



Chulalongkorn University จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ผลทางกฎหมายต่อประเทศไทยจากการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือก
ศาล ค.ศ. 2005

นางสาวตติยา ทวีกุล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2552
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



Chulalongkorn University
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

The Legal Implication on Thailand from Accession to the Hague Convention on Choice
of Court Agreements A.D. 2005

Ms. Tatiya Thaveekul

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Law

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2009

Copyright of Chulalongkorn University



Chulalongkorn University

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ผลทางกฎหมายต่อประเทศไทยจากการเข้าร่วมเป็นภาคี

อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005

โดย

นางสาวตติยา ทวีกุล

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร บัจจุสานนท์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยรับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญามหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(รองศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ (พิเศษ) วิชัย อริยนันท์)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร บัจจุสานนท์)

..... กรรมการ
(รองศาสตราจารย์จันตรี สินธุภักษ์)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(รองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช)



ตติยา ทวีกุล : ผลทางกฎหมายต่อประเทศไทยจากการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005. (The Legal Effects on Thailand from Accession to the Hague Convention on Choice of Court Agreements A.D. 2005)
อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก : ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร บัจจุสานนท์, 199 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงประเด็นเมื่อประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 กฎหมายในเรื่องนี้ของไทยก็จะชัดเจนและเหมือนกับของประเทศภาคีอื่นทำให้คู่สัญญาทั้งชาวไทยและชาวต่างชาติสามารถตัดสินใจเลือกให้ศาลของประเทศไทยเป็นศาลที่ได้รับเลือกในการตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้น หรืออาจเกิดขึ้นระหว่างตนได้ง่ายขึ้น โดยไม่ต้องกังวลว่าหากตนเองกำหนดในข้อตกลงให้ศาลไทยเป็นศาลที่ได้รับการเลือกแล้วศาลไทยจะปฏิบัติต่อข้อตกลงดังกล่าวอย่างไร รวมถึงการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลไทยในประเทศภาคีอื่นเป็นอย่างไรด้วย จึงนำอนุสัญญาดังกล่าวมาวิเคราะห์ว่ามีบทบัญญัติและเหตุผล รวมถึงวิธีการบังคับใช้อย่างไร ประกอบกับการพิจารณาว่าเมื่อประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว ประเทศไทยต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างไร บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่เพียงพอหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือประเทศไทยจำเป็นต้องออกกฎหมายหรือพระราชบัญญัติฉบับใหม่หรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่าหากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาก็มีความจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติขึ้นมาหนึ่งฉบับเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญา กล่าวคือพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาลและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ เทียบเคียงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่มีอนุสัญญากรุงนิวยอร์กเป็นต้นแบบ และแก้ไขมาตรา 7 พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิติ.....
ปีการศึกษา...2552..... ลายมือชื่ออ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....



4986239934 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : CHOICE OF COURT / CHOICE OF FORUM / HAGUE CONVENTION
ON CHOICE OF COURT AGREEMENTS

TATIYA THAVEEKUL : THE LEGAL IMPLICATION ON THAILAND FROM
ACCESSION TO THE HAGUE CONVENTION ON CHOICE OF COURT
AGREEMENTS A.D. 2005. THESIS ADVISOR: CHUMPORN PAJUSANONT,
PH.D., 199 PP.

This thesis intends to study when Thailand becomes a contracting state to the Hague Convention on Choice of Court Agreement A.D. 2005, the relevant Thai laws also become clear like other contracting states and the parties to the contract, both Thai and foreigners, may decide easier to choose Thai court as the chosen court to adjudicate any arisen dispute or may be arisen without concern that if they agree to choose the Thai court as the chosen court, how Thai court will treat such agreement including the recognition and enforcement of Thai judgment in other contracting states, therefore, it should take consider into the Convention what its provisions and rational are including the enforcement to such Convention. Moreover, if Thailand becomes the contracting state, how Thailand will have to amend the relevant laws, whether the existing laws are sufficient, especially, the Establishment of and Procedure for Intellectual Property and International Trade Court Act, B.E. 2539 (“ACT”) and Civil Procedure Code or whether Thailand need to enact a new law

If Thailand is the contracting state to the Convention, it is necessary to enact a new act which is the Act on Choice of Court Agreement and Recognition and Enforcement of Foreign Judgment, comparing with the Arbitration Act, B.E. 2545 which is from the New York Convention as the Model Law and amend the Article 7 of the ACT.

Field of Study :Laws..... Student’s Signature

Academic Year :2553..... Advisor’s Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เรื่อง ผลทางกฎหมายต่อประเทศไทยจากการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 สำเร็จลุล่วงได้ก็ด้วยความกรุณาของบุคคลหลายฝ่าย ซึ่งผู้เขียนต้องขอกราบขอบพระคุณทุกท่านมา ณ ที่นี้

ในเบื้องต้น ผู้เขียนกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร บัจจุสานนท์ ที่ได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและได้ให้ความรู้แก่ผู้เขียนมาโดยตลอด ท่านอาจารย์วิชัย อริยนันท์ที่ได้กรุณามาเป็นประธานคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านรองศาสตราจารย์จันทร์ สีนุสฎฤกษ์ และท่านรองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ ปิวาวัฒน์พานิช ที่ได้สละเวลามาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และกรุณาให้คำแนะนำในการปรับปรุงวิทยานิพนธ์

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ท่านดร. ธัญ สกุลธัญและท่านชินภัทร วิสุทธิแพทย์ ผู้บังคับบัญชาของข้าพเจ้าที่สนับสนุนการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ของข้าพเจ้า

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณในความช่วยเหลือของพี่ๆ ที่ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ในการค้นหาข้อมูลของข้าพเจ้า

ผู้เขียนขอกราบทำบิดา-มารดา ที่ให้ชีวิตและทุกสิ่งแก่ผู้เขียนเสมอมาและขอบคุณพี่ๆ และน้องของข้าพเจ้าที่เป็นกำลังใจและผลักดันให้ข้าพเจ้าสามารถทำวิทยานิพนธ์นี้สำเร็จ

ท้ายที่สุด ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบุคคล ทั้งที่ได้กล่าวนามมาข้างต้นและไม่ได้กล่าวนามอีกหลายท่านซึ่งมีส่วนโดยตรงและโดยอ้อมแห่งผลสำเร็จของวิทยานิพนธ์นี้ทุกท่าน

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่	
1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	5
1.3 สมมุติฐาน.....	5
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	6
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
2 เขตอำนาจศาลที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศตามหลักเกณฑ์ทั่วไปและเขตอำนาจศาลตามข้อตกลงเลือกศาล.....	8
2.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดเขตอำนาจศาลที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ.....	8
2.2 สาเหตุและแนวความคิดของการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ.....	13
2.3 การแก้การขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลตามระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์.....	14
2.3.1 ระบบคอมมอนลอว์.....	15
2.3.2 ระบบซีวิลลอว์.....	18
2.4 ข้อตกลงเลือกศาลเป็นเขตอำนาจศาลกรณีพิเศษ.....	25
2.4.1 สัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศเท่านั้นจึงจะสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้.....	28
2.4.2 ประเภทของข้อพิพาทที่ไม่สามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้.....	29

บทที่

3	ข้อตกลงเลือกศาลและปัญหาและอุปสรรคตามข้อตกลงเลือกศาล.....	31
3.1	ข้อความเบื้องต้นเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาล.....	31
3.1.1	ประเภทของข้อตกลงเลือกศาล.....	33
(1)	ข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียว (exclusive choice of court agreement)	33
(2)	ข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี (non-exclusive choice of court agreement)	34
(3)	ข้อตกลงเลือกศาลที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธินัดไปฟ้องร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจที่ได้รับการเลือกเพียงฝ่ายเดียว (asymmetrical or one-sided agreement)	35
3.1.2	หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (autonomy of will หรือ party autonomy)	36
3.1.3	ข้อตกลงเลือกศาลเป็นหลักปฏิบัติที่ยอมรับโดยทั่วไป.....	39
3.1.4	ความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาล.....	40
3.2	ปัญหาและอุปสรรคตามข้อตกลงเลือกศาล.....	43
3.2.1	ปัญหาอันเกิดจากหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา.....	43
3.2.2	ปัญหาอันเกิดจากการตีความว่าเป็นข้อตกลงเลือกศาลประเภทใด...	51
4	อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005.....	58
4.1	มูลเหตุจูงใจในการทำอนุสัญญา.....	58
4.2	ประเภทของข้อตกลงเลือกศาลตามที่อนุสัญญากำหนด.....	63
4.3	เขตอำนาจศาลของศาลที่ได้รับการเลือกตามที่อนุสัญญากำหนด.....	69
4.3.1	อำนาจในการพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาล.....	70
4.3.2	ศาลที่ได้รับการเลือกต้องไม่ปฏิเสธไม่รับพิจารณาคดี.....	70
4.3.3	อำนาจในการโอนคดีไปยังศาลที่มีเขตอำนาจตามกฎหมายภายในของศาล.....	72

บทที่

4.3.4	ข้อยกเว้นซึ่งศาลที่ได้รับการเลือกไม่ต้องใช้เขตอำนาจศาลของตน หากข้อพิพาทไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา.....	73
(1)	ศาลที่ได้รับการเลือกไม่ต้องใช้เขตอำนาจศาลของตน เนื่องจากประเภทของสัญญาที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา.....	73
(2)	ศาลที่ได้รับการเลือกไม่ต้องใช้เขตอำนาจศาลของตน เนื่องจากประเภทของเนื้อหาหรือความสัมพันธ์ที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา.....	74
(3)	เรื่องอื่นๆ ที่มีผลกระทบต่อการใช้เขตอำนาจศาลของศาลที่ได้รับการเลือก.....	86
4.4	พันธกรณีของศาลที่ไม่ได้รับการเลือกตามที่อนุสัญญากำหนด.....	89
4.4.1	ศาลที่ไม่ได้รับการเลือกต้องระงับหรือจำหน่ายคดี.....	90
4.4.2	ข้อยกเว้นที่ศาลที่ไม่ได้รับการเลือกสามารถใช้เขตอำนาจของตน.....	91
(1)	ข้อตกลงเลือกศาลตกเป็นโมฆะ.....	91
(2)	คู่สัญญาบกพร่องในเรื่องความสามารถในการเข้าทำสัญญา.....	91
(3)	ข้อตกลงเลือกศาลขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน.....	92
(4)	คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามข้อตกลงเลือกศาล.....	93
(5)	ศาลที่ได้รับการเลือกปฏิเสธไม่รับพิจารณาคดี.....	94
5	ประโยชน์ของการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005.....	95
5.1	การจัดอุปสรรคที่เกิดจากข้อกฎหมายเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ.....	95
5.1.1	ประเทศภาคีที่ได้รับการร้องขอมีหน้าที่ในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือก.....	99
5.1.2	ศาลที่ได้รับการร้องขอต้องไม่พิจารณาในเนื้อหาของสาระของคำพิพากษา.....	101
5.1.3	ศาลที่ได้รับการร้องขอต้องผูกพันตามข้อเท็จจริงของศาลที่ได้รับการเลือกเว้นแต่คำพิพากษาโดยขาดนัด.....	101

บทที่

5.2	เงื่อนไขในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือก	102
5.2.1	คำพิพากษาต้องสามารถยอมรับและบังคับตามได้ในศาลที่ได้รับการเลือก.....	103
5.2.2	คำพิพากษาต้องถึงที่สุดเด็ดขาด.....	104
5.2.3	การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษหากศาลที่ได้รับการเลือกโอนคดีไปยังศาลที่มีเขตอำนาจตามกฎหมายภายในของศาล.....	105
5.2.4	การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาตามสัญญาประนีประนอมยอมความ.....	107
5.2.5	การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาที่มีผลบังคับบางส่วน.....	107
5.3	เหตุแห่งการปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือก.....	108
5.3.1	เหตุที่ไม่จำเป็นต้องยอมรับและบังคับตามคำพิพากษา.....	108
(1)	ข้อตกลงเลือกศาลตกเป็นโมฆะ.....	109
(2)	คู่สัญญาตามข้อตกลงเลือกศาลบกพร่องเรื่องความสามารถในการเข้าทำสัญญา.....	110
(3)	จำเลยไม่ได้รับโอกาสเพียงพอในการต่อสู้คดี.....	110
(4)	คำพิพากษาได้มาโดยการฉ้อฉล.....	112
(5)	คำพิพากษาขัดต่อความสงบเรียบร้อย.....	113
(6)	ความไม่สอดคล้องกันระหว่างคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกและศาลที่ได้รับการร้องขอ.....	114
(7)	ความไม่สอดคล้องกันระหว่างคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกและศาลอื่น.....	115
5.3.2	หากคำพิพากษาเกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาเบื้องต้นในเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา.....	116
(1)	การไม่ยอมรับและบังคับตามคำวินิจฉัยในประเด็นปัญหาเบื้องต้นในเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา.....	116
(2)	การไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาที่มาจากคำวินิจฉัยในประเด็นปัญหาเบื้องต้นที่เกี่ยวกับเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา.....	117

บทที่		
	(3) การไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาที่มาจากคำวินิจฉัย ในประเด็นปัญหาเบื้องต้นที่เกี่ยวกับเรื่องสิทธิในทรัพย์สิน ทางปัญญา.....	117
	(4) การไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาที่มาจากคำวินิจฉัย ในประเด็นปัญหาเบื้องต้นที่เกี่ยวกับเรื่องตามคำประกาศใน มาตรา 21.....	118
5.3.3	หากคำพิพากษาเกี่ยวข้องกับค่าเสียหายที่สูงกว่าความเสียหายที่ แท้จริง.....	119
6	บทบัญญัติแห่งกฎหมายและวิธีปฏิบัติของประเทศไทยเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาล ในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศและการยอมรับและบังคับตามคำ พิพากษาศาลต่างประเทศ.....	124
6.1	ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายที่บังคับใช้ของไทยเกี่ยวกับข้อตกลง เลือกศาลและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ.....	124
6.1.1	ข้อตกลงเลือกศาล.....	124
	(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.....	125
	(2) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้า ระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและ การค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539.....	129
	ก. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3537/2546.....	129
	ข. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 583/2548.....	131
6.1.2	การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ.....	135
	(1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 585/2461.....	135
	(2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 934/2476.....	138
6.2	ข้อดีและข้อเสียต่อประเทศไทยจากการเข้าเป็นภาคี.....	142
6.2.1	ข้อดีของประเทศไทยจากการเข้าเป็นภาคี.....	142
6.2.2	ข้อเสียของประเทศไทยจากการเข้าเป็นภาคี.....	146
7	บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	148
	รายการอ้างอิง.....	154

บทที่

ภาคผนวก.....	159
ก. Convention on Choice of Court Agreements (Concluded 30 June 2005)	160
ข. คำแปลภาษาไทยอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005.....	177
ค. สถานะของอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 ณ วันที่ 7 กันยายน ค.ศ. 2009.....	197
ประวัติผู้เขียน.....	199

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

คู่สัญญาสามารถที่จะตกลงกันเพื่อนำคดีขึ้นสู่ศาลได้หรือไม่ โดยเฉพาะกรณีที่เกิดขึ้นเป็นคดีที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างชาติ โดยปกติแล้วถ้านิติสัมพันธ์มีองค์ประกอบต่างชาติตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กฎหมายที่จะบังคับใช้ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายประเทศนั้น แต่ถ้าเป็นเรื่องเขตอำนาจศาลที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ คู่สัญญามีสิทธิที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลของประเทศต่างๆ ได้หรือไม่ ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันของเขตอำนาจศาล โดยหลักแล้วการนำคดีขึ้นสู่ศาลด้วยความตกลงของคู่สัญญานั้น อาจเกิดขึ้นได้ 2 ลักษณะ คือ คู่สัญญาตกลงกันโดยกำหนดไว้ในสัญญาก่อนที่ข้อพิพาทจะเกิดขึ้น หรือตกลงกันภายหลังเกิดข้อพิพาทเพื่อนำคดีขึ้นสู่ศาล

โดยปกติแล้ว การกำหนดเขตอำนาจศาลเป็นเรื่องของกฎหมาย มิใช่เรื่องของคู่สัญญา (เอกชน) ที่จะสามารถตกลงกันเรื่องเขตอำนาจศาลได้ เพราะเขตอำนาจศาลเป็นเรื่องกฎหมายวิธีสบัญญัติอันเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด เอกชนไม่สามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่น ไม่ว่าจะ เป็นเขตอำนาจศาลของประเทศใด การกำหนดเขตอำนาจศาลเป็นเรื่องของการใช้อำนาจนิติบัญญัติอันถือว่าเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐ

อย่างไรก็ตาม การที่คู่สัญญาตกลงกันว่าจะนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลใด หรือทำข้อตกลงเลือกศาลมิใช่เรื่องของการเปลี่ยนแปลง หรือตกลงเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจศาลแต่อย่างใด หากแต่เป็นเรื่องที่คู่สัญญาประสงค์จะอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของประเทศใดประเทศหนึ่ง เช่น คู่สัญญาตกลงว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นให้นำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลไทย โดยมีได้กำหนดว่าเป็นศาลแพ่ง ศาลจังหวัด หรือศาลแขวง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่ควรพิจารณาคือ หากไม่มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับการที่คู่สัญญาสามารถทำข้อตกลงประเภทนี้ได้ คู่สัญญาจะยังสามารถทำข้อตกลงประเภทนี้ได้หรือไม่

เรื่องต่อไปที่ควรทำความเข้าใจคือ คู่สัญญา (เอกชน) ไม่สามารถที่จะตกลงเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจศาลแต่อย่างใด ส่วนการที่คู่สัญญาทำความตกลงกันที่จะนำข้อพิพาทระหว่างตนขึ้นสู่ศาลใด หรือทำข้อตกลงเลือกศาลนั้นเป็นการทำความตกลงหรือยินยอมเพื่อไปอยู่ภายใต้เขต

อำนาจศาลนั้น ข้อตกลงประเภทนี้ย่อมทำได้ เช่น ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยก่อนการแก้ไขในปี พ.ศ. 2534 ก็กำหนดยอมรับข้อตกลงเลือกศาลนี้ในมาตรา 7 (4)¹ แต่เป็นการยอมรับอย่างมีเงื่อนไข แต่เนื่องจากปัจจุบันนี้ไม่มีบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวอีกแล้วในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลอื่นๆ จนก่อให้เกิดปัญหาว่าศาลไทยจะยอมรับข้อตกลงเลือกศาลมากน้อยเพียงใด ถ้าพิจารณาถึงสังคมโลกาภิวัตน์ในปัจจุบันที่การค้าการลงทุนจากประเทศต่างๆ มีพัฒนาการไปอย่างมากทำให้มีการทำสัญญาแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศมากขึ้นตามไปด้วยและสิ่งที้อาจเกิดขึ้นตามมาก็คือข้อพิพาทและด้วยเหตุที่คู่สัญญาต้องการความแน่นอน (certainty) และความคาดหมายได้ (predictability) จึงมักทำข้อตกลงเลือกศาลโดยตกลงว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นให้นำข้อพิพาทนั้นไปฟ้องร้องต่อศาลใดอันเป็นศาลที่ได้รับการเลือก หรือ Chosen Court แต่ในทางปฏิบัติก็มักเกิดปัญหาตามมา กล่าวคือ เรื่องการมีผลบังคับใช้ หรือความสมบูรณ์ของข้อตกลง หรือข้อสัญญานั้นมีมากน้อยเพียงใดในศาลที่ได้รับการเลือก เรื่องเขตอำนาจศาลของที่ได้รับการเลือก หลักเกณฑ์การกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย) เป็นอย่างไร และเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือก (ในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศ) เนื่องจากประเทศต่างๆ ในโลกนี้มีระบบกฎหมายหรือกฎหมายสบัญญัติที่แตกต่างกันทำให้เกิดความไม่แน่นอนหรือการปฏิบัติที่แตกต่างกันไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในเรื่องดังกล่าวนี้ และส่งผลต่อคำตัดสินหรือคำพิพากษาของศาล รวมถึงการยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศด้วย

ด้วยเหตุดังกล่าวเป็นเหตุให้ที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (The Hague Conference on Private International Law) จัดทำอนุสัญญาในเรื่องดังกล่าวขึ้นมาโดยฉบับล่าสุดได้แก่ อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล เมื่อวันที่ 30

¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 มาตรา 7 (4) บัญญัติว่า “ถ้าได้มีการตกลงไว้เป็นหนังสือว่าคู่สัญญาได้ยินยอมกันว่า บรรดาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วก็ดี หรือข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นจากข้อสัญญาก็ดี ให้เสนอต่อศาลชั้นต้นศาลใดศาลหนึ่งตามที่ระบุไว้ ข้อตกลงเช่นนี้ให้เป็นอันผูกพันกันได้ แต่ศาลที่ได้ตกลงกันไว้นั้นจะต้องเป็นศาลที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น หรือมูลคดีของเรื่องนั้นได้เกิดขึ้น หรือทรัพย์สินที่พิพาทกันนั้นตั้งอยู่ภายในเขตศาลแห่งศาลนั้นๆ” (ผู้เขียนจะวิเคราะห์ถึงกฎหมายของไทยในเรื่องนี้ในบทที่ 6)

มิถุนายน ค.ศ. 2005 (Hague Convention on Choice of Court Agreements)² เพื่อให้ประเทศภาคี (Contracting State) นำไปใช้บังคับในประเทศของตน อนุสัญญาฉบับดังกล่าวเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เปิดโอกาสให้ประเทศทั่วโลกเข้าร่วมเป็นภาคีได้ อนุสัญญา ดังกล่าวมีบทบัญญัติในเรื่องต่างๆ เกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลว่าข้อตกลงเลือกศาลประเภทใดที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของอนุสัญญา เรื่องหรือประเภทของคดีที่อนุสัญญา มีผลบังคับใช้ อีกประเด็นหนึ่งที่จะขาดไม่ได้เลยของอนุสัญญา ประเภทนี้ก็คือบทบัญญัติเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือก ซึ่งเป็นศาลต่างประเทศ และบทบัญญัติต่างๆ ที่แสดงให้เห็นถึงกระบวนการต่างๆ ที่อนุสัญญา ฉบับนี้จะมผลบังคับใช้แก่ประเทศภาคี และด้วยเหตุที่ว่าอนุสัญญา ฉบับนี้เปิดให้แก่ทุกประเทศทั่วโลกเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา ได้ โดยไม่คำนึงถึงภูมิภาค ขนาดทางภูมิศาสตร์ของประเทศ จำนวนประชากรหรือสภาพทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ หากประเทศต่างๆ ทั่วโลกเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา รวมถึงประเทศไทยก็จะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศเนื่องจากการเปิดกว้างให้ชาวต่างชาติมาใช้บริการศาลไทยมากขึ้นเพราะการอำนวยความสะดวกธรรมชาติธรรมทางการศาลก็เป็นกรให้บริการอย่างหนึ่งเช่นเดียวกับการอนุญาตไต่ตุลาการ และจุดมุ่งหมายของอนุสัญญา ฉบับนี้ก็คือความหวังที่ว่าอนุสัญญา ฉบับนี้จะทำกับข้อตกลงเลือกศาลเช่นเดียวกับอนุสัญญากรุงนิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับลงวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ. 1958 ทำกับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ³ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญา ฉบับนี้มีบทบัญญัติหรือเนื้อหามากกว่าที่บัญญัติหรือกำหนดในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก⁴ ซึ่งเมื่อประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกฯ ดังกล่าวแล้ว (เช่นเดียวกับที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯ เมื่อวันที่ 20 ธันวาคม พ.ศ. 2502⁵) คู่สัญญาซึ่งเป็นชาวต่างชาติในสัญญาแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศจะสามารถทราบได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนี้ของไทยก็จะเหมือนกับของประเทศภาคีอื่นและสามารถตัดสินใจเลือกให้ศาลของประเทศไทยเป็นศาลที่ได้รับเลือกในการตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้น หรืออาจเกิดขึ้นระหว่างตนได้ง่ายขึ้น โดยไม่ต้องกังวลว่าหากตนเอง

² อนุสัญญากรุงเฮกเกี่ยวกับเรื่องข้อตกลงเลือกศาลฉบับก่อนหน้านี้ ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ.1965 (The Hague Convention on the Choice of Court, done at The Hague, on 25th day of November 1965) <<http://www.hcch.net>>

³ Trevor Hartley & Masato Dogauchi edited by Permanent Bureau. Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention. Text adopted by the Twentieth Session (The Netherlands : Hague Conference on Private International Law, 2005), p. 21

⁴ Ibid., Footnote 23, p. 21

⁵ See <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>

กำหนดในข้อตกลงให้ศาลไทยเป็นศาลที่ได้รับการเลือกแล้ว ศาลไทยจะปฏิบัติต่อข้อตกลงดังกล่าวอย่างไร รวมถึงการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลไทยในประเทศภาคีอื่นเป็นอย่างไรด้วย

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะนำอนุสัญญาฯ ดังกล่าวมาวิเคราะห์ว่ามีบทบัญญัติและเหตุผล รวมถึงวิธีการบังคับใช้อย่างไร มีความเหมาะสมหรือไม่ที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าว ประกอบกับการพิจารณาว่าเมื่อประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว ประเทศไทยต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างไร บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่เพียงพอหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือประเทศไทยจำเป็นต้องออกกฎหมายหรือพระราชบัญญัติฉบับใหม่หรือไม่

ด้วยเหตุนี้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงแบ่งการศึกษาวิจัยออกเป็น 7 บท คือ

บทแรก เป็นบทนำจะกล่าวถึงความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย ขอบเขตของการศึกษาวิจัย สมมติฐานของการวิจัย วิธีดำเนินการวิจัย และประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

บทที่สอง จะกล่าวถึงเขตอำนาจศาลที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ การขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ ทั้งสาเหตุ แนวความคิดและวิธีแก้ตามระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ และการที่ข้อตกลงเลือกศาลเป็นเขตอำนาจศาลกรณีพิเศษ ได้แก่ สัญญาหลักหรือสัญญาประธานต้องเป็นสัญญาแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ประเภทของข้อพิพาทที่ไม่สามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้

บทที่สาม จะกล่าวถึงข้อตกลงเลือกศาลและอุปสรรคตามข้อตกลงเลือกศาล ได้แก่ ประเภทของข้อตกลงเลือกศาลที่มีอยู่ในปัจจุบัน หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (autonomy of will หรือ party autonomy) เกี่ยวพันกับข้อตกลงเลือกศาลอย่างไร ข้อตกลงเลือกศาลในฐานะที่เป็นหลักปฏิบัติที่ยอมรับโดยทั่วไปและความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาล รวมถึงปัญหาและอุปสรรคตามข้อตกลงเลือกศาล ได้แก่ ปัญหาอันเกิดจากหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา ปัญหาอันเกิดจากการตีความว่าเป็นข้อตกลงเลือกศาลประเภทใด

บทที่สี่ จะกล่าวถึงเขตอำนาจศาลของศาลที่ได้รับการเลือกและพันธกรณีของศาลที่ไม่ได้รับการเลือกตามอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 เพื่อให้เห็นถึงมูลเหตุของการจัดทำอนุสัญญา รวมถึงประเภทของข้อพิพาทไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา

บทที่ห้า จะกล่าวถึงประโยชน์ของการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 เกี่ยวกับการการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือก รวมถึงเงื่อนไขในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือก และเหตุแห่งการปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือก

บทที่หก จะกล่าวถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายและวิธีปฏิบัติของประเทศไทยเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ และปัญหาที่มีอยู่รวมถึงข้อดีและข้อเสียต่อประเทศไทยจากการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005

บทที่เจ็ด เป็นบทสรุปและข้อเสนอแนะ

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาวิเคราะห์หลักการในอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005
2. เพื่อศึกษาถึงขั้นตอนและการดำเนินการของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005
3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงผลกระทบทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการเข้าเป็นอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005
4. เพื่อศึกษาวิเคราะห์กฎหมายที่มีอยู่และที่ต้องมีการแก้ไขของประเทศไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005
5. เพื่อเป็นข้อเสนอแนะให้แก่รัฐบาลและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005

1.3 สมมุติฐาน

การที่ประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 มีผลทำให้ประเทศไทยต้องตรากฎหมายขึ้นมาหนึ่งฉบับเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญา กล่าวคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาลและการยอมรับและบังคับตามคำ

พิพากษาศาลต่างประเทศ รวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นวิทยานิพนธ์ทางด้านนิติศาสตร์ ผู้เขียนจึงมุ่งที่จะศึกษาในสาระสำคัญของอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 เพื่อให้เห็นถึงผลทางกฎหมายจากการที่ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าว รวมถึงแสดงให้เห็นถึงแนวความคิด วิธีการ หลักเกณฑ์และพัฒนาการของกฎหมายโดยจะเน้นไปที่กฎหมายเกี่ยวกับการเลือกศาล หรือการทำข้อตกลงเลือกศาลว่าเป็นอย่างไร ส่วนการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกซึ่งเป็นศาลต่างประเทศนั้น ผู้เขียนจะกล่าวถึงเพียงเล็กน้อยเนื่องจากเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อทำให้การบังคับตามข้อตกลงเลือกศาลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยผู้เขียนมุ่งที่จะศึกษาคำอธิบายกฎหมายและบทความต่างๆ ของต่างประเทศและของไทย รวมถึงกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงเลือกศาลและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย คำพิพากษาศาลฎีกาเฉพาะที่มีประเด็นโต้แย้งกันในเรื่องข้อตกลงหรือข้อสัญญาเลือกศาล การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ เป็นต้น

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

วิธีการวิจัยเป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) กล่าวคือ เป็นการวิจัยโดยการศึกษาวเคราะห์ข้อมูลจากหนังสือ บทความ คำพิพากษาของศาลในต่างประเทศและเอกสารต่างๆที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายของประเทศต่างๆ และกฎหมายของประเทศไทย ในลักษณะการนำมาใช้โดยตรงและเปรียบเทียบกับความคิดเห็นของนักกฎหมายและบุคคลที่เกี่ยวข้องเพื่อการทำวิทยานิพนธ์นี้สมบูรณ์ที่สุด

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบและเข้าใจหลักการในอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005
2. ทำให้ทราบและเข้าใจขั้นตอนและการดำเนินการของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005
3. ทำให้ทราบและเข้าใจถึงผลกระทบทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการเข้าเป็นอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005
4. ทำให้ทราบและเข้าใจกฎหมายที่มีอยู่และที่ต้องมีการแก้ไขของประเทศไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005
5. ทำให้มีข้อเสนอแนะให้แก่รัฐบาลและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005

บทที่ 2

เขตอำนาจศาลที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศตามหลักเกณฑ์ทั่วไปและ เขตอำนาจศาลตามข้อตกลงเลือกศาล

2.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดเขตอำนาจศาลที่มีองค์ประกอบพัวพันกับ ต่างประเทศ

หลักเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดเขตอำนาจศาลที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ คือ หลักเกณฑ์ที่ประเทศต่างๆ ใช้ในการกำหนดว่ากรณีใดที่ศาลของประเทศตนมีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่ง จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่าปัจจัยที่สำคัญในการกำหนดเขตอำนาจศาลมีด้วยกัน 2 ประการดังนี้

ปัจจัยประการที่ 1 คือปัจจัยในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง หมายความว่า ในการกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล รัฐต่างๆ จะคำนึงถึงขอบข่ายของเขตอำนาจศาล และเขตอำนาจรัฐในทัศนะของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ทั้งนี้ ในทัศนะกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายประสงค์ที่จะแบ่งแยกการใช้เขตอำนาจรัฐของแต่ละรัฐที่อยู่ภายในสังคมนระหว่างประเทศนี้ให้ชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงการขัดแย้งเกี่ยวกับการใช้เขตอำนาจรัฐ การใช้เขตอำนาจรัฐไม่ได้ใช้แต่เฉพาะภายในอาณาเขตของตนเท่านั้น แต่อาจจะใช้เหนือบุคคลที่เป็นคนชาติของตนด้วยซึ่งเป็นกรณีที่รัฐมีเขตอำนาจรัฐเหนือบุคคล (Personal Jurisdiction) และรัฐยอมใช้เขตอำนาจภายในดินแดนของตน ไม่ว่าจะเป็นอำนาจในทางนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการ ดังนั้น เขตอำนาจศาลซึ่งเป็นเรื่องของการกำหนดเขตอำนาจศาลในการตัดสินพิจารณาคดี ก็ย่อมอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

ปัจจัยประการที่ 2 คือปัจจัยในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล หมายความว่า ในการกำหนดเขตอำนาจศาลของรัฐทั้งหลายในคดีแพ่งและพาณิชย์ที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศนั้น รัฐมักจะกำหนดให้ศาลของตนมีเขตอำนาจ เมื่อปรากฏว่ามีความเกี่ยวพันในทางใดทางหนึ่งระหว่างศาลกับคู่กรณี หรือกับนิติสัมพันธ์ที่เกิดพิพาทเป็นคดีความขึ้น ทั้งนี้โดยการหาจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิด (connecting point) มาใช้เป็นเกณฑ์ เพื่อกำหนดว่ากรณีใดศาลของตนจะมีเขตอำนาจพิจารณา เช่น จุดเกาะเกี่ยวในเรื่องภูมิลำเนาของบุคคล สถานที่ตั้งของทรัพย์สิน (situs rei) สถานที่มูลคดีได้เกิดขึ้น หรือสัญชาติของบุคคล เป็นต้น

จากการศึกษาพบว่า ปัจจัยทั้ง 2 ประการข้างต้น แม้ว่าจะเป็นปัจจัยตามมุมมองของกฎหมายคนละประเภทกัน กล่าวคือ ประการแรก เป็นเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง และประการที่สอง เป็นเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล แต่ทั้งปัจจัยทั้งสองประการก็มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอยู่ โดยในกรณีการกำหนดเขตอำนาจศาลโดยอาศัยเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนเป็นเกณฑ์กำหนดเรื่องเขตอำนาจศาลนั้น ปัจจัยที่นำมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวนั้น จะต้องตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนด้วย ยกตัวอย่างเช่น กรณีการใช้ภูมิลำเนาของจำเลยในฐานะจุดเกาะเกี่ยว ตัวจำเลยจะต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในรัฐด้วย หรือกรณีการใช้สถานที่มูลคดีเกิดขึ้นในฐานะจุดเกาะเกี่ยว มูลคดีต้องเกิดขึ้นภายในรัฐด้วย กรณีต่างๆ ที่กล่าวมานี้ ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง การที่บุคคลอยู่ในรัฐ ทรัพย์สินตั้งอยู่ในรัฐ หรือมูลคดีเกิดขึ้นในรัฐ เป็นกรณีที่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนทั้งสิ้น

นอกจากนี้ ในกรณีการกำหนดเขตอำนาจศาลโดยอาศัยเขตอำนาจรัฐเหนือบุคคล (Personal Jurisdiction) เป็นเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาล ซึ่งตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว รัฐมีเขตอำนาจเหนือบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐ ในขณะที่เขาอยู่นอกดินแดนของรัฐได้ และเขตอำนาจนี้ยังมีเหนือทรัพย์สินบางอย่าง เช่น เรือหรืออากาศยานที่มีสัญชาติของรัฐ ในขณะที่อยู่นอกดินแดนของรัฐได้เช่นกัน ในขณะที่ในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล สัญชาติของบุคคลอาจเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดที่นำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาล อาจกล่าวได้ว่าปัจจัยทั้ง 2 ประการมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอยู่

ดังนั้น เรื่องหลักเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศสามารถแบ่งหลักเกณฑ์ออกได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ๆ ด้วยกัน ได้แก่ 1) การใช้เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนและจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดเป็นเกณฑ์กำหนดเรื่องเขตอำนาจศาล และ 2) การใช้เขตอำนาจรัฐเหนือบุคคลและจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดเป็นเกณฑ์กำหนดเรื่องเขตอำนาจศาล

1) การใช้เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนและจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดเป็นเกณฑ์กำหนดเรื่องเขตอำนาจศาล การกำหนดเขตอำนาจศาลประเภทนี้มีปัจจัย 2 ประการ

ประการแรก เป็นปัจจัยในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง กล่าวคือ ข้อเท็จจริงในคดีตกอยู่ภายใต้อำนาจรัฐเหนือดินแดน ยกตัวอย่างเช่น โจทก์มีภูมิลำเนาอยู่ในรัฐ จำเลยมีภูมิลำเนาหรือปรากฏตัวอยู่ในรัฐ ทรัพย์สินที่พิพาทตั้งอยู่ภายในรัฐ มูลคดีเกิดขึ้น

ภายในรัฐ เป็นต้น รัฐสามารถใช้เขตอำนาจเหนือกรณีต่างๆ เหล่านี้ได้ เพราะปัจจัยต่างๆ ตามที่กล่าวมาอยู่ภายในรัฐ ซึ่งต้องตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน รัฐเจ้าของดินแดนสามารถที่จะกำหนดให้ศาลภายในของตนมีเขตอำนาจพิจารณาคดีเช่นนั้นได้

ประการที่สอง เป็นปัจจัยในเรื่องจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิด กล่าวคือ ถือเอาจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาล ถ้าพิจารณาหลักกฎหมายที่ว่าศาลย่อมมีอำนาจเหนือภูมิลำเนาของจำเลย ภูมิลำเนาของจำเลยจึงเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิด ศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาก็ควรเป็นศาลที่ใกล้ชิดที่สุดเพราะการดำเนินกระบวนการพิจารณาความทั้งปวงต้องให้โอกาสแก่จำเลยในการเข้ามาต่อสู้คดี ประกอบกับการบังคับตามคำพิพากษาของศาลนั้นเอาแก่จำเลยย่อมง่ายกว่า ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ถือว่าศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเป็นหลักเกณฑ์ที่นานาประเทศยอมรับโดยทั่วไป ส่วนกรณีหลักเกณฑ์สถานที่ที่ทรัพย์สินตั้งอยู่โดยเฉพาะ อสังหาริมทรัพย์เป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดที่สุดที่ทำให้ศาลที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่เป็นศาลที่มีเขตอำนาจ และได้รับการยอมรับมาตั้งแต่สมัยโบราณตามลัทธิสตาติวท์ สำนักอิตาลี ฝรั่งเศสและฮอลันดา อีกทั้งกฎหมายของหลายๆ ประเทศทั้งหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย หรือการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลต่างก็ยอมรับว่าอสังหาริมทรัพย์ย่อมใกล้ชิดที่สุดกับประเทศที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่

สถานที่ที่มูลคดีเกิดขึ้นย่อมถือว่ามีจุดเกาะเกี่ยวใกล้ชิดกับประเทศที่มูลคดีเกิดขึ้น ซึ่งหลักเกณฑ์นี้สามารถพบได้ทั้งในหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายและหลักเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาลที่ข้อเท็จจริงพัวพันกับต่างประเทศ เหตุใดมูลคดีจึงเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดก็เนื่องจากทำให้ง่ายต่อการพิสูจน์หรือนำสืบพยานหลักฐานเพราะมีความใกล้ชิดกับสถานที่ที่เกิดเหตุ หลักเกณฑ์นี้ก็ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในนานาประเทศ

การใช้เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนและจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดเป็นเกณฑ์กำหนดเรื่องเขตอำนาจศาลนั้นได้แก่ (1) การใช้ภูมิลำเนาทั้งของโจทก์และจำเลยเป็นจุดเกาะเกี่ยว (2) การใช้สถานที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคลเป็นจุดเกาะเกี่ยว¹ (3) การใช้ถิ่นที่อยู่เป็นจุดเกาะเกี่ยว (4) การใช้สถานประกอบการเป็นจุดเกาะเกี่ยว (5) การใช้การปรากฏตัวของจำเลยเป็นจุดเกาะเกี่ยว (6) การ

¹ สถานที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคลตามความหมายของแต่ละประเทศอาจแตกต่างกันไป เช่น สถานที่นิติบุคคลมีศูนย์กลางของการบริหารควบคุม (chief management and control of the corporation) สถานที่นิติบุคคลมีที่ทำการหลัก (principal establishment) สถานที่ปรากฏตามเอกสารในการก่อตั้งนิติบุคคล เป็นต้น

ใช้สถานที่มูลคดีเกิดเป็นจุดเกาะเกี่ยว² (7) การใช้สถานที่ตั้งของทรัพย์สินเป็นจุดเกาะเกี่ยว และ (8) การใช้การยอมรับเขตอำนาจศาลของคู่ความเป็นจุดเกาะเกี่ยว³

2) การใช้เขตอำนาจรัฐเหนือบุคคลและจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดเป็นเกณฑ์กำหนดเรื่องเขตอำนาจศาล

หลักเกณฑ์ประเภทนี้ถือปัจจัย 2 ประการเป็นเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาล

ปัจจัยประการที่ 1 คือ ปัจจัยเรื่องเขตอำนาจรัฐเหนือบุคคล หมายความว่า เป็นกรณีที่รัฐสามารถกำหนดให้ศาลของตนมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้ เพราะรัฐมีเขตอำนาจเหนือบุคคล (personal jurisdiction) ทั้งนี้ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐมีเขตอำนาจเหนือบุคคลที่มีสัญชาติของตนแม้บุคคลนั้นจะอยู่นอกดินแดนของตน โดยอาศัยสัญชาติเป็นสื่อเชื่อมโยงรัฐกับบุคคลนั้น หมายความว่ารวมถึงการใช้อำนาจรัฐเหนือเรือหรืออากาศยานที่ชักธงหรือจดทะเบียนในรัฐนั้นๆ หลักการนี้เป็นที่ยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง เช่น มาตรา 92 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 และมาตรา 3 ของอนุสัญญาโตเกียวว่าด้วยการกระทำความผิดบนอากาศยาน ค.ศ. 1963⁴ เป็นต้น จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้รัฐจึงกำหนดให้ศาลของตนมีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับบุคคล เรือหรืออากาศยานที่มีสัญชาติของชาติตน

ปัจจัยประการที่ 2 คือ การใช้จุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดเป็นเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาล ซึ่งก็หมายถึงการถือเอาสัญชาติของบุคคล เรือหรืออากาศยานเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิด ไม่ว่าจะป็นสัญชาติของโจทก์ จำเลย เรือหรืออากาศยาน เนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าสัญชาติคือเครื่องผูกมัดบุคคลไว้กับรัฐ สัญชาติจึงเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดอันหนึ่ง

โดยสรุป การกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีที่มีข้อเท็จจริงพัวพันกับต่างประเทศเป็นเรื่องที่ว่าศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีมีอำนาจที่จะรับฟ้องเพียงใด ผู้บัญญัติกฎหมายในเรื่องนี้จะต้องคำนึงถึงกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองด้วย เมื่อเขตอำนาจศาลเป็นเรื่อง

² ไม่ว่าจะเกิดจากสัญญา หรือเกิดจากการละเมิด

³ ได้แก่ การยอมรับเขตอำนาจศาลโดยสมัครใจ การยอมรับเขตอำนาจศาลโดยปริยาย และการยอมรับเขตอำนาจศาลโดยความตกลงของคู่กรณี

⁴ Tokyo Convention on Offences Committed on Board Aircraft 1963

ของการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการ และอำนาจของฝ่ายตุลาการก็เป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจรัฐ ดังนั้น การใช้อำนาจศาลจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐด้วย ซึ่งก็หมายความว่า การใช้อำนาจรัฐภายในและการใช้อำนาจภายนอก รัฐ การใช้อำนาจภายในรัฐ หมายความว่า รัฐแต่ละรัฐจะใช้อำนาจรัฐแต่เพียงผู้เดียว (exclusive) เต็มที่ (fully) และปราศจากเงื่อนไข (without any condition) และรัฐย่อมใช้อำนาจรัฐเหนือบุคคล ทั้งที่เป็นคนชาติและคนต่างชาติที่อยู่ในดินแดนของตน การใช้อำนาจดังกล่าวก็จะผ่านทางฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อออกกฎหมาย ฝ่ายบริหารเพื่อบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย และฝ่ายตุลาการที่จะมีอำนาจวินิจฉัยตัดสินปัญหาที่เกิดขึ้นโดยอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือ การใช้อำนาจอธิปไตยภายนอก หมายความว่า ความเป็นอิสระของรัฐต่อรัฐที่จะติดต่อกับรัฐอื่น หรือองค์การระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นรัฐอิสระ การใช้อำนาจรัฐ อาจแบ่งออกได้หลายลักษณะตามที่กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองระบุไว้ เช่น การใช้อำนาจรัฐเหนือดินแดน (Territorial Jurisdiction) การใช้อำนาจรัฐเหนือบุคคล (Personal Jurisdiction) การใช้อำนาจรัฐเพื่อป้องกันความผิดที่ร้ายแรงและเป็นภัยต่อความมั่นคง (Protective Jurisdiction) และการใช้อำนาจรัฐเกี่ยวกับความผิดสากล (Universal Jurisdiction) การบัญญัติเรื่องเขตอำนาจศาลตามที่ปรากฏในกฎหมายของประเทศต่างๆ ก็ยึดถือหลักการ หรือแนวคิดของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองอยู่ไม่น้อย ศาลมีเขตอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาคดีที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตอำนาจรัฐของตน เช่น มูลคดีเกิดขึ้นในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ หรือมูลคดีเกิดขึ้นในดินแดนของตน ในขณะที่เดียวกันศาลก็มีเขตอำนาจเหนือบุคคลที่เป็นคนชาติ หรือคนต่างด้าวที่มีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ภายในประเทศ

การใช้อำนาจรัฐเหนือบุคคลทำให้เกิดสิทธิแก่รัฐที่จะกำหนดเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีเหนือบุคคลที่เป็นคนชาติของตนได้ ทั้งๆ ที่มูลคดีมิได้เกิดขึ้นในดินแดนของตน การที่โจทก์เป็นคนชาติของรัฐอาจก่อให้เกิดเขตอำนาจศาลที่จะพิจารณาคดีที่คนชาติของตนเป็นโจทก์ก็ได้ เช่น มาตรา 4 ตีร แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยที่บัญญัติว่า “คำฟ้องอื่นนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ทวิ ซึ่งจำเลยมิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรและมูลคดีมิได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักร ถ้าโจทก์เป็นผู้มีสัญชาติไทยหรือมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร ให้เสนอต่อศาลแพ่งหรือศาลที่โจทก์มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล” เป็นต้น

2.2 สาเหตุและแนวความคิดของการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ⁵

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศสามารถแบ่งหลักเกณฑ์ออกได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ๆ ด้วยกัน ได้แก่ การใช้เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนและจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดเป็นเกณฑ์กำหนดเรื่องเขตอำนาจศาล และการใช้เขตอำนาจรัฐเหนือบุคคลและจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดเป็นเกณฑ์กำหนดเรื่องเขตอำนาจศาลซึ่งในบางครั้งก็ก่อให้เกิดการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาล กล่าวคือ มีศาลของประเทศตั้งแต่สองประเทศขึ้นไปที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเดียวกัน

การขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลมีความแตกต่างกับการขัดกันแห่งกฎหมาย การขัดกันแห่งกฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อหากกฎหมายมาใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างชาติ เมื่อกฎหมายหลายประเทศต่างเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ทำให้ไม่สามารถทราบได้ว่ากฎหมายของประเทศใดมีความเหมาะสมที่สุดที่จะนำไปบังคับกับนิติสัมพันธ์นั้นๆ ในทางตรงกันข้าม การขัดกันแห่งเขตอำนาจศาล เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายบัญญัติหรือกฎหมายวิธีพิจารณาความที่กำหนดให้ทราบว่า ศาลประเทศใดมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่มีความเกี่ยวพันกับต่างชาติเพียงใด ดังนั้นหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลจึงเป็นกฎหมายภายในเป็นกฎหมายบัญญัติที่ไม่ปล่อยให้กฎหมายต่างประเทศเข้ามาบังคับใช้

การขัดกันแห่งเขตอำนาจศาล เป็นกฎหมายบัญญัติที่กำหนดขอบเขตอำนาจศาลของตนในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศว่าศาลของตนมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่พัวพันกับต่างประเทศ หรือมีองค์ประกอบต่างชาติอย่างน้อยเพียงใด ประเทศแต่ละประเทศจะกำหนดกฎหมายส่วนนี้ไว้เพื่อเป็นแนวทางให้ศาลทราบถึงเขตอำนาจศาลของตนในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศหรือมีองค์ประกอบต่างชาติ

สาเหตุของการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลเกิดจากข้อเท็จจริงที่ว่า เมื่อนิติสัมพันธ์เกี่ยวพันกับหลายประเทศทำให้คู่พิพาทสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้หลายประเทศ ยกตัวอย่างเช่น นาย ก. มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย นาย ข. มีภูมิลำเนาในประเทศพม่า มาทำนิติกรรมซื้อขายข้าวกัน

⁵ ชุมพร บัจจุสนันท์และจันตรี สิ้นสุภฤกษ์. หน่วยที่ 14 การขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ. (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2551), หน้า 14-5 ถึง 14-7

ต่อมามีข้อพิพาทเกิดขึ้นเพราะข่าวที่ชนถ่ายไว้ในโกดังที่ประเทศสิงคโปร์ได้รับความเสียหาย นาย ก. อาจฟ้อง นาย ข. ในประเทศพม่าก็ได้ หรือฟ้องต่อศาลไทยซึ่งเป็นศาลที่นาย ก. มีภูมิลำเนาอยู่ก็ได้ หรือ นาย ก. อาจฟ้องต่อศาลสิงคโปร์ ในฐานะของศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นก็ได้ หรือ นาย ก. อาจยื่นฟ้องทั้งศาลไทย ศาลสิงคโปร์และศาลพม่าก็ได้ ถ้าเป็นกรณีหลังนี้ ศาลแต่ละประเทศจะทำอย่างไร เพราะคำพิพากษาของแต่ละศาลอาจออกมาแตกต่างกันก็ได้ ดังนั้น กฎหมายภายในของแต่ละประเทศก็จะต้องมีบทบัญญัติเพื่อการนี้เอาไว้

การขัดกันแห่งเขตอำนาจศาล ไม่ได้หมายความว่าถึงอำนาจศาลของแต่ละประเทศขัดแย้งกัน หรือมิได้หมายความว่าถึงการใช้อำนาจศาลขัดแย้งกัน แต่หมายความว่าถึงการกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ที่มีองค์ประกอบต่างชาติเข้ามาพัวพัน และหากมีกรณีที่ศาลต่างประเทศหลายศาลพิจารณาคดีที่มีข้อเท็จจริงเดียวกัน คู่ความเดียวกัน ศาลควรจะมิวิธีแก้ไขอย่างไร เพื่อหลีกเลี่ยงผลของคำพิพากษาที่อาจไม่สอดคล้องกันได้ วิธีการแก้ไขดังกล่าวจะต้องกำหนดไว้ในกฎหมายบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจศาลในคดีที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างชาติ

2.3 การแก้การขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลตามระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์

เมื่อทราบถึงแนวคิดและสาเหตุของการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ ประเด็นต่อไปที่ควรพิจารณาคือแนวคิดเกี่ยวกับการแก้ไขการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาล ทุกประเทศจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลเพื่อเป็นทางออกให้แก่ศาลของประเทศตนและในขณะเดียวกันก็มีสนธิสัญญาระหว่างประเทศบางฉบับที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยเขตอำนาจศาล กฎหมายที่บังคับใช้และการยอมรับคำสั่งเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม ค.ศ. 1965⁶ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 1971 และพิธีสารเพิ่มเติม⁷ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำตัดสินเกี่ยวกับการอุปการะเลี้ยงดู ค.ศ. 1973⁸ เป็นต้น ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายภายในของแต่ละประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศต่างก็

⁶ Convention on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoption 1965

⁷ Convention on the Choice of Courts 1965 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters 1971 and Supplementary Protocol to the Convention on the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters 1971

⁸ Convention on the Recognition and Enforcement of Decisions relating to Maintenance Obligations 1973

มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาล แต่สิ่งที่น่าพิจารณาก็คือว่า อะไรเป็นแนวคิดหรือหลักการสำคัญของการบัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาล ทั้งนี้ การกำหนดเขตอำนาจศาลจะต้องสอดคล้องกับหลักการเรื่องเขตอำนาจรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง และเขตอำนาจศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างชาติจะต้องมีจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดกับรัฐนั้นๆ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

แนวคิดหรือหลักการสำคัญของการบัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลว่าศาลตนสมควรที่จะรับพิจารณาคดีที่เกิดจากสัญญาแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศที่นำมาฟ้องร้องต่อศาลตนหรือไม่ ได้แก่ หลัก *forum non conveniens* และ หลัก *lis alibi pendens* ซึ่งหลัก *forum non conveniens* นั้นเป็นที่รู้จักกันในประเทศกลุ่มระบบคอมมอนลอว์ ส่วนหลัก *lis alibi pendens* นั้นเป็นหลักที่ประเทศกลุ่มระบบซีวิลลอว์ใช้ ผู้เขียนจะขออธิบายเกี่ยวกับหลักดังกล่าวดังต่อไปนี้

2.3.1 ระบบคอมมอนลอว์

ตามที่กล่าวข้างต้นว่าหลัก *forum non conveniens* เป็นที่รู้จักกันในประเทศกลุ่มระบบคอมมอนลอว์โดยเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการพัฒนาโดยศาลต่างๆ ของประเทศสกอตแลนด์ในช่วงศตวรรษที่ 17 ต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 20 หลักกฎหมายดังกล่าวก็เป็นที่ยอมรับในประเทศหลักต่างๆ ที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ โดยหลักกฎหมายดังกล่าวอนุญาตให้ศาลที่มีเขตอำนาจสามารถปฏิเสธเขตอำนาจของตนเนื่องจากมีศาลอื่นในอีกประเทศหนึ่งที่มีเขตอำนาจศาลที่เหมาะสมมากกว่า⁹ เพราะถ้าคดีได้รับการพิจารณาในศาลของอีกประเทศหนึ่งจะเป็นการอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่คู่ความมากกว่า อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่า การบังคับตามหลักกฎหมายดังกล่าวจะมีความเหมือนหรือสอดคล้องกันในทุกประเทศระบบคอมมอนลอว์ กล่าวคือมีความเหมือนกันในวิธีการระดับประเทศ (national approaches) แต่มีความแตกต่างกันเกี่ยวกับกฎเกณฑ์พื้นฐานของเขตอำนาจศาล โดยที่ความแตกต่างของระบบกฎหมายทำให้หลัก *forum non conveniens* มีแนวความคิดที่ยุ่งยากมากขึ้นประกอบกับหลักดังกล่าวนี้ยังเป็นส่วนหนึ่งของปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินคดีซ้ำซ้อน (parallel litigation) ในระบบทางการศาลต่างๆ โดยหลักการพื้นฐานของหลัก *forum non conveniens* จะใช้บังคับเมื่อศาลต่างๆ ตั้งแต่สองระบบตุลาการขึ้น

⁹ Ronald A. Band and Scott R. Jablonski. *Forum Non Conveniens – History, Global Practice, and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*. (OXFORD University Press, 2007), Preface

ไปมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเดียวกัน และด้วยเหตุที่หลักดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการวิเคราะห์เขตอำนาจศาล เช่น ประเทศอังกฤษใน CPR 6.20 ของกฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความแพ่งของศาลฎีกา (เมื่อก่อนคือ คำสั่งที่ 11 กฎเกณฑ์ 1 (1) ของกฎเกณฑ์ของศาลฎีกา) ประเทศแคนาดาก็มีกรณีที่น่าหลัก *forum non conveniens* มาใช้วิเคราะห์ก่อนที่จะเริ่มตัดสินเรื่องเขตอำนาจศาลจนบางครั้งเรียกว่า “การวิเคราะห์ความสะดวกของศาล (*Forum Conveniens Analysis*)”¹⁰

ในสหราชอาณาจักรมีคดีที่สามารถนำมาใช้อ้างอิงเกี่ยวกับหลักนี้ได้ คือ คดี *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*¹¹ ในคดีดังกล่าวศาลอังกฤษกล่าวว่า การจำหน่ายคดีออกจากสารบบความจะได้รับอนุมัติตามหลัก *forum non conveniens* ก็ต่อเมื่อเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าศาลที่มีเขตอำนาจศาลอื่นเป็นศาลที่เหมาะสมแก่การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีมากกว่าเพื่อประโยชน์แก่คู่ความทุกฝ่ายและการอำนวยความสะดวกยุติธรรม¹² และผู้พิพากษา ลอร์ดกอฟฟ์ (Lord Goff) ได้แบ่งการวิเคราะห์หลัก *forum non conveniens* ออกเป็น 2 ส่วน ส่วนแรกมุ่งวิเคราะห์ถึงศาลที่เหมาะสม และส่วนที่สองมุ่งวิเคราะห์ถึงความยุติธรรม โดยภาระการพิสูจน์เบื้องต้นจะตกอยู่กับจำเลยซึ่งต้องแสดงให้เห็นว่าศาลอังกฤษเห็นว่ามีศาลอื่นซึ่งมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีและเป็นศาลที่เหมาะสมกว่าศาลอังกฤษ ถ้าจำเลยพิสูจน์ประเด็นนี้ได้ ภาระการพิสูจน์ต่อไปก็จะตกแก่โจทก์โดยโจทก์ต้องแสดงให้เห็นถึงเหตุผลแห่งความยุติธรรมที่ศาลไม่ควรจำหน่ายคดี¹³

ในสหรัฐอเมริกามีคดี *Piper Aircraft Co. v. Reyno*¹⁴ คดี *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*¹⁵ และคดี *Koster v. Lumbermens Mutual Casualty Co.*¹⁶ โดยทั่วไปศาลของมลรัฐและศาลของรัฐบาลกลางจะปฏิบัติตามคำตัดสินของศาลฎีกาใน 3 คดีนี้ซึ่งต่อมาได้มีการนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของบางมลรัฐ เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของมลรัฐลอสแอนเจลิส (L.A. Code Civ. Proc. ANN.) มาตรา 123 (ภาคผนวก 2005) กำหนดให้ศาลยกฟ้องคดีได้

¹⁰ Ibid. p. 1

¹¹ [1987] A.C. 460

¹² Ronald A. Band and Scott R. Jablonski. Forum Non Conveniens – History, Global Practice, and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreements. p. 3

¹³ [1987] A.C. 460, 478

¹⁴ 454 U.S. 235 (1981)

¹⁵ 330 U.S. 510 (1947)

¹⁶ 330 U.S. 518 (1947)

หากมีกรณีคล้ายคลึงกับมาตรฐานในคดี Piper คดี Gilbert และคดี Koster ของศาลรัฐบาลกลาง การวิเคราะห์ในคดีทั้งสามของสหรัฐอเมริกาคล้ายคลึงกับของสหราชอาณาจักร กล่าวคือ ศาลที่โจทก์นำคดีมาฟ้องอาจปฏิเสธไม่ใช้เขตอำนาจศาลของตน หากศาลดังกล่าวจะเป็นศาลที่ไม่สะดวกอย่างยิ่ง และมีศาลอื่นที่มีเขตอำนาจและมีความสมดุลระหว่างปัจจัยต่างๆ ที่ศาลสามารถใช้ในการตัดสินว่าคดีจะได้รับการพิจารณาด้วยความยุติธรรมอย่างสูงที่สุดหากศาลอื่นนั้นเป็นศาลที่มีเขตอำนาจและมีความสะดวกมากกว่า อย่างไรก็ตาม การวิเคราะห์ของสหรัฐอเมริกาก็มีความแตกต่างกับสหราชอาณาจักรตรงที่กระบวนการพิจารณาความของสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้ศาลสามารถพิจารณาถึงปัจจัยที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ (และผลประโยชน์ของเอกชน) และมีแนวโน้มว่าจะให้ความสำคัญต่อการที่โจทก์ตัดสินใจนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลท้องถิ่นหรือศาลภายในประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁷ และโดยปกติแล้วศาลรัฐบาลกลางหรือศาลมลรัฐอาจใช้เขตอำนาจของตนหากจำเลยมีจุดเกาะเกี่ยวที่แท้จริงกับประเทศสหรัฐอเมริกาแม้จุดเกาะเกี่ยวนั้นจะมีเพียงเล็กน้อยก็ตาม (minimum contact)¹⁸ ด้วยการประกอบธุรกิจที่ดินแดนอาณาเขตของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยไม่คำนึงถึงสถานประกอบธุรกิจของจำเลย¹⁹ แต่หากศาลใช้หลัก *forum non conveniens* ศาลก็อาจสั่งจำหน่ายคดีหากพบว่ามีศาลอื่นในต่างประเทศมีความเหมาะสมอย่างเพียงพอมากกว่า²⁰ ซึ่งศาลสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาถึงพยานหลักฐานต่างๆ ที่จะใช้ในคดีค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการ และปัจจัยอื่นๆ ที่ทำให้การพิจารณาคดีง่าย รวดเร็วและไม่เสียค่าใช้จ่ายสูง รวมถึงปัจจัยอีกอย่างหนึ่งที่จะควรได้รับการพิจารณาคือ ภาระของศาลที่อาจเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศ กระบวนการต่างๆ เหล่านี้ก็เพื่อให้แน่ใจว่าการที่โจทก์เลือกมาฟ้องร้องคดีต่อศาลสหรัฐอเมริกาไม่เป็นการไม่ยุติธรรมต่อจำเลย²¹ อย่างไรก็ตาม ในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายเอกรูปใดๆ ระหว่างมลรัฐต่างๆ เกี่ยวกับเขตอำนาจศาลและหลัก *forum non conveniens*

¹⁷ Ronald A. Band and Scott R. Jablonski. Forum Non Conveniens – History, Global Practice, and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreements. p. 4

¹⁸ Willibald Posch. The Effects of Jurisdictional Rules and Recognition Practice, Symposium : Resolving Business Disputes Through Litigation or Other Alternatives (2004) 26 Hous. J. International Law 363. p. 368

¹⁹ Ibid. p. 366

²⁰ Hannah L. Buxbaum. Forum Selection in International Contract Litigation : The Role of Judicial Discretion. (2004) 12 Williamette J. International Law & Dispute Resolution 185, p. 190

²¹ Ibid.

ในประเทศแคนาดามีคดี *Anchem Products Inc. v. British Columbia* (คณะกรรมการชดเชยสินไหมทดแทนของลูกจ้าง)²² โดยส่วนใหญ่ศาลฎีกาของประเทศแคนาดาจะปฏิบัติตามคำตัดสินของศาลสหรัฐอเมริกาในคดี *Gulf Oil Corp.* โดยอธิบายว่าหลัก *forum non conveniens* กับคดีซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับเขตอำนาจศาลของศาลต่างประเทศ ศาลแคนาดาจะทำการพิจารณาถึงปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของเอกชน (private interest) เพื่อใช้ในการตัดสินว่า “ต้องให้เป็นทีที่ระจ่างถึงความมีอยู่ของศาลที่เหมาะสมกว่าเพื่อนำมาแทนที่ศาลที่โจทก์เลือกนำคดีมาฟ้องร้อง”²³

ส่วนประเทศออสเตรเลียปฏิเสธที่จะพิจารณาถึง “ศาลที่เหมาะสม” ซึ่งใช้ในคดี *Spiliada* และเลือกที่จะใช้ข้อจำกัดตามประเพณีของตน กล่าวคือ จำเลยต้องแสดงให้ศาลเห็นว่าหากศาลที่โจทก์นำคดีมาฟ้องร้องรับพิจารณาคดีจะเป็นการรบกวนและบีบบังคับ (vexation and oppression) จำเลย²⁴ หรือแสดงให้เห็นว่าศาลประเทศออสเตรเลียเป็นศาลที่ไม่เหมาะสมอย่างชัดเจน²⁵

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่าหลัก *forum non conveniens* เป็นหลักที่ต้องใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณาว่าจะรับพิจารณาคดีที่มาฟ้องร้องยังศาลตนหรือไม่ ทำให้หลักดังกล่าวไม่เป็นที่ยอมรับในระบบซีวิลลอว์ และตามทีกล่าวมาแล้วข้างต้นว่าประเทศในระบบ ซีวิลลอว์จะนำหลักที่เรียกว่า “*lis alibi pendens*” มาใช้ในการพิจารณาว่าจะรับพิจารณาคดีที่โจทก์นำมาฟ้องร้องต่อศาลหรือไม่

2.3.2 ระบบซีวิลลอว์

ตามทีกล่าวมาแล้วข้างต้นว่าหลัก *lis alibi pendens* เป็นหลักที่ประเทศกลุ่มระบบซีวิลลอว์ใช้ในการพิจารณาว่าศาลตนสมควรรับพิจารณาคดีหรือไม่ โดยมีหลักการว่าศาลที่รับคำฟ้องจะไม่รับพิจารณาคดีหากพบว่ามีศาลต่างประเทศอื่นรับพิจารณาคดีไว้แล้ว (first-come, first-served rule)

²² [1993] 1 S.C.R. 897

²³ [1993] 1 S.C.R. 897, 921

²⁴ *Oceanic Sun Line Special Shipping Co., Inc. v Fay*, [(1988) 165 C.L.R. 197]

²⁵ *Voth v. Manildra Flour Mills Pty. Ltd.* [(1990) 171 C.L.R. 538]

เราควรทำความเข้าใจก่อนว่าระบบซีวิลลอว์เป็นระบบกฎหมายที่ต้องการประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความที่สามารถคาดหมายได้ (predictability) และให้ดุลพินิจแก่ผู้พิพากษา น้อยที่สุด จึงเป็นเรื่องปกติหากมีการฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลที่มีเขตอำนาจของระบบกฎหมายดังกล่าวศาลนั้นก็จำเป็นต้องใช้เขตอำนาจของตนในการรับพิจารณาคดี แต่ตามหลัก *lis alibi pendens* เป็นหลักกฎหมายที่ทำให้ศาลนั้นจำเป็นต้องยอมให้ศาลอื่นซึ่งเป็นศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำคดีไปฟ้องร้องก่อนเป็นศาลที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี (หมายความว่าศาลใดที่รับคำฟ้องของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก่อนจะเป็นศาลที่ชนะในการแข่งขันเรื่องเขตอำนาจศาล) อันเป็นหลักที่แตกต่างจากระบบคอมมอนลอว์ซึ่งใช้หลัก *forum non conveniens* โดยยอมให้มีการดำเนินคดีซ้ำซ้อน (parallel litigation) และยินยอมให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจของตนในการปฏิเสธไม่ใช้เขตอำนาจศาลของตนหากศาลนั้นเห็นว่าเหมาะสม²⁶

ผู้เขียน เห็นว่าการจะอธิบายเกี่ยวกับหลัก *lis alibi pendens* ว่าเป็นอย่างไรให้ดีขึ้น จำต้องพิจารณาถึงแนวความคิดของประเทศต่างๆ ได้แก่ ประเทศเยอรมนี ประเทศญี่ปุ่นและกลุ่มสหภาพยุโรปเกี่ยวกับหลักดังกล่าวเปรียบเทียบกับหลัก *forum non conveniens* ดังนั้น**ผู้เขียน**ขออธิบายโดยสรุปดังนี้

ในประเทศเยอรมนี²⁷ หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งระหว่างประเทศของเยอรมัน กำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้ว่าในกรณีที่มีการฟ้องร้องคดีเดียวกันซึ่งมีคู่ความรายเดียวกันและมูลแห่งคดีเดียวกันทั้งในศาลเยอรมันและศาลต่างประเทศ ศาลเยอรมันที่รับคำฟ้องอันเป็นศาลที่รับคำฟ้องที่หลังต้องจำหน่ายคดีเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดกรณีคำพิพากษาของศาลเยอรมันและศาลต่างประเทศขัดกัน หลักกฎหมายดังกล่าวกำหนดไว้อย่างเด็ดขาด กล่าวคือ หากมีข้อเท็จจริงปรากฏแก่ศาลว่า คดีเดียวกันนั้นคู่ความได้นำไปฟ้องร้องต่อศาลต่างประเทศไว้ก่อนแล้ว ศาลเยอรมันต้องจำหน่ายคดี ศาลเยอรมันไม่สามารถใช้ดุลพินิจเป็นประการอื่น อย่างไรก็ตาม ศาลเยอรมันก็มีได้ใช้หลักดังกล่าวนี้อย่างเข้มงวดนัก เนื่องจากศาลเยอรมันจะจำหน่ายคดีก็ต่อเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าคำพิพากษาของศาลต่างประเทศจะได้รับการยอมรับและบังคับตามในประเทศอื่นๆ หรือในประเทศเยอรมนีเองอย่างมีประสิทธิภาพ อันเป็นการบรรเทาความเดือดร้อน

²⁶ Ronald A. Brand & Scott R. Jablonski. Forum Non Conveniens History, Global Practice, and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreements. p. 121

²⁷ โปรดดู Alexander Reus. Judicial Discretion : A Comparative View of the Doctrine of Forum Non Conveniens in the United States, the United Kingdom and Germany., 16 LOY. L.A.INT'L & COMP.L.J. p. 455, 490-509 (1994)

หรือเยียวความเสียหายให้แก่โจทก์หรือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา นอกจากนี้ จากการศึกษาของ **ผู้เขียนพบว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่กำหนดอนุญาตให้ศาลเยอรมันสามารถใช้หลัก *forum non conveniens* และใช้ดุลพินิจในการรับพิจารณาคดีตามหลัก *forum non conveniens* ได้²⁸ อย่างไรก็ตาม ศาลเยอรมันบางศาลก็ปฏิเสธไม่ใช้เขตอำนาจศาลของตนในการรับพิจารณาคดีโดยให้เหตุผลคล้ายคลึงกับหลัก *forum non conveniens* เช่น คดีเมื่อปี ค.ศ. 1961 ศาลนูแรมเบิร์กปฏิเสธการใช้เขตอำนาจของตนเมื่อพบว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลอื่นจะทำให้คู่ความเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่า²⁹ และคดีปี ค.ศ. 1976 ศาลแฮมเบิร์กก็ปฏิเสธไม่ใช้เขตอำนาจของตนเช่นกันโดยให้เหตุผลว่าต้องมี “องค์ประกอบเกี่ยวข้องกับประเทศเยอรมนีอย่างเพียงพอ” ที่จะทำให้สามารถยอมรับข้อตกลงเลือกศาลได้ มิฉะนั้นจะถือว่าข้อตกลงเลือกศาลนั้นเป็นเพียงข้อสันนิษฐานต่อความเหมาะสมของศาล³⁰ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมันมาตรา 101 (1) ยังมีบทบัญญัติที่บัญญัติเพื่อป้องกันมิให้มีการควบคุมการวินิจฉัยตัดสินคดีของผู้พิพากษาโดยบัญญัติว่า “ไม่มีผู้ใดจะได้รับการเพิกถอนจากเขตอำนาจศาลที่ถูกต้องตามกฎหมาย”³¹ จนบางครั้งก็มีการกล่าวกันว่ากรณีที่ศาลยกฟ้องไม่รับพิจารณาคดีตามหลัก *forum non conveniens* เป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม หรือ *court is the last resort* อันเป็นหลักการที่เกิดมาจากแนวความคิดที่ว่ารัฐต้องปกครองโดยหลักนิติธรรม หรือ *Rule of Law*³² ประเทศเยอรมนียังเชื่อว่ากฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลต้องมีความแน่นอนชัดเจนและสามารถคาดหมายได้และการยอมรับหลัก *forum non conveniens* มาสู่ระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งเป็นหลักที่ขึ้นอยู่กับผลประโยชน์หรือความมีส่วนได้เสียของเขตอำนาจศาลจะเป็นการทำลายระบบกฎหมายเยอรมันอย่างมาก³³**

ส่วนประเทศญี่ปุ่น เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับใช้หลัก *lis alibi pendens* ไว้โดยเฉพาะ ซึ่งจากการศึกษาของผู้เขียนพบว่าประเทศญี่ปุ่นเองก็มีแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องเขตอำนาจศาลที่เคร่งครัดคล้ายคลึงกับประเทศในระบบซีวิลลอว์ทั้งหลาย รวมถึงประเทศ

²⁸ Haimo Schack. *Germany*, in *Declining Jurisdiction in Private International Law*. James J. Fawcett ed., 1995, p. 189-190

²⁹ Oberlandesgericht Nuremberg, IPRspr. 1960/61 No. 207; 1961 AWD 18

³⁰ Landgericht Hamberg, *Recht der Internationalen Wirtschaft [RIW]*, 22 (1976) 228

³¹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (German Federal Constitution), article 101

³² Alexander Reus. *Judicial Discretion : A Comparative View of the Doctrine of Forum Non Conveniens in the United States, the United Kingdom and Germany.*, p. 455, 505

³³ Haimo Schack. *Germany*, in *Declining Jurisdiction in Private International Law.*, p. 189, 194

เยอรมนี³⁴ ถึงกระนั้นก็ตาม ประเทศญี่ปุ่นก็มีคดีที่ศาลตัดสินโดยใช้หลักกฎหมายคล้ายคลึงกับหลัก *forum non conveniens* ของระบบคอมมอนลอว์แต่ศาลญี่ปุ่นใช้คำเรียกแตกต่างออกไปโดยเรียกว่าหลัก “สถานการณ์พิเศษ (special circumstance)” กล่าวคือในคดี Sei Mukoda v. Boeing³⁵ คดีมีข้อเท็จจริงว่าครอบครัวของผู้เคราะห์ร้ายหรือผู้ประสบอุบัติเหตุทางเครื่องบินที่เกิดขึ้นในไต้หวันของสายการบินไต้หวันได้ยื่นฟ้องร้องดำเนินคดีเอา กับบริษัทของอเมริกา 2 บริษัท (Boeing และ United Airlines) ต่อศาลญี่ปุ่น (ศาลแขวงโตเกียว) ซึ่งศาลดังกล่าวตัดสินว่า “ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดว่าสถานที่พิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ที่ไม่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศโดยมีองค์ประกอบเกี่ยวข้องกับประเทศญี่ปุ่นเท่านั้น คดีจะต้องได้รับการดำเนินการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามหลักแห่งความยุติธรรมและตามเหตุผลในการคงไว้ซึ่งเขตอำนาจศาลของศาลญี่ปุ่น เว้นแต่จะพบว่าสถานการณ์พิเศษ”³⁶ ศาลญี่ปุ่นยังพบว่าเป็นการยากที่จะรับประกันว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาในประเทศญี่ปุ่นจะเป็นธรรมแก่คู่ความ เนื่องจากพยานหลักฐานสำคัญในคดีอยู่ที่ไต้หวันและไม่สามารถนำมาสืบพยานได้เพราะประเทศญี่ปุ่นไม่มีความสัมพันธ์ทางการทูตกับไต้หวัน โดยศาลญี่ปุ่นมุ่งไปที่ปัจจัย 4 ประการต่อไปนี้ในการพิจารณาว่าเป็นการยุติธรรมหรือไม่ที่จะดำเนินกระบวนการต่อไปในประเทศญี่ปุ่น (1) ศาลไต้หวันจะมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ยกฟ้องคดีด้วยเหตุที่คดีไม่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศทำให้ศาลไต้หวันไม่มีเขตอำนาจหรือไม่³⁷ (2) ค่าใช้จ่ายที่โจทก์ต้องเสียในการฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลไต้หวันโจทก์มีเพียงพอหรือไม่ (3) ศาลไต้หวันจะมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ยกฟ้องคดีด้วยเหตุที่ขาดอายุความหรือไม่ และ (4) โจทก์จะสามารถดำเนินการบังคับคดีตามคำพิพากษาที่ได้รับในเขตอำนาจศาลไต้หวันได้หรือไม่³⁸ ในคดีดังกล่าวศาลญี่ปุ่นพิพากษายกฟ้องคดีโจทก์เนื่องจาก “สถานการณ์พิเศษ” ทำให้การใช้เขตอำนาจศาลของศาลญี่ปุ่นไม่เหมาะสม³⁹ ซึ่ง Ronald A. Brand และ Scott R. Jablonski (นักกฎหมายชาวอเมริกา) เห็นว่าหลักสถานการณ์พิเศษของญี่ปุ่นนี้มีความคล้ายคลึงกับหลัก *forum non conveniens* ของระบบคอมมอนลอว์ที่ใช้

³⁴ โปรดดู Masato Daguchi. *Japan*, in *Declining Jurisdiction in Private International Law*. James J. Fawcett ed., 1995. p. 303

³⁵ Sei Mukoda v. The Boeing Co., 604 HANREI TAIMAZU 138 (Tokyo Dist. Ct., June 20, 1986), reprinted in 31 JAPANESE ANN. INT'L. 216 (1988)

³⁶ Ibid. 216, 217

³⁷ Ibid. 218

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid. 216, 219

กันในสหราชอาณาจักร ประเทศแคนาดาและประเทศออสเตรเลีย⁴⁰ โดยผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของทั้งสองท่านและยังเห็นด้วยว่าเหตุผลที่ศาลญี่ปุ่นใช้ปัจจัยดังกล่าวหรือหลักสถานการณ์พิเศษนั้นในการพิจารณาว่าจะรับพิจารณาคดีที่โจทก์ฟ้องร้องหรือไม่ ศาลญี่ปุ่นได้พิจารณาถึงประโยชน์เอกชน (private interest) กล่าวคือ คู่ความจะได้รับประโยชน์อย่างไรหรือไม่จากการที่คดีได้รับการพิจารณาพิพากษาในศาลญี่ปุ่น ซึ่งปัจจัยเกี่ยวกับประโยชน์เอกชนเหล่านี้ รวมถึงความยากง่ายในการเข้าถึงพยานหลักฐานที่จะนำมาใช้ในการพิสูจน์คดี กระบวนการที่มีประสิทธิภาพในการบังคับพยานบุคคลซึ่งไม่เต็มใจมาศาล ค่าใช้จ่ายในการนำพยานบุคคลดังกล่าวมาศาล การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษา ข้อได้เปรียบอื่นๆ รวมถึงอุปสรรคขัดขวางต่อความยุติธรรมที่เหมาะสมและการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่ทันต่อเวลา⁴¹ อย่างไรก็ตาม หลักสถานการณ์พิเศษของศาลญี่ปุ่นก็มีความแตกต่างจากหลัก *forum non conveniens* กล่าวคือ ศาลญี่ปุ่นไม่สามารถพิพากษาหรือมีคำสั่งยกฟ้องโจทก์โดยมีเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่ง สิ่งที่ศาลญี่ปุ่นสามารถกระทำได้คือ ยืนยันว่าจะใช้เขตอำนาจของตนในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีจนเสร็จสิ้นหรือพิพากษาหรือมีคำสั่งยกฟ้องโจทก์⁴² ซึ่งในคดี *Sei Mukoda v. Boeing* ศาลญี่ปุ่นพิพากษายกฟ้องโจทก์แต่ก็ได้ให้เหตุผลว่าที่ยกฟ้องเนื่องจากมีศาลอีกศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีความเหมาะสมมากกว่า⁴³ แต่อย่างไรก็ตาม

ส่วนประเทศกลุ่มยุโรป กฎเกณฑ์กรุงบรัสเซลส์ (Brussels Regulation)⁴⁴ อันเป็นบทบัญญัติที่มาแทนอนุสัญญายุโรปว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการบังคับตามคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์ หรืออนุสัญญากรุงบรัสเซลส์ (European Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters)⁴⁵ บทบัญญัติส่วนมากใน

⁴⁰ Ronald A. Brand & Scott R. Jablonski. *Forum Non Conveniens History, Global Practice, and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*. p. 125

⁴¹ โปรดดู Masato Doguchi. *The Hague Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters from the Perspective of Japan*. 3 JAPANESE Y.B. PRIV. INT'L L. 80, 89 (2001)

⁴² *Ibid.* 80, 90

⁴³ *Ibid.* 303, 310

⁴⁴ Council Regulation 44/2001/EC of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 2001 O.J. Eur. Comm. (L 12) 1.

⁴⁵ ทำ ณ กรุงบรัสเซลส์ เมื่อวันที่ 27 กันยายน ค.ศ. 1968 O.J. Eur. Comm. C 27/1 ฉบับลงวันที่ 26 มกราคม ค.ศ. 1998 (ฉบับรวบรวมและฉบับล่าสุดของอนุสัญญา ค.ศ. 1968 และพิธีสาร ค.ศ. 1971 รวมถึงการภาคยานุวัติของประเทศออสเตรเลีย ประเทศฟินแลนด์และประเทศสวีเดน เมื่อปี ค.ศ. 1996) อนุสัญญาฉบับนี้ทำ

กฎเกณฑ์กรุงบรัสเซลส์เหมือนกับบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงบรัสเซลส์และมีผลบังคับใช้ทั่วทั้งสหภาพยุโรปเสมือนเป็นกฎหมายภายในโดยกำหนดวิธีการที่เกี่ยวกับเรื่องเขตอำนาจศาลและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษา โดยกฎเกณฑ์กรุงบรัสเซลส์มีได้บัญญัติเกี่ยวกับหลัก *forum non conveniens* เลยจึงเท่ากับว่าห้ามมิให้มีการใช้หลักดังกล่าวภายในระบบของสหภาพยุโรป ประกอบกับมาตรา 23 ของกฎเกณฑ์กำหนดเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลตามข้อตกลงเลือกศาลและมาตรา 27 ของกฎเกณฑ์ที่กำหนดเกี่ยวกับหลัก *lis alibi pendens* ว่าเมื่อมีกระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวข้องกับมูลคดีเดียวกันระหว่างคู่ความเดียวกันในศาลต่างๆ กันของประเทศสมาชิก ศาลอื่นใดนอกเหนือจากศาลที่รับคำฟ้องไว้เป็นศาลแรกจำต้องจำหน่ายคดีชั่วคราวจนกว่าศาลที่รับคำฟ้องไว้เป็นศาลแรกจะสั่งว่าศาลตนมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีที่นำมาฟ้องร้อง และเมื่อศาลที่รับคำฟ้องไว้เป็นศาลแรกสั่งว่าศาลตนมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี ศาลอื่นใดนอกเหนือจากศาลดังกล่าวจำต้องปฏิเสธไม่ใช้เขตอำนาจของตน⁴⁶ กฎเกณฑ์นี้ของสหภาพยุโรปก่อให้เกิดการแข่งขันนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาล กล่าวคือ ศาลที่รับคำฟ้องไว้เป็นศาลแรกจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีและหากมีการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลอื่นของประเทศสมาชิกหลังจากนั้น ศาลอื่นนั้นจำต้องสั่งจำหน่ายคดีชั่วคราวและท้ายที่สุดก็มีคำสั่งยกฟ้องเพื่อให้คดีได้รับการพิจารณาพิพากษาในศาลที่รับคำฟ้องไว้เป็นศาลแรก⁴⁷ ความสำคัญของหลักการในมาตรา 27 ปรากฏชัดในคดี Gasser⁴⁸ โดยศาลที่พิจารณาคดีให้หลักบรรทัดฐานแก่หลัก *lis alibi pendens* เกี่ยวกับการยอมรับข้อตกลงเลือกศาลระหว่างคู่สัญญา กล่าวคือ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลอิตาลีก่อนจากนั้นคู่สัญญาอีกฝ่ายก็นำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลออสเตรียซึ่งเป็นศาลที่ได้รับการเลือกตามข้อตกลงเลือกศาล ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปตัดสินว่าเนื่องจากมาตรา 21 ของอนุสัญญากรุงบรัสเซลส์ (ซึ่งบัญญัติไว้เช่นเดียวกับมาตรา 27 ของกฎเกณฑ์บรัสเซลส์) กำหนดว่า “ศาลที่รับคำฟ้องทีหลังซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามข้อตกลงเลือกศาลจำต้องสั่งจำหน่ายคดีชั่วคราวจนกว่าศาลที่รับคำฟ้องเป็นศาลแรกจะมีคำสั่งว่าศาลตนไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี” และแม้ “ศาลของประเทศภาคีที่รับคำฟ้องเป็นศาลแรกจะใช้ระยะเวลาในการพิจารณาตัดสินว่าศาลตนมีเขตอำนาจรับพิจารณาคดียาวนานมากก็ตาม” และจากการที่ศาลอิตาลีมีชื่อเสียงว่าเป็นศาลที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีช้ากว่าจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งทำให้เกิดกลยุทธ์ที่เรียกว่า “ตอร์ปิโดอิตาลี (Italian Torpedo)” คือ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งนำ

ขึ้นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1968 โดยประเทศสมาชิกดั้งเดิม 6 ประเทศของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Community : EEC) และมีผลบังคับใช้กับประเทศสมาชิกทั้งหมด

⁴⁶ Brussels Regulation, 2001 O.J. Eur. Comm. (L 12), art. 27

⁴⁷ Ibid. art. 28, 29 & 30

⁴⁸ Case C-116/02, Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl., [2003] E.C.R.I-14693 (9 Dec. 2003)

คดีมาฟ้องร้องต่อศาลอิตาลีก่อนเป็นศาลแรกเพื่อขัดขวางมิให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลอื่น หรือถึงแม้จะมีการฟ้องร้องต่อศาลอื่นก็ตาม ศาลอื่นดังกล่าวจำต้องรองจนกว่าศาลอิตาลีจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งอย่างใด⁴⁹

จากที่อธิบายข้างต้นผู้เขียนสามารถสรุปเกี่ยวกับหลัก *forum non conveniens* และหลัก *lis alibi pendens* ได้ว่าในระบบคอมมอนลอว์วิธีการที่ศาลใช้ในการปฏิเสธเขตอำนาจศาลจะมุ่งไปที่ศาลที่มีเขตอำนาจศาลและมีความเหมาะสมในการพิจารณาคดีโดยเข้าใจว่าการใช้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับเขตอำนาจศาลเท่านั้นมิได้ทำให้คดีได้รับการพิจารณาอย่างเหมาะสมที่สุด ดังนั้น ตามหลัก *forum non conveniens* ศาลในระบบกฎหมายนี้จึงมีหน้าที่ใช้ดุลพินิจที่จะปฏิเสธไม่ใช้เขตอำนาจของตนแม้ว่าศาลนั้นจะเป็นศาลที่สมควร ส่วนในระบบซีวิลลอว์วิธีการใช้เขตอำนาจศาลที่เคร่งครัดกว่า ศาลต่างๆ ไม่มีหน้าที่ใช้ดุลพินิจที่จะปฏิเสธไม่ใช้เขตอำนาจของตนหากศาลนั้นเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษา กล่าวคือ ทันทที่มีมีการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลอย่างถูกต้อง ศาลดังกล่าวมีหน้าที่ที่จะต้องใช้เขตอำนาจของตนในการดำเนินกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีเว้นแต่มีศาลต่างประเทศอื่นรับพิจารณาคดีไว้แล้ว ดังนั้น ตามหลัก *lis alibi pendens* ของระบบกฎหมายนี้กำหนดให้ศาลที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดีที่หลังต้องปฏิเสธไม่ใช้เขตอำนาจเพื่อให้ศาลที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดีเป็นศาลแรกดำเนินกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดี⁵⁰ หรืออีกนัยหนึ่งระบบซีวิลลอว์ให้ความสำคัญต่อการที่ศาลอื่นๆ ยอมรับการใช้เขตอำนาจของศาลที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดีเป็นศาลแรกโดยประสงค์ให้คดีได้รับการพิจารณาพิพากษาในศาลที่แน่นอนและมีประสิทธิภาพมากกว่า ส่วนระบบคอมมอนลอว์ให้ความสำคัญต่อคำพิพากษาโดยประสงค์ให้คดีได้รับผลลัพธ์ที่ยุติธรรมจากการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลที่เหมาะสมที่สุด

⁴⁹ โปรดดู Trevor C. Hartley. The European Union and the Systematic Dismasting of Common Law of Conflict of Laws. 15 INT'L COMP. L.Q. 813, 815 – 821 (2005)

⁵⁰ โปรดดู Gregoire Audrieux. Declining Jurisdiction in a Future International Convention on Jurisdiction Judgments – How Can We Benefit from Past Experiences in Conciliating the Two Doctrines of Forum Non Conveniens and Lis Pendens?. 27 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 323, 332 – 326 (2005)

2.4 ข้อตกลงเลือกศาลเป็นเขตอำนาจศาลกรณีพิเศษ

ถึงแม้จะมีการแก้ไขการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลในระบบคอมมอนลอร์และระบบซีวิลลอร์โดยการใช้หลัก *forum non conveniens* และ *lis alibi pendens* ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่ก็ยังมีกรณีที่ทำให้ไม่ต้องอยู่ใต้บังคับของหลักดังกล่าว กล่าวคือ การที่คู่สัญญาทำข้อตกลงเลือกศาลเนื่องจากข้อตกลงเลือกศาลเป็นเขตอำนาจศาลกรณีพิเศษที่คู่สัญญาตกลงกันว่าจะนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลใดไม่ว่าข้อพิพาทนั้นจะเกิดขึ้นหรือยังไม่ได้เกิดขึ้นก็ตาม ซึ่งมีใช้การเปลี่ยนแปลงหรือตกลงเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจศาลแต่ประการใด หากแต่เป็นเรื่องที่คู่กรณีประสงค์จะตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของประเทศใดประเทศหนึ่ง และนานาประเทศต่างก็ให้การยอมรับและบังคับตามซึ่งผู้เขียนจะกล่าวต่อไปในบทที่ 3⁵¹

จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่า ความแตกต่างระหว่างหลัก *forum non conveniens* และหลัก *lis alibi pendens* นี้เป็นสิ่งแรกๆ ที่ที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Hague Conference on Private International Law) ทำการพิจารณาเพื่อให้จุดกึ่งกลางหรือการผสมผสานที่ลงตัว โดยตามรายงานเมื่อปี ค.ศ. 1999 ของ Peter Nygh และ Fausto Pocar⁵² เกี่ยวกับร่างเบื้องต้นของอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล (เดิมที่ประชุมกรุงเฮกฯ เรียกว่า “อนุสัญญาว่าด้วยเขตอำนาจศาลและคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์”) ได้อธิบายถึงปัญหาหรือจุดกึ่งกลางหรือการผสมผสานว่า

“ระบบซีวิลลอร์และระบบคอมมอนลอร์พัฒนากฎในการจัดการกับปัญหานี้และกลไกของระบบซีวิลลอร์ คือ หลัก *lis alibi pendens* ซึ่งขึ้นอยู่กับกรเริ่มฟ้องร้องดำเนินคดีก่อนและข้อดีของหลักนี้ก็คือความแน่นอน ส่วนข้อเสียคือความเคร่งครัดและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (จำเลย) ก็สามารถฝ่าฝืนหลักดังกล่าวโดยนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลอื่นก่อน หรือที่เรียกกันว่า “คำประกาศคัดค้าน (negative declaration)” หน้าที่ของตน ส่วนกลไกของระบบคอมมอนลอร์ คือ หลัก *forum non conveniens* ซึ่งประสงค์ให้คดีได้รับการพิจารณาพิพากษาในศาลที่มีเขตอำนาจ “โดยสภาพ” หรือ “เหมาะสมมากกว่า” โดยศาล

⁵¹ โปรดดู บทที่ 3 ข้อ 3.1.3 (ข้อตกลงเลือกศาลเป็นหลักปฏิบัติที่ยอมรับโดยทั่วไป)

⁵² โปรดดู Peter Nygh and Fausto Pocar. Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters. Preliminary Document No. 11 (adopted by Special Commission. (The Netherlands : Hague Conference on Private International Law, August 2000). p. 85

ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเป็นศาลที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดีเป็นศาลแรกและข้อดีของหลักนี้คือ ความยืดหยุ่นและความสามารถในการปรับให้เข้ากับสถานการณ์ของแต่ละคดี ส่วนข้อเสียก็คือ การขาดความแน่นอนและความคาดหมายได้⁵³

หลังจากการโต้เถียงที่ยาวนาน คณะกรรมาธิการพิเศษ (Special Commission) ก็ยอมรับจุดกึ่งกลางหรือการผสมผสานระหว่างหลัก *lis alibi pendens* และการที่ศาลปฏิเสธไม่ใช้เขตอำนาจของตนในสถานการณ์ที่แน่นอนตามที่กำหนดโดยจะเห็นได้จากบทบัญญัติของมาตรา 21⁵⁴

⁵³ Ibid. (อ้างถึงใน Ronald A. Brand & Scott R. Jablonski. Forum Non Conveniens History, Global Practice, and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreements. p. 149)

⁵⁴ Article 21 Lis pendens

- “1. When the same parties are engaged in proceedings in courts of different Contracting States and when such proceedings are based on the same causes of action, irrespective of the relief sought, the court second seised shall suspend the proceedings if the court first seised has jurisdiction and is expected to render a judgment capable of being recognised under the Convention in the State of the court second seised, unless the latter has exclusive jurisdiction under Article 4 or 12.
2. The court second seised shall decline jurisdiction as soon as it is presented with a judgment rendered by the court first seised that complies with the requirements for recognition or enforcement under the Convention.
3. Upon application of a party, the court second seised may proceed with the case if the plaintiff in the court first seised has failed to take the necessary steps to bring the proceedings to a decision on the merits or if that court has not rendered such a decision within a reasonable time.
4. The provisions of the preceding paragraphs apply to the court second seised even in a case where the jurisdiction of that court is based on the national law of that State in accordance with Article 17.
5. For the purpose of this Article, a court shall be deemed to be seised –
 - a) when the document instituting the proceedings or an equivalent document is lodged with the court, or
 - b) if such document has to be served before being lodged with the court, when it is received by the authority responsible for service or served on the defendant.
6. If in the action before the court first seised the plaintiff seeks a determination that it has no obligation to the defendant, and if an action seeking substantive relief is brought in the court second seised –

และมาตรา 22⁵⁵ ของร่างเบื้องต้นอนุญาตให้ด้วยเขตอำนาจศาลและคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ (Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and

-
- a) the provisions of paragraphs 1 to 5 above shall not apply to the court second seised, and
 - b) the court first seised shall suspend the proceedings at the request of a party if the court second seised is expected to render a decision capable of being recognised under the Convention.
7. This Article shall not apply if the court first seised, on application by a party, determines that the court second seised is clearly more appropriate to resolve the dispute, under the conditions specified in Article 22.”

⁵⁵ Article 22 Exceptional circumstances for declining jurisdiction

- “1. In exceptional circumstances, when the jurisdiction of the court seised is not founded on an exclusive choice of court agreement valid under Article 4, or on Article 7, 8 or 12, the court may, on application by a party, suspend its proceedings if in that case it is clearly inappropriate for that court to exercise jurisdiction and if a court of another State has jurisdiction and is clearly more appropriate to resolve the dispute. Such application must be made no later than at the time of the first defence on the merits.
2. The court shall take into account, in particular –
- a) any inconvenience to the parties in view of their habitual residence;
 - b) the nature and location of the evidence, including documents and witnesses, and the procedures for obtaining such evidence;
 - c) applicable limitation or prescription periods;
 - d) the possibility of obtaining recognition and enforcement of any decision on the merits.
3. In deciding whether to suspend the proceedings, a court shall not discriminate on the basis of the nationality or habitual residence of the parties.
4. If the court decides to suspend its proceedings under paragraph 1, it may order the defendant to provide security sufficient to satisfy any decision of the other court on the merits. However, it shall make such an order if the other court has jurisdiction only under Article 17, unless the defendant establishes that sufficient assets exist in the State of that other court or in another State where the court’s decision could be enforced.
5. When the court has suspended its proceedings under paragraph 1,

Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters) หรือที่เรียกว่า “ร่างอนุสัญญา ค.ศ. 1999”

ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติในมาตรา 21 และ 22 ของร่างอนุสัญญา ค.ศ. 1999 แสดงให้เห็นถึงจุดกึ่งกลางหรือการผสมผสานระหว่างหลัก *lis alibi pendens* ของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่เคร่งครัดและหลัก *forum non conveniens* ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่อนุญาตให้ศาลใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง อีกทั้งยังเป็นการแสดงให้เห็นถึงความพยายามที่จะทำให้ผลลัพธ์ของคดี หรือการฟ้องร้องดำเนินในศาลที่คาดหมายได้และเป็นการหลีกเลี่ยงการดำเนินคดีซ้ำซ้อนโดยการให้ความสำคัญแก่ศาลที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดีเป็นศาลแรก อย่างไรก็ตาม ก็ยอมรับว่าหลัก *lis alibi pendens* ที่เคร่งครัดก็ขึ้นอยู่กับว่ามีการฝ่าฝืนของคู่สัญญาที่นำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลที่มีความเหมาะสมน้อยกว่า หรือเป็นไปได้ว่าศาลที่พิจารณาคดีจะใช้เวลานานกว่าจะมีคำพิพากษา นอกจากนี้ ศาลที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดีเป็นศาลแรกยังสามารถปฏิเสธไม่ใช้เขตอำนาจของตนแต่ก็ในสถานการณ์ที่จำกัดมากกว่าที่เป็นอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ ดังนั้นจึงดูเหมือนว่าผลลัพธ์ที่ได้จากร่างอนุสัญญา ค.ศ. 1999 จะช่วยรักษาข้อดีของทั้ง 2 หลักแต่จำกัดความเคร่งครัดที่มากเกินไปของหลัก *lis alibi pendens* และการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางเกินไปของหลัก *forum non conveniens*

2.4.1 สัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศเท่านั้นจึงจะสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้

โดยปกติสัญญาที่สามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้คือสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศ (มีจุดเกาะเกี่ยวตั้งแต่สองประเทศขึ้นไป) เช่น สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (International Sale of Goods Contract) เนื่องจากเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเอกชนและเป็นการเคารพหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา เหตุผลที่คู่สัญญา (เอกชน) ไม่สามารถทำข้อตกลงเลือกศาลในเรื่องทางอาญาและมหาชนก็เนื่องจากเรื่องดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจอรัฐ เช่น กฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายที่

-
- a) it shall decline to exercise jurisdiction if the court of the other State exercises jurisdiction, or if the plaintiff does not bring the proceedings in that State within the time specified by the court, or
 - b) it shall proceed with the case if the court of the other State decides not to exercise jurisdiction.”

กำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิดและมีบทลงโทษอย่างไรเพื่อที่องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจักได้ใช้อำนาจตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการจับกุมผู้กระทำความผิดมาฟ้องร้องดำเนินคดี อันเป็นการควบคุมสังคมโดยรวม หรือกฎหมายภาษีซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่แก่ผู้มีเงินได้หรือส่วนได้เสียในการเสียภาษีและให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการจัดเก็บภาษีเช่นกัน หรือกฎหมายปกครองก็เป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่และให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่หรือองค์กรของรัฐในการปฏิบัติราชการ เป็นต้น ซึ่งไม่สมควรให้คู่สัญญา (เอกชน) ทำความตกลงใดๆ เกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีในเรื่องดังกล่าว เช่น ศาลในสหรัฐอเมริกาที่เหมือนกับศาลในประเทศอื่นที่เคารพต่อหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาในสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างคู่สัญญาเอกชนและยอมรับข้อตกลงเลือกศาลที่ทำโดยถูกต้องเหมาะสม ซึ่งในคดี Bremen⁵⁶ มีข้อตกลงเลือกศาลกำหนดให้ศาลยุติธรรมในกรุงลอนดอนเป็นศาลที่ได้รับการเลือกโดยที่ศาลฎีกาตัดสินอย่างชัดเจนโดยการยอมรับข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศ

2.4.2 ประเภทของข้อพิพาทที่ไม่สามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้

แม้ว่าโดยปกติแล้วสัญญาที่สามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้คือสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าคู่สัญญา (เอกชน) จะสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลในเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์ได้ทั้งหมด กล่าวคือ มีเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์บางประการที่คู่สัญญาไม่สามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้ เนื่องจากเรื่องบางเรื่องมีความเกี่ยวข้องกับประเทศใดประเทศหนึ่งโดยตรง หรือเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของสังคมโดยรวม (social security) ของประเทศนั้นๆ กล่าวคือ ศาลของประเทศดังกล่าวมีเขตอำนาจเฉพาะ (specific jurisdiction) และจากการศึกษาของผู้เขียนพอที่จะยกตัวอย่างเรื่องที่ไม่สามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้ดังนี้

1) เรื่องเกี่ยวกับสถานะและความสามารถของบุคคลธรรมดาและเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายครอบครัว⁵⁷ เนื่องจากเรื่องดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งรองรับเป็นการเฉพาะ เช่น ประเทศที่เป็นเจ้าของสัญชาติ หรือภูมิลำเนาของบุคคลที่เกี่ยวข้อง จึงไม่ควรให้ศาลของประเทศอื่นเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษา

⁵⁶ 407 U.S. 1 (1972) (ก่อนคดีนี้ศาลตัดสินว่าข้อตกลงเลือกศาลตกเป็นโมฆะเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน)

⁵⁷ ไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา สิ้นสมรส การอุปการะเลี้ยงดูบุตร ค่าอุปการะเลี้ยงดู การรับบุตรบุญธรรม การหย่าและเรื่องมรดก

2) เรื่องเกี่ยวกับนิติบุคคล โดยปกติแล้วศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีดังกล่าวจะเป็นศาลของประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นตั้งอยู่ รวมถึงประเทศซึ่งเป็นสถานที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ (place of headquarter) สถานที่จดทะเบียน (place of incorporation) สถานที่ตั้งของสถานประกอบการ (place of business) และสถานที่ซึ่งอำนาจบริหารจัดการตั้งอยู่ (place of central management and control) เพราะประเทศเหล่านั้นมีความเกี่ยวพันอย่างยิ่งกับสถานะหรือสภาพของนิติบุคคล ดังนั้น หากเป็นคดีเกี่ยวกับนิติบุคคลจึงไม่ควรให้คู่สัญญา (เอกชน) ทำความตกลงเรื่องเขตอำนาจศาลโดยให้ศาลของประเทศอื่นเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี อย่างไรก็ตาม ก็มีปัญหาว่าคดีเกี่ยวกับนิติบุคคลนั้นจะครอบคลุมถึงเรื่องใดบ้าง โดยจะรวมถึงเรื่องเกี่ยวกับความสมบูรณ์ โฆษกรรมหรือการเลิกนิติบุคคล หรือการมีผลบังคับใช้ได้ของมติของนิติบุคคล ข้อพิพาทระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง หรือข้อพิพาทระหว่างผู้ถือหุ้นและตัวนิติบุคคล หรือข้อพิพาทที่บุคคลภายนอกฟ้องร้องนิติบุคคลอันเนื่องมาจากธุรกรรมที่ทำระหว่างกัน หรือคดีที่นิติบุคคลฟ้องร้องกรรมการของนิติบุคคลด้วยหรือไม่

3) สัญญาผู้บริโภค (Consumer Contract) โดยปกติแล้วศาลของประเทศต่างๆ จะไม่ยอมให้คู่สัญญาในสัญญาผู้บริโภคทำความตกลงเลือกศาลเนื่องจากเห็นว่าผู้บริโภคที่เป็นคู่สัญญามักจะไม่มีทางเลือกในการเข้าทำสัญญาเพราะมีอำนาจในการเจรจาต่อรองที่น้อยกว่า และหากคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นองค์กรธุรกิจสัญญาที่ใช้ก็มักเป็นสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป กล่าวคือ เป็นสัญญาที่จัดทำไว้เรียบร้อยแล้วและไม่ให้ผู้บริโภคเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาใดๆ เช่น สัญญากู้ยืมเงินระหว่างผู้ให้กู้ที่เป็นธนาคารหรือสถาบันการเงินและผู้กู้ที่เป็นบุคคลทั่วไป เป็นต้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องปกป้องคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่ามิให้ถูกเอาเปรียบ โดยเฉพาะหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นอันเกี่ยวเนื่องจากสัญญานั้นและมีความตกลงเลือกศาลระหว่างกัน คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าอาจเสียเปรียบหรือไม่มีโอกาสอย่างเพียงพอในการเข้าสู่คดี เช่น การเดินทางไปยังศาลที่ได้รับการเลือกไม่สะดวกหรือเสียค่าใช้จ่ายสูง เป็นต้น ตัวอย่างของประเทศที่ไม่บังคับตามข้อตกลงเลือกศาลผ่นสัญญาผู้บริโภค เช่น คดี Bremen⁵⁸ ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาตัดสินยอมรับข้อตกลงเลือกศาลระหว่างคู่สัญญาที่เป็นองค์กรธุรกิจด้วยกัน (business-to-business) ทำการเจรจาต่อรองอย่างอิสระ เป็นต้น

⁵⁸ 407 U.S. 1 (1972)

บทที่ 3

ข้อตกลงเลือกศาลและปัญหาและอุปสรรคตามข้อตกลงเลือกศาล

3.1 ข้อความเบื้องต้นเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาล

ก่อนอื่นผู้เขียนขอทำความเข้าใจก่อนว่าข้อตกลงเลือกศาลที่กล่าวถึงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หมายความว่าข้อตกลงเลือกศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศเท่านั้น ข้อตกลงดังกล่าว เป็นข้อตกลงที่คู่สัญญาในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศ เช่น สัญญาซื้อขายสินค้า ระหว่างประเทศ (International Sale of Goods Contract) ตกลงกันว่าข้อพิพาทใดๆ ที่เกิดขึ้นหรือ อาจเกิดขึ้นจากหรือเกี่ยวเนื่องกับสัญญาดังกล่าวให้นำไปฟ้องร้องต่อศาลของประเทศใดประเทศ หนึ่งอันเป็นการยอมตกลงอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของประเทศนั้น และการจะพิจารณาว่าศาลใดใน ประเทศนั้นมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีดังกล่าวหรือไม่ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือกฎหมาย ภายในของประเทศนั้นๆ เช่น พระธรรมนูญศาลยุติธรรมของไทย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลและวิธีพิจารณาคความของศาลต่างๆ เป็นต้น การที่คู่สัญญา ตกลงกันว่าจะนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลใดไม่ว่าข้อพิพาทนั้นจะเกิดขึ้นหรือยังไม่ได้เกิดขึ้นก็ตามมิใช่ เป็นเรื่องการเปลี่ยนแปลง หรือตกลงเปลี่ยนแปลงเรื่องเขตอำนาจศาลแต่ประการใด หากแต่เป็น เรื่องที่คู่สัญญาประสงค์จะอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของประเทศใดประเทศหนึ่งต่างหาก¹ รวมถึง มิใช่การตกลงเปลี่ยนแปลงเขตศาลภายในของประเทศนั้น²

การที่คู่สัญญาในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศต้องการความแน่นอนและ ความคาดหมายได้หากข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างตนจะต้องได้รับการพิจารณาในศาลใด ศาลหนึ่ง ซึ่งสัญญาที่ว่าย่อมกระทบถึงระบบกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องตั้งแต่สองประเทศ ขึ้นไป³ โดยอาจเป็นระบบกฎหมายเดียวกันหรือต่างระบบกฎหมายกันก็ได้ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น

¹ ชุมพร บัจจุสานนท์, “ข้อคิดบางประการเกี่ยวกับการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลของประเทศไทยในทัศนะ ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล”, วารสารกฎหมาย, ปีที่ 17 เล่มที่ 1 (มกราคม 2540) : หน้า 58

² “เขตศาล” หมายความว่าอาณาเขตตามพื้นที่หรือท้องที่ ซึ่งศาลแต่ละศาลย่อมมีขอบเขตทางภูมิศาสตร์ ที่จะรับคดีซึ่งได้เกิดขึ้นในท้องที่นั้นๆ ไว้เพื่อพิจารณาและพิพากษาในศาลนั้น ทั้งนี้เพราะศาลยุติธรรมชั้นต้นมี มากศาลและศาลชั้นต้นที่รับชำระคดีต่างก็มีเขตอำนาจแบ่งแยกกันเป็นส่วนเป็นสัดส่วนเป็นสัดส่วนตามชนิดและประเภทของ คดี”

³ คณิง ภาไชยและพันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “อันเนื่องมาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 และ 5809/2539 : ข้อคิดเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศเพื่อเป็นข้อยกเว้นเขตอำนาจศาล ไทย”, ดุลพินิจ ปีที่ 44 เล่ม 4 (ต.ค. – ธ.ค. 2540) : หน้า 129

แล้วการนำคดีขึ้นสู่ศาลของแต่ละประเทศอาจให้ผลแตกต่างกันได้ เนื่องจากเนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติและขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตามกฎหมายวิธีสบัญญัติแตกต่างกันไป⁴ และตามหลักกฎหมายทั่วไปเมื่อคดีขึ้นศาลใด ศาลนั้นก็ย่อมนำกฎหมายของประเทศตนขึ้นปรับแก้คดีผลของคดีจึงอาจแตกต่างกัน แม้ความแตกต่างจะแก้ไขได้บ้างโดยอาศัยกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย แต่ความแตกต่างของระบบกฎหมายยังมีอยู่ ผลของคดีในประเด็นเดียวกันจึงอาจแตกต่างกันในระหว่างประเทศของคู่สัญญา จึงเป็นหลักปฏิบัติที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า คู่สัญญาจะทำข้อตกลงเลือกศาลว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างตนจากสัญญาหรือเกี่ยวเนื่องกับสัญญานำข้อพิพาทดังกล่าวไปฟ้องร้องต่อศาลของประเทศใด อันเป็นศาลที่ได้รับการเลือกตั้งนั้น ในทางปฏิบัติของวงการธุรกิจระหว่างประเทศ ข้อตกลงเลือกศาลจึงเป็นข้อกำหนดในสัญญาแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศอย่างเป็นปกติ⁵ โดยที่ข้อตกลงเลือกศาลมักใช้เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท เช่น ข้อสัญญาเลือกกฎหมาย บทบัญญัติว่าด้วยการส่งหมาย การสละความคุ้มกันของรัฐต่างชาติ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติมักประสบปัญหาว่าข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับหรือบังคับตามในประเทศของศาลที่ได้รับการเลือก หรือศาลที่ไม่ได้รับการเลือก (กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำข้อพิพาทไปฟ้องร้องต่อศาลซึ่งมิได้กำหนดไว้ในข้อตกลง) โดยถือว่าปัญหาเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลเป็นปัญหาด้านกฎหมายวิธีพิจารณาความ⁶ เช่น ปัญหาการตีความข้อตกลงเลือกศาลซึ่งจะขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ หรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ปัญหาเรื่องผลสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันของแห่งเขต

⁴ กมล สนธิเกษตริน. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 294; David McClean. The Conflict of Laws. fifth edition. (London : Sweet & Maxwell LTD., 2000), pp. 71-72 (อ้างถึงใน สุจินต์ เจนพาณิชย์พงศ์, “ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 1)

⁵ คณิง ภาไชยและพันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “อันเนื่องมาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 และ 5809/2539 : ข้อคิดเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศเพื่อเป็นข้อยกเว้นเขตอำนาจศาลไทย”, หน้า 129-130

⁶ Kojo Yelapaala, Mauro Rubino-Sammartano, Dennis Campbell. Drafting and Enforcing Contracts in Civil and Common Law Jurisdictions. (Devenfer : Kluwer Law and Taxation Publisher, 1986), p. 146

อำนาจศาล (Conflict of Jurisdiction)⁷ เพราะเป็นประเด็นแรกที่ศาลต่างๆ ที่รับคำฟ้องต้องนำมาพิจารณาคือเรื่องเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีตามคำฟ้อง กล่าวคือ ศาลที่จะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีต้องเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดี โดยศาลที่ได้รับคำฟ้องต้องพิจารณาเขตอำนาจเหนือคดีตามหลักเกณฑ์ในเรื่องเขตอำนาจของตน ซึ่งปกติจะบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความทำให้เกิดการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลอันเป็นเรื่องของการพิจารณาว่าศาลของประเทศนั้นๆ ควรจะมีเขตอำนาจศาลเหนือคดีที่มีการฟ้องร้องต่อศาลหรือไม่ ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่าถ้าข้อตกลงเลือกศาลมีผลสมบูรณ์บังคับใช้ได้เท่ากับเป็นการจำกัดอำนาจของศาลที่ไม่ได้รับการเลือก แม้ศาลดังกล่าวจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยเขตอำนาจศาลซึ่งกฎหมายภายในของศาลกำหนดไว้

3.1.1 ประเภทของข้อตกลงเลือกศาล

จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่าปัจจุบันข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภทหลักๆ ได้แก่

- (1) ข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียว (exclusive choice of court agreement)
- (2) ข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี (non-exclusive choice of court agreement) และ
- (3) ข้อตกลงเลือกศาลที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธินำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลที่มีศาลที่ได้รับการเลือก (asymmetrical or one-sided agreement) เพียงฝ่ายเดียว

- (1) ข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียว (exclusive choice of court agreement)

ข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียว (exclusive choice of court agreement) หมายความว่า ข้อตกลงหรือข้อสัญญาที่คู่สัญญาในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศตกลงกำหนดให้ศาลใดศาลหนึ่งหรือหลายเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นระหว่างตนเท่านั้น โดยคู่สัญญาไม่สามารถนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลอื่นนอกเหนือจากศาลที่ตกลงกำหนดกันไว้ ศาลอื่นดังกล่าวจะสามารถรับพิจารณาคดีอันเกิดจากสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ได้ก็ต่อเมื่อศาลที่ได้รับเลือกตาม

⁷ สุจินต์ เจนพาณิชย์พงศ์, “ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ”, หน้า 2

ข้อตกลงเลือกศาลปฏิเสธไม่รับพิจารณาคดี หรือข้อตกลงเลือกศาลไม่มีผลบังคับใช้ตามกฎหมายของศาลที่ได้รับการเลือก⁸

ตามหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา เมื่อสัญญามีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย สัญญานั้นย่อมผูกพันเฉพาะคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าว ดังนั้น หากข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศมีผลสมบูรณ์ สามารถบังคับใช้ได้ตามกฎหมายได้ โดยหลักทั่วไปข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศก็ย่อมต้องผูกพันเฉพาะคู่สัญญาที่ได้แสดงเจตนาทำข้อตกลงเลือกศาลโดยสมัครใจตามหลักกฎหมายสัญญาก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ซึ่งกันและกันแก่คู่สัญญา (positive contractual right and obligation) ที่จะนำข้อพิพาทตามที่ตกลงกันไว้เสนอต่อศาลในประเทศที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาเท่านั้น หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำข้อพิพาทเสนอต่อศาลอื่นที่ไม่กำหนดไว้ตามข้อตกลงเลือกศาล ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นกระทำการผิดสัญญา⁹

(2) ข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี (non-exclusive choice of court agreement)

ข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี (non-exclusive choice of court agreement) หมายความว่า ข้อตกลงหรือข้อสัญญาที่คู่สัญญาในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศตกลงกำหนดให้ศาลใดศาลหนึ่งหรือหลายศาลในหลายประเทศเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นระหว่างตน แต่ทั้งนี้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ยังสามารถนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลอื่นนอกเหนือจากศาลที่ตกลงกำหนดกันไว้ก็ได้

ข้อตกลงเลือกศาลที่ปรากฏว่าในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยมากมักเป็นข้อตกลงเลือกศาลแบบ Non-Exclusive Jurisdiction กล่าวคือ แม้คู่สัญญาจะได้ระบุเลือกศาลของประเทศใดประเทศหนึ่งให้มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นจากสัญญานั้น ก็ไม่ตัดสิทธิคู่สัญญาที่จะนำคดีไปฟ้องที่ศาลของประเทศอื่นนอกเหนือจากศาลที่ระบุในข้อสัญญาด้วย ทั้งนี้เนื่องจากการตกลงกันให้คู่กรณีสามารถนำข้อพิพาทอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญาไปฟ้องยังศาล

⁸ สุจินต์ เจนพาณิชย์พงศ์, “ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ”, หน้า 70

⁹ กนกลักษณ์ อมรรวิทย์, “ปัญหาทางกฎหมายว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 34

อื่นนอกจากศาลที่ถูกระบุไว้ในสัญญาก็ได้ ตัวอย่างเช่น ผู้กู้และผู้ให้กู้ตกลงทำสัญญากู้โดยมีข้อสัญญาข้อหนึ่งระบุว่า “สัญญาฉบับนี้อยู่ภายใต้บังคับของและการตีความตามกฎหมายแห่งประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ และผู้ให้กู้ให้ความยินยอมโดยมีอาจเพิกถอนต่อเขตอำนาจอันไม่จำกัดเฉพาะของศาลแห่งสิงคโปร์ (Non-Exclusive Jurisdiction of Singapore Courts)” ข้อสัญญาดังกล่าวมิได้กำหนดให้ศาลแห่งประเทศสิงคโปร์แต่เพียงศาลเดียวเท่านั้นที่มีอำนาจเหนือคดีนั้น¹⁰ ดังนั้นแม้สัญญาดังกล่าวจะมีข้อตกลงเลือกศาล แต่เมื่อข้อตกลงดังกล่าวมิได้กำหนดให้ศาลที่ได้รับการเลือกมีเขตอำนาจเหนือคดีแต่เพียงผู้เดียวแล้ว คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีต่อศาลอื่นใดที่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีนั้นได้ ในทางกลับกัน หากจำเลยคัดค้านหรือขัดขวางมิให้โจทก์นำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลอื่นเช่นนี้ถือว่าจำเลยผิดสัญญาต่อโจทก์¹¹

(3) **ข้อตกลงเลือกศาลที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธินำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลที่มีใช้ศาลที่ได้รับการเลือกเพียงฝ่ายเดียว (asymmetrical or one-sided agreement)**

ข้อตกลงเลือกศาลที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธินำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลที่มีใช้ศาลที่ได้รับการเลือก (asymmetrical or one-sided agreement) เพียงฝ่ายเดียว หมายถึง ข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียวสำหรับคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง กล่าวคือคู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่มีสิทธินำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลอื่นนอกจากศาลที่กำหนดไว้ในข้อตกลงเลือกศาล ส่วนสำหรับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี กล่าวคือ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นสามารถนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลอื่นใดก็ได้ไม่จำเป็นต้องเป็นศาลที่ได้รับการเลือก ข้อตกลงเลือกศาลประเภทนี้มักใช้กับสัญญาที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางการเงิน เช่น สัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศ ซึ่งผู้ให้กู้อาจสงวนสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีเอากับผู้กู้ในศาลใดหรือศาลที่กำหนดไว้อื่นๆ ก็ได้¹²

¹⁰ คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง คดีหมายเลขดำที่ กค. 306/2541 คดีหมายเลขแดงที่ กค. 206/2542 ระหว่าง นัทเอ็กซิส บองค์ โจทก์ และบริษัท อินเตอร์เนชั่นแนล โปรตักส์ (ประเทศไทย) จำกัด ที่ 1 กับพวก รวม 2 คน จำเลย, หน้า 7 (อ้างถึงใน สุจินต์ เจนพาณิชย์พงศ์, “ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ”, หน้า 70-71)

¹¹ กนกลักษณ์ อมรรวิทย์, “ปัญหาทางกฎหมายว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ”, หน้า 34

¹² Gary B. Born. International Arbitration and Forum Selection Agreements : Drafting and Enforcing. (The Netherlands : Kluwer Law International, 2006), p. 28

3.1.2 หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (autonomy of will หรือ party autonomy)

การแสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญาโดยมุ่งจะให้เกิดผลผูกพันกันระหว่างบุคคลในลักษณะที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อกันในสมัยโบราณนั้น ต้องเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมโดยถูกต้องตามกฎหมายไม่ว่าในด้านเนื้อหาหรือแบบพิธี กฎหมายจึงจะรองรับบังคับบัญชาให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคลกันตามเจตนาที่แสดงออกมา กล่าวคือ อำนาจบังคับของสัญญา (the enforcement of contract) ไม่อาจมีได้หากปราศจากหลักกฎหมายรองรับ จึงมีคำกล่าวที่ว่า “เพียงแต่การแสดงเจตนาตกลงกันของบุคคลโดยลำพัง หากมิได้มีกฎหมายรองรับการแสดงเจตนา เช่นนั้นแล้ว ย่อมไม่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้อง” (*ex nudo pacto non oritur action*) ดังนั้นเป็นแนวความคิดเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย แต่ด้วยวิวัฒนาการทางสังคมและเศรษฐกิจทำให้เกิดหลักเกณฑ์ว่าด้วยเสรีภาพของการแสดงเจตนาขึ้น (*Liberte de la volonte*) โดยยอมรับว่าเมื่อเอกชนแสดงเจตนาทำกิจการใดเพื่อให้เกิดผลบังคับตามกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับประโยชน์ได้เสียของตนแล้ว กฎหมายจะต้องยอมรับบังคับบัญชาการแสดงเจตนาของเอกชนให้มีผลผูกมัดต่อกันตามเจตนาที่แสดงออกไป หากการแสดงเจตนาไม่ขัดต่อส่วนได้เสียของมหาชนทั่วไปและไม่ขัดต่อความปลอดภัยและสันติสุขของประชาชน อันเป็นการเน้นให้เห็นความสำคัญของปัจเจกชนในการทำสัญญาที่เกิดจากความตกลงยินยอม (the consensual contract) จึงพัฒนาเป็นหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (*L' autonomie de la volonte*) ถือหลักว่าสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*) และให้ความสำคัญกับการแสดงเจตนาของเอกชนมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้เมื่อเจตนาที่แสดงออกไปมีผลผูกพันเป็นสัญญาก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันแล้ว คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขโดยปราศจากความยินยอมจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาพัฒนาจากหลักปรัชญากฎหมายเรื่องปัจเจกชนนิยม (individualism) และหลักเศรษฐศาสตร์เสรีนิยมเรื่องเสรีภาพในการแสดงเจตนา (freedom of contract) จึงมักใช้ควบคู่กันไปกับหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (party autonomy) โดยตั้งอยู่บนสมมติฐานว่า ปัจเจกชนเป็นผู้มีความสามารถเหตุผลตัดสินใจ (rational being) จึงสามารถปกป้องผลประโยชน์ของตนเอง (self-interest protection) และจะตัดสินใจกระทำที่ตนเห็นว่าจะได้รับประโยชน์สูงสุดแก่ตน (maximum benefits) การที่บุคคลเข้าทำสัญญาจึงแสดงว่าตนเห็นว่าจะได้รับประโยชน์ตอบแทนคุ้มค่าจากการทำสัญญานั้น ดังนั้นบุคคลแต่ละคนจึงสามารถจะกำหนดนิติสัมพันธ์ที่มีต่อกันตามกฎหมายเอกชนได้โดยการก่อให้เกิดสัญญาขึ้นอย่างอิสระตามเจตนาของบุคคลนั้น เพราะบุคคลแต่ละคนมีเสรีภาพที่จะเลือกที่จะเข้าเป็นคู่สัญญา

หรือไม่ และมีเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาและรูปแบบของสัญญา นอกจากนี้ความต้องการของแต่ละคนก็แตกต่างกัน สิ่งที่บุคคลหนึ่งเห็นว่าทำให้ตนเสียเปรียบอาจจะเป็นสิ่งที่บุคคลอื่นพึงประสงค์ก็ได้ ดังนั้นกฎหมายจะต้องยอมรับบังคับตามเจตนาของปัจเจกชนให้ผลผูกพันต่อกันเมื่อปัจเจกชนได้แสดงเจตนาด้วยความสมัครใจของบุคคลนั้นเองภายใต้การเจรจาต่อรองอย่างเท่าเทียมกัน และลงโทษอีกฝ่ายให้ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามความผูกพันที่มีต่อกันตามเจตนาที่แสดงออกไป ส่งผลให้ศาลมีหน้าที่ต้องค้นหาเจตนาของคู่สัญญาก่อนที่จะวินิจฉัยชี้ขาดให้คู่สัญญาปฏิบัติตามชำระหนี้ต่อกัน และการตีความข้อสัญญาเพื่อการปฏิบัติตามชำระหนี้ต่อกันนั้นจำต้องค้นหาเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญานั้น

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาเป็นทฤษฎีพื้นฐานของกฎหมายสัญญาถือหลักว่า เรื่องใดที่กฎหมายไม่ห้าม คู่สัญญาทำสัญญากันได้ และข้อความแห่งสัญญานั้นใช้ได้ระหว่างคู่กรณีเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมาย แท้จริงแล้วในเรื่องสัญญา กฎหมายมีขึ้นเพียงเพื่ออุดช่องว่างในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เขียนสัญญาไว้โดยละเอียด ดังนั้นกฎหมายและข้อความแห่งสัญญาจึงมีบทบาทตัดเทียมกัน

กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลถือว่าหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (party autonomy) ในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาเป็นสิทธิของคู่สัญญาที่จะตัดสินใจหรือกำหนดเรื่องต่างๆ เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของคู่สัญญานั้นอย่างไร ซึ่งรวมถึงการเลือกสถานที่หรือศาลที่จะทำการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้น Peter Nygh (นักกฎหมายชาวออสเตรเลีย) ให้ข้อสังเกตว่า “เดิมทีถือว่าสัญญาเป็นพันธกรณีระหว่างคู่สัญญาที่เกิดจากธุรกรรมของตนและได้รับการกำหนดโดยกฎหมายทั่วไป แต่ต่อมากลายเป็นพันธกรณีที่ได้รับการกำหนดโดยตัวคู่สัญญาเอง”¹³ ซึ่งเขาเห็นว่าเป็นผลจากการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายระหว่างประเทศในกลุ่มประเทศแองโกล-คอมมอนเวลท์ (Anglo-Commonwealth) กลุ่มอเมริกาเหนือ (North American) และยุโรปตะวันตก (Western European) ที่ให้อำนาจแก่คู่สัญญาในการเลือกขอบเขตของกฎหมายที่มีผลบังคับใช้กับนิติสัมพันธ์และรวมถึงสถานที่หรือศาลที่จะทำการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นในฐานะที่เป็นเรื่องของการเลือกตามสัญญา¹⁴ ซึ่ง Nygh ยังกล่าวอีกว่า “ทุกวันนี้เสรีภาพของคู่สัญญาในสัญญาระหว่างประเทศในการเลือกกฎหมายที่มีผลบังคับใช้และการเลือกสถานที่พิจารณาคดีไม่ว่าจะเป็นศาลหรืออนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาซึ่งเกิดจากสัญญาดังกล่าว

¹³ Peter Nygh. *Autonomy in International Contract*. (New York : Oxford University Press, 1999), supra note 8, p. 7

¹⁴ Fleurs Johns. *Performing Party Autonomy*. (Duke University School of Law, 2008), p. 7

เกือบจะเป็นที่ยอมรับกันอย่างเป็นสากล¹⁵” ศาสตราจารย์ John Mo¹⁶ ได้กล่าวเกี่ยวกับเจตนาของ คู่สัญญาในการทำข้อตกลงเลือกศาลว่า “เนื่องจากการไม่มีระบบตุลาการใดไม่อยู่ภายใต้อำนาจ บังคับของประเทศที่ทำการตัดสินข้อพิพาทและทำการบังคับตามสิทธิเรียกร้อง”¹⁷ ดังนั้นจึงอาจ กล่าวได้ว่าประเทศต่างๆ ทั่วโลกส่วนมากยอมรับแนวความคิดของหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา ของคู่สัญญาโดยที่คู่สัญญาในสัญญาระหว่างประเทศโดยเฉพาะสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ สามารถตัดสินใจเลือกหรือกำหนดให้คดีหรือข้อพิพาทต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาดังกล่าวได้รับการ ระวังหรือพิจารณาพิพากษาในศาลที่คู่สัญญาเลือก ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหลักเสรีภาพในการแสดง เจตนาของคู่สัญญาได้รับการยอมรับและเคารพอย่างมากและเป็นที่มาของการยอมรับและบังคับ ตามข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในประเทศส่วนมากทั่วโลกและผู้เขียนยังเห็น ด้วยว่าข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศก็มีพื้นฐานไม่ต่างไปจาก ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นหากคู่สัญญาในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ตัดสินใจกำหนด ศาลใดศาลหนึ่งหรือหลายศาลให้เป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่ง สุจินต์ เจนพาณิชย์พงศ์¹⁸ มีความเห็นว่า หากคู่กรณีในสัญญาแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศแสดง เจตนาทำความตกลงเลือกศาลที่จะมาเป็นผู้พิจารณาตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต หลังจากทำสัญญากันแล้วไว้เป็นการล่วงหน้า โดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายแสดงเจตนาทำความตกลง ดังกล่าวโดยสมัครใจ มิได้เกิดจากการหลอกลวง ถูกข่มขู่ ถูกกลั่นแกล้ง หรือเกิดการสำคัญผิดในสิ่ง อันเป็นสาระสำคัญในการแสดงเจตนาดังกล่าว และต้องมิได้เกิดจากความบกพร่องในการแสดง เจตนาด้วยเหตุอื่นใด ทั้งการทำความตกลงกำหนดศาลที่จะมาเป็นผู้พิจารณาตัดสินชี้ขาดข้อ พิพาทในสัญญาแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศดังกล่าวของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นไปตาม หลักความเสมอภาคโดยธรรมชาติระหว่างบุคคล โดยมีการเจรจาต่อรองกันอย่างเสมอภาค ไม่มี คู่สัญญาฝ่ายใดตกอยู่ในสภาพถูกบังคับให้ต้องเข้าทำสัญญาดังกล่าวด้วยความจำเป็นและมีใช้ข้อ สัญญาซึ่งเกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกำหนดไว้ล่วงหน้าก่อนแล้ว และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่อยู่ในฐานะที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญาดังกล่าวได้แล้ว การทำความตกลงเลือกศาลของ คู่สัญญาในสัญญาแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศดังกล่าวย่อมมีผลสมบูรณ์และใช้บังคับได้บน พื้นฐานแห่งความเป็นอิสระในการแสดงเจตนาตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือ

¹⁵ Peter Nygh. *Autonomy in International Contract*. p. 13

¹⁶ Professor John Mo is a Professor in the Faculty of International Law, Chinese University of Political Science and Law, Beijing, an Arbitrator of the China International Economic and Trade Arbitration Commission, and an Arbitrator of China Maritime Arbitration Commission.

¹⁷ John Mo. *International Commercial Law*. 2nd edition. (Butterworths, 2000), p. 658

¹⁸ นิติตนนิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545

หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายไม่ว่าจะเป็นคู่สัญญาด้วยกันเอง ผู้มีส่วนได้เสียอื่นใด รวมถึงศาลต่างๆ ทั้งศาลที่ได้รับการเลือกหรือไม่ได้รับการเลือกก็ตามควรให้ความเคารพและบังคับตามข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าวนี้

3.1.3 ข้อตกลงเลือกศาลเป็นหลักปฏิบัติที่ยอมรับโดยทั่วไป¹⁹

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปของนานาอารยประเทศว่า เอกชนสามารถทำความตกลงเลือกศาลได้ ดังจะเห็นได้จากอนุสัญญาระหว่างประเทศและบทบัญญัติกฎหมายของประเทศต่างๆ อาทิเช่น

- มาตรา 25 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอังกฤษ ค.ศ. 1982 กำหนดว่า คู่สัญญาสามารถทำความตกลงเรื่องเขตอำนาจศาลในรูปของสัญญาหรือข้อสัญญา (clause) และคู่สัญญาสามารถกำหนดถึงวิธีการส่งหมายให้แก่คู่สัญญาหรือคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้ด้วย อีกทั้งยังสามารถทำความตกลงเลือกศาลนี้ได้ก่อนหรือหลังเกิดข้อพิพาทอีกด้วย

- มาตรา 48 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสก็กำหนดว่าคู่สัญญาสามารถทำความตกลงเลือกศาลได้

- มาตรา 5 แห่งกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ ก็มีบทบัญญัติที่กำหนดให้คู่สัญญาสามารถทำความตกลงเลือกศาลเพื่อให้ระงับข้อพิพาททางการเงินที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นในอนาคต

- มาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งญี่ปุ่น ก็กำหนดว่าคู่สัญญาสามารถตกลงกันว่าจะให้ศาลชั้นต้นศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีของตน ทั้งนี้โดยมีเงื่อนไขว่า ข้อตกลงเช่นนี้จะไม่สมบูรณ์มีผลบังคับใช้ได้หากมิได้ทำเป็นหนังสือเกี่ยวกับการฟ้องร้องดำเนินคดีสำหรับความสัมพันธ์ทางกฎหมายเรื่องใดเป็นการเฉพาะ

- มาตรา 244 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ. 1991 และมาตรา 16 (2) แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความสิงคโปร์ ค.ศ. 1969 ต่างก็กำหนดว่าคู่สัญญาสามารถทำความตกลงเลือกศาลได้

- อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 1965²⁰ อนุสัญญากรุงบรัสเซลส์เกี่ยวกับเขตอำนาจศาลและการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์

¹⁹ กนกลักษณ์ อมรรวิทย์, “ปัญหาทางกฎหมายว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ”, หน้า 37-40

²⁰ The Hague Convention on Choice of Court Agreements 1965

ค.ศ. 1968²¹ อนุสัญญาอาถูกาโนว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 1988²² อนุสัญญาว่าด้วยเขตอำนาจศาลในขอบเขตระหว่างประเทศเพื่อความสมบูรณ์ของคำพิพากษาศาลต่างประเทศภายนอกอาณาเขตในสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1984²³ กฎเกณฑ์กรุงบรัสเซลส์ (Brussels Regulation)²⁴ อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005²⁵ (ซึ่งกำลังศึกษาอยู่ในวิทยานิพนธ์นี้) ต่างก็มีบทบัญญัติที่ยอมให้คู่สัญญาสามารถทำความตกลงเลือกศาลในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศได้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศต่างก็ได้รับการเคารพและบังคับตามทั้งในระดับประเทศและระดับสากลจนถือเป็นหลักปฏิบัติที่ยอมรับโดยทั่วไปในทางการค้าระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติก็มิได้หมายความว่าข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศจะได้รับการเคารพและบังคับตามในลักษณะเดียวกันหรือเท่าเทียมกันทั่วโลก ในความเป็นจริงการบังคับตามข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศจึงเกิดปัญหาอย่างมาก ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวในหัวข้อต่อไป

3.1.4 ความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาล²⁶

การพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้นส่งผลกระทบต่อการศึกษาถึงอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวของศาลในประเทศต่างๆ ที่ข้อเท็จจริงแห่งคดีดังกล่าวเกี่ยวพันไปถึง ไม่ว่าจะในลักษณะของการสร้างเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศของศาลในประเทศซึ่งเดิมที่ไม่มีเขตอำนาจหรือไม่ข้อเท็จจริงเกี่ยวพันไปถึงเลยชั้นใหม่ หรือในลักษณะของ

²¹ The 1968 Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters

²² The 1988 EC EFTA Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters

²³ The 1984 Inter-American Convention on Jurisdiction in the International Sphere for the Extraterritorial Validity of Foreign Judgments

²⁴ The Council Regulation 44/2001/EC of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 2001

²⁵ The Hague Convention on Choice of Court Agreements 2005

²⁶ สุจินต์ เจนพาณิชย์พงศ์, “ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ”, หน้า 152 - 157

การจำกัดการใช้เขตอำนาจศาลของศาลในประเทศใดประเทศหนึ่งที่มีข้อเท็จจริงแห่งคดีเกี่ยวพันไปถึงอันเป็นกรณีการยอมรับให้คู่สัญญาอาจกำหนดเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศขึ้นใหม่ หรือเป็นการจำกัดหรือปฏิเสธเขตอำนาจศาลของประเทศที่มีอยู่เหนือคดีนั้นอยู่เดิมอันเป็นเรื่องการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐทางตุลาการ การยึดถืออำนาจอธิปไตยทางตุลาการตามแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยโดยเคร่งครัดจึงเป็นอุปสรรคต่อการยอมรับให้การทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศมีผลสมบูรณ์ แม้ว่าแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยอาจเป็นอุปสรรคต่อการยอมรับการทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศ อันอาจส่งผลกระทบต่อการพัฒนาการค้าการพาณิชย์ระหว่างประเทศ แต่หลายประเทศก็ยอมรับให้คู่สัญญาทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศได้ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ทั้งนี้เพราะกฎหมายของประเทศดังกล่าวเคารพการแสดงเจตนาของคู่สัญญาตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา อย่างไรก็ตาม การจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐจะเกิดขึ้นได้แต่โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย ประเทศที่กล่าวมาข้างต้นให้การยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในลักษณะของการยอมรับจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยทางตุลาการของตนก็ด้วยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนหรืออ้างหลักการตามแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลสูงสำหรับประเทศในระบบคอมมอนลอว์ ดังนั้น ในประเทศดังกล่าวจึงถือว่าหากคู่สัญญาสมัครใจทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศไว้อย่างไรแล้ว ศาลที่รับคำฟ้องจะต้องเคารพการแสดงเจตนาของคู่สัญญาโดยการบังคับตามข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าว

นอกจากนี้การพิจารณาว่าข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์สมบูรณ์หรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของนิติกรรมสัญญาตามกฎหมายภายในของประเทศของศาลที่ได้รับการเลือกหรือศาลที่ไม่ได้รับการเลือก ซึ่งรวมถึงกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายด้วย เช่น

1) หลักเกณฑ์เรื่องความสามารถของคู่สัญญาในการทำนิติกรรมสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาต้องไม่บกพร่องในเรื่องความสามารถในการทำนิติกรรมสัญญาตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ยกตัวอย่างเช่น ตามมาตรา 19 ประกอบมาตรา 21 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยซึ่งบัญญัติถึงความสามารถของผู้เยาว์ในการทำนิติกรรมว่าผู้เยาว์จะทำนิติกรรมใดๆ ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม²⁷ เป็นต้น

²⁷ มาตรา 19 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยบัญญัติว่า “บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุสี่สิบปีบริบูรณ์”

2) หลักเกณฑ์เรื่องการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการทำนิติกรรมสัญญา กล่าวคือ การแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการทำนิติกรรมสัญญาต้องสมบูรณ์ ยกตัวอย่างเช่น มิได้แสดงเจตนาโดยสำคัญผิด ถูกข่มขู่ ถูกกลั่นแกล้ง หรือไม่ทราบถึงข้อสัญญานั้นๆ เป็นต้น

3) หลักเกณฑ์เรื่องรูปแบบของนิติกรรมสัญญา กล่าวคือ หากมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะถึงรูปแบบของนิติกรรมสัญญาว่าต้องทำเช่นไร นิติกรรมสัญญานั้นจะสมบูรณ์มีผลบังคับใช้ได้ก็ต่อเมื่อคู่สัญญาได้ทำถูกต้องตามรูปแบบนั้น ยกตัวอย่างเช่น ตามมาตรา 456 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยซึ่งบัญญัติถึงแบบของการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ว่าต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นการชื้อขายนั้นตกเป็นโมฆะ²⁸ เป็นต้น

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบข้อตกลงเลือกศาลกับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการก็จะพบว่า หากคู่กรณีทำข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการกันไว้และเมื่อเกิดข้อพิพาทคู่กรณีจะต้องนำข้อพิพาทของตนเสนอต่ออนุญาโตตุลาการพิจารณามีคำชี้ขาดก่อน หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งละเมิดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวโดยนำข้อพิพาทมาฟ้องร้องต่อศาลโดยตรง คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่โต้แย้ง และเมื่อศาลเห็นว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นไม่มีเหตุยกฟ้องใดๆ ที่ทำให้ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลใช้บังคับไม่ได้ ศาลต้องจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่กรณีนำข้อพิพาทไปเสนอต่ออนุญาโตตุลาการเสียก่อน ทั้งนี้โดยผลของทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory) ประกอบกับทฤษฎีอำนาจรัฐ (The Jurisdictional Theory) จะกระทั่งเป็นทฤษฎีผสม (The Mixed Theory or Hybrid Theory) กล่าวคือ ยอมรับว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากข้อสัญญา ซึ่งคู่สัญญามีเสรีภาพที่จะตกลงกันได้ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย เพราะการอนุญาโตตุลาการเป็นการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทอันเป็นการใช้อำนาจของรัฐ ดังนั้น ผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะเป็นอย่างไรก็ขึ้นอยู่กับศาลและกฎหมายของรัฐที่จะบังคับตามสัญญาหรือคำชี้ขาดซึ่งเป็นเรื่องอำนาจของรัฐ การที่รัฐยอมรับการทำข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการของคู่สัญญาเอกชนในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศ เนื่องจาก

มาตรา 21 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยบัญญัติว่า “ผู้เยาว์จะทำนิติกรรมใดๆ ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน การใดๆ ที่ผู้เยาว์ได้ทำลางปราศจากความยินยอมเช่นนั้นเป็นโมฆียะ.....”

²⁸ มาตรา 456 วรรคแรกแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยบัญญัติว่า “การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ไซ้ไร ท่านว่าเป็นโมฆะ.....”

เป็นการเปิดโอกาสให้คู่สัญญาสามารถเลือกสถานที่ในการระงับข้อพิพาทให้สอดคล้องกับสภาพของข้อพิพาทและตัวคู่สัญญา ซึ่งการทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศก็เป็นการทำข้อตกลงเลือกสถานที่ระงับข้อพิพาทในลักษณะเดียวกับการทำข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาจึงสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้ไม่เป็นการขัดต่อหลักอำนาจอธิปไตย นอกจากนี้ยังเป็นการเคารพหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นอีกด้วย

3.2 ปัญหาและอุปสรรคตามข้อตกลงเลือกศาล

3.2.1 ปัญหาอันเกิดจากหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา

ตามที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.1.2 และ 3.1.3 ว่าข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้นเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปส่วนหนึ่งก็เนื่องมาจากการยอมรับและเคารพหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเอกชน อย่างไรก็ตาม สุจินต์ เจนพาณิชย์ศรี²⁹ ยังมีความเห็นอีกว่า เนื่องจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนามีขอบเขตจำกัด กล่าวคือ หากเป็นการตกลงกันขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือตกลงแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่กฎหมายนั้นเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้ว ข้อตกลงนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ ไม่มีผลใดๆ ทางกฎหมายเลย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ประกอบมาตรา 151 และดังภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า “ใครทำการขัดต่อกฎหมายเท่ากับว่าไม่ได้ทำการอย่างใดเลย” (*qui contra legem agit nihil agit*) แต่นักนิยมเสรีภาพของการแสดงเจตนากลับตั้งหลักการตีความบทบัญญัติดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ในทางกลับกันว่า “สิ่งใดกฎหมายไม่ห้ามย่อมทำได้ทุกอย่าง” (*tout ce qui n' est pas defendu par la loi est permis*) ดังนั้น การจะพิจารณาว่าข้อตกลงเลือกศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศสามารถกระทำได้บนพื้นฐานของหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา นั้นต้องได้ความว่า ข้อตกลงเลือกศาลนั้นไม่เป็นการขัดต่อหรือแตกต่างจากกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนเสียก่อน ดังนั้นต่อไปเราควรพิจารณาถึงเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน

²⁹ นิติตนิตติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545

แนวความคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีที่มาจากกฎหมายโรมัน ต่อมาแนวความคิดนี้ปรากฏอยู่ใน The Statuta Odiosa of the Statutum of the Middle Ages ซึ่งได้ถูกถ่ายทอดไปยังประเทศทางตะวันตกโดยแบ่งเป็น กลุ่มฝรั่งเศส-อิตาลี กลุ่มเยอรมันและกลุ่มแองโกลแซกซัน ต่อมาคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชน (L'ordre Public) จึงปรากฏอยู่ในมาตรา 1131 และ 1133 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสโดยดำเนินรอยตามกฎหมายโรมัน ในทำนองเดียวกันมีหลักฐานยืนยันว่าคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนของอังกฤษ (Public Policy) นั้นยืมมาจากกฎหมายโรมัน และคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนของเยอรมัน (OFFEN LICHE ORDNUNG) ก็มีที่มาจากกฎหมายโรมันเช่นกัน ส่วนของไทยเรานั้นเลียนแบบมาจากฝรั่งเศส³⁰

ถ้าจะพิจารณาจากความมุ่งหมายในแง่ของการใช้ถ้อยคำจะเห็นว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” มีเหตุผลในทางเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของประเทศชาติและสังคมและตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก็ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้อย่างกว้างๆ หลายแห่ง เช่น มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยผลกฎหมาย เป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” และมาตรา 151 บัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ” ตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้ มิได้อธิบายเลยว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นอย่างไร ซึ่งในทางปฏิบัติศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการพิจารณานำบทบัญญัติดังกล่าวไปใช้ให้เหมาะสมแก่กรณีและความเป็นธรรมทำให้มีความแตกต่างกันไปตามพฤติการณ์กาลเทศะและความเหมาะสมเป็นกรณีๆ ไป ซึ่ง พระยาเทพวิฑูรได้อธิบายไว้ดังนี้ “การที่จะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติใดต้องด้วยลักษณะที่ว่าเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ปัญหาข้อนี้จะวางหลักโดยเฉียบขาดหาได้ไม่ กฎหมายซึ่งเกี่ยวด้วยผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป ไม่ใช่เกี่ยวแก่คู่กรณีโดยเฉพาะแล้ว นับอยู่ในพวกที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ที่ว่ากฎหมายเกี่ยวด้วยผลประโยชน์ของมหาชนนั้น คือ กฎหมายทั้งหลายซึ่งนับเนื่องอยู่ในพวกที่เรียกว่ากฎหมายมหาชน แม้ในกฎหมายที่อยู่ในพวกกฎหมายเอกชนก็ยังมีบทบัญญัติที่นับว่าเกี่ยวด้วยผลประโยชน์ของมหาชนอยู่มาก อาทิเช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับสุขภาพและความสามารถของบุคคล บทบัญญัติว่าด้วยครอบครัวและอำนาจในครอบครัว บทบัญญัติในเรื่อง

³⁰ สุรพล ธรรมสถิตติ, “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน”, บทบัญญัติคดี. เล่มที่ 44 ตอนที่ 2 (มิถุนายน 2531) : หน้า 75-76

ทรัพย์สินหรือเกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ บทบัญญัติเพื่อป้องกันผลประโยชน์ของบุคคลภายนอกเหล่านี้เป็นต้น”³¹ อย่างไรก็ตาม ได้มีนักนิติศาสตร์หลายท่านพยายามให้ความเห็นในเรื่องความหมายของคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ไว้หลากหลาย ยกตัวอย่างเช่น

1) ลักษณะอย่างไรจึงจะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยนั้นยากที่จะวิเคราะห์ศัพท์ที่ได้ แต่พอจะเห็นได้ว่าเรื่องใดที่มีได้เกี่ยวข้องกับส่วนได้เสียของเอกชนผู้เป็นคู่กรณี โดยเฉพาะ แต่อาจกระทบกระทั่งไปถึงส่วนได้เสียของประชาชนคนอื่น เรื่องนั้นพอจะจัดได้ว่าเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน³²

2) อะไรเป็นความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น อธิบายว่าเป็นข้อห้ามซึ่งบังคับแก่เอกชนเป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน³³

3) การที่จะให้คำจำกัดความว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีความหมายอย่างไรนั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก และคิดว่าคงไม่มีผู้ใดสามารถให้คำจำกัดความได้อย่างสมบูรณ์ แต่จะกล่าวถึงแต่เพียงวัตถุประสงค์ของคำดังกล่าวนี้ อาจพูดได้ว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีความมุ่งหมายที่จะให้ยกขึ้นมาใช้ในกรณีผลประโยชน์ของส่วนรวมของสังคมขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัว ผลประโยชน์ส่วนรวมย่อมมีความสำคัญกว่า และเนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคม ดังนั้น คู่กรณีจะแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่น ยกเลิกไม่นำบทบัญญัตินั้นมาใช้บังคับไม่ได้ โดยสรุป ความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงหมายถึงประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม³⁴

³¹ พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1 ถึง 240 (เนติบัณฑิตยสภา : 2502), หน้า 407-408 (อ้างถึงใน มาโนช จรมาศ, “ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน”, อุลพาห. ปีที่ 12 ตอนที่ 5 (พฤษภาคม 2508) : หน้า 12)

³² เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (พระนคร : โรงพิมพ์อักษรสาส์น, 2509), หน้า 148 (อ้างถึงใน สุรพล ธรรมสถิติ, “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน”, บทบัญญัติ. เล่มที่ 44 ตอนที่ 2 (มิถุนายน 2531) : หน้า 78-79)

³³ จี๊ด เศรษฐบุตร, คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (พระนคร : โรงพิมพ์แสงทองการพิมพ์, 2512), หน้า 21 (อ้างถึงใน สุรพล ธรรมสถิติ, “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน”, หน้า 78-79)

³⁴ อุกฤษ มงคลนาวิน, “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน”, บทบัญญัติ. เล่มที่ 32 ตอนที่ 1 (2518) : หน้า 13-14 (อ้างถึงใน สุรพล ธรรมสถิติ, “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน”, หน้า 78-79)

4) คำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนไม่ใช่ของง่ายที่จะให้คำนิยามเพราะคำๆ นี้ต้องมีหลักการเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา แต่อาจสรุปได้ว่าสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย คือสัญญาที่ขัดต่อผลประโยชน์ของส่วนรวม³⁵

5) คำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนคือหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่าบุคคลทุกคนไม่มีสิทธิที่จะกระทำการใดที่จะเป็นผลร้ายต่อส่วนรวม³⁶

6) ความสงบเรียบร้อยของประชาชนคือหลักการนิติวิธีในการพิจารณาคดีหรือการตีความซึ่งกระทำไปตามความต้องการหรือผลประโยชน์ของส่วนรวมในปัจจุบัน³⁷

การที่จะถือว่าการนิติกรรมหรือข้อตกลงใดมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น หมายความว่าขัดขวางตอนนโยบายที่มุ่งเพื่อประโยชน์ได้เสียทั่วไปของรัฐและสังคม หรือเกี่ยวด้วยผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป ไม่ใช่เกี่ยวแก่คุณกรณีโดยเฉพาะ ส่วนการที่จะถือว่าการนิติกรรมหรือข้อตกลงใดมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดขวางต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น หมายความว่าขัดขวางต่อความรู้สึกในทางศีลธรรมของประชาชนทั่วไป โดยถือเอาความรู้สึกนึกคิดอันดีและปานกลางของบุคคลทั่วไปไปเป็นกฎเกณฑ์³⁸ แต่ก็พึงระวังว่าแม้ข้อตกลงหรือสัญญานั้นจะกระทบกระเทือนเกี่ยวกับบุคคลเป็นส่วนน้อยก็ดี แต่ถ้าเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว ก็ต้องถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี³⁹ ถ้าข้อตกลงหรือสัญญานั้นได้ทำขึ้นเพื่อรักษาผลประโยชน์ของคุณกรณีพอสมควรแก่เหตุและไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว ไม่ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน⁴⁰ ในประเด็นปัญหานี้ก็มีคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ คือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 297/2501 ซึ่งข้อเท็จจริงได้ความว่า โจทก์จำเลยมีอาชีพทางก่อสร้าง จังหวัดอุบลราชธานีประกาศรับเหมาก่อสร้างบ้านพักข้าราชการ

³⁵ J. Naviv. *Pitman's Commercial Law*. 15th ed. (London : Sir Issac Pitman & Sons Ltd., 1969), p. 30 (อ้างถึงใน สุรพล ธรรมสถิตติ, “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน”, หน้า 78-79)

³⁶ J.H. Finley. *Nelson Complete Encyclopedia*. (New York : J.J.Little & Ives Co., 1937), Volume 19, pp. 90-91 (อ้างถึงใน สุรพล ธรรมสถิตติ, “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน”, หน้า 78-79)

³⁷ B.F. Cataldo and others. *Introduction to Law and the Legal Process*. (New York ; John Willy & Sons Inc., 1966), p. 640 (อ้างถึงใน สุรพล ธรรมสถิตติ, “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน”, หน้า 78-79)

³⁸ มาโนช จรมาศ, “ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน”, *ดุลพินิจ*. ปีที่ 12 ตอนที่ 5 (พฤษภาคม 2508) : หน้า 12

³⁹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 13

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน. หน้า 14

มีผู้ที่ยื่นประมูล 9-10 รายประชุมกัน จำเลยจ่ายเงินแก่ผู้ที่สัญญาจะไม่ยื่นประมูลไปรายละเอียด 1,500 บาท ถึง 5,000 บาท ส่วนโจทก์นั้นก็ตกลงไม่งดประมูล จำเลยจ่ายเช็คให้โจทก์จำนวนเงิน 10,000 บาท เป็นค่าจ้างในการนี้ แต่โจทก์ก็ยื่นประมูลในราคาสูงกว่าจำเลย ต่อมาจำเลยไม่มีเงินในธนาคารที่จะจ่ายตามเช็คนั้น โจทก์จึงมาฟ้องจำเลย คดีนั้นศาลฎีกาตัดสินให้จำเลยใช้เงินให้โจทก์ โดยวินิจฉัยว่า “ฯลฯ ข้อตกลงระหว่างโจทก์จำเลย เป็นเพียงแต่ก่อให้เกิดให้ผู้ให้ประมูลเห็นว่าจำเลยเป็นผู้ให้ราคาต่ำที่สุดเท่านั้น เป็นนโยบายของการประมูล ไม่ใช่ล่อลวงให้หลงเชื่อ ผู้ให้ประมูลย่อมต้องใช้วิจารณญาณของตนประกอบด้วย และมีสิทธิที่จะให้หรือไม่ให้ผู้ประมูลราคาขั้นต่ำ สัญญาระหว่างโจทก์จำเลยไม่ผิดกฎหมายใช้บังคับแก่กันได้ ฯลฯ คงเหลืออยู่แต่ข้อที่จำเลยอ้างว่า ข้อตกลงให้โจทก์งดเว้นกระทำการยื่นประมูล จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีหรือไม่เท่านั้น ศาลฎีกาเห็นว่า การงดเว้นเช่นนี้เป็นพาณิชย์นโยบายอิสระแก่โจทก์จำเลยที่จะกระทำกันได้ ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี ฯลฯ” อาจารย์จิตติ ติงศรัทธี ได้บันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว ว่า “ข้อเท็จจริงเป็นอันชัดเจนว่า โจทก์จำเลยตกลงกันไม่ให้ประมูลรับเหมาก่อสร้างแข่งกับจำเลย การประมูลนี้ประกาศให้คนทั่วไปเข้าประมูลได้ และมีผู้ที่จะเข้าประมูล 9-10 คนมาประชุมตกลงกันจนได้รับเงินไปจากจำเลยบ้าง รับเช็คไปบ้าง เพื่องดไม่เข้าแข่งขันกับจำเลย ข้ายังลงผู้ประกาศให้ประมูล โดยแก้งยื่นประมูลให้สูงกว่าจำเลย เป็นการล่อให้เปรียบเทียบราคากัน วัตถุประสงค์ที่โจทก์จำเลยทำสัญญากันเช่นนี้ ไม่มีกฎหมายที่ไหนบัญญัติไว้ตรงๆ ว่าเป็นความผิดก็ตาม (ปัจจุบันมีได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดที่เกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 กำหนดการกระทำลักษณะฮั้วประมูลตามข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวเป็นการกระทำความผิด) แต่น่าคิดเป็นอย่างยิ่งว่า การกระทำเช่นนี้เป็นพาณิชย์นโยบายที่ถูกต้องตรงกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอยู่หรือ อะไรเป็นความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ แม้จะอธิบายว่าสองสิ่งนี้เป็นอะไรก็ไม่มีในบทกฎหมาย เป็นเรื่องศาลจะต้องใช้วิจารณญาณตามพฤติการณ์และกาลสมัย ทั้งจะต้องถือว่าเป็นหลักความสงบเรียบร้อยอันสำคัญยิ่ง ที่จะต้องปล่อยให้บุคคลทั้งหลายมีเสรีภาพในอันที่จะทำสัญญากันได้แล้วแต่ใจสมัคร แต่ถ้าจะให้ศาลต้องถือเอาแต่เพียงเท่าที่มีบรรทัดฐานมาแล้วว่า อะไรเป็นความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็จะเป็นการผูกมัดศาลจนเกินไปโดยไม่ถูกต้องเหมือนกัน เท่าที่เป็นปัญหาในคดีนี้ ส่วนที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็คือการตกลงกันจำกัดราคาไม่ให้คนอื่นมาแข่งในราคาต่ำกว่า เพื่อตนจะได้รับประมูลในราคาสูงเท่าที่ตนประสงค์ การกระทำดังนี้จะเป็นการชอบด้วยศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างไร บรรทัดฐานของศาลไทยในเรื่องนี้หาได้ยาก เรื่องเช่นนี้เกี่ยวกับข้อตกลงที่จำกัดตัดทอนเสรีภาพของบุคคล ที่เขาจะทำกิจการค้าของเขาโดยอิสระ คือไปผูกมัดไม่ให้ผู้อื่นยื่นประมูล และเป็นการขัดต่อประโยชน์ของประชาชนที่จะไม่ได้ใช้ หรือไม่ได้รับผลจากการงานของคนอื่นเหล่านั้น

เพราะไปตกลงกันห้ามไม่ให้เขาประมูลเสีย เป็นการผูกขาดหรือห้ามการแข่งขันโดยเสรี ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักเศรษฐกิจในที่สุด ฉะนั้นในประเทศ เช่น อังกฤษและอเมริกา จึงถือว่าสัญญานี้เป็นโมฆะ ฯลฯ⁴¹

จากแนวความคิดหรือแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ผ่านมาทำให้สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปในการวินิจฉัยเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนได้ดังนี้⁴² กล่าวคือ ประการแรกซึ่งเป็นประการที่สำคัญที่สุด การวินิจฉัยเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของสังคมและประเทศชาติเป็นใหญ่ ผลประโยชน์ของสังคม (Public Interest) ย่อมต้องอยู่เหนือผลประโยชน์ของเอกชน ประการที่สอง นอกจากต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของสังคมเป็นใหญ่แล้ว การวินิจฉัยยังต้องคำนึงถึงวิวัฒนาการทางด้านการเมือง เศรษฐกิจและสังคมรวมทั้งทัศนคติของมหาชนโดยทั่วไปโดยต้องให้มีความสอดคล้องกันและเท่าทันกันด้วย ประการสุดท้าย ประการที่สาม การวินิจฉัยต้องยึดหลักการประสานผลประโยชน์ที่ขัดแย้งกันในสังคมเพื่อผลประโยชน์ของส่วนรวมอันสูงสุด (The Adjustment of the Conflicting Interest) ต้องซึ่งน้ำหนักดูว่าสิ่งใดเป็นประโยชน์ต่อสังคมมากกว่าก็ต้องยึดถือสิ่งนั้น สังคมก็ย่อมต้องคุ้มครองสิ่งที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมมากกว่าก่อน มีข้อน่าพึงสังเกตว่า ในสมัยที่ยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส การยอมรับแนวความคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นก็เฉพาะแต่ที่ใช้บังคับแก่หลักการเสรีภาพในการทำสัญญา โดยถือเป็นข้อจำกัดอย่างหนึ่งเท่านั้น แต่ในยุคปัจจุบันปรากฏว่าได้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าแนวความคิดดังกล่าวเป็นหลักการใช้บังคับแก่กฎหมายเอกชนทั่วไป

ในเรื่องเกี่ยวกับการที่คู่สัญญาทำข้อตกลงเลือกศาลโดยกำหนดว่าศาลใด (ศาลประเทศใด) จะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีของตนนั้น มีผู้ให้ความเห็นว่าคู่สัญญาไม่สามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้เนื่องจากกฎหมายที่กำหนดเขตอำนาจศาลเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ฉะนั้นหากคู่สัญญาตกลงกันข้อตกลงนั้นก็ตกเป็นโมฆะไม่มีผลบังคับใช้ ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับคำกล่าวนี้โดยผู้เขียนจะกล่าวต่อไปในบทที่ 6 และจากการศึกษาของผู้เขียนพบว่าก็มีกรณีศาลของประเทศต่างๆ อาจปฏิเสธที่จะบังคับตามข้อตกลงเลือกศาลซึ่งละเมิดกฎหมายที่บังคับให้กระทำการ หรือความสงบเรียบร้อยของศาลที่ได้รับการเลือกโดยบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่าข้อตกลงเลือกศาลที่เกี่ยวข้องกับคดีบางประเภทไม่สมบูรณ์และไม่สามารถบังคับตามได้ เช่น คดีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทาน คดีแรงงาน คดีประกันภัย คดี

⁴¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 15-17

⁴² สุรพล ธรรมสถิตติ, "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน", หน้า 84

ผู้บริโภครู้หรือรู้โดยปริยาย หรือคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทโดยสามารถดูตัวอย่างได้จากกฎหมายต่อไปนี้เป็น

- สัญญาผู้บริโภค เช่น EU Council Regulation 44/2001 มาตรา 15, 16 และ 17 กำหนดว่า ผู้บริโภคสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลที่ตนมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล และกฎหมายสวิสว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล มาตรา 114 (2) กำหนดว่า ผู้บริโภคสามารถยกเลิกข้อตกลงที่กำหนดให้ฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลซึ่งมิใช่ศาลที่ตนมีภูมิลำเนาในเขตศาลก็ได้

- คดีที่ลูกจ้างฟ้องร้องดำเนินคดีเกี่ยวกับนายจ้าง เช่น EU Council Regulation 44/2001 มาตรา 18-21 กำหนดว่า ลูกจ้างสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีเกี่ยวกับนายจ้างต่อศาลที่ตนมีภูมิลำเนาในเขตศาลก็ได้ และตามพระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิการจ้างแรงงาน ค.ศ. 1996 ก็กำหนดเช่นเดียวกัน

- คดีเกี่ยวกับสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ เช่น EU Council Regulation 44/2001 มาตรา 22 และกฎหมายสวิสว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล มาตรา 98 กำหนดว่าศาลที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ในเขตศาลเป็นศาลที่มีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียว

- คดีเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา รวมถึงความสมบูรณ์ของสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้า เช่น EU Council Regulation 44/2001 มาตรา 22 กำหนดว่าศาลที่เกิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นศาลที่มีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียว

- คดีเกี่ยวกับสัญญาตัวแทนจำหน่าย หรือสัญญาเฟรนไชส์ เช่น Mich. Com. Law Ann. § 445.1527 (f) (West 1998) กำหนดว่า ข้อสัญญาที่กำหนดให้ทำการอนุญาตโดยตุลาการหรือฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลซึ่งมิได้ตั้งอยู่ในมลรัฐนั้นตกเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับใช้หากกำหนดไว้ในเอกสารซึ่งเกี่ยวข้องกับเฟรนไชส์ และกฎหมายเปอร์โตริโก มาตรา 85 กำหนดว่า ข้อสัญญาในสัญญาตัวแทนจำหน่ายที่กำหนดให้ฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลต่างประเทศไม่มีผลบังคับใช้

- คดีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ลงทุนในหลักทรัพย์ เช่น ประมวลกฎหมายบริษัทมลรัฐแคลิฟอร์เนีย § 25701 และกฎหมายสวิสว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล มาตรา 151(3) กำหนดเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากข้อเสนอสู่สาธารณชนเกี่ยวกับหลักทรัพย์ เป็นต้น⁴³

จากตัวอย่างจะเห็นได้ว่าประเทศต่างๆ มากมายบัญญัติกฎหมายจำกัดการบังคับตามข้อตกลงเลือกศาล หากข้อตกลงเลือกศาลขัดต่อความสงบเรียบร้อย แต่ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่ากฎหมายต่างประเทศดังกล่าวมิได้กำหนดว่าตัวข้อตกลงเลือกศาลเองขัดต่อความสงบเรียบร้อย

⁴³ Gary B. Born. International Arbitration and Forum Selection Agreements : Drafting and Enforcing. (The Netherlands : Kluwer Law International, 2006), p. 101-102

หรือกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย แต่กำหนดว่าข้อตกลงเลือกศาลซึ่งสัญญาหลัก หรือเรื่อง
ที่พิพาทกันตามที่กฎหมายกำหนดนั้นไม่มีผลใช้บังคับ หรือคู่ความต้องนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลที่มี
เขตอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ความหมายหรือคำนิยามของคำว่า
“ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” นั้นยากที่จะกำหนดลงไปส่งผลให้มีความเป็นไปได้ว่าจะมีการ
ตีความอย่างกว้างมากและก่อให้เกิดความไม่แน่นอนต่อการบังคับตามข้อตกลงเลือกศาล
โดยทั่วไปการกำหนดหรือการตีความเหล่านี้มักขึ้นอยู่กับประเพณีและผลประโยชน์แห่งท้องถิ่น
เช่น การคุ้มครองทรัพย์สินของท้องถิ่นในสัญญาสัมปทานที่ไม่อนุญาตให้คู่สัญญา
กำหนดให้ศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานเป็นศาลของประเทศ
อื่นนอกเหนือจากศาลของประเทศผู้ให้สัมปทาน เป็นต้น⁴⁴ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการจะบังคับตาม
ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ก็มิได้หมายความว่าข้อตกลงหรือข้อสัญญา
เลือกศาลทุกฉบับจะต้องได้รับการเคารพและบังคับตามที่คู่สัญญากำหนดเลือกเสมอไปโดยไม่
คำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศซึ่งเป็นที่ตั้งของศาลที่ได้รับการเลือก ศาลดังกล่าวอาจปฏิเสธไม่
รับพิจารณาคดีหรือศาลที่คู่สัญญา (โจทก์) นำคดีมาฟ้องร้องโดยฝ่าฝืนข้อตกลงเลือกศาลก็อาจ
ยอมรับพิจารณาคดีก็ได้หากเห็นว่าข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าวทำขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย
ภายในของศาลเองหรือขัดต่อหลักความยุติธรรมหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่
ทั้งนี้ทั้งนั้น ผู้เขียนเห็นว่าต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ หรือความประสงค์ของคู่สัญญาในข้อตกลง
เลือกศาลด้วย

หากเราจะเปรียบเทียบข้อตกลงหรือข้อสัญญาเลือกศาลนี้กับกรณีข้อตกลง หรือข้อ
สัญญาอนุญาตไต่ตุลาการระหว่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่าก็น่าจะเปรียบเทียบกันได้เพราะถ้าจะบอก
ว่าการที่คู่สัญญาในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศทำการตกลงเลือกศาลที่ตน
ประสงค์จะให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีระหว่างตนแล้ว การตกลงดังกล่าวเป็นการขัดต่อความ
สงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ด้วยเหตุที่ว่าอำนาจในการพิจารณาคดีของศาล
คู่สัญญาหรือเอกชนไม่สามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้แล้ว เหตุใดจึงยินยอมให้คู่สัญญาหรือ
เอกชนสามารถตกลงให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้ ทั้งๆ ที่การอนุญาโตตุลาการส่วน
ใหญ่ที่คู่สัญญาเลือกก็เป็นองค์กรหรือสถาบันที่ถูกตั้งขึ้นโดยเอกชน มีองค์กรหรือหน่วยงานของ
รัฐ และยิ่งไปกว่านั้นหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำข้อพิพาทมาฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลทั้งๆ ที่
มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ศาลที่รับคำฟ้องก็จะมีคำสั่งยกฟ้องโจทก์หรือจำหน่ายคดีออกจาก
สารบบความเลยทีเดียว ถ้าคำตอบหรือเหตุผลของกรณีดังกล่าวมาจากการที่มีบทบัญญัติแห่ง

⁴⁴ Ibid.

กฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้นและที่มาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวก็มาจากการที่นานาประเทศยอมรับกันทั่วไปถึงความมีอยู่และการมีผลบังคับใช้ของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (เนื่องจากมีประเทศต่างๆ ทั่วโลกจำนวน 144 ประเทศเป็นภาคีอนุสัญญากรุงนิวยอร์คว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับลงวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ. 1958) **ผู้เขียน**เห็นว่าลักษณะดังกล่าวก็ไม่แตกต่างไปจากข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศแต่อย่างใด เพราะจากการศึกษาของ**ผู้เขียน**เองประเทศต่างๆ ทั่วโลก เช่น ประเทศญี่ปุ่น ประเทศอังกฤษ เป็นต้น ก็ให้การยอมรับและบังคับตามข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาลักษณะนี้ตามที่กล่าวมาแล้วในข้อ 3.1.3

3.2.2 ปัญหาอันเกิดจากการตีความว่าเป็นข้อตกลงเลือกศาลประเภทใด

ตามที่กล่าวมาแล้วในข้อ 3.1.1 ว่าข้อตกลงเลือกศาลนั้นสามารถแบ่งได้ 3 ประเภทได้แก่ ข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียว (exclusive choice of court agreement) ข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี (non-exclusive choice of court agreement) และ ข้อตกลงเลือกศาลที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิภาคีไปฟ้องร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจที่ได้รับเลือก (asymmetrical or one-sided agreement) เพียงฝ่ายเดียว ซึ่งข้อตกลงเลือกศาลแต่ละประเภทยังมีลักษณะที่ต่างกันไป โดยที่กฎหมายของประเทศต่างๆ และสนธิสัญญาระหว่างประเทศก็ให้การบังคับและการตีความตามแตกต่างกันไปอีกด้วย ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงเกิดปัญหาขึ้น

จากการศึกษาของ**ผู้เขียน**ก็พบว่าปัญหาเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลนั้นมักเกิดจากปัญหาในการพิจารณาว่าข้อตกลงเลือกศาลที่พิพาทเป็นข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียวหรือไม่ ซึ่งปัญหาดังกล่าว**ผู้เขียน**เห็นว่า เป็นปัญหาเกี่ยวกับการตีความข้อตกลงเท่านั้น ซึ่งในความเป็นจริงแล้วเกิดจากการที่ศาลของประเทศต่างๆ ใช้วิธีการที่ต่างกันใน การตีความและการบังคับตามข้อตกลงเลือกศาล ซึ่งเราต้องทำความเข้าใจถึงความแตกต่างเหล่านี้ก่อนว่ามันขึ้นอยู่กับกฎหมายที่บังคับใช้แก่ข้อพิพาทของศาลที่รับพิจารณาคดี ซึ่งในบางครั้งข้อความที่ใช้ในข้อตกลงเลือกศาลเป็นข้อความอย่างเดียวกันแต่อาจได้รับการตีความไว้แตกต่างกัน คืออาจเป็นข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียว หรือข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดีก็ได้ ดังนั้นหากคู่สัญญาประสงค์ให้ข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มี

เขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียวก็ควรที่กำหนดให้ชัดเจนเพื่อลดผลกระทบที่อาจเกิดจากกฎเกณฑ์หรือการตีความที่แตกต่างกัน

โดยปกติแล้วประเทศระบบคอมมอนลอว์จะไม่ตีความว่าข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียว เว้นแต่จะมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนและคู่สัญญาตกลงกันเช่นนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศแคนาดาคัดค้านที่จะวินิจฉัยว่าข้อตกลงเลือกศาลใดเป็นข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียวเนื่องจากเห็นว่าไม่น่าที่จะให้คู่สัญญาทำสัญญาสละการเข้าถึงการเยียวยาตามกฎหมายเพราะความเลินเล่อของคู่สัญญาเอง ซึ่งตามกฎหมายที่ทั่วไปในประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาล คือ ข้อตกลงเลือกศาลทั้งหมดเป็นข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี เว้นแต่จะกำหนดชัดเจนเป็นอย่างอื่น และกรณีที่ข้อตกลงเลือกศาลจะเป็นข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียวก็ต้องมีการกำหนดไว้เช่นนั้นอย่างชัดเจน

ส่วนศาลประเทศอังกฤษใช้วิธีการตีความที่กว้างกว่า คือ ไม่จำกัดอยู่เฉพาะบทบัญญัติในข้อตกลงเลือกศาลเท่านั้น หากแต่มีพยานหลักฐานที่แสดงว่าคู่สัญญาประสงค์จะให้ข้อตกลงเลือกศาลนั้นเป็นข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียวก็เพียงพอที่จะตีความว่าข้อตกลงเลือกศาลนั้นเป็นข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียว โดยในประเทศอังกฤษเองยอมรับการทำข้อตกลงเลือกศาลในลักษณะนี้โดยเคร่งครัด ดังนั้น หากคู่สัญญานำข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศที่มีข้อตกลงเลือกศาลในลักษณะดังกล่าวมาฟ้องร้องยังศาลอังกฤษแทนที่จะเป็นศาลต่างประเทศซึ่งเป็นศาลที่ได้รับการเลือกตามข้อตกลงเลือกศาล ศาลอังกฤษจะสั่งจำหน่ายคดีที่ฟ้องยังศาลตนเอง เพื่อให้คู่สัญญาปฏิบัติตามข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดไว้ ศาลอังกฤษจะยอมให้ดำเนินคดีในศาลอังกฤษก็แต่เฉพาะเมื่อโจทก์สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าโดยลักษณะของคดีจะเป็นการถูกต้องและเหมาะสมที่ควรจะให้ศาลอังกฤษเป็นศาลที่พิจารณาคดีนั้น⁴⁵

⁴⁵ คณิง ฤๅไชยและพันธุทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “อันเนื่องมาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 และ 5809/2539 : ข้อคิดเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศเพื่อเป็นข้อยกเว้นเขตอำนาจศาลไทย”, หน้า 135

ส่วนประเทศระบบซีวิลลอว์บางประเทศต่อต้านความคิดที่ว่าคู่สัญญาสามารถเลือกให้ศาลของประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจและในขณะเดียวกันก็สามารถนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลของอีกประเทศหนึ่ง กล่าวคือ ไม่ยอมรับข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี (non-exclusive choice of court agreement) เนื่องจากเห็นว่า เขตอำนาจศาลควรได้รับการกำหนดเพียงศาลเดียว ซึ่งประเทศต่างๆ ในสหภาพยุโรป (European Union) และประเทศอื่นในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ต่างก็มีแนวความคิดเช่นนี้

ในประเทศสหรัฐอเมริกาคู่สัญญาเพียงแต่กำหนดว่าให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยที่มีได้ห้ามมิให้นำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลอื่น หากเป็นกรณีที่ศาลเห็นไปข้อตกลงเลือกศาลมิใช่ข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียวก็มิได้หมายความว่าข้อตกลงนั้นไม่มีผลบังคับใช้ แต่หมายความว่าข้อตกลงนั้นไม่ตัดสิทธิคู่สัญญาในการนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลอื่นซึ่งเหมาะสม การที่คู่สัญญากำหนดในข้อตกลงว่า “จำต้อง (Shall)” ไม่ถือว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียว เว้นแต่จะกำหนดกันอย่างชัดเจนว่าศาลที่ได้รับเลือกเป็นศาลที่มีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียว⁴⁶

ศาลในประเทศอังกฤษยอมรับให้คู่กรณีสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดีได้ แม้ว่ามาตรา 17 แห่งอนุสัญญากรุงบรัสเซลส์จะกำหนดให้ศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลมีเขตอำนาจเหนือคดีแพ่งและพาณิชย์ที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศได้เพียงศาลเดียวก็ตาม⁴⁷

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตถึงความแตกต่างที่สำคัญมากระหว่าง “ข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียว (exclusive choice of court agreement)” กับ “ข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี (non-exclusive choice of court agreement)” ได้แก่

⁴⁶ Arguss Communications Group Inc. v. Teletron, Inc., 2000 WL 36936 at *6-7 (D.N.H. 1999) [mentioned in Ronald A. Brand & Scott R. Jablonski, *Forum Non Conveniens History, Global Practice, and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*. (New York: Oxford University Press, 2007), p. 197-198

⁴⁷ Kurz v. Stella Musical GmbH [1992] Ch. 196

1) ข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียว (exclusive choice of court agreement) กำหนดให้ข้อพิพาทที่อยู่ได้บังคับของข้อตกลงเลือกศาลต้องได้รับการพิจารณาโดยศาลที่ได้รับการเลือกเท่านั้น (ห้ามมิให้ศาลอื่นรับพิจารณาคดี) ข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียวบางครั้งก็เรียกว่า “ข้อสัญญาจำกัดเขตอำนาจศาล (derogation clause)” เพราะข้อสัญญาดังกล่าวทำให้ศาลที่มีเขตอำนาจอื่นไม่สามารถรับพิจารณาคดีได้ โดยการกำหนดศาลที่จะสามารถรับพิจารณาคดีได้ไว้

2) ข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี (non-exclusive choice of court agreement) กำหนดให้คู่สัญญาสามารถนำข้อพิพาทของตนไปฟ้องร้องต่อศาลที่ได้รับการเลือก แต่ก็มีได้บัญญัติห้ามมิให้นำข้อพิพาทดังกล่าวไปฟ้องร้องต่อศาลอื่น ดังนั้นคู่สัญญาสามารถนำข้อพิพาทไปฟ้องร้องต่อศาลอื่นซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทนั้น โดยไม่จำเป็นต้องเป็นศาลที่ได้รับการเลือก ข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดีบางครั้งก็เรียกว่า “ข้อสัญญาแบบเปิด หรือการยอมอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาล (prorogation clause / submission to jurisdiction)” ข้อตกลงเลือกศาลประเภทนี้ โดยเฉพาะในระบบคอมมอนลอว์สะท้อนให้เห็นถึงหน้าที่ของข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลที่ได้รับการเลือกมีเขตอำนาจศาลเหนือคู่สัญญาโดยไม่จำเป็นต้องกำหนดจำกัดเขตอำนาจของศาลอื่นซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาท

3) ปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการตัดสินใจของคู่สัญญาว่าจะใช้ข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียว หรือข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี ได้แก่

(ก) มีความเป็นไปได้มากกว่าข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียวจะป้องกันมิให้เกิดการดำเนินคดีซ้ำซ้อนในศาลของประเทศต่างๆ ในทางกลับกัน ข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดีทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีอำนาจตัดสินใจอย่างเต็มที่ในการนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลอื่นซึ่งมิใช่ศาลที่ได้รับการเลือก ซึ่งคู่สัญญาจะใช้ข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดีหากการใช้ข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าวจะสามารถลดค่าใช้จ่ายและความเป็นไปได้ที่ผลของคดีจะขัดกัน

(ข) ข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียวอาจจำกัดมิให้คู่สัญญาหาวิธีการเยียวยาในศาลอื่นนอกจาก

ศาลที่ได้รับการเลือก ตัวอย่างเช่น ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensing agreement) ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensor) ในทรัพย์สินทางปัญญาอาจถูกจำกัดโดยข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียวมิให้ยื่นคำร้องขอคำสั่งศาลห้ามมิให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensee) กระทำการบางอย่างเกี่ยวกับสิทธิที่พิพาทต่อศาลอื่นนอกเหนือจากศาลที่ได้รับการเลือก หรือเจ้าหน้าที่อาจถูกจำกัดห้ามมิให้ยื่นคำร้องขออายัดทรัพย์สินหรือเงินของลูกหนี้ในศาลอื่นนอกจากศาลที่ได้รับการเลือก เป็นต้น อันเป็นผลของข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียวที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้

อนึ่ง มีข้อโต้แย้งตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ (ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ) เกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียวว่าข้อตกลงเลือกศาลฯ ดังกล่าวไม่ควรตีความหรือมีผลบังคับไปถึงมาตรการคุ้มครองชั่วคราวและการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่คล้ายคลึงกัน

(ค) หากมีประเด็นเกี่ยวกับการบังคับตามข้อตกลงเลือกศาล มีความเป็นไปได้ว่าข้อตกลงเลือกศาลประเภทที่กำหนดให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียวจะได้รับการบังคับตามมากกว่าโดยเฉพาะในประเทศที่พัฒนาแล้ว รวมถึงการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือก ในทางกลับกันการคัดค้านการยอมรับและบังคับตามข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดีนั้นน้อยกว่า

ศาลในสหรัฐอเมริกาบางครั้งก็ตีความว่าข้อตกลงเลือกศาลเป็นข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดีแต่มีการสละสิทธิ์ที่จะโต้แย้งเรื่องเขตอำนาจศาลหรือสถานที่พิจารณาคดีเมื่อมีการนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลที่ได้รับการเลือก (Non-Exclusive Clauses with Waiver of Objections to Venue) ในกรณีนี้การบังคับตามข้อตกลงเลือกศาลอาจขึ้นอยู่กับว่าคู่สัญญาฝ่ายใดนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลก่อนและศาลใดเป็นศาลที่คู่สัญญาฝ่ายดังกล่าวยื่นฟ้อง⁴⁸ เช่น คดี AAR International, Inc. v.

⁴⁸ Ronald A. Brand & Scott R. Jablonski. *Forum Non Conveniens History, Global Practice, and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*. (New York: Oxford University Press, 2007), p. 194

Nimelias Enterprise S.A.⁴⁹ หากข้อตกลงเลือกศาลมีข้อความกำหนดว่า “เพื่อความชัดเจนคู่สัญญาต้องไม่คัดค้านสถานที่พิจารณาคดี (venue) ซึ่งเป็นศาลที่ได้รับการเลือกเพียงเพราะว่าศาลดังกล่าวเป็นศาลที่ไม่เหมาะสมกับการพิจารณาคดี”⁵⁰ ดังนั้นผลลัพธ์จึงเหมือนกับข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียว⁵¹

โดยรวมแล้วคู่สัญญาในสัญญาแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศมักเลือกข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียวมากกว่าเนื่องจากข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าวช่วยลดความเสี่ยงจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลที่ตนไม่ประสงค์ หรือศาลที่ตนมิได้คาดหมายซึ่งเป็นประเด็นที่สำคัญอย่างมากในคดีระหว่างประเทศ⁵²

นอกเหนือจากปัญหาที่เกิดจากข้อตกลงเลือกศาลทั้งสองประเภทที่กล่าวมาข้างต้นแล้วยังมีปัญหาที่เกิดจากข้อตกลงเลือกศาลที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิภาคีไปฟ้องร้องต่อศาลที่มิใช่ศาลที่ได้รับการเลือก (asymmetrical or one-sided agreement) ข้อตกลงเลือกศาลประเภทนี้ก่อให้เกิดประเด็นเกี่ยวกับการบังคับตามข้อตกลงในบางประเทศเพราะคู่สัญญาอาจมิได้ตกลงด้วยกันทั้งสองฝ่าย หรือคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจไม่ทราบถึงข้อตกลงเลือกศาลประเภทนี้เลย ซึ่งมาตรา 17⁵³ ของอนุสัญญากรุงบรัสเซลส์กำหนดอย่างชัดเจนว่าข้อตกลงเลือกศาลประเภทนี้ทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว หากคู่สัญญาประสงค์ที่จะให้ข้อตกลงเลือกศาลระหว่างตนเป็นข้อตกลงเลือกศาลประเภทนี้ ตามมาตรา 17 แห่งอนุสัญญากรุงบรัสเซลส์

⁴⁹ 250 F.3d 510, 525 (7th Cir. 2001) (mentioned in Ronald A. Brand & Scott R. Jablonski. *Forum Non Conveniens History, Global Practice, and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*. p. 201

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid. p. 202

⁵² Gary B. Born. *International Arbitration and Forum Selection Agreements : Drafting and Enforcing*. p. 17-19

⁵³ Article 17 of the Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters of 27 September 1968 “If the parties, one or more of whom is domiciled in a Contracting State, have agreed that a court or the courts of a Contracting State are to have jurisdiction to settle any disputes which have arisen or which may arise in connection with a particular legal relationship, that court or those courts shall have exclusive jurisdiction...”

คู่สัญญาต้องกำหนดอย่างชัดแจ้งถึงข้อพิจารณา (เจตนา) ของตน ซึ่งศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาและของประเทศในระบบคอมมอนลอว์ก็กำหนดหรือตีความในลักษณะนี้เช่นกัน⁵⁴

สรุป ข้อตกลงเลือกศาลนั้นมีอยู่หลายประเภทและได้รับการเคารพและบังคับตามแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศซึ่งเป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ว่าพิจารณาหรือตีความว่าข้อตกลงเลือกศาลเป็นข้อตกลงเลือกศาลประเภทใด และการจะบังคับตามนั้นเป็นการอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่คู่สัญญาอย่างเหมาะสมและยุติธรรมหรือไม่ การมีส่วนร่วมของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายในการทำข้อตกลงเลือกศาลว่ามีมากน้อยแค่ไหน เป็นต้น ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วก่อให้เกิดปัญหาอย่างมากเพราะการที่ศาลที่พิจารณาคดี (ซึ่งอาจมิใช่ศาลที่ได้รับการเลือก) จะค้นหาสิ่งเหล่านั้นหรือพิจารณาถึงความเหมาะสมและความยุติธรรมเป็นการยากยิ่งและยังไม่มีมาตรฐานที่ชัดเจนและเหมาะสมแต่อย่างใด

⁵⁴ Ibid. p. 28-29

บทที่ 4

อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005

4.1 มูลเหตุจูงใจในการทำอนุสัญญา

การที่การค้าระหว่างประเทศมีความเจริญและพัฒนาก้าวหน้าอย่างมากก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวของผู้คน สินค้า เงินทุนและการบริการ รวมถึงแนวความคิดต่างๆ ข้ามพรมแดนไปด้วย และสิ่งที่เกิดมากขึ้นตามไปด้วยก็คือข้อพิพาทระหว่างประเทศ และด้วยเหตุที่ไม่มีกฎหมายและทางปฏิบัติที่เป็นเอกบุปส่งผลให้การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศเหล่านี้จึงไม่มีความแน่นอนจนเกิดปัญหาเรื่อง forum shopping การดำเนินคดีซ้ำซ้อน ความยุ่งยากและค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่ไม่จำเป็นและปัญหาในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลประเทศหนึ่งในอีกประเทศหนึ่งตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ปัญหาเหล่านี้ทำให้คู่สัญญาจำต้องพิจารณาถึงกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้อง เช่น ประเทศที่ทำการพิจารณาพิพากษาคดี ประเทศที่อาจมีการนำคำพิพากษาไปร้องขอให้ยอมรับและบังคับตาม เพราะหากคดีมีคำพิพากษาแต่ไม่สามารถบังคับคดีได้ในประเทศที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินอยู่คำพิพากษานั้นก็จะมีค่าน้อยมากจึงมีความจำเป็นที่ต้องพิจารณาถึงกฎหมายภายในของประเทศนั้นก่อนที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีว่าจะมีอุปสรรคขัดขวางมิให้มีการยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษานั้นมากน้อยขนาดไหน รวมถึงจำนวนเงินที่จะสามารถร้องขอได้เป็นเท่าใด

ด้วยเหตุดังกล่าวประกอบกับการที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาใดๆ แต่โดยทั่วไปแล้วคำพิพากษาศาลต่างประเทศจะได้รับการยอมรับและบังคับตามในศาลสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะตามหลักถ้อยที่ถ้อยอาศัย (comity) หรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของศาล¹ ส่วนคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาจะได้รับการยอมรับและบังคับตามในศาลต่างประเทศก็ต่อเมื่อกฎหมายภายในของศาลต่างประเทศกำหนดให้ยอมรับและบังคับตามได้ซึ่งโดยทั่วไปกฎหมายภายในของต่างประเทศจะให้การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศน้อยกว่ากฎหมายภายในของ

¹ โปรดดู RESTATEMENT (THIRD) FOREIGN RELATION LAW § 481-82 (1986); National Conference of Commissioner on Uniform State Laws, UNIFORM FOREIGN MONEY-JUDGMENTS RECOGNITION ACT, 13-II U.L.A. 49 (2002); Ronald A. Brand, Enforcing Foreign Judgments in the United States and United States Judgments Abroad 2 (1992)

ประเทศสหรัฐอเมริกา² และเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวเหล่านี้เมื่อเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1992 Edwin Williamson ที่ปรึกษากฎหมายของกระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐอเมริกาจึงส่งหนังสือถึงเลขาธิการใหญ่ (Secretary General) ของที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Hague Conference on Private International Law) เสนอว่าที่ประชุมควรทำการเจรจาและจัดทำอนุสัญญาพหุภาคีเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับเรื่องเขตอำนาจศาลและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาในศาลของประเทศภาคี³ ซึ่งในช่วงเริ่มต้นของการเจรจาก็พบเลยว่าวิธีปฏิบัติของประเทศต่างๆ ในเรื่องนี้มี ความแตกต่างกันอย่างมาก เมื่อเดือนตุลาคม ค.ศ. 1992 ที่ประชุมกรุงเฮกยอมรับอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์ถึงความพยายามให้มีการเจรจาพหุภาคีผ่านที่ประชุมกรุงเฮกเกี่ยวกับอนุสัญญาว่าด้วย การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษา⁴ โดยให้คณะทำงาน (Working Group) ทำการพิจารณา ต่อมาเมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1994 ที่ประชุมกรุงเฮกจัดตั้งคณะกรรมการพิเศษ (Special Commission) ขึ้นและตัดสินใจว่าจะจัดทำร่างอนุสัญญาว่าด้วยเขตอำนาจศาล การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์โดยกล่าวว่าปัญหานี้จะได้รับการบรรจุในวาระการประชุมของการประชุมครั้งที่ 18 (Eighteenth Session) พอเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1995 คณะกรรมการพิเศษว่าด้วยเรื่องและนโยบายทั่วไปของที่ประชุม (The Special Commission on General Affairs and Policy of the Conference) ก็ให้คำแนะนำแก่การประชุมครั้งที่ 18 ว่าควรรับข้อเสนอที่ให้จัดทำอนุสัญญาเกี่ยวกับคำพิพากษาจนที่ประชุมกรุงเฮกตัดสินใจบรรจุประเด็นปัญหาเกี่ยวกับอนุสัญญาดังกล่าวในวาระการประชุมครั้งที่ 19

ช่วงแรกของการจัดทำอนุสัญญา ประเทศสหรัฐอเมริกาเสนอรายงานที่จัดทำโดยศาสตราจารย์ Arthur Taylor von Mehren ว่าควรมีการจัดทำอนุสัญญา “ผสม (mixed)” และแยก

² โปรดดู Volker Behr. Enforcement of United States Money Judgments in Germany. 13 J.L. & COM. 211, 222 (1993-94)

³ Letter of May 5, 1992 from Edwin D. Williamson, Legal Adviser, U.S. Department of State, to Georges Droz, Secretary General, The Hague Conference on Private International Law (May 5, 1992) (มีเผยแพร่ในเอกสารที่ประชุมกรุงเฮก L.c. ON เลขที่ 15 (92))

⁴ Conclusions of the Working Group Meeting on Enforcement of Judgments. Preliminary Document No. 19 of November 1992. (The Netherlands : Hague Conference on Private International Law, 1992)

ต่างหากออกจากอนุสัญญาฉบับก่อนๆ โดยกำหนดโครงสร้างแบบผสมผสาน ศาสตราจารย์ Arthur ได้อรรถาธิบายเกี่ยวกับประเภทของอนุสัญญาไว้ดังนี้⁵

1) อนุสัญญาเดี่ยว (Single Convention) เช่น อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์และพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับลงวันที่ 1 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1971⁶ และอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับการหย่าและการแยกทางกันทางกฎหมาย⁷ เป็นอนุสัญญาเดี่ยวเนื่องจากมีเพียงกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับศาลที่ได้รับการร้องขอให้ยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ดังนั้น อนุสัญญาจะบัญญัติเกี่ยวกับปัญหาเขตอำนาจศาลโดยทางอ้อมเท่านั้น กล่าวคือ การที่ศาลที่ได้รับการร้องขอให้ยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาทำการพิจารณาถึงเขตอำนาจศาลของศาลที่พิจารณาพิพากษาคดี

2) อนุสัญญาคู่ (Double Convention) เช่น อนุสัญญากรุงบรัสเซลส์⁸ และอนุสัญญาลูกาโน⁹ ถือเป็นอนุสัญญาคู่ เนื่องจากมีทั้งกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเขตอำนาจศาลของศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีไว้โดยตรงและกฎเกณฑ์ที่ใช้กับศาลที่ได้รับการร้องขอให้ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษา อนุสัญญาคู่นี้ทำให้ไม่จำเป็นต้องมีการพิจารณาถึงปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลของศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีอย่างอนุสัญญาเดี่ยว เนื่องจากศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีได้

⁵ Arthur Taylor von Mehren. Recognition Convention Study : Final Report.

⁶ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters and Supplementary Protocol, done February 1, 1971

⁷ Convention on the Recognition of Divorces and Legal Separations, concluded 1 June 1970, ดูได้ที่ < http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=80>

⁸ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการบังคับตามคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์ ณ กรุงบรัสเซลส์ เมื่อวันที่ 27 กันยายน ค.ศ. 1968 (รวมถึงฉบับล่าสุดของอนุสัญญา ค.ศ. 1968 และพิธีสาร ค.ศ. 1971 ตามด้วยการภาคยานุวัติ ค.ศ. 1996 ของประเทศออสเตรเลีย ประเทศฟินแลนด์และประเทศสวีเดน) [อนุสัญญากรุงบรัสเซลส์] เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 1999 สนธิสัญญาอัมสเตอร์ดัมมีผลบังคับใช้กับประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปและใช้ร่วมกับกฎเกณฑ์ว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการยอมรับคำพิพากษาซึ่งปัจจุบันอยู่ในความรับผิดชอบของสถาบันประชาคมและนำมาบังคับใช้กฎเกณฑ์สภาประชาคมเลขที่ 44/2001 ฉบับวันที่ 22 ธันวาคม ค.ศ. 2000 ว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์ (กฎเกณฑ์บรัสเซลส์ 1) แทนที่อนุสัญญากรุงบรัสเซลส์

⁹ Convention of 16 September 1988 on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, ดูได้ที่ <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/_lug-textes.htm>

ตรวจสอบแล้วว่าศาลตนเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายเกณฑ์ที่ประเทศภาคีทั้งหมดตกลงกันแล้ว

3) อนุสัญญาผสม (Mixed Convention) อนุสัญญาผสมจะมีบทบัญญัติบางมาตราที่มีลักษณะเหมือนกับอนุสัญญาคู่ กล่าวคือ มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาโดยจะมีรายการเขตอำนาจศาลที่ประเทศภาคีทุกประเทศต้องบังคับใช้ (list of required bases of jurisdiction) และรายการเขตอำนาจศาลที่ประเทศภาคีทุกประเทศต้องห้ามบังคับใช้ (list of prohibited bases of jurisdiction) และคำพิพากษาของศาลตามรายการที่ทุกประเทศต้องบังคับใช้จึงจะมีสิทธิได้รับการยอมรับและบังคับตาม อย่างไรก็ตาม แม้ว่าศาลต่างๆ ไม่ควรใช้เขตอำนาจศาลตามรายการที่ต้องห้ามแต่ก็มีข้อยกเว้นบางประการที่ทำให้คำพิพากษาของศาลนั้นได้รับการยอมรับและบังคับตามในศาลอีกประเทศหนึ่ง

จนเมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1997 จึงเริ่มมีการเจรจาเกี่ยวกับอนุสัญญาอย่างเป็นทางการโดยคณะกรรมการพิเศษทำการประชุมเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลระหว่างประเทศและผลกระทบของคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์¹⁰ และก็มีการประชุมเจรจาอีกครั้งเมื่อเดือนมีนาคม ค.ศ. 1998 แต่กว่าจะมีร่างอนุสัญญาฉบับแรกก็เมื่อการประชุมเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1998 ซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการร่าง (Drafting Committee)¹¹ เรียกว่า “ร่างคณะกรรมการ (Committee Draft)” จากนั้นก็มีการประชุมอีกหลายครั้งจนเมื่อเดือนมิถุนายนและเดือนตุลาคม ค.ศ. 1999 จึงมีร่างอนุสัญญาเบื้องต้น (Preliminary Draft Convention) ซึ่งเดิมทีเมื่อร่างอนุสัญญาฉบับดังกล่าวเสร็จเรียบร้อยก็จะส่งต่อไปที่ประชุมทางการทูต (Diplomatic Conference) พิจารณาแต่ปรากฏว่าหลังจากได้รับหนังสือของ Jeffrey Kovar ผู้ช่วยที่ปรึกษากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกาที่กล่าวถึงปัญหาสำคัญเกี่ยวกับบทบัญญัติต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาความ (procedural rules) ในร่างอนุสัญญาเบื้องต้นจึงต้องเลื่อนการพิจารณาของที่ประชุม

¹⁰ Preliminary Result of the Work of the Special Commission Concerning the Proposed Convention on International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters. Information Document (September 1997). (The Netherlands : Hague Conference on Private International Law, 1997)

¹¹ Special Commission on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters. Working Document No, 144 (20 November 1998). (The Netherlands : Hague Conference on Private International Law, 1998)

ทางการทูตออกไปก่อนจนมีการจัดตั้งที่ประชุมเพื่อการนี้เป็นครั้งแรกเมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2001 จนมีร่างบทบัญญัติชั่วคราว (interim text) ขึ้นมาโดยมีเนื้อหาคล้ายคลึงกับร่างอนุสัญญาเบื้องต้น ปี ค.ศ. 1999 แต่มีการทำเครื่องหมายวงเล็บ เหนือวรรคและคำอธิบายไว้มากมาย¹²

แม้คณะทำงานที่จัดตั้งขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1992 จะแนะนำว่าให้เจรจาและจัดทำอนุสัญญาผสม¹³ แต่กว่าคณะกรรมการพิเศษจะออกเสียงลงคะแนนยอมรับอนุสัญญาผสมก็เมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1999¹⁴ ถึงกระนั้นก็ตาม ร่างอนุสัญญาก็มีบทบัญญัติเหมือนกับอนุสัญญาคู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญากรุงบรัสเซลส์และอนุสัญญาลูกาโนก่อให้เกิดความยุ่งยากต่อการจัดทำอนุสัญญาที่จะให้มีผลบังคับอย่างมีประสิทธิภาพในทุกประเทศทั่วโลก โดยเฉพาะระหว่างประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแตกต่างกัน ได้แก่ ระบบซีวิลลอว์ ระบบคอมมอนลอว์¹⁵ ต่อมาเมื่อวันที่ 24 เมษายน ค.ศ. 2002 คณะกรรมการที่ 1 ของการประชุมครั้งที่ 19 ได้จัดตั้งคณะทำงานอย่างไม่เป็นทางการ (informal working group) เพื่อพิจารณาจัดทำร่างอนุสัญญาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลตามทีคู่สัญญาทำข้อตกลงกันจึงมีการจัดทำร่างอนุสัญญาว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล¹⁶ และเมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 2003 คณะกรรมการพิเศษว่าด้วยเรื่องและนโยบายทั่วไปของที่ประชุมกรุงเฮกตัดสินใจว่าจะส่งร่างอนุสัญญาดังกล่าวไปยังประเทศสมาชิกจนนำไปสู่การประชุมของคณะกรรมการพิเศษเดือนเมษายน ค.ศ. 2004 และการประชุมของที่ประชุมทางการทูต ณ การ

¹² Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference 6-20 June 2001. Interim Text, Commission II, Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters. (The Netherlands : Hague Conference on Private International Law, 2001)

¹³ Conclusions of the Working Group Meeting on Enforcement of Judgments. Preliminary Document No. 19 of November 1992. (The Netherlands : Hague Conference on Private International Law, 1992)

¹⁴ Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and the Effects of Judgments in Civil and Commercial Matters. Adopted provisionally by the Special Commission. (The Netherlands : Hague Conference on Private International Law)

¹⁵ โปรดดู Ronald A. Brand. Due Process as a Limitation on Jurisdiction in U.S. Courts and a Limitation on the United States at the Hague Conference on Private International Law. 60 U. Pitt. L. Rev. 661 (1999)

¹⁶ Preliminary Result of the Work of the Informal Working Group on the Judgments Project. Preliminary Document No. 8 of March 2003. (The Netherlands : Hague Conference on Private International Law, 2003)

ประชุมครั้งที่ 20 ของที่ประชุมกรุงเฮกเมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2005 จนสำเร็จออกมาเป็นอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 การประชุมครั้งนี้มีตัวแทนของประเทศต่างๆ เข้าร่วมประชุมรวมทั้งหมด 43 ประเทศ เช่น ประเทศอาร์เจนตินา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเบลารุส ประเทศเบลเยียม ประเทศบราซิล ประเทศบัลแกเรีย ประเทศแคนาดา ประเทศจีน ประเทศโครเอเชีย สาธารณรัฐเชค ประเทศเดนมาร์ก ประเทศอียิปต์ ประเทศฟินแลนด์ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน ประเทศไอร์แลนด์ ประเทศอิสราเอล ประเทศอิตาลี ประเทศญี่ปุ่น สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา เป็นต้น ซึ่งตัวแทนของประเทศเหล่านั้นก็รับว่าจะนำอนุสัญญานี้ไปเสนอบ้างไปเสนอให้รัฐบาลของประเทศตนพิจารณา และเมื่อมีการลงนามในกรรมสารสุดท้าย (final act) เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2005 ก็เปิดให้ประเทศต่างๆ ทั่วโลกลงนามและให้สัตยาบันซึ่งประเทศเม็กซิโกได้ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 2007 ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้ลงนามไปเมื่อวันที่ 19 มกราคม ค.ศ. 2009 รวมถึงประชาคมยุโรป (European Community) ก็ได้ลงนามไปเมื่อวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 2009¹⁷

4.2 ประเภทของข้อตกลงเลือกศาลตามทีอนุสัญญากำหนด

ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าประเภทของข้อตกลงเลือกศาลสามารถแบ่งออกได้ 3 ประเภทและมีปัญหาอันเกิดจากการตีความว่าเป็นข้อตกลงเลือกศาลประเภทใด ซึ่งอนุสัญญานี้ได้แก้ปัญหาดังกล่าวนี้โดยการบัญญัติถึงประเภทของข้อตกลงเลือกศาลที่อนุสัญญามีผลบังคับใช้ รวมถึงลักษณะการตีความไว้ด้วย โดยมาตรา 1 (1) แห่งอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 บัญญัติว่า “อนุสัญญานี้ใช้บังคับกับคดีระหว่างประเทศที่มีการทำข้อตกลงกำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียวในคดีแพ่งหรือพาณิชย์”¹⁸ จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าอนุสัญญานี้มุ่งที่จะให้มีผลบังคับใช้กับ “ข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียว (exclusive choice of court agreement) ในสัญญาแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศเท่านั้น” ซึ่งผู้เขียนขอแบ่งการพิจารณาดังนี้

1) ลักษณะของข้อพิพาทหรือสัญญาหลักหรือสัญญาประธานต้องเป็นเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศ กล่าวคือ เป็นนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างชาติ อย่างไรก็ตาม

¹⁷ โปรดดูรายละเอียด ภาคผนวก ค. สถานะของอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005

¹⁸ “Article 1 Scope 1. This Convention shall apply in international cases to exclusive choice of court agreements concluded in civil or commercial matters.”

ก็ตาม มิได้หมายความว่าเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์ทั้งหมดจะอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญานี้ เนื่องจากมีเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์บางประเภทไม่อยู่ในบังคับ หรืออยู่นอกขอบเขตของอนุสัญญานี้ เช่น เรื่องเกี่ยวกับสถานะและความสามารถของบุคคลธรรมดาตามมาตรา 2 (2) (เอ) เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวถึงในหัวข้อ 4.3.4

2) ลักษณะของข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียวนั้น มาตรา 3 (เอ) และ (บี) แห่งอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 ให้คำนิยามถึงข้อตกลงเลือกศาลประเภทนี้ไว้ โดยข้อ (เอ) กำหนดว่าข้อตกลงที่คู่สัญญาตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปทำและเข้าเงื่อนไขตามที่กำหนดในข้อ (ซี) โดยกำหนดให้ศาลต่างๆ ของประเทศภาคีใดภาคีหนึ่งทำการตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นอันเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางกฎหมายโดยตัดเขตอำนาจศาลอื่นๆ และข้อ (บี) กำหนดว่าข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลต่างๆ ของประเทศหนึ่งหรือศาลเฉพาะตั้งแต่หนึ่งศาลขึ้นไปของประเทศภาคีหนึ่งจะถือว่าเป็นข้อตกลงกำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียว¹⁹ ซึ่งก็หมายความว่าข้อตกลงเลือกศาลประเภทนี้อาจกำหนดศาลที่ได้รับการเลือกเป็นการเฉพาะ หรือศาลต่างๆ ของประเทศภาคีใดภาคีหนึ่งก็ได้แต่ไม่สามารถกำหนดศาลหลายๆ ศาลในหลายๆ ประเทศภาคีได้และไม่อาจกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลหนึ่งและให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลอีกศาลหนึ่ง แม้ว่าศาลเหล่านั้นจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจและคู่สัญญาสามารถนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลเหล่านั้นได้

จากบทบัญญัติดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าการที่จะเป็นข้อตกลงเลือกศาลแบบกำหนดให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียวตามอนุสัญญาได้นั้นมีองค์ประกอบด้วยกัน 4 ประการ

¹⁹ "Article 3 Exclusive choice of court agreements. For the purposes of this Convention -

a) "exclusive choice of court agreement" means an agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph c) and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State to the exclusion of the jurisdiction of any other courts;

b) a choice of court agreement which designates the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State shall be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise;"

ประการที่หนึ่ง ต้องมีข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศ เพราะหากเป็นคดีระหว่างประเทศแต่ไม่มีข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาที่ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาฉบับนี้และการจะมีข้อตกลงได้ก็ต้องมีความตกลงและความยินยอมของคู่สัญญาซึ่งแสดงให้เห็นถึงความมีอยู่ของข้อตกลง (แตกต่างจากเรื่องความสมบูรณ์ของข้อตกลงที่ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ เช่น การสำคัญผิด การถูกข่มขู่ เป็นต้น)

ประการที่สอง ข้อตกลงนั้นต้องกำหนดศาลใดศาลหนึ่งหรือหลายศาลไว้เป็นการเฉพาะและตัดเขตอำนาจศาลอื่น ซึ่งศาลนั้นจะต้องเป็นศาลของประเทศภาคีอนุสัญญาฉบับนี้จึงจะตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญา อย่างไรก็ตามไม่รวมถึงคณะอนุญาโตตุลาการตามที่มาตรา 2 (4) ของอนุสัญญากำหนดว่าการอนุญาโตตุลาการและกระบวนการพิจารณาความที่เกี่ยวข้องไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาและสาเหตุที่อนุสัญญามีบัญญัติเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าก็เพราะมีอนุสัญญาระหว่างประเทศ ได้แก่ อนุสัญญากรุงนิวยอร์กบัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้ว

ประการที่สาม ศาลที่กำหนดนั้นต้องตัดเขตอำนาจศาลอื่น ซึ่งตามมาตรา 3 (บี) ถือว่าข้อตกลงเลือกศาลเป็นแบบกำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียวเว้นแต่คู่สัญญาจะกำหนดอย่างชัดแจ้งเป็นอย่างอื่น ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่อนุสัญญามีบัญญัติไว้เช่นนี้ในลักษณะที่เป็นข้อสันนิษฐานแห่งกฎหมายอย่างกลายๆ นี้²⁰ ก็เนื่องจากกฎหมายภายในบางประเทศมีข้อสันนิษฐานในทางตรงกันข้ามกับอนุสัญญา เช่น กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าข้อตกลงเลือกศาลนั้นเป็นข้อตกลงที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่น²¹

ประการที่สี่ เพื่อให้ศาลนั้นพิจารณาตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญา

ดังนั้น จึงพอจะสรุปได้ว่าวัตถุประสงค์ของข้อตกลงเลือกศาลก็คือ (1) เพื่อให้ศาลพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทของคู่สัญญา (2) เพื่อให้ศาลพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นซึ่งเกี่ยวกับความสัมพันธ์ตามกฎหมาย (3) ต้องทำขึ้นในรูปแบบที่กำหนดในมาตรา 3 (ซี) ของอนุสัญญา และ (4) อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 3 (บี) และ (ดี) ของอนุสัญญา

²⁰ มิได้มีวัตถุประสงค์ให้เป็นข้อสันนิษฐานแห่งกฎหมายตามกฎหมายว่าด้วยลักษณะพยาน (โปรดดู Ronald A. Brand and Paul Herrup. *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements Commentary and Documents*. (New York : Cambridge University Press, 2008), p. 42)

²¹ โปรดดู John Boutari and Son v. Attiki Importers, 22 F.3d. 51 (2d Cir. 1994)

3) รูปแบบของข้อตกลงเลือกศาล ตามที่กล่าวมาข้างต้นว่าข้อตกลงเลือกศาลตามอนุสัญญาฉบับนี้ต้องทำขึ้นในรูปแบบที่กำหนดในมาตรา 3 (ซี) มิฉะนั้นก็ไม่มีผลบังคับตามอนุสัญญา ซึ่งมาตรา 3 (ซี) กำหนดว่า “ข้อตกลงกำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียวจำต้องทำหรือมีเอกสาร (1) เป็นหนังสือ หรือ (2) โดยรูปแบบการสื่อสารอื่นซึ่งมีข้อมูลที่สามารถเข้าถึงได้และสามารถใช้อ้างอิงในภายหลังได้” โดยผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับบทบัญญัติดังกล่าวดังนี้

(1) มาตรา 3 (ซี) กำหนดเงื่อนไขที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามในการทำข้อตกลงเลือกศาลตามอนุสัญญาและหากคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามผลก็คือข้อตกลงเลือกศาลนั้นไม่มีผลบังคับตามอนุสัญญา นอกจากนี้ ประเทศภาคีต่างๆ ไม่สามารถบัญญัติเงื่อนไขเพิ่มเติมหรือมากไปกว่าที่อนุสัญญากำหนดได้เพราะจะเป็นอุปสรรคต่อการบังคับใช้อนุสัญญาอีกทั้งเป็นการสร้างความยุ่งยากให้แก่คู่สัญญาในการที่จะต้องศึกษาค้นคว้ากฎหมายภายในของแต่ละประเทศภาคีในเรื่องนี้เพิ่มขึ้นอีกด้วย ประกอบกับมาตรา 18²² ของอนุสัญญายังบัญญัติสอดคล้องกับมาตรา 3 (ซี) นี้ด้วยว่าเอกสารต่างๆ ตามอนุสัญญานี้ไม่จำต้องทำการรับรองให้ถูกต้องตามกฎหมาย (legalization) หรือแบบพิธีอื่นที่คล้ายคลึงกันรวมถึงการ Apostille²³

²² Article 18 “All documents forwarded or delivered under this Convention shall be exempt from legalisation or any analogous formality, including an Apostille.”

ทนายความระหว่างประเทศทั่วโลกคงจะทราบดีว่าแบบพิธีในการให้เอกสารถูกต้องตามกฎหมาย (legalization) นั้นมีความยุ่งยากเสียเวลาและค่าใช้จ่ายสูงซึ่งบางครั้งก็ให้ผลรับที่ไม่คุ้มค่า มาตรา 18 ของอนุสัญญาช่วยลดความยุ่งยากของขั้นตอนและค่าใช้จ่ายที่คู่สัญญาหรือคู่ความต้องเสียไปกับการนี้โดยมีผลใช้บังคับกับเอกสารทั้งหมดที่ต้องส่งต่อหรือส่งมอบตามอนุสัญญาซึ่งมีความหมายอย่างกว้าง การยกเว้นนั้นหมายถึงแบบพิธีในการทำให้ถูกต้องตามกฎหมายทั้งหมด รวมถึง Apostille ด้วย

²³ เป็นคำภาษาฝรั่งเศสที่หมายถึงหนังสือรับรอง (certificate) มักใช้อ้างถึงการทำให้เอกสารถูกต้องตามกฎหมาย (legalization) หรือการรับรองเอกสารโดยผู้มีอำนาจตามกฎหมายนั่นเองเพื่อนำเอกสารนั้นไปใช้ในต่างประเทศตามอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการยกเลิกเงื่อนไขเกี่ยวกับการทำให้เอกสารสาธารณะต่างประเทศถูกต้องตามกฎหมาย ปี ค.ศ. 1961 (1961 Hague Convention Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents) กล่าวคือเอกสารเมื่อได้รับการรับรองโดยโนตารีพับบลิก (Notary Public) และมี Apostille ก็จะได้รับยอมรับและสามารถนำมาใช้ในประเทศภาคีของอนุสัญญาฉบับดังกล่าว

(2) นำสังเกตอีกด้วยว่าอนุสัญญากำหนดเงื่อนไขในเรื่องนี้ไว้ต่ำมาก ก็คือทำเป็นหนังสือ²⁴ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ²⁵ หรือมีการเข้าทำ (concluded) หรือมีเอกสาร (documented) ในรูปแบบการสื่อสารอื่นที่ให้ข้อมูลซึ่งสามารถเข้าถึงได้ในภายหลัง เช่น อีเมล โทรสาร หรือการสื่อสารด้วยอิเล็กทรอนิกส์รูปแบบอื่นๆ สาเหตุที่อนุสัญญาต้องบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เนื่องมาจากวิวัฒนาการด้านการสื่อสารนั้นพัฒนาไปอย่างมาก หากบัญญัติจำกัดอยู่เฉพาะตัวเอกสารก็จะทำให้อนุสัญญานี้ไม่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศสักเท่าใด นอกจากนี้ยังนำแนวความคิดมาจากอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้ การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องแบบของสัญญาไว้²⁶

(3) การที่มาตรา 3 (ซี) บัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพื่อให้อนุสัญญามีผลบังคับใช้กับข้อตกลงเลือกศาลที่คู่สัญญาตกลงทำขึ้นได้กว้างขวางมากขึ้นอันเป็นการจูงใจให้ประเทศต่างๆ เข้าเป็นภาคีอนุสัญญา

4) คู่สัญญาในข้อตกลงเลือกศาล อนุสัญญามีได้จำกัดจำนวนของคู่สัญญาในข้อตกลงเลือกศาลไว้ และจำเป็นหรือไม่ที่คู่ความในคดีจะต้องเป็นคู่สัญญาในข้อตกลงเลือกศาล รวมถึงหากมีใช้คู่ความในคดีที่มีข้อตกลงเลือกศาลจะสามารถนำคำพิพากษาไปร้องขอให้ศาลของประเทศอื่นยอมรับและบังคับตามได้หรือไม่ ดังนั้นผู้เขียนคิดว่ากฎหมายภายในของแต่ละประเทศภาคีจะเป็นตัวกำหนดในเรื่องดังกล่าว

5) การไม่มีผลบังคับของข้อสัญญาอื่น (severability rule) มาตรา 3 (ดี) บัญญัติว่า “ข้อตกลงกำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียว ซึ่งเป็นส่วนหนึ่ง

²⁴ ถ้าเปรียบกับหลักกฎหมายของไทยก็คือการที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงในเรื่องหนึ่งเรื่องใดแล้วทำหนังสือขึ้นมาลงลายมือชื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย (มาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) เช่น สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์

²⁵ ถ้าเปรียบกับหลักกฎหมายของไทยก็คือการที่คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบลายมือชื่อในเอกสารเป็นสำคัญ เช่น สัญญากู้ยืมเงิน มิฉะนั้นก็ฟ้องร้องบังคับกันไม่ได้

²⁶ โปรดดูคุณลักษณะ อมรรวิทย์, “ปัญหาทางกฎหมายว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ”, หน้า 87; *Electronic Commerce and International Jurisdiction Ottawa, 28 February to 1 March 2000*. (Summary of Discussions Prepared by Catherine Kessedjian with the Co-Operation of the Private International Law Team of the Ministry of Justice of Canada) Preliminary Document No. 12 of August 2000. (The Netherlands : Hague Conference on Private International Law)

ของสัญญาจะถือว่าเป็นข้อตกลงแยกต่างหากจากข้อกำหนดอื่นๆ ของสัญญา การมีผลบังคับใช้ได้ของข้อตกลงกำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียวไม่สามารถถูกโต้แย้งเพียงเพราะสัญญาไม่มีผลบังคับใช้ได้” จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า หากข้อตกลงเลือกศาลสามารถมีผลบังคับใช้แยกต่างหากจากสัญญาหลักหรือสัญญาประธานได้²⁷ ดังนั้นแม้สัญญาหลักหรือสัญญาประธานจะไม่มีผลบังคับใช้แต่ข้อตกลงเลือกศาลก็ยังมีผลบังคับใช้ได้หากเข้ากฎเกณฑ์หรือเงื่อนไขตามที่กำหนดในอนุสัญญานี้

6) การทำคำประกาศต่างตอบแทนเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 22 ว่า

“(1) ประเทศภาคีใดภาคีหนึ่งสามารถทำคำประกาศว่าศาลของประเทศตนจะยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลของประเทศภาคีอื่นๆ ซึ่งเป็นศาลที่ได้รับการเลือกที่คู่สัญญาตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปกำหนดในข้อตกลงเลือกศาลและครบเงื่อนไขตามมาตรา 3 อนุมาตรา (ซี) และกำหนดศาลใดศาลหนึ่งหรือหลายศาลของประเทศภาคีตั้งแต่หนึ่งประเทศขึ้นไปเพื่อให้ตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางกฎหมาย (ข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี)

(2) กรณีมีการร้องขอให้ยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาของประเทศภาคีซึ่งทำคำประกาศดังกล่าวในอีกประเทศภาคีหนึ่งซึ่งทำคำประกาศดังกล่าวเช่นกัน คำพิพากษาจะได้รับการยอมรับและบังคับตามอนุสัญญานี้หาก

- (เอ) ศาลที่ทำคำพิพากษาซึ่งเป็นศาลที่ได้รับการเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี
- (บี) ไม่มีคำพิพากษาของศาลอื่นใดมาก่อนซึ่งสามารถนำมาร้องขอได้ตามข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี หรือไม่มีกระบวนการพิจารณาความใดค้างอยู่ระหว่างคู่ความเดียวกันและมูลคดีเดียวกันในอีกศาลหนึ่งดังกล่าว
- (ซี) ศาลที่ทำคำพิพากษาเป็นศาลแรกที่รับคำฟ้อง”

ตามที่อธิบายมาแล้วข้างต้นว่าอนุสัญญานี้มีผลใช้บังคับกับข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียว อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดีจะไม่มีผลบังคับใดๆ เลยตามอนุสัญญา

²⁷ เปรียบเทียบกับหลักในมาตรา 173 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

กล่าวคือ มาตรา 22 กำหนดอนุญาตให้ประเทศภาคีสามารถทำคำประกาศว่าศาลของประเทศตนจะยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาที่มาจากข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดีก็ได้ โดยที่คำประกาศนี้จะมีผลต่อประเทศภาคีอื่นนอกเหนือจากประเทศภาคีที่ทำคำประกาศในลักษณะต่างตอบแทนเท่านั้น หมายความว่า ไม่บังคับศาลของประเทศภาคีที่มีได้ทำคำประกาศให้ต้องยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่มาจากข้อตกลงเลือกศาลประเภทนี้ แต่บังคับศาลของประเทศที่ทำคำประกาศโดยประเทศที่ทำคำพิพากษาและประเทศที่ได้รับการร้องขอต่างต้องทำคำประกาศตามมาตรา 22 แต่ทั้งนี้ ข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าวต้องเข้าเงื่อนไขตามที่กำหนดในมาตรา 3 (ซี) **ผู้เขียน** คิดว่าข้อตกลงเลือกศาลที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธินำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลที่มีใช่ศาลที่ได้รับการเลือกเพียงฝ่ายเดียว (asymmetrical or one-sided agreement) ที่ผู้ประกอบการหรือนักธนาคารหรือสถาบันการเงินมักใช้กันก็ถือเป็นข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่น²⁸ ตามความหมายของอนุสัญญา

กล่าวโดยสรุปคือ (1) ศาลที่ทำคำพิพากษาเป็นศาลที่ได้รับการเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่น (2) ไม่มีคำพิพากษาของศาลอื่นใดมาก่อนซึ่งสามารถนำมาฟ้องขอได้ตามข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี หรือไม่มีกระบวนการพิจารณาความใดค้างอยู่ระหว่างคู่ความเดียวกันและมูลคดีเดียวกันในอีกศาลหนึ่งดังกล่าว (3) ไม่มีคดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลอื่นซึ่งสามารถนำมาฟ้องขอได้ตามข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นระหว่างคู่ความเดียวกันในมูลคดีเดียวกัน และ (4) ศาลที่ทำคำพิพากษาเป็นศาลที่รับคำฟ้องเป็นศาลแรก เหตุผลที่อนุสัญญากำหนดเงื่อนไข **ผู้เขียน** เห็นว่าเพื่อป้องกันมิให้เกิดการขัดกันของคำพิพากษา

4.3 เขตอำนาจศาลของศาลที่ได้รับการเลือกตามที่อนุสัญญากำหนด

มาตรา 5 (1) บัญญัติว่า “ศาลหรือศาลต่างๆ ของประเทศภาคีที่ได้รับการกำหนดไว้ในข้อตกลงกำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียวเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการตัดสินข้อพิพาทซึ่งข้อตกลงนั้นบังคับใช้ เว้นแต่ข้อตกลงจะไม่มีผลและตกเป็นโมฆะตามกฎหมายของประเทศนั้น”

ตามมาตรา 5 (1) นี้กำหนดว่าศาลที่ได้รับการเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลนั้นเป็นศาลที่มีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียวในการพิจารณาพิพากษาจึงจะเป็นศาลที่มีเขต

²⁸ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมในบทที่ 3 ข้อ 3.1.1

อำนาจในการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยมีเงื่อนไขว่าข้อตกลงเลือกศาลนั้นต้องมีผลบังคับใช้กับข้อพิพาทนั้น

นอกจากนี้อนุสัญญาฯ ยังให้อำนาจแก่ศาลที่ได้รับการเลือกในการพิจารณาพิพากษาคดีตามที่ข้อตกลงเลือกศาลกำหนดแล้ว อนุสัญญาฯ ยังให้อำนาจแก่ศาลที่ได้รับการเลือกในการพิจารณาถึงประเด็นต่างๆ ที่เกี่ยวข้องซึ่งสามารถแบ่งพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

4.3.1 อำนาจในการพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาล

ตามตอนท้ายของมาตรา 5 (1) ซึ่งกำหนดว่า “.....เว้นแต่ข้อตกลงจะไม่มีผลและตกเป็นโมฆะตามกฎหมายของประเทศนั้น” แสดงให้เห็นว่าอนุสัญญากำหนดให้ศาลที่ได้รับการเลือกสามารถพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาล ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการจะพิจารณาว่าข้อตกลงเลือกศาลนั้นสมบูรณ์มีผลบังคับใช้ได้หรือไม่นั้นควรพิจารณาตามหลักเรื่องนิติกรรมสัญญา²⁹ เช่น ดูว่ามีการเสนอสนองถูกต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญาหรือไม่ เป็นไปตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาหรือไม่ เป็นต้น นอกจากนี้อนุสัญญามีได้ให้คำนิยามของคำว่า “ตกเป็นโมฆะ” ดังนั้นจึงให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศของศาลที่ได้รับการเลือก โดยผู้เขียนเห็นว่าน่าจะรวมถึงกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของศาลที่ได้รับการเลือกด้วยเนื่องจากเป็นนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างชาติ อย่างไรก็ตาม ในส่วนของรูปแบบของข้อตกลงเลือกศาลนั้น มาตรา 3 (ซี) แห่งอนุสัญญาได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

4.3.2 ศาลที่ได้รับการเลือกต้องไม่ปฏิเสธไม่รับพิจารณาคดี

นอกจากนี้มาตรา 5 (2) ยังบัญญัติกำหนดอำนาจของศาลที่ได้รับการเลือกว่า “ศาลใดศาลหนึ่งที่มีเขตอำนาจตามอนุมาตรา (1) ต้องไม่ปฏิเสธเขตอำนาจศาลแต่เพียงศาลเดียวเพราะเหตุว่าข้อพิพาทควรได้รับการตัดสินในศาลใดศาลหนึ่งของอีกประเทศหนึ่ง”

มาตรา 5 (2) ดังกล่าวกำหนดห้ามมิให้ศาลที่ได้รับการเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลในมาตรา 5 (1) ปฏิเสธไม่ใช้เขตอำนาจศาลของตนตามหลัก *lis alibi pendens* ของประเทศระบบสี่

²⁹ โปรดดูบทที่ 3 ข้อ 3.1.4

วิลลอร์³⁰ และหลัก *forum non conveniens* ของประเทศระบบคอมมอนลอว์³¹ กล่าวคือ มิให้ศาลดังกล่าวปฏิเสธไม่ใช้เขตอำนาจศาลของตนเพราะคดีควรได้รับการพิจารณาพิพากษาในศาลอีกศาลหนึ่งโดยเน้นว่าศาลอีกศาลหนึ่งนั้นต้องเป็นศาลในอีกประเทศหนึ่งมิใช่ศาลอีกศาลหนึ่งในประเทศภาคีเดียวกัน ซึ่งเป็นเรื่องและผู้เขียนจะกล่าวต่อไปในมาตรา 5 (3) (บี)

อนึ่ง หากเป็นกรณีของประเทศที่มีระบบกฎหมายหลายระบบ (non-unified legal system) ศาลในดินแดนอาณาเขตหนึ่ง (territorial unit) จะอยู่ภายใต้บังคับของมาตรานี้หรือไม่นั้น มาตรา 25 (1) (ซี) ได้บัญญัติกำหนดในเรื่องนี้ไว้ว่าคำว่า “ศาลหรือศาลต่างๆ ของประเทศใดประเทศหนึ่งจะต้องตีความตามที่อ้างถึงดินแดนอาณาเขตที่เกี่ยวข้องตามความเหมาะสม”

ในช่วงการจัดทำอนุสัญญาประเทศต่างๆ กันกล่าวมาตรา 5 (1) และ (2) จะเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ประเทศภาคีที่ต้องจัดให้มีศาลเพื่อพิจารณาคดีที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับประเทศภาคีนั้น ดังนั้น จึงมีการบัญญัติมาตรา 19 กำหนดให้ประเทศภาคีสามารถทำคำประกาศว่าศาลของประเทศตนจะไม่ใช้เขตอำนาจหากไม่มีความเกี่ยวข้องกับระหว่างประเทศตน คู่สัญญาและข้อพิพาท³²

³⁰ หลัก *lis alibi pendens* เป็นหลักในประเทศระบบกฎหมายซีวิลลอว์ซึ่งกำหนดให้ศาลสามารถระงับการพิจารณาคดีหรือยกฟ้องคดีหากมีศาลอีกศาลหนึ่งรับคำฟ้องไว้ก่อนระหว่างคู่ความเดียวกันและมูลคดีเดียวกัน หลักดังกล่าวนี้ได้รับการกำหนดไว้ในมาตรา 27 ของกฎเกณฑ์บรัสเซลส์ (Brussels Regulations) ว่าคดีที่มีมูลคดีเดียวกันระหว่างคู่ความเดียวกันฟ้องร้องต่อศาลต่างๆ ของประเทศภาคีหลายๆ ประเทศ ศาลอื่นซึ่งมิใช่ศาลที่รับคำฟ้องเป็นศาลแรกต้องระงับการพิจารณาคดีจนกระทั่งศาลดังกล่าวจะรับว่าศาลตนเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี โดยศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (The European Court of Justice) ตัดสินว่าบทบัญญัติในอนุสัญญารุงบรัสเซลส์ฉบับก่อน (ก่อนกฎเกณฑ์บรัสเซลส์) ห้ามมิให้ศาลที่ได้รับการเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลพิจารณาคดีหากมีศาลอีกศาลหนึ่งรับคำฟ้องไว้แล้ว (Case C-116/02, Erich Gasser GmbH v MISAT Srl., [2003] E.C.R. I-14693)

³¹ หลัก *forum non conveniens* ในประเทศระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งกำหนดอนุญาตให้ศาลที่มีเขตอำนาจสามารถปฏิเสธเขตอำนาจของตนเนื่องจากมีศาลอื่นที่มีเขตอำนาจศาลที่เหมาะสมมากกว่าในอีกประเทศหนึ่ง

³² Article 19 Declarations limiting jurisdiction “A State may declare that its courts may refuse to determine disputes to which an exclusive choice of court agreement applies if, except for the location of the chosen court, there is no connection between that State and the parties or the dispute.”

4.3.3 อำนาจในการโอนคดีไปยังศาลที่มีเขตอำนาจตามกฎหมายภายในของศาล

มาตรา 5 (3) ยังกำหนดกฎเกณฑ์เรื่องการโอนคดีระหว่างศาลภายในของประเทศภาคีหนึ่งโดยบัญญัติว่า “บทบัญญัติในอนุมาตราต่างๆ ข้างต้นไม่มีผลกระทบต่อกฎ (เอ) ว่าด้วยเขตอำนาจศาลซึ่งเกี่ยวกับเนื้อหาของคดีหรือมูลค่าของสิทธิเรียกร้อง (บี) ว่าด้วยการจัดสรรเขตอำนาจศาลภายในของประเทศภาคี อย่างไรก็ตาม ในกรณีศาลที่ได้รับการเลือกมีดุลพินิจว่าจะทำการโอนคดีหรือไม่ควรจะให้คู่ความเป็นผู้พิจารณาเลือกด้วย”

จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าอนุสัญญาไม่ประสงค์ที่จะมีผลกระทบต่อกฎหมายภายในของประเทศภาคี รวมถึงกฎหมายวิธีพิจารณาคดีความ ประกอบกับมิได้ประสงค์ที่จะสร้างเขตอำนาจใดๆ ขึ้นมานอกเหนือจากเขตอำนาจศาลที่ประเทศภาคีมีอยู่แล้ว ไม่ว่าจะตามความหนักเบาของเนื้อหา หรือมูลค่าของทุนทรัพย์แห่งคดีตามมาตรา 5 (3) (เอ) ส่วนมาตรา 5 (3) (บี) นั้นแสดงให้เห็นว่าอนุสัญญาไม่มีผลกระทบต่อกฎเกณฑ์เรื่องการจัดสรรหรือแบ่งเขตอำนาจศาลภายในของประเทศภาคี เช่น คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศตกลงเลือกศาลแพ่งของไทยเป็นศาลที่ได้รับการเลือก ซึ่งตามมาตรา 7 พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 กำหนดว่าศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีประเภทนี้ ตามบทบัญญัติในมาตรา 5 (3) บี ศาลแพ่งสามารถโอนคดีที่คู่ความนำมาฟ้องร้องอันเกิดจากสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นมายังศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศได้ เป็นต้น แต่การโอนคดีดังกล่าวอนุสัญญากำหนดเงื่อนไขไว้ด้วยว่าให้คู่ความมีส่วนร่วมในการตัดสินใจโอนคดีด้วย ผู้เขียนพบว่ามีประเทศต่างๆ มากมายที่มีกฎเกณฑ์เรื่องการโอนคดีนี้อยู่ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 1404 (เอ) แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐ เรื่องที่ 28 ระบบศาลยุติธรรมและกระบวนการวิธีพิจารณาคดีความ (28 U.S.C) กำหนดว่าเพื่อความสะดวกของคู่ความและพยานและเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ศาลเขต (district court) สามารถโอนคดีแพ่ง (civil action) ไปยังศาลเขตอื่นหรือแผนกอื่นซึ่งก็มีเขตอำนาจเช่นกัน เป็นต้น ผลของการโอนคดีตามมาตรา 5 นี้ คือจะทำให้ศาลที่ไม่ได้รับการเลือก

สามารถรับพิจารณาคดีได้ตามมาตรา 6 (อี)³³ และการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาที่ได้รับตามมาตรา 8 (5)³⁴

4.3.4 ข้อยกเว้นซึ่งศาลที่ได้รับการเลือกไม่ต้องใช้เขตอำนาจศาลของตนหากข้อพิพาทไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา

ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าหากมีข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลของประเทศภาคีเป็นศาลที่มีอำนาจแต่เพียงศาลเดียวในการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญา และข้อตกลงเลือกศาลนั้นไม่ตกเป็นโมฆะ ศาลที่ได้รับการเลือกก็มีอำนาจในการพิจารณาคดีและไม่สามารถปฏิเสธไม่รับพิจารณาคดีเพียงเพราะข้อพิพาทควรได้รับการตัดสินในศาลใดศาลหนึ่งของอีกประเทศหนึ่ง อย่างไรก็ตาม อนุสัญญายังกำหนดถึงเรื่องหรือประเภทของข้อพิพาทที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาไว้ในมาตรา 2 ซึ่งเป็นข้อยกเว้นซึ่งศาลที่ได้รับการเลือกไม่ต้องใช้เขตอำนาจศาลของตนแม้จะมีข้อตกลงเลือกศาลก็ตาม โดยสามารถแบ่งการพิจารณาออกได้ดังนี้

(1) ศาลที่ได้รับการเลือกไม่ต้องใช้เขตอำนาจศาลของตนเนื่องจากประเภทของสัญญาที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา

มาตรา 2 (1) บัญญัติว่า “อนุสัญญานี้ไม่ใช่บังคับกับข้อตกลงกำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียว ในกรณี

- (เอ) คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลธรรมดา ซึ่งกระทำการโดยมีวัตถุประสงค์สำคัญในเรื่องส่วนบุคคล ครอบครัว หรือครัวเรือน (ผู้บริโภค)
- (บี) เกี่ยวข้องกับสัญญาจ้างแรงงาน รวมถึงสัญญากับสหพันธ์ลูกจ้าง”

มาตรา 2 (1) มาจากแนวความคิดที่ว่าบุคคลบางจำพวกควรได้รับความคุ้มครองเนื่องจากเป็นบุคคลที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจหรือสังคมน้อยกว่าและมักถูกเอาเปรียบจากพวกผู้มีอำนาจเหนือกว่าจึงต้องได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษและเป็นเรื่องที่พิจารณาแล้วว่าเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public policy) จึงควรให้ศาลของประเทศตนเท่านั้นเป็นศาลที่

³³ คือศาลที่ได้รับการตัดสินไม่รับพิจารณาพิพากษาคดี

³⁴ คำพิพากษาของศาลที่รับโอนคดีสามารถได้รับการยอมรับและบังคับตามในศาลของอีกประเทศภาคีหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ศาลที่ได้รับการร้องขอให้ยอมรับหรือบังคับตามอาจปฏิเสธไม่ยอมรับหรือบังคับตามได้หากคู่ความฝ่ายที่ถูกบังคับคัดค้านการโอนคดีจากศาลที่ได้รับการเลือกไปยังศาลที่รับโอนคดี หรือศาลที่ทำคำพิพากษา

มีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียวในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับบุคคลเหล่านี้ โดยอนุสัญญา กำหนดว่าข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจแต่เพียงศาลโดยคู่สัญญา ฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาและเป็นผู้บริโภคนได้เข้าทำสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับเรื่อง ส่วนตัว (personal) ครอบครัว หรือครัวเรือน (สัญญาผู้บริโภค) และข้อตกลงเลือกศาลฯ ที่ เกี่ยวข้องกับสัญญาจ้างแรงงานทั้งระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างแต่ละคนและกับสหภาพแรงงาน ซึ่ง รวมถึง คดีเกี่ยวกับการเลิกจ้าง ผลประโยชน์ เงื่อนไขการจ้างแรงงานตามที่กฎหมายแรงงาน กำหนดก็ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาด้วย

(2) ศาลที่ได้รับการเลือกไม่ต้องใช้เขตอำนาจศาลของตนเนื่องจากประเภท ของเนื้อหาหรือความสัมพันธ์ที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา

มาตรา 2 (2) กำหนดเกี่ยวกับเรื่องต่างๆ ที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาไว้ถึง 16 อนุมาตรา ซึ่งส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของประเทศที่มี จุดเกาะเกี่ยวหรือมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่สุดกับข้อพิพาท โดยผู้เขียนขอแบ่งประเด็นการพิจารณา ออกเป็นเรื่องๆ ดังนี้

(1) สถานะและความสามารถของบุคคลธรรมดา

มาตรา 2 (2) (เอ) บัญญัติว่า “อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ใช้บังคับกับกรณีต่อไปนี้ (เอ) สถานะและความสามารถตามกฎหมายของบุคคลธรรมดา.....”

ตามมาตรา 2 (2) (เอ) นี้จำกัดอยู่เฉพาะสถานะและความสามารถของบุคคล ธรรมดาเท่านั้น ซึ่งรวมถึงเรื่องความสมบูรณ์ โฆษกรรมและการสิ้นผลของการสมรส การ หย่า มรณกรรม การเป็นบิดามารดา การรับบุตรบุญธรรม ความสามารถของบุตรผู้เยาว์ สิทธิในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร

(2) หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู

มาตรา 2 (2) (บี) บัญญัติว่า “อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ใช้บังคับกับกรณีต่อไปนี้ (บี) ค่าอุปการะเลี้ยงดู.....”

ผู้เขียนคิดว่าสาเหตุที่อนุสัญญาบัญญัติมิให้เรื่องเกี่ยวกับการอุปการะเลี้ยงดูอยู่ภายในขอบเขตของอนุสัญญาเพราะมีอนุสัญญากรุงเฮกระหว่างประเทศหลายฉบับบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะแล้ว³⁵ ดังนั้น ในขั้นตอนจัดทำอนุสัญญาที่ประชุมจึงตกลงตัดเรื่องนี้ออกจากขอบเขตของอนุสัญญานี้

(3) เรื่องอื่นๆ เกี่ยวกับกฎหมายครอบครัว

มาตรา 2 (2) (ซี) บัญญัติว่า “อนุสัญญานี้ไม่ใช้บังคับกับกรณีต่อไปนี้..... (ซี) เรื่องอื่นที่เกี่ยวกับกฎหมายครอบครัว รวมถึงระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาและสิทธิหรือหน้าที่อื่นๆ ที่เกิดจากการสมรส หรือความสัมพันธ์ที่คล้ายคลึงกัน.....”

ผู้เขียนคิดว่ามาตรานี้บัญญัติเพื่อที่จะตัดเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายครอบครัวทั้งหมดที่ไม่ได้ถูกตัดตามมาตรา 2 (2) (เอ) และ (บี) ออกจากอนุสัญญา โดยให้รวมถึงเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสมรส สิทธิและหน้าที่เกิดจากการสมรสหรือความสัมพันธ์ที่คล้ายคลึงกัน สาเหตุที่อนุสัญญาบัญญัติให้เรื่องเหล่านี้ไม่อยู่ในขอบเขตก็เพราะบุคคลที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้เป็นคู่สมรสซึ่งควรให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศที่มีอำนาจเหนือบุคคลเหล่านั้น อย่างไรก็ตาม **ผู้เขียน**เห็นว่าหากสามีภริยาทำสัญญาทางพาณิชย์กับคู่สัญญาฝ่ายอื่น เช่น สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เรื่องดังกล่าวน่าจะอยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาเนื่องจากมิใช่เรื่องเกี่ยวกับกฎหมายครอบครัวโดยตรงประกอบกับมีความเกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกที่เป็นคู่สัญญาซึ่งไม่น่าจะเป็นวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา

(4) เรื่องมรดกและพินัยกรรม

มาตรา 2 (2) (ดี) บัญญัติว่า “อนุสัญญานี้ไม่ใช้บังคับกับกรณีต่อไปนี้..... (ดี) พินัยกรรมและการรับมรดก....”

มาตรา 2 (2) (ดี) ทำให้เรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินของเจ้ามรดกขณะถึงแก่ความตายไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าทุกเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการ

³⁵ Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations; Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations

จัดการทรัพย์สินของเจ้ามรดกจะเป็นเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา เช่น ข้อพิพาทระหว่างทรัสต์หรือผู้ดูแลผลประโยชน์และผู้รับผลประโยชน์ ระหว่างผู้จัดการมรดกกับบุคคลภายนอกน่าจะยังอยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา³⁶

(5) เรื่องเกี่ยวกับการล้มละลาย

มาตรา 2 (2) (อี) บัญญัติว่า “อนุสัญญานี้ไม่ใช้บังคับกับกรณีต่อไปนี้.... (อี) การล้มละลาย การประนอมหนี้ในคดีล้มละลายและเรื่องอื่นที่คล้ายคลึงกัน....”

สาเหตุที่อนุสัญญานี้บัญญัติมิให้เรื่องเกี่ยวกับการล้มละลายอยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาเนื่องจากมีแนวความคิดที่ชัดเจนในกฎหมายพาณิชย์ระหว่างประเทศที่จะให้เรื่องเกี่ยวกับการล้มละลายและกระบวนการวิพิจารณาที่คล้ายคลึงกันได้รับการพิจารณาหรือดำเนินการในศาล (forum) เดียวเท่านั้น ซึ่งปกติก็คือศาลซึ่งบุคคลผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ รวมถึงศาลที่ทรัพย์สินที่พิพาทตั้งอยู่ จึงไม่ประสงค์ให้อนุสัญญามีผลใช้บังคับกับเรื่องเหล่านี้

ประเภทของกระบวนการพิจารณาตามมาตรานี้มีความหมายรวมถึงกระบวนการทั้งหมดในการพิจารณาคัดสินให้บุคคลไม่ว่าบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวและการประนีประนอมยอมความ เช่น เจ้าหนี้และลูกหนี้ทำข้อตกลงแผนชำระหนี้ พักการชำระหนี้ หรือปลดหนี้ด้วย ส่วนคำว่า “กระบวนการพิจารณาที่คล้ายคลึงกัน” มีเจตนาเพื่อให้อ้างอิงถึงกลไกหรือกระบวนการใดๆ ก็ตามที่ถูกกฎหมายภายในของแต่ละประเทศบังคับใช้เพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการล้มละลาย³⁷

³⁶ อย่างไรก็ตาม มาตรา 1686 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกำหนดว่า “อันว่าทรัสต์นั้นจะก่อตั้งขึ้นโดยตรงหรือโดยอ้อมด้วยพินัยกรรมหรือด้วยนิติกรรมใดๆ ที่มีผลในระหว่างชีวิตก็ดี หรือเมื่อตายแล้วก็ดี ห้ามมิผลไม”

³⁷ เช่น Chapter 11 of the US Bankruptcy Code, Part II of the United Kingdom Insolvency Act of 1986 and Canada's CCAA

(6) เรื่องเกี่ยวกับการขนส่งคนโดยสารและสินค้า

มาตรา 2 (2) (เอฟ) บัญญัติว่า “อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ใช้บังคับกับกรณีต่อไปนี้....
(เอฟ) การขนส่งผู้โดยสารและสินค้า....”

ตามมาตรา 2 (2) (เอฟ) แสดงให้เห็นว่าการขนส่งคนโดยสารหรือสินค้า ไม่ว่าจะเป็นการขนส่งทางใดก็ตาม ทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศก็ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาเนื่องจากเรื่องดังกล่าวมีสนธิสัญญาระหว่างประเทศบัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้ว เช่น Hague-Visby Rules เป็นต้น

ส่วนมาตรา 2 (2) (จี) ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องที่น่าจะอยู่ภายใต้หัวข้อนี้บัญญัติว่า “มลพิษทางทะเล การจำกัดความรับผิดเพื่อสิทธิเรียกร้องทางทะเล การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป และการลากจูงและการช่วยเหลือกู้ภัยฉุกเฉิน”

อย่างไรก็ตาม เรื่องตามมาตรา 2 (2) (จี) ไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับขนส่งแต่อย่างใด เพียงแต่มีข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวก็เพียงพอแล้ว และสาเหตุที่อนุสัญญากำหนดให้เรื่องมลพิษทางน้ำ การจำกัดความรับผิดเพื่อสิทธิเรียกร้องจากการกระทำ ความผิดทางน้ำไม่อยู่ในขอบเขตเพราะมีสนธิสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับบัญญัติกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ประกอบกับผู้เขียนเห็นว่าคดีที่เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวอาจมีผู้เสียหายหรือโจทก์หลายรายและสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นก็มักเกิดจากเหตุละเมิด (นิติเหตุ) โดยที่บุคคลที่เกี่ยวข้องมิได้มีความสัมพันธ์ตามสัญญากันมาก่อนและการพิจารณาคดีก็มักจะเกี่ยวกับตัวทรัพย์สินมากกว่า ดังนั้นศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีควรจะเป็นศาลที่มีจุดเกาะเกี่ยวหรือมีความสัมพันธ์กับเรือพิพาท หรือสถานที่เกิดมลพิษ เป็นต้น

ส่วนสาเหตุในเรื่องการลากจูงและการช่วยเหลือกู้ภัยทางทะเลฉุกเฉินนั้นไม่มีการกล่าวไว้อย่างชัดเจนในขั้นตอนการจัดทำอนุสัญญาแต่ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นเพราะต้องการสนับสนุนให้มีการช่วยเหลือกู้ภัยทางทะเลและป้องกันทรัพย์สินจากภัยทางทะเล จึงไม่ควรให้มีการทำความตกลงเลือกสถานที่ระงับข้อพิพาทไว้ก่อนล่วงหน้า

อนึ่ง หากมีการทำประกันภัยเพื่อความรับผิดตามที่กำหนดในมาตรานี้ มาตรา 17 กำหนดแล้วว่าคดีดังกล่าวอยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา

(7) เรื่องเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาด

มาตรา 2 (2) (เอช) บัญญัติว่า “อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ใช้บังคับกับกรณีต่อไปนี้.....
(เอช) การป้องกันการผูกขาด (การแข่งขันทางการค้า).....”

การป้องกันการผูกขาด หรือการแข่งขันทางการค้านั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งอนุสัญญาไม่ควรไปยุ่งเกี่ยวและการที่อนุสัญญาบัญญัติโดยใช้ทั้งคำว่า “การป้องกันการผูกขาด” และคำว่า “การแข่งขันทางการค้า” นั้นก็เพราะประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ส่วนมากไม่มีกฎหมายป้องกันการผูกขาดแต่มีกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า นอกจากนี้กฎหมายป้องกันการผูกขาดก็มิได้มีลักษณะเหมือนกับกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าทั้งหมด จึงต้องบัญญัติโดยใช้ทั้งสองคำเพื่อให้มีความหมายครอบคลุมเรื่องดังกล่าวและเพื่อป้องกันมิให้ศาลต่างๆ ของประเทศภาคีต้องผูกพันตนในการดำเนินกระบวนการพิจารณา หรือไม่ดำเนินกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องนี้ตามอนุสัญญา

อนึ่ง หากคดีมีการหยิบยกประเด็นเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาด หรือการแข่งขันทางการค้ามาเป็นประเด็นปัญหาเบื้องต้น (preliminary question) ตามมาตรา 2 (3) ของอนุสัญญากำหนดว่าคดีดังกล่าวยังอยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาหากวัตถุประสงค์หลักของคดีเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา

(8) เรื่องเกี่ยวกับความรับผิดเพื่อความเสียหายจากนิวเคลียร์

มาตรา 2 (2) (ไอ) บัญญัติว่า “อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ใช้บังคับกับกรณีต่อไปนี้.....
(ไอ) ความรับผิดเพื่อความเสียหายจากนิวเคลียร์.....”

ประเทศต่างๆ มากมายเห็นว่าความรับผิดเพื่อความเสียหายจากนิวเคลียร์เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน และบางประเทศก็มีกฎหมายภายในกำหนดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ เช่น เรื่องเขตอำนาจศาลและสถานที่ในการพิจารณาคดี การจำกัดความรับผิด เป็นต้น ดังนั้นอนุสัญญาจึงไม่ควรจะมีผลบังคับใช้ในเรื่องดังกล่าว

(9) เรื่องเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องจากการละเมิด

มาตรา 2 (2) (เจ) บัญญัติว่า “อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ใช้บังคับกับกรณีต่อไปนี้....
(เจ) สิทธิเรียกร้องเพื่อการบาดเจ็บของบุคคลซึ่งดำเนินคดีโดยหรือในนามของบุคคลธรรมดา....”

ตามที่ได้กล่าวแล้วข้างต้นว่าอนุสัญญามุ่งให้มีผลบังคับถึงสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากความสัมพันธ์ตามสัญญามากกว่า ซึ่งในขั้นตอนการจัดทำอนุสัญญามีความเห็นในเรื่องสิทธิเรียกร้องจากการละเมิดออกเป็น 2 ทาง ทางที่หนึ่งเห็นว่าในความเป็นจริงแล้วสิทธิเรียกร้องประเภทนี้สามารถมีข้อตกลงเลือกศาลได้หากเป็นเรื่องทางแพ่งหรือพาณิชย์และควรอยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าแม้สิทธิเรียกร้องประเภทนี้จะสามารถมีข้อตกลงเลือกศาลได้และเป็นเรื่องทางแพ่งหรือพาณิชย์และแต่ก็มีลักษณะบางประการที่แตกต่างจากเรื่องทางแพ่งหรือพาณิชย์ปกติ ประกอบกับประเทศต่างๆ ก็ไม่ประสงค์ให้มีการจำกัดห้ามมิให้นำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลของประเทศตนเพราะคู่ความได้ทำข้อตกลงเลือกศาลกันไว้ล่วงหน้า

นอกจากนี้ตามรายงานคำอธิบาย (Explanatory Report) ซึ่งจัดทำโดย Trevor Hartley และ Masato Dogauchi³⁸ คดีที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาตามมาตรานี้ไม่เฉพาะกรณีผู้เสียหายหรือผู้ได้รับบาดเจ็บเป็นโจทก์ฟ้องเอง แต่รวมถึงคดีที่นายจ้าง หรือผู้รับประกันภัยฟ้องแทนในนามของผู้เสียหายหรือผู้ได้รับบาดเจ็บด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่าในขั้นตอนการจัดทำอนุสัญญามีการอธิบายถึงความหมายของคำว่า “การบาดเจ็บของบุคคล” นั้นหมายความรวมถึง ความทุกข์ทรมานทางจิตใจ สภาวะข้อศอกทางประสาทแม้จะไม่มีอาการบาดเจ็บทางร่างกาย อย่างไรก็ตามความเสียหายที่เกิดจากการอับอายขายหน้า หรือการทำร้ายความรู้สึกนั้นยังคงอยู่ภายในขอบเขตของอนุสัญญา สาเหตุที่มีการกล่าวเช่นนั้นผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นเพราะประสงค์

³⁸ Trevor Hartley & Masato Dogauchi. Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements : Explanatory Report., edited by the Permanent Bureau of the Conference, (The Netherlands : Hague Conference on Private International Law, 2005) , p. 31

ให้อนุสัญญาามีผลบังคับใช้กับเรื่องหมิ่นประมาทและการทำลายชื่อเสียงเกียรติยศซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อจิตใจตามกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ ซึ่งสามารถนำคำพิพากษามาร้องขอให้ยอมรับหรือบังคับตามได้ตามที่อนุสัญญากำหนดได้

นอกจากนี้ยังมีมาตรา 2 (2) (เค) ซึ่งบัญญัติสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากการละเมิดในทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (tangible property) โดยบัญญัติว่า “อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ใช้บังคับกับกรณีต่อไปนี้..... (เค) ละเมิดหรือสิทธิเรียกร้องจากการทำความผิดเพื่อความเสียหายที่เกิดกับทรัพย์สินที่มีรูปร่าง ซึ่งมีได้เกิดจากความสัมพันธ์ตามสัญญา.....”

จากความกังวลของประเทศต่างๆ ในขั้นตอนการจัดทำอนุสัญญาที่ว่าอนุสัญญาอาจทำให้ข้อตกลงเลือกศาลมีผลบังคับใช้แม้ไม่มีสัญญาหลักหรือสัญญาประธานที่กำหนดความสัมพันธ์ทางพาณิชย์ระหว่างคู่สัญญาซึ่งในบางประเทศคู่สัญญาไม่สามารถทำข้อตกลงเลือกศาลหลังเกิดเหตุละเมิดแล้ว สิทธิเรียกร้องประเภทนี้จึงไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาและการที่อนุสัญญาใช้ทั้งคำว่า “ละเมิด (tort)” และ “การกระทำความผิด (delict)” ก็เพื่อให้หมายความรวมถึงการกระทำที่เป็นการละเมิดภาระหรือหน้าที่ทั่วไปที่กฎหมายกำหนดสำหรับประเทศทั้งในระบบซีวิลลอว์และระบบคอมมอนลอว์โดยมิใช่เกิดจากสัญญาและต้องมีได้เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอาญา ซึ่งการจะพิจารณาว่าสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากการละเมิดนั้นเกิดจากความสัมพันธ์ตามสัญญาหรือไม่ อนุสัญญามิได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะดังนั้นก็ให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ รวมถึงเรื่องประเภทของความเสียหายและอะไรคือทรัพย์สินมีรูปร่าง

(10) เรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินสิทธิในอสังหาริมทรัพย์

มาตรา 2 (2) (แอล) บัญญัติว่า “อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ใช้บังคับกับกรณีต่อไปนี้..... (แอล) ทรัพย์สินสิทธิในอสังหาริมทรัพย์และสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์.....”

เรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาตามมาตรา 2 (2) (แอล) นี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 เรื่อง

1) เรื่องทรัพย์สินสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ อนุสัญญามิได้ให้คำนิยามของคำว่า “อสังหาริมทรัพย์” และ “ทรัพย์สิน” ไว้ ดังนั้นจึงให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของ

ประเทศนั้นๆ ผู้เขียนคิดว่าสาเหตุที่อนุสัญญาบัญญัติเช่นนี้เนื่องจากเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนที่ว่าอสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ประเทศใด ประเทศนั้นก็ควรเป็นประเทศที่มีเขตอำนาจเหนืออสังหาริมทรัพย์นั้นโดยให้ศาลของประเทศดังกล่าวมีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียวเหนือข้อพิพาทเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้น จึงไม่ควรให้อนุสัญญามีผลบังคับกับเรื่องดังกล่าว นอกจากนี้หากมีประเทศอื่นพิจารณาคดีเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้นจนมีคำพิพากษาฯ ดังกล่าวจะถือว่าเป็นการละเมิดอธิปไตยเหนือดินแดนของประเทศที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ และไม่สามารถได้รับการยอมรับและบังคับตาม

2) เรื่องสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์ อนุสัญญามีได้ให้คำนิยามของคำว่า “อสังหาริมทรัพย์” และ “ทรัพย์สิน” ไว้ ดังนั้นจึงให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ อย่างไรก็ตาม บางประเทศถือว่าสิทธิครอบครองเป็นเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินสิทธิส่วนสาเหตุที่อนุสัญญาบัญญัติเช่นนี้ ผู้เขียนคิดว่าคงเป็นเหตุผลเดียวกับเรื่องทรัพย์สินดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

(11) เรื่องเกี่ยวกับนิติบุคคล

มาตรา 2 (2) (เอ็ม) บัญญัติว่า “อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ใช้บังคับกับกรณีต่อไปนี้..... (เอ็ม) ความสมบูรณ์ โฆษกรรมหรือการเลิกนิติบุคคลและการมีผลบังคับใช้ได้ของมติของนิติบุคคล.....”

ตามหลักทั่วไปเรื่องเกี่ยวกับนิติบุคคลใดนิติบุคคลหนึ่งจะเกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนซึ่งเป็นประเทศที่ทำให้เกิดนิติบุคคล เช่น ประเทศที่นิติบุคคลนั้นจดทะเบียน ดังนั้นศาลของประเทศดังกล่าวจึงควรเป็นศาลที่มีเขตอำนาจศาลแต่เพียงศาลเดียวในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความสมบูรณ์ การไม่มีผลหรือการเลิกนิติบุคคลนั้น รวมถึงความสมบูรณ์ของมติหรือคำตัดสินต่างๆ ภายในนิติบุคคล ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่าอนุสัญญาบัญญัติเฉพาะ “นิติบุคคล” ฉะนั้นหากเป็นองค์กรหรือหน่วยงานที่ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล ตามกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ เช่น ห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนตามมาตรา 1025 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เรื่องเกี่ยวกับองค์กรหรือหน่วยงานนั้นก็ยังคงอยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาและหากพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 4 (2) ของอนุสัญญาซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับถิ่นที่อยู่ขององค์กรหรือ

หน่วยงานที่มีใช้บุคคลธรรมดาโดยรวมทั้งนิติบุคคลและองค์กรหรือหน่วยงานที่มีใช้นิติบุคคลแสดงให้เห็นว่าเรื่องเกี่ยวกับองค์กรหรือหน่วยงานที่มีใช้นิติบุคคลอยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา

(12) เรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา

มาตรา 2 (2) (เอ็น) บัญญัติว่า “อนุสัญญานี้ไม่ใช่บังคับกับกรณีต่อไปนี้....
(เอ็น) ความสมบูรณ์ของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา นอกเหนือจากลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง....”

มาตรา 2 (2) (เอ็น) นี้แสดงให้เห็นว่าเรื่องเกี่ยวกับลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงอยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา รวมถึงคดีเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องเพื่อให้ชำระหนี้ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensing agreement) ส่วนเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา เช่น คดีที่พิจารณาถึงความสมบูรณ์ ความไม่สมบูรณ์หรือการเพิกถอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ อย่างไรก็ตาม หากเป็นการหยิบยกประเด็นเรื่องความสมบูรณ์ของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาขึ้นมาระหว่างการพิจารณาคดีและเนื่องจากประเด็นดังกล่าวมิใช่วัตถุประสงค์หลัก (object) ของคดี คำพิพากษาดังกล่าวอาจได้รับการยอมรับและบังคับตาม เหตุผลที่อนุสัญญานี้บัญญัติเช่นนี้ก็เพราะเรื่องความสมบูรณ์ของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นประเทศที่ควรมีอำนาจเหนือเรื่องดังกล่าวคือประเทศที่ก่อให้เกิดสิทธิ

นอกจากนั้นมาตรา 2 (2) (โอ) บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาว่า “การละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา นอกเหนือจากลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง เว้นแต่ในกรณีที่มีการฟ้องร้องเกี่ยวกับการละเมิดซึ่งเกิดจากการที่คู่ความไม่ปฏิบัติตามสัญญาเกี่ยวกับสิทธิดังกล่าว หรือที่สามารถดำเนินการฟ้องร้องจากการที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวได้”

มาตรา 2 (2) (โอ) นี้ก็มีแนวความคิดเดียวกับมาตรา 2 (2) (เอ็น) กล่าวคือ คดีละเมิดลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงอยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา แต่คดีละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา

(13) เรื่องการขึ้นทะเบียนเป็นมหาชน

มาตรา 2 (2) (พี) บัญญัติว่า “อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ใช้บังคับกับกรณีต่อไปนี้.... (พี) ความสมบูรณ์ของการขึ้นทะเบียนเป็นมหาชน....”

คำว่า “เรื่องการขึ้นทะเบียนเป็นมหาชน” นั้นอาจฟังดูแล้วไม่คุ้นหูนักว่าเป็นอะไร ผู้เขียนแปลมาจากคำว่า “Entries in Public Registers” ซึ่งสามารถเปรียบเทียบได้กับการจดทะเบียนสิทธิบัตรซึ่งเมื่อนายทะเบียนรับจดทะเบียนสิทธิบัตรในสิ่งประดิษฐ์ใดแล้วก็ต้องเผยแพร่รายละเอียดเกี่ยวกับสิ่งประดิษฐ์นั้นให้สาธารณชนทราบกลายเป็นข้อมูลสาธารณะที่ผู้ใดก็สามารถเข้าถึงได้ เป็นข้อมูลหรือเอกสารมหาชน และโดยปกติประเพณีหากประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นประเทศที่ก่อให้เกิด (create) และรักษา (maintain) การขึ้นทะเบียนเป็นมหาชนนั้น ศาลของประเทศดังกล่าวมีเขตอำนาจศาลแต่เพียงศาลเดียวเหนือข้อพิพาทเกี่ยวกับความสมบูรณ์หรือการไม่มีผลของการขึ้นทะเบียนเป็นมหาชนอันเป็นลักษณะพื้นฐานของอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน นอกจากนี้ยังมีสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่กำหนดว่าศาลของประเทศดังกล่าวมีเขตอำนาจศาลแต่เพียงศาลเดียวเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของการขึ้นทะเบียนเป็นมหาชน เช่น มาตรา 22 (3) แห่งกฎเกณฑ์บรัสเซลส์³⁹ ในเรื่องดังกล่าวนี้บางประเทศเห็นว่าไม่ใช่เรื่องทางแพ่งหรือพาณิชย์แต่บางประเทศเห็นว่าใช่

(14) เรื่องเกี่ยวกับประเด็นปัญหาเบื้องต้น

มาตรา 2 (3) บัญญัติว่า “กระบวนการพิจารณาคดีจะไม่ถูกตัดออกจากขอบเขตของอนุสัญญานี้แม้จะเป็นกรณีที่ไม้อยู่ในขอบเขตตามที่กำหนดอนุมาตรา 2 ถ้ากรณีนั้นเป็นเพียงปัญหาเบื้องต้นและมีใช้วัตถุประสงค์ของกระบวนการพิจารณา ในกรณีที่มิใช่ข้อเท็จจริงแต่เพียงว่าเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตตามที่กำหนดในอนุมาตรา 2 นั้นเกิดจากการต่อสู้คดี

³⁹ Article 22 of COUNCIL REGULATION (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters provides “The following courts shall have exclusive jurisdiction, regardless of domicile: ...

(3) in proceedings which have as their object the validity of entries in public registers, the courts of the Member State in which the register is kept; ...”

กระบวนการพิจารณานั้นก็จะรวมอยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาและถ้ากรณีนั้นมีใจมุ่งหมายของกระบวนการพิจารณา”

เหตุผลที่อนุสัญญามีบัญญัติเช่นนี้ จากการศึกษาผู้เขียนพบว่าน่าจะเป็นเพราะต้องการที่จะป้องกันมิให้คดีต่างๆ ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาเพียงเพราะมีการหยิบยกเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาขึ้นเป็นประเด็นปัญหาเบื้องต้น (preliminary question) ระหว่างการพิจารณาคดี ยกตัวอย่างเช่น คดีเกี่ยวกับสิทธิบัตร เจ้าของสิทธิบัตรทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นคนต่างชาติและตนได้รับค่าสิทธิเป็นการตอบแทน โดยสัญญาดังกล่าวมีข้อตกลงเลือกศาล แต่มีเงื่อนไขว่าสิทธิตามสิทธิบัตรนั้นต้องสมบูรณ์ ปรากฏว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่ยอมชำระค่าสิทธิเจ้าของสิทธิบัตรจึงนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลที่ได้รับการเลือก ซึ่งผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิโต้แย้งว่าสิทธิในสิทธิบัตรนั้นไม่สมบูรณ์ ศาลที่ได้รับการเลือกก็จำต้องพิจารณาประเด็นเรื่องความสมบูรณ์ของสิทธิในสิทธิบัตรในฐานะที่เป็นประเด็นปัญหาเบื้องต้น หากไม่มีมาตรา 2 (3) นี้คดีดังกล่าวก็จะไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาเนื่องจากมาตรา 2 (2) (เอ็น) กำหนดว่าเรื่องความสมบูรณ์ของสิทธิในสิทธิบัตรไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา อย่างไรก็ตามผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับมาตรา 2 (3) นี้ว่า (1) มีผลบังคับใช้กับเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตตามมาตรา 2 (2) เท่านั้น ไม่บังคับใช้กับมาตรา 2 (1) และมาตรา 2 (4) ดังนั้นหากมีข้อตกลงเลือกศาลที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บริโภค หรือเกี่ยวข้องกับสัญญาจ้างแรงงาน หรือต้องมีการยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการก็จะไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา (2) อนุสัญญามีได้บัญญัติให้ศาลที่ต้องวินิจฉัยประเด็นปัญหาเบื้องต้นระงับการพิจารณาคดีเพื่อให้ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือเรื่องเกี่ยวกับประเด็นปัญหาเบื้องต้นดำเนินการพิจารณาและมีคำวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าว (3) ศาลที่ได้รับการเลือกสามารถพิจารณาพิพากษาได้แม้เรื่องที่เป็นประเด็นปัญหาเบื้องต้นจะเป็นเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา และ (4) คำพิพากษาที่มาจากคำวินิจฉัยในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาอาจไม่ได้รับการยอมรับและบังคับตามมาตรา 10 แห่งอนุสัญญา

(15) เรื่องเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการและกระบวนการวิธีพิจารณาที่เกี่ยวข้อง

มาตรา 2 (4) บัญญัติว่า “อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการและกระบวนการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้อง”

ผู้เขียนเห็นว่าสาเหตุที่อนุสัญญาบัญญัติมิให้เรื่องการอนุญาโตตุลาการและกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาเนื่องจากเรื่องดังกล่าวมีอนุสัญญาระหว่างประเทศ (อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก)⁴⁰ บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะแล้วจึงไม่ต้องการให้อนุสัญญาฉบับนี้มีผลบังคับใช้หรือกระทบกับอนุสัญญาดังกล่าว

(16) เรื่องที่ประเทศเป็นคู่ความ

เรื่องที่ประเทศเป็นคู่ความสามารถแบ่งการพิจารณาได้ดังนี้

1) ประเทศในฐานะคู่สัญญาเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 2 (5) ว่า “กระบวนการพิจารณาจะยังอยู่ในขอบเขตของอนุสัญญานี้ แม้จะมีข้อเท็จจริงว่าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นประเทศ รวมถึงรัฐบาล หน่วยงานราชการหรือบุคคลที่กระทำการในนามของประเทศ”

ตามมาตรา 2 (5) นี้แม้จะมีได้กำหนดถึงกรณีศาลที่ได้รับการเลือกไม่ต้องใช้เขตอำนาจศาลของตนแต่กลับบัญญัติไว้สอดคล้องกับมาตรา 1 (1) กล่าวคือ แม้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเป็นประเทศแต่หากมีข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเพียงศาลเดียวในเรื่องทางแพ่งหรือพาณิชย์ซึ่งเป็นเรื่องที่เอกชนสามารถเข้าเป็นคู่สัญญาได้ ดังนั้น คดีดังกล่าวจึงอยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาทำให้ศาลที่ได้รับการเลือกสามารถใช้เขตอำนาจของตนตามข้อตกลงเลือกศาล โดยทฤษฎีแล้วประเทศที่เข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาเอกชนประเทศนั้นจะไม่ได้ความคุ้มกัน (immunity) จากเขตอำนาจศาลต่างประเทศ จึงอยู่ในบังคับของอนุสัญญา

คำว่า “ประเทศ” ตามมาตรานี้หมายความรวมถึงหน่วยงานราชการ หรือบุคคลผู้กระทำการแทนประเทศด้วย

2) ประเทศในฐานะจำเลยแห่งคดี โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 2 (6) ว่า “บทบัญญัติในอนุสัญญานี้จะไม่กระทบถึงเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของประเทศต่างๆ

⁴⁰ United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York, June 10, 1958

หรือขององค์กรระหว่างประเทศต่างๆ ซึ่งเกี่ยวกับประเทศต่างๆ หรือองค์กรระหว่างประเทศต่างๆ และทรัพย์สินของประเทศต่างๆ และองค์กรระหว่างประเทศ”

เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 2 (5) อาจได้รับการตีความว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน หรือกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองจนมีการกล่าวอ้างเรื่องเอกสิทธิ์และความคุ้มกัน ซึ่งเจตนารมณ์ของมาตราดังกล่าวมุ่งที่ความสัมพันธ์ในเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น จึงมิใช่เรื่องเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ดังนั้นมาตรา 2 (6) จึงบัญญัติขึ้นเพื่อความชัดเจนว่าอนุสัญญาไม่มีผลกระทบต่อหลักเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทำให้หากมีกรณีในประเทศมีเอกสิทธิ์และความคุ้มกันคดีก็จะไม่อยู่ในบังคับของอนุสัญญา

(3) เรื่องอื่นๆ ที่มีผลกระทบต่อการใช้เขตอำนาจศาลของศาลที่ได้รับการเลือก

ในอนุสัญญายังมีบทบัญญัติในมาตราอื่นที่อาจส่งผลกระทบต่อการใช้เขตอำนาจศาลของศาลที่ได้รับการเลือกอยู่หลายประการ ได้แก่

1) มาตรการคุ้มครองชั่วคราว ตามมาตรา 7 ของอนุสัญญากำหนดเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลของศาลที่ได้รับการเลือกที่เกี่ยวข้องกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (interim measures of protection) โดยบัญญัติว่า “มาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญานี้ อนุสัญญานี้ไม่ประสงค์ที่จะอนุญาตหรือห้ามมิให้อนุญาต หรือปฏิเสธหรือเพิกถอนมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลของประเทศภาคีและไม่ประสงค์ให้มีผลบังคับใดๆ ไม่ว่าคู่สัญญาจะร้องขอหรือไม่ก็ตาม หรือศาลควรจะอนุญาต ปฏิเสธหรือเพิกถอนมาตรการดังกล่าว” มาตรานี้สะท้อนให้เห็นถึงนิยามของคำว่า “คำพิพากษา” ตามมาตรา 4 (1) ที่กำหนดว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวมิใช่คำพิพากษา ดังนั้นเรื่องดังกล่าวจึงไม่อยู่ในบังคับของอนุสัญญาและให้เป็นตามที่กฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ กำหนด อย่างไรก็ตาม หากศาลที่ได้รับการเลือกนำคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวมาเป็นคำพิพากษา หรือส่วนหนึ่งของคำพิพากษาก็จะเข้าลักษณะของคำพิพากษาตามที่มาตรา 4 (1) กำหนดซึ่งทำให้คำพิพากษานั้นสามารถได้รับการยอมรับหรือบังคับตามทีอนุสัญญากำหนดเช่นกัน

2) การประกันภัยและการประกันภัยต่อตามมาตรา 17 ซึ่งกำหนดว่าหากมีการหยิบยกประเด็นในสัญญาประกันภัยหรือประกันภัยต่อขึ้นในคดี คดีนั้นจะอยู่ในขอบเขตหรือบังคับของอนุสัญญาแม้ว่าเรื่องที่ต้องมีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามสัญญาประกันภัยหรือประกันภัยต่อ นั้นจะเป็นเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาก็ตาม⁴¹

3) การทำคำประกาศ (declaration) ตามมาตรา 21 ซึ่งบัญญัติให้ประเทศภาคีสามารถทำคำประกาศเพื่อให้เรื่องใดที่ประเทศตนไม่ประสงค์ให้อยู่ในขอบเขตหรือบังคับของอนุสัญญา⁴² โดยบัญญัติว่า

“(1) ในกรณีที่ประเทศใดประเทศหนึ่งมีส่วนได้เสียอย่างมากที่จะไม่บังคับใช้อนุสัญญานี้กับเรื่องใดเป็นการเฉพาะ ประเทศนั้นสามารถทำคำประกาศว่าอนุสัญญานี้จะไม่มีผลบังคับใช้กับเรื่องนั้น ประเทศที่ทำคำประกาศดังกล่าวจะต้องทำให้แน่ใจว่าคำประกาศนั้นไม่มีเนื้อหากว้างเกินกว่าที่จำเป็นและเรื่องเฉพาะที่ไม่อยู่ในบังคับนั้นต้องมีการกำหนดอย่างชัดเจนและแน่นอน

(2) ในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องใดเป็นการเฉพาะ อนุสัญญานี้จะไม่มีผลบังคับใช้

(เอ) ในประเทศภาคีที่ทำคำประกาศ

(บี) ในประเทศภาคีอื่นๆ กรณีที่ข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลต่างๆ หรือศาลเฉพาะศาลหนึ่งหรือหลายศาลของประเทศที่ทำคำประกาศนั้นมีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียว”

มาตรา 21 (1) นี้ทำให้ประเทศสามารถกำหนดเพิ่มเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาตามมาตรา 2 ได้โดยที่ประเทศนั้นมีมีส่วนได้เสียอย่างมากในเรื่องที่จะเพิ่มโดยต้องกำหนดเนื้อหาไม่กว้างเกินไปและต้องมีความชัดเจนแน่นอน ส่วนมาตรา 21 (2) กำหนดว่าเมื่อประเทศภาคีทำคำประกาศตามมาตรา 21 (1) แล้วเรื่องเฉพาะนั้นก็จะเป็นเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา ดังนั้น ในกรณีที่ประเทศที่ทำคำประกาศมิใช่ประเทศของศาลที่ได้รับการเลือก หากคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลของประเทศตนโดยฝ่าฝืนข้อตกลงเลือกศาล ศาลของประเทศดังกล่าวไม่จำเป็นต้อง

⁴¹ Article 17 (1) of the Convention provides “Proceedings under a contract of insurance or reinsurance are not excluded from the scope of this Convention on the ground that the contract of insurance or reinsurance relates to a matter to which this Convention does not apply.”

⁴² Article 21 (1) of the Convention provides “Where a State has a strong interest in not applying this Convention to a specific matter, that State may declare that it will not apply the Convention to that matter. The State making such a declaration shall ensure that the declaration is no broader than necessary and that the specific matter excluded is clearly and precisely defined.”

ผูกพันตามพันธกรณีที่กำหนดในมาตรา 6 กล่าวคือ สามารถรับพิจารณาคดีได้ หรือหากศาลที่ได้รับการเลือกพิจารณาคดีจนมีคำพิพากษาและเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษานำคำพิพากษามาร้องขอต่อศาลของประเทศของประเทศตน ศาลของประเทศดังกล่าวไม่จำเป็นต้องยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกตามที่มาตรา 8 กำหนด ในทางกลับกัน ศาลต่างๆ ของประเทศภาคีสามารถใช้เขตอำนาจศาลแม้ศาลของประเทศที่ทำคำประกาศจะเป็นศาลที่ได้รับการเลือกในข้อตกลงเลือกศาลก็ตาม คือไม่ต้องปฏิบัติตามมาตรา 5 (2) และศาลต่างๆ ของประเทศภาคีก็ไม่ผูกพันให้ต้องยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลของประเทศที่ทำคำประกาศแม้ศาลของประเทศนั้นจะเป็นศาลที่ได้รับการเลือกในข้อตกลงเลือกศาลตามที่มาตรา 8 กำหนด

4) การทำคำประกาศ (declaration) ตามมาตรา 28 ซึ่งบัญญัติให้ประเทศภาคีที่มีระบบกฎหมายหลายระบบว่าหากจะให้อนุสัญญาที่มีผลบังคับใช้ที่ดินแดนอาณาเขตใดของประเทศตนอย่างเฉพาะเจาะจงก็ต้องทำคำประกาศ⁴³ โดยบัญญัติว่า

“(1) หากประเทศใดมีดินแดนอาณาเขตตั้งแต่สองดินแดนอาณาเขตขึ้นไปและมีระบบกฎหมายแตกต่างกันใช้เกี่ยวกับเรื่องที่ยกเว้นในอนุสัญญานี้ ประเทศนั้นอาจทำคำประกาศในขณะที่ลงนาม ให้สัตยาบัน ยอมรับ อนุมัติหรือภาคยานุวัติว่าอนุสัญญาจะมีผลบังคับใช้กับดินแดนอาณาเขตทั้งหมดของตน หรือดินแดนอาณาเขตใดและสามารถทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำประกาศนี้โดยการยื่นคำประกาศอีกฉบับเมื่อใดก็ได้

(2) คำประกาศนั้นจะได้รับการบอกกล่าวไปยังสถานที่รับฝากและต้องระบุถึงดินแดนอาณาเขตที่อนุสัญญาจะมีผลบังคับใช้อย่างชัดเจน

(3) หากประเทศใดมิได้ทำคำประกาศตามมาตรานี้ อนุสัญญาจะมีผลบังคับใช้กับดินแดนอาณาเขตทั้งหมดของประเทศนั้น

(4) มาตรานี้จะไม่มีผลบังคับใช้กับองค์กรที่รวมตัวกันเพื่อเศรษฐกิจภูมิภาค”

มาตรานี้อนุญาตให้ประเทศภาคีซึ่งมีดินแดนอาณาเขตหลายดินแดนและมีระบบกฎหมายหลายระบบสามารถทำคำประกาศว่าจะให้อนุสัญญานี้มีผลบังคับใช้กับดินแดนอาณาเขตทั้งหมดหรือบางส่วนของตนก็ได้ โดยจะทำในขณะที่ลงนาม ให้สัตยาบัน ยอมรับ อนุมัติหรือภาคยานุวัติก็ได้

⁴³ Article 28 of the Convention provides “If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that the Convention shall extend to all its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.”

แต่ทั้งนี้ ประเทศดังกล่าวต้องระบุให้ชัดแจ้งถึงดินแดนอาณาเขตที่อนุสัญญาจะมีผลใช้บังคับและหากประเทศดังกล่าวไม่ทำคำประกาศตามมาตรา 33 นี้ถือว่าอนุสัญญานี้มีผลบังคับใช้กับทุกดินแดนอาณาเขตของประเทศนั้น ซึ่งคำประกาศตามมาตรา 33 นี้สามารถแก้ไขเมื่อใดก็ได้ตามที่ประเทศดังกล่าวประสงค์ การเพิกถอนก็เช่นกันก็สามารถทำได้ตามมาตรา 33 คำประกาศ การแก้ไขและการเพิกถอนจะต้องส่งไปยังสถานที่รับฝากตามอนุสัญญานี้ด้วย โดยคำประกาศนั้นจะมีผลบังคับใช้เมื่อใดให้เป็นไปตามมาตรา 32

กล่าวโดยสรุป เรื่องตามมาตรา 2 และมาตราที่เกี่ยวข้อง เช่น มาตรา 21 ที่กล่าวมาแล้วข้างต้นเป็นข้อยกเว้นซึ่งศาลที่ได้รับการเลือกไม่ต้องใช้เขตอำนาจศาลของตนแม้จะมีข้อตกลงเลือกศาลอยู่ที่ตามและส่งผลให้ข้อพิพาท หรือข้อตกลงเลือกศาลนั้นไม่อยู่ในบังคับของอนุสัญญานี้ กล่าวคือ ศาลของประเทศภาคีก็ไม่ผูกพันให้ต้องรับพิจารณาพิพากษาคดี หากประเทศดังกล่าวเป็นประเทศของศาลที่ได้รับการเลือก หรือปฏิเสธไม่รับพิจารณาคดี หากประเทศดังกล่าวเป็นประเทศของศาลที่ไม่ได้รับการเลือก หรือยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการร้องขอ หากประเทศดังกล่าวเป็นประเทศของศาลที่ได้รับการร้องขอ

4.4 พันธกรณีของศาลที่ไม่ได้รับการเลือกตามทีอนุสัญญากำหนด

มาตรา 6 บัญญัติว่า “ศาลใดศาลหนึ่งของประเทศภาคีนอกเหนือจากศาลที่ได้รับการเลือก จำต้องระงับหรือจำหน่ายคดี ซึ่งมีข้อตกลงกำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียวบังคับใช้ เว้นแต่

- (เอ) ข้อตกลงไม่มีผลและตกเป็นโมฆะตามกฎหมายของประเทศของศาลที่ได้รับการเลือก
- (บี) คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบกพร่องในเรื่องความสามารถที่จะเข้าทำข้อตกลงตามกฎหมายของประเทศของศาลที่รับคำฟ้อง
- (ซี) ผลของข้อตกลงนำไปสู่การแสดงให้เห็นถึงความไม่ยุติธรรม หรือแสดงให้เห็นว่าขัดกับความสงบเรียบร้อยของประเทศของศาลที่รับคำฟ้อง
- (ดี) มีเหตุยกเว้นซึ่งอยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่ความที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามข้อตกลงอันมีเหตุสมควร หรือ
- (อี) ศาลที่ได้รับการเลือกตัดสินที่จะไม่รับพิจารณาคดี”

จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถแบ่งการพิจารณาออกได้ดังนี้

- 4.4.1 ศาลที่ไม่ได้รับการเลือกตั้งหรือจำนำคดี
- 4.4.2 ข้อยกเว้นที่ศาลที่ไม่ได้รับการเลือกสามารถใช้เขตอำนาจของตน

4.4.1 ศาลที่ไม่ได้รับการเลือกตั้งหรือจำนำคดี

มาตรา 6 กำหนดพันธกรณีของศาลที่ไม่ได้รับการเลือกว่าต้องระงับการพิจารณาคดี (suspend) หรือจำนำคดี (dismiss) หากมีข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดมีเขตอำนาจ แต่เพียงศาลเดียวบังคับใช้กับคดีนั้น ผู้เขียนเห็นว่ามาตรานี้บัญญัติขึ้นเพื่อเป็นการห้ามมิให้มีการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาในศาลอื่นนอกเหนือจากศาลที่ได้รับการเลือกและเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาตามที่กำหนดในอารัมภบท⁴⁴ และให้ข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดมีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียวมีประสิทธิภาพ โดยมาตรา 6 จะมีผลบังคับใช้เมื่อ (ก) ข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดมีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียว และ (ข) มีการนำข้อพิพาทมาฟ้องร้องต่อศาลที่มีได้รับการเลือก แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นข้อตกลงเลือกศาลและประเภทของข้อพิพาทต้องเข้าเงื่อนไขตามที่กำหนดในอนุสัญญาด้วย มิฉะนั้นแม้จะมีข้อตกลงเลือกศาลแต่ศาลที่มีได้รับการเลือกก็อาจใช้เขตอำนาจศาลของตนรับพิจารณาคดีหรือข้อพิพาทนั้นได้ หากศาลนั้นเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทหรือคดีนั้นตามกฎหมายภายในของศาล อย่างไรก็ตาม ศาลที่มีได้รับการเลือกก็ไม่ควรดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาความในลักษณะที่ขัดต่อหลักการพื้นฐานของอนุสัญญา ในกรณีที่ศาลที่มีได้รับการเลือกฝ่าฝืนบทบัญญัติในมาตรานี้ จะส่งผลต่อการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลดังกล่าวในศาลของประเทศภาคีอื่นตามที่กำหนดในมาตรา 8 ของอนุสัญญา

⁴⁴ The States Parties to the present Convention, Desiring to promote international trade and investment through enhanced judicial co-operation, Believing that such co-operation can be enhanced by uniform rules on jurisdiction and on recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters, Believing that such enhanced co-operation requires in particular an international legal regime that provides certainty and ensures the effectiveness of exclusive choice of court agreements between parties to commercial transactions and that governs the recognition and enforcement of judgments resulting from proceedings based on such agreements, Have resolved to conclude this Convention and have agreed upon the following provisions -

4.4.2 ข้อยกเว้นที่ศาลที่ไม่ได้รับการเลือกสามารถให้เขตอำนาจของตน

ตามมาตรา 6 มีข้อยกเว้นอยู่บางประการที่ทำให้สามารถดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาความได้ตามมาตรา 6 (เอ) ถึง (อี) ซึ่งสามารถแบ่งพิจารณาได้ดังนี้

(1) ข้อตกลงเลือกศาลตกเป็นโมฆะ

มาตรา 6 (เอ) กำหนดว่าศาลที่มีได้รับการเลือกไม่จำเป็นต้องระงับหรือจำหน่ายคดีแม้จะมีข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดมีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียว กรณี “(เอ) ข้อตกลงไม่มีผลและตกเป็นโมฆะตามกฎหมายของประเทศของศาลที่ได้รับการเลือก” กฎหมายที่กล่าวถึงในมาตรานี้คือ กฎหมายภายในของศาลที่ได้รับการเลือก **ผู้เขียน** คิดว่าสาเหตุที่อนุสัญญาบัญญัติให้ใช้กฎหมายของศาลที่ได้รับการเลือกก็เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 5 (1) ซึ่งกำหนดว่าศาลที่ได้รับการเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลที่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ “เว้นแต่ข้อตกลงจะไม่มีผลและตกเป็นโมฆะตามกฎหมายของประเทศนั้น” อันจะทำให้ผลที่ได้รับเหมือนกันเพราะใช้กฎหมายเดียวกัน นอกจากนี้ **ผู้เขียน** ยังเห็นว่าน่าจะรวมถึงกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศของศาลที่ได้รับการเลือกด้วย

(2) คู่สัญญาบกพร่องในเรื่องความสามารถในการเข้าทำสัญญา

มาตรา 6 (บี) กำหนดว่าศาลที่มีได้รับการเลือกไม่จำเป็นต้องระงับหรือจำหน่ายคดีแม้จะมีข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดมีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียว กรณี “(บี) คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบกพร่องในเรื่องความสามารถที่จะเข้าทำข้อตกลงตามกฎหมายของประเทศของศาลที่รับคำฟ้อง (State of the court seised)” **ผู้เขียน** คิดว่าสาเหตุที่อนุสัญญาบัญญัติให้เรื่องความสามารถเป็นไปตามกฎหมายภายในของศาลที่รับคำฟ้องเพราะเรื่องความสามารถของบุคคลเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหลักการพื้นฐานหรือนโยบายของประเทศนั้นๆ เช่น ควรให้บุคคลธรรมดาตั้งแต่อายุเท่าใดสามารถทำนิติกรรมสัญญาได้ด้วยตนเองลำพังโดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม หรือจากศาล เป็นต้น จึงควรกำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของศาลที่รับคำฟ้อง ซึ่งในที่นี้ **ผู้เขียน** คิดว่าก็คือศาลที่มีได้รับการเลือกนั่นเอง เนื่องจากตามอนุสัญญาแล้วมาตรา 6 นั้นเป็นเรื่องพันธกรณีของศาลที่ไม่ได้รับการเลือก (Obligations of a court not chosen)

นอกจากนี้ ด้วยเหตุที่บางประเทศก็อาจพิจารณาว่าความบกพร่องเรื่องความสามารถของคู่สัญญาเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญาแต่บางประเทศก็ไม่ ดังนั้นเพื่อเป็นการอุด

ช่องว่างหรือความแตกต่างนี้ ในชั้นการจัดทำอนุสัญญาจึงมีการบัญญัติมาตรา 6 (บี) ไว้ต่างหากจากมาตรา 6 (เอ)

(3) ข้อตกลงเลือกศาลขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

มาตรา 6 (ซี) กำหนดว่าศาลที่มีได้รับการเลือกไม่จำเป็นต้องระงับหรือจำหน่ายคดีแม้จะมีข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดมีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียว กรณี “(ซี) ผลของข้อตกลงนำไปสู่การแสดงให้เห็นถึงความไม่ยุติธรรม หรือแสดงให้เห็นว่าขัดกับความสงบเรียบร้อยของประเทศของศาลที่รับคำฟ้อง (State of the court seised)” เงื่อนไขของอนุสัญญานี้สามารถแบ่งได้ดังนี้ (1) ผลของการบังคับตามข้อตกลงเลือกศาล (2) นำไปสู่ความไม่ยุติธรรม และ (3) ขัดกับความสงบเรียบร้อยของประเทศของศาลที่รับคำฟ้อง กล่าวคือศาลดังกล่าวสามารถประเมินหรือพิจารณาว่าหากคดีได้รับการพิจารณาในศาลที่ได้รับการเลือก หรือการที่ศาลตนระงับการพิจารณาหรือยกฟ้องคดีผลลัพธ์จะเป็นอย่างไร หากมีความเป็นไปได้สูงว่าจะเป็นการไม่ยุติธรรมหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศตน ศาลดังกล่าวก็ไม่ผูกพันที่จะต้องระงับการพิจารณาหรือยกฟ้องคดี ส่วนสาเหตุที่อนุสัญญาบัญญัติให้เรื่องความไม่ยุติธรรม หรือการขัดกับความสงบเรียบร้อยเป็นไปตามกฎหมายภายในของศาลที่รับคำฟ้องเพราะเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหลักการพื้นฐาน หรือนโยบายของประเทศนั้นๆ จึงควรกำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของศาลที่รับคำฟ้อง ซึ่งในที่นี้ผู้เขียนคิดว่าก็คือศาลที่มีได้รับการเลือกนั่นเอง เนื่องจากตามอนุสัญญาแล้วมาตรา 6 นั้นเป็นเรื่องพันธกรณีของศาลที่ไม่ได้รับการเลือก (Obligations of a court not chosen) เช่น คู่สัญญาในสัญญาก่อสร้างระหว่างประเทศซึ่งมีมูลค่า 100 ล้านบาทได้ตกลงว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากสัญญาดังกล่าวให้นำข้อพิพาทนั้นไปฟ้องร้องต่อศาลของประเทศอังกฤษ ทั้งผู้ว่าจ้าง (ต่างชาติ) และผู้รับจ้าง (ไทย) ต่างปฏิบัติตามสัญญาจนมาถึงงานงวดสุดท้าย ผู้ว่าจ้างไม่ยอมชำระหนี้ค่าก่อสร้างจำนวน 200,000 บาท ให้แก่ผู้รับจ้าง ผู้รับจ้างจึงนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลไทย เนื่องจากเห็นว่าทุนทรัพย์ในคดีมีจำนวนเพียง 200,000 บาทหากนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลอังกฤษ ค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปนั้นไม่คุ้มกัน ประกอบกับพยานหลักฐานและสถานที่ก่อสร้าง (สถานที่ปฏิบัติตามสัญญา) ก็อยู่ในประเทศไทย กรณีดังกล่าวนี้ศาลไทยจะสามารถรับพิจารณาคดีได้หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากรณีนี้น่าจะเข้าตามมาตรา 6 (ซี) ตอนต้นที่บัญญัติว่า “...ผลของข้อตกลงนำไปสู่การแสดงให้เห็นถึงความไม่ยุติธรรม...ของประเทศของศาลที่รับคำฟ้อง” ซึ่งทำให้ศาลไทยสามารถนำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรวจสอบถึงความเป็นธรรมหรือไม่ของสัญญาได้ หากมีข้อเท็จจริงว่าสัญญาที่ทำ

กันเป็นสัญญาสำเร็จรูปตามความหมายของพระราชบัญญัติ⁴⁵ ตามที่มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติฯ กำหนด เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นกฎหมายที่กำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบจากการเข้าทำสัญญาตามหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ⁴⁶ ดังนั้นจากข้อเท็จจริงดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะทำให้ศาลไทยมีอำนาจรับพิจารณาคดีที่ผู้รับจ้างนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลตน

(4) คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามข้อตกลงเลือกศาล

มาตรา 6 (ดี) กำหนดว่าศาลที่มีได้รับการเลือกไม่จำเป็นต้องพักหรือจำหน่ายคดีแม้จะมีข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดมีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียว กรณี “(ดี) มีเหตุยกเว้นซึ่งอยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่ความที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามข้อตกลงอันมีเหตุสมควร” การที่ไม่สามารถปฏิบัติตามข้อตกลงเลือกศาลได้อาจมิได้เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาก็ได้แต่ต้องเป็นผลมาจากกรณีที่ไม่ปกติ เช่น เกิดจากกรณีที่ไม่สามารถคาดเห็นได้ในขณะที่ทำข้อตกลงเลือกศาลซึ่งผู้เขียนพอจะยกตัวอย่างเป็นรูปธรรมให้เห็นได้ เช่น ศาลที่ได้รับการเลือกไม่มีอยู่แล้ว เกิดภัยธรรมชาติทำให้ไม่สามารถนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลนั้นได้ เป็นต้น กฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาตามอนุमतรานี้ควรจะเป็นกฎหมายของศาลที่รับคำฟ้อง ซึ่งในที่ก็คือศาลที่มีได้รับการเลือกโดยอาศัยเหตุปัจจัยของตัวคู่สัญญาและประเทศ หรือศาลที่ได้รับการเลือกในการพิจารณา

⁴⁵ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บัญญัติว่า “...

“สัญญาสำเร็จรูป” หมายความว่า สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน”

⁴⁶ “.....แต่ในปัจจุบัน สภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมากซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม สมควรที่รัฐจะกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมดังกล่าว โดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจแก่ศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น”

(5) ศาลที่ได้รับการเลือกปฏิเสธไม่รับพิจารณาคดี

มาตรา 6 (อ) กำหนดว่าศาลที่มีได้รับการเลือกไม่จำเป็นต้องพักหรือจำหน่ายคดีแม้จะมีข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดมีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียว กรณี “(อ) ศาลที่ได้รับการเลือกตัดสินที่จะไม่รับพิจารณาคดี” อนุमतรานี้มีผลบังคับใช้เมื่อศาลที่ได้รับการเลือกตัดสินว่าศาลตนจะไม่รับพิจารณาคดี ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตามซึ่งอาจเป็นกรณีข้อตกลงเลือกศาลไม่มีผลและตกเป็นโมฆะตามมาตรา 5 (1) ก็ได้ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในอนุमतรานี้คงเกิดขึ้นได้ยากมากเนื่องจากมาตรา 5 กำหนดไว้ชัดเจนแล้วศาลที่ได้รับการเลือกจำต้องใช้เขตอำนาจของตนตามข้อตกลงเลือกศาลที่ตัดเขตอำนาจศาลอื่น

กล่าวโดยสรุปอนุสัญญาฉบับนี้มีบทบัญญัติชัดเจนถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเขตอำนาจศาลของศาลที่ได้รับการเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียวโดยกำหนดว่าศาลดังกล่าวจะสามารถพิจารณาประเด็นใดได้บ้าง หรือเรื่องใดที่ส่งผลให้ศาลดังกล่าวไม่สามารถใช้เขตอำนาจของตน เช่น มาตรา 2 และมาตรา 5 การตีความว่าอย่างไรจึงจะเป็น “ข้อตกลงเลือกศาลให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเพียงศาลเดียว” ตามมาตรา 3 (เอ) และ (บี) การกำหนดห้ามมิให้ศาลที่ไม่ได้รับการเลือกใช้เขตอำนาจศาลของตนแม้จะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจศาลตามกฎหมายภายในของศาลเอง รวมถึงการห้ามมิให้ศาลใช้หลัก *forum non conveniens* และหลัก *lis alibi pendens* ตามมาตรา 5 (2) ซึ่งเป็นการป้องกันมิให้เกิดการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาล ดังนั้นประเด็นต่อไปที่เราควรพิจารณาคือประเด็นเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ (ศาลที่ได้รับการเลือก) ซึ่งเป็นบทบัญญัติอีกเรื่องหนึ่งที่อนุสัญญาฉบับนี้บัญญัติไว้เพื่อให้การบังคับตามข้อตกลงเลือกศาลมีประสิทธิภาพอย่างสูงที่สุด

บทที่ 5

ประโยชน์ของการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล

ค.ศ. 2005

5.1 การขจัดอุปสรรคที่เกิดจากข้อกฎหมายเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นไม่เกี่ยวข้องกับปัญหาการบังคับตามข้อตกลงเลือกศาลโดยตรงแต่เกี่ยวพันกันโดยอ้อม เนื่องจากปัจจัยประการหนึ่งที่คู่สัญญาในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์จะตัดสินใจว่าจะเลือกศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นระหว่างตน คู่สัญญาจะพิจารณาว่าหากศาลดังกล่าวพิจารณาคดีจนมีคำพิพากษาแล้ว คำพิพากษานั้นจะได้รับการยอมรับและบังคับตามในประเทศอื่น (ประเทศที่ได้รับการร้องขอ) หรือไม่ ดังนั้นจึงเป็นประเด็นที่คู่สัญญาจะต้องพิจารณาควบคู่ไปด้วยเสมอ ในประเด็นนี้คงมีผู้ตั้งข้อสงสัยว่าการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นมีอุปสรรคอย่างไร หรือทำไมอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 จึงจำต้องบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวนี้ไว้ด้วย จากการศึกษาของผู้เขียนสามารถประมวลปัญหาและอุปสรรคในเรื่องนี้¹ ได้แก่

1) อุปสรรคที่เกิดจากแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย (Concept of Sovereignty) เนื่องจากที่รัฐแต่ละรัฐมีอำนาจอธิปไตยของตนเองมีความเป็นอิสระ ไม่จำต้องขึ้นกับใคร ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการดำเนินกิจการภายในหรือกิจการภายนอกของรัฐ ศาลในฐานะที่เป็นองค์กรหนึ่งของรัฐ และเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ซึ่งก็คืออำนาจอตุลาการ ดังนั้น คำพิพากษาจะมีผลบังคับในรัฐโดยยอม

¹ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติม จันตรี สีนสุภฤกษ์, “การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531); ชูลีพร วงศ์กิตติรักษ์, “การบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลไทยแก่ทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศอังกฤษ”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537); พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, ปัญหาเงื่อนไขการรับรองคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ รายงานวิจัยในโครงการวิจัยเสริมหลักสูตรของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (มิถุนายน 2534); สาวิกา สุมานันท์, “การบังคับคดีแพ่งตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศโดยศาลไทย : ศึกษากรณีเฉพาะคำพิพากษาศาลสิงคโปร์”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539); สุพิน ศีลอำนวย, “ปัญหาการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศโดยศาลไทยต่อการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศในกฎหมายพาณิชย์ของประเทศไทย”, (สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548)

ต้องเกิดจากการใช้อำนาจอธิปไตย รัฐไม่มีหน้าที่ หรือพันธะที่จะต้องเชื่อฟังหรือปฏิบัติตามคำพิพากษาของรัฐอื่น เพราะอำนาจอธิปไตยให้สิทธิแก่รัฐในการใช้อำนาจได้อย่างเด็ดขาด (Conclusively) และโดยปราศจากเงื่อนไข (Unconditionally) ดังนั้น หากรัฐใดรัฐหนึ่งยอมรับอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจอตุลาการของรัฐอื่นเหนือรัฐตนเองก็จะเกิดการสูญเสียอำนาจอธิปไตยหรือเอกราชทางการศาล เช่น การเสียดิทธิสภาพนอกอาณาเขตของไทยเมื่ออดีตที่ผ่านมา

2) อุปสรรคที่เกิดจากความแตกต่างของหลักเกณฑ์เรื่องเขตอำนาจศาลของศาลที่ทำคำพิพากษา เนื่องจากเมื่อโจทก์หรือเจ้านั้นตามคำพิพากษานำคำพิพากษามาร้องขอให้ศาลที่ได้รับการร้องขอยอมรับและบังคับตาม ประการแรกที่ศาลที่ได้รับการร้องขอจะต้องพิจารณา คือ ศาลที่ทำคำพิพากษา (Court of Origin) หรือศาลต่างประเทศนั้นมีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีหรือไม่ ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าศาลดังกล่าวเป็นศาลที่มีเขตอำนาจหรือไม่นั้น ในทางปฏิบัติมีปัญหาอยู่ว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใด ของประเทศใด เช่น หลักเกณฑ์ของประเทศที่ทำคำพิพากษา หรือหลักเกณฑ์ของประเทศที่ได้รับการร้องขอ หรือหลักเกณฑ์ตามหลักสากลซึ่งมีลักษณะเป็นเอกเทศต่างหาก ในทางปฏิบัติกฎหมายของประเทศต่างๆ ในเรื่องนี้ยังมีความแตกต่างกัน เช่น ประเทศอังกฤษ หากมีพยานหลักฐานว่ากฎหมายของประเทศที่ทำคำพิพากษาศาลของประเทศนั้นไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษา ศาลอังกฤษก็จะไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษานั้นให้ เนื่องจากศาลอังกฤษเห็นว่าจะเป็นการขัดต่อเหตุผลอย่างยิ่ง กล่าวคือ ทั้งๆ ที่ตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำพิพากษา ศาลของประเทศนั้นไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี ส่วนในประเทศแคนาดา ศาลแคนาดาจะคำนึงถึงเรื่องอำนาจศาลตามความหมายระหว่างประเทศ (International Jurisdiction) หรืออำนาจศาลตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศแคนาดาโดยไม่พิจารณาว่าศาลที่ทำคำพิพากษามีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายภายใน (ประมวลวิธีพิจารณาคความแพ่งหรือกฎหมายว่าด้วยการขัดกัน) ของประเทศที่ทำคำพิพากษาหรือไม่ นอกจากนี้ยังประสบปัญหาอันเนื่องมาจากหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาลยังแตกต่างไปตามประเภทของคำพิพากษาอีกด้วย ได้แก่ คำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับหนี้เนื้อบุคคล (Judgment in Personam) และคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องด้วยทรัพย์สิน (Judgment in Rem) กล่าวคือ ถ้าเป็นคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องด้วยหนี้เนื้อบุคคล ศาลที่ได้รับการร้องขอจะให้หลักเกณฑ์อย่างหนึ่ง แต่ถ้าเป็นคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องด้วยทรัพย์สินก็จะใช้หลักเกณฑ์อีกอย่างหนึ่งและสาเหตุที่เป็นเช่นนั้นก็เนื่องมาจากหลักการที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เรื่องการแบ่งบุคคลสิทธิ (Jus in Personam)² และทรัพย์สินสิทธิ (Jus in Rem)³ อันนำมาสู่

² “บุคคลสิทธิ” หมายความว่า สิทธิเห็นเนื้อบุคคลเป็นสิทธิที่เกี่ยวกับหนี้หรือหน้าที่เฉพาะบุคคล บังคับเอากับบุคคล เป็นเรื่องที่เขาจะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้จึงเป็นเรื่องกฎหมายลักษณะหนี้

การฟ้องคดีที่เกี่ยวข้องหนี้หนี้บุคคล (Action in Personam)⁴ และการฟ้องคดีที่เกี่ยวข้องด้วยทรัพย์สิน (Action in Rem)⁵ และ

3) อุปสรรคที่เกิดจากความแตกต่างของวิธีการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ เนื่องจากวิธีการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นสามารถแบ่งออกเป็นวิธีการตามระบบคอมมอนลอว์และวิธีการตามระบบซีวิลลอว์ซึ่งมีความแตกต่างกัน เช่น

(ก) การยอมให้นำคำพิพากษาศาลต่างประเทศ (ศาลที่ทำคำพิพากษา) เข้ามาบังคับโดยตรงในอีกประเทศหนึ่ง (ประเทศที่ได้รับการร้องขอ) ในลักษณะเดียวกันกับการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลของประเทศที่ได้รับการร้องขอนั้นเอง เช่น เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจจดทะเบียนคำพิพากษาของศาลต่างประเทศตามข้อกำหนดในกฎหมายว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในลักษณะต่างตอบแทนกัน โดยไม่ต้องให้ศาลของประเทศที่ได้รับการร้องขอต้องดำเนินการ หรือมีบทบาทอย่างใดๆ อีกรนอกเหนือจากการบริหารจัดการตามข้อบังคับหรือกฎเกณฑ์ภายในของประเทศนั้นอีกเล็กน้อย วิธีการนี้นิยมใช้กันระหว่างประเทศที่มีความสัมพันธ์ด้านต่างๆ เช่น ด้านการเมือง ด้านเศรษฐกิจ หรือระบบกฎหมาย ใกล้ชิดกันเป็นพิเศษ ดังตัวอย่างตามที่ใช้อ้างอิงใน The Judgments Extension Act 1968 ของประเทศอังกฤษ เป็นต้น

(ข) การนำคำพิพากษาศาลต่างประเทศ (ศาลที่ทำคำพิพากษา) มาฟ้องขอให้ศาลในอีกประเทศหนึ่ง (ประเทศที่ได้รับการร้องขอ) ยอมรับและบังคับตามให้ (Action of Judgment) โดยถือว่าคำพิพากษานั้นเป็นมูลคดี (Cause of Action) อันอาจฟ้องร้องให้มีการยอมรับและบังคับตามให้ได้ซึ่งเป็นวิธีการของประเทศระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ตัวอย่างของประเทศที่ใช้วิธีการนี้ เช่น ประเทศแคนาดา ประเทศอังกฤษ ประเทศสวีเดน ประเทศไนจีเรีย ประเทศปากีสถาน เป็นต้น

³ “ทรัพย์สินสิทธิ” หมายความว่าถึงสิทธิเหนือทรัพย์สิน บังคับเอากับตัวทรัพย์สินและสามารถใช้นั้นกับบุคคลภายนอกได้ เป็นสิทธิที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลทั่วไปในอันที่จะไม่ล่วงละเมิดตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งทรัพย์สิน จึงเป็นเรื่องของกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน

⁴ “การฟ้องคดีที่เกี่ยวข้องหนี้หนี้บุคคล” หมายความว่าถึงการฟ้องคดีซึ่งมุ่งที่จะพิจารณาถึงสิทธิระหว่างคู่กรณีด้วยกันเองในเรื่องนั้นๆ

⁵ “การฟ้องคดีที่เกี่ยวข้องด้วยทรัพย์สิน” หมายความว่าถึงการฟ้องคดีที่มุ่งถึงการตัดสินที่มีผลใช้นั้นกับบุคคลทุกคน

(ค) การนำคำพิพากษาศาลต่างประเทศ (ศาลที่ทำคำพิพากษา) ไปใช้อ้างอิง ในฐานะที่เป็นพยานหลักฐานเบื้องต้น หรือ Prima Facie Evidence แห่งหนึ่งในอีกประเทศหนึ่ง (ประเทศที่ได้รับการร้องขอ) ในลักษณะที่โจทก์สามารถฟ้องจำเลยเป็นคดีขึ้นใหม่ในศาลของประเทศที่ได้รับการร้องขอโดยอ้างมูลหนี้เดิมแทนที่จะอ้างคำพิพากษาของศาลที่ทำคำพิพากษานั้นเป็นมูลฟ้องก็ได้ และในการพิสูจน์คดีเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาศาลสามารถอ้างคำพิพากษาของศาลที่ทำคำพิพากษาประกอบเป็นพยานหลักฐานแห่งการเป็นหนี้ ตัวอย่างของประเทศที่ใช้วิธีการนี้ เช่น ประเทศเฮติ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศฮังการี ประเทศโปรตุเกส เป็นต้น

(ง) การนำคำพิพากษาศาลต่างประเทศ (ศาลที่ทำคำพิพากษา) ไปขอให้ศาลอีกประเทศหนึ่ง (ประเทศที่ได้รับการร้องขอ) ยอมรับและบังคับตามให้ โดยศาลที่ได้รับการร้องขอจะดำเนินการให้ตามข้อกำหนดแบบ “Exequatur”⁶ ตัวอย่างของประเทศที่ใช้วิธีการนี้ เช่น ประเทศคอสตาริกา ประเทศไสตี ประเทศลักซิมเบิร์ก ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศโรมาเนีย ประเทศโปรตุเกส ประเทศโมร็อกโค ประเทศตูนิเซีย ประเทศซีเรีย เป็นต้น

จากอุปสรรคที่กล่าวมาข้างต้นเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ที่ประชุมกรงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลจึงเห็นควรบัญญัติเรื่องดังกล่าวนี้เพื่อให้ประเทศภาคีปฏิบัติตามพันธกรณีและสร้างความชัดเจนและความเป็นเอกรูปดังที่อารัมภบทของอนุสัญญากล่าวไว้ นอกจากนี้ยังเป็นการสนับสนุนให้การบังคับตามข้อตกลงเลือกศาลมีประสิทธิภาพอย่างสูงที่สุดตรงตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ดังนั้น เราควรที่จะศึกษาบทบัญญัติต่างๆ ในอนุสัญญาเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่าเป็นอย่างไร โดยผู้เขียนขอแบ่งการพิจารณาออกเป็นหัวข้อย่อยดังนี้

- 5.1.1 ประเทศภาคีที่ได้รับการร้องขอมีหน้าที่ในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือก
- 5.1.2 ศาลที่ได้รับการร้องขอต้องไม่พิจารณาในเนื้อหาสาระของคำพิพากษา
- 5.1.3 ศาลที่ได้รับการร้องขอต้องผูกพันตามข้อเท็จจริงของศาลที่ได้รับการเลือกเว้นแต่คำพิพากษาโดยขาดนัด

⁶ อนุมติบัตร หมายถึง การอนุมัติจากรัฐผู้รับไม่ว่าจะเป็นในรูปใดก็ตาม เช่น การยอมรับให้หัวหน้าสถานทำการทางกงสุลของรัฐผู้ส่งเข้าปฏิบัติหน้าที่ได้ (อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล พ.ศ. 2506) ที่มา : หนังสือคำศัพท์-คำย่อทางการทูต สถาบันการต่างประเทศ กต. (ฉบับปรับปรุงครั้งที่ 2)

5.1.1 ประเทศภาคีที่ได้รับการร้องขอมีหน้าที่ในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือก

มาตรา 8 (1) บัญญัติว่า “คำพิพากษาของศาลของประเทศภาคีซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียวตามข้อตกลงเลือกศาลจะได้รับการยอมรับและบังคับตามหมวดนี้ การยอมรับหรือบังคับอาจถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลตามที่บัญญัติในอนุสัญญานี้เท่านั้น”

อนุสัญญานี้มิได้ให้คำนิยามของคำว่า “การยอมรับ” และ “การบังคับ” ไว้ ดังนั้นจึงให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของศาลที่ได้รับการร้องขอและกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งจากการศึกษาของผู้เขียนพบว่า การยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศ หมายถึง การที่ศาลของประเทศที่รับคำร้องขอทำการยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศโดยไม่ต้องมีการบังคับใดๆ โดยคำพิพากษานั้นจะมีผลในประเทศที่รับการร้องขอ เช่น คำพิพากษาต่างประเทศที่ต้องการเพียงประกาศรับรองสิทธิของคู่กรณีเท่านั้น (Declaratory Judgment) ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลต่างประเทศเกี่ยวกับสถานะหรือความสามารถของบุคคล เป็นต้น ส่วนการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ หมายถึง การที่ศาลของประเทศที่รับคำร้องขอต้องดำเนินการในการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศโดยอาศัยหลักเกณฑ์และวิธีการของศาลที่รับคำร้องขอเพื่อให้คำพิพากษาศาลต่างประเทศมีผลบังคับ หรืออีกนัยหนึ่งคือ การนำผลของคำพิพากษาศาลประเทศหนึ่งไปขอให้ศาลอีกประเทศหนึ่งบังคับให้

ตามมาตรา 8 (1) นี้เป็นบทบังคับ (mandatory) ที่ประเทศภาคีต้องปฏิบัติตามและมีเงื่อนไขอยู่ 3 ประการ (1) ต้องมีคำพิพากษา⁸ (2) เป็นคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกซึ่งเป็นศาลของประเทศภาคี และ (3) ศาลที่ได้รับการเลือกนั้นต้องเป็นศาลตามข้อตกลงเลือกศาลที่

⁷ ไปรอดดู จันตรี ลินสุภฤกษ์, “การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531)

⁸ มาตรา 4 (1) ได้ให้คำนิยามของคำว่า “คำพิพากษา” ว่า “คำตัดสินใดๆ ในเนื้อหาสาระของคดีที่ศาลหนึ่งออกให้ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร รวมถึงคำบังคับหรือคำสั่งและการกำหนดค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายที่กำหนดโดยศาล (รวมถึงเจ้าหน้าที่ศาล) แต่ทั้งนี้การกำหนดนั้นต้องเกี่ยวกับคำตัดสินในเนื้อหาสาระของคดีที่อาจได้รับการยอมรับหรือบังคับตามอนุสัญญานี้ มาตราการคุ้มครองชั่วคราวมิใช่คำพิพากษา”

กล่าวโดยสรุปแล้ว “คำพิพากษา” หมายถึง คำตัดสินในเนื้อหาสาระ (on the merits) หรือจำนวนเงินที่กำหนดร่วมกับคำตัดสินในเนื้อหาสาระที่สามารถได้รับการยอมรับและบังคับตามอนุสัญญาได้ โดยไม่รวมถึงคำวินิจฉัยเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความหรือพยานหลักฐาน และคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวซึ่งบัญญัติในมาตรา 7 ของอนุสัญญา

กำหนดให้ศาลนั้นเป็นศาลที่มีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียว เว้นแต่กรณีที่กำหนดในมาตรา 8 (5) อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกไม่สามารถได้รับการยอมรับและบังคับตาม อนุสัญญาเพียงแต่กำหนดว่าคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกต้องได้รับการยอมรับและบังคับตามเท่านั้น ซึ่งบางครั้งอาจมีการร้องขอให้ยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาในศาลของประเทศภาคีได้มากกว่าหนึ่งประเทศเนื่องจากทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาอาจมีอยู่หลายประเทศ

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าศาลที่ได้รับการร้องขอทั้งหลายจะต้องคำนึงถึงจำนวนเงินหรือการบรรเทาความเสียหายที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้รับไปแล้วก่อนหน้านี้ด้วย ในกรณีที่ครบเงื่อนไขทั้ง 3 ดังกล่าวแล้ว ผลที่ตามมาคือ (1) คำพิพากษาต้องได้รับการยอมรับและบังคับตาม และ (2) การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาต้องเป็นไปตามที่กำหนดในหมวดที่ 3 ของอนุสัญญานี้ ซึ่งตามมาตรา 8 (1) ตอนท้ายกำหนดว่า “การยอมรับหรือบังคับอาจถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลตามที่บัญญัติในอนุสัญญานี้เท่านั้น” ทำให้ประเทศภาคีที่ได้รับการร้องขอจะสามารถปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษานั้นได้ก็ต่อเมื่ออนุสัญญานี้บัญญัติไว้เช่นนั้นเท่านั้น ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่าอนุสัญญามีได้บัญญัติเรื่องกำหนดระยะเวลาที่สามารถยื่นคำร้องขอให้ยอมรับหรือบังคับคดีได้ กำหนดไว้แต่เพียงว่ากระบวนการพิจารณาความเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ได้รับการร้องขอในมาตรา 14⁹ ดังนั้นจึงต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศที่ได้รับการร้องขอ เช่น มาตรา 271 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยที่กำหนดว่าการบังคับคดีต้องทำภายในกำหนดระยะเวลา 10 ปีนับแต่วันมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง เป็นต้น และมีได้บัญญัติจำกัดว่าคำพิพากษาที่จะได้รับการยอมรับและบังคับตามต้องเป็นคำพิพากษาให้ชดใช้เงิน (monetary judgment) เท่านั้น ดังนั้นจะหมายความว่าคำพิพากษาที่ไม่เกี่ยวกับเงิน (non-monetary judgment) ก็สามารถได้รับการ

⁹ มาตรา 14 บัญญัติว่า “กระบวนการพิจารณาความเกี่ยวกับการยอมรับ การประกาศถึงความสามารถในการบังคับ หรือการขึ้นทะเบียนการบังคับและการบังคับตามคำพิพากษาให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ได้รับการร้องขอ เว้นแต่อนุสัญญานี้จะกำหนดเป็นอย่างอื่น ศาลที่ได้รับการร้องขอจำต้องดำเนินการด้วยความรวดเร็ว”

มาตรานี้กำหนดเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาความในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาว่าเป็นไปตามกฎหมายของศาลที่ได้รับการร้องขอ เว้นแต่อนุสัญญาจะกำหนดกระบวนการพิจารณาในเรื่องนั้นๆ เอาไว้เป็นการเฉพาะก็ให้เป็นไปตามอนุสัญญา นอกจากนี้ยังกำหนดอีกด้วยว่าศาลที่ได้รับการร้องขอจำต้องดำเนินการด้วยความรวดเร็ว ถึงกระนั้นก็ตาม อนุสัญญาก็มิได้บัญญัติว่าหากศาลที่ได้รับการร้องขอดำเนินการไม่รวดเร็วแล้วผลจะเป็นอย่างไร

ยอมรับและบังคับตามหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะใช้ชะงักที่เดียวเพราะจากการศึกษาของผู้เขียนพบว่าในขั้นตอนการจัดทำอนุสัญญาที่มีการกล่าวว่คำพิพากษาที่ไม่ใช่ตัวเงินนั้นควรจะเป็นไปตามกฎหมายภายในของศาลที่ได้รับการร้องขอว่าจะอนุญาตหรือไม่ เพียงใด

5.1.2 ศาลที่ได้รับการร้องขอต้องไม่พิจารณาในเนื้อหาของคำพิพากษา

มาตรา 8 (2) ตอนต้นบัญญัติว่า “โดยไม่กระทบถึงการพิจารณาเท่าที่จำเป็นของการบังคับตามบทบัญญัติในหมวดนี้ จะไม่มีการพิจารณาในเนื้อหาของคำพิพากษาของศาลที่ทำคำพิพากษา.....”

ตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าวทำให้ศาลที่ได้รับการร้องขอไม่สามารถเข้าไปพิจารณาเนื้อหาของคำพิพากษาของศาลที่ทำคำพิพากษา ซึ่งสาเหตุที่อนุสัญญาบัญญัติเช่นนี้ก็เพื่อให้ประเทศภาคีและคู่สัญญาเอกชนมั่นใจว่าคำพิพากษาที่มาจากข้อตกลงเลือกที่กำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียวจะได้รับการยอมรับและบังคับตามในศาลของประเทศภาคีอื่นอย่างแน่นอนและคาดหมายได้โดยที่ไม่เสียค่าใช้จ่ายและเวลามากนัก เพราะหากปล่อยให้ศาลที่ได้รับการร้องขอสามารถพิจารณาในเนื้อหาของคำพิพากษาได้ก็จะทำให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเป็นครั้งที่สองซึ่งเสียเวลาและค่าใช้จ่ายมากและทำที่สุดผลของคำพิพากษาอาจแตกต่างจากศาลก่อนหรือศาลที่ได้รับการเลือกอันจะทำให้อนุสัญญานี้ไม่ประสบความสำเร็จอย่างที่คาดหมาย

5.1.3 ศาลที่ได้รับการร้องขอต้องผูกพันตามข้อเท็จจริงของศาลที่ได้รับการเลือกเว้นแต่คำพิพากษาโดยขาดนัด

มาตรา 8 (2) ตอนท้ายบัญญัติว่า “.....ศาลที่ได้รับการร้องขอจะต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยในข้อเท็จจริงของศาลที่ทำคำพิพากษาซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ เว้นแต่จะเป็นคำพิพากษาโดยขาดนัด”

นอกจากมาตรา 8 (2) จะกำหนดห้ามมิให้มีการพิจารณาเนื้อหาของคำพิพากษาตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นยังกำหนดให้ศาลที่ได้รับการร้องขอต้องผูกพันตามข้อเท็จจริงที่ศาลที่ทำคำพิพากษาวิเคราะห์ได้ ซึ่งจากการศึกษาของผู้เขียนในรายงานคำอธิบาย (Explanatory Report)

ที่จัดทำโดย Trevor Hartley และ Masato Dogauchi¹⁰ พบว่าให้หมายความรวมถึงความมีอยู่ของ ข้อตกลงเลือกศาล ความสามารถของคู่สัญญา การตีความว่าข้อตกลงเลือกศาลเป็นข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเพียงศาลเดียว ข้อพิพาทที่พิจารณาพิพากษาเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงเลือกศาล ข้อพิพาทที่พิจารณาพิพากษาเป็นเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศและข้อพิพาทเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา

ยิ่งไปกว่านั้น ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่าการที่มาตรา 8 (2) กำหนดว่า “ศาลที่ทำคำพิพากษาซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ” นั้นกำหนดไว้สอดคล้องกับมาตรา 5 (1) ซึ่งกำหนดว่า “เว้นแต่ข้อตกลงจะไม่มีผลและตกเป็นโมฆะ” อันเป็นเหตุที่ทำให้ศาลที่ได้รับการร้องขอสามารถปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาได้

ในตอนท้ายของมาตรา 8 (2) กำหนดข้อยกเว้นที่ศาลที่ได้รับการร้องขอสามารถพิจารณาเนื้อหาสาระของคำพิพากษาหรือไม่ต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยในข้อเท็จจริงได้ กล่าวคือ กรณีคำพิพากษาโดยขาดนัด อย่างไรก็ตาม เนื่องจากอนุสัญญาก็มิได้ให้คำนิยามว่ากรณีใดบ้างที่จะถือเป็นคำพิพากษาโดยขาดนัดและยังไม่มีความเป็นเอกรูปในเรื่องนี้ ดังนั้น ศาลที่ได้รับการร้องขอควรที่จะคำนึงถึงกระบวนการของศาลที่ได้รับการเลือกและของศาลตนว่าเป็นอย่างไร รวมถึงทางปฏิบัติของประเทศอื่นๆ

5.2 เงื่อนไขในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือก

นอกจากการขจัดอุปสรรคที่เกิดจากข้อกฎหมายเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น อนุสัญญากำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ หรือศาลที่ได้รับการเลือกเพื่อให้ประเทศภาคีปฏิบัติตาม ซึ่งจากการศึกษาของผู้เขียนพบว่าหากไม่มีอนุสัญญาดังนี้เงื่อนไขเกี่ยวกับเรื่องนี้ตามกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ และสนธิสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับมีอยู่ด้วยกันหลายประการ เช่น หลักความเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี หลักความถูกต้องของกระบวนการพิจารณาพิพากษา หลักความถูกต้องของการใช้กลไกของกฎหมายขัดกัน หลักความสอดคล้องของผลคำพิพากษาในประเทศที่ได้รับการร้องขอ หลักความเคารพผลของคำพิพากษาของประเทศอื่น หลัก

¹⁰ Trevor Hartley & Masato Dogauchi. Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements : Explanatory Report., edited by the Permanent Bureau of the Conference. (The Netherlands : The Hague Conference on Private International Law, 2005)

ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หลักความสุจริตของคู่ความ หลักความมีผลบังคับได้ของคำพิพากษา หลักต่างตอบแทน¹¹ เป็นต้น แต่สาเหตุที่อนุสัญญาต้องมีบทบัญญัติในเรื่องนี้ก็เพื่อกำหนดพันธกรณีที่ชัดเจนให้แก่ประเทศภาคี มิฉะนั้น หากคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือก อาจได้รับหรือไม่ได้รับการยอมรับและบังคับตามก็ได้ อนุสัญญานี้ก็คงไม่ได้การยอมรับหรือความสนใจจากประเทศต่างๆ ทั่วโลก ดังนั้น ผู้เขียนขอแบ่งการพิจารณาถึงเงื่อนไขต่างๆ ตามอนุสัญญานี้ ออกเป็นหัวข้อดังนี้

5.2.1 คำพิพากษาต้องสามารถยอมรับและบังคับตามได้ในศาลที่ได้รับการเลือก

5.2.2 คำพิพากษาต้องถึงที่สุด

5.2.3 การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษหากศาลที่ได้รับการเลือกโอนคดีไปยังศาลที่มีเขตอำนาจตามกฎหมายภายในของศาล

5.2.4 การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาตามสัญญาประนีประนอมยอมความ

5.2.5 การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาที่มีผลบังคับบางส่วน

5.2.1 คำพิพากษาต้องสามารถยอมรับและบังคับตามได้ในศาลที่ได้รับการเลือก

มาตรา 8 (3) บัญญัติว่า “คำพิพากษาจะต้องได้รับการยอมรับก็ต่อเมื่อคำพิพากษานั้นมีผลในประเทศที่ทำการพิจารณาคดีและจะได้รับการบังคับตามก็ต่อเมื่อคำพิพากษานั้นสามารถได้รับการบังคับตามในประเทศที่ทำคำพิพากษา”

จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงจุดเริ่มต้นที่คำพิพากษาจะได้รับการยอมรับและบังคับตามในศาลที่ได้รับการร้องขอ กล่าวคือ เมื่อคำพิพากษาสมาารถได้รับการยอมรับและบังคับตาม (บังคับคดี) ในประเทศที่ทำคำพิพากษาซึ่งเป็นบทบังคับ (mandatory) ของอนุสัญญาเพราะบัญญัติว่า “จะต้อง (shall)” นอกจากนี้อนุสัญญาใช้คำว่า “มีผล (has effect)” และ “สามารถได้รับการบังคับ (is enforceable)” ซึ่งจากการศึกษาของผู้เขียนพบว่าหมายถึงคำพิพากษานั้นต้องก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมายและกำหนดสิทธิและหน้าที่ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนแก่คู่ความในคดี ดังนั้น หากคำพิพากษานั้นตามกฎหมายของศาลที่ได้รับการเลือกจะยังไม่มีผลบังคับจนกว่าจะครบเงื่อนไขบางประการ คำพิพากษานั้นก็ไม่สามารถได้รับการยอมรับและบังคับตามในประเทศที่ได้รับการร้องขอ เช่น บางกรณีคำพิพากษาของศาลชั้นต้นจะยังไม่มีผลจนกว่าสิ้นกำหนด

¹¹ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. ปัญหาเงื่อนไขการรับรองคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ. รายงานวิจัยในโครงการวิจัยเสริมหลักสูตรของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (มิถุนายน 2534)

ระยะเวลาอุทธรณ์ฎีกา¹² หรือบางกรณีคำพิพากษาจะยังไม่มีผลจนกว่าคดีจะได้รับการตัดสินทุกประเด็น¹³ เป็นต้น

5.2.2 คำพิพากษาต้องถึงที่สุดเด็ดขาด

มาตรา 8 (4) บัญญัติว่า “การยอมรับหรือการบังคับอาจถูกเลื่อนหรือปฏิเสธในกรณีที่คำพิพากษากำลังอยู่ระหว่างการพิจารณาของประเทศที่ทำคำพิพากษา หรือยังไม่สิ้นกำหนดระยะเวลาในการขอให้มีการพิจารณาอย่างสามัญ การปฏิเสธมิได้เป็นอุปสรรคในการขอให้มีการยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาในภายหลัง”

จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถตีความได้ว่าในกรณีที่กฎหมายของประเทศของศาลที่ได้รับการร้องขอกำหนดว่าคำพิพากษาไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนสามารถได้รับการยอมรับและบังคับตามทันทีที่มีคำพิพากษา เช่น ไม่จำเป็นต้องรอให้คำพิพากษาถึงที่สุดหรือพ้นกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์หรือฎีกาก่อน เป็นต้น แต่คำพิพากษาที่นำมาร้องขออยู่ระหว่างการพิจารณาหรือทบทวนของศาลของประเทศที่ทำคำพิพากษา เช่น ศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกา หรือกำหนดระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์หรือฎีกายังไม่สิ้นสุด ศาลที่ได้รับการร้องขอสามารถเลื่อน (postpone) การยอมรับและบังคับตามออกไป หรือปฏิเสธ (refuse) ไม่ยอมรับและบังคับตามก็ได้ กล่าวคือ มาตรา 8 (4) กำหนดให้ศาลที่ได้รับการร้องขอสามารถรองจนกว่าจะมีคำพิพากษาที่แน่นอนในศาลของประเทศที่ทำคำพิพากษาเสียก่อนโดยศาลดังกล่าวสามารถพิจารณาได้ว่าคำพิพากษาที่นำมาร้องขอนั้นถึงที่สุดหรือไม่ในศาลของประเทศที่ทำคำพิพากษา อย่างไรก็ตาม มาตรานี้มิใช่บทบังคับเหมือนกับมาตรา 8 (3) เพราะอนุสัญญาใช้คำว่า “อาจ (may)” เท่านั้น

¹² เช่น ตามมาตรา 62 (ดี) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสหรัฐ ซึ่งกำหนดให้ศาลระงับการบังคับคดีตามคำพิพากษาระหว่างที่มีการอุทธรณ์

¹³ เช่น ตามมาตรา 54 (บี) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสหรัฐ ซึ่งกำหนดให้สามารถทำคำพิพากษาสุดท้าย (final judgment) เกี่ยวกับเรื่องใดๆ ซึ่งมีใช่เรื่องเกี่ยวกับการเรียกร้องหรือคู่ความทั้งปวงได้ในบางกรณี

ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับบทบัญญัติในมาตรา 8 (4) ดังนี้

1) หากศาลที่ได้รับการร้องขอยอมรับและบังคับตามแม่คำพิพากษานั้นจะอยู่ระหว่างการพิจารณา หรือทบทวนในประเทศที่ทำคำพิพากษาและในท้ายที่สุดคำพิพากษานั้นถูกกลับหรือถูกแก้ การยอมรับและบังคับตามในศาลที่ได้รับการร้องขอก็อาจถูกเพิกถอนได้เช่นกัน

2) หากเป็นกรณีที่มีการทุเลาการบังคับคดีในประเทศที่ทำคำพิพากษาอันเนื่องมาจากมีการอุทธรณ์หรือฎีกาคำพิพากษาในประเทศนั้น **ผู้เขียน** เห็นว่าน่าจะเป็นกรณีที่คำพิพากษาไม่สามารถมีผลหรือได้รับการบังคับในประเทศนั้นอันเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 8 (3) มิใช่ต้องตามมาตรา 8 (4) นี้ ซึ่งส่งผลให้ศาลที่ได้รับการร้องขอสามารถปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามได้เนื่องจากคำพิพากษานั้นยังไม่สามารถได้รับการยอมรับและบังคับตามในศาลของประเทศที่ทำคำพิพากษา อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาก็มีได้บัญญัติห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาร้องขอให้ศาลที่ได้รับการร้องขอมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวระหว่างที่มีการอุทธรณ์ฎีกาในประเทศที่ทำคำพิพากษา

3) หากศาลที่ได้รับการร้องขอปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามที่มาตรา 8 (4) กำหนดไปแล้ว ก็มีได้แปลว่าไม่สามารถนำคำพิพากษานั้นมาร้องขอให้ศาลที่ได้รับการร้องขอยอมรับและบังคับตามได้อีก เพราะในท้ายที่สุดแล้วหากคำพิพากษาดังกล่าวเป็นคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้วในศาลของประเทศที่ทำคำพิพากษา เช่น ศาลฎีกาตัดสินให้จำเลยแพ้คดีต้องชำระหนี้เงินให้แก่โจทก์ โจทก์หรือเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาก็สามารถนำคำพิพากษาดังกล่าวมาร้องขอต่อศาลที่ได้รับการร้องขอได้ใหม่อีกครั้ง

5.2.3 การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาหากศาลที่ได้รับการเลือกโอนคดีไปยังศาลที่มีเขตอำนาจตามกฎหมายเกณฑ์ภายในของศาล

มาตรา 8 (5) บัญญัติว่า “บทบัญญัติในมาตรานี้มีผลบังคับใช้กับคำพิพากษาของศาลของประเทศภาคีซึ่งได้รับการโอนคดีมาจากศาลที่ได้รับการเลือกในประเทศภาคีนั้นตามที่มาตรา 5 (3) กำหนด อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ศาลที่ได้รับการเลือกมีดุลพินิจว่าจะโอนคดีไปยังศาลอื่นหรือไม่ คำพิพากษาอาจถูกปฏิเสธไม่ได้รับการยอมรับหรือบังคับตามหากบังคับเข้ากับคู่ความฝ่ายที่คัดค้านการโอนคดีภายในเวลาที่กำหนดในประเทศที่ทำคำพิพากษา”

บทบัญญัติดังกล่าวสามารถแบ่งการพิจารณาได้ดังนี้

1) ตอนต้นของมาตรา 8 (5) ที่บัญญัติว่า “บทบัญญัติในมาตรานี้มีผลบังคับใช้กับคำพิพากษาของศาลของประเทศภาคีซึ่งได้รับการโอนคดีมาจากศาลที่ได้รับการเลือกในประเทศภาคนั้นตามที่มาตรา 5 (3) กำหนด.....” แสดงให้เห็นว่าการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษานั้นมีผลขยายไปถึงคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการโอนคดีมาจากศาลที่ได้รับการเลือกด้วยตามกฎหมายเกณฑ์ภายในของประเทศของศาลนั้นตามที่มาตรา 5 (3)¹⁴ ของอนุสัญญาด้วยประการหนึ่งว่าศาลที่ได้รับการโอนคดีมาเป็นศาลที่ได้รับการเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียว อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่าหากข้อตกลงเลือกศาลกำหนดศาลที่ได้รับการเลือกไว้หลายศาล (ภายในประเทศภาคีเดียวกัน) และมีการโอนคดีระหว่างศาลต่างๆ ดังกล่าวก็จะเข้าเงื่อนไขการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาตามมาตรา 8 (1)¹⁵ มิใช่ตามมาตรา 8 (5) นี้

2) ตอนท้ายของมาตรา 8 (5) ที่บัญญัติว่า “.....อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ศาลที่ได้รับการเลือกมีดุลพินิจว่าจะโอนคดีไปยังศาลอื่นหรือไม่ คำพิพากษาอาจถูกปฏิเสธไม่ได้รับการยอมรับหรือบังคับตามหากบังคับเข้ากับคู่ความฝ่ายที่คัดค้านการโอนคดีภายในเวลาที่กำหนดในประเทศที่ทำคำพิพากษา” แสดงให้เห็นว่าศาลที่ได้รับการร้องขอ “อาจ” ปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาก็ได้หากศาลที่ได้รับการเลือกตามข้อตกลงฯ ที่โอนคดีมีดุลพินิจว่าจะโอนหรือไม่โอนคดีไปยังศาลที่รับโอนคดีตามกฎหมายเกณฑ์ภายในของประเทศของศาลนั้น ประกอบกับลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้คัดค้านการโอนคดีนั้นไปยังศาลที่รับโอนภายในเวลาที่กำหนด ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่าอนุสัญญาใช้คำว่า “อาจ (may)” ดังนั้นจึงมิใช่บทบังคับเด็ดขาดทำให้ศาลที่ได้รับการร้องขอสามารถยอมรับหรือปฏิเสธก็ได้

¹⁴ Article 5 Jurisdiction of the chosen court “3. The preceding paragraphs shall not affect rules

–

a) on jurisdiction related to subject matter or to the value of the claim;

b) on the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State. However, where the chosen court has discretion as to whether to transfer a case, due consideration should be given to the choice of the parties.

¹⁵ โปรดดูหัวข้อ 5.1.1 (ประเทศภาคีที่ได้รับการร้องขอมีหน้าที่ในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือก)

5.2.4 การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาตามสัญญาประนีประนอมยอมความ

มาตรา 12 บัญญัติว่า “สัญญาประนีประนอมยอมความซึ่งศาลที่ได้รับการเลือกของประเทศภาคีตามข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียวอนุวัติ หรือทำกันในขณะอยู่ระหว่างการพิจารณาและสามารถได้รับการบังคับเช่นเดียวกับคำพิพากษาในประเทศที่พิจารณาคดี สัญญาประนีประนอมยอมความนั้นก็จะต้องได้รับการบังคับตามอนุสัญญานี้”

คำพิพากษาที่มาจากสัญญาประนีประนอมยอมความนั้นก็สามารถได้รับการยอมรับและบังคับตามได้ตามอนุสัญญานี้ ซึ่งในประเทศไทยมักเรียกว่า “คำพิพากษายอม” นั่นเอง โดยอนุสัญญากำหนดเงื่อนไขว่าคำพิพากษานั้นต้องสามารถได้รับการยอมรับและบังคับตามในประเทศที่ทำคำพิพากษานั้นเองเช่นเดียวกับคำพิพากษาปกติและเนื่องด้วยคำพิพากษาประเภทนี้ก็เป็นคำพิพากษาตามคำนิยามในมาตรา 4 (1) จึงจะต้องได้รับการบังคับตามที่อนุสัญญากำหนด **ผู้เขียน**ขอตั้งข้อสังเกตว่ามาตรานี้กำหนดแต่เพียงการบังคับ (enforce) เท่านั้นมิได้บัญญัติเกี่ยวกับการยอมรับ (recognize) ดังนั้นหากกฎหมายของประเทศที่ได้รับการร้องขอกำหนดเรื่องการยอมรับ (recognition) ตามคำพิพากษาประเภทนี้ไว้อย่างไรก็ให้เป็นไปตามนั้น

5.2.5 การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาที่มีผลบังคับบางส่วน

มาตรา 15 บัญญัติว่า “การยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาบางส่วนจะต้องได้รับการอนุวัติก็ต่อเมื่อการยอมรับหรือบังคับคำพิพากษานั้นเป็นการร้องขอในส่วนที่สามารถได้รับการยอมรับหรือบังคับตามอนุสัญญานี้”

มาตรานี้บัญญัติเพื่อให้การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของอนุสัญญาได้ผลลัพธ์สูงที่สุด กล่าวคือ แม้คำพิพากษาที่นำมาร้องขอจะมีผลบังคับใช้บางส่วน กล่าวคือ คำพิพากษานั้นมีส่วนที่สามารถยอมรับและบังคับตามได้และบางส่วนที่ยอมรับและบังคับตามไม่ได้ คำพิพากษานั้นก็ไม่สิ้นผลไปเลยเสียทีเดียวโดยยังสามารถนำส่วนที่มีผลบังคับใช้ได้มาร้องขอให้ยอมรับและบังคับตามได้ภายใต้อนุสัญญานี้

ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับบทบัญญัติในมาตรานี้ดังนี้

- 1) มาตรา 15 เป็นบทบังคับเนื่องจากอนุสัญญาใช้คำว่า “จะต้อง (shall)” ดังนั้นคำพิพากษาในส่วนที่มีผลบังคับใช้ได้จึงต้องได้รับการปฏิบัติในลักษณะเดียวกับคำพิพากษาที่มีผลบังคับใช้ทั้งหมด
- 2) โดยนัยของมาตรา 15 ผู้เขียนเห็นว่าประเทศที่ได้รับการร้องขอยังมีหน้าที่ในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาที่นำมาร้องขอแม้ว่าเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาจะนำคำพิพากษามาร้องขอให้ยอมรับและบังคับตามเฉพาะบางส่วนเท่านั้น
- 3) อนุสัญญามีได้บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาต้องแสดงคำพิพากษาทั้งหมดต่อศาลที่ได้รับการร้องขอเพื่อให้ศาลดังกล่าวยอมรับและบังคับตาม

5.3 เหตุแห่งการปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือก

เหตุแห่งการปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกนั้น อนุสัญญานับบัญญัติไว้ในมาตรา 9 โดยกำหนดไว้ 7 อนุมาตรา นอกจากนั้นยังกำหนดกรณีการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาเบื้องต้นในเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาในมาตรา 10 และคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับค่าเสียหายที่สูงกว่าความเสียหายที่แท้จริงในมาตรา 11 ซึ่งผู้เขียนขอแบ่งการพิจารณาโดยเริ่มที่มาตรา 9 ทั้ง 7 อนุมาตราและตามด้วยมาตรา 10 และมาตรา 11 ตามลำดับดังนี้

5.3.1 เหตุที่ไม่จำเป็นต้องยอมรับและบังคับตามคำพิพากษา

มาตรา 9 บัญญัติว่า “คำพิพากษาอาจถูกปฏิเสธไม่ได้รับการยอมรับหรือบังคับตามหาก

- (เอ) ข้อตกลงเลือกศาลไม่มีผลและตกเป็นโมฆะตามกฎหมายของประเทศของศาลที่ได้รับการเลือก เว้นแต่ศาลที่ได้รับการเลือกตั้งตัดสินว่าข้อตกลงนั้นมีผลบังคับใช้ได้
- (บี) คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบกพร่องเรื่องความสามารถในการทำข้อตกลงตามกฎหมายของศาลที่ได้รับการร้องขอ
- (ซี) เอกสารฟ้องร้องดำเนินคดี หรือเทียบเท่า รวมถึงองค์ประกอบอื่นที่จำเป็นต่อสิทธิเรียกร้อง
 - (1) มิได้บอกกล่าวแจ้งแก่จำเลยในเวลาที่เหมาะสมและโดยวิธีที่จำเลยจะสามารถเตรียมข้อต่อสู้ของตน เว้นแต่จำเลยได้ปรากฏตัวเข้าสู่ต่อสู้คดีโดย

มิได้โต้แย้งเรื่องการบอกกล่าวต่อศาลที่ทำคำพิพากษา แต่ทั้งนี้กฎหมายของประเทศที่ทำคำพิพากษาจะต้องอนุญาตให้โต้แย้งได้ หรือ

- (2) มีการบอกกล่าวแก่จำเลยในประเทศที่ได้รับการร้องขอโดยวิธีที่ขัดต่อหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการส่งหมายของประเทศที่ได้รับการร้องขอ
- (ดี) คำพิพากษาได้มาโดยกระบวนการวิธีพิจารณาที่ฉ้อฉล
- (อี) การยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศที่ได้รับการร้องขอ รวมถึงมีเหตุการณ์ที่ทำให้กระบวนการวิธีพิจารณาความในการทำคำพิพากษาขัดกับหลักการพื้นฐานของการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาโดยยุติธรรมของประเทศนั้น
- (เอฟ) คำพิพากษาไม่สอดคล้องกับคำพิพากษาของประเทศที่ได้รับการร้องขอในข้อพิพาทระหว่างคู่ความเดียวกัน
- (จี) คำพิพากษาไม่สอดคล้องกับคำพิพากษาในคดีก่อนของอีกประเทศหนึ่งระหว่างคู่ความเดียวกันในมูลคดีเดียวกัน แต่ทั้งนี้คำพิพากษาในคดีก่อนต้องเข้าเงื่อนไขที่จำเป็นในการได้รับการยอมรับในประเทศที่ได้รับการร้องขอ”

จากบทบัญญัติข้างต้นแสดงให้เห็นว่าคำพิพากษาสามารถถูกปฏิเสธไม่ได้รับการยอมรับและบังคับตามในศาลที่ได้รับการร้องขอ โดยมีเหตุแห่งการปฏิเสธตามที่กำหนดในอนุมาตรา (เอ) ถึง (จี) ซึ่งมีใช้บทบังคับเพราะอนุสัญญาใช้คำว่า “อาจ (may)”

(1) ข้อตกลงเลือกศาลตกเป็นโมฆะ

มาตรา 9 (เอ) ซึ่งกำหนดว่าศาลที่ได้รับการร้องขอสามารถปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาได้หากข้อตกลงเลือกศาลไม่มีผลและตกเป็นโมฆะตามกฎหมายภายในของศาลที่ได้รับการเลือก บทบัญญัติดังกล่าวบัญญัติไว้สอดคล้องกับมาตรา 5 (1) และมาตรา 6 (เอ) ที่ว่าข้อตกลงเลือกศาลไม่มีผลและตกเป็นโมฆะตามกฎหมายของศาลที่ได้รับการเลือก ซึ่งก็หมายความว่าสิ่งแรกที่ศาลที่ได้รับการร้องขอสามารถพิจารณาหากเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษานำคำพิพากษามาร้องขอต่อศาลก็คือความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาล อย่างไรก็ตาม หากศาลที่ทำคำพิพากษา (ในที่นี่คือศาลที่ได้รับการเลือก) ได้ตัดสินแล้วว่าข้อตกลงเลือกศาลนั้นมีผลสมบูรณ์ ศาลที่ได้รับการร้องขอก็ต้องผูกพันตามคำตัดสินดังกล่าวตามที่มาตรา 8 (2) บัญญัติไว้ ดังนั้น หากข้อตกลงเลือกศาลสมบูรณ์คำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกที่นำมาร้องขอก็จะต้องได้รับการ

ยอมรับและบังคับตาม แต่ทั้งนี้ต้องไม่เข้าเงื่อนไขหรือแห่งการปฏิเสธการยอมรับและบังคับอื่นตามที่อนุสัญญากำหนดซึ่งผู้เขียนจะอธิบายต่อไป

(2) คู่สัญญาตามข้อตกลงเลือกศาลปกครองเรื่องความสามารถในการเข้าทำสัญญา

มาตรา 9 (บี) กำหนดว่าศาลที่ได้รับการร้องขอสามารถปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาได้หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปกครองเรื่องความสามารถในการทำข้อตกลงตามกฎหมายของศาลที่ได้รับการร้องขอซึ่งเป็นการกำหนดไว้สอดคล้องกับมาตรา 6 (บี) แต่ต่างตรงที่มาตรา 6 (บี) กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศของศาลที่รับคำฟ้อง (law of the State of the court seised) ส่วนมาตรา 9 (บี) เป็นกฎหมายของศาลที่ได้รับการร้องขอ (law of the requested State) อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่าบางครั้งการที่คู่สัญญาปกครองเรื่องความสามารถก็อาจทำให้ข้อตกลงเลือกศาลไม่มีผลและตกเป็นโมฆะได้ตามมาตรา 9 (เอ) เช่นตามมาตรา 21 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่กำหนดว่าหากผู้เยาว์ทำนิติกรรมใดๆ โดยปราศจากความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะ เป็นต้น ในทางกลับกัน หากศาลที่ได้รับการเลือกตัดสินแล้วว่าข้อตกลงเลือกศาลนั้นสมบูรณ์มีผลผูกพันระหว่างคู่สัญญา ผู้เขียนเห็นว่าศาลที่ได้รับการร้องขอจำต้องผูกพันตามคำตัดสินนั้นตามนัยของมาตรา 8 (2) ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้น คำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกที่นำมาร้องขอก็จะต้องได้รับการยอมรับและบังคับตาม แต่ทั้งนี้ต้องไม่เข้าเงื่อนไขหรือแห่งการปฏิเสธการยอมรับและบังคับอื่นตามที่อนุสัญญากำหนด

(3) จำเลยไม่ได้รับโอกาสเพียงพอในการต่อสู้คดี

มาตรา 9 (ซี) กำหนดเกี่ยวกับการแจ้งหรือการบอกกล่าวเรื่องการฟ้องร้องดำเนินคดีแก่จำเลยโดยศาลที่ทำคำพิพากษาเท่านั้น สาเหตุที่อนุสัญญาบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ก็เพื่อให้เป็นไปตามหลักความเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี เนื่องจากกฎหมายต้องการให้ทั้งโจทก์และจำเลยมีโอกาสมันๆ ในการเสนอข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายต่อศาล การพิจารณาพิพากษาคดีจึง

จะเป็นไปอย่างเที่ยงธรรม โดยปกติคำพิพากษาโดยขาดนัดนั้นมักจะถูกรื้อฟื้นขึ้นมาพิจารณาคดีใหม่ได้ เช่น ตามมาตรา 199 ตีรแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย¹⁶ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาฯมิได้กำหนดก้าวล่วงไปถึงเนื้อหาของกฎเกณฑ์หรือวิธีการในการส่งหมายหรือการบอกกล่าวแก่จำเลยแต่อย่างใด ดังนั้น เอกสารการบอกกล่าวนั้นเป็นได้ทั้งเอกสารการฟ้องร้องดำเนินคดี หรือเอกสารอื่นใดที่เทียบเท่ากันของศาลที่ทำคำพิพากษาซึ่งได้ส่งให้แก่จำเลยในเวลาที่ยังพอและด้วยวิธีการที่ทำให้จำเลยสามารถเข้าสู่ต่อสู้คดีได้ก็น่าจะพอเพียงแล้ว ซึ่งหมายความว่าหากจำเลยขาดนัดมิได้เข้าสู่ต่อสู้คดีภายในเวลาที่กฎหมายของศาลที่ทำคำพิพากษากำหนดทั้งๆ ที่ได้รับเอกสารหรือการบอกกล่าวนั้นแล้วโดยถูกต้อง ศาลที่ได้รับการร้องขอก็สามารถพิจารณาเรื่องต่อไปนี้ได้

- 1) ความมีอยู่ของเอกสารการฟ้องร้องดำเนินคดี หรือเทียบเท่า
- 2) การบอกกล่าวไปยังจำเลย
- 3) กำหนดระยะเวลาตั้งแต่จำเลยได้รับการรับการบอกกล่าวจนถึงวันที่จำเลยต้องเข้าสู่ต่อสู้คดี (เช่น ยื่นคำให้การ หรือไปศาล)
- 4) กำหนดระยะเวลาดังกล่าวเพียงพอที่จะให้จำเลยเข้าสู่ต่อสู้คดีหรือไม่
- 5) วิธีที่การบอกกล่าวหรือการส่งหมายมีผล
- 6) ความไม่เพียงพอนั้นทำให้จำเลยไม่สามารถเข้าสู่ต่อสู้คดีหรือไม่

อนุสัญญายังบัญญัติต่อไปด้วยว่า ในกรณีที่จำเลยมิได้โต้แย้งว่าตนไม่ได้รับคำบอกกล่าวหรือหมายเรียกแต่กลับเข้าสู่ต่อสู้คดีโดยปรากฏตัวต่อศาลและเข้าสู่ต่อสู้คดี (entered an appearance and presented his case) ตามตอนท้ายของมาตรา 9 (ซี) (1) ก็ห้ามมิให้จำเลยยกประเด็นเรื่องการบอกกล่าวหรือการส่งหมายเรียกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในกระบวนการร้องขอให้มีการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษา เนื่องจากในความเป็นจริงจำเลยควรจะยกประเด็นดังกล่าวขึ้นต่อสู้ตั้งแต่ในศาลที่ทำคำพิพากษา อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาฯยังกำหนดด้วยว่าทั้งนี้กฎหมายของประเทศที่ทำคำพิพากษาต้องอนุญาตให้จำเลยสามารถโต้แย้งเรื่องการบอกกล่าวหรือการส่งหมายได้ด้วย (provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested) เพราะหากกฎหมายของประเทศดังกล่าวไม่อนุญาตให้จำเลยโต้แย้งได้ก็จะมีกรณีนี้เกิดขึ้น

¹⁶ มาตรา 199 ตีรแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยบัญญัติว่า “จำเลยซึ่งศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดให้แก่คดีโดยขาดนัดยื่นคำให้การ ถ้ามิได้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น จำเลยอาจมีคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้ เว้นแต่.....”

จำเลยก็จะสามารถยกประเด็นนี้ขึ้นต่อสู้ในศาลที่ได้รับการร้องขอได้แม้ตนเองจะปรากฏตัวต่อศาล และเข้าสู่คดีก็ตาม

ส่วนมาตรา 9 (ซี) (2) ได้กำหนดเกี่ยวกับกรณีที่มีการบอกกล่าวหรือการส่งหมายเรียกนั้นขัดต่อกฎหมายของประเทศที่ได้รับการร้องขอโดยศาลที่ได้รับการร้องขอจะต้องพิจารณาองค์ประกอบ 2 ประการดังนี้ (1) อะไรคือหลักการพื้นฐานของประเทศตนเกี่ยวกับการบอกกล่าวหรือการส่งหมาย (2) ศาลพิจารณาว่ามีการขัดต่อหลักการพื้นฐานนั้นกับวิธีการบอกกล่าวหรือส่งหมายของศาลที่ทำคำพิพากษา (ในที่นี้คือศาลที่ได้รับการเลือก) หรือไม่

ดังนั้น หากศาลที่ได้รับการร้องขอพิจารณาแล้วว่าจำเลยได้รับการแจ้งหรือการบอกกล่าวเรื่องการฟ้องร้องดำเนินคดีในเวลาที่ยังพอและด้วยวิธีการที่ทำให้จำเลยสามารถเข้าสู่คดีได้หรือจำเลยปรากฏตัวต่อศาลและต่อสู้คดีของตนโดยไม่ได้แย้งเรื่องดังกล่าว หรือการบอกกล่าวหรือการส่งหมายเรียกนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายของประเทศที่ได้รับการร้องขอ คำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกที่นำมาร้องขอก็ต้องได้รับการยอมรับและบังคับตาม แต่ทั้งนี้ต้องไม่เข้าเงื่อนไขหรือแห่งการปฏิเสธการยอมรับและบังคับอื่นตามที่อนุสัญญากำหนด

(4) คำพิพากษาได้มาโดยการฉ้อฉล

มาตรา 9 (ดี) กำหนดเกี่ยวกับคำพิพากษาที่ได้มาโดยกระบวนการวิธีพิจารณาที่ฉ้อฉลซึ่งเป็นหลักที่กฎหมายของประเทศต่างๆ ก็กำหนดไว้เช่นกัน เช่น ประเทศอังกฤษใน Administration of Justice Act 1920¹⁷ Foreign Judgments [Reciprocal Enforcement] Act 1933¹⁸ ประเทศสิงคโปร์ใน The Reciprocal Enforcement of Commonwealth Judgments Act (CAP.24)¹⁹

¹⁷ พระราชบัญญัติฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้คำพิพากษาของศาลของประเทศในเครือจักรภพสามารถนำไปขอให้มีการยอมรับและบังคับตามได้ในส่วนต่างๆ ของสหราชอาณาจักรโดยการจดทะเบียนคำพิพากษาสำหรับประเทศในเครือจักรภพจะมีการประกาศในพระบรมราชโองการ (Order in Council) ไปยังภูมิภาคต่างๆ ได้แก่ แอฟริกาและมหาสมุทรอินเดีย อเมริกา เอเชีย ออสเตรเลียและมหาสมุทรแปซิฟิก

¹⁸ พระราชบัญญัติฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้คำพิพากษาของศาลของประเทศต่างๆ ไม่เฉพาะในสหราชอาณาจักรและเครือจักรภพเท่านั้นสามารถนำไปขอให้มีการยอมรับและบังคับตามในประเทศอังกฤษได้

¹⁹ กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับกับ “คำพิพากษา” ที่เกี่ยวกับหนี้เงินในคดีแพ่งของ Superior Court (ศาลสูง) ของสหราชอาณาจักร ได้แก่ High Court ของประเทศอังกฤษ, High Court ของประเทศไอร์แลนด์เหนือและ Court of Session ของประเทศสกอตแลนด์ รวมถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาของประเทศดังกล่าวสามารถนำคำพิพากษามาขอให้ศาลไฮคอร์ทของประเทศสิงคโปร์ดำเนินการจดทะเบียนคำ

The Reciprocal Enforcement of Foreign Judgments Act (CAP.25)²⁰ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ศาลที่ได้รับการร้องขอจะต้องระมัดระวังอย่างมากในการพิจารณาประเด็นนี้เนื่องจากจะต้องไม่เข้าไปพิจารณาถึงในเนื้อหาของคำพิพากษาตามที่มาตรา 8 (2) กำหนดห้ามไว้ ปัญหาต่อไปคืออย่างไรจึงจะเรียกว่ากลฉ้อฉล (fraud) จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่าในรายงานคำอธิบาย (Explanatory Report) ที่จัดทำโดย Trevor Hartley และ Masato Dogauchi ได้อธิบายว่าหมายถึงการทุจริต (deliberate dishonesty) หรือการจงใจกระทำความผิด (deliberate wrongdoing) เช่น โจทก์จงใจส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องให้แก่จำเลยตามที่อยู่ที่ไม่ถูกต้องหรือจงใจติดสินบนผู้พิพากษา เป็นต้น²¹ ดังนั้น หากศาลที่ได้รับการร้องขอพิจารณาแล้วว่าคำพิพากษามีได้มาโดยกลฉ้อฉล คำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกที่นำมาร้องขอก็ต้องได้รับการยอมรับและบังคับตาม แต่ทั้งนี้ต้องไม่เข้าเงื่อนไขหรือแห่งการปฏิเสธการยอมรับและบังคับอื่นตามที่อนุสัญญากำหนด

(5) คำพิพากษาขัดต่อความสงบเรียบร้อย

มาตรา 9 (อี) กำหนดเกี่ยวกับคำพิพากษาจะไม่ได้รับการยอมรับและบังคับตามหาก

1) การยอมรับและบังคับตามจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศที่ได้รับการร้องขอ ซึ่งศาลดังกล่าวสามารถพิจารณาเปรียบเทียบได้ว่าคำพิพากษาของศาลที่ทำคำพิพากษานั้นขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประเทศตนหรือไม่ อย่างไร

พิพากษายกใน 12 เดือนนับแต่วันที่ศาลต่างประเทศมีคำพิพากษา หรืออาจเกินกว่านั้นหากศาลที่รับจดทะเบียนอนุญาต โดยศาลประเทศสิงคโปร์สามารถใช้ดุลพินิจของตนในการพิจารณาว่าการจะรับจดทะเบียนนั้นเป็นกรณีที่เกิดความยุติธรรมและความสะดวกที่คำพิพากษานั้นจะได้รับการบังคับตาม ส่วนการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาจากประเทศอื่นก็มีหลักเกณฑ์ว่าประเทศเหล่านั้นต้องเป็นประเทศในเครือจักรภพอังกฤษและมีหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนกันในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลประเทศสิงคโปร์

²⁰ กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับกับ “คำพิพากษา” ที่เกี่ยวกับหนี้เงินที่มีจำนวนแน่นอนในคดีแพ่งและคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาที่ต้องชำระเงินเพื่อชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายของประเทศเครือจักรภพอังกฤษ แต่ไม่รวมถึงคำพิพากษาที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา การจัดการทรัพย์สินมรดก การดูแลผลประโยชน์ของผู้ไร้ความสามารถ มิใช่คำพิพากษาในคดีล้มละลายและมีคำพิพากษาอันเกี่ยวกับภาษี ค่าปรับหรือโทษทางอาญา

²¹ Trevor Hartley & Masato Dogauchi. Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements : Explanatory Report., p. 55

2) มีเหตุการณ์ที่ทำให้กระบวนการวิธีพิจารณาความในการทำคำพิพากษาขัดกับหลักการพื้นฐานของการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาโดยยุติธรรมของประเทศที่ได้รับการร้องขอซึ่งทำให้ศาลนั้นสามารถตรวจสอบเหตุการณ์ดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่าทบัญญัติในมาตรา 9 (อี) นี้มิได้มุ่งให้ศาลที่ได้รับการร้องขอต้องพิจารณาไปถึงลักษณะหรือวิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือระบบกฎหมายของศาลที่ได้รับการเลือกแต่อย่างใด แต่มุ่งไปที่กระบวนการอันควร (due process) หรือความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) หรือการดำเนินคดีอย่างเป็นธรรม (fair trial) มากกว่า²² นอกจากนี้ยังต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าศาลที่ได้รับการร้องขอไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบหรือพิจารณาเนื้อหาสาระของคำพิพากษาได้ตามที่มาตรา 8 (2) กำหนดห้าม

(6) ความไม่สอดคล้องกันระหว่างคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกและศาลที่ได้รับการร้องขอ

มาตรา 9 (เอฟ) กำหนดเกี่ยวกับกรณีคำพิพากษาที่นำมาร้องขอให้ยอมรับและบังคับตามขัดกับคำพิพากษาของศาลในประเทศที่ได้รับการร้องขอในข้อพิพาทระหว่างคู่ความเดียวกัน กล่าวคือ อนุสัญญากำหนดให้ศาลที่ได้รับการร้องขอสามารถบังคับตามคำพิพากษาของประเทศต้นก่อนหากคำพิพากษาทั้งสองนั้นไม่สอดคล้องกัน

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่า

1) อนุสัญญามีได้กำหนดเงื่อนไขว่าคำพิพากษาของศาลใดจะต้องเป็นคำพิพากษาศาลแรกหรือศาลใดเป็นศาลที่รับฟ้องก่อน ดังนั้น แม้ศาลที่ได้รับการเลือกมีคำพิพากษาก่อนศาลที่ได้รับการร้องขอ แต่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษานำคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกมาร้องขอหลังจากศาลที่ได้รับการร้องขอมีคำพิพากษาไปแล้ว คำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกก็อาจถูกปฏิเสธไม่ได้รับการยอมรับและบังคับตามหากคำพิพากษาดังกล่าวไม่สอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการร้องขอ

²² Ronald A. Brand and Paul Herrup. The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements Commentary and Documents. (New York : Cambridge University Press, 2008), p. 118

2) เนื่องจากมาตรา 6 ของอนุสัญญากำหนดห้ามศาลที่ไม่ได้รับการเลือกพิจารณา คดีที่ข้อตกลงเลือกศาล ดังนั้นคงจะเป็นไปได้ยากที่เกิดกรณีนี้ขึ้น เว้นแต่ศาลที่ไม่ได้รับการเลือกซึ่ง ในที่นี้คือศาลที่ได้รับการร้องขอจะฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมาตรา 6 ดังกล่าว

(7) ความไม่สอดคล้องกันระหว่างคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกและ ศาลอื่น

มาตรา 9 (จ) กำหนดเกี่ยวกับคำพิพากษาที่นำมาร้องขอไม่สอดคล้องกับคำพิพากษาใน คดีก่อนของอีกประเทศหนึ่งระหว่างคู่ความเดียวกันในมูลคดีเดียวกัน แต่ทั้งนี้คำพิพากษาในคดี ก่อนต้องเข้าเงื่อนไขที่จำเป็นในการได้รับการยอมรับในประเทศที่ได้รับการร้องขอ หรือที่เรียกว่า “หลักความเคารพผลของคำพิพากษาของรัฐที่สาม”²³ ซึ่งเป็นกรณีที่แตกต่างจากอนุมาตรา (เอฟ) กล่าวคือ ต้องมีคำพิพากษาของสองประเทศแตกต่างกันโดยคำพิพากษาอันหนึ่งมาจากศาลที่ ได้รับการเลือกส่วนอีกอันหนึ่งไม่ใช่และไม่ใช่ศาลที่ได้รับการร้องขอ ซึ่งศาลที่ได้รับการร้องขอจะ สามารถปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกได้ก็ต่อเมื่อ

- 1) คำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกนั้นเข้าเงื่อนไขที่จะยอมรับและบังคับตามใน ประเทศที่ได้รับการร้องขอ
- 2) คำพิพากษานั้นต้องมีมาก่อนคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกด้วย
- 3) คำพิพากษาทั้งสองนั้นต้องเกี่ยวข้องกับคู่ความเดียวกันและมูลคดีเดียวกัน

หลักความเคารพผลของคำพิพากษาของรัฐที่สามนี้เป็นหลักที่ค้ำประกันถึงผลของคดีที่ถูกฟ้อง ช้อนหรือฟ้องซ้ำกันในศาลที่ทำคำพิพากษาและศาลของรัฐที่สาม ซึ่งตามอนุสัญญาศาลที่ได้รับการ ร้องขอสามารถปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกหากเข้า เงื่อนไขที่กล่าวมาข้างต้น ความมุ่งหมายของหลักนี้ก็เพื่อที่จะป้องกันความขัดกันของคำพิพากษา ของศาลต่างประเทศภายในประเทศที่ได้รับการร้องขอ²⁴

²³ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. ปัญหาเงื่อนไขการรับรองคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ. รายงานการวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (มิถุนายน 2534), หน้า 41

²⁴ เรื่องเดียวกัน. หน้า 42

5.3.2 หากคำพิพากษาเกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาเบื้องต้นในเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วในมาตรา 2 (3)²⁵ ว่าคู่ความอาจหยิบยกเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญามาเป็นประเด็นปัญหาเบื้องต้นหากประเด็นดังกล่าวมิใช่ประเด็นหลักแห่งคดี ศาลที่ได้รับการเลือกก็สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้ อย่างไรก็ตาม หากเป็นเรื่องเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาซึ่งมีที่มาจากหรือเกี่ยวข้องกับคำวินิจฉัยในประเด็นปัญหาเบื้องต้นนั้น มาตรา 10 ได้กำหนดข้อจำกัดไว้บางประการ ซึ่งสามารถแบ่งพิจารณาได้ดังนี้

(1) การไม่ยอมรับและบังคับตามคำวินิจฉัยในประเด็นปัญหาเบื้องต้นในเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา

มาตรา 10 (1) บัญญัติว่า “ในกรณีที่เรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตตามมาตรา 2 (2) หรือมาตรา 21 ถูกหยิบยกขึ้นเป็นประเด็นปัญหาเบื้องต้น คำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับประเด็นปัญหาดังกล่าวจะต้องไม่ได้รับการยอมรับหรือบังคับตามอนุสัญญานี้”

มาตรา 10 (1) กำหนดห้ามมิให้มีการยอมรับและบังคับตามคำวินิจฉัยในประเด็นปัญหาเบื้องต้นหากประเด็นปัญหาดังกล่าวเป็นเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาตามที่กำหนดในมาตรา 2 (2) หรือคำประกาศตามมาตรา 21 มาตรา 10 (1) นี้เป็นบทบังคับเนื่องจากใช้คำว่า “จะต้องไม่ได้รับ (shall not be)” แสดงให้เห็นว่าคำวินิจฉัยในประเด็นปัญหาเบื้องต้นของศาลที่ได้รับการเลือกไม่มีผลใดๆ นอกจากจะให้เกิดคดีได้รับการดำเนินกระบวนการต่อไปในศาลนั้นเท่านั้น ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่าอนุสัญญานี้บัญญัติเฉพาะ “คำวินิจฉัย (ruling)” ไม่ใช่ตัวคำพิพากษา²⁶

²⁵ โปรดดูบทที่ 4 ข้อ 4.3.4

²⁶ อนุสัญญาได้ให้คำนิยามไว้ในมาตรา 4 (1) ว่า “คำพิพากษา” ว่า “คำตัดสินใดๆ ในเนื้อหาสาระของคดีที่ศาลหนึ่งออกให้ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร รวมถึงคำบังคับหรือคำสั่งและการกำหนดค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายที่กำหนดโดยศาล (รวมถึงเจ้าหน้าที่ศาล) แต่ทั้งนี้การกำหนดนั้นต้องเกี่ยวกับคำตัดสินในเนื้อหาสาระของคดีที่อาจได้รับการยอมรับหรือบังคับตามอนุสัญญานี้ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวมิใช่คำพิพากษา”

(2) การไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาที่มาจากคำวินิจฉัยในประเด็นปัญหาเบื้องต้นที่เกี่ยวกับเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา

มาตรา 10 (2) บัญญัติว่า “คำพิพากษาอาจถูกปฏิเสธไม่ได้รับการยอมรับหรือบังคับตามหากคำพิพากษานั้นมีที่มาจากคำวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตตามมาตรา 2 (2)”

มาตรา 10 (2) กำหนดเกี่ยวกับกรณี คำพิพากษามีที่มาจากคำวินิจฉัยในประเด็นปัญหาเบื้องต้นในเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาตามที่กำหนดมาตรา 2 (2) เท่านั้นซึ่งทำให้ศาลที่ได้รับการร้องขอสามารถปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษานั้นนอกเหนือจากเหตุที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ทั้งนี้ หากคำพิพากษาส่วนหนึ่งส่วนใดไม่ได้มาจากประเด็นปัญหาเบื้องต้นดังกล่าวก็ยังคงต้องได้รับการยอมรับและบังคับตามอยู่หากไม่เข้าเงื่อนไขหรือเหตุที่จะปฏิเสธตามที่อนุสัญญากำหนด

มาตรา 10 (2) นี้มิใช่บทบังคับเนื่องจากอนุสัญญาใช้คำว่า “อาจ (may)” เท่ากับว่าหากกฎหมายภายในของประเทศที่ได้รับการร้องขอกำหนดอนุญาตให้ศาลตนสามารถยอมรับและบังคับตามคำพิพากษานั้นได้ คำพิพากษานั้นก็จะได้รับการยอมรับและบังคับตามที่กฎหมายภายในนั้นกำหนด ส่วนประเด็นที่ว่าคำพิพากษาใดจะมีที่มาจากคำวินิจฉัยในประเด็นปัญหาเบื้องต้นหรือไม่ เนื่องจากอนุสัญญามีได้บัญญัติกำหนดในเรื่องนี้ไว้จึงควรเป็นไปตามที่กฎหมายภายในของประเทศที่ได้รับการร้องขอกำหนด

(3) การไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาที่มาจากคำวินิจฉัยในประเด็นปัญหาเบื้องต้นที่เกี่ยวกับเรื่องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

มาตรา 10 (3) บัญญัติว่า “อย่างไรก็ตาม ในกรณีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา นอกเหนือจากลิขสิทธิ์หรือสิทธิข้างเคียง คำพิพากษาอาจถูกปฏิเสธไม่ได้รับการยอมรับหรือบังคับตามหรือถูกเลื่อนตามอนุมาตรา ก่อนในกรณีต่อไปนี้เท่านั้น

- (เอ) คำวินิจฉัยนั้นไม่สอดคล้องกับคำพิพากษาหรือคำตัดสินของหน่วยงานที่มีอำนาจเกี่ยวกับเรื่องนั้นซึ่งได้รับตามกฎหมายของประเทศที่เกิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หรือ
- (บี) อยู่ระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาความเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศนั้น”

บทบัญญัติดังกล่าวมีผลบังคับใช้เฉพาะกรณีเป็นคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ (ไม่รวมถึงลิขสิทธิ์หรือสิทธิข้างเคียง) ในฐานะที่ประเด็นปัญหาเบื้องต้น อย่างไรก็ตาม การจะไม่ยอมรับและบังคับตามนั้นก็มิใช่ข้อจำกัดบางประการตามมาตรา 10 (3) (เอ) และ (บี) ซึ่งเป็นกรณีที่แตกต่างหากจากมาตรา 10 (2) เหตุผลที่อนุสัญญาบัญญัติเช่นนี้ก็เพราะเรื่องความสมบูรณ์ของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นประเทศที่ควรมีอำนาจเหนือเรื่องดังกล่าวคือประเทศที่ก่อให้เกิดสิทธิ ส่วนเรื่องอื่นที่ไม่ได้เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและเรื่องเกี่ยวกับลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงไม่อยู่ในบังคับของอนุสัญญานี้ ซึ่งก็หมายความว่าหากครบเงื่อนไขตามอนุสัญญานี้แล้วและไม่เข้าเงื่อนไขของมาตรา 10 (2) ข้างต้น คำพิพากษาที่จะได้รับการยอมรับและบังคับตามที่มาตรา 8 กำหนด เว้นแต่กรณีต่อไปนี้ (1) คำวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นไม่สอดคล้องกับคำพิพากษาหรือคำตัดสินของหน่วยงานที่มีอำนาจเกี่ยวกับเรื่องนั้นซึ่งได้รับตามกฎหมายของประเทศที่เกิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หรือ (2) มีกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอยู่ระหว่างการพิจารณาในประเทศที่เกิดสิทธินั้น ซึ่งจะทำให้ศาลที่ได้รับการร้องขอสามารถปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษานั้นได้

(4) การไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาที่มาจากคำวินิจฉัยในประเด็นปัญหาเบื้องต้นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องตามคำประกาศในมาตรา 21

มาตรา 10 (4) บัญญัติว่า “คำพิพากษาอาจถูกปฏิเสธไม่ได้รับการยอมรับหรือบังคับตามหากคำพิพากษานั้นมาจากคำวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตตามคำประกาศของประเทศที่ได้รับการร้องขอตามมาตรา 21”

มาตรา 10 (4) นี้บัญญัติไว้ในลักษณะเดียวกับมาตรา 10 (2) เว้นแต่อนุมาตรา (4) จำกัดเฉพาะเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตตามคำประกาศของประเทศที่ได้รับการร้องขอซึ่งทำขึ้นตามที่มาตรา 21 กำหนด กล่าวคือ ประเทศที่ได้รับการร้องขอได้ทำคำประกาศว่าเรื่องใดที่ประเทศตนไม่ประสงค์ให้อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญานี้²⁷ และเป็นคำพิพากษาที่มาจากคำวินิจฉัยในประเด็นปัญหาเบื้องต้นจากในเรื่องดังกล่าว²⁸ ดังนั้นหากคำพิพากษามาจากคำวินิจฉัยในประเด็นปัญหาเบื้องต้น

²⁷ โปรดดูบทที่ 4 หัวข้อ 4.3.4

²⁸ มาตรา 10 (2) กำหนดเกี่ยวกับกรณีที่คำพิพากษามีที่มาจากคำวินิจฉัยในประเด็นปัญหาเบื้องต้นในเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาตามที่กำหนดมาตรา 2 (2) เท่านั้น

ที่เกี่ยวกับเรื่องตามคำประกาศดังกล่าว ศาลที่ได้รับการร้องขอสามารถปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษานั้นได้

5.3.3 หากคำพิพากษาเกี่ยวข้องกับค่าเสียหายที่สูงกว่าความเสียหายที่แท้จริง

มาตรา 11 บัญญัติว่า

“(1) คำพิพากษาอาจถูกปฏิเสธไม่ได้รับการยอมรับหรือบังคับตามหากคำพิพากษานั้นกำหนดให้ชำระค่าเสียหาย รวมถึงค่าเสียหายที่สูงกว่าความเสียหายที่แท้จริงหรือค่าเสียหายเชิงลงโทษซึ่งมิได้ชดเชยความเสียหายหรือความทุกข์ทรมานที่คู่ความได้รับจริง

(2) ศาลที่ได้รับการร้องขอต้องพิจารณาด้วยว่าค่าเสียหายที่ศาลที่ทำคำพิพากษากำหนดให้ครอบคลุมถึงค่าธรรมเนียมศาลและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีหรือไม่”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่ามาตรา 11 (1) กำหนดให้ศาลที่ได้รับการร้องขอสามารถปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาเฉพาะในส่วนที่พิพากษาให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาชำระค่าเสียหายซึ่งมิใช่ค่าเสียหายที่แท้จริง (exemplary damages) หรือ ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (punitive damages) ซึ่งเป็นค่าเสียหายที่มิได้ชดเชยความเสียหายหรือความทุกข์ทรมานที่คู่ความหรือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้รับจริงเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ศาลที่ได้รับการร้องขอจำต้องคำนึงอยู่เสมอว่าศาลตนจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาถึงเนื้อหาสาระของคำพิพากษาตามที่มาตรา 8 (2) กำหนดห้ามไว้

ส่วนมาตรา 11 (2) เป็นการบัญญัติเพื่อให้ศาลที่ได้รับการร้องขอใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่าจะปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาตามที่มาตรา 11 (1) กำหนดหรือไม่ กล่าวคือ ศาลที่ได้รับการร้องขอต้องคำนึงว่านอกจากค่าเสียหายที่แท้จริงตามคำพิพากษาที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะได้รับแล้วยังรวมถึงค่าธรรมเนียมศาลและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีที่เจ้าหนี้ เสียไปใน การฟ้องร้องดำเนินคดีเอา กับลูกหนี้ตามคำพิพากษาด้วย โดยอนุสัญญาใช้คำว่า “ต้อง (shall)” แสดงให้เห็นว่าเป็นบทบังคับให้ศาลที่ได้รับการร้องขอต้องใช้ดุลพินิจ ซึ่งเรื่องเกี่ยวกับค่าเสียหายตามมาตรานี้ยังมีการบัญญัติอีกครั้งในมาตรา 17 (2) (บี)²⁹ ผู้เขียนขอตั้ง

²⁹ มาตรา 17 บัญญัติว่า “การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาเกี่ยวกับความรับผิดชอบตามข้อกำหนดในสัญญาประกันภัยหรือสัญญาประกันภัยต่อไม่สามารถถูกจำกัดหรือปฏิเสธเพียงเพราะเป็นความรับผิดชอบตามสัญญาดังกล่าวซึ่งรวมถึงความรับผิดชอบใช้ให้แก่ผู้เอาประกันภัยหรือผู้เอาประกันภัยต่อเกี่ยวกับ

(เอ)

ข้อสังเกตว่า อนุสัญญาฯมิได้บัญญัติกำหนดว่าคำพิพากษาที่นำมาร้องขอให้ยอมรับและบังคับตามนั้นต้องเป็นคำพิพากษาเกี่ยวกับหนี้เงินเป็นจำนวนแน่นอนเหมือนกับกฎหมายของประเทศต่างๆ และสนธิสัญญาฯระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น กฎหมายเอกรูปว่าด้วยการยอมรับคำพิพากษาต่างประเทศที่เป็นหนี้เงินของประเทศสหรัฐอเมริกา³⁰ Judgment Extensions Act 1868 และ Inferior Courts Judgments Extension Act 1882 Administration of Justice Act 1920 ของประเทศอังกฤษ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม จากบทบัญญัติในมาตรา 11 นี้ผู้เขียนเห็นว่าเราสามารถตีความได้ว่าอนุสัญญาฯมุ่งให้มีผลบังคับใช้เฉพาะคำพิพากษาที่เป็นหนี้เงินเนื่องจากอนุสัญญาฯใช้คำว่า “ค่าเสียหาย (damages)”

นอกจากมาตราที่กล่าวมาแล้วข้างต้นยังมีมาตราที่เกี่ยวข้องกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาตามอนุสัญญาฯอีก 4 มาตราได้แก่

1) เอกสารที่ต้องใช้ยื่นในการร้องขอให้ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือก โดยกำหนดไว้ในมาตรา 13

มาตรา 13 บัญญัติว่า

“(1) คู่ความฝ่ายที่ร้องขอให้มีการยอมรับหรือบังคับตามจะต้องยื่น

- (เอ) สำเนาถูกต้องคำพิพากษาฉบับเต็ม
- (บี) สำเนาถูกต้องข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียว หรือหลักฐานที่แสดงถึงผู้มีอยู่ของข้อตกลงเลือกศาล
- (ซี) ในกรณีคำพิพากษาโดยขาดนัด ต้นฉบับ หรือสำเนาถูกต้องเอกสารที่แสดงถึงการฟ้องร้องดำเนินคดีหรือเทียบเท่าซึ่งแสดงว่าได้บอกกล่าวแก่คู่ความฝ่ายที่ขาดนัด
- (ดี) เอกสารอื่นใดที่จำเป็นเพื่อแสดงให้เห็นว่าคำพิพากษานั้นมีผลบังคับ หรือสามารถบังคับใช้ได้ในประเทศที่ทำคำพิพากษา
- (อี) หากมีกรณีตามที่อ้างถึงในมาตรา 12 หนังสือรับรองของศาลของประเทศที่คำพิพากษาซึ่งแสดงให้เห็นว่าสัญญาประนีประนอมยอมความในศาล

(บี) ให้ชุดใช้ค่าเสียหายตามที่กำหนดในมาตรา 11”

³⁰ 30 มลรัฐ เขตโคลัมเบียและเกาะเวอร์จินได้ยอมรับบังคับใช้กฎหมายเอกรูปว่าด้วยการยอมรับคำพิพากษาต่างประเทศที่เป็นหนี้เงิน ปี ค.ศ. 1962

หรือบางส่วนสามารถบังคับตามด้วยวิธีการเดียวกันกับประเทศที่ทำคำพิพากษา

(2) ในกรณีที่คำพิพากษากำหนดมิให้ศาลที่ได้รับการร้องขอตรวจสอบว่าได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในหมวดนี้ ศาลดังกล่าวสามารถร้องขอเอกสารใดๆ ที่จำเป็นก็ได้

(3) คำร้องขอให้ยอมรับหรือบังคับตามอาจแนบเอกสารที่ออกโดยศาล (รวมถึงเจ้าหน้าที่ศาล) ของประเทศที่ทำคำพิพากษา ในรูปแบบที่แนะนำและเผยแพร่โดยที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

(4) หากเอกสารที่อ้างถึงในมาตรานี้มีได้ทำขึ้นเป็นภาษาราชการของประเทศที่ได้รับการร้องขอ เอกสารดังกล่าวต้องยื่นมาพร้อมคำแปลถูกต้องเป็นภาษาราชการนั้น เว้นแต่กฎหมายของประเทศที่ได้รับการร้องขอจะกำหนดเป็นอย่างอื่น”

จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าอนุสัญญากำหนดหน้าที่ให้แก่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาว่าจะต้องยื่นเอกสารใดบ้างต่อศาลที่ได้รับการร้องขอเพื่อให้มีการยอมรับและบังคับตามโดยศาลที่ได้รับการร้องขอไม่สามารถกำหนดเอกสารและสิ่งอื่นใดเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่อนุสัญญากำหนดไว้ เพราะอนุสัญญาใช้คำว่า “จะต้อง (shall)” และเป็นเงื่อนไขขั้นสูงที่ต้องปฏิบัติตามซึ่งบัญญัติไว้สอดคล้องกับมาตรา 14 (เรื่องกระบวนการวิธีพิจารณาความ) ที่กำหนดว่ากระบวนการวิธีพิจารณาความต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ได้รับการร้องขอ เว้นแต่อนุสัญญากำหนดเป็นอย่างอื่นและกรณีนี้อนุสัญญากำหนดไว้เช่นนี้ อย่างไรก็ตาม ศาลที่ได้รับการร้องขออาจกำหนดให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษายื่นเอกสารเพิ่มเติมเท่าที่จำเป็นหากคำพิพากษากำหนดมิให้ศาลนั้นตรวจสอบว่าได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในหมวด 3 ของอนุสัญญา นอกจากนี้มาตรานี้ต้องพิจารณาควบคู่ไปกับมาตรา 18 (การไม่ต้องทำให้ถูกต้องตามกฎหมาย) ซึ่งกำหนดห้ามมิให้ต้องมีการทำให้ถูกต้องตามกฎหมายหรือแบบพิธีอย่างอื่นเกี่ยวกับเอกสารที่ต้องยื่นอีก โดยเอกสารที่ต้องยื่นก็ได้แก่

- 1) สำเนาถูกต้องคำพิพากษฉบับเต็ม
- 2) สำเนาถูกต้องข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียว หรือหลักฐานที่แสดงถึงความมีอยู่ของข้อตกลงเลือกศาล
- 3) ในกรณีคำพิพากษาโดยขาดนัด ต้นฉบับ หรือสำเนาถูกต้องเอกสารที่แสดงถึงการฟ้องร้องดำเนินคดีหรือเทียบเท่าซึ่งแสดงว่าได้บอกกล่าวแก่คู่ความฝ่ายที่ขาดนัด
- 4) เอกสารอื่นใดที่จำเป็นเพื่อแสดงให้เห็นว่าคำพิพากษานั้นมีผลบังคับ หรือสามารถบังคับใช้ได้ในประเทศที่ทำคำพิพากษา

5) หากมีกรณีตามที่อ้างถึงในมาตรา 12 (คำพิพากษาตามยอม) หนังสือรับรองของศาลของประเทศที่คำพิพากษาซึ่งแสดงให้เห็นว่าสัญญาประนีประนอมยอมความในศาลหรือบางส่วนสามารถบังคับตามด้วยวิธีการเดียวกันกับประเทศที่ทำคำพิพากษา

มาตรา 13 (3) กำหนดว่าเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาอาจแนบเอกสารที่ออกโดยศาล หรือเจ้าหน้าที่ศาลของประเทศที่ทำคำพิพากษามาด้วยก็ได้ อย่างไรก็ตาม เพื่อความรวดเร็วของกระบวนการที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลได้จัดทำแบบฟอร์มที่แนะนำ (recommended form) เพื่อให้ประเทศภาคีนำไปใช้ในกรณีการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลของอีกประเทศภาคีหนึ่งตามที่อนุสัญญากำหนด³¹ ซึ่งแบบฟอร์มดังกล่าวมิใช่บทบังคับที่ประเทศภาคีจะต้องใช้แต่ถึงแม้จะใช้แบบฟอร์มดังกล่าวเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาก็ยังต้องยื่นเอกสารอื่นตามที่อนุสัญญากำหนดเนื่องจากอนุสัญญาใช้คำว่า “อาจแนบ (may be accompanied)”

มาตรา 13 (4) กำหนดเกี่ยวกับเรื่องภาษาที่ใช้ในเอกสารที่ต้องยื่นว่าหากเอกสารดังกล่าวเหล่านั้นมิได้ทำขึ้นเป็นภาษาราชการของประเทศที่ได้รับการร้องขอก็ต้องแปลเอกสารนั้นเป็นภาษาราชการนั้นและยื่นมาพร้อมกัน เว้นแต่กฎหมายของประเทศที่ได้รับการร้องขอจะกำหนดเป็นอย่างอื่น อนุमतรานี้เป็นบทบังคับเพราะใช้คำว่า “ต้องยื่นมาพร้อม (shall be accompanied)”

2) กระบวนวิธีพิจารณาความเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษา โดยกำหนดไว้ในมาตรา 14

มาตรา 14 บัญญัติว่า “กระบวนวิธีพิจารณาความเกี่ยวกับการยอมรับ การประกาศถึงความสามารถในการบังคับ หรือการขึ้นทะเบียนการบังคับและการบังคับตามคำพิพากษาให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ได้รับการร้องขอ เว้นแต่อนุสัญญานี้จะกำหนดเป็นอย่างอื่น ศาลที่ได้รับการร้องขอจำต้องดำเนินการด้วยความรวดเร็ว”

मतรานี้กำหนดเกี่ยวกับกระบวนวิธีพิจารณาความในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาว่าให้เป็นไปตามกฎหมายของศาลที่ได้รับการร้องขอ เว้นแต่อนุสัญญาจะกำหนดกระบวนวิธีพิจารณาในเรื่องนั้นๆ เอาไว้เป็นการเฉพาะก็ให้เป็นไปตามอนุสัญญา นอกจากนี้ยัง

³¹ โปรดดูภาคผนวก ก.

กำหนดอีกด้วยว่าศาลที่ได้รับการร้องขอจำต้องดำเนินการด้วยความรวดเร็ว ถึงกระนั้นก็ตามอนุสัญญาก็มีได้บัญญัติว่าหากศาลที่ได้รับการร้องขอดำเนินการไม่รวดเร็วแล้วผลจะเป็นอย่างไร

3) การทำคำประกาศจำกัดการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศหากคดีมีองค์ประกอบเกี่ยวข้องกับประเทศตนเท่านั้น โดยกำหนดไว้ในมาตรา 20

มาตรา 20 บัญญัติว่า “ประเทศใดประเทศหนึ่งสามารถทำคำประกาศว่าศาลของประเทศตนสามารถปฏิเสธไม่ยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาของศาลของอีกประเทศภาคีหนึ่งหากคู่ความมีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่ได้รับการร้องขอและความสัมพันธ์ระหว่างคู่ความและองค์ประกอบอื่นๆ เกี่ยวกับข้อพิพาทเว้นแต่สถานที่ตั้งของศาลที่ได้รับการเลือกเกี่ยวข้องกับประเทศที่ได้รับการร้องขอเท่านั้น”

มาตรา 20 นี้ก็เช่นกันที่เกิดจากความกังวลของประเทศที่เข้าร่วมประชุมว่าศาลของประเทศตนอาจต้องผูกพันให้ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศต่างๆ ที่องค์ประกอบต่างๆ ในคดีหรือข้อพิพาทของคำพิพากษานั้นมีความเกี่ยวข้องกับประเทศตนเท่านั้น จึงมีการหยิบยกประเด็นนี้ขึ้นพิจารณาในขั้นตอนการจัดทำอนุสัญญา เนื่องจากตามที่พิจารณากันมาแล้วว่าคดีจะเป็นคดีระหว่างประเทศตามมาตรา 1 ก็เมื่อมีการร้องขอให้ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศตามหมวดที่ 3 ของอนุสัญญาไม่ว่าคดีหรือข้อพิพาทนั้นจะเป็นคดีระหว่างประเทศตามหมวดที่ 2 เรื่องเขตอำนาจศาลทำให้ศาลที่ได้รับการร้องขอจะต้องยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกตามที่มาตรา 8 กำหนดแม้คดีหรือข้อพิพาทนั้นจะมีความเกี่ยวข้องกับประเทศที่ได้รับการร้องขอเท่านั้น ดังนั้นจึงมีการบัญญัติมาตรา 20 เพื่อแก้ปัญหาหรือความกังวลนี้

4) การทำคำประกาศต่างตอบแทนเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดีตามมาตรา 22 ซึ่งผู้เขียนอธิบายแล้วในบทที่ 4 ข้างต้น

บทที่ 6

บทบัญญัติแห่งกฎหมายและวิธีปฏิบัติของประเทศไทยเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

บทที่ 6 นี้ผู้เขียนมุ่งที่จะวิเคราะห์บทบัญญัติแห่งกฎหมายและวิธีปฏิบัติของประเทศไทยเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศอันเป็นวัตถุประสงค์หลักของอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 ตามที่กล่าวมาแล้ว โดยผู้เขียนจะแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็นประเด็นดังนี้

6.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายที่บังคับใช้ของประเทศไทยเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนขออธิบายและวิเคราะห์ถึงประเด็นทางกฎหมายต่างๆ เกี่ยวกับกฎหมายที่บังคับใช้ของประเทศไทยเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศว่าเป็นอย่างไร

6.1.1 ข้อตกลงเลือกศาล

สิ่งที่ต้องทำความเข้าใจก่อนว่า การที่คู่กรณีตกลงกันว่าจะนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลใดไม่ว่าข้อพิพาทนั้นจะเกิดขึ้นหรือยังไม่ได้เกิดขึ้นก็ตาม มิใช่เป็นเรื่องการเปลี่ยนแปลงหรือตกลงเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจศาลแต่ประการใด หากแต่เป็นเรื่องที่คู่กรณีประสงค์จะตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของประเทศใดประเทศหนึ่งต่างหาก¹ เป็นเรื่องการตกลงกันเพื่อเข้าไปอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลนั้น² ซึ่งตามกฎหมายไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับเรื่องเขตอำนาจศาลนี้อยู่ 2 ฉบับ ได้แก่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ดังนั้นผู้เขียนจะแบ่งการพิจารณาตามกฎหมายดังกล่าว ดังนี้

¹ ชุมพร ปัจจุสานนท์, “ข้อคิดบางประการเกี่ยวกับการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลของประเทศไทยในทัศนะของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล”, วารสารกฎหมาย. ปีที่ 17 เล่มที่ 1 (มกราคม 2540) : 58

² เรื่องเดียวกัน. หน้า 59

(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ในส่วนของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้นสามารถแบ่งการพิจารณาออกได้เป็น 2 ช่วงด้วยกันกล่าวคือ ช่วงก่อนมีการแก้ไขในปี พ.ศ. 2534 และช่วงหลังมีการแก้ไขแล้ว

1) ช่วงก่อนมีการแก้ไขในปี พ.ศ. 2534 คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลไว้ในมาตรา 7 (4) ที่กำหนดว่า ถ้าได้มีการตกลงไว้เป็นหนังสือว่าคู่สัญญาได้ยินยอมกันว่าบรรดาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วก็ดี หรือข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นจากข้อสัญญาก็ดี ให้เสนอต่อศาลชั้นต้นศาลใดศาลหนึ่งตามที่ระบุไว้ ซึ่งไม่มีหรืออาจไม่มีเขตศาลเหนือคดีนั้น ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยศาลที่จะรับคำฟ้อง ข้อตกลงเช่นนี้ให้เป็นอันผูกพันกันได้ แต่ศาลที่ได้ตกลงกันไว้จะต้องเป็นศาลที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น หรือมูลคดีของเรื่องนั้นได้เกิดขึ้น หรือทรัพย์สินที่พิพาทกันนั้นตั้งอยู่ภายในเขตศาลแห่งศาลนั้นๆ

จากบทบัญญัติดังกล่าวสรุปได้ว่าก่อนปี พ.ศ. 2534 ประเทศไทยยอมรับข้อตกลงเลือกศาลของคู่กรณี โดยมีหลักเกณฑ์คือ (1) คู่สัญญาสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลในข้อพิพาทที่เกิดขึ้น หรืออาจจะเกิดขึ้นก็ได้ (2) ข้อตกลงเลือกศาลระหว่างคู่สัญญาต้องทำเป็นหนังสือ (3) ศาลที่ได้รับการเลือกต้องเป็นศาลใดศาลหนึ่งต่อไปนี้ ศาลที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาล หรือศาลที่ทรัพย์สินที่พิพาทตั้งอยู่ในเขตศาล (4) ข้อตกลงเลือกศาลนั้นเป็นข้อตกลงเลือกเขตศาลเท่านั้น ไม่สามารถตกลงเรื่องเขตอำนาจศาลหรือลำดับชั้นของศาลได้ และ (5) ข้อตกลงเลือกศาลทำได้เฉพาะข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาเท่านั้น ถ้าเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการละเมิดไม่สามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเดิมดังกล่าวข้างต้นใช้กับคดีทั้งคดีที่มีองค์ประกอบภายในประเทศทั้งหมด (คดีภายในประเทศ) และคดีที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ (คดีระหว่างประเทศ) ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาแก่คู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีภายในประเทศในประเด็นที่ว่าโจทก์ซึ่งมักเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองมากกว่าก็จะกำหนดในสัญญาให้ศาลที่ตนมีข้อได้เปรียบ เช่น เดินทางสะดวก เป็นศาลที่ได้รับการเลือก แต่จำเลยซึ่งมักเป็นคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าไม่สะดวกที่จะเดินทางไป ทำให้ไม่สามารถต่อสู้คดีของตนได้อย่างเต็มที่อันเป็นการไม่ถูกต้องตามหลักความเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี เพราะการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทั้งโจทก์และจำเลยต้องมีโอกาสอย่างเท่าเทียมกัน

ในการเสนอทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายต่อศาล การพิจารณาพิพากษาคดีจึงจะเป็นไปอย่างเที่ยงธรรม

2) ช่วงหลังมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในปี พ.ศ. 2534 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2534 ในมาตรา 7 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ยกเลิกมาตรา 7 ทั้งมาตราส่งผลให้ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลอยู่ในประมวลกฎหมายฯ อีกต่อไป ทำให้เกิดปัญหาว่าหากคู่สัญญาทำข้อตกลงเลือกศาลแล้วข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าวจะมีผลบังคับใช้ได้หรือไม่ ในประเด็นนี้มีความเห็นของนักกฎหมายแบ่งออกเป็น 2 ความเห็น

ความเห็นที่ 1 เห็นว่าเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดว่า ให้ใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นบังคับ ถ้าไม่มีก็ให้เทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าไม่มีกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้วก็ให้ใช้หลักกฎหมายทั่วไป³ นักกฎหมายในความเห็นที่ 1 นี้เห็นว่าแม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลแต่หลักทั่วไปเกี่ยวกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญายังคงมีอยู่ครบถ้วนที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และหากนิติสัมพันธ์อันเป็นมูลแห่งข้อพิพาทเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ความเป็นระหว่างประเทศของสัญญาที่เกิดขึ้นจึงทำให้สัญญานี้ตกอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล คือ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไป (เว้นแต่จะมีสนธิสัญญาผูกพันประเทศไทยเป็นอย่างอื่น)⁴ การเลือกศาลเป็นสิ่งที่ยอมรับปฏิบัติกันในระบบกฎหมายของนานาประเทศทั่วไป ดังนั้นข้อตกลงเลือกศาลตามกฎหมายไทยจึงน่าจะทำได้ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481⁵ และด้วยเหตุที่นานาประเทศต่างก็ยอมรับข้อตกลงเลือกศาล ข้อตกลง

³ สถิตย์ เล็งไธสง, “อำนาจศาลตามข้อตกลง”, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช, ปีที่ 4 เล่มที่ 1 (2535) : 162

⁴ คณิง ภาไชย และพันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตราสายสุนทร, “อันเนื่องมาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 และ 5809/2539 : ข้อคิดเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศเพื่อเป็นข้อยกเว้นเขตอำนาจศาลไทย”, ดุลพาน, ปีที่ 44 เล่มที่ 4 (ตุลาคม – ธันวาคม 2540) : 132

⁵ “เมื่อใดไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยามที่จะยกมาปรับกับกรณีชดกันแห่งกฎหมายได้ ให้ใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล”

ดังกล่าวจึงไม่น่าจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน⁶ ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5809/2539 ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่าข้อตกลงเลือกศาลไม่ผูกพันโจทก์เนื่องจากโจทก์เป็นผู้รับช่วงสิทธิในสัญญาประกันภัยซึ่งการรับช่วงสิทธิเกิดโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายมิใช่เกิดจากสัญญา

ความเห็นที่ 2 การที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งแก้ไขใหม่ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลไว้ หมายความว่า กฎหมายไม่ยินยอมให้คู่สัญญาทำความตกลงเลือกศาลกันได้แล้ว มิใช่ยินยอมให้คู่สัญญาตกลงกันได้อย่างกว้างขวางยิ่งขึ้น หากตกลงกันก็เป็นข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน⁷ ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1127/2493⁸ ประกอบกับข้อตกลงนี้เป็นการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี เพราะอำนาจศาลที่จะรับคำฟ้องนั้นต้องเป็นไปตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเท่านั้นและโดยทั่วไปแล้ว กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเรื่องของการรักษาความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจของประชาชน⁹ เมื่อไม่มีกฎหมายใดบัญญัติรองรับแล้ว ข้อตกลงดังกล่าวย่อมเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ต้องห้ามตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ว่าข้อตกลงเลือกศาลนั้นจะเป็นการเลือกศาลไทย หรือศาลต่างประเทศก็ตาม เพราะหากเป็นการตกลงเลือกศาลต่างประเทศทั้งๆ ที่ศาลไทยเป็นศาลที่มีเขตอำนาจก็เท่ากับเป็นการตกลงกันยกเว้นไม่ยอมตกอยู่ภายใต้อำนาจศาลไทยตามกฎหมายไทยอันเป็นการตกลงกันที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ย่อมตกเป็นโมฆะเช่นกัน ส่วนการที่กฎหมายของประเทศต่างๆ ยินยอมให้คู่สัญญาทำข้อตกลงเลือกศาลได้ก็เนื่องจาก

⁶ เรื่องเดียวกัน. หน้า 142

⁷ ดาวพฤษ, “แก้ความเข้าใจกรณีตกลงเรื่องอำนาจศาล”, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช. ปีที่ 5 เล่มที่ 1 (มิถุนายน 2536) : 76

⁸ โจทก์ฟ้องขับไล่จำเลยออกจากเรือนพิพาทโดยอ้างว่าเป็นบิดา ๆ ตายจึงเป็นมรดกตกได้แก่โจทก์จำเลยต่อสู้ว่า เรือนพิพาทไม่ใช่ของบิดาโจทก์เป็นเรือนที่จำเลยร่วมกับผู้มีชื่อออกเงินทุนสร้างขึ้นเป็นสถานกุศลกิจ ดังนี้เป็นคดีพิพาทกันเรื่องกรรมสิทธิ์ในเรือนพิพาทนั้น เมื่อเรือนพิพาทมีราคาถึง 6000 บาท คดีก็เกินอำนาจผู้พิพากษานายเดี่ยวจะพิจารณาพิพากษาได้

โจทก์ฟ้องคดีเกินอำนาจศาลแขวงต่อศาลแขวง แม้จำเลยจะไม่ได้ยกอำนาจศาลขึ้นต่อสู้ไว้ในศาลแขวงนั้น ก็เป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจศาลตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรมเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแม้จะไม่มีฝ่ายใดยกขึ้นว่ากล่าวศาลสูงจะหยิบยกขึ้นวินิจฉัยได้

⁹ พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์, 2540), หน้า 49 (อ้างถึงใน สุจินต์ เจนพาณิชย์พงศ์, “ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ”, หน้า 137)

ประเทศเหล่านั้นยอมรับและเห็นว่าข้อตกลงประเภทนี้เหมาะสมกับสภาพการณ์ของประเทศนั้นจึงมีกฎหมายรองรับไม่ว่าจะเป็นตัวบทกฎหมาย หรือคำพิพากษาของศาล แต่สำหรับประเทศไทยอันเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย หรือซีวิลลอว์นั้นยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใด ๆ กำหนดให้คู่สัญญาสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้ ดังนั้น หากทำข้อตกลงดังกล่าวก็ตกเป็นโมฆะ ไม่มีผลบังคับใช้

จากความคิดเห็นที่แตกต่างกันอย่างชัดเจนดังกล่าวข้างต้นประกอบกับจากการศึกษาของ **ผู้เขียนพบว่า** เหตุผลที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งยกเลิกบทบัญญัติในมาตรา 7 (4) เดิมเนื่องจากการที่บริษัทผู้ให้เช่าซื้อมักทำสัญญามาตรฐานและมีข้อสัญญาให้ฟ้องคดียังภูมิลำเนาของโจทก์ซึ่งมักจะอยู่ห่างไกลจากจำเลย ไม่สะดวกในการเดินทางมาศาลเพื่อต่อสู้คดีกับฝ่ายโจทก์ ทำให้จำเลยซึ่งส่วนใหญ่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่เสียเปรียบอยู่แล้วต้องเสียเปรียบมากขึ้นไปอีก¹⁰ เมื่อถึงเห็นว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 7 (4) ดังกล่าว เป็นบทบัญญัติที่ทำให้คู่สัญญาซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจสูงกว่าสามารถกำหนดข้อสัญญาที่เอาเปรียบคู่สัญญาฝ่ายซึ่งมีอำนาจต่อรองน้อยกว่า ทั้งบทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจศาลที่แก้ไขใหม่นั้นก็เปลี่ยนหลักการใหม่ โดยให้โจทก์มีสิทธิเลือกฟ้องคดีต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นได้อยู่แล้ว จึงนับว่าโจทก์ได้รับความสะดวกพอสมควรแล้ว จึงยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 7 (4) เสีย¹¹

¹⁰ วิชัย อาริยะนันท์ทกะ, “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ”, ใน รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2540) หน้า 343 (อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 104)

¹¹ คำชี้แจงประกอบการร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่) พ.ศ. (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2531) หน้า 5 และบัญชีเปรียบเทียบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่) พ.ศ. ที่ข้อแก้ไขใหม่ (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2531) หน้า 22-23 (อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน)

(2) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539

เนื่องด้วยในขณะนี้ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม พ.ศ. 2539 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 26 ตุลาคม พ.ศ. 2539 (มาตรา 2 ของพระราชบัญญัติฯ) โดยในมาตรา 7 ของพระราชบัญญัติฯ กำหนดประเภทของคดีที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศมีอำนาจพิจารณาพิพากษาไว้ เช่น คดีแพ่งเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และคดีพิพาทตามสัญญาถ่ายถอดเทคโนโลยี หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ¹² คดีแพ่งเกี่ยวกับการซื้อขาย แลกเปลี่ยนสินค้าหรือตราสารการเงินระหว่างประเทศ หรือการให้บริการระหว่างประเทศ การขนส่งระหว่างประเทศ การประกันภัยและนิติกรรมอื่นที่เกี่ยวข้อง¹³ คดีแพ่งเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทตาม (3) ถึง (7)¹⁴ แต่ไม่มีการบัญญัติถึงข้อตกลงเลือกศาลเพื่อระงับข้อพิพาทในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศเลย ซึ่งจากการศึกษาของผู้เขียนพบว่าในประเทศไทยมีคำพิพากษาศาลฎีกาอยู่ 2 ฉบับที่กล่าวถึงข้อตกลงเลือกศาลหลังจากมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งดังที่กล่าวมาแล้ว ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3537/2546 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 583/2548 ดังนั้นผู้เขียนขอแบ่งการพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวดังนี้

ก. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3537/2546

ข้อเท็จจริงแห่งคดี

โจทก์ฟ้องว่า โจทก์ที่ 1 และที่ 3 จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัด ตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ ส่วนโจทก์ที่ 2 จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัท จำกัดตามกฎหมายของประเทศมาเลเซีย เมื่อวันที่ 21 ตุลาคม พ.ศ. 2538 จำเลยที่ 1 และที่ 2 ได้ตกลงร่วมกันกู้เงินโจทก์ที่ 1 ที่ 2 และที่ 3 ครั้งที่หนึ่ง ต่อมาวันที่ 30 พฤศจิกายน พ.ศ. 2538 จำเลยที่ 1 และที่ 2 ได้ร่วมกันเบิกเงินกู้ไปจากโจทก์ทั้งสามอีกเป็นครั้งที่สอง วันที่ 18 ธันวาคม พ.ศ. 2538 จำเลยที่ 1 และที่ 2 ได้ร่วมกัน เบิกเงินกู้ไปจากโจทก์ทั้งสามอีกเป็นครั้งที่สาม หลังจากนั้นจำเลยทั้ง

¹² มาตรา 7 (3)

¹³ มาตรา 7 (5)

¹⁴ มาตรา 7 (11)

สองได้ผิดสัญญา ไม่ชำระต้นเงินและดอกเบี้ยคืนให้แก่โจทก์ทั้งสาม โจทก์ทั้งสามจึงฟ้องร้องต่อศาลให้จำเลยที่ 1 และ ที่ 2 ชำระเงินต้นและดอกเบี้ยพร้อมด้วยค่าธรรมเนียมทางกฎหมายแก่โจทก์ทั้งสาม

จำเลยทั้งสองให้การและจำเลยที่ 1 ฟ้องแย้งว่า โจทก์ทั้งสามไม่มีอำนาจฟ้อง เนื่องจากไม่มีการมอบอำนาจให้ฟ้องคดี และไม่มีอำนาจฟ้องคดีนี้ที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง เนื่องจากมีข้อตกลงให้ศาลแห่งประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับเรื่องนี้และให้ใช้กฎหมายประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์บังคับ

ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางมีคำสั่งไม่รับฟ้องแย้งและไม่อนุญาตให้แก้ไขฟ้องแย้ง จำเลยที่ 1 อุทธรณ์ต่อศาลฎีกา ศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศพิพากษายืน ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางพิพากษาให้จำเลย ทั้งสองร่วมกันชำระเงินแก่โจทก์ทั้งสาม

ประเด็นที่ศาลพิจารณาเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาล

จำเลยทั้งสองอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา ศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศวินิจฉัยว่า "พิเคราะห์แล้ว มีปัญหาต้องวินิจฉัยตามอุทธรณ์ของจำเลยทั้งสองข้อแรกว่าโจทก์ทั้งสามมีอำนาจฟ้องคดีนี้ที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางหรือไม่..... ส่วนการที่โจทก์ทั้งสามนำคดีมาฟ้องในประเทศไทยต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางมิได้นำคดีไปฟ้องยังศาลแห่งประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ตามสัญญาเงินกู้ ข้อ 36.1 นั้น ข้อเท็จจริงได้ความว่า การกู้เงินรายนี้มีผู้ให้กู้ร่วมกันหลายบริษัท ซึ่งมีสำนักงานใหญ่อยู่ในประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์และประเทศมาเลเซีย ส่วนผู้กู้มีสำนักงานอยู่ในประเทศไทย ดังนั้นการที่คู่สัญญา ตกลงกันให้นำคดีเกี่ยวกับสัญญาฉบับนี้ซึ่งเป็นสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศไปฟ้องยังศาลแห่งประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ จึงทำได้ตามหลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศ แต่ข้อตกลงเลือกศาลตามสัญญาฉบับนี้ คู่สัญญาไม่ได้ตกลงให้ฟ้องร้องยังศาลแห่งประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์เพียงศาลเดียวเด็ดขาดตามข้อ 36.1 เพราะได้เปิดโอกาสให้ผู้ให้กู้ฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้กู้ในศาลอื่นที่มีเขตอำนาจได้ด้วยตามสัญญาเงินกู้ข้อ 36.4 ด้วยเหตุนี้การที่โจทก์ทั้งสามยื่นฟ้องจำเลยทั้งสองต่อศาลในประเทศไทย จึงมีอำนาจทำได้ตามสัญญาและเนื่องจากตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรคสอง บัญญัติให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางมีเขต ตลอดกรุงเทพมหานคร

กับมาตรา 7 (5) และ (6) บัญญัติให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งเกี่ยวกับการซื้อขาย แลกเปลี่ยนสินค้าหรือตราสารการเงินระหว่างประเทศ หรือการให้บริการระหว่างประเทศ เมื่อปรากฏว่าจำเลยทั้งสองมีภูมิลำเนาอยู่ในกรุงเทพ และคดีพิพาทเป็นเรื่องการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางได้.....”

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นสามารถตีความได้ว่าศาลไทยยอมรับข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี (non-exclusive choice of court agreement) หากจำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทยหรือมูลคดีเกิดขึ้นในประเทศไทย นอกจากนี้ยังกล่าวด้วยว่าการที่คู่สัญญาตกลงกันให้นำคดีเกี่ยวกับสัญญาฉบับนี้ซึ่งเป็นสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศไปฟ้องยังศาลต่างประเทศ (ในที่นี้คือศาลแห่งประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์) สามารถทำได้ตามหลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ก็ยังมิใช่ข้อสรุปว่าศาลไทยจะยอมรับและบังคับตามข้อตกลงเลือกศาลเนื่องจากยังมีความเห็นขัดแย้งกันอยู่ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

ข. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 583/2548

ข้อเท็จจริงแห่งคดี

คำแปลเป็นภาษาไทยของหนังสือมอบอำนาจที่โจทก์แนบมาท้ายฟ้อง ไม่ปรากฏว่ามีกรมมอบอำนาจให้ดำเนินคดีแพ่งด้วยซึ่งไม่ตรงกับข้อความในภาษาอังกฤษในต้นฉบับ ต้องถือข้อความภาษาอังกฤษในต้นฉบับที่แท้จริงที่ดำเนินคดีแพ่งด้วยเป็นสำคัญ

จำเลยสั่งซื้อสินค้าจากโจทก์มาเพื่อประกอบเข้ากับมอเตอร์และอุปกรณ์อื่นผลิตเป็นปั๊มเซตแล้วนำออกจำหน่ายให้แก่ลูกค้าอันเป็นการประกอบธุรกิจของจำเลย การที่โจทก์ฟ้องขอให้บังคับจำเลยชำระหนี้ค่าสินค้าดังกล่าว จึงเป็นกรณีที่โจทก์ซึ่งเป็นผู้ประกอบการค้า หรืออุตสาหกรรมใช้สิทธิเรียกร้องเอาค่าสินค้าจากจำเลยซึ่งเป็นลูกหนี้ที่สั่งซื้อมาเพื่อนำมาใช้ในกิจการของลูกหนี้ตนเอง สิทธิเรียกร้องของโจทก์จึงมีอายุความ 5 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/33 (5) ประกอบมาตรา 193/34 (1)

ประเด็นที่ศาลพิจารณาเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาล

สัญญาแต่งตั้งตัวแทนจำหน่ายสินค้าระหว่างโจทก์และจำเลยมีข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิทางศาลว่า ศาลในประเทศของผู้จัดหาสินค้า (หมายถึงโจทก์) มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดจากข้อพิพาททางกฎหมายใด ๆ อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้จัดหาสินค้าอยู่ในฐานะเป็นโจทก์ ย่อมมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลในประเทศของตัวแทน (หมายถึงจำเลย) ซึ่งมีความหมายชัดเจนอยู่แล้วว่า บรรดาข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยให้เสนอต่อศาลในประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี แต่โจทก์ก็มีสิทธิที่จะดำเนินคดีแก่จำเลยในศาลของประเทศไทยได้ข้อตกลงดังกล่าวมิได้ขัดต่อกฎหมายใด หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมใช้บังคับแก่โจทก์และจำเลยได้

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นก็เช่นกันสามารถตีความได้ว่าศาลไทยยอมรับข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี (non-exclusive choice of court agreement) โดยข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าวมิใช่ข้อตกลงที่ขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนของไทยจึงมีผลผูกพันระหว่างโจทก์และจำเลย

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าในปัจจุบันนี้ประเทศไทยเคารพและบังคับตามข้อตกลงเลือกศาลแต่เป็นข้อตกลงเลือกศาลประเภทที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี (non-exclusive choice of court agreement) กล่าวคือ แม้ศาลไทยจะไม่ใช้ศาลที่ได้รับการเลือกแต่เนื่องจากข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าวไม่ได้ตัดเขตอำนาจศาลไทย ประกอบกับศาลไทยเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามกฎหมายไทย โดยเป็นศาลที่คู่ความมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล ซึ่งทำให้เกิดความชัดเจนมากขึ้นว่าประเทศไทยนั้นเคารพและบังคับตามข้อตกลงเลือกศาลประเภทที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี (non-exclusive choice of court agreement) อย่างไรก็ตาม จากการพิจารณาของผู้เขียนพบว่ามีประเด็นที่ไม่ชัดเจน กล่าวคือ หากเป็นข้อตกลงเลือกศาลประเภทที่กำหนดให้ศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียว (exclusive choice of court agreement) ศาลไทยจะปฏิบัติต่อข้อตกลงเลือกศาลประเภทนี้อย่างไร ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็นประเด็นได้ดังนี้

ประเด็นแรก ในกรณีที่ศาลไทยไม่ใช่ศาลที่ได้รับการเลือก ศาลไทยจะยอมรับและบังคับตามข้อตกลงเลือกศาลหรือไม่ หากศาลไทยเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามกฎหมายไทย เช่น โจทก์และจำเลยทำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศโดยตกลงว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นให้นำข้อพิพาทดังกล่าวฟ้องร้องต่อศาลสิงคโปร์แต่เพียงศาลเดียว ต่อมาจำเลยไม่ยอมชำระค่าสินค้า

ให้แก่โจทก์และโจทก์เห็นว่าเนื่องจากจำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย โจทก์จึงนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลไทย กรณีเช่นนี้ศาลไทยจะทำอย่างไร

- 1) หากศาลไทยเคารพและบังคับตามข้อตกลงเลือกศาลโดยการจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่ความนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลสิงคโปร์ตามที่คู่ความตกลงกันอันเป็นการเคารพหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา จะเท่ากับว่าศาลไทยสละอำนาจอธิปไตยทางการศาลหรือไม่
- 2) หากศาลไทยไม่บังคับตามข้อตกลงเลือกศาลโดยดำเนินกระบวนการพิจารณาไปตามปกติจนมีคำพิพากษา ศาลไทยจะใช้เหตุผลใดในการรับพิจารณาคดีดังกล่าว จะเป็นเพราะศาลไทยเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามกฎหมายเนื่องจากจำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลหรือไม่

ประเด็นที่สอง ในกรณีที่ศาลไทยเป็นศาลที่ได้รับการเลือก

- 1) หากศาลไทยไม่ใช่ศาลที่มีเขตอำนาจตามกฎหมายไทย ศาลไทยจะสามารถบังคับตามข้อตกลงเลือกศาลได้หรือไม่ หากบังคับตามศาลไทยจะใช้เหตุผลใด
- 2) หากศาลไทยเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามกฎหมายไทย แต่ก็มีศาลอื่นที่เหมาะสมกว่า หรือมีศาลอื่นรับคำฟ้องไว้ก่อนแล้ว ศาลไทยจะทำอย่างไร
- 3) หากศาลไทยไม่บังคับตามข้อตกลงเลือกศาล ศาลไทยจะใช้เหตุผลใด

จากความไม่ชัดเจนดังกล่าว **ผู้เขียน** เห็นว่าก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติและการจะแก้ปัญหานี้ได้ **ผู้เขียน** เห็นว่าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 และออกกฎหมายอนุวัติการตามสัญญาดังกล่าวก็จะทำให้กฎหมายไทยในเรื่องนี้มีความชัดเจนมากขึ้น และสามารถตอบปัญหาดังกล่าวได้ เนื่องจากอนุสัญญามีบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับประเด็นต่างๆ เหล่านี้ไว้อยู่แล้วตามที่ผู้เขียนอธิบายในบทที่ 4 ประกอบกับยังช่วยทำให้กฎหมายไทยในเรื่องนี้มีความเป็นสากลมากขึ้นอีกด้วย

นอกจากประเด็นความไม่ชัดเจนดังกล่าวข้างต้น ยังมีความกังวลว่าหากข้อตกลงเลือกศาลทำขึ้นโดยที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่มีอำนาจต่อรอง เช่น เป็นข้อตกลงที่ปรากฏอยู่ในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งทุกครั้งก่อนที่ผู้ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะสามารถใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ ผู้ซื้อจะต้องติดตั้ง (install) โปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นลงบนเครื่องคอมพิวเตอร์ก่อน ระหว่างการติดตั้งระบบจะเปิดหน้าต่างที่แสดงสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมที่กำลังจะติดตั้งขึ้นมา ซึ่งหากต้องการจะติดตั้งโปรแกรมนั้นต่อไปผู้ซื้อต้องยอมรับเงื่อนไขทั้งหมดที่ปรากฏอยู่ และหากผู้ซื้อไม่ยอมรับเงื่อนไขดังกล่าว ระบบก็จะไม่ติดตั้งโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นลงในเครื่อง สัญญาประเภทนี้หากเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมที่บันทึกอยู่ในแผ่นซีดีซึ่งผู้ซื้อจะ

ได้อ่านสัญญาที่ต่อเมื่อแกะพลาสติกที่ห่อหุ้มออก จะเรียกว่าสัญญาแบบ “shrinkwrap” แต่หากเป็นโปรแกรมที่ดาวน์โหลดผ่านอินเทอร์เน็ต หรืออยู่ในรูปของไฟล์ดิจิทัลจะเรียกว่าสัญญาแบบ “clickwrap” หรือ “clickthrough” เห็นได้ว่าข้อตกลงเลือกศาลที่ปรากฏอยู่ในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวถูกกำหนดขึ้นโดยผู้จำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ฝ่ายเดียวเท่านั้น ผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้บริโภคไม่สามารถเจรจาตกลงให้เป็นอย่างอื่นได้ ศาลที่จะถูกระบุไว้ตามข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าวจึงมักจะเป็นศาลที่สะดวกต่อผู้จำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์แต่อาจไม่สะดวกกับผู้ซื้อ¹⁵ เป็นต้น อันเป็นเหตุผลที่ทำให้มีการยกเลิกบทบัญญัติในมาตรา 7 (4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเดิมเมื่อปี พ.ศ. 2534 ตามที่กล่าวมาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าความกังวลนี้น่าจะหมดไป เนื่องจากหากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 แล้ว มาตรา 2 (1) ของอนุสัญญากำหนดไว้เลยว่าสัญญาผู้บริโภคไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาทำให้สัญญาดังกล่าวแม้จะมีข้อตกลงเลือกศาล ประเทศภาคีก็ไม่ถูกผูกพันให้ต้องบังคับตามข้อตกลงเลือกศาล นอกจากนี้ ปัจจุบันประเทศไทยยังมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2541 ที่กำหนดให้ศาลไทยมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบความไม่เป็นธรรมของสัญญา ในที่นี้คือ ข้อตกลงเลือกศาล กล่าวคือ หากข้อตกลงเลือกศาลเป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจฝ่ายหนึ่งกับผู้บริโภคอีกฝ่ายหนึ่ง หรือเป็นสัญญาสำเร็จรูป ศาลไทยมีอำนาจบังคับให้ผู้สัญญาปฏิบัติตามข้อตกลงเลือกศาลนั้นได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรตามที่มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัตินี้กำหนด ส่วนการจะพิจารณาตรวจสอบว่าอย่างไรจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรนั้นตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติกำหนดด้วยว่าให้ศาลพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป ประกอบกับมาตรา 11 ยังกำหนดด้วยว่าหากมีการตกลงกันมิให้นำพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับ ข้อตกลงนั้นตกเป็นโมฆะ ซึ่งทำให้แม้ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกฉบับนี้ ศาลไทยก็ยังสามารถนำพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับได้ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนประกอบกับมาตรา 5 และ 6 ของอนุสัญญาก็กำหนดให้ศาลไทยไม่ว่าจะเป็นศาลที่ได้รับการเลือก หรือไม่ได้รับการเลือกสามารถตรวจสอบความสมบูรณ์ หรือความเป็นธรรมของสัญญาได้

¹⁵ รุติพร ตั้งสุรตน์, “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับร่างอนุสัญญาว่าด้วยเขตอำนาจและการยอมรับคำพิพากษาในคดีทรัพย์สินทางปัญญา”, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549, หน้า 66-67

6.1.2 การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ¹⁶

ประเทศไทยก็เหมือนประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีได้เป็นภาคีสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ¹⁷ อีกทั้งกฎหมายในเรื่องนี้ก็ไม่มี การบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาคำพิพากษาของ **ผู้เขียน** พบว่ามีคำพิพากษาศาลฎีกาด้วยกันอยู่สองฉบับที่ตัดสินเกี่ยวกับเรื่องนี้และเป็นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินไว้นานแล้ว ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 585/2461 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 934/2476 ซึ่ง **ผู้เขียน** ขอแบ่งการพิจารณาออกเป็นดังนี้

(1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 585/2461

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้มีท่านผู้พิพากษา ได้แก่ พระยาเทพวิฑูรพหุลศรุตบดี พระยานรนิติบัญญัติ นายบัสชาติและนายซีเนียลเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดี

ข้อเท็จจริงแห่งคดี

วันที่ 21 กันยายน 2455 นายตรันวันเนียวทำสัญญาขายรถลาก 15 คันและรถจักรยาน 2 คันให้แก่นางฟามที่เลี่ยนเป็นจำนวนเงิน 1,550 เหรียญที่เมืองไซง่อน ประเทศเวียดนาม โดยนางฟามที่เลี่ยนอ้างว่านายตรันวันเนียวรับเงินไปแล้วแต่ไม่ยอมส่งมอบรถลากและรถจักรยานให้แก่ นางฟามที่เลี่ยนตามสัญญา ต่อมานางฟามที่เลี่ยนจึงฟ้องนายตรันวันเนียวเป็นคดีต่อศาลเมืองไซง่อน โดยศาลเมืองไซง่อนมีคำพิพากษาให้นายนายตรันวันเนียวชำระเงินคืนให้แก่นางฟามที่เลี่ยน จำนวน 1,550 เหรียญ พร้อมดอกเบี้ยและค่าธรรมเนียม

¹⁶ ไพรดู่ จันตรี สินศุภฤกษ์, “การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ”, หน้า 215-228; พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “ปัญหาเงื่อนไขการรับรองคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ”; พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “วิธีการอ้างคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ”, วารสารนิติศาสตร์, 3 ปีที่ 20 (กันยายน 2533), หน้า 147-153; พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “เงื่อนไขในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในคดีแพ่งโดยศาลไทย”, วารสารนิติศาสตร์, 4 ปีที่ 20 (ธันวาคม 2533), หน้า 141-154; พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “ปัญหาเงื่อนไขการรับรองคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ”, วารสารนิติศาสตร์, 2 ปีที่ 22 (มิถุนายน 2535), หน้า 203-219

¹⁷ ไพรดู่มูลเหตุจูงใจในการทำอนุสัญญาในบทที่ 4 ข้อ 4.1

จากนั้นนายตรันวันเนียวได้มาอยู่กับนางเซาฉันสามีภริยาที่กรุงเทพมหานคร ประเทศไทย นางฟามที่เลียนจึงทำหนังสือมอบอำนาจให้นายเวียนนำออกมาเป็นโจทก์ฟ้องนายตรันวันเนียวที่ศาลไทย โดยนายเวียนนำข้อได้ฟ้องคดีต่อศาลแพ่งไทยแทนนางฟามที่เลียนเพื่อเรียกให้นายตรันวันเนียวชำระเงินตามคำพิพากษาของศาลเมืองไซ่ง่อน ประเทศเวียดนาม พร้อมด้วยดอกเบี้ยและค่าธรรมเนียมคิดเป็นเงินตราสยาม 5,000 บาท และขอเรียกดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 12 ต่อปี จนกว่าชำระเสร็จ

นายเวียนนำข้อได้มีการขออายัดทรัพย์สินของนายตรันวันเนียวก่อนศาลมีคำพิพากษา ซึ่งศาลได้ตัดสินและมีคำสั่งให้ยึด แต่นางเซาซึ่งอ้างว่าเป็นภริยาของนายตรันวันเนียวได้ร้องคัดค้านว่าทรัพย์สินดังกล่าวเป็นสินเดิมและสินส่วนตัวของนางเซา

ประเด็นพิพาทแห่งคดี

- 1) คำพิพากษาศาลเมืองไซ่ง่อน ประเทศเวียดนามที่นายเวียนนำข้ออ้างเป็นคำพิพากษาที่ศาลไทยจำต้องยอมรับและบังคับตามให้หรือไม่
- 2) นายตรันวันเนียวผิดสัญญาซื้อขายกับนางฟามที่เลียนจริงหรือไม่
- 3) ทรัพย์สินที่ถูกยึดเป็นสินเดิมและสินส่วนตัวของนางเซาที่ต้องรับผิดชอบนางฟามที่เลียนหรือไม่

ประเด็นที่ 1 คำพิพากษาศาลเมืองไซ่ง่อน ประเทศเวียดนามที่นายเวียนนำข้ออ้างเป็นคำพิพากษาที่ศาลไทยจำต้องยอมรับและบังคับตามให้หรือไม่

ศาลฎีกาอธิบายประเด็นนี้ว่า เนื่องจาก “มีหลักอยู่ว่าโดยความเคารพต่อกันและกันในระหว่างนานาประเทศทั้งหลายประเทศหนึ่งจะยอมรับบังคับบัญชาถือตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมในอีกประเทศหนึ่ง เหมือนอย่างว่าจำนวนเงินตามคำพิพากษานั้นเป็นหนี้สินเกี่ยวค้างกันอยู่อันจะยอมให้นำมาฟ้องร้องกันได้” จากคำอธิบายดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าศาลฎีกาหมายถึงหลักอัยาศัยไมตรีและหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติตอบแทนระหว่างกัน (Comity and Reciprocity) กล่าวคือ ศาลไทยยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ แต่การยอมรับและบังคับตามให้นั้นก็มิใช่เงื่อนไขอยู่ 2 ประการ

- 1) ศาลต่างประเทศต้องเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น (Competent Jurisdiction) จากข้อเท็จจริงเนื่องจากทั้งนายตรันวันเนียวและนางฟามที่เลียนต่างก็

เป็นคนในบังคับของประเทศเวียดนาม (สัญชาติเวียดนาม) จึงไม่มีประเด็นปัญหาในเรื่องเขตอำนาจศาล

2) คำพิพากษาศาลต่างประเทศต้องถึงที่สุดและเสร็จเด็ดขาด (Finality and Conclusiveness) หมายความว่าศาลต่างประเทศนั้นได้วินิจฉัยเนื้อหาสาระ (merits) แห่งข้อพิพาทระหว่างคู่ความแล้ว และคู่ความไม่สามารถหรือฟื้นข้อพิพาทดังกล่าวโต้แย้งกันในศาลได้อีก จากข้อเท็จจริงคำพิพากษาศาลเมืองไซ่งอนนั้นเป็นคำพิพากษาโดยขาดนัด ไม่ปรากฏว่ามีกระบวนการวินิจฉัยมูลคดี ซึ่งคำพิพากษาโดยขาดนัดนั้นตามหลักทั่วไปแห่งธรรมศาสตร์เป็นคำพิพากษาที่อาจเพิกถอนได้และตามกฎหมายไทยที่ใช้อยู่ในขณะนั้น (พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ศก 127) กำหนดให้คำพิพากษาโดยขาดนัดจำเลยสามารถยื่นคำร้องขอพิจารณาคดีใหม่โดยแจ้งเหตุที่ขาดนัดภายใน 15 วันนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาหรือวันที่จำเลยสามารถแจ้งเหตุนั้นได้

ปรากฏว่านายเวียนนำยอมมิได้นำสืบให้ศาลเห็นว่ากฎหมายของประเทศเวียดนามในเรื่องนี้เป็นอย่างไร คือมิได้นำสืบว่าคำพิพากษาศาลเมืองไซ่งอนนั้นถึงที่สุดและเสร็จเด็ดขาด ศาลไทยจึงสันนิษฐานว่ากฎหมายของประเทศเวียดนามในเรื่องนี้เหมือนกับกฎหมายไทยและวินิจฉัยว่าคำพิพากษาศาลเมืองไซ่งอนนั้นนายตรันวันเนียวอาจมีคำร้องขอให้เพิกถอนได้ ศาลไทยจึงไม่อาจยอมรับและบังคับตามให้ได้

ประเด็นที่ 2 นายตรันวันเนียวผิดสัญญาซื้อขายกับนางฟามที่เลียนจริงหรือไม่

จากข้อเท็จจริงนายเวียนนำยอมไม่มีพยานมานำสืบเลย ซึ่งดูเหมือนว่านายเวียนนำยอมประสงค์ที่จะนำคำพิพากษาศาลเมืองไซ่งอนมาร้องขอให้ศาลไทยยอมรับและบังคับตามให้เท่านั้น ทำให้ศาลไทยไม่อาจพิจารณาชี้ขาดได้ว่านายตรันวันเนียวผิดสัญญาซื้อขาย

ประเด็นที่ 3 ททรัพย์ที่ถูกยึดเป็นสินเดิมและส่วนตัวของนางเซาที่ต้องรับผิดชอบนางฟามที่เลียนหรือไม่

จากข้อเท็จจริงศาลแพ่งได้สั่งให้นางเซาเข้ามาเป็นจำเลยร่วม ซึ่งศาลฎีกาพิจารณาแล้ว เห็นว่านายเวียนนำยอมมิได้นำสืบว่าคำพิพากษาศาลเมืองไซ่งอนนั้นถึงที่สุดและเสร็จเด็ดขาดที่ศาลไทยจะสามารถยอมรับและบังคับตามให้ นายเวียนนำยอมจึงไม่สามารถอ้างคำพิพากษาศาลเมืองไซ่งอนเป็นมูลคดีฟ้องร้องนายตรันวันเนียว และนายเวียนนำยอมก็มิได้นำพยานหลักฐานอื่นๆ มา

สืบว่านายตรันวันเนียวผิดสัญญาซื้อขาย ศาลไทยจึงไม่มีพยานหลักฐานที่จะพิจารณาว่านายตรันวันเนียวผิดสัญญาหรือไม่ ทำให้ศาลไทยไม่สามารถพิพากษาให้นาย ตรันวันเนียวรับผิดชอบฟ้องเมื่อไม่สามารถพิพากษาให้นายตรันวันเนียวรับผิดชอบก็ไม่จำเป็นต้องมาพิจารณาว่าทรัพย์สินที่ถูกยึดเป็นสินเดิมและส่วนตัวของนางเซาที่ต้องรับผิดชอบนางฟามที่เลี้ยงหรือไม่

กล่าวโดยสรุป หลักที่ศาลไทยใช้ในการพิจารณาว่าจะยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศก็มีหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขไม่แตกต่างจากหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่กำหนดอยู่ในอนุสัญญาระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของต่างประเทศ กล่าวคือ หลักเรื่องเขตอำนาจศาลของศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีและหลักเรื่องคำพิพากษาต้องถึงที่สุดและเสร็จเด็ดขาด ซึ่งรวมถึงอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 ด้วย¹⁸ โดยอนุญาติให้คู่กรณีหรือผู้มีส่วนได้เสียตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนำคำพิพากษานั้นมาฟ้อง (action on judgment) ขอให้ศาลไทยยอมรับและบังคับตามให้และถือว่าคำพิพากษานั้นเป็นมูลคดี (cause of action) หรือหลักฐานแห่งหนี้อันอาจฟ้องร้องให้ศาลไทยยอมรับและบังคับให้¹⁹

(2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 934/2476

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้มีท่านผู้พิพากษา ได้แก่ นายอาร์ ประแดร์ นิแกด์ พระยาพรหมทัต ศรีพิลาส พระยาวิกรมรัตนสุภาชและนายอาร์ อี ฮอลแลนด์เป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดี

ข้อเท็จจริงแห่งคดี

นายลีเฮียงโต๊ะลีเป็นพ่อค้ามีกิจการส่งออกในประเทศชะวา (ประเทศอินโดนีเซีย) ว่าจ้างบริษัท เค. พี. เอ็ม ซึ่งเป็นบริษัทขนส่งสินค้าทางทะเลให้ขนส่งข้าวทางเรือไปประเทศชะวา บริษัท เค. พี. เอ็ม เป็นเจ้าของเรือบรรทุกสินค้าที่มีเส้นทางเดินเรือระหว่างประเทศชะวาและประเทศสยามเท่านั้น ไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย

บริษัท ดีเทมแอนด์โก เป็นตัวแทนของบริษัท เค. พี. เอ็ม ในประเทศไทยโดยมีนายดับบลิว ไชเกนทาเลอร์เป็นผู้ช่วยผู้จัดการของบริษัท ดีเทมกัมปานี

¹⁸ โปรดดูบทที่ 5

¹⁹ จันตรี สินศุภฤกษ์, “การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ”, หน้า 222 (วิธีการเช่นนี้เป็นไปตามหลักการของคอมมอนลอว์)

นายลีเฮียงโต๊ะลีชำระเงินค่าระวางสินค้าแล้วแต่ปรากฏว่าเงินค่าระวางที่นายลีเฮียงโต๊ะลีชำระไปมีจำนวนเกินกว่าจำนวนที่ต้องชำระให้แก่บริษัท เค. พี. เอ็ม คือมีเงินค่าระวางส่วนลดและเงินที่จ่ายเกิน นายลีเฮียงโต๊ะลีจึงทวงถามให้บริษัท เค. พี. เอ็ม ชำระเงินส่วนที่เกินคืน แต่บริษัท เค. พี. เอ็มกลับมิได้ชำระเงินส่วนที่เกินคืนโดยอ้างว่าเงินที่ชำระเกินดังกล่าวได้ถูก “ยี่ห้อไฮกีฮู” เจ้าหนี้ของนายลีเฮียงโต๊ะลีฟ้องต่อศาลเมืองสุรabaya ประเทศชวาและศาลดังกล่าวพิพากษาให้ยึดเงินจำนวนดังกล่าวไปชำระหนี้ของนายลีเฮียงโต๊ะลีแล้ว บริษัท เค. พี. เอ็มจึงไม่มีความรับผิดชอบต่อนายลีเฮียงโต๊ะลี และเมื่อบริษัท เค. พี. เอ็ม ตัดการไม่มีความรับผิดชอบแล้ว บริษัท ดีเทมแอนด์โกโต้วแทนก็ย่อมไม่มีความรับผิดชอบไปด้วย

นายลีเฮียงโต๊ะลีจึงฟ้องคดีต่อนายดับบลิวไซเคนทาเลอร์เป็นจำเลยที่ 1 และบริษัท ดีเทมแอนด์โกเป็นจำเลยที่ 2 โดยให้รับผิดชอบในเงินค่าระวางส่วนลดจำนวน 1445.46 กิลเดอร์ และเงินที่จ่ายเกินจำนวน 1767.12 กิลเดอร์

ประเด็นข้อพิพาทแห่งคดี

- 1) จำเลยที่ 1 ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์เป็นการส่วนตัวหรือไม่
- 2) จำเลยที่ 2 ต้องรับผิดชอบแต่ลำพังตนเองหรือไม่
- 3) ศาลไทยยอมรับให้มีการกล่าวอ้างคำพิพากษาศาลต่างประเทศ (ศาลสุรabaya) หรือไม่

ประเด็นที่ 1 จำเลยที่ 1 ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์เป็นการส่วนตัวหรือไม่

จำเลยที่ 1 อ้างว่าเป็นผู้ช่วยของบริษัท ดีเทมกัมปानी จึงไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัวในกิจการที่โจทก์ฟ้อง ซึ่งศาลคดีต่างประเทศซึ่งเป็นศาลชั้นต้นพิพากษาให้จำเลยที่ 1 ร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 2 ใช้จ่ายให้แก่โจทก์เต็มตามฟ้อง รวมถึงค่าธรรมเนียมและค่าทนายความโดยให้เหตุผลว่า จำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนของบริษัท เค. พี. เอ็ม ซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศเพราะฉะนั้นตัวแทนในประเทศไทยจึงต้องรับผิดชอบแต่ลำพังตามมาตรา 824 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แต่ในชั้นอุทธรณ์เห็นว่าจำเลยที่ 1 ไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวเนื่องจากจำเลยที่ 1 เป็นเพียงผู้ช่วยผู้จัดการของจำเลยที่ 2 จำเลยที่ 1 จึงไม่ใช่ตัวแทนของบริษัท เค. พี. เอ็ม จำเลยที่ 2

ต่างหากที่เป็น หากต้องมีการรับผิดชอบชิ้นจำนวนที่ 2 ก็ต้องเป็นผู้รับผิดชอบจำนวนที่ 1 ไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว

ศาลฎีกายืนตามศาลอุทธรณ์

ประเด็นที่ 2 จำนวนที่ 2 ต้องรับผิดชอบแต่ลำพังตนเองหรือไม่

ในศาลชั้นต้นจำนวนที่ 2 รับว่าโจทก์มีสิทธิได้รับเงินตามฟ้องจริง แต่จำนวนที่ 2 ก็ไม่ต้องรับผิดชอบโดยลำพังเนื่องจากเป็นตัวแทนของ บริษัท เค. พี. เอ็ม คู่สัญญาของโจทก์ แต่ศาลชั้นต้นก็ตัดสินว่าจำนวนที่ 2 ต้องร่วมรับผิดชอบกับจำนวนที่ 1 ต่อโจทก์ตามมาตรา 824 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ศาลอุทธรณ์กลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นและยกฟ้องโจทก์ เนื่องจากแม้ว่าจำนวนที่ 2 จะเป็นตัวแทนของ บริษัท เค. พี. เอ็ม ซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ แต่ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า บริษัท เค. พี. เอ็ม ลูกหนี้ที่แท้จริงของโจทก์ ได้ชำระเงินให้แก่ยี่ห้อไฮเก็สผู้จำหน่ายของโจทก์ตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ (ศาลสุราษฎร์ธานี) แล้ว บริษัท เค. พี. เอ็ม จึงไม่มีความรับผิดชอบที่ต้องชำระเงินให้แก่โจทก์ เมื่อตัวการไม่มีความรับผิดชอบ จำนวนที่ 2 ตัวแทนก็ย่อมไม่มีความรับผิดชอบไปด้วย

ศาลฎีกาเห็นด้วย

ประเด็นที่ 3 ศาลไทยยอมรับให้มีการกล่าวอ้างคำพิพากษาศาลต่างประเทศ (ศาลสุราษฎร์ธานี) หรือไม่

ศาลชั้นต้นไม่มีการยกคำพิพากษาศาลต่างประเทศมาต่อสู้เป็นประเด็นแห่งคดี

ศาลอุทธรณ์ เมื่อได้ฟังการสืบพยานในส่วนที่เกี่ยวกับคำพิพากษาศาลต่างประเทศนี้ก็มีคำพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น

ศาลฎีกาแสดงความคิดเห็นในทำนองว่าหากมีการกล่าวอ้างคำพิพากษาอย่างถูกต้องตามกฎหมายไทยแล้ว กล่าวคือ จะต้องมีส่วนนำซึ่งเจ้าพนักงานในศาลที่ออกคำพิพากษาลงนามรับรองสำเนาและต้องนำคำรับรองของกงสุลไทยมาแสดง หรือนำพยานบุคคลที่เคยเห็นเอกสาร (คำ

พิพากษาศาลต่างประเทศ) มาเบิกความในกรณีที่คำพิพากษาศาลต่างประเทศไม่มีต้นฉบับอยู่ แล้วตามมาตรา 25 ของกฎหมายลักษณะพยาน ศาลไทยก็จะรับรองผลของคำพิพากษาศาลต่างประเทศให้ แต่ในคดีนี้ จำเลยที่ 2 มิได้ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดดังกล่าว เท่ากับว่า จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นตัวแทนของบริษัท เค. พี. เอ็ม ลูกหนี้ของโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนไม่มีความรับผิดชอบต่อโจทก์แทนตัวการซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศตามมาตรา 824 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงตัดสินให้จำเลยที่ 2 รับผิดชอบต่อโจทก์เพียงผู้เดียว

กล่าวโดยสรุป จากข้อเท็จจริงและประเด็นพิพาทแห่งคดีจะเห็นได้ว่าคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้มีใช่เรื่องการฟ้องขอให้บังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ แต่เป็นการอ้างคำพิพากษาศาลต่างประเทศในฐานะพยานหลักฐาน (พยานเอกสาร) เป็นเรื่องของข้อเท็จจริง ซึ่งสามารถบอกถึงวิธีการอ้างคำพิพากษาศาลต่างประเทศได้ 2 กรณี

- 1) ถ้ามีต้นฉบับคำพิพากษาศาลต่างประเทศจำเป็นต้องนำต้นฉบับคำพิพากษาศาลต่างประเทศมาแสดงต่อศาลไทย
- 2) ถ้าไม่มีต้นฉบับคำพิพากษาศาลต่างประเทศ (เช่น ต้นฉบับสูญหาย) สามารถอ้างสำเนาหรือพยานบุคคลโดยสำเนาต้องมีการรับรองของเจ้าหน้าที่ศาลต่างประเทศและของกงสุลไทยในต่างประเทศซึ่งวิธีดังกล่าวไม่แตกต่างไปจากการอ้างคำพิพากษาของศาลไทยในศาลไทยเอง

สาเหตุที่ประเทศไทยมีคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศเพียงสองฉบับเท่านั้น อาจารย์จันตรี สินศุภฤกษ์ กล่าวว่า “เพราะดังเป็นที่ทราบกันแล้วว่า การนำคดีไปฟ้องร้องในศาลนั้นเป็นเรื่องที่ต้องสิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่จะดำเนินคดีไปจนถึงชั้นศาลฎีกา เป็นเรื่องที่ต้องสิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่ายเป็นอย่างมาก ในบางครั้งบางกรณีคู่กรณีดำเนินการไปไม่ถึงศาลชั้นต้นก็มี อีกประการหนึ่งคู่สัญญาไม่สามารถทำนายผลทางกฎหมายสำหรับเรื่องนี้ได้ เพราะปัญหาในเรื่องนี้ยังไม่มีความแน่นอนในประเทศไทย..... เราไม่สามารถทำนายได้ว่าหากเกิดเหตุการณ์เช่นนี้อีกคือ หากมีการนำคำพิพากษาศาลต่างประเทศมาขอให้ศาลไทยยอมรับบังคับตามให้ ผลทางกฎหมายจะเป็นอย่างไร ศาลไทยอาจยอมรับและบังคับตามให้ตามแนวทางของระบบกฎหมายคอมมอนลอร์ ซึ่งมีอิทธิพลอยู่เหนือประเทศไทย หรือมิฉะนั้นศาลไทยอาจไม่ยอมรับและบังคับตามให้ โดยให้เหตุผล

ว่าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้.....”²⁰ ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำกล่าวข้างต้นเพราะความไม่แน่นอนถึงแนวปฏิบัติของศาลไทยในเรื่องนี้ส่งผลกระทบต่อการค้าการลงทุนระหว่างประเทศเป็นอย่างมากเพราะต่างชาติไม่แน่ใจว่าเมื่อเข้าทำสัญญากับคู่สัญญาชาวไทยแล้วและคู่สัญญาดังกล่าวผิดนัดไม่ชำระหนี้จนมีการฟ้องร้องและมีคำพิพากษาในศาลต่างประเทศแล้วคำพิพากษานั้นจะมีผลเช่นไรในประเทศไทย

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังเห็นด้วยว่าเมื่อเปรียบเทียบกฎหมายไทยในเรื่องนี้กับประเทศอื่นก็จะเห็นว่าหลักการในเรื่องนี้ของไทยยังอยู่ในลักษณะที่ไม่ชัดเจน เพราะประเทศไทยไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับเรื่องนี้ก็มีเพียง 2 ฉบับประกอบกับเหตุผลหรือหลักกฎหมายที่ศาลใช้ในการตัดสินก็มิได้มีที่มาชัดเจน เราเพียงแต่อนุมานได้ว่าศาลนำมาจากศาลอังกฤษ

6.2 ข้อดีและข้อเสียต่อประเทศไทยจากการเข้าเป็นภาคี

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนขออธิบายและวิเคราะห์ถึงประเด็นทางกฎหมายต่างๆ ที่ประเทศไทยควรใช้ในการพิจารณาว่าควรจะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฉบับนี้หรือไม่ อย่างไร รวมถึงผลกระทบต่ออาจเกิดขึ้นกับประเทศไทยเพื่อเตรียมความพร้อมแก่ประเทศไทยว่าจะต้องปฏิบัติอย่างไรเมื่อเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาแล้ว

6.2.1 ข้อดีของประเทศไทยจากการเข้าเป็นภาคี

เนื่องจากประเทศไทยยังมิได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาล หรือเขตอำนาจศาล หรือการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศแต่อย่างใด หากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีกรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005²¹ ก็จะเป็นการสร้างความชัดเจนและแน่นอนเกี่ยวกับกฎหมายในเรื่องนี้ให้แก่คู่สัญญาในสัญญาแพ่งและพาณิชย์

²⁰ เรื่องเดียวกัน. หน้า 227-228

²¹ ซึ่งเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เปิดให้ทุกประเทศทั่วโลกที่สนใจเข้าเป็นภาคี (มาตรา 27) และเมื่อพิจารณาจากการประชุมครั้งที่ 20 (Twentieth Session) ของที่ประชุมกรุงเฮกซึ่งจัดขึ้นเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2005 เพื่อพิจารณาอนุสัญญาฉบับนี้ประเทศต่างๆ ที่เข้าร่วมประชุมก็ได้ให้ความสนใจเกี่ยวกับอนุสัญญานี้เป็นอย่างมากโดยตัวแทนของประเทศต่างๆ เหล่านั้นก็รับว่าจะนำไปเสนอให้รัฐบาลของประเทศตนพิจารณาซึ่งรวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกา (ประเทศที่ริเริ่มให้จัดทำอนุสัญญาฉบับนี้)

ระหว่างประเทศว่าเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างศาลใดจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณา ตัดสินข้อพิพาทดังกล่าวซึ่งผู้เขียนคิดว่าจะเป็นการส่งเสริมและส่งผลดีต่อการค้าการลงทุนของ ประเทศไทยโดยทางอ้อมอีกด้วย

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การเข้าเป็นภาคีกรงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 ยัง ช่วยแก้ปัญหาต่างๆ อีกหลายประการซึ่งพอจะประมวลได้ดังนี้

- 1) ทำให้เกิดความชัดเจนว่าคู่สัญญาในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศ จะสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้หรือไม่ รวมถึงประเภทของข้อตกลงเลือกศาลและการตีความ ว่าเป็นข้อตกลงเลือกศาลนั้นเป็นข้อตกลงเลือกศาลประเภทใด
- 2) ทำให้เกิดความชัดเจนว่าประเภทของข้อพิพาทหรือเรื่องใดที่คู่สัญญาสามารถทำ ข้อตกลงเลือกศาลได้บ้าง
- 3) ทำให้ประหยัดเวลาที่ศาลจะต้องใช้ในการพิจารณาว่าศาลใดจะเป็นศาลที่ เหมาะสมแก่การพิจารณาพิพากษาคดีมากที่สุดตามหลัก *forum non conveniens*²²
- 4) ทำให้สามารถป้องกันการแข่งขันกันฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อให้ได้สิทธิในการเลือก ศาลที่จะพิจารณาคดี กล่าวคือ ศาลใดที่รับคำฟ้องของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก่อนจะเป็นศาลที่ ชนะในการแข่งขันเรื่องเขตอำนาจศาลตามหลัก *lis alibi pendens*²³
- 5) ทำให้การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลไทยในต่างประเทศมีความ สะดวกมากขึ้น กล่าวคือ ถ้าศาลไทยซึ่งเป็นศาลที่ได้รับการเลือกพิจารณาคดีจนมีคำพิพากษาแล้ว คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีจะสามารถนำคำพิพากษาไปร้องขอให้ศาลของประเทศภาคียอมรับหรือ บังคับตามให้ได้ และอาจรวมถึงกรณีการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลไทยในประเทศอื่น ซึ่งมีใช้ประเทศภาคีอนุสัญญากรงเฮกนี้อีกด้วยเนื่องจากปัจจัยหนึ่งที่ประเทศต่างๆ ใช้ในการ พิจารณาว่าจะยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศหรือไม่ ศาลที่ได้รับการร้องขอ จะพิจารณาว่าประเทศที่ทำคำพิพากษาให้การยอมรับและบังคับคำพิพากษาของศาลประเทศตน

²² โปรดดูบทที่ 2

²³ โปรดดูบทที่ 2

ในลักษณะเท่าเทียมกันต่างตอบแทนหรือไม่ หรือมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนี้ว่าอย่างไร ดังนั้น หากประเทศไทยมีกฎหมายที่ชัดเจนในเรื่องนี้ก็ย่อมเป็นการดีกว่าที่จะอาศัยเพียงหลักกฎหมาย หรือ jurisprudence จากคำพิพากษาศาลฎีกาเพียง 2 ฉบับตามที่กล่าวข้างต้นซึ่งตัดสินมานานแล้ว

6) ทำให้ความกังวลที่ว่าข้อตกลงเลือกศาลอาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจน้อยกว่า²⁴ หดไป ความกังวลดังกล่าวเป็นเหตุผลหนึ่งที่มีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 7 (4) เมื่อปี พ.ศ. 2534 ตามที่กล่าวมาแล้วในข้อ 6.1.1 ข้างต้น แต่เนื่องจากอนุสัญญากำหนดประเภทของเรื่องหรือข้อพิพาทที่ไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาไว้อย่างชัดเจน เช่น มาตรา 2 ซึ่งรวมถึงสัญญาผู้บริโภคน²⁵ ประกอบกับปัจจุบันนี้ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2541 กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจศาลตรวจสอบความเป็นธรรมของข้อตกลงหรือสัญญาใดๆ เพื่อปรับลดระดับความรุนแรงของการเอาผิดเอาเปรียบกันทางสัญญาลงได้ตามสมควร²⁶ และยังมีพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 สิงหาคม พ.ศ. 2551 กล่าวคือ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ให้คำนิยาม “คดีผู้บริโภค” ว่าหมายถึงความถึง “(1) คดีแพ่งระหว่างผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคตามมาตรา 19 หรือกฎหมายอื่นกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ.....” ดังนั้นสัญญาผู้บริโภคจึงมีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองไว้เรียบร้อยแล้ว

7) ทำให้รูปแบบของข้อตกลงเลือกศาลชัดเจน กล่าวคือ อนุสัญญากำหนดเงื่อนไขถึงรูปแบบของข้อตกลงเลือกเอาไว้ในมาตรา 3 (ซี)²⁷ ไว้ว่าจะต้องเป็นอย่างไร เช่น ต้องทำโดยรูปแบบการสื่อสารอื่นซึ่งมีข้อมูลที่สามารถเข้าถึงได้และสามารถใช้อ้างอิงในภายหลังได้ อันเป็นการครอบคลุมถึงการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยสามารถพิจารณาประกอบกับพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ของไทย

²⁴ ไปรอดดู สุจินต์ เจนพานิชพงศ์, “ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ”, หน้า 162-173

²⁵ มาตรา 2 (1) (เอ) ของอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005

²⁶ จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540”, ดุลพาน. ปีที่ 45 เล่ม 1 (มกราคม – มิถุนายน 2541), หน้า 79 (อ้างถึงใน สุจินต์ เจนพานิชพงศ์, “ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ”, หน้า 163)

²⁷ ไปรอดดู บทที่ 4 ข้อ 4.2

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติในมาตราต่างๆ ของอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วย ข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 แล้ว ผู้เขียนพบว่า มีข้อควรพิจารณาบางประการก่อนที่ประเทศไทย จะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าว กล่าวคือ เรื่องการทำคำประกาศตามที่มาตรา 19 มาตรา 20 และมาตรา 21 บัญญัติไว้ ซึ่งสามารถแบ่งการพิจารณาได้ดังนี้

1) คำประกาศจำกัดเขตอำนาจศาลตามมาตรา 19 ของอนุสัญญา กล่าวคือ หากคดี ที่นำมาฟ้องร้องต่อศาลไทยอันเป็นศาลที่ได้รับการเลือกนั้นไม่มีความเกี่ยวข้องกับประเทศไทยแต่ อย่างใด ไม่ว่าจะ เป็นสัญชาติ ภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ของคู่ความ หรือองค์ประกอบต่างๆ เกี่ยวกับ ข้อพิพาท ประเทศไทยก็ไม่ควรจะต้องรับภาระในการพิจารณาคดีดังกล่าว และอาจเป็นการยากแก่ ศาลไทยที่จะอำนวยความสะดวกให้แก่คู่ความได้อย่างถูกต้องเหมาะสมซึ่งอาจเป็นเพราะความ ไม่เข้าใจในประเพณี วัฒนธรรมหรือแนวความคิดของคู่ความต่างชาติ ความล่าช้าในการได้มาซึ่ง พยานหลักฐานทั้งหมดจากต่างประเทศ การสรรหาผู้พิพากษาที่เหมาะสมแก่คดี ประกอบกับเรื่อง ค่าใช้จ่ายที่ศาลไทยต้องเสียในการจัดตั้งศาลหรือแผนกคดีใหม่เพื่อรับผิดชอบคดีที่มีองค์ประกอบ ต่างประเทศทั้งหมด ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรทำคำประกาศตามมาตรา 19 ในขณะที่ ลงนามเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005

2) คำประกาศจำกัดการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาตามมาตรา 20 ของ อนุสัญญา กล่าวคือ การทำคำประกาศจำกัดการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาล ต่างประเทศซึ่งเป็นภาคีของอนุสัญญาเช่นกัน หากเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษานั้นมีถิ่นที่อยู่ในประเทศ ไทย และความสัมพันธ์ระหว่างคู่ความกับองค์ประกอบอื่นที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาททั้งหมดมีความ เกี่ยวพันอยู่แต่กับประเทศไทยเท่านั้น เว้นแต่ศาลที่ได้รับการเลือกเท่านั้นที่ไม่ใช่ศาลไทยโดยศาล ไทยจะปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาประเภทนี้ ตามที่อธิบายมาแล้วข้างต้นว่า²⁸ ประเทศที่เข้าร่วมประชุมกังวลว่าศาลของประเทศตนอาจต้องผูกพันให้ยอมรับและบังคับตามคำ พิพากษาศาลต่างประเทศต่างๆ ที่องค์ประกอบต่างๆ ในคดีหรือข้อพิพาทของคำพิพากษานั้นมี ความเกี่ยวข้องกับประเทศตนเท่านั้นจึงมีการหยิบยกประเด็นนี้ขึ้นพิจารณาในขั้นตอนการจัดทำ อนุสัญญาจึงมีการบัญญัติมาตรา 20 เพื่อแก้ปัญหาหรือความกังวลนี้ ซึ่งผู้เขียนก็เห็นด้วยว่า ประเทศไทยไม่จำเป็นต้องยอมผูกพันตนในการยอมรับและบังคับตามพิพากษาศาลต่างประเทศถึง ขนาดว่าเมื่อองค์ประกอบต่างๆ ในคดีเกี่ยวข้องกับประเทศไทยเท่านั้น มีเพียงศาลที่ได้รับการเลือก

²⁸ โปรดดู บทที่ 5

เท่านั้นที่มีใช้ศาลไทยแล้วศาลไทยจะต้องยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาที่มาร้องขอ ดังนั้น **ผู้เขียน** เห็นว่าประเทศไทยควรทำคำประกาศตามมาตรา 20 ในขณะที่ลงนามเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005

3) คำประกาศเกี่ยวกับคดีเฉพาะซึ่งประเทศภาคีมีส่วนร่วมได้เสียด้วยเป็นอย่างมากตามมาตรา 21 ของอนุสัญญา กล่าวคือ การทำคำประกาศว่าอนุสัญญานี้ไม่มีผลบังคับใช้กับเรื่องใดเป็นการเฉพาะ เช่น ในสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐบาลไทย หน่วยงานราชการของไทย สัญญาทางปกครอง เป็นต้น เนื่องจากสัญญาต่างๆ เหล่านี้มักเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อบริหารและพัฒนาประเทศอันเป็นสาธารณประโยชน์ หากประเทศไทยยินยอมให้คู่สัญญาทำข้อตกลงเลือกศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเป็นศาลต่างประเทศ ศาลต่างประเทศก็อาจพิจารณาคดีโดยไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศไทยและอาจมีคำพิพากษาให้รัฐบาลไทยหรือหน่วยงานราชการไทยเป็นฝ่ายแพ้คดี ซึ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศไทยเป็นอย่างมาก ดังนั้น **ผู้เขียน** เห็นว่าประเทศไทยควรทำคำประกาศตามมาตรา 21 ในขณะที่ลงนามเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 คำประกาศดังกล่าวนี้ประเทศไทยสามารถทำได้ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องให้ประเทศภาคีอื่นให้การยอมรับหรือรับทราบแต่อย่างใด

6.2.2 ข้อเสียของประเทศไทยจากการเข้าเป็นภาคี

หากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 พันธกรณี หรือสิ่งที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติ คือการอนุวัติการกฎหมายภายในของไทยให้เป็นไปตามอนุสัญญาดังกล่าว โดยสามารถแบ่งการพิจารณาออกเป็นดังนี้

1) การเตรียมความพร้อมของการสรรหาบุคลากร ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ศาล เจ้าหน้าที่บังคับคดี ผู้พิพากษาและทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายซึ่งเป็นบุคคลที่มีส่วนในกระบวนการยุติธรรม รวมถึงสถานที่ (ศาลและกรมบังคับคดี) และอุปกรณ์ที่จำเป็นที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามข้อตกลงเลือกศาลและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ โดยการเตรียมความพร้อมดังกล่าวประเทศไทยต้องเสียค่าใช้จ่ายอย่างมาก อันเป็นปัญหาในทางปฏิบัติมากกว่าจะเกี่ยวข้องกับตัวกฎหมายเอง นอกจากนี้หากประเทศไทยเตรียมสิ่งเหล่านี้ไม่พร้อมอาจส่งผลให้ศาลของไทยมิใช่ศาลที่ได้รับการเลือกจากบรรดาผู้ประกอบการหรือคู่สัญญาทั้งไทยและต่างชาติอันเป็นการสูญเสียรายได้ เช่น ค่าธรรมเนียมศาล หรือทำให้ไม่คุ้มค่าต่อการลงทุนในอีกนัยหนึ่ง

2) ความไม่มั่นใจว่าหากประเทศไทยยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศแล้ว ประเทศไทยจะได้รับประโยชน์หรือเสียประโยชน์อย่างน้อยแค่ไหน ประกอบกับความไม่มั่นใจว่าจะมีจำนวนคำพิพากษาของศาลไทยที่จะนำไปร้องขอให้ศาลต่างประเทศยอมรับและบังคับตามอย่างน้อยแค่ไหน เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาต่างชาติอาจมาบังคับเอากับทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก ซึ่งอาจกระทบกระเทือนต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยก็ได้

3) การตรากฎหมายให้เป็นไปตามพันธกรณี ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าน่าจะต้องมีจัดทำขึ้นเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาลและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ และการจัดทำพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวขึ้นใหม่นั้นต้องใช้ระยะเวลาในการจัดทำที่ค่อนข้างนานพอสมควร โดยเปรียบเทียบกับอนุสัญญากรุงนิวยอร์กซึ่งประเทศไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 21 ธันวาคม พ.ศ. 2502²⁹ แต่กว่าจะมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการก็อีกหลายปี โดยฉบับแรกคือพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ต่อมาก็พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545³⁰ จริงอยู่ว่าการตรากฎหมายดังกล่าวมิใช่ข้อเสียของประเทศไทยโดยตรงจากการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา แต่ผู้เขียนเห็นว่าควรเป็นประเด็นหนึ่งที่ประเทศไทยควรคำนึงถึงเนื่องจากหากประเทศไทยจัดทำพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวนานเกินไปอาจส่งผลเสียต่อประเทศไทยในแง่ของความไม่ทันการของประเทศไทยในการแข่งขันกับประเทศอื่นๆ

²⁹ See <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html> (อนุสัญญากรุงนิวยอร์กมีผลบังคับ (entry into force) ในประเทศไทยวันที่ 20 มีนาคม พ.ศ. 2503)

³⁰ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนได้แปลและเรียบเรียงบทบัญญัติต่างๆ ในอนุสัญญาไว้ในภาคผนวก ข. เพื่อใช้ในการอ้างอิงแก่ผู้สนใจ หรือเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการนำไปพัฒนาหรือใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายให้เหมาะสม

บทที่ 7

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การที่ศาลใดจะสามารถพิจารณาพิพากษาคดีที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศได้ ศาลดังกล่าวต้องเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามกฎหมายภายในของศาลนั้นซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดเขตอำนาจศาลที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 แต่ด้วยเหตุที่ความเจริญก้าวหน้าในวิทยาการต่างๆ ด้านของโลกปัจจุบันได้ส่งผลให้เกิดการติดต่อสื่อสารและการค้าระหว่างประเทศเป็นไปโดยสะดวกรวดเร็วมากขึ้นและในขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศมากขึ้นตามไปด้วยจนเป็นที่มาของปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลว่าจะฟ้องร้องที่ศาลใด หรือหากมีการฟ้องร้องคดีต่อศาลในประเทศหนึ่งแล้วและมีการฟ้องร้องต่อศาลในอีกประเทศหนึ่งเวลาเดียวกันผลจะเป็นอย่างไร ศาลใดจะเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีจนเกิดปัญหาการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาล ซึ่งประเทศในระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ก็มีวิธีการแก้การขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลตามหลัก *forum non conveniens* และหลัก *lis alibi pendens* อย่างไรก็ตาม มีกรณีที่ทำให้ไม่ต้องอยู่ใต้บังคับของหลักดังกล่าว กล่าวคือ การที่คู่สัญญาทำข้อตกลงเลือกศาลเนื่องจากข้อตกลงเลือกศาลเป็นเขตอำนาจศาลกรณีพิเศษที่คู่สัญญาตกลงกันว่าจะนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลใดไม่ว่าข้อพิพาทนั้นจะเกิดขึ้นหรือยังไม่ได้เกิดขึ้นก็ตาม ซึ่งมีใช้การเปลี่ยนแปลงหรือตกลงเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจศาลแต่ประการใด หากแต่เป็นเรื่องที่คู่กรณีประสงค์จะตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของประเทศใดประเทศหนึ่ง และนานาประเทศต่างก็ให้การยอมรับและบังคับตาม ถึงกระนั้นก็ตาม การยอมรับและบังคับตามข้อตกลงเลือกศาลในประเทศต่างๆ ก็ยังมีความแตกต่างไม่เป็นเอกรูปตามที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 รวมถึงการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือก (ศาลต่างประเทศ) ในอีกประเทศหนึ่ง (ประเทศที่ได้รับการร้องขอ) อันเป็นมูลเหตุจูงใจในการทำอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 ตามที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 โดยอนุสัญญาดังกล่าวมีบทบัญญัติต่างๆ ที่กำหนดอำนาจและพันธกรณี รวมถึงกลไกต่างๆ ที่ประเทศภาคีต้องปฏิบัติตาม ไม่ว่าจะเป็นเรื่องประเภทของข้อตกลงเลือกศาลที่อนุสัญญามีผลบังคับ เขตอำนาจศาลของศาลที่ได้รับการเลือก ประเภทของสัญญาหลักและข้อพิพาททั้งที่อยู่และไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญา พันธกรณีของศาลที่ไม่ได้รับการเลือก รวมถึงการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกตามที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 และ 5 อันเป็นวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาที่จะส่งเสริมการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศผ่านความร่วมมือทางการศาลโดยการทำให้อำนาจศาลเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์เป็นเอกรูปและเพื่อให้ข้อตกลงเลือกศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่

มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียวมีผลบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพระหว่างคู่สัญญาในคดีพาณิชย์ รวมถึงการใช้บังคับแก่การยอมรับและบังคับคำพิพากษาที่เกิดจากข้อตกลงดังกล่าว¹ ซึ่งการจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว อนุสัญญาได้มีบทบัญญัติหลักๆ อยู่ 3 ประการ ได้แก่ (1) ศาลที่ได้รับการเลือกจำต้องรับพิจารณาคดีที่นำมาฟ้องร้องต่อศาลตามข้อตกลงเลือกศาล (มาตรา 5) (2) ศาลอื่นที่มีไซ้ศาลที่ได้รับการเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลจำต้องปฏิเสธไม่รับพิจารณาคดีที่เกิดหรือเกี่ยวข้องกับข้อตกลงเลือกศาล (มาตรา 6) และ (3) คำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือกจำต้องได้รับการยอมรับและบังคับตามจากศาลที่ได้รับการร้องขอ (มาตรา 8)

ในทางปฏิบัติแล้ว ประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลของศาลที่รับคำฟ้องเป็นประเด็นที่คู่ความได้ใช้เวลาและค่าใช้จ่ายอย่างมากในการต่อสู้กัน เนื่องจากผลคำพิพากษาที่ได้รับจากศาลในประเทศหนึ่งอาจแตกต่างหรือขัดแย้งจากผลคำพิพากษาที่ได้รับจากศาลในอีกประเทศหนึ่ง² จนมีพัฒนาการระหว่างคู่สัญญาเอกชนกันเองโดยการระบุข้อสัญญาหรือข้อตกลงเลือกศาลเพื่อกำหนดว่าศาลของประเทศใดจะเป็นศาลที่พิจารณาพิพากษาข้อพิพาทหรือคดีที่เกิดขึ้นระหว่างตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 จนกลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติของนักธุรกิจและนักลงทุนระหว่างประเทศและถือได้ว่าข้อตกลงเลือกศาลเป็นเงื่อนไขที่สำคัญและจำเป็นในการทำสัญญาแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศและนานาอารยประเทศต่างก็ยอมรับข้อตกลงเลือกศาล จนอาจกล่าวได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล³ ผลดีของการทำข้อตกลงเลือกศาล คือ ทำให้คู่สัญญาสามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นจะได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยศาลของประเทศใด ลดการเอาเปรียบของโจทก์จากการเลือกสถานที่ระงับข้อพิพาทโดยโจทก์ฝ่ายเดียวและลดปัญหาการดำเนินคดีซ้ำซ้อนกันโดยศาลหลายประเทศ แต่ทั้งนี้ การจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่ยอมรับให้องค์กรเอกชนสามารถใช้อำนาจของรัฐในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาศัยความยินยอมของคู่กรณีในการทำสัญญา ระงับข้อพิพาทไว้ล่วงหน้า โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเสรีภาพแก่คู่สัญญาในการกำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทกันเอง อย่างไรก็ตามก็ดี กฎหมายวิธีพิจารณาความซึ่งกำหนดเขตอำนาจ

¹ อารัมภบทของอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 (ดูภาคผนวก ก และ ข)

² สุจินต์ เจนพาณิชย์พงศ์, “ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ”, หน้า 204

³ กนกลักษณ์ อมรรวิทย์, “ปัญหาทางกฎหมายว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ”, หน้า 105

ศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจของประชาชน หากประเทศไทยจะให้การยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยอ้างหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Autonomy of Will) ของคู่สัญญา ทั้งที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับผลการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศที่ชัดเจนเท่ากับเป็นการยอมรับให้มีการจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยทางตุลาการของรัฐโดยที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้ ทั้งอาจเป็นการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยไม่มีขอบเขตจำกัด เพราะไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวโดยเฉพาะ และเมื่อพิจารณาถึงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3537/2546 และ 583/2548 ศาลไทยก็ให้การยอมรับข้อตกลงเลือกศาลที่มีได้กำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียว (non-exclusive choice of court agreement) ตามหลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศแต่เมื่อกล่าวถึงข้อตกลงเลือกศาลใดศาลหนึ่งให้เป็นศาลที่มีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียวยังไม่ชัดเจนว่าศาลไทยจะปฏิบัติอย่างไร หรือกฎหมายหรือหลักกฎหมายที่จะใช้อ้างอิงหรือบังคับคือกฎหมายหรือหลักกฎหมายใด ศาลไทยจะอ้างกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศได้หรือไม่ ตามที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 6 เท่านั้น

การที่ศาลยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศเป็นการที่ศาลเล็งเห็นถึงความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของเอกชนที่มีต่อกัน ถึงกระนั้นก็ตาม การแสดงเจตนาดังกล่าวของเอกชนย่อมต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย เช่น มาตรา 151 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น ทั้งนี้เมื่อพิจารณาว่าข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศมีการยอมรับกันในนานาประเทศจนถือเป็นหลักปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศแล้ว หากประเทศไทยมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ชัดเจนในเรื่องนี้ก็ย่อมเป็นประโยชน์แก่ศาลไทยเพราะเราคงต้องยอมรับว่าธุรกิจการค้าระหว่างประเทศมีส่วนสำคัญอย่างมากในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ หากการให้บังคับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจการค้าระหว่างประเทศในประเทศไทยไม่เป็นไปอย่างมีหลักเกณฑ์อย่างที่ควรเป็นและสอดคล้องกับนานาประเทศแล้วย่อมจะก่อให้เกิดความยุ่งยากสับสนแก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง และจะมีส่วนทำให้หลักกฎหมายไทยขาดการยอมรับนับถือจากต่างประเทศ

นอกจากปัญหาเรื่องการบังคับตามข้อตกลงเลือกศาลแล้วก็ควรตระหนักถึงความสำคัญของการนำคำพิพากษาของศาลหนึ่งไปให้ศาลอีกประเทศหนึ่งยอมรับและบังคับตามด้วย เนื่องจากคู่กรณีอาจจำเป็นต้องกระทำเช่นนั้น และด้วยเหตุที่กฎหมายไทยเองในเรื่องนี้ก็ยังไม่มี

ความชัดเจนต่างๆ ที่เป็นเรื่องที่สำคัญและนานาประเทศต่างก็กฎหมายบัญญัติรองรับไว้ ผู้เขียนเห็นว่าถึงเวลาแล้วที่ประเทศไทยควรจะมีบัญญัติกฎหมายดังกล่าว อย่างไรก็ตามหากประเทศไทยจะมีบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเองเลยโดยไม่อ้างอิงถึงกฎหมายของต่างประเทศหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับใดเลยก็อาจทำให้กฎหมายของไทยมีความเลื่อมล้ำหรือแตกต่างจากนานาประเทศ ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าปัญหาดังกล่าวสามารถแก้ได้ด้วยการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 และนำบทบัญญัติในอนุสัญญาดังกล่าวมาอนุวัติการบัญญัติเป็นกฎหมายไทยตามหลักทวินิยมและแม้ว่าปัจจุบันนี้อนุสัญญาฉบับนี้ยังไม่ผลบังคับใช้กับประเทศใดแต่ก็มีประเทศเม็กซิโกให้สัตยาบันเป็นประเทศแรกเมื่อวันที่ 26 กันยายน พ.ศ. 2550 และประเทศสหรัฐอเมริกาลงนามเมื่อวันที่ 19 มกราคม พ.ศ. 2552 และประชาคมยุโรป (European Community) ลงนามเมื่อวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2552⁴ และประเทศต่างๆ อีกมากมาย เช่น ประเทศแคนาดา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศญี่ปุ่น ที่ให้ความสนใจจะเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญานี้เช่นกัน

อนึ่ง นาย Bralford A. Caffrey กล่าวว่าในปัจจุบันนี้การพัฒนาทางการค้าและคมนาคมระหว่างประเทศได้เจริญรุดหน้าไปไกลมาก นักธุรกิจสามารถทำความเข้าใจความตกลงทางการค้า การขนส่งสินค้าและการบริการระหว่างประเทศได้อย่างรวดเร็ว ทำให้เกิดข้อพิพาทมากขึ้นและเกิดความจำเป็นจะต้องมีวิธีการตกลงระงับข้อพิพาทโดยเร็วและประหยัด และเมื่อได้รับคำตัดสินชี้ขาดของศาลในประเทศหนึ่งแล้วก็สามารถจะนำคำตัดสินชี้ขาดนั้นไปขอให้ศาลประเทศอื่นๆ ให้การรับรองและบังคับตามได้โดยง่ายโดยสะดวกและรวดเร็วโดยไม่ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงในข้อสาระสำคัญ แต่ในปัจจุบันนี้ปรากฏว่าสภาพการณ์เช่นนั้นไม่มีอยู่หรือมีแต่ไม่สมบูรณ์ทำให้เกิดความยุ่งยากเสียเงินทองและเวลามาก และเกิดความไม่แน่นอนในผลที่จะได้รับในการดำเนินคดีด้วย ทั้งนี้เพราะกฎหมายของประเทศต่างๆ ยังล้าหลังและยังแบ่งแยกออกเป็นหลายกลุ่มหลายวิธีการ ความยุ่งยากและไม่แน่นอนที่เกิดขึ้นจากกรณีดังกล่าวจึงเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการค้าและความร่วมมือระหว่างประเทศ ตลอดจนทั้งกระทบต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศต่างๆ ด้วย⁵ แคปเฟรย์ยังกล่าวเน้นด้วยว่าถึงเวลาแล้วที่รัฐบาล ฝ่ายตุลาการและนักกฎหมายของประเทศต่างๆ จะยอมรับและเผชิญความจริงที่ว่าในภาวะที่โลกจะต้องเกี่ยวข้อซึ่งกันและกันและ

⁴ โปรดดูสถานะของอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 ในภาคผนวก ค.

⁵ Bralford A. Caffrey ใน บรรลือ คงจันทร์, “การรับรองและการบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในประเทศกลุ่มลอร์เอเชีย”, *วารสารนิติศาสตร์*, 4 ปีที่ 12 (2525) : หน้า 95

การค้าระหว่างประเทศเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ นี้ บุคคลในชาติต่างๆ จำเป็นจะต้องสลัดความใจแคบ ความ อิจฉาริษยา และความภูมิใจในชาติซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการสร้างความร่วมมือซึ่งกันและกันออกไป และถึงเวลาแล้วที่จะรับรองความเสมอภาคและให้เกียรติเคารพในการกระทำต่างๆ ของกันและ กัน⁶ เพื่อจะอำนวยให้เกิดความร่วมมือซึ่งกันและกันทางการค้าและการเมืองระหว่างประเทศ การพัฒนาทางเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศก็จะเกิดขึ้น⁷

ดังนั้น **ผู้เขียน** เห็นว่าหากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือก ศาล ค.ศ. 2005 แล้วประเทศไทยมีความจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติขึ้นมาหนึ่งฉบับเพื่อให้ สอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญา กล่าวคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาลและ การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ เทียบเคียงพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่มีอนุสัญญากรุงนิวยอร์กเป็นต้นแบบ ประกอบกับการแก้ไขมาตรา 7 พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธี พิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 โดยกำหนดให้ศาล ทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่มีข้อตกลง เลือกศาลในสัญญาแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศ รวมถึงการยอมรับและบังคับตามคำ พิพากษาศาลต่างประเทศตามที่พระราชบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาลและการ ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศกำหนด ซึ่งหากมีปัญหาในการตีความ บทบัญญัติต่างๆ ที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลระหว่างประเทศ ยังได้จัดทำรายงานคำอธิบาย (Explanatory Report) โดย Trevor Hartley และ Masato Dogauchi⁸ เพื่ออธิบายบทบัญญัติต่างๆ ในอนุสัญญารวมถึงการนำไปใช้ โดยให้ศาลที่มีเขต อำนาจในการพิจารณาคดีที่มีข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศ และ การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ คือ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้า ระหว่างประเทศเนื่องจากศาลนี้มีเขตอำนาจครอบคลุมถึงเรื่องระหว่างประเทศอยู่แล้ว รวมถึงผู้ พิพากษาในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศก็เป็นผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจ

⁶ เรื่องเดียวกัน.

⁷ เรื่องเดียวกัน. หน้า 96

⁸ Trevor Hartley & Masato Dogauchi, Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements : Explanatory Report, edited by the Permanent Bureau of the Conference (The Netherlands : Permanent Bureau, 2005)

เกี่ยวกับคดีที่มีลักษณะระหว่างประเทศเป็นอย่างดี ประกอบกับเจ้าหน้าที่ศาลในแผนกต่างๆ ของศาลทรัพย์สินฯ เอง เช่น แผนกรับฟ้อง แผนกส่งหมาย เป็นต้น ก็มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการรับฟ้อง การส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้อง การส่งหมายเรียกพยานให้แก่คู่ความและพยานที่อยู่ต่างประเทศ รวมถึงการสืบพยานที่อยู่ต่างประเทศผ่านระบบ VDO Conference และยังมีข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 ที่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ง่ายโดยอธิบดีผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ตามมาตรา 30 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 จึงเป็นการดีกว่าหากให้ศาลดังกล่าวเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในคดีลักษณะนี้

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กนกลักษณ์ อมรรวิทย์. ปัญหาทางกฎหมายว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ, วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552

กมล สนธิเกษตริน. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 7, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539

คณิง ภาไชยและพันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. อันเนื่องมาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 และ 5809/2539 : ข้อคิดเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศเพื่อเป็นข้อยกเว้นเขตอำนาจศาลไทย. ตุลพาห. ปีที่ 44 เล่ม 4 (ต.ค. – ธ.ค. 2540)

จรัญ ภัคศิธนากุล. สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540. ตุลพาห. ปีที่ 45 เล่ม 1 (มกราคม – มิถุนายน 2541)

จิต เศรษฐบุตร. คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1. พระนคร : โรงพิมพ์แสงทองการพิมพ์, 2512

ชุมพร ปัจจุบันท์และจันทร์ สิ้นศุภฤกษ์. หน่วยที่ 14 การขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ. ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ. มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2551

ชุมพร ปัจจุบันท์. ข้อคิดบางประการเกี่ยวกับการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลของประเทศไทยในทัศนะของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. วารสารกฎหมาย. ปีที่ 17 เล่มที่ 1 (มกราคม 2540)

ชูลีพร วงศ์กิตติรักษ์. การบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลไทยแก่ทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศอังกฤษ, วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537

จิตติพร ตั้งสุรตน์. ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับร่างอนุสัญญาว่าด้วยเขตอำนาจและการยอมรับคำพิพากษาในคดีทรัพย์สินทางปัญญา, วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549

ดาวพฤษ์. แก่ความเข้าใจกรณีตกลงเรื่องอำนาจศาล. วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมาธิราช. ปีที่ 5 เล่มที่ 1 (มิถุนายน 2536)

- บรรลือ คงจันทร์. การรับรองและการบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในประเทศไทย
ลอร์เอเซีย. วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 12 ตอนที่ 4 (2525)
- พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. ปัญหาเงื่อนไขการรับรองคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ.
รายงานวิจัยในโครงการวิจัยเสริมหลักสูตรของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, มิถุนายน 2534
พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2
มาตรา 1 ถึง 240. เนติบัณฑิตยสภา (2502)
- มานิช จรมาศ. ข้อกำหนดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน. ดุลพาน. ปีที่ 12 ตอนที่ 5
(พฤษภาคม 2508)
- วิชัย อาริยะนนทกะ. การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ. ใน รวมบทความ
ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้อง
อนุญาโตตุลาการ เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ,
2540
- สถิตย์ เล็งไธสง. อำนาจศาลตามข้อตกลง. วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช. ปีที่ 4 เล่มที่ 1
(2535)
- สาวิกา สุขานันท์. การบังคับคดีแพ่งตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศโดยศาลไทย : ศึกษา
กรณีเฉพาะคำพิพากษาศาลสิงคโปร์, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539
- สุจินต์ เจนพาณิชย์พงศ์. ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ, วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545
- สุรพล ธรรมสถิต. ความสงบเรียบร้อยของประชาชน. บทบัญญัติ. เล่มที่ 44 ตอนที่ 2 (มิถุนายน
2531)
- สุพิน ศीलอำนวย. ปัญหาการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศโดยศาลไทยต่อการเข้าเป็น
ภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศในกฎหมายพาณิชย์นาวีของประเทศไทย, สารนิพนธ์
ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548
- เสนีย์ ปราโมช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1. พระ
นคร : โรงพิมพ์อักษรสาสน์, 2509.
- อุกฤษ มงคลนาวิน. ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน. บทบัญญัติ. เล่มที่ 32
ตอนที่ 1 (2518)

ภาษาอังกฤษ

- Audrieux, G. Declining Jurisdiction in a Future International Convention on Jurisdiction Judgments – How Can We Benefit from Past Experiences in Conciliating the Two Doctrines of Forum Non Conveniens and Lis Pendens?. 27 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 323, 332 – 326 (2005)
- Behr, V. Enforcement of United States Money Judgments in Germany. 13 J.L. & COM. 211, 222 (1993-94)
- Born, G. B. International Arbitration and Forum Selection Agreements : Drafting and Enforcing. The Netherlands : Kluwer Law International, 2006
- Brand, R.A. and Jablonski, S.R. Forum Non Conveniens – History, Global Practice, and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreements. New York : OXFORD University Press, 2007
- Brand, R.A. Due Process as a Limitation on Jurisdiction in U.S. Courts and a Limitation on the United States at the Hague Conference on Private International Law. 60 U. Pitt. L. Rev. 661 (1999)
- Brand, R.A. and Herrup, P. The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements Commentary and Documents. New York : Cambridge University Press, 2008.
- Buxbaum, H.L. Forum Selection in International Contract Litigation : The Role of Judicial Discretion. (2004) 12 Williamette J. International Law & Dispute Resolution 185
- Cataldo, B.F. Introduction to Law and the Legal Process. New York : John Willy & Sons Inc., 1966
- Daguchi, M. Japan, in Declining Jurisdiction in Private International Law. James J. Fawcett ed., 1995
- Dogauchi, M. The Hague Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters from the Perspective of Japan. 3 JAPANESE Y.B. PRIV. INT'L L. 80, 89 (2001)
- Finley, J.H. Nelson Complete Encyclopedia. New York : J.J.Little & Ives Co., 1937, Volume 19
- Hartley, T.C. The European Union and the Systematic Dismasting of Common Law of Conflict of Laws. 15 INT'L COMP. L.Q. 813, 815 – 821 (2005)

- Hartley, T.C. and Dogauchi, M. Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements : Explanatory Report., edited by the Permanent Bureau of the Conference, The Netherlands : The Hague Conference on Private International Law, 2005
- Johns, F. Performing Party Autonomy. Duke University School of Law, 2008.
- McClellan, D. The Conflict of Laws. fifth edition. London : Sweet & Maxwell LTD., 2000
- Mo, J. International Commercial Law. 2nd edition. Butterworths, 2000
- Naviv, J. Pitman's Commercial Law. 15th ed. London : Sir Issac Pitman & Sons Ltd., 1969
- Nygh, P. Autonomy in International Contract. Oxford University Press, 1999
- Nygh, P. and Pocar, F. Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters. Preliminary Document No. 11 (adopted by Special Commission) The Netherlands : Hague Conference on Private International Law, August 2000.
- Posch, W. The Effects of Jurisdictional Rules and Recognition Practice, Symposium : Resolving Business Disputes Through Litigation or Other Alternatives (2004) 26 Hous. J. International Law 363
- Reus, A. Judicial Discretion : A Comparative View of the Doctrine of Forum Non Conveniens in the United States, the United Kingdom and Germany., 16 LOY. L.A.INT'L & COMP.L.J.
- Schack, H. Germany, in Declining Jurisdiction in Private International Law. James J. Fawcett ed., 1995
- Yelpaala, K., Rubino-Sammartano, M. and Campbell, D. Drafting and Enforcing Contracts in Civil and Common Law Jurisdictions. Devenfer : Kluwer Law and Taxation Publisher, 1986
-Conclusions of the Working Group Meeting on Enforcement of Judgments. Preliminary Document No. 19 of November 1992. The Netherlands : The Hague Conference on Private International Law, 1992
-Preliminary Result of the Work of the Special Commission Concerning the Proposed Convention on International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil

- and Commercial Matters. Information Document (September 1997). The Netherlands : The Hague Conference on Private International Law, 1997
-Special Commission on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters. Working Document No, 144 (20 November 1998). The Netherlands : The Hague Conference on Private International Law, 1998
-Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference 6-20 June 2001. Interim Text, Hague Conference on Private International Law, Commission II, Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters. The Netherlands : The Hague Conference on Private International Law, 2001
-Conclusions of the Working Group Meeting on Enforcement of Judgments. Preliminary Document No. 19 of November 1992. The Netherlands : The Hague Conference on Private International Law, 1992
-Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and the Effects of Judgments in Civil and Commercial Matters. Adopted provisionally by the Special Commission. The Netherlands : The Hague Conference on Private International Law, 1999
-Preliminary Result of the Work of the Informal Working Group on the Judgments Project. Preliminary Document No. 8 of March 2003. The Netherlands : The Hague Conference on Private International Law, 2003
-Electronic Commerce and International Jurisdiction Ottawa, 28 February to 1 March 2000. (Summary of Discussions Prepared by Catherine Kessedjian with the Co-Operation of the Private International Law Team of the Ministry of Justice of Canada) Preliminary Document No. 12 of August 2000. The Netherlands : The Hague Conference on Private International Law, 2000

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

CONVENTION ON CHOICE OF COURT AGREEMENTS

(Concluded 30 June 2005)

The States Parties to the present Convention,

Desiring to promote international trade and investment through enhanced judicial co-operation,

Believing that such co-operation can be enhanced by uniform rules on jurisdiction and on recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters,

Believing that such enhanced co-operation requires in particular an international legal regime that provides certainty and ensures the effectiveness of exclusive choice of court agreements between parties to commercial transactions and that governs the recognition and enforcement of judgments resulting from proceedings based on such agreements,

Have resolved to conclude this Convention and have agreed upon the following provisions -

CHAPTER I – SCOPE AND DEFINITIONS

Article 1 Scope

1. This Convention shall apply in international cases to exclusive choice of court agreements concluded in civil or commercial matters.
2. For the purposes of Chapter II, a case is international unless the parties are resident in the same Contracting State and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, regardless of the location of the chosen court, are connected only with that State.
3. For the purposes of Chapter III, a case is international where recognition or enforcement of a foreign judgment is sought.

Article 2 Exclusions from scope

1. This Convention shall not apply to exclusive choice of court agreements -
 - a) to which a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (a consumer) is a party;
 - b) relating to contracts of employment, including collective agreements.
2. This Convention shall not apply to the following matters -
 - a) the status and legal capacity of natural persons;
 - b) maintenance obligations;
 - c) other family law matters, including matrimonial property regimes and other rights or obligations arising out of marriage or similar relationships;
 - d) wills and succession;
 - e) insolvency, composition and analogous matters;

- f) the carriage of passengers and goods;
 - g) marine pollution, limitation of liability for maritime claims, general average, and emergency towage and salvage;
 - h) anti-trust (competition) matters;
 - i) liability for nuclear damage;
 - j) claims for personal injury brought by or on behalf of natural persons;
 - k) tort or delict claims for damage to tangible property that do not arise from a contractual relationship;
 - l) rights in rem in immovable property, and tenancies of immovable property;
 - m) the validity, nullity, or dissolution of legal persons, and the validity of decisions of their organs;
 - n) the validity of intellectual property rights other than copyright and related rights;
 - o) infringement of intellectual property rights other than copyright and related rights, except where infringement proceedings are brought for breach of a contract between the parties relating to such rights, or could have been brought for breach of that contract;
 - p) the validity of entries in public registers.
3. Notwithstanding paragraph 2, proceedings are not excluded from the scope of this Convention where a matter excluded under that paragraph arises merely as a preliminary question and not as an object of the proceedings. In particular, the mere fact that a matter excluded under paragraph 2 arises by way of defence does not exclude proceedings from the Convention, if that matter is not an object of the proceedings.
 4. This Convention shall not apply to arbitration and related proceedings.
 5. Proceedings are not excluded from the scope of this Convention by the mere fact that a State, including a government, a governmental agency or any person acting for a State, is a party thereto.
 6. Nothing in this Convention shall affect privileges and immunities of States or of international organisations, in respect of themselves and of their property.

Article 3 Exclusive choice of court agreements

For the purposes of this Convention -

- a) "exclusive choice of court agreement" means an agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph c) and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State to the exclusion of the jurisdiction of any other courts;

- b) a choice of court agreement which designates the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State shall be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise;
- c) an exclusive choice of court agreement must be concluded or documented -
 - i) in writing; or
 - ii) by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;
- d) an exclusive choice of court agreement that forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. The validity of the exclusive choice of court agreement cannot be contested solely on the ground that the contract is not valid.

Article 4 Other definitions

1. In this Convention, "judgment" means any decision on the merits given by a court, whatever it may be called, including a decree or order, and a determination of costs or expenses by the court (including an officer of the court), provided that the determination relates to a decision on the merits which may be recognised or enforced under this Convention. An interim measure of protection is not a judgment.
2. For the purposes of this Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be resident in the State -
 - a) where it has its statutory seat;
 - b) under whose law it was incorporated or formed;
 - c) where it has its central administration; or
 - d) where it has its principal place of business.

CHAPTER II – JURISDICTION

Article 5 Jurisdiction of the chosen court

1. The court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that State.
2. A court that has jurisdiction under paragraph 1 shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State.
3. The preceding paragraphs shall not affect rules -
 - a) on jurisdiction related to subject matter or to the value of the claim;
 - b) on the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State. However, where the chosen court has discretion as to whether to transfer a case, due consideration should be given to the choice of the parties.

Article 6 Obligations of a court not chosen

A court of a Contracting State other than that of the chosen court shall suspend or dismiss proceedings to which an exclusive choice of court agreement applies unless -

- a) the agreement is null and void under the law of the State of the chosen court;
- b) a party lacked the capacity to conclude the agreement under the law of the State of the court seised;
- c) giving effect to the agreement would lead to a manifest injustice or would be manifestly contrary to the public policy of the State of the court seised;
- d) for exceptional reasons beyond the control of the parties, the agreement cannot reasonably be performed; or
- e) the chosen court has decided not to hear the case.

Article 7 Interim measures of protection

Interim measures of protection are not governed by this Convention. This Convention neither requires nor precludes the grant, refusal or termination of interim measures of protection by a court of a Contracting State and does not affect whether or not a party may request or a court should grant, refuse or terminate such measures.

CHAPTER III – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 8 Recognition and enforcement

1. A judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall be recognised and enforced in other Contracting States in accordance with this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the grounds specified in this Convention.
2. Without prejudice to such review as is necessary for the application of the provisions of this Chapter, there shall be no review of the merits of the judgment given by the court of origin. The court addressed shall be bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, unless the judgment was given by default.
3. A judgment shall be recognised only if it has effect in the State of origin, and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin.
4. Recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review has not expired. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.
5. This Article shall also apply to a judgment given by a court of a Contracting State pursuant to a transfer of the case from the chosen court in that Contracting State as permitted by Article 5, paragraph 3. However, where the chosen court had discretion as to whether to transfer the case to another court, recognition or enforcement of the judgment may be refused against a party who objected to the transfer in a timely manner in the State of origin.

Article 9 Refusal of recognition or enforcement

Recognition or enforcement may be refused if -

- a) the agreement was null and void under the law of the State of the chosen court, unless the chosen court has determined that the agreement is valid;
- b) a party lacked the capacity to conclude the agreement under the law of the requested State;
- c) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim,
 - i) was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested; or
 - ii) was notified to the defendant in the requested State in a manner that is incompatible with fundamental principles of the requested State concerning service of documents;
- d) the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure;
- e) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State;
- f) the judgment is inconsistent with a judgment given in the requested State in a dispute between the same parties; or
- g) the judgment is inconsistent with an earlier judgment given in another State between the same parties on the same cause of action, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the requested State.

Article 10 Preliminary questions

1. Where a matter excluded under Article 2, paragraph 2, or under Article 21, arose as a preliminary question, the ruling on that question shall not be recognised or enforced under this Convention.
2. Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment was based on a ruling on a matter excluded under Article 2, paragraph 2.
3. However, in the case of a ruling on the validity of an intellectual property right other than copyright or a related right, recognition or enforcement of a judgment may be refused or postponed under the preceding paragraph only where -
 - a) that ruling is inconsistent with a judgment or a decision of a competent authority on that matter given in the State under the law of which the intellectual property right arose; or

- b) proceedings concerning the validity of the intellectual property right are pending in that State.
4. Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment was based on a ruling on a matter excluded pursuant to a declaration made by the requested State under Article 21.

Article 11 Damages

1. Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate a party for actual loss or harm suffered.
2. The court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

Article 12 Judicial settlements (transactions judiciaires)

Judicial settlements (transactions judiciaires) which a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement has approved, or which have been concluded before that court in the course of proceedings, and which are enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin, shall be enforced under this Convention in the same manner as a judgment.

Article 13 Documents to be produced

1. The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce -
 - a) a complete and certified copy of the judgment;
 - b) the exclusive choice of court agreement, a certified copy thereof, or other evidence of its existence;
 - c) if the judgment was given by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;
 - d) any documents necessary to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin;
 - e) in the case referred to in Article 12, a certificate of a court of the State of origin that the judicial settlement or a part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin.
2. If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require any necessary documents.
3. An application for recognition or enforcement may be accompanied by a document, issued by a court (including an officer of the court) of the State of origin, in the form recommended and published by the Hague Conference on Private International Law.

4. If the documents referred to in this Article are not in an official language of the requested State, they shall be accompanied by a certified translation into an official language, unless the law of the requested State provides otherwise.

Article 14 Procedure

The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the requested State unless this Convention provides otherwise. The court addressed shall act expeditiously.

Article 15 Severability

Recognition or enforcement of a severable part of a judgment shall be granted where recognition or enforcement of that part is applied for, or only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under this Convention.

CHAPTER IV – GENERAL CLAUSES

Article 16 Transitional provisions

1. This Convention shall apply to exclusive choice of court agreements concluded after its entry into force for the State of the chosen court.
2. This Convention shall not apply to proceedings instituted before its entry into force for the State of the court seised.

Article 17 Contracts of insurance and reinsurance

1. Proceedings under a contract of insurance or reinsurance are not excluded from the scope of this Convention on the ground that the contract of insurance or reinsurance relates to a matter to which this Convention does not apply.
2. Recognition and enforcement of a judgment in respect of liability under the terms of a contract of insurance or reinsurance may not be limited or refused on the ground that the liability under that contract includes liability to indemnify the insured or reinsured in respect of -
 - a) a matter to which this Convention does not apply; or
 - b) an award of damages to which Article 11 might apply.

Article 18 No legalization

All documents forwarded or delivered under this Convention shall be exempt from legalisation or any analogous formality, including an Apostille.

Article 19 Declarations limiting jurisdiction

A State may declare that its courts may refuse to determine disputes to which an exclusive choice of court agreement applies if, except for the location of the chosen court, there is no connection between that State and the parties or the dispute.

Article 20 Declarations limiting recognition and enforcement

A State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment given by a court of another Contracting State if the parties were resident in the requested State, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, were connected only with the requested State.

Article 21 Declarations with respect to specific matters

1. Where a State has a strong interest in not applying this Convention to a specific matter, that State may declare that it will not apply the Convention to that matter. The State making such a declaration shall ensure that the declaration is no broader than necessary and that the specific matter excluded is clearly and precisely defined.
2. With regard to that matter, the Convention shall not apply -
 - a) in the Contracting State that made the declaration;
 - b) in other Contracting States, where an exclusive choice of court agreement designates the courts, or one or more specific courts, of the State that made the declaration.

Article 22 Reciprocal declarations on non-exclusive choice of court agreements

1. A Contracting State may declare that its courts will recognise and enforce judgments given by courts of other Contracting States designated in a choice of court agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of Article 3, paragraph c), and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, a court or courts of one or more Contracting States (a non-exclusive choice of court agreement).
2. Where recognition or enforcement of a judgment given in a Contracting State that has made such a declaration is sought in another Contracting State that has made such a declaration, the judgment shall be recognised and enforced under this Convention, if -
 - a) the court of origin was designated in a non-exclusive choice of court agreement;
 - b) there exists neither a judgment given by any other court before which proceedings could be brought in accordance with the non-exclusive choice of court agreement, nor a proceeding pending between the same parties in any other such court on the same cause of action; and
 - c) the court of origin was the court first seised.

Article 23 Uniform interpretation

In the interpretation of this Convention, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application.

Article 24 Review of operation of the Convention

The Secretary General of the Hague Conference on Private International Law shall at regular intervals make arrangements for -

- a) review of the operation of this Convention, including any declarations; and
- b) consideration of whether any amendments to this Convention are desirable.

Article 25 Non-unified legal systems

1. In relation to a Contracting State in which two or more systems of law apply in different territorial units with regard to any matter dealt with in this Convention -
 - a) any reference to the law or procedure of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the law or procedure in force in the relevant territorial unit;
 - b) any reference to residence in a State shall be construed as referring, where appropriate, to residence in the relevant territorial unit;
 - c) any reference to the court or courts of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the court or courts in the relevant territorial unit;
 - d) any reference to a connection with a State shall be construed as referring, where appropriate, to a connection with the relevant territorial unit.
2. Notwithstanding the preceding paragraph, a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law apply shall not be bound to apply this Convention to situations which involve solely such different territorial units.
3. A court in a territorial unit of a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law apply shall not be bound to recognise or enforce a judgment from another Contracting State solely because the judgment has been recognised or enforced in another territorial unit of the same Contracting State under this Convention.
4. This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.

Article 26 Relationship with other international instruments

1. This Convention shall be interpreted so far as possible to be compatible with other treaties in force for Contracting States, whether concluded before or after this Convention.
2. This Convention shall not affect the application by a Contracting State of a treaty, whether concluded before or after this Convention, in cases where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Party to the treaty.
3. This Convention shall not affect the application by a Contracting State of a treaty that was concluded before this Convention entered into force for that Contracting State, if applying this Convention would be inconsistent with the obligations of that Contracting State to any non-Contracting State. This paragraph shall also apply to treaties that revise or replace a treaty concluded before this Convention entered into force for that Contracting State, except to the extent that the revision or replacement creates new inconsistencies with this Convention.
4. This Convention shall not affect the application by a Contracting State of a treaty, whether concluded before or after this Convention, for the purposes of obtaining recognition or enforcement of a judgment given by a court of a Contracting State that is

also a Party to that treaty. However, the judgment shall not be recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.

5. This Convention shall not affect the application by a Contracting State of a treaty which, in relation to a specific matter, governs jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments, even if concluded after this Convention and even if all States concerned are Parties to this Convention. This paragraph shall apply only if the Contracting State has made a declaration in respect of the treaty under this paragraph. In the case of such a declaration, other Contracting States shall not be obliged to apply this Convention to that specific matter to the extent of any inconsistency, where an exclusive choice of court agreement designates the courts, or one or more specific courts, of the Contracting State that made the declaration.
6. This Convention shall not affect the application of the rules of a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to this Convention, whether adopted before or after this Convention-
 - a) where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Member State of the Regional Economic Integration Organisation;
 - b) as concerns the recognition or enforcement of judgments as between Member States of the Regional Economic Integration Organisation.

CHAPTER V – FINAL CLAUSES

Article 27 Signature, ratification, acceptance, approval or accession

1. This Convention is open for signature by all States.
2. This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.
3. This Convention is open for accession by all States.
4. Instruments of ratification, acceptance, approval or accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.

Article 28 Declarations with respect to non-unified legal systems

1. If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that the Convention shall extend to all its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.
2. A declaration shall be notified to the depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.
3. If a State makes no declaration under this Article, the Convention shall extend to all territorial units of that State.
4. This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.

Article 29 Regional Economic Integration Organisations

1. A Regional Economic Integration Organisation which is constituted solely by sovereign States and has competence over some or all of the matters governed by this Convention may similarly sign, accept, approve or accede to this Convention. The Regional Economic Integration Organisation shall in that case have the rights and obligations of a Contracting State, to the extent that the Organisation has competence over matters governed by this Convention.
2. The Regional Economic Integration Organisation shall, at the time of signature, acceptance, approval or accession, notify the depositary in writing of the matters governed by this Convention in respect of which competence has been transferred to that Organisation by its Member States. The Organisation shall promptly notify the depositary in writing of any changes to its competence as specified in the most recent notice given under this paragraph.
3. For the purposes of the entry into force of this Convention, any instrument deposited by a Regional Economic Integration Organisation shall not be counted unless the Regional Economic Integration Organisation declares in accordance with Article 30 that its Member States will not be Parties to this Convention.
4. Any reference to a "Contracting State" or "State" in this Convention shall apply equally, where appropriate, to a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to it.

Article 30 Accession by a Regional Economic Integration Organisation without its Member States

1. At the time of signature, acceptance, approval or accession, a Regional Economic Integration Organisation may declare that it exercises competence over all the matters governed by this Convention and that its Member States will not be Parties to this Convention but shall be bound by virtue of the signature, acceptance, approval or accession of the Organisation.
2. In the event that a declaration is made by a Regional Economic Integration Organisation in accordance with paragraph 1, any reference to a "Contracting State" or "State" in this Convention shall apply equally, where appropriate, to the Member States of the Organisation.

Article 31 Entry into force

1. This Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of the second instrument of ratification, acceptance, approval or accession referred to in Article 27.
2. Thereafter this Convention shall enter into force -
 - a) for each State or Regional Economic Integration Organisation subsequently ratifying, accepting, approving or acceding to it, on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;
 - b) for a territorial unit to which this Convention has been extended in accordance with Article 28, paragraph 1, on the first day of the month following the

expiration of three months after the notification of the declaration referred to in that Article.

Article 32 Declarations

1. Declarations referred to in Articles 19, 20, 21, 22 and 26 may be made upon signature, ratification, acceptance, approval or accession or at any time thereafter, and may be modified or withdrawn at any time.
2. Declarations, modifications and withdrawals shall be notified to the depositary.
3. A declaration made at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession shall take effect simultaneously with the entry into force of this Convention for the State concerned.
4. A declaration made at a subsequent time, and any modification or withdrawal of a declaration, shall take effect on the first day of the month following the expiration of three months after the date on which the notification is received by the depositary.
5. A declaration under Articles 19, 20, 21 and 26 shall not apply to exclusive choice of court agreements concluded before it takes effect.

Article 33 Denunciation

1. This Convention may be denounced by notification in writing to the depositary. The denunciation may be limited to certain territorial units of a non-unified legal system to which this Convention applies.
2. The denunciation shall take effect on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date on which the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation shall take effect upon the expiration of such longer period after the date on which the notification is received by the depositary.

Article 34 Notifications by the depositary

The depositary shall notify the Members of the Hague Conference on Private International Law, and other States and Regional Economic Integration Organisations which have signed, ratified, accepted, approved or acceded in accordance with Articles 27, 29 and 30 of the following -

- a) the signatures, ratifications, acceptances, approvals and accessions referred to in Articles 27, 29 and 30;
- b) the date on which this Convention enters into force in accordance with Article 31;
- c) the notifications, declarations, modifications and withdrawals of declarations referred to in Articles 19, 20, 21, 22, 26, 28, 29 and 30;
- d) the denunciations referred to in Article 33.

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Convention.

Done at The Hague, on 30 June 2005, in the English and French languages, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of

the Kingdom of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through diplomatic channels, to each of the Member States of the Hague Conference on Private International Law as of the date of its Twentieth Session and to each State which participated in that Session.

Annex to the Convention: recommended form

<p>RECOMMENDED FORM UNDER THE CONVENTION ON CHOICE OF COURT AGREEMENTS ("THE CONVENTION")</p>	
<p>(Sample form confirming the issuance and content of a judgment given by the court of origin for the purposes of recognition and enforcement under the Convention)</p>	
1.	(THE COURT OF ORIGIN)
	ADDRESS
	TEL.
	FAX
	E-MAIL
2.	CASE / DOCKET NUMBER
3. (PLAINTIFF)
	v.
 (DEFENDANT)
4.	(THE COURT OF ORIGIN) gave a judgment in the above-captioned matter on (DATE) in (CITY, STATE).
5.	This court was designated in an exclusive choice of court agreement within the meaning of Article 3 of the Convention:
	YES <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>
	UNABLE TO CONFIRM <input type="checkbox"/>

6. If yes, the exclusive choice of court agreement was concluded or documented in the following manner:
7. This court awarded the following payment of money *(please indicate, where applicable, any relevant categories of damages included)*:
8. This court awarded interest as follows *(please specify the rate(s) of interest, the portion(s) of the award to which interest applies, the date from which interest is computed, and any further information regarding interest that would assist the court addressed)*:
9. This court included within the judgment the following costs and expenses relating to the proceedings *(please specify the amounts of any such awards, including, where applicable, any amount(s) within a monetary award intended to cover costs and expenses relating to the proceedings)*:
10. This court awarded the following non-monetary relief *(please describe the nature of such relief)*:
11. This judgment is enforceable in the State of origin:
- YES NO
- UNABLE TO CONFIRM
12. This judgment (or a part thereof) is currently the subject of review in the State of origin:
- YES NO
- UNABLE TO CONFIRM
- If "yes" please specify the nature and status of such review:*

13. Any other relevant information:

14. Attached to this form are the documents marked in the following list *(if available)*:

- a complete and certified copy of the judgment;
- the exclusive choice of court agreement, a certified copy thereof, or other evidence of its existence;
- if the judgment was given by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;
- any documents necessary to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin;

(list if applicable):

- in the case referred to in Article 12 of the Convention, a certificate of a court of the State of origin that the judicial settlement or a part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin;
- other documents:

15. Dated thisday of, 20... at

16. Signature and / or stamp by the court or officer of the court:

CONTACT PERSON:

TEL.:

FAX:

E-MAIL:

ภาคผนวก ข

คำแปลภาษาไทยอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005

กรรมสารสุดท้าย (Final Act) ของการประชุมครั้งที่ 20 อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005¹ (ทำเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2005)

ประเทศภาคีของอนุสัญญานี้

มีความประสงค์ที่จะสนับสนุนการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศด้วยวิธีความร่วมมือทางการศาลที่มีการปรับปรุงให้ดีขึ้น

โดยเชื่อว่าความร่วมมือดังกล่าวจะสามารถปรับปรุงให้ดีขึ้นได้ด้วยกฎว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งแพ่งพาณิชย์ที่เป็นเอกรูป

โดยเชื่อว่าความร่วมมือที่มีการให้ขึ้นดังกล่าวประสงค์ที่จะมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศที่แสดงถึงความแน่นอนและรับรองถึงประสิทธิภาพของข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาในธุรกรรมทางพาณิชย์ที่กำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียวและที่บังคับใช้กับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาซึ่งเป็นผลมาจากกระบวนการพิจารณาคดีตามข้อตกลงดังกล่าว

จึงมีมติที่จะเข้าทำอนุสัญญานี้และได้ตกลงกันตามบทบัญญัติต่อไปนี้

หมวดที่ 1 – ขอบเขตและคำนิยาม

มาตรา 1 ขอบเขต

1. อนุสัญญานี้ใช้บังคับกับคดีระหว่างประเทศที่มีการทำข้อตกลงกำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียวในคดีแพ่งหรือพาณิชย์

¹ คำแปลฉบับนี้แปลและเรียบเรียงโดยผู้เขียนเพื่อประโยชน์และความเข้าใจของผู้ที่สนใจ หากมีข้อผิดพลาดประการใดผู้เขียนขออภัยไว้แต่เพียงผู้เดียว

2. เพื่อวัตถุประสงค์ของหมวดที่ 2 คดีที่จะเป็นคดีระหว่างประเทศต้องไม่ใช่คดีที่คู่ความมีถิ่นที่อยู่ในประเทศภาคีเดียวกันและความสัมพันธ์ของคู่ความ รวมถึงองค์ประกอบอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทมีความเกี่ยวข้องกับประเทศนั้นเท่านั้น โดยไม่คำนึงถึงสถานที่ตั้งของศาลที่ได้รับการเลือก
3. เพื่อวัตถุประสงค์ของหมวดที่ 3 คดีระหว่างประเทศนั้นหมายถึงกรณีที่มีการร้องขอให้ยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

มาตรา 2 กรณีที่ไม่อยู่ในขอบเขต

1. อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ใช่บังคับกับข้อตกลงกำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณา คดีแต่เพียงศาลเดียว ในกรณี
 - (เอ) คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลธรรมดา ซึ่งกระทำการโดยมีวัตถุประสงค์ สำคัญในเรื่องส่วนบุคคล ครอบครัว หรือครัวเรือน (ผู้บริโภค)
 - (บี) เกี่ยวข้องกับสัญญาจ้างแรงงาน รวมถึงสัญญากับสหพันธ์ลูกจ้าง
2. อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ใช่บังคับกับกรณีต่อไปนี้
 - (เอ) สถานะและความสามารถตามกฎหมายของบุคคลธรรมดา
 - (บี) ค่าอุปการะเลี้ยงดู
 - (ซี) เรื่องอื่นที่เกี่ยวกับกฎหมายครอบครัว รวมถึงระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา และสิทธิหรือหน้าที่อื่นๆ ที่เกิดจากการสมรส หรือความสัมพันธ์ที่คล้ายคลึงกัน
 - (ดี) พินัยกรรมและการรับมรดก
 - (อี) การล้มละลาย การประนอมหนี้ในคดีล้มละลายและเรื่องอื่นที่คล้ายคลึงกัน
 - (เอฟ) การขนส่งผู้โดยสารและสินค้า
 - (จี) มลพิษทางทะเล การจำกัดความรับผิดเพื่อสิทธิเรียกร้องทางทะเล การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป และการลากจูงและการช่วยเหลือกู้ภัยฉุกเฉิน
 - (เอช) การป้องกันการผูกขาด (การแข่งขันทางการค้า)
 - (ไอ) ความรับผิดเพื่อความเสียหายจากนิวเคลียร์
 - (เจ) สิทธิเรียกร้องเพื่อการบาดเจ็บของบุคคลซึ่งดำเนินคดีโดยหรือในนามของบุคคล ธรรมดา
 - (เค) ละเมิดหรือสิทธิเรียกร้องจากการทำความผิดเพื่อความเสียหายที่เกิดกับทรัพย์สิน ที่มีรูปร่าง ซึ่งมีได้เกิดจากความสัมพันธ์ตามสัญญา

- (แอล) ทรัพย์สินสิทธิในอสังหาริมทรัพย์และสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์
- (เอ็ม) ความสมบูรณ์ โฆษกรรมหรือการเลิกนิติบุคคลและการมีผลบังคับใช้ได้ของมติของนิติบุคคล
- (เอ็น) ความสมบูรณ์ของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา นอกเหนือจากลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง
- (โอ) การละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา นอกเหนือจากลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง เว้นแต่ในกรณีที่มีการฟ้องร้องเกี่ยวกับการละเมิดซึ่งเกิดจากการที่คู่ความไม่ปฏิบัติตามสัญญาเกี่ยวกับสิทธิดังกล่าว หรือที่สามารถดำเนินการฟ้องร้องจากการที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวได้
- (พี) ความสมบูรณ์ของการขึ้นทะเบียนเป็นมหาชน
3. กระบวนพิจารณาคดีจะไม่ถูกตัดออกจากขอบเขตของอนุสัญญานี้แม้จะเป็นกรณีที่ไม่อยู่ในขอบเขตตามที่กำหนดในอนุมาตรา 2 ถ้ากรณีนั้นเป็นเพียงปัญหาเบื้องต้นและมีใช้วัตถุประสงค์ของกระบวนพิจารณา ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงแต่เพียงว่าเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตตามที่กำหนดในอนุมาตรา 2 นั้นเกิดจากการต่อสู้คดี กระบวนพิจารณานั้นก็จะรวมอยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาและถ้ากรณีนั้นมีใช้จุดมุ่งหมายของกระบวนพิจารณา
 4. อนุสัญญานี้ไม่ใช่บังคับกับการอนุญาโตตุลาการและกระบวนพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้อง
 5. กระบวนพิจารณาจะยังอยู่ในขอบเขตของอนุสัญญานี้ แม้จะมีข้อเท็จจริงว่าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นประเทศ รวมถึงรัฐบาล หน่วยงานราชการหรือบุคคลที่กระทำการในนามของประเทศ
 6. บทบัญญัติในอนุสัญญานี้จะไม่กระทบถึงเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของประเทศต่างๆ หรือขององค์กระระหว่างประเทศต่างๆ ซึ่งเกี่ยวกับประเทศต่างๆ หรือองค์กระระหว่างประเทศต่างๆ และทรัพย์สินของประเทศต่างๆ และองค์กระระหว่างประเทศ

มาตรา 3

ข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียว

เพื่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้

- (เอ) “ข้อตกลงกำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียว” หมายความว่า ข้อตกลงคู่สัญญาตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปเข้าทำโดยครบเงื่อนไขตามข้อ ซี)

และกำหนดให้ศาลต่างๆ ของประเทศภาคีหนึ่ง หรือศาลเฉพาะตั้งแต่หนึ่งศาลขึ้นไปของ ประเทศภาคีหนึ่งเพื่อให้ตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ทาง กฎหมายโดยตัดเขตอำนาจศาลของศาลอื่นๆ

- (บี) ข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลต่างๆ ของประเทศหนึ่งหรือศาลเฉพาะตั้งแต่หนึ่งศาล ขึ้นไปของประเทศภาคีหนึ่งจะถือว่าเป็นข้อตกลงกำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ พิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียว เว้นแต่คู่ความจะกำหนดเป็นอย่างอื่นโดยชัดแจ้ง
- (ซี) ข้อตกลงกำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียวจำต้องทำ หรือมีเอกสาร
- (1) เป็นหนังสือ หรือ
 - (2) โดยรูปแบบการสื่อสารอื่นซึ่งมีข้อมูลที่สามารถเข้าถึงได้และสามารถใช้อ้างอิงใน ภายหลังได้
- (ดี) ข้อตกลงกำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียว ซึ่งเป็น ส่วนหนึ่งของสัญญาจะถือว่าเป็นข้อตกลงแยกต่างหากจากข้อกำหนดอื่นๆ ของสัญญา การมีผลบังคับใช้ได้ของข้อตกลงกำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่ เพียงศาลเดียวไม่สามารถถูกโต้แย้งเพียงเพราะสัญญาไม่มีผลบังคับใช้ได้

มาตรา 4 คำนิยามอื่นๆ

1. ในอนุสัญญานี้คำว่า “คำพิพากษา” หมายความว่า คำตัดสินใดๆ ในเนื้อหาสาระของคดีที่ ศาลหนึ่งออกให้ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร รวมถึงคำบังคับหรือคำสั่งและการกำหนด ค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายที่กำหนดโดยศาล (รวมถึงเจ้าหน้าที่ศาล) แต่ทั้งนี้การกำหนด นั้นต้องเกี่ยวกับคำตัดสินในเนื้อหาสาระของคดีที่อาจได้รับการยอมรับหรือบังคับตาม อนุสัญญานี้ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวมิใช่คำพิพากษา
2. เพื่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้ องค์กรหรือบุคคลที่มีใช้บุคคลธรรมดาจะถือว่ามีถิ่นที่อยู่ใน ประเทศ เมื่อ
 - (เอ) สถานประกอบการตามตราสารจัดตั้งฯ อยู่
 - (บี) ก่อตั้งหรือจัดตั้งตามกฎหมายของประเทศนั้น
 - (ซี) สถานบริหารจัดการที่เป็นศูนย์กลางตั้งอยู่
 - (ดี) สถานประกอบธุรกิจแห่งใหญ่ตั้งอยู่

หมวดที่ 2 - เขตอำนาจศาล

มาตรา 5 เขตอำนาจศาลของศาลที่ได้รับการเลือก

1. ศาลหรือศาลต่างๆ ของประเทศภาคีที่ได้รับการกำหนดไว้ในข้อตกลงกำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียวเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการตัดสินข้อพิพาทซึ่งข้อตกลงนั้นบังคับใช้ เว้นแต่ข้อตกลงจะไม่มีผลและตกเป็นโมฆะตามกฎหมายของประเทศนั้น
2. ศาลใดศาลหนึ่งที่มีเขตอำนาจตามอนุมาตรา (1) ต้องไม่ปฏิเสธเขตอำนาจศาลแต่เพียงศาลเดียวเพราะเหตุว่าข้อพิพาทควรได้รับการตัดสินในศาลใดศาลหนึ่งของอีกประเทศหนึ่ง
3. บทบัญญัติในอนุมาตราต่างๆ ข้างต้นไม่มีผลกระทบต่อกฎ
 - (เอ) ว่าด้วยเขตอำนาจศาลซึ่งเกี่ยวกับเนื้อหาของคดีหรือมูลค่าของสิทธิเรียกร้อง
 - (บี) ว่าด้วยการจัดสรรเขตอำนาจศาลภายในของประเทศภาคี อย่างไรก็ตาม ในกรณีศาลที่ได้รับการเลือกมีดุลพินิจว่าจะทำการโอนคดีหรือไม่ควรจะให้คู่ความเป็นผู้พิจารณาเลือกด้วย

มาตรา 6 พันธกรณีของศาลที่ไม่ได้รับการเลือก

ศาลใดศาลหนึ่งของประเทศภาคีนอกเหนือจากศาลที่ได้รับการเลือกจำต้องระงับหรือจำหน่ายคดีซึ่งมีข้อตกลงกำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียวบังคับใช้ เว้นแต่

- (เอ) ข้อตกลงไม่มีผลและตกเป็นโมฆะตามกฎหมายของประเทศของศาลที่ได้รับการเลือก
- (บี) คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบกพร่องในเรื่องความสามารถที่จะเข้าทำข้อตกลงตามกฎหมายของประเทศของศาลที่รับคำฟ้อง
- (ซี) ผลของข้อตกลงนำไปสู่การแสดงให้เห็นถึงความไม่ยุติธรรม หรือแสดงให้เห็นว่าขัดกับความสงบเรียบร้อยของประเทศของศาลที่รับคำฟ้อง
- (ดี) มีเหตุยกเว้นซึ่งอยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่ความที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามข้อตกลงอันมีเหตุสมควร หรือ

(อี) ศาลที่ได้รับการเลือกตั้งซึ่งจะไม่รับพิจารณาคดี

มาตรา 7 มาตรการคุ้มครองชั่วคราว

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาฉบับนี้ อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ประสงค์ที่จะอนุญาตหรือห้ามมิให้อนุญาต หรือปฏิเสธหรือเพิกถอนมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลของประเทศภาคีและไม่ประสงค์ให้มีผลบังคับใดๆ ไม่ว่าคู่สัญญาจะร้องขอหรือไม่ก็ตาม หรือศาลควรจะอนุญาต ปฏิเสธหรือเพิกถอนมาตรการดังกล่าว

หมวดที่ 3 – การยอมรับและบังคับตาม

มาตรา 8 การยอมรับและบังคับตาม

1. คำพิพากษาของศาลของประเทศภาคีซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียวตามข้อตกลงเลือกศาลจะได้รับการยอมรับและบังคับตามหมวดนี้ การยอมรับหรือบังคับอาจถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลตามที่บัญญัติในอนุสัญญานี้เท่านั้น
2. โดยไม่กระทบถึงการพิจารณาเท่าที่จำเป็นของการบังคับตามบทบัญญัติในหมวดนี้ จะไม่มีการพิจารณาในเนื้อหาของสาระของคำพิพากษาของศาลที่ทำคำพิพากษา ศาลที่ได้รับการร้องขอจะต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยในข้อเท็จจริงของศาลที่ทำคำพิพากษาซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ เว้นแต่จะเป็นคำพิพากษาโดยขาดนัด
3. คำพิพากษาจะต้องได้รับการยอมรับก็ต่อเมื่อคำพิพากษานั้นมีผลในประเทศที่ทำการพิจารณาคดีและจะได้รับการบังคับตามก็ต่อเมื่อคำพิพากษานั้นสามารถได้รับการบังคับตามในประเทศที่ทำคำพิพากษา
4. การยอมรับหรือการบังคับอาจถูกเลื่อนหรือปฏิเสธในกรณีที่คำพิพากษากำลังอยู่ระหว่างการพิจารณาของประเทศที่ทำคำพิพากษา หรือยังไม่สิ้นกำหนดระยะเวลาในการขอให้มีการพิจารณาอย่างสามัญ การปฏิเสธมิได้เป็นอุปสรรคในการขอให้มีการยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาในภายหลัง
5. บทบัญญัติในมาตรานี้มีผลบังคับใช้กับคำพิพากษาของศาลของประเทศภาคีซึ่งได้รับการโอนคดีมาจากศาลที่ได้รับการเลือกในประเทศภาคีนั้นตามที่มาตรา 5 (3) กำหนด อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ศาลที่ได้รับการเลือกมีดุลพินิจว่าจะโอนคดีไปยังศาลอื่นหรือไม่ คำ

พิพาทอาจถูกปฏิเสธไม่ได้รับการยอมรับหรือบังคับตามหากบังคับเข้ากับคู่ความฝ่ายที่คัดค้านการโอนคดีภายในเวลาที่กำหนดในประเทศที่ทำคำพิพากษา

มาตรา 9 การปฏิเสธการยอมรับหรือบังคับตาม

คำพิพากษาอาจถูกปฏิเสธไม่ได้รับการยอมรับหรือบังคับตามหาก

- (เอ) ข้อตกลงเลือกศาลไม่มีผลและตกเป็นโมฆะตามกฎหมายของประเทศของศาลที่ได้รับการเลือก เว้นแต่ศาลที่ได้รับการเลือกตั้งตัดสินว่าข้อตกลงนั้นมีผลบังคับใช้ได้
- (บี) คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบกพร่องเรื่องความสามารถในการทำข้อตกลงตามกฎหมายของศาลที่ได้รับการร้องขอ
- (ซี) เอกสารฟ้องร้องดำเนินคดี หรือเทียบเท่า รวมถึงองค์ประกอบอื่นที่จำเป็นต่อสิทธิเรียกร้อง
 - (1) มิได้บอกกล่าวแจ้งแก่จำเลยในเวลาที่เพียงพอและโดยวิธีที่จำเลยจะสามารถเตรียมข้อต่อสู้ของตน เว้นแต่จำเลยได้ปรากฏตัวเข้าสู่ต่อสู้คดีโดยมิได้โต้แย้งเรื่องการบอกกล่าวต่อศาลที่ทำคำพิพากษา แต่ทั้งนี้กฎหมายของประเทศที่ทำคำพิพากษาจะต้องอนุญาตให้ได้แย้งได้ หรือ
 - (2) มีการบอกกล่าวแก่จำเลยในประเทศที่ได้รับการร้องขอโดยวิธีที่ขัดต่อหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการส่งหมายของประเทศที่ได้รับการร้องขอ
- (ดี) คำพิพากษาได้มาโดยกระบวนการวิธีพิจารณาที่ฉ้อฉล
- (อี) การยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศที่ได้รับการร้องขอ รวมถึงมีเหตุการณ์ที่ทำให้กระบวนการวิธีพิจารณาความในการทำคำพิพากษาขัดกับหลักการพื้นฐานของการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาโดยยุติธรรมของประเทศนั้น
- (เอฟ) คำพิพากษาไม่สอดคล้องกับคำพิพากษาของประเทศที่ได้รับการร้องขอในข้อพิพาทระหว่างคู่ความเดียวกัน
- (จี) คำพิพากษาไม่สอดคล้องกับคำพิพากษาในคดีก่อนของอีกประเทศหนึ่งระหว่างคู่ความเดียวกันในมูลคดีเดียวกัน แต่ทั้งนี้คำพิพากษาในคดีก่อนต้องเข้าเงื่อนไขที่จำเป็นในการได้รับการยอมรับในประเทศที่ได้รับการร้องขอ

มาตรา 10 ประเด็นปัญหาเบื้องต้น

1. ในกรณีที่เกี่ยวข้องที่ไม่อยู่ในขอบเขตตามมาตรา 2 (2) หรือมาตรา 21 ถูกหยิบยกขึ้นเป็นประเด็นปัญหาเบื้องต้น คำวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นปัญหาดังกล่าวจะต้องไม่ได้รับการยอมรับหรือบังคับตามอนุสัญญานี้
2. คำพิพากษาอาจถูกปฏิเสธไม่ได้รับการยอมรับหรือบังคับตามหากคำพิพากษานั้นมีที่มาจากคำวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตตามมาตรา 2 (2)
3. อย่างไรก็ตาม ในกรณีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา นอกเหนือจากลิขสิทธิ์หรือสิทธิข้างเคียง คำพิพากษาอาจถูกปฏิเสธไม่ได้รับการยอมรับหรือบังคับตามหรือถูกเลื่อนตามอนุมาตราก่อนในกรณีต่อไปนี้เท่านั้น
 - (เอ) คำวินิจฉัยนั้นไม่สอดคล้องกับคำพิพากษาหรือคำตัดสินของหน่วยงานที่มีอำนาจเกี่ยวกับเรื่องนั้นซึ่งได้รับตามกฎหมายของประเทศที่เกิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หรือ
 - (บี) อยู่ระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาความเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศนั้น
4. คำพิพากษาอาจถูกปฏิเสธไม่ได้รับการยอมรับหรือบังคับตามหากคำพิพากษานั้นมาจากคำวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตตามคำประกาศของประเทศที่ได้รับการร้องขอตามมาตรา 21

มาตรา 11 ค่าเสียหาย

1. คำพิพากษาอาจถูกปฏิเสธไม่ได้รับการยอมรับหรือบังคับตามหากคำพิพากษานั้นกำหนดให้ชำระค่าเสียหาย รวมถึงค่าเสียหายที่สูงกว่าความเสียหายที่แท้จริงหรือค่าเสียหายเชิงลงโทษซึ่งมิได้ชดเชยความเสียหายหรือความทุกข์ทรมานที่คู่ความได้รับจริง
2. ศาลที่ได้รับการร้องขอต้องพิจารณาด้วยว่าค่าเสียหายที่ศาลที่ทำคำพิพากษากำหนดให้ครอบคลุมถึงค่าธรรมเนียมศาลและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีหรือไม่

มาตรา 12 สัญญาประนีประนอมยอมความ

สัญญาประนีประนอมยอมความซึ่งศาลที่ได้รับการเลือกของประเทศภาคีตามข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียวอนุวัติ หรือทำกันในขณะอยู่ระหว่างการพิจารณาและสามารถได้รับการบังคับเช่นเดียวกับคำพิพากษาในประเทศที่พิจารณาคดี สัญญาประนีประนอมยอมความนั้นก็จะต้องได้รับการบังคับตามอนุสัญญานี้

มาตรา 13 เอกสารที่ต้องใช้ยื่น

1. คู่ความฝ่ายที่ร้องขอให้มีการยอมรับหรือบังคับตามจะต้องยื่น
 - (เอ) สำเนาถูกต้องคำพิพากษาฉบับเต็ม
 - (บี) สำเนาถูกต้องข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียว หรือหลักฐานที่แสดงถึงความมีอยู่ของข้อตกลงเลือกศาล
 - (ซี) ในกรณีคำพิพากษาโดยขาดนัด ต้นฉบับ หรือสำเนาถูกต้องเอกสารที่แสดงถึงการฟ้องร้องดำเนินคดีหรือเทียบเท่าซึ่งแสดงว่าได้บอกกล่าวแก่คู่ความฝ่ายที่ขาดนัด
 - (ดี) เอกสารอื่นใดที่จำเป็นเพื่อแสดงให้เห็นว่าคำพิพากษานั้นมีผลบังคับ หรือสามารถบังคับใช้ได้ในประเทศที่ทำคำพิพากษา
 - (อี) หากมีกรณีตามที่อ้างถึงในมาตรา 12 หนังสือรับรองของศาลของประเทศที่คำพิพากษาซึ่งแสดงให้เห็นว่าสัญญาประนีประนอมยอมความในศาลหรือบางส่วนสามารถบังคับตามด้วยวิธีการเดียวกันกับประเทศที่ทำคำพิพากษา
2. ในกรณีที่คำพิพากษากำหนดมิให้ศาลที่ได้รับการร้องขอตรวจสอบว่าได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในหมวดนี้ ศาลดังกล่าวสามารถร้องขอเอกสารใดๆ ที่จำเป็นก็ได้
3. คำร้องขอให้ยอมรับหรือบังคับตามอาจแนบเอกสารที่ออกโดยศาล (รวมถึงเจ้าหน้าที่ศาล) ของประเทศที่ทำคำพิพากษา ในรูปแบบที่แนะนำและเผยแพร่โดยที่ประชุมกรงเฮกกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล
4. หากเอกสารที่อ้างถึงในมาตรานี้มิได้ทำขึ้นเป็นภาษาราชการของประเทศที่ได้รับการร้องขอ เอกสารดังกล่าวต้องยื่นมาพร้อมคำแปลถูกต้องเป็นภาษาราชการนั้น เว้นแต่กฎหมายของประเทศที่ได้รับการร้องขอจะกำหนดเป็นอย่างอื่น

มาตรา 14 กระบวนวิธีพิจารณาความ

กระบวนวิธีพิจารณาความเกี่ยวกับการยอมรับ การประกาศถึงความสามารถในการบังคับ หรือการขึ้นทะเบียนการบังคับและการบังคับตามคำพิพากษาให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ได้รับ การร้องขอ เว้นแต่อนุสัญญานี้จะกำหนดเป็นอย่างอื่น ศาลที่ได้รับการร้องขอจำต้องดำเนินการด้วยความรวดเร็ว

มาตรา 15 การมีผลบังคับบางส่วน

การยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาบางส่วนจะต้องได้รับการอนุมัติก็ต่อเมื่อการยอมรับหรือ บังคับคำพิพากษานั้นเป็นการร้องขอในส่วนที่สามารถได้รับการยอมรับหรือบังคับตามอนุสัญญานี้

หมวดที่ 4 – บทบัญญัติทั่วไป

มาตรา 16 บทเฉพาะกาล

1. อนุสัญญานี้จะต้องมีผลบังคับใช้กับข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียวที่ทำขึ้นหลังจากอนุสัญญามีผลบังคับใช้กับประเทศของศาลที่ได้รับการเลือก
2. อนุสัญญานี้จะต้องไม่มีผลบังคับใช้กับกระบวนวิธีพิจารณาความที่ฟ้องร้องดำเนินคดีก่อน อนุสัญญามีผลบังคับใช้กับประเทศของศาลที่รับคำฟ้อง

มาตรา 17 สัญญาประกันภัยและสัญญาประกันภัยต่อ

1. กระบวนวิธีพิจารณาความเกี่ยวกับสัญญาประกันภัยหรือสัญญาประกันภัยต่อไม่ถูกตัดออกจากขอบเขตของอนุสัญญาเพียงเพราะสัญญาประกันภัยหรือสัญญาประกันภัยต่อ นั้นเกี่ยวข้องกับเรื่องที่อนุสัญญาไม่มีผลบังคับใช้
2. การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาเกี่ยวกับความรับผิดชอบตามข้อกำหนดในสัญญาประกันภัยหรือสัญญาประกันภัยต่อไม่สามารถถูกจำกัดหรือปฏิเสธเพียงเพราะเป็นความ

รับผิดชอบตามสัญญาดังกล่าวซึ่งรวมถึงความรับผิดชอบใช้ให้แก่ผู้เอาประกันภัยหรือผู้เอาประกันภัยต่อเกี่ยวกับ

(เอ) เรื่องที่อนุสัญญาไม่มีผลบังคับใช้

(บี) ให้ชดใช้ค่าเสียหายตามที่กำหนดในมาตรา 11

มาตรา 18 การไม่ต้องทำให้ถูกต้องตามกฎหมาย

เอกสารทั้งหมดที่ต้องส่งต่อหรือส่งมอบตามอนุสัญญานี้ได้รับยกเว้นไม่จำเป็นต้องทำให้ถูกต้องตามกฎหมาย หรือแบบพิธีที่คล้ายคลึงกัน รวมถึงการ Apostille

มาตรา 19 คำประกาศจำกัดเขตอำนาจศาล

ประเทศใดประเทศหนึ่งสามารถทำคำประกาศว่าศาลของประเทศตนสามารถปฏิเสธไม่รับพิจารณาตัดสินข้อพิพาทซึ่งข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียวมีผลบังคับใช้หากไม่มีความเกี่ยวพันระหว่างประเทศนั้นและคู่สัญญาหรือข้อพิพาท เว้นแต่ศาลที่ได้รับการเลือก

มาตรา 20 คำประกาศจำกัดการยอมรับและบังคับตาม

ประเทศใดประเทศหนึ่งสามารถทำคำประกาศว่าศาลของประเทศตนสามารถปฏิเสธไม่ยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาของศาลของอีกประเทศภาคีหนึ่งหากคู่ความมีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่ได้รับการร้องขอและความสัมพันธ์ระหว่างคู่ความและองค์ประกอบอื่นๆ เกี่ยวกับข้อพิพาทเว้นแต่สถานที่ตั้งของศาลที่ได้รับการเลือกเกี่ยวข้องกับประเทศที่ได้รับการร้องขอเท่านั้น

มาตรา 21 คำประกาศเกี่ยวกับเรื่องใดเป็นการเฉพาะ

1. ในกรณีที่ประเทศใดประเทศหนึ่งมีส่วนได้เสียอย่างมากที่จะไม่บังคับใช้อนุสัญญานี้กับเรื่องใดเป็นการเฉพาะ ประเทศนั้นสามารถทำคำประกาศว่าอนุสัญญานี้จะไม่มีผลบังคับใช้กับเรื่องนั้น ประเทศที่ทำคำประกาศดังกล่าวจะต้องแน่ใจว่าคำประกาศนั้นไม่มีเนื้อหา

กว้างเกินกว่าเท่าที่จำเป็นและเรื่องเป็นการเฉพาะที่ไม่อยู่ในบังคับนั้นมีการกำหนดอย่างชัดแจ้งและแน่นอน

2. ในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องใดเป็นการเฉพาะ อนุสัญญานี้จะไม่มีผลบังคับใช้
 - (เอ) ในประเทศภาคีที่ทำคำประกาศ
 - (บี) ในประเทศภาคีอื่นๆ กรณีที่ข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลต่างๆ หรือศาลเฉพาะศาลหนึ่งหรือหลายศาลของประเทศที่ทำคำประกาศนั้นมีเขตอำนาจแต่เพียงศาลเดียว

มาตรา 22

คำประกาศต่างตอบแทนเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี

1. ประเทศภาคีใดภาคีหนึ่งสามารถทำคำประกาศว่าศาลของประเทศตนจะยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลของประเทศภาคีอื่นๆ ซึ่งเป็นศาลที่ได้รับการเลือกที่คู่สัญญาตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปกำหนดในข้อตกลงเลือกศาลและครบเงื่อนไขตามมาตรา 3 อนุมาตรา (ซี) และกำหนดศาลใดศาลหนึ่งหรือหลายศาลของประเทศภาคีตั้งแต่หนึ่งประเทศขึ้นไปเพื่อให้ตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางกฎหมาย (ข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี)
2. กรณีมีการร้องขอให้ยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาของประเทศภาคีซึ่งทำคำประกาศดังกล่าวในอีกประเทศภาคีหนึ่งซึ่งทำคำประกาศดังกล่าวเช่นกัน คำพิพากษาจะได้รับการยอมรับและบังคับตามอนุสัญญานี้หาก
 - (เอ) ศาลที่ทำคำพิพากษาซึ่งเป็นศาลที่ได้รับการเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี
 - (บี) ไม่มีคำพิพากษาของศาลอื่นใดมาก่อนซึ่งสามารถนำมาร้องขอได้ตามข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ตัดเขตอำนาจศาลอื่นในการพิจารณาคดี หรือไม่มีกระบวนการพิจารณาความใดค้างอยู่ระหว่างคู่ความเดียวกันและมูลคดีเดียวกันในอีกศาลหนึ่งดังกล่าว
 - (ซี) ศาลที่ทำคำพิพากษาเป็นศาลแรกที่รับคำฟ้อง

มาตรา 23 การตีความเป็นเอก रूप

การตีความอนุสัญญาจะต้องคำนึงถึงลักษณะของความเป็นระหว่างประเทศและความต้องการที่จะสนับสนุนความเป็นเอก रूपแก่การบังคับใช้อนุสัญญา

มาตรา 24 การพิจารณาการดำเนินการตามอนุสัญญา

เลขาธิการของที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลจะต้องจัดให้มีการดำเนินการต่อไปนี้เป็นปกติ

- (เอ) การพิจารณาการดำเนินการตามอนุสัญญา รวมถึงคำประกาศใดๆ และ
- (บี) การพิจารณาว่าจำเป็นต้องแก้ไขอนุสัญญาหรือไม่

มาตรา 25 ระบบกฎหมายหลายระบบ

1. ประเทศภาคีที่มีกฎหมายตั้งแต่สองระบบขึ้นไปในดินแดนอาณาเขตต่างๆ กันเกี่ยวกับเรื่องที่ยกข้อยกเว้นในอนุสัญญานี้
 - (เอ) เมื่อมีการอ้างถึงกฎหมายหรือวิธีพิจารณาความของประเทศให้ตีความว่าหมายถึงกฎหมายหรือวิธีพิจารณาความที่มีผลบังคับใช้ในดินแดนอาณาเขตที่เกี่ยวข้อง
 - (บี) เมื่อมีการอ้างถึงถิ่นที่อยู่ในประเทศให้ตีความว่าหมายถึงในดินแดนอาณาเขตที่เกี่ยวข้อง
 - (ซี) เมื่อมีการอ้างถึงศาลหรือศาลต่างๆ ของประเทศใดประเทศหนึ่งให้ตีความว่าหมายถึงศาลหรือศาลต่างๆ ในดินแดนอาณาเขตที่เกี่ยวข้อง
 - (ดี) เมื่อมีการอ้างถึงความเกี่ยวข้องกับประเทศใดประเทศหนึ่งให้ตีความว่าหมายถึงความเกี่ยวข้องกับในดินแดนอาณาเขตที่เกี่ยวข้อง
2. โดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติในอนุญัตติก่อน ประเทศภาคีหนึ่งซึ่งมีดินแดนอาณาเขตตั้งแต่สองดินแดนอาณาเขตขึ้นไปและมีกฎหมายหลายระบบแตกต่างกันบังคับใช้จะไม่ผูกพันให้ต้องบังคับใช้อนุสัญญาในกรณีที่มีความเกี่ยวข้องกับดินแดนอาณาเขตเหล่านั้นเท่านั้น

3. ศาลใดศาลหนึ่งในดินแดนอาณาเขตหนึ่งของประเทศภาคีซึ่งมีดินแดนอาณาเขตตั้งแต่สองดินแดนอาณาเขตขึ้นไปและมีกฎหมายหลายระบบแตกต่างกันบังคับใช้จะไม่ผูกพันให้ต้องยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาของอีกประเทศภาคีหนึ่งเพียงเพราะคำพิพากษาได้รับการยอมรับหรือบังคับตามในอีกดินแดนอาณาเขตของประเทศภาคีเดียวกันตามอนุสัญญานี้
4. มาตรานี้ไม่มีผลบังคับใช้กับองค์กรที่รวมตัวกันเพื่อเศรษฐกิจภูมิภาค

มาตรา 26 ความสัมพันธ์กับตราสารระหว่างประเทศอื่นๆ

1. อนุสัญญานี้จะต้องได้รับการตีความให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาอื่นๆ ที่มีผลบังคับใช้กับประเทศภาคีนั้นๆ เท่าที่เป็นไปได้ ไม่ว่าสนธิสัญญาดังกล่าวจะเข้าทำก่อนหรือหลังอนุสัญญานี้
2. อนุสัญญานี้จะไม่มีผลกระทบต่อการใช้สนธิสัญญาของประเทศภาคีในกรณีที่ไม่มีความฝ่ายใดมีถิ่นที่อยู่ในประเทศภาคีซึ่งมิใช่ภาคีของสนธิสัญญา ไม่ว่าเข้าทำก่อนหรือหลังอนุสัญญานี้
3. อนุสัญญานี้จะไม่มีผลกระทบต่อการใช้สนธิสัญญาของประเทศภาคีซึ่งเข้าทำก่อนอนุสัญญานี้มีผลใช้บังคับกับประเทศภาคีนั้น หากการบังคับใช้อนุสัญญานี้จะเป็นการไม่สอดคล้องกับหน้าที่ของประเทศภาคีนั้นที่มีต่อประเทศซึ่งมิใช่ภาคีอนุสัญญานี้ บทบัญญัติอนุमतรานี้ใช้บังคับกับสนธิสัญญาฉบับแก้ไข หรือฉบับแทนที่สนธิสัญญาฉบับซึ่งเข้าทำก่อนอนุสัญญานี้มีผลใช้บังคับกับประเทศภาคีนั้นด้วย เว้นแต่การแก้ไข หรือการแทนที่ก่อให้เกิดความไม่สอดคล้องใหม่ต่ออนุสัญญานี้
4. อนุสัญญานี้จะไม่มีผลกระทบต่อการใช้สนธิสัญญาเกี่ยวกับการที่ประเทศภาคียอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาของศาลของประเทศภาคีหนึ่งซึ่งเป็นภาคีของสนธิสัญญาดังกล่าวด้วย ไม่ว่าเข้าทำก่อนหรือหลังอนุสัญญานี้ อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาจะต้องไม่ได้รับการยอมรับหรือบังคับน้อยกว่าที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญานี้
5. อนุสัญญานี้จะไม่มีผลกระทบต่อการใช้สนธิสัญญาของประเทศภาคีเกี่ยวกับเรื่องเฉพาะว่าด้วยเขตอำนาจศาล หรือการยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาอนุสัญญานี้ แม้จะเข้าทำหลังจากอนุสัญญานี้และแม้ประเทศทั้งหมดที่เกี่ยวข้องจะเป็นภาคีอนุสัญญานี้ บทบัญญัติในอนุमतรานี้จะมีผลบังคับใช้ก็ต่อเมื่อประเทศภาคีทำคำประกาศเกี่ยวกับสนธิสัญญาตามอนุमतรานี้ ในกรณีของคำประกาศดังกล่าวประเทศภาคีอื่นๆ ไม่มีหน้าที่

บังคับใช้อนุสัญญาฉบับนี้กับเรื่องเฉพาะดังกล่าวในส่วนที่ไม่สอดคล้องเมื่อข้อตกลงกำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียวกำหนดให้ศาลต่างๆ หรือศาลเฉพาะตั้งแต่หนึ่งศาลขึ้นไปของประเทศภาคีที่ทำคำประกาศ

6. อนุสัญญาฉบับนี้จะไม่มีผลกระทบต่อการใช้กฎเกณฑ์ขององค์กรที่รวมตัวกันเพื่อเศรษฐกิจภูมิภาคซึ่งเป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้ ไม่ว่าจะรับกฎเกณฑ์นั้นก่อนหรือหลังอนุสัญญาฉบับนี้
 - (เอ) ในกรณีที่ไม่มีความฝ่ายใดมีถิ่นที่อยู่ในประเทศภาคีหนึ่งที่มีใช้ประเทศสมาชิกขององค์กรที่รวมตัวกันเพื่อเศรษฐกิจภูมิภาค
 - (บี) ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาระหว่างประเทศสมาชิกขององค์กรที่รวมตัวกันเพื่อเศรษฐกิจภูมิภาค

หมวดที่ 5 - บทบัญญัติสุดท้าย

มาตรา 27 การลงนาม การให้สัตยาบัน การยอมรับ การอนุมัติ หรือการภาคยานุวัติ

1. อนุสัญญาฉบับนี้เปิดให้ทุกประเทศเข้าลงนาม
2. อนุสัญญาฉบับนี้อยู่ภายใต้บังคับของการให้สัตยาบัน การยอมรับหรือการอนุมัติของประเทศต่างๆ ที่ลงนาม
3. อนุสัญญาฉบับนี้เปิดให้ทุกประเทศทำการภาคยานุวัติ
4. ตราสารเกี่ยวกับการให้สัตยาบัน การยอมรับ การอนุมัติหรือการภาคยานุวัติจะต้องทำการฝากไว้ที่กระทรวงการต่างประเทศของประเทศเนเธอร์แลนด์ ซึ่งเป็นสถานที่รับฝากตามอนุสัญญา

มาตรา 28 คำประกาศเกี่ยวกับประเทศที่มีระบบกฎหมายหลายระบบ

1. หากประเทศใดมีดินแดนอาณาเขตตั้งแต่สองดินแดนอาณาเขตขึ้นไปและมีระบบกฎหมายแตกต่างกันใช้เกี่ยวกับเรื่องที่มีบัญญัติในอนุสัญญาฉบับนี้ ประเทศนั้นอาจทำคำประกาศในขณะลงนาม ให้สัตยาบัน ยอมรับ อนุมัติหรือภาคยานุวัติว่าอนุสัญญาจะมีผลบังคับใช้กับดินแดนอาณาเขตทั้งหมดของตน หรือดินแดนอาณาเขตใดและสามารถทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำประกาศนี้โดยการยื่นคำประกาศอีกฉบับเมื่อใดก็ได้

2. คำประกาศนั้นจะได้รับการบอกกล่าวไปยังสถานที่รับฝากและต้องระบุถึงดินแดนอาณาเขตที่อนุสัญญานี้มีผลบังคับใช้อย่างชัดเจน
3. หากประเทศใดมิได้ทำคำประกาศตามมาตรานี้ อนุสัญญาจะมีผลบังคับใช้กับดินแดนอาณาเขตทั้งหมดของประเทศนั้น
4. มาตรานี้จะไม่มีผลบังคับใช้กับองค์กรที่รวมตัวกันเพื่อเศรษฐกิจภูมิภาค

มาตรา 29 องค์กรที่รวมตัวกันเพื่อเศรษฐกิจภูมิภาค

1. องค์กรที่รวมตัวกันเพื่อเศรษฐกิจภูมิภาคที่ก่อตั้งขึ้นโดยประเทศอธิปไตยต่างๆ และมีอำนาจในบางเรื่องหรือทั้งหมดที่อนุสัญญานี้มีผลใช้บังคับอาจดำเนินการใดที่คล้ายคลึงกับการลงนาม การยอมรับหรือการภาคยานุวัติต่ออนุสัญญานี้ ในกรณีนั้นองค์กรที่รวมตัวกันเพื่อเศรษฐกิจภูมิภาคมีสิทธิและหน้าที่ในฐานะประเทศภาคีในขอบเขตที่องค์กรนั้นมีอำนาจในเรื่องที่อนุสัญญานี้มีผลใช้บังคับ
2. ในขณะที่ลงนาม ยอมรับ อนุมัติหรือภาคยานุวัติ องค์กรที่รวมตัวกันเพื่อเศรษฐกิจภูมิภาค จำต้องแจ้งสถานที่รับฝากเป็นหนังสือถึงเรื่องที่อนุสัญญานี้มีผลใช้บังคับซึ่งตนมีอำนาจตามที่ประเทศสมาชิกขององค์กรโอนให้มา องค์กรจำต้องแจ้งสถานที่รับฝากทันทีที่เป็นหนังสือถึงการเปลี่ยนแปลงในอำนาจตามที่ระบุในหนังสือแจ้งฉบับล่าสุดตามบทบัญญัติในอนุมาตรานี้
3. เพื่อให้อนุสัญญานี้มีผลบังคับ ตราสารใดที่องค์กรที่รวมตัวกันเพื่อเศรษฐกิจภูมิภาคฝากไว้ จะไม่มีผล เว้นแต่องค์กรที่รวมตัวกันเพื่อเศรษฐกิจภูมิภาคจะทำคำประกาศตามมาตรา 30 ว่าประเทศสมาชิกต่างๆ ขององค์กรจะไม่ใช่ภาคีอนุสัญญานี้
4. การอ้างอิงถึง “ประเทศภาคี” หรือ “ประเทศ” ในอนุสัญญานี้ให้มีความหมายเทียบเท่าองค์กรที่รวมตัวกันเพื่อเศรษฐกิจภูมิภาคซึ่งเป็นภาคีอนุสัญญาตามที่เหมาะสม

มาตรา 30

การภาคยานุวัติขององค์กรที่รวมตัวกันเพื่อเศรษฐกิจภูมิภาคโดยไม่มีประเทศสมาชิก

1. ในขณะที่ลงนาม ยอมรับ อนุมัติหรือภาคยานุวัติ องค์กรที่รวมตัวกันเพื่อเศรษฐกิจภูมิภาค อาจทำคำประกาศว่าตนจะให้ความสามารถขององค์กรในเรื่องที่อนุสัญญานี้มีผล

- ใช้บังคับและว่าประเทศสมาชิกขององค์กรจะไม่ใช่ภาคีของอนุสัญญาฯ แต่จะผูกพันโดยอาศัยอำนาจของการลงนาม การยอมรับ การอนุมัติหรือการภาคยานุวัติขององค์กร
2. ในกรณีที่องค์กรที่รวมตัวกันเพื่อเศรษฐกิจภูมิภาคทำคำประกาศตามบทบัญญัติในอนุมาตรา 1 การอ้างอิงถึง “ประเทศภาคี” หรือ “ประเทศ” ในอนุสัญญาฯ นี้ให้มีความหมายเทียบเท่าประเทศสมาชิกขององค์กรตามที่เหมาะสม

มาตรา 31 การมีผลบังคับใช้

1. อนุสัญญาฉบับนี้จะมีผลบังคับใช้ในวันแรกของเดือนถัดจากวันสิ้นกำหนดระยะเวลาสามเดือนนับแต่ที่มีการฝากตราสารการให้สัตยาบัน การยอมรับ การอนุมัติหรือการภาคยานุวัติฉบับที่สองที่อ้างอิงถึงในมาตรา 27
2. หลังจากพ้นกำหนดระยะเวลาข้างต้น อนุสัญญาฉบับนี้จะมีผลบังคับใช้
 - (เอ) สำหรับแต่ละประเทศ หรือองค์กรที่รวมตัวกันเพื่อเศรษฐกิจภูมิภาคที่ให้สัตยาบัน ยอมรับ อนุมัติหรือภาคยานุวัติในภายหลังเมื่อถึงวันแรกของเดือนถัดจากวันสิ้นกำหนดระยะเวลาสามเดือนนับแต่วันที่ประเทศหรือองค์กรฝากตราสารการให้สัตยาบัน การยอมรับ การอนุมัติหรือการภาคยานุวัติ
 - (บี) สำหรับดินแดนอาณาเขตซึ่งอนุสัญญาฉบับนี้มีผลบังคับใช้ตามมาตรา 28 อนุมาตรา (1) เมื่อถึงวันแรกของเดือนถัดจากวันสิ้นกำหนดระยะเวลาสามเดือนนับแต่มีการแจ้งคำประกาศตามที่อ้างอิงถึงในมาตราดังกล่าว

มาตรา 32 คำประกาศ

1. คำประกาศที่อ้างอิงถึงในมาตรา 19, 20, 21, 22 และ 26 อาจทำในขณะที่ลงนาม ให้สัตยาบัน ยอมรับ อนุมัติหรือภาคยานุวัติหรือในเวลาใดก็ได้หลังจากนั้นและอาจทำการแก้ไขหรือเพิกถอนเมื่อใดก็ได้
2. คำประกาศ การแก้ไขและการเพิกถอนจำต้องแจ้งแก่สถานที่รับฝาก
3. คำประกาศอันใดอันหนึ่งที่ทำขณะลงนาม ให้สัตยาบัน ยอมรับ อนุมัติหรือภาคยานุวัติจะมีผลในขณะเดียวกับที่อนุสัญญานี้มีผลใช้บังคับกับประเทศที่เกี่ยวข้อง
4. คำประกาศที่ทำภายหลังและการแก้ไขหรือการเพิกถอนคำประกาศจะมีผลเมื่อถึงวันแรกของเดือนถัดจากวันสิ้นกำหนดระยะเวลาสามเดือนนับแต่สถานที่รับฝากได้รับการแจ้ง

5. คำประกาศตามมาตรา 19, 20, 21 และ 26 จะไม่มีผลใช้บังคับกับข้อตกลงเลือกศาลที่กำหนดให้ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงศาลเดียวที่ทำก่อนที่คำประกาศจะมีผลใช้บังคับ

มาตรา 33 การเพิกถอน

1. อนุสัญญาฉบับนี้อาจได้รับการเพิกถอนโดยการทำหนังสือแจ้งแก่สถานที่รับฝาก การเพิกถอนอาจทำโดยจำกัดเฉพาะดินแดนอาณาเขตต่างๆ ของประเทศที่มีกฎหมายหลายระบบซึ่งอนุสัญญานี้ใช้บังคับก็ได้
2. การเพิกถอนจะมีผลในวันแรกของเดือนถัดจากวันสิ้นกำหนดระยะเวลาสิบสองเดือนนับแต่วันที่สถานที่รับฝากได้รับการแจ้ง ในกรณีที่มีการกำหนดระยะเวลาที่การเพิกถอนจะมีผลไว้นานกว่านี้ในหนังสือแจ้ง การเพิกถอนจะมีผลในขณะที่สิ้นกำหนดระยะเวลายาวนานกว่านับแต่วันที่สถานที่รับฝากได้รับการแจ้ง

มาตรา 34 การแจ้งโดยสถานที่รับฝาก

สถานที่รับฝากจำต้องแจ้งแก่สมาชิกของที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลระหว่างประเทศ ประเทศต่างๆ และองค์กรที่รวมตัวกันเพื่อเศรษฐกิจภูมิภาคซึ่งลงนามให้สัตยาบัน ยอมรับ อนุมัติหรือภาคยานุวัติตามมาตรา 27, 29 และ 30 ถึงการต่อไปนี้

- (เอ) การลงนาม การให้สัตยาบัน การยอมรับ การอนุมัติและการภาคยานุวัติที่อ้างถึงในมาตรา 27, 29 และ 30
- (บี) วันที่อนุสัญญาฉบับนี้มีผลใช้บังคับตามมาตรา 31
- (ซี) การแจ้ง คำประกาศ การแก้ไขและการเพิกถอนคำประกาศที่อ้างถึงในมาตรา 19, 20, 21, 22, 26, 28, 29 และ 30
- (ดี) การเพิกถอนที่อ้างถึงในมาตรา 33

เพื่อเป็นหลักฐานแห่งการนี้ลายมือชื่อต่อไปนี้จะได้รับการมอบอำนาจอย่างถูกต้องจึงมีการลงลายมือชื่อในอนุสัญญาฉบับนี้

ทำ ณ กรุงเฮกในวันที่ 30 มิถุนายน 2005 เป็นภาษาอังกฤษและภาษาฝรั่งเศส ทั้งสองภาษาถือเป็นฉบับที่แท้จริงอย่างเท่าเทียมกัน สำเนาอย่างละหนึ่งฉบับจะถูกฝากไว้ที่หอจดหมายเหตุของรัฐบาลแห่งประเทศเนเธอร์แลนด์และฉบับรับรองสำเนาถูกต้องจะส่งผ่านช่องทางการทูตไปยังประเทศสมาชิกของที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ณ วันที่มีการประชุมครั้งที่ 20 และประเทศที่เข้าร่วมการประชุมดังกล่าว

ภาคผนวก ค

สถานะของอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005
ณ วันที่ 7 กันยายน ค.ศ. 2009

HCCH | status table

Status table

- [For this Convention](#)
- [Full text](#)
- [Status table](#)
- [Authorities](#)
- [Preliminary Documents](#)
- [HCCH Publications](#)
- [Translations](#)
- [Bibliography](#)
- [Miscellaneous](#)

37: Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements

Entry into force |

Members of the Organisation

States	S ¹	R/A ²	Type ³	EIF ⁴	Ext ⁵	Auth ⁶	Res/D/N ⁷
European Community	I-IV-2009						D30
Mexico		26-IX-2007	A				
United States of America	19-I-2009						

Type

Res/D/N

European Community: Declarations

Articles [30]

The European Community declares, in accordance with Article 30 of the Convention on Choice of Court Agreements, that it exercises competence over all the matters governed by this Convention. Its Member States will not sign, ratify, accept or approve the Convention, but shall be bound by the Convention by virtue of its conclusion by the European Community.

For the purpose of this declaration, the term "European Community" does not include Denmark by virtue of Articles 1 and 2 of the Protocol on the position of Denmark, annexed to the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community.

Non-Member States of the Organisation

No results.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวตติยา ทวีกุล เกิดที่กรุงเทพมหานคร เมื่อวันที่ 8 กันยายน 2523 สำเร็จการศึกษา
ระดับมัธยมศึกษาตอนต้นและตอนปลายจากโรงเรียนสายปัญญา ในพระบรมราชินูปถัมภ์ จากนั้น
เข้าศึกษาต่อระดับปริญญาตรีในคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพเมื่อปี 2540 และเข้าศึกษา
ต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศเมื่อปี 2549