



บทที่ 2

แนวความคิดเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

ก่อนที่จะกล่าวถึงหรือเข้าสู่ปัญหาในเรื่องแนวความคิดเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศอย่างแท้จริง ในเบื้องต้นเราควรที่จะทำความเข้าใจถึงความหมายและขอบข่ายของการยอมรับและการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศเสียก่อน

เมื่อกล่าวถึงการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ โดยทั่วไปมักจะหมายถึงการที่โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาของศาลในประเทศหนึ่งไม่สามารถบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษานั้นจากทรัพย์สินของจำเลยซึ่งเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาในประเทศนั้นได้เต็มจำนวน แต่โจทก์ค้นพบว่าจำเลยยังมีทรัพย์สินอื่นที่อาจบังคับคดีได้ในประเทศอื่นด้วย โจทก์จึงนำคำพิพากษาดังกล่าวมาบังคับคดีในอีกประเทศหนึ่ง ซึ่งเป็นทั้งกรณีการยอมรับ (Recognition) และการบังคับตาม (Enforcement) คำพิพากษาของศาลต่างประเทศรวมอยู่ด้วยกัน

แต่โดยหลักแล้ว การยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศมีความแตกต่างจากการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ และเป็นเรื่องที่ยกพิจารณาจากกันได้ ดังนี้ คือ

การยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศ หมายถึง การที่ศาลของประเทศที่ได้รับคำร้องขอทำการยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศ โดยไม่ต้องมีการบังคับ¹ ซึ่งถ้าคำพิพากษานั้นได้รับการยอมรับแล้ว ก็ย่อมมีผลในประเทศที่ทำการยอมรับให้

¹โปรดดู A.W. Scott, Private International Law, Conflict of Laws

(Plymouth : Macdonald & Evans, 1979), p. 101.

ส่วนการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ หมายถึง การที่ศาลที่ได้รับคำร้องขอ ต้องดำเนินการในการบังคับตามหลักเกณฑ์ของศาลนั้น เพื่อให้คำพิพากษาศาลต่างประเทศบังเกิดผล²

ดังนั้นจึงเป็นที่แน่นอนว่าคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่ได้รับการบังคับย่อมได้รับการยอมรับไปด้วยเสมอ แต่เป็นการไม่ถูกต้องที่จะกล่าวว่าคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่ได้รับการยอมรับแล้วจะได้รับการบังคับด้วย เหตุผลในเรื่องนี้มีอยู่เป็นทพทวิ คือ

1. ตามสภาพคำพิพากษาศาลต่างประเทศในบางลักษณะอาจไม่จำเป็นต้องขอให้มีการบังคับ เช่น คำพิพากษาศาลต่างประเทศที่มีเจตนารมณ์เพียงประกาศรับรองยืนยันสิทธิของคู่กรณีเท่านั้น (Declaratory Judgments)³ ซึ่งได้แก่ คำพิพากษาศาลต่างประเทศที่เกี่ยวกับสถานะความสามารถของบุคคล หรือคำพิพากษาให้คู่สมรสหย่าขาดจากกัน หรือให้การสมรสเป็นโมฆะ วันเสียแต่ว่าคำพิพากษานั้นจะกระทบไปถึงการบังคับเอากับทรัพย์สินหรือการบังคับเอากับตัวบุคคลด้วย เช่น การที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งขอให้ศาลยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่พิพากษาให้ตนหย่าขาดจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งพร้อมกับขอให้ศาลบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นในเรื่องหนี้ค่าอุปการะเลี้ยงดูด้วย

2. กรณีอาจเป็นว่าการที่คู่ความหรือผู้มีส่วนได้เสียอาจอ้างอิงคำพิพากษาศาลต่างประเทศในอีกประเทศหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์อย่างอื่นนอกจากการบังคับคดี⁴ เช่น คำพิพากษาศาลต่างประเทศที่ให้ยกฟ้องหรือฟ้องแย้ง และจำเลยในคดีดังกล่าวได้อ้างอิงเพื่อเป็นข้อต่อสู้ในคดีเดียวกันที่โจทก์นำมาฟ้องในอีกประเทศหนึ่ง ซึ่งถ้าคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นได้รับการยอมรับก็ย่อมมีผลไม่ให้โจทก์มาฟ้องร้องในเรื่องเดิมยังศาลแห่งประเทศที่ให้การยอมรับอีกต่อไป เพราะถือว่าเป็นการฟ้องซ้ำตามหลัก Res Judicata ของอังกฤษ ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกับข้อห้ามใน

² Ibid.

³ R.H. Graveson, The Conflict of Laws (London : Sweet & Maxwell, 1965), p. 540.

⁴ Scott, Private International Law, Conflict of Laws, p. 102.

การดำเนินกระบวนการพิจารณาชี้ขาดประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 148 ของไทย⁵

หลักการของหลัก Res Judicata ของอังกฤษ ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกับข้อห้ามในการดำเนินกระบวนการพิจารณาชี้ขาดประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 148 ของไทย คือหากมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาลที่มีอำนาจเหนือคู่ความในเรื่องที่เป็นคดีความนั้นมาแล้ว ในระหว่างคู่ความหรือผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีความนั้น (Privy) ด้วยกันเองจะถูกปิดปาก (Estoppel) ในคดีที่มีการฟ้องร้องในภายหลังมิให้โต้แย้งหรือคัดค้านคำพิพากษานั้นในด้านสาระ (Merit)⁶ ดังนั้นเราจึงเห็นได้ว่าการที่จะปิดปาก (Estoppel) โดยอาศัยหลัก Res Judicata นี้จะต้องเข้าเกณฑ์ 3 ประการ คือ ประการแรก คู่ความหรือผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องในคดีก่อนกับคู่ความหรือผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องในคดีหลังต้องเป็นคู่ความชุดเดียวกัน ประการที่สอง ประเด็นในคดีหลังต้องเป็นประเด็นเดียวกันกับประเด็นในคดีก่อน ซึ่งได้มีการวินิจฉัยชี้ขาดแล้ว และ ประการที่สาม คำชี้ขาดในคดีก่อนนั้นต้องถึงที่สุด

ในกรณีของคำพิพากษาศาลอังกฤษ ผลของหลักนี้ คือ คู่ความในคดีหลังจะอ้างอิงหรือปฏิเสธความมีอยู่หรือไม่มีอยู่ของมูลคดีใดต่อคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ หากเคยได้มีคำพิพากษาของศาลที่มีอำนาจระหว่างคู่ความชุดเดียวกันในเรื่องความมีอยู่หรือไม่มีอยู่ของมูลคดีเดียวกันนั้นมาแล้ว หรือที่เรียกว่า Cause of Action Estoppel⁷ นอกจากนี้คู่ความในคดีหลังก็จะโต้แย้งประเด็นใดประเด็นหนึ่งในคดีหลังนั้นไม่ได้ หากประเด็นนั้นได้มีการวินิจฉัยในคดีก่อน ซึ่งเป็นคดีระหว่าง

ศูนย์วิทยทรัพยากร

⁵ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 148 บัญญัติว่า คดีที่ได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดแล้ว ห้ามมิให้คู่ความเดียวกันหรือร้องฟ้องกันอีก ในประเด็นที่ได้วินิจฉัยโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกัน เว้นแต่กรณีต่อไปนี้ ...

⁶คดี Carl Zeiss Stiftung v. Rayner and Keeler, Ltd. (No. 2), (1967) 1 A.C. 853, at p. 933.

⁷คดี Thoday v. Thoday, (1964) p. 181, at p. 197.

คู่ความชุกเดียวกันมาแล้ว หรือที่เรียกว่า Issue Estoppel⁸

ถ้าเราศึกษาเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในประเศอังกฤษ ก็จะพบว่าศาลอังกฤษได้นำหลักการของ Cause of Action Estoppel ที่หมายความว่า คู่ความในคดีหลังจะอ้างอิงหรือปฏิเสธความมีอยู่หรือไม่มีอยู่ของมูลคดีใดต่อกู่ความอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ หากเคยได้มีคำพิพากษาของศาลที่มีอำนาจจะหวางคู่ความชุกเดียวกันในเรื่องความมีอยู่และไม่มีอยู่ของมูลคดีเดียวกันนั้นมาแล้ว และ Issue Estoppel ที่หมายความว่า คู่ความในคดีหลังจะได้แย้งประเด็นใดประเด็นหนึ่งในคดีหลังนั้นไม่ได้ หากประเด็นนั้นได้มีการวินิจฉัยในคดีก่อนซึ่งเป็นคดีระหว่างคู่ความชุกเดียวกันมาแล้วนั้น มาใช้ในการยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศในประเศอังกฤษด้วย⁹ นำมาใช้ในการยอมรับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในลักษณะที่ว่า ถ้าโจทก์นำคดีมาฟ้องจำเลยในอังกฤษโดยอาศัยมูลคดีเดิม จำเลยก็สามารถยกคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่ศาลอังกฤษได้ทำการยอมรับแล้วขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ หรือหากคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นได้ให้โจทก์ได้รับชำระหนี้หรือค่าทดแทนความเสียหายแต่บางส่วนที่เรียกร้อง และจำเลยได้ปฏิบัติตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นแล้ว เมื่อโจทก์นำคดีมาฟ้องยังศาลอังกฤษอีก เพื่อเรียกร้องให้ชำระหนี้หรือค่าเสียหายในส่วนที่ยังเห็นว่าตนยังไม่ได้รับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ จำเลยก็อาจอ้างคำพิพากษาของศาลต่างประเทศที่ศาลอังกฤษได้ทำการยอมรับแล้วขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ เช่นเดียวกัน

นอกจากนี้เห็นสมควรที่จะกล่าวไว้ให้ชัดเจนในที่นี้ด้วยว่า การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่กำลังพิจารณาอยู่นี้ หมายความว่า การนำคำพิพากษาศาลต่างประเทศไปบังคับในอีกประเทศหนึ่ง โดยให้สถาบันที่มีอำนาจในประเทศนั้น เช่น ศาลดำเนินการบังคับคดีให้เท่านั้น ในทางตรงกันข้ามหากเป็นกรณีที่ศาลแห่งประเทศที่มีคำพิพากษาดำเนินการบังคับคดีเอง

⁸ คดี *Fidelitas Shipping Co., Ltd. v. Exporteklab*, (1966) 1 A.B. 630, at pp. 640, 642; *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner and Keeler, Ltd*, (No. 2), (1967) 1 A.C. 853 at pp. 913-917, 933-935, 964-965.

⁹ *Cheshire and North, Cheshire's Private International law*, p. 656.

แม้จะมี เรื่องที่ต้องขอความร่วมมือจากศาลในต่างประเทศในบางเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดีนั้น ให้บ้าง ก็ไม่เป็นเรื่องที่อยู่ในขอบข่ายของการพิจารณากันอยู่นี้ แต่น่าจะอยู่ในบังคับเดียวกับ หลักเกณฑ์และวิธีการในการให้ความร่วมมือทางศาลก่อนมีคำพิพากษา¹⁰

ตัวอย่างเช่น คดีแพ่งหมายเลขคดีที่ 1093/2519 หมายเลขแดงที่ 3794/2519 ของ ศาลแพ่งระหว่างนางสาวเกษร มหัทธนานนท์ โจทก์ นายค.เจสส์ แซมมาเบอร์ก จำเลย ซึ่งศาลแพ่ง พิพากษาให้จำเลยชำระหนี้เงินจำนวนหนึ่งพร้อมกับดอกเบี้ยในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี จากวันฟ้อง จนกว่าจะชำระเสร็จและค่าฤชาธรรมเนียมกับค่าทนายความที่กำหนดไว้อีกจำนวนหนึ่งให้แก่โจทก์ และศาลแพ่งได้ออกคำบังคับแล้ว แต่เนื่องจากจำเลยย้ายภูมิลำเนาจากประเทศไทยกลับไปอยู่ที่ ประเทศสวีเดน โจทก์จึงร้องขอให้ศาลแพ่งส่งคำบังคับให้แก่จำเลย ณ ภูมิลำเนาใหม่ในประเทศ สวีเดน และเมื่อศาลแพ่งได้ดำเนินการตามวิธีทางทางการทูตเพื่อจัดส่งคำบังคับให้แก่จำเลยใน หลักเกณฑ์และวิธีการเช่นเดียวกับการขอความช่วยเหลือในการดำเนินกระบวนการอื่น ๆ เช่น การส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องก็ปรากฏว่าทางสวีเดนได้ดำเนินการให้ตามที่ศาลแพ่งร้องขอ ข้อที่น่าสังเกตตรงจุดนี้ก็คือ การส่งคำบังคับของศาลแพ่งให้แก่จำเลยในประเทศสวีเดนดังกล่าว ไม่มีผลให้มีการบังคับคดีกันในประเทศสวีเดนได้ โดยคงมีผลเพียงแต่ว่าหากจำเลยไม่ปฏิบัติตาม คำพิพากษายกภายในกำหนดเวลาที่ระบุไว้ในคำบังคับแล้ว โจทก์ก็จะขอให้ศาลแพ่งออกหมายตั้ง เจ้าพนักงานบังคับคดีเพื่อดำเนินการบังคับคดีเอาจากทรัพย์สินของจำเลยที่มีอยู่ในประเทศไทยได้ เท่านั้น ดังนั้นในทางปฏิบัติแล้วการส่งคำบังคับให้แก่จำเลยในประเทศสวีเดนจึงแทบจะไม่เป็น ประโยชน์แก่โจทก์เลย ในเมื่อจำเลยมิได้มีทรัพย์สินอย่างใดที่อยู่ในประเทศไทยซึ่งจะบังคับคดีได้

อย่างไรก็ตามโจทก์ในคดีนี้จัดได้ว่าโชคที่อยู่มากที่สถานเอกอัครราชทูตไทย ณ กรุงสต็อกโฮล์ม มิได้ทำหน้าที่แต่เพียงคนกลางในการส่งหนังสือร้องขอและคำบังคับจากศาลแพ่งไป ให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องทางฝ่ายสวีเดนดำเนินการให้เท่านั้น แต่ได้พยายามติดต่อกับจำเลยโดยผ่าน

¹⁰ กนก อินทร์มพรรย์, "ความเห็นและข้อสังเกตในเรื่องความร่วมมือทางศาลเกี่ยวกับการยอมรับบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ," ตุลพาท 31 (มีนาคม-เมษายน 2527) :

บริษัทที่จำเลยทำงานอยู่จนกระทั่งจำเลยได้นำเงินมาชำระหนี้พร้อมด้วยค่าฤชาธรรมเนียมและค่าทนายความที่กำหนดตามคำพิพากษาให้กับทางสถานเอกอัครราชทูตฯ เอง ซึ่งนับว่าเป็นการช่วยดูแลรักษาผลประโยชน์ของคนไทยและช่วยประหยัดเวลาและค่าใช้จ่าย ตลอดจนความยุ่งยากแก่โจทก์ได้เป็นอย่างมาก แต่ทว่าโจทก์ก็ยังคงไม่พอใจอยู่ดี เพราะจำเลยมิได้ชำระดอกเบี้ยอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งที่ศาลแห่งกำหนดให้ชำระตั้งแต่วันฟ้องจนถึงวันที่ชำระต้นเงินเสร็จมาด้วย โจทก์จึงได้ขอให้ศาลแห่งออกคำสั่งบังคับในส่วนที่เกี่ยวกับดอกเบี้ยนั้น และขอให้ศาลแห่งดำเนินการจัดส่งให้แก่จำเลยในประเทศสวีเดนอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งทางฝ่ายสวีเดนก็จัดส่งให้ตามที่ศาลแห่งร้องขอ และในคราวนี้แม้ทางสถานเอกอัครราชทูตไทย ณ กรุงสต็อกโฮล์มได้ติดต่อกับจำเลยให้ตั้งเช่นเคยและจำเลยได้รับปากว่าจะนำเงินมาชำระให้ด้วย แต่เมื่อถึงกำหนดที่นัดหมายกันแล้ว จำเลยไม่นำเงินมาชำระ ก็ไม่อาจจะบังคับเอากับจำเลยในประเทศสวีเดนอย่างไรได้

นอกจากนี้การบังคับคดีตามคำพิพากษานั้นมิใช่เป็นเรื่องที่จะขอให้ศาลต่างประเทศหรือองค์กรที่มีอำนาจอื่นในต่างประเทศดำเนินการบังคับให้ได้ แต่เป็นเรื่องที่ผู้ที่เกี่ยวข้องซึ่งต้องการให้มีการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศจะต้องนำคำพิพากษานั้นไปดำเนินการให้มีการยอมรับและบังคับตามให้ในอีกประเทศหนึ่ง¹¹ บางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกาโดยกระทรวงการต่างประเทศ จึงได้มีหนังสือลงวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2519 ถึงสำนักงานผู้แทนทางการทูตของประเทศต่าง ๆ ทุกประเทศที่ประจำอยู่ ณ กรุงวอชิงตัน ดี.ซี. ว่า คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลต่างประเทศนั้นไม่สามารถใช้บังคับในสหรัฐอเมริกาได้โดยวิธีร้องขอ เพื่อให้ความอนุเคราะห์ทางศาลและหากมีคำร้องขอให้บังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลต่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศจะส่งคำร้องขอนั้นกลับคืนไปโดยไม่ดำเนินการให้ อย่างไรก็ตาม กระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ย้ำไว้ด้วยว่า การส่งคำร้องขอกลับคืนเช่นนี้มีได้หมายความว่า จะไม่มีหนทางเยียวยาหรือบังคับตามทางศาลได้ในสหรัฐอเมริกา เพียงแต่หมายความว่า การเยียวยาหรือบังคับตามเช่นนี้ไม่สามารถจะกระทำได้โดยวิธีมีหนังสือร้องขอตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา เอกชนผู้ประสงค์จะบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งในสหรัฐอเมริกาต้องยื่นคำฟ้องคดี

¹¹ เรื่องเดียวกัน หน้า 61-62.

ต่อศาลที่มีอำนาจ และศาลนั้นจะวินิจฉัยว่าจะควรบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้นหรือไม่

เมื่อได้ทราบถึงความหมายและขอบข่ายของการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศแล้ว ต่อไปเราจะพิจารณาถึงทฤษฎีหรือแนวความคิดเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่เป็นสาระสำคัญของบทนี้

ในเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้น เราสามารถจัดสรรแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้เป็น 2 กลุ่ม คือ แนวความคิดที่เป็นอุปสรรคต่อการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศและแนวความคิดพื้นฐานในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

1. แนวความคิดที่เป็นอุปสรรคต่อการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

แนวความคิดที่เป็นอุปสรรคต่อการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ หมายความว่า แนวความคิดที่คัดค้าน โต้แย้ง หรือไม่เห็นด้วยกับหลักการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ แนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย (Concept of Sovereignty)

แนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย (Concept of Sovereignty)

ศาลในฐานะเป็นองค์กรหนึ่งที่เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ ซึ่งหมายความว่า รัฐเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือหน่วยทางการเมืองที่เกิดจากปัจจัยของการมีประชากรมารวมกันอยู่ในลักษณะถาวร (A Permanent Population) มีดินแดนที่แน่นอน (A Defined Territory) มีรัฐบาล (Government) และมีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ที่ว่ารัฐมีอำนาจอธิปไตย หมายความว่ารัฐมีความเป็นอิสระ ไม่ต้องขึ้นแก่ใคร ไม่ต้องขึ้นแก่รัฐอื่นใดทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการค้าเนืองกิจการภายในหรือกิจการภายนอกของรัฐก็ตาม รัฐมีอำนาจอธิปไตย อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการที่ถือว่าเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐ ทั้งนี้โดยรัฐมอบหมายให้องค์กรต่าง ๆ เป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าว ให้รัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้ใช้อำนาจบริหาร และให้ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ ดังนั้นคำพิพากษาศาลซึ่งเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำตัดสินของรัฐาธิปไตย ที่จะมีผลบังคับในรัฐไทยย่อมต้องเกิดจากการใช้อำนาจอธิปไตย ซึ่ง

ไม่ต้องขึ้นศาลไทยแก่บรรดาคนฝรั่งเศสที่ทำการอยู่กับบริษัท ท่านองเดียนกับที่ให้แก่ฮอลันดา ไทย ได้เสียเอกราชให้แก่ฝรั่งเศสเป็นชาติที่สองด้วยสนธิสัญญาดังกล่าว ต่อมาฝรั่งเศสยังได้รับความ สำเร็จในการทำสนธิสัญญาพาณิชย์ ซึ่งลงนามเมื่อวันที่ 11 ธันวาคม พ.ศ. 2230 มีข้อความ เป็นไปตามที่ฝรั่งเศสต้องการทุกประการ กล่าวคือ ยืนยันและขยายสิทธิพิเศษที่ฝรั่งเศสได้รับ และขยาย สิทธิสภาพนอกอาณาเขตให้กว้างขวางออกไปอีก ผลของสนธิสัญญาระหว่างไทยกับฝรั่งเศสทำให้ หัวหน้าของบริษัทฝรั่งเศสมีอำนาจชำระความแพ่งและอาญาที่เกิดขึ้นในระหว่างคนงานของบริษัทเอง ไม่ว่าจะ เป็นชาติฝรั่งเศสหรือไม่ และให้ส่งตัวผู้กระทำผิดไปลงโทษที่ประเทศฝรั่งเศส ถ้าคนงาน ของบริษัทพิพาทกับบุคคลที่ไม่ได้อยู่กับบริษัท อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่พิพาทคงตกอยู่กับ พระมหากษัตริย์ไทย แต่ทรงให้สิทธิหัวหน้าของบริษัทที่จะนั่งพิจารณาและออกความเห็นชี้ขาดตัดสิน คดีด้วย

จากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในครั้ง นี้ จึงทำให้เกิดแง่คิดว่า ถ้าเราไปยอมรับและบังคับตาม คำพิพากษาศาลต่างประเทศ จะถือว่าเป็นไปได้หรือไม่ที่จะเป็นการสูญเสียอำนาจอธิปไตยหรือ เอกราชทางการศาล ถ้าเรายอมรับหมดจะทำให้สูญเสียอิสรภาพหรือไม่ ซึ่งเป็น เรื่องที่เราจะ พิจารณากันต่อไป

แนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย ซึ่งหมายถึงอำนาจที่สูงสุดและเด็ดขาดของรัฐมี กำเนิดจากนักคิดชาวฝรั่งเศส ชื่อ จอง โบแดง (Jean Bodin) ซึ่งมีชีวิตอยู่ในปี ค.ศ. 1530-1596 โบแดงได้เขียนหนังสือหกเล่ม พิมพ์ในปี ค.ศ. 1576 ชื่อหนังสือหกบรรพเกี่ยวกับสาธารณรัฐ ใน ทัศนะโบแดง รัฐจะต้องมีอำนาจอธิปไตยเสมอ รัฐจะไม่ก่อกำเนิดถ้าหากปราศจากอำนาจอธิปไตย เพราะอำนาจอธิปไตยคือ อำนาจในการบริหารและจัดการทุกสิ่งทุกอย่างในรัฐ อำนาจนี้จะขึ้นอยู่กับ กษัตริย์ก็ได้ ประชาชนก็ได้ แต่อำนาจในการใช้อำนาจขึ้นอยู่กับกษัตริย์ เพราะอำนาจนี้เป็นอำนาจ สูงสุดแบ่งแยกไม่ได้ ดังนั้นรัฐกิติ กษัตริย์กิติ อำนาจอธิปไตยกิติ จึงเป็นของสามสิ่งที่ควบคู่กันเสมอ แนวความคิดในยุคนี้มีอยู่ไม่น้อยที่สนับสนุนกษัตริย์ เช่น ฮอพล์ เมคเคเวลล์ สปีโนซ่า ก็กล่าวอ้าง หลักการดังกล่าวอยู่เสมอ¹⁴

¹⁴ ชุมพร บัจจุสานนท์, "กฎหมายระหว่างประเทศกับสังคมระหว่างประเทศ," เอกสาร ประกอบการสอนชุดวิชาทฤษฎีและกระบวนการของกฎหมายระหว่างประเทศ ในชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2529, หน้า 12.

ต่อมาในปี ค.ศ. 1789 เกิดอุดมการณ์อย่างใหม่ขึ้น เรียกว่า อุดมการณ์ชาติ หมายถึงหลักเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของชาติ หลักการดังกล่าวยังคงสนับสนุนแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐ มิได้ปฏิเสธอำนาจอธิปไตยของรัฐ หากแต่โจมตีแนวความคิดอำนาจอธิปไตยแบบเก่าที่ถือว่าอำนาจนี้ตกอยู่แก่กษัตริย์แต่ผู้เดียว โดยเห็นว่าอำนาจอธิปไตยจะต้องเป็นของชาติ เพื่อพลเมืองของชาติ และเพื่อประโยชน์ของชาติ มิใช่ของกษัตริย์หรือรัฐาธิปัตย์

มาในสมัยปัจจุบัน ยังคงเป็นที่ยอมรับกันว่าหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ เพราะอำนาจอธิปไตยเป็นองค์ประกอบของรัฐ รัฐจะคงอยู่ไม่ได้ถ้าปราศจากอำนาจอธิปไตย ดังนั้นอำนาจอธิปไตยจึงเป็นสิ่งที่ทุกรัฐต้องหวงแหน เพราะอำนาจอธิปไตยให้สิทธิแก่รัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยอย่างเด็ดขาด (Conclusively) และโดยปราศจากเงื่อนไขแต่เพียงผู้เดียว (Unconditionally) รัฐจะทำอะไรก็ได้ครบโดยอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ รัฐมีอำนาจอย่างเต็มที่ในการออกกฎหมายบังคับแก่บุคคลในดินแดนของตน มีศาลที่จะดำเนินการตามกฎหมายที่ระบุไว้ มีเจ้าพนักงานที่จะปฏิบัติการตามหน้าที่ รัฐมีอำนาจโดยชอบธรรมที่จะใช้กำลังในการปราบปรามจับกุมบุคคลใดก็ได้ในดินแดนของตน รัฐย่อมมีความเป็นตัวของตัวเอง โดยสามารถที่จะปฏิเสธต่ออิทธิพลจากภายนอกได้ทั้งสิ้น

จากการที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยนี้เอง ทำให้เกิดแนวคิดในมุมกลับว่าอำนาจอธิปไตยก็เป็นอุปสรรคที่จะทำให้เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศได้ ยกตัวอย่างเช่น เรื่องการปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศ เมื่อผู้กระทำความผิดได้หลบหนีจากประเทศหนึ่งซึ่งการกระทำความผิดได้เกิดขึ้นและหลบหนีเข้าไปอยู่ในอีกประเทศหนึ่ง แม้ว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นภัยร้ายแรงต่อสังคมทั่วไป รัฐที่ความผิดได้ถูกกระทำในดินแดนของตนก็ไม่สามารถจะมีอำนาจเข้าไปดำเนินการจับกุมได้ เพราะขัดต่อหลักการเคารพอธิปไตยในดินแดนของรัฐอื่น เพราะตามหลักเกณฑ์เรื่องอำนาจอธิปไตย รัฐจะใช้อำนาจได้แต่ภายในดินแดนของตนเท่านั้น จะไปใช้ในดินแดนของรัฐอื่นไม่ได้

เช่นเดียวกัน ในเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ เมื่อศาลของประเทศหนึ่งมีคำพิพากษาคัดสินให้โจทก์ชนะคดี แต่โจทก์ค้นพบว่าจำเลยมีทรัพย์สินอยู่ในอีกประเทศหนึ่งที่จะนำมาบังคับคดีได้ จึงมีความประสงค์ที่จะนำคำพิพากษานั้นไปขอให้ศาลในประเทศหลังนี้ยอมรับและบังคับให้ แต่โดยหลักแล้ว โจทก์ไม่อาจกระทำได้ เพราะขัดต่อหลักการเคารพอธิปไตยในดินแดนของรัฐอื่น เพราะตามหลักเกณฑ์เรื่องอำนาจอธิปไตย คำพิพากษาของประเทศใด

ย่อมมีขอบเขตการบังคับใช้ภายในดินแดนของประเทศนั้นเท่านั้น จะนำไปบังคับในดินแดนของประเทศอื่นไม่ได้

ผู้เขียนมีความเห็นว่า จริงอยู่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นแกนหลัก แกนสำคัญ เป็นหัวใจของรัฐ แต่ถ้าเรามาพิจารณาอีกมิติหนึ่ง ก็พบว่า การที่รัฐใช้อำนาจอธิปไตยอย่างเด็ดขาด (Conclusively) และโดยปราศจากเงื่อนไขแต่ผู้เดียว (Unconditionally) ไม่ใช่จะไม่มีข้อจำกัดเสียเลย เพราะสภาพความเป็นจริงของสังคมโลกปัจจุบันนี้บังคับให้รัฐต้องมาร่วมมือกันในรูปต่าง ๆ เช่น ในเรื่องการทำกฎหมายให้เป็นเอก रूप (Unification of Laws) การที่รัฐต่าง ๆ มาร่วมมือกันในรูปองค์การระหว่างประเทศ ในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ฯลฯ

ในเรื่องการทำกฎหมายให้เป็นเอก रूपนั้น เราจะเห็นว่ากฎหมายของประเทศต่าง ๆ ย่อมมีความแตกต่างกัน เพราะประเทศต่าง ๆ ในโลกมีพื้นฐานทางประวัติศาสตร์ การเมือง สังคม วัฒนธรรมที่แตกต่างกัน กฎหมายซึ่งเป็นส่วนสะท้อนของสังคมจึงย่อมมีความแตกต่างกันด้วยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ แต่ในขณะที่เดียวกันควบคู่ไปกับปรากฏการณ์ดังกล่าวคือ การมีอยู่ของกระบวนการทางความคิดของนักกฎหมายที่พยายามขจัดความแตกต่างหรือความขัดกันแห่งกฎหมาย เพื่อจรรโลงไว้ซึ่งความมั่นคงและการพัฒนาสังคมระหว่างประเทศในด้านต่าง ๆ โดยพยายามที่จะทำกฎหมายของรัฐต่าง ๆ ให้มีความเป็นเอก रूप (Unification of Laws) เช่น การทำกฎหมายสารบัญญัติ หรือกฎหมายเนื้อหานั้นเองให้เป็นเอก रूप (Unification of Material Laws) หรือการทำกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายให้เป็นเอก रूप (Unification of Conflict of Laws Rules) หรือการประสานระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน (Harmonization of Systems) หรือการขจัดความไม่เป็นเอกภาพของสถาบันศาลและสถาบันในทางปกครอง ซึ่งแต่ละรัฐตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาเรื่องราวร้องทุกข์ คติความของคน¹⁵ ตัวอย่างของความพยายามเช่นนี้ได้แก่ การจัดตั้งคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission for International Trade Law) หรือที่เรียกว่า UNCITRAL ขึ้นในปี ค.ศ. 1966

¹⁵โปรดดูรายละเอียดใน พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา, "การขจัดการขัดกันแห่งกฎหมาย," วารสารนิติศาสตร์ 16 (กันยายน 2529) : 182-203.

โดยองค์การสหประชาชาติ เพื่อให้คณะกรรมการดังกล่าวทำหน้าที่ในการส่งเสริมทางการค้า และจัดทำกฎหมายการค้าระหว่างประเทศให้มีความเป็นเอกบุรุษ

จากสิ่งที่กล่าวมาแสดงให้เห็นว่าแม้รัฐจะมีอำนาจอธิปไตย แต่รัฐนั้นเองอาจจำกัดอำนาจอธิปไตยหรือยินยอมสละอำนาจบางส่วนในทางนิติบัญญัติมาร่วมมือกันทำกฎหมายให้เป็นเอกบุรุษเพื่อพัฒนาสังคมระหว่างประเทศได้

เช่นเดียวกับในเรื่องความร่วมมือในรูปองค์การระหว่างประเทศ เราจะเห็นว่ารัฐอาจจำกัดอำนาจอธิปไตยและมารวมกันอยู่ในองค์การระหว่างประเทศที่มีวัตถุประสงค์ องค์กร และอำนาจหน้าที่เป็นของตนเอง เป็นเอกเทศจากรัฐสมาชิก องค์การระหว่างประเทศเกิดจากเจตนารมณ์ของรัฐที่จะยอมผูกพันภายใต้ตราสารก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศ โดยรัฐสมาชิกยอมจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนเอง และมีการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติว่า เรื่องใดส่วนใดควรเป็นของรัฐ เรื่องใดส่วนใดควรเป็นเรื่องขององค์การระหว่างประเทศ

สำหรับในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น ดังได้กล่าวแล้วว่าอำนาจอธิปไตยเป็นอุปสรรคในการร่วมมือกันปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศ แม้ผู้กระทำผิดได้หลบหนีจากประเทศหนึ่ง ซึ่งการกระทำความคิดได้เกิดขึ้นและหลบหนีเข้าไปอาศัยอยู่ในอีกประเทศหนึ่ง รัฐที่ความคิดได้ถูกกระทำขึ้นในดินแดนของตนก็ไม่สามารถจะมีอำนาจเข้าไปดำเนินการจับกุมได้ เพราะขัดต่อหลักการเคารพอธิปไตยในดินแดนของรัฐอื่น ดังนั้นจึงต้องมีวิธีการหรือหลักการเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน โดยรัฐหลายรัฐหรือรัฐตั้งแต่สองรัฐมาตกลงยอมจำกัดอำนาจอธิปไตยในเรื่องนี้ เพื่อร่วมมือกันป้องกันอาชญากรรมระหว่างประเทศ

เมื่อมาพิจารณาในเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ก็จะเป็นถึงความจำเป็นที่รัฐต่าง ๆ ต้องมีความร่วมมือและเอื้ออำนวยซึ่งกันและกันในระบบศาล เพราะสังคมโลกในปัจจุบันมีวิวัฒนาการมากขึ้น การติดต่อคมนาคมสะดวกขึ้น รัฐมีความสัมพันธ์กันมาก ปัญหาต่าง ๆ ก็มีมากขึ้นเป็นเงาตามตัว รัฐไม่สามารถอยู่โดดเดี่ยวแก้ปัญหาได้เองตามลำพัง แต่ดังได้กล่าวแล้วว่าอำนาจอธิปไตยเป็นแกนหลัก แกนสำคัญ เป็นหัวใจของรัฐ ดังนั้นปัญหาจึงอยู่ที่ว่าทำอย่างไรจึงจะผสมผสานระหว่างแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยกับหลักการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ เพราะแท้จริงแล้วปัญหาอยู่ที่อำนาจอธิปไตย ทำอย่างไรที่



จะผสมผสานระหว่างผลประโยชน์ของรัฐไทยกับรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศกับหลักเกณฑ์ในเรื่องอำนาจอธิปไตยนั่นเอง

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ทนทางแก้ไขปัญหาหรือทางออกที่ดีที่สุดประการหนึ่ง คือ เราต้องพยายามหาหลักเกณฑ์และวิธีการที่จะนำมาใช้ในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่จะทำให้รัฐไม่สูญเสียอำนาจอธิปไตยในความรู้สึก คือจะต้องทำให้รัฐรู้สึกว่ารัฐยอมจำกัดอำนาจอธิปไตยเพื่อประโยชน์ของรัฐเอง

ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า ในแง่ของการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ไม่มีการใช้อำนาจอธิปไตยอย่างเต็มที่โดยไม่มีเงื่อนไข แต่ต้องมีการจำกัดด้วย เพราะถ้าไม่จำกัดเลย จะไร้ผลอย่างแน่นอน จะต้องมีการร่วมมือและเอื้ออำนวยซึ่งกันและกันในระบบศาล

โดยสรุป ผู้เขียนมีความเห็นว่า จริงอยู่แม้ว่าอำนาจอธิปไตยจะเป็นอุปสรรคหรือปัญหาของความร่วมมือ แต่ความจำเป็นของโลกปัจจุบันบังคับให้รัฐต่าง ๆ ต้องร่วมมือกัน เช่น ในเรื่องการทำกฎหมายให้เป็นเอกรูป ความร่วมมือในรูปองค์การระหว่างประเทศ ในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดน รวมทั้งในเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ จึงเกิดมีวิวัฒนาการของการระงับความขัดแย้ง หรือการพัฒนา เรื่องการใช้อำนาจอธิปไตยไปในทางสร้างสรรค์ให้เกิดประโยชน์มากกว่าเกิดผลร้ายหรือเกิดโทษ

2. แนวความคิดพื้นฐานในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

จำเป็นอย่างยิ่งที่เราต้องรู้พื้นฐานทางทฤษฎีว่าหลักการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่ปรากฏหรือมีอยู่เกิดจากทฤษฎีหรือแนวความคิดเรื่องใดบ้างที่มาสนับสนุนหลักการในเรื่องนี้ และเนื่องจากแนวความคิดพื้นฐานหรือทฤษฎีในเรื่องนี้มีหลายทฤษฎี แต่ละทฤษฎีก็มีความคิดไม่เหมือนกัน จึงใคร่จะพิจารณาในหัวข้อต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ คือ แนวความคิดเรื่องอำนาจอัยไมตรีระหว่างประเทศ (Doctrine of Comity) และหลักการถ้อยทีถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน (Reciprocity Doctrine) แนวความคิดเรื่องหลักแห่งสิทธิที่ได้รับมาแล้ว (Doctrine of Acquired Right or Theory of Vested Right) แนวความคิดเรื่องหลักแห่งพันธกรณี (Doctrine of Obligation) และแนวความคิดเรื่องหลักแห่งการผสมผสานกันระหว่างกฎหมายและคำพิพากษา (Doctrine of Harmony between Law and Judgment)

แนวความคิดเรื่องอำนาจอัยไมตรีระหว่างประเทศ (Doctrine of Comity) และ
หลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน (Reciprocity Doctrine)

หลักอัยไมตรีระหว่างประเทศ (Comity) ซึ่งเรียกเป็นภาษาลาตินว่า *Comitas Gentium* ภาษาฝรั่งเศสว่า *Courtoisie Internationale* ภาษาเยอรมันว่า *Volkercourtoisie* เป็นแนวความคิดพื้นฐานที่ศาลอังกฤษนำมาใช้อ้างอิงเพื่อยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศเป็นครั้งแรกเมื่อศตวรรษที่ 17 โดยศาลอังกฤษได้รับอิทธิพลของแนวความคิดนี้มาจากสตอรี (Story)¹⁶ ผู้พิพากษาชาวอเมริกัน สตอรีเป็นผู้เลื่อมใสในวิธีการแก้ไขข้อพิพาทการขัดกันแห่งกฎหมายตามทฤษฎีสตาทิวท์ (Statute) สำนักชอลันดา ตามความเชื่อของสำนักนี้เห็นว่าการใช้กฎหมายต่างประเทศนั้น เป็นเรื่องที่ศาลยอมนำกฎหมายดังกล่าวมาปรับกับคดีโดยเพื่ออัยไมตรีเท่านั้น ดังนั้นตามทฤษฎีนี้จึงถือว่าการนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้วางอยู่บนรากฐานแห่งอัยไมตรี ความเคารพต่อสิทธิที่ได้รับมาแล้วตามกฎหมาย (Vested Right) สาเหตุที่สำนักชอลันดามีความเชื่อเช่นนี้ ก็เพราะว่าในสมัยนั้น ชอลันดาทำการค้าขายกับประเทศต่าง ๆ ก็ย่อมคำนึงถึงประโยชน์ที่ตนจะได้รับในทางตอบแทนซึ่งกันและกันต่อรัฐอื่นหากยึดถือหลักอัยไมตรีต่อกัน อีกประการหนึ่งในยุคนั้นได้มีแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยเกิดขึ้น มีความคิดชาตินิยมมากขึ้น จึงไม่ยกานำเอากฎหมายต่างชาติมาใช้ จะนำมาใช้ก็เพราะว่ารัฐได้ยอมรับเองโดยอาศัยรากฐานมาจากหลักอัยไมตรีระหว่างประเทศ

สตอรีได้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาประยุกต์ใช้กับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ โดยให้เหตุผลว่าศาลของประเทศหนึ่งควรช่วยเหลือศาลของอีกประเทศหนึ่งในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้น ทั้งยังเกรงว่าหากตนไม่ทำการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลแห่งประเทศอื่นแล้ว ประเทศเหล่านั้นก็จะไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของตนเช่นเดียวกัน ดังนั้นเราจะเห็นได้ว่าสิ่งที่ผูกติดอยู่กับแนวความคิดนี้ คือ

¹⁶R.H. Graveson, The Conflict of Laws (London : Sweet & Maxwell, 1965), p. 542.

หลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน (Reciprocity) นั้นเอง¹⁷ ซึ่งหมายความว่า หากศาลแห่งประเทศหนึ่งมีความประสงค์จะให้ศาลในอีกประเทศหนึ่งยอมรับและบังคับตาม คำพิพากษาศาลของตน ศาลแห่งประเทศนั้นต้องทำการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาล ต่างประเทศนั้นด้วยเหมือนกัน หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษา ศาลต่างประเทศโดยอาศัยพื้นฐานทางทฤษฎีหรือแนวความคิดเรื่องอันธยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ หมายความว่าถึงการที่ประเทศสองประเทศหรือหลายประเทศต่างช่วยเหลือยอมรับและบังคับตาม คำพิพากษาศาลของกันและกัน โดยอาศัยรากฐานมาจากแนวความคิดในเรื่องหลักการปฏิบัติต่าง ตอบแทนในลักษณะที่เหมือนกันหรือเท่าเทียมกันนั่นเอง¹⁸

¹⁷Scott, Private International Law, Conflict of Laws, p. 102.

¹⁸พึงสังเกตว่าในเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในบางครั้ง เราจะพบว่ามีการอ้างอิงหรือกล่าวถึงหลักอันธยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ (Comity) ยกตัวอย่าง เช่น ในคดี Fenton v. Livingston (1859) 3 Macq. 495 at 548 และคดี Messina v. Petrococcchino (1872) L.R. 4 P.C. 144 at 157 ในการยอมรับและบังคับตาม คำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีดังกล่าว ศาลอังกฤษได้อ้างอิงหรือกล่าวถึงหลักอันธยาศัยไมตรี ระหว่างประเทศ (Comity) แต่ในขณะเดียวกันเราจะพบว่าในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษา ศาลต่างประเทศ ก็มีการอ้างอิงหรือกล่าวถึงหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน (Reciprocity) ด้วยเหมือนกัน ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีของการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ของประเทศต่าง ๆ ในระบบเครือจักรภพ ซึ่งเกิดจากข้อตกลงระหว่างประเทศเป็นพิเศษโดยเฉพาะนั้น จากข้อกำหนดของประเทศไทยต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับเรื่องนี้แสดงให้เห็นว่าในการยอมรับและบังคับตาม คำพิพากษาศาลต่างประเทศเป็นเรื่องที่วางอยู่บนหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน; โปรดดูรายชื่อกฎหมายที่เกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศของ ประเทศต่าง ๆ ในเครือจักรภพในภาคผนวก (ก) หน้า ประกอบกับถ้าไปศึกษาเรื่อง อันธยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ (Comity) และหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน (Reciprocity) ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ก็จะพบว่าในคำรื้อที่ว่าด้วย

กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองได้กล่าวถึงหลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ (Comity) และหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน (Reciprocity) โดยแยกพิจารณาจากกัน; โปรดดู Macalister, Peter-Smith. "Comity," Encyclopedia of Public International Law (History of International Law, Foundations and Principles of International Law, Sources of International Law, Law of Treaties) 7(1984) : 41-44.; Bruno Simma. "Reciprocity," Encyclopedia of Public International Law (History of International Law, Foundations and Principles of International Law, Sources of International Law, Law of Treaties) 7(1984) : 400-404. จึงอาจทำให้เกิดความสับสนและสงสัยว่าการที่ศาลอังกฤษอ้างอิงหลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ (Comity) ในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศก็ดี หรือการที่ประเทศต่าง ๆ ในเครือจักรภพนำหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน (Reciprocity) มาใช้เป็นหลักในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศก็ดี เป็นเรื่องของการอ้างอิงหลักการเดียวกันหรือไม่

สำหรับปัญหานี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ไม่ว่าจะมีการอ้างอิงหลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ (Comity) หรือหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน (Reciprocity) ในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศก็ตาม ความหมายที่แท้จริงของการอ้างอิงหลักการดังกล่าวหมายความถึงการที่ประเทศสองประเทศหรือหลายประเทศต่างช่วยเหลือยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลของกันและกัน โดยอาศัยรากฐานมาจากแนวความคิดในเรื่องหลักการปฏิบัติต่างตอบแทนในลักษณะที่เหมือนกันหรือเท่าเทียมกัน กล่าวคือผู้เขียนกล่าวยืนยันความหมายของหลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ (Comity) และหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน (Reciprocity) ในเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศดังได้กล่าวมาแล้ว ในข้างต้นอีกครั้งหนึ่ง การที่หลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ (Comity) มีความแตกต่างกันหรือเป็นคนละเรื่องกับหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน (Reciprocity) ในทัศนะของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองมิได้หมายความว่าหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน (Reciprocity) จะถูกนำไปพิจารณาควบคู่กับหลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ (Comity)

ในเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ซึ่งสังกัดอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคลไม่ได้ เพราะผู้เขียนมีความเห็นว่า อันที่จริงไม่ว่าหลักอรรถศาสตร์ไมตรีระหว่างประเทศ (Comity) หรือหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน (Reciprocity) ต่างก็เป็นหลักการ (Doctrine) ที่สามารถนำไปประยุกต์ใช้ในหลาย ๆ เรื่อง ตัวอย่างที่เราคุ้นเคยอยู่เสมอได้แก่ หลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน (Reciprocity) ที่ปรากฏอยู่ในข้อตกลงทั่วไปว่าด้วย ภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariff and Trade) หรือที่เรียกว่า แกดต์ (GATT) เมื่อมีการนำหลักการดังกล่าวไปประยุกต์ใช้ในหลาย ๆ เรื่อง ก็ย่อมเกิดวิวัฒนาการ ในด้านรายละเอียดเนื้อหาของเรื่องและรูปแบบที่นำไปใช้ในแนวทางต่าง ๆ ที่แตกต่างกัน การที่หลักอรรถศาสตร์ไมตรีระหว่างประเทศ (Comity) ตามความหมายในเรื่องการยอมรับและ บังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ มีหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน (Reciprocity) ควบคู่ไปด้วยเสมอนั้น ก็เป็นรูปแบบหนึ่งของการนำหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน (Reciprocity) ไปประยุกต์ใช้ในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศและมีใช้ เป็นสิ่งที่ผิดปกตวิสัยแต่อย่างใด

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ตามทัศนะของศาลอังกฤษในครั้งนั้น มุ่งหวังว่าการที่จะให้ศาลต่างประเทศยอมรับและ บังคับตามคำพิพากษาของศาลอังกฤษ ในเบื้องต้นศาลอังกฤษจำต้องยอมรับและบังคับตาม คำพิพากษาศาลต่างประเทศอย่างเต็มที่โดยไม่มีเงื่อนไขอย่างอื่นใด (Full Faith and Credit) หากศาลต่างประเทศนั้นเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้นได้¹⁹

อย่างไรก็ตาม มีความคิดแย้งของบางฝ่ายเห็นว่า แนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย ระหว่างประเทศเป็นหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองโดยเฉพาะเท่านั้น ไม่ใช่ เป็นหลักการที่จะนำมาใช้อ้างในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล โดยฝ่ายที่มีความคิดแย้ง ได้กล่าวว่า แนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยระหว่างประเทศมักถูกนำไปใช้ในความหมายและ ขอบเขตที่ไม่ถูกต้อง เช่น มีศาลบางประเทศและนักกฎหมายระหว่างประเทศบางท่านนำหลักนี้ไป ใช้อ้างอิงเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานและที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และศาลบาง ประเทศได้นำหลักนี้ไปอ้างอิงในฐานะที่เป็นแนวความคิดพื้นฐานของการยอมรับและบังคับตาม คำพิพากษาศาลต่างประเทศ โดยเฉพาะในระบบแองโกลอเมริกัน (Anglo-American)²⁰ โดยฝ่ายที่มีความคิดแย้งให้เหตุผลว่าหลักอำนาจอธิปไตยระหว่างประเทศเป็นหลักเกณฑ์ในกฎหมาย ระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองโดยเฉพาะ เป็นกรณีว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐอธิปไตยต่อ รัฐอธิปไตย²¹ ไม่ใช่เป็นหลักเกณฑ์ให้ศาลในประเทศต่าง ๆ นำมาใช้อ้างอิงในการยอมรับและ บังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

¹⁹Cheshire and North, Cheshire's Private International Law (London : Butterworths, 1974), p. 630.

²⁰Macalister, Peter-Smith, "Comity," Encyclopedia of Public International Law (History of International Law, Foundations and Principles of International Law, Sources of International Law, Law of Treaties) 7(1984) : 41-44.

²¹Cheshire and North, Cheshire's Private International Law, p. 4.

สำหรับความเห็นของฝ่ายที่เห็นว่า แนวความคิดเรื่องอำนาจอัยไมตรีระหว่างประเทศ เป็นหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองเท่านั้น ไม่ควรนำมาใช้อ้างในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล โดยได้ให้อรรถาธิบายดังนี้ว่า

หลักอำนาจอัยไมตรีระหว่างประเทศเป็นเรื่องที่ว่าด้วยความสัมพันธ์อันมิตรระหว่างประเทศ ซึ่งหมายความถึงการที่รัฐหนึ่ง ๆ ได้กระทำการหรือปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่งในลักษณะที่เป็นการช่วยเหลือรัฐอื่น ๆ โดยได้คำนึงถึงความเอื้ออาทร ความมีน้ำใจ และความมีมิตรภาพที่ควรมีต่อกัน และการที่รัฐได้ปฏิบัติไปเช่นนั้นก็ไม่ได้เป็นเพราะตนเชื่อว่ามีหน้าที่จะต้องกระทำสิ่งนี้เองที่ทำให้หลักอำนาจอัยไมตรีระหว่างประเทศมีความแตกต่างจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law)²² และหลักอำนาจอัยไมตรีระหว่างประเทศในตัวของมันเองไม่ได้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศตามธรรมเนียมศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ²³ ดังนั้นการที่รัฐใดรัฐหนึ่งละเมิดหรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักอำนาจอัยไมตรีระหว่างประเทศก็ไม่ได้ทำให้รัฐนั้นเกิดความรับผิดชอบที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทน อย่างไรก็ตามรัฐที่ได้รับการกระทำที่ไม่เป็นมิตรดังกล่าวก็อาจทำการตอบโต้ (Retorsion) ในลักษณะเดียวกันเป็นการตอบแทนได้เสมอ แต่กระนั้นก็ตามศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice, ICJ) มีความเห็นว่าหลักนี้เป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่ง

²²กฎหมายจารีตประเพณีมีองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการ คือ

1. ต้องมีแนวทางปฏิบัติของรัฐ (State Practices) ซึ่งมีรูปแบบเดียวกัน (Uniformity)
2. การที่รัฐต่าง ๆ ปฏิบัติไปนั้นเพราะเชื่อว่าสิ่งนั้นเป็นกฎหมาย กล่าวคือ มี *Opinio Juris* หรือ *Opinio Necessitatis*

²³ข้อเกิดหรือที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศตามธรรมเนียมศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มาตรา 38(1) ได้แก่

- | | |
|---------------------|--|
| 1. สนธิสัญญา | 2. จารีตประเพณีระหว่างประเทศ |
| 3. หลักกฎหมายทั่วไป | 4. คำตัดสินของศาลและความเห็นของนักนิติศาสตร์ |

ที่มีอิทธิพลต่อการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศ ในฐานะที่เป็นรูปแบบที่สามารถนำไปปรับใช้กับ ผลประโยชน์ของรัฐต่าง ๆ ซึ่งมีความแตกต่างกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือว่าหลักนี้สามารถนำไปใช้เพื่อ ลดความขัดแย้งหรือความบาดหมางในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้นั้นเอง เนื่องจากรัฐอธิปไตย ต่าง ๆ แม้จะมีความเท่าเทียมกันในสายตาของกฎหมาย แต่ในความเป็นจริงแล้วรัฐต่าง ๆ ให้ความสำคัญเท่าเทียมกันไม่ ประเทศในโลกอาจแบ่งแยกได้เป็นประเทศมหาอำนาจ ประเทศที่พัฒนาแล้ว ประเทศกำลังพัฒนา ประเทศโลกที่สาม รัฐเล็กรัฐน้อย (Micro State) เป็นต้น แต่ละรัฐก็มี ผลประโยชน์และความต้องการที่แตกต่างกัน โอกาสที่ปัญหาความขัดแย้งจะเกิดขึ้นย่อมมีได้เป็น ธรรมดา ดังนั้นวิธีการที่พึงปรารถนาที่จะนำมาลดหรือระงับความขัดแย้งได้ก็คือการที่รัฐต่าง ๆ จะต้องหันหน้าเข้าหากัน รอมชอม ประนีประนอม โอนอ่อนผ่อนปรน ช่วยเหลือกัน มองกันในแง่ ความเป็นมิตร มีความเอื้ออารีและไม่ตรีจิตต่อกัน

หลักอัยยาศัยไมตรีระหว่างประเทศตามแนวความคิดของกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีเมืองมีกำเนิดจากการที่รัฐต่าง ๆ ได้ยอมรับรูปแบบของการกระทำบางอย่างในลักษณะที่ ก่อให้เกิดระบบการต่างตอบแทน ซึ่งวางอยู่บนพื้นฐานของความสะดวกที่เอื้ออำนวยประโยชน์แก่กัน และกัน ถ้าเราศึกษาจากประวัติศาสตร์ ก็จะพบว่าการปฏิบัติเช่นนี้ได้เริ่มใช้ในกฎหมายการทูต โดยเฉพาะในเรื่องการค้าเนินความสัมพันธ์ทางการทูต ต่อมาได้ขยายนำหลักนี้ไปใช้ในเรื่องกฎหมาย มนุษยธรรมในยามสงคราม

ฝ่ายที่มีความคิดแย้งว่า แนวความคิดเรื่องอัยยาศัยไมตรีระหว่างประเทศเป็นหลักการ ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองเท่านั้น ไม่ควรนำมาอ้างในกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล ได้แสดงให้เห็นว่าหลักอัยยาศัยไมตรีระหว่างประเทศมีความสัมพันธ์หรือส่วนเกี่ยวข้องกับ สนธิสัญญา จารีตประเพณีระหว่างประเทศ และคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นบ่อเกิดหรือที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศตามธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มาตรา 38(1) และเป็นเรื่องที่ตั้งก้อยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองอย่างแท้จริง

ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างหลักอัยยาศัยไมตรีระหว่างประเทศกับสนธิสัญญา ฝ่ายที่มีความ คิดแย้งว่า แนวความคิดเรื่องอัยยาศัยไมตรีระหว่างประเทศเป็นหลักการในกฎหมายระหว่าง ประเทศแผนกคดีเมืองเท่านั้น ไม่ควรนำมาอ้างในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ได้กล่าว

ถึงกรณีหลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศอาจสร้างหรือกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสนธิสัญญา (Treaty Law) ได้ โดยได้ยกตัวอย่างในเรื่องกฎหมายการทูตว่า หลักเกณฑ์ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 (Vienna Convention on Diplomatic Relation, 1961) ม. 36(1)²⁴ ม. 39²⁵ และ ม. 40²⁶ เดิมหลักเกณฑ์เหล่านี้เป็นแค่หลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ ต่อมาได้รับการยอมรับโดยการนำไปบัญญัติในอนุสัญญาดังกล่าว

ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างหลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศกับจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ฝ่ายที่มีความคิดแย้งว่า แนวความคิดเรื่องอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศเป็นหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองเท่านั้น ไม่ควรนำมาอ้างในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ได้กล่าวถึงกรณีที่หลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศอาจได้รับการพัฒนาไปสู่หรือสร้างกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ว่า มีหลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศในบางเรื่องซึ่งได้รับการปฏิบัติมาเป็นเวลานานพอที่จะถือได้ว่าหลักนั้นได้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยการยอมรับว่าสิ่งนั้นเป็นกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ข้อยกเว้นที่จะไม่จับเรือประมงเล็ก ๆ ตามชายฝั่งในฐานะเป็นเขตลี้ภัยสงครามซึ่งเป็นหลักปฏิบัติเก่าแก่ที่นำมาใช้ระหว่างผู้เป็นฝ่ายปรักษในยามสงคราม ในปี ค.ศ. 1798 ศาลสหรัฐอเมริกาตัดสินว่าหลักปฏิบัตินี้เป็นเพียงหลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ ต่อมาในปี ค.ศ. 1898 ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาตัดสินว่าระยะเวลาที่ผ่านมาเป็นศตวรรษนั้นนับได้ยาวนานเพียงพอที่จะทำให้สิ่งซึ่งเดิมเป็นเพียงธรรมเนียมประเพณี ความเอื้ออารี หรืออัยาศัยไมตรีนั้นกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีโดยการยอมรับของนานาอารยประเทศ²⁷ ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะว่า แนวทางปฏิบัตินั้นได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางขึ้นจากรัฐต่าง ๆ จนเกิดความคิดว่าการจำต้องปฏิบัติเช่นนั้นเป็นกฎหมายใคร่ฝ่าฝืน

²⁴ม. 36(1) กำหนดให้รัฐผู้รับยกเว้นอากรศุลกากร ภาษี และค่าภาระที่เกี่ยวข้องทั้งหมดสำหรับสิ่งของที่ใช้ของตัวแทนทางการทูต

²⁵ม. 39 เป็นบทบัญญัติเรื่องการเริ่มต้นและการสิ้นสุดของเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต

²⁶ม. 40 กำหนดให้รัฐที่สามให้เอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูตแก่ตัวแทนทางการทูตที่เดินทางผ่านรัฐของตน

²⁷The Paquete Habana, 175 US 677, 694.

จะต้องมีความรับผิดชอบเกิดขึ้น

ในทางตรงกันข้าม หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอาจทวนกลับคืนเป็นหลักอรรถศาสตร์ไมตรีระหว่างประเทศ เช่น การที่เรือรบแสดงความเคารพซึ่งกันและกันในทะเลหลวง ซึ่งในสมัยหนึ่งเคยถือกันว่าเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ในปัจจุบันผู้พิมพ์ตำรากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองมักนำมาอ้างในฐานะที่เป็นตัวอย่างของหลักอรรถศาสตร์ไมตรีระหว่างประเทศ²⁸ ที่เป็นเช่นนั้นก็เพราะว่า แนวทางปฏิบัติของรัฐซึ่งยอมรับว่าสิ่งนั้นสิ่งนี้เป็นกฎหมาย เชื่อว่าหากไม่ปฏิบัติก็จะต้องมีความรับผิดชอบ ได้เสื่อมลง จนไม่เข้าองค์ประกอบของจารีตประเพณีอีกต่อไป

ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างหลักอรรถศาสตร์ไมตรีระหว่างประเทศกับคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ฝ่ายที่มีความคิดแย้งว่า แนวความคิดเรื่องอรรถศาสตร์ไมตรีระหว่างประเทศเป็นหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองเท่านั้น ไม่ควรนำมาอ้างในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ได้กล่าวถึงหลักอรรถศาสตร์ไมตรีระหว่างประเทศในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใน 2 คดี ได้แก่ คดี *Asylum (Haya de la Torre Cases)* และคดี *North Sea Continental Shelf* ว่า ในคดี *Asylum (Haya de la Torre Cases)*²⁹ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้แบ่งแยกให้เห็นความแตกต่างระหว่างแนวทางปฏิบัติของรัฐที่มี

²⁸ ปรคตุ Ian Brownlie, Principles of Public International Law, (Oxford : Clarendon Press, 1973), p. 5.

²⁹ I.C.J. Reports (1950), คดี *Asylum* เป็นกรณีพิพาทระหว่างโคลัมเบียกับเปรู ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า Haya de la Torre เป็นชาวเปรู ได้หนีภัยอันเกิดจากการปฏิวัติในเปรู เข้าไปในสถานทูตโคลัมเบีย ซึ่งตั้งอยู่ในเปรู โคลัมเบียถือว่า Haya de la Torre เป็นอาชญากรทางการเมือง จึงมีสิทธิที่จะลี้ภัยอยู่ในสถานทูตของตนได้ จึงเกิดกรณีพิพาทกันขึ้นถึงปัญหาที่ว่าจะมีกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ที่จะถือว่าการตีความว่าผู้ใดเป็นอาชญากรทางการเมืองหรือไม่นั้น ควรอยู่ในอำนาจเด็ดขาดของรัฐที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลี้ภัยนั้น โคลัมเบียพยายามพิสูจน์ว่ามีกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเช่นว่านี้อยู่ ส่วนเปรูพยายามหักล้างข้ออ้างดังกล่าว

แบบอย่างเดียวกัน ซึ่งรัฐนั้นเองยอมรับหรือมีความเชื่อว่าสิ่งที่ตนปฏิบัติไปนั้น เป็นกฎหมาย กับ เรื่องไมตรีจิต มิตรภาพ หรือความสะดวกทางการเมือง กล่าวคือศาลได้แบ่งแยกความแตกต่างระหว่างกฎหมายจารีตประเพณีกับหลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศนั่นเอง

ส่วนในคดี North Sea Continental Shelf³⁰ ในคดีนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า "มีการกระทำในทางระหว่างประเทศในรูปพิธีการหลาย ๆ อย่างซึ่งรัฐได้ปฏิบัติโดยคำนึงถึงความเอื้ออารี ความสะดวก หรือธรรมเนียมประเพณี และการที่รัฐได้กระทำไปเช่นนั้นก็ไม่ได้มีความรู้สึกว่าเป็นหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตาม" กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือศาลได้กล่าวยืนยันหลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศนั่นเอง

จากสิ่งที่กล่าวมาแสดงให้เห็นถึงความคิดหลักและความคิดแย้งของหลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศในเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ สำหรับผู้เขียนขอได้ความคิดแย้งที่เห็นว่าหลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศเป็นหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองเท่านั้น ไม่ควรนำมาอ้างในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เพราะเมื่อผู้เขียนได้พิจารณาแนวความคิดเรื่องหลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศแล้ว พบว่าเป็นแนวความคิดเชิงบวกที่ควรได้รับการสนับสนุน ดังนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่า ในเบื้องต้นเราควรนำหลักนี้ไปใช้ในลักษณะที่เป็นสากล ไม่ควรจำกัดการใช้โดยแบ่งแยกปริมณฑลของสาขาวิชาในศาสตร์ต่าง ๆ จึงควรนำหลักนี้ไปอ้างอิงในฐานะที่เป็นแนวความคิดพื้นฐานของการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศได้ อย่างไรก็ตาม เราจะพบจุดอ่อนหรือข้อบกพร่องบางประการในการนำหลักนี้ไปใช้ในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ เพราะดังได้กล่าวแล้วว่าสิ่งที่ผู้คิดอยู่กับหลักนี้คือหลักการถ้อยทีถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน ดังนั้นถ้ายึดถือหลักนี้ก็หมายความว่าศาลแห่งประเทศที่จะทำการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศจะต้องให้มีการตรวจสอบหรือพิสูจน์ว่าศาลต่างประเทศนั้นต้องยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของตนในลักษณะต่างตอบแทนด้วย ซึ่งย่อมทำให้เกิดความยุ่งยากเพิ่มขึ้น และถ้าเป็นแต่อัยาศัยไมตรีจะเกิดสภาพบังคับไม่ได้

³⁰ I.C.J. Reports (1969), คดี North Sea Continental Shelf (1969) เป็นกรณีพิพาทระหว่างเยอรมันและเดนมาร์กกับเนเธอร์แลนด์เกี่ยวกับปัญหาการแบ่งเขตแดนของไหล่ทวีปในทะเลเหนือ

เพราะอัยการไม่ควรมิได้เป็นกฎหมาย แต่เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ฉันมิตร มิตรภาพ ความเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่ การช่วยเหลือซึ่งกันและกัน นอกจากนี้หากยึดถือตามหลักอัยการไมตรีระหว่างประเทศอย่างเคร่งครัดว่าจะต้องยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศให้เต็มที่ ดังเช่นที่ศาลอังกฤษเคยถือปฏิบัติแล้ว ก็หมายความว่าศาลที่ได้รับคำร้องขอให้ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศจะต้องยอมรับและบังคับตามคำพิพากษานั้นให้ แม้จะปรากฏชัดว่าคำพิพากษานั้นขัดกับความคิดพื้นฐานเรื่องหลักแห่งความยุติธรรม (Natural Justice) ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสมอย่างยิ่ง ด้วยเหตุผลนี้เองที่ทำให้ศาลอังกฤษเลิกอ้างอิงหลักนี้ และหันไปนำหลักอื่นซึ่งเห็นว่ามีเหตุผลดีกว่ามาใช้แทนดังจะได้กล่าวต่อไป

อย่างไรก็ตาม น่าสังเกตว่าหลักอัยการไมตรีระหว่างประเทศและหลักการด้อยที่ด้อยปฏิบัติต่างตอบแทนกันเป็นหลักที่มีบทบาทอยู่มากในปัจจุบัน เพราะการที่ประเทศหนึ่งประเทศใดจะยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศให้ นั่น ก็ย่อมคำนึงถึงผลประโยชน์ของตนเองเป็นสำคัญด้วย ดังจะเห็นได้จากในหลายประเทศได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ศาลแห่งประเทศของตนจะต้องคำนึงถึงหลักการด้อยที่ด้อยปฏิบัติต่างตอบแทนกัน เช่น ประเทศเม็กซิโก³¹ เบลีเซ³² ฮอนดูรัส³³ นิคารากัว³⁴

³¹ Federico Martinez Montes de Oca, The Commercial Laws of the Republic of Mexico (New York : Oceana Publications, 1978), p. 20.

³² R. Lindo, The Commercial Laws of Belize (New York : Oceana Publications, 1983), p. 15.

³³ Marco Antonio Batres, The Commercial Laws of Honduras (New York : Oceana Publications, 1981), p. 23.

³⁴ Horacio Arguello Bolanos, The Commercial Laws of Nicaragua (New York : Oceana Publications, 1984), p. 28.

เวเนซุเอล่า³⁵ เปรู³⁶ ชิลี³⁷ สาธารณรัฐอุรุกวัย³⁸ ไอซ์แลนด์³⁹ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน⁴⁰
 สาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมัน⁴¹ โปแลนด์⁴² สวิสเซอร์แลนด์⁴³ ยูโกสลาเวีย⁴⁴

³⁵ Miguel Geronimo Osio A., The Commercial Laws of Venezuela (New York : Oceana Publications, 1983), p. 20.

³⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเปรู ม. 1155.; George Clarke Romero, The Commercial Laws of Peru (New York : Oceana Publications, 1981), p. 14.

³⁷ Arturo Gardeweg, The Commercial Laws of Chile (New York : Oceana Publications, 1980), p. 13.

³⁸ Carlos M. Freira, The Commercial Laws of the Republic of Uruguay (New York : Oceana Publications, 1980), p. 13.

³⁹ Gudjon Styrkarsson and Pall Skulason, The Commercial Laws of Iceland (New York : Oceana Publications, 1983), p. 9.

⁴⁰ Klaus Esser and Bernd Ruster and Joachim Zahn, The Commercial Laws of the Federal Republic of Germany (New York : Oceana Publications, 1980), p. 80.

⁴¹ Heinz Strohbach, The Commercial Laws of the German Democratic Republic (New York : Oceana Publications, 1979), p. 23.

⁴² Piotr Czyslaw Przymusinski, The Commercial Laws of Poland (New York : Oceana Publications, 1979), p. 31.

⁴³ Francois Brunschwig and Laurent Levy, The Commercial Laws of Switzerland (New York : Oceana Publications, 1981), p. 14.

⁴⁴ Peter Sarcevic, "The New Yugoslav Private International Law Act," The American Journal of Comparative Law, Vol. 33(2), 1985, p. 295.

โรมาเนีย⁴⁵ สเปน⁴⁶ ตูนิเซีย⁴⁷ ไอโวรี่ โคสต์⁴⁸ ซีเรีย⁴⁹ สาธารณรัฐจีน⁵⁰ ญี่ปุ่น⁵¹ เป็นต้น

นอกจากนี้เป็นที่ประจักษ์ว่าหลักการนี้ถูกนำมาใช้ในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในกรณีที่มีข้อตกลงระหว่างประเทศเป็นพิเศษโดยเฉพาะ ดังจะเห็นตัวอย่างจากร่างอนุสัญญาเพื่อการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาในลักษณะถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน

⁴⁵Tudor Popescu, The Commercial Laws of Romania (New York : Oceana Publications, 1982), p. 25.

⁴⁶Fernando Pombo, The Commercial Laws of Spain (New York : Oceana Publication, 1983), p. 42.

⁴⁷Slaheddine Caid Essebsi, The Commercial Laws of Tunisia (New York : Oceana Publications, 1979), p. 22.

⁴⁸Allen P.K. Deese, The Commercial Laws of Ivory Coast (New York : Oceana Publication, 1983), p. 28.

⁴⁹Faris A. Dow and Ibrahim El. Batal, The Commercial Laws of Syria (New York : Oceana Publications, 1979), p. 19.

⁵⁰พระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งสาธารณรัฐจีน ม. 402.; Werner Y.F. Ning, The Commercial Laws of the Republic of China (New York : Oceana Publications, 1983), p. 37.

⁵¹Logan, Okamoto & Takashima, The Commercial Laws of Japan (New York : Oceana Publications, 1982), p. 17.



ในคดีแห่งระหว่างสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1976 (Draft Convention between the United Kingdom and the United States of America for Reciprocal Recognition and Enforcement of Judgments in Civil Matters, 1976), The Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act, 1933 ของอังกฤษ และกฎหมายของประเทศในเครือจักรภพอีกหลายฉบับ⁵² ที่มีชื่อแสดงให้เห็นอิทธิพลของหลักการนี้

แม้กระนั้นก็ตาม หลักอัยยาศัยไมตรีระหว่างประเทศและหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กันก็มีใช้ว่าจะได้รับความนิยมเสมอไป ดังจะเห็นได้จากคดี Royal Bank of Canada v. Trentham Corp.⁵³ ในคดีนี้ศาลแห่งมลรัฐเท็กซัสได้ดำเนินรอยตามคดี Hilton v. Guyot⁵⁴ ซึ่งตัดสินว่าการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในสหรัฐอเมริกาวางอยู่บนหลักอัยยาศัยไมตรีระหว่างประเทศและหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน⁵⁵ ในคดีนี้ศาลแห่งมลรัฐเท็กซัสได้กล่าวว่า หลักอัยยาศัยไมตรีระหว่างประเทศและหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน เป็นสิ่งที่เก่าแก่และล้าสมัยแล้ว พร้อมกับได้เสนอความเห็นว่าการให้ศาลยึดถือแนวโน้มนำคำพิพากษาในปัจจุบัน ซึ่งมีได้อ้างอิงหลักอัยยาศัยไมตรีระหว่างประเทศและหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน เพื่อยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศแต่อย่างใด

อีกกรณีตัวอย่างหนึ่งของการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่มีได้คำนึงถึงหลักอัยยาศัยไมตรีระหว่างประเทศและหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน ได้แก่ การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในประเทศคอซตาริกา เพราะในการยอมรับ

⁵²โปรดดูเพิ่มเติมที่ภาคผนวก (ก) .. หน้า

⁵³ (1980) S.D. Tex.

⁵⁴ 59 U.S. 113 (1895)

⁵⁵ D.F. Cavers, "Contemporary Conflicts Law in American Perspective," Recueil Des Cours, Tome 131, 1970, p. 298.

และบังคับตามคำพิพากษาดังกล่าว ศาลคอสตาริกาไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงว่ามีหลักอรรถยาศัยไมตรีระหว่างประเทศและหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กันระหว่างคอสตาริกากับต่างประเทศนั้นหรือไม่⁵⁶

กล่าวโดยสรุปได้ว่า โดยทั่วไปแล้วหลักอรรถยาศัยไมตรีระหว่างประเทศและหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กันเป็นแนวความคิดพื้นฐานสำคัญที่นำไปใช้อ้างอิงในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในปัจจุบัน ดังจะเห็นได้ว่าในหลาย ๆ ประเทศได้ยืนยันถึงแนวความคิดในเรื่องนี้

หลักแห่งสิทธิที่ได้รับมาแล้ว (Doctrine of Acquired Right or Theory of Vested Right)

ทฤษฎีแห่งสิทธิที่ได้รับมาแล้วมีกำเนิดมาจากนักคิด ชื่อ Huber ต่อมาได้รับการเสริมต่อจากนักกฎหมายในระบบแองโกลแซกซอน คือ Dicey ในอังกฤษ และ Beale ในสหรัฐอเมริกา ทฤษฎีนี้วางอยู่บนหลักแห่งดินแดน (Principle of Territoriality) สำคัญสำคัญของหลักแห่งดินแดนมีว่า กฎหมายหรือคำพิพากษาของรัฐโดยอ้อมมีขอบเขตการบังคับใช้อยู่แต่เฉพาะภายในดินแดนของรัฐนั้นเท่านั้น จะนำไปบังคับใช้ภายนอกดินแดนหรือในรัฐอื่นไม่ได้ เช่น กฎหมายไทยหรือคำพิพากษาศาลไทยก็ย่อมมีผลบังคับใช้อยู่แต่เฉพาะภายในประเทศไทยเท่านั้น ดังนั้นตามความเชื่อของทฤษฎีนี้เห็นว่า การที่ศาลของประเทศหนึ่งประเทศใดนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้หรือทำการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้น แท้ที่จริงแล้วเป็นผลเนื่องมาจากการยอมรับและบังคับตามสิทธิที่ได้รับมาแล้วตามกฎหมายหรือคำพิพากษานั้นต่างหาก หากใช่เป็นการยอมรับและบังคับตามกฎหมายต่างประเทศหรือคำพิพากษาศาลต่างประเทศในตัวของมันเองโดยตรงไม่

⁵⁶ Juan Edger Picado, The Commercial Laws of Costa Rica

(New York : Oceana Publications, 1981), p. 31.

ศาสตราจารย์ Read ผู้มีพจนานุกรมเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ หลังจากที่ท่านได้ทำการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลอังกฤษและคำพิพากษาศาลของประเทศในเครือจักรภพอ่างละเอียดลออแล้วก็ได้สรุปว่า "หลักที่แท้จริงที่ศาลทำการยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศ คือ หลักการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่ว่าสิทธิที่ได้รับมาแล้วนั้นได้เกิดขึ้นโดยผ่านกระบวนการทางตุลาการตามกฎหมายของต่างประเทศนั้น หลักนี้ไม่เพียงแต่สนับสนุนและอธิบายหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่ว่าคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่จะนำมาขอให้ศาลในอีกประเทศหนึ่งยอมรับและบังคับให้มันต้องเป็นคำพิพากษาที่ถึงที่สุด (Finality) และเสร็จเด็ดขาด (Conclusiveness) หลักนี้ยังได้แสดงโดยนัยถึงแนวความคิดเรื่องตุลาการแห่งกฎหมาย (Doctrine of Territoriality of Law)⁵⁷ แต่ทั้งนี้และทั้งนั้นก็มิได้หมายความว่าสิทธิที่เกิดจากกฎหมายต่างประเทศโดยผ่านกระบวนการทางตุลาการของศาลต่างประเทศเป็นสิทธิที่ได้รับมาแล้วตามแนวความคิดแห่งสิทธิที่ได้รับมาแล้วตามกฎหมายขัดกันของคอมมอนลอว์ทั้งหมด เพราะการที่ศาลของประเทศหนึ่งประเทศใด จะทำการยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศเป็นเรื่องของข้อเท็จจริงที่ว่าสิทธินั้นต้องเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นโดยกฎหมายของประเทศที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีตามความหมายในทางระหว่างประเทศและสิทธินั้นต้องมีลักษณะหรือเงื่อนไขตามที่กำหนด"

ศาสตราจารย์ Dicey ได้กล่าวถึงการรับรองสิทธิที่ได้รับมาแล้วว่า "หากสิทธินั้นมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ศาลอังกฤษจะไม่รับบังคับตามสิทธินั้นให้ หรือจะมีให้ใช้สิทธิเช่นนั้นในประเทศอังกฤษ คือ

1. ขัดกับศีลธรรม เช่น คำมั่นที่จะให้เพื่อตอบแทนการอยู่ร่วมกันโดยผิดกฎหมายในอนาคต หรือความตกลงที่คู่กรณีประสงค์จะก่อให้เกิดการกระทำที่ผิดศีลธรรมขึ้น หรือคำมั่นที่ได้ให้ไปโดยศาลเห็นว่าผู้ให้ถูกข่มขู่

⁵⁷ แนวความคิดเรื่องตุลาการแห่งกฎหมาย (Doctrine of Territoriality of Law) เป็นแนวความคิดที่เชื่อว่ากฎหมายของประเทศใดย่อมมีขอบเขตการบังคับใช้อยู่แต่เฉพาะภายในดินแดนของประเทศนั้นเท่านั้น และเป็นแนวความคิดซึ่งมีที่มาจากหลักแห่งดินแดน (Principle of Territoriality) นั่นเอง

2. สถานภาพ (Status) ศาลอังกฤษจะไม่ยอมรับสถานภาพใด ๆ ของบุคคลที่เกิดขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศ หากสถานภาพนั้นไม่มีอยู่ตามกฎหมายอังกฤษ เช่น สถานภาพในทางวรรณคดีตามที่มีอยู่ในประเทศอินเดีย

3. สิทธิที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดในต่างประเทศ ศาลอังกฤษจะยอมรับบังคับให้ก็ต้องเมื่อการกระทำนั้นเป็นละเมิดตามกฎหมายอังกฤษด้วย"⁵⁸

ศาสตราจารย์ กมล สนธิเกษตริน ได้อธิบายถึงลักษณะของสิทธิที่ได้รับมาแล้ว ซึ่งได้รับรองในต่างประเทศไว้ว่า

"1. ต้องเป็นสิทธิที่บุคคลได้มาโดยสมบูรณ์ตามกฎหมายของประเทศที่สิทธินั้นเกิดขึ้น (กฎหมายต่างประเทศ) หรือได้มาตามคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ ซึ่งทั้งนี้หมายความว่ากฎหมายที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลนั้น เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นมาโดยถูกต้องตามหลักแห่งอธิปไตย โดยองค์กรที่มีอำนาจตรากฎหมาย ไม่มีลักษณะเกินอำนาจ (Ultra Vires) หรือมิได้เกิดจากการที่ศาลในต่างประเทศนั้นได้วินิจฉัยคดีไปโดยเกินอำนาจของตน เช่น ก. และ ข. มีภูมิลำเนาในประเทศไทย แต่งงานกันตามกฎหมายไทย เดินทางไปทัศนศึกษาในสหรัฐอเมริกา พักอยู่ในนครนิวยอร์ก ได้ฟ้องหย่ากันที่นั่น ศาลในนิวยอร์กได้พิพากษาให้ ก. และ ข. หย่าขาดจากกัน ทั้ง ๆ ที่ ก. และ ข. ไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในอเมริกาตามกฎหมายของอเมริกาเลย เช่นนี้เป็นการวินิจฉัยคดีเกินอำนาจผลของคำพิพากษาเช่นนี้จึงไม่มีผลให้เกิดสิทธิโดยชอบธรรมขึ้น

2. กฎหมายที่เป็นเหตุให้เกิดสิทธินั้นแก่บุคคล เป็นกฎหมายที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ได้บัญญัติว่าให้นำมาใช้บังคับแก่คดี

3. สิทธิที่ได้มานั้นบุคคลได้มาโดยการกระทำอันสุจริต มิใช่เกิดจากการหลีกเลียงกฎหมายหรือเกิดจากการฉ้อฉลหรือปกปิดความจริง"⁵⁹

สำหรับผู้เขียน เมื่อได้พิจารณาหลักแห่งสิทธิที่ได้รับมาแล้ว ขอตั้งข้อสังเกต 3 ประการด้วยกัน คือ

⁵⁸ Dicey, Dicey's Conflict of Laws, 4th ed. pp. 29-32.

⁵⁹ กมล สนธิเกษตริน, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (กรุงเทพมหานคร : แสงสุทธิการพิมพ์, 2521), หน้า 250-251.

1. หากถือตามหลักแห่งสิทธิที่ได้รับมาแล้ว ซึ่งกำหนดว่าการที่ประเทศใดประเทศหนึ่ง นำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับหรือทำการยอมรับและบังคับตามกฎหมายศาลต่างประเทศ เป็นผลเนื่องมาจากการยอมรับและบังคับตามสิทธิที่ได้รับมาแล้วตามกฎหมายต่างประเทศหรือ คำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้น ก็จะเกิดข้อสงสัยได้ว่าแท้ที่จริง เป็นการที่ศาลแห่งประเทศหนึ่งยอมรับ และบังคับตามสิทธิที่ได้รับมาแล้วตามกฎหมายต่างประเทศหรือคำพิพากษาศาลต่างประเทศ หรือว่าเป็น เรื่องที่ศาลแห่งประเทศนั้นทำการยอมรับและบังคับตามกฎหมายต่างประเทศหรือคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั่นเอง เพราะสิทธิที่ได้รับมาแล้วมิได้เป็นข้อเท็จจริงที่แจ่มแจ้งในตัวเอง (Self-Evident Fact) แต่สิทธิที่ได้รับมาแล้วเป็นผลสรุปของข้อกฎหมาย (Conclusion of Law) ดังนั้นหากพิจารณาให้ลึกซึ้งแล้ว ก็จะเห็นว่า การที่ศาลแห่งประเทศใดประเทศหนึ่งทำการยอมรับและบังคับตามสิทธิที่ได้รับมาแล้วตามกฎหมายต่างประเทศหรือคำพิพากษาศาลต่างประเทศก็คือ การที่ศาลแห่งประเทศนั้นทำให้กฎหมายต่างประเทศหรือคำพิพากษาศาลต่างประเทศบังเกิดผลต่างหาก ซึ่งก็หมายความว่า เป็นการที่ศาลแห่งประเทศนั้นทำการยอมรับและบังคับตามกฎหมายต่างประเทศหรือคำพิพากษาศาลต่างประเทศซึ่งเป็นที่มาของสิทธิในมันนั่นเอง

2. ผู้เขียนมีความเห็นว่าหลักแห่งดินแดนซึ่งมีสาระสำคัญว่ากฎหมายหรือคำพิพากษาศาลของรัฐใดย่อมมีขอบเขตการบังคับใช้อยู่แต่เฉพาะภายในดินแดนของรัฐนั้นเท่านั้น จะนำไปใช้บังคับภายนอกดินแดนหรือในรัฐอื่นไม่ได้ มิใช่หลักที่เป็นความจริงเสมอไป ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่เป็นเรื่องนิติสัมพันธ์ของเอกชนมีจุดเกี่ยวกับกฎหมายภายในหลายระบบ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาว่ากฎหมายภายในของรัฐใดพึงใช้บังคับแก่นิติสัมพันธ์นั้น เพราะถ้าจะนำเอาแต่เฉพาะกฎหมายภายในของรัฐที่ข้อพิพาทเกิดขึ้นและมีอำนาจในการพิจารณาคดีมาใช้บังคับแต่อย่างเดียว ก็อาจเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นได้ เพราะกฎหมายภายในของแต่ละรัฐย่อมมีบัญญัติขึ้นเพื่อความเหมาะสม เหตุการณ์และสังคมนั้น ๆ โดยตรง การนำเอากฎหมายภายในของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีที่มีองค์ประกอบต่างชาติมาใช้แต่อย่างเดียวย่อมไม่สอดคล้องด้วยความยุติธรรมและหลักความเป็นจริงอย่างยิ่ง เมื่อมีเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นต่อศาลภายในรัฐ ก็เป็นการจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของศาลในการกำหนดวิธีการหากกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับในกรณีดังกล่าว ตลอดจนจำแนกประเภทของนิติสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายระบบว่าควรจะขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายใดแน่ เช่นนิติสัมพันธ์เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์มักใช้กฎหมายของสถานที่ที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่เป็นต้น ด้วยเหตุนี้เองจึงทำให้เกิดกฎเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลขึ้นเพื่อบัญญัติ

ให้ศาลสามารถนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับแก่คดีที่มีองค์ประกอบต่างชาติและกำลังฟ้องร้องอยู่ในศาลของตน กฎเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลตั้งว่านั้นได้แก่ กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Laws) ซึ่งเป็นหัวใจหรือเรื่องสำคัญที่สุดในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนั่นเอง

จากกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตั้งได้อธิบายมาข้างต้น ทำให้เราสามารถโต้แย้งคัดค้านหลักแห่งดินแดนที่ว่ากฎหมายหรือคำพิพากษาของประเทศใดย่อมมีผลบังคับใช้อยู่แต่เฉพาะภายในดินแดนของรัฐนั้นเท่านั้น จะนำไปใช้บังคับภายนอกดินแดนหรือในรัฐอื่นไม่ได้ ทั้งนี้ เพราะหากพิจารณาตามกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตั้งได้กล่าวแล้ว ก็จะได้เห็นว่ากฎหมายของประเทศหนึ่งอาจมีผลไปบังคับใช้ภายในดินแดนของอีกประเทศหนึ่งก็ได้ ถ้าศาลแห่งประเทศนั้นนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับตามกฎหมายของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศของตน

เช่นเดียวกัน ถ้าเรามาพิจารณาในเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ก็จะพบว่าคำพิพากษาศาลแห่งประเทศหนึ่งอาจมีผลไปใช้บังคับภายในดินแดนของอีกประเทศหนึ่งก็ได้ ถ้าศาลแห่งประเทศนั้นยอมรับและบังคับตามคำพิพากษานั้นไว้

3. ข้อควรคำนึงของผู้เขียนอีกประการหนึ่งที่คัดค้านหลักแห่งสิทธิที่ได้รับมาแล้ว คือ ที่เรียกว่าสิทธิที่ได้รับมาแล้ว ถ้าพิจารณาตามความเป็นจริง สิทธินั้นได้รับมาแล้วหรือยัง เพราะการที่ศาลแห่งประเทศหนึ่งประเทศใดจะทำการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ศาลแห่งประเทศนั้นยังคงต้องอาศัยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศอีกบางประการ⁶⁰ เช่นว่าคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นต้องได้รับการตัดสินจากศาลที่มีอำนาจในการพิพากษาคดี ซึ่งหลักในการพิจารณาเรื่องอำนาจศาลต่างประเทศต้องอาศัยกฎเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศที่ได้รับคำร้องขอให้ยอมรับ

⁶⁰โปรดดูหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติสากลเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในบทที่ 3

และบังคับตามคำพิพากษานั้นด้วย นอกจากนี้ศาลที่ได้รับคำร้องขอยังมีสิทธิที่จะควบคุมการยอมรับ และบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศได้อีกต่างหาก⁶¹ คือศาลที่ได้รับคำร้องขอจะปฏิเสธ การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่ได้มาโดยการฉ้อฉลหรือที่ขัดต่อหลักแห่ง ความยุติธรรม หรือการที่จะยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นจะเป็นการขัดต่อ ความสงบเรียบร้อยของประเทศที่ได้รับคำร้องขอ ซึ่งหลักเกณฑ์เหล่านี้ล้วนกำหนดขึ้นโดยประเทศที่ ได้รับคำร้องขอทั้งสิ้น ดังนั้นจึงมีปัญหาที่น่าคิดว่า ที่เรียกว่าสิทธิที่ได้รับมาแล้วนั้นเป็นสิทธิที่เกิดขึ้น โดยคำพิพากษาศาลต่างประเทศหรือเป็นสิทธิที่เกิดจากศาลที่ได้รับคำร้องขอตนเอง

หลักแห่งพันธกรณี (Doctrine of Obligation)

ทฤษฎีนี้ได้มีกำเนิดในประเทศอังกฤษ ในปี ค.ศ. 1842 โดยผู้พิพากษา Baron Parke ได้กล่าวไว้ในคดี Russell v. Smith⁶² และคดี Williams v. Jones⁶³ ต่อมาได้รับการ สนับสนุนจากผู้พิพากษา Blackburn J. โดยท่านได้นำแนวความคิดนี้ไปอ้างอิงในคดี Godard v. Gray⁶⁴ และคดี Schibsby v. Westenholz⁶⁵ หลักการเบื้องต้นของทฤษฎีนี้มีสาระสำคัญว่า คำพิพากษาของศาลต่างประเทศที่มีอำนาจเหนือจำเลยย่อมกำหนดให้จำเลยมีหน้าที่หรือความผูกพัน ที่จะต้องชำระหนี้ตามคำพิพากษานั้น ซึ่งศาลอังกฤษรวมทั้งศาลในประเทศอื่น ๆ ก็ย่อมมีความผูกพัน ที่จะต้องบังคับตามหนี้แห่งคำพิพากษานั้นให้ด้วย และดังนั้นสิ่งใด ๆ ที่สลับล้างหน้าที่หรือเป็นข้อแก้ตัว ตามกฎหมายในการปฏิบัติตามคำพิพากษานั้นได้ ย่อมเป็นข้อต่อสู้ในคดีที่ฟ้องให้มีการบังคับตาม คำพิพากษานั้นได้ ผลที่ตามมาก็คือ หากตามหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอังกฤษ ศาลต่างประเทศ

⁶¹โปรดดูหลักการควบคุมการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในบทที่ 4

⁶²(1842) 9 M. & W. 810, 819.

⁶³(1845) 13 M. & W. 628, 633.

⁶⁴(1870) L.R. 6 Q.B. 139, 149-150.

⁶⁵(1870) L.R. 6 Q.B. 155.

ใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้นแล้ว คำพิพากษาของศาลนั้นก็จะมีผลเป็นยุติในประเทศอังกฤษด้วย
 วันแต่จะมีข้ออ้างเรื่องการฉ้อฉล ความสงบเรียบร้อยหรือเรื่องอื่น ๆ ในทำนองเดียวกัน และ
 คำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นมิใช่เป็นเพียงพยานหลักฐานเบื้องต้น (Prima Facie Evidence)
 แห่งความรับผิดชอบของจำเลยดังที่เคยถือกันเท่านั้น⁶⁶

จากนิยามของหลักแห่งพันธกรณี ทำให้เราสามารถโยงความคิดไปสู่หลักกฎหมายทั่วไป
 ที่ว่าคำพิพากษาย่อมมีผลผูกพันและพึงต้องได้รับการปฏิบัติตาม เพราะจากนิยามของหลักแห่งพันธกรณี
 แสดงให้เห็นว่าหลักแห่งพันธกรณีมีรากฐานหรือที่มาจากหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่าคำพิพากษาย่อมมีผล
 ผูกพันและพึงต้องได้รับการปฏิบัติตาม และถูกนำมาเป็นทฤษฎีหรือแนวความคิดพื้นฐานในการยอมรับ
 และบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ โดยจะเห็นว่ามูลเหตุหรือรากฐานของหลักแห่งพันธกรณี
 เกิดจากแนวความคิดที่ว่าเมื่อศาลทุกศาลตัดสินคดีแล้ว ก็จะมีหน้าที่หรือความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติ
 ตามคำพิพากษานั้น (Obligation) เป็นหน้าที่หรือความผูกพัน (Obligation) ที่ยอมรับกันทั่วไป
 กล่าวคือศาลในทุกประเทศยอมรับและเคารพหลักการเดียวกันหมดว่าคำพิพากษามีความศักดิ์สิทธิ์
 ต้องปฏิบัติตาม จึงเกิดหลักการเป็นรูปเดียวกันและเข้ากันได้หมด

และจากนิยามของหลักแห่งพันธกรณีเช่นเดียวกัน ทำให้เราสามารถโยงความคิดไปสู่
 วิธีการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศวิธีการหนึ่งคือ วิธีการนำคำพิพากษาศาล
 ต่างประเทศมาฟ้องขอให้ศาลในอีกประเทศหนึ่งยอมรับและบังคับตามให้ (Action on Judgment)
 เพราะเนื้อหาของสาระของหลักแห่งพันธกรณีมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับวิธีการนำคำพิพากษาศาลต่างประเทศ
 มาฟ้องขอให้ศาลในอีกประเทศหนึ่งยอมรับและบังคับตามให้ (Action on Judgment) มีความ
 สัมพันธ์ใกล้ชิดในลักษณะที่ว่าวิธีการนำคำพิพากษาศาลต่างประเทศมาฟ้อง (Action on Judgment)
 โดยถือว่าคำพิพากษาศาลต่างประเทศเป็นมูลคดี (Cause of Action) หรือหลักฐานที่ทำให้
 เกิดหน้าอันอาจฟ้องร้องขอให้ศาลในอีกประเทศหนึ่งยอมรับและบังคับตามให้ได้⁶⁷ ซึ่งแท้จริงแล้ว

⁶⁶ Dicey and Morris, Dicey and Morris on the Conflict of Laws
 (London : Stevens & Sons, 1980), p. 1037.

⁶⁷ โปรดดูวิธีการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในบทที่ 5

การนำคำพิพากษาศาลต่างประเทศมาฟ้อง (Action on Judgment) คือ การฟ้องเพื่อเรียกร้องหนี้แห่งคำพิพากษาศาลต่างประเทศตามหลักแห่งพันธกรณีนั่นเอง

ถ้าจะเปรียบเทียบหลักแห่งพันธกรณีกับหลักอัยยาศัยไมตรีระหว่างประเทศและหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กัน ก็จะเห็นความแตกต่างว่า ในการนำหลักแห่งพันธกรณีมาใช้ อ้างอิงในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ศาลที่ได้รับคำร้องขอจะไม่ประสบปัญหา เช่นเดียวกับที่ศาลนำหลักอัยยาศัยไมตรีระหว่างประเทศและหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนแก่กันมาใช้ เพราะหากศาลอ้างอิงหลักแห่งพันธกรณี ศาลไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าศาลต่างประเทศที่พิจารณาพิพากษาคดีที่ขอให้มีการยอมรับและบังคับตามให้มันมีหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนต่อคำพิพากษาของตนในลักษณะเดียวกันหรือไม่ อย่างไรก็ตาม น่าสังเกตว่า ในการนำหลักนี้มาอ้างอิง เราจะพบข้อจำกัดในการอธิบายถึงการยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ซึ่งตามสภาพไม่จำเป็นต้องมีการบังคับ เช่น คำพิพากษาศาลต่างประเทศที่มีเจตนารมณ์เพียงประกาศรับรองยืนยันสิทธิของคู่กรณีเท่านั้น (Declaratory Judgments) ซึ่งได้แก่คำพิพากษาศาลต่างประเทศที่เกี่ยวกับสถานะ ความสามารถของบุคคล หรือคำพิพากษาให้คู่สมรสหย่าขาดจากกัน หรือให้การสมรสเป็นโมฆะ เพราะคำพิพากษาประเภทนี้ไม่ได้กำหนดค่าให้จำเลยมีหน้าที่หรือความผูกพันที่จะต้องกระทำการชำระหนี้แต่อย่างใด

หลักแห่งการผสมผสานกันระหว่างกฎหมายและคำพิพากษา (Doctrine of Harmony between Law and Judgment)

โดยพื้นฐานทางทฤษฎีนี้ ได้พยายามที่จะผสมผสานหลักการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศกับหลักการนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับ โดยมุ่งถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและคำพิพากษา นักทฤษฎีที่ริเริ่มความคิดนี้คือ Von Bar ซึ่งได้เสนอว่า คำพิพากษานั้นก็คือกฎหมายพิเศษ (Lex Specialis) ประเภทหนึ่ง กล่าวคือเป็นกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ ดังนั้นเมื่อมีหลักการที่อนุญาตให้นำเอากฎหมายต่างประเทศมาบังคับใช้ตามกฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย คำพิพากษาศาลต่างประเทศซึ่งในทัศนะของท่านถือว่าเป็นกฎหมายประเภทหนึ่ง ก็ควรนำมาใช้บังคับในอีกประเทศหนึ่งได้ในลักษณะเดียวกัน



ทฤษฎีนี้มีทั้งข้อสนับสนุนและข้อคัดค้านรวมอยู่ด้วยกัน สำหรับข้อสนับสนุนเห็นว่าคำพิพากษาของศาลกับกฎหมายของรัฐสภาในเรื่องเดียวกันไม่ได้มีความแตกต่างกันมากนัก ยกตัวอย่างเช่นกฎหมายที่ได้มาโดยการฉ้อฉลในสายตาของกฎหมายอังกฤษย่อมมีผลไม่สมบูรณ์ เช่นเดียวกับคำพิพากษาที่ได้มาโดยการฉ้อฉลย่อมมีผลไม่สมบูรณ์ เช่นเดียวกัน

สำหรับข้อคัดค้านเห็นว่า จริงอยู่ที่ว่าคำพิพากษาของศาลกับกฎหมายของรัฐสภาในเรื่องเดียวกันไม่ได้มีความแตกต่างกันมากนัก แต่อย่างไรก็ตามคำพิพากษาก็มิได้เป็นกฎหมายเสมอไป แต่กฎหมายนั้นย่อมเป็นคำพิพากษาประเภทหนึ่ง และถ้าพิจารณาเปรียบเทียบกฎหมายกับคำพิพากษาต่อไป ก็จะพบความแตกต่างอีกเช่นกันว่า กฎหมายนั้นเป็นเรื่องที่วางอยู่บนหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Laws) ในขณะที่คำพิพากษาเป็นเรื่องของการขัดกันแห่งอำนาจศาล (Conflict of Jurisdictions) ซึ่งโดยหลักการในปัจจุบันถือว่ากฎเกณฑ์ในเรื่องทั้งสองนี้มีความเป็นอิสระต่างหากจากกัน

นอกจากนี้ หากถือตามหลักแห่งการผสมผสานกันระหว่างกฎหมายและคำพิพากษา ซึ่งหมายความว่าคำพิพากษาศาลต่างประเทศซึ่งศาลที่ได้รับคำร้องขอจะยอมรับและบังคับตามให้ได้นั้น ต้องเป็นคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่ได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยกฎหมายตามกฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่จะทำการยอมรับและบังคับตามให้เท่านั้น ดังนั้นผลที่ตามมาก็คือคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่จะได้รับการยอมรับและบังคับตามให้จะมีจำนวนลดน้อยลงไปมากทีเดียว เพราะมีข้อจำกัดเพิ่มมากขึ้นนั่นเอง.

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่า เหตุผลของฝ่ายแรกยังมีน้ำหนักน้อยอยู่ เป็นเรื่องอุคมคติและไม่สอดคล้องกับทางปฏิบัติ เพราะตามความเป็นจริง หลักการนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับและหลักการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศมีหลักเกณฑ์ของตนเองเป็นเอกเทศอยู่แล้ว และหากถือตามหลักแห่งการผสมผสานกันระหว่างกฎหมายและคำพิพากษา ซึ่งหมายความว่าคำพิพากษาศาลต่างประเทศซึ่งศาลที่ได้รับคำร้องขอจะยอมรับและบังคับตามให้ได้นั้น ต้องเป็นคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่ได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยกฎหมายตามกฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่จะทำการยอมรับและบังคับตามให้เท่านั้น ซึ่งตามความเป็นจริงแล้วมิได้เป็นเช่นนี้เสมอไป เพราะในความเป็นจริงนั้น ศาลที่ได้รับคำร้องขออาจยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ถึงแม้ว่าศาลที่ทำการพิจารณาพิพากษาคดีจะนำเอากฎหมายซึ่ง

แตกต่างกันไปจากกฎหมายซึ่งศาลที่ได้รับคำร้องขอจะนำมาใช้ตามกฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของตนก็ตาม

นอกจากนี้ น่าสังเกตเพิ่มเติมว่าหลักเกณฑ์บางประการในเรื่องการนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับและการยอมรับและบังคับตามกฎหมายศาลต่างประเทศมักจะเคียงคู่ขนานกันไปเสมอ เช่น ในการนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับ จะมีมาตรการอย่างหนึ่งเพื่อป้องกันระบบกฎหมายภายในต่อกฎหมายต่างประเทศที่จะเข้ามามีส่วนในการถูกนำมาใช้ ซึ่งมาตรการดังกล่าว เรียกว่าข้อจำกัดในการนำเอากฎหมายต่างประเทศที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีงามมาใช้บังคับ ในขณะที่การยอมรับและบังคับตามกฎหมายศาลต่างประเทศจะมีรูปแบบป้องกันโครงสร้างหรือระบบงานของรัฐที่เรียกว่าการควบคุมการยอมรับและบังคับตามกฎหมายศาลต่างประเทศโดยศาลที่ได้รับคำร้องขอ⁶⁸

⁶⁸ เป็นศัพท์ของผู้เขียนโดยเฉพาะ โดยทั่วไปมักเรียกว่าข้อต่อสู้ในคดีที่ฟ้องขอให้ยอมรับและบังคับตามกฎหมายศาลต่างประเทศ ซึ่งได้แก่การที่ศาลที่ได้รับคำร้องขอจะปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามกฎหมายศาลต่างประเทศที่ได้มาโดยการฉ้อฉลหรือที่ขัดต่อหลักแห่งความยุติธรรมหรือการที่จะยอมรับและบังคับตามกฎหมายศาลดังกล่าวจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของศาลที่ได้รับคำร้องขอ โปรดดู Cheshire and North, Cheshire's Private International Law, pp. 657-662; Scott, Private International Law, Conflict of Laws, p. 111-113; Graveson, The Conflict of Laws, pp. 554-560; J.G. Castel, Introduction to Conflict of Laws (Toronto : Butterworths, 1978), pp. 86-88.

การที่ผู้เขียนเรียกหลักเกณฑ์ 3 ประการดังกล่าวข้างต้นว่า การควบคุมการยอมรับและบังคับตามกฎหมายศาลต่างประเทศโดยศาลที่ได้รับคำร้องขอ เพราะผู้เขียนมีความประสงค์จะพิจารณาประเด็นปัญหาในอีกแง่มุมหนึ่งคือ พิจารณาในแนวทางที่กว้างขวางกว่า ประกอบกับเมื่อได้พิจารณาถึงลักษณะ เนื้อหาสาระ วัตถุประสงค์ และเทคนิคการบังคับใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวก็จะเห็นว่ามี ความเกี่ยวข้องกันอย่างใกล้ชิดกับโครงสร้างหรือระบบงานของรัฐ ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าศาลที่ได้รับคำร้องขอย่อมมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปกำกับควบคุมการยอมรับและบังคับตามกฎหมายศาลต่างประเทศที่ขัดกับหลักดังกล่าว เพื่อรักษาโครงสร้างหรือระบบงานทางด้านเศรษฐกิจ การเมือง และสังคมได้

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นวิวัฒนาการของแนวความคิดพื้นฐานในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศมาเป็นลำดับ สำหรับผู้เขียนเอง ขอเสนอความเห็นเป็นหลักที่ว่า ตุลาการควรคำนึงถึงความยุติธรรมเสมอ ซึ่งเรียกเป็นภาษาลาตินว่า JUDEX AEQUITATEM SEMPER SPECTARE DEBET ก็มีความน่าสนใจอยู่ไม่น้อย เพราะผู้เขียนมีความเชื่อว่าผู้พิพากษามีหน้าที่อำนวยความยุติธรรม ประกอบกับหลักนี้เป็นหลักทั่วไปที่เป็นรากฐานแห่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายแขนงนี้ทั้งหมด⁶⁹ ซึ่งคาร์ดองเทร์ (D' ARGENTRE)⁷⁰ ก็เห็นว่าในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสถานภาพของบุคคล ศาลจะต้องนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับเพื่อให้เกิดความยุติธรรมเช่นเดียวกัน



ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁶⁹ Graveson, The Conflict of Laws, p. 543.

⁷⁰ คาร์ดองเทร์เป็นนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสซึ่งมีส่วนสำคัญในการพัฒนาทฤษฎีสตาทิวท์ (Statute Theory) ที่เป็นพื้นฐานของวิธีการแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย