

บทที่ 3

อำนาจเป็นพยานในต่างประเทศ

ในต่างประเทศผู้ที่มีอำนาจเป็นพยานรับรองสิทธิ สถานะ หรือข้อเท็จจริง คือ บุคคลเอกชนซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ทำหน้าที่เป็นเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจเป็นพยานตามกฎหมายได้ โดยเฉพาะ และให้ได้รับค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการเป็นค่าตอบแทน เจ้าพนักงานเหล่านี้เรียกว่า "โนตารี" บ้าง หรือเรียกว่า "โนตารีปับลิค" บ้างแตกต่างกันไป ทั้งนี้ โดยมีอำนาจมากบ้างน้อยบ้าง ตามแต่ที่ระบบกฎหมายแต่ละระบบจะให้อำนาจไว้ ซึ่งอาจแบ่งระบบของโนตารีได้เป็น 2 ระบบ ใหญ่ๆ ด้วยกัน คือ โนตารีในระบบซีวิลลอว์ และ โนตารีในระบบคอมมอนลอว์

3.1 โนตารีในระบบซีวิลลอว์

โนตารีในระบบซีวิลลอว์ หรือเรียกอีกอย่างว่า "Latin Notary" เป็นระบบโนตารีที่ใช้กัน ในประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน ประเทศภาคพื้นยุโรป ลาตินอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น ในระบบนี้ อำนาจหน้าที่ของโนตารีจะกว้างกว่าและสำคัญมากกว่าโนตารีในระบบคอมมอนลอว์ โดยโนตารีเป็นผู้มีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการจัดทำและเก็บหลักฐานแห่งนิติกรรมสำคัญ ๆ ที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ยังมีหน้าที่รับรองสิทธิตามกฎหมายของบุคคลและนิติสัมพันธ์ ซึ่งถือว่าเป็นพยานหลักฐานชั้นหนึ่งซึ่งมีความน่าเชื่อถือดีที่สุด เพราะมีค่าเท่ากับ เอกสารราชการ หรือเป็นเอกสารมหาชน ทั้งนี้ไม่ว่าหลักฐานหนังสือเอกสารนั้นจะเกี่ยวกับ กิจการสาธารณะหรือเป็นกิจการส่วนตัวก็ตาม ดังนั้นหลักฐานหรือเอกสารที่โนตารีทำขึ้น ย่อมฟังได้โดยไม่ต้องนำพยานบุคคลมาสืบประกอบอีก และถือเป็นบทสันนิษฐานเด็ดขาด นำสืบหักล้างไม่ได้เว้นแต่จะยกข้อต่อสู้ว่าหลักฐานหรือหนังสือนั้นเป็นหลักฐานหรือหนังสือ ที่ทำปลอมขึ้นซึ่งยุ่งยากและเสียค่าใช้จ่ายมากและในทางปฏิบัติแทบจะพิสูจน์ว่าปลอมไม่ได้เลย เนื่องจากมีโอกาสน้อยมากที่จะเป็นของปลอม

โดยทั่ว ๆ ไปแล้ว โนตารีในระบบซีวิลลอว์มีอำนาจสำคัญ ๆ คือ อำนาจทำหนังสือ บังคับในเรื่องที่กฎหมายกำหนด เรียกว่า "Authentic Deed" หรือหนังสือสำคัญอันเป็นหลักฐาน แห่งนิติกรรม ซึ่งในระบบซีวิลลอว์นั้น นิติกรรมสำคัญที่กฎหมายกำหนดให้ทำตามแบบ 4 ประเภท คือ นิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ เกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนบริษัท เกี่ยวกับครอบครัว และเกี่ยวกับมรดก โดยหนังสือสำคัญอันเป็นหลักฐานแห่งสิทธิและนิติกรรมที่ทำขึ้นโดยโนตารีนั้น

นอกจากจะมีฐานะเป็นพยานหลักฐานแล้ว หากคู่กรณียินยอมหรือตกลงกันได้ล่วงหน้าให้บังคับกันได้โดยไม่ต้องขึ้นศาล หนังสือสำคัญชนิดนี้ยังมีฐานะเทียบเท่ากับคำพิพากษาด้วย เพราะรับกันว่ากระบวนการจัดทำสัญญา การไต่สวนคู่กรณี และการตรวจสอบพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่โนตารีได้ดำเนินการไว้นั้นได้ทำโดยรอบคอบเช่นที่พึงกระทำต่อหน้าศาลแล้ว หนังสือสำคัญอันเป็นหลักฐานแห่งสัญญาที่ทำต่อหน้าโนตารีจึงมีค่าบังคับเหมือนกับได้รับฟังพยานและพิพากษากันไว้แล้ว เช่น ในกรณีของการจำนองที่ดิน ถ้าหลักฐานชัดเจนและโนตารีรับรองก็ใช้ได้แล้ว หรือหากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ ก็ใช้เอกสารของโนตารีเป็นหมายบังคับชำระหนี้และบังคับคดีได้เลย¹

เนื่องจากอำนาจหน้าที่ของโนตารีในระบบซีวิลลอว์ ประเทศภาคพื้นยุโรปรวมทั้งญี่ปุ่น โนตารีมีอำนาจถึงศาลในบางเรื่องและมีอำนาจสำคัญ ๆ คือ เป็นเจ้าพนักงานของรัฐในการเก็บหลักฐานสำคัญ ๆ การกำหนดคุณสมบัติของโนตารีในระบบซีวิลลอว์จึงค่อนข้างเข้มงวด กล่าวคือ จำเป็นจะต้องจบการศึกษาด้านนิติศาสตร์ และมีความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะในเรื่องกฎหมายขัดกัน และกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล นอกจากนี้ต้องมีประสบการณ์สูงทำนองเดียวกันกับผู้ตรวจสอบบัญชีของไทย ซึ่งหากตรวจสอบบัญชีหรือรับรองผิด ๆ ก็อาจทำให้ลูกหนี้เสียหายมากในระบบของฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่นจะเข้มงวดมาก นอกจากนี้ในบางประเทศ เช่น ฝรั่งเศส เนเธอร์แลนด์ เบลเยียม คิวเบค ฟินแลนด์ ยังมีการเปิดการเรียนการสอนโดยเฉพาะเกี่ยวกับวิชาชีพโนตารีในระดับปริญญาโท และกำหนดให้ผู้ที่จบดำรงตำแหน่งเป็นโนตารีได้นั้น ต้องผ่านการศึกษาในสาขาวิชาชีพโนตารีก่อนจึงจะสามารถทำหน้าที่เป็นโนตารีได้ เมื่อสำเร็จการศึกษาแล้ว ผู้ที่ต้องการเป็นโนตารีจะต้องฝึกฝนประสบการณ์ในสำนักงานของโนตารีในช่วงระยะเวลาหนึ่งและต้องทำการทดสอบแบบทดสอบพิเศษของโนตารี แต่เนื่องจากตำแหน่งของโนตารีนั้นมีจำกัด ผู้ที่ผ่านการทดสอบแล้วจึงมิได้เป็นการประกันว่าจะได้รับการแต่งตั้งเสมอไป โดยเมื่อมีตำแหน่งโนตารีว่างลงก็จะถูกจัดสรรให้แก่ผู้สมัครที่ทำคะแนนได้สูงสุด หรือจะจัดให้มีการสอบแข่งขันเพิ่มเติม²

¹ Notary Dr.Helmut Fessler, “สรุปการสัมมนาเรื่อง การเผยแพร่ความรู้และรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับการพัฒนาวิชาชีพเจ้าพนักงานรับรองสิทธิและนิติกรรม(โนตารีบับลิก) ในประเทศไทย”, จัดโดย สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม ร่วมกับ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เมื่อวันที่ 10 มกราคม 2549, น.3.

² N.P.Ready, Brooke's Notary, 12th. Edit., (London : Sweet & Maxwell, 2002), p.37.

3.1.1 ประเทศเยอรมัน

เนื่องจากระบบกฎหมายของเยอรมันเป็นระบบซีวิลลอว์ วิชาชีพโนตารีของเยอรมันจึงมีสถานะเป็นซีวิลลอว์โนตารี มีชื่อเรียกว่า "โนตารี" โดยมีกฎหมายหลักที่วางหลักเกณฑ์รับรองและกำหนดฐานะของโนตารี คือ ข้อบังคับสหพันธ์ว่าด้วยโนตารี (Bundesnotarordnung หรือ BNotO)

โนตารีในเยอรมันอาจแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ³

1. โนตารีที่ประกอบวิชาชีพเป็นทนายความไปด้วยพร้อมกัน (Anwaltnotar)
2. โนตารีที่เป็นโนตารีแต่เพียงอย่างเดียว (Nurnotar)

ตามข้อบังคับแห่งสหพันธ์ว่าด้วยโนตารี ได้กำหนดอำนาจหน้าที่หลักของโนตารีไว้ 2 ประการ คือ⁴

1. อำนาจหน้าที่ในการจัดทำหลักฐานแห่งนิติกรรมได้ทุกชนิด โดยโนตารีจะเป็นผู้บันทึกหลักฐานแห่งนิติกรรมตามแบบหรือเงื่อนไขอื่นใดที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้โดยโนตารีต้องรับผิดชอบในความถูกต้องตามเจตนาและถูกต้องตามกฎหมายของหลักฐานแห่งนิติกรรมนั้น

2. อำนาจหน้าที่ในการรับรองลายมือชื่อ และสำเนาหลักฐานเป็นหนังสือทุกชนิด โดยโนตารีจะเป็นผู้รับรองว่าลายมือชื่อที่ปรากฏในหนังสือ เอกสารหรือหลักฐานนั้นเป็นลายมือชื่อของบุคคลที่มีชื่อปรากฏในหนังสือ เอกสารหรือหลักฐานนั้นจริง หรือรับรองว่าสำเนาของหนังสือ เอกสาร หรือหลักฐานนั้นเหมือนกับต้นฉบับแท้จริงเท่านั้น แต่โดยมากแล้วเอกสารที่โนตารีรับรองนั้น ส่วนมากก็เป็นหนังสือ เอกสาร หรือหลักฐานที่โนตารีผู้รับรองนั้นได้เป็นผู้ร่างหรือจัดทำขึ้นด้วย ในกรณีเช่นนี้ก็เท่ากับว่าโนตารีรับผิดชอบทั้งต่อความถูกต้องและต่อความแท้จริงของสำเนาหนังสือ เอกสาร หรือหลักฐานนั้นพร้อมกันไป

นอกจากอำนาจหน้าที่ตามข้อบังคับแห่งสหพันธ์ว่าด้วยโนตารีแล้ว โนตารียังมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายอื่นๆ อีก เช่น กฎหมายเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายเกี่ยวกับการจ้างงาน กฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญา กฎหมายเกี่ยวกับบริษัท และกฎหมายเกี่ยวกับครอบครัวและมรดก โดยกฎหมายจะบังคับให้ต้องมีโนตารีเข้ามาเกี่ยวข้อง ในกรณีที่เป็นธุรกรรมซึ่งมีความสำคัญและมีผลระยะยาว และมีนัยสำคัญทางเศรษฐกิจหรือเป็นเรื่องเฉพาะบุคคลเป็น

³ กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, แนวทางการรับรองและพัฒนาวิชาชีพ “โนตารีปับลิก” ในประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2548), น. 68.

⁴ เพิ่งอ้าง, น.71.

พิเศษสำหรับคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง เช่น สัญญาซื้อขายที่ดิน สัญญาจ้างอง การจัดตั้งบริษัท (Gesellschaft mit beschränkter Haftung - GmbH) หรือ บริษัทมหาชน (Aktiengesellschaft) ข้อตกลงโอนหุ้นหรือโอนทรัพย์สินของบริษัท และข้อตกลงในเรื่องทรัพย์สินของคู่สมรส⁵

สำหรับความรับผิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของโนตารีนั้น ข้อบังคับสหพันธ์ว่าด้วยโนตารี (BNotO) มาตรา 19 กำหนดว่า ในกรณีที่โนตารีฝ่าฝืนหน้าที่ของตนเป็นเหตุให้ลูกค้าได้รับความเสียหาย ดังนี้โนตารีย่อมมีหน้าที่ชดเชยค่าเสียหายนั้นแก่ลูกค้า ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่โนตารีจัดทำหลักฐานแห่งนิติกรรมผิดพลาด เช่น ทำผิดแบบ หรือมีเนื้อหาบกพร่อง หรือไม่ดำเนินการ เรื่องใดเรื่องหนึ่งให้ทันท่วงทีจนเกิดความเสียหายขึ้น ดังนี้โนตารีย่อมมีหน้าที่ชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ลูกค้า ในแง่ข้อบังคับสหพันธ์ว่าด้วยโนตารีได้ระบุไว้แจ้งชัดว่าโนตารีต้องรับผิดชอบชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายนั้น และเพื่อเป็นหลักประกันการชดเชยค่าเสียหายนั้น ข้อบังคับสหพันธ์ว่าด้วยโนตารี มาตรา 19a ได้กำหนดให้โนตารีทำประกันความรับผิดให้เพียงพอ ซึ่งในปัจจุบันโนตารีจะต้องทำประกันไว้อย่างน้อย 500,000 ยูโร หรือประมาณ 25 ล้านบาทไทย นอกจากนี้สภาวิชาชีพโนตารียังได้ทำประกันเพิ่มไว้สำหรับจ่ายสมทบค่าเสียหายแก่โนตารีแต่ละคนอีกเป็นเงิน 500,000 ยูโร หรืออีก 25 ล้านบาท เช่นกัน ในการแต่งตั้งบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งโนตารีนั้น โนตารีจะต้องแสดงหลักฐานต่อกระทรวงยุติธรรมว่าเขาได้ทำประกันความเสียหายไว้อย่างเพียงพอแล้ว มิฉะนั้นกระทรวงยุติธรรมจะยังไม่แต่งตั้งบุคคลนั้นเข้าดำรงตำแหน่งโนตารี ในกรณีที่ปรากฏภายหลังต่อมาว่าโนตารีไม่ได้ทำประกันไว้อย่างเพียงพอ กระทรวงยุติธรรมก็อาจถอดถอนโนตารีผู้นั้นออกจากตำแหน่งโนตารีได้⁶

ในกรณีของกฎหมายบริษัท ตามกฎหมายเยอรมันนั้น ศาลจะเป็นผู้ควบคุมการจดทะเบียนพาณิชย์ต่างๆ ในนาม “The commercial register” โดยโนตารีจะเป็นผู้ตรวจสอบความถูกต้องแน่นอนของข้อเท็จจริง ไม่ว่าจะเป็นตัวบุคคลที่ยื่นจดทะเบียน เจตนาของบุคคลนั้น ตลอดจนสิทธิหน้าที่ต่างๆ ว่าเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ ดังนี้

(1) ในการประชุมผู้ถือหุ้น ไม่ว่าจะเป็นการประชุมเพื่อจัดตั้งบริษัทของผู้เริ่มก่อการ หรือการประชุมเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับของบริษัทที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วก็ตาม โนตารีมีอำนาจ

⁵ Bundesnotarkammer (BNotK), “German Civil Law Notaries and how they are organized,” retrieved from http://www.bnotk.de/_English/info.english.html

⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 3, น. 80.

หน้าที่จัดทำหลักฐานโดยทำเป็นเอกสารและบันทึกในการลงมติของที่ประชุมนั้น⁷ (BNotO มาตรา 20)

(2) หนังสือสำคัญจัดตั้งบริษัท (formation deed) รวมทั้งข้อบังคับของบริษัท⁸ (articles of association) และข้อตกลงต่างๆ ระหว่างผู้ถือหุ้น จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อโนตารี (GmbHG มาตรา 2) โดยผู้ถือหุ้นที่ร่วมก่อตั้งบริษัทจะต้องมาปรากฏตัวต่อหน้าโนตารี ในกรณีที่ เป็นบุคคลธรรมดาจะต้องมาด้วยตนเอง แต่หากเป็นกรณีที่เป็นนิติบุคคลก็คือ ผู้ที่มีอำนาจลงนามแทน หรือผู้ร่วมก่อตั้งบริษัทจะมอบอำนาจให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งมาปรากฏตัวต่อหน้าโนตารีแทนก็ได้ โดยทำหนังสือมอบอำนาจตามแบบที่กฎหมายกำหนด โนตารีจะต้องตรวจสอบให้แน่ใจว่าบุคคลที่มาปรากฏตัวตรงหน้านั้นเป็นผู้ถือหุ้นที่ร่วมก่อตั้งบริษัทจริงหรือไม่ หรือได้รับมอบอำนาจมาโดยถูกต้องหรือไม่ จากนั้นโนตารีจะอ่านข้อตกลงนั้นให้คู่ความฟัง และคู่สัญญา ก็จะยืนยันว่าข้อความในข้อตกลงนั้นถูกต้องตรงกันกับเจตนารมณ์ของตนโดยการลงลายมือชื่อต่อหน้าโนตารีซึ่งจะลงลายมือชื่อของตนและประทับตราลงในหนังสือสำคัญนั้น ทั้งนี้หน้าที่ของโนตารีไม่เพียงแต่การทำหนังสือสำคัญตามที่กล่าวข้างต้นเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการให้คำแนะนำอย่างเป็นกลางแก่คู่สัญญาเกี่ยวกับรายละเอียดและควมมีผลของหนังสือสำคัญ ในกรณีที่ มีข้อสงสัยอีกด้วย⁹

อย่างไรก็ดี เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ.2008 ได้มีการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับบริษัทและต่อต้านการใช้ในทางที่ผิด (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG) มีวัตถุประสงค์บางส่วนเพื่อลดระยะเวลาและขั้นตอนการจัดตั้งบริษัท โดยกำหนดให้การจัดตั้งบริษัทที่ไม่ยุ่งยาก กล่าวคือจัดตั้งโดยชำระค่าหุ้นเป็นตัวเงิน มีผู้ถือหุ้นไม่เกิน 3 คน และมีกรรมการเพียงคนเดียว

⁷ AMANN Lawyers&Tax Accountants, “How do I form a German GmbH –Guidelines for forming a German GmbH,” retrieved from <http://www.brainguide.de/data/publications/PDF/pub104688.pdf>

⁸ ข้อบังคับของบริษัทจะประกอบไปด้วยรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้ เช่น ชื่อบริษัททุนจดทะเบียน รายชื่อผู้ถือหุ้นผู้เริ่มก่อการรวมทั้งจำนวนหุ้นที่ถืออยู่ สถานที่ตั้ง วัตถุประสงค์ จำนวนชื่อกรรมการซึ่งมีอำนาจลงนามผูกพันบริษัท

⁹ Klaus J. Mueller, The GmbH : a guide to the German limited liability company, (Muechen : Verlag C.H. Beck, 2006), p.17.

สามารถเลือกใช้แบบหนังสือสำคัญจัดตั้งบริษัทตามที่กฎหมายกำหนดได้ ซึ่งประกอบไปด้วย ข้อบังคับ เอกสารการแต่งตั้งกรรมการ และบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นรวมอยู่ในเอกสารฉบับเดียว¹⁰ ในกรณีที่ได้ออกใช้หนังสือสำคัญจัดตั้งบริษัทแล้ว บริษัทดังกล่าวก็ไม่จำเป็นต้องให้โนตารีจัดทำ หนังสือสำคัญเพื่อรับรอง หรือให้แนะนำแก่คู่สัญญาอีก โนตารีมีหน้าที่เพียงแต่รับรองความถูกต้อง ของลายมือชื่อของผู้ถือหุ้นที่ลงทำข้อบังคับเท่านั้น¹¹

(3) หลังจากที่ได้รับชำระเงินค่าหุ้นที่เรียกเก็บจากผู้ร่วมก่อตั้งบริษัทแล้ว กรรมการผู้จัดการจะต้องดำเนินการยื่นขอจดทะเบียนบริษัทไปยัง the commercial register¹² ค่าขอจดทะเบียนจะต้องแนบเอกสารประกอบต่างๆ คือ ข้อบังคับของบริษัท หลักฐานการแต่งตั้ง กรรมการผู้จัดการ บัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้น หลักฐานการชำระค่าหุ้น¹³ และในกรณีที่เป็นการชำระ ค่าหุ้นด้วยอย่างอื่นนอกจากตัวเงิน จะต้องแนบสัญญาที่เกี่ยวข้องรวมทั้งรายงานอธิบาย รายละเอียดเกี่ยวกับการชำระค่าหุ้นด้วยอย่างอื่นนอกจากตัวเงินนั้นด้วย และหากกฎหมาย กำหนดให้กิจการใดจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐ เช่น สถาบันทางการเงิน ธุรกิจขนส่ง หรือ ธุรกิจการพนัน ก็ต้องแนบใบอนุญาตนั้นด้วย¹⁴ ค่าขอจดทะเบียนจะต้องลงนามโดยกรรมการทุกคน และจะต้องมีตัวอย่างลายมือชื่อรวมถึงข้อความโดยชัดแจ้งถึงขอบเขตอำนาจลงนามผูกพันบริษัท ของกรรมการแต่ละคนด้วย

¹⁰ Fried, Frank, Harris, Shriver & Jacobson LLP, “German Reform Act to Modernize the Law Governing,” retrieved from www.ffhsj.com/siteFiles/Publications/4337719702F36BAD32AC07C04E82524B.pdf

¹¹ The German Federal Ministry of Justice, “Reforms for those starting up – the MoMiG,” retrieved from http://www.bmj.de/enid/1276?pmc_id=4678

¹² ตามกฎหมายเยอรมัน The commercial register คือหน่วยงานซึ่งดำเนินการโดยศาล ท้องถิ่นในแต่ละมลรัฐ (Amtsgericht) ทำหน้าที่รับจดทะเบียนธุรกิจ และบริการข้อมูลทางธุรกิจ ของนิติบุคคลต่างๆ คล้ายกับกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ของไทย

¹³ AMANN Lawyers&Tax Accountants, *supra* note 7.

¹⁴ Klaus J. Mueller, *supra* note 9, p.8.

อย่างไรก็ดี ตาม MoMiG แม้บริษัทจะยังไม่ได้รับใบอนุญาตจากรัฐให้ดำเนินธุรกิจ ก็สามารถยื่นขอจดทะเบียนจัดตั้งต่อ the commercial register ได้

ลายมือชื่อของกรรมการที่ลงในคำขอจดทะเบียนนั้นจะต้องให้โนตารับรอง (Commercial Code มาตรา 12) กล่าวคือการลงลายมือชื่อจะมีผลต่อเมื่อโนตารับรองให้การยืนยันว่าเอกสารแต่ละฉบับนั้นผู้มีอำนาจลงนามได้ลงลายมือชื่อด้วยตนเองต่อหน้าตน และให้การยืนยันว่าตนได้ตรวจสอบแล้วว่าตัวบุคคลที่ลงลายมือชื่อนั้นเป็นเจ้าของลายมือชื่อที่แท้จริง ความจำเป็นที่ต้องมีโนตารับรองลายมือชื่อในคำขอจดทะเบียนนั้นยังใช้ในกรณีที่ผู้มีอำนาจลงนามมิได้ลงลายมือชื่อต่อหน้าโนตาร แต่ได้มาปรากฏตัวภายหลังต่อหน้าโนตารและรับรองว่าลายมือชื่อนั้นเป็นลายมือชื่อที่แท้จริง อย่างไรก็ตามเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีสืบหาหลักฐานของโนตาร ในกรณีเช่นนี้โนตารไม่จำเป็นต้องอ่านข้อความในเอกสารให้แก่คู่ความฟัง และโนตารยังไม่จำเป็นต้องให้คำแนะนำเกี่ยวกับรายละเอียด ข้อความในเอกสารที่ตนจะต้องรับรองด้วย¹⁵

เมื่อ the commercial register ได้รับคำขอจดทะเบียนแล้วก็จะทำการตรวจสอบว่าการตั้งบริษัทนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ หากพบว่าเอกสารการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท หรือกระบวนการจัดตั้งบริษัทเป็นไปโดยไม่ถูกต้อง the commercial register จะมีคำสั่งไปยังโนตารเพื่อให้แก้ไขข้อบกพร่องนั้นภายในเวลาที่กำหนด หากไม่ปรากฏว่ามีการแก้ไขข้อบกพร่อง the commercial register จะปฏิเสธคำขอจดทะเบียน แต่หากการจดทะเบียนเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย the commercial register จะดำเนินการจดทะเบียนให้ และเมื่อบริษัทได้จดทะเบียนแล้วก็จะถือว่ามีสภาพนิติบุคคล¹⁶

เมื่อบริษัทได้จดทะเบียนจัดตั้งแล้ว หากต้องการจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในข้อบังคับข้อบังคับของบริษัท เช่น ย้ายที่ตั้งสำนักงาน เปลี่ยนชื่อ แก้ไขวัตถุประสงค์ เปลี่ยนแปลงวันเริ่มต้นของรอบปีบัญชี เพิ่มทุน หรือลดทุนจดทะเบียน จะต้องได้รับมติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น โดยมีคะแนนเสียงข้างมากไม่น้อยกว่าสองในสามของคะแนนเสียงทั้งหมด และมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นนี้ต้องได้รับการบันทึกโดยโนตาร (GmbHG มาตรา 53(2))¹⁷

คำขอจดทะเบียนแก้ไขข้อบังคับนั้นจะต้องลงนามโดยกรรมการผู้มีอำนาจลงนามผูกพันบริษัท และลายมือชื่อของกรรมการดังกล่าวจะต้องได้รับการรับรองโดยโนตาร (Commercial Code มาตรา 12(1)) แต่ในกรณีที่การแก้ไขนั้นเกี่ยวข้องกับการเพิ่มหรือลดทุนจดทะเบียนของบริษัท คำขอนั้นจะต้องลงนามโดยกรรมการทุกคน

¹⁵ Klaus J. Mueller, *supra* note 9, p.19.

¹⁶ Klaus J. Mueller, *supra* note 9, p.20.

¹⁷ Klaus J. Mueller, *supra* note 9, pp.20-21.

คำขอจดทะเบียนแก้ไขข้อบังคับจะต้องแนบเอกสารประกอบดังต่อไปนี้ด้วย คือ

- คู่ฉบับหนังสือสำคัญซึ่งโนตารัจัดทำระบุถึงมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นในเรื่องการแก้ไขข้อบังคับ

- ข้อความในข้อบังคับที่แก้ไขเพิ่มเติม รวมทั้งคำรับรองของโนตารัว่าข้อความที่ได้แก้ไขนั้นสอดคล้องกับมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นซึ่งโนตารัได้จัดบันทึกไว้ และนอกเหนือจากข้อความที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้ลงมติเปลี่ยนแปลงแล้ว บทบัญญัติที่เหลือของข้อบังคับนั้นยังคงเดิมและถูกต้องตรงกับข้อบังคับฉบับเดิมที่ได้แจ้งไปยัง the commercial register ก่อนหน้านี้¹⁸

(4) การโอนหุ้นจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อโนตารั (GmbHG มาตรา 15(3)) และวิธีการนี้ยังใช้ในกรณีที่เป็นการโอนหุ้นซึ่งกำหนดหน้าที่ให้ผู้ถือหุ้นต้องโอนหุ้นของตนเองเนื่องจากกฎหมายเยอรมันแยกแยะความแตกต่างระหว่างส่วนซึ่งกำหนดหน้าที่และส่วนของการปฏิบัติการชำระหนี้โดยการโอนหุ้นว่าหุ้นใดที่จะโอนไปยังผู้รับโอน ส่วนที่กำหนดหน้าที่นี้อาจจะปรากฏอยู่ในกรณีของสัญญาซึ่งการสิ้นสุดของสัญญาอยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อบังคับก่อนหรือในกรณีที่มีการโอนสิทธิที่จะซื้อหุ้นในภายภาคหน้าตามราคาที่กำหนด (call option) ให้แก่บุคคลภายนอก อย่างไรก็ตาม หากส่วนซึ่งกำหนดหน้าที่ซึ่งมิได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดและไม่มีผลผูกพันแล้ว จะกลับมีผลผูกพันและการซื้อขายหุ้นทั้งหมดจะมีผลก่อกำเนิดเมื่อการโอนหุ้นในภายหลังได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อโนตารั¹⁹

โนตารัซึ่งได้จัดทำหนังสือการโอนหุ้นมีหน้าที่ต้องแจ้งไปยัง the commercial register ถึงการโอนหุ้นนั้นโดยไม่ชักช้า (GmbHG มาตรา 40) การแจ้งนี้โนตารัมีหน้าที่เพียงแค่แจ้งว่าได้มีการโอนหุ้นเกิดขึ้นเท่านั้น แต่ไม่จำเป็นต้องเปิดเผยถึงรายละเอียด และข้อมูลส่วนตัวของผู้โอนและผู้รับโอนแต่อย่างใด เนื่องจากข้อมูลดังกล่าวจะปรากฏอยู่ในบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นซึ่งกรรมการบริษัทจะต้องส่งไปยัง the commercial register และหน้าที่ดังกล่าวนี้ยังทำให้ the commercial register สามารถตรวจสอบได้อย่างมีประสิทธิภาพว่ากรรมการบริษัทได้ปฏิบัติตามหน้าที่ที่จะต้องส่งบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นที่ได้เปลี่ยนแปลงแก้ไขตามที่มีการโอนหุ้นมายัง the commercial register หรือไม่²⁰

¹⁸ Klaus J. Mueller, *supra* note 9, p.21.

¹⁹ Klaus J. Mueller, *supra* note 9, p.97.

²⁰ Klaus J. Mueller, *supra* note 9, p.97.

นอกจากนี้โนตารียังมีหน้าที่ต้องแจ้งการโอนหุ้นในบริษัทไปยัง the financial authorities พร้อมทั้งแนบสำเนาหนังสือการโอนหุ้นซึ่งรับรองว่าถูกต้องด้วย²¹

บัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นซึ่งกรรมการบริษัทมีหน้าที่ส่งไปยัง the commercial register นั้น บุคคลภายนอกสามารถที่จะตรวจสอบรายละเอียดได้เช่นเดียวกับเอกสารอื่นๆ ที่ได้ส่งมายัง the commercial register อย่างไรก็ตามบุคคลภายนอก เช่น ผู้ที่จะเข้าซื้อหุ้นในบริษัท ไม่อาจอ้างหรือเชื่อถือเนื้อหาในบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นนี้ได้ เนื่องจากบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นที่ได้ยื่นไว้ต่อ the commercial register นี้ใช้เพื่อประโยชน์ในการให้ข้อมูลข่าวสารเท่านั้น ดังนั้น จึงไม่อาจที่จะมั่นใจสิ่งที่ระบุไว้ในบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นซึ่งได้รับมาจาก the commercial register ข้อมูลเกี่ยวกับผู้ถือหุ้นที่ถูกต้องแน่นอนเชื่อถือได้สามารถสืบค้นได้จากหนังสือสำคัญการจดทะเบียนบริษัท และหนังสือสำคัญการโอนหุ้นที่โนตารียจัดทำเท่านั้น²²

อย่างไรก็ดี ตามกฎหมายว่าด้วยการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับบริษัทและต่อต้านการใช้ในทางที่ผิด (MoMiG) บัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นที่บริษัทได้ส่งไปยัง the commercial register จะทวีความสำคัญเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากเฉพาะบุคคลที่มีรายชื่ออยู่ในบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นที่เก็บรักษาไว้ยัง the commercial register เท่านั้นที่ถูกถือว่าเป็นผู้มีสิทธิในความเป็นผู้ถือหุ้นที่จะใช้ยื่นบริษัทได้ นอกจากนี้กฎหมายฉบับดังกล่าวยังได้สร้างหลักการได้มาโดยสุจริตซึ่งหุ้นในบริษัทจากผู้ถือหุ้นซึ่งมีรายชื่ออยู่ในบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นโดยไม่ถูกต้อง เช่น ผู้ที่มีได้รับโอนหุ้นมา²³ เพื่อเป็นการลดภาระ ระยะเวลา และค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบความความเป็นเจ้าของหุ้นที่แท้จริง โดยหากมีการจดทะเบียนรายชื่อผู้ถือหุ้นโดยไม่ถูกต้องลงในบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้น และไม่มี การโต้แย้งภายในเวลาอย่างน้อย 3 ปี บัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะถูกถือว่าถูกต้องและสามารถ ใช้ยื่นต่อผู้ได้มาซึ่งหุ้นได้ หลักการเดียวกันนี้ยังใช้ในกรณีที่มีการจดทะเบียนที่ไม่ถูกต้องนั้นเกิดขึ้นภายใน เวลามากกว่า 3 ปี แต่ความผิดพลาดนั้นเป็นผลมาจากตัวผู้ถือหุ้นที่แท้จริงนั่นเอง²⁴

²¹ Klaus J. Mueller, *supra* note 9, p.98.

²² Klaus J. Mueller, *supra* note 9, p.98.

²³ DIA Piper, "The New German limited Liability Company Act (GmbHG), an over view," retrieved from www.dlapiper.com/files/Publication/d8d30947-df00-4bbc-b139.../German_Corporate_Newsletter_ENG_Nov%2008.pdf

²⁴ The German Federal Ministry of Justice, "The New Law Governing Private Limited Companies," retrieved from

(5) ออกหนังสือรับรองการมีอำนาจทำการแทน หนังสือรับรองเกี่ยวกับสถานที่ตั้งแห่งสำนักงานใหญ่ของนิติบุคคล การเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับผู้ประกอบการ การแปรสภาพ หรือพฤติการณ์ใดๆ ที่มีผลสำคัญทางกฎหมาย และในกรณีที่เกิดพฤติการณ์เหล่านี้เป็นผลมาจากการจดทะเบียนในทะเบียนพาณิชย์ หนังสือรับรองของโนตารีในกรณีเหล่านี้ย่อมมีค่าทางพยานหลักฐานเช่นเดียวกับหนังสือที่ออกโดยศาลซึ่งทำหน้าที่นายทะเบียนพาณิชย์ (BNotO มาตรา 21)

3.1.2 ประเทศญี่ปุ่น

วิชาชีพโนตารีในประเทศญี่ปุ่นมีสถานะเป็นชีวิลลอร์โนตารีเช่นเดียวกับประเทศเยอรมัน มีชื่อเรียกว่า "Kosho-nin" โดยมีกฎหมายหลักที่วางหลักเกณฑ์รับรองและกำหนดฐานะของโนตารี คือ กฎหมายว่าด้วยโนตารี หรือ "Kosho-nin Ho" ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายของเยอรมัน นอกจากนี้หน้าที่ของโนตารียังกระจัดกระจายอยู่ตามกฎหมายฉบับอื่นๆ อีก เช่น กฎหมายแพ่ง กฎหมายบริษัท และกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

หน้าที่สำคัญของโนตารีของญี่ปุ่น มีดังนี้²⁵

1. ตรวจสอบและรับรองลายมือชื่อในเอกสารสำคัญ โดยโนตารีจะรับรองว่าการจัดทำและข้อความในเอกสารนั้นเป็นไปโดยถูกต้องตามกระบวนการขั้นตอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เอกสารนั้นได้จัดทำขึ้นและคู่ความได้ลงลายมือชื่อต่อหน้าโนตารี หรือในกรณีที่คู่ความได้ยอมรับว่าลายมือชื่อในเอกสารเป็นลายมือชื่อของตนต่อหน้าโนตารีแล้ว โนตารีจะระบุข้อความในเอกสารว่าเอกสารดังกล่าวนี้ได้รับการรับรองความถูกต้องแท้จริงแล้วและสามารถเชื่อถือเป็นพยานหลักฐานได้²⁶

2. รับรองว่าได้มีการดำเนินการหรือชำระหนี้ตามเอกสารแล้ว

http://www.bmj.bund.de/enid/0,cf1b3a706d635f6964092d0935363133093a0979656172092d0932303038093a096d6f6e7468092d093132093a095f7472636964092d0935363133/Press/Press_Releases_zg.html

²⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 115-116.

²⁶ "How to make good use of Japanese notaries," retrieved from www.koshonin.gr.jp/en.html

3. รับรองความถูกต้องแท้จริงของข้อบังคับของสมาคม หรือห้างหุ้นส่วนจำกัด และบริษัทจำกัด

4. จัดให้มีและรับรองพิธีสาบานตนประกอบคำให้การ หรือการให้ถ้อยคำอื่นๆ

5. ดำเนินการในฐานะเจ้าพนักงานโนตารีในการเป็นพยานว่าเกิดข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งต่อหน้าตนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิหน้าที่ของเอกชนที่เกี่ยวข้องตามที่กฎหมายกำหนด รวมทั้งรับรองคำคัดค้านตามตัวเงิน เป็นพยานในการบอกกล่าวทวงให้ลูกหนี้ชำระเงิน เป็นพยานในการขอปฏิบัติการชำระหนี้ หรือในการฝากทรัพย์สิน

6. จัดทำหนังสือสำคัญในการทำนิติกรรมต่างๆ เช่น สัญญาซื้อขายโอน สัญญาเช่า สัญญากู้ สัญญาค้ำประกัน และสัญญาต่างๆ อย่างอื่น รวมทั้งพินัยกรรม และต้องจัดการให้นิติกรรมนั้นมีผลบังคับตามกฎหมาย ดังนั้นโนตารีจึงอาจให้คำแนะนำแก่คู่ความในประเด็นที่คิดว่าจำเป็นได้²⁷

7. ออกหมายบังคับสิทธิเพื่อบังคับให้เป็นไปตามนิติกรรมที่ได้ทำไว้ต่อหน้าโนตารี

8. ดำเนินการให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ตามหมาย ตามข้อกำหนดแห่งนิติกรรมที่ได้กระทำต่อหน้าโนตารี

9. จัดทำสำเนาหลักฐานแห่งนิติกรรมที่ได้กระทำต่อหน้าโนตารี

10. ลงวันที่และนับวันที่ตามที่กำหนดไว้เป็นหลักฐานในเอกสาร

โดยบทบาทสำคัญของโนตารีญี่ปุ่นก็คือ การออกหมายบังคับตามนิติกรรมสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หนึ่งเป็นการชำระเงินจำนวนที่แน่นอนหรือการส่งมอบหุ้นหรือทรัพย์สินอย่างอื่น ซึ่งได้ทำไว้ต่อหน้าโนตารี โดยคู่กรณีได้ตกลงกันยินยอมให้โนตารีออกหมายบังคับได้หากมีการผิดนัดเกิดขึ้น เรียกว่า “Execution Deed” เมื่อโนตารีออกหมายบังคับให้แล้ว กฎหมายว่าด้วยการบังคับคดีทางแพ่ง (Civil Execution Act) มาตรา 22(5) และ มาตรา 23 วรรคสอง ให้อำนาจฝ่ายเจ้าหน้าที่สามารถนำหมายบังคับนั้นไปยื่นขอให้ศาลออกคำบังคับแก่คู่ความที่เกี่ยวข้องตามที่ได้ระบุไว้ใน Execution Deed ได้เลยโดยไม่ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเสียก่อน

สำหรับความรับผิดของโนตารีญี่ปุ่นนั้น เป็นไปตามหลักความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (State Liability) โดยกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ให้บริการ ในกรณีที่ได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ของโนตารี ทั้งนี้เพราะถือว่า

²⁷ Hidetsugu Kato, Japan National Notaries Association, “e-Notarization in Japan,” retrieved from http://www.nationalnotary.org/intlforum/pdf/enotarization_kato.pdf

โนตารีเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพียงแต่ไม่ได้รับเงินเดือน แต่ได้รับเงินค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการเท่านั้น ด้วยเหตุนี้โนตารีญี่ปุ่นจึงไม่ต้องจัดหาประกันภัยความรับผิดเพื่อความเสียหายที่ตนเป็นฝ่ายก่อขึ้นแต่อย่างใด²⁸

ในกรณีของการรับรองเอกสารต่างๆ ทั้งการรับรองข้อเท็จจริง รับรองลายมือชื่อ รับรองคำสาบาน และรับรองสำเนาเอกสารนั้น นอกจากจะรับรองโดยโนตารีแล้ว ในประเทศญี่ปุ่นยังสามารถใช้การรับรองโดยวิธีการใช้ตราประทับได้ เรียกว่า “Jitsu-In” โดยเมื่อบริษัทได้จดทะเบียนที่สำนักจดทะเบียน หรือเมื่อผู้อยู่อาศัยได้ขึ้นทะเบียนภูมิลำเนาของตนยังสำนักปกครองแล้ว บริษัทหรือผู้อยู่อาศัยนั้นสามารถขอจดทะเบียนตราประทับกับสำนักทะเบียน หรือสำนักปกครองแห่งนั้นได้ จากนั้นสำนักทะเบียนหรือสำนักปกครองจะออกหนังสือรับรองตราประทับซึ่งมีรูปรอยตราประทับที่ได้จดทะเบียนไว้ให้แก่ผู้ขอจดทะเบียน และผู้ขอจดทะเบียนจะต้องเก็บรักษาตราประทับของตนไว้ในลักษณะที่สามารถป้องกันบุคคลอื่นมาใช้โดยไม่สิทธิได้ เมื่อมีการทำหนังสือสำคัญในการทำนิติกรรมต่างๆ ผู้ขอจดทะเบียนก็จะประทับตราลงบนหนังสือสำคัญนั้นพร้อมกับแนบหนังสือรับรองตราประทับไปกับหนังสือสำคัญนั้นด้วย เอกสารซึ่งมีตราประทับในลักษณะดังกล่าวนี้จะได้รับสันนิษฐานไว้ก่อนว่าถูกต้องแท้จริงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Code of Civil Procedure) มาตรา 228(4)²⁹

อย่างไรก็ดี ตามกฎหมายญี่ปุ่น การดำเนินการจดทะเบียนสิทธิต่าง ๆ จะเป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม หรือที่เรียกว่า Shiho-Shoshi โดยทำหน้าที่เกี่ยวกับการเตรียมหลักฐานแห่งนิติกรรม และดำเนินการจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน ไม่ว่าจะเป็นการได้มาโดยการโอนขาย การรับมรดก การให้ การแลกเปลี่ยน หรือการได้มาทางอื่น และดำเนินการทางทะเบียนเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท ทั้งการก่อตั้ง ควบรวม แยก เข้ากัน หรือเลิกห้าง เป็นต้น³⁰ ส่วนโนตารี จะมีอำนาจหน้าที่เพียงรับรองความถูกต้องแท้จริงของข้อบังคับ (Articles of Incorporation หรือ Teikan³¹) ของบริษัท

²⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 116.

²⁹ Hidetsugu Kato, *supra* note 27.

³⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 117.

³¹ ข้อบังคับของบริษัทเป็นเอกสารที่กำหนดเนื้อหาสาระสำคัญต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับตัวบริษัท เช่น ชื่อบริษัท วัตถุประสงค์ ทุนจดทะเบียน สถานที่ตั้ง ชนิดและจำนวนหุ้นที่บริษัทออก

(General Corporation หรือ Kabushiki Kaisha³²) ซึ่งผู้ร่วมก่อการบริษัทได้จัดเตรียมขึ้นตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Commercial code) มาตรา 167 และ กฎหมายว่าด้วยโนตารี (Kosho-nin Ho) มาตรา 62/2 โดยโนตารีจะรับรองว่าข้อบังคับของบริษัทนั้นสอดคล้องถูกต้องตามกฎหมายและจัดทำขึ้นโดยความยินยอมของผู้ร่วมก่อการบริษัททั้งหมด³³ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของเยอรมันซึ่งโนตารีจะเข้ามาเกี่ยวข้องดูแลการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทเกือบทุกขั้นตอน

3.2 โนตารีในระบบคอมมอนลอว์

หรือเรียกอีกอย่างว่า ระบบแองโกลอเมริกัน (Anglo-American Law) อาจแยกออกเป็น

1. แบบอเมริกัน โดยวิชาชีพโนตารีในสหรัฐอเมริกาไม่ถือเป็นวิชาชีพของนักกฎหมาย แต่เป็นเพียงอาชีพของเจ้าหน้าที่ชั้นผู้น้อยซึ่งได้รับอนุญาตให้ทำการเป็นพยานได้ โนตารีในสหรัฐอเมริกาจึงได้แก่ พลเมืองที่อ่านออกเขียนได้ มีความประพฤติดี และได้ชำระค่าธรรมเนียมในการสมัครเป็นโนตารี เป็นพยานในทางข้อเท็จจริงเหมือนกับเสมียนที่รับรองเอกสาร โนตารีบัลิกของอเมริกาจึงไม่จำเป็นต้องเป็นนักกฎหมาย แต่จะมีอำนาจรับรองได้เพียงข้อเท็จจริงเท่านั้น ไม่สามารถรับรองสิทธิได้

2. แบบอังกฤษ วิชาชีพโนตารีของอังกฤษนั้นถือว่าเป็นวิชาชีพของนักกฎหมาย ในทางกฎหมายโนตารีมีฐานะสูงเคียงคู่กับทนายความ มีอำนาจทำคำรับรองทั้งข้อเท็จจริงและ

รายละเอียดเกี่ยวกับผู้ถือหุ้น กรรมการ กรรมการผู้มีอำนาจลงนามผูกพันบริษัท ผู้มีอำนาจตรวจสอบ และรอบปีบัญชีของบริษัท

³² ตามกฎหมายของญี่ปุ่นจำแนกบริษัทออกเป็น 2 ประเภท คือ Yugen Gaisha และ Kabushiki Kaisha โดย Yugen Gaisha เป็นบริษัทขนาดกลางและขนาดเล็กซึ่งสามารถบริหารจัดการได้ง่าย ใช้ทุนจดทะเบียนจัดตั้งน้อยกว่า และไม่มีกฎระเบียบยุ่งยากมาก หากแต่จำกัดจำนวนผู้ถือหุ้นและการโอนหุ้นไว้ ซึ่งแตกต่างจาก Kabushiki Kaisha ซึ่งไม่จำกัดจำนวนผู้ถือหุ้นและความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นจะจำกัดไว้เพียงจำนวนที่ลงทุนในบริษัทเท่านั้น เฉพาะข้อบังคับของ Kabushiki Kaisha ที่จะต้องได้รับการรับรองจากโนตารีก่อนจึงจะมีผลบังคับ ส่วนข้อบังคับของ Yugen Gaisha ไม่ต้องได้รับการรับรองจากโนตารีแต่อย่างใด

³³ Terrie Lloyd, "How to Incorporate in Japan: Part 1," retrieved from www.japaninc.com/mgz_autumn_2006_incorporate

ข้อกฎหมาย แต่ยังเป็นเพียงข้อสันนิษฐานทางกฎหมายธรรมดา มิใช่บทสันนิษฐานเด็ดขาด จึงอาจนำสืบพยานหลักฐานเพื่อหักล้างได้ตามเกณฑ์ในเรื่องหน้าที่นำสืบในกฎหมายลักษณะพยาน นอกจากนี้ในตารียังสามารถทำคำแปลเป็นภาษาต่างประเทศและให้คำปรึกษาทางกฎหมายได้ด้วย บางประเทศในเอเชียก็ใช้ระบบในตารีของอังกฤษ เช่น สิงคโปร์ ซึ่งใช้ระบบอังกฤษและมีการกำหนดว่าในตารีของสิงคโปร์มีอำนาจอย่างในตารีของอังกฤษ ดังนั้นหากในตารีของอังกฤษมีอำนาจเพิ่มขึ้น ในตารีของสิงคโปร์ก็จะมีอำนาจเพิ่มขึ้นด้วย ซึ่งก็เป็นธรรมเนียมคอมมอนเวลธ์ในระบบคอมมอนลอว์ ในประเทศอื่นๆ เช่น ศรีลังกา ก็ใช้ระบบในตารีอังกฤษเช่นกัน

เหตุที่อำนาจหน้าที่ของในตารีในระบบคอมมอนลอว์มีความแตกต่างจากอำนาจหน้าที่ของในตารีในระบบซีวิลลอว์ เนื่องจากแนวคิดในเรื่องการคุ้มครองสิทธิของประชาชน โดยในระบบคอมมอนลอว์นั้นถือว่าประชาชนจะต้องรับผิดชอบต่อการตัดสินใจและการกระทำของตนเอง ดังนั้นรัฐจึงควรเข้ามาบีบบังคับให้น้อยที่สุดเพื่อมิให้เป็นการขัดขวางการประกอบธุรกิจการค้าและอิสรภาพของประชาชนในการตัดสินใจด้วยตนเอง ในขณะที่ระบบซีวิลลอว์ถือว่าการคุ้มครองสิทธิของประชาชนมิได้เป็นหน้าที่ของแต่ละบุคคล หากแต่เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องคุ้มครองประชาชนจากความเสียหาย ค่าใช้จ่าย และการดำเนินคดีที่ไม่จำเป็น ในตารีจึงเปรียบเสมือนตัวแทนของรัฐในการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่ประชาชนที่เข้ามาทำสัญญาโดยการเข้ามาเป็นคนกลางในการจัดทำหลักฐานการทำนิติกรรมต่างๆ

นอกจากนี้วิวัฒนาการของการรับฟังพยานหลักฐานที่แตกต่างกันของระบบกฎหมายทั้งสองระบบ ยังส่งผลต่อค่าในทางกฎหมายพยานหลักฐานของหลักฐานหรือเอกสารที่ในตารีได้จัดทำขึ้นหรือรับรอง กล่าวคือ ระบบคอมมอนลอว์ระบบการรับฟังพยานหลักฐานมีวิวัฒนาการมาจากระบบการค้นหาความจริงแบบกล่าวหา หรือที่เรียกว่า “ระบบกล่าวหา” (Accusatory System) ซึ่งมีลักษณะเด่นด้วยการใช้วิธีพิจารณาด้วยวาจา (Oral Procedure) ดังนั้นศาลจะให้ความสำคัญกับพยานบุคคล (Oral Evidence) มากที่สุด ส่วนพยานเอกสารจะถือว่ามีความเท่าเทียมกัน และถ้าเป็นหนังสือที่มีการลงลายมือชื่อ ค่าความน่าเชื่อถือของลายมือชื่อก็ไม่ได้อยู่ที่การรับรองแต่อยู่ที่ตัวผู้ลงลายมือชื่อนั้นเอง จึงไม่ต้องคำนึงว่าใครเป็นผู้จัดทำเอกสารนั้น และหากมีการโต้แย้งกัน ก็จะต้องนำเอาพยานบุคคลมาให้การยืนยันพยานเอกสารอีกทอดหนึ่ง ดังนั้นหลักฐานหรือหนังสือในตารีทำขึ้นแม้จะมีความน่าเชื่อถือ แต่ก็มิได้เป็นบทสันนิษฐานเด็ดขาด ยังสามารถนำสืบหักล้างได้ ต่างจากระบบซีวิลลอว์ ซึ่งระบบการรับฟังพยานหลักฐาน

มีวิวัฒนาการมาจากการค้นหาความจริงแบบไต่สวน หรือระบบไต่สวน (Inquisitorial System) ซึ่งเน้นการดำเนินกระบวนการพิจารณาและการสืบพยานโดยการใช้เอกสารเป็นสำคัญ (Documentary Evidence) ดังนั้นหลักฐานหรือเอกสารที่โนตารีได้จัดทำหรือรับรองนั้นมีค่าเป็น เอกสารมหาชน จัดเป็นพยานชั้นที่หนึ่งซึ่งศาลรับฟังได้โดยไม่ต้องสืบพยานเพิ่มเติมอีก³⁴

3.2.1 ประเทศอังกฤษ

โนตารีในประเทศอังกฤษ เรียกว่า “Public Notary” ปัจจุบันแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ โนตารีทั่วไป (General Notaries) สไครเวเนอร์โนตารี (Scrivener Notaries) และ โนตารีศาสนจักร (Ecclesiastical) ซึ่งโนตารีทั้งสามประเภทก็มีความแตกต่างกันบางประการ โดยเฉพาะในเรื่องคุณสมบัติของโนตารีและขอบเขตอำนาจและหน้าที่ กล่าวคือ การสมัครเป็น โนตารีในประเทศอังกฤษและเวลส์ ผู้สมัครจะต้องมีความรู้ทางด้านกฎหมาย แต่ผู้ที่ประสงค์จะเป็นสไครเวเนอร์โนตารีจะต้องมีความเชี่ยวชาญทางด้านภาษาต่างประเทศยิ่งกว่าโนตารีทั่วไป คือต้องรู้ภาษาต่างประเทศอย่างน้อยสองภาษาและยังต้องมีความรู้ในหลักกฎหมายต่างประเทศ ด้วย เพราะโนตารีประเภทนี้ต้องดำเนินการทางด้านเอกสารกฎหมายที่จะนำไปใช้ในต่างประเทศ นอกจากนี้ สไครเวเนอร์โนตารียังเป็นโนตารีเพียงประเภทเดียวที่ได้รับการรับรองจากสหภาพ โนตารีละตินนานาชาติ (International Union of the Latin Notariat)³⁵

สำหรับหน้าที่ของโนตารีของอังกฤษนั้น เนื่องจากในระบบกฎหมายอังกฤษยังไม่เคยมีความพยายามที่จะตรากฎหมายวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของโนตารี ให้แน่นอนลงไปว่ามีอำนาจหน้าที่อย่างไร ต่างจากในระบบซีวิลลอว์ซึ่งมีการตรากฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง อำนาจหน้าที่ของโนตารีในระบบกฎหมายอังกฤษจึงมีที่มาจากกฎหมายเฉพาะหลายแห่ง โดยแหล่งที่มาสำคัญคือจารีตประเพณีหรือปกติประเพณีทางการค้าที่ตกทอดกันมาในระบบกฎหมายอังกฤษ

อำนาจหน้าที่สำคัญๆ ของโนตารีของอังกฤษ มีดังนี้³⁶

1. อำนาจหน้าที่ในการเตรียมเอกสาร ทำคำรับรอง

³⁴ Gisela Shaw, “Notaries in Central Europe :Transformation as reprofessionalisation,” retrieved from http://www.notaries.org.uk/articles/articles/notaries_in_central_europe_files/page39_4.pdf

³⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 31.

³⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 115-116.

- ตรวจสอบและรับรองเอกสารทางกฎหมายสำหรับใช้ในต่างประเทศ และในกรณีที่เอกสารสำคัญทางการค้าของบริษัทห้างร้าน โนตารีต้องรับรองว่าเป็นเอกสารที่สร้างขึ้นโดยผู้มีอำนาจและมีผลผูกพันตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนั้นในหลายกรณีหนังสือรับรองของโนตารี จึงไม่เพียงเป็นการรับรองการตรวจสอบทางข้อเท็จจริงแต่เป็นการตรวจสอบความมีผลทางกฎหมายด้วย

- รับรองข้อกฎหมาย โดยทั่วไปมักเป็นการรับรองผลทางกฎหมายตามกฎหมายของอังกฤษเพื่อนำเอาหนังสือรับรองนั้นไปใช้ในต่างประเทศ โดยเฉพาะในกรณีที่ศาลหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศต้องพิจารณาหรือปรับใช้กฎหมายอังกฤษ หรือกรณีที่บรรดาธนาคารและสถาบันการเงินจะเข้าทำนิติกรรมกับบริษัทต่างๆ ก็จะต้องถือคำรับรองทางกฎหมายของโนตารีเกี่ยวกับความมีอยู่ของบริษัทผู้กู้ และความสามารถหรืออำนาจหน้าที่ตามขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทนั้นๆ ในการเข้าทำนิติกรรมผูกพันตน หรือเกี่ยวกับทรัพย์สินที่อาจใช้เป็นหลักประกันสินเชื่อด้วย

- รับรองสำเนาเอกสาร โดยรับรองว่าสำเนาเอกสารนั้นทำขึ้นจากต้นฉบับซึ่งโนตารีได้ตรวจสอบแล้ว สำเนาที่โนตารีรับรองแล้วนี้ศาลอังกฤษและหน่วยงานของรัฐในอังกฤษและในต่างประเทศจะรับว่ามีค่าเท่ากับต้นฉบับที่แท้จริง

- จัดให้มีพิธีคำสาบานตนประกอบการทำคำบอกกล่าวแสดงเจตนา หรือแสดงหลักฐานต่างๆ และมีอำนาจเป็นพยานในการแสดงเจตนาที่ต้องสาบานตนตามกฎหมายว่าด้วยการแสดงเจตนาตามกฎหมาย (Statutory Declarations Act 1835) นอกจากนี้ยังมีอำนาจในการจัดให้มีการสาบานตนเพื่อใช้ประกอบคำให้การเป็นพยานในกระบวนการพิจารณาในศาลอังกฤษในฐานะเจ้าพนักงานผู้รับคำสาบาน (Commissioner for Oaths) ตามกฎหมายว่าด้วยกิจการศาลและการให้บริการทางกฎหมาย (Courts and Legal Services Act 1990)

2. อำนาจหน้าที่ในการจัดทำคำแปล

- เตรียมและแปลเอกสารที่มุ่งใช้ในต่างประเทศ โดยการแปลเอกสารทางกฎหมายนั้นมักเป็นกิจการของสโครเวเนอร์โนตารีซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญและได้รับการศึกษาอบรมมาโดยตรงทั้งในแง่ของภาษาและกฎหมายต่างประเทศ และสโครเวเนอร์โนตารียังสามารถออกหนังสือรับรองความถูกต้องของคำแปลเอกสารได้ด้วย

- รับรองความถูกต้องแท้จริงของคำแปลเอกสารภาษาต่างประเทศเป็นภาษาอังกฤษ หรือรับรองตัวผู้แปลเอกสารซึ่งอาจเป็นตัวโนตารีเอง หรือบุคคลอื่น หรือรับรองเอกสารที่ออกให้ในต่างประเทศว่าเป็นเอกสารต้นฉบับพร้อมคำแปล

3. อำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษาเกี่ยวกับกฎหมายอังกฤษและกฎหมายต่างประเทศ

นอกจากนี้โนตารียังมีอำนาจหน้าที่เฉพาะในเรื่องอื่นๆ อีก เช่น การทำคำคัดค้านตัวเงิน การโอนทรัพย์สินและดำเนินการเกี่ยวกับมรดก การทำคำคัดค้านเรือ และการทำสัญญาค้ำประกันบัตรหรือหุ้นกู้

ตามระบบกฎหมายอังกฤษนั้น เดิมทีหลักฐานหรือหนังสือที่โนตารีทำขึ้นหาได้มีฐานะพิเศษในทางพยานหลักฐานหรือมีค่าบังคับพิเศษเหมือนในระบบเหมือนในระบบซีวิลลอว์ไม่ดังเช่นที่ผู้พิพากษา Lord Tenterden ได้อธิบายไว้ในคดี R. v. Scrivener Co.³⁷ ว่าเอกสารที่ผ่านการรับรองจากโนตารีแม้ว่าจะมีผลใช้บังคับและมีค่าทางพยานหลักฐานในต่างประเทศ แต่จะไม่มีผลในศาลอังกฤษซึ่งเป็นระบบคอมมอนลอว์ เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องมาจากหลักการ 2 หลักใหญ่ๆ ของระบบพยานหลักฐานของอังกฤษ คือ หลักการเบิกความด้วยวาจา (principle of orality) ซึ่งจะพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีโดยอาศัยคำเบิกความด้วยวาจาของพยาน (Oral Testimony) ในการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย และหลักห้ามรับฟังพยานบอกเล่า (rule against hearsay) กล่าวคือ การกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอื่นใดนอกเหนือจากข้อเท็จจริงที่ได้จากการสืบพยานบุคคลในกระบวนการพิจารณาคดีจะไม่สามารถยอมรับเป็นพยานหลักฐานในประเด็นที่กล่าวอ้างนั้นได้ ดังนั้นข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในเอกสารจะไม่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ เว้นแต่ผู้ที่ทำเอกสารนั้นจะมาให้การสาบานเบิกความเป็นพยานในศาลด้วยตนเอง³⁸ ในคดี Nye v. McDonald³⁹ ซึ่งเกิดประเด็นเกี่ยวกับตัวผู้มอบอำนาจในหนังสือมอบอำนาจ ศาลได้ตัดสินว่าการนำหนังสือมอบอำนาจและหนังสือรับรองของโนตารีว่าหนังสือมอบอำนาจนั้นได้ทำต่อหน้าตนไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ประเด็นในคดี โดยผู้พิพากษา Lord Cairns ได้วางหลักว่า กระบวนการรับรองเอกสารของโนตารีซึ่งระบุไว้ว่าเอกสารนั้นได้จัดทำขึ้นต่อหน้าตนไม่อาจที่จะหักล้างพยานหลักฐานที่ถูกต้องของการจัดทำเอกสารนั้นได้ หรือในคดี Banco de Bilbao v. Sancha⁴⁰ ศาลสูงได้ตัดสินว่าเอกสารที่โนตารีทำขึ้นเพื่อเป็นหลักฐานในการแต่งตั้งผู้จัดการธนาคารคนใหม่ไม่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ทั้งนี้มิใช่เพราะเอกสารนั้นเป็นเอกสารที่โนตารีทำขึ้น แต่เนื่องจากเอกสารดังกล่าวโดยตัวของมันเองมิใช่เป็นหลักฐานในการแต่งตั้งผู้จัดการโดยตรง

³⁷ R. v. Scrivener Co., (1830), 10 B. & C. 511 at 518-519.

³⁸ Chesmer v. Noyes, (1815) 4 Camp. 129.

³⁹ Nye v. McDonald, (1870), L.R.3 P.C.331 at 343.

⁴⁰ Banco de Bilbao v. Sancha, (1938), 2 K.B. 176 at 196.

เพราะในเอกสารระบุเพียงแค่ว่าบุคคลซึ่งมาปรากฏต่อหน้าโนตารีนั้นกล่าวอ้างว่าคณะกรรมการของธนาคารได้มีมติแต่งตั้งให้เป็นผู้จัดการ แต่ไม่ได้มีการพิสูจน์ว่าคณะกรรมการได้มีมติดังกล่าวจริง

อย่างไรก็ดี เมื่อปี ค.ศ. 2005 อังกฤษได้มีการแก้ไขข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง (The Civil Procedure Rules) โดยข้อ 32(20) ของข้อบังคับดังกล่าวกำหนดให้หลักฐานหรือหนังสือที่โนตารีทำขึ้นอาจถือเป็นพยานหลักฐานว่าได้มีการรับรองโดยถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดโดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงเพิ่มเติม เว้นเสียแต่จะพิสูจน์ได้ว่าหลักฐานหรือเอกสารนั้นไม่ถูกต้อง⁴¹ การแก้ไขดังกล่าวนี้มีผลเป็นการเพิ่มความน่าเชื่อถือของหลักฐานหรือหนังสือที่โนตารีทำขึ้น แม้ว่าจะไม่ถึงกับได้รับการรับรองว่าเป็นหลักฐานหรือหนังสือประเภทที่เป็นเอกสารมหาชนก็ตาม⁴² และไม่ถึงกับมีสภาพเป็นหนังสือบังคับ (Authentic Instrument) ซึ่งสามารถบังคับตามที่คู่กรณีตกลงกันได้โดยที่ไม่จำเป็นต้องดำเนินคดีต่อศาลแบบในระบบซีวิลลอว์ อย่างไรก็ตามข้อบังคับดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าศาลยังคงไว้ซึ่งดุลพินิจในการยอมรับหลักฐานหรือหนังสือของโนตารี และข้อสันนิษฐานในความแท้จริงของหลักฐานหรือความถูกต้องของข้อความที่ปรากฏในนั้นก็ยังคงอาจถูกหักล้างได้⁴³

สำหรับความรับผิดชอบจากการปฏิบัติหน้าที่ของโนตารีนั้น ในกรณีที่โนตารีบกพร่องต่อหน้าที่ และความบกพร่องนั้นเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ลูกค้าของตน โนตารีย่อมต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ลูกค้าในฐานะผิดสัญญา แต่ในกรณีที่เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกที่มีใช้สัญญา แม้จะมีข้อสงสัยอยู่บ้างว่าโนตารีจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ เพราะยังไม่ปรากฏเป็นคดีในศาล ก็พออนุมานได้ว่าโนตารีต้องรับผิดชอบเหมือนกันกับโซลิซิเตอร์ (Solicitor) หรือผู้ประกอบวิชาชีพทนายความที่ปรึกษากฎหมาย ดังนั้นโนตารีจึงต้องรับผิดชอบ

⁴¹ Rule 32(20) of The Civil Procedure Rules provides that “a notarial act or instrument may be received in evidence without further proof as duly authenticated in accordance with the requirements of law unless the contrary is proved”

⁴² ทั้งนี้ เนื่องจากผลของคำพิพากษาศาลสูงในคดี Wilton & Company v. Phillips ได้วางหลักเป็นบรรทัดฐานไว้ว่าหลักฐานที่มีฐานะเป็นเอกสารมหาชนต้องเป็นเรื่องกิจการสาธารณะไม่ใช่กิจการเอกชน โปรดดู Wilton & Company v. Phillips, (1903), 19 T.L.R. 390.

⁴³ Nigel Ready, “Nihil prius fide ? The recent amend to the Civil Procedure Rule,” retrieved from http://www.notaries.org.uk/probative_force/probative_force.html

ต่อบุคคลภายนอกเพื่อความประมาทเลินเล่อ (Negligence) ของตนด้วย ตัวอย่างเช่น หากโนตารีมิได้เตือนลูกความที่ประสงค์จะทำพินัยกรรมว่าผู้รับประโยชน์จะเป็นพยานในพินัยกรรมไม่ได้ ดังนี้หากพินัยกรรมนั้นไม่มีผล โนตารีย่อมต้องรับผิดชอบในความเสียหายแก่ผู้ที่ควรได้ประโยชน์จากพินัยกรรม อันเกิดจากความไม่มีผลของพินัยกรรมนั้น เป็นต้น⁴⁴

ส่วนในด้านกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทนั้น เนื่องจากโนตารีในประเทศอังกฤษนั้นเป็นโนตารีในระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งมีอำนาจทำคำรับรองข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจในการทำคำรับรองสิทธิ โนตารีในประเทศอังกฤษจึงมิได้เข้ามามีบทบาทในทางกฎหมายเกี่ยวกับหุ้นส่วนบริษัทมากเท่าโนตารีในระบบซีวิลลอว์ คงมีเพียงหน้าที่ตรวจสอบลายมือชื่อในเอกสารต่างๆ ที่ไต่ยื่นขอจดทะเบียนมายัง Companies House เช่น การแต่งตั้งกรรมการ การเปลี่ยนแปลงชื่อ หุ้่นจดทะเบียน หรือสถานที่ตั้งของบริษัท⁴⁵ รวมทั้งรับรองในแบบ Declaration on application for registration (Form 12) ซึ่งเป็นเอกสารที่ผู้ยื่นขอจดทะเบียนต่อ Companies House จะต้องลงลายมือชื่อหลังจากจัดเตรียมเอกสารประกอบการจดทะเบียนอย่างอื่นพร้อมทั้งลงลายมือชื่อและระบุวันที่เรียบร้อยแล้ว เพื่อรับรองว่าการดำเนินการจดทะเบียนต่าง ๆ นั้นได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ตาม The Companies Act 2006 มาตรา 13 โดยทนายความซึ่งเป็นผู้ดำเนินการจดทะเบียน กรรมการ หรือเลขานุการบริษัทจะต้องลงลายมือชื่อพร้อมทั้งระบุวันที่ในแบบฟอร์มดังกล่าวต่อหน้าโนตารี (The Statutory Declarations Act 1835 มาตรา 16)⁴⁶

นอกจากนี้ข้อบังคับของสภาวิชาชีพโนตารีว่าด้วยการออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ (Public Notaries (Practising Certificates) Rules 1982 and 1991, 1999, Rul 9-13) ซึ่งตราขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยกิจการศาลและการให้บริการทางกฎหมาย (Court and Legal Services Act 1990) ยังได้กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพอิสระในฐานะเป็นโนตารี ต้องแสดงหลักฐานว่าได้เอาประกันความรับผิดชอบในการประกอบวิชาชีพ (Liability for professional negligence) ไว้แล้วมีมูลค่าอย่างน้อยตามที่อธิบดีศาลสภาวิชาชีพกำหนด ซึ่งปัจจุบันคิดเป็นเงิน

⁴⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 41.

⁴⁵ Nigel Ready, *Supra note 43*.

⁴⁶ Department for Business Enterprise & Regulatory Reform, "Company Formation," retrieved from <http://www.companieshouse.gov.uk/about/pdf/gbf1.pdf>

100,000 ปอนด์ หรือประมาณ 5.45 ล้านบาท และอธิบดีอาจกำหนดเพิ่มเติมขึ้นได้ตามความเหมาะสม⁴⁷

3.2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

โนตารีในสหรัฐอเมริกา เรียกว่า “Notary Public” ซึ่งมีอำนาจหน้าที่แตกต่างจากโนตารีในระบบซีวิลลอว์ กล่าวคือ โนตารีบับลิคของสหรัฐอเมริกาไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายหรือมีความรู้ที่เรียกว่าเป็นนักกฎหมายด้วย เว้นแต่จะเป็นกรณีที่นักกฎหมายเป็นผู้ทำหน้าที่เป็นโนตารีบับลิคด้วย คือเป็นทั้งทนายความและโนตารี (Attorney Notaries) ไปพร้อมกัน โนตารีบับลิคของสหรัฐอเมริกาเป็นแต่เพียงเจ้าหน้าที่รับรองสำเนาเอกสาร ลายมือชื่อ และข้อเท็จจริงบางประการที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ไม่ใช่ผู้รับรองเนื้อหาแห่งเอกสาร หรือความมีผลทางกฎหมายของเอกสารนั้นดังเช่นโนตารีในระบบซีวิลลอว์⁴⁸

เมื่อการเป็นโนตารีบับลิคในสหรัฐอเมริกาเป็นกันได้ง่ายโดยไม่ยาก เนื่องจากมลรัฐส่วนใหญ่ไม่ได้กำหนดว่าผู้สมัครต้องจบทางด้านกฎหมาย หรือต้องผ่านการอบรมในหลักสูตรด้านโนตารีบับลิค หรือต้องเข้ารับการฝึกหัดทางด้านโนตารีบับลิค หรือมีความเชี่ยวชาญภาษาต่างประเทศ เพียงแต่สามารถอ่านเขียนภาษาอังกฤษได้ก็เป็นการเพียงพอแล้ว และกฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่ก็ได้บังคับให้ผู้ได้รับอนุญาตเป็นโนตารีบับลิคต้องเปิดสำนักงานเป็นการเฉพาะด้วย ผู้เป็นโนตารีบับลิคจึงอาจปฏิบัติหน้าที่อยู่ในสำนักงานอื่นๆ เช่น สำนักงานทนายความ หรือบริษัทห้างร้านต่างๆ ก็ได้ ดังนั้นผู้ประกอบการกิจการค้าและบริษัทห้างร้านต่างๆ โดยเฉพาะธนาคาร บริษัทประกันภัย ผู้ประกอบการธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ โรงพยาบาล โรงเรียน ฯลฯ จึงมักมอบหมายให้ลูกจ้างของตนสมัครเป็นโนตารีบับลิคเพื่อทำหน้าที่อำนวยความสะดวกแก่ผู้ประกอบการธุรกิจการค้า โดยรับรองเอกสารและลายมือชื่อในกิจการงานของผู้ประกอบการนั้นๆ ซึ่งส่วนใหญ่ลูกจ้างเหล่านี้มักเป็นลูกจ้างระดับล่างที่อ่อนอาวุโส หรือเป็นสตรี และต้องทำงานภายใต้แรงบีบบังคับ เพราะยากจะได้แย้งหรือขัดขึ้นคำขอของผู้ร่วมงานที่อาวุโสกว่า หรือบ้ายเบี่ยง

⁴⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 41-42.

⁴⁸ ยกเว้นมลรัฐฟลอริดา และมลรัฐอัลบามา ที่ได้ตรากฎหมายว่าด้วยโนตารีในระบบซีวิลลอว์ขึ้นไว้บังคับ เมื่อ ค.ศ.1997 และ ค.ศ.1999 ตามลำดับ โนตารีที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายทั้งสองฉบับนี้ จึงมีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับโนตารีในระบบซีวิลลอว์

ไม่รับคำสั่งของนายจ้าง จึงไม่มีฐานะเป็นโนตารีพับลิกที่เป็นอิสระอย่างแท้จริง และไม่อยู่ในฐานะที่จะปฏิบัติหน้าที่ของตนอย่างตรงไปตรงมาตามกฎหมายได้

ส่วนในด้านอำนาจหน้าที่ของโนตารีพับลิกนั้น ในแต่ละมลรัฐจะตรากฎหมายออกมากำหนดอำนาจหน้าที่ของโนตารีพับลิก โดยให้โนตารีพับลิกจะมีอำนาจกระทำการดังต่อไปนี้⁴⁹

1. การรับรอง (Acknowledgement) เป็นการให้การรับรองยืนยันว่าบุคคลผู้ทำเอกสารได้ทำเอกสารขึ้นจริงและได้ทำต่อหน้าโนตารีพับลิก โดยผู้ทำเอกสารจะต้องมาปรากฏตัวต่อหน้าโนตารีพับลิกทุกครั้งที่ทำคำรับรองนั้น และโนตารีพับลิกจะต้องทำการตรวจสอบหลักฐานแสดงตัวบุคคลให้แน่ชัดด้วยเป็นสำคัญ
2. การจัดให้มีการสาบานหรือการให้สัตยาบัน (Administering an oath or affirmation) สำหรับใช้ในกระบวนการพิจารณาทางกฎหมาย
3. การตรวจสอบว่าได้มีการทำคำสาบานหรือสัตยาบันกันจริง (Talking a verification upon oath or affirmation)
4. เป็นพยานหรือรับรองลายมือชื่อ (Witnessing or attesting a signature) เป็นการรับรองความถูกต้องของลายมือชื่อที่ปรากฏอยู่ในเอกสาร
5. การรับรองสำเนาเอกสาร (Certifying or attesting a copy) เพื่อรับรองสำเนาของเอกสารได้ถ่ายจากต้นฉบับจริง หรือรับรองว่ามีข้อความตรงกับต้นฉบับ เช่น รับรองสำเนาหนังสือมอบอำนาจ คำพิพากษา คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับในต่างประเทศ แต่ไม่ใช่เป็นการรับรองความถูกต้องของข้อความในเอกสาร
6. บันทึกคำคัดค้านของตราสารที่เปลี่ยนมือได้ (noting a protest of negotiable instrument)

จะเห็นได้ว่า โนตารีพับลิกของสหรัฐอเมริกาทำหน้าที่จำกัดในทางรับรองข้อเท็จจริง กล่าวคือเป็นผู้รับรองความถูกต้องของเจตนาของคู่สัญญา ความถูกต้องของลายมือชื่อของคู่สัญญา แต่โนตารีพับลิกจะไม่ก้าวล่วงไปรับรองว่าเอกสารสัญญานั้นได้ทำขึ้นโดยถูกต้องตามกฎหมาย และมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย ยกเว้นโนตารีพับลิกที่เป็นทนายความด้วย ที่มีอำนาจรับรองถึงเนื้อหา ข้อความในเอกสารด้วย ทั้งนี้ในการรับรองการกระทำของโนตารีพับลิกจะมีการกำหนดให้ผู้ลงลายมือชื่อต้องกระทำต่อหน้าโนตารีพับลิก พร้อมทั้งยื่นเอกสารอันเป็น

⁴⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 31.

ที่ยอมรับได้เช่น บัตรประจำตัวประชาชน หนังสือเดินทาง เป็นต้น ซึ่งมีรูปของผู้ลงลายมือชื่อ ลายมือชื่อหรือคำบรรยายลักษณะของผู้ลงลายมือชื่อ เลขประจำตัวประชาชนโดยโนตารีปับลิก จะบันทึกการปฏิบัติหน้าที่ไว้ในบัญชี (Journal) แสดงรายการปฏิบัติงานในฐานะโนตารีเพื่อ เป็นหลักฐานด้วย

นอกจากนี้ ระบบโนตารีปับลิกในประเทศอเมริกาเป็นระบบผู้รับจ้างเป็นพยาน (The witness-for-hire system) และโนตารีปับลิกไม่จำเป็นต้องเป็นสมาชิกของกลุ่มวิชาชีพ (Self-regulating profession) นักกฎหมายหรือทนายความอาจจะเป็นโนตารีปับลิกด้วยก็ได้ และ โนตารีปับลิกที่เป็นนักกฎหมายก็ไม่จำเป็นต้องมีหน้าที่ร่างเอกสารให้คู่ความลงนาม หรือให้คำแนะนำในการจัดทำเอกสาร หรือรับรองผลทางกฎหมายของเอกสารที่ยื่น (Authentication) แต่อย่างใด

จากที่กล่าวมาข้างต้น จึงเห็นได้ว่าอำนาจหน้าที่ของโนตารีปับลิกในสหรัฐอเมริกา มีความแตกต่างจากโนตารีในระบบซีวิลลอว์อย่างมาก ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดปัญหาความยุ่งยากในการนำเอกสารที่ถูกรับรองโดยโนตารีปับลิกของสหรัฐอเมริกาไปใช้ยังประเทศต่างๆ โดยเฉพาะ ประเทศที่ใช้โนตารีแบบละตินโนตารี ซึ่งอุปสรรคดังกล่าวนี้เกิดมาจากความไม่เต็มใจของ ละตินโนตารีซึ่งมีคุณสมบัติสูง และได้รับการฝึกฝนมาอย่างดี ในการที่จะยอมรับเอกสารที่มาจาก โนตารีปับลิกของสหรัฐอเมริกาซึ่งไม่ค่อยจำกัดคุณสมบัติ และไม่จำเป็นต้องได้รับการฝึกฝน มากเท่าละตินโนตารี⁵⁰ นอกจากนี้ในบางประเทศ เช่น แคนาดา ก็ปฏิเสธที่จะยอมรับการรับรอง ของโนตารีปับลิกของสหรัฐอเมริกาในบางมลรัฐ เพราะถือว่ามิชอบกพร่อง ไม่ได้มาตรฐานและ ไม่อาจรับฟังได้⁵¹ หรือประเทศเยอรมันก็มีการคัดค้านเอกสารที่ได้รับการรับรองโดย โนตารีปับลิกของสหรัฐอเมริกา เป็นต้น⁵² ซึ่งสหรัฐอเมริกาเองก็ได้มีความพยายามในการที่จะ

⁵⁰ Milton G. Valera, "New technology and a global economy demand that American notaries better prepare for the future : upgrading the current common law system may mean establishing a new class of cyber professional," John Marshall Law Review, p.1 (Summer 1999).

⁵¹ C.I.S. Ltd. v. Sherren (1978), 39 C.P.R. (2d) 251 at pp. 257-258. ซึ่งเป็นกรณีพิพาทของศาลของประเทศแคนาดา ปฏิเสธหลักฐานที่สร้างขึ้นโดยโนตารีปับลิกของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์

⁵² David S. Thun, "Common Law & Civil Law Notaries: A World Of Difference," retrieved from <http://www.kaprowstratton.com/downloads/Civil%20Law%20Notary%20Article.pdf>

ยกระดับโนตารีปับลิคให้มีคุณสมบัติทัดเทียมกับโนตารีในระบบซีวิลลอว์ ดังจะเห็นได้จากการที่มลรัฐฟลอริดา และมลรัฐอัลบามา ได้ตรากฎหมายว่าด้วยโนตารีในระบบซีวิลลอว์ขึ้นใช้บังคับเมื่อ ค.ศ.1997 และ ค.ศ.1999 ตามลำดับ หรือมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ก็ได้มีบทบัญญัติให้อำนาจโนตารีในการรับรองเอกสารที่จะนำไปใช้ยังต่างประเทศได้⁵³ หรือที่เรียกว่า “US International Practitioners” โดยโนตารีปับลิคจะต้องเป็นทนายความและทำหน้าที่ได้เสมือนโนตารีในระบบซีวิลลอว์⁵⁴ เพื่อให้เอกสารที่โนตารีปับลิคในมลรัฐเหล่านี้จัดทำขึ้นได้รับการยอมรับจากนานาชาติ และเกิดความสะดวกในการติดต่อทางธุรกิจการค้า และใช้เป็นหลักฐานในทางราชการและในกระบวนการยุติธรรมระหว่างประเทศ

ส่วนในเรื่องหลักประกัน (Surety Bonds) และความรับผิดชอบของโนตารีนั้น ในกรณีที่ถูกลูกความคนใดได้รับความเสียหายจากความผิดหรือจากความบกพร่องต่อหน้าที่ของโนตารีปับลิค โดยมากหน่วยงานของมลรัฐที่มีอำนาจกำกับดูแลและแต่งตั้งโนตารีปับลิคได้กำหนดให้โนตารีปับลิควางเงินประกันความเสียหาย (Surety Bond) สำหรับจ่ายเป็นค่าเสียหายแก่ผู้เสียหายแตกต่างกันไป แต่ในปัจจุบัน ก็ยังมีมลรัฐจำนวนไม่น้อยที่มีได้กำหนดให้โนตารีปับลิคต้องวางเงินเป็นประกัน ส่วนมลรัฐที่เหลือได้กำหนดให้โนตารีปับลิควางเงินเป็นประกัน ทั้งนี้ มลรัฐที่กำหนดให้มีการจ่ายหลักประกันได้วางอัตราไว้ในช่วง 500-15,000 ดอลลาร์⁵⁵

อย่างไรก็ตาม เมื่อเกิดกรณีที่ถูกลูกความได้รับความเสียหายจากการกระทำของโนตารีปับลิค จำนวนเงินประกันที่ได้กำหนดไว้ข้างต้นก็อาจไม่เพียงพอในการชดเชยความเสียหาย เพราะเงินดังกล่าวเป็นเพียงเงินที่เป็นหลักประกัน ไม่ใช่การเข้าซื้อประกันภัยความเสียหาย ดังจะเห็นได้จากเหตุการณ์หลายครั้งที่ศาลสั่งให้โนตารีหรือนายจ้างของโนตารีรับผิดชอบต่อจำนวนเงินส่วนเกินจากจำนวนเงินที่แต่ละมลรัฐกำหนดไว้ ตัวอย่างคดีที่พบเห็นได้เสมอ เช่น ในปี

⁵³ New York Executive Law, Section 135

⁵⁴ อนงค์พร ธนชัยอารีย์, “Notary Public,” เอกสารประกอบการอบรมทนายความผู้ทำคำรับรองลายมือชื่อและเอกสาร. อาคารชาเลนเจอร์ อิมแพค เมืองทองธานี นนทบุรี, กรกฎาคม 2552.

⁵⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 55-56.

1994 กรณีของ CNB National Bank v. Spiwak⁵⁶ ที่ศาลอิลลินอยส์สั่งให้โนตารีชดใช้เงิน 23,000 ดอลลาร์ แม้ได้มีการกำหนดวงเงินประกันไว้เพียง 5,000 ดอลลาร์ หรือในกรณีของ City Consumer Service v. Metcalf⁵⁷ ศาลอาร์ิโซนาพิพากษาให้ชดใช้เงินค่าเสียหาย 60,000 ดอลลาร์ แม้หลักประกันจะกำหนดวงเงินวางประกันไว้เพียง 5,000 ดอลลาร์ ในกรณีของ Webb v. Pioneer Bank & Trust Co.⁵⁸ ศาลหลุยเซียนาก็ได้พิพากษาให้ชดใช้เงิน 20,000 ดอลลาร์ เพื่อเป็นค่าเสียหายที่เกิดจากการที่โนตารีรับรองลายมือชื่อของภริยาที่สามีทำปลอมขึ้นเพื่อกู้เงิน แม้วงเงินประกันจะจำกัดอยู่ที่ 5,000 ดอลลาร์ ศาลก็พิพากษาให้ใช้เต็มตามความเสียหาย เช่นเดียวกันกับในปี 1976 ในกรณีของ Iselin-Jeffeson Financial Co v. United California Bank⁵⁹ ศาลแคลิฟอร์เนียได้สั่งให้โนตารีต้องชดใช้เงินมากกว่า 71,000 ดอลลาร์ แก่โจทก์ในคดีที่โนตารีรับรองหนังสือประกันการชำระเงินของธนาคารฉบับหนึ่งซึ่งมีผู้ทำปลอมขึ้นโดยปลอมลายมือชื่อของผู้ออกหนังสือนั้น เป็นเหตุให้สถาบันการเงินหลงเชื่อในความแท้จริงของเอกสาร เพราะมีตราประทับของโนตารี ในคดีนี้แม้วงเงินประกันจะมีเพียง 5,000 ดอลลาร์ ศาลก็พิพากษาให้ผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายได้เต็มจำนวน และในกรณีของ Transamerica Ins. Co v. Valley Nat'l Bank⁶⁰ ศาลอาร์ิโซนาให้ชดใช้เงินมากกว่า 84,000 ดอลลาร์ แม้วงเงินประกันจะจำกัดที่ 5,000 ดอลลาร์ ทั้งนี้ สรุปได้ว่า เงินวงประกันของโนตารีอาจไม่เพียงพอต่อขนาดความรับผิดชอบของโนตารีได้เสมอๆ⁶¹

การที่โนตารีต้องนำเงินไปวางประกันไว้นี้ ได้ทำให้เกิดความเข้าใจผิดเกี่ยวกับเงินวงประกันดังกล่าวทั้งในหมู่ประชาชนและในหมู่โนตารีด้วยกันเอง กล่าวคือ ประชาชนมักจะเข้าใจว่าโนตารีสามารถชดใช้ค่าเสียหายได้เสมอ เพราะคิดว่ารัฐได้มีการกำหนดหลักประกัน

⁵⁶ CNB National Bank v. Spiwak, No.89-L-13696 (Cir.Ct. of Cook County tried Apr. 19-20,1994.

⁵⁷ City Consumer Service v. Metcalf, 775 P.2d 1065 (Ariz.1989)

⁵⁸ Webb v. Pioneer Bank & Trust Co., 530 So.2d 115 (La. Ct. App. 1988)

⁵⁹ Iselin-Jeffeson Financial Co v. United California Bank, 549 P.2d 142 (Cal. 1976)

⁶⁰ Transamerica Ins. Co v. Valley Nat'l Bank, 462 P.d 814 (Ariz.Ct. App.1969)

⁶¹ Vincent Gnoffo, Suggested Modifications for the Model Notary Act,.30 J,Marshall L. Rev. (1997),1063,1088-89. อ้างใน กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 3*, น. 56-57.

ความรับผิดของโนตารีไว้เพียงพอแล้ว แต่บางทีอาจจะไม่รู้ว่าจำนวนเงินที่วางประกันนั้นมีได้มากมายอะไรนัก เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นผู้เสียหายต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล และมีการประมาณกันว่าหากคดีมีมูลพิพาทไม่ถึงหนึ่งหมื่นดอลลาร์ การฟ้องคดีก็แทบจะไร้ประโยชน์เพราะเมื่อหักค่าใช้จ่ายทางคดีออกแล้วก็จะเหลือเป็นค่าเสียหายเพียงน้อยนิด นอกจากนี้ แม้แต่ตัวโนตารีเองก็มักไม่ผู้จะตระหนักว่าโนตารีไม่ได้รับการคุ้มครองจากหลักประกันอย่างเพียงพอแต่อย่างใด เพราะเงินวางประกันนี้เป็นเพียงวางเป็นประกันความเสียหาย โดยจะนำมาชำระเป็นค่าเสียหายตามที่ระบุไว้ในการวางเงินประกัน และในกรณีที่ค่าเสียหายเกินกว่าเงินประกัน ไม่ว่าผู้รับวางเงินประกันจะเป็นผู้จ่ายให้แก่ผู้เสียหายหรือไม่ โนตารีก็ยังคงต้องรับผิดชอบใช้เงินส่วนที่เกินวงเงินที่ได้วางเป็นประกันไว้เต็มจำนวนแก่ผู้เสียหาย หรือแก่ผู้รับวางเงินประกันแล้วแต่กรณี ถึงแม้บางมลรัฐได้เพิ่มจำนวนเงินหลักประกันมากกว่าในอดีตเพื่อปรับเปลี่ยนตามความเหมาะสมและตามพัฒนาการของสภาพสังคม แต่จำนวนเงินประกันความรับผิดก็ยังไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองผลจากการกระทำของโนตารี⁶²

เพื่อแก้ปัญหาเหล่านี้ ได้มีการเสนอให้มลรัฐต่างๆ กำหนดให้โนตารีบับลิกทุกคนมีหน้าที่ซื้อประกันภัยความรับผิดเพื่อประมาทเลินเล่อ (Errors and Omissions Insurance) ซึ่งก็คือเป็นการบังคับให้ประกันภัย ทำนองเดียวกันกับผู้ใช้รถที่ถูกบังคับให้ต้องซื้อประกันภัยเพื่อคุ้มครองผู้ประสบภัยจากยานพาหนะ การนำเอาระบบประกันภัยมาเป็นเครื่องบรรเทาหรือเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นก็เป็นอีกทางหนึ่งที่ทำให้ฝ่ายลูกความของโนตารีและตัวโนตารีได้รับความคุ้มครองที่ดีขึ้น อย่างไรก็ตาม แม้ในปัจจุบันก็ยังคงมีโนตารีในอเมริกาจำนวนไม่น้อยที่ยังไม่ตระหนักถึงการประกันภัยความรับผิดในรูปของสัญญาประกันภัยตามแนวคิดนี้⁶³

⁶² กิตติศักดิ์ ปกติ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 57.

⁶³ Michael J. Osty, Notary Bonds and Insurance: Increasing the Protection for Consumers and Notaries, 31 J. Marshall L. Rev. (1998), 839, 851-853. อ้างใน กิตติศักดิ์ ปกติ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 57-58.

3.3 อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการยกเลิกเงื่อนไขการรับรองเอกสารมหาชน ระหว่างประเทศ ค.ศ. 1961 (Hague Convention Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents)

ตามปกติกฎหมายของแต่ละรัฐย่อมยอมรับการรับรองพยานหลักฐานโดยเจ้าพนักงานของรัฐตนเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้หากบุคคลหรือหน่วยงานใดต้องการเอกสารซึ่งรับรองข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญแห่งสถานะ ความสามารถ สิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งอยู่ต่างประเทศ เช่น หลักฐานแสดงการดำรงอยู่และความสามารถของบุคคลหรือนิติบุคคล หรือหลักฐานการมอบอำนาจซึ่งได้ทำขึ้นในต่างประเทศ คู่กรณีอีกฝ่ายนั้นจะต้องนำเอกสารดังกล่าวซึ่งได้ออกโดยเจ้าพนักงานของของรัฐตนไปขอรับรองผ่านกระบวนการรับรองลายมือชื่อและเอกสารเป็นทอด ๆ เรียกกันว่า “Legalisation” หรือ “Consularisation” โดยเจ้าหน้าที่กงสุลของรัฐนั้นจะรับรองลายมือชื่อหรือเอกสารที่ทำขึ้นในประเทศที่กงสุลนั้นประจำอยู่ เรื่อยไปจนถึงประเทศที่จะใช้เอกสารนั้น ซึ่งเป็นกระบวนการที่ยืดเยื้อ ยุ่งยาก และก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายโดยไม่จำเป็น

ตัวอย่างเช่น หากต้องการนำเอกสารการมอบอำนาจซึ่งทำขึ้นในประเทศเยอรมันมาใช้ในศาลไทยจะต้องมีการรับรองกันเป็นชั้นๆ จากประเทศเยอรมันว่า เอกสารดังกล่าวกระทำโดยผู้ที่เป็นโนตารีจริง คือเป็นโนตารีที่ได้รับอนุญาตจากทางราชการ คือจากกระทรวงยุติธรรม การรับรองนั้นจึงเริ่มต้นขึ้นตอนแรกจากการที่ต้องขอให้กระทรวงยุติธรรมเยอรมันรับรองโนตารีเสียก่อน จากนั้นในขั้นที่สองต้องขอให้กระทรวงต่างประเทศของเยอรมันรับรองต่อ แล้วในขั้นที่สาม ต้องไปขอให้กงสุลหรือผู้แทนทางการของไทยเป็นผู้รับรองต่อจากกระทรวงการต่างประเทศเยอรมัน แล้วขั้นที่สี่ก่อนที่จะนำเอกสารนั้นมาใช้ในศาลไทย ก็จะต้องให้กระทรวงการต่างประเทศของไทยรับรองการรับรองของกงสุลไทย ขั้นที่ห้าต้องให้กระทรวงยุติธรรมของไทยรับรองเอกสารของกระทรวงการต่างประเทศไทย จากนั้นจึงจะนำเอกสารดังกล่าวไปใช้ในศาลไทย⁶⁴

จะเห็นได้ว่าการรับรองเช่นนี้ทำให้เกิดความล่าช้ามากเพราะอย่างน้อยต้องมี 5 ขั้นตอน ยิ่งถ้าเป็นประเทศที่เป็นสหพันธรัฐ และเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในระดับมลรัฐ จากกระทรวงยุติธรรม

⁶⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “โนตารีพับลิค (Notary Public): แนวทางพัฒนางานยุติธรรมก่อนเกิดข้อพิพาท,” สืบค้นจาก

ของมลรัฐก็ต้องเพิ่มอีก 1 ขั้นตอน และถ้าฝ่ายกระทรวงยุติธรรมไทยต้องส่งเรื่องไปยังสำนักงานศาลยุติธรรมเพื่อรับรองเสียก่อน แล้วจึงจะส่งไปยังศาลที่ดำเนินคดีก็จะทำให้มีขั้นตอนเพิ่มขึ้นอีก 1 ขั้นรวม 7 ขั้นตอน เป็นต้น ทำให้การอ้างเอกสารและการพิสูจน์พยานหลักฐานที่เป็นเอกสารประสบอุปสรรคเป็นอันมาก⁶⁵

ดังนั้น ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ได้มีการทำอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการยกเลิกเงื่อนไขการรับรองเอกสารมหาชนระหว่างประเทศ ค.ศ. 1961 (Hague Convention Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การนำเอกสารจากรัฐสมาชิกของอนุสัญญาที่เป็นผู้ออกเอกสารนั้นไปบังคับใช้ยังรัฐสมาชิกอื่นสามารถทำได้ง่ายและรวดเร็วขึ้น โดยยกเลิกกระบวนการรับรองเอกสารระหว่างประเทศที่ต้องใช้วิธีผ่านการรับรองของเจ้าพนักงานที่มีอำนาจหน้าที่ตามความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นขั้นๆ ไปหลายขั้นตอน กล่าวคือ ต้องมีการรับรองเอกสารต่อกันอย่างไม่ขาดสายประมาณ 6-7 ขั้นตอน (การรับรองแบบลูกโซ่ หรือ Chain Certification) ซึ่งเป็นอุปสรรคในการดำเนินธุรกิจการค้า และกำหนดว่าหากเอกสารมีการรับรองตามแบบที่อนุสัญญากำหนด เรียกว่า Apostille แล้ว ก็สามารถใช้ได้ในรัฐอื่นที่เป็นรัฐสมาชิกอนุสัญญานี้โดยตรง

Apostille เป็นการทำการรับรองแนบหรือติดไปกับตัวเอกสารที่รับรอง โดยจะระบุและรับรองเกี่ยวกับ⁶⁶

- (1) ประเทศซึ่งเอกสารนั้นได้จัดทำขึ้น
- (2) ชื่อของผู้ที่ลงลายมือชื่อในเอกสาร
- (3) ความสามารถในการลงลายมือชื่อในเอกสารของบุคคลนั้น
- (4) ดวงตรา หรือตราประทับของผู้ลงลายมือชื่อ
- (5) สถานที่ซึ่งจะนำเอกสารนั้นไปใช้
- (6) วันที่ได้ทำการรับรองเอกสาร
- (7) สารบบ หรือหมายเลขทะเบียนของการรับรองเอกสาร

⁶⁵ เพิ่งอ้าง. John Marshall Law Review (Summer 1999), p.1.

⁶⁶ Karina Shreefer, "Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents," retrieved from http://www.legallanguage.com/legal-articles/abolishing-requirement-of-legalisation/#_ftn6

- (8) ดวงตราหรือตราประทับของผู้มีอำนาจทำการรับรอง
- (9) ชื่อ ความสามารถ และลายมือชื่อของผู้มีอำนาจทำการรับรอง

3.3.1 เอกสารที่สามารถรับรองตามอนุสัญญา

ตาม Article 1⁶⁷ กำหนดให้อนุสัญญานี้ใช้บังคับเฉพาะกับเอกสารมหาชน (Public Documents) เท่านั้น และยังได้กำหนดว่าเอกสารดังต่อไปนี้ให้ถือเป็นเอกสารมหาชน คือ

1. เอกสารที่ออกโดยผู้มีอำนาจ หรือเจ้าพนักงานซึ่งเกี่ยวข้องกับศาลในรัฐนั้น รวมทั้งเอกสารที่ออกโดยพนักงานอัยการ เสมียนหรือจำศาล
2. เอกสารของฝ่ายปกครอง
3. หลักฐานหรือหนังสือที่โนดารีทำขึ้น

⁶⁷Article 1 "The present Convention shall apply to public documents which have been executed in the territory of one Contracting State and which have to be produced in the territory of another Contracting State.

For the purposes of the present Convention, the following are deemed to be public documents:

- a) documents emanating from an authority or an official connected with the courts or tribunals of the State, including those emanating from a public prosecutor, a clerk of a court or a process-server ("huissier de justice");
- b) administrative documents;
- c) notarial acts;
- d) official certificates which are placed on documents signed by persons in their private capacity, such as official certificates recording the registration of a document or the fact that it was in existence on a certain date and official and notarial authentications of signatures.

However, the present Convention shall not apply:

- a) to documents executed by diplomatic or consular agents;
- b) to administrative documents dealing directly with commercial or customs operations.

4. หนังสือรับรองอย่างเป็นทางการซึ่งระบุไว้ในเอกสารลงนามโดยบุคคลใดๆ ในฐานะเอกชน เช่น หนังสือรับรองอย่างเป็นทางการระบุเกี่ยวกับการจดทะเบียนเอกสารหรือข้อเท็จจริงที่ว่าตนได้ดำรงอยู่ ณ วันที่ซึ่งได้ระบุไว้ และการรับรองลายมือชื่อบุคคลของโนตารี

ตัวอย่างของเอกสารมหาชนที่สามารถรับรองโดยวิธีการ Apostille ตามอนุสัญญาฉบับนี้ เช่น สูติบัตร ใบสำคัญการสมรส มรณบัตร เอกสารที่คัดมาจากการจดทะเบียนพาณิชย์และการจดทะเบียนอื่นๆ เอกสารสิทธิ คำวินิจฉัยของศาล หลักฐานหรือหนังสือของโนตารีและการรับรองลายมือชื่อบุคคลของโนตารี เอกสารการศึกษาซึ่งออกโดยสถาบันการศึกษาของรัฐ⁶⁸ และยังสามารถรับรองโดยวิธีการ Apostille กับสำเนาเอกสารมหาชนซึ่งได้รับการรับรองแล้วอีกด้วย อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาฉบับนี้จะไม่ใช่บังคับกับเอกสารดังต่อไปนี้ คือ

1. เอกสารที่ลงนามโดยทูตหรือตัวแทนกงสุล
2. เอกสารราชการที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการดำเนินการทางพาณิชย์หรือทางภาษีอากร เช่น ใบรับรองแหล่งกำเนิดสินค้า (Certificate of Origin – C/O) หรือใบอนุญาตนำสินค้าเข้าหรือส่งสินค้าออก

⁶⁸ หากเป็นเอกสารการศึกษาซึ่งออกโดยสถาบันการศึกษาของเอกชน จะไม่สามารถใช้วิธีการ Apostille ได้โดยตรง แต่จะต้องให้โนตารี ทนายความ ตัวแทน หรือบุคคลใดๆ ที่มีอำนาจรับรองเอกสารได้ตามกฎหมายของรัฐนั้นรับรองลายมือชื่อในเอกสารดังกล่าวเสียก่อนเพื่อให้มีผลเป็นเอกสารมหาชนตามอนุสัญญาแล้วจึงสามารถ Apostille ได้ อย่างไรก็ตาม การ Apostille โดยวิธีนี้มิได้เป็นการรับรองตัวเอกสารโดยตรง หากแต่เป็นการรับรองความถูกต้องแท้จริงของคำรับรองในเอกสารนั้น

3.3.2 ผู้ที่มีอำนาจในการออก Apostille และการตรวจสอบการออก Apostille

ตาม Article 6⁶⁹ กำหนดให้รัฐสมาชิกแต่งตั้งผู้มีอำนาจเรียกว่า “Competent Authority” ทำหน้าที่ในการออก Apostille โดยการทำการรับรองลงไปบนเอกสารนั้นเลย หรือจะระบุลงในแผ่นกระดาษอีกฉบับหนึ่งเพื่อแนบท้ายเอกสาร (Allonge) ก็ได้ และจะต้องทำตามแบบที่กำหนดแนบท้ายอนุสัญญา (Article 4) ซึ่งการรับรองนี้มีผลเป็นการรับรองเฉพาะความถูกต้องแท้จริงของลายมือชื่อ ความสามารถในการลงลายมือชื่อของบุคคล หรือความถูกต้องแท้จริงของตราประทับหรือดวงตราที่ปรากฏในเอกสารเท่านั้น แต่จะมีได้มีความเกี่ยวข้องกับตัวเนื้อหาของเอกสารที่รับรองนั่นเองแต่อย่างใด

นอกจากนี้ Article 7⁷⁰ ยังกำหนดให้ผู้ที่มีอำนาจในการรับรองเอกสารของแต่ละรัฐจะต้องเก็บรักษาข้อมูลเกี่ยวกับเอกสารซึ่งตนได้รับรองไป เช่น เลขที่เอกสารและวันที่ซึ่งได้ทำการรับรอง ชื่อของผู้ซึ่งลงลายมือชื่อในเอกสารและความสามารถในการลงลายมือชื่อของบุคคลนั้น หรือชื่อของผู้มีอำนาจซึ่งได้ใช้ตราประทับหรือดวงตราในกรณีที่ไม่ได้มีการลงลายมือชื่อ

⁶⁹ Article 6 “Each Contracting State shall designate by reference to their official function, the authorities who are competent to issue the certificate referred to in the first paragraph of Article 3.

It shall give notice of such designation to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands at the time it deposits its instrument of ratification or of accession or its declaration of extension. It shall also give notice of any change in the designated authorities.”

⁷⁰ Article 7 “Each of the authorities designated in accordance with Article 6 shall keep a register or card index in which it shall record the certificates issued, specifying:

a) the number and date of the certificate,

b) the name of the person signing the public document and the capacity in which he has acted, or in the case of unsigned documents, the name of the authority which has affixed the seal or stamp.

At the request of any interested person, the authority which has issued the certificate shall verify whether the particulars in the certificate correspond with those in the register or card index.

ข้อมูลดังกล่าวนี้บุคคลภายนอกสามารถร้องขอให้ตรวจสอบได้ว่าข้อมูลที่เก็บรักษาไว้นั้นสอดคล้องตรงกับข้อความในเอกสารที่ได้รับรองไปหรือไม่ ซึ่งวิธีการนี้จะช่วยป้องกันมิให้เกิดการปลอมแปลงเอกสารได้ และยังช่วยให้สามารถตรวจสอบถึงที่มาของการรับรองเอกสารได้ในกรณีที่มีข้อสงสัย⁷¹

เมื่อเอกสารผ่านการรับรองโดยวิธี Apostille แล้ว ศาลในประเทศอื่นจะไม่สามารถเรียกให้มีการรับรองความถูกต้องแท้จริงอื่นใดกับเอกสารนั้นได้อีก ทั้งนี้ เนื่องจากอนุสัญญาได้ยกเว้นการรับรองจากหลักฐานทั้งหมดเกี่ยวกับความถูกต้องแท้จริงของลายมือชื่อและดวงตราที่ปรากฏ ในความเป็นจริงแล้ว ทันทีที่ใบรับรองมีการออกเลขและได้ลงทะเบียนในฐานข้อมูลเรียบร้อยแล้ว การปลอมแปลงก็จะทำได้ยากประหนึ่งว่าเอกสารที่รับรองนั้นสามารถเชื่อถือได้ เหมือนกับเอกสารที่ผ่านการรับรองตามแบบ Legalisation⁷²

อย่างไรก็ดี เนื่องจากประเทศไทยยังมิได้เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาฉบับนี้ แม้สหประชาชาติจะเคยมีหนังสือที่ สท.102/2552 เรื่องข้อบังคับสหประชาชาติว่าด้วยการขึ้นทะเบียนทนายความผู้ทำคำรับรองลายมือชื่อและเอกสาร พ.ศ.2551 ลงวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2552 ขอให้กระทรวงการต่างประเทศพิจารณาเสนอต่อคณะรัฐมนตรีและรัฐสภา เพื่อพิจารณาอนุมัติให้ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฉบับดังกล่าวนี้ แต่กระทรวงการต่างประเทศได้มีหนังสือตอบที่ กต 0304/7112 ลงวันที่ 26 มีนาคม 2552 อ้างว่า เนื่องจากการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา ถือเป็นการทำงานสนธิสัญญา ดังนั้นการพิจารณาดำเนินการต้องเป็นไปตามขั้นตอนที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ตามแนวปฏิบัติ การทรวงการต่างประเทศต้องศึกษาข้อดี ข้อเสีย ปัญหาอุปสรรคในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวก่อน โดยหารือร่วมกับส่วนราชการที่เกี่ยวข้องและหน่วยงานผู้ปฏิบัติว่าในแง่นโยบายประเทศไทยเห็นควรเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวหรือไม่ และหากมีนโยบายเข้าเป็นภาคีมีความจำเป็นต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามอนุสัญญาหรือไม่ ดังนั้นเมื่อประเทศไทยยังมิได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฉบับนี้ ดังนั้นการรับรองเอกสารที่จะนำไปใช้ยังต่างประเทศ จึงต้องใช้วิธีการรับรองแบบ Legalisation โดยกรมการกงสุล ตามระเบียบกระทรวงต่างประเทศว่าด้วยการรับรองเอกสาร พ.ศ. 2539 ส่วนเอกสารที่มาจากต่างประเทศหากกงสุลของประเทศไทยหรือโนตารีของประเทศนั้น

⁷¹ Hague Conference on Private International Law. *Outline Hague Apostille Convention*. from <http://www.hcch.net/upload/outline12e.pdf>

⁷² Karina Shreefer, *supra* note 66.

เป็นผู้รับรองเอกสาร เอกสารดังกล่าวก็สามารถนำไปใช้ในศาลไทยได้ ตามประมวลกฎหมาย
วิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 47