

ข้อพิจารณาบางประการต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในกฎหมายขัดกันของไทย*

The Some Considerations to Party Autonomy Principle in Thai's Conflict of Laws

อานนท์ ศรีบุญโรจน์**

Amon Sriboonroj

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ จังหวัดสงขลา 90000 ประเทศไทย

faculty of Law, Thaksin University, Songkla Province 90000 Thailand

อีเมลล์: themis.lawtu@gmail.com

Email: themis.lawtu@gmail.com

บทคัดย่อ

ข้อความคิดที่ว่าด้วยหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญในฐานะที่เป็นฐานรองรับการใช้เจตนาของคู่สัญญาในอันที่จะกำหนดสิทธิ หน้าที่ของตนในการผูกนิติสัมพันธ์ ซึ่งไม่เพียงแต่หลักการดังกล่าวจะถูกรับใช้ในขอบเขตของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น หากแต่ยังได้ขยายปริมณฑลไปถึงขอบเขตของกฎหมายขัดกันอีกด้วย กล่าวคือ คู่สัญญาย่อมมีสิทธิที่จะเลือกกฎหมายของต่างประเทศเพื่อบังคับแก่นิติสัมพันธ์ที่ตนได้ทำขึ้น สำหรับประเทศไทยนั้นแม้ว่าจะได้ให้การยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 แต่อย่างไรก็ดีก็ยังมีความไม่ชัดเจนอยู่หลายประเด็นในการใช้การตีความหลักการดังกล่าวในบริบทของกฎหมายขัดกันของไทย เช่น ในเรื่องขอบเขตในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของคู่สัญญา หลักเกณฑ์ในการค้นหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญา การเลือกกฎหมายเพื่อบังคับในแต่ละส่วนของสัญญา และการเปลี่ยนแปลงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา เป็นต้น ประกอบกับทางปฏิบัติของศาลไทยเองก็ยังไม่มีความชัดเจนในการพิจารณาประเด็นดังกล่าว ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบันที่มีการเพิ่มขึ้นของนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ จึงจำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ในเรื่องที่เกี่ยวข้องด้วยหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาให้มีความชัดเจน เหมาะสมกับบริบททางสังคมระหว่างประเทศที่เปลี่ยนแปลงไป

คำสำคัญ: กฎหมายขัดกัน ความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา สัญญา กฎหมายต่างประเทศ ศาลไทย

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของการค้นคว้าวิจัยในพนธ์นิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หัวข้อ “กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา : ศึกษากรณีกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยสัญญาของประเทศสมาชิกในกลุ่มอาเซียน”

** ผู้เขียนขอขอบคุณสำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษาที่ให้การสนับสนุนทุนการศึกษาภายใต้โครงการพัฒนาอาจารย์และบุคลากรสำหรับสถาบันอุดมศึกษาในเขตพัฒนาเฉพาะกิจจังหวัดชายแดนภาคใต้ และผู้เขียนขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒน์พานิช ในฐานะอาจารย์ที่ปรึกษา และอาจารย์ ดร.กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส ในฐานะอาจารย์ที่ปรึกษาร่วม ที่ได้ให้คำแนะนำแนวทางการศึกษา

Abstract

The principle of party autonomy is a fundamental doctrine as a ground for recognizing the intention of the parties to specify their rights and duties in the legal relation. The principle is not only accepted in civil and commercial matters, but also in conflict of laws. The parties have a right to choose a foreign law to govern their legal relation. In Thai context, although the principle of party autonomy is recognized in the Act on Conflict of Laws B.E. 2481, there remain issues in the application and the interpretation of the law, for example, the scope of the party autonomy to choose the governing law, the criteria to identify the implied intention of the parties, the applicable law selection on parts of the contract, and the parties change of intention in the selection of the applicable law to the transaction. In addition, in practice, the Thai courts are vague on this issue. Therefore, in accordance with rising international transactions among private sectors, it is important that Thailand consider a possibility to amend the Act on Conflict of Laws B.E. 2481 especially relating to the principle of party autonomy.

Keywords: Conflict of laws, Party autonomy, Contract, Foreign law, Thai court

1. บทนำ

หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (party autonomy, *lex voluntaris* หรือ *autonomie de la volonté*) หรือหลักอิสระในทางแพ่ง หรือหลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้น เป็นหลักการพื้นฐานทางนิติศาสตร์ที่มีความสำคัญ¹ ในฐานะที่เป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่รับรองให้ปัจเจกชนสามารถใช้เสรีภาพของตนจัดการเกี่ยวกับผลประโยชน์ของตนเองในลักษณะที่ถือว่าสะดวกที่สุดและเสรีภาพที่จะผูกพันตนของปัจเจกชนคนหนึ่งหรือหลายคนในการจัดการผลประโยชน์ของตนเอง² ตามนัยนี้หลักอิสระในทางแพ่งจึงหมายถึง อำนาจของเอกชนในการตัดสินใจเกี่ยวกับขอบเขตทางกฎหมายของตนเองด้วยตนเองทั้งในทางส่วนตัวและทรัพย์สิน³ และเมื่อบุคคลได้แสดงเจตนาอันนิติสัมพันธ์โดยสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้ว นิติสัมพันธ์เช่นนั้นก็ย่อมมีผลสมบูรณ์ตามไปด้วย⁴ โดยความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาอันมีได้หมายความว่า เจตนาจะมีความเป็นอิสระในอันที่จะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ เท่านั้น หากแต่ยังเป็นหลักการที่ทำให้ความสำคัญกับเจตนาถึงขนาดมีคำกล่าวที่ว่า “ที่ใดไม่มีเจตนาที่นั่นก็ย่อมไม่มีสิทธิ์”⁵

ซึ่งเมื่อพิจารณาหลักการดังกล่าวในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (กฎหมายขัดกัน) หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาได้ถูกใช้เพื่อสนับสนุนการใช้เสรีภาพของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายของต่างประเทศ

¹ Trevor C. Hartley, *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International law*, UK: Cambridge University Press, 2009, p. 566.

² ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, *คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 16, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554, หน้า 25.

³ เรื่องเดียวกัน., หน้า 25.

⁴ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย*, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549, หน้า 168.

⁵ ดาราร ธีระวัฒน์, *หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาในสัญญา*, กรุงเทพฯ: โครงการการวิจัยเสริมหลักสูตร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530, หน้า 2.

(foreign law) เพื่อบังคับแก่สัญญา⁶ แต่อย่างไรก็ดีในปัจจุบันหลักการดังกล่าวก็มีแนวโน้มที่จะนำไปใช้กับเรื่องอื่น ๆ ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลด้วย⁷ อาทิ หนี้ที่ไม่ได้เกิดจากสัญญา (non-contractual obligation) กฎหมายลักษณะครอบครัว และในเรื่องกฎหมายมรดก⁸ นอกจากนี้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนายังได้ขยายขอบเขตการบังคับใช้ไปถึงการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเพื่อเลือกศาลในการระงับข้อพิพาท (choice of court agreement) อีกด้วย⁹

ในส่วนของประเทศไทยนั้นแม้ว่าจะได้ให้การยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาไว้ในกฎหมายขัดกันแล้วก็ตาม ดังที่จะเห็นได้จากมาตรา 13 ในเรื่องสัญญา และมาตรา 25 ในเรื่องสัญญาก่อนสมรส แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 โดยอนุญาตให้คู่สัญญาและคู่สัญญาก่อนสมรสสามารถแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับแก่สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญและผลแห่งนิติสัมพันธ์เช่นนั้น แต่อย่างไรก็ดีการปรับใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในกฎหมายขัดกันของไทยก็ยังมีปัญหาไม่ชัดเจนอยู่ในหลายประเด็น ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องขอบเขตของการแสดงเจตนาเพื่อเลือกกฎหมายต่างประเทศบังคับแก่นิติสัมพันธ์ หลักเกณฑ์ในการค้นหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญา หรือการเปลี่ยนแปลงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับนิติสัมพันธ์ เป็นต้น

โดยในบทความนี้ผู้เขียนจะได้มุ่งพิจารณาถึงสาระสำคัญของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในกฎหมายขัดกันของไทยในเรื่องสัญญา (มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481) ซึ่งจะได้แบ่งการพิจารณาออกเป็นส่วน ๆ ประกอบด้วย ข้อความคิดว่าด้วยหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในกฎหมายขัดกันของประเทศไทย ข้อพิจารณาต่อปัญหาการเลือกกฎหมายต่างประเทศบังคับแก่สัญญาภายใต้มาตรา 13 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 และบทสรุป ดังจะได้พิจารณาเป็นลำดับ ๆ ต่อไปนี้

2. ข้อความคิดว่าด้วยหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา

เดิมทีกฎเกณฑ์ในการพิจารณากฎหมายเพื่อบังคับแก่สัญญา (applicable law in contract) ของประเทศในกลุ่มภาคพื้นยุโรปนั้น ได้ให้ความสำคัญกับหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้น (*lex loci contractus*) และกฎหมายแห่งถิ่นที่จะต้องมีการปฏิบัติตามสัญญา (*lex loci solutionis*) ซึ่งได้ถูกนำเสนอโดยบาร์โตลุส (Bartolus) นักกฎหมายชาวอิตาลี¹⁰ โดยหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับแก่นิติสัมพันธ์นั้นได้ปรากฏตัวครั้งแรกในราวศตวรรษที่ 16 ซึ่งได้ถูกนำเสนอโดยนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสนาม ชาร์ล เดอมูแลง (Charles Dumoulin) โดยเขาได้นำเสนอว่า เจตนาของคู่สัญญานั้นเป็นอำนาจสูงสุดและถ้าเจตนาไม่ปรากฏโดยแจ้งชัดต้องค้นหาจากพฤติการณ์แวดล้อม (surrounding circumstances)¹¹ ตามนัยนี้การแสดงเจตนาเพื่อเลือกกฎหมายบังคับแก่นิติสัมพันธ์จึงสามารถแบ่งได้เป็นสองลักษณะ กล่าวคือ การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง (express choice) และการแสดงเจตนาโดยปริยาย (tacit

⁶ Fleur Johns, “Performing Party Autonomy”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 71 No. 3: p. 249; 2008.

⁷ Peter Nygh, *Autonomy in International Contracts*, Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 14.

⁸ Felix Mautzsch, “Party Autonomy in European Private International Law: Uniform Principle or Context-Dependent Instrument?”, *Journal of Private International Law*, Vol. 12, (3): p. 466; 2016.

⁹ *Ibid.*, p. 466.

¹⁰ Akinwumi Olawuyi Ogunranti, *The Scope of Party Autonomy in International Commercial Contracts: A New Dawn?*, Nova Scotia: Dalhousie University, 2017, pp. 26-27.

¹¹ Ernest G. Lorenzen, “Validity and Effects of Contracts in Conflict of laws (Part I)”, *Yale Law Journal*, p. 573; 1920-1921.

choice) ซึ่งตามทัศนะของเดอมูแลง เจตนาของคู่สัญญาไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายถือเป็นจุดเกาะเกี่ยว (connecting factor) ที่มีความสำคัญในการพิจารณากฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญา¹²

ซึ่งในเวลาต่อมาหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาดังกล่าวยังได้รับการยอมรับจากฮูเบอร์ (Ulrik Huber) นักกฎหมายชาวสวิส โดยเขาเห็นว่าถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้นจะไม่ได้รับการพิจารณาอย่างเด็ดขาด ถ้าคู่สัญญาไม่เจตนาเลือกกฎหมายอื่นในขณะที่ทำสัญญาเจตนาเช่นนั้นย่อมมีผลบังคับ¹³ นอกจากนี้ซาวินยี (Friederich Carl von Savigny)¹⁴ นักกฎหมายผู้มีชื่อเสียงชาวเยอรมันซึ่งเป็นผู้ที่ได้นำเสนอแนวคิดจุดที่ตั้งแห่งนิติสัมพันธ์ (sitz theorie)¹⁵ โดยในประเด็นหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับแก่นิติสัมพันธ์นั้น ซาวินยีได้นำเสนอว่า กฎหมายแห่งถิ่นที่จะมีการปฏิบัติตามสัญญา กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้น และกฎหมายสัญชาติของคู่สัญญาควรเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเว้นแต่จะได้มีการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาเช่นนั้น¹⁶

ต่อมาได้มีความพยายามจำกัดขอบเขตของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาโดยมันซินี (Pasquale Mancini) นักกฎหมายชาวอิตาลี โดยมันซินีเห็นว่าการแสดงเจตนาที่ย่อมจะต้องอยู่ภายในกรอบของกฎหมาย (bounds of law) ตามทัศนะของมันซินีหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาจะต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน (territorial sovereignty) ตลอดจนต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน อำนาจอธิปไตย และสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ (right in real estate)¹⁷ โดยประเด็นในสัญญาที่ถือได้ว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยซึ่งคู่สัญญาไม่อาจเลือกกฎหมายของต่างประเทศเพื่อบังคับแก่นิติสัมพันธ์ได้ เช่น ประเด็นในเรื่องสถานะและความสามารถของคู่สัญญา¹⁸ เป็นต้น

ซึ่งจะเห็นได้ว่านับตั้งแต่การนำเสนอข้อความคิดว่าด้วยหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเพื่อเลือกกฎหมายบังคับแก่นิติสัมพันธ์ของเดอมูแลง ตลอดจนนักนิติศาสตร์คนสำคัญของภาคพื้นยุโรปในเวลาต่อมา หลักการดังกล่าวก็ได้กลายเป็นหลักการที่สำคัญของกฎหมายขัดกันของประเทศในกลุ่มภาคพื้นยุโรปในปัจจุบัน ดังที่จะเห็นได้จากการที่กฎหมายขัดกันของประเทศในกลุ่มภาคพื้นยุโรปล้วนแต่ได้ให้การรับรองหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาไว้ในกฎหมายขัดกัน เช่น บัลแกเรีย¹⁹ สาธารณรัฐเช็ก²⁰ สวิตเซอร์แลนด์²¹ ตุรกี²² เป็นต้น อีกทั้งหลักการดังกล่าวยังได้รับ

¹² Ibid., p. 574.

¹³ Ibid., p. 574.

¹⁴ ผู้สนใจประวัติและผลงานของซาวินยีโปรดดู ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ฟริดริช คาร์ล ฟอน ซาวินยี: บิดาแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลสมัยใหม่และสำนักประวัติศาสตร์กฎหมาย”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 32 เล่มที่ 4: หน้า 913-927; ธันวาคม 2545.

¹⁵ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559, หน้า 119.

¹⁶ Akinwumi Olawuyi Ogunranti, *The Scope of Party Autonomy in International Commercial Contracts: A New Dawn?*, p. 28.

¹⁷ Ibid., p. 28.

¹⁸ Laurent Francois, cited by Ernest G. Lorenzen, “Validity and Effects of Contracts in Conflict of laws (Part I)”, p. 576.

¹⁹ Bulgarian Private International Law Code 2005, Article 93.

²⁰ Czech Act on Private International Law 2012, Article 87.

²¹ Swiss Code on Private International Law 1987, Article 116.

²² The Turkish Act on Private International and Procedural (Act No. 5718) 2007, Article 24.

การรับรองไว้ใน Rome I Regulation²³ ซึ่งเป็นกฎหมายขัดกันของสหภาพยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ตามสัญญาอีกด้วย

ในขณะที่ประเทศในกลุ่มแองโกล-อเมริกันอย่างอังกฤษและสหรัฐอเมริกา นั้น หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเพื่อเลือกกฎหมายบังคับแก่นิติสัมพันธ์เกิดขึ้นช้ากว่าประเทศในกลุ่มภาคพื้นยุโรป²⁴ โดยประเทศอังกฤษได้เริ่มให้การยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในราวศตวรรษที่ 18²⁵ โดยในคดี *Robinson v Bland* (1760)²⁶ ท่านผู้พิพากษา Mansfield ได้กล่าวไว้ในคดีนี้ว่า “นับตั้งแต่คู่สัญญามีเจตนาที่จะใช้กฎหมายของอังกฤษ กฎหมายของอังกฤษย่อมสามารถนำไปใช้ได้” และยังคงกล่าวต่อไปว่า “นับตั้งแต่สถานที่ที่จะมีการชำระหนี้อยู่ในอังกฤษ หลักประกันหนี้อยู่ในอังกฤษ และคู่สัญญามีเจตนาที่จะใช้กฎหมายของอังกฤษ กฎหมายของอังกฤษต้องเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับ” ซึ่งความเห็นของท่านผู้พิพากษา Mansfield ได้รับการยอมรับและพัฒนาโดยศาลของอังกฤษในเวลาต่อมา²⁷ และนับตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 18 เป็นต้นมาศาลของอังกฤษมีแนวโน้มที่จะให้การยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาอย่างไม่มีข้อยกเว้น²⁸ ดังที่จะเห็นได้จากในคดี *Gienar v Meyer* (1796)²⁹ โดยศาลของอังกฤษได้วินิจฉัยว่า “ในขณะที่ทำสัญญา คู่สัญญาอาจแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งเพื่อเลือกกฎหมายบังคับแก่สัญญาได้”

นอกจากนี้ในคดี *Jacobs v Credit Lyonnais* (1884)³⁰ ท่านผู้พิพากษา Bowen ได้กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า “คู่สัญญาสามารถทำข้อตกลงเพื่อกำหนดกฎหมายของต่างประเทศที่ตนต้องการไว้ในสัญญาได้ในทุกกรณี” แต่อย่างไรก็ดีในเวลาต่อมาศาลของอังกฤษก็ได้ให้การยอมรับถึงข้อจำกัดในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายบังคับกับสัญญา โดยในคดี *Vita Food Products Incorporate v Unus Shipping Company Limited* (1939) ซึ่งศาลของอังกฤษจะให้การยอมรับเจตนาในการเลือกกฎหมายของคู่สัญญาก็ต่อเมื่อได้กระทำไปโดยสุจริต (*bona fide*)³¹

ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเพื่อเลือกกฎหมายบังคับแก่สัญญานั้นกลับมีพัฒนาการที่ล่าช้ากว่าประเทศอังกฤษ เนื่องจากในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของ Beal (Joseph Henry Beal) นักกฎหมายขัดกันผู้มีชื่อเสียงชาวอเมริกัน โดยเขาได้ให้การสนับสนุนแนวคิดสิทธิที่ได้รับมา (*doctrine of vested rights*) ซึ่งตามทัศนะของ Beal นั้น สิทธิในทางกฎหมายไม่อาจเกิดขึ้นได้

²³ 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), Article 3.

²⁴ S.M. Richardson, *International Contracts and the Choice of Law*, New Zealand: University of Canterbury, 1988, p. 19.

²⁵ John O'Brien, *Conflict of Laws*, 2nd ed. London: Cavendish Pub., 1999, p. 309.

²⁶ *Robinson v Bland*, cited by Akinwumi Olawuyi Ogunranti, *The Scope of Party Autonomy in International Commercial Contracts: A New Dawn?*, p. 32.

²⁷ Ernest G. Lorenzen, “Validity and Effects of Contracts in Conflict of laws (Part I)”, p. 577.

²⁸ สุภาพร เหลืองภัทรวงศ์, *หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและข้อจำกัดในสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ*, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538, หน้า 51.

²⁹ *Gienar v Meyer*, อ้างใน สุภาพร เหลืองภัทรวงศ์, *หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและข้อจำกัดในสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ*, หน้า 51.

³⁰ *Jacobs v Credit Lyonnais*, อ้างใน ดำเนิน ทรัพย์ไพศาล, *กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาธุรกิจระหว่างประเทศ*, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530, หน้า 46.

³¹ John O'Brien, *Conflict of Laws*, p. 310.

โดยอาศัยเพียงแต่เจตนาของคู่สัญญา³² ดังที่จะเห็นได้จากในคดี *Gerli & Co., Inc. v Cunard S.S. Co., Ltd.* (1931)³³ ที่ท่านผู้พิพากษา Learned Hand กล่าวไว้มีใจความสำคัญว่า บุคคลไม่สามารถทำความตกลงให้กฎหมายของสถานที่อื่นมาใช้แทนที่ได้ แต่อาจจะระบุข้อกำหนดต่าง ๆ ที่ต้องการไว้ในความตกลงได้³⁴ และโดยที่ Beal เป็นผู้ยกร่าง Restatement (First)³⁵ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายขัดกันว่าด้วยสัญญา³⁶ จึงทำให้ใน Restatement (First) ดังกล่าวไม่ปรากฏข้อความคิดในเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับแก่สัญญาตามไปด้วย³⁷

โดยการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในเรื่องการยอมรับเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายบังคับแก่สัญญาของสหรัฐอเมริกาได้เกิดขึ้นเมื่อได้มีการจัดทำ the Uniform Commercial Code ในปี ค.ศ. 1952 โดยสถาบันกฎหมายแห่งอเมริกา (the American Law Institute : ALI)³⁸ ที่ได้รับรองให้คู่สัญญาสามารถแสดงเจตนาเพื่อเลือกกฎหมายบังคับกับสัญญาที่ทำได้³⁹ นอกจากนี้ในการจัดทำ Restatement (Second) ในเรื่องกฎหมายขัดกันว่าด้วยสัญญาในปี ค.ศ. 1968 ก็ได้ให้การรับรองหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายดังกล่าวด้วยเช่นกัน⁴⁰ และแม้แต่ศาลของอเมริกาเองในเวลาต่อมาก็ได้ให้การยอมรับว่าคู่สัญญาโดยปราศจากการฉ้อฉล การบังคับ และอำนาจการต่อรองที่มากเกินไป ย่อมมีอิสระที่จะเลือกกฎหมายบังคับกับสัญญาได้⁴¹

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาอันเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับจากนักนิติศาสตร์ทั้งในระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์⁴² จนถึงขนาดอาจกล่าวได้ว่าหลักการดังกล่าวเป็นหลักการอันร่วมกันของทุกระบบกฎหมายก็ว่าได้⁴³ แต่อย่างไรก็ดีกฎหมายภายในตลอดจนทางปฏิบัติของศาลภายในของแต่ละประเทศนั้นก็ให้

³² Joseph H. Beal, *A Treatise on the Conflict of laws or, Private International Law, Vol. I, Part I*, Cambridge: Harvard University Press, 1916, p. 107.

³³ *Gerli & Co., Inc. v Cunard S.S. Co., Ltd.*, cited by Ernst Rabel, *The Conflict of Laws : A Comparative Study, Vol. II, Foreign Corporations: Torts: Contracts in General*, 2nd ed. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1960, p. 376.

³⁴ Learned Hand, formulate that “People cannot by agreement substitute the law of another place; they may of course incorporate any provisions they wish into their agreements.”

³⁵ ผู้สนใจสถานะและคำบังคับของ “Restatement” ในสหรัฐอเมริกาโปรดดู มานิตย์ จุมปา, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา*, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553, หน้า 54, 56-57.

³⁶ S.M. Richardson, *International Contracts and the Choice of Law*, p. 23.

³⁷ Ernst Rabel, *The Conflict of Laws : A Comparative Study, Vol. II, Foreign Corporations: Torts: Contracts in General*, p. 376.

³⁸ Thomas W. Pounds, “Party Autonomy – Past and Present”, *South Texas Law Journal*, Vol. 12, (2): p. 223; 1970.

³⁹ Sec. 1301. (1) Except as otherwise provided in this section, when a transaction bears a reasonable relation to this state and also to another state or nation, the parties may agree that the law either of this state or of that other state or nation shall govern their rights and duties.

⁴⁰ Akinwumi Olawuyi Ogunranti, *The Scope of Party Autonomy in International Commercial Contracts: A New Dawn?*, p. 32.

⁴¹ *The Bremen v. Zapate Off-Shore Co* (1972), cited by Akinwumi Olawuyi Ogunranti, p. 32.

⁴² ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย*, หน้า 168.

⁴³ Mo Zhang, “Party Autonomy and Beyond : An International Perspective of Contractual Choice of Law”, *Emory International Law Review*, Vol. 20: p. 518: 2006.

การยอมรับขอบเขตในการแสดงเจตนาเพื่อเลือกกฎหมายบังคับแก่สัญญา รวมทั้งข้อจำกัดของเสรีภาพในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับแก่สัญญาที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ

3. หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในกฎหมายขัดกันของประเทศไทย

สำหรับการพิจารณาหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับแก่สัญญาของประเทศไทยนั้นจะได้แบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน กล่าวคือ ก่อนที่ประเทศไทยจะประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 และภายหลังที่ประเทศไทยประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ดังนี้

3.1 ก่อนที่ประเทศไทยจะประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

ก่อนที่ประเทศไทยจะได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ไม่ปรากฏว่าประเทศไทยมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันแห่งกฎหมายแต่อย่างใด⁴⁴ คงปรากฏเพียงแต่ทางปฏิบัติของศาลไทยที่ได้เคยวินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา แบบและผลของสัญญา ปัญหาเรื่องกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา แบบของพินัยกรรม การรับมรดก⁴⁵ เป็นต้น โดยในการพิจารณาคดีนั้นศาลไทยได้นำหลักกฎหมายขัดกันของอังกฤษมาปรับใช้เป็นเรื่อง ๆ หรือที่เรียกว่า “piece meal”⁴⁶ อีกทั้งยังปรากฏว่าศาลฎีกาในขณะนั้นยังได้เคยอ้างอิงตำรากฎหมายขัดกันของอังกฤษด้วย โดยในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 530/2468 ศาลฎีการะบุไว้ในคำพิพากษาตอนหนึ่งว่า “ดูหนังสือว่าด้วยคอนฟลิคตออฟลอของโดซีย์ หน้า 501 กับ 514”⁴⁷

ในส่วนเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับแก่สัญญานั้น ก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ในเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาทางปฏิบัติของศาลไทยได้ยึดถือหลักที่ว่า กฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาต้องเป็นกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้น (*lex loci contractus*) โดยมีได้มีการกล่าวถึงหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายแต่อย่างใด ดังที่จะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 465/2478 ซึ่งได้วินิจฉัยไว้ตอนหนึ่งว่า “ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลรับรู้กันทั่วไปว่า แบบสัญญา ผลแห่งสัญญา และความสามารถของคู่สัญญาจะต้องบังคับตามกฎหมายของประเทศที่ทำสัญญากัน (*lex loci contractus*)”

อนึ่ง พึงตั้งข้อสังเกตว่า ในช่วงระยะเวลานั้นคำสอนตลอดจนตำราที่เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของไทยก็ได้มีการกล่าวถึงประเด็นในเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือก

⁴⁴ หยุค แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481, ไม่ปรากฏสำนักพิมพ์, หน้า 146.

⁴⁵ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 120.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 120, และโปรดดู หยุค แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481, หน้า 146.

⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 530/2468 อังโน ดำเนิน ทรัพย์ไพศาล, กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาธุรกิจระหว่างประเทศ, หน้า 90.

กฎหมายเพื่อบังคับแก่สัญญา⁴⁸ หากแต่ในการพิจารณาคดีของศาลนั้นก็มิได้มีการกล่าวถึงประเด็นดังกล่าวแต่อย่างใด⁴⁹ แต่อย่างไรก็ดีการที่ศาลไทยได้นำหลัก *lex loci contractus* มาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณากฎหมายที่จะนำมาใช้กับสัญญาก็ย่อมเป็นสิ่งที่ยอมรับให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า ในเรื่องกฎหมายขัดกันศาลไทยได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของตะวันตกมาปรับใช้ก่อนที่ประเทศไทยจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

3.2 ภายหลังที่ประเทศไทยประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

เนื่องจากในช่วงเวลาก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ประเทศไทย (สยามในขณะนั้น) ได้ทำสนธิสัญญากับนานาประเทศ โดยได้ให้คำมั่นประการหนึ่งว่าจะประกาศใช้กฎหมายที่วินิจฉัยข้อขัดกันระหว่างกฎหมายของนานาประเทศ ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481⁵⁰ โดยเมื่อพิจารณาถึงประเด็นหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาใน คณະอนุกรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายได้มีการกล่าวถึงหลักการดังกล่าวอยู่หลายต่อหลายครั้ง ดังปรากฏอยู่ในรายงานการประชุมคณະอนุกรรมการ⁵¹ เช่น

ในการประชุมครั้งที่ 207/2480 เมื่อวันที่ 29 มีนาคม 2480 ปรากฏข้อความตอนหนึ่งว่า

นายอาร์. กียอง กล่าวว่า “proper law of contract นี้ หมายความว่าถึงกฎหมายที่คู่กรณีเจตนาจะให้ใช้บังคับแก่กรณีของตน”

พระมณฑลวิมลศาสตร์ กล่าวว่า “ตามกฎหมายฝรั่งเศส กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาคือ กฎหมายที่คู่กรณีเจตนาให้ใช้บังคับ”

ในการประชุมครั้งที่ 1/2481 เมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2481 ปรากฏข้อความตอนหนึ่งว่า

นายอาร์. กียอง กล่าวว่า “การให้คู่กรณีแสดงเจตนาเลือกกฎหมายบังคับสัญญาได้นั้น เป็นหลักกฎหมายทั่วไป”

ในการประชุมครั้งที่ 16/2481 เมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม 2481 ปรากฏข้อความตอนหนึ่งว่า

นายอาร์. กียอง กล่าวว่า “วรรคหนึ่งได้วางหลักให้ถือเอาเจตนาของคู่กรณีเป็นสำคัญ ตรงกับที่กฎหมายอังกฤษเรียกว่า proper law of contract แต่ถ้าไม่มี proper law of contract แล้ว ให้ใช้กฎหมายสัญชาติของสามี”

อีกทั้งประเด็นดังกล่าวยังปรากฏในย่อความเห็นของกรรมการร่างกฎหมายเกี่ยวกับการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ความว่า “กรรมการได้ตกลงให้เน้นความสำคัญของเจตนาที่จะเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาให้มากขึ้น”⁵²

⁴⁸ ศรีวิสารวาจา, พระยา กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2474, หน้า 123-126, และโปรดดู ทวี ตะเวทีกุล, คำบรรยายชั้นปริญญาตรีพุทธศักราช 2477 กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2477, หน้า 294-300.

⁴⁹ สุภาพร เหลืองภัทรวงศ์, หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและข้อจำกัดในสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ, หน้า 78.

⁵⁰ ดูหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ในรายงานการประชุมอนุกรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ครั้งที่ 49/2481 วันที่ 14 กรกฎาคม 2481

⁵¹ อ้างใน ดำเนิน ทรัพย์ไพศาล, กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาธุรกิจระหว่างประเทศ, หน้า 93-94.

⁵² โปรดดูย่อความเห็นของกรรมการร่างกฎหมายเกี่ยวกับการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ข้อ 20.

ซึ่งก็ไม่มาแปลกใจนักที่คณะอนุกรรมการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายจะได้ให้การยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา เพราะเมื่อพิจารณาถึงการคลี่คลายตัวของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในพากฝั่งตะวันตกก็เห็นได้ว่า ในช่วงเวลาที่ได้มีการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 (ค.ศ. 1937-1938) นั้น เป็นช่วงเวลาเดียวกันกับที่ตะวันตกโดยเฉพาะในภาคพื้นยุโรปและอังกฤษได้ให้การยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายอย่างเต็มที่ กล่าวคือ เมื่อคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาโดยชัดแจ้งศาลย่อมจะต้องเคารพเจตนาดังกล่าวของคู่สัญญา ประกอบกับมีชาวตะวันตกเข้ามามีส่วนร่วมในการร่างกฎหมายฉบับนี้ด้วย⁵³ จึงทำให้กฎหมายชดกันของไทยได้รับอิทธิพลในเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาซึ่งเป็นแนวคิดของตะวันตกตามไปด้วย

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 พบว่ามีบทบัญญัติอยู่ 2 มาตราที่ได้ให้การรับรองหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญา กล่าวคือ มาตรา 13 ว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญา และมาตรา 25 วรรคหนึ่ง ว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญและผลของสัญญาก่อนสมรส⁵⁴

โดยในส่วนของมาตรา 13 (ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่บทความนี้มุ่งพิจารณา) นั้น ได้ให้การยอมรับเจตนาของคู่สัญญาในอันที่จะเลือกกฎหมายของต่างประเทศเพื่อบังคับแก่สัญญาไว้เป็นจุดเกาะเกี่ยวลำดับแรก โดยได้บัญญัติว่า

“ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม้อาจยังทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับ ก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น

ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง ถิ่นที่ถือว่าสัญญานั้นได้เกิดเป็นสัญญาขึ้นคือถิ่นที่คำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ ถ้าไม่อาจยังทราบถิ่นที่วานั้นได้ ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญานั้น

สัญญาย่อมไม่เป็นโมฆะ ถ้าได้ทำถูกต้องตามแบบอันกำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่ผลแห่งสัญญานั้น”

จากบทบัญญัติดังกล่าว กฎหมายได้กำหนดลำดับการใช้จุดเกาะเกี่ยวในการพิจารณากฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาไว้ โดยในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเพื่อเลือกกฎหมายบังคับกับสัญญานั้นอาจเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ ถ้าไม่ปรากฏเจตนาของคู่สัญญาและหากคู่สัญญามีสัญชาติเดียวกันให้ใช้กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันนั้นบังคับกับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญา แต่หากคู่สัญญามีสัญชาติต่างกันให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำ

⁵³ นายอาร์. กียอง, นายเรมี เดอ ปลังเตอโรส

⁵⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 25 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญและผลแห่งสัญญาก่อนสมรส ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญและผลแห่งสัญญาก่อนสมรสเช่นนั้น ให้เป็นไปตามกฎหมายซึ่งคู่สัญญาเจตนา หรือพึงสันนิษฐานได้ว่าได้มีเจตนาที่จะยอมอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายนั้น ถ้าไม่มีเจตนาเช่นนั้น ให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สมรสตั้งภูมิลำเนาครั้งแรกหลังจากการสมรส”

ขึ้น (*lex loci contractus*) และหากไม่อาจหยั่งทราบถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้นได้ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่จะมีการปฏิบัติตามสัญญา (*lex loci solutionis*) เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา⁵⁵

อนึ่ง พึงตั้งข้อสังเกตว่านับตั้งแต่ที่ประเทศไทยได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481⁵⁶ เป็นต้นมา มีประเด็นที่เกี่ยวกับการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกาจำนวนไม่มากนัก ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2930/2519 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คู่สัญญาโอนหุ้นมีสัญชาติอเมริกัน ตกลงกันว่าได้ทำสัญญาตามกฎหมายอเมริกัน ให้บังคับตามกฎหมายอเมริกัน ข้อสัญญานี้บังคับได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4838/2545 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้ออ้างของจำเลยที่ตกลงกันในสัญญากู้เงินให้ศาลของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีและใช้กฎหมายของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ในการตีความสัญญาหรือการฟ้องร้องบังคับคดีเกี่ยวกับสัญญากู้เงิน ซึ่งต้องเป็นไปตามหลักการแสดงเจตนาของคู่สัญญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ มาตรา 13 เท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น เป็นข้อเท็จจริงที่จำเลยมิได้กล่าวไว้จึงเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่ได้ยกขึ้นมาก่อนแล้วโดยชอบในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางจึงต้องห้ามมิให้อุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศฯ มาตรา 38 ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 225 วรรคหนึ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1958/2548 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์เป็นคนสัญชาติอังกฤษ จำเลยเป็นนิติบุคคลสัญชาติอเมริกัน จดทะเบียนและมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่เมืองอีสต์ ออเรนจ์ มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ประเทศสหรัฐอเมริกา สัญญาจ้างแรงงานที่โจทก์ทำกับจำเลย โจทก์ลงลายมือชื่อในประเทศไทย แล้วส่งสัญญาให้จำเลยลงลายมือชื่อในประเทศไทย จึงถือว่าสัญญาจ้างแรงงานฉบับนี้ได้ทำขึ้นที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ต้องบังคับตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 13 เมื่อสัญญาจ้างแรงงานดังกล่าวมีข้อตกลงว่า ให้สัญญาฉบับนี้อยู่ภายใต้บังคับและการตีความตามกฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ประเทศสหรัฐอเมริกา จึงต้องบังคับตามกฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ตามเจตนาของคู่สัญญา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15066/2555 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์จำเลยทำสัญญาประนีประนอมยอมความต่อศาลครอบครัวแห่งรัฐนิวยอร์ก เขตปกครองเรนเซนลาเออร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีคำพิพากษาว่าจำเลยเป็นบิดาของเด็กชาย อ. บุตรผู้เยาว์ และให้จำเลยจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กชาย อ. เป็นรายเดือนแก่โจทก์รวมถึงค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ให้เป็นไปตามสัญญา การที่จำเลยกลับมาประเทศไทยโดยไม่ปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความแล้วโจทก์มายื่นฟ้องจำเลยต่อศาลเยาวชนและครอบครัวกลางให้จำเลยชำระเงินตามที่กำหนดในสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น เมื่อข้อ 6 แห่งสัญญาระบุว่า สัญญานี้จะผูกพันโจทก์ จำเลย และบุตรผู้เยาว์ให้เป็นไปตามมาตรา 516 ของกฎหมายศาลครอบครัว ย่อมเห็นเจตนาของโจทก์ จำเลย ซึ่งเป็นคู่กรณีว่าประสงค์จะให้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาบังคับ ซึ่ง พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย มาตรา 13 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี...” เมื่อข้อสัญญาไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนชาวไทยตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ศาลไทยจึงรับพิจารณาคดีตามสัญญา

⁵⁵ คณิง ภาไชย, “ทิศทางกฎหมายขัดกันของไทยว่าด้วยสัญญา”, *วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิต*, ปีที่ 2 (ฉบับที่ 2): หน้า 50; 2545.

⁵⁶ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 55 หน้า 1021 วันที่ 20 มีนาคม 2481

ประนีประนอมยอมความดังกล่าวได้ โจทก์ย่อมมีอำนาจฟ้องให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญา และคำสั่งศาลครอบครัวแห่งรัฐนิวยอร์กได้

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า ศาลไทยได้ให้การยอมรับเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาตามมาตรา 13 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 แต่อย่างไรก็ดีศาลไทยจะใช้กฎหมายของต่างประเทศที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกมาปรับแก้กรณีหรือไม่นั้น ย่อมจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 8⁵⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 กล่าวคือ คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศจะต้องพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจนเป็นที่พอใจแก่ศาล เนื่องจากตามทัศนะของศาลไทยกฎหมายต่างประเทศเป็นเพียงข้อเท็จจริงที่คู่ความจะต้องนำเสนอ⁵⁸ ตามนัยนี้หากคู่ความไม่พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศหรือพิสูจน์แต่ไม่เป็นที่พอใจแก่ศาล ศาลไทยก็จะใช้กฎหมายไทยบังคับแก้กรณี

กล่าวโดยสรุป ในช่วงระยะเวลาก่อน พ.ศ. 2481 ทางปฏิบัติของศาลไทยในการพิจารณากฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับสัญญานั้นได้ให้ความสำคัญกับหลักที่ว่า กฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาต้องเป็นกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้น โดยมีได้มีการนำหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายมาปรับใช้แต่อย่างใด โดยหลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับในคราวจัดทำร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย และปรากฏตัวอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ดังที่เราเห็นอยู่ในปัจจุบัน

4. ข้อพิจารณาต่อปัญหาการเลือกกฎหมายต่างประเทศบังคับแก่สัญญาภายใต้มาตรา 13 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้ตั้งข้อพิจารณาบางประเด็นเกี่ยวกับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาภายใต้มาตรา 13 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ประกอบด้วย ขอบเขตในทางเนื้อหาของสัญญาที่คู่สัญญาสามารถแสดงเจตนาเลือกกฎหมายได้ ขอบเขตในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา การแสดงเจตนาโดยปริยาย การเลือกกฎหมายเพื่อบังคับในแต่ละส่วนของสัญญา และการเปลี่ยนแปลงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา ดังนี้

4.1 ขอบเขตในทางเนื้อหาของสัญญาที่คู่สัญญาสามารถแสดงเจตนาเลือกกฎหมายได้

สำหรับขอบเขตในทางเนื้อหาของสัญญาที่คู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาได้นั้น เมื่อพิจารณามาตรา 13 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ที่ว่า “ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้นให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี” ดังนี้จะเห็นได้ว่า มาตรา 13 ได้กำหนดขอบเขตในทางเนื้อหาของสัญญาที่คู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายของต่างประเทศเพื่อบังคับกับสัญญาได้ใน 2 กรณี กล่าวคือ สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญาและผลแห่งสัญญาเท่านั้น ตามนัยนี้หากเป็นเรื่องอื่นแม้ว่าจะเกี่ยวกับสัญญา คู่สัญญาก็ไม่สามารถแสดงเจตนาเพื่อเลือกกฎหมายบังคับกับสัญญาในส่วนนั้น ๆ ได้ เช่น ในเรื่องความสามารถใน

⁵⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 8 บัญญัติว่า “ในกรณีที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ถ้ามีได้ พิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยาม”

⁵⁸ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 225.

การทำสัญญาของคู่สัญญาซึ่งจะต้องเป็นไปตามกฎหมายสัญญาชาติของบุคคลนั้น⁵⁹ หรือในเรื่องแบบของสัญญาซึ่งก็จะต้องเป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น⁶⁰ เป็นต้น

ดังนั้นจึงมีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า อะไรคือส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา และอะไรคือผลแห่งสัญญา ซึ่งคู่สัญญาสามารถแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาได้

ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าว ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้แสดงทัศนะไว้ว่า “สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญา หมายถึง สิ่งที่ทำให้สัญญาสมบูรณ์นอกจากเรื่องแบบ”⁶¹ อาทิ ปัญหาว่าด้วยการเกิดขึ้นของสัญญา คู่สัญญามีเจตนาถูกต้องตรงกันหรือไม่ ปัญหาว่าด้วยความเสื่อมเสียไปแห่งเจตนาหรือความบกพร่องของการแสดงเจตนาเพราะเหตุที่ถูกกลฉ้อฉลหรือข่มขู่ ตลอดจนปัญหาที่ว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่⁶² ดังนี้ เป็นต้น

ส่วนประเด็นในเรื่องผลแห่งสัญญานั้น เช่น ปัญหาที่เกี่ยวกับผลของการไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือปฏิบัติตามสัญญาแต่ไม่ครบถ้วน ผลแห่งการผิดสัญญา คู่สัญญาแต่ละฝ่ายสามารถบอกเลิกสัญญาได้หรือไม่ ผลของการบอกเลิกสัญญา ผลของสัญญาที่ทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก⁶³ เป็นต้น

4.2 ขอบเขตในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา

เมื่อพิจารณามาตรา 13 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 จะเห็นได้ว่ามิได้มีการกล่าวถึงขอบเขตในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาของคู่สัญญาไว้แต่อย่างใด กล่าวคือ ไม่ได้มีการกำหนดว่าคู่สัญญาจะสามารถเลือกกฎหมายของประเทศที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์เพื่อมาบังคับกับสัญญาได้หรือไม่ หรือจะจำกัดขอบเขตของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาไว้แต่เฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์เท่านั้น เหมือนอย่างในบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา⁶⁴ สเปน⁶⁵ เป็นต้น ประกอบกับยังไม่ปรากฏทางปฏิบัติของศาลไทยใน

⁵⁹ หยุด แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481, หน้า 263, และโปรดดู พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 10 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “ความสามารถและความไร้ความสามารถของบุคคลย่อมเป็นไปตามกฎหมายสัญญาชาติของบุคคลนั้น”

⁶⁰ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “นอกจากจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยาม ความสมบูรณ์เนื่องด้วยแบบแห่งนิติกรรม ย่อมเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่นิติกรรมนั้นได้ทำขึ้น”

⁶¹ หยุด แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481, หน้า 263,

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 264, และโปรดดู คณิง ภาไชย, “ทิศทางกฎหมายขัดกันของไทยว่าด้วยสัญญา”, หน้า 49-50.

⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 264-265, และโปรดดู คณิง ภาไชย, “ทิศทางกฎหมายขัดกันของไทยว่าด้วยสัญญา”, หน้า 50.

⁶⁴ The 2nd Restatement, § 187. (2) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either

(a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties' choice.

⁶⁵ Spanish Civil Code Article 10 par. 5. Stated that : The law to which the parties have expressly submitted shall apply to contractual obligations, provided that it has some connection with the transaction in question.

ประเด็นดังกล่าว จึงทำให้น่าพิจารณาว่าภายใต้มาตรา 13 คู่สัญญาที่มีเสรีภาพอย่างเต็มที่หรือไม่ในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา

ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าวอาจพิจารณาได้ 2 นัย กล่าวคือ นัยแรกอาจพิจารณาได้ว่า ในเมื่อมาตรา 13 มิได้ห้ามหรือกำหนดข้อจำกัดอย่างใดไว้ คู่สัญญาจึงย่อมมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา โดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายของประเทศที่คู่สัญญาเลือกนั้นมีจุดเกาะเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์หรือไม่ นัยที่สองอาจแปลความได้ว่า จริงอยู่แม้ว่ามาตรา 13 จะไม่ได้กำหนดในเรื่องขอบเขตในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาไว้ก็ตาม หากแต่ก็อาจตีความไปได้ว่ากฎหมายที่คู่สัญญาเลือกนั้นจะต้องเป็นกฎหมายของประเทศที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ได้เช่นกัน⁶⁶

แต่อย่างไรก็ดี ดูเหมือนว่า ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ซึ่งเป็นผู้ทำหน้าที่บันทึกรายงานการประชุมคณะอนุกรรมการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 จะมีความเห็นโน้มเอียงไปในทิศทางที่ว่า คู่สัญญาที่มีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา ดังที่ปรากฏในหนังสือ “การขัดกันแห่งกฎหมายหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481” ของท่านว่า

“...อย่างไรก็ดี ตัวบทแห่งวรรค 1 นี้ ได้แสดงให้เห็นว่าผู้ร่างกฎหมายไทยมิได้ยอมรับหลักกฎหมายดังกล่าวแล้ว และให้เสรีแก่คู่กรณีที่จะเลือกกฎหมายต่างประเทศต่าง ๆ ได้เต็มที่แล้วแต่จะเห็นว่ากฎหมายต่างประเทศใดจะเหมาะสมกับประโยชน์ของตน...”⁶⁷

ดังนั้นจึงน่าสนใจว่า หากมีประเด็นในเรื่องขอบเขตการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของคู่สัญญาขึ้นสู่การพิจารณาของศาลไทย ศาลไทยจะตีความไปในทิศทางใด โดยอาศัยเหตุผลอย่างไรเพื่ออธิบายถึงการตีความดังกล่าว

4.3 การแสดงเจตนาโดยปริยาย

ดังที่กล่าวมาแล้วว่ามาตรา 13 ได้ให้การรับรองการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายต่างประเทศเพื่อบังคับกับสัญญาทั้งการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย ปัญหาที่น่าพิจารณาก็คือ การค้นหาเจตนาโดยปริยายเช่นว่านี้จะจะมีหลักเกณฑ์หรือแนวทางอย่างไรเพื่อยังทราบเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญา

ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าวศาลไทยได้เคยมีโอกาสวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นการค้นหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญาไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1645/2538 ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1645/2538 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เมื่อโจทก์และจำเลยเจตนาจะระงับข้อพิพาทตามสัญญาเช่าเรือโดยอนุญาโตตุลาการ ณ กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ ย่อมถือได้ว่าโจทก์และจำเลยมีเจตนาโดยปริยายที่จะให้ใช้กฎหมายของประเทศอังกฤษบังคับใช้กับข้อพิพาทตามสัญญาดังกล่าวด้วย จำเลยจึงไม่อาจอ้างเอาบทบัญญัติมาตรา 165 (6) เดิม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นกฎหมายของประเทศไทยมาบังคับใช้ โดยถือว่าอนุญาโตตุลาการ ณ กรุงลอนดอนชี้ขาดสิทธิ์เรียกร้องที่ขาดอายุความแล้วหาได้ไม่

จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าว จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาได้พิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อม (surrounding circumstance) โดยถือเสมือนหนึ่งว่า การที่คู่สัญญาตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทตามสัญญาโดยอนุญาโตตุลาการ ณ กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษคู่สัญญาจึงย่อมมีเจตนาโดยปริยายให้ใช้กฎหมายของอังกฤษบังคับกับสัญญา อย่างไรก็ตามในการ

⁶⁶ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 255.

⁶⁷ หยุด แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481, หน้า 262.

ค้นหาเพื่อหยั่งทราบเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญานั้น ศาลอาจอาศัยพฤติการณ์แวดล้อมอื่น ๆ เช่น สัญชาติของคู่สัญญา ความเป็นมาของสัญญา ภาษาที่ใช้ สถานที่ที่ได้มีการทำสัญญา สกุลเงินที่ใช้ในการชำระหนี้ ฯลฯ ประกอบการพิจารณาด้วยก็ได้⁶⁸ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป

4.4 การเลือกกฎหมายเพื่อบังคับในแต่ละส่วนของสัญญา

สำหรับประเด็นในเรื่องการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับในแต่ละส่วนของสัญญา (*Dépeçage*) นั้น ดังที่กล่าวมาแล้วว่าสัญญาดังกล่าว อาจแบ่งได้ออกเป็นหลายส่วน ไม่ว่าจะเป็น ในส่วนที่เกี่ยวกับการเกิดขึ้นของสัญญา ส่วนที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการชำระหนี้ ส่วนที่เกี่ยวข้องด้วยผลของสัญญา เป็นต้น จึงก่อให้เกิดปัญหาที่น่าพิจารณาว่า ภายใต้มาตรา 13 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 คู่สัญญาจะสามารถเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับแต่ละส่วนของสัญญาได้หรือไม่ ซึ่งจะส่งผลให้สัญญาดังกล่าวตกอยู่ภายใต้กฎหมายของหลายประเทศ เนื่องจากมาตรา 13 (รวมทั้งมาตราอื่น ๆ) ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมิได้มีการกล่าวถึงประเด็นดังกล่าวไว้ ซึ่งแตกต่างจากในหลาย ๆ ประเทศที่ได้มีการรับรองถึงประเด็นการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับในแต่ละส่วนของสัญญาไว้อย่างชัดเจน เช่น เกาหลีใต้⁶⁹ บัลแกเรีย⁷⁰ ตุรกี⁷¹ เป็นต้น อีกทั้งยังไม่ปรากฏถึงทางปฏิบัติของศาลไทยในประเด็นดังกล่าว⁷²

ดังนั้นจึงอาจก่อให้เกิดปัญหาว่า หากศาลไทยจะต้องเผชิญกับปัญหาในเรื่องการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับแต่ละส่วนของสัญญา ศาลไทยจะมีทัศนคติต่อประเด็นปัญหาดังกล่าวอย่างไร

4.5 การเปลี่ยนแปลงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา

ประเด็นการเปลี่ยนแปลงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญานี้เป็นเรื่องที่วุ่นวาย เมื่อคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาแล้ว คู่สัญญาจะสามารถเปลี่ยนแปลงเจตนาเช่นว่านั้นเพื่อที่จะเลือกกฎหมายของประเทศอื่นให้มีผลบังคับกับสัญญาได้หรือไม่ และผลของการเปลี่ยนแปลงเจตนาเช่นว่านี้จะเป็นอย่างไรร

ซึ่งเมื่อพิจารณามาตรา 13 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 จะเห็นได้ว่าไม่ได้มีการกล่าวถึงประเด็นดังกล่าวไว้แต่อย่างใด ในขณะที่กฎหมายขัดกันของหลายประเทศได้มีบทบัญญัติรับรองถึงเสรีภาพของคู่สัญญาในอันที่จะเปลี่ยนแปลงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาในเวลาใด ๆ หลังจากที่ได้มีการทำสัญญาแล้วก็ได้ ซึ่งโดยปกติแล้วมักจะกำหนดให้ผลของการเปลี่ยนแปลงเจตนาเช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึงความสมบูรณ์ของสัญญา

⁶⁸ คณิง ภาไชย, คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 5, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558, หน้า 73.

⁶⁹ South Korea Act on Private International Law 2001 (amended 2016) Article 25 (2) stated that: The parties may choose the applicable law regarding a part of the contract.

⁷⁰ Bulgarian Private International Law Code 2005, Article 93 (3) stated that: By their choice, the parties can select a law applicable to the whole or a part only of the contract.

⁷¹ The Turkish Act on Private International and Procedural (Act No. 5718) 2007, Article 24 (2) stated that: The parties may decide that the designated law shall be applied totally or partially to the contract.

⁷² ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 254.

และสิทธิของบุคคลภายนอก โดยประเทศที่ได้ให้การยอมรับหลักการดังกล่าว เช่น บัลแกเรีย⁷³ สวิตเซอร์แลนด์⁷⁴ ตุรกี⁷⁵ เกาหลีใต้⁷⁶ หรือแม้แต่ประเทศเวียดนาม⁷⁷ เป็นต้น

5. บทสรุป

หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเป็นหลักการทางนิติศาสตร์ที่มีความสำคัญ ซึ่งไม่เพียงแต่จะได้รับการยอมรับในปริมนทลของกฎหมายแพ่งเท่านั้น หากแต่ยังได้รับการยอมรับในขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลอีกด้วย ในฐานะที่เป็นหลักการพื้นฐานที่รองรับการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายของต่างประเทศเพื่อบังคับกับสัญญา ซึ่งการปรับใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนี้ได้เริ่มปรากฏตัวขึ้นในราวศตวรรษที่ 16 และได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในปัจจุบัน จนถึงขนาดอาจกล่าวได้ว่าหลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับร่วมกันในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของทั้งระบบกฎหมายซีวิลลอว์และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

สำหรับประเทศไทยนั้น ก่อนที่ประเทศไทยจะประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ไม่ปรากฏว่าศาลไทยได้นำหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญามาปรับใช้เพื่อค้นหากฎหมายที่จะนำมาบังคับกับสัญญา โดยศาลไทยในขณะนั้นได้ยึดถือหลักกฎหมายที่จะนำมาบังคับกับสัญญานั้นต้องเป็นกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้น จนกระทั่งประเทศไทยได้เริ่มร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาจึงได้รับการรับรองไว้ในพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ทั้งนี้อาจมีปัจจัยมาจากในช่วงระยะเวลาที่ได้มีการร่างกฎหมายฉบับนี้เป็นช่วงเวลาเดียวกันกับที่หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับอย่างเต็มที่ในตะวันตกประกอบกับมีนักกฎหมายชาวตะวันตกเป็นคณะอนุกรรมการร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วย จึงอาจเป็นไปได้ว่าหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาได้รับการยอมรับในกฎหมายขัดกันของไทยโดยผ่านนักกฎหมายชาวตะวันตกที่เข้ามามีบทบาทในการร่างกฎหมายของไทยในสมัยนั้น

อย่างไรก็ดีนับตั้งแต่ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 กฎหมายฉบับดังกล่าวก็มิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้เหมาะสมกับสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ทั้งยังไม่ได้รับความสนใจจากนักกฎหมายมากเท่าที่ควร อาจเป็นเพราะด้วยเจตคติในเชิงลบของนักกฎหมายไทยที่มีต่อการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลภายในที่อาจมองว่าเป็นเรื่องที่ยุ่ยยาก ต้องเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก และการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลภายในนั้นเป็นการก้าวล่วงอำนาจอธิปไตยในทางนิติบัญญัติของไทย ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ประเด็นในเรื่องที่เกี่ยวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลไม่มากนัก จึงทำให้แนวทางการปรับใช้และการตีความกฎหมายฉบับดังกล่าวยังมีความไม่ชัดเจน ประกอบกับประเด็นในเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเพื่อเลือกกฎหมายบังคับกับสัญญานั้น ตัวบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องเองก็ยังไม่มีความชัดเจนอยู่หลายประเด็นซึ่งอาจไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน อาทิ ประเด็นในเรื่องการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับในแต่ละส่วนของสัญญา หรือในเรื่องการเปลี่ยนแปลงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา เป็นต้น

⁷³ Bulgarian Private International Law Code 2005, Article 93 (4).

⁷⁴ Swiss Code on Private International Law 1987, Article 116 (3).

⁷⁵ The Turkish Act on Private International and Procedural (Act No. 5718) 2007, Article 24 (3).

⁷⁶ South Korea Act on Private International Law 2001 (amended 2016) Article 25 (3).

⁷⁷ Vietnam Civil Code 2015, Article 683 par. 6.

ดังนั้นคำถามที่สำคัญก็คือ ถึงเวลาแล้วหรือไม่ที่ประเทศไทยจะต้องเริ่มพิจารณาถึงเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องที่เกี่ยวข้องด้วยหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาให้มีความชัดเจนมากกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

บรรณานุกรม

- คณิง ฤาไชย. (2545). ทิศทางกฎหมายขัดกันของไทยว่าด้วยสัญญา. *วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิตย์*, ปีที่ 2 (2), หน้า 47-57.
- คณิง ฤาไชย. (2558). *คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย*. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ดารารพร ธีระวัฒน์. (2530). *หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาในสัญญา*. กรุงเทพฯ: โครงการการวิจัยเสริมหลักสูตร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ดำเนิน ทรัพย์ไพศาล. (2530). *กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาธุรกิจระหว่างประเทศ*. (นิติศาสตรมหาบัณฑิต). คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ทวี ตะเวทีกุล. (2477). *คำบรรยายชั้นปริญญาตรีพุทธศักราช 2477 กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล*, พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช (2559). *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล*. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2545). *ฟรีดริช คาร์ล ฟอน ฮาวินิเย่: บิดาแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล สมัยใหม่และสำนักประวัติศาสตร์กฎหมาย*. *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 32 (4), หน้า 913-927.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2549). *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481
- มานิตย์ จุมปา. (2553). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- รายงานการประชุมอนุกรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481
- ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธ์. (2554). *คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา*. (พิมพ์ครั้งที่ 16). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ศรีวิสารวาจา, พระยา. (2474). *กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล*, พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร.
- สุภาพร เหลืองภัทรวงศ์. (2538). *หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและข้อจำกัดในสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ*. (นิติศาสตรมหาบัณฑิต). คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- หยุด แสงอุทัย. (ม.ป.ป.). *การขัดกันแห่งกฎหมาย หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481*, (ม.ป.ท.).
- Akinwumi Olawuyi Ogunranti. (2017). *The Scope of Party Autonomy in International Commercial Contracts: A New Dawn?*. (Master of Law). School of Law Dalhousie University.

- Ernest G. Lorenzen. (1920-1921). *Validity and Effects of Contracts in Conflict of Laws (Part I)*. Yale Law Journal, pp. 565-580.
- Ernst Rabel. (1960). *The Conflict of Laws : A Comparative Study*, Vol. II, Foreign Corporations: Torts: Contracts in General. (2nd ed.). Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- Felix Mautzsch. (2016). *Party Autonomy in European Private International Law: Uniform Principle or Context-Dependent Instrument?*. Journal of Private International Law, Vol. 12 (3), pp. 466-491.
- John O'Brien. (1999). *Conflict of Laws*. (2nd ed.). London: Cavendish Pub.
- Joseph H. Beal. (1916). *A Treatise on the Conflict of Laws or, Private International Law*, Vol. I, Part I. Cambridge: Harvard University Press.
- Mo Zhang. (2006). *Party Autonomy and Beyond : An International Perspective of Contractual Choice of Law*. Emory International Law Review, Vol. 20, pp. 511-562.
- Peter Nygh. (1999). *Autonomy in International Contracts*. Oxford: Clarendon Press.
- S.M. Richardson. (1988). *International Contracts and the Choice of Law*, (Doctor of Philosophy). University of Canterbury.
- Thomas W. Pounds. (1970). *Party Autonomy – Past and Present*. South Texas Law Journal, Vol. 12, (2), pp. 214-231.
- Trevor C. Hartley. (2009). *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International Law*, UK: Cambridge University Press.