

หลักเสรีภาพในการเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศ ตาม Rome I Regulation 2008



บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)  
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)  
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2559  
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Party Autonomy in International Contract under Rome I Regulation 2008

Miss Siriluk Phaparsiri



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

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2016

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

หลักเสรีภาพในการเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่าง

ประเทศ ตาม Rome I Regulation 2008

โดย

นางสาวศิริลักษณ์ ประภาศิริ

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ ดร.ชุมพร ปัจจุสานนท์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธ์)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ศาสตราจารย์ ดร.ชุมพร ปัจจุสานนท์)

.....กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(ศาสตราจารย์ วิชัย อริยะนันท์)

ศิริลักษณ์ ประภาศิริ : หลักเสรีภาพในการเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศ ตาม Rome I Regulation 2008 (Party Autonomy in International Contract under Rome I Regulation 2008) อ.ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ศ. ดร.ชุมพร บัจจุสานนท์, 216 หน้า.

ปัญหาในการเลือกกฎหมายที่จะบังคับกับสัญญาระหว่างประเทศเป็นปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาที่มีมาเนิ่นนาน ซึ่งแต่ละรัฐก็ต่างพยายามที่จะหาทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว หากแต่การที่แต่ละรัฐแยกกันแก้ปัญหา ทำให้ระบบการแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานั้นแตกต่างกันไปไม่เป็นระบบเดียวกันดังนั้นจึงมีการออกกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ในระบบการแก้ไขปัญหาในการเลือกกฎหมายที่จะบังคับกับสัญญาระหว่างประเทศ เพื่อสร้างระบบในการแก้ไขปัญหาในการเลือกกฎหมายที่จะบังคับกับสัญญา

หลักที่ถูกนำมาใช้ในการแก้ปัญหาในการเลือกกฎหมายที่จะบังคับกับสัญญาระหว่างประเทศหรือปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาได้แก่ หลักการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้แก่สัญญาโดยคู่กรณีเป็นผู้เลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้แก่สัญญาที่ทำขึ้นหรือหลักเสรีภาพในการเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศ อันมีพื้นฐานมาจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่กรณี (Autonomy of the parties)

การใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายแม้ถูกนำมาใช้ในการแก้ปัญหาโดยองค์กรระหว่างประเทศหลายองค์กรที่เป็นการรวมกลุ่มเพื่อความร่วมมือด้านเศรษฐกิจ แต่องค์กรระหว่างประเทศที่ทำได้สำเร็จอย่างเป็นรูปธรรมคือ EU ในรูปแบบ Rome I Regulation 2008 ซึ่งได้ใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาแก้ปัญหากฎหมายขัดกันในสัญญาระหว่างประเทศ โดยวางระบบในการใช้ การแก้ปัญหา วิธีการเลือก ข้อจำกัด ขอบเขตการใช้อย่างเป็นทางการ

เมื่อหันมาพิจารณากฎหมายขัดกันของไทย พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ถูกใช้มากกว่า 70 ปีตั้งนั้นจึงมีจุดที่ล้าสมัย ไม่ชัดเจนอันควรปรับปรุงแก้ไข เพื่อให้การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายขัดกันของไทยจึงควรหาต้นแบบที่ประสบความสำเร็จมาเป็นแนวทางในการพัฒนา ผู้เขียนจึงเห็นว่า การศึกษา Rome I Regulation 2008 จะเป็นประโยชน์ในการพัฒนากฎหมายขัดกันของไทยในประเด็นสัญญาระหว่างประเทศ

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ลายมือชื่อนิสิต .....

ปีการศึกษา 2559

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

# # 5686024234 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: PARTY AUTONOMY / INTERNATIONAL CONTRACT / EXPRESS CHOICE / IMPLIED CHOICE / ABSENCE OF CHOICE / MANDATORY RULE / PUBLIC POLICY

SIRILUK PHAPARSIRI: Party Autonomy in International Contract under Rome I Regulation 2008. ADVISOR: PROF. CHUMPHORN PACHUSANOND, Ph.D., 216 pp.

The applicable law of the international contract is one of the conflict of law problem. Each state is trying to find a solution, however separately solve the problem of each state cause the un unity of the system of resolving conflicts of law regarding to the international contract.

To harmonize the conflict of law rule regarding to the international contract the principle of autonomy will of the party to choose law applicable to their contract is considered as the proper law. The party autonomy principle is widely accepted and set as conflict of law rule for the obligation arise from civil and commercial contract for many international economic cooperation organization. The Rome I Regulation 2008 of the EU is one of the most successful uniform rule.

The Rome I Regulation 2008 sets forth a set of uniform private international law rule start with material scope and the universal applicable together with the cornerstone of this regulation in Uniform Rules especially article 3 (Freedom of choice) and article 4 (absence of choice) also define the limitation of freedom of the party the exception of renvoi and the exceptional circumstance the court may refuse the applicable law.

Despite Thailand, the conflict of law rule regarding the obligation present only one article, The Conflict of Law Act B.E. 2481 which has been more than 70 years use, which almost cover all point however the development of social economic made the Thai Conflict of Law Act B.E 2481 has some defect as default of rule of the most significant connection and the uncertain of renvoi. To develop Thai Conflict of law applicable to international contract the Rome I Regulation 2008 is the best role model to consider.

Field of Study: Laws

Student's Signature .....

Academic Year: 2016

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยการให้ความช่วยเหลือแนะนำของ ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร ปัจจุบันนท์ซึ่งเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ที่ได้กรุณาที่ให้คำแนะนำข้อคิดเห็น ตรวจสอบ และแก้ไขร่างวิทยานิพนธ์มาโดยตลอด ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณไว้ ณ โอกาสนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรณ์ โสทธิพันธุ์ ที่กรุณาให้เกียรติเป็นประธาน โดยมี ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทร์หอม และศาสตราจารย์ วิชัย อารยะนนท์ที่กรุณาให้เกียรติเป็นกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ และได้กรุณาตรวจแก้ไข วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้ถูกต้องสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบคุณ คุณ รัฐฉัตร เพ็ชฌาโรและคุณ วิลาสินี หมายเจริญสิน ที่ให้คำปรึกษา แนะนำและช่วยเหลือในทุก ๆ ด้าน ตลอดจนเจ้าหน้าที่นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยทุกท่านที่ให้ความสะดวกด้านอำนวยความสะดวก และประสานงาน ในการทำ วิทยานิพนธ์ให้ผู้เขียนตลอดมาจนทำให้การจัดทำวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนครั้งนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

ผู้เขียนขอขอบคุณ ครอบครัว ประภาศิริ และครอบครัวมลิลา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บิดา มารดา ที่เป็นกำลังใจและสนับสนุนในการเรียนการศึกษาของผู้เขียน

ท้ายนี้ผู้เขียนขอน้อมรำลึกถึงอำนาจบารมีของคุณพระศรีรัตนตรัย และสิ่งศักดิ์สิทธิ์ทั้งหลายที่อยู่ในสากลโลก อันเป็นที่พึ่งให้ผู้เขียนมีสติปัญญาในการจัดทำวิทยานิพนธ์ให้สำเร็จ ลุล่วงไปด้วยดี ผู้เขียนขอให้เป็นที่เวทิตาแต่บิดา มารดา และครอบครัวของผู้เขียน ตลอดจน ผู้เขียนหนังสือ และบทความต่าง ๆ ที่ให้ความรู้แก่ผู้เขียนจนสามารถให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ ด้วยดี

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 .....	12
บทนำ.....	12
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	12
1.2 สมมติฐานของการศึกษา.....	16
1.3 ขอบเขตและวัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	16
1.4 วิธีการดำเนินการของการศึกษา.....	17
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา.....	19
บทที่ 2 .....	20
วิวัฒนาการของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา.....	20
2.1 วิวัฒนาการของแนวคิดเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา.....	20
2.1.1 ยุคก่อนมีแนวความคิดเรื่อง หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา.....	21
2.1.2 ยุคแนวความคิดเรื่อง หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา.....	23
2.2 การใช้หลัก เรื่อง ความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในสัญญาระหว่างประเทศ.....	26
2.2.1 การใช้หลัก เรื่อง ความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในสัญญาระหว่างประเทศ ภายใต้ ระบบกฎหมายแบบคอมมอน ลอว์ (common law) กรณีศึกษากฎหมาย อังกฤษ.....	26
2.2.2 การใช้หลัก เรื่อง ความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในสัญญาระหว่างประเทศ ภายใต้ ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ กรณีตัวอย่างกฎหมายฝรั่งเศส.....	31
2.3 หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในอนุสัญญาระหว่างประเทศ.....	34

2.3.1 หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาภายใต้ Brussels Convention 1968: กรณี หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในอนุสัญญาระหว่างประเทศในการเลือก ศาล.....	34
2.3.2 หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาภายใต้ The Rome Convention 1980: กรณีหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในอนุสัญญาระหว่างประเทศในการ เลือกกฎหมายบังคับใช้แก่สัญญา.....	37
2.4 พัฒนาการในการจัดทำ Rome I Regulation 2008.....	42
บทที่ 3 .....	46
หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาภายใต้ Rome I Regulation 2008.....	46
3.1 วิธีการเลือกกฎหมาย (Choice of Law).....	46
3.1.1 การเลือกกฎหมายโดยชัดแจ้ง: Explicit Choice of Law.....	48
3.1.2 การเลือกกฎหมายโดยปริยาย: Implied Choice .....	51
3.1.3 การไม่เลือกกฎหมาย Absence of choice .....	58
3.1.4 การเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เลือกไว้หลังจากการทำสัญญา.....	62
3.1.5 ส่วนของสัญญาที่สามารถเลือกกฎหมายไปบังคับ.....	64
3.1.6 การเลือกกฎหมายที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยว .....	67
3.2 ขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายตามมาตรา 12 .....	69
3.2.1 การตีความตามสัญญา .....	71
3.2.2 การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา.....	71
3.2.3 การจำกัดสิทธิทางศาล ผลของการผิดสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วน และการประเมิน ค่าเสียหายตาม.....	72
3.2.4 วิธีการการสิ้นสุดภาวะผูกพันและ กำหนดอายุความ และการจำกัดอายุความฟ้อง คดี.....	72
3.2.5 ผลของการที่สัญญาตกเป็นโมฆะ.....	73



3.3 การเลือกกฎหมายในสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะ .....	73
3.3.1 มูลเหตุที่ต้องมีการกำหนดการเลือกในสัญญาเฉพาะ .....	74
ก) กรณีสัญญา रखน ตามมาตรา 5 .....	74
ข) กรณีสัญญาผู้บริโภค ตามมาตรา 6 .....	77
ค) กรณีสัญญาประกันภัย ตามมาตรา 7 .....	79
ง) กรณีสัญญาจ้างแรงงาน ตามมาตรา 8 .....	81
3.3.2 เจื่อนใจในการเลือกกฎหมายในสัญญาเฉพาะ .....	83
ก) เจื่อนใจในการเลือกกฎหมายในสัญญา रखน .....	83
ข) เจื่อนใจในการเลือกกฎหมายในสัญญาผู้บริโภค .....	86
ค) เจื่อนใจในการเลือกกฎหมายในสัญญาประกันภัย .....	88
ง) เจื่อนใจในการเลือกกฎหมายในสัญญาจ้างแรงงาน .....	90
บทที่ 4 .....	91
กฎหมายที่นอกเหนือกฎหมายที่คู่กรณีเลือกที่ไปบังคับกับความสมบูรณ์ของสัญญา .....	91
4.1 กรณีเรื่องความสามารถของบุคคลในการทำสัญญาตามมาตรา 13 .....	92
4.2 กรณีการเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญาตามมาตรา 10 .....	94
4.3 กรณีความสมบูรณ์เรื่องแบบของสัญญาตามมาตรา 11 .....	98
ก) กรณีคู่สัญญาอยู่ในประเทศเดียวกัน .....	99
ข) กรณีคู่สัญญาอยู่คนละประเทศ .....	99
ค) กรณีเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว .....	100
ง) กรณีเป็นเรื่องของแบบในสัญญาที่เกี่ยวกับบอสังหาริมทรัพย์ .....	100
บทที่ 5 .....	101
กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และ หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน .....	101
5.1 วัตถุประสงค์ที่ให้อำนาจศาลในการพิจารณาไม่ใช้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือก .....	101

5.2 ความหมายของกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (Mandatory rule) .....	103
5.2.1 กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยตามมาตรา 3 (3) และมาตรา 3 (4) .....	105
5.2.2 กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยตามมาตรา 6 (2) และมาตรา 8 (1) .....	109
5.2.3 กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยตามมาตรา 9 .....	112
5.2.3.1 กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของรัฐที่เป็นที่ตั้งของศาลที่ พิจารณาคดี ตามมาตรา 9 (2) .....	113
5.2.3.2 กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของรัฐที่เป็นสถานที่ปฏิบัติตาม สัญญา ตามมาตรา 9 (3).....	114
5.2.4 ผลของการใช้บังคับกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์ ในการแสดงเจตนา .....	115
5.3 หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy) ตามมาตรา 21 .....	116
5.3.1 ความหมายของหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน.....	116
5.3.1.1. ความหมายของหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน.....	117
5.3.1.2 รัฐที่ศาลนำมาพิจารณาว่าการนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับเป็น การขัดต่อหลักความสงบของประชาชน.....	118
5.3.2 ผลของการใช้บังคับหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์ ในการแสดงเจตนา .....	119
บทที่ 6 .....	121
ข้อวิจารณ์การเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศภายใต้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกัน แห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 .....	121
6.1 ปัญหาการเลือกกฎหมาย .....	122
6.1.1 การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายโดยชัดแจ้ง .....	123
6.1.2 การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายโดยปริยาย .....	125
6.1.3 เสรีภาพในการเลือกกฎหมาย.....	127

ก) การเลือกกฎหมายโดยไม่มีจุดเกาะเกี่ยว.....	127
ข) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เลือกภายหลังสัญญาเกิด .....	128
ง) การแยกส่วนของสัญญา (depacage) .....	130
6.2 ปัญหากรณีการไม่เลือกกฎหมาย .....	132
6.3 ปัญหากรณีการไม่แบ่งประเภทของสัญญา.....	135
6.4 ปัญหาขอบเขตการบังคับใช้.....	136
6.5 ปัญหาการพิจารณาความสมบูรณ์ในเรื่องแบบของสัญญา.....	138
6.6 ปัญหาว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและหลักว่าด้วยความสงบเรียบร้อย.....	139
บทที่ 7 .....	141
บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	141
7.1 บทสรุป .....	141
7.2 ข้อเสนอแนะ .....	149
รายการอ้างอิง .....	157
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ .....	216

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัญหาในการเลือกกฎหมายที่จะบังคับกับสัญญาระหว่างประเทศเป็นปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาที่มีมาเนิ่นนาน ซึ่งแต่ละรัฐก็ต่างพยายามที่จะหาทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว หากแต่การที่แต่ละรัฐแยกกันแก้ปัญหา ทำให้ระบบการแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานั้นแตกต่างกันไปไม่เป็นระบบเดียวกัน

ต่อมาเมื่อเกิดการรวมกลุ่มของรัฐต่างๆที่อยู่ในภูมิภาคเดียวกันเพื่อประโยชน์ต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจ การที่กฎหมายที่มีขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาในการเลือกกฎหมายที่จะบังคับกับสัญญาระหว่างประเทศของแต่ละรัฐที่ไม่เป็นระบบเดียวกันจึงเป็นอุปสรรคสำคัญในการที่จะส่งเสริมการพัฒนาเศรษฐกิจของรัฐต่างๆที่เข้ามารวมกลุ่มนั้น

ดังนั้นจึงมีการออกกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ในระบบการแก้ไขปัญหาในการเลือกกฎหมายที่จะบังคับกับสัญญาระหว่างประเทศ เพื่อสร้างระบบในการแก้ไขปัญหาในการเลือกกฎหมายที่จะบังคับกับสัญญาระหว่างประเทศให้เป็นระบบเดียวกันขึ้น

หลักที่ถูกลำมาใช้ในการแก้ปัญหาในการเลือกกฎหมายที่จะบังคับกับสัญญาระหว่างประเทศหรือปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาได้แก่ หลักการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้แก่สัญญาโดยคู่กรณีเป็นผู้เลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้แก่สัญญาที่ทำขึ้นหรือหลักเสรีภาพในการเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศ อันมีพื้นฐานมาจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่กรณี (Autonomy of the parties)

ผู้เขียนจึงจำเป็นต้องทำความเข้าใจว่า สัญญาระหว่างประเทศคืออะไรและหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่กรณีในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับแก่สัญญาระหว่างประเทศหรือหลักเสรีภาพในการเลือกกฎหมายคืออะไร

สัญญาระหว่างประเทศคือ สัญญาที่มีองค์ประกอบต่างชาติ (International element)<sup>1</sup> ซึ่งหมายถึงสัญญาที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับกฎหมายภายในของหลายประเทศ ดังนั้น กฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาประเภทนี้ไม่จำเป็นต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศเดียว แต่อาจอยู่ภายใต้กฎหมายของหลายประเทศที่เกี่ยวข้องก็ได้ ซึ่งนำมาสู่ปัญหาว่ากฎหมายใดจะเป็นกฎหมายที่เหมาะสมและนำมาใช้กับสัญญานั้นเช่นกรณีคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีสัญชาติไทย ทำสัญญาซื้อขายกันที่ประเทศญี่ปุ่น กรณีนี้มีจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องสัญชาติของคู่สัญญา ทำให้กฎหมายไทยซึ่งเป็นกฎหมายของคู่สัญญาสามารถนำมาบังคับได้ ในขณะที่เดียวกันกรณีดังกล่าวมีจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องสถานที่ที่สัญญาเกิด ทำให้กฎหมายญี่ปุ่นสามารถนำมาบังคับได้ ดังนั้นหากกรณีดังกล่าวเกิดกรณีพิพาทขึ้นมา ศาลที่จะทำการพิจารณาคดีต้องพิจารณาว่า กรณีพิพาทตามสัญญาดังกล่าวตกอยู่ในบังคับของกฎหมายใด ซึ่งศาลก็จะพิจารณาจากหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

ในการที่ศาลจะวินิจฉัยถึงการใช้อำนาจของประเทศไทยใดบังคับแก่สัญญานั้น จะต้องพิจารณาว่าข้อเท็จจริงนั้นเป็นเรื่องอะไรในทางกฎหมาย จากนั้นจึงจะวินิจฉัยได้ว่า เรื่องนั้นมีจุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับกฎหมายใดได้บ้างตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย เช่น กรณีสัญญาระหว่างประเทศ หากกรณีข้อพิพาทอันเกี่ยวด้วยสัญญาเกิดขึ้น ต้องพิจารณาว่าประเด็นในกรณีพิพาทนั้นเป็นเรื่องใด เช่น ความสมบูรณ์ของสัญญา ความเป็นผลของสัญญา หรือการผิดสัญญา

เมื่อพิจารณาได้แล้วว่ากรณีพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นเป็นเรื่องใด จากนั้นการแก้ไขข้อพิพาทศาลจึงจะอาศัย หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลซึ่งเป็นหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย เช่นศาลต้องพิจารณาถึงเรื่องสัญชาติของคู่กรณีแห่งสัญญา สถานที่สัญญาเกิด สถานที่ที่มีการปฏิบัติตามสัญญา และศาลต้องมาพิจารณาว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดมาปรับใช้กับสัญญา เช่น กฎหมายแห่งประเทศที่ศาลนั้นสังกัดอยู่ (lex fori) กฎหมายสัญชาติ กฎหมายแห่งท้องถิ่นที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ (lex rei sitae) กฎหมายภูมิลำเนา (lex domicile) กฎหมายแห่งรัฐที่ข้อเท็จจริงหรือนิติกรรมนั้นเกิด (lex loci actus) หรือกฎหมายที่คู่กรณีมีเจตนาเลือกใช้บังคับกับสัญญาตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา(Autonomy of the parties/ Party autonomy)

ในวิทยานิพนธ์นี้ผู้เขียนได้ศึกษาเรื่องการแก้ไขปัญหาในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้แก่กรณีที่เกิดในสัญญาระหว่างประเทศโดยการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา(Party autonomy) ในการตกลงกันในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญา นอกจากนี้ยังรวมถึงการศึกษาเรื่องการจำกัด(limitation)การใช้เสรีภาพที่จะเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญา

<sup>1</sup>สุภาพร เหลืองภัทรวงษ์, "หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและข้อจำกัดในสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ" (บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538). หน้า 6

อาทิเช่น เรื่องขอบเขตการใช้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกและหลักข้อจำกัด(restriction)หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายมาบังคับใช้แก่สัญญา

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การศึกษาเรื่องหลักเสรีภาพในการเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศมีความสำคัญอย่างยิ่ง โดยเฉพาะการที่ไทยเป็นสมาชิกของสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หรือ อาเซียน (ASEAN) ซึ่งได้เปิดเสรีทางการค้าภายในกลุ่มรัฐสมาชิก ทำให้ในภายภาคหน้าในการทำสัญญาเพื่อดำเนินธุรกิจข้ามชาติหรือการค้าต่างๆ ปัญหาการขัดกันทางกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศอาจเกิดขึ้นได้แต่ทั้งนี้ ในกลุ่มอาเซียนเองยังไม่มีกรอบกฎหมายหรือมาตรการใดๆที่จะมารองรับหรือแก้ปัญหาดังกล่าวอย่างเป็นระบบ

ดังนั้นผู้เขียนจึงเลือกศึกษาหลักเสรีภาพในการเลือกกฎหมายโดยศึกษาจาก Rome I Regulation 2008 สาเหตุที่ผู้เขียนเลือกศึกษาหลักเสรีภาพในการเลือกกฎหมายโดยศึกษาจาก Rome I Regulation 2008 เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าการที่สหภาพยุโรปเกิดจากการรวมตัวของกลุ่มประเทศต่างๆในยุโรปและได้เปิดเสรีทางการค้าและการลงทุนภายในภูมิภาค ซึ่งในการติดต่อค้าขายนั้นต้องมีการทำสัญญา และอาจเป็นสัญญามีลักษณะระหว่างประเทศ อันอาจก่อให้เกิดปัญหาที่พบในกรณีสัญญาระหว่างประเทศนั้นคือเรื่องของการที่จะหากฎหมายมาบังคับใช้กับสัญญาหรือกรณีข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นและปัญหาว่าศาลใดจะมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีกรณีข้อพิพาทขึ้นหรือกล่าวได้ว่าเกิดปัญหาการขัดกันของกฎหมายขึ้นซึ่งปัญหาดังกล่าวข้างต้นนั้นก็อาจจะเกิดขึ้นกับอาเซียนที่ไทยเป็นสมาชิกอยู่เช่นเดียวกันก็ได้ การศึกษาหลักเสรีภาพในการเลือกกฎหมายโดยศึกษาจาก Rome I Regulation 2008 จึงนับว่าเป็นแนวทางที่ดีที่อาจนำมาใช้พัฒนากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยได้

นอกจากนี้ แต่เดิมแต่ละรัฐในยุโรปก่อนเข้าร่วมกันเป็นสหภาพยุโรปต่างก็แก้ปัญหาในเรื่องการขัดกันของกฎหมายในการทำสัญญาระหว่างประเทศโดยใช้กฎหมายขัดกันของแต่ละรัฐเข้ามาปรับกับสัญญาเพื่อหาว่าจะใช้กฎหมายใดมาบังคับใช้กับกรณี แต่ก็ยังคงพบว่ามีปัญหาเนื่องจากในหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนั้นบางรัฐกำหนดว่า กฎหมายที่สามารถนำมาบังคับใช้แก่กรณีได้นั้นต้องเป็นกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับกรณี แม้ว่าจะมีการให้คู่สัญญาตกลงเลือกกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับสัญญาได้ก็ตาม แต่บางรัฐกลับมิได้กำหนดเช่นนั้น บางกรณีเมื่อพิจารณาการแก้ไขปัญหการขัดกันแห่งกฎหมายโดยพิจารณากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของรัฐที่มีจุดเกาะเกี่ยวนั้น ก็เกิดกรณีการย้อนส่ง(Renvoi)<sup>2</sup>ขึ้น

<sup>2</sup>การย้อนส่งในกฎหมายระหว่างประเทศ คือ “การที่บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งประเทศหนึ่ง กำหนดให้ใช้กฎหมายของอีกประเทศหนึ่ง แต่กฎหมายของประเทศหลังนี้ย้อนส่งกลับมาให้ใช้กฎหมายของประเทศแรกหรือย้อนส่งไปให้ใช้กฎหมายของประเทศที่สามบังคับแก่กรณี

สำหรับการย้อนส่งนั้น จำแนกออกได้เป็นสองประเภทคือ

ดังนั้นหลังจากมีการรวมกลุ่มกันเป็นสหภาพยุโรปก็ได้มีความพยายามร่วมกันสร้างความกลมกลืนในการแก้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายเพื่อแก้ปัญหาการหากฎหมายมาปรับใช้กับกรณีสัญญา โดยได้ออก Rome Convention 1980 ซึ่งได้นำหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา มาสร้างเสรีในการเลือกกฎหมาย โดยบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรและมีผลให้คู่สัญญาสามารถใช้เสรีภาพในการเลือกกฎหมายได้ และมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมากขึ้นการแก้ปัญหาการขัดกัน<sup>3</sup> แต่กระนั้นก็ยังคงไม่พอเพียง เนื่องจากการที่ Rome Convention 1980 เป็นกฎหมายที่อยู่ในรูปของอนุสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐสมาชิกต้องมีการลงนามหรือการภาคยานุวัติในการเข้าร่วมในอนุสัญญาก่อน อนุสัญญาจึงจะมีผลผูกพันและบังคับใช้ได้ จึงทำให้บางรัฐสมาชิกเลือกที่จะไม่ร่วมลงนามเพื่อเข้าร่วมในอนุสัญญาดังกล่าวได้ ดังนั้นการบังคับใช้จึงยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ

ดังนั้นเพื่อให้สามารถบังคับใช้ได้กับสมาชิกสหภาพยุโรปทุกรัฐในปี 2005 คณะกรรมาธิการแห่งสหภาพยุโรปจึงได้ออก COM (2005) 650 final ซึ่งมีมติให้แก้ไขจาก Rome Convention ปี 1980 เป็น Rome I Regulation ปี 2008 ซึ่งเป็นการเปลี่ยนจากกฎหมายในรูปอนุสัญญาเป็น กฎระเบียบ (regulation) ถือเป็นข้อบังคับที่ประเทศสมาชิกต้องรับไปใช้ทั้ง หดโดยไม่สามารถปรับเปลี่ยนข้อบทใดๆ โดยจะต้องออกเป็นกฎหมายภายในเพื่อบังคับใช้กฎระเบียบในทุกข้อบททั้งนี้ Rome Convention ปี 1980 และ Rome I Regulation ปี 2008 มีฐานทางกฎหมายมาจาก Treaty Establishing European Commission ข้อ 65<sup>4</sup>ซึ่งกำหนดให้มีการสร้างมาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมในการทำธุรกรรมระหว่างประเทศในตลาดร่วมของกลุ่มสหภาพยุโรป เพื่อให้เป็นตลาดเดียว (Single Market)

อีกทั้งการเปลี่ยนแปลงจาก Rome Convention 1980 มาเป็น Rome I Regulation 2008 ยังได้มีการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญบางประการใน Rome Convention ปี 1980<sup>5</sup> คือใน Rome I Regulation 2008 มีการแก้ไขถ้อยคำบางส่วน จากของเดิมใน Rome Convention 1980 ที่ทำให้มีผลทางกฎหมายเพิ่มเติมจากเดิม เช่น ในเรื่องลักษณะของการแสดงเจตนาว่าอย่างไรถือเป็น การที่คู่สัญญาแสดงเจตนาเลือกกฎหมายโดยปริยาย ใน Rome Convention 1980 มาตรา 3 (1)

---

การย้อนส่งกลับ หมายความว่า การที่หลักเกณฑ์แห่งการขัดกันแห่งกฎหมายประเทศหนึ่งบัญญัติให้ใช้กฎหมายภายในของอีกประเทศหนึ่งแต่หลักเกณฑ์แห่งการขัดกันของกฎหมายประเทศหลังนี้ให้ใช้กฎหมายของประเทศแรก

การย้อนส่งต่อไป หมายความว่า การที่หลักเกณฑ์แห่งการขัดกันแห่งกฎหมายประเทศหนึ่งบัญญัติให้ใช้กฎหมายภายในของอีกประเทศหนึ่งแต่หลักเกณฑ์แห่งการขัดกันของกฎหมายประเทศหลังนี้ให้ใช้กฎหมายของประเทศที่สาม

<sup>3</sup>Simon James, "Rome I: Shall We Dance?," *Law and Financial Market Review*, no. March 2008 (2008).para 1 p. 113.

<sup>4</sup> "In Civil matters having cross-border implications...in so far as necessary for the proper functioning of the internal market" Article 65 EU Treaty.

<sup>5</sup> James.para 4-5 p. 113.

กำหนดไว้ว่า “...demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case.” ในขณะที่ Rome I Regulation 2008 มาตรา 3 (1) กำหนดไว้ว่า “...clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case.” การเปลี่ยนแปลงคำในทำให้มีการตีความทางกฎหมายต่างกัน ระหว่าง “demonstrated with reasonable certainty” ซึ่งแปลได้ว่า “แสดงโดยมีเหตุผลพอสมควร” กับ “clearly demonstrated” ซึ่งแปลได้ว่า “แสดงให้เห็นอย่างชัดเจน” จึงทำให้ลักษณะของการแสดงเจตนาโดยปริยายต่างกัน เป็นต้น

ความสำคัญในการศึกษาหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา ในเรื่องเสรีในการเลือกกฎหมายจาก Rome I Regulation 2008 จะช่วยให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเสรีภาพในการเลือกกฎหมาย และจากหลักดังกล่าวจะทำให้การแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาเป็นระบบเดียวกันอย่างแท้จริงและมีประสิทธิภาพ ซึ่งไทยควรนำมาเป็นแบบอย่างเพื่อพัฒนากฎหมายขัดกันของไทยต่อไป

## 1.2 สมมติฐานของการศึกษา

หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายบังคับแก่สัญญาระหว่างประเทศใน Rome I Regulation 2008 สร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและแก้ปัญหการขัดกันแห่งกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศได้อย่างเป็นระบบ สมควรที่จะนำมาเป็นแนวทางในการพัฒนาพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกัน พ.ศ. 2481 มาตรา 13 เพื่อแก้ไขปัญหการขัดกันแห่งกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศของไทย

## 1.3 ขอบเขตและวัตถุประสงค์ของการศึกษา

ผู้เขียนได้ทำการศึกษาหลักเสรีภาพในการเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศโดยเริ่มจากพื้นฐานของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาภายใต้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย โดยจะยกตัวอย่างจากหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของระบบกฎหมายแบบ คอมมอน ลอว์ (Common Law) ซึ่งผู้เขียนเลือกใช้กฎหมายของอังกฤษ (English Law) เป็นตัวอย่าง และจะยกตัวอย่างจากหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งผู้เขียนเลือกใช้กฎหมายของฝรั่งเศส (French Law) เป็นตัวอย่าง



ขอบเขตในการศึกษาหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาภายใต้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนั้น ผู้เขียนศึกษาเพื่อให้เป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจว่ากฎหมายแต่ละระบบมีหลักการยอมรับให้คู่สัญญาใช้สิทธิในการเลือกกฎหมายเพียงใดก่อนมีการพัฒนาเป็นสหภาพยุโรป

หลังจากนั้นผู้เขียนได้ทำการศึกษาหลักเสรีภาพในการเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศภายใต้ Rome Convention 1980 ซึ่งเป็นกฎหมายที่สหภาพยุโรปใช้ในการแก้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายก่อนที่จะมีการพัฒนาเป็น Rome I Regulation 2008 การที่ผู้เขียนศึกษาหลักดังกล่าวใน Rome Convention 1980 ก็เพื่อให้ได้ทราบแนวคิดและที่มาในการเปลี่ยนแปลงจาก Rome Convention 1980 เป็น Rome I Regulation 2008

นอกจากนี้ขอบเขตของสัญญาระหว่างประเทศที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษานั้น ผู้เขียนได้ทำการศึกษาเฉพาะเรื่องของหลักเสรีภาพในการเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศที่เป็นสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศโดยมีคู่สัญญาเป็นเอกชนเท่านั้น และเป็นกรณีที่สัญญามีความสมบูรณ์ทั้งในเรื่องแบบและความสามารถของคู่สัญญา เพื่อให้การศึกษาสามารถมุ่งเน้นไปที่การแสดงเจตนาของคู่สัญญา และเพื่อทำการศึกษาขอบเขตและวิธีการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการเลือกกฎหมาย รวมถึงข้อจำกัดและข้อยกเว้นในการเลือกกฎหมายที่จะใช้กับสัญญา

#### 1.4 วิธีการดำเนินการของการศึกษา

การเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์ข้อมูลจากบทความ ร่างระเบียบของกฎหมายโดยเฉพาะร่างกฎหมายของ Rome I Regulation 2008 บันทึกการประชุมร่างกฎหมายของ Rome I Regulation 2008 อนุสัญญาต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง อาทิเช่น Rome Convention 1980 งานวิจัย สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หนังสือคำอธิบาย และเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องหลักเสรีภาพในการทำสัญญา หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา หลักการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งเป็นหลักเบื้องต้นในการปูพื้นฐานความรู้ความเข้าใจในเรื่องที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษา

ในเบื้องต้นนี้เพื่อให้เกิดเข้าใจในความสำคัญและที่มาของปัญหา ผู้เขียนจะกล่าวถึงลักษณะทั่วไปของสัญญาระหว่างประเทศ เพื่อเป็นพื้นฐานของความเข้าใจในเรื่องสัญญาว่า ทำไมในกรณีของสัญญาระหว่างประเทศ เรื่องของความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาจึงมีความสำคัญ

ขั้นต่อมาผู้เขียนได้อธิบายเรื่องของแนวความคิดเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Party Autonomy) เริ่มตั้งแต่สมัยก่อนที่จะมีแนวความคิดเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา จนกระทั่งเกิดแนวความคิดเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในสมัยศตวรรษที่ 16 จากนั้น

จะเป็นการอธิบายเรื่องการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายภายใต้หลักการว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของระบบกฎหมายแบบคอมมอน ลอว์ และระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์เพื่อเป็นการปูพื้นฐานให้ทราบมาก่อนมีการรวมตัวเป็นสหภาพยุโรปแต่ละระบบในยุโรปได้มีการแก้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายอย่างไร โดยผู้เขียนได้เลือกศึกษากฎหมายอังกฤษและกฎหมายฝรั่งเศสเป็นตัวอย่างกรณีศึกษา

ในเบื้องต้นผู้เขียนจึงจะกล่าวถึงการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายรวมถึงข้อจำกัดในการเลือกกฎหมายภายใต้ Rome Convention 1980 อย่างพอสังเขปเพื่อให้ทราบถึงเหตุผลที่สหภาพยุโรปต้องมีการปรับปรุงกฎหมายจาก Rome Convention 1980 เป็น Rome I Regulation 2008 และเป็นการแสดงให้ทราบประวัติความเป็นมาของ Rome I Regulation 2008

ทั้งนี้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีเป้าหมายมุ่งศึกษาหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา เพื่อให้ทราบถึงเสรีภาพในการเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศภายใต้ Rome I Regulation 2008 ดังนั้นบทตอนต้นจึงเป็นการปูพื้นฐานเพื่อสร้างความเข้าใจและกล่าวถึงข้อจำกัดในการเลือกกฎหมายอันมีผลทำให้มีการพัฒนากฎหมายเป็น Rome I Regulation 2008

ในบทที่ 3 กล่าวถึงผลของการศึกษาเรื่องขอบเขตของการใช้กฎหมายที่คู่กรณีเลือก โดยจะกล่าวถึงหลักการทั่วไปในการเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศทั่วไป และสัญญาบางประเภทที่กฎหมายได้กำหนดกฎหมายที่จะสามารถเลือกไปบังคับแก่สัญญาดังกล่าวได้ ภายใต้ Rome I Regulation 2008

ในบทที่ 4 กล่าวถึงผลการศึกษาเรื่องกฎหมายที่นอกเหนือกฎหมายที่คู่กรณีเลือกที่ไปบังคับกับความสมบูรณ์ของสัญญา ซึ่งเป็นการแบ่งให้เห็นขอบเขตของการใช้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกอย่างชัดเจนมากขึ้นว่ากรณีใดอยู่ในขอบเขตของการใช้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกกับเรื่องใดที่มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะให้อยู่นอกเหนือขอบเขตของการใช้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือก

ในบทที่ 5 กล่าวถึงผลของการศึกษาเรื่องกรณีที่ศาลจะปฏิเสธในการใช้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือก อันเป็นเรื่องของกฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที (Mandatory) และหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order)

ในบทที่ 6 กล่าวถึงนัยยะที่มีต่อประเทศไทย รวมถึงบทวิเคราะห์และสรุป ซึ่งเป็นเป้าหมายของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ที่ต้องการการศึกษาว่าจากหลักในการเลือกกฎหมายภายใต้ Rome I Regulation 2008 อันเป็นการเลือกกฎหมายภายใต้หลักเสรีภาพในการเลือกกฎหมายที่เป็นการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายทำให้เกิดการแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Law) ในสัญญาระหว่างประเทศได้อย่างไรเป็นระบบ

### 1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการศึกษา

1. เพื่อจะได้ทราบถึงพัฒนาการและความเป็นมาของเสรีภาพในการเลือกกฎหมายในสัญญา ระหว่างประเทศ
2. เพื่อจะได้ทราบถึงขอบเขตการใช้เสรีภาพในการเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศ
3. เพื่อให้สามารถเข้าใจในหลักการเลือกกฎหมายบังคับในสัญญาระหว่างประเทศ
4. เพื่อให้สามารถเข้าใจหลักการและข้อจำกัดในการใช้เสรีภาพในการเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศจากการศึกษาหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมาย
5. เพื่อเป็นความรู้ในการวางแนวทางการแก้ไขปัญหากรณีการขัดกันแห่งกฎหมายในกรณีสัญญาระหว่างประเทศที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตของประเทศไทย



## บทที่ 2

### วิวัฒนาการของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา

#### 2.1 วิวัฒนาการของแนวคิดเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา

ตั้งแต่สมัยโบราณมนุษย์ก็รู้จักการอยู่ร่วมกันเป็นสังคมและแต่ละสังคมก็จะมี กฎเกณฑ์ของตนเพื่อควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคมของตน สมาชิกของสังคมใดก็จะอยู่ภายใต้ กฎเกณฑ์ของสังคมนั้นๆ ต่อมาเมื่อมีการติดต่อสัมพันธ์กันของคนแต่ละสังคมเกิดขึ้น เช่น การค้าขาย การแลกเปลี่ยนสิ่งของ จึงทำให้เกิดปัญหาขึ้นมาว่าคนที่ติดต่อสัมพันธ์กันนั้นมาจากคนละสังคม มี กฎเกณฑ์กันคนละแบบ จะใช้กฎเกณฑ์ใดมาบังคับในการติดต่อสัมพันธ์นั้น จากลักษณะปัญหาดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่า ปัญหาการขัดกันของกฎหมายเริ่มมีมาตั้งแต่โบราณสมัยที่คนเรามีการติดต่อสื่อสารกันระหว่างเผ่าหรือชุมชน และยังการติดต่อสื่อสารพัฒนาได้ไวเท่าไร ปัญหาดังกล่าวก็ยังมีมากขึ้นตามไปด้วย ดังนั้นแต่ละยุคแต่ละสมัยจึงมีการสร้างกฎเกณฑ์หรือกฎหมายที่จะมาแก้ไขปัญหาดังกล่าวและเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของคนในสังคมตน

ในส่วนของการแก้ปัญหาว่าจะใช้กฎหมายใดมาบังคับแก่คนที่มาติดต่อสัมพันธ์กัน ที่มาจากต่างสังคมกันนั้น เนื่องจากแต่ละสังคมแต่ละยุคต่างก็มีวิธีของตนเองมาใช้ในการแก้ปัญหา จึงกล่าวได้ว่าวิธีการแก้ปัญหาการขัดกันนั้นมีหลายวิธีและไม่เป็นเอกภาพ

ทั้งนี้เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เน้นศึกษาวิจัยการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในการแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นหลัก ผู้เขียนจึงขออธิบายโดยแบ่งเป็นยุคต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา อันได้แก่ ยุคก่อนมีแนวความคิดเรื่อง หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา และ ยุคความคิดเรื่อง หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา

### 2.1.1 ยุคก่อนมีแนวความคิดเรื่อง หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา

ยุคก่อนมีแนวความคิดเรื่อง หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาอาจกล่าวได้ว่ามีจุดเริ่มต้นตั้งแต่สมัยโรมัน<sup>6</sup> เรื่อยไปจนกระทั่งถึงสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 16 โดยผู้เขียนขอล่าวอธิบายโดยสังเขปดังนี้

- สมัยโรมัน ภายหลังจากที่จักรวรรดิโรมันได้แผ่ขยายออกไปมีเมืองขึ้นมากมาย กฎหมายของโรมันจึงถูกพัฒนาขึ้นเป็นสองลักษณะ ลักษณะแรกเป็นกฎหมายที่บังคับใช้แต่เฉพาะพวกโรมันด้วยกัน เรียกว่า “Jus Civile” ลักษณะที่สองเป็นกฎหมายที่บังคับใช้แก่คนต่างชาติที่อยู่ภายใต้การปกครองของโรมัน เรียกว่า “Jus Gentium” สังเกตได้ว่าการที่โรมมีอำนาจเหนือเมืองอื่นๆ แม้ว่าการติดต่อสัมพันธ์กันระหว่างคนของโรมเองกับคนของรัฐอื่นที่เป็นเมืองขึ้น เมื่อมีปัญหาขึ้นมาก็ต้องกฎหมายของโรมเพื่อแก้ไขปัญหา กล่าวได้ว่าเป็นวิธีแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายได้วิธีหนึ่ง

- สมัยกลาง (ศตวรรษที่ 11- ต้นศตวรรษที่ 13)

สมัยยุคกลาง หรือ ยุคศักดินานั้น บ้านเมืองแบ่งเป็นนครรัฐต่าง ๆ และมีเจ้าผู้ครองนครเป็นผู้ปกครอง สมาชิกของนครรัฐโดยอ้อมอยู่ภายใต้กฎหมายของนครรัฐนั้น ดังนั้นเมื่อสมาชิกของแต่ละนครรัฐมีการติดต่อสัมพันธ์กัน จึงเกิดปัญหาเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้น วิธีการที่ถูกนำมาใช้แก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายในช่วงยุคสมัยนี้ ได้มีการนำแนวคิดเรื่องการใช้กฎหมายตามติดตัวบุคคลเมื่อเป็นกรณีพิพาทเรื่องครอบครัว เช่น การสมรส อาชีพเช่น เงื่อนไขและแบบของการสมรส ความสมบูรณ์ของการสมรส โดยเรื่องดังกล่าวจะพิจารณาจากกฎหมายของคู่สมรสแต่ละฝ่าย แต่หากเป็นกรณีข้อพิพาทที่เกิดจากนิติสัมพันธ์ในทางแพ่งหรือพาณิชย์ จะพิจารณาตามกฎหมายของแต่ละนครรัฐที่คู่กรณีเป็นสมาชิกหรือสังกัดอยู่

อย่างไรก็ตามความคิดเรื่องการใช้กฎหมายตามติดตัวบุคคลก็ถูกโต้แย้ง เนื่องจากมีการสมรสระหว่างสมาชิกต่างนครรัฐมากขึ้น เมื่อสมรสแล้วก็จะพำนักในนครรัฐใดนครรัฐหนึ่ง จึงทำให้ความรู้ทางกฎหมายของชุมชนเดิมเริ่มหายไป ดังนั้นจึงเริ่มมีการปรับมาใช้เป็นกฎหมายตามถิ่นที่อยู่ ภูมิภาคเป็นเกณฑ์ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทที่มีประเด็นเรื่องของการขัดกันแห่งกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้อง

จากข้างต้นสังเกตได้ว่าในยุคกลางช่วงแรกใช้วิธีการผสมผสานในการแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย คือ ใช้ทั้งวิธีการพิจารณากฎหมายตามติดตัวบุคคลและกฎหมายแห่งถิ่นที่อยู่ ต่อมาเมื่อ

<sup>6</sup> Outline the Principle of Party Autonomy, [online], 1 April 22017. Available from: [http://eng.hi138.com/legal-papers/international-law-papers/200610/18720\\_outline-the-principle-of-party-autonomy.asp#.WNldctLygdU](http://eng.hi138.com/legal-papers/international-law-papers/200610/18720_outline-the-principle-of-party-autonomy.asp#.WNldctLygdU)

มีการติดต่อสัมพันธ์กันมากโดยเฉพาะจากการสมรสข้ามนครรัฐและมีการเปลี่ยนถิ่นที่อยู่ภูมิลำเนา จึงเริ่มเกิด แนวคิดเปลี่ยนเป็นการใช้กฎหมายแห่งภูมิลำเนาเข้ามาแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย

- สมัยสตาดิวส์อิตาเลียน (ศตวรรษที่ 13)

ในช่วงต้นของศตวรรษที่ 13 นั้น ยังคงมีการใช้กฎหมายของโรมันกันอยู่ในอิตาลีและฝรั่งเศสทางตอนใต้ แต่ช่วงที่นับว่าก่อให้เกิดยุคเริ่มต้นของ Modern Choice-of-Law นั้นเกิดขึ้นในอิตาลี ช่วงสมัยยุคเรอเนซองส์ ซึ่งช่วงนั้นอิตาลียังเป็นส่วนหนึ่งของจักรวรรดิโรมันและยังคงมีการใช้กฎหมายโรมันบังคับอยู่ แต่กระนั้นก็ตามก็ยังมีอีกหลายเมือง อาทิเช่น Bologna และ Modena ที่มีการสร้างกฎหมายของตนเองขึ้นบังคับใช้ ซึ่งเรียกว่า “Statuta” (Statutum) โดยแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นลักษณะหรือสถานะ เช่น ลักษณะกฎหมายเกี่ยวกับบุคคล หรือลักษณะกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สิน ซึ่งแต่ละนครรัฐก็จะใช้กฎหมายพิเศษของตน ต่อเมื่อไม่มีกฎหมายพิเศษจึงใช้กฎหมายของโรมัน ซึ่งจากการใช้กฎหมายในวิธีดังกล่าว ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายจึงเกิดมากขึ้น จึงมีการหาทางแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายหลายวิธี แต่หลักที่มีร่วมกันคือ อยู่บนรากฐานของทฤษฎีสตาดิวส์ (Statute Theory) ซึ่งทฤษฎีนี้กำหนดว่า การที่จะใช้กฎหมายใดมาบังคับแก่นิติสัมพันธ์นั้น ควรจะต้องจำแนกประเภทของนิติสัมพันธ์ก่อนเพื่อคำนึงถึงเหตุผลและความยุติธรรม เช่น ถ้าเป็นเรื่องความสามารถของบุคคลก็ควรใช้กฎหมายภูมิลำเนา ถ้าเป็นเรื่องทรัพย์สินก็ควรใช้กฎหมายของถิ่นที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่

ในสมัยช่วงกลางศตวรรษที่ 13 Bartolusนักปราชญ์ชาวอิตาลีซึ่งไม่เห็นด้วยกับการแบ่งกฎหมายออกเป็นสองสถานะดังกล่าว ได้เสนอวิธีการแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย โดยแยกกฎหมายต่างๆออกเป็นสองประเภท คือกฎหมายที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน ซึ่งจะใช้บังคับกับทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ในเขตที่กฎหมายนั้นตราขึ้น กับกฎหมายเกี่ยวกับบุคคล ซึ่งใช้บังคับติดตามตัวบุคคลไปทุกหนทุกแห่งรวมทั้งเมื่อบุคคลเดินทางออกไปนอกอาณาเขตด้วย

นอกจากนี้ Bartolusยังได้แยกกฎหมายออกเป็นจำพวกใหญ่ๆ โดยใช้วิธีจำแนกปัญหาออกเป็นเรื่องๆ โดยแบ่งเป็นประเภทต่างๆ เช่น เรื่องสัญญา เรื่องพินัยกรรม เรื่องทรัพย์สิน เรื่องสถานะและความสามารถของบุคคล รวมถึงวางหลักว่าเรื่องใดจะใช้กฎหมายใดไว้ดังนี้

- กฎหมายว่าด้วยวิธีบัญญัติให้ถือตามกฎหมายแห่งท้องถิ่นที่ศาลสังกัดอยู่ (Lex fori)

- กฎหมายสารบัญญัติให้ถือตามหลักกฎหมายแห่งท้องถิ่นบังคับนิติกรรม (Lex Loci Actus หรือ Lex regit actum)

- วัตถุประสงค์สัญญา ผลของสัญญา การปฏิบัติตามสัญญาให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งจะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญา (Lex loci solutionis)

- การละเมิดสัญญาหรือการผิดสัญญาให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งท้องถิ่นซึ่งมีการละเมิดหรือการผิดสัญญา (Lex loci delictus)

- เรื่องเกี่ยวกับตัวบุคคล ให้เป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนา (Lex domicilii)
- เรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งทรัพย์สินตั้งอยู่ (Lex rei sitae)

จากการสังเกตพบว่าการแบ่งกฎหมายของ Bartole นั้น ใช้วิธีพิจารณาถึงลักษณะของนิติกรรมที่เพิ่มขึ้นว่าเป็นนิติกรรมรูปแบบใดเพื่อหากกฎหมายมาใช้กับเรื่องนั้นๆซึ่งเมื่อเทียบกับวิธีในปัจจุบันในการแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายก็คือวิธีการหาจุดเกาะเกี่ยวของประเด็นในข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเพื่อหาว่าจะต้องใช้กฎหมายใดมาปรับใช้แก่กรณีนั่นเอง

### 2.1.2 ยุคแนวความคิดเรื่อง หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา

ยุคเริ่มต้นแนวความคิดเรื่อง หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา เริ่มต้นในสมัยศตวรรษที่ 16 เรื่อยมา โดยมี Carles Dumoulin นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสผู้ริเริ่มแนวคิดนี้ และหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ยังคงได้รับการยอมรับจากประเทศต่างๆและใช้เป็นทางเลือกหนึ่งในการแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายมาจนถึงทุกวันนี้<sup>7</sup>

สำหรับการอธิบายเรื่องแนวความคิดเรื่อง หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงการเริ่มต้นแนวความคิดเรื่อง หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาโดยสังเขปดังต่อไปนี้

- สมัยสตาวัวส์ฝรั่งเศส (ศตวรรษที่ 16)

ในศตวรรษที่ 16 สำนักฝรั่งเศสได้สร้างความเจริญและมีการพัฒนาในส่วนที่เกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นอย่างมากโดยเฉพาะนักนิติศาสตร์ท่านสำคัญเช่น “D'Argentre” ซึ่งเป็นผู้เสนอทฤษฎีเรื่องหลักกฎหมายจารีตประเพณีควรมีข้อจำกัดอยู่เฉพาะในดินแดนของตนเท่านั้น ซึ่ง D'Argentre ได้เสนอแนวคิดดังกล่าวในหนังสือ De Statutis Personalibus et Realibus โดย D'Argentre วางหลักไว้ว่า “จารีตประเพณีเกี่ยวกับทรัพย์สินเป็นเรื่องของหลักดินแดน แต่ถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับจารีตประเพณีเกี่ยวกับบุคคลเป็นเรื่องนอกเหนือจากดินแดนได้” D'Argentre ถือว่า กฎหมายต้องใช้บังคับเฉพาะในอาณาเขต เมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ต้องใช้กฎหมายของรัฐที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่เป็นหลัก แต่ถ้าเป็นเรื่องสังหาริมทรัพย์หรือเรื่องเกี่ยวกับบุคคลให้ใช้กฎหมายภูมิลำเนาบังคับได้ เพราะสังหาริมทรัพย์ย่อมเคลื่อนที่ตามบุคคลผู้เป็นเจ้าของศาลต้องพึงนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้เพื่อความยุติธรรมในส่วนที่เกี่ยวกับสถานะภาพของบุคคล และต่อมาจากหลักการดังกล่าวได้ถูกโต้แย้งโดย “Carles Dumoulin” นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสซึ่งได้เสนอหลักการ

<sup>7</sup>ibid.

ให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงและหลักการยอมรับกฎหมายที่คู่สัญญาเลือก ซึ่งจากหลักการดังกล่าวนี้เอง เป็นจุดเริ่มต้นของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ทำให้ Carles Dumoulin ได้รับการกล่าวว่าเป็นบิดาแห่งหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา

Carles Dumoulin ได้แยกปัญหาเรื่องรูปแบบออกจากเนื้อหา โดยที่รูปแบบของนิติสัมพันธ์ควรอยู่ภายใต้กฎหมายที่นิติสัมพันธ์นั้นได้ทำขึ้น ส่วนในเรื่องเนื้อหาต้องแยกประเภทของเนื้อหาว่าเป็นเรื่องบุคคล หรือเรื่องทรัพย์สิน ถ้าเป็นเรื่องบุคคลก็ควรใช้กฎหมายที่ติดตามตัวบุคคล ถ้าเป็นเรื่องทรัพย์สินก็ควรเป็นกฎหมายแห่งท้องถิ่นที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่

นอกจากนี้ Carles Dumoulin ได้เสนอเรื่อง “หลักว่าด้วยความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา” (Autonomie de la Volonte หรือ Autonomy of Will<sup>8</sup>) โดยกล่าวว่า “ในเรื่องสัญญานั้น คู่สัญญาในสัญญามีสิทธิ์ที่จะเลือกกฎหมายมาบังคับใช้กับนิติสัมพันธ์ของตนได้โดยการตกลงยินยอมกัน”

Carles Dumoulin ให้ความเห็นว่า ในเรื่องที่เกิดจากความตกลงยินยอมของบุคคลในการทำสัญญานี้ เจตนาของคู่สัญญาย่อมมีความสำคัญสูงสุด บุคคลย่อมมีอำนาจที่จะตกลงหรือกำหนดกันไว้โดยชัดเจนว่า ตนต้องการใช้กฎหมายใดบังคับแก่ผลแห่งสัญญาและในกรณีที่คู่สัญญาได้ทำการแสดงเจตนาเกี่ยวกับเรื่องการใช้กฎหมายใดบังคับแก่สัญญาไว้โดยชัดเจนแล้ว ก็ให้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะกำหนดตามพฤติการณ์ของเรื่องหรือตามข้อความในสัญญา และตามเครื่องแสดงแวดล้อมอื่นๆว่า คู่กรณีที่เข้าทำสัญญานั้นมีความประสงค์จะให้นำกฎหมายอื่นบังคับนอกจากกฎหมายแห่งท้องถิ่นที่สัญญานั้นเกิดขึ้นก็ได้ ซึ่งจากความเห็นดังกล่าวของ Carles Dumoulin ทำให้เห็นว่า เจตนาของคู่กรณีมีผลอย่างกว้างขวาง

จากการสังเกตความเห็นของ Carles Dumoulin ผู้เขียนพบว่ามีประเด็นที่น่าสนใจดังนี้ ประเด็นแรกเป็นเรื่องของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาว่าการแสดงเจตนาต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งอย่างเดียวหรือไม่

ถ้อยคำในการแสดงความเห็นของ Carles Dumoulin ที่กล่าวว่า “บุคคลย่อมมีอำนาจที่จะตกลงหรือกำหนดกันไว้โดยชัดเจนว่า...” จากถ้อยคำดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของ Carles Dumoulin เน้นเรื่องการแสดงเจตนาของคู่สัญญาว่าต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง แต่อย่างไรก็ตาม Carles Dumoulin ก็ยังได้ให้ความเห็นในเรื่องของการแสดงเจตนาโดยปริยายไว้ด้วย โดยกล่าวไว้ว่า “หากเจตนามิได้แสดงไว้โดยชัดแจ้ง จะต้องค้นหาจาก

<sup>8</sup>Pavel Kalensky, *The European Private International Law of Obligations*, ed. 3 (Springer-Science+Business Media,B.V.),p. 65



พฤติการณ์ภายใต้การที่คู่กรณีตกลงทำสัญญากัน<sup>9,10</sup>” และ Carles Dumoulin ยังได้กล่าวอธิบายว่าอะไรคือพฤติการณ์ โดยกล่าวว่า “สถานที่ในการทำสัญญาถือได้ว่าเป็นพฤติการณ์ภายใต้การที่คู่กรณีตกลงทำสัญญากันอย่างหนึ่งแต่ก็มีใช้พฤติการณ์ทั้งหมดที่จะนำมาพิจารณา สิ่งอื่นเช่น ภูมิภาคของคู่สัญญาก็ต้องนำมาพิจารณาด้วยเช่นกัน”<sup>11</sup>

สำหรับการอธิบายกรณีเรื่องความสัมพันธ์ของสถานที่ในการทำสัญญาและภูมิภาคของคู่สัญญาข้างต้นนั้น Carles Dumoulin ได้ยกตัวอย่างกรณีที่เจ้าของสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในเยอรมันได้ขายสังหาริมทรัพย์ของตนระหว่างการเดินทางท่องเที่ยวที่อิตาลี และในข้อตกลงการขายนั้น เขาได้เลือกให้ใช้กฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่<sup>12</sup> แต่ในขณะเดียวกันเขาก็ชี้ข้อเท็จจริงว่า “สถานที่ในการทำสัญญา สามารถเปลี่ยนไปได้เสมอโดยเฉพาะในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ทำสัญญาในถิ่นภูมิภาคของตน”

ประเด็นที่สองที่ผู้เขียนได้พบจากการสังเกต้อยค่าในการแสดงความเห็นของ Carles Dumoulin ที่กล่าวว่า “บุคคลย่อมมีอำนาจที่จะตกลงหรือกำหนดกันไว้โดยชัดเจนว่า ตนต้องการใช้กฎหมายใดบังคับแก่ผลแห่งสัญญา” จึงทำให้ผู้เขียนตั้งประเด็นเพื่อศึกษาว่าขอบเขตการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาที่มีขอบเขตใช้ได้เพียงเรื่องของผลของสัญญาเท่านั้น หรือขอบเขตของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาใช้กับเรื่องใดในสัญญาได้บ้างและมีขอบเขตเพียงใด

จากประเด็นดังกล่าวผู้เขียนพบว่าขอบเขตของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาที่มีข้อจำกัด(restriction)ในเรื่อง กฎหมายบังคับใช้ทันที (Mandatory) และหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy) (ผู้เขียนจะอธิบายในประเด็นเรื่องข้อจำกัดการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมาย อย่างละเอียดในบทที่ 5 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้) และหลักสุจริต (Bona fide)<sup>13</sup>

จากการศึกษาวิวัฒนาการของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ผู้เขียนพบว่าการแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายมีมาตั้งแต่อดีตมาจนถึงยุคที่เกิดแนวความคิดเรื่อง หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาโดยการวางหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมักจะกำหนดกฎหมายที่ต้องนำมาใช้ เมื่อมีปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายไว้หลายประเภท สุดแต่ข้อเท็จจริงที่

<sup>9</sup>ibid.p. 66.

<sup>10</sup> “if such will was not expressed, it had to be sought in the circumstances under which the parties were making their contract.”

<sup>11</sup>Kalensky.p. 66.

<sup>12</sup> Ibid.p. 65

<sup>13</sup> Sudaresh Menon V.K. Rajah, "Current Legal Issues in the International Commercial Litigation," in *Choice of Law Clause and the Limits on Party Autonomy*, ed. V.K. Rajah (1997). pp 164-169.

จะต้องใช้กฎหมายเกาะเกี่ยวนั้นเป็นเรื่องใด เช่นกฎหมายแห่งประเทศที่ศาลที่ทำการตัดสินคดีตั้งอยู่ (lex fori) กฎหมายสัญชาติกฎหมายแห่งท้องถิ่นที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ (lex rei sitae) กฎหมายภูมิลำเนา (lex domicilii) กฎหมายแห่งรัฐที่ข้อเท็จจริงหรือนิติกรรมนั้นเกิด (lex loci actus) กฎหมายที่คู่กรณีมีเจตนาเลือกใช้บังคับกับสัญญาตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Autonomy of the parties)

จึงอาจกล่าวได้ว่าการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ก็เป็นการแก้ไข้ปัญหาโดยการหาจุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวข้องกับกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายที่เกิดขึ้นอย่างหนึ่ง ซึ่งในปัจจุบันนิยมนำมาใช้ในการพิจารณาแก้้ปัญหาการขัดกันของกฎหมายกรณีสัญญา

## 2.2 การใช้หลัก เรื่อง ความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในสัญญาระหว่างประเทศ

เป็นที่ทราบกันดีว่าแต่ละรัฐต่างก็มีกฎหมายภายในที่แตกต่างกันที่จะมาใช้ในการแก้้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายของตนเอง และแต่ละรัฐก็มีระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน ดังนั้นในการศึกษาผู้เขียนจึงต้องจำแนกระบบกฎหมายที่ใช้ในปัจจุบันก่อน ซึ่งระบบกฎหมายในปัจจุบันแบ่งเป็น ระบบกฎหมายแบบคอมมอน ลอว์ และระบบกฎหมายแบบซิวิลลอว์ เมื่อได้แบ่งระบบกฎหมายออกเป็นสองกลุ่มแล้ว ผู้เขียนจึงจะสามารถทำการศึกษาได้ว่าแต่ละระบบนั้นมีการวางหลักในเรื่องการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในกรณีการขัดกันของกฎหมายอย่างไร ทั้งนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาจากรัฐที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอน ลอว์ โดยได้ศึกษาจากกรณีกฎหมายของอังกฤษ และรัฐที่ใช้กฎหมายระบบซิวิลลอว์โดยได้ศึกษาจากกฎหมายของฝรั่งเศส

### 2.2.1 การใช้หลัก เรื่อง ความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในสัญญาระหว่างประเทศภายใต้ ระบบกฎหมายแบบคอมมอน ลอว์ (common law) กรณีศึกษากฎหมายอังกฤษ

กรณีการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาในอังกฤษ เริ่มได้รับการยอมรับในช่วงศตวรรษที่ 19 โดยศาลอังกฤษยอมรับหลักรับให้คู่สัญญามีสิทธิเด็ดขาดในการที่จะเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาของตนกล่าวได้ ว่าเป็นยุคการเริ่มต้นของบรรทัดฐานเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา (The Beginning of the Doctrine, of Proper Law) เช่นคดี R.V. International Trustee for the Protection of Bondholders A.G. (1937) AC.277 จากในคดีนี้ Lord Atkin ซึ่งเป็นผู้พิพากษาในคดีนี้ได้กล่าวว่า “หลักกฎหมายที่จะเป็นแนวทางให้ศาลอังกฤษพิจารณาในปัญหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาในปัจจุบัน ได้ถูกกำหนดไว้เป็นที่เรียบร้อยแล้วว่่า คือกฎหมายที่คู่สัญญาประสงค์

ที่จะนำมาบังคับใช้ เจตนาของพวกเขาย่อมปรากฏโดยการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งไว้ในสัญญา และถ้ามีการแสดงเจตนาไว้อย่างชัดแจ้งเป็นเด็ดขาด” (The Legal Principles which are to guide an English Court on the question of the Proper law of the contract are now well settled. It is the Law which the parties intended to apply. Their intention will be ascertained by the intention expressed in the Contract, if any, which will be conclusive) เมื่อพิจารณาจากคำตัดสินดังกล่าว พบว่าอังกฤษได้ใช้หลักการความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของคู่สัญญา มาแก้ปัญหาเรื่องกฎหมายที่จะมาบังคับใช้แก่สัญญา แต่ทั้งนี้การแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งระบุในสัญญาเท่านั้น ศาลอังกฤษจึงจะยอมรับการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายนั้นได้ และผลของการแสดงเจตนาที่ยอมรับนั้นย่อมถือเป็นเด็ดขาด<sup>14</sup>

นอกจากนี้พบว่ามีคดี Vita food Products Inc V. Unus Shipping Co., Ltd (1939) A.C. 277<sup>15</sup> ซึ่งยืนยันในหลักการว่าคู่สัญญามีเสรีภาพเต็มที่ในการที่จะเลือกกฎหมายมาบังคับใช้กับสัญญาที่สร้างขึ้นได้แม้ว่ากฎหมายที่เลือกนั้นจะไม่มีมีความเกี่ยวข้องกับสัญญาที่ทำเลยก็ตาม

กรณีของคดี Vita food Products Inc V. Unus Shipping Co., Ltd เป็นคดีที่ตัดสินโดย Privy Council ปรากฏข้อเท็จจริงโดยย่อดังนี้

บริษัท Vita food Product โจทก์ได้ว่าจ้างให้จำเลย Unus Shipping ขนสินค้าจาก Newfoundland ไป New York และจำเลยได้ให้บริษัท Nova Scotian shipping เป็นผู้ขนสินค้าจาก Newfoundland ไปยัง New York ในใบตราส่ง (Bill of Lading) ระบุชัดเจนในว่าอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอังกฤษ ต่อมาระหว่างขนสินค้า สินค้าได้รับความเสียหายโดยความประมาทของนายเรือผู้รับขน (Consignee) ทางบริษัทผู้รับขนได้หยิบยกเรื่องช้อยกเว้นการรับผิดชอบตามกฎหมายอังกฤษขึ้นมากล่าวอ้างเพื่อจะไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีเมื่อพิจารณาตามกฎหมายของ Newfoundland ที่ได้บัญญัติไว้ว่า “กฎเกณฑ์แห่งกรุงเฮกจะครอบคลุมถึงสัญญาฉบับใด ๆ ต้องระบุในสัญญาด้วยว่าให้นำหลักเกณฑ์แห่งกรุงเฮกมาบังคับใช้ด้วย” และเมื่อพิจารณาจากใบตราส่ง พบว่าได้มีการระบุอย่างชัดแจ้งในใบตราส่งว่าให้อยู่ภายใต้กฎหมายอังกฤษ และได้ระบุช้อยกเว้นความรับผิดชอบของบริษัทผู้รับขนไว้ตามกฎหมายอังกฤษ

<sup>14</sup> Jonathan Hill, "Choice of Law in Contract under Rome Convention: The Approach of the UK Courts," in *International and Comparative Law Quarterly* (Cambridge, 2007). P.325.

<sup>15</sup> Trevor C. Hartley, "Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law," in *General Course on the Private International Law* (Boston: Martinus Nijhoff publishers, 2006). pp 206-212.

จากข้อเท็จจริงดังกล่าว ในคำตัดสินของ Privy Council Lord Wright ได้แสดงความเห็นในการพิจารณาคดีว่า “ คดีนี้ต้องตัดสินตามกฎหมายอังกฤษ กฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญา (The Proper law of the contract) อันเป็นกฎหมายที่คู่สัญญาแสดงเจตนาเลือก ” และยังได้กล่าวอีกว่า “ ในระบบของอังกฤษนั้น เจตนารมณ์ของคู่สัญญาเป็นเกณฑ์หนึ่งในการหาว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาโดยเฉพาะเมื่อคู่สัญญาแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายโดยชัดแจ้งและระบุในข้อตกลง เมื่อการแสดงเจตนารมณ์ของคู่สัญญาเป็นไปตามหลักสุจริต (bona fide) และหลักกฎหมาย ดังนั้นจึงไม่มีเหตุผลที่จะปฏิเสธกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกโดยอ้างหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public policy) นอกจากนี้แม้จะไม่มี ความเกี่ยวข้องกับกฎหมายอังกฤษก็ได้เป็นประเด็นสำคัญ ” (It is now well settled that by English Law (and the law of Nova Scotia is the same) the proper law of the contract is the law which the parties intended to apply...where the English rule that intention is the test applies, and where there is an express statement by the parties of their intention to select the law of the contract, it is difficult to see what qualifications are possible, provided the intention expressed is bona fide and legal, and providing there is no reason for avoiding the choice on the ground of public policy... Connection with English law is not, as a matter of principle, essential ”<sup>16</sup>

ผู้เขียนพบว่ามีข้อสังเกตจากคดีข้างต้นคือ ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไม่มีความเกี่ยวพันใดเลยกับประเทศอังกฤษ แต่ศาลก็ยังยอมรับการเลือกของคู่สัญญา ทำให้เห็นว่า ศาลอังกฤษยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาอย่างเปิดกว้างและให้ใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาอย่างเสรี

อย่างไรก็ตามช่วงต่อมา ศาลอังกฤษได้เปลี่ยนแปลงแนวความคิดเดิมจากที่ยึดหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาโดยปราศจากข้อจำกัดหรือขอบเขตใดๆ มาสู่หลักที่ว่า “ไม่มีเสรีภาพใดที่จะไม่ถูกจำกัด ” เช่น คดี Boissevain V Wein (1949) A.C. 327 ในคดีนี้ Lord Denning ผู้พิพากษา คดีนี้กล่าวว่า กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ไม่ขึ้นอยู่กับสถานที่ที่มีการทำสัญญา หรือเจตนาของคู่สัญญา หรือถิ่นที่มีการปฏิบัติตามสัญญามากนัก แต่ขึ้นอยู่กับสถานที่ซึ่งสัญญานั้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดมากที่สุด ” (The Proper Law of the Contract depends not so much on the Place where it is made not even on the intention of the parties, or on the Place where it is to be performed, but on the Place with which has the most substantial connection.) จะเห็นได้ว่าศาลอังกฤษให้น้ำหนักความสำคัญกลับไปในเรื่องของจุดเกาะเกี่ยวของคดีที่เกิดขึ้น

<sup>16</sup> [1939] A.C. 277 at 289-290; [1939] 1 All E.R. 513 at 521.

จากการศึกษาเรื่อง การใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาในอังกฤษ ผู้เขียนพบว่า ศาลอังกฤษยอมรับการเลือกกฎหมายของคู่สัญญาในกรณีที่คู่สัญญา แสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง และระบุไว้ในสัญญา จึงเกิดประเด็นว่าหากเป็นกรณีการแสดงเจตนาโดยปริยาย ศาลอังกฤษจะสามารถยอมรับการแสดงเจตนาในลักษณะดังกล่าวได้หรือไม่หรือถือว่าเป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่มีการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายบังคับใช้แก่สัญญา

ประเด็นการแสดงเจตนาโดยปริยายในการเลือกกฎหมายในอังกฤษ มีคดี *Coast Lines Ltd., V. Hudig&Veder Chartering NV*<sup>17</sup> และคดี *The Assunzione* เป็นกรณีคดีที่เป็นการแสดงให้เห็นได้ว่าหากคู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายไว้โดยชัดแจ้ง ศาลต้องหาคู่สัญญาได้มีการเลือกกฎหมายไว้โดยปริยายเพื่อมาปรับใช้แก่กรณี

ก่อนจะกล่าวถึงคดี *Coast Lines Ltd., V. Hudig&Veder Chartering NV* และคดี *The Assunzione* ผู้เขียนขอกล่าวถึงทฤษฎีและหลักเกณฑ์ในการกำหนดกฎหมายบังคับใช้แก่สัญญาในกรณีการแสดงเจตนาโดยปริยายของนักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษ

นักนิติศาสตร์อังกฤษมองว่า มีทฤษฎีอยู่ 2 แนว<sup>18</sup> ได้แก่

1. ทฤษฎี Subjective<sup>19</sup> ทฤษฎีนี้จะเน้นเรื่องเจตนารมณ์ของคู่สัญญาเป็นสำคัญ กล่าวคือ เป็นกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีความเห็นว่าจะนำกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับสามารถมองเห็นได้ชัดเจนจึงไม่จำเป็นต้องระบุลงไปอีกและทั้งสองฝ่ายก็เห็นพ้องต้องกัน สำหรับทฤษฎีนี้แม้ว่าคู่สัญญาจะมีได้เลือกกฎหมายที่จะบังคับใช้กับสัญญาโดยชัดแจ้ง ก็ยังคงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะค้นหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาต่อไปว่าพวกเขามีความประสงค์ที่จะให้กฎหมายใดใช้บังคับกับสัญญา โดยการพิจารณาถึงเจตนาที่แท้จริงนั้นจะพิจารณาจากข้อกำหนดทั้งหลายและสภาพรวมของสัญญาจากพฤติการณ์แวดล้อมในแต่ละกรณี

2. ทฤษฎี Objective<sup>20</sup> ทฤษฎีนี้จะพิจารณาองค์ประกอบอื่น ๆ เพื่อหาเจตนารมณ์ของคู่สัญญา กล่าวคือ เป็นกรณีที่วิญญูชน (reasonable person) มีความเห็นว่าระบบกฎหมายที่ใช้บังคับมีความชัดเจนแล้ว ซึ่งทำให้คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงว่าจะเลือกกฎหมายใดเพราะระบบของกฎหมายจะเลือกให้เองอยู่แล้ว กรณีนี้จะถือเอานิติสัมพันธ์ต่าง ๆ ที่มีความสัมพันธ์กับสัญญามาเป็น

<sup>17</sup>Trevor C. Hartley, *International Commercial Litigation Text, Cses Nd Materials on Private International Law* (Cambridge University Press, 2009). pp 568-569.

<sup>18</sup>Ibid. P 567.

<sup>19</sup> ...both of the parties thought about the matter, they both thought the answer was so obvious that it is necessary to state it.

<sup>20</sup> ...a reasonable person would have thought that a particular system of law was obviously applicable.

หลักในการหากฎหมาย โดยจะพิจารณาจากองค์ประกอบต่างๆ และข้อเท็จจริงที่มีอยู่ของสัญญา เช่น สถานที่ในการทำสัญญา สถานที่ปฏิบัติการชำระหนี้ ภูมิลำเนา และสัญชาติของคู่สัญญา เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ศาลอังกฤษมีแนวโน้มที่จะยึดแนวทางของ Objective ในการพิจารณาว่ามี การเลือกกฎหมายไว้โดยปริยายหรือไม่ เช่น คดี The Assunzione ซึ่งในคดีนี้เป็นกรณีระหว่าง เจ้าของเรือชาวฝรั่งเศสและผู้เช่าเหมาลำชาวอิตาลีในการเดินทางจากฝรั่งเศสไปอิตาลี ซึ่ง ผู้พิพากษา Birkett LJ ได้กล่าวไว้ในคำตัดสินว่า ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้แสดงการเลือกกฎหมายโดยชัดแจ้งใน สัญญา ศาลต้องค้นหาว่ามีการเลือกกฎหมายโดยปริยายหรือค้นหาเจตนารมณ์ของคู่กรณีจาก ข้อเท็จจริงทั้งหมดของคดี และในกรณีนี้ฝ่ายหนึ่งอ้างกฎหมายฝรั่งเศส (ฝ่ายเจ้าของเรือ) ฝ่ายหนึ่งอ้าง กฎหมายอิตาลี (ฝ่ายผู้จ้างเหมาลำ) แต่ทั้งสองฝ่ายก็ได้เลือกให้ชัดแจ้งในสัญญา ดังนั้นศาลจึง จำเป็นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงของคดีเพื่อพิจารณาว่าอะไรคือข้ออนุমানหรือข้อสันนิษฐานที่ เกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงของคดีว่าคู่สัญญาหรือวิญญูชนมีการเลือกกฎหมายโดยปริยายไว้<sup>21</sup>

นอกจากนี้ยังเห็นได้ในคดี Coast Lines Ltd., v Hudig&Veder Chartering NV อันเป็น กรณีที่เจ้าของเรือชาวอังกฤษกับผู้เช่าเหมาลำชาวดัตช์ในคดีนี้พบว่าเหล่าผู้พิพากษาที่ตัดสินในคดีนี้ได้ ให้ความเห็นเกี่ยวกับการเลือกกฎหมายโดยปริยายไว้ดังนี้ โดย Lord Denning ได้กล่าวในคดีว่า “เพื่อที่จะหากฎหมายที่เหมาะสมในการบังคับแก่สัญญา เราจะต้องถามก่อนว่าระบบกฎหมายที่ ไกล่ชิดที่สุด มีจุดเกาะเกี่ยวกันอย่างแท้จริงกับธุรกรรมที่ทำนั้นคืออะไร ซึ่งเรื่องดังกล่าวมิได้ขึ้นอยู่กับ เจตนารมณ์ของคู่สัญญา ที่อาจจะไม่ได้มีเจตนาไว้ตั้งแต่แรกก็ได้” ในขณะที่ผู้พิพากษา Megaw LJ. กล่าวว่ “อะไรคือกฎหมายที่บังคับใช้สำหรับสัญญานี้ (proper law) ในกรณีนี้ผู้เช่าเหมาลำไม่ได้ แสดงโดยชัดแจ้งว่าจะเลือกกฎหมายใด และไม่มีข้ออนุমানใดหรือข้อตกลงใดในสัญญาแสดงโดยชัด แจ้งว่าคู่สัญญามีเจตนารมณ์ที่แท้จริง (actual common intention) เช่นไร ดังนั้นจึงต้องตอบคำถาม ว่า ระบบของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมคืออะไรและมีจุดเกาะเกี่ยวอย่างไร ” และผู้พิพากษา Stephenson LJ. กล่าวว่ “กฎหมายที่เหมาะสมกับสัญญาจะเป็นกฎหมายอังกฤษหรือกฎหมายดัตช์ คำถามดังกล่าวไม่สามารถหาคำตอบได้จากการสืบหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของคู่สัญญา เพราะหากเอา จริงๆแล้ว เจ้าของเรือชาวอังกฤษย่อมอยากใช้กฎหมายอังกฤษ ผู้เช่าเหมาลำชาวดัตช์ก็ย่อมอยากใช้ กฎหมายดัตช์ และหากให้ตกลงกันว่าจะใช้กฎหมายของรัฐอื่นใดมาบังคับแก่สัญญาเช่าเหมาลำ ทั้ง สองฝ่ายก็คงปฏิเสธที่จะใช้และสัญญาคงไม่สามารถเกิดขึ้นได้ แต่นี่คือกรณีที่สัญญาเกิดขึ้นแล้ว และเป็นสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมิได้แสดงโดยชัดแจ้งว่าจะใช้กฎหมายใดบังคับแก่สัญญา ดังนั้นศาล จึงจำเป็นต้องสันนิษฐานถึงเจตนารมณ์ของคู่สัญญาจากข้อความในสัญญา ลักษณะของสัญญาและ ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือถ้าเป็นไปได้หาจากระบบของกฎหมายของรัฐที่มีจุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับสัญญาของ

<sup>21</sup>Hartley, *International Commercial Litigation Text, Cses Nd Materials on Private International Law.* p 568.

ธุรกรรมที่เพื่อหาเจตนาของคู่สัญญาที่ทั้งคู่มิได้แสดงโดยชัดแจ้งและฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจดใช้สิทธิเรียกร้อง”<sup>22</sup>

ดังนั้นจากกรณีคดีตัวอย่างข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าศาลอังกฤษยอมรับทั้งการเลือกกฎหมายโดยชัดแจ้งและการเลือกกฎหมายโดยปริยาย แม้คู่สัญญาจะมีได้แสดงให้เห็นอย่างชัดแจ้งในสัญญา ศาลก็จำต้องหากกฎหมายมาบังคับใช้กับสัญญาโดยดูจากบริบทต่าง ๆ เช่นข้อความในสัญญา ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ระบบกฎหมายของรัฐที่เกี่ยวข้อง มีจุดเกาะเกี่ยวกับสัญญาที่ทำหรือธุรกรรมที่คู่สัญญาทำขึ้น

## 2.2.2 การใช้หลัก เรื่อง ความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในสัญญาระหว่างประเทศภายใต้ ระบบกฎหมายแบบชีวิลลอว์ กรณีตัวอย่างกฎหมายฝรั่งเศส

ก่อนที่จะกล่าวถึงลักษณะการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายที่ศาลฝรั่งเศสยอมรับ ผู้เขียนได้ศึกษาถึงแนวทางปฏิบัติในการใช้กฎหมายต่างประเทศโดยกฎหมายขัดกันของฝรั่งเศสเพื่อให้เกิดเป็นการทำความเข้าใจเบื้องต้นว่า ศาลฝรั่งเศสยอมรับการเลือกใช้กฎหมายต่างประเทศของคู่สัญญาเพียงใดในกรณีที่คู่สัญญาเลือกใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับแก่สัญญา

สำหรับแนวทางปฏิบัติของประเทศฝรั่งเศสนั้น ฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบชีวิลลอว์แต่ในทางปฏิบัติในเรื่องการใช้กฎหมายต่างประเทศโดยกฎหมายขัดกันนั้นปรากฏว่าทางปฏิบัติของฝรั่งเศสดูจะไม่ชัดเจนว่าเป็นแนวการใช้กฎหมายต่างประเทศในระบบทางเลือกเช่นเดียวกับทางอังกฤษหรือเป็นแนวทางการใช้กฎหมายต่างประเทศในระบบบังคับ (Mandatory System) เช่นเดียวกับ เยอรมัน สวิตเซอร์แลนด์ ออสเตรเลีย อิตาลีอันเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบชีวิลลอว์เช่นเดียวกับฝรั่งเศส อาจกล่าวได้ว่า แนวทางการใช้กฎหมายต่างประเทศโดยกฎหมายขัดกันของฝรั่งเศสนั้นเป็นการใช้กฎหมายต่างประเทศในระบบผสม คือคู่ความต้องพิสูจน์ต่อศาลแต่ในขณะเดียวกันระบบนี้ก็ให้ศาลสามารถที่จะค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศได้เอง และระบบนี้เปิดช่องให้คู่ความสามารถแบ่งเบาภาระการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศของศาลได้ด้วย<sup>23</sup>

ในช่วงปี ค.ศ. 1910 ศาลสูงของฝรั่งเศสลงมติที่จะใช้กฎหมายต่างประเทศและมีแนวโน้มที่จะใช้กฎหมายของตนเอง แต่พอในปี ค.ศ. 1952 ศาลสูงของฝรั่งเศสได้ตัดสินว่า ศาลมีหน้าที่ต้องใช้

<sup>22</sup>Ibid. p 568.

<sup>23</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิชย์, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, ed. 4 (สำนักพิมพ์ กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์2559). หน้า 220

กฎหมายต่างประเทศและหลักนี้ได้รับการยืนยันจากศาลสูงอีกสองคดีในปี 1958 และปี 1959 แต่ในปีเดียวกันนั้นเองศาลสูงได้ตัดสินในคดี Bisbal อันเป็นคดีที่มีชื่อเสียงมากว่าเป็นจุดหักเหต่อทัศนคติที่ศาลฝรั่งเศสมีต่อกฎหมายต่างประเทศ โดยในคดีนี้ ศาลชั้นต้น (trial court) ของฝรั่งเศสตัดสินคดีโดยใช้กฎหมายของฝรั่งเศสและศาลสูงได้วินิจฉัยว่า ศาลชั้นต้นของฝรั่งเศสไม่ควรถูกดำเนินในกรณีที่มีได้ใช้กฎหมายต่างประเทศและใช้กฎหมายฝรั่งเศสเป็นกฎหมายที่ตัดสิน แต่ปรากฏว่าอีกหกเดือนต่อมาศาลสูงฝรั่งเศสได้ตัดสินในคดี Chemouny โดยพิพากษาตรงข้ามกับคดี Bisbal<sup>24</sup>

จากแนวทางปฏิบัติของศาลฝรั่งเศส อาจกล่าวได้ว่าหากคู่สัญญาแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายบังคับแก่สัญญาเป็นกฎหมายต่างประเทศ ศาลฝรั่งเศสในปัจจุบันมีแนวโน้มยอมรับการใช้กฎหมายต่างประเทศในการพิจารณาตัดสินคดี

ประเด็นต่อมา ผู้เขียนศึกษาเรื่องวิธีการแสดงเจตนา ผู้เขียนพบว่าในฝรั่งเศสมีการยอมรับการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในเรื่องการแสดงเจตนาทั้งการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งและการแสดงเจตนาโดยปริยาย ผู้เขียนพบว่าฝรั่งเศสมีการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในช่วงต้น ๆ ปี 1905 ดังที่ปรากฏในการตัดสินของศาลฝรั่งเศส ในคดี American Trading<sup>25</sup>

คดี American Trading เป็นคดีที่เกิดขึ้นระหว่าง American Trading V Quebec Steamship โดยปรากฏข้อเท็จจริงว่า สัญญารับขนระหว่างโจทก์และจำเลย เป็นสัญญาที่ว่าจ้างให้มีการขนของจากประเทศอเมริกาไปยังท่าเรือของประเทศฝรั่งเศส โดยในสัญญาได้ระบุข้อกำหนดเกี่ยวกับความรับผิดชอบตามกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งเมื่อเกิดปัญหาขึ้นมาทาง American Trading ได้กล่าวอ้างว่าข้อยกเว้นความรับผิดชอบนั้น จำเลยไม่สามารถนำมากล่าวอ้างได้เนื่องจากเป็นโมฆะตามกฎหมายของอเมริกา

ศาลมีคำวินิจฉัยในการตัดสินคดี American Trading ว่า “แม้ว่าโดยหลักแล้วต้องอาศัยกฎหมายของรัฐที่เป็นสถานที่ทำสัญญา อย่างไรก็ตามแต่คู่สัญญาก็ยังคงมีเสรีภาพที่จะเลือกกฎหมายมาบังคับใช้แก่สัญญาได้ ยิ่งไปกว่านั้นแม้คู่สัญญาจะมีได้แสดงเจตนาว่าจะเลือกกฎหมายใดบังคับใช้แก่สัญญาโดยชัดแจ้งแต่ก็พอจะอนุมานได้จากข้อตกลงที่ปรากฏในสัญญาและองค์ประกอบอื่น ๆ ของข้อเท็จจริงที่ปรากฏ<sup>26</sup>”

<sup>24</sup>Ibid. หน้า 223

<sup>25</sup>Ancel Lequette, *Grand Arrêts de La Jurisprudence De Droit International Français*, ed. 4. p.97.

<sup>26</sup>“attend que, d’autre part, que la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée; que si, entre personnes de nationalités différentes, la loi du lieu où le contrat est intervenu est en principe celle à laquelle il faut s’attacher, ce n’est donc qu’autant que les



จากคดีที่กล่าวมาในข้างต้นแสดงให้เห็นว่าศาลฝรั่งเศสให้การยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาโดยยึดตามแนวทฤษฎีอัตตนิยมบริสุทธิ (Subjectivism pur) ซึ่งทฤษฎีดังกล่าวมีลักษณะดังต่อไปนี้

ตามทฤษฎีนี้ ถือเจตนารมณ์ของคู่สัญญาเป็นสำคัญที่สุด การที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแสดงเจตนาทำนิติกรรมมีค่าเสนอ คำสนองที่ต้องตรงกัน จนก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ต่อกันตามกฎหมาย ก็เพียงพอที่จะก่อให้เกิดความผูกพันตามสัญญา และการที่คู่สัญญาเลือกกฎหมายใช้บังคับสัญญาไว้ในข้อกำหนดของสัญญา ทำให้กฎหมายที่เลือกมีค่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเท่านั้น ทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญแก่เจตนารมณ์ของคู่สัญญาให้สามารถอยู่นอกเหนือกฎหมายได้ คู่สัญญาสามารถที่จะตกลงกันบัญญัติเงื่อนไข หรือข้อกำหนดใดๆ ในสัญญาของตนก็ได้กล่าวได้ว่า เจตนารมณ์ของคู่สัญญาเป็นสิ่งที่มีความบังคับเป็น กฎหมาย ดังนั้น กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกนั้นอาจจะไม่มีความเกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ที่สัญญานั้นเกี่ยวข้องเลยก็ได้ข้อกำหนดหรือเงื่อนไขต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในสัญญาย่อมเป็นการสมบูรณ์ และเพียงพอในตัวของมันเองที่จะนำมาบังคับใช้คู่สัญญา คู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายเฉพาะส่วนที่ตนเห็นว่าเหมาะสม และเป็นประโยชน์แก่ตนโดยตัดส่วนอื่นที่ไม่เกิดประโยชน์ก็ยอมทำได้

จากคดี American Trading พบว่าการยอมรับการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของฝรั่งเศสยอมรับให้คู่สัญญามีสิทธิโดยเด็ดขาดในการแสดงเจตนาเลือกโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายให้นำกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งมาบังคับใช้กับสัญญา

หากเป็นกรณีที่ไม่พบว่าคู่สัญญาแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายใดบังคับกับสัญญาศาลฝรั่งเศสจะใช้วิธีการหาน้ำหนักของสัญญาว่าสัญญาควรจะอยู่ในระบบกฎหมายใด (Localisation Du Contract) โดยคำนึงถึงจุดนิติสัมพันธ์หลายๆจุดว่ามีจุดใกล้ชิดกับระบบกฎหมายใดมากที่สุด<sup>27</sup> ซึ่งหลักนี้ได้รับการยืนยันจากคำพิพากษาในคดี Société de FourruresRenel v Allouche ปี 1959 ซึ่งศาลมีคำวินิจฉัยในการตัดสินคดีว่า “คู่สัญญามีเสรีที่จะเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญา หากว่าคู่สัญญาไม่ได้แสดงโดยชัดแจ้ง ศาลต้องเป็นผู้พิจารณาโดยพิจารณาจากรายการทั้งหมดในข้อตกลงของสัญญา หรือจากบริบทของข้อเท็จจริงแห่งคดีที่เกิดขึ้นเพื่อหาว่าจะนำกฎหมายใดมาบังคับใช้แก่สัญญา”<sup>28</sup>

---

contractants n'ont pas manifesté une volonté contraire; et des circonstances de la cause ainsi que des termes du contract”.

<sup>27</sup> ชุมพร ปัจจุสานนท์, "กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ตอนที่ 1," วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 no. มิถุนายน 2527 (2527). หน้า 80

<sup>28</sup> Cour de cassation, “Chamber civile, 1 ère section”, Judgment of July 6, 1959, 33 Semaine Juridique 11215.

## 2.3 หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในอนุสัญญาระหว่างประเทศ

หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาปรากฏในอนุสัญญาระหว่างประเทศหลายอนุสัญญา เช่น The European Convention on the International Commercial Arbitration 1961, The Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of other States 1965, The Convention on the Law Applicable to Agency 1978, United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods 1980 นอกจากนี้ยังปรากฏในคำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอีกหลายกรณี อาทิเช่น กรณีของ Saudi Arabia v Arabian Oil Co. (ARAMCO) 1958 กรณี Libyan Arab Republic v California Asiatic Oil Company and Texaco Oversea Petroleum Company 1979 กรณี Liamco v Libya 1982 กรณี Maritime International Nominees v Republic of Guinea 1984 กรณี Bank Bumiputra v International Tin Council 1989 เป็นต้น

เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนมุ่งศึกษาการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายในการแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายในกรณีสัญญาระหว่างประเทศเป็นสำคัญ อีกทั้งกฎหมายที่ผู้เขียนใช้เป็นกรณีศึกษาได้แก่ Regulation (EC) No. 593/2008 of The European Parliament and of The Council of 17 June 2008 on The Law Applicable to Contractual Obligations หรือที่เรียกว่า Rome I Regulation 2008 อันเป็นกฎหมายที่ได้รับการพัฒนามาจาก Rome Convention 1980 ดังนั้นในส่วนของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในอนุสัญญาระหว่างประเทศผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงแต่เพียงอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับ Rome I Regulation 2008 เท่านั้น

ผู้เขียนแบ่งการศึกษาเรื่องอนุสัญญาระหว่างประเทศกับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาที่เกี่ยวข้องกับ Rome I Regulation 2008 เป็นสองกรณีได้แก่กรณีหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในอนุสัญญาระหว่างประเทศในการเลือกศาล อันได้แก่ Brussels Convention 1968 และกรณีหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในอนุสัญญาระหว่างประเทศในการเลือกกฎหมาย บังคับใช้แก่สัญญาอันได้แก่ Rome Convention 1980 ซึ่งผู้เขียนทำการศึกษาต่อดังนี้

### 2.3.1 หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาภายใต้ Brussels Convention 1968: กรณีหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในอนุสัญญาระหว่างประเทศในการเลือกศาล<sup>29</sup>

<sup>29</sup>คมวีชร เอียงอ่อง, "เขตอำนาจศาลไทยเหนือคดีแพ่งและพาณิชย์ที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ" (บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539).

โดยปกติแล้วการกำหนดเขตอำนาจศาลเป็นเรื่องของกฎหมายมิใช่เรื่องของคู่สัญญาที่จะสามารถตกลงกันเรื่องเขตของอำนาจศาลได้ เพราะเขตอำนาจศาลเป็นเรื่องกฎหมายวิธีสบัญญัติอันเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด เอกชนไม่สามารถตกลงเป็นอย่างอื่น ไม่ว่าจะเป็นเขตของอำนาจศาลของประเทศใด

อย่างไรก็ตามการที่คู่สัญญาตกลงกันว่าจะนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลใด หรือทำข้อตกลงเลือกศาลมิใช่เรื่องของการเปลี่ยนแปลง หรือตกลงเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจศาลแต่อย่างใด แต่เป็นเรื่องที่คู่สัญญาประสงค์ที่จะอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของประเทศใดประเทศหนึ่ง เช่นคู่สัญญาตกลงกันว่าหากเกิดกรณีข้อพิพาทเกิดขึ้นให้นำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลไทย ดังนี้หากเกิดกรณีพิพาทขึ้นมาศาลไทยจึงเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีในฐานะที่เป็นศาลที่ได้รับเลือก (Chosen Court)

แม้จะมีการยอมรับเรื่องการให้คู่สัญญาแสดงเจตนาเลือกศาลก็ยังคงเกิดปัญหาในทางปฏิบัติเช่น เรื่องการมีผลบังคับใช้ หรือความสมบูรณ์ของสัญญานั้นมีมากน้อยเพียงใดในศาลที่ได้รับเลือกเป็นปัญหาเรื่องเกี่ยวกับหลักความสงบเรียบร้อย ของรัฐที่เป็นที่ตั้งของศาลที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาคดี (Public policy of the law of the forum) หรือกฎหมายอันพึงบังคับใช้ทันทีของรัฐที่เป็นที่ตั้งของศาลทำหน้าที่ในการพิจารณาคดี (Mandatory provision of the law of the forum) เรื่องของเขตอำนาจของศาลที่ได้รับเลือก หลักเกณฑ์การกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีแพ่งและคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับเลือก เนื่องจากประเทศในโลกนี้แต่ละประเทศต่างก็มีระบบกฎหมาย หรือกฎหมายวิธีสบัญญัติที่ไม่เหมือนกัน ซึ่งส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอนและการปฏิบัติที่ต่างกันไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในเรื่องต่างๆ ดังกล่าวข้างต้น ส่งผลต่อคำตัดสินและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศด้วย

ด้วยเหตุนี้ที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (The Hague Conference on Private International Law) จึงได้จัดทำอนุสัญญาขึ้นมา อันได้แก่อนุสัญญา กรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 1965 ซึ่งว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง ที่มีผลผูกพันประเทศยุโรป ภาคพื้นทวีป (Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil and Commercial Matters. 25<sup>th</sup> November 1965) ต่อมาประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลได้จัดทำอนุสัญญาขึ้นมาใหม่ อันได้แก่อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 (Hague Convention on Choice of Court Agreements on 30<sup>th</sup> June 2005) เพื่อให้ประเทศภาคีนำไปใช้บังคับในประเทศของตน อนุสัญญาฉบับดังกล่าวเปิดโอกาสให้ประเทศทั่วโลกเข้า ร่วมเป็นภาคีได้โดยอนุสัญญาดังกล่าวมีบทบัญญัติในเรื่องต่างๆเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาล ว่าด้วยขอบเขตการเลือกศาลภายใต้อนุสัญญาและประเภทของ

คดีที่อนุสัญญาามีผลบังคับใช้ รวมถึงการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการเลือก อนุสัญญาดังกล่าวเปิดโอกาสให้ทุกประเทศสามารถเข้าร่วมได้โดยไม่คำนึงถึงภูมิภาค จึงเป็นประโยชน์ ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศต่างๆที่เข้าร่วมเนื่องจาก เป็นการเปิดกว้างให้ ชาวต่างชาติได้รับโอกาสที่จะได้รับความยุติธรรมในกระบวนการทางศาลมากขึ้น

นอกจากอนุสัญญาที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ได้จัดทำขึ้น ทางสหภาพยุโรปเองก็ได้มีการจัดทำอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการเลือกศาลขึ้นมาเพื่อให้ ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปใช้บังคับเพื่อเป็นการแก้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายกรณีเขต อำนาจศาลในหมู่สมาชิก และเพื่อให้เกิดการแก้ปัญหาไปในระบบเดียวกัน อนุสัญญาที่สหภาพยุโรป จัดทำขึ้นได้แก่ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการบังคับตามคำพิพากษาในคดี หรือ อนุสัญญากรุงบรัสเซลส์ซึ่งว่าด้วยอำนาจของศาลแพ่งและการบังคับตามคำตัดสินในทางแพ่งและ พาณิชยซึ่งผูกพันกลุ่มประเทศสมาชิกของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters 1968) และอนุสัญญาลูกาโน (Lugano Convention 1990) ซึ่งว่าด้วยอำนาจศาลแพ่งและการบังคับตามคำ ตัดสินในทางแพ่งและพาณิชย (Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in Civil and Commercial Matters 1988) ซึ่งในเวลาต่อมา ได้มีการเปลี่ยนแปลงจาก อนุสัญญากรุงบรัสเซลส์ เป็นกฎเกณฑ์กรุงบรัสเซลส์ (The Brussels Regulation) แต่ทั้งนี้ ผู้เขียนจะ กล่าวถึงเพียงแต่กรณีหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในอนุสัญญาระหว่างประเทศในการเลือก ศาลอนุสัญญาเท่านั้น

อนุสัญญากรุงบรัสเซลส์ได้กำหนดวิธีการที่เกี่ยวกับเรื่องเขตอำนาจศาลและการยอมรับและ บังคับตามคำพิพากษา เช่นเรื่องกรณีได้บัญญัติถึงหลัก Forum non Convenience เอาไว้ดังนั้นจึง เท่ากับว่ามีให้มีการใช้หลักดังกล่าวกับประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคีแห่งอนุสัญญานี้ (ซึ่งต่อมาภายหลัง จากการที่อนุสัญญาฉบับดังกล่าวถูกแก้ไขเป็นกฎเกณฑ์กรุงบรัสเซลส์ ซึ่งมีผลบังคับใช้ทั่วทั้งสหภาพ ยุโรปเสมือนเป็นกฎหมายภายใน จึงเท่ากับว่าห้ามให้มีการใช้หลัก Forum non Convenience ดังกล่าวในสหภาพยุโรป) เป็นต้น

สำหรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาในอนุสัญญาระหว่างประเทศในการเลือก ศาล โดยปกติ สัญญาที่สามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้คือสัญญาทางแพ่งและพาณิชยระหว่าง ประเทศ (สัญญาระหว่างประเทศที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชน) เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ เอกชนและเป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา เช่นสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่าง ประเทศ เหตุที่คู่สัญญาไม่สามารถทำข้อตกลงเลือกศาลเรื่องทางอาญาหรือมหาชนได้เนื่องจากเรื่อง ดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับอำนาจรัฐจึงไม่สมควรให้คู่สัญญาเอกชนทำความตกลงใดๆเกี่ยวกับเขต อำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีในเรื่องดังกล่าว

อย่างไรก็ตามแม้สัญญาที่สามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้คือสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศ แต่ก็มีได้หมายความว่าคู่สัญญาจะสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้ทั้งหมด เนื่องจากมีเรื่องบางเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับประเทศใดประเทศหนึ่งโดยตรง หรือเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของสังคมโดยรวมของประเทศนั้นๆ คู่สัญญาจึงไม่มีสิทธิเลือกศาลในกรณีข้างต้นได้ เช่น

กรณีเรื่องเกี่ยวกับสถานะและความสามารถของบุคคลและเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายครอบครัว เนื่องจากเรื่องดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นการเฉพาะ เช่น ประเทศที่เป็นเจ้าของสัญชาติ หรือภูมิลำเนาของบุคคลที่เกี่ยวข้องจึงไม่ควรให้ศาลของประเทศอื่นเป็นผู้พิจารณาคดี

กรณีเรื่องเกี่ยวกับนิติบุคคล โดยปกติแล้วศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีจะเป็นศาลของประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นตั้งอยู่ (Place of Headquarter) สถานที่จดทะเบียน (Place of incorporation) สถานที่ตั้งของสถานประกอบการ (Place of Business) สถานที่ซึ่งอำนาจบริหารจัดการตั้งอยู่ (Place of Central Management and Control) เพราะประเทศเหล่านั้นมีความเกี่ยวข้องอย่างยิ่งกับสถานะหรือสภาพของนิติบุคคล ดังนั้นหากเป็นคดีที่เกี่ยวกับนิติบุคคลจึงไม่ควรให้คู่สัญญาทำความตกลงเรื่องเขตอำนาจศาลเป็นต้น

กรณีเรื่องสัญญาผู้บริโภค (Consumer Contract) โดยปกติแล้วศาลของประเทศต่างๆจะไม่ยอมให้คู่สัญญาทำความตกลงเลือกศาลในสัญญาผู้บริโภคเนื่องจากเล็งเห็นว่า ผู้บริโภคที่เป็นคู่สัญญามักจะไม่มีทางเลือกในการเข้าทำสัญญาเพราะมีอำนาจในการเจรจาต่อรองที่น้อยกว่า หากคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นองค์กรธุรกิจ ซึ่งสัญญาที่นำมาใช้มักเป็นสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้บริโภคไม่มีสิทธิ์ที่จะไปเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาใดๆ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องปกป้องคุ้มครองคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่ามิให้ถูกเอาเปรียบเมื่อเกิดกรณีพิพาทอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญา หากให้มีการตกลงเลือกศาลในสัญญา คู่สัญญาฝ่ายผู้บริโภคอาจเสียเปรียบหรือไม่มีโอกาสอย่างเพียงพอที่จะเข้าสู่คดี เป็นต้น

2.3.2 หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาภายใต้ The Rome Convention 1980: กรณีหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในอนุสัญญาระหว่างประเทศในการเลือกกฎหมายบังคับใช้แก่สัญญา

เนื่องจากผู้เขียนใช้กรณีของสหภาพยุโรปเป็นกรณีศึกษาในเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาระหว่างประเทศดังนั้นผู้เขียนจึงกล่าวถึงเพียงแต่อนุสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับขอบเขตที่ศึกษาเท่านั้น ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวได้แก่

อนุสัญญากรุงโรม ค.ศ. 1980 (The Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations 1980) หรือที่เรียกว่า Rome Convention 1980

จากการค้นคว้า ผู้เขียนพบว่า Rome Convention 1980 มีฐานทางกฎหมายมาจาก EC Treaty ข้อ 65 ซึ่งกำหนดให้มีการสร้างมาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมในการทำธุรกรรมระหว่างประเทศในตลาดร่วมของกลุ่มสหภาพยุโรป ดังนั้นการศึกษา Rome Convention 1980 จึงมีความสำคัญเพื่อเป็นพื้นฐานในการศึกษา REGULATION (EC) No 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations หรือที่เรียกว่า Rome I Regulation 2008 อันเป็นเป้าหมายหลักของการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

สำหรับการศึกษา Rome Convention 1980 ผู้เขียนได้ทำการศึกษาค้นคว้าต่อไปในประเด็นต่อไปนี้

1. หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาในการเลือกใช้กฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศภายใต้ The Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations 1980

การเลือกกฎหมายใช้กับสัญญาระหว่างประเทศภายใต้ The Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations 1980 หรือ Rome Convention ได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 3<sup>30</sup>แห่งอนุสัญญานี้ โดยมีใจความดังนี้ กฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญาให้เป็นไปตามกฎหมายที่คู่สัญญาแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายโดยพิจารณาจากความสมเหตุสมผลเมื่อดูประกอบกับข้อสัญญาหรือจากพฤติการณ์แวดล้อมซึ่งกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกสามารถใช้บังคับกับสัญญาทั้งฉบับหรือเพียงบางส่วนของสัญญาก็ได้

<sup>30</sup>Article 3 Freedom of choice

1. A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or a part only of the contract.

2. The parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it, whether as a result of an earlier choice under this Article or of other provisions of this Convention. Any variation by the parties of the law to be applied made after the conclusion of the contract shall not prejudice its formal validity under Article 9 or adversely affect the rights of third parties.

3. The fact that the parties have chosen a foreign law, whether or not accompanied by the choice of a foreign tribunal, shall not, where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only, prejudice the application of rules of the law of that country' which cannot be derogated from by contract, hereinafter called 'mandatory rules.

4. The existence and validity of the consent of the parties as to the choice of the applicable law shall be determined in accordance with the provisions of Articles 8, 9 and 11.

จากมาตรา 3 (1) ดังกล่าวนี้อาจเป็นตัวชี้ให้เห็นว่า หลักการแสดงเจตนาโดยปริยายได้รับการยอมรับ ดังนั้นจึงเป็นการแก้ปัญหาคือในส่วนเรื่องของการที่ทำให้ปัญหาในเรื่องความไม่ตรงกันในแต่ละระบบการแก้ไขปัญหาคือการขัดกันของกฎหมายหมดไป เช่นกรณีที่อังกฤษให้นำหน้าของเรื่องจุดเกาะเกี่ยวมากกว่าเรื่องเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญา ดังเช่นกรณี *Boissevain v Wein* (1949) A.C. 327 ในคดีนี้ Lord Denning ผู้พิพากษาคดีนี้กล่าวว่า กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ไม่ขึ้นอยู่กับสถานที่ที่มีการทำสัญญา หรือเจตนาของคู่สัญญา หรือถิ่นที่มีการปฏิบัติตามสัญญามากนัก แต่ขึ้นอยู่กับสถานที่ซึ่งสัญญานั้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดมากที่สุด” ในขณะที่ฝรั่งเศส เน้นเรื่องการให้ความสำคัญกับเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาทั้งการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งและโดยปริยายดังที่ปรากฏในคดี *American Trading* แต่เมื่อเข้ามาอยู่ภายใต้ Rome Convention 1980 ก็ต้องยอมรับหลักกฎหมายที่กำหนดไว้เป็นแนวทางเดียวกัน

นอกจากกรณีหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในอนุสัญญาระหว่างประเทศในการเลือกศาลในเรื่องการใช้หลักทั่วไปแล้ว ในอนุสัญญาดังกล่าวยังได้วางหลักเรื่องข้อจำกัดในการเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศด้วย

2. ข้อจำกัดในหลักการเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศภายใต้ The Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations 1980 (Rome Convention 1980)

แม้ว่า Rome Convention 1980 จะได้วางหลักเสรีภาพในการเลือกกฎหมายไว้ก็ตามแต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายในอนุสัญญาเองจะพบว่ามาตรา 3 (3)<sup>31</sup>มีการระบุไว้อย่างในเรื่องการห้ามเลือกกฎหมายที่ขัดต่อกฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที (Mandatory Rule) เป็นต้น

การศึกษาในด้านที่มาของ Rome Convention 1980 พบว่า Rome Convention 1980 เกิดขึ้นจากการที่ประเทศในสหภาพยุโรปได้ร่วมกันหาทางลดความขัดแย้งจากการขัดกันแห่งกฎหมายในกรณี *Applicable Law* หรือกฎหมายของประเทศที่จะใช้บังคับแก่สัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยมีเป้าหมายว่าหากกฎหมายทุกประเทศในสหภาพมีความสอดคล้องกลมกลืนกันในเรื่องนี้แล้ว ไม่ว่าจะกรณีมีปัญหาในประเทศใดที่เกี่ยวกับสัญญาระหว่างประเทศ ก็จะอยู่ในบังคับที่ต้องนำกฎหมายของประเทศหนึ่งประเทศใด ตามแนวที่ระบุใน Convention มาปรับแก้กรณีเหมือนกันทุก

<sup>31</sup>The fact that the parties have chosen a foreign law, whether or not accompanied by the choice of a foreign tribunal, shall not, where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only, prejudice the application of rules of the law of that country' which cannot be derogated from by contract, hereinafter called 'mandatory rules'.

ประเทศ ปัญหาที่คู่กรณีจะ “เลือกศาล” (forum shopping) ของประเทศหนึ่งประเทศใด เพื่อให้ได้ใช้กฎหมายของประเทศที่เป็นประโยชน์แก่ตน ย่อมลดน้อยลง

ดังนั้น สหภาพยุโรปจึงได้ออก Rome Convention 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations เพื่อให้ประเทศในกลุ่มนำไปใช้ในประเทศของตน โดยอังกฤษใช้เวลาร่วม 10 ปี ในการพิจารณา ซึ่งในขั้นที่สุดก็ได้ออกกฎหมายภายใน คือ The Contract (Applicable Law) Act 1990 มารองรับ Convention และให้ใช้บังคับกับสัญญาที่สร้างขึ้นภายหลังวันออกกฎหมายฉบับนี้

สำหรับสาระสำคัญของ Rome Convention 1980 ที่เกี่ยวข้องกับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาผู้เขียนจะขออธิบายเพียงคร่าว ๆ มีดังนี้

1. ถ้าคู่สัญญาแสดงเจตนาว่าให้ใช้กฎหมายของประเทศใดมาบังคับกับสัญญากฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญา ได้แก่กฎหมายของประเทศที่คู่สัญญาแสดงเจตนา ให้นำมาใช้บังคับ ซึ่งเจตนาอาจเป็นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย (คือ โดยการแสดงให้เห็นได้ชัดเจนแน่นอน หรือโดยมีเหตุผลพอสมควรจากข้อสัญญาหรือจากพฤติการณ์แวดล้อม) (“express or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or circumstances of the case”) ซึ่งสาระสำคัญดังกล่าวเป็นหัวใจหลักของมาตรา 3

2. ถ้าคู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนา (ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยาย) ว่าให้ใช้กฎหมายของประเทศใด กฎหมายที่จะใช้บังคับได้แก่กฎหมายของประเทศที่มีความเกี่ยวข้อง ใกล้ชิดกับสัญญามากที่สุด โดยมีข้อสันนิษฐานด้วยว่า ประเทศที่เข้าลักษณะดังที่จะ กล่าวต่อไปนี้ เป็นประเทศที่มีความเกี่ยวข้องใกล้ชิดกับสัญญามากที่สุด กล่าวคือ ประเทศที่คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องปฏิบัติตามลักษณะของสัญญา มีถิ่นที่อยู่ปกติ ในขณะที่ทำสัญญานั้น แต่ถ้าคู่สัญญาฝ่ายนั้นเป็นนิติบุคคลหรือคณะบุคคล ได้แก่ประเทศที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ของนิติบุคคลหรือคณะบุคคลนั้น

3. ถ้าเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นในทางการค้าหรือวิชาชีพของคู่สัญญาฝ่ายนั้น ประเทศที่เกี่ยวข้องใกล้ชิดกับสัญญาที่สุด คือประเทศที่เป็นถิ่นที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ของคู่สัญญาฝ่ายนั้น แต่ถ้าเงื่อนไขของสัญญากำหนดให้การปฏิบัติตามสัญญา กระทำ ณ ที่แห่งอื่น ประเทศที่มีความเกี่ยวข้องใกล้ชิดคือ ประเทศที่มีการปฏิบัติตามสัญญา ณ ที่แห่งอื่นนั้น ในกรณีแรกนั้น หาก “การปฏิบัติตามลักษณะของสัญญา” (performance which is characteristic of the contract) ไม่อาจอนุมานเอาได้ หรือใน กรณีที่สองหากปรากฏจากพฤติการณ์แวดล้อมกรณีว่า สัญญามีความเกี่ยวเนื่องใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่า ก็ไม่ต้องนำข้อสันนิษฐานมาบังคับ และให้ใช้กฎหมายประเทศอื่นนั้นไปได้

สาระสำคัญที่ปรากฏตาม ข้อ 2 และ ข้อ 3 นั้น ปรากฏในมาตรา 4 และเป็นหัวใจหลักของการที่คู่สัญญามิได้เลือกกฎหมายบังคับใช้แก่สัญญาอีกด้วย

ส่วน “คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องปฏิบัติตามลักษณะของสัญญา” (the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract) โดยทั่วไปหมายความถึงคู่สัญญา



ฝ่ายที่จะได้ค่าตอบแทนในการปฏิบัติตามลักษณะของสัญญาในส่วนของตน ฉะนั้น ถ้าเป็นสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของ ผู้เป็นคู่สัญญาฝ่ายที่ปฏิบัติตามลักษณะของสัญญา คือ ผู้ขายที่ต้องส่งมอบสินค้าและผู้รับจ้างที่ต้องส่งมอบของ

นอกจากนี้ Rome Convention 1980 ยังได้กล่าวถึงสัญญาผู้บริโภคและสัญญาจ้างแรงงานไว้เป็นพิเศษต่างหาก ทั้งข้อบัญญัติใน Convention จะไม่ขัดต่อกฎหมายบังคับใช้ทันที (mandatory rules) ที่มีอยู่ในกฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดี เช่น ศาลอังกฤษจะไม่นำกฎหมายของประเทศที่ Convention กำหนดให้ใช้บังคับกับสัญญา ไปใช้ถึงขนาดไปปลงล้างกฎหมายภายในของอังกฤษที่ว่าด้วยข้อสัญญาอันไม่เป็นธรรม (The Unfair Contract Terms Act 1977) หรือกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคอื่น ๆ

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้เขียนสรุปสาระสำคัญของ Rome Convention 1980 ได้ดังนี้

ประการแรก คงหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Party autonomy) ของคู่สัญญาที่ให้สิทธิเลือกใช้กฎหมายของประเทศที่จะใช้บังคับกับสัญญาของตนได้ เป็นหลักการพื้นฐานของสัญญาทั้งตามระบบกฎหมายแบบซิวิลลอว์และ ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์

ประการที่สอง คงหลักการที่ให้เจตนาของคู่สัญญามีได้ทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย คือ แม้เจตนาจะไม่ชัดแจ้ง แต่ก็ต้องพยายามหาเหตุผลและสิ่งแวดล้อมทั้งหลายว่าเพียงพอที่จะอนุมานได้ว่า คู่สัญญามีเจตนาเช่นนั้น ทั้งนี้ เพื่อรักษาหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งก็เป็นหลักของทั้งสองระบบอีกเช่นกัน

ประการที่สาม ในกรณีที่เจตนาของคู่สัญญาไม่ปรากฏ กำหนดหลักการที่ค่อนข้างยืดหยุ่นและกว้างขวาง คือ ให้ใช้กฎหมายของประเทศที่มีความเกี่ยวเนื่อง ใกล้ชิดกับสัญญามากที่สุด เป็นกฎหมายที่จะให้นำมาใช้บังคับกับสัญญา ซึ่งเป็นทฤษฎี proper law ของอังกฤษ และแม้จะมีการกำหนดข้อสันนิษฐานไว้หลายประการก็ตาม แต่ก็เป็นการยอมรับโดยปริยายว่า ความเกี่ยวเนื่อง ใกล้ชิด อาจมีอีกหลายประการ ไม่จำกัดแต่เฉพาะสิ่งที่กำหนดขึ้นเป็นข้อสันนิษฐานเท่านั้น สิ่งที่กำหนดขึ้นเป็นข้อสันนิษฐานเพื่อโยกไปใช้กฎหมายของประเทศที่จะนำมาปรับแก้สัญญา หรือที่กฎหมายขัดกันเรียกว่า “จุดเกาะเกี่ยว” เป็นแนวใหม่ โดยให้ความสำคัญแก่ กฎหมายของประเทศถิ่นที่อยู่ปกติของคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องปฏิบัติตามลักษณะสัญญา และของประเทศซึ่งเป็นถิ่นที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ของคู่สัญญาฝ่ายที่ทำการค้าหรือวิชาชีพ นัยหนึ่ง กฎหมายของประเทศซึ่งเป็นถิ่นที่ตั้งของคู่สัญญา ฝ่ายที่มีหน้าที่ส่งมอบสินค้าหรือให้บริการ เป็นกฎหมายของประเทศที่มีความเกี่ยวเนื่อง ใกล้ชิดกับสัญญามากที่สุดหรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า เน้นถิ่นที่มีการส่งมอบ (place of delivery) เป็นสำคัญ

จากการทำการศึกษาในเบื้องต้นผู้เขียนยังพบว่า แม้เดิมแต่รัฐในสหภาพยุโรปต่างก็แก้ปัญหาในเรื่องการขัดกันของกฎหมายในการทำสัญญาระหว่างประเทศโดยใช้กฎหมายขัดกันของ

แต่ละรัฐเข้ามาปรับกับสัญญา ต่อมาเมื่อมีการรวมกลุ่มกันเป็นสหภาพยุโรป ได้มีความพยายามร่วมกันสร้างความกลมกลืนในการแก้ปัญหาคัดกันแห่งกฎหมายเพื่อแก้ปัญหาคัดกันแห่งกฎหมายมาปรับใช้กับกรณีและสัญญา โดยได้ออก The Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations 1980 หรือที่เรียกว่า Rome Convention 1980 ซึ่งได้นำหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญามาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรและมีผลให้คู่สัญญาสามารถใช้เสรีภาพในการเลือกกฎหมายได้และมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมากขึ้น การแก้ปัญหาคัดกัน

อย่างไรก็ดี แม้ว่า Rome Convention 1980 จะได้มีการวางหลักในการแก้ไขปัญหาคัดกันแห่งกฎหมายเพื่อให้เป็นไปในทางเดียวกันก็ตามในหมู่ประเทศที่เป็นสมาชิกสหภาพยุโรป แต่การที่ Rome Convention 1980 เป็นอนุสัญญาที่เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปเข้าลงนามร่วมเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาเพื่อที่จะให้อนุสัญญามีผลบังคับผูกพันต่อรัฐที่เข้าร่วมเป็นภาคี ทำให้ยังไม่อาจสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในการแก้ไขปัญหาคัดกันแห่งกฎหมายได้อย่างแท้จริง เพราะการที่ยังคงเปิดโอกาสในการเข้าร่วมลงนามเป็นภาคี ทำให้รัฐบางรัฐสามารถที่จะเลือกไม่เข้าร่วม หรือเข้าร่วมโดยมีเงื่อนไขไม่ยอมรับที่จะผูกพันในบางข้อของอนุสัญญาได้ ดังนั้นจึงมีการเปลี่ยนแปลงขึ้น โดยได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายใน Rome Convention 1980 และเปลี่ยนจาก อนุสัญญากรุงโรมเป็นกฎเกณฑ์กรุงโรม 1 (Rome I Regulation 2008) แทน<sup>32</sup>

## 2.4 พัฒนาการในการจัดทำ Rome I Regulation 2008

จากการศึกษาในหัวข้อที่ 2.3.2 อันเป็นเรื่องของ Rome Convention 1980 แม้จะพบว่าหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาที่กำหนดใน Rome Convention 1980 นั้นจะช่วยให้ สหภาพยุโรปมีเอกภาพในการแก้ไขปัญหาคัดกันแห่งกฎหมายก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติไม่เป็นเช่นนั้นไม่เนื่องจากการออกกฎหมายในรูปของอนุสัญญานั้นจะต้องมีการลงนามหรือการภาคยานุวัติเพื่อเข้าร่วมเป็นสมาชิกภาคีในอนุสัญญา ดังนั้นจึงเป็นช่องว่างให้รัฐที่เป็นสมาชิกเลือกที่จะเข้าร่วมหรือไม่เข้าร่วมก็ได้ ทำให้ไม่เกิดเอกภาพในการแก้ปัญหาคัดกันที่แท้จริงและยังคงเป็นอุปสรรคของการเป็นตลาดเดียวของสหภาพยุโรป

<sup>32</sup> Frank von Fürstenwerth, "Opinion of the European Economic and Social Committee on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) Com (2005) 650 Final-2005/0261 (Cod)." *Official Journal of the European Union* (2005).

ดังนั้นเพื่อให้เป็นไปตามเป้าหมายในการเป็นตลาดเดียวของยุโรปจึงได้มีการแก้ปัญหาโดยการพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องให้สามารถบังคับใช้ได้กับทุกรัฐที่เป็นภาคีสมาชิกของสหภาพยุโรปขึ้นมา โดยพัฒนาการของ Rome I Regulation 2008 มีดังนี้

ในปี 2005 คณะกรรมาธิการแห่งสหภาพยุโรปได้ออก COM (2005) 650 final ซึ่งมีมติให้แก้จาก Rome Convention 1980 เป็น REGULATION (EC) No. 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome 1) หรือที่เรียกว่า Rome I Regulation 2008 เพื่อให้สามารถบังคับใช้ได้กับสมาชิกสหภาพยุโรปทุกรัฐ โดยมีการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญบางประการใน Rome Convention ปี 1980 ซึ่งผู้วิจัยทำการศึกษาค้นคว้าจาก Proposal ของ Rome I Regulation 2008 และเอกสารอื่นๆที่เกี่ยวข้องต่อไป แต่ทั้งนี้จุดเริ่มต้นของการที่จะทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงจาก The Rome Convention 1980 มาเป็น Rome I Regulation 2008 มีมาก่อนปี 2005 ก่อนที่คณะกรรมาธิการแห่งสหภาพยุโรปได้ออก COM (2005) 650 final

- จุดเริ่มต้นการเปลี่ยนแปลงจาก Rome Convention 1980 เป็น Rome I Regulation เริ่มมาตั้งแต่ การประชุมของคณะมนตรีสหภาพยุโรป ณ เมือง เทมเปเร วันที่ 16 ตุลาคม 1999 ซึ่งได้มีการรับรองหลักการร่วมกันในการพิจารณาคดีและพิพาทฯ โดยเน้นความสำคัญในเรื่องการสร้างรากฐานที่สำคัญของความร่วมมือในการพิจารณาคดีในกรณีคดีแพ่ง โดยได้เชิญคณะมนตรีสหภาพยุโรปและคณะกรรมาธิการยุโรปมาร่วมกันประชุมเพื่อรับเอามาตรการที่จะสร้างเครื่องมือตามหลักการดังกล่าว ต่อมาในวันที่ 30 พฤศจิกายน 2000 คณะมนตรีสหภาพยุโรปได้ตั้งคณะกรรมาธิการร่วมกันกับคณะกรรมาธิการยุโรปเพื่อร่วมกันสร้างมาตรการในการดำเนินการตามหลักการร่วมกันในการพิจารณาคดีแพ่งและคดีพาณิชย์ ซึ่งโครงการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้หลักการว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของกลุ่มประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ซึ่งต่อมาในปี 2003 คณะกรรมาธิการยุโรปได้รับเอาข้อเสนอการจัดทำกฎเกณฑ์กรุงโรมมาพิจารณาซึ่งการพิจารณานี้เป็นไปอย่างยาวนานเนื่องจากมีปัญหาที่สำคัญ 2 อย่าง อย่างแรกคืออำนาจในการพิจารณาของคณะกรรมาธิการยุโรป และปัญหาเรื่องกรณีที่แต่ละรัฐต่างก็มีกฎหมายการแก้ไขปัญหาวาดด้วยการขัดกันของกฎหมายเองอยู่แล้วซึ่งอำนาจในการออกกฎหมายดังกล่าวเป็นอำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐ ดังนั้นจึงเกิดการถกเถียงกันในเรื่องดังกล่าวมายาวนาน ในในวันที่ 5 พฤศจิกายน 2004 คณะมนตรีสหภาพยุโรปได้รับเอา Hague Program ซึ่งได้เรียกร้องให้มีการติดตามการปฏิบัติงานอย่างเข้มข้นเรื่องกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในส่วนเรื่องหนี้ตามสัญญา จากนั้นในช่วงเดือนธันวาคม ปี 2005 คณะกรรมาธิการยุโรปจึงได้ดำเนินการประชุมเพื่อสรุปข้อเสนอการจัดทำกฎเกณฑ์กรุงโรมต่อภายหลังจากที่ได้รับรายงานประชาพิจารณ์จากรัฐสมาชิก (ซึ่งได้ส่งออกไปทำการสำรวจตั้งแต่ปี 2003) แต่กระนั้นประเทศอังกฤษก็ไม่ยอมเข้าร่วมที่จะปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ดังกล่าวโดยอ้างเรื่อง

อังกฤษใช้กฎหมายกฎหมายแห่งประเทศที่ศาลนั้นสังกัดอยู่ (lex fori) ในการแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งได้อยู่แล้วและไม่ต้องการเปลี่ยนแปลงระบบของตนเอง อีกประเด็นที่อังกฤษใช้อ้างคือเรื่องระบบของสัญญาผู้บริโภค อย่างไรก็ตามภายหลังจากการเจรจาต่อรองหลายครั้งในที่สุด เดือนธันวาคม 2007 ก็ประสบความสำเร็จในการทำให้อังกฤษยอมเข้าร่วม ในวันที่ 17 มิถุนายน 2008 Rome I Regulation จึงได้เกิดขึ้น

ในฐานะของกฎหมายที่เป็นเสมือนกฎหมายภายในที่บังคับใช้กับรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปทุก รัฐ Rome I Regulation 2008 มีผลบังคับใช้ในวันที่ 7 กรกฎาคม 2008

สำหรับ Rome I Regulation 2008<sup>33</sup> นั้น มีขอบเขตในการใช้กับเรื่องใดบ้างนั้น (Subject Matters Scope) ได้ระบุในมาตรา 1 ของ Rome I Regulation 2008 ไว้โดยชัดแจ้งแล้วว่า ขอบเขตของกฎเกณฑ์ฉบับนี้ใช้กับหนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ (contractual obligation in civil and commercial) ที่เกิดประเด็นปัญหาว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้น<sup>34</sup>

หนี้ที่เกิดขึ้นต้องเป็นหนี้ตามสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นในการพิจารณาจึงต้องพิจารณาว่า หนี้ดังกล่าวเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญาหรือไม่ จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่ามูลเหตุของหนี้เป็นสัญญาหรือไม่ด้วย แต่เนื่องจากใน Rome I Regulation 2008 เองหรือแม้แต่ Rome Convention 1980 มิได้กำหนดนิยามว่าสัญญาคืออะไร ดังนั้นการพิจารณาว่ามูลเหตุของหนี้เป็นสัญญาหรือไม่จึงต้องอาศัยการตีความ ซึ่งโดยปกติทั่วไป สัญญา เกิดขึ้นเมื่อ บุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ตกลงกัน โดยมีเจตนาที่จะผูกพันสัมพันธ์กันขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ

ดังนั้นหากเป็นกรณีที่เป็นหนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญาสองฝ่ายขึ้นไป (bilateral contract) ย่อมอยู่ในขอบเขตของ Rome I Regulation 2008 นี้ แต่กระนั้นก็ยังมียุทธศาสตร์บางประเภทที่เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว (unilateral contract) จึงเกิดประเด็นว่าหนี้ที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวนั้น อยู่ในขอบเขตของ Rome I Regulation 2008 หรือไม่ ซึ่งในกรณีดังกล่าว เคยมีคดี ECJ Case C 27/02 [2005]<sup>35</sup> ที่ศาลวินิจฉัยโดยอาศัยมาตรา 12 Rome I Regulation 2008 ที่นำมาใช้ในการตีความคำว่า สัญญา ตามมาตรา 5 (1) Brussels Convention เรื่อง เสรีภาพในการเจรจาเข้าผูกพันตามกฎหมาย (freely consented legal obligation) ศาลจึงมีคำวินิจฉัยว่า “การที่บริษัทยื่นข้อเสนอเพียงพอแล้วที่จะแสดงให้เห็นชัดเจนและแน่นอนว่า มีวัตถุประสงค์และขอบเขตที่จะผูกพันให้

<sup>33</sup> Hartley, *International Commercial Litigation Text, Cases and Materials on Private International Law*.p. 572.

<sup>34</sup> Jan D. Lüttringhaus, "Rome I Regulation Pocket Commentary," in *Scope*, ed. Francesco Ragno (Munich: Sellier european law publishers, 2015). p.28.

<sup>35</sup> *Ibid.*p.32.

เป็นสัญญาในตัวเอง ไม่ต่างจากการที่คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องแสดงเจตนาที่จะเข้าผูกพันหากจะตกลงกับอีกฝ่าย” ดังนั้นจึงแสดงให้เห็นว่า ขอบเขตของหนี้ตามสัญญาที่อยู่ภายใต้ Rome I Regulation 2008 รวมถึงหนี้ที่เกิดจากการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวด้วย

นอกจากนี้ในมาตรา 1 (2) (a) ถึง (j) ยังได้กำหนดเรื่องที่อยู่นอกเหนือขอบเขตของกฎเกณฑ์นี้ อันรวมไปถึงหนี้ตามสัญญาที่ไม่รวมอยู่ในบัญญัติของ Rome I Regulation 2008<sup>36</sup> ซึ่งสรุปได้ดังนี้

เรื่องที่อยู่นอกเหนือขอบเขต ได้แก่ 1. สถานะของบุคคลธรรมดาที่นอกเหนือจากที่กำหนดในมาตรา 13 2. ข้อตกลงการทำอนุญาโตตุลาการและข้อตกลงการเลือกศาล 3. กฎหมายห้างหุ้นส่วนบริษัท (company law) เช่น การก่อตั้งบริษัท ความสามารถของนิติบุคคล ความรับผิดชอบของนิติบุคคล และความรับผิดชอบของกรรมการ 4. ตัวแทน ความรับผิดชอบของตัวแทน ผู้รับมอบอำนาจ ที่มีต่อบุคคลภายนอก 5. การจัดตั้งกองทรัสต์ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ก่อตั้งกองทรัสต์และเจ้าของทรัพย์สินตามกฎหมายและผู้รับผลประโยชน์ 6. ภาษี และ 7. ศาลการ

หนี้ตามสัญญาที่ไม่อยู่ในขอบเขตของกฎเกณฑ์นี้ ได้แก่

1. หนี้ที่เกิดจากความสัมพันธ์ตามกฎหมายครอบครัว
  2. หนี้ที่เกิดตามกฎหมายเรื่อง มรดก การสมรส พินัยกรรม
  3. หนี้ที่เกิดขึ้นตามตัวเงิน เช็ค ตัวสัญญาใช้เงิน หนี้ตามตราสารหนี้
  4. หนี้ตามสัญญาประกันภัยที่เป็นการประกันภัยตามมาตรา 2 Directive 2002/ 83/EC
- อันได้แก่สัญญาประกันชีวิตสำหรับผู้ประกอบการอิสระ และสัญญาประกันภัยแบบกลุ่ม
5. หนี้ที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญา

<sup>36</sup> Contractual Obligations in the Eu- Determining Which National Law Applies, [online], 19 July 2016. Available from: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LSU/?uri=CELEX:32008R0593>

### บทที่ 3

#### หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาภายใต้ Rome I Regulation 2008

Rome I Regulation ได้วางหลักเกี่ยวกับเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาระหว่างประเทศ โดยวางหลักทั่วไปในมาตรา 3 และกล่าวถึงขอบเขตการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาระหว่างประเทศในมาตรา 12

นอกจากหลักทั่วไปแล้ว ใน Rome I Regulation 2008 ยังได้มีหลักเฉพาะที่ใช้บังคับโดยมีเงื่อนไขในการเลือกกฎหมายที่จะใช้กับสัญญาบางประเภทเป็นกรณีเฉพาะ เช่นกรณี ของสัญญารับขนตามมาตรา 5 กรณีสัญญาประกันภัย ตามมาตรา 6 กรณีสัญญาผู้บริโภค ตามมาตรา 7 และกรณีสัญญาจ้างแรงงาน ตามมาตรา 8 ซึ่งผู้เขียนจะศึกษาต่อไปว่ามีสาเหตุที่มา หรือแนวความคิดเช่นไรจึงต้องมีการกำหนดเงื่อนไขในการที่จะเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเฉพาะ หรือสัญญาที่มีเงื่อนไขเหล่านี้ และกฎหมายที่เลือกนั้นต้องมีจุดเกาะเกี่ยวเช่นไรเป็นหลัก

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่าสามารถแบ่งลักษณะของสัญญาระหว่างประเทศที่อยู่ในบังคับใช้ของ Rome I Regulation 2008 ได้ 2 ลักษณะได้แก่ สัญญาที่มีลักษณะทั่วไป และสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะ ซึ่งการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาทั้งสองลักษณะก็มีความแตกต่างกันในบางเรื่อง ดังนั้น ผู้เขียนจะขอกกล่าวถึงหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายโดยแบ่งเป็น หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศทั่วไป และ หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศที่มีลักษณะเฉพาะ

#### 3.1 วิธีการเลือกกฎหมาย (Choice of Law)

การใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายใช้กับสัญญาระหว่างประเทศที่มีลักษณะทั่วไปนั้น อยู่ภายใต้ Rome I Regulation 2008 มาตรา 3 เสรีภาพในการเลือก(Freedom of choice) แต่กระนั้นเสรีภาพในการเลือกก็ยังถูกบังคับเรื่องความสมบูรณ์ในการแสดงเจตนาตามมาตรา 10อันเป็นเรื่องของการเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญา (Consent and material validity) มาตรา 11 ความสมบูรณ์ของแบบแห่งสัญญา (Formal Validity) และมาตรา 13

การขาดคุณสมบัติ/ไร้ความสามารถ (Incapacity) ซึ่งความจริงแล้วทั้ง 3 มาตรานี้เป็นเรื่องของของกฎหมายอื่นนอกเหนือกฎหมายที่เลือกมาบังคับความสมบูรณ์ของสัญญา แต่ทว่า ในมาตรา 3 (2) และ 3 (5) ได้วางหลักให้นำมาตราทั้ง 3 มาใช้กับเรื่องการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายด้วย

ในการอธิบายผู้เขียนแบ่งการอธิบายเป็น การอธิบายเรื่องหลักการแสดงเจตนาภายใต้มาตรา 3 ซึ่งจะเชื่อมโยงไปยังการอธิบายเรื่องความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา ในมาตรา 10 มาตรา 11 และมาตรา 13 ซึ่งจะต่างกับการอธิบายมาตรา 10 มาตรา 11 และมาตรา 13 ในบทที่ 4 ซึ่งเป็นเรื่องของกฎหมายอื่นนอกเหนือกฎหมายที่เลือกมาบังคับความสมบูรณ์ของสัญญา จากนั้นจึงจะเป็นการอธิบายเรื่องขอบเขตการบังคับใช้ Rome I Regulation 2008 ตามมาตรา 12

หลักการแสดงเจตนาภายใต้ มาตรา 3 เป็นหัวใจหลักของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายใช้กับสัญญาระหว่างประเทศที่มีลักษณะทั่วไปนั้น อยู่ภายใต้ Rome I Regulation 2008 มาตรา 3 ซึ่งวางหลักไว้ดังนี้

มาตรา 3 (1) “สัญญาจะอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายที่คู่กรณีเลือก โดยการเลือกอย่างชัดแจ้งและการเลือกโดยแสดงอย่างชัดเจนในข้อตกลงของสัญญาหรือโดยบริบทตามข้อเท็จจริงของคดี (โดยปริยาย) กฎหมายที่เลือกนั้นจะใช้บังคับแก่สัญญาทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้” (A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.)

มาตรา 3 (2) “คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอาจตกลงกันในเวลาใดก็ได้ที่จะให้สัญญาอยู่ภายใต้กฎหมายอื่นจากที่เคยตกลงไว้ก่อนหน้านี้ไม่ว่าจะเป็นผลมาจากการเลือกใช้ก่อนหน้านี้ภายใต้ข้อนี้หรือบทบัญญัติอื่น ๆ การเปลี่ยนแปลงใด ๆ ในเรื่องกฎหมายที่บังคับใช้แก่สัญญาที่เกิดขึ้นภายหลังสัญญาสมบูรณ์จะต้องไม่กระทบต่อความสมบูรณ์ของแบบแห่งสัญญาภายใต้บังคับแห่งมาตรา 11 หรือไม่กระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอก” (The parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it, whether as a result of an earlier choice made under this Article or of other provisions of this Regulation. Any change in the law to be applied that is made after the conclusion of the contract shall not prejudice its formal validity under Article 11 or adversely affect the rights of third parties.)

มาตรา 3 (3) “ในกรณีที่ในขณะที่ทำสัญญา จุดเกาะเกี่ยวแห่งสัญญาอื่น ๆ อยู่ในประเทศอื่นที่มีใช้ประเทศที่กฎหมายที่เลือกบังคับใช้แก่สัญญานั้น กฎหมายที่เลือกต้องไม่กระทบต่อกฎหมายที่ไม่สามารถตกลงเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้ของรัฐนั้น” (Where all other elements

relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement.)

มาตรา 3 (4) “ในกรณีที่ขณะทำสัญญา จุดเกาะเกี่ยวอื่น ๆ แห่งสัญญาที่เกี่ยวข้องกับรัฐสมาชิกตั้งแต่หนึ่งรัฐ หรือมากกว่า กฎหมายที่เลือกใช้บังคับแก่สัญญาต้องไม่กระทบต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายชุมชนอื่นไม่สามารถตกลงกันยกเว้นกฎหมายดังกล่าวของที่เป็นรัฐที่ตั้งศาลที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีได้” (Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in one or more Member States, the parties' choice of applicable law other than that of a Member State shall not prejudice the application of provisions of Community law, where appropriate as implemented in the Member State of the forum, which cannot be derogated from by agreement.)

มาตรา 3 (5) “การเกิดและความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาให้อยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 10 มาตรา 11 และมาตรา 13 แห่งกฎหมายนี้” (The existence and validity of the consent of the parties as to the choice of the applicable law shall be determined in accordance with the provisions of Articles 10, 11 and 13.)

จากการศึกษาหลักกฎหมายข้างต้นในเรื่องของการแสดงเจตนา ผู้เขียนได้แบ่งการศึกษาออกเป็นหัวข้อต่าง ๆ ดังนี้ การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง การแสดงเจตนาโดยปริยาย การไม่แสดงเจตนาเลือกกฎหมาย การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายบังคับกับทุกส่วนของสัญญา การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาเฉพาะส่วน (การแยกส่วนของสัญญา Depechage) การเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เลือกไว้หลังทำสัญญา และเรื่องการจัดแสดงเจตนาของคู่สัญญา ในมาตรา 3(3) และมาตรา 3(4)

ทั้งนี้ในการศึกษา ผู้เขียนได้แบ่งประเภทของสัญญาที่ใช้ โดยแบ่งเป็นสัญญาทั่วไป และสัญญาที่มีมีลักษณะเฉพาะ เหตุที่ต้องแบ่งสัญญาเป็น 2 ประเภท เนื่องจากในสัญญาเฉพาะนั้นมีลักษณะพิเศษบางประการที่กฎหมายกำหนดความคุ้มครองอันเป็นเหตุนำมาสู่การจัดเสรีภาพในการเลือกกฎหมายและเงื่อนไขในการเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาอีกด้วย

### 3.1.1 การเลือกกฎหมายโดยชัดแจ้ง: Explicit Choice of Law



ในการแสดงเลือกกฎหมายโดยชัดแจ้ง ผู้เขียนพบว่า มีประเด็นที่น่าสนใจดังนี้ ประเด็นแรก คือ การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งมีลักษณะอย่างไร และกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกมีลักษณะอย่างไร กรณีที่คู่สัญญาได้เลือกกฎหมายไว้โดยชัดแจ้งแล้ว จะเรียกการเลือกนั้นว่าเป็น “Explicit Choice of Law”

ประเด็นว่าอย่างไรคือการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง ซึ่งในมาตรา 3 (1) ของ Rome I Regulation 2008 เองก็ใช้คำว่า “the choice shall be made expressly” โดยหลักการเลือกกฎหมายโดยชัดแจ้ง เป็นกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันว่าจะให้สัญญาที่ตนทำขึ้นอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายใด ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวอาจจะระบุไว้ในสัญญา หรือทำเป็นข้อตกลงในสัญญาเป็นมาตรฐาน (standard form) หรือแยกเป็นสัญญาอุปกรณ์อีกฉบับที่ระบุไว้ในสัญญาหลักที่ทำขึ้นนั้น คู่สัญญา ตกลงให้ใช้กฎหมายใดเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญา<sup>37</sup>ก็ได้

อย่างไรก็ตามเคยมีประเด็นเกิดขึ้นในสมัยของ Rome Convention 1980 ว่าการเลือกกฎหมายโดยตกลงด้วยวาจา หรือการแสดงเจตนาแบบ “Expressis verbis” จะถือเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ ได้มีการตัดสินในคดี Oakley v Ultra Vehicle Design Ltd., & Anor ปี 2005 ดังนี้ “การตกลงเลือกกฎหมายของคู่สัญญาแม้เป็นการตกลงด้วยวาจา (ซึ่งในที่นี้ได้เลือกกฎหมายอิตาลี) ก็ไม่จำเป็นต้องตีความเพื่อหากกฎหมายอีก” (the election legis could also be expressed orally)

ดังนั้น เมื่อยังไม่เคยมีกรณีนำคดีอื่นที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าวขึ้นต่อศาล ไม่มีคำพิพากษาใดมาวางหลักประเด็นดังกล่าวใหม่ และ Rome I Regulation 2008 ก็เป็นการพัฒนากฎหมายมาจาก Rome Convention 1980 จึงอาจกล่าวได้ว่ายังคงสามารถกล่าวอ้างการตกลงด้วยวาจาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาว่าเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งได้

หากเป็นกรณีที่ตกลงเลือกกฎหมายกันโดยชัดแจ้งแล้วก็จะไม่มีปัญหาการตีความเกิดขึ้น ปัญหาจะเกิดเมื่อการตกลงเลือกกฎหมายเช่นว่านั้นมีความคลุมเคลือ ซึ่งต้องนำการตีความมาช่วยแก้ไขปัญหาคคลุมเคลือนั้น

นอกจากนี้ยังมีประเด็นว่า กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกจะต้องเป็นกฎหมายประเภทใด แม้ว่า Rome I Regulation 2008 จะให้เสรีภาพคู่สัญญาในการตกลงกันเลือกกฎหมาย แต่กฎหมายที่จะเลือกได้นั้น โดยหลักแล้วกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกต้องเป็นกฎหมายที่เลือกต้องเป็นกฎหมายของรัฐ

<sup>37</sup>Francesca Ragno, "Rome I Regulation Pocket Commentary," in *Uniform Rules*, ed. Francesca Ragno (Munich: Sellier european law publishers, 2015).pp.94-95.

(law of a state)<sup>38</sup> แม้ว่าในขณะที่กำลังเสนอร่าง Proposal Rome I Regulation 2008 คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรปได้เคยเสนอขอบเขตของกฎหมายที่คู่สัญญาสามารถเลือกได้โดยให้รวมถึง กฎหมายที่มีใช้กฎหมายของรัฐ (Non-state law) แต่ข้อเสนอดังกล่าวก็ถูกปฏิเสธโดยรัฐสมาชิก<sup>39</sup>

สาเหตุที่กฎหมายที่คู่สัญญาจะตกลงเลือกได้ต้องเป็นกฎหมายของรัฐนั้น เนื่องจากเวลาที่ศาลบังคับ ศาลต้องมีฐานทางกฎหมายที่จะมารองรับ ดังนั้นกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกจะต้องเป็นกฎหมายของรัฐและรัฐสามารถบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายเช่นว่านั้นได้ หากเลือกกฎหมายที่มีใช้กฎหมายของรัฐ เช่น เลือกอนุสัญญาเข้ามาบังคับใช้แก่สัญญา แต่รัฐที่ตัดสินมิได้เป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาดังกล่าวหรือไม่มีการอนุวัติการออกกฎหมายภายในที่สอดคล้องกับอนุสัญญาเช่นว่า ศาลที่ตัดสินก็จะไม่สามารถหาหลักกฎหมายใดมารองรับการบังคับได้เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีได้หมายความว่า จะมีการห้ามมิให้คู่สัญญาตกลงกันในการอ้างกฎหมายที่ไม่ใช่กฎหมายของรัฐ เช่น INCOTERM มาใช้อ้างอิงเป็นข้อตกลงในสัญญาได้อย่างไร<sup>40</sup>

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาตามมาตรา 2 Rome I Regulation 2008<sup>41</sup> จะพบว่า กฎหมายที่คู่สัญญาสามารถเลือกได้คือ กฎหมายของรัฐใด ๆ ก็ได้แม้ไม่ใช่รัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปตามที่กำหนดนิยามไว้ในมาตรา 1 (4)<sup>42</sup>

แม้ว่า Rome I Regulation 2008 จะถูกสร้างขึ้นมาเพื่อสร้างความเป็นระบบในการแก้ไขปัญหาวาดด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของรัฐภาคีสมาชิกประชาคมยุโรป แต่การกำหนดให้สามารถเลือกกฎหมายที่จะมาใช้บังคับแก่สัญญาภายใต้กฎเกณฑ์แห่ง Rome I Regulation 2008 กลับไม่เพียงแต่กำหนดให้เลือกได้เพียงกฎหมายของรัฐภาคีสมาชิก แต่กลับกำหนดว่าสามารถเลือกกฎหมายใด ๆ ก็ได้แม้มิใช่กฎหมายของรัฐที่เป็นรัฐภาคี หรือกล่าวได้ว่ายอมรับการใช้กฎหมายของรัฐนอกประชาคมยุโรปอีกด้วย

การที่ Rome I Regulation 2008 กำหนดให้เป็นกฎหมายของรัฐใดก็ได้แม้มิใช่รัฐสมาชิกสหภาพยุโรปนั้นมีเหตุผลเพื่อหลีกเลี่ยงการเกิดการขัดกันของระบบกฎหมายที่คู่สัญญาเลือก<sup>43</sup> ซึ่ง

<sup>38</sup>"Rome I Regulation Pocket Commentary," in *Uniform Rules*, ed. Francesca Ragno (Munich: Sellier european law publishers, 2015). p. 84.

<sup>39</sup> Hartley, *International Commercial Litigation Text, Cases and Materials on Private International Law*.p. 573.

<sup>40</sup>Ibid. p. 574.

<sup>41</sup> Any law specified by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member State.

<sup>42</sup> Article 1(4): In this Regulation, the term 'Member State' shall mean Member States to which this Regulation applies. However, in Article 3(4) and Article 7 the term shall mean all the Member States.

<sup>43</sup> Francesca Ragno, "Rome I Regulation Pocket Commentary," in *Universal Application*, ed. Francesca Ragno (Munich: Sellier european law publishers, 2015). p. 71.

คู่สัญญาอาจเลือกกฎหมายที่มีระบบกฎหมายต่างกันก็ได้ และยังเป็น การแสดงให้ เห็นการยอมรับหลัก ความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายบังคับใช้แก่สัญญาอย่างชัดเจนอีก ด้วย

นอกจากนี้ การเลือกกฎหมายของคู่สัญญายังมิได้กำหนดว่าการเลือกกฎหมายนั้น จำเป็นต้องเลือกเพียงกฎหมายของรัฐที่มีจุดเกาะเกี่ยวแต่อย่างใด ซึ่งในประเด็นนี้ ผู้เขียนจะอธิบายโดยละเอียดในหัวข้อการเลือกกฎหมายที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยว (หัวข้อ 3.1.6)

จากที่กล่าวมาข้างต้นสรุปได้ว่า ประเด็นว่ากฎหมายที่คู่สัญญาสามารถเลือกได้ตาม มาตรา 3 จะต้องเป็นกฎหมายของรัฐ แต่ทั้งนี้จะเป็นกฎหมายของรัฐใดก็ได้แม้มิใช่รัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป ก็ตาม และคู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวได้ จากข้อสรุปข้างต้น ผู้เขียนมี ความเห็นว่า เสรีภาพในการเลือกกฎหมายตาม Rome I Regulation 2008 เป็นการยอมรับหลัก ความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาอย่างยิ่ง

### 3.1.2 การเลือกกฎหมายโดยปริยาย: Implied Choice

ในประเด็นการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายบังคับใช้แก่สัญญาโดยปริยาย หรือการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายโดยปริยายนั้น ผู้เขียนได้ทำการศึกษาว่าลักษณะใดที่เป็นการแสดง เจตนาโดยปริยาย โดยศึกษาจากตัวอย่างคำพิพากษาศาลที่เกี่ยวข้องเพื่อหาความแตกต่างของ หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณาว่ากรณีใดที่ถือว่า คู่สัญญาแสดงเจตนาเลือกกฎหมายโดยปริยาย และกรณีใดที่ศาลเห็นว่าเป็นกรณีที่คู่สัญญามีได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายอันจะทำให้ผลของการไม่ เลือกกฎหมายเป็นไปตามหลักที่วางไว้ในมาตรา 4 ของ Rome I Regulation 2008 นี้

กรณีที่คู่สัญญาได้เลือกกฎหมายไว้โดยไม่ชัดแจ้งหรือที่เรียกว่าเป็นการเลือกโดยปริยาย (Implied) จะเรียกการเลือกนั้นว่าเป็น “Tacit Choice of Law”

ประเด็นว่าลักษณะใดที่เรียกว่ามีการแสดงเจตนาโดยปริยาย (Implied) ในมาตรา 3 (1) ได้ ใช้คำว่า “clearly demonstrated by the term of contract or the circumstance of the case” ซึ่งมีความหมายว่าที่แสดงให้เห็นชัดเจนในพฤติการณ์ของคดีที่เกิดขึ้น

จากเดิมในมาตรา 3 (1) ของ Rome Convention 1980 ได้ใช้คำว่า “Reasonable Certainty” ซึ่งมีผลให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจของศาลที่พิจารณาคดีในการตีความสัญญาเพื่อ หาเจตนารมณ์ของคู่สัญญาว่าคู่สัญญาได้มีการแสดงเจตนาโดยปริยายในการเลือกกฎหมายบังคับใช้ กับสัญญาหรือไม่ โดยการเปิดโอกาสให้ศาลที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาว่า เจตนาของคู่สัญญามี “ความสมเหตุสมผล” เพียงพอที่จะกล่าวอ้างว่ามีการแสดงเจตนาโดยปริยายในการเลือกกฎหมายอยู่

หรือไม่ ทำให้ศาลที่พิจารณาคดีส่วนใหญ่เลือกที่จะอ้างว่าไม่มีความชัดเจนเพียงพอที่จะแสดงให้ศาลเห็นว่ามีความสมเหตุสมผลพอที่จะกล่าวอ้างว่าคู่สัญญาได้มีการแสดงเจตนาโดยปริยายในการเลือกศาล ดังนั้นศาลที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาจึงจะกลับมาสู่หลักการใช้กฎหมายของรัฐที่เป็นที่ตั้งของศาลที่พิจารณาคดี การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เรียกว่า “trend of favor legis fori”

ต่อมาการที่ Rome I Regulation 2008 มีการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำจาก “Reasonable certainty” เป็น “clearly demonstrated” มีผลให้ศาลต้องทำการค้นหาเจตนาของคู่สัญญาโดยเข้มงวด (strickly test) กว่าที่พิจารณาคดีความสมเหตุสมผลโดยใช้เพียงดุลยพินิจของศาล การที่มีการพิจารณาอย่างเข้มงวดนั้นจะอาศัยการพิจารณาจากหลักฐานจนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าคู่สัญญาได้มีการเลือกกฎหมายกันไว้จริง ๆ ศาลจึงจะสามารถยกกฎหมายของรัฐที่ศาลตั้งอยู่มาใช้ได้ จึงทำให้การเปลี่ยนแปลงถ้อยคำของมาตรา 3 (1) Rome I Regulation 2008 เป็นการแสดงถึงการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาอย่างชัดเจน แม้การแสดงเจตนาอันนั้นจะมีได้เป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งก็ตาม<sup>44</sup>

การเปลี่ยนแปลงถ้อยคำในกฎหมายดังกล่าวที่มีผลให้การค้นหาเจตนาของคู่สัญญาโดยศาลมีความเข้มงวดขึ้น ผู้เขียนจึงพบประเด็นว่าเช่นนั้นศาลจะใช้อะไรเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าคู่สัญญาได้มีการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายบังคับแก่สัญญา จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า ไม่ปรากฏกรณีที่เกิดขึ้นภายหลังการเปลี่ยนแปลง Rome Convention 1980 เป็น Rome Regulation 2008 แต่ในขณะที่ยังใช้ Rome Convention 1980 ได้มีกรณีที่เกิดขึ้นที่ศาลต้องพิจารณาโดยอาศัยเกณฑ์ต่าง ๆ มาหาว่าคู่สัญญาได้มีการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายหรือไม่ โดยศาลได้เลือกเกณฑ์ในการค้นหาเจตนาของคู่สัญญาโดยอ้างอิงจากรายงานของ Giuliano และ Lagarde<sup>45</sup>(report of Giuliano-Lagarde) เป็นหลัก

เรื่องการหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญานั้น ในรายงานของ Giuliano และ Lagarde ได้อธิบายไว้อย่างชัดเจนว่า การหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมายใช้หลักการเดียวกับการหากฎหมายที่นำมาบังคับใช้ “proper law”<sup>46</sup> ซึ่งศาลต้องเป็นผู้ค้นหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญา โดยกล่าวว่า “ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกฎหมายที่จะใช้กับสัญญานั้นแล้ว การค้นหาเจตนาโดยปริยายอาจทำได้โดยอนุมานจากปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้ประกอบกัน เช่น การใช้ถ้อยคำทางนิติศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายของประเทศหนึ่งประเทศใดเป็นการเฉพาะ

<sup>44</sup>Rome I Regulation Pocket Commentary." pp. 96-97.

<sup>45</sup>Giuliano และ Lagarde เป็นผู้ร่างอนุสัญญา Convention on the International Sales of Good (CISG) ซึ่งมีอิทธิพลต่อการร่าง Rome Convention 1980

<sup>46</sup> Paul Lagarde Mario Giuliano, "Report on the Convention on the Law Applicable Tto Contractual Obligations," (Official Journal of the European Commities: European Committee, 1980).

แบบของสัญญา รวมถึง ข้อตกลงเลือกศาล และข้อตกลงเลือกอนุญาโตตุลาการ แต่ทั้งนี้ กรณี ข้อตกลงเลือกอนุญาโตตุลาการต้องอยู่ภายใต้ถ้อยคำทางกฎหมายที่ใช้ในสัญญาและสภาพแวดล้อมอื่นๆ ด้วย”<sup>47</sup>

กรณีการหา implied choice ของศาลโดยหลักการของวิธี Proper Law ได้มีกรณีตัวอย่างที่เป็นที่รู้จักกันดี เช่น กรณี Amin Rasheed Shipping Corporation v. Kuwait Insurance Co. 1984<sup>48</sup> ซึ่งตัดสินโดยศาล House of Lord ของอังกฤษ ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงโดยย่อดังนี้

กรณีนี้เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาประกันภัยทางทะเลระหว่าง บริษัทประกันภัย Kuwait Insurance Co., กับบริษัทเรือ Amin Rasheed Corp., ที่ตั้งอยู่ที่ ไลบีเรีย (Liberia) และมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่ ดูไบ (Dubai) บริษัท Amin Rasheed ได้ทำประกันภัยเรือผ่านทางเครือบริษัทของบริษัท Amin Rasheed อันเป็นบริษัทที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายอังกฤษที่ตั้งอยู่ที่กรุงลอนดอน ผ่านโบรกเกอร์ที่ลอนดอน การจ่ายค่ากรรมธรรม์ก็จ่ายผ่าน โบรกเกอร์ที่ลอนดอน นโยบายและเงื่อนไขของการประกันถูกส่งจากคูเวตมายังบริษัทที่ลอนดอนเพื่อให้บริษัทของอังกฤษส่งต่อ สำหรับข้อตกลงเรื่องสิทธิเรียกร้อง การจ่ายจะจ่ายมาจากทางคูเวตแต่การเรียกร้องตามสิทธิให้ทำที่ลอนดอน ต่อมากรณีปัญหาเกิดเมื่อ เรือ Al Wahab ของบริษัท Amin ถูกเจ้าหน้าที่ทางการของ Saudi Arabia กักเรือ ทางบริษัทจึงส่งเรื่องเรียกร้องตามสิทธิ (Claim) ไปยังบริษัทประกัน แต่ทางบริษัทประกันปฏิเสธการจ่ายโดยอ้างว่า เรือมีการลักลอบนำเข้าเอง ทางบริษัทเรือ จึงต้องการจะฟ้องบริษัทประกันที่ศาลประเทศอังกฤษ และเพื่ออ้างเขตอำนาจศาล ทางบริษัทเรืออ้างว่าสัญญาที่ทำอยู่ภายใต้กฎหมายอังกฤษ ซึ่งศาลชั้นต้นได้ยกฟ้องโดยให้เหตุผลว่า เรื่องนี้อยู่ภายใต้กฎหมายของคูเวต บริษัท Amin Rasheed จึงยื่นอุทธรณ์ คดีจึงมาถึงศาล House of Lord ซึ่งในคดีนี้ Lord Diplock ได้กล่าวว่า “ในคดีนี้มีได้มีการแสดงเจตนาของคู่สัญญาให้เห็นโดยชัดแจ้งว่าตกลงที่จะใช้กฎหมายอังกฤษบังคับแก่สัญญา แต่กระนั้นเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติทั้งหมดที่ปรากฏในสัญญาแล้ว ข้าพเจ้ามีความเห็นว่า ทั้งหมดชี้ไปยังข้อสันนิษฐานว่าทั้งคู่ต้องการให้สิทธิและหนี้ที่เกิดขึ้นตามสัญญาผูกพันอยู่กับกฎหมายประกันภัยทางทะเลของอังกฤษ”

Lord Diplock ได้แสดงเหตุผลโดยพิจารณาจากบริบทโดยรวมของคดี โดยให้เหตุผลว่า “ขณะที่ทำสัญญากันนั้นทางคูเวตยังไม่มีกฎหมายประกันภัยทางทะเล และในข้อตกลงการประกันภัยที่ได้ทำขึ้นมาระหว่างคู่สัญญาได้ใช้ข้อตกลงและนโยบายของ Lloyd’s SG policy ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย ประกันภัยทางทะเลของอังกฤษที่มีชื่อว่า the Marine Insurance Act 1906 อันถือเป็น

<sup>47</sup> ปิวาวัฒนพาณิชย์, หน้า 249.

<sup>48</sup> Hartley, *International Commercial Litigation Text, Cases and Materials on Private International Law*. pp. 574-577.

กฎหมายที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในกรณีประกันภัยทางทะเลโดยมีการนำไปทำเป็นข้อตกลงมาตรฐานในสัญญาประกันภัยทางทะเล จึงแสดงให้เห็นได้ว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวมีอิทธิพลมากในกรณีสัญญาประกันภัยทางทะเล ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากบริบทที่ทั้งปวงการที่คู่เวตเองไม่มีกฎหมายประกันภัยทางทะเลขณะที่ทำสัญญา กฎหมายประกันภัยทางทะเลของอังกฤษจึงเป็นกฎหมายเดียวที่มีความใกล้ชิดอย่างยิ่งที่จะสามารถนำมาอุดช่องว่างได้ ดังนั้นในคดีนี้ กฎหมายอังกฤษจึงเป็นกฎหมายที่นำมาบังคับใช้กับสัญญา”

คดีดังกล่าวข้างต้นเป็นการหากกฎหมายที่นำมาใช้กับสัญญา (Proper Law) ที่คู่สัญญาแสดงเจตนาเลือกกฎหมายโดยปริยายโดยพิจารณาจาก ข้อตกลงมาตรฐานของสัญญา (Standard Form of the contract)

นอกจากการพิจารณาจากข้อตกลงมาตรฐานของสัญญาแล้ว Giuliano และ Lagarde ยังได้กล่าวถึงการหากกฎหมายที่นำมาบังคับใช้กับสัญญา ในกรณีที่คู่สัญญาแสดงเจตนาเลือกกฎหมายโดยปริยาย โดยการพิจารณาจากข้อตกลงในการเลือกศาลและเลือกอนุญาโตตุลาการอีกด้วย

กรณีพิจารณาจากข้อตกลงการเลือกศาลนั้นอยู่บนแนวความคิดที่ว่าเมื่อเลือกศาลใดแล้วศาลนั้นก็พิจารณากฎหมายของตนก่อนเพราะตนย่อมเชี่ยวชาญกฎหมายเช่นว่านั้น และศาลก็จะใช้กฎหมายและบังคับตามกฎหมายของตน ดังนั้นถ้าในกรณีที่คู่สัญญามีการตกลงเลือกศาลแล้ว จึงสันนิษฐานได้ว่ากฎหมายที่คู่สัญญาเลือกคือกฎหมายของรัฐที่ศาลที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีตั้งอยู่

กรณีการหาเจตนาของคู่สัญญาว่ามีการเลือกกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาโดยปริยายจากข้อตกลงเลือกศาลเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางซึ่งต่างจากกรณีการอนุญาโตตุลาการเนื่องจากอำนาจในการบังคับคดีของอนุญาโตตุลาการไม่เท่ากับศาล ดังนั้นจึงเกิดประเด็นข้อสงสัยว่าข้อตกลงการเลือกอนุญาโตตุลาการจะสามารถนำมาพิจารณาหาเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายได้หรือไม่

กรณีที่ยอมรับการพิจารณาหากกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกจากข้อตกลงเลือกอนุญาโตตุลาการพบในคดี The Olendoff v Libera Corporation 1996<sup>49</sup>ซึ่งจากข้อเท็จจริงของคดีนี้พบว่า เป็นกรณีสัญญา Ten-Year –Time Charters ระหว่างบริษัทเยอรมันและบริษัทญี่ปุ่นซึ่งบริษัทเยอรมันได้ทำสัญญาเช่าเรือที่สร้างในญี่ปุ่น 2 ลำ สัญญาเช่าเรือดังกล่าวทำเป็นภาษาอังกฤษ แบบของสัญญาและข้อตกลงก็ทำภายใต้กฎหมายอังกฤษซึ่งเป็นที่ใช้กันแพร่หลาย ในสัญญาดังกล่าวมิได้แสดงโดยชัดแจ้งว่าจะใช้กฎหมายอังกฤษเป็นกฎหมายที่บังคับใช้แก่สัญญา แต่มีข้อตกลงการเลือกอนุญาโตตุลาการว่า ให้ทำการอนุญาโตตุลาการที่ลอนดอน

<sup>49</sup> Ibid. pp. 578-580.

คดี the Oldendoff นี้ขึ้นสู่ศาล High Court (Queen's Bench Division (Commercial Court)) ของอังกฤษ โดยบริษัทเยอรมันผู้ร้องได้กล่าวอ้างว่า รูปแบบข้อตกลงตามที่ปรากฏในสัญญาชาร์เตอร์นี้มีข้อตกลงเลือกอนุญาโตตุลาการที่ลอนดอน ซึ่งมีอนุญาโตตุลาการผู้เชี่ยวชาญเรื่องเรือเป็นผู้แก้ไขกรณีพิพาท ซึ่งเมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมทั้งสิ้นแล้วสามารถอนุมานได้ว่า คู่สัญญาประสงค์จะให้ใช้กฎหมายอังกฤษเป็นกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญานี้

ในคดีนี้ผู้พิพากษา Clake J<sup>50</sup> ได้กล่าวว่า “จากมาตรา 3 Rome Convention 1980 ประเด็นที่ต้องพิจารณาก่อนเลยเพื่อที่จะรู้ว่ากฎหมายอังกฤษเป็นกฎหมายที่คู่สัญญาเจตนาเลือกหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจาก สภาพการณ์แวดล้อมโดยรวม”(demonstrated with reasonable certainty by the term of the contract or the circumstances of the case) และได้ยกคำอธิบายมาจาก รายงานของ Guiliano และ Lagrade ที่กล่าวว่า “การเลือกกฎหมายของคู่สัญญาโดยปกติ มักจะเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง แต่ในอนุสัญญานี้ก็ได้อนุญาตให้ศาลค้นหาว่าคู่สัญญาได้มีการเลือกกฎหมายที่แท้จริงที่จะบังคับแก่สัญญาหรือไม่แม้ในกรณีที่คู่สัญญามีได้แสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายไว้โดยชัดแจ้งในสัญญาก็ตาม พฤติการณ์และหลักเกณฑ์ที่ถูกนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าคู่สัญญาได้มีการแสดงเจตนาโดยปริยายในการเลือกกฎหมายบังคับใช้แก่สัญญา เช่น

1. สัญญานั้นอาจใช้สัญญามาตรฐาน (Standard Form) ซึ่งอยู่ใต้อำนาจบังคับแห่งกฎหมายที่เป็นที่รู้จักกันแพร่หลายแม้ว่าจะไม่ต้องระบุกฎหมายที่ควบคุมสัญญานั้นโดยชัดเจน อาทิ กรณี Lloyd's policy ของประกันภัยทางทะเล หรือ

2. เป็นกรณีที่คู่สัญญา เคยมีข้อตกลงเรื่องกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่สัญญากันมาในสัญญาฉบับก่อนหน้า แม้ว่าสัญญาฉบับหลังที่ทำขึ้นจะไม่ได้ระบุกฎหมายที่เลือกไว้ และคู่สัญญาฝ่ายที่กล่าวอ้างว่ามีการเลือกกฎหมายสามารถแสดงให้เห็นประจักษ์แก่ศาลให้สันสงสัยได้ว่าเคยมีการตกลงเช่นนั้น โดยพิสูจน์จากพฤติการณ์แวดล้อมของคดีที่เกิดขึ้น หรือ

3. กรณีที่คู่สัญญามีข้อตกลงเลือกศาล การที่คู่สัญญามีข้อตกลงเลือกศาล อาจเป็นการแสดงเจตนาของคู่สัญญาว่าต้องการให้ใช้กฎหมายของศาลที่ตัดสินบังคับแก่สัญญาแต่ทั้งนี้ต้องดูด้วยว่ามีจุดเกาะเกี่ยวกับข้อตกลงอื่น ๆ ในสัญญาและพฤติการณ์ของคดี

4. การที่มีการตกลงเลือกกฎหมายบังคับแก่สัญญาหรือธุรกรรมอื่น ๆ ในกรณีที่คู่สัญญาที่ทำสัญญาหรือธุรกรรมนั้นเป็นคู่สัญญาเดียวกัน

5. ข้อตกลงการเลือกสถานที่ในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งโดยหลักอนุญาโตตุลาการจะใช้กฎหมายของรัฐที่เป็นที่ตั้งของสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ”

<sup>50</sup>Ibid. p. 579

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวของ Guiliano และ Lagarde ที่ศาลนำมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาคำร้องที่ผู้ร้อง (บริษัทเยอรมัน) กล่าวอ้างว่าในกรณีที่เกิดขึ้นได้มีการเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาโดยชี้ว่า การที่คู่สัญญาคือตนและบริษัทผู้คัดค้านตกลงเรื่องการเลือกสถานที่ทำการอนุญาตตุลาการเป็นการเลือกกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาโดยปริยายโดยการเลือกกฎหมายอังกฤษตามที่ได้เลือกสถานที่ทำการอนุญาตตุลาการที่ลอนดอนนั้น

นอกจากนี้ศาลมีคำวินิจฉัยว่า “การที่คู่สัญญาชาวต่างชาติทั้งสองเข้ามาทำสัญญาชาวต่างชาติ โดยที่คู่สัญญาทั้งสองก็ดำเนินธุรกิจคนละประเทศ ซึ่งการใช้ระบบกฎหมายก็ต่างกัน การที่คู่สัญญาตกลงร่วมกันเลือกสถานที่ในการแก้ไขข้อพิพาทจึงถือว่าสถานที่ที่เลือกมานั้นเป็นกลางแล้ว ดังนั้นจึงอนุมานได้ว่ากฎหมายของรัฐที่เป็นที่ตั้งของสถานที่ ๆ ทำการแก้ไขข้อพิพาทจึงเป็นกฎหมายที่เป็นกลางสำหรับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ต่างจากการที่หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดที่มีอำนาจมากกว่าทำการตัดสินใจในการเลือกศาลหรือสถานที่แก้ไขข้อพิพาทซึ่งการเช่นนั้นไม่อาจถือได้ว่าคู่สัญญายินยอมที่จะให้ใช้กฎหมายของรัฐที่ตั้งศาลหรือสถานที่ที่ตกลงแก้ไขข้อพิพาท

ดังนั้นเมื่อพิจารณาตามข้อเท็จจริงแล้ว ลอนดอนที่เป็นสถานที่ตัดสินข้อพิพาทอันเป็นกลางตามที่ผู้ร้องได้ชี้ให้เห็น และการที่คู่สัญญาไม่เลือกใช้ทั้งกฎหมายเยอรมันและกฎหมายญี่ปุ่นซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์ได้เสียแก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นการเฉพาะแล้ว ศาลจึงเห็นว่าเป็นเจตนาของคู่สัญญาที่จะให้อนุญาตตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญกรณีพิพาทที่เกี่ยวกับเรือ ใช้กฎหมายพาณิชย์นาวีของอังกฤษที่เป็นกฎหมายที่รู้จักกันแพร่หลาย ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดของคดีนี้ การที่ในสัญญานั้นได้ทำสัญญากันเป็นภาษาอังกฤษ ย่อมบ่งบอกถึงว่าหากเกิดปัญหาใดต้องตีความเป็นภาษาอังกฤษโดยกฎหมายอังกฤษและไม่มีหลักฐานอื่นใดที่จะแสดงให้เห็นได้ว่าจะให้ตีความตามกฎหมายเยอรมันหรือญี่ปุ่น อีกทั้งข้อตกลงในการเจรจาต่อรองของคู่สัญญาทั้งคู่ก่อนทำสัญญาก็เป็นภาษาอังกฤษจึงเป็นไปตามบังคับของกฎหมายอังกฤษ ศาลจึงเห็นว่าจากหลักฐานทั้งหมดสัญญาฉบับนี้จึงอยู่ภายใต้กฎหมายอังกฤษตามที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกไว้ แม้จะไม่ได้ระบุไว้ในสัญญาโดยชัดแจ้งก็ตาม”

จากหลักเกณฑ์ของรายงาน Guiliano และ Lagarde ที่ถูกนำมาอ้างอิงในการพิจารณาคดีตัวอย่างที่กล่าวมาข้างต้นทั้ง 2 คดี ผู้เขียนสามารถสรุปพฤติการณ์และหลักเกณฑ์ที่ถูกนำมาใช้เป็นหลักในการพิจารณาหาเจตนารมณ์ของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายบังคับแก่สัญญาโดยปริยายได้ดังนี้ สิ่งที่มีอิทธิพลที่ศาลจะนำมาเป็นเกณฑ์พิจารณาได้แก่



1. ข้อตกลงเรื่องเขตอำนาจศาล “Jurisdiction Agreement” อันที่จริงเรื่องข้อตกลงเขตอำนาจศาลมีปรากฏอยู่ใน Recital หมายเลข 12 Rome I Regulation 2008 ที่ยอมรับทั้งข้อตกลงการเลือกศาล และข้อตกลงการเลือกสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ<sup>51</sup>

2. สัญญาที่คู่สัญญาทำเป็นสัญญามาตรฐาน (Standard Form) หรือไม่

3. มีสัญญาหรือบทบัญญัติพิเศษอื่นใดให้กล่าวอ้างถึงหรือไม่

4. มีข้อตกลงอื่น ๆใดที่คู่สัญญาเคยตกลงกันมาก่อนหน้าทำสัญญาหรือไม่

5. คู่สัญญาเคยมีการทำธุรกรรมเดิมติดต่อกันมาก่อนหรือไม่ หากมีจะพิจารณาว่าเป็นคู่สัญญาเดิมกันหรือไม่

6. หากไม่ใช่คู่สัญญาเดิมต่อกันมา ศาลจะดูว่ามีกรณีที่มีพฤติการณ์เหมือนกันเคยเกิดขึ้นมาก่อนหรือไม่

สำหรับกรณีข้อ 5 และข้อ 6 ส่วนใหญ่จะใช้กับสัญญาค้ำประกัน (Guarantee contract) ข้อตกลงคอมมิชชั่น (Commission agreement) สัญญาต่อสัญญาประกันภัย (reinsurance contract) และสัญญาก่อสร้าง (Construction contract)<sup>52</sup>

7. สถานที่เกิดสัญญา (The place of the conclusion of the contract)

8. ภาษาที่ใช้ในสัญญาหรือในการเจรจาต่อรอง (use of certain language for the contractor the negotiations)

9. สกุลเงินที่ใช้ในการชำระ (the recourse to a certain currency of payment)

10. ข้อตกลงเรื่องสถานที่ในการปฏิบัติการตามสัญญา (an agreement on the place of performance) ซึ่งในข้อนี้ บางฝ่ายก็มีความเห็นแย้งว่ายังไม่เพียงพอที่จะชี้ได้ว่าการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายไว้โดยปริยาย

นอกจากนี้ผู้เขียนพบว่า จากคดีที่กล่าวมาข้างต้น โดยเฉพาะคดีที่เกิดในช่วงที่ยังเป็น Rome Convention 1980 ก็ตาม แต่หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาการเลือกกฎหมายโดยปริยาย เช่นว่ามาข้างต้นนั้น ยังคงนำมาใช้กับกรณีนี้อาจจะเกิดต่อไปได้ เนื่องจากว่า Rome I Regulation 2008 เองก็พัฒนามาจาก Rome Convention 1980 อีกทั้ง Rome I Regulation 2008 ยังมีเป้าหมายในการเพิ่มความเข้มงวดมิให้ศาลใช้ดุลยพินิจตามชอบในการปฏิเสธที่จะใช้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกโดยอ้างเหตุว่าหลักฐานที่ฝ่ายที่กล่าวอ้างไม่มีความสมเหตุสมผลที่พอเพียงจะอ้างการเลือกกฎหมายไว้ของคู่สัญญา ดังนั้นเกณฑ์ดังกล่าวจึงสามารถนำมาปรับใช้กับคดีนี้อาจจะเกิดขึ้นภายหลังได้ อีกทั้งรายงานGuiliano และ Lagarde ที่ศาลยกมาอ้างอิงก็มีได้ใช้เฉพาะกรณีที่เป็น การ

<sup>51</sup>Ragno, "Rome I Regulation Pocket Commentary.", p.100.

<sup>52</sup>"Rome I Regulation Pocket Commentary." p.103.

เลือกกฎหมายของ Rome Convention 1980 เท่านั้น แต่รายงานฉบับดังกล่าวเป็นหลักที่ใช้ในการพิจารณาหลักเกณฑ์ในการแสดงเจตนากรณีในการเลือกกฎหมายโดยปริยายของอนุสัญญาอื่นที่เป็นอนุสัญญาที่ว่าด้วยกฎหมายอันบังคับใช้กับสัญญา จึงอาจถือได้ว่าเป็นเกณฑ์การพิจารณาที่เป็นแนวบรรทัดฐานที่วิญญูชนทั่วไปยอมรับ

อย่างไรก็ตามจากหลัก Rome Convention 1980 มาตรา 3 (1) พบว่าในกรณีที่ไม่สามารถทำให้เห็นได้โดยปราศจากข้อสงสัย ศาลจะไม่สามารถอนุมานได้ว่ามีการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมาย ซึ่งในกรณีนั้นจะตกอยู่ภายในมาตรา 4 กรณีที่คู่สัญญามีได้เลือกกฎหมาย (absent of choice) ซึ่งหลักการนี้ Rome I Regulation 2008 ก็สืบทอดแนวปฏิบัติเช่นว่ามาด้วย

### 3.1.3 การไม่เลือกกฎหมาย Absence of choice<sup>53</sup>

การไม่เลือกกฎหมาย เป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่เลือกกฎหมายที่จะบังคับใช้กับสัญญาเอาไว้ ซึ่งใน Rome I Regulation 2008 ก็ได้บัญญัติถึงกรณีดังกล่าวในมาตรา 4 โดยบัญญัติว่า “หากกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาไว้ตามมาตรา 3 และไม่เป็นการขัดต่อมาตรา 5 ถึงมาตรา 8 กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาให้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 (1) ”

จากประโยคดังกล่าว ทำให้ทราบว่า หากไม่ได้ตกลงเลือกกฎหมาย จะต้องดูประเภทของสัญญาประกอบ หากเป็นสัญญาเฉพาะตามมาตรา 5 ถึง มาตรา 8 แม้ว่าจะไม่ได้ตกลงเลือกกฎหมาย ก็ยังคงมีกฎเกณฑ์เฉพาะอย่างอื่นในการกำหนดกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาเฉพาะ

นอกจากนี้มาตรา 4 (1) ยังได้แสดงให้เห็นถึงสัญญาที่สามารถตกลงให้เลือกกฎหมายบังคับใช้ได้ โดยกำหนดว่าหากสัญญาดังกล่าวมิได้เลือกกฎหมายใช้บังคับตามมาตรา 3 แล้ว ให้ใช้กฎหมายตามที่กำหนดในมาตรา 4 บังคับต่อสัญญาแต่ละชนิดนั้น เช่น

1) มาตรา 4 (1) (a) กล่าวถึงสัญญาซื้อขาย กำหนดว่าหากมิได้ตกลงกันว่าใช้กฎหมายใดบังคับให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่อยู่ประจำของผู้ขาย (a contract for the sale of goods shall be governed by the law of the country where the seller has his habitual residence)

2) มาตรา 4 (1) (b) สัญญาบริการ ให้อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายที่ผู้ให้บริการมีถิ่นที่อยู่ประจำ (a contract for the provision of services shall be governed by the law of the country where the service provider has his habitual residence)

3) มาตรา 4 (1) (c) สัญญาที่เกี่ยวกับสิทธิโดยตรงในอสังหาริมทรัพย์ (พวกสัญญาโอนที่ดิน โอนอสังหาริมทรัพย์หรือ สัญญาเช่าที่ดิน เช่าอสังหาริมทรัพย์) ให้อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายแห่ง

<sup>53</sup> "Contractual Obligations in the Eu- Determining Which National Law Applies".

ถิ่นที่ตั้งทรัพย์สิน (a contract relating to a right in rem in immovable property or to a tenancy of immovable property shall be governed by the law of the country where the property is situated)

4) มาตรา 4 (1) (d) ถ้าเป็นกรณีเช่าอสังหาริมทรัพย์ไม่เกิน 6 เดือน ให้สัญญานั้นอยู่ในบังคับแห่งกฎหมายที่เจ้าของทรัพย์สินมีถิ่นที่อยู่ประจำ ทั้งนี้ผู้เช่าต้องมีถิ่นที่อยู่ประจำในรัฐเดียวกันด้วย

5) มาตรา 4 (1) (e) สัญญาแฟรนไชส์ ให้อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายแห่งถิ่นที่อยู่ประจำของผู้รับสิทธิดำเนินธุรกิจภายใต้ชื่อการค้า (ผู้ซื้อแฟรนไชส์) (a franchise contract shall be governed by the law of the country where the franchisee has his habitual residence)

6) มาตรา 4 (1) (f) สัญญาตัวแทนจำหน่าย ให้อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายที่ผู้จัดจำหน่ายมีถิ่นที่อยู่ ประจำ (a distribution contract shall be governed by the law of the country where the distributor has his habitual residence)

7) มาตรา 4 (1) (g) สัญญาซื้อขายทอดตลาด ให้อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายที่เป็นสถานที่ขายทอดตลาด (a contract for the sale of goods by auction shall be governed by the law of the country where the action takes place, if such a place can be determined)

8) มาตรา 4 (1) (h) สัญญาที่มีคู่สัญญาหลายฝ่ายที่มีผลต่อบุคคลที่สาม โดยเฉพาะการซื้อขายตราสารทางการเงินให้อยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกับที่ระบุใน ข้อบทที่ 17 ของ Directive 2004/39/EC<sup>54</sup> (a contract concluded within a multilateral system which brings together or facilitates the bringing together of multiple third-party buying and selling interests in financial instruments, as defined by Article 4(1), point (17) of Directive 2004/39/EC, in accordance with non-discretionary rules and governed by a single law, shall be governed by that law.)

นอกจากนี้ในมาตรา 4 (2) ยังวางหลักว่า “หากกรณีที่ต้องประกอบของสัญญาประกอบไปด้วยองค์ประกอบที่มากกว่า 1 ประการตามที่ปรากฏในมาตรา 4 (1) แล้ว ให้อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายที่คู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่หลักในการปฏิบัติตามสัญญามีถิ่นที่อยู่ประจำ” ในขณะที่ มาตรา 4 (3) เป็นเรื่อง Escape clause ที่ได้วางหลักว่า “กรณีที่ปรากฏพฤติการณ์แห่งคดีเป็นที่กระจ่างว่า สัญญานั้นมีจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดยิ่งกว่าที่ระบุใน วรรค 1 และวรรค 2 แห่งบทบัญญัตินี้ ให้สัญญานั้นอยู่ในบังคับแห่งกฎหมายอันมีจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดยิ่งนั้น”

<sup>54</sup>point 17 of Directive 2004/39 “person who provide the instrument services and/or perform investment activities cover this Directive should subject to authorization by their home Member States in order to financial system”

จากที่ศึกษามา พบว่า Rome I Regulation 2008 ให้ความสำคัญกับการแยกชนิดและประเภทของสัญญา ซึ่งเห็นได้จากการที่มาตรา 4 แยกชนิดของสัญญาออกมาเป็น 8 ประเภท แต่ละประเภทจะถูกควบคุมด้วยกฎหมายต่างกันเหตุผลที่แต่ละสัญญาถูกควบคุมด้วยกฎหมายต่างกันเนื่องจาก แต่ละสัญญาต่างก็มีลักษณะเฉพาะตัวต่างกัน และที่สำคัญคือ มาตรา 4 นั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของทฤษฎี The characteristic performance<sup>55</sup> ที่มีแนวความคิดว่า หน้าที่ปฏิบัติการชำระหนี้ให้ เป็นไปตามสัญญามีลักษณะอันจำเพาะต่างกัน (Characteristic of performance) ดังนั้น จุดเกาะเกี่ยวที่นำมาพิจารณาเป็นข้อกำหนดในการหากฎหมายมาบังคับใช้ (proper law) จึงต่างกันไปด้วยการที่จะระบุว่าสัญญาใดอยู่ภายใต้กฎหมายใดจำเป็นต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมของลักษณะสัญญาและบริบทโดยรวม เพื่อก่อให้เกิดความสะดวกสบายและความเหมาะสมในการใช้กฎหมายและที่สำคัญคือต้องพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดที่สุด (the most closely connected) ที่มีต่อรัฐของคู่สัญญาด้วย<sup>56</sup>

หลักการใช้จุดเกาะเกี่ยวที่มีความใกล้ชิดที่สุด ปรากฏใน มาตรา 4 (3) และในมาตรา 4 (4) โดยในมาตรา 4 (3) ซึ่งเป็น escape clause และจะใช้เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า จากพฤติการณ์โดยรวมสัญญานั้นมีจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดกับรัฐอื่นกฎหมายที่ใช้บังคับก็ให้ใช้กฎหมายของรัฐที่มีจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดกว่านั้น<sup>57</sup> ในขณะที่มาตรา 4 (4) จะถูกนำมาใช้เมื่อกรณีเป็นสัญญาที่อยู่นอกเหนือสัญญาตามมาตรา 4 (1) และ มาตรา 4(2)

นอกจากนี้ หลักการไม่แสดงเจตนาเลือกกฎหมายในสมัย Rome Convention 1980 มีส่วนที่ได้รับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขในสมัย Rome I Regulation 2008 ดังนี้<sup>58</sup>

ในสมัย The Rome Convention 1980 มาตรา 4 (1)<sup>59</sup> นั้นวางหลักแต่เพียงว่า กรณีที่คู่สัญญาไม่เลือกกฎหมาย สัญญานั้นจะอยู่ภายใต้กฎหมายที่มีจุดเกาะเกี่ยวใกล้ชิดที่สุด ซึ่งทำให้เห็นได้ชัดว่าเป็นการใช้หลัก จุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดยิ่ง (the most closely connected) เป็นหลัก และใน

<sup>55</sup>Hartley, *International Commercial Litigation Text, Cses Nd Materials on Private International Law*. p. 581.

<sup>56</sup> Jan A. Bischoff Franco Ferrari, "Rome I Regulation Pocket Commentary," in *Applicable Law in Absence of Choice* (Munich: Sellier european law publishers, 2015). P.120

<sup>57</sup> Hartley, *International Commercial Litigation Text, Cses Nd Materials on Private International Law*. p. 582.

<sup>58</sup>Rome I Regulation on Law Applicable to Contractual Obligations Comes into Force, [online], 12 June 2016. Available from: <http://www.incelaw.com/en/news-and-events/news/rome-i-regulation-on-law-applicable-to-contractual-obligations-comes-into-force>

<sup>59</sup> Article 4(1) of the Rome Convention set out a default position whereby, in the absence of choice of law by the parties, the contract would be governed by the law of the country with which it was most closely connected.

มาตรา 4 (2)<sup>60</sup> ก็จะกำหนดให้ใช้กฎหมายของสถานที่ปฏิบัติตามสัญญา อันคู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่หลัก มีถิ่นที่อยู่ประจำหรือมีบริษัทตั้งอยู่ อย่างไรก็ตามในมาตรา 4 (2)<sup>61</sup> จะไม่ใช้ในกรณีสัญญารับขนส่งสินค้า ในกรณีสัญญารับขนนั้น หากผู้รับขนมมีสถานที่โหลดสินค้าอยู่ในรัฐเดียวกับที่ทำการสำนักงานใหญ่ หรือผู้ส่งของมีสถานที่ทำการสำนักงานใหญ่ มีข้อสันนิษฐานว่าจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดยิ่งคือสถานที่ตั้ง ของสำนักงานใหญ่ ผู้รับขนนั่นเอง นอกจากนี้ในมาตรา 4 (3)<sup>62</sup> วางหลักข้อสันนิษฐานว่าหากปรากฏ ว่าพฤติการณ์แห่งคดีชี้ชัดว่าสัญญานั้นมีจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดยิ่งจะให้ใช้กฎหมายของรัฐที่มีจุดเกาะ เกี่ยวที่ใกล้ชิดยิ่งนั้น

ในขณะที่ Rome I Regulation 2008 มาตรา 4(1)<sup>63</sup> เน้นการใช้หลัก the characteristic performance เป็นหลัก โดยได้แบ่งชนิดของสัญญาออกเป็น 8 ชนิดและชี้ชัดเจนว่ากฎหมายที่บังคับ ใช้กับแต่ละสัญญาแต่ละชนิดในกรณีที่มีได้เลือกสัญญาคือกฎหมายใดและส่วนมาตรา 4 (2) มาตรา 4 (3) และ 4 (4) จึงจะเป็นการใช้หลักจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดอย่างยิ่ง (the most closely connected) มาเป็นหลักในการกำหนดว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญานั้นควรเป็นกฎหมายใด

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่าจากการที่กฎหมายได้วางหลักอย่างชัดเจนว่าหาก คู่สัญญามีได้เลือกกฎหมายบังคับใช้แก่สัญญาไว้ให้ใช้กฎหมายใด อันเป็นการสร้างมาตรฐานให้เป็นไป ในแนวทางเดียวกันในการแก้ไขปัญหาว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย และเป็นการง่ายต่อศาลที่จะ พิจารณาหากกฎหมายมาปรับใช้แก่คดี

ยิ่งไปกว่านั้นผู้เขียนได้เน้นการศึกษาในเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา เมื่อ พิจารณาแล้วว่าแม้คู่สัญญาจะไม่ตกลงกันเลือกกฎหมายแต่ สัญญา 8 ประเภทนี้ก็มิมีกฎเกณฑ์ในการ แก้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายอย่างเป็นระบบ ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่า การนิ่งเฉยไม่ตกลงกันเลือก กฎหมาย ก็อาจจะนับได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายรูปแบบหนึ่ง

<sup>60</sup> According to Article 4(2), this was the country where the party effecting the performance which was characteristic of the contract had its habitual residence or, in the case of a body corporate or unincorporate, its central administration.

<sup>61</sup> The Article 4(2) presumption did not apply inter alia to contracts for the carriage of goods. In such contracts, if the carrier had its principal place of business in the country where loading or discharging of the goods took place or where the consignor had its principal place of business, it was presumed the contract was most closely connected with that country (Article 4(4) of the Rome Convention).

<sup>62</sup> Article 4(5), however, provided that this presumption could be displaced if the circumstances as a whole indicated that the contract was more closely connected with another country.

<sup>63</sup> Article 4(1) of Rome I lists eight specific types of contract and makes express provision for determining the law governing those types of contract in the absence of choice. These types of contract include a contract for the sale of goods which will be governed by the law of the country where the seller has its habitual residence.

สำหรับเสรีภาพในการเลือกกฎหมาย การไม่เลือกกฎหมายถือเป็นการแสดงเจตนาแบบหนึ่ง คือเจตนาไม่เลือกกฎหมาย แต่ให้เป็นหน้าที่ของศาลในการวินิจฉัยหากกฎหมายที่มีจุดเกาะเกี่ยวมีความใกล้ชิดยิ่งมาใช้กับสัญญาหรือให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดเอง ตามที่ปรากฏใน Rome I Regulation 2008

### 3.1.4 การเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เลือกไว้หลังจากการทำสัญญา

ในการที่ผู้เขียนทำการศึกษาประเด็นปัญหาในการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาทำให้ผู้เขียนต้องทำความเข้าใจในเรื่องการที่หากคู่สัญญามีได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้ขณะทำสัญญาแล้ว ต่อมาจะใช้สิทธิเลือกกฎหมายเพื่อนำมาใช้บังคับกับสัญญาในภายหลังจะทำได้หรือไม่ หรือกรณีที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายไว้แล้ว ในขณะที่ทำสัญญา แต่ต่อมาภายหลังจะเปลี่ยนใจเลือกกฎหมายใหม่จะทำได้หรือไม่ด้วยปัญหาในประเด็นเหล่านี้ผู้เขียนมองว่าเป็นปัญหาที่ต้องศึกษาเพื่อหาทางแก้ไขและเพื่อให้เกิดความเข้าใจและระบบการแก้ปัญหาที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

จากการศึกษา Rome I Regulation 2008 ถึงประเด็นปัญหาดังกล่าวข้างต้นผู้เขียนพบว่า มีหลักกฎหมายเรื่องการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เลือกไว้หลังจากทำสัญญาได้ระบุไว้ใน Rome I Regulation 2008 ในมาตรา 3 (2) ซึ่งมีได้เปลี่ยนแปลงจากเดิมใน Rome Convention 1980 มาตรา 3 (2) กฎหมายทั้งสองฉบับวางหลักว่า คู่สัญญาสามารถตกลงกันในเวลาใดก็ได้ในการเลือกกฎหมายบังคับแก่สัญญา (The parties may at *any time* agree to subject the contract to a law) การที่ Rome I Regulation 2008 ใช้คำว่า “เวลาใดก็ได้” (any time) เป็นการแสดงให้เห็นถึงการให้เสรีภาพในเรื่องเวลากับคู่สัญญาในการแสดงเจตนา

นอกจากการให้เสรีภาพแก่คู่สัญญาในเรื่องเวลาแล้ว เสรีภาพในการเลือกกฎหมายของ Rome I Regulation 2008 ที่กำหนดในมาตรา 3 (2) นี้ยังเป็นเสรีภาพที่รับรองเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมการเลือกกฎหมายเดิมที่เคยเลือกไว้ก่อนแล้ว โดยระบุในมาตรา 3 (2) ว่าคู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายที่นอกเหนือไปจากที่เคยเลือกไว้ใช้บังคับแก่สัญญา (...law other than that which previously governed it) ได้ยิ่งไปกว่านั้นคู่สัญญายังมีอำนาจที่จะเลือกกฎหมายที่ควบคุมการติดต่อซื้อขายได้ทั้งก่อนและหลังการทำสัญญาอีกทั้งยังอนุญาตให้เลือกกฎหมายที่แตกต่างไปจากกฎหมายเดิมที่เคยเลือกไว้ได้ด้วย<sup>64</sup>

<sup>64</sup> Ragno, "Rome I Regulation Pocket Commentary." P.106

ประเด็นที่น่าสนใจคือกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกนั้นจะมีผลย้อนหลังหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้มิได้ระบุอย่างชัดเจนในมาตรา 3 (2) แต่อ้างอิงได้จากรายงานของ Guiliano และ Lagarde ที่มีการกล่าวถึงประเด็นนี้ไว้ว่า กรณีที่มีความคลุมเครือเรื่องผลของกฎหมายที่เลือกใช้กับสัญญาจะมีผลบังคับย้อนหลังหรือไม่นั้นมิได้มีการบัญญัติโดยชัดเจนแต่ตามความเห็นของศาสตราจารย์ Lagarde มีความเห็นว่ากฎหมายที่เลือกอาจมีผลย้อนหลังได้หากเป็นเจตนาของคู่สัญญาให้มีผลย้อนหลัง เช่น กรณีที่เกิดขึ้นศาลอิตาลีไม่ยอมรับการเลือกกฎหมายหลังสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ในขณะที่ศาลฝรั่งเศสยอมรับหลักให้คู่สัญญาเลือกแก้ไขกฎหมายได้<sup>65</sup>

หลักดังกล่าวปรากฏใน Rome I Regulation 2008 มาตรา 3 (2) ซึ่งมีเป้าหมายในการสนับสนุนให้การพาณิชย์มีความสะดวกสบายมากขึ้น โดยกำหนดว่าถ้าคู่สัญญาเลือกเปลี่ยนกฎหมายที่บังคับกับสัญญาก็ต้องให้เป็นไปตามกฎหมายที่เลือก เพราะเป็นเรื่องที่คู่สัญญาตกลงแบ่งผลประโยชน์ร่วมกัน จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องปฏิเสธกฎหมายที่คู่กรณีเลือก หากปรากฏว่ากฎหมายนั้นทำให้คู่สัญญาบรรลุลัพประสงค์แห่งสัญญาได้เช่นเดียวกับสัญญาเดิมก่อนที่จะมีการเปลี่ยนแปลง

อย่างไรก็ตามกฎหมายที่เลือกต้องอยู่ภายใต้หลักความสมบูรณ์ในการแสดงเจตนา ซึ่งบังคับโดยมาตรา 3 (5) ของ Rome I Regulation 2008 ที่วางหลักเรื่องความคงอยู่และความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา ดังนี้ “การเกิดและความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาให้อยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 10 มาตรา 11 และมาตรา 13 แห่งกฎหมายนี้” (The existence and validity of the consent of the parties as to the choice of the applicable law shall be determined in accordance with the provisions of Articles 10, 11 and 13.)” ดังนั้นกฎหมายที่เลือกเข้ามาแทนที่หรือแก้ไขกฎหมายเดิมที่เคยเลือกตามมาตรา 3 (2) ก็ต้องอยู่ภายใต้หลักความสมบูรณ์ในการแสดงเจตนาดังกล่าว ประกอบกับในมาตรา 3 (2) เองก็ได้วางหลักข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เลือกไว้ในตอนท้ายของมาตราเองดังนี้ การเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้นหากเปลี่ยนหลังจากที่สัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว กฎหมายที่เลือกมาใหม่นั้นต้องไม่กระทบต่อความสมบูรณ์ของแบบของสัญญาตามมาตรา 11 และไม่กระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอก

จากที่กล่าวมาข้างต้น กล่าวได้ว่า มาตรา 3 (2) ของ Rome I Regulation 2008 ได้วางหลัก เพื่อแก้ปัญหาในเรื่องการตกลงเปลี่ยนแปลงการเลือกกฎหมายซึ่งคู่กรณีได้เลือกไว้แล้ว โดยให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันว่าจะใช้กฎหมายใดแก่สัญญา นอกเหนือจากกฎหมายที่ได้เลือกไว้ก่อนหน้านั้น แต่ทั้งนี้การเปลี่ยนแปลงกฎหมาย ภายหลังจากที่สัญญาได้เกิดขึ้นแล้วนั้นต้องไม่ขัดต่อเรื่องของแบบของสัญญาตามมาตรา 11 หรือต้องไม่กระทบต่อสิทธิของบุคคลที่สาม และต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายว่าด้วยความสมบูรณ์ในการแสดงเจตนาตามมาตรา 3 (5) ด้วย

<sup>65</sup> Mario Guiliano.

### 3.1.5 ส่วนของสัญญาที่สามารถเลือกกฎหมายไปบังคับ

ส่วนของสัญญาที่สามารถเลือกกฎหมายไปบังคับตามที่กำหนดไว้ใน Rome I Regulation 2008 มาตรา 3 (1) มิได้มีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมจากที่ปรากฏใน Rome Convention 1980 มาตรา 3 (1) คือกฎหมายที่เลือกสามารถเลือกใช้กฎหมายเช่นว่านั้นบังคับไปกับทั้งหมดของสัญญา หรือเพียงแต่บางส่วนของสัญญาก็ได้ (By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.)

ดังนั้นจากตัวบทดังกล่าวทำให้สามารถจำแนกได้ว่ากฎหมายที่เลือกนั้นใช้ใน 2 กรณี<sup>66</sup>

#### 1. การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับทุกส่วนของสัญญา

ส่วนต่างๆของสัญญา ได้แก่ ส่วนเรื่องของการชำระหนี้ ส่วนเรื่องของการผิดสัญญา ส่วนเรื่องของการเรียกค่าเสียหาย เป็นต้น ซึ่งส่วนต่างๆ ดังที่กล่าวมาข้างต้นนั้นคู่สัญญาสามารถตกลงกันว่าจะใช้กฎหมายใดบังคับได้ โดยกฎหมายที่เลือกนั้นจะเป็นการเลือกโดยแสดงเจตนาชัดเจนกำหนดในสัญญาหรือเป็นการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายโดยปริยายก็ได้<sup>67</sup>

#### 2. การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาเฉพาะส่วน

การแยกส่วนของสัญญา (Depecage) เป็นปัญหาของการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายบังคับกับสัญญา ซึ่งในมาตรา 3 (1) ของ Rome I Regulation 2008 ได้วางหลักการยอมรับให้คู่สัญญาสามารถเลือกใช้กฎหมายกับส่วนต่างๆของสัญญาได้ ดังนั้นจึงทำให้เกิดประเด็นที่น่าพิจารณาศึกษาว่าสัญญาฉบับเดียวกันรายละเอียดบางส่วนอยู่ ภายใต้บังคับของระบบกฎหมายหนึ่งและบางส่วนอยู่ภายใต้อีกระบบกฎหมายหนึ่งได้หรือไม่

สำหรับการศึกษาในประเด็นดังกล่าวข้างต้น เพื่อความเข้าใจในพื้นฐานเบื้องต้นผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงทฤษฎีที่นักกฎหมายระหว่างประเทศใช้ในเรื่องการแยกส่วนของสัญญาก่อน จากการศึกษาพบว่า การแยกส่วนของสัญญาอาจแบ่งได้เป็น 2 แนว<sup>68</sup> ได้แก่

1. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลส่วนใหญ่ยอมรับหลักเกณฑ์การแยกส่วนของสัญญาเช่น ประเทศเยอรมัน ฮังการี เนเธอร์แลนด์ นอร์เวย์ สวิตเซอร์แลนด์ ยูโกสลาเวีย และอังกฤษ

<sup>66</sup> Ragno, "Rome I Regulation Pocket Commentary." P.104

<sup>67</sup> Maria Berger, "I Draft Report on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligation (Rome I) Com (2005) 650 Final-2005/0261 (Cod)," *Commitee on legal affairs* (2006).

<sup>68</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิชย์ "คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล" ฉบับพิมพ์แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559, หน้า 254.



2.กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลไม่ยอมรับหลักว่าคู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายได้มากกว่าหนึ่งประเทศเพื่อจะใช้บังคับกับสัญญาหนึ่งฉบับ เช่น กลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย โปแลนด์

จากแนวที่กล่าวมาข้างต้นแสดงให้เห็นว่าในประเทศต่าง ๆ แม้ที่เป็นสมาชิกของสหภาพยุโรปเองก็มีแนวคิดที่แตกต่างกันที่จะยอมรับเรื่องการแยกส่วนของสัญญา ดังนั้นเพื่อให้ปัญหาดังกล่าวหมดไปและการยอมรับเรื่องการแยกส่วนของสัญญาเป็นไปในทิศทางเดียวกันตอนกำหนด Rome Convention 1980 จึงได้มีการใส่เรื่องการยอมรับการแยกส่วนของสัญญาไว้ในมาตรา 3 (1) ตอนท้ายวรรค และหลักดังกล่าวก็ยังคงมีอยู่ในแม้ว่าจะได้พัฒนามาเป็น Rome I Convention 2008 แล้วก็ตาม

อย่างไรก็ตาม หลักการแยกส่วนของสัญญามีได้ปรากฏแต่เพียงเฉพาะใน Rome Convention 1980 และ Rome I Regulation 2008 เท่านั้น แต่ หลักการแยกส่วนของสัญญาเป็นหลักที่ปรากฏอย่างกว้างขวางมานานในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล โดยที่แต่เดิมเป็นหน้าที่ของศาลที่จะกำหนดระบบกฎหมายที่เหมาะสมที่จะใช้กับกรณีที่เกิดขึ้น ซึ่งแม้จะเป็นกรณีเดียวแต่อาจใช้ระบบของกฎหมายที่มาบังคับกับกรณีที่เกิดอาจจะต่างกันไปก็ได้<sup>69</sup>

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาเฉพาะส่วนที่ได้ปรากฏอยู่ในมาตรา 3 (1) ตอนท้ายในถ้อยคำที่ว่า กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกสามารถใช้กับสัญญาทั้งฉบับหรือแต่เพียงบางส่วนก็ได้ การที่กฎหมายดังกล่าวใช้คำว่า “บางส่วน” เป็นการยืนยันให้ทราบว่าคู่สัญญาสามารถที่จะแยกส่วนของได้

และผู้เขียนยังพบว่าหลักการแยกส่วนของสัญญาใน Rome I Regulation 2008 มีที่มาจาก มาตรา 7 (1) ของ The Hague Convention of December 22, 1986.<sup>70</sup> ดังนั้นจึงทำให้การแยกส่วนของสัญญาใน Rome I Regulation 2008 มีการยอมรับให้กฎหมายหลายฉบับบังคับใช้กับสัญญาฉบับเดียวได้

หลักการยอมรับให้สัญญาฉบับเดียวมีการแยกส่วนและแต่ละส่วนอยู่ในบังคับของกฎหมายต่างฉบับกันได้นั้นได้มีการยืนยันในการตัดสินจากคดี *Wütig v International Harvester Corp.*,<sup>71</sup> อันมีข้อเท็จจริงโดยย่อปรากฏดังนี้ กรณีนี้เป็นกรณีลูกจ้างชาวอเมริกันที่ ได้รับการว่าจ้างจากบริษัทสาขาย่อยของบริษัท International Harvest Corporation ที่ตั้งอยู่ที่ปารีส โดยที่สถานที่ปฏิบัติงาน

<sup>69</sup>Michael Wilderspin Richard Plender, *The European Private International Law of Obligations*, ed. 3 (Sweet & Maxwell, 2009), p.154

<sup>70</sup> “the parties may choose two or more different laws to govern parts of their contract.”

<sup>71</sup> Richard Plender. p.155

ตามที่ได้รับมอบหมายอยู่ที่ปารีส โดยในสัญญาจ้างงานของลูกจ้างคนดังกล่าว มีการระบุไว้ว่าเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นการพิเศษคือเป็นสัญญาการจ้างงานแบบลูกจ้างข้ามชาติ (oversea) ข้อเท็จจริงต่อมาปรากฏว่า ลูกจ้างคนดังกล่าวถูกเลิกจ้างที่ปารีส จึงทำให้เกิดประเด็นว่าการเลิกจ้างลูกจ้างในครั้งนี้นี้ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐที่เป็นที่อยู่ดั้งเดิมของลูกจ้าง (country of origin) (สัญญาอยู่ภายใต้กฎหมายของอเมริกา ซึ่งในที่นี้คือกฎหมายของรัฐ Illinois) หรือ ภายใต้กฎหมายของรัฐผู้จ้าง (สัญญาอยู่ภายใต้กฎหมายของฝรั่งเศส)

คดีนี้ศาลที่ตัดสินเป็นศาลของฝรั่งเศสโดยศาลมีคำวินิจฉัยดังนี้ “กรณีนี้เห็นได้ชัดว่า สัญญาการจ้างงานฉบับดังกล่าวมีข้อกำหนดในสัญญาที่แสดงให้เห็นชัดเจนว่าลูกจ้างสามารถเลือกได้ว่าจะให้ใช้กฎหมายใดบังคับแก่สัญญา ไม่ว่าจะจะเป็นกฎหมายอเมริกัน หรือกฎหมายฝรั่งเศส ข้อกำหนดดังกล่าวที่มีในสัญญานี้ทำให้ทราบได้ว่ากฎหมายที่จะบังคับแก่สัญญานี้คือกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกตั้งนั้นแล้วแม้ว่ากฎหมายฉบับนี้จะอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐ Illinois แต่กฎหมายฝรั่งเศสก็ถูกนำมาบังคับใช้ในส่วนของการเลิกจ้างได้ เนื่องจากในข้อกำหนดดังกล่าวยังได้กำหนดเรื่องการแบ่งส่วนของสัญญาโดยให้คู่สัญญาสามารถกำหนดกฎหมายที่จะใช้ในแต่ละส่วนของสัญญาได้ภายหลังจากการเกิดกรณีปัญหาขึ้น”

จากกรณีดังกล่าวมาข้างต้นผู้เขียนพบว่า กรณีนี้ศาลฝรั่งเศสใช้หลักทั่วไปของการแยกส่วนของสัญญามาพิจารณาควบคู่กับหลักการแยกส่วนของสัญญาตาม Rome I Regulation 2008 ประกอบมาตรา 8 ใน Rome I Regulation 2008 ทำให้ศาลวินิจฉัยว่าส่วนของการเลิกจ้างงานของสัญญา สามารถอยู่ภายในบังคับของกฎหมายฝรั่งเศสได้

นอกจากนี้ผู้เขียนยังพบประเด็นว่า ข้อตกลงการแยกส่วนของสัญญาและกฎหมายที่จะใช้กับแต่ละส่วนของสัญญาจะต้องแสดงเจตนาในการเลือกโดยชัดเจนหรือไม่ หรือสามารถเป็นการแสดงเจตนาโดยปริยายได้จากกรณีตัวอย่างข้างต้น ผู้เขียนพบว่า การแยกส่วนของสัญญาตามกรณีข้างต้นเป็นกรณีที่มีได้แสดงให้เห็นการเลือกกฎหมายที่จะใช้กับส่วนของสัญญาโดยชัดแจ้ง ในข้อกำหนดเพียงแต่แสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาสามารถแยกส่วนของสัญญาและกำหนดกฎหมายที่ต้องการจะใช้บังคับแก่สัญญาได้ ดังนั้นการแยกส่วนของสัญญาคู่สัญญานั้นจึงไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งว่าจะแยกสัญญาออกเป็นส่วนและต้องกำหนดว่าแต่ละส่วนจะให้อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายใด กล่าวได้ว่าการแยกส่วนของสัญญานั้นขึ้นอยู่กับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการตกลงกันอย่างแท้จริง โดยการแสดงเจตนาอันนี้จะเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้<sup>72</sup>

<sup>72</sup> Volker Behr, "Rome I Regulation a-Most-Unified Private Interational Law of Contractual Relationship within - Most-of the European Union " *Journal of Law and Commerce* 29 (2011).

อย่างไรก็ตามในการสมัครใจที่จะตกลงกันแยกส่วนของสัญญาและเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับแต่ละส่วนของสัญญานั้นหากมิได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งและเกิดความไม่ลงรอยกัน (risk inconsistencies) ในกฎหมายที่เลือกหลาย ๆ กฎหมายนั้น อีกทั้งไม่สามารถใกล้เคียงหรือตกลงกันได้หรือเกิดปัญหาในเรื่องของเจตนารมณ์ของคู่สัญญา หรือเป็นปัญหาในเรื่องหนี้หลักของสัญญา อาทิ เช่น เรื่องของการไม่ปฏิบัติตามสัญญา (non-performance) หรือการสิ้นสุดของสัญญา (termination) ส่วนที่แยกออกมานั้นจะตกอยู่ในบังคับแห่งมาตรา 4 ของ Rome I Regulation 2008<sup>73</sup>

### 3.1.6 การเลือกกฎหมายที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยว

โดยหลักการพื้นฐานของ Rome I Regulation 2008 แล้วการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาของคู่สัญญานั้น กฎหมายที่คู่สัญญาสามารถเลือกได้อยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 2<sup>74</sup> คือสามารถเลือกกฎหมายใดก็ได้แม้มิใช่กฎหมายของรัฐภาคีของสหภาพยุโรป<sup>75</sup> ประกอบกับ มาตรา 3 ก็สามารถเลือกได้แม้กฎหมายนั้นจะไม่มีจุดเกาะเกี่ยวใด ๆ กับสัญญานั้นเลยก็ตาม แต่ในกรณีของสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะ การเลือกกฎหมายจะถูกกำหนดให้เลือกกฎหมายที่ต้องสอดคล้องเกี่ยวกับจุดเกาะเกี่ยวตามที่ Rome I Regulation 2008 กำหนดไว้ในแต่ละสัญญา

ในส่วนของสัญญาทั่วไป Rome I Regulation 2008 จะให้เสรีแก่คู่สัญญาในการเลือกกฎหมายในลักษณะที่เป็น absolute freedom คือ การเลือกกฎหมายของคู่สัญญาอย่างไม่จำเป็นต้องเลือกกฎหมายที่มีจุดเกาะเกี่ยว<sup>76</sup> แต่อย่างไร โดยเห็นได้จากเมื่อพิจารณามาตรา 3 (3) และมาตรา 3 (4) จะพบว่า การเลือกกฎหมายนั้นคู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาก็ได้ เช่น ในกรณีของมาตรา 3 (3) นั้น ได้วางหลักว่า “...คู่สัญญาที่อยู่ในรัฐเดียวกันขณะทำสัญญาแต่เลือกกฎหมายของรัฐที่มีใช้รัฐที่อยู่ในขณะทำสัญญา...” และในมาตรา 3 (4) ที่ได้วางหลักไว้ว่า “...คู่สัญญาอยู่ในรัฐอันเป็นสมาชิกขณะทำสัญญา เลือกกฎหมายของรัฐที่มีใช้รัฐสมาชิก...”

ก่อนมีการยอมรับหลักการเลือกกฎหมาย ในการแก้ไขปัญหาว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ศาลหรือผู้ที่พิจารณาข้อพิพาท จะเลือกใช้กฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิด (the

<sup>73</sup>Ragno, "Rome I Regulation Pocket Commentary.", pp.105-106.

<sup>74</sup>Article 2 Universal application

Any law specified by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member State.

<sup>75</sup> Ragno, "Rome I Regulation Pocket Commentary." Pp 73-74.

<sup>76</sup>Hartley, *International Commercial Litigation Text, Cses Nd Materials on Private International Law.*, p. 573.

real connection factor) มาเป็นกฎหมายที่บังคับใช้แก่กรณีที่เกิด (the proper law) ดังนั้นจากการที่ Rome I Regulation 2008 ได้กำหนดกฎที่ยอมรับการเลือกกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกโดยเป็นลายลักษณ์อักษร และการยอมรับกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใน Rome I Regulation 2008 ยังขยายไปถึงการยอมรับกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกแม้กฎหมายนั้นจะไม่มีจุดเกาะเกี่ยว จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นรับรองหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาด้วย

ต่างจากในกรณีตาม มาตรา 5 ถึง มาตรา 8 อันจัดเป็นสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะ (Special contract) ซึ่ง Rome I Regulation 2008 ได้วางหลักการจำกัดเสรีภาพในการเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญา อีกทั้งยังมีการวางเงื่อนไขในการเลือกกฎหมายของคู่สัญญาโดยกำหนดให้ กฎหมายที่คู่สัญญาจะเลือกได้นั้นต้องเป็นกฎหมายที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าว

ประเด็นที่น่าสนใจสำหรับการจำกัดการใช้เสรีภาพในการเลือกกฎหมายในสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะตามมาตรา 5 ถึงมาตรา 8 ได้แก่ประเด็นเรื่องจุดเกาะเกี่ยวที่ต้องพิจารณาในการเลือกกฎหมายในสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะ

จากศึกษาผู้เขียนพบว่า จุดเกาะเกี่ยวหลัก ๆ ที่ถูกกำหนดให้นำมาบังคับใช้กับสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะหรือในการที่คู่สัญญาจะสามารถเลือกมาใช้บังคับกับสัญญาเฉพาะมีดังต่อไปนี้

#### 1. จุดเกาะเกี่ยวด้านสถานที่

(ก) จุดเกาะเกี่ยวเรื่องถิ่นที่อยู่อาศัยประจำ (Habitual Residence) ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 19<sup>77</sup>ของ Rome I Regulation 2008

สัญญาเฉพาะที่กำหนดให้คู่สัญญาจะเลือกกฎหมายมาบังคับแก่สัญญาต้องพิจารณาเรื่องจุดเกาะเกี่ยวเรื่องถิ่นที่อยู่อาศัยประจำเช่นสัญญารับขนคนโดยสาร ตามมาตรา 5 (2) วรรค 2 กรณีสัญญาผู้บริโภคร ตาม มาตรา 6 กรณีสัญญาประกันภัย ตามมาตรา 7

(ข) จุดเกาะเกี่ยวเรื่องสถานที่ปฏิบัติตามสัญญา (Place of performance)

<sup>77</sup> Article 19 Habitual residence

1. For the purposes of this Regulation, the habitual residence of companies and other bodies, corporate or unincorporated, shall be the place of central administration.

The habitual residence of a natural person acting in the course of his business activity shall be his principal place of business.

2. Where the contract is concluded in the course of the operations of a branch, agency or any other establishment, or if, under the contract, performance is the responsibility of such a branch, agency or establishment, the place where the branch, agency or any other establishment is located shall be treated as the place of habitual residence.

3. For the purposes of determining the habitual residence, the relevant point in time shall be the time of the conclusion of the contract.

สัญญาที่มีลักษณะเฉพาะที่กำหนดให้คู่สัญญาจะที่เลือกกฎหมายมาบังคับแก่สัญญาต้องพิจารณาเรื่องจุดเกาะเกี่ยวเรื่องสถานที่ปฏิบัติตามสัญญา ได้แก่กรณีสัญญาจ้างแรงงาน กรณีสัญญา รับขนคนโดยสาร

(ค) จุดเกาะเกี่ยวเรื่องสถานที่ตั้งของสถานประกอบการ (Place of Business)

สัญญาที่มีลักษณะเฉพาะที่กำหนดให้คู่สัญญาจะที่เลือกกฎหมายมาบังคับแก่สัญญาต้องพิจารณาเรื่องจุดเกาะเกี่ยวเรื่องสถานที่ตั้งของสถานประกอบการ ได้แก่ สัญญา รับขน ซึ่งต้องพิจารณา เรื่องจุดเกาะเกี่ยวเรื่องสถานที่อื่นเป็นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ตามมาตรา 5 (2) (c) และสัญญาจ้าง แรงงาน ที่ต้องพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวเรื่องสถานที่ซึ่งเป็นที่ตั้งของสำนักงานซึ่งได้จ้างแรงงานตาม สัญญาจ้างแรงงานนั้นตามมาตรา 8 (3) เป็นต้น

2. จุดเกาะเกี่ยวเรื่องสัญชาติของคู่สัญญา

สัญญาที่มีลักษณะเฉพาะที่กำหนดให้คู่สัญญาที่จะเลือกกฎหมายมาบังคับแก่สัญญาต้องพิจารณาเรื่องจุดเกาะเกี่ยวเรื่องสัญชาติของคู่สัญญา ได้แก่ สัญญาประกันภัย เช่น กรณีสัญญา ประกันภัยในกรณีเป็นสัญญาประกันชีวิตตามมาตรา 7 (3) (C) อันได้แก่สัญชาติของผู้ถือกรมธรรม์ (Policy Holder) เป็นต้น

### 3.2 ขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายตามมาตรา 12

ขอบเขตของกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกจะใช้บังคับกับเรื่องใดของสัญญาได้บ้างนั้นใน Rome Convention 1980 ได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 10 และเมื่อพัฒนามาเป็น Rome I Regulation 2008 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 12 ซึ่งมีหลักดังนี้

1. อาศัยอำนาจตามกฎระเบียบนี้ กฎหมายที่เลือกใช้บังคับกับสัญญาจะใช้บังคับในส่วน (The law applicable to a contract by virtue of this Regulation shall govern in particular)

(a) การตีความ (interpretation)

(b) การปฏิบัติราชการชำระหนี้ (performance)

(c) การจำกัดสิทธิทางศาล ผลของการผิดสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วน และการประเมิน ค่าเสียหายตามหลักนิติธรรม (within the limits of the powers conferred on the court by its procedural law, the consequences of a total or partial breach of obligations, including the assessment of damages in so far as it is governed by rules of law)

(d) วิธีการการสิ้นสุดภาระผูกพันและ กำหนดอายุความ และการจำกัดอายุความฟ้องคดี (the various ways of extinguishing obligations, and prescription and limitation of actions)

(e) ผลของการที่สัญญาตกเป็นโมฆะ (the consequences of nullity of the contract)

2. ในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีการปฏิบัติการค้าชำระหนี้ตามสัญญาและเรื่องการปฏิบัติการค้าชำระหนี้ที่ไม่สมบูรณ์(บกพร่อง) ให้พิจารณาตามกฎหมายของสถานที่ซึ่งเป็นที่ที่มีการปฏิบัติการค้าชำระหนี้ตามสัญญานั้น (In relation to the manner of performance and the steps to be taken in the event of defective performance, regard shall be had to the law of the country in which performance takes place.)

จากหลักกฎหมายข้างต้นกล่าวได้ว่า มาตรา 12 (1) มีวัตถุประสงค์เพื่อแสดงประเด็นที่เกี่ยวข้องกับหนี้ตามสัญญา ซึ่งรวมไปถึงการปฏิบัติตามสัญญาด้วย มีผล 2 ด้าน คือ ในด้านหนึ่งคือการนิยามสาระสำคัญของกฎหมายไปมีผลบังคับใช้ และในอีกแง่หนึ่งคือ การให้นิยามให้เห็นความแตกต่างระหว่างสาระสำคัญที่กฎหมายไปมีผลบังคับใช้กับสาระอื่น โดยอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าขอบเขตของกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกมีผลบังคับต่อไปนี้ การตีความตามสัญญา (interpretation) ผลการไม่ชำระหนี้ (breach of obligations) การปฏิบัติการค้าชำระหนี้ตามสัญญา (performance) ความระงับแห่งหนี้ (extinguishing obligations) ผลพวงของการที่สัญญาตกเป็นโมฆะ (Consequences of nullity of the contract)

นอกจากนี้ในมาตรา 12 (1) ยังชี้ให้เห็นว่าขอบเขตของมาตรานี้รวมไปถึงในกรณีการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่นำไปสู่การเกิดสัญญา เช่นการยื่นโนติสบอกเลิกสัญญา การประกาศเลิกสัญญาเพื่อคืนสู่ฐานะเดิม (การบอกล้างโมฆียะ) หรือการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว และขอบเขตของมาตรา 12 (1) (a) ยังรวมไปถึงประเด็นสาระสำคัญของสัญญา และความสมบูรณ์ของสัญญา แต่ไม่รวมถึงความสมบูรณ์ในการแสดงเจตนา ซึ่งอยู่ภายใต้ขอบเขตมาตรา 10 อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ที่ปรากฏในมาตรา 12 (1) (a)-(e) ในบางเรื่องก็มีความเกี่ยวข้องกับประเด็นความสมบูรณ์ในการแสดงเจตนาด้วย เช่น มาตรา 12 (1) (c) ที่จะใช้หลังการตีความสัญญา ในกรณีมาตรา 12 (1) (a) ใช้ในการพิสูจน์ความมืออยู่ของหนี้ตามสัญญา และมาตรา 12 (1) (d) พิสูจน์การละเมิดพันธกรณีตามสัญญา เป็นต้น

ในขณะที่มาตรา 12 (2) เป็นการกล่าวถึงวิธีการปฏิบัติการค้าชำระหนี้ตามสัญญาและเรื่องการปฏิบัติการค้าชำระหนี้ที่ไม่สมบูรณ์

นอกจากนี้มาตรา 12 นี้ถือเป็นมาตราที่มีความสำคัญเพราะความเชื่อมโยงกับเรื่องของความผูกพันตามสัญญารวมไปถึงเรื่องการปฏิบัติตามสัญญาด้วย วัตถุประสงค์ของมาตรานี้คือเพื่อทำให้กฎหมายมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและสร้างระบบกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาขึ้น (to a single and uniform *lex contractus*<sup>78</sup>) ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อพิจารณามาตรา 12 (2) แล้วยังพบว่า

<sup>78</sup> Jan D. Lüttringhaus, "Rome I Regulation Pocket Commentary," in *Scope of the Law Applicable*, ed. Francesco Ragno (Munich: Sellier european law publisher, 2015). pp. 403-404.

มาตรา ดังกล่าวมีลักษณะเป็นข้อยกเว้นที่มีขอบเขตจำกัด (limited exception) ของหลักกฎหมายแห่งสัญญาที่กำหนดไว้ใน มาตรา 12 (1) เพราะเน้นไปที่กฎหมายของสถานที่ ที่มีการปฏิบัติตามสัญญา

### 3.2.1 การตีความตามสัญญา

การตีความอยู่ในส่วนของมาตรา 12 (1) (a) การตีความตามที่กำหนดในมาตรานี้รวมไปถึงการตีความแก้ปัญหามาจากความคลุมเครือในกรณีสัญญาเพิ่มเติม และแม้ว่าในสัญญาอาจจะมีการกำหนดวิธีการตีความตามสัญญาไว้ในข้อตกลง หรือกำหนดการตีความศัพท์เทคนิค เช่นศัพท์เฉพาะทางการค้า (Trade Term) การขนส่งระหว่างประเทศ ICC INCOTERM เป็นต้น อย่างไรก็ตามภายใต้ Rome I Regulation 2008 ก็ยอมรับให้คู่สัญญาก็สามารถตกลงกำหนดการตีความเฉพาะขึ้นมาได้ โดยตกลงกันเป็นข้อกำหนดในสัญญาเป็นต้น

### 3.2.2 การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา

ในประเด็นเรื่องการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญานี้ ยังรวมไปถึงเรื่องว่าการกระทำใดที่ถือว่าการกระทำที่บกพร่องในการปฏิบัติตามสัญญาตามมาตรา 12 (1) (b) ซึ่งวางหลักให้พิจารณาตามกฎหมายของสถานที่ที่มีการปฏิบัติตามสัญญา

ศัพท์คำว่า การปฏิบัติตามสัญญา หมายถึงรูปการทั้งสิ้นที่ในการปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นผลจากกฎหมายหรือตามสัญญา

การปฏิบัติการตามมาตรา 12 (1) (b) เป็นเรื่องของ การกระทำผิดกฎหมายและผลที่ตามมา(The illegality of performance and its consequences)การปฏิบัติการตามภาระผูกพันที่เกิดขึ้นรวมถึงเรื่อง สถานที่และเวลาในการปฏิบัติการ ความเพียรของข้อผูกพันที่จะต้องปฏิบัติการชี้ตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ในกรณีเจ้าหนี้ร่วมหรือลูกหนี้ร่วม

อย่างไรก็ตามการปฏิบัติการตาม มาตรา 12 (1) (b) ไม่รวมถึงเงื่อนไขความสามารถของบุคคล ซึ่งอยู่ภายใต้ มาตรา 13รูปแบบของการกระทำ (the form of the act) และลักษณะของการปฏิบัติงาน การกระทำที่มีผลให้การปฏิบัติการตามสัญญาเสียไปตามกฎหมายของสถานที่ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งจะอยู่ภายใต้มาตรา 12 (2)

### 3.2.3 การจำกัดสิทธิทางศาล ผลของการผิดสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วน และการประเมินค่าเสียหายตาม

แบ่งเป็นผลของการผิดสัญญาส่วนใดส่วนหนึ่ง และผลของการผิดสัญญาทั้งหมด ซึ่งอยู่ภายใต้มาตรา 12 (1) (C) ในกฎหมายในมาตรานี้ควบคุมผลพวงที่ตามมาของการฝ่าฝืนทั้งหมดหรือบางส่วนของการระงับและเรื่องการประเมินค่าเสียหาย อำนาจศาลจะถูกจำกัดโดยกฎหมายวิธีสบัญญัติของรัฐที่ศาลตั้งอยู่ กล่าวคือ ศาลไม่สามารถที่จะอนุญาตให้มีการปฏิบัติตามสัญญาภายใต้กฎหมายต่างประเทศได้หากกฎหมายวิธีสบัญญัติของรัฐที่ศาลตั้งอยู่มีช่องว่างในเรื่องการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย

การไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเรื่องการลงโทษ การกำหนดจำนวนความเสียหาย และข้อตกลงตามสัญญาตามที่คู่สัญญาดกลงกัน กฎหมายลายลักษณ์อักษรดังกล่าวยังกล่าวถึงผลของการเลือกปฏิบัติรวมไปถึงความเสียหายและการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายต่าง ๆ ผลพวงของการผิดสัญญายังรวมไปถึงสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายที่บริสุทธิ์ในการปฏิเสธหรือยกเลิกสัญญาและการบอกกล่าวสัญญาด้วยสาเหตุการผิดสัญญา

การใช้มาตรา 12 (c) จะถูกใช้ในการตีความว่ากรณีใดเป็นการทำให้เกิดการผิดสัญญา ละเมิดสัญญา และรวมถึงความรับผิดของคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาอีกด้วย

ในด้านการประเมินค่าเสียหายขึ้นอยู่กับกฎหมายที่บังคับใช้เพียงแต่เรื่องขอบเขตซึ่งอยู่ภายใต้หลักนิติธรรม บทบัญญัติข้อนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานในการประนีประนอมในปัญหาข้อเท็จจริงที่ศาลใช้รับฟัง

### 3.2.4 วิธีการการสิ้นสุดภาระผูกพันและ กำหนดอายุความ และการจำกัดอายุความฟ้องคดี

ในประเด็นการยกเลิกหรือสิ้นสุดของสัญญานี้ขอบเขตของการใช้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกยังรวมถึงกรณีการสิ้นสุดของภาระผูกพัน (extinguishing obligations) และเรื่องอายุความ (prescription) รวมไปถึง อายุความการฟ้องคดี (Limitation of actions) ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 12 (1) (d)

การสิ้นสุดภาระผูกพันของสัญญาอาจมาจากการปฏิบัติตามสัญญา การชำระหนี้ การสละสิทธิ์หรือได้รับการยกเว้นการชำระหนี้ตามสัญญา การต่อสัญญา การเลื่อนระยะเวลาการชำระหนี้ การควมรวมกิจการ การโอนสัญญา การโอนหนี้ไปยังบุคคลภายนอก แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงกรณีหนี้เคลื่อน



กลืนกัน กรณีตามมาตรานี้ยังรวมไปถึงการกำหนดและข้อจำกัดในการกระทำภายใต้กฎหมายที่บังคับใช้แก่สัญญา และยังรวมไปถึงค่าปรับสินไหมทดแทนและเทียบเท่ากฎหมายปิดปาก

### 3.2.5 ผลของการที่สัญญาตกเป็นโมฆะ

ขอบเขตของการใช้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกต่อผลพวงของการที่สัญญาตกเป็นโมฆะ (the consequences of nullity of the contract) ตามมาตรา 12 (1) (e) รวมไปถึงเรื่อง เบี้ยปรับจากการที่สัญญาตกเป็นโมฆะ<sup>14</sup> (penalties for invalid contract) เรื่องนี้มาจากแนวคิดที่ว่า การจ่ายเงินและผลประโยชน์ควรอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน การตกเป็นโมฆะของสัญญาเป็นผลจากกฎหมายที่ยิ่งกว่ากฎหมายสัญญา (Lex contractus) เช่น กฎหมายเฉพาะอย่างเช่น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายคุ้มครองแรงงานที่นำไปสู่การแยกส่วนของสัญญา ในการเป็นโมฆะเฉพาะส่วน หากส่วนใดส่วนหนึ่งของสัญญาเหล่านี้ไปขัดต่อกฎหมายบังคับใช้ทันที ขอบเขตของมาตรานี้เป็นการแบ่งแยกระหว่างขอบเขตของหนี้ตามสัญญา และส่วนที่ไม่ใช่หนี้ตามสัญญา (มาตรานี้ยังเกี่ยวข้องกับมาตรา 10 ของ Rome II ในเรื่องลางมิควรได้ และมาตรา 12 เรื่อง ความรับผิดชอบก่อนสัญญา)<sup>79</sup>

### 3.3 การเลือกกฎหมายในสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะ

เพื่อที่จะศึกษาเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายใช้กับสัญญาระหว่างประเทศที่มีลักษณะทั่วไป จึงต้องมีการค้นคว้าก่อนว่า สัญญาระหว่างประเทศที่มีลักษณะทั่วไป หรือสัญญาทั่วไปที่บังคับใช้ตาม Rome I Regulation 2008 เป็นสัญญาแบบใดบ้าง ซึ่งสัญญาทั่วไปตาม Rome I Regulation 2008 ได้แก่สัญญาอะไรบ้างนั้นมิได้มีระบุเป็นมาตราๆ ใน Rome I Regulation 2008 แต่อย่างไร

แต่เมื่อพิจารณาจาก มาตรา 4 จะพบว่าได้มีการกล่าวถึงสัญญาต่างๆที่หากคู่สัญญามีได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่จะบังคับใช้กับสัญญาดังกล่าวไว้ กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาต้องเป็นไปตามที่บัญญัติในมาตรานี้ สัญญาดังกล่าวที่ว่าเช่นสัญญาซื้อขาย สัญญาการให้บริการ สัญญาที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ สัญญาแฟรนไชส์ สัญญาตัวแทนจำหน่าย สัญญาประมูลสินค้า สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลที่สาม เป็นต้น แม้ว่าในมาตรา 4 ดังกล่าวจะเป็นเรื่องของหลักการ

<sup>79</sup> John Prebblat, "Choice of Law to Determine the Validity and Effect of Contract: A Comparison of English and American Approaches to the Conflict of Laws," *Cornell Law Review* 58 No.4, no. April (1973). Pp.636-732.

ไม่แสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้กับสัญญาแต่เนื่องจากว่าในมาตรา 4 (1) ได้กล่าวว่ากรณีที่สัญญาดังต่อไปนี้มิได้มีการเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญา ดังนั้นเมื่อพิจารณาจึงอนุมานได้ว่าสัญญาเหล่านี้จึงเป็นสัญญาทั่วไปที่คู่สัญญาสามารถแสดงเจตนาเลือกกฎหมายได้

ดังนั้นกล่าวได้ว่า โดยหลักแล้วการเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาตาม Rome I Regulation 2008 จะเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 ประกอบกับ มาตรา 3 ของ Rome I Regulation 2008 เรื่องเสรีภาพในการเลือกกฎหมาย ซึ่งหลักการเลือกกฎหมายที่อยู่ภายใต้บทบัญญัติดังกล่าวจะใช้กับกรณีสัญญาระหว่างประเทศ แต่ทั้งนี้ยังมีสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทที่มีการกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นมาเป็นพิเศษให้คู่สัญญาที่จะตกลงกันในการเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่นั้นต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่บัญญัติไว้เฉพาะ (Special rule) แก่สัญญาที่มีลักษณะเฉพาะดังกล่าวเช่นสัญญารับขน ตามมาตรา 5 สัญญาผู้บริโภคร ตามมาตรา 6 สัญญาประกันภัย ตามมาตรา 7 และสัญญาจ้างแรงงาน ตามมาตรา 8

### 3.3.1 มูลเหตุที่ต้องมีการกำหนดการเลือกในสัญญาเฉพาะ

#### ก) กรณีสัญญารับขน ตามมาตรา 5<sup>80</sup>

<sup>80</sup>Article 5 Contracts of carriage

1. To the extent that the law applicable to a contract for the carriage of goods has not been chosen in accordance with Article 3, the law applicable shall be the law of the country of habitual residence of the carrier, provided that the place of receipt or the place of delivery or the habitual residence of the consignor is also situated in that country. If those requirements are not met, the law of the country where the place of delivery as agreed by the parties is situated shall apply.

2. To the extent that the law applicable to a contract for the carriage of passengers has not been chosen by the parties in accordance with the second subparagraph, the law applicable shall be the law of the country where the passenger has his habitual residence, provided that either the place of departure or the place of destination is situated in that country. If these requirements are not met, the law of the country where the carrier has his habitual residence shall apply.

The parties may choose as the law applicable to a contract for the carriage of passengers in accordance with Article 3 only the law of the country where:

- (a) the passenger has his habitual residence; or
- (b) the carrier has his habitual residence; or
- (c) the carrier has his place of central administration; or
- (d) the place of departure is situated; or
- (e) the place of destination is situated.

เนื่องจากว่าในสมัยที่เป็น Rome Convention 1980 นั้นมิได้มีการแบ่งสัญญารับขนส่งสินค้า และสัญญารับขนคนโดยสาร ต่อมาเมื่อพัฒนาเป็น Rome I Regulation 2008 จึงได้มีการแยกการรับขนคนโดยสารออกมาเป็นมาตรา 5 (2) ดังนั้นสัญญารับขนจึงแบ่งได้เป็นสัญญารับขน 2 ประเภทคือ สัญญารับขนส่งสินค้า และ สัญญารับขนคนโดยสาร ซึ่งหลักการเลือกกฎหมายบังคับใช้แก่สัญญาทั้งสอง ก็มีความแตกต่างกันไป

### สัญญารับขนส่งสินค้า

เมื่อสังเกตตามมาตรา 5 (1) จะพบว่า Rome I Regulation 2008 ได้ให้สิทธิคู่สัญญาที่จะเลือกกฎหมายที่จะบังคับใช้แก่สัญญารับขนได้ตามมาตรา 3 ซึ่งเป็นการเลือกแบบไม่จำกัดการเลือก (largely unlimited)<sup>81</sup> แต่หากคู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายบังคับใช้แก่สัญญาไว้ ก็มิได้ให้ไปใช้มาตรา 4 กรณีคู่สัญญาไม่เลือกกฎหมาย แต่ Rome I Regulation 2008 จะกำหนดให้เลือกภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 5 (1) ซึ่งแบ่งเป็น 2 แง่<sup>82</sup> คือ 1. ให้สัญญานั้นอยู่ในบังคับแห่งกฎหมายของรัฐที่ผู้รับขนมีถิ่นที่อยู่ประจำ (the law of the carrier's country of habitual residence) หรือ 2. ให้สัญญานั้นอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐที่เป็นที่ตั้งที่ส่งของ (the law of the country hosting the place of delivery)

วัตถุประสงค์ที่มาตรา 5 (1) กำหนดกฎหมายเกณฑ์การเลือกดังกล่าวไว้นั้นก็เพื่อการสร้างความต่อเนื่องอย่างเป็นระบบในการกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญา<sup>83</sup>

ขอบเขตของ สัญญารับขนของ เนื่องจากใน Rome I Regulation 2008 ไม่ได้วางคำนิยามของ “goods” ไว้ แต่การที่ Rome I Regulation 2008 เป็นการพัฒนามาจาก Rome Convention 1980 ซึ่งได้นิยามความหมายของ การรับขนของไว้ในมาตรา 4 (4) ใน recital no. 22 ของ Rome I Regulation 2008 จึงกำหนดให้นำการนิยามความหมายของศัพท์ในมาตรา 4 (4) ของ Rome Convention 1980 มาใช้กับ Rome I Regulation 2008 ประกอบกับการที่ ศาลยุโรป ECJ ได้เคยมีการตีความ ในคดี ECJ case C- 133/08 Intercontairt Interfrigo [2009] พบว่าบรรทัดฐานความหมายของคำว่า “goods” หมายถึง สิ่งที่จับต้องได้ หรือกล่าวได้ว่า สัญญารับขนของต้องเป็นการเคลื่อนย้ายสิ่งของที่จับต้องได้เท่านั้น ไม่รวมถึงการเคลื่อนย้ายถ่ายเทข้อมูล

ประเภทของสัญญารับขนของ<sup>84</sup>ที่สามารถให้คู่สัญญาตกลงกันเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาได้ มีดังต่อไปนี้

<sup>81</sup>Tim W. Dornis, "Rome I Regulation Pocket Commentary," in *Contract of Carriage*, ed. Francesco Ragno (Munich: Sellier european law publishers, 2015). p. 190.

<sup>72</sup> ibid. p. 188.

<sup>83</sup> ibid. p. 191.

<sup>84</sup> ibid. pp. 192-194.

1. สัญญาซื้อขายของโดยกำหนดปริมาณและระยะเวลา (volume and quantity contract) เป็นสัญญาที่มีลักษณะใกล้เคียงกับ สัญญาเช่าเรือ ใช้ในการขนส่งสินค้าโดยการเดินเรือแบบไม่ประจำเส้นทาง ที่กำหนด

2. สัญญาเช่าเรือ<sup>8586</sup> (charter contract) แบบที่ได้ระบุใน recital no. 22 อันได้แก่ สัญญาเช่าเรือเฉพาะเที่ยว (voyage charter) ซึ่งรวมไปถึงการเดินทางแบบหลายเที่ยว (consecutive and multi-voyage) ด้วย

3. สัญญาตัวแทนผู้ส่งสินค้า (freight forwarding contract) โดยปกติแล้วจะเป็นกรณีตัวแทนผู้รับจัดการขนส่งสินค้าระหว่างประเทศ ซึ่ง Freight Forwarder อาจทำหน้าที่หลายอย่าง เช่น บางรายทำหน้าที่เป็นตัวแทนในการจัดหาและจัดการขนส่งสินค้าของผู้ส่งออกไปยังเมืองท่าปลายทาง บางรายทำหน้าที่เป็นตัวแทนในการจัดหาและจัดการขนส่งสินค้าของผู้รับนำเข้าโดยตรงก็ได้ แต่เมื่อพิจารณาตาม recital no.22 ได้มีการอธิบาย “ผู้รับขน (carrier)” เอาไว้ว่า รวมถึงคู่สัญญาที่ทำหน้าที่ของตนเอง หรือจัดหาบุคคลที่ 3 มาขนก็ได้ ถ้าเป็นผู้รับขนใน 2 ลักษณะนี้จึงจะอยู่ในขอบเขตของ มาตรา 5 (1) ดังกล่าว ดังนั้นในกรณีของสัญญาตัวแทนผู้ส่งสินค้า หาก Forwarder ทำหน้าที่เพียงแต่เป็นผู้ให้คำแนะนำ (supervise) ผู้รับขนเท่านั้น สัญญาตัวแทนผู้ส่งสินค้านี้จะไม่ใช่สัญญาที่อยู่ในขอบเขตแห่งมาตรา 5 (1) นี้

### **สัญญาซื้อขายคนโดยสาร**

สาระสำคัญของสัญญาซื้อขายคนโดยสาร<sup>87</sup>

สัญญาซื้อขายคนโดยสารเป็นสัญญาที่มีหน้าที่ตามสัญญาคือการที่ผู้รับขนมีหน้าที่ต้องพาคนตั้งแต่ 1 คนไปส่งจากสถานที่ 1 ไปยังอีกสถานที่หนึ่ง ในสัญญาซื้อขายคนโดยสารมักรวมถึงการขนส่งสิ่งของเดินทาง เช่นกระเป๋าเดินทางไปด้วย โดยไม่จำเป็นต้องแยกเป็นสัญญาซื้อขายของแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาตาม มาตรา 5 (2) นี้จะพบว่าสัญญาซื้อขายคนโดยสารเป็นสัญญาที่เป็นสัญญาผู้บริโภคอย่างหนึ่ง แต่เป็นสัญญาผู้บริโภคที่ได้รับการยกเว้นตามมาตรา 6 (4) (b) ในเรื่องของแพ็คเกจท่องเที่ยว<sup>88</sup> ซึ่งการจะได้รับการยกเว้นไม่เป็นสัญญาผู้บริโภค (non-consumer contract) ตาม

<sup>85</sup> “Charter contract เป็นสัญญาที่เจ้าของเรือตกลงที่จะให้ผู้เช่าเรือได้ใช้สอยตัวเรือและระวางเรือในการบรรทุกสินค้าและขนส่งสินค้า โดยเจ้าของเรือจะได้รับค่าเช่าเรือหรือระวางเป็นการตอบแทน”

<sup>86</sup> ไพฑูริย์ เอกจริยกร, กฎหมายพาณิชย์นาวี ตอนที่ 2 (Maritime Law), ed. 6 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2552). หน้า 193-194.

<sup>87</sup> Dornis, pp. 202-203.

<sup>88</sup> European Economic Committee, "Directive 90/314/Eec of June 13, 1990 on Package Travel, Package Holiday and Package Tour.," in 90/314, ed. European Union (1990).

มาตรา 6 (4) (b) ใช้ได้ในกรณีเป็นการทำธุรกรรมแบบ B2C Business-to-Consumer หมายถึง การขายสินค้าไปยังผู้บริโภคทั่วโลกโดยตรงเท่านั้น

ประเภทของสัญญาที่อยู่ในขอบเขตของมาตรา 5 (2) สัญญาับชนคนโดยสารทุกประเภท อยู่ภายใต้ขอบเขตของมาตรา 5 (2) นี้ รวมถึงสัญญาที่เป็น สัญญาับชนคนโดยไม่มีค่าใช้จ่าย (free of charge) ก็ตาม แต่ทั้งนี้สัญญาับชนคนโดยสารประเภทที่เป็น procurement of travel contract ซึ่งจะไปอยู่ในขอบเขตของมาตรา 4 (1) (b) สัญญาให้บริการ หรือมาตรา 6 สัญญาผู้บริโภคแทน ทั้งนี้ สัญญาที่มีสัญญาเข้าร่วมอยู่ด้วย หรือวัตถุประสงค์หลักของสัญญามีใช่เพื่อการขนส่ง ก็จะไม่อยู่ในขอบเขตของมาตรา 5 (2) แต่จะอยู่ในขอบเขตของมาตรา 4 แทน

ในกรณีที่ เป็นสัญญาับชนคนโดยสารนั้น Rome I Regulation 2008วางเงื่อนไขบังคับ คู่สัญญา ในการเลือกกฎหมายที่จะบังคับใช้กับสัญญา โดยอยู่ในมาตรา 5 (2) วรรค 2 โดยกำหนดว่า คู่สัญญาจะสามารถเลือกกฎหมายของรัฐใดได้บ้าง เช่น มาตรา 5 (2) วรรค 2 (a) ถิ่นที่อยู่ประจำของผู้ โดยสารมาตรา 5 (2) วรรค 2 (b) ถิ่นที่อยู่ประจำของผู้รับชนมาตรา 5 (2) วรรค 2(c) รัฐอันเป็นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ของผู้รับชน มาตรา 5 (2) วรรค 2 (d) สถานที่ออกเดินทางของผู้โดยสารหรือ มาตรา 5 (2) วรรค 2 (e) สถานที่ปลายทางของผู้โดยสาร

จากการศึกษาพบว่า หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายใช้กับสัญญาับชนคนโดยสารมี หลักเกณฑ์ที่กำหนดเป็นการเฉพาะโดยกำหนดให้กฎหมายที่จะเลือกใช้บังคับแก่สัญญาต้องมีจุดเกาะเกี่ยวกับสัญญา กล่าวได้ว่าถูกบังคับอย่างเข้มงวดมากขึ้น เสรีภาบน้อยลง ทั้งนี้การกำหนดเกณฑ์ที่เข้มงวดขึ้นเนื่องมาจากวัตถุประสงค์ในการคุ้มครอง คู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแกว่า<sup>89</sup>

ข) กรณีสัญญาผู้บริโภค ตามมาตรา 6<sup>90</sup>

<sup>89</sup>Dornis. p. 189.

<sup>90</sup>Article 6 Consumer contracts

1. Without prejudice to Articles 5 and 7, a contract concluded by a natural person for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession (the consumer) with another person acting in the exercise of his trade or profession (the professional) shall be governed by the law of the country where the consumer has his habitual residence, provided that the professional:

(a) pursues his commercial or professional activities in the country where the consumer has his habitual residence, or

(b) by any means, directs such activities to that country or to several countries including that country, and the contract falls within the scope of such activities.

2. Notwithstanding paragraph 1, the parties may choose the law applicable to a contract which fulfils the requirements of paragraph 1, in accordance with Article 3. Such a choice may not, however, have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by

กรณีหลักทั่วไปในการเลือกกฎหมายที่ใช้กับสัญญาผู้บริโภค เมื่อสังเกตตามมาตรา 6 (2) พบว่า Rome I Regulation 2008 ได้ให้สิทธิคู่สัญญาที่จะเลือกกฎหมายที่จะบังคับใช้แก่สัญญาผู้บริโภคได้ตามมาตรา 3 แต่ทั้งนี้ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของรัฐที่เป็นรัฐซึ่งผู้บริโภคมีถิ่นที่อยู่ประจำ ตามมาตรา 6 (1)

ทั้งนี้สัญญาผู้บริโภคมีการกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญาอยู่แล้วตามมาตรา 6 (1) (a) คือต้องอยู่ใต้บังคับของกฎหมายที่ผู้บริโภคมีถิ่นที่อยู่ประจำ แต่กระนั้นก็ยังยินยอมให้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของคู่สัญญาในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาผู้บริโภคได้เพียงแต่มีกฎหมายที่กำหนดขึ้นมาเป็นการพิเศษที่คู่สัญญาต้องพิจารณาก่อนเลือกใช้กฎหมายบังคับแก่สัญญา ซึ่งก็คือเรื่องของจุดเกาะเกี่ยว โดยกำหนดให้กฎหมายที่คู่สัญญาจะเลือกใช้บังคับกับสัญญาได้ต้องมีจุดเกาะเกี่ยวกับสัญญา

สาเหตุที่ต้องมีการกำหนดกฎหมายที่คู่สัญญาสามารถเลือกได้ในกรณีสัญญาผู้บริโภค เกิดจากแนวคิดของการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งอยู่ในฐานะเสียเปรียบต่อผู้ประกอบการโดยแนวคิดนี้มีหลักว่าผู้บริโภค (Consumer) จัดว่าเป็นผู้ซึ่งมีสภาพอ่อนแอทางเศรษฐกิจ (The weak of Economic) เพราะเป็นเพียงบุคคลธรรมดาทั่วไปซึ่งเข้ามาเป็นคู่สัญญาในการรับบริการหรือซื้อสินค้าเพื่อนำไปใช้สำหรับ กิน เสพ ใช้สันทนาการ ใช้สอย หรือจับจ่าย เป็นต้น กล่าวคือไม่ใช่การซื้อสินค้าหรือบริการไปเพื่อการค้าหรือแสวงหากำไรต่ออีกทอดหนึ่งนั่นเอง เช่นนี้ผู้บริโภคจึงยอม มีความรู้ทางเทคโนโลยีการตลาด และการเจรจาต่อรองที่ด้อยกว่าผู้ขาย หรือผู้ให้บริการอย่างมาก เพราะผู้ผลิต หรือ

agreement by virtue of the law which, in the absence of choice, would have been applicable on the basis of paragraph 1.

3. If the requirements in points (a) or (b) of paragraph 1 are not fulfilled, the law applicable to a contract between a consumer and a professional shall be determined pursuant to Articles 3 and 4.

4. Paragraphs 1 and 2 shall not apply to:

(a) a contract for the supply of services where the services are to be supplied to the consumer exclusively in a country other than that in which he has his habitual residence;

(b) a contract of carriage other than a contract relating to package travel within the meaning of Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours (1);

(c) a contract relating to a right in rem in immovable property or a tenancy of immovable property other than a contract relating to the right to use immovable properties on a timeshare basis within the meaning of Directive 94/47/EC;

(d) rights and obligations which constitute a financial instrument and rights and obligations constituting the terms and conditions governing the issuance or offer to the public and public take-over bids of transferable securities, and the subscription and redemption of units in collective investment undertakings in so far as these activities do not constitute provision of a financial service;

(e) a contract concluded within the type of system falling within the scope of Article 4 (1) (h).

ผู้ประกอบการนั้นมีความรู้ความเชี่ยวชาญในธุรกิจการค้าของตน และมีอำนาจ ในทางเศรษฐกิจที่มากกว่า จึงอยู่ในฐานะได้เปรียบที่จะสร้างกลยุทธ์กำหนดนิติสัมพันธ์ คุณภาพ เงื่อนไข ตั้งราคาสินค้าและบริการอย่างไรก็ได้<sup>91</sup>

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าสาเหตุที่แท้จริงที่ทำให้เกิดความเสียเปรียบดังกล่าว เกิดขึ้นจาก “อำนาจต่อรองในการทำสัญญาที่ไม่เท่าเทียมกัน” อันเป็นความไม่เสมอภาคทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ การที่ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบอาชีพในธุรกิจนั้น ๆ ซึ่งมีความรู้ทางเทคนิค มีลักษณะการผลิตสินค้าและบริการในจำนวนมาก (Mass Product) จึงทำให้มีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นเพียงบุคคลที่ใช้ชีวิตประจำวันซื้อสินค้าและบริการเพื่อเลี้ยงชีพตามปกติ จึงทำให้ผู้บริโภคอยู่ใน ฐานะเสียเปรียบ และต้องจำนนต่อการเข้าผูกพันตามสัญญาทั้งด้านราคา เงื่อนไขและคุณภาพ ของสินค้าและบริการที่ออกสู่ท้องตลาด แนวคิดเช่นนี้จึงจุดประกายให้ทุกประเทศตระหนักถึง ความจำเป็นที่ จะต้องคุ้มครองผู้บริโภคที่อยู่ในฐานะด้อยกว่าภาคธุรกิจ ทั้งด้านความรู้ทางเทคนิค และอำนาจต่อรอง เจริญในคุณภาพ ราคาของสินค้า และบริการอีกด้วย

### ค) กรณีสัญญาประกันภัย ตามมาตรา 7<sup>92</sup>

<sup>91</sup> Francisco J Garci, "The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instrument," *Journal of Private International Law* 5 No.1 (2009).

<sup>92</sup>Article 7 Insurance contracts

1. This Article shall apply to contracts referred to in paragraph 2, whether or not the risk covered is situated in a Member State, and to all other insurance contracts covering risks situated inside the territory of the Member States. It shall not apply to reinsurance contracts.

2. An insurance contract covering a large risk as defined in Article 5(d) of the First Council Directive 73/239/EEC of 24 July 1973 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking-up and pursuit of the business of direct insurance other than life assurance (2) shall be governed by the law chosen by the parties in accordance with Article 3 of this Regulation.

To the extent that the applicable law has not been chosen by the parties, the insurance contract shall be governed by the law of the country where the insurer has his habitual residence. Where it is clear from all the circumstances of the case that the contract is manifestly more closely connected with another country, the law of that other country shall apply.

3. In the case of an insurance contract other than a contract falling within paragraph 2, only the following laws may be chosen by the parties in accordance with Article 3:

- (a) the law of any Member State where the risk is situated at the time of conclusion of the contract;
- (b) the law of the country where the policyholder has his habitual residence;
- (c) in the case of life assurance, the law of the Member State of which the policyholder is a national;
- (d) for insurance contracts covering risks limited to events occurring in one Member State other than the Member State where the risk is situated, the law of that Member State;

กรณีหลักทั่วไปในการเลือกกฎหมายที่ใช้กับสัญญาประกันภัย เมื่อสังเกตตามมาตรา 7 (2)<sup>93</sup> จะพบว่า Rome I Regulation 2008 ได้ให้สิทธิคู่สัญญาที่จะเลือกกฎหมายที่จะบังคับใช้แก่สัญญาผู้บริโภคได้ตามมาตรา 3 แต่กรณีต้องเป็นกรณีสัญญาประกันภัยที่การประกันภัยคุ้มครองความเสี่ยงสูงตามที่กำหนดในมาตรา 7 (2) เท่านั้น ซึ่งมีประเด็นที่ต้องศึกษาต่อไปว่า ความเสี่ยงสูงตามที่กำหนดในมาตรา 7 (2) เป็นความเสี่ยงภัยเช่นไร และกรณีตามมาตรา 7 (3) ที่เป็นเรื่องของสัญญาประกันภัยอื่นนอกเหนือจากสัญญาประกันภัยตามประเภทที่อยู่ในกำหนดแห่งมาตรา 7 (2) ซึ่ง Rome I Regulation 2008 ได้วางหลักให้คู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายที่จะมาบังคับใช้กับสัญญาได้ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 7 (3) (a)-(e) ซึ่งผู้เขียนได้ทำการศึกษาต่อไปถึงเหตุผลและหลักการที่ต้องกำหนดเงื่อนไขในการเลือกกฎหมายบังคับใช้แก่สัญญาดังกล่าว

---

(e) where the policyholder of a contract falling under this paragraph pursues a commercial or industrial activity or a liberal profession and the insurance contract covers two or more risks which relate to those activities and are situated in different Member States, the law of any of the Member States concerned or the law of the country of habitual residence of the policy holder.

Where, in the cases set out in points (a), (b) or (e), the Member States referred to grant greater freedom of choice of the law applicable to the insurance contract, the parties may take advantage of that freedom.

To the extent that the law applicable has not been chosen by the parties in accordance with this paragraph, such a contract shall be governed by the law of the Member State in which the risk is situated at the time of conclusion of the contract.

4. The following additional rules shall apply to insurance contracts covering risks for which a Member State imposes an obligation to take out insurance:

(a) the insurance contract shall not satisfy the obligation to take out insurance unless it complies with the specific provisions relating to that insurance laid down by the Member State that imposes the obligation. Where the law of the Member State in which the risk is situated and the law of the Member State imposing the obligation to take out insurance contradict each other, the latter shall prevail;

(b) by way of derogation from paragraphs 2 and 3, a Member State may lay down that the insurance contract shall be governed by the law of the Member State that imposes the obligation to take out insurance.

5. For the purposes of paragraph 3, third subparagraph, and paragraph 4, where the contract covers risks situated in more than one Member State, the contract shall be considered as constituting several contracts each relating to only one Member State.

6. For the purposes of this Article, the country in which the risk is situated shall be determined in accordance with Article 2(d) of the Second Council Directive 88/357/EEC of 22 June 1988 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and laying down provisions to facilitate the effective exercise of freedom to provide services (1) and, in the case of life assurance, the country in which the risk is situated shall be the country of the commitment within the meaning of Article 1 (1) (g) of Directive 2002/83/EC.

<sup>93</sup> Louise Merreti, "Choice of Law in Insurance Contracts under the Rome I Regulation," *Journal of Private International Law* 5 No.1 (2009).



สาเหตุที่ต้องมีการเลือกกฎหมายในสัญญาประกันภัย<sup>94</sup>จากการศึกษาพบว่า สัญญาประกันภัยที่ทำกันโดยทั่วไปในปัจจุบันนี้ มักเป็นสัญญามาตรฐาน (Standard Contract) ซึ่งเปิดโอกาสให้คู่สัญญาตกลงกันน้อยมาก ซึ่งประเด็นดังกล่าวทางผู้ร่าง Rome Convention 1980 ซึ่งปัจจุบันได้พัฒนามาเป็น Rome I Regulation 2008 เล็งเห็นว่าควรมีการคุ้มครองผู้เอาประกัน ซึ่งตกเป็นฝ่ายที่มีอำนาจน้อยกว่าในการเจรจาต่อรองในสัญญา ดังนั้นจึงมีการกำหนดลักษณะพิเศษเฉพาะตัวให้แก่สัญญาประกันภัยบางลักษณะ โดยมีการกำหนดกฎเกณฑ์บางประการเพิ่มขึ้นทั้งในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมาย และขอบเขตของกฎหมายที่คู่สัญญาสามารถตกลงเลือกได้

ง) กรณีสัญญาจ้างแรงงาน ตามมาตรา 8<sup>95</sup>

กรณีหลักทั่วไปในการเลือกกฎหมายที่ใช้กับสัญญาจ้างแรงงาน ได้วางหลักให้คู่สัญญามีสิทธิเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาจ้างแรงงานภายใต้บัญญัติในมาตรา 3 แต่ทั้งนี้เมื่อเงื่อนไขว่ากฎหมายที่คู่สัญญาเลือกต้องไม่ไปขัดต่อกฎหมายคุ้มครองแรงงาน การที่จะพิจารณาว่าต้องไม่ไปขัดต่อกฎหมายคุ้มครองแรงงานของรัฐใด ไม่ว่าจะเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติแรงงาน รัฐที่แรงงานไปปฏิบัติงานตามสัญญา หรือรัฐที่เป็นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ของบริษัทหรือองค์กรที่จ้างแรงงาน หรือแม้แตรัฐที่ตั้งของศาลที่พิจารณาคดีเป็นประเด็นที่จะทำให้เกิดการขัดกันแห่งกฎหมายได้มากมาย ซึ่ง Rome I Regulation 2008 จึงมีการวางหลักเพื่อให้ทราบถึงจุดเกาะเกี่ยวที่จะเป็นตัวชี้วัดว่าต้องใช้กฎหมายใดบังคับแก่กรณีตามสัญญา เช่น มาตรา 8 (2) ซึ่งกล่าวถึงเรื่องสถานที่ที่ปฏิบัติตามสัญญา และมาตรา 8 (3) ซึ่งกล่าวถึงเรื่อง สถานที่ตั้งของบริษัทที่ดำเนินการ เป็นต้น

<sup>83</sup>Ansgar Staudinger, "Rome I Regulation Pocket Commentary," in *Insurance Contract*, ed. Francesco Ragno (Munich: Sellier european law publishers, 2015).

<sup>95</sup>Article 8 Individual employment contracts

1. An individual employment contract shall be governed by the law chosen by the parties in accordance with Article 3. Such a choice of law may not, however, have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement under the law that, in the absence of choice, would have been applicable pursuant to paragraphs 2,3 and 4 of this Article.
2. To the extent that the law applicable to the individual employment contract has not been chosen by the parties, the contract shall be governed by the law of the country in which or, failing that, from which the employee habitually carries out his work in performance of the contract. The country where the work is habitually carried out shall not be deemed to have changed if he is temporarily employed in another country.
3. Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraph 2, the contract shall be governed by the law of the country where the place of business through which the employee was engaged is situated.
4. Where it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 2 or 3, the law of that other country shall apply.

สาเหตุที่สัญญาจ้างงาน หรือที่ เรียกว่าหนังสือว่าจ้าง หรือ ข้อตกลงว่าจ้างงาน ต้องได้รับการกำหนดให้มีลักษณะเฉพาะอันเป็นการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่า เนื่องจากสัญญาจ้างงานเป็นข้อตกลงในการสร้างความสัมพันธ์ด้านแรงงานระหว่างผู้ใช้แรงงานกับกิจการ องค์กร หรือหน่วยงานผู้ว่าจ้าง ซึ่งจะต้องมีการกำหนดความรับผิดชอบ สิทธิและหน้าที่ของทั้งสองฝ่ายอย่างชัดเจน<sup>96</sup>

โดยที่ตามข้อตกลงนี้ผู้ใช้แรงงานจะเข้าร่วมกับหน่วยงานหนึ่ง รับภาระหน้าที่ความรับผิดชอบและทำงานอย่างใดอย่างหนึ่ง รวมทั้งเคารพกฎระเบียบ ตลอดจนระบบกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของหน่วยงานนั้น ส่วนกิจการ องค์กร หน่วยงาน หรือกลุ่มองค์กรผู้ว่าจ้างมีหน้าที่ในการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้ใช้แรงงานตามปริมาณและคุณภาพของงานที่ผู้ใช้แรงงานได้ทำไป อีกทั้งยังต้องเสนอเงื่อนไขต่าง ๆ สำหรับแรงงาน ต้องประกันสิทธิและประโยชน์ด้านต่างๆ แก่พนักงานของหน่วยงานนั้น ๆ ตามที่กฎหมายแรงงานกำหนดหรือตามข้อตกลงร่วมระหว่างสองฝ่าย หรืออาจกล่าวได้ว่าลักษณะของสัญญาจ้างแรงงาน โดยทั่วไปมีลักษณะดังนี้

1. สัญญาว่าจ้างงานเป็นรูปแบบทางกฎหมายชนิดหนึ่งของการสร้างความสัมพันธ์ด้านแรงงาน ใช้รูปแบบของสัญญาในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้ใช้แรงงานกับผู้ว่าจ้าง
2. คู่สัญญาของสัญญาว่าจ้างงาน ฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นพลเมืองที่มีคุณสมบัติในด้านสิทธิและมีความสามารถในการทำงาน และอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหน่วยงานผู้ว่าจ้างที่เป็นฝ่ายบริหาร
3. ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในสัญญาว่าจ้างงานเป็นความสัมพันธ์แบบระบบบังคับบัญชาในด้านหน้าที่การงาน ผู้ใช้แรงงานที่เป็นคู่สัญญาเมื่อได้ลงนามในสัญญาว่าจ้างงานแล้ว จะเป็นพนักงานคนหนึ่งของหน่วยงานผู้ว่าจ้างที่เป็นคู่สัญญา หน่วยงานผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะสั่งให้ผู้ใช้แรงงานทำงานที่อยู่ในขอบข่ายความสามารถของผู้ใช้แรงงานให้สำเร็จตามที่สัญญากำหนด
4. สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาว่าจ้างงานต้องเป็นลักษณะร่วมกัน หมายถึง คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายล้วนเป็นผู้มีสิทธิในแรงงาน และขณะเดียวกันก็ล้วนเป็นผู้มีหน้าที่ต่อแรงงานด้วย ผู้ใช้แรงงานมีภาระหน้าที่ในการทำงานให้สำเร็จ เคารพกฎระเบียบของหน่วยงานนั้น ๆ หน่วยงานที่ว่าจ้างก็มีหน้าที่ที่ต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้ใช้แรงงานตามจำนวนและคุณภาพที่ผู้ใช้แรงงานได้ลงแรงไป
5. การลงนามในสัญญาว่าจ้างงาน การเปลี่ยนแปลง การสิ้นสุด และการไล่ออก จะต้องเป็นไปตามกฎระเบียบของกฎหมายแรงงานของ

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าจากลักษณะของสัญญาดังกล่าว จะมีฝ่ายหนึ่งที่เป็นผู้ที่มีความสามารถมากกว่าในการกำหนดรูปแบบของความสัมพันธ์ นั่นคือฝ่ายนายจ้าง ซึ่งเป็นองค์กรธุรกิจ หรือฝ่ายบริหาร ในขณะที่ผู้ถูกว่าจ้างหรือแรงงานจะตกอยู่ในสภาพที่เสียเปรียบกว่า หรือเรียกว่าเป็นคู่สัญญา

<sup>96</sup> Staudinger.

ฝ่ายที่อ่อนแอกว่า (อำนาจต่อรองน้อยกว่านั่นเอง ซึ่งลักษณะดังกล่าวทางคณะกรรมการผู้ร่าง Rome Convention 1980 เองก็ได้สังเกตเห็นประเด็นดังกล่าว และต้องการคุ้มครองผู้ที่ย่อแอกกว่าในสัญญา ดังนั้นจึงจัดให้สัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะในการที่จะตกลงเลือกกฎหมาย โดยการกำหนดในมาตรา 8 (1) ว่าคู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายที่จะบังคับใช้แก่สัญญาได้ภายใต้ บทบัญญัติแห่งมาตรา 3 แต่ทั้งนี้กฎหมายที่เลือกต้องไม่ขัดต่อกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ซึ่งหาก คู่สัญญาตกลงเป็นอื่น สัญญานั้นตกเป็นโมฆะ หรือหากคู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายบังคับแก่สัญญาไว้ กฎหมายที่บังคับใช้แก่สัญญาให้อยู่ในบังคับแห่งมาตรา 8 (2) มาตรา 8 (3) และมาตรา 8 (4)<sup>97</sup>

### 3.3.2 เงื่อนไขในการเลือกกฎหมายในสัญญาเฉพาะ

จากความพยายามในการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกกว่าในสัญญาเฉพาะแต่ละประเภท สิ่งที่ถูกนำมาใช้เป็นเงื่อนไขสำคัญในการกำหนดกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่สัญญาเฉพาะเหล่านี้ ได้แก่เงื่อนไขในเรื่องของจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดกับสัญญา ซึ่งจุดเกาะเกี่ยวที่ถูกนำมาเป็นเงื่อนไขหลัก ๆ ได้แก่ เรื่องของ ถิ่นที่อยู่ประจำ Habitual Residence ทั้งนี้ผู้เขียนได้แยกการศึกษาออกเป็นเงื่อนไข ในการเลือกกฎหมายของสัญญาเฉพาะแต่ละประเภทดังต่อไปนี้

#### ก) เงื่อนไขในการเลือกกฎหมายในสัญญารับขน<sup>98</sup>

ในกรณี **สัญญารับขนของ** มีจุดเกาะเกี่ยว ได้แก่ **ถิ่นที่อยู่ประจำ** ซึ่งได้ถูกวางเป็นหลักใน มาตรา 5 (1) มี 2 กรณี ได้แก่ 1. ถิ่นที่อยู่ประจำของผู้รับขน จะใช้ในกรณีที่สถานที่รับของหรือสินค้า อยู่ในรัฐเดียวกันกับถิ่นที่อยู่ประจำของผู้รับขน หรือ 2. ถิ่นที่อยู่ประจำของผู้ส่ง (consignor) แต่หาก ไม่สามารถใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่อยู่ประจำของผู้รับขน หรือ ถิ่นที่อยู่ประจำของผู้ส่งได้ กฎหมายที่จะ นำมาใช้บังคับแก่สัญญาได้แก่ กฎหมายของรัฐที่เป็นสถานที่รับของหรือสินค้า (place of delivery) หรือรัฐที่เป็นสถานที่ส่งของหรือสินค้า (place of receipt) ตามข้อตกลงของคู่สัญญา

สำหรับกรณีที่ใช้ กฎหมายของรัฐที่เป็นสถานที่รับของหรือสินค้า (place of delivery) หรือ รัฐที่เป็นสถานที่ส่งของหรือสินค้า (place of receipt) โดยหลักต้องมีข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา และต้อง เป็นการตกลงโดยเห็นพ้องต้องกันทั้ง 2 ฝ่าย ถ้ามีการตกลงเปลี่ยนแปลงสถานที่ในสัญญาภายหลัง ให้ ถือว่าสถานที่ ที่ได้ตกลงกันครั้งหลังสุดเป็นสถานที่รับของหรือสินค้า (place of delivery) หรือเป็น สถานที่ส่งของหรือสินค้า (place of receipt) ถ้าคู่สัญญาไม่มีการตกลงกันก็สามารถแสดงเจตนาฝ่ายเดียว

<sup>97</sup> Antoni Anasz, "From Rome Convention to Rome I Regulation-Could the Evolution Be a Revolution?," *Dr. Thomas Marx Award 2010* (2010).

<sup>98</sup> Domis. pp. 194-200.

ในการกำหนดสถานที่ภายหลังการทำสัญญา สถานที่ที่เป็นสถานที่รับของหรือสินค้า (place of delivery) หรือเป็นสถานที่ส่งของหรือสินค้า (place of receipt) ได้แก่สถานที่ซึ่งได้กำหนดที่หลังนั้น แต่ทั้งนี้ข้อตกลงดังกล่าวต้องระบุอยู่ในสัญญาอย่างชัดเจนด้วย

กรณีที่ใช้ กฎหมายของรัฐที่เป็นสถานที่รับของหรือสินค้า (place of delivery) หรือรัฐที่เป็นสถานที่ส่งของหรือสินค้า (place of receipt) หากเป็นการขนส่งเพียงต่อเดียวก็จะมีปัญหาหากนักในการพิจารณาว่าสถานที่ใดเป็นสถานที่รับของหรือสินค้า หรือ สถานที่ใดเป็นสถานที่ส่งของหรือสินค้า อย่างไรก็ตามในบางครั้งก็จะพบกรณีที่เป็น การขนส่งหลายทอด ประเด็นว่าสถานที่ใดเป็นสถานที่ส่งหรือ สถานที่รับ ของหรือสินค้าในกรณีขนส่งหลายทอด จะพิจารณาว่าสถานที่ใดเป็นสถานที่ส่งพิจารณาจากสถานที่แรกที่ได้รับของหรือสินค้านั้นมา ในขณะที่การพิจารณาว่าสถานที่ใดเป็นสถานที่ส่งของหรือสินค้า ในการพิจารณาจะถือเอาสถานที่สุดท้ายของการรับขนนั้นเป็นสถานที่ส่งของหรือสินค้าตามสัญญาฉบับนั้น

หากการส่งหรือรับสินค้าตามสัญญาฉบับนั้นเกิดขึ้นในรัฐใดรัฐหนึ่งเพียงรัฐเดียว การพิจารณาว่า จะใช้กฎหมายของรัฐใดเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาก็จะสามารถพิจารณาได้อย่างง่ายดาย หากแต่กรณีที่การรับหรือส่งของหรือสินค้าตามสัญญาฉบับนั้นที่มีการรับหรือส่ง ของหรือสินค้าในหลายรัฐภายใต้สัญญาขนส่งฉบับเดียว กรณีเช่นนี้การพิจารณาว่าจะใช้กฎหมายของรัฐใดต้องพิจารณาโดยตีความว่าสถานที่ใดคือสถานที่รับส่งหลัก (principal place) กรณีดังกล่าวมีคดี ECJ Case C-19/09 Wood Floor Solution Andrea Domberger [2010] ศาลได้ตีความโดยอาศัยเกณฑ์ทาง เศรษฐศาสตร์เป็นส่วนสำคัญในการพิจารณาว่าสถานที่ใดเป็น สถานที่รับส่งหลัก โดยพิจารณาว่าเมื่อแบ่งแต่ละสถานที่ที่ออกมาแล้ว ที่ใดที่มีผลกระทบและอิทธิพลทางด้านเศรษฐกิจสูงสถานที่ดังกล่าวก็ควรจะเป็นสถานที่หลัก อย่างไรก็ตามหากไม่สามารถที่จะหา สถานที่หลักได้ กรณีก็จะไม่อยู่ในขอบเขตของมาตรา 5 (1) แต่จะอยู่ในขอบเขตของมาตรา 5 (3) ซึ่งเป็น Escape clause แทน ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงการแยกส่วนของสัญญาออกมาเพื่อหากกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาแต่ละส่วน

ทั้งนี้ escape clause ในมาตรา 5 (3) ใช้กับทั้งสัญญาฉบับของ และสัญญาฉบับคน โดยสารโดยเป็นการพิจารณาจากพฤติการณ์ของคดีว่า เมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์แล้ว ปรากฏโดยชัดแจ้งว่าในกรณีที่คู่สัญญามีได้เลือกกฎหมายไว้ หากปรากฏว่ามีกฎหมายอื่นใดที่มีจุดเกาะเกี่ยวใกล้ชิดกับพฤติการณ์แห่งคดียิ่งกว่ากฎหมายที่ได้กำหนดในวรรค 1 และ วรรค 2 แห่งมาตรานี้ ให้กฎหมายที่มีจุดเกาะเกี่ยวใกล้ชิดยิ่งกว่านั้นเป็นกฎหมายที่บังคับใช้แก่สัญญา ซึ่งในจุดนี้เมื่อพิจารณาผู้เขียนพบว่ามีการเน้นเรื่องของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ก่อน เพราะต้องรอให้ไม่มีการตกลงเลือกกฎหมายของคู่สัญญาก่อนจึงจะใช้หลักจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิด

เงื่อนไขอีกประการของการเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาฉบับของ เป็นเรื่องของ ความสัมพันธ์ระหว่าง อนุสัญญาระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของสหภาพยุโรป ที่เกี่ยวข้องกัน

การขนส่งกับ Rome I Regulation 2008 นี้ ตามมาตรา 25<sup>99</sup>และมาตรา 23<sup>100</sup> Rome I Regulation 2008 ซึ่งได้วางหลักว่า อนุสัญญาระหว่างประเทศอยู่เหนือกว่า Rome I Regulation 2008 และกฎหมายของสหภาพยุโรปอยู่เหนือ Rome I Regulation 2008 ดังนั้นเมื่อการขนส่งต่าง ๆ ต่างก็มีอนุสัญญาระหว่างประเทศและกฎหมายของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องอยู่ดังนั้นการเลือกใช้กฎหมายต้องไม่ขัดต่ออนุสัญญาระหว่างประเทศและกฎหมายสหภาพยุโรปดังกล่าวด้วย

ในกรณีสัญญารับขนคนโดยสาร<sup>101</sup> มีเงื่อนไขในการเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาโดยกำหนดให้คู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายได้โดยต้องเป็นกฎหมายที่อยู่ในจุดเกาะเกี่ยวกำหนดไว้ในมาตรา 5 (2) ดังนี้

- 1.ถิ่นที่อยู่ประจำของผู้โดยสาร
- 2.ถิ่นที่อยู่ประจำของผู้รับขน
- 3.ที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ของผู้รับขน
- 4.สถานที่ออกเดินทางของผู้โดยสาร
- 5.สถานที่ปลายทางของผู้โดยสาร

จากจุดเกาะเกี่ยวที่กล่าวมาในข้างต้น 5 ประการผู้เขียนพบว่าประเด็นที่น่าสนใจ ได้แก่ เรื่องถิ่นที่อยู่ประจำของผู้โดยสาร คือกรณีที่ผู้โดยสารมิใช่ตัวคู่สัญญาจะถือเอาถิ่นที่อยู่ประจำของคู่สัญญาหรือผู้ที่โดยสารตามจริง สำหรับกรณีนี้ “ผู้โดยสาร” ตามสัญญา คือ ผู้ที่โดยสารโดยแท้จริง แม้จะไม่ใช่บุคคลเดียวกับผู้ที่มาตกลงทำสัญญาก็ตามจึงจะอยู่ในขอบเขตของมาตรา 5 (2) ส่วน “ผู้รับขน” นั้น ต้องเป็นคู่สัญญาเท่านั้น ไม่รวมถึงบุคคลที่ 3 ที่เป็นผู้ดูแลการเดินทาง

สำหรับเรื่องสถานที่ออกเดินทางของผู้โดยสารและสถานที่ปลายทางของผู้โดยสาร กำหนดให้ต้องตกลงกันในสัญญา แม้ว่าสถานที่ที่เริ่มต้นออกเดินทางจริงหรือปลายทางจริงของผู้โดยสารอาจจะไม่ใช่สถานที่ที่กำหนดในสัญญาก็ตาม แต่การพิจารณากฎหมายจะพิจารณาตามที่

<sup>99</sup>Article 25 Relationship with existing international conventions

1. This Regulation shall not prejudice the application of international conventions to which one or more Member States are parties at the time when this Regulation is adopted and which lay down conflict-of-law rules relating to contractual obligations.

2. However, this Regulation shall, as between Member States, take precedence over conventions concluded exclusively between two or more of them in so far as such conventions concern matters governed by this Regulation.

<sup>100</sup> Article 23 Relationship with other provisions of Community law

With the exception of Article 7, this Regulation shall not prejudice the application of provisions of Community law which, in relation to particular matters, lay down conflict-of-law rules relating to contractual obligations.

<sup>101</sup> Dornis, pp. 204-207.

ระบุไว้ในสัญญา นอกจากนี้หากการเดินทางต้องหยุดโดยกะทันหันจะพิจารณาจากสถานที่เริ่มเดินทาง และสถานที่สุดท้ายที่เดินทางมาหยุด สำหรับกรณีเดินทางไป-กลับ สัญญาจะถูกพิจารณาแยกเป็น 2 ส่วน คือขาไป และขากลับ

อย่างไรก็ตามมีบทวิจารณ์ถึงมาตรา 5 (2) ในเรื่องของการพิจารณาให้ใช้กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาจากถิ่นที่อยู่ประจำของผู้รับชน เนื่องจากถิ่นที่อยู่ประจำของผู้โดยสารอยู่คนละรัฐกับสถานที่ออกเดินทางหรือสถานที่ปลายทาง มองว่าแม้จะเป็นการพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาตามหลัก Characteristic performance ก็ตามแต่กลับขัดต่อหลักการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าจึงทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติขึ้น

นอกจากเงื่อนไขตามมาตรา 5 (2) แล้ว การเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญารับชนคนโดยสารตาม Rome I Regulation 2008 ต้องอยู่ภายใต้มาตรา 23 และมาตรา 25 Rome I Regulation 2008 ด้วยคือกฎหมายที่เลือกต้องไม่ขัดต่อกฎหมายของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้อง และไม่ขัดต่ออนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องด้วย

#### ข) เงื่อนไขในการเลือกกฎหมายในสัญญาผู้บริโภค<sup>102</sup>

จากการที่สัญญารับชนในมาตรา 5 และสัญญาประกันภัยในมาตรา 7 มีลักษณะส่วนหนึ่งเป็นสัญญาผู้บริโภค ดังนั้นเงื่อนไขแรกที่ต้องพิจารณาในการเลือกกฎหมายในสัญญาผู้บริโภคในมาตรา 6 คือ กฎหมายที่เลือกนั้นต้องไม่ขัดต่อมาตรา 5 และมาตรา 7 Rome I Regulation 2008 นี้

กรณีของการตกลงเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาของคู่สัญญาได้ถูกวางหลักไว้ในมาตรา 6 (2) โดยมีเงื่อนไขว่าคู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายได้แต่กฎหมายที่เลือกนั้นต้องไม่ขัดต่อกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

ในมาตรา 6 (1) ยังวางหลักในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญา โดยกำหนดให้สัญญาตกอยู่ในบังคับแห่งกฎหมายของรัฐที่ผู้บริโภคมีถิ่นที่อยู่ประจำ ในกรณีที่ผู้ประกอบการมีการประกอบกิจการในรัฐเดียวกับที่ผู้บริโภคมีถิ่นที่อยู่ประจำ หรือ ผู้ประกอบการอาจมีการประกอบกิจการหลายรัฐแต่ทั้งนี้กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับสัญญาโดยตรงหรือหลายๆ กิจกรรมเกิดขึ้นในรัฐที่ผู้บริโภคมีถิ่นที่อยู่ประจำ

ดังนั้นกล่าวได้ว่าจุดเกาะเกี่ยวหลักที่กฎหมายได้กำหนดให้ต้องพิจารณาเลือกในสัญญาผู้บริโภค ได้แก่ถิ่นที่อยู่ประจำของผู้บริโภค ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 6 (1) โดยมีเหตุผลเบื้องหลังการกำหนดเช่นนี้ คือ มองว่าทุกรัฐย่อมมีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ของแต่ละรัฐแตกต่างกันไป และรัฐแต่

<sup>102</sup> Francesca Ragno, "Rome I Regulation Pocket Commentary," in *Consumer Contract*, ed. Francesco Ragno (Munich: Sellier European publishers, 2015).

ละรัฐมีหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองคนชาติของตน ดังนั้นกฎหมายที่เหมาะสมที่สุดที่จะใช้บังคับแก่ สัญญา เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้บริโภคนั้นเป็นกฎหมายของสถานที่ ๆ ผู้บริโภคนั้นอาศัยอยู่

นอกจากนี้ในมาตรา 6 (3) ได้วางหลักไว้ว่าหากไม่สามารถใช้กฎหมายตามที่กำหนดในมาตรา 6 (1)ได้เนื่องจาก ไม่ตรงตามเงื่อนไขในมาตรา 6(1)(a) และ 6(1)(b) กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้แก่ สัญญาให้พิจารณาจากมาตรา 3 และมาตรา 4 Rome I Regulation 2008

จากมาตรา 6 (3) พิจารณาได้ว่าเงื่อนไขที่สำคัญในการจะนำกฎหมายของรัฐที่ผู้บริโภคนั้นตั้งอยู่ประจำมาใช้ คือเรื่องของสถานที่ดำเนินกิจการ หรือกิจกรรมของผู้ประกอบการด้วย

ในมาตรา 6 (4) เป็นการยกเว้นการใช้มาตรา 6 (1) และ 6 (2) โดยในมาตรา 6 (4) นี้เป็นการ กำหนดว่าสัญญาที่เข้าข่ายสัญญาผู้บริโภคใดที่อยู่นอกขอบเขตของมาตรา 6 นี้ โดยมีสัญญาต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

6 (4) (a) ได้แก่สัญญาให้บริการที่การบริการนั้นอยู่ในรัฐอื่นที่มีใช้รัฐที่ผู้บริโภคนั้นตั้งอยู่ประจำ

6 (4) (b) ได้แก่สัญญารับขนที่มีใช้สัญญาแพ็คเกจท่องเที่ยวตาม Directive 90/314/EEC อันได้แก่ แพ็คเกจท่องเที่ยว แพ็คเกจวันหยุดพักร้อน และแพ็คเกจทัวร์ โดยความหมายของแพ็คเกจตาม Directive 90/314/EEC หมายถึง การรวมระหว่างบริการการขนส่งคมนาคมกับบริการการท่องเที่ยว หรือ บริการขนส่งกับการพักผ่อน หรือการบริการเรื่องเที่ยวอื่นที่มีเงื่อนไขครบ 2 ประการดังนี้ คือ ต้องมีการให้บริการครอบคลุมมากกว่า 24 ชั่วโมงหรือค้างคืน และการขายเป็นการขายแบบราคารวม เบ็ดเสร็จ<sup>103</sup>

6 (4) (c) สัญญาที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ หรือการเช่าอสังหาริมทรัพย์ ที่ไม่ใช่ สัญญา timeshare ตามความหมายของ Directive 94/47/EC อันหมายถึงสัญญาที่ให้ผู้บริโภคมีสถิติ ใช้หรือค้างคืนในที่พักมีระยะเวลามากกว่า 1 ปี

6 (4) (d) สิทธิและหน้าที่ในการก่อตั้งตราสารทางการเงินและสิทธิและหน้าที่ในการเปิดขายตราสาร หุ้น หรือการลงทุนการให้บริการทางการเงิน

6 (4) (e) สัญญาที่เกิดขึ้นตามมาตรา 4 (1) (h) อันได้แก่สัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาหลายระบบที่ เกี่ยวข้องกับการซื้อขายหนังสือตราสารทุน หุ้น หรือตราสารทางการเงิน

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า สัญญาผู้บริโภคนั้นรวมถึงสัญญาท่องเที่ยว สัญญาบริการ สัญญาที่ เกี่ยวข้องกับสิทธิในการบังคับเอากับตัวอสังหาริมทรัพย์นั้นโดยตรง สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการเงิน หรือ สัญญาที่เป็น Multilateral System ซึ่งสัญญาต่าง ๆ เหล่านี้ก็จะกำหนดกฎหมายจะพิจารณาจากจุด เกาะเกี่ยวเชื่อมโยงกับแต่ละสัญญาต่าง ๆ กันไป เช่นกรณี 6 (4) (c) ซึ่งเป็นเรื่องของทรัพย์สิน และ อสังหาริมทรัพย์ก็จะใช้กฎหมายของรัฐที่ทรัพย์สินตั้งอยู่เป็นต้น

<sup>103</sup> Committee.

นอกจากเงื่อนไขที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังต้องพิจารณาตามมาตรา 23 และมาตรา 25 Rome I Regulation 2008 ด้วยเพื่อให้มีให้กฎหมายที่เลือกขัดต่อกฎหมายของสหภาพยุโรปและอนุสัญญาระหว่างประเทศ

#### ค) เงื่อนไขการเลือกกฎหมายในสัญญาประกันภัย<sup>104</sup>

ขอบเขตของมาตรา 7 Rome Regulation 2008 มีขอบเขตครอบคลุมสัญญาประกันภัยความเสี่ยงสูง (large risks) โดยไม่คำนึง ถึงสถานการณ์ของความเสี่ยงที่เกิดขึ้นว่าจะเป็นอย่างใด ซึ่งคำว่าประกันภัยความเสี่ยงสูงนั้นถูกนิยามไว้ในข้อที่ 5(d) ภายใต้ First Council Directive 73/239/EEC และมีการกำหนดประเภทของความเสี่ยงไว้ใน Point A ภาคผนวกของ Directive ดังกล่าว ประกันภัยความเสี่ยงสูงนั้นหากพิจารณาตามนิยามจะสามารถแยกได้ทั้งสิ้น 3 ประเภท

1. ความเสี่ยงที่เป็นความเสี่ยงสูงเสมอ (risks which are always large risks)
2. ความเสี่ยงที่เป็นความเสี่ยงสูงเมื่อประกันภัยนั้นมีความเกี่ยวข้องกับกิจกรรมในวิชาชีพ (professional activity) ของผู้เอาประกัน (policy holder)
3. ความเสี่ยงที่เป็นความเสี่ยงสูงเมื่อผู้เอาประกันภัยเข้าเงื่อนไขตามเกณฑ์ที่กำหนด 2 ใน 3 ข้อ กล่าวคือในเรื่องงบดุล (balance-sheet) ผลประกอบการรวม (net turnover) และ จำนวนของพนักงาน (number of employee)

ความเสี่ยงซึ่งตกอยู่ภายใต้ข้อ 4, 5, 6, 7, 11 และ 12 ตามท้ายภาคผนวกจะพิจารณาได้เป็น ความเสี่ยงสูงเสมอ เช่น ความเสียหายต่อทางรถไฟ ความเสียหายต่อเครื่องบิน ความเสียหาย ทุกประเภทต่อเรือ (ไม่ว่าจะเกิดในแม่น้ำ คลอง ทะเลสาบ หรือทะเลก็ตาม) ความเสียหายต่อ สินค้าจากการขนส่งโดยไม่คำนึงว่าจะเป็นการขนส่งประเภทใดก็ตาม ความรับผิดชอบจากการใช้ อากาศยาน และ ความรับผิดชอบทุกประเภทที่เกิดจากเรือบรรทุก เรือโดยสาร หรือเรือทั่วไป ไม่ว่าจะ ในทะเล ทะเลสาบ แม่น้ำ หรือคลอง ยิ่งไปกว่านั้น ความเสี่ยงเกี่ยวกับสินเชื่อ (credit) การค้ำประกัน (suretyship) ก็จัดว่าเป็น ความเสี่ยงสูงในกรณีที่ผู้เอาประกันปฏิบัติงานทางวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับความเสี่ยงที่กล่าวมา<sup>105</sup>

การเลือกกฎหมายที่จะบังคับใช้สำหรับกรณีความเสี่ยงสูง ในกรณีที่สัญญาประกันภัยครอบคลุมความเสี่ยงสูง มาตรา 7 (2) ของ Rome Regulation 2008 ระบุว่า ให้ใช้กฎหมายที่เลือกโดยคู่สัญญาตามมาตรา 3 ของ Regulation นี้ กล่าวคือ ไม่มีข้อจำกัดใดๆ สำหรับคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาประกันภัยดังกล่าว อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่เลือกนั้นจะต้องเลือกให้สอดคล้องกับเงื่อนไขภายใต้มาตรา 3 (1) กล่าวคือ ต้องแจ่มแจ้ง ให้ชัดแจ้งสำหรับกรณีความเสี่ยงสูง

<sup>104</sup> Merreti.

<sup>105</sup> Staudinger.



เมื่อคู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้กับสัญญาประกันที่มีความเสี่ยงสูง มาตรา 7 (2) จึงจะนำมาใช้ กล่าวคือ สัญญาดังกล่าวจะต้องใช้กฎหมายของรัฐที่ผู้ให้ประกันมีถิ่นที่อยู่ประจำ (habitual residence) อย่างไรก็ตาม ถ้าข้อเท็จจริงจากสถานการณ์ปรากฏอย่างชัดเจนว่า กรณีประกันดังกล่าว มีความเชื่อมโยงอย่างชัดแท้และแท้จริงกับรัฐอื่น (manifestly and closely connected) กฎหมายของรัฐที่มีความเชื่อมโยงนั้นจะนำมาบังคับใช้แทน

กฎหมายของรัฐที่มีความเชื่อมโยงนั้นจะนำมาบังคับใช้แทน สัญญาประกันภัยอื่นที่ครอบคลุมความเสี่ยงทั่วไป (Mass risks) ภายใน Community มาตรา 7 (3) นั้นจะนำมาใช้กับสัญญาประกันภัยที่นอกเหนือไปจากสัญญาประกันภัยตามมาตรา 7 (2) เมื่อใดก็ตามที่ความเสี่ยงนั้นเกิดขึ้นในรัฐภาคีสมาชิก หรือที่เรียกกันว่า สัญญาประกันภัยความเสี่ยงทั่วไป (Mass risks) ทั้งนี้ คำว่า “รัฐภาคี” มีเจตนาที่จะถูกแปลความแบบดั้งเดิม (classical) ซึ่งทำให้หมายถึง “รัฐใดๆก็ตามในสหภาพ” ไม่ใช่ในความหมายที่ว่า “รัฐภาคีที่ ซึ่ง Rome I Regulation 2008 นำมาใช้” ด้วยเหตุนี้เอง หากสัญญาประกันภัยเกี่ยวข้องกับความเสี่ยง ทั่วไป (Mass risks) เกิดขึ้นในเดนมาร์ก สัญญาประกันภัยจะตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของมาตรา 7

ตัวอย่างของสัญญาประกันภัยครอบคลุมความเสี่ยงทั่วไปไปตามภาคผนวก เช่น อุบัติเหตุ (accident) หรือความเจ็บป่วย (sickness) การเลือกกฎหมายที่จะบังคับใช้สำหรับกรณีความเสี่ยงทั่วไป มาตรา 7 (3) วรรคแรกและวรรคสองระบุว่ารัฐภาคีสามารถเลือกกฎหมายที่ถูกจำกัดไว้ในอนุมาตรา (a)-(e) มาใช้บังคับกับสัญญาประกันภัยได้ กฎเกณฑ์นี้มีต้นแบบมาจากการเลือก กฎหมายบังคับใช้ในมาตรา 7 ของ Directive 88/357/EEC และ มาตรา 32 ของ Directive/38/ EC

จากมาตรา 7 (3) กฎหมายที่คู่สัญญาจะเลือกนำมาบังคับใช้กับสัญญาประกันภัยความเสี่ยงทั่วไปได้ มีดังนี้ กฎหมายของรัฐภาคีสมาชิกใดๆก็ตามที่ความเสี่ยงนั้นเกิดขึ้น ณ เวลาที่สัญญาได้ถูกทำขึ้น กฎหมายของรัฐที่ผู้เอาประกันมีถิ่นที่อยู่ประจำ (habitual residence) ในกรณีประกันชีวิต (life insurance) ให้ใช้กฎหมายของรัฐที่ผู้เอาประกันมีสัญชาติอยู่ในกรณีสัญญาประกันที่ครอบคลุมความเสี่ยงจำกัดอยู่กับสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้นในรัฐ ภาคีหนึ่ง นอกเหนือจากรัฐภาคีที่เลือกเอาประกัน กฎหมายของรัฐภาคีหนึ่งนั้นจะนำมา บังคับใช้ เมื่อ

(a) ผู้เอาประกันแสวงหากิจกรรมทางพาณิชย์หรืออุตสาหกรรม (commercial or industrial activity) และ (b) สัญญาที่ครอบคลุมความเสี่ยง 2 อย่างหรือมากกว่าที่ เกี่ยวข้องกับกิจกรรมตาม (a) และความเสี่ยงที่กล่าวมานั้นเกิดขึ้นรัฐภาคีอื่น ในกรณีเช่นว่า มา นี้ คู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายได้ดังนี้

(1) กฎหมายของรัฐภาคีใดๆที่เกี่ยวข้อง หรือ

(2) กฎหมายของรัฐถิ่นที่อยู่ของผู้เอาประกัน กรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายสำหรับกรณีความเสี่ยงทั่วไป ภายใต้มาตรา 7 (3) ที่ระบุว่า “ในขอบเขตที่กฎหมายบังคับใช้กับสัญญานั้น

ไม่ได้เลือกคู่สัญญาตาม วรรคนี้ สัญญาเช่นว่าจะต้องใช้กฎหมายของรัฐภาคีที่ซึ่งความเสี่ยงนั้นเกิดขึ้น ณ เวลาที่สัญญา ได้ถูกทำขึ้น”

จากถ้อยคำของข้อบทดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่า ข้อบทนี้จะนำมาใช้ก็ต่อเมื่อ คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญา หรือ คู่สัญญาตั้งใจเลือกกฎหมายที่ได้รับอนุญาตไว้ในวรรคแรกหรือวรรคสอง คู่สัญญาเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้แค่บางส่วนของสัญญา แต่ในบางส่วนของ สัญญาไม่ได้เลือกไว้ จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะพบว่าข้อบทนี้สร้างกฎเกณฑ์ที่แน่นอนและรวดเร็วสำหรับการนำกฎหมายมาบังคับใช้ ซึ่งต่างจากในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในกรณีของความเสี่ยงสูง เพราะข้อบทนี้ไม่เปิดช่องให้เกิดบทบัญญัติหลีกเลี่ยง (escape clause) กล่าวคือ ข้อบทนี้ไม่ได้สร้างขอบเขตใดๆ ให้คู่สัญญาเลือกกฎหมายนอกเหนือไปจากที่กำหนด แม้ว่า สัญญาที่ทำขึ้นนั้นมีความเชื่อมโยงที่แท้จริงและชัดเจนกับรัฐภาคีรัฐหนึ่งก็ตาม

ปัญหาอย่างหนึ่งที่จะเกิดขึ้น คือ ในบางครั้งความเสี่ยงที่เกิดขึ้นอาจเกิดในรัฐภาคีมากกว่า 1 รัฐ ในกรณีเช่นว่านี้ มาตรา 7 (5) ได้วางหลักว่า “เพื่อวัตถุประสงค์ของมาตรา 7 (3) ... เมื่อสัญญาครอบคลุมความเสี่ยงที่เกิดขึ้นมากกว่า 2 รัฐภาคี สัญญาดังกล่าวนั้นจะถือว่าก่อให้เกิดสัญญา หลายฉบับ โดยแต่ละฉบับจะมีความเกี่ยวข้องกับรัฐหนึ่งรัฐเดียวเท่านั้น” สัญญาประกันภัยที่ไม่ได้ตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 7 นอกเหนือจากสัญญาประกันภัยที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 7 แล้ว สัญญาประกันภัยที่ครอบคลุม ความเสี่ยงทั่วไปที่เกิดขึ้นนอกรัฐภาคีไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 7 ด้วยเหตุนี้ คู่สัญญาจึง ต้องอาศัยอำนาจตามมาตรา 3 ของ Rome I Regulation เพื่อที่จะหากกฎหมายที่จะมาบังคับใช้ เว้นแต่ สัญญานั้นจะเป็นสัญญาคุ้มครองผู้บริโภค (consumer contract) จะต้องนำข้อที่ 6 มาบังคับ ใช้แทน

ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาประกันภัยที่ไม่ได้ตกอยู่ภายใต้บังคับ มาตรา 7 มาตรา 4 ของ Rome I Regulation 2008 จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาดังกล่าว แม้ว่าสัญญาประกันภัยจะไม่ได้ถูกระบุไว้ใน มาตรา 4 (1) ก็ตาม

ง) เงื่อนไขในการเลือกกฎหมายในสัญญาจ้างแรงงาน<sup>106</sup>

การเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาแรงงาน คู่สัญญาสามารถตกลงเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาได้ตามมาตรา 3 Rome I Regulation 2008 อันเป็นหลักที่ปรากฏในมาตรา 8 (1) แต่ทั้งนี้มาตรา 8 (1) ก็ได้กำหนดว่ากฎหมายที่เลือกนั้นต้องไม่ขัดต่อกฎหมายคุ้มครองแรงงานของรัฐที่ลูกจ้างมีถิ่นที่อยู่ประจำและไม่ขัดต่อกฎหมายคุ้มครองแรงงานของรัฐที่ลูกจ้างเข้าไปปฏิบัติงานตามสัญญาที่จ้างด้วย

<sup>106</sup> Fürstenwerth.

ในส่วนของมาตรา 8 (2) กล่าวถึงกรณีที่หากคู่สัญญาไม่เลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาเอาไว้ กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาได้แก่ กฎหมายของรัฐที่ลูกจ้างเข้าไปปฏิบัติงานประจำตามสัญญา โดยไม่ต้องพิจารณาเปลี่ยนแปลงแม้ว่าลูกจ้างคนดังกล่าวจะย้ายไปทำงานที่รัฐอื่นเป็นการชั่วคราว

มาตรา 8(3) กำหนดให้ถ้าในกรณีที่ไม่สามารถใช้กฎหมายตามมาตรา 8 (2) ได้ให้ใช้กฎหมายของรัฐที่ธุรกิจที่ลูกจ้างนั้นทำงานให้ตั้งอยู่

มาตรา 8 (4) เป็นกรณีที่พิจารณาจากพฤติการณ์โดยรวมว่าสัญญาจ้างแรงงานนั้นมีจุดเกาะเกี่ยวกับรัฐอื่นที่นอกเหนือจากรัฐที่กล่าวมาในมาตรา 8 (2) (รัฐที่ลูกจ้างเข้าไปปฏิบัติงานประจำตามสัญญา) หรือ มาตรา 8 (3) (รัฐที่ธุรกิจที่ลูกจ้างนั้นทำงานให้ตั้งอยู่) ให้ใช้กฎหมายของรัฐที่มีจุดเกาะเกี่ยวใกล้ชิดกว่านั้น

ดังนั้นอาจสรุปได้ว่า เงื่อนไขในการเลือกกฎหมายในสัญญาจ้างแรงงาน ได้แก่ ถิ่นที่อยู่ประจำของลูกจ้างตามสัญญาจ้างประจำ แต่ทั้งนี้ต้องเป็นสถานที่ซึ่งได้ปฏิบัติงานตามสัญญาด้วย

แต่หากเป็นกรณีสัญญาจ้างชั่วคราว จุดเกาะเกี่ยวได้แก่สถานที่ที่ปฏิบัติงานตามสัญญา หรือ สถานที่ตั้งของบริษัทที่ดำเนินการ

สัญญาคือนิติกรรมอย่างหนึ่งในการทำสัญญาก็จะต้องมีองค์ประกอบที่เป็นเช่นเดียว กับในเรื่องการทำนิติกรรม คือ ต้องมีบุคคลหรือคู่สัญญาในการทำสัญญา มีวัตถุประสงค์ไม่ขัดต่อกฎหมาย จึงจะเป็นสัญญาสมบูรณ์ ทำให้บังคับกันได้ตามกฎหมาย หากสัญญาไม่สมบูรณ์ก็คือสัญญาที่ไม่สามารถบังคับกันได้โดยอาจถูกคู่กรณีอีกฝ่ายกล่าวอ้างถึงความเป็นโมฆะของสัญญานั้นๆได้ กฎเกณฑ์ทั่วไปที่จะดูว่าสัญญาที่ทำขึ้นนั้นสมบูรณ์หรือไม่ต้องคำนึงถึง จึงต้องพิจารณาองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาตามที่กฎหมายกำหนด<sup>107</sup>

แต่ในกรณีสัญญาระหว่างประเทศการจะพิจารณาว่าสัญญาสมบูรณ์หรือไม่ จึงเกิดปัญหาว่าจะใช้กฎหมายของรัฐใดในการพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญา เมื่อกรณีการเลือกกฎหมายบังคับกับใช้กับสัญญาตามมาตรา 3 ของ Rome I Regulation 2008 อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 12 คือให้มีผลใช้บังคับในเรื่องผลการผิดสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา การตีความตามสัญญา การยกเลิกหรือสิ้นสุดของสัญญา ผลพวงของการที่สัญญาตกเป็นโมฆะ จึงเกิดปัญหาว่าหากไม่รวมถึงการเลือกกฎหมายบังคับใช้กับความสมบูรณ์ของสัญญาแล้ว เรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาจะใช้วิธีใดในการพิจารณาแก้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันตามที่เป็นวัตถุประสงค์หลักของ Rome I Regulation 2008

ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาเรื่องกฎหมายที่นอกเหนือกฎหมายที่คู่กรณีเลือกที่ไปบังคับกับความสมบูรณ์ของสัญญา ซึ่งผู้เขียนได้ทำการศึกษาต่อไปในประเด็นดังต่อไปนี้

#### 4.1 กรณีเรื่องความสามารถของบุคคลในการทำสัญญาตามมาตรา 13<sup>108</sup>

โดยหลักทั่วไป บุคคลย่อมมีความสามารถในการทำนิติกรรมสัญญา แต่มีข้อยกเว้นคือบุคคลบางประเภทกฎหมายถือว่าหย่อนความสามารถในการทำนิติกรรมสัญญา ซึ่งกฎหมายของแต่ละรัฐก็จะมีระเบียบวิธีเรื่องความสามารถของบุคคลในการทำนิติกรรมสัญญาของตนเอง เพื่อคุ้มครองคนของรัฐตน แต่ในกรณีสัญญาระหว่างประเทศ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายอาจเป็นคนต่างรัฐกันก็ได้ซึ่งหากคู่สัญญาเป็นคนต่างรัฐกันจะทำให้เกิดกรณีกฎหมายขัดกันเพราะจะเกิดกรณีว่าจะใช้กฎหมายของรัฐใดมา บังคับแก่ความสมบูรณ์ของสัญญาในเรื่อง ความสามารถในการใช้สิทธิหรือการเข้าทำสัญญาของคู่สัญญานั้น

<sup>107</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, ed. 20 (สำนักพิมพ์ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2559).

<sup>108</sup> Ulrich Kühle Christoph Althammer, "Rome I Regulation Pocket Commentary," in *Incapacity*, ed. Francesco Ragno (Munich: Sellier european law publishers 2015).

เมื่อพิจารณาจาก Rome I Regulation 2008 ได้วางหลักเรื่องความสามารถของบุคคลใน มาตรา 13<sup>109</sup> ดังนี้ “กรณีผู้ทำสัญญาอยู่ในรัฐเดียวกันขณะทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจอ้างถึงความสามารถในการทำสัญญาภายใต้กฎหมายของรัฐอื่นได้ หากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งรู้ถึงความสามารถเช่นนั้นขณะทำสัญญาหรือ ความไม่รู้นั้นต้องมีได้เป็นผลมาจากความประมาทเลินเล่อ”

ซึ่งเมื่อพิจารณาจากตัวบทจะพบว่าใน Rome I Regulation 2008 กล่าวเพียงกรณีที่ คู่สัญญาอยู่ในรัฐเดียวกันขณะทำสัญญา

ในอดีตก่อนที่จะมี Rome Convention 1980 และ Rome I Regulation 2008 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายได้กำหนดให้ความสามารถของคู่สัญญาในการทำสัญญาทางการค้าเป็นไปตามกฎหมาย personal law ซึ่งหมายความได้ถึง กฎหมายสัญชาติ กฎหมายตามภูมิลำเนา ซึ่งแต่ละรัฐเองก็ได้มีกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายภายในของแต่ละรัฐที่กำหนดว่าให้เลือกใช้กฎหมายตัวใด เช่น อังกฤษ เดนมาร์ก นอร์เวย์ ไอร์แลนด์ ใช้กฎหมายภูมิลำเนา ในขณะที่ สวีเดน เบลเยียม ฝรั่งเศส กรีซ อิตาลี เซค ใช้กฎหมายสัญชาติ<sup>110</sup>

ต่อมาก็มีแนวความคิดว่าเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมมากขึ้น เพราะสัญญาทางการค้า คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องรับภัยความเสี่ยงภัยต่อความสามารถของคู่สัญญาในการทำสัญญาเอง จึงมีการให้ความสามารถของคู่สัญญาทางการค้าเป็นไปตามกฎหมายของสถานที่ทำสัญญาขึ้น<sup>111</sup> ซึ่งแนวคิดนี้เองใน Rome convention 1980 และ Rome I Regulation 2008 ก็ได้นำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายเพื่อให้จากการที่แต่เดิม แต่ละรัฐซึ่งได้มีกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของแต่ละรัฐที่บัญญัติเรื่องความสามารถของคู่สัญญาในการทำสัญญาที่บัญญัติไม่ตรงกัน กลายเป็นการวางแนวทางการแก้ไขปัญหาระหว่างความสามารถของคู่สัญญาให้ตรงกัน

นอกจากนี้วัตถุประสงค์ของมาตรา 13 นี้ยังมีเพื่อปกป้องกฎหมายภายในของรัฐที่เกี่ยวข้องกับสัญญานั้น โดยเฉพาะรัฐที่เป็นสถานที่ทำสัญญา เพราะตามมาตรา 13 นี้ให้เป็นเรื่องที่คู่สัญญาเองต้องพึงระวังต่อกฎหมายต่างประเทศที่อาจเกี่ยวข้อง และต้องนำหลักสุจริต (Bona fide) มาใช้ด้วยโดย

<sup>109</sup>In a contract concluded between persons who are in the same country, a natural person who would have capacity under the law of that country may invoke his incapacity resulting from the law of another country, only if the other party to the contract was aware of that incapacity at the time of the conclusion of the contract or was not aware thereof as a result of negligence

<sup>110</sup> Christoph Althammer.

<sup>111</sup> ดารารพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและ ปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (สำนักพิมพ์ กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542).

การกำหนดว่ากรณีที่คู่สัญญาไม่ทราบถึงเรื่องการขาดความสามารถในการทำสัญญาต้องเป็นการไม่ทราบโดยมิได้เป็นผลมาจากความประมาเลินเล่อของคู่สัญญาฝ่ายที่เข้าทำสัญญาด้วยเอง

อย่างไรก็ตามประเด็นที่น่าสนใจของมาตรานี้คือการที่กฎหมายบัญญัติว่า “คู่สัญญาอยู่ในรัฐเดียวกันขณะทำสัญญา” กรณีจึงเกิดหากการทำสัญญานั้นทำผ่าน จดหมาย จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) โทรสาร (Fax) จะพิจารณาได้จากอะไรว่าคู่สัญญาได้ อยู่ที่รัฐเดียวกันขณะทำสัญญาหรือไม่

ซึ่งในประเด็นนี้ หากการทำสัญญาเป็นการทำสัญญาผ่าน จดหมาย จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โทรสาร เรียกได้ว่าเป็นการทำสัญญาหรือการแสดงเจตนาผ่านสื่อแบบ Non-Real Time เนื่องจากผู้รับการแสดงเจตนาจะต้องได้รับจดหมาย โทรสาร หรือเปิดบัญชี E-mail ของตนขึ้นมาก่อนจึงจะสามารถรับการแสดงเจตนาได้ การแสดงเจตนาผ่านสื่อออนไลน์แบบ Non-Real Time นับว่าเป็นการแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งไม่ได้อยู่เฉพาะหน้า หรือที่อาจเรียกว่าการแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทาง เนื่องจากผู้แสดงเจตนาและผู้รับการแสดงเจตนาเมื่อจะติดต่อสื่อสารแสดงเจตนากันจะต้องใช้ระยะเวลาหนึ่งถึงจะทำความเข้าใจได้ ดังนั้นจึงต้องทำความเข้าใจว่าผู้แสดงเจตนาไม่จำเป็นต้องอยู่ห่างไกลกันโดยระยะทางจริงๆกับผู้รับการแสดงเจตนา เพียงแต่การที่ผู้แสดงเจตนาและผู้รับการแสดงเจตนาไม่สามารถทำความเข้าใจเจตนาซึ่งกันและกันได้ทันทีโดยการแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งไม่ได้อยู่เฉพาะหน้าทั้งนี้การที่จะทราบว่าผู้รับการแสดงเจตนาได้รับการแสดงเจตนาดังกล่าวเมื่อเวลาทำการแสดงเจตนา “ไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา

ซึ่งใน Rome I Regulation 2008 นี้ก็ได้เอาหลักว่าเมื่อการแสดงเจตนาไปถึงผู้รับ และเมื่อเจตนาสองกันเกิดสัญญาขึ้นให้ถือว่าขณะที่เกิดสัญญาขึ้นนั้น ผู้แสดงเจตนาอยู่ในรัฐเดียวกัน ดังนั้นจะเห็นได้ว่าที่อยู่จริงของคู่สัญญามีได้เป็นส่วนสำคัญอย่างแท้จริงในการพิจารณาเรื่องความสามารถของคู่สัญญาในการทำสัญญา<sup>112</sup>

ซึ่งจากการที่ศึกษามาข้างต้นผู้เขียนมีความเห็นว่าหลักการตามที่ปรากฏในมาตรา 13 นี้เป็นกรณีที่ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายของคู่สัญญา จากการที่มีได้ยึดถือเรื่องสถานที่อยู่จริงของคู่สัญญา แต่ให้การยอมรับว่าเมื่อเจตนาไปถึงและเกิดสัญญาให้ถือว่าขณะที่เกิดสัญญาคู่สัญญาทั้งสองอยู่ด้วยกัน เป็นผลให้กฎหมายที่บังคับในเรื่องความสามารถของคู่สัญญาอยู่ภายใต้กฎหมายของสถานที่ที่คู่สัญญาเจตนาให้เป็นกฎหมายที่บังคับใช้แก่สัญญาในส่วนความสามารถของคู่สัญญา

#### 4.2 กรณีการเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญาตามมาตรา 10<sup>113</sup>

<sup>112</sup> Christoph Althammer. p.427.

<sup>113</sup>Article 10 Consent and material validity

การที่จะก่อให้เกิดสัญญาหรือการที่สัญญานั้นจะสมบูรณ์ก่อให้เกิดความผูกพัน สิทธิและหน้าที่ที่จะปฏิบัติตามสัญญาได้นั้น สัญญานั้นต้องเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ การที่จะเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ได้นั้น เจตนาในการก่อให้เกิดสัญญาต้องไม่บกพร่อง คือไม่เป็นความสำคัญผิด กลฉ้อฉล หรือ การข่มขู่ ซึ่งในการพิจารณาว่าสัญญานั้นมีการแสดงเจตนาที่สมบูรณ์หรือไม่นั้นต้องพิจารณาจากกฎหมายภายในของแต่ละรัฐที่รัฐบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคู่สัญญา<sup>114</sup>

แต่เมื่อเป็นกรณีที่เป็นสัญญาระหว่างประเทศแล้ว จึงเกิดประเด็นปัญหาว่า จะยึดกฎหมายใดมาเป็นตัวพิจารณาว่าการแสดงเจตนาที่สมบูรณ์หรือไม่ ดังนั้นเพื่อหาว่าหากมีข้อพิพาทขึ้นว่าสัญญาที่ทำขึ้นสมบูรณ์ในด้านเจตนาหรือไม่ เดิมเป็นหน้าที่ของศาลที่ทำการพิจารณาคดีจะต้องหากฎหมายมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริง (lex fori หรือ lex Cause) โดยอาจพิจารณาจากจุดเกาะเกี่ยว ไม่ว่าจะเป็นเรื่องจุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับเรื่องของบุคคล หรือจุดเกาะเกี่ยวเรื่องนิติกรรม หรือหากคู่สัญญาได้มีการเลือกกฎหมายที่จะใช้กับสัญญานั้นไว้ก็จะใช้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือก

อย่างไรก็ดีใน Rome I Regulation 2008 ได้วางหลักกฎหมายที่นอกเหนือกฎหมายที่คู่กรณีเลือกที่ไปบังคับกับความสมบูรณ์ของสัญญาในมาตรา 10 โดยมีหลักดังนี้ “การเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญา หรือข้อตกลงใด ๆ ในสัญญา อยู่ภายใต้กฎหมายของกฎระเบียบนี้ ถ้าสัญญาหรือข้อตกลงมีผลบังคับใช้

คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะกล่าวอ้างเรื่องการไม่มีความยินยอม (consent) โดยคู่สัญญาฝ่ายที่จะกล่าวอ้างนั้นจะสามารถอ้างกฎหมายที่บัญญัติเรื่องสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาของรัฐซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่จะกล่าวอ้างนั้นมีถิ่นที่อยู่ได้ หากปรากฏตามพฤติการณ์ว่าไม่มีเหตุผลที่จะกำหนดผลของการปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎหมายที่กำหนดในวรรคแรก”

ดังนั้นจากบทบัญญัติดังกล่าวในมาตรา 10 จึงสามารถแบ่งออกเป็นเรื่องของ การเกิดสัญญา และ ความสมบูรณ์ของสัญญาได้

การเกิดสัญญา โดยปกติสัญญาจะเกิดเมื่อมีการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอ คำสนองถูกต้องตรงกัน การที่จะพิจารณาว่าสัญญาเกิดหรือไม่จึงต้องพิจารณาว่า คำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันหรือไม่เพียงใด ซึ่งจำต้องพิจารณาสาระสำคัญของกระบวนการที่ก่อให้เกิดสัญญาดังนี้

1. The existence and validity of a contract, or of any term of a contract, shall be determined by the law which would govern it under this Regulation if the contract or term were valid.

2. Nevertheless, a party, in order to establish that he did not consent, may rely upon the law of the country in which he has his habitual residence if it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of his conduct in accordance with the law specified in paragraph 1.

<sup>114</sup> Jan A. Bischoff Franco Ferrari, "Rome I Regulation Pocket Commentary," in *Consent and Material Validity*, ed. Francesco Ragno (Munich: Sellier european law publishers, 2015).

1. คำเสนอ เป็นการขอให้ทำสัญญาซึ่งอาจเสนอต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง หรือจะเสนอต่อสาธารณชนโดยมิเจาะจงว่าเป็นใครก็ได้ แต่คำเสนอดังกล่าวจะต้องมีสาระสำคัญดังนี้

1.1 เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา แม้มีการแสดงเจตนาทำคำเสนอไว้แล้ว แต่ยังไม่ได้ออกไปหรือส่งไปแต่ยังไม่ถึงผู้รับการแสดงเจตนา การแสดงเจตนาอันนี้ยังไม่มีผลเป็นคำเสนอ

1.2 อาจแสดงเจตนาต่อบุคคลหรือต่อสาธารณชนก็ได้

1.3 ต้องมีความชัดเจนแน่นอน ซึ่งอาจทำโดยแสดงกิริยาอาการ วาจา หรือลายลักษณ์อักษรก็ได้คำปรารภ คำเชื้อเชิญ และการนิ่งไม่เป็นการทำคำเสนอ การที่จะพิจารณาว่าเป็นคำเสนอหรือไม่ข้อความชัดเจนแน่นอน ถ้าเป็นความที่แสดงแต่เพียงว่าประสงค์จะทำสัญญาเท่านั้นยังไม่เป็นคำเสนอ

1.4 คำเสนอนั้น ผู้เสนอไม่มีสิทธิปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติถ้าเสนอต่อสาธารณชนผู้เสนออาจเป็นใครก็ได้

2. ผลของคำเสนอ ด้วยเหตุที่คำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว เมื่อเป็นนิติกรรมจึงย่อมมีผลตามกฎหมายจนกว่าคำเสนอจะสิ้นผลผูกพันดังนี้

2.1 ถ้ามีการสนอง ผู้เสนอทราบคำสนอง หรือคำสนองมีผลไปถึงผู้เสนอแล้วสัญญาจึงจะเกิดขึ้น

2.2 คำเสนอนั้นถอนไม่ได้ ซึ่งอาจถอนไม่ได้โดยชัดแจ้ง เว้นแต่เป็นกรณีทำคำเสนอต่อบุคคลเฉพาะหน้าซึ่งมิได้กำหนดระยะเวลาทำคำสนองไว้ หากผู้สนองยังไม่ตอบรับช่วงเวลาที่ยังไม่ตอบรับดังกล่าว ผู้เสนออาจถอนคำเสนอนั้นได้

3 คำเสนอสิ้นความผูกพัน คำเสนอจะสิ้นความผูกพันได้ 3 กรณี

3.1 เมื่อมีการบอกปิดคำเสนอ

3.2 เมื่อไม่มีการสนองรับคำเสนอ

3.3 เมื่อผู้เสนอตายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ

4. คำเสนอนั้น คือ การแสดงเจตนาของผู้รับคำเสนอที่แสดงต่อผู้เสนอในการตกลงรับทำสัญญาตามคำเสนอหรือคำสนอง คำสนองเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งมีผลผูกพันผู้สนองรับ แต่ต้องแสดงเจตนาต่อผู้เสนอเท่านั้น โดยคำเสนอนั้นมีลักษณะดังนี้

4.1 เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาจะมีผลเป็นคำสนองได้ต่อเมื่อมีผู้รับการแสดงเจตนาอันนั้น ถ้าเป็นการแสดงเจตนาต่อผู้เสนอซึ่งไม่ได้เป็นผู้อยู่เฉพาะหน้าจะเกิดผลต่อเมื่อการแสดงเจตนาอันนั้นไปถึงผู้เสนอ ถ้าเป็นการแสดงเจตนาต่อผู้เสนอเป็นการเฉพาะหน้า มีผลต่อเมื่อผู้เสนอได้รับทราบการแสดงเจตนาอันนั้น



4.2 ต้องแสดงเจตนาต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง ถ้าเป็นการแสดงเจตนาต่อผู้เสนอซึ่งไม่ใช่บุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า จะเกิดผลเมื่อเจตนาไปถึง แต่ถ้าเป็นการแสดงเจตนาต่อผู้เสนอซึ่งอยู่เฉพาะหน้า จะมีผลเมื่อผู้เสนอรับทราบการแสดงเจตนา นั้นแล้ว

4.3 ต้องมีข้อความที่ชัดเจนแน่นอนปราศจากเงื่อนไขใด ๆ ทั้งสิ้น และจะต้องมีข้อความถูกต้องตามข้อความของคำเสนอ

4.4 จะต้องตอบแจ้งมาภายในระยะเวลาในคำเสนอ

4.5 จะกระทำโดยชัดแจ้งโดยปริยายหรือโดยการนิ่งก็ได้ ซึ่งการแจ้งโดยปริยายหรือการนิ่ง เรียกว่าเป็น *silence following the offer*<sup>115</sup> อันต้องนำมาพิจารณาว่าการนิ่งนั้นเป็นการตอบรับคำเสนอหรือไม่ ถ้าใช่จะมีผลเป็นคำสนอง ซึ่งจะอยู่ภายใต้มาตรา 10 (2) คือจะต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ของคดีที่เกิดขึ้น และพิจารณาตามหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่อยู่ประจำของคู่สัญญา (ไม่อยู่ภายใต้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือก) แต่ถ้าไม่ใช่จะมีผลเป็นการปิดคำเสนอหรือไม่สนองภายในระยะเวลาที่กำหนด สัญญาที่จะไม่เกิดขึ้น

จากสาระสำคัญดังกล่าวข้างต้นนี้ หมายถึงว่าสัญญาจะมีผลจะเริ่มต้นเมื่อไหร่ อันจะต้องพิจารณาจากหลักคำเสนอ และคำสนอง ว่าคำเสนอนั้นตรงกันเมื่อไหร่ มีผลให้เกิดสัญญาขึ้น ณ เวลานั้น (time of contract conclude) และจะมีผลคงอยู่ไปถึงเมื่อไหร่เป็นสิ่งที่ปกติแล้วคู่สัญญาจะเป็นผู้ตกลงกัน และกฎหมายที่ใช้บังคับกับการเกิดสัญญา ก็คือให้เป็นไปตามมาตรา 10 (1) เว้นแต่กรณีที่คำสนองเป็นกรณีสนองโดยปริยายหรือการนิ่งเฉย (silence following an offer) หรือ การทำคำสนองมาทางจดหมาย จะอยู่ภายใต้กฎหมายมาตรา 10 (2) อันเป็นกฎหมายแห่งถิ่นซึ่งคู่สัญญามีถิ่นที่อยู่ประจำ

ความสมบูรณ์ของสัญญาตามมาตรา 10 นิยามของคำว่าความสมบูรณ์แห่งสัญญา Rome I Regulation 2008 นั้นได้รับอิทธิพลมาจาก CISG มาตรา 4<sup>116</sup> ความสมบูรณ์ของสัญญาอยู่ภายใต้การใช้บังคับของกฎหมายภายในประเทศ ซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ตามมาตรา 10 (1) คือให้อยู่ภายใต้

<sup>115</sup> Ibid., pp.360-361

<sup>116</sup> CISG Article 4

This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with:

(a) the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage;

(b) The effect which the contract may have on the property in the goods sold.

บังคับแห่งกฎเกณฑ์แห่ง Rome I Regulation 2008 นี้ อันหมายถึงว่าให้อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายที่คู่สัญญาเลือก<sup>117</sup>

อย่างไรก็ตาม ความสมบูรณ์แห่งสัญญาดังกล่าวนั้นหมายถึง ความสมบูรณ์ในเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญาหรือกล่าวได้ว่าหน้าที่เรื่องเจตนารมณ์ของคู่สัญญาในการทำสัญญาเป็นสิ่งสำคัญ<sup>118</sup>

สำหรับเรื่ององค์ประกอบในเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญา โดยปกติในการทำสัญญาให้คู่สัญญานั้น มีวัตถุประสงค์คืออะไร ถ้าวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้งตามกฎหมาย วัตถุประสงค์เป็นการพันวิสัย หรือวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญานั้นก็จะไม่สมบูรณ์หรือตกเป็นโมฆะไป

ในกรณีที่ เป็นสัญญาระหว่างประเทศจึงเกิดประเด็นว่าจะใช้กฎหมายใดมาพิจารณาว่า กรณีเป็นเรื่องขาดเจตนาในการทำสัญญาโดยเหตุ การถูกข่มขู่ สำคัญผิดในสาระสำคัญ หรือเป็นการทำสัญญาโดยถูกกลฉ้อฉล หรือมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้งตามกฎหมาย วัตถุประสงค์เป็นการพันวิสัย หรือวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ได้วางหลักในการใช้กฎหมายดังกล่าวในมาตรา 10 (1) โดยกำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายซึ่งคู่สัญญาเลือก และในมาตรา 10 (2) ซึ่งจะใช้ในกรณีที่ คู่สัญญาจะกล่าวอ้างว่าไม่มีการแสดงเจตนา ต้องกล่าวอ้างตามกฎหมายแห่งถิ่นซึ่งตนมีที่อยู่ประจำ (Habitual residence) ในกรณีที่พฤติการณ์แวดล้อมแห่งคดีทำให้เห็นว่ากฎหมายตามที่อยู่อาศัยใน มาตรา 10 (1) ไม่มีความสมเหตุสมผลพอ ทั้งนี้การจะกล่าวอ้างตามมาตรา 10 (2) จะต้องแสดงให้เห็นถึงพฤติการณ์ว่าหากใช้กฎหมายตาม 10 (1) บังคับใช้แก่สัญญา จะสร้างความไม่เป็นธรรม อีกทั้งไม่ต้องต่อเจตนารมณ์ในการทำสัญญาด้วย

#### 4.3 กรณีความสมบูรณ์เรื่องแบบของสัญญาตามมาตรา 11<sup>119</sup>

<sup>117</sup>Franco Ferrari, "Rome I Regulation Pocket Commentary.", pp.362-363

<sup>118</sup>ibid.

<sup>119</sup>Article 11 Formal validity

1. A contract concluded between persons who, or whose agents, are in the same country at the time of its conclusion is 4.7.2008 EN Official Journal of the European Union L177/13(1) OJ L 172, 4.7.1988, p. 1. Directive as last amended by Directive 2005/14/EC of the European Parliament and of the Council (OJ L 149, 11.6.2005, p. 14). Formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it in substance under this Regulation or of the law of the country where it is concluded.

2. A contract concluded between persons who, or whose agents, are in different countries at the time of its conclusion is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it in substance under

โดยปกติหากไม่มีกฎหมายบัญญัติเรื่องแบบไว้ บุคคลเพียงแต่แสดงเจตนาโดยชอบ นิติกรรมสัญญาที่เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ ดังนั้นแบบในฐานะองค์ประกอบของสัญญาจึงหมายถึง “แบบแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรม” ดังนั้นกรณีที่เป็นสัญญาที่ระหว่างประเทศแล้ว จึงเกิดประเด็นปัญหาว่าจะยึดกฎหมายของประเทศใดมาเป็นตัวพิจารณาว่ามีการกำหนดเรื่องแบบไว้หรือไม่ ซึ่งกรณีดังกล่าวเรื่องความสมบูรณ์ของแบบนี้ ได้มีหลักวางไว้ตาม Rome I Regulation 2008 ในมาตรา 11<sup>120</sup> ซึ่งแยกศึกษาได้เป็นกรณีๆดังต่อไปนี้

ก) กรณีคู่สัญญาอยู่ในประเทศเดียวกัน

กรณีที่คู่สัญญาอยู่ในประเทศเดียวกันขณะทำสัญญา สัญญานั้นในเรื่องแบบให้ใช้กฎหมายของประเทศสัญญานั้นเกิดขึ้นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาในเรื่องความสมบูรณ์ของแบบ

ข) กรณีคู่สัญญาอยู่คนละประเทศ

กรณีที่คู่สัญญาอยู่ในประเทศเดียวกันขณะทำสัญญา สัญญานั้นในเรื่องแบบให้ใช้กฎหมายของประเทศ ซึ่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายอยู่ในขณะที่สัญญานั้นเกิดขึ้น หรือกฎหมายของประเทศที่เป็นภูมิลำเนาของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาในเรื่องความสมบูรณ์ของแบบ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

this Regulation, or of the law of either of the countries where either of the parties or their agent is present at the time of conclusion, or of the law of the country where either of the parties had his habitual residence at that time.

3. A unilateral act intended to have legal effect relating to an existing or contemplated contract is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs or would govern the contract in substance under this Regulation, or of the law of the country where the act was done, or of the law of the country where the person by whom it was done had his habitual residence at that time.

4. Paragraphs 1,2 and 3 of this Article shall not apply to contracts that fall within the scope of Article 6. The form of such contracts shall be governed by the law of the country where the consumer has his habitual residence.

5. Notwithstanding paragraphs 1 to 4, a contract the subject matter of which is a right in rein in immovable property or a tenancy of immovable property shall be subject to the requirements of form of the law of the country where the property is situated if by that law:

(a) those requirements are imposed irrespective of the country where the contract is concluded and irrespective of the law governing the contract; and (b) those requirements cannot be derogated from by agreement

<sup>120</sup> Tim W. Dornis, "Rome I Regulation Pocket Commentary," in *Formal Validity*, ed. Francesco Ragno (Munich: Sellier european law publishers, 2015).

ค) กรณีเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว

กรณีที่เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวซึ่งมีผลผูกพันฝ่ายที่แสดงเจตนา กฎหมายที่จะใช้บังคับคือกฎหมายของประเทศที่การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวนั้นได้กระทำขึ้น หรือกฎหมายของถิ่นที่อยู่ของคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายแสดงเจตนาฝ่ายเดียวนั้น

ง) กรณีเป็นเรื่องของแบบในสัญญาที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์

กรณีเป็นเรื่องของแบบในสัญญาที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์กฎหมายที่มาใช้บังคับคือกฎหมายของประเทศที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่



## บทที่ 5

### กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และ หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน

Rome I Regulation 2008 ได้ให้เสรีภาพแก่คู่สัญญาในการตกลงกันเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญา โดยกฎหมายที่เลือกนั้น คู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับแก่สัญญาก็ได้ ในกรณีที่สัญญานั้นมีองค์ประกอบต่างประเทศ แต่การบังคับใช้กฎหมายก็ยังคงเป็นอำนาจของศาลในการที่จะนำกฎหมายที่คู่สัญญาตกลงนั้นมาใช้บังคับแก่สัญญา จึงมีประเด็นว่า กรณีใดบ้างที่ศาลไม่ใช้กฎหมายต่างประเทศที่คู่สัญญาตกลงเลือกใช้บังคับแก่สัญญา จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า ศาลจะไม่ใช้กฎหมายต่างประเทศในกรณีที่กฎหมายนั้นขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือขัดต่อ หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ประเด็นต่อมาจึงเป็นคำถามว่า

1. เหตุใดจึงต้องมีการให้อำนาจศาลในการพิจารณาไม่ใช้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือก
2. กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และ หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนคืออะไร และ
3. เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และ หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนของใคร (รัฐใด)

จากการศึกษาในประเด็นข้างต้นผู้เขียนพบว่า ใน Rome I Regulation 2008 มีหลายมาตราที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และ หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ดังนั้นผู้เขียนจึงแยกการศึกษาออกเป็นหัวข้อ กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และ หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนดังนี้

#### 5.1 วัตถุประสงค์ที่ให้อำนาจศาลในการพิจารณาไม่ใช้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือก

ในประเด็นนี้ผู้เขียนพบว่าจากการศึกษา Rome I Regulation 2008 กรณีที่ศาลจะพิจารณาไม่ใช้กฎหมายที่คู่กรณีเลือกนั้น ศาลจะปฏิเสธการใช้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกบนพื้นฐานของกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือบนพื้นฐานของหลักความสงบเรียบร้อย<sup>121</sup> ซึ่งใน recital 37 ของ

<sup>121</sup> Berger.

Rome I Regulation 2008 ได้กล่าวถึงสิ่งที่ศาลใช้อ้างความชอบธรรมในการใช้กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและหลักความสงบเรียบร้อยดังนี้ “เพื่อให้ศาลของรัฐสมาชิก EU สามารถใช้ดุลยพินิจในการไม่นำกฎหมายที่คู่สัญญาเลือก หรือ ไม่นำกฎหมายต่างประเทศมาใช้ โดยการใช้อัตนินิจในการไม่นำกฎหมายเช่นว่านั้นมาใช้อยู่บนพื้นฐานของการรักษาผลประโยชน์ของรัฐ (Public Interest) การใช้อัตนินิจไม่นำกฎหมายต่างประเทศหรือกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกมาใช้นั้นต้องใช้เป็นกรณียกเว้นในสถานการณ์เฉพาะ (Exceptional circumstances) ที่ศาลพิเคราะห์เล็งเห็นว่าหากยอมให้ใช้กฎหมายต่างประเทศหรือกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมส่วนใหญ่ ศาลจึงจะปฏิเสธการใช้ กฎหมายที่เลือก หรือกฎหมายต่างประเทศโดยหยิบยกเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือหลักความสงบเรียบร้อยขึ้นกล่าวอ้าง”<sup>122</sup> จากบทบัญญัติดังกล่าวอาจกล่าวได้ว่า ในสถานการณ์ที่ “ผลจากการใช้กฎหมายที่เลือกที่ขัดต่อผลประโยชน์ของรัฐ” ศาลจะถือว่าเป็นสถานการณ์พิเศษที่ต้องรักษาผลประโยชน์ของรัฐหรือคนในรัฐ ซึ่งในสถานการณ์เช่นว่าศาลอาจหยิบยก กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือ หลักความสงบเรียบร้อยขึ้นกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธการบังคับใช้กฎหมายตามคู่สัญญาเลือกได้

ประเด็นต่อมาที่น่าสนใจคือ “ผลประโยชน์ของรัฐ” (Public Interest) คืออะไร พิจารณาจากอะไร แล้วในสถานการณ์ไหนจึงจะอ้างกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ในสถานการณ์ไหนจึงจะอ้างหลักความสงบเรียบร้อย จาก recital 37 ได้ใช้คำว่า “public interest” เพียงคำเดียวแต่สามารถยกขึ้นอ้างได้ทั้ง 2 กรณี คือ กรณีกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และกรณีหลักความสงบเรียบร้อย ทั้งที่ความเป็นจริงทั้ง 2 กรณีข้างต้นมีหลักการนำมากล่าวอ้างต่างกัน

เมื่อศึกษาเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และหลักความสงบเรียบร้อยจะพบว่ากฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชน ในขณะที่หลักความสงบเรียบร้อยเป็นเรื่องทางแพ่ง ดังนั้น ผลประโยชน์ของรัฐ ในความหมายของทั้ง 2 กรณีจึงมีความแตกต่างกัน โดย

1. หากเป็นกรณีกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ผลประโยชน์ของรัฐ จะเป็นผลประโยชน์ในทางกฎหมายมหาชน อันมีความหมายดังนี้ ประโยชน์ส่วนรวมของคนส่วนใหญ่ ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ของกลุ่มใดหรือคนใดโดยเฉพาะ เช่น

- การดูแลความปลอดภัยในชีวิต ทรัพย์สิน การให้การสงเคราะห์ช่วยเหลือผู้ด้อยโอกาส
- การจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกเกี่ยวกับการดำรงชีวิต ตอบสนองความต้องการของประชาชน เช่น ไฟฟ้า น้ำประปา โทรศัพท์ ถนน การศึกษา การรักษาพยาบาล
- การปกป้องดูแลทรัพยากรธรรมชาติ ป่าไม้ ที่ดิน แหล่งน้ำ

<sup>122</sup> Considerations of public interest justify giving the courts of the Member States the possibility, in exceptional circumstances, of applying exceptions based on public policy and overriding mandatory provisions.

สรุปว่า “ผลประโยชน์ส่วนรวมหรือผลประโยชน์สาธารณะ (Public Interests) ในทางมหาชน หมายถึง ... ผลประโยชน์สาธารณะยังหมายรวมถึงหลักประโยชน์ต่อมวลสมาชิกในสังคม ...”

2. หากเป็นกรณีหลักความสงบเรียบร้อย ผลประโยชน์ของรัฐ จะหมายถึง ประโยชน์แก่คนในสังคมทางแพ่ง อาจเป็นกรณีเรื่องที่สังคมมองว่าเป็นสิ่งดีงาม มีฐานมาจากบรรทัดฐานทางสังคม จารีตประเพณี หรือศีลธรรมก็ได้ ซึ่งการมีอยู่ของสิ่งเหล่านี้สังคมมองว่าเป็นสิ่งที่ทำให้สังคมเกิดความสงบสุข

กล่าวได้ว่าหากกฎหมายที่คู่สัญญามีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของรัฐ (Public Interest) ดังกล่าว ศาลจะพิจารณาว่าเป็นกรณีเข้าข้อยกเว้นพิเศษในการที่จะไม่รับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา และศาลจะพิจารณาว่ากฎหมายที่เลือกนั้นส่งผลต่อผลประโยชน์ของรัฐในด้านใด จึงจะหยิบยกกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือหลักความสงบเรียบร้อยขึ้นกล่าวอ้าง

## 5.2 ความหมายของกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (Mandatory rule)

เมื่อได้ทราบเหตุที่ต้องมีการกำหนดเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและหลักความสงบเรียบร้อยแล้ว ประเด็นต่อมาที่น่าสนใจคือ ในการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยคือกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหมายถึงอะไร

กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เป็นกฎหมายที่ต้องนำมาใช้บังคับกับทุกนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นภายในดินแดนของแต่ละรัฐเสมอ ลักษณะของกฎหมายประเภทนี้เป็นกฎหมายภายในทั่วไปของรัฐ การบังคับใช้กฎหมายนี้ใช้บังคับกับเรื่องที่เกี่ยวข้องเพื่อรักษาโครงสร้างทางด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมือง เช่น กฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร กฎหมายเกี่ยวกับเงินตรา กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมปริวรรตเงินตรา และกฎหมายแรงงาน เป็นต้น<sup>123</sup> ซึ่งกฎหมายเหล่านี้แม้จะเป็นกฎหมายสารบัญญัติทั่วไปแต่เป็นกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับโครงสร้างระบบงานของรัฐ หรือที่เรียกว่า “นโยบายพื้นฐาน” รัฐย่อมต้องกำกับดูแล ควบคุมเพื่อประโยชน์ของรัฐอย่างใกล้ชิด ดังนั้นรัฐจึงไม่ยินยอมให้คู่สัญญามีสิทธิเลือกกฎหมายเหล่านี้ได้ หรืออาจกล่าวได้ว่ากฎหมายที่คู่สัญญาเลือกจะมาขัดหรือแย้งหรือทำให้เสื่อมเสียต่อกฎหมายที่บังคับใช้ทันทีไม่ได้ ทำให้กฎหมายที่บังคับใช้ทันที มีลักษณะเป็น Jus Cogen อย่างหนึ่ง

ดังนั้นกล่าวได้ว่า กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เป็นกฎหมายมหาชน (Public Law) คือ เป็นกฎหมายที่ออกโดยรัฐเพื่อใช้บังคับกับทุกนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น จึงมีรูปแบบที่เคร่งครัด

<sup>123</sup> ชุมพร บัจจสานนท์, "กฎหมายที่บังคับใช้ทันที, หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย : ผลกระทบต่ออนุสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 16 ฉบับที่ 4 no. ธันวาคม 2529 (2529), หน้า 33

และต้องมีลักษณะเป็นการบังคับจะหลีกเลี่ยงมิได้ เป็นกฎหมายที่ไม่สามารถตกลงกันโดยคู่สัญญาให้เป็นอื่นไปได้<sup>124</sup>

กล่าวโดยสรุปคือ กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เป็นกฎหมายมหาชนภายในของแต่ละรัฐที่มีขึ้นเพื่อมุ่งป้องกันผลประโยชน์ของรัฐ (public interest) มีลักษณะเป็นบทบัญญัติเด็ดขาด ที่ไม่สามารถตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ อีกทั้งกฎหมายอื่นใดก็ไม่สามารถขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยได้ แม้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยจะเป็นกฎหมายมหาชนแต่ก็อาจจะมี ความเกี่ยวข้องมายังกฎหมายเอกชนได้เช่น ในมาตรา 151 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่ได้บัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ” เป็นต้น

อย่างไรก็ตามจากการศึกษาผู้เขียนพบว่าในการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนั้น ถูกแบ่งเป็น 3 ประเภท<sup>125</sup> ได้แก่

1. Mandatory rule กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยประเภทนี้ได้แก่ กฎหมายที่เป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาดของกฎหมายแพ่ง ซึ่งคู่สัญญาไม่อาจตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ถ้าสัญญาภายในรัฐ (Domestic Contract) ขัดหรือแย้งหรือทำให้เสื่อมเสียซึ่งกฎหมายพึงบังคับใช้ทันที สัญญานั้นตกเป็นโมฆะ (Void)

2. Protective Mandatory Rule เป็น Special Jus Cogen กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยชนิดนี้เป็นกฎหมายที่บังคับเด็ดขาดโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่า มักพบในกรณี สัญญาผู้บริโภค หรือสัญญาจ้างงาน ซึ่งกฎหมายพึงบังคับใช้ทันทีประเภทนี้พบทั้งในกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน

3. International Mandatory Rule<sup>126</sup> สำหรับคำนิยามของ กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยประเภทนี้ยังคงเป็นที่ถกเถียงของนักนิติศาสตร์ในการที่จะนิยามความหมาย แต่อาจอนุมานได้จากคำอธิบายลักษณะที่ปรากฏในการใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยประเภทนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่ปรากฏในมาตรา 9 Rome I Regulation 2008 ได้ว่า กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์สำคัญในการคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐ

<sup>124</sup> รุชนีกร ลาภณิษา, "กฎหมายพึงบังคับใช้ทันที," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 41 ฉบับที่ 2, no. มิ.ย.2555 (2555).

<sup>125</sup> Bonomi, A. "Mandatory rules in private international law- the quest for uniformity of decision in global environment"

<sup>126</sup> Simona Trávníčková, Limitations of Choice of Law Mandatory Rules and Internationally Mandatory Rules [online], 9 March 2017. Available from: <https://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/mezinaro/travnickova.pdf>



(public interest) ด้านการเมือง สังคม หรือเศรษฐกิจ หากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสิ่งที่รัฐต้องคุ้มครอง เหล่านี้กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยจะอยู่เหนือกฎหมายที่เลือกใช้บังคับแก่สัญญา แม้ปรากฏตามข้อเท็จจริงว่าสัญญานั้นเกี่ยวข้องกับองค์ประกอบของรัฐตั้งแต่หนึ่งรัฐขึ้นไป หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยอันมีลักษณะระหว่างประเทศ (international mandatory rules)

ประเด็นถัดมาคือกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่ปรากฏใน Rome I Regulation 2008 นั้นเป็นกฎหมายความสงบเรียบร้อยของรัฐใดบ้าง

จากการศึกษาพบว่าปรากฏเรื่องกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยใน Rome I Regulation 2008 ในมาตราต่าง ๆ ดังนี้

### 5.2.1 กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยตามมาตรา 3 (3) และมาตรา 3 (4)

มาตรา 3 (3) มีหลักว่า “กรณีที่เกิดภาวะเกี่ยวแห่งสัญญาขณะที่ทำสัญญาอยู่ที่รัฐอันมิใช่รัฐที่คู่สัญญาเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญา กฎหมายที่เลือกนั้นต้องไม่ขัดต่อกฎหมายที่ว่าด้วยบทบัญญัติอันมิอาจตกลงเป็นอื่นได้ของรัฐที่สัญญานั้นมีจุดเกาะเกี่ยว ”

มาตรา 3 (4) มีหลักว่า “กรณีที่องค์ประกอบแห่งสัญญามีจุดเกาะเกี่ยวกับรัฐสมาชิก EU ตั้งแต่ 1 รัฐ กฎหมายที่เลือกต้องไม่ขัดต่อกฎหมายของประชาคม (Community law) ด้วย”

จากกรณีหลักดังกล่าวข้างต้น พบว่า เป็นการกล่าวถึงกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่บัญญัติใน Rome Regulation 2008 ในมาตรา 3 (3) (Domestic mandatory rules) และมาตรา 3 (4) (Intra-EU mandatory rules) เพราะเหตุเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำจะพบคำว่า applicable law which cannot be derogated by any agreement ซึ่งทำให้เห็นว่า มาตราดังกล่าวเป็นมาตราที่เกี่ยวกับกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย อันเป็นกฎหมายซึ่งคู่สัญญาไม่อาจตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้

ทั้งนี้เพื่อความเข้าใจ ผู้เขียนได้ศึกษาจาก Rome Convention 1980 ในมาตรา 3 ซึ่งเมื่อพิจารณาจากตัวบท มาตรา 3 (3) ของ Rome Convention 1980 พบว่ามีการจำกัดเสรีภาพในการเลือกกฎหมายทำให้การเลือกกฎหมายนั้นไม่ได้มีความเสรี โดยเมื่อพิจารณาจากมาตรา 3 (3) ของ Rome Convention 1980<sup>127</sup> ในตัวบทตอนท้ายในฉบับภาษาอังกฤษเองก็ได้ปรากฏการใช้ถ้อยคำว่า

<sup>127</sup>ในขณะที่มาตรา 3 (3) Rome Convention 1980 วางหลักว่า “หากข้อเท็จจริงปรากฏว่ากรณีไม่มีองค์ประกอบของข้อเท็จจริงแสดงให้เห็นว่ามีองค์ประกอบของต่างประเทศ แต่คู่สัญญาเลือกกฎหมายต่างประเทศ ไม่ว่าจะตกลงกันให้ศาลต่างประเทศเป็นผู้พิจารณาคดีด้วยหรือไม่ กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกต้องไม่ทำให้เสื่อมเสียไปซึ่งกฎหมายของรัฐมีจุดเกาะเกี่ยวกับพฤติการณ์

กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย “Mandatory rules” ซึ่งไปตรงกับมาตรา 7 ที่ใช้คำว่า “Mandatory rules”<sup>128</sup>เช่นกัน

แต่หากพิจารณาฉบับภาษาฝรั่งเศสในมาตรา 3 (3) จะใช้คำว่า “dispositions impératives”<sup>129</sup> บทบัญญัติบังคับเด็ดขาด (ในขณะที่มาตรา 7 ในภาษาฝรั่งเศสจะใช้คำว่า “lois de police” กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยดังนั้นจึงทำให้ทราบว่า มีความแตกต่างระหว่าง Mandatory rules ในมาตรา 3 (3) กับมาตรา 7 Rome Convention 1980

สิ่งที่ทำให้ทราบได้ว่า Mandatory rules ตามมาตรา 3 (3) ต่างจาก Mandatory rules ตามมาตรา 7 คือหลักเกณฑ์การใช้ Mandatory rules ตามมาตรา 3 (3) จะใช้กับสัญญาที่เป็นสัญญาที่ขณะทำสัญญาคู่สัญญาอยู่ในรัฐเดียวกัน ซึ่งอาจทำให้เป็นสัญญาภายในรัฐ (domestic contract)<sup>130</sup> ก็ได้ ในขณะที่ Mandatory rules ในมาตรา 7 จะใช้ในกรณีที่สัญญามีองค์ประกอบต่างชาติ หรือเป็นสัญญาระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตามเมื่อได้พัฒนา Rome Convention 1980 มาเป็น Rome I Regulation 2008 ได้มีการแก้ไขมาตรา 3 (3) Rome convention 1980 โดยระบุใน recital ข้อที่ 12<sup>131</sup> เพื่อให้เป็นที่กระจ่างแน่ชัดว่าผู้บัญญัติกฎหมายมิได้มีความประสงค์ที่จะแก้ไขกฎหมายที่เป็นสาระสำคัญ ยิ่งไปกว่านั้นทั้งในมาตรา 3 และมาตรา 9 (เปลี่ยนจาก Rome Convention 1980 มาตรา 7 เป็น Rome I Regulation 2008 มาตรา 9) ก็ได้เอาคำว่า “Mandatory rules” ออกไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา 9 ได้เปลี่ยนไปใช้คำว่า “Overriding Mandatory Provision” แทนเพื่อให้เห็นความแตกต่างอย่างชัดเจน ในขณะที่มาตรา 3 (3) เอาคำว่า “Mandatory rules” ออกไป เปลี่ยนแปลง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

(The fact that the parties have chosen a foreign law, whether or not accompanied by the choice of a foreign tribunal, shall not, where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only, prejudice the application of rules of the law of that country' which cannot be derogated from by contract, hereinafter called 'mandatory rules.)

<sup>114</sup> Ragno, "Rome I Regulation Pocket Commentary." P.110

<sup>129</sup> Le choix par les parties d'uneloiétrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsqu'outous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées «dispositions impératives»

<sup>130</sup> ...where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only.

<sup>131</sup> An agreement between the parties to confer on one or more courts or tribunals of a Member State exclusive jurisdiction to determine disputes under the contract should be one of the factors to be taken into account in determining whether a choice of law has been clearly demonstrated.

ถ้อยคำในตัวบท แต่ยังคงเจตนาเดิมของมาตรา 3 (3) Rome Convention 1980 เรื่องกฎหมายที่เลือกจะไม่สามารถขัดแย้งต่อกฎหมายของรัฐที่ทำสัญญาได้

การที่มาตรา 3 (3) ของ Rome I Regulation 2008 ได้บัญญัติหลักจำกัดเสรีภาพในการเลือกกฎหมายของคู่สัญญาไว้โดยระบุว่า “ ในกรณีที่องค์ประกอบอื่น ๆ ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ในขณะที่เลือกกฎหมายอยู่ในประเทศอื่นที่มีใช้ประเทศที่กฎหมายที่เลือกบังคับใช้แก่สัญญานั้น กฎหมายที่เลือกต้องไม่กระทบต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยอันไม่สามารถตกลงเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้ของรัฐนั้น” (Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement.) จึงหมายความว่า หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่สัญญาเลือกกฎหมายต่างประเทศ กฎหมายที่เลือกนั้นจะต้องไม่เป็นการเสื่อมเสียต่อการใช้กฎหมายของกฎหมายของรัฐที่เป็นสถานที่ทำสัญญาและต้องไม่เป็นการเสื่อมเสียต่อกฎหมายที่สัญญานั้นมีองค์ประกอบอื่นเป็นจุดเกาะเกี่ยวเข้าไปเกี่ยวข้องด้วย ซึ่งเรียกว่า กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (Mandatory rule)” หรือกล่าวคือ แม้ว่าคู่สัญญาจะเลือกกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาแล้ว กฎหมายที่เลือกนั้นจะต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประเทศที่คู่สัญญานั้นได้ทำขึ้น

การวางหลักดังกล่าวยิ่งเป็นการเน้นจุดประสงค์ของบทบัญญัติมาตรานี้ คือเพื่อที่จะทำให้คู่สัญญาไม่สามารถหลีกเลี่ยงกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของรัฐที่มีองค์ประกอบเกี่ยวข้องกับสัญญา เช่นสถานที่ทำสัญญา โดยกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยจะถูกนำมาใช้เมื่อคู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายของรัฐที่ทำสัญญา และกรณีตามมาตรา 3 (3) ใช้กับกรณีสัญญาที่ไม่มีองค์ประกอบต่างประเทศ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เพื่อป้องกันการทำให้สัญญาภายใต้กฎหมายภายในกลายเป็นสัญญาระหว่างประเทศ แต่หากมีองค์ประกอบต่างประเทศแล้ว แม้ว่าจะมีใช้บังคับประกอบสำคัญก็ตามก็มีผลให้สัญญานั้นไม่อยู่ในบังคับแห่งมาตรา 3 (3) นี้ได้

เพื่อให้สามารถเข้าใจได้ชัดเจน ผู้เขียนขอยกตัวอย่างกรณีที่เกิดขึ้นและได้รับการตัดสินเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการเลือกกฎหมายภายใต้บังคับของมาตรา 3 (3) อันได้แก่คดี *The Kimino s*<sup>132</sup> ซึ่งข้อเท็จจริงของกรณีนี้พบว่าสัญญาเป็นสัญญาระหว่างเจ้าของเรือชาวกรีก กับผู้จัดการชาวกรีก เป็นสัญญาจ้างขนของจากกรีกไปท่าเรือที่อิตาลี โดยจ่ายเงินเป็นสกุลเงินกรีก แต่ใบตราส่งระบุว่าให้อยู่ภายใต้กฎหมายอังกฤษ คดีนี้ตัดสินโดยศาลอังกฤษและตัดสินภายใต้กฎหมายอังกฤษ โดยศาลพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวไม่อยู่ในบังคับแห่งมาตรา 3 (3) เพราะมีองค์ประกอบ

<sup>132</sup> Richard Plender., p.163.

ของสัญญาในส่วนสำคัญเกี่ยวข้องกับกฎหมายต่างประเทศ อันได้แก่สถานที่ปลายทางรับของที่อยู่ในอิตาลี เมื่อสัญญาเมืองค้ประกอบที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับต่างชาติ จึงเป็นสัญญาระหว่างประเทศและไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 3 (3)

นอกจากนี้มาตรา 3 (3) จะไม่ใช้ในกรณีที่เกิดการตามข้อเท็จจริงในเหตุการณ์ปรากฏว่าเมืองค้ประกอบเกี่ยวข้องกับรัฐสองรัฐซึ่งกฎหมายไม่มีความแตกต่างในด้านองค์ประกอบ (หมายความว่ากฎหมายของทั้งสองรัฐมีกฎหมายบังคับใช้ทันทีในเรื่องเดียวกันอยู่) แต่คู่สัญญากลับไปเลือกกฎหมายของรัฐอื่นซึ่งไม่มีจุดเกาะเกี่ยวกับเหตุการณ์เพื่อเลี่ยงกฎหมายบังคับใช้ทันทีนั้น กรณีนี้ศาลตัดสินว่าจะไม่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 3 (3) เช่น คดี the Gran Canaria Timeshare cases<sup>133</sup> คดีนี้มีข้อเท็จจริงโดยย่อดังนี้ โจทก์มีสัญชาติเยอรมันและมีที่อยู่ในเยอรมนี ซึ่งโจทก์ได้วางแผนพักร้อนที่สเปนและทำการจองที่พักโดยทำสัญญา Time-share contract อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ที่สเปนต่อมาทางผู้จองต้องการยกเลิกสัญญา โดยหลักแล้วสัญญานี้มีจุดเกาะเกี่ยวกับกฎหมายเยอรมันและกฎหมายสเปน แต่จากการตกลงกันตอนทำสัญญา คู่สัญญาคือ โจทก์กับจำเลยเลือกใช้กฎหมาย Isle of Man ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาผู้บริโภคว่า ผู้บริโภคไม่สามารถยกเลิกสัญญาได้ ศาลพิจารณาว่า คดีนี้สัญญาไม่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 3 (3) เนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับรัฐถึงสองรัฐ อันได้แก่ เยอรมนีและสเปน และยังปรากฏด้วยว่ากฎหมายของเยอรมนีและสเปนกฎหมายไม่มีความแตกต่างในด้านองค์ประกอบ อย่างไรก็ตามคดีดังกล่าวสามารถพิจารณาได้ตามมาตรา 3 (4) Rome I Regulation 2008

กรณีมาตรา 3 (4) เป็นกรณี Mandatory rule คล้ายกับกรณีมาตรา 3 (3) แต่จุดที่แตกต่างจากมาตรา 3 (3) ได้แก่เรื่ององค์ประกอบของคู่สัญญา โดยมาตรา 3 (4) ได้บัญญัติไว้ว่า “ในกรณีที่องค์ประกอบอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ ณ เวลาที่เลือกกฎหมายมีความเกี่ยวข้องกับรัฐสมาชิกตั้งแต่หนึ่งรัฐ หรือมากกว่า กฎหมายที่เลือกใช้บังคับแก่สัญญาต้องไม่กระทบต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายประชาคม (Community law) อันไม่สามารถตกลงเป็นอื่นได้ (กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย) ของรัฐที่ศาลที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีตั้งอยู่ ” (Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in one or more Member States, the parties' choice of applicable law other than that of a Member State shall not prejudice the application of provisions of Community law, where appropriate as implemented in the Member State of the forum, which cannot be derogated from by agreement.) ดังนั้นจะเห็นได้ว่า มาตรา 3 (4) เรื่ององค์ประกอบของคู่สัญญาครอบคลุมองค์ประกอบ

<sup>133</sup> Ibid., p.164.

ที่เป็นรัฐภาคีสมาชิกของสหภาพยุโรป โดยหากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นภาคีสมาชิกสหภาพยุโรป กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายของรัฐที่เป็นที่ตั้งศาลที่พิจารณาคดีด้วย<sup>134</sup>

จากหลักดังกล่าวจะเห็นว่ามีความคล้ายคลึงอย่างยิ่งกับมาตรา 9 (2) Rome I Regulation 2008 ซึ่งเป็นเรื่องของ International Mandatory Rule ในประเด็นข้อบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของรัฐที่เป็นที่ตั้งของศาลที่พิจารณาคดี อย่างไรก็ตามมาตรา 3 (4) กับมาตรา 9 (2) ก็มีความแตกต่างกันในเงื่อนไขที่จะนำมาใช้ โดยเงื่อนไขในการนำมาใช้ซึ่งมาตรา 3 (4)<sup>135</sup> ได้แก่

ประการที่หนึ่ง พฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องในเรื่องคู่สัญญา ต้องมีหนึ่งหรือมากกว่าที่เป็นสมาชิกภาคีสหภาพยุโรป แต่ในขณะเดียวกันถ้ามีความเกี่ยวข้องกับรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีสหภาพยุโรปเข้ามาเกี่ยวข้องจะไม่มีอยู่ในบังคับมาตรา 3 (4) นี้

ประการที่สอง ได้แก่เรื่อง บทบัญญัติของกฎหมายประชาคม (Community Law) ซึ่งหมายถึงกฎหมายอันมีที่มาจากสนธิสัญญาก่อตั้ง EU เป็นกฎหมายสูงสุด (The Supremacy Law of EU Treaty) ในรัฐภาคีสมาชิก กฎหมายภายในของรัฐภาคีสมาชิก จะมาอยู่เหนือกว่ากฎหมายอันมีที่มาจากสนธิสัญญา EU ไม่ได้ ดังนั้นเมื่อ กฎหมายชุมชนเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐภาคีสมาชิกที่บังคับใช้ในหมู่รัฐสมาชิก จึงทำให้มาตรานี้บังคับใช้โดยตรงกับรัฐที่เป็นภาคีสมาชิกสหภาพยุโรปเท่านั้น

กรณีการใช้มาตรา 3 (4) อีกประการคือ กรณีที่คู่สัญญาเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรปทั้งคู่ แต่เลือกกฎหมายของรัฐที่ไม่ได้เป็นสมาชิกภาคีสหภาพยุโรป เช่นกรณีของเยอรมนี-สเปนที่ได้กล่าวไปในข้างต้น เป็นต้น

## 5.2.2 กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยตามมาตรา 6 (2) และมาตรา 8 (1)

ในกรณีของมาตรา 6 (2) และมาตรา 8 (1) กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่พบเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่มีลักษณะเป็น Protective Mandatory Rule คือเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพในการเลือกกฎหมายของคู่สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่า

การจำกัดของเสรีภาพในการเลือกกฎหมายของสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะดังกล่าวยังถูกจำกัดโดยกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยอันมีลักษณะคุ้มครองคู่สัญญาที่ด้อยกว่า (protective mandatory rules) และผู้เขียนพบว่ากฎหมายบังคับใช้ที่อันมีลักษณะคุ้มครองคู่สัญญาที่ด้อยกว่าจะนำมาใช้ได้ ในข้อเท็จจริงที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ เช่น

<sup>134</sup> Ragno, "Rome I Regulation Pocket Commentary." P.115

<sup>135</sup> "Rome I Regulation Pocket Commentary."

การใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในการจำกัดเสรีภาพในการเลือกกฎหมายในสัญญาผู้บริโภค อยู่ในภายใต้ มาตรา 6 (2)<sup>136</sup> วางหลักไว้ว่า “โดยอาศัยหลักกฎหมายตามมาตรา 3 คู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาผู้บริโภคได้โดยต้องตอบสนองความต้องการตามมาตรา 6 (1) กฎหมายที่เลือกนั้นต้องไม่ลดทอนการคุ้มครองผู้บริโภคอันเป็นบัญญัติที่ไม่อาจตกลงกันโดยผลของข้อตกลงหรือโดยผลของกฎหมายให้เป็นอย่างอื่นได้ ในกรณีที่มีได้มีการเลือกกฎหมายกฎหมายที่นำมาบังคับใช้แก่สัญญาให้อยู่ภายใต้ มาตรา 6 (1)<sup>137</sup> ”

ผลของการจำกัดเสรีภาพในการเลือกกฎหมายในสัญญาผู้บริโภคตามกำหนดอยู่ในมาตรา 6 (2) ของ Rome I Regulation 2008 มีผลทำให้ผู้บริโภคได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายพึงบังคับใช้ทันที (protective mandatory rules) ภายใต้รัฐที่ผู้บริโภคนั้นมีถิ่นที่อยู่ประจำ (habitual residence) เมื่อผู้บริโภคนั้นทำสัญญาในรัฐของตนเองกับผู้ขาย (suppliers) หรือบริษัทที่จัดตั้งในต่างประเทศ

หลักการของการจำกัดการเลือกกฎหมายนี้เกิดขึ้นก็เพื่อคุ้มครองของคู่สัญญาที่ด้อยกว่าในสัญญา (weaker party) นั่นก็คือผู้บริโภค นักวิชาการหลายคนเห็นว่ากฎหมายพึงบังคับใช้ทันทีลักษณะนี้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ (internationally mandatory rules) ในขณะที่นักวิชาการอีกจำนวนหนึ่งเห็นว่า กฎหมายพึงบังคับใช้เหล่านี้มีลักษณะเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาด (jus cogens)

อย่างไรก็ตาม มาตรา 6 (2) นี้นำมาใช้เพียงแค่กรณีการคุ้มครองผู้บริโภคเท่านั้น หนึ่ง ในมาตรานี้มีการระบุถึงอย่างเฉพาะเจาะจงในเรื่องต่างๆ เช่น สิทธิในการยกเลิกสัญญา สิทธิที่จะให้ข้อมูลบางอย่าง ข้อกำหนดในการควบคุมข้อยกเว้น (controlling exemption clause) โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นการกระทำทางเอกชนหรือทางปกครองก็ตาม หรือในอีกนัยหนึ่งอาจกล่าวได้ว่าหากกฎเกณฑ์ที่คู่สัญญาเลือกนั้นให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคน้อยกว่ากฎเกณฑ์ของรัฐที่ผู้บริโภคนั้นมีถิ่นอยู่นั้นมีอยู่ กฎหมายพึงบังคับใช้ทันทีอันมีลักษณะคุ้มครองคู่สัญญาที่ด้อยกว่า (protective mandatory rules) จะนำมาบังคับใช้แทน แต่ในกรณีที่กฎเกณฑ์ที่คู่สัญญาเลือกนั้นให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคน้อยกว่ากฎเกณฑ์ของรัฐที่ผู้บริโภคนั้นมีถิ่นอยู่นั้นมีอยู่ ศาลจะต้องนำกฎเกณฑ์ที่ให้ความคุ้มครองดีกว่านำมาบังคับใช้กับสัญญา

<sup>136</sup>Notwithstanding paragraph 1, the parties may choose the law applicable to a contract which fulfils the requirements of paragraph 1, in accordance with Article 3. Such a choice may not, however, have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement by virtue of the law which, in the absence of choice, would have been applicable on the basis of paragraph 1.

<sup>137</sup> Garci.

การใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในการจำกัดเสรีภาพในการเลือกกฎหมายในสัญญาจ้างแรงงาน มาตรา 8(1)<sup>138</sup>

มาตรา 8 (1) เป็นการวางหลักจำกัดเสรีภาพของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาจ้างแรงงาน โดยบัญญัติดังนี้ “สัญญาจ้างแรงงานอยู่ภายใต้กฎหมายที่คู่กรณีเลือกตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 3 กฎหมายที่เลือกนั้นต้องไม่มีผลเป็นการลิดรอนการคุ้มครองแรงงานอันเป็นบทบัญญัติที่ไม่อาจตกลงกันโดยผลของข้อตกลงหรือโดยผลของกฎหมายให้เป็นอื่นได้ ในกรณีที่มีได้มีการเลือกกฎหมาย กฎหมายที่นำมาบังคับใช้แก่สัญญาให้อยู่ภายใต้ อนุมาตรา 2 อนุมาตรา 3 และอนุมาตรา 4 แห่งมาตรานี้”

จากบทบัญญัติดังกล่าว หมายความว่า การเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาจ้างแรงงานนั้น คู่สัญญาจะต้องไม่เลือกกฎหมายที่มีผลเป็นการกีดกันลูกจ้างจากการคุ้มครองที่เขาหรือเธอได้รับภายใต้กฎหมายบังคับใช้ทันที

จากที่กล่าวข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า เหตุผลที่มีการจำกัดเสรีภาพในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาจ้างแรงงานนี้ก็เพื่อคุ้มครองลูกจ้าง และเพื่อเป็นการป้องกันนายจ้างที่หลีกเลี่ยงกฎหมายบังคับใช้ทันทีอันมีลักษณะคุ้มครองคู่สัญญาที่ด้อยกว่า (protective mandatory rules) ที่มีผลบังคับใช้ในประเทศนั้นๆ หลักกฎหมายตามมาตรา 8 (1) มีผลให้สัญญาจะถูกบังคับใช้โดยกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ลูกจ้างมากกว่า

ทั้งนี้อาจมีคำถามเกิดขึ้นว่าบทบัญญัติข้อนี้มีความครอบคลุมมากน้อยเพียงใด และครอบคลุมไปถึงเรื่องใดบ้าง จากการศึกษาพบว่าในรายงานของ Guiliano - Lagarde มีคำอธิบายว่า กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (Mandatory rule) ที่คู่สัญญาไม่อาจทำให้เสื่อมเสียได้เรื่องของการคุ้มครองแรงงานนั้น ไม่ได้ประกอบไปด้วยแค่เพียงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น แต่บทบัญญัตินี้ยังครอบคลุมไปถึงความปลอดภัยในการทำงาน (Industrial safety) และ สุขลักษณะในการทำงาน (Hygiene) ซึ่งขอบเขตเช่นนี้ได้รับการรับรองในรัฐภาคีสมาชิกหลายรัฐว่าเป็นกฎหมายมหาชน<sup>139</sup>

กล่าวได้ว่าหากพิจารณาจากคำอธิบายข้างต้น กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในเรื่องของการคุ้มครองแรงงานจะมีขอบเขตรวมไปถึงเรื่องบทบัญญัติในเรื่องชั่วโมงการทำงาน อัตรา

<sup>138</sup>An individual employment contract shall be governed by the law chosen by the parties in accordance with Article 3. Such a choice of law may not, however, have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement under the law that, in the absence of choice, would have been applicable pursuant to paragraphs 2, 3 and 4 of this Article.

<sup>139</sup> Mario Guiliano.

ค่าแรงขั้นต่ำ กฎเกณฑ์ในเรื่องความปลอดภัยในที่ทำงาน สิทธิในการรวมตัวกันหยุดงาน เงินชดเชยจากการจ้างให้ออกงานโดยไม่เป็นธรรมด้วย

### 5.2.3 กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยตามมาตรา 9<sup>140</sup>

ใน Rome I Regulation 2008 กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่ปรากฏในมาตรา 9 Rome I Regulation 2008 พัฒนามาจากมาตรา 7 Rome Convention 1980 ในขณะที่เป็นมาตรา 7 Rome Convention 1980 ลักษณะของกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยดังกล่าวก่อให้เกิดความคลุมเครือว่าเป็น Mandatory Rule หรือเป็น International Mandatory rule ซึ่งเมื่อพัฒนามาเป็น Rome I Regulation 2008 คณะกรรมาธิการผู้เสนอร่างกฎหมายได้เห็นความสำคัญของประเด็นความคลุมเครือดังกล่าวจึงได้แก้ไขถ้อยคำบางส่วนในมาตรา 9 และชื่อบทบัญญัติ โดยเปลี่ยนจาก Mandatory rule เป็น Overriding mandatory provision เพื่อให้สามารถแยกความแตกต่างออกจากกันได้อย่างชัดเจน นอกจากนี้ยังได้แก้ไขบางส่วนในบทบัญญัติมาตรา 9<sup>141</sup>

โดยในมาตรา 9 ได้บัญญัติว่า

“1. บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยอันมีอาจล่วงละเมิดได้ (Overriding mandatory provision) คือบทบัญญัติที่มีความสำคัญมากในการคุ้มครองปกป้องผลประโยชน์ของรัฐ (public interest) ทั้งในด้าน การเมือง สังคม หรือเศรษฐกิจ เรื่องที่มีขอบเขตที่การคุ้มครองเหล่านี้จะไม่อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายอื่นที่บังคับใช้กับสัญญาภายใต้ Rome I Regulation 2008

<sup>140</sup>Article 9 Overriding mandatory provisions

1. Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organization, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope. Irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation.

2. Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum.

3. Effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed. in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.

<sup>141</sup> Anasz.



2. ไม่มีสิ่งใดใน Rome I Regulation 2008 สามารถจำกัดการใช้บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย (override mandatory provision) ของกฎหมายของรัฐที่ตั้งศาลที่พิจารณาคดีอยู่ได้

3. ผลของปฏิบัติการตามสัญญา ต้องพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของกฎหมายของรัฐที่เป็นสถานที่ปฏิบัติการชำระหนี้ด้วย หากการปฏิบัติการตามสัญญานั้น อาจมีกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของกฎหมายของรัฐที่เป็นสถานที่ปฏิบัติการชำระหนี้ กำหนดว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมาย ในการพิจารณาว่าจะมีผลต่อบทบัญญัติเหล่านั้นหรือไม่ก็ตามให้คำนึงถึงลักษณะและวัตถุประสงค์และผลที่ตามมาของกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาหรือกรณีไม่มีกฎหมายบังคับใช้แก่สัญญา”

กล่าวได้ว่ากฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ตามมาตรา 9<sup>142</sup> แบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

#### 5.2.3.1 กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของรัฐที่เป็นที่ตั้งของศาลที่พิจารณาคดี ตามมาตรา 9 (2)

วางหลักว่าไม่มีกฎหมายใดสามารถขัดต่อกฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันทีของกฎหมายของรัฐอันเป็นที่ตั้งของศาลที่พิจารณาคดีได้

เป็นกรณีที่ให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลยพินิจที่จะปฏิเสธ การนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้ ทั้งๆ ที่หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายบัญญัติให้นำเอากฎหมายต่างประเทศนั้นๆ มาใช้ก็ตาม โดยศาลจะต้องพิจารณาตาม กฎหมายซึ่งเป็นกฎหมายภายในของรัฐ ที่ทำการพิจารณาพิพากษาคดี (loi du fori) ที่มุ่งป้องกันโครงสร้างทางเศรษฐกิจ สังคมของรัฐ กฎหมายประเภทนี้ ถือว่าเป็น กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (la loi d'application immediate) โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายก่อน เพราะถึงอย่างไรก็ย่อมต้องใช้กฎหมายประเภทนี้บังคับอยู่แล้ว ทั้งๆ ที่นิติสัมพันธ์มีองค์ประกอบต่างชาติ

<sup>142</sup> Martin Schmidt-Kessel, "Rome I Regulation Pocket Commentary," in *Overriding Mandatory Provisions*, ed. Francesco Ragno (Munich: Sellier european law publisher, 2015).

### 5.2.3.2 กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของรัฐที่เป็นสถานที่ปฏิบัติตามสัญญา ตามมาตรา 9 (3)

เป็นกรณีที่ศาลย่อมสามารถปฏิเสธ การนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้ ทั้งๆ ที่คู่สัญญาตกลงกันให้นำเอากฎหมายต่างประเทศนั้นๆ มาใช้ก็ตาม โดให้ศาลอ้าง กฎหมายบังคับใช้ทันที ซึ่งอาจมิใช่กฎหมายภายในของรัฐที่ทำการพิจารณาพิพากษาคดี (loi du fori) แต่เป็นกฎหมายของรัฐที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับสัญญา ซึ่งตามบทบัญญัติแห่ง Rome I Regulation 2008 มาตรา 9 (3) กำหนดให้เป็นบทบัญญัติกฎหมายที่บังคับใช้ทันทีของรัฐที่เป็นสถานที่ปฏิบัติตามสัญญาตามมาตรา โดยมาจากแนวความคิดว่า รัฐทุกรัฐย่อมมีกฎหมายที่มีจุดประสงค์มุ่งป้องกันโครงสร้างทางเศรษฐกิจ สังคมของรัฐ ดังนั้นเมื่อไปปฏิบัติตามสัญญาในรัฐใด การปฏิบัติตามสัญญานั้นควรอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับใช้ทันทีของรัฐที่เป็นสถานที่ปฏิบัติตามสัญญาตามด้วย ทั้งๆ ที่นิติสัมพันธ์มีองค์ประกอบต่างชาติ

จากข้างต้นกล่าวโดยสรุปเกี่ยวกับ กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของรัฐได้ดังนี้ กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่บัญญัติไว้ใน Rome I Regulation 2008 ได้แก่

#### 1. Overriding Mandatory provision (มาตรา 9)

อันได้แก่ กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแห่งรัฐอันเป็นที่ตั้งของศาลที่พิจารณาคดี มาตรา 9 (2) -> ละเมิดจะทำให้สัญญานั้นกลายเป็นสัญญาที่เป็นโมฆะ หรือเป็นโมฆียะ

กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแห่งรัฐอันเป็นสถานที่ปฏิบัติตามสัญญา มาตรา 9 (3) -> ละเมิดจะเป็นสัญญาที่ผิดกฎหมาย

2. กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยตามมาตรา 3 (3) อันได้แก่ กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของรัฐที่สัญญานั้นมีจุดเกาะเกี่ยวอยู่ แม้คู่สัญญามีได้เลือกกฎหมายนั้นใช้บังคับแก่สัญญา (The applicable law which the parties choose other than the law of the country which the elements relevant cannot be derogated by the agreement on the provision of the law of the country which the elements relevant.)<sup>143</sup> มาตรา 3 (3) -> การละเมิดจะทำให้กฎหมายนั้นไม่สามารถนำมาใช้บังคับแก่สัญญาได้ ดังนั้นถือว่าไม่ได้เลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญา (เหมือนกรณีตกลงข้อสัญญาขัดต่อกฎหมายที่ไม่สามารถตกลงเป็นอื่นได้ => กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย มาตรา 151 ประมวลกฎหมายแพ่งของไทย)

<sup>143</sup> Trávnícková.

3. กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยตามมาตรา 3 (4) อันได้แก่ กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสหภาพยุโรป ทั้งนี้การพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสหภาพยุโรปมาใช้ ต้องเป็นกรณีที่เกิดเหตุเกี่ยวแห่งสัญญานั้นเกี่ยวกับรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปด้วย
4. กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยตามมาตรา 6 (2) ซึ่งเป็นเรื่องของสัญญาผู้บริโภคนั้น กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่อยู่ในมาตรานี้ ได้แก่
  - 4.1 กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของรัฐที่คู่สัญญาเลือกกฎหมายนั้นบังคับแก่สัญญา
  - 4.2 กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของรัฐที่ผู้บริโภคมิถิ่นที่อยู่ประจำ
5. กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยตามมาตรา 8 (1) ซึ่งเป็นเรื่องสัญญาจ้างงาน ดังนั้นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยตามมาตรา 8 นี้ ได้แก่
  - 5.1 กฎหมายคุ้มครองแรงงานของรัฐซึ่งลูกจ้างมีถิ่นที่อยู่ประจำจากการไปปฏิบัติงานตามสัญญา
  - 5.2 กฎหมายคุ้มครองแรงงานของรัฐซึ่งเป็นที่ตั้งของบริษัทหรือสำนักงานที่ลูกจ้างสังกัดตามสัญญา
  - 5.3 กฎหมายคุ้มครองแรงงานของรัฐที่มีจุดเกาะเกี่ยวอื่นนอกเหนือจากการเป็นสถานที่ปฏิบัติงานตามสัญญา หรือ การที่เป็นที่ตั้งของบริษัทหรือสำนักงานของลูกจ้าง
- 5.2.4 ผลของการใช้บังคับกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา<sup>144</sup>

แม้ว่าการแก้ไขปัญหาวาดด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในกรณีสัญญาระหว่างประเทศ จะนิยมใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาเป็นจุดเกาะเกี่ยวสำคัญในการหาและยอมรับกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญา

อย่างไรก็ตามการที่คู่สัญญาเลือกกฎหมายได้นั้น มิได้หมายความว่าศาลที่ทำการพิจารณาคดีจะต้องนำกฎหมายที่คู่กรณีเลือกมาใช้เสมอไป ผลของการที่กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย

1. ศาลอาจพิจารณาปฏิเสธไม่บังคับใช้ตามกฎหมายที่คู่กรณีเลือกได้ ถ้าข้อเท็จจริงที่ได้รับจากการพิจารณานั้น พบว่ากฎหมายที่คู่สัญญาเลือกขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของรัฐที่เป็นที่ตั้งของศาลในการพิจารณาคดี

2. หากเป็นกรณี กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของรัฐอันเป็นสถานที่ปฏิบัติการตามสัญญา อาจก่อให้เกิดการกระทำตามสัญญานั้นเป็นเรื่องผิดกฎหมายได้ ศาลอาจสั่งให้กรณีสัญญานั้นเป็นตกเป็นโมฆะหรือเป็นโมฆียะได้

<sup>144</sup> Schmidt-Kessel.

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยแม้จะเป็นกฎหมายภายในของรัฐ แต่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยอาจอยู่เหนือความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาได้ เนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยนั้น เป็นกฎหมายที่มุ่งป้องกันโครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐ การที่ศาลจะพิจารณานำกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยมาใช้ นั้น ศาลไม่จำเป็นต้องให้คู่สัญญากล่าวอ้างเรื่องความสงบเรียบร้อยก็ได้<sup>145</sup>

### 5.3 หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy) ตามมาตรา 21<sup>146</sup>

นอกจากการจำกัดเสรีภาพของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายจะถูกควบคุมด้วยกฎหมายที่บังคับใช้ทันทีแล้ว อีกสิ่งหนึ่งที่เป็นเครื่องมือในการนำมาใช้จำกัดเสรีภาพของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายบังคับใช้แก่สัญญาได้แก่ หลัก “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ซึ่งใน Rome I Regulation 2008 ได้ปรากฏหลักดังกล่าวโดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 21 ดังนี้ “กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกบังคับใช้แก่สัญญาไม่ว่าจะเป็นกฎหมายของรัฐใดก็ตามนั้น อาจถูกปฏิเสธโดยศาลได้หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของรัฐอันเป็นที่ตั้งแห่งศาลที่ทำการพิจารณาคดีนั้น” (The application of a provision of the law of any country specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (ordre public) of the forum.)”

จากหลักกฎหมายที่บัญญัติไว้ดังกล่าว ผู้เขียนพบว่ามีประเด็นที่น่าพิจารณาดังนี้

#### 5.3.1 ความหมายของหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน

สำหรับประเด็นเรื่องลักษณะของหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน ผู้เขียนพบว่ามีประเด็นที่สามารถย่อยออกมากศึกษาได้ดังนี้

1. หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน หมายถึงอะไร และ
2. ศาลถือเอาหลักใดมาเป็นเกณฑ์พิจารณาว่า กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน

<sup>145</sup> ปัจจุบันนท์, "กฎหมายที่บังคับใช้ทันที, หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย : ผลกระทบต่ออนุสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล." หน้า 23

<sup>146</sup> Sebastian Omlor, "Rome I Regulation Pocket Commentary " in *Public Policy of the Forum*, ed. Francesco Ragno (Munich: Sellier european law publishers, 2015).

### 5.3.1.1. ความหมายของหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน

หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (หรือ Public Policy ในภาษาอังกฤษ หรือ L'ordre public ในภาษาฝรั่งเศส) เป็นเจตนารมณ์ ความปรารถนา หรือนโยบายของรัฐที่จะให้เกิดขึ้นในบ้านเมืองตลอดเวลา ถ้าหากมีปัญหาใด เรื่องใด ที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้ว รัฐจะต้องเข้าปกป้องคุ้มครองดูแลทันที แสดงให้เห็นว่า สิ่งใดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้ว เป็นเรื่องสำคัญยิ่ง

นอกจากนี้คุณสมบัติเฉพาะประการหนึ่ง ที่น่าสนใจของหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนประการหนึ่งคือ สามารถเปลี่ยนแปลงไปได้ตามกาลสมัย ความเจริญเปลี่ยนแปลงของบ้านเมือง แนวความคิดเห็นของประชาชน เหตุการณ์บ้านเมือง รัฐประศาสนโนบาย และปัจจัยอื่น ๆ อีกหลายประการและยังแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ หรือกล่าวได้ว่า ประเด็นอันถือว่าเป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนในสมัยหนึ่ง ต่อมาอาจไม่ถือว่าเป็นประเด็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนต่อไปแล้ว หรือ ประเด็นอันถือว่าเป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนในประเทศหนึ่งแต่ไม่อาจถือว่าเป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนในอีกประเทศหนึ่งก็ได้ อาจกล่าวได้ว่า หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนสะท้อนสภาพภูมิทัศน์ขั้นพื้นฐานของประเทศแต่ละประเทศไม่ว่าจะเป็นเรื่องเศรษฐศาสตร์ กฎหมาย ศิลธรรม การเมือง ศาสนา หรือสังคมนั่นเอง

สำหรับแนวคิดเรื่องหลักความสงบเรียบร้อยในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล หมายถึง มาตรการสำหรับยกเลิกไม่นำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้ ทั้ง ๆ ที่กฎหมายนั้นได้ถูกเลือกหรือได้รับอำนาจในการนำมาใช้บังคับนิติสัมพันธ์นั้น ๆ โดยศาลที่ทำการตัดสินคดีจะเป็นผู้พิจารณาเองว่า กฎหมายต่างประเทศนั้นขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือไม่ และการยกเลิกไม่นำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้โดยอ้างความสงบเรียบร้อยนี้ก็เป็นกลไกอย่างหนึ่งของการใช้หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย<sup>147</sup>

ดังนั้นกล่าวได้ว่า การนำหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนมาใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศ คือวิธีการการไม่รับเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้หากว่าไม่สอดคล้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออีกนัยคือ เป็นการที่อนุญาตให้ศาลปฏิเสธที่จะนำเอา

<sup>144</sup> ปัจจุบันนท์, "กฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที,หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย : ผลกระทบต่ออนุสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล." หน้า 32

กฎหมายต่างประเทศที่คู่สัญญาได้เลือกกฎหมายเพื่อบังคับใช้แก่สัญญาตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนานั้นเอง

สำหรับมาตรา 21 ของ Rome I Regulation 2008 นี้ผู้เขียนเห็นว่า สิ่งที่ปรากฏอยู่ในมาตรานี้เป็นเรื่องของ “หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน” อันเป็นเรื่องการใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการปฏิเสธการยอมรับการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายบังคับใช้แก่สัญญา เป็นวิธีการปฏิเสธการนำเอากฎหมายต่างประเทศมาบังคับใช้<sup>148</sup>

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาผู้เขียนพบว่าระหว่างมาตรา 9 (2) กับมาตรา 21 มีความสัมพันธ์กันอยู่ โดยปรากฏใน recital ที่ 37<sup>149</sup> ดังนี้ “การพิจารณาผลประโยชน์ของประชาชน อาจเป็นเหตุให้ศาลของประเทศสมาชิกใช้ข้อยกเว้นตามหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนและกฎหมายเกี่ยวกับความสงบของรัฐอันเป็นที่ตั้งของศาลที่พิจารณาคดีได้” (จาก recital ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ทั้งหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนและกฎหมายบังคับใช้ทันที มีสิ่งที่ใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาร่วมกันคือ เรื่องของ ผลประโยชน์ของประชาชน และเป็นอำนาจของศาลที่จะใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า มาตรา 21 เป็นส่วนย่อยของมาตรา 9 (2)<sup>150</sup>

ยิ่งไปกว่านั้น จาก recital ดังกล่าวยังทำให้เกิดความกระจ่างชัดในลักษณะของหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน ว่าเป็นเรื่องของ ‘Exceptional circumstance’ หรือเป็นพฤติการณ์ที่เป็นการยกเว้น’ ซึ่งยืนยันว่า Public order ในมาตรา 21 เป็นเรื่องของหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนมิใช่เรื่องกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนอีกด้วย

### 5.3.1.2 รัฐที่ศาลนำมาพิจารณาว่าการนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับเป็นการขัดต่อหลักความสงบของประชาชน

ประเด็นต่อมาคือ *หลักที่ศาลนำมาพิจารณาว่าการนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับเป็นการขัดต่อหลักความสงบของประชาชนคือรัฐใด* หากพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 21 แห่ง Rome I Regulation 2008 จะพบว่าตอนท้ายได้บัญญัติไว้ว่า “...ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายของรัฐใดก็ตามนั้น อาจถูกปฏิเสธโดยศาลได้หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของรัฐอันเป็นที่ตั้งแห่งศาลที่ทำการพิจารณาคดีนั้น” ซึ่งเมื่อพิจารณาจะเห็นได้ชัดว่า เป็นอำนาจของ

<sup>148</sup> Ibid., หน้า 33

<sup>149</sup> Considerations of public interest justify giving the courts of the Member States the possibility, in exceptional circumstances, of applying exceptions based on public policy and overriding mandatory provisions. The concept of ‘overriding mandatory provisions’ should be distinguished from the expression ‘provisions which cannot be derogated from by agreement’ and should be construed more restrictively

<sup>150</sup> Omlor., p. 489.

ศาลที่พิจารณาคดีที่จะพิจารณาวินิจฉัยว่า กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกนั้น ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนของรัฐที่เป็นที่ตั้งศาลที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีหรือไม่

การที่ศาลจะพิจารณาว่าขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่นั้น ได้มีการกล่าวถึงสิ่งที่ศาลใช้เป็นหลักในการพิจารณาใน recital ที่ 37 โดยระบุว่า ให้พิจารณาจาก “Public Interest” หรือผลประโยชน์ของประชาชน

ดังนั้นอะไรบางอย่างที่เป็นผลประโยชน์ของประชาชนอันศาลจะนำมาพิจารณา ขั้นแรกจึงต้องทำความเข้าใจก่อนว่า ผลประโยชน์ของประชาชน หรือ ผลประโยชน์ของสาธารณะหมายความว่าอย่างไร จากการศึกษาพบว่า ประโยชน์ของประชาชน หรือประโยชน์สาธารณะ หมายถึงประโยชน์รวมของคนส่วนใหญ่ และเป็นเรื่องที่มีหน้าที่ต้องคุ้มครอง

ดังนั้นเนื่องจากหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นหลักที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติ หรือประชาชนโดยรวมจึงต้องห้ามมิให้มีการฝ่าฝืน แม้ว่ากฎหมายนั้นจะไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง ศาลก็สามารถหยิบยกขึ้นพิจารณาได้เองแม้ไม่มีคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างขึ้นก็ตาม

และเพื่อให้ศาลมีโอกาสใช้ดุลพินิจได้มากอันจะทำให้การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนบรรลุผล จึงไม่มีการกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบไว้แน่ชัด ปล่อยให้ศาลมีดุลพินิจในการวินิจฉัยเป็นรายกรณีๆ ไปเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่ความ<sup>151</sup>

### 5.3.2 ผลของการใช้บังคับหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา

หากพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 21 แห่ง Rome I Regulation 2008 จะพบว่าตอนท้ายได้บัญญัติไว้ว่า “...ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายของรัฐใดก็ตาม อาจถูกปฏิเสธได้หากขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนของกฎหมายแห่งรัฐอันเป็นที่ตั้งของศาลซึ่งพิจารณาคดี” ซึ่งเมื่อพิจารณาจะเห็นได้ชัดว่าผลของการใช้บังคับหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนามีผลเป็นการปฏิเสธการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา เพราะแม้ว่าคู่สัญญาจะตกลงร่วมกันเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญา แต่หากกฎหมายที่นำมาบังคับใช้กับสัญญานั้นขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนของรัฐที่เป็นที่ตั้งศาลที่

<sup>151</sup> พิชัยศักดิ์ ทรายงกูร, "เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 2-20," in หลักความสงบเรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดีของประชาชน (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช), หน้า 2-20

พิจารณาคดี ศาลสามารถยกเรื่องการขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นมาอ้างได้  
เองและปฏิเสธที่จะใช้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือก





## บทที่ 6

ข้อวิจารณ์การเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศภายใต้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการ  
ขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

หลักการเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศในกฎหมายขัดกันของไทยได้ปรากฏอยู่ใน  
มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ซึ่งได้วางหลักไว้ดังนี้

“มาตรา 13 ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่ง  
สัญญานั้นให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม้อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้  
ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่ง  
คู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น

ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทางถิ่นที่ถือว่าสัญญานั้นได้เกิด  
เป็นสัญญาขึ้นคือถิ่นที่คำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอถ้าไม้อาจหยั่งทราบถิ่นที่วานั้นได้ ก็ให้ใช้  
กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญานั้น

สัญญาย่อมไม่เป็นโมฆะ ถ้าได้ทำถูกต้องตามแบบอันกำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่ผล  
แห่งสัญญานั้น”

จากการพิจารณาตัวบทมาตราดังกล่าวผู้เขียนพบว่าในวรรค 1 ถึง วรรค 3 กล่าวถึงเพียงแต่  
ขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายมาตราดังกล่าว และกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาระหว่างประเทศ  
อันได้แก่

- (1) กฎหมายตามเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาแสดงเจตนาชัดแจ้ง
- (2) กฎหมายตามเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาแสดงเจตนาโดยปริยาย
- (3) กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันของคู่สัญญา กรณีถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน และ  
คู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายไว้
- (4) กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน และคู่สัญญา  
ไม่ได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายไว้
- (5) กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญานั้น ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติเดียวกันและ  
คู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่มีผลต่อสัญญาเอาไว้ และไม่อาจหยั่งทราบถิ่น  
ที่สัญญานั้นได้ทำ

หลักดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ากฎหมายขัดกันของไทยยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในการที่คู่สัญญาจะตกลงกันเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาระหว่างประเทศ และนำเอาหลักการดังกล่าวมาใช้ในการแก้ไขปัญหากรณีว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในกรณีสัญญาระหว่างประเทศ พร้อมกันนั้นมาตราดังกล่าวยังได้วางหลักการพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาไว้ แต่อย่างไรก็ตาม แม้หลักการเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศของไทยจะมีปรากฏอยู่ในมาตรา 13 พระราชบัญญัติดังกล่าวก็ตาม แต่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 นั้นได้ถูกใช้มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2481 จนถึงปัจจุบันซึ่งเป็นเวลากว่าเจ็ดทศวรรษ ดังนั้น เมื่อกาลเวลาเปลี่ยนแปลงสภาพเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมย่อมมีการเปลี่ยนแปลง การบังคับใช้กฎหมายที่มีมายาวนานและมีเคยแก้ไขปรับปรุงจึงอาจก่อให้เกิดประเด็นปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายกับบุคคลที่ย่เปลี่ยนแปลงไปแล้วได้ เช่น มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ซึ่งภายหลังจากที่ผู้เขียนทำการศึกษาพบว่ามีประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่น่าสนใจดังนี้

#### 6.1 ปัญหาการเลือกกฎหมาย

โดยผลของมาตรา 13 แห่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 นี้ สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญาตามสัญญาระหว่างประเทศย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งตามลำดับดังต่อไปนี้<sup>152</sup>

(1) กฎหมายตามเจตนาของคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาแสดงเจตนาชัดแจ้งหรือปริยายเลือกกฎหมายไว้ ก็ให้ใช้กฎหมายตามเจตนาของคู่สัญญา

ตัวอย่าง คู่สัญญาตกลงใช้กฎหมายไทยบังคับแก่สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับได้แก่ กฎหมายไทย

(2) กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันของคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน และคู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่มีผลต่อสัญญาเอาไว้ ก็ให้ใช้กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันของคู่สัญญานั้น

<sup>152</sup> สราวุธ ปิตียาคัตติ, "เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ หน่วยที่ 12-17," in กฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศและกฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช).

ตัวอย่าง คู่สัญญาที่มีสัญชาติไทย กฎหมายที่นำมาใช้บังคับแก่สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ ได้แก่กฎหมายไทย แต่ถ้าคู่สัญญาทั้งคู่มีสัญชาติออสเตรเลีย กฎหมายที่นำมาใช้บังคับ ได้แก่ กฎหมายออสเตรเลีย

(3) กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน และคู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่มีผลต่อสัญญาไว้ ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น

ตัวอย่าง คู่สัญญาซึ่งมีสัญชาติต่างกัน ทำสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศในประเทศไทย กฎหมายที่นำมาใช้บังคับแก่สัญญาซื้อขายสินค้านี้ ได้แก่ กฎหมายไทย

(4) กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญานั้น ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติเดียวกันและคู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่มีผลต่อสัญญาเอาไว้ และไม่อาจหยั่งทราบถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญานั้น

ตัวอย่าง คู่สัญญาที่มีสัญชาติต่างกันทำสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศในที่ใดไม่ปรากฏ แต่ตกลงส่งมอบสินค้าที่ประเทศไทย กฎหมายที่นำมาใช้บังคับแก่สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศนี้ ได้แก่ กฎหมายไทย

จากคำอธิบายข้างต้น ผู้เขียนพบว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ให้ความสำคัญกับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมาย โดยกำหนดให้ต้องพิจารณาว่า ในสัญญาระหว่างประเทศที่ทำนั้นคู่สัญญาได้มีการตกลงเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาก่อนหรือไม่ ถ้ามีกฎหมายที่บังคับใช้แก่สัญญาก็ คือกฎหมายที่คู่สัญญาตกลงเลือก แต่หากกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงเลือกจึงจะใช้กฎหมายต่าง ๆ ตามที่กำหนดใน มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงการยอมรับกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกโดยชัดแจ้งและโดยปริยายที่ปรากฏในพระราชบัญญัตินี้ดังต่อไปนี้

### 6.1.1 การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายโดยชัดแจ้ง

โดยปกติการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง หมายถึง การที่บุคคลได้แสดงให้เห็นปรากฏออกมาโดยตรงว่าตนมีเจตนาอย่างไร ซึ่งอาจทำโดยการพูดหรือเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้<sup>153</sup> เช่นเดียวกับการตกลงเลือกกฎหมายของคู่สัญญาในสัญญาระหว่างประเทศตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนี้ที่บัญญัติว่า “...ในกรณีที่ไมอาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้” อันหมายถึง ศาลมีความจำเป็นที่จะต้องค้นหาว่า คู่สัญญาได้มีการเลือกกฎหมาย

<sup>153</sup> หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้ที่หนึ่ง (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 47-48

ที่จะใช้บังคับแก่สัญญาหรือไม่ ซึ่งการเลือกโดยปริยาย ได้แก่การตกลงกันไม่ว่าจะเป็นโดยวาจาหรือตกลงกันโดยกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรในสัญญาก็ได้

โดยปกติการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งย่อมไม่มีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณามากนักกว่าจะใช้กฎหมายใดบังคับแก่สัญญา เพราะคู่สัญญาย่อมมีการตกลงกันและแสดงออกมาชัดเจน เช่นระบุเป็นข้อตกลงในสัญญาเป็นต้น แต่หากเป็นกรณีการรับช่วงสิทธิในสัญญาที่มีการตกลงกันเลือกกฎหมาย จะเกิดประเด็นว่าหากคู่กรณีตามสัญญามีใช้คู่สัญญาเดิมที่ตกลงกันเลือกกฎหมาย จะถือว่ากฎหมายที่ตกลงกันไว้ในสัญญาระหว่างคู่สัญญาเดิมเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาหรือไม่

ทั้งนี้ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ศาลได้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวว่าในคำพิพากษาฎีกาที่ 2768/2532 ซึ่งมีข้อเท็จจริงแห่งคดีดังนี้

โจทก์เป็นนิติบุคคลจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัด ที่รัฐนิวแฮมเซี่ย ประเทศสหรัฐอเมริกา มีสาขาในประเทศไทย ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการประกันภัย จำเลยทั้งสองเป็นนิติบุคคล ตามกฎหมายแห่งประเทศไทย เข้าหุ้นประกอบพาณิชย์กิจ ใช้ชื่อว่า สายเดินเรือเมอส์ก มีสาขาทั่วโลก รวมทั้งสาขาในประเทศไทย จำเลย ได้สั่งซื้อสินค้า จำพวกอะไหล่รถแทรกเตอร์ จากบริษัทเอ็กซ์-สเป็ค องค์กร ประเทศ สหรัฐอเมริกา ผู้ขายได้ส่งมอบสินค้าสองรายการให้ตัวแทนของจำเลย รับขนจากประเทศสหรัฐอเมริกามายังประเทศไทยและเพื่อประกัน ความเสียหายของสินค้าดังกล่าว ผู้ซื้อได้เอาประกันภัยสินค้าไว้กับ โจทก์เป็นเงิน 190,000 เหรียญสหรัฐ สำหรับสินค้าที่สั่งซื้อ ในเดือนมีนาคม และเป็นเงิน 155,660 เหรียญสหรัฐ สำหรับสินค้าที่ สั่งซื้อในเดือนกรกฎาคมดังกล่าว เมื่อสินค้าทั้งสองรายการมาถึง ท่าเรือกรุงเทพ ปรากฏว่า มีสินค้าขาดหายไปในขณะที่สินค้าได้รับการขนส่งโดยเรือของจำเลยและก่อนส่งมอบ สินค้าแก่ผู้รับใบตราส่ง ผู้สั่งซื้อได้ทวงถามให้จำเลยใช้ค่าเสียหายจำเลยไม่ชำระ จึงมาเรียกร้องโจทก์ใช้ค่าเสียหาย โจทก์ได้ใช้เงินให้แก่ผู้สั่งซื้อ คิดเป็นเงินไทยรวมทั้งสิ้น 288,159.04 บาท และเข้ารับช่วงสิทธิในการเรียกร้องเอาค่าเสียหาย ต่อจำเลยในจำนวนเงินดังกล่าว โจทก์ทวงถามจำเลยแล้ว จำเลยทั้งสอง ไม่ชำระโจทก์จึงนำคดีมาฟ้อง

จำเลยทั้งสองให้การว่า ผู้ส่งสินค้ามีสัญชาติอเมริกัน จำเลยมีสัญชาติเดนมาร์ก ทำสัญญากันในต่างประเทศจึงต้องใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐว่าด้วย การขนส่งทางทะเล ค.ศ. 1936 บังคับ

และในใบตราส่งที่ทำขึ้น ข้อ 5 ได้ระบุให้นำกฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางทะเล ของสหรัฐใช้บังคับ

คดีนี้เกี่ยวข้องกับไทยในฐานะที่เป็นสถานที่เกิดเหตุเนื่องจากสินค้าที่ขนส่ง ได้มาถึงท่าเรือกรุงเทพมหานครของการท่าเรือแห่งประเทศไทย ซึ่งเป็น ตำบลที่กำหนดให้ส่งและบริษัทอินเตอร์เนชั่นแนล เอ็นจิเนียริง จำกัด ผู้รับตราส่งได้เรียกให้ส่งมอบแล้ว แต่ปรากฏว่ากล่องสินค้า แตกและสินค้าบางส่วนสูญหายไป ทั้งผู้ซื้อและจำเลยทั้งสองผู้ขนส่ง ก็เป็นนิติบุคคลที่มีสาขาในประเทศไทย มูลคดีจึงเกิดขึ้นในประเทศไทย ต้องบังคับกันตามกฎหมายแห่งประเทศไทยดังนั้นศาลไทยจึงมีอำนาจ

ในการพิจารณาคดี แต่กระนั้นเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่ากรณีเป็นการผิดสัญญาโดยโจทก์เป็นผู้รับช่วงสิทธิตามใบตราส่งซึ่งใบตราส่งนั้นเป็นสัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศจึงต้องพิจารณาโดยมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย และในสัญญาหรือใบตราส่งนั้นได้กำหนดในข้อ 5 ให้ใช้กฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางทะเล ของสหรัฐ ดังนั้นกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่สัญญาจึงได้แก่กฎหมายกฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางทะเล ของสหรัฐ

กรณีนี้เป็นกรณีที่ในสัญญาระหว่างประเทศได้ระบุกฎหมายที่คู่กรณีเลือกไว้ แม้ว่าต่อมาคู่กรณีที่เกิดขึ้นมิใช่คู่กรณีที่เป็นผู้ทำสัญญาแต่เป็นผู้รับช่วงสิทธิตามสัญญาก็ถือว่ากฎหมายที่ได้ระบุไว้ในสัญญาเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งที่คู่สัญญาตกลงกันเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาอันมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกำหนดให้ใช้กฎหมายเช่นว่าบังคับแก่สัญญา

#### 6.1.2 การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายโดยปริยาย

การแสดงเจตนาโดยปริยายหมายถึง การที่บุคคลได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่ว่าบุคคลผู้กระทำนั้นจะมีจุดประสงค์อย่างไรแต่จากการกระทำนั้นเป็นที่เข้าใจได้โดยอาศัยเหตุผลอันสมควรว่าบุคคลผู้นั้นได้แสดงเจตนาออกมาแล้ว<sup>154</sup> เช่น การชำระหนี้ตามโมฆียะกรรมทั้งหมดหรือบางส่วน ถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาโดยปริยายให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรมนั้นแล้ว ซึ่งปรากฏในหลักกฎหมายมาตรา 180<sup>155</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายได้ยอมรับหลักการเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาโดยการแสดงเจตนาโดยปริยาย โดยบัญญัติว่า “...ในกรณีที่ไม้อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้” อย่างไรก็ตามจะเห็นว่าบทบัญญัติ มิได้กล่าวถึงเกณฑ์การ

<sup>154</sup> Ibid. หน้า 47-48

<sup>155</sup> มาตรา 180 ภายหลังเวลาอันพึงให้สัตยาบันได้ตามมาตรา 179 ถ้ามีพฤติการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้เกิดขึ้นเกี่ยวกับโมฆียะกรรมโดยการกระทำของบุคคลซึ่งมีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมตามมาตรา 175 ถ้ามิได้สงวนสิทธิไว้แจ้งชัดประการใดให้ถือว่าเป็นการให้สัตยาบัน

- (1) ได้ปฏิบัติชำระหนี้แล้วทั้งหมดหรือแต่บางส่วน
- (2) ได้มีการเรียกให้ชำระหนี้แล้ว
- (3) ได้มีการแปลงหนี้ใหม่
- (4) ได้มีการให้ประกันเพื่อหนี้
- (5) ได้มีการโอนสิทธิหรือความรับผิดชอบทั้งหมดหรือแต่บางส่วน
- (6) ได้มีการกระทำอย่างอื่นอันแสดงได้ว่าเป็นการให้สัตยาบัน

พิจารณาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญา จึงก่อให้เกิดประเด็นว่าศาลจะต้องพิจารณาจากสิ่งใดว่าคู่สัญญาได้มีการแสดงเจตนาไว้

จากการศึกษาพบว่า ในทางปฏิบัติ ศาลไทยได้ใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาเจตนาโดยปริยายโดยอ้างอิงจากเกณฑ์การพิจารณาข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ของคู่สัญญา ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาดังต่อไปนี้ที่วินิจฉัยการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายโดยปริยายโดยวิเคราะห์จากพฤติการณ์แห่งคดี ได้แก่

คดีตามคำพิพากษาฎีกาที่ 15066/2555 คดีนี้มีข้อเท็จจริงดังนี้ กรณีเป็นคดีที่เกิดขึ้นตามสัญญาประนีประนอมยอมความ โดยโจทก์และจำเลยได้ทำสัญญาประนีประนอมยอมความต่อศาลครอบครัวแห่งรัฐนิวยอร์ก เขตปกครองเรนเซลาเออร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีคำพิพากษาว่าจำเลยเป็นบิดาของเด็กชาย อ. บุตรผู้เยาว์ และให้จำเลยจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กชาย อ. เป็นรายเดือนแก่โจทก์ รวมถึงค่าใช้จ่ายอื่นๆ ให้เป็นไปตามสัญญา ต่อมาจำเลยกลับมาประเทศไทยโดยไม่ปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความแล้วโจทก์มายื่นฟ้องจำเลยต่อศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ในคดีนี้ศาลวินิจฉัยว่าในข้อเท็จจริงปรากฏในสัญญาประนีประนอมยอมความในข้อ 6 แห่งสัญญาระบุว่า สัญญานี้จะผูกพัน โจทก์จำเลยและบุตรผู้เยาว์ให้เป็นไปตามมาตรา 516 ของกฎหมายศาลครอบครัว ย่อมเห็นเจตนาของโจทก์จำเลยซึ่งเป็นคู่กรณีว่าประสงค์จะให้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาบังคับ จากกรณีดังกล่าวพบว่า ศาลได้วินิจฉัยตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย โดยพิจารณาว่าการผิดสัญญาของจำเลยเป็นการผิดสัญญาประนีประนอมยอมความ ซึ่งแม้สัญญานั้นจะมีได้กระทำขึ้นในประเทศไทย แต่เมื่อมีระบุไว้ในข้อสัญญาว่าอยู่ภายใต้กฎหมายศาลครอบครัว ซึ่งในขณะที่ทำสัญญานั้นได้ทำขึ้นที่รัฐนิวยอร์ก เขตปกครองเรนเซลาเออร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่ากฎหมายครอบครัวที่หมายถึงยอมความถึงกฎหมายครอบครัวของรัฐที่ทำสัญญาขึ้นนั้น จึงแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาตกลงยอมรับให้บังคับตามกฎหมายนิวยอร์ก กรณีนี้เป็นการพิจารณาโดยวิเคราะห์จากพฤติการณ์และบริบทแห่งคดี ว่าเจตนาของคู่สัญญาเป็นเช่นไร ซึ่งถือเป็นการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายบังคับแก่สัญญาโดยปริยายแบบหนึ่ง

จากที่กล่าวมาในข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าในกรณีปัญหาการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายนั้น ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไม่ปรากฏว่าพบปัญหาแต่ประการใด เนื่องจาก จากพระราชบัญญัตินี้ผู้เขียนพบว่ากฎหมายไทยยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายบังคับแก่สัญญาทั้งกฎหมายที่เลือกโดยเจตนาชัดแจ้งและโดยปริยาย

### 6.1.3 เสรีภาพในการเลือกกฎหมาย

นอกจากประเด็นเรื่องของการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายดังที่ได้กล่าวข้างต้นแล้วจากการศึกษาผู้เขียนยังพบว่าในบทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายยังมีได้กล่าวถึงเสรีภาพในการเลือกกฎหมายอย่างชัดเจนเท่าใดนัก ผู้เขียนพบว่าในวรรค 1 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว กล่าวถึงแต่เพียงการยอมรับให้สัญญาอยู่ในบังคับที่คู่สัญญาเลือกทั้งการเลือกโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย แต่มิได้กล่าวถึงว่า กฎหมายที่เลือกนั้นคู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายได้โดยเสรีเพียงใด สามารถเลือกกฎหมายที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวกับสัญญาได้หรือไม่ หากเลือกแล้วต่อมาจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายได้หรือไม่ และจะสามารถเลือกใช้กฎหมายบังคับแก่สัญญาทั้งหมดหรือบางส่วนได้หรือไม่ ซึ่งจากประเด็นดังกล่าวผู้เขียนได้ทำการศึกษาประเด็นเสรีภาพในการเลือกกฎหมายดังนี้

#### ก) การเลือกกฎหมายโดยไม่มีจุดเกาะเกี่ยว

การที่พระราชบัญญัตินี้มิได้บัญญัติไว้ว่าสามารถเลือกกฎหมายที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวได้หรือไม่จึงทำให้เกิดปัญหาเรื่อง ความไม่ชัดเจนว่าคู่สัญญามีสิทธิที่จะตกลงกันเลือกกฎหมายโดยไม่มีจุดเกาะเกี่ยวหรือไม่

กรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีที่ กฎหมายนี้ไม่ได้บัญญัติชัดเจนเปิดกว้างไว้นั้นเพื่อให้สามารถหยิบยกเป็นช่องว่างทางกฎหมาย และให้อำนาจศาลในการพิจารณาใช้มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ในการอุดช่องว่างทางกฎหมาย โดยใช้กฎหมายขัดกันของต่างประเทศมาเทียบเคียงเพื่อให้สามารถยอมรับการเลือกกฎหมายโดยไม่มีจุดเกาะเกี่ยวได้ มากกว่าการที่พระราชบัญญัตินี้มิได้บัญญัติให้ชัดเจนเพื่อหมายความได้ว่า มิต้องการให้มีการเลือกกฎหมายโดยไม่มีจุดเกาะเกี่ยว

นอกจากนี้จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า ในช่วงเวลาที่มีการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 นั้น แนวคิดในการจัดทำพระราชบัญญัตินี้มีแนวคิดว่า ในขณะที่ตำราต่างประเทศไม่ยอมให้มีอำนาจเด็ดขาดในการเลือกกฎหมาย โดยอ้างว่าจะต้องมีกฎหมายประเทศใดประเทศหนึ่งซึ่งใช้บังคับกับสัญญาเป็นผู้นำกำหนดขอบเขตว่าคู่กรณีจะเลือกกฎหมายประเทศใดได้บ้าง และบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งคู่กรณีเลือกให้ใช้บังคับนี้ต้องไม่ขัดกับบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับของกฎหมายซึ่งต้องใช้บังคับแก่สัญญานั้น ผู้ร่างกฎหมายไทยกลับมิได้ยอมรับหลักกฎหมายดังกล่าว และให้เสรีแก่คู่กรณีที่จะเลือกกฎหมายต่างประเทศต่าง ๆ ได้เต็มที่แล้วแต่จะเห็นว่ากฎหมาย

ต่างประเทศใดจะเหมาะสมแก่ประโยชน์ของตน<sup>156</sup> จากแนวคิดดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นว่า มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้เปิดเสรีให้คู่สัญญาเลือกกฎหมายได้โดยเสรีแม้ว่ากฎหมายนั้นจะไม่มีจุดเกาะเกี่ยวกับสัญญาก็ตามกระนั้นก็สามารถเลือกได้หากคู่สัญญาพิจารณาแล้วว่ากฎหมายที่เลือกนั้นยังประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาสูงสุด

ข) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เลือกภายหลังสัญญาเกิด

ประเด็นเรื่องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่คู่สัญญาเลือก ในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้บัญญัติเรื่องการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่คู่สัญญาเลือก จึงเกิดประเด็นว่าหากคู่สัญญาเลือก

กฎหมายแล้วต่อมากฎหมายนั้นถูกยกเลิกจะต้องใช้กฎหมายใดบังคับแก่สัญญา หรือหากตกลงเลือกกฎหมายแล้วต่อมากฎหมายต้องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เลือก มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัตินี้จะเปิดช่องให้ทำได้หรือไม่จากประเด็นดังกล่าวผู้เขียนขอกล่าวเป็น 2 กรณีดังนี้

1. กรณีที่คู่สัญญาเลือกกฎหมายต่อมามีการยกเลิกกฎหมายที่คู่สัญญาเลือก

การยกเลิกกฎหมายเกิดได้จากกรณีแยกได้เป็น 4 กรณี คือ

- (1) การยกเลิกกฎหมายโดยตรง หมายถึง บทบัญญัติในกฎหมายฉบับนั้นเอง หรือในกฎหมายฉบับใหม่ระบุไม่ให้ใช้กฎหมายเก่านั้นอีกต่อไปโดยชัดแจ้ง
- (2) การยกเลิกกฎหมายโดยปริยาย หมายถึง กรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติชัดแจ้งระบุให้ยกเลิก แต่เป็นที่เห็นได้จากกฎหมายฉบับใหม่ว่าจะต้องยกเลิกกฎหมายเก่าไปในตัวด้วย
- (3) การยกเลิกกฎหมายโดยองค์กรที่มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ และ
- (4) การยกเลิกกฎหมายโดยผลแห่งคำพิพากษาของศาล

ส่วนใหญ่ที่พบในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายคือกรณีการยกเลิกกฎหมายโดยปริยาย โดยการที่กฎหมายเดิมถูกยกเลิกโดยกฎหมายใหม่ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัตินี้มิได้บัญญัติในมาตราดังกล่าว จึงเกิดเป็นประเด็นว่าหากเกิดกรณีต้องเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกโดยกฎหมายเดิมถูกยกเลิกโดยกฎหมายใหม่จะต้องพิจารณาอย่างไร

จากประเด็นดังกล่าวพบว่า ในกฎหมายไทยกรณีการยกเลิกกฎหมายเดิมโดยกฎหมายใหม่ ในกฎหมายใหม่ก็มีการกล่าวถึงผลที่มีต่อสัญญาหรือนิติกรรมต่าง ๆ ที่ทำก่อนมีการตรากฎหมายใหม่ เช่น พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 ในบท

<sup>156</sup> หยุด แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย (หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบายว่าด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา) (สำนักพิมพ์ : โรงพิมพ์สยามพาณิชย์การ, 2484). หน้า 262.



เฉพาะกาล มาตรา ๑๘ บัญญัติว่า “บทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ไม่กระทบกระเทือนถึงสัญญาที่ได้ทำไว้ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ เว้นแต่กรณีที่พระราชบัญญัตินี้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

ดังนั้น โดยหลักแล้ว บทบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมในกฎหมายใหม่นี้จะไม่ย้อนหลังไปใช้บังคับกับสัญญา คำประกันหรือสัญญาจ้างงที่ได้ทำไว้ก่อนวันที่ ๑๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๘ เว้นแต่จะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นและในบทเฉพาะกาล มาตรา ๑๙ - ๒๓ ๔ ได้กำหนดให้นำบางเรื่องไปใช้บังคับได้แม้เป็นสัญญา คำประกันหรือสัญญาจ้างงที่ทำไว้ก่อนวันที่ ๑๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๘

จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวแสดงให้เห็นได้ว่า แม้โดยปกติหลักของกฎหมายไทยจะมีหลักว่ากฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเดิม แต่หากในกฎหมายใหม่ระบุว่าให้เป็นไปตามกฎหมายเดิม หากเป็นสัญญาที่ทำก่อนมีการยกเลิกกฎหมาย สัญญานั้นก็ยังคงอยู่ในบังคับแห่งกฎหมายเดิมที่เลือกนั้น เว้นแต่สัญญานั้นจะเข้าหลักยกเว้นที่ได้กำหนดในกฎหมายใหม่ให้อยู่ในบังคับของกฎหมายใหม่ สัญญานั้นก็จะตกอยู่ภายใต้กฎหมายใหม่นั้นซึ่งถือเป็นการแก้ไขกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไปโดยปริยาย

## 2. กรณีคู่สัญญาตกลงเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เลือกภายหลังการเกิดสัญญา

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและเกิดขึ้นอยู่เสมอ ซึ่งการตกลงกันแก้ไข และการตกลงเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาจะมีพื้นฐานมาจากความยินยอมพร้อมใจของทั้งสองฝ่าย อันมีรากฐานมาจากแนวคิดเรื่องอิสระในทางแพ่ง และหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา การที่คู่สัญญาตกลงเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เลือกภายหลังการเกิดสัญญาก็เช่นกัน เมื่อการเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาถูกตกลงเป็นข้อตกลงในสัญญาแล้ว การเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายที่ตกลงก็คือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญา

ด้วยเหตุดังกล่าว ประเด็นการเปลี่ยนแปลงสัญญาในกรณีคู่สัญญาตกลงเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เลือกจึงเป็นการที่คู่สัญญาใช้หลักอิสระทางแพ่งและหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาที่จะตกลงกันทำนิติกรรมใด ๆ อันมุ่งก่อให้เกิดการ ก่อ ระบุ รับ สงวน เปลี่ยนแปลง โอน ซึ่งสิทธิ ซึ่งเป็นการดังกล่าวได้รับการรับรองโดยกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลักทั่วไปทั้งตามกฎหมายภายในและเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปสากล

ดังนั้นเมื่อการตกลงนั้นไม่เป็นการขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย การตกลงดังกล่าวย่อมสามารถกระทำได้ ดังเช่นที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 151 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>157</sup> อันหมายความว่าแม้กฎหมายจะไม่ได้บัญญัติไว้ แต่หากการนั้นไม่ขัดต่อกฎหมาย อันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็สามารถทำได้ และมีผลรับรองตามกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่าเมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายภายในของไทยแล้ว

<sup>157</sup> มาตรา 151 การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมาย อันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ

แม้ในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายจะมีได้ระบุเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ว่าคู่สัญญาสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกได้แต่โดยหลักแล้ว การตกลงแก้ไขข้อสัญญาในทางแพ่งสามารถกระทำได้ หากข้อสัญญาที่ตกลงนั้นไม่ขัดต่อกฎหมาย อันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่สัญญาจึงสามารถตกลงแก้ไข เปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เลือกได้แม้ว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้ว

#### ง) การแยกส่วนของสัญญา (depacage)

โดยปกติแล้วสัญญาไม่ว่าจะเป็นสัญญาทั่วไปหรือสัญญาที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศก็สามารถแยกส่วนของสัญญาออกเป็นลักษณะต่าง ๆ เช่น เรื่องการชำระหนี้ การผิดสัญญา การเรียกค่าเสียหาย เป็นต้น<sup>158</sup>

เมื่อสัญญาสามารถแยกส่วนได้ จึงเกิดประเด็นว่าหากจะเลือกกฎหมายไปใช้บังคับในแต่ละส่วนของสัญญา คู่สัญญาจะสามารถตกลงกันเพื่อเลือกกฎหมายไปใช้บังคับแก่ส่วนต่าง ๆ ของสัญญาได้หรือไม่ ประเด็นนี้ในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมิได้มีบัญญัติไว้แต่ประการใด อันทำให้เกิดช่องว่างในทางกฎหมายอย่างหนึ่ง

เหตุที่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมิได้มีบัญญัติในเรื่องของการแยกส่วนของสัญญาไว้เนื่องจาก ในสมัยที่มีการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนั้น การแยกส่วนของสัญญายังถือเป็นเรื่องค่อนข้างใหม่สำหรับวงการวิชาการในประเทศไทย อีกทั้งโดยภาพรวมในประเทศไทย นักนิติศาสตร์ไม่ค่อยให้ความสำคัญในกฎหมายขัดกันเท่าไรนัก<sup>159</sup> ซึ่งต่างกับต่างประเทศที่ประเด็นการแยกส่วนของสัญญาได้มีการศึกษาอย่างจริงจัง และสามารถแบ่งแนวในการยอมรับหลักการแยกส่วนของสัญญาได้เป็น 2 แนว<sup>160</sup> อันได้แก่

1. ประเทศที่กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลยอมรับหลักเกณฑ์ของการแยกส่วนของสัญญา ได้แก่ ประเทศเยอรมนี ฮังการี เนเธอร์แลนด์ นอร์เวย์ สวิตเซอร์แลนด์ ยูโกสลาเวีย ฝรั่งเศสและอังกฤษ
2. ประเทศที่กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ไม่ยอมรับว่าคู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมาย ได้มากกว่าหนึ่งประเทศเพื่อที่จะใช้บังคับกับสัญญาหนึ่งฉบับ ได้แก่ กลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย และโปแลนด์

<sup>158</sup> ปิวาวัฒน์พาณิชย์, หน้า 253

<sup>159</sup> Ibid. หน้า 254

<sup>160</sup> Ibid. หน้า 253-254

อย่างไรก็ตามในปัจจุบันนี้การแยกส่วนของสัญญาเป็นที่รู้จักและยอมรับมากขึ้น โดยเฉพาะเมื่อปรากฏว่าในต่างประเทศได้ยอมรับการแยกส่วนของสัญญา โดยคู่สัญญาสามารถตกลงกันแยกส่วนต่าง ๆ ของสัญญาและตกลงเลือกกฎหมายใช้บังคับแต่ละส่วนของสัญญาได้ดังเช่นที่ปรากฏในมาตรา 3 (1) Rome I Regulation 2008 อีกทั้งยังยอมรับให้ศาลมีอำนาจแยกส่วนของสัญญาและกำหนดกฎหมายหลายระบบเพื่อใช้บังคับกับส่วนของสัญญา หรือประเด็นต่าง ๆ ของข้อเท็จจริงอันเดียวกันนั้น อันเป็นการใช้การแยกส่วนของสัญญาเพื่อให้เป็นวิธีการเลี่ยงผลที่ไม่พึงประสงค์ของคำพิพากษาอีกด้วย เช่นหากไม่แยกส่วนของสัญญาออกอาจมีผลให้สัญญาดังกล่าวไม่สมบูรณ์หรือเป็นโมฆะได้ ซึ่งหากพิจารณาแล้วการแยกส่วนของสัญญาเพื่อเลี่ยงการทำให้สัญญาทั้งฉบับตกเป็นสัญญาที่ไม่สมบูรณ์หรือเป็นโมฆะนั้น หลักการดังกล่าวปรากฏในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 173 ที่บัญญัติว่า “มาตรา 173 ถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมเป็นโมฆะ นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น เว้นแต่จะพึงสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า คู่กรณีเจตนาจะให้ส่วนที่ไม่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้” จากหลักดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ากฎหมายภายในของไทยยอมรับหลักการแยกส่วนของสัญญามาอย่างยาวนานแล้ว แต่ในทางกลับกัน ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของไทยกลับไม่ได้มีกฎหมายใดบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในเรื่องของการแยกส่วนของสัญญา จึงอาจถือได้ว่าเป็นช่องว่างของกฎหมายขัดกันของไทย

การอุดช่องว่างในกฎหมายการขัดกันของไทยนั้น ได้มีบัญญัติในมาตรา 3 ดังนี้ “เมื่อใดไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยามที่จะยกมาปรับกับกรณีขัดกันแห่งกฎหมายได้ ให้ใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” ซึ่งเหตุผลในการตรามาตรานี้ ในคำอธิบายของอาจารย์หยุด แสงอุทัยได้กล่าวว่า “การที่ผู้ร่างบัญญัติไว้เช่นนี้ เนื่องจาก ผู้ร่างพระราชบัญญัติยอมรับว่า อาจมีกรณีอื่นซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมิได้มีบัญญัติไว้ก็ได้ และการที่ไม่มีบทบัญญัติสำหรับกรณีนี้อาจเป็นโดยผู้ร่างไม่ทันคิดถึงกรณีเช่นว่านี้ก็ได้ หรือคิดถึงกรณีเช่นว่านั้นแล้ว แต่ยังไม่เห็นว่าไม่ควรจะวางบทบัญญัติให้ตายตัวก็ได้”<sup>161</sup>

ข้อดีของการที่ผู้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้บัญญัติกฎหมายให้ตายตัว มีข้อดีในดังนี้

1. เป็นการป้องกันมิให้กฎหมายที่บัญญัตินั้นมีความผิดพลาด ซึ่งจะทำให้ต้องแก้ไขกฎหมายใหม่
2. ทำให้ศาลมีโอกาสในการใช้ดุลยพินิจและสามารถแสวงหาการแก้ไขปัญหาให้เหมาะสมแก่รูปคดีได้ เป็นต้น

<sup>161</sup> แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย (หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบายว่าด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา), 2484 หน้า 165.

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาเรื่องการแยกส่วนของสัญญากับการตกลงเลือกกฎหมายใช้บังคับกับส่วนต่าง ๆ ของสัญญา อันมิได้มีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย อันเป็นช่องว่างของกฎหมายขัดกันที่สามารถนำมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมาตรา 3 มาปรับใช้โดยให้พิเคราะห์ตามหลักเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากพิจารณาโดยอาศัยมาตรา 3 ดังกล่าวแล้วการตกลงแยกส่วนของสัญญาและเลือกกฎหมายไปบังคับกับส่วนต่าง ๆ ของสัญญาสามารถทำได้ เนื่องจากหลักการยอมรับการแยกส่วนของสัญญาในปัจจุบันนี้ได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไปสากลจนเป็นหลักทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ตามที่มาตรา 3 บัญญัติให้นำมาใช้ในกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมายขัดกันของไทย

จากที่กล่าวมาทั้งหมดในข้างต้น จะเห็นได้ว่าการบัญญัติมาตรา 13 วรรค 1 บัญญัติเรื่องการยอมรับหลักการเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญา แต่กระนั้นเมื่อพิจารณาตามสภาพสังคมปัจจุบันพบว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเกิดความไม่ชัดเจนอยู่มากจนก่อให้เกิดประเด็นต่างตามมาเช่น เรื่องช่องว่างของกฎหมายในเสรีภาพของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายที่ได้กล่าวมาในข้าง ซึ่งผู้เขียนจะขอเสนอแนวทางในการแก้ปัญหาในบทต่อไป

## 6.2 ปัญหากรณีการไม่เลือกกฎหมาย

นอกจากการยอมรับกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไปบังคับแก่สัญญา ในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ใน วรรค 1 และวรรค 2 ยังปรากฏเรื่องการแก้ไขปัญหากรณีที่คู่สัญญามีได้เลือกกฎหมาย ซึ่งจากการศึกษาผู้เขียนพบประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับปัญหาการไม่เลือกกฎหมายในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายดังนี้

มาตรา 13 วรรค 1 และวรรค 2 บัญญัติว่า “...ในกรณีที่ไม้อาจยังทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น”

และวรรค 2 บัญญัติว่า “ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทางถิ่นที่ถือว่าสัญญานั้นได้เกิดเป็นสัญญาขึ้นคือถิ่นที่คำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอถ้าไม้อาจยังทราบถิ่นที่วานั้นได้ ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญานั้น”

จากบทบัญญัติข้างต้น พบว่า ในกรณีที่ไม้อาจทราบเจตนาในการเลือกกฎหมายทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย กำหนดให้ใช้กฎหมายดังนี้

- 1.กรณีคู่สัญญามีสัญชาติเดียวกัน ให้ใช้กฎหมายสัญชาติ
- 2.กรณีคู่สัญญาไม่ได้มีสัญชาติเดียวกัน ให้ใช้กฎหมายของถิ่นที่ทำสัญญา
- 3.กรณีที่คู่สัญญาไม่ได้มีสัญชาติเดียวกัน และไม่อาจทราบได้ว่าถิ่นที่ทำสัญญาคือที่ใด ให้ใช้กฎหมายของสถานที่ที่ปฏิบัติตามสัญญา

จากหลักกฎหมายดังกล่าว ผู้เขียนสังเกตว่า กฎหมายขัดกันของไทยให้น้ำหนักในการพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวเรื่องสัญชาติเป็นสำคัญ โดยให้เริ่มพิจารณาจากหลักสัญชาติของคู่สัญญา จากนั้นจึงพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวเรื่องสถานที่ โดยให้ความสำคัญกับสถานที่เกิดสัญญา หรือถิ่นที่ทำสัญญา ท้ายสุดจึงพิจารณาเรื่องสถานที่ในการปฏิบัติตามสัญญา

การใช้จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวในการพิจารณากฎหมายที่จะบังคับใช้แก่สัญญาเป็นการใช้จุดเกาะเกี่ยวที่ไม่ยืดหยุ่น<sup>162</sup> (Rigid rules) อันหมายถึงการกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวที่มีลักษณะแน่นอนตายตัวเป็นจุดเกาะเกี่ยวลำดับรองในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงเลือกกฎหมาย ซึ่งแต่ก่อนประเทศอิตาลีก็เคยกำหนดการใช้จุดเกาะเกี่ยวเช่นว่า ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ปี ค.ศ. 1876 และ 1942 แต่ในปัจจุบันได้ยกเลิกไปแล้วเนื่องจากได้มีการใช้กฎหมาย Rome I Regulation 2008 มาตรา 4 แทน ซึ่งในมาตรา 4 ของ Rome I Regulation 2008 นั้นได้ใช้หลักการจำแนกประเภทของสัญญาเพื่อหาจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดอย่างยิ่ง (the most closely connected) ที่เหมาะสมในแต่ละชนิดของสัญญา อันมาจากแนวคิดที่ว่าสัญญาแต่สัญญาย่อมมีผู้ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาที่มีหน้าที่ยิ่งไปกว่าอีกฝ่ายหนึ่งดังนั้นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาจึงควรบังคับโดยสอดคล้องกับฝ่ายที่มีหน้าที่ยิ่งกว่าในการปฏิบัติตามสัญญา (characteristic performance theory)

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งมาตรา 13 วรรค 1 และ วรรค 2 ดังกล่าว พบว่าจากมาตรานี้มีประเด็นว่าแม้จะดูว่าครอบคลุมการแก้ไขปัญหาการไม่เลือกกฎหมาย แต่กลับเป็นการสร้างภาระการพิสูจน์แก่คู่ความในการนำสืบ ในการที่คู่ความจะต้องมาพิสูจน์แก่ศาลว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาประเภทใด จุดเกาะเกี่ยวแห่งสัญญานั้นมีอะไรบ้าง และกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาตามจุดเกาะเกี่ยวเช่นว่านั้นคืออะไร เป็นต้น

นอกจากนี้ การที่มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกำหนดให้สัญญาอยู่ภายใต้บังคับแห่งจุดเกาะเกี่ยวข้างต้น ยังทำให้เกิดปัญหาอื่น ๆ ได้เช่น

1. จุดเกาะเกี่ยวที่ไม่ยืดหยุ่นอาจสร้างความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาตามกฎหมาย หากกฎหมายที่บังคับใช้แก่สัญญานั้นมีบทบัญญัติที่ทำให้คู่สัญญาต้องเสียสิทธิบางประการ หรือ

<sup>162</sup> ปิวาวัฒน์พาณิชย์. หน้า 256

ความสามารถในการเข้าทำสัญญา อาทิเช่น การใช้จุดเกาะเกี่ยวเรื่องสัญญาของคู่สัญญาในกรณีที่ คู่สัญญา มีสัญญาติดต่อกัน

ในมาตรา 13 วรรค หนึ่ง กรณีใช้หลักเกาะเกี่ยวในเรื่องสัญญา หากพิจารณาตามกฎหมาย สัญญาของคู่สัญญาแล้วพบว่าเมื่อพิจารณาตามกฎหมายสัญญา สัญญาดังกล่าวจะตกเป็นสัญญาที่ไม่ สมบูรณ์หรือเป็นโมฆะเนื่องจาก ความสามารถของคู่สัญญาทั้งสองในการเข้าทำสัญญาจะบกพร่อง แต่ หากพิจารณาตามหลักกฎหมายของถิ่นที่ทำสัญญา สัญญาดังกล่าวจะสมบูรณ์ หากพิจารณาตามมาตรา 13 วรรค 1 ก็จะทำให้สัญญานั้นเสียไปอันเป็นการเสียผลประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ กล่าวได้ ว่าเกิดประเด็นว่าการพิจารณาโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวที่ไม่ยึดหยุ่นเช่นนี้อาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรม ได้

2. จุดเกาะเกี่ยวที่กฎหมายกำหนดอาจมีใช้จุดเกาะเกี่ยวที่มีความใกล้ชิดกับสัญญาอย่าง แท้จริง เช่น

### 2.1 การใช้จุดเกาะเกี่ยวเรื่องถิ่นที่กฎหมายถือว่าสัญญาได้เกิดขึ้น

ถิ่นที่กฎหมายได้ถือว่าสัญญาได้เกิดขึ้นตามมาตรา 13 นี้ หมายถึง ถิ่นที่คำบอกกล่าวเสนอไป ถึงผู้สนอง ซึ่งในสมัยการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนั้น การติดต่อสื่อสาร การส่งคำเสนอ คำสนอง มีเพียงการเสนอ สนองซึ่งหน้า หรือการเสนอ สนองโดยการโทรศัพท์ โทร เลข หรือ จดหมายไปรษณีย์ ซึ่งง่ายต่อการพิจารณาหาว่า สถานที่ใดเป็นสถานที่ซึ่งคำสนองไปถึงยังผู้ เสนอ ตามมาตรา 13 วรรค 2 แต่หากเมื่อพิจารณาถึงการติดต่อสื่อสารในปัจจุบัน การส่งคำเสนอ สนองต่อผู้ไม่อยู่ต่อหน้าทำได้ทั้งการส่งผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีความรวดเร็วและสามารถจะเข้าถึง ข้อมูลไม่ว่าจะอยู่ที่ใดก็ได้ ซึ่งหากถือเอาตามมาตรา 13 วรรค 2 ถือเอาถิ่นซึ่งคำสนองมาถึงยังผู้เสนอ อาจทำให้กฎหมายนั้นไม่ตรงกับความต้องการของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หรือเป็นกฎหมายที่ไม่มีความ เกี่ยวข้องอย่างแท้จริงกับสัญญาที่เกิดขึ้นได้ และจากการติดต่อสื่อสารคมนาคมที่รวดเร็วนี้เองก็ยิ่ง ก่อให้เกิดประเด็นเรื่องการไม่อาจหยั่งทราบถิ่นที่เกิดขึ้นสัญญาได้ และต้องบังคับตามกฎหมายแห่ง สถานที่ปฏิบัติตามสัญญา

### 2.2 กรณีการใช้จุดเกาะเกี่ยวเรื่องสถานที่ปฏิบัติการตามสัญญา

แม้ว่าเมื่อพิจารณาแล้วการใช้จุดเกาะเกี่ยวเรื่องสถานที่ปฏิบัติการตามสัญญาจะเป็นการ แก้ปัญหาที่ดีที่สุดกรณีของการที่คู่สัญญาไม่เลือกกฎหมาย แต่กระนั้นเรื่องของสัญญามีได้มีเพียง การผิดสัญญา การละเมิดสัญญาเรื่องการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ให้เป็นไปตามสัญญาเท่านั้น แต่ยังมีสัญญาบางชนิดที่มีความเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินโดยตรงในอสังหาริมทรัพย์ เช่นการเช่า อสังหาริมทรัพย์ การโอนอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งสถานที่ในการปฏิบัติตามสัญญากับที่ตั้งของทรัพย์อาจ มิได้เป็นที่เดียวกัน ซึ่งหากบังคับตามกฎหมายของสถานที่ปฏิบัติตามสัญญาอาจไม่สามารถบังคับเอา กับตัวทรัพย์ได้ อันจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่ไม่ได้รับการชำระหนี้ตามสัญญาได้

3. การกำหนดให้ใช้กฎหมายที่มีจุดเกาะเกี่ยวตามที่ปรากฏในมาตรานี้ อาจก่อให้เกิดปัญหาการย้อนส่งได้ หากกฎหมายที่บังคับใช้แก่สัญญานั้นมีการกำหนดให้ต้องพิจารณากฎหมายขัดกันอื่น

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดในข้างต้น ผู้เขียนพบว่าแม้ในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายจะได้วางหลักการแก้ไขปัญหาในกรณีที่คู่สัญญาไม่เลือกกฎหมายโดยการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในการพิจารณาหากกฎหมายบังคับใช้แก่สัญญาไว้ แต่เมื่อพิจารณาจากสภาพการณ์ปัจจุบันพบว่าจุดเกาะเกี่ยวที่กำหนดอาจไม่สอดคล้องกับสัญญาชนิดต่าง ๆ ในปัจจุบันที่มีความซับซ้อนมากขึ้น อีกทั้งการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในสัญญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในมาตรา 13 นี้มิใช่จุดเกาะเกี่ยวที่มีความใกล้ชิดอย่างยิ่งเป็นเพียงหลักการพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวในกฎหมายขัดกันทั่วไปจึงไม่สอดคล้องกับการแก้ไขปัญหาคู่สัญญาไม่เลือกกฎหมายอย่างแท้จริง

### 6.3 ปัญหากรณีการไม่แบ่งประเภทของสัญญา

ในปัจจุบันนี้สัญญาต่าง ๆ มีความซับซ้อนมากขึ้นกว่าสัญญาในสมัยกร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนจะขอแบ่งประเภทของสัญญาออกเป็น 1. สัญญาทั่วไป และ 2. สัญญาที่มีลักษณะเฉพาะ

การที่ต้องแบ่งสัญญาออกเป็น 2 ประเภทข้างต้นดังกล่าว เนื่องจากว่าสัญญาบางประเภทนั้นคู่สัญญาสามารถเลือกตกลงกันเลือกกฎหมายได้โดยเสรีซึ่งเป็นกรณีสัญญาทั่วไป เช่นสัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าทรัพย์ เป็นต้น

1. ในขณะที่สัญญานี้บางประเภทก็ไม่สามารถที่จะให้คู่สัญญาตกลงเลือกกฎหมายได้โดยเสรี มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในการเลือกกฎหมายที่จะมาบังคับใช้กับสัญญา เพราะเหตุว่า สัญญาดังกล่าวมีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในคู่สัญญาที่เป็นผู้อ่อนแอกว่าจำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษเพื่อให้เกิดประโยชน์และความยุติธรรมในการทำสัญญา ทำให้สัญญาดังกล่าวจัดเป็นสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะที่ต้องมีการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในการเลือกกฎหมายเป็นพิเศษ เช่นสัญญาผู้บริโภค ซึ่งฝ่ายผู้บริโภคมักตกเป็นฝ่ายที่เสียเปรียบหากปล่อยให้มีการตกลงกันเองของคู่สัญญา ผู้ผลิตหรือผู้ขายหรือผู้ให้บริการมักมีการทำสัญญามาตรฐานที่ตนสามารถได้ประโยชน์สูงสุดโดยผู้บริโภคไม่สามารถปฏิเสธได้ จึงต้องมีการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกกว่าเป็นพิเศษ หรือ กรณีสัญญาแรงงาน ที่ฝ่ายลูกจ้างย่อมมีอำนาจในการต่อรองสัญญาน้อยกว่าฝ่ายนายจ้าง เป็นต้น

นอกจากนี้ ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันเลือกกฎหมายในสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะดังกล่าว ก็จำเป็นต้องมีการกำหนดกฎหมายที่จะมาใช้บังคับแก่สัญญาโดยกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่มีความใกล้ชิดอย่างยิ่งเป็นหลัก

จากการศึกษาในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 นั้นมิได้มีการแบ่งประเภทของสัญญาออกมาดังนั้นก็อาจเกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมขึ้นได้ในกรณีที่เป็สัญญาเฉพาะดังกล่าวข้างต้น

#### 6.4 ปัญหาขอบเขตการบังคับใช้

มาตรา 13 วรรค 1 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนี้ดังนี้ “ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้นให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม่อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น”

จะเห็นได้ว่านอกจากเป็นวรรคที่แสดงให้เห็นการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมาย และกำหนดแนวทางแก้ไขในกรณีคู่สัญญาไม่เลือกกฎหมายแล้วมาตรา 13 วรรค 1 ยังได้บัญญัติขอบเขตของการใช้มาตรานี้ว่า ขอบเขตของการบังคับใช้ตามมาตรานี้ใช้บังคับเรื่อง

##### 1. สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ<sup>163</sup>

สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญในความหมายของมาตรานี้หมายถึง สิ่งที่ทำให้สัญญาสมบูรณ์ ปัญหาว่าสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญคืออะไรนั้น จะต้องวินิจฉัยตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอันได้แก่กฎหมายแห่งและกฎหมายพาณิชย์ทั่วไป โดยปกติได้แก่ คู่สัญญา วัตถุประสงค์ เจตนา และแบบอย่างใดก็ตาม ในมาตรา 13 วรรค 1 นี้ขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมาย ไม่รวมถึงเรื่องแบบ เนื่องจาก นอกจากเรื่อง “แบบ” ซึ่งมีบัญญัติในวรรค 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้

นอกจากปัญหาที่ต้องวินิจฉัยว่า สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญคืออะไรแล้วยังต้องพิจารณาปัญหาดังต่อไปนี้ด้วย ได้แก่

- ก) ปัญหาที่ว่าสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ กล่าวคือ มีคำสนองหรือไม่ เกิดขึ้นเมื่อใด มีผลเมื่อใด ผู้เสนอจะถอนคำเสนอได้หรือไม่ หรือกรณีสนองมาช้าเกินกำหนด แต่ผู้เสนอ

<sup>163</sup> แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย (หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบายว่าด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา). หน้า 263-264



ไม่คัดค้านในเวลาอันสมควร ผลจะเป็นอย่างไร เหล่านี้คือสิ่งที่เป็นประเด็นในการพิจารณาว่ามีสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่

ข) ปัญหาว่ามีสาระสำคัญอื่น ๆ อันจำเป็นต้องมีเพื่อความสมบูรณ์แห่งสัญญาหรือไม่ โดยปกติสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั่วไป ได้แก่

1. คู่สัญญา
2. วัตถุประสงค์
3. เจตนา
4. แบบ (กรณีสาระสำคัญของสัญญาเรื่อง แบบ ได้กำหนดไว้ในวรรคท้ายของ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย)

## 2. ผลแห่งสัญญา<sup>164</sup>

ขอบเขตที่ใช้บังคับในส่วนผลแห่งสัญญา ได้แก่ การใช้บังคับแก่กรณีปัญหาที่เกี่ยวกับผลแห่งสัญญาดังต่อไปนี้

- ก) ปัญหาว่าได้มีการปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนหรือมีการผิดสัญญาหรือไม่ ผลแห่งการไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือปฏิบัติตามสัญญาไม่ครบถ้วนล่าช้าเป็นอย่างไร การกำหนดเรื่องการผิดนัดต้องกำหนดระยะเวลาให้ปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่
- ข) ปัญหาว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหรือไม่ ในการบอกเลิกนั้น ต้องใช้ค่าเสียหายหรือไม่
- ค) ปัญหาการยกข้อต่อสู้ในการไม่ปฏิบัติตามสัญญาเพราะคู่สัญญาอีกฝ่ายยังไม่พร้อมหรือยังไม่ได้เสนอการปฏิบัติตามสัญญาให้ทราบ

จากหลักข้างต้น ผู้เขียนพบว่าประเด็นอันอาจก่อให้เกิดปัญหาได้ดังนี้

1. แม้จะใช้ถ้อยคำสั้น กระชับแต่สามารถครอบคลุมได้ทุกประเด็นที่มีความสำคัญในสัญญา ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการเกิดสัญญา ผลของการเกิดสัญญา การไม่ปฏิบัติตามสัญญา การปฏิบัติชำระหนี้ การจำกัดสิทธิทางศาล ผลของการผิดสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วนและการประเมินค่าเสียหาย และวิธีวิธีการสิ้นสุดภาระผูกพัน กระนั้นก็ยังขาดในบางประเด็นที่สำคัญเช่น เรื่องการตีความกฎหมาย อายุความ และการจำกัดอายุความฟ้องคดี เป็นต้น

2. การกำหนดสาระสำคัญอันมีผลต่อความสมบูรณ์แห่งสัญญาอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกอาจทำให้เกิดการตกลงกันเพื่อเลี่ยงกฎหมายที่มีผลบังคับต่อความสมบูรณ์ของสัญญาในรัฐใดรัฐหนึ่งที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาได้

<sup>164</sup> Ibid. หน้า 264-265

## 6.5 ปัญหาการพิจารณาความสมบูรณ์ในเรื่องแบบของสัญญา

ความสมบูรณ์ในการแสดงเจตนาและแบบของสัญญาปรากฏในมาตรา 13 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนี้ โดยบัญญัติดังนี้ “สัญญาย่อมไม่เป็นโมฆะ ถ้าได้ทำถูกต้องตามแบบอันกำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่ผลแห่งสัญญานั้น”

วรรคนี้เป็นการบัญญัติข้อยกเว้นของมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กล่าวคือ สัญญานั้นนอกจากจะต้องทำถูกต้องตามแบบแห่งกฎหมายของประเทศที่ทำสัญญาแล้ว สัญญาจึงจะสมบูรณ์ กระนั้นยังอาจสมบูรณ์ได้ เพราะทำถูกต้องตามแบบของกฎหมายซึ่งบังคับใช้แก่ผลของสัญญานั้น อันหมายถึงกฎหมายที่คู่สัญญาเลือก หรือกฎหมายสัญชาติของคู่สัญญา ตามวรรค 1 และวรรค 2 แห่งมาตรา 13 นี้

หลักตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องความสมบูรณ์ของแบบแห่งนิติกรรม วางหลักดังนี้ “นอกจากจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยาม ความสมบูรณ์เนื่องด้วยแบบแห่งนิติกรรมย่อมเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่นิติกรรมนั้นได้ทำขึ้น

อย่างไรก็ดี กฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ย่อมใช้บังคับแก่แบบที่จำเป็นเพื่อความสมบูรณ์แห่งสัญญา เอกสาร หรือนิติกรรมอื่น ๆ เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ”

จากบทบัญญัติข้างต้นประกอบกับมาตรา 13 พิจารณาได้ว่า เรื่องความสมบูรณ์ของ “แบบ” มีหลักทั่วไปว่า ต้องถูกต้องตามกฎหมายของถิ่นที่ปฏิบัติตามนิติกรรมหรือสัญญา และมีข้อยกเว้น ในกรณีของหนี้ตามสัญญา โดยหากเป็นกรณีคู่สัญญาดกกลางกันเลือกกฎหมายใด แบบ แห่งสัญญาให้เป็นไปตามกฎหมายที่เลือก หรือหากไม่เลือกแต่คู่สัญญามีสัญชาติร่วมกันเป็นจุดเกาะเกี่ยวแห่งสัญญา ความสมบูรณ์เรื่องแบบของสัญญาให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติ ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวเรื่องสัญชาติให้พิจารณาจุดเกาะเกี่ยวเรื่องถิ่นที่เกิดสัญญาและความสมบูรณ์ของแบบแห่งสัญญาให้เป็นไปตามกฎหมายถิ่นที่เกิดสัญญา ในกรณีที่ไม่อาจหยั่งทราบถิ่นที่เกิดสัญญาได้ ความสมบูรณ์ในเรื่องแบบของสัญญาจึงจะเป็นไปตามกฎหมายแห่งสถานที่ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งต่างจากเรื่องแบบ แห่งนิติกรรม ที่ให้ความสำคัญแก่จุดเกาะเกี่ยวเรื่องสถานที่เกิดนิติกรรม

นอกจากนี้หากเป็นหนี้ตามสัญญาอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายที่ใช้บังคับต่อผลแห่งสัญญาก็คือกฎหมายแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ ตามมาตรา 16<sup>165</sup> แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการ

<sup>165</sup> มาตรา 16 “ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินตั้งอยู่บังคับแก่สังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์

อย่างไรก็ดี ในกรณีการส่งสังหาริมทรัพย์ออกนอกประเทศ ให้ใช้กฎหมายสัญชาติของเจ้าของทรัพย์สินบังคับแก่ทรัพย์สินนั้นตั้งแต่วิธีการส่งสังหาริมทรัพย์ออกนอกประเทศ”

ขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งอยู่ในหมวดของทรัพย์สิน โดยไม่จำต้องอ้างมาตรา 13 เพราะวรรค 2 แห่งมาตรา 9 ได้บัญญัติข้อยกเว้นให้แล้ว

จากข้อความข้างต้นผู้เขียนมีความเห็นว่า มาตรา 13 วรรค 3 นั้นมีความเกี่ยวข้องกับมาตราอื่น ๆ อย่างใกล้ชิด เช่นมาตรา 9 และมาตรา 16 การที่ไม่เขียนระบุมาตราที่เกี่ยวข้องไปด้วยจึงอาจสร้างความยุ่งยากในการที่ผู้จะศึกษาต้องไล่หาความเชื่อมโยงในแต่ละมาตราด้วยตัวเอง

#### 6.6 ปัญหาว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและหลักว่าด้วยความสงบเรียบร้อย

ประเด็นสำคัญที่ผู้เขียนพบเมื่อทำการศึกษเกี่ยวกับกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและหลักว่าด้วยความสงบเรียบร้อย ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ผู้เขียนพบว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กล่าวถึงหลักว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่ทั้งนี้ไม่ปรากฏเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนอย่างชัดเจนแต่อย่างไร

หลักว่าด้วยความสงบเรียบร้อยปรากฏในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัตินี้ โดยได้วางหลักดังนี้ “ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศสยาม”

มาตรา 5 นี้ เป็นการบัญญัติข้อยกเว้นจากหลักกรรมตา กล่าวคือเป็นข้อยกเว้นจากหลักที่ให้ใช้กฎหมายต่างประเทศ โดยเหตุผลของมาตรานี้คือ รัฐจำเป็นที่จะต้องป้องกันตัวเองและไม่ยอมใช้กฎหมายต่างประเทศหากการใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นขัดกับนโยบายอันเป็นรากเหง้าของรัฐ หรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งรัฐ รัฐไม่จำเป็นต้องเสียผลประโยชน์ของรัฐเพื่อประโยชน์ของรัฐอื่น<sup>166</sup> ดังนั้นหลักของมาตรานี้คือ ถ้าการใช้กฎหมายต่างประเทศขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลไทยจะไม่ใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นบังคับ ศาลจะวินิจฉัยคดีตามกฎหมายของประเทศไทย ในที่นี้คือศาลจะวินิจฉัยคดีตามกฎหมายไทย

มาตรานี้เป็นการกล่าวถึงหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public policy) เท่านั้นและเป็นการให้อำนาจกว้าง ๆ เพื่อจะได้ใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณาเพื่อพิพากษาให้เหมาะสมแก่รูปคดี

ในส่วนของกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ในพระราชบัญญัตินี้ไม่ปรากฏมาตราที่บัญญัติโดยชัดเจนเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อย ดังนั้นจึงเกิดประเด็นว่าหากการเลือกกฎหมายของคู่สัญญาจะสามารถเลือกกฎหมายที่เป็นการเลี่ยงกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนได้หรือไม่ หรือและเกิดประเด็นว่ากฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของ

<sup>166</sup> แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย (หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบายว่าด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา). หน้า 177

ประชาชนของรัฐใดบ้างที่ต้องนำมาพิจารณาในกรณีสัญญา เป็นต้น ซึ่งต่างจาก Rome I Regulation 2008 ซึ่งบัญญัติเรื่องของกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนโดยชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา 9 ซึ่งเป็นเรื่องกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยอันมีอาจะละเมิดได้ โดยในมาตรานี้ได้แสดงให้เห็นโดยชัดเจนว่ากฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนของรัฐใดที่ศาลต้องพิจารณา อันได้แก่ กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนของรัฐที่เป็นที่ตั้งศาลที่พิจารณาคดี และกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของรัฐที่เป็นสถานที่ปฏิบัติการตามสัญญา อีกทั้งในมาตรา 9 ในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของรัฐที่เป็นสถานที่ปฏิบัติการตามสัญญายังได้บัญญัติชัดเจนว่าหากการปฏิบัติตามสัญญาขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของรัฐที่เป็นสถานที่ปฏิบัติการตามสัญญาจะมีผลให้สัญญานั้นเป็นสัญญาที่ผิดกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าเรื่องกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นเรื่องสำคัญจึงควรบัญญัติให้ชัดเจน

อย่างไรก็ตามแม้ว่าในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนี้จะมีได้บัญญัติเรื่องกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนอย่างชัดเจน แต่เมื่อพิจารณาจากมาตรา 13 วรรค 1 ที่กำหนดขอบเขตของกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาว่าใช้บังคับแก่เรื่องของสาระสำคัญแห่งสัญญานั้น พบว่าเรื่องของวัตถุประสงค์และเจตนา เป็นสาระสำคัญแห่งสัญญา อีกทั้งการแสดงเจตนาหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้น กฎหมายไทยได้มีการควบคุมไว้มิให้ขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนอยู่แล้ว ดังที่ปรากฏตามมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นหากพิจารณาตามนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการกำหนดเรื่องของกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนในตัวอยู่แล้วแม้มีได้บัญญัติให้เห็นชัดเจนเป็นมาตราเช่นกรณีของ Rome I Regulation 2008 หากแต่การไม่บัญญัติให้ชัดเจนก็ทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาว่า ต้องเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของรัฐที่พิจารณาคดีเท่านั้นหรือไม่ เป็นต้น

## บทที่ 7

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 7.1 บทสรุป

จากการศึกษาผู้เขียนพบข้อสรุปในจากการศึกษา Rome I Regulation 2008 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ในมาตรา 13 ในเรื่องหลักการเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศดังนี้

ในขณะที่การวางระบบในการแก้ไขปัญหาว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายภายใต้ Rome I Regulation 2008 ที่อาศัยหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายในสัญญา ระหว่างประเทศสามารถทำให้เกิดความเป็นระบบในการแก้ไขปัญหาว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายใน เรื่องสัญญาได้อย่างเป็นระบบยิ่ง กฎหมายขัดกันไทยเองก็ได้มีบทบัญญัติในการแก้ปัญหาคัดกัน แห่งกฎหมายโดยอาศัยหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายในสัญญา ระหว่างประเทศในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ในมาตรา 13

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า เมื่อเปรียบเทียบระหว่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่ง กฎหมาย พ.ศ. 2481 กับ Rome I Regulation 2008 พบว่า

1. เสรีภาพในการเลือกกฎหมาย : การยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนามาเป็น หัวใจสำคัญในการแก้ไขปัญหาว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในกรณีสัญญา ระหว่างประเทศ โดยให้ คู่สัญญาตกลงเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญา ระหว่างประเทศ

Rome I Regulation 2008 พบว่า Rome I Regulation 2008 ให้เสรีภาพในการเลือกกฎหมายโดย เสรี คู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายของรัฐใดก็ได้แม้ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวกับสัญญาเลยก็ตาม อีกทั้งยัง สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายหลังการเลือกในเวลาใดก็ได้แม้สัญญาเกิดแล้ว และยังยอมรับ หลักการแยกส่วนของสัญญา ซึ่งการให้เสรีภาพดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 (1) และมาตรา 3 (2) อย่างชัดเจน จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นเป็นการแสดงให้เห็นว่า Rome I Regulation 2008 ยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาอย่างแท้จริง

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ในมาตรา 13 พบว่า มาตรา 13 พระราชบัญญัตินี้ยอมรับหลักการเลือกกฎหมายโดยเสรี แต่กระนั้นในตัวมาตรากลับมิได้ระบุโดย ชัดเจน ก่อให้เกิดความคลุมเครือทั้งในเรื่องของเสรีภาพในการเลือกกฎหมาย การแก้ไขกฎหมายที่

เลือก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องการยอมรับการแยกส่วนของสัญญา ซึ่งแม้ว่าจะพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 3 ที่นำมาใช้อุดช่องว่างทางกฎหมายในกรณีกฎหมายขัดกันจะพิเคราะห์ได้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ในมาตรา 13 ยอมรับในหลักดังกล่าวข้างต้นแต่ก็ สร้างความไม่ชัดเจนได้ว่า กฎหมายขัดกันไทยยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาอย่างแท้จริงหรือไม่

## 2. วิธีการแสดงเจตนา

Rome I Regulation 2008 พบว่า ยอมรับหลักในการแสดงเจตนาทั้งการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งและการแสดงเจตนาโดยปริยาย เห็นได้จากมาตรา 3 (1)

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ในมาตรา 13 พบว่ายอมรับหลักในการแสดงเจตนาทั้งการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งและการแสดงเจตนาโดยปริยาย เน้นกัน

## 3. การไม่เลือกกฎหมาย

Rome I Regulation 2008 พบว่า มีการวางหลักแก้ไขปัญหาในกรณีที่คู่สัญญามีได้เลือกสัญญา หรือกรณีศาลพิจารณาตามข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่ปรากฏแก่คดีที่เกิดขึ้นแล้วไม่สามารถค้นพบเจตนาเลือกกฎหมายโดยปริยายของคู่สัญญาได้ โดยการวางหลัก absence of choice ในมาตรา 4 เพื่อป้องกันการเกิดปัญหา revoir หรือการย้อนส่งในกรณีที่ศาลต้องเป็นผู้พิจารณาหากกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาโดยการพิจารณาหาจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดอย่างยิ่ง

อีกทั้งในมาตรา 4 ยังแยกสัญญาออกเป็นแต่ละประเภทโดยอยู่บนพื้นฐานแนวความคิดว่าหน้าที่ปฏิบัติการชำระหนี้ให้เป็นไปตามสัญญาแต่ละสัญญามีลักษณะอันจำเพาะต่างกัน (Characteristic of performance) และมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดที่มีหน้าที่ปฏิบัติการตามสัญญายิ่งกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้น จุดเกาะเกี่ยวที่นำมาพิจารณาเป็นข้อกำหนดในการหากกฎหมายมาบังคับใช้ (proper law) จึงต่างกันไปด้วย

การที่จะระบุว่าสัญญาใดอยู่ภายใต้กฎหมายใดจำเป็นต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมของลักษณะสัญญาและบริบทโดยรวม เพื่อก่อให้เกิดความสะดวกสบายและความเหมาะสมในการใช้กฎหมายและที่สำคัญคือต้องพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดที่สุด (the most closely connected) ที่มีต่อรัฐของคู่สัญญาด้วย ซึ่งจากการแยกสัญญาออกเป็นประเภทต่าง ๆ และกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาแต่ละสัญญาโดยใช้หลักจุดเกาะเกี่ยวที่มีความใกล้ชิดอย่างยิ่งนี้ มีข้อดีคือ ทำให้เป็นการง่ายต่อศาลที่จะพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นอีกด้วย

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ในมาตรา 13 พบว่า ในเรื่องการไม่เลือกกฎหมาย ในมาตรา 13 ได้กำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่มีลักษณะสัญญาเป็นการใช้จุดเกาะเกี่ยวที่ไม่ยืดหยุ่น ซึ่งแม้จะดูว่าครอบคลุมการแก้ไขปัญหากการไม่เลือกกฎหมาย แต่กลับเป็นการสร้างภาระการพิสูจน์แก่คู่ความในการนำสืบและเป็นภาระต่อศาลในการพิจารณา ก่อเกิดประเด็นว่าการพิจารณาโดยอาศัย

จุดเกาะเกี่ยวที่ไม่ยืดหยุ่นเช่นนี้อาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมได้ และเมื่อพิจารณาจากสภาพการณ์ปัจจุบันพบว่าจุดเกาะเกี่ยวที่กำหนดอาจไม่สอดคล้องกับสัญญาชนิดต่าง ๆ ในปัจจุบันที่มีความซับซ้อนมากขึ้น อีกทั้งการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในสัญญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในมาตรา 13 นี้มิใช่จุดเกาะเกี่ยวที่มีความใกล้ชิดอย่างยิ่งเป็นเพียงหลักการพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวในกฎหมายขัดกันทั่วไปจึงไม่สอดคล้องกับการแก้ไขปัญหากรณีคู่สัญญาไม่เลือกกฎหมายอย่างแท้จริง อีกทั้งการใช้กฎหมายที่มีจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวอาจทำให้เกิดปัญหาการย้อนส่งได้

#### 4. การเลือกกฎหมายในสัญญาทั่วไป และการเลือกกฎหมายในสัญญาเฉพาะ

Rome I Regulation 2008 พบว่า มีการแบ่งสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะซึ่งมีความจำเป็นต้องกำหนดจุดเกาะเกี่ยวเป็นพิเศษในการเลือกกฎหมายใช้กับสัญญาดังกล่าว เช่น มาตรา 5 –มาตรา 8 อันได้แก่ สัญญารับจ้างขน สัญญาผู้บริโภค สัญญาประกันภัย และสัญญาจ้างแรงงานซึ่งสัญญาต่าง ๆ เหล่านี้มีลักษณะเฉพาะที่กำหนดไว้เป็นการต่างจากสัญญาทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีการกำหนดเงื่อนไขในการเลือกกฎหมายที่จะต้องเลือกกฎหมายที่มีจุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับสัญญา หรือพฤติการณ์แวดล้อมที่เกี่ยวข้อง

เหตุที่ต้องมีการกำหนดเงื่อนไขขึ้นมาในการเลือกกฎหมายนั้น เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอ หรือมีอำนาจในการต่อรองน้อยกว่าในการเข้าทำสัญญาเหล่านี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ในมาตรา 13 พบว่า ไม่มีการแยกสัญญาจึงอาจเกิดปัญหาในการเลือกกฎหมายของคู่สัญญาในการจงใจเลี่ยงกฎหมายขึ้นได้ในกรณีที่เป็นสัญญาเฉพาะอันเป็นสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน หากให้คู่สัญญาสามารถตกลงเลือกสัญญาได้โดยเสรี อาจมีการตกลงกันเพื่อเลี่ยงกฎหมาย หรืออาจเกิดการตกลงที่เอาเปรียบคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าที่รัฐต้องการคุ้มครอง

#### 5. ขอบเขตของการเลือกกฎหมาย

Rome I Regulation 2008 พบว่า โดยขอบเขตของการเลือกสัญญานั้น ใช้ในเรื่อง การตีความ (interpretation) การปฏิบัติการตามสัญญา (performance) ผลของการละเมิดสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วน การประเมินความเสียหาย (the consequences of a total or partial breach of obligations, including the assessment of damages) วิธีการการสิ้นสุดภาระผูกพันและ กำหนดอายุความ และการจำกัดอายุความฟ้องคดี (the various ways of extinguishing obligations, and prescription and limitation of actions) ผลของการที่สัญญาตกเป็นโมฆะ (the consequences of nullity of the contract) และส่วนที่เกี่ยวกับวิธีการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาและเรื่องการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ไม่สมบูรณ์(บกพร่อง)

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ในมาตรา 13 พบว่า ขอบเขตของการเลือกสัญญาใช้นั้นใช้กับเรื่อง สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญและผลแห่งสัญญา แม้ในมาตรา 13 จะใช้ถ้อยคำสั้นกระชับแต่สามารถครอบคลุมได้ทุกประเด็นที่มีความสำคัญในสัญญา ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการเกิดสัญญา ผลของการเกิดสัญญา การไม่ปฏิบัติตามสัญญา การปฏิบัติชำระหนี้ การจำกัดสิทธิทางศาล ผลของการผิดสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วนและการประเมินค่าเสียหาย และวิธีวิธีการสิ้นสุดภาวะผูกพัน กระนั้นก็ยังขาดในบางประเด็นที่สำคัญเช่น เรื่องการตีความกฎหมาย อายุความ และการจำกัดอายุความฟ้องคดี

#### 6. ความสมบูรณ์ในการแสดงเจตนาและแบบของสัญญา

Rome I Regulation 2008 พบว่า ในมาตรา 3 (5) ได้วางหลักเรื่องความสมบูรณ์และแบบในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมาย พร้อมกันนั้น ยังได้บัญญัติเชื่อมโยงไปถึงเรื่อง ขอบเขตที่อยู่นอกเหนือหลักการเลือกกฎหมายของคู่สัญญาเช่น มาตรา 10 การเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญา ซึ่งให้เป็นไปตามกฎหมายสถานที่ทำสัญญา เว้นแต่กรณีจะกล่าวอ้างว่าไม่มีเจตนาในการทำสัญญากรณีที่ คู่สัญญาจะกล่าวอ้างว่าไม่มีการแสดงเจตนา ต้องกล่าวอ้างตามกฎหมายแห่งถิ่นซึ่งตนมีที่อยู่ประจำ (Habitual residence) มาตรา 11 ความสมบูรณ์ในเรื่องแบบของสัญญา เป็นไปตามกฎหมายของสถานที่ซึ่งสัญญาได้เกิดขึ้น เว้นแต่กรณีเกี่ยวกับทรัพย์สิน ให้เป็นไปตามกฎหมายของสถานที่ซึ่งทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ และมาตรา 13 ความสามารถในการทำสัญญา ให้เป็นไปตามกฎหมายของสถานที่ทำสัญญาไปพร้อมกัน ซึ่งทำให้ง่ายต่อการศึกษาเชื่อมโยงระบบ

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ในมาตรา 13 พบว่าความสมบูรณ์ในการแสดงเจตนาและแบบของสัญญาปรากฏในมาตรา 13 วรรค 3 อันเป็นการบัญญัติข้อยกเว้นของมาตรา 9 เมื่อพิจารณาจะพบได้ว่า เรื่องความสมบูรณ์ของ “แบบ” มีหลักทั่วไปว่า ต้องถูกต้องตามกฎหมายของถิ่นที่ปฏิบัติตามนิติกรรมหรือสัญญา และมีข้อยกเว้น ในกรณีของหนี้ตามสัญญา โดยหากเป็นกรณี คู่สัญญาดตกลงกันเลือกกฎหมายใด แบบ แห่งสัญญาให้เป็นไปตามกฎหมายที่เลือก หรือหากไม่เลือกแต่คู่สัญญามีสัญชาติร่วมกันเป็นจุดเกาะเกี่ยวแห่งสัญญา ความสมบูรณ์เรื่องแบบของสัญญาให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติ ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวเรื่องสัญชาติให้พิจารณาจุดเกาะเกี่ยวเรื่องถิ่นที่เกิดสัญญาและความสมบูรณ์ของแบบแห่งสัญญาให้เป็นไปตามกฎหมายถิ่นที่เกิดสัญญา ในกรณีที่ไมอาจหยั่งทราบถิ่นที่เกิดสัญญาได้ ความสมบูรณ์ในเรื่องแบบของสัญญาจึงจะเป็นไปตามกฎหมายแห่งสถานที่ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งต่างจากเรื่องแบบ แห่งนิติกรรมที่ให้ความสำคัญแก่จุดเกาะเกี่ยวเรื่องสถานที่เกิดนิติกรรม อย่างไรก็ตามหากเป็นหนี้ตามสัญญาอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายที่ใช้บังคับต่อผลแห่งสัญญาก็คือกฎหมายแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ ตามมาตรา 16 แม้ว่ามาตรา 13 วรรค 3 นั้นมีความเกี่ยวข้องกับมาตราอื่น ๆ อย่างใกล้ชิด เช่นมาตรา 9 และมาตรา 16 แต่การที่ไม่เขียนระบุมาตราที่



เกี่ยวข้องไปด้วยจึงอาจสร้างความยุ่งยากในการที่ผู้จะศึกษาต้องไล่หาความเชื่อมโยงในแต่ละมาตราด้วยตัวเอง

7. กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและหลักว่าด้วยความสงบเรียบร้อย

Rome I Regulation 2008 พบว่า ได้มีการแยกบทบัญญัติดังกล่าวออกเป็น 2 มาตรา โดยชัดเจน โดยกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ได้วางหลักในมาตรา 9 และหลักว่าด้วยความสงบเรียบร้อย บัญญัติในมาตรา 21

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ในมาตรา 13 พบว่า บัญญัติชัดเจนเพียงเรื่องหลักว่าด้วยความสงบเรียบร้อยในมาตรา 5 เท่านั้น

จากที่กล่าวมาทั้งหมดในข้างต้น ผู้เขียนสรุปได้ว่า Rome I Regulation 2008 มีกฎเกณฑ์ที่มีความชัดเจนทั้งในเรื่องขอบเขตของกฎหมายที่เลือก เช่น มาตรา 2 อันระบุอย่างชัดเจนว่ากฎหมายที่คู่สัญญาสามารถเลือกใช้บังคับแก่สัญญาได้คือกฎหมายใด ๆ ก็ได้แม้ไม่มีเกี่ยวข้องกับการเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรปก็ตาม หรือมาตรา 3 ที่กำหนดอย่างชัดเจนในการยอมรับวิธีการเลือกทั้งการเลือกโดยชัดแจ้ง และการเลือกโดยปริยาย อีกทั้งยังกำหนดเรื่องระยะเวลาในการเลือก ซึ่งกำหนดเสรีให้สามารถเลือกเวลาใดก็ได้ แม้สัญญาเกิดขึ้นแล้ว ก็สามารถตกลงกันระหว่างคู่สัญญาเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เลือกได้ แต่ทั้งนี้ความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา และความสมบูรณ์ของกฎหมายที่แสดงเจตนาเลือกก็มีกฎหมายที่ควบคุม โดยใช้กฎหมายหลักเดียวกับที่ควบคุมเรื่องความสมบูรณ์ของตัวสัญญา ซึ่งข้อดีคือเป็นไปในทางเดียวกันแต่กระนั้นนักนิติศาสตร์บางส่วนก็มีความเห็นว่า ควรแยกกฎหมายที่ควบคุมเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาต่างหากจากกฎหมายที่ควบคุมความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา

และแม้ว่า Rome I Regulation 2008 จะมีแนวคิดพื้นฐานในการพยายามสร้างความ เป็นระบบเพียงหนึ่งเดียวในการแก้ไขปัญหาคัดกันแห่งกฎหมายในกลุ่มภูมิภาคของตนโดยมีแนวคิดพื้นฐานมาจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา แต่กระนั้นการให้เสรีภาพแก่คู่สัญญาก็ถูกควบคุมโดยกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งทั้งสองเป็นหลักการที่อยู่บนพื้นฐานเรื่องหน้าที่รัฐมีหน้าที่ต้องคุ้มครองผลประโยชน์ของคนในรัฐของตน ดังนั้นใน Rome I Regulation 2008 จึงได้กำหนดอย่างชัดเจนในเรื่องของการห้ามเลือกกฎหมายที่ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของรัฐที่มีจุดเกาะเกี่ยวแห่งสัญญา ทั้งในรูปแบบ Mandatory rule, Protective Mandatory rule และ International Mandatory rule รวมไปถึงหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน Public Policy

นอกจาก Rome I Regulation 2008 จะแสดงให้เห็นการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา โดยการกำหนดให้หัวใจหลักในการแก้ไขปัญหาคัดกันแห่งกฎหมายเริ่มต้นจากให้เสรีภาพคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาแล้ว Rome I Regulation 2008 ยังได้วาง

หลักแก้ไขปัญหาในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกสัญญา หรือศาลพิจารณาตามข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่ปรากฏแก่คดีที่เกิดขึ้นแล้วไม่สามารถค้นพบเจตนาเลือกกฎหมายโดยปริยายของคู่สัญญาได้ โดยการวางหลัก absence of choice ในมาตรา 4 เพื่อป้องกันการเกิดปัญหา revoir หรือการย้อนส่งในกรณีที่ศาลต้องเป็นผู้พิจารณาหากกฎหมายใช้บังคับแก้สัญญาโดยการพิจารณาหาจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดอย่างยิ่ง ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าระบบของ Rome I Regulation 2008 มีการวางแนวทางเพื่อแก้ไขปัญหาย่างรอบคอบและครอบคลุมกับปัญหาที่มักพบในกรณีการขัดกันแห่งกฎหมาย ทำให้รัฐต่าง ๆ ที่เป็นสมาชิกภูมิภาคนี้ มีระบบเดียวกันในการแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งทำให้ปัญหาในการตกลงทำสัญญาธุรกิจข้ามชาติเป็นไปได้อย่างรวดเร็ว มีผลต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมให้เจริญเติบโตก้าวหน้า

ในขณะที่เมื่อพิจารณากฎหมายไทย เรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายในกรณีสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งพบว่าแม้ประเทศไทยจะยอมรับการแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายในกรณีสัญญาระหว่างประเทศโดยใช้หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาเช่นเดียวกัน แต่เมื่อพิจารณาไปถึงกฎหมายที่เป็นตัวบ่งชี้หรือรับกลับพบว่ากฎหมายหลักที่ได้บัญญัติเรื่องดังกล่าว เพียงฉบับเดียวคือพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ในมาตรา 13 เท่านั้น ซึ่งมาตรา 13 วางหลักไว้ว่า “...ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม่มีเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น

ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทางถิ่นที่ถือว่าสัญญานั้นได้เกิดเป็นสัญญาขึ้นคือถิ่นที่คำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอถ้าไม่อาจหยั่งทราบถิ่นที่วานั้นได้ ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญานั้น

สัญญาย่อมไม่เป็นโมฆะ ถ้าได้ทำถูกต้องตามแบบอันกำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่ผลแห่งสัญญานั้น”

จะเห็นได้ว่าในมาตราดังกล่าวมิได้ระบุให้ชัดเจนว่า การแสดงเจตนาของคู่สัญญานั้นมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาเพียงไร จะยอมรับการเลือกกฎหมายโดยไม่มีจุดเกาะเกี่ยว หรือ ยอมรับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เลือก หรือสามารถเลือกกฎหมายใช้บังคับกับส่วนต่าง ๆ ของสัญญาต่างกันได้หรือไม่ คงปล่อยไว้เป็นช่องว่างทางกฎหมาย อันจะต้องมาตีความและอุดช่องว่างทางกฎหมาย ซึ่งก่อให้เกิดภาระการพิสูจน์ที่คู่สัญญาต้องมีหน้าที่พิสูจน์ และหากพิสูจน์ไม่ได้ฝ่ายนั้นก็ต้องเสียเปรียบไป อันก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมขึ้น อีกทั้งการให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในการหาว่ากฎหมายใดใช้บังคับแก้สัญญา กฎหมายที่ศาลพิจารณาว่ามีจุดเกาะเกี่ยวและเหมาะสมนำมาใช้บังคับแก้สัญญาอาจไม่ใช่กฎหมายที่คู่สัญญาต้องการก็ได้ การปล่อยให้ศาลเป็นดุลยพินิจของศาลในการพิจารณา

เพื่อที่จะให้ศาลรักษาผลประโยชน์ของคนในชาติกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น ซึ่งนับว่าเป็นข้อดีที่จะทำให้ศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาใช้กฎหมายของไทยอันเป็นกฎหมายที่ศาลมีความชำนาญ และรักษาผลประโยชน์ให้คู่ความที่เป็นคนชาติ แต่ในทางกลับกันอาจสร้างความไม่มั่นใจให้นักธุรกิจหรือผู้ลงทุนชาวต่างชาติ จนอาจเกิดผลกระทบต่อ การตัดสินใจลงทุนในประเทศได้เช่นกัน

การนำมาตรา 13 มาปรับใช้นั้น ในการเลือกกฎหมายที่จะมาปรับใช้กับสิ่งที่ เป็นสาระสำคัญ หรือผลของสัญญา หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันของไทยจะต้องพิจารณาตามลำดับ โดย

1 เริ่มจากการพิจารณาเจตนาของคู่กรณีก่อน ทั้งนี้ เจตนาของคู่กรณีแบ่งเป็น 2 กรณี ได้แก่ เจตนาโดยชัดแจ้ง กับ เจตนาโดยปริยาย

เจตนาโดยชัดแจ้ง ซึ่งเจตนาโดยชัดแจ้งได้แก่ เจตนาในการเลือกกฎหมาย

ถ้ามีเจตนาในการเลือกกฎหมาย ในสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นกฎหมายสารบัญญัติ แม้เป็นกฎหมายของประเทศที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์เลยก็ได้ แต่การปรับใช้กฎหมายได้มากน้อยเพียงใดนั้นจะต้องพิจารณา public order, public policy, good morals ดังนั้น การปรับใช้กฎหมายนั้นอาจไม่สมบูรณ์ก็ได้

ข้อสังเกต ข้อสันนิษฐานในการใช้กฎหมายสารบัญญัติมีได้จำกัดปรับใช้กฎหมายขัดกันหรือกลไกในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลอื่น ๆ แต่อย่างไรก็แล้วแต่ หลักการในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาต้องแสวงหากฎหมายสารบัญญัติที่มีจุดเกาะเกี่ยวใกล้ชิดอย่างยิ่งต่อประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น กรณีของสัญญา การแสวงหากฎหมายที่มีจุดเกาะเกี่ยวอย่างยิ่งให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นกฎหมายสารบัญญัติ ซึ่งในอังกฤษจะเรียกว่าหลักการหลีกเลี่ยงการย้อนส่ง (exclusion of renvoi) เพราะ การย้อนส่งทำให้รูปของคดีไม่แน่นอน คู่สัญญาจึงมักจะกำหนดกฎหมายสารบัญญัติที่จะปรับใช้แก่นิติสัมพันธ์ของตน เพื่อป้องกันความไม่ชัดเจนที่จะเกิดขึ้นในการวางรูปคดี

เจตนาโดยปริยาย ศาลจะต้องพิจารณาว่าคู่กรณีมีเจตนาเป็นอย่างไร โดยการตีความสัญญาตามเจตนาของคู่สัญญาและศาลก็ต้องบังคับไปตามเจตนา นั้น เจตนาการวินิจฉัยเจตนาของคู่กรณีไม่ได้มีกฎเกณฑ์ที่ตายตัวขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแต่ละคดี

ศาลสามารถใช้ข้อประกอบที่หลากหลายในการพิจารณาว่าคู่สัญญามีเจตนาเลือกกฎหมายมาบังคับใช้ต่อนิติสัมพันธ์ของเขาหรือไม่ เช่น ข้อความที่ปรากฏในสัญญา ภาษาที่ใช้สัญญา แบบของสัญญาทำตามกฎหมายประเทศอะไร ข้อตกลงชำระหนี้ด้วยสกุลเงินอะไร เขตอำนาจศาลคู่สัญญา เลือกเป็นศาลของประเทศอะไร เขตอำนาจอนุญาโตตุลาการประเทศอะไร ฯลฯ อย่างการเลือกเขต

อำนาจศาลเป็นการแสดงเจตนาโดยปริยายว่าต้องการใช้กฎหมายของประเทศนั้นบังคับต่อนิติสัมพันธ์ของตน เพราะศาลย่อมใช้กฎหมายของตเองในการวินิจฉัยคดี

ในกรณีที่เราไม่ทราบเจตนาของคู่สัญญาาก็ให้ดูว่าคู่สัญญามีสัญชาติร่วมกันหรือไม่ ถ้าคู่สัญญา มีสัญชาติร่วมกันก็ให้ใช้กฎหมายสัญชาติร่วมกันของคู่สัญญา

ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติร่วมกันก็ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้น ทั้งนี้ “ถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้น” จะเป็นอย่างไรนั้น ต้องพิจารณามาตรา 13 วรรค 2 ประกอบ

นอกจากนี้ มาตรา 13 การกำหนดกฎหมายโดยใช้จุดเกาะเกี่ยวตามมาตรา 13 วรรค 1 และ มาตรา 13 วรรค 2 อาจก่อให้เกิดปัญหาการย้อนส่งได้ กล่าวคือ “กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่ง คู่สัญญา” และ “กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น” ที่ปรากฏในมาตรา 13 วรรค 1 นั้น หมายถึงกฎหมายขัดกันของแต่ละกรณี ทั้งนี้เพราะ ต้องพิจารณาก่อนว่าระบบกฎหมายของประเทศที่ย้อนส่งไปนั้นยอมรับการย้อนส่งจากเราหรือไม่ จะเห็นได้ว่ามาตรา 13 มีการผสมผสานกันทั้งกฎหมายขัดกันและกฎหมายสารบัญญัติ ดังนั้นหลัก exclusion of renvoi ยังไม่ปรากฏในระบบกฎหมายไทย การปรับใช้ของไทยเป็นหลักผสมผสาน

กรณีคู่สัญญาเลือกกฎหมายบังคับใช้ทันทีของต่างประเทศ ก็สามารถทำได้ แต่ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ในการกรองกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้ด้วย ซึ่งอาจจะทำให้การปรับใช้ไม่สมบูรณ์ก็ได้

กรณีที่คู่สัญญาต้องการหลีกเลี่ยงกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย แบ่งเป็น 2 กรณี คือ

1. กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของไทย ศาลสามารถปรับใช้ได้ทันทีโดยไม่มีข้อกีดขวาง
2. กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของต่างประเทศ เช่น คู่สัญญาทั้งคู่เป็นคนเยอรมัน ทำ

สัญญาโดยเลือกใช้กฎหมายฝรั่งเศส แต่ในความเป็นจริง นิติสัมพันธ์ดังกล่าวต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของเยอรมัน หากมีการกล่าวอ้างนิติสัมพันธ์ขึ้นในศาลไทย ศาลไทยสามารถยกเอากฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของเยอรมันปรับใช้ได้

การปรับใช้กฎหมายต่างประเทศจะต้องพิจารณาในเรื่องของ public policy

1. กรณีที่ขัดแย้งต่อ public policy ของศาลไทยสามารถนำม.5 พ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย มาปรับใช้ หรือกรณีถ้าเป็นข้อสัญญาก็พิจารณา ม.150 ม.151 ป.พ.พ. มาปฏิเสธการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศหรือข้อตกลงนั้น และนำกฎหมายไทยมาปรับใช้แก่กรณีดังกล่าวได้

2. กรณีที่ขัดแย้งต่อ public policy ของต่างประเทศ ศาลไทยสามารถนำ public policy ของต่างประเทศมาปรับใช้แก่กรณีดังกล่าวได้ เช่น คดีการนำเข้าวิสกีเพื่อไปขายต่อในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยตั้งใจนำเข้าโดยการเลี่ยงภาษี ศาลอังกฤษไม่บังคับตามสัญญาซื้อขายนี้ให้เป็นกรณี ที่ศาลอังกฤษปรับใช้ public policy ของประเทศสหรัฐอเมริกา

## 7.2 ข้อเสนอแนะ

จากที่กล่าวมาในข้างต้นผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะว่าหากจะพิจารณาการเรื่องการแก้ไข ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทย ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการ แสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งในประเทศไทยมี หลักดังกล่าวปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 จากที่มีเพียงใน มาตรา 13 เพียงมาตราเดียว ที่เป็นการแสดงให้เห็นว่ากฎหมายไทยได้กล่าวถึงเพียงแต่การยอมรับ หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมาย โดยการแสดงเจตนา นั้นจะ เป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้และขอบเขตของใช้กฎหมายที่เลือกนั้นบังคับแก่ สาระสำคัญและผลของสัญญา ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วการแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายไทยยังขาด อีกทั้งกฎหมายขัดกันของไทยมิได้กำหนดกลไก วิธีการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของ คู่สัญญาในการเลือกกฎหมายบังคับใช้แก่สัญญาต่างประเทศอย่างละเอียดชัดแจ้งเช่น ที่ได้วาง หลักไว้ใน Rome I Regulation 2008 ดังนั้นจึงอาจทำให้เกิดประเด็นช่องว่างของกฎหมายได้

ตามความเห็นของผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าควรมีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่ง กฎหมายของไทย โดยอาจยึดแนวทางที่ควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ของไทยให้มีความชัดแจ้งและมีประสิทธิภาพมากขึ้นดังเช่นการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการ เลือกกฎหมายบังคับใช้แก่สัญญาของทางสหภาพยุโรป เป็นต้น

ข้อเสนอแนะผู้เขียนขอเสนอเป็นแนวทางในการแก้ไข พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกัน แห่งกฎหมายมาตรา 13 มีดังนี้

1. สมควรให้มีการแยกการเลือกกฎหมายของคู่สัญญา การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของ สัญญาออกมาเป็นมาตราหนึ่ง และการไม่เลือกกฎหมายออกเป็นอีกมาตราหนึ่ง
2. ในกรณีการไม่เลือกกฎหมายผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรยกเลิกการใช้จุดเกาะเกี่ยว ดังกล่าวในการพิจารณากฎหมายที่จะบังคับใช้แก่สัญญาเป็นการใช้จุดเกาะเกี่ยวที่ไม่ยืดหยุ่น และ เพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถนำไปใช้ได้ง่ายขึ้นควร แบ่งสัญญาชนิดต่าง ๆ ออกมา ทั้งนี้การพิจารณา ชนิดของสัญญาสามารถพิจารณาตาม บรรพ 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เรื่อง เอกเทศสัญญา และ กำหนดกฎหมายตามจุดเกาะเกี่ยวอันพิจารณาจากหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญา ว่าฝ่ายใดของคู่สัญญาที่มีหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญาดีกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง หากกรณีที่เป็นสัญญา ที่มีลักษณะตั้งแต่สองสัญญารวมกันอยู่ หรือเป็นสัญญาไม่มีชื่อ ให้ใช้หลักจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดยิ่งในการ พิจารณากฎหมายที่บังคับใช้แก่สัญญา

3. เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายเรื่องเสรีภาพในการเลือกกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาควรมีการบัญญัติว่าคู่สัญญามีสิทธิเสรีภาพในการเลือกกฎหมายบังคับกับสัญญาเพียงไร เช่น เลือกกฎหมายแล้วแก้ไขได้หรือไม่ เลือกใช้กฎหมายกับส่วนต่าง ๆ ของสัญญาต่างกันได้หรือไม่ และบัญญัติการจำกัดเสรีภาพในการแสดงเจตนาอย่างชัดเจนโดยเฉพาะในเรื่องของกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน

4. ควรแบ่งประเภทของสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะออกมา เนื่องจากสัญญาต่าง ๆ ในปัจจุบันมีความซับซ้อนมากขึ้นกว่าสัญญาในสมัยกรุงพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งการที่ต้องแบ่งสัญญาออกเป็น 2 ประเภทข้างต้นดังกล่าว เนื่องจากว่าสัญญาบางประเภทนั้นคู่สัญญาสามารถเลือกตกลงกันเลือกกฎหมายได้โดยเสรี ในขณะที่เดียวกันสัญญาบางประเภทก็ไม่สามารถที่จะให้คู่สัญญาตกลงเลือกกฎหมายได้โดยเสรี มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในการเลือกกฎหมายที่จะมาบังคับใช้กับสัญญา เพราะ เป็นสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่นสัญญาจ้างแรงงาน หรือเป็นสัญญาดังกล่าวมีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในคู่สัญญาที่เป็นผู้อ่อนแอกว่าจำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษเพื่อให้เกิดประโยชน์และความยุติธรรมในการทำสัญญา เช่นสัญญาผู้บริโภค

5. ความสมบูรณ์เรื่องแบบ ผู้เขียนมีความเห็นว่า มาตรา 13 วรรค 3 นั้นมีความเกี่ยวข้องกับมาตราอื่น ๆ อย่างใกล้ชิด เช่นมาตรา 9 และมาตรา 16 การที่ไม่เขียนระบุมาตราที่เกี่ยวข้องไปด้วยจึงอาจสร้างความยุ่งยากในการที่ผู้จะศึกษาต้องไล่หาความเชื่อมโยงในแต่ละมาตราด้วยตัวเอง ดังนั้นจึงควรบัญญัติให้เห็นความเชื่อมโยงของมาตราต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

เนื่องจากผู้เขียนมีความเห็นว่าทั้งการเลือกกฎหมายและการไม่เลือกกฎหมายหาอยู่ในมาตราเดียวกัน จะทำให้เกิดความสับสนได้ ดังนั้นผู้เขียนจึงขอแยกเรื่องการไม่เลือกกฎหมายออกมามีอีกมาตราย่อยของมาตรา 13 ดังต่อไปนี้

มาตรา 13 “ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญาแต่ทั้งหมดหรือบางส่วนให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณีทั้งเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย

กฎหมายในวรรคหนึ่งนั้นอาจตกลงกันในเวลาใดก็ได้ การตกลงแก้ไข หรือการเปลี่ยนแปลงใด ๆ ในเรื่องกฎหมายที่บังคับใช้แก่สัญญาที่เกิดขึ้นภายหลังสัญญาสมบูรณ์จะต้องไม่กระทบต่อความสมบูรณ์ของแบบแห่งสัญญาภายใต้บังคับแห่งมาตรา 9 และมาตรา 16 และไม่กระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอก และหรือผู้สืบสิทธิที่รับช่วงสิทธิมา

กฎหมายที่บังคับใช้แก่สัญญาอันคู่สัญญาตกลงเลือกใช้บังคับแก่สัญญานั้นให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน”

มาตรา 13 ทวิ “ในกรณีที่ไม่อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้หรือกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาไว้ตามมาตรา 13 และไม่เป็นการขัดต่อมาตรา 13 ตรี และ มาตรา 13 จัตวา กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาให้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 ทวิ

สัญญาทั่วไปให้อยู่ในบังคับกฎหมายที่กำหนดต่อไปนี้

- (1) สัญญาซื้อขายอยู่ในบังคับแห่งกฎหมายถิ่นที่อยู่ประจำของผู้ขาย
- (2) สัญญาบริการอยู่ในบังคับแห่งกฎหมายที่ผู้ให้บริการมีถิ่นที่อยู่ประจำ
- (3) สัญญาที่เกี่ยวกับสิทธิโดยตรงในอสังหาริมทรัพย์อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายแห่งถิ่นที่ตั้งทรัพย์สิน
- (4) สัญญาแฟรนไชส์ อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายแห่งถิ่นที่อยู่ประจำของผู้รับสิทธิดำเนินธุรกิจภายใต้ชื่อการค้า (ผู้ซื้อแฟรนไชส์)
- (5) สัญญาตัวแทนจำหน่ายอยู่ในบังคับแห่งกฎหมายที่ผู้จัดจำหน่ายมีถิ่นที่อยู่ ประจำ
- (6) สัญญาซื้อขายทอดตลาด ให้อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายที่เป็นสถานที่ขายทอดตลาด

หากกรณีที่ต้องประกอบของสัญญาประกอบไปด้วยองค์ประกอบที่มากกว่า 1 ประการตามที่ปรากฏในมาตรา 13 ทวิ แล้ว ให้อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายที่คู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่หลักในการปฏิบัติตามสัญญามีถิ่นที่อยู่ประจำ

กรณีปรากฏพฤติการณ์แห่งคดีเป็นที่กระจ่างว่า สัญญานั้นมีจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดยิ่งกว่าที่ระบุใน วรรค 2 แห่งบทบัญญัตินี้ ให้อำนาจแก่ศาลให้สัญญานั้นอยู่ในบังคับแห่งกฎหมายอันมีจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดยิ่งนั้น”

มาตรา 13 ตรี “คู่สัญญาที่จะเลือกกฎหมายที่จะบังคับใช้แก่สัญญาผู้บริโภครู้ได้ตามมาตรา 13 แต่ทั้งนี้ ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของรัฐที่เป็นรัฐซึ่งผู้บริโภครู้ว่ามีถิ่นที่อยู่ประจำ”

มาตรา 13 จัตวา “คู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายที่จะบังคับใช้แก่สัญญาจ้างแรงงานได้ภายใต้ บทบัญญัติแห่งมาตรา 13 แต่ทั้งนี้กฎหมายที่เลือกต้องไม่ขัดต่อกฎหมายคุ้มครองแรงงานของรัฐซึ่งเป็นสถานที่ปฏิบัติงานตามสัญญา หรือรัฐอันเป็นที่ตั้งแห่งสำนักงานที่ลูกจ้างสังกัดอยู่ หรือกฎหมายของรัฐที่สัญญาได้ทำขึ้นนั้น”





- Anasz, Antoni. "From Rome Convention to Rome I Regulation-Could the Evolution Be a Revolution?". *Dr. Thomas Marx Award* 2010 (August 2010 2010).
- Behr, Volker. "Rome I Regulation a-Most-Unified Private Interational Law of Contractual Relationship within -Most-of the European Union ". *Journal of Law and Commerce* 29 (2011): 233.
- Berger, Maria. "I Draft Report on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligation (Rome I) Com (2005) 650 Final-2005/0261 (Cod)." *Commitee on legal affairs* (2006).
- Christoph Althammer, Ulrich Kühle. "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 13 In *Incapacity*, edited by Francesco Ragno, 423-33. Munich: Sellier european law publishers 2015.
- Committee, European Economic. "Directive 90/314/Eec of June 13, 1990 on Package Travel, Package Holiday and Package Tour." In 90/314, edited by European Union, 1990.
- Contractual Obligations in the Eu- Determining Which National Law Applies. [online]. 2008. Available from: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LSU/?uri=CELEX:32008R0593>].
- Dornis, Tim W. "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 5 In *Contract of Carriage*, edited by Francesco Ragno, 187-207. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 11 In *Formal Validity*, edited by Francesco Ragno, 389-402. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- Franco Ferrari, Jan A. Bischoff. "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 10 In *Consent and Material Validity*, edited by Francesco Ragno, 354-88. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 4 In *Applicable Law in Absence of Choice*, 119-27. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- Fürstenwerth, Frank von. "Opinion of the European Economic and Social Commitee on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractaul Obligations (Rome I) Com (2005) 650 Final-2005/0261 (Cod)." *Officail Journal of thee European Union* (2005).
- Garci, Francisco J. "The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instrument." *Journal of Private International Law* 5 No.1 (2009): 85-103.
- Hartley, Trevor C. *International Commercial Litigation Text, Cses Nd Materials on Private International Law*. Cambridge University Press, 2009.

- . "Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law." In *General Course on the Private International Law*. Boston: Martinus Nijhoff publishers, 2006.
- Hill, Jonathan. "Choice of Law in Contract under Rome Convention: The Approach of the UK Courts." In *International and Comparative Law Quarterly*, 325-50: Cambridge, 2007.
- James, Simon. "Rome I: Shall We Dance?". *Law and Financial Market Review*, no. March 2008 (2008): 113-22.
- Kalensky, Pavel. *The European Private International Law of Obligations*. Edited by 3: Springer-Science+Business Media, B.V.
- Lequette, Ancel. *Grand Arrêts de La Jurisprudence De Droit International Français*. Edited by 4.
- Lüttringhaus, Jan D. "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 12 In *Scope of the Law Applicable*, edited by Francesco Ragno, 403-23. Munich: Sellier european law publisher, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 1 In *Scope*, edited by Francesco Ragno, 28-31. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- Mario Guiliano, Paul Lagarde. "Report on the Convention on the Law Applicable To Contractual Obligations." Official Journal of the European Communities: European Committee, 1980.
- Merreti, Louise. "Choice of Law in Insurance Contracts under the Rome I Regulation." *Journal of Private International Law* 5 No.1 (2009): 49-67.
- Omlor, Sebastian. "Rome I Regulation Pocket Commentary ". Chap. 21 In *Public Policy of the Forum*, edited by Francesco Ragno, 487-95. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- Outline the Principle of Party Autonomy. [online]. 2006. Available from: [http://eng.hi138.com/legal-papers/international-law-papers/200610/18720\\_outline-the-principle-of-party-autonomy.asp#.WNldctLygdU](http://eng.hi138.com/legal-papers/international-law-papers/200610/18720_outline-the-principle-of-party-autonomy.asp#.WNldctLygdU).
- Prebblat, John. "Choice of Law to Determine the Validity and Effect of Contract: A Comparison of English and American Approaches to the Conflict of Laws." *Cornell Law Review* 58 No.4, no. April (1973): 636-732.
- Ragno, Francesca. "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 3 In *Uniform Rules*, edited by Francesca Ragno, 104-05. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 6 In *Consumer Contract*, edited by Francesco Ragno, 208-53. Munich: Sellier European publishers, 2015.

- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 3 In *Uniform Rules*, edited by Francesca Ragno, 95-104. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 2 In *Universal Application*, edited by Francesca Ragno, 71-73. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 3 In *Uniform Rules*, edited by Francesca Ragno, 110-14. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 3 In *Uniform Rules*, edited by Francesca Ragno, 94. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 3 In *Uniform Rules*, edited by Francesca Ragno, 84-88. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 3 In *Uniform Rules*, edited by Francesca Ragno, 115-18. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." In *Uniform Rules*, edited by Francesca Ragno, 74. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 3 In *Uniform Rules*, edited by Francesca Ragno, 106-07. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- Richard Plender, Michael Wilderspin. *The European Private International Law of Obligations*. Edited by 3: Sweet & Maxwell, 2009.
- Rome I Regulation on Law Applicable to Contractual Obligations Comes into Force. [online]. Available from: <http://www.incelaw.com/en/news-and-events/news/rome-i-regulation-on-law-applicable-to-contractual-obligations-comes-into-force> ].
- Schmidt-Kessel, Martin. "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 9 In *Overriding Mandatory Provisions*, edited by Francesco Ragno, 3320-354. Munich: Sellier european law publisher, 2015.
- Staudingger, Ansgar. "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 7 In *Insurance Contract*, edited by Francesco Ragno, 253-320. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- Trávníčková, Simona. Limitations of Choice of Law Mandatory Rules and Internationally Mandatory Rules [online]. Available from: <https://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/mezinaro/travnickova.pdf> ].
- V.K. Rajah, Sudaresh Menon. "Current Legal Issues in the International Commercial Litigation." In *Choice of Law Clause and the Limits on Party Automnomy*, edited by V.K. Rajah, 1997.
- เหลือ่องภักทรวงศ์, สุภาพร. "หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและข้อจำกัดในสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ." บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.

เอกจรรย์กร, ไผทชิต. กฎหมายพาณิชย์นาวี ตอนที่ 2 (*Maritime Law*). Edited by 6 กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชนจำกัด, 2552.

เอียงอ่อง, คมวัชร. "เขตอำนาจศาลไทยเหนือคดีแพ่งและพาณิชย์ที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ."

บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.

แสงอุทัย, หยุต. กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้ที่หนึ่ง. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517.

———. การขัดกันแห่งกฎหมาย (หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบายว่าด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา). สำนักพิมพ์: โรงพิมพ์สยามพาณิชย์การ, 2484.

โสทธิพันธุ์, ศนันท์กรณ์. คำอธิบายนิติกรรม สัญญา. Edited by 20: สำนักพิมพ์: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2559.

ดิระวัฒน์, ดาราพร. กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและ ปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. สำนักพิมพ์ กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.

ปัจจุสานนท์, ชุมพร. "กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ตอนที่ 1." วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 no. มิถุนายน 2527 (2527): 80.

———. "กฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที, หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย : ผลกระทบต่ออนุสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล." วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 16 ฉบับที่ 4 no. ธันวาคม 2529 (2529): 20-41.

ปิตยาศักดิ์, สรวารุ. "เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ หน่วยที่ 12-17." In กฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศและกฎหมายธุรกิจกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.

ปิวาวัดมนพาณิชย์, ประสิทธิ์. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. Edited by 4 สำนักพิมพ์ กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559.

ลามวณิชชา, รัชนิกร. "กฎหมายพึงบังคับใช้ทันที." วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 41 ฉบับที่ 2, no. มิ.ย. 2555 (2555): 262-79.

หยางกูร, พิชัยศักดิ์. "เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 2-20." In หลักความสงบเรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดีของประชาชน: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.

## รายการอ้างอิง

- Anasz, Antoni. "From Rome Convention to Rome I Regulation-Could the Evolution Be a Revolution?". *Dr. Thomas Marx Award* 2010 (August 2010 2010).
- Behr, Volker. "Rome I Regulation a-Most-Unified Private Interational Law of Contractual Relationship within -Most-of the European Union ". *Journal of Law and Commerce* 29 (2011): 233.
- Berger, Maria. "I Draft Report on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligation (Rome I) Com (2005) 650 Final-2005/0261 (Cod)." *Committee on legal affairs* (2006).
- Christoph Althammer, Ulrich Kühle. "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 13 In *Incapacity*, edited by Francesco Ragno, 423-33. Munich: Sellier european law publishers 2015.
- Committee, European Economic. "Directive 90/314/Eec of June 13, 1990 on Package Travel, Package Holiday and Package Tour." In 90/314, edited by European Union, 1990.
- Contractual Obligations in the Eu- Determining Which National Law Applies. [online]. 2008. Available from: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LSU/?uri=CELEX:32008R0593>.
- Dornis, Tim W. "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 5 In *Contract of Carriage*, edited by Francesco Ragno, 187-207. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 11 In *Formal Validity*, edited by Francesco Ragno, 389-402. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- Franco Ferrari, Jan A. Bischoff. "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 10 In *Consent and Material Validity*, edited by Francesco Ragno, 354-88. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 4 In *Applicable Law in Absence of Choice*, 119-27. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- Fürstenwerth, Frank von. "Opinion of the European Economic and Social Committee on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractaul Obligations (Rome I) Com (2005) 650 Final-2005/0261 (Cod)." *Officail Journal of thee European Union* (2005).
- Garci, Francisco J. "The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instrument." *Journal of Private International Law* 5 No.1 (2009): 85-103.
- Hartley, Trevor C. *International Commercial Litigation Text, Cses Nd Materials on Private International Law*. Cambridge University Press, 2009.

- . "Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law." In *General Course on the Private International Law*. Boston: Martinus Nijhoff publishers, 2006.
- Hill, Jonathan. "Choice of Law in Contract under Rome Convention: The Approach of the UK Courts." In *International and Comparative Law Quarterly*, 325-50: Cambridge, 2007.
- James, Simon. "Rome I: Shall We Dance?". *Law and Financial Market Review*, no. March 2008 (2008): 113-22.
- Kalensky, Pavel. *The European Private International Law of Obligations*. Edited by 3: Springer-Science+Business Media, B.V.
- Lequette, Ancel. *Grand Arrêts de La Jurisprudence De Droit International Français*. Edited by 4.
- Lüttringhaus, Jan D. "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 12 In *Scope of the Law Applicable*, edited by Francesco Ragno, 403-23. Munich: Sellier european law publisher, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 1 In *Scope*, edited by Francesco Ragno, 28-31. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- Mario Guiliano, Paul Lagarde. "Report on the Convention on the Law Applicable To Contractual Obligations." Official Journal of the European Communities: European Committee, 1980.
- Merreti, Louise. "Choice of Law in Insurance Contracts under the Rome I Regulation." *Journal of Private International Law* 5 No.1 (2009): 49-67.
- Omlor, Sebastian. "Rome I Regulation Pocket Commentary ". Chap. 21 In *Public Policy of the Forum*, edited by Francesco Ragno, 487-95. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- Outline the Principle of Party Autonomy. [online]. 2006. Available from: [http://eng.hi138.com/legal-papers/international-law-papers/200610/18720\\_outline-the-principle-of-party-autonomy.asp#.WNldctLygdU](http://eng.hi138.com/legal-papers/international-law-papers/200610/18720_outline-the-principle-of-party-autonomy.asp#.WNldctLygdU).
- Prebblat, John. "Choice of Law to Determine the Validity and Effect of Contract: A Comparison of English and American Approaches to the Conflict of Laws." *Cornell Law Review* 58 No.4, no. April (1973): 636-732.
- Ragno, Francesca. "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 3 In *Uniform Rules*, edited by Francesca Ragno, 104-05. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 6 In *Consumer Contract*, edited by Francesco Ragno, 208-53. Munich: Sellier European publishers, 2015.

- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 3 In *Uniform Rules*, edited by Francesca Ragno, 95-104. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 2 In *Universal Application*, edited by Francesca Ragno, 71-73. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 3 In *Uniform Rules*, edited by Francesca Ragno, 110-14. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 3 In *Uniform Rules*, edited by Francesca Ragno, 94. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 3 In *Uniform Rules*, edited by Francesca Ragno, 84-88. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 3 In *Uniform Rules*, edited by Francesca Ragno, 115-18. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." In *Uniform Rules*, edited by Francesca Ragno, 74. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- . "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 3 In *Uniform Rules*, edited by Francesca Ragno, 106-07. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- Richard Plender, Michael Wilderspin. *The European Private International Law of Obligations*. Edited by 3: Sweet & Maxwell, 2009.
- Rome I Regulation on Law Applicable to Contractual Obligations Comes into Force. [online]. Available from: <http://www.incelaw.com/en/news-and-events/news/rome-i-regulation-on-law-applicable-to-contractual-obligations-comes-into-force> ].
- Schmidt-Kessel, Martin. "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 9 In *Overriding Mandatory Provisions*, edited by Francesco Ragno, 3320-354. Munich: Sellier european law publisher, 2015.
- Staudingger, Ansgar. "Rome I Regulation Pocket Commentary." Chap. 7 In *Insurance Contract*, edited by Francesco Ragno, 253-320. Munich: Sellier european law publishers, 2015.
- Trávníčková, Simona. Limitations of Choice of Law Mandatory Rules and Internationally Mandatory Rules [online]. Available from: <https://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/mezinaro/travnickova.pdf> ].
- V.K. Rajah, Sudaresh Menon. "Current Legal Issues in the International Commercial Litigation." In *Choice of Law Clause and the Limits on Party Automnomy*, edited by V.K. Rajah, 1997.
- เหลือ่องภักทรวงศ์, สุภาพร. "หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและข้อจำกัดในสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ." บัณชิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.

เอกจริยกร, ไผทชิต. กฎหมายพาณิชย์นาวี ตอนที่ 2 (*Maritime Law*). Edited by 6 กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชนจำกัด, 2552.

เอียงอ่อง, คมวัชร. "เขตอำนาจศาลไทยเหนือคดีแพ่งและพาณิชย์ที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ."

บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.

แสงอุทัย, หยุต. กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้ที่หนึ่ง. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517.

———. การขัดกันแห่งกฎหมาย (หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบายว่าด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา). สำนักพิมพ์: โรงพิมพ์สยามพาณิชย์การ, 2484.

โสทธิพันธุ์, ศนันท์กรณ์. คำอธิบายนิติกรรม สัญญา. Edited by 20: สำนักพิมพ์: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2559.

ดิระวัฒน์, ดาราพร. กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและ ปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.

สำนักพิมพ์ กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.

ปัจจุสานนท์, ชุมพร. "กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ตอนที่

1." วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 no. มิถุนายน 2527 (2527): 80.

———. "กฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที, หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย : ผลกระทบต่ออนุสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล." วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 16 ฉบับที่ 4 no. ธันวาคม 2529 (2529): 20-41.

ปิตยาศักดิ์, สรวารุ. "เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ หน่วยที่ 12-17." In กฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศและกฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.

ปิวาวัดมนพาณิชย์, ประสิทธิ์. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. Edited by 4 สำนักพิมพ์ กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559.

ลาภวิชชา, รัชนิกร. "กฎหมายพึงบังคับใช้ทันที." วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 41 ฉบับที่ 2, no. มิ.ย. 2555 (2555): 262-79.

หยางกูร, พิชัยศักดิ์. "เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 2-20." In หลักความสงบเรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดีของประชาชน: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.





ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

## 1. Rome I Regulation 2008

REGULATION (EC) No 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE  
COUNCIL

of 17 June 2008

on the law applicable to contractual obligations (Rome I)

THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION,

Having regard to the Treaty establishing the European Community, and in particular  
Article 61(c) and the second indent of Article 67(5) thereof,

Having regard to the proposal from the Commission,

Having regard to the opinion of the European Economic and Social Committee,

Acting in accordance with the procedure laid down in Article 251 of the Treaty,

Whereas:

- (1) The Community has set itself the objective of maintaining and developing an area of freedom, security and justice. For the progressive establishment of such an area, the Community is to adopt measures relating to judicial cooperation in civil matters with a cross-border impact to the extent necessary for the proper functioning of the internal market.
- (2) According to Article 65, point (b) of the Treaty, these measures are to include those promoting the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning the conflict of laws and of jurisdiction.
- (3) The European Council meeting in Tampere on 15 and 16 October 1999 endorsed the principle of mutual recognition of judgments and other decisions of judicial authorities as the cornerstone of judicial cooperation in civil matters and invited the Council and the Commission to adopt a programme of measures to implement that principle.

- (4) On 30 November 2000 the Council adopted a joint Commission and Council programme of measures for implementation of the principle of mutual recognition of decisions in civil and commercial matter. The programme identifies measures relating to the harmonisation of conflict-of-law rules as those facilitating the mutual recognition of judgments.
- (5) The Hague Programme, adopted by the European Council on 5 November 2004, called for work to be pursued actively on the conflict-of-law rules regarding contractual obligations (Rome I).
- (6) The proper functioning of the internal market creates a need, in order to improve the predictability of the outcome of litigation, certainty as to the law applicable and the free movement of judgments, for the conflict-of-law rules in the Member States to designate the same national law irrespective of the country of the court in which an action is brought.
- (7) The substantive scope and the provisions of this Regulation should be consistent with Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels I) and Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II).
- (8) Family relationships should cover parentage, marriage, affinity and collateral relatives. The reference in Article 1(2) to relationships having comparable effects to marriage and other family relationships should be interpreted in accordance with the law of the Member State in which the court is seised.
- (9) Obligations under bills of exchange, cheques and promissory notes and other negotiable instruments should also cover bills of lading to the extent that the obligations under the bill of lading arise out of its negotiable character.
- (10) Obligations arising out of dealings prior to the conclusion of the contract are covered by Article 12 of Regulation (EC) No 864/2007. Such obligations should therefore be excluded from the scope of this Regulation.

- (11)The parties' freedom to choose the applicable law should be one of the cornerstones of the system of conflict-of-law rules in matters of contractual obligations.
- (12)An agreement between the parties to confer on one or more courts or tribunals of a Member State exclusive jurisdiction to determine disputes under the contract should be one of the factors to be taken into account in determining whether a choice of law has been clearly demonstrated.
- (13)This Regulation does not preclude parties from incorporating by reference into their contract a non-State body of law or an international convention.
- (14)Should the Community adopt, in an appropriate legal instrument, rules of substantive contract law, including standard terms and conditions, such instrument may provide that the parties may choose to apply those rules.
- (15)Where a choice of law is made and all other elements relevant to the situation are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of law should not prejudice the application of provisions of the law of that country which cannot be derogated from by agreement. This rule should apply whether or not the choice of law was accompanied by a choice of court or tribunal. Whereas no substantial change is intended as compared with Article 3(3) of the 1980 Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (the Rome Convention), the wording of this Regulation is aligned as far as possible with Article 14 of Regulation (EC) No 864/2007.
- (16)To contribute to the general objective of this Regulation, legal certainty in the European judicial area, the conflict-of-law rules should be highly foreseeable. The courts should, however, retain a degree of discretion to determine the law that is most closely connected to the situation.
- (17)As far as the applicable law in the absence of choice is concerned, the concept of 'provision of services' and 'sale of goods' should be interpreted in the same way as when applying Article 5 of Regulation (EC) No 44/2001 in so far as sale of goods and provision of services are covered by that Regulation. Although franchise and

distribution contracts are contracts for services, they are the subject of specific rules.

(18) As far as the applicable law in the absence of choice is concerned, multilateral systems should be those in which trading is conducted, such as regulated markets and multilateral trading facilities as referred to in Article 4 of Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments, regardless of whether or not they rely on a central counterparty.

(19) Where there has been no choice of law, the applicable law should be determined in accordance with the rule specified for the particular type of contract. Where the contract cannot be categorised as being one of the specified types or where its elements fall within more than one of the specified types, it should be governed by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract has his habitual residence. In the case of a contract consisting of a bundle of rights and obligations capable of being categorised as falling within more than one of the specified types of contract, the characteristic performance of the contract should be determined having regard to its centre of gravity.

(20) Where the contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in Article 4(1) or (2), an escape clause should provide that the law of that other country is to apply. In order to determine that country, account should be taken, *inter alia*, of whether the contract in question has a very close relationship with another contract or contracts.

(21) In the absence of choice, where the applicable law cannot be determined either on the basis of the fact that the contract can be categorised as one of the specified types or as being the law of the country of habitual residence of the party required to effect the characteristic performance of the contract, the contract should be governed by the law of the country with which it is most closely connected. In order to determine that country, account should be taken, *inter alia*, of whether

the contract in question has a very close relationship with another contract or contracts.

(22)As regards the interpretation of contracts for the carriage of goods, no change in substance is intended with respect to Article 4(4), third sentence, of the Rome Convention. Consequently, single-voyage charter parties and other contracts the main purpose of which is the carriage of goods should be treated as contracts for the carriage of goods. For the purposes of this Regulation, the term ‘consignor’ should refer to any person who enters into a contract of carriage with the carrier and the term ‘the carrier’ should refer to the party to the contract who undertakes to carry the goods, whether or not he performs the carriage himself.

(23)As regards contracts concluded with parties regarded as being weaker, those parties should be protected by conflict-of-law rules that are more favourable to their interests than the general rules.

(24)With more specific reference to consumer contracts, the conflict-of-law rule should make it possible to cut the cost of settling disputes concerning what are commonly relatively small claims and to take account of the development of distance-selling techniques. Consistency with Regulation (EC) No 44/2001 requires both that there be a reference to the concept of directed activity as a condition for applying the consumer protection rule and that the concept be interpreted harmoniously in Regulation (EC) No 44/2001 and this Regulation, bearing in mind that a joint declaration by the Council and the Commission on Article 15 of Regulation (EC) No 44/2001 states that ‘for Article 15(1)(c) to be applicable it is not sufficient for an undertaking to target its activities at the Member State of the consumer's residence, or at a number of Member States including that Member State; a contract must also be concluded within the framework of its activities’. The declaration also states that ‘the mere fact that an Internet site is accessible is not sufficient for Article 15 to be applicable, although a factor will be that this Internet site solicits the conclusion of distance contracts and that a contract has actually been concluded at a distance, by whatever means. In this respect, the language or currency which a website uses does not constitute a relevant factor.’.

(25) Consumers should be protected by such rules of the country of their habitual residence that cannot be derogated from by agreement, provided that the consumer contract has been concluded as a result of the professional pursuing his commercial or professional activities in that particular country. The same protection should be guaranteed if the professional, while not pursuing his commercial or professional activities in the country where the consumer has his habitual residence, directs his activities by any means to that country or to several countries, including that country, and the contract is concluded as a result of such activities.

(26) For the purposes of this Regulation, financial services such as investment services and activities and ancillary services provided by a professional to a consumer, as referred to in sections A and B of Annex I to Directive 2004/39/EC, and contracts for the sale of units in collective investment undertakings, whether or not covered by Council Directive 85/611/EEC of 20 December 1985 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS), should be subject to Article 6 of this Regulation. Consequently, when a reference is made to terms and conditions governing the issuance or offer to the public of transferable securities or to the subscription and redemption of units in collective investment undertakings, that reference should include all aspects binding the issuer or the offeror to the consumer, but should not include those aspects involving the provision of financial services.

(27) Various exceptions should be made to the general conflict-of-law rule for consumer contracts. Under one such exception the general rule should not apply to contracts relating to rights *in rem* in immovable property or tenancies of such property unless the contract relates to the right to use immovable property on a timeshare basis within the meaning of Directive 94/47/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis.

- (28) It is important to ensure that rights and obligations which constitute a financial instrument are not covered by the general rule applicable to consumer contracts, as that could lead to different laws being applicable to each of the instruments issued, therefore changing their nature and preventing their fungible trading and offering. Likewise, whenever such instruments are issued or offered, the contractual relationship established between the issuer or the offeror and the consumer should not necessarily be subject to the mandatory application of the law of the country of habitual residence of the consumer, as there is a need to ensure uniformity in the terms and conditions of an issuance or an offer. The same rationale should apply with regard to the multilateral systems covered by Article 4(1)(h), in respect of which it should be ensured that the law of the country of habitual residence of the consumer will not interfere with the rules applicable to contracts concluded within those systems or with the operator of such systems.
- (29) For the purposes of this Regulation, references to rights and obligations constituting the terms and conditions governing the issuance, offers to the public or public take-over bids of transferable securities and references to the subscription and redemption of units in collective investment undertakings should include the terms governing, *inter alia*, the allocation of securities or units, rights in the event of over-subscription, withdrawal rights and similar matters in the context of the offer as well as those matters referred to in Articles 10, 11, 12 and 13, thus ensuring that all relevant contractual aspects of an offer binding the issuer or the offeror to the consumer are governed by a single law.
- (30) For the purposes of this Regulation, financial instruments and transferable securities are those instruments referred to in Article 4 of Directive 2004/39/EC.
- (31) Nothing in this Regulation should prejudice the operation of a formal arrangement designated as a system under Article 2(a) of Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on settlement finality in payment and securities settlement systems.



- (32) Owing to the particular nature of contracts of carriage and insurance contracts, specific provisions should ensure an adequate level of protection of passengers and policy holders. Therefore, Article 6 should not apply in the context of those particular contracts.
- (33) Where an insurance contract not covering a large risk covers more than one risk, at least one of which is situated in a Member State and at least one of which is situated in a third country, the special rules on insurance contracts in this Regulation should apply only to the risk or risks situated in the relevant Member State or Member States.
- (34) The rule on individual employment contracts should not prejudice the application of the overriding mandatory provisions of the country to which a worker is posted in accordance with Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services.
- (35) Employees should not be deprived of the protection afforded to them by provisions which cannot be derogated from by agreement or which can only be derogated from to their benefit.
- (36) As regards individual employment contracts, work carried out in another country should be regarded as temporary if the employee is expected to resume working in the country of origin after carrying out his tasks abroad. The conclusion of a new contract of employment with the original employer or an employer belonging to the same group of companies as the original employer should not preclude the employee from being regarded as carrying out his work in another country temporarily.
- (37) Considerations of public interest justify giving the courts of the Member States the possibility, in exceptional circumstances, of applying exceptions based on public policy and overriding mandatory provisions. The concept of 'overriding mandatory provisions' should be distinguished from the expression 'provisions which cannot be derogated from by agreement' and should be construed more restrictively.

(38) In the context of voluntary assignment, the term ‘relationship’ should make it clear that Article 14(1) also applies to the property aspects of an assignment, as between assignor and assignee, in legal orders where such aspects are treated separately from the aspects under the law of obligations. However, the term ‘relationship’ should not be understood as relating to any relationship that may exist between assignor and assignee. In particular, it should not cover preliminary questions as regards a voluntary assignment or a contractual subrogation. The term should be strictly limited to the aspects which are directly relevant to the voluntary assignment or contractual subrogation in question.

(39) For the sake of legal certainty there should be a clear definition of habitual residence, in particular for companies and other bodies, corporate or unincorporated. Unlike Article 60(1) of Regulation (EC) No 44/2001, which establishes three criteria, the conflict-of-law rule should proceed on the basis of a single criterion; otherwise, the parties would be unable to foresee the law applicable to their situation.

(40) A situation where conflict-of-law rules are dispersed among several instruments and where there are differences between those rules should be avoided. This Regulation, however, should not exclude the possibility of inclusion of conflict-of-law rules relating to contractual obligations in provisions of Community law with regard to particular matters.

This Regulation should not prejudice the application of other instruments laying down provisions designed to contribute to the proper functioning of the internal market in so far as they cannot be applied in conjunction with the law designated by the rules of this Regulation. The application of provisions of the applicable law designated by the rules of this Regulation should not restrict the free movement of goods and services as regulated by Community instruments, such as Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce).

- (41) Respect for international commitments entered into by the Member States means that this Regulation should not affect international conventions to which one or more Member States are parties at the time when this Regulation is adopted. To make the rules more accessible, the Commission should publish the list of the relevant conventions in the *Official Journal of the European Union* on the basis of information supplied by the Member States.
- (42) The Commission will make a proposal to the European Parliament and to the Council concerning the procedures and conditions according to which Member States would be entitled to negotiate and conclude, on their own behalf, agreements with third countries in individual and exceptional cases, concerning sectoral matters and containing provisions on the law applicable to contractual obligations.
- (43) Since the objective of this Regulation cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the scale and effects of this Regulation, be better achieved at Community level, the Community may adopt measures, in accordance with the principle of subsidiarity as set out in Article 5 of the Treaty. In accordance with the principle of proportionality, as set out in that Article, this Regulation does not go beyond what is necessary to attain its objective.
- (44) In accordance with Article 3 of the Protocol on the position of the United Kingdom and Ireland, annexed to the Treaty on European Union and to the Treaty establishing the European Community, Ireland has notified its wish to take part in the adoption and application of the present Regulation.
- (45) In accordance with Articles 1 and 2 of the Protocol on the position of the United Kingdom and Ireland, annexed to the Treaty on European Union and to the Treaty establishing the European Community, and without prejudice to Article 4 of the said Protocol, the United Kingdom is not taking part in the adoption of this Regulation and is not bound by it or subject to its application.
- (46) In accordance with Articles 1 and 2 of the Protocol on the position of Denmark, annexed to the Treaty on European Union and to the Treaty establishing the

European Community, Denmark is not taking part in the adoption of this Regulation and is not bound by it or subject to its application,

HAVE ADOPTED THIS REGULATION:

## CHAPTER I

### SCOPE

#### *Article 1*

#### **Material scope**

1. This Regulation shall apply, in situations involving a conflict of laws, to contractual obligations in civil and commercial matters.

It shall not apply, in particular, to revenue, customs or administrative matters.

2. The following shall be excluded from the scope of this Regulation:

- (a) questions involving the status or legal capacity of natural persons, without prejudice to Article 13;
- (b) obligations arising out of family relationships and relationships deemed by the law applicable to such relationships to have comparable effects, including maintenance obligations;
- (c) obligations arising out of matrimonial property regimes, property regimes of relationships deemed by the law applicable to such relationships to have comparable effects to marriage, and wills and succession;
- (d) obligations arising under bills of exchange, cheques and promissory notes and other negotiable instruments to the extent that the obligations under such other negotiable instruments arise out of their negotiable character;
- (e) arbitration agreements and agreements on the choice of court;
- (f) questions governed by the law of companies and other bodies, corporate or unincorporated, such as the creation, by registration or otherwise, legal capacity, internal organisation or winding-up of companies and other bodies, corporate or

- unincorporated, and the personal liability of officers and members as such for the obligations of the company or body;
- (g) the question whether an agent is able to bind a principal, or an organ to bind a company or other body corporate or unincorporated, in relation to a third party;
- (h) the constitution of trusts and the relationship between settlors, trustees and beneficiaries;
- (i) obligations arising out of dealings prior to the conclusion of a contract;
- (j) insurance contracts arising out of operations carried out by organisations other than undertakings referred to in Article 2 of Directive 2002/83/EC of the European Parliament and of the Council of 5 November 2002 concerning life assurance the object of which is to provide benefits for employed or self-employed persons belonging to an undertaking or group of undertakings, or to a trade or group of trades, in the event of death or survival or of discontinuance or curtailment of activity, or of sickness related to work or accidents at work.
3. This Regulation shall not apply to evidence and procedure, without prejudice to Article 18.
4. In this Regulation, the term 'Member State' shall mean Member States to which this Regulation applies. However, in Article 3(4) and Article 7 the term shall mean all the Member States.

*Article 2*

**Universal application**

Any law specified by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member State.

**CHAPTER II**

**UNIFORM RULES**

*Article 3*

### **Freedom of choice**

1. A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.
2. The parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it, whether as a result of an earlier choice made under this Article or of other provisions of this Regulation. Any change in the law to be applied that is made after the conclusion of the contract shall not prejudice its formal validity under Article 11 or adversely affect the rights of third parties.
3. Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement.
4. Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in one or more Member States, the parties' choice of applicable law other than that of a Member State shall not prejudice the application of provisions of Community law, where appropriate as implemented in the Member State of the forum, which cannot be derogated from by agreement.
5. The existence and validity of the consent of the parties as to the choice of the applicable law shall be determined in accordance with the provisions of Articles 10, 11 and 13.

### *Article 4*

#### **Applicable law in the absence of choice**

1. To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3 and without prejudice to Articles 5 to 8, the law governing the contract shall be determined as follows:

- (a) a contract for the sale of goods shall be governed by the law of the country where the seller has his habitual residence;
- (b) a contract for the provision of services shall be governed by the law of the country where the service provider has his habitual residence;
- (c) a contract relating to a right *in rem* in immovable property or to a tenancy of immovable property shall be governed by the law of the country where the property is situated;
- (d) notwithstanding point (c), a tenancy of immovable property concluded for temporary private use for a period of no more than six consecutive months shall be governed by the law of the country where the landlord has his habitual residence, provided that the tenant is a natural person and has his habitual residence in the same country;
- (e) a franchise contract shall be governed by the law of the country where the franchisee has his habitual residence;
- (f) a distribution contract shall be governed by the law of the country where the distributor has his habitual residence;
- (g) a contract for the sale of goods by auction shall be governed by the law of the country where the auction takes place, if such a place can be determined;
- (h) a contract concluded within a multilateral system which brings together or facilitates the bringing together of multiple third-party buying and selling interests in financial instruments, as defined by Article 4(1), point (17) of Directive 2004/39/EC, in accordance with non-discretionary rules and governed by a single law, shall be governed by that law.
2. Where the contract is not covered by paragraph 1 or where the elements of the contract would be covered by more than one of points (a) to (h) of paragraph 1, the contract shall be governed by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract has his habitual residence.

3. Where it is clear from all the circumstances of the case that the contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply.
4. Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraphs 1 or 2, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected.

*Article 5*

**Contracts of carriage**

1. To the extent that the law applicable to a contract for the carriage of goods has not been chosen in accordance with Article 3, the law applicable shall be the law of the country of habitual residence of the carrier, provided that the place of receipt or the place of delivery or the habitual residence of the consignor is also situated in that country. If those requirements are not met, the law of the country where the place of delivery as agreed by the parties is situated shall apply.
2. To the extent that the law applicable to a contract for the carriage of passengers has not been chosen by the parties in accordance with the second subparagraph, the law applicable shall be the law of the country where the passenger has his habitual residence, provided that either the place of departure or the place of destination is situated in that country. If these requirements are not met, the law of the country where the carrier has his habitual residence shall apply.

The parties may choose as the law applicable to a contract for the carriage of passengers in accordance with Article 3 only the law of the country where:

- (a) the passenger has his habitual residence; or
- (b) the carrier has his habitual residence; or
- (c) the carrier has his place of central administration; or
- (d) the place of departure is situated; or
- (e) the place of destination is situated.



3. Where it is clear from all the circumstances of the case that the contract, in the absence of a choice of law, is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply.

*Article 6*

**Consumer contracts**

1. Without prejudice to Articles 5 and 7, a contract concluded by a natural person for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession (the consumer) with another person acting in the exercise of his trade or profession (the professional) shall be governed by the law of the country where the consumer has his habitual residence, provided that the professional:

(a) pursues his commercial or professional activities in the country where the consumer has his habitual residence, or

(b) by any means, directs such activities to that country or to several countries including that country,

and the contract falls within the scope of such activities.

2. Notwithstanding paragraph 1, the parties may choose the law applicable to a contract which fulfils the requirements of paragraph 1, in accordance with Article 3. Such a choice may not, however, have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement by virtue of the law which, in the absence of choice, would have been applicable on the basis of paragraph 1.

3. If the requirements in points (a) or (b) of paragraph 1 are not fulfilled, the law applicable to a contract between a consumer and a professional shall be determined pursuant to Articles 3 and 4.

4. Paragraphs 1 and 2 shall not apply to:

(a) a contract for the supply of services where the services are to be supplied to the consumer exclusively in a country other than that in which he has his habitual residence;

- (b) a contract of carriage other than a contract relating to package travel within the meaning of Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours<sup>(15)</sup>;
- (c) a contract relating to a right *in rem* in immovable property or a tenancy of immovable property other than a contract relating to the right to use immovable properties on a timeshare basis within the meaning of Directive 94/47/EC;
- (d) rights and obligations which constitute a financial instrument and rights and obligations constituting the terms and conditions governing the issuance or offer to the public and public take-over bids of transferable securities, and the subscription and redemption of units in collective investment undertakings in so far as these activities do not constitute provision of a financial service;
- (e) a contract concluded within the type of system falling within the scope of Article 4(1)(h).

#### Article 7

#### Insurance contracts

1. This Article shall apply to contracts referred to in paragraph 2, whether or not the risk covered is situated in a Member State, and to all other insurance contracts covering risks situated inside the territory of the Member States. It shall not apply to reinsurance contracts.
2. An insurance contract covering a large risk as defined in Article 5(d) of the First Council Directive 73/239/EEC of 24 July 1973 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking-up and pursuit of the business of direct insurance other than life assurance shall be governed by the law chosen by the parties in accordance with Article 3 of this Regulation.

To the extent that the applicable law has not been chosen by the parties, the insurance contract shall be governed by the law of the country where the insurer has his habitual residence. Where it is clear from all the circumstances of the case that the

contract is manifestly more closely connected with another country, the law of that other country shall apply.

3. In the case of an insurance contract other than a contract falling within paragraph 2, only the following laws may be chosen by the parties in accordance with Article 3:

(a) the law of any Member State where the risk is situated at the time of conclusion of the contract;

(b) the law of the country where the policy holder has his habitual residence;

(c) in the case of life assurance, the law of the Member State of which the policy holder is a national;

(d) for insurance contracts covering risks limited to events occurring in one Member State other than the Member State where the risk is situated, the law of that Member State;

(e) where the policy holder of a contract falling under this paragraph pursues a commercial or industrial activity or a liberal profession and the insurance contract covers two or more risks which relate to those activities and are situated in different Member States, the law of any of the Member States concerned or the law of the country of habitual residence of the policy holder.

Where, in the cases set out in points (a), (b) or (e), the Member States referred to grant greater freedom of choice of the law applicable to the insurance contract, the parties may take advantage of that freedom.

To the extent that the law applicable has not been chosen by the parties in accordance with this paragraph, such a contract shall be governed by the law of the Member State in which the risk is situated at the time of conclusion of the contract.

4. The following additional rules shall apply to insurance contracts covering risks for which a Member State imposes an obligation to take out insurance:

(a) the insurance contract shall not satisfy the obligation to take out insurance unless it complies with the specific provisions relating to that insurance laid down by the Member State that imposes the obligation. Where the law of the Member State in

which the risk is situated and the law of the Member State imposing the obligation to take out insurance contradict each other, the latter shall prevail;

(b) by way of derogation from paragraphs 2 and 3, a Member State may lay down that the insurance contract shall be governed by the law of the Member State that imposes the obligation to take out insurance.

5. For the purposes of paragraph 3, third subparagraph, and paragraph 4, where the contract covers risks situated in more than one Member State, the contract shall be considered as constituting several contracts each relating to only one Member State.

6. For the purposes of this Article, the country in which the risk is situated shall be determined in accordance with Article 2(d) of the Second Council Directive 88/357/EEC of 22 June 1988 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and laying down provisions to facilitate the effective exercise of freedom to provide services and, in the case of life assurance, the country in which the risk is situated shall be the country of the commitment within the meaning of Article 1(1)(g) of Directive 2002/83/EC.

#### *Article 8*

### **Individual employment contracts**

1. An individual employment contract shall be governed by the law chosen by the parties in accordance with Article 3. Such a choice of law may not, however, have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement under the law that, in the absence of choice, would have been applicable pursuant to paragraphs 2, 3 and 4 of this Article.

2. To the extent that the law applicable to the individual employment contract has not been chosen by the parties, the contract shall be governed by the law of the country in which or, failing that, from which the employee habitually carries out his work in performance of the contract. The country where the work is habitually carried out shall not be deemed to have changed if he is temporarily employed in another country.

3. Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraph 2, the contract shall be governed by the law of the country where the place of business through which the employee was engaged is situated.
4. Where it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 2 or 3, the law of that other country shall apply.

*Article 9*

**Overriding mandatory provisions**

1. Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation.
2. Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum.
3. Effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.

*Article 10*

**Consent and material validity**

1. The existence and validity of a contract, or of any term of a contract, shall be determined by the law which would govern it under this Regulation if the contract or term were valid.
2. Nevertheless, a party, in order to establish that he did not consent, may rely upon the law of the country in which he has his habitual residence if it appears from the

circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of his conduct in accordance with the law specified in paragraph 1.

*Article 11*

**Formal validity**

1. A contract concluded between persons who, or whose agents, are in the same country at the time of its conclusion is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it in substance under this Regulation or of the law of the country where it is concluded.

2. A contract concluded between persons who, or whose agents, are in different countries at the time of its conclusion is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it in substance under this Regulation, or of the law of either of the countries where either of the parties or their agent is present at the time of conclusion, or of the law of the country where either of the parties had his habitual residence at that time.

3. A unilateral act intended to have legal effect relating to an existing or contemplated contract is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs or would govern the contract in substance under this Regulation, or of the law of the country where the act was done, or of the law of the country where the person by whom it was done had his habitual residence at that time.

4. Paragraphs 1, 2 and 3 of this Article shall not apply to contracts that fall within the scope of Article 6. The form of such contracts shall be governed by the law of the country where the consumer has his habitual residence.

5. Notwithstanding paragraphs 1 to 4, a contract the subject matter of which is a right *in rem* in immovable property or a tenancy of immovable property shall be subject to the requirements of form of the law of the country where the property is situated if by that law:

(a) those requirements are imposed irrespective of the country where the contract is concluded and irrespective of the law governing the contract; and

(b) those requirements cannot be derogated from by agreement.

*Article 12*

**Scope of the law applicable**

1. The law applicable to a contract by virtue of this Regulation shall govern in particular:

(a) interpretation;

(b) performance;

(c) within the limits of the powers conferred on the court by its procedural law, the consequences of a total or partial breach of obligations, including the assessment of damages in so far as it is governed by rules of law;

(d) the various ways of extinguishing obligations, and prescription and limitation of actions;

(e) the consequences of nullity of the contract.

2. In relation to the manner of performance and the steps to be taken in the event of defective performance, regard shall be had to the law of the country in which performance takes place.

*Article 13*

**Incapacity**

In a contract concluded between persons who are in the same country, a natural person who would have capacity under the law of that country may invoke his incapacity resulting from the law of another country, only if the other party to the contract was aware of that incapacity at the time of the conclusion of the contract or was not aware thereof as a result of negligence.

*Article 14*

**Voluntary assignment and contractual subrogation**

1. The relationship between assignor and assignee under a voluntary assignment or contractual subrogation of a claim against another person (the debtor) shall be

governed by the law that applies to the contract between the assignor and assignee under this Regulation.

2. The law governing the assigned or subrogated claim shall determine its assignability, the relationship between the assignee and the debtor, the conditions under which the assignment or subrogation can be invoked against the debtor and whether the debtor's obligations have been discharged.

3. The concept of assignment in this Article includes outright transfers of claims, transfers of claims by way of security and pledges or other security rights over claims.

#### *Article 15*

### **Legal subrogation**

Where a person (the creditor) has a contractual claim against another (the debtor) and a third person has a duty to satisfy the creditor, or has in fact satisfied the creditor in discharge of that duty, the law which governs the third person's duty to satisfy the creditor shall determine whether and to what extent the third person is entitled to exercise against the debtor the rights which the creditor had against the debtor under the law governing their relationship.

#### *Article 16*

### **Multiple liability**

If a creditor has a claim against several debtors who are liable for the same claim, and one of the debtors has already satisfied the claim in whole or in part, the law governing the debtor's obligation towards the creditor also governs the debtor's right to claim recourse from the other debtors. The other debtors may rely on the defences they had against the creditor to the extent allowed by the law governing their obligations towards the creditor.

#### *Article 17*

### **Set-off**

Where the right to set-off is not agreed by the parties, set-off shall be governed by the law applicable to the claim against which the right to set-off is asserted.



*Article 18***Burden of proof**

1. The law governing a contractual obligation under this Regulation shall apply to the extent that, in matters of contractual obligations, it contains rules which raise presumptions of law or determine the burden of proof.
2. A contract or an act intended to have legal effect may be proved by any mode of proof recognised by the law of the forum or by any of the laws referred to in Article 11 under which that contract or act is formally valid, provided that such mode of proof can be administered by the forum.

**CHAPTER III****OTHER PROVISIONS***Article 19***Habitual residence**

1. For the purposes of this Regulation, the habitual residence of companies and other bodies, corporate or unincorporated, shall be the place of central administration.  
The habitual residence of a natural person acting in the course of his business activity shall be his principal place of business.
2. Where the contract is concluded in the course of the operations of a branch, agency or any other establishment, or if, under the contract, performance is the responsibility of such a branch, agency or establishment, the place where the branch, agency or any other establishment is located shall be treated as the place of habitual residence.
3. For the purposes of determining the habitual residence, the relevant point in time shall be the time of the conclusion of the contract.

*Article 20***Exclusion of *renvoi***

The application of the law of any country specified by this Regulation means the application of the rules of law in force in that country other than its rules of private international law, unless provided otherwise in this Regulation.

*Article 21*

**Public policy of the forum**

The application of a provision of the law of any country specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the forum.

*Article 22*

**States with more than one legal system**

1. Where a State comprises several territorial units, each of which has its own rules of law in respect of contractual obligations, each territorial unit shall be considered as a country for the purposes of identifying the law applicable under this Regulation.
2. A Member State where different territorial units have their own rules of law in respect of contractual obligations shall not be required to apply this Regulation to conflicts solely between the laws of such units.

*Article 23*

**Relationship with other provisions of Community law**

With the exception of Article 7, this Regulation shall not prejudice the application of provisions of Community law which, in relation to particular matters, lay down conflict-of-law rules relating to contractual obligations.

*Article 24*

**Relationship with the Rome Convention**

1. This Regulation shall replace the Rome Convention in the Member States, except as regards the territories of the Member States which fall within the territorial scope of that Convention and to which this Regulation does not apply pursuant to Article 299 of the Treaty.

2. In so far as this Regulation replaces the provisions of the Rome Convention, any reference to that Convention shall be understood as a reference to this Regulation.

*Article 25*

**Relationship with existing international conventions**

1. This Regulation shall not prejudice the application of international conventions to which one or more Member States are parties at the time when this Regulation is adopted and which lay down conflict-of-law rules relating to contractual obligations.

2. However, this Regulation shall, as between Member States, take precedence over conventions concluded exclusively between two or more of them in so far as such conventions concern matters governed by this Regulation.

*Article 26*

**List of Conventions**

1. By 17 June 2009, Member States shall notify the Commission of the conventions referred to in Article 25(1). After that date, Member States shall notify the Commission of all denunciations of such conventions.

2. Within six months of receipt of the notifications referred to in paragraph 1, the Commission shall publish in the *Official Journal of the European Union*:

- (a) a list of the conventions referred to in paragraph 1;
- (b) the denunciations referred to in paragraph 1.

*Article 27*

**Review clause**

1. By 17 June 2013, the Commission shall submit to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee a report on the application of this Regulation. If appropriate, the report shall be accompanied by proposals to amend this Regulation. The report shall include:

- (a) a study on the law applicable to insurance contracts and an assessment of the impact of the provisions to be introduced, if any; and

(b) an evaluation on the application of Article 6, in particular as regards the coherence of Community law in the field of consumer protection.

2. By 17 June 2010, the Commission shall submit to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee a report on the question of the effectiveness of an assignment or subrogation of a claim against third parties and the priority of the assigned or subrogated claim over a right of another person. The report shall be accompanied, if appropriate, by a proposal to amend this Regulation and an assessment of the impact of the provisions to be introduced.

*Article 28*

**Application in time**

This Regulation shall apply to contracts concluded after 17 December 2009.

**CHAPTER IV**

**FINAL PROVISIONS**

*Article 29*

**Entry into force and application**

This Regulation shall enter into force on the 20th day following its publication in the *Official Journal of the European Union*.

It shall apply from 17 December 2009 except for Article 26 which shall apply from 17 June 2009.

This Regulation shall be binding in its entirety and directly applicable in the Member States in accordance with the Treaty establishing the European Community.

Done at Strasbourg, 17 June 2008.

*For the European Parliament*

*The President*

H.-G. PÖTTERING

*For the Council*

*The President*

J. LENARČIČ

## 2. Rome Convention 1980

Convention on the law applicable to contractual obligations

### PRELIMINARY NOTE

The signing on 29 November 1996 of the Convention on the accession of the Republic of Austria, the Republic of Finland and the Kingdom of Sweden to the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations and to the two Protocols on its interpretation by the Court of Justice has made it desirable to produce a consolidated version of the Rome convention and of those two Protocols.

These texts are accompanied by three Declarations, one made in 1980 with regard to the need for consistency between measures to be adopted on choice-of-law rules by the Community and those under the Convention, a second, also made in 1980, on the interpretation of the Convention by the Court of Justice and a third, made in 1996, concerning compliance with the procedure provided for in Article 23 of the Rome Convention as regards carriage of goods by sea.

The text printed in this edition was drawn up by the General Secretariat of the Council, in whose archives the originals of the instruments concerned are deposited. It should be noted, however, that this text has no binding force. The official texts of the instruments consolidated are to be found in the following Official Journals.

ANNEX

CONVENTION on the law applicable to contractual obligations (1) opened for signature in Rome on 19 June 1980

PREAMBLE

THE HIGH CONTRACTING PARTIES to the Treaty establishing the European Economic Community,

ANXIOUS to continue in the field of private international law the work of unification of law which has already been done within the Community, in particular in the field of jurisdiction and enforcement of judgments,

WISHING to establish uniform rules concerning the law applicable to contractual obligations,

HAVE AGREED AS FOLLOWS:

TITLE I

SCOPE OF THE CONVENTION

Article 1 Scope of the Convention

1. The rules of this Convention shall apply to contractual obligations in any situation involving a choice between the laws of different countries.

2. They shall not apply to:

(a) questions involving the status or legal capacity of natural persons, without prejudice to Article 11;

(b) contractual obligations relating to:

- wills and succession,
- rights in property arising out of a matrimonial relationship,
- rights and duties arising out of a family relationship, parentage, marriage or affinity, including maintenance obligations in respect of children who are not legitimate;

(c) obligations arising under bills of exchange, cheques and promissory notes and other negotiable instruments to the extent that the obligations under such other negotiable instruments arise out of their negotiable character;

(d) arbitration agreements and agreements on the choice of court;

(c) questions governed by the law of companies and other bodies corporate or unincorporate such as the creation, by registration or otherwise, legal capacity, internal organization or winding up of companies and other bodies corporate or unincorporate and the personal liability of officers and members as such for the obligations of the company or body;

(f) the question whether an agent is able to bind a principal, or an organ to bind a company or body corporate or unincorporate, to a third party;

(g) the constitution of trusts and the relationship between settlors, trustees and beneficiaries;

(h) evidence and procedure, without prejudice to Article 14.

3. The rules of this Convention do not apply to contracts of insurance which cover risks situated in the territories of the Member States of the European Economic Community. In order to determine whether a risk is situated in those territories the court shall apply its internal law.

4. The preceding paragraph does not apply to contracts of re-insurance.

Article 2 Application of law of non-contracting States

Any law specified by this Convention shall be applied whether or not it is the law of a Contracting State.

## TITLE II

### UNIFORM RULES

#### Article 3 Freedom of choice

1. A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or a part only of the contract.

2. The parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it, whether as a result of an earlier choice under this Article or of other provisions of this Convention. Any variation by the parties of the law to be applied made after the conclusion of the contract shall not prejudice its formal validity under Article 9 or adversely affect the rights of third parties.

3. The fact that the parties have chosen a foreign law, whether or not accompanied by the choice of a foreign tribunal, shall not, where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only, prejudice the application of rules of the law at the country which cannot be derogated from by contract, hereinafter called 'mandatory rules'.

4. The existence and validity of the consent of the parties as to the choice of the applicable law shall be determined in accordance with the provisions of Articles 8, 9 and 11.

#### Article 4 Applicable law in the absence of choice

1. To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected. Nevertheless, a separable part of the contract which has a closer connection with another country may by way of exception be governed by the law of that other country.

2. Subject to the provisions of paragraph 5 of this Article, it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has, at the time of conclusion of the contract, his habitual residence, or, in the case of a body corporate or unincorporate, its central administration. However, if the contract is entered into in the course of that party's trade or profession, that country shall be the country in which the principal place of business is situated or, where under the terms of the contract the performance is to be effected through a place of business other than the principal place of business, the country in which that other place of business is situated.

3. Notwithstanding the provisions of paragraph 2 of this Article, to the extent that the subject matter of the contract is a right in immovable property or a right to use immovable property it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the immovable property is situated.

4. A contract for the carriage of goods shall not be subject to the presumption in paragraph 2. In such a contract if the country in which, at the time the contract is concluded, the carrier has his principal place of business is also the country in which



the place of loading or the place of discharge or the principal place of business of the consignor is situated, it shall be presumed that the contract is most closely connected with that country. In applying this paragraph single voyage charter-parties and other contracts the main purpose of which is the carriage of goods shall be treated as contracts for the carriage of goods.

5. Paragraph 2 shall not apply if the characteristic performance cannot be determined, and the presumptions in paragraphs 2, 3 and 4 shall be disregarded if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country.

#### Article 5 Certain consumer contracts

1. This Article applies to a contract the object of which is the supply of goods or services to a person ('the consumer') for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession, or a contract for the provision of credit for that object.

2. Notwithstanding the provisions of Article 3, a choice of law made by the parties shall not have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law of the country in which he has his habitual residence:

- if in that country the conclusion of the contract was preceded by a specific invitation addressed to him or by advertising, and he had taken in that country all the steps necessary on his part for the conclusion of the contract, or

- if the other party or his agent received the consumer's order in that country,  
or

- if the contract is for the sale of goods and the consumer travelled from that country to another country and there gave his order, provided that the consumer's journey was arranged by the seller for the purpose of inducing the consumer to buy.

3. Notwithstanding the provisions of Article 4, a contract to which this Article applies shall, in the absence of choice in accordance with Article 3, be governed by the law of the country in which the consumer has his habitual residence if it is entered into in the circumstances described in paragraph 2 of this Article.

4. This Article shall not apply to:

(a) a contract of carriage;

(b) a contract for the supply of services where the services are to be supplied to the consumer exclusively in a country other than that in which he has his habitual residence.

5. Notwithstanding the provisions of paragraph 4, this Article shall apply to a contract which, for an inclusive price, provides for a combination of travel and accommodation.

#### Article 6 Individual employment contracts

1. Notwithstanding the provisions of Article 3, in a contract of employment a choice of law made by the parties shall not have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law which would be applicable under paragraph 2 in the absence of choice.

2. Notwithstanding the provisions of Article 4, a contract of employment shall, in the absence of choice in accordance with Article 3, be governed:

(a) by the law of the country in which the employee habitually carries out his work in performance of the contract, even if he is temporarily employed in another country; or

(b) if the employee does not habitually carry out his work in any one country, by the law of the country in which the place of business through which he was engaged is situated;

unless it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country, in which case the contract shall be governed by the law of that country.

#### Article 7 Mandatory rules

1. When applying under this Convention the law of a country, effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection, if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract. In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.

2. Nothing in this Convention shall restrict the application of the rules of the law of the forum in a situation where they are mandatory irrespective of the law otherwise applicable to the contract.

#### Article 8 Material validity

1. The existence and validity of a contract, or of any term of a contract, shall be determined by the law which would govern it under this Convention if the contract or term were valid.

2. Nevertheless a party may rely upon the law of the country in which he has his habitual residence to establish that he did not consent if it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of his conduct in accordance with the law specified in the preceding paragraph.

#### Article 9 Formal validity

1. A contract concluded between persons who are in the same country is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it under this Convention or of the law of the country where it is concluded.

2. A contract concluded between persons who are in different countries is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it under this Convention or of the law of one of those countries.

3. Where a contract is concluded by an agent, the country in which the agent acts is the relevant country for the purposes of paragraphs 1 and 2.

4. An act intended to have legal effect relating to an existing or contemplated contract is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which under this Convention governs or would govern the contract or of the law of the country where the act was done.

5. The provisions of the preceding paragraphs shall not apply to a contract to which Article 5 applies, concluded in the circumstances described in paragraph 2 of Article 5. The formal validity of such a contract is governed by the law of the country in which the consumer has his habitual residence.

6. Notwithstanding paragraphs 1 to 4 of this Article, a contract the subject matter of which is a right in immovable property or a right to use immovable property shall be subject to the mandatory requirements of form of the law of the country

where the property is situated if by that law those requirements are imposed irrespective of the country where the contract is concluded and irrespective of the law governing the contract.

#### Article 10 Scope of applicable law

1. The law applicable to a contract by virtue of Articles 3 to 6 and 12 of this Convention shall govern in particular:

(a) interpretation;

(b) performance;

(c) within the limits of the powers conferred on the court by its procedural law, the consequences of breach, including the assessment of damages in so far as it is governed by rules of law;

(d) the various ways of extinguishing obligations, and prescription and limitation of actions;

(e) the consequences of nullity of the contract.

2. In relation to the manner of performance and the steps to be taken in the event of defective performance regard shall be had to the law of the country in which performance takes place.

#### Article 11 Incapacity

In a contract concluded between persons who are in the same country, a natural person who would have capacity under the law of that country may invoke his incapacity resulting from another law only if the other party to the contract was aware of this incapacity at the time of the conclusion of the contract or was not aware thereof as a result of negligence.

#### Article 12 Voluntary assignment

1. The mutual obligations of assignor and assignee under a voluntary assignment of a right against another person ('the debtor') shall be governed by the law which under this Convention applies to the contract between the assignor and assignee.

2. The law governing the right to which the assignment relates shall determine its assignability, the relationship between the assignee and the debtor, the

conditions under which the assignment can be invoked against the debtor and any question whether the debtor's obligations have been discharged.

#### Article 13 Subrogation

1. Where a person ('the creditor') has a contractual claim upon another ('the debtor'), and a third person has a duty to satisfy the creditor, or has in fact satisfied the creditor in discharge of that duty, the law which governs the third person's duty to satisfy the creditor shall determine whether the third person is entitled to exercise against the debtor the rights which the creditor had against the debtor under the law governing their relationship and, if so, whether he may do so in full or only to a limited extent.

2. The same rule applies where several persons are subject to the same contractual claim and one of them has satisfied the creditor.

#### Article 14 Burden of proof, etc.

1. The law governing the contract under this Convention applies to the extent that it contains, in the law of contract, rules which raise presumptions of law or determine the burden of proof.

2. A contract or an act intended to have legal effect may be proved by any mode of proof recognized by the law of the forum or by any of the laws referred to in Article 9 under which that contract or act is formally valid, provided that such mode of proof can be administered by the forum.

#### Article 15 Exclusion of convoi

The application of the law of any country specified by this Convention means the application of the rules of law in force in that country other than its rules of private international law.

#### Article 16 'Ordre public'

The application of a rule of the law of any country specified by this Convention may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy ('ordre public') of the forum.

#### Article 17 No retrospective effect

This Convention shall apply in a Contracting State to contracts made after the date on which this Convention has entered into force with respect to that State.

#### Article 18 Uniform interpretation

In the interpretation and application of the preceding uniform rules, regard shall be had to their international character and to the desirability of achieving uniformity in their interpretation and application.

#### Article 19 States with more than one legal system

1. Where a State comprises several territorial units each of which has its own rules of law in respect of contractual obligations, each territorial unit shall be considered as a country for the purposes of identifying the law applicable under this Convention.

2. A State within which different territorial units have their own rules of law in respect of contractual obligations shall not be bound to apply this Convention to conflicts solely between the laws of such units.

#### Article 20 Precedence of Community law

This Convention shall not affect the application of provisions which, in relation to particular matters, lay down choice of law rules relating to contractual obligations and which are or will be contained in acts of the institutions of the European Communities or in national laws harmonized in implementation of such acts.

#### Article 21 Relationship with other conventions

This Convention shall not prejudice the application of international conventions to which a Contracting State is, or becomes, a party.

#### Article 22 Reservations

1. Any Contracting State may, at the time of signature, ratification, acceptance or approval, reserve the right not to apply:

- (a) the provisions of Article 7 (1);
- (b) the provisions of Article 10 (1) (e).

2. . . . (2)

3. Any Contracting State may at any time withdraw a reservation which it has made; the reservation shall cease to have effect on the first day of the third calendar month after notification of the withdrawal.

### TITLE III

## FINAL PROVISIONS

## Article 23

1. If, after the date on which this Convention has entered into force for a Contracting State, that State wishes to adopt any new choice of law rule in regard to any particular category of contract within the scope of this Convention, it shall communicate its intention to the other signatory States through the Secretary-General of the Council of the European Communities.

2. Any signatory State may, within six months from the date of the communication made to the Secretary-General, request him to arrange consultations between signatory States in order to reach agreement.

3. If no signatory State has requested consultations within this period or if within two years following the communication made to the Secretary-General no agreement is reached in the course of consultations, the Contracting State concerned may amend its law in the manner indicated. The measures taken by that State shall be brought to the knowledge of the other signatory States through the Secretary-General of the Council of the European Communities.

## Article 24

1. If, after the date on which this Convention has entered into force with respect to a Contracting State, that State wishes to become a party to a multilateral convention whose principal aim or one of whose principal aims is to lay down rules of private international law concerning any of the matters governed by this Convention, the procedure set out in Article 23 shall apply. However, the period of two years, referred to in paragraph 3 of that Article, shall be reduced to one year.

2. The procedure referred to in the preceding paragraph need not be followed if a Contracting State or one of the European Communities is already a party to the multilateral convention, or if its object is to revise a convention to which the State concerned is already a party, or if it is a convention concluded within the framework of the Treaties establishing the European Communities.

## Article 25

If a Contracting State considers that the unification achieved by this Convention is prejudiced by the conclusion of agreements not covered by Article 24

(1), that State may request the Secretary-General of the Council of the European Communities to arrange consultations between the signatory States of this Convention.

#### Article 26

Any Contracting State may request the revision of this Convention. In this event a revision conference shall be convened by the President of the Council of the European Communities.

#### Article 27 (3)

#### Article 28

1. This Convention shall be open from 19 June 1980 for signature by the States party to the Treaty establishing the European Economic Community.

2. This Convention shall be subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States. The instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Secretary-General of the Council of the European Communities (4).

#### Article 29 (5)

1. This Convention shall enter into force on the first day of the third month following the deposit of the seventh instrument of ratification, acceptance or approval.

2. This Convention shall enter into force for each signatory State ratifying, accepting or approving at a later date on the first day of the third month following the deposit of its instrument of ratification, acceptance or approval.

#### Article 30

1. This Convention shall remain in force for 10 years from the date of its entry into force in accordance with Article 29 (1), even for States for which it enters into force at a later date.

2. If there has been no denunciation it shall be renewed tacitly every five years.

3. A Contracting State which wishes to denounce shall, not less than six months before the expiration of the period of 10 or five years, as the case may be, give notice to the Secretary-General of the Council of the European Communities. Denunciation may be limited to any territory to which the Convention has been extended by a declaration under Article 27 (2) (6).



4. The denunciation shall have effect only in relation to the State which has notified it. The Convention will remain in force as between all other Contracting States.

Article 31 (7)

The Secretary-General of the Council of the European Communities shall notify the States party to the Treaty establishing the European Economic Community of:

- (a) the signatures;
- (b) deposit of each instrument of ratification, acceptance or approval;
- (c) the date of entry into force of this Convention;
- (d) communications made in pursuance of Articles 23, 24, 25, 26 and 30 (8);
- (e) the reservations and withdrawals of reservations referred to in Article 22.

Article 32

The Protocol annexed to this Convention shall form an integral part thereof.

Article 33 (9)

This Convention, drawn up in a single original in the Danish, Dutch, English, French, German, Irish and Italian languages, these texts being equally authentic, shall be deposited in the archives of the Secretariat of the Council of the European Communities. The Secretary-General shall transmit a certified copy thereof to the Government of each signatory State.

In witness whereof the undersigned, being duly authorized thereto, having signed this Convention.

Done at Rome on the nineteenth day of June in the year one thousand nine hundred and eighty

### 3. พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481

ในพระปรมาภิไธยสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดล

คณะผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์

(ตามประกาศประธานสภาผู้แทนราษฎร

ลงวันที่ 4 สิงหาคม พุทธศักราช 2480)

อาทิตยทิพอาภา

พล.อ.เจ้าพระยาพิชเยนทรโยธิน

ตราไว้ ณ วันที่ 10 มีนาคม พุทธศักราช 2481

เป็นปีที่ 5 ในรัชกาลปัจจุบัน

โดยที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติว่า สมควรตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่ง  
กฎหมาย

จึงมีพระบรมราชโองการให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยคำแนะนำและยินยอมของ  
สภาผู้แทนราษฎร ดังต่อไปนี้

มาตรา 1 พระราชบัญญัตินี้ให้เรียกว่า 'พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่ง  
กฎหมาย พุทธศักราช 2481'

มาตรา 2 ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้ตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ภาค 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป

มาตรา 3 เมื่อใดไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศ  
สยามที่จะยกมาปรับกับกรณีขัดกันแห่งกฎหมายได้ ให้ใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ  
แผนกคดีบุคคล

มาตรา 4 ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับและตามกฎหมายต่างประเทศนั้น  
กฎหมายที่จะใช้บังคับได้แก่กฎหมายแห่งประเทศสยาม ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยามบังคับ  
มิใช่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายสยามว่าด้วย การขัดกันแห่งกฎหมาย

มาตรา 5 ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อ  
ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศสยาม

มาตรา 6 ถ้าจะต้องใช้กฎหมายสัญชาติบังคับ และบุคคลมีสัญชาติตั้งแต่สองสัญชาติ  
ขึ้นไปอันได้รับมาเป็นลำดับ ให้ใช้กฎหมายสัญชาติที่บุคคลนั้นได้รับครั้งสุดท้ายบังคับ

ถ้าจะต้องใช้กฎหมายสัญชาติบังคับ และบุคคลมีสัญชาติตั้งแต่สองสัญชาติขึ้นไปอัน  
ได้รับมาคราวเดียวกัน ให้ใช้กฎหมายสัญชาติของประเทศซึ่งบุคคลนั้นมีภูมิลำเนาอยู่บังคับ ถ้าบุคคล  
นั้นมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศอื่นนอกจากประเทศซึ่งตนมีสัญชาติสังกัดอยู่ ให้ใช้กฎหมายภูมิลำเนาใน  
เวลายื่นฟ้องบังคับ ถ้าภูมิลำเนาของบุคคลนั้นไม่ปรากฏ ให้ใช้กฎหมายของประเทศซึ่งบุคคลนั้นมีถิ่นที่  
อยู่บังคับ

ในกรณีใด ๆ ที่มีการขัดกันในเรื่องสัญชาติของบุคคล ถ้าสัญชาติหนึ่งสัญชาติใดซึ่งขัดกันนั้นเป็นสัญชาติไทย กฎหมายสัญชาติซึ่งจะใช้บังคับได้แก่กฎหมายแห่งประเทศสยาม

สำหรับบุคคลผู้ไร้สัญชาติ ให้ใช้กฎหมายภูมิลำเนาของบุคคลนั้นบังคับถ้าภูมิลำเนาของบุคคลนั้นไม่ปรากฏ ให้ใช้กฎหมายของประเทศซึ่งบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่บังคับ

ถ้าในการใช้กฎหมายสัญชาติบังคับ จะต้องใช้กฎหมายท้องถิ่น กฎหมายเหล่าประชาคม หรือกฎหมายศาสนาแล้วแต่กรณี ก็ให้ใช้กฎหมายเช่นว่านั้นบังคับ

มาตรา 7 ในกรณีที่มีการขัดกันในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคล สัญชาติของนิติบุคคลนั้นได้แก่สัญชาติแห่งประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่สำนักงานแห่งใหญ่หรือที่ตั้งทำการแห่งใหญ่

มาตรา 8 ในกรณีที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับถ้ามิได้พิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยาม

มาตรา 9 นอกจากจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยาม ความสมบูรณ์เนื่องด้วยแบบแห่งนิติกรรมย่อมเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่นิติกรรมนั้นได้ทำขึ้น

อย่างไรก็ดี กฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ย่อมใช้บังคับแก่แบบที่จำเป็นเพื่อความสมบูรณ์แห่งสัญญา เอกสาร หรือนิติกรรมอื่น ๆ เกี่ยวกับข้อสังหาริมทรัพย์

## ภาค 2 สถานะและความสามารถของบุคคล

มาตรา 10 ความสามารถและความไร้ความสามารถของบุคคลย่อมเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น

แต่ถ้าคนต่างด้าวทำนิติกรรมในประเทศสยาม ซึ่งตามกฎหมายสัญชาติคนต่างด้าวนั้นย่อมจะไร้ความสามารถหรือมีความสามารถอันจำกัดสำหรับนิติกรรมนั้น ให้ถือว่าบุคคลนั้นมีความสามารถทำนิติกรรมนั้นได้เพียงพอที่จะมีความสามารถตามกฎหมายสยาม ความในวรรคนี้ไม่ใช้แก่นิติกรรมตามกฎหมายครอบครัวและกฎหมายมรดก

ในกรณีที่เป็นนิติกรรมเกี่ยวกับข้อสังหาริมทรัพย์ ความสามารถของบุคคลที่จะทำนิติกรรมเช่นว่านั้นย่อมเป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่

มาตรา 11 ถ้าคนต่างด้าวในประเทศสยามได้ไปเสียจากภูมิลำเนาและถิ่นที่อยู่ตามเงื่อนไขซึ่งระบุไว้ในมาตรา 53 และ 54 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การที่ศาลสยามจะสั่งการให้ทำพาลงตามที่จำเป็นนั้น ให้เป็นไปตามกฎหมายสยาม

คำสั่งให้คนต่างด้าวดังกล่าวแล้วเป็นคนสาบสูญ และผลแห่งคำสั่งนั้นเท่าที่ไม่เกี่ยวกับข้อสังหาริมทรัพย์ซึ่งตั้งอยู่ในประเทศสยาม ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของคนต่างด้าวนั้น

มาตรา 12 เหตุที่ศาลสยามจะสั่งให้คนต่างด้าวซึ่งมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในประเทศสยามอยู่ในความอนุบาล หรืออยู่ในความพิทักษ์ได้นั้น ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญญาชาติของบุคคลนั้น อย่างไรก็ตาม มิให้ศาลสยามสั่งให้บุคคลเช่นว่านั้นอยู่ในความอนุบาล หรืออยู่ในความพิทักษ์ โดยอาศัยเหตุซึ่งกฎหมายสยามมิได้ยอมให้กระทำ

ผลของการให้อยู่ในความอนุบาลหรือให้อยู่ในความพิทักษ์ดังกล่าวแล้วให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศซึ่งศาลที่สั่งให้บุคคลเช่นว่านั้นเป็นผู้ไร้ความสามารถหรือเป็นผู้เสมือนไร้ความสามารถสังกัดอยู่

### ภาค 3 นี้

มาตรา 13 ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม่ว่าอาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น

ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทางถิ่นที่ถือว่าสัญญานั้นได้เกิดเป็นสัญญาขึ้นคือถิ่นที่คำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอถ้าไม่อาจหยั่งทราบถิ่นที่ว่านั้นได้ ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญานั้น

สัญญาย่อมไม่เป็นโมฆะ ถ้าได้ทำถูกต้องตามแบบอันกำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่ผลแห่งสัญญานั้น

มาตรา 14 นี้ซึ่งเกิดจากการจัดการงานนอกสั่ง หรือลาภมิควรได้ให้บังคับตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดหนี้ขึ้นได้เกิดขึ้น

มาตรา 15 นี้ซึ่งเกิดจากการละเมิด ให้บังคับตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เป็นการละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น

ความในวรรคก่อนมิใช่แก่บรรดาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในต่างประเทศซึ่งไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมายสยาม

กรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่ต้องเสียหายจะเรียกร้อยค่าสินไหมทดแทน หรือทางแก้อย่างใดไม่ได้ นอกจากที่กฎหมายสยามยอมให้เรียกร้อยค่า

### ภาค 4 ททรัพย์

มาตรา 16 ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินตั้งอยู่บังคับแก่สังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์

อย่างไรก็ดี ในกรณีการส่งสงฆ์หรืออภินิหารให้ไปใช้กฎหมายสัญชาติของเจ้าของทรัพย์สินบังคับแก่ทรัพย์สินนั้นตั้งแต่วันที่ส่งทรัพย์สินออกนอกประเทศ

มาตรา 17 ส่งทรัพย์สินใด ๆ ซึ่งได้ย้ายที่ไปในระหว่างฟ้องคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น ให้คงบังคับตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ในขณะยื่นฟ้อง

#### ภาค 5 ครอบครัวยุติธรรม

มาตรา 18 ความสามารถที่จะทำการหมั้น หรือเพิกถอนการหมั้น ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของคู่หมั้นแต่ละฝ่าย ผลของการหมั้นให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศซึ่งศาลที่พิจารณาและพิพากษาคดีสังกัดอยู่

มาตรา 19 เงื่อนไขแห่งการสมรส ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของคู่กรณีแต่ละฝ่าย

มาตรา 20 การสมรสซึ่งได้ทำถูกต้องตามแบบที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแห่งประเทศที่ทำการสมรสนั้น ย่อมเป็นอันสมบูรณ์

การสมรสระหว่างคนในบังคับสยาม หรือคนในบังคับสยามกับคนต่างด้าวซึ่งได้ทำในต่างประเทศโดยถูกต้องตามแบบที่กฎหมายสยามกำหนดไว้ ย่อมเป็นอันสมบูรณ์

มาตรา 21 ถ้าคู่สมรมีสัญชาติอันเดียวกัน หรือถ้าภริยาได้มาซึ่งสัญชาติแห่งสามีโดยการสมรส ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สมรส

ในกรณีที่ภริยามิได้ได้มาซึ่งสัญชาติแห่งสามีโดยการสมรสความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติแห่งสามี

มาตรา 22 ถ้ามิได้มีสัญญาก่อนสมรส ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติ

ถ้าสามีและภริยามีสัญชาติแตกต่างกัน ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติแห่งสามี

อย่างไรก็ดี ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ในส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่

มาตรา 23 ผลแห่งการสมรสตั้งบัญญัติไว้ในสองมาตราก่อน ย่อมไม่ถูกกระทบกระทั่ง หากว่าภายหลังการสมรสคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายได้มาซึ่งสัญชาติแตกต่างกับที่มีอยู่หรือที่ได้มาขณะทำการสมรส

มาตรา 24 ในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ถ้าทำสัญญาก่อนสมรส ความสามารถที่จะทำสัญญาให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติแห่งคู่สัญญาแต่ละฝ่าย

มาตรา 25 ถ้าคู่สัญญาที่มีสัญชาติอันเดียวกัน สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญและผลแห่งสัญญาก่อนสมรส ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญาถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญและผลแห่งสัญญาก่อนสมรสเช่นว่านั้น ให้เป็นไปตามกฎหมายซึ่งคู่สัญญาเจตนาหรือพึงสันนิษฐานได้ว่ามีเจตนาที่จะยอมอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายนั้น ถ้าไม่มีเจตนาเช่นว่านี้ให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สมรสตั้งภูมิลำเนาครั้งแรกหลังจากการสมรส

อย่างไรก็ดี ในส่วนที่เกี่ยวกับบอสังหาริมทรัพย์ ให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่

มาตรา 26 การหย่าโดยความยินยอมย่อมสมบูรณ์ ถ้ากฎหมายสัญชาติแห่งสามีและภริยาทั้งสองฝ่ายยอมให้กระทำได้

มาตรา 27 ศาลสยามจะไม่พิพากษาให้หย่ากัน เว้นแต่กฎหมายสัญชาติแห่งสามีและภริยาทั้งสองฝ่ายยอมให้หย่าได้

เหตุหย่า ให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ยื่นฟ้องหย่า

มาตรา 28 การเพิกถอนการสมรส ให้เป็นไปตามกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่เงื่อนไขแห่งการสมรส

อย่างไรก็ดี ความสำคัญผิด กลฉ้อฉล หรือการข่มขู่อันจะเป็นเหตุให้เพิกถอนการสมรส ให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ได้กระทำการสมรส

มาตรา 29 การเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติแห่งสามีของมารดาในขณะที่บุตรนั้นเกิด ถ้าหากในขณะที่กล่าวนั้นสามีได้ถึงแก่ความตายเสียแล้ว ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของสามีในขณะที่ถึงแก่ความตาย

ให้ใช้กฎหมายเช่นเดียวกันบังคับการฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร

มาตรา 30 สิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตรชอบด้วยกฎหมายให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบิดา

ในกรณีที่เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชาย สิทธิและหน้าที่ระหว่างมารดากับบุตร ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของมารดา

มาตรา 31 การรับเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบิดาในขณะที่รับเป็นบุตรถ้าหากในขณะที่นั้นบิดาได้ถึงแก่ความตายเสียแล้ว ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบิดาขณะที่ถึงแก่ความตาย

มาตรา 32 กรณีที่จะจัดผู้เยาว์ซึ่งไม่มีบิดามารดาใช้อำนาจปกครองให้อยู่ในความปกครองก็ดี หน้าที่และอำนาจของผู้ปกครองก็ดี กรณีที่ความปกครองสิ้นสุดลงก็ดี ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของผู้เยาว์ แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับบอสังหาริมทรัพย์ อำนาจของผู้ปกครองที่จะจัดการกับทรัพย์สินเช่นว่านั้นให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่

ส่วนผู้เยาว์ซึ่งมีสัญชาติต่างประเทศ และมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในประเทศสยาม จะจัดให้อยู่ในความปกครองตามกฎหมายสยามก็ได้ ถ้าปรากฏจากพฤติการณ์แห่งกรณีว่าตาม องค์การและระเบียบจัดการแห่งความปกครองซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายต่างประเทศนั้น ไม่เป็นอัน คุ่มครองประโยชน์ได้เสียของผู้เยาว์ให้เป็นผลตามสมควรได้

มาตรา 33 การถอนอำนาจปกครอง ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศซึ่งศาลที่สั่ง ถอนอำนาจปกครองสังกัดอยู่

มาตรา 34 สิทธิที่จะฟ้องบุพพการีเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา ให้เป็นไปตามกฎหมาย สัญชาติของผู้สืบสันดาน

มาตรา 35 ถ้าผู้รับบุตรบุญธรรม และบุตรบุญธรรมมีสัญชาติอันเดียวกันการรับบุตร บุญธรรม ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น ๆ

ถ้าผู้รับบุตรบุญธรรม และบุตรบุญธรรมมีสัญชาติแตกต่างกัน ความสามารถและ เงื่อนไขแห่งการรับบุตรบุญธรรมให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของคู่กรณีแต่ละฝ่าย แต่ผลแห่งการ รับบุตรบุญธรรมระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของผู้รับ บุตรบุญธรรม

สิทธิและหน้าที่ระหว่างบุตรบุญธรรมกับครอบครัวของตนตามกำเนิดนั้นให้เป็นไป ตามกฎหมายสัญชาติของบุตรบุญธรรม

มาตรา 36 หน้าที่อุปการะเลี้ยงดู ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลซึ่งถูก เรียกร้องให้อุปการะเลี้ยงดู

อย่างไรก็ดี บุคคลผู้มีสิทธิเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูจะเรียกร้องเกินกว่าที่กฎหมาย สยามอนุญาตไม่ได้

#### ภาค 6 มรดก

มาตรา 37 มรดกเท่าที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่

มาตรา 38 ในส่วนที่เกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ มรดกโดยสิทธิโดยธรรมหรือโดย พิณัยกรรม ให้เป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของเจ้ามรดกในขณะที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย

มาตรา 39 ความสามารถของบุคคลที่จะทำพินัยกรรม ให้เป็นไปตามกฎหมาย สัญชาติในขณะที่ทำพินัยกรรม

มาตรา 40 บุคคลจะทำพินัยกรรมตามแบบที่กฎหมายสัญชาติกำหนดไว้ก็ได้ หรือจะ ทำตามแบบที่กฎหมายของประเทศที่ทำพินัยกรรมกำหนดไว้ก็ได้

มาตรา 41 ผลและการตีความพินัยกรรมก็ดี ความเสียเปล่าแห่งพินัยกรรม หรือข้อกำหนดพินัยกรรมก็ดี ให้เป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมในขณะที่ผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย

มาตรา 42 การเพิกถอนพินัยกรรมหรือข้อกำหนดในพินัยกรรม ให้เป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมในขณะที่เพิกถอนพินัยกรรม

การตกไปแห่งพินัยกรรมหรือข้อกำหนดในพินัยกรรม ให้เป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมในขณะที่ถึงแก่ความตาย

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

พิบูลสงคราม

นายกรัฐมนตรี

### 3 คำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวข้อง

#### 4.1 ฎ. 15066/2555

โจทก์จำเลยทำสัญญาประนีประนอมยอมความต่อศาลครอบครัวแห่งรัฐนิวเจอร์ซีย์ เขตปกครองเรนเซลาเออร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีคำพิพากษาว่าจำเลยเป็นบิดาของเด็กชาย อ. บุตรผู้เยาว์ และให้จำเลยจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กชาย อ. เป็นรายเดือนแก่โจทก์ รวมถึงค่าใช้จ่ายอื่นๆ ให้เป็นไปตามสัญญา การที่จำเลยกลับมาประเทศไทยโดยไม่ปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความแล้วโจทก์มายื่นฟ้องจำเลยต่อศาลเยาวชนและครอบครัวกลางให้จำเลยชำระเงินตามที่กำหนดในสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น เมื่อข้อ 6 แห่งสัญญาระบุว่า สัญญานี้จะผูกพัน โจทก์จำเลยและบุตรผู้เยาว์ให้เป็นไปตามมาตรา 516 ของกฎหมายศาลครอบครัว ย่อมเห็นเจตนาของโจทก์จำเลยซึ่งเป็นคู่กรณีว่าประสงค์จะให้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาบังคับ ซึ่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 13 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า "ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใด บังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี..." เมื่อข้อสัญญาประนีประนอมยอมความไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนชาวไทยตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ศาลไทยจึงรับพิจารณาคดีตามสัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าวได้ โจทก์ย่อมมีอำนาจฟ้องให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญา และคำสั่งศาลครอบครัวแห่งรัฐนิวเจอร์ซีย์ได้



## 4.2 ฎ. 2768/2532

โจทก์ฟ้องว่า โจทก์เป็นนิติบุคคลจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัด ที่รัฐนิวแฮมเซี่ย ประเทศสหรัฐอเมริกา มีสาขาในประเทศไทย ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการประกันภัย จำเลยทั้งสองเป็นนิติบุคคล ตามกฎหมายแห่งประเทศเดนมาร์ก เข้าหุ้นประกอบพาณิชย์กิจ ใช้ชื่อว่า สายเดินเรือเมอส์ก มีสาขาทั่วโลก รวมทั้งสาขาในประเทศไทย บริษัทอินเตอร์เนชั่นแนล เอ็นจิเนียริง จำกัด ได้สั่งซื้อสินค้าจำพวกอะไหล่รถแทรกเตอร์ จากบริษัทเอ็กซ์-สเป็ค องค์กร ประเทศ สหรัฐอเมริกา ผู้ขายได้ส่งมอบสินค้าสองรายการให้ตัวแทนของจำเลย รับขนจากประเทศสหรัฐอเมริกามายังประเทศไทย และเพื่อประกัน ความเสียหายของสินค้าดังกล่าว ผู้ซื้อได้อาประกันภัยสินค้าไว้กับ โจทก์เป็นเงิน 190,000 เหรียญสหรัฐ สำหรับสินค้าที่สั่งซื้อ ในเดือนมีนาคมและเป็นเงิน 155,660 เหรียญสหรัฐ สำหรับสินค้าที่สั่งซื้อในเดือนกรกฎาคมดังกล่าว เมื่อสินค้าทั้งสองรายการมาถึง ท่าเรือกรุงเทพ ปรากฏว่ามีสินค้าขาดหายไป คิดเป็นความเสียหาย ที่เกิดแก่ผู้ซื้อตามที่ประกันภัยไว้เป็นเงิน 2,984.46 เหรียญสหรัฐ ทั้งนี้ในขณะที่สินค้าได้รับการขนส่งโดยเรือของจำเลยและก่อนส่งมอบ สินค้าแก่ผู้รับใบตราส่ง ผู้สั่งซื้อได้ทวงถามให้จำเลยใช้ค่าเสียหาย ดังกล่าวแล้ว จำเลยไม่ชำระ จึงมาเรียกร้องโจทก์ใช้ค่าเสียหาย โจทก์ได้ใช้เงินให้แก่ผู้สั่งซื้อ คิดเป็นเงินไทยรวมทั้งสิ้น 288,159.04 บาท และเข้ารับช่วงสิทธิในการเรียกร้องเอาค่าเสียหาย ต่อจำเลยในจำนวนเงินดังกล่าว โจทก์ทวงถามจำเลยแล้ว จำเลยทั้งสอง ไม่ชำระ ขอให้บังคับจำเลยทั้งสองร่วมกันใช้เงิน 288,159.04 บาท แก่โจทก์ พร้อมด้วยดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7 ครั้งต่อปี ในต้นเงิน ดังกล่าว นับแต่วันฟ้องจนกว่าจะชำระเสร็จ จำเลยทั้งสองให้การว่า ผู้ส่งสินค้ามีสัญชาติอเมริกัน จำเลยมีสัญชาติเดนมาร์ก ทำสัญญากันในต่างประเทศจึงต้องใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐว่าด้วย การขนส่งทางทะเล ค.ศ. 1936 บังคับ ซึ่งหากจำเลยจะต้องรับผิดชอบ ก็รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในวงเงินไม่เกิน 500 เหรียญสหรัฐหรือ คิดเป็นเงินไทยไม่เกิน 10,000 บาท ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วย การขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 13 อีกทั้งตามข้อ 5 แห่งใบตราส่ง ซึ่งเป็นสัญญาาระบุให้นำกฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางทะเล ของสหรัฐใช้บังคับด้วย ศาลชั้นต้นพิพากษาให้จำเลยทั้งสองร่วมกัน ใช้เงิน 32,000 บาท ให้โจทก์พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7 ครั้งต่อปี นับแต่วันฟ้องจนกว่าจะชำระเสร็จ โจทก์อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษา แก่เป็นว่า ให้จำเลยทั้งสองร่วมกันใช้เงินแก่โจทก์ จำนวน 288,159.04 บาท พร้อมด้วยดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7 ครั้งต่อปี นับแต่วันฟ้อง จนกว่าจะชำระเสร็จ จำเลยที่ 1 และที่ 2 ฎีกา ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า "ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า สินค้าตาม ใบตราส่งเอกสารหมายเลข ล.14 เสียหาย 2 หีบห่อ และสินค้าตามใบตราส่ง เอกสารหมายเลข ล.16 เสียหาย 1 หีบห่อ ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยมีว่า จำเลยทั้งสองจะต้องรับผิดชอบเพียงใด เห็นว่า เมื่อสินค้าที่ขนส่ง ได้มาถึงท่าเรือกรุงเทพมหานครของการท่าเรือแห่งประเทศไทย ซึ่งเป็น ตำบลที่กำหนดให้ส่ง และบริษัทอินเตอร์เนชั่นแนล เอ็นจิเนียริง จำกัด ผู้รับตราส่งได้เรียกให้ส่งมอบแล้ว แต่ปรากฏว่ากล่อง

สินค้า แดกและสินค้าบางส่วนสูญหายไป ทั้งผู้ซื้อและจำเลยทั้งสองผู้ขนส่ง ก็เป็นนิติบุคคลที่มีสาขาในประเทศไทย มูลคดีจึงเกิดขึ้นในประเทศไทย ต้องบังคับกันตามกฎหมายแห่งประเทศไทย หากมีปัญหาวางจะพึงใช้กฎหมายใด บังคับอันจะต้องวินิจฉัยตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วย การชดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ตามฎีกาของจำเลยไม่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 609 วรรคสอง บัญญัติว่า รับขนของทางทะเลท่านให้บังคับตามกฎหมายและกฎข้อบังคับว่าด้วยการนั้น แต่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการรับขนของทางทะเลใช้บังคับ และไม่ปรากฏว่ามีจารีตประเพณีการขนส่งทางทะเลที่ถือปฏิบัติกันอยู่ จึงต้องนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะรับขน ในหมวดรับขนของอันเป็นกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับแก้คดี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคท้าย ซึ่งประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 625 ห้ามผู้ขนส่งกำหนดข้อความยกเว้นหรือ จำกัดความรับผิดไว้ในใบรับ ใบตราส่งหรือเอกสารอื่น ๆ ทำนองนั้น เว้นแต่ผู้ส่งจะได้แสดงความตกลงด้วยอย่างแจ่มชัด ปรากฏว่าข้อความ จำกัดความรับผิดของจำเลยได้ระบุไว้ด้านหลังใบตราส่ง เอกสารหมายเลข ล.14 และ ล. 16 กำหนดเงื่อนไขไว้ว่าผู้รับขนไม่ต้องรับผิดสำหรับ ความสูญหายหรือเสียหายของสินค้าเกินกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4(5) แห่งกฎหมายว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางทะเลของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งก็คือการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 625 นั่นเอง คดีนี้ จำเลยทั้งสองนำสืบ ว่าผู้ส่งหรือผู้ตราส่งกับจำเลยทั้งสองต่างเป็นสมาชิกของชมรมการ เดินเรือฝั่งมหาสมุทรแปซิฟิกเกี่ยวกับการจำกัดค่าเสียหาย ทั้งเอกสาร หมายเลข ล.10 ที่จำเลยอ้างก็ไม่เกี่ยวข้องกับสินค้าพิพาท จึงยังไม่พอฟังว่า ผู้ส่งสินค้ายกเว้นได้ทำความตกลงในเรื่องดังกล่าว แล้วโดยชัดแจ้ง ข้อความจำกัดความรับผิดดังกล่าว จึงย่อมไม่มีผลใช้ ยันผู้ส่งได้และไม่อาจใช้ยันบริษัทอินเตอร์เนชั่นแนล เอ็นจิเนียริง จำกัด ผู้รับตราส่งซึ่งได้รับช่วงสิทธิจากผู้ส่ง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 627 ตลอดจน โจทก์ผู้รับ ประกันภัยซึ่งรับช่วงสิทธิของผู้รับตราส่งมาอีกทอดหนึ่ง โจทก์จึงหา ผูกพันให้ต้องเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากจำเลยทั้งสองได้เพียง 500 เหรียญสหรัฐอเมริกา ต่อสินค้า 1 ทีบห่อไม่ เทียบตามนัยแห่ง คำพิพากษาฎีกาที่ 3401/2529 ระหว่าง บริษัทไพศาลประกันภัย จำกัด โจทก์ บริษัทดัมป์สกีส์เซลสกาเบ็ทอาฟ 1912 อักทีเซลสกาแบ็ท กับพวก จำเลย...และที่จำเลยทั้งสองฎีกาว่า ความรับผิดของจำเลยทั้งสองในคดี นี้ต้องเป็นไปตามระเบียบของชมรมการเดินเรือฝั่งมหาสมุทรแปซิฟิกนั้น จำเลยทั้งสองไม่ได้ให้การไว้ ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัยที่ศาลอุทธรณ์ พิพากษาให้จำเลยทั้งสองร่วมกันรับผิดชอบใช้เงินแก่โจทก์ตามฟ้อง อันเป็นจำนวนความเสียหายแท้จริงที่เกิดขึ้นจึงชอบแล้ว" พิพากษายืน

โจทก์ซึ่งเป็นบริษัทประกันภัยพ้องว่า จำเลยทั้งสองเป็น นิติบุคคลสัญชาติเดนมาร์ก ประกอบกิจการขนส่งทางทะเล มีสาขาสำนักงาน ในประเทศไทย ได้รับจ้างขนส่งสินค้าจากสหรัฐอเมริกามายังประเทศไทย ระหว่างขนส่งสินค้าได้สูญหายและเสียหายไป เป็นเงิน 523,225.52 บาท แต่จำเลยจะชำระให้เพียง 500 เหรียญสหรัฐอเมริกา โดยอ้างว่ากรณี ความเสียหายเช่นนี้ต้องใช้กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาบังคับ โจทก์ ซึ่งเป็นผู้รับประกันภัยสินค้านี้ได้จ่ายค่าเสียหายจำนวน 523,225.52 บาท ให้ผู้รับตราส่งเจ้าของสินค้าไป โจทก์จึงรับช่วง สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากจำเลย ขอให้ศาลพิพากษาให้จำเลย ทั้งสองชำระเงินต้น 523,225.52 บาท และดอกเบี้ยอัตราร้อยละเจ็ด ครึ่งต่อปี จนกว่าจะชำระเสร็จสิ้น จำเลยทั้งสองให้การต่อสู้ว่า สัญญาขนส่งรายนี้คู่สัญญาได้ตกลง ทำกันที่ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยผู้ส่งมีสัญชาติอเมริกัน ส่วนจำเลย มีสัญชาติเดนมาร์ก ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 13 ได้ระบุให้นำกฎหมายแห่งถิ่นที่ทำสัญญามาใช้บังคับแก่สัญญา จึงต้องใช้กฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางทะเล ค.ศ. 1936 ของประเทศสหรัฐอเมริกา มาบังคับแก่กรณีนี้ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้ ระบุให้ผู้ขนส่งมีความรับผิดชอบไม่เกิน 500 เหรียญสหรัฐอเมริกา ต่อ 1 ทึบห่อสินค้า ทั้งใบตราส่งซึ่งเป็นสัญญาในการขนส่งสินค้า รายนี้ก็ได้กำหนดขอลงไปอีกว่าให้นำกฎหมายว่าด้วยการขนส่งสินค้า ทางทะเลของสหรัฐอเมริกามาใช้แก่กรณีที่สินค้าสูญหายอีกด้วย โจทก์หาสิทธิเรียกร้องให้จำเลยชำระเงินเต็มจำนวนไม่ ขอให้ยกฟ้อง ศาลชั้นต้นพิพากษาให้จำเลยทั้งสองร่วมกันชำระเงินเต็มตามฟ้อง จำเลยทั้งสองอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน จำเลยทั้งสองฎีกา ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า "พิจารณาแล้ว เมื่ออะไหล่รถยนต์ที่ขนส่ง ได้มาถึงท่าเรือกรุงเทพมหานครของการท่าเรือแห่งประเทศไทย ซึ่งเป็น ท่าบลที่กำหนดให้ส่งและหำหั้นส่วนจำกัดเสียหายแทรกเตอร์ผู้รับตราส่ง ได้เรียกให้ส่งมอบของแล้ว แต่ปรากฏว่าตู้คอนเทนเนอร์ใบหนึ่งแตกสินค้าที่บรรจุบางส่วนสูญหายไป มูลคดีนี้จึงเกิดขึ้นในประเทศไทย ต้องบังคับกันตามกฎหมายแห่งประเทศไทย หากมีปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมาย ไตบังคับ อันจะต้องวินิจฉัยตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วย การขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ไม่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 609 วรรคสอง บัญญัติว่า รับขนของ ทางทะเลให้บังคับตามกฎหมายและกฎข้อบังคับว่าด้วยการนั้น แต่ ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการรับขนของทางทะเลใช้บังคับ และไม่ปรากฏว่ามีประเพณีการขนส่งทางทะเลที่ถือปฏิบัติกันอยู่ จึงต้องนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะรับขนใน หมวดรับขนของ อันเป็นกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับแก้คดีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 625 ห้ามผู้ขนส่งกำหนดข้อความ ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบไว้ในใบรับ ใบตราส่ง หรือเอกสารอื่น ๆ ทำนองนั้น เว้นแต่ผู้ส่งจะได้แสดงความตกลงด้วยชัดแจ้งการที่จำเลย ได้ออกใบตราส่งเอกสารหมาย จ.2 หรือ ล.2 กำหนดเงื่อนไขไว้ด้านหลัง ว่าจำเลยไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับความสูญหายหรือเสียหายของสินค้าเกินไป กว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4(5) แห่งกฎหมายว่าด้วยการขนส่งสินค้า ทางทะเลของประเทศสหรัฐอเมริกา ก็คือการยกเว้นหรือจำกัดความ

รับผิดชอบ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 625 นั้นเอง เมื่อข้อความ ที่กล่าวนี้ระบุไว้ ด้านหลังของใบตราส่งโดยไม่มีลายมือชื่อของผู้ ส่งสินค้าลงไว้ด้วย จึงฟังไม่ได้ว่าผู้ส่งได้แสดงความตกลงด้วย ชัดแจ้ง ข้อความจำกัดความรับผิดชอบดังกล่าวไม่มีผลใช้กับผู้ส่งได้ และ ไม่อาจใช้ยันหักหนี้ส่วน จำกัดศหายแทรกเตอร์ ซึ่งได้รับช่วงสิทธิ มาจากผู้ส่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 627 ตลอดจนโจทก์ ผู้รับประกันภัยซึ่งรับช่วงสิทธิของผู้รับตราส่งมาอีกทอดหนึ่ง โจทก์จึงหาผูกพันให้ ต้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากจำเลยได้เพียง 500 เหรียญสหรัฐอเมริกาไม่ ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า จำเลยต้องรับผิดชอบ เกี่ยวกับสินค้าที่สูญหายตามฟ้อง ศาลฎีกาเห็นฟ้องด้วย ฎีกาจำเลย ฟังไม่ขึ้น" พิพากษายืน ให้จำเลยทั้งสองใช้ค่าทนายความชั้นฎีกา 3,000 บาท แทนโจทก์.

#### 4.4 ฎ. 3223/2525

โจทก์ฟ้องว่า โจทก์ได้สมัครงานกับจำเลยที่ 1 ณ ประเทศสิงคโปร์ จำเลยที่ 1 รับโจทก์เป็น ลูกจ้างประจำแล้วส่งมาทำงานในประเทศไทย ต่อมาจำเลยทั้งสอง ได้ร่วมกันเลิกจ้างโจทก์โดยไม่เป็น ธรรม ขอให้บังคับจำเลยจ่ายค่าชดเชย พร้อมดอกเบี้ย เงินเดือน ค่าเบี้ยเลี้ยงชีพ เงินโบนัส ค่า รักษาพยาบาล ค่าพาหนะ ค่าที่จำเลยใช้รถโจทก์ ค่าซ่อมรถ ค่าภาษีและค่าปรับภาษีแก่โจทก์เป็นเงิน รวม 5,506,684 บาท จำเลยที่ 1 และที่ 2 ให้การและฟ้องแย้งว่า จำเลยที่ 1 ไม่มีสำนักงานสาขา ใน ประเทศไทย และสัญญาทำกันที่ต่างประเทศ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง จำเลยที่ 1 จำเลยที่ 2 มิได้จ้าง โจทก์เป็นส่วนตัวและมีได้โต้แย้งสิทธิของโจทก์ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องจำเลยที่ 2 โจทก์จึงใจทำให้ จำเลยที่ 1 เสียหายอยู่เสมอ ละเลยไม่ปฏิบัติงาน ไม่เชื่อฟังคำสั่งของผู้บังคับบัญชา จำเลยจึงมีสิทธิเลิก จ้าง โจทก์นอกจากนี้โจทก์ยังทำให้เครื่องจักรของจำเลยที่ 1 เสียหายคิดเป็นเงิน 100,000 บาท และ จำเลยที่ 1 ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการหาคนงานใหม่แทนโจทก์ เป็นเงิน 100,000 บาท ขอให้บังคับโจทก์ ใช้ค่าเสียหายจำนวน 200,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยแก่จำเลยที่ 1 และที่ 2 โจทก์ให้การแก้ฟ้องแย้งว่า โจทก์ไม่เคยประพฤติผิดหรือบกพร่องในหน้าที่ จำเลยที่ 1 ไม่มีอำนาจฟ้องเรียกค่าเสียหายจากโจทก์ ขอให้ยกฟ้องแย้ง ต่อมาโจทก์ขอถอนฟ้องจำเลยที่ 2, ที่ 3 และที่ 4 ศาลแรงงานกลางอนุญาต ศาล แรงงานกลางพิพากษาให้จำเลยจ่ายค่าชดเชยเป็นเงิน 63,296 บาท พร้อมดอกเบี้ย และสินจ้างแทน การบอกกล่าวล่วงหน้าเป็นเงิน 15,002.40 บาท แก่โจทก์ ค่าขออื่นของโจทก์นอกจากนี้ให้ยก และให้ ยกฟ้องแย้งจำเลย โจทก์และจำเลยที่ 1 อุทธรณ์ต่อศาลฎีกา ศาลฎีกาแผนกคดีแรงงานวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงได้ความว่าสาขาของจำเลยที่ 1 ที่ประเทศสิงคโปร์ ทำสัญญาจ้างโจทก์ที่ประเทศสิงคโปร์ แล้วส่งโจทก์มาทำงานใน ประเทศไทย โจทก์ทำงานยังไม่ครบ 1 ปี จำเลยที่ 1 ก็เลิกจ้างโจทก์ โจทก์ และจำเลยที่ 1 มีสัญชาติอเมริกัน เห็นสมควรวินิจฉัยอุทธรณ์ของจำเลยที่ 1 ข้อ 2.2 เสียก่อน จำเลยที่ 1 อุทธรณ์ว่าโจทก์จำเลยตกลงว่าจ้างกันที่ประเทศสิงคโปร์ ย่อมมีเจตนา ที่จะผูกพันกันตามกฎหมาย สิงคโปร์เมื่อโจทก์ไม่นำสืบว่ากฎหมายในเรื่องค่าชดเชย ของประเทศสิงคโปร์บัญญัติไว้อย่างไร โจทก์

จึงไม่มีสิทธิรับค่าชดเชย ศาลฎีกา พิเคราะห์ปัญหาข้อนี้แล้ว เห็นว่าตามกฎหมายไทย บุคคลที่อยู่ในพระราชอาณาจักรไทยย่อมจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายไทยไม่ว่าจะเป็น กฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะในทางอาญา ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำความผิดในราชอาณาจักร ต้องรับโทษตามกฎหมาย" ในทางแพ่งข้อขัดแย้งระหว่างบุคคลต้องบังคับตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในบางกรณีหากมีปัญหาว่าจะใช้กฎหมาย ของประเทศใดบังคับ ก็ต้องเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วย การขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ในปัญหาแรงงาน ส่วนใหญ่ต้องบังคับ ตามประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การคุ้มครองแรงงานและพระราชบัญญัติ แรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 โดยเฉพาะพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 หมวด 10 มีบทบัญญัติกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ฝ่าฝืนบทบัญญัติ มาตราต่าง ๆ ไว้ในมาตรา 128 ถึง 159 หากมีการกระทำความผิดทางอาญาตาม พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ภายในพระราชอาณาจักรไม่ว่า ผู้กระทำความผิดจะเป็นคนสัญชาติใด ก็ต้องฟ้องร้องต่อศาลไทย และบังคับตาม กฎหมายไทยฉะนั้น เมื่อมีการขัดแย้งในปัญหาแรงงานในประเทศไทย ก็ต้อง ฟ้องร้องและบังคับตามกฎหมายไทยโดยไม่ต้องคำนึงว่าคู่กรณีจะมีเจตนา ให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ เพราะเมื่อมีปัญหาแรงงานเกิดขึ้น ไม่มีเหตุผลใด ๆ ที่จะแยกฟ้องร้องและบังคับตามกฎหมายของประเทศไทย เฉพาะแต่ในทางอาญา แต่ในปัญหาแรงงานแท้ ๆ ให้ฟ้องร้องและบังคับตาม กฎหมายของประเทศอื่น ดังนี้เมื่อมีข้อพิพาทแรงงานระหว่างโจทก์และจำเลย ในประเทศไทย แม้จะมีการตกลงจ้างกันในประเทศสิงคโปร์ ก็ต้องฟ้องร้อง และบังคับคดีตามกฎหมายไทย อุทธรณ์ของจำเลยที่ 1 ข้อนี้ฟังไม่ขึ้น จำเลยที่ 1 อุทธรณ์ในข้อ 2.1 ว่า จำเลยที่ 1 ไม่มีสำนักงานในประเทศไทย สำนักงานของจำเลยที่ 1 ในประเทศไทยเป็นเพียงสำนักงานติดต่อเท่านั้น โจทก์ซึ่งมีหน้าที่นำสืบในข้อนี้ก็ไม่สามารถนำพยานหลักฐานมาแสดงว่า สำนักงานของจำเลยในประเทศไทยเป็นสำนักงานสาขาการที่ศาลแรงงานกลาง ฟังว่าโจทก์นำสืบว่าผู้จัดการฝ่ายบุคคลของจำเลยที่ 1 ในประเทศสิงคโปร์ ได้บอกว่าสำนักงานในประเทศไทยของจำเลยที่ 1 เป็นสำนักงานสาขาของ จำเลยที่ 1 แต่จำเลยมิได้นำสืบแก้ข้อนี้เลย จึงเป็นการขัดกับพยานหลักฐาน ในสำนวน เพราะเป็นการฟังพยานบอกเล่า ส่วนพยานจำเลยที่ 1 ให้การไว้ ชัดเจนว่าสำนักงานในกรุงเทพฯ ไม่ใช่สำนักงานสาขาพิเคราะห์แล้วเห็นว่า เป็นการอุทธรณ์ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานของศาลแรงงานกลาง จึงเป็นการอุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริง ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 54 ศาลฎีกาไม่รับ วินิจฉัยให้ ต่อไปศาลฎีกาจะได้วินิจฉัยอุทธรณ์ของโจทก์ โจทก์อุทธรณ์ว่า ค่าเสียหายอย่างอื่นตามฟ้อง (นอกเหนือไปจากค่าชดเชย) โจทก์และ จำเลยที่ 1 มีภูมิลำเนาในประเทศไทย เมื่อโจทก์และจำเลยมิได้ตกลงกันได้ ชัดแจ้งว่า เมื่อมีคดีพิพาทกันขึ้นจะใช้กฎหมายใดบังคับ จึงเป็นที่เห็นได้ โดยปริยายว่าโจทก์จำเลยมีเจตนาให้ใช้กฎหมายของประเทศไทยบังคับ ปัญหาข้อนี้ศาลฎีกา พิเคราะห์แล้วเห็นว่าโจทก์จำเลยทำสัญญาจ้างกันที่ ประเทศสิงคโปร์ เมื่อมีปัญหาว่าจะใช้กฎหมายใด

บังคับ ต้องพิจารณาตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 13 ซึ่งบัญญัติว่า "ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม่วาง หยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญญาที่อันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญญาที่อันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้น ได้ทำขึ้น" ศาลแรงงานกลาง วินิจฉัยว่า ผู้จัดการฝ่ายบุคคลของจำเลยที่ 1 ประจำสำนักงานสาขาประเทศสิงคโปร์และเป็นคนรับ โจอทก์เข้าทำงาน เบิกความว่า สัญญาจ้างทำที่ประเทศสิงคโปร์ จึงต้องบังคับตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ ปัญหาข้อนี้โจทก์มิได้นำสืบถึงเลยว่าได้ตกลงกันไว้อย่างใด หรือไม่ กรณีจึงพอเป็นที่ทราบเจตนาของโจทก์จำเลยได้โดยปริยายว่า โจทก์จำเลยได้ตกลงกันให้บังคับตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ แต่คู่ความมิได้นำสืบว่ากฎหมายของประเทศสิงคโปร์ในข้อนี้มีอยู่อย่างไร จึงพิพากษายกฟ้องโจทก์ในประเด็นข้อนี้ ศาลฎีกาเห็นว่าขณะที่โจทก์จำเลย ทำสัญญาจ้างกัน ไม่มีพยานหลักฐานว่าทั้งสองฝ่ายตกลงกันว่าอย่างไร เกี่ยวกับเรื่องนี้ พฤติการณ์ที่พอจะอนุมานเจตนาของคู่กรณีก็ไม่ปรากฏ คำเบิกความของพยานจำเลยที่ศาลแรงงานกลางพิพากษามาวินิจฉัยนี้มีใช้ พยานหลักฐานที่จะฟังว่าคู่กรณีมีเจตนาที่จะให้ใช้กฎหมายของประเทศใด บังคับแก่กรณีตามฟ้อง แต่เป็นเพียงความเห็นของพยานเท่านั้น ดังนี้จึงต้อง ถือว่าไม่วางทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่าคู่กรณีประสงค์จะให้ใช้ กฎหมายของประเทศใดบังคับ ปรากฏว่าคู่กรณีมีสัญชาติอเมริกันทั้งสองฝ่าย กฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณีตามฟ้องจึงต้องเป็นกฎหมายสัญชาติอันร่วมกัน ของคู่กรณี ซึ่งได้แก่กฎหมายของสหรัฐอเมริกา แต่ไม่มีฝ่ายใดนำสืบว่ากฎหมาย ของสหรัฐอเมริกาในเรื่องนี้มีอยู่อย่างไร กรณีจึงต้อง บังคับตามพระราชบัญญัติ ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 8 คือให้ใช้กฎหมาย ภายในของประเทศไทย ที่ศาลแรงงานกลางพิพากษายกฟ้องโจทก์ในข้อนี้ ศาลฎีกาไม่เห็นพ้องด้วย โจทก์อุทธรณ์ต่อไปว่า โจทก์ได้รับเงินเดือนเดือนละ 63,296 บาท เบี้ยเลี้ยงชีพเดือนละ 31,050 บาท แต่ศาลแรงงานกลางมิได้นำเบี้ยเลี้ยงชีพ ซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของค่าจ้างมาเป็นฐานคำนวณค่าชดเชย ค่าชดเชย และดอกเบี้ยตามคำพิพากษาศาลแรงงานกลางจึงไม่ถูกต้อง พิเคราะห์แล้ว เห็นว่า เบี้ยเลี้ยงชีพที่จำเลยที่ 1 จ่ายให้โจทก์มีจำนวนแน่นอน จ่ายให้เป็น ประจำเป็นรายเดือน เช่นเดียวกับเงินเดือน จึงเป็นเรื่องที่จ่ายเพื่อตอบแทน การทำงานในเวลาทำงานปกติของวันทำงาน ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของค่าจ้าง และต้องนำมารวมกับเงินเดือนเพื่อคำนวณค่าชดเชยด้วย เงินเดือนและ เบี้ยเลี้ยงชีพที่จำเลยที่ 1 จ่ายให้โจทก์รวมกันเป็นเงินเดือนละ 94,346 บาท โจทก์ทำงานไม่ครบ 1 ปี มีสิทธิได้ค่าชดเชยเท่ากับค่าจ้าง 1 เดือน เป็นเงิน 94,346 บาท ไม่ใช่ 63,296 บาท ตามคำวินิจฉัยของศาลแรงงานกลาง อุทธรณ์โจทก์ข้อนี้ฟังขึ้น ที่ศาลแรงงานกลางวินิจฉัยว่า โจทก์นำสืบว่าจำเลยบอกเลิกจ้างในวันที่ 24 ธันวาคม 2524 และเลิกจ้างในวันนั้นพออนุมานได้ว่าโจทก์ฟ้องเรียกสินจ้าง แทนการบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนการเลิกจ้างมาด้วย และพิพากษาให้จำเลยที่ 1 ชำระสินจ้างแทนการ

บอกกล่าวล่วงหน้าเป็นเงิน 15,002 บาท 40 สตางค์ด้วยนั้น พิเคราะห์แล้วเห็นว่าตามคำฟ้องและคำขอท้ายฟ้องของโจทก์ไม่ได้ขอให้ จำเลยที่ 1 ชำระเงินจำนวนนี้ เพียงแต่ได้ความว่าจำเลยบอกเลิกจ้างและเลิกจ้าง ในวันเดียวกันยังไม่พออนุমানได้ว่าโจทก์ฟ้องเรียกสินจ้างแทนการบอกกล่าว ล่วงหน้า ค่าพิพาทของศาลแรงงานกลางในส่วนนี้จึงเกินคำขอของโจทก์ ไม่ชอบด้วยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 52 จำเลยที่ 1 จึงไม่ต้องชำระเงินจำนวนนี้ให้โจทก์ อย่างไรก็ตาม ศาลแรงงานกลางยังมีได้วินิจฉัยปัญหาเรื่องค่าเสียหายอย่างอื่น ตามฟ้อง (นอกเหนือไปจากค่าชดเชย) ศาลฎีกาเห็นสมควรยื่นสำนวนให้ ศาลแรงงานกลางวินิจฉัยปัญหาข้อนี้เสียก่อน พิพาทของศาลแรงงานกลางเห็นว่า ให้จำเลยที่ 1 ชำระค่าชดเชย เท่ากับค่าจ้าง 30 วัน เป็นเงิน 94,346 บาทพร้อมทั้งดอกเบี้ยในเงินต้น 94,346 บาท ในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี นับแต่วันเลิกจ้างจนกว่าจะชำระเสร็จให้โจทก์โดย จำเลยที่ 1 ไม่ต้องจ่ายสินจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้าให้โจทก์ และให้ยก ค่าพิพาทศาลแรงงานกลางเฉพาะในประเด็นที่มีได้วินิจฉัยเรื่องค่าเสียหาย อย่างอื่นตามฟ้อง (นอกเหนือไปจากค่าชดเชย) ให้ศาลแรงงานกลางวินิจฉัย เฉพาะปัญหาข้อนี้แล้วพิพาทใหม่ตามรูปความ

x

