

การเข้าถึงข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศในทางแพ่งและพาณิชย์ Access to Information of Foreign Law in Civil and Commercial Matters

อานนท์ ศรีบุญโรจน์¹

Anron Sriboonroj

(Received: November 8, 2022, Revised: June 21, 2023, Accepted: June 23, 2023)

บทคัดย่อ

การเข้าถึงข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศในทางแพ่งและพาณิชย์เป็นเรื่องที่มีความสำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งภายใต้สถานการณ์ปัจจุบันที่นิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนมีแนวโน้มที่จะต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับกฎหมายของหลายประเทศ ทำให้การปรับใช้กฎหมายไม่ได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งแต่เพียงประเทศเดียวอีกต่อไป โดยการเข้าถึงกฎหมายของต่างประเทศไม่เพียงแต่จะเป็นส่วนประกอบที่สำคัญประการหนึ่งของการเข้าถึงความยุติธรรมเท่านั้น หากแต่ยังช่วยให้ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายของผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่เมืองค้ประกอบต่างประเทศ นอกจากนี้การเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศยังเป็นประโยชน์ต่อนักศึกษาและนักวิชาการที่ต้องการใช้ข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศอีกด้วย ในขณะที่เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของการเข้าถึงกฎหมายของต่างประเทศนั้นอาจแบ่งได้เป็นสองลักษณะ กล่าวคือ การเข้าถึงกฎหมายของต่างประเทศในลักษณะที่เป็นทางการซึ่งอยู่บนพื้นฐานของกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย และการเข้าถึงกฎหมายของต่างประเทศในลักษณะที่ไม่เป็นทางการผ่านความร่วมมือที่ไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย อย่างไรก็ตามการเข้าถึงกฎหมายของต่างประเทศในแต่ละลักษณะต่างก็มีปัญหาและข้อจำกัด ดังนั้นที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลจึงได้พยายามพัฒนาความร่วมมือที่เกี่ยวกับการเข้าถึงกฎหมายของต่างประเทศแต่จนกระทั่งถึงปัจจุบันก็ยังไม่ประสบความสำเร็จอย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งเมื่อพิจารณาประเด็นการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศในทางแพ่งและพาณิชย์ภายใต้ระบบกฎหมายไทย ยังไม่ปรากฏว่าได้มีการบัญญัติกฎเกณฑ์การร้องขอข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะ คงมีเพียงบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่อาจพอจะนำมาปรับใช้เพื่อเป็นฐานทางกฎหมายสำหรับการร้องขอข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศได้

คำสำคัญ: การเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศ, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, ที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹ ผู้ช่วยศาสตราจารย์, อาจารย์ประจำ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ, เลขที่ 140 หมู่ที่ 4 ตำบลเขารูปช้าง อำเภอมือง จังหวัดสงขลา 90000, themis.lawtu@gmail.com

Assistant Professor, Lecturer, Faculty of Law, Thaksin University, 140, Moo 4, Tambon Khoa-Roob-Chang, Muang Songkhla 90000, themis.lawtu@gmail.com

Abstract

Access to foreign legal information in civil and commercial matters is a significant issue, particularly, the current circumstances that legal relations between private sector tend to relevant with foreign law. As a result, the applicable law is not limited only in domestic law of one country. Access to foreign law is not only a significant component of access to justice, but it also utilizes saving cost and time for litigants in civil and commercial matters that relate to foreign elements. Additionally, access to foreign law supports for the educational purposes for law students and legal researchers who require the foreign legal information accurately. To consider the characteristics of access to foreign law, it is classified into two categories, these are formal access to foreign law which based on a legal binding mechanism and informal access to foreign law through non-legal binding cooperation. However, there are some problems and obstacles of the access to foreign law in each category. Therefore, The Hague Conference on Private International Law (HCCH) endeavored to develop the international cooperation on access to foreign law but it has not achieved any concrete success in nowadays. The consideration on access to foreign law in civil and commercial matters under Thai legal system, there is not specific provisions enacted regarding the request for information of foreign law. There may only be general provision in civil procedure code that could potentially be applied as a legal basis for requiring the information of foreign law.

Keywords: access to foreign law, private international law, The Hague Conference on Private International Law, civil and commercial law

“Since judicial and administrative authorities are increasingly being exposed to foreign law, the need for improved and reliable access to foreign law sources and experts is currently being felt even more strongly.”

by Shaheez LALANI

1. ความเบื้องต้น

การเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศ (access to foreign law) เป็นประเด็นหนึ่งในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่ได้รับความสนใจจากทั้งแวดวงวิชาการและในส่วนของภาคปฏิบัติ ความสำคัญของประเด็นดังกล่าวได้สะท้อนผ่านการดำเนินงานของที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (The Hague Conference on Private International Law: HCCH) ซึ่งเป็นองค์การระหว่าง

ประเทศในระดับสากลที่มีบทบาทต่อการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในด้านต่าง ๆ โดยได้มีการริเริ่มโครงการศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการจัดทำตราสารฉบับใหม่เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อกฎหมายต่างประเทศ² อาจกล่าวได้ว่าการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศเป็นเรื่องที่ทวีความสำคัญมากยิ่งขึ้นโดยเฉพาะเมื่อคำนึงว่าข้อพิพาทในทางแพ่งและพาณิชย์ที่มีความเกี่ยวข้องกับต่างประเทศ (หรือที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ) นั้นมีแนวโน้มเพิ่มจำนวนขึ้นอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการขยายตัวของนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ (foreign element) กล่าวคือ มีข้อเท็จจริงที่ทำให้นิติสัมพันธ์ในทางแพ่งหรือพาณิชย์ของเอกชนต้องเกี่ยวข้องกับกฎหมายของต่างประเทศไม่ว่าในทางใดทางหนึ่ง³ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่อาจปฏิเสธได้ว่ากฎหมายภายในของแต่ละประเทศมีเนื้อหาตลอดจนการใช้และการตีความที่แตกต่างกัน

นอกจากการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศจะมีความสำคัญต่อผู้ประกอบการวิชาชีพทางกฎหมายอย่างทนายความหรือผู้พิพากษาที่จำเป็นต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทซึ่งมีองค์ประกอบต่างประเทศแล้วประเด็นดังกล่าวยังมีความสำคัญต่อนักศึกษากฎหมายและนักวิจัยทางนิติศาสตร์ที่ต้องการเข้าถึงข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศในอีกทางหนึ่งด้วย

อย่างไรก็ดีแม้ว่าในปัจจุบันการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศจะสามารถทำได้อย่างสะดวกและรวดเร็วมากยิ่งขึ้นโดยผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตก็ตาม หากแต่วิธีการดังกล่าวก็ปราศจากระบบการพิสูจน์ถึงความน่าเชื่อถือและความถูกต้องแท้จริงของกฎหมายต่างประเทศเช่นว่านั้น⁴ จริงอยู่ที่ว่าจะมีฐานข้อมูลทางกฎหมาย (legal database) อยู่จำนวนมากที่ผู้ใช้สามารถเข้าถึงข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศที่มีความน่าเชื่อถือได้แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธได้เช่นเดียวกันว่าการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศด้วยวิธีดังกล่าวสำหรับผู้ทั่วไปแล้วต้องเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก ซึ่งจากรายงานของคณะกรรมการพัฒนาวิชาชีพและความสามารถ (Professional Development and Competence Committee) ของประเทศแคนาดาได้ประมาณการว่าค่าใช้จ่ายในการเข้าถึงข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศในระหว่างปี ค.ศ. 1995 ถึงปี ค.ศ. 1998 มีอัตราเพิ่มขึ้นกว่า 23%⁵

ดังนั้น เพื่อเป็นการตอบสนองต่อปัญหาในการเข้าถึงกฎหมายของต่างประเทศ จึงได้ปรากฏความพยายามในการประสานความร่วมมือเพื่อพัฒนากลไกการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศ⁶ ทั้งที่อยู่ในรูปของความ

² Permanent Bureau, *Accessing the Content of Foreign Law and the Need for the Development of a Global Instrument in This Area – A Possible Way Ahead*, (2009), Retrieved Feb. 8, 2022, from <https://assets.hcch.net/docs/ec2804c3-f55c-427d-9761-e0fa4eac41a7.pdf>

³ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล*, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2561), น. 102-103.

⁴ Claire M. Germain, *Legal Information Management in a Global and Digital Age: Revolution and Tradition*, *International Journal of Legal Information*, 32 (1) (2007), p. 148; Yoko Nishitani, *Treatment of Foreign Law: Dynamics Towards Convergence? – General Report*, In Yoko Nishitani (Ed.), *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?*, (Cham: Springer International Publishing, 2017), p. 47.

⁵ Daniel Poulin, *Free Access to Law in Canada*, *Legal Information Management*, 12 (3) (2012), p. 165.

⁶ Shaheez Lalani, *A Proposed Model to Facilitate Access to Foreign Law*, *Yearbook of Private International Law*, 13 (2011), pp. 299-300.

ร่วมมือที่มีลักษณะเป็นทางการผ่านกลไกความตกลงระหว่างประเทศซึ่งมีสภาพบังคับในทางกฎหมาย (legally binding) และที่อยู่ในรูปของความร่วมมือที่มีลักษณะไม่เป็นทางการผ่านกลไกที่ไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย (non-legally binding)

โดยในบทความนี้จะได้พิจารณาถึงประเด็นต่าง ๆ ในเรื่องการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศในทางแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งประกอบด้วย เหตุผลและความจำเป็นในการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศ ลักษณะของการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศ ที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลกับปัญหาการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศ กฎหมายไทยกับปัญหาการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศ ก่อนที่จะนำไปสู่บทสรุป ดังที่จะได้พิจารณาเป็นลำดับ ๆ ต่อไปนี้

2. เหตุผลและความจำเป็นในการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ประเด็นในเรื่องการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศมิได้มีความสำคัญแต่เฉพาะผู้ประกอบการวิชาชีพทางด้านกฎหมายเท่านั้น แต่ยังรวมถึงนักศึกษากฎหมายและนักวิจัยทางนิติศาสตร์ที่ต้องการเข้าถึงเนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศอีกด้วย ตามนัยนี้จึงอาจกล่าวได้ว่ามีเหตุผลและความจำเป็นในการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศอยู่หลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่พัวพันกับกฎหมายของหลายประเทศ

ประการแรก เพื่อส่งเสริมการเข้าถึงความยุติธรรม (access to justice)⁷ ซึ่งไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศนั้นเป็นส่วนประกอบที่สำคัญประการหนึ่งของการเข้าถึงความยุติธรรม⁸ ดังที่ปรากฏในปฏิญญามอนทรีออลว่าด้วยการเข้าถึงกฎหมายโดยปราศจากค่าใช้จ่าย ค.ศ. 2002 (The Montreal Declaration on Free Access to Law 2002) ว่า

“ข้อมูลทางกฎหมายจากประเทศทั้งหลายและสถาบันระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ การทำให้ข้อมูลดังกล่าวเข้าถึงได้มากที่สุดย่อมเป็นการสนับสนุนความยุติธรรมและหลักนิติรัฐ”⁹

ตามนัยนี้ การจัดอุปสรรคทั้งหลายซึ่งเป็นข้อจำกัดการเข้าถึงกฎหมายของต่างประเทศจึงนับว่าจำเป็นต่อการอำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณี

ในแง่ของข้อพิพาทที่มีองค์ประกอบต่างประเทศซึ่งต้องพัวพันกับกฎหมายของหลายประเทศนั้น การใช้กฎหมายต่างประเทศเป็นเรื่องที่มีความยุ่งยากและสลับซับซ้อนขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศ โดยในบางประเทศภายใต้ระบบกฎหมายภายในกฎหมายของต่างประเทศมี

⁷ Daniel Poulin, Op. cit., p. 168.

⁸ Nerina Boschiero and Benetta Ubertazzi, Italy: Proof and Information about Foreign Law in Italy, In Yoko Nishitani (Ed.), *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?*, (Cham: Springer International Publishing, 2017), p. 286.

⁹ The Montreal Declaration on Free Access to Law 2002, stated that: Public legal information from all countries and international institutions is part of the common heritage humanity. Maximising access to this information promotes justice and the rule of law.

สถานะเป็นข้อเท็จจริง (matter of fact) ซึ่งคู่ความจะต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศให้เป็นที่น่าพอใจแก่ศาลหรือที่นักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเรียกว่า “ระบบทางเลือก” (alternative system) ในขณะที่มีประเทศอีกจำนวนไม่น้อยที่ได้ให้การยอมรับว่ากฎหมายของต่างประเทศมีสถานะเป็นข้อกฎหมาย (matter of law) ที่ศาลภายในมีหน้าที่ต้องปรับใช้กฎหมายต่างประเทศเช่นว่านั้น “ex officio” ซึ่งนักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเรียกว่า “ระบบบังคับ” (mandatory system) โดยนอกจากทั้งสองระบบดังกล่าวแล้ว “ระบบผสม” (mixed system) ก็เป็นอีกวิธีหนึ่งที่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของบางประเทศให้การยอมรับ ภายใต้วิธีนี้แม้กฎหมายต่างประเทศจะมีฐานะเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความจะต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์แต่ก็มีได้ห้ามให้ศาลริเริ่มในการค้นหากฎหมายต่างประเทศเพื่อนำมาใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ได้เอง¹⁰ ซึ่งไม่ว่าการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลภายในจะอาศัยระบบใดก็ตาม การอำนวยความสะดวกให้สามารถเข้าถึงเนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศในทางแพ่งและพาณิชย์ย่อมจะก่อให้เกิดความเป็นธรรมในการต่อสู้คดีแก่คู่ความทุกฝ่าย

ประการที่สอง ในแง่ของการประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายนับเป็นเหตุผลอีกประการหนึ่งที่ทำให้การอำนวยความสะดวกในการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศนั้นมีความจำเป็น เนื่องจากไม่อาจปฏิเสธได้ว่าภาระค่าใช้จ่ายที่สูงและความล่าช้าในการเข้าถึงกฎหมายของต่างประเทศเป็นอุปสรรคประการสำคัญต่อการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศ ดังที่จะเห็นได้จากผลการวิจัยของสถาบันกฎหมายเปรียบเทียบแห่งสวิตเซอร์แลนด์ (Swiss Institute of Comparative Law) ที่ได้ศึกษาการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลภายในของประเทศต่าง ๆ ในกลุ่มสหภาพยุโรปพบว่า บ่อยครั้งที่ผู้ประกอบการวิชาชีพด้านกฎหมายของสหภาพยุโรปต้องประสบกับความล้มเหลวในการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศ เพราะการเข้าถึงข้อมูลของกฎหมายนั้นมีความยุ่งยาก ใช้เวลานาน และต้องเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก¹¹ ทั้งนี้ค่าใช้จ่ายจำนวนมากต้องเสียไปกับการใช้ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายต่างประเทศและการบอกรับฐานข้อมูลทางกฎหมาย ในขณะเดียวกันกับการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศผ่านช่องทางความร่วมมือระหว่างประเทศที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้นเป็นวิธีการที่มีความล่าช้า เนื่องจากโดยลักษณะของกลไกที่ต้องเกี่ยวข้องกับหน่วยงานภาครัฐซึ่งต้องดำเนินการตามแบบพิธี อีกทั้งข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศที่ได้มาด้วยวิธีนี้ยังได้รับการวิจารณ์ว่ามีลักษณะเป็นนามธรรมซึ่งไม่เพียงพอที่ศาลจะนำไปใช้ปรับแก้คดีได้¹²

ดังนั้น เพื่อเป็นการประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายอันเป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงกฎหมายของต่างประเทศ จึงจำเป็นที่จะต้องพัฒนากลไกการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศในฐานะที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานทางกฎหมาย (legal infrastructure) ให้มีความสะดวกและรวดเร็ว ตลอดจนคุณภาพของข้อมูลทางกฎหมายต่างประเทศที่

¹⁰ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, เรื่องเดิม, น. 207-208.

¹¹ Swiss Institute of Comparative Law, *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and Its Perspectives for the Future: Synthesis Report with Recommendations*, (Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2011), p. 7.

¹² Yoko Nishitani, Proof of and Information About Foreign Law, In Martin Schauer and Bea Verschraegen (Eds.), *General Report of the XIXth Congress of the International Academy of Comparative Law*, (Netherlands: Springer, 2017), p. 176.

ได้มาให้ความชัดเจนพอที่ศาลจะนำไปใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีได้อย่างแท้จริง เพื่อสนับสนุนกระบวนการระงับข้อพิพาทในทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบต่างประเทศให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ประการสุดท้าย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่านอกจากการเข้าถึงกฎหมายของต่างประเทศจะมีความจำเป็นต่อผู้ประกอบการวิชาชีพทางด้านกฎหมายอย่างผู้พิพากษาหรือทนายความที่ต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่มีองค์ประกอบต่างประเทศแล้ว การเข้าถึงกฎหมายของต่างประเทศยังมีความจำเป็นต่อนักศึกษากฎหมายและนักวิจัยทางนิติศาสตร์ซึ่งต้องการข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศที่มีความน่าเชื่อถือด้วย เพราะต้องไม่ลืมว่าข้อมูลทางกฎหมายของต่างประเทศนั้นมิได้หมายถึงแต่เฉพาะบทบัญญัติของกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่ยังรวมถึงคำพิพากษาของศาล (โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์) รวมทั้งรายงานการประชุมที่เกี่ยวข้องกับการร่างกฎหมาย¹³ ซึ่งการเข้าถึงเอกสารทางกฎหมาย (legal materials) ต่าง ๆ เหล่านี้ควรสามารถเข้าถึงได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย เนื่องจากในการทำงานวิจัยหรืองานวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ จำเป็นที่จะต้องอาศัยข้อมูลทางกฎหมายที่มีความทันสมัย มีความถูกต้องแท้จริง และมีความน่าเชื่อถือ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันที่นักวิจัยมีแนวโน้มที่จะใช้การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบเป็นวิธีการในการศึกษาวิจัย¹⁴ เมื่อพิจารณาในแง่นี้ กฎหมายของต่างประเทศในฐานะวัตถุแห่งการศึกษาวิจัยจึงจำเป็นต้องอยู่ในรูปแบบที่สามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์ได้จากประชาชนทุกคนทั้งที่อยู่ภายในประเทศและต่างประเทศ¹⁵

ด้วยเหตุผลและความจำเป็นต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นได้แสดงให้เห็นถึงความสำคัญของการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศ อันเป็นผลพวงมาจากกระแสโลกาภิวัตน์ และการเคลื่อนย้ายอย่างเสรีของประชากร สินค้า บริการ ตลอดจนปัจจัยการผลิตต่าง ๆ ทำให้การใช้กฎหมายต่างประเทศมีการขยายตัวเพิ่มมากขึ้นทั้งในภาควิชาการและการระงับข้อพิพาทที่เป็นภาคปฏิบัติ

3. ลักษณะการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศนั้น อาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือ การเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศในลักษณะที่เป็นทางการ และการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศในลักษณะที่ไม่เป็นทางการ

¹³ Omari Issa Ndamungu, The Montreal Declaration on Free Access to Law (MDFAL) of 2002: A Weak Reed for Global Realization of the Right to Access Legal Information, *Journal of Law, Policy and Globalization*, 105 (2021), p. 68; Permanent Bureau, *Accessing the Content of Foreign Law Report of the Meeting of Experts on Global Co-operation on the Provision of Online Legal Information on National Laws (The Hague, 19-21 October 2008)*, (2009), Retrieved Feb. 8, 2022, from <https://assets.hcch.net/docs/d9c58909-e39e-45b1-aa82-a9b13a00ad19.pdf>

¹⁴ Divita Pagey, Comparative Legal Research in Copyright in the Digital Age: Nature, Significance and Methodological Steps. *ILI Law Review*, (Winter Issue, 2020), p. 94.

¹⁵ Universal Declaration of Human Rights 1948, Article 19 stated that: Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.

3.1 การเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศในลักษณะที่เป็นทางการ

การเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศในลักษณะที่เป็นทางการนั้นเป็นวิธีการที่วางอยู่บนพื้นฐานของกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศที่มีสภาพบังคับในทางกฎหมายทั้งที่อยู่ในรูปของความตกลงทวิภาคีและพหุภาคี¹⁶ โดยในการรวมกลุ่มของรัฐในภูมิภาคต่าง ๆ ทั่วโลกต่างได้สถาปนาความร่วมมือทางศาล (judicial cooperation) ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงกฎหมายของประเทศสมาชิก ดังที่จะเห็นได้จากในบริบทของสภายุโรป (Council of Europe: CoE)¹⁷ องค์การรัฐอเมริกัน (The Organization of American States: OAS)¹⁸ เป็นต้น¹⁹ แต่อย่างไรก็ดีภายใต้กรอบความร่วมมือที่ได้มีการจัดทำขึ้นก็ยังมีปัญหาและอุปสรรคอันเป็นข้อจำกัดที่ทำให้กลไกการเข้าถึงกฎหมายของต่างประเทศผ่านความร่วมมือในลักษณะที่เป็นทางการไม่ประสบความสำเร็จมากนักในทางปฏิบัติ²⁰

3.1.1 สภายุโรป

สำหรับการประสานความร่วมมือทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศในทางแพ่งและพาณิชย์ของสภายุโรปนั้น ได้มีการจัดทำอนุสัญญายุโรปว่าด้วยข้อมูลกฎหมายต่างประเทศ ค.ศ. 1968 (European Convention on Information on Foreign Law 1968) หรือที่รู้จักกันในชื่อ “อนุสัญญากรุงลอนดอน”²¹ ภายใต้กรอบความร่วมมือฉบับนี้ได้กำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีแต่งตั้งหน่วยประสานงานระดับชาติ (national liaison body) เพื่อทำหน้าที่ในการรับและให้ข้อมูลทางกฎหมายตามที่รัฐภาคีอื่นแห่งอนุสัญญาร้องขอ “receiving agency”²² และหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการรับคำร้องขอจากศาลของประเทศตนเองและส่งคำร้องขอเช่นนั้นต่อไปยังหน่วยงานที่มีหน้าที่รับคำร้องขอของรัฐภาคีอื่น “transmitting agency”²³ ทั้งนี้รัฐภาคีอาจกำหนดให้หน่วยงานที่มีหน้าที่ในการรับคำร้องขอจากรัฐภาคีอื่นเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการส่งต่อด้วยก็ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งหน่วยรับคำร้องขอและหน่วยส่งต่อคำร้องขออาจเป็นหน่วยงานเดียวกันหรือไม่ก็ได้ขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละรัฐภาคี เช่น ประเทศอิตาลี และสวิตเซอร์แลนด์ได้กำหนดให้กระทรวงยุติธรรมเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ทั้งรับและส่งต่อคำร้องขอ ในขณะที่ประเทศเบลเยียม

¹⁶ Carlos Esplugues, General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-judicial Authorities in Europe, In Carlos Esplugues, José Luis Iglesias, & Guillermo Palao (Eds.), *Application of Foreign Law*, (Munich: Sellier. European Law Publishers, 2011), p. 56.

¹⁷ European Convention on Information on Foreign Law 1968 (London Convention); Additional Protocol to the European Convention on Information on Foreign Law 1978.

¹⁸ Inter-American Convention on Proof of and Information of Foreign Law 1979 (Montevideo Convention).

¹⁹ อานนท์ ศรีบุญโรจน์, ความร่วมมือทางศาลว่าด้วยการแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านกฎหมายต่างประเทศในทางแพ่งและพาณิชย์, *วารสารกฎหมาย*, 35 (2) (2560), น. 34-35.

²⁰ Yoko Nishitani, Op. cit., pp. 49-50.

²¹ ต่อมาได้มีการขยายขอบเขตความร่วมมือให้ครอบคลุมถึงในเรื่องที่เกี่ยวกับคดีอาญา โดยได้มีการจัดทำพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญายุโรปว่าด้วยข้อมูลกฎหมายต่างประเทศ ค.ศ. 1978.

²² European Convention on Information on Foreign Law 1968, Article 2 (1)

²³ European Convention on Information on Foreign Law 1968, Article 2 (2)

ได้กำหนดให้กระทรวงยุติธรรมเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการรับคำร้องขอและกำหนดให้กระทรวงการต่างประเทศเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการส่งต่อคำร้องขอ ดังนี้ เป็นต้น²⁴

ในการร้องขอข้อมูลทางกฎหมายนั้นอนุสัญญากรุงลอนดอน ค.ศ. 1968 ได้กำหนดให้เฉพาะศาลหรือองค์กรตุลาการเป็นผู้ที่มีอำนาจในการยื่นคำร้องขอ²⁵ อย่างไรก็ตามกฎหมายภายใน (municipal law) อนุญาต อนุญาตตุลาการอาจร้องขอข้อมูลทางกฎหมายของต่างประเทศผ่านองค์กรตุลาการได้²⁶ โดยคำร้องขอจะต้องระบุรายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะของข้อพิพาท รวมทั้งต้องระบุประเด็นปัญหาเกี่ยวกับข้อมูลทางกฎหมายของประเทศที่ได้รับการร้องขอให้ชัดเจนมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้และในกรณีที่กฎหมายของประเทศที่ได้รับการร้องขอมีกฎหมายมากกว่าหนึ่งระบบในคำร้องขอต้องระบุว่าต้องการที่จะขอข้อมูลของระบบกฎหมายใด²⁷

หลังจากได้รับคำร้องขอ รัฐภาคีต้องดำเนินการตอบคำร้องหรือให้ข้อมูลทางกฎหมายซึ่งในการตอบหรือให้ข้อมูลทางกฎหมายดังกล่าวนี้จะต้องประกอบด้วยกฎหมายและคำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งข้อมูลที่จำเป็นอื่น ๆ อาทิ รายงานการเตรียมร่างกฎหมาย (travaux préparatoires) คำอธิบายกฎหมาย เป็นต้น²⁸ ในแง่นี้จะเห็นได้ว่าโดยความมุ่งหมายของบทบัญญัติดังกล่าว รัฐภาคีที่ได้รับคำร้องขอต้องให้ข้อมูลทางกฎหมายซึ่งศาลของรัฐที่ร้องขอสามารถนำไปใช้ในการพิพากษาคดีได้²⁹ นอกจากนี้อนุสัญญายังได้กำหนดต่อไปด้วยว่าในการตอบคำร้องนั้นรัฐภาคีที่ได้รับคำร้องขอจะต้องดำเนินการตอบให้เร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้³⁰ อย่างไรก็ตามข้อมูลทางกฎหมายของต่างประเทศที่ได้รับจากการร้องขอภายใต้กลไกของอนุสัญญานี้ไม่ผูกพันศาลของประเทศที่ได้มีการร้องขอ³¹ โดยผลของกฎหมายต่างประเทศจะขึ้นอยู่กับวิธีการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศตามกฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของศาลภายใน³²

จริงอยู่ที่อนุสัญญาโรปว่าด้วยข้อมูลกฎหมายต่างประเทศ ค.ศ. 1968 จะได้พยายามสร้างระบบความช่วยเหลือซึ่งกันและกันระหว่างรัฐภาคีเพื่ออำนวยความสะดวกในการได้มาซึ่งข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศ³³ แต่อย่างไรก็ดีในทางปฏิบัติดูเหมือนว่าอนุสัญญานี้จะไม่สามารถประสบความสำเร็จมากนัก³⁴ เนื่องจากผู้ที่

²⁴ Yoko Nishitani, Op. cit., p. 48.

²⁵ European Convention on Information on Foreign Law 1968, Article 3 (1)

²⁶ Explanatory Report on the European Convention on Information on Foreign Law 1968, para. 20

²⁷ European Convention on Information on Foreign Law 1968, Article 4 (1)

²⁸ European Convention on Information on Foreign Law 1968, Article 7

²⁹ Explanatory Report on the European Convention on Information on Foreign Law 1968, para. 30

³⁰ European Convention on Information on Foreign Law 1968, Article 12

³¹ European Convention on Information on Foreign Law 1968, Article 8

³² Barry J. Rodger and Juliette Van Doorn, Proof of Foreign Law: The Impact of the London Convention, International and Comparative Law Quarterly, 46 (1) (1997), p. 157.

³³ Preamble of European Convention on Information on Foreign Law 1968, stated that: The creation of a system of international mutual assistance in order to facilitate the task of judicial authorities in obtaining information on foreign law.

³⁴ Yoko Nishitani, Op. cit., p. 49.

เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมไม่รับรู้ถึงอนุสัญญาฉบับดังกล่าว³⁵ ประกอบกับการขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กลไกของอนุสัญญา ดังที่จะเห็นได้จากอนุสัญญาไม่ได้กำหนดกรอบระยะเวลาที่ชัดเจนในการตอบคำร้องขอและการที่อนุสัญญาได้เรียกร้องให้คำร้องขอต้องมีการแปลเป็นภาษาของประเทศที่จะได้มีการร้องขอนั้นอาจเป็นเหตุให้เกิดความล่าช้าและภาระค่าใช้จ่ายยิ่งไปกว่านั้นการที่อนุสัญญาได้จำกัดการร้องขอข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศไว้แต่เฉพาะศาลโดยไม่รวมถึงคู่ความหรือผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ ย่อมทำให้การใช้กลไกตามอนุสัญญาเป็นไปอย่างจำกัด เนื่องจากต้องไม่ลืมว่าการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศของศาลภายในของแต่ละประเทศนั้นยังคงมีความแตกต่างกัน โดยเฉพาะหากเป็นประเทศที่ใช้ระบบทางเลือก ซึ่งกฎหมายต่างประเทศมีสถานะเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความจะต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์จนเป็นที่พอใจแก่ศาล ดังนั้นการที่อนุสัญญาไม่เปิดโอกาสให้คู่ความสามารถร้องขอข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศได้เองและหากศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีเพิกเฉยไม่ใช้กลไกของอนุสัญญาย่อมเป็นการลดทอนประสิทธิภาพในการบังคับใช้กลไกตามอนุสัญญาในอีกทางหนึ่งด้วย

3.1.2 องค์การรัฐอเมริกัน

สำหรับความร่วมมือทางศาลที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศที่ได้จัดทำขึ้นภายใต้กรอบการดำเนินงานขององค์การรัฐอเมริกันนั้น ได้มีการจัดทำอนุสัญญารุงมอนเตวิเดโอว่าด้วยการพิสูจน์และข้อมูลทางกฎหมายของต่างประเทศ ค.ศ. 1979 (Inter-American Convention on Proof of and Information on Foreign Law 1979) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับการรับรองความถูกต้องแท้จริงและการได้มาซึ่งข้อมูลของกฎหมายในระหว่างรัฐภาคี³⁶ ในทำนองเดียวกันกับอนุสัญญารุงลอนดอนอนุสัญญามอนเตวิเดโอได้กำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีแต่งตั้งหน่วยประสานงานในระดับรัฐ (central authority)³⁷ เพื่อทำหน้าที่ในการรับและส่งต่อคำร้องไปยังหน่วยประสานงานของรัฐที่จะได้มีการร้องขอ ตลอดจนทำหน้าที่ในการตอบคำร้องขอข้อมูลทางกฎหมายจากรัฐภาคีอื่น ทั้งนี้หน่วยประสานงานระดับชาติดังกล่าวอาจเป็นผู้ตอบคำร้องขอเองหรือส่งต่อคำร้องขอไปยังหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องให้เป็นผู้ตอบหรือให้ข้อมูลทางกฎหมายก็ได้³⁸ ซึ่งการแต่งตั้งหน่วยประสานงานในระดับรัฐนั้นมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ อาทิ ประเทศเม็กซิโกได้กำหนดให้กระทรวงการต่างประเทศเป็นหน่วยประสานงานในระดับรัฐ ในขณะที่หน่วยประสานงานในระดับรัฐของประเทศบราซิลได้แก่กระทรวงยุติธรรม ส่วนประเทศเปรูได้กำหนดให้ศาลฎีกาทำหน้าที่เป็นหน่วยประสานงานในระดับรัฐ ดังนี้ เป็นต้น³⁹

³⁵ Meeting Report Access to Foreign Law in Civil and Commercial Matters. (2012). Retrieved Feb. 8, 2022, from <https://assets.hcch.net/docs/33f3ac6c-5c6d-4440-9df4-bf195ecf383d.pdf>

³⁶ Inter-American Convention on Proof of and Information of Foreign Law 1979, Article 1; Tatiana de Maekelt, General Rules of Private International Law in Americas: New Approach, In *Collected Course of the Hague Academy of International Law*, Volume 177, (1982), p. 234.

³⁷ Inter-American Convention on Proof of and Information of Foreign Law 1979, Article 9

³⁸ Inter-American Convention on Proof of and Information of Foreign Law 1979, Article 6 para. 1.

³⁹ Yoko Nishitani, Op. cit., p. 48.

การร้องขอข้อมูลทางกฎหมายของต่างประเทศ อนุสัญญากรุงมอนเตวิเดโอได้กำหนดให้เฉพาะศาลหรือองค์กรตุลาการเท่านั้นที่จะมีอำนาจในการร้องขอข้อมูลทางกฎหมายของรัฐภาคีอื่น เว้นแต่รัฐจะได้ขยายขอบเขตการบังคับใช้ให้หน่วยงานอื่นสามารถร้องขอข้อมูลทางกฎหมายของต่างประเทศได้⁴⁰ และเพื่อให้รัฐที่ได้รับคำร้องขอสามารถตอบคำร้องขอหรือให้ข้อมูลทางกฎหมายได้อย่างชัดเจนมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ อนุสัญญาจึงได้กำหนดให้ในคำร้องขอเช่นนั้นจะต้องระบุชื่อหน่วยงานที่ได้มีการร้องขอและลักษณะแห่งคดีตลอดจนประเด็นที่จะได้มีการร้องขอข้อมูลทางกฎหมายพร้อมกับข้อเท็จจริงที่ทำให้เข้าใจประเด็นที่ได้มีการร้องขอข้อมูลทางกฎหมาย⁴¹ โดยในการตอบคำร้องขอนั้น อนุสัญญาได้กำหนดให้รัฐภาคีที่ได้รับคำร้องขอจะต้องตอบทุกประเด็นที่ได้มีการร้องขอและให้ครบถ้วนสมบูรณ์ที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้⁴² ทั้งนี้คำร้องขอข้อมูลทางกฎหมายและการตอบคำร้องขอดังกล่าวต้องทำเป็นภาษาราชการของประเทศที่รับคำร้องขอ⁴³

ซึ่งหากพิจารณาหลักการได้มาซึ่งข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศภายใต้อนุสัญญากรุงมอนเตวิเดโอ ค.ศ. 1979 ดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับอนุสัญญากรุงลอนดอน ค.ศ. 1968 และในทำนองเดียวกันการที่อนุสัญญากรุงมอนเตวิเดโอไม่ได้กำหนดกรอบระยะเวลาในการตอบคำร้องขอไว้อย่างชัดเจนจึงอาจนำไปสู่ความล่าช้าในการให้ข้อมูลทางกฎหมายของรัฐที่ได้รับคำร้องขอ นอกจากนี้โดยที่อนุสัญญากรุงมอนเตวิเดโอได้กำหนดให้คำร้องขอและการให้ข้อมูลทางกฎหมายต้องทำเป็นภาษาราชการของรัฐที่ได้รับคำร้องขอย่อมนำมาซึ่งภาระค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นของคู่ความ อีกทั้งอนุสัญญากรุงมอนเตวิเดโอได้กำหนดให้แต่เฉพาะศาลเท่านั้นที่สามารถร้องขอข้อมูลทางกฎหมายของต่างประเทศได้โดยไม่รวมถึงคู่ความหรืออนุญาโตตุลาการ ย่อมทำให้ขอบเขตการบังคับใช้ของอนุสัญญาเป็นไปอย่างจำกัด และการที่อนุสัญญากรุงมอนเตวิเดโอไม่เป็นที่รู้จักจากศาลและผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมมากนักส่งผลให้การปรับใช้อนุสัญญาดังกล่าวมีไม่มากตามไปด้วยในทางปฏิบัติ⁴⁴

3.2 การเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศในลักษณะที่ไม่เป็นทางการ

สำหรับการเข้าถึงกฎหมายของต่างประเทศในลักษณะที่ไม่เป็นทางการนั้นเป็นรูปแบบที่ไม่ยึดโยงอยู่กับระบบราชการที่มีความยุ่งยากและกระบวนการที่ซับซ้อน จึงทำให้การเข้าถึงกฎหมายของต่างประเทศด้วยวิธีนี้มีความยืดหยุ่นและสามารถทำได้อย่างรวดเร็วกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับ การเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศในลักษณะที่เป็นทางการ ซึ่งไม่อาจปฏิเสธได้ว่าด้วยผลของความเจริญก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีการสื่อสารและระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้มีอิทธิพลอย่างมีนัยสำคัญต่อรูปแบบของการเข้าถึงข้อมูลกฎหมายต่างประเทศในปัจจุบัน จึงไม่น่าแปลกใจที่ประเทศต่าง ๆ ได้พยายามสร้างระบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ภาครัฐ (E-Government) เพื่อเผยแพร่ข้อมูลทางกฎหมายของตนให้เป็นที่รับรู้อย่างกว้างขวางอันเป็นผลมาจากการขยายตัวของแนวคิดที่กำหนดให้รัฐต้องมีหน้าที่ทำให้กฎหมายของตนสามารถเข้าถึงได้โดยสาธารณะอย่างเสรี

⁴⁰ Inter-American Convention on Proof of and Information of Foreign Law 1979, Article 4

⁴¹ Inter-American Convention on Proof of and Information of Foreign Law 1979, Article 5 para. 1

⁴² Inter-American Convention on Proof of and Information of Foreign Law 1979, Article 5 para. 2

⁴³ Inter-American Convention on Proof of and Information of Foreign Law 1979, Article 5 para. 3

⁴⁴ Meeting Report Access to Foreign Law in Civil and Commercial Matters. Op. cit.

ซึ่งเป็นหลักประกันถึงควมมีประสิทธิภาพประสิทธิผลของการปฏิบัติตามหลักนิติรัฐ⁴⁵ โดยจากการสำรวจของที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลพบว่า แหล่งข้อมูลออนไลน์ทางกฎหมายได้รับการจัดลำดับว่าเป็นแหล่งที่มาหลักของข้อมูลกฎหมายต่างประเทศ⁴⁶

อันที่จริงการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้นไม่ได้เป็นสิ่งที่เพิ่งเกิดขึ้น หากแต่ได้เริ่มเกิดขึ้นมาตั้งแต่ในราวทศวรรษที่ 90 แล้ว พร้อม ๆ กันกับการให้บริการอินเทอร์เน็ตเริ่มมีราคาที่ถูกลงแม้ว่าในเวลานั้นจะยังคงเป็นวิธีการในการเข้าถึงข้อมูลที่มีความยุ่งยากและสลับซับซ้อนอยู่ก็ตาม โดยระยะแรกการเข้าถึงข้อมูลทางกฎหมายผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้รับความนิยมจำกัดอยู่แต่เฉพาะการเข้าถึงเนื้อหาของกฎหมายภายในของรัฐเท่านั้น ส่งผลให้เกิดการจัดทำเว็บไซต์สำหรับการเผยแพร่ข้อมูลทางกฎหมายของหน่วยงานทั้งภาครัฐและเอกชนในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกเป็นจำนวนมาก ผลที่ตามมาจากรากฐานดังกล่าวก็คือ นักนิติศาสตร์ของประเทศหนึ่งก็สามารถเข้าถึงกฎหมายของอีกประเทศหนึ่งได้ผ่านทางเว็บไซต์ที่ได้มีการจัดทำขึ้น⁴⁷ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งการเข้าถึงข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศนั้นมิได้เริ่มต้นมาจากการเข้าถึงข้อมูลของกฎหมายภายในนั่นเอง

อนึ่ง ได้ปรากฏความพยายามในการประสานความร่วมมือผ่านการรวมกลุ่มของเครือข่ายองค์กรต่าง ๆ ในรูปของคณะทำงาน (working group) ซึ่งรู้จักกันในชื่อ “Legal Information Institute: LII” หรือ “ศูนย์ข้อมูลทางกฎหมาย” โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การเข้าถึงกฎหมายทำได้ง่ายและแพร่หลายมากยิ่งขึ้น ด้วยการเผยแพร่ข้อมูลทางกฎหมายจากแหล่งต่าง ๆ ผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยศูนย์ข้อมูลทางกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ได้ตั้งขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1992 ที่มหาวิทยาลัยคอร์เนล (Cornell University) ประเทศสหรัฐอเมริกา และได้ขยายไปยังออสเตรเลีย (AustLII) แคนาดา (CanLII) สหราชอาณาจักร (BAILII) เกาหลีใต้ (KoreanLII) ตลอดจนภูมิภาคต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นทางฟากฝั่งแอฟริกาใต้ (SAFLII) และทวีปเอเชีย (AsianLII) จนกระทั่งได้มีการจัดทำเป็นฐานข้อมูลในระดับสากล (WorldLII)⁴⁸

อย่างไรก็ดี แม้ว่าการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศผ่านระบบออนไลน์จะสามารถทำได้สะดวกและรวดเร็วซึ่งนับว่าเป็นคุณูปการกับผู้ที่มีความจำเป็นต้องใช้ข้อมูลทางกฎหมายของต่างประเทศอย่างมากก็ตาม หากแต่วิธีนี้ก็มิใช่อีกทางเลือกที่สมบูรณ์แบบ ไม่ว่าจะเป็นในแง่ของความถูกต้องแท้จริง (authentic) ของตัวบทกฎหมาย ซึ่งอาจมีความยุ่งยากในการพิสูจน์ถึงความถูกต้องแท้จริงของกฎหมายต่างประเทศที่เข้าถึงผ่านระบบออนไลน์ ซึ่งนำไปสู่ความท้าทายของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการหาแนวทางเพื่อเป็นหลักประกันถึงความถูกต้องแท้จริงของข้อมูลกฎหมายต่างประเทศในรูปแบบดิจิทัลดังกล่าว อีกทั้งยังอาจมีปัญหในเรื่องความ

⁴⁵ Claire M. Germain, *Worldwide Access to Foreign Law: International & National Developments Toward Digital Authentication*, *Comparative Law Journal of the Pacific*, 19 (2013), p. 87.

⁴⁶ Permanent Bureau, *Accessing the Content of Foreign Law Report of the Meeting of Experts on Global Cooperation on the Provision of Online Legal Information on National Laws (The Hague, 19-21 October 2008)*, (2009), Retrieved Feb. 8, 2022, from <https://assets.hcch.net/docs/d9c58909-e39e-45b1-aa82-a9b13a00ad19.pdf>

⁴⁷ Graham Greenleaf, Philip Chung & Andrew Mowbray, *Emerging Global Networks for Free Access to Law: WorldLII's Strategies*, *Journal of Electronic Resources in Law Libraries*, 1 (1) (2006), p. 4.

⁴⁸ Graham Greenleaf, Philip Chung & Andrew Mowbray, *Ibid*, pp. 5-6.

น่าเชื่อถือ (reliability) ของข้อมูลกฎหมายต่างประเทศโดยเฉพาะเมื่อคำนึงว่าข้อมูลเช่นนั้นไม่ได้มีแหล่งที่มาจากเว็บไซต์ของทางราชการของรัฐต่างประเทศ ซึ่งอาจไม่ได้รับการยอมรับในฐานะพยานหลักฐานหรือเอกสารที่มีความน่าเชื่อถือหากจะต้องนำกฎหมายของต่างประเทศไปใช้ในการกล่าวอ้างหรือต่อสู้คดีในชั้นศาล

4. ที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลกับปัญหาการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศ

“ที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” เป็นองค์การระหว่างประเทศในระดับสากลที่มีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในด้านต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็น การพิจารณาคดีในทางแพ่งและพาณิชย์ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย การรับรองและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ผ่านอนุสัญญาซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย (hard law) และกฎเกณฑ์ที่ไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย (soft law) จนกระทั่งถึงปัจจุบัน (14 ตุลาคม พ.ศ. 2565) ได้มีอนุสัญญาและหลักการ (principles) ที่ได้จัดทำขึ้นภายใต้กรอบการดำเนินงานของที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลจำนวน 41 ฉบับ และมีประเทศสมาชิกจำนวน 90 ประเทศ กับอีก 1 การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจในระดับภูมิภาคอันได้แก่ สหภาพยุโรปเป็นสมาชิก โดยในปัจจุบันประเทศไทยได้เข้าเป็นสมาชิกของที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลแล้วในลำดับที่ 88 เมื่อวันที่ 3 มีนาคม พ.ศ. 2564

สำหรับประเด็นในเรื่องการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศ อาจกล่าวได้ว่าที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลได้เริ่มให้ความสนใจในประเด็นดังกล่าวมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 2006 โดยได้เริ่มเตรียมความพร้อมเพื่อศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการจัดทำตราสารระหว่างประเทศในเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อกฎหมายต่างประเทศ “international co-operation on the treatment of foreign law”⁴⁹ ต่อมาในปี ค.ศ. 2007 นับเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญของเรื่องการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศภายใต้กรอบการดำเนินงานของที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เนื่องจากที่ประชุมได้เปลี่ยนจุดหมายของการดำเนินงานในเรื่องดังกล่าวที่แต่เดิมได้มุ่งศึกษาถึงการจัดทำตราสารระหว่างประเทศเพื่อประสานความแตกต่างของกฎเกณฑ์การใช้กฎหมายต่างประเทศของศาลภายในมาเป็นความร่วมมือทางกฎหมายในการเข้าถึงกฎหมายของต่างประเทศ⁵⁰

หลังจากนั้นในปี ค.ศ. 2008 ที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลได้จัดประชุมความร่วมมือว่าด้วยข้อกำหนดของข้อมูลกฎหมายออนไลน์ในกฎหมายภายใน จากการประชุม

⁴⁹ Permanent Bureau, *Accessing the Content of Foreign Law and the Need for the Development of a Global Instrument in This Area – A Possible Way Ahead*, (2009), Retrieved Feb. 8, 2022, from <https://assets.hcch.net/docs/ec2804c3-f55c-427d-9761-e0fa4eac41a7.pdf>

⁵⁰ Philippe Lortie & Maja Groff, *The Evolution of Work on Access to Foreign Law at the Hague Conference on Private International Law*, In Yoko Nishitani (Ed.), *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?*, (Cham: Springer International Publishing, 2017), p. 617.

ดังกล่าวได้แสดงให้เห็นถึงการพัฒนาในประเด็นการเข้าถึงข้อมูลทางกฎหมายผ่านระบบออนไลน์ของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบาทของกฎหมาย รายงานการประชุมร่างกฎหมาย คำพิพากษา ตลอดจนหนังสือกฎหมายที่สามารถเข้าถึงได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย⁵¹ นอกจากนี้การประชุมดังกล่าวยังได้มีการจัดทำหลักการชี้แนะที่ต้องพิจารณาในการพัฒนาตราสารในอนาคต ค.ศ. 2008 (Guiding Principles to be Considered in Developing a Future Instrument 2008) ในเรื่องเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลกฎหมายของต่างประเทศไว้อีกด้วย⁵² โดยได้วางหลักการให้รัฐต้องให้หลักประกันว่า เอกสารทางกฎหมายต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมาย คำพิพากษา ตลอดจนคำวินิจฉัยในทางปกครอง และความตกลงระหว่างประเทศของรัฐ ต้องสามารถเข้าถึงได้ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ทั้งผู้ที่อยู่ในประเทศและต่างประเทศ⁵³ โดยข้อมูลทางกฎหมายที่รัฐจะต้องจัดให้อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถเข้าถึงได้นั้นหมายรวมถึงเอกสารในทางประวัติศาสตร์ (historical materials) ไม่ว่าจะเป็น รายงานการจัดเตรียมร่างกฎหมาย และกฎหมายที่ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติม หรือถูกยกเลิก รวมทั้งเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง⁵⁴

ฉะนั้นเพื่อให้การเข้าถึงข้อมูลทางกฎหมายสามารถทำได้จึงจำเป็นที่รัฐจะต้องจัดข้อจำกัดต่าง ๆ อันเป็นอุปสรรคต่อการใช้ข้อมูลทางกฎหมายของรัฐ⁵⁵ ทั้งนี้รัฐจะต้องดำเนินการให้สามารถเข้าถึงเอกสารทางกฎหมายที่น่าเชื่อถือได้ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์⁵⁶ โดยรัฐจะต้องจัดให้มีมาตรการที่สมเหตุสมผล (reasonable measures) เพื่อเป็นหลักประกันให้การเข้าถึงข้อมูลทางกฎหมายเช่นว่านั้นสามารถทำได้โดยแสดงถึงที่มาและความถูกต้องแท้จริงของข้อมูลทางกฎหมาย หรือที่เรียกว่า “downstream authentication”⁵⁷ และเพื่อเป็นการขจัดอุปสรรคทางด้านภาษาในการเข้าถึงกฎหมายของต่างประเทศ หลักการฉบับดังกล่าวจึงได้วางหลักการสำหรับความร่วมมือในเรื่องการเข้าถึงข้อมูลทางกฎหมายซึ่งหากจะได้มีการจัดทำขึ้นในอนาคตไว้อย่างน่าสนใจว่า รัฐต่าง ๆ เทาที่เป็นไปได้จะต้องแปลกฎหมาย (legislation) ตลอดจนเอกสารทางกฎหมาย (legal materials) ให้เป็นภาษาอื่นด้วย⁵⁸

⁵¹ Philippe Lortie & Maja Groff, Ibid, p. 622.

⁵² Permanent Bureau, *Accessing the Content of Foreign Law Report of the Meeting of Experts on Global Co-operation on the Provision of Online Legal Information on National Laws (The Hague, 19-21 October 2008)*, (2009), Retrieved Feb. 8, 2022, from <https://assets.hcch.net/docs/d9c58909-e39e-45b1-aa82-a9b13a00ad19.pdf>

⁵³ Guiding Principles to be Considered in Developing a Future Instrument 2008, para. 1

⁵⁴ Guiding Principles to be Considered in Developing a Future Instrument 2008, para. 2

⁵⁵ Guiding Principles to be Considered in Developing a Future Instrument 2008, para. 3

⁵⁶ Guiding Principles to be Considered in Developing a Future Instrument 2008, para. 4

⁵⁷ Guiding Principles to be Considered in Developing a Future Instrument 2008, para. 5; Permanent Bureau, *Accessing the Content of Foreign Law Report of the Meeting of Experts on Global Co-operation on the Provision of Online Legal Information on National Laws (The Hague, 19- 21 October 2008)*, (2009) , Retrieved Feb. 8, 2022, from <https://assets.hcch.net/docs/d9c58909-e39e-45b1-aa82-a9b13a00ad19.pdf>

⁵⁸ Guiding Principles to be Considered in Developing a Future Instrument 2008, para. 13

ในปี ค.ศ. 2009 ได้มีการเสนอโครงร่างของตราสารระหว่างประเทศในเรื่องการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศที่จะได้มีการจัดทำขึ้นภายใต้กรอบการดำเนินงานของที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล โดยได้แบ่งเนื้อหาออกเป็น 3 ส่วน⁵⁹ ประกอบด้วย

ส่วนที่ 1 การอำนวยความสะดวกในการเข้าถึงข้อมูลทางกฎหมายของต่างประเทศแบบออนไลน์ โดยในส่วนนี้จะมุ่งเน้นไปที่การประกันการเข้าถึงได้ของข้อมูลทางกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมาย คำพิพากษา ตลอดจนความตกลงระหว่างประเทศของรัฐและของการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจในระดับภูมิภาค สำหรับการเผยแพร่ออนไลน์ และการเผยแพร่ซ้ำหรือใช้ซ้ำ เพื่อการนี้อาจกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานคุณภาพ (quality standards) หรือแนวปฏิบัติที่ดีสำหรับการเข้าถึงและการเผยแพร่ข้อมูลทางกฎหมายออนไลน์ และจัดตั้งหน่วยงานถาวร (permanent body) ทำหน้าที่ติดตามการพัฒนามาตรฐานหรือแนวปฏิบัติที่ดีสำหรับการเข้าถึงข้อมูลกฎหมายของต่างประเทศ

ส่วนที่ 2 ความร่วมมือทางปกครอง และ/หรือทางศาลข้ามพรมแดน โดยในส่วนนี้จะได้กำหนดกลไกในการร้องขอข้อมูลทางกฎหมายเพื่อรองรับการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศที่เกิดขึ้นในศาล และในกรณีที่ข้อมูลที่สามารถเข้าถึงได้ผ่านระบบออนไลน์นั้นไม่เพียงพอ

ส่วนที่ 3 เครือข่ายสถาบันและผู้เชี่ยวชาญทั่วโลกสำหรับประเด็นปัญหาที่มีความซับซ้อน เนื่องจากในบางสถานการณ์อาจมีความจำเป็นที่จะต้องเข้าถึงข้อมูลทางกฎหมายของต่างประเทศในเชิงลึกสำหรับปัญหาข้อกฎหมายที่มีความสลับซับซ้อน หรือที่มีสาเหตุมาจากความยุ่งยากในการดำเนินคดีซึ่งต้องเกี่ยวพันกับกฎหมายของทั้งภายในและต่างประเทศหลายแขนง จึงจำเป็นที่จะต้องมีการประสานความร่วมมือสำหรับความช่วยเหลือเกี่ยวกับข้อมูลทางกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะ

อย่างไรก็ดีหลังจากที่คณะทำงานซึ่งประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญจากประเทศสมาชิกได้พิจารณาถึงความเป็นไปได้ของกลไกดังกล่าวข้างต้นเห็นว่ายังไม่สามารถนำไปสู่การพัฒนาเป็นกลไกที่มีสภาพบังคับทางกฎหมายได้⁶⁰

ต่อมาในปี ค.ศ. 2012 ได้มีการจัดประชุมว่าด้วยการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศในทางแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นความร่วมมือระหว่างคณะกรรมการการยุโรป (The European Commission) กับที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล โดยได้มีผู้เชี่ยวชาญทั้งภาควิชาการและภาคปฏิบัติ ตลอดจนผู้แทนจากองค์กรระหว่างประเทศรวมทั้งสถาบันทางกฎหมายที่มีชื่อเสียง อาทิ Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Swiss Institute of Comparative Law, American Association of Private International Law เข้าร่วมกว่า 130 คน เพื่อแลกเปลี่ยนประสบการณ์และหาแนวทางในการพัฒนาความร่วมมือในเรื่องการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศในทางแพ่งและ

⁵⁹ Permanent Bureau, *Accessing the Content of Foreign Law and the Need for the Development of a Global Instrument in This Area – A Possible Way Ahead*, (2009), Retrieved Feb. 8, 2022, from <https://assets.hcch.net/docs/ec2804c3-f55c-427d-9761-e0fa4eac41a7.pdf>; Claire M. Germain, *Op. cit.*, pp. 94-96.

⁶⁰ Philippe Lortie & Maja Groff, *Op. cit.*, p. 624.

พาณิชย์⁶¹ โดยที่ประชุมได้เห็นพ้องร่วมกันว่า ความต้องการในการเข้าถึงกฎหมายของต่างประเทศในทางปฏิบัตินี้มีเพิ่มมากขึ้นในกฎหมายหลายแขนงไม่ว่าจะเป็น กฎหมายครอบครัว กฎหมายมรดก กฎหมายพาณิชย์ เป็นต้น อันเป็นผลมาจากโลกาภิวัตน์และการเคลื่อนย้ายของประชากร สินค้า บริการ และเงินทุนระหว่างประเทศ นอกจากนี้ที่ประชุมยังได้ให้ความสำคัญกับการพัฒนาความร่วมมือเพื่อสร้างกลไกในระดับสากลในเรื่องนี้ อีกทั้งยังได้เน้นย้ำว่า การเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศนั้นเป็นส่วนประกอบสำคัญของการเข้าถึงความยุติธรรม สนับสนุนหลักนิติรัฐ และเป็นรากฐานของความยุติธรรม⁶²

อย่างไรก็ดีจนกระทั่งถึงปัจจุบันยังไม่ปรากฏตราสารระหว่างประเทศทั้งที่มีสภาพบังคับในทางกฎหมายและที่ไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศซึ่งได้จัดทำขึ้นภายใต้กรอบการดำเนินงานของที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลแต่อย่างใด ทั้งนี้อาจเป็นผลสืบเนื่องมาจากที่ยังคงมีความแตกต่างของกฎเกณฑ์ตลอดจนทางปฏิบัติของศาลภายในเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าว กอปรกับการขยายปริมาณของปัญหาการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศที่ครอบคลุมไปถึงข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัลหรือการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศผ่านระบบออนไลน์ ดังนั้นในการจัดทำความร่วมมือที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศให้เป็นที่ยอมรับของผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายนั้นจึงไม่ใช่เรื่องง่าย หากแต่การดำเนินงานของที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในเรื่องดังกล่าวที่ผ่านมานับเป็นการวางรากฐานที่สำคัญสำหรับการพัฒนากฎเกณฑ์การเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศต่อไปในอนาคต

5. กฎหมายไทยกับปัญหาการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศ

สำหรับประเทศไทยนั้น อันที่จริงประเด็นในเรื่องการเข้าถึงข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศไม่ถือเป็นเรื่องใหม่ เนื่องจากประเทศไทยได้มีการจัดทำความตกลงในระดับทวิภาคีเกี่ยวกับความร่วมมือทางศาลในทางแพ่งและพาณิชย์กับหลายประเทศ อาทิ อินโดนีเซีย⁶³ จีน⁶⁴ ออสเตรเลีย⁶⁵ สเปน⁶⁶ เกาหลีใต้⁶⁷ เป็นต้น ซึ่งหนึ่งในประเด็นของความร่วมมือทางศาล ได้แก่ การร้องขอข้อมูลทางกฎหมายของรัฐภาคีฝ่าย โดยได้วางหลักการ

⁶¹ ผู้สนใจโปรดดู Meeting Report Access to Foreign Law in Civil and Commercial Matters. (2012). Retrieved Feb. 8, 2022, from <https://assets.hcch.net/docs/33f3ac6c-5c6d-4440-9df4-bf195ecf383d.pdf>

⁶² Philippe Lortie & Maja Groff, Op. cit., p. 626.

⁶³ ความตกลงว่าด้วยความร่วมมือทางศาลระหว่างราชอาณาจักรไทยและสาธารณรัฐอินโดนีเซีย ฉบับลงวันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2521

⁶⁴ ความตกลงว่าด้วยความช่วยเหลือกันทางศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์กับความร่วมมือทางอนุญาโตตุลาการระหว่างราชอาณาจักรไทยและสาธารณรัฐประชาชนจีน ฉบับลงวันที่ 16 มีนาคม พ.ศ. 2537

⁶⁵ ความตกลงว่าด้วยความช่วยเหลือกันทางการศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์กับความร่วมมือในด้านอนุญาโตตุลาการระหว่างราชอาณาจักรไทยและประเทศออสเตรเลีย ฉบับลงวันที่ 2 ตุลาคม พ.ศ. 2540

⁶⁶ ความตกลงว่าด้วยความช่วยเหลือกันทางการศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างราชอาณาจักรไทยและราชอาณาจักรสเปน ฉบับลงวันที่ 15 มิถุนายน พ.ศ. 2541

⁶⁷ สนธิสัญญาว่าด้วยความช่วยเหลือกันทางการศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างราชอาณาจักรไทยและสาธารณรัฐเกาหลี ฉบับลงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2556

ไว้ในทำนองเดียวกันว่า เมื่อได้รับคำร้องขอรัฐภาคีฝ่ายจะต้องส่งถ้อยคำสำนวนส่วนใดส่วนหนึ่งของคดีที่เกี่ยวข้องกับคนชาติของภาคีสัญญา ตัวบทกฎหมาย คำพิพากษาของศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ ตลอดจนข้อมูลทางกฎหมายอื่น ๆ ให้แก่รัฐภาคีฝ่ายที่ได้มีการร้องขอ⁶⁸ ผ่านหน่วยงานกลางที่รัฐภาคีแต่ละฝ่ายได้กำหนดขึ้นเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามความตกลง ตามนี้จึงอาจพอที่จะกล่าวอย่างกว้าง ๆ ได้ว่า การแลกเปลี่ยนข้อสนเทศทางกฎหมายกับต่างประเทศในบริบทของกฎหมายไทยนั้นวางอยู่บนพื้นฐานของความตกลงระหว่างประเทศซึ่งได้กำหนดแนวทางในการปฏิบัติสำหรับการร้องขอข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศไว้แต่อย่างใดก็จริงกระทั่งถึงปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดถึงกระบวนการสำหรับร้องขอข้อสนเทศทางกฎหมายของต่างประเทศในทางแพ่งและพาณิชย์ไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด

อนึ่ง มีข้อที่น่าสังเกตว่า หน่วยงานกลางที่ทำหน้าที่ดำเนินการภายใต้กรอบความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับความช่วยเหลือกันทางศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยนั้นยังคงมีความแตกต่างกันไปตามความตกลงแต่ละฉบับ โดยความตกลงบางฉบับได้กำหนดให้กระทรวงยุติธรรมทำหน้าที่เป็นหน่วยงานกลางสำหรับประสานความร่วมมือ⁶⁹ ในขณะที่ความตกลงบางฉบับได้กำหนดให้สำนักงานศาลยุติธรรมทำหน้าที่ดังกล่าว⁷⁰ ซึ่งความแตกต่างเช่นนี้อาจนำไปสู่ความไม่เป็นเอกภาพของแนวทางในการร้องขอข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศ และการให้ข้อสนเทศของกฎหมายไทยในทางแพ่งและพาณิชย์ตามคำร้องขอของศาลต่างประเทศได้

ประเด็นที่น่าสนใจก็คือ หากพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 34 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งเรื่องหรือแต่บางส่วน โดยทางอาศัยหรือโดยร้องขอต่อเจ้าหน้าที่ในเมืองต่างประเทศ เมื่อไม่มีข้อตกลงระหว่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้สำหรับเรื่องนั้นแล้ว ให้ศาลปฏิบัติตามหลักทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ” นั้น จะครอบคลุมถึงปัญหาการร้องขอข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศด้วยหรือไม่

⁶⁸ ความตกลงว่าด้วยความร่วมมือทางศาลระหว่างราชอาณาจักรไทยและสาธารณรัฐอินโดนีเซีย ฉบับลงวันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2521, ข้อ 17; ความตกลงว่าด้วยความช่วยเหลือกันทางศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์กับความร่วมมือทางอนุญาโตตุลาการระหว่างราชอาณาจักรไทยและสาธารณรัฐประชาชนจีน ฉบับลงวันที่ 16 มีนาคม พ.ศ. 2537, ข้อ 18; ความตกลงว่าด้วยความช่วยเหลือกันทางศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์กับความร่วมมือในด้านอนุญาโตตุลาการระหว่างราชอาณาจักรไทยและประเทศออสเตรเลีย ฉบับลงวันที่ 2 ตุลาคม พ.ศ. 2540, ข้อ 20; ความตกลงว่าด้วยความช่วยเหลือกันทางศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างราชอาณาจักรไทยและราชอาณาจักรสเปน ฉบับลงวันที่ 15 มิถุนายน พ.ศ. 2541, ข้อ 17; สนธิสัญญาว่าด้วยความช่วยเหลือกันทางศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างราชอาณาจักรไทยและสาธารณรัฐเกาหลี ฉบับลงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2556, ข้อ 26

⁶⁹ ความตกลงว่าด้วยความร่วมมือทางศาลระหว่างราชอาณาจักรไทยและสาธารณรัฐอินโดนีเซีย ฉบับลงวันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2521, ข้อ 3 วรรคสอง; ความตกลงว่าด้วยความช่วยเหลือกันทางศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์กับความร่วมมือทางอนุญาโตตุลาการระหว่างราชอาณาจักรไทยและสาธารณรัฐประชาชนจีน ฉบับลงวันที่ 16 มีนาคม พ.ศ. 2537, ข้อ 4 วรรคสอง; ความตกลงว่าด้วยความช่วยเหลือกันทางศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์กับความร่วมมือในด้านอนุญาโตตุลาการระหว่างราชอาณาจักรไทยและประเทศออสเตรเลีย ฉบับลงวันที่ 2 ตุลาคม พ.ศ. 2540, ข้อ 4 วรรคสอง; ความตกลงว่าด้วยความช่วยเหลือกันทางศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างราชอาณาจักรไทยและราชอาณาจักรสเปน ฉบับลงวันที่ 15 มิถุนายน พ.ศ. 2541, ข้อ 3 วรรคสอง

⁷⁰ สนธิสัญญาว่าด้วยความช่วยเหลือกันทางศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างราชอาณาจักรไทยและสาธารณรัฐเกาหลี ฉบับลงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2556, ข้อ 4 วรรคสอง

ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าว เมื่อพิจารณาถึงบทนิยามของคำว่า “กระบวนการพิจารณา” ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ให้ความหมายไว้ว่า “การกระทำใด ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้อันเกี่ยวข้องกับคดีซึ่งได้กระทำไปโดยคู่ความในคดีนั้นหรือโดยศาล หรือตามคำสั่งของศาลไม่ว่าการนั้นจะเป็นโดยคู่ความฝ่ายใดทำต่อศาลหรือต่อคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง หรือศาลทำต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทุกฝ่าย และรวมถึงการส่งคำคู่ความและเอกสารอื่น ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้”⁷¹ ก็จะเห็นว่ากระบวนการพิจารณาอาจไม่ครอบคลุมถึงการร้องขอข้อมูลทางกฎหมายของต่างประเทศด้วย เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการช่วยเหลือทางศาลในเรื่องการร้องขอข้อมูลทางกฎหมายของต่างประเทศ ประกอบกับเมื่อคำนึงว่าตามทัศนะของกฎหมายไทยนั้น กฎหมายต่างประเทศมีสถานะเป็นเพียงข้อเท็จจริงซึ่งคู่ความจะต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์จนเป็นที่พอใจแก่ศาล⁷² โดยไม่เปิดโอกาสให้ศาลริเริ่มปรับใช้กฎหมายต่างประเทศได้เอง⁷³

อย่างไรก็ดีเมื่อไม่ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับการร้องขอข้อมูลทางกฎหมายของต่างประเทศ ศาลไทยอาจอาศัย “หลักทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ” ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 34 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นฐานทางกฎหมายในการร้องขอข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศ ข้อพิจารณาที่สำคัญต่อแนวทางนี้ก็คือ ในการค้นหาหลักทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศนั้นไม่ใช่เรื่องง่าย โดยหลักทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมีความเป็นไปได้ที่ศาลไทยอาจนำมาปรับใช้ในเรื่องนี้ได้แก่ หลักอรรถาธิบายไมตรีระหว่างประเทศ (comity) และหลักปฏิบัติต่างตอบแทน (reciprocity)

ดังนั้น เพื่อก่อให้เกิดความชัดเจนในประเด็นการเข้าถึงข้อมูลทางกฎหมายของต่างประเทศ ประเทศไทยจึงควรพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้ครอบคลุมถึงการร้องขอข้อมูลทางกฎหมายของต่างประเทศด้วย โดยอาจอาศัยหลักการจากความตกลงในระดับทวิภาคีที่เกี่ยวข้องความร่วมมือทางศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยซึ่งมีอยู่แล้วมาเป็นแนวทางในการยกร่าง ทั้งในฐานะที่ประเทศไทยเป็นผู้ร้องขอและในฐานะที่เป็นผู้รับคำร้องขอ นอกจากนี้เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับลักษณะของเรื่อง ผู้ร่างอาจพิจารณารับรองประเด็นดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็ได้

6. บทสรุป

การเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศเป็นประเด็นที่มีความสำคัญและเริ่มได้รับความสนใจจากนักนิติศาสตร์ทั้งในส่วนของภาควิชาการและภาคปฏิบัติ อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากที่ในปัจจุบันโลกได้ก้าวเข้าสู่ยุคแห่งความไร้พรมแดน ทำให้นิติสัมพันธ์ในทางแพ่งและพาณิชย์มีแนวโน้มที่จะต้องเข้าไปพัวพันกับกฎหมายของหลายประเทศมากยิ่งขึ้น จึงเป็นธรรมดาอยู่เองที่ผู้ใช้กฎหมายอาจต้องเผชิญสถานการณ์กับการปรับใช้กฎหมายของต่างประเทศไม่ว่าในทางใดทางหนึ่งอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ โดยประเด็นในเรื่องการเข้าถึงกฎหมาย

⁷¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 1 (7)

⁷² พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481, มาตรา 8

⁷³ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, เรื่องเดิม, น. 225.

ต่างประเทศไม่ได้มีความสำคัญแต่เฉพาะผู้ที่ประกอบวิชาชีพทางด้านกฎหมายเท่านั้น หากแต่ยังรวมถึง นักศึกษากฎหมายและนักวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ที่ต้องศึกษากฎหมายของต่างประเทศอีกด้วย

แต่อย่างไรก็ดีไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการเข้าถึงข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศที่มีคุณภาพนั้นอาจต้องเสีย ค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากผ่านการสมัครสมาชิกของฐานข้อมูลทางกฎหมายที่มีให้บริการอยู่อย่างหลากหลายใน ปัจจุบัน จริงอยู่ที่การเข้าถึงข้อมูลทางกฎหมายของต่างประเทศจะสามารถทำได้อย่างสะดวกผ่านระบบ เครือข่ายอินเทอร์เน็ต แต่วิธีนี้ก็กลับยังไม่มียระบบการพิสูจน์ถึงที่น่าเชื่อถือและความถูกต้องแท้จริงของข้อมูล ทางกฎหมายเช่นว่านั้น ในขณะที่เมื่อพิจารณาถึงการเข้าถึงข้อมูลทางกฎหมายของต่างประเทศในลักษณะที่ เป็นทางการซึ่งเป็นกลไกที่มีสภาพบังคับในทางกฎหมายก็จะเห็นได้ว่ายังคงมีข้อจำกัดอยู่หลายประการ ไม่ว่าจะเป็น ความล่าช้าของกระบวนการในการขอข้อมูลทางกฎหมายของต่างประเทศ การจำกัดผู้ที่สามารถร้องขอ ข้อมูลทางกฎหมายต่างประเทศไว้แต่เฉพาะศาลโดยไม่รวมถึงคู่ความหรือผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ ด้วย ดังนั้นเป็นต้น

ด้วยอุปสรรคต่าง ๆ ประกอบกับความจำเป็นที่เพิ่มขึ้นในการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศ ที่ประชุม แห่งกรุงเฮกกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลจึงได้ริเริ่มศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการจัดทำ กรอบความร่วมมือในเรื่องดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดีจนกระทั่งถึงปัจจุบันยังไม่ปรากฏตราสารระหว่างประเทศใน เรื่องนี้ได้จัดทำขึ้นภายใต้กรอบการดำเนินงานของที่ประชุมแห่งกรุงเฮกกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคลแต่อย่างใด จริงอยู่ที่การประสานความร่วมมือในเรื่องการเข้าถึงกฎหมายต่างประเทศนั้นไม่ใช่ เรื่องง่ายแต่หากสามารถทำให้เกิดขึ้นได้ย่อมจะเป็นคุณูปการกับนักกฎหมายตลอดจนผู้ที่ต้องใช้กฎหมาย ต่างประเทศเป็นอย่างยิ่ง

ในขณะที่เมื่อพิจารณาประเด็นในเรื่องการเข้าถึงข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศในทางแพ่งและ พาณิश्यภายใต้ระบบกฎหมายไทยนั้น แม้ว่าประเด็นดังกล่าวจะไม่ถือว่าเป็นเรื่องใหม่ของประเทศไทย เนื่องจากประเทศไทยได้มีการจัดทำกรอบความร่วมมือในระดับทวิภาคีเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือทางศาล ในคดีแพ่งและพาณิश्यซึ่งรวมถึงการแลกเปลี่ยนข้อสนเทศทางกฎหมายระหว่างกันด้วย แต่จนกระทั่งถึง ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีการบัญญัติรับรองประเด็นการร้องขอข้อมูลทางกฎหมายของต่างประเทศไว้เป็น การเฉพาะแต่อย่างใด คงมีเพียงบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่อาจพอจะนำมาปรับ ใช้เพื่อเป็นฐานทางกฎหมายในการร้องขอข้อมูลของกฎหมายต่างประเทศและรับคำร้องขอจากต่างประเทศ เพื่อขอข้อมูลของกฎหมายไทย ดังนั้นจึงจำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องบัญญัติรับรองประเด็นดังกล่าวไว้ในระบบ กฎหมายภายใน ซึ่งในทางหนึ่งนอกจากจะก่อให้เกิดความชัดเจนแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายแล้ว ในอีกทางหนึ่งยัง เท่ากับเป็นการสร้างระบบนิเวศทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้นอีกด้วย

บรรณานุกรม

ความตกลงว่าด้วยความช่วยเหลือกันทางศาลในคดีแพ่งและพาณิश्यกับความร่วมมือทางอนุญาโตตุลาการ ระหว่างราชอาณาจักรไทยและสาธารณรัฐประชาชนจีน ฉบับลงวันที่ 16 มีนาคม พ.ศ. 2537.

ความตกลงว่าด้วยความช่วยเหลือกันทางการศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์กับความร่วมมือในด้าน
อนุญาโตตุลาการระหว่างราชอาณาจักรไทยและประเทศออสเตรเลีย ฉบับลงวันที่ 2 ตุลาคม พ.ศ.
2540.

ความตกลงว่าด้วยความช่วยเหลือกันทางการศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างราชอาณาจักรไทยและ
ราชอาณาจักรสเปน ฉบับลงวันที่ 15 มิถุนายน พ.ศ. 2541.

ความตกลงว่าด้วยความร่วมมือทางศาลระหว่างราชอาณาจักรไทยและสาธารณรัฐอินโดนีเซีย ฉบับลงวันที่ 8
มีนาคม พ.ศ. 2521.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2561). *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล*. พิมพ์ครั้งที่ 5.
กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481.

สนธิสัญญาว่าด้วยความช่วยเหลือกันทางการศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างราชอาณาจักรไทยและ
สาธารณรัฐเกาหลี ฉบับลงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2556.

อานนท์ ศรีบุญโรจน์. (2560). ความร่วมมือทางศาลว่าด้วยการแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านกฎหมายต่างประเทศ
ในทางแพ่งและพาณิชย์. *วารสารกฎหมาย*, 35 (2), 27-43.

Additional Protocol to the European Convention on Information on Foreign Law 1978.

Barry J. Rodger and Juliette Van Doorn. (1997). Proof of Foreign Law: The Impact of the London
Convention. *International and Comparative Law Quarterly*, 46 (1), 151-173.

Carlos Esplugues. (2011). General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and
Non-judicial Authorities in Europe. In Carlos Esplugues, José Luis Iglesias, & Guillermo
Palao (Eds.), *Application of Foreign Law*, pp. 3-97. Munich: Sellier. European Law
Publishers.

Claire M. Germain. (2007). Legal Information Management in a Global and Digital Age:
Revolution and Tradition. *International Journal of Legal Information*, 32 (1), 134-163.

Claire M. Germain. (2013). Worldwide Access to Foreign Law: International & National
Developments Toward Digital Authentication. *Comparative Law Journal of the Pacific*,
19, 85-108.

Daniel Poulin. (2012). Free Access to Law in Canada. *Legal Information Management*, 12 (3),
165-172.

Divita Pagey. (2020). Comparative Legal Research in Copyright in the Digital Age: Nature,
Significance and Methodological Steps. *ILI Law Review*, (Winter Issue), 81-95.

European Convention on Information on Foreign Law 1968.

- Explanatory Report to the European Convention on Information on Foreign Law. Retrieved Feb. 11, 2022, from <https://rm.coe.int/16800c92f3>
- Graham Greenleaf, Philip Chung & Andrew Mowbray. (2006). Emerging Global Networks for Free Access to Law: WorldLII's Strategies. *Journal of Electronic Resources in Law Libraries*, 1 (1), 1-54.
- Guiding Principles to be Considered in Developing a Future Instrument 2008.
- Inter-American Convention on Proof of and Information of Foreign Law 1979.
- Meeting Report Access to Foreign Law in Civil and Commercial Matters. (2012). Retrieved Feb. 8, 2022, from <https://assets.hcch.net/docs/33f3ac6c-5c6d-4440-9df4-bf195ecf383d.pdf>
- Nerina Boschiero and Benetta Ubertazzi. (2017). Italy: Proof and Information about Foreign Law in Italy. In Yoko Nishitani (Ed.), *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?*, pp. 255-287. Cham: Springer International Publishing.
- Omari Issa Ndamungu. (2021). The Montreal Declaration on Free Access to Law (MDFAL) of 2002: A Weak Reed for Global Realization of the Right to Access Legal Information. *Journal of Law, Policy and Globalization*, 105, 63-74.
- Permanent Bureau. (2009). *Accessing the Content of Foreign Law and the Need for the Development of a Global Instrument in This Area – A Possible Way Ahead*. Retrieved Feb. 8, 2022, from <https://assets.hcch.net/docs/ec2804c3-f55c-427d-9761-e0fa4eac41a7.pdf>
- Permanent Bureau. (2009). *Accessing the Content of Foreign Law Report of the Meeting of Experts on Global Co-operation on the Provision of Online Legal Information on National Laws (The Hague, 19-21 October 2008)*. Retrieved Feb. 8, 2022, from <https://assets.hcch.net/docs/d9c58909-e39e-45b1-aa82-a9b13a00ad19.pdf>
- Philippe Lortie & Maja Groff. (2017). The Evolution of Work on Access to Foreign Law at the Hague Conference on Private International Law. In Yoko Nishitani (Ed.), *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?*, pp. 615- 638. Cham: Springer International Publishing.
- Shaheeza Lalani. (2011). A Proposed Model to Facilitate Access to Foreign Law. *Yearbook of Private International Law*, 13, 299-313.
- Swiss Institute of Comparative Law. (2011). *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and Its Perspectives for the Future: Synthesis Report with Recommendations*. Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law.

Tatiana de Maekelt. (1982). General Rules of Private International Law in Americas: New Approach. In *Collected Course of the Hague Academy of International Law*, Volume 177. pp. 193-380.

The Montreal Declaration on Free Access to Law 2002.

Universal Declaration of Human Rights 1948.

Yoko Nishitani. (2017). Proof of and Information About Foreign Law. In Martin Schauer and Bea Verschraegen (Eds.), *General Report of the XIXth Congress of the International Academy of Comparative Law*, pp. 165-194. Netherlands: Springer.

Yoko Nishitani. (2017). Treatment of Foreign Law: Dynamics Towards Convergence? – General Report. In Yoko Nishitani (Ed.), *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?*, pp. 3-60. Cham: Springer International Publishing.