

บทที่ 5

ข้อจำกัดของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาที่อยู่ นอกเหนือกลไกว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 4 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ว่า กลไกว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย คือ มุ่งแก้ไขข้อยุ่งยากในเรื่องกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างชาติ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การหากฎหมายใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างชาติย่อมต้องอาศัยหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในการพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่า นิติสัมพันธ์นั้นควรจะอยู่ภายใต้กฎหมายใด และหลังจากนั้นจึงจะสามารถนำเอากฎหมายสารบัญญัติของกฎหมายประเทศนั้นมาใช้บังคับกับข้อเท็จจริงแห่งคดีได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของสัญญา ระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ที่คู่สัญญามีสิทธิโดยพื้นฐานที่จะแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญานั้น แม้จะเป็นที่ยอมรับกันในหลักการแล้วก็ตาม แต่ก็มีได้หมายความว่าศาลจะต้องนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้โดยไม่มีข้อจำกัดแต่อย่างใดไม่ ตรงกันข้ามศาลย่อมสามารถปฏิเสธการนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้ทั้ง ๆ ที่มันอาจจะมีความสมบูรณ์ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญา (The proper law) โดยการอ้างหลักความสงบเรียบร้อย (Public order) ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเพื่อปฏิเสธการนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้

ในขณะเดียวกัน มีกฎหมายอีกลักษณะหนึ่งที่ใกล้เคียงกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ที่มุ่งรักษาโครงสร้างทางเศรษฐกิจสังคม และการเมืองของรัฐและเป็นกฎหมายที่ต้องบังคับใช้ในดินแดนของตนโดยตรง โดยอาจมีชื่อเรียกหลายชื่อ เช่น บางท่านเรียกว่า กฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในกฎหมายมหาชน¹ ซึ่งแตกต่างไปจาก “หลักหรือแนวความคิดเรื่องความสงบ

¹ กมล สนธิเกษตริน, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพฯ : นิติบรรณาการ, 2535, หน้า 233-234

เรียบริ่อย”² หรือที่ท่านศาสตราจารย์ Francescakis เรียกกฎหมายประเภทนี้ว่า “la loi d’application immediate” ซึ่งท่านศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร ปัจจุสานนท์ ได้แปลเป็นภาษาไทยว่า “กฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที” แต่ถึงอย่างไรก็ตาม แม้ว่าชื่อจะเรียกแตกต่างกันออกไป แต่จุดมุ่งหมายของกฎหมายประเภทนี้เหมือนกันคือ กำกับควบคุมนิติสัมพันธ์ที่อยู่ในดินแดน โดยไม่ปล่อยให้เป็นเรื่องของเอกชนที่จะทำอะไรก็ได้ เพราะถึงอย่างไรก็ต้องใช้กฎหมายประเภทนี้บังคับอยู่ดี ถึงแม้ว่านิติสัมพันธ์นั้นจะมีองค์ประกอบต่างชาตก็ตาม

กฎหมายที่คู่สัญญาเลือก จะต้องไม่เป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้กฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที

ในเรื่องของสัญญาเป็นที่ยอมรับกันแล้วว่าคู่สัญญามีสิทธิที่จะแสดงเจตนาเลือกกฎหมายต่างประเทศใช้บังคับกับสัญญา แต่ถ้าข้อเท็จจริงเป็นเรื่องของกฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที ศาลย่อมสามารถที่จะนำกฎหมายประเภทนี้มาใช้บังคับได้เลย โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย และไม่จำเป็นต้องอ้างหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย ดังนั้น กฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที จึงเป็นเรื่องของข้อจำกัดของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาที่อยู่นอกเหนือไกลกว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอย่างสิ้นเชิง

1. ลักษณะของกฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันทีกับหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

² ชุมพร ปัจจุสานนท์, “กฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที. หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย : ผลกระทบต่ออนุสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 6 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2529), หน้า 31-32



การพิจารณาในเบื้องต้นว่าข้อเท็จจริงเป็นกรณีที่จะต้องใช้กฎหมายบังคับใช้ทันที หรือ ต้องใช้หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ถือเป็นเรื่องสำคัญและจำเป็น ฉะนั้น เพื่อการพิจารณานำกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งในกฎหมายทั้งสองประเภทนี้มาใช้ได้อย่างถูกต้อง จึงควรทราบลักษณะของกฎหมายทั้งสองประเภทก่อน

โดยที่กฎหมายบังคับใช้ทันที เป็นกฎหมายที่ต้องนำมาใช้บังคับกับทุกนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นภายในดินแดนของแต่ละรัฐเสมอ ย่อมกล่าวได้ว่า ลักษณะของกฎหมายประเภทนี้เป็นกฎหมายภายในทั่วไปของรัฐที่ศาลที่ทำการพิจารณาคดีตั้งอยู่ ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายนี้ จึงเป็นเรื่องจำเป็นเพื่อรักษาโครงสร้างหรือระบบงานทางด้านเศรษฐกิจ การเมือง และสังคม เช่น กฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร กฎหมายเกี่ยวกับเงินตรา กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมปริวรรตเงินตรา และกฎหมายแรงงาน เป็นต้น ซึ่งกฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้ล้วนเป็นกฎหมายสารบัญญัติธรรมดาที่เหมือนกับกฎหมายโดยทั่วไป หากแต่จะมีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับโครงสร้าง หรือระบบงานของรัฐ หรือที่เรียกว่า “นโยบายพื้นฐาน”³ (Fundamental policy) รัฐย่อมต้องกำกับ ควบคุม เพื่อประโยชน์ของรัฐเองอย่างใกล้ชิด ดังนั้น รัฐจึงไม่ยินยอมให้คู่สัญญามีสิทธิเลือกกฎหมายเหล่านี้ได้ นอกจากนี้ ลักษณะของกฎหมายบังคับใช้ทันที อีกลักษณะหนึ่งก็คือ กฎหมายมหาชน (Public law) กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่ออกโดยรัฐเพื่อใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ทุกชนิดที่เกิดขึ้น และเกี่ยวข้องกับกฎหมายประเภทนี้ จึงต้องมีรูปแบบที่เคร่งครัด (Rigid) และต้องมีลักษณะเป็นการ

³ Eek Hilding “Peremptory Norms and Private International law” *Recueil Des Cours* 1973 (2) A.W. Sijthoff, Leyde. P.25.

⁴ หยุต แสงอุทัย, *บรรยายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* โรงพิมพ์ธรรมศาสตร์, พ.ศ.2523, หน้า 154. ได้ให้คำนิยามไว้ว่า “กฎหมายมหาชน หมายถึง กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ หรือ หน่วยงานของรัฐกับราษฎรในฐานะที่รัฐเป็นฝ่ายปกครองราษฎร กล่าวคือ ในฐานะที่รัฐมีฐานะเหนือราษฎร”

บังคับ จะหลีกเลี่ยงไม่ได้ (imperative)⁵ กล่าวโดยสรุป ที่กล่าวว่ากฎหมายพึงบังคับใช้ทันที เป็นกฎหมายภายในที่เหมือนกับกฎหมายอื่น ๆ ก็คือ ในแง่ที่ว่า เป็นหลักเกณฑ์ที่ออกมาโดยรัฐเพื่อวางภาระหน้าที่ หรือให้สิทธิแก่คนในชาติ หรือนุคคลอื่นที่ปรากฏอยู่ในดินแดนของตน และที่ว่าเป็นกฎหมายสารบัญญัติก็เพราะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับโดยตรงกับข้อเท็จจริง หรือ นิติสัมพันธ์ และโดยที่เป็นกฎหมายที่ผู้บัญญัติกฎหมายต้องการให้มีผลบังคับกับเรื่องนั้นเรื่องนี้ ดังนั้น จึงเป็นกฎหมายที่บังคับเฉพาะเรื่อง และก็ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์เสมอไป อาจเป็นกฎหมายอาญา กฎหมายแรงงานก็ได้

โดยวัตถุประสงค์ของหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ซึ่งมุ่งที่จะหาทางจัดการขัดกันแห่งกฎหมาย กล่าวคือ หากกฎหมายที่เหมาะสมที่สุดมาใช้บังคับ ปรับกับข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้น จึงกล่าวได้ว่าลักษณะของหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นกฎหมายพิเศษ เพราะมิได้เป็นกฎหมายที่มุ่งบังคับกับนิติสัมพันธ์โดยตรง เพื่อแก้ปัญหากฎหมายที่เกิดขึ้น หากแต่เป็นกฎหมายที่มุ่งแก้ปัญหาในเบื้องต้นและใช้เฉพาะกับนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างชาติดังนั้น พุดอีกนัยหนึ่ง มิใช่กฎหมายสารบัญญัติ แต่เป็นกฎหมายที่แก้ไขและค้นหากฎหมายที่เหมาะสมที่สุดสำหรับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีองค์ประกอบต่างชาติ และโดยที่เป็นกฎหมายประเภทที่มีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับกฎหมายแพ่ง หัวข้อเรื่องต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย จึงเป็นหัวข้อเรื่องที่พบอยู่เสมอในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น ลักษณะของกฎหมายประเภทนี้อีกลักษณะหนึ่ง ก็คือ กฎหมายเอกชน เพราะเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการวางระเบียบบังคับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ซึ่งมีฐานะทางกฎหมายเท่าเทียมกัน อีกทั้งยังมีรูปแบบที่ยืดหยุ่น⁶ (Flexible) ไม่เป็นบทบังคับเคร่งครัดนัก เช่น ในเรื่องของสัญญา คู่กรณีอาจตกลงเลือกกฎหมายต่างประเทศใช้บังคับกับสัญญาได้

⁵ วิญญู เครื่องงาม, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยสุโขทัย
ธรรมาธิราช, พ.ศ.2534, หน้า 32

⁶ วิญญู เครื่องงาม, เรื่องเดียวกัน

2. ความแตกต่างระหว่างกฎหมายบังคับใช้ทันที กับหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

ดังได้กล่าวถึงลักษณะของกฎหมายทั้ง 2 ประเภทแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง ทั้งในด้านวัตถุประสงค์ และเทคนิคการบังคับใช้⁷ จึงขอแยกพิจารณาดังนี้

ข้อแตกต่างทางด้านวัตถุประสงค์ กล่าวคือ ในเรื่องของหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายได้วิวัฒนาการมาตั้งแต่สมัยโบราณจนกระทั่งปัจจุบัน⁸ เนื่องจากเอกชนได้มีการติดต่อค้าขายระหว่างรัฐกันมากขึ้น ย่อมทำให้ต้องพัวพันกับรัฐหลายรัฐ จึงเกิดปัญหาของการขัดกันแห่งกฎหมายระหว่างคนในชาติและคนต่างด้าวกันขึ้น ด้วยเหตุนี้ ความจำเป็นในการสร้างวิธีการขจัดปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายย่อมเกิดขึ้นเพราะย่อมไม่ยุติธรรมที่จะให้เอกชนที่ได้รับสิทธิตามกฎหมายอีกรัฐหนึ่งแต่เพียงรัฐเดียว และเพื่อประโยชน์ร่วมกันของความสัมพันธ์ของเอกชนต่างรัฐกัน รัฐแต่ละรัฐจึงจำเป็นต้องสร้างกฎเกณฑ์เพื่อขจัดปัญหาเกี่ยวกับการหากฎหมายที่เหมาะสมมาใช้บังคับนิติสัมพันธ์นั้น ๆ ดังนั้น วัตถุประสงค์ของหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอันเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ก็เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ความสะดวกสบาย และความจำเป็นในทางธุรกิจระหว่างเอกชน โดยทำหน้าที่อนุญาตให้ศาลเลือกใช้กฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับในดินแดนของตนได้ นอกเหนือจากกฎหมายภายในของศาลที่พิจารณาตัดสินคดี⁹ (“The purpose of private international law is to make possible

⁷ ชุมพร ปัจจุบันท์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2, หน้า 25-30

⁸ ชุมพร ปัจจุบันท์, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 7-15, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, พ.ศ.2528, หน้า 440-460

⁹ Eek Hilding, Supra note 3, P.17. by Sir Hersch Lauterpacht in the *Boll Case of the International Court of Justice* (ICJ.Report.1958 at P.94)

the application, within the territory of the State of the law of foreign States. This is an object dictated by considerations of justice, convenience, the necessities of international intercourse between individuals”)

ในขณะที่เดียวกัน แม้ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของเอกชนจะเพิ่มมากขึ้นในทางแพ่งและพาณิชย์ และจะต้องการทำกฎหมายให้เป็นรูปแบบเดียวกันเพื่อความสะดวกในการติดต่อทางธุรกิจระหว่างประเทศก็ตาม แต่ความจำเป็นทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองของรัฐแต่ละรัฐก็ยังคงมีความแตกต่างกันออกไป และเมื่อกฎหมายเป็นภาพสะท้อนถึงความต้องการของสังคม จึงย่อมมีความแตกต่างกันออกไปด้วย การทำให้กฎหมายเป็นเอก रूपเดียวกันจึงเป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก ดังนั้น ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของเอกชน รัฐจึงต้องสงวนเรื่องบางเรื่องที่จะนำเอากฎหมายของตนมาบังคับกับนิติสัมพันธ์บางนิติสัมพันธ์แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยไม่ปล่อยให้เป็นเรื่องของเอกชนที่จะทำอะไรก็ได้ และแม้ว่าจะเป็นนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างชาติดังกล่าว เพราะเป็นเรื่องของกฎหมายที่ต้องบังคับในดินแดนของตน หรือที่เรียกว่ากฎหมายฝังกบังคับใช้ทันที เพราะกฎหมายประเภทนี้เป็นบทบัญญัติของกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับโครงสร้างหรือ ระบบงานของรัฐ เพื่อใช้กำกับ ควบคุม และเพื่อผลประโยชน์ของรัฐเองโดยตรง ฉะนั้น วัตถุประสงค์ของกฎหมายฝังกบังคับใช้ทันทีก็เพื่อรักษาโครงสร้างทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองของประเทศ

ความแตกต่างของกฎหมายทั้งสองอีกประการหนึ่ง คือ ความแตกต่างทางด้านเทคนิคการบังคับใช้ จากลักษณะและวัตถุประสงค์ของหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ทำให้ทราบว่าเป็นกฎหมายพิเศษนั้น หมายความว่า เมื่อคดีที่มีองค์ประกอบต่างชาติมาสู่ศาล ศาลที่พิจารณาคดีจะไม่ใช้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศตนมาบังคับใช้กับคดีโดยตรง แต่ศาลจะไปดูหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ว่าได้กำหนดให้นิติสัมพันธ์นั้น ๆ เป็นไปตามกฎหมายของประเทศใด ซึ่งอาจเป็นกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง หรือกฎหมายภายในของประเทศที่ศาลตั้งอยู่ก็ได้ ฉะนั้น จะเห็นได้ว่าเทคนิคการนำหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมาใช้มีขั้นตอนหลายขั้นตอน กล่าวคือ ศาลจะต้องวิเคราะห์จำแนกข้อเท็จจริงในคดีในเบื้องต้นก่อนว่าควรจะสังกัดอยู่ในเรื่องใดก่อน เช่น เรื่องละเมิด ทรัพย์ สัญญา เป็นต้น อันเป็นปัญหาทางด้านการตีความ ซึ่งรู้จักกันในนามของ “การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง” (Qualification หรือ

Classification of cause of action)¹⁰ แต่กระนั้น ในบางครั้งปัญหาในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงก็อาจเกิดขึ้นได้ เพราะทัศนคติของศาลที่มองนิติสัมพันธ์อย่างหนึ่งอาจแตกต่างกันออกไปได้ เช่น การถอนหมั้น บางประเทศอาจให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องของการผิดสัญญา และอีกประเทศหนึ่งอาจถือว่าเป็นเรื่องของละเมิดก็ได้ เป็นต้น หลังจากนั้น ศาลก็จะดูหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตามประเภทของนิติสัมพันธ์นั้น ๆ ซึ่งโดยทั่วไปมักจะให้อำนาจแก่กฎหมายที่มีจุดเกาะเกี่ยวใกล้ชิดที่สุดกับนิติสัมพันธ์นั้น ๆ เป็นเกณฑ์ในการหากฎหมายที่จะใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์นั้น เช่น สัญชาติ ภูมิลำเนา สถานที่ทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ เจตนาของคู่สัญญา เป็นต้น และเมื่อหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกำหนดให้ใช้กฎหมายต่างประเทศมาปรับบังคับใช้กับคดีได้ ศาลก็ต้องดูกฎหมายภายในของประเทศนั้นอีกคือ หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น เพราะอาจขัดกับหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่ศาลทำการพิจารณาคดีตั้งอยู่ก็ได้ ซึ่งถือเป็นการขัดกันในเรื่องของการหาจุดเกาะเกี่ยว โดยเป็นปัญหาในเรื่องการย้อนส่ง (Renvoi)¹¹ อย่างไรก็ตาม ถ้าศาลเห็นว่าการนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้ภายในประเทศของตนแล้ว จะขัดกับแนวความคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเป็นเรื่องที่ข้อเท็จจริงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเพียงบังคับใช้ทันที ศาลก็สามารถปฏิเสธกฎหมายต่างประเทศและนำเอากฎหมายของประเทศตนมาใช้¹² (If the foreign law is incompatible with the nations "public policy" then the lex fori is applied)

ส่วนในเรื่องกฎหมายเพียงบังคับใช้ทันที มีวิธีการบังคับใช้กฎหมายที่แตกต่างจากหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ กฎหมายเพียงบังคับใช้ทันที เป็นกฎหมาย

¹⁰ ชุมพร บัจจสถานนท์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8, หน้า 462

¹¹ ชุมพร บัจจสถานนท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 468

¹² Mcdougal III Luther L. "Codification of choice of law: A Critique of the Recent European Trend." *Tulane law Review*. Vol.55 (1980); P.123.

สารบัญญัติ ซึ่งศาลจะต้องนำมาปรับใช้บังคับกับข้อเท็จจริงในคดีโดยตรง แม้จะเป็นคดีที่มีองค์ประกอบต่างชาติเข้ามาแทรกซ้อนก็ตาม เพราะถือเป็นกฎหมายที่มีลักษณะป้องกัน โครงสร้างทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ฉะนั้น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่กรณีเลือกกฎหมายต่างประเทศเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้กฎหมายฟังบังคับใช้ทันทีแล้ว ศาลย่อมสามารถนำเอากฎหมายของประเทศตนที่เกี่ยวกับกฎหมายประเภทนี้มาใช้บังคับได้เลย โดยไม่ต้องผ่านขั้นตอนของหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย เพราะเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย¹³

ผลของการใช้บังคับกฎหมายที่ฟังบังคับใช้ทันทีต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ

สัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบต่างชาติ โดยปกติแล้วจะใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ระหว่างการแสดงเจตนาเป็นสำคัญ กล่าวคือ สัญญาระหว่างประเทศมักจะมีจุดเกาะเกี่ยวกับกฎหมายหลายประเทศหลายระบบ การหาจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดที่สุดกับนิติสัมพันธ์ตามสัญญาย่อมเป็นไปได้ยาก และไม่สามารถกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวได้ จึงถือว่าเจตนาของคู่สัญญาเป็นสิ่งที่ดีที่สุดในการกำหนดว่านิติสัมพันธ์ของเขาควรอยู่ภายใต้กฎหมายใด เพราะคู่กรณีย่อมมีเสรีภาพเต็มที่ในการตัดสินใจเข้าร่วมในการก่อนิติสัมพันธ์ระหว่างกันตามกฎหมาย จึงควรเป็นบุคคลที่รู้ดีที่สุดว่านิติสัมพันธ์ของพวกเขาควรเหมาะสม หรืออยู่ภายใต้กฎหมายใด กล่าวอีกนัยหนึ่ง คู่กรณีย่อมสามารถเลือกกฎหมายที่ตนเห็นว่าเหมาะสมว่าเหมาะสมกับนิติสัมพันธ์ของเขาได้โดยอิสระ แต่อย่างไรก็ตาม การที่คู่กรณีเลือกกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนามาใช้บังคับกับสัญญาได้นั้น มิได้หมายความว่าศาลที่ทำการพิจารณาคดีจะต้องนำกฎหมายของประเทศนั้นมาใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์เสมอไปไม่ กล่าวคือ ศาลที่ทำการพิจารณาคดีอาจปฏิเสธไม่ใช้กฎหมายต่างประเทศที่คู่กรณีเลือกได้ ถ้าข้อเท็จจริงที่ได้รับการพิจารณานั้นอยู่ภายใต้กฎหมายฟังบังคับใช้ทันทีซึ่งศาลก็จะต้องนำกฎหมายฟังบังคับใช้ทันทีมา

¹³ ชุมพร บัจจุสานนท์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8, หน้า 482

ปรับใช้บังคับกับคดีโดยไม่จำเป็นต้องผ่านกลไกว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย เพื่อหากกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่ข้อเท็จจริงนั้นแต่อย่างใด แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมาย (The proper law) ใช้บังคับกับสัญญาอย่างถูกต้องสมบูรณ์ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาก็ตาม¹⁴ (It is well established that a contract which is contrary to the forum's stringent public policy will not be enforced although it is valid according to its proper law. This is a universally recongnized principle) หรือกฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที จะนำมาใช้เป็นข้อจำกัดของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมายที่ควบคุมการค้าต่างประเทศของศาลที่พิจารณานั้น¹⁵ (Public policy will be used to Limit the parties' autonomy to preclude evasion of the forum's foreign trade control provisions and other "dirigistic" regulations) หรือดังตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลสูงของประเทศเยอรมัน ได้ตัดสินให้สัญญาที่นักกฎหมายชาวอเมริกันมีส่วนแบ่งในข้อเรียกร้องเนื่องจากความบาดเจ็บของลูกความ ซึ่งเป็นชาวเยอรมัน เป็นจำนวน 35% ของจำนวนเงินที่ลูกความได้รับว่าเป็นโมฆะ เนื่องจากการขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายมหาชน (public policy) ของประเทศเยอรมัน¹⁶ หรือในประเทศอังกฤษที่ได้กำหนดเรื่องข้อจำกัดของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาไว้ว่า คู่สัญญาย่อมไม่มีอำนาจที่จะยกเว้นกฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันทีของศาลที่พิจารณาคดีได้ สัญญาฉบับหนึ่งซึ่งขัดแย้งต่อผลประโยชน์ของประเทศอังกฤษ ไม่สามารถบังคับใช้ได้ ในศาลประเทศอังกฤษ แม้ว่ามันจะสมบูรณ์ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการ

14

Castal, J.G. Introduction to Conflict of laws 1978. Butterworth & Co (Canada) Ltd.,P.168.

15

Ehrenzweg Albert A. and Jayme Erik. Private International law A.W. Sijthoff. Leyden, 1977,P.40.

16

Ibid.....P.42.

แสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญา (The proper law) ก็ตาม¹⁷ กล่าวโดยสรุป ศาลจะไม่นำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้ในเรื่องที่ประเทศตน ถือว่าเป็นเรื่องสำคัญสำหรับสังคมของตน โดยเด็ดขาด เช่น สัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น หากว่าสัญญาประเภทนี้มีองค์ประกอบต่างชาติเข้ามาแทรกซ้อน โดยหลักคู่กรณีย่อมสามารถเลือกกฎหมายที่ตนเห็นว่าเหมาะสมมาใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ของพวกเขาได้ แต่ศาลที่พิจารณาย่อมจะไม่ยอมให้คู่กรณีเลือกเอาบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศ ในส่วนที่เกี่ยวกับระยะเวลาในการทำงาน อัตราค่าจ้างขั้นต่ำหรือกฎหมายที่เกี่ยวกับสวัสดิการคนงานต่าง ๆ¹⁸ มาใช้บังคับกับสัญญา โดยศาลย่อมให้นำเอากฎหมายของประเทศตนมาใช้บังคับเพราะถือว่ากฎหมายแรงงาน ถือเป็นกฎหมายพึงบังคับใช้ทันทีที่มุ่งป้องกัน โครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคมของตน

¹⁷ Martin Wolff. *Private International Law* P.416

¹⁸ ชุมพร ปัจจุสานนท์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2, หน้า 28.