

สัญญาากอนสมรสในกฎหมายอื่น

๕.๑ สัญญาากอนสมรสในกฎหมายอิสลาม

กฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายที่มีอิทธิพลเกือบทั่วโลก ตั้งแต่มออคโคจนถึงอินโดนีเซีย ตั้งแต่สหภาพโซเวียตรัสเซียในเอเชียกลางและประเทศอัลลาเนียจนถึงแซนซิบา (Zanzibar) และกีเนีย รวมทั้งหกประมาณ ๓๐ ประเทศ รวมทั้งในภาคใต้ของประเทศไทยด้วย ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดถึงหน้าที่ของอิสลามศาสนิกที่มีต่อพระผู้เป็นเจ้า (พระอาหฺลาห์ Allah)

๕.๑.๑ ที่มาของกฎหมายอิสลาม

สำหรับที่มาของกฎหมายอิสลามที่สำคัญมี ๕ ประการ^๑ คือ

(๑) คัมภีร์โกหราน (Koran) หรืออัลกรอาน ซึ่งเป็นที่มาที่สำคัญที่สุดของกฎหมายอิสลาม โดยถือว่าเป็นคัมภีร์อันศักดิ์สิทธิ์ แต่ลักษณะทางกฎหมายในคัมภีร์นั้นยังไม่มีความสมบูรณ์เพียงพอ คัมภีร์ดังกล่าวนี้ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นประมวลกฎหมายอิสลาม (Islam Code)

(๒) ซุนนะห์ (Sunna) มีความหมายตามหลักวิชาว่า เป็นวาระหรือการปฏิบัติ ตลอดจนการยอมรับโดยพฤตินัยของทานศาสดา ซุนนะห์มีคำเรียกอีกอย่างว่า "หะเคีย" สิ่งเหล่านี้ได้ถูกบันทึกไว้ในตำราหลายเล่มด้วยกัน แต่ที่รู้จักกันแพร่หลายในวงวิชาการนั้นมีอยู่ ๖ เล่ม คือ

^๑ คร. อุกฤษ มงคลนาวิน, ประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ (สากล), (พระนคร : โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, ๒๕๑๔), หน้า ๖๔ - ๗๐

- ก. อัลบุกอริ
- ข. มุสลิม
- ค. อิบน์มาญะหฺ
- ง. อะบุดาอุด
- จ. ทิรมิซีย
- ฉ. นะชาอี้

ซุนนะห์เป็นที่มาของกฎหมายอิสลามอีกทางหนึ่ง นอกเหนือจากคัมภีร์
โกหฺราน เพราะนอกจากเป็นบทอธิบายขยายความหมายบทบัญญัติในคัมภีร์โกหฺราน
แล้ว ยังได้บัญญัติเพิ่มเติมในปัญหาต่าง ๆ ที่มีโคระบุนอยู่ในคัมภีร์โกหฺรานด้วย

(๓) อิจมาอฺ (Idjmn) คือหลักกฎหมายที่บรรดานักปราชญ์ทางศาสนา
ได้มีความเห็นร่วมกันเป็นเอกฉันท์ให้นำมาใช้แก้ปัญหา ในกรณีที่ไม่อาจนำเอาบทบัญญัติ
ในคัมภีร์โกหฺรานและซุนนะห์มาใช้บังคับได้

(๔) อัลอฺรฟฺ ใดแก่จารีตประเพณี แต่จารีตประเพณีที่กฎหมายอิสลาม
จะยอมรับได้จะต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งคัมภีร์โกหฺราน ซุนนะห์ หรืออิจมาอฺ

(๕) กียาส (Qiyas) คือวิธีการนำเอากฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง
มาเทียบเคียงใช้บังคับในกรณีที่ไม่มียุทธบัญญัติไว้โดยตรง

มีหลายประเทศได้ประกาศยอมรับศาสนาอิสลามเป็นศาสนาประจำชาติ
โดยบัญญัติไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการแสดงว่า
ยอมรับกฎหมายอิสลามโดยปริยาย ประเทศเหล่านี้ได้แก่ ปากีสถาน อิหร่าน มอร็อกโค
ตูนีเซีย ซีเรีย สาธารณรัฐอิสลามแห่งโรตาเนีย อียิปต์ มาเลเซีย เป็นต้น

๕.๑.๒ กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

สำหรับประเทศไทย ในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล
ประชาชนส่วนมากนับถือศาสนาอิสลาม และลัทธิศาสนาอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก
นั้นผิดแตกต่างกับหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาก รัฐบาลจึงมีนโยบาย

ที่จะหนุนบำรุงให้ชนชาวอิสลามได้ปฏิบัติลัทธิศาสนาของตนโดยสมบูรณ์ จึงได้ยอมให้นำ
ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับเกี่ยวกับเรื่องนี้แทนประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ แต่ทั้งนี้กฎหมายอิสลามที่ใช้บังคับนี้มีได้ถือเป็นกฎหมายต่างประเทศ
แต่ถือเป็นกฎหมายของศาสนา ซึ่งกฎหมายไทยได้รับรองให้ใช้เป็นกฎหมายพิเศษชนิดหนึ่ง
สำหรับผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามในเขตจังหวัดดังกล่าว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๐/๒๔๔๓
คดีระหว่าง นางหวันเตะ หลังปุเตะ โจทก์ นายเอ.เอช.คุก หลวงประกอบนิติสาร
จำเลย)

โดยเป็นหน้าที่ของคณะตุลาการที่หนึ่งพิจารณาเป็นผู้นำบทกฎหมายอิสลาม
มาบังคับคดี หากใช้เป็นหน้าที่ของความจะน่าสืบไม่ ถือว่าเป็นสิ่งที่ศาลรับรู้อย่าง
(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๕๕/๒๔๗๕ คดีระหว่าง นายตงกูฮามัด บินตำมะหงง โจทก์
คุณหญิงหวันเตะ ภูมินาถภักดิ์ กับพวก จำเลย)

กฎหมายอิสลามที่ใช้บังคับในจังหวัดภาคใต้ของประเทศไทยมิได้ใช้คำภีร์
โกหร่านหรืออัลกุรอาน ซึ่งถือเป็นพระบรมราชโองการของพระอาหลาหฺนุเป็นเจ้า แต่
ใช้คำภีร์ซึ่งเป็นคำอธิบายความในคำภีร์โกหร่านซึ่งเรียกว่า "กีตาบ" บังคับคดี แต่
เนื่องจากกีตาบนี้มีผู้เรียบเรียงไว้มากมาย ในการพิจารณาพิพากษาคดี คณะตุลาการ
อาจอ้างคำภีร์กีตาบแสดงความเห็นขัดแย้งกันได้ การวินิจฉัยชี้ขาดก็ไม่สะดวก
ด้วยเหตุนี้ กระทรวงยุติธรรมจึงได้ตั้งกรรมการอันประกอบด้วยคณะตุลาการและ
ผู้พิพากษา ตรวจชำระคำแปลคำภีร์กีตาบ ตามลัทธิศาสนาอิสลามอันเกี่ยวกับครอบครัว
และมรดกเป็นภาษาไทย โดยได้เริ่มดำเนินการเมื่อ พ.ศ. ๒๔๗๒ ตรวจชำระคำแปล
จัดพิมพ์เสร็จเมื่อ พ.ศ. ๒๔๘๔ ใช้ชื่อคำแปลนี้ว่า "หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัว
และมรดก" คำแปลหลักกฎหมายดังกล่าวนี้ไม่ได้ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาเช่นกฎหมาย
อื่น คงพิมพ์แจกจ่ายให้ศาลที่ใช้ทุกศาล เพื่อให้ถือเป็นหลักเดียวกัน ในการวินิจฉัยคดี
คณะตุลาการต้องใช้หลักกฎหมายที่แปลรวบรวมนี้^๒

^๒ พิพัฒน์ จักรางกูร, "กฎหมายอิสลาม", บทบัญญัติ, เล่ม ๒๔ ตอน ๑ (๒๕๑๔), หน้า ๗๒

การชำระตัดสินความคดีครอบครัวและมรดกของชาวอิสลามในสี่จังหวัดภาคใต้เดิมขึ้นอยู่กับอำนาจ "โตะกาลี" (TOH KALI)^๓ คืออาจารย์ทางฝ่ายศาสนา เป็นผู้ชำระ โดยตัดสินตามกฎหมายอิสลาม ต่อมาในปี ร.ศ. ๑๒๐ ได้มีประกาศพระบรมราชโองการให้รวมบริเวณเจ็ดหัวเมือง (จังหวัดปัตตานี นราธิวาส และยะลา) เป็นบริเวณ เรียกว่า "กฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ. ๑๒๐" ซึ่งในข้อที่ ๓๒ ได้บัญญัติว่า "ให้ใช้พระราชกำหนดกฎหมายทั้งปวงในความอาญาและความแพ่ง แด่ความแพ่งซึ่งเกี่ยวด้วยศาสนาอิสลาม เรื่องฉ้อโกงก็คดี และเรื่องมรดกก็คดี ซึ่งคนนับถือศาสนาอิสลาม เป็นทั้งโจทก์และจำเลย หรือเป็นจำเลยให้ใช้กฎหมายอิสลาม ในการพิจารณาและพิพากษา และให้โตะกาลีซึ่งเป็นผู้รู้และเป็นที่ยอมรับในศาสนาอิสลาม เป็นผู้พิพากษาตามกฎหมายอิสลามนั้น" สำหรับจังหวัดสตูลให้ใช้กฎหมายอิสลามโดยอาศัยสารตราของเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ที่ ๓๐/๔๓๕๓ ลงวันที่ ๒๓ กันยายน พ.ศ. ๒๔๖๐ ต่อมาเมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่าด้วยครอบครัวและบรรพ ๖ ว่าด้วยมรดก ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๑ ตุลาคม พ.ศ. ๒๔๗๔ ก็ไม่กระทบกระเทือนถึงกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ. ๑๒๐ และสารตราของเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมที่ ๓๐/๔๓๕๓ ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามบังคับคดีว่าด้วยครอบครัวและมรดกของชาวอิสลามแต่อย่างใด

ในปี พ.ศ. ๒๔๘๖ รัฐบาลให้เลิกใช้กฎหมายอิสลามในสี่จังหวัดภาคใต้ และให้ใช้บรรพ ๕ และบรรพ ๖ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แทน ต่อมารัฐบาลได้เปลี่ยนแปลงนโยบายให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้ในจังหวัดทั้งสี่ใหม่ โดยตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. ๒๔๘๘ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติที่พึงพิจารณาอยู่ ๒ มาตรา คือ

^๓ คำว่า "โตะกาลี" มาจากคำว่า "กอฎี" อันเป็นภาษาอาหรับ ซึ่งแปลว่า "ผู้พิพากษา"

"มาตรา ๓ ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิกของศาลชั้นต้นในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ซึ่งอิสลามศาสนิกเป็นโจทก์ จำเลย หรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีที่ไม่มีข้อพิพาท ให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการนั้น เว้นแต่บทบัญญัติว่าด้วยอายุความมรดก ทั้งนี้ไม่ว่ามรดกเกิดขึ้นก่อนหรือหลังวันใช้พระราชบัญญัตินี้"

มาตรา ๔ การพิจารณาตัดสินศาลชั้นต้นตามความในมาตรา ๓ ให้คณะตุลาการชนมหนึ่งนายหนึ่งพิจารณาพร้อมด้วยผู้พิพากษา

ให้คณะตุลาการชนมมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามและลงลายมือชื่อในคำพิพากษาที่พิพากษาตามคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้นด้วย

คำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะตุลาการชนมในข้อกฎหมายอิสลามให้เป็นอันเด็ดขาดในคดีนั้น"

ข้อพิพาทดังกล่าวเกิดคือคดีที่พิพาทระหว่างชนชาวอิสลาม เรื่องเกี่ยวกับครอบครัวมรดก ในศาลชั้นต้นในจังหวัดภาคใต้ที่ใช้กฎหมายอิสลามซึ่งเรียกว่า "หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก" ฉบับซึ่งได้ตรวจชำระคำแปลคัมภีร์กีตาบเป็นภาษาไทยเมื่อ พ.ศ. ๒๔๙๒ - ๒๔๘๔ ซึ่งใช้เวลาชำระคำแปลถึง ๑๒ ปี บังคับทั้งสิ้น ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. ๒๔๘๔ คงยกเว้นแต่เฉพาะเรื่องอายุความมรดกเท่านั้น ซึ่งต้องใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บังคับ คืออายุความมรดกกำหนดไว้ ๑ ปี นับแต่วันที่เจ้ามรดกตาย (มาตรา ๑๙๕๔) แต่ว่าความทั้งหมดหรือเจ้ามรดกจะต้องเป็นคนนับถือศาสนาอิสลาม ถ้าหากคู่ความแม่แต่คนเกี่ยวไม่ใช่คนนับถือศาสนาอิสลาม หรือเจ้ามรดกไม่ใช่คนนับถือศาสนาอิสลาม ถึงแม้โจทก์จำเลยหรือผู้ร้องขอจะเป็นคนนับถือศาสนาอิสลาม ก็ใช้กฎหมายอิสลามบังคับไม่ได้ (เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๘๘๘/๒๕๑๒ คดีระหว่าง นางมณฑา ลีระพันธ์ โจทก์ นายทวนเต็ง ทวนสุหลง จำเลย นางแวงสะปิเยาะ แวอาแซ ผู้ร้อง ซึ่งวินิจฉัยว่า โจทก์มีเชื้ออิสลาม

ศาสนิก จะบังคับคดีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัด
ปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. ๒๔๘๘ มาตรา ๓ มิได้ ต้องบังคับคดีตาม
บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) และนอกจากนี้การที่จะวินิจฉัยว่าคดีใด
เกี่ยวข้องกับครอบครัวและมรดกหรือไม่ จะต้องวินิจฉัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ต้องเป็นคดีที่ฟ้องหรือร้องขอในเรื่องที่บัญญัติไว้ในประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ และบรรพ ๖ (เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่
๑๒๐๓/๒๔๘๔ คดีระหว่าง นางแวงสะลาเมาะ โจทก์ นางแวงขง บินอาแวกแคะ จำเลย)
ฉะนั้นในเรื่องสัญญาอนสมรสในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ก็ไม่อาจ
นำมาใช้บังคับแก่อิสลามศาสนิกในศาลชั้นต้นดังกล่าวได้ จึงจำต้องไปศึกษาในหลัก
กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกต่อไป

อนึ่ง สำหรับคำว่า ตะตะยุดิธรรม ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ
ฝ่ายตุลาการ พ.ศ. ๒๔๘๗ มาตรา ๕ (๒) บัญญัติว่า "ตะตะยุดิธรรม" คือข้าราชการ
ฝ่ายตุลาการ ซึ่งได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้มีอำนาจและหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดกฎหมาย
อิสลาม ซึ่งเดิมเรียกว่า โต๊ะกาตี หมายถึงอาจารย์ทางฝ่ายศาสนาเป็นผู้ชำระตัดสินความ
ตามกฎหมายอิสลาม

การบรรจุและแต่งตั้งตะตะยุดิธรรมต้องปฏิบัติตามที่พระราชบัญญัติระเบียบ
ข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. ๒๔๘๗ ได้กำหนดไว้ โดยมาตรา ๓๖ บัญญัติว่า

"การบรรจุและแต่งตั้งตะตะยุดิธรรมให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการ
ซึ่งรัฐมนตรีกำหนด โดยคัดเลือกจากอิสลามศาสนิกชนผู้มีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(๑) มีคุณสมบัติตามมาตรา ๒๐ (๑) (๒) (๓) (คือมีสัญชาติไทย
อายุไม่ต่ำกว่า ๒๕ ปี และเป็นผู้ที่เลื่อมใสในการปกครองในระบอบรัฐธรรมนูญด้วยความ
บริสุทธิ์ใจ) และไม่ต้องห้ามตาม (๖) ถึง (๑๑) (คือไม่อยู่ในระหว่างถูกพักราชการ
ไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสีย ไม่เป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว ไม่เคยถูกไล่ออกหรือปลด
ออกจากราชการ ไม่เคยรับโทษจำคุก ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความ
ความสามารถ จิตเห็นเพื่อนไม่สมประกอบ มีกายทุพพลภาพ หรือเป็นโรคที่ต้องห้ามตาม
กฎกระทรวง)

(๒) มีภูมิรู้ในศาสนาอิสลามพอที่จะเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดชอกกฎหมายอิสลาม
เกี่ยวกับครอบครัวและมรดก

(๓) มีความรู้ภาษาไทยอ่านออกเขียนได้

สำหรับการแต่งตั้งคะโต๊ะยุติธรรม อธิบดีผู้พิพากษาศาลจะจัดทำบัญชี
ผู้สมัคร โดยปรึกษากับผู้พิพากษาหัวหน้าศาล และผู้ว่าราชการจังหวัด โดยคัดเลือก
จากผู้สมัครซึ่งผ่านการลงคะแนนของโต๊ะอิหม่ามประจำมัสยิดต่าง ๆ ในจังหวัดนั้น
แล้วเสนอไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เพื่อสั่งบรรจุและแต่งตั้งเป็นคะโต๊ะ
ยุติธรรม ในปัจจุบันนี้คะโต๊ะยุติธรรมมีประจำศาลละ ๒ นาย

๕.๑.๓ หลักกฎหมายอิสลามในเรื่องสัญญาก่อนสมรส

เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกแล้ว
ปรากฏว่า ใ้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องสัญญาก่อนสมรสไว้ในบรรพ ๑ ว่าด้วยครอบครัว
ในลักษณะ ๑ ว่า ด้วยการสมรส โดยมาตรา ๒๗ บัญญัติว่า "สัญญาเกี่ยวกับ
การสมรสที่ฝ่ายชายและฝ่ายหญิงทำกันไว้ก่อนสมรสเป็นโมฆะ" จากบทบัญญัตินี้แสดงว่าตามหลัก
กฎหมายอิสลามที่ใช้อยู่ใน ๔ จังหวัดภาคใต้ ได้จำกัดเสรีภาพโดยเด็ดขาดแก่คู่สมรส
ในอนาคต ที่จะทำสัญญาก่อนสมรสไม่ว่าจะเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา
ในคำใดก็ตามที่เกี่ยวข้องกับการสมรส ถ้าหากมีการทำขึ้นก่อนสมรสย่อมตกเป็นโมฆะ
ทั้งสิ้น

๕ หลวงประไพพิทยคุณ, หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก, หอสมุดกลาง
กระทรวงยุติธรรม (พิมพ์โรเนียว : ๒๔๔๔), หน้า ๒๓

๕.๒ สัญญาถอนสมรสในพระราชบัญญัติว่าด้วยกรซัดกันแห่งกฎหมาย

๕.๒.๑ ทำไมจึงต้องมีกฎหมายว่าด้วยกรซัดกันแห่งกฎหมาย

เนื่องจากได้มีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและพลเมืองของแต่ละประเทศได้เพิ่มมากขึ้น มีการติดต่อค้าขาย ธุรกิจต่าง ๆ ในการนี้ย่อมจะมีนิติสัมพันธ์ระหว่างกันขึ้น ดังนั้นเมื่อบุคคลต่างชาติทำการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ เมื่อเกิดมีปัญหาซัดกันแห่งกฎหมาย ทำให้ศาลของประเทศหนึ่งยอมรับใช้กฎหมายต่างประเทศมาบังคับแก่คดีที่ได้มีผู้นำมาฟ้องร้องยังศาล ซึ่งในการนี้จะต้องมีกฎหมายภายในของประเทศนั้นบัญญัติให้ศาลนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับแก่คดีที่ฟ้องร้องกันในศาลของประเทศนั้นได้ กฎหมายที่ว่านี้คือ กฎหมายว่าด้วยกรซัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งเป็นเครื่องมือให้ศาลนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับแก่คดี ซึ่งประเทศไทยก็ยอมรับหลักนี้ และได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยกรซัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๔๘๑ ทั้งนี้เพราะว่ากฎหมายของประเทศหนึ่ง ๆ ยอมรับบัญญัติขึ้นโดยคำนึงถึงประโยชน์และความเหมาะสมของสังคม ขนบธรรมเนียมประเพณีของพลเมือง และสภาพท้องถิ่นของประเทศนั้น ๆ เป็นสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อกฎหมายแต่ละประเทศไม่เหมือนกันเช่นนี้ ก็ย่อมเกิดเป็นปัญหาการซัดกันขึ้นในการใช้กฎหมายต่างประเทศ เช่น ถ้าจะใช้กฎหมายประเทศไทยบังคับแก่คดีก็อาจขัดกับกฎหมายของประเทศเขมรในเรื่องเดียวกันได้ เพราะกฎหมายของแต่ละประเทศอาจไม่เหมือนกัน แม้จะเป็นบทบัญญัติในเรื่องเดียวกัน^๕

ตัวอย่าง คนไทยทำสัญญาซื้อขายสินค้ากับคนรัสเซียในประเทศไทย โดยคู่สัญญาที่เป็นคนไทยอายุครบ ๒๐ ปีบริบูรณ์ แต่คนรัสเซียอายุ ๑๘ ปีบริบูรณ์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งของรัสเซีย บุคคลจะบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ ๑๘ ปีบริบูรณ์ จะเห็นได้ว่าในเรื่องนี้เป็น

^๕ ดร.กมล สนิทเกษทริน, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, (พระนคร : โรงพิมพ์ของสมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, ๒๕๑๔), หน้า ๑๖๘

เรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และถ่านาคคีชันฟ้องร้องยังศาลไทย ก็ต้องใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๔๔๑ และตามมาตรา ๑๐ บัญญัติว่า "ความสามารถของบุคคลย่อมเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น" ฉะนั้น การบรรลุนิติภาวะของคนรัสเซียจึงเป็นไปตามกฎหมายรัสเซีย โดยเหตุนี้ศาลไทยยอม จะพิพากษาว่าสัญญาซื้อขายรายนี้เป็นสัญญาที่สมบูรณ์ เพราะต้องถือว่าคนรัสเซียบรรลุนิติภาวะแล้ว

๕.๒.๒ เหตุใ้จึงให้ใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลอีกประเทศหนึ่ง

เหตุใ้ให้ใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลอีกประเทศหนึ่ง เพื่อ^๖

๑. เป็นการคุ้มครองสิทธิที่ได้รับมาโดยชอบธรรม (Vested rights) ซึ่งถือว่าเป็นหลักแห่งความยุติธรรม กล่าวคือสิทธิที่ได้รับมาแล้วในประเทศหนึ่ง จะต้องได้รับการรับรองและการคุ้มครองทางกฎหมายในประเทศอื่นด้วย

๒. เป็นการคำนึงถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐต่างประเทศ เพื่อสนับสนุนหลัก "อัยยาศัยไมตรีต่อรัฐต่างประเทศ" ซึ่งเป็นที่เชื่อกันว่าเป็นหลักของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (Jus gentium) ซึ่งภายใต้พฤติการณ์บางประการ รัฐมีหน้าที่ตามกฎหมายต่อเพื่อนรัฐด้วยกัน ที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศ

๓. เป็นการก่อให้เกิดความสอดคล้องของกฎหมาย (Harmony of laws) ทั้งนี้เพื่อเป็นการส่งเสริมหลักแห่งความยุติธรรม กล่าวคือ จะใ้ไม่ทำให้ผลของคดีเปลี่ยนแปลงไป แม้จะไปดำเนินคดีในศาลอีกประเทศหนึ่ง และยังเป็น การสนับสนุนใ้ประเทศต่าง ๆ พยายามบัญญัติกฎหมายภายในและกฎหมายว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย ใ้มีหลักเกณฑ์ที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกันใ้มากที่สุดด้วย

^๖ คร.หยุด แสงอุทัย, คำบรรยายกฎหมายระหว่างประเทศเปรียบเทียบแผนกคดีบุคคล ชั้นปริญญาโททางนิติศาสตร์, (พิมพ์โรเนียว : ๒๕๑๓), หน้า ๑๖ - ๑๘



๕.๒.๓ หลักเรื่องสัญญาก่อนสมรสตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย

สำหรับเรื่องสัญญาก่อนสมรสนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย ได้บัญญัติไว้ในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา ซึ่งมีอยู่เพียง ๔ มาตรา คือ มาตรา ๒๒ - ๒๕ ซึ่งอาจแยกพิจารณาออกได้เป็น ๒ กรณี^๗ คือ

๑. ทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยาซึ่งมิได้มีสัญญาก่อนสมรส
๒. ทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยาซึ่งมีสัญญาก่อนสมรส

๕.๒.๓.๑ ในกรณีที่ไม่มีสัญญาก่อนสมรส มาตรา ๒๒ บัญญัติว่า "ถ้ามิได้มีสัญญาก่อนสมรส ทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยาให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติ

ถ้าสามีและภริยามีสัญชาติแตกต่างกัน ทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยาให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติแห่งสามี

อย่างไรก็ดี ทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยาในส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งดินที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่"

ซึ่งกล่าวโดยสรุปได้ว่า

(ก) ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ ให้ใช้กฎหมายสัญชาติของคู่สมรส (ถ้ามีสัญชาติเดียวกัน) หรือกฎหมายสัญชาติของสามี (ถ้าคู่สมรสมีสัญชาติต่างกัน)

และท่านองเกี่ยวกับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา สัญชาติของคู่สมรสพิจารณาในขณะที่มีการสมรส ถ้าภายหลังสมรสแล้ว คู่สมรสหรือสามีแล้วแต่กรณีได้สัญชาติอื่น กฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีคงได้แก่กฎหมายสัญชาติเดิมในขณะที่ทำการสมรส ทั้งนี้โดยผลของมาตรา ๒๓ ซึ่งบัญญัติว่า "ผลแห่งการสมรสคงบัญญัติไว้ในสองมาตราก่อน ย่อมไม่ถูกกระทบกระพัง หากว่าภายหลังการสมรส คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายได้มาซึ่งสัญชาติแตกต่างกับที่มีอยู่ หรือที่ได้มาขณะทำการสมรส"

^๗ คณิต ฤาไชย, "ปัญหาบางเรื่องเกี่ยวกับการชดกันแห่งกฎหมาย", บทบัญญัติ,

(ข) ถ้าเป็นอสังหาริมทรัพย์ ให้ใช้กฎหมายของประเทศที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่

๒.๕.๓.๒ ในกรณีที่มีสัญญาก่อนสมรส เมื่อมีสัญญาก่อนสมรส ปัญหาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินในส่วนใหญ่คงต้องเป็นไปตามขอสัญญาที่ตกลงกันนั้น แต่การที่จะบังคับตามสัญญานั้นได้ กรณีจะต้องไต่ความก่อนว่าสัญญานั้นถูกต้องสมบูรณ์ตามหลักในเรื่องสัญญาหลักเกณฑ์ในเรื่องสัญญาจึงต้องนำมาพิจารณาในเรื่องสัญญาก่อนสมรสด้วย เวนแตก จะมีบทบัญญัติว่าไว้เป็นพิเศษเกี่ยวกับสัญญาก่อนสมรสนั้น

ในเรื่องสัญญาก่อนสมรส พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายมาตรา ๒๔, ๒๕ ไต่กล่าวถึงเรื่องความสามารถ สารสำคัญ และผลของสัญญาไว้ต่างหาก ดังนี้

ก. ความสามารถ มาตรา ๒๔ บัญญัติว่า "ในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ถ้าทำสัญญาก่อนสมรส ความสามารถที่จะทำสัญญาให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย"

มาตรา ๒๔ จึงมีข้อความทำนองเดียวกับมาตรา ๑๐ วรรคแรก ซึ่งวางหลักทั่วไปไว้ว่า "ความสามารถและควมไร้ความสามารถของบุคคลเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น" จึงมีปัญหาวาเหตุใดมาตรา ๒๔ จึงมาแยกบัญญัติไว้ต่างหากเป็นอย่างเดียวกันอีกด้วย

มีความเห็นว่า ที่มาตรา ๒๔ บัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพื่อให้ถือเอากฎหมายสัญชาติของคู่สัญญาในทุกกรณี ไม่ว่าสัญญานั้นจะทำในประเทศใดแม่แต่จะเป็นประเทศไทย ความสามารถจะต้องพิจารณาคตามกฎหมายสัญชาติของคู่กรณีแต่อย่างเดียว จะพิจารณาคตามกฎหมายของประเทศอื่นไม่ได้ แมว่าจะทำสัญญาในประเทศไทยและมีความสามารถที่จะทำสัญญานั้นได้ตามกฎหมายไทยก็ตาม หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ความสามารถในการทำสัญญาก่อนสมรสนั้น เป็นความสามารถพิเศษ

ข. สารสำคัญและผลของสัญญา มาตรา ๒๕ บัญญัติว่า "ถ้าคู่สัญญา มีสัญญาติเดียวกัน สิ่งซึ่งเป็นสารสำคัญและผลแห่งสัญญาก่อนสมรส ให้เป็นไปตาม กฎหมายสัญญาที่อื่นร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญญาติอื่นเดียวกัน สิ่งซึ่งเป็น สารสำคัญและผลแห่งสัญญาก่อนสมรส เช่นวานั้น ให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งคู่สัญญา เจตนา หรือพึงสันนิษฐานได้ว่ามีเจตนาที่จะยอมอยู่ใต้มังคัมแห่งกฎหมายนั้น ถ้าไม่มี เจตนา เช่นวานี้ ให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สมรสตั้งภูมิลำเนาครั้งแรก หลังจากการสมรส

อย่างไรก็ดี ในส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ให้เป็นไปตามกฎหมาย แห่งถิ่นที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่"

สิ่งซึ่งเป็นสารสำคัญของสัญญาก่อนสมรสก็คงเป็นไปตามที่เกี่ยวกับสัญญา ธรรมดา เช่นปัญหาว่า คู่สัญญามีเจตนาตรงกันหรือไม่ เจตนาในการทำสัญญาเสียไป เพราะเจตนาหลง ฉ้อฉล สำคัญผิด หรือขมขู่ หรือไม่ วัตถุประสงค์ของสัญญาก่อนสมรส ชัดอกกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือไม่ ส่วนผลของสัญญาก่อนสมรสก็เช่น ถ้า ฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญานั้น อีกฝ่ายหนึ่งจะจัดการได้แค่ไหนเพียงใดโดยบาง เหล่านี้เป็นต้น

สิ่งซึ่งเป็นสารสำคัญและผลของสัญญาก่อนสมรสตามมาตรา ๒๕ จึงสรุป ได้ดังนี้

๑) สังหาริมทรัพย์

- ก. ถ้าคู่สมรสมีสัญญาติเดียวกัน ได้แกกกฎหมายสัญญาติของคู่สมรสนั้น
- ข. ถ้าคู่สมรสมีสัญญาติต่างกัน ได้แกกกฎหมายของประเทศซึ่งคู่กรณี มีเจตนาที่จะยอมอยู่ใต้มังคัม เจตนาดังกล่าวอาจเป็นเจตนาโดยตรงหรือเจตนาโดย ปริยายซึ่งพึงสันนิษฐานเอา เป็นเช่นนั้นก็ได้
- ค. ถ้าคู่สมรสมีสัญญาติต่างกัน แต่คู่กรณีไม่มีเจตนาที่จะยอมอยู่ภายใต้ บังคับของกฎหมายประเทศใดแล้ว ได้แกกกฎหมายของประเทศที่คู่กรณีตั้งภูมิลำเนาอยู่ ครั้งแรก

พึงสังเกตว่า กรณีตามข้อ ค. นั้น กฎหมายถือภูมิลำเนาครั้งแรกของ
คู่สมรส มีใช้ถือภูมิลำเนาปัจจุบันหรือในขณะที่ยื่นฟ้องคดี

๒) อสังหาริมทรัพย์

สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญและผลของสัญญาก่อนสมรสในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ
อสังหาริมทรัพย์ ต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศซึ่งอสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ใน
ทุกกรณี

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น อาจเกิดปัญหาขึ้นได้ ๒ กรณี คือ

๑) ถ้าคู่สมรสเป็นคนต่างดาว และได้ทำสัญญาก่อนสมรสไว้ก่อนที่จะได้
สัญชาติไทย ต่อมาได้แปลงชาติเป็นสัญชาติไทยแล้ว ผลในทางกฎหมายไทยจะเป็น
อย่างไร

ปัญหานี้ก็ต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย ซึ่ง
มาตรา ๖ วรรค ๑ บัญญัติว่า "ถ้าจะต้องใช้กฎหมายสัญชาติบังคับ และ
บุคคลมีสัญชาติตั้งแต่สองสัญชาติขึ้นไปอันได้รับมาเป็นลำดับ ให้ใช้กฎหมายสัญชาติที่
บุคคลนั้นได้รับครั้งสุดท้ายบังคับ"

และมาตรา ๒๕ วรรค ๑ บัญญัติว่า "ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน
สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญและผลแห่งสัญญาก่อนสมรส ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติอัน
รวมกันแห่งคู่สัญญา ฯลฯ"

ดังนั้น เมื่อสามีภริยาได้แปลงชาติเป็นสัญชาติไทยแล้ว ก็ต้องนำกฎหมายไทย
มาใช้บังคับในสิ่งที่เป็นสาระสำคัญและผลของสัญญาก่อนสมรส โดยสัญญาก่อนสมรสที่ทำ
กันไว้ยอมทำนอกเหนือไปจากที่กฎหมายไทยอนุญาตให้ทำไม่ได้ และจะขัดต่อความสงบ
เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือให้ใช้กฎหมายประเทศอื่นบังคับในเรื่อง
ทรัพย์สิน ขอความนั้น ๆ ยอมตกเป็นโมฆะตามมาตรา ๑๕๕๘ วรรคสอง แต่สัญญา
ก่อนสมรสอาจไม่ตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ เพียงแต่ขอความนั้น ๆ เป็นโมฆะเท่านั้น
ตัวอย่าง สามีและภริยาเป็นคนจีน ได้ทำสัญญาก่อนสมรสตามกฎหมายของประเทศจีน
และมีขอความขอร้องให้ใช้กฎหมายของฮ่องกงบังคับในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา

ต่อมาสามีกิรียาได้มาอยู่ในประเทศไทยและได้แปลงชาติเป็นสัญชาติไทย ผลของสัญญา
ก่อนสมรสนั้นก็คง เป็นไปตามกฎหมายไทย และเมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์ มาตรา ๑๕๕๘ วรรค ๒ แล้ว เฉพาะข้อความที่ให้ใช้กฎหมายของกงบังคับ
ในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีกิรียานั้น เป็นโมฆะใช้ไม่ได้ แต่ไม่ทำให้สัญญาก่อนสมรส
เป็นโมฆะทั้งฉบับ

แต่ถ้าสัญญาก่อนสมรสฉบับดังกล่าวนี้มีพยานเพียงคนเดียวเท่านั้น ซึ่งสมบูรณ์
ตามกฎหมายของประเทศไทย แต่เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
มาตรา ๑๕๖๐ (๑) แล้ว เห็นว่าสัญญาก่อนสมรสยอมตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ ใช้บังคับ
ไม่ได้ตามกฎหมายไทย โดยขัดกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย
พ.ศ. ๒๔๘๑ มาตรา ๖ วรรค ๑, มาตรา ๒๕ และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
มาตรา ๑๕๖๐ (๑)

๒) ตามปัญหาตั้งกล่าวข้างต้น เมื่อได้สัญชาติไทยแล้ว ถ้าคู่สมรสต้องการ
จะทำสัญญาในเรื่องที่เกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีกิรียาขึ้นใหม่ กล่าวคือ จะทำสัญญา
ก่อนสมรสใหม่ได้หรือไม่ กรณีนี้เห็นว่าคู่สมรสจะทำสัญญาก่อนสมรสใหม่ไม่ได้ เพราะ
เรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีกิรียาในกรณีใดที่กฎหมายอนุญาตให้ทำสัญญาผิดแผกแตกต่าง
ไปจากกฎหมายได้ ตามกฎหมายไทยอนุญาตให้ทำได้เฉพาะในสัญญาก่อนสมรสเท่านั้น
แต่อย่างไรก็ตาม คู่สมรสอาจร้องขอศาลเพื่อให้เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาก่อนสมรส
ได้ ตามมาตรา ๑๕๕๘ วรรค ๒ ซึ่งอยู่ในดุลยพินิจของศาลที่จะให้เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิก
หรือไม่ นอกจากนี้คู่สมรสอาจทำสัญญาระหว่างสมรสได้ ส่วนจะทำได้แค่ไหนเป็นเรื่อง
เรื่องหนึ่ง