

บทที่ 4

ความสมบูรณ์และผลของข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาธุรกิจการค้าระหว่างประเทศตามกฎหมายไทย

4.1 ความสมบูรณ์ของข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาธุรกิจการค้าระหว่างประเทศตามกฎหมาย

4.1.1 ประเทศไทย (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเดิม)

ในสมัยที่ยังบังคับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่ 1 ตุลาคม 2478 อยู่ (ก่อนมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2534) กฎหมายไทยได้บัญญัติบทมาตรากฎเกี่ยวกับ "ข้อตกลงเลือกศาล" (Choice of Forum หรือ Choice of Jurisdiction Clause) ไว้ในมาตรา 7(4) ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าได้มีการตกลงกันไว้เป็นหนังสือว่า คู่สัญญาได้ยินยอมกันว่าบรรดาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วก็ดี หรือข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นจากข้อสัญญาก็ดี ให้เสนอต่อศาลชั้นต้นศาลใดศาลหนึ่งตามที่ได้ระบุไว้ซึ่งไม่มีหรืออาจไม่มีเขตศาลเหนือคดีนั้นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยศาลที่จะรับคำฟ้อง ข้อตกลงเช่นนี้ให้เป็นอันผูกพันกันได้ แต่ศาลที่ได้ตกลงกันไว้นั้นจะต้องเป็นศาลที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น หรือมูลคดีของเรื่องนั้นได้เกิดขึ้น หรือทรัพย์สินที่พิพาทกันนั้นตั้งอยู่ในเขตศาลแห่งศาลนั้น ๆ"⁴⁶

จากบทบัญญัตินี้แสดงให้เห็นว่า "ข้อตกลงเลือกศาล" ในกฎหมายไทยได้มีมานานแล้ว และกฎหมายไทยได้ยอมรับให้เอกชนแสดงเจตนาเลือกศาลโดยความตกลงระหว่างกันได้

อย่างไรก็ดี มีนักกฎหมายผู้ใหญ่ว่านหนึ่งเห็นว่า การทำข้อตกลงเลือกศาลซึ่งจะมีผลบังคับสมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ต้องเป็นกรณีที่ทำความตกลงเลือกศาลใดศาลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง มิใช่เป็นการตกลงเลือกไว้หลายศาลในลักษณะเป็นการเผื่อเลือก เพราะคู่กรณีไม่อาจรู้ล่วงหน้าว่าจะฟ้องคดีนั้นที่ศาลใดแน่นอน ข้อตกลงเลือกศาลในลักษณะกำหนดไว้หลายศาลเป็นการเผื่อเลือกนี้จะไม่ผูกมัดศาลใดศาลหนึ่งที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลที่จะต้องรับฟ้องนั้นไว้พิจารณาตามประมวลกฎหมาย

⁴⁶ สเลียร์ ลายลักษณ์ และคณะ, ประชุมกฎหมายประจำศก พ.ศ. 2478 ภาคที่ 1 เล่ม 48 ตอน 1 (ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์, 2479) หน้า 555

วิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4)⁴⁷ **แต่ผู้เขียนเห็นว่า** ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ไม่น่าจะมีเจตนารมณ์จำกัดให้คู่สัญญาต้องทำความตกลงกันกำหนดศาลที่จะพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทกันเพียงศาลใดศาลหนึ่งเท่านั้น การทำความตกลงกันกำหนดศาลที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มูลคดีของเรื่องนั้นได้เกิดขึ้นในเขตศาล หรือศาลที่ทรัพย์สินที่พิพาทกันตั้งอยู่ภายในเขตศาลนั้น ไม่ว่าจะกำหนดไว้ศาลเดียวเป็นการเฉพาะเจาะจง หรือกำหนดไว้ตั้งแต่สองศาลขึ้นไป ผู้เขียนเห็นว่าย่อมทำได้ และข้อตกลงเลือกศาลนั้นมีผลบังคับใช้และผูกพันศาลและคู่สัญญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) แม้ว่าจะไม่ทราบเป็นการแน่นอนตายตัวว่าในอนาคตจะต้องนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลใดศาลหนึ่งเป็นการแน่ชัด แต่คู่สัญญาได้แสดงเจตนากำหนดเลือกไว้แล้วว่า ศาลที่จะพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทตามสัญญานั้นเป็นศาลใดบ้าง ส่วนจะเป็นศาลใดศาลหนึ่งในระหว่างศาลที่ได้กำหนดเลือกไว้ในลักษณะเพื่อเลือกนั้น สิทธิแห่งการเลือกครั้งสุดท้ายในการนำคดีเสนอสู่ศาลเป็นของคู่สัญญาฝ่ายโจทก์ ข้อตกลงเลือกศาลในลักษณะเพื่อเลือกยอมผูกพันคู่สัญญาเพราะเป็นการกำหนดเลือกศาลในลักษณะที่กฎหมายเล็งเห็นว่าเป็นศาลที่เหมาะสมและสะดวกแก่การพิจารณาคดีตามหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) แล้ว ย่อมไม่น่าจะเกิดความได้เปรียบเสียเปรียบในเชิงคดีต่อกันระหว่างคู่สัญญาอีก ไม่วาคู่สัญญาฝ่ายโจทก์จะเลือกเสนอคำฟ้องต่อศาลใดศาลหนึ่งในระหว่างศาลทั้งหลายที่ทำข้อตกลงเลือกไว้ในลักษณะเพื่อเลือก

ข้อตกลงเลือกศาล (Choice of Forum หรือ Choice of Jurisdiction Clause) จะตกลงกันในเรื่องอำนาจศาลหรือลำดับชั้นของศาลไม่ได้ ทั้งนี้เพราะจำต้องพิจารณาถึงความสำคัญของมูลคดีที่พิพาทเป็นข้อสำคัญ และต้องพิจารณาคดีไปตามลำดับชั้นของศาล คือศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา ตามที่พระธรรมนูญศาลยุติธรรมและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดไว้ เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ดังนั้น **การทำข้อตกลงเลือกศาลจึงเป็นการตกลงกันแต่เฉพาะเรื่องเขตศาลเท่านั้น** ทั้งนี้เพราะเรื่องการกำหนดเขตศาลนั้นเป็นไปเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างปริมาณคดีที่เกิดขึ้นในแต่ละท้องที่กับที่ตั้งของศาลและจำนวนศาลที่ตั้งขึ้นรองรับปริมาณคดีที่เกิดขึ้นนั้น กฎหมายจึงผ่อนคลายเป็นโอกาสคู่สัญญาสามารถทำความตกลงกันกำหนดเขตศาลที่จะชำระคดีกันเองได้⁴⁸ เพราะฉะนั้นการทำข้อตกลงเลือกศาลจึงต้อง

⁴⁷ อดุม เฟื่องฟูง, “ข้อตกลงเรื่องเขตศาล”, วารสารกฎหมาย ปีที่ 9(มิ.ย. 2527)ฉบับที่

1:22-26 หน้า 24-25

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

เลือกศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีนั้นอยู่แล้ว จะทำความตกลงกันให้ศาลที่ไม่มีอำนาจมาพิจารณาย่อมไม่ได้⁴⁹ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ก็จำกัดให้เลือกศาลที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มูลคดีของเรื่องนั้นได้เกิดขึ้นในเขตศาล หรือศาลที่ทรัพย์สินที่พิพาทกันนั้นตั้งอยู่ในเขตศาล คู่สัญญาจะตกลงเลือกศาลที่กำหนดไว้ดังกล่าวไม่ได้ แม้ว่าศาลนั้นจะมีเขตอำนาจศาลเหนือคดี เช่น เป็นศาลที่เจ้าหนี้พบตัวลูกหนี้ในเขตศาลนั้นในกรณีฟ้องบังคับเกี่ยวกับหนี้เหนือบุคคลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 4(3)⁵⁰ เป็นต้น ดังนั้นคู่สัญญาจึงไม่อาจทำความตกลงเลือกศาลที่เป็นกลางแต่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาเลย และไม่มีอำนาจพิจารณาเหนือคดีนั้น หรือไม่ใช่ศาลตามกรณีใดกรณีหนึ่งที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ข้อตกลงเลือกศาลเช่นนี้ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย

เหตุที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ให้อำนาจคู่ความทำข้อตกลงเลือกศาลที่จะพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทตามสัญญาได้นั้น ก็เพื่อความสะดวกของคู่สัญญาในการเจรจาทำสัญญาระหว่างกันและในการประกอบธุรกิจการค้าโดยทั่วไป นอกจากนี้ยังถือว่าเรื่องกฎหมายส่วนแพ่งนั้นเป็นกฎหมายส่วนเอกชน ดังนั้นเอกชนจึงมีสิทธิเสรีภาพที่จะแสดงเจตนาทำความตกลงกันเป็นพิเศษได้⁵¹ ดังนั้นหากคู่ความทำข้อตกลงเลือกศาลกันในประเทศกำหนดให้ฟ้องคดียังศาลในประเทศไทยแล้ว ศาลในประเทศไทยศาลนั้นต้องเป็นศาลที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือเป็นศาลที่มูลคดีของเรื่องนั้น

⁴⁹สุธรรม ภัทราคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : แสงทองการพิมพ์, 2518), หน้า 29.

⁵⁰ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 4(3) บัญญัติว่า “ในกรณีเกี่ยวกับหนี้เหนือบุคคลซึ่งมิได้ตกอยู่ในบทบัญญัติแห่งหมวดนี้ ระหว่างเจ้าหนี้ซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศสยาม และลูกหนี้ซึ่งมิได้มีภูมิลำเนาในประเทศสยาม หากเข้ามาในประเทศสยามชั่วคราวนั้น ไม่ว่าจะเกิดมูลคดีในประเทศใด หรือมูลคดีจะเป็นประการใดก็ตาม เจ้าหนี้จะยื่นคำฟ้องขอให้บังคับตามสิทธิเช่นนั้น ในศาลซึ่งตนมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น หรือในศาลที่พบตัวลูกหนี้ในเขตศาลนั้นก็ได้ แต่จะดำเนินคดีต่อไปได้ต่อเมื่อได้ส่งหมายเรียกให้แก่ลูกหนี้ในประเทศสยามแล้ว”

⁵¹ธำนิษฐา กรัยวิเชียร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, หน้า 272. ; พระนิติการณประสม, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, หน้า 33. ; มาโนช จรมาศ, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1-2, หน้า 62. : วิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, หน้า 91. และ สุข หงสไกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1, หน้า 63.

เกิดในเขตศาลนั้น หรือศาลที่ทรัพย์สินพิพาทกันนั้นตั้งอยู่ในเขตศาล กรณีใดกรณีหนึ่ง ข้อตกลงจึงจะมีผลสมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) และผูกพันคู่ความให้จำต้องปฏิบัติตามข้อตกลงนั้น⁵²

ในกรณีที่คู่ความทำข้อตกลงเลือกศาลกันในประเทศไทยกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลในต่างประเทศนั้น หากศาลในต่างประเทศเป็นศาลที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือเป็นศาลที่มูลคดีของเรื่องนั้นเกิดในเขตศาล หรือเป็นศาลที่ทรัพย์สินที่พิพาทกันตั้งอยู่ในเขตศาล กรณีใดกรณีหนึ่งแล้ว ข้อตกลงเช่นนี้จะมีผลทำให้คู่ความหมดสิทธิฟ้องคดียังศาลในประเทศไทยซึ่งมีเขตอำนาจศาลเหนือคดีนั้นด้วยหรือไม่นั้น อาจารย์ พิพัฒน์ จักรางกูร เห็นว่า การที่คู่ความทำข้อตกลงกันกำหนดให้ฟ้องคดียังศาลต่างประเทศนั้นไม่เกี่ยวกับกฎหมายไทย บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) มีความหมายเพียงว่า เมื่อคดีตกอยู่ในอำนาจของศาลไทยแล้ว จะตกลงกันเลือกฟ้องยังศาลไทยศาลใดศาลหนึ่งตามที่ระบุไว้ในกรณีหนึ่งกรณีใดของมาตราดังกล่าวก็ได้เท่านั้น⁵³ อย่างไรก็ตาม อาจารย์ หลวงจรัญญูนิติศาสตร์ เห็นว่า คดีแพ่งเป็นเรื่องของเอกชนกับเอกชน ดังนั้นคู่ความจะทำความตกลงกันเช่นไรก็ได้⁵⁴ **ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า** ในสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ หากคู่สัญญาทำข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศเป็นศาลที่คู่ความต้องเสนอคำฟ้องให้พิจารณาพิพากษาแล้ว หากศาลต่างประเทศนั้นเป็นศาลใดศาลหนึ่งตามที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ข้อตกลงเลือกศาลนั้นน่าจะมีผลสมบูรณ์ผูกพันคู่ความได้ เพราะคดีแพ่งเป็นเรื่องของเอกชนกับเอกชน ดังนั้นคู่ความจะทำความตกลงกันเช่นไรก็ได้ ตามความเห็นของอาจารย์หลวงจรัญญูนิติศาสตร์

ข้อสังเกตเกี่ยวกับการทำความตกลงเรื่องเขตศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) มีดังต่อไปนี้

(1) การทำข้อตกลงเลือกศาลอันเป็นผลผูกพันกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ต้องเป็นการแสดงเจตนาทำความตกลงกันทั้งสองฝ่าย หากเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งพิมพ์ข้อความที่ระบุเลือกศาลที่จะพิจารณาพิพากษาในเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งสัญญาไว้ล่วงหน้าโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายมิได้แสดงเจตนายินยอมด้วย ข้อตกลงเลือกศาลนั้นย่อมไม่มีผลผูกพันคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้แสดงเจตนายินยอม ดังอุทาหรณ์ในคำ

⁵²พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, หน้า 109.

⁵³เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

⁵⁴เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

พิพากษาศาลฎีกาที่ 2042/2523 ซึ่งเป็นกรณีที่โจทก์ระบุข้อตกลงเลือกศาลไว้ในใบส่งของช่อง หมายความว่า “การฟ้องคดีให้ฟ้องที่ศาลจังหวัดกรุงเทพ” แต่ปรากฏว่าข้อความดังกล่าวเป็น ข้อความที่โจทก์พิมพ์ไว้ฝ่ายเดียว จำเลยไม่ได้ตกลงกัน ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยว่า ข้อตกลงดังกล่าว จึงมิใช่ข้อตกลงที่จะผูกพันกันในระหว่างคู่สัญญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขต อำนาจศาลได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 4(2)⁵⁵

(2) ในกรณีที่มีจำเลยหลายคน แต่มีจำเลยเพียงบางคนได้แสดงเจตนาทำความตกลง เรื่องเขตศาลกับโจทก์ โจทก์จะอาศัยข้อตกลงนั้นฟ้องคดีจำเลยอื่น ๆ รวมกันไปด้วยหาได้ไม่⁵⁶ ดัง อุทธรณ์ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1411/2513 ซึ่งเป็นกรณีที่จำเลยที่ 1 เป็นบริษัทจำกัดและมี สำนักงานอยู่ที่จังหวัดพระนคร จำเลยที่ 2 อยู่จังหวัดนครสวรรค์ โจทก์เข้าซื้อรถยนต์จากจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นตัวแทนของจำเลยที่ 1 โดยมีข้อสัญญาว่า จำเลยที่ 1 กับโจทก์ตกลงกันว่า “หากมีการ ฟ้องร้องทางแพ่งเกี่ยวกับสัญญานี้ให้ฟ้องร้องและดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ศาลแพ่งเท่านั้น” ศาล ฎีกาวินิจฉัยว่าข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาเข้าซื้อนี้มีผลผูกพันเฉพาะแต่โจทก์กับจำเลยที่ 1 เท่านั้น เมื่อโจทก์จะฟ้องจำเลยที่ 2 โจทก์ย่อมยื่นฟ้องต่อศาลจังหวัดนครสวรรค์ และเมื่อมูลความ แห่งคดีไม่อาจแบ่งแยกจากกันได้ โจทก์ย่อมมีสิทธิยื่นฟ้องจำเลยที่ 1 รวมกับจำเลยที่ 2 ต่อศาล จังหวัดนครสวรรค์ ได้คำวินิจฉัยของศาลฎีกาในคดีนี้แสดงให้เห็นว่า ข้อตกลงเรื่องเขตศาลตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) มีผลผูกพันเฉพาะจำเลย คนที่ได้ทำความตกลงไว้กับโจทก์เท่านั้น ข้อตกลงนั้นหาได้มีผลผูกพันจำเลยอื่นในสัญญาเดียวกัน ซึ่งไม่ได้แสดงเจตนาตกลงด้วยไม่

(3) หากคู่สัญญาตกลงให้นำคดีไปฟ้องยังศาลแพ่ง โดยคู่ความมิได้มีภูมิลำเนาอยู่ใน เขตศาลแพ่ง หรือมูลคดีมิได้เกิดในเขตศาลแพ่ง* หรือทรัพย์สินได้ตั้งอยู่ในศาลแพ่ง แม้ศาลแพ่งจะมี

⁵⁵ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 4(2) บัญญัติว่า “คำฟ้องอื่น ๆ นอกจากนี้ ให้เสนอต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล แต่ถ้าโจทก์มีความประสงค์ที่จะยื่น คำฟ้องต่อศาลที่มีมูลค่าเกิดขึ้นในเขตศาลนั้น หรือในคดีที่ไม่มีข้อพิพาท ถ้าโจทก์มีความประสงค์ที่จะยื่นคำฟ้อง ต่อศาลที่โจทก์มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น เมื่อโจทก์ยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องแสดงให้เห็นว่า การพิจารณาคดี ในศาลนั้น ๆ จะเป็นการสะดวก ศาลจะใช้ดุลพินิจอนุญาตให้โจทก์ยื่นคำฟ้องตามที่ขอขึ้นก็ได้”

⁵⁶ธำนิธร์ กรัยวิเชียร, อ้างอิงแล้วในเชิงอรรถที่ 51, น. 273.

*ปัจจุบันศาลแพ่งมีเขตศาลครอบคลุมพื้นที่เขตพระนคร เขตดุสิต เขตบางซื่อ เขต

อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่พระราชอาณาจักร ข้อตกลงดังกล่าวก็หาผูกมัดศาลแพ่งให้จำต้องรับคดีดังกล่าวไว้พิจารณาไม่⁵⁷ เนื่องจากศาลแพ่งมีดุลพินิจที่จะยอมรับหรือไม่ยอมรับพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดขึ้นนอกเขตศาลแพ่งได้ตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 14(5)^{*} และพระธรรมนูญศาลยุติธรรมเป็นบทบัญญัติพิเศษที่ให้อำนาจศาลแพ่งไว้ในลักษณะเฉพาะ จึงไม่อยู่ในบังคับของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ดังนั้นศาลแพ่งจึงไม่จำต้องรับพิจารณาตามข้อตกลงเลือกศาลเสมอไป⁵⁸

บางเขน (เฉพาะแขวงอนุสาวรีย์) เขตสายไหม (เฉพาะแขวงคลองถนน) เขตดอนเมือง เขตหลักสี่ เขตจตุจักร เขตบางกะปิ เขตวังทองหลาง เขตลาดพร้าว (เฉพาะแขวงลาดพร้าว) เขตบึงกุ่ม (เฉพาะแขวงคลองกุ่ม) เขตพญาไท เขตราชเทวี เขตห้วยขวาง และเขตดินแดง

โปรดดูรายละเอียดใน ฝ่ายประชาสัมพันธ์ สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม, เขตอำนาจศาล, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดณัฐภูมิ อาร์ต แอนด์ พรินท์, 2543), หน้า 6.

⁵⁷ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, อ้างอิงแล้วในเชิงอรรถที่ 51, น. 274; วิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, หน้า 90-91.

บทบัญญัติมาตรา 14(5) แห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรมตามพระราชบัญญัติให้ใช้พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พุทธศักราช 2477 ถูกยกเลิกและให้ใช้ข้อความตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระธรรมนูญศาลยุติธรรม (ฉบับที่ 11) พุทธศักราช 2532 แทน ซึ่งบัญญัติว่า “ศาลแพ่งและศาลอาญามีเขตตลอดท้องที่กรุงเทพมหานครนอกจากท้องที่ที่อยู่ในเขตของศาลแพ่งกรุงเทพใต้ ศาลอาญากกรุงเทพใต้ ศาลแพ่งธนบุรี ศาลอาญากธนบุรี และศาลจังหวัดมีนบุรี แต่บรรดาคดีที่เกิดขึ้นนอกเขตของศาลแพ่งและศาลอาญานั้น จะยื่นฟ้องต่อศาลแพ่งหรือศาลอาญาก็ได้ ทั้งนี้ให้อยู่ในดุลพินิจของศาลนั้น ๆ ที่จะไม่ยอมรับพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่งที่ยื่นฟ้องเช่นนั้นได้ เว้นแต่คดีนั้นจะได้โอนมาตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ”

โปรดพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติมาตรา 16 แห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรมตามพระราชบัญญัติให้ใช้พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พุทธศักราช 2443 ซึ่งบัญญัติว่า

“ศาลชั้นต้นมีเขตตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลนั้นกำหนดไว้

ศาลแพ่งและศาลอาญา มีเขตตลอดท้องที่กรุงเทพใต้ ศาลอาญากกรุงเทพใต้ ศาลแพ่งธนบุรี ศาลอาญากธนบุรี และศาลจังหวัดมีนบุรี และศาลยุติธรรมอื่นตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลนั้นกำหนดไว้

ในกรณีที่มีการยื่นฟ้องคดีต่อศาลแพ่งหรือศาลอาญา และคดีนั้นเกิดขึ้นนอกเขตของศาลแพ่งหรือศาลอาญา ศาลแพ่งหรือศาลอาญา แล้วแต่กรณี อาจใช้ดุลพินิจยอมรับไว้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งโอนคดีไปยังศาลยุติธรรมอื่นที่มีเขตอำนาจ

ในกรณีที่มีการยื่นฟ้องต่อศาลจังหวัด และคดีนั้นเกิดขึ้นในเขตของศาลแขวงและอยู่ในอำนาจของศาลแขวง ให้ศาลจังหวัดนั้นมีคำสั่งโอนคดีไปยังศาลแขวงที่มีเขตอำนาจ”

⁵⁸ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, อ้างอิงแล้วในเชิงอรรถที่ 51, น. 275.

(4) ข้อตกลงเรื่องเขตศาลซึ่งอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) แม้จะทำขึ้นในต่างประเทศแต่ระบุให้นำคดีมาฟ้องในประเทศไทยก็สามารถทำได้⁵⁹ ดังนั้นข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศสามารถใช้บังคับได้หากได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4)

(5) คำว่า “คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น” น่าจะหมายถึง ภูมิลำเนาขณะทำสัญญา มิใช่ภูมิลำเนาขณะยื่นฟ้อง⁶⁰ ทั้งนี้เพราะโดยเจตนารมณ์ของการทำข้อตกลงเลือกศาลประการหนึ่งคือคู่สัญญาสามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเสนอคำฟ้องต่อศาลใด และคู่สัญญาฝ่ายจำเลยจะต้องต่อสู้คดีที่ศาลได้ ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการสร้างความสะดวกแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการดำเนินคดียังศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาล

(6) แม้จะทำความตกลงกันแล้ว แต่คู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนข้อสัญญาโดยนำคดีไปฟ้องยังศาลอื่นซึ่งมีเขตอำนาจตามกฎหมายอยู่แล้ว กรณีนี้ศาลที่จะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนี้ได้คือศาลที่คู่ความได้ตกลงกันไว้แต่เดิมเท่านั้น เว้นแต่คู่สัญญาทุกฝ่ายจะได้ยินยอมด้วยในการเปลี่ยนแปลงที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว มิฉะนั้นข้อตกลงเลือกศาลย่อมไร้ความหมายโดยสิ้นเชิง⁶¹ **ผู้เขียนมีความเห็นว่า** ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำคดีไปฟ้องยังศาลอื่นที่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีซึ่งมิใช่ศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาล แต่คู่กรณีฝ่ายจำเลยมิได้โต้แย้งในคำให้การว่า ศาลที่โจทก์นำคดีมาฟ้องไม่มีอำนาจรับฟ้องโจทก์ไว้พิจารณาพิพากษาคดีเพราะเหตุที่ศาลนั้นมีเขตอำนาจที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลแล้ว ศาลนั้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้โดยไม่ต้องจำหน่ายคดีให้โจทก์เสนอคำฟ้องต่อศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาล แม้ว่าเรื่องอำนาจศาลจะเป็นการพิจารณาเกี่ยวพันถึงอำนาจฟ้องคดีของคู่ความและเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งศาลมีอำนาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142(5) ก็ตาม⁶² เพราะกรณีนี้ถือว่า คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาขอยกเลิกข้อตกลงเลือกศาล โดยเสนอคำฟ้องยังศาลอื่นที่มีเขตอำนาจที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาล และคู่สัญญาฝ่ายจำเลยแสดงเจตนาสนองรับคำเสนอดังกล่าว

⁵⁹ เฟิ่งอ๋าง, น. 274.

⁶⁰ เฟิ่งอ๋าง

⁶¹ เฟิ่งอ๋าง

⁶² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1541/2494.

ของโจทก์โดยปริยาย โดยการไม่หยิบยกปัญหาเรื่องอำนาจฟ้องตามข้อตกลงเลือกศาลขึ้นกล่าวอ้างโต้แย้งอำนาจฟ้องของโจทก์ในคดีนี้นั่นเอง

ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญา โดยมีข้อตกลงระบุเลือกศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทอันเกิดขึ้นหรือสืบเนื่องจากสัญญาประธานแล้ว หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอคำฟ้องต่อศาลนอกเหนือจากศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลแล้ว การที่ศาลที่คู่กรณีเสนอคำฟ้องมาแล้วจะรับฟ้องไว้พิจารณาได้หรือไม่ หรือจำต้องสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้โจทก์เสนอคำฟ้องต่อศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลหรือไม่ ย่อมต้องพิเคราะห์ข้อความในสัญญาหรือเจตนารมณ์ของคู่สัญญาในขณะทำสัญญาเป็นสำคัญ⁶³ ว่า คู่กรณีประสงค์ให้ข้อตกลงเลือกศาลนั้นครอบคลุมข้อพิพาทซึ่งโจทก์เสนอคำฟ้องต่อศาลอื่นนอกเหนือจากศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลหรือไม่ หากไม่ครอบคลุมแล้ว ศาลอื่นซึ่งมีเขตอำนาจศาลเหนือข้อพิพาทเช่นนั้นย่อมรับฟ้องของโจทก์ไว้พิจารณาพิพากษาได้ แต่หากข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาครอบคลุมถึงข้อพิพาทตามคำฟ้องของโจทก์แล้ว ศาลที่โจทก์เสนอคำฟ้องย่อมไม่อาจรับฟ้องโจทก์ไว้พิจารณาพิพากษา จำต้องสั่งไม่รับฟ้องหรือจำหน่ายคดีเพื่อให้โจทก์เสนอคำฟ้องต่อศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลต่อไป ดังคำวินิจฉัยของศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1491/2519 ซึ่งเป็นกรณีที่บริษัทโจทก์ โดยคณะกรรมการชุดเดิมนำโรงงานและกิจการผลิตไม้อัดของโจทก์ไปให้จำเลยเช่าดำเนินกิจการแทน โดยทำสัญญาเช่าและจดทะเบียนกันมีกำหนด 15 ปี สัญญาเช่ามีข้อความข้อหนึ่งระบุว่า “คู่สัญญาตกลงกันว่า หากมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้นเกี่ยวกับข้อสัญญานี้แล้ว ให้คู่กรณีนำคดีฟ้องร้อง ณ ที่ศาลแพ่ง” ต่อมาบริษัทโจทก์จดทะเบียนกรรมการผู้บริหารงานใหม่ กรรมการชุดใหม่เข้าไปดำเนินกิจการไม่ได้ จึงฟ้องขับไล่จำเลยต่อศาลจังหวัดสมุทรปราการซึ่งโรงงานพิพาทตั้งอยู่ในเขตอำนาจจำเลยเข้าไปดำเนินกิจการผลิตไม้อัดในโรงงานพิพาทโดยปราศจากมูลเหตุที่จะอ้างได้โดยชอบด้วยกฎหมาย สัญญาเช่าที่จำเลยทำกับกรรมการบริษัทโจทก์ชุดเก่าขัดต่อวัตถุประสงค์ของโจทก์ ทั้งเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามโดยชัดแจ้งตามกฎหมาย ตกเป็นโมฆะ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คู่ความมิได้พิพาทกันเกี่ยวกับสัญญาเช่าที่ทำกันไว้ เพราะมิได้ฟ้องร้องหาว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งประพฤติดุฉินไขแห่งสัญญาเช่า หรือไม่ยอมปฏิบัติตามข้อกำหนดแห่งสัญญาเช่า แต่เป็นการฟ้องร้องในมูลละเมิด โจทก์จึงขาดกอยู่ในบังคับแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ที่จะต้องยื่นฟ้องต่อศาลแพ่งดังที่ตกลงกันไว้ในหนังสือสัญญาเช่าไม่ คำฟ้องคดีนี้เกี่ยวด้วยอสังหาริมทรัพย์ เมื่อโจทก์

⁶³ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, อ้างอิงแล้วในเชิงอรรถที่ 51, น. 272.

ยื่นฟ้องจำเลยต่อศาลจังหวัดสมุทรปราการที่ทรัพย์สินพิพาทตั้งอยู่ในเขต จึงเป็นการขอด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 4(1)⁶⁴ แล้ว

แม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะมีได้กำหนดให้มีการยอมรับการทำ ความตกลงเลือกศาลต่างประเทศไว้โดยเฉพาะ และไม่มีข้อความใดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) แสดงไว้ชัดเจนว่า ครอบคลุมการทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ ทั้งตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ยกขึ้นอ้างอิงโดยมากเป็นการทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ภายในประเทศก็ตาม **ผู้เขียนเห็นว่า** หากคู่สัญญาในสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศทำข้อตกลงเลือกศาลไว้ก่อนจะมีการแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทั้งได้ฟ้องคดีต่อศาลและศาลมีคำวินิจฉัยก่อนวันที่ 28 สิงหาคม 2534 ซึ่งเป็นวันบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 12) พุทธศักราช 2534 แล้ว ข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าวย่อมมีผลใช้บังคับได้อย่างสมบูรณ์หากว่าได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) แล้ว และมีผลผูกพันคู่กรณีให้จำต้องยึดถือปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าว

4.1.2 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งปัจจุบัน

ต่อมาภายหลังมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2534 ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 28 สิงหาคม พ.ศ. 2534

ในปี พ.ศ. 2534 มีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติเรื่องเขตอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2534 กำหนดขยายเขตอำนาจศาลในคดีแพ่งและคดีพาณิชย์ โดยเพิ่มเติมหลักเกี่ยวกับภูมิลำเนา 2 ประการ คือ

⁶⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 4(1) บัญญัติว่า “คำฟ้องเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ หรือสิทธิหรือประโยชน์ใด ๆ อันเกี่ยวกับทรัพย์สินเหล่านั้น ให้เสนอต่อศาลที่ทรัพย์สินเหล่านั้นตั้งอยู่ในเขตศาล แต่ถ้าโจทก์มีความประสงค์ที่จะยื่นคำฟ้องต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น เมื่อโจทก์ยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องแสดงให้เห็นว่า การพิจารณาคดีในศาลนั้น ๆ จะเป็นการสะดวก ศาลจะใช้พินิจอนุญาตให้โจทก์ยื่นคำฟ้องตามที่ขอขึ้นก็ได้”

1. ขยายความหมายของภูมิลำเนาโดยให้ถือว่าจำเลยมีภูมิลำเนาในประเทศไทยหากจำเลยดังกล่าวเคยมีภูมิลำเนาในประเทศไทยภายในกำหนดสองปีก่อนมีการฟ้องคดี⁶⁵

2. หากจำเลยประกอบหรือเคยประกอบกิจการทั้งหมดหรือบางส่วน ไม่ว่าโดยตนเอง ตัวแทน หรือผ่านผู้ติดต่อในประเทศไทย ภายในกำหนดสองปีก่อนมีการฟ้องคดี ให้ถือว่าสถานประกอบกิจการนั้น หรือถิ่นที่อยู่ของตัวแทนหรือผู้ติดต่อเป็นภูมิลำเนาของจำเลย⁶⁶

นอกจากนี้ยังขยายเขตศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งดังต่อไปนี้

(1) ให้โจทก์สามารถฟ้องคดียังศาลที่มูลคดีเกิด ไม่ว่าจำเลยจะมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักรหรือไม่⁶⁷

(2) หากมูลคดีเกิดนอกราชอาณาจักร แต่เกิดขึ้นในเรือไทยหรืออากาศยานไทย ให้ศาลแพ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ⁶⁸

(3) คำฟ้องเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ หรือสิทธิหรือประโยชน์อันเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ ให้ฟ้องยังศาลที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่แม้จำเลยจะมีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักรก็ตาม⁶⁹

(4) คำฟ้องใด ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิประโยชน์อันเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งจำเลยมิได้มีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร และมูลคดีก็มิได้เกิดในราชอาณาจักร หากโจทก์เป็นผู้มีสัญชาติไทย (ไม่ว่าจะมีภูมิลำเนา ณ ที่ใด) หรือหากโจทก์มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร (ไม่ว่าจะสัญชาติใด) ให้ฟ้องคดียังศาลแพ่งหรือศาลที่โจทก์มีภูมิลำเนา หรือหากจำเลยมีทรัพย์ที่จะถูกบังคับได้อยู่ในเขตศาลใด ศาลที่ทรัพย์นั้นตั้งอยู่ก็มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้ด้วย⁷⁰

โดยยกเลิกบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) อันเป็นผลสืบเนื่องจากการที่บริษัทผู้ให้เข้าซื้อ มักทำสัญญามาตรฐานและมีข้อสัญญาให้ฟ้องคดียังภูมิลำเนาของโจทก์ซึ่งมักจะอยู่ห่างไกลจากจำเลย ไม่สะดวกในการเดินทางมาศาลเพื่อต่อสู้คดีกับฝ่ายโจทก์ ทำให้จำเลยซึ่งส่วนใหญ่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่เสียเปรียบอยู่

⁶⁵ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 3(2) (ก)

⁶⁶ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 3(2) (ข)

⁶⁷ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4(1)

⁶⁸ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 3(1)

⁶⁹ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 ทวิ

⁷⁰ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 ตรี

แล้วต้องเสียเปรียบมากขึ้นไปอีก⁷¹ เมื่อเล็งเห็นว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) เป็นบทบัญญัติที่ทำให้คู่สัญญาซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจสูงกว่าสามารถกำหนดข้อสัญญาที่เอาเปรียบคู่สัญญาฝ่ายซึ่งมีอำนาจต่อรองน้อยกว่า ทั้งบทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจศาลที่แก้ไขใหม่นั้นก็เปลี่ยนหลักการใหม่ โดยให้โจทก์มีสิทธิเลือกฟ้องคดีต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลหรือต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นได้อยู่แล้ว จึงนับว่าโจทก์ได้รับความสะดวกพอสมควรแล้ว จึงยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 7(4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 เสีย⁷²

การยกเลิกบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ซึ่งบัญญัติรับรองให้คู่สัญญาสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้ ทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่าคู่สัญญาในสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศจะทำความตกลงกันเรื่องเขตศาลโดยกำหนดให้ศาลในประเทศใดประเทศหนึ่งที่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีนั้น หรือกำหนดเลือกศาลในหลายประเทศที่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีนั้น หรือกำหนดเลือกศาลในประเทศซึ่งไม่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีนั้นเลยกรณีใดกรณีหนึ่ง เป็นศาลที่จะพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทอันเกิดขึ้นหรือสืบเนื่องจากสัญญานั้นได้หรือไม่

ประเด็นปัญหาเรื่องการยอมรับให้คู่สัญญาทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศหลังการยกเลิกมาตรา 7(4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 ได้รับความสนใจและวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากในหมู่นักวิชาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งนักกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและนักธุรกิจในการการการค้าการพาณิชย์ระหว่างประเทศ เมื่อศาลฎีกามีคำวินิจฉัยปฏิเสธความมีผลผูกพันของข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศถึง 2 คดี คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 และ 5809/2539

⁷¹วิชัย อริยนันทกะ, “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ,”

ใน รวบรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2540), หน้า 343.

⁷² คำชี้แจงประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธี

พิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่.....) พ.ศ. (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2531), หน้า 5. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่) และ บัญชีเปรียบเทียบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่.....) พ.ศ. ... ที่ขอแก้ไขใหม่, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2531), หน้า 22-23. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 เป็นกรณีที่ผู้ขายมีสัญชาติแคนาดา ตกลงขายเรือกระดานให้ผู้ซื้อซึ่งมีสัญชาติไทย ประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีคือการเรียกค่าเสียหาย เนื่องจากทรัพย์สินที่ซื้อขายกันนั้นเกิดความชำรุดบกพร่องและสูญหายบางส่วน ซึ่งในสัญญาฉบับรับขนส่งสินค้าทางทะเลตามใบตราส่งนั้นระบุให้ใช้กฎหมายอังกฤษและให้ฟ้องคดีต่อศาลในกรุงลอนดอน เมื่อปรากฏว่าทรัพย์สินที่ซื้อขายกันส่งมาถึงประเทศไทยแล้วเกิดความชำรุดบกพร่องและสูญหายบางส่วน ผู้ซื้อจึงเรียกค่าเสียหายจากโจทก์ซึ่งเป็นผู้รับประกันภัยตามสัญญาประกันภัยสินค้าทางทะเล โจทก์รับช่วงสิทธิจากผู้ซื้อและฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยซึ่งเป็นผู้ขนส่งในประเทศไทย จำเลยอ้างข้อสัญญาในใบตราส่งว่าโจทก์ต้องฟ้องคดีนี้ต่อศาลอังกฤษ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์ฟ้องยังศาลไทยที่จำเลยมีภูมิลำเนาได้ ส่วนข้อตกลงในเรื่องเขตอำนาจศาลนั้น เนื่องจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่มีผู้ใดมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศอังกฤษ จึงตกลงให้ฟ้องคดีนี้ที่ศาลอังกฤษมิได้ ทั้งข้อตกลงดังกล่าวเป็นการขัดต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4(2) เดิม ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่โจทก์ฟ้องคดี (มาตรา 4(1) ที่แก้ไขใหม่) และเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงนี้จึงไม่อาจใช้บังคับได้ โดยคำพิพากษาศาลฎีกานี้ตัดสินตามกฎหมายเก่าซึ่งบัญญัติว่าศาลที่ตกลงจะฟ้องคดีได้นั้นต้องเป็นศาลที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลหรือศาลมีมูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลหรือศาลที่ทรัพย์สินที่พิพาทกันนั้นตั้งอยู่ในเขตศาล⁷³

สำหรับกรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5809/2539 มีข้อเท็จจริงและประเด็นเรื่องอำนาจฟ้องเช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์เป็นผู้รับประกันภัยสินค้าจากบริษัทผู้เอาประกันภัยซึ่งเป็นผู้ส่งซื้อสินค้า เมื่อสินค้าได้รับความเสียหายในระหว่างการขนส่ง โจทก์มีหน้าที่ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันภัยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 877 และผลแห่งการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเช่นนั้น ทำให้โจทก์อยู่ในฐานะเป็นผู้รับช่วงสิทธิของผู้เอาประกันภัยที่จะฟ้องเรียกเอาค่าเสียหายจากจำเลยซึ่งเป็นผู้ขนส่งสินค้าได้ในนามของโจทก์ของตามมาตรา 880 วรรคหนึ่ง การรับช่วงสิทธิของโจทก์เกิดขึ้นโดยอำนาจแห่งกฎหมาย มิใช่เกิดจากข้อตกลงในสัญญา ดังนั้นข้อตกลงระหว่างผู้เอาประกันภัยกับจำเลยหรือผู้ส่งสินค้ากับจำเลยที่ตกลงกันให้นำข้อพิพาทอันเกิดจากใบตราส่งไปฟ้องต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีทางทะเลและทางการค้าของเมืองโคเปนเฮเกนและให้ใช้กฎหมายประเทศเดนมาร์กบังคับ จึงไม่มีผลผูกพันโจทก์

⁷³ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4)

จากการหายไปของบทบัญญัติว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งถูกแก้ไขใน พ.ศ. 2534 จึงเกิดปัญหาว่า คู่สัญญาในสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศจะสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศได้หรือไม่ นั้น นักกฎหมายไทยมีความคิดเห็นแบ่งแยกเป็นสองฝ่าย กล่าวคือ

ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ข้อตกลงเลือกศาลน่าจะใช้บังคับไม่ได้ เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดเรื่องเขตอำนาจศาลไว้แล้วในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พระธรรมนูญศาลยุติธรรม ประกอบกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลต่าง ๆ และถือว่าเรื่องเขตอำนาจศาลนั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน หากไม่มีกฎหมายยอมรับให้คู่กรณีทำความตกลงเรื่องเขตศาลได้ดังที่บัญญัติไว้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) เดิมแล้ว คู่สัญญาก็ไม่อาจตกลงให้แตกต่างไปจากที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดไว้⁷⁴ ความเห็นดังกล่าวเริ่มต้นโดยนักนิติศาสตร์ที่ใช้นามปากกาว่า “ดาวพฤษ” โดยท่านผู้นี้ได้ชี้ว่า เอกชนจะมีข้อตกลงเกี่ยวกับอำนาจศาลไม่ได้ เพราะการกระทำดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและตกเป็นโมฆะ

ส่วนนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศนั้นสามารถบังคับได้ โดยเริ่มต้นจากท่านอาจารย์สถิต เล็งไธสง⁷⁵ เห็นว่า การหายไปของบทบัญญัติว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ทำให้เรื่องดังกล่าวตกเป็นเรื่องที่ไม่มียกกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดี อันทำให้ต้องนำเอา “หลักกฎหมายทั่วไป” ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการแสวงหากฎเกณฑ์ดังกล่าว⁷⁶ โดยตรรกวิทยานี้ ท่านอาจารย์

⁷⁴ ดาวพฤษ, “แก้ความเข้าใจกรณีตกลงเรื่องอำนาจศาล,” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมิกราช ปีที่ 5 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2529) ; ดาวพฤษ, “ข้อโต้แย้งกรณีตกลงเรื่องอำนาจศาล,” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมิกราช ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 (ธันวาคม 2536) ; ดาวพฤษ, “ข้อตกลงเกี่ยวกับอำนาจศาลกับการอ้างหลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่ถูกต้อง,” อุลพาห ปีที่ 45 (มกราคม – มิถุนายน 2541) ; สัมภาษณ์ สุนัย มโนชัยอุดม, ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง, 27 สิงหาคม 2544. และคำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง คดีหมายเลขดำที่ ทป.23/2541 คดีหมายเลขแดงที่ ทป.70/2542 ระหว่างบริษัทฮอลิเดย์ ฮอสพิทาลิตี้ คอร์ปอเรชั่น จำกัด โจทก์ และบริษัทไทยทาวน์ แอนด์ คันทรี ดีเวลลอปเม้นต์ จำกัด ที่ 1 กับพวกรวม 11 คน จำเลย

⁷⁵ สถิต เล็งไธสง, อำนาจศาลตามข้อตกลง, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมิกราช, 4(2535)1. หน้า 161-162, สถิตย เล็งไธสง, อำนาจศาลตามข้อตกลง เพื่อความเข้าใจที่ถูกต้อง, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมิกราช 5 (2536) 2. หน้า 40-43

⁷⁶ มาตรา 4 วรรค 2 กำหนดว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้น

สถิติจึงชี้ว่า ถึงแม้มาตรา 7(4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเดิมจะถูกลบทิ้ง “แต่หลักทั่วไปของมาตรานี้ก็ยังคงอยู่” ซึ่งก็คือ “หลักความตกลงของคู่กรณี อันเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง ซึ่งถ้าไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมจะบังคับได้” และเมื่อไม่มีกฎหมายห้ามเอกชนทำข้อตกลงเลือกศาล การกระทำดังกล่าวก็ย่อมไม่ขัดต่อกฎหมาย

ท่านอาจารย์ภวัต ดาวัลย์⁷⁷ เห็นว่าถ้าหากสัญญาที่ตกลงกำหนดเขตศาลกันไว้ล่วงหน้า นั้นเป็นสัญญาตกลงการค้าขายระหว่างประเทศ กล่าวคือ สัญญาดังกล่าวนั้นเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดผลปฏิบัติที่คู่สัญญาต้องชำระหนี้โดยการขนส่งสินค้าข้ามพรมแดนและมีการชำระราคาสินค้าหรือราคาค่าบริการข้ามพรมแดนประเทศ การที่คู่สัญญาตกลงกำหนดเขตศาลที่ประสงค์จะให้ดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีเมื่อเกิดปัญหาข้อพิพาทระหว่างกันขึ้นตามสัญญานั้น ๆ ไม่ว่าจะเป็นการตกลงกันในขณะที่ทำสัญญาหรือไม่ว่าทำขึ้นในลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปก็ตาม ย่อมสามารถตกลงกันกำหนดศาลเพื่อให้ชำระคดีอันเกิดขึ้นจากข้อพิพาทในสัญญานั้น ๆ ได้เสมอ เพราะมิใช่เป็นกรณีตกลงยกเว้นเขตอำนาจศาลภายในของประเทศไทยโดยตรง ดังนั้น เมื่อคู่สัญญาแสดงเจตจำนงขึ้นระหว่างกันประสงค์ให้ชำระคดีโดยศาลของประเทศใด หรือโดยใช้กฎหมายภายในของประเทศใด แม้มิใช่ประเทศซึ่งคู่สัญญามีสัญชาติ เชื้อชาติ หรือภูมิลำเนา หรือถิ่นที่อยู่ก็ตาม ย่อมไม่อาจถือว่าเป็นข้อตกลงซึ่งจะมีผลเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ฉะนั้นข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าวนี้ย่อมสมบูรณ์และย่อมสามารถนำข้อตกลงนั้น ๆ มาบังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ได้เสมอ

ส่วนนักกฎหมายที่คำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่า⁷⁸ แม้จะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยรับรองสิทธิในการเลือกศาลไว้โดยตรง ดังเช่นที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยยินยอมให้คู่สัญญาเลือกระบบกฎหมาย⁷⁹ แต่โดยสิทธิของคู่สัญญาในการเลือกศาลเป็นสิ่งที่ยอมรับปฏิบัติกันในระบบ

ตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วยให้วินิจฉัยตามบทกฎหมายทั่วไป

⁷⁷ ภวัต ดาวัลย์. ข้อต่อสู้ในสัญญาเรื่องกำหนดเขตศาลที่ชำระคดีไว้ล่วงหน้ามีผลทางกฎหมายอย่างไร. วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช. (2543):118-121

⁷⁸ คณิ่ง ภาไชย และ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. อันเนื่องมาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 และ 5809/2539: ข้อคิดเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศเพื่อเป็นข้อยกเว้นเขตอำนาจศาลไทย: ตุลพาฬ ปีที่ 44(ต.ค.-ธ.ค. 2540) เล่ม 4:129-151

⁷⁹ กล่าวคือ มาตรา 13 แห่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

กฎหมายของนานาประเทศทั่วไป ข้อตกลงเลือกศาลในระบบกฎหมายไทยก็น่าจะทำได้ตามนัย มาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481⁸⁰ ในกรณีนี้คุณสุจินต์ เจนพาณิชย์พงศ์⁸¹ให้ความเห็นว่า หลักเกณฑ์การยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลเหนือคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือหลักกฎหมายขัดกันของประเทศต่าง ๆ รวมตลอดทั้งอนุสัญญาว่าระหว่างประเทศว่าด้วยความตกลงเลือกศาลและอนุสัญญาว่าระหว่างประเทศว่าด้วยเขตอำนาจศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศไม่มีความสอดคล้องเป็นไปในแนวทางเดียวกันจนถือได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ประเทศไทยจึงไม่อาจนำเอาหลักเกณฑ์การยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศของประเทศใดประเทศหนึ่งมาบังคับใช้ในศาลไทยประหนึ่งเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 3

ผู้เขียนเห็นด้วยกับท่านอาจารย์สถิตย์ เล็งไธสง และอาจารย์ภวัต ที่ว่าข้อตกลงเลือกศาลสามารถทำได้ตามหลักความตกลงของคู่กรณี

4.1.3 คำพิพากษาฎีกาที่ 3537/2546

คดีนี้เกี่ยวกับการกู้เงินรายหนึ่งที่มีผู้ให้กู้หลายบริษัท ซึ่งมีสำนักงานใหญ่อยู่ในประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์และประเทศมาเลเซีย ส่วนผู้กู้มีสำนักงานอยู่ในประเทศไทย ดังนั้นการที่คู่สัญญาตกลงกันให้นำคดีเกี่ยวกับสัญญาฉบับนี้ ซึ่งเป็นสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศไปฟ้องยังศาลแห่งประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์จึงทำได้ตามหลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศ แต่ข้อตกลงเลือกศาลตามสัญญาฉบับนี้คู่สัญญาไม่ได้ตกลงให้ฟ้องร้องยังศาลแห่งประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์เพียงศาลเดียวเด็ดขาด เพราะได้เปิดโอกาสให้ผู้ให้กู้ฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้กู้ในศาลอื่นที่มีเขตอำนาจได้ด้วย การที่โจทก์ทั้งสามยื่นฟ้องจำเลยทั้งสองต่อศาลในประเทศไทยจึงมีอำนาจทำได้ตามสัญญาและเนื่องจากตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2535 มาตรา 5 วรรคสองบัญญัติให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางมีเขต

⁸⁰ ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อใดไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยามที่จะยกมาปรับกับกรณีขัดกันแห่งกฎหมายได้ ให้ใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล”

⁸¹ สุจินต์ เจนพาณิชย์พงศ์. ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ. วิทยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2545

ตลอดกรุงเทพมหานคร กับมาตรา 7(5) และ (6) บัญญัติให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการซื้อขาย แลกเปลี่ยนสินค้าหรือตราสารการเงินระหว่างประเทศ หรือการให้บริการระหว่างประเทศ เมื่อจำเลยทั้งสองมีภูมิลำเนาอยู่ในกรุงเทพและคดีพิพาทเป็นเรื่องการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศโจทก์มีอำนาจฟ้องต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางได้

ข้อสังเกตจากฎีกาฉบับนี้

แม้ประเทศไทยจะเป็นประเทศที่นิยมกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ก็มีหลายเรื่องในประเทศไทยที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่อาจนำมาใช้ต่อคดีได้ ในการแก้ไขสถานการณ์ที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่อาจนำมาใช้ต่อคดีได้นี้ย่อมเป็นไปตามข้อกำหนดของมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่ยกมาปรับคดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าและไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ท่านให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วยซ้ำ ท่านให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” และโดยผลของหลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 4 นี้เองที่ศาลฎีกาได้ใช้เป็นช่องทางในการยอมรับข้อตกลงเลือกศาล

แม้จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ จะยอมรับให้เอกชนสามารถทำความตกลงเลือกศาลได้แต่ก็ผูกพันเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น ดังนั้นประเด็นปัญหาที่จะพิจารณาต่อไปก็คือ ข้อตกลงเลือกศาลผูกพันบุคคลที่สามและผูกพันศาลหรือไม่

4.2 ผลผูกพันของข้อตกลงเลือกศาลต่อบุคคลผู้รับโอนสิทธิเรียกร้อง

โดยหลักกฎหมายสัญญาทั่วไป เมื่อสัญญามีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย ย่อมผูกพันเฉพาะคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญาดังกล่าว ดังนั้นหากข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศมีผลสมบูรณ์ สามารถบังคับใช้ตามกฎหมายได้ โดยหลักทั่วไป ข้อตกลงเลือกศาลก็ย่อมต้องผูกพันเฉพาะคู่สัญญาที่ได้แสดงเจตนาทำข้อตกลงเลือกศาลโดยสมัครใจตามหลักกฎหมายสัญญาเช่นกัน อย่างไรก็ตาม หากบุคคลภายนอกเข้ารับช่วงสิทธิคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศแล้ว ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศจะมีผลผูกพันผู้รับช่วงสิทธิของคู่สัญญาให้จำต้องเสนอคำฟ้องต่อศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศหรือไม่ เป็นประเด็นปัญหาที่จะศึกษาต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

การรับช่วงสิทธิ (Subrogation personelle) คือ การที่สิทธิเรียกร้องเปลี่ยนมือจากเจ้าหนี้คนเดิมไปยังเจ้าหนี้คนใหม่โดยผลของกฎหมาย จากการชำระหนี้ของผู้มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าจะเป็น

การที่ลูกหนี้ได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ หรือเป็นการที่บุคคลภายนอกได้ชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินของตน แทนลูกหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ทำให้เจ้าหนี้คนใหม่เข้ามามีสิทธิเรียกร้องแทนเจ้าหนี้คนเดิม⁸²

สำหรับกฎหมายบางประเทศ เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ประเทศญี่ปุ่น และ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นต้น ถือว่าการรับช่วงสิทธิอาจเกิดขึ้นโดยคู่สัญญาตกลงกันเรียกว่า การรับช่วงสิทธิโดยสัญญา⁸³ (subrogation conventionle) หรืออาจเกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของ กฎหมาย (subrogation legale) ก็ได้⁸⁴ นอกจากนี้ตามหลักกฎหมายโรมันผู้ชำระหนี้จะได้รับช่วง สิทธิก็ต่อเมื่อได้แจ้งความประสงค์ต่อเจ้าหนี้ในตอนชำระหนี้ เว้นแต่ในบางกรณีเช่นกรณีของตัว เงิน จึงจะมีการรับช่วงสิทธิโดยผลของกฎหมาย⁸⁵

สำหรับประเทศไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ระบุถึงการรับช่วงสิทธิโดย สัญญาไว้เลย คงมีแต่มาตรา 229 กำหนดให้มีแต่การรับช่วงสิทธิโดยอำนาจของกฎหมาย หรือโดย บทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้นว่า หนี้ชนิดใดมีการรับช่วงสิทธิได้ ดังที่มาตรา 229 บัญญัติว่า “การรับช่วงสิทธิย่อมมีขึ้นด้วยอำนาจกฎหมาย” และการรับช่วงสิทธิจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการชำระ หนี้ และเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายโดยไม่คำนึงว่าคู่กรณีประสงค์จะให้ผลตามนั้นหรือไม่⁸⁶ เช่น การเข้ารับช่วงสิทธิของผู้รับประกันภัยซึ่งได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันภัยหรือผู้รับ ประโยชน์ตามกรมธรรม์ประกันภัยไปในกรณีที่ความวินาศภัยที่เกิดขึ้นนั้นเป็นเพราะการกระทำของ บุคคลภายนอก ซึ่งเป็นไปโดยผลของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 880 โดยผู้รับ ประกันภัยยอมเข้ารับช่วงสิทธิของผู้เอาประกันภัยและของผู้รับประโยชน์ตามกรมธรรม์ประกันภัย ที่มีต่อบุคคลภายนอกนั้นเพียงจำนวนเงินที่ผู้รับประกันภัยได้ขอใช้ค่าสินไหมทดแทนไป⁸⁷ และผล ของการรับช่วงสิทธิเกิดขึ้นโดยอำนาจของกฎหมายทันทีที่ผู้รับประกันภัยได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนไป

⁸² อรรถพร พันธ์พัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), น. 191.

⁸³ ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 1250.

⁸⁴ จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ถิระวัฒน์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 127. และ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543), น. 233-234.

⁸⁵ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, น. 234.

⁸⁶ จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ถิระวัฒน์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 84, น. 233.

⁸⁷ จิตติ ดิงศภัทิย์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกันภัย, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), น.114-116.

ทั้งนี้เพราะการรับช่วงสิทธินั้นเป็นกรณีการเข้ารับสิทธิเดิมของผู้รับชำระหนี้ เมื่อสิทธิเดิมของผู้รับชำระหนี้มีอยู่เพียงไร ผู้เข้ารับช่วงสิทธิย่อมได้รับสิทธิมาเพียงนั้น⁸⁸ โดยที่ผู้รับช่วงสิทธิอาจใช้สิทธินั้นได้ในนามของตนเองโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมของเจ้าหนี้หรือลูกหนี้⁸⁹

ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันโดยสมัครใจที่จะบรรลुข้อตกลงเลือกศาลไว้ในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศแล้ว เมื่อข้อตกลงเลือกศาลมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายผูกพันคู่สัญญาตามหลักกฎหมายสัญญาโดยทั่วไปแล้ว หากมีเหตุให้บุคคลภายนอกเข้ารับช่วงสิทธิโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย เช่น กรณีผู้รับประกันภัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 880 ผู้เข้ารับช่วงสิทธิย่อมต้องผูกพันตามข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้นด้วย เนื่องจากเป็นการรับช่วงสิทธิโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ผู้รับช่วงสิทธิจึงย่อมได้รับสิทธิมาเพียงพอเท่าที่คู่สัญญาเดิมมีอยู่ต่อกันเท่านั้น กรณีมิใช่การรับช่วงสิทธิโดยสัญญาที่คู่กรณีจะพึงตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้

ดังนั้นการที่ศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5809/2539 มีคำวินิจฉัยว่า โจทก์เป็นผู้รับประกันภัยสินค้าจากบริษัทผู้เอาประกันภัยซึ่งเป็นผู้ส่งซื้อสินค้า เมื่อสินค้าได้รับความเสียหายในระหว่างการขนส่ง โจทก์มีหน้าที่ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันภัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 877 และผลแห่งการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเช่นนั้นทำให้โจทก์อยู่ในฐานะเป็นผู้รับช่วงสิทธิของผู้เอาประกันภัยที่จะฟ้องเรียกเอาค่าเสียหายจากจำเลย ซึ่งเป็นผู้ขนส่งสินค้าได้ในนามของโจทก์เองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 880 วรรคหนึ่ง การรับช่วงสิทธิของโจทก์เกิดขึ้นโดยอำนาจแห่งกฎหมาย มิใช่เกิดจากข้อตกลงในสัญญา ดังนั้นข้อตกลงระหว่างผู้เอาประกันภัยกับจำเลยหรือผู้ส่งสินค้ากับจำเลยที่ตกลงกันให้นำข้อพิพาทอันเกิดจากใบตราส่งไปฟ้องต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีทางทะเลและทางการค้าของเมืองโคเปนเฮเกน และให้ใช้กฎหมายประเทศเดนมาร์กบังคับ จึงไม่มีผลผูกพันโจทก์นั้น **ผู้เขียนเห็นว่า** คำวินิจฉัยในคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวคลาดเคลื่อนจากหลักกฎหมายว่าด้วยการรับช่วงสิทธิ ทั้งนี้เพราะการรับช่วงสิทธิตามกฎหมายไทยนั้นมีแต่กรณีการรับช่วงสิทธิที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายทั้งสิ้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 229 และเมื่อกรณีเป็นการรับช่วง

⁸⁸ ใสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 251.

⁸⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 226 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“บุคคลผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ชอบที่จะใช้สิทธิทั้งหลายบรรดาที่เจ้าหนี้มีอยู่โดยมูลหนี้ รวมทั้งประกันแห่งหนี้นั้นได้ในนามของตนเอง”

สิทธิแล้ว ผู้รับช่วงสิทธิจะกลายเป็นเจ้าหนี้แทนเจ้าหนี้เดิม และมีอำนาจที่ใช้สิทธิทั้งปวงของเจ้าหนี้เดิมนั้น สิทธิของผู้รับช่วงสิทธิจึงเป็นสิทธิเดิมของเจ้าหนี้เดิมนั่นเอง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้รับช่วงสิทธิเข้าไปยื่นอยู่ในรองเท้าของเจ้าหนี้⁹⁰ ดังนั้นถ้าเจ้าหนี้เดิมมีสิทธิเท่าใด ผู้รับช่วงสิทธิย่อมได้รับสิทธิมาเท่านั้น เมื่อผู้เอาประกันภัยกับผู้ส่งสินค้าตกลงกันให้นำข้อพิพาทอันเกิดจากใบตราส่งไปฟ้องต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีทางทะเลและทางการค้าของเมืองโคเปนเฮเกนอันเป็นการทำข้อตกลงเลือกศาลไว้ในสัญญาเป็นการล่วงหน้า หากข้อตกลงเลือกศาลชอบด้วยกฎหมาย มีผลผูกพันระหว่างผู้เอาประกันภัยและผู้ส่งสินค้าแล้ว ผู้รับประกันภัยซึ่งเข้ารับช่วงสิทธิจากผู้เอาประกันภัยเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนจากผู้ส่งสินค้าย่อมต้องผูกพันตามข้อตกลงเลือกศาลระหว่างผู้เอาประกันภัยและผู้ส่งสินค้าด้วย เพราะผู้รับประกันภัยรับช่วงสิทธิของผู้เอาประกันภัยย่อมรับช่วงสิทธิที่ผู้เอาประกันภัยมีต่อผู้ส่งสินค้าตามที่ผูกพันกันตามข้อตกลงในใบตราส่ง⁹¹ มิใช่ว่าผู้รับประกันภัยจะใช้สิทธินอกเหนือจากที่ผู้เอาประกันภัยมีอยู่ตามสัญญาขนส่งที่ปรากฏในใบตราส่ง

4.3 แนวปฏิบัติของศาลต่อข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ

4.3.1 แนวปฏิบัติของศาลไทย

เป็นเรื่องที่ค่อนข้างลำบากในการศึกษาปัญหาประเด็นข้อนี้ เนื่องจากไม่มีคำพิพากษาของศาลไทยที่สามารถตอบปัญหาในประเด็นนี้ได้อย่างชัดเจน แต่ผู้เขียนเห็นว่าศาลไทยไม่น่าจะมีแนวปฏิบัติที่ขัดกับนานาอารยประเทศ จึงเห็นควรว่าต้องศึกษาแนวปฏิบัติของศาลประเทศต่าง ๆ เพื่อเป็นแนวทางเบื้องต้น

4.3.2 แนวปฏิบัติของศาลต่างประเทศ

⁹⁰จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 84. น32.

⁹¹รายละเอียดโปรดดู คณิง ภาไชย และพันธทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “อันเนื่องมาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 และ 5809/2539 : “ข้อคิดเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศเพื่อเป็นข้อยกเว้นเขตอำนาจศาลไทย,” หน้า 143-145. ; ไผทชิต เอกจริยกร, “หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5809/2539,” ใน คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2539 เล่มที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, 2539), หน้า 33-34 . ; สุทธิพล ทวีชัยการ, “ฎีกาวิเคราะห์ท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539,” ใน รวมคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศพร้อมหมายเหตุและกฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่สำคัญ, หน้า 216.

โดยหลักวิธีพิจารณาความแพ่งระหว่างประเทศที่นานาอารยประเทศยอมรับในลักษณะที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร มีข้อยกเว้นอยู่ว่า เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงในคดีว่าคู่ความได้ทำข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศไว้ ศาลของประเทศที่ไม่ได้รับเลือกอาจจะหรือควรจะจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่ความได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลของประเทศที่ถูกเลือกไว้ตามข้อตกลงเลือกศาล⁹²

ในกรณีนี้ศาลประเทศต่าง ๆ มีแนวปฏิบัติแตกต่างกัน โดยแบ่งออกเป็น

1. Declining of jurisdiction: A discretion (เป็นดุลพินิจของศาล)

ประเทศระบบกฎหมาย Common Law เช่น ประเทศอังกฤษ นิวซีแลนด์ ออสเตรเลีย แคนาดา อเมริกา ผู้พิพากษามีอำนาจในการใช้ดุลพินิจที่จะปฏิเสธการใช้เขตอำนาจศาลของตนด้วยเหตุที่มีข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศหรือไม่

ในกรณีเป็นข้อตกลงเลือกศาลแบบไม่ตัดสิทธิคู่ความที่จะฟ้องคดีต่อศาลอื่น เช่น ในประเทศสกอตแลนด์ ศาลสกอตแลนด์ยอมรับให้คู่กรณีสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลฟ้องคดียังศาลใดศาลหนึ่งในประเทศอังกฤษ หรือประเทศสกอตแลนด์ได้ ดังคำวินิจฉัยศาลสกอตแลนด์ในคดี *Elderslie Steamship Company, Ltd v. Burrell & Son*⁹³ คดีนี้คู่กรณีตกลงกันว่าเจ้าของเรือสามารถเลือกฟ้องคดีที่ศาลใดในอังกฤษหรือสกอตแลนด์ก็ได้ และเจ้าของเรือเลือกที่จะฟ้องคดีต่อศาลสกอตแลนด์ Court of Session (ศาลสูงสุดในการพิจารณาคดีแพ่งของประเทศสกอตแลนด์) มีคำวินิจฉัยว่า เมื่อเจ้าของเรือมีสิทธิเลือกที่จะฟ้องคดีต่อศาลใดในประเทศอังกฤษหรือสกอตแลนด์ และเจ้าของเรือได้ใช้สิทธิเลือกที่จะฟ้องคดียังศาลอังกฤษแล้วจะนั้น คดีที่ฟ้องต่อศาลสกอตแลนด์ย่อมต้องถูกยกฟ้องไป คำวินิจฉัยของ Lord Trayner ในคดีนี้เป็นการสนับสนุนหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา กล่าวคือ เมื่อคู่สัญญาได้เจรจาต่อรองตกลงทำสัญญากันแล้วข้อตกลงใด ๆ ซึ่งเกิดจากการเจรจาต่อรองกันย่อมผูกพันคู่สัญญา และคู่สัญญาต้องรับผิดชอบในผลการเจรจาที่ตกลงกันนั้น⁹⁴ อย่างไรก็ตาม หากการทำข้อตกลงเลือกศาลนั้นเป็นไปในลักษณะของการกำหนดให้ศาลตามข้อตกลงเลือกศาลมีอำนาจพิจารณาคดีได้โดยไม่ตัดสิทธิคู่สัญญาที่จะดำเนินคดีที่ศาลอื่น (Non-Exclusive Jurisdiction) แล้ว Court of Session ตีความว่า ศาลสกอตแลนด์ไม่จำเป็นต้องการพิจารณาคดี เพราะข้อตกลงเลือกศาลในลักษณะนี้ไม่เป็นการจำกัดอำนาจ

⁹² คณิง ภาไชย. คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ, สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2551

⁹³ (1895) 22 R 389, (1943) 59 LQR 227 at 239-241.

⁹⁴ Paul Beaumont, "Great Britain" in Declining Jurisdiction in Private International Law, p225.

การพิจารณาคดีของศาลอื่น และเมื่อคู่ความฟ้องคดีต่อศาลสกอตแลนด์แล้วถือว่าสละสิทธิที่จะฟ้องคดีต่อศาลตามข้อตกลงเลือกศาลแล้ว และหากคู่ความประสงค์จะจำกัดอำนาจการพิจารณาคดีของศาลอื่นนอกจากศาลตามข้อตกลงเลือกศาลแล้ว คู่ความจะต้องแสดงเจตนาให้ปรากฏชัดด้วยการทำข้อตกลงเลือกศาลในลักษณะที่กำหนดให้ศาลตามข้อตกลงเลือกศาลมีอำนาจพิจารณาคดีแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Jurisdiction)⁹⁵ และต้องเป็นการทำข้อตกลงเลือกศาลแบบ Exclusive Jurisdiction โดยชัดแจ้งด้วย มิใช่ต้องอาศัยการตีความอีก (Expressly and not be left to ambiguous implication)⁹⁶

กรณีข้อตกลงเลือกศาลแบบเพียงศาลเดียวเด็ดขาด เช่น ประเทศ อเมริกา ผู้พิพากษามีอำนาจในการใช้ดุลพินิจที่จะจำหน่ายคดีหรือไม่ แต่โดยหลักการแล้ว ศาลควรจะจำหน่ายคดีเสียเว้นแต่ จะมีเหตุอันสมควรอย่างยิ่ง (strong cause) ซึ่งศาลอังกฤษได้วางหลักพิจารณาไว้ในคดี *The Eleftheria* ว่าในกรณีที่มียื่นฟ้องต่อศาลอื่นที่ได้กำหนดไว้หรือศาลที่ไม่ถูกเลือก ซึ่งคู่สัญญาได้กระทำการผิดสัญญาหรือข้อตกลงเลือกศาลแบบเพียงศาลเดียวเด็ดขาด คู่ความฝ่ายที่ผิดสัญญาจะต้องแสดงให้ปรากฏแก่ศาลจนเป็นที่พอใจถึง “เหตุอันสมควรอย่างยิ่ง” ว่าทำไมศาลอังกฤษจึงไม่ควรจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่ความไปดำเนินการฟ้องร้องต่อศาลต่างประเทศซึ่งถูกเลือกไว้ในข้อตกลงเลือกศาล หน้าที่นำสืบตกอยู่แก่ฝ่ายที่ผิดสัญญา ศาลจะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบโดยคำนึงถึงปัจจัยแวดล้อมทั้งหมด ปราศจากอคติ และต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นคดี ๆ ไป ปัจจัยสำคัญตามแนวคำวินิจฉัยของศาลในคดี *The Eleftheria* มีดังต่อไปนี้

ก. พิจารณาเปรียบเทียบระหว่างศาลอังกฤษกับศาลต่างประเทศว่า พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องแก่คดีอยู่ในเขตอำนาจศาลใดมากกว่ากัน หรือการดำเนินคดีในศาลใดจะเป็นการสะดวกแก่คู่ความทั้งสองฝ่ายในการนำสืบพยานหลักฐาน หรือศาลใดสามารถเรียกพยานหลักฐานเหล่านั้นมาสืบหรือสอบถามได้สะดวกกว่ากัน

ข. การพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างศาลอังกฤษกับศาลต่างประเทศว่าศาลใดเป็นศาลที่สะดวกในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของคู่ความมากกว่ากัน ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงค่าใช้จ่ายที่คู่ความจะต้องเสียในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีประกอบด้วย

⁹⁵ Scotmotors Plane Hire Ltd v. Dundee petrosea Ltd, 1980 SC 351. quoted in Ibid.p.225.

⁹⁶ Morrison v. Panic Link Ltd, 1994 SLT 232. quoted in Ibid.p.226.

ค.กฎหมายที่ใช้บังคับในข้อเท็จจริงแห่งคดีนั้นเป็นกฎหมายต่างประเทศหรือไม่และกฎหมายนั้นแตกต่างจากกฎหมายอังกฤษมากน้อยเพียงใด

ง.คู่ความในคดีมีจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดหรือมีความเกี่ยวพันกับศาลในประเทศใดมากกว่ากัน

จ. การที่จำเลยขอให้ศาลจำหน่ายคดีเพื่อให้โจทก์ฟ้องและดำเนินคดียังศาลต่างประเทศนั้นเป็นเพราะจำเลยประสงค์เช่นนั้นจริง ๆ หรือจำเลยเพียงแต่พยายามแสวงหาข้อได้เปรียบด้านกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น และโจทก์จะได้เปรียบอย่างไรหรือไม่หากนำคดีไปฟ้องและดำเนินคดียังศาลต่างประเทศ

ฉ. โจทก์จะได้รับการพิจารณาคดีที่ไม่เป็นธรรมหรือได้รับความเสียหายจากการฟ้องและดำเนินคดีในศาลต่างประเทศหรือไม่ เช่น

- โจทก์อาจถูกตัดสิทธิหรือถูกถดถอยหลักประกันในการดำเนินคดีของโจทก์
- โจทก์ไม่อาจนำคำพิพากษาของศาลต่างประเทศไปบังคับคดีได้
- โจทก์อาจได้รับผลกระทบจากเรื่องอายุความซึ่งไม่มีใช้บังคับในศาลอังกฤษ
- โจทก์อาจได้รับความไม่เป็นธรรมในการฟ้องและดำเนินคดีในศาลต่างประเทศ เนื่องจากประเด็นปัญหาเรื่องการเมือง เชื้อสายเผ่าพันธุ์ ศาสนา หรือเหตุอื่นใดที่จะทำให้โจทก์ไม่ได้รับความเป็นธรรมในการฟ้องและดำเนินคดีในศาลต่างประเทศ

ศาลสหรัฐอเมริกาเห็นว่า จำเป็นอย่างยิ่งที่จะพิจารณาความสมเหตุสมผล ของการทำข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าว โดยพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างประโยชน์ของคู่ความ (The Interests of the Litigants) กับประโยชน์สาธารณะ (The Public Interests) จากกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ สถานที่ปฏิบัติตามสัญญา สถานที่ที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมตามสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ รูปแบบของการเยียวยาความเสียหายตามที่กำหนดไว้ในสัญญา นโยบายสาธารณะของศาลอื่นนอกเหนือจากศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาล (The public policy of the alternate forum) สถานที่ตั้งสำนักงานหรือถิ่นที่อยู่ของคู่ความ ที่อยู่ของพยานบุคคลที่รู้เห็นข้อเท็จจริงในคดีนั้น สถานที่ที่พยานวัตถุตั้งอยู่ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการนำสืบพยานหลักฐาน อำนาจการเจรจาต่อรองของคู่สัญญาในการทำข้อตกลงเลือกศาล (The relative bargaining power of the parties ดังตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ไม่ยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลแม้จะเป็นสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ เพราะเหตุที่ข้อตกลงเลือกศาลนั้นมิได้เกิดขึ้นจากการเจรจาต่อรองของ

คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เช่น คดี Carnival Cruise Lines v. Shute⁹⁷ โจทก์เป็นคู่สามีภรรยาจากกรุงวอชิงตัน ซื้อตั๋วโดยสารระหว่างเมืองลอสแอนเจลิสกับประเทศเม็กซิโก จากตัวแทนขายตั๋วโดยสารในท้องถิ่น ด้านหลังตั๋วโดยสารดังกล่าวบรรจุข้อสัญญาฉบับข้อพิพาทว่า"ให้เสนอข้อพิพาทใด ๆ ต่อศาลที่ตั้งอยู่ในมลรัฐฟลอริดา ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยเด็ดขาด" (All disputes shall be litigated before a Court located in the State of Florida,U.S.A.; to the exclusion of the Courts of any other state of country) แต่เมื่อโจทก์ได้รับบาดเจ็บและทรัพย์สินบางอย่างเสียหายจากการเดินทาง โจทก์กลับเสนอคำฟ้องต่อ the U.S. District Court for the Western District of Washington ซึ่งมีศาลตามข้อตกลงเลือกศาล ศาลอุทธรณ์ปฏิเสธการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าว เนื่องจากข้อตกลงเลือกศาลอยู่ในรูปของสัญญาสำเร็จรูป มิได้เกิดขึ้นจากการเจรจาต่อรองกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เป็นต้น

หรือข้อตกลงเลือกศาลเกิดขึ้นจากกลล่อฉ้อฉล(Fraud) อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม (Undue Influence) หรือเหตุประการอื่นใด ที่จะทำให้ข้อสัญญาไม่เป็นผล (Other extenuating or exacerbating circumstance) หรือไม่ และประการสุดท้ายคือ พิจารณาจากการปฏิบัติต่อกันระหว่างคู่สัญญา ทั้งนี้เพื่อคั่นหามาตรการซึ่งจะเป็นประโยชน์สูงสุดและเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม (The totality of the circumstance measured in the interests of justice)⁹⁸

หรือ หากข้อตกลงเลือกศาลขัดต่อนโยบายสาธารณะ(Contrary to public policy)หรือไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่สำคัญของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ศาลก็จะไม่บังคับตามข้อตกลงเลือกศาลให้ ดังอุทธรณ์ในคดี Union Ins.Soc.Of Canton,Ltd. V. S.S.Elikon⁹⁹ ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับใบตราส่ง ศาลอุทธรณ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาล (choice of forum clause)เพราะเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลของสหรัฐอเมริกา (Carriage of Goods by Sea Act หรือ COGSA) โดยตีความมาตรา 1303(8) ที่บัญญัติให้ข้อตกลงละเว้นหรือลดความรับผิดของผู้ขนส่งหรือเจ้าของเรืออันเกิดจากความประมาทตกเป็นโมฆะ ว่าครอบคลุมถึงการห้ามมิให้ฟ้องคดีในศาลของประเทศอื่นนอกเหนือจากศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลอุทธรณ์ให้เหตุผลแห่งคำวินิจฉัยคดีดังกล่าวว่า หากให้ศาลในประเทศอื่นพิจารณาพิพากษาคดีนี้ ก็จะไม่มีความหลักประกันดังเช่นคดีที่จะได้รับพิจารณาพิพากษาในศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาว่าความรับผิดของผู้ขนส่งจะไม่ลดลง ทั้งนี้เพราะศาลในประเทศ

⁹⁷ 499 U.S.585 (1991)

⁹⁸ Ibid.,p.25.

⁹⁹ 642 F.2d721 (4th Cir. 1981)

สหรัฐอเมริกาจะได้รับการควบคุมอย่างเป็นเอกภาพจากศาลสูงสุด นอกจากนี้การไม่บังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลให้ในคดีนี้ ยังมีสาเหตุมาจากการที่ศาลเครพในนโยบายฝ่ายนิติบัญญัติที่ออกกฎหมายฉบับนี้ด้วย¹⁰⁰

ในกรณีที่ศาลซึ่งพิจารณาคดีพบว่าศาลตามข้อตกลงเลือกศาลเป็นศาลที่ไม่สะดวกแก่การพิจารณาคดี (Forum non conveniens) ศาลตามข้อตกลงเลือกศาล จะถูกปฏิเสธการมีเขตอำนาจเหนือคดีทันที¹⁰¹ จึงกล่าวได้ว่า นอกจากศาลจะพิจารณาว่าข้อตกลงเลือกศาลมีเหตุอันสมควรเพียงใดแล้ว ยังต้องพิจารณาว่า ศาลตามข้อตกลงเลือกศาลเป็นศาลที่สะดวกและเป็นธรรมในการต่อสู้คดีของคู่ความทั้งสองฝ่ายด้วย

หลักความไม่สะดวกนี้ (Forum non conveniens) เป็นปัจจัยหนึ่งที่ศาลอังกฤษใช้ในการพิจารณาว่าศาลใดเป็นศาลที่เหมาะสมและอำนวยความสะดวกให้แก่คู่ความได้อย่างเป็นธรรมที่สุด โดยศาลอังกฤษจะคำนึงถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้อง (Rlevant factors) ดังต่อไปนี้¹⁰²

1) กฎหมายที่ใช้แก้คดี (applicable law) หากกฎหมายที่จะพึงปรับใช้แก้ข้อพิพาทในคดีนั้นเป็นกฎหมายอังกฤษ และในคดีนี้ถือเอากฎหมายที่ใช้แก้คดีเป็นปัจจัยสำคัญแล้ว ถือว่าศาลอังกฤษเป็นศาลที่เหมาะสมและอำนวยความสะดวกให้แก่คู่ความได้อย่างเป็นธรรมที่สุด เพราะอังกฤษยอมเข้าใจและปรับใช้กฎหมายอังกฤษได้ดีที่สุด ตัวอย่างเช่น คดี Banco Atlantico SA v. British Bank for the Middle East¹⁰³ ศาลอุทธรณ์คำวินิจฉัยลับคำตัดสินของศาลชั้นต้นซึ่งยอมงดการพิจารณาคดีในศาลอังกฤษและอนุญาตให้พิจารณาคดีนี้ที่ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาหรับเอมิเรตส์ด้วยเหตุผลว่า ถ้าพิจารณาคดีที่ศาลอังกฤษ ศาลอังกฤษจะเลือกใช้กฎหมายสเปนกับคดีนี้

¹⁰⁰ โปรดดูหลายละเอียดใน สุทธิพล ทวีชัยการ, ฎีกาวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539, ในรวมคำพิพากษาเกี่ยวกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ พร้อมหมายเหตุและกฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่สำคัญ, หน้า 218-219. และ William W. Park, International Forum Selection, pp.32-33.

¹⁰¹ Ibid., p.22.

¹⁰² เรียบเรียงจาก พรชัยพรชัย วิวัฒน์ภัทรกุล.เปรียบเทียบหลักกฎหมายขัดกันของอังกฤษกับไทยว่าด้วยเขตอำนาจศาลในการรับพิจารณาคดีแพ่ง: ศาลไทยควรมีแนวนโยบายอย่างไรหรือไม่ในการรับพิจารณาคดีแพ่งซึ่งมูลคดีมิได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักรและจำเลยไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรในขณะที่เริ่มกระบวนการพิจารณา: 865-870;

Paul Beaumont, "Great Britain' in Declining Jurisdiction in Private International Law (Oxford: Clarendon Press, 1995), pp.212-220; P.M. North and J.J. Fawcett Cheshire and North's Private International Law, pp. 206-224.

¹⁰³ (1990) 2 Lloyd's Rep. 504.

แต่ถ้าพิจารณาคดีนี้ที่ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาหับเอมิเรตส์แล้ว ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาหับเอมิเรตส์จะใช้กฎหมายของตนเองในการพิจารณาคดีนั้นและตามกฎหมายดังกล่าวโจทก์จะไม่มีโอกาสชนะคดีนี้ได้เลย ในกรณีนี้จึงถือว่าศาลอังกฤษเป็นศาลที่เหมาะสมและอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่คู่ความได้อย่างเป็นธรรมที่สุด

หรือในคดี Charm Maritime Inc v. Kyriakou and Mathias¹⁰⁴ ศาลอุทธรณ์ในประเทศอังกฤษไม่มั่นใจว่าศาลในประเทศกรีซจะใช้กฎหมายเรื่องทรัพย์สินของอังกฤษไปในแนวทางใดเพราะในประเทศกรีซไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องทรัพย์สิน ถึงแม้ว่าโจทก์และจำเลยที่ 1 จะเป็นคนสัญชาติกรีกก็ตาม แต่จำเลยที่ 2 ไม่ใช่คนสัญชาติกรีก ดังนั้นศาลอังกฤษเห็นว่า ศาลอังกฤษจะบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องทรัพย์สินได้ชัดเจนและถูกต้องกว่าศาลในประเทศกรีซ จึงถือว่าศาลอังกฤษเป็นศาลที่เหมาะสมและอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่คู่ความได้อย่างเป็นธรรมที่สุด

ตัวอย่างสุดท้ายคือ คดี Du Pont v. Agnew¹⁰⁵ คดีนี้เป็นกรณีที่บริษัท Du Pont แห่งมลรัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกาฟ้องจำเลยซึ่งเป็นบริษัทประกันและเป็นบริษัทอเมริกันเพื่อเรียกเอาเงินที่ตนจ่ายชดเชยค่าเสียหายให้แก่ Mr.Chelos ซึ่งกินยาของตนไปแล้วถูกตัดขาในมลรัฐอิลลินอยส์ ประเทศสหรัฐอเมริกา หากบริษัทต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวแล้ว บริษัทจะไม่สามารถฟ้องไล่เบี้ยจากบริษัทประกันได้ ศาลอุทธรณ์ในประเทศอังกฤษตีความว่า ในกรณีนี้ศาลอังกฤษเป็นศาลที่เหมาะสมและอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่คู่ความได้อย่างเป็นธรรมที่สุดเนื่องจากกรรมกรรมประกันภัยเป็นของ Lloyd จึงควรใช้กฎหมายอังกฤษบังคับแก้คดี

ในกรณีที่คู่ความยังคงถกเถียงกันเรื่องกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก้คดี และมีความเป็นไปได้ที่ศาลที่จะพิจารณาคดีนี้จะใช้กฎหมายที่แตกต่างกันออกไป โดยผลของกฎหมายอังกฤษ ศาลอังกฤษจะไม่ถือเอาปัจจัยเรื่องกฎหมายที่ใช้แก้คดี (applicable law) เป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาว่าศาลอังกฤษเป็นศาลที่เหมาะสมและอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่คู่ความได้อย่างเป็นธรรมที่สุดหรือไม่ ในกรณีเช่นนี้ศาลอังกฤษจะนำหลักความยุติธรรมมาใช้มากกว่าหลักแห่งความเหมาะสม (considered under the justice exception ,not in an analysis of appropriateness)

2) ความสะดวกของพยาน (Convenience of witness) โดยปกติศาลอังกฤษจะไม่ยึดเอาปัจจัยนี้เป็นปัจจัยที่มีน้ำหนัก หรือมีความสำคัญในลำดับต้น ๆ แต่จะพิจารณาปัจจัยนี้เป็นปัจจัยประกอบกับปัจจัยอื่น ๆ อีก เช่น คดี Evans Marshall & Co. v. Bertola S.A.¹⁰⁶ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า

¹⁰⁴ (1987) 1 Lloyd's Rep.443.

¹⁰⁵ (1987) 2 Lloyd's Rep. 585.

¹⁰⁶ (1973) 1 All ER 992,(1973) 1 WLR 349.

โจทก์เป็นห้างขายเหล้าไวน์ในอังกฤษ โจทก์ทำสัญญากับจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นบริษัทสเปนและเป็นผู้ผลิตเหล้าไวน์สเปน จำเลยที่ 1 แต่งตั้งโจทก์เป็นตัวแทนจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวของจำเลยที่ 1 ในเขตแดนประเทศอังกฤษสำหรับสินค้าเหล้าประเภทเชอรี โดยมีข้อสัญญากำหนดให้ยุติข้อพิพาทใด ๆ ตามสัญญาในศาลอังกฤษ ต่อมาจำเลยที่ 1 ทำสัญญาแต่งตั้งจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นบริษัทอังกฤษเป็นตัวแทนจำหน่ายสินค้าของจำเลยที่ 1 โจทก์ของหมายห้ามมิให้จำเลยที่ 1 กระทำการผิดสัญญา ศาลอนุญาตให้ส่งหมายถึงจำเลยที่ 1 นอกเขตศาลอังกฤษ และดำเนินคดีนี้ในศาลอังกฤษต่อไป โดยศาลอังกฤษเห็นว่ามืองค์ประกอบหลายประการที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจศาลอังกฤษอย่างใกล้ชิด องค์ประกอบเรื่องความสะดวกของพยานก็เป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาว่า ศาลอังกฤษเป็นศาลที่เหมาะสมที่สุดในการพิจารณาคดีเช่นนี้ เนื่องจากพยานปากสำคัญ ๆ ในคดีนี้ล้วนแต่เป็นคนอังกฤษ นอกจากนี้ยังพิจารณาองค์ประกอบอื่นประกอบอีกด้วย เช่น มูลคดีนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการจำหน่ายสุราในประเทศอังกฤษ จำเลยที่ 2 เป็นคนในบังคับอังกฤษ ข้อหาในคำฟ้องข้อหนึ่งคือการร่วมกันทำละเมิดต่อโจทก์ และกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของศาลสเปนยืดเยื้อล่าช้ากว่าศาลอังกฤษมาก ทั้งศาลสเปนยังจะไม่ออกหมายจับเงินให้การคุ้มครองสิทธิชั่วคราวในระหว่างกระบวนการพิจารณาอย่างเช่นที่ศาลอังกฤษจะให้ได้

ในกรณีที่พยานบุคคลพูดภาษาต่างประเทศ และพยานเอกสารจำนวนมากเป็นภาษาดังกล่าว อาจเป็นปัจจัยที่มีอิทธิพลทำให้ศาลอังกฤษยอมงดการพิจารณาคดีในศาลอังกฤษ เช่น คดี *Re Harrods (Buenos Aires) Ltd.(No.2)* ในคดีนี้มีพยานบุคคลและพยานเอกสารจำนวนมากใช้ภาษาสเปน การพิจารณาคดีที่ศาลอังกฤษจะทำให้ต้องสิ้นเปลืองค่าแปลและเป็นภาระแก่ศาลมาก¹⁰⁷

3) ความสะดวกของคู่ความ (Convenience of the parties) ตามปกติแล้วปัจจัยเรื่องความสะดวกของคู่ความมักจะไม่ใช่ปัจจัยที่ศาลอังกฤษจะให้ความสำคัญมากนัก เนื่องจากคู่ความฝ่ายหนึ่งจะสะดวกในศาลประเทศหนึ่ง แต่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งก็จะสะดวกในศาลอีกประเทศหนึ่ง แต่ในกรณีที่จำเลยถูกฟ้องในศาลประเทศที่จำเลยมีภูมิลำเนา จำเลยจะกล่าวอ้างว่าศาลนั้นเป็นศาลที่ไม่สะดวกต่อจำเลยนั้นย่อมเป็นข้ออ้างที่ฟังไม่ขึ้น

4) ความเกี่ยวพันที่แท้จริงและใกล้ชิดระหว่างศาลและข้อพิพาท (Real and close connection between the forum and the dispute) เช่น คดี *Meadows v. ICI* ผู้พิพากษาในคดีนี้วินิจฉัยว่า ศาลในกรุงลอนดอนเป็นศาลที่มีความเกี่ยวพันที่แท้จริงและใกล้ชิดกับข้อพิพาทในคดี

¹⁰⁷ Paul Beaumont, "Great Britain' in Declining Jurisdiction in Private

เนื่องจากคู่ความมีสถานที่ทำงานอยู่ในกรุงลอนดอน และธุรกรรมส่วนใหญ่เกิดขึ้นที่นั่น เช่นเดียวกับคดี Morrison v. panic Link Ltd. ซึ่งผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีเห็นว่าศาลในประเทศก็อตแลนด์เป็นศาลที่มีความเกี่ยวพันที่แท้จริงและใกล้ชิดที่สุดกับมูลความแห่งคดีเพราะธุรกรรมส่วนใหญ่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ที่ประเทศก็อตแลนด์นั่นเอง¹⁰⁸

5) การฟ้องคดีต่อคู่ความฝ่ายที่สามหรือกรณีที่ต้องฟ้องคดีกับจำเลยหลายคน ศาลอังกฤษจะให้ความสำคัญกับปัจจัยนี้หากศาลอังกฤษเห็นว่า โจทก์สามารถฟ้องคดีกับจำเลยทุกคนในศาลอังกฤษได้ หรือโจทก์สามารถเรียกให้บุคคลภายนอกเข้ามาเป็นคู่ความฝ่ายที่สามในคดีที่โจทก์เสนอคำฟ้องต่อศาลอังกฤษได้ ในขณะที่โจทก์ไม่สามารถจะทำเช่นนั้นได้ ในศาลของประเทศอื่นกรณีเช่นนี้ศาลอังกฤษจะถือว่า ศาลอังกฤษเป็นศาลที่เหมาะสมที่สุดในการพิจารณาคดีเช่นนั้น

6) ค่าใช้จ่ายและเวลา ตัวอย่างเช่น ในคดี Irish Shipping Ltd v. Commercial Union¹⁰⁹ ศาลอังกฤษปฏิเสธที่จะงดการพิจารณาคดีในอังกฤษ แม้ศาลอังกฤษจะยอมรับว่าทั้งศาลอังกฤษและศาลเบลเยียมต่างก็เป็นศาลที่เหมาะสม เนื่องจากศาลอังกฤษเห็นว่า ศาลอังกฤษสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีได้เสร็จเร็วกว่าศาลเบลเยียมด้วยค่าใช้จ่ายที่น้อยกว่า เพราะกลไกของการดำเนินคดีตามระบบกฎหมายในประเทศเบลเยียมซับซ้อนกว่ากระบวนการพิจารณาคดีในศาลอังกฤษ

7) นโยบายสาธารณะ (Public policy) กระบวนพิจารณาที่เกี่ยวข้อง (Relate Proceedings) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ศาลอังกฤษจะไม่พิจารณาเปรียบเทียบชื่อเสียงหรือความน่าเชื่อถือของระบบศาลของศาลอังกฤษกับศาลของอีกประเทศหนึ่งในการพิจารณาหาศาลที่เหมาะสมแก่การพิจารณาคดี ทั้งศาลอังกฤษจะไม่ให้ความสำคัญกับปัญหาการบังคับตามคำพิพากษาของศาลอังกฤษในต่างประเทศอีกด้วย

สำหรับประเทศในกลุ่มกฎหมายซีวิลลอว์แม้จะไม่นำหลัก Forum non-conveniens มาใช้บังคับโดยตรง แต่บางประเทศก็มีหลักการพิจารณาเขตอำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจปฏิเสธอำนาจการพิจารณาคดีในศาลของตนคล้ายคลึงกับหลัก Forum non-conveniens เช่น ญี่ปุ่น ซึ่งใช้หลักพฤติการณ์พิเศษ (Special circumstance) ประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ส่วนใหญ่ เช่น ประเทศเบลเยียม ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศ

¹⁰⁸ Ibid.p. 218

¹⁰⁹ (1991) 2 QB 206.

สาธารณรัฐอิตาลี ประเทศกรีซ และประเทศเนเธอร์แลนด์ เป็นต้น ไม่มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจปฏิเสธอำนาจการพิจารณาคดีในศาลของตนดังเช่น หลัก Forum non-conveniens เช่นเดียวกับประเทศในกลุ่มสแกนดิเนเวีย เช่น ประเทศฟินแลนด์ เป็นต้น หรือประเทศในกลุ่มละตินอเมริกา เช่น อาร์เจนตินา เป็นต้น

2. Mandatory declining of jurisdiction / no jurisdiction: A compulsory (ศาลไม่มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจ)

ประเทศระบบกฎหมายแบบ Civil Law จะมีความเคร่งครัดกว่าในระบบกฎหมาย Common Law การยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมาย ผู้พิพากษาไม่มีอำนาจดุลพินิจในการปฏิเสธหรือยอมรับข้อตกลงเลือกศาล หากข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศสมบูรณ์ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ ผลคือศาลที่พิจารณาคดีต้องปฏิเสธการใช้อำนาจศาลด้วยเหตุที่ตนไม่มีเขตอำนาจศาล ประเทศที่มีบทบัญญัติกฎหมายลักษณะนี้ได้แก่ ประเทศเยอรมัน สวิสเซอร์แลนด์ ฟินแลนด์ ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส อาเจนตินา อิตาลี เป็นต้น

ในกฎหมายเยอรมัน เมื่อข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศมีผลบังคับใช้สมบูรณ์แล้ว ศาลเยอรมันจะต้องยกฟ้องคดีนั้นด้วยเหตุที่ศาลเยอรมันไม่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีนั้นต่อไป

ศาลฝรั่งเศสมีคำตัดสินในคดี Cie de Signaux et d' Entreprises Electriques[CSEE] V. Soc. Sorelec อนุญาตให้เลือกเขตอำนาจศาลได้ในกรณีที่ (1) เป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศ และ (2) ข้อตกลงนั้นไม่ได้ห้ามมิให้ขึ้นศาลฝรั่งเศส ในกรณีที่ศาลฝรั่งเศสมีเขตอำนาจเหนือคดีนั้นตามหลักดินแดน เป็นเหตุให้ศาลฝรั่งเศสไม่อาจปฏิเสธไม่ยอมรับบังคับข้อตกลงเลือกศาลนี้ เว้นแต่โจทก์ฟ้องคดีที่ศาลฝรั่งเศสแล้วจำเลยไม่ได้แย้ง ซึ่งเท่ากับคู่กรณีแสดงเจตนาตกลงกันใหม่ยกเลิกข้อตกลงเรื่องเขตอำนาจศาลที่มีอยู่เดิม เช่นเดียวกับกรณีที่คู่กรณีไม่เคยตกลงเรื่องเขตอำนาจศาลเลย และมีการดำเนินคดีในต่างประเทศแล้วจำเลยไม่ได้โต้แย้ง ถือว่ามีข้อตกลงโดยปริยายระหว่างคู่กรณีว่าจะไม่ให้ศาลฝรั่งเศสมีเขตอำนาจและยอมรับเขตอำนาจของศาลต่างประเทศ¹¹⁰ โดยสรุปคือ กฎหมายฝรั่งเศสยอมรับความสมัครใจในการขยายเขตอำนาจศาลได้โดยอาศัย 1. ข้อตกลงเลือก หรือ 2. การไม่ได้แย้งเรื่องเขตอำนาจศาลของฝ่ายจำเลย แต่มีเงื่อนไขว่า 1. ต้องเข้าเงื่อนไขของคดี Cie de Signaux et d' Entreprises Electriques[CSEE] V. Soc. Sorelec และ 2. ต้อง

¹¹⁰ Helene Gaudemet-Tallon, "France" in Declining Jurisdiction in Private International Law, p 183.

ไม่ใช่เรื่องหลอกลวงให้ยอมรับการทำข้อตกลงดังกล่าว แต่เป็นในกรณีฉุกเฉินหรือมีเหตุจำเป็น¹¹¹ นอกจากนี้กฎหมายระหว่างประเทศของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีส่วนคล้ายกับกรอบตามอนุสัญญากรุงบรัสเซลส์ว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการบังคับคดีในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ.1968 มาตรา 17 และ 18 ศาลฝรั่งเศสจึงไม่มีปัญหาในการบังคับใช้อนุสัญญานี้¹¹²

ในส่วนของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เมื่อข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศมีผลบังคับใช้สมบูรณ์แล้ว ศาลเยอรมันจะต้องยกฟ้องคดีนั้นด้วยเหตุที่ตนไม่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีนั้นต่อไป ทั้งนี้ศาลเยอรมันจะไม่คำนึงถึงว่าคำตัดสินของศาลต่างประเทศที่คู่กรณีเลือกจะได้ออมรับและบังคับใช้ในประเทศเยอรมันหรือไม่ อย่างไรก็ดี โดยผลของกฎหมายภายในของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันแล้ว ข้อตกลงเลือกศาลที่ระบุศาลต่างประเทศในคดีที่ไม่ใช่คดีทางการเงิน (Non-Financial Disputes) และในคดีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ไร้ความสามารถแล้ว ข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศนั้นย่อมไม่ผลบังคับใช้ และศาลเยอรมันจะไม่นำหลักเรื่องจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิด (Sufficient Connection) มาประกอบการพิจารณาการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้าม ศาลเยอรมันเคารพการตัดสินใจของคู่สัญญาในการทำข้อตกลงเลือกศาลในประเทศที่เป็นกลาง (Neutral Forum) เพราะตระหนักดีว่า การทำข้อตกลงเลือกศาลในลักษณะนี้จำเป็นต่อการทำธุรกิจระหว่างประเทศของคู่สัญญา และคู่สัญญาจำต้องรักษาผลประโยชน์ทางธุรกิจของคู่สัญญาเอง ข้อตกลงเลือกที่เป็นกลางเป็นแนวทางหนึ่งในการรักษาประโยชน์ทางธุรกิจของคู่สัญญาในการพาณิชย์ระหว่างประเทศ¹¹³

ในประเทศสหพันธรัฐสวิตเซอร์แลนด์ ตามหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีซึ่งพิพาทกันตามกฎหมายสัญญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศสหพันธรัฐสวิตเซอร์แลนด์ยอมรับหลักการเรื่องเขตอำนาจศาลโดยการตกลงกัน (forum prorogatum) ดังนั้น คู่สัญญาต่างประเทศอาจทำความตกลงกันยอมรับให้ศาลในประเทศสหพันธรัฐสวิตเซอร์แลนด์เป็นสถานที่ระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตเกี่ยวกับการใช้สิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินหรือผลประโยชน์เกี่ยวกับตัวเงิน (pecuniary claims) เมื่อสัญญานั้นระบุให้ใช้กฎหมายสวิตเซอร์แลนด์เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณีแล้ว ศาลสวิตเซอร์แลนด์ไม่มีอำนาจ

¹¹¹ *Ibid*; pp183-184

¹¹² *Ibid*; pp184.

¹¹³ Haimo Schack, "Germany" in *Declining Jurisdiction in Private International*

ปฏิเสธเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีดังกล่าว¹¹⁴ แต่ข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าวจะไม่มีผลบังคับใช้หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งถูกหลอกลวง ให้ยอมรับการตัดสินคดีที่จะได้รับความคุ้มครองเกี่ยวกับศาลที่มีเขตอำนาจที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นพึงได้รับตามกฎหมายสวิตเซอร์แลนด์ ศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลไม่อาจปฏิเสธไม่รับพิจารณาข้อพิพาทตามสัญญาดังกล่าว หากว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนา ที่อยู่ตามปกติ หรือมีสถานที่ตั้งในการประกอบธุรกิจอยู่ในเขตศาลที่ได้รับเลือกดังกล่าว และไม่อาจปฏิเสธไม่รับพิจารณาคดี หากตามกฎหมายแล้วคดีนั้นต้องใช้กฎหมายสวิตเซอร์แลนด์บังคับใช้แก่กรณี

บทวิเคราะห์

หากจะพิจารณาตามแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย (Concept of Sovereignty) ที่ถือว่า อำนาจอธิปไตยเป็นองค์ประกอบสำคัญที่สุดของความเป็นรัฐซึ่งทำให้รัฐสามารถดำเนินกิจการต่าง ๆ ของรัฐโดยไม่ต้องตกอยู่ในอำนาจของรัฐได้ เว้นแต่รัฐนั้นจะยินยอมจำกัดอำนาจของตนเองลง¹¹⁵

อำนาจอธิปไตยของรัฐมี 3 รูปแบบ คือ อำนาจนิตินบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยศาลเป็นองค์กรที่เป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ และรัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐได้อย่างเด็ดขาด (Conclusively) และโดยปราศจากเงื่อนไขแต่เพียงผู้เดียว (Unconditionally)¹¹⁶ ภายในดินแดนของตนตามหลักการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเจ้าของดินแดน¹¹⁷ ดังนั้นหากรัฐใดรัฐ

¹¹⁴ International Centre for Commercial Law, "Switzerland's Federal Code on Private International Law Subject Matter and Structure of the Federal Code on Private International Law" p3. from http://www.icclaw.com/devs/switz/pi/szpi_001.htm

¹¹⁵ ทุมพร บัจจุสานนท์, "สังคมระหว่างประเทศกับกฎหมายระหว่างประเทศ" ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1-5, พิมพ์ครั้งที่ 2 (นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2530), หน้า 44-45.

¹¹⁶ จันตรี สินธุฤกษ์, "การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 22.

¹¹⁷ ทุมพร บัจจุสานนท์, เอกสารประกอบคำบรรยายวิชา น.786 กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีแผนกคดีเมือง (ไม่ปรากฏปีและสถานที่พิมพ์), หน้า 44. (เอกสารโรเนียวอัดสำเนา)

หนึ่งยอมรับอำนาจอตุลาการหรืออำนาจอธิปไตยทางการศาลของรัฐอื่นเหนือกว่าก็อาจทำให้เกิดการสูญเสียอำนาจอธิปไตยหรือเอกราชทางการศาล¹¹⁸

แนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยจึงเป็นแนวความคิดที่เป็นอุปสรรคต่อการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากรัฐมักจะหวงแหนอำนาจอธิปไตย เพราะอำนาจอธิปไตยเป็นสิ่งที่กำหนดความเป็นรัฐ การดำรงอยู่ของรัฐ และเป็นสิ่งที่แสดงว่ามีอิสระ ความเป็นตัวตน ความเป็นเอกภาพ และความเท่าเทียมกัน และความเป็นเอกราชของรัฐนั้น ดังนั้นอำนาจอธิปไตยจึงไม่อาจถูกจำกัดหรือยับยั้งโดยกฎหมายใด ๆ (legibus sulata) เว้นแต่หลักกฎหมายธรรมชาติ (jus naturale) และหลักที่ว่าสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) และการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐไม่อาจถูกจำกัดหรือถูกแทรกแซงโดยอำนาจอื่นใดทั้งภายในและภายนอก กล่าวคือไม่ตกอยู่ภายในอำนาจของรัฐอื่น¹¹⁹ สิ่งใดที่ทำให้รัฐเกิดข้อจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐไม่ว่าทางใด มักจะได้รับปฏิกิริยาต่อต้านหรือไม่ยอมรับ ดังนั้นความคาดหวังที่จะให้มีการตกลงกันในเรื่องเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีจึงไม่ค่อยจะราบรื่นนัก และมีแนวโน้มว่าศาลไทยจะปฏิเสธการมีผลใช้บังคับของข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อศาลไทยมีอำนาจพิจารณาคดีเช่นนั้นอยู่แล้ว เพราะถูกมองว่าเป็นการยอมรับให้ศาลต่างประเทศที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลใช้อำนาจอธิปไตยทางการศาลเหนือศาลไทย

อย่างไรก็ดี สภาพความเป็นจริงของสังคมยุคปัจจุบันบีบบังคับให้รัฐต้องร่วมมือกันในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การทำกฎหมายให้เป็นเอกรูป (Unification of Laws) หรือการให้ความร่วมมือ

¹¹⁸ จันตรี สินศุภฤกษ์, อ้างอิงแล้วในเชิงอรรถที่ 116, น. 21.

หลักความเท่าเทียมกันทางกฎหมายเป็นอิทธิพลจากแนวความคิดของ Vattel ซึ่งเห็นว่ารัฐทุกรัฐไม่ว่ารัฐเล็กหรือใหญ่ย่อมมีความเสมอภาคและเท่าเทียมกันในทางกฎหมายระหว่างประเทศ และได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายระหว่างประเทศโดยเท่าเทียมกัน โดยผู้พิพากษา Marshall เคยกล่าวไว้ในคดี Antelope ปี ค.ศ. 1825 ว่า “ไม่มีหลักกฎหมายทั่วไปที่จะถูกรับรู้กันโดยสากลมากกว่าหลักความเท่าเทียมกันโดยสมบูรณ์ของความเป็นชาติ” โปรดดูรายละเอียดใน Levi Werner, Contemporary International Law (Oxford : Westriew Press, 1991), p. 82.

¹¹⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 160-162. ; สมยศ เชื้อไทย, ความรู้นิติปรัชญาเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), หน้า 133-134. ; Levi Werner, Contemporary International Law, p. 89.

ในรูปขององค์การระหว่างประเทศ เป็นต้น กรณีดังกล่าวแสดงให้เห็นการยอมจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐหรือยินยอมสละอำนาจอธิปไตยในทางนิติบัญญัติบางส่วนเพื่อพัฒนาสังคมระหว่างประเทศ ในทางกลับกัน รัฐที่ยอมจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าวย่อมได้รับประโยชน์จากรัฐอื่นในลักษณะเดียวกันตามหลักถ้อยที่ถ้อยอาศัย (reciprocity) ระหว่างประเทศ

การกำหนดเขตอำนาจศาลเป็นการใช้อำนาจตุลาการประการหนึ่ง จึงถือเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจอธิปไตยทางการศาล โดยการกำหนดอำนาจศาลเป็นการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจอธิปไตยทางการศาลของรัฐว่าจะมีขอบเขตการใช้อำนาจอพิจารณาพิพากษาคดีใดบ้าง ทั้งนี้ย่อมต้องสอดคล้องกับหลักการและขอบเขตการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐด้วย ประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ หากศาลไทยยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลแล้วจะเป็นการยอมรับให้คู่สัญญาสามารถปฏิเสธเขตอำนาจศาลที่กำหนดไว้ตามกฎหมาย ซึ่งอาจทำให้เกิดการสูญเสียอำนาจอธิปไตยหรือเอกราชทางการศาลตามมาหรือไม่ ประเด็นนี้มีความละเอียดอ่อนและสำคัญอย่างมาก เพราะศาลไทยเคยสูญเสียอำนาจอธิปไตยหรือเอกราชทางการศาล โดยการให้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตแก่ชาวต่างประเทศมาแล้ว¹²⁰

เมื่อพิจารณาถึงความเกี่ยวพันระหว่างการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศกับหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐแล้ว **ผู้เขียนเห็นว่า**การยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลตั้งอยู่บนพื้นฐานแนวความคิดเกี่ยวกับการยอมรับบังคับใช้ข้อสัญญาอนุญาตตุลาการ อันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจฟ้องของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งมีพื้นฐานการยอมรับให้อนุญาตตุลาการอันเป็นองค์กรเอกชนให้ทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทอันเป็นการใช้อำนาจรัฐซึ่งโดยปกติแล้วจะถือเป็นหน้าที่ขององค์กรของรัฐเท่านั้น แต่การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการได้รับความนิยมมากจนกระทั่งมีคำกล่าวว่า “เป็นไปได้ที่จะนึกถึงเศรษฐกิจใน

¹²⁰โปรดดูรายละเอียดใน น้ำเงิน บุญเยี่ยม, บรรณารักษ์, ศาลไทย ประวัติและการต่อสู้เพื่อเอกราช (กรุงเทพมหานคร : รุ่งแสงการพิมพ์, 2530), หน้า 1-200. ; บุญเพราะ แสงเทียน, คำบรรยายพระธรรมมุนีศาลยุติธรรม (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), หน้า 19-20. ; สัตยชัย สัจจาณิช, “การต่อสู้เพื่อเอกราชในการศาล,” วารสารนิติศาสตร์ (ธันวาคม 2512) : 3-4. ; สุมานิต มั่นสุข, “เขตอำนาจศาลในคดีอาญา” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต แผนกนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517).

ยุคปัจจุบันโดยปราศจากการคิดถึงวิธีการอนุญาโตตุลาการ”¹²¹ ทั้งนี้เพราะข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศมีลักษณะซับซ้อน จำต้องอาศัยบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญและความสามารถเฉพาะด้านทำหน้าที่เป็นผู้พิจารณาชี้ขาด ส่งผลให้การพิจารณาระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างรวดเร็ว การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเป็นไปโดยแม่นยำ และค่าใช้จ่ายในการระงับข้อพิพาทย่อมถูกลงไปด้วย¹²² ประกอบกับการระงับข้อพิพาททางศาลของประเทศต่างๆ ถูกพิจารณาว่าไม่สามารถตัดสินคดีให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปทั้งประเทศแต่ละประเทศที่เข้ามาเป็นคู่สัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศอาจมีพื้นฐานความคิดทางด้านเศรษฐกิจ สังคม ตลอดจนด้านกฎหมายที่แตกต่างกัน หากใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางการศาลอาจจะไม่ได้รับความร่วมมือจากอีกประเทศหนึ่ง เนื่องจากแต่ละประเทศต่างยึดถืออำนาจอธิปไตยของตนเป็นสำคัญ แต่การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทในลักษณะการระงับข้อพิพาทโดยเอกชนมากกว่าจะเป็นการใช้อำนาจของรัฐ¹²³ ความไม่ไว้วางใจในศาลของประเทศคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทำให้ต้องใช้การอนุญาโตตุลาการ¹²⁴ ทั้งการนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปบังคับในประเทศอื่น มีความสะดวกและคล่องตัวกว่าการนำคำพิพากษาของประเทศหนึ่งไปบังคับในอีกประเทศหนึ่ง¹²⁵ จึงทำให้การอนุญาโตตุลาการเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการทำสัญญาในทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ¹²⁶ หากมีการละเมิดข้อตกลงที่ให้มอบข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาหรือเกี่ยวเนื่องกับสัญญานั้นให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย โดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งนำคดีมาฟ้องต่อศาล และจำเลยซึ่งเป็นคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยื่นคำให้การโต้แย้งหรือยื่นคำร้องอ้างเหตุว่าข้อพิพาทตามที่โจทก์เสนอคำฟ้องนั้นเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากหรือเกี่ยวเนื่องกับสัญญาซึ่งมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการอยู่ แต่จะเสนอคำฟ้องต่อศาลโดยยังมิได้ดำเนินการทาง

¹²¹Rene David, *Arbitration in International Trade*, (Netherlands : Kluwer and Taxation Publisher, 1985), p. 31.

¹²²พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, *รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า* (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สามย่านวิทยพัฒนา, 2540), น. 34.

¹²³จันทิมา สมพงษ์ชัยกุล, “วิวัฒนาการของความคิดบางประการของกฎหมายวิธีพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), น. 1.

¹²⁴พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, *รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า*, หน้า 36.

¹²⁵จันทิมา สมพงษ์ชัยกุล, อ้างอิงแล้วในเชิงอรรถที่ 123, น. 3.

¹²⁶Schlosser, Peter, “The Competence of Arbitrator and Courts in Arbitration International (Vol. 8. No. 2, 1992) : 189.

อนุญาตตุลาการตามข้อสัญญา ก่อน ขอให้ศาลจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่กรณีดำเนินการทางอนุญาตตุลาการเสียก่อน เมื่อศาลไต่สวนแล้วไม่มีเหตุที่ทำให้ข้อสัญญาอนุญาตตุลาการตกเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามข้อสัญญาอนุญาตตุลาการได้ ศาลจะต้องจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่กรณีนำข้อพิพาทนั้น ให้คู่ความดำเนินการทางอนุญาตตุลาการตามข้อตกลงที่ระบุในสัญญาเสียก่อน¹²⁷

ผู้เขียนเห็นว่า การบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศย่อมเป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐในลักษณะของการให้ความร่วมมือและอำนวยความสะดวกซึ่งกันและกันในระบบศาล ทั้งนี้เพราะลักษณะของการทำสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศย่อมเข้าเกี่ยวข้องกับระบบศาลในหลายประเทศ การที่ศาลไทยนำหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐเจ้าของดินแดนมาบังคับใช้อย่างเหมาะสม สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงทางเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน และเคารพต่อการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐอื่นเช่นกัน ย่อมได้รับการยกย่องว่าเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยทางการศาลอย่างมีประสิทธิภาพ และส่งเสริมการค้าการพาณิชย์ระหว่างประเทศ และเอื้อประโยชน์ต่อการพัฒนาระบบศาลไทย เพราะศาลต่างประเทศก็จะเคารพอำนาจอธิปไตยทางการศาลของไทยในลักษณะถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติเช่นกัน

นอกจากนี้การบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลเป็นไปในลักษณะของการยอมรับแนวความคิดเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่กรณี และเคารพต่อหลักการใช้อำนาจอธิปไตยทางการศาลของศาลตามข้อตกลงเลือกศาล โดยศาลไทยพึงยอมรับหากว่าศาลต่างประเทศที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศเป็นศาลที่สะดวกแก่การพิจารณาเช่นเดียวกับศาลไทย และศาลต่างประเทศนั้นจะให้ความเป็นธรรมแก่คู่ความได้ไม่น้อยกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลไทย ทำที่สุดคำพิพากษาของศาลต่างประเทศตามข้อตกลงเลือกศาลจะมีประสิทธิภาพในการบังคับคดีและได้รับการบังคับรับรองในทางระหว่างประเทศ เมื่อมีการร้องขอให้ศาลอื่นยอมรับบังคับตามคำพิพากษา การยอมรับข้อตกลงเลือกศาลในลักษณะนี้พึงส่งเสริมการค้าการพาณิชย์ระหว่างประเทศ และส่งเสริมให้คำพิพากษาของศาลมีศักยภาพในการบังคับคดีในทางระหว่างประเทศต่อไป ทั้งการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในลักษณะนี้ยังเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับประเทศที่ส่งเสริมการค้าการพาณิชย์ระหว่างประเทศทั่วไป และประเทศดังกล่าวไม่ถือว่าแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นอุปสรรคของการยอมรับ

¹²⁷พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 14 และดูตัวอย่างได้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3425/2545

บังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลเพราะเหตุที่จะเป็นการสูญเสียเอกราชทางการศาลของตนแต่อย่างใด ดังนั้นศาลไทยไม่พึงเคร่งครัดต่อแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยจนกลายเป็นประเทศโดดเดี่ยวในสังคมระหว่างประเทศที่เน้นพัฒนาศักยภาพทางเศรษฐกิจ การค้า การลงทุน และการพาณิชย์ระหว่างประเทศ

ผู้เขียนเห็นว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งประกอบกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พุทธศักราช 2539 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดเขตอำนาจศาลไทยเกี่ยวกับการพิจารณาคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น ไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดให้คู่ความในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลได้ ไม่ว่าจะโดยทำความตกลงกันไว้ล่วงหน้า หรือทำความตกลงกันเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นแล้วก็ตาม การบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติรองรับไว้ จึงถูกมองว่าเป็นการจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยทางการศาลของศาลไทยโดยที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจทำได้ ศาลไทยจึงน่าจะมีแนวโน้มปฏิเสธที่จะบังคับใช้ตามข้อตกลงเลือกศาลแบบเพียงศาลเดียวเด็ดขาด

และหากจะพิจารณาตามหลักวิธีพิจารณาความแพ่งระหว่างประเทศที่นานาอารยประเทศยอมรับในลักษณะที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร มีข้อยกเว้นอยู่ว่า เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงในคดีว่าคู่ความได้ทำข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศไว้ ศาลประเทศที่ไม่ได้รับเลือกอาจจะหรือควรจะจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่ความได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลของประเทศที่ถูกเลือกไว้ตามข้อตกลงเลือกศาล¹²⁸ มีข้อน่าสังเกตว่า ข้อยกเว้นดังกล่าวใช้คำว่า “ควรหรืออาจจะ” แสดงว่าข้อตกลงเลือกศาลไม่ได้ผูกมัดศาลในการที่จะต้องปฏิเสธเขตอำนาจของตนซึ่งการพิจารณาจึงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลว่าจะให้ประสิทธิผลแก่ความตกลงของเอกชนหรือไม่ และจากการศึกษาไปในข้างต้น หลักเกณฑ์ในการพิจารณาของศาลแต่ละประเทศก็มีความแตกต่างกันในรายละเอียดจนไม่เป็นแนวทางที่สอดคล้องเดียวกัน

การที่ศาลจะรับพิจารณาคดีหรือไม่รับพิจารณาคดีนั้นเป็นอำนาจของศาล ข้อตกลงเลือกศาลก็ไม่ได้เป็นอะไรไปมากกว่าข้อสันนิษฐานทางกฎหมายว่าศาลที่คู่ความได้เลือกนั้นเป็นศาลที่สะดวกแก่คู่ความทั้งสองฝ่าย

¹²⁸ คณิง ภาไชย. คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ, สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2551

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า หากศาลไทยให้การยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศโดยไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัด นักธุรกิจชาวไทยอาจถูกนักธุรกิจต่างประเทศเอาเปรียบในการทำข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศในสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน ดังนั้นในบทต่อไป ผู้เขียนจะขอศึกษา บทบัญญัติกฎหมายและแนวปฏิบัติของศาลประเทศต่าง ๆ รวมทั้งอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดเงื่อนไขว่าด้วยกับแบบของข้อตกลงเลือกศาลและข้อพิพาทประเภทใดบ้างที่สามารถกำหนดข้อตกลงเลือกศาลได้