



## บทที่ 2

### องค์ประกอบของสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ และจุดเกาะเกี่ยวตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

โดยที่ลักษณะของสัญญาระหว่างประเทศก็จะเหมือนกับสัญญาโดยทั่วไปที่พึงต้องประกอบด้วยบุคคลที่เป็นคู่สัญญา ซึ่งต้องมีการแสดงออกซึ่งเจตนาในการทำนิติกรรมอันมุ่งโดยตรงที่จะก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายในระหว่างบุคคลและเมื่อต่างฝ่ายต่างแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมที่เรียกว่า คำเสนอ และคำสนองในทางที่ถูกต้องตรงกันแล้ว ก็ย่อมก่อให้เกิดสัญญาอันเป็นผลให้เกิดนิติสัมพันธ์ หรือสิทธิ และหน้าที่ต่อกันตามกฎหมาย แต่ในสัญญาระหว่างประเทศจะมีลักษณะเพิ่มเติมไปจากสัญญาทั่วไปตรงที่ว่าเมืองประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวพันด้วย ซึ่งจะก่อให้เกิดผลที่ว่า กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาประเภทนี้ไม่จำเป็นต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศเดียว แต่อาจจะอยู่ภายใต้กฎหมายของหลายประเทศที่เกี่ยวข้อง ปัญหาจึงมีว่ากฎหมายใดจะเป็นกฎหมายที่เหมาะสมและนำมาใช้บังคับกับสัญญานั้น จึงต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

ก่อนที่จะวินิจฉัยถึงการใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ ก็จะต้องพิจารณาในขั้นแรกเสียก่อนว่า ข้อเท็จจริงนั้น ๆ เป็นเรื่องอะไรในทางกฎหมาย เช่น เป็นเรื่องละเมิด เรื่องสัญญา เรื่องทรัพย์สิน หรือเรื่องมรดก เป็นต้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งไม่ว่าจะเป็นการวินิจฉัยปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องใดก็ตาม กฎเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดและใช้กฎหมายดังกล่าวจึงต้องเริ่มจากการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง<sup>1</sup> (Classification of cause of action) เสียก่อน ต่อจากนั้นจึงจะ

---

<sup>1</sup> กมล สนธิเกษตริณ คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล พิมพ์ครั้งที่ 6, แก้ไขและเพิ่มเติม, กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, หน้า 219. ให้ความหมายไว้ว่า “หมาย ถึง การกำหนดลงไปว่าข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เป็นปัญหาและมีผู้นำมาเสนอต่อศาลหรือเจ้าพนักงาน นั้น เข้าลักษณะ (Category) เป็นเรื่องอะไรในทางกฎหมาย”

วินิจฉัยได้ว่า เรื่องเช่นนั้นจะมีจุดเกาะเกี่ยวกับกฎหมายใดได้บ้างตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กล่าวคือ การพิจารณาหากฎหมายที่เหมาะสมกับนิติสัมพันธ์ใด ๆ นั้น ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย จะต้องอาศัยสิ่งหนึ่งที่เรียกว่า “กฎหมายเกาะเกี่ยว”<sup>2</sup> หรือ “จุดเกาะเกี่ยว”<sup>3</sup> เป็นตัวกำหนดว่านิติสัมพันธ์นั้นจะมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายใดได้บ้าง กล่าวอีกนัยหนึ่ง จุดเกาะเกี่ยว หมายถึง ความสัมพันธ์ระหว่าง ข้อเท็จจริงกับกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งนั่นเอง ตัวอย่างเช่น ในเรื่องอสังหาริมทรัพย์ จุดเกาะเกี่ยวที่ใช้กำหนด ความสัมพันธ์ระหว่างทรัพย์สินกับกฎหมายที่จะเข้ามามีบทบาทในนิติสัมพันธ์อันเกี่ยวกับทรัพย์สินมากที่สุด คือ กฎหมายของสถานที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ หรือในเรื่องของสถานะและความสามารถของบุคคล จุดเกาะเกี่ยวที่ใช้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสถานะและความสามารถของบุคคลกับกฎหมายที่จะเข้ามามีบทบาทในเรื่องนี้ คือ กฎหมายส่วนบุคคล ซึ่งอาจหมายถึง กฎหมายสัญชาติ หรือ กฎหมายภูมิลำเนาของบุคคลนั้น ๆ ก็ได้ หรือในเรื่องสาระสำคัญ และผลของสัญญาจุดเกาะเกี่ยวที่ใช้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเรื่องนี้กับกฎหมายที่จะเข้ามามีบทบาทก็คือ กฎหมายที่คู่กรณีเลือก เป็นต้น

---

<sup>2</sup> วิเชียร วัฒนคุณ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล พระนคร. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2518, หน้า 178. “หมายความว่าถึง กฎหมายของประเทศที่เหมาะสม ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กำหนดให้นำมาใช้กับกรณีที่เป็นปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นกฎหมายที่จะมีบทบาทเข้ามาเกาะเกี่ยวกับเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งเป็นปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย”

<sup>3</sup> คณิง ภาไชย “หลักเบื้องต้นในการพิจารณาปัญหากฎหมายขัดกัน” วารสารนิติศาสตร์ เล่มที่ 2 ตอน 1 (มิถุนายน 2533), หน้า 52 “หมายถึง สิ่งที่กฎหมายขัดกันเรียกและใช้ในการพิจารณาว่ากฎหมายของประเทศใดมีความเหมาะสมแก่เรื่องใด หรือที่เรียกว่า point of contact หรือ connecting factor.”

อย่างไรก็ดี โดยปกติแล้วการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงจะไม่ยุ่งยากในเรื่องของสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งมักจะปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร และมีหัวข้อเรื่องว่า “สัญญา” ด้วยแล้ว ศาลที่ทำการพิจารณาคดีก็ย่อมให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงได้เลยว่าเป็นเรื่องของสัญญา หากจะมีปัญหาการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงอยู่บ้าง ก็เฉพาะประเด็นที่ว่าอะไรคือสาระสำคัญและผลของสัญญาเท่านั้น เพราะหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศในปัจจุบันต่างก็ยอมรับเป็นส่วนใหญ่แล้วว่า ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ และผลของสัญญาให้เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา ดังนั้นการที่จะทราบว่าข้อเท็จจริงอันจะหมายถึงสาระสำคัญและผลของสัญญาคืออะไร จึงเป็นสิ่งจำเป็นและเป็นปัญหาสำคัญที่จะต้องพิจารณาให้ทราบก่อนใช้หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อวินิจฉัยได้ว่าข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับสัญญานั้นเป็นเรื่องอะไรในทางกฎหมาย เช่น เรื่องความสามารถ เรื่องทรัพย์สินเป็นวัตถุประสงฆ์แห่งสัญญา เรื่องแบบของสัญญา เป็นต้น การพิจารณาหาจุดเกาะเกี่ยวระหว่างข้อเท็จจริงกับกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับเรื่องนั้น ๆ ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกฎหมายก็จะเป็นเรื่องยากอีกต่อไป ซึ่งโดยทั่วไปหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมักจะกำหนดกฎหมายที่จะต้องนำมาใช้ เมื่อมีปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายไว้หลายประเภท สุดแต่ข้อเท็จจริงที่จะต้องใช้กฎหมายเกาะเกี่ยวนั้นเป็นเรื่องอะไร อาทิเช่น

1. กฎหมายแห่งประเทศที่ศาลสังกัดอยู่ (lex fori) ซึ่งได้แก่กฎหมายภายในของประเทศที่ศาลนั้นตั้งอยู่
2. กฎหมายสัญชาติ (กฎหมายของประเทศที่บุคคลมีสัญชาติสังกัดอยู่)
3. กฎหมายแห่งท้องถิ่นที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ (lex rei sitae)
4. กฎหมายภูมิลำเนา (lex domicilii)
5. กฎหมายแห่งประเทศที่ข้อเท็จจริงหรือนิติกรรมเกิดขึ้น (lex loci actus)
6. กฎหมายที่คู่กรณีมีเจตนาเลือกใช้บังคับกับสัญญาตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Autonomy of Will)

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปจึงมีว่า การให้ลักษณะกฎหมายข้อเท็จจริงนั้นจะต้องถือตามกฎหมายภายในของประเทศใด เพราะการที่จะทราบว่าข้อเท็จจริงนั้น ๆ เป็นเรื่องใดเรื่องหนึ่งในทางกฎหมาย ต้องอาศัยกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นบรรทัดฐานในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ซึ่งถ้าใช้กฎหมายต่างกันก็อาจทำให้ลักษณะกฎหมายของข้อเท็จ

จริงนั้น ๆ แตกต่างกันได้ เป็นต้นว่า ข้อเท็จจริงหนึ่ง อาจถือว่าเป็นเรื่องของบุคคลตามกฎหมายภายในของประเทศหนึ่ง แต่อาจจะถือว่าเป็นเรื่องของนิติกรรมตามกฎหมายภายในของอีกประเทศหนึ่งและวิธีการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่ใช้กันเป็นส่วนใหญ่ก็ได้แก่ วิธี lex fori และวิธี lex cause แต่เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีได้มีวัตถุประสงค์ในการวิเคราะห์เรื่องนี้โดยตรง ผู้เขียนจึงขอกล่าววิธีการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยสังเขป ดังนี้

(1) วิธีการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยใช้กฎหมายของประเทศที่ศาลซึ่งพิจารณาคดีตั้งอยู่<sup>4</sup> (Lex fori Theory) ได้แก่ การใช้กฎหมายภายในของประเทศที่ศาลซึ่งพิจารณาคดีตั้งอยู่ ( Lex fori) เป็นเครื่องมือในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง เหตุผลที่สนับสนุนการใช้วิธีการนี้ ก็คือ ก่อนหน้าที่จะใช้กฎหมายต่างประเทศนั้น ผู้พิพากษายังไม่มีกฎหมายอื่นใดเป็นเครื่องมือที่จะนำมาใช้ในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเลย นอกจากกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีนั่นเอง

(2) วิธีการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง โดยใช้กฎหมายที่จะใช้บังคับแก่กรณี<sup>5</sup> (Lex cause Theory) ได้แก่ การใช้กฎหมายซึ่งจะใช้บังคับแก่กรณีนั้นเองเป็นบรรทัดฐานเพื่อนำเอาข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหานั้นมาปรับคว่า เรื่องนั้นมีลักษณะเป็นอะไรในทางกฎหมาย เหตุผลสนับสนุนวิธีการนี้คือ เมื่อจะต้องใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับแก่ข้อเท็จจริงใดแล้ว ข้อเท็จจริงนั้นก็ควรเข้าลักษณะที่กฎหมายของประเทศนั้นว่าเป็นเรื่องอะไร ไม่ใช่พิจารณาจากกฎหมาย

<sup>4</sup> กมล สานธิเกษตริน, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, หน้า 221

<sup>5</sup> กมล สานธิเกษตริน, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, หน้า 223-226 และหยุด แสงอุทัย คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กฎหมายสัญญาตีพิมพ์ครั้งที่ 11, แก้ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2527, หน้า 58-

ของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีตั้งอยู่ ซึ่งการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยใช้วิธีการนี้สามารถทำได้ โดยการตั้งสมมติฐานว่าข้อเท็จจริงที่จะวินิจฉัยนั้น พอจะจัดลักษณะเข้าเป็นเรื่องอะไรในทางกฎหมายได้บ้าง ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากสภาพข้อเท็จจริงนั่นเอง ประกอบกับความรู้ในทางกฎหมายที่ศาลมีอยู่ อย่างไรก็ตาม การตั้งสมมติฐานว่าข้อเท็จจริงนั้น ๆ จะเป็นเรื่องอะไรในทางกฎหมายเช่นนี้ บางครั้งอาจไม่พบลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเลยก็ได้ เพราะมีข้อเท็จจริงที่เข้ามาพัวพันกับกรณีมาก ที่กฎหมายถือว่าเป็นข้อสำคัญ และไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมาย ซึ่งข้อนี้อาจถือได้ว่าเป็นจุดอ่อนของหลัก *Lex cause*

อย่างไรก็ดี ในตำรากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ส่วนใหญ่นิยมใช้หลัก *lex fori* ในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง รวมถึงความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนด้วย เพราะเป็นวิธีการที่สะดวกและแน่นอนกว่า หลัก *Lex cause* ซึ่งมีความยุ่งยากในวิธีหากฎหมาย<sup>6</sup>

ดังนั้น การพิจารณาหาความหมายของคำว่า “สาระสำคัญของสัญญา” จึงต้องพิจารณากฎหมายภายใน (*Lex fori*) อันหมายถึง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีนั้นตั้งอยู่ และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในเรื่องของสัญญาแล้ว จะเห็นได้ว่ามิได้ให้คำนิยามศัพท์ของคำว่า “สัญญา” ไว้แต่อย่างใด ผู้เขียนจึงต้องศึกษาค้นคว้าหาความหมายของสัญญาจากตำรากฎหมายซึ่งนักนิติศาสตร์ได้ให้ความหมายไว้ รวมทั้งศึกษาจากหลักกฎหมายต่างประเทศพอเป็นสังเขปเพื่อเป็นพื้นฐาน ดังนี้

คำว่า “สัญญา” ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้แก่นิติกรรม ซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาต่อกันและกัน และสอดคล้องกันระหว่างบุคคลสองคนหรือมากกว่านั้นขึ้นไป<sup>7</sup>

<sup>6</sup> กมล สนธิเกษตริณ, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1, หน้า 227 และหยุด แสงอุทัย, เพิ่งอ้าง, หน้า 62

<sup>7</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ กฎหมายว่าด้วยสัญญา เล่ม 1 พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525, หน้า 47



ส่วนความหมายของคำว่า “สัญญา” ตามกฎหมายฝรั่งเศส มีบัญญัติไว้ในมาตรา 1101 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส หมายความว่า “สัญญาคือข้อตกลงซึ่งบุคคลคนเดียว หรือหลายคน มีความผูกพันต่อบุคคลอื่นคนเดียวหรือหลายคน ที่จะต้องโอนกรรมสิทธิ์ (ในทรัพย์สิน) กระทำการใด หรืองดเว้นกระทำการใด”<sup>8</sup>

ประมวลกฎหมายลักษณะหนี้ สวิส มาตรา 1 วรรคแรก บัญญัติว่า “สัญญายอม สมบูรณ์เมื่อคู่สัญญาได้แสดงความประสงค์ระหว่างกัน และโดยวิธีสอดคล้องตรงกัน”<sup>9</sup>

ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น กล่าวว่า “สัญญา คือ การแสดงออกซึ่งเจตนาที่สอดคล้องตรงกัน โดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป และมุ่งหมายจะให้เกิดผลตามกฎหมายเอกชน”<sup>10</sup>

อย่างไรก็ดี ได้มีนักนิติศาสตร์ผู้ทรงคุณวุฒิของไทยนิยามศัพท์คำว่า “สัญญา” ไว้หลาย ท่าน ดังเช่น

เสด็จในกรมหลวงราชบุรีฯ ทรงอธิบายไว้ว่า “สัญญานั้น แปลว่า ความยินยอมทั้ง 2 ฝ่าย ฤมากกว่า 2 ฝ่าย ในการที่จะทำฤละเว้นทำอย่างใดอย่างหนึ่ง”<sup>11</sup>

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 48

<sup>9</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 49

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>11</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, อ่างแล้วเชิงอรุณที่ 7, หน้า 56

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช กล่าวว่า “สัญญา คือ การที่บุคคลสองฝ่าย แสดงเจตนาทำนิติกรรมคำเสนอ คำสนอง รับมีความประสงค์ตกลงตรงกัน และร่วมใจกันในอันที่จะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น”<sup>12</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.ประกอบ หุตะสิงห์ ให้คำอธิบายไว้ว่า “สัญญาจะเกิดขึ้นได้ต้องมีการแสดงเจตนาของบุคคลสองฝ่าย ซึ่งมีเนื้อหาถูกต้องตรงกัน คือ ฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำเสนอและอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำสนอง ถูกต้องตรงกับคำเสนอนั้น สัญญาจึงเกิดขึ้น”<sup>13</sup>

ศาสตราจารย์จิติ ตังศภัทย์ ให้คำอธิบายไว้ว่า “สัญญาเป็นนิติกรรมสองฝ่าย เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาถ้อยคำของบุคคลสองฝ่ายหรือกว่านั้น ตามปกติเมื่อมีผู้แสดงเจตนาอันเรียกว่า คำเสนอจะทำสัญญา หากผู้รับคำเสนอนั้นแสดงเจตนาตกลงตรงตามคำเสนอเรียกว่า คำสนอง ส่งไปถึงผู้เสนอ สัญญาก็เกิดขึ้นระหว่างเขาทั้งสองตามคำเสนอและคำเสนอนั้น”<sup>14</sup>

อาจารย์ป็นโน สุขทรศนีย์ กล่าวไว้ว่า “สัญญาเกิดขึ้นได้ด้วยการแสดงเจตนาทำนิติกรรม 2 ฝ่ายต่อกัน โดยฝ่ายหนึ่งเสนอไป และอีกฝ่ายหนึ่งสนองรับ เมื่อการเสนอและสนองรับตรงกันได้ สัญญาก็เกิดขึ้นทันที”<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) พ.ศ. 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505 : โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์, 2527, หน้า 335

<sup>13</sup> ประกอบ หุตะสิงห์, คำอธิบายชั้นปริญญาตรี พ.ศ. 2507 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา ธนบุรี : โรงพิมพ์สุทธินิสารการพิมพ์ 2514, หน้า 134

<sup>14</sup> จิติ ตังศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 254-452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้ กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523, หน้า 365

<sup>15</sup> ป็นโน สุขทรศนีย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515, หน้า 365

จึงอาจกล่าวได้ว่า สาธารณะสำคัญของสัญญานั้น หมายความว่า (1) ต้องมีบุคคลสองฝ่าย เป็นคู่สัญญา (2) บุคคลที่จะเป็นคู่สัญญานั้นได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมถูกต้องตามกฎหมาย ลักษณะนิติกรรมเป็นคำเสนอ คำสนอง รับเกิดความตกลงยินยอมกัน (3) มีประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งเป็นวัตถุประสงค์ในการตกลงทำสัญญานั้น<sup>16</sup> ดังนั้น ปัญหาที่เกี่ยวกับสาระสำคัญของสัญญาจึงอาจหมายถึงในกรณีดังเช่น สัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ คำเสนอ คำสนองตรงกันหรือไม่ สัญญาเกิดจากเจตนาหลง กลล้อฉล ข่มขู่ หรือสำคัญหรือไม่ สัญญานั้นมีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชนหรือไม่ เป็นต้น และเนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับสาระสำคัญของสัญญาแต่ละประเทศ ย่อมวางหลักเกณฑ์ไว้ไม่เหมือนกัน เช่น การก่อให้เกิดสัญญาตามหลักกฎหมายอังกฤษ คำสนองที่ส่งโดยไปรษณีย์ไม่ต้องรอให้ผู้เสนอได้รับคำสนองนั้นเสียก่อน แต่ตามกฎหมายไทย สัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง ย่อมเกิดเป็นสัญญาขึ้นเมื่อคำสนองไปถึงผู้เสนอ เป็นต้น โดยเหตุนี้สาระสำคัญของสัญญาจึงอาจมีขึ้นได้หลายตอนและแต่ละตอนของสัญญาก็อาจอยู่ภายในกฎหมายต่างกันก็ได้ สุดแต่แต่สภาพของสาระสำคัญนั้น ๆ หรือเจตนาของคู่สัญญาที่ตกลงกันไว้<sup>17</sup>

และเพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจในปัญหากฎหมายที่จะใช้บังคับกับสาระสำคัญและผลของสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ผู้เขียนจึงได้แยกองค์ประกอบของสัญญาออกเป็นส่วน ๆ เพื่อจะได้ทราบถึงองค์ประกอบของสัญญา ว่า สัญญาระหว่างประเทศฉบับหนึ่ง ๆ ควรที่จะมีองค์ประกอบที่สำคัญอะไรบ้าง และองค์ประกอบของสัญญาส่วนใดบ้างที่คู่สัญญาสามารถ หรือไม่สามารถใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Autonomy of will) เลือกกฎหมายใช้บังคับได้ อีกทั้งยังเป็นการง่ายต่อการให้ลักษณะกฎหมายข้อเท็จจริง (Classification of cause of action) และหาจุดเกาะเกี่ยวในแต่ละเรื่องว่า ข้อเท็จจริงนั้น ๆ ควรที่จะอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใดได้บ้างตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ดังนี้

<sup>16</sup> เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12, หน้า 335

<sup>17</sup> กมล สนธิเกษตริน, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, หน้า 278



## สัญญาต้องมืองค์ประกอบต่างชาติ

ปัญหาเกี่ยวกับเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับสัญญานี้จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อสัญญาที่เป็นสาเหตุของข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญานั้น เป็นสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างชาติอยู่ด้วยคำว่า “องค์ประกอบต่างชาติ” จึงหมายถึงความสัมพันธ์หรือจุดเกาะเกี่ยวที่สัญญามีอยู่นั้น มีความเกี่ยวข้องกับระบบกฎหมายหลายประเทศหลายระบบ นอกจากระบบกฎหมายของประเทศที่ศาลที่ทำการพิจารณาคดีนั้นตั้งอยู่ ซึ่งความสัมพันธ์กับระบบกฎหมายอื่นอาจจะเกิดขึ้นได้ ดังนี้

1. บุคคลในฐานะคู่สัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายอาจเป็นคนต่างประเทศ มีภูมิลำเนาหรือสัญชาติที่ต่างกัน ดังนั้นจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องบุคคลในฐานะคู่สัญญา ก็คือ กฎหมายส่วนบุคคล<sup>18</sup> (Personal law)

2. สถานที่ในการทำสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายอาจจะอยู่คนละประเทศ และได้แสดงเจตนาทำนิติกรรม คำเสนอ คำสนอง ต่อกันในคนละประเทศ ปัญหาว่า คำเสนอ คำสนองถูกต้องตรงกันหรือไม่อย่างไร และสัญญาเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ หรือ

---

<sup>18</sup> พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา-สานสุนทร “อำนาจอธิปไตยของรัฐ และนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 3 ฉบับ 4 (ธันวาคม 2536), หน้า 735 “เรียกว่า กฎหมายของบุคคลนั้น (LAW OF PERSON) กล่าวคือ กฎหมายของประเทศที่มีความสัมพันธ์อย่างแท้จริงและใกล้ชิดที่สุดกับบุคคลนั้น ซึ่งความเป็น เอกภาพในเรื่องนี้เป็นที่ยอมรับในระดับของหลักการเท่านั้นแต่นานารัฐก็ยังมีทัศนคติที่แตกต่างกัน ในยอมรับอยู่อีกว่า ข้อเท็จจริงใดควรเป็นเครื่องชี้ความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดระหว่างรัฐและบุคคลกล่าวคือ ประเทศในตระกูล COMMON LAW ยอมรับว่า ภูมิลำเนาของบุคคลเป็นเครื่องชี้ว่ารัฐเจ้าของภูมิลำเนาของบุคคล เป็นรัฐที่มีความสัมพันธ์อย่างแท้จริงและใกล้ชิดที่สุดกับบุคคลดังกล่าว แต่ประเทศในตระกูล CIVIL LAW กลับเห็นว่า สัญชาติของบุคคลเป็นเครื่องชี้ว่ารัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคลเป็นรัฐที่มีความสัมพันธ์อย่างแท้จริงและใกล้ชิดที่สุดกับบุคคลดังกล่าว”

สัญญาเกิดขึ้นที่ไหน ส่วนเป็นปัญหาที่ทำให้เกิดการขัดกันแห่งกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาทั้งสิ้น และเมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย จุดเกาะเกี่ยวในเรื่องเหล่านี้ก็คือกฎหมายแห่งประเทศที่ข้อเท็จจริงหรือนิติกรรมเกิดขึ้น (Lex loci actus)

3. สถานที่ที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ กล่าวคือ สัญญาฉบับหนึ่ง ๆ อาจกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้ในประเทศใดประเทศหนึ่งที่ต่างกันหรือมากกว่าหนึ่งแห่ง ปัญหาการนำกฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับกับหนี้ที่เกิดขึ้นตามสัญญาจึงอาจเกิดขึ้นได้ และเมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย จุดเกาะเกี่ยวในเรื่องนี้จึงได้แก่ กฎหมายของสถานที่ที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ (Lex loci solutionis)

4. วัตถุแห่งสัญญาเป็นทรัพย์สิน กล่าวคือ ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญานั้น อาจเกิดขึ้นได้ กรณีทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาตั้งอยู่ประเทศใดประเทศหนึ่ง ซึ่งเป็นคนละประเทศกับสถานที่ที่มีการทำสัญญากันขึ้น เป็นต้น ประกอบกับคำว่า “ทรัพย์สิน” อาจหมายถึงอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ก็ได้ ดังนั้น จุดเกาะเกี่ยวในเรื่องที่เกี่ยวกับทรัพย์สินตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย จึงหมายถึงกฎหมายแห่งดินที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ (Lex rei sitae)

#### สถานะและความสามารถของบุคคล

ความสามารถในการทำนิติกรรมของบุคคลถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญอันหนึ่งในการทำนิติกรรมสัญญา เพราะมีบทบัญญัติของกฎหมายจำกัดการใช้สิทธิของบุคคลบางประเภทไว้ว่า ถ้าการกระทำนิติกรรมลงไปโดยไม่ถูกต้องตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ อาจจะทำให้นิติกรรมนั้นไม่สมบูรณ์ตกเป็นโมฆียะได้ตามมาตรา 153 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์\* และโดยที่ “สถานะของบุคคล” หมายความว่า คุณสมบัติและนิติสัมพันธ์ซึ่งกำหนดฐานะในทางกฎหมาย

---

\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 153 บัญญัติว่า “การใดมิได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคล การนั้นเป็นโมฆียะ”

ของบุคคลซึ่งมีต่อชุมชนและครอบครัว<sup>19</sup> หรือ หมายถึง บรรดาคุณสมบัติของบุคคลโดยนิตินัย อันเนื่องมาจากการเป็นไปต่าง ๆ เช่น คำเน็ด อายุ สมรส เป็นต้น<sup>20</sup> ดังนั้น สถานะของบุคคลจึงเป็นตัวชี้ให้เห็นถึงสิทธิและหน้าที่ของบุคคลตลอดจนความสามารถในการใช้สิทธิและหน้าที่ของแต่ละบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น ผู้เยาว์ หรือผู้ไร้ความสามารถ ตามกฎหมายถือว่าเป็นบุคคลที่หย่อนความสามารถ ไม่อาจใช้สิทธิได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เป็นต้น กล่าวโดยสรุป บุคคลทุกคนย่อมมีสถานะประจำตัวอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ความเป็นผู้เยาว์ เป็นผู้แทนโดยชอบธรรม เป็นคนไร้ความสามารถ เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ หรือเป็นคนวิกลจริต ฯลฯ ซึ่งสถานะของบุคคลแต่ละคนนี้จะทำให้บุคคลนั้นมีความสามารถหรือไม่อย่างไร ย่อมขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ เช่น ความเป็นผู้เยาว์ บางประเทศอาจถือว่าสิ้นสุดเมื่ออายุ 20 ปี แต่บางประเทศอาจถือว่าสิ้นสุดเมื่ออายุ 21 ปี ฯลฯ

เมื่อความสามารถของบุคคลเป็นส่วนสำคัญในการที่บุคคลจะแสดงเจตนาทำนิติกรรม อันอาจจะเป็นเหตุทำให้นิติกรรมไม่สมบูรณ์ได้ หากเกิดความบกพร่องจากความสามารถของบุคคล จึงสมควรทราบว่าความสามารถของบุคคลแยกได้ 3 ประเภท ดังนี้

(ก) ความสามารถถือสิทธิ ซึ่งได้แก่ความสามารถที่จะมีสิทธิและหน้าที่ได้ตามกฎหมาย โดยสามารถเป็นเจ้าของสิทธิต่าง ๆ ได้ เช่นบุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะก็มีความสามารถถือสิทธิได้ เช่น มีกรรมสิทธิได้ เป็นต้น



<sup>19</sup> พยุค แสงอุทัย, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5, หน้า 93

<sup>20</sup> ศรีวิสารวาจา, พระยา กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล พระนคร : โรงพิมพ์โสภณ พิพรรฒธนากร, 2474, หน้า 87

(ข) ความสามารถใช้สิทธิ<sup>21</sup> ได้แก่ ความสามารถที่จะกระทำนิติกรรมโดยตนเอง แต่อย่างไรก็ดี บุคคลบางประเภทกฎหมายถือว่าเป็นผู้หย่อนความสามารถ ซึ่งไม่สามารถใช้สิทธิของตนได้เต็มที่ จำต้องมีบุคคลอื่นเป็นผู้กระทำการแทน ได้แก่ ผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ เป็นต้น

(ค) ความสามารถพิเศษ ซึ่งเป็นเรื่องความสามารถเฉพาะเรื่องเฉพาะราว เช่น ความสามารถที่จะทำการสมรส ทำพินัยกรรม เป็นผู้ปกครอง เป็นต้น

และเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงที่จะต้องเจาะลึกลงไป ในรายละเอียดหรือเนื้อหาของคำว่า “สถานะและความสามารถของบุคคล” ตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะจะเป็นการเกินขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจึงขอพิจารณาเฉพาะเรื่องสถานะและความสามารถของบุคคลในฐานะเป็นองค์ประกอบอันหนึ่งของสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายว่าจะมีจุดเกาะเกี่ยวได้กับกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งได้บ้างเท่านั้น กล่าวคือ แม้ปัญหาว่ากฎหมายใดใช้บังคับกับเรื่องสถานะและความสามารถของบุคคลตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย จะกำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติ เพราะถือว่าเป็นเรื่องซึ่งเกี่ยวข้องกับตัวบุคคลโดยแท้ย่อมต้องติดตามบุคคลไปเรื่อยไม่ว่าเขาจะไปที่ไหนก็ไม่ว่าจะเป็นที่ยุติหากแต่ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่บ้างในเรื่องกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่ความสามารถของบุคคล เพราะในบางประเทศกลับให้ความสำคัญแก่กฎหมายภูมิลำเนาเป็นอย่างมาก โดยใช้กฎหมายภูมิลำเนาเป็นจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องสถานะและความสามารถของบุคคล

---

<sup>21</sup> พยุค แสงอุทัย, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 5, หน้า 96 ได้มีความเห็นว่า “ตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมาตรา 10 บัญญัติว่า ความสามารถและความไร้ความสามารถของบุคคลย่อมเป็นไปตามกฎหมายสัญชาตินั้น ให้หมายถึงความสามารถใช้สิทธิเท่านั้น”

จึงเห็นได้ว่าการกำหนดว่ากฎหมายใดควรใช้บังคับตามตัวบุคคล อันเป็นปัญหาของการเลือกใช้กฎหมาย จึงอาจมีขึ้นได้ ระหว่างกฎหมายภูมิลำเนา และกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น เพราะแต่ละฝ่ายก็ต่างมีความเห็นและเหตุผลในการเลือกใช้เป็นของตนเอง<sup>22</sup> ดังนี้

ฝ่ายที่มีความเห็นว่า กฎหมายส่วนบุคคล คือกฎหมายภูมิลำเนา เห็นว่า ภูมิลำเนานั้นเป็นศูนย์กลาง สถานที่ตั้งแห่งประโยชน์ส่วนได้เสียและกิจกรรมต่าง ๆ ของบุคคล ณ สถานที่อื่นเป็นภูมิลำเนา บุคคลได้ทำการใช้สิทธิต่าง ๆ ของตน ฉะนั้นจึงเป็นอันว่าภูมิลำเนาจึงเป็นที่สะสมส่วนประกอบต่าง ๆ ในสังคม ซึ่งเมื่อรวมเข้าด้วยกันแล้วย่อมประกอบเป็นสถานะของบุคคลตามกฎหมาย และเรื่องสถานะของบุคคลนี้เอง ก็มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องความสามารถและความไร้ความสามารถของบุคคลโดยแท้ อีกทั้งยังเป็นสิ่งสำคัญมากที่สุดสำหรับบุคคลภายนอก หากจะเข้ามาทำสัญญาเกี่ยวข้องกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งในอันที่จะทราบว่าบุคคลนั้นมีสภาพบุคคลและความสามารถอย่างไร ฉะนั้น ถ้าหากเรื่องเหล่านี้เกี่ยวข้องกับกฎหมายสัญชาติแล้ว บุคคลภายนอกจะทราบถึงเรื่องเหล่านี้ได้อย่างไร เพราะไม่เป็นการง่ายเลยที่เราจะรู้ได้ว่าบุคคลหนึ่งเป็นพลเมือง หรือสัญชาติของประเทศใด แต่หากตรงกันข้าม เราถือภูมิลำเนาปัจจุบันของบุคคลเป็นเกณฑ์แล้ว การที่จะรู้สถานะของบุคคลและความสามารถของบุคคล ก็จะเป็นเรื่องที่ยากขึ้น ทั้งนี้ก็ด้วยเหตุผลว่า ภูมิลำเนาเป็นปรากฏการณ์ภายนอกเห็นได้ทันที แต่สัญชาตินั้นหาใช่เครื่องหมายอันใดที่จะบ่งชี้ให้เห็นได้ง่าย ดังเช่นเครื่องแสดงภูมิลำเนาไม่

ฝ่ายที่มีความเห็นว่า กฎหมายส่วนบุคคล คือ กฎหมายสัญชาติ เห็นว่า สัญชาติหรือที่เรียกว่า สายสัมพันธ์ที่ผูกพันบุคคลไว้กับประเทศนั้น เป็นสายสัมพันธ์ที่แน่นอน และยิ่งกว่านั้นยังสามารถผูกพันบุคคลไว้กับประเทศได้อย่างใกล้ชิดสนิทที่สุดด้วย อีกทั้งผู้บัญญัติกฎหมายของทุกประเทศเมื่อจะบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อใช้บังคับแก่พลเมืองของตนนั้น ย่อมจะต้องพึงเล็งถึงชาติ

---

<sup>22</sup> ทวี ตะเวทีกุล กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และการเมือง, 2478, หน้า 245



กำเนิด ศาสนา ประเพณี และวัฒนธรรมของพลเมืองของตน ฉะนั้น ในระหว่างบุคคลและกฎหมายแห่งประเทศที่ตนมีสัญชาติ ย่อมมีความกลมเกลียวลงรูปกันอย่างสนิท ส่วนภูมิลำเนา นั้นเป็นเพียงสถานที่ซึ่งบุคคลเข้าไปอยู่ในทำนอง เสี่ยงโชค และเกิดจากพฤติกรรมที่บังเอิญ ปราศจากกฎเกณฑ์ที่แน่นอน และเป็นไปตามอำเภอใจของบุคคลอันเป็นลักษณะของการชั่วคราวชั่วคราวมากกว่า และถ้าพิจารณาเหตุตามความเป็นจริงแล้ว เราจะเห็นว่าบุคคลย้ายภูมิลำเนาก็เพื่อประโยชน์แห่งอนามัย หรือเพื่อเปลี่ยนอารมณ์ตามความพอใจหรือเพื่อการประกอบธุรกิจต่างๆ ของตนเท่านั้น ดังนั้น บุคคลผู้นั้นจึงมิได้มีความมุ่งหมายแต่อย่างใดเลยที่จะตัดความเกี่ยวพันระหว่างตนกับประเทศที่ตนมีสัญชาติแต่แรกเริ่ม และโดยเหตุที่ภูมิลำเนาไม่มีลักษณะผูกพันใกล้ชิดสนิทกับบุคคลดังเช่นสัญชาติ ดังนั้น จึงเป็นอันว่าภูมิลำเนาหาอาจมีค่าเหนือสัญชาติไม่

จึงอาจกล่าวได้ว่า จุดเกาะเกี่ยวในเรื่องสถานะและสามารถของบุคคล ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ก็คือ กฎหมายส่วนบุคคล (Personal law) ใดๆก็ดี ในเรื่องความสามารถของคู่สัญญาอาจเป็นไปตามกฎหมายของสถานที่สัญญาได้ทำขึ้น (Lex loci contractus) แต่ก็ยังมีความยืดหยุ่นต่อไปอีก หากเป็นเรื่องสัญญาที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ความสามารถของคู่สัญญาย่อมต้องเป็นไปตามกฎหมายของถิ่นที่ทรัพย์นั้นตั้งอยู่ (Lex rei sitae) ดูวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หน้า 120

### นิติกรรมหรือการแสดงเจตนาของบุคคล

องค์ประกอบที่สำคัญอันหนึ่งของการก่อให้เกิดสัญญา ก็คือนิติกรรม\* กล่าวคือ สัญญาจะเกิดมีขึ้นได้ เมื่อคู่สัญญาสองฝ่ายมีเจตนาในอันที่จะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ต่อกันในทาง

---

\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 บัญญัติว่า “นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ”

กฎหมาย โดยการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่เรียกว่า “คำเสนอ”<sup>23</sup> ฝ่ายหนึ่ง และจากการแสดงเจตนาทำนิติกรรมของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เรียกว่า “คำสนอง”<sup>24</sup> ในทางที่สอดคล้องตรงกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การกระทำทั้งหลายของบุคคลที่จะก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายที่เข้าลักษณะนิติกรรมจำเป็นอยู่เองที่จะต้องเกิดจากการแสดงเจตนาของผู้กระทำนั้น และเมื่อการแสดงเจตนา หมายถึง การทำด้วยประการใด ๆ ให้ปรากฏออกมาเป็นที่เข้าใจได้ถึงเจตนาภายในของบุคคล โดยที่เจตนาภายในของผู้ต้องการกระทำนิติกรรมเป็นสิ่งซึ่งไม่อาจมีผู้ใดล่วงรู้ได้ ดังนั้น การมีเจตนาอยู่ภายในจิตใจของบุคคล จึงไม่เกิดผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด และถ้าประสงค์จะให้เกิดผลในทางกฎหมาย บุคคลนั้นต้องแสดงเจตนาออกมาให้ปรากฏ ซึ่งการแสดงเจตนาอาจทำได้ไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ เช่น โดยวาจา หรือลายลักษณ์อักษร หรือแม้โดยการแสดงอาการปฏิกิริยาอาการซึ่งทำให้ปรากฏออกมาให้เป็นที่เข้าใจได้ถึงเจตนาภายในของบุคคลที่แสดงนั้น<sup>25</sup> ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าการแสดงเจตนาเป็นลักษณะที่สำคัญอย่างหนึ่งของนิติกรรมหรือที่เรียกว่าเป็นหัวใจของนิติกรรมก็ว่าได้

---

<sup>23</sup> ศักดิ์ สนองชาติ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2527 หน้า 327 “คำสนอง คือ การแสดงเจตนาความประสงค์ของตนต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือหลายบุคคล เพื่อขอให้ทำสัญญาด้วย หรืออาจสรุปสั้น ๆ ว่า เป็นคำขอให้ทำสัญญา คำเสนอจึงเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งมีผลผูกพันผู้เสนอ”

<sup>24</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 342 “คำสนอง คือ การแสดงเจตนาของผู้สนองต่อผู้เสนอ ตกลงทำสัญญาตามคำเสนอ หรืออาจสรุปสั้น ๆ ว่า คำสนอง คือ คำตอบรับทำสัญญาตามคำเสนอ คำสนองจึงเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งมีผลผูกพันผู้สนอง”

<sup>25</sup> อักษราทร จุฬารัตน คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการสัมมนาวิจัย และห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524, หน้า 8-9

ปัญหาจึงมีอยู่ว่า เมื่อการแสดงเจตนาของบุคคลเป็นส่วนหนึ่งของนิติกรรม และนิติกรรมเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ประกอบกับหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ก็มีได้วางหลักเกณฑ์เรื่องของนิติกรรมไว้โดยตรง หากแต่จะกล่าวถึงเฉพาะเรื่องแบบของนิติกรรม และเรื่องสัญญาเท่านั้น ดังนี้ การหาจุดเกาะเกี่ยวที่ใช้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเรื่องนิติกรรมกับกฎหมายที่ใช้บังคับ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นปัญหาที่ต้องเริ่มต้นจากการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในเรื่องการแสดงเจตนาทำนิติกรรมของบุคคลก่อนว่าเป็นเรื่องใดในทางกฎหมาย ต่อจากนั้นจึงจะสามารถวินิจฉัยได้ว่าเรื่องของนิติกรรมจะมีจุดเกาะเกี่ยวกับกฎหมายใดตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย และเนื่องจากกฎหมายภายในของแต่ละประเทศวางหลักเกณฑ์เรื่องการแสดงเจตนาทำนิติกรรมของบุคคลไว้ไม่เหมือนกัน เช่น บางประเทศกำหนดให้มีจุดเกาะเกี่ยวกับเรื่องของบุคคล เพราะเมื่อบุคคลทุกคนมีความสามารถในการใช้สิทธิที่จะทำนิติกรรมโดยตนเองได้ ฉะนั้นการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในเรื่องการแสดงเจตนาทำนิติกรรมของบุคคล ก็ควรกำหนดให้มีจุดเกาะเกี่ยวกับเรื่องของบุคคล แต่บางประเทศเห็นว่าเมื่อการแสดงเจตนาทำนิติกรรมของบุคคลเป็นส่วนหนึ่งของนิติกรรม การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ก็ควรกำหนดให้มีจุดเกาะเกี่ยวกับเรื่องนิติกรรม

ดังนี้ หากมีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลไทยในเรื่องการแสดงเจตนาทำนิติกรรมเพื่อก่อให้เกิดสัญญาของบุคคลที่เป็นคู่สัญญา เช่น การแสดงเจตนาของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายที่เรียกว่า คำเสนอ คำสนอง สมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ หรือ การแสดงเจตนาได้เกิดขึ้นโดยสำคัญผิด กลฉ้อฉล ข่มขู่หรือไม่ หรือคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีความสามารถในการทำนิติกรรมที่เรียกว่า คำเสนอ คำสนองหรือไม่ เป็นต้น ศาลไทยจะใช้กฎหมายใดเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา จึงเป็นปัญหาของการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงว่าจะใช้หลัก *Lex fori* หรือ *Lex cause* นั้นเอง ซึ่งสำหรับศาลไทย ในทัศนะของผู้เขียน เห็นว่า กฎหมายที่จะนำมาให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงควรเป็นไปตามหลัก *Lex fori* อันได้แก่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉะนั้น เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแล้ว ก็จะพบว่าได้กำหนดให้เรื่องการแสดงเจตนาของบุคคลมีจุดเกาะเกี่ยวกับเรื่องนิติกรรม\* ดังนี้ ศาลไทยจึงต้องพิจารณาให้กฎหมายว่าด้วยนิติกรรมของประเทศที่

---

\* โปรดศึกษารายละเอียดเพิ่มเติมจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมวด 2 เรื่องการแสดงเจตนา มาตรา 154 ถึง 171 อันอยู่ภายใต้ลักษณะ 4 ว่าด้วยนิติกรรม



ข้อเท็จจริงหรือนิติกรรมเกิดขึ้น เป็นกฎหมายใช้บังคับกับปัญหาข้างต้นต่อไป

กล่าวโดยสรุป การพิจารณาหาจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องการแสดงเจตนาของบุคคลในฐานองค์ประกอบหนึ่งของนิติกรรมและเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาจึงขึ้นอยู่กับทำให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของแต่ละประเทศ กล่าวคือ หากระบบกฎหมายของประเทศใดให้ถือว่าการแสดงเจตนาของบุคคลมีจุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับเรื่องนิติกรรม กฎหมายที่จะใช้บังคับก็คือ กฎหมายว่าด้วยนิติกรรมแห่งประเทศที่นิติกรรมเกิด (Lex loci actus) แต่หากระบบกฎหมายของประเทศใดให้ถือว่าการแสดงเจตนาของบุคคลมีจุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับเรื่องบุคคล กฎหมายที่จะใช้บังคับ ก็คือ กฎหมายว่าด้วยบุคคลแห่งประเทศที่นิติกรรมเกิด (lex loci actus)

### เนื้อหาสาระและวัตถุประสงค์ของสัญญา

องค์ประกอบที่สำคัญอีกอันหนึ่งของสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ก็คือ เนื้อหาสาระ และวัตถุประสงค์ของสัญญา ซึ่งผู้เขียนจะแยกพิจารณาเพื่อความชัดเจนในการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวกับกฎหมายประเทศใดประเทศหนึ่งตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ดังนี้

#### เนื้อหาสาระของสัญญา

โดยที่ลักษณะของนิติกรรมสัญญา เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน ที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์แห่งชีวิตในทางแพ่งของเขาได้ตามชอบใจและโดยเสรี บนหลักอิสระในทางแพ่งและหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา<sup>26</sup> ฉะนั้น นิติกรรมจึงเป็นอำนาจหรือเครื่องมือที่กฎหมายมอบให้เอกชนสร้างความผูกพันเพื่อก่อสิทธิและหน้าที่ตามความต้องการของเขาเหล่านั้นเองได้ตามความสมัครใจ โดยกฎหมายจะรับรองและบังคับให้เป็นไปตามเจตนาของเอกชน<sup>27</sup> ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้คู่สัญญาสามารถกำหนดเนื้อหาสาระของข้อตกลงต่าง ๆ

<sup>26</sup> ไซยศ เหมะรัชตะ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7, หน้า 82

<sup>27</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 25

ไว้ในสัญญาได้อย่างเต็มที่เท่าที่เห็นว่าเหมาะสม แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จะกำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานในการทำสัญญาไว้บ้าง เช่น สัญญาบางประเภทต้องทำถูกต้องตาม แบบ ฯลฯ แต่ก็เป็นการกำหนดเพียงหลักพื้นฐานไว้เท่านั้น ซึ่งคู่สัญญาอาจจะกำหนดรายละเอียด อื่น ๆ เพื่อผูกพันระหว่างกัน เพิ่มขึ้น หรือแตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ ถ้าข้อตกลง นั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>\*</sup>

จึงกล่าวได้ว่า เนื้อหาสาระของสัญญา ก็คือข้อตกลงต่าง ๆ ที่คู่สัญญาตกลงและ กำหนดไว้ในสัญญา เพื่อใช้เป็นแนวทางในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ต่อกันว่า คู่สัญญาแต่ละฝ่าย ต่างมีสิทธิและหน้าที่อย่างไรที่พึงต้องปฏิบัติตาม เพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ที่แต่ละฝ่ายพึง ประสงค์จะได้รับจากการเข้ามาสัญญาต่อกัน ฉะนั้น จุดเกาะเกี่ยวในเรื่องเนื้อหาสาระของสัญญา ในฐานะองค์ประกอบอันหนึ่งของสัญญาซึ่งต้องอาศัย “เจตนา” ของคู่สัญญาเป็นสำคัญในการ กำหนดเนื้อหาของสัญญา จึงได้แก่ กฎหมายที่คู่กรณีแสดงเจตนาเลือกตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ แห่งเจตนา ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย<sup>28</sup> (The material or essential validity of a contract is governed by the proper law of the contract) อย่างไรก็ดี ความอิสระของคู่ สัญญาที่จะกำหนดเนื้อหาหรือข้อตกลงใด ๆ ไว้ในสัญญานั้น แม้จะสามารถมีข้อความหรือขัด กับกฎหมายก็ได้ก็ตาม หากขัดต่อกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชนของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีตั้งอยู่ ก็ย่อมไม่มีผลใช้บังคับได้ นั้นย่อมหมายความว่า จุด เกาะเกี่ยวที่อาจจะต้องนำมาพิจารณาเพิ่มขึ้น ก็คือ กฎหมายของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีตั้งอยู่

---

\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 บัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่าง กับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชนการนั้นหาเป็นโมฆะ”

<sup>28</sup> Morris, J.H.C. *Dicey and Morris on the Conflicts of Laws*. Ninth Edition)

London: Stevens & Sons Ltd. 1973. P. 776.



(Lex fori) กล่าวคือ กฎหมายที่คู่กรณีเลือกใช้บังคับกับเนื้อหาสาระของสัญญาจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีตั้งอยู่ด้วย (Lex fori)

### วัตถุประสงค์ของสัญญา

วัตถุประสงค์ของสัญญา คือ ประโยชน์สุดท้ายที่ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรม บรรณา มุ่งประสงค์ไว้จะให้เกิดขึ้นเป็นไปอย่างไร โดยอาศัยนิติกรรมนั้นเป็นประโยชน์ผลสุดท้ายที่ นิติกรรมนั้นจะพึงอำนวยให้<sup>29</sup> หรือประโยชน์สุดท้ายที่มุ่งหมายว่านิติกรรมจะพึงอำนวยผลให้ตาม เจตนาที่ตกลงกันทั้งสองฝ่ายอันไม่ใช่วัตถุประสงค์แห่ง<sup>30</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่ง เมื่อวัตถุประสงค์ของสัญญา คือ จุดประสงค์หรือความมุ่งหมายของคู่สัญญาในการทำสัญญา อันถือเป็นสาระสำคัญของสัญญา อย่างหนึ่ง ฉะนั้น การพิจารณาหาจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญาอันเป็นองค์ประกอบ หนึ่งของสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกัน แห่งกฎหมาย จึงหมายถึงกฎหมายที่คู่กรณีแสดงเจตนาเลือกใช้บังคับกับสัญญา<sup>31</sup> (Legality, as one aspect of the essential validity of contract, is governed by the proper law.) อย่างไรก็ตาม แม้จะเป็นที่ยอมรับว่าคู่สัญญามีสิทธิโดยพื้นฐานที่จะแสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญาตามความ ประสงค์ของพวกเขาได้โดยเสรี และเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาของพวกเขาได้ก็ตาม เมื่อ เป็นกรณีพิพาทขึ้นสู่ศาล ศาลที่พิจารณาคดีก็อาจปฏิเสธไม่ใช้กฎหมายต่างประเทศที่คู่กรณีเลือกได้

<sup>29</sup> เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12, หน้า 101

<sup>30</sup> สุปิน พูลพัฒน์ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและ สัญญา, กรุงเทพฯ : ศูนย์การพิมพ์พญาไท 438/3, 2515, หน้า 20

<sup>31</sup> Graveson, R.H. The Conflict of law Sixth Edition, London : Sweet & Maxwell, 1969, P.444.

หากพิจารณาคดีแล้วเห็นว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีตั้งอยู่<sup>32</sup> (It is an elementary principle of law that a court will not enforce a contract which is illegal by its own *lex fori*) จึงอาจกล่าวได้ว่า จุดเกาะเกี่ยวในเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญาย่อมเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีตั้งอยู่ด้วย (*Lex fori*)

### ผลของสัญญา

แม้สัญญาจะเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์แล้วก็ตาม ปัญหาเกี่ยวกับผลของสัญญายังอาจเกิดขึ้นได้อีก เช่น

(ก) ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ได้เพราะความผิดของฝ่ายตน หรือเพราะความผิดของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือเพราะเหตุสุดวิสัย ความรับผิดชอบของคู่สัญญาฝ่ายนั้น จะมีประการใดหรือไม่ หรือ

(ข) ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้เลย หรือชำระหนี้ได้บางส่วน คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง จะปฏิเสธไม่ชำระหนี้ส่วนของตนเสียเลยจะได้หรือไม่ หรือ

(ค) บุคคลภายนอกจะมีสิทธิขอรับประโยชน์ตามสัญญานั้นได้แก่ไหนเพียงใด หรือ

(ง) คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้แก่ไหนเพียงใดเหล่านี้ เป็นต้น

ผลของสัญญา ได้แก่ ผลตามกฎหมายที่เกิดขึ้นเนื่องจากสัญญาเป็นผลที่เกิดตามมา หลังจากสัญญานั้นมีผลบังคับแล้ว จึงเป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดและรับรองไว้ว่าคู่สัญญามีหน้าที่

<sup>32</sup>

Schmitthoff, C.M. *The English conflict of laws* Third Edition. London : Stevens & Sons Ltd. 1984 P.128.

และสิทธิต่อกันอย่างไรบ้าง<sup>33</sup> รวมทั้งก่อให้เกิดอำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ปฏิบัติตามสัญญาที่จะเรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญา หรือให้หาทางแก้ไข หรือชดใช้ค่าเสียหายให้สิทธิของบุคคลภายนอกที่จะได้รับประโยชน์ตามสัญญา สิทธิในการเลิกสัญญา เหตุสุดวิสัย การระงับของสัญญา เป็นต้น และโดยที่สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญและผลของสัญญาเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องใกล้ชิดกันมาก ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทย จึงกำหนดให้มีจุดเกาะเกี่ยวอยู่ในบังคับของกฎหมายเดียวกัน ดังที่บัญญัติไว้ใน พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 13<sup>\*</sup> หรือดังที่ศาลอังกฤษได้กำหนดเรื่องผลของสัญญาเช่น สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ให้เป็นไปตามกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใช้บังคับกับสัญญา<sup>34</sup> (The effect of a contract, i.e. the rights and obligations under its of the parties thereto, is to be determined in accordance with the proper law of the contract)

อย่างไรก็ตาม การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวเรื่องผลของสัญญาให้อยู่ในบังคับของกฎหมายเดียวกันกับเรื่องสาระสำคัญของสัญญาดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้นก็หาใช่ว่าจะเป็นที่ยุติเสมอไปไม่หากแต่ยังมีบางประเด็นปัญหาที่ควรพิจารณา และนำเสนออันอาจถือเป็นข้อยกเว้นอยู่อีก เช่น

<sup>33</sup> กมล สนธิเกษตริน, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, หน้า 279

<sup>\*</sup> มาตรา 13 บัญญัติว่า “ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม่อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับ ได้แก่กฎหมายสัญชาติ อันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้น ได้ทำขึ้น” ฯลฯ

<sup>34</sup> Morris, J.H.C. Supra note 28, P.792.

สัญญาที่จะมีผลหรือไม่ขึ้นอยู่กับบุคคลที่สาม เช่น สัญญาที่ผู้เยาว์กระทำอันต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองก่อน สัญญาจะมีผลหรือไม่จึงต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายสัญญาติของผู้เยาว์ จะใช้กฎหมายตามที่คู่กรณีตกลงกันไม่ได้ ซึ่งย่อมหมายถึงจะต้องขึ้นอยู่กับความสามารถของผู้แสดงเจตนานั้นเอง เป็นต้น<sup>35</sup>

### แบบของสัญญา

แบบของสัญญาในที่นี้ หมายความว่า พิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้และบังคับให้ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญาต้องปฏิบัติตามเพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม ฉะนั้น การกระทำนิติกรรมโดยไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ จัดว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายประการหนึ่ง ผลของนิติกรรมสัญญาที่ทำไม่ถูกต้องตามแบบ ย่อมตกเป็นโมฆะ\* และตามหลักทั่วไป กฎหมายยอมรับรองความศักดิ์สิทธิ์ในเจตนาของบุคคลในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมใด ๆ ได้โดยอิสระ ดังนั้น หากกฎหมายจะกำหนดให้นิติกรรมประเภทใดจะต้องทำตามแบบอย่างไร ย่อมจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นเรื่อง ๆ ไป หากไม่มีกฎหมายบัญญัติแบบไว้บุคคลเพียงแต่แสดงเจตนาโดยชอบ นิติกรรมสัญญาก็เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์แล้ว จึงอาจกล่าวได้ว่าแบบในฐานะองค์ประกอบอันหนึ่งของสัญญา ในที่นี้ ย่อมหมายถึงเฉพาะแบบแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมโดยตรงเท่านั้น หาใช่แบบในการแสดงเจตนาไม่ เพราะเรื่องการแสดงเจตนาทำนิติกรรมได้มีหลักเกณฑ์บังคับไว้ต่างหากแล้ว ไม่มีเรื่องแบบแต่อย่างใดเลย กล่าวคือ แบบของนิติกรรมบางชนิดที่กฎหมายกำหนดไว้ การแสดงเจตนาทำนิติกรรมอาจมีผลสมบูรณ์มาแต่ต้นแล้ว หากแต่จะให้เกิดผลเป็นนิติกรรมสัญญาตามที่ต้องการ บางทียังต้องทำตามแบบกันอีกชั้นหนึ่งเท่านั้น หรือ

<sup>35</sup> กมล สนธิเกษตริน, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, หน้า 279

\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 บัญญัติว่า “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ”

กล่าวอีกนัยหนึ่งถ้าไม่ทำตามแบบสำหรับนิติกรรมที่ต้องมีแบบ การแสดงเจตนาทำนิติกรรม ก็คงเป็นอันไร้ผลในส่วนที่จะให้เกิดเป็นนิติกรรมที่จะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น แต่ผลสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาอาจมีอยู่โดยอาจปรับเป็นนิติกรรมชนิดอื่นที่ไม่มีความจำเป็น ต้องทำตามแบบแต่อย่างใดก็ได้ตามแต่เจตนา\* เว้นแต่ถ้าไม่มีเจตนาจะทำนิติกรรมอย่างอื่น นอกจากที่มีแบบกำหนดไว้ การที่ทำไปทั้งหมดจึงจะตกเป็นโมฆะเสมือนมิได้ทำนิติกรรมสัญญาต่อกันเลยมาตั้งแต่แรก ฉะนั้น เมื่อกล่าวถึงเรื่องแบบจึงต้องเข้าใจว่าเป็นแบบแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมหาใช่แบบในการแสดงเจตนาไม่ ตัวอย่างเช่น ต้องทำเป็นหนังสือจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่จึงจะสมบูรณ์ แต่การแสดงเจตนาเพื่อทำสัญญานั้นอาจสมบูรณ์มาแล้ว โดยอาศัยหลักเกณฑ์เรื่องการแสดงเจตนาทำนิติกรรม เช่น ทำคำเสนอมือขาย อสังหาริมทรัพย์ส่งไปถึงแล้ว ย่อมสมบูรณ์เป็นคำเสนอมือผลผูกพันผู้เสนอทันที โดยคำเสนอนั้นมิพักต้องทำเป็นหนังสือจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แต่อย่างใด เมื่ออีกฝ่ายหนึ่งสนองรับทำสัญญาตอบมาก็อาศัยหลักความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาเช่นเดียวกัน หากแต่นิติกรรมสัญญาประเภทนี้ รัฐเห็นว่าจำเป็น ต้องเข้ามาควบคุมการแสดงเจตนาของบุคคลจึงกำหนดแบบไว้เท่านั้น ฉะนั้น ถ้าจะให้เจตนาสำเร็จผลเป็นนิติกรรมสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ผูกพันกันยังจะต้องไปทำเป็นหนังสือจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่อีกขั้นตอนหนึ่ง เป็นต้น

และเมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย การจะหาจุดเกาะเกี่ยวกับเรื่องแบบของสัญญาในฐานะองค์ประกอบอันหนึ่งของสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศนั้นเราจะต้องทราบก่อนในเบื้องต้นว่านิติกรรมทุกชนิดย่อมมีส่วนประกอบที่สามารถแยกออกได้เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนประกอบที่ไม่เกี่ยวกับเนื้อหาของนิติกรรม (ELEMENT EXTRINSIQUE) และส่วนประกอบที่เป็นเนื้อหาแท้ ๆ ของนิติกรรม<sup>36</sup> (ELEMENT INTRINSIQUE)

\* คำพิพากษาฎีกา ที่ 121/2472

<sup>36</sup> กมล สนธิเกษตริน, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, หน้า 239



1. ส่วนประกอบที่เป็นเนื้อหาแท้ ๆ ของนิติกรรม ได้แก่ ส่วนที่ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการก่อให้เกิดสัญญา หรือ การกระทำ ในทางกฎหมายนั้น ถือได้ว่าเป็นส่วนประกอบขั้นมูลฐานของนิติกรรม เช่น ในเรื่องสัญญาส่วนประกอบที่เป็นเนื้อหา ได้แก่ ความสามารถของคู่สัญญา การแสดงเจตนาของคู่สัญญา วัตถุประสงค์แห่งสัญญา เป็นต้น ซึ่งตามหลักย่อมมีจุดเกาะเกี่ยวกับกฎหมายที่ได้กล่าวไว้แล้วเป็นเรื่อง ๆ ข้างต้น

2. ส่วนประกอบที่ไม่เกี่ยวกับเนื้อหาของนิติกรรม ได้แก่ ส่วนประกอบภายนอกที่แสดงให้เห็นทราบว่า ได้มีนิติกรรมนั้นขึ้นแล้ว เช่น ในเรื่องสัญญาจะพึงพิสูจน์ความเป็นอยู่ของสัญญา ก็โดยที่กฎหมายกำหนดว่าสัญญาใดต้องทำเป็นหนังสือ หรือต้องจดทะเบียนต่อหน้าเจ้าพนักงาน ฯลฯ อันถือเป็นแบบเพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรมหรือสัญญาโดยตรง

และเมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย หลักที่ได้รับการยอมรับและเห็นชอบของนักนิติศาสตร์ทั่วไป ให้มีจุดเกาะเกี่ยวโดยตรงกับเรื่องแบบ อันเป็นองค์ประกอบหนึ่งของนิติกรรมสัญญา คือ “หลักกฎหมายท้องถิ่นบังคับนิติกรรม” (LOCUS REGIT ACTUM)<sup>37</sup> โดยให้ถือเป็นทั่วไปว่านิติกรรมใดที่ได้ทำขึ้น โดยถูกต้องตามแบบที่กฎหมายของประเทศที่ได้ทำนิติกรรมนั้นกำหนดไว้ นิติกรรมนั้นย่อมสมบูรณ์และใช้อย่างอิงได้ทุกแห่งอย่างไรก็ดี หลักดังกล่าวนี้เป็นเพียงหลักสำหรับเรื่องความสมบูรณ์ในเรื่องแบบนิติกรรมซึ่งไม่เกี่ยวกับบอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น กล่าวคือ แบบของนิติกรรมที่เกี่ยวกับบอสังหาริมทรัพย์จะใช้หลัก

<sup>37</sup> เรื่องเดียวกัน, และ หยุต แสงอุทัย, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5, หน้า 103 เรียกว่า “สถานที่บังคับการกระทำ”

“กฎหมายท้องถิ่นบังคับนิติกรรม” ไม่ได้ หากแต่ต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สิน  
ตั้งอยู่ (Lex rei situs) \*

---

\* พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 9 บัญญัติไว้ว่า  
“นอกจากจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยาม  
ความสมบูรณ์เนื่องด้วยแบบแห่งนิติกรรมย่อมเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่นิติกรรมนั้นได้  
ทำขึ้น

อย่างไรก็ดี กฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ยอมใช้บังคับแก่แบบที่จำเป็นเพื่อ  
ความสมบูรณ์แห่งสัญญา เอกสาร หรือนิติกรรมอื่น ๆ เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์”