วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: การรับเอาหลักกรุงเฮกว่าด้วยการเลือกกฎหมายในสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ค.ศ. 2015 มาใช้ในระบบกฎหมายไทย

ชื่อผู้แต่ง: กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส

การอ้างอิงที่แนะนำ: กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, ‘การรับเอาหลักกรุงเฮกว่าด้วยการเลือกกฎหมายในสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ค.ศ. 2015 มาใช้ในระบบกฎหมายไทย’ (2569) 55(2) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 530.

ผู้สนับสนุนหลัก

อนุพร อรุณรัตน์

SATYAPON & PARTNERS
THAILAND Intellectual Property Law Firm

Tax and Legal Counsellors
Seri Manop & Doyle
30 Years Serving the Business Community

Baker McKenzie.

SAIJO DENKI
ผู้นำเทคโนโลยีความเย็นเพื่อสุขภาพและหลังอาบ

ผู้สนับสนุนร่วม

SJC
SIAM JUSTICE CORPORATION

ETE GROUP

CSBC LAW OFFICES

DS&B DOMNERN SOMGIAT & BOONMA

วิญญูชน

WC&P

โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

การรับเอาหลักกรุงเฮกว่าด้วยการเลือกกฎหมายในสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ค.ศ. 2015 มาใช้ในระบบกฎหมายไทย*

Adopting the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts 2015 into Thai Legal System

กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส
รองศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
Kittiwat Chunchaemsai
Associate Professor, Faculty of Law Thammasat University

วันที่รับบทความ 14 มกราคม 2569; วันแก้ไขบทความ 8 มีนาคม 2569; วันตอบรับบทความ 17 มีนาคม 2569

บทคัดย่อ

จากการที่ที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (The Hague Conference on Private International Law: HCCH) ได้ดำเนินการจัดทำ “หลักกรุงเฮกว่าด้วยการเลือกกฎหมายในสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ค.ศ. 2015” (The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts 2015) หรือ “หลักกรุงเฮกฯ” และนำออกเผยแพร่เพื่อเป็นการวางแนวทางแห่งการประสานกฎหมายในระดับสากล ว่าด้วยกฎเกณฑ์เกี่ยวกับข้อตกลงเลือกกฎหมายในสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ อันเป็นหนึ่งในประเด็นปัญหาสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในส่วนที่ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนั้น ประเทศไทย

* บทความวิจัยฉบับนี้ ผู้เขียนได้เรียบเรียงขึ้นด้วยการสรุปใจความสำคัญเพื่อนำเสนอข้อค้นพบของงานวิจัยจาก รายงานฉบับสมบูรณ์ เรื่อง “การรับเอาหลักกรุงเฮกว่าด้วยการเลือกกฎหมายในสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ค.ศ. 2015 มาใช้ในระบบกฎหมายไทย” ซึ่งได้รับการสนับสนุนการวิจัยจาก คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ประจำปี พ.ศ. 2568.

ในฐานะรัฐสมาชิกลำดับที่ 88 ของ HCCH ประกอบกับเหตุผลความจำเป็นจากการที่กฎเกณฑ์เรื่องนี้ของประเทศไทย ดังปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 หรือ “พระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ” เป็นหลักนั้น ได้รับการบัญญัติขึ้นมากว่า 8 ทศวรรษ โดยปราศจากซึ่งการปรับปรุงแก้ไขโดยสิ้นเชิง กระทั่งตกอยู่ภายใต้กระแสการวิพากษ์วิจารณ์ถึงความล้าสมัยและความไม่อาจตอบสนองได้กับทางปฏิบัติในบริบทของสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศมาโดยตลอด จึงนำมาซึ่งเหตุผลความจำเป็นในการศึกษาวิจัยครั้งนี้ว่า ประเทศไทยสมควรรับเอากฎเกณฑ์ตามหลักกรุงเฮกฯ เข้ามาประยุกต์ใช้บังคับในระบบกฎหมายไทยหรือไม่ เพียงใด และอย่างไร

งานวิจัยฉบับนี้ได้ทำการศึกษา วิเคราะห์ และเปรียบเทียบ ระหว่างกฎเกณฑ์ตามหลักกรุงเฮกฯ กับกฎเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ เป็นสำคัญ ตลอดจนกฎหมายของต่างประเทศที่ได้รับเอากฎเกณฑ์ตามหลักกรุงเฮกฯ ไปกำหนดเป็นกฎหมายภายในของประเทศ ผลการศึกษาวิจัยพบได้อย่างชัดเจนว่า กฎเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ไม่สอดคล้องในหลากหลายประเด็นกับกฎเกณฑ์ตามหลักกรุงเฮกฯ สมควรได้รับการปรับปรุงพัฒนาและแก้ไขเพิ่มเติมให้มีความสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ตามหลักกรุงเฮกฯ ในหลายประการ แม้จะไม่จำต้องทำให้เหมือนกันกับกฎเกณฑ์ตามหลักกรุงเฮกฯ ทุกประการก็ตาม และจึงนำมาซึ่งผลผลิตอันเป็นข้อเสนอของงานวิจัยฉบับนี้ ในรูปแบบของร่างกฎหมายเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ อันเกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทโดยทางศาลของประเทศไทย เป็นสำคัญ

คำสำคัญ : การขัดกันแห่งกฎหมาย การเลือกกฎหมาย ข้อตกลงเลือกกฎหมาย สัญญา ไทย หลักกรุงเฮก

Abstract

The Hague Conference on Private International Law (HCCH) has produced and published the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts 2015, or “the Hague Principles”, for the purpose of harmonising rules concerning choice of law agreements in international commercial contracts internationally. These rules are among the most vital aspects of private international law, specifically regarding the conflict of laws. Thailand has had no revision of the Act on Conflict of Laws B.E. 2481, or “the Act on Conflict of Laws”, for more than 8 decades. Its rules have continuously been criticised for obsolete and impractical legislation in international commercial contexts. Particularly, as the 88th Member State of the HCCH, the Act on Conflict of Laws has thus been called for a thorough review. This research, consequently, focuses on the main question of to what extent, and how Thailand should adopt and apply the Hague Principles into the legal system.

After doing an analytical comparative study between the Hague Principles, the Act on Conflict of Laws and a domestic law of a foreign State into which the Hague Principles has been adopted, the result of this research reveals that the rules imposed by the Act on Conflict of Laws are, to a large extent, inconsistent with the rules written in the Hague Principles. The Act on Conflict of Laws must then be revised in many aspects. This, however, does not mean that Thailand has to follow all of the rules laying down by the Hague Principles. The research therefore advances a preliminary draft for the purpose of revising the Act on Conflict of Laws which will mainly direct to litigation as a method of dispute resolution in Thailand.

Keywords: Conflict of laws, choice of law, contract, Thailand, Hague Principles

1. บทนำ

ที่มาและสภาพปัญหา การที่ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นรัฐสมาชิกลำดับที่ 88 ของที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (The Hague Conference on Private International Law: HCCH) เมื่อวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 2021 (พ.ศ. 2564)[1] ก่อให้ความประสงค์อย่างแข็งขันที่จะพิจารณาเพื่อปรับปรุงพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private international law) ให้เป็นไปในแนวทางเดียวกับที่นานาชาติให้การยอมรับและปรับใช้ หนึ่งในกฎหมายนั้นก็คือ กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of laws) ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481" ซึ่งต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่า "พระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ" อันเป็นกฎหมายเก่ากว่า 80 ปี มิได้รับการแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมแม้แต่ครั้งเดียว จึงเป็นกฎหมายที่ล้าสมัยไม่ทันต่อพัฒนาการ กล่าวเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องในที่นี้คือ การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยสัญญา เห็นได้ชัดเป็นรูปธรรมจากการแต่งตั้ง "คณะกรรมการระดับชาติเพื่อขับเคลื่อนการดำเนินการ ภายหลังประเทศไทยเข้าเป็นสมาชิกที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล" และ "คณะอนุกรรมการพิจารณาแนวทางการปรับปรุงพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481" โดยกระทรวงยุติธรรม เพื่อพิจารณาแนวทางการปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวอันรวมถึงแต่ไม่จำกัดเพียง "หนี้ในทางสัญญา" (Contractual obligations)

คำถามตั้งต้นในการปรับปรุงพัฒนากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับหนี้ในทางสัญญาตามแนวทางของ HCCH ก็คือ ประเทศไทยสมควรรับเอา "หลักกรุงเฮกว่าด้วยการเลือกกฎหมายในสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ค.ศ. 2015" (The 2015 Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts)[2] ซึ่งต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่า "หลักกรุงเฮกฯ" (The Hague Principles) มาใช้ในระบบกฎหมายไทยหรือไม่ หลักกรุงเฮกฯ มีความสอดคล้องหรือแตกต่างอย่างไร เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยที่เป็นอยู่ ทั้งเมื่อหลักกรุงเฮกฯ มิใช่ตราสารระหว่างประเทศอย่างอนุสัญญา (Conventions) อันจะมีสภาพบังคับผูกพันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (Public international law) ที่รัฐจะตัดสินใจได้เพียงเข้าเป็นภาคีและทำการอนุวัติการตามอนุสัญญานั้นทั้งหมดหรือไม่เข้าร่วมเป็นภาคีเลย แต่เป็นตราสารที่ได้รับการจัดทำขึ้นในรูปของ "กฎหมายอย่างอ่อน" (Soft law)[3] ไม่มีสภาพบังคับผูกพันทางกฎหมาย (Non-binding instruments) รัฐจึงสามารถเลือกตัดสินใจได้ด้วยตนเองว่า จะรับเอากฎเกณฑ์ใด ไม่ว่าทั้งหมด

---

[1] HCCH เป็นองค์การระหว่างประเทศที่มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาและผลักดันกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในเวทีนานาชาติ ปัจจุบัน HCCH มีจำนวนสมาชิกทั้งสิ้น 93 สมาชิก ประกอบด้วย 92 รัฐ และ 1 องค์การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจในระดับภูมิภาค คือ สหภาพยุโรป <https://www.hcch.net/en/states/hcch-members> สืบค้นเมื่อ 8 มีนาคม 2569.

[2] <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135> สืบค้นเมื่อ 15 ธันวาคม 2567; เนื่องด้วยข้อจำกัดด้านเนื้อหาความยาวของบทความ จึงมิอาจนำเอาตัวบทกฎเกณฑ์เต็ม (Article) มาลงไว้ในบทความได้ แต่จะอาศัยการอ้างอิงแทน.

[3] กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, *ความรู้เบื้องต้นว่าด้วยการประสานกฎหมาย : ภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติเกี่ยวด้วยกฎหมายพาณิชย์ระหว่างประเทศ* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562) บทที่ 4.

หรือบางส่วนของตราสารนั้น มาประยุกต์ปรับใช้ในระบบกฎหมายภายในของรัฐได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสม แต่ความเป็นกฎหมายอย่างอ่อนนี้ก็ก่อให้เกิดคำถามตามมาในรายละเอียดว่า ประเทศไทยควรรับเอากฎเกณฑ์ตามหลักกรุงเฮกฯ มาใช้ในระบบกฎหมายไทยเพียงใด ทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนและส่วนใดบ้าง

การศึกษาวิจัย จากความเป็นมาดังกล่าว หลักกรุงเฮกฯ จึงสมควรได้รับการศึกษาวิจัยเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยที่เป็นอยู่ เพื่อวิเคราะห์ความสอดคล้องและความไม่สอดคล้อง อันจะนำไปสู่ผลการศึกษาเป็นข้อเสนอแนวทางในการวางกฎเกณฑ์และร่างกฎหมาย เพื่อปรับปรุงพัฒนากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของประเทศไทย ให้มีความก้าวหน้าในระดับนานาชาติและอย่างประสานสอดรับกับหลักกรุงเฮกฯ งานวิจัยนี้จึงเป็นงานวิจัยพื้นฐาน (Fundamental research) ด้านกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาบนพื้นฐานวัตถุประสงค์และประโยชน์ที่จะนำไปสู่ความก้าวหน้าทางวิชาการกฎหมาย และการประมวลผลความรู้ทางวิชาการกฎหมายนั้นมาใช้ให้เกิดประโยชน์ สู่การปรับปรุงพัฒนาพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ เกี่ยวกับสัญญา เพื่อประโยชน์ในการระงับข้อพิพาททางสัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศให้แก่เอกชน โดยเฉพาะที่จะเกิดขึ้นในศาลไทย ทั้งเป็นงานวิจัยเชิงคุณภาพ ทำการศึกษาวิจัยในเชิงหลักการทางกฎหมาย (Doctrinal legal research) การเลือกกฎหมายในสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ และการรับเอากฎหมายอย่างอ่อนในตราสารระหว่างประเทศเข้ามาใช้บังคับในระบบกฎหมายภายใน โดยได้จำแนกและไล่เรียงการศึกษาวิจัยเป็นรายมาตราหรือรายข้อ (Article-by-article analysis) ตามหลักกรุงเฮกฯ[4] ควบคู่กับการอธิบายและวิเคราะห์กฎเกณฑ์เหล่านั้น ร่วมด้วยการสอดแทรกการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ (Comparative legal study) โดยเฉพาะกฎหมายต่างประเทศที่ได้รับเอาหลักกรุงเฮกฯ เข้าไปเป็นกฎหมายภายในอย่างเป็นลายลักษณ์อักษร[5] เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาการรับเอาหลักกรุงเฮกฯ มาประยุกต์ปรับใช้อย่างเป็นงานวิจัยสร้างสรรค์ (Creative research) นำไปสู่ข้อเสนอการพัฒนาร่างกฎหมายให้แก่ประเทศไทยในท้ายที่สุด อนึ่ง การศึกษาวิจัยนี้มีขอบเขตจำกัดทางเนื้อหาตามหลักกรุงเฮกฯ ครอบคลุมเฉพาะการตกลงเลือกกฎหมายในสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยมุ่งเน้นไปที่การระงับข้อพิพาทโดยทางศาลเป็นสำคัญ แม้จะมีส่วนเกี่ยวโยงกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอยู่บ้าง ดังนั้น กฎหมายไทยที่จะนำมาศึกษาวิจัยจึงอยู่ภายใต้ขอบเขตจำกัดดังกล่าวเช่นกัน กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวข้องโดยตรง ได้แก่ พระราชบัญญัติการขัดกันแห่ง

---

[4] โดยเฉพาะจากบันทึกข้อคิดเห็น (Commentary) ของหลักกรุงเฮกฯ ใน HCCH, 'Commentary on the Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts' in Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts (HCCH 2015) <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6353&dtid=3> สืบค้นเมื่อ 17 ธันวาคม 2567.

[5] Status Tables, Implementation legislation 2015 <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6300&dtid=41> สืบค้นเมื่อ 7 มกราคม 2568; โดยเฉพาะกฎหมายของประเทศปารากวัย (Paraguay) ซึ่งได้รับเอาหลักกรุงเฮกฯ ไปกำหนดเป็นกฎหมายภายในอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรแจ้งชัดใน Paraguayan Law 5393 of 2015 "Regarding the Applicable Law to International Contracts" ซึ่งต่อไปในบทความนี้เรียกว่า "Paraguayan Law 5393"; José Antonio Moreno Rodríguez, 'Paraguay' in Daniel Girsberger, Thomas Kadner Graziano and Jan L Neels (eds), *Choice of Law in International Commercial Contracts: Global Perspectives on the Hague Principles* (Oxford University Press 2021) ch 63.

กฎหมายฯ และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่า “พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ”

โครงสร้างของบทความ แบ่งออกเป็น 5 ส่วน ประกอบด้วย ส่วนที่ 1 บทนำ ส่วนที่ 2 หลักทั่วไปในการตกลงเลือกกฎหมาย ส่วนที่ 3 วิธีการในการตกลงเลือกกฎหมาย ส่วนที่ 4 ผลของการตกลงเลือกกฎหมาย และสุดท้ายส่วนที่ 5 บทสรุปเชิงวิเคราะห์และข้อเสนอแนะ ตามลำดับ

2. หลักทั่วไปในการตกลงเลือกกฎหมาย

หลักกรุงเฮกฯ จัดทำขึ้นในปี ค.ศ. 2006 แล้วเสร็จปี ค.ศ. 2015 มุ่งหมายวางแนวทางและกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย เรื่องข้อตกลงเลือกกฎหมายในสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศอย่างเป็นต้นแบบสากล เพื่อประโยชน์ในการประสานกฎหมาย (Harmonisation of law) และเป็นตราสารระหว่างประเทศฉบับแรกที่ HCCH ตัดสินใจเลือกดำเนินการด้วยวิธีการในรูปของกฎหมายอย่างอ่อน แทนการจัดทำอนุสัญญาระหว่างประเทศอย่างที่เคยปฏิบัติมา โดยในส่วนนี้จะเริ่มต้นทำการศึกษาวิเคราะห์หลักทั่วไปและข้อความคิดพื้นฐานของหลักกรุงเฮกฯ ต่อเนื่องไปยัง Articles 1-3 และ Article 12 ตามลำดับ

2.1 หลักทั่วไปและข้อความคิดพื้นฐาน

หลักกรุงเฮกฯ[6] ได้รับการออกแบบมาเพื่อส่งเสริมสนับสนุน “หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา” หรือ “หลักอำนาจอิสระของคู่สัญญา” (Party autonomy) ในสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ให้เป็นที่ยอมรับและบังคับได้อย่างกว้างขวางในระดับนานาชาติ ผ่านการแสวงหาจุดสมดุลระหว่างหลักอำนาจอิสระของคู่สัญญาของภาคเอกชน กับหลักการอื่นที่ภาครัฐมักคำนึงถึงและให้ความสำคัญ เพื่อจะเป็นมาตรฐานสากลและแนวปฏิบัติที่ดีเลิศสำหรับนานาชาติ โดยมีเนื้อหาประกอบไปด้วยอารัมภบท (Preamble) และกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Articles) 12 ข้อ แม้ความยาวโดยรวมไม่มากแต่ล้วนสะท้อนหลักการสำคัญในกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกกฎหมายในสัญญา ทั้งยังเป็นการรังสรรค์ให้เกิดนวัตกรรมทางกฎเกณฑ์ (Innovative rules) อย่างที่สามารถนำไปประยุกต์ปรับได้จริงในทางปฏิบัติที่หลากหลาย ทั้งในบริบทภาครัฐและภาคเอกชน ไม่ว่าในการบัญญัติกฎหมาย การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท และการตกลงทำสัญญา บนพื้นฐานของหลักทั่วไปและข้อความคิดพื้นฐานดังนี้

(1) “หลักอำนาจอิสระของคู่สัญญา” ในการตัดสินใจและตกลงเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ เพื่อจะได้ทราบถึงสิทธิหน้าที่และความรับผิดทางสัญญาของตน ทั้งในขั้นก่อนหรือขณะเข้าทำสัญญา ภายหลังการเกิดสัญญาและเพื่อปฏิบัติตามสัญญา จนถึงขั้นการระงับข้อพิพาทหากมีขึ้น ไม่ว่าในบริบทของการระงับข้อพิพาทโดยทางศาล (Courts) หรือโดย

[6] HCCH (เชิงอรรถ 4) 23-28; Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, ‘Choice of Law in International Commercial Contracts: Hague Principles ?’ (2010) 15 Uniform Law Review 883.

อนุญาโตตุลาการ (Arbitrations) อันจะช่วยยกระดับความแน่นอนและคาดหมายได้ถึงกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญา ตลอดจนผลที่จะเกิดขึ้นตามมาจากปัญหาความต่างทางกฎหมายของแต่ละรัฐ และด้วยคู่สัญญาย่อมอยู่ในสถานะอันเหมาะสมที่สุดที่จะตัดสินใจว่า กฎหมายใดเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาของตน การวินิจฉัยกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาโดยไม่คำนึงถึงเจตนาคู่สัญญา จึงเป็นการละเลยเจตจำนงคู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ก่อให้เกิดและเป็นผู้ต้องผูกพันตามสัญญานั้น

(2) "ข้อตกลงเลือกกฎหมาย" (Choice of law agreements) บนพื้นฐานหลักอำนาจอิสระของคู่สัญญา ต้องพิจารณาแยกต่างหากจากสัญญาหลัก (Main contracts) ซึ่งอาจเป็นสัญญาซื้อขาย สัญญาบริการ หรือสัญญาอื่นใด โดยคู่สัญญาอาจตกลงเลือกกฎหมายอยู่ในสัญญาหลักหรือแยกต่างหากจากสัญญาหลักก็ได้ และข้อตกลงเลือกกฎหมายย่อมพิจารณาแยกต่างหากจากข้อตกลงวิธีการระงับข้อพิพาท ไม่ว่า "ข้อตกลงเลือกศาล" (Choice of court agreements) "ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ" (Arbitration agreements) ที่ซึ่งคู่สัญญาระบุเลือกศาลของประเทศหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการของประเทศที่จะไปทำการระงับข้อพิพาทอันเกิดขึ้นจากสัญญานั้น ตามแต่กรณี แม้ในทางปฏิบัติคู่สัญญาอาจระบุข้อตกลงวิธีการระงับข้อพิพาท เคียงคู่หรือร่วมกันกับข้อตกลงเลือกกฎหมายก็ตาม ทั้งนี้ หลักกรุงเฮกฯ ไม่ได้กำหนดเรื่องข้อตกลงวิธีการระงับข้อพิพาทไว้แต่อย่างใด

(3) ความเป็นกฎหมายอย่างอ่อน ของหลักกรุงเฮกฯ ซึ่งได้รับการจัดทำขึ้นในลักษณะ "หลักทั่วไป" (General principles) ให้เป็นกฎหมายต้นแบบ (Model law) สามารถนำไปใช้ตีความกฎหมายที่เป็นอยู่ เสริม แก้ไขหรือพัฒนากฎหมาย และอาจนำไปปรับใช้โดยศาลหรืออนุญาโตตุลาการก็ได้ โดยรัฐสามารถนำหลักกรุงเฮกฯ ไปประยุกต์ปรับใช้ในระบบกฎหมายภายในของตนได้ตามระบบและวิธีการที่เห็นว่าเหมาะสม ทำให้หลักกรุงเฮกฯ มีความยืดหยุ่นและกว้างขวางอยู่ในตัว เนื่องจากสามารถนำไปใช้เคียงคู่หรือร่วมกันกับตราสารระหว่างประเทศอื่น ไม่ว่าตราสารที่มีสภาพบังคับผูกพันทางกฎหมาย[7] หรือตราสารที่ไม่มีสภาพบังคับผูกพันทางกฎหมาย[8]

(4) วัตถุประสงค์และขอบเขต ได้แก่ การวางกฎเกณฑ์รองรับให้แน่ใจว่า "กฎหมายที่เลือกไว้" (The chosen law) โดยคู่สัญญา ย่อมเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา และความมีผลใช้บังคับกับสัญญาของกฎหมายที่เลือกไว้นั้น ย่อมเป็นไปอย่างกว้างขวางที่สุดภายใต้ขอบเขตและข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ เพื่อสร้างจุดสมดุลระหว่างหลักอำนาจอิสระของคู่สัญญาภาคเอกชนกับประโยชน์สาธารณะตามแนวคิดและมุมมองของภาครัฐ ทั้งนี้ หลักกรุงเฮกฯ ไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์กรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ทำการตกลงเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาไว้ (Applicable law in the absence of choice) เนื่องจากต้องการมุ่งเน้นที่หลักอำนาจอิสระของคู่สัญญาเป็นที่ตั้ง และเพราะเหตุผลทั่วไปว่า กฎเกณฑ์

---

[7] เช่น Regulation (EC) No 593/2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I Regulation) ของสหภาพยุโรป (European Union: EU) และ Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts 1994 (Mexico Convention) จัดทำขึ้นโดยองค์การแห่งรัฐอเมริกัน (Organization of American States: OAS).

[8] เช่น หลักว่าด้วยสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของสถาบันระหว่างประเทศเพื่อการจัดทำกฎหมายเอกชนให้เป็นเอกรูป ค.ศ. 2016 (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016: UPICC) จัดทำโดยสถาบันระหว่างประเทศเพื่อการจัดทำกฎหมายเอกชนให้เป็นเอกรูป (International Institute for the Unification of Private Law: UNIDROIT).

ในกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกรณีคู่สัญญาไม่ได้ตกลงเลือกกฎหมายไว้นั้น มิได้ปรากฏความเห็นพ้องต้องกัน (Consensus) ในระหว่างนานาชาติต่างจากการยอมรับข้อตกลงเลือกกฎหมาย[9]

บทวิเคราะห์

(1) หลักอำนาจอิสระของคู่สัญญาเป็นหลักพื้นฐานในกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเรื่องสัญญาอันได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและต่อเนื่องจนปัจจุบัน[10] การให้อิสระในการเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ สอดรับกับแนวคิดเสรีนิยมทางการค้าข้ามพรมแดน ความเป็นเอกเทศจากระบบกฎหมายภายในรัฐ และการสร้างสภาพแวดล้อมทางกฎหมายที่เอื้ออำนวยต่อความเป็นหนึ่งเดียวกันในเศรษฐกิจโลก[11] กระนั้น หลักอำนาจอิสระของคู่สัญญาก็มิใช่ว่าจะได้รับการยอมรับหรือใช้บังคับในทุกรัฐในระดับมาตรฐานเดียวกัน ทั้งหลักนี้มักถูกกล่าวถึงอย่างเป็นเพียงข้อความคิดเชิงนามธรรม ขาดแนวทางและกฎเกณฑ์รูปธรรมว่ามีสาระสำคัญหรือขอบเขตอย่างไร หลักกรุงเฮกฯ จึงเป็นตราสารระหว่างประเทศที่เข้ามาสร้างเสริมลงลึกในรายละเอียด นำไปสู่มาตรฐานเดียวกันหรือใกล้เคียงกันยิ่งขึ้นในระดับสากล[12]

(2) ข้อตกลงเลือกกฎหมาย เป็นกลไกที่คู่สัญญาสามารถใช้เพื่อประโยชน์ในการทำสัญญาตั้งแต่ขั้นการเจรจา การร่างและตกลงทำสัญญา ต่อเนื่องไปยังการปฏิบัติตามสัญญาและการระงับข้อพิพาท บนพื้นฐานของกฎหมายที่คู่สัญญาตกลงเลือกไว้ ลดความเสี่ยงและการโต้แย้งเรื่องกฎหมายที่จะใช้บังคับได้จริง (Practical solutions)[13] แต่ด้วยขอบเขตหรือข้อจำกัดต่อการตกลงเลือกกฎหมายอาจต่างกันออกไปในแต่ละรัฐ หลักกรุงเฮกฯ จึงพยายามวางมาตรฐานกลางเกี่ยวกับความมีผลใช้บังคับได้ของข้อตกลงเลือกกฎหมายเช่นกัน สำหรับประเทศไทยนั้น หลักอำนาจอิสระของคู่สัญญาในการตกลงเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับ ได้รับการบัญญัติรับรองไว้แจ้งชัดเป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 13 วรรคหนึ่ง

---

[9] ประเทศปารากวัยซึ่งได้รับเอาหลักกรุงเฮกฯ ไปกำหนดเป็นกฎหมายภายใน ได้มีการเพิ่มเติมกฎเกณฑ์สำหรับกรณีที่ไม่ปรากฏข้อตกลงเลือกกฎหมายหรือข้อตกลงเลือกกฎหมายไม่สามารถมีผลใช้บังคับได้ไว้ โดยกำหนดให้อยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐที่มีความผูกพันใกล้ชิดที่สุด (The law of the State with which it has the closest ties) ใน Paraguayan Law 5393 Article 11.

[10] Symeon C Symeonides, 'The Hague principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comment' (2013) 61 The American Journal of Comparative Law 873; Peter Edward Nygh, *Autonomy in International Contracts* (Oxford University Press 1999) 31-45; Mukarrum Ahmed, 'The Nature and Enforcement of Choice of Law Agreements' (2018) 14 Journal of Private International Law 500, 517-524.

[11] Michael Wilderson and Horatia Muir Watt, 'Party autonomy' in Jürgen Basedow and others (eds), *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2017) 1336-1341.

[12] Symeon C Symeonides, 'The Story of Party Autonomy' in Daniel Girsberger, Thomas Kadner Graziano and Jan L Neels (eds), *Choice of Law in International Commercial Contracts: Global Perspectives on the Hague Principles* (Oxford University Press 2021) ch 2; Jan L Neels, 'The Nature, Objective and Purposes of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts' (2015) 2015 Journal of South African Law/Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg 774.

[13] Marta Pertegás and Brooke Adele Marshall, 'Party autonomy and its limits: Convergence through the new Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts' (2014) 39 Brooklyn Journal of International Law 975, 976-977.

แห่งพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ[14] และ มาตรา 34 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ การเคารพต่อเจตนาจำนงของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมาย จึงเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายไทยมาแต่เดิมจนปัจจุบัน[15] และจึงสอดคล้องในเชิงหลักการกับหลักกรุงเฮกฯ

(3) ความเป็นกฎหมายอย่างอ่อนของหลักกรุงเฮกฯ แม้มีข้อวิจารณ์เชิงลบเกี่ยวกับความไม่อาจมีผลบังคับผูกพันทางกฎหมาย (Legal enforcement) ได้ในตัวเอง แต่ก็มีข้อวิเคราะห์เชิงบวกหลายประการ โดยเฉพาะการเป็นต้นแบบหลักและข้อความคิดทางกฎหมายที่ประจักษ์ชัดเป็นลายลักษณ์อักษร เปิดกว้างสู่การประยุกต์และการปรับใช้ได้หลากหลาย การประสานกฎหมายอันพึงยอมรับร่วมกันได้ในระหว่างรัฐ และการต่อยอดให้เป็นตราสารที่มีสภาพบังคับในอนาคต[16] ซึ่งเป็นการมุ่งที่ผลสัมฤทธิ์ของการประสานกฎหมายยิ่งกว่าการยึดถืออำนาจบังคับผูกพันทางกฎหมาย สำหรับประเทศไทย การที่หลักกรุงเฮกฯ มิได้ก่อให้เกิดพันธกรณีผูกพันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ทำให้การรับเอามาเป็นกฎหมายภายในไม่จำต้องผ่านกระบวนการแบบแผนเดียวกันกับการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญ[17] การเป็นกฎหมายต้นแบบและหลักทั่วไปของหลักกรุงเฮกฯ ยังเป็นจุดตั้งต้นที่ดีของฐานข้อมูลเพื่อพิจารณาทบทวนกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งท้ายที่สุดย่อมขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของประเทศไทยเอง อันสามารถพิจารณาดำเนินการได้อย่างยืดหยุ่น โดยอาจเลือกรับเอาหลักกรุงเฮกฯ มาทั้งหมดหรือเพียงบางกฎเกณฑ์ และอาจปรับเปลี่ยนบางเรื่องบางกฎเกณฑ์ให้แตกต่างไปจากที่หลักกรุงเฮกฯ กำหนดไว้ก็ได้

(4) จากวัตถุประสงค์ของหลักกรุงเฮกฯ แม้จะสร้างความชัดเจนและโดดเด่นให้แก่หลักอำนาจอิสระของคู่สัญญาและข้อตกลงเลือกกฎหมาย โดยเฉพาะกับประเทศที่มิได้ให้การยอมรับหลักนี้หรือยอมรับโดยทั่วไปแต่ไม่ปรากฏกฎเกณฑ์ที่ชัดเจน หรือที่ไม่ปรากฏว่าให้การยอมรับหรือไม่[18] แต่จากขอบเขตอันจำกัดเพียงข้อตกลงเลือกกฎหมายในสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งไม่ครอบคลุมไปถึง

---

[14] ในชั้นการร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้ปรากฏความตามบันทึกย่อความเห็นของคณะกรรมการร่างกฎหมายว่า “กรรมการได้ตกลงให้เน้นความสำคัญของเจตนาที่จะเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญามากขึ้น” ใน ใบบันทึกเรื่องย่อความเห็นกรรมการด้านกฎหมายเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย โดย สายหยุด แสงอุทัย (1 พฤศจิกายน 2481) (20); ดำเนิน ทรัพย์ไพศาล, ‘กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาธุรกิจระหว่างประเทศ’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2530) 126.

[15] ปรีดี พนมยงค์, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล* (มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง 2479) 188 “หลักสำคัญในเรื่องสัญญา ก็คือเจตนาของคู่กรณีเป็นสิ่งสำคัญ คู่กรณีประสงค์จะให้ใช้กฎหมายอันใด ถ้ากิจการนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีแล้ว ก็จะต้องวินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณีนั้น”; อธึก อัศวานันท์, *ร่างสัญญาธุรกิจ* (พิมพ์ครั้งที่ 5, วิญญูชน 2562) 433-435; สุพัฒน์ ชัยวรมุขกุล, ‘การขัดกันแห่งกฎหมายสารบัญญัติในกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ : ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552) 30-33.

[16] Johannes Landbrecht, ‘The Hague Conference on Private International Law: Shaping a Global Framework for Party Autonomy’ (2017) International Business Law Journal 35, 44.

[17] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 178.

[18] María Mercedes Albornoz and Nuria González Martín, ‘Towards the Uniform Application of Party Autonomy for Choice of Law in International Commercial Contracts’ (2016) 12 Journal of Private International Law 437, 438.

สัญญาเรื่องอื่นในทางแพ่ง และการไม่มีกฎเกณฑ์สำหรับกรณีที่ไม่ปรากฏข้อตกลงเลือกกฎหมายหรือข้อตกลงเลือกกฎหมายไม่อาจมีผลใช้บังคับได้นั้น หลักกรุงเฮกฯ จึงไม่ใช่สูตรสำเร็จในการเป็นต้นแบบของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอย่างเป็นองค์รวมที่ครบถ้วน กระนั้น วัตถุประสงค์และขอบเขตอันจำกัดของหลักกรุงเฮกฯ ตลอดจนการให้ความสำคัญกับแนวคิดทางกฎหมายเรื่องประโยชน์สาธารณะของรัฐควบคู่ด้วยแล้ว ก็ย่อมทำให้ง่ายในการที่แต่ละประเทศรวมถึงประเทศไทยจะพิจารณาเพื่อรับเอามาใช้ประโยชน์ ด้วยย่อมเป็นการจำกัดข้อโต้แย้งและลดข้อห่วงกังวลในเรื่องอื่นเหล่านั้นลงไป[19]

2.2 Article 1 ขอบเขตการใช้บังคับ

Article 1 กำหนดให้หลักกรุงเฮกฯ ใช้บังคับกับข้อตกลงเลือกกฎหมายในสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ แยกองค์ประกอบการพิจารณาขอบเขตการใช้บังคับ (Scope of the Principles) ได้เป็น 3 ประการ ดังนี้

(1) ขอบเขตพื้นฐานตาม Article 1(1) หลักกรุงเฮกฯ ใช้บังคับเฉพาะกับข้อตกลงเลือกกฎหมายในสัญญาซึ่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายกระทำการในทางการค้าหรือทางวิชาชีพของตน (Trade or profession) ไม่ใช้บังคับกับสัญญาผู้บริโภคและสัญญาจ้างแรงงาน ตามแนวคิดอันจำกัดเฉพาะ “สัญญาทางพาณิชย์” (Commercial contracts) ดังอธิบายในอารัมภบท เนื่องจากหลักอำนาจอิสระของคู่สัญญาได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในกรณีสัญญาทางพาณิชย์ ประกอบกับเหตุผลข้อความคิดว่า ความเสี่ยงที่จะเกิดการใช้หลักอำนาจอิสระของคู่สัญญาไปในทางที่ผิด (Abuse of party autonomy) ย่อมลดน้อยลงหรือมีไม่มากนักในสัญญาทางพาณิชย์ อย่างไรก็ดี HCCH อาศัยการอธิบายผ่านการพรรณนาอย่างตรงไปตรงมาว่าหมายถึง สัญญาในทางการค้าหรือทางการวิชาชีพ มิได้ใช้คำว่าสัญญาทางพาณิชย์อย่างเป็นกฎเกณฑ์[20] กระนั้น การตีความย่อมต้องเป็นไปตามแนวคิดความเป็นเอกเทศ (Autonomous) อันไม่จำเป็นที่จะต้องเหมือนกันกับระบบกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ และโดยที่ไม่จำต้องคำนึงถึงวิธีการ (Means) ที่คู่สัญญาใช้ในการตกลงทำสัญญา เช่น สัญญาอาจเกิดขึ้นผ่านวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ ส่วนการไม่ใช้บังคับกับสัญญาผู้บริโภคและสัญญาจ้างแรงงานมาจากเหตุผลว่ากฎหมายสารบัญญัติภายในของรัฐมักกำหนดข้อกฎหมายให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาฝ่ายผู้บริโภคและฝ่ายลูกจ้าง อย่างที่ไม่อาจตกลงเป็นอย่างอื่นได้ ประกอบกับเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคและลูกจ้างมิให้ตกอยู่ภายใต้ข้อกังวลเกี่ยวกับการใช้หลักอำนาจอิสระของคู่สัญญาไปในทางที่ผิด ทั้งนี้ การที่หลักกรุงเฮกฯ ไม่ใช้บังคับกับสัญญาที่มิใช่สัญญาทางพาณิชย์ (Non-commercial contracts) ไม่ควรนำไปสู่การตีความในเชิงตรงกันข้ามว่า เป็นการปิดกั้นหรือยกเว้นหลักอำนาจอิสระของคู่สัญญากับสัญญาเหล่านี้ไปในทันทีทันใด

---

[19] เช่น สัญญาก่อนสมรส ซึ่งพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ มาตรา 25 กำหนดให้เจตนาเลือกกฎหมายอยู่ในจุดเกาะเกี่ยวลำดับรอง.

[20] เช่นเดียวกับ UPICC Preamble และ Rome I Regulation Article 6(1).

(2) ความเป็นระหว่างประเทศ (Internationality) ของสัญญาตาม Article 1(2) ซึ่งมิได้อาศัยการให้ความหมายในเชิงบวกเช่นที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศบางฉบับ[21] แต่กำหนดความหมายในเชิงตรงกันข้ามหรือเชิงนิเสธ ซึ่งปรากฏในตราสารระหว่างประเทศบางฉบับเช่นกัน[22] คือ สัญญาที่จะถือว่ามิใช่สัญญาที่มีความเป็นระหว่างประเทศ ได้แก่ สัญญาซึ่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีสถานประกอบการในรัฐเดียวกัน และความสัมพันธ์ในระหว่างคู่สัญญาตลอดจนองค์ประกอบอื่นของสัญญายกเว้นข้อตกลงเลือกกฎหมาย เกี่ยวข้องเฉพาะรัฐซึ่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีสถานประกอบการตั้งอยู่เพียงรัฐเดียว อันมีผลเท่ากับเป็นการยกเว้นการใช้บังคับกับสัญญาภายในรัฐโดยแท้ (Purely domestic situations) เท่านั้น ในการตรวจสอบความเป็นระหว่างประเทศตามหลักกรุงเฮกฯ จึงจำแนกได้เป็น 2 ขั้นตอน ขั้นที่หนึ่ง หากคู่สัญญามีสถานประกอบการอยู่ในรัฐที่ต่างกัน สัญญานั้นย่อมมีความเป็นระหว่างประเทศโดยไม่ต้องพิจารณาปัจจัยอื่นประกอบ ขั้นที่สอง หากคู่สัญญามิได้มีสถานประกอบการอยู่ในรัฐที่ต่างกัน สัญญานั้นก็ยังอาจเป็นสัญญาที่มีความเป็นระหว่างประเทศได้ เว้นแต่องค์ประกอบอื่นของสัญญาทั้งหมด เช่น สถานที่ตกลงทำสัญญา สถานที่ชำระหนี้ตามสัญญา สัญชาติของคู่สัญญา เกิดขึ้นหรือตั้งอยู่ในรัฐเดียวกันตามที่กำหนดไว้[23] ทั้งนี้ การตกลงเลือกกฎหมายต่างประเทศ (Foreign law) มิใช่องค์ประกอบของความเป็นระหว่างประเทศ คู่สัญญาจึงไม่อาจก่อตั้งความเป็นระหว่างประเทศให้แก่สัญญาเพียงอาศัยการเลือกกฎหมายต่างประเทศได้ แม้จะเป็นการเลือกควบคู่กับข้อตกลงเลือกศาลหรืออนุญาโตตุลาการในต่างประเทศด้วยก็ตาม[24]

(3) เรื่องที่อยู่นอกขอบเขตการใช้บังคับของหลักกรุงเฮกฯ ตาม Article 1(3) ครอบคลุม 6 เรื่อง[25] ได้แก่ ความสามารถของบุคคลธรรมดา ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและข้อตกลงเลือกศาล เรื่องเกี่ยวกับบริษัทหรือการรวมกลุ่มประเภทอื่นและทรัสต์ ล้มละลาย ผลทางทรัพย์สินของสัญญา และปัญหาว่าตัวแทนสามารถกระทำการเพื่อให้มีผลผูกพันตัวการต่อบุคคลที่สามได้หรือไม่เพียงใด บนเหตุผลพื้นฐาน คือ เรื่องที่ยกเว้นเหล่านี้ยังไม่ปรากฏความเห็นพ้องต้องกันกว้างขวางเพียงพอว่าจัดเป็นเรื่องทางสัญญา (Contractual issues) หรือไม่ ควรนับรวมว่าอยู่ภายใต้หลักอำนาจอิสระของคู่สัญญาหรือไม่ กระนั้น หลักกรุงเฮกฯ มิได้จำกัดห้ามมิให้ทำการขยายขอบเขตหลักอำนาจอิสระของคู่สัญญา ด้วยการนำเอาไปประยุกต์ใช้ให้ครอบคลุมเรื่องตามข้อยกเว้นเหล่านี้แต่อย่างใด

---

[21] เช่น Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods (Hague Sales Convention) Article 1(a)-(b) หรือใน Convention of 5 July 2006 on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary (Hague Securities Convention) Article 3.

[22] เช่น Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements (Hague Choice of Court Convention) Article 1(2).

[23] กรณีหากคู่สัญญามีสถานประกอบการมากกว่าหนึ่งแห่ง จะต้องนำ Article 12 มาพิจารณาประกอบ ดังจะได้อธิบายต่อไป.

[24] กฎเกณฑ์นี้มีความคล้ายกันกับที่ได้รับการกำหนดไว้ใน Hague Sales Convention Article 1(b) แต่แตกต่างจากที่กำหนดไว้ใน Hague Securities Convention Article 3 และใน Rome I Regulation Article 1(1).

[25] มีต้นแบบอย่างน้อยมาจาก Hague Sales Convention Article 5, Rome I Regulation Article 1(2) และ Mexico Convention Article 5.

บทวิเคราะห์

(1) การที่ Article 1(1) ใช้คำว่าสัญญาซึ่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายกระทำการในทางการค้าหรือทางวิชาชีพ โดยไม่ใช้คำว่าสัญญาทางพาณิชย์แม้เป็นชื่อของหลักกรุงเฮกฯ นั้น แสดงให้เห็นความตั้งใจที่จะใช้ถ้อยคำสามัญในการวางกฎเกณฑ์ เลี่ยงถ้อยคำเทคนิคทางกฎหมายที่อาจมีความหมายต่างกันออกไปในนานาประเทศ[26] ลดข้อโต้แย้งเกี่ยวกับแนวคิดการให้ความคุ้มครองคู่สัญญาที่อาจมีสถานะและอำนาจต่อรองที่ไม่ทัดเทียมกัน และลดข้อโต้เถียงเกี่ยวกับการใช้หลักอำนาจอิสระของเอกชนไปในทางที่ผิดหรือเพื่อเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพียงอย่างเดียว การปรับใช้หลักกรุงเฮกฯ จึงตั้งต้นอยู่ที่ว่าคู่สัญญาแต่ละฝ่ายกระทำการในทางการค้าหรือทางวิชาชีพของตนหรือไม่ ซึ่งขึ้นอยู่กับสถานการณ์ของสัญญาเป็นสำคัญ มิใช่ขึ้นอยู่กับสถานะส่วนตัวของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย และการตีความหลักกรุงเฮกฯ ย่อมเป็นไปอย่างเป็นเอกเทศ ไม่ขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ จึงไม่อาจนำเอาเพียงพื้นฐานความเข้าใจตามแต่ละระบบกฎหมายมาใช้พิจารณาได้

การที่หลักกรุงเฮกฯ จำกัดขอบเขตเพียงเรื่องทางพาณิชย์ ไม่ใช้บังคับกับสัญญาผู้บริโภคและสัญญาจ้างแรงงาน ย่อมทำให้ง่ายต่อการรับเอามาใช้ในระบบกฎหมายไทย ไม่กระทบต่อนิตินโยบายเกี่ยวกับสัญญาทั้งสองประเภทที่ซึ่งกฎหมายไทยให้ความคุ้มครองผู้บริโภคและลูกจ้างเช่นกัน แต่ระบบกฎหมายไทยก็หาได้มีนิยามแจ้งชัดว่า คำว่า “สัญญาทางพาณิชย์” หมายความว่าอย่างไร[27] การรับเอาหลักกรุงเฮกฯ ซึ่งใช้บังคับเฉพาะกับสัญญาซึ่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายกระทำการในทางการค้าหรือทางวิชาชีพของตน จึงมิได้ขัดแย้งต่อพื้นฐานความเข้าใจที่ว่า สัญญาทางพาณิชย์สื่อนัยถึงสัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือผู้ประกอบวิชาชีพด้วยกันเอง (Business-to-business contracts หรือ B2B)[28] ข้อวิเคราะห์ประการหนึ่งที่อาจนำมาซึ่งความยุ่งยากในการรับเอาหลักกรุงเฮกฯ ก็คือ การที่พระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ กำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายแบบเหมารวมสำหรับสัญญาอย่างเป็นการทั่วไป มิได้จำแนกแยกกฎเกณฑ์ระหว่างสัญญาทางแพ่ง สัญญาทางพาณิชย์ สัญญาผู้บริโภค หรือสัญญาจ้างแรงงาน ไว้เป็นการเฉพาะ[29] การรับเอาหลักกรุงเฮกฯ มาใช้ในระบบกฎหมายไทย จึงสมควรได้รับการบัญญัติขึ้นแยกต่างหากเป็นการเฉพาะและจำกัดขอบเขตไว้สำหรับสัญญาทางพาณิชย์เท่านั้น

(2) ลักษณะ “ความเป็นระหว่างประเทศ” ในกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายโดยทั่วไปมิได้มีนิยามตายตัวร่วมกัน องค์ประกอบหรือปัจจัยข้อเท็จจริงที่ใช้พิจารณาความเป็นระหว่างประเทศจึงแตกต่างกันออกไปในแต่ละระบบกฎหมายทั้งในลักษณะที่เปิดกว้างและที่

---

[26] Paraguayan Law 5393 Article 1 กำหนดเพิ่มเติมสัญญาแฟรนไชส์ สัญญาตัวแทน และสัญญาจัดจำหน่าย.

[27] จุมพล แดงสกุล, *คู่มือการศึกษากฎหมายสัญญาทางพาณิชย์* (วิญญูชน 2565) บทที่ 4.

[28] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *สัญญาผู้บริโภค ข้อพิพาทผู้บริโภค และคดีผู้บริโภค* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2567) 21; ดาราพร ถิระวัฒน์, *สัญญาผู้บริโภค* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559) 17-18, 24-31; พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 เป็นต้น.

[29] ดูตัวอย่างการจำแนกตามประเภทสัญญาได้ในกฎหมายสหภาพยุโรป Rome I Regulation; กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1: การขัดกันแห่งกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 1 พิมพ์เพิ่มเติมครั้งที่ 1, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2567) 348-352.

จำกัดแคบ[30] ด้วยบางระบบกฎหมายเปิดโอกาสให้คู่สัญญาเลือกกฎหมายได้เฉพาะกรณีสัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศ แต่ไม่อนุญาตกรณีสัญญาภายในประเทศ (Domestic contracts) หรือบางระบบกฎหมายจัดให้สัญญาที่แม้เป็นสัญญาภายในประเทศ แต่หากคู่สัญญาตกลงเลือกกฎหมายต่างประเทศแล้วก็ย่อมถือว่าเป็นสัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศได้ ความต่างระหว่างระบบกฎหมายนี้จึงย่อมส่งผลกระทบต่อความมีผลใช้บังคับได้ของข้อตกลงเลือกกฎหมายของคู่สัญญา[31] ความเป็นระหว่างประเทศตาม Article 1(2) แม้กำหนดในลักษณะที่เปิดกว้าง แต่ถูกวิจารณ์ว่า ทำให้การพิจารณาความเป็นระหว่างประเทศไม่ถูกจำกัดเฉพาะตามองค์ประกอบทางกฎหมาย (Legal criteria) ตรงกันข้ามกับการกำหนดความเป็นระหว่างประเทศในลักษณะที่จำกัดแคบ อาทิ การกำหนดว่าคู่สัญญาต้องมีสถานประกอบการอยู่ในรัฐที่ต่างกัน มีสัญชาติต่างกัน การเข้าตกลงทำสัญญาเกิดขึ้นในต่างประเทศ หรือการชำระหนี้ตามสัญญาเกิดขึ้นในต่างประเทศ ทั้งยังอาจนำไปสู่ปัญหาการตีความอย่างกว้างที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ (The broadest possible scope) คือ ครอบคลุมรวมไปถึงองค์ประกอบทางเศรษฐกิจ (Economic criteria) หรือนัยอื่นใดไม่ว่าในเชิงอัตวิสัยหรือภาวะวิสัยที่จะเรียกได้ว่ามีความระหว่างประเทศแทรกอยู่หรือปรากฏอยู่ในคู่สัญญาหรือในความสัมพันธ์อันเนื่องมาจากสัญญานั้น อาทิ กรณีมีการโอนเงินชำระหนี้ข้ามประเทศ กรณีมีการขนส่งสินค้าข้ามประเทศ กรณีการให้บริการข้ามประเทศ[32] ซึ่งหากเป็นไปตามนัยเช่นนี้แล้ว สัญญาที่ไม่มีความเป็นระหว่างประเทศเลยย่อมได้แก่ สัญญาที่ทุกองค์ประกอบตลอดจนปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้องกับสัญญานั้นมีความเชื่อมโยงกับรัฐใดรัฐหนึ่งเพียงรัฐเดียวเท่านั้น

สำหรับประเทศไทย พระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ มิได้นิยามความเป็นระหว่างประเทศไว้ จึงขึ้นอยู่กับหลักทั่วไป คือ ครอบคลุมองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่แสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงไปยังกฎหมายต่างประเทศ ในทางกลับกัน หากสัญญามีความเกี่ยวข้องเฉพาะกับเพียงประเทศไทยแล้ว ก็ย่อมเป็นกรณีที่ไม่มีความเป็นระหว่างประเทศปรากฏอยู่[33] นัยความเป็นระหว่างประเทศในกฎหมายไทยจึงมีขอบเขตกว้างขวางอยู่มาก การรับเอาความเป็นระหว่างประเทศตามหลักกรุงเฮกฯ จึงไม่ก่อให้เกิดข้อติดขัดกับกฎหมายไทย ทั้งการที่หลักกรุงเฮกฯ กำหนดเกณฑ์การพิจารณาที่ชัดเจนกว่าผ่านที่ตั้งสถานประกอบการของคู่สัญญา และกำหนดข้อจำกัดไว้แจ้งชัดว่าไม่รวมไปถึงการตกลงเลือกกฎหมายต่างประเทศกรณีสัญญาภายในประเทศนั้น ย่อมทำให้การพิจารณาเรื่องนี้ในกฎหมายไทยมีความชัดเจนยิ่งขึ้น ลดข้อถกเถียงทางวิชาการและข้อโต้แย้งทางปฏิบัติลง[34]

---

[30] เพิ่งอ้าง บทที่ 3, 3; ตัวอย่างลักษณะที่จำกัดแคบ เช่น Mexico Convention Article 1.

[31] เช่น Rome I Regulation Article 3(3); María Mercedes Albornoz and Nuria González Martín (เชิงอรรถ 18) 440-443.

[32] ประเทศปารากวัยรับเอาหลักกรุงเฮกฯ มากำหนดเป็นกฎเกณฑ์ในลักษณะอย่างกว้าง ใน Paraguayan Law 5393 Article 2.

[33] กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1: การขัดกันแห่งกฎหมาย* (เชิงอรรถ 29) 230-231.

[34] อานนท์ ศรีบุญโรจน์, 'กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา: ศึกษากรณีกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยสัญญาของประเทศสมาชิกในกลุ่มอาเซียน' (ดุษฎีนิพนธ์ นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2564) 247.

(3) การแจกแจงเรื่องที่อยู่นอกขอบเขตการใช้บังคับตาม Article 1(3) ย่อมสื่อนัยว่า เรื่องเหล่านี้ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้ ซึ่งพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ไม่ได้กำหนดข้อจำกัดหรือขอบเขตการใช้บังคับเช่นนี้ไว้ กระนั้น การที่กฎเกณฑ์ในพระราชบัญญัติดังกล่าวได้รับการบัญญัติขึ้นแยกส่วนตามประเด็นกฎหมาย การปรับใช้จึงต้องพิจารณาแยกตามรายประเด็นและรายมาตรา เช่น ข้อตกลงเลือกกฎหมายในสัญญาย่อมไม่อาจเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับประเด็นความสามารถของบุคคลธรรมดาได้ ทำนองเดียวกับเรื่องทรัพย์สินหรือผลทางทรัพย์สินของสัญญาซึ่งย่อมเป็นไปตามกฎเกณฑ์เรื่องทรัพย์สิน[35] จึงสอดรับกับหลักกรุงเฮกฯ ไม่จำเป็นต้องกำหนดยกเว้นเรื่องดังกล่าวออกจากขอบเขตการใช้บังคับของกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้[36] ส่วนเรื่องเกี่ยวกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ข้อตกลงเลือกศาล ล้มละลาย บริษัท องค์กรรวมกลุ่มอื่นและทรัสต์นั้น เป็นเรื่องที่อยู่นอกขอบเขตพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ มาแต่เดิม ทั้งยังมีกฎหมายอื่นกำหนดเป็นการเฉพาะอยู่แล้ว จึงสอดรับกับหลักกรุงเฮกฯ เช่นกัน กรณีที่จะก่อให้เกิดข้อคำถามก็คือ Article 1(3)(f) เกี่ยวกับปัญหาความสามารถของตัวแทนในการก่อให้เกิดความผูกพันของตัวการต่อบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอก ซึ่งหลักกรุงเฮกฯ มองว่าเป็นเรื่องความสัมพันธ์ภายนอก มิใช่เรื่องความสัมพันธ์ภายในของคู่สัญญาในสัญญาตัวแทนเอง แต่เนื่องด้วยความผูกพันต่อบุคคลที่สามของตัวการอันส่งผ่านมาจากการกระทำของตัวแทนนั้น แม้ทางหนึ่งจะอธิบายได้ว่าเชื่อมโยงมาจากสัญญาตัวแทน แต่อีกทางหนึ่งก็อธิบายได้ว่าเป็นเรื่องผลทางกฎหมาย[37] ดังนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในผลของการตกลงเลือกกฎหมายของคู่สัญญาในสัญญาตัวแทนต่อบุคคลที่สาม จึงจำเป็นและสมควรที่กฎหมายไทยจะกำหนดเพิ่มเติมให้ชัดเจนไว้

2.3 Article 2 เสรีภาพในการเลือก

หลักเสรีภาพในการเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญา (Freedom of choice) เป็นหลักพื้นฐานสำคัญในกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายโดยเฉพาะเรื่องสัญญา ซึ่งหลักกรุงเฮกฯ กำหนดไว้ใน Article 2 ให้คู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมาย ไม่ว่าในเวลาใดก็ได้ ไม่ว่าเพื่อใช้บังคับกับสัญญานั้นทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนก็ได้ มิได้อยู่ภายใต้ข้อจำกัดเรื่องวิธีการระงับข้อพิพาท และกฎหมายที่เลือกไม่จำต้องมีความเกี่ยวข้อง (Connection) กับสัญญาหรือคู่สัญญาแต่อย่างใด ส่งผลให้คู่สัญญาอาจตกลงเลือกกฎหมายของรัฐที่ไม่มีความเกี่ยวข้องใด ๆ เช่น เลือกกฎหมายของรัฐที่เป็นกฎหมายกลาง (Neutral law) หรือกฎหมายที่ได้รับการพัฒนาให้มีความเหมาะสมกับธุรกรรมหรือ

---

[35] ทั้งนี้ ตามหลักการให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (Classification); กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1: การขัดกันแห่งกฎหมาย* (เชิงอรรถ 29) 320-321 และ 405-409 ตามลำดับ; หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล* (พิมพ์ครั้งที่ 10, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2524) 113-114.

[36] ประเทศปารากวัยมิได้กำหนดให้ผลทางทรัพย์สินของสัญญาอยู่นอกขอบเขตของกฎหมาย Paraguayan Law 5393 Article 3.

[37] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *กฎหมายเอกเทศสัญญา ลักษณะตัวแทน-ลักษณะนายหน้า* (พิมพ์ครั้งที่ 4, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2564) บทที่ 2, 2.2; ไผทชิต เอกจริยกร และณัฐณิชา เอกจริยกร, *ตัวแทน นายหน้า* (พิมพ์ครั้งที่ 18, วิญญูชน 2567) บทที่ 1, 9.

สัญญานั้นโดยเฉพาะได้ สอดรับกับวิถีแห่งการยกระดับให้ธุรกรรมทางพาณิชย์หลุดออกมาจากระบบกฎหมายท้องถิ่น และจึงส่งผลเป็นการขยายขอบเขตหลักอำนาจอิสระของคู่สัญญาให้กว้างขวางยิ่งขึ้น

Article 2(1) วางหลักให้สัญญาย่อมอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่เลือกไว้โดยคู่สัญญา (The law chosen) โดย Article 2(2) อนุญาตให้คู่สัญญาเลือกกฎหมายบางส่วน หรือเลือกหลายกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับแต่ละส่วนของสัญญาแยกต่างหากจากกันได้ (Partial and multiple choice of law) ทำให้สัญญานั้นตกอยู่ภายใต้กฎหมายที่จะใช้บังคับมากกว่าหนึ่งแหล่งหรือหนึ่งระบบกฎหมายได้ ซึ่งกรณีที่คู่สัญญาเลือกกฎหมายเพื่อใช้บังคับแก่เพียงบางส่วนของสัญญา ส่วนอื่นที่เหลือของสัญญาย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายที่จะใช้บังคับในกรณีที่ไม่ปรากฏการเลือกกฎหมาย ส่วน Article 2(3) อนุญาตให้คู่สัญญาสามารถตกลงหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงเลือกกฎหมายในเวลาใดก็ได้ ภายใต้ข้อจำกัดเกี่ยวกับความสมบูรณ์เรื่องแบบของสัญญา (Formal validity) และสิทธิที่เกิดมีขึ้นอยู่ก่อนแล้วของบุคคลที่สาม (Pre-existing rights of third parties) อันจะไม่ได้รับผลกระทบเสียหายจากการตกลงเปลี่ยนแปลงดังกล่าว

บทวิเคราะห์

Article 2 ว่าด้วยเสรีภาพในการเลือกกฎหมายของคู่สัญญาตามหลักกรุงเฮกฯ ผ่านการรับรองอย่างแข็งขันให้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาครอบคลุมประเด็นต่าง ๆ นั้น เป็นการเปิดกว้างและวางกรอบกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนให้แก่ข้อตกลงเลือกกฎหมาย ให้แก่ระบบกฎหมายของนานาประเทศ[38] มีข้อที่น่าพิจารณาคือ การกำหนดให้คู่สัญญาเลือกกฎหมายเพื่อใช้กับสัญญาทั้งหมดหรือแต่บางส่วน และเลือกกฎหมายที่แตกต่างกันเพื่อใช้กับแต่ละส่วนของสัญญาได้นั้น เป็นการวางกฎเกณฑ์ยอมรับหลักการแยกส่วนของสัญญา (*Dépeçage*) อย่างแจ้งชัด การกำหนดให้คู่สัญญาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เลือกไว้แล้วได้ในภายหลัง (Modification) เป็นการเน้นย้ำให้เห็นถึงความมีผลใช้บังคับได้จริงของหลักอำนาจอิสระของคู่สัญญา ส่วนการไม่กำหนดบังคับว่ากฎหมายที่คู่สัญญาเลือกจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับสัญญา (No connection requirement) เป็นแนวทางที่ต่างจากในอดีตหรือในบางระบบกฎหมายที่เรียกร้องหาความเกาะเกี่ยวหรือความใกล้ชิดระหว่างสัญญากับกฎหมายที่ใช้บังคับตามการตกลงกันของคู่สัญญา[39] สู่การวางแนวทางที่เปิดกว้างให้คู่สัญญาเลือกกฎหมายที่เป็นกลางตามที่เห็นควรได้ สอดรับกับความเป็นนานาชาติของสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ[40]

---

[38] อานนท์ ศรีบุญโรจน์, ‘กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา: ศึกษากรณีกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยสัญญาของประเทศสมาชิกในกลุ่มอาเซียน’ (เชิงอรรถ 34) 1-5.

[39] Symeon C Symeonides, ‘The Choice-of-Law Revolution Fifty Years after Currie: An End and a Beginning’ (2015) University of Illinois Law Review 1847, 1855-1856; María Mercedes Albornoz and Nuria González Martín (เชิงอรรถ 18) 445-448.

[40] Daniel Girsberger and Neil B Cohen, ‘Key Features of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts’ (2017) 22 Uniform Law Review 316, 321-322; ประเทศปารากวัยได้รับเอาไปกำหนดเป็นกฎหมายภายในตามที่ Article 2 กำหนดไว้ทุกประการ เพียงแต่มีการเพิ่มเติมรายละเอียดการเลือกกฎหมายที่แตกต่างกันตาม Article 2(2)(b) ว่า คู่สัญญาจะต้องกำหนดการแยกส่วนความมีผลใช้บังคับของกฎหมายเหล่านั้นให้ชัดเจน (Clearly distinguished) ใน Paraguayan Law 5393 Article 4.

สำหรับประเทศไทย หลักเสรีภาพในการเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญา ได้รับการรับรองและยึดถือเป็นหลักกฎหมายแจ้งชัดมาแต่เดิม ผ่านพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ มาตรา 13 นำไปสู่การใช้บังคับกฎหมายที่เลือกไว้ตามเจตนาคู่สัญญาได้ สอดรับกับหลักการใน Article 2(1) แต่เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกันแล้วจะเห็นว่า กฎหมายไทยยังขาดความละเอียดชัดเจนในบางเรื่องต่างจากกฎเกณฑ์ใน Article 2(2)-(4) อันนำมาซึ่งข้อสงสัยทางวิชาการว่า คู่สัญญาอาจตกลงในลักษณะเหล่านี้ได้หรือไม่ ขอบเขตเสรีภาพในการเลือกกฎหมายกว้างแคบเพียงใด[41] การรับเอากฎเกณฑ์ในเรื่องเหล่านี้ของหลักกรุงเฮกฯ มาใช้ในระบบกฎหมายไทย จึงย่อมสร้างความชัดเจนและความยืดหยุ่นให้เกิดขึ้น สอดรับกับพัฒนาการของกฎหมายในระดับนานาชาติ และสอดคล้องกับความคิดเห็นของนักกฎหมายตามกฎหมายไทยที่ว่า การแยกส่วนของสัญญาสามารถเกิดขึ้นและเป็นที่ยอมรับได้ การตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาเกิดขึ้นได้ และยังสอดรับกับแนวคิดเรื่องจุดเกาะเกี่ยวในเชิงเจตนา ที่เมื่อเป็นจุดเกาะเกี่ยวแยกต่างหากแล้วก็สมควรมีผลใช้บังคับได้ในตัวเอง มิจำต้องถูกยึดโยงหรือเสริมส่งด้วยจุดเกาะเกี่ยวประการอื่นใดอีก โดยเฉพาะเมื่อการเลือกกฎหมายนั้นเป็นไปด้วยความสุจริตในระหว่างคู่สัญญา[42]

2.4 Article 3 กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย

หลักกรุงเฮกฯ เปิดโอกาสให้คู่สัญญาเลือก “กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย” (Rules of law) เพื่อเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาได้ ภายใต้เงื่อนไขของ Article 3 ซึ่งได้รับการอธิบายที่มาเชื่อมโยงไปยังตราสารทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ที่มักปรากฏกฎเกณฑ์อนุญาตให้คู่สัญญาเลือกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายต่าง ๆ มาใช้บังคับกับสัญญาได้แม้มิได้มีแหล่งที่มาหรือบ่อเกิดมาจากรัฐก็ตาม[43] กระนั้น การให้คู่สัญญาตกลงเลือกกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายได้ ดูไม่เป็นที่ยอมรับในการระงับข้อพิพาทโดยทางศาลนัก การที่ Article 3 ของหลักกรุงเฮกฯ ใช้บังคับได้ทั้งการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการและโดยทางศาล จึงเป็นการขยายขอบเขตหลักอำนาจอิสระของคู่สัญญาให้ครอบคลุมกว้างขวางยิ่งขึ้น มิใช่เพียงการให้เลือกกฎหมายของรัฐตามแนวคิดดั้งเดิม แต่เปิดให้สามารถเลือกกฎเกณฑ์ที่มิใช่กฎหมายของรัฐ (Non-State law) เพื่อใช้บังคับกับสัญญาได้อีกด้วย

---

[41] ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล* (พิมพ์ครั้งที่ 6, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2566) 253-254; อานนท์ ศรีบุญโรจน์, ‘กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา: ศึกษากรณีกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยสัญญาของประเทศสมาชิกในกลุ่มอาเซียน’ (เชิงอรรถ 34) 154-156; สายหยุด แสงอุทัย, *การขัดกันแห่งกฎหมาย : หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา* (มปพ. 2482) 262-263.

[42] กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1: การขัดกันแห่งกฎหมาย* (เชิงอรรถ 29) 329-331; เขมจุฑา สุวรรณจินดา, *การระงับข้อพิพาททางสัญญาธุรกิจระหว่างประเทศ* (พิมพ์ครั้งที่ 2, วิญญูชน 2563) 143-144; ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, *คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 27, วิญญูชน 2568) ส่วนที่ 2, บทที่ 1.

[43] อาทิ คณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission On International Trade Law: UNCITRAL) ใน UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 2006 (UNCITRAL Model Law) Article 28 และหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce: ICC) ใน ICC Arbitration Rules (ICC Rules) Article 21.

Article 3 กำหนดเงื่อนไขข้อจำกัดความเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่คู่สัญญาอาจเลือกมาใช้บังคับกับสัญญาได้ บนพื้นฐานของบ่อเกิด (Sources) และคุณลักษณะจำเพาะ (Attributes) ซึ่งจะต้องพิจารณาควบคู่กันไป ดังนี้ (1) ความเป็นกฎเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นการทั่วไปในระดับระหว่างประเทศ หรือในระดับที่เกินกว่าเพียงภายในรัฐ และมิใช่เพียงกฎเกณฑ์ตามข้อสัญญามาตรฐานที่กำหนดขึ้นโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเอง หรือเป็นเพียงกฎเกณฑ์เฉพาะที่ใช้บังคับกันในอุตสาหกรรมท้องถิ่น และ (2) ความเป็นชุดกฎเกณฑ์ที่เป็นกลางและสมดุล กล่าวคือ มิใช่เป็นเพียงกฎเกณฑ์เดียวหรือกลุ่มของกฎเกณฑ์ขนาดเล็ก แม้ไม่จำต้องถึงขนาดมีความสมบูรณ์ทุกประการแต่อย่างน้อยต้องประกอบด้วยกฎเกณฑ์ที่มากเพียงพอที่จะนำไปสู่การใช้วินิจฉัยข้อพิพาทได้ ทั้งควรเป็นชุดกฎเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับว่ามีความเป็นกลางและสมดุล ไม่เข้าข้างฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นการเฉพาะและไม่ให้ประโยชน์เป็นพิเศษแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ตามสภาพของสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น ๆ

อนุสัญญาระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980: CISG) เป็นตัวอย่างแหล่งที่มาของกฎเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นการทั่วไป หากคู่สัญญาตกลงให้ใช้บังคับกับสัญญา หรือคู่สัญญากำหนดให้กฎเกณฑ์ของ CISG มีผลใช้บังคับกับสัญญาในฐานะที่เป็นชุดแห่งกฎเกณฑ์ทางกฎหมายว่าด้วยสัญญาฉบับหนึ่งในตัวเอง (A free-standing set of contract rules) เป็นอิสระแยกต่างหากจากกฎหมายของรัฐภาคีใด ๆ การตกลงเช่นนี้ย่อมทำให้ CISG มีผลใช้บังคับได้ในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายตามที่หลักกรุงเฮกฯ รับรองไว้ โดยหาจำต้องคำนึงถึงคำประกาศ (Declarations) หรือข้อสงวน (Reservations) ที่รัฐภาคีนั้นได้ทำขึ้น แตกต่างจากการใช้บังคับ CISG ในฐานะที่เป็นกฎหมายอนุวัติการของรัฐภาคีนั้น ตัวอย่างกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายอื่นได้แก่ กฎเกณฑ์ตามตราสารซึ่งได้รับการจัดทำขึ้นโดยองค์การจัดตั้งในระดับระหว่างประเทศ แต่ยังไม่มีผลใช้บังคับทางกฎหมาย เช่น UPICC ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปในระดับระหว่างประเทศ ยิ่งไปกว่านั้น กฎเกณฑ์ใน UPICC เอง ก็เปิดโอกาสให้เอกชนคู่สัญญาตกลงกำหนดให้ UPICC เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาได้[44] ตัวอย่างกรณีตราสารระดับเหนือรัฐหรือระดับภูมิภาค ได้แก่ หลักกฎหมายสัญญาแห่งยุโรป (Principles of European Contract Law: PECL)[45] เป็นต้น

บทวิเคราะห์

จาก Article 3 ซึ่งเปิดโอกาสให้คู่สัญญาเลือก “กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย” เพื่อเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาได้นั้น นับเป็นนวัตกรรมทางกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายสำหรับการระงับข้อพิพาทโดยทางศาล ที่มักมีข้อจำกัดว่ากฎหมายที่คู่สัญญาเลือกต้องเป็น “กฎหมายของ

[44] UPICC Preamble และดูตัวอย่างข้อตกลงเลือก UPICC ได้ใน UNIDROIT, *Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (UNIDROIT 2013) 4-8.

[45] <https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Principles_of_European_Contract_Law_(PECL)> สืบค้นเมื่อ 9 กุมภาพันธ์ 2568.

รัฐ"[46] แตกต่างจากการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่มักเปิดช่องทางการเลือกและการชี้ขาดข้อพิพาทตามกฎเกณฑ์ที่หลากหลายกว่า ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายของรัฐหรือไม่ก็ตาม ซึ่งการตกลงเลือกกฎเกณฑ์ที่มิใช่กฎหมายของรัฐเข้ามาเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาได้นี้ มิใช่เป็นเพียงการผนวกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเหล่านั้น (Incorporation of law) เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือข้อสัญญาแต่อย่างมีศักดิ์และอำนาจเทียบเท่ากฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญา (The governing law) และอย่างที่จะพึงก่อให้เกิดความเข้าใจได้ว่า ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายอื่นใดหรือกฎหมายของรัฐเข้ามาเป็นกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญานั้นซ้อนเข้าไปอีก[47] อย่างไรก็ดี ข้อแนะนำที่คู่สัญญาควรนึกถึงหากตัดสินใจให้กฎเกณฑ์ที่มิใช่กฎหมายของรัฐเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาก็คือ ความพร้อมบูรณ์ของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ด้วยหากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เลือกไว้ไม่มีความพร้อมบูรณ์หรือขาดความสมบูรณ์ในอันที่จะใช้บังคับกับสัญญาได้อย่างครอบคลุมแล้ว ย่อมนำมาซึ่งปัญหาช่องว่างทางกฎหมาย และโดยที่หลักกรุงเฮกฯ มิได้กำหนดกฎเกณฑ์สำหรับการอุดช่องว่างนี้ไว้[48] คู่สัญญาจึงควรตรวจสอบ คาดการณ์และกำหนดแนวทางร่วมกัน หรืออาจทำข้อตกลงในสัญญาเพิ่มเติมเพื่ออุดช่องว่างทางกฎหมายที่อาจมีขึ้น (Gap-filling measures)[49] นอกจากนี้ หลักกรุงเฮกฯ ก็มิได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้บังคับธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า (Trade usages) ไว้ ผลของธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าต่อสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา จึงย่อมต้องพิจารณาไปตามกฎหมายหรือตามกฎเกณฑ์อื่นที่ใช้บังคับแก่การระงับข้อพิพาทตามสัญญานั้นเอง[50]

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับตราสารระหว่างประเทศฉบับอื่น ก็จะพบทั้งฉบับที่ไม่ปรากฏการยอมรับให้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาได้ เช่น กฎหมายสหภาพยุโรป แม้จะมีข้อเสนอในชั้นของการร่างกฎหมายก่อนจะมาเป็น Rome I Regulation แต่ก็ตกไปในท้ายที่สุด[51] ปรากฏเพียงอรรถาธิบายเป็นหลักการไว้ว่า ไม่มีผลเป็นการปฏิเสธห้ามมิให้คู่สัญญานำเอากฎเกณฑ์ที่มิใช่กฎหมายของรัฐเข้ามามีผลต่อสัญญาโดยผ่านการผนวกอ้างอิง (Incorporation by reference) ส่วนฉบับที่ให้การยอมรับ ได้แก่ หลักกฎหมายสัญญาทางพาณิชย์ของ UNIDROIT ซึ่งวางแนวทางให้หลักกฎหมายฉบับนี้เองสามารถมีผลใช้บังคับในฐานะกฎเกณฑ์ที่มิใช่กฎหมายของรัฐได้[52] สำหรับ

---

[46] Daniel Girsberger, Thomas Kadner Graziano and Jan L Neels, 'General Comparative Report' in Daniel Girsberger, Thomas Kadner Graziano and Jan L Neels (eds), *Choice of Law in International Commercial Contracts: Global Perspectives on the Hague Principles* (Oxford University Press 2021) 51-52.

[47] Ralf Michaels, 'Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts' Duke Law Scholarship Repository <https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3227> สืบค้นเมื่อ 7 กันยายน 2568; กฎเกณฑ์เรื่องนี้ได้รับการกำหนดเป็นกฎหมายภายในของประเทศปารากวัยเช่นกัน ใน Paraguayan Law 5393 Article 5.

[48] เปรียบเทียบกับตราสารอื่นซึ่งมีกำหนดไว้ เช่น CISG Article 7(2) และ UPICC Article 1.6.

[49] María Mercedes Albornoz and Nuria González Martín (เชิงอรรถ 18) 452.

[50] อาทิ CISG Article 9, UPICC Article 1.9, UNCITRAL Model Law Article 28(4) และ ICC Rules Article 21(2).

[51] The Commission of the European Communities, 'Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)' COM(2005) 650 final of 15 December 2005, 6 และ Article 3(2).

[52] Rome I Regulation Recital (13) และ UPICC Preamble ตามลำดับ.

ในบริบทอนุญาโตตุลาการนั้น การเปิดให้กฎเกณฑ์ที่มิใช่กฎหมายของรัฐเข้ามาใช้บังคับกับสัญญา ได้รับการตอบรับและประสบผลสำเร็จเป็นอย่างดี และปรากฏกฎเกณฑ์รองรับเป็นลายลักษณ์อักษรแจ้งชัดในตราสารระหว่างประเทศ[53]

ในประเทศไทย การเปิดให้คู่สัญญาตกลงเลือกกฎเกณฑ์ที่มิใช่กฎหมายของรัฐเพื่อเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้น คงเป็นประเด็นที่ท้าทายอย่างมากทั้งจากภาควิชาการและภาคปฏิบัติ โดยเฉพาะในบริบทการระงับข้อพิพาทโดยทางศาล เนื่องจากเมื่อพิจารณาตั้งแต่ครั้งยกร่างพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ก็จะพบแนวความเห็นเดินตามกันมาโดยตลอดว่า การเลือกกฎหมายตามมาตรา 13 หมายถึงเฉพาะกฎหมายของรัฐ[54] และเมื่อประเด็นนี้ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ในระดับนานาชาติ[55] จากข้อห่วงกังวลถึงความไร้กฎหมายของรัฐมารองรับสัญญา (*Contrat sans loi* หรือ Contract without law) อันแม้จะมีความพยายามเสนอให้กฎหมายพ่อค้า (*Lex mercatoria*) เข้ามารองรับแทนได้ แต่กฎหมายพ่อค้าก็ยังขาดความชัดเจนและความครบถ้วนพร้อมบูรณ์ในตัวเอง ต่างจากกฎหมายของรัฐ[56] จึงเป็นการยากที่จะหาข้อยุติได้ในระยะเวลาอันใกล้ ทั้งเมื่อพิจารณาองค์ประกอบเงื่อนไขความเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายตาม Article 3 แล้ว ก็จะพบความยุ่งยากในการใช้การตีความค่อนข้างมาก[57] ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายในระหว่างคู่สัญญา ดังนี้ การเพียงยอมรับให้กฎเกณฑ์ที่มิใช่กฎหมายของรัฐเข้ามามีผลต่อสัญญาได้โดยอ้อม ผ่านกฎหมายของรัฐอีกชั้นหนึ่งหรือผ่านบ่อเกิดของกฎหมายประการอื่น เช่น ธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าและหลักกฎหมายทั่วไป หรือผ่านการผนวกอ้างอิงกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเข้าไว้ในสัญญา[58] จึงมีความเหมาะสมแก่พัฒนาการในปัจจุบัน ยิ่งกว่าการรับเอากฎเกณฑ์ตาม Article 3 เข้ามาเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยในทันที

แต่หากพิจารณาในบริบทการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเปิดกว้างให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทได้บนพื้นฐานของกฎหมายจากแหล่งต่าง ๆ ไม่ว่า

---

[53] Ralf Michaels (เชิงอรรถ 47); UNCITRAL Model Law Article 28(1); UNCITRAL Rules Article 35 ตามลำดับ.

[54] สายหยุด แสงอุทัย, *การขัดกันแห่งกฎหมาย: หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา* (เชิงอรรถ 41) 262-263; ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช (เชิงอรรถ 41) 254-255; กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1: การขัดกันแห่งกฎหมาย* (เชิงอรรถ 29) 328-329; เขมจุฑา สุวรรณจินดา (เชิงอรรถ 42) 141-143.

[55] Zheng Sophia Tang, 'Non-state law in Party Autonomy–a European perspective' (2012) 5 International Journal of Private Law 22, 33-34; อานนท์ ศรีบุญโรจน์, 'กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา: ศึกษากรณีกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยสัญญาของประเทศสมาชิกในกลุ่มอาเซียน' (เชิงอรรถ 34) 97-107.

[56] Ralf Michaels (เชิงอรรถ 47); กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, *ความรู้เบื้องต้นว่าด้วยการประสานกฎหมาย : ภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติเกี่ยวด้วยกฎหมายพาณิชย์ระหว่างประเทศ* (เชิงอรรถ 3) บทที่ 5, 3.

[57] ไม่ว่าจะเป็นคำว่า "Generally accepted" "Neutral" "Balanced" และ "Set of rules"; Peter Mankowski, 'Article 3 of the Hague Principles: The Final Breakthrough for the Choice of Non-State Law?' (2017) 22 Uniform Law Review 369, 376-378; Geneviève Saumier, 'Article 3 of the Hague Principles: A Response to Peter Mankowski' (2017) 22 Uniform Law Review 395.

[58] ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช (เชิงอรรถ 41) 255; กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1: การขัดกันแห่งกฎหมาย* (เชิงอรรถ 29) 347.

กฎหมายของรัฐหรือกฎเกณฑ์ที่มิใช่กฎหมายของรัฐ ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ ได้เปิดรับแนวทางนี้ไว้แล้วในมาตรา 34 ผ่านช่องทางตามข้อสัญญา ความเป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม หรือผ่านการตกลงใช้กฎของสถาบันอนุญาโตตุลาการ การรับเอาหลักกรุงเฮกฯ เข้ามาในบริบทนี้จึงมิใช่เรื่องใหม่แต่อย่างใด ทั้งนี้ควรพิจารณาปรับแก้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ ให้ครอบคลุมคำว่า “กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย” ซึ่งสื่อนัยว่าไม่จำกัดเฉพาะกฎหมายของรัฐแต่รวมไปถึงกฎเกณฑ์ที่มิใช่กฎหมายของรัฐด้วย อันจะช่วยสร้างความชัดเจนและลดปัญหาการตีความมาตรา 34 ว่ารวมถึงกฎเกณฑ์ที่มิใช่กฎหมายของรัฐได้หรือไม่ เนื่องจากหากตีความเคร่งครัดตามตัวอักษรแล้วมักปรากฏความเห็นว่า หมายความถึงกฎหมายของรัฐเท่านั้น[59]

2.5 Article 12 สถานประกอบการ

Article 12 ของหลักกรุงเฮกฯ กำหนดการพิจารณาคำว่า “สถานประกอบการ” (Establishment) สำหรับกรณีที่คู่สัญญามีสถานที่ตั้งในการประกอบธุรกิจมากกว่าหนึ่งสถานที่ (Multiple business locations) เพื่อใช้ในการวินิจฉัยความเป็นระหว่างประเทศตาม Article 1(2) และ Article 6(2) กล่าวคือ กรณีที่คู่สัญญามีสถานประกอบการหลายที่ตั้ง ให้พิจารณาในขณะเวลาที่เข้าทำสัญญา[60] ว่าสถานประกอบการใดมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดที่สุด (Closest relationship) กับสัญญา ก็ให้ใช้สถานประกอบการนั้นเป็นสถานที่ตั้งของคู่สัญญา ส่วนการวินิจฉัยความเกี่ยวข้องกับสัญญาของสถานประกอบการ ให้พิจารณาที่ความเป็นศูนย์กลางในการเข้าทำสัญญาของสถานประกอบการดังกล่าว ผ่านการเจรจาและการตกลงเข้าทำสัญญาของสัญญานั้น เพื่อเป็นการให้ความเคารพและสนองรับต่อความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate expectations) ของคู่สัญญา

บทวิเคราะห์

Article 12 มิได้กำหนดนิยามคำว่า “สถานประกอบการ” แต่วางกฎเกณฑ์เพื่อแก้ไขปัญหากรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดมีสถานประกอบการมากกว่าหนึ่งสถานที่ โดยให้นำไปสู่การปรับใช้สถานประกอบการที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดที่สุดกับสัญญาเป็นสถานที่ตั้ง[61] จึงปรากฏความเห็นว่า การตีความ

---

[59] เขมจุฑา สุวรรณจินดา (เชิงอรรถ 42) 150-153; อนันต์ จันทรโอภากร, *ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจาการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558) 154-155 ตามมาตรา 34 วรรคหนึ่ง คณะอนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยชี้ขาดโดยไม่ใช้กฎหมายมิได้ คำว่ากฎหมายย่อมมีความหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนมาตรา 34 วรรคสอง หมายถึงหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควรได้ไม่จำต้องยึดถือและวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ; สุพัฒน์ ชัยวรมุขกุล (เชิงอรรถ 15) 182 เสนอแก้ไขมาตรา 34 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ ด้วยการใช้คำว่า “หลักกฎหมาย” เพื่อให้ครอบคลุมกฎหมายที่มิใช่กฎหมายของรัฐ; เสาวนีย์ อัศวโรจน์, *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ* (พิมพ์ครั้งที่ 3, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2554) 280-285; ไชยวัฒน์ บุนนาค, *อนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีและปฏิบัติ* (พิมพ์ครั้งที่ 3, วิญญูชน 2568) 121-125.

[60] สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ตาม Rome I Regulation Article 19(3).

[61] กฎเกณฑ์ตาม Article 12 ไม่มีอยู่ใน Paraguayan Law 5393.

คำนี้ควรเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับคำว่า “สถานประกอบธุรกิจ” (Place of business) ตาม CISG[62] แต่เมื่อประเทศไทยมิได้เป็นรัฐภาคี CISG แล้ว จึงไม่อาจสรุปได้ว่า ระบบกฎหมายไทยจะคุ้นเคยกับการใช้คำว่าสถานประกอบธุรกิจหรือสถานประกอบการดังกล่าว ทั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มุ่งเน้นที่กฎเกณฑ์เรื่องภูมิลำเนา (Domicile) และถิ่นที่อยู่ (Residence) เป็นสำคัญ[63] ประกอบกับพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ก็มิได้มีกฎเกณฑ์เรื่องนี้ สำหรับจุดสำคัญของ Article 12 ซึ่งกำหนดให้ใช้สถานประกอบการที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดที่สุดกับสัญญานั้น แม้ดูมีความใกล้เคียงและอาจให้ผลทำนองเดียวกับการพิจารณาความเป็นแหล่งสำคัญของภูมิลำเนาในกฎหมายไทย แต่การพิจารณาความเป็นสถานประกอบการที่ใกล้ชิดที่สุดนั้น แท้จริงแล้วเป็นการพิจารณาที่มีสัญญาเป็นศูนย์กลาง (Contract-oriented approach) หาใช่ที่ตัวบุคคลคู่สัญญาแต่ละฝ่าย (Party-oriented approach)[64] ตามอย่างการพิจารณาความเป็นแหล่งสำคัญในภูมิลำเนาของบุคคล ทั้งเมื่อกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทย ยังมิได้นำเอาหลักความสัมพันธ์อย่างแท้จริงหรือใกล้ชิดที่สุด (The closest connection) มากำหนดเป็นกฎเกณฑ์ไว้[65] การรับเอาหลักกรุงเฮกฯ ในเรื่องนี้มาใช้ในประเทศไทย จึงต้องกำหนดให้แน่ชัดเพราะมีความไม่สอดรับกับกฎเกณฑ์และแนวทางตาม Article 12 ของหลักกรุงเฮกฯ

3. วิธีการในการตกลงเลือกกฎหมาย

ในส่วนนี้จะอธิบายและวิเคราะห์วิธีการในการตกลงเลือกกฎหมายตาม Articles 4-6 ของหลักกรุงเฮกฯ

3.1 Article 4 การเลือกโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย

หลักกรุงเฮกฯ กำหนดใน Article 4 ว่า ข้อตกลงเลือกกฎหมายในระหว่างคู่สัญญาสามารถเกิดขึ้นได้ผ่านการตกลง “โดยชัดแจ้ง” (Express choice) หรือ “โดยปริยาย” (Tacit choice) สอดคล้องกับตราสารระหว่างประเทศอื่น[66] เพื่อก่อให้เกิดความคาดหมายได้ในผลลัพธ์ ลดและป้องกันความเสี่ยงหรือความเป็นไปได้ที่จะนำไปสู่ข้อพิพาทว่า ได้มีการตกลงเลือกกฎหมายเกิดขึ้นหรือไม่ แต่หากพิจารณาได้ความว่า เจตนาของคู่สัญญาในการตกลงเลือกกฎหมายไม่ปรากฏ ไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายแล้ว ก็ย่อมต้องถือว่าไม่มีการตกลงเลือกกฎหมายในสัญญานั้น (No choice of law) ซึ่งกรณีนี้ หลักกรุงเฮกฯ มิได้วางกฎเกณฑ์เพื่อค้นหาและตัดสินกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับไว้แต่อย่างใด

---

[62] แม้ว่าหลักกรุงเฮกฯ มิได้ใช้คำว่า “สถานประกอบธุรกิจ” ตามอย่าง CISG ก็ตาม; Daniel Girsberger, Thomas Kadner Graziano and Jan L Neels (เชิงอรรถ 46) 117.

[63] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 37-42 กรณีบุคคลธรรมดา และมาตรา 68-69 กรณีนิติบุคคล เป็นต้น

[64] Daniel Girsberger, Thomas Kadner Graziano and Jan L Neels (เชิงอรรถ 46) 118-119.

[65] ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช (เชิงอรรถ 41) 257-258; กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1: การขัดกันแห่งกฎหมาย* (เชิงอรรถ 29) 339-340; ดำเนิน ทรัพย์ไพศาล (เชิงอรรถ 14) 130-131 เสนอให้แก้ไขมาตรา 13 พระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ด้วยการนำหลักความสัมพันธ์อย่างแท้จริงหรือใกล้ชิดที่สุดมาใช้.

[66] เช่น Rome I Regulation Article 3 และ Mexico Convention Article 7.

กรณีคู่สัญญาตกลงเลือกกฎหมาย “โดยชัดแจ้ง” เกิดขึ้นได้ตั้งแต่ก่อน ขณะหรือหลังตกลงเข้าทำสัญญาหลัก ไม่มีกฎเกณฑ์บังคับเรื่องวิธีการหรือแบบพิธีอื่นใด เช่นว่าต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร จึงอาจเกิดขึ้นผ่านการตกลงด้วยวาจาก็ได้ ทั้งหลักกรุงเฮกฯ มิได้กำหนดบังคับให้ต้องมีการระบุใช้ถ้อยคำหรือวลีอย่างใดเป็นการเฉพาะ การใช้วลีที่คุ้นชินแพร่หลาย เช่น ให้สัญญาฉบับนี้อยู่ “ภายใต้บังคับ” (governed by) กฎหมายหนึ่งกฎหมายใด จึงเป็นอันเพียงพอว่ามีข้อสัญญาตกลงเลือกกฎหมายโดยชัดแจ้งแล้ว ส่วนกรณีคู่สัญญาตกลงเลือกกฎหมาย “โดยปริยาย” จะต้องปรากฏเจตนาแท้จริงของคู่สัญญาว่า มีความตกลงเลือกกฎหมายในระหว่างคู่สัญญาเกิดขึ้น แม้จะมิได้ปรากฏอย่างชัดแจ้งในสัญญาก็ตาม การอาศัยเพียงข้อสันนิษฐานเจตนาของคู่สัญญาเพื่อนำไปสู่กฎหมายที่ใช้บังคับย่อมไม่เป็นอันเพียงพอ ซึ่งตาม Article 4 การตกลงเลือกกฎหมายโดยปริยายจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อ “ปรากฏอย่างชัดเจนจากข้อสัญญาหรือจากสถานการณ์ที่เกี่ยวข้อง” ดังนั้น การปรับใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวจึงต้องคำนึงถึง “ข้อตกลงในสัญญา” ผ่านการอนุมานข้อสัญญาในแต่ละกรณี กับ “สถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับสัญญา” ผ่านการพิจารณาพฤติการณ์ในทางปฏิบัติของคู่สัญญาหรือปัจจัยอื่นแวดล้อมการตกลงทำสัญญานั้น อนึ่ง เพียงข้อตกลงในสัญญาหรือสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งก็เพียงพอที่จะนำไปสู่ข้อสรุปว่า คู่สัญญามีเจตนาปริยายในการตกลงเลือกกฎหมายไว้แล้ว

Article 4 ยังกำชับเป็นหลักชัดเจนว่า เพียงการตกลงเลือกศาลหรืออนุญาโตตุลาการที่จะทำการระงับข้อพิพาทในสัญญา ย่อมไม่เทียบเท่ากับการตกลงเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาเสมอไป[67] ด้วยข้อตกลงเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญา กับข้อตกลงวิธีการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญานั้น ต้องได้รับการพิจารณาแยกต่างหากจากกัน สำหรับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงเลือกกฎหมายย่อมอยู่ภายใต้ Article 4 ผ่านการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายตามที่กำหนดไว้ภายใต้ขอบเขตของ Article 2(3) เช่นกัน

บทวิเคราะห์

Article 4 ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์การตกลงเลือกกฎหมายโดยชัดแจ้งและโดยปริยายไว้นั้น มีความใกล้เคียงเชิงถ้อยคำกับกฎหมายสหภาพยุโรป[68] จุดสำคัญร่วมกันคือ ข้อตกลงอันเป็นเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายจะต้องมีอยู่จริง มิใช่เป็นเพียงข้อสมมติฐานหรือการคาดเดา (A real choice; not a hypothetical one) การพิจารณาเจตนาปริยายของคู่สัญญาจึงต้องมาจากคู่สัญญาหรือจากปัจจัยข้อเท็จจริงตามสัญญาเอง เพียงแต่จำต้องผ่านการค้นหาความมีอยู่และการทำให้เปิดเผยตัวขึ้นซึ่งเจตนาปริยายเท่านั้น มิใช่มาจากการนึกคิดหรือสันนิษฐานเอาเองของผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการที่พิจารณาคดี[69] ทั้งเมื่อหลักกรุงเฮกฯ มิได้ใช้คำว่า “ปริยาย” (Impliedly) ซึ่งมักเป็นคำศัพท์เทคนิคทางกฎหมาย อันอาจมีนัยและถูกตีความแตกต่างกันออกไปในแต่ละระบบ

---

[67] หลักการเช่นเดียวกันกับ Mexico Convention Article 7 paragraph 2; Lauro Gama Jr, ‘Tacit Choice of Law in The Hague Principles’ (2017) 22 Uniform Law Review 336, 346-348.

[68] Rome I Regulation Article 3(1); ประเทศปารากวัยนำไปกำหนดเป็นกฎหมายภายในทุกถ้อยคำ ใน Paraguayan Law 5393 Article 6.

[69] Lauro Gama Jr (เชิงอรรถ 67) 337.

กฎหมาย[70] แต่อาศัยการกำหนดปัจจัยในการพิจารณาแทนผ่านคำว่า “ข้อตกลงในสัญญา” กับ “สถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับสัญญา” การรับเอากฎเกณฑ์ Article 4 จึงสมควรหลีกเลี่ยงการใช้คำว่าโดยปริยายหรือเจตนาปริยาย นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาคำว่า “Must” และ “Clearly” ด้วยแล้วก็จะเห็นนัยทางหนึ่งว่า การค้นหาและวินิจฉัยเจตนาปริยายควรมีความชัดเจนเพียงพอที่จะสื่อเจตนาระหว่างคู่สัญญาได้จริง ตามอย่างการใช้การตีความแบบเคร่งครัด (Strictness) ยิ่งกว่าแบบยืดหยุ่นหรือหละหลวม เพื่อให้เกิดความแน่นอนและคาดหมายได้ถึงกฎหมายที่จะใช้บังคับ แต่เมื่อพิจารณาคำว่า “สถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับสัญญา” ก็ดูเป็นถ้อยคำที่เปิดไว้อย่างกว้าง สามารถครอบคลุมปัจจัยทางข้อเท็จจริงและบริบทแวดล้อมได้หลากหลาย และคงปฏิเสธไม่ได้ว่าย่อมขึ้นอยู่กับดุลยพินิจ (Discretion) ของศาลหรืออนุญาโตตุลาการตามแต่กรณี ที่จะพิจารณาวินิจฉัยเจตนาปริยายนั้น[71]

ในเรื่องความสัมพันธ์กับวิธีการระงับข้อพิพาทไม่ว่าโดยทางศาลหรืออนุญาโตตุลาการ ซึ่งหลักกรุงเฮกฯ กำหนดว่า ข้อตกลงวิธีการระงับข้อพิพาทมิใช่ปัจจัยเด็ดขาดในการวินิจฉัยเจตนาปริยายของคู่สัญญา ว่าประสงค์จะให้กฎหมายของรัฐอันเป็นสถานที่ในการระงับข้อพิพาทเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา แต่เป็นเพียงปัจจัยพิจารณาประการหนึ่งเท่านั้น แนวทางเช่นนี้อาจเหมือนหรือแตกต่างไปจากระบบกฎหมายของบางรัฐ โดยเฉพาะรัฐที่เห็นว่า ข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทเป็นปัจจัยค้นหาเจตนาโดยปริยายที่มีน้ำหนักยิ่งกว่าปัจจัยอื่น หรือรัฐที่วางเป็นข้อสันนิษฐานไว้ก่อน (Presumption) หรือกระทั่งกำหนดเป็นปัจจัยเด็ดขาด (Decisive factor) ว่าเมื่อคู่สัญญาตกลงกันว่าจะไประงับข้อพิพาทที่รัฐใดแล้ว หากไม่ปรากฏข้อตกลงเลือกกฎหมายไว้ชัดแจ้งเป็นอย่างอื่น ก็ย่อมเท่ากับเป็นการตกลงโดยปริยายให้กฎหมายของรัฐที่คู่สัญญาตกลงจะเข้าไปทำการระงับข้อพิพาท เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้น[72]

สำหรับประเทศไทย พระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ มาตรา 13 วางกฎเกณฑ์ให้คู่สัญญาตกลงเลือกกฎหมายได้โดยเจตนา “ชัดแจ้ง” และ “ปริยาย” เช่นกัน การเลือกกฎหมายโดยเจตนาชัดแจ้งจึงสอดรับกับหลักกรุงเฮกฯ ส่วนการเลือกกฎหมายโดยเจตนาปริยายนั้น มิได้มีถ้อยคำอธิบายความหมายเจตนาโดยปริยายไว้ ว่าควรพิจารณาโดยอาศัยเหตุปัจจัยใด นำมาซึ่งความไม่ชัดเจนและไม่แน่นอนในการปรับใช้ จะปรากฏก็เพียงความเห็นทางวิชาการที่พยายามวางแนวทางการพิจารณาไว้เท่านั้นว่า จะต้องเป็นผลมาจากเจตนาร่วมกันของคู่สัญญา แสดงออกผ่านปัจจัยและบริบทแวดล้อมต่าง ๆ ของสัญญา อันรวมทั้งแต่ไม่จำกัดเพียง ข้อสัญญา ที่มาที่ไปของสัญญา เนื้อหาของสัญญา ถิ่นที่เกิด และถิ่นที่ปฏิบัติตามสัญญา และรายละเอียดอื่น ๆ เช่น แบบฟอร์ม ภาษา คำศัพท์

---

[70] Daniel Girsberger, Thomas Kadner Graziano and Jan L Neels (เชิงอรรถ 46) 56; María Mercedes Albornoz and Nuria González Martín (เชิงอรรถ 18) 443-445.

[71] Lauro Gama Jr (เชิงอรรถ 67) 342-350; Jan L Neels and Eesa A Fredericks, ‘Tacit Choice of Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts’ (2011) 44 De Jure 101, 104-106; Daniel Girsberger, Thomas Kadner Graziano and Jan L Neels (เชิงอรรถ 46) 58.

[72] Chukwuma Samuel Adesina Okoli, ‘The Significance of a Forum Selection Agreement as an Indicator of the Implied Choice of Law in International Contracts: A Global Comparative Perspective’ (2023) 28 Uniform Law Review 197, 207-224.

กฎหมายที่ใช้ เป็นต้น[73] ครั้นเมื่อตรวจสอบการปรับใช้ของศาลไทย ก็จะเห็นได้ถึงความคลาดเคลื่อนสับสนในการค้นหาและวินิจฉัยเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญา จากการนำเอาจุดเกาะเกี่ยวถิ่นที่เกิดสัญญาซึ่งเป็นจุดเกาะเกี่ยวสำหรับกรณีที่ไม่ปรากฏเจตนาเลือกกฎหมายมาปรับใช้ในทำนองว่า เมื่อสัญญาเกิดขึ้นที่ประเทศใดย่อมสื่อเจตนาปริยายว่า คู่สัญญาประสงค์ให้กฎหมายของประเทศนั้นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา[74] สำหรับข้อตกลงวิธีการระงับข้อพิพาทไม่ว่าโดยทางศาลหรืออนุญาโตตุลาการนั้น ภาควิชาการเห็นร่วมกันว่า เป็นข้อตกลงคนละเรื่องแยกต่างหากจากข้อตกลงเลือกกฎหมาย จึงมิใช่ปัจจัยเด็ดขาดที่จะใช้วินิจฉัยเจตนาเลือกกฎหมายโดยปริยาย แต่อาจนำมาพิจารณาประกอบได้[75] กระนั้นก็เคยปรากฏคำพิพากษาวินิจฉัยเจตนาเลือกกฎหมายโดยปริยาย เพียงอาศัยข้อตกลงระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ[76] ดังนี้ การรับเอาหลักกรุงเฮกฯ เรื่องเจตนาปริยายและเรื่องความสัมพันธ์กับข้อตกลงวิธีการระงับข้อพิพาท มาใช้ในกฎหมายไทย จึงย่อมเป็นการสร้างเสริมความชัดเจนให้แก่กฎหมาย อันจะส่งผลต่อเนื่องเป็นการเพิ่มเติมความแน่นอนและคาดหมายได้ในการใช้การตีความ เพื่อค้นหาและวินิจฉัยเจตนาเลือกกฎหมายโดยปริยายของคู่สัญญาต่อไป

3.2 Article 5 ความสมบูรณ์เรื่องแบบของการเลือกกฎหมาย

หลักกรุงเฮกฯ กำหนดกฎเกณฑ์ความสมบูรณ์เรื่องแบบของการเลือกกฎหมาย (Formal validity of the choice of law) ใน Article 5 ด้วยการผสมผสานระหว่างหลักอำนาจอิสระของคู่สัญญาและหลักไร้แบบ (Informality principle) สอดคล้องกับตราสารระหว่างประเทศอื่นและแนวโน้มที่อาศัยการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวทางเลือกที่หลากหลาย เพื่อมุ่งให้สัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศและข้อตกลงเลือกกฎหมายมีผลสมบูรณ์[77] ยิ่งกว่าการแสวงหาความไม่สมบูรณ์เรื่องแบบซึ่งจะทำให้ข้อตกลงเลือกกฎหมายตกเป็นอันไร้ผลไป โดย Article 5 เป็นกฎเกณฑ์ในเชิงสารบัญญัติ มีผลใช้บังคับ

---

[73] ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช (เชิงอรรถ 41) 247-251; กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1: การขัดกันแห่งกฎหมาย* (เชิงอรรถ 29) 325-326; อานนท์ ศรีบุญโรจน์, 'กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา: ศึกษากรณีกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยสัญญาของประเทศสมาชิกในกลุ่มอาเซียน' (เชิงอรรถ 34) 157-160.

[74] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3223/2525 การนำข้อเท็จจริงเพียงว่าสัญญาพิพาทได้ตกลงทำขึ้นที่ประเทศสิงคโปร์ มาเป็นเหตุปัจจัยเด็ดขาดในการวินิจฉัยว่าคู่สัญญามีเจตนาประสงค์ให้ใช้กฎหมายของประเทศสิงคโปร์บังคับนั้น เป็นการยกเอาจุดเกาะเกี่ยวถิ่นที่เกิดสัญญาสำหรับกรณีที่ไม่ปรากฏเจตนาเลือกกฎหมายขึ้นมาปรับใช้เพื่อวินิจฉัยเจตนาปริยายของคู่สัญญา ข้ามลำดับขั้นตอนของกฎเกณฑ์ตามมาตรา 13 และเนื่องจากไม่ปรากฏพยานหลักฐานเพียงพอที่จะรับฟังได้ว่า คู่สัญญามีเจตนาที่จะให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ จึงเป็นกรณีของสัญญาที่ไม่ปรากฏเจตนาเลือกกฎหมายไม่ว่าโดยแจ้งชัดหรือโดยปริยาย นำไปสู่การปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวสัญชาติอันร่วมกันของคู่สัญญาแทน.

[75] กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1: การขัดกันแห่งกฎหมาย* (เชิงอรรถ 29) 345-346; ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช (เชิงอรรถ 41) 249.

[76] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1645/2538 โจทก์และจำเลยตกลงไว้ในสัญญาให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ณ กรุงลอนดอน แต่มิได้ตกลงกันให้แจ้งชัดว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ ศาลจึงวินิจฉัยโดยอ้างถึงมาตรา 13 ว่า ตามข้อตกลงดังกล่าวแล้ว โจทก์และจำเลยย่อมแสดงความประสงค์ว่า ให้ระงับข้อพิพาทตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ.

[77] CISG Article 11, UPICC Articles 1.2 และ 3.1.2., Rome I Regulation Article 11(1), และ Mexico Convention Article 13.

ต่อการพิจารณาความสมบูรณ์เรื่องแบบของข้อตกลงเลือกกฎหมายได้โดยตรง สาระสำคัญ คือ ข้อตกลงเลือกกฎหมายหาจำต้องดำเนินการตามแบบหรือพิธีการในเรื่องแบบอย่างเป็นบทบังคับทางกฎหมายใด ๆ (No requirement as to form) เช่น ไม่จำต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยภาษาใดโดยเฉพาะ และไม่จำต้องมีพยานบุคคลมารับรองหรือยืนยันแต่อย่างใด เว้นแต่คู่สัญญาจะได้ตกลงร่วมกันแตกต่างจากหลักไร้แบบไว้เป็นอย่างอื่น[78] เงื่อนไขความไร้แบบนี้ ย่อมใช้บังคับกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงเลือกกฎหมายตาม Article 2(3) รวมทั้งการตกลงเลือกกฎหมายโดยชัดแจ้งและโดยปริยายตาม Article 4 ด้วย

Article 5 เกี่ยวข้องเฉพาะเรื่องแบบของข้อตกลงเลือกกฎหมายเท่านั้น ปัญหาความสมบูรณ์เรื่องแบบตามกฎหมายของสัญญาหลัก คงเป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับปัญหานี้ตามนัย Article 9(2) ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับ Article 2(3) Article 7 และ Article 9(1)(e) ด้วยแล้ว ก็จะพบว่า กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้ย่อมมีผลใช้บังคับกับปัญหาความสมบูรณ์เรื่องแบบและความสมบูรณ์เรื่องเนื้อหาของสัญญาหลักเช่นกัน ข้อตกลงเลือกกฎหมายจึงไม่อาจถูกโต้แย้งได้จากเพียงกล่าวอ้างว่า สัญญาที่กำหนดข้อตกลงเลือกกฎหมายนั้นไม่สมบูรณ์ และการตกลงเลือกกฎหมายหรือการตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงเลือกกฎหมาย ที่เกิดขึ้นภายหลังจากการตกลงเข้าทำสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว ย่อมไม่มีผลกระทบต่อการพิจารณาปัญหาความสมบูรณ์เรื่องแบบของสัญญา ตามลำดับ

บทวิเคราะห์

การที่หลักกรุงเฮกฯ ไม่กำหนดบังคับเรื่องแบบหรือความสมบูรณ์เรื่องแบบของข้อตกลงเลือกกฎหมาย ย่อมเสริมสร้างความมั่นคงให้แก่หลักอำนาจอิสระของคู่สัญญาในการตกลงเลือกกฎหมาย สอดรับกับความเป็นนานาชาติที่มุ่งอำนวยความสะดวกให้แก่สัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ไม่ยึดติดกับแบบตามระบบกฎหมายของประเทศใด ข้อตกลงเลือกกฎหมายจึงเกิดขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ วาจาก็ได้ วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ และอาจปรากฏตัวในลักษณะใดก็ได้ เช่น เป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือแยกต่างหากจากสัญญาหลัก ทั้งนี้ ภายใต้ข้อยกเว้นประการเดียวคือ ความตกลงเป็นอย่างอื่นของคู่สัญญา กฎเกณฑ์ตามหลักไร้แบบนี้จึงสามารถปรับเปลี่ยนให้สอดรับกับบริบทและสภาพการณ์ของการพาณิชย์ระหว่างประเทศได้ ไม่ว่าในภาคส่วนธุรกิจใดโดยทั่วไปหรือในระหว่างคู่สัญญาคู่ใดโดยเฉพาะ[79] ทั้งยังสอดรับกับ Article 4 ซึ่งกำหนดให้ข้อตกลงเลือกกฎหมายอาจเกิดขึ้นจากเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญาได้ นอกจากนั้น เมื่อ Article 5 เป็นกฎเกณฑ์ในเชิงสารบัญญัติและมิใช่วิธีสบัญญัติ จึงย่อมนำไปใช้วินิจฉัยปัญหาเรื่องแบบของข้อตกลงเลือกกฎหมายได้โดยตรง ไม่ต้องอาศัยกฎหมายจากแหล่งอื่น และไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐแห่งศาลที่พิจารณาคดีแต่อย่างใด[80]

สำหรับประเทศไทย แม้พระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ มาตรา 13 วรรคสาม กับมาตรา 9 จะกำหนดกฎเกณฑ์จุดเกาะเกี่ยวเรื่องแบบไว้ แต่เป็นกฎเกณฑ์สำหรับ “แบบของสัญญาหลัก”

---

[78] แนวทางนี้สอดคล้องกับ UPICC Articles 2.1.13 2.1.17 และ 2.1.18.

[79] Daniel Girsberger and Neil B Cohen (เชิงอรรถ 40) 323; Maria Hook, ‘The Concept of Modal Choice of Law Rules’ (2015) 11 Journal of Private International Law 185; กฎเกณฑ์ตามหลักไร้แบบได้รับการกำหนดเป็นกฎหมายภายในของประเทศปารากวัยโดยตรง ใน Paraguayan Law 5393 Article 7.

[80] Daniel Girsberger, Thomas Kadner Graziano and Jan L Neels (เชิงอรรถ 46) 68.

มิใช่ “แบบของข้อตกลงเลือกกฎหมาย” ประกอบกับเมื่อการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายอาจเกิดขึ้นโดยปริยายได้ด้วยแล้ว จึงอธิบายได้ว่า กฎหมายไทยมิได้กำหนดบังคับเรื่องแบบหรือความสมบูรณ์เรื่องแบบของข้อตกลงเลือกกฎหมายไว้[81] และจึงสอดคล้องกับหลักกรุงเฮกฯ แต่กรณีที่ข้อตกลงเลือกกฎหมายปรากฏเป็นข้อสัญญาข้อหนึ่งในสัญญาหลัก ความสมบูรณ์เรื่องแบบของข้อตกลงเลือกกฎหมายก็อาจถูกผูกให้เชื่อมโยงและตกอยู่ภายใต้ปัญหาความไม่สมบูรณ์เรื่องแบบของสัญญาหลักได้ ซึ่งหลักกรุงเฮกฯ มิได้วางกฎเกณฑ์เรื่องแบบของสัญญาหลักไว้ เพียงแต่กำหนดกฎเกณฑ์ตามหลักการแยกส่วนใน Article 7 ให้ความไม่สมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกกฎหมายได้รับการพิจารณาแยกต่างหากจากสัญญาหลัก หากสัญญาหลักตกเป็นอันไม่สมบูรณ์เรื่องแบบแล้ว จึงมิได้หมายความในทันทีว่าข้อตกลงเลือกกฎหมายในสัญญาหลักนั้นจะตกเป็นอันไม่สมบูรณ์ตามไปด้วย ซึ่งกฎเกณฑ์ตามหลักการแยกส่วนนี้ มิได้ปรากฏในพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ และจึงสมควรกำหนดเป็นกฎเกณฑ์ต่อไป

3.3 Article 6 ความตกลงว่าด้วยข้อตกลงเลือกกฎหมายและการต่อสู้เรื่องแบบฟอร์ม

หลักกรุงเฮกฯ ยังกำหนดใน Article 6 เพื่อพิจารณาการเกิดขึ้นของความตกลงว่าด้วยข้อตกลงเลือกกฎหมาย (Agreement on the choice of law) และวางแนวทางแก้ไขปัญหาที่ซับซ้อนประการหนึ่งอันสืบเนื่องมาจากทางปฏิบัติของการพาณิชย์ระหว่างประเทศ นั่นก็คือ “การต่อสู้เรื่องแบบฟอร์ม” (Battle of forms)[82] ซึ่งจะเกิดขึ้นในสถานการณ์ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายนำเอาแบบฟอร์มสัญญามาตรฐานของตน มาใช้ในการติดต่อ ตอบโต้หรือแลกเปลี่ยนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในกระบวนการเข้าทำสัญญา ซึ่งแตกต่างจากการใช้สัญญาสำเร็จรูปของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวอันคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจำต้องยอมรับเงื่อนไขตามสัญญาสำเร็จรูปนั้นเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาว่า เมื่อปรากฏปัญหาการต่อสู้เรื่องแบบฟอร์มดังกล่าวขึ้นแล้ว จะทำการวินิจฉัยอย่างไรว่าคู่สัญญาได้มีความตกลงเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญานั้นกันไว้หรือไม่ กล่าวคือ กรณีทั่วไปตาม Article 6(1)(a) ด้วยการกำหนดให้กฎหมายที่ได้รับการกล่าวอ้างว่าได้มีการตกลงเลือกกันไว้ (The law purportedly chosen) เป็นกฎหมายที่ใช้ในการวินิจฉัยว่าคู่สัญญาได้ทำความตกลงว่าด้วยการเลือกกฎหมายนั้นไว้จริงหรือไม่ หากผลการวินิจฉัยยืนยันว่าความตกลงว่าด้วยการเลือกกฎหมายมีอยู่จริงแล้ว กฎหมายตามความตกลงนั้นก็จะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาต่อไป ทั้งนี้ เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายตรงข้ามจะสามารถแสดงให้เห็นตามข้อยกเว้นใน Article 6(2) ได้ว่า ไม่มีความตกลงว่าด้วยการเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญานั้นเกิดขึ้นจริงแต่อย่างใด

กรณีเฉพาะตาม Article 6(1)(b) จากการที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายนำเอาข้อตกลงเลือกกฎหมายตามแบบฟอร์มสัญญามาตรฐาน (Standard form contracts) มาใช้ในการตกลงทำสัญญา ด้วยเป็นวิธีการที่นิยมใช้ในการเข้าทำสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ผ่านการแลกเปลี่ยนแบบฟอร์มสัญญา

---

[81] อัครวัฒน์ เลาวัณย์ศิริ, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2567) 149.

[82] Peter Winship, ‘The Hague Principles, the CISG, and the Battle of Forms’ (2015) 4 Penn State Journal of Law and International Affairs 151, 153.

มาตรฐานที่แต่ละฝ่ายได้จัดทำขึ้นไว้ก่อนแล้ว ซึ่งหากทั้งสองฝ่ายระบุเลือกกฎหมายเดียวกันในแบบฟอร์มสัญญามาตรฐาน กฎหมายนั้นก็ย่อมเป็นกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้ตรงกันและมีผลใช้บังคับกับสัญญาได้ หรือหากเป็นกรณีคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวระบุข้อตกลงเลือกกฎหมายในแบบฟอร์มสัญญามาตรฐานไว้ ย่อมต้องพิจารณาไปตาม Article 6(1)(a) แต่กรณีที่มักเกิดปัญหาขึ้นก็คือ กรณีคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างใช้แบบฟอร์มสัญญามาตรฐานของตนเอง และต่างก็ระบุข้อสัญญาเลือกกฎหมายไว้ต่างกัน (Conflicting standard forms) อันจะนำมาสู่ความขัดแย้งเรื่องข้อตกลงเลือกกฎหมาย นิยมเรียกว่าปัญหาการต่อสู้เรื่องแบบฟอร์ม ซึ่งกรณีนี้ต้องพิจารณาไปตาม Article 6(1)(b) ต่อไป ครั้นเมื่อพิจารณาตราสารระหว่างประเทศที่มีอยู่ไม่ว่าในระดับใดแล้ว ยังไม่พบการกำหนดแนวทางการพิจารณาเพื่อแก้ไขปัญหาการขัดกันเรื่องข้อสัญญาเลือกกฎหมายตามแบบฟอร์มสัญญามาตรฐาน (Conflicting choice of law clauses) ทั้งหากพิจารณาตามระบบกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ ก็มักวางแนวทางแก้ไขปัญหาบนพื้นฐานระบบกฎหมายภายในของตนเองเป็นสำคัญแตกต่างกันออกไป[83] จึงเป็นเรื่องยากยิ่งที่คู่สัญญาจะคาดผลทางกฎหมายที่จะตามมาได้แน่ชัดอย่างเป็นสากลว่า ท้ายที่สุดแล้วกฎหมายใดจะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา

Article 6(1)(b) แยกพิจารณาได้ดังนี้ (1) การขัดกันแบบเทียม (False conflict) คือ กฎหมายที่ระบุในสัญญามาตรฐานของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย แม้แตกต่างกันแต่นำไปสู่การปรับใช้แนวทางเดียวกัน เช่น นำไปสู่กฎสัญญาสุดท้ายหรือนำไปสู่กฎสัญญาแรกเช่นกัน ดังนี้ ข้อสัญญาเลือกกฎหมายในสัญญามาตรฐานที่จะได้รับการใช้บังคับต่อไปย่อมได้แก่ ข้อสัญญาเลือกกฎหมายในสัญญามาตรฐานฉบับสุดท้ายหรือข้อสัญญาเลือกกฎหมายในสัญญามาตรฐานฉบับแรก ตามแต่กรณีที่ตรงกันนั้น (2) การขัดกันแบบแท้ (True conflict) คือ กฎหมายที่ระบุในสัญญามาตรฐานของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายซึ่งแตกต่างกันนั้น นำไปสู่การปรับใช้แนวทางที่ต่างกัน หลักกรุงเฮกฯ จึงกำหนดตามอย่างกฎสัญญาคัดออก ให้กฎหมายที่ระบุในสัญญามาตรฐานทั้งสองฉบับเป็นอันตกไปทั้งคู่ หรือกรณีหากกฎหมายที่ได้รับการระบุไว้ไม่ว่าฉบับใดหรือทั้งสองฉบับนำไปสู่กฎสัญญาคัดออกแล้ว ก็ย่อมส่งผลเท่ากับว่าไม่มีกฎหมายใดเหนือกว่าหรือเหลืออยู่ จึงย่อมเป็นอันตกไปทั้งคู่เช่นกัน กรณีเช่นนี้จึงนำมาสู่ผลลัพธ์ว่าเป็นสถานการณ์ที่ไม่มีข้อตกลงเลือกกฎหมาย การพิจารณากฎหมายที่จะใช้บังคับจึงต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายสำหรับกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเลือกกฎหมายต่อไป อนึ่ง กรณีอันไม่อาจตรวจสอบได้แน่ชัดว่า ระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องใช้แนวทางแก้ไขปัญหาแนวทางเดียวกันหรือแตกต่างกันหรือไม่ ก็ย่อมเป็นไปไม่ได้เลยที่จะพิจารณาและปรับใช้ Article 6(1)(b) กรณีเช่นนี้จึงไม่สมควรให้สัญญามาตรฐานฉบับใดมีผลเหนือกว่า และควรจัดให้เป็นกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเลือกกฎหมายด้วยเช่นกัน

---

[83] ในกฎหมายสารบัญญัติ ระบบกฎหมายแต่ละประเทศมีแนวทางแก้ไขปัญหาการต่อสู้เรื่องแบบฟอร์มแตกต่างกัน จำแนกได้ 4 แนวทางหลัก คือ (1) แนวทางตาม “กฎสัญญาแรก” (The first-shot rule) ซึ่งจะนำไปสู่การให้ผลทางกฎหมายแก่ข้อสัญญาตามแบบฟอร์มฉบับแรก (2) แนวทางตาม “กฎสัญญาสุดท้าย” (The last-shot rule) ซึ่งจะนำไปสู่การให้ผลทางกฎหมายแก่ข้อสัญญาตามแบบฟอร์มฉบับสุดท้าย (3) แนวทางตาม “กฎสัญญาคัดออก” (The knock-out rule) ซึ่งข้อสัญญาตามแบบฟอร์มที่มีเนื้อหาไม่ตรงกันจะถูกคัดทิ้ง ไม่ให้มีผลทางกฎหมาย และ (4) แนวทางแบบผสานผสาน ซึ่งจะนำเอากฎทั้งสามประการมาผสมกันเป็นกฎเกณฑ์ในการแก้ไขปัญหา; Daniel Girsberger, Thomas Kadner Graziano and Jan L Neels (เชิงอรรถ 46) 73-77.

Article 6(2) เป็นข้อยกเว้นของ Article 6(1)(a) มีผลใช้บังคับภายใต้เงื่อนไข 2 ประการ คือ สถานการณ์นั้นไม่เป็นอันสมเหตุสมผลที่จะตัดสินปัญหากฎหมายที่จะใช้บังคับตามหลักใน Article 6(1) และเมื่อความตกลงว่าด้วยข้อตกลงเลือกกฎหมายไม่อาจได้รับการก่อตั้งขึ้นมาโดยสมบูรณ์ตามกฎหมายของรัฐซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่กล่าวอ้างมีสถานประกอบการตั้งอยู่ อาทิ บนพื้นฐานของเหตุผลอันเนื่องมาจากการข่มขู่ กลฉ้อฉล หรือผลจากการนิ่ง นอกจากนี้ Article 6(2) ควรได้รับการปรับใช้อย่างจำกัดเฉพาะในกรณีของสถานการณ์ตาม Article 6(1)(b) ทั้งย่อมไม่อาจใช้บังคับได้สำหรับกรณีของสถานการณ์ที่นำไปสู่การใช้กฎสัญญาคัดออก ด้วยย่อมส่งผลตามมาว่าเป็นกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเลือกกฎหมาย จึงย่อมไม่อาจนำเอาข้อยกเว้นตาม Article 6(2) มาปรับใช้ต่อได้อีก

บทวิเคราะห์

Article 6 นับเป็นนวัตกรรมใหม่ทางกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรในระดับนานาชาติอันไม่เคยปรากฏให้เห็นมาก่อน จากการวางแนวทางแก้ไขปัญหาการต่อสู้เรื่องแบบฟอร์มอย่างครอบคลุม เพิ่มความชัดเจนแน่นอนให้แก่กฎหมายที่จะใช้บังคับ[84] โดยที่มิได้เข้าไปเปลี่ยนแปลงกฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยสัญญาในระบบกฎหมายภายในของแต่ละรัฐที่อาจแตกต่างกัน จึงมิได้บังคับให้แต่ละรัฐต้องเลือกว่าจะใช้บังคับทฤษฎีหรือกฎใด กฎสัญญาแรก กฎสัญญาสุดท้าย หรือกฎสัญญาคัดออก แต่อาศัยการวางกฎเกณฑ์ผ่านกลไกของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอย่างประนีประนอม ซึ่งสำหรับประเทศไทยนั้น ไม่ปรากฏการวางกฎเกณฑ์หรือกำหนดแนวทางแก้ไขปัญหาการต่อสู้เรื่องแบบฟอร์มไว้ หากพิจารณาในทางตำราและหนังสือโดยทั่วไปแล้ว ก็ไม่ปรากฏคำอธิบายถึงปัญหานี้ประจักษ์ชัดนัก หากกลับเข้าไปพิจารณากฎหมายสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ไม่พบบทบัญญัติเกี่ยวกับปัญหาการต่อสู้เรื่องแบบฟอร์มโดยตรง เพียงแต่สามารถพิเคราะห์จากกฎหมายสัญญาได้ว่าโน้มเอียงไปในแนวทางตามอย่างกฎสัญญาคัดออก[85] กล่าวคือ การที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายใช้แบบฟอร์มสัญญามาตรฐานระบุเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาแตกต่างกัน ย่อมไม่อาจถือได้ว่ามีความตกลงเรื่องกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญานั้นเกิดขึ้นแล้ว และจึงส่งผลตามมาว่าเป็นกรณีที่ไม่ปรากฏความตกลงเลือกกฎหมายนั่นเอง จากระบบกฎหมายไทยดังกล่าว การรับเอาหลักกรุงเฮกฯ เข้ามาปรับใช้จึงไม่ก่อให้เกิดข้อติดขัดอย่างถึงขนาดผิดฝาผิดตัวแต่อย่างใด แต่จักทำให้มีความชัดเจนละเอียดลออยิ่งขึ้น เนื่องจาก Article 6 เอง มิใช่บทบังคับที่จะนำมาตัดสินปัญหาได้เพียงลำพัง แต่เป็นกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่จะนำไปสู่กฎหมายสารบัญญัติที่สมควรนำมาวินิจฉัย ผ่านการให้ความสำคัญกับระบบกฎหมายตามที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายระบุไว้ในสัญญามาตรฐานนั่นเอง

---

[84] Thomas Kadner Graziano, 'The Hague Solution on Choice-of-law Clauses in Conflicting Standard Terms: Paving the Way to More Legal Certainty in International Commercial Transactions?' (2017) 22 Uniform Law Review 351; แนวทางนี้ได้รับการนำไปกำหนดเป็นกฎหมายภายในของประเทศปารากวัย ใน Paraguayan Law 5393 Article 8.

[85] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง และมาตรา 366-367 เป็นต้น; ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์ (เชิงอรรถ 42) ส่วนที่ 2, บทที่ 3, 10; ศิวพล นกขุนทอง, 'ปัญหาการเกิดขึ้นของสัญญาในสัญญาการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559) บทที่ 4.

4. ผลของการตกลงเลือกกฎหมาย

ในส่วนนี้จะอธิบายและวิเคราะห์ผลของการตกลงเลือกกฎหมาย ตาม Articles 7-11 ของหลักกรุงเฮกฯ

4.1 Article 7 การแยกส่วน

Article 7 วางกฎเกณฑ์กำหนดผลของข้อตกลงเลือกกฎหมายตาม “หลักการแยกส่วน” (Severability) ระหว่างข้อตกลงเลือกกฎหมายกับสัญญาหลัก กล่าวคือ ข้อตกลงเลือกกฎหมายตามหลักกรุงเฮกฯ ย่อมจะต้องได้รับการพิจารณาอย่างเป็นเอกเทศและเป็นอิสระแยกต่างหาก (Independent)[86] แม้ในกรณีที่ข้อตกลงเลือกกฎหมายปรากฏเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก หากสัญญาหลักจะไม่สมบูรณ์ทางกฎหมายด้วยเหตุใด ก็ย่อมไม่จำเป็นว่าจะส่งผลกระทบให้ข้อตกลงเลือกกฎหมายเป็นอันไม่สมบูรณ์ตามไปด้วย โดยกฎหมายตามข้อตกลงเลือกกฎหมายย่อมเป็นฐานในการพิจารณาว่า ข้อตกลงเลือกกฎหมายนั้นมีความไม่สมบูรณ์หรือไม่ หากมีความสมบูรณ์แล้ว การจะวินิจฉัยต่อไปถึงปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลัก ย่อมต้องพิจารณาไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาดังที่คู่สัญญาได้เลือกไว้นั้น โดยการปรับใช้ Article 7 จำแนกได้เป็น 2 กรณี คือ (1) กรณีความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลักไม่ส่งผลกระทบต่อข้อตกลงเลือกกฎหมาย ดังนี้ หากข้อตกลงเลือกกฎหมายจะไม่สมบูรณ์ก็ย่อมเป็นเพราะสาเหตุอันเกี่ยวข้องเฉพาะกับข้อตกลงเลือกกฎหมายเอง (2) กรณีความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลักส่งผลกระทบต่อข้อตกลงเลือกกฎหมาย ต่อเมื่อสาเหตุความไม่สมบูรณ์นั้นใช้บังคับได้ทั้งกับสัญญาหลักและข้อตกลงเลือกกฎหมาย อาทิ สาเหตุอันเนื่องมาจากกลฉ้อฉลเดียวกัน หรือความบกพร่องเรื่องความสามารถของคู่สัญญาเดียวกัน

บทวิเคราะห์

หลักการแยกส่วนตาม Article 7 ซึ่งถูกนำไปใช้ในบริบทของข้อตกลงเลือกศาลเช่นกัน[87] ได้รับอิทธิพลมาจากการแยกส่วนระหว่างข้อตกลงอนุญาโตตุลาการกับสัญญาหลักในกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเมื่อพิจารณาเทียบกับพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ไม่ว่ามาตรา 13 หรือมาตราอื่นใด ก็มิได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ตามหลักการแยกส่วนไว้ จะปรากฏก็เพียงคำอธิบายทางวิชาการซึ่งมักเป็นเรื่องเกี่ยวกับการเลือกกฎหมายจากหลายแหล่งเพื่อใช้บังคับกับแต่ละส่วนของสัญญาหลัก[88] ดังกำหนดใน Article 2(2) ไม่ใช่เรื่องการแยกความสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ระหว่างข้อตกลงเลือกกฎหมายกับสัญญาหลักโดยตรง อย่างที่ปรากฏในบริบทของอนุญาโตตุลาการ เช่น

---

[86] ความเป็นเอกเทศของข้อตกลงเลือกกฎหมายตามหลักกรุงเฮกฯ สอดคล้องกับตราสารระหว่างประเทศทั้งที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยทางศาลและอนุญาโตตุลาการ เช่น Rome I Regulation Article 10, Hague Choice of Court Convention Article 3(d) และ UNCITRAL Model Law Article 16(1) และปรากฏการรับเอาในกฎหมายของประเทศปารากวัยเช่นกัน ใน Paraguayan Law 5393 Article 9.

[87] Daniel Girsberger and Neil B Cohen (เชิงอรรถ 40) 324; Daniel Girsberger, Thomas Kadner Graziano and Jan L Neels (เชิงอรรถ 46) 81-82.

[88] ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช (เชิงอรรถ 41) 253-254; กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1: การขัดกันแห่งกฎหมาย* (เชิงอรรถ 29) 330-331.

มาตรา 11 และมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ ดังนี้ จึงเป็นการอันสมควรและไม่ก่อให้เกิดความยากลำบาก ในการรับเอาหลักการแยกส่วนตามหลักกรุงเฮกฯ เข้ามาสู่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทย เพื่อสร้างความชัดเจนในบริบทของการระงับข้อพิพาทโดยทางศาล

4.2 Article 8 ข้อยกเว้นหลักการย้อนส่ง

หลักกรุงเฮกฯ กำหนด “ข้อยกเว้นหลักการย้อนส่ง” (Exclusion of *renvoi*) ไว้ชัดเจนใน Article 8 ให้การตกลงเลือกกฎหมายของคู่สัญญาไม่รวมไปถึงกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของกฎหมายที่เลือกไว้นั้น เพื่อรองรับหลักอำนาจอิสระของคู่สัญญาอย่างแท้จริงว่า ผลของการตกลงเลือกกฎหมายจะเป็นไปตามที่คู่สัญญาเลือกไว้ ปราศจากการปรับใช้หลักการย้อนส่งที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้มาก่อน สอดรับกับแนวทางในตราสารระหว่างประเทศส่วนใหญ่[89] ทั้งนี้ Article 8 ยังได้วางกฎเกณฑ์เปิดโอกาสให้คู่สัญญาตกลงเลือกกฎหมายโดยรวมถึงกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายด้วยก็ได้ เพียงแต่จะต้องปรากฏการตกลงโดยชัดแจ้ง (Expressly) เป็นเจตนาของคู่สัญญาที่ประสงค์ให้มีการปรับใช้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเสียก่อน แนวทางเช่นนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายต้นแบบว่าด้วยเรื่องอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสามารถนำไปประยุกต์ใช้ในการระงับพิพาทโดยทางศาลได้เช่นกัน[90]

บทวิเคราะห์

การกำหนดบทสันนิษฐานยกเว้นหลักการย้อนส่งตาม Article 8 กรณีคู่สัญญาแสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับไว้อย่างเป็นการทั่วไป หรือโดยมิได้ระบุแจ้งชัดว่าเป็นการเลือกกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย เพื่อนำไปสู่การใช้บังคับกฎหมายสารบัญญัติตามที่คู่สัญญาระบุเลือกไว้นั้น เป็นแนวทางที่สอดรับกับข้อความคิดเรื่องจุดเกาะเกี่ยวเจตนา สอดรับกับทางปฏิบัติในการเข้าทำสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ และสอดคล้องกับกระแสความคิดเชิงหลักการโดยทั่วไป ที่มุ่งสู่การละทิ้งหลักการย้อนส่งออกไปจากกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย[91] เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ แม้มาตรา 13 จะกำหนดให้กฎหมายที่คู่สัญญาแสดงเจตนาเลือกไว้เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา แต่ก็ไม่ปรากฏกฎเกณฑ์แจ้งชัดว่าตกอยู่ภายใต้บังคับหลักการย้อนส่งหรือไม่ และแม้จะปรากฏความเห็นพ้องในภาควิชาการตีความยกเว้นหลักการย้อนส่งว่า หากไม่ปรากฏว่า

---

[89] เช่น CISG Articles 1(1) 2, Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations (Hague Protocol) Articles 7 8 และ 12, Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons (Hague Succession Convention) Articles 5 6 และ 17, Hague Sales Convention Articles 7 และ 15, Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes (Hague Matrimonial Property Convention)Articles 3-5, Mexico Convention Article 17 และ Rome I Regulation Article 20; ตัวอย่างตราสารระหว่างประเทศที่ยังคงให้ความสำคัญกับหลักการย้อนส่งอยู่บ้าง ได้แก่ Hague Succession Convention Articles 4 และ 17, และ Hague Matrimonial Property Convention Article 4(2)(b).

[90] UNCITRAL Model Law Article 28(1).

[91] กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, ‘การยกเลิกหลักการย้อนส่งในการขัดกันแห่งกฎหมาย’ (2560) 46, 1 วารสารนิติศาสตร์ 69; Daniel Girsberger, Thomas Kadner Graziano and Jan L Neels (เชิงอรรถ 46) 83-88; ได้รับการกำหนดเป็นกฎหมายภายในของประเทศปารากวัยเช่นกัน ใน Paraguayan Law 5393 Article 10.

คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเป็นอย่างอื่นแล้ว กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้อย่างเป็นการทั่วไปย่อมหมายถึงกฎหมายสารบัญญัติ ไม่รวมถึงกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายแต่อย่างใด กระนั้นก็เคยปรากฏความเห็นในทางตรงกันข้ามคลาดเคลื่อนไปว่า ควรรวมถึงการย้อนส่งด้วย[92] การรับเอา Article 8 เข้าสู่กฎหมายภายในของไทย จึงย่อมก่อให้เกิดความแน่นอนในการใช้บังคับกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้ ทั้งมิได้ขัดแย้งกับระบบกฎหมายไทยที่เป็นอยู่ ดังเห็นได้จากมาตรา 34 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ ซึ่งบัญญัติยกเว้นการปรับใช้หลักการย้อนส่งไว้อย่างชัดเจน สำหรับกรณีปรากฏการตกลงเลือกกฎหมายของคู่สัญญาหรือคู่พิพาทไว้ เว้นแต่จะปรากฏข้อความกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้หมายความถึงกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายด้วย

4.3 Article 9 ขอบเขตของกฎหมายที่ถูกเลือก

หลักกรุงเฮกฯ กำหนดขอบเขตการใช้บังคับกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้ กับประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นจากสัญญา (Scope of the chosen law) โดยระบุทั้งในภาพรวมทั่วไปและอย่างเป็นการแยกแยะรายประเด็นใน Article 9 จำแนกโครงสร้างออกได้ 3 ประการ คือ (1) กฎเกณฑ์ทั่วไป ให้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกมีขอบเขตการใช้บังคับครอบคลุมทุกประเด็นปัญหาในทางสัญญาที่เกิดขึ้นเกี่ยวเนื่องกับความสัมพันธ์ในทางสัญญาระหว่างคู่สัญญานั้น (All aspects of the contract) เพื่อความเป็นเอกภาพทางกฎหมายและเพื่อลดแรงจูงใจในการเลือกสรรสถานที่หรือศาลที่จะฟ้องร้องดำเนินคดี (Forum shopping) (2) กฎเกณฑ์แจกแจงประเด็นปัญหาที่อยู่ภายใต้ขอบเขตการใช้บังคับของกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกเป็นการเฉพาะเรื่อง 7 เรื่อง ในลักษณะของการให้ตัวอย่างมิใช่อย่างจำกัดตายตัว (A non-exhaustive list) ครอบคลุมเรื่องการตีความ สิทธิหน้าที่ การปฏิบัติตามสัญญา ผลของการไม่ปฏิบัติตามสัญญา การประเมินความเสียหาย การทำให้หนี้ระงับ อายุความและข้อจำกัดด้านเวลาในการฟ้องคดี ความสมบูรณ์และผลของความไม่สมบูรณ์ ภาระการพิสูจน์ ข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย ตลอดจนเรื่องหน้าที่ก่อนสัญญา และ (3) กฎเกณฑ์เสริม เปิดช่องให้รัฐกำหนดจุดเกาะเกี่ยวเพิ่มเติมหรือกำหนดจุดเกาะเกี่ยวแบบทางเลือก เพื่อพิจารณาปัญหาความสมบูรณ์เรื่องแบบของสัญญาได้ เช่น จุดเกาะเกี่ยวถิ่นที่ทำสัญญา ถิ่นที่คู่สัญญามีภูมิลำเนาตั้งอยู่ ถิ่นที่คู่สัญญาปรากฏตัวอยู่ในขณะตกลงทำสัญญา หรือถิ่นที่ตั้งของศาลที่พิจารณาคดี แม้ว่าสัญญานั้นอาจไม่สมบูรณ์เรื่องแบบหากวินิจฉัยตามกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้ก็ตาม ภายใต้แนวคิดการเปิดกว้างเรื่องกฎหมายที่จะใช้บังคับกับความสมบูรณ์เรื่องแบบ หากจะทำให้สัญญานั้นคงมีความสมบูรณ์อยู่ได้[93]

บทวิเคราะห์

Article 9 กำหนดขอบเขตความมีผลใช้บังคับได้ของกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้ บนพื้นฐานแนวคิดว่า กฎหมายที่คู่สัญญาตกลงเลือกไว้ควรมีผลใช้บังคับครอบคลุมทุกประเด็นปัญหาทางสัญญา

---

[92] ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช (เชิงอรรถ 41) 252-253; กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1: การขัดกันแห่งกฎหมาย* (เชิงอรรถ 29) 332-333; ความเห็นให้รวมหลักการย้อนส่งด้วยปรากฏในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1583/2511.

[93] เช่น Hague Sales Convention Article 12 และ Rome I Regulation Article 12; Daniel Girsberger, Thomas Kadner Graziano and Jan L Neels (เชิงอรรถ 46) 94-95.

ที่เกิดขึ้นสืบเนื่องมาจากสัญญานั้น ตั้งแต่ต้นจนจบ (From its cradle to its grave) เป็นการเน้นย้ำความสำคัญอย่างแท้จริงให้แก่หลักอำนาจอิสระของคู่สัญญาในการตกลงเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับให้สามารถมีผลกับข้อพิพาทตามสัญญานั้นได้จริง และโดยกำหนดเจาะจงประเด็นปัญหาเป็นตัวอย่างลงไว้เป็นการเฉพาะ เพื่อลดและป้องกันปัญหาการใช้การตีความ ตลอดจนเพื่อเป็นแนวทางที่เป็นกลางให้แก่ระบบกฎหมายของนานาประเทศซึ่งอาจแตกต่างกัน อนึ่ง ขอบเขตเหล่านี้ยังคงอยู่ภายใต้หลักอำนาจอิสระของคู่สัญญา คือ คู่สัญญายังอาจตกลงแตกต่างเป็นอย่างอื่นได้[94]

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ จะไม่พบการกำหนดรายการประเด็นปัญหาที่อยู่ภายในขอบเขตการใช้บังคับกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้เป็นการเฉพาะ แต่หากพิจารณาตามตัวบทจะพบว่า ได้มีการจำแนกแยกประเด็นปัญหาทางสัญญาที่อาจตกอยู่ภายใต้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้ออกเป็นเรื่อง “สาระสำคัญ” กับ “ผล” ในมาตรา 13 วรรคหนึ่ง และ “แบบ” ในมาตรา 13 วรรคสาม ประกอบมาตรา 9 ซึ่งครอบคลุมประเด็นปัญหาได้หลากหลาย เพียงแต่ต้องอาศัยการตีความ[95] ดังนี้ กฎหมายไทยจึงสอดรับลงรอยกันได้กับ Article 9 เป็นอันมาก แต่การนำมากำหนดลงไว้ให้เห็นเป็นลายลักษณ์อักษร ก็จะยิ่งช่วยให้เกิดความชัดเจนตรงไปตรงมาเป็นรายประเด็นลดและป้องกันปัญหาอันอาจเกิดขึ้นจากการตีความกฎหมายได้เป็นอย่างดี อนึ่ง ข้อวิเคราะห์เพิ่มเติมสำหรับ Article 9 มีด้วยกัน 3 ประเด็นปัญหา ที่อาจนำมาซึ่งคำถามถึงความไม่อาจลงรอยกันได้กับกฎหมายไทย คือ ปัญหาเรื่องอายุความตาม Article 9(1)(d) เนื่องจากเคยปรากฏคำพิพากษาของศาลฎีกาในอดีตว่า กฎหมายเรื่องอายุความเป็นกฎหมายเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของไทย จึงไม่อาจนำเอากฎหมายต่างประเทศซึ่งเป็นกฎหมายที่คู่สัญญาได้ตกลงเลือกกันไว้มาใช้บังคับในคดีได้[96] ปัญหาเรื่องภาระการพิสูจน์และข้อสันนิษฐานของกฎหมายตาม Article 9(1)(f) ด้วยอาจเห็นว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความ แม้แท้จริงแล้วจะสามารถแยกออกมาต่างหากจากกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานได้ก็ตาม และปัญหาเรื่องหลักความรับผิดก่อนสัญญาตาม Article 9(1)(g) ว่าเป็นเรื่องหนี้ทางสัญญาหรือหนี้ที่มิใช่ทางสัญญา เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายใดกำหนดไว้แจ้งชัด[97] ดังนี้ การนำเอาหลักกรุงเฮกฯ มาเป็นต้นแบบในการกำหนดกฎเกณฑ์สำหรับปัญหาเหล่านี้ ย่อมสร้างความชัดเจนมากขึ้นให้แก่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทย

---

[94] เพิ่งอ้าง 88-89; ประเทศปารากวัยรับเอากฎเกณฑ์นี้เช่นกัน ใน Paraguayan Law 5393 Article 13.

[95] กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1: การขัดกันแห่งกฎหมาย* (เชิงอรรถ 29) 319-323; สายหยุด แสงอุทัย, *การขัดกันแห่งกฎหมาย: หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา* (เชิงอรรถ 41) 263-265; คนึง ฦๅไชย, *คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 11, วิญญูชน 2567) 69-71.

[96] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1583/2511.

[97] กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1: การขัดกันแห่งกฎหมาย* (เชิงอรรถ 29) 380-381; อานนท์ ศรีบุญโรจน์, ‘หลักความรับผิดก่อนสัญญาในกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย’ (2564) 39, 3 วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 105; จำปี โสตถิพันธุ์, *หลักความรับผิดก่อนสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 3, วิญญูชน 2548) 48 และ 123-124 เห็นว่า ความรับผิดก่อนสัญญาน่าจะอยู่กึ่งกลางระหว่างความรับผิดตามสัญญาและความรับผิดเพื่อละเมิด.

4.4 Article 10 การโอน

หลักกรุงเฮกฯ กำหนดกฎเกณฑ์เรื่อง “การโอน” (Assignment) ไว้เป็นการเฉพาะใน Article 10 เพื่อวินิจฉัยกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่ปัญหาสำคัญ ๆ เกี่ยวด้วยธุรกรรมการโอน ที่ซึ่งสิทธิหน้าที่ในระหว่างคู่สัญญาแต่ละฝ่ายที่ต่างกัน ถูกเชื่อมโยงไว้โดยสัญญาสองฉบับหรือมากกว่านั้น กล่าวคือ สัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ที่ถูกโอน (The contract creating the assigned obligation) และสัญญาการโอน (The contract of assignment) การพิจารณาสิทธิหน้าที่ของผู้รับโอน (Assignee) ที่จะพึงมีต่อลูกหนี้ (Debtor) บนพื้นฐานของหนี้ที่รับโอนมาจากผู้โอน (Assignor) จึงเป็นการผสมผสานระหว่างสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ที่ถูกโอนและสัญญาการโอน ซึ่งคู่กรณีสองฝ่ายนี้มิได้เป็นคู่สัญญาต่อกันโดยตรง และซึ่งสัญญาแต่ละฉบับเหล่านี้อาจอยู่ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการเลือกกฎหมายที่แตกต่างกัน ดังนั้น จึงไม่อาจวางหลักกฎหมายลงไปในทันทีได้ว่า กฎหมายที่จะใช้บังคับได้แก่กฎหมายตามที่คู่สัญญาได้ตกลงเลือกไว้ และจึงนำมาซึ่งความพยายามในการพิเคราะห์และค้นหาว่า กฎหมายใด สมควรเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในความสัมพันธ์อันเนื่องมาจากการโอนระหว่างผู้โอน ผู้รับโอน และลูกหนี้[98]

Article 10 วางอยู่บนหลักพื้นฐาน 2 ประการ คือ สิทธิหน้าที่ในระหว่างคู่สัญญาซึ่งเกิดขึ้นมาจากสัญญาใด ย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญานั้น และหนี้ในทางสัญญาหนึ่ง ๆ ย่อมคงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้นั้นต่อไป แม้จะปรากฏต่อมาว่าเจ้าหนี้ในสัญญานั้นได้โอนสิทธิในการได้รับชำระหนี้ไปยังบุคคลที่สามก็ตาม อธิบายตามกรณีได้ดังนี้ (1) กฎหมายที่ตกลงเลือกไว้โดยผู้โอนและผู้รับโอนในสัญญาการโอน ย่อมใช้บังคับกับสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาที่เกิดขึ้นสืบเนื่องมาจากสัญญาการโอนนั้น (2) กฎหมายที่ตกลงเลือกไว้โดยลูกหนี้และเจ้าหนี้ในสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ที่ถูกโอน ย่อมใช้บังคับกับปัญหาว่าการโอนที่เกิดขึ้นสามารถนำมาใช้อ้างยันต่อลูกหนี้ได้หรือไม่เพียงใด (3) กฎหมายที่ตกลงเลือกไว้โดยลูกหนี้และเจ้าหนี้ในสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ที่ถูกโอน ย่อมใช้บังคับกับสิทธิของผู้รับโอนที่มีต่อลูกหนี้อันเป็นผลมาจากการโอน และ (4) กฎหมายที่ตกลงเลือกไว้โดยลูกหนี้และเจ้าหนี้ในสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ที่ถูกโอน ย่อมใช้บังคับกับปัญหาที่ว่าหนี้ของลูกหนี้จะระงับสิ้นลงเมื่อใดและด้วยเหตุใด

บทวิเคราะห์

แม้เรื่องการโอนจะมีความซับซ้อนและปรากฏความคิดเห็นแตกต่างกันออกไปในนานาประเทศ[99] Article 10 จัดว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่สอดรับกับกระแสพัฒนาการในเรื่องนี้[100] ซึ่งในกฎหมายไทยมิได้มี

---

[98] สอดรับกับตราสารระหว่างประเทศอื่น อาทิ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการโอนสิทธิได้รับชำระหนี้ในทางการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 2001 (United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade 2001: Receivables Convention) Articles 28-29, แนวทางการจัดทำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมหลักประกัน ค.ศ. 2007 ของ UNCITRAL (UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions 2007: Secured Transactions Guide) Recommendations 126-127, และ Rome I Regulation Article 14.

[99] Daniel Girsberger, Thomas Kadner Graziano and Jan L Neels (เชิงอรรถ 46) 97-99 และ 101; Kittiwat Chunchaemsai, ‘Conflict of Laws for the Assignment of Receivables: From a Property-contract Approach to a Rights-based Approach’ (Ph.D. Thesis, Durham University 2015).

[100] ได้รับการนำไปกำหนดเป็นกฎหมายภายในของประเทศปารากวัยเช่นกัน ใน Paraguayan Law 5393 Article 14.

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการโอนไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งไม่ปรากฏการกล่าวถึงนักในทางวิชาการ การรับเอากฎเกณฑ์ตามหลักกรุงเฮกฯ มาเป็นกฎหมายภายในจึงนับเป็นเรื่องใหม่ที่คงนำมาซึ่งข้อวิพากษ์วิจารณ์ประกอบกับความยุ่งยากซับซ้อนของเรื่องและความแตกต่างทางทฤษฎีและข้อกฎหมายในนานาประเทศอันคงจะเป็นคำตอบที่สะดวกใจและง่ายเกินไปหากจะเสนอว่า ยังไม่สมควรรับเอามากำหนดเป็นกฎหมายภายในของไทย ครั้นหากจะปล่อยให้ปัญหาเรื่องการโอนที่มีความเกี่ยวข้องกับหลายฝ่าย ทั้งเจ้าหนี้ ลูกหนี้ ผู้โอน และบุคคลภายนอก ประสบกับคำถามว่า บุคคลทุกฝ่ายเหล่านี้จำต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้เท่านั้นใช่หรือไม่ คู่สัญญาที่ว่านั้นคือใคร จะส่งผลในทางร้ายต่อผู้ที่มิได้เป็นคู่สัญญาเพียงใด ก็ยิ่งเป็นทางที่จะนำมาซึ่งความไม่แน่นอนและไม่สมเหตุสมผลของกฎหมาย ดังนั้น เมื่อกฎเกณฑ์ตาม Article 10 ของหลักกรุงเฮกฯ มีความสอดคล้องกับตราสารระหว่างประเทศฉบับอื่นอันสื่อแสดงให้เห็นถึงทิศทางของนานาชาติต่อเรื่องนี้แล้ว จึงเสนอว่า สมควรรับเอาเข้ามากำหนดเป็นกฎหมายของไทย อย่างน้อยก็เพื่อเป็นจุดตั้งต้นอันจะก่อให้เกิดเป็นพัฒนาการแห่งกฎหมายสู่ความแน่นอนชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรและความคาดหมายถึงผลการใช้บังคับตามมาอย่างสอดคล้องกับระดับสากล

4.5 Article 11 กฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับเด็ดขาดเหนือกว่าและหลักนโยบายสาธารณะ

ปัญหารากฐานสำคัญประการหนึ่งเกี่ยวกับความตกลงเลือกกฎหมายของคู่สัญญาในกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายโดยทั่วไป ก็คือ ความมีผลใช้บังคับได้ของกฎหมายต่างประเทศที่คู่สัญญาเลือกไว้ตามหลักอำนาจอิสระของคู่สัญญา กับปฏิสัมพันธ์ที่จะเกิดขึ้นแก่ระบบกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายต่างประเทศนั้น เช่นว่า หากกฎหมายต่างประเทศที่ถูกเลือกไว้นั้นแตกต่างหรือขัดแย้งกับกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของศาลบนพื้นฐานของหลักการใด ๆ แล้ว จะถึงขั้นนำไปสู่ความไม่มีผลใช้บังคับได้หรือไม่ ปัญหานี้ย่อมจะส่งผลทำให้การปรับใช้หลักอำนาจอิสระของคู่สัญญาได้รับผลกระทบเสียหายหรือถูกลดบทบาทการใช้บังคับลงไป ซึ่งหลักกรุงเฮกฯ ได้วางหลักการและกฎเกณฑ์เพื่อตอบปัญหานี้ ภายใต้แนวคิดและถ้อยคำว่า “กฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับเด็ดขาดเหนือกว่า” (Overriding mandatory rules) และ “หลักนโยบายสาธารณะ” (Public policy) ใน Article 11[101] อย่างเป็นข้อจำกัดการใช้บังคับกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของศาล

Article 11 ประกอบด้วยกฎเกณฑ์ 5 วรรค บนพื้นฐานแนวคิดที่ว่า หลักอำนาจอิสระของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญา ย่อมสามารถถูกจำกัดได้ หากการใช้บังคับกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้จะเป็นการขัดแย้งต่อธรรมเนียมรากฐานสำคัญบางประการ (Fundamental norms) เปิดทางให้ศาลของรัฐที่พิจารณาคดีปฏิเสธที่จะให้ผลบังคับทางกฎหมายอย่างเต็มที่แก่กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้ได้ โดยให้ระบบกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (The law of the forum) เป็นศูนย์กลางในการพิจารณา อธิบายเป็นกรณีคือ (1) ให้อำนาจศาลที่พิจารณาคดี

[101] ทำนองเดียวกันกับในตราสารระหว่างประเทศที่เคยมีมา เช่น Hague Agency Convention Articles 16-17, Hague Sales Convention Articles 17-18 และ Hague Securities Convention Article 11.

พิจารณาปรับใช้บทกฎหมายที่มีสภาพบังคับเด็ดขาดเหนือกว่าตามกฎหมายของรัฐตนเองได้ (2) กำหนดสถานการณ์ซึ่งศาลที่พิจารณาคดี อาจพิจารณาปรับใช้หรือคำนึงถึงบทกฎหมายที่มีสภาพบังคับเด็ดขาดเหนือกว่าของรัฐอื่น โดยไม่มีข้อจำกัดเรื่องความเกาะเกี่ยว[102] (3) ให้อำนาจแก่ศาลที่พิจารณาคดีพิจารณายกเว้นการใช้บังคับกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้ หากเห็นว่าจะเป็นการขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานสำคัญว่าด้วยหลักนโยบายสาธารณะตามกฎหมายของรัฐตนเอง (4) กำหนดสถานการณ์ซึ่งศาลที่พิจารณาคดี อาจพิจารณาปรับใช้หรือคำนึงถึงหลักการพื้นฐานสำคัญว่าด้วยหลักนโยบายสาธารณะของรัฐอื่น ผ่านการอ้างอิงกับกฎหมายที่จะมีผลใช้บังคับกับสัญญาในกรณีที่ไม่ปรากฏข้อตกลงเลือกกฎหมาย และ (5) กำหนดกฎเกณฑ์ข้อจำกัดเหล่านี้ในบริบทของอนุญาโตตุลาการว่า อาจคำนึงถึงบทกฎหมายที่มีสภาพบังคับเด็ดขาดเหนือกว่าหรือหลักนโยบายสาธารณะตามกฎหมายของรัฐอื่นนอกเหนือจากกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้ได้ ต่อเมื่อมีสิทธิหรือถูกกำหนดให้ทำเช่นนั้นได้

การจำแนกข้อจำกัดตาม Article 11 เป็นการกำหนดคุณสมบัติของขอบเขตแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับ มิใช่การกำหนดให้ข้อตกลงเลือกกฎหมายตกเป็นอันไม่สมบูรณ์แต่อย่างใด โดยที่การกำหนดและปรับใช้ข้อจำกัดที่จะมีผลต่อการใช้บังคับกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้นั้น ย่อมต้องสมเหตุสมผล กระจ่างชัด และไม่กว้างขวางจนเกินความจำเป็น บนพื้นฐานการปรับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด (Restrictive approach) หลักกรุงเฮกฯ จึงได้เน้นย้ำถึงความเป็นข้อยกเว้นของทั้งบทกฎหมายที่มีสภาพบังคับเด็ดขาดเหนือกว่าและหลักนโยบายสาธารณะ ภายใต้ผลการพิจารณาเพียงตามขอบเขตความไม่อาจลงรอยกันได้ในแต่ละคดีเท่านั้น เพื่อให้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้คงเป็นกฎหมายที่สมควรได้รับการพิจารณาให้มีผลใช้บังคับแก่คดีได้จริง ในขอบเขตที่มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

สำหรับบทกฎหมายที่มีสภาพบังคับเด็ดขาดเหนือกว่า แม้จะไม่มีการให้นิยามไว้[103] แต่ย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่าหมายถึง “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” (Provisions of law) ที่มีสภาพบังคับใช้อย่าง “เด็ดขาด” (Mandatory) ให้ศาลต้องบังคับใช้โดยไม่จำต้องคำนึงถึงกฎหมายที่คู่สัญญาเลือก และซึ่ง “เหนือกว่า” (Overriding) ถึงขนาดไม่อนุญาตให้คู่สัญญาตกลงแตกต่างเป็นอย่างอื่นได้ จึงสมควรจำกัดเฉพาะบทกฎหมายซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งในการพิทักษ์รักษาประโยชน์สาธารณะของรัฐแห่งศาลที่พิจารณาคดี ทั้งนี้ การปรากฏตัวในเชิงรูปแบบของบทกฎหมายที่มีสภาพบังคับเด็ดขาดเหนือกว่าหาเป็นองค์ประกอบที่จำเป็นในการพิจารณาไม่ ส่วนหลักนโยบายสาธารณะนั้น อาจเข้ามายกเว้นความมีผลใช้บังคับของกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้ในกรณีเพียงว่า ผลของการใช้บังคับกฎหมายนั้นไม่อาจลงรอยกันได้อย่างชัดแจ้ง (Manifestly incompatible)[104] กับหลักการพื้นฐานสำคัญว่าด้วยหลักนโยบายสาธารณะของรัฐแห่งศาลที่พิจารณาคดี อันมีความสำคัญอย่างยิ่งถึงขนาดที่จำต้องขยายขอบเขตให้ครอบคลุมสัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศด้วย นัยของหลักนโยบายสาธารณะเช่นนี้จึงแคบกว่ามากเมื่อเปรียบเทียบกับบริบทภายในประเทศเท่านั้น ดังนี้ เหตุผลเพียงความต่างทางแนวคิด

---

[102] แนวทางเดียวกันกับ Mexico Convention Article 11 paragraph 2; เปรียบเทียบ Hague Agency Convention Article 16, Convention on the law applicable to contractual obligations June 1980 (Rome Convention) Article 7 และ Rome I Regulation Article 9(3).

[103] แตกต่างจาก Rome I Regulation ที่กำหนดบทนิยามไว้ใน Article 9(1).

[104] เช่นเดียวกันกับใน Hague Agency Convention Article 17 และ Rome I Regulation Article 21.

หรือวิธีการทางกฎหมายระหว่างระบบกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้กับระบบกฎหมายของรัฐแห่งศาลที่พิจารณาคดี ย่อมไม่เพียงพอ แต่จักต้องก่อให้เกิดผลเป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนต่อนโยบายพื้นฐานประการหนึ่งประการใดตามที่กำหนดไว้ และหากเป็นที่สงสัยก็ควรวินิจฉัยในท้ายที่สุดว่า กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้ควรเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับมากกว่า

สำหรับบทกฎหมายที่มีสภาพบังคับเด็ดขาดเหนือกว่ากับหลักนโยบายสาธารณะของรัฐอื่นนอกเหนือไปจากรัฐแห่งศาลที่พิจารณาคดีหรือรัฐซึ่งคู่สัญญาได้ตกลงเลือกกฎหมายไว้นั้น หลักกรุงเฮกฯ ได้ส่งต่อปัญหาดังกล่าวเข้าไปอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐแห่งศาลที่พิจารณาคดี อันหมายรวมถึงกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของรัฐนั้นเช่นกัน ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขดังที่ Article 11 (2) และ (4) กำหนดไว้ตามแต่กรณี

ในบริบทของอนุญาโตตุลาการนั้น หลักกรุงเฮกฯ สะท้อนให้เห็นถึงการพิจารณากฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับเด็ดขาดเหนือกว่าและหลักนโยบายสาธารณะ ที่แตกต่างจากการระงับข้อพิพาทโดยศาลของรัฐ ทั้งเมื่อหลักกรุงเฮกฯ มิใช่ตราสารที่จะก่อให้เกิดพันธกรณีผูกพันทางกฎหมายได้ด้วยแล้ว ก็ยิ่งไม่อาจและไม่สามารถที่จะกำหนดให้อำนาจใด ๆ แก่อนุญาโตตุลาการ มากไปกว่าที่อาจมีได้ตามที่ได้รับมอบฉันทะมา ด้วยเหตุนี้ Article 11(5) จึงมิใช่กฎเกณฑ์ที่กำหนดให้อำนาจเพิ่มเติมแก่อนุญาโตตุลาการ และมิได้มีวัตถุประสงค์ที่จะให้อนุญาโตตุลาการสามารถนำกฎเกณฑ์นี้ไปปรับใช้ได้อย่างเป็นดุลพินิจอิสระหรือที่ไร้ขอบเขต ในอันที่จะยกเว้นหรือเบี่ยงเบนออกไปจากการใช้บังคับกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้ แต่เป็นการยอมรับว่า อนุญาโตตุลาการอาจถูกกำหนดให้ต้องคำนึงถึงหลักนโยบายสาธารณะหรือบทกฎหมายที่มีสภาพบังคับเด็ดขาดเหนือกว่าของกฎหมายอื่นได้เช่นกัน ตามกรอบแห่งกฎหมายที่ใช้ในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเพื่อการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้นเอง

บทวิเคราะห์

การจำกัดขอบเขตหรือยกเว้นความมีผลใช้บังคับได้ของกฎหมายต่างประเทศที่คู่สัญญาตกลงเลือกไว้แล้วนั้น นับเป็นเรื่องหนึ่งที่มีความยุ่งยากในการค้นหาและวางแนวทางต้นแบบที่เป็นมาตรฐานกลางให้แก่นานาประเทศ ด้วยสภาพของเรื่องอันย่อมแตกต่างกันไปตามแต่นิตินโยบายของแต่ละรัฐเจ้าของศาลที่พิจารณาคดี[105] ในการวางกฎเกณฑ์และปรับใช้หลักนโยบายสาธารณะ กฎหมายที่มีสภาพบังคับเด็ดขาดเหนือกว่า กฎหมายสารบัญญัติพิเศษหรือกฎหมายที่พึงใช้บังคับทันที ซึ่ง HCCH ได้พยายามออกแบบกฎเกณฑ์ Article 11 ตามกระแสอิทธิพลของกฎหมายในทวีปยุโรป[106] ผ่านการใช้ถ้อยคำตามหลักสากลคือ “Public policy” หรือตามกฎหมายไทยคือ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กับถ้อยคำประดิษฐ์เฉพาะคือ “Overriding mandatory rules” หรือตาม

[105] Andrew Dickinson, ‘Oiling the Machine: Overriding Mandatory Provisions and Public Policy in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts’ (2017) 22 Uniform Law Review 402; Kenny Chng, ‘A Theoretical Perspective of the Public Policy Doctrine in the Conflict of Laws’ (2018) 14 Journal of Private International Law 130; Sarah Laval, ‘A Comparative Study of Party Autonomy and its Limitations in International Contracts’ (2016) 25 Cardozo Journal of International and Comparative Law 29; ใน Paraguayan Law 5393 Article 17 ใช้คำว่า “Mandatory norms” กับ “Public policy”.

[106] Daniel Girsberger, Thomas Kadner Graziano and Jan L Neels (เชิงอรรถ 46) 111.

กฎหมายไทยคือ กฎเกณฑ์ตามกฎหมายสารบัญญัติพิเศษที่มีสภาพบังคับเด็ดขาดหรือที่พึงใช้บังคับทันที[107] อย่างไรก็ดี HCCH มิได้ทำการกำหนดความหมายให้แก่ถ้อยคำทั้งสองแต่อย่างใด แต่การกำหนดกฎเกณฑ์ประกอบผ่านคำว่า “Manifestly” และ “Fundamental notions” ย่อมเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงนัยการใช้การตีความว่า การปรับใช้กฎเกณฑ์อันเป็นข้อยกเว้นกฎหมายที่คู่สัญญาตกลงเลือกไว้เช่นนี้ ควรเป็นไปอย่างแคบอย่างมาก (A very narrow exception) และกรณีหากเป็นที่สงสัย ก็สมควรให้ความมีผลการใช้บังคับทางกฎหมายแก่กฎหมายที่คู่สัญญาตกลงเลือกไว้เป็นสำคัญ ยิ่งกว่าการปรับใช้ข้อยกเว้นดังกล่าว[108]

ในประเทศไทย เรื่องกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับเด็ดขาดเหนือกว่า มิได้ปรากฏในพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ แต่ก็มิใช่ว่ากฎหมายต่างประเทศที่คู่สัญญาเลือกไว้จะสามารถมีผลใช้บังคับได้โดยตลอดเสมอไป โดยเฉพาะหากปรากฏว่า ประเด็นพิพาทตามสัญญานั้นสมควรตกอยู่ภายใต้ความมีผลใช้บังคับของกฎหมายภายในประเภทที่เข้าใจได้ว่า มีลักษณะเป็นกฎหมายสารบัญญัติพิเศษหรือที่พึงใช้บังคับทันที อันเป็นกฎหมายซึ่งตามนิตินโยบายของประเทศไทยนั้น ได้กำหนดผลใช้บังคับไว้เป็นการเฉพาะโดยไม่คำนึงลักษณะระหว่างประเทศ การขัดกันแห่งกฎหมาย หรือกฎหมายต่างประเทศที่คู่สัญญาเลือกไว้[109] ซึ่งการไม่ปรากฏกฎเกณฑ์แจ้งชัดเป็นลายลักษณ์อักษรย่อมก่อให้เกิดปัญหาการใช้การตีความได้ว่า กฎหมายฉบับใดเป็นกฎหมายสารบัญญัติพิเศษหรือที่พึงใช้บังคับทันทีได้บ้าง การนำเอา Article 11(1)-(2) ของหลักกรุงเฮกฯ ซึ่งครอบคลุมไม่เฉพาะกฎหมายไทยในฐานะกฎหมายของรัฐแห่งศาลที่พิจารณาคดี แต่ยังสามารถรวมไปถึงกฎหมายของประเทศอื่นที่เกี่ยวข้องได้ด้วย เข้ามาเป็นพื้นฐานการพัฒนาและวางกฎเกณฑ์ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น จึงเป็นเรื่องที่น่ารับเอามาพิจารณาเป็นอย่างยิ่ง

สำหรับหลักนโยบายสาธารณะ พระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ กำหนดกฎเกณฑ์ในมาตรา 5 ผ่านคำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย” ซึ่งแม้มิได้ให้คำจำกัดความไว้ แต่หากพิจารณาตามกฎหมายสารบัญญัติภายในก็จะพบคำอธิบายทั่วไปว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” เป็นคำที่มีความหมายกว้าง เป็นนามธรรมและยืดหยุ่น จำกัดความที่แน่ชัดได้ยาก มุ่งเน้นที่บริบทภายในสังคมไทยเองเป็นสำคัญ ไม่ว่าในเชิงประโยชน์ความมั่นคงปลอดภัย ขนบธรรมเนียมหรือจริยธรรม อันเกี่ยวข้องหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนโดยทั่วไป มิใช่เพียงคู่สัญญาโดยเฉพาะ ทั้งยังมีความเป็นพลวัตรแตกต่างกันออกไปในแต่ละท้องถิ่นและตามยุคสมัย จึงต้องปล่อยให้ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลที่จะนำไปปรับใช้ให้เหมาะสมในแต่ละคดี[110]

---

[107] ชุมพร ปัจจุสานนท์, ‘กฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที, หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย: ผลกระทบต่ออนุสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล’ (2529) 16, 4 วารสารนิติศาสตร์ 20; กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1: การขัดกันแห่งกฎหมาย* (เชิงอรรถ 29) 211-216.

[108] Daniel Girsberger and Neil B Cohen (เชิงอรรถ 40) 331-332.

[109] เช่น พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง; กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1: การขัดกันแห่งกฎหมาย* (เชิงอรรถ 29) 211-213.

[110] อุกฤษ มงคลนาวิน, ‘ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน’ (2518) 32, 1 บทบัณฑิตย์ 11; จิ๊ด เศรษฐบุตร, *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ถิระวัฒน์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551) 31-34; ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์ (เชิงอรรถ 42) ส่วนที่ 1, บทที่ 4, 4; มาโนช จรมาศ, ‘ปัญหาอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน’ (2525) 12, 2 วารสารนิติศาสตร์ 205.

แต่การเปิดประตูให้แก่ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีกว้างขึ้นเพียงใด ก็ยิ่งเท่ากับเป็นการปิดประตูให้แก่กฎหมายต่างประเทศที่คู่สัญญาตกลงเลือกไว้ให้แคบลงเพียงนั้น การหาจุดสมดุลเพื่อคุ้มครองทั้งประโยชน์ของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายและประโยชน์ของสังคมภายในรัฐโดยรวม จึงเป็นสิ่งสำคัญที่ HCCH ตระหนักและคำนึงถึง ดังนี้ จึงสมควรอย่างยิ่งที่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทย จะได้วางแนวทางการปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีในบริบทของข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ให้รัดกุมเข้มข้น แม้แตกต่างแต่ก็เชื่อมต่อกับบริบทภายในประเทศ โดยผ่านการคำนึงถึงความเป็นระหว่างประเทศและการนำเอา Article 11(3)-(4) ของหลักกรุงเฮกฯ มาเป็นต้นแบบ ซึ่งจะครอบคลุมได้ทั้งกฎหมายไทยในฐานะกฎหมายของรัฐแห่งศาลที่พิจารณาคดีและกฎหมายของประเทศอื่นที่อาจเกี่ยวข้องด้วยเช่นกัน

เมื่อพิจารณากฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทย อันปรากฏคำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” เช่นกัน ในขั้นตอนการรับรองหรือบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ[111] ซึ่งโดยทั่วไปก็ได้รับการอธิบายความหมายในทำนองเดียวกันกับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[112] การตีความหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีให้มีความหมายอย่างกว้าง จึงย่อมส่งผลกระทบต่อการพิจารณาของศาลเพื่อจะปฏิเสธหรือไม่ปฏิเสธการรับรองหรือบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ กระทั่งปรากฏข้อเสนอทางวิชาการตามอย่างสากลว่าโดยหลักนั้นศาลควรจะไม่ปฏิเสธการรับรองหรือบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่กรณีที่เห็นได้ชัดว่าจะเป็นการฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยผ่านการตีความอย่างแคบ และจึงควรมีการกำหนดกฎเกณฑ์หรือแนวทางการปรับใช้ให้ชัดเจนขึ้นในระบบกฎหมายไทย[113] ดังนี้ การนำเอาแนวคิดการตีความอย่างแคบของหลักกรุงเฮกฯ มาพิจารณาเพื่อประโยชน์ในการใช้การตีความกฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทย ย่อมเป็นแนวทางหนึ่งที่จะช่วยสร้างมาตรฐานการใช้การตีความให้ชัดเจนขึ้นได้

5. บทสรุปเชิงวิเคราะห์และข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิจัยหลักกรุงเฮกฯ นำมาซึ่งผลเป็นข้อสรุปเชิงวิเคราะห์และข้อเสนอแนะการรับเอาหลักกรุงเฮกฯ มาใช้ในระบบกฎหมายไทย ครอบคลุมทั้งในส่วนที่ควรทำให้กฎหมายไทยประสานสอดรับและในส่วนที่ไม่จำต้องทำให้ประสานสอดรับ กับกฎเกณฑ์ตามหลักกรุงเฮกฯ บนพื้นฐานของระบบกฎหมายไทยที่เป็นอยู่

---

[111] พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ มาตรา 40 44 และ 45 ซึ่งมิใช่ในขั้นตอนการค้นหาและปรับใช้กฎหมายเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท.

[112] วิชัย อริยะนันทกะ และคณะ, ‘พรมแดนของ “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” ในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอยู่ที่ใด’ (2550) 2 วารสารอนุญาโตตุลาการ 10; ไชยวัฒน์ บุนนาค (เชิงอรรถ 59) 161-166.

[113] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, *แนวทางการตีความของศาลภายใต้หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545* (สถาบันอนุญาโตตุลาการ 2560) 122-125.

5.1 บทสรุปเชิงวิเคราะห์

บทสรุปเชิงวิเคราะห์ความสอดคล้องและความไม่สอดคล้องระหว่างกฎเกณฑ์ตาม Articles 1-12 ของหลักกรุงเฮกฯ กับกฎเกณฑ์ในระบบกฎหมายไทย ไล่เรียงตามลำดับได้ดังตารางต่อไปนี้

หลักกรุงเฮกฯ	ข้อสรุปความสอดคล้องและความไม่สอดคล้องของกฎหมายไทย
Article 1	- กฎหมายไทยไม่มีกำหนดกฎเกณฑ์ขอบเขตการใช้บังคับที่ชัดเจน
Article 2	- มาตรา 13 พระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ วางอยู่บนพื้นฐานหลักอำนาจอิสระของคู่สัญญา และการยอมรับข้อตกลงเลือกกฎหมายของคู่สัญญาเช่นกัน แต่ยังขาดกฎเกณฑ์รายละเอียดในหลายเรื่อง
Article 3	- ไม่ปรากฏกฎเกณฑ์นี้ในกฎหมายไทย
Article 4	- มาตรา 13 พระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ วางอยู่บนพื้นฐานหลักอำนาจอิสระของคู่สัญญา และการยอมรับการแสดงเจตนาตกลงเลือกกฎหมายโดยชัดแจ้งและโดยปริยายเช่นกัน แต่ยังขาดกฎเกณฑ์รายละเอียดในบางประการ
Article 5	- แม้ไม่ปรากฏกฎเกณฑ์แจ้งชัดในกฎหมายไทย แต่สามารถตีความได้ว่า ไม่มีกฎเกณฑ์กำหนดเรื่องแบบของข้อตกลงเลือกกฎหมาย
Article 6	- ไม่ปรากฏกฎเกณฑ์นี้ในกฎหมายไทย
Article 7	- ไม่ปรากฏกฎเกณฑ์นี้ในกฎหมายไทย
Article 8	- แม้มีความเห็นสอดรับในทางวิชาการเกี่ยวกับการตีความเจตนาตกลงเลือกกฎหมาย แต่ไม่ปรากฏกฎเกณฑ์แจ้งชัดในพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ จะปรากฏก็เพียงในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ มาตรา 34 วรรคหนึ่ง
Article 9	- ไม่ปรากฏกฎเกณฑ์นี้ในกฎหมายไทย
Article 10	- ไม่ปรากฏกฎเกณฑ์นี้ในกฎหมายไทย
Article 11	- มาตรา 5 พระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ปรากฏกฎเกณฑ์เฉพาะหลักนโยบายสาธารณะ ซึ่งมุ่งเน้นเพียงหลักนโยบายสาธารณะของประเทศไทยเองเท่านั้น - ไม่ปรากฏกฎเกณฑ์เรื่องกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับเด็ดขาดเหนือกว่าเป็นการเฉพาะในกฎหมายไทย
Article 12	- ไม่ปรากฏกฎเกณฑ์นี้ในกฎหมายไทย

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากผลการศึกษาวิจัยและข้อวิเคราะห์ความสอดคล้องและความไม่สอดคล้อง ระหว่างกฎเกณฑ์ตามกฎหมายไทยกับตามหลักกรุงเฮกฯ เห็นได้ชัดว่า กฎเกณฑ์ตามกฎหมายไทยมีความไม่สอดคล้องอันสื่อถึงความไม่สมบูรณ์ในเชิงเนื้อหาของกฎเกณฑ์อยู่เป็นอันมาก หลายเรื่องหลายประเด็น ผู้เขียนจึงขอปิดท้ายบทความนี้ด้วยการให้ข้อเสนอแนะการรับเอากฎเกณฑ์ตามหลักกรุงเฮกฯ เข้ามาใช้ใน

ระบบกฎหมายไทย ผ่านการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ซึ่งจะมีผลโดยตรงต่อการระงับข้อพิพาทโดยทางศาล ตั้งต้นด้วยการเสนอให้จัดโครงสร้างและจำแนกกฎเกณฑ์ใหม่เสียก่อน คือ ใน “ภาค 3 หนี้” แห่งพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ให้แบ่งเป็น 2 หมวด ได้แก่ “หมวด 1 หนี้ทางสัญญา” ประกอบด้วย “ส่วนที่ 1 บททั่วไป” สำหรับสัญญาอื่น ๆ ซึ่งอยู่นอกขอบเขตการศึกษาวิจัยนี้ และ “ส่วนที่ 2 บทเฉพาะสัญญาทางพาณิชย์” เพื่อเป็นบทเฉพาะสำหรับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศตามขอบเขตของงานวิจัยฉบับนี้ อันเชื่อมโยงกับหลักกรุงเฮกฯ โดยสัญญาที่ไม่อยู่ในขอบเขตของส่วนที่ 2 ย่อมกลับไปอยู่ภายใต้ส่วนที่ 1 อันเป็นบททั่วไป และ “หมวด 2 หนี้ที่มิใช่ทางสัญญา” ซึ่งอยู่นอกขอบเขตการศึกษาวิจัย จากนั้นจะได้เสนอร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมเป็นรายมาตราต่อไป

สำหรับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ นั้น มาตรา 34 วรรคหนึ่ง กำหนดรองรับข้อตกลงเลือกกฎหมายไว้แล้ว และมาตรา 34 วรรคสอง ก็วางกฎเกณฑ์เปิดช่องสำหรับกรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมาย ให้อนุญาโตตุลาการพิจารณตามหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควรนำมาปรับใช้ได้ จึงครอบคลุมตามหลักกรุงเฮกฯ ในฐานะที่เป็นกฎหมายต้นแบบเรื่องข้อตกลงเลือกกฎหมายสำหรับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ หรือในฐานะกฎหมายภายในของไทยตามที่จะได้เสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ต่อไป โดยพื้นฐานเช่นนี้จึงเสนอให้นำแนวทางตามหลักกรุงเฮกฯ หรือตามร่างการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ที่จะเสนอนี้ เป็นกฎเกณฑ์ในการวินิจฉัยปัญหาข้อตกลงเลือกกฎหมายในสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ และจึงมีเพียงเรื่องเดียวที่เห็นว่าควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ นั่นก็คือ การเลือกกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่มิใช่กฎหมายของรัฐ เพื่อสร้างความชัดเจนให้แก่กฎหมายและเพื่อให้สอดรับกับหลักกรุงเฮกฯ ดังจะได้นำเสนอในตารางต่อไปนี้เป็นลำดับสุดท้าย

ลำดับที่ (หลักกรุงเฮกฯ)	**ข้อเสนอร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายไทย**
ก. พระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายฯ	
1. (หลักทั่วไป)	- ในภาค 3 หนี้ เพิ่มเติม *“หมวด 1 หนี้ทางสัญญา”* และ *“หมวด 2 หนี้ที่มิใช่ทางสัญญา”* ซึ่งหมวด 2 จะครอบคลุมมาตรา 14-15 (เดิม)
2. (หลักทั่วไป)	- ใน *“หมวด 1 หนี้ทางสัญญา”* เพิ่มเติม *“ส่วนที่ 1 บททั่วไป”* ครอบคลุมมาตรา 13 (เดิม) และ *“ส่วนที่ 2 บทเฉพาะสัญญาทางพาณิชย์”* ประกอบด้วยมาตรา 13/1 ถึงมาตรา 13/11 (ใหม่)
3. (Article 1)	- เพิ่มเติม *“มาตรา 13/1 ให้ใช้บังคับบทบัญญัติในส่วนนี้เฉพาะกับการเลือกกฎหมายในสัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายกระทำการในทางการค้าหรือทางวิชาชีพของตน และไม่ให้ใช้บังคับกับสัญญาผู้บริโภคหรือสัญญาจ้างแรงงาน* *สัญญาที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศตามวรรคหนึ่ง ได้แก่ สัญญาซึ่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีสถานประกอบการอยู่ในรัฐเดียวกัน และความสัมพันธ์ในระหว่าง*

ลำดับที่ (หลักกรุงเฮกฯ)	ข้อเสนอร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายไทย
	คู่สัญญาตลอดจนองค์ประกอบอื่นทั้งหมดของสัญญานั้น โดยไม่รวมถึงข้อตกลงเลือกกฎหมาย มีความเกี่ยวข้องเฉพาะกับรัฐนั้นเพียงรัฐเดียว *บทบัญญัติในส่วนนี้ย่อมไม่นำไปสู่กฎหมายที่จะพึงใช้บังคับแก่เรื่องดังต่อไปนี้* *(1) ความสามารถของบุคคล* *(2) ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และข้อตกลงเลือกศาล* *(3) บริษัทหรือการรวมกลุ่มประเภทอื่น และทรัสต์* *(4) ล้มละลาย* *(5) ผลทางทรัพย์สินของสัญญา* *(6) ความสามารถของตัวแทนในการกระทำการเพื่อให้มีผลผูกพันตัวการต่อบุคคลที่สาม”*
4. (Article 2)	- เพิ่มเติม *“มาตรา 13/2 ให้กฎหมายที่คู่สัญญาตกลงเลือกไว้ เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา* *คู่สัญญาอาจเลือกกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับสัญญานั้นทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วนก็ได้ และอาจเลือกกฎหมายที่แตกต่างกันเพื่อใช้บังคับกับแต่ละส่วนของสัญญาก็ได้* *คู่สัญญาอาจตกลงแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อตกลงเลือกกฎหมายที่ได้ตกลงกันไว้แล้วในขณะทำสัญญา ไม่ว่าในเวลาใด ๆ ก็ได้ แต่การตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าว ย่อมไม่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์เรื่องแบบของสัญญา และย่อมไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอก* *ทั้งนี้ กฎหมายที่คู่สัญญาตกลงเลือกนั้น ไม่จำต้องมีความเกาะเกี่ยวในทางหนึ่งทางใดกับสัญญาหรือคู่สัญญา”*
5. (Article 12)	- เพิ่มเติม *“มาตรา 13/3 ในกรณีที่คู่สัญญามีสถานประกอบการมากกว่าหนึ่งแห่ง ให้ใช้สถานประกอบซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่สุดกับสัญญาในขณะเมื่อตกลงทำสัญญา เป็นสถานประกอบการเพื่อประโยชน์ในการใช้บังคับบทบัญญัติในส่วนนี้”*
6. (Article 4)	- เพิ่มเติม *“มาตรา 13/4 การตกลงเลือกกฎหมายและการตกลงแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อตกลงเลือกกฎหมายนั้น อาจเกิดขึ้นจากเจตนาโดยชัดแจ้ง หรือจากเจตนาโดยปริยายซึ่งเห็นได้อย่างชัดเจนจากข้อสัญญาหรือจากสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับสัญญา* *เพียงข้อตกลงเลือกศาลหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ได้กระทำขึ้นเพื่อประโยชน์ในการระงับข้อพิพาทในระหว่างคู่สัญญา ย่อมไม่อาจถือได้ในตัวเองว่าเป็นการตกลงเลือกกฎหมาย”*

ลำดับที่ (หลักกรุงเฮกฯ)	ข้อเสนอร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายไทย
7. (Article 5)	- เพิ่มเติม *"มาตรา 13/5 การตกลงเลือกกฎหมายย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับหรือเงื่อนไขเรื่องแบบ การทำเป็นหนังสือหรือการมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใด ๆ เว้นแต่คู่สัญญาจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น"*
8. (Article 6)	- เพิ่มเติม *"มาตรา 13/6 ภายใต้บังคับของวรรคสอง* *(1) ปัญหาว่าคู่สัญญาได้กระทำการตกลงเลือกกฎหมายไว้หรือไม่ ย่อมเป็นไปตามกฎหมายที่ได้รับการกล่าวอ้างว่าได้มีการตกลงกันไว้* *(2) กรณีที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายอาศัยสัญญามาตรฐานในการเข้าทำสัญญาและข้อสัญญามาตรฐานของแต่ละฝ่ายนั้นระบุเลือกกฎหมายที่แตกต่างกันไว้ หากกฎหมายที่แตกต่างกันนั้นนำไปสู่การใช้บังคับกฎหมายตามข้อสัญญามาตรฐานฉบับหนึ่งฉบับใดที่ต้องตรงกัน ให้กฎหมายตามข้อสัญญามาตรฐานฉบับนั้น เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา แต่หากกฎหมายที่แตกต่างกันนั้นนำไปสู่การใช้บังคับกฎหมายตามข้อสัญญามาตรฐานฉบับที่แตกต่างกัน ให้ถือว่ากรณีเช่นนี้เป็นกรณีที่ไม่ปรากฏการตกลงเลือกกฎหมาย* *ให้กฎหมายของรัฐที่ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ๆ มีสถานประกอบการตั้งอยู่ เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ปัญหาว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้น ๆ ได้ให้ความยินยอมในการตกลงเลือกกฎหมายหรือไม่ หากว่าจะเป็นการไม่สมเหตุสมผลในการใช้บังคับกฎหมายตามวรรคหนึ่งเพื่อวินิจฉัยปัญหานี้"*
9. (Article 7)	- เพิ่มเติม *"มาตรา 13/7 ข้อตกลงเลือกกฎหมายซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักหรือซึ่งใช้บังคับกับสัญญาหลัก ให้ถือว่าเป็นข้อสัญญาแยกต่างจากสัญญาหลัก และย่อมไม่เสื่อมเสียไปเพียงเพราะเหตุว่าสัญญาหลักนั้นตกเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์"*
10. (Article 8)	- เพิ่มเติม *"มาตรา 13/8 เมื่อข้อตกลงเลือกกฎหมายกำหนดถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศใด หากข้อความมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งเป็นอย่างอื่น ให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติ มิใช่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น"*
11. (Article 9)	- เพิ่มเติม *"มาตรา 13/9 ให้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้มีผลใช้บังคับครอบคลุมทุกปัญหาอันเกิดขึ้นจากสัญญาในระหว่างคู่สัญญานั้น โดยรวมถึงแต่ไม่จำกัดเพียงปัญหาต่อไปนี้* *(1) การตีความ* *(2) สิทธิและหน้าที่อันเกิดขึ้นจากสัญญา* *(3) การปฏิบัติตามสัญญา และผลของการไม่ปฏิบัติตามสัญญา รวมทั้งการประเมินความเสียหาย*

ลำดับที่ (หลักกรุงเฮกฯ)	ข้อเสนอร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายไทย
	(4) การทำให้หนี้ตามสัญญาระงับสิ้นลง อายุความ และข้อจำกัดด้านเวลาในการฟ้องร้องดำเนินคดี *(5) ความสมบูรณ์ และผลแห่งความไม่สมบูรณ์ของสัญญา* *(6) ภาระการพิสูจน์ และข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย* *(7) หน้าที่ก่อนสัญญา* *ทั้งนี้ กฎเกณฑ์ตาม (5) ไม่มีผลเป็นการจำกัดห้ามการใช้บังคับกฎหมายอื่นใดซึ่งอาจนำไปสู่ความสมบูรณ์เรื่องแบบของสัญญาได้"*
12. (Article 10)	- เพิ่มเติม *"มาตรา 13/10 ในกรณีของสัญญาเกี่ยวด้วยการโอนสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีต่อลูกหนี้อันเกิดขึ้นจากสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้นั้น ให้วินิจฉัยตามแต่กรณีดังนี้* *(1) กรณีคู่สัญญาการโอน ได้ตกลงเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาการโอนไว้ ให้กฎหมายที่เลือกไว้นั้นมีผลใช้บังคับกับสิทธิและหน้าที่ในระหว่างเจ้าหนี้กับผู้รับโอนอันพึงมีร่วมกันตามสัญญาการโอน* *(2) กรณีคู่สัญญาตามสัญญาในระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ ได้ตกลงเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญานั้นไว้ ให้กฎหมายที่เลือกไว้นั้นมีผลใช้บังคับกับปัญหาดังต่อไปนี้* *(ก) การยกการโอนขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้* *(ข) สิทธิของผู้รับโอนที่มีต่อลูกหนี้ และ* *(ค) การหลุดพ้นจากหนี้ของลูกหนี้"*
13. (Article 11)	- เพิ่มเติม *"มาตรา 13/11 บทบัญญัติในส่วนนี้ไม่มีผลเป็นการจำกัดห้ามมิให้ศาลใช้บังคับบทกฎหมายที่มีสภาพบังคับเด็ดขาดเหนือกว่าของประเทศไทย หรือของประเทศอื่นใดที่มีความเกาะเกี่ยวอย่างใกล้ชิดกับสัญญา หากว่าบทกฎหมายเหล่านั้นจำต้องมีผลใช้บังคับโดยไม่คำนึงถึงกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้* *ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศตามที่คู่สัญญาเลือกไว้บังคับ ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงเท่าที่ไม่ขัดอย่างแจ้งชัดต่อหลักการพื้นฐานสำคัญว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย หรือหลักนโยบายสาธารณะของประเทศอื่นใดซึ่งกฎหมายของประเทศนั้นพึงเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับหากปราศจากซึ่งการตกลงเลือกกฎหมายของคู่สัญญา"*
ข. พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ	
14. (Article 3)	- เพิ่มเติมเรื่องกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย เฉพาะในมาตรา 34 วรรคหนึ่ง (วรรคอื่นคงเดิม ไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติม)

ลำดับที่ (หลักกรุงเฮกฯ)	ข้อเสนอร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายไทย
	- แก้ไขมาตรา 34 วรรคหนึ่ง เป็น *“ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท ในกรณีที่มีการกำหนดถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศใด หากข้อความมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติ มิใช่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น ทั้งนี้ กฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท อาจเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติว่าเป็นชุดแห่งกฎเกณฑ์ที่มีความเป็นกลางและสมดุลก็ได้”*