



วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: การเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา

ชื่อผู้แต่ง: อานนท์ ศรีบุญโรจน์

การอ้างอิงที่แนะนำ: อานนท์ ศรีบุญโรจน์, “การเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา,”
วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 49, ฉบับที่ 1, 110 (2563)

ผู้สนับสนุนหลัก

**SATYAPON
& PARTNERS**
THAILAND Intellectual Property Law Firm

Tax and Legal Counsellors

Seri Manop & Doyle



SAIJO DENKI
ผู้ว่าเทคโนโลยีความยั่งยืนสู่อนาคตประเทศไทย

ผู้สนับสนุนร่วม



CSBC
LAW OFFICES
www.csbc-law.com

โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง
เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2169 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

การเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับ สัญญาซึ่งมีองค์ประกอบต่างประเทศ*

Variation of the Applicable Law in Contract Involving Foreign Elements

อานนท์ ศรีบุญโรจน์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ

Arnon Sriboonroj

Assistant Professor at Faculty of Law, Thaksin University

วันที่รับบทความ 4 กรกฎาคม 2562; วันแก้ไขบทความ 31 ตุลาคม 2562; วันที่ตอบรับบทความ 10 กุมภาพันธ์ 2563

บทคัดย่อ

การเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเป็นหลักการที่มีรากฐานมาจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ซึ่งในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับจากทั้งความตกลงระหว่างประเทศ ตลอดจนกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกฎหมายขัดกันในเรื่องสัญญาว่าคู่สัญญาสามารถแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาได้ อย่างไรก็ตามก็ยังมีนักวิชาการบางส่วนที่ได้คัดค้านการใช้เสรีภาพของคู่สัญญาในลักษณะดังกล่าว อีกทั้งยังมีความแตกต่างกันของแนวคิดตลอดจนทางปฏิบัติของศาลภายในต่อประเด็นปัญหาที่ว่า จะพึงใช้กฎหมายใดเป็นกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาปัญหา

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของการค้นคว้าวิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หัวข้อ “กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา: ศึกษากรณีกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยสัญญาของประเทศสมาชิกในกลุ่มอาเซียน” ผู้เขียนขอขอบคุณสำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษาที่ให้การสนับสนุนทุนการศึกษาภายใต้โครงการพัฒนาอาจารย์และบุคลากรสำหรับสถาบันอุดมศึกษาในเขตพัฒนาเฉพาะกิจจังหวัดชายแดนภาคใต้ และผู้เขียนขอขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช ในฐานะอาจารย์ที่ปรึกษา และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กิตติวัฒน์ จันทรแจ่มใส ในฐานะอาจารย์ที่ปรึกษาร่วม ที่ได้ให้คำแนะนำแนวทางในการศึกษา

การแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ในขณะที่ภายใต้ระบบกฎหมายขัดกันของไทยดูเหมือนว่าจะยังไม่รู้จักประเด็นปัญหาดังกล่าว โดยไม่ปรากฏว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ตลอดจนทางปฏิบัติของศาลภายใน รวมทั้งตำรากฎหมายขัดกันของไทยได้มีการกล่าวถึงประเด็นการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้แต่อย่างใด

คำสำคัญ: การเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับ องค์ประกอบต่างประเทศ หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา กฎหมายขัดกัน

Abstract

The variation of the applicable law in a contract is a principle based on the party autonomy. At present, it has been recognized, by both the international agreements and domestic laws regarding the conflict of laws in contract, that parties can change the applicable law in the contract. However, there are some scholars arguing it is not the freedom of the parties. Furthermore, there are differences in concepts and practices of domestic courts dealing with the issue which law will be the governing law for the variation of the applicable law in contract. While under Thai conflict of laws system, it seems that the issue of variation of law has not been realized as it has not been found in any legislation, the practice of the domestic courts and textbooks on Thai conflict of laws.

Keywords: variation of law, foreign element, party autonomy, conflict of laws

1. บทนำ

การเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา โดยเมื่อคู่สัญญาได้ตกลงเลือกให้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาแล้ว ต่อมาภายหลังคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา เช่น ในขณะที่ได้มีการทำสัญญาคู่สัญญาตกลงกันให้กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ต่อมาหลังจากที่คู่สัญญาได้มีผลใช้บังคับแล้วคู่สัญญาได้ตกลงกันให้สัญญาฉบับดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายประเทศสิงคโปร์ ดังนั้นเป็นต้น การเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเช่นว่านี้ไม่เพียงแต่จะกระทบถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาเท่านั้น แต่ยังส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคลภายนอก เช่น ผู้รับประโยชน์ หรือ ผู้ประกันการชำระหนี้ อีกด้วย¹

อาจกล่าวได้ว่าการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าวนี้เป็นส่วนหนึ่งของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ซึ่งถือเป็น “เสรีภาพ” ของคู่สัญญาในอันที่จะเปลี่ยนแปลงกฎหมาย (หรือแม้แต่แสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา) ภายหลังจากการได้มีการทำสัญญาแล้ว สิทธิของคู่สัญญาในการตกลงเพื่อเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลายจากตราสารระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญากรุงโรมว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ตามสัญญา ค.ศ. 1980² อนุสัญญาในระหว่างรัฐอเมริกันว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ตามสัญญา ระหว่างประเทศ ค.ศ. 1994³ กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ตามสัญญา ค.ศ. 2008 (Rome I)⁴ หลักการของที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยการเลือกกฎหมายในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ ค.ศ. 2015⁵ ตลอดจนกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องด้วยกฎหมายขัดกันในเรื่องสัญญา⁶ อาทิ ประเทศอาร์เจนตินา⁷ บัลแกเรีย⁸ ญี่ปุ่น⁹ เกาหลีใต้¹⁰ หรือเวียดนาม¹¹ เป็นต้น

¹ Commentary on the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, (Hague: The Hague Conference on Private International Law Permanent Bureau, 2015), p.38.

² Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, opened for signature 19 June 1980, entered into force 1 April 1991, art. 3(2).

³ Inter-American Convention on Law Applicable to International Contracts, opened for signature 17 March 1994, entered into force 15 December 1996, art. 8.

⁴ 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), art. 3 pa. 2.

⁵ Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts 2015, art. 2 pa. 3.

⁶ Peter Nygh, Autonomy in International Contracts, (Oxford: Clarendon Press, 1999), p.100; see also Symeon C. Symeonides, Codifying Choice of Law Around the World an International Comparative Analysis, (New York: Oxford University Press, 2014), p.122.

⁷ Argentina Commercial and Civil Code 2014, art. 2651 pa. 2(a).

⁸ Bulgarian Private International Law Code 2005, art. 93(4).

⁹ Japanese Act on the General Rules of Application of Laws 2006, art. 9.

¹⁰ South Korean the Conflict of Laws Act 2001, art. 25 pa. 3.

โดยในบทความนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาถึงปัญหาการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาซึ่งมีองค์ประกอบต่างประเทศ อย่างไรก็ดี เนื่องจากประเด็นดังกล่าวนี้สามารถเกิดขึ้นได้ทั้งในบริบทของกฎหมายขัดกันในเรื่องสัญญาซึ่งอยู่ในขอบเขตของกฎหมายขัดกันว่าด้วยหนี้ (conflict of laws on obligations) และในเรื่องสัญญาก่อนสมรสซึ่งอยู่ในปริณทลของกฎหมายขัดกันว่าด้วยครอบครัว (conflict of laws on family) โดยในบทความนี้จะได้จำกัดเนื้อหาไว้เฉพาะเรื่องการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายขัดกันว่าด้วยหนี้เท่านั้น โดยไม่รวมถึงเรื่องสัญญาก่อนสมรส ซึ่งจะได้แบ่งเนื้อหาออกเป็นส่วนต่าง ๆ ประกอบด้วย ข้อความคิดว่าด้วยหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา ข้อโต้แย้งทางความคิดว่าด้วยการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา กฎหมายที่ใช้พิจารณาปัญหาการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ผลของการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ข้อจำกัดในการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา กฎหมายขัดกันของไทยกับปัญหาการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา และบทสรุป ดังที่ได้พิจารณาเป็นลำดับ ๆ ต่อไปนี้

2. ข้อความคิดว่าด้วยหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา

ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญานั้น เป็นที่ยอมรับกันว่า คู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายของต่างประเทศ (foreign law) เพื่อบังคับกับสัญญาได้ อันเป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (party autonomy) ซึ่งถือได้ว่าเป็นหลักการในทางนิติศาสตร์ที่มีความสำคัญ¹² โดยได้รับการยอมรับจากทั้งระบบกฎหมายซีวิลลอว์และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ถึงขนาดอาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับอันร่วมกัน (common core) ของทุกระบบกฎหมายก็ว่าได้¹³ และโดยเฉพาะจากผู้ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจการค้าระหว่างประเทศเนื่องจากพ่อค้าพาณิชย์ในทางระหว่างประเทศเชื่อว่าการที่อนุญาตให้คู่สัญญาสามารถตัดสินใจเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาได้นั้น จะช่วยให้เกิดความแน่นอน สามารถคาดหมายได้ และเป็นการคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญา¹⁴ โดยการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาดังกล่าวนี้อาจเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง (express choice) หรืออาจเป็นการแสดงเจตนาโดยปริยาย (implied choice) ก็ได้

¹¹ Vietnamese Civil Code 2015, art. 683 pa. 6.

¹² Trevor C. Hartley, *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International Law*, (UK: Cambridge University Press, 2009), p.566.

¹³ Mo Zhang, "Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law," *Emory International Law Review*, Vol.20, 511, p.518 (2006); see also Symeon C. Symeonides, "Party Autonomy in International Contracts and the Multiple Ways of Slicing the Apple," *Brooklyn Journal of International Law*, Vol.39 No.3, 1123, pp.1123-1124 (2014).

¹⁴ *Ibid*, p.512.



สำหรับการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งนั้นเป็นกรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงกันกำหนดว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับกับนิติสัมพันธ์ที่ได้ทำขึ้นไว้อย่างชัดเจนด้วยการระบุไว้ในสัญญา¹⁵ ซึ่งอาจปรากฏข้อความในสัญญา เช่น “governed by” “to be construed in accordance with” หรือ “subject to” เป็นต้น¹⁶ แล้วตามด้วยกฎหมายของประเทศที่คู่สัญญาเลือกให้มีผลบังคับกับนิติสัมพันธ์ อย่างไรก็ตามมีปัญหาที่น่าพิจารณาว่า กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกให้มีผลบังคับกับสัญญาดังกล่าวจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ด้วยหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้อาจแบ่งการพิจารณาออกได้เป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ

แนวทางแรกเห็นว่า คู่สัญญามีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในอันที่จะเลือกกฎหมายของประเทศใดก็ได้เพื่อบังคับแก่สัญญา ถึงแม้ว่ากฎหมายของประเทศที่คู่สัญญาเลือกนั้นจะไม่มีมีความเกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์เลยก็ตาม โดยศาลของประเทศอังกฤษในคดี *Rex v International Trustee* (1937)¹⁷ ท่านผู้พิพากษา Atkin ได้กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า “หลักกฎหมายที่เป็นแนวทางให้ศาลอังกฤษในปัญหากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาขณะนี้เป็นที่แน่นอนแล้ว คือ กฎหมายที่คู่สัญญามีเจตนาที่จะให้มีผลบังคับ เจตนาของคู่สัญญาย่อมจะทราบได้ด้วยการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งในสัญญา และถ้าการแสดงเจตนาเช่นนั้นย่อมเป็นเด็ดขาด” ซึ่งนอกจากประเทศอังกฤษแล้ว ยังมีประเทศอื่น ๆ ที่ได้ให้การยอมรับในแนวทางดังกล่าวด้วย เช่น จีน¹⁸ ญี่ปุ่น¹⁹ เกาหลีใต้²⁰ มลรัฐควิเบคของแคนาดา²¹ และเวเนซุเอลา²² เป็นต้น

แนวทางที่สองเห็นว่า แม้คู่สัญญามีเสรีภาพในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาก็ตาม แต่เสรีภาพของคู่สัญญานั้นย่อมถูกจำกัดไว้เพียงแต่เฉพาะกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์เท่านั้น ไม่ว่าจะเป็นสัญญาของคู่สัญญา สถานທີ່ซึ่งสัญญาได้ทำขึ้น สถานที่ซึ่งจะมีการปฏิบัติการชำระหนี้ หรือสถานที่ตั้งของทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสัญญา เป็นต้น ประเทศที่ได้ให้การยอมรับในแนวทางดังกล่าวได้แก่ แอลจีเรีย²³ โปรตุเกส²⁴ สเปน²⁵ ติมอร์-เลสเต²⁶ และสหรัฐอเมริกา²⁷ เป็นต้น

¹⁵ สุพรรณ ชัยวรमुखล, “การเลือกกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับสัญญาระหว่างประเทศ,” วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 36, ฉบับที่ 2, 281, น.285 (2550).

¹⁶ Dicey & Morris, *On the Conflict of Laws Vol. II*, 12th edition, (London: Sweet & Maxwell, 1993), p.1217.

¹⁷ *Rex v. International Trustee* (1937), cited in M. Schmitthoff, “Doctrine of the Proper Law of the Contract in the English Conflict of Laws,” *Georgetown Law Journal*, Vol.28, No.4, 447, pp.449-450 (1940).

¹⁸ Chinese Law on the Application of Laws to Civil Relation Involving a Foreign Element 2010, art. 3, 41.

¹⁹ Japanese Act on the General Rules of Application of Laws 2006, art. 7.

²⁰ South Korean the Conflict of Laws Act 2001, art. 25.

²¹ Quebec Civil Code, art. 3111.

²² Venezuelan Act on Private International Law 1998, art. 29.

²³ Algerian Civil Code 2005, art. 18.

²⁴ Portuguese Civil Code 1966, art. 41 pa. 2.

²⁵ Spanish Civil Code 1889, art. 10 pa. 5.

²⁶ Timor-Leste Civil Code 2011, art. 40 pa. 2.

²⁷ The 2nd Restatement 1971, § 187. (2) (a).

ส่วนการแสดงเจตนาโดยปริยายนั้นเป็นกรณีที่ไม่ปรากฏว่าคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาไว้โดยแจ้งชัด หากแต่ศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีต้องค้นหาจากพฤติการณ์แวดล้อมเพื่อหยั่งทราบเจตนาของคู่สัญญาว่ามีความประสงค์จะให้กฎหมายของประเทศใดเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ในการค้นหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญาเช่นว่านี้ศาลอาจพิจารณาจาก ความตกลงเลือกศาลหรืออนุญาโตตุลาการ ถ้อยคำหรือภาษาที่ใช้ในสัญญา เนื้อความในสัญญา แบบฟอร์มของสัญญา สกุลเงินที่ใช้ในการชำระหนี้ เป็นต้น²⁸

เมื่อคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกให้กฎหมายของประเทศใดบังคับกับสัญญาแล้ว กฎหมายที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกนั้นย่อมจะหมายถึงแต่เฉพาะกฎหมายสารบัญญัติ (substantive law) เท่านั้นโดยไม่หมายความรวมถึงกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (choice of law rules) ของประเทศนั้นด้วย²⁹ ตามนัยนี้กลไกการย้อนส่ง (*renvoi*) จึงไม่นำมาปรับใช้กับกรณีที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา หรือที่เรียกว่า “ข้อยกเว้นการย้อนส่ง” (*exclusion of renvoi*) ซึ่งเป็นหลักการอันมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเจตนาของคู่สัญญาในแง่เป็นการป้องกันมิให้ใช้กฎหมายที่แตกต่างไปจากเจตนาของคู่สัญญาบังคับแก่กรณี³⁰

อนึ่ง เมื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายกับปัญหาการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาก็จะเห็นได้ว่า ปัญหาการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้นมีรากฐานมาจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายในฐานะที่เป็นการขยายขอบเขตของหลักการดังกล่าวให้กว้างขวางมากยิ่งขึ้น โดยเมื่อคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกให้สัญญาตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายประเทศใดแล้ว ในทำนองเดียวกันคู่สัญญาก็ย่อมสามารถแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาได้ด้วยเช่นเดียวกัน

โดยในการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าวนี้นี้ คู่สัญญาสามารถตกลงกันเพื่อเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ได้ไม่ว่าในเวลาใด ๆ ทั้งก่อนได้มีการทำสัญญาและหลังจากสัญญาได้ทำขึ้นแล้ว อันเป็นการยอมรับถึงเสรีภาพของคู่สัญญาในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมาย³¹ แต่อย่างไรก็ดีหากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายเช่นว่านั้นเกิดขึ้นหลังจากได้มีการทำสัญญาหรือที่สัญญาได้มีผลใช้บังคับแล้ว กฎหมายใหม่ย่อมไม่กระทบถึงความสมบูรณ์อันเกี่ยวด้วยแบบของสัญญาตลอดจนสิทธิของบุคคลภายนอกที่มีอยู่ตามกฎหมายเดิม ซึ่งจะได้พิจารณาประเด็นนี้ในส่วนผลของการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาต่อไป

²⁸ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น.250; และโปรดดู คณิง ภาไชย, คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560), น.73.

²⁹ Mario Giuliano and Paul Lagarde, “Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations,” *Official Journal of the European Communities*, No C 282, 1, p.37 (1980).

³⁰ *Commentary on the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts 2015*, *supra* note 1, p.62.

³¹ Mario Giuliano and Paul Lagarde, *supra* note 29, p.18.



ประเด็นที่น่าสนใจก็คือ ถ้าในขณะที่ทำสัญญาคู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาไว้ หากต่อมาหลังจากสัญญาได้มีผลใช้บังคับแล้วคู่สัญญาได้ตกลงกันเลือกกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งให้มีผลบังคับกับสัญญา กรณีเช่นนี้จะถือว่าคู่สัญญาได้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์หรือไม่ ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าว เมื่อคำนึงถึงหลักการที่ว่า สัญญา ย่อมจะดำรงอยู่ลอย ๆ โดยปราศจากกฎหมายที่รองรับนั้นไม่ได้³² และด้วยเหตุนี้ถึงแม้ว่าในขณะที่ได้มีการทำสัญญาจะไม่ปรากฏว่ามีการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาไว้ก็ตาม แต่สัญญาก็ยังคงตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่กำหนดโดยกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอยู่นั่นเอง ซึ่งอาจมีวิธีการที่แตกต่างกันไปทั้งนี้ขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการสันนิษฐานเจตนาของคู่สัญญา การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในลักษณะเคร่งครัด หรือการอาศัยหลักความใกล้ชิดและแท้จริงที่สุดของนิติสัมพันธ์³³ ตามนัยนี้การทำสัญญาได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาแล้วจึงย่อมเท่ากับเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาด้วยเช่นเดียวกัน เนื่องจากการทำให้กฎหมายที่เคยมีผลบังคับกับนิติสัมพันธ์นั้นต้องเปลี่ยนแปลงไปเป็นกฎหมายของประเทศอื่น

3. ข้อโต้แย้งทางความคิดว่าด้วยการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเป็นเรื่องที่มีรากฐานทางความคิดมาจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ซึ่งแม้ว่าประเด็นดังกล่าวจะเป็นที่ยอมรับจากกฎหมายขัดกันว่าด้วยสัญญาทั้งในระดับตราสารระหว่างประเทศและในระดับกฎหมายภายในแล้วก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี นักนิติศาสตร์บางท่านได้คัดค้านการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา อาทิ ท่านศาสตราจารย์ Khan-Freund และท่านศาสตราจารย์ Morris ซึ่งตามทัศนะของศาสตราจารย์ Khan-Freund เห็นว่า โดยเหตุผลแล้วคู่สัญญาไม่อาจเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาได้ เนื่องจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา (proper law) นั้น ไม่เพียงแต่จะใช้พิจารณาประเด็นในเรื่องการตีความสัญญา ผลของสัญญา หรือการเลิกสัญญาเท่านั้น แต่ยังถูกใช้ในการพิจารณาถึงประเด็นในเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาด้วย การที่อนุญาตให้คู่สัญญาสามารถเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาได้ ย่อมส่งผลให้คู่สัญญาสามารถทำให้สัญญาที่ไม่สมบูรณ์ให้มีผลสมบูรณ์หรือทำให้สัญญาซึ่งสมบูรณ์กลายเป็นสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ได้³⁴

ในทำนองเดียวกันท่านศาสตราจารย์ Morris เห็นว่าการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญานั้นต้องพิจารณาในขณะที่ได้มีการทำสัญญา พฤติการณ์ใด ๆ ของคู่สัญญาที่เกิดขึ้นหลังจากที่

³² ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 28, น.254.

³³ เฟิงอ้วง, น.256-258.

³⁴ Otto Kahn-Freund, *General Problems of Private International Law*, (Netherland: Alphen aan den Rijn, 1980), pp.256-257.

ได้มีการทำสัญญาแล้วย่อมไม่อาจนำมาใช้ในการพิจารณากฎหมายที่บังคับกับสัญญา³⁵ ตามนัยนี้การที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาจึงเป็นพฤติการณ์ที่ไม่สามารถใช้ในการกำหนดกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาได้ซึ่งในประเด็นนี้ศาลของประเทศอิตาลีได้เคยวินิจฉัยไว้ในคดี *Assael Nissim v. Crespi* (1966)³⁶ ว่าการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของคู่สัญญาย่อมจะไม่ได้รับการยอมรับหากทำขึ้นหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาแล้ว โดยศาลเห็นว่า ในกระบวนการเจรจาเป็นเวลาที่มีความเหมาะสมที่สุดในการตกลงเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา เนื่องจากในระหว่างการเจรจาจนกระทั่งได้มีการทำสัญญาเป็นช่วงเวลา คู่สัญญาได้อาศัยความระมัดระวังและรอบคอบ เพราะเมื่อได้มีการทำสัญญาแล้วคู่สัญญาไม่อาจเปลี่ยนแปลงสิ่งใดได้อีก

อย่างไรก็ดี ศาสตราจารย์ Khan-Freund และศาสตราจารย์ Morris มีความเห็นไปในแนวทางเดียวกันว่า คู่สัญญาสามารถเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ได้ด้วยวิธีการทำสัญญาขึ้นใหม่และกำหนดให้กฎหมายใหม่เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา³⁷ เมื่อพิจารณาจากทัศนะของ Khan-Freund และ Morris ก็จะได้เห็นว่าต่างได้ให้ความสำคัญกับเจตนาที่แน่นอนของคู่สัญญา ในขณะที่สัญญาได้ทำขึ้น ดังนั้นพฤติการณ์ใด ๆ ที่เกิดขึ้นหลังจากสัญญาได้มีผลบังคับแล้วย่อมไม่อาจใช้ในการพิจารณาค้นหากฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาได้ ซึ่งการจำกัดเสรีภาพของคู่สัญญาไม่ให้เปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาในแง่หนึ่งย่อมเป็นการป้องกันไม่ให้คู่สัญญาเสี่ยงพบปัญหาของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นบทบังคับเด็ดขาดซึ่งมีอยู่ตามกฎหมายเดิมและอาจกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาด้วยการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงให้กฎหมายของประเทศอื่นซึ่งไม่มีกฎหมายอันมีลักษณะเป็นบทบังคับเด็ดขาดเช่นนั้นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ในอีกแง่หนึ่งหากถือตามทัศนะของ Khan-Freund และ Morris ด้วยการจำกัดมิให้คู่สัญญาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์นั้น ไม่เพียงแต่จะก่อให้เกิดความยุ่งยากกับคู่สัญญา เพราะต้องทำสัญญากันขึ้นใหม่หากมีความประสงค์จะเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์อันเป็นการไม่สอดคล้องกับทางปฏิบัติของการดำเนินธุรกิจการค้าระหว่างประเทศแล้ว ยังเป็นการขัดต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาอีกด้วย

4. กฎหมายที่ใช้พิจารณาปัญหาการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา

มีปัญหานั้น่าพิจารณาต่อไปว่า ศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีจะอาศัยกฎหมายใดเป็นกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาปัญหาการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ซึ่งเป็นคนละเรื่องคนละประเด็นกับปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายของประเทศใดเป็นกฎหมายที่บังคับกับสัญญา โดยในประเด็นแรกเป็นเรื่องที่ว่าด้วยศาลจะอาศัยกฎหมายของประเทศใดเป็นกฎหมายที่พิจารณาถึงสิทธิของ

³⁵ Dicey & Morris, *On the Conflict of Laws*, 9th edition, (London: Stevens & Sons Ltd., 1973), pp.726-727.

³⁶ *Assael Nissim v. Crespi* (1966), cited in Mario Giuliano and Paul Lagarde, *supra* note 29, p.18.

³⁷ Otto Kahn-Freund, *supra* note 34, p.257; see also Dicey & Morris, *supra* note 35, p.727.



คู่สัญญาในการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายและกฎหมายของประเทศนั้นได้ให้สิทธิแก่คู่สัญญาในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหรือไม่ ส่วนในประเด็นหลังนั้นเป็นเรื่องที่ว่าด้วยศาลจะอาศัยกฎหมายสารบัญญัติของประเทศใดเพื่อพิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา ตามนัยนี้การมีผลบังคับของการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายหรือไม่นั้นย่อมจะส่งผลกระทบโดยตรงต่อกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา กล่าวคือ หากการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายสามารถมีผลบังคับได้ กฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาย่อมหมายถึงกฎหมายใหม่ ในทางตรงกันข้าม หากการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายไม่สามารถมีผลบังคับได้ กฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ย่อมหมายถึงกฎหมายเดิม

ต่อประเด็นที่ว่าจะอาศัยกฎหมายใดเป็นกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาปัญหาการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้น อาจแบ่งความเห็นของนักนิติศาสตร์ออกได้เป็น 3 แนวทาง กล่าวคือ แนวทางแรกได้ถูกนำเสนอโดยศาสตราจารย์ Martin Wolff ซึ่งท่านเห็นว่า กฎหมายที่ใช้พิจารณากรณีการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ได้แก่ กฎหมายของประเทศแรกที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกให้มีผลบังคับกับสัญญา (the first governing law)³⁸ แต่อย่างไรก็ดีในตำรากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของท่านก็ไม่ได้อธิบายไว้ว่าเพราะเหตุใดจึงมีความเห็นเช่นนั้น ซึ่งความเห็นของศาสตราจารย์ Martin Wolff ดังกล่าวข้างต้นได้ถูกวิจารณ์ถึงความสมเหตุสมผลในการใช้กฎหมายของประเทศแรกที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกเพื่อพิจารณาปัญหาการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา³⁹

ส่วนแนวทางที่สองเห็นว่า กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นเองควรเป็นกฎหมายที่ใช้พิจารณาปัญหาการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา โดยนักนิติศาสตร์ที่ได้ให้การสนับสนุนแนวทางนี้เห็นว่า การใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีในการพิจารณาประเด็นปัญหาดังกล่าวนั้นเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับทางปฏิบัติ อีกทั้งยังเป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาการให้ข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (classification) ที่อาจเกิดขึ้นหากใช้กฎหมายของต่างประเทศพิจารณาปัญหาการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา⁴⁰ เนื่องจากกฎหมายของแต่ละประเทศมีทัศนะต่อปัญหาการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ อาจพิจารณาประเด็นปัญหาดังกล่าวในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา (substance of the contract) และด้วยเหตุนี้หากสัญญามีผลไม่สมบูรณ์การเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาจึงย่อมไม่สมบูรณ์และไม่อาจบังคับได้ตามไปด้วย หรืออาจพิจารณาปัญหาการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาในฐานะที่เป็นประเด็นในเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลก็ได้ ซึ่งในกรณีหลังนี้ความตกลงเลือกกฎหมายและรวมถึงการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเป็นข้อตกลงที่แยกจากส่วนอื่น ๆ

³⁸ Martin Wolff, *Private International Law*, 2nd edition, (Oxford, UK: Clarendon Press, 1950), p.426.

³⁹ Otto Kahn-Freund, *supra* note 34, p.256.

⁴⁰ Peter North, "Varying the Proper Law," in *Essays in Private International Law*, (New York: Oxford University Press, 1993), pp.63-64; see also Otto Kahn-Freund, *supra* note 34, p.256.

ของสัญญา⁴¹ ตามนัยนี้ประเด็นในเรื่องการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาจึงไม่ขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของสัญญา

อย่างไรก็ตาม การอาศัยกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีเป็นกฎหมายที่ใช้พิจารณาปัญหาการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญานั้นก็ได้ถูกวิจารณ์ว่าอาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอน เนื่องจากกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายไว้แตกต่างกัน จึงทำให้การพิจารณาประเด็นการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาแปรผันไปตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ⁴²

สำหรับแนวทางที่สามเห็นว่า ควรใช้กฎหมายของประเทศที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงให้มีผลบังคับกับสัญญา (new applicable law) เป็นกฎหมายในการพิจารณาปัญหาดังกล่าว ซึ่งเป็นแนวคิดที่วางอยู่บนพื้นฐานของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา⁴³ โดยเมื่อคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกให้กฎหมายของประเทศใดเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาแล้วย่อมจะต้องให้กฎหมายของประเทศนั้นเป็นกฎหมายที่พิจารณาปัญหาการเปลี่ยนแปลงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาด้วย โดยกฎหมายของประเทศที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงให้มีผลบังคับกับสัญญานี้หมายถึงกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศดังกล่าว เพราะคงมีเพียงแต่กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา

อย่างไรก็ดีศาสตราจารย์ Ian F. Fletcher ได้แสดงทัศนะไว้อย่างน่าสนใจว่า ในการพิจารณาประเด็นปัญหาการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้นควรพิจารณาทั้งกฎหมายของประเทศแรกที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกให้มีผลบังคับกับสัญญา (the first governing law) ว่าได้ให้สิทธิกับคู่สัญญาในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหรือไม่ และกฎหมายของประเทศที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงให้มีผลบังคับกับสัญญา (new applicable law) เพื่อเป็นการยืนยันถึงสิทธิของคู่สัญญาในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา โดยคู่สัญญาสามารถเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาได้เฉพาะกรณีที่ทั้งสองระบบกฎหมายดังกล่าวได้ให้การรับรองสิทธิของคู่สัญญาในการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเท่านั้น⁴⁴

โดยในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าการเปลี่ยนแปลงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญานั้นเป็นส่วนหนึ่งของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา ซึ่งตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีตามนัยนี้โดยหลักเหตุและผลแล้วปัญหาในเรื่องการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับ

⁴¹ Peter Nygh, *supra* note 6, p.84.

⁴² *Ibid*, p.101.

⁴³ *Ibid*, p.101.

⁴⁴ Ian F. Fletcher, *Conflict of Laws and European Community Law: with Special Reference to the Community Conventions on Private International Law*, (Amsterdam: North-Holland Pub. Co., 1982), p.60.

สัญญาจึงควรพิจารณาโดยอาศัยกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีด้วยเช่นเดียวกัน และด้วยเหตุนี้จึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา คู่สัญญาจึงไม่สามารถแสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายขัดกันของศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีได้ เช่น หากกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีได้กำหนดให้กฎหมายที่คู่สัญญาสามารถเลือกให้มีผลบังคับกับสัญญาได้นั้นต้องเป็นกฎหมายของประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ ดังนั้นการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาจึงต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของเงื่อนไขดังกล่าวด้วย

อนึ่ง พึงตั้งข้อสังเกตว่า โดยที่การแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมาย การแสดงเจตนาเช่นนั้นอาจเกิดขึ้นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ ในทำนองเดียวกันการเปลี่ยนแปลงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญานอกจากการแสดงเจตนาจะเกิดขึ้นโดยชัดแจ้งแล้วยังอาจเกิดขึ้นโดยปริยายได้ด้วยเช่นเดียวกัน⁴⁵

5. ผลของการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา

สำหรับผลของการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้น โดยทั่วไปแล้ว หากคู่สัญญาได้แสดงเจตนาไว้อย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่าให้กฎหมายที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงมีผลบังคับตั้งแต่เมื่อใดก็ย่อมจะต้องเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา⁴⁶ อันเป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา อย่างไรก็ตามหากคู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาไว้อย่างชัดแจ้งย่อมก่อให้เกิดปัญหาว่าเมื่อคู่สัญญาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาแล้ว กฎหมายใหม่ที่คู่สัญญาได้เลือกให้มีผลบังคับกับสัญญาดังกล่าวนั้นจะมีผลบังคับกับสัญญาตั้งแต่เมื่อใด กล่าวคือ จะมีผลบังคับย้อนหลังไปถึงวันที่ได้มีการทำสัญญา (retrospective) หรือจะมีผลบังคับกับนิติสัมพันธ์นับตั้งแต่วันที่ได้มีการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงให้กฎหมายนั้นมีผลบังคับกับสัญญา (prospective)

โดยในประเด็นนี้ยังมีความเห็นที่ไม่ลงรอยกันของนักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ซึ่งฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาระบุไว้โดยชัดแจ้ง กฎหมายที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงให้มีผลบังคับกับสัญญาย่อมมีผลบังคับย้อนหลังไปถึงวันที่ได้มีการทำสัญญา⁴⁷ สำหรับนักนิติศาสตร์ที่เห็นพ้องด้วยกับความเห็นนี้ได้ให้เหตุผลว่า การมีผลย้อนหลังของกฎหมายที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงให้มีผลบังคับกับสัญญานั้นย่อมก่อให้เกิดความแน่นอนอันเป็นความมุ่งหมายของคู่สัญญา ซึ่งความแน่นอนเช่นนี้ย่อมจะเสื่อมเสียไปหากกฎหมายที่ได้เปลี่ยนแปลง

⁴⁵ Geert van Calster, *European Private International Law*, 2nd edition, (Portland: Hart Publishing, 2016), p.214; see also *Commentary on the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts 2015*, *supra* note 1, p.47.

⁴⁶ Peter Nygh, *supra* note 6, p.102.

⁴⁷ Ole Lando, "Contracts," *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III (Paris: The Hague, 1976), p.52; see also Peter North, *supra* note 9, p.65.

ให้มีผลบังคับกับสัญญาที่มีผลนับแต่ที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงนั้น⁴⁸ โดยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่ได้ให้การยอมรับในแนวทางดังกล่าว เช่น ประเทศโรมาเนีย⁴⁹ รัสเซีย⁵⁰ สวิตเซอร์แลนด์⁵¹ ตุรกี⁵² เป็นต้น ซึ่งได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า การเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาหรือการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ได้มีการทำสัญญา

ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า กฎหมายที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงให้มีผลบังคับกับสัญญานั้นไม่มีผลย้อนหลังไปจนถึงวันที่ได้มีการทำสัญญา⁵³ ซึ่งแนวทางดังกล่าวได้รับการยอมรับจากศาลเยอรมันว่า กฎหมายที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงให้มีผลบังคับกับสัญญานั้นไม่มีผลย้อนหลัง⁵⁴

ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงให้มีผลบังคับกับสัญญานั้นโดยหลักแล้วควรมีผลย้อนหลังไปจนถึงวันที่ได้มีการทำสัญญา เว้นแต่คู่สัญญาจะได้มีการตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น เนื่องจากแนวทางดังกล่าวเป็นการตีความที่ก่อให้เกิดความเป็นเอกภาพในการปรับใช้กฎหมายของต่างประเทศบังคับกับนิติสัมพันธ์ เพราะจะทำให้สัญญาฉบับหนึ่ง ๆ หรือประเด็นใดประเด็นหนึ่งของสัญญาตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระบบใดระบบหนึ่งแต่เพียงระบบเดียวโดยไม่ต้องคำนึงว่าก่อนจะได้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่บังคับกับสัญญา สัญญาหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของสัญญาเช่นว่านั้นตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายใด

โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเกิดสถานการณ์ที่ทำให้กฎหมายซึ่งได้มีการเปลี่ยนแปลงใหม่นั้นกระทบถึงความสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ของสัญญาที่มีอยู่ตามกฎหมายเดิม อาทิ สัญญาที่มีผลสมบูรณ์ภายใต้ระบบกฎหมายเดิมที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกให้มีผลบังคับกับสัญญาแต่กลับไม่สมบูรณ์ภายใต้

⁴⁸ Peter North, *supra* note 40, p.66.

⁴⁹ Romanian Civil Code 2009, art. 2.637(4) stated that:

The agreement on choice of law may be amended after concluding the act. The amendment has retrospective effect, although without being able to:

a) annul the form of the act; or
b) affect rights acquired in the meantime by third-parties”.

⁵⁰ Russian Civil Code 2001, art. 1210 pa. 3 stated that: “Selection of applicable law made by parties after the conclusion of a contract shall have retroactive effect and it shall be deemed valid, without prejudice to the rights of third persons and the validity of a transaction from the point of the requirements for the form thereof, beginning from the time when the contract was concluded”.

⁵¹ Swiss Code on Private International Law 1987, art. 116 pa. 3 stated that: “The choice of law may be made or changed at any time. If a choice of law is made after entering into the contract, such choice has retroactive effect as of the time of entering into the contract. This provision does not affect the rights of third parties”.

⁵² The Turkish Act on Private International and Procedural (Act No. 5718) 2007, art. 24 pa. 3 stated that: “Choice of law may be made or modified by parties at any time. Choice of law after conclusion of contract shall be valid with retroactive effect, without prejudice to the rights of third parties”.

⁵³ Martin Wolff, *supra* note 38, p.426.

⁵⁴ Otto Kahn-Freund, *supra* note 34, p.257.



ระบบกฎหมายใหม่ที่คู่สัญญาได้เปลี่ยนแปลงให้มีผลบังคับกับสัญญานั้น หรือในทางตรงกันข้ามสัญญาอาจมีผลไม่สมบูรณ์ตามระบบกฎหมายเดิมหากแต่มีผลสมบูรณ์ตามระบบกฎหมายใหม่ที่คู่สัญญาแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงให้มีผลบังคับกับสัญญา ดังนั้นหากกฎหมายใหม่ที่คู่สัญญาได้เปลี่ยนแปลงให้มีผลบังคับกับสัญญาไม่มีผลย้อนหลังไปจนถึงวันที่ได้มีการทำสัญญาแล้ว ย่อมก่อให้เกิดความแตกต่างกันของความสมบูรณ์ของนิติสัมพันธ์ในแต่ละช่วงเวลาระหว่างก่อนที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาและหลังจากที่ได้เปลี่ยนแปลงกฎหมายที่บังคับกับสัญญาแล้ว ซึ่งความแตกต่างดังกล่าวนี้ได้นำไปสู่ความไม่แน่นอนในเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญา

นอกจากนี้การที่กฎหมายซึ่งคู่สัญญาได้เปลี่ยนแปลงให้มีผลบังคับกับสัญญามีผลย้อนหลังไปจนถึงวันที่ได้มีการทำสัญญานั้นยังเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของคู่สัญญาในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่บังคับกับสัญญาอีกด้วย เนื่องจากต้องไม่ลืมว่าการที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาย่อมแสดงให้เห็นอยู่ในตัวเองว่าคู่สัญญาไม่ต้องการให้สัญญาที่ตนได้ทำขึ้นต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเดิมอีกต่อไปจึงได้แสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงให้กฎหมายใหม่บังคับกับสัญญา ตามนัยนี้หากกฎหมายใหม่มีผลบังคับนับแต่วันที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงให้กฎหมายนั้นมีผลบังคับกับสัญญาและให้กฎหมายฉบับเดิมมีผลบังคับกับนิติสัมพันธ์นับแต่วันที่ได้มีการทำสัญญาจนถึงก่อนวันที่ได้มีการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้น ย่อมจะเป็นการไม่สอดคล้องกับเจตนาของคู่สัญญาในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา

อย่างไรก็ดีมีข้อที่น่าสังเกตว่า กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญาทั้งในระดับระหว่างประเทศ⁵⁵ และในระดับกฎหมายภายใน⁵⁶ ต่างได้ให้การยอมรับในแนวทางเดียวกันว่าการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้น หากได้มีขึ้นภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญา ย่อมจะไม่กระทบถึงความสมบูรณ์อันเนื่องด้วยแบบแห่งสัญญา และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอกที่มีอยู่ตามสัญญา ดังที่จะเห็นได้จากมาตรา 3 วรรคสอง แห่งกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ตามสัญญา ค.ศ. 2008 ซึ่งได้ระบุว่า คู่สัญญาอาจตกลงกันไม่ว่าในเวลาใด ๆ ให้สัญญาตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอื่นนอกเหนือจากกฎหมายที่เคยมีผลใช้บังคับกับสัญญา ไม่ว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาจะเป็นผลมาจากการเลือกภายใต้มาตรานี้หรือบทบัญญัติอื่นแห่งกฎหมายฉบับนี้ก็ตาม การเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไม่ว่ากรณีใด ๆ ซึ่งได้ทำขึ้นหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาไม่กระทบถึงความสมบูรณ์อันเนื่องด้วยแบบของสัญญาหรือกระทบต่อสิทธิ

⁵⁵ E.g. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations 1980, art. 3 (2); Inter-American Convention on Law Applicable to International Contracts 1994, art. 8; 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), art. 3 pa. 2; Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts 2015, art. 2 pa. 3.

⁵⁶ E.g. Argentina Commercial and Civil Code 2014, art. 2651 pa. 2(a); Bulgarian Private International Law Code 2005, art. 93(4); Paraguayan Law Regarding the Applicable Law to International Contracts 2015, art. 4 pa. 3; Romanian Civil Code 2009, art. 2.637 (4); Russian Civil Code 2001, art. 1210 pa. 3; South Korean the Conflict of Laws Act 2001, art. 25 pa. 3.

ของบุคคลภายนอก เหตุที่ต้องให้การคุ้มครองถึงความสมบูรณ์อันเนื่องด้วยแบบของสัญญานั้นก็เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงไม่ให้กฎหมายซึ่งคู่สัญญาได้เปลี่ยนแปลงให้มีผลบังคับกับสัญญามีผลย้อนหลังทำให้สัญญานั้นไม่สมบูรณ์⁵⁷ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งหลักการดังกล่าวมุ่งคุ้มครองมิให้สัญญาที่มีผลสมบูรณ์แล้วต้องเสื่อมเสียไปหรือไม่สมบูรณ์เพราะการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้นเอง⁵⁸

ส่วนการคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอกนั้น เนื่องจากบุคคลภายนอกเป็นผู้ซึ่งได้รับสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายก่อนที่จะได้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา จึงจำเป็นต้องอยู่เองที่จะต้องให้การคุ้มครองสิทธิเช่นนั้นไม่ให้ได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์⁵⁹ ซึ่งเป็นการยอมรับสิทธิที่มีอยู่เดิมของบุคคลภายนอกอันเป็นสิทธิที่ได้รับมา (acquired rights) ให้มีอยู่ต่อไปโดยไม่ต้องคำนึงว่าสิทธิเช่นนั้นจะเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ตามกฎหมายของประเทศที่ยอมรับสิทธินั้นหรือไม่⁶⁰ ตามนัยนี้การเปลี่ยนแปลงกฎหมายซึ่งเกิดขึ้นหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาหากมีผลกระทบหรือเป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกที่มีอยู่ตามกฎหมายเดิม การเปลี่ยนแปลงกฎหมายเช่นนั้นย่อมมีผลผูกพันเฉพาะแต่ในระหว่างคู่สัญญาโดยไม่มีผลบังคับกับบุคคลภายนอก⁶¹ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งนิติสัมพันธ์ในส่วนที่เกี่ยวข้องสิทธิและหน้าที่ของบุคคลภายนอกย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเดิมที่เคยมีผลบังคับกับสัญญา แต่อย่างไรก็ดีในการพิจารณาถึงพฤติการณ์ที่กระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกอันเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้นไม่ใช่เรื่องง่าย⁶²

6. ข้อจำกัดในการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้นเป็นส่วนหนึ่งของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมาย ดังนั้นข้อจำกัดใด ๆ ของการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของต่างประเทศเพื่อบังคับกับสัญญาจึงต้องนำมาปรับกับการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายด้วยเช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็น กฎหมายที่คู่สัญญาได้เปลี่ยนแปลงให้มีผลบังคับกับสัญญานั้น

⁵⁷ *Commentary on the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts* 2015, *supra* note 1, p.38; see also Mario Giuliano and Paul Lagarde, *supra* note 29, p.18.

⁵⁸ Tan Yock Lin, "Good Faith Choice of a Law to Govern a Contract," *Singapore Journal of Legal Studies*, 307, p.324 (2014).

⁵⁹ Mario Giuliano and Paul Lagarde, *supra* note 29, p.18.

⁶⁰ กมล สนธิเกชตริน, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), น.237.

⁶¹ "Guide on the Law Applicable to International Commercial Contracts in the Americas," The Inter-American Juridical Committee, accessed 3 October 2019, from https://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/Guide_Law_Applicable_to_International_Commercial_Contracts_in_the_Americas.pdf, p.72

⁶² Lawrence Collins, "Contractual Obligations: The EEC Preliminary Draft Convention on Private International Law," *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.25, No.1, 35, p.44 (1976).



ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่เป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที หรือการเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้นต้องทำด้วยความสุจริตไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการเล็งกฎหมาย กล่าวคือ

1. กฎหมายที่เปลี่ยนแปลงให้มีผลบังคับกับสัญญาต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นเป็นหลักการพื้นฐานที่ศาลภายในของแต่ละประเทศต้องให้การคุ้มครอง ถึงขนาดอาจกล่าวได้ว่าหลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับร่วมกันของทั้งระบบกฎหมายซีวิลลอว์และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์⁶³ โดยหากศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่ากฎหมายที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกนั้นมีเนื้อหาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (public order or public policy) ของประเทศซึ่งศาลที่กำลังพิจารณาพิพากษาคดีตั้งอยู่ ศาลก็จะไม่ใช่กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกนั้นมาปรับแก้กรณี

ดังนั้นเมื่อพิจารณาหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนกับปัญหาการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาก็จะเห็นได้ว่า กฎหมายที่ได้เปลี่ยนแปลงให้มีผลบังคับกับสัญญานั้นต้องมีเนื้อหาที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนของประเทศที่ศาลซึ่งพิจารณาพิพากษาคดีตั้งอยู่ ในแง่นี้หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงทำหน้าที่เสมือนหนึ่งเป็นตัวกรอง (filter) มิให้กฎหมายของต่างประเทศที่มีเนื้อหากระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีเข้ามามีผลบังคับในประเทศ

2. ไม่เป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที

หลักกฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที (mandatory rules or rules of immediate application) หรือที่รู้จักกันในภาษาฝรั่งเศสว่า “lois de police” เป็นข้อจำกัดอีกประการหนึ่งในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา ซึ่งหลักการดังกล่าวได้เปิดโอกาสให้ศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีสามารถนำกฎหมายสารบัญญัติของตนมาปรับแก้กรณีได้ทันทีโดยไม่ต้องอาศัยกลไกของกฎหมายขัดกัน ถึงแม้ว่านิติสัมพันธ์อันเป็นที่มาแห่งมูลคดีจะมีองค์ประกอบต่างประเทศก็ตาม⁶⁴

สำหรับความหมายของกฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันทีนั้น กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ตามสัญญา ค.ศ. 2008 ได้ให้คำนิยามไว้ว่า กฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันทีหมายถึง บทบัญญัติที่ต้องให้การเคารพซึ่งถือได้ว่าเป็นมีความสำคัญ เพื่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

⁶³ Erwin Spiro, “Autonomy of the Parties to a Contract and the Conflict of Laws: Illegality,” *Comparative & International Law Journal of South Africa*, Vol.17, 197, p.201 (1984).

⁶⁴ ชุมพร บังจสุสานนท์, “กฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที, หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย: ผลกระทบต่ออนุสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, ปีที่ 16, ฉบับที่ 4, 20, น.22-23 (2529).

ไม่ว่าจะเป็นในทางการเมือง สังคม หรือเศรษฐกิจ ซึ่งจะต้องใช้บังคับกับทุกสถานการณ์ที่ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายนั้น โดยไม่คำนึงว่ากฎหมายใดจะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาตามกฎหมายฉบับนี้⁶⁵ ซึ่งจากคำจำกัดความดังกล่าวทำให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่บังคับใช้พื้นที่ ที่มุ่งให้การคุ้มครองทั้งผลประโยชน์ของรัฐและเอกชน⁶⁶ ด้วยเหตุนี้จึงไม่ยินยอมให้กฎหมายของต่างประเทศที่มีผลกระทบต่อความมุ่งหมายดังกล่าวเข้ามามีผลใช้บังคับ

ดังนั้น หากศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีเห็นว่าปัญหาที่กำลังพิจารณาอยู่นั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องด้วยกฎหมายที่บังคับใช้พื้นที่ ศาลย่อมนำกฎหมายสารบัญญัติของตนปรับแก้กรณีได้ในทันทีโดยไม่ต้องคำนึงว่าคู่สัญญาได้มีการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายไว้หรือไม่ก็ตาม ในแง่นี้หลักกฎหมายที่บังคับใช้พื้นที่จึงเป็นข้อจำกัดในการใช้เสรีภาพของคู่สัญญาในการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ด้วยเช่นเดียวกัน

3. การเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้นต้องทำด้วยความสุจริต

ในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของต่างประเทศเพื่อบังคับกับสัญญานั้น คู่สัญญาต้องกระทำด้วยความสุจริต⁶⁷ ตามนัยนี้หากคู่สัญญาได้แสดงเจตนาโดยไม่สุจริตหรือมีวัตถุประสงค์เพื่อเลี่ยงกฎหมายแล้ว ศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีย่อมจะไม่ยอมรับและบังคับตามเจตนาของคู่สัญญา การเปลี่ยนแปลงกฎหมายก็เช่นเดียวกัน หากคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาโดยไม่สุจริตหรือมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการเลี่ยงกฎหมาย ศาลก็ย่อมจะไม่บังคับตามเจตนาเช่นนั้นด้วยเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามในการพิสูจน์เจตนาของคู่สัญญาว่าได้เปลี่ยนแปลงกฎหมายไปโดยสุจริตหรือไม่นั้นเป็นเรื่องที่ไม่ง่าย เนื่องจากเป็นเรื่องภายในจิตใจของคู่สัญญา ทั้งนี้ได้หมายความว่าคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาจะเป็นการแสดงเจตนาโดยไม่สุจริตหรือเป็นการเลี่ยงกฎหมายเสมอไป หากแต่ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีโดยศาลอาจพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมเพื่อหยั่งทราบเจตนาของคู่สัญญา

อนึ่ง มีปัญหาที่น่าพิจารณาว่า หากศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีเห็นว่า กฎหมายที่คู่สัญญาได้เปลี่ยนแปลงให้มีผลบังคับกับสัญญานั้นมีเนื้อหาขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้นได้กระทำไปโดยไม่สุจริตหรือมีวัตถุประสงค์

⁶⁵ 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), art. 9 pa. 1 stated that:

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.

⁶⁶ Peter Nygh, *supra* note 6, p.203.

⁶⁷ ศาลของประเทศอังกฤษในคดี *Vita Food Products v. Unus Shipping Co.* (1939) ได้วางหลักการไว้ว่าในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของต่างประเทศเพื่อบังคับกับสัญญาต้องทำโดยสุจริต (*bona fide*) และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public policy); โปรดดู William Tetley, "Evasion/Fraude a la loi and Avoidance of the Law," *McGill Law Journal*, Vol.39, 309, pp.314-315 (1994).



เพื่อเป็นการเลี่ยงกฎหมายแล้ว ผลของการแสดงเจตนาในลักษณะเช่นนี้ที่มีต่อกฎหมายซึ่งจะใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีจะเป็นอย่างไร กล่าวคือ ศาลจะอาศัยกฎหมายของประเทศซึ่งคู่สัญญาได้เคยแสดงเจตนาเลือกให้มีผลบังคับกับสัญญา (กฎหมายเดิม) ในการพิจารณาพิพากษาคดี หรือจะพิจารณาเสมือนหนึ่งคู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาไว้ ซึ่งในกรณีหลังนี้ ศาลย่อมจะต้องค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของตนได้กำหนด

ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า อาจต้องพิจารณาถึงผลของข้อจำกัดในการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาในแต่ละกรณี โดยหากเป็นกรณีของกฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ศาลที่พิจารณาคดีย่อมสามารถนำกฎหมายสารบัญญัติภายในของตนมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ทันทีโดยไม่ต้องอาศัยกลไกของกฎหมายขัดกันถึงแม้ว่านิติสัมพันธ์นั้นจะมีองค์ประกอบต่างประเทศก็ตาม

สำหรับกรณีที่กฎหมายซึ่งคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงให้มีผลบังคับกับสัญญามีเนื้อหาขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น เมื่อคำนึงว่าการที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมาย “ไปโดยสุจริต” ย่อมหมายความว่าคู่สัญญาไม่ต้องการที่จะให้นิติสัมพันธ์ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเดิมที่เคยเลือกให้มีผลบังคับกับสัญญาอีกต่อไป ดังนั้นถ้าปรากฏว่ากฎหมายใหม่ที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงให้มีผลบังคับกับสัญญาไม่อาจมีผลบังคับได้เพราะเหตุที่มีเนื้อหาขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว หากศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีนำกฎหมายเดิมที่คู่สัญญาได้เคยเลือกให้มีผลบังคับกับสัญญามาใช้ปรับแก้กรณีย่อมเป็นการขัดกับเจตนาของคู่สัญญาที่ไม่ต้องการให้นิติสัมพันธ์ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายดังกล่าว ดังนั้นเพื่อให้เป็นการขัดกับเจตนาของคู่สัญญา ศาลควรพิจารณาปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับกับสัญญาเสมือนหนึ่งคู่สัญญาไม่ได้มีการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายไว้

ส่วนกรณีการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ได้กระทำไปโดยไม่สุจริตหรือมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการเลี่ยงกฎหมายนั้น เนื่องจากการกระทำในลักษณะดังกล่าวโดยตัวเองแล้วเป็นสิ่งที่กฎหมายไม่พึงให้การคุ้มครอง ดังนั้นเมื่อปรากฏต่อศาลว่าคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายไปโดยไม่สุจริตหรือเพื่อเป็นการเลี่ยงกฎหมาย ศาลจึงควรอาศัยกฎหมายเดิมที่เคยมีผลบังคับกับสัญญาเป็นกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี เพราะหากศาลใช้กฎหมายอื่นที่มีใช้กฎหมายเดิมซึ่งเคยมีผลบังคับกับสัญญาปรับแก้กรณีย่อมเป็นการทำให้เจตนาอันไม่สุจริตหรือการเลี่ยงกฎหมายของคู่สัญญามีผลบังคับได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งเพื่อไม่ให้การแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายโดยไม่สุจริตหรือที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการเลี่ยงกฎหมายของคู่สัญญามีผลใช้บังคับ จึงจำเป็นต้องอยู่ที่ศาลจะต้องใช้กฎหมายเดิมที่เคยมีผลบังคับกับสัญญาปรับแก้กรณีเสมือนหนึ่งไม่มีการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้น

7. กฎหมายขัดกันของไทยกับปัญหาการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา

สำหรับประเทศไทยนั้น แม้ว่าภายใต้มาตรา 13 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481⁶⁸ จะได้ให้การยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (party autonomy) ของคู่สัญญาในอันที่จะเลือกกฎหมายของต่างประเทศเพื่อบังคับกับสัญญาไว้แล้วก็ตาม⁶⁹ แต่อย่างไรก็ดีบทบัญญัติมาตราดังกล่าว (ตลอดจนมาตราอื่น ๆ ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481) ก็มิได้มีการกล่าวถึงประเด็นในเรื่องการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้แต่อย่างใด อีกทั้งยังไม่ปรากฏทางปฏิบัติของศาลไทยในประเด็นปัญหาดังกล่าว ประกอบกับในทางตำรากฎหมายขัดกันของไทยเองก็ยังไม่มีการอธิบายประเด็นนี้ไว้ด้วย ทั้งนี้อาจเป็นเพราะปัญหาการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้นเป็นเรื่องใหม่ กอปรกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 นับตั้งแต่ได้มีการประกาศใช้จนกระทั่งถึงปัจจุบัน เป็นระยะเวลากว่า 80 ปี ไม่เคยได้รับการปรับปรุงแก้ไขให้มีความทันสมัยสอดคล้องกับสถานการณ์ของสังคมระหว่างประเทศที่เปลี่ยนแปลงไป จึงทำให้ประเด็นปัญหาใหม่ ๆ ในทางกฎหมายขัดกันอย่างเรื่องการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาต้องขาดหายไปจากระบบกฎหมายขัดกันของไทย

การปราศจากบทบัญญัติในเรื่องการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเช่นนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อความแน่นอนในการใช้การตีความกฎหมายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ นับตั้งแต่ประเด็นปัญหาที่ว่า ศาลไทยจะให้การยอมรับการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหรือไม่เพียงใด เมื่อได้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายแล้วกฎหมายที่ได้เปลี่ยนแปลงใหม่นี้จะมีผลตั้งแต่เมื่อใด หรือผลของการเปลี่ยนแปลงกฎหมายจะมีต่อบุคคลภายนอกอย่างไร เป็นต้น ซึ่งประเด็นต่าง ๆ เหล่านี้ล้วนเป็นปัญหาที่ต้องอาศัยการตีความเมื่อไม่ปรากฏบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

อนึ่ง มีปัญหาที่น่าพิจารณาว่า เมื่อกฎหมายขัดกันของไทยไม่มีการบัญญัติประเด็นการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้เช่นนี้ หากศาลไทยจะต้องเผชิญกับสถานการณ์ที่ต้องวินิจฉัยปัญหาดังกล่าว ศาลจะนำมาตรา 3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ที่บัญญัติว่า **“เมื่อใดไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยามที่จะยกมาปรับกับกรณีขัดกันแห่งกฎหมายได้ ให้ใช้กฎหมายทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล”** มาปรับใช้เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายได้หรือไม่ ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าวเมื่อคำนึงว่ามาตรา 3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 เป็นบทบัญญัติที่มีไว้

⁶⁸ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 55/ -/ หน้า 1021/ 20 มีนาคม 2481.

⁶⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481, มาตรา 13 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม่อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับ ก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น”.



เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายหรือกฎหมายอื่นไม่มีบทบัญญัติที่จะนำมาปรับแก้คดีได้ โดยกำหนดให้ศาลสามารถค้นหา “กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” เพื่อนำมาใช้บังคับแก้กรณี โดยกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเช่นว่านี้ย่อมสะท้อนผ่านบทบัญญัติเฉพาะเรื่องในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนั่นเอง ดังนั้นในการค้นหากฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลตามนัยของมาตรา 3 จึงต้องพิจารณาจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นหลัก โดยพิจารณาว่าตามบทบัญญัติเฉพาะเรื่องที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนั้นได้แสดงให้เห็นถึงกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลไว้อย่างไร⁷⁰

จากหลักการพิจารณาเพื่อค้นหากฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลดังกล่าว เมื่อนำมาปรับกับปัญหาการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาจะเห็นได้ว่า จริงอยู่ที่มาตรา 13 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 จะได้ให้การยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาไว้อย่างชัดเจน หากแต่หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายตามมาตรา 13 เองก็ไม่ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนที่ถึงขนาดพอจะถือได้ว่าการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่ศาลสามารถนำมาปรับแก้กรณีเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายโดยผ่านกลไกของมาตรา 3 ได้ เนื่องจากการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายเป็นการขยายขอบเขตของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาที่ได้รับรองไว้ในมาตรา 13 ดังนั้นจึงอาจเป็นการตีความเกินกว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายหากจะถือว่าการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้นเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลซึ่งการที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ไม่เคยได้รับการปรับปรุงแก้ไขเลยจนกระทั่งถึงปัจจุบันในแง่นี้ทำให้กฎหมายขัดกันของไทยมีความแตกต่างจากกฎหมายขัดกันของหลายประเทศที่ต่างได้พยายามปรับปรุงกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายขัดกันว่าด้วยสัญญาให้มีความทันสมัยอยู่เสมอ ดังที่จะเห็นได้จากการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายขัดกันว่าด้วยสัญญาของประเทศเวียดนามในปี ค.ศ. 2015 ซึ่งเรื่องของการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเป็นหนึ่งในหลายประเด็นที่ได้ถูกเพิ่มเติมในการปรับปรุงกฎหมายขัดกันของเวียดนามในครั้งดังกล่าวโดยกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญาของประเทศเวียดนามนั้นเดิมที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเวียดนาม ค.ศ. 2005 ซึ่งแม้ว่าจะได้ให้การยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาไว้แล้วก็ตาม แต่ก็มิได้ขยายขอบเขตของหลักการดังกล่าวให้ครอบคลุมถึงการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาด้วยแต่อย่างใด⁷¹ จนกระทั่งเมื่อคราวปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งในปี 2015 เวียดนามจึงได้เพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลง

⁷⁰ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กฎหมายสัญญา (แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 9 พ.ศ. 2516), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), น.47-48.

⁷¹ Vietnamese Civil Code 2005, art. 769.

กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้เป็นการเฉพาะ⁷² โดยในมาตรา 683 วรรคหก ได้กำหนดว่า คู่สัญญาอาจตกลงเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การเปลี่ยนแปลงกฎหมายเช่นนั้นต้องไม่เป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิและส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกที่มีอยู่ก่อนการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากบุคคลภายนอก⁷³

จากบทบัญญัติมาตราดังกล่าวจะเห็นได้ว่า กฎหมายเวียดนามไม่ได้กล่าวถึงปัญหาการเปลี่ยนแปลงกฎหมายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญา อย่างไรก็ตามเนื่องจากกฎหมายไม่ได้ห้ามไว้อย่างชัดแจ้ง ดังนั้นตามทัศนะของนักนิติศาสตร์เวียดนามจึงเห็นว่า แม้ได้มีการทำสัญญาแล้วคู่สัญญาก็ยังสามารถตกลงกันเพื่อเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาได้⁷⁴

ความน่าสนใจอยู่ตรงที่กฎหมายขัดกันว่าด้วยสัญญาของเวียดนามได้กำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมให้การเปลี่ยนแปลงกฎหมายต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลภายนอกหากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายเช่นนั้นจะกระทบต่อสิทธิและส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกที่มีอยู่ตามกฎหมายเดิม ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ไม่ปรากฏในกฎหมายขัดกันว่าด้วยสัญญาของประเทศอื่น ๆ ที่โดยปกติแล้วมักจะถือเป็นเด็ดขาดว่าการเปลี่ยนแปลงกฎหมายโดยเฉพาะที่ได้มีขึ้นหลังจากได้มีการทำสัญญาแล้วย่อมจะต้องไม่กระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอก โดยมีได้เปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกสามารถให้ความยินยอมในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาได้

กล่าวโดยสรุป ภายใต้ระบบกฎหมายขัดกันของไทย ประเด็นในเรื่องการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้นยังคงมีความไม่ชัดเจนทั้งในแง่ของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ตลอดจนทางปฏิบัติของศาล รวมทั้งในแง่มุมทางวิชาการ ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศสมาชิกในกลุ่มอาเซียนด้วยกันเองอย่างเวียดนามก็จะเห็นได้ว่า ภายใต้ระบบกฎหมายขัดกันของเวียดนามได้มีการบัญญัติรับรองเสรีภาพของคู่สัญญาในการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะ

7. บทสรุป

การแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้นเป็นส่วนหนึ่งของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา ซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลายจากกฎหมายขัดกันว่าด้วยสัญญาทั้งในระดับระหว่างประเทศและในระดับกฎหมายภายในว่าคู่สัญญาย่อมสามารถแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาได้ อย่างไรก็ตาม มีนักนิติศาสตร์บางท่านที่คัดค้านการใช้เสรีภาพของคู่สัญญาในลักษณะดังกล่าว เนื่องจากจะก่อให้เกิดความไม่แน่นอนใน

⁷² Thi Hong Trinh Nguyen, "Party Autonomy in Vietnam – the new choice of law rules for international contracts in the civil code 2015," *Journal of Private International Law*, Vol.14, No.2, 343, p.361 (2018).

⁷³ Vietnamese Civil Code 2015, art. 683 pa. 6 stated that: "Contracting in a contract may agree to change the applied law provided that such change does not affect adversely lawful rights and interests of a third party before changing, otherwise agreed by the third party".

⁷⁴ Thi Hong Trinh Nguyen, *supra* note 72, p.361.



เรื่องความสมบูรณ์ของสัญญา อีกทั้งโดยทัศนะของฝ่ายที่คัดค้านยังมีความเห็นต่อไปว่าพฤติการณ์ใด ๆ อันเกิดขึ้นหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาแล้วย่อมไม่อาจนำมาใช้ในการพิจารณาถึงการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาได้

ส่วนปัญหาที่ว่า ศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีจะอาศัยกฎหมายใดเป็นกฎหมายที่พิจารณาประเด็นการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้น ยังมีความเห็นของนักนิติศาสตร์ตลอดจนทางปฏิบัติของศาลภายในที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็น การอาศัยกฎหมายของประเทศแรกที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกเป็นกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณา การอาศัยกฎหมายภายในของศาลที่กำลังพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเอง หรือการอาศัยกฎหมายที่คู่สัญญาได้เปลี่ยนแปลงให้มีผลบังคับกับสัญญาเป็นกฎหมายที่พิจารณาปัญหาดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดีเป็นที่ยอมรับไปในแนวทางเดียวกันว่า หากคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาแล้วย่อมจะไม่กระทบถึงความสมบูรณ์อันเกี่ยวกับแบบของสัญญาและสิทธิของบุคคลภายนอกที่ได้รับมาตามกฎหมายเดิม

โดยเมื่อพิจารณาถึงข้อจำกัดของการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้น ปรากฏว่ามีข้อจำกัดอยู่หลายประการ ไม่ว่าจะเป็น กฎหมายที่คู่สัญญาได้เปลี่ยนแปลงให้มีผลบังคับกับสัญญาต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่เป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที หรือการเปลี่ยนแปลงกฎหมายต้องทำด้วยความสุจริตไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการเลี่ยงกฎหมาย ดังนี้ เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยนั้น ดูเหมือนว่าประเด็นในเรื่องการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาจะไม่เป็นที่รู้จักในระบบกฎหมายขัดกัน ดังที่จะเห็นได้จาก ไม่ปรากฏประเด็นปัญหาดังกล่าวทั้งในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ทางปฏิบัติของศาลภายใน ตลอดจนตำรากฎหมายขัดกันของไทย ดังนั้นเพื่อเป็นการทำให้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มีความทันสมัยสอดคล้องกับหลักการสากล อันเป็นไปตามความมุ่งหมายของแผนปฏิรูปประเทศด้านกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม ที่ได้บรรจุประเด็นในเรื่องการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ให้มีความทันสมัยสอดคล้องกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจในปัจจุบัน⁷⁵ ด้วยเหตุนี้ประเทศไทยจึงสมควรที่จะต้องพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการบัญญัติประเด็นในเรื่องการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 หากว่าจะได้มีขึ้นในอนาคต

⁷⁵ ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง การประกาศแผนการปฏิรูปประเทศ, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 135/ ตอนที่ 24 ก/ หน้า 1/ 6 เมษายน 2561; และโปรดดู แผนการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม น.183, 192, 200.