

ความสมบูรณ์และผลผูกพันของข้อตกลงเลือกศาลตามกฎหมายไทย

การเสนอคำฟ้องต่อศาลต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 2¹ กล่าวคือ การจะเสนอคำฟ้องต่อศาลใดต้องพิจารณาสภาพแห่งคำฟ้องนั้นว่าเป็นคดีประเภทใดและอยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลใด ต่อมาจึงพิจารณาลำดับชั้นของศาลว่ากฎหมายกำหนดให้เริ่มต้นฟ้องคดีเช่นนั้นยังศาลใด โดยปกติกฎหมายจะกำหนดให้เสนอคำฟ้องครั้งแรกต่อศาลชั้นต้น หากคู่ความไม่พอใจผลคำพิพากษาศาลชั้นต้นจึงจะอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ และหากคู่ความฝ่ายใดไม่พอใจผลคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์จึงจะฎีกาต่อศาลฎีกาต่อไปตามลำดับชั้น นอกจากนั้นต้องพิจารณาเรื่องเขตศาลประกอบด้วยว่า สภาพแห่งคำฟ้องเช่นนั้นอยู่ในเขตศาลใด ทั้งนี้พึงพิจารณาเขตศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พระธรรมนูญศาลยุติธรรม และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลต่าง ๆ เป็นหลัก การทำข้อตกลงเลือกศาลเป็นการทำความตกลงกันของคู่กรณีในเรื่องเขตศาล ดังนั้นการพิจารณาเรื่องความสมบูรณ์และผลผูกพันของข้อตกลงเลือกศาลจึงเป็นการพิจารณาเรื่องการเสนอคำฟ้องต่อศาลใดในประเด็นเรื่องเขตศาล

วิทยานิพนธ์บทนี้จึงศึกษาวิจัยแนวโน้มการยอมรับข้อตกลงเลือกศาลในกฎหมายไทย ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ประเด็นปัญหาที่ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในการตีความตัวบทกฎหมายไทยในปัจจุบัน เพื่อนำมาวิเคราะห์ถึงความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ และนำไปสู่แนวทางในการปรับใช้กฎหมายอย่างถูกต้อง

¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 2 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้เสนอคำฟ้องต่อศาลใด เว้นแต่

- (1) เมื่อได้พิจารณาถึงสภาพแห่งคำฟ้องและชั้นของศาลแล้วปรากฏว่า ศาลนั้นมีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยพระธรรมนูญศาลยุติธรรม และ
- (2) เมื่อได้พิจารณาถึงคำฟ้องแล้วปรากฏว่า คดีนั้นอยู่ในเขตศาลนั้นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยศาลที่จะรับคำฟ้อง และตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดเขตศาลด้วย”

จากการศึกษาพบว่า การทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาต่าง ๆ มิใช่เรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 7(4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 ยอมรับให้คู่สัญญาสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลที่จะทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่มีต่อกันเป็นหนังสือได้ ไม่ว่าจะเป็ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ต่อมาพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 12) พุทธศักราช 2534* ยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 7(4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 จึงเกิดประเด็นปัญหาว่า พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 12) พุทธศักราช 2534 มีเจตนารมณ์ไม่ยอมรับการทำข้อตกลงเลือกศาลอีกต่อไปหรือไม่ในกรณีใด ๆ หรือมีเจตนารมณ์เพียงยกเลิกเงื่อนไขการทำข้อตกลงเลือกศาลตามบทบัญญัติเดิมเป็นเหตุให้คู่สัญญาสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้ทั่วไป โดยไม่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ดังนั้นการศึกษาวิจัยเรื่องความสมบูรณ์และผลผูกพันของข้อตกลงเลือกศาลตามกฎหมายไทยจึงแบ่งศึกษาเป็น 3 หัวข้อ ดังนี้

- (1.) วัฒนาการของการยอมรับข้อตกลงเลือกศาลในกฎหมายไทย
- (2.) วิเคราะห์ความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศตามกฎหมายไทยปัจจุบัน
- (3.) ผลผูกพันของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ

3.1 วัฒนาการของการยอมรับข้อตกลงเลือกศาลในกฎหมายไทย

การศึกษาเรื่องวัฒนาการของการยอมรับข้อตกลงเลือกศาลในกฎหมายไทยจะแบ่งเป็น 2 ช่วงเวลาตามความเปลี่ยนแปลงของบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องเขตอำนาจศาลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 เป็นต้นมา จนกระทั่งมีการแก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 12) พุทธศักราช 2534 ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 28 สิงหาคม 2534

* ประกาศใช้บังคับในราชกิจจานุเบกษาเล่มที่ 108 ตอนที่ 149 ลงวันที่ 27 สิงหาคม 2534 และให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา คือวันที่ 28 สิงหาคม 2534 เป็นต้นไป

จากการศึกษาพบว่า บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 ซึ่งเกี่ยวข้องกับการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลอันเป็นการทำความตกลง กันระหว่างคู่กรณีในเรื่องเขตศาลนั้นเป็นไปตามมาตรา 7(4) ซึ่งต่อมาเมื่อมีการแก้ไขปรับปรุง บทบัญญัติเรื่องเขตอำนาจศาลตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 12) พุทธศักราช 2534 ได้ยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 7(4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง พุทธศักราช 2477

3.1.1 หลักเกณฑ์การยอมรับข้อตกลงเลือกศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่งก่อนการบังคับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราช- บัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 12) พุทธศักราช 2534

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก่อนการแก้ไขใน พ.ศ. 2534 คือประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478 มีบทบัญญัติ เกี่ยวกับ “ข้อตกลงเลือกศาล” (Choice of Forum หรือ Choice of Jurisdiction Clause) ในมาตรา 7(4) กล่าวคือ “ถ้าได้มีการตกลงกันไว้เป็นหนังสือว่า คู่สัญญาได้ยินยอมกันว่าบรรดาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น แล้วก็ดี หรือข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นจากข้อสัญญาที่ดี ให้เสนอต่อศาลชั้นต้นศาลใดศาลหนึ่งตามที่ ได้ระบุไว้ซึ่ง ไม่มีหรืออาจไม่มีเขตศาลเหนือคดีนั้นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยศาล ที่จะรับคำฟ้อง ข้อตกลงเช่นนี้ให้เป็นอันผูกพันกันได้ แต่ศาลที่ได้ตกลงกันไว้ในวันนั้นจะต้องเป็นศาลที่ คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น หรือมูลคดีของเรื่องนั้นได้เกิดขึ้น หรือทรัพย์สินที่ พิพาทกันนั้นตั้งอยู่ภายในเขตศาลแห่งศาลนั้น ๆ”² จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายไทยช่วงก่อนการแก้ไข เปลี่ยนแปลงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในพ.ศ. 2534 ยอมรับให้เอกชนแสดงเจตนา เลือกศาลโดยความตกลงระหว่างกันได้ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ คือ

1. ข้อตกลงเลือกศาล (Choice of Forum หรือ Choice of Jurisdiction Clause) จะต้องทำเป็นหนังสือ กล่าวคือต้องทำความตกลงเลือกศาลกันเป็นลายลักษณ์อักษรและลงลายมือชื่อ คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เพื่อให้เกิดความแน่นอนว่ามีการทำข้อตกลงเลือกศาลไว้ต่อกันเช่นนั้นจริง และมีให้เป็นช่องทางให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประวิงคดีเพราะเหตุต้องทำการไต่สวนก่อนว่ามีการทำข้อตกลง เลือกศาลกันไว้หรือไม่ แม้ว่าสัญญาหลักที่คู่สัญญาประสงค์จะทำต่อกันกันนั้นมีได้มีกฎหมาย

² เสถียร ลายลักษณ์ และคณะ, ประชุมกฎหมายประจำศก พ.ศ. 2478 ภาคที่ 1 เล่ม 48 ตอน 1 (ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์, 2479), หน้า 555.

กำหนดรูปแบบของนิติกรรมไว้ เช่น กรณีที่คู่สัญญาตกลงทำการจ้างทำของหรือรับขนโดยไม่ทำเป็นหนังสือต่อกันก็สามารถทำได้ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดให้การจ้างทำของหรือรับขนต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ แต่หากคู่สัญญาจะทำความตกลงกันเป็นข้อตกลงเลือกศาลที่จะพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นหรือสืบเนื่องจากการจ้างทำของหรือรับขนแล้ว คู่สัญญาต้องทำข้อตกลงเลือกศาลกันไว้เป็นหนังสือต่างหากฉบับหนึ่ง จึงจะมีผลบังคับผูกพันต่อกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4)

2. ศาลที่ได้รับเลือกในข้อตกลงเลือกศาลต้องเป็นศาลที่กฎหมายไทยยอมรับว่ามีเขตอำนาจเหนือคดีดังต่อไปนี้

- 2.1 ศาลที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือ
- 2.2 ศาลที่มูลคดีของเรื่องนั้นได้เกิดขึ้นในเขตศาลนั้น หรือ
- 2.3 ศาลที่ทรัพย์สินที่พิพาทกันนั้นตั้งอยู่ภายในเขตศาลนั้น

ทั้งนี้เพื่อให้ศาลที่จะทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีมีความเกี่ยวข้องกับคู่ความในทางใดทางหนึ่ง มิใช่ให้คู่ความตกลงกันเป็นการฟุ่มเฟือย และศาลอื่น ๆ นอกจากศาลตามข้อ 2.1 ถึงข้อ 2.3 นั้นย่อมไม่เหมาะสมและไม่เป็นการสะดวกแก่การพิจารณาคดีของศาล

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 2877/2524 เป็นกรณีที่คู่ความทำข้อตกลงเลือกศาลไว้ว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นให้ดำเนินคดีที่ศาลจังหวัดสงขลา แต่โจทก์มีภูมิลำเนาอยู่จังหวัดนครราชสีมา จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ที่กรุงเทพมหานคร สัญญาทำที่กรุงเทพมหานคร โจทก์ฟ้องคดีโดยอ้างว่าจำเลยปฏิบัติผิดสัญญา ดังนั้นสถานที่ที่มูลคดีเกิดขึ้นจึงได้แก่กรุงเทพมหานคร ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า แม้ตามสัญญาที่ทำกันไว้จำเลยจะได้รับเงินค่าจ้างจากผู้ว่าจ้างที่จังหวัดสงขลา และจะต้องแบ่งเงินให้โจทก์ที่จังหวัดสงขลา ก็ถือไม่ได้ว่าสัญญาเกิดขึ้นที่จังหวัดสงขลา ศาลจังหวัดสงขลาจึงไม่มีอำนาจรับฟ้องของโจทก์

3. ข้อตกลงเลือกศาล (Choice of forum clause) ในมูลละเมิดจะทำได้เฉพาะกรณีที่ มีการละเมิดเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ส่วนข้อตกลงเลือกศาลที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ล่วงหน้าก่อนข้อพิพาท เกิดขึ้นนั้นสามารถทำได้เฉพาะกรณีข้อพิพาทอันเกิดจากมูลสัญญาเท่านั้น ดังนั้นหากเป็นข้อพิพาท ในมูลสัญญา คู่กรณีสามารถทำความตกลงเลือกศาลกันไว้ล่วงหน้าก่อนข้อพิพาทเกิดขึ้น หรือทำ ความตกลงเลือกศาลกันเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วก็ได้ทั้งสิ้น³

เมื่อคู่กรณีทำข้อตกลงเลือกศาลกันถูกต้องตามบทบัญญัติมาตรา 7(4) แห่งประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 แล้ว ข้อตกลงเช่นนั้นย่อมมีผลสมบูรณ์ผูกพันคู่กรณี ที่ทำความตกลงกัน มีผลให้คู่กรณีที่ตกลงกันต้องเสนอคำฟ้องต่อศาลที่ตกลงกันไว้เท่านั้น คู่กรณีฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งจะฝ่าฝืนข้อตกลงดังกล่าวโดยนำคดีไปฟ้องศาลอื่นไม่ได้ แม้ว่าศาลนั้นจะมีเขตอำนาจศาล

³ รายละเอียดโปรดดูหนึ่ง ภาไชย และพันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, "อันเนื่องมาจาก คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 และ 5809/2539 : ข้อคิดเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศ เพื่อเป็นข้อยกเว้นเขตอำนาจศาลไทย," ตุลาคม ปีที่ 44 เล่ม 4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2540) : 138-139. ; ธานินทร์ กรัยวิเชียร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สหกรณ์ออมทรัพย์กระทรวงยุติธรรม, 2521), หน้า 271-275. ; พระนิติการณ ประสม, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (กรุงเทพมหานคร : แสงทองการพิมพ์, 2515), หน้า 32-33 ; พระวรภักดีพิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2477 (กรุงเทพมหานคร : แพร่พิทยา, 2512), หน้า 16-17 ; พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบาย กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2528), หน้า 106-110. ; ภาวัต ดาววัลย์, "ข้อต่อสู้ในสัญญาเรื่องกำหนดเขตศาลที่ชำระคดีไว้ล่วงหน้า มีผลทางกฎหมายอย่างไร," วารสารกฎหมายสู่ไทยธรรมาราช ปีที่ 12 ฉบับที่ 1 (มิถุนายน 2543) : 118-119. ; มาโนช จรมาศ, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1-2, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 49-65; วิชาธรรมศาสตร์และการ เมือง มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2489), หน้า 89-91. ; สุข หงสไกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความแพ่ง ภาค 1 (กรุงเทพมหานคร : อรุณการพิมพ์, 2524), หน้า 62-63. ; อุคม เพ็องพุง, "ข้อตกลงเรื่องเขตศาล," วารสารกฎหมาย ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 (มิถุนายน 2527) : 22-26.

เหนือคดีตามกฎหมายก็ตาม นอกจากนี้ศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าวจะใช้ดุลพินิจไม่รับคดีไว้พิจารณาพิพากษาก็ย่อมไม่ได้เช่นกัน⁴

อย่างไรก็ดี มีนักกฎหมายผู้ใหญ่อท่านหนึ่งเห็นว่า การทำข้อตกลงเลือกศาลซึ่งจะมีผลบังคับสมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ต้องเป็นกรณีที่ทำความตกลงเลือกศาลใดศาลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง มิใช่เป็นการตกลงเลือกไว้หลายศาลในลักษณะเป็นการเพื่อเลือก เพราะคู่กรณีไม่อาจรู้ล่วงหน้าว่าจะฟ้องคดีนั้นที่ศาลใดแน่นอน ข้อตกลงเลือกศาลในลักษณะกำหนดไว้หลายศาลเป็นการเพื่อเลือกนี้จะไม่ผูกมัดศาลใดศาลหนึ่งที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลที่จะต้องรับฟ้องนั้นไว้พิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4)⁵ แต่ผู้เขียนเห็นว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ไม่น่าจะมีเจตนารมณ์จำกัดให้คู่สัญญาต้องทำความตกลงกันกำหนดศาลที่จะพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทกันเพียงศาลใดศาลหนึ่งเท่านั้น การทำความตกลงกันกำหนดศาลที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มูลคดีของเรื่องนั้นได้เกิดขึ้นในเขตศาล หรือศาลที่ทรัพย์สินที่พิพาทกันตั้งอยู่ภายในเขตศาลนั้น ไม่ว่าจะกำหนดไว้ศาลเดียวเป็นการเฉพาะเจาะจงหรือกำหนดไว้ตั้งแต่สองศาลขึ้นไป ผู้เขียนเห็นว่า ย่อมทำได้ และข้อตกลงเลือกศาลเช่นนั้น มีผลบังคับใช้และผูกพันศาลและคู่สัญญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) แม้ว่าจะไม่ทราบเป็นการแน่นอนตายตัวว่าในอนาคตจะต้องนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลใดศาลหนึ่งเป็นการแน่ชัด แต่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกไว้แล้วว่า ศาลที่จะพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทตามสัญญานั้นเป็นศาลใดบ้าง ส่วนจะเป็นศาลใดศาลหนึ่งในระหว่างศาลที่ได้กำหนดเลือกไว้ในลักษณะเพื่อเลือกนั้น สิทธิแห่งการเลือกครั้งสุดท้ายในการนำคดีเสนอสู่ศาลเป็นของคู่สัญญาฝ่ายโจทก์ ข้อตกลงเลือกศาลในลักษณะเพื่อเลือกยอมผูกพันคู่สัญญาเพราะเป็นการกำหนดเลือกศาลในลักษณะที่กฎหมายเล็งเห็นว่าเป็นศาลที่เหมาะสมและสะดวกแก่การพิจารณาคดีตามหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) แล้ว ย่อมไม่น่าจะเกิดความได้เปรียบเสียเปรียบในเชิงคดีต่อกันระหว่างคู่สัญญาอีก ไม่ว่าคู่สัญญาฝ่ายโจทก์จะเลือกเสนอคำฟ้องต่อศาลใดศาลหนึ่งในระหว่างศาลทั้งหลายที่ทำข้อตกลงเลือกไว้ในลักษณะเพื่อเลือก

⁴ พิชฌน์ จักรางกูร, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, หน้า 109.

⁵ อุคม เพ็ญฟู้ง, "ข้อตกลงเรื่องเขตศาล", หน้า 24-25.

ข้อตกลงเลือกศาล (Choice of Forum หรือ Choice of Jurisdiction Clause) จะตกลงกันในเรื่องอำนาจศาลหรือลำดับชั้นของศาลไม่ได้ ทั้งนี้เพราะจำต้องพิจารณาถึงความสำคัญของมูลคดีที่พิพาทเป็นข้อสำคัญ และต้องพิจารณาคดีไปตามลำดับชั้นของศาล คือศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา ตามที่พระธรรมนูญศาลยุติธรรมและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดไว้ เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ดังนั้นการทำข้อตกลงเลือกศาลจึงเป็นการตกลงกันแต่เฉพาะเรื่องเขตศาลเท่านั้น* ทั้งนี้เพราะเรื่องการกำหนดเขตศาลนั้นเป็นไปเพื่อให้เกิดความสมดุระหว่างปริมาณคดีที่เกิดขึ้นในแต่ละท้องที่กับที่ตั้งของศาลและจำนวนศาลที่ตั้งขึ้นรองรับปริมาณคดีที่เกิดขึ้นนั้น กฎหมายจึงผ่อนคลายเป็นโอกาสคู่สัญญาสามารถทำความตกลงกันกำหนดเขตศาลที่จะชำระคดีกันเองได้ เพราะฉะนั้นการทำข้อตกลงเลือกศาลจึงต้องเลือกศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีนั้นอยู่แล้ว จะทำความตกลงกันให้ศาลที่ไม่มีอำนาจมีอำนาจยอมไม่ได้ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ก็จำกัดให้เลือกศาลที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มูลคดีของเรื่องนั้นได้เกิดขึ้นในเขตศาล หรือศาลที่ทรัพย์สินที่พิพาทกันนั้นตั้งอยู่ภายในเขตศาล คู่สัญญาจะตกลงเลือกศาลนอกจากที่กำหนดไว้ดังกล่าวไม่ได้ แม้ว่าศาลนั้นจะมีเขตอำนาจศาลเหนือคดี เช่น เป็นศาลที่เข้าหน้าพบตัวลูกหนี้ในเขตศาลนั้นในกรณีฟ้องบังคับเกี่ยวข้องกับหนี้เหนือบุคคลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 4(3)⁸ เป็นต้น ดังนั้นคู่สัญญาจึงไม่อาจทำความตกลงเลือกศาลที่เป็นกลางแต่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาเลย และไม่มีอำนาจพิจารณาเหนือคดีนั้น หรือไม่ใช่ศาลตามกรณีใดกรณีหนึ่งที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ข้อตกลงเลือกศาลเช่นนี้ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย

* โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 2 หัวข้อ 2.1 ความหมายและขอบเขตของเขตอำนาจศาล

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

⁷ สุธรรม ภัทราคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : แสงทองการพิมพ์, 2518), หน้า 29.

⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 4(3) บัญญัติว่า

“ในกรณีเกี่ยวข้องกับหนี้เหนือบุคคลซึ่งมิได้ตกอยู่ในบทบัญญัติแห่งหมวดนี้ ระหว่างเจ้าหนี้ซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศสยาม และลูกหนี้ซึ่งมิได้มีภูมิลำเนาในประเทศสยาม หากเข้ามาในประเทศสยามชั่วคราวนั้น ไม่ว่าจะเกิดมูลคดีในประเทศใด หรือมูลคดีจะเป็นประการใดก็ตาม เจ้าหนี้จะยื่นคำฟ้องขอให้บังคับตามสิทธิเช่นว่านั้นในศาลซึ่งตนมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น หรือในศาลที่พบตัวลูกหนี้ในเขตศาลนั้นก็ได้ แต่จะดำเนินคดีต่อไปได้ต่อเมื่อได้ส่งหมายเรียกให้แก่ลูกหนี้ในประเทศสยามแล้ว”

เหตุที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ให้อำนาจคู่ความทำข้อตกลงเลือกศาลที่จะพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทตามสัญญาได้นั้น ก็เพื่อความสะดวกของคู่สัญญาในการเจรจาทำสัญญาระหว่างกันและในการประกอบธุรกิจการค้าโดยทั่วไป นอกจากนี้ยังถือว่าเรื่องกฎหมายส่วนแพ่งนั้นเป็นกฎหมายส่วนเอกชน ดังนั้นเอกชนจึงมีสิทธิเสรีภาพที่จะแสดงเจตนาทำความตกลงกันเป็นพิเศษได้⁹ ดังนั้นหากคู่ความทำข้อตกลงเลือกศาลกันในด้านประเทศกำหนดให้ฟ้องคดียังศาลในประเทศไทยแล้ว ศาลในประเทศไทยศาลนั้นต้องเป็นศาลที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือเป็นศาลที่มูลคดีของเรื่องนั้นเกิดในเขตศาลนั้น หรือศาลที่ทรัพย์สินพิพาทกันนั้นตั้งอยู่ในเขตศาล กรณีใดกรณีหนึ่ง ข้อตกลงนั้นจึงจะมีผลสมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) และผูกพันคู่ความให้จำต้องปฏิบัติตามข้อตกลงนั้น¹⁰ ในกรณีที่คู่ความทำข้อตกลงเลือกศาลกันในประเทศไทยกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลในต่างประเทศนั้น หากศาลในต่างประเทศเป็นศาลที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือเป็นศาลที่มูลคดีของเรื่องนั้นเกิดในเขตศาล หรือเป็นศาลที่ทรัพย์สินที่พิพาทกันตั้งอยู่ในเขตศาล กรณีใดกรณีหนึ่งแล้ว ข้อตกลงเช่นนี้จะมีผลทำให้คู่ความหมดสิทธิฟ้องคดียังศาลในประเทศไทยซึ่งมีเขตอำนาจศาลเหนือคดีนั้นด้วยหรือไม่นั้น อาจารย์พิพัฒน์ จักรางกูร เห็นว่า การที่คู่ความทำข้อตกลงกันกำหนดให้ฟ้องคดียังศาลต่างประเทศนั้นไม่เกี่ยวกับกฎหมายไทย บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) มีความหมายเพียงว่า เมื่อคดีตกอยู่ในอำนาจของศาลไทยแล้ว จะตกลงกันเลือกฟ้องยังศาลไทยศาลใดศาลหนึ่งตามที่ระบุไว้กรณีหนึ่งกรณีใดของมาตราดังกล่าวก็ได้เท่านั้น¹¹ อย่างไรก็ตาม อาจารย์หลวงจ่ารัฐเนติศาสตร์เห็นว่า คดีแพ่งเป็นเรื่องของเอกชนกับเอกชน ดังนั้นคู่ความจะทำความตกลงกันเช่นไรก็ได้¹² ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ หากคู่สัญญาทำข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศเป็นศาลที่คู่ความต้องเสนอคำฟ้องให้พิจารณาพิพากษาแล้ว หากศาลต่างประเทศนั้นเป็นศาลใดศาลหนึ่งตามที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

⁹ ธานีทร์ กรชัยเชียร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, หน้า 272. ; พระนิติการณ์ประสม, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, หน้า 33. ; มาโนช จร มาศ, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1-2, หน้า 62. ; วิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, หน้า 91. และ สุข หงสไกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1, หน้า 63.

¹⁰ พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, หน้า 109.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ข้อตกลงเลือกศาลนั้นน่าจะมีผลสมบูรณ์ผูกพันคู่ความได้ เพราะคดีแพ่งเป็นเรื่องของเอกชนกับเอกชน ดังนั้นคู่ความจะทำความตกลงกันเช่นไรก็ได้ ตามความเห็นของอาจารย์หลวงจำรูญเนติศาสตร์ แต่ข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศจะมีผลผูกพันศาลให้จำต้องยอมรับและปฏิเสธความมีเขตอำนาจศาลเหนือคดีนั้นหรือไม่นั้นไม่ใช่พิจารณาเพียงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ประการเดียว ศาลไทยจะต้องพิจารณาความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศตามหลักความสมบูรณ์ของการทำนิติกรรมสัญญา และต้องพิจารณาความเหมาะสมของการพิจารณาพิพากษาคดีว่า ศาลไทยหรือศาลต่างประเทศจะมีความเหมาะสมมากกว่ากัน ทั้งนี้เพื่อประสิทธิภาพการบังคับคดีตามคำพิพากษาในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 ที่วินิจฉัยว่า ข้อสัญญาในใบตราส่งว่า โจทก์ต้องฟ้องคดีต่อศาลอังกฤษไม่อาจใช้บังคับได้ เนื่องจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่มีผู้ใดมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศอังกฤษ จึงตกลงให้ฟ้องคดีนี้ที่ศาลอังกฤษมิได้ คู่ประหนึ่งจะยึดถือหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ประกอบการพิจารณาเรื่องผลบังคับใช้และความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศด้วย

ข้อสังเกตเกี่ยวกับการทำความตกลงเรื่องเขตศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) มีดังต่อไปนี้

(1) การทำข้อตกลงเลือกศาลอันจะมีผลผูกพันกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ต้องเป็นการแสดงเจตนาทำความตกลงกันทั้งสองฝ่าย หากเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งพิมพ์ข้อความที่ระบุเลือกศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดีในเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งสัญญาไว้ล่วงหน้าโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายมิได้แสดงเจตนายินยอมด้วย ข้อตกลงเลือกศาลนั้นย่อมไม่มีผลผูกพันคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้แสดงเจตนายินยอม ดังอุทธรณ์ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2042/2523 ซึ่งเป็นกรณีที่โจทก์ระบุข้อตกลงเลือกศาลไว้ในใบส่งของช่องหมายเหตุว่า “การฟ้องคดีให้ฟ้องที่ศาลจังหวัดกรุงเทพ” แต่ปรากฏว่าข้อความดังกล่าวเป็นข้อความที่โจทก์พิมพ์ไว้ฝ่ายเดียว จำเลยไม่ได้ตกลงด้วย ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยว่า ข้อตกลงดังกล่าวจึงมิใช่ข้อตกลงที่จะผูกพันกันในระหว่างคู่สัญญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) โจทก์จึง

มีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตอำนาจศาลได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 4(2)¹³

(2) ในกรณีที่มิมีจำเลยหลายคน แต่มีจำเลยเพียงบางคนได้แสดงเจตนาทำความตกลงเรื่องเขตศาลกับโจทก์ โจทก์จะอาศัยข้อตกลงนั้นฟ้องคดีจำเลยอื่น ๆ รวมกันไปด้วยหาได้ไม่¹⁴ คังอุทาหรณ์ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1411/2513 ซึ่งเป็นกรณีที่จำเลยที่ 1 เป็นบริษัทจำกัดและมีสำนักงานอยู่จังหวัดพระนคร จำเลยที่ 2 อยู่จังหวัดนครสวรรค์ โจทก์เข้าชื่อรอลงคดีจากจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นตัวแทนของจำเลยที่ 1 โดยมีข้อสัญญาว่า จำเลยที่ 1 กับโจทก์ตกลงกันว่า “หากมีการฟ้องร้องทางแพ่งเกี่ยวกับสัญญานี้ให้ฟ้องร้องและดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ศาลแพ่งเท่านั้น” ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาเข้าชื่อนี้มีผลผูกพันเฉพาะแต่โจทก์กับจำเลยที่ 1 เท่านั้น เมื่อโจทก์จะฟ้องจำเลยที่ 2 โจทก์ย่อมยื่นฟ้องต่อศาลจังหวัดนครสวรรค์ และเมื่อมูลความแห่งคดีไม่อาจแบ่งแยกจากกันได้ โจทก์ย่อมมีสิทธิยื่นฟ้องจำเลยที่ 1 ร่วมกับจำเลยที่ 2 ต่อศาลจังหวัดนครสวรรค์ ได้ คำวินิจฉัยของศาลฎีกาในคดีนี้แสดงให้เห็นว่า ข้อตกลงเรื่องเขตศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) มีผลผูกพันเฉพาะจำเลยคนที่ได้ทำความตกลงไว้กับโจทก์เท่านั้น ข้อตกลงนั้นหาได้มีผลผูกพันจำเลยอื่นในสัญญาเดียวกันซึ่งไม่ได้แสดงเจตนาตกลงด้วยไม่

(3) หากคู่สัญญาตกลงให้นำคดีไปฟ้องยังศาลแพ่ง โดยคู่ความมิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลแพ่ง* หรือมูลคดีมิได้เกิดในเขตศาลแพ่ง หรือทรัพย์มิได้ตั้งอยู่ในเขตศาลแพ่ง แม้ศาลแพ่ง

¹³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 4(2) บัญญัติว่า

“คำฟ้องอื่น ๆ นอกจากนี้ ให้เสนอต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล แต่ถ้าโจทก์มีความประสงค์ที่จะยื่นคำฟ้องต่อศาลที่มีมูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลนั้น หรือในคดีที่ไม่มีข้อพิพาท ถ้าโจทก์มีความประสงค์ที่จะยื่นคำฟ้องต่อศาลที่โจทก์มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น เมื่อโจทก์ยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องแสดงให้เห็นว่า การพิจารณาคดีในศาลนั้น ๆ จะเป็นการสะดวก ศาลจะใช้ดุลพินิจอนุญาตให้โจทก์ยื่นคำฟ้องตามที่ขอนั้นก็ได้”

¹⁴ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, หน้า 273.

* ปัจจุบันศาลแพ่งมีเขตศาลครอบคลุมพื้นที่เขตพระนคร เขตดุสิต เขตบางซื่อ เขตบางเขน (เฉพาะแขวงอนุสาวรีย์) เขตสายไหม (เฉพาะแขวงคลองถนน) เขตดอนเมือง เขตหลักสี่ เขตจตุจักร เขตบางกะปิ เขตวังทองหลาง เขตลาดพร้าว (เฉพาะแขวงลาดพร้าว) เขตบึงกุ่ม (เฉพาะแขวงคลองกุ่ม) เขตพญาไท เขตราชเทวี เขตห้วยขวาง และเขตดินแดง

โปรดดูรายละเอียดใน ฝ่ายประชาสัมพันธ์ สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม, เขตอำนาจศาล, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดณัฐวุฒิ อาร์ต แอนด์ พรินท์, 2543), หน้า 6.

จะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่พระราชอำนาจ ข้อตกลงดังกล่าวก็หาผูกมัดศาลแพ่งให้จำต้องรับคดีดังกล่าวไว้พิจารณาไม่¹⁵ เนื่องจากศาลแพ่งมีดุลพินิจที่จะยอมรับหรือไม่ยอมรับพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดขึ้นนอกเขตศาลแพ่งได้ตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 14(5)* และพระธรรมนูญศาลยุติธรรมเป็นบทบัญญัติพิเศษที่ให้อำนาจศาลแพ่งไว้ในลักษณะเฉพาะ จึงไม่อยู่ในบังคับของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ดังนั้นศาลแพ่งจึงไม่จำต้องรับพิจารณาคดีตามข้อตกลงเลือกศาลเสมอไป¹⁶

¹⁵ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, หน้า 274 ; วิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, หน้า 90-91.

* บทบัญญัติมาตรา 14(5) แห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรมตามพระราชบัญญัติให้ใช้พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พุทธศักราช 2477 ถูกยกเลิกและให้ใช้ข้อความตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระธรรมนูญศาลยุติธรรม (ฉบับที่ 11) พุทธศักราช 2532 แทน ซึ่งบัญญัติว่า

“ศาลแพ่งและศาลอาญามีเขตตลอดท้องที่กรุงเทพมหานครนอจากท้องที่ที่อยู่ในเขตของศาลแพ่งกรุงเทพใต้ ศาลอาญกรุงเทพใต้ ศาลแพ่งธนบุรี ศาลอาญธนบุรี และศาลจังหวัดมีนบุรี แต่บรรดาคดีที่เกิดขึ้นนอกเขตของศาลแพ่งและศาลอาญานั้น จะยื่นฟ้องต่อศาลแพ่งหรือศาลอาญาก็ได้ ทั้งนี้ให้อยู่ในดุลพินิจของศาลนั้นๆ ที่จะไม่ยอมรับพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่งที่ยื่นฟ้องเช่นนั้นได้ เว้นแต่คดีนั้นจะได้โอนมาตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ”

โปรดพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติมาตรา 16 แห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรมตามพระราชบัญญัติให้ใช้พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พุทธศักราช 2543 ซึ่งบัญญัติว่า

“ศาลชั้นต้นมีเขตตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลนั้นกำหนดไว้

ศาลแพ่งและศาลอาญา มีเขตตลอดท้องที่กรุงเทพมหานครนอจากท้องที่ที่อยู่ในเขตของศาลแพ่งกรุงเทพใต้ ศาลแพ่งธนบุรี ศาลอาญกรุงเทพใต้ ศาลอาญธนบุรี ศาลจังหวัดมีนบุรี และศาลยุติธรรมอื่นตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลนั้นกำหนดไว้

ในกรณีที่มีการยื่นฟ้องคดีต่อศาลแพ่งหรือศาลอาญา และคดีนั้นเกิดขึ้นนอกเขตของศาลแพ่งหรือศาลอาญา ศาลแพ่งหรือศาลอาญา แล้วแต่กรณี อาจใช้ดุลพินิจยอมรับไว้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งโอนคดีไปยังศาลยุติธรรมอื่นที่มีเขตอำนาจ

ในกรณีที่มีการยื่นฟ้องคดีต่อศาลจังหวัด และคดีนั้นเกิดขึ้นในเขตของศาลแขวงและอยู่ในอำนาจของศาลแขวง ให้ศาลจังหวัดนั้นมีคำสั่ง โอนคดีไปยังศาลแขวงที่มีเขตอำนาจ”

¹⁶ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, หน้า 275.

(4) ข้อตกลงเรื่องเขตศาลซึ่งอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) แม้จะทำขึ้นในต่างประเทศแต่ระบุให้นำคดีมาฟ้องในประเทศไทยก็สามารถทำได้¹⁷ ดังนั้นข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศสามารถใช้บังคับได้หากได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4)

(5) คำว่า “คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น” น่าจะหมายถึง ภูมิลำเนาขณะทำสัญญา มิใช่ภูมิลำเนาขณะยื่นฟ้อง¹⁸ ทั้งนี้เพราะโดยเจตนารมณ์ของการทำข้อตกลงเลือกศาลประการหนึ่งคือคู่สัญญาสามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่สัญญาฝ่ายโจทก์จะเสนอคำฟ้องต่อศาลใด และคู่สัญญาฝ่ายจำเลยจะต้องต่อสู้คดีที่ศาลใด ทั้งเพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการสร้างความสะดวกแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการดำเนินคดียังศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาล

(6) แม้จะทำความตกลงกันแล้ว แต่คู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนข้อสัญญาโดยนำคดีไปฟ้องยังศาลอื่นซึ่งมีเขตอำนาจตามกฎหมายอยู่แล้ว กรณีนี้ศาลที่จะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนี้ได้คือศาลที่คู่ความได้ตกลงกันไว้แต่เดิมเท่านั้น เว้นแต่คู่สัญญาทุกฝ่ายจะได้ยินยอมด้วยในการเปลี่ยนแปลงศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว มิฉะนั้นข้อตกลงเลือกศาลย่อมไร้ความหมายโดยสิ้นเชิง¹⁹ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายโจทก์นำคดีไปฟ้องยังศาลอื่นที่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีซึ่งมิใช่ศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาล แต่คู่กรณีฝ่ายจำเลยมิได้โต้แย้งในคำให้การว่า ศาลที่โจทก์นำคดีมาฟ้องไม่มีอำนาจรับฟ้องโจทก์ไว้พิจารณาพิพากษาคดีเพราะเหตุที่ศาลนั้นมีศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลแล้ว ศาลนั้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้นได้โดยไม่ต้องจำหน่ายคดีให้โจทก์เสนอคำฟ้องต่อศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาล แม้ว่าเรื่องอำนาจศาลจะเป็นการพิจารณาเกี่ยวพันถึงอำนาจฟ้องคดีของคู่ความและเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสะดวกเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งศาลมีอำนาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 (5) ก็ตาม²⁰ เพราะกรณีนี้ถือว่า คู่สัญญาฝ่ายโจทก์แสดงเจตนาขอยกเลิกข้อตกลงเลือกศาลโดยเสนอคำฟ้องยังศาลอื่นที่มีศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลง

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 274.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน

²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1541/2494.

เลือกศาล และคู่สัญญาฝ่ายจำเลยแสดงเจตนาสนองรับคำเสนอดังกล่าวของโจทก์โดยปริยาย โดยการไม่หยิบยกปัญหาเรื่องอำนาจฟ้องตามข้อตกลงเลือกศาลขึ้นกล่าวอ้างโต้แย้งอำนาจฟ้องของโจทก์ในคดีนี้ตนเอง

ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญาโดยมีข้อตกลงระบุเลือกศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทอันเกิดขึ้นหรือสืบเนื่องจากสัญญาประธานแล้ว หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอคำฟ้องต่อศาลนอกเหนือจากศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลแล้ว การที่ศาลที่คู่กรณีเสนอคำฟ้องมาแล้วจะรับฟ้องไว้พิจารณาได้หรือไม่ หรือจำเป็นต้องสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้โจทก์เสนอคำฟ้องต่อศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลหรือไม่ ย่อมต้องพิเคราะห์ข้อความในสัญญาหรือเจตนารมณ์ของคู่สัญญาในขณะที่ทำสัญญาเป็นสำคัญ²¹ว่า คู่กรณีประสงค์ให้ข้อตกลงเลือกศาลนั้นครอบคลุมข้อพิพาทซึ่งโจทก์เสนอคำฟ้องต่อศาลอื่นนอกเหนือจากศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลหรือไม่ หากไม่ครอบคลุมแล้ว ศาลอื่นซึ่งมีเขตอำนาจศาลเหนือข้อพิพาทเช่นนั้นย่อมรับฟ้องของโจทก์ไว้พิจารณาพิพากษาได้ แต่หากข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาครอบคลุมถึงข้อพิพาทตามคำฟ้องของโจทก์แล้ว ศาลที่โจทก์เสนอคำฟ้องย่อมไม่อาจรับฟ้องโจทก์ไว้พิจารณาพิพากษา จำต้องสั่งไม่รับฟ้องหรือจำหน่ายคดีเพื่อให้โจทก์เสนอคำฟ้องต่อศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลต่อไป ดังคำวินิจฉัยของศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1491/2519 ซึ่งเป็นกรณีที่บริษัทโจทก์ โดยคณะกรรมการชุดเดิมนำโรงงานและกิจการผลิตไม้อัดของโจทก์ไปให้จำเลยเช่าดำเนินกิจการแทน โดยทำสัญญาเช่าและจดทะเบียนกันมีกำหนด 15 ปี สัญญาเช่ามีข้อความข้อหนึ่งระบุว่า “คู่สัญญาตกลงกันว่า หากมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้นเกี่ยวกับข้อสัญญานี้แล้ว ให้คู่กรณีนำคดีฟ้องร้อง ณ ที่ศาลแห่ง” ต่อมาบริษัทโจทก์จดทะเบียนกรรมการผู้บริหารงานใหม่ กรรมการชุดใหม่เข้าไปดำเนินกิจการไม่ได้ จึงฟ้องขับไล่จำเลยต่อศาลจังหวัดสมุทรปราการซึ่งโรงงานพิพาทตั้งอยู่ในเขตอ้างว่าจำเลยเข้าไปดำเนินกิจการผลิตไม้อัดในโรงงานพิพาทโดยปราศจากมูลเหตุที่จะอ้างได้โดยชอบด้วยกฎหมาย สัญญาเช่าที่จำเลยทำกับกรรมการบริษัทโจทก์ชุดเก่าขัดต่อวัตถุประสงค์ของโจทก์ ทั้งเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามโดยชัดแจ้งตามกฎหมาย ตกเป็นโมฆะ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คู่ความมิได้พิพาทกันเกี่ยวกับสัญญาเช่าที่ทำกันไว้ เพราะมิได้ฟ้องร้องหาว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งประพฤติผิดเงื่อนไขแห่งสัญญาเช่า หรือไม่ยอมปฏิบัติตามข้อกำหนดแห่งสัญญาเช่า แต่เป็นการฟ้องร้องในมูลละเมิด โจทก์จึงหาตกอยู่ในบังคับแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ที่จะต้องยื่นฟ้องต่อศาลแพ่งดังที่ตกลงกันไว้ในหนังสือสัญญาเช่าไม่ คำฟ้องคดีนี้เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ เมื่อโจทก์ยื่นฟ้องจำเลยต่อศาลจังหวัด

²¹ ธานินทร์ ภัยวิเชียร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, หน้า 272.

สมุทรปราการที่ทรัพย์สินพิพาทตั้งอยู่ในเขต จึงเป็นการชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 4(1)²² แล้ว

แม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะมีได้กำหนดให้มีการยอมรับการทำ ความตกลงเลือกศาลต่างประเทศไว้โดยเฉพาะ และไม่มีข้อความใดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) แสดงไว้ชัดเจนว่า ครอบคลุมการทำข้อตกลงเลือกศาลใน สัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ ทั้งตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ยกขึ้น อ้างอิงโดยมากเป็นการทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ภายในประเทศก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า หากคู่สัญญาในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศทำข้อตกลงเลือกศาลไว้ก่อนจะมีการ แก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทั้งได้ฟ้องคดีต่อศาลและศาล มีคำวินิจฉัย ก่อนวันที่ 28 สิงหาคม 2534 ซึ่งเป็นวันบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 12) พุทธศักราช 2534 แล้ว ข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าวย่อมมีผลใช้บังคับ ได้อย่างสมบูรณ์หากว่าได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) แล้ว และมีผลผูกพันคู่กรณีให้จำต้องยึดถือปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าว

²² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 4(1) บัญญัติว่า

“คำฟ้องเกี่ยวด้วยอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ หรือสิทธิหรือประโยชน์ใด ๆ อันเกี่ยว กับทรัพย์สินเหล่านั้น ให้เสนอต่อศาลที่ทรัพย์สินเหล่านั้นตั้งอยู่ในเขตศาล แต่ถ้าโจทก์มีความประสงค์ที่จะ ยื่นคำฟ้องต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น เมื่อโจทก์ยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องแสดงให้ เห็นว่า การพิจารณาคดีในศาลนั้น ๆ จะเป็นการสะดวก ศาลจะใช้ดุลพินิจอนุญาตให้โจทก์ยื่นคำฟ้อง ตามที่ขอนั้นก็ได้”

3.1.2 ความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 12) พุทธศักราช 2534

ในปี พ.ศ. 2534 มีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติเรื่องเขตอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2534 กำหนดขยายเขตอำนาจศาลในคดีแพ่งและคดีพาณิชย์โดยเพิ่มเติมหลักเกี่ยวกับภูมิลำเนา 2 ประการ คือ

1. ขยายความหมายของภูมิลำเนาโดยให้ถือว่าจำเลยมีภูมิลำเนาในประเทศไทยหากจำเลยดังกล่าวเคยมีภูมิลำเนาในประเทศไทยภายในกำหนดสองปีก่อนมีการฟ้องคดี²³
2. หากจำเลยประกอบหรือเคยประกอบกิจการทั้งหมดหรือบางส่วน ไม่ว่าจะโดยตนเอง ตัวแทน หรือผ่านผู้ติดต่อในประเทศไทย ภายในกำหนดสองปีก่อนมีการฟ้องคดี ให้ถือว่าสถานประกอบกิจการนั้น หรือถิ่นที่อยู่ของตัวแทนหรือผู้ติดต่อเป็นภูมิลำเนาของจำเลย²⁴

นอกจากนี้ยังขยายเขตศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งดังต่อไปนี้

- (1) ให้โจทก์สามารถฟ้องคดียังศาลที่มูลคดีเกิด ไม่ว่าจะจำเลยจะมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักรหรือไม่²⁵
- (2) หากมูลคดีเกิดนอกราชอาณาจักร แต่เกิดขึ้นในเรือไทยหรืออากาศยานไทย ให้ศาลแพ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ²⁶
- (3) คำฟ้องเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ หรือสิทธิหรือประโยชน์อันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ให้ฟ้องยังศาลที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่แม้จำเลยจะมีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักรก็ตาม²⁷
- (4) คำฟ้องใด ๆ ที่ไม่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิประโยชน์อันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งจำเลยมิได้มีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร และมูลคดีก็มิได้เกิดในราชอาณาจักร หากโจทก์เป็นผู้มีสัญชาติไทย (ไม่ว่าจะมีภูมิลำเนา ณ ที่ใด) หรือหากโจทก์มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร (ไม่ว่าจะสัญชาติใด) ให้ฟ้องคดียังศาลแพ่งหรือศาลที่โจทก์มีภูมิลำเนา หรือหาก

²³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 3 (2) (ก)

²⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 3 (2) (ข)

²⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4(1)

²⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 3(1)

²⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 ทวิ

จำเลยมีทรัพย์สินที่จะถูกบังคับได้อยู่ในเขตศาลใด ศาลที่ทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ก็มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้ด้วย²⁸

โดยยกเลิกบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) อันเป็นผลสืบเนื่องจากการที่บริษัทผู้ให้เช่าซื้อมักทำสัญญามาตรฐานและมีข้อสัญญาให้ฟ้องคดียังภูมิลำเนาของโจทก์ซึ่งมักจะอยู่ห่างไกลจากจำเลย ไม่สะดวกในการเดินทางมาศาลเพื่อต่อสู้คดีกับฝ่ายโจทก์ ทำให้จำเลยซึ่งส่วนใหญ่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่เสียเปรียบอยู่แล้วต้องเสียเปรียบมากขึ้นไปอีก²⁹ เมื่อเล็งเห็นว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) เป็นบทบัญญัติที่ทำให้คู่สัญญาซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจสูงกว่าสามารถกำหนดข้อสัญญาที่เอาเปรียบคู่สัญญาฝ่ายซึ่งมีอำนาจต่อรองน้อยกว่า ทั้งบทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจศาลที่แก้ไขใหม่นั้นก็เปลี่ยนหลักการใหม่ โดยให้โจทก์มีสิทธิเลือกฟ้องคดีต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลหรือต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นได้อยู่แล้ว จึงนับว่าโจทก์ได้รับความสะดวกพอสมควรแล้ว จึงยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 7(4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 เสีย³⁰

การยกเลิกบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ซึ่งบัญญัติรับรองให้คู่สัญญาสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้ ทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่า คู่สัญญาในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศจะทำความตกลงกันเรื่องเขตศาล โดยกำหนดให้ศาลในประเทศใดประเทศหนึ่งที่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีนั้น หรือกำหนดเลือกศาลในหลายประเทศที่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีนั้น หรือกำหนดเลือกศาลในประเทศซึ่งไม่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีนั้นเลย กรณีใดกรณีหนึ่ง เป็นศาลที่จะพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทอันเกิดขึ้นหรือสืบเนื่องจากสัญญานั้นได้หรือไม่

²⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 ครี

²⁹ วิชัย อริยะนันท์ทกะ, "การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ," ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2540) หน้า 343.

³⁰ คำชี้แจงประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่....) พ.ศ.....(กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2531), หน้า 5. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่) และ บัญชีเปรียบเทียบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่....) พ.ศ.....ที่ขอแก้ไขใหม่, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2531), หน้า 22-23. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

ประเด็นปัญหาเรื่องการยอมรับให้คู่สัญญาทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศหลังการยกเลิกมาตรา 7(4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 ได้รับความสนใจและวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากในหมู่นักวิชาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง นักกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและนักธุรกิจในการทำธุรกรรมระหว่างประเทศ เมื่อศาลฎีกามีคำวินิจฉัยปฏิเสธความมีผลผูกพันของข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ ถึง 2 คดี คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 และ 5809/2539

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 เป็นกรณีที่ผู้ขายมีสัญชาติแคนาดา ตกลงขายเครื่องกระด้างให้ผู้ซื้อซึ่งมีสัญชาติไทย ประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีคือการเรียกค่าเสียหาย เนื่องจากทรัพย์สินที่ซื้อขายกันนั้นเกิดความชำรุดบกพร่องและสูญหายบางส่วน ซึ่งในสัญญารับขนสินค้าทางทะเลตามใบตราส่งนั้นระบุให้ใช้กฎหมายอังกฤษและให้ฟ้องคดีต่อศาลในกรุงลอนดอน เมื่อปรากฏว่าทรัพย์สินที่ซื้อขายกันส่งมาถึงประเทศไทยแล้วเกิดความชำรุดบกพร่องและสูญหายบางส่วน ผู้ซื้อจึงเรียกค่าเสียหายจากโจทก์ซึ่งเป็นผู้รับประกันภัยตามสัญญาประกันภัยสินค้าทางทะเล โจทก์รับช่วงสิทธิจากผู้ซื้อและฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยซึ่งเป็นผู้ขนส่งในประเทศไทย จำเลยอ้างข้อสัญญาในใบตราส่งว่าโจทก์ต้องฟ้องคดีนี้ต่อศาลอังกฤษ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์ฟ้องยังศาลไทยที่จำเลยมีภูมิลำเนาได้ ส่วนข้อตกลงในเรื่องเขตอำนาจศาลนั้น เนื่องจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่มีผู้ใดมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศอังกฤษ จึงตกลงให้ฟ้องคดีนี้ที่ศาลอังกฤษมิได้ ทั้งข้อตกลงดังกล่าวเป็นการขัดต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4(2) เดิม ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่โจทก์ฟ้องคดี (มาตรา 4(1) ที่แก้ไขใหม่) และเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงนี้จึงไม่อาจใช้บังคับได้ โดยคำพิพากษาศาลฎีกานี้ตัดสินตามกฎหมายเก่าซึ่งบัญญัติว่าศาลที่ตกลงจะฟ้องคดีได้นั้นต้องเป็นศาลที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลหรือศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลหรือศาลที่ทรัพย์สินที่พิพาทกันนั้นตั้งอยู่ในเขตศาล³¹

สำหรับกรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5809/2539 มีข้อเท็จจริงและประเด็นเรื่องอำนาจฟ้องเช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์เป็นผู้รับประกันภัยสินค้าจากบริษัทผู้เอาประกันภัยซึ่งเป็นผู้ส่งซื้อสินค้า เมื่อสินค้าได้รับความเสียหายในระหว่างการขนส่ง โจทก์มีหน้าที่ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันภัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 877 และผลแห่งการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเช่นนั้น

³¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7 (4)

ทำให้โจทก์อยู่ในฐานะเป็นผู้รับช่วงสิทธิของผู้เอาประกันภัยที่จะฟ้องเรียกเอาค่าเสียหายจากจำเลยซึ่งเป็นผู้ขนส่งสินค้าได้ในนามของโจทก์เองตามมาตรา 880 วรรคหนึ่ง การรับช่วงสิทธิของโจทก์เกิดขึ้นโดยอำนาจแห่งกฎหมาย มิใช่เกิดจากข้อตกลงในสัญญา ดังนั้นข้อตกลงระหว่างผู้เอาประกันภัยกับจำเลยหรือผู้ส่งสินค้ากับจำเลยที่ตกลงกันให้นำข้อพิพาทอันเกิดจากใบตราส่งไปฟ้องต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีทางทะเลและทางการค้าของเมืองโคเปนเฮเกนและให้ใช้กฎหมายประเทศเดนมาร์กบังคับ จึงไม่มีผลผูกพันโจทก์

สำหรับประเด็นปัญหาว่า คู่สัญญาในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศจะสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศได้หรือไม่นั้น นักกฎหมายไทยมีความคิดเห็นแบ่งแยกเป็นสองฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ข้อตกลงเลือกศาลน่าจะใช้บังคับไม่ได้ เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดเรื่องเขตอำนาจศาลไว้แล้วตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พระธรรมนูญศาลยุติธรรม ประกอบกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลต่าง ๆ และถือว่าเรื่องเขตอำนาจ ศาลนั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน หากไม่มีกฎหมายยอมรับให้คู่กรณีทำความตกลงเรื่องเขตศาลได้ตั้งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) แล้ว คู่สัญญาก็ไม่อาจตกลงให้แตกต่างกันไปจากที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดไว้³² ส่วนนักกฎหมายอีก

³² ดาวพฤษ, “แก่ความเข้าใจกรณีตกลงเรื่องอำนาจศาล,” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช ปีที่ 5 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2529) ; ดาวพฤษ, “ข้อโต้แย้งกรณีตกลงเรื่องอำนาจศาล,” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 (ธันวาคม 2536) ; ดาวพฤษ, “ข้อตกลงเกี่ยวกับอำนาจศาลกับการอ้างอิงหลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่ถูกต้อง,” ดุลพาท ปีที่ 45 (มกราคม – มิถุนายน 2541) ; สัมภาษณ์ สุนัย มโนนัยอุดม, ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง, 27 สิงหาคม 2544. และคำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง คดีหมายเลขดำที่ ทป.23/2541 คดีหมายเลขแดงที่ ทป.70/2542 ระหว่าง บริษัทฮอติเคย์ ฮอสพิทลิตี้ คอร์ปอเรชั่น จำกัด โจทก์ และบริษัทไทย ทาวน์ แอนด์ คันทรี ดีเวลลอปเม้นต์ จำกัด ที่ 1 กับพวกรวม 11 คน จำเลย

ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้นสามารถใช้บังคับได้ด้วยเหตุผลที่หลากหลาย³³ โดยจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ในหัวข้อที่ 3.2 ต่อไป

3.2 วิเคราะห์ความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน

ในส่วนนี้จะศึกษาวิจัยเรื่องความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลเฉพาะในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยจะศึกษาวิเคราะห์จากหลักกฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันว่า จะนำมาใช้พิจารณาตีความว่าข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศมีผลสมบูรณ์หรือไม่อย่างไร ทั้งนี้จะเริ่มต้นจากการศึกษาแนวความคิดและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวิเคราะห์ความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศก่อน แล้วจึงศึกษาวิเคราะห์ความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศตามแนวความคิดและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป

3.2.1 แนวความคิดและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวิเคราะห์ความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ

ในส่วนนี้จะศึกษาวิเคราะห์ผลสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศในแนวทางที่ควรจะเป็นในขณะที่กฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิของคู่สัญญาในการทำข้อตกลงเลือกศาลไว้ดังเช่นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ทั้งนี้เพื่อพิจารณาทบทวนการยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำข้อตกลงเลือกศาลใน

³³ ภาวัต ดาวัลย์, “ข้อต่อสู้ในสัญญาเรื่องกำหนดเขตศาลที่ชำระคดีไว้ล่วงหน้ามีผลทางกฎหมายอย่างไร,” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช ปีที่ 12 ฉบับที่ 1 (มิถุนายน 2543) ; วิชัย อริยะนันท์กะ, “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ” ; สถิตย์ เล็งโรสง, “อำนาจศาลตามข้อตกลง”, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช, ปีที่ 4 ฉบับที่ 1 (2535) ; สถิตย์ เล็งโรสง, “อำนาจศาลตามข้อตกลง : เพื่อความเข้าใจที่ถูกต้อง”, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 (2536) ; สุทธิพล ทวีชัยการ, “หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539” ใน รวมคำพิพากษาเกี่ยวกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศพร้อมหมายเหตุและกฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่สำคัญ (กรุงเทพมหานคร : บริษัทเกรนโกรว จำกัด, 2541.)

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) และเพื่อเป็นข้อมูลในการนำเสนอแนวทางที่ถูกต้องสำหรับการตีความกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันเพื่อพิจารณาความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศที่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของนานาอารยประเทศและแนวปฏิบัติในวงการการค้าการพาณิชย์ระหว่างประเทศต่อไป

จากการศึกษาพบว่า นักกฎหมายไทยมีความคิดเห็นเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศตามหลักกฎหมายไทยในปัจจุบันแตกต่างกัน โดยหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องและมีผลกระทบต่อการพิจารณาความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศมีดังนี้

- 1) แนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย (Concept of Sovereignty)
- 2) หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา
- 3) หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน
- 4) กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

ดังนั้นการศึกษาวិเคราะห์ความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศจึงต้องศึกษาวิเคราะห์ตามหลักกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นตามลำดับว่า ตามแนวความคิดของหลักกฎหมายดังกล่าว การทำข้อตกลงเลือกศาลของคู่สัญญาในขณะที่ทำสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศจะมีผลสมบูรณ์และผูกพันคู่สัญญาและศาลที่พิจารณาคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศหรือไม่

3.2.1.1 แนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย (Concept of Sovereignty)

ในหัวข้อนี้จะศึกษาแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย เพื่อวิเคราะห์ความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ เนื่องจากการทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องพันถึงการใช้อำนาจตุลาการอันเป็นอำนาจอธิปไตยทางการศาลของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐขึ้นไป

ตามแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย (Concept of Sovereignty) ถือว่า อำนาจอธิปไตยเป็นองค์ประกอบสำคัญที่สุดของความเป็นรัฐซึ่งทำให้รัฐสามารถดำเนินกิจการต่าง ๆ ของรัฐโดยไม่ต้องตกอยู่ในอำนาจของรัฐใด เว้นแต่รัฐนั้นจะยินยอมจำกัดอำนาจของตนเองลง³⁴

อำนาจอธิปไตยของรัฐมี 3 รูปแบบ คือ อำนาจนิตินิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และ อำนาจตุลาการ โดยศาลเป็นองค์กรที่เป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ และรัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐได้อย่างเด็ดขาด (Conclusively) และโดยปราศจากเงื่อนไขแต่เพียงผู้เดียว (Unconditionally)³⁵ ภายในดินแดนของตนตามหลักการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเจ้าของดินแดน³⁶ ดังนั้นหากรัฐใดรัฐหนึ่งยอมรับอำนาจตุลาการหรืออำนาจอธิปไตยทางการศาลของรัฐอื่นเหนือกว่าก็อาจทำให้เกิดการสูญเสียอำนาจอธิปไตยหรือเอกราชทางการศาล³⁷

แนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยจึงเป็นแนวความคิดที่เป็นอุปสรรคต่อการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพหุขั้วระหว่างประเทศ เนื่องจากรัฐมักจะหวงแหนอำนาจอธิปไตย เพราะอำนาจอธิปไตยเป็นสิ่งที่กำหนดความเป็นรัฐ การดำรงอยู่ของรัฐ และเป็นสิ่งที่

³⁴ ชุมพร ปัจจุสานนท์, “สังคมระหว่างประเทศกับกฎหมายระหว่างประเทศ” ใน เอกสารการสนทนาวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1-5, พิมพ์ครั้งที่ 2 (นนทบุรี : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2530), หน้า 44-45.

³⁵ จันตรี สิ้นสุภฤกษ์, “การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 22.

³⁶ ชุมพร ปัจจุสานนท์, เอกสารประกอบคำบรรยายวิชา น.786 กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (ไม่ปรากฏปีและสถานที่พิมพ์), หน้า 44. (เอกสารโรเนียวอัดสำเนา)

³⁷ จันตรี สิ้นสุภฤกษ์, “การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ,” หน้า 21.

แสดงว่ามีอิสระ ความมีตัวตน ความเท่าเทียมกัน* และความเป็นเอกราชของรัฐนั้น ดังนั้น อำนาจอธิปไตยจึงไม่อาจถูกจำกัดหรือยับยั้งโดยกฎหมายใด ๆ (legibus sulata) เว้นแต่หลักกฎหมายธรรมชาติ (jus naturale) และหลักที่ว่าสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) และการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐไม่อาจถูกจำกัดหรือถูกแทรกแซงโดยอำนาจอื่นใดทั้งภายในและภายนอก กล่าวคือไม่ตกอยู่ภายในอำนาจของรัฐอื่น³⁸ สิ่งใดที่ทำให้รัฐเกิดข้อจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐไม่ว่าทางใด มักจะได้รับปฏิกิริยาต่อต้านหรือไม่ยอมรับ ดังนั้นความคาดหมายที่จะให้มีการตกลงกันในเรื่องเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีจึงไม่ค่อยจะราบรื่นนัก และมีแนวโน้มว่าศาลไทยจะปฏิเสธการมีผลใช้บังคับของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อศาลไทยมีอำนาจพิจารณาคดีเช่นนั้นอยู่แล้ว เพราะถูกมองว่าเป็นการยอมรับให้ศาลต่างประเทศที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลใช้อำนาจอธิปไตยทางการศาลเหนือศาลไทย

อย่างไรก็ดี สภาพความเป็นจริงของสังคมยุคปัจจุบันบีบบังคับให้รัฐต้องร่วมมือกันในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การทำกฎหมายให้เป็นเอกรูป (Unification of Laws) หรือการให้ความร่วมมือในรูปขององค์การระหว่างประเทศ เป็นต้น กรณีดังกล่าวแสดงให้เห็นการยอมรับจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐหรือยินยอมสละอำนาจอธิปไตยในทางนิติบัญญัติบางส่วนเพื่อพัฒนาสังคมระหว่างประเทศ ในทางกลับกัน รัฐที่ยอมรับจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าวย่อมได้รับประโยชน์จากรัฐอื่นในลักษณะเดียวกันตามหลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติ (reciprocity) ระหว่างประเทศ

* หลักความเท่าเทียมกันทางกฎหมายเป็นอิทธิพลจากแนวความคิดของ Vattel ซึ่งเห็นว่ารัฐทุกรัฐไม่ว่ารัฐเล็กหรือใหญ่ย่อมมีความเสมอภาคและเท่าเทียมกันในทางกฎหมายระหว่างประเทศ และได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายระหว่างประเทศโดยเท่าเทียมกัน โดยผู้พิพากษา Marshall เคยกล่าวไว้ในคดี Antelope ปี ค.ศ.1825 ว่า “ไม่มีหลักกฎหมายทั่วไปที่จะถูกรับรู้กันโดยสากลมากไปกว่าหลักความเท่าเทียมกันโดยสมบูรณ์ของความเป็นชาติ”

โปรดดูรายละเอียดใน Levi Werner, *Contemporary International Law* (Oxford : Westriew Press, 1991), p.82.

³⁸ ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 160-162. ; สมยศ เชื้อไทย, *ความรู้นิติปรัชญาเบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), หน้า 133-134. ; Levi Werner, *Contemporary International Law*, p.89.

การกำหนดเขตอำนาจศาลเป็นการใช้อำนาจตุลาการประการหนึ่ง จึงถือเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจอธิปไตยทางการศาล โดยการกำหนดอำนาจศาลเป็นการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจอธิปไตยทางการศาลของรัฐว่าจะมีขอบเขตการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีใดบ้าง ทั้งนี้ย่อมต้องสอดคล้องกับหลักการและขอบเขตการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐด้วย ประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ หากศาลไทยยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลแล้วจะเป็นการยอมรับให้คู่สัญญาสามารถปฏิเสธเขตอำนาจศาลที่กำหนดไว้ตามกฎหมาย ซึ่งอาจทำให้เกิดการสูญเสียอำนาจอธิปไตยหรือเอกราชทางการศาลตามมาหรือไม่ ประเด็นนี้มีความละเอียดอ่อนและสำคัญอย่างมาก เพราะศาลไทยเคยสูญเสียอำนาจอธิปไตยหรือเอกราชทางการศาล โดยการให้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตแก่ชาวต่างประเทศมาแล้ว³⁹

เมื่อพิจารณาถึงความเกี่ยวพันระหว่างการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศกับหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐแล้ว ผู้เขียนเห็นว่ามิมีพื้นฐานจากการยอมรับอำนาจอธิปไตยภายนอกรัฐในลักษณะเดียวกับการยอมรับแนวความคิดว่าด้วยความคุ้มกันจากเขตอำนาจรัฐ (Immunity from Jurisdiction of States)⁴⁰ อันเป็นผลสืบเนื่องจากหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐเจ้าของดินแดนที่ว่า รัฐทุกรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเหนือทุกสิ่งทุกอย่างในดินแดนของตน และหลักการเคารพต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น โดยการได้รับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลเป็นการได้รับความคุ้มกันจากกฎหมายวิธีสบัญญัติ (Procedure Law) จากกระบวนการดำเนินคดีในศาล ไม่ว่าในฐานะจำเลยหรือเป็นพยาน แต่ไม่ได้เป็นข้อยกเว้นของกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law) หรือกฎหมายแห่งท้องถิ่นของรัฐแต่อย่างใด⁴¹ บุคคลที่ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลยังคงมี

³⁹ โปรดดูรายละเอียดใน น้าเงิน บุญเปี่ยม, บรรณาธิการ, **ศาลไทย ประวัติและการต่อสู้เพื่อเอกราช** (กรุงเทพมหานคร : รุ่งแสงการพิมพ์, 2530), หน้า 1-200. ; บุญเพราะ แสงเทียน, **คำบรรยายพระธรรมนูญศาลยุติธรรม** (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), หน้า 19-20. ; สัตยชัย สัจจาวาณิช, “การต่อสู้เพื่อเอกราชในการศาล,” **วารสารนิติศาสตร์** (ธันวาคม 2512) : 3-4. ; สุผานิต มั่นสุข, “เขตอำนาจศาลในคดีอาญา” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต แผนกนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517)

⁴⁰ โปรดดูรายละเอียดในอารยา กิตติเวช, “การยอมรับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากเขตอำนาจศาลไทย : ศึกษาในเชิงวิเคราะห์ข้อความคิดและแนวโน้มเพื่อเสนอแนะแนวทางสำหรับการพิจารณาคดีของศาล,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537)

⁴¹ Robert L. Bledsoe and Boleslaw A. Boazek, **The international law dictionary**, (Santa barbara, Calif : ABC Cio Press, 1987), p.114.

พันธกรณีที่จะต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นอยู่ เพียงแต่ได้รับสิทธิยกเว้นที่ไม่อาจถูกฟ้องร้องหรือดำเนินคดีใด ๆ ในศาลภายในของรัฐนั้นได้เท่านั้น เช่น การให้ความคุ้มกันแก่รัฐและประมุขของรัฐต่างประเทศตามหลัก *par in parem non habet imperium* ทั้งนี้ไม่ว่าประมุขของรัฐต่างประเทศจะกระทำในฐานะเป็นประมุขแห่งรัฐต่างประเทศหรือกระทำในฐานะบุคคลธรรมดาก็ตาม⁴² การให้ความคุ้มกันแก่ผู้แทนของรัฐต่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อความสะดวกและความจำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักการทฤษฎีการปฏิบัติหน้าที่และการถ้อยทีถ้อยปฏิบัติและเป็นการให้ความยกย่องแก่ทูตซึ่งเป็นผู้แทนของประมุขของประเทศตามหลักทฤษฎีลักษณะตัวแทนของตัวแทนทางการทูต⁴³ การให้ความคุ้มกันแก่องค์การระหว่างประเทศและพนักงานหรือผู้แทนขององค์การระหว่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อปกป้องการปฏิบัติหน้าที่การงานของบุคคลดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวกับองค์การระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์การสหประชาชาติ ให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ไปได้อย่างอิสระ เพื่อสนองความจำเป็นด้านการปฏิบัติหน้าที่ (Functional Necessity) ขององค์การระหว่างประเทศในอันที่จะทำให้องค์การระหว่างประเทศมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ต้องตกอยู่ใต้อิทธิพลและการบีบบังคับจากอำนาจท้องถิ่นของรัฐสมาชิก โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐสมาชิกอันเป็นที่ตั้งของสำนักงานขององค์การระหว่างประเทศนั้น (Host Country) เพื่อให้องค์การระหว่างประเทศสามารถปฏิบัติหน้าที่ตามวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายขององค์การระหว่างประเทศนั้นอย่างมีประสิทธิภาพ ปราศจากการขัดขวางและแทรกแซงของอำนาจท้องถิ่นของรัฐสมาชิก อันจะทำให้องค์การระหว่างประเทศนั้นสามารถสนองผลประโยชน์และเจตน์จำนงร่วมของบรรดารัฐสมาชิกทั้งหลายได้

⁴² ภิญโญ พินัยนิติศาสตร์, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 10-11. ; Michael Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, fourth edition (London : George Allen and Unwin, 1982), p. 137. ; Sompong Sucharitkul, "Codification and Progressive Development of International Law as Envisaged in the Latest Report of the International Law Commission," *วารสารสารานุกรม* ปีที่ 34 (10 กุมภาพันธ์ 2537) : 344.

⁴³ โปรดดูพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิและความคุ้มกันทางการทูต พุทธศักราช 2527, อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961 (Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961), อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 (Vienna Convention on Consular Relation, 1963) และนิภา สืบกินร, "การนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทย : ศึกษากรณีอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963," (วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539)

อย่างจริงจัง⁴⁴ และการให้ความคุ้มกันแก่ทรัพย์สินที่ใช้ในการให้บริการสาธารณะของรัฐต่างประเทศ⁴⁵ แต่เป็นการให้ความคุ้มกันแบบจำกัด (restrictive immunity) กล่าวคือ รัฐหรือหน่วยงานของรัฐและประมุขของรัฐรวมทั้งองค์การระหว่างประเทศจะอ้างความคุ้มกันของรัฐได้แต่เฉพาะการกระทำที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐโดยแท้ (jure imperii) เท่านั้น ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองเอกชนซึ่งเป็นคู่พิพาทกับรัฐหรือหน่วยงานของรัฐอื่นมิให้ได้รับความเสียหายจากการอ้างความคุ้มกันของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐแบบไม่มีขอบเขต⁴⁶

นอกจากนี้การยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศยังตั้งอยู่บนพื้นฐานแนวความคิดเกี่ยวกับการยอมรับบังคับใช้ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ อันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจฟ้องของฝ่ายโจทก์ซึ่งมีพื้นฐานการยอมรับให้อนุญาโตตุลาการอันเป็นองค์กรเอกชนให้ทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทอันเป็นการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งโดยปกติแล้วจะถือเป็นหน้าที่ขององค์กรของรัฐเท่านั้น แต่การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมนามากจน

⁴⁴ เรียบเรียงจาก Glenn, Gardon H, Kearney Mary M and Padilla David J; "Immunities of International Organizations" *Virginia Journal of International Law* Vol. 22:29 (1982) : 274-275. ; Jenks, C Wilfred, *International Immunities* (London : Stevens & Son Ltd., 1961), pp.40-41.

โปรดดูรายละเอียดในพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษในประเทศไทย พุทธศักราช 2504, อนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิและความคุ้มกันของสหประชาชาติ ค.ศ. 1946 (Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, 1946), อนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิและความคุ้มกันของทบวงการชำนัญพิเศษ ค.ศ. 1947 (Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies, 1947) และอรชา ธนากร, "ความคุ้มกันขององค์การระหว่างประเทศในประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530)

⁴⁵ โปรดดูรายละเอียดในอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 (The United Nation Convention on the Law of the sea, 1982) มาตรา 96

⁴⁶ จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2*, หน้า 121,345. ; วศิณ ชีรเวชญาณ, "ความคุ้มกันของรัฐจากอำนาจศาล" *วารสารธรรมมัย* ปีที่ 33 (10 กุมภาพันธ์ 2526) : 309-311. ; สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *บันทึกความเห็นเรื่องขอทราบข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ* เลขเสร็จที่ 53/2507, มีนาคม 2507 (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่) และ Sompong Sucharitkul, *State Immunities and Trading Activities in International Law*, (London : Stevens & Sons Ltd., 1959), pp.265-276.

กระทั่งมีคำกล่าวว่า “เป็นไปได้ที่จะนึกถึงเศรษฐกิจในยุคปัจจุบันโดยปราศจากการคิดถึงวิธีการอนุญาโตตุลาการ”⁴⁷ ทั้งนี้เพราะข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศมีลักษณะซับซ้อน จำต้องอาศัยบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญและความสามารถเฉพาะด้านทำหน้าที่เป็นผู้พิจารณาชี้ขาด ส่งผลให้การพิจารณาระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างรวดเร็ว การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเป็นไปโดยแม่นยำ และค่าใช้จ่ายในการระงับข้อพิพาทย่อมถูกลงไปด้วย⁴⁸ ประกอบกับการระงับข้อพิพาททางศาลของประเทศต่าง ๆ ถูกพิจารณาว่าไม่สามารถตัดสินคดีให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ทั้งประเทศแต่ละประเทศที่เข้ามาเป็นคู่สัญญาในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศอาจมีพื้นฐานความคิดทางด้านเศรษฐกิจ สังคม ตลอดจนด้านกฎหมายที่แตกต่างกัน หากใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางศาลอาจจะไม่ได้รับความร่วมมือจากอีกประเทศหนึ่ง เนื่องจากแต่ละประเทศต่างยึดถืออำนาจอธิปไตยของตนเป็นสำคัญ แต่การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทในลักษณะการระงับข้อพิพาทโดยเอกชนมากกว่าจะเป็นการใช้อำนาจของรัฐ⁴⁹ ความไม่ไว้วางใจในศาลของประเทศคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทำให้ต้องใช้การอนุญาโตตุลาการ⁵⁰ ทั้งการนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปบังคับในประเทศอื่น มีความสะดวกและคล่องตัวกว่าการนำคำพิพากษาของประเทศหนึ่งไปบังคับในอีกประเทศหนึ่ง⁵¹ จึงทำให้การอนุญาโตตุลาการเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับการทำสัญญาในทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ⁵² และโดยผลของทฤษฎีอำนาจอธิปไตย

⁴⁷ Rene David, *Arbitration in International Trade*, (Netherlands : Kluwer and Taxation Publisher, 1985) p. 31.

⁴⁸ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, *รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า* (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา, 2540), หน้า 34.

⁴⁹ จันทิมา สมพงษ์ชัยกุล, “วิวัฒนาการของความคิดบางประการของกฎหมายวิธีพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 1.

⁵⁰ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, *รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า*, หน้า 36.

⁵¹ จันทิมา สมพงษ์ชัยกุล, “วิวัฒนาการของความคิดบางประการของกฎหมายวิธีพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ”, หน้า 1.

⁵² Schlosser, Peter, “The Competence of Arbitrator and Courts” in *Arbitration International* (Vol. 8. No. 2, 1992) : 189 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

(The Jurisdiction Theory)⁵³ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2545 จึงรองรับผลบังคับใช้และวางหลักเกณฑ์ที่สำคัญเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการไว้ หากมีการละเมิดข้อตกลงที่ให้มอบข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาหรือเกี่ยวเนื่องกับสัญญานั้นให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย โดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งนำคดีมาฟ้องต่อศาล และจำเลยซึ่งเป็นคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยื่นคำให้การโต้แย้งหรือยื่นคำร้องอ้างเหตุว่า ข้อพิพาทตามที่โจทก์เสนอคำฟ้องนั้นเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากหรือเกี่ยวเนื่องกับสัญญา ซึ่งมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการอยู่ แต่โจทก์เสนอคำฟ้องต่อศาลโดยยังมิได้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามข้อสัญญาก่อน ขอให้ศาลจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่กรณีดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการเสียก่อน เมื่อศาลได้สวนแล้วไม่มีเหตุที่ทำให้ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการตกเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ ศาลจะต้องจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่กรณีนำข้อพิพาทนั้น ให้คู่ความดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามข้อตกลงที่ระบุในสัญญาเสียก่อน⁵⁴

ผู้เขียนเห็นว่า การใช้อำนาจอธิปไตยทางการศาลอันเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐประการหนึ่งอาจมีข้อจำกัดการใช้อำนาจศาลในกรณีมีความเกี่ยวข้องกับรัฐหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศได้ตามหลักข้อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐ ซึ่งถือเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ถือปฏิบัติต่อกันมานาน และประเทศไทยก็ให้การยอมรับหลักการจำกัดการใช้เขตอำนาจศาลนกรณีดังกล่าวโดยการออกกฎหมายรองรับ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิและความคุ้มกันทางการทูต พุทธศักราช 2527 และพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษในประเทศไทย พุทธศักราช 2504 เป็นต้น ในส่วนของเอกชนที่มีความเกี่ยวข้องกับเอกชนต่างประเทศ ประเทศไทยก็ยอมรับให้คู่กรณีสามารถทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยการอนุญาโตตุลาการได้ ทั้งที่อนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นองค์การระงับข้อพิพาทแบบเอกชน และการใช้อำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้นโดยหลักแล้วถือเป็นหน้าที่ขององค์กรของรัฐเท่านั้น แต่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2545 ก็ให้การยอมรับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นการยอมรับว่าข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์

⁵³ เสาวนีย์ อิศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 29.

⁵⁴ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 14 และดูตัวอย่างได้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3425/2545

ระหว่างประเทศสามารถกระทำได้อีกน่าจะเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับการยอมรับหลักข้อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐและการยอมรับบังคับใช้ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเช่นกัน

ผู้เขียนเห็นว่า การยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศย่อมเป็นไปได้เพื่อประโยชน์ของรัฐในลักษณะของการให้ความร่วมมือและอำนวยความสะดวกซึ่งกันและกันในระบบศาล ทั้งนี้เพราะลักษณะของการทำสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศย่อมเข้าเกี่ยวข้องกับระบบศาลในหลายประเทศ การที่ศาลไทยนำหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐเจ้าของดินแดนมาบังคับใช้อย่างเหมาะสม สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงทางเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน และเคารพต่อการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐอื่นเช่นกัน ย่อมได้รับการยกย่องว่าเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยทางการศาลอย่างมีประสิทธิภาพ และส่งเสริมการค้าการพาณิชย์ระหว่างประเทศ และเอื้อประโยชน์ต่อการพัฒนาระบบศาลไทย เพราะศาลต่างประเทศก็จะเคารพอำนาจอธิปไตยทางการศาลของไทยในลักษณะถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติเช่นกัน

นอกจากนี้การยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในลักษณะจำกัดการใช้อำนาจศาลเหนือคดีของตนเองเป็นไปในลักษณะของการยอมรับแนวความคิดเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาของกลุ่มและเคารพต่อหลักการใช้อำนาจอธิปไตยทางการศาลของศาลตามข้อตกลงเลือกศาลโดยศาลไทยเพียงยอมรับหากว่าศาลต่างประเทศที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นศาลที่สะดวกแก่การพิจารณาเช่นเดียวกับศาลไทย และศาลต่างประเทศนั้นจะให้ความเป็นธรรมแก่คู่ความได้ไม่น้อยกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลไทย ท้ายที่สุดคำพิพากษาของศาลต่างประเทศตามข้อตกลงเลือกศาลจะมีประสิทธิภาพในการบังคับคดีและได้รับการบังคับรับรองในทางระหว่างประเทศ เมื่อมีการร้องขอให้ศาลอื่นยอมรับบังคับตามคำพิพากษา การยอมรับข้อตกลงเลือกศาลในลักษณะนี้จึงส่งเสริมการค้าการพาณิชย์ระหว่างประเทศ และส่งเสริมให้คำพิพากษาของศาลมีศักยภาพในการบังคับคดีในทางระหว่างประเทศต่อไป ทั้งการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในลักษณะนี้ยังเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับประเทศที่ส่งเสริมการค้าการพาณิชย์ระหว่างประเทศทั่วไป* และประเทศดังกล่าวไม่ถือว่าแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นอุปสรรคของการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลเพราะเหตุที่จะเป็นการสูญเสียเอกราชทางการศาลของตนแต่อย่างใด ดังนั้นศาลไทยไม่พึงเคร่งครัดต่อแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยจนกลายเป็นประเทศโดดเดี่ยวในสังคมนระหว่างประเทศที่เน้นพัฒนาศักยภาพทางเศรษฐกิจ การค้า การลงทุน และการพาณิชย์ระหว่างประเทศ

* โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 2 หัวข้อ 2.6 การบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในประเทศต่าง ๆ



3.2.1.2 หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Autonomy of Will)

การแสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญาโดยมุ่งจะให้เกิดผลผูกพันกันระหว่างบุคคล ในลักษณะที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อกันในสมัยโบราณนั้น ต้องเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม โดยถูกต้องตามกฎหมายไม่ว่าในด้านเนื้อหาหรือแบบพิธี แล้วกฎหมายจึงจะรองรับบังคับบัญชา ให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคลกันตามเจตนาที่แสดงออกมา กล่าวคือ อำนาจบังคับของสัญญา (the enforcement of contract) ไม่อาจมีได้หากปราศจากหลักกฎหมายรองรับ จึงมีคำกล่าวที่ว่า “เพียงแต่การแสดงเจตนาตกลงกันของบุคคลโดยลำพัง หากมิได้มีกฎหมายรองรับการแสดงเจตนาเช่นนั้นแล้ว ย่อมไม่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้อง” (ex nudo pacto non oritur actio)⁵⁵ ดังนี้เป็นแนวความคิดเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย แต่ด้วยวิวัฒนาการทางสังคมและเศรษฐกิจ ทำให้เกิดหลักเกณฑ์ว่าด้วยเสรีภาพของการแสดงเจตนาขึ้น (Liberte de la volonte) โดยยอมรับว่าเมื่อเอกชนแสดงเจตนาทำกิจการใดเพื่อให้เกิดผลบังคับตามกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับประโยชน์ได้เสียของตนแล้ว กฎหมายจะต้องยอมรับบังคับบัญชาการแสดงเจตนาของเอกชนให้มีผลผูกมัดต่อกันตามเจตนาที่แสดงออกไป หากการแสดงเจตนาไม่ขัดต่อส่วนได้เสียของมหาชนทั่วไป และไม่ขัดต่อความปลอดภัยและสันติสุขของประชาชน อันเป็นการเน้นให้เห็นความสำคัญของความเป็นปัจเจกชนในการทำสัญญาที่เกิดจากความตกลงยินยอม (the consensual contract) จึงพัฒนาเป็นหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (L' autonomie de la volonte)⁵⁶ ถือหลักว่าสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda)⁵⁷ และให้ความสำคัญกับการแสดงเจตนาของเอกชนมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้เมื่อเจตนาที่แสดงออกไปมีผลผูกพันเป็นสัญญาก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันแล้ว คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขโดยปราศจากความยินยอมจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

⁵⁵ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) พ.ศ.2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2505 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 8.

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 9, 97.

⁵⁷ คาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 2.

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (autonomy of will หรือ L' autonomie de la volonte) พัฒนามาจากหลักปรัชญากฎหมายเรื่องปัจเจกชนนิยม (individualism)* และหลักเศรษฐศาสตร์เสรีนิยมเรื่องเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Freedom of Contract)** จึงมักใช้ควบคู่กันไปกับหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา โดยตั้งอยู่บนสมมุติฐานว่า ปัจเจกชนเป็นผู้มีความสามารถใช้เหตุผลตัดสินใจ (Rational Being) จึงสามารถปกป้องผลประโยชน์ของตนเอง (Self-interest Protection) และจะตัดสินใจกระทำที่ตนเห็นว่าก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดแก่ตน (Maximum Benefits) การที่บุคคลเข้าทำสัญญาจึงแสดงว่าตนเห็นว่าจะได้รับประโยชน์ตอบแทนคุ้มค่าจากการทำสัญญานั้น ดังนั้นบุคคลแต่ละคนจึงสามารถจะกำหนดนิติสัมพันธ์ที่มีต่อกันตามกฎหมายเอกชนได้โดยการก่อให้เกิดสัญญาขึ้นอย่างอิสระตามเจตนาของบุคคลนั้น เพราะบุคคลแต่ละคนมีเสรีภาพที่จะเลือกว่าจะเข้าเป็นคู่สัญญาหรือไม่ และมีเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาและรูปแบบของสัญญา นอกจากนี้ความต้องการของแต่ละคนก็แตกต่างกัน สิ่งที่บุคคลหนึ่งเห็นว่าทำให้ตนเสียเปรียบอาจจะเป็นสิ่งที่บุคคลอื่นพึงประสงค์ก็ได้⁵⁸ ดังนั้นกฎหมายจะต้องยอมรับบังคับตามเจตนาของปัจเจกชนให้มีผลผูกพันต่อกันเมื่อปัจเจกชนได้แสดงเจตนาด้วยความสมัครใจของบุคคลนั้นเองภายใต้การเจรจาต่อรองอย่างเท่าเทียมกัน และลงโทษอีกฝ่ายให้ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามความผูกพันที่มีต่อกันตามเจตนาที่แสดงออกไป ส่งผลให้ศาลมีหน้าที่ต้องค้นหาเจตนาของคู่สัญญาก่อนที่จะวินิจฉัยชี้ขาดให้คู่สัญญาปฏิบัติตามชำระหนี้ต่อกัน⁵⁹ และการตีความข้อสัญญาเพื่อการปฏิบัติตามชำระหนี้ต่อกันนั้นจำเป็นต้องค้นหาเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญานั้น⁶⁰

* โปรดดูรายละเอียดใน Marcel Walinc, L' individualisme et le droit, 2 eme ed., editions Domat Montchrestien, 1949, pp. 9-17.

** โปรดดูรายละเอียดใน Eiichi Hoshino, "the Contemporary Contract," Law in Japan Vol. 5 (1972) : pp.16-19. ; P.J. Cooke & D.W. Oughton, The Common Law of Obligations (Butterworths, 1989), pp.18-23.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 9. ; พินัย ฌ นคร, "กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม : แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 30 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2543) : 550.

⁵⁹ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้ (นครหลวงกรุงเทพมหานครบุรี : โรงพิมพ์กรรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 24.

⁶⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368.

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาเป็นทฤษฎีพื้นฐานของกฎหมายสัญญา ถือหลักว่า เรื่องใดที่กฎหมายไม่ห้าม คู่สัญญาสามารถทำสัญญากันได้ และข้อความแห่งสัญญานั้นใช้ได้ระหว่างคู่กรณีเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมาย แท้จริงแล้วในเรื่องสัญญา กฎหมายมีขึ้นเพียงเพื่ออุดช่องว่างในกรณีที่คู่ความไม่ได้เขียนสัญญาไว้โดยละเอียด ดังนั้นกฎหมายและข้อความแห่งสัญญาจึงมีบทบาทที่ควบคู่กัน⁶¹

อย่างไรก็ตาม หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนามีข้อจำกัดการบังคับใช้ในเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน⁶² กล่าวคือ แม้ในเรื่องการทำนิติกรรมสัญญาคู่สัญญาจะมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาและยึดหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาในการบังคับตามเจตนาที่แสดงออกมานั้น แต่หากการแสดงเจตนาที่ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว การแสดงเจตนาที่ขัดต่อกฎหมายเป็นโมฆะ ไม่มีผลบังคับกันได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ดังภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า “ใครทำการขัดต่อกฎหมาย เท่ากับว่าไม่ได้ทำการอย่างใดเลย” (*qui contra legem agit nihil agit*)⁶³ แต่นักนิยามเสรีภาพของการแสดงเจตนาที่ขัดต่อหลักการตีความบทบัญญัติดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ในทางกลับกันว่า “สิ่งใดกฎหมายไม่ห้ามย่อมทำได้ทุกอย่าง” (*tout ce qui n' est pas defendu par la loi est permis*)⁶⁴

⁶¹ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา, 2540), หน้า 54.

⁶² เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) พ.ศ.2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2505, หน้า 10. ; เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้, หน้า 24.

⁶³ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) พ.ศ.2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2505, หน้า 98.

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนามีบทบาทต่อคู่กรณีในการทำสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศในเรื่องการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ⁶⁵ โดยเป็นฐานที่ใช้รองรับความเป็นอิสระของคู่สัญญาในการแสดงเจตนา กำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญานั้น หากเกิดกรณีพิพาทระหว่างกัน ว่าเป็นการล่วงหน้า ทั้งนี้พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ก็ได้บัญญัติรองรับให้คู่กรณีในสัญญาที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศสามารถแสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาดังกล่าวได้ในมาตรา 13 ว่า “ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม้อาจยังทราบเจตนาชัดเจนหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น”

เมื่อพิจารณาแนวความคิดของหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาประกอบกับหลักเสรีภาพของการแสดงเจตนาแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากคู่กรณีในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศแสดงเจตนาทำความตกลงเลือกศาลที่จะมาเป็นผู้พิจารณาตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตหลังจากทำสัญญากันแล้วไว้เป็นการล่วงหน้า โดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายแสดงเจตนาทำความตกลงดังกล่าวโดยสมัครใจ มิได้เกิดจากการหลอกลวง ถูกข่มขู่ ถูกกลั่นแกล้งหรือเกิดการสำคัญผิดในสิ่งอันเป็นสาระสำคัญในการแสดงเจตนาดังกล่าว และต้องมีได้เกิดจากความบกพร่องในการแสดงเจตนาด้วยเหตุอื่นใด ทั้งการทำความตกลงกำหนดศาลที่จะมาเป็นผู้พิจารณาตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศดังกล่าวของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นไปตามหลักความเสมอภาคโดยธรรมชาติระหว่างบุคคล โดยมีการเจรจาต่อรองกันอย่างเสมอภาค ไม่มีคู่กรณีฝ่ายใดตกอยู่ในสภาพถูกบังคับให้ต้องเข้าทำสัญญาดังกล่าวด้วยความจำเป็นและมีใจข้อสัญญาซึ่งเกิดขึ้นจากการที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งกำหนดไว้ล่วงหน้าก่อนแล้ว และคู่กรณีอีก

⁶⁵ โปรดคูรายละเอียดยุคในพรชัย วิวัฒน์ภัทรกุล, “กฎหมายที่ใช้บังคับแก่นิติสัมพันธ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในการค้าระหว่างประเทศ,” วารสารกฎหมาย ปีที่ 17 ฉบับที่ 1 (มกราคม 2540) : 10-25. ; ภาณุมาศ ชัดเงางาม, “กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างประเทศและการระงับข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศ,” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช ปีที่ 8 ฉบับที่ 1 (กรกฎาคม 2539) : 104-108. ; สุภาพร เหลืองภัทรวงศ์, “หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและข้อจำกัดในสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 1-141.

ฝ่ายหนึ่งไม่อยู่ในฐานะที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญาดังกล่าวได้แล้ว การทำความตกลงเลือกศาลของคู่กรณีในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศดังกล่าวย่อมมีผลสมบูรณ์และใช้บังคับได้บนพื้นฐานแห่งความเป็นอิสระในการแสดงเจตนาตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา⁶⁶

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนามีขอบเขตจำกัด กล่าวคือ หากเป็นการตกลงกันขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือตกลงแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่กฎหมายนั้นเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้ว ข้อตกลงนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ ไม่มีผลใด ๆ ทางกฎหมายเลย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 ประกอบมาตรา 151 ดังนั้นการจะพิจารณาว่า ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศสามารถกระทำได้บนพื้นฐานของหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา นั้น ต้องได้ความว่า ข้อตกลงเลือกศาลนั้นไม่เป็นการขัดต่อหรือแตกต่างจากกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนเสียก่อน

3.2.1.3 หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order)*

แนวความคิดเกี่ยวกับหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นเจตนารมณ์หรือนโยบายของรัฐที่จะต้องเข้าปกป้องคุ้มครองและดูแลทันทีหากปัญหาเรื่องใดมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพราะความปลอดภัยของประชาชนเป็นกฎหมายสูงสุด (salus populi suprema lex หรือ The safety of the people is the supreme law)⁶⁷ ความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงมีความสำคัญมากกว่าเสรีภาพของการแสดงเจตนาของเอกชน จึงย่อมส่งผลกระทบต่อโดยตรงต่อการควบคุมการทำนิติกรรมสัญญาของเอกชน หากประโยชน์ของเอกชนขัดกับผล

⁶⁶ สถิตย์ เล็งไธสง, "อำนาจศาลตามข้อตกลง," หน้า 161-162. ; สถิตย์ เล็งไธสง, "อำนาจศาลตามข้อตกลง : เพื่อความเข้าใจที่ถูกต้อง," หน้า 40-43. ; Joseph E. Smith, "Civil procedure – forum selection- N.C. Gen. Stat. 22B-3 (1994)," *North Carolina Law Review* (September, 1994) : p.1616.

* โปรดดูรายละเอียดใน สุรพล ธรรมสถิตติ, "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520), หน้า 1-121.

⁶⁷ เสนีย์ ปราโมช, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) พ.ศ.2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2505*, หน้า 10. ; Edward J. Bander, *Dictionary of selected legal terms and maxims*, second edition (New York : Oceana Publications, Inc., 1979), p.137.

ประโยชน์ของสังคมแล้ว ผลประโยชน์ของเอกชนจำต้องพ่ายแพ้ไป ดังปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ซึ่งบัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” และมาตรา 151 ซึ่งบัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ” แต่ไม่มีกฎหมายใดบัญญัติบทนิยามของคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ไว้โดยตรง ทั้งนี้มีเจตนารมณ์ให้มีความยืดหยุ่นในการปรับใช้กฎหมาย มิให้กฎหมายนั้นแข็งกระด้างเกินไป หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ทันยุคสมัยหรือความเจริญของบ้านเมือง โดยให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยว่าการใดกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยใช้ดุลยพินิจให้เหมาะสมแก่รูปคดีและเพื่อให้ความยุติธรรมแก่คู่กรณีทุกฝ่าย จึงจำต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป เพื่อให้เหมาะสมแก่การดำเนินชีวิตในสังคมแต่ละยุคสมัย ศาลควรศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาในอดีต ประกอบกับการรับฟังความคิดเห็นของนักวิชาการและบุคคลทั่วไป ตลอดจนให้ความสนใจศึกษาและสังเกตการณ์ในเรื่องระบบสังคมและลัทธิทางสังคมที่กำลังเปลี่ยนแปลงไปด้วย

หลักความความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีคุณสมบัติเฉพาะประการหนึ่ง คือสามารถเปลี่ยนแปลงไปได้ตามกาลสมัย ความเจริญเปลี่ยนแปลงของบ้านเมือง แนวความคิดเห็นของประชาชน เหตุการณ์บ้านเมือง รัฐประศาสนโยบาย และปัจจัยอื่น ๆ อีกหลายประการ⁶⁸ ดังนั้นจึงอาจเป็นไปได้ว่า ประเด็นนี้ถือว่าเป็นปัญหาอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนในสมัยหนึ่ง แต่ต่อมาอาจไม่ถือว่าเป็นประเด็นปัญหาอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนต่อไปแล้ว

ดังนั้นแนวความคิดเรื่องหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนย่อมส่งผลกระทบต่อการศึกษาความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศในประเทศไทยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ หากถือว่าการกำหนดเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศต้องเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539 และหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นปัญหาอัน

⁶⁸ ภาวัต คาวัลย์, “ข้อต่อสู้ในสัญญาเรื่องกำหนดเขตศาลที่ชำระคดีไว้ล่วงหน้ามีผลทางกฎหมายอย่างไร”, หน้า 120. และ อนุวัติ ใจสมุทร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม (ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์, 2510.) หน้า 17.

เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งคู่สัญญาไม่อาจตกลงให้แตกต่างจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้แล้ว ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศที่ย่อมไม่มีผลบังคับใช้ในทางกลับกันหากบทบัญญัติดังกล่าวมิใช่ปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้ว ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศย่อมสมบูรณ์และบังคับกันได้ ในระหว่างคู่สัญญาเสมอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151

ในเบื้องต้นจึงควรศึกษาความหมายคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” เสียก่อน โดยศึกษาจากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาและความคิดเห็นของนักกฎหมายชั้นครูทั้งหลาย เพื่อพิจารณาแนวทางการปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการทำนิติกรรมสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลกระทบต่อการทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ

ก. ความหมายคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน”

ดังที่เกริ่นนำไว้เบื้องต้นแล้วว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วางหลักการไว้เพียงกว้าง ๆ ว่า การใดมีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน การนั้นตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 150 และการใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งมิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ ตามมาตรา 151 ซึ่งแปลความในทางกลับกันได้ว่า หากการที่แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายนั้นเป็นบทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้ว การนั้นย่อมตกเป็นโมฆะนั้น ไม่มีการกำหนดความหมายของคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ไว้อย่างแน่นอนตายตัวในที่ใดเลย คำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” จึงมีลักษณะเป็นนามธรรมและไม่มีความพิเคราะห์ศัพท์ที่แน่นอน ไม่มีกฎหมายกำหนดขอบเขตและแนวทางการวินิจฉัยเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนไว้อย่างแน่ชัด จึงจำต้องพิเคราะห์ความหมายของคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” จากแนวความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ผู้ทรงคุณวุฒิดังต่อไปนี้

- พระยาเทพวิทูรอธิบายว่า สิ่งใดคือความสงบเรียบร้อยของประชาชนไว้เพียงกว้าง ๆ ว่า คือ สิ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชน โดยทั่วไป ไม่ใช่เกี่ยวกับคุณธรรมโดยเฉพาะ⁶⁹

⁶⁹ พระยาเทพวิทูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2, พิมพ์ครั้งที่ 3 (พระนคร : โรงพิมพ์ไทยวิทยา, 2501), หน้า 407-408.

- ศาสตราจารย์เอช เอกูต์ อธิบายว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ การคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชนและการคุ้มครองส่วนได้เสียทั่วไปของหมู่ประชาชน⁷⁰
- ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช อธิบายว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ การใด ๆ ที่เกี่ยวข้องความปลอดภัยของประชาชนทั้งภายในและภายนอกประเทศ รวมถึงตลอดถึงความเจริญผาสุกของประชาชนด้วยประการทั้งปวง และความปลอดภัยสันติสุขของสังคมประเทศชาติ⁷¹
- ศาสตราจารย์ ดร. จี๊ด เศรษฐบุตร อธิบายว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ ข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชน เป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้ เพื่อคุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง⁷²
- ศาสตราจารย์ ดร. อุกฤษ มงคลนาวิน อธิบายว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หมายถึง ประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม ทั้งนี้เพื่อความเรียบร้อยของประเทศชาติและสังคมนั้นเอง⁷³
- อาจารย์อนุวัติ ใจสมุทร อธิบายว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ เรื่องที่อาจกระทบกระเทือนต่อส่วนได้เสียของประชาชน ทั้งนี้เพราะรัฐต้องการคุ้มครองป้องกันประโยชน์ของประชาชน⁷⁴
- อาจารย์สุปัน พูลพัฒน์ อธิบายว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ สิ่งที่เกี่ยวข้องผลประโยชน์ของประชาชนในสังคมนั้น⁷⁵

⁷⁰ เอช เอกูต์, คำอธิบายธรรมศาสตร์ชั้นปริญญาตรีทางนิติศาสตร์ (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2475), หน้า 71.

⁷¹ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) พ.ศ.2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2505, หน้า 10, 97-98.

⁷² จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการบริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า 16.

⁷³ อุกฤษ มงคลนาวิน, “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน,” บทบัญญัติ เล่มที่ 32 ตอนที่ 1 (2518) : 14-15.

⁷⁴ อนุวัติ ใจสมุทร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 15, 21.

⁷⁵ สุปัน พูลพัฒน์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2526), หน้า 29.

- อาจารย์ศักดิ์ สนองชาติ อธิบายว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ สิ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไปไม่เกี่ยวแก่คุณธรรมโดยเฉพาะ⁷⁶

- อาจารย์มานิช จรมาศ อธิบายว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ นโยบายที่มุ่งเพื่อประโยชน์ได้เสียทั่วไปของรัฐและสังคมหรือเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป ไม่ใช่เกี่ยวแก่คุณธรรมโดยเฉพาะ⁷⁷

- อาจารย์วิริยะ เกิดศิริ อธิบายว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ได้แก่ วินัยข้อบังคับแก่บุคคลเพื่อรักษาไว้ให้มั่นคงซึ่งความปลอดภัยและเพื่อรักษาความยุติธรรมให้มิอยู่ในความเกี่ยวพันระหว่างประชาชน และยังกินความตลอดถึงรัฐประศาสนโยบายหรือความปลอดภัยของประเทศและบุคคลภายในประเทศด้วย⁷⁸

- อาจารย์อัศววิทย์ สุมาวงศ์ อธิบายว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ หน้าที่ที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ทั่วไปของประเทศชาติ หรือของประชาชนเป็นส่วนรวม ฉะนั้น การกระทำที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ ความสงบในสังคม หรือความมั่นคงของสถาบันครอบครัว ก็ถือว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน⁷⁹

- อาจารย์พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา อธิบายว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ สิ่งที่กระทบกระเทือนต่อความสงบสุขของประชาชนและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองโดยทั่วไป⁸⁰

จากการวิเคราะห์ความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ผู้ทรงคุณวุฒิที่ยกขึ้นอ้างอิงไว้ข้างต้นแล้ว ผู้เขียนสรุปได้ว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นกรณีเกี่ยวข้องกับผล ประโยชน์

⁷⁶ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่) ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ), พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 71.

⁷⁷ มานิช จรมาศ, “ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน,” คุณภาพ ปีที่ 12 เล่มที่ 5 (พฤษภาคม 2508) : 12.

⁷⁸ วิริยะ เกิดศิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม สัญญาและหนี้ (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 17.

⁷⁹ อัศววิทย์ สุมาวงศ์, คู่มือการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม สัญญา (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า 29.

⁸⁰ พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา, ปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่มีผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2539), หน้า 20.

ของประชาชนในสังคมนั้นเป็นส่วนรวม (Public Interest) เป็นกรณีการปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ของมหาชน เพื่อความปลอดภัยของสมาชิกในสังคมไม่ว่าทางด้านเศรษฐกิจ การเมือง การศึกษา การสาธารณสุข เป็นต้น อันจะนำมาซึ่งสันติสุขและความมั่นคงของชาติ เป็นรัฐประศาสนโยบายที่จะต้องปกป้องความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ข. ขอบเขตและแนวทางการพิจารณาความสงบเรียบร้อยของประชาชนพร้อมตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา

เนื่องจากความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นหลักกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนในสังคมนั้นเป็นส่วนรวม เพื่อความปลอดภัยของสมาชิกในสังคม อันจะนำมาซึ่งสันติสุขและความมั่นคงของชาติ และความสงบเรียบร้อยของประชาชนนี้อาจเปลี่ยนแปลงไปได้ตามกาลสมัย จึงเป็นเรื่องกว้างขวาง ไม่อาจกำหนดขอบเขตที่แน่นอนได้⁸¹ แต่จากการศึกษาวิเคราะห์ความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหลายประกอบกับตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา อันเป็นนิติประเพณีที่ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์จะต้องยึดถือเป็นบรรทัดฐานในการตีความวินิจฉัยคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” เพื่อค้นหาว่า การใดกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนในแต่ละยุคสมัยหรือไม่ อาจจำแนกสาระสำคัญและหลักเกณฑ์การพิจารณาในเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนได้เป็น 4 กลุ่ม⁸² ดังนี้

⁸¹ สุปิ่น พูลพัฒน์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 24.

⁸² เรียบเรียงจาก จำปี โสคติพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 65-71. ; ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), หน้า 171-182. ; พวงผกา บุญโสภากย์ และประสาน บุญโสภากย์, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2528), หน้า 68-76. ; พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา, ปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่มีผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณา, หน้า 144-189. ; สุปิ่น พูลพัฒน์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 24-28. ; อุกฤษ มงคลนาวิน, “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน,” หน้า 16-26. ; อัครวิทย์ สุมาวงศ์, คู่มือการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม สัญญา, หน้า 30-46.

(1) ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางการเมือง การปกครอง

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางการเมือง การปกครอง หมายถึง อำนาจเกี่ยวกับการปกครองประเทศตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอันได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ซึ่งผู้ใดจะทำความตกลงกันเองเพื่อให้มีผลเป็นการยกเลิก เปลี่ยนแปลง หรือแก้ไขอำนาจทั้งสามของรัฐย่อมไม่ได้ หรือจะทำความตกลงเพื่อให้การบริหารหรือการปกครองของรัฐเปลี่ยนแปลงหรือทำให้ผิดแผกแตกต่างขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายย่อมไม่ได้ ดังนั้น การทำนิติกรรมใดขัดต่อหรือแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยทางการเมือง การปกครอง ย่อมตกเป็นโมฆะ

ตัวอย่างเช่น เรื่องอำนาจฟ้อง⁸³ อำนาจศาลตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม⁸⁴ การพิจารณาพิพากษาคดีชอบด้วยกฎหมายหรือไม่⁸⁵ การทำความตกลงให้ถอนฟ้องคดีอาญาแผ่นดิน โดยให้ทรัพย์สินเป็นการตอบแทน อันเป็นการทำนิติกรรมอันมีผลเป็นการขัดขวางไม่ให้การเป็นไปตามครรลองของกระบวนการยุติธรรม⁸⁶ ทำสัญญาซึ่งมีวัตถุประสงค์ให้เจ้าหน้าที่ใช้ตำแหน่งหน้าที่ช่วยเหลือเพื่อบำเหน็จสินจ้างหรือให้สินบน⁸⁷ หรือการทำนิติกรรมที่เป็นการยุยงส่งเสริม

⁸³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 350/2485, 1050/2493, 1895/2493, 1107/2508, 1246/2509, 575/2510, 656/2510, 1312/2510, 1078/2515, 2104/2515, 2139/2517, 2300/2537, 1677/2532, 1868/2533, 3238/2535, 538/2536, 403/2538, 2127/2538, 191/2539, 269/2539 และ 620/2539 เป็นต้น

⁸⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1127/2493 และ 1541/2494 เป็นต้น

⁸⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 602/2494 และ 637/2506 เป็นต้น

⁸⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1181/2491, 1237/2496, 958/2519, 1331/2505 และ 375/2537 เป็นต้น แต่หากทำข้อตกลงเพียงว่า ขอให้ผู้เสียหายไปแถลงศาลว่า ไม่ติดใจเอาความกับจำเลยที่กระทำความผิด ขอให้ศาลรอลงโทษแก่จำเลย โดยฝ่ายจำเลยยอมให้เงินจำนวนหนึ่งแก่ผู้เสียหาย ข้อตกลงนี้ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 174/2498 เป็นต้น

⁸⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 331/2497, 1749/2498 และ 3296/2528 เป็นต้น

ให้คนอื่นเขาเป็นความกัน⁸⁸ รวมถึงการซื้อขายความด้วย⁸⁹ เป็นต้น

(2) ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านครอบครัว

สถาบันครอบครัวเป็นสถาบันอันดับแรกของบุคคลและเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคม จึงมีความสำคัญเป็นอย่างมาก และสมควรได้รับความคุ้มครองความผาสุกและการดำรงอยู่ของสถาบันครอบครัวเป็นพิเศษ ดังนั้นบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกจึงถือเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญ คู่สัญญาจะตกลงเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือยกเลิกตามอำเภอใจนั้นไม่ได้ นอกจากจะมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งให้ทำเช่นนั้นได้

ตัวอย่างของการทำนิติกรรมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านครอบครัว อันส่งผลให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะ ได้แก่ การให้เงินตอบแทนแก่การที่จะหาหญิงมาให้เป็นเมีย⁹⁰ หรือการทำสัญญากับหญิงอื่นให้อยู่กินกันฉันท์สามีภรรยา ทั้ง ๆ ที่ตนมีภรรยาอยู่แล้ว⁹¹ หรือการทำนิติกรรมจำหน่ายทรัพย์สินที่จะได้รับมรดกในภายหน้าโดยแสดงเจตนาไว้ตั้งแต่เจ้ามรดกยังไม่ตาย⁹² เป็นต้น

⁸⁸ การยุบยงส่งเสริมให้คนอื่นเป็นความกัน หมายถึง กรณีที่บุคคลคนหนึ่งซึ่งไม่ได้มีส่วนได้เสียกับคนที่เป็นคดีความกัน แต่ไปให้ความช่วยเหลือแก่คนที่ดำเนินคดี ไม่ว่าจะโดยการให้เงินไปดำเนินคดี หรือให้ความช่วยเหลือทางด้านโดยมุ่งหวังที่จะได้ประโยชน์จากการที่บุคคลอื่นเป็นคดีกัน ทั้งนี้การมีส่วนได้เสียนี้ไม่จำกัดเพียงการมีส่วนได้เสียทางการเงินหรือทรัพย์สินเท่านั้น เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 510/2468, 690/2492, 622/2494, 1371/2494 (ประชุมใหญ่), 2978/2528, 191/2539, 921/2542 และ 7014/2542 เป็นต้น

⁸⁹ การซื้อขายความ คือการที่ผู้ที่ไม่มีส่วนได้เสียในคดีไปช่วยเหลือดำเนินคดีของผู้อื่น โดยมีข้อตกลงว่าถ้าฝ่ายที่ได้รับความช่วยเหลือให้ดำเนินคดีนั้นได้อะไรมาจากคดีต้องยกสิ่งที่ได้มาทั้งหมดให้แก่ผู้ให้ความช่วยเหลือในการดำเนินคดี เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 112/2515

⁹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 95/2484.

⁹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1913/2505 และ 3972/2529 เป็นต้น

⁹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 445/2489.

(3) ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านเศรษฐกิจ

เศรษฐกิจเป็นสิ่งสำคัญและจำเป็นในการรักษาผลประโยชน์ทางด้านทรัพย์สินของประเทศชาติและสังคม เพราะประเทศใดเศรษฐกิจดี ประเทศนั้นก็จะมีเจริญรุ่งเรืองทั้งในด้านการพัฒนาประเทศและความเป็นอยู่ที่ดีของประชาชนในสังคม การดูแลคุ้มครองเศรษฐกิจของชาติจึงเป็นสิ่งสำคัญเป็นอย่างมาก ทำให้ในปัจจุบันนี้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนเข้ามามีบทบาทในการทำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับด้านเศรษฐกิจมากยิ่งขึ้น ส่งผลให้เสรีภาพในการแสดงเจตนาทำสัญญาของเอกชนเกี่ยวกับเศรษฐกิจถูกจำกัดลงไป ทั้งนี้เพื่อรักษาเสถียรภาพและความมั่นคงทางด้านเศรษฐกิจของประเทศ และเพื่อปกป้องประโยชน์ในด้านเศรษฐกิจของประชาชนเป็นส่วนรวม จึงมีการออกกฎหมายใหม่ ๆ มาจำกัดเสรีภาพในการแสดงเจตนาทำสัญญาของเอกชนในด้านการค้า การพาณิชย์ และการอุตสาหกรรม ดังนั้นหากเอกชนทำความตกลงขัดหรือแย้งต่อกฎหมายดังกล่าว หรือมีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านเศรษฐกิจแล้ว ข้อตกลงเช่นนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ

ตัวอย่างเช่น การได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการค้าประเภทใดจากทางราชการนั้น ทางราชการย่อมออกให้โดยคำนึงถึงคุณสมบัติของบุคคลผู้ขอใบอนุญาตนั้นเป็นการเฉพาะ ทั้งนี้เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย ศีลธรรม วัฒนธรรม และประเพณีอันดีของชาติ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการประกอบกิจการค้าประเภทนั้นของรัฐด้วย ใบอนุญาตประกอบกิจการค้าที่ได้รับจากทางราชการจึงเป็นเรื่องเฉพาะตัวของผู้ได้รับใบอนุญาตเท่านั้น ไม่อาจจำหน่ายจ่ายโอนต่อกันได้ ดังนั้นการทำสัญญาโอนขายใบอนุญาตประกอบกิจการค้าที่ได้รับอนุญาตจากทางราชการ จึงเป็นการทำนิติกรรมที่ผิดแผกแตกต่างไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ และกฎหมายนั้นเป็นกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านเศรษฐกิจ ข้อตกลงนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ⁹³

กรณีการตกลงกันระหว่างพ่อค้าหรือ “ฮั่ว” ในการประมูลใด ๆ กับทางราชการ เพื่อให้ได้ราคาตามที่ตกลงกัน โดยมีการแบ่งผลประโยชน์กันนั้น เดิมศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อตกลงดังกล่าวใช้บังคับได้ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านเศรษฐกิจ เพราะ

⁹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1288/2501, 608/2527 และ 2486/2544 เป็นต้น

เป็นเพียงพาณิชย์นโยบาย ถือเป็นนโยบายยอมให้มีการประมูลดังกล่าว ไม่ใช่การล่อลวงให้หลงเชื่อ ผู้ให้ประมูลย่อมต้องใช้วิจารณญาณของตนประกอบด้วย และมีสิทธิที่จะให้หรือไม่ให้ผู้ประมูลขั้นต่ำ⁹⁴ แต่ต่อมาศาลฎีกาเห็นว่า จำเป็นต้องเข้าควบคุมการทำสัญญาระหว่างเอกชนอันเกี่ยวกับการพาณิชย์และเศรษฐกิจให้รัดกุมและเข้มงวดมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้เพื่อประโยชน์แก่การดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจของประเทศชาติและคุ้มครองผลประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจของสังคมเป็นส่วนรวม ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่า การทำสัญญาให้ค่าตอบแทนโดยมีข้อตกลงให้ผู้รับเหมาก่อสร้างคนหนึ่งยื่นประมูลสูงกว่าอีกคนหนึ่ง เพื่อให้คนหลังได้รับประมูลจากทางราชการ โดยผู้ประมูลคนหลังจะออกเช็คให้ผู้ประมูลที่เสนอราคาสูงกว่าเป็นการตอบแทนนั้น เป็นการตกลงสมยอมกัน ทำให้ไม่มีการประมูลราคากันอย่างแท้จริง เป็นการลวงหน่วยงานราชการผู้ประกาศการประมูลให้หลงเชื่อเข้าทำสัญญาด้วยคิดว่ามีการประมูลกันจริง เป็นการบีบบังคับเอาเงินของรัฐไปโดยไม่สุจริต ข้อตกลงดังกล่าวจึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านเศรษฐกิจ⁹⁵

แรงงานมีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศชาติเป็นอย่างมาก ดังนั้นการทำสัญญาระหว่างเอกชนเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานย่อมเป็นการตกลงที่ไม่ชอบ เพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านเศรษฐกิจ เช่น ข้อตกลงให้ลูกจ้างทำงานชดเชยในวันหยุดโดยไม่คิดค่าล่วงเวลา หรือการทำสัญญาประนีประนอมยอมความว่าลูกจ้างยอมให้นายจ้างจ่ายค่าทดแทนกรณีลูกจ้างได้รับอุบัติเหตุสูญเสียอวัยวะหรือถึงแก่ความตายขณะปฏิบัติหน้าที่น้อยกว่าที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน เป็นต้น⁹⁶

กรณีเกี่ยวกับการกู้เงิน บทบัญญัติเรื่องการเรียกดอกเบี้ยในการกู้ยืมเงินระหว่างเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 655 และพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 เป็นบทบัญญัติที่มุ่งรักษาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเอกชนในสังคม จึงเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านเศรษฐกิจ หากเอกชนทำสัญญากู้ยืมเงินแล้วเรียกดอกเบี้ยเกินกว่าอัตราร้อยละ 15 ต่อปี ข้อตกลงเรื่องดอกเบี้ยยอมตก

⁹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 297/2501.

⁹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2022/2519 (ประชุมใหญ่), 986/2521 และ 3047-3048/2531 เป็นต้น

⁹⁶ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 283/2516, 898/2520, 4531/2541 เป็นต้น

เป็นโมฆะ⁹⁷ แต่หากผู้ให้กู้เป็นธนาคารพาณิชย์หรือสถาบันการเงินซึ่งได้รับอำนาจให้เรียกดอกเบี้ยได้ตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ย่อมสามารถเรียกดอกเบี้ยเกินกว่าอัตราร้อยละ 15 ต่อปี ได้โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์

บทบัญญัติเรื่องภาษีอากรเป็นบทบัญญัติอันเกี่ยวกับผลประโยชน์ของแผ่นดิน อันจะนำมาเป็นงบประมาณแผ่นดินเพื่อการพัฒนาประเทศชาติ จึงเกี่ยวข้องกับการรักษาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของสังคม ดังนั้นความตกลงใด ๆ ที่ทำขึ้นเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงหรือปิดบังการเสียภาษีอากรให้แก่รัฐ ย่อมถือว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านเศรษฐกิจเช่นกัน⁹⁸

การประกอบวิชาชีพเป็นเรื่องสำคัญของบุคคลในสังคม หากสมาชิกทุกคนมีอาชีพการงานสุจริต มีรายได้เลี้ยงครอบครัว ไม่เบียดเบียนกันจนเกิดความไม่เป็นธรรม สังคมย่อมดำรงอยู่ได้โดยสงบสุข ดังนั้นจึงจำเป็นต้องควบคุมการทำนิติกรรมของวิชาชีพบางประเภทให้อยู่ในขอบเขตแห่งความชอบธรรม เพื่อมิให้เกิดการแสวงหาประโยชน์ในทางมิชอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งวิชาชีพบางประเภท

วิชาชีพทนายความ เป็นวิชาชีพอันเกี่ยวกับผลประโยชน์ของลูกความและเป็นองค์ประกอบหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมในการสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นในการดำเนินคดีความในศาล ทั้งเป็นวิชาชีพที่มีลักษณะผูกขาดที่ผู้ที่เป็นทนายความได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหลายประการ ผู้ที่ได้จดทะเบียนและได้รับใบอนุญาตให้เป็นทนายความจึงมีพันธกรณีต่อสังคมที่จะต้องปฏิบัติและดำรงตนให้ต้องด้วยหลักจริยธรรมทางวิชาชีพ ในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความ ในฐานะที่ทนายความมีส่วนสำคัญในการจรจองความยุติธรรมในสังคม ทนายความจึงไม่พึงทำสัญญากับลูกความของตนในลักษณะที่ตนเองเข้าไปมีส่วนได้เสียโดยตรงในคดีจนอาจกระทบกระเทือนต่อการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวได้ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องควบคุมการคิดค่าสินจ้างของทนายความจากลูกความ มิให้เกิดการเอารัดเอาเปรียบลูกความเกินไป การที่ทนายความคิดค่าจ้างว่าความจากลูกความโดยวิธีแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สิน

⁹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 478/2488, 840/2506 เป็นต้น

⁹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 696/2510, 1895/2493, 1309/2495 เป็นต้น

ที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความของตนเมื่อลูกความของตนขณะคดีเท่านั้น หากลูกความของตนแพ้คดี ทนายความจะไม่รับค่าจ้างว่าความนั้น ข้อตกลงคิดค่าจ้างว่าความเช่นนี้มีลักษณะเข้าทำนองซื้อขายความกัน ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ย่อมตกเป็นโมฆะ แม้ข้อบังคับสภาพทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ.2529 ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 จะมีได้กำหนดให้การเข้าเป็นทนายความโดยวิธีสัญญาเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความของทนายความเป็นการประพฤติดิสมรรยาททนายความเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 และพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2508 ก็มีผลเพียงว่า การทำสัญญาระหว่างทนายความกับลูกความทำนองนี้ไม่เป็นการประพฤติดิสมรรยาททนายความ อันเป็นมูลให้ลงโทษตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวเท่านั้น⁹⁹

บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพหรือทำการค้าที่ไม่ผิดกฎหมาย การตกลงกันในเรื่องการประกอบวิชาชีพในลักษณะสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันกันระหว่างลูกจ้างและนายจ้างในลักษณะจำกัดเสรีภาพของลูกจ้างในการประกอบอาชีพหรือทำการค้าแข่งขันกับนายจ้างเดิมนั้น เป็นข้อตกลงที่พบเห็นบ่อยในระบบเศรษฐกิจปัจจุบัน ซึ่งศาลฎีกาถือหลักว่า สัญญาที่มีลักษณะเป็นการห้ามการแข่งขันในการประกอบอาชีพหรือทำการค้าแข่งขันกันภายในขอบเขตพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง ไม่ใช่ห้ามทั่วไปทั้งหมด หรือมีการกำหนดประเภทของอาชีพหรือลักษณะของการค้าที่ห้ามเอาไว้ ไม่ได้ห้ามให้ทำทุกอาชีพทั้งหมดหรือห้ามประกอบการค้าใด ๆ เลย จึงเป็นการที่ฝ่ายที่ยอมทำสัญญาได้ยอมจำกัดสิทธิของตนที่จะประกอบอาชีพหรือจำกัดในการแข่งขันการประกอบอาชีพ ประกอบกับข้อตกลงจำกัดสิทธินั้นไม่เป็นการเกินสมควร และไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติ หรือประชาชนโดยส่วนรวม จึงมีผลใช้บังคับได้¹⁰⁰ แต่หากข้อตกลงนั้นจำกัดการประกอบอาชีพหรือห้ามการแข่งขันจำกัดไปหมดทุกอย่างทุกสถานที่ ก็ถือว่าข้อตกลงเช่นนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ส่งผลให้ข้อตกลงนั้นตกเป็นโมฆะ

⁹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 871/2486, 1160-1161/2494, 1577/2500, 492/2521, 1506/2536, 1260/2543 และ 6919/2544 เป็นต้น

¹⁰⁰ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1356/2479, 586/2480, 2014/2506, 725/2519, 2548-2549/2533 และ 1275/2543 เป็นต้น

(4) ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

มนุษย์ทุกคนเกิดมาย่อมมีสิทธิขั้นพื้นฐานที่เรียกว่าสิทธิมนุษยชน และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์อยู่ไม่น้อย ทั้งนี้เพื่อให้เกิดการปฏิบัติต่อกันอย่างเท่าเทียมกัน เช่น สิทธิในการเลือกถิ่นที่อยู่ เป็นต้น ดังนั้นการทำความตกลงใดที่จะมีผลทำให้บุคคลสูญเสียความเป็นมนุษย์หรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความตกลงนั้นย่อมใช้บังคับไม่ได้ เพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

โดยสรุปแล้วผู้เขียนเห็นว่า การจะกำหนดขอบเขตว่าสิ่งใดบ้างคือความสงบเรียบร้อยของประชาชนให้แน่นอนตายตัวนั้นคงเป็นไปได้ แต่การพยายามอธิบายว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชนคืออะไรของนักนิติศาสตร์ผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหลาย และการประมวลตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลสูงดังกล่าวข้างต้น ย่อมทำให้พอมองเห็นแนวทางการวินิจฉัยว่า สิ่งใดเป็นความสงบเรียบร้อยของประชาชนบ้าง หากวิเคราะห์ตามแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาที่ผู้เขียนได้รวบรวมเป็นหมวดหมู่ตามความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหลายข้างต้นแล้ว บทบัญญัติของกฎหมายใดซึ่งเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางการเมือง การปกครอง ครอบครั้ว วิชาชีพ เศรษฐกิจ และสิทธิมนุษยชนแล้ว ย่อมเป็นกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 ดังนั้นหากเอกชนใดทำข้อตกลงระหว่างกันผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ย่อมถือว่าเป็นการกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน มีผลให้ข้อตกลงเช่นนั้นตกเป็นโมฆะ ไม่อาจใช้บังคับต่อกันได้

ค. กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน¹⁰¹

ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่า ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายฉบับใดกำหนดนิยามความหมายของคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ไว้อย่างแจ่มชัด ทั้งการจะกำหนดขอบเขตการพิจารณาว่า สิ่งใดเป็นความสงบเรียบร้อยของประชาชนบ้างนั้นก็ไม่สามารถกำหนดแน่นอนตายตัวได้ คงกำหนดขอบเขตได้เพียงกว้าง ๆ ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่รวบรวมไว้ ทั้งนี้เป็นดุลยพินิจของศาลที่ปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการควบคุมการทำนิติกรรมสัญญา ระหว่างเอกชน ให้สอดคล้องและยืดหยุ่นตามกาลสมัย การจะระบุว่าบทบัญญัติใดเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยบ้างนั้นจึงเพียงแต่กำหนดไว้กว้าง ๆ ว่า กฎหมายใดเกี่ยวกับผลประโยชน์ของประเทศชาติหรือประชาชนโดยทั่วไป ไม่ใช่เกี่ยวกับเอกชนคู่กรณีโดยเฉพาะแล้ว ย่อมเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน¹⁰² กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงมิได้ทั้งที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและที่มิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีแนวทางพิจารณาตามที่ได้อธิบายไว้ในหัวข้อก่อนนี้แล้ว ภายใต้อัตลักษณ์และคุณธรรมตามธรรมชาติ

¹⁰¹ เรียบเรียงจาก จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, หน้า 15-17. ; จำปี โสคติพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม สัญญา, หน้า 32-34. ; ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 211-220. ; พวงพกา บุญโสภากย์ และประสาน บุญโสภากย์, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 79-83. ; ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่) ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ), หน้า 70-74.; เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) พ.ศ. 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505, หน้า 111-114. ; สุปิ่น พูลพัฒน์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 28-33. ; อักษรารท จุฬารัตน, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 114. ; อนุวัติ ใจสมุทร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 17-18.

¹⁰² พระยาเทพวิฑูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2, หน้า 408. ; สุปิ่น พูลพัฒน์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 29.

บทกฎหมายใดจะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ จำต้องพิจารณาให้ดูตามตัวบทแต่ละมาตรา ไม่ใช่ว่าการมีบทบัญญัติมาตราใดมาตราหนึ่งเกี่ยวข้องกับ ความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้ว จะทำให้กฎหมายนั้นเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบ เรียบร้อยของประชาชนทั้งฉบับ

กฎหมายอันเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของประชาชนโดยทั่วไปเรียกว่า กฎหมาย มหาชน อันได้แก่ กฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และกฎหมาย ประกอบรัฐธรรมนูญทั้งหลาย เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น ประมวลกฎหมายอาญา หรือกฎหมายอื่นใดที่บัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิดและมีโทษทาง อาญา เช่น พระราชบัญญัติอาชญากรรม กฎหมายเกี่ยวกับระเบียบการปกครอง กฎหมายเกี่ยวกับภาษี อากร กฎหมายเกี่ยวกับการคลัง กฎหมายล้มละลาย กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานทั้งหลาย กฎหมายวิธีพิจารณาความ เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา เนื่องจากเป็นกฎหมายที่กำหนดขึ้นตอนวิธีการในการฟ้องร้องดำเนินคดี โดย เฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล เป็นต้น กฎหมายเหล่านี้จึง เป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีบทบัญญัติบางเรื่องบางมาตราที่เกี่ยวกับ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้หย่อนความสามารถในการ ทำนิติกรรมของบุคคล บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองลูกหนี้หรือคู่กรณีฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในทาง เศรษฐกิจ เช่นบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมการเรียกดอกเบี้ยในเงินให้กู้ยืมระหว่างเอกชน รวม ตลอดถึงพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 บทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องกำหนดอายุความ บทบัญญัติเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือการจัดระเบียบเรื่องกรรมสิทธิ์ บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครอง ความสัมพันธ์และความมั่นคงของสถาบันครอบครัวและการใช้อำนาจในครอบครัว บทบัญญัติ อันเกี่ยวกับมรดก หรือบทบัญญัติอื่นใดของกฎหมายที่กำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก เช่น การกำหนดให้มีการจดทะเบียน การกำหนดเวลาให้บอกกล่าวหรือประกาศให้บุคคลทั่วไปทราบ เช่น การกำหนดเงื่อนไขที่ผู้รับจ้างจะเรียกเอาทรัพย์สินจ้างงหลวงเป็นสิทธิ หรือการบอกกล่าว บังคับจ้างง เป็นต้น หรือบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองคู่สัญญามิให้ถูกกดขี่หรือเอาใจเอาเปรียบเกินสมควร หรือบทกฎหมายที่บัญญัติเพื่อป้องกันมิให้บุคคลกระทำการ โดยทุจริต เป็นต้น

เมื่อวิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนข้างต้นแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ศาลฎีกามีแนวโน้มที่จะพิจารณาว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539 หรือกฎหมายอื่นใดอันเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศแล้ว อันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจการใช้อำนาจอธิปไตยทางศาลของรัฐ ย่อมเป็นกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนในด้านการเมือง การปกครอง ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1127/2493, 1541/2494 และ 951/2539

ง. ความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

การพิจารณาความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศตามหลักกฎหมายไทยนั้น มีข้อพึงพิจารณาว่า ข้อตกลงดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ หากขัดย่อมตกเป็นโมฆะ แต่หากไม่ขัดย่อมสมบูรณ์ใช้บังคับได้บนพื้นฐานของหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา ทั้งนี้เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายอื่นซึ่งกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศมิได้มีบทบัญญัติรองรับให้คู่สัญญาสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลไว้ในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศได้

นักนิติศาสตร์มีความคิดเห็นเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของการทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย กล่าวคือ

ความเห็นที่หนึ่ง เห็นว่า การที่คู่สัญญาทำข้อตกลงว่า บรรดาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นจากสัญญา ไม่ว่าจะเป็นสัญญาที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศหรือไม่ ให้เสนอข้อพิพาทนั้นต่อศาลชั้นต้นศาลใดศาลหนึ่ง หรือศาลชั้นต้นของประเทศใดประเทศหนึ่ง ตามที่ระบุไว้ในสัญญาดังกล่าว ข้อตกลงนี้เป็นการตกลงเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี เพราะอำนาจศาลที่จะรับฟ้องคดีนั้นต้องเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเท่านั้นและโดยทั่วไปแล้ว กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเรื่อง

ของการรักษาความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจของประชาชน¹⁰³ เมื่อไม่มีบทกฎหมายใดบัญญัติรองรับให้ทำได้ดังเช่นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2477 มาตรา 7(4) แล้ว ข้อตกลงดังกล่าวย่อมเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ไม่ว่าจะเป็นการทำข้อตกลงให้ศาลไทยเป็นผู้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญานั้นทั้ง ๆ ที่ศาลไทยไม่มีอำนาจพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 3 ถึง 4 ฉ หรือการตกลงกันให้ศาลต่างประเทศเป็นศาลที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทจากสัญญานั้น ทั้ง ๆ ที่ศาลไทยมีอำนาจพิจารณาคดีเช่นนั้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 3 ถึง 4 ฉ ก็ตาม ในกรณีหลังนี้เท่ากับเป็นการทำข้อตกลงยกเว้นไม่ยอมอยู่ภายใต้อำนาจศาลไทยตามบทบัญญัติของกฎหมายไทย จึงย่อมเป็นข้อตกลงอันมีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ย่อมตกเป็นโมฆะเช่นกัน ส่วนการที่กฎหมายในหลาย ๆ ประเทศเปิดโอกาสให้คู่สัญญาสามารถทำข้อตกลงดังกล่าวในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศได้ ก็เป็นนโยบาย ความจำเป็น และเหตุผลทางวิชาการของแต่ละประเทศ จะนำมาใช้ในกฎหมายไทยไม่ได้ การที่ประเทศไทยยกเลิกบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2477 มาตรา 7(4) ซึ่งรองรับให้คู่สัญญาสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าว เห็นจะเป็นนิตินโยบายของรัฐว่า ศาลไทยจะรับบังคับให้เฉพาะกรณีที่มีผลประโยชน์เกี่ยวกับประเทศไทยหรือที่ศาลไทยเห็นสมควรจะบังคับให้เท่านั้น การที่ศาลใดจะมีอำนาจพิจารณาคดีใดหรือไม่ย่อมต้องคำนึงถึงความมีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียของคู่ความนั้นภายในเขตอำนาจศาลของตนด้วย¹⁰⁴

ความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝ่ายนี้สอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลไทยไม่ว่าจะเป็นศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางหรือศาลฎีกา ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางในคดีหมายเลขคำที่ ทป.32/2541 คดีหมายเลขแดงที่ ทป.70/2542 ระหว่าง บริษัทฮอติเคย์ ฮอสพิทลิตี้ คอร์ปอเรชั่น จำกัด โจทก์ กับ บริษัทไทย ทาวน์ แอนด์ คันทรี ดีเวลลอปเม้นต์ จำกัด ที่ 1 กับพวกรวม 11 คน จำเลย ซึ่งเป็นกรณีพิพาทตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ ชื่อทางการค้า และสิทธิในระบบปฏิบัติการฮอติเคย์ อินน์ จำเลยให้การต่อสู้ว่า โจทก์ไม่มีอำนาจ

¹⁰³ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 49.

¹⁰⁴ ดาวพฤษ, “แก้ความเข้าใจกรณีตกลงเรื่องอำนาจศาล,” หน้า 72-77 ; ดาวพฤษ, “ข้อโต้แย้งกรณีตกลงเรื่องอำนาจศาล,” หน้า 44-47 ; ดาวพฤษ, “ข้อตกลงเกี่ยวกับอำนาจศาลกับการอ้างอิงหลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่ถูกต้อง,” หน้า 155-174.

ฟ้องจำเลยต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง เนื่องจากสัญญาดังกล่าว มีข้อสัญญาข้อหนึ่งระบุว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากสัญญาฉบับนี้ ให้คู่สัญญา ดำเนินการฟ้องร้องต่อศาลแห่งประเทศอังกฤษแต่เพียงแห่งเดียว ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและ การค้าระหว่างประเทศกลางวินิจฉัยว่า คดีนี้โจทก์ฟ้องกล่าวหาว่าจำเลยปฏิบัติผิดสัญญาอนุญาต ให้ใช้สิทธิซึ่งสถานที่ปฏิบัติตามสัญญาเกิดขึ้นในประเทศไทย จึงอยู่ในอำนาจของศาลทรัพย์สิน ทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางที่จะทำการพิจารณาพิพากษาคดีตามพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทาง ปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539 มาตรา 5 และมาตรา 7(3) บทบัญญัติดังกล่าวเป็น บทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน คู่สัญญาจึงไม่อาจตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ ข้อตกลงเกี่ยวกับอำนาจศาลที่ให้คู่สัญญาฟ้องร้องคดีต่อศาลแห่งประเทศอังกฤษในสัญญาดังกล่าว จึงตกเป็น โฆษะและใช้บังคับไม่ได้¹⁰⁵ โจทก์มีอำนาจฟ้องจำเลยทั้งสิบเอ็ดต่อศาลศาลทรัพย์สิน ทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ต่อมาจำเลยอุทธรณ์คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทาง ปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางต่อศาลฎีกา และศาลฎีกามีคำวินิจฉัยในประเด็นปัญหาเดียว กันว่า แม้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิจะทำขึ้นก่อนวันที่จะมีการจัดตั้งและเปิดทำการศาลทรัพย์สิน ทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง แต่คดีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับหนี้เนื้อบุคคล จำเลยทั้งหมด ต่างมีภูมิลำเนาอยู่ในกรุงเทพมหานคร โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องจำเลยทั้งหมดต่อศาลในประเทศไทย คือศาลแพ่ง อันเป็นศาลที่จำเลยทั้งหมดมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลได้ ตามประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความแพ่ง มาตรา 4(1) ต่อมาเมื่อพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้า ระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539 ใช้ บังคับ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางซึ่งมีเขตศาลตลอด กรุงเทพมหานคร และมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิใน ทรัพย์สินทางปัญญา จึงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ตามมาตรา 5 และมาตรา 7(3) แห่งพระราชบัญญัติ ดังกล่าว โจทก์ย่อมมีสิทธินำคดีนี้มาฟ้องต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หากต้องนำไปฟ้องยังศาลแห่งประเทศอังกฤษแต่เพียงแห่งเดียวเท่านั้น ไม่¹⁰⁶ มีข้อสังเกตว่า คำวินิจฉัย ของศาลฎีกาไม่ได้วินิจฉัยเฉพาะเจาะจงว่า การทำข้อตกลงดังกล่าวเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย ของประชาชน และตกเป็น โฆษะ ใช้บังคับไม่ได้ ตามที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้า ระหว่างประเทศกลางวินิจฉัยไว้

¹⁰⁵ สัมภาษณ์ สุนัย มโนมัยอุตม, ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและ การค้าระหว่างประเทศกลาง, 27 สิงหาคม 2544.

¹⁰⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9524/2544.

อีกตัวอย่างหนึ่งคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 ระหว่าง บริษัทชินน่า โปรอเปอร์ตี้ แอนด์ แอสเซตส์ อินชัวร์นซ์ จำกัด โจทก์ กับ บริษัทวอลเล็ม ชิปปิง (ประเทศไทย) จำกัด ที่ 1 กับพวกรวม 2 คน จำเลย เป็นกรณีพิพาทตามสัญญาฉบับของทางทะเลและสัญญาประกันภัย จำเลยให้การต่อสู้คดีว่าโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องจำเลยทั้งสองต่อศาลไทย เนื่องจากในใบตราส่งมีข้อตกลงระหว่างผู้ส่งและผู้ขนส่งว่าให้ฟ้องคดีที่ศาลในกรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คดีนี้เป็นคดีหนี้เหินบุคล จำเลยทั้งสองต่างมีภูมิลำเนาอยู่ที่กรุงเทพมหานคร โจทก์มีอำนาจฟ้องจำเลยทั้งสองต่อศาลในประเทศไทยคือศาลแพ่ง ข้อตกลงในใบตราส่งระหว่างผู้ส่งและผู้ขนส่งที่ให้ฟ้องคดีที่ศาลในกรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษนั้น ขัดต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4(1) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่โจทก์ฟ้องคดีและเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งข้อตกลงนั้นก็มิได้เป็นไปตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2477 มาตรา 7(4) บัญญัติไว้อีกด้วย กล่าวคือ ศาลในกรุงลอนดอนมิใช่ศาลที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขต หรือศาลที่มูลคดีของเรื่องนี้ได้เกิดขึ้นแต่อย่างใด ข้อตกลงนั้นจึงไม่อาจใช้บังคับได้

ความเห็นที่สอง เห็นว่า แม้ว่าบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2477 มาตรา 7(4) จะถูกยกเลิกไป คู่กรณีในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศก็สามารถทำ ความตกลงเลือกศาลที่จะเสนอคำฟ้องได้ ข้อตกลงดังกล่าวใช้บังคับได้ตามหลักความตกลงของคู่กรณีหรือหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนานั้นเอง¹⁰⁷ เมื่อหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของนานาอารยประเทศส่วนใหญ่ต่างก็ยอมรับสิทธิของคู่สัญญาในการทำ ความตกลงเลือกศาลว่า แม้จะมีกฎหมายยอมรับเขตอำนาจของศาลเหนือคดีแล้ว ศาลก็อาจจะต้องจำหน่ายคดีเพราะเหตุที่มีข้อยกเว้นของเขตอำนาจศาลอันได้แก่ กรณีที่จำเลยมีเอกสิทธิ์และความคุ้มกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือกรณีที่มีข้อสัญญาระหว่างคู่ความเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาท โดยการอนุญาโตตุลาการนอกศาล หรือกรณีที่มีข้อสัญญาระหว่างคู่ความเลือกให้ศาลต่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือคดีพิพาทระหว่างคู่ความ ประกอบกับกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติมาตราใดห้าม คู่ความไม่ให้ข้อตกลงเลือกศาล การกระทำดังกล่าวจึงไม่น่าจะขัดต่อกฎหมาย จึงน่าจะสรุปได้ว่า ข้อตกลงเลือกศาลนี้ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและใช้บังคับผูกพันคู่สัญญาและศาลที่เสนอคำฟ้องได้ แม้จะไม่ปรากฏว่าประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา

¹⁰⁷ สติชัย เล็งไธสง. “อำนาจศาลตามข้อตกลง,” หน้า 161-162 ; สติชัย เล็งไธสง. “อำนาจศาลตามข้อตกลง : เพื่อความเข้าใจที่ถูกต้อง,” หน้า 40-43.

ระหว่างประเทศในเรื่องการกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศฉบับใดเลยก็ตาม¹⁰⁸

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การทำความตกลงเลือกศาลที่จะทำหน้าที่พิจารณาระงับข้อพิพาทอันเกิดขึ้นหรือสืบเนื่องจากสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น เป็นการทำความตกลงกันในเรื่องเขตศาล กล่าวคือ เป็นการตกลงกันในเรื่องสถานที่ที่พึงคาดหมายว่าจะเป็นที่ดำเนินคดีพิพาทกันระหว่างคู่กรณีในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ มิได้ตกลงเปลี่ยนแปลงอำนาจศาลที่พิจารณาคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศแต่อย่างใด ตัวอย่างเช่น หากคู่กรณีทำข้อตกลงเลือกศาลในประเทศไทยเป็นศาลที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ ศาลในประเทศไทยที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศย่อมได้แก่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539 มาตรา 7 หากคู่กรณีตกลงว่า ให้ศาลแพ่งในประเทศไทยเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศระหว่างคู่กรณี ข้อตกลงเช่นนี้จึงจะเป็นการตกลงเปลี่ยนแปลงอำนาจการพิจารณาคดีของศาลตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พระธรรมนูญศาลยุติธรรม และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลต่าง ๆ ซึ่งกำหนดเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีของแต่ละศาลไว้ อันเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ข้อตกลงนั้นจึงจะตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษานโยบายพิพากษาของศาลฎีกาแล้ว ผู้เขียนคาดว่า ศาลไทยไม่ว่าศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกามีแนวโน้มจะวินิจฉัยปัญหาเรื่องการทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศว่าเป็นปัญหาเรื่องอำนาจฟ้องคดีของโจทก์ว่า โจทก์มีอำนาจฟ้องจำเลยในคดีนี้ต่อศาลในประเทศไทยหรือไม่¹⁰⁹ และตามแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลฎีกาวินิจฉัยยืนยันตลอดมาว่า ปัญหาเรื่องอำนาจฟ้องเป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ศาลสามารถหยิบยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ ดังนั้นแนวโน้มที่ศาลฎีกาจะ

¹⁰⁸ คณิง ภาไชย และพันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, "อันเนื่องมาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 และ 5809/2539 : ข้อคิดเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศเพื่อเป็นข้อยกเว้นเขตอำนาจศาลไทย", หน้า 134-142.

¹⁰⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539, 5809/2539 คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางในคดีหมายเลขแดงที่ กค.206/2542 และคดีหมายเลขแดงที่ ทป.70/2542.

ปฏิเสธความมีผลสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศย่อมเป็นไปได้มากทีเดียว

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การพิจารณาว่าข้อตกลงเลือกศาลเป็นสิ่งที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่นั้น จำต้องพิจารณาแยกกันระหว่างการทำข้อตกลงเลือกศาลระหว่างศาลภายในประเทศกับการทำข้อตกลงเลือกระหว่างศาลในประเทศต่าง ๆ หากเป็นการทำข้อตกลงเลือกศาลภายในอันมิใช่ในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศแล้ว ย่อมอาจส่งผลกระทบต่อระบบศาลและระบบการอำนวยความสะดวกของรัฐได้ หากยอมรับให้มีการทำข้อตกลงเลือกศาลใดศาลหนึ่งในประเทศไทยเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทตามสัญญานั้น ได้อย่างพร้อมเพรือ แต่หากเป็นกรณีการทำข้อตกลงเลือกศาลในประเทศไทยหรือศาลต่างประเทศในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศแล้ว จะพิจารณาว่าข้อตกลงดังกล่าวขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ นอกจากจะพิจารณาจากกรอบของกฎหมายว่าด้วยการกำหนดเขตอำนาจศาลไทยทั้งหลายแล้ว น่าจะคำนึงถึงความจำเป็นของการมีข้อตกลงเลือกศาลต่อการประกอบธุรกิจการค้าการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ตระหนักถึงคุณประโยชน์ของการทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศซึ่งจะมีผลในทางส่งเสริมและพัฒนากิจการค้า การลงทุน และการพาณิชย์ระหว่างประเทศ และพิจารณาถึงหลักสากลที่ประเทศที่ส่งเสริมและเป็นศูนย์กลางการค้าการพาณิชย์ทั้งหลายยอมรับด้วยว่า เขามองปัญหาเรื่องนี้อย่างไร เราจะมองอยู่ในบ้านของเราเฉย ๆ โดยไม่เหลียวมองดูเพื่อนบ้านบ้างเลยนั้นคงจะไม่ได้ ดังที่กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ทรงเคยปรารภไว้ถึงสาเหตุของการที่พระองค์ท่านทรงนำเอาแนวทางของประมวลกฎหมายอาญาของอินเดีย ซึ่งเป็นเมืองขึ้นของอังกฤษในขณะนั้นมาเป็นแนวทางในการสอนกฎหมายอาญาที่โรงเรียนเนติบัณฑิตย์ในสมัยที่ทรงเริ่มเปิดการสอนว่า เราจะเอาแต่พ่ายแต่จำโดยไม่เหลียวดูว่าเพื่อนบ้านเราไปทางไหนไม่ได้¹¹⁰ เมื่ออนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยความตกลงเลือกศาล ค.ศ. 1965 อนุสัญญากรุงบรัสเซลส์ว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการบังคับตามคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ.1968 และอนุสัญญาลูกาโนว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการบังคับตามคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ.1988 บัญญัติรับรอง ปล่อยให้คู่สัญญาสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศได้ ศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับให้คู่สัญญาในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลที่จะพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทจากสัญญานั้นได้โดยสมัครใจตั้งแต่ปี ค.ศ.1972 ศาลอังกฤษยอมรับความมีผลสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลของคู่ความในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศตั้งแต่ปี

¹¹⁰ พรชัย วิวัฒน์ภัทรกุล, “กฎหมายที่ใช้บังคับแก่นิติสัมพันธ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในการค้าระหว่างประเทศ,” หน้า 11-12.

ค.ศ.1958 นอกจากนี้ศาลในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมัน ประเทศสก็อตแลนด์ ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์ ต่างก็ยอมรับให้คู่สัญญาทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศได้ โดยศาลอาจตรวจสอบการแสดงเจตนาดังกล่าวให้เหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย ก็น่าจะถือว่าการทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นการทำข้อตกลงเพื่อพิทักษ์รักษาผลประโยชน์ของคู่กรณีในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยเฉพาะ ไม่กระทบกระเทือนผลประโยชน์ของประชาชนทั่วไปเป็นส่วนรวม และไม่น่าจะทำให้เสถียรภาพและความมั่นคงในอำนาจตุลาการของไทยสั่นคลอนได้ จึงไม่น่าจะถือว่าการทำข้อตกลงเลือกศาลของคู่กรณีในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นการขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน อันจะทำให้ข้อสัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะ ไม่มีผลบังคับใช้ผูกพันระหว่างคู่ความและศาลที่รับฟ้องคดี ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2477 มาตรา 7(4) บัญญัติรับรองให้คู่สัญญาสามารถทำความตกลงเลือกศาลที่จะเป็นผู้ระงับข้อพิพาทได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตราดังกล่าว โดยนักนิติศาสตร์ผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหลายอธิบายยืนยันว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการรองรับการทำข้อตกลงเรื่องเขตศาลระหว่างคู่กรณี ทั้งนี้เพราะการกำหนดเขตศาลเป็นไปเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างปริมาณคดีที่เกิดขึ้นในแต่ละท้องที่กับที่ตั้งของศาลและจำนวนศาลที่ตั้งขึ้นรองรับปริมาณคดีที่เกิดขึ้น คู่กรณีจึงทำความตกลงดังกล่าวได้บนพื้นฐานของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา ภายใต้หลักเสรีภาพและความเสมอภาคแห่งการแสดงเจตนา แต่คู่กรณีไม่อาจทำความตกลงกันเรื่องอำนาจศาลหรือลำดับชั้นการพิจารณาคดีของศาล ดังนั้นหากคู่กรณีในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศทำข้อตกลงเลือกศาลในประเทศใดประเทศหนึ่งหรือหลายประเทศที่มีอำนาจพิจารณาคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น โดยความสมัครใจ ไม่ถูกหลอกลวงให้เข้าทำข้อตกลงหรือเข้าทำสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ ทั้งเกิดจากการเจรจาต่อรองอย่างเสมอภาค มิใช่ข้อสัญญาสำเร็จรูปของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้ว ย่อมไม่กระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์ไม่ว่าทางด้านเศรษฐกิจ สังคม หรือด้านทรัพย์สินของประเทศชาติหรือประชาชนเป็นส่วนรวม กรณีดังกล่าวจึงไม่น่าจะเป็นการทำข้อตกลงผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของประชาชน ข้อตกลงดังกล่าวจึงใช้บังคับได้ตามนัยมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องผลบังคับใช้และความสมบูรณ์ของการทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ จึงควรแก้ไขบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศไว้อย่างชัดเจนว่า กฎหมายไทยจะยอมรับให้คู่สัญญาทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศได้หรือไม่

3.2.1.4 กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

ในกรณีที่เป็นคดีที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องกับต่างประเทศแล้วมีประเด็นปัญหาว่า คดีนั้นจะอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลประเทศใดในระหว่างศาลของประเทศต่าง ๆ ที่มีข้อเท็จจริงในคดีเกี่ยวพันไปถึงนั้น กรณีเป็นปัญหาการขัดกันในเรื่องอำนาจศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดีซึ่งมีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ฉะนั้นจะต้องมีกฎเกณฑ์ซึ่งกำหนดว่าในกรณีเช่นใด ศาลของประเทศใดจะเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้น และเมื่อทราบว่าเป็นศาลของประเทศใดแล้ว ในขั้นต่อไปก็เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยพระธรรมนูญศาลยุติธรรมและกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศนั้นที่จะกำหนดว่าศาลใดในประเทศนั้นที่จะเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดีนั้น¹¹¹ แต่ ประเทศไทยไม่มีบทกฎหมายใดบัญญัติรับรองสิทธิในการทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะ ทั้งบทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ไม่มีบทบัญญัติใดครอบคลุมถึงกรณีปัญหาการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งเป็นปัญหาในการเสาะแสวงหาว่าในคดีนั้นควรจะถือเอาศาลในประเทศใดที่มีอำนาจพิจารณา โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่คู่สัญญาทำข้อตกลงเลือกศาลในประเทศใดประเทศหนึ่งไว้ในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศเพื่อทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น กรณีน่าจะเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายของกฎหมายขัดกันของไทย ซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 3 กำหนดให้ใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 3 บัญญัติว่า “เมื่อใดไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยามที่จะยกมาปรับกับกรณีขัดกันแห่งกฎหมายได้ ให้ใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล”

แม้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 3 จะเป็นบทบัญญัติที่ใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมาย แต่มีปัญหาว่า จะทราบได้อย่างไรว่ากรณีที่เกิดขึ้นเป็นกรณีช่องว่างแห่งกฎหมาย และกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

¹¹¹ กมล สนธิเกษศริน. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 294.

ซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 3 ให้นำมาใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่เกิดขึ้นนั้นคืออะไร

การจะหยั่งทราบว่าการณีปัญหาใดเป็นกรณีช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น คงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรณีดังกล่าวเป็นการทั่วไปก่อน กล่าวคือ ต้องทราบข้อความแห่งบทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่เสียก่อน¹¹² หากกรณีปัญหาที่กำลังพิจารณาอยู่นั้น ไม่เกี่ยวข้องกับเนื้อความแห่งกฎหมายที่ปรากฏในกฎหมายฉบับใด ๆ เลย กรณีเช่นนั้นย่อมเป็นกรณีช่องว่างแห่งกฎหมาย เช่นกรณีปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของการทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีพหุสัญระหว่างประเทศที่กำลังพิจารณาอยู่นี้ เมื่อไม่มีบทบัญญัติกฎหมายฉบับใดห้ามการทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพหุสัญระหว่างประเทศ ทั้งไม่ปรากฏบทบัญญัติแห่งกฎหมายรับรองสิทธิการทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพหุสัญระหว่างประเทศของคู่สัญญาไว้ และบทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ไม่ได้กำหนดหลักกฎหมายในการแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดีพหุสัญระหว่างประเทศอันเป็นผลสืบเนื่องจากการทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพหุสัญระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะ กรณีเช่นนี้จึงน่าจะเป็นกรณีช่องว่างแห่งกฎหมายตามนัยแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 3 ที่ว่า “เมื่อใดไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยามที่จะยกมาปรับกับกรณีขัดกันแห่งกฎหมายได้”

ปัญหาที่พึงพิจารณาเป็นประการต่อไปคือ กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 3 ให้นำมาใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่เกิดขึ้นนั้นคืออะไร ปัญหานี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย นักนิติศาสตร์ผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลให้ความเห็นว่าการที่จะทราบถึงกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนั้น จะต้องนึกถึงวิธีการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเสียก่อนว่า ผู้ร่างกฎหมายมีความคิดเห็นเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลอย่างไร เช่น กฎเกณฑ์ทั่วไปที่ว่ากรณีเกี่ยวกับสถานะของบุคคลจะต้องเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติ เป็นต้น กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเช่นว่านี้ ย่อมแสดงออกมาโดยปรากฏเป็นบทบัญญัติเฉพาะ

¹¹² หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายสัญชาติ, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 47.

เรื่อง ๆ ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย บางทีมาตราสองมาตราของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายรวมกันก็แสดงให้เห็นกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนี้ได้ การหากฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลจึงเป็นการหาจากเรื่องเฉพาะมาสู่กฎเกณฑ์ทั่วไปซึ่งจะต้องอาศัยความฉลาดรอบคอบเป็นอันมาก อย่างไรก็ตามการนำกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาใช้จะต้องไม่ขัดกับระบบของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ทั้งนี้เพราะกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเป็นแต่เพียงเครื่องมือเพื่อให้ผู้พิพากษาหรือเจ้าพนักงานแห่งประเทศไทยได้ใช้วินิจฉัยปัญหาที่เป็นช่องว่างแห่งกฎหมายเท่านั้น จึงไม่อาจที่จะไปทำลายระบบของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทย¹¹³ ส่วนศาสตราจารย์หนึ่ง ภาไชย นักนิติศาสตร์ผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลอีกท่านหนึ่งให้ความเห็นว่า ในกรณีที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 หรือกฎหมายอื่นใดของไทยมิได้บัญญัติไว้ในปัญหาใดที่เป็นปัญหาขัดกัน ศาลไทยก็จะต้องนำกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาใช้บังคับโดยนัยมาตรา 3 คือพิจารณาเทียบเคียงกับบทมาตราอื่น ๆ ถ้าไม่อาจเทียบเคียงได้ก็ต้องพิจารณาว่า นานาประเทศเขาถือปฏิบัติกันอย่างไร ถ้าเขาถือปฏิบัติไม่เหมือนกันศาลไทยก็จะพิจารณาเทียบเคียงจากกฎหมายขัดกันของประเทศที่มีระบบทำนองเดียวกับกฎหมายขัดกันของไทย¹¹⁴ อย่างไรก็ตาม อาจารย์ ดร.สมปอง สุจริตกุล มีความเห็นว่า การค้นหากฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือกฎหมายขัดกันของประเทศต่าง ๆ นี้ แม้แต่นักกฎหมายขัดกันเปรียบเทียบก็จะเห็นว่าลำบากไม่น้อยไปกว่าการงมเข็มในมหาสมุทร เพราะแต่ละประเทศย่อมมีกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือกฎหมายขัดกันที่แตกต่างกันออกไป จนไม่อาจกล่าวได้ว่ามีหลักทั่วไปที่สอดคล้องหรือใกล้เคียงกัน¹¹⁵

ผู้เขียนเห็นว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เป็นบทบัญญัติซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์กฎหมายที่จะใช้บังคับแก่ข้อเท็จจริงในคดีนั้น โดยคำนึงถึงความเหมาะสมและความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับประเด็นแห่งคดีนั้น ทั้งนี้อาศัยจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญอันได้แก่ สัญชาติ ภูมิลำเนา สถานที่ที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ หรือสถานที่ที่การกระทำมีขึ้น เป็นต้น แต่ไม่มีบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเกี่ยวข้องกับกรณีการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลที่

¹¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 47-50.

¹¹⁴ คณิง ภาไชย, “การขัดกันแห่งกฎหมาย,” วารสารอัยการ ปีที่ 7 ฉบับที่ 75 (มีนาคม 2527) : 32.

¹¹⁵ สมปอง สุจริตกุล, “กฎหมายระหว่างประเทศ,” บทบัญญัติ เล่ม 20 ตอน 1 (มกราคม 2505) : 78-79.

จะพิจารณาพิพากษาคดีเลยว่า ในกรณีคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศอันมีศาลของหลายประเทศมีเขตอำนาจศาลเหนือคดีเดียวกัน ศาลในประเทศใดจะเป็นศาลที่มีอำนาจเหนือคดีนั้น หากคู่สัญญาทำข้อตกลงเลือกศาลในประเทศใดไว้ในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ ผลบังคับของข้อตกลงเลือกศาลจะทำให้ศาลที่ได้รับเลือกมีเขตอำนาจศาลเหนือคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยเด็ดขาดหรือไม่ กรณีจึงไม่อาจเทียบเคียงบทบัญญัติมาตราอื่นใดในพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เพื่อหาฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลได้ จำเป็นต้องเทียบเคียงจากหลักปฏิบัติของนานาอารยประเทศว่าเขาถือปฏิบัติกันอย่างไรในเรื่องนี้ การค้นหาฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลน่าจะเป็นเช่นเดียวกับการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งนำมาใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4¹¹⁶ ดังนั้นการค้นหาฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเกี่ยวกับปัญหาการจัดกันแห่งอำนาจศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดี จึงต้องค้นหาความคล้ายคลึงกันของหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับกรณีการทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศของประเทศต่าง ๆ เพื่อค้นหาว่ามีฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในปัญหาดังกล่าวหรือไม่

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า

“กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อไม่มีกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

¹¹⁶ หยุค แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ประกายพริก. 2542). หน้า 136.

นักนิติศาสตร์ผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหลายอธิบายความหมายและลักษณะเฉพาะของการเป็นหลักกฎหมายทั่วไปไว้ดังต่อไปนี้

- ศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณสร อธิบายว่า หลักกฎหมายทั่วไป คือ หลักกฎหมายที่ประเทศส่วนมากในโลกยอมรับรองและใช้อยู่ด้วยกัน มิใช่กฎหมายต่างประเทศที่เป็นของประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะ¹¹⁷

- ศาสตราจารย์หลวงจำริญเนติศาสตร์และศาสตราจารย์ (พิเศษ) ไพจิตร ปุญญพันธุ์ อธิบายว่า หลักกฎหมายทั่วไป คือ หลักกฎหมายที่ยอมรับนับถือกันอยู่โดยทั่วไป ไม่เฉพาะประเทศใดประเทศหนึ่ง และไม่หมายถึงกฎหมายภายในของไทยหรือของประเทศใดประเทศหนึ่ง¹¹⁸

- อาจารย์ไอสด โกสิน อธิบายว่า หลักกฎหมายทั่วไป คือ หลักกฎหมายที่ประเทศส่วนมากในโลกเห็นว่าเป็นความยุติธรรมจึงรับรองและใช้กันอยู่ เป็นข้อที่ทุกคนไม่มีเหตุผลจะได้แย้งไปในทางอื่นได้¹¹⁹

- อาจารย์ ดร.เชื้อ คงคากุล อธิบายว่า หลักกฎหมายทั่วไป คือ หลักความประพฤติของบุคคลใดอันที่จะปฏิบัติกันเป็นบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร หลักกฎหมายทั่วไปนั้นโดยมากเป็นภาษาลาติน เป็นคำสุภาษิตซึ่งมีมาแต่โบราณ¹²⁰

- ศาสตราจารย์ ดร.เอช เอกุต์ อธิบายว่า หลักกฎหมายทั่วไป คือ ข้อบังคับกฎหมายซึ่งศาลใช้บังคับแก่คดีเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือนักนิติศาสตร์ได้เขียนไว้ในตำรา แม้จะไม่มีตัวบทกฎหมายบัญญัติไว้ มักปรากฏว่าจะกล่าวไว้เป็นภาษาลาตินและรู้จักกันทุกประเทศ เช่น

¹¹⁷ ประมุข สุวรรณสร, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2527), หน้า 21.

¹¹⁸ จำริญเนติศาสตร์, หลวง, คำสอนชั้นปริญญาโท (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495-2496 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14, พิมพ์ครั้งที่หนึ่ง (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545), หน้า 39. และ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, “หลักกฎหมายทั่วไป,” ดุลพาห เล่ม 4 ปีที่ 11 (เมษายน 2507) : 6.

¹¹⁹ ไอสด โกสิน. กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : หอรัตนชัยการพิมพ์, 2538), หน้า 34.

¹²⁰ เชื้อ คงคากุล. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (พระนคร : โรงพิมพ์กัณฑ์ประดิษฐ์, 2501), หน้า 168.

หลักที่ว่าใครอ้างสิทธิอันใดผู้นั้นต้องนำสืบ หลักที่ว่าผู้ใดจะโอนให้แก่บุคคลซึ่งสิทธิอันสมบูรณ์ยิ่งกว่าที่ตนมีอยู่ไม่ได้ เป็นต้น¹²¹

- รองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล อธิบายว่า หลักกฎหมายทั่วไปไม่ใช่กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง แต่เป็นหลักแห่งความยุติธรรมซึ่งประกอบด้วยเหตุผล มีความยุติธรรม และเป็นที่ยอมรับและนำไปใช้ปฏิบัติได้ โดยไม่อาจปฏิเสธหรือโต้แย้งได้ หลักกฎหมายทั่วไปอาจจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ นอกจากนี้ อาจรวมถึงคำสอน ทฤษฎีหรือคำอธิบายกฎหมายของนักปราชญ์ที่ได้คิดค้นขึ้น รวมถึงแนวบรรทัดฐานแห่งคำพิพากษาของศาลที่ได้ตัดสินแล้วและสุภาษิตกฎหมาย ประการสำคัญที่สุด คือ หลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับและนำไปใช้บังคับนั้นจะต้องมีความยุติธรรม สามารถอธิบายได้ และมีเหตุผลที่แท้จริง ไม่อาจเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้¹²²

- ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย อธิบายว่า หลักกฎหมายทั่วไป ได้แก่ หลักกฎหมายที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นำมาใช้ในการร่างประมวลกฎหมาย ซึ่งจะทราบได้จากการนำบทมาตราต่าง ๆ ที่บัญญัติสำหรับข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันมาพิจารณา และเมื่อพิจารณาด้วยบทกฎหมายหลายมาตราดังกล่าวแล้วก็จะพบหลักกฎหมายทั่วไปที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นำมาใช้ อนึ่ง สุภาษิตกฎหมายที่เขียนเป็นภาษาลาตินก็เป็นหลักกฎหมายทั่วไปด้วยเช่นกัน¹²³

- ศาสตราจารย์ ดร. จิต เศรษฐบุตร อธิบายว่า หลักกฎหมายทั่วไป คือ หลักกฎหมายอันใช้บังคับอยู่ในกฎหมายภายในของรัฐทั้งหลายเป็นการทั่วไป โดยมากมักปรากฏในรูปภาษาลาติน แบ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติ เช่น หลักกฎหมายที่ว่าผู้รับโอนจะได้สิทธิมากกว่าผู้โอนไม่ได้ (nemo plus juris transferre potest quam ipse habet) และหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายวิธีสบัญญัติ เช่น หลักกฎหมายที่ว่าในกรณีที่ศาลสอง

¹²¹ เอช เอกต์, **ธรรมศาสตร์** (พระนคร : โรงพิมพ์นิติสาส์น, 2477), หน้า 139-140. อ้างถึงใน ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, **กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14**, หน้า 40.

¹²² ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, **กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14**, หน้า 38-39.

¹²³ หยุต แสงอุทัย, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**, หน้า 135.

ศาลหรือมากกว่าสองศาลมีอำนาจพิจารณาคดีเรื่องเดียวกันนั้น ต้องให้ศาลใดศาลหนึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ศาลเดียว (Exception de lits penden) เป็นต้น¹²⁴

- ศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร และอาจารย์วิชา มหาคุณ อธิบายว่า หลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้อุดช่องว่างของกฎหมายนี้ ปรากฏอยู่ในรูปของสุภาษิตกฎหมาย หลักกฎหมายต่างประเทศ และสามัญสำนึกของผู้พิพากษาผู้วินิจฉัยคดีเอง¹²⁵

- อาจารย์ ดร.สมปอง สุจริตกุล อธิบายว่า หากแปลคำว่าหลักกฎหมายทั่วไป เป็นภาษาอังกฤษก็จะได้ว่า “general legal principle of law” ซึ่งหมายความถึง หลักที่มีอยู่ในกฎหมายทั่ว ๆ ไป ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายไทยหรือกฎหมายภายในของประเทศอื่น หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายที่อารยชาติยอมรับนับถือ¹²⁶

ผู้เขียนจึงสรุปว่า หลักกฎหมายทั่วไป คือ หลักกฎหมายที่นานาอารยะประเทศยอมรับนับถือและนำไปใช้ปฏิบัติโดยสอดคล้องเป็นแนวทางเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็หลักกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ตาม หลักกฎหมายทั่วไปอาจปรากฏในรูปสุภาษิตกฎหมาย หลักกฎหมายต่างประเทศ หรือหลักสามัญสำนึกของผู้พิพากษาผู้วินิจฉัยคดีอันศึกษาได้จากแนวคำวินิจฉัยของศาลสูง โดยเฉพาะคำพิพากษาของศาลฎีกา การที่หลักกฎหมายใดมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปก็เพราะเป็นหลักกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ประเทศที่เจริญแล้วต่าง ๆ จึงได้ยึดถือตามในแนวทางเดียวกันได้ แม้ว่าจะมีระบบกฎหมายแตกต่างกันก็ตาม

ดังนั้นการค้นหากฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในปัญหาเกี่ยวกับการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลจึงต้องค้นหาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลของนานาประเทศเทียบเคียงกันเพื่อค้นหาความคล้ายคลึงกันของหลักกฎหมายดังกล่าว หากมีการยึดถือและนำหลักกฎหมายเช่นนั้นไปใช้ปฏิบัติโดยสอดคล้องเป็นแนวทางเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็หลักกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ตาม ไม่ว่าจะมึระบบกฎหมายแตกต่างกันหรือไม่ หากยึดถือเป็นแนวทางเดียวกันได้ หลักกฎหมายเช่นนั้นย่อมถือเป็กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลได้

¹²⁴ จิต เศรษฐบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), หน้า 176-177.

¹²⁵ ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : ชวนพิมพ์การพิมพ์, 2523), หน้า 168.

¹²⁶ สมปอง สุจริตกุล, “กฎหมายระหว่างประเทศ,” หน้า 76-77.

สำหรับกรณีตามปัญหาที่พึงศึกษาวิเคราะห์ว่า การที่พระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายขัดกันของไทยไม่มีกฎหมายกำหนดว่าศาลในประเทศใดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ ในกรณีปัญหาการขัดกันแห่งอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลตั้งแต่สองประเทศขึ้นไป ทั้งไม่มีกฎหมายกำหนดเรื่องความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะอันเป็นกรณีช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น เมื่อศึกษาวิเคราะห์หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายขัดกัน ซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายขัดกัน พุทธศักราช 2481 มาตรา 3 เรียกว่า “กฎหมายทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” นั้น จะเห็นได้ว่า แม้อนุสัญญาระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจศาลและการบังคับตามคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์วางกฎหมายแก่ปัญหาข้อขัดแย้งเรื่องอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลตั้งแต่สองประเทศขึ้นไปที่เกี่ยวข้องกันนั้น เกี่ยวพันไปถึง โดยยอมรับให้คู่สัญญาทำข้อตกลงกำหนดศาลในประเทศใดที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยอมรับและพึงพอใจให้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาข้อพิพาทอันเกิดขึ้นหรือสืบเนื่องจากสัญญานั้น ๆ และศาลในประเทศที่คู่สัญญาฝ่ายที่ละเมิดข้อตกลงในสัญญาเสนอคำฟ้องนั้นพึงต้องเคารพการแสดงเจตนาทำข้อตกลงเลือกศาลของคู่สัญญาดังกล่าว หากว่าข้อสัญญานั้นเป็นไปโดยสมัครใจและไม่ขัดต่อหลักความเป็นธรรมในการดำเนินคดี นอกจากนี้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือหลักกฎหมายขัดกันของประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ประเทศญี่ปุ่น ประเทศสิงคโปร์ ประเทศสก็อตแลนด์ ประเทศอาร์เจนตินา ประเทศอิสราเอล ประเทศสาธารณรัฐสวีเดนเซอร์แลนด์ ต่างก็ยอมรับให้คู่สัญญาในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลกันได้โดยสมัครใจ เมื่อสิทธิของคู่สัญญาในการทำข้อตกลงเลือกศาลนั้นได้รับการยอมรับปฏิบัติกันในระบบกฎหมายของนานาประเทศทั่วไปรวมทั้งในความตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ จึงน่าจะถือว่าหลักดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปหรือเป็นกฎหมายทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลตามนัยแห่งบทบัญญัติมาตรา 3 ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 อันสอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า ในกรณีที่ศาลสองศาลหรือมากกว่าสองศาลมีอำนาจพิจารณาคดีเรื่องเดียวกันนั้น ต้องให้ศาลใดศาลหนึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ศาลเดียว (Exception de litispendance) ศาลไทยจึงควรจะวินิจฉัยความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยใช้กฎหมายทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล(หลักว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย) ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศในระบบกฎหมายไทยก็น่าจะใช้

บังคับกันได้ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481¹²⁷ ผู้เขียนเห็นว่า แนวทางการปรับใช้หลักการยอมรับความสมบูรณ์มีผลผูกพันของการทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยนำหลักกฎหมายต่างประเทศมาบังคับใช้ในฐานะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลน่าจะมีข้อขัดข้อง เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนั้น โดยเนื้อแท้แล้วเป็นกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ซึ่งในบางเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศคู่สัญญาหรือประเทศที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลหรือประเทศซึ่งพิจารณาคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้นอาจบัญญัติไว้ขัดกัน การเสาะแสวงหากฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลโดยการใช้วิธีการเปรียบเทียบกฎหมายก็มีปัญหาว่า จะต้องเปรียบเทียบหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศใดบ้าง และต้องเปรียบเทียบกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่ประเทศซึ่งจะเพียงพอที่จะสรุปได้ว่า หลักการตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศเหล่านั้นเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่ศาลไทยจะนำมาปรับใช้ตาม มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481¹²⁸

จากการศึกษาเรื่องการใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศในประเทศต่าง ๆ ผู้เขียนพบว่า มีความแตกต่างกันในรายละเอียดและฐานอำนาจแห่งการอ้างการยอมรับเขตอำนาจศาลเหนือคดีโดยการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเป็นภาคีในอนุสัญญากรุงบรัสเซลส์ว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการบังคับตามคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 1968 จึงให้การยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศตามหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาดังกล่าว ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศสก็อตแลนด์ แม้ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดบัญญัติรับรองผลการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะ แต่แนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลสูงของประเทศทั้งสามดังกล่าวให้การยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศภายใต้เงื่อนไขว่า ศาลในประเทศที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลนั้นเป็นศาลที่มีความเกี่ยวพันในทางใดทางหนึ่งกับคู่ความในคดีหรือสถานที่มูลคดีเกิด ทั้งนี้โดยคำนึงถึงความสะดวกในการรวบรวมพยานหลักฐาน

¹²⁷ คณิ่ง ภาไชย และพันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, "อันเนื่องมาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 และ 5809/2539 : ข้อคิดเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศเพื่อเป็นข้อยกเว้นเขตอำนาจศาลไทย", หน้า 142.

¹²⁸ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 70-71, 76-77.

การนำสืบพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในคดี ความสะดวกของกลุ่มความในการเดินทางมาศาล เพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีจนเสร็จสิ้น เป็นต้น นอกจากนี้จะต้องปรากฏว่า ข้อตกลงเลือกศาล ในคดีพหุขันธ์ระหว่างประเทศนั้นเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาโดยยินยอมและสมัครใจของกลุ่มสัญญา ทั้งสองฝ่าย มิใช่เกิดขึ้นจากการบังคับให้เข้าทำสัญญาในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง เช่น ถูกหลอกลวง ถูกกลั่นแกล้ง หรือตกอยู่ในภาวะจำยอม หรือไม่ทราบถึงการมีอยู่ของข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าว สำหรับประเทศญี่ปุ่น ประเทศสิงคโปร์ ประเทศฟิลิปปินส์ และประเทศเกาหลีใต้ มีบทบัญญัติยอมรับการทำข้อตกลงเลือกศาลของกลุ่มสัญญาในคดีพหุขันธ์ระหว่างประเทศโดยตรง จึงไม่อาจถือว่า หลักเกณฑ์การยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพหุขันธ์ระหว่างประเทศมีความสอดคล้องเป็นไปในแนวทางเดียวกันจนถือได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ประเทศไทยจึงไม่อาจนำเอาหลักเกณฑ์การยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพหุขันธ์ระหว่างประเทศของประเทศใดประเทศหนึ่งมาบังคับใช้ในศาลไทยประหนึ่งเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 3

3.2.2 ความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพหุขันธ์ระหว่างประเทศ

จากการศึกษาวิเคราะห์หลักกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องและมีผลกระทบต่อ การพิจารณาความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพหุขันธ์ระหว่างประเทศ อันได้แก่ แนวความคิด เรื่องอำนาจอธิปไตย หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หลักความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน และกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลแล้ว ผู้เขียนพบว่า หลักกฎหมายดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน เนื่องจากปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของข้อตกลง เลือกศาลในคดีพหุขันธ์ระหว่างประเทศนั้นส่งผลกระทบต่อ การพิจารณาอำนาจพิจารณา พิพากษาคดีดังกล่าวของศาลในประเทศต่าง ๆ ที่ข้อเท็จจริงแห่งคดีดังกล่าวเกี่ยวพันไปถึง ไม่ว่าจะ ในลักษณะของการสร้างเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีพหุขันธ์ระหว่างประเทศ ของศาลในประเทศที่ไม่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวพันไปถึงเลยขึ้นใหม่ หรือในลักษณะของการจำกัด การใช้เขตอำนาจศาลของศาลในประเทศใดประเทศหนึ่งที่มีข้อเท็จจริงแห่งคดีเกี่ยวพันไปถึง อัน เป็นกรณีการยอมรับให้คู่สัญญาอาจกำหนดเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีพหุขันธ์ ระหว่างประเทศขึ้นใหม่ หรือเป็นการจำกัดหรือปฏิเสธเขตอำนาจศาลของประเทศที่มีอยู่เหนือ คดีนั้นอยู่เดิม อันเป็นเรื่องการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐทางตุลาการ การยึดถืออำนาจอธิปไตย ทางตุลาการตามแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยโดยเคร่งครัดจึงเป็นอุปสรรคต่อการยอมรับให้ การทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีพหุขันธ์ระหว่างประเทศมีผลสมบูรณ์ แม้ว่าแนวความคิดเรื่อง อำนาจอธิปไตยอาจเป็นอุปสรรคต่อการยอมรับการทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีพหุขันธ์ระหว่าง

ประเทศ อันอาจส่งผลกระทบต่อการพัฒนาการค้าการพาณิชย์ระหว่างประเทศ แต่หลายประเทศก็ยอมรับให้คู่สัญญาทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศได้ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศสก็อตแลนด์ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ประเทศสาธารณรัฐสวีเดน ประเทศอาร์เจนตินา ประเทศอิสราเอล ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์ เป็นต้น ทั้งนี้เพราะกฎหมายของประเทศดังกล่าวเคารพการแสดงเจตนาของคู่สัญญาตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา อย่างไรก็ตาม การจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐจะเกิดขึ้นได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ประเทศที่กล่าวมาข้างต้นให้การยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในลักษณะของการยอมรับจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยทางตุลาการของตนก็ด้วยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติรับรองการมีผลบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศไว้อย่างชัดเจน หรืออ้างหลักการตามแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลสูงสำหรับประเทศในระบบคอมมอนลอว์ ดังนั้นในประเทศดังกล่าวจึงถือว่าหากคู่สัญญาสมัครใจทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศไว้อย่างไรแล้ว หากไม่ปรากฏว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาสำเร็จรูปในรูปแบบสัญญามาตรฐานของการประกอบธุรกิจของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีโอกาสหรือสิทธิในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือไม่ยอมรับข้อตกลงดังกล่าวแล้ว ศาลที่ได้รับการเสนอคำฟ้องจะต้องเคารพการแสดงเจตนาของคู่สัญญาโดยยอมรับบังคับตามข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าว

ผู้เขียนเห็นว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งประกอบกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พุทธศักราช 2539 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดเขตอำนาจศาลไทยเกี่ยวกับการพิจารณาคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น ไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดให้คู่ความในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้ ไม่ว่าจะโดยทำความตกลงกันไว้ล่วงหน้าหรือทำความตกลงกันเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นแล้วก็ตาม การยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศในขณะที่ไม่มีบทบัญญัติใดรองรับไว้ จึงถูกมองว่าเป็นการจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยทางการศาลของศาลไทยโดยที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจให้ทำได้ ศาลไทยจึงมีแนวโน้มปฏิเสธไม่ยอมรับบังคับตามข้อตกลงเลือกศาล ในขณะที่ประเทศไทยยอมรับการจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยทางศาลตามหลักความคุ้มกันจากเขตอำนาจรัฐ โดยยกเว้นการดำเนินคดีต่อรัฐต่างประเทศ หน่วยงานของรัฐต่างประเทศ ผู้แทนของรัฐต่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ และพนักงานหรือผู้แทนขององค์การระหว่างประเทศ ในส่วนการใช้อำนาจการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทตามสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ ประเทศไทยก็ยอมรับให้คู่กรณีในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศทำข้อตกลงเลือกการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้ และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2545 มาตรา 14 ก็มีลักษณะเป็นเงื่อนไขการใช้

อำนาจฟ้องคดีของโจทก์ โดยในกรณีที่มีการทำข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ คู่กรณีจะต้องดำเนินการทางการอนุญาโตตุลาการเสียก่อน หากมีการละเมิดข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ อีกฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่โต้แย้ง และเมื่อศาลเห็นว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวไม่มีเหตุบกพร่องใด ๆ ที่ทำให้ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวใช้บังคับไม่ได้ ศาลต้องจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่กรณีไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการเสียก่อน ทั้งนี้ โดยผลของทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory) ประกอบกับทฤษฎีอำนาจรัฐ (The Jurisdictional Theory) จนกระทั่งเป็นทฤษฎีผสม (The Mixed Theory or Hybrid Theory)¹²⁹ กล่าวคือ ยอมรับว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากข้อสัญญา ซึ่งคู่สัญญามีเสรีภาพที่จะตกลงกันได้ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย เพราะการอนุญาโตตุลาการเป็นการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทอันเป็นการใช้อำนาจของรัฐ ดังนั้นผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะเป็นอย่างไรก็ขึ้นอยู่กับศาลและกฎหมายของรัฐที่จะบังคับตามสัญญาหรือตามคำชี้ขาดซึ่งเป็นเรื่องอำนาจของรัฐ ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่า รัฐยอมรับให้คู่สัญญาใช้อนุญาโตตุลาการเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาทในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นการเปิดโอกาสในคู่สัญญาสามารถเลือกสถานที่ระงับข้อพิพาท (Forum Shopping) ให้สอดคล้องกับสภาพของข้อพิพาทและคู่สัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศซึ่งอาจต้องการสถานที่ระงับข้อพิพาทที่เป็นกลางในบางกรณี เช่น สัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ เป็นต้น ผู้เขียนเห็นว่า การทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศก็เป็นการทำข้อตกลงเลือกสถานที่ระงับข้อพิพาทในลักษณะเดียวกับการทำข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ และมีลักษณะเดียวกับการเลือกเขตศาลที่จะฟ้องคดีในกรณีที่คดีนั้นมีศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีหลายศาลด้วยกันดังเช่นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) คู่สัญญาจึงสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศได้โดยไม่เป็นการขัดต่อแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐ บนพื้นฐานเดียวกับการยอมรับบังคับใช้ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดี การทำนิติกรรมหรือข้อตกลงใด ๆ ในสัญญาจะขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ โดยปกติแล้วพึงต้องพิจารณาตามสถานการณ์บ้านเมืองและจารีตประเพณีท้องถิ่นของแต่ละประเทศให้สอดคล้องตามกาลสมัย แต่เมื่อก้าวถึงระบบเศรษฐกิจและการประกอบธุรกิจ การค้า หรือการพาณิชย์ระหว่างประเทศแล้ว กรณีเช่นนี้จึงต้องพิจารณาตาม

¹²⁹ โปรดุราบายละเอียดในเสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, หน้า 28-32.

มาตรฐานสากล ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อหลักกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ยอมรับความสมบูรณ์ของการทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศได้ อันถือเป็นมาตรฐานสากลและเป็นที่ยอมรับในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลประเทศไทยจึงควรยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศเพื่อความจำเป็นและความราบรื่นในการประกอบธุรกิจการค้าพาณิชย์ระหว่างประเทศ แม้ว่าจะเป็นการยอมรับและอธิบายการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศในเชิงผลมากกว่าต้นเหตุแห่งอำนาจการทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศระหว่างคู่ความก็ตาม แต่การให้ศาลไทยยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลทั้งที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้ และไม่มีการจำกัดขอบเขตไว้ในขณะที่ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีอำนาจในทางการค้าและประสบการณ์ทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศดีกว่าประเทศที่เจริญแล้วในทางเศรษฐกิจ เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ที่ทรงอำนาจในทางการค้าเอาโรคเอาเปรียบนักธุรกิจไทยด้วยการกำหนดข้อตกลงเลือกศาลในประเทศหรือในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมต่อนักธุรกิจไทยได้ การจะให้ศาลไทยยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศตามหลักกฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันจึงเป็นไปได้ยาก เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งประกอบกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พุทธศักราช 2539 ซึ่งกำหนดเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจของประชาชน การทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศจึงเป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือหลักกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ในสภาวะการณ์ปัจจุบันที่ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใด ๆ รองรับให้คู่สัญญาในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้โดยตรง ในขณะที่หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือหลักกฎหมายขัดกันของประเทศต่าง ๆ ยอมรับหลักกฎหมายดังกล่าว ศาลไทยจะพึงยอมรับความสมบูรณ์ของการทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ ทำนองเดียวกันกับหลักกฎหมายต่างประเทศที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น ในฐานะที่หลักกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลตามนัยแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 3 ได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า หลักเกณฑ์การยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือหลักกฎหมายขัดกันของประเทศต่าง ๆ รวมตลอดทั้งอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความตกลงเลือกศาลและอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยเขตอำนาจศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศไม่มีความสอดคล้องเป็นไปได้ในแนวทางเดียวกันจนถือได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ประเทศไทยจึงไม่อาจนำ

เอาหลักเกณฑ์การยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศของประเทศใดประเทศหนึ่งมาบังคับใช้ในศาลไทยประหนึ่งเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 3

อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปของการเจรจาตกลงทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจสูงกว่ามักเป็นฝ่ายที่มีอำนาจในการกำหนดเงื่อนไขในสัญญา โดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่ต่ำกว่าอาจตกอยู่ในฐานะจำยอมตกลงตามเงื่อนไขในสัญญาตามที่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจสูงกว่าเสนอนั้น ทั้งนี้เพราะมุ่งประสงค์ต่อผลผูกพันและประโยชน์ที่จะได้รับจากการเข้าทำสัญญานั้นเป็นหลัก การตกลงทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศก็อาจเกิดความไม่เป็นธรรมในการทำข้อตกลงดังกล่าวได้เช่นเดียวกัน¹³⁰ แม้ว่าโดยเจตนา รมณ์ของการทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศจะเป็นไปเพื่อความสะดวกแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายและมุ่งลดความเสี่ยงทางธุรกิจจากผลคำพิพากษาที่ไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกันของศาลในประเทศต่าง ๆ ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย แต่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่สูงกว่าอาจใช้ความได้เปรียบดังกล่าวกำหนดเลือกศาลที่จะเสนอข้อพิพาทตามสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นศาลในประเทศที่จะให้ความสะดวกในการดำเนินคดีแก่ตนมากกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรืออาจจะกำหนดเลือกศาลที่ผลคำพิพากษาจะเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองสูงกว่า เป็นต้น ประเทศไทยในฐานะเป็นสมาชิกในเวทีการค้าโลกจำต้องให้ความสำคัญในประเด็นปัญหานี้ด้วย ในฐานะที่พ่อค้าหรือนักลงทุนชาวไทยอาจตกอยู่ในฐานะคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจการเจรจาต่อรองต่ำกว่าพ่อค้าหรือนักลงทุนชาวต่างประเทศ การยอมรับให้คู่สัญญาสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยไม่มีขอบเขตจำกัดย่อมอาจก่อให้เกิดผลเสียแก่ประเทศไทยและระบบศาลในประเทศไทย ทั้งอาจไม่เป็นผลดีแก่พ่อค้าหรือนักลงทุนชาวไทยดังที่คาดหมายไว้ก็เป็นได้ ดังนั้นในกรณีที่คู่สัญญาตกลงเลือกศาลในประเทศที่ไม่มีความเกี่ยวพันใด ๆ เลยกับคู่สัญญา สัญญาที่ทำกันขึ้น พยานหลักฐานที่จะกล่าวอ้างนำสืบกัน เป็นต้น ศาลไทยในฐานะที่เป็นศาลหนึ่งที่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีนั้นย่อมไม่จำเป็นต้องผูกพันตามข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศดังกล่าวได้¹³¹ ศาลไทยซึ่งมีเขตอำนาจศาลเหนือคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเสนอคดีต่อศาล โดยฝ่าฝืนข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่าง

¹³⁰ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 61.

¹³¹ โปรดดู F. Vischer, "General course on private international law," *Recueil des Cours de l'Academic de La Haye* vol.232 (1992): 206-207.

ประเทศควรยอมรับผลผูกพันระหว่างคู่สัญญาตามข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยอาจปฏิเสธไม่ทำการพิจารณาคดีและให้คู่กรณีนำคดีไปฟ้องยังศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยพิจารณาถึงความเป็นธรรมในการเข้าทำสัญญาและความเป็นธรรมของข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายโดยเท่าเทียมกัน ภายใต้ขอบเขตและหลักเกณฑ์การให้อำนาจศาลเข้าตรวจสอบความไม่เป็นธรรมของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540 นอกจากนี้พึงตระหนักถึงความสำคัญของการนำคำพิพากษาของศาลหนึ่งไปให้ศาลต่างประเทศยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาดังกล่าว เนื่องจากคู่กรณีอาจจำเป็นต้องกระทำเช่นนั้น ดังนั้นศาลไทยจะพึงปฏิเสธไม่รับพิจารณาคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศซึ่งคู่กรณีทำข้อตกลงเลือกศาลในประเทศอื่นไว้ก็ต่อเมื่อคำพิพากษาของศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลจะพียงนำไปขอให้ศาลต่างประเทศยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลนั้น ได้ดีกว่าการดำเนินคดีในศาลไทย เพื่อประโยชน์ในการบังคับคดีตามคำพิพากษาของคู่กรณีนั่นเอง นอกจากนี้หากศาลไทยพิจารณาแล้วเห็นว่า การดำเนินคดียังศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลจะให้ความสะดวก เป็นธรรมและเหมาะสมแก่การดำเนินคดีในศาลนั้นยิ่งกว่าการดำเนินคดีในศาลไทย ศาลไทยก็ควรที่จะปฏิเสธการพิจารณาคดีและให้คู่กรณีนำคดีไปฟ้องยังศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศเช่นกัน รายละเอียดเกี่ยวกับขอบเขตการบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศจะกล่าวในบทที่ 4

3.3 ผลผูกพันของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ

โดยหลักกฎหมายสัญญาทั่วไป เมื่อสัญญา มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย ย่อมผูกพันเฉพาะคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญาดังกล่าว ดังนั้นหากข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศมีผลสมบูรณ์ สามารถบังคับใช้ตามกฎหมายได้ โดยหลักทั่วไป ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศก็ย่อมต้องผูกพันเฉพาะคู่สัญญาที่ได้แสดงเจตนาทำข้อตกลงเลือกศาลโดยสมัครใจตามกฎหมายสัญญาเช่นกัน อย่างไรก็ตาม หากบุคคลภายนอกเข้ารับช่วงสิทธิคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศแล้ว ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศจะมีผลผูกพันผู้รับช่วงสิทธิของคู่สัญญาให้จำต้องเสนอคำฟ้องต่อศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศหรือไม่ เป็นประเด็นปัญหาที่จะศึกษาต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

การรับช่วงสิทธิ (Subrogation personelle) คือ การที่สิทธิเรียกร้องเปลี่ยนมือจากเจ้าหนี้คนเดิมไปยังเจ้าหนี้คนใหม่โดยผลของกฎหมาย จากการชำระหนี้ของผู้มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าจะเป็นการที่ลูกหนี้ได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ หรือเป็นการที่บุคคลภายนอกได้ชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินของตนแทนลูกหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ทำให้เจ้าหนี้คนใหม่เข้ามามีสิทธิเรียกร้องแทนเจ้าหนี้คนเดิม¹³²

สำหรับกฎหมายบางประเทศ เช่น ประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมัน ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นต้น ถือว่าการรับช่วงสิทธิอาจเกิดขึ้นโดยคู่สัญญาตกลงกัน เรียกว่า การรับช่วงสิทธิโดยสัญญา¹³³ (subrogation conventionle) หรืออาจเกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย (subrogation legale) ก็ได้¹³⁴ นอกจากนี้ตามหลักกฎหมายโรมันผู้ชำระหนี้จะได้รับช่วงสิทธิก็ต่อเมื่อได้แจ้งความประสงค์ต่อเจ้าหนี้ในตอนชำระหนี้ เว้นแต่ในบางกรณีเช่นกรณีของตัวเงิน จึงจะมีการรับช่วงสิทธิโดยผลของกฎหมาย¹³⁵

สำหรับประเทศไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ระบุถึงการรับช่วงสิทธิโดยสัญญาไว้เลย คงมีแต่มาตรา 229 กำหนดให้มีแต่การรับช่วงสิทธิโดยอำนาจของกฎหมาย หรือโดยบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้นว่า หนี้ชนิดใดมีการรับช่วงสิทธิได้ ดังที่มาตรา 229 บัญญัติว่า “การรับช่วงสิทธิย่อมมีขึ้นด้วยอำนาจกฎหมาย” และการรับช่วงสิทธิจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการ ชำระหนี้และเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายโดยไม่คำนึงว่าคู่กรณีประสงค์จะให้ผลตามนั้นหรือไม่¹³⁶ เช่น การเข้ารับช่วงสิทธิของผู้รับประกันภัยซึ่งได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันภัยหรือผู้รับประกันภัยตามกรมธรรม์ประกันภัยไปในกรณีที่ความวินาศภัยที่เกิดขึ้นนั้นเป็นเพราะการกระทำของบุคคลภายนอก ซึ่งเป็นไปโดยผลของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 880 โดยผู้รับประกันภัย

¹³² อรรถพรณ พันธ์พัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), หน้า 191.

¹³³ ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 1250.

¹³⁴ จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 127. และ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543), หน้า 233-234.

¹³⁵ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 234.

¹³⁶ จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, หน้า 127. ; เรื่องเดียวกัน, หน้า 233.

ยอมเข้ารับช่วงสิทธิของผู้เอาประกันภัยและของผู้รับประกันภัยตามกรมธรรม์ประกันภัยที่มีต่อบุคคลภายนอกนั้นเพียงจำนวนเงินที่ผู้รับประกันภัยได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไป และผลของการรับช่วงสิทธิเกิดขึ้นโดยอำนาจของกฎหมายทันทีที่ผู้รับประกันภัยได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนไป¹³⁷ ทั้งนี้เพราะการรับช่วงสิทธินั้นเป็นกรณีการเข้ารับสิทธิเดิมของผู้รับชำระหนี้ เมื่อสิทธิเดิมของผู้รับชำระหนี้มีอยู่เพียงไร ผู้เข้ารับช่วงสิทธิย่อมได้รับสิทธิมาเพียงนั้น¹³⁸ โดยที่ผู้รับช่วงสิทธิอาจใช้สิทธินั้นได้ในนามของตนเองโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมของเจ้าหนี้หรือลูกหนี้¹³⁹

ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันโดยสมัครใจที่จะบรรจ้อัตกลงเลือก ศาลไว้ในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศแล้ว เมื่อข้อตกลงเลือกศาลมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย ผู้พันคู่สัญญาตามหลักกฎหมายสัญญาโดยทั่วไปแล้ว หากมีเหตุให้บุคคลภายนอกเข้ารับช่วงสิทธิโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย เช่น กรณีผู้รับประกันภัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 880 ผู้เข้ารับช่วงสิทธิย่อมต้องผูกพันตามข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้นด้วย เนื่องจากการรับช่วงสิทธิโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ผู้รับช่วงสิทธิจึงย่อมได้รับสิทธิมาเพียงเท่าที่คู่สัญญาเดิมมีอยู่ต่อกันเท่านั้น กรณีมิใช่การรับช่วงสิทธิโดยสัญญาที่คู่กรณีจะพึงตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้

ดังนั้นการที่ศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5809/2539 มีคำวินิจฉัยว่า โจทก์เป็นผู้รับประกันภัยสินค้าจากบริษัทผู้เอาประกันภัยซึ่งเป็นผู้สั่งซื้อสินค้า เมื่อสินค้าได้รับความเสียหายในระหว่างการขนส่ง โจทก์มีหน้าที่ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันภัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 877 และผลแห่งการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเช่นนั้นทำให้โจทก์อยู่ในฐานะเป็นผู้รับช่วงสิทธิของผู้เอาประกันภัยที่จะฟ้องเรียกเอาค่าเสียหายจากจำเลยซึ่งเป็นผู้ขนส่งสินค้าได้ในนามของโจทก์เองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 880 วรรคหนึ่ง การรับช่วงสิทธิของโจทก์เกิดขึ้นโดยอำนาจแห่งกฎหมาย มิใช่เกิดจากข้อตกลงในสัญญา ดังนั้นข้อตกลงระหว่างผู้เอาประกันภัยกับจำเลยหรือผู้ส่งสินค้ากับจำเลยที่ตกลงกันให้นำข้อพิพาทอัน

¹³⁷ จิตติ ดิงศรัทย์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกันภัย, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 114-116.

¹³⁸ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 251.

¹³⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 226 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“บุคคลผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ชอบที่จะใช้สิทธิทั้งหลายบรรดาที่เจ้าหนี้มีอยู่โดยมูลหนี้รวมทั้งประกันแห่งหนี้นั้นได้ในนามของตนเอง”

เกิดจากใบตราส่งไปฟ้องต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีทางทะเลและทางการค้าของเมืองโคเปนเฮเกน และให้ใช้กฎหมายประเทศเดนมาร์กบังคับ จึงไม่มีผลผูกพันโจทก์นั้น ผู้เขียนเห็นว่าคำวินิจฉัยใน คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวคลาดเคลื่อนจากหลักกฎหมายว่าด้วยการรับช่วงสิทธิ ทั้งนี้เพราะการ รับช่วงสิทธิตามหลักกฎหมายไทยนั้นมีแต่กรณีการรับช่วงสิทธิที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายทั้งสิ้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 229 และเมื่อกรณีเป็นการรับช่วงสิทธิแล้ว ผู้รับช่วง สิทธิจะกลายเป็นเจ้าหนี้แทนเจ้าหนี้เดิม และมีอำนาจที่ใช้สิทธิทั้งปวงของเจ้าหนี้เดิมนั้น สิทธิของ ผู้รับช่วงสิทธิจึงเป็นสิทธิเดิมของเจ้าหนี้เดิมนั่นเอง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้รับช่วงสิทธิเข้าไปยื่นอยู่ ในรองเท้าของเจ้าหนี้¹⁴⁰ ดังนั้นถ้าเจ้าหนี้เดิมมีสิทธิเท่าใด ผู้รับช่วงสิทธิย่อมได้รับสิทธิมาเท่านั้น เมื่อผู้เอาประกันภัยกับผู้ส่งสินค้าตกลงกันให้นำข้อพิพาทอันเกิดจากใบตราส่งไปฟ้องต่อศาลที่มี อำนาจพิจารณาคดีทางทะเลและทางการค้าของเมืองโคเปนเฮเกนอันเป็นการทำข้อตกลงเลือกศาล ไว้ในสัญญาเป็นการล่วงหน้า หากข้อตกลงเลือกศาลชอบด้วยกฎหมาย มีผลผูกพันระหว่างผู้เอา ประกันภัยและผู้ส่งสินค้าแล้ว ผู้รับประกันภัยซึ่งเข้ารับช่วงสิทธิจากผู้เอาประกันภัยเรียกร้องเอาค่า สินไหมทดแทนจากผู้ส่งสินค้าย่อมต้องผูกพันตามข้อตกลงเลือกศาลระหว่างผู้เอาประกันภัยและผู้ ส่งสินค้าด้วย เพราะผู้รับประกันภัยรับช่วงสิทธิของผู้เอาประกันภัยย่อมรับช่วงสิทธิที่ผู้เอาประกันภัย มีต่อผู้ส่งสินค้าตามที่ผูกพันกันตามข้อตกลงในใบตราส่ง¹⁴¹ มิใช่ว่าผู้รับประกันภัยจะใช้สิทธิ นอก เหนือจากที่ผู้เอาประกันภัยมีอยู่ตามสัญญาขนส่งที่ปรากฏในใบตราส่ง

¹⁴⁰ จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้**, หน้า 132.

¹⁴¹ รายละเอียดโปรดดู คณิง ภาไชย และพันธ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “อันเนื่องมา จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 และ 5809/2539 : ข้อคิดเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศ เพื่อเป็นข้อยกเว้นเขตอำนาจศาลไทย,” หน้า 143-145. ; ไพทิจิต เอกจริยกร, “หมายเหตุท้ายคำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 5809/2539,” ใน **คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2539 เล่มที่ 10** (กรุงเทพมหานคร : สำนักงาน ส่งเสริมงานตุลาการ, 2539), หน้า 33-34. ; สุทธิพล ทวีชัยการ, “ฎีกาวิเคราะห์ท้ายคำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 951/2539,” ใน **รวมคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศพร้อม หมายเหตุและกฎหมายการค้าระหว่างเทศที่สำคัญ**, หน้า 216.