร่วมกับอนุสัญญาพหุภาคีที่เกี่ยวข้องใด ๆ เลย และยังมีสนธิสัญญาทวิภาคีกับประเทศใดประเทศหนึ่งเลย ทั้ง ๆ ที่มีการเรียกร้องจากนักนิติศาสตร์ไทยให้มีการเข้าร่วม หรือทำอนุสัญญาในลักษณะนี้กับนานาประเทศมาตั้งแต่ปี พ.ศ.2515

ผู้เขียนมีความเห็นว่า อนุสัญญาที่เกิดขึ้นโดยองค์ระหว่างประเทศ ว่าด้วยการบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ จะพบว่าในทวีปยุโรปเท่านั้นที่มีการตื่นตัวเป็นอย่างมากในการเข้าร่วมในอนุสัญญาดังกล่าว ส่วนในทวีปอเมริกาก็ยังเป็นที่น่าพอใจ แต่เมื่อย้อนมาดูในทวีปเอเชียแล้ว ความร่วมมือในเรื่องดังกล่าวแทบจะไม่ประสบผลสำเร็จเลย เราจึงควรหันมาร่วมมือกัน โดยเริ่มจากกลุ่มประเทศในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เสียก่อน เพื่อให้สอดคล้องกับสังคมโลกในยุคปัจจุบันที่ภาวะทางเศรษฐกิจเติบโตขึ้นเรื่อย ๆ ตามความจำเป็นของสังคม

1.2 แนวความคิดที่สนับสนุนต่อการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

แนวความคิดพื้นฐานที่มาสสนับสนุนหลักการในเรื่องการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ซึ่งจะนำมาพิจารณาดังต่อไปนี้ คือ แนวความคิดเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษา (Res Judicata) หลักแห่งพันธกรณี (Doctrine of Obligation), หลักอัยยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ หรือหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติตอบแทนระหว่างกัน (Comity and Reciprocity) ซึ่งหลักดังกล่าวจะแยกนำมาพิจารณาดังนี้ คือ

¹³ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, เงื่อนไขในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในคดีแพ่งโดยศาลไทย, วารสารนิติศาสตร์, 4(2533) 20, หน้า 143-144

1.2.1 หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษา (Res Judicata)

ก่อนที่เราจะเข้าสู่ถึงหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษา เราศึกษาถึงวิธีการเข้าสู่ถึงคำพิพากษาในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) และระบบจารีตประเพณี (Common Law)

วิธีการเข้าสู่การพิพากษา และทำให้ผลของการตัดสินของคดีในระบบ Common Law แตกต่างจากการตัดสินของคดีในระบบ Civil Law กล่าวคือ คดีบรรทัดฐาน Cross ได้อธิบายว่า “ กฎหมายที่เกิดขึ้นจากคดี ประกอบด้วยกฎและหลักที่ผู้พิพากษากล่าวถึง และได้กระทำตามในการตัดสิน ในระบบที่กฎหมายเกิดขึ้นจากคดีที่เป็นมูลฐานนั้น ผู้พิพากษาในคดีที่เกิดขึ้นภายหลังจำต้องพิจารณากฎ และหลักเหล่านั้น กฎและหลักที่กล่าวมานั้น มิได้เป็นแต่เพียงประเด็นที่ท่านอาจจะพิจารณาในการตัดสินเหมือนกับในระบบอื่น ๆ การที่กฎหมายอังกฤษเป็นระบบที่เกิดขึ้นจากคดีเป็นส่วนใหญ่ หมายความว่า การตัดสินของผู้พิพากษาในคดีใดคดีหนึ่งเท่ากับเป็นบรรทัดฐาน”¹⁴

กล่าวคือ ศาลต้องมองกลับไปหาคดีบรรทัดฐานก่อนการตัดสินของศาลเอง แล้วแต่ศาลที่กล่าวนั้นจะอยู่ในฐานะใดตามอันดับของศาล ศาลนั้นจะถูกผูกมัดโดยหลักกฎหมาย คือ Ratio Decidendi¹⁵ (เหตุผลแห่งการวินิจฉัยคดี) ของคำพิพากษา ก่อน ของศาลที่อยู่ในอันดับสูงกว่าศาลนั้น และในบางกรณีของศาลที่อยู่ในอันดับเดียวกันกับศาลนั้น ถ้าเกิดมีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นคล้ายคลึงกัน แต่ไปสู่ศาลในอันดับต่ำในอังกฤษ ศาลในอันดับต่ำนั้นก็จะถูกมัดโดยหลักกฎหมาย คือ มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามศาลสูงที่ได้กำหนดไว้ในคดีก่อน และจำต้องพิพากษาโดยยึดถือมูลฐานของหลักกฎหมายนี้เป็นคดีบรรทัดฐาน ผลของคดีบรรทัดฐานคือทำให้มีหลักกฎหมายที่มีความสัมพันธ์กันเกิดขึ้นเพื่อให้บุคคลทั่วไปและผู้พิพากษาแสวงหากฎหมายได้

¹⁴ Precedent in English Law, by R. Cross (3rd ed) p.4

¹⁵ ibid. p.38-102

ส่วนผู้พิพากษาในระบบประมวลกฎหมายนั้น จะมองไปที่ประมวลกฎหมายเพื่อช่วยให้การตัดสินโดยไม่จำเป็นว่าจะอยู่ในศาลชั้นใด และไม่จำเป็นที่จะแสวงหาคดีบรรทัดฐานที่เกิดขึ้นก่อนหน้าคดีนั้น คดีบรรทัดฐานไม่มีผลผูกมัด ผลก็คือ ศาลที่อยู่ในลำดับชั้นต่ำกว่ามิได้ถูกผูกมัดโดยการตัดสินของศาลที่อยู่ในลำดับชั้นสูงกว่า ศาลในทุกลำดับชั้นไม่จำเป็นที่จะต้องเดินตามคำตัดสินของศาลอื่น แต่อย่างไรก็ตาม ศาลที่อยู่ในลำดับชั้นต่ำกว่ามักจะมีคำพิพากษาตามคำพิพากษาของศาลที่อยู่ในอันดับสูงกว่าในสถานะข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกัน ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าวิธีการในการเข้าสู่คำพิพากษาอาจจะแตกต่างกัน แต่ในการปฏิบัติมีผลที่คล้ายคลึงกันมาก

เมื่อมองอย่างผิวเผิน อาจทำให้เห็นว่าผู้พิพากษาในระบบ Common Law เป็นผู้ที่มีส่วนในการสร้างกฎหมายได้มากกว่า เพราะไม่มีประมวลกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งผู้พิพากษาในระบบ Civil Law นั้นจะยึดติดอยู่กับการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่มากกว่า ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว หาได้เป็นเช่นนั้นไม่ ไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษาในระบบกฎหมายใด ผู้พิพากษาย่อมเข้ามามีบทบาทในการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพื่อให้เป็นไปตามธรรมชาติของกฎหมายที่มีอิสระ เคลื่อนไหว เปลี่ยนแปลง และเพื่อให้สอดคล้องกับวิถีชีวิตของมนุษย์ที่มีอยู่ในสังคม ตลอดจนสถานะการณ์ของบ้านเมืองที่แปรเปลี่ยนไป ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความยุติธรรม และก่อให้เกิดประโยชน์สุขแก่มหาชน

จากการศึกษาวิธีการเข้าสู่การพิพากษาในระบบกฎหมาย ทั้ง 2 ระบบดังกล่าว ทำให้เห็นว่าไม่ว่าศาลจะมีวิธีการเข้าสู่ปัญหาในการตัดสินคดีแบบใด แต่ผลสุดท้ายที่ได้ตามมาก็คือ คำตัดสินหรือคำพิพากษาของศาล ซึ่งคำพิพากษานั้น ต้องถือว่าเป็นคำตัดสินของข้อโต้แย้งที่เป็นที่ยุติได้ เพราะศาลได้ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดีโดยผ่านการกลั่นกรองและไตร่ตรองในการพิพากษาคดีด้วยความบริสุทธิ์ และยุติธรรม โดยปราศจากอคติ ด้วยเหตุนี้คำพิพากษาของศาลจึงมีความศักดิ์สิทธิ์ เป็นสิ่งที่คู่ความในคดีหรือผู้ที่เกี่ยวข้องในคดีจะต้องยอมรับและปฏิบัติตาม โดยถือว่าเป็นข้อยุติ ซึ่งคู่ความหรือผู้ที่เกี่ยวข้องในคดีอันเกี่ยวเนื่องกับคำพิพากษานั้น จะถูกห้ามมิให้โต้แย้งในคำตัดสินหรือคำพิพากษานั้น แต่อย่างไรก็ตาม

หากคำพิพากษานั้นเป็นคำวินิจฉัยของศาลล่าง คู่ความก็อาจโต้แย้งคัดค้านต่อศาลสูงได้ ถ้าไม่เข้าในกรณีที่กฎหมายห้ามไว้¹⁶ ดังภาษิตกฎหมายที่ว่า “ความสุจริตและบริสุทธิ์ของผู้พิพากษานั้นจะยกมาเถียงไม่ได้ แต่ส่วนคำตัดสินของเขานั้น คู่ความอาจคัดค้านว่าผิดกฎหมาย หรือข้อเท็จจริงได้” (de fide et officio judicis nou recipitur quaeestio sed de scientia sive sit error juris sive facti) แต่หากคำวินิจฉัยของศาลสูงผิดพลาดแล้ว คู่ความก็ไม่อาจเยียวยาแก้ไขได้อีก เว้นแต่จะเป็นกรณีผิดพลาดเล็กน้อย จะเห็นว่ากรณีที่คู่ความมีสิทธิ์ที่จะโต้แย้งคำพิพากษาของศาลเหล่านั้น โดยการคัดค้านต่อศาลสูง มิใช่ว่าคำพิพากษาของศาลล่างจะไม่มีผลบังคับคดีสิทธิ์เพียงพอ การที่คู่ความขออุทธรณ์ หรือฎีกานั้น ก็เท่ากับว่าคู่ความยอมรับในผลของคำพิพากษาของศาลแต่ ละลำดับชั้นแล้ว แต่ทั้งนี้การขออุทธรณ์ หรือฎีกาดังกล่าวต้องไม่มีกฎหมายห้ามไว้ หลักความ คัดสิทธิ์แห่งคำพิพากษา (Res Judicata) นี้ มีลักษณะทำนองเดียวกันกับข้อห้ามในการฟ้องซ้ำ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 148 ของไทย หลักดังกล่าวคือ หากมีคำ พิพากษาอันถึงที่สุดของศาลที่มีอำนาจเหนือคู่ความ และเรื่องที่เป็นคดีความนั้นแล้ว ในระหว่างคู่ ความหรือผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีความนั้นด้วยตนเอง จะถูกปิดปากในคดีที่มีการฟ้องร้อง ในภายหลังจากการที่จะโต้แย้งหรือคัดค้านคำพิพากษานั้น ในด้านของสาระหรือเนื้อหา (merits) ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการที่จะมีการปิดปาก (estoppel) โดยอาศัยหลัก Res Judicata นี้ จะต้อง ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ ประเด็นในคดีหลังต้องเป็นประเด็นเดียวกันกับประเด็น ในคดีก่อน ซึ่งได้มีการวินิจฉัยชี้ขาดแล้ว คำชี้ขาดในคดีก่อนต้องถึงที่สุด และคู่ความหรือผู้มีส่วน ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีก่อนกับคู่ความ หรือผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีหลังต้องเป็นคู่ความชุด เดียวกัน

ในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ก็ได้มี การนำหลักความคัดสิทธิ์แห่งคำพิพากษานี้มาใช้เป็นแนวทางเดียวกัน คือ หากโจทก์นำคดีมา ฟ้องจำเลยในประเทศหนึ่งโดยอาศัยมูลคดีเดิม จำเลยสามารถที่จะยกคำพิพากษาศาลต่าง ประเทศเป็นข้อต่อสู้ได้ เช่น คำพิพากษาศาลต่างประเทศได้ให้โจทก์ได้รับชำระหนี้ หรือค่าทด แทนความเสียหายแต่บางส่วนตามที่เรียกร้อง และจำเลยได้ปฏิบัติตามคำพิพากษาต่างประเทศ นั้นเรียบร้อยแล้ว แต่โจทก์เมื่อทราบจำเลยยังมีทรัพย์สินในอีกประเทศหนึ่งซึ่งเป็นภูมิลำเนา ของจำเลย เพียงพอที่จะชำระหนี้ทั้งหมดได้ โจทก์จึงได้นำคดีมาฟ้องยังประเทศที่เป็นภูมิลำเนา

¹⁶ วิชา มหาคุณ. ศาลยุติธรรมและการพิพากษาคดี . พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ วิทยุชน, หน้า 26

ของจำเลยเพื่อเรียกร้องให้ชำระหนี้ หรือค่าเสียหายในส่วนที่เห็นว่าตนยังไม่ได้รับในคำพิพากษาต่างประเทศ ซึ่งเป็นภูมิลำเนาของจำเลย ในคดีนี้จำเลยก็สามารถที่จะอ้างคำพิพากษาต่างประเทศเป็นข้อต่อสู้ได้ ในทางตรงกันข้าม โจทก์ก็สามารถที่จะฟ้องจำเลยในอีกประเทศหนึ่งโดยอาศัยมูลหนี้ที่เกิดขึ้นตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้นได้ และโจทก์ก็สามารถที่จะยกคำพิพากษาของศาลต่างประเทศขึ้นโต้แย้งในกระบวนการใด ๆ ที่มีประเด็นเดียวกันกับประเด็นพิพาทในคำพิพากษานั้นได้¹⁷ เช่น เพื่อมิให้จำเลยโต้แย้งความถูกต้องของคำพิพากษานั้น ศาลในประเทศที่โจทก์ได้มีการนำคดีไปฟ้องโดยอาศัยมูลคดีเดิมนั้น ถือว่า คำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้นเป็นคำพิพากษาของศาลที่มีอำนาจเหนือคู่ความในคดีนั้นแล้ว และศาลในประเทศที่โจทก์นำคดีไปฟ้องจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบความถูกต้องของคำพิพากษานั้นอีก เพราะถือว่าคดีนั้นได้มีการต่อสู้และวินิจฉัยในด้านสาระหรือเนื้อหา (merits)¹⁸ ของคดีมาแล้ว หากคู่ความฝ่ายใดไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษา คู่ความฝ่ายนั้นก็สามารถที่จะใช้สิทธิอุทธรณ์คำพิพากษานั้นในประเทศที่มีคำพิพากษาเอง คำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้นจึงถือว่ามีความเสร็จเด็ดขาด (conclusive) ในอีกประเทศหนึ่ง ระหว่างคู่ความเดียวกันในคดีที่ได้มีคำพิพากษาในต่างประเทศนั้นแล้ว ดังนั้นจำเลยจึงไม่อาจโต้แย้งหรือคัดค้านคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ในส่วนที่เกี่ยวกับความถูกต้องของคำพิพากษา ซึ่งถือว่าได้เสร็จเด็ดขาดระหว่างคู่ความแล้ว ถึงแม้ว่าจำเลยจะพิสูจน์ให้เห็นว่าศาลต่างประเทศที่ได้มีการวินิจฉัยพิพาทคดีจะไม่อำนาจ หรือวินิจฉัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายผิดพลาดไป อย่างไรก็ตาม การที่ศาลแห่งประเทศที่โจทก์ได้นำคดีมาฟ้องโดยอาศัยมูลคดีเดิมนั้น จะยอมรับบังคับตามคำพิพากษาให้หรือไม่ ก็ต้องพิจารณาไปตามหลักเกณฑ์ในการบังคับตามคำพิพากษาของประเทศนั้น ซึ่งจะได้มีการกล่าวถึงในบทต่อไป

1.2.2 หลักแห่งพันธกรณี (Doctrine of Obligation)

หลักนี้ได้กำเนิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ในปี ค.ศ.1842 มีหลักการเบื้องต้นที่สำคัญว่าคำพิพากษาของศาลต่างประเทศที่มีอำนาจเหนือจำเลย ย่อมกำหนดหน้าที่หรือ

¹⁷ P.M. North, *Cheshire and North Private International Law*. 10th. ed, (London : Butterworths, 1979), P.632.

¹⁸ กนก อินทรมพรรย “ ความเห็นและข้อสังเกตในเรื่องความร่วมมือทางศาลเกี่ยวกับการบังคับตามคำพิพากษาต่างประเทศ ” , *ตุลพาท 31* (มีนาคม-เมษายน) , หน้า 57

พันธะให้จำเลยจะต้องชำระหนี้ตามที่กำหนดไว้ในคำพิพากษานั้น ซึ่งศาลอังกฤษรวมถึงศาลในประเทศอื่น ๆ ก็ย่อมมีความผูกพันที่จะต้องบังคับตามหนี้แห่งคำพิพากษานั้นด้วย ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ได้รับการยืนยันโดยปรากฏอยู่ในคดี Williams v Jones และคดี Schibsby v. Westenholz¹⁹

ในการบังคับตามคำพิพากษานั้น ตามหลักกฎหมายของอังกฤษ โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ สามารถนำคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมาฟ้องบังคับคดี (Action on Judgment) โดยถือว่าคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้นเป็นมูลคดี (Cause of Action) หรือหลักฐานที่ทำให้เกิดหนี้ซึ่งสามารถให้ฟ้องร้องให้มีการบังคับคดีได้ ซึ่งการนำคำพิพากษาศาลต่างประเทศมาฟ้องนี้ ก็คือการฟ้องเพื่อเรียกร้องให้ชำระหนี้ตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ เท่ากับว่าจุดมุ่งหมายในการนำคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมาฟ้องร้องนั้น สอดคล้องกับหลักแห่งพันธกรณีในความผูกพันที่ศาลอังกฤษจะบังคับตามหนี้แห่งคำพิพากษานั้นให้ด้วย และสิ่งใด ๆ ที่ลบล้างหน้าที่ หรือเป็นข้อแก้ตัวตามกฎหมายในการปฏิบัติตามคำพิพากษานั้นได้ ย่อมเป็นข้อต่อสู้ในคดีที่ฟ้องให้มีการบังคับตามคำพิพากษานั้นได้ คำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นมิใช่เป็นเพียงพยานหลักฐานเบื้องต้นแห่งความรับผิดชอบของจำเลยตามที่เคยถือกันมา²⁰

จากการศึกษาหลักการของความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษา และหลักแห่งพันธกรณี ทำให้เราเห็นว่าหลักทั้งสองนี้ดำเนินไปควบคู่ซึ่งกันและกัน โดยจะเห็นว่ามูลเหตุหรือรากฐานของหลักแห่งพันธกรณีเกิดจากแนวความคิดที่ว่า เมื่อศาลทุกศาลตัดสินคดีแล้ว คู่ความหรือผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องก็จะเกิดหน้าที่หรือความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามคำพิพากษานั้น เป็นหน้าที่หรือความผูกพัน (obligation) ที่ยอมรับกันทั่วไป เท่ากับว่า คำพิพากษามีความศักดิ์สิทธิ์ ต้องปฏิบัติตาม

¹⁹ (1845) 13M. & W.628, 633. อ้างถึง Cheshire and North's Private International Laws, 10th edition, p 341.

²⁰ (1870) L.R. 6 Q.B.139, 149-150. อ้างถึง Cheshire and North's Private International Laws, 10th edition, p 343.

การที่ศาลของประเทศหนึ่งจะบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศให้นั้น คำพิพากษาของศาลต่างประเทศที่ได้มาต้องสอดคล้องหรือเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของประเทศที่ถูกร้องขอให้บังคับตามพิพากษาของศาลต่างประเทศที่กำหนดไว้ ศาลอังกฤษจะยอมบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ต่อเมื่อคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายของประเทศอังกฤษกำหนดไว้ เช่น ต้องไม่ขัดต่อหลักความยุติธรรม หรือความสงบเรียบร้อยของประเทศอังกฤษ หรือต้องไม่เป็นการได้คำพิพากษามาโดยการฉ้อฉล เป็นต้น²¹ หากศาลอังกฤษพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์ครบถ้วนทุกประการ โดยไม่มีข้อโต้แย้งใดๆ ศาลอังกฤษก็จะได้มีคำพิพากษาบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้น โดยถือว่าเป็นการปฏิบัติตามพันธะหรือความผูกพันในการที่จะต้องชำระหนี้ตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้น

มีข้อน่าสังเกตว่าหลักแห่งพันธะกรณีกับหลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศและหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติตอบแทนระหว่างกัน ในการนำหลักทั้งสองมาใช้ในการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ทำให้เห็นถึงปัญหาความแตกต่างของการนำหลักทั้งสองดังกล่าวมาใช้อ้างอิง กล่าวคือ หากศาลที่ได้รับคำร้องขอนำหลักแห่งพันธะกรณีมาใช้ ก็เท่ากับว่าศาลไม่คำนึงว่าศาลต่างประเทศที่พิจารณาพิพากษาคดีที่ขอให้มีการบังคับตามให้นั้น มีหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน ในลักษณะเดียวกันหรือไม่ แต่ศาลที่ได้รับคำขอจะยอมบังคับตามคำพิพากษาให้ตามพันธะหรือความผูกพันตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้น

1.2.3 หลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ และหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติตอบแทนระหว่างกัน (Comity and Reciprocity)

แนวความคิดในหลักดังกล่าวนี้ มีความสำคัญต่อการที่จะนำคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมาบังคับตามให้ แต่ต้องอยู่บนรากฐานแห่งอัยาศัยไมตรี กล่าวคือ ในการที่ศาลของประเทศหนึ่งมีความประสงค์ที่จะให้ศาลในอีกประเทศหนึ่งยอมบังคับตามคำพิพากษาของตน ศาลแห่งประเทศนั้น ก็ต้องทำการยอมบังคับตามคำพิพากษาของศาล

²¹J.H.C. Morris, Dacey and Morris on the Conflict of Laws (London : Stevens & Sons, 1980), P.1037.

ต่างประเทศนั้นเช่นเดียวกัน โดยอาศัยพื้นฐานจากหลักการในเรื่องอรรถศาสตร์ไมตรี โดยพิจารณาถึงความสัมพันธ์ฉันท์มิตร ความช่วยเหลือในการปฏิบัติตอบแทนซึ่งกันและกัน ซึ่งหมายถึงการที่ประเทศทั้งสองหรือหลายประเทศต่างยอมบังคับตามคำพิพากษาของกันและกัน ในลักษณะที่เหมือนกันหรือเท่าเทียมกัน

แนวความคิดในเรื่องหลักอรรถศาสตร์ไมตรีระหว่างประเทศ และหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติตอบแทนระหว่างกันนั้น ถือได้ว่าเป็นแนวคิดดั้งเดิมของประเทศอังกฤษ ซึ่งอาจจะได้รับอิทธิพลของแนวความคิดนี้มาจากสตอรี (Story)²² ผู้พิพากษาชาวอเมริกัน ในตอนแรกศาลอังกฤษยอมบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ โดยเชื่อว่าศาลของประเทศหนึ่งมีพันธะหรือข้อผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องให้ความช่วยเหลือยังศาลของอีกประเทศหนึ่ง ทั้งยังเกรงว่าหากคำพิพากษาต่างประเทศไม่ได้รับการยอมรับบังคับตามให้อังกฤษแล้ว คำพิพากษาของศาลอังกฤษก็จะไม่ได้รับการบังคับตามในต่างประเทศด้วยเช่นกัน โดยอาศัยเหตุผลในหลักการอรรถศาสตร์ไมตรี (Comity) และหลักปฏิบัติตอบแทนระหว่างกัน แต่การที่จะยึดถือตามหลักนี้โดยเคร่งครัดแล้ว ก็เท่ากับว่า ศาลอังกฤษจะต้องยอมบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ถ้าเกิดว่าศาลต่างประเทศมีหลักการปฏิบัติต่างตอบแทน โดยการยอมบังคับตามคำพิพากษาของศาลอังกฤษเช่นเดียวกัน ดังนั้น จึงเท่ากับว่าศาลอังกฤษยอมบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศอย่างเต็มที่ โดยไม่มีเงื่อนไขอย่างอื่นใด (full faith and credit)²³ ด้วยเหตุนี้แนวความคิดนี้จึงทำให้เกิดปัญหาขึ้นได้ ในกรณีที่จำเลยมีข้อโต้แย้งในคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้น ซึ่งถือเป็นข้อจำกัดในการที่ศาลอังกฤษจะยอมรับบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นให้ เช่น คำพิพากษานั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยและหลักแห่งความยุติธรรม (Natural Justice) ซึ่งตามกฎหมายอังกฤษถือเป็นเหตุสำคัญที่จะทำให้ศาลอังกฤษไม่ยอมบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นให้ ปัญหาดังกล่าวจึงนำไปสู่แนวทางในการพัฒนาหลักแห่งพันธกรณี (Doctrine of Obligation) ตามที่ได้ศึกษามาแล้ว

²² R.H. Graveson, *The Conflict of Laws* (London : Sweet & Maxwell, 1965), P.542.

²³ คดี Messina V. Petrocochino [1872], L.R.4 P.C.144. อ้างถึง Cheshire and North's *Private International Laws*, 10th edition, p 652.

การอ้างถึงหลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศนี้ เมื่อศึกษาจากคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น เช่น Fenton V Livingston จึงพบว่าเป็นการยืนยันหลักดังกล่าว และในหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนระหว่างกัน (reciprocity) ก็จะพบเห็นได้จากการทำความตกลงระหว่างประเทศในรูปของสนธิสัญญา หรือข้อตกลงระหว่างประเทศ The Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act 1933 ซึ่งในกฎหมายนี้ได้ยึดถือหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่อกันเป็นพื้นฐานการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

ตามที่ได้เขียนได้กล่าวอ้างถึงข้างต้น เป็นกรณีที่ประเทศทั้งสองฝ่ายได้มีการปฏิบัติตามหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนกันและกัน โดยได้ทำเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ หรือสนธิสัญญา แต่ในกรณีที่ไม่มีการทำข้อตกลงระหว่างประเทศกันขึ้นนั้น เราสามารถที่จะกล่าวอ้างถึงหลักอัยาศัยไมตรี และหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนระหว่างกันได้หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากไม่มีสนธิสัญญาเกิดขึ้นระหว่างกัน ประเทศผู้ถูกร้องขอให้มีการบังคับ แสดงว่า จะปฏิบัติในทำนองเดียวกัน หลักเกณฑ์นี้จึงเป็นไปตามหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติหรือหลักต่างตอบแทน (reciprocity) ซึ่งหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยประเทศผู้ถูกร้องขอให้มีการบังคับจะยอมบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ภายใต้เงื่อนไขว่า ประเทศผู้ร้องขอที่จะต้องยอมบังคับตามคำพิพากษาของอีกฝ่ายหนึ่งในทำนองเดียวกัน (similar)²⁴ หลักเกณฑ์นี้ทำให้ประเทศทั้งสองหรือหลายประเทศต่างมีความผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศมากกว่าอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ (Comity) ซึ่งไม่มีความผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ หากแต่เป็นเพียงการแสดงความปรารถนาดี หรือไมตรีจิตต่อกันเท่านั้น²⁵ ทั้งนี้ การปฏิบัติตอบแทนระหว่างกันของประเทศทั้งสองฝ่าย อาจปรากฏได้ว่าประเทศผู้ขอให้มีการบังคับ หรือประเทศผู้ถูกร้องขอให้มีการบังคับ ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจไม่มีกรณีต้องขอความช่วยเหลือในการบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเลยก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับความจำเป็นในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมว่า ประเทศฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องขอความช่วยเหลือจากประเทศนั้น ๆ หรือไม่ ถ้ามีเมื่อใดประเทศนั้นก็ต้องให้ความช่วยเหลือตามพันธกรณีที่มีตามหลักการปฏิบัติต่างตอบแทน และการที่ประเทศใดยอมรับตามหลักการนี้อยู่แล้ว ก็คงไม่ต้องระบุในคำร้องขอให้มีการบังคับอีกว่า จะถือตามหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ ทั้งนี้ เพราะได้เคยยอมรับหลักการนี้ไว้แล้ว

²⁴ Henry Campbell Black, "Black's Law Dictionary" (St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1979) : 1142.

²⁵ Gerhard von Glahn, in Supra note 15, P.15; J.G.. Starke, in Supra note' 10, P.19.

หลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศและและหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนระหว่างกัน ก็มีใช้ว่าหลักการนี้จะถูกยอมรับโดยปราศจากข้อโต้เถียง ดังจะเห็นได้จากคดี Royal Bank of Canada V. Trentham corp.²⁶ ซึ่งศาลมลรัฐเท็กซัสได้กล่าวว่า หลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ และหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติตอบแทนแก่กัน เป็นสิ่งที่ล้าสมัยแล้ว ควรให้ศาลถือตามแนวโน้มคำพิพากษาในปัจจุบัน ซึ่งมีได้อ้างอิงถึงหลักดังกล่าวแต่อย่างใด ซึ่งศาลมิได้ดำเนินตามคดี Hilton V. Guyot²⁷ ซึ่งตัดสินให้ว่า การยอมบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศตั้งอยู่บนหลักดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าหลักทั้งสองนี้ต้องพัฒนาควบคู่กันไปในการนำไปประยุกต์ใช้ในข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ตามความจำเป็นที่เกิดขึ้นตามลำดับ เพราะการที่ประเทศหนึ่งประเทศใดจะยอมบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศให้ นั่น ก็ยอมคำนึงถึงผลประโยชน์ที่ตนเองจะได้รับเมื่อเทียบกับภาระผูกพันตามข้อตกลงระหว่างประเทศเป็นสำคัญด้วย ซึ่งในปัจจุบันมีหลายประเทศที่ได้ทำการยอมบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ โดยคำนึงถึงหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน

²⁶ (1980) S.D. TEX อ้างถึง Cheshire and North's Private International Laws, 10th edition, p 635.

²⁷ 59 U.S. 113 (1885) อ้างถึง Cheshire and North's Private International Laws, 10th edition, p 630.