



### บทที่ 3

#### หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบ ระหว่างประเทศ ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในการเลือกใช้กฎหมายบังคับในสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ผู้เขียนใคร่กล่าวถึงประวัติศาสตร์ทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายก่อน เพื่อจะนำไปสู่ประเด็น ที่มา และทฤษฎีของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Autonomy of will) ว่าแต่ละสมัยได้มีการวิวัฒนาการเรื่องกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาอย่างไร จากนั้นจึงจะกล่าวเฉพาะประเด็นเรื่องขอบข่ายของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา ในการเลือกใช้สัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ตลอดจนแนวทางปฏิบัติของประเทศไทยในการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา ในการเลือกกฎหมายบังคับในสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ตามลำดับดังต่อไปนี้

#### ประวัติความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย<sup>1</sup>

<sup>1</sup>เรียบเรียงจาก วิเชียร วัฒนคุณ, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2518, หน้า 179-188, และ กมล สันธิเกษตริณ, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขและเพิ่มเติม, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ, 2535 หน้า 195-209, และหยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กฎหมายสัญชาติ พร้อมด้วยพระราชบัญญัติสัญชาติ, พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พิมพ์ครั้งที่ 11, แก้ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527 หน้า 23-30, และ ทวี ตะเวทีกุล, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และการเมือง, 2478 หน้า 175-244, และเพิ่มเติมข้อมูลจาก North P.M. Cheshire and North Private International Law; 10<sup>th</sup> Edition, London: Butterworths, 1979.P15-21.

1. สมัยโบราณ การแก้ปัญหาเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมาย ยังไม่มีลักษณะแบ่งแยกออกเป็นเรื่อง ๆ เช่น เรื่องสถานะและความสามารถของบุคคล เรื่องมรดก เรื่องสัญญาเรื่องละเมิด หรือเรื่องทรัพย์สิน ฯลฯ ดังเช่นปัจจุบัน หากแต่ใช้วิธีแก้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายบนสองแนวคิด คือ อำนาจบังคับในอาณาเขต (หลักดินแดน) และอำนาจบังคับตามตัวบุคคล (หลักบุคคล) เท่านั้น และเมื่อศึกษาจากประวัติศาสตร์กฎหมาย จุดเริ่มต้นน่าจะได้แก่ กฎหมายโรมัน ซึ่งมีการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นสองประเภท คือ กฎหมายสำหรับใช้กับคนโรมัน ซึ่งเรียกว่า *Jus Civile* และกฎหมายสำหรับใช้กับคนที่มีเชื้อโรมัน ซึ่งเรียกว่า *Jus Gentium* อย่างไรก็ดี ในสมัยโบราณนี้ ถึงแม้จะมี *Jus Gentium* สำหรับคนที่มีเชื้อโรมันก็ตาม ก็ยังยอมรับให้คนเดินทางเข้ามา กรุงโรม ยังคงอยู่ในบังคับของกฎหมายสัญชาติของเขาในบางกรณี เป็นต้นว่า ในเรื่องความสัมพันธ์ทางครอบครัวและการสืบมรดก เนื่องจากอาณาจักรโรมันได้ขยายตัวอย่างกว้างขวางจนรัฐบาลกลางที่กรุงโรมไม่สามารถออกกฎหมายใช้บังคับเฉพาะแก่คนที่มีเชื้อโรมันได้อีกต่อไป จึงกลับไปใช้หลักเดิมที่ให้คนที่มีความเกี่ยวพันอยู่กับชุมชนใดให้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายและจารีตประเพณีของชุมชนนั้น ซึ่งเท่ากับว่าใช้กฎหมายสัญชาติและกฎหมายแห่งถิ่นฐาน ซึ่งบุคคลมีภูมิลำเนาอยู่บังคับกับบุคคล ฉะนั้น จึงเป็นปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย ระหว่าง กฎหมายโรมัน กับกฎหมายสัญชาติของคนต่างด้าวได้ ตัวอย่างเช่น กรณีพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาหรือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินระหว่างบุคคลที่เป็นชาวโรมันและมีเชื้อชาวโรมันอันอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่ต่างกัน ปัญหาว่าจะใช้กฎหมายใดบังคับกับกรณีดังกล่าวนี้ สมัยโรมันจึงกำหนดให้กรณีของสัญญาให้อยู่ภายใต้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้เกิดขึ้นบังคับ (*lex loci contractus*) และการดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่<sup>2</sup> อย่างไรก็ดี โดยทั่วไปในสมัยนั้น เมื่อเป็นปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายถึงขั้นศาล ก็จะมีระบบการใช้กฎหมายที่ศาลสังกัด ซึ่งเรียกว่า *lex fori* ด้วย

<sup>2</sup> North P.M. *Supra* note 1, P.17.

2. สมัยกลาง (Middle age) ราวศตวรรษที่ 11-12 มีระบบกฎหมายแยกออกได้เป็น 2 ระบบ คือ ระบบหนึ่งขึ้นอยู่กับลัทธิศักดินา<sup>3</sup> (Feudalism) ซึ่งยึดถือที่ดินเป็นสำคัญ คือบุคคลและทรัพย์สินอยู่บนพื้นที่ใดก็จะต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายของดินแดนนั้นซึ่งเท่ากับใช้หลัก *lex rei sitae* ส่วนอีกระบบหนึ่ง ได้แก่ ระบบกฎหมายแห่งท้องถิ่นที่บุคคลนั้นมีกำเนิด (*lex originis*) ซึ่งปัจจุบันได้แก่ กฎหมายสัญชาติและกฎหมายภูมิลำเนา (*lex domicilii*) และตามระบบหลังนี้ได้กำหนดให้ใช้กฎหมายสัญชาติ หรือกฎหมายภูมิลำเนาดิตตามบุคคลไปบังคับทุกแห่งไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด

ขณะเดียวกัน ในศตวรรษที่ 13 ประเทศอิตาลีในปัจจุบันได้มีการติดต่อค้าขายกับรัฐใกล้เคียงมากขึ้น จนกลายเป็นศูนย์กลางทางการค้า การใช้ระบบศักดินาซึ่งถือที่ดินเป็นสิ่งสำคัญว่าแก่บุคคลจึงไม่เหมาะสมกับสังคมที่พลเมืองต้องเดินทางไปมาค้าขายระหว่างรัฐกันเป็นประจำ ด้วยเหตุนี้ นักนิติศาสตร์จึงได้พยายามหาทางแก้ไขข้อยุ่งยากนี้ จนเป็นเหตุให้เกิดวิวัฒนาการ ทฤษฎีว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้นในทางนิติศาสตร์อย่างจริงจังเป็นครั้งแรก โดยได้เปลี่ยนแปลงขยายตัวไปตามความคิดเห็นของบุคคลในประเทศนั้น ๆ หรือที่เรียกว่าทฤษฎีแห่งสตาติวส์ (Statutes) ในเวลาต่อมา

3. สมัยสตาติวส์ (Statutes) ช่วงศตวรรษที่ 13-18 ประกอบด้วย 3 ลัทธิ ตามความคิดเห็นของบุคคลในประเทศต่าง ๆ ดังนี้

3.1 ลัทธิอิตาเลียน สมัยนี้ประเทศ Lombardie ประกอบด้วยเมืองสำคัญ ๆ หลายเมือง เช่น เวนิส มิลาน ฯลฯ ต่อมาได้มีการแยกตัวออกเป็นอิสระทำให้แต่ละเมืองต่างก็มีกฎหมายและจารีตประเพณีเป็นของตนเอง ซึ่งเรียกว่า Statutes เมื่อเป็นเช่นนี้ จึงทำให้กฎหมายทั่วไปของ Lombardie และกฎหมายเฉพาะเมืองเกิดการขัดกันขึ้น และด้วยเหตุที่เมืองเหล่านี้เป็นเมืองค้าขายทำการค้าขายระหว่างกันและกับต่างประเทศมาก ทำให้เกิดความเจริญทางการค้าอย่างรวดเร็วจนเกิดกฎหมายขัดกันบ่อยมากขึ้น จึงรู้สึกว่ามียุคธรรมที่จะใช้กฎหมายเฉพาะเมืองของตนบังคับใน

<sup>3</sup> Ibid ..... P. 18.

เมื่อมีคนต่างด้าวเข้ามาเกี่ยวข้องกับคดี นักปราชญ์กฎหมายชาวอิตาลีท่านหนึ่ง ชื่อ Bartole (คศ. 1314-1357) จึงเสนอวิธีการแก้ไขปัญหากฎหมายขัดกัน โดยแยกกฎหมาย (Statutes) ต่าง ๆ ออกเป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน (Real Statutes) ซึ่งจะใช้บังคับกับทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ในเขตเมืองที่ตรากฎหมายขึ้น และกฎหมายเกี่ยวกับบุคคล (Persons Statutes) ใช้บังคับติดตามตัวบุคคลไปทุกหนทุกแห่ง รวมทั้งเมื่อบุคคลเดินทางออกไปนอกอาณาเขตด้วย

นอกจากนี้ Bartolus ยังได้แยกกฎหมายออกเป็นจำพวกใหญ่ ๆ โดยใช้วิธีจำแนกปัญหาออกเป็นเรื่อง ๆ ไป โดยแบ่งเป็นประเภทต่าง ๆ เช่น เรื่องสัญญา เรื่องพินัยกรรม เรื่องทรัพย์สิน เรื่องสถานะ และความสามารถของบุคคล อีกทั้งได้วางหลักว่าเรื่องใดจะใช้กฎหมายจำพวกใดไว้ ดังนี้

- กฎหมายว่าด้วยวิธีบัญญัติ ให้ถือตามกฎหมายแห่งท้องถิ่นที่ศาลสังกัดอยู่ (lex fori)
- กฎหมายสารบัญญัติ ให้ถือตามหลักกฎหมายท้องถิ่นบังคับนิติกรรม (lex loci actus)
- วัตถุประสงค์ของสัญญา ผลของสัญญา การปฏิบัติตามสัญญาให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งจะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญา (lex loci solutionis)
- การละเมิดสัญญาหรือการผิดสัญญา ให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งท้องถิ่น ซึ่งมีการละเมิดหรือผิดสัญญา (lex loci delictus)
- ถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับตัวบุคคล ให้ใช้กฎหมายภูมิลำเนา (lex domicilii)
- ถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สิน ให้ใช้กฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งทรัพย์สินตั้งอยู่ (lex rei sitae)

3.2 ลัทธิฝรั่งเศส ในศตวรรษที่ 16 สำนักฝรั่งเศสได้สร้างความเจริญและมีการพัฒนาการในส่วนที่เกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะนักนิติศาสตร์ที่สำคัญ 2 ท่าน คือ Charle Dumoulin ซึ่งได้เสนอหลักการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง และถือเป็นบิดาแห่งหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา และ Bertrand d' Argentre ได้เสนอหลักนิยามดินแดน ดังนี้

3.2.1 หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงตามลัทธิของ Domoulin

Domoulin (ค.ศ. 1500-1566) เคยเป็นทนายความสภาปาเลอมังส์แห่งปารีส และต่อมาได้ไปสอนกฎหมายที่มหาวิทยาลัย Tubinger ในประเทศเยอรมัน ได้รับความเห็นทางกฎหมายขัดกันมาจากสำนักอิตาเลียน หรือ Bartole และเป็นบุคคลแรกของสำนักฝรั่งเศสในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายที่ได้เสนอแนวทฤษฎีใหม่ ๆ ขึ้นอีก เริ่มด้วยกฎเกณฑ์ของการหาจุดเกาะเกี่ยวกับสัญญา ซึ่งสำนักอิตาเลียนได้ให้หลักกฎหมายท้องถิ่นบังคับกับนิติกรรม (lex loci actus) แต่ Domoulin ได้เสนอทฤษฎีใหม่ขึ้นโดยความเห็นของตนเองโดยแท้ และถือเป็นคนแรกในการคิดค้น นั่นก็คือหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา<sup>4</sup> (Autonomic de la Volante) หลักที่กล่าวนี้ ได้แก่ การที่จะนำเอากฎหมายมาใช้แก่เรื่องที่เกิดจากสัญญาในครั้งก่อน ๆ ลงมาจนถึงสมัย Domoulin ให้ใช้กฎหมายของท้องถิ่นที่สัญญาก่อเกิดขึ้น (lex loci contractus)<sup>5</sup> บังคับแก่เรื่องที่เกี่ยวเนื่องกับสัญญานั้น แต่ Domoulin กลับแสดงความคิดเห็นที่แตกต่างออกไปว่า ในเรื่องที่เกิดจากความตกลงยินยอมของบุคคลในการทำสัญญานี้ เจตนาของคู่สัญญาย่อมมีความสำคัญสูงสุด บุคคลย่อมมีอำนาจที่จะตกลงหรือกำหนดกันได้โดยชัดเจนว่า ตนต้องการจะใช้กฎหมายใดบังคับแก่ผลแห่งสัญญา และในกรณีที่คู่สัญญาได้ทำการแสดงเจตนาเกี่ยวกับเรื่องการใช้กฎหมายใดบังคับกับสัญญาไว้โดยชัดเจนแล้ว ก็ให้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะกำหนดตามพฤติการณ์ของเรื่องหรือตามข้อความในสัญญา และตามเครื่องแสดงแวดล้อมอื่น ๆ ว่า คู่กรณีที่ได้เข้าทำสัญญานั้นมีความประสงค์จะให้นำกฎหมายอื่นบังคับนอกจากกฎหมายแห่งท้องถิ่นที่สัญญาก่อเกิดขึ้นก็ได้ ดังนั้นจึงเป็นอันเห็นได้ว่าเจตนาของคู่สัญญามีผลอย่างกว้างขวาง

นอกจากนี้ Domoulin ยังได้เสนอหลักการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ถึงแม้จะเป็นวิธีการที่ยังไม่เป็นระบบ แต่ก็ก็เป็นวิธีการที่นำไปสู่การวินิจฉัยปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย เพราะในเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งซึ่งจะต้องใช้กฎหมายในเรื่องนั้น ก่อนที่จะ

<sup>4</sup> Ibid ..... P. 21.

<sup>5</sup> Schmitthoff, C.M. *The English conflict of law*. Third Edition, London: Steven & Sons Ltd. 1984 P.106.

เลือกใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับแก่กรณีได้ถูกต้อง จำเป็นจะต้องให้ลักษณะกฎหมายแก้ไขที่จริงนั้น ๆ เสียก่อนว่า เรื่องเช่นนั้นเป็นลักษณะอะไรในทางกฎหมาย เช่น เป็นเรื่องเงื่อนไขของการสมรส หรือเรื่องแบบของการสมรส เป็นเรื่องละเมิด หรือเรื่องลาภมิควรได้ หรือเรื่องสัญญาเหล่านี้ เป็นต้น

### 3.2.2 หลักนิยมดินแดนของ D'Argentre

D'Argentre (ค.ศ. 1519 - 1590) เป็นประธานสภาปาร์เลอ망ต์ แห่งเมืองแรน เป็นผู้พิพากษาและเป็นนักทฤษฎี ถือหลักว่า ทรัพย์สินที่อยู่ในดินแดนก็ดี หรือบุคคลที่มีภูมิลำเนาอยู่ในดินแดนก็ดีจะต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายของดินแดนนั้น หรือการใช้หลักดินแดนนั้นเอง จากทฤษฎีนี้ D'Argentre จึงแยกกฎหมายออกเป็น 2 ลักษณะคือ ลักษณะที่เกี่ยวกับบุคคลให้ใช้กฎหมายภูมิลำเนา และลักษณะที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยถือว่าสังหาริมทรัพย์นั้นย่อมเคลื่อนที่ตามบุคคล แต่ อสังหาริมทรัพย์ ย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายแห่งประเทศที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ (lex rei sitae) แต่ต่อมาเห็นว่า การใช้หลักดินแดนเพียงอย่างเดียวไม่ให้ความสะดวก จึงได้เสนอหลักเพิ่มขึ้นอีกลักษณะหนึ่ง เรียกว่า ลักษณะผสม ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับบุคคลและทรัพย์สิน เช่น การรับรองบุตร ถือเป็นลักษณะที่เกี่ยวกับบุคคลโดยแท้ จึงควรใช้กฎหมายเกี่ยวกับบุคคล ขณะเดียวกัน การเป็นบุตรย่อมมีสิทธิได้รับทรัพย์สินมรดกของบิดาเช่นกัน ซึ่งมีลักษณะที่เกี่ยวกับทรัพย์สินด้วย จึงสมควรให้ใช้กฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินด้วยเช่นกัน

นอกจากนี้ หลักที่สำคัญของ D'Argentre และมีอิทธิพลต่อมาได้แก่ ศาลจะใช้กฎหมายของประเทศที่ศาลสังกัด (lex fori) ในกรณีปกติ และใช้กฎหมายต่างประเทศเป็นกรณียกเว้นเท่านั้น

3.3 ลัทธิฮอลันดา ตอนปลายศตวรรษที่ 17 ในประเทศ ฮอลันดา ได้มีนักนิติศาสตร์ที่สำคัญ 3 ท่าน คือ Paul Voet(1619-1677) Jean Voet(1647-1714) และ Hubert (1636-1694) หากแต่ทฤษฎีของ Jean Voet จะปรากฏเด่นชัดกว่าท่านอื่นก็เพราะ Jean Voet ได้เขียนลงไว้ในหนังสือคำอธิบายกฎหมายโรมันถึงจุดเริ่มต้นของการใช้กฎหมายต่างประเทศอันมีลักษณะเช่นเดียวกับจุดเริ่มต้นของ Argentre ที่ว่า กฎหมายจะมีผลบังคับได้เฉพาะภายในอาณาเขตเท่านั้น หากแต่จะยอมรับกฎหมายต่างประเทศในอาณาเขตของตน ก็โดยการผ่อนผันเพื่ออภัยภัยไมตรีระหว่างประเทศ และศาลไม่จำเป็นต้องถูกผูกมัดที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศแต่อย่างใด จึงอาจ

กล่าวได้ว่าลัทธิฮอลันดาได้ทำความเจริญก้าวหน้าอย่างแท้จริงให้แก่ลัทธิที่ถือโดยเคร่งครัดว่ากฎหมายย่อมใช้บังคับแต่ในอาณาเขตเท่านั้นซึ่งเหล่านี้ยังได้รับความนิยมในประเทศอังกฤษมากแต่ไม่ได้รับความนิยมในประเทศภาคพื้นยุโรป เพราะประเทศอังกฤษทำการติดต่อกับค้าขายกับฮอลันดามาก อีกทั้งกฎหมายแพ่งอังกฤษยังมีลักษณะคล้ายกฎหมายแพ่งฮอลันดาด้วย เพราะมีหลักที่ว่าถ้าบังคับให้ศาลใช้กฎหมายต่างประเทศเท่ากับให้อำนาจอธิปไตยของต่างประเทศล่วงล้ำเข้ามา แต่ก็ควรที่จะผ่อนผันซึ่งกันและกันระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม ลัทธิฮอลันดาได้เสนอทฤษฎีเกี่ยวกับนิติกรรมว่าจะต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งก่อให้เกิดนิติกรรมตามหลัก *locus regit actum* และถ้าเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสถานะส่วนบุคคลนั้น ให้ถือหลักสภาพนอกอาณาเขตโดยเห็นว่ากฎหมายเกี่ยวกับสถานะและความสามารถของบุคคลนั้น จะต้องติดตามบุคคลอยู่เรื่อยไปไม่ว่าจะไปที่ไหน

4. ทฤษฎีปัจจุบัน (Theorie Modernes) ในศตวรรษที่ 19-20 มีทฤษฎีว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่สำคัญพอจำแนกออกไป 4 พวกด้วยกัน คือ

4.1 ทฤษฎีของอังกฤษ-อเมริกัน ในประเทศอังกฤษชั้นแรกไม่มีใครเอาใจใส่เรื่องกฎหมายขัดกัน เพราะตั้งแต่พวกนอร์แมนตีกรุงอังกฤษได้ก็ประกาศใช้กฎหมายบังคับทั่วประเทศเหมือนกันหมด เมื่อการค้าขายระหว่างประเทศขยายตัวเจริญมากขึ้นจึงก่อให้เกิดกฎหมายขัดกันมากขึ้น และโดยเหตุที่อังกฤษได้ทำการค้าขายกับฮอลันดามาตลอด จึงหันไปนิยมใช้วิธีการแก้ปัญหากฎหมายขัดกันตามหลักลัทธิฮอลันดาที่ว่า กฎหมายย่อมมีผลบังคับได้แต่ภายในอาณาเขตของประเทศที่ออกกฎหมายเท่านั้น และโดยอาศัยอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศเท่านั้น ที่นานาประเทศยอมให้กฎหมายของประเทศอื่นมีผลบังคับได้ในอาณาเขตของตนในบางกรณี เช่นเรื่องสถานะและความสามารถของบุคคล ให้เป็นไปตามกฎหมายส่วนบุคคล และในเรื่องเกี่ยวกับนิติกรรมให้ขึ้นอยู่กับกฎหมายแห่งดินที่ก่อให้เกิดนิติกรรมตามหลัก *locus regit actum* สำหรับสหรัฐอเมริกา บรรดากฎหมายทั้งหลายย่อมเกิดจากกฎหมายอังกฤษ จึงนิยมลัทธิฮอลันดาตามประเทศ

อังกฤษไปด้วย<sup>6</sup>

อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่า หลักในเรื่องสถานะและความสามารถของบุคคลนั้น โดยนักกฎหมายอังกฤษ ชื่อ Dicey และนักกฎหมายอเมริกัน ชื่อ Story ต่างก็นิยมให้เป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนา มิให้ถือหลักกฎหมายสัญชาติของบุคคลดังที่นิยมกันในภาคพื้นยุโรป

4.2 ทฤษฎีของเยอรมัน นักนิติศาสตร์ที่ได้รับการยกย่องในทฤษฎีของเยอรมันที่สำคัญ ๆ คือ Hauss, Waechter, Scheffner และโดยเฉพาะ Savigny

วิธีการของ Hauss : Hauss เป็นศาสตราจารย์อยู่ที่ Goettingue ได้เสนอให้นำกฎหมายที่สันนิษฐานว่าเป็นเจตนาของคู่สัญญามาใช้บังคับกับสัญญา โดยในชั้นแรกจะต้องค้นหาคู่ก่อนว่าคู่สัญญามีเจตนาจะให้นำกฎหมายใดมาใช้บังคับแก่สัญญา ถ้าหากไม่สามารถยังทราบเจตนาของคู่กรณีได้ ศาลซึ่งทำการพิจารณาคดีก็จะต้องนำเอากฎหมายของประเทศที่ศาลนั้นตั้งอยู่มาใช้บังคับ และถ้าหากทำยสุดแล้ว กฎหมายของประเทศที่ศาลนั้นตั้งอยู่ ก็มีได้มีบทบัญญัติไว้เกี่ยวกับกรณีที่เกิดขึ้นนั้นอีกด้วย ศาลก็จะต้องนำเอากฎหมายภูมิลำเนา หรือกฎหมายที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่อันเป็นวัตถุแห่งการพิพาทนั้นตั้งอยู่มาใช้บังคับ

วิธีการของ Waechter : Waechter มีความเห็นว่าตามหลักศาล ต้องบังคับคดีไปตามกฎหมายแห่งประเทศของตน ฉะนั้น เมื่อมีปัญหาเรื่องกฎหมายขัดกันเกิดขึ้นในเรื่องใด ศาลจะต้องพิจารณาว่าในเรื่องเช่นนั้น กฎหมายของประเทศตนได้บัญญัติให้นำเอากฎหมายของ

---

<sup>6</sup> Prebblat, John. "Choice of law to determine the validity and effect to contract : A Comparison of English and American Approaches to the conflict of law." Cornell law Review. Vol.58, No.3 (March 1973) : P.436.



ประเทศใดมาใช้บังคับ แต่บางกรณี กฎหมายของประเทศที่ศาลนั้นตั้งอยู่ ไม่ได้บัญญัติถึงการเลือกกฎหมายไว้ชัดเจนก็ได้ ดังนี้ ศาลจะต้องค้นหาเจตนาของผู้บัญญัติกฎหมายแห่งประเทศของตนโดยอาศัยการตีความในกฎหมายว่าในเรื่องเช่นที่เกิดขึ้นนั้น ผู้บัญญัติกฎหมายประสงค์จะให้นำเอากฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับ แต่หากในที่สุด ศาลยังไม่สามารถจะทราบถึงเจตนาของผู้บัญญัติกฎหมายได้ ศาลก็จำเป็นต้องกลับมาใช้กฎหมายแห่งประเทศของตนบังคับคดีต่อไป

วิธีการของ Scheffner : Scheffner ได้เสนอให้ใช้กฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งเป็นที่เกิดของนิติสัมพันธ์ เช่น ในเรื่องสัญญา กฎหมายที่จะพึงใช้บังคับก็คือกฎหมายแห่งสถานที่ ซึ่งสัญญาเกิด กฎหมายที่จะพึงใช้บังคับในเรื่องเกี่ยวกับสถานะและความสามารถก็คือ กฎหมายภูมิลำเนาของบุคคลนั้น

วิธีการของ Savigny : แนวความคิดของ Savigny ในเรื่องการแก้ปัญหาคำพิพากษาคัดกันแห่งกฎหมายนั้น ได้เป็นที่นิยมกันมากในวงการนิติศาสตร์ในประเทศเยอรมัน กล่าวคือ แนวคิดของ Savigny เริ่มต้นจากจุดที่ว่าในระหว่างชนชาติต่าง ๆ ย่อมมีความร่วมกันแห่งกฎหมาย ความร่วมกันนี้ มิได้หมายความว่า ประเทศต่าง ๆ จะต้องมีความหมายที่เหมือนกัน หากแต่หมายความว่า ในระหว่างบรรดาประชาชาติย่อมมีความสัมพันธ์ระหว่างกัน ซึ่งการเชื่อมบรรดาประชาชาตินั้น ๆ ให้มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องเช่นว่านี้ ก็คือ การรับรองกฎหมายภายในของรัฐทุกรัฐมาใช้บังคับในประเทศของตน ในฐานะเดียวกันกับกฎหมายของตน จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะพิจารณาว่า จะนำกฎหมายของรัฐใดมาใช้บังคับแก่กรณี โดยให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่กรณีให้มากที่สุด ดังนั้น การนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับแก่กรณีการคัดกันแห่งกฎหมาย จึงหาใช่โดยอริยาศัยไมตรีไม่ และมีได้ทำให้อำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐถูกระทบกระเทือนด้วย เนื่องจากอำนาจอธิปไตยในรัฐหนึ่ง ๆ นั้น ย่อมต้องอยู่ภายในขอบเขตแห่งความจำเป็นในอันที่จะรักษาและป้องกันความดำรงอยู่ของรัฐเท่านั้น ดังนั้น การใช้อำนาจอธิปไตยในรัฐหนึ่ง ๆ นั้น จึงควรเป็นแต่เพียงการบังคับให้บุคคลทุกคน ไม่ว่าจะสัญชาติใดที่อาศัยอยู่ในอาณาเขตของรัฐนั้น ต้องเคารพและปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ห้ามมิให้กระทำการใด ๆ อันเป็นการขัดต่อประโยชน์ส่วนได้เสีย หรืออาจกระทบต่อความมั่นคง ความปลอดภัย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนี้ การที่นำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้ภายในอาณาเขตของตนหากเป็นการกระทำที่ถูกต้องและเพื่อผลของความยุติธรรมแล้ว ก็หาใช่เป็นการกระทบกระเทือนต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น ๆ ไม่

นอกจากนี้ Savigny ยังได้เสนอวิธีการหากฎหมายเพื่อใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่งหากเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้น โดยการหาจุดที่ตั้งแห่งนิติสัมพันธ์<sup>7</sup> (The Theory of the natural seat of a legal obligation) กล่าวคือ การพิจารณาเรื่องเกี่ยวกับบุคคลนั้น อาจสามารถพิจารณาได้ในแง่ตัวบุคคลโดยแท้ หรือในแง่ของการแสดงออกภายนอกของบุคคลเพื่อก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ต่าง ๆ ก็ได้ ฉะนั้น การค้นหากฎหมายใดกฎหมายหนึ่งเพื่อใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่ง จึงจำเป็นต้องแบ่งแยกกฎหมายออกเป็น 2 ส่วน คือ กฎหมายส่วนบุคคล เพื่อใช้ในเรื่องสถานะและความสามารถของบุคคล ซึ่งให้ถือตามกฎหมายภูมิลำเนา และกฎหมายส่วนนิติสัมพันธ์ เพื่อใช้สำหรับเฉพาะนิติสัมพันธ์ที่เป็นเรื่อง ๆ ไป นั่นก็คือ พิจารณาจากนิติสัมพันธ์ทุก ๆ อันว่าจะมีจุดที่ตั้งในกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งตามสภาพแห่งนิติสัมพันธ์นั่นเอง ซึ่งพฤติการณ์ที่ว่านี้อาจจะได้แก่ภูมิลำเนาของบุคคล สถานที่ตั้งแห่งทรัพย์สิน หรือ วัตถุประสงค์แห่งนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น หรือสถานที่ซึ่งศาลที่พิจารณาคดีตั้งอยู่เป็นต้น ตัวอย่างเช่น ในเรื่องเกี่ยวกับสถานะและความสามารถของบุคคล จุดที่ตั้งของกฎหมาย ได้แก่ กฎหมายส่วนบุคคล ซึ่งก็คือกฎหมายภูมิลำเนา หรือในเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สิน จุดที่ตั้งของกฎหมาย ก็คือ กฎหมายของสถานที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ หรือในเรื่องหนี้ จุดที่ตั้งของกฎหมาย ก็คือ ภูมิลำเนาของลูกหนี้ หรือในเรื่องมรดก จุดที่ตั้งของกฎหมายก็คือ ภูมิลำเนาของผู้ตาย หรือในเรื่องสิทธิเกี่ยวกับครอบครัว จุดที่ตั้งของกฎหมาย ก็คือ ภูมิลำเนาของบุคคลซึ่งมีส่วนได้เสียโดยตรงที่สุด กล่าวคือ กฎหมายภูมิลำเนาของบิดาในกรณีทารกคลอด หรือในกรณีเกี่ยวกับอำนาจปกครองของบิดาเหนือบุตร หรือในเรื่องแบบของนิติกรรมจุดที่ตั้งของกฎหมาย ก็คือ กฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งนิติกรรมได้กระทำนั้น หรือเรื่องทรัพย์สินอันเป็นกรรมสิทธิ์หรือสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ จุดที่ตั้งของกฎหมายก็คือ กฎหมายแห่งสถานที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่

4.3 ทฤษฎีของอิตาเลียน ทฤษฎีนี้ได้ถือตามความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ชาวอิตาเลียน ชื่อว่า Mancini หรือเรียกว่า ทฤษฎีแห่งการใช้กฎหมายบังคับตามตัวบุคคลนั่นเอง โดย

Mancini จะมีความเห็นตรงกันข้ามกับ Savigny ในเรื่องการใช้กฎหมายมูลาเนาบังคับใช้กับเรื่องสถานะและความสามารถของบุคคล กล่าวคือ Mancini จะเห็นว่าในเรื่องสถานะและความสามารถของบุคคล ควรเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลเพราะชุมชนของมนุษย์ที่อยู่รวมกันนั้น จะประกอบด้วยเชื้อชาติ ศาสนา ภาษา และขนบธรรมเนียมประเพณีต่าง ๆ กัน ฉะนั้น สัญชาติจึงควรเป็นเครื่องกำหนดสภาพของบุคคล การยอมรับสภาพของบุคคลย่อมต้องยอมรับสัญชาติของบุคคลด้วย เมื่อบุคคลไม่มีสัญชาติใด เรื่องสถานะและความสามารถของบุคคลก็ควรเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น และจากความคิด Mancini นี้เอง ทำให้มีการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็น 2 จำพวก คือ กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อเอกชน ซึ่งได้แก่ กฎหมายที่ยอมให้นำกฎหมายสัญชาติของบุคคลจากต่างประเทศมาใช้ได้จำพวกหนึ่ง และกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของมหาชน ซึ่งจะบังคับแก่คนทุกคน รวมทั้งคนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในอาณาเขตของประเทศอีกจำพวกหนึ่ง

แนวความคิดของ Mancini นี้ ได้มีอิทธิพลแผ่ออกไปสู่ประเทศต่าง ๆ ในยุโรป ทำให้มีผู้นิยมหลักสัญชาติมากขึ้น ซึ่งต่อมาก็ได้รับการขยายตัวออกไปอีก โดยการรับเอาอิทธิพลจากลัทธิ Savigny มาประกอบ โดยถือหลักว่า กฎหมายสัญชาติยอมใช้บังคับแก่บุคคลในสัญชาติทุกคน และศาลของประเทศหนึ่ง ย่อมต้องใช้กฎหมายต่างประเทศมาบังคับแก่คดีหรือแก่คนต่างด้าว ทั้งนี้ มิใช่โดยหลักอรรถศาสตร์ หากแต่เป็นหน้าที่ของแต่ละรัฐ โดยมีข้อยกเว้นว่า

1. ถ้าเป็นกรณีเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือความจำเป็นของรัฐแล้ว ให้ใช้กฎหมายแห่งท้องถิ่นที่ความสงบเรียบร้อยถูกละเมิดแทนกฎหมายสัญชาติ เพราะถือว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนและความจำเป็นของท้องถิ่นที่เกิดการกระทำ อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยนั้นสำคัญกว่า
2. ยอมรับหลักท้องถิ่นบังคับนิติกรรม (Locus regit actum) และถือว่าแบบแห่งนิติกรรมยอมเป็นไปตามกฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งก่อให้เกิดนิติกรรมนั้น
3. ยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนา ก็ยอมให้ใช้กฎหมายที่คู่กรณีเลือกบังคับในกรณีที่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องตกลงกันไม่ใช้กฎหมายสัญชาติบังคับแก่กิจการที่ได้ตกลงทำกันนั้น

4.4 ทฤษฎีของ Pillet Pillet เป็นศาสตราจารย์กฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีเมืองอยู่ก่อน ในมหาวิทยาลัยปารีส การพิจารณาการขัดกันแห่งกฎหมาย จึงเริ่มจากทัศนะของนักกฎหมายมหาชน โดยถือว่า การขัดกันแห่งกฎหมายเป็นการขัดกันแห่งอำนาจ อธิปไตยและเป็นไปไม่ได้ที่รัฐจะต้องเคารพในผลประโยชน์ของรัฐอื่นทั้งหมดที่มีในรัฐของตน แต่ถึงกระนั้นก็

ตาม ก็ต้องให้ความเคารพต่อผลประโยชน์ของรัฐอื่นเท่าที่จะทำได้มากที่สุดด้วย Pillet จึงจำแนกกฎหมายออกเป็น 2 ประเภท โดยดูจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละเรื่องไป คือ

ก. กฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป ซึ่งได้แก่ กฎหมายที่ใช้บังคับภายในอาณาเขตที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประกันความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือบุคคลทุกคนที่เข้ามาในดินแดน ไม่ว่าจะเป็นคนชาติใด หรือคนต่างด้าวก็ตาม

ข. กฎหมายที่มีลักษณะถาวร ซึ่งได้แก่ กฎหมายที่ใช้กับบุคคลของประเทศ (คนชาติ) ของตน ไม่ว่าจะอยู่ในหรือนอกอาณาเขต และเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองแก่คนชาติของตน และยอมติดตามตัวบุคคลนั้นไปใช้บังคับทุกแห่ง

เมื่อมีการจำแนกกฎหมายออกเป็น 2 ลักษณะเช่นนี้ Pillet จึงเห็นว่า เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้น ก็จะต้องมีการเสียสละระหว่างกฎหมายทั้งสองลักษณะนี้ให้แก่กันและกันตามความจำเป็นแก่พฤติการณ์ โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายทั้ง 2 ลักษณะดังกล่าว เช่น เรื่องละเมิดให้เป็นไปตามกฎหมายลักษณะทั่วไป ถ้าเป็นเรื่องความสามารถในการทำสัญญาก่อนสมรสให้ใช้กฎหมายลักษณะถาวร กล่าวคือ หากใช้กฎหมายลักษณะหนึ่งแล้ว ก็จำเป็นต้องหยุดใช้กฎหมายอีกลักษณะหนึ่ง จะใช้พร้อมกันทั้งสองลักษณะไม่ได้ ในกรณีที่ต้องใช้กฎหมายลักษณะทั่วไป ก็เรียกว่า เป็นกฎหมายที่มีลักษณะแห่งดินแดน หรือแห่งอาณาเขต แต่ถ้าใช้กฎหมายที่มีลักษณะถาวรก็เรียกว่ากฎหมายที่มีลักษณะนอกอาณาเขต

---

กล่าวโดยสรุป เมื่อพิจารณาจากประวัติทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า การกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาได้เกิดขึ้นตั้งแต่สมัยโบราณแล้ว คือ หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น (Lex loci contractus) และต่อมาก็ได้มีการพัฒนาเรื่อยมาจนเกิดหลักกฎหมายท้องถิ่นบังคับนิติกรรม (Locus regit actus) หลักกฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งจะต้องปฏิบัติตามสัญญา (Lex loci solutions) เป็นต้น และแต่ละประเทศก็ใช้วิธีการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาที่แตกต่างกันออกไปตามแนวอิทธิพลทางความคิดของนักนิติศาสตร์จนกระทั่งสมัยกลาง การติดต่อทางการค้าระหว่างประเทศได้ขยายตัวอย่างกว้างขวางและรวดเร็วตามความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีจนเป็นเหตุทำให้ การจะนำหลักกฎหมายที่มีลักษณะแน่นอนตายตัวมาใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนในทางแพ่ง ที่เรียกว่า

สัญญา อาจเกิดความไม่ยุติธรรมและไม่ชอบด้วยเหตุผล หรือไม่สะดวกในบางครั้งได้ เช่น ในกรณี ที่บุคคลสัญชาติอังกฤษ และบุคคลสัญชาติเยอรมัน ทำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศกันขึ้น ในขณะที่ทั้งสองฝ่ายได้พบกันโดยบังเอิญที่ประเทศจีน การปฏิบัติตามสัญญาเช่นการส่งมอบสินค้า การชำระเงิน ฯลฯ เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษทั้งสิ้น ดังนั้นหากจะกำหนดให้นำกฎหมายของประเทศที่สัญญาได้ทำขึ้น (Lex loci contractus) คือกฎหมายของประเทศจีนมาใช้บังคับกับสัญญา ก็อาจเป็นเรื่องไม่สมเหตุสมผลเพราะสัญญาหรือคู่สัญญาไม่มีความเกี่ยวพันแต่ประการใดกับประเทศจีนเลย เพียงแต่สัญญาดังกล่าวได้เกิดขึ้นในประเทศจีนเท่านั้น และประเทศจีนก็มีได้มีส่วนได้เสียในสัญญานี้เลยแม้แต่น้อย เป็นต้น ดังนั้น นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส ชื่อ Dumoulin จึงได้เสนอหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Autonomy of will) ในการเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศขึ้นมาใหม่อันถือเป็นจุดเริ่มต้น หรือบิดาแห่งความคิดนี้ถือว่าได้ โดยเห็นว่าเมื่อเอกชนต่อเอกชนด้วยกันมีความอิสระที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์แห่งชีวิตในทางแห่งของพวกเขาได้ตามความชอบใจและเสรี หรือที่เรียกว่านิติกรรมสัญญาแล้ว เจตนารมณ์ของคู่สัญญาจึงควรเป็นสิ่งสำคัญสูงสุดในการที่จะกอนิติสัมพันธ์ใด ๆ ในทางแห่ง และบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาก็ย่อมทราบดีว่ากฎหมายอะไรที่เหมาะสมที่สุดกับนิติสัมพันธ์ของพวกเขา ดังนั้น จึงควรเป็นอำนาจของคู่สัญญาที่จะตกลงหรือกำหนดว่าตนประสงค์จะใช้กฎหมายใดบังคับแก่สาระสำคัญและผลของสัญญา เพราะคู่สัญญาย่อมเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง

อย่างไรก็ตาม แม้ปัจจุบันจะเป็นที่ยอมรับในทางปฏิบัติของนานาประเทศแล้วว่าให้ถือหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Autonomy of will) ของคู่สัญญาเป็นสำคัญ คือ ให้ถือว่าเจตนาของคู่สัญญาย่อมเป็นสิ่งที่ดีที่สุดในการกำหนดว่านิติสัมพันธ์ของพวกเขาควรอยู่ภายใต้กฎหมายใด แต่ต้องไม่ลืมว่าการที่คู่กรณีมีสิทธิเลือกกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งมาใช้บังคับกับสัญญาได้ มิได้หมายความว่า กฎหมายของประเทศนั้นจะเข้ามาบังคับโดยตลอด กล่าวคือศาลที่ทำการพิจารณาคดีย่อมมีอำนาจที่จะปฏิเสธการนำกฎหมายต่างประเทศนั้น ๆ มาใช้บังคับกับสัญญาได้ ทั้ง ๆ ที่หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่พิจารณาคดีได้บัญญัติอนุญาตให้นำเอากฎหมายต่างประเทศนั้น ๆ มาใช้ก็ตาม หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า การนำเอากฎหมายต่างประเทศนั้นมาใช้บังคับกับสัญญาเป็นการขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเป็นเรื่องที่ต้องใช้กฎหมายที่บังคับใช้ทันที ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวโดยละเอียดในบทที่ 4 และบทที่ 5 ตามลำดับต่อไป

## ทฤษฎีว่าด้วยหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา

จากประวัติทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เราจะเห็นได้ว่า สมัยแรกเริ่มยังมีได้นิยมใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาดังเช่นปัจจุบัน หากแต่เป็นไปตามหลักท้องถิ่นบังคับนิติกรรม (locus regit actum) หรือหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น (lex loci contractus) เป็นต้น แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธว่า การยอมรับให้นำกฎหมายมาบังคับกับสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ย่อมเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่กรณีนั้น จะไม่มีความแตกต่างในขอบข่ายของการบังคับใช้แต่อย่างใด เช่น ในกรณีที่คู่กรณีไม่ได้แสดงเจตนาอย่างชัดเจน ให้นำกฎหมายใดมาบังคับใช้กับสัญญา สมควรจะนำเอาองค์ประกอบอื่น เช่น ภูมิลำเนาหรือสัญชาติของคู่สัญญา หรือสถานที่ในการทำสัญญาเป็นหลักในการหากฎหมายใช้บังคับกับสัญญาหรือควรจะหาเจตนาซ่อนเร้นของคู่สัญญาหรือไม่อย่างไร ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับแนวทางทฤษฎีของการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาของแต่ละประเทศว่าได้จัดระดับความสำคัญของเจตนารมณ์ของคู่กรณีมากน้อยเพียงใด ซึ่งในทางทฤษฎีนั้นได้มีทฤษฎีใหญ่ ๆ ว่าด้วยกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาอยู่ 2 ทฤษฎีด้วยกัน คือ

### 1. ทฤษฎี Subjectivism<sup>8</sup> (อัตตนิยม)

ทฤษฎีนี้จะขึ้นอยู่กับผลประโยชน์ หรือส่วนได้เสียของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายเป็นสำคัญ กล่าวคือ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายย่อมทราบดีว่ากฎหมายอะไรที่เหมาะสมที่สุดกับนิติสัมพันธ์ของเขา ทฤษฎีนี้จึงถือว่าคู่สัญญามีสิทธิโดยเด็ดขาดในการแสดงเจตนาเลือกใช้กฎหมายภายในของ

<sup>8</sup> ชุมพร ปัจจุสานนท์, “กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญา ระหว่างรัฐกับเอกชน” ตอนที่ 1 วารสารกฎหมาย ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 (มิถุนายน 2527), หน้า 85-89

ประเทศใดประเทศหนึ่งให้มีผลบังคับใช้กับสัญญาของพวกเขาเหล่านี้ และไม่ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาเลือกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย หรือในกรณีที่ไม่ได้แสดงเจตนาเลือกไว้เลยในสัญญาก็ต้องเป็นหน้าที่ศาลที่จะค้นหากฎหมาย ที่คาดว่าคู่สัญญาประสงค์ให้ใช้บังคับกับสัญญาของพวกเขา อย่างไรก็ตาม การยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญา ระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศนั้น ได้มีการแบ่งระดับการให้ความสำคัญแก่หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา โดยกำหนดได้ 3 ทฤษฎีด้วยกัน คือ

1.1 ทฤษฎีอัตตนิยมบริสุทธิ (Subjectivism pur) ทฤษฎีนี้ถือเจตนารมณ์ของคู่สัญญาเป็นสำคัญที่สุด กล่าวคือ เมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแสดงเจตนาทำนิติกรรม คำเสนอ คำสนอง ในทางที่สอดคล้องตรงกัน จนก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ต่อกันตามกฎหมาย ก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะเกิดความผูกพันต่อกันตามสัญญา และการที่คู่สัญญาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาไว้ในข้อกำหนดของสัญญา ก็หมายความว่า กฎหมายที่เลือกมีค่าเสมือนหนึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเท่านั้น เพราะในทัศนะของทฤษฎีนี้ เจตนาของคู่สัญญาย่อมอยู่นอกเหนือกฎหมายได้ กล่าวคือ คู่สัญญาย่อมจะบัญญัติเงื่อนไขหรือข้อกำหนดอะไรก็ได้ไว้ในสัญญาของตน โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง โดยเฉพาะแต่อย่างใด ผลที่ตามมา ก็คือ

ก. กฎหมายที่คู่กรณีเลือกนั้นอาจจะไม่มีความเกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ที่สัญญานั้นเกี่ยวเนื่องเลยก็ได้

ข. คู่กรณีย่อมมีอิสระอย่างเต็มที่ ที่จะไม่อยู่ภายใต้กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง โดยเฉพาะเลยก็ได้ ข้อกำหนดหรือเงื่อนไขต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในสัญญาย่อมเป็นการสมบูรณ์ และเพียงพอในตัวของมันเองที่จะนำมาใช้บังคับกับคู่สัญญา ซึ่งย่อมหมายความว่า คู่สัญญาย่อมสามารถที่จะยกเลิกกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนของกฎหมายที่ตนเองเลือก และกฎหมายที่พึงใช้บังคับทันทีได้ หรือจะเลือกกฎหมายเฉพาะส่วนที่ตนเห็นว่าเหมาะสม และเป็นประโยชน์แก่ตน โดยตัดส่วนอื่นที่ไม่เกิดประโยชน์ก็ยอมทำได้

ค. คู่กรณีย่อมสามารถที่จะเลือกกฎหมายที่ถูกยกเลิกไปแล้วมาใช้บังคับกับสัญญา โดยไม่ยอมรับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันก็ได้

1.2. ทฤษฎีอัตตนิยมประยุคต์ (Subjectivism Modere) ตามทฤษฎีนี้บทบาทของเจตนารมณ์ของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญา ระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศยังมีความสำคัญอยู่ หากแต่มีประเด็นที่แตกต่างไปจากทฤษฎีอัตตนิยมบริสุทธิ

ตรงที่ว่าจะให้เจตนาของคู่สัญญาอยู่เหนือกฎหมายไม่ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง เจตนาของคู่สัญญาจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเสมอ และเมื่อคู่สัญญาเลือกกฎหมายใดไว้บังคับกับสัญญาของตนแล้ว ศาลก็พึงมีหน้าที่ต้องนำมาปรับใช้บังคับกับคดีที่เกี่ยวข้องเนื่องกับสัญญานั้น ๆ เจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายไว้บังคับกับสัญญา จึงมิใช่ส่วนหนึ่งของการหาหน้าหนักของสัญญาว่าอยู่ที่ไหนเพื่อหาจุดนิติสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดที่สุด แต่เป็นการแสดงเจตนาของคู่สัญญาว่าตนต้องการให้กฎหมายใดเข้ามาวางนิติสัมพันธ์ของตนผลที่ตามมาก็คือ

ก. คู่สัญญาจะตกลงยกเลิกกฎหมายใด ๆ หรือปฏิเสธการบังคับใช้ของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับในขณะเลือก หรือกฎหมายที่ออกใหม่ไม่ได้ ฉะนั้น หนี้ตามสัญญาจึงต้องมีผลตามกฎหมายที่คู่กรณีเลือก

ข. คู่สัญญาไม่สามารถยกเว้นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนของกฎหมายของประเทศที่ตนเองเลือก และกฎหมายที่พึงใช้บังคับทันที

ค. คู่สัญญาจะยกเลิกกฎหมายบางส่วนที่ตนเห็นว่าไม่เป็นประโยชน์ และเลือกเฉพาะส่วนที่ตนเห็นว่าเหมาะสมไม่ได้

1.3 ทฤษฎีว่าด้วยการหาจุดน้ำหนักของสัญญา (Theorie de la Localisation) ทฤษฎีนี้ถือว่าเจตนาของคู่สัญญาจะเป็นตัวแสดงให้เห็นว่า จุดน้ำหนักของสัญญาควรอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายใด เมื่อกำหนดได้ว่าเป็นระบบกฎหมายใดแล้ว ก็สามารถนำเอากฎหมายสารบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมาใช้บังคับกับสัญญา โดยมีข้อสังเกตว่า องค์ประกอบภายนอกอันมิใช่เจตนาของคู่กรณี เช่น สถานที่ในการทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา ฯลฯ ย่อมต้องขึ้นอยู่กับความต้องการของคู่กรณีอยู่ดี ดังนั้น ในกรณีที่มีองค์ประกอบภายนอก ที่มีจุดนิติสัมพันธ์กับกฎหมายหลายระบบ จึงจำเป็นต้องหาความต้องการของคู่สัญญาที่แสดงออกมาในรูปขององค์ประกอบภายนอกว่ามีจุดสัมพันธ์กับระบบกฎหมายใดมากที่สุด ผลที่ตามมาก็คือ

ก. กฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาย่อมถูกนำมาใช้ในฐานะที่เป็นกฎหมายมิใช่ ส่วนหนึ่งของสัญญา ดังเช่น ทฤษฎีอัตตานิยมบริสุทธ์ หรือในฐานะเป็นข้อเท็จจริง

ข. การเลือกกฎหมายในทัศนะของทฤษฎีนี้เป็นเพียงการแสดงเจตนาว่านิติสัมพันธ์ของเขาควรจะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายใด การแสดงเจตนาดังกล่าวจึงไม่ก่อให้เกิดความผูกมัดศาลที่จะต้องรับเอาการแสดงเจตนาอันนำมาปฏิบัติโดยตรง โดยไม่ผ่านการกลั่นกรองของศาลแต่อย่างใด



ค. ตามทฤษฎีนี้ การแสดงเจตนาเลือก ถือเป็นเรื่องของข้อเท็จจริงไม่ใช่เรื่องกฎหมาย ศาลต่างหากที่จะเป็นผู้หากฎหมาย โดยถือเอาการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของคู่สัญญา เป็นองค์ประกอบที่สำคัญมากข้อหนึ่งในการหาจุดน้ำหนักของสัญญาดังกล่าว

กล่าวโดยสรุป ทฤษฎีทั้งสามข้างต้นนี้เป็นการตีความขอบข่ายของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนา (Autonomic de la Volonte) แตกต่างกันไป แล้วแต่ว่ากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอื่นเป็นกฎหมายภายในของแต่ละประเทศจะบัญญัติไว้อย่างไรว่าจะให้ใช้ทฤษฎีอัตตนิยมบริสุทธิ หรือทฤษฎีอัตตนิยมประยุกต์ หรือทฤษฎีว่าด้วยการหาจุดน้ำหนักของสัญญามาใช้บังคับกับสัญญา ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดในหัวข้อขอบข่ายของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายบังคับในสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศต่อไป

## 2. ทฤษฎี Objectivism (องค์ประกอบที่มีความสัมพันธ์อย่างแท้จริง)<sup>9</sup>

ทฤษฎีนี้จะถือเอาจุดนิติสัมพันธ์ต่าง ๆ ที่มีความสัมพันธ์กับสัญญามาเป็นหลักในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ เช่น สถานที่ในการทำสัญญา สถานที่ปฏิบัติการชำระหนี้ ภูมิลำเนา หรือสัญชาติของคู่สัญญา ตลอดจนเจตนาของคู่สัญญา เป็นต้น โดยเหตุนี้ เจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายบังคับกับสัญญาจึงถือเป็นเพียงองค์ประกอบภายนอกอย่างหนึ่งในการพิจารณาหากฎหมายบังคับกับสัญญา อันมีบทบาทเท่าเทียมกับองค์ประกอบภายนอกอื่น ๆ เท่านั้น ซึ่งศาลจะไม่ผูกมัดว่าจะต้องนำเอา

<sup>9</sup> Graveson R.H. The Conflict of law. Six Edition, London : Sweet & Maxwell, 1969. "The Objective (factors of real connection)"



กฎหมายที่คู่กรณีแสดงเจตนาเลือกตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนามาใช้บังคับกับสัญญาเสมอไป อย่างไรก็ตาม หากระบบกฎหมายใด ยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและคู่กรณีได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายไว้โดยชัดแจ้ง ปัญหาการนำทฤษฎีนี้มาใช้ก็จะไม่เกิด ตรงกันข้ามถ้าคู่กรณีมิได้เลือกกฎหมายไว้ในสัญญาหรือเลือกกฎหมายโดยไม่ชัดแจ้งและกำกวม ศาลก็จะต้องพิจารณาหาหลักการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญา ซึ่งย่อมหมายความว่า การหาคำตอบต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสัญญามาพิจารณาตามทฤษฎีนี้นั้นเอง

### ขอบข่ายของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายบังคับในสัญญา ระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ

หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา เป็นหลักที่เก่าแก่เกิดมาตั้งแต่สมัยศตวรรษที่ 13 โดยศาสตราจารย์ Batiffol<sup>10</sup> เขียนไว้ในหนังสือชื่อ *Aspects Philosophiques du droit International Prive* (1956) หน้า 6 ว่า “Rochus Curtius อธิบายไว้ว่า หลักกฎหมายท้องถิ่นบังคับนิติกรรม (*locus regit actum*) ในศตวรรษที่ 15 หมายความว่า การสมัครใจโดยปริยายของคู่สัญญาที่ยอมรับอำนาจของศาลท้องถิ่น และในเวลาต่อมาในศตวรรษที่ 16 Dumoulin ได้ขยายความคิดนี้ โดยยืนยันเสรีภาพของคู่สัญญาที่จะเลือกกฎหมายอื่นเพื่อบังคับกับสัญญา”<sup>11</sup> แม้จะเป็น

---

<sup>10</sup> Baxter Jan F.G. “International Conflict of laws and International Business” *International and Comparative Law Quarterly*. Vol.34 (July 1985). P.541

<sup>11</sup> Ibid.....P. 541 ปรากฏข้อความภาษาฝรั่งเศส ดังนี้  
“.....Rochus curtius explique le regie (*locus regit actum*) par lidee que les parties contractant en un lieu donne se sont volontairement soumises a la loi de ce lieu. Dumoulin franchit le pas qu’ appellait cette explication en affirmant la liberte des paries de se soumettre a une autre loi.”

ที่ยอมรับกันโดยทั่ว ๆ ไปว่า คู่สัญญาสามารถแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาได้ แต่ในหลาย ๆ ครั้ง ก็ยังมีความแตกต่างในแนวความคิดของการให้ความหมายของคำว่า “กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา” (The proper law of the contract) ที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือก เพื่อใช้บังคับกับสัญญาทั้งฉบับหรือเฉพาะบางประเด็นในสัญญานั้น ว่าหมายถึงกฎหมายของประเทศใด และเนื่องจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานี้จะต้องนำมาเป็นตัวควบคุมการตีความในสัญญาการกำหนดสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบ และการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายให้เป็นไปตามสัญญา เป็นต้น จึงเป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจและทราบในความหมายของคำว่า “กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา” (The proper law of the contract) ว่าหมายถึงอะไร ซึ่งมันอาจหมายถึงกฎหมายของประเทศที่ทำสัญญา หรือกฎหมายของสถานที่ที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ หรือกฎหมายที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายให้มีผลบังคับใช้กับสัญญานั้น ๆ หรือ กฎหมายที่โดยสภาพของธุรกิจนั้น ๆ มีความสัมพันธ์อย่างแท้จริงที่สุดก็ได้

คำตัดสินคดีในสมัยก่อนในประเทศอังกฤษ แคนาดา และอเมริกา ปรากฏว่าสัญญานั้นจะอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศที่มีการทำสัญญา (lex loci contractus) ซึ่งในหลักนี้ต่อมาได้ถูกยอมรับว่าไม่ยุติธรรมนัก กล่าวคือ จะทำให้คู่สัญญาเลือกสถานที่ทำสัญญาได้ตามความต้องการเพื่อให้สัญญานั้นมีผลสมบูรณ์ ทั้งที่ตนเองอาจไม่มีความสามารถในการทำสัญญาตามกฎหมายสัญชาติของตน เป็นต้น

Dacey ซึ่งเป็นนักทฤษฎี Subjectivism เห็นว่าคู่สัญญามีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการเลือกกฎหมายใด ๆ บังคับใช้กับสัญญา จึงได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา (proper law of the contract) หมายถึง ระบบกฎหมายที่คู่สัญญาประสงค์จะให้สัญญาอยู่ภายใต้บังคับ หรือ ซึ่งคู่สัญญาได้แสดงเจตนาไว้โดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย ซึ่งจะอนุมานได้จากพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหลาย หรือระบบกฎหมายซึ่งมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดแท้จริงที่สุดกับธุรกิจ”<sup>12</sup> (proper law of a contract means the system of law by which the parties intended the

<sup>12</sup>

Dacey, Albert Venn. Dacey and Morris on the Conflict of laws, Ninth Edition,

London : Stevens & Sons Limited, 1973, P. 721.

contract to be governed, or, where their intention is neither expressed nor to be inferred from the circumstance, the system of law with which the transaction has its closest and most real connection.) หรือที่ Graveson, R.H. ได้วางหลักไว้ว่า “กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา คือ กฎหมายที่คู่สัญญาแสดงเจตนาเลือกไว้โดยอิสระ เพื่อใช้บังคับกับสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับสัญญา”<sup>13</sup> (The doctrine of the proper law is an application of the free will of the parties to the essence of the contractual relationship.)

จะเห็นได้ว่าลักษณะสำคัญและเด่นชัดของกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ก็คือ ความยืดหยุ่นที่ศาลจะพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับสัญญานั้น ๆ ดังที่ Lord Wright ได้กล่าวไว้ในคดี *Mount Albert Borough Council V. Australasian Temperance etc., Society (1938) A.C. 224* ว่า

“กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา หมายถึง กฎหมายที่ศาลอังกฤษหรือศาลประเทศอื่นนำมาใช้บังคับกับคดีนี้ตามสัญญา โดยถือว่าเรื่องเหล่านี้จะขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของคู่สัญญาที่จะกำหนดในแต่ละกรณี โดยให้พิจารณาจากข้อความในสัญญาหรือสถานะของคู่สัญญา และข้อเท็จจริงแวดล้อมอื่น ๆ มันอาจเป็นไปได้ว่า คู่สัญญาได้แสดงข้อความไว้โดยชัดแจ้งในสัญญาว่า พวกเขาเจตนาที่จะนำกฎหมายใดมาใช้บังคับกับสัญญา ซึ่งเป็นผลทำให้ศาลต้องพิจารณาจากเจตนาของคู่สัญญาเป็นอย่างแรก แต่ส่วนใหญ่แล้ว คู่สัญญาจะไม่ทำเช่นนั้น คู่สัญญาอาจจะไม่คิดถึงเรื่องเหล่านี้ก็ได้ ดังนั้น ศาลจึงจำเป็นต้องค้นหาเจตนา หรือกำหนดแทนคู่สัญญาตามที่ วิทยุชนจะพึงพิจารณาว่า อะไรคือกฎหมายที่พวกเขาควรจะมีเจตนา ถ้าพวกเขาได้คำนึงถึงเรื่องเหล่านี้ในขณะที่ทำสัญญา”<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Graveson, R.H. *Supra* note 9 P. 424.

<sup>14</sup> Castel, J.G. *Introduction to Conflict of laws*. Toronto : Butter worth Canada

หรืออาจกล่าวสรุปสั้น ๆ ได้ว่า “ทุกสัญญาจะต้องมีกฎหมายใช้บังคับกับสัญญา ซึ่งก็คือ กฎหมายที่ได้ระบุไว้โดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายให้มีผลบังคับใช้กับเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญา” (Every contract has a proper law : it is the law which the parties either expressly or impliedly have chosen to govern their contractual relations.)<sup>15</sup>

ในกรณีที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาไว้โดยชัดแจ้ง มันก็ไม่ใช่เป็นการยากลำบากอันใดที่จะนำกฎหมายนั้นมาใช้บังคับได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ไม่มี การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาไว้ มันก็จะเป็นการไม่แน่นอนว่า การค้นหาเจตนาที่ คู่สัญญาจะพินำมาใช้บังคับกับสัญญานั้นว่า จะตรงตามเจตนารมณ์ของพวกเขา หรือ เป็นกฎหมายที่วิญญูชนในฐานะเช่นนั้นในขณะที่ทำสัญญาจะพินำมาใช้นั้นเป็นกฎหมายให้พินำมาใช้บังคับกับสัญญาหรือไม่ ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอแยกพิจารณา ดังนี้

#### 1. ในกรณีที่มีการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายไว้โดยชัดแจ้ง

ในเรื่องการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาของคู่สัญญาของประเทศอังกฤษ ตั้งแต่ ค.ศ. 1796 เป็นต้นมา มีแนวโน้มที่จะยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาโดยไม่มีขบเขต ดังเช่นในคดี *Gienar V Meyer (1796)* ได้ตัดสินไว้ว่า “ในขณะที่ทำสัญญา คู่สัญญาอาจแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งที่จะเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญา”<sup>16</sup> (at the time of making the contract the parties may expressly select the law by which it is to be governed.) และ” คู่สัญญาจะแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาได้ โดยการระบุไว้ในข้อความในสัญญาว่าประสงค์จะให้สัญญาอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะ”<sup>17</sup> (They may declare their common intention by a simple statement that the contract shall be governed by the law of a particular country.)

<sup>15</sup> Graveson, R.H. Supra note 9, P. 424.

<sup>16</sup> North P.M. Supra note 1, P. 199

<sup>17</sup> Ibid.....

อย่างไรก็ตาม ก็ยังคงมีปัญหาที่ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ก็คือ เสรีภาพของคู่สัญญา ในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญานั้น เป็นไปอย่างอิสระเต็มที่หรือไม่ ยิ่งกว่านั้นพวกเขา จะเลือกกฎหมายใด ๆ ในโลกได้หรือไม่ แม้ว่ากฎหมายนั้น ๆ จะไม่มีความเกี่ยวพันในทางข้อเท็จจริงกับสัญญานั้นเลย หรือจะเลือกกฎหมายที่ถูกยกเลิกและไม่มีผลใช้บังคับกับขณะที่เลือกได้หรือไม่ หรือคู่กรณีจะเลยเถิดไปถึงกับไม่เลือกกฎหมายใด ๆ เลย โดยให้ถือว่าสัญญาที่คู่กรณีกำหนดเพื่อใช้วางนิติสัมพันธ์ระหว่างนั้น พอเพียงและสมบูรณ์อยู่ในตัวมันเอง ที่จะถือเป็นกฎหมายระหว่างคู่สัญญาเองได้หรือไม่ เหล่านี้เป็นต้น

ถ้าหากจะพิจารณาเฉพาะประเด็นของความสะดวกแล้ว มันอาจกล่าวได้ว่า การที่คู่สัญญามีเสรีภาพโดยไม่ถูกจำกัดนั้นเป็นสิ่งดี เพราะจะก่อให้เกิดความแน่นอน และยังเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายและความล่าช้าในการดำเนินกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ถ้าหากจะตัดสินโดยมาตรฐานของสามัญสำนึกทั่ว ๆ ไปแล้ว มันอาจจะเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสมอันควรก็ได้ ถ้าหากว่าคู่สัญญาแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาอย่างไม่มีหลักเกณฑ์ ดังแนวคิดตามทฤษฎีอัตตนิยมบริสุทธิ์ที่ให้เจตนารมณ์อยู่นอกกฎหมายได้ เพราะมันอาจจะทำให้คู่สัญญาต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายซึ่งอาจจะไม่สามารถหาความสมเหตุสมผลได้เลย

อย่างไรก็ดี ศาลประเทศอังกฤษก็ยังคงยอมรับให้คู่สัญญายังคงมีสิทธิโดยเด็ดขาด ในการที่จะแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาของตนได้โดยไม่มีขอบเขต ดังเช่นในคดี *R.V. International Trustee for the Protection of Bondholders A.G. (1937) A.C. 277* โดย Lord. Atkin กล่าวว่า

“หลักกฎหมายที่จะเป็นแนวทางให้ศาลอังกฤษพิจารณาในปัญหาที่เกี่ยวกับกฎหมายใช้บังคับกับสัญญา ในปัจจุบันได้ถูกกำหนดไว้เป็นที่เรียบร้อยแล้วว่า คือ กฎหมายที่คู่สัญญาประสงค์ที่จะนำมาใช้บังคับ เจตนาของพวกเขาย่อมปรากฏโดยการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งไว้ในสัญญา และถ้ามีการแสดงเจตนาไว้อย่างชัดแจ้ง”<sup>18</sup> (The legal principles which are

<sup>18</sup> Schmitthoff C.M. Supra note 5, P.107.

to guide an English court on the question of the proper law of a contract are now well settled. It is the law which the parties intended to apply. Their intention will be ascertained by the intention expressed in the contract, if any, which will be conclusive)

และในคดี *James Miller & Partners, Ltd. V. Whitworth Street Estates (Manchester), Ltd.*, (1970) A.C. 583 โดย LORD REID กล่าวว่า

“คู่สัญญาที่มีสิทธิที่จะตกลงให้กฎหมายใดใช้บังคับกับสัญญาของพวกเขา.....ในเรื่องนี้ได้เคยมีความเห็นแล้วว่า คู่สัญญาไม่น่าจะมีสิทธิดังกล่าว แต่ในความเห็นของข้าพเจ้าไม่เป็นที่สงสัยเลยว่าพวกเขาย่อมมีสิทธิที่จะกระทำได้ดังกล่าวไว้ในสัญญา และข้าพเจ้าไม่เห็นว่าจะมีเหตุผลที่น่าฟังแต่ประการใดว่า ทำไมไม่ให้พวกเขามีสิทธิดังกล่าว เว้นแต่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการ”<sup>19</sup> (Parties are entitled to agree what is to be the proper law of their contract ..... There have been from time to time suggestions that parties ought not to be so entitled, but in my view there is no doubt that they are entitled to make such an agreement, and I see no good reason why, subject it may be to some limitations, they should be so entitled.)

นอกจากนี้ คำตัดสินของ Privy Council ในคดี *Vita food Products Inc .V. Unus Shipping Co., Ltd.* (1939) A.C. 277 ยังคงให้อำนาจแก่คู่สัญญาที่มีเสรีภาพอย่างเต็มที่ที่จะมอบหมายความสมบูรณ์ของสัญญาของพวกเขาเหล่านั้นให้อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายใด ๆ ที่พวกเขาเลือกก็ได้ ดังมีข้อเท็จจริงโดยย่อต่อไปนี้<sup>20</sup> :

<sup>19</sup> Morris J.H.C. The Conflict of laws. London : Stevens & Sons Ltd. 1971, P. 228.

<sup>20</sup> ุรายละเอียดเพิ่มเติม North P.M. Supra note. 1, P. 199-201.

กฎหมายของ Newfoundland บัญญัติไว้ว่า กฎเกณฑ์แห่งกรุงเฮกจะครอบคลุมถึง สัญญาฉบับใด ๆ จากประเทศนั้น และใบตราส่งทุกฉบับที่ออกมาเนื่องจากการรับขนดังกล่าวจะต้องระบุไว้อย่างชัดเจนข้อหนึ่งในใบตราส่งด้วยว่า ให้นำกฎเกณฑ์แห่งกรุงเฮกมาบังคับใช้ด้วยต่อมารบริษัท Nova Scotian ซึ่งเป็นบริษัทรับจ้างขนส่งได้ตกลงรับจ้างขนส่งสินค้าจาก Newfoundland ไปยัง New York โดยได้ลงนามในใบตราส่งที่มีได้ระบุข้อกำหนดที่ให้นำกฎเกณฑ์แห่งกรุงเฮกมาบังคับใช้ด้วย แต่ใบตราส่งกลับระบุไว้อย่างชัดเจนว่า ให้สัญญาอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอังกฤษ ซึ่งทั้งกฎเกณฑ์แห่งกรุงเฮกและใบตราส่งนั่นเองต่างก็ได้กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบของบริษัทรับขน สำหรับความประมาทเลินเล่อของนายเรือไว้ ปรากฏว่าสินค้าที่บรรจุมาในเรือ นั้นได้รับความเสียหายเนื่องจากความประมาทเลินเล่อในการเดินเรือของนายเรือ ปัญหาที่ควรพิจารณา ก็คือ บริษัทรับขนสินค้านี้จะต้องรับผิดชอบในกรณีนี้หรือไม่ (ข้อสังเกต : กฎหมาย Newfoundland ยอมรับกฎหมายของประเทศที่มีความสัมพันธ์อย่างแท้จริง แต่ตามข้อเท็จจริงไม่มีความเกี่ยวพันใด ๆ เลยกับประเทศอังกฤษ) ปรากฏว่าศาลทั้งสามศาลที่พิจารณาคดีต่างก็ตัดสินให้บริษัทไม่ต้องรับผิดชอบ ด้วยเหตุนี้จึงเป็นประเด็นปัญหาที่ทำให้ต้องพิจารณาต่อไปว่า คู่สัญญาที่มีอิสระอย่างเต็มที่ที่จะเลือกกฎหมายใด ๆ ในโลกใช้บังคับกับสัญญาได้หรือไม่ ทั้ง ๆ ที่กฎหมายนั้นไม่มีความเกี่ยวพันกับสัญญาเพียงน้อยนิดเลยก็ตาม นอกจากเงื่อนไขการเลือกให้นำกฎหมายนั้นมาใช้กับสัญญาเท่านั้น

หากพิจารณาตามทฤษฎี Subjectivism แล้ว จะเห็นว่า คู่สัญญาย่อมมีสิทธิโดยเด็ดขาดในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญา และไม่ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย หรือในกรณีที่ปราศจากเจตนาของคู่สัญญาเลยก็ตามศาลก็ยังคงค้นหากฎหมายที่คาดว่าคุณสัญญาประสงค์ให้นำมาใช้บังคับ หากแต่จะมีความแตกต่างกันอยู่บ้างก็เพียงแต่การจัดลำดับความสำคัญของเจตนารมณ์ของคู่สัญญาตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเท่านั้น ดังที่ LORD WRIGHT ได้ยอมรับให้คู่สัญญาสิทธิเลือกกฎหมายอังกฤษใช้บังคับกับสัญญาได้ แม้ว่าสัญญาที่เป็นปัญหานี้จะไม่มี ความเกี่ยวพันใด ๆ เลยกับประเทศอังกฤษโดยกล่าวไว้ในคดีนี้ว่า “ขณะนี้เป็นที่แน่ชัดว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา คือ กฎหมายที่คู่สัญญาแสดงเจตนาให้ใช้บังคับ ซึ่งก็คือกฎหมายอังกฤษ”<sup>21</sup> (It is now well settled that by English law the proper law of the contract is the law which the parties intended to apply)

<sup>21</sup>

Cheshire G.C. Private International law. Seventh Edition. London : Butterworths, 1965. P.187.



ดังนั้นจึงเป็นที่แน่ชัดว่าศาลของประเทศอังกฤษ ในระยะเริ่มแรกจะยอมรับ หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาได้อย่างเสรีโดยปราศจากข้อจำกัดหรือขอบเขตใด ๆ ทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม ภายใต้อิทธิพลของสงครามโลกครั้งที่ 2 ศาลอังกฤษก็ได้เริ่มเปลี่ยนแปลงแนวความคิดจากเดิมที่ยึดหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาโดยไม่มีขอบเขต มาสู่หลักที่ว่า ไม่มีเสรีภาพใดที่จะไม่ถูกจำกัด ดังที่ DENNING, L.J. กล่าวไว้ว่า

“ข้าพเจ้าไม่เชื่อว่าคู่สัญญามีอิสระที่จะกำหนดให้สัญญาของพวกเขาจะมีผลสมบูรณ์ภายในกฎหมายใด เจตนาของพวกเขาเป็นเพียงองค์ประกอบหนึ่งที่นำมาพิจารณาเท่านั้น”<sup>22</sup> (I do not believe that parties are free to stipulate by what law the validity of their contract is to be determined. Their intention is only one of the factors to be taken into account.)

ประกอบกับคำตัดสินของศาลได้วางแนวหลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ได้แก่ กฎหมายของประเทศที่สัญญามีความสัมพันธ์ที่สำคัญที่สุด (The most substantial connection) ในคดี *Boissevain V. Weil* (1949) A.C. 327 โดย LORD DENNING มีใจความว่า

“กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ไม่ขึ้นอยู่กับ สถานที่ที่มีการทำสัญญา หรือเจตนาของคู่สัญญา หรือถิ่นที่มีการปฏิบัติตามสัญญามากนัก แต่ขึ้นอยู่กับสถานที่ซึ่งสัญญานั้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดมากที่สุด”<sup>23</sup> (The proper law of the contract depends not so much on the place where it is made not even on the intention of the parties, or on the place where it is to be performed, but on the place with which has the most substantial connection.)

และในคดี *Bonython V. Commonwealth of Australia* (1951) A.C. 201 โดย LORD SIMONDS กล่าวว่า

<sup>22</sup> North P.M. Supra note 1, p.202.

<sup>23</sup> Morris J.H.C. Supra note 19, P. 224.

“กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ได้แก่ ระบบกฎหมายซึ่งสัญญาดังกล่าวอ้างถึง หรือได้แก่ระบบกฎหมายซึ่งการดำเนินการ (Transaction) ตามสัญญานั้นมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดและแท้จริงมากที่สุด”<sup>24</sup> (The proper law of the contract (is) the system of law by reference to which the contract was made or that with which the transaction had its closest and most real connection.)

๑๗๑

อย่างไรก็ดี แม้ว่าหลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา คือกฎหมายของประเทศที่มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดและแท้จริงที่สุดกับสัญญา จะเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นหลักสำคัญก็ตาม ก็ยังคงมีปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปอยู่อีกว่า ศาลจะปฏิเสธที่จะใช้กฎหมายที่คู่สัญญาแสดงเจตนาเลือกไว้อย่างชัดเจนเพียงด้วยเหตุผลว่า กฎหมายดังกล่าวไม่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับสัญญาเลยได้หรือไม่

ในเรื่องนี้ จากการค้นคว้าของผู้เขียนในเรื่องกฎหมายขัดกันของอังกฤษเท่าที่ปรากฏพบว่า ศาลอังกฤษไม่เคยปฏิเสธที่จะให้ความสำคัญแก่การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาอย่างชัดเจนของคู่สัญญา เพียงเพราะเหตุว่าไม่ปรากฏข้อเท็จจริงใด ๆ ในคดีที่จะแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดและแท้จริงที่สุด ระหว่าง สัญญาและกฎหมายที่คู่กรณีเลือกเลย

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนพบว่าได้มีคดีออสเตรเลีย 2 คดีเท่านั้นที่ถูกศาลปฏิเสธที่จะใช้กฎหมาย ที่คู่กรณีแสดงเจตนาเลือกใช้บังคับกับสัญญา ด้วยเหตุผลที่ว่า คู่สัญญาพยายามที่จะหลีกเลี่ยงบทบังคับเรื่องเขตอำนาจศาลและกฎหมายดังกล่าวไม่มีความสัมพันธ์อย่างแท้จริงกับสัญญา<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Morris J.H.C. Ibid.....

<sup>25</sup> Dicey, Albert Venn, Supra note 1๔, P.729. Golden Acres Ltd. V. Queensland Estates Ltd. (1969) St.R.Qd.378 ; Queensland Estates Ltd. V. Collas (1971) St.R.Qd.75

กล่าวโดยสรุป เหตุผลสำคัญที่ศาลจะปฏิเสธที่จะใช้กฎหมายที่คู่กรณีเลือกใช้บังคับกับสัญญา แต่กฎหมายดังกล่าวไม่มีความสัมพันธ์ที่แท้จริงกับสัญญา ก็คือ ศาลเห็นว่าคู่สัญญามีเจตนาที่จะหลีกเลี่ยงกฎหมายที่มีความสัมพันธ์อย่างแท้จริงกับสัญญา

## 2. กรณีที่ไม่มีการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ในกรณีที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาไว้โดยชัดแจ้ง มันจะไม่มี ความยากลำบากในการที่จะนำกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกมาใช้บังคับกับสัญญาเลย อย่างไรก็ตาม อาจเกิดปัญหาได้ กรณีคู่สัญญาจะแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาไว้โดยชัดแจ้ง ซึ่งย่อมทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการที่จะกำหนดว่ากฎหมายอะไรจะใช้บังคับกับสัญญาได้โดยง่าย และเนื่องจากระบบกฎหมายโลกในปัจจุบันมีความแตกต่างกันตามแต่ละทฤษฎีและหลักเกณฑ์ในการกำหนดกฎหมายใช้บังคับกับสัญญา กรณีที่ไม่มีการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาไว้โดยชัดแจ้งของคู่สัญญา กล่าวคือ ทฤษฎี Subjective (เจตนาของคู่สัญญา) และทฤษฎี Objective (องค์ประกอบที่มีความสัมพันธ์อย่างแท้จริง)<sup>26</sup> The subjective (intention of parties) and the objective (factors of real connection). และเพื่อความชัดเจนในการพิจารณาค้นหากฎหมายใช้บังคับกับสัญญา กรณีที่ไม่มีการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง จึงขอแยกพิจารณาเป็นกรณีที่เป็นการแสดงเจตนาโดยปริยาย และกรณีที่ไม่มีการแสดงเจตนาไว้เลย ดังนี้

### 2.1 กรณีที่เป็นการแสดงเจตนาโดยปริยาย

เมื่อพิจารณาตามทฤษฎี Subjectivism ซึ่งถือเจตนารมณ์ของคู่สัญญาเป็นสำคัญนั้น แม้คู่สัญญาจะแสดงเจตนาที่จะเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาไว้โดยชัดแจ้งก็ตาม ก็ยังคงเป็นหน้าที่ศาลที่จะต้องค้นหาเจตนาซ่อนเร้นของคู่สัญญาต่อไปว่า พวกเขามีความประสงค์ที่จะให้นำกฎหมายใดมาใช้บังคับกับสัญญา ซึ่ง Dicey ได้ให้คำจำกัดไว้ดังนี้

<sup>26</sup> Graveson, R.H. *Supra* mote 9, P.427.

“เมื่อคู่สัญญามิได้แสดงเจตนาไว้โดยชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรว่าให้นำกฎหมายใดมาใช้บังคับกับสัญญา เจตนาของพวกเขาจะถูกสันนิษฐานจากข้อกำหนดทั้งหลายและสภาพรวมของสัญญาและจากพฤติการณ์แวดล้อมทั่วไปในแต่ละกรณี ซึ่งการสันนิษฐานเจตนาเช่นนั้น จะเป็นตัวกำหนดกฎหมายใช้บังคับกับสัญญา”<sup>27</sup> (When the intention of the parties to a contract with regard to the law governing the contract is not express in words, their intention is to be inferred from the terms and nature of the contract, and from the general circumstances of the case, and such inferred intention determines the proper law of the contract.)

ในกรณีไม่มีการเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาไว้อย่างชัดแจ้ง มันจึงเป็นหน้าที่ศาลที่จะต้องวินิจฉัยว่าได้มีการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาไว้โดยปริยายหรือมีเจตนาซ่อนเร้นไว้ในสัญญาหรือไม่ ซึ่งการสันนิษฐานเจตนาของพวกเขาจะถูกอนุมานจากพฤติการณ์แวดล้อมต่าง ๆ ของสัญญา อันเป็นปัญหาและข้อยุ่งยากไม่น้อยที่จะหยั่งทราบเจตนาโดยปริยายหรือเจตนาซ่อนเร้นของพวกเขาว่าเขาควรที่จะมีหรือมีเจตนาใช้กฎหมายใดบังคับกับสัญญา ฉะนั้น ข้อเท็จจริงทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับคดี จึงควรถูกตรวจสอบและพิจารณาได้จากพฤติการณ์แวดล้อมต่าง ๆ ดังเช่น สถานที่ที่มีการทำสัญญา สถานที่ที่มีการปฏิบัติตามสัญญา ภาษาและความหมายเฉพาะที่เลือกใช้ ในสัญญาถิ่นที่อยู่ ภูมิลำเนา สัญชาติของคู่สัญญา สาธารณรัฐของคู่สัญญา การเลือกใช้ออนุญาโตตุลาการ สกุลเงินที่ใช้ในการชำระหนี้หลักประกันแห่งหนี้ หรือผลกระทบของธุรกิจกรณีนำกฎหมายนั้นมาบังคับเหล่านี้เป็นต้น ดังตัวอย่างเช่นในบางกรณีอาจเป็นไปได้ว่า การค้นหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญาอาจพิจารณาได้จากข้อตกลงที่ให้ศาลของประเทศใดประเทศหนึ่งมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากสัญญา<sup>28</sup> หรือในทำนองเดียวกัน หากคู่สัญญาตกลงให้ออนุญาโตตุลาการจัดตั้งขึ้นในประเทศใดประเทศหนึ่ง ในกรณีเช่นนี้ ศาลก็อาจถือว่าข้อสัญญาเรื่องอนุญาโตตุลาการเป็นเจตนาโดยปริยายที่จะให้กฎหมายของประเทศดังกล่าวเป็นกฎหมายใช้บังคับ

<sup>27</sup> Dicey, Albert Venn. *Supra* note 12, P.735.

<sup>28</sup> *Ibid...* ซึ่งอ้างถึงคดี *Re United Railways of the Havana etc., Ware houses Ltd.*

กับสัญญาด้วยเช่นกัน<sup>29</sup>

หรือในคดี *Tzorizis V. Monark Line A/B.*(1968) ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อว่า สัญญาอันเป็นปัญหาข้อพิพาทนี้เป็นสัญญาซื้อขายเรือ โดยชาวสวีเดนเป็นผู้ขาย และชาวกรีกเป็นผู้ซื้อ และสัญญาได้ทำขึ้นและได้มีการปฏิบัติตามสัญญากันในประเทศสวีเดน โดยไม่มีความเกี่ยวพันใด ๆ กับประเทศอังกฤษเลย เว้นแต่มีข้อกำหนดในสัญญาข้อหนึ่งว่า การอนุญาตาโศสุลาการให้จัดตั้งขึ้นในกรุงลอนดอน ต่อมาศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินให้กฎหมายอังกฤษเป็นกฎหมายใช้บังคับกับสัญญา โดย Salmon L.J. ได้กล่าวว่า ข้อตกลงเรื่องอนุญาตาโศสุลาการ

“เป็นการอนุমানที่ไม่สามารถโต้แย้งได้ ซึ่งถือเป็นองค์ประกอบที่มีน้ำหนักเหนือองค์ประกอบอื่น ๆ”<sup>30</sup> (raises an irresistible inference with overrides all other factors.)

แต่ต่อมาการค้นหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญาจากข้อตกลงเรื่องอนุญาตาโศสุลาการได้ถูกเปลี่ยนแปลงดังในคดี *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A.V. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*(1971). A.C. 572<sup>31</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อว่า

เจ้าของเรือชาวฝรั่งเศสได้ทำสัญญากับบริษัท ตูนิเซีย เพื่อการขนส่งน้ำมันจาก ท่าเรือ ตูนิเซียไปยังที่อื่น สัญญาได้ทำขึ้นเป็นภาษาอังกฤษ และตามรูปแบบของชาวอังกฤษ โดยมีข้อกำหนดข้อ 13. ว่า “สัญญานี้ให้บังคับตามกฎหมายของธงของเรือที่ทำการขนส่งสินค้า” และข้อ 18. กำหนดว่า “ข้อพิพาททั้งหลายให้ส่งไปยังกรุงลอนดอน” จะเห็นว่าสัญญาไม่มีความสัมพันธ์

<sup>29</sup> Ibid ..... คดี *Hamlyn V. Talisker Distillery* (1894) A.C. 200, *Spurrier V. la Cloche* (1902) A.C. 446.

<sup>30</sup> Ibid..... P. 736.

<sup>31</sup> North P.M., *Supra* note 1, P.204.

กับระบบกฎหมายใดมากไปกว่าระบบกฎหมายของฝรั่งเศสเลย เว้นแต่ข้อกำหนดเรื่องอนุญาโตตุลาการในกรุงลอนดอน ศาลของประเทศอังกฤษ (House of Lords) จึงตัดสินให้กฎหมายฝรั่งเศสเป็นกฎหมายใช้บังคับกับสัญญา และว่าข้อกำหนดเรื่องอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงองค์ประกอบอันหนึ่งที่ใช้ประกอบการพิจารณาเท่านั้น โดย Lord Wiberforce กล่าวว่า

“หากจะให้กฎหมายอังกฤษเป็นกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาอันเป็นกฎหมายของประเทศที่มีการจัดตั้งอนุญาโตตุลาการ เป็นตัวบ่งชี้ที่สำคัญในการค้นหาเจตนาของคู่สัญญา เงื่อนไขเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการก็จะต้องนำมาใช้กับสัญญาส่วนที่เหลือและข้อเท็จจริงแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับสัญญาด้วย แต่ในบางกรณีมันก็ต้องพิจารณาองค์ประกอบอื่น ๆ ที่ชัดเจนกว่าด้วย”<sup>32</sup>

หรือในบางกรณี คู่สัญญาอาจใช้ถ้อยคำเฉพาะที่ใช้ในกฎหมายประเทศใดประเทศหนึ่งในสัญญา เช่น คำว่า “Act of God” หรือ “Queen’s enemies” ซึ่งเป็นคำเฉพาะใช้ในกฎหมายอังกฤษเท่านั้น ศาลก็อาจตีความให้กฎหมายอังกฤษเป็นกฎหมายที่คู่สัญญาประสงค์ให้นำมาใช้บังคับ กับสัญญา<sup>33</sup> หรือสัญญาจ้างจัดการตุกร่างด้วยภาษากฎหมายที่เป็นที่คุ้นเคยกับชาวสก็อตมากกว่านัก กฎหมายชาวอังกฤษโดยอ้างอิงถึงกฎหมายสก็อต การสันนิษฐานเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญาก็จะเป็นกฎหมายสก็อตได้ ถึงแม้ว่าสาระสำคัญของสัญญาจะเป็นไปตามกฎหมายอังกฤษและบุคคลที่จะดำเนินการตามสัญญามีภูมิลำเนาที่อังกฤษด้วย<sup>34</sup> แต่ในทางกลับกัน สัญญาจ้างก่อสร้างได้ทำในรูปแบบของกฎหมายอังกฤษระหว่างผู้ก่อสร้างชาวสก็อตและเจ้าของอาคารเป็นชาวอังกฤษ กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาโดยการสันนิษฐานเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญา

<sup>32</sup> Dicey, Albert Venn, *Supra* note 12, P. 736.

<sup>33</sup> *Ibid.*..... P. 737 เชงอรรถที่ 99 อ้างถึงคดี *Rossano V. Manufacturers’ Life Insurance Co.*(1963) 2 Q.B. 352.

<sup>34</sup> *Ibid.*..... เชงอรรถที่ 1 อ้างถึงคดี *Re Pilkington’s Will Trusts* (1937) Ch. 574.

อาจเป็นกฎหมายอังกฤษก็ได้ แม้ว่าที่ดินจะตั้งอยู่ในประเทศสกอตแลนด์ก็ตาม<sup>35</sup> หรือความสัมพันธ์ทางการค้าหรือกฎหมายระหว่างสัญญาฉบับหนึ่งกับสัญญาอีกฉบับ อาจทำให้ศาลสันนิษฐานได้ว่าคู่สัญญามีเจตนาโดยปริยายให้สัญญาทั้งสองฉบับอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน<sup>36</sup> ดังนี้ หากสัญญาเช่าเรือเป็นไปตามกฎหมายที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกไว้โดยชัดแจ้ง หรือมีข้อกำหนดเรื่องอนุญาโตตุลาการในสัญญา ศาลก็อาจจะสันนิษฐานว่าคู่สัญญามีเจตนาโดยปริยายที่จะให้ใบตราส่งอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับดังกล่าวด้วย ถึงแม้ว่าใบตราส่งนั้นจะมีได้ระบุให้นำกฎหมายเช่นนั้นมาบังคับใช้ด้วย<sup>37</sup>

จะเห็นว่าข้อเท็จจริงทั้งหมดที่กล่าวข้างต้น เป็นเพียงข้อสันนิษฐานเบื้องต้นที่ศาลจะนำมาอนุมานหาเจตนาโดยปริยาย หรือเจตนาซ่อนเร้นของคู่สัญญาเท่านั้น ซึ่งความซับซ้อนของสัญญา คุณลักษณะทั่วไปของสัญญาสภาพของธุรกิจ ข้อเท็จจริงและพฤติกรรมแวดล้อมทั้งหมดที่อาจเป็นตัวบ่งชี้เจตนาโดยปริยายของคู่สัญญา จะต้องถูกนำมาวินิจฉัยประกอบเข้าด้วยกันเสมอ และจะต้องไม่มองข้ามไปว่าการค้นหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญาว่าประสงค์จะให้ใช้กฎหมายใดบังคับกับสัญญานั้น จะต้องเป็นเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่เฉพาะเพียงแค่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น<sup>38</sup> ฉะนั้นหลักเกณฑ์ทั้งหลายที่ได้กำหนดขึ้นโดยนักกฎหมายทั้งหลายจึงไม่

<sup>35</sup> Ibid..... คดี Whitworth Street Estates (Manchester Ltd. V.James Miller and Partners Ltd. (1970) A.C.583

<sup>36</sup> Ibid..... คดี Re United Railways of the Havana, etc., Warehouses Ltd. (1960) Ch.52 (C.A.)

<sup>37</sup> Ibid..... P.738 ซึ่งอ้างในคดี The Njegos(1936) P.90, The Adriatic(1931) P.24

<sup>38</sup> Schmitthoff C.M. Supra note 5, P.110. ซึ่งอ้างไว้ในเชิงอรรถที่ 24. Per Lord Russell in R.V. International Trustee (1937) A.C.500,557 ; P.&O. Steam Navigation Co. V. Shand (1865) 3 Moo. P.C.(N.S.) 272,292.

สามารถนำมายึดถือเป็นแนวปฏิบัติในการตีความที่ตายตัวได้ ในเมื่อธุรกิจทางการค้าในยุคปัจจุบันได้มีการเปลี่ยนแปลงและเคลื่อนไหวไปในลักษณะที่มีความซับซ้อนมากขึ้นทุกวัน ประกอบกับไม่สามารถกำหนดให้เป็นหลักเกณฑ์ที่แจ้งกระต้างตายตัว และรวดเร็วได้นั่นเอง

## 2.2 กรณีไม่มีการแสดงเจตนาไว้เลย

ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาไว้โดยชัดแจ้ง และไม่สามารถสันนิษฐานหรือหยั่งทราบเจตนาซ่อนเร้นหรือโดยปริยายของคู่สัญญาได้จากสัญญาหรือพฤติการณ์แวดล้อมได้นั้น ในปัจจุบันศาลของประเทศต่าง ๆ มักใช้วิธีการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้คล้ายคลึงกัน กล่าวคือใช้วิธีการหาจุดเกาะเกี่ยวระหว่างสัญญากับกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง เพื่อจะใช้กฎหมายภายในประเทศดังกล่าวบังคับกับสัญญา และเนื่องจากกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญานั้น อาจมีผลทำให้สัญญานั้นมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้หรือไม่ก็ได้ ดังนั้น จึงควรเป็นกฎหมายที่ความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดและแท้จริงที่สุดกับการดำเนินการทางธุรกิจของคู่สัญญา ดังคำกล่าวของ Dicey ว่า

“เมื่อคู่สัญญาตามสัญญาไม่ได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาไว้โดยชัดแจ้ง และไม่สามารถสันนิษฐานเจตนาโดยปริยายได้จากพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหลายแล้ว สัญญานั้นก็จะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายซึ่งการดำเนินการ (Transaction) มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดและแท้จริงที่สุด”<sup>39</sup> (When the intention of the parties to a contract with regard to the law governing it is not expressed and cannot be inferred from the circumstances, the contract is governed by the system of law with which the transaction has its closest and most real connection)

หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ในกรณีที่ไม่มี การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาไว้เลยกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาจะขึ้นอยู่กับจุดที่ตั้งของสัญญานั้น ๆ ว่าจะมี

<sup>39</sup>

Dicey. Albert Vann, Supra note 12, P.742.



จุดเกาะเกี่ยวได้กับกฎหมายใด โดยศาลจะค้นหาจากระบบกฎหมายที่มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิด และแท้จริงกับการดำเนินการมากที่สุด ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากเจตนาของคู่สัญญา หรือองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องและพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหลายของสัญญา ตามทฤษฎี Objectivism นั้นเอง ดังคำยืนยันของ Westlake ว่า “กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา คือระบบกฎหมายซึ่งมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดและแท้จริงที่สุดกับธุรกิจ”<sup>40</sup> ประกอบกับคำกล่าวของ Denning, M.R. ว่า “การกำหนดระบบกฎหมายดังกล่าวเช่นว่านี้ มิได้ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญาเพราะพวกเขาไม่เคยคำนึงถึงมันเลย อีกทั้งพวกเขาไม่เคยมีเจตนาใด ๆ ต่อเรื่องเหล่านี้ด้วย ดังนั้น เราจะต้องศึกษาทุกพฤติการณ์แวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับสัญญา และนำมาวินิจฉัย คัดสินใจ”<sup>41</sup>

โดยวิธีการนี้ ศาลจะพิจารณาจากข้อความและลักษณะทั่วไปของสัญญา และจากพฤติการณ์แวดล้อมทั่วไปในแต่ละคดี ซึ่งอาจเป็นสถานที่ทำสัญญา สถานที่ที่มีการเจรจาต่อรองกัน สถานที่ที่มีการปฏิบัติตามสัญญา สาระสำคัญของสัญญา ภูมิสำเนา ถิ่นที่อยู่และสัญชาติของคู่สัญญา สถานที่จดทะเบียนบริษัทและสถานประกอบการค้าของคู่สัญญา สำนักงานใหญ่ของบริษัท กรณีมีสาขาต่างประเทศ สัญชาติของเรือในสัญญาขนส่งทางทะเล ถ้อยคำและลีลาในการร่างสัญญา รวมถึงภาษาที่ใช้ในสัญญาเป็นต้น นอกจากนี้การมีผลบังคับใช้ของกฎหมายนั้น ๆ ในขณะทำสัญญาก็อาจเป็นสิ่งที่ต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วย เนื่องจาก Lord Wright ได้กล่าวเรื่องการกำหนดกฎหมายใช้บังคับกับสัญญากรณีไม่มีการแสดงเจตนาของคู่สัญญาไว้เลยว่า “จะต้องเป็นไปอย่างยุติธรรมและที่วิญญูชน จะพึงมีหรือมีเจตนา ถ้าหากพวกเขาได้คำนึงถึงปัญหานี้ในขณะที่พวกเขาทำสัญญา”<sup>42</sup>

<sup>40</sup> North P.M, Supra note 1, P.208.

<sup>41</sup> Ibid.....

<sup>42</sup> Castel, J.G. Supra note 14, P.160. ซึ่งกล่าวไว้ในคดี Mount Albert Borough Council V. Australasion etc. Assurance Society Ltd, P.240. (A.C.)

อย่างไรก็ดี จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวข้างต้นนี้ไม่มีจุดใดเป็นจุดที่ถือว่าเป็นเค็ดขาดได้ ศาลจะต้องชั่งน้ำหนักจุดเกาะเกี่ยวทั้งหมด และตัดสินใจว่าจุดเกาะเกี่ยวใดมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดและแท้จริงที่สุด ดังตัวอย่างในคดี *The Assunzione* (1954)<sup>43</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อ ดังนี้

ปัญหาว่าจะนำกฎหมายฝรั่งเศสหรือกฎหมายอิตาลีมาใช้บังคับกับสัญญาเช่าเรือ (Charter-Party) ท่ามกลางจุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวข้องกับสัญญาต่าง ๆ ดังนี้

องค์ประกอบที่มีจุดเกาะเกี่ยวกฏหมายฝรั่งเศส คือ

- หัวสัญญาเช่าเรือได้เขียนว่า “ปารีส, วันที่ 7 ตุลาคม 1949” จึงถูกสันนิษฐานให้อยู่ภายใต้กฎหมายฝรั่งเศส
- สัญญาเช่าเรือเขียนด้วยภาษาอังกฤษและเป็นสัญญามาตรฐานของอังกฤษ แต่ต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมด้วยภาษา ฝรั่งเศส
- ใบตราส่งเขียนด้วยภาษาฝรั่งเศส และตามแบบฟอร์มของชาวฝรั่งเศส
- ผู้เช่าเรือคือสมาคมผู้ค้าข้าวของฝรั่งเศส และข้าวที่ขนส่งไปนั้นเป็นข้าวภายใต้ข้อตกลงแลกเปลี่ยนสินค้าระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสและรัฐบาลอิตาลี โดยที่ข้อเท็จจริงนี้เจ้าของเรือชาวอิตาลีไม่ทราบ
- ผู้รับขนสินค้า (Shippers for the carriage) เป็นชาวฝรั่งเศส ได้ทำการขนเมล็ดข้าว (grain) จาก Dunkrik ไปยัง Venice

ในขณะเดียวกัน องค์ประกอบที่มีจุดเกาะเกี่ยวกฏหมายอิตาลี คือ

- ธงของเรือที่ใช้ขนสินค้าเป็นของอิตาลี โดยสองพี่น้องชาวอิตาลีเป็นเจ้าของเรือเพื่อใช้ประกอบธุรกิจที่ Genoa และ Naples
- มีการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญากันที่อิตาลี เนื่องจากมีการส่งมอบซึ่งจะถึงกำหนดกันที่ Venice

<sup>43</sup>

North P.M. Supra note 1, P.211-212.

- ค่าระวางเรือและค่าเสียหายในกรณีที่เรือล่าช้าชำระกันที่ Naples ในสกุลเงินอิตาลี
- ใบตราส่งถูกสลักหลังให้แก่ผู้รับตราส่งในอิตาลี

จะเห็นว่า แต่ละองค์ประกอบข้อเท็จจริงต่างก็มีน้ำหนักเพียงพอที่จะนำมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยว (อาจจะเท่าเทียมกัน) ได้กับกฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายอิตาลี ซึ่งศาลก็ต้องค้นหากฎหมายซึ่งสัญญาที่มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดและแท้จริงที่สุด จากพฤติการณ์แวดล้อมของสัญญาทั้งหมด จะถือให้จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวข้างต้นเพียงจุดใดจุดหนึ่งเป็นเด็ดขาดไม่ได้ หากแต่ต้องชั่งน้ำหนักจุดเกาะเกี่ยวทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น การที่ผู้เช่าเรืออ้างหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่ทำสัญญา (lex loci contractus) ว่าสัญญาได้ทำขึ้นที่ประเทศฝรั่งเศสจึงต้องใช้กฎหมายฝรั่งเศสบังคับกับสัญญา จึงยังฟังไม่ขึ้น เนื่องจาก มีข้อโต้แย้งว่าข้อกำหนดที่เป็นสาระสำคัญของการเจรจาต่อรองได้กระทำกันทางจดหมายและโทรเลขระหว่างนายหน้าในประเทศฝรั่งเศสและนายหน้าในประเทศอิตาลีถึงกัน ระหว่าง Genoa และ Paris ดังนั้น สัญญาจึงเกิดขึ้นก่อนที่สัญญาเช่าเรือที่เป็นทางการจะถูกส่งไปยังผู้เช่าเรือเสียอีก และคำขึ้นต้นว่า “ปารีส” จึงเป็นพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญ ในทางเดียวกัน ศาลก็ยังไม่เป็นที่พอใจในข้อโต้แย้งของเจ้าของเรือที่ว่าเรือมีสัญชาติอิตาลี จึงต้องใช้กฎหมายอิตาลีบังคับกับสัญญา โดยศาลถือว่าเป็นเพียงองค์ประกอบอันหนึ่งในท่ามกลางหลายๆ องค์ประกอบที่สำคัญเท่านั้น

ดังนั้น จึงไม่มีข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งที่จะเป็นตัวบ่งชี้ว่ามีจุดเกาะเกี่ยวตามกฎหมายใดอย่างใกล้ชิดและแท้จริงมากที่สุด ศาลจึงจำเป็นต้องชั่งน้ำหนักจุดเกาะเกี่ยวทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับสัญญา ในที่สุดคำพิพากษาของศาลทั้งสองได้ตัดสินอย่างไม่เป็นเอกฉันท์ ด้วยเหตุผลว่า ได้มีการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาของผู้เช่าเรือในการจ่ายค่าระวางเรือ และค่าเสียหายในกรณีที่เรือล่าช้าที่ประเทศอิตาลีในสกุลเงินอิตาลี จึงให้กฎหมายอิตาลีใช้บังคับกับสัญญา

อย่างไรก็ดี การหาความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดและจริงจิ่งที่สุดระหว่างกฎหมายและสัญญาในกรณีที่คู่สัญญามีได้แสดงเจตนาไว้เลย และไม่สามารถหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญาได้จากคำค้นคว้าของผู้เขียนสามารถสรุปพอคร่าว ๆ ได้ (ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจศาล) ดังนี้

ในกรณีที่คู่สัญญาทั้งหมดจะต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาในประเทศเดียวกัน ศาลก็อาจจะพิจารณาให้กฎหมายของประเทศนั้น เสมือนเป็นกฎหมายซึ่งมีความสัมพันธ์อย่าง

ใกล้ชิดและแท้จริงที่สุดกับสัญญาได้<sup>44</sup> ดังคำตัดสินของ Lord Esher M.R. ที่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในคดี *Chatenay V. Brazilian submarine Telegraph Co.* และต่อมาก็ได้ถูกนำมาพิจารณาบ่อยครั้งเสมือนเป็นบรรทัดฐานตามหลักกฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งได้มีการปฏิบัติตามสัญญา (*lex loci solutionis*)<sup>45</sup>

ดังนั้น ความน่าเชื่อถือของหลักกฎหมายแห่งสถานที่ที่มีการปฏิบัติตามสัญญา (*lex loci solutionis*) จึงมักจะนำมาเป็นกฎหมายใช้บังคับกับสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่สัญญาได้ทำขึ้นในประเทศหนึ่ง และมีการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาทั้งหมดกันในอีกประเทศหนึ่ง ดังตัวอย่างในคดี *The Assunzione* ที่ศาลอุทธรณ์ได้แสดงให้เห็นว่า กรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้มีการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญากันในประเทศใดประเทศหนึ่งนอกเหนือจากสถานที่ที่มีการทำสัญญา การนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่มีการปฏิบัติชำระหนี้ (*lex loci solutionis*) จึงควรมีความเด่นชัดมากกว่าองค์ประกอบอื่น ๆ

ในอีกทางหนึ่ง กรณีคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาในประเทศที่แตกต่างกัน ดังเช่นในคดี *Jacob V. Credit Lyonnais* (1884) แม้ว่าศาลจะไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดและแท้จริงที่สุด ระหว่างกฎหมายแห่งถิ่นที่มีการปฏิบัติชำระหนี้

<sup>44</sup> Cavers David F. *Comparative and Conflicts law legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*. "Re-Restating the Conflict of laws : The Chapter on Contracts" 20<sup>th</sup> Century. A.W. Sytoff-Leyden, 1961, P.349.

<sup>45</sup> Dicey, Albert Venn, *Supra* note 12, P.744. ซึ่งอ้างเปรียบเทียบไว้ในคดี *Jacobs V. Credit Lyonnais* (1884) 12 Q.B.D. 589,600 (C.A.); *Hamlyn V. Talisker Distillery* (1894) A.C. 202, 212; *The Assunzione* (1954) P.150,178,184 (C.A.) เหล่านี้เป็นต้น

กับสัญญาได้อย่างเด่นชัดมากนักก็ตาม ศาลก็ยังนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่มีการปฏิบัติชำระหนี้มาใช้บังคับกับสัญญา ดังคำชี้แนะของ Bowen L.J. ที่ว่า “หากจะมีข้อโต้แย้งในการนำหลัก lex loci solutionis มาใช้บังคับกับสัญญา และเห็นว่าองค์ประกอบอื่นควรเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดและแท้จริงกับสัญญามากกว่ากฎหมายแห่งถิ่นที่มีการปฏิบัติชำระหนี้ (lex loci solutionis) ก็ควรที่จะแนะนำวิธีการที่จะนำไปสู่ความถูกต้องและเหมาะสมในการอนุমানใด ๆ จากลักษณะทั่วไปของสัญญาและธุรกิจนั้น ๆ ด้วย”

อย่างไรก็ดี ในกรณีสถานที่ที่ทำสัญญาและสถานที่ที่มีการปฏิบัติชำระหนี้แตกต่างกัน และมีการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาในสถานที่ที่แตกต่างกัน ศาลอาจจะใช้วิธีการหาการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาที่สำคัญที่สุดและใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่มีการปฏิบัติชำระหนี้ นั้น บังคับกับสัญญา เช่น สัญญาซื้อขาย ศาลจะใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่มีการส่งมอบสินค้ามาเป็นกฎหมายบังคับ โดยไม่คำนึงว่าจะมีการชำระราคา ณ ที่ใด<sup>46</sup>

### 3. การแยกส่วนของสัญญา (Depeçage)

ปัญหาของการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญา อาจเกิดขึ้นได้ว่า กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกควรเป็นกฎหมายเดียว และนำมาใช้กับทุกส่วนประกอบของสัญญาทั้งฉบับ หรือว่าคู่สัญญาควรมีสิทธิเลือกกฎหมายมากกว่าหนึ่ง แล้วนำมาใช้บังคับกับส่วนต่าง ๆ หรือกับประเด็นที่แตกต่างกันในสัญญาฉบับเดียวกัน กล่าวคือ รายละเอียดบางส่วนของสัญญา อาจถูกกำหนดให้อยู่ภายใต้บังคับของระบบกฎหมายหนึ่งและ

<sup>46</sup>

Ibid.....P.746 and, Schmitthoff Clive m Schmitthoff's *Export Trade the law and Practice of International Trade*. Eighth Edition. London: Stevens & Sons Ltd, 1986.P.180. ซึ่งอ้างถึงคดี Benaim V.Debono (1924) A.C.514 (P.C.)



กำหนดให้ส่วนอื่นๆของสัญญาอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่แตกต่างกันออกไปได้หรือไม่\*

ปัจจุบันได้เป็นที่ยอมรับกันในหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายแล้วว่า คู่สัญญาหรือศาล มีอำนาจแยกส่วนของสัญญา และกำหนดกฎหมายที่แตกต่างกันเพื่อใช้บังคับกับส่วนต่าง ๆ ของสัญญา หรือกับประเด็นข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันภายในสัญญาระดับเดียวกันได้ ซึ่งเรียกว่า Depeçage<sup>47</sup> บางครั้งก็เรียกว่า Picking-and-Choosing<sup>48</sup> หรือการแยกส่วนของสัญญานั้นเอง ดังตัวอย่างที่เกิดขึ้นบ่อย ๆ ในสัญญาซื้อขาย คู่สัญญาอาจตกลงไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่าหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย ให้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแห่งสถานที่ที่พวกเขาจะได้รับการชำระหนี้<sup>49</sup> (The law of the place where they are to be performed) หรือในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ อาจกำหนดให้การชำระเงินต้นและดอกเบี้ย วิธีการชำระเงินหรือจำนวนเงินให้เป็นไปตามสกุลเงิน หรือกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง หรือสองประเทศ หรือมากกว่านี้

---

\* เช่น แยกออกเป็นเรื่องความสามารถของคู่สัญญา แบบของสัญญา หรือแยกหนี้ตามสัญญาของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายออกจากกัน เป็นต้น

<sup>47</sup> Schitthoff's, *Supra* note 46, P.175 and Yntema Hessel E. "Autonomy in Choice of law" *The American Journal of Comparative law* (1952); P.354.

<sup>48</sup> Reese Willis L.M. "Depeçage : A Common Phenomenon in Choice of law." *Columbia law Review*. Vol.73 (1973), P.58.

<sup>49</sup> Martin Wolff *Private International of law*, P.422 ซึ่งอ้างไว้ในเชิงอรรถที่ 5 คดี Jacob V. Credit Lyonnais (1884), 12 Q.B.D. 589,600 และคดี British South Africa Co.V. De Beers Cons. Mines, (1910) 1 Ch.354,382.

ตามแต่สิทธิของเจ้าหนี้ที่จะเลือก<sup>50</sup> หรือในสัญญาแต่งตั้งตัวแทน คู่สัญญาอาจกำหนดให้เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทนอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายที่แตกต่างไปจากกฎหมายซึ่งใช้บังคับกับเรื่องการเกิดขึ้นของสัญญา ขอบเขตอำนาจและการเพิกถอนอำนาจของตัวแทน ซึ่งจะมีผลผูกพันตัวการให้รับผิดชอบบุคคลที่สาม<sup>51</sup> หรือตั้งข้อเท็จจริงที่ว่า ผู้ผลิตใน Birmingham ตลอดทั้งตัวแทนใน Melbourne ซึ่งขายเครื่องมือสำหรับเครื่องจักรให้แก่ผู้ซื้อชาวออสเตรเลีย เป็นสัญญา F.O.B. ลอนดอน และคู่สัญญาได้ตกลงกันว่า เรื่องแบบและสาระสำคัญของสัญญา ให้เป็นไปตามกฎหมายของรัฐ Victoria (Australia) ส่วนเรื่องการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาให้เป็นไปตามกฎหมายอังกฤษ เพราะว่าได้มีการปฏิบัติการชำระหนี้กันที่กรุงลอนดอน กล่าวโดยสรุป ก็คือ “ในกฎหมายอังกฤษ การดำเนินการ (Transaction) จะต้องอยู่ภายใต้บังคับโดยทั่วไปของกฎหมายประเทศหนึ่ง ถึงแม้ว่าส่วนอื่น ๆ ของการดำเนินการ (Transaction) จะได้กระทำในประเทศอื่น ซึ่งก็ต่อมยอมรับกฎหมายของประเทศอื่นนั้นด้วย”<sup>52</sup>

จึงเป็นที่แน่ชัดในประเทศอังกฤษแล้วว่า ศาลได้ยอมรับการแยกส่วนของสัญญาตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งศาลจะไม่พิจารณาแยกส่วนของสัญญาให้

<sup>50</sup> Ibid.....P.423. อ้างถึงคดี Rex V. International Trustee, (1937) A.C. 500,574.

<sup>51</sup> Ibid..... อ้างถึงคดี Chatenay V. Brazilian Submarine Telegraph Co., (1891) 1 Q.B. (C.A.) 79,83.

<sup>52</sup> Schitthoff's, Supra note 46, P.175. Per Lord Roche in R.V. International Trustee (1937) A.C. 500,574.

โดยไม่ผ่านการกลั่นกรองหรือโดยไม่มีเหตุผลที่ดีพอแต่อย่างใด<sup>53</sup> และในทำนองเดียวกัน ศาลที่พิจารณาคดีก็มีสิทธิ์ที่จะเลือกใช้กฎหมายหลายระบบบังคับกับสัญญาแต่ละส่วนของสัญญาได้ เช่น เลือกใช้กฎหมายของถิ่นที่มีการทำสัญญาเพื่อพิจารณาถึงการเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญา และเลือกใช้กฎหมายของถิ่นที่มีการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญา เพื่อพิจารณาถึงการปฏิบัติตามสัญญา เป็นต้น<sup>54</sup>

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ข้อตกลงการแยกส่วนของสัญญาของกลุ่มสัญญา หากจะเป็นผลทำให้สัญญาทั้งหมดหรือบางส่วนไม่สมบูรณ์ การเลือกเช่นว่านี้ในส่วนที่จะทำให้สัญญาทั้งหมด หรือบางส่วนไม่สมบูรณ์ ก็ไม่น่าจะนำมาใช้บังคับได้ เพราะศาลควรคำนึงถึงเจตนารมณ์อันแท้จริงของกลุ่มสัญญาที่มุ่งประสงค์จะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างกันตามกฎหมาย

4. กรณีเป็นการเลือกที่มีลักษณะเป็นเพียงของการสื่อความหมายหรือเป็นการยากที่จะกำหนด (Meaningless or difficult Choice).

ในบางครั้งเงื่อนไขของการเลือกจะเป็นลักษณะของการอ้างอิง (referential) กล่าวคือ มิได้เป็นการเลือกกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งโดยตรง แต่จะเป็นการอ้างเพื่อนำไปสู่กฎหมายนั้นอีกทีหนึ่ง ดังตัวอย่างเช่น ในสัญญาอาจจะมีได้ระบุว่า “สัญญานี้ให้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฝรั่งเศส” แต่ระบุเพียงว่า “สัญญานี้ให้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายประเทศที่โจทก์มีถิ่นที่อยู่ถาวร” (Country of habitual residence) ซึ่งมันก็จะกลับกลายเป็นกฎหมายฝรั่งเศส เนื่อง

<sup>53</sup>

Ibid..... Lord MacDermott in *Kahler V. Midland Bank* (1950) A.C.24,42., and. *Prebble John*, *Supra* note 6, P.531.

<sup>54</sup>

Jaffey, A.J.E. “The English Proper law Doctrine and the ECC Convention” *International and Comparative law Quarterly*. Vol.33 (July 1984), P.543.



จากโจทก์มีถิ่นที่อยู่ถาวรที่ประเทศฝรั่งเศส จะเห็นได้ว่าโดยหลักการแล้ว การเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าวนี้ จะมีผลสมบูรณ์ แต่มันก็อาจจะเกิดประเด็นปัญหาได้ว่า ลักษณะการเลือกดังกล่าวนี้อาจจะเป็นการยากที่จะระบุได้ว่ากฎหมายที่อ้างอิงถึงนั้น คือกฎหมายของประเทศใด แต่ความยากดังกล่าวนี้ก็มิได้ทำให้การเลือกลักษณะนี้เสียไป เว้นแต่มันจะเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ ดังตัวอย่างเช่น คำตัดสินคดีหนึ่งในประเทศอังกฤษ กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกคือ กฎหมายของประเทศ “ซึ่งสถานประกอบการแห่งใหญ่ของผู้ขนส่งตั้งอยู่” (where the carrier has his principal place of business) ซึ่งการเลือกกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ ศาลถือว่ามีผลบังคับใช้ได้ แม้ว่าจะมีสถานประกอบการค้าหลายแห่งก็ตาม และศาลก็ได้ใช้ดุลพินิจเลือกให้สถานประกอบการแห่งใดแห่งหนึ่ง<sup>55</sup> เป็นสถานที่เพื่อใช้กำหนดกฎหมายบังคับกับสัญญา

แต่ในบางครั้ง ศาลก็ปฏิเสธการเลือกในลักษณะที่เป็นเพียงของการสื่อความหมาย (Meaningless) ของคู่สัญญาได้ และใช้ดุลพินิจในการตีความร่วมกันของศาลแทน ดังตัวอย่างในคดี *Compagnie d' Armement Maritime S.A. V. Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. (1969)* ซึ่งเงื่อนไขการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญารับขนน้ำมัน ได้กำหนดว่า “สัญญานี้ให้อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายของธงของเรือที่ใช้ทำการขนส่งสินค้า (The laws of the flag of the vessel carrying the goods) ปรากฏว่าได้มีการนำเรือเป็นจำนวนมากมาใช้ในการขนส่งสินค้า และเรือเหล่านี้ก็มาจากประเทศที่แตกต่างกันด้วย ศาลอุทธรณ์ของอังกฤษได้สรุปว่า เงื่อนไขการเลือกในลักษณะเช่นนี้เป็นเพียงการสื่อความหมายเท่านั้น (Meaningless) จึงไม่อาจนำมาพิจารณาได้ อย่างไรก็ตาม ศาลก็ยังจะต้องใช้วิจารณญาณในการตีความต่อไป เพื่อให้เงื่อนไขการเลือกดังกล่าวนี้มีผลใช้บังคับได้ และศาลก็ได้ตัดสินให้หมายถึงกฎหมายของประเทศของธงของเรือ ซึ่งได้เคยถูกนำมาใช้ในการขนส่งน้ำมันมาก่อน (The law of the flag of the ship primarily used to carry oil) ซึ่งหมายถึง กฎหมายของฝรั่งเศส

55

North Peter. *Private International law Problems in Common law Jurisdiction*. London : Mortinus Nijhoff Publishers. P.115, อ้างถึงคดี *The Blue Wave (1982) I Lloyd's Rep.151.*

จากข้อเท็จจริงข้างต้นทำให้เกิดปัญหาที่น่าพิจารณาได้ว่า หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมาย ควรมิชอบเขตในเรื่องลักษณะของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า แม้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญายังคงเป็นที่ยอมรับกันอยู่ แต่ก็มิได้หมายความว่าหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาจะไม่มีขอบเขตเสียเลย หากแต่เป็นขอบเขตในลักษณะของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญานั้นเอง

#### 5. กรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เลือกไว้หลังจากทำสัญญา

ปัญหาในการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาของคู่สัญญา อาจเกิดขึ้นได้ว่า หากคู่สัญญามิได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้ในขณะทำสัญญาแล้ว ต่อมาจะใช้สิทธิเลือกกฎหมายเพื่อนำมาใช้บังคับกับสัญญาในภายหลังได้หรือไม่ หรือแม้คู่สัญญาจะได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายไว้แล้วในขณะทำสัญญา แต่ต่อมาภายหลังจะเปลี่ยนใจเลือกกฎหมายใหม่ได้หรือไม่ และถ้าหากคู่สัญญาใช้สิทธิกระทำการดังกล่าวแล้ว ปัญหาที่มีได้ว่า สัญญาฉบับนั้นควรอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับใด ระหว่างกฎหมายที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกไว้แต่แรก กับกฎหมายใหม่ที่คู่สัญญาเลือกหลังจากทำสัญญาแล้ว

ในทางปฏิบัติ ปัญหาข้างต้นมักจะเกิดขึ้นในกรณีที่คู่สัญญาตกลงในศาลที่จะยอมรับกฎหมายของประเทศที่พิจารณาคดี นำมาใช้บังคับกับสัญญา (The law of the Forum)<sup>\*</sup> ซึ่งจากการศึกษาของผู้เขียนพบว่า

---

<sup>\*</sup> อาจเป็นกฎหมายของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีตั้งอยู่ หรือกฎหมายของประเทศอื่นที่ศาลพิจารณาคดีเห็นว่าเหมาะสมและนำมาใช้บังคับกับสัญญานั้น

ประเทศที่ใช้ระบบ Common law : จะอนุญาตให้คู่สัญญาเลือกกฎหมายของประเทศที่พิจารณาคดีกำหนด (The law of the Forum) ในระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี หรือในระหว่างการสืบพยานก็ได้ (in the course of the proceedings or even during the trial) ทั้งนี้ ไม่จำเป็นต้องมีข้อตกลงเช่นว่านี้โดยชัดแจ้งของคู่สัญญาแต่อย่างใด และหากคู่สัญญาไม่สามารถนำสืบหรือพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของกฎหมายต่างประเทศว่ามีอยู่อย่างไรแล้ว ศาลก็จะนำกฎหมายของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีตั้งอยู่ (Lex Fori) มาใช้บังคับแทนตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ในทางกลับกัน หากคู่สัญญาประสงค์จะเลือกกฎหมายอื่น (นอกเหนือจากกฎหมายของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีกำหนด (The law of the forum) ศาลของประเทศ Common law กลับไม่อนุญาตให้คู่สัญญาเปลี่ยนกฎหมายในภายหลังที่ได้ทำสัญญาแล้ว เนื่องจากเห็นว่าคู่สัญญายังคงมีอิสระที่จะยกเลิกสัญญาเดิมและทำความตกลงกันใหม่ให้อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายที่แตกต่างไปจากเดิมได้

ประเทศที่ใช้ระบบ Civil law : จะอนุญาตให้คู่สัญญาเปลี่ยนกฎหมายหลังจากทำสัญญาแล้ว โดยเลือกกฎหมายของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีกำหนดได้ (The law of the Forum) แม้ว่าการแสดงเจตนาเลือกนี้จะเป็นการเลือกในช่วงก่อนหรือในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาล (The Choice is made up to or during the oral proceedings in court) อีกทั้งยังยอมรับที่จะให้คู่สัญญาเปลี่ยนกฎหมายเดิม และเลือกกฎหมายอื่นซึ่งไม่ใช่กฎหมายของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีกำหนด (The law of the Forum) ก็ได้ โดยเห็นว่า โดยปกติแล้วคู่สัญญาย่อมมีอิสระที่จะตกลงเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญา ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาได้อยู่แล้ว และหากคู่สัญญาไม่สามารถพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของกฎหมายต่างประเทศที่พวกเขาได้เลือกไว้แต่แรก ศาลก็จะกลับไปใช้กฎหมายของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีตั้งอยู่ (lex fori) มาใช้โดยปริยายเอง

ประเทศเยอรมันตะวันตก : คู่สัญญาอาจตกลงเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาได้ ไม่ว่าจะเวลาใด ๆ ภายหลังจากทำสัญญากันแล้ว รวมถึงในระหว่างการฟังการสืบพยานในศาล (During the hearing in court) ก็ได้ นอกจากนี้ ศาลของประเทศเยอรมันตะวันตก ยังให้ถือว่าคู่สัญญาตกลงเลือกกฎหมายของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีกำหนด (The law of the Forum) โดยปริยายแทนกฎหมายที่ได้เลือกไว้แล้วด้วย หากปรากฏว่าคู่สัญญาต่างยอมรับในชั้นศาลเกี่ยวกับสาระสำคัญของข้อกำหนดของกฎหมายของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีกำหนด (The law of the Forum) ทั้งนี้ให้รวมถึง กรณีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้อ้างถึงหลักกฎหมายของประเทศเยอรมันตะวันตกและคู่

สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมิได้คัดค้าน ซึ่งย่อมเป็นการสันนิษฐานเจตนาของคู่สัญญาให้นำกฎหมายของประเทศเยอรมันมาใช้ได้ อย่างไรก็ตาม หากในชั้นศาล คู่สัญญามีได้กล่าวอ้างและนำสืบกฎหมายต่างประเทศที่คู่กรณีเลือกไว้ ศาลก็จะกลับไปสู่หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย โดยนำกฎหมายของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีตั้งอยู่ (Lex Fori) มาใช้บังคับต่อไป

กลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย : ยอมรับในการเปลี่ยนกฎหมายที่คู่สัญญาได้เลือกไว้แล้ว ได้ อีกทั้งยังได้ถือตามแนวคิดของประเทศเยอรมันตะวันตก ที่ให้ถือว่าคู่สัญญาได้ตกลงเลือกกฎหมายของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีกำหนด (The law of Forum) โดยปริยายแทนกฎหมายที่ได้เลือกไว้แล้วด้วย

ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ : อนุญาตให้มีการเปลี่ยนกฎหมายโดยคู่สัญญาในภายหลังที่ทำสัญญากันแล้วได้ แต่จะต้องได้รับการยินยอมโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายโดยชัดแจ้ง

ประเทศอิตาลี : ดูเหมือนจะมีแนวคิดเกี่ยวกับการยอมรับให้คู่สัญญาเปลี่ยนกฎหมายที่ได้เลือกไว้แล้ว ในขณะที่ทำสัญญาแตกต่างไปจากประเทศอื่น ๆ กล่าวคือ ศาลอิตาลี จะไม่อนุญาตให้คู่สัญญามีสิทธิเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เลือกไว้แล้วได้ โดยถือว่าเป็นหน้าที่ของศาลที่จะนำกฎหมายต่างประเทศที่คู่สัญญาเลือกมาบังคับแต่ละเรื่องเอง ภายใต้หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศตน

กล่าวโดยสรุป โดยส่วนใหญ่แล้วดูเหมือนจะไม่มีข้อคัดค้านในการที่จะอนุญาตให้คู่สัญญาเปลี่ยนกฎหมายหลังจากที่ได้เลือกกฎหมายไว้แล้วในขณะที่ทำสัญญา หากจะมีข้อคัดค้านอยู่บ้าง ก็โดยเหตุผลที่ว่า “กฎหมายของสัญญา” คือ กฎหมายใดกฎหมายหนึ่ง ซึ่งคู่สัญญาได้ตกลงเลือกไว้ ในขณะที่ทำสัญญาและไม่สามารถเปลี่ยนแปลงโดยเจตนาของคู่สัญญาได้ เพราะคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาตั้งแต่แรกแล้ว แต่ก็ดูเหมือนว่าข้อคัดค้านนี้จะไม่ค่อยเป็นที่ยอมรับกัน โดยทั่วไปนัก

อย่างไรก็ดี ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า ถ้าหากหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาของคู่สัญญา ได้รับการยอมรับตั้งแต่เริ่มแรกทำสัญญาแล้ว ดังนั้น เสรีภาพในภายหลังที่จะเปลี่ยนกฎหมายใช้บังคับกับสัญญา ก็ควรที่จะได้รับการยอมรับเท่าเทียมกันด้วย และการเลือกกฎหมายในตอนแรกของพวกเขาอาจเกิดจากความเคยชินที่ต้องการจะให้การเจรจาทำสัญญาระหว่างตกลงกันได้เท่านั้น ในขณะที่การเปลี่ยนแปลงกฎหมายในภายหลังมักเกิดจากความจำเป็น อีกทั้งผู้เขียนยังเห็นว่า ยังมีมาตรการป้องกันทางกฎหมายโดยทั่วไปอีกอย่างหนึ่ง ก็คือ หากสัญญาแรกเริ่มไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายที่ใช้บังคับในขณะนั้นแล้ว แม้จะมีการเปลี่ยนกฎหมายภายหลังก็ไม่อาจทำให้มีผลย้อนหลังกลับไปทำให้สัญญาไม่มีผลสมบูรณ์มีผลสมบูรณ์ได้ ประกอบกับ แม้คู่สัญญาจะได้เลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาไว้แต่แรกเริ่มแล้วก็ตาม หากคู่สัญญาไม่กล่าวอ้าง และไม่สามารถนำสืบหรือพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของกฎหมายต่างประเทศให้เป็นที่พอใจของศาลได้ ศาลก็ต้องกลับไปสู่หลักกฎหมายของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีตั้งอยู่ (Lex Fori) อยู่ดี

สำหรับบุคคลภายนอกซึ่งได้รับผลประโยชน์ตามสัญญาตั้งแต่เริ่มแรก ก็ไม่ควรที่จะถูกระทบหรือตัดสิทธิโดยกฎหมายใหม่ที่คู่สัญญาได้ตกลงเปลี่ยนในภายหลังที่ทำสัญญากันแล้ว เช่น หากกฎหมายแรกเริ่มซึ่งใช้บังคับกับสัญญาประกันชีวิต ได้กล่าวถึงสิทธิและประโยชน์ของบุคคลภายนอกไว้อย่างไรแล้ว บุคคลภายนอกก็ไม่ควรจะถูกตัดสิทธิโดยการเลือกกฎหมายใหม่ในเวลาต่อมาของคู่สัญญา

และเพื่อให้การพิจารณาในปัญหาของการเปลี่ยนกฎหมายหลังจากคู่สัญญาได้ทำสัญญากันไว้แล้ว คลอบคลุมถึงทุกประเด็น ผู้เขียนจึงใคร่เสนอปัญหาที่น่าพิจารณาว่า หากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายหลังจากที่คู่สัญญาได้ทำสัญญากันไว้แล้ว เกิดจากเหตุการณ์ภายนอกอันมิใช่เกิดจากตัวคู่สัญญาเองแล้ว ปัญหาการบังคับใช้ของกฎหมายกับสัญญา ควรเป็นไปตามกฎหมายใด โดยแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี ดังนี้

กรณีเกิดการปฏิวัติภายในประเทศของกฎหมายที่คู่กรณีเลือก ดังที่ทราบกันดีว่า หากเกิดเหตุการณ์ปฏิวัติภายในประเทศแล้ว โครงสร้างของกฎหมายมักจะถูกเปลี่ยนแปลงและแทนที่โดยกฎหมายใหม่ อย่างไรก็ดี ผู้เขียนยังคงเห็นว่า การเปลี่ยนแปลงกฎหมายโดยคณะปฏิวัตินั้น ย่อมไม่กระทบถึงตัวบทกฎหมายทั้งหมด หรือทุกฉบับ และการที่คู่สัญญาได้แสดง

เจตนาเลือกกฎหมายบังคับกับสัญญาของพวกเขาได้โดยชัดแจ้งในขณะที่ทำสัญญา นั้นย่อมแสดงให้เห็นว่า พวกเขาได้ตระหนักดีแล้วว่า กฎหมายนั้นย่อมมีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับสัญญาของพวกเขา อย่างไรก็ตาม หากคู่สัญญามีได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย กฎหมายใหม่ที่ใช้บังคับในขณะนั้น ก็ควรมีผลบังคับกับสัญญานั้นได้

ขณะเดียวกัน อาจเกิดกรณีปัญหาที่คล้ายคลึงกับกรณีแรกได้ หากจะแตกต่างกันบ้างก็เรื่องของอำนาจอธิปไตย กล่าวคือ กรณีอำนาจอธิปไตยของประเทศที่คู่กรณีได้เลือกกฎหมายของประเทศนั้นมาใช้บังคับกับสัญญา ได้ถูกเปลี่ยนแปลงไปยังรัฐอื่น จะโดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศ หรือโดยสาเหตุใดก็ตาม ปัญหาว่าจะนำกฎหมายใหม่ที่ถูกนำมาใช้แทนกฎหมายเดิม หรือยังคงให้ใช้กฎหมายที่คู่กรณีเลือกไว้แต่เดิมมีผลบังคับใช้กับสัญญา ซึ่งกรณีนี้ ผู้เขียนขอ นำตัวอย่างคดีที่ได้ตัดสินโดยศาลสูงสุดของเยอรมันมาพิจารณาประกอบ คงมีข้อเท็จจริงโดยย่อว่า

ได้มีการก่อหนี้กันขึ้นก่อนปี ค.ศ. 1914 ในจังหวัด Prussian ซึ่งเป็นจังหวัดหนึ่งของ Posen (ขณะนั้นปกครองโดยกฎหมายเยอรมัน) และเนื่องจากได้มีการตกลงกู้ยืมเงินและจะชำระเงินคืนกันใน Posen สัญญาจึงได้กำหนดให้เป็นไปตามหลักกฎหมายของประเทศซึ่งมีการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญา (Lex loci solutionis) คือกฎหมายเยอรมัน ต่อมาเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ หลังจากสงครามยุติ ซึ่งกลายเป็นว่า Posen ได้ตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของ Polish แล้วปัญหาจึงมีว่า การชำระเงินคืนของลูกหนี้ ควรอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเยอรมัน หรือกฎหมาย Polish ซึ่งศาลได้ตัดสินว่า ให้กฎหมายเยอรมันยังคงมีผลบังคับกับสัญญา เพราะการอ้างอิงในสัญญาต่อเมือง ๆ หนึ่งที่เป็นจังหวัดหนึ่งใน Posen มิได้หมายความว่า จะเป็นการแสดงถ้อยคำที่ตั้งของอาคารบ้านเรือน ซึ่งเป็นสิ่งก่อตั้งเมืองนั้นขึ้นมา แต่เป็นการกำหนดให้นำระบบกฎหมายที่มีบังคับใช้อยู่ในเมืองนั้น ณ วันทำสัญญากันต่างหาก เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ แม้ว่าจะระบบกฎหมายนั้นจะไม่มีผลบังคับในเมือง Prussian ซึ่งเป็นสถานที่ที่ทำสัญญากันอีกต่อไป แต่ก็ยังคงมีอยู่ในประเทศเยอรมัน ฉะนั้น จึงไม่สามารถสันนิษฐานได้ว่าคู่สัญญาประสงค์จะให้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือก (กฎหมายเยอรมัน) ถูกเปลี่ยนแปลงโดยกฎหมาย Polish อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าหากจะถือว่าหนี้ที่เกิดขึ้นใน Prussian อันเป็นอาณานิคมของ Polish ในปัจจุบัน กล่าวคือ ถิ่นหลักดินแดนเป็นสำคัญ กฎหมาย Polish ก็ควรมีผลบังคับใช้กับสัญญานั้นแทน

## แนวทางปฏิบัติของไทยในการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ

ก่อนหน้าที่ประเทศไทยจะได้บัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายเพื่อใช้แก้ปัญหากฎหมายขัดกัน หรือก่อนหน้าที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 นั้น ประเทศไทยก็เคยมีกฎหมายเช่นว่านี้อยู่บ้าง หากแต่อยู่ในรูปแบบของกฎหมายจารีตประเพณี<sup>56</sup> เป็นต้นว่า ฎีกาที่ 419/129 วินิจฉัยว่า ในบางกรณีจำเป็นต้องอาศัยกฎหมายต่างประเทศ และความยุติธรรมเป็นหลักในการวินิจฉัยคดี หรือในเรื่องการนำสืบกฎหมายต่างประเทศ ฎีกาที่ 530/2468 วินิจฉัยว่า ทรัพย์มรดกอาจต้องแบ่งตามกฎหมายต่างประเทศซึ่งในเรื่องการนำสืบกฎหมายต่างประเทศนั้น ถือว่าเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่คู่กรณีมีหน้าที่ต้องนำสืบ หรือในเรื่องของสัญญา ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับกับสัญญากับกรณีมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา แม้จะไม่มีหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรดังเช่นปัจจุบัน แต่ก็ได้มีการวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาก่อน ๆ เช่น ฎีกา 465/2478 วินิจฉัยว่า ในเรื่องกฎหมายที่บังคับต่อสัญญานั้น ให้ถือตามกฎหมายของประเทศที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น (*lex loci contractus*) ทั้งในเรื่องแบบของสัญญา ผลของสัญญา และความสามารถของคู่สัญญา

จากตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาข้างต้นจะเห็นได้ว่า แม้สมัยก่อนจะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายดังเช่นปัจจุบันก็ตาม แต่ศาลไทยก็ได้พยายามที่จะตัดสินคดีที่มีข้อเท็จจริงพัวพันกับกฎหมายต่างประเทศ จนเกิดเป็นกฎหมายจารีตประเพณีว่าด้วยการ

<sup>56</sup> หยุต แสงอุทัย, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, หน้า 5 และ กมล สนธิ เกษตริน อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, หน้า 209.

ขัดกันแห่งกฎหมายของไทยขึ้น ดังนั้น ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า ในการตัดสินคดีของศาลฎีกา ในสมัยก่อน ตอนเริ่มแรกจึงน่าจะเป็นการตัดสินโดยอาศัยหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของกฎหมายต่างประเทศ หากใช่เป็นการอาศัยกฎหมายจารีตประเพณีของไทยโดยแท้ไม่ว่าทั้งนี้คงจะสังเกตได้จากตำรากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล<sup>57</sup> ที่เกี่ยวกับเรื่องสัญญาในประเทศไทยขณะนั้น (ก่อนที่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481) แม้จะมีคำสอนโดยบรรยายถึงหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาไว้ก็ตาม แต่คำพิพากษาศาลฎีกาก็หาได้นำหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเช่นว่านี้ มาใช้บังคับกับสัญญาไม่ หากแต่กลับนำหลักกฎหมายของประเทศที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น (Lex loci Contractus) มาใช้แทน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า อาจเป็นเพราะช่วงระยะเวลาการตัดสินคดีไว้ในฎีกาที่ 465/2478 (ค.ศ. 1935) แนวคำตัดสินของศาลต่างประเทศในสมัยนั้นยังไม่ได้รับอิทธิพลของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนามากนัก แต่อยู่บนหลักกฎหมายของประเทศที่สัญญาได้ทำขึ้น (lex loci contractus) เป็นส่วนใหญ่ ศาลไทยจึงตัดสินตามหลัก lex loci contractus เช่นกัน

และเนื่องจากประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญากับนานาประเทศ โดยให้คำมั่นว่าจะประกาศใช้กฎเกณฑ์ วินิจฉัยข้อขัดกันระหว่างกฎหมายของนานาประเทศ\* ประกอบกับต่างประเทศก็ได้แสดงความประสงค์ที่จะให้ประเทศไทยมีกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเป็น

<sup>57</sup> ศรีวิสารวาจา, พระยา กฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล พระนคร : โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2474 หน้า 123-126 และ ทวี ตะเวทีกุล กฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และการเมือง, 2478 หน้า 294-300.

\* ดู รายงานการประชุมอนุกรรมการ พิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยขัดกันแห่งกฎหมาย ครั้งที่ 49/2481 เมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2481.



ลายลักษณ์อักษรด้วย ผู้เขียนเห็นว่า ด้วยเหตุผลนี้ จึงน่าจะเป็นสาเหตุของประเทศไทยที่ต้องประกาศใช้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 เป็นลายลักษณ์อักษรในเวลาต่อมา ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงช่วงของการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายฉบับที่ประกาศใช้อยู่ในปัจจุบันแล้ว จะเห็นได้ว่า ได้เริ่มมีการประชุมคณะกรรมการตรวจร่างพระราชบัญญัติ วางกฎหมายเกณฑ์วินิจฉัยข้อขัดกันแห่งกฎหมายของนานาประเทศในปี พ.ศ. 2480 (ค.ศ. 1937) อันเป็นช่วงเวลาของการยอมรับของศาลต่างประเทศในหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาอย่างเต็มที่ โดยถือว่าการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งของคู่สัญญา ในการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาของพวกเขาย่อมเป็นเด็ดขาด\* ฉะนั้น ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวนี ในเรื่องของสัญญาจึงถูกเขียนอยู่บนแนวความคิดของ *proper law of contract* เป็นสำคัญ โดยผ่านทางผู้เชี่ยวชาญชาวต่างชาติที่เข้ามารับราชการเป็นผู้พิพากษา และเป็นกรรมการร่างกฎหมายไทยในยุคนั้น ดังปรากฏตัวอย่างอยู่ในรายงานการประชุมคณะกรรมการฯ เช่น

การประชุมครั้งที่ 207/2480 เมื่อวันที่ 29 มีนาคม 2480 ปรากฏข้อความว่า

“นายอาร์ กียอง กล่าวว่า *proper law of contract* นี้ หมายความว่าถึง กฎหมายที่คู่กรณีเจตนาจะให้ใช้บังคับแก่กรณีของตน”

การประชุมครั้งที่ 1/2481 เมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2481 ปรากฏข้อความว่า

“นายอาร์ กียอง กล่าวว่า การให้คู่กรณีแสดงเจตนาเลือกกฎหมายบังคับสัญญาได้นั้น เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ดังจะเห็นได้จากกฎหมายญี่ปุ่น.....”

\*

ดู คดี R.V. International Trustee for the Protection of Bondholders A.G.(1937)

อ้างแล้วในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หน้า 52

การประชุมครั้งที่ 16/2481 เมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม 2481 ปรากฏข้อความว่า

“นายอาร์ กียอง กล่าวว่า วรรคหนึ่งวางหลักให้ถือเอาเจตนาของคู่กรณีเป็นสำคัญ ตรงกับที่กฎหมายอังกฤษเรียกว่า *proper law of contract* แต่ถ้าไม่มี *proper law of contract* แล้ว ให้ใช้กฎหมายสัญชาติของสามี.....”

การประชุมครั้งที่ 36/2481 เมื่อวันที่ 21 มิถุนายน 2481 ปรากฏข้อความว่า

“นายอาร์ กียอง กล่าวว่า ที่ร่างมานี้เอามาจากตำราของ Dicey ซึ่งกล่าวว่าควรจะใช้ *proper law of contract* บังคับ ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 ว่า *the law to which the parties intended or may fairly be presumed to have intended to submit themselves.* นั้น เป็นคำอธิบายคำว่า *proper law of contract* นั้นเอง”

ฯลฯ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 แล้ว\* จะเห็นได้ว่ามีเพียงบทบัญญัติมาตราเดียวเท่านั้นที่กล่าวถึงหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญา คือ มาตรา 13 กล่าวคือ ให้ความสำคัญต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (*Autonomy of will*) ของคู่สัญญาเป็นอันดับแรก และในกรณีไม่มีการแสดงเจตนาไว้โดยชัดแจ้งก็ให้ใช้เจตนาโดยปริยายของคู่สัญญาเป็นอันดับสอง จากนั้นจึงให้ใช้กฎหมายสัญชาติร่วมกันแห่งคู่สัญญาและกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น (*lex loci contractus*) และกฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญานั้น (*lex loci solutionis*) เป็นลำดับต่อไป

\* ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเล่ม 55 ตอนที่ 85 วันที่ 20 มีนาคม 2481, หน้า 1021.

หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ได้อนุญาตให้คู่กรณีเลือกกฎหมายที่ตนเห็นว่าเหมาะสมและสมควรนำมาใช้บังคับกับสัญญา ซึ่งเท่ากับว่าพระราชบัญญัตินี้ ได้ยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญา (Autonomy of will) หรือภาษาฝรั่งเศสว่า *L'autonomie de la Volonte* ในเรื่องของสัญญา อันเป็นไปตามทฤษฎี Subjectivism (อัตตนิยม)<sup>58</sup> คือถือว่า คู่สัญญามีสิทธิโดยเด็ดขาดในการแสดงเจตนาเลือกโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย ให้นำกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งมาใช้บังคับกับสัญญาของพวกเขา ในขณะเดียวกัน กรณีคู่สัญญาได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย และไม่อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ มาตรา 13 กลับยึดหลักตามทฤษฎี Objectivism (องค์ประกอบที่มีความสัมพันธ์อย่างแท้จริง) กล่าวคือ ถือเอาจุดนิติสัมพันธ์ต่าง ๆ ที่มีความสัมพันธ์กับสัญญามาเป็นหลักในการหากฎหมายใช้บังคับกับสัญญา ซึ่งได้แก่กฎหมายสัญชาติร่วมกันแห่งคู่กรณี หรือ กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น ในกรณีคู่กรณีมีสัญชาติต่างกัน หรือกฎหมายแห่งถิ่นที่ได้ทำสัญญา หรือกฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญา ในกรณีไม่อาจหยั่งทราบถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้นตามลำดับ

ในขณะที่กฎหมายขัดกันของฝรั่งเศสก็ยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเหมือนกัน แต่จะมีความแตกต่างจากประเทศไทยตรงที่ กรณีคู่กรณีไม่มีการเลือกกฎหมายไว้โดยชัดแจ้ง กฎหมายฝรั่งเศสจะไม่ยอมรับหลักทฤษฎี Objectivism แบบมาตรา 13 ของไทย หากยังคงยึดตามแนวทฤษฎี Subjectivism คือหาหน้าหนักของสัญญาว่าสัญญาควรจะอยู่ในระบบกฎหมายใด (Localisation du Contract) โดยคำนึงถึงจุดนิติสัมพันธ์หลาย ๆ จุด ว่ามีจุดใกล้ชิดกับระบบกฎหมายใดมากที่สุด<sup>59</sup>

อย่างไรก็ดี แม้ว่าประเทศไทยจะยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญา โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวมาเป็นระยะ

<sup>58</sup> ขุมพร บัจจุสานนท์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 8, คู่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หน้า 44

<sup>59</sup> ขุมพร บัจจุสานนท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 80.

เวลาถึง 50 ปีเศษแล้วก็ตาม แต่พระราชบัญญัติฉบับนี้ก็ยังไม่เป็นที่แพร่หลายเหมือนกับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายฉบับอื่น ซึ่งอาจเป็นเพราะทนายความไม่ล้นทักที่จะใช้กฎหมายของประเทศอื่น และแม้จะประสงค์นำกฎหมายต่างประเทศมาใช้ก็ตาม ก็ต้องถือว่ากฎหมายต่างประเทศเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความจะต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์ให้ศาลเห็นจนเป็นที่พอใจอีก อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงความสลับซับซ้อนและยากต่อการใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นอย่างยิ่ง ดังปรากฏจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่อ้างอิงและใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นจำนวนน้อยมาก ซึ่งผู้เขียนได้รวบรวมตั้งแต่ปี 2481 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบันได้เพียง 14 ฎีกา\* เท่านั้น แต่สิ่งที่น่าสังเหตุอย่างยิ่ง ก็คือ แม้ในปัจจุบันประเทศไทยจะได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายออกมาเพื่อใช้กับข้อเท็จจริงในคดีที่พัวพันกับต่างประเทศ หรือที่เรียกว่ามีองค์ประกอบต่างประเทศอยู่ด้วยแล้วก็ตาม ศาลก็มักจะหลีกเลี่ยงการใช้พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวอยู่อีกไม่ว่าจะเป็นการเลี่ยงโดยอาศัยข้อเท็จจริงในคดีนั่นเอง หรือเป็นการเลี่ยงโดยอาศัยกระบวนการวิธีพิจารณาความในคดีหรือโดยเงื่อนไขของกลไกว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายนั่นเอง ดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาอันน่าสนใจที่จะกล่าวต่อไป ซึ่งผู้เขียนขอคัดมาประกอบการศึกษา ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3223/2525 ระหว่าง นายเฟรด ลี เคนเนอร์ โจทก์ บ.จ.ก. ปาร์กเคอร์ คริสลิ่ง กับพวก จำเลย ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อว่า

บุคคลที่อยู่ในราชอาณาจักรย่อมจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายไทย ไม่ว่าจะเป็กฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชน ดังนั้น เมื่อมีข้อพิพาทแรงงานระหว่างโจทก์และจำเลยในประเทศไทย แม้จะมีการตกลงจ้างกันในประเทศสิงคโปร์ ก็ต้องฟ้องร้องและบังคับคดีตามกฎหมายไทย โดยไม่ต้องคำนึงว่าคู่กรณีจะมีเจตนาให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ

---

\* แยกเป็นฎีกาที่เกี่ยวกับสัญญาทางการค้า 9 ฎีกา คือ 307/2495, 320/2518, 2930/2519, 698/2521, 3223/2525, 3401/2529, 1112/2530, 2466/2532, 2768/2532.

และฎีกาที่ไม่เกี่ยวกับสัญญาทางการค้า (สมรส) 4 ฎีกา คือ 45/2524, 1743-1744/2519, 4302/2528, 1950/2529, 5887/2533.

สัญญาจ้างทำที่ประเทศสิงคโปร์ แล้วมาผิดสัญญาในประเทศไทย โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหาย เมื่อไม่อาจทราบเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่า คู่กรณีประสงค์จะให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ ปรากฏว่า คู่กรณีมีสัญชาติอเมริกันทั้งสองฝ่าย จึงต้องใช้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาบังคับ ตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ มาตรา 13 แต่ไม่มีฝ่ายใดนำสืบว่ากฎหมายของสหรัฐอเมริกาในเรื่องนี้มีอยู่อย่างไร กรณีนี้จึงต้องบังคับตาม พ.ร.บ. ดังกล่าว มาตรา 8 คือ ให้ใช้กฎหมายภายในของประเทศไทย

“ศาลแรงงานกลางพิจารณาแล้วพิพากษาให้จำเลยชำระค่าชดเชยเท่ากับค่าจ้าง 30 วัน สิ้นจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้าเท่ากับค่าจ้างอัตราสุดท้าย 7 วัน แก่โจทก์ พร้อมทั้งดอกเบี้ยในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีในเงินต้น 63,246 บาท นับแต่วันเลิกจ้างจนกว่าจะชำระเงินดังกล่าวให้โจทก์เสร็จ ค่าขออื่นของโจทก์นอกจากนี้ให้ยกและให้ยกฟ้องแย้งของจำเลยด้วย โจทก์และจำเลยที่ 1 อุทธรณ์ต่อศาลฎีกา

ศาลฎีกาแผนกคดีแรงงานตรวจสำนวนประชุมปรึกษาแล้ว ข้อเท็จจริงได้ความว่า สาขาของจำเลยที่ 1 ที่ประเทศสิงคโปร์ ทำสัญญาจ้างโจทก์ที่ประเทศสิงคโปร์แล้วส่งโจทก์มาทำงานในประเทศไทย โจทก์ทำงานยังไม่ครบ 1 ปี จำเลยที่ 1 ก็เลิกจ้างโจทก์ โจทก์และจำเลยที่ 1 มีสัญชาติอเมริกัน เห็นสมควรวินิจฉัยอุทธรณ์ของจำเลยที่ 1 ข้อ 2.2 เสียก่อน จำเลยที่ 1 อุทธรณ์ว่า โจทก์จำเลยตกลงว่าจ้างกันที่ประเทศสิงคโปร์ย่อมมีเจตนาที่จะผูกพันกันตามกฎหมายสิงคโปร์ เมื่อโจทก์ไม่นำสืบว่ากฎหมายในเรื่องค่าชดเชยของประเทศสิงคโปร์ บัญญัติไว้อย่างไร โจทก์จึงไม่มีสิทธิรับค่าชดเชย ศาลฎีกาวิเคราะห์ปัญหาข้อนี้แล้ว เห็นว่าตามกฎหมายไทย บุคคลที่อยู่ในพระราชอาณาจักรไทยย่อมจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายไทยไม่ว่าจะเป็นกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะในทางอาญาประมวลกฎหมายอาญามาตรา 4 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดในราชอาณาจักรต้องรับโทษตามกฎหมาย....” ในทางแพ่งข้อขัดแย้งระหว่างบุคคลต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในบางกรณีหากมีปัญหาว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ ก็ต้องเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ในปัญหาแรงงานส่วนใหญ่ต้องบังคับตามประกาศกระทรวงมหาดไทยเรื่องการคุ้มครองแรงงาน และพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ.2518 โดยเฉพาะพระราชบัญญัติ

แรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 หมวด 10 มีบทบัญญัติกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ฝ่าฝืนบทบัญญัติ มาตรการต่าง ๆ ไว้ในมาตรา 128 ถึง 159 หากมีการกระทำผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ.2518 ภายในพระราชอาณาจักร ไม่ว่าผู้กระทำผิดจะเป็นคนสัญชาติใด ก็ต้องฟ้องร้อง ต่อศาลไทย และบังคับตามกฎหมายไทย ฉะนั้นเมื่อมีการขัดแย้งในปัญหาแรงงานในประเทศไทย ก็ต้องฟ้องร้องและบังคับตามกฎหมายไทยโดยไม่ต้องคำนึงว่าคู่กรณีจะมีเจตนาให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ เพราะเมื่อมีปัญหาแรงงานเกิดขึ้นไม่มีเหตุผลใด ๆ ที่จะแยกฟ้องร้องและบังคับ ตามกฎหมายของประเทศไทยเฉพาะแต่ในทางอาญา แต่ในปัญหาแรงงานแท้ ๆ ให้ฟ้องร้องและ บังคับตามกฎหมายของประเทศอื่น ดังนี้ เมื่อมีข้อพิพาทแรงงานระหว่างโจทก์และจำเลยใน ประเทศไทย แม้จะมีการตกลงจ้างกันในประเทศสิงคโปร์ ก็ต้องฟ้องร้องและบังคับคดีตาม กฎหมายไทย อุทธรณ์ของจำเลยที่ 1 ขอนี้ฟังไม่ขึ้น”

๑๗๑

“ต่อไปศาลฎีกาจะได้วินิจฉัยอุทธรณ์ของโจทก์ โจทก์อุทธรณ์ว่าค่าเสียหายอย่างอื่น ตามฟ้อง (นอกเหนือไปจากค่าชดเชย) โจทก์และจำเลยที่ 1 มีภูมิลำเนาในประเทศไทย เมื่อโจทก์ และจำเลยมิได้ตกลงกันไว้ชัดแจ้งว่า เมื่อมีคดีพิพาทกันขึ้นจะใช้กฎหมายใดบังคับ จึงเป็นที่เห็นได้ โดยปริยายว่าโจทก์จำเลยมีเจตนาให้ใช้กฎหมายของประเทศไทยบังคับ ปัญหาข้อนี้ศาลฎีกา พิเคราะห์แล้วเห็นว่าโจทก์จำเลยทำสัญญาจ้างกันที่ประเทศสิงคโปร์ เมื่อมีปัญหาว่าจะใช้กฎหมาย ใดบังคับ ต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 13 ซึ่งบัญญัติว่า “ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผล แห่งสัญญานั้นให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไมอาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดย ปริยายได้ ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วม กันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกันก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้น ได้ทำ ขึ้น.....” ศาลแรงงานกลางวินิจฉัยว่า ผู้จัดการฝ่ายบุคคลของจำเลยที่ 1 ประจำสำนักงานสาขา ประเทศสิงคโปร์และเป็นคนรับ โจทก์เข้าทำงานเบิกความว่าสัญญาจ้างทำที่ประเทศสิงคโปร์ จึง ต้องบังคับตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ ปัญหาข้อนี้โจทก์มิได้นำสืบถึงเลยว่าได้ตกลงกันไว้ อย่างไรหรือไม่ กรณีจึงพอเป็นที่ทราบเจตนาของโจทก์จำเลยได้โดยปริยายว่าโจทก์จำเลยได้ตกลง กันให้บังคับตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ แต่คู่ความมิได้นำสืบว่ากฎหมายของประเทศ สิงคโปร์ในข้อนี้มีอยู่อย่างไรจึงพิพากษายกฟ้องโจทก์ในประเด็นข้อนี้ ศาลฎีกาเห็นว่าขณะที่โจทก์ จำเลยทำสัญญาจ้างกันไม่มีพยานหลักฐานว่า ทั้งสองฝ่ายตกลงกันว่าอย่างไรเกี่ยวกับเรื่องนี้

พฤติกรรมที่พอจะอนุมานเจตนาของคู่กรณีก็ไม่ปรากฏ คำเบิกความของพยานจำเลยที่ศาลแรงงานกลางหยิบยกมาวินิจฉัยนี้ หาใช่พยานหลักฐานที่จะฟังว่าคู่กรณีมีเจตนาที่จะให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับแก่กรณีตามฟ้อง แต่เป็นเพียงความเห็นของพยานเท่านั้น ดังนั้นจึงต้องถือว่าไม่อาจทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่าคู่กรณีประสงค์จะให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับปรากฏว่าคู่กรณีมีสัญชาติอเมริกันทั้งสองฝ่าย กฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณีตามฟ้องจึงต้องเป็นกฎหมายสัญชาติอันร่วมกันของคู่กรณี ซึ่งได้แก่กฎหมายของสหรัฐอเมริกา แต่ไม่มีฝ่ายใดนำสืบว่ากฎหมายของสหรัฐอเมริกาในเรื่องนี้มีอยู่อย่างไร กรณีจึงต้องบังคับตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 8 คือให้ใช้กฎหมายภายในของประเทศไทย ที่ศาลแรงงานกลางพิพากษายกฟ้องโจทก์ในข้อนี้ ศาลฎีกาไม่เห็นพ้องด้วย”.....ฯลฯ

“อย่างไรก็ดี ศาลแรงงานกลางยังมีได้วินิจฉัยปัญหาเรื่องค่าเสียหายอย่างอื่นตามฟ้อง (นอกเหนือไปจากค่าชดเชย) ศาลฎีกาเห็นสมควรยื่นสำนวนให้ศาลแรงงานกลางวินิจฉัยปัญหาข้อนี้เสียก่อน

พิพากษาแก้คำพิพากษาศาลแรงงานกลางเป็นว่า ให้จำเลยที่ 1 ชำระค่าชดเชยเท่ากับค่าจ้าง 30 วัน เป็นเงิน 94,346 บาท พร้อมทั้งดอกเบี้ยในเงินต้น 94,346 บาท ในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีนับแต่วันเลิกจ้างจนกว่าจะชำระเสร็จให้โจทก์ โดยจำเลยที่ 1 ไม่ต้องจ่ายสินจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้าให้โจทก์ และให้ยกคำพิพากษาศาลแรงงานกลางเฉพาะในประเด็นที่มีได้วินิจฉัยเรื่องค่าเสียหายอย่างอื่นตามฟ้อง (นอกเหนือไปจากค่าชดเชย) ให้ศาลแรงงานกลางวินิจฉัยเฉพาะปัญหาข้อนี้แล้วพิพากษาใหม่ตามรูปความ”

และท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้มีหมายเหตุท้ายฎีกาที่น่าสนใจ โดยวิเคราะห์ไปพร้อม ๆ กับคำพิพากษา ดังนี้

หมายเหตุ เหตุที่จำเลยต้องการให้ศาลวินิจฉัยคดีตามกฎหมาย สิงคโปร์ก็เพราะตาม The Employment Act ของประเทศสิงคโปร์มาตรา 10 บัญญัติว่า ถ้าเป็นการจ้างที่มีกำหนดเวลาน้อยกว่า 26 สัปดาห์ ให้บอกกล่าวล่วงหน้าก่อนการเลิกจ้าง 1 วัน ถ้าเป็นการจ้างมีกำหนดเวลากว่า 26 สัปดาห์แต่น้อยกว่า 2 ปี ให้บอกกล่าวล่วงหน้า 1 สัปดาห์ ถ้าเป็นการจ้างมีกำหนดเวลากว่า 2 ปีแต่น้อยกว่า 5 ปี ให้บอกกล่าวล่วงหน้า 2 สัปดาห์ ถ้าเป็นการจ้างมีกำหนดเวลา 5 ปีขึ้นไป ให้บอกกล่าวล่วงหน้า 4 สัปดาห์ ซึ่งแตกต่างไปจาก ป.พ.พ. มาตรา 582 แต่ตามคำฟ้องของโจทก์ ๆ ขอให้จำเลยจ่ายค่าชดเชยตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานของประเทศไทย จ่ายค่าเสียหาย

ที่ถูกเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรมตาม พ.ร.บ. จัดตั้งศาลแรงงานฯ มาตรา 49 จ่ายสินจ้างแทนการที่จะต้องบอกกล่าวล่วงหน้าและค่าเสียหายเนื่องจากจำเลยผิดสัญญาจ้างแรงงานตาม ป.พ.พ. ของไทย ด้วย

ปัญหามีว่าศาลไทยจะวินิจฉัยคดี โดยอาศัยกฎหมายไทยหรือกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ ปัญหาข้อนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “๔ เห็นว่าตามกฎหมายไทยบุคคลที่อยู่ในพระราชอาณาจักรไทยย่อมจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายไทย ไม่ว่าจะเป็กฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนฯ ในทางแพ่งข้อขัดแย้งระหว่างบุคคลต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ” ซึ่งคำวินิจฉัยดังกล่าวยังนำเสนออยู่เป็นอันมากว่าจะชอบด้วยหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย และกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ เพราะโดยหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่กรณีแล้วคู่กรณีสามารถตกลงกันได้ว่าจะให้ใช้กฎหมายภายในของประเทศใดหรือท้องถิ่นใดมาใช้บังคับแก่ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีนั้น เช่นกรณีเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงาน เป็นที่ยอมรับกันว่าคู่กรณีสามารถแสดงเจตนากันได้ให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับก็ได้ การใช้กฎหมายของต่างประเทศนี้มีข้อจำกัดอยู่ 3 ประการ ประการที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ กฎหมายนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศที่จะนำกฎหมายไปใช้บังคับ กฎหมายดังกล่าวก็คือกฎหมายในสาขามหาชน อันได้แก่ บรรดาบทบัญญัติที่ว่าด้วยการจัดระเบียบในทางการเมือง การปกครอง การคลัง การภาษี การศาล ฯลฯ ของรัฐ กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย โดยทั่วไปของบ้านเมือง นอกจากนั้น Bartolus นักกฎหมายชาวอิตาลีเลียน (ค.ศ.1314-1357) ยังได้วางหลักไว้ว่า “กฎหมายวิधिพิจารณาให้ใช้กฎหมายแห่งท้องถิ่นที่ศาลตั้ง” หลักดังกล่าวยังเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป ศาลสูงสุดของสหรัฐก็เคยวินิจฉัยไว้ว่าคดีอาญาและการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายมหาชน แม้จะมีเพียงโทษปรับเป็นเงิน ก็จะต้องพิจารณาโดยศาลของประเทศที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น และศาลของประเทศหนึ่งจะไม่ยินยอมให้นำวิधिพิจารณาของอีกประเทศหนึ่งมาใช้บังคับ

ตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 5 ก็บัญญัติว่า “ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศสยาม” กฎหมายที่จะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็คือ กฎหมายมหาชนนั่นเอง



ดังนั้น โดยหลักแห่งกฎหมายดังกล่าวมาแล้วประกอบกับมาตรา 5 แห่ง พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ของไทย การวินิจฉัยคดีนี้ว่าจะสามารถนำกฎหมายของประเทศสิงคโปร์มาใช้บังคับได้หรือไม่ จึงควรแยกเป็น 3 กรณี ดังนี้

1. กรณีที่โจทก์ฟ้องเรียกค่าชดเชย ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน
2. กรณีที่โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหาย จากการที่ถูกเลิกจ้างไม่เป็นธรรมตาม พ.ร.บ. จัดตั้งศาลแรงงานฯ มาตรา 49
3. กรณีที่โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำนวนเนื่องจากปฏิบัติผิดสัญญาจ้างแรงงาน

ในกรณีที่ 1 เป็นเรื่องฟ้องให้ปฏิบัติตามกฎหมายมหาชน เพราะเป็นที่ยอมรับกันทุกประเทศว่ากฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน เป็นกฎหมายที่รัฐตราออกมาเพื่อจัดระเบียบของสังคมในการใช้แรงงานให้มีการปฏิบัติที่ถูกต้อง ทั้งมีลักษณะที่บังคับให้นายจ้างต้องมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามรัฐ ถ้าไม่ปฏิบัติตามก็จะได้รับโทษทางอาญา ส่วนกรณีที่ 2 เป็นเรื่องฟ้องให้ปฏิบัติตามกฎหมายวิธีพิจารณา ดังนั้นคำฟ้องของโจทก์ 2 กรณีแรกจึงต้องใช้กฎหมายของประเทศไทยบังคับ

เท่าที่ปรากฏ ลูกจ้างของประเทศหนึ่งสามารถขอให้นำกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน หรือกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์ซึ่งมีใช้ในประเทศนั้นมาใช้ได้ มีเฉพาะกลุ่มประเทศทางภาคพื้นยุโรปซึ่งเป็นสมาชิกขององค์การต่าง ๆ เช่น EEC ซึ่งมีสภาที่เรียกว่า Council of Europe และมีกฎบัตรที่เรียกว่า European Social Charter ซึ่งนำมาใช้กับกลุ่มประเทศสมาชิกตามกฎบัตรนี้ได้บัญญัติถึงเรื่องการคุ้มครองแรงงานฯ เมื่อประเทศสมาชิกได้ให้สัตยาบันแล้ว ลูกจ้างในประเทศนั้นมีสิทธิที่จะขอให้นายจ้างปฏิบัติตามกฎบัตรนั้นได้

แต่คำฟ้องกรณีที่ 3 นี้หาใช่เป็นกรณีที่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนไม่ เป็นเรื่องที่คู่กรณีจะต้องปฏิบัติตามตามสัญญาจ้างแรงงานซึ่งเป็นกฎหมายเอกชน คู่กรณีจึงสามารถแสดงเจตนาตกลงกันได้ว่าจะให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ ซึ่งดูเหมือนศาลฎีกาก็ยอมรับในหลักกฎหมายข้อนี้ จึงได้ยกมาตรา 4 และมาตรา 13 แห่ง พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ขึ้นวินิจฉัย ดังนั้น ที่ศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ตอนแรกว่า “บุคคลที่อยู่ในพระราชอาณาจักรไทยย่อมจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายไทยไม่ว่าจะเป็นกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนฯ” จึงน่าจะไม่มีเจตนาจะวางหลักในเรื่องกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย หรือกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ประการใด

## วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกา

ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3223/2525 นี้ มีความน่าสนใจที่ควรพิจารณาอยู่หลายเรื่องหลายประเด็นด้วยกัน ดังนี้

ประการแรก เรื่องการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญา โดยในครั้งแรกศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “บุคคลที่อยู่ในราชอาณาจักรไทย ย่อมจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายไทยไม่ว่าจะเป็นกฎหมายมหาชน หรือกฎหมายเอกชน.....ดังนี้ เมื่อมีการขัดแย้งในปัญหาแรงงานในประเทศไทยก็ต้องฟ้องร้องและบังคับตามกฎหมายไทยโดยไม่ต้องคำนึงว่าคู่กรณีจะมีเจตนาให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ.....” แต่ปรากฏว่าข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลได้ใช้ความพยายามที่จะค้นหาเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายของคู่สัญญาในเบื้องต้นก่อนเพื่อใช้เป็นแนวทางในการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาจ้างแรงงานนี้ อันดูเหมือนเป็นการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ผู้เขียนเกิดความสับสนเมื่ออ่านคำพิพากษานี้ โดยไม่แน่ใจว่าศาลไทยยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาหรือไม่อย่างไร

ประการที่สอง เหตุผลการนำกฎหมายไทยมาใช้บังคับกับสัญญาของศาลที่วินิจฉัยว่า “บุคคลที่อยู่ในราชอาณาจักรไทย ย่อมจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายบังคับไทย ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายมหาชน หรือกฎหมายเอกชน” นั้น โดยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลฎีกานี้ ผู้เขียนยังไม่เห็นด้วยทั้งหมด ทั้งนี้เพราะกฎหมายมหาชนของไทยอันหมายถึงกฎหมายที่มุ่งรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ยังสามารถแยกออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ กฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนที่มีลักษณะเด็ดขาด คือ เป็นกฎหมายที่มุ่งป้องกันผลประโยชน์ของประชาชนส่วนรวมเป็นสำคัญ โดยยึดรากฐานความสงบเรียบร้อยของประชาชน และมุ่งรักษาโครงสร้างทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองของรัฐ หรือที่เรียกว่า กฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที ดังนั้น รัฐจึงต้องใช้กฎหมายประเภทนี้บังคับทันทีโดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายแต่อย่างใด และกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนที่มีลักษณะไม่เด็ดขาด เช่น เรื่องการคุ้มครองผู้เยาว์ การสมรส ฯลฯ ซึ่งกฎหมายมหาชนประเภทหลังนี้จะใช้บังคับกับบุคคลที่มีสัญชาติประเทศนั้นเท่านั้น เพราะรัฐเห็นว่าเรื่องเหล่านี้จะไม่มีผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมมากนักคนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในประเทศนั้น จึงอาจนำกฎหมายต่างประเทศในเรื่อง

ดังกล่าวมาใช้บังคับแทนได้ ส่วนกรณีของกฎหมายเอกชนอันถือเป็นกฎหมายที่มุ่งวางระเบียบเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนในทางแพ่ง ผู้เขียนจึงเห็นว่า คู่สัญญาย่อมตกลงเลือกกฎหมายต่างประเทศที่มีใช้กฎหมายภายในของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีตั้งอยู่มาใช้บังคับกับสัญญาได้ ฉะนั้นเหตุผลที่ศาลฎีกาปฏิเสธไม่ใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับกับสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ โดยอ้างหลักว่าเมื่อบุคคลอยู่ในราชอาณาจักรไทย ย่อมต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายไทยนั้น จึงเป็นเหตุผลที่ยังไม่ถูกต้องนัก ทั้งนี้เพราะหลักดินแดนที่ศาลใช้ เป็นคนละเรื่องกับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญา และพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ มาตรา 13 ก็ได้ยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาแล้ว จึงเป็นการไม่ถูกต้องที่ศาลฎีกาจะขออาศัยหลักดินแดนมาเป็นบทกเว้นหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญา โดยการอ้างว่า “โดยไม่ต้องคำนึงว่าคู่กรณีจะมีเจตนาให้ใช้กฎหมายต่างประเทศใดบังคับ”

ประการที่สาม การที่ศาลแรงงานกลางวินิจฉัย เรื่องค่าเสียหายอย่างอื่น (นอกเหนือไปจากค่าชดเชย) ว่า “เมื่อโจทก์และจำเลยมิได้ตกลงกันไว้ชัดแจ้งว่า เมื่อมีคดีพิพาทกันขึ้นจะใช้กฎหมายใดบังคับ.....” นั้น ย่อมแสดงให้เห็นว่าศาลไทยยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายบังคับกับเรื่องค่าเสียหายอันเนื่องจากสัญญาจ้างแรงงานได้ ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนก็เห็นด้วยเพราะถือว่าเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด อีกทั้งยังเป็นเรื่องผลประโยชน์ส่วนตัวของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายเอง ดังนั้น จึงควรเป็นอำนาจของคู่สัญญาที่จะตกลงกำหนดให้ใช้กฎหมายใดมาบังคับก็ได้ ส่วนประเด็นที่ศาลแรงงานวินิจฉัยต่อไปว่า “สัญญาจ้างทำที่ประเทศสิงคโปร์ จึงต้องบังคับตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ ปัญหาข้อนี้โจทก์มิได้นำสืบถึงเลยว่าได้ตกลงกันไว้หรือไม่ กรณีจึงพอเป็นที่ทราบเจตนาของโจทก์จำเลยได้โดยปริยายว่าโจทก์จำเลยได้ตกลงให้บังคับตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์.....” ผู้เขียนเห็นโดยความเคารพว่าน่าจะเป็นการวินิจฉัยไม่ถูกต้อง เพราะการค้นหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญาควรเป็นการค้นหาจากข้อความที่ปรากฏในสัญญามากกว่าจะเป็นการค้นหาจากองค์ประกอบภายนอกอันได้แก่ สัญชาติ ภูมิลำเนา ถิ่นที่ทำสัญญา หรือถิ่นที่มีการปฏิบัติตามสัญญา และหากจะถือว่าการที่คู่สัญญาทำสัญญากันในประเทศสิงคโปร์ เป็นการแสดงเจตนาโดยปริยายให้ใช้กฎหมายสิงคโปร์บังคับแล้ว เหตุใดจึงไม่ถือว่าการปฏิบัติตามสัญญาในประเทศไทยเป็นการแสดงเจตนาโดยปริยายให้ใช้กฎหมายไทยบังคับด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาเหตุผลที่จะนำมาสนับสนุนแนวทางทั้งสองนี้แล้ว จะเห็นว่ามิน้ำหนักก้ำกึ่งกันมาก ดังนั้น การที่จะยึดถือสถานที่ทำสัญญาให้มิน้ำหนักมากกว่าสถานที่

ปฏิบัติตามสัญญาจึงไม่น่าจะถูกต้อง และการที่ศาลแรงงานใช้กฎหมายของสถานที่ทำสัญญามาบังคับกับสัญญาเรื่องค่าเสียหายนั้น ด้วยความเคารพของผู้เขียนเห็นว่าน่าจะไม่ต้องอีกเช่นกัน เพราะเป็นการพิจารณาหากฎหมายที่ข้ามขั้นตอน กล่าวคือ ถิ่นที่ทำสัญญาได้ถูกกำหนดให้เป็นจุดเกาะเกี่ยวประการหนึ่งไว้แล้วในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย หากแต่เป็นจุดเกาะเกี่ยวขั้นตอนสุดท้าย หลังจากที่ศาลไม่สามารถหาเจตนาโดยชัดแจ้งหรือปริยาย หรือสัญชาติร่วมของคู่สัญญาได้เสียก่อน

ฉะนั้น การที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “ดังนี้ จึงต้องถือว่าไม่อาจทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่าคู่กรณีประสงค์จะให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ ปราบกว่าคู่กรณีมีสัญชาติอเมริกันทั้งสองฝ่าย กฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่กรณีตามฟ้อง จึงต้องเป็นกฎหมายสัญชาติอันร่วมกันของคู่กรณี ซึ่งได้แก่กฎหมายของสหรัฐอเมริกา.....” จึงเป็นการวินิจฉัยที่ถูกต้องและเป็นไปตามขั้นตอนของการค้นหากฎหมายบังคับกับสัญญาแล้ว

### วิเคราะห์หมายเหตุท้ายฎีกา

หมายเหตุท้ายฎีกามีข้อความตอนหนึ่งที่น่าสนใจคือ “กรณีเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงาน เป็นที่ยอมรับกันว่าคู่กรณีสามารถแสดงเจตนากันให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับก็ได้” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะถูกต้อง ทั้งนี้ เพราะกฎหมายแรงงานเป็นกฎหมายที่รัฐตราขึ้นเพื่อมุ่งรักษาโครงสร้างทางสังคม เพื่อใช้บังคับและแก้ไขข้อขัดแย้งระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง อีกทั้งยังเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของลูกจ้างโดยการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำไว้ อันเป็นลักษณะของกฎหมายมหาชน หรือที่เรียกว่ากฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที ดังนั้น แม้คู่กรณีจะได้มีการเลือกกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับสัญญาจ้างแรงงานตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายแล้วก็ตาม ศาลไทยก็ไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณาประกอบในคดีข้อพิพาทแรงงานแต่อย่างใด หากแต่ใช้กฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที (กฎหมายแรงงาน) ของประเทศไทยได้เสีย

คำพิพากษาฎีกาที่ 3401/2529 ระหว่าง บ.จ.ก. ไพศาลประกันภัย โจทก์ บ.จ.ก. ดัมปีสกีป เซลสกาเบ็ท อาฟ 1912 อักทีเซลสแก่็บ กับพวก จำเลย

บริษัท อ. ผู้ขาย สัญชาติอเมริกัน ได้ส่งสินค้า 2 ตู้คอนเทนเนอร์ จากประเทศสหรัฐอเมริกา มาให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด ส. ผู้ซื้อ ที่กรุงเทพมหานคร โดยสายเดินเรือเมอส์ก ของจำเลยซึ่งเป็นนิติบุคคลสัญชาติเดนมาร์ก เมื่อสินค้าที่ขนส่งได้มาถึงท่าเรือกรุงเทพมหานคร ซึ่งเป็นตำบลที่กำหนดให้ส่ง และผู้ซื้อผู้รับตราส่งได้เรียกให้ส่งมอบของแล้ว แต่ตู้คอนเทนเนอร์ใบหนึ่งแตก สินค้าบางส่วนสูญหายไป มูลคดีจึงเกิดขึ้นในประเทศไทย ต้องบังคับกันตามกฎหมายแห่งประเทศไทย หากมีปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับ อันจะวินิจฉัยตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ไม่

ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการรับขนของทางทะเลใช้บังคับ และไม่ปรากฏว่ามีประเพณีการขนส่งทางทะเลที่ถือปฏิบัติกันอยู่ จึงต้องนำบทบัญญัติแห่ง ป.พ.พ. ลักษณะรับขนในหมวดรับขนของ อันเป็นกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับแก้คดี การกำหนดเงื่อนไขไว้ด้านหลังใบตราส่งว่า จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับความสูญหายหรือเสียหายของสินค้า ก็คือการยกเว้นหรือจำกัดความผิดตามมาตรา 625 นั้นเอง เมื่อไม่มีลายมือชื่อของผู้ส่งสินค้าลงไว้ด้วย จึงฟังไม่ได้ว่าผู้ส่งได้แสดงความตกลงด้วยชัดแจ้ง ข้อจำกัดความรับผิดไม่มีผลใช้ยันผู้ส่งได้ และไม่อาจใช้ยันห้างหุ้นส่วนจำกัด ส. ซึ่งได้รับช่วงสิทธิจากผู้ส่งตามมาตรา 627 ตลอดจนโจทก์ผู้รับประกันภัยซึ่งรับช่วงสิทธิของผู้รับตราส่งมาอีกทอดหนึ่ง โจทก์จึงหาผูกพันให้ต้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากจำเลยได้เพียง 500 เหรียญสหรัฐอเมริกาไม่

“ศาลฎีกาตรวจสำนวนประชุมปรึกษาแล้ว จำเลยทั้งสองฎีกาว่า กรณีนี้เป็นเรื่องบุคคลสัญชาติต่างกันทำสัญญากันที่ประเทศหนึ่ง เพื่อขนส่งสินค้าทางทะเลระหว่างประเทศ และต่อมามีการฟ้องร้องต่อศาลในอีกประเทศหนึ่ง จึงเป็นกรณีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 13 เมื่อบริษัท เอ็กซ์สเป็คติงส์ ได้ตกลงโดยชัดแจ้งกับจำเลยให้นำกฎหมายว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางทะเล ค.ศ.1936 ของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้บังคับ จำเลยจึงต้องรับผิดชอบต่อโจทก์เพียงไม่เกิน 500 เหรียญสหรัฐอเมริกาตามกฎหมายดังกล่าว ข้อนี้ข้อเท็จจริงได้ความตามที่คู่ความไม่ได้เถียงกันในชั้นนี้ว่า โจทก์เป็นบริษัทจำกัดมีวัตถุประสงค์ รับประกันภัยในการขนส่งสินค้าทางทะเลและทางอากาศ จำเลยทั้งสองเป็นนิติบุคคลสัญชาติเดนมาร์กมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่เมืองโคเปนเฮเกน ประเทศเดนมาร์ก จำเลยทั้งสองได้ร่วมกันประกอบกิจการเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนและประกอบกิจการพาณิชย์ในประเทศไทย โดยใช้ชื่อว่า สายเดินเรือเมอส์ก สาขากรุงเทพฯ พระราชบัญญัติการขนส่งสินค้าทางทะเล ค.ศ.



1936 ของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 4(5) บัญญัติใจความว่า ผู้รับขนหรือเรือไม่ต้องรับผิดชอบในความสูญหายหรือบุบสลายที่เกิดแก่สินค้าเกินกว่าจำนวน 500 เหรียญสหรัฐอเมริกา ต่อ 1 หีบห่อ เว้นแต่ผู้ส่งสินค้าจะได้สำแดงสภาพและราคาสินค้านั้นก่อนที่จะขนขึ้นเรือและจดไว้ในใบตราส่งแล้ว เมื่อวันที่ 11 มิถุนายน 2523 บริษัท เอ็กซ์สเป็คติงค์ ผู้ขาย สัญชาติอเมริกัน ได้ส่งสินค้าประเภทอะไหล่รถแทรกเตอร์ จำนวน 2 ตู้คอนเทนเนอร์ จากเมืองโอคแลนด์ ประเทศสหรัฐอเมริกามาให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด สหายแทรกเตอร์ ผู้ซื้อ ที่กรุงเทพมหานคร โดยให้สายเดินเรือเมอส์เป็นผู้ขนส่ง สายเดินเมอส์ได้ออกใบตราส่งให้แก่ผู้ส่งสินค้าตามเอกสารหมายเลข จ.2 หรือ ล.2 ระบุเงื่อนไขไว้ด้านหลังใบตราส่งในข้อ 5(2) ว่า ผู้รับขนจะไม่มีควมรับผิดชอบสำหรับความสูญหายหรือเสียหายที่เกิดขึ้นหรือเกี่ยวข้องกับสินค้าเกินไปกว่าที่ได้กำหนดไว้ต่อหีบห่อหรือหน่วยตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4(5) แห่งกฎหมายว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางทะเลของประเทศสหรัฐอเมริกา แล้วผู้ขายได้มอบใบตราส่งแก่ธนาคาร และธนาคารได้สลักหลังส่งมอบให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด สหายแทรกเตอร์ผู้ซื้ออีกชั้นหนึ่ง ห้างหุ้นส่วนจำกัด สหายแทรกเตอร์ได้เอาประกันภัยสินค้า 2 ตู้คอนเทนเนอร์นั้นไว้กับบริษัทโจทก์ เป็นจำนวนเงิน 32,764.57 เหรียญสหรัฐอเมริกา ปรากฏตามกรมธรรม์ประกันภัยเอกสารหมายเลข จ.1 จำเลยขนส่งสินค้านี้ด้วยเรือแอนนาเมอส์ และเมื่อมาถึงเมื่อสิงคโปร์ได้ถ่ายสินค้านำขึ้นเรือเมอส์ฟินโด ครั้นวันที่ 8 กรกฎาคม 2523 เรือดังกล่าวมาถึงประเทศไทย เมื่อห้างหุ้นส่วนจำกัด สหายแทรกเตอร์ ไปรับสินค้าจากการท่าเรือแห่งประเทศไทย ปรากฏว่าตู้คอนเทนเนอร์ในหนึ่งแตก สินค้าที่บรรจุมาส่วนหนึ่งจำนวน 40 รายการสูญหายไป ปรากฏตามรายการสำรวจสินค้าของการท่าเรือแห่งประเทศไทย เอกสารหมายเลข จ.4 เปรียบเทียบกับบัญชีบรรจุสินค้าและใบแจ้งราคาสินค้าเอกสารหมายเลข จ.5 และ จ.6 ห้างหุ้นส่วนจำกัด สหายแทรกเตอร์ เรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากโจทก์ โจทก์ชำระให้เป็นเงิน 523,225.52 บาท ตามที่เรียกร้องแล้ว จึงมาเรียกร้องจากจำเลย จำเลยจะชำระให้เพียง 500 เหรียญสหรัฐอเมริกา โจทก์ไม่ตกลงจึงฟ้องเป็นคดีนี้

พิจารณาแล้ว เมื่ออะไหล่รถยนต์ที่ขนส่งได้มาถึงท่าเรือกรุงเทพมหานครของการท่าเรือแห่งประเทศไทย ซึ่งเป็นตำบลที่กำหนดให้ส่ง และห้างหุ้นส่วนจำกัด สหายแทรกเตอร์ ผู้รับตราส่งได้เรียกให้ส่งมอบของแล้ว แต่ปรากฏว่าตู้คอนเทนเนอร์ในหนึ่งแตก สินค้าที่บรรจุบางส่วนสูญหายไป มูลคดีนี้จึงเกิดขึ้นในประเทศไทย ต้องบังคับกันตามกฎหมายแห่งประเทศไทย หากมีปัญหาวางจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับ อันจะต้องวินิจฉัยตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ไม่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 609 วรรคสองบัญญัติว่า รับขนของทางทะเลให้บังคับตามกฎหมายและกฎข้อบังคับว่าด้วยการนั้น แต่

ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการรับขนของทางทะเลใช้บังคับ และไม่ปรากฏว่ามีประเพณีการขนส่งทางทะเลที่ถือปฏิบัติกันอยู่ จึงต้องนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะรับขนในหมวดรับขนของ อันเป็นกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับแก้คดี ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 625 ห้ามผู้ขนส่งกำหนดข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบไว้ในใบรับ ใบตราส่ง หรือเอกสารอื่น ๆ ทำนองนั้น เว้นแต่ผู้ส่งจะได้แสดงความตกลงด้วยชัดแจ้ง การที่จำเลยได้ออกใบตราส่งเอกสารหมาย จ.2 หรือ ล.2 กำหนดเงื่อนไขไว้ด้านหลังว่า จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับความสูญหายหรือเสียหายของสินค้าเกินไปกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4(5) แห่งกฎหมายว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางทะเลของประเทศสหรัฐอเมริกา ก็คือการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 625 นั้นเอง เมื่อข้อความที่กล่าวนี้ระบุไว้ด้านหลังของใบตราส่ง โดยไม่มีลายมือชื่อของผู้ส่งสินค้าลงไว้ด้วย จึงฟังไม่ได้ว่าผู้ส่งได้แสดงความตกลงด้วยชัดแจ้ง ข้อความจำกัดความรับผิดชอบดังกล่าวไม่มีผลใช้กับผู้ส่งได้ และไม่อาจใช้ยื่นฟ้องในส่วนจำกัดเสียหายแทรกเตอร์ ซึ่งได้รับช่วงสิทธิจากผู้ส่ง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 627 ตลอดจนโจทก์ผู้รับประกันภัยซึ่งรับช่วงสิทธิของผู้รับตราส่งมาอีกทอดหนึ่ง โจทก์จึงหาผูกพันให้ต้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากจำเลยได้เพียง 500 เหรียญสหรัฐอเมริกาไม่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าจำเลยต้องรับผิดชอบเกี่ยวกับสินค้าที่สูญหายตามฟ้อง ศาลฎีกาเห็นฟ้องด้วย ฎีกาจำเลยฟังไม่ขึ้น”

คำพิพากษาฎีกาที่ 2466/2532 บริษัท วิธสินประกันภัย จำกัด โจทก์ บริษัท ได้แซ จำกัด จำเลย

เมื่อเรือซึ่งบรรทุกสินค้าพิพาทมาถึงการทำเรือแห่งประเทศไทย จำเลยเป็นผู้แจ้งการมาถึงของเรือและสินค้าพิพาทให้ผู้ซื้อสินค้าทราบ ยื่นคำร้องต่อการทำเรือแห่งประเทศไทย ขออนุมัตินำเรือเข้าจอดเทียบท่า ยื่นแสดงรายการสินค้าเพื่อขออนุมัตินำสินค้าพิพาทไปเก็บในคลังสินค้าว่าจ้างการทำเรือแห่งประเทศไทยให้ยกผู้สินค้าขึ้นจากเรือนำไปวางที่ลานพักผู้สินค้า ขออนุญาตกรมศุลกากรเปิดผู้สินค้า ตรวจสอบ และจัดรายการสินค้าเพื่อป้องกันการลักสินค้าและส่งมอบรายการสินค้าให้แก่การทำเรือแห่งประเทศไทย เพื่อเป็นหลักฐานในการรับมอบสินค้า จ้างการทำเรือแห่งประเทศไทยนำสินค้าขึ้นรถบรรทุกไปเก็บไว้ที่คลังสินค้า มอบใบรับสินค้าแก่ผู้ซื้อสินค้าเพื่อใช้แสดงต่อกรมศุลกากรในการดำเนินพิธีการศุลกากรและใช้แสดงต่อการทำเรือแห่งประเทศไทยเพื่อรับสินค้า การดำเนินการของจำเลยดังกล่าวเป็นขั้นตอนสำคัญของการขนส่ง เพราะหากปราศจาก

การดำเนินการดังกล่าว สินค้าพิพาทย่อมไม่อาจถึงมือของผู้ซื้อสินค้า พฤติการณ์ของจำเลยเป็นการร่วมกันขนส่งสินค้าพิพาทกับผู้ขนส่ง อันเป็นการขนส่งหลายทอดตามวิธีการรับขนของทางทะเล โดยจำเลยเป็นผู้ขนส่งทอดสุดท้าย จำเลยจึงต้องร่วมรับผิดชอบในการสูญหายของสินค้าพิพาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 618 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับกฎหมายว่าด้วยการรับขนของทางทะเล

ผู้ขายสินค้าพิพาทมีสัญชาติญี่ปุ่น และส่งสินค้าพิพาทจากประเทศญี่ปุ่น โดยว่าจ้างสายการบินเรือ อ. ซึ่งมีสัญชาติฮ่องกงเป็นผู้ขนส่งสินค้ามายังประเทศไทย แต่การขายสินค้านี้เป็นการขายให้แก่ผู้ซื้อในประเทศไทย การขนส่งสินค้าทอดสุดท้ายมายังประเทศไทยก็กระทำโดยจำเลยซึ่งจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดในประเทศไทย เมื่อสินค้าเกิดสูญหายขึ้นในประเทศไทย และบริษัทรับประกันภัยโจทก์ได้ชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ซื้อแล้วรับช่วงสิทธิเรียกค่าเสียหายจากจำเลย จึงถือว่ามูลคดีเกิดขึ้นในประเทศไทย ต้องบังคับตามกฎหมายไทย หากมีปัญหาที่จะต้องมาวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการขจัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 13 ให้ใช้กฎหมายใดบังคับในเรื่องค่าเสียหายไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2768/2532 บริษัท โฮมอินชัวร์รันซ์ จำกัด โจทก์ บริษัท คัมปีสทิลป์ แชนคานีท ออฟ 1912 อัครคีแชนคาลป์ จำกัด กับพวก จำเลย

สัญญารับประกันทำในต่างประเทศระหว่างผู้ส่งและจำเลยผู้ขนส่ง ซึ่งต่างก็มีสัญชาติไทย เมื่อสินค้ามาถึงกรุงเทพมหานครซึ่งเป็นตำบลที่กำหนดให้ส่ง และผู้รับตราส่งได้เรียกให้ส่งมอบแล้ว แต่ปรากฏว่าสินค้าบางส่วนสูญหาย ทั้งผู้ซื้อและจำเลยเป็นนิติบุคคลที่มีสาขาในประเทศไทย มูลคดีจึงเกิดในประเทศไทยต้องบังคับตามกฎหมายไทย กรณีไม่มีปัญหาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขจัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 13

### วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกา

ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3401/2529, 2466/2532 และ 2768/2532 ดังได้กล่าวแล้วข้างต้น น่าจะเป็นเรื่องของปัญหาการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง



กล่าวคือ หากศาลได้ให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงว่าเป็นเรื่องสัญญา หรือเป็นเรื่องของการผิดสัญญาแล้ว ศาลย่อมจะต้องใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย มาตรา 13 มาใช้บังคับกับปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับ สำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญและผลของสัญญา และการที่ผู้ขนส่งไม่สามารถส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อได้อย่างถูกต้องครบถ้วนตามสัญญานั้น ย่อมถือเป็นเรื่องของการผิดสัญญาของผู้ขนส่งสินค้าแล้ว ดังนี้ เมื่อพิจารณาตามมาตรา 13 แห่ง พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย เมื่อศาลไม่สามารถหยั่งทราบเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายของคู่สัญญาได้ว่าจะให้ให้นำกฎหมายใดมาใช้บังคับกับสัญญา และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก็มีสัญชาติที่แตกต่างกัน ผลที่ตามมาก็คือ ศาลย่อมต้องใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น มาใช้บังคับกับสัญญา ซึ่งได้แก่ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

แต่ศาลกลับวินิจฉัยว่า “มูลคดีเกิดขึ้นในประเทศไทย ต้องบังคับตามกฎหมายแห่งประเทศไทย” โดยความเคารพต่อคำพิพากษาฎีกาลำดับที่ 3401/2529, 2466/2532 และ 2768/2532 ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะเป็นการวินิจฉัยไม่ถูกต้อง อย่งไรก็ตาม อาจเป็นไปได้ว่าศาลได้ให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงว่าเป็นเรื่องของละเมิด อันศาลจะต้องใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้การละเมิดนั้นได้เกิดขึ้นตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย แต่ถึงกระนั้นก็ตาม เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาฎีกาลำดับดังกล่าวแล้ว พบว่าโจทก์ในคดีนี้ได้ยื่นฟ้องจำเลยให้รับผิดชอบตามสัญญารับขน หากได้รับผิดชอบต่อละเมิดไม่ และการจัดหมวดหมู่ของคำพิพากษาก็อยู่ในหมวดของเรื่องรับขน เรื่องประกันภัย และเรื่องพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย หากได้จัดให้อยู่หมวดหมู่ของเรื่องละเมิดไม่ ดังนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า การที่ศาลให้เหตุผลว่า มูลคดีเกิดขึ้นในประเทศไทยต้องบังคับตามกฎหมายแห่งประเทศไทยนั้น จึงน่าจะเป็นการวินิจฉัยตามกฎหมายวิธีสบัญญัติ ซึ่งต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีตั้งอยู่ (Lex Fori) หรือเป็นนโยบายของศาลเพื่อคุ้มครองโจทก์ซึ่งเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทย ให้สามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้มากขึ้นเพราะหากใช้กฎหมายว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางทะเล ค.ศ.1936 ของประเทศสหรัฐอเมริกาใช้บังคับแล้ว จำเลยจะต้องรับผิดชอบต่อโจทก์เพียงไม่เกิน 500 เหรียญเท่านั้น

ส่วนคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ว่า “.....หากมีปัญหาว่จะพึงใช้กฎหมายใดบังคับ อันจะวินิจฉัยตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ไม่” ..... โดยความเคารพต่อคำพิพากษาฎีกาลำดับดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่ายังไม่ถูกต้องเพราะข้อเท็จจริงเป็นที่แน่ชัดแล้วว่า เป็นเรื่องของสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ อีกทั้งใน

คำพิพากษาฎีกาตอนหนึ่งยังปรากฏว่า “จำเลยฎีกาว่า กรณีนี้เป็นเรื่องบุคคลสัญชาติต่างกันทำสัญญากันที่ประเทศหนึ่ง เพื่อขนส่งสินค้าทางทะเลระหว่างประเทศ และต่อมามีการฟ้องร้องต่อศาลในอีกประเทศหนึ่ง จึงเป็นกรณีตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 13 .....” ดังนั้น ศาลจึงควรพิจารณาตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย มาตรา 13 ที่ว่า “ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับ.....” แต่ศาลกลับหาทางออก หลีกเลียง โดยการวินิจฉัยว่า “หากมีปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับ.....ไม่” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ทางแก้ไขการหลีกเลียงการใช้ พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ควรระบุในพระราชบัญญัติให้ชัดเจนไปเลยว่ากรณีใดบ้างที่ศาลจะต้องใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

ฎีกาที่ 1112/2530 บ. โสมอินชัวร์นซ์ จำกัดฯ โจทก์ บ. ดัมปีสกีปเซลสกาเบ็ท ออฟ 1912 อักคีเซลสกาป จำกัด กับพวก จำเลย

โจทก์ ซึ่งเป็นบริษัทรับประกันภัยฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย สำหรับความเสียหายของสินค้าที่จำเลยรับจ้างขนส่งทางทะเล อันเกิดแก่ผู้เอาประกันภัย และโจทก์ขอให้แก่ผู้เอาประกันภัยไปแล้วจำเลยให้การต่อสู้ไว้ว่าต้องใช้กฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางทะเลของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้น ได้ทำขึ้นดังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา13 เพราะคู่สัญญาในการขนส่งเป็นคนต่างสัญชาติกัน การที่จำเลยฎีกาว่าต้องใช้กฎหมายว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางทะเลของสหรัฐอเมริการมาใช้บังคับ เนื่อง จากคู่สัญญาคือผู้ส่ง และผู้ขนส่งสินค้าได้ตกลงกันไว้เช่นนั้น จึงมิใช่ข้อที่ได้ยกขึ้นว่ากันมาแล้วในศาลชั้นต้น และศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัย

คดีพิพาทกันเกี่ยวกับเรื่องสัญญารับขนของทางทะเล ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 609 วรรคสอง บัญญัติให้บังคับตามกฎหมายและกฎข้อบังคับว่าด้วยการรับขนทางทะเล ขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการรับขนทางทะเลใช้บังคับ และไม่ปรากฏว่ามีจารีตประเพณีเกี่ยวด้วยกรณี จึงต้องใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 8 เรื่องรับขน ซึ่งเป็นกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง มาปรับแก้คดี

“พิเคราะห์แล้วข้อเท็จจริงฟังได้เป็นยุติว่า โจทก์เป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัด จดทะเบียนมีสำนักงานใหญ่อยู่ประเทศสหรัฐอเมริกา และจดทะเบียนพาณิชย์ตั้งสำนักงานสาขาในประเทศไทย โดยได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการประกันภัยในประเทศไทย จำเลยทั้งสองเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัด จดทะเบียนในประเทศเคนซาร์ก ประกอบกิจการขนส่งเดินเรือระหว่างประเทศและกิจการอื่น ๆ จดทะเบียนพาณิชย์ตั้งสำนักงานสาขาในประเทศไทย โดยสำนักงานสาขาของจำเลยนี้เป็นห้างหุ้นส่วนสามัญมีจำเลยทั้งสองเป็นหุ้นส่วนประกอบกิจการขนส่งเดินเรือระหว่างประเทศ เมื่อประมาณเดือนมิถุนายน 2523 บริษัท อินเตอร์เนชั่นแนล เอ็นเอินีเยริง จำกัด ซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยได้สั่งซื้อเรืออะไหล่รถแทรกเตอร์และอะไหล่เครื่องยนต์จากบริษัท เอ็ค-สเป็ค จำกัด ซึ่งอยู่ประเทศสหรัฐอเมริกา บริษัทผู้ขายได้จ้างจำเลยทั้งสองขนส่งสินค้านั้นมายังประเทศไทยโดยทำการขนส่งมาทางทะเล ในการนี้บริษัทผู้ซื้อได้ประกันภัยสินค้าดังกล่าวไว้กับบริษัทโจทก์ ครั้นเมื่อสินค้ามาถึงท่าเรือกรุงเทพฯ ปรากฏว่าหีบห่อบรรจุสินค้าบางหีบห่อแตกชำรุด สินค้าสูญหายไปบางส่วน พนักงานของการท่าเรือแห่งประเทศไทยได้ทำการสำรวจร่วมกับฝ่ายเจ้าของเรือ ปรากฏว่าสินค้าสูญหายไปดังปรากฏตามรายงานการสำรวจความเสียหาย..”

ฯลฯ

“ปัญหาที่จะวินิจฉัยต่อไปก็คือ จำเลยทั้งสองจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนเท่าใด จำเลยฎีกาอ้างว่า การที่จะพิจารณาว่าจำเลยจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเพียงใดนั้น ต้องนำกฎหมายว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางทะเลของสหรัฐอเมริกามาปรับแก้คดี เพราะผู้ส่งและผู้ขนส่งได้ตกลงกันให้ใช้กฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางทะเลของประเทศไทย พิจารณาแล้วเห็นว่า จำเลยให้การต่อสู้คดีไว้ว่ากรณีนี้ต้องใช้กฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางทะเลของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานันได้ทำขึ้น ดังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 13 เพราะคู่สัญญาในการขนส่งเป็นคนต่างสัญชาติกัน แต่ในชั้นฎีกาจำเลยกลับมาอ้างว่าต้องใช้กฎหมายว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางทะเลของสหรัฐอเมริกามาใช้บังคับ เนื่องจากคู่สัญญาถือผู้ส่งและผู้ขนส่งได้ตกลงกันไว้เช่นนั้น ซึ่งไม่ตรงกับข้ออ้างในคำให้การ ฎีกาของจำเลยข้อนี้จึงมิใช่เป็นข้อที่ได้ยกขึ้นว่ากันมาแล้วในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกาจึงไม่รับวินิจฉัย” .....

ฯลฯ

“ส่วนข้อที่จำเลยอ้างว่าตามใบตราส่งเอกสารหมายเลข 2 ได้จำกัดความรับผิดไว้ในข้อ 5(2) ว่า ผู้ขนส่งไม่ต้องรับผิดชอบเกินกว่า 500 เหรียญสหรัฐต่อ 1 หีบห่อ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น พิจารณาแล้ว ปรากฏว่าคดีนี้พิพาทกันเกี่ยวกับเรื่องสัญญารับขน

ของทางทะเล ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 609 วรรคสอง บัญญัติให้บังคับตามกฎหมายและกฎข้อบังคับว่าด้วยการรับขนทางทะเล แต่ขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการรับขนทางทะเลใช้บังคับ และไม่ปรากฏว่ามีจารีตประเพณีเกี่ยวกับเรื่องนี้ จึงต้องใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 8 เรื่องรับขน ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใกล้เคียงมาปรับแก้คดีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 625 ได้บัญญัติไว้ว่า “ใบรับ ใบตราส่งหรือเอกสารอื่น ๆ ทำนองนั้นก็ดี ถ้ามีข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ขนส่งประการใด ท่านว่าข้อความนั้นเป็นโมฆะ เว้นแต่ผู้ส่งจะได้แสดงความตกลงด้วยชัดแจ้งในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเช่นนั้น” ตามที่จำเลยอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในใบตราส่งดังกล่าวแล้วนั้น ตามพยานหลักฐานของจำเลยคดียังฟังไม่ได้ว่า ในการขนส่งสินค้าที่พิพาทกันนี้ ผู้ส่ง ได้ตกลงยินยอมโดยชัดแจ้งเกี่ยวกับข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบนั้นด้วย ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบที่กำหนดไว้ในใบตราส่งนั้นจึงตกเป็น โมฆะ ฎีกาของจำเลยในข้อนี้ฟังไม่ขึ้นเช่นกัน”

### วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกา

ความน่าสนใจของคำพิพากษาศาลฎีกา 1112/2530 ก็คือ หากทำให้การของจำเลยในศาลชั้นต้น และศาลอุทธรณ์มีเนื้อความตรงกันว่า “ต้องใช้กฎหมายว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางทะเลของสหรัฐอเมริกาใช้บังคับ เนื่องจากคู่สัญญาได้ตกลงกันไว้เช่นนั้น” กรณีย่อมเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า ศาลไทยจะยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาหรือไม่ เพราะคำพิพากษาศาลฎีกาลบนี้ได้วินิจฉัยไว้ เนื่องจากจำเลยมิได้ยกเป็นข้อกล่าวกันในศาลชั้นต้น และศาลอุทธรณ์ อันถือเป็นความผิดพลาดในการดำเนินกระบวนการพิจารณาความของคู่ความเอง ดังนี้ ศาลฎีกาจึงไม่รับคำวินิจฉัยในประเด็นนี้ ซึ่งผู้เขียนก็เห็นด้วยอย่างยิ่ง เพราะไม่มีศาลของประเทศใดในโลกที่จะนำกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศอื่นมาใช้ในประเทศตน อีกทั้งยังเป็นที่ยอมรับกันแล้วว่า กฎหมายว่าด้วยวิธีสบัญญัติให้ถือตามกฎหมายแห่งท้องถิ่นที่ศาลตั้งคดีอยู่ (Lex fori)

โดยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลฎีกาลบนี้ ในทัศนะของผู้เขียนจึงเห็นว่า หากข้อเท็จจริงไม่เกิดความผิดพลาดในการดำเนินกระบวนการพิจารณาความของคู่ความดังข้อเท็จจริงข้างต้น และศาลได้ให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงว่าเป็นเรื่องของสัญญาแล้ว ศาลย่อมต้องวินิจฉัยให้เป็น

ไปตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย มาตรา 13 ซึ่งผลที่ตามมาก็คือ ศาลจะต้องใช้กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาบังคับกับสัญญาฉบับนี้ ซึ่งผลของคดีก็ย่อมแตกต่างไปจากการที่ศาลใช้กฎหมายไทย

อย่างไรก็ดี จากการค้นคว้าของผู้เขียน ได้พบว่ามีอยู่ 2 คดีเท่านั้น ที่ศาลไทยได้พิจารณาตัดสินให้เป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาได้ คือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 2930/2519 นายเฮนรี เอ มูซี กับพวก โจทก์ นายเรย์ เอ็ม ฮิลล์ กับพวก จำเลย

คู่สัญญาโอนหุ้นมีสัญชาติอเมริกัน ตกลงกันว่า ได้ทำสัญญาตามกฎหมายอเมริกัน ให้บังคับตามกฎหมายอเมริกัน ข้อสัญญานี้บังคับได้

---

ศาลฎีกาวินิจฉัยข้อกฎหมายว่า “.....ข้ออ้างว่าธนาคารไม่บังคับจำหน่ายโดยวิธีเอาหุ้นออกขายทอดตลาดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 764 นั้น เห็นว่าคู่สัญญาทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้มีสัญชาติอเมริกัน สัญญาฉบับนี้ตามเอกสารหมาย จ.14 ข้อ 10 ระบุว่าได้ทำขึ้นตามกฎหมายแห่งมลรัฐนิวยอร์ก และให้สัญญาฉบับนี้เป็นไปตามกฎหมายแห่งมลรัฐนั้น จึงต้องบังคับตามเจตนาของคู่สัญญา.....” ๑๗๑

คำพิพากษาฎีกาที่ 698/2521 บริษัท ฮีสโมโค อเมริกัน คำปะนี อิงค์ โจทก์ บริษัท ศรีสุวรรณ จำกัด จำเลย

จำเลยสัญญาขายพริก แก่โจทก์ ทำสัญญาในประเทศไทย โจทก์มีภูมิลำเนาในสหรัฐอเมริกา กำหนดให้ชำระข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในกรุงนิวยอร์ก ตามกฎของสมาคมการค้าอเมริกันใช้บังคับได้ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อย คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้จำเลยรับผิดชอบบังคับในศาลไทยได้ โดยไม่ต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงว่าจำเลยผิดสัญญา อายุความ 10 ปี ตามมาตรา 168

---

“ศาลชั้นต้นพิจารณาแล้วฟังว่า หนังสือมอบอำนาจทำขึ้นถูกต้อง โจทก์มีอำนาจฟ้อง จำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญา คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่โจทก์ตั้งขึ้นและคำพิพากษาศาลสูงมลรัฐ นิวเจอร์คตามขบวนการกฎหมายซึ่งกำหนดไว้ในสัญญา มีผลและเป็นหลักฐานแห่งหนึ่งที่จะฟัง บังคับให้ได้ตามหลักทั่วไป ฟ้องโจทก์ไม่เป็นฟ้องซ้ำและอยู่ในประเภทอายุความ 10 ปี ไม่ขาดอายุ ความ พิพากษาให้จำเลยชำระเงินและดอกเบี้ยนับแต่วันฟ้องจนกว่าจะชำระเสร็จแก่โจทก์..... จำเลยอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิจารณาแล้วเห็นว่า การที่โจทก์นำข้อชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเสนอ ศาลสูงแห่งมลรัฐนิวเจอร์คเป็นการเกินความจำเป็น เฉพาะค่าใช้จ่ายจำนวนนี้จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบ..... จำเลยฎีกา

ศาลฎีกาตรวจสำนวนประชุมปรึกษาแล้ว คดีนี้ศาลชั้นต้นสั่งรับฎีกาจำเลยในปัญหาข้อ กฎหมาย ศาลฎีกาต้องฟังข้อเท็จจริงตามศาลอุทธรณ์ฟังมาว่าจำเลยซึ่งเป็นบริษัทจำกัดในประเทศไทย ได้ทำสัญญาส่งขายพริกแดงแห้งให้แก่บริษัท โจทก์ในประเทศสหรัฐอเมริกาและได้ส่งไปแล้ว ตามสัญญา แต่พริกจำนวนดังกล่าวมีสิ่งสกปรกเจือปนไม่ได้รับอนุญาตให้นำเข้าประเทศจนกว่า ผู้ส่ง (จำเลย) จะได้ทำความสะอาดพริกจำนวนนั้นให้ได้มาตรฐานขั้นต่ำที่คณะกรรมการควบคุม อาหารและยากระทรวงสาธารณสุขแห่งสหรัฐอเมริกาชื่อย่อว่า ยู.เอส.เอฟ.ดี.เอ. กำหนดไว้ โจทก์ จึงจำต้องจ้างให้ทำความสะอาดพริกโดยเสียค่าใช้จ่ายไปก่อนแล้วเรียกร้องเอาคืนจำเลยแต่จำเลย ปฏิเสธไม่ยอมชำระ โจทก์จึงเสนอข้อพิพาทนี้ต่ออนุญาโตตุลาการแห่งรัฐนิวเจอร์คให้วินิจฉัยชี้ขาด โดยได้แจ้งให้จำเลยทราบแล้ว (ข้อความปรากฏอยู่ในเอกสาร จ.5) อนุญาโตตุลาการจึงได้ทำการ พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดให้จำเลยชำระค่าใช้จ่ายที่โจทก์ต้องเสียแทนไปแก่โจทก์ปรากฏตามเอกสาร หมายเลข จ.5 คำแปลหมายเลข จ.6 กับได้แจ้งให้จำเลยทราบแล้วตามเอกสารหมายเลข จ.7 จำเลยตอบปฏิเสธ ไปตามเอกสารหมายเลข จ.8 โจทก์จึงเสนอคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่อศาลสูงแห่งรัฐ นิวเจอร์คและศาลสูงได้พิพากษาให้จำเลยชำระตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการแล้วตามเอกสารหมายเลข จ.11

ได้พิเคราะห์แล้วว่าจำเลยฎีกาว่า จำเลยมิได้ให้การรับว่าได้ทำสัญญาตามเอกสารหมายเลข จ.3 กับโจทก์นั้น ตามคำให้การจำเลยแม้ตอนแรกจะใช้คำว่า “โจทก์จำเลยไม่เคยตกลง ไม่เคยได้ ทำสัญญาต่อกันดังฟ้องโจทก์เลย” แต่ในตอนต่อมามี้อได้อ่านโดยตลอดแล้ว สรุปรวมความได้ว่า จำเลยรับว่าได้ทำสัญญาทำขายพริกกับโจทก์จริง เป็นแต่ต่อสู้ว่าสัญญาดังกล่าวจะต้องบังคับตาม

กฎหมายไทย กับอ้างเหตุไม่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาทำนองหลายประการ ตามคำให้การของจำเลย ดังกล่าวฟังได้ว่า จำเลยรับว่าได้ทำสัญญาซื้อขายตามสำเนาทำนองกับโจทก์ ศาลจึงรับฟังความมีอยู่ความถูกต้องของสัญญาได้อยู่แล้ว ส่วนที่ฎีกาโต้แย้งว่า สัญญาตามฟ้องทำในประเทศไทยต้องบังคับตามกฎหมายไทย และคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแห่งรัฐนิวยอร์กใช้บังคับจำเลยไม่ได้ นั้น ได้ความว่าโจทก์มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา จำเลยอยู่ในประเทศไทย และตามสัญญาที่โจทก์จำเลยทำไว้ต่อกัน ตกลงกันว่าเมื่อมีข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาให้ยื่นต่อและทำการชำระความโดยอนุญาโตตุลาการในนิวยอร์ก เอ็น.วาย. ตามกฎของสมาคมการค้าเครื่องเทศอเมริกัน (อันเป็นภูมิลำเนาของโจทก์) ศาลฎีกาเห็นพ้องกับคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ว่าเป็นข้อตกลงที่เกิดจากความสมัครใจของคู่กรณี และไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยแต่อย่างใด จึงใช้บังคับได้ ดังนั้นเมื่อได้มีการนำข้อพิพาทเสนอให้อนุญาโตตุลาการในรัฐนิวยอร์กวินิจฉัยถูกต้องตามขั้นตอนกฎหมายของรัฐนั้น และไม่ปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยชี้ขาดโดยฝ่าฝืนไม่ชอบด้วยกฎหมายแห่งรัฐนั้นแต่อย่างใดแล้ว คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแห่งรัฐนิวยอร์กดังกล่าวจึงฟ้องร้องให้บังคับกันได้ในศาลไทย และตามฟ้องเป็นเรื่องบังคับให้จำเลยรับผิดชอบตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอันมีอายุความ 10 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 168 ไม่มีข้อเท็จจริงในปัญหาว่าฝ่ายใดผิดสัญญาอันจะต้องวินิจฉัยแต่อย่างใด ที่ศาลอุทธรณ์ไม่รับวินิจฉัยข้อเท็จจริงเรื่องฝ่ายใดผิดและว่าคดีไม่ขาดอายุความ พิพากษาให้จำเลยรับผิดชอบตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแห่งรัฐนิวยอร์ก จึงชอบแล้ว ฎีกาจำเลยฟังไม่ขึ้น” .....

### วิเคราะห์คำพิพากษาฎีกา

จากคำวินิจฉัยของศาลในคำพิพากษาฎีกาที่ 698/2521 ที่ว่า “ตามสัญญาที่โจทก์จำเลยทำไว้ต่อกัน ตกลงกันว่าเมื่อมีข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาให้ยื่นต่อและทำการชำระความโดยอนุญาโต ตุลาการในนิวยอร์ก เอ็น.วาย. ตามกฎของสมาคมการค้าเครื่องเทศอเมริกัน (อันเป็นภูมิลำเนาของโจทก์) ศาลเห็นพ้องกับคำวินิจฉัยว่าเป็นข้อตกลงที่เกิดจากความสมัครใจของคู่กรณี และไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยแต่อย่างใด จึงใช้บังคับกันได้.....” นั้น ในทัศนะของผู้เขียน เห็นว่าย่อมเป็นที่แน่ชัดแล้วว่าศาลไทยยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอย่างกว้างขวาง กล่าวคือ เป็นการยอมรับในรูปของกฎหมายเอกรูปของพ่อค้า สำหรับการค้าระหว่างประเทศที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจง หรือที่เรียกว่า “สัญญาแม่แบบ” ซึ่งในที่นี้ได้แก่ สัญญาซื้อขายเครื่องเทศของสมาคมการค้าเครื่องเทศอเมริกันนั่นเอง จึงได้พิพากษาให้ฎีกาแก้ดังกล่าวมีผลบังคับใช้กับสัญญาได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือ แม้

กฎเกณฑ์ดังกล่าวจะไม่มีสถานะเป็นกฎหมายในสายตาของรัฐ หากแต่เป็นเพียงจารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศที่ถือกันต่อ ๆ มาในระหว่างผู้ประกอบการค้าก็ตาม ศาลก็ยังยอมรับให้กฎเกณฑ์ดังกล่าวมีผลบังคับใช้กับสัญญาได้ หากแต่อยู่บนพื้นฐานหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของกลุ่มสัญญาเท่านั้น ดังนั้น ความมีผลของกฎเกณฑ์ดังกล่าวจึงมีอยู่เท่าที่ไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน