



บทที่ 4

ข้อจำกัดของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาตามกลไกว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

โดยที่คู่สัญญาามีเสรีภาพอย่างกว้างขวางในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาของพวกเขาได้ ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 แต่ก็ยังมีข้อสงสัยอยู่เล็กน้อยที่ผู้เขียนใคร่กล่าวในบทนี้ ก็คือ เสรีภาพในการเลือกกฎหมายของคู่สัญญานั้นจะมีข้อจำกัดหรือไม่ และข้อจำกัดของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ผู้เขียนใคร่กล่าวถึงความมุ่งหมายและกลไกของหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเบื้องต้นก่อน เพื่อผู้อ่านจะได้เข้าใจถึงข้อแตกต่างว่า เหตุใดจึงเป็นข้อจำกัดของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาตามกลไกว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่จะกล่าวในบทที่ 4 นี้ และเหตุใดจึงเป็นข้อจำกัดของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาที่อยู่นอกเหนือกลไกว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ที่จะกล่าวต่อไปในบทที่ 5

จึงสมควรกล่าวถึงวัตถุประสงค์ของหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายก่อน กล่าวคือ เมื่อพิจารณาถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐ รัฐชาติหนึ่งย่อมมีอำนาจอธิปไตยโดยสมบูรณ์ที่จะใช้กฎหมายภายในของตนขึ้นปรับแก้คดี และแก่นุคคลทุกคนที่อยู่ในเขตอำนาจและในดินแดนของตนในทุกกรณี โดยไม่ต้องคำนึงถึงกฎหมายต่างประเทศแต่อย่างใด แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า อันความสัมพันธ์ของบุคคลในทางแพ่งนั้น หากจะถืออำนาจโดยเคร่งครัดเช่นนี้แล้ว ย่อมจะก่อให้เกิดความไม่สะดวกยิ่งนักในการติดต่อทางการค้า หรือในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และการที่จะนำกฎหมายภายในมาบังคับในทุกกรณีย่อมจะก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมได้ เพราะจะเกิดผลว่า ข้อพิพาทในเรื่องเดียวกันศาลของประเทศหนึ่งอาจพิพากษาแตกต่างไปจากศาลของอีกประเทศหนึ่ง ด้วยเหตุนี้เอง ประเทศต่าง ๆ จึงได้สร้างหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งระหว่างประเทศ และเพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่กรณีมากที่สุด โดยการคำนึงถึงหลักการที่ว่าคดีในเรื่องใดที่เกี่ยวข้องหรือพัวพันกับต่างประเทศแล้ว ไม่ว่าคดีนั้นจะฟ้องที่ศาลประเทศใด กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับก็ควรเป็นกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งแต่เพียงประเทศเดียว และการที่ให้นำกฎหมายของประเทศนั้นมาใช้บังคับก็เพราะกฎหมายของประเทศนั้นมีความเหมาะสม หรือมีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดที่สุดกับคดีนั้น ดังนั้น กลไกขั้นพื้นฐานของหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายก็คือ ควรจัดสรรว่าในกรณีนี้

นิติกรรมมีจุดนิติสัมพันธ์กับระบบกฎหมายหลายระบบ กฎหมายใดควรจะเข้ามามีบทบาทในนิติสัมพันธ์นั้นมากที่สุด หรือถ้าพิจารณาลงไปอีกเราจะเห็นได้ว่าการที่จะพาทกฎหมายใดบังคับกับนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างชาติ ต้องขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนั่นเอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือ ในเรื่องของสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ การที่คู่สัญญาแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาของพวกเขาได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา นั้น ก็เนื่องจากมีหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ได้ระบุอนุญาตไว้ให้กฎหมายต่างประเทศเข้ามาใช้บังคับในดินแดนของตนได้ ดังนั้น อำนาจทางกฎหมายหรือกฎหมายที่เป็นฐานรองรับสัญญา¹ อย่างแท้จริง ก็คือ หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายต่างหาก หากใช้กฎหมายที่คู่กรณีเลือกแต่อย่างใดไม่

กล่าวโดยสรุป กล่าวไว้ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ก็คือ ทำหน้าที่ควบคุมการเลือกกฎหมายของคู่สัญญาให้อยู่ภายใต้กรอบแห่งกฎหมายของตน หรือพูดอีกนัยหนึ่ง ก็คือ ศาลหรือคู่กรณีจะเลือกกฎหมายได้มากน้อยเพียงไร ขอบเขตของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาของคู่สัญญา วิธีการควบคุม การบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศ ย่อมขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายทั้งสิ้น ซึ่งพอจะแยกข้อจำกัดของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาตามกล่าวไว้ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายได้ ดังนี้

ข้อจำกัดตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องของความสงบเรียบร้อย (public order) และศีลธรรมอันดี (Good Morals) ของประชาชนแห่งประเทศที่จะนำกฎหมายนั้นไปใช้บังคับ

¹ ผู้สนใจเรื่องนี้โปรดศึกษารายละเอียดจาก ชุมพร บัจจุสานนท์ “กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน” ตอนที่ 1 วารสารกฎหมายปีที่ 9 ฉบับที่ 1, (มิถุนายน 2527) และ(ต่อ) วารสารกฎหมาย ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2527)

ในเรื่องของสัญญา นั้น ได้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแล้วว่า คู่สัญญามีสิทธิโดยพื้นฐานที่จะแสดงเจตนาให้ใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับกับสัญญาได้ ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา แต่ศาลที่พิจารณาคดีอาจปฏิเสธไม่ใช้กฎหมายต่างประเทศที่คู่สัญญาเลือกได้ ภายใต้ข้อจำกัดตามกลไกว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 ว่า “ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศสยาม” หรือที่ปรากฏในประเทศอิตาลี มาตรา 12 ในบททั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่ง ค.ศ. 1942 ว่า “เว้นแต่หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น กฎหมายต่างประเทศจะไม่มีผลบังคับในประเทศอิตาลีได้ หากกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”² ซึ่งนับว่าเป็นแนวความคิดเดียวกับที่กำหนดไว้ในข้อ 2283 ของร่างกฎหมายฝรั่งเศสว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลฉบับใหม่ว่า “มันจะไม่มีผลบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศในประเทศฝรั่งเศส หากขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน”³ (Art.2283 of the new French draft law on private international law reads in English translation as follow: “There shall be no application in French of foreign laws manifestly incompatible with the *order public* as understood in international relations.” หรือ ตัวอย่างหลักความสงบเรียบร้อยที่ได้บัญญัติไว้ในหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ปี ค.ศ. 1937 ของประเทศสวีเดนว่า “บทบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศซึ่งขัด

²

Eek Hilding “Peremptory Norms and Private International law.” *Recueil Des. Cours.* 1973 (2) A.W. Sijthoff, Leyde. P.21. ซึ่งปรากฏข้อความในภาษาอิตาลีว่า “quando siani contrari all’ ordini pubblico e al buon costume”

³

Ibid..... ซึ่งอ้างไว้ในเชิงอรรถที่ 3

ต่อหลักการพื้นฐานของกฎหมายในราชอาณาจักรอย่างชัดเจนจะไม่นำมาใช้บังคับในสวีเดน”⁴
 (The Swedish Act on international legal (1937). It reads: “Provisions of foreign law which are obviously incompatible with the fundamental principles of the law of the kingdom shall not applicable in Sweden.”) เป็นต้น

สิ่งที่ควรพิจารณาต่อไปเกี่ยวกับเรื่องนี้ ก็คือ

1. ลักษณะของหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อผู้อ่านจะได้ทราบว่าเมื่อใดจึงจะถือว่าการใช้กฎหมายต่างประเทศเป็นการขัดกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และ

2. ความเกี่ยวพันระหว่างหลักความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน กับหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ทั้งนี้เพราะเมื่อปรากฏว่าการใช้กฎหมายต่างประเทศนั้น เป็นการขัดกันกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ศาลแต่ละประเทศจะวินิจฉัยอย่างไร

1. ลักษณะของหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” (ภาษาอังกฤษเรียกว่า public order ภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า l'ordre public หรือภาษาเยอรมันเรียกว่า Offen Leche Ordnung) กับคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” (ภาษาลาตินเรียกว่า Bonus mores ภาษาอังกฤษเรียกว่า Good

⁴
 Ibid.....

Morals ภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า Bonnes Moeurs และภาษาเยอรมันเรียกว่า Gut Sitten) ถือเป็นคำที่ก่อให้เกิดความสับสนได้ง่ายว่าหมายความถึงกฎหมายอะไร และศาลจะถือเอากฎหมายอะไรเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่า กฎหมายต่างประเทศใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และเพื่อให้เกิดความกระจ่างชัดในด้อยคำจึงต้องเข้าใจว่า คำว่า “กฎหมายที่เกี่ยวพันกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามกฎหมายภายใน” แตกต่างจากความหมายของคำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล⁵ กล่าวคือ

กฎหมายที่เกี่ยวพันกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หมายถึงกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ข้อบังคับที่บัญญัติขึ้นเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนเป็นสำคัญ โดยถือเอาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมเป็นหลัก ดังนั้นมาตรา 150^{*} แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงเป็นบทบัญญัติหรือมาตราที่สำคัญที่กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้ แต่ถ้าหากการกระทำใดไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้วย่อมกระทำได้แม้ผิดแผกแตกต่างไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ตามดังที่มาตรา 151^{**} แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้

⁵ ชุมพร ปัจจุสานนท์ “หลักทั่วไปเกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมาย” หน้าที่ 13 เอกสารการสอน สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, หน้า 478

^{*} มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมายเป็นการพ้นวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

^{**} มาตรา 151 บัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ”

แต่ถึงกระนั้น มีกฎหมายอีกบางลักษณะที่มีได้เกี่ยวพันกับผลประโยชน์โดยตรงของประชาชน แต่ถือว่าเกี่ยวพันกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเหมือนกัน ได้แก่ กฎหมายที่มุ่งคุ้มครองบุคคลบางประเภท หรือ กำหนดสถานภาพของบุคคล เช่น เรื่องความสามารถของบุคคล การคุ้มครองผู้เยาว์ การเป็นคนไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ การสมรส กฎหมายประเภทนี้บังคับแก่คนในชาติทุกคน แต่คนต่างด้าวอาจมิได้อยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมายประเภทนี้ก็ได้

โดยสรุปแล้ว กฎหมายที่เกี่ยวพันกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีงามของประชาชน ตามกฎหมายภายในจึงมีอยู่ 2 ลักษณะ คือ

1.1 กฎหมายที่เกี่ยวพันกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ประเภทเด็ดขาด (absolute) กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่มุ่งป้องกันผลประโยชน์ของประชาชนส่วนรวมเป็นสำคัญ โดยยึดรากฐานความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น เรื่องการห้ามบุตรฟ้องบุพการี ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 1562 ว่า “ผู้ใดจะฟ้องบุพการีของตนเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญามิได้.....” โดยถือว่าเป็นคดีอุทลุม ซึ่งศาลไทยจะไม่รับฟ้องคดีประเภทนี้เด็ดขาด เพราะเป็นเรื่องผิดศีลธรรมของประเทศไทย โดยแท้ แม้กฎหมายต่างประเทศบางประเทศจะยอมให้ฟ้องกันได้ก็ตาม

1.2 กฎหมายที่เกี่ยวพันกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ประเภทไม่เด็ดขาด (relative) เช่น ในเรื่องความสามารถของบุคคล การคุ้มครองผู้เยาว์ การเป็นคนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ การสมรส การลำดับวงศ์ญาติ เป็นต้น ซึ่งกฎหมายประเภทนี้จะใช้บังคับแก่บุคคลที่มีสัญชาติประเทศนั้น เท่านั้น แต่สำหรับคนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในประเทศนั้น อาจนำเอากฎหมายต่างประเทศในเรื่องดังกล่าวมาใช้บังคับแทนได้ ดังนี้ จึงเห็นได้ว่า แม้กฎหมายเหล่านี้จะถือเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งกฎหมายจะต้องเข้ามาจัดวางระเบียบเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนในเรื่องเหล่านี้ด้วยก็ตาม แต่เนื่องจากรัฐอาจเห็นว่าเรื่องเหล่านี้อาจไม่มีผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมมากนัก จึงมิได้บัญญัติให้มีลักษณะเคร่งครัดโดยเด็ดขาด ดังเช่น กฎหมายประการแรก ซึ่งยอมหมายความว่า ผู้เป็นฝ่ายในกรณีอาจปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศนั้น หรืออาจปฏิบัติตามกฎหมายของต่างประเทศที่กำหนดเกี่ยวกับเรื่องเหล่านี้ก็ได้

แต่คำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล จะหมายความถึงเฉพาะแต่วิธีการ (Method) การไม่รับเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้ หากว่าไม่สอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน⁶ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ถือเป็นคำที่ใช้แสดงให้เห็นถึงวิธีการที่อนุญาตให้ศาลปฏิเสธที่จะนำเอากฎหมายต่างประเทศที่คู่กรณีได้แสดงเจตนาเลือกเพื่อใช้บังคับกับสัญญาตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Autonomy of will) ซึ่งย่อมาหมายความว่าศาลจะต้องนำเอากฎหมายต่างประเทศมาเปรียบเทียบพิจารณากับเนื้อหาของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนที่กล่าวมาแล้วใน 2 ประเภข้างต้น ว่าสอดคล้องกันหรือไม่ กล่าวคือ หากพิจารณาแล้วเห็นว่าการนำเอากฎหมายต่างประเทศที่คู่กรณีเลือกเพื่อใช้บังคับกับสัญญาแล้วจะเป็นการขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนประเภทเด็ดขาด ที่มุ่งป้องกันผลประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนหรือมุ่งป้องกันศีลธรรม ศาลก็จะไม่บังคับใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นให้ ซึ่งผู้เป็นฝ่ายในกรณีก็จำต้องปฏิบัติตาม จะปฏิเสธหรือหลีกเลี่ยงไม่ได้ อย่างไรก็ตาม ก็มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนประเภทไม่เด็ดขาด เช่น ในเรื่องความสามารถของผู้เยาว์ การบรรลุนิติภาวะ ฯลฯ อันเป็นกฎหมายที่แม้จะบัญญัติหลักเกณฑ์ใช้บังคับแก่เอกชนทุกคนที่มีลักษณะเช่นที่ได้กล่าวไว้ก็ตาม แต่ก็มุ่งป้องกันบุคคลบางประเภทเท่านั้นหาไม่ผลกระทบบถึงประโยชน์ส่วนรวมหรือส่วนได้เสียทั่วไปโดยตรงไม่ ดังนั้น หากว่ากฎหมายต่างประเทศในเรื่องนี้ไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่ศาลพิจารณาคดีตั้งอยู่ ศาลก็ย่อมยอมรับบังคับกฎหมายต่างประเทศประเภทนี้ได้

ในส่วนที่เกี่ยวกับศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น อาจเป็นไปได้ว่าการใช้กฎหมายต่างประเทศในขณะหนึ่งไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศ แต่ต่อมาความคิดในทางศีลธรรมได้สูงขึ้น การใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นก็อาจเป็นการขัดต่อ

⁶ ชุมพร ปัจจุสานนท์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5, หน้า 480

ศีลธรรมของประเทศก็ได้ ฉะนั้น การที่จะทราบว่าการใช้กฎหมายต่างประเทศเป็นการขัดต่อศีลธรรมของประชาชนของประเทศตนหรือไม่ ย่อมแล้วแต่ความเห็นชอบของประชาชนทั่ว ๆ ไป ทั้งนี้ โดยการพิจารณาว่า ถ้าหากนำกฎหมายต่างประเทศนั้นมาใช้บังคับในประเทศตนแล้ว ประชาชนของประเทศตนจะรู้สึกว่าเป็นการขัดศีลธรรมหรือไม่

โดยสรุป “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” จึงหมายถึงประโยชน์โดยทั่วไปของประชาชาติและสังคม ส่วน “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” หมายถึง ทศนะโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี หากจะพิจารณาอย่างต้งแท้แล้วจะเห็นได้ว่า ถ้อยคำทั้งสองโดยทั่วไปมีแต่ขอบเขตแห่งความหมายที่สอดคล้องกัน และในทางทฤษฎีก็ไม่แตกต่างกันมากนัก เพราะว่าการยึดถือปฏิบัติตามศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมสอดคล้องกับประโยชน์ทั่วไปของประชาชาติและสังคม ส่วนการดำรงรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของประชาชนย่อมจะไม่ขัดแย้งต่อทศนะโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม เช่น การทำสัญญายินยอมให้คู่สมรสมีชู้ ถ้าจะพิจารณาโดยผิวเผินจะเห็นว่าขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่ถ้าจะพิจารณาโดยเคร่งครัดก็ไม่อาจปฏิเสธว่าย่อมเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ ถ้อยคำทั้งสองจึงยากที่จะแบ่งแยกความหมายและขอบเขตได้โดยเคร่งครัด กฎหมายแพ่งของบางประเทศจึงได้นำเอาแนวความคิดของความสงบเรียบร้อยของประชาชนรวมไว้กับศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 150, 151 และมาตรา 188 * เป็นต้น อย่างไรก็ดี ถ้าจะพิจารณาจากความมุ่งหมายในแง่ของการใช้ถ้อยคำจะเห็นว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” มีเหตุผลในทางเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของประชาชาติและสังคม ส่วน “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” มีเหตุเกี่ยวกับทศนะของจริยธรรมของประชาชาติ

* มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

มาตรา 151 บัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ”

มาตรา 188 บัญญัติว่า “นิติกรรมใดมีเงื่อนไขอันไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะ”

อย่างไรก็ดี เนื่องจากแนวความคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมักจะแปรเปลี่ยนไปตามยุคสมัยและแตกต่างกันไปบ้างในแต่ละประเทศ นอกจากนี้ยังอาจมีทั้งที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงและที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ด้วย ด้วยเหตุนี้ การที่จะให้คำจำกัดความหรือจำแนกหรือกำหนดกฎเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวโดยทั่วไปว่าสิ่งใดขัดหรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมไม่อาจกระทำได้โดยถูกต้อง ฉะนั้น กฎหมายแห่งของนานาประเทศจึงมักกำหนดหลักว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในลักษณะที่ยืดหยุ่น และมอบให้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะใช้ดุลพินิจว่าการใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่เป็นกรณี ๆ ไป ผู้เขียนจึงเห็นว่า การที่จะวินิจฉัยว่าการใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่นั้น เพื่อให้เหมาะสมแก่การดำเนินชีวิตในสังคมแห่งยุค ศาลสมควรจะได้ศึกษาจากแนวคำพิพากษาศาลสูงในอดีตประกอบกับการรับฟังความคิดเห็นของนักวิชาการและบุคคลทั่วไป ตลอดจนให้ความสนใจศึกษาและสังเกตการณ์ในเรื่องระบบสังคมที่กำลังเปลี่ยนแปลงด้วย ดังที่ Wormser นักนิติศาสตร์ชาวอเมริกันได้กล่าวว่า “ทัศนะเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมจะแปรเปลี่ยนไปตามความเปลี่ยนแปลงของสถานะทางสังคมและเศรษฐกิจ รวมทั้งทัศนะของมหาชนที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น ผู้พิพากษาในระบบกฎหมายอังกฤษจึงจำเป็นต้องให้ความสนใจอย่างสม่ำเสมอ เพื่อยึดถือเป็นแนวทางในการพิพากษาคดี”⁷

2. ความเกี่ยวพันระหว่างหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนกับหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

เป็นที่ทราบกันดีแล้วว่านิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างชาติเข้ามาแทรกซ้อน เช่น อาจโดยภูมิลำเนาหรือสัญชาติของคู่กรณี หรือเนื่องจากสถานที่ตั้งของทรัพย์สิน ฯลฯ ย่อมต้องมีความเกี่ยวพันกับกฎหมายต่างประเทศหลายประเทศ หลายระบบ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายที่อาจอยู่ในขอบข่ายพิจารณาได้นั้น อาจเป็นกฎหมายของประเทศหนึ่งประเทศใดที่คู่กรณีมีความ

⁷ อุทกษ มงคลนาวิน “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” บทบัญญัติ เล่มที่ 32 ตอน 1 (2518), หน้า 16

เกี่ยวพันในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง หรือที่เราเรียกกรณีนี้เป็นปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย ฉะนั้น เพื่อที่จะมีทางระงับปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องการขัดแห่งกฎหมาย จึงจำเป็นต้องเลือกใช้กฎหมายใดกฎหมายหนึ่ง แต่กฎหมายที่จะต้องใช้ใช้นั้นเราจะเลือกเอาตามชอบใจไม่ได้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการพิจารณาในการเลือกใช้กฎหมายให้แน่นอน และหลักการที่ว่านี้ก็จะต้องกำหนดโดยกฎหมายซึ่งวางกฎเกณฑ์ไว้ชัดเจน สำหรับการเลือกใช้กฎหมายของประเทศที่เหมาะสมในกรณีที่มีความสัมพันธ์ส่วนบุคคลมีลักษณะต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งหมายถึงกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนั่นเอง แต่เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนี้ เป็นกฎหมายภายใน อันเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ซึ่งมีความมุ่งหมายให้ใช้ในเรื่องความสัมพันธ์ส่วนบุคคลระหว่างประเทศที่มีลักษณะต่างประเทศ หรือลักษณะต่างดาวเข้ามาถือเป็นอยู่ในความสัมพันธ์นั้น ๆ กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย จึงมีสภาพคล้าย ๆ กันเป็นเครื่องชี้บอกให้ทราบว่าในเรื่องนั้น ๆ จะต้องใช้กฎหมายของประเทศใด ซึ่งย่อมต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศที่อาจแตกต่างกันได้ในประเทศหนึ่งกับอีกประเทศหนึ่ง

ดังนั้น เมื่อมีปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายเกิดขึ้น มาสู่ศาลในกรณีใดต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ศาลสังกัดอยู่ และในกรณีใดที่จะต้องเป็นไปตามกฎหมายต่างประเทศ จึงต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเบื้องต้นก่อนว่า ได้กำหนดให้ศาลนำกฎหมายของประเทศใดมาใช้กับนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างชาติ หลังจากนั้น ศาลจึงจะสามารถนำเอากฎหมายสารบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ มาใช้บังคับกับข้อเท็จจริงในคดีได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ในเบื้องต้นศาลจะต้องพิจารณาวานิติสัมพันธ์เช่นนั้นเป็นเรื่องอะไรในทางแพ่งและพาณิชย์ เช่น เป็นละเมิด หรือสัญญา เป็นต้น หลังจากนั้น ศาลก็จะดูหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตามประเภทของนิติสัมพันธ์นั้น ๆ ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว หลักเกณฑ์ดังกล่าวมักจะให้อำนาจแก่กฎหมายที่มีจุดเกาะเกี่ยวใกล้ชิดที่สุดกับนิติสัมพันธ์นั้น เป็นเกณฑ์ในการหากฎหมายที่จะมาใช้กับนิติสัมพันธ์ เช่น ในเรื่องของสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศในปัจจุบันมักถือเอาเจตนารมณ์ของคู่สัญญาเป็นสำคัญในการกำหนดนิติสัมพันธ์ของเขาควรอยู่กฎหมายใด กล่าวอีกนัยหนึ่ง คู่กรณีสามารถเลือกกฎหมายที่ตนเห็นว่าเหมาะสมกับนิติสัมพันธ์ของเขา แต่การที่คู่กรณีเลือกกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง มิได้หมายความว่าศาลจะต้องนำเอากฎหมายของประเทศนั้นมาใช้บังคับกับสัญญาเสมอ หากแต่เป็นเพราะหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายได้บัญญัติอนุญาตให้ศาลสามารถนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับกับสัญญาต่างหาก ในขณะที่เดียวกัน ก็มีได้หมายความว่า ศาลจะต้องนำเอากฎหมายต่างประเทศมา

ใช้บังคับโดยไม่มีข้อจำกัดแต่อย่างใดไม่ กล่าวคือ ศาลที่พิจารณาคดีอาจปฏิเสธไม่ใช้กฎหมายต่างประเทศได้ ถ้ามีเหตุผลประการใดประการหนึ่งต่อไปนี้

ประการแรก ถ้ากฎหมายต่างประเทศที่จะใช้บังคับนั้นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเพียงเฉพาะภายในอาณาเขตดินแดนต่างประเทศ เช่น กฎหมายอาญา กฎหมายภาษีอากร เป็นต้น ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนที่อยู่ในสาขากฎหมายมหาชน อันมีลักษณะเด็ดขาด จึงต้องใช้บังคับกับเอกชนภายใน โดยอาศัยหลักดินแดนเท่านั้น กฎหมายดังกล่าวจึงไม่มีผลบังคับนอกอาณาเขตของรัฐ และโดยหลักที่ว่ารัฐทุกรัฐย่อมเป็นรัฐอธิปไตยที่เท่าเทียมกัน และเสมอภาคกัน ดังนั้นรัฐอื่นจึงไม่ยอมรับบังคับกฎหมายอาญาหรือกฎหมายภาษี หรือกฎหมายมหาชนอื่นของรัฐหนึ่ง ในเขตอำนาจศาลของตน เพราะการกระทำเช่นนั้นย่อมเท่ากับเป็นการยอมรับอำนาจของรัฐอื่นภายในดินแดนของตนเอง ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวในรายละเอียดต่อไปในบทที่ 5 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ประการที่สอง ถ้าการบังคับตามกฎหมายต่างประเทศจะมีผลขัดต่อหลักหรือแนวความคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนของศาลที่พิจารณาคดีตั้งอยู่ ศาลย่อมไม่บังคับใช้กฎหมายต่างประเทศในเขตอำนาจศาลของตน เช่น คำพิพากฎีกาของไทยที่ 1583/2511 วินิจฉัยว่า การที่คู่สัญญารับขนของทางทะเลตกลงกันให้ใช้กฎหมายเดนมาร์กแก่ข้อพิพาทในคดีนี้ ย่อมใช้ได้เพียงไม่ขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย แต่กฎหมายเรื่องอายุความเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประเทศไทย ฉะนั้น ข้อตกลงหรือเงื่อนไขในใบตราส่งที่จะให้มีผลถึงการให้ใช้กฎหมายเรื่องอายุความของกฎหมายเดนมาร์กมาบังคับแก่ข้อพิพาทในคดีนี้จึงใช้บังคับไม่ได้ เป็นต้น

ข้อจำกัดตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องของการเลี่ยงกฎหมาย

เราไม่อาจปฏิเสธได้ว่า ความพยายามที่จะบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายให้ลุล่วงเหมือนกันทั้งหมด หาเป็นผลสำเร็จไม่ ทั้งนี้เพราะรัฐแต่ละรัฐย่อมต้องคำนึงถึงประโยชน์ของตนเป็นที่ตั้ง โดยที่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศยังมีความขัดแย้งกันและกันอยู่ จึงอาจเป็นช่องทางให้บุคคลที่ไม่พอใจกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศหนึ่ง หรือที่ไม่สามารถจะกระทำการอย่างใดในประเทศหนึ่งเพราะมีกฎหมาย

ห้าม ทาทางเลียงกฎหมายนั้น เช่น กฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายบัญญัติให้ใช้กฎหมาย สัญชาติ บุคคลก็แปลงสัญชาติเสียเพื่อไม่ต้องอยู่ได้บังคับกฎหมายสัญชาติเดิม หรือถ้ากฎหมายว่า ด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของประเทศให้ใช้กฎหมายภูมิลาเนา บุคคลที่ไม่พอใจกฎหมายภูมิ ลานาก็ย้ายภูมิลาเนาเสีย เพื่อจะได้อยู่ได้บังคับกฎหมายภูมิลาเนาใหม่ เป็นต้น

1. ลักษณะของกฎหมายที่คู่กรณีแสดงเจตนาเลียง

หลักเกณฑ์ในการเลียงกฎหมายนี้มีว่ากรณีการเลียงกฎหมายทุก ๆ กรณีที่มีผลใน ทางกฎหมาย จะต้องปรากฏต่อไปว่าเป็นการเลียงกฎหมายที่สำคัญ ทั้งนี้ เพราะเหตุว่าบางกรณี กฎหมายก็ไม่คำนึงว่าการนั้น ๆ จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายใด เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการ จัดกันแห่งกฎหมายของไทย มาตรา 13 เปิดโอกาสให้คู่กรณีตกลงกันเรื่องการเลือกกฎหมายใช้ บังคับในสาระสำคัญและผลของสัญญาได้ ถ้าคู่สัญญาไม่พอใจผูกพันตามกฎหมายไทยจะเลียงไป ผูกพันกันตามกฎหมายอื่นก็ย่อมกระทำได้ และผลของการเลียงไม่ใช้กฎหมายไทยดังในกรณีเช่นนี้ ถือเป็นการเลียงกฎหมายที่ไม่สำคัญ อันเป็นกรณีที่กฎหมายไม่เอาใจใส่และไม่เกิดผลในทาง กฎหมายแต่อย่างใด คือศาลย่อมบังคับใช้กฎหมายที่คู่สัญญาตกลงเลือกกันไว้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า การ ที่มาตรา 13 บัญญัติอนุญาตให้คู่สัญญามีสิทธิแสดงเจตนากำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญา ได้ เท่ากับเป็นการยอมรับว่าคู่สัญญาอาจใช้สิทธิดังกล่าวโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการเลียงกฎหมาย ได้โดยการที่คู่สัญญาพร้อมกันกำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศที่ถือว่าสัญญานั้นสมบูรณ์ทั้งที่ สัญญานั้นอาจไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น เป็นต้น

เมื่อการเลียงกฎหมายมี 2 ประการ คือ การเลียงกฎหมายที่สำคัญ และการเลียง กฎหมายที่ไม่สำคัญ ปัญหาจึงมีว่าจะทราบได้อย่างไรว่าการเลียงกฎหมายนั้นสำคัญหรือไม่ คำตอบ ปัญหานี้ก็คือ เมื่อปรากฏว่าคู่กรณีฝ่ายเดียวหรือทั้งสองฝ่ายแสดงเจตนาหลีกเลี่ยงกฎหมายเช่นนี้ แล้ว เราต้องดูจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายว่าถ้าไม่หลีกเลี่ยงกฎหมาย (เช่น โดยการแปลงสัญชาติ หรือการเปลี่ยนภูมิลาเนา) แล้ว ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่ง กฎหมายได้บัญญัติว่า เรื่องนั้นให้ใช้กฎหมายอะไร (ใช้กฎหมายต่างประเทศใดบังคับ) ต่อจากนั้น จึงดูว่าการที่หลีกเลี่ยงไปใช้กฎหมายอื่นนั้น เป็นการกระทบกระเทือนถึงจุดประสงค์ของกฎหมาย นั้น ในทางสังคมหรือเศรษฐกิจหรือไม่ ตัวอย่างเช่น คู่สัญญาไม่ยอมทำสัญญาตามแบบที่ กฎหมายไทยกำหนดเพราะต้องเสียค่าธรรมเนียมแพงจึงหลีกเลี่ยงไปทำสัญญาในประเทศมาเลเซีย ตามกฎหมายมาเลเซียก็ย่อมกระทำได้ เพราะการหลีกเลี่ยงกฎหมายไทยเช่นนี้ไม่กระทบกระเทือน

จุดประสงค์ของกฎหมายในทางสังคมหรือในทางเศรษฐกิจแต่อย่างใด และเมื่อเทียบเคียงถึงบทบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งบัญญัติไว้เป็นกลาง ๆ ว่า ถ้าทำนิติกรรมถูกต้องตามแบบแห่งกฎหมายของประเทศที่นิติกรรมนั้นได้ทำขึ้นแล้วย่อมเป็นที่ยอมรับกันได้ และเมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการบังคับใช้ประมวลรัษฎากรในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการทำนิติกรรมบางอย่าง แม้จะเป็นจุดประสงค์ในทางเศรษฐกิจก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าให้รวมถึงการจัดเก็บจากการกระทำนอกราชอาณาจักรด้วย หากเฉพาะนิติกรรมที่ทำในประเทศเท่านั้น ฉะนั้นการที่คู่สัญญาเลี่ยงกฎหมายไทยไปทำสัญญาในประเทศอื่น จึงไม่ใช่การเลี่ยงกฎหมายที่สำคัญ

การเลี่ยงกฎหมายที่สำคัญจึงได้แก่ การหลีกเลี่ยงแบบนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือหลีกเลี่ยงจุดประสงค์ของกฎหมายในทางสังคมหรือเศรษฐกิจ⁸ ส่วนปัญหาที่ว่า เมื่อใดจึงจะถือว่าเป็นการเลี่ยงจุดประสงค์ในทางสังคมหรือทางเศรษฐกิจของกฎหมายที่ถูกหลีกเลี่ยงนั้น ให้เทียบเคียงได้กับเรื่องการใช้กฎหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน⁹ และจะต้องพิจารณากรณีที่เกิดขึ้นเป็นกรณีๆ ไป โดยอาศัยมติของมหาชนเป็นเกณฑ์ และอาจแตกต่างกันตามแต่ละสมัย

2. ความเกี่ยวพันระหว่างการเลี่ยงกฎหมายกับหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

⁸ กมล สุนธิเกษตริน, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ, 2535, หน้า 253

⁹ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กฎหมายสัญชาติ พร้อมด้วย พ.ร.บ. สัญชาติ พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527, หน้า 83



เมื่อปรากฏว่าเป็นการเลือกกฎหมายที่สำคัญแล้ว ปัญหาว่าศาลหรือเจ้าพนักงานจะวินิจฉัยอย่างไร หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายได้บัญญัติว่าเรื่องนั้นให้ใช้กฎหมายต่างประเทศใดบังคับแล้ว แต่คู่กรณีกลับทำการหลีกเลี่ยง ทำให้ต้องใช้กฎหมายอื่นบังคับแก่คู่กรณี และเป็นการกระทบกระเทือนถึงจุดประสงค์ของการบัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันในทางสังคมหรือเศรษฐกิจ อันถือเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายที่สำคัญแล้ว ผลอันเกิดจากการกระทำดังกล่าวนั้นย่อมไม่เป็นที่ยอมรับกันได้

กล่าวโดยสรุป เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงแก่ศาลว่า การกระทำนั้นเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายที่สำคัญแล้ว ศาลไทยจะต้องดูต่อไปว่ากฎหมายที่ถูกหลีกเลี่ยงนั้นคือ กฎหมายไทยหรือกฎหมายต่างประเทศด้วย กล่าวคือ ถ้ากฎหมายที่ถูกเลี่ยงนั้นเป็นกฎหมายไทย ศาลไทยจะใช้กฎหมายภายในของประเทศบังคับแก่กรณีทันที แต่ถ้ากฎหมายที่หลีกเลี่ยงเป็นกฎหมายต่างประเทศ ศาลไทยหรือเจ้าพนักงานไทยจะไม่คำนึงถึงการหลีกเลี่ยงกฎหมายนั้นเลย

อย่างไรก็ดี หลักทั่วไปที่กล่าวมานี้มีข้อยกเว้นอยู่ 2 ประการ ซึ่งศาลไทยจะต้องคำนึงถึงการหลีกเลี่ยงกฎหมายต่างประเทศ คือ ประการแรก ในกรณีที่คู่กรณีหลีกเลี่ยงไปใช้กฎหมายอื่น แต่ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ศาลหรือเจ้าพนักงานไทยจะต้องใช้กฎหมายที่ถูกหลีกเลี่ยงอยู่แล้ว ก็ให้ใช้กฎหมายตามที่หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกำหนดไว้ดังเดิม ประการที่สอง ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศให้เป็นไปตามที่คู่กรณีเลี่ยงนั้นแล้ว จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนของไทย ศาลไทยจะต้องไม่ใช้กฎหมายต่างประเทศนั้น และใช้กฎหมายไทยมาบังคับแก่คู่กรณีทันที

และจากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ผู้เขียนพบว่ามีอยู่เพียง 2 คดีเท่านั้นที่ศาลตัดสินไม่ใช้กฎหมายที่คู่กรณีแสดงเจตนาเลือกโดยเหตุผลว่า ได้มีการเลือกกฎหมายคือคดี Golden Acres Ltd. V. Queensland Estates Ltd.(1996) และคดี Queensland Estates Ltd. V. Collas(1971)¹⁰

¹⁰ North Peter. Private International law Problems in Common law Jurisdictions.

ดังตัวอย่างข้อเท็จจริงโดยย่อในคดี *Golden Acres Ltd. V. Queensland Estates Pty. Ltd.* (1969) ว่า

โจทก์เป็นบริษัทในฮ่องกง ประกอบธุรกิจกับผู้ซื้อที่จะซื้อที่ดินใน Queensland ได้ทำสัญญากับจำเลย ซึ่งเป็นตัวแทนเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์แต่เพียงผู้เดียว ในการขายที่ดินใน Queensland โดยสัญญาได้กำหนดเงื่อนไขข้อหนึ่งว่า “ให้ถือว่าสัญญาได้ทำขึ้นในอาณาเขตฮ่องกง” ปรากฏว่า ข้อเรียกร้อง ค่าตอบแทน (Commission) ในการเป็นนายหน้าตามสัญญาของโจทก์ขัดต่อหลักกฎหมายของ Queensland เกี่ยวกับการควบคุมการเป็นตัวแทนค้าอสังหาริมทรัพย์ (ข้อสังเกตประการหนึ่งคือ โจทก์จะแพ้คดีหากนำกฎหมาย Queensland มาใช้บังคับกับสัญญา แต่จะชนะคดีหากอยู่ภายใต้กฎหมายฮ่องกง) เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า แม้คู่สัญญาจะได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายฮ่องกงไว้อย่างชัดเจนแล้วก็ตาม แต่ก็เป็นที่เห็นได้ว่าการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายบังคับกับสัญญานั้น เป็นการกระทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะเลี่ยงผลของการไม่ชอบด้วยกฎหมายของ Queensland จึงตัดสินให้การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายฮ่องกงดังกล่าว เป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy) ของประเทศ Queensland จึงให้นำกฎหมาย Queensland มาใช้บังคับกับสัญญาต่อไป

ในเรื่องนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่คู่กรณีแสดงเจตนาเลือกกฎหมายฮ่องกงนั้น ไม่เพียงแต่เป็นการเลี่ยงกฎหมายที่มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดที่สุดกับสัญญา หรือเป็นการเลี่ยงกฎหมายสำคัญของประเทศ Queensland อันหมายถึง กฎหมายที่ควรนำมาใช้บังคับกับสัญญา (The Proper law of the Contract) เท่านั้น หากเป็นการเลี่ยงกฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สิน (ที่ดิน) นั้นตั้งอยู่ด้วย

ขอบเขตการบังคับใช้ หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเกี่ยวกับเรื่องความสามารถของคู่สัญญา

ในส่วนนี้ผู้อ่านอาจสงสัยได้ว่าเหตุใด ผู้เขียนจึงไม่ใช่คำว่า “ข้อจำกัด” ของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเกี่ยวกับเรื่องความสามารถของคู่สัญญา และเรื่องแบบของสัญญา (ซึ่งจะกล่าวต่อไป) แต่กลับใช้คำว่า “ขอบเขตการบังคับใช้” หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเกี่ยวกับเรื่องความสามารถของคู่สัญญาและเรื่องแบบของสัญญา เหตุผลก็เพราะการพิจารณาเรื่องขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศนี่จะเป็นคนละเรื่องกับ “ข้อจำกัด” การใช้กฎหมายต่างประเทศดังที่กล่าวมาข้างต้น โดยในเรื่องข้อจำกัดนั้นเป็นเรื่องที่ศาลปฏิเสธไม่นำเอากฎหมายต่างประเทศ

มาใช้บังคับในเขตอำนาจศาลของตน หากจะเป็นการขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเป็นการเลียงกฎหมายที่สำคัญของประเทศตน

ส่วนกรณีการพิจารณาเรื่อง “ขอบเขตการบังคับใช้” กฎหมายต่างประเทศกับเรื่องความสามารถของคู่สัญญาและแบบของสัญญา จะเป็นเรื่องของกรยอมรับบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศ แต่ให้ใช้ภายในขอบเขตที่จำกัด ฉะนั้น จึงเป็นเรื่องที่ศาลวางขอบเขตในการบังคับตามสัญญา กล่าวคือ เป็นการรับรองสิทธิของคู่สัญญาที่เกิดขึ้นตามกฎหมายอื่น (กฎหมายต่างประเทศ) แต่การยอมรับและบังคับให้ตามสิทธิของคู่สัญญานั้น มีขอบเขตของการบังคับใช้ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการแบ่งบทการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ในบทที่ 4 นี้ ก็เพื่อมุ่งประสงค์ให้ผู้อ่านเห็นว่า ในเรื่องของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกใช้กฎหมายบังคับกับสัญญานั้น ไม่สามารถใช้ได้กับทุกส่วนประกอบของสัญญา หากแต่ใช้ได้เฉพาะส่วนที่เป็นสาระสำคัญและผลของสัญญา และภายใต้ขอบเขตข้อจำกัดของหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเท่านั้น ซึ่งเมื่อเรื่องความสามารถของคู่สัญญาและแบบของสัญญา ก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของกลไกว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเช่นกัน ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงได้นำเสนอขอบเขตการบังคับใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเกี่ยวกับเรื่องความสามารถของคู่สัญญา และกับเรื่องแบบของสัญญาไว้ในบทนี้ตามลำดับ ดังนี้

ปัญหาว่า กฎหมายใดจะเป็นตัวกำหนดความสามารถของคู่สัญญาในการทำสัญญาทางการค้า ได้ถูกนำมาพิจารณาเป็นอย่างมาก เพราะแม้ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายจะได้กำหนดให้ความสามารถของคู่สัญญาในการทำสัญญาทางการค้า ให้เป็นไปตามกฎหมายส่วนบุคคล (Personal law) แล้วก็ตาม ก็เชื่อว่าปัญหาจะหมดไป ทั้งนี้เพราะกฎหมายส่วนบุคคลย่อมอาจหมายถึง กฎหมายภูมิลำเนา (law of domicile) หรือ กฎหมายสัญชาติ (national law) ก็ได้ กล่าวคือ ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ Civil law เช่น สวีเดน เบลเยียม ฟินแลนด์ เชกโกสโลวาเกีย ฝรั่งเศส กรีซ ฮังการี อิตาลี ญี่ปุ่น เนเธอร์แลนด์ โปแลนด์ โปรตุเกส สเปน สวิตเซอร์แลนด์ เยอรมันตะวันตกและเยอรมันตะวันออก รวมทั้งประเทศไทย ฯลฯ กฎหมายส่วนบุคคลหมายถึง กฎหมายสัญชาติ แต่กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ Common law และอาจรวมถึงประเทศที่ใช้ระบบ Civil law บางส่วน เช่น บางประเทศในอเมริกาใต้ เดนมาร์ก นอร์เวย์ และไอร์แลนด์ ฯลฯ กฎหมายส่วนบุคคล หมายถึง กฎหมายภูมิลำเนา ในขณะที่บางประเทศเช่นประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น จะปล่อยให้เป็นที่ของศาลในการกำหนดกฎหมายส่วนบุคคล

แต่เนื่องจากโดยสภาพทางการค้าปัจจุบัน หากจะนำหลักกฎหมายส่วนบุคคล (Personal law) มาใช้บังคับกับเรื่องความสามารถของคู่สัญญาในการทำสัญญาทางการค้าเท่านั้น ย่อมอาจเกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะต้องรับผิดชอบหรือรับความเสี่ยงภัยต่อความสามารถของคู่สัญญาในการทำสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งเอง ประกอบกับโดยจุดมุ่งหมายของการทำการค้าก็ต้องการเพียงให้คู่สัญญามีเสรีภาพในการทำนิติกรรมหรือก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายได้อิสระเป็นสำคัญ จึงเป็นเหตุให้ศาลเริ่มพิจารณาเรื่องความสามารถของคู่สัญญาในการทำสัญญาทางการค้าให้เป็นไปตามกฎหมายของสถานที่สัญญาได้ทำขึ้น (lex loci contractus) ดังตัวอย่างในคดี *Male V. Roberts*(1800)¹¹ โดยมีข้อเท็จจริงโดยย่อว่า

“จำเลยซึ่งเป็นผู้เยาว์ตามกฎหมายอังกฤษ ได้ทำสัญญากับ Cockburn ในการจัดหาสุราจำนวนหนึ่งให้ สัญญาได้ทำขึ้นที่ Edinburgh และจำเลยมิได้ชำระหนี้ให้แก่ Cockburn จึงเป็นเหตุทำให้จำเลยถูกจับกุมตัวไว้ก่อน เพื่อป้องกันการหลบหนีออกจาก Scotland ในคดีดังกล่าว โจทก์ได้เข้าช่วยเหลือจำเลย โดยการชำระหนี้แทนจำเลยให้แก่ Cockburn หลังจากนั้นทั้งโจทก์และจำเลยได้กลับไปยังประเทศอังกฤษ โจทก์จึงฟ้องเรียกเงินที่เขาได้จ่ายแทนจำเลยคืน แต่จำเลยกลับให้การต่อสู้ว่าเขาเป็นผู้เยาว์”

ในคดีดังกล่าว Lord Eldon ได้ตัดสินให้กฎหมาย Scotland ซึ่งเป็นกฎหมายของประเทศที่สัญญาได้ทำขึ้น (lex loci contractus) มีผลบังคับกับเรื่องความสามารถของคู่สัญญา โดยกล่าวว่า “เป็นที่ปรากฏจากพยานหลักฐานได้ว่ามูลเหตุแห่งคดีเกิดขึ้นที่ Scotland สัญญาจึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น”¹²

¹¹ Schmitthoff C.M. *The English Conflict of Laws*. Third Edition. London : Steven & Son Ltd. 1984., P.118.

¹² Cheshire G.C. *Private International law* Seventh Edition. London : Butterworths. 1965, P.202.

จึงอาจกล่าวได้ว่า หากสัญญาทางการค้าได้ทำขึ้นในประเทศใดประเทศหนึ่ง กฎหมายที่ใช้บังคับกับเรื่องความสามารถของคู่สัญญาโดยทั่วไปคือ กฎหมายของสถานที่ที่สัญญาได้ทำขึ้น (lex loci contractus)¹³ ดังความเห็นของ Lord Green M.R. ที่ได้กล่าวไว้ในคดี *Baindail V. Baindail* (1946) ว่า

“ประเทศต่างกัน กฎหมายที่กำหนดเรื่องบุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะย่อมต่างกัน ดังนั้น เรื่องความสามารถในการทำสัญญาทางการค้าในประเทศอังกฤษจึงไม่ควรตัดสินโดยกฎหมายภูมิลำเนา แต่ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ได้ทำสัญญา (lex loci contractus)”¹⁴

อย่างไรก็ดี แม้จะเป็นที่ยอมรับในหลักเรื่องความสามารถในการทำสัญญาทางการค้าของคู่สัญญาให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่สัญญาได้ทำขึ้น (lex loci contractus) แต่ก็ยังมีความยืดหยุ่นต่อไปอีกว่า หากเป็นเรื่องของสัญญาที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์แล้ว เรื่องความสามารถของคู่สัญญาในเรื่องดังกล่าวนี้ ย่อมต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายของดินที่ทรัพย์นั้นตั้งอยู่ (lex rei sitae)

ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาจึงไม่อาจจะได้รับอนุญาตให้แสดงได้โดยอิสระในเรื่องความสามารถของคู่สัญญาในการทำสัญญาทางการค้า เพราะถ้าหากถือโดยปริยายให้ความสามารถของคู่สัญญาเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่สัญญาได้ทำขึ้นเป็นเด็ดขาด ย่อมอาจเป็นช่องทางให้แก่คู่สัญญาหาวิธีเลี่ยงกฎหมายที่หากนำมาใช้บังคับแล้ว

¹³ Schmitthoff C.M. *Supra* note 11, P.117.

¹⁴ Graveson, R.H. *The Conflict of laws*. Sixth Edition, London : Sweet Maxwell, 1969. P.421.

จะทำให้เขาไม่มีความสามารถทำสัญญาตามกฎหมายนั้น แล้วไปทำสัญญากันในสถานที่ที่กฎหมายของประเทศนั้นจะกำหนดให้พวกเขามีความสามารถ กล่าวคือ บุคคลคนหนึ่งไม่ควรที่จะสามารถกำหนดให้ความสามารถขึ้นอยู่กับตัวเองได้โดยชอบใจหรือจงใจ โดยการเสนอตัวเองไปยังกฎหมายซึ่งโดยข้อเท็จจริงแล้ว สัญญานั้นไม่มีความเกี่ยวพันแต่อย่างใด ดังนั้น ขอบเขตการบังคับใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายกับเรื่องความสามารถของคู่สัญญานั้น จึงควรที่จะอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศที่มีความสัมพันธ์ในสาระสำคัญของสัญญา¹⁵
ด้วย (substantially connected)

ขอบเขตการบังคับใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนากับเรื่องแบบของสัญญา

ขอบเขตของการบังคับใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนานอกจากในเรื่องความสามารถของคู่สัญญา ดังที่กล่าวแล้วข้างต้น ยังมีอีกเรื่องที่รัฐทฤษฎีต่างเห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญ จึงจำเป็นต้องเข้ามาควบคุมการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาบางประเภท โดยการกำหนดวิธีการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมขึ้นไว้เป็นพิเศษหรือที่เรียกว่าแบบของสัญญา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง เมื่อนิติกรรมเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา และสัญญาจะสมบูรณ์มีผลบังคับใช้ได้จะต้องทำถูกต้องตามแบบด้วย ผู้เขียนจึงขอแยกพิจารณาเนื้อหาของนิติกรรมเป็นประการแรกก่อน เพื่อจะได้นำไปสู่การใช้กฎหมายใดบังคับกับเรื่องแบบของสัญญาได้อย่างถูกต้อง

นิติกรรมทุกชนิดมีส่วนประกอบเพียงแยกออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนประกอบที่เป็นเนื้อหาแท้ ๆ ของนิติกรรม และส่วนประกอบที่ไม่เกี่ยวกับเนื้อหาของนิติกรรม¹⁶

¹⁵

Ibid..... P. 423, Cheshire B.C., Supra note 12, P.201. also Schmitthoff, C.M., Supra note, 11, P.112.

¹⁶

กมล สนธิเกษตริน, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8, หน้า 239

ก. ส่วนประกอบที่เป็นเนื้อหาแท้ ๆ ของนิติกรรม (element instrinsique) ซึ่งได้แก่ ส่วนที่ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการก่อให้เกิดสัญญา อันถือว่าเป็นส่วนประกอบขั้นมูลฐานของนิติกรรม เช่น ในเรื่องสัญญา ส่วนประกอบที่เป็นเนื้อหา ได้แก่ ความสามารถของคู่สัญญา การแสดงเจตนาของคู่สัญญา วัตถุประสงค์ของสัญญา เป็นต้น

ข. ส่วนประกอบที่ไม่เกี่ยวกับเนื้อหาของนิติกรรม (element extrinsique) ได้แก่ ส่วนประกอบภายนอกที่แสดงให้เห็นว่ามีนิติกรรมนั้นเกิดขึ้นแล้ว เช่น ในเรื่องของสัญญาจะพึงพิสูจน์ความเป็นอยู่ของสัญญานั้น ก็โดยที่กฎหมายกำหนดว่า สัญญาใดต้องทำเป็นหนังสือ จะต้องทำต่อหน้าเจ้าพนักงาน จะต้องจดทะเบียนหรือจะต้องประกาศโฆษณา เป็นต้น จึงเห็นได้ว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว แต่เป็นแบบหรือพิธีการเพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรมหรือสัญญา

ดังนี้ ในเรื่องแบบของสัญญา จึงหมายถึงเฉพาะส่วนประกอบชนิดที่ 2 เท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามหลัก “กฎหมายท้องถิ่นบังคับนิติกรรม” หรือ “สถานที่บังคับการกระทำ”¹⁷ (Locus regit actum) อันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปแล้วตั้งแต่สมัยกลาง (Middle age) หรือเป็นไปตามหลักทั่วไปที่ว่า “แบบของสัญญาถูกกำหนดโดยกฎหมายของสถานที่ที่สัญญาได้ทำขึ้น”¹⁸ (The form of contract is determined by the law of the place where it is made) หรือดังปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 9 วรรคแรก * ที่ว่านิติกรรมย่อมเป็น

¹⁷ หยุต แสงอุทัย, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 9, หน้า 103

¹⁸ Graveson, R.H., Supra note 14 P.450.

*

มาตรา 9 วรรคแรก บัญญัติว่า “นอกจากจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยาม ความสมบูรณ์เนื่องด้วยแบบแห่งนิติกรรมย่อมเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่นิติกรรมนั้นได้ทำขึ้น”

นิติกรรมที่สมบูรณ์ ถ้าหากได้ทำถูกต้องตามแบบแห่งกฎหมายของประเทศที่นิติกรรมนั้นได้ทำขึ้น
 อย่างไรก็ดี ก็อาจมีปัญหาที่พิจารณาต่อไปว่า ทำไมจะต้องใช้กฎหมายท้องถิ่นบังคับนิติกรรม
 (Locus regit actum) หรือที่เรียกว่า กฎหมายของสถานที่ที่สัญญาได้ทำขึ้น (Lex loci contractus)
 มาพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญาในเรื่องแบบของสัญญา หรือคู่สัญญาจะสามารถเลือกกฎหมาย
 ใด ๆ มาใช้บังคับกับเรื่องแบบของสัญญาได้หรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักกฎหมายท้องถิ่นบังคับ
 นิติกรรมมีลักษณะบังคับเด็ดขาดหรือไม่อย่างไร

สาเหตุของการใช้หลักกฎหมายท้องถิ่นบังคับกับนิติกรรม (Locus regit actum) หรือ
 กฎหมายของสถานที่ที่สัญญาได้ทำขึ้น (Lex loci contractus) กับเรื่องแบบของนิติกรรมหรือ
 สัญญานั้นก็ด้วยเหตุผลหลักสองประการ คือ เหตุผลทางทฤษฎีและเหตุผลแห่งประโยชน์ทาง
 ปฏิบัติ¹⁹

เหตุผลในทางทฤษฎี คือ แบบหรือพิธีการภายนอกต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดให้ทำ
 สำหรับนิติกรรมนั้น มีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองผู้ที่ทำนิติกรรม และบุคคลภายนอกที่จะพึงเข้ามา
 เกี่ยวข้องกับผู้เป็นฝ่ายในนิติกรรมให้พ้นจากการฉ้อฉล หรือการข่มขู่ต่าง ๆ และแบบเหล่านี้ย่อม
 แตกต่างกันออกไปตามศีลธรรม จรรยา และนิสัยพลเมืองของแต่ละประเทศ วิธีการป้องกันการ
 ทูจริตต่าง ๆ ซึ่งจำเป็นอย่างยิ่งในประเทศหนึ่ง อาจจะไม่จำเป็นสำหรับอีกประเทศหนึ่ง ฉะนั้น
 หลักประกันอันจะพึงใช้สันนิษฐานว่านิติกรรมอันใดแท้จริงสมบูรณ์หรือไม่ ก็จะต้องเป็นว่า นิติ
 กรรมนั้นได้ทำขึ้นถูกต้องตามแบบของประเทศซึ่งนิติกรรมได้กระทำขึ้น และเมื่อนิติกรรมทำถูก
 ต้องตามแบบที่กฎหมายท้องถิ่นบังคับไว้แล้ว ก็เป็นการวางใจได้ในความแท้จริงของนิติกรรมนั้น
 และผลความสมบูรณ์ของนิติกรรมนั้นย่อมเป็นที่รับรองได้ไม่ว่า ณ ที่ใด

¹⁹ กมล สนธิเกษตริน, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8, หน้า 240 และทวี ตะเวทีกุล กฎหมาย
 ระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และการเมือง พ.ศ.2478,
 หน้า 285

ส่วนเหตุผลแห่งประโยชน์ในทางปฏิบัตินั้น เราอาจพบในบางครั้งว่า การที่บุคคลในประเทศหนึ่งเข้าไปทำนิติกรรมในอีกประเทศหนึ่ง อาจเป็นการพ้นวิสัยที่จะปฏิบัติตามแบบของกฎหมายของประเทศคู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้ ทั้งนี้ เพราะเจ้าหน้าที่นั้นไม่ยอมทำให้บ้าง หรือบางครั้งก็ไม่มีเจ้าหน้าที่ที่จะทำให้ ดังเช่น กฎหมายของประเทศคู่สัญญาแต่ละฝ่าย ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้ ย่อมเป็นเหตุทำให้นิติกรรมนั้นมิขึ้นไม่ได้ อันเป็นการขัดต่อส่วนได้เสียของบุคคลต่าง ๆ ได้ และไม่มีเหตุผลที่จะเลือกปฏิบัติตามแบบของกฎหมายของประเทศหนึ่งให้ดีกว่ากฎหมายของอีกประเทศ ฉะนั้น ทางที่ดีที่สุดเพื่อประโยชน์ในด้านการค้าระหว่างประเทศ จึงควรอนุโลมตามกฎหมายท้องถิ่นบังคับนิติกรรม (*Locus regit actum*)

การบังคับใช้หลักกฎหมายท้องถิ่นบังคับนิติกรรม (*Locus regit actum*) จะมีลักษณะบังคับเด็ดขาดหรือไม่เด็ดขาดนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเรื่องที่เราจะต้องทราบในวัตถุประสงค์ในเรื่องแบบของสัญญาก่อนว่า ถ้าไม่รัฐทุกรัฐจึงยังคงสงวนเรื่องแบบหรือพิธีการในการทำนิติกรรมหรือสัญญาบางอย่างไว้ โดยไม่ปล่อยให้เป็นเรื่องเจตนารมณ์ของคู่สัญญาทั้งหมดที่จะกำหนดกฎหมายใดมาใช้บังคับกับเรื่องแบบของสัญญาได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง “วัตถุประสงค์ในเรื่องแบบของสัญญาโดยทั่วไปแล้ว ก็เพื่อต้องการใช้เป็นพยานหลักฐานในการหาข้อยุติที่ถูกต้องเกี่ยวกับการดำเนินการ ขณะเดียวกันก็อาจมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างอื่น คือ อาจจะใช้เพื่อเป็นหลักประกันของการดำเนินการว่าจะจะเป็นไปตามที่กำหนดไว้และถูกต้องครบถ้วน”²⁰

ในทัศนะของผู้เขียนจึงเห็นว่า วัตถุประสงค์ในเรื่องแบบของสัญญา สามารถแยกออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นพยานหลักฐาน (*Evidential purpose*) และวัตถุประสงค์ในทางป้องกัน (*protective purpose*) กล่าวคือ หากพิจารณาเรื่องแบบของสัญญาในฐานะพยานหลักฐาน (*Evidential form*) การกระทำนิติกรรมหรือสัญญาใด ๆ ก็จะต้องเป็นไปตาม

²⁰

Schmitthoff C.M. *Supra* note 11, P.118. by Dr. Barty in *Polarised law*. London,

1914, P.44.

กฎหมายของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีตั้งอยู่²¹ (Lex fori) เพราะถือเป็นเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาคความตามกฎหมายวิธีสบัญญัติของแต่ละประเทศไป ดังตัวอย่างเช่น สัญญาบริการ มีกำหนดระยะเวลาเกิน 1 ปี ได้ถูกทำขึ้นด้วยวาจาในประเทศฝรั่งเศส ต่อมามีการผิดสัญญากันขึ้น และได้มีการฟ้องร้องกันที่ศาลประเทศอังกฤษ ซึ่งตามกฎหมายฝรั่งเศส (Lex loci contractus) ถือว่าสัญญานี้มีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้ แต่เมื่อพิจารณาตามกฎหมายประเทศอังกฤษ (Lex fori) ถือว่าสัญญานี้เป็นโมฆะไม่มีผลใช้บังคับได้ เพราะจะต้องปฏิบัติตามแบบที่กำหนดไว้ใน Statute of Frauds 1677²² ดังนั้นจะเห็นได้ว่า เนื่องจากศาลอังกฤษได้พิจารณาเรื่องแบบในฐานะพยานหลักฐาน (Evidential purpose) จึงเป็นผลทำให้ต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีตั้งอยู่ (กฎหมายประเทศอังกฤษ) คือ สัญญานี้ไม่มีผลบังคับได้ในศาลอังกฤษ ถึงแม้ว่าจะมีผลสมบูรณ์ในศาลฝรั่งเศส หรือบางทีอาจสมบูรณ์ในศาลประเทศอื่นด้วยก็ตาม

ในทางกลับกัน หากพิจารณาวัตถุประสงค์เรื่องแบบของสัญญาในทางป้องกัน (Protective purpose) กล่าวคือ ใช้เพื่อคุ้มครองผู้ทำนิติกรรมหรือสัญญา และบุคคลภายนอกที่จะพึงเข้ามาเกี่ยวข้องกับนิติกรรมหรือสัญญาให้พ้นจากการทุจริต ฉ้อฉล หรือข่มขู่ต่าง ๆ ดังนั้น หลักประกันในเบื้องต้นอันจะพึงสันนิษฐานได้ว่านิติกรรมหรือสัญญานั้น ได้ทำถูกต้องตามกฎหมายก็คือ นิติกรรมหรือสัญญานั้นได้ทำถูกต้องตามแบบที่กฎหมายท้องถิ่นบังคับไว้ (local form) นั่นเอง ขณะเดียวกัน เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ในเรื่องแบบของสัญญาให้ลึกลงไปอีก จะเห็นว่า โดยแท้แล้วก็เพื่อประโยชน์ส่วนได้เสียของเอกชนในการทำนิติกรรมสัญญา และเพื่อก่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจนในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาและผู้เกี่ยวข้องทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อความยุติธรรมและชอบด้วยเหตุผล จึงสมควรปล่อยให้เป็นเรื่องของเอกชนที่จะแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใดใช้บังคับ (The proper law) กับเรื่องแบบของสัญญาได้ด้วย ดังตัวอย่างเช่น ในสัญญา

²¹ Morris J.H.C. *The Conflict of laws*. London : Steven & Sons Ltd. 1971, P.775.

²² Schmitthoff C.M. *Supra* note 11, P.119. ซึ่งอ้างไว้ในคดี *Lereux V. Brown* (1852) 12 C.B.80.

ทางการค้าระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ สถานที่ทำสัญญา โดยปกติแล้วมักจะ
ไม่แน่นอน นอกจากนี้ยังอาจเกิดขึ้นโดยบังเอิญ เช่น คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างเดินทางไปพักผ่อน ณ
ประเทศใดประเทศหนึ่ง บังเอิญได้พบปะและพูดคุยชอบพอกัน จึงตกลงทำสัญญาทางการค้ากัน
ขึ้น ณ ที่นั้น หรือ คู่สัญญาอยู่ต่างรัฐหรือต่างประเทศกันในขณะที่ทำสัญญากัน โดยติดต่อกันทาง
จดหมาย ไปรษณีย์ หรือสนทนาทางโทรศัพท์ ฯลฯ จึงมีปัญหาว่าสัญญาได้ทำขึ้นในประเทศใด
ระหว่าง 2 ประเทศที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้มีถิ่นที่อยู่ ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้ หลัก *Locus regit actum* จะ
เป็นอย่างไร กล่าวคือ หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้หลักกฎหมายท้องถิ่นบังคับนิติกรรม (*Locus
regit actum*) สำหรับการดำเนินการของตน คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ชอบที่จะเกิดความสงสัยในความ
สมบูรณ์ของสัญญาได้ว่าเป็นสถานที่ซึ่งสัญญาได้เกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์หรือไม่ ดังนั้น หากคู่สัญญา
จะไม่ยอมรับประโยชน์แห่งกฎหมายในเรื่องแบบของนิติกรรมตามกฎหมายท้องถิ่นที่ทำนิติกรรม
(*Locus regit actum*) โดยจะตกลงให้เป็นไปตามกฎหมายอื่น (*The proper law*) ก็ย่อมทำได้

อย่างไรก็ดี ถ้านิติกรรมหรือสัญญานั้น กฎหมายได้บังคับให้ต้องทำตามแบบที่
กฎหมายกำหนด เพื่อประโยชน์ทั่วไปของรัฐหรือเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน นิติกรรม
หรือสัญญานั้น ๆ ก็จำเป็นต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายของประเทศกำหนดอย่างเคร่งครัด เช่น แบบของ
สัญญาที่เกี่ยวกับที่ดินจะถูกกำหนดให้อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สินที่ตั้งอยู่²³
(*Lex situs*)

กล่าวโดยสรุป พบว่าไม่มีประเทศใดในโลกที่ไม่สนใจเรื่องแบบของสัญญาเลย และ
ส่วนใหญ่กฎหมายของประเทศที่สัญญาได้ทำขึ้น (*lex loci contractus*) และกฎหมายที่คู่กรณีเลือก
(*The proper law*) จะมีผลบังคับถึงความสมบูรณ์ของสัญญา (*Validity effect*) ในเรื่องแบบ
อย่างไรก็ตาม หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในเรื่องแบบ ก็เชื่อว่าจะไม่มิชอบเขตของการ
บังคับใช้อยู่เลย กล่าวคือ หากศาลพิจารณาในเรื่องแบบของสัญญาในฐานะพยานหลักฐาน อันถือ

23

Ibid.....P.121. ad. Morris J.H.C., Supra note 21, P.774

เป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินกระบวนการพิจารณาความของศาล การกระทำผิดหรือสัญญาใด ๆ ก็จำเป็นต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ศาลนั้นตั้งอยู่ (Lex fori) ซึ่งหมายความว่าผู้ทำผิดหรือสัญญาจะปฏิเสธไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่ศาลนั้นตั้งอยู่ และจะใช้สิทธิเลือกกฎหมายอื่นบังคับกับเรื่องแบบของสัญญาแทนหาได้ไม่ ในขณะเดียวกัน หากศาลพิจารณาเห็นว่าการที่รัฐกำหนดเรื่องแบบของสัญญาก็เพื่อประโยชน์ทั่วไปของรัฐ หรือ เพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น การจ้างงาน ซื่อขาย หรือ โอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ จะต้องจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงาน เป็นต้น บุคคลที่ทำผิดหรือสัญญาในเรื่องดังกล่าวนี้ ก็จะต้องทำตามแบบของกฎหมายของประเทศที่ทรัพย์ตั้งอยู่กำหนดไว้อย่างเคร่งครัด จะอ้างขอทำตามแบบของกฎหมายของประเทศอื่นซึ่งไม่ใช่ประเทศที่ทรัพย์นั้นตั้งอยู่ไม่ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ขอบเขตของการบังคับใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเลือกกำหนดบังคับกับแบบของสัญญาจะเป็นอย่างไร ให้ขึ้นอยู่กับชนิดของผิดนั้น ๆ ว่ามีกฎหมายแห่งประเทศที่ผิดหรือสัญญานั้นได้ทำขึ้นหรือที่ทรัพย์สินตั้งอยู่กำหนดไว้อย่างไร²⁴

²⁴ ประคอบ ประพันธ์เนติวุฒิ, “พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481” เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ, หน่วยที่ 14, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, พ.ศ.2528, หน้า 512