

บทที่ 5

เงื่อนไขว่าด้วยแบบและข้อจำกัดของข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ

5.1 แบบของข้อตกลงเลือกศาล

บทบัญญัติในเรื่องแบบของนิติกรรมก็ดี หรือหลักฐานเป็นหนังสือก็ดี เป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์ในทางกฎหมายที่สำคัญประการหนึ่งคือ เพื่อให้เป็นพยานหลักฐานอันมั่นคงเพื่อให้ศาลสามารถพิจารณาวินิจฉัยคดีอำนวยความสะดวกโดยถูกต้องแน่นอน ในทางปฏิบัติเพื่อป้องกันปัญหาข้อโต้แย้งได้เพียงระหว่างคู่กรณี ในการทำนิติกรรมสัญญาที่สำคัญไม่ว่าจะเป็นระหว่างปัจเจกชนด้วยกันหรือระหว่างผู้ประกอบการค้าพาณิชย์ด้วยกันก็มักจะทำนิติกรรมสัญญาไว้เป็นหนังสือลายลักษณ์อักษร แนวปฏิบัติดังกล่าวนี้ก็สอดคล้องกับหลักกฎหมายในเรื่องแบบของนิติกรรมและหลักฐานเป็นหนังสือในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ตามหลักในเรื่องแบบและหลักฐานเป็นหนังสือนี้ อาจไม่สอดคล้องกับหลักในการค้าระหว่างประเทศ ทั้งนี้เพราะอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศวางหลักว่าในการทำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศไม่ต้องทำตามแบบหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือแต่อย่างใด

ประเด็นปัญหาที่จะพิจารณา คือ ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศสามารถตกลงกันด้วยวาจาได้หรือไม่ หรือจะต้องอยู่ในรูปแบบใด หัวข้อนี้ผู้เขียนจะศึกษาจากหลักเกณฑ์ทั่วไปที่นานาอารยประเทศยอมรับ โดยแบ่งการศึกษาออกเป็น

5.1.1 อนุสัญญาระหว่างประเทศ

(1) อนุสัญญากรุงเฮก หรือ The Hague convention on exclusive choice of court agreement ค.ศ. 2005

(2) อนุสัญญากรุงบรัสเซลส์ว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการบังคับตามคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 1968 มาตรา 17 และ The Judgments Regulation มาตรา 23

5.1.2 ประเทศในระบบ Common law

5.1.3 ประเทศในระบบ Civil law

5.1.4 ประเทศไทย

5.1.1 อนุสัญญาระหว่างประเทศ

(1) อนุสัญญารุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาลแบบศาลเดียว(Exclusive Jurisdiction Agreement ค.ศ. 2005 มาตรา 3 c) บัญญัติว่าต้องทำ

¹³⁹

1) เป็นหนังสือ หรือ

2) โดยวิธีการสื่อสารใดก็ได้ที่เข้าถึงข้อมูลได้ง่ายเพื่อประโยชน์ในการอ้างอิงในภายหลัง
ในอนุสัญญารุงเฮก ค.ศ. 2005 กำหนดให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่ศาลที่ถูกเลือกตั้งอยู่เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในเรื่องของแบบข้อตกลงเลือกศาล

ข้อกำหนดเกี่ยวกับแบบข้อตกลงเลือกศาลในอนุสัญญารุงเฮก ค.ศ. 2005 มาตรา 3 (c) เป็นบทบัญญัติที่ยึดหยุ่นต่อการทำความเข้าใจเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลมากกว่าอนุสัญญานิวยอร์กที่เกี่ยวข้องข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เพราะครอบคลุมถึงวิธีการสื่อสารใดก็ได้ที่เข้าถึงข้อมูลได้ง่ายเพื่อประโยชน์ในการอ้างอิงในภายหลัง

(2) อนุสัญญารุงเฮกว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการบังคับตามคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 1968 มาตรา 17 และ The Judgments Regulation มาตรา 23 มีข้อความเหมือนกันโดยกำหนดให้ข้อตกลงเลือกศาลจะมีผลสมบูรณ์ต้อง

1. ทำเป็นหนังสือ (in writing) หรือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ (evidence in writing)

2. อยู่ในรูปแบบที่เป็นไปตามแนวปฏิบัติของคู่สัญญาที่ได้สร้างขึ้นระหว่างกัน หรือ

3. อยู่ในรูปแบบที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าและพาณิชย์ระหว่างประเทศซึ่งคู่สัญญาต่างรับรู้รูปแบบดังกล่าวและธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้านั้นเป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางในทางการค้าและพาณิชย์ระหว่างประเทศและได้รับการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอโดยคู่สัญญาที่ทำสัญญาเหมือน ๆ กันนั้นในการค้าประเภทนั้น ๆ¹⁴⁰

¹³⁹ อนุสัญญารุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาลแบบศาลเดียว ค.ศ. 2005 บัญญัติไว้ในมาตรา 3 c) an exclusive choice of court agreement must be concluded or documented –

1) in writing or

2) by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference

¹⁴⁰ Art. 23 (3) of the Judgments Regulation “ the agreement shall be either:

(a) in writing or evidenced in writing

(b) in a form which accords with practices which the parties have established between themselves or

อนุสัญญาอนุสัญญากฎบัตรสหประชาชาติว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการบังคับตามคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 1968 มาตรา 17 หรือ The Judgments Regulation ได้กำหนดแบบของข้อตกลงเลือกศาลไว้ใน มาตรา 23 ก็เพื่อจุดประสงค์ในการแสดงถึงความยินยอมของคู่สัญญาอย่างชัดแจ้งและมีหลักฐานอันจะเป็นผลให้ยกเว้นจากเขตอำนาจศาลตามหลักทั่วไปของ The Judgments Regulation โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จากเขตอำนาจศาลตามหลักภูมิลาเนา

ความยินยอมกำหนดโดยใช้เครื่องมือที่ระบุไว้ในมาตรา 23 ดังที่ศาลยุติธรรมตีความไว้ข้อกำหนดของมาตรา 23 เป็นอิสระและไม่อยู่ภายใต้การตีความของศาลภายในประเทศ ดังนั้นจึงควรบังคับใช้ข้อกำหนดในรูปแบบเดียวกันโดยไม่ต้องคำนึงถึงศาลภายในประเทศที่ตัดสินประเด็นนั้นๆ

ข้อกำหนดความยินยอม (ไม่ว่าจะเป็นความยินยอมที่แท้จริงหรือจากการอนุมาน) ต้องแสดงระหว่างคู่สัญญาดั้งเดิม (original contracting parties) และไม่ใช่บุคคลที่สามซึ่งเข้ามาผูกพันโดยเงื่อนไขสัญญา

1. เป็นหนังสือ หรือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ

ข้อตกลงเลือกศาลที่ทำเป็น “หนังสือ” คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องลงลายมือชื่อทั้งสองฝ่าย ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว หากสัญญาทำอยู่ในรูปเอกสารแล้วมีการระบุข้อตกลงเลือกศาลในเอกสารดังกล่าว คู่สัญญามักจะลงลายมือชื่อทั้งสองฝ่าย หรือ มีการแลกเปลี่ยนเอกสารซึ่งกันและกัน ก็ถือว่าใช้ได้

มาตรา 23.2 ว่าด้วย “การสื่อสารด้วยวิธีอิเล็กทรอนิกส์ใดๆที่สามารถเข้าถึงและนำกลับมาใช้ได้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลงให้ถือว่าข้อความนั้นได้ทำเป็นหนังสือแล้ว” แม้ศาลยุติธรรมไม่มีแนวทางที่เป็นปัจจุบันสำหรับบทบัญญัตินี้ แต่เสนอให้เน้นการแลกเปลี่ยนจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (อีเมล) การค้าผ่านเว็บไซต์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (EDI) และการส่งแฟกซ์ เทียบเท่ากับเป็นหนังสือ จึงมีข้อสงสัยว่าข้อความโทรศัพท์ (เมสเสจ) และข้อความเสียง (วอยซ์เมล) จัดว่าเข้าข่ายนี้ด้วยหรือไม่ ส่วนการบันทึกเทปการประชุมทางไกลผ่านจอภาพ (วิดีโอคอนเฟอร์เรนซ์) อาจเข้าข่ายนี้ เพราะสามารถเก็บได้ในระยะยาว

-
- (c) in international trade or commerce be in a form which accords with a usage of which the parties are of ought to have been aware and which in such trade or commerce is widely known to and regularly observed by parties to contracts of the type involved in the particular trade of commerce concerned."

มาตรา 23.2 และมาตรา 23.1 มีความหมายแตกต่างจากกฎหมายประเทศ (national law) ใดๆอันเกี่ยวข้องกับความหมายของการทำเป็นหนังสือในบริบทการสื่อสารด้วยวิธีอิเล็กทรอนิกส์

Court of Justice และศาลอังกฤษได้เสนอแนวทางในการพิจารณาตามมาตรา 23.2 ดังนี้

(1) หากคู่สัญญาลงนามเอกสารที่อ้างอิงชัดเจนถึงเงื่อนไขที่ปรากฏด้านหลังเอกสารของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ดังนั้น ข้อตกลงเลือกศาลในข้อตกลงจึงมีผลผูกพันคู่สัญญาแม้ผู้ลงนามไม่ได้อ่านข้อความนั้น หรือไม่ทราบเป็นการเฉพาะ

(2) หากใบสั่งสินค้า มีคำเสนอในการจัดหาสินค้าหรือบริการตามเงื่อนไขมาตรฐานและเงื่อนไขมาตรฐานนั้นมีข้อตกลงเลือกศาลอยู่ด้วยโดยไม่ได้ทำเป็นเอกสารแนบมา ถือว่าเป็นหนังสือแล้ว

(3) คู่สัญญาจะผูกพันข้อตกลงเลือกศาล (แม้ด้วยวาจากก็ตาม) ตามเงื่อนไขของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หากข้อตกลงเลือกศาลได้ถูกระบุอยู่ในเงื่อนไขนั้นและได้รับการยืนยันเป็นหนังสือสัญญา (confirmation of contract) อย่างชัดเจนว่าได้อ้างอิงถึงเงื่อนไข และ คู่สัญญาได้ตรวจสอบอย่างระมัดระวังแล้ว

(4) หากคู่สัญญาทำข้อตกลงเลือกศาลด้วยวาจาอย่างชัดเจน แล้วคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งส่งคำยืนยันเป็นหนังสือที่แสดงข้อตกลงเลือกศาลอย่างชัดเจน ให้ถือว่าเพียงพอต่อข้อกำหนดการทำ “เป็นหนังสือ” แม้มีคู่สัญญาลงนามคำยืนยันเพียงฝ่ายเดียว

(5) ในทางกลับกัน การส่งใบสั่งสินค้า ใบยืนยันสั่งสินค้า หรือใบกำกับสินค้า ที่ระบุข้อตกลงเลือกศาลไว้ด้านหลังไม่ถือเป็น “หนังสือ”

(6) กรณีที่ผู้ขนส่งลงลายมือชื่อในใบตราส่งสินค้าซึ่งมีข้อตกลงเลือกศาลด้านหลังใบตราส่งจะไม่ผูกพันผู้รับสินค้า เว้นแต่ข้อตกลงเลือกศาลจะได้แยกต่างหาก หรือ formed part of a course of dealing on the carrier's general conditions หรือ สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปตามธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศ

คดี *Credit Suisse Financial Products v Societe General E'entreprise* ที่มีการผูกมัดสิทธิขายกันทางโทรศัพท์ แล้วได้ส่ง “คำยืนยัน” การตกลงที่แก้ไขแล้วตามไปที่หลัง โดยยืนยันว่าสิทธิในการเลือกรูปตามข้อตกลง *ISDA Master Agreement 1992* (ข้อตกลงได้รวมเขตอำนาจศาลไว้ด้วย) ข้อตกลงเลือกศาลที่อยู่ในสัญญามาตรฐาน ถือว่าเข้าองค์ประกอบตามมาตรา 23 ด้วยเหตุผลที่ว่าการทำสัญญาในรูปแบบแนวทางปฏิบัติของคู่สัญญาหรือเป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าประเภทนั้น

การวินิจฉัยของศาลยุติธรรมในคดี *Berghoefer* ใช้หลักสุจริตในการวินิจฉัย คดีนี้มีอยู่ว่า คู่สัญญาได้ตกลงกันเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลด้วยวาจา แล้วคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ยืนยันข้อตกลงเป็นหนังสือและอีกฝ่ายหนึ่งก็ไม่ได้คัดค้าน มาตรา 23 มีขึ้นก็เพื่อสร้างความมั่นใจว่า คู่สัญญาได้ตกลงยินยอมกันอย่างแท้จริง เมื่อศาลพิจารณาว่ามีความตกลงยินยอมกันอย่างแท้จริงแล้ว ดังนั้น คู่สัญญาจึงไม่อาจปฏิเสธ ทั้งนี้ก็เพราะเจตนาย่อมอยู่เหนือแบบของข้อตกลงเลือกศาล

ศาลยุติธรรมในคดี *The Tilly Russ* ได้วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับ “หลักฐานเป็นหนังสือ” โดยสรุปว่า หากคู่สัญญาทำข้อตกลงด้วยวาจา แล้วนำมาจัดทำใหม่ลงด้านหลังใบตราส่งสินค้าก็ถือว่า มีหลักฐานเป็นหนังสือแล้ว แม้ว่ามีคู่สัญญา (ผู้ขนส่ง) ลงลายมือชื่อเพียงฝ่ายเดียวก็ตาม

2. แนวปฏิบัติที่ได้สร้างขึ้นระหว่างคู่สัญญา

มาตรา 23.1 (b) ข้อตกลงเลือกศาลอาจอยู่ในรูปแบบแนวปฏิบัติที่ได้สร้างขึ้นระหว่าง คู่สัญญา

บทบัญญัตินี้มุ่งไปที่ แนวทางหรือแนวปฏิบัติ คดี *Galeries Segoura Sprl v Societe Rahim Bonakdarian* คู่กรณีทำสัญญาซื้อขายพรมแบบปากเปล่า ตามมาด้วยการที่ผู้ขายส่งใบสั่งสินค้าและใบกำกับสินค้าเพื่อยืนยันเป็นหนังสือ โดยระบุว่า ขอสงวนการขายตามข้อตกลงและเงื่อนไขทั่วไปที่พิมพ์ไว้ด้านหลัง ซึ่งผู้ซื้อก็ได้ตอบกลับเป็นหนังสือหรือยืนยันตามเงื่อนไขเหล่านี้ อย่างชัดเจน ดังนั้น ตามหลักทั่วไปแล้ว การส่งใบสั่งสินค้ายืนยันด้วยการพิมพ์ลงด้านหลังจึงไม่เข้า มาตรา 17 อย่างไรก็ตาม ศาลให้ความเห็นว่า อาจเข้าอนุสัญญาบรัสเซล มาตรา 17 ถ้าได้ทำข้อตกลงเลือกศาลด้วยวาจาจนเป็นแนวปฏิบัติทางการค้าของคู่สัญญา

ศาลยุติธรรมจากคดี *The Tilly Russ* วิเคราะห์ต่อไปถึงว่าสถานการณ์ใดที่ใบตราส่งสินค้า ระบุข้อตกลงเลือกศาลไว้ด้านหลังจะถือว่าถูกต้องตามบทบัญญัติมาตรา 23.1 (b) แม้มีผู้ขนส่งลงลายมือชื่อเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น ไม่ใช่บริษัทขนส่ง ศาลระบุว่าข้อตกลงเลือกศาลตรงด้านหลังใบตราส่งสินค้าที่บริษัทขนส่งไม่ได้ลงนามอาจเข้ามาตรา 23 ถ้าหากการตกลงด้วยวาจาเกี่ยวข้องกับข้อตกลงเลือกศาลมาก่อน ถ้าหากใบตราส่งสินค้ามาจากขอบข่ายความสัมพันธ์ทางธุรกิจอย่างต่อเนื่อง (business relationship) ที่บังคับโดยเงื่อนไขใบตราส่งสินค้าที่มีข้อความถึงข้อตกลงเลือกศาล จริงๆแล้วไม่อาจบอกได้ว่าความสัมพันธ์ทางธุรกิจอย่างต่อเนื่องต้องการอะไร แต่เมื่อใดที่ใบตราส่งสินค้าออกตามระบบในรูปแบบก่อนพิมพ์ตามมาตรฐานโดยมีข้อความระบุถึงข้อตกลงเลือกศาลไว้ ศาลสรุปว่า “เป็นการขัดต่อหลักสุจริต”

ศาลอังกฤษได้ลองใช้การทดสอบนี้ใน course of dealing เป็นจำนวนมาก ปัญหาที่ต้องการตอบโดยไม่ต้องอ้างอิงหลักกฎหมายภายในประเทศ แต่อ้างหลักที่กล่าวไว้เมื่อข้างต้น

course of dealing ต้องต่อเนื่องและอ้างอิงถึงข้อตกลงที่รวมข้อตกลงเขตอำนาจศาลที่ขึ้นอยู่กับ ซึ่งจะไม่เป็นการเพียงพอหากคู่สัญญาต่างกันใช้ข้อตกลงและเงื่อนไขต่างกันระหว่างความสัมพันธ์อย่าง “ต่อเนื่อง” ดังนั้น จึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงของในแต่ละคดีด้วย ดูเหมือนว่าให้ปฏิบัติกับศาลอุทธรณ์ในคดี *Knauf v Peters* ว่าเป็นการผนวกข้อตกลงพื้นฐานที่ไม่อาจโต้แย้งได้โดย course of dealing ที่มีการขัดจังหวะสามปีใน dealing ตามด้วยการยอมรับข้อตกลงมาตรฐานที่กำหนดไว้ต่างกัน

3. ธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าและพาณิชย์ระหว่างประเทศ

มาตรา 23.1 ในบริบทการค้าและการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ยินยอมให้สรุปข้อตกลงเขตอำนาจศาลตามแบบฟอร์มแนวปฏิบัติที่คู่สัญญาต้องหรือควรทราบ และในการค้าหรือการพาณิชย์นั้นเป็นที่รู้จักในวงกว้าง และคู่สัญญาในสัญญาการค้าและการพาณิชย์โดยเฉพาะสังเกตเห็นได้ การค้าและการพาณิชย์ระหว่างประเทศไม่มีคำนิยามตายตัว แต่ครอบคลุมสัญญาซื้อขายและขนส่งสินค้า รวมถึงสาระที่เกี่ยวข้อง เช่น ประกันภัย *P & I Club*

บทบัญญัตินี้เพิ่มไว้ในระบบอนุสัญญาบรัสเซลโดยอนุสัญญา 1978 Accession Convention ทั้งยังเพิ่มไว้ในอนุสัญญาลูกาโนด้วย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บรรลุข้อกำหนดและแนวปฏิบัติของการค้าระหว่างประเทศ โดยเฉพาะการยอมรับข้อเท็จจริงที่ว่า การค้าระหว่างประเทศขึ้นอยู่กับการใช้เงื่อนไขพื้นฐานที่รวมถึงข้อตกลงเขตอำนาจศาล ในบริบทนี้จึงไม่เหมาะสมให้กำหนดคู่สัญญาตอบค้ำประกันเป็นหนังสือในการรวมข้อตกลงดังกล่าวเข้าไว้ด้วยกัน ศาลยุติธรรมนำบทบัญญัตินี้มาพิจารณาในคดี *Main Schiffahrt Genossenschaft EG v Les Gravieres Rhenanes SARL* โดยแสดงชัดเจนว่า แม้มีการเพิ่มเติมข้อความในมาตรา 23.1 (c) แต่ยังคงจำเป็นต้องให้แน่ใจว่ามี “ความยินยอมที่แท้จริง” ถึงจะเรียกว่ามีอยู่เมื่อคู่สัญญาทำตามแนวปฏิบัติทางการค้าตามกำหนดที่คู่สัญญาทราบหรือควรทราบ ศาลยุติธรรมได้ยกตัวอย่างถึงการที่คู่สัญญาที่หนึ่งเคยตอบใบเสร็จแบบฟอร์มใบยืนยันการส่งของที่อ้างถึงข้อตกลงเขตอำนาจศาลและ continual payment of invoices อันรวมการอ้างอิงถึงข้อตกลงเขตอำนาจศาลไว้ในทำนองเดียวกัน ซึ่งแต่ละคดีขึ้นอยู่กับว่าศาลภายในประเทศวินิจฉัยประการแรกว่าสวาระนั้นเป็นการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างประเทศหรือไม่ ประการที่สองว่าธรรมเนียมมีอยู่จริงในการค้านั้นๆ หรือไม่ และประการที่สามว่าคู่สัญญาทราบหรือควรทราบธรรมเนียมนั้นหรือไม่ ศาลภายในประเทศต้องประเมินคำว่าภาษาและลักษณะของบทบัญญัติเขตอำนาจศาลสอดคล้องกับแบบฟอร์ม การค้าหรือธรรมเนียมระหว่างประเทศ ศาลกำลังรอการกำหนดความยินยอมที่วัดได้อย่างยุติธรรมโดยอ้างอิงถึงการปฏิบัติปกติทั่วไป และผู้ประกอบการในการค้าขายนั้นๆเมื่อมีการ

สรุปสัญญาชนิดนั้นๆ ถ้าหากมีการปฏิบัติโดยทั่วไปเป็นปกติ ดังนั้น คู่สัญญาในการค้ำนั้นๆควรทราบแนวปฏิบัติด้วย หลักฐานอยู่ที่ธรรมเนียมปกติทั่วไปในการค้ำนั้นๆ ไม่ได้อยู่ที่แนวทางปฏิบัติหรือกฎหมายในประเทศนั้นๆ ในทางปฏิบัติปัญหาเหล่านี้แก้ได้ด้วยการแสดงหลักฐานในชั้นคัดค้านเขตอำนาจศาล ตัวอย่างชนิดหลักฐานและคุณภาพหลักฐานที่เป็นประโยชน์สำหรับมาตรา 23 ดูได้ในคดี *OT Africa Line Hijazy*

4. Formal requirement ภายใต้พิธีสารบริซเซล พิธีสารลูกาโน พิธีสารลักเซมเบิร์ก

มีการกำหนดบทบัญญัติพิเศษขึ้นใน Judgments Regulations for Luxembourg มาตรา 63.2 ว่า หากสถานที่สุดท้ายในการส่งของหรือบริการ (ไม่นับบริการทางการเงิน) เป็นประเทศลักเซมเบิร์ก ข้อตกลงมาตรา 23 อันชอบด้วยกฎหมายที่เสนอเขตอำนาจศาลแก่ศาลลักเซมเบิร์กต้องอยู่ในรูปแบบเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานว่าเป็นลักษณะอักษร บทบัญญัติพิเศษนี้จะบังคับใช้จนถึงเดือนมีนาคม 2008

5.1.1.2 ประเทศในระบบ Common law

ตัวอย่างเช่น ประเทศอังกฤษก็ไม่ได้กำหนดแบบข้อตกลงเลือกศาล ดังนั้นข้อตกลงเลือกศาลจึงทำเป็นหนังสือหรือวาจาก็ได้¹⁴¹ แต่ต้องแสดงเจตนาให้ชัดแจ้ง แม้แบบวาจาอาจยากแก่การพิสูจน์หากเกิดข้อโต้แย้งเรื่องการเมืองอยู่จริงและข้อสัญญา งานวิจัยชิ้นนี้ไม่แยกข้อตกลงเขตอำนาจศาลออกจากข้อตกลงอื่นที่เป็นแบบวาจาหรือหนังสือ หรือแบบวาจาบางส่วนหรือแบบหนังสือบางส่วน เว้นแต่บทกฎหมายบัญญัติเป็นอย่างอื่นโดยเฉพาะเป็นพิเศษ แต่ยังมีบ้างในบางกรณีที่ต้องทำข้อตกลงเป็นหนังสือ คือเมื่อเกี่ยวกับการโอนทรัพย์สิน แม้แต่สัญญาซื้อขายที่ดินหาก Civil Law Act บังคับให้บันทึกเป็นหนังสือแล้ว ถ้าไม่มีการลงนามเป็นหนังสือก็ไม่สามารถใช้สัญญาบังคับคู่ความได้ ดังนั้น จึงไม่จำเป็นต้องพิสูจน์สัญญาที่มีขึ้นก่อน แต่เพียงแต่กำหนดว่าหากคู่ความยินยอมทำข้อตกลงเป็นหนังสือด้วยความสมัครใจแล้ว หนังสือนั้นจะเป็นข้อพิสูจน์เดี่ยวและเกือบจะใช้เป็นหลักฐานได้โดยสมบูรณ์ ส่วนนี้เป็นเจตนาตามกฎหมายบุคคล จุดเด่นที่เห็นได้ชัดประการหนึ่งของข้อตกลงเขตอำนาจศาลคือ ในสัญญาการค้า นิติบุคคล (incorporation) จากแหล่งอื่นต้องเป็นผู้ลงมติในข้อตกลงเขตอำนาจศาล ซึ่งก่อให้เกิดความยุ่งยาก เพราะปัญหาไม่เพียงอยู่ที่ว่ามีนิติบุคคลในข้อสัญญาหรือไม่ แต่ในข้อความที่อ้างอิงสัญญาได้ผนวกข้อตกลงเขตอำนาจศาลไว้ด้วยหรือไม่ ซึ่งในทางทฤษฎีแล้ว คำตอบจะมาจากการตีความข้อสัญญาทั่วไปของนิติบุคคล เนื่องจากประเด็นอยู่ที่การตีความทันทีที่มีการตีความข้อสัญญา

¹⁴¹ David Joseph Q.C. Jurisdiction and Arbitration Agreement and Their Enforcement. First edition London Sweet & Maxwell 2005.

ทั่วไปว่าให้สัญญารวมข้อตกลงที่ว่าไว้ด้วย ดังนั้นแล้วนิติบุคคลก็ต้องปฏิบัติตาม อย่างไรก็ตาม กรณีเช่นนี้อาจเข้าใจยาก บางกรณีการให้เหตุผลตามการตีความตามเจตนารมณ์จะเน้นที่ลักษณะพิเศษของการอนุญาตตุลาการหรือข้อตกลงเขตอำนาจศาล ส่วนบางบริบทอื่นจะยังเน้นตัวสาระมากกว่านี้เพราะคาดว่าเป็นปัญหาของแบบข้อตกลงสัญญาอย่างหนึ่งที่เกิดจากนิติบุคคล

5.1.1.3 ประเทศในระบบ Civil law

ประเทศญี่ปุ่น คู่กรณีสามารถตกลงกันได้ว่าจะให้ศาลชั้นต้นใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีของตน ทั้งนี้โดยมีเงื่อนไขว่า ข้อตกลงกันเช่นว่านี้ จะไม่สมบูรณ์หากมิได้ทำเป็นหนังสือ และมีได้จำกัดเฉพาะคดีที่อาศัยนิติสัมพันธ์ในเรื่องหนึ่งเรื่องใดโดยเฉพาะ¹⁴²

ในประเทศสิงคโปร์ ตาม Supreme Court of Judicature Act 1969 มาตรา 16 (2) ศาล High Court มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งใด ๆ ซึ่งคู่ความได้ตกลงกันเป็นหนังสือให้ขึ้นศาลในประเทศสิงคโปร์ได้¹⁴³

Swiss Federal Conflict of Laws Act มาตรา 5 ยอมรับให้ข้อตกลงเลือกศาลที่คู่สัญญาตกลงกันให้เป็นสถานที่ระงับข้อพิพาททางการเงินที่เกิดขึ้นหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้ หากว่าคู่สัญญาได้ทำข้อตกลงกันไว้เป็นหนังสือ โดยทางโทรเลข ทางเทเล็กซ์ หรือ telecopier หรือโดยการติดต่อสื่อสารอื่นใด ซึ่งมีหลักฐานปรากฏ (evidence by a text)

5.1.1.4 ประเทศไทย

จะต้องไม่ลืมไปว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก่อนการแก้ไขใน พ.ศ. 2534 มีบทบัญญัติยอมรับให้เอกชนทำข้อตกลงเลือกศาลไว้อย่างชัดเจน ในขณะที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ใช้บังคับในปัจจุบัน กลับนิ่งเฉยในเรื่องนี้

1. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเดิม

¹⁴² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศญี่ปุ่น มาตรา 11 กำหนดว่า

“1. Parties concerned may agree to a court of first instance having the jurisdiction over the matters concerned.

2. The jurisdiction agreement in the preceding paragraph shall become valid only if it is made in writing with respect to a suit for certain legal relationship”

¹⁴³ คมวัชร เอียงอ่อง, เขตอำนาจศาลไทยเหนือคดีแพ่งและพาณิชย์ที่มีองค์ประกอบพัวพันกับ

ในสมัยที่ยังบังคับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2477 ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่ 1 ตุลาคม 2478 อยู่ (ก่อนมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2534) กฎหมายไทยได้บัญญัติบทมาตรากฎเกี่ยวกับแบบของข้อตกลงเลือกศาล (Choice of Forum หรือ Choice of Jurisdiction Clause) ไว้ในมาตรา 7(4) ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าได้มีการตกลงกันไว้เป็นหนังสือว่า คู่สัญญาได้ยินยอมกันว่าบรรดาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วก็ดี หรือข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นจากข้อสัญญาก็ดี ให้เสนอต่อศาลชั้นต้นศาลใดศาลหนึ่งตามที่ระบุไว้ซึ่งไม่มีหรืออาจไม่มีเขตศาลเหนือคดีนั้นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยศาลที่จะรับคำฟ้อง ข้อตกลงเช่นนี้ให้เป็นอันผูกพันกันได้ แต่ศาลที่ได้ตกลงกันไว้นั้นจะต้องเป็นศาลที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น หรือมูลคดีของเรื่องนั้นได้เกิดขึ้น หรือทรัพย์สินที่พิพาทกันนั้นตั้งอยู่ในเขตศาลแห่งศาลนั้น ๆ”¹⁴⁴

ข้อสังเกตเกี่ยวกับการทำความเข้าใจเรื่องเขตศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) มีดังต่อไปนี้

(1) จะต้องทำข้อตกลงเลือกศาลเป็นหนังสือ คือ ต้องลงลายมือชื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย จะทำด้วยปากเปล่าไม่ได้เลย

(2) การทำข้อตกลงเลือกศาลอันเป็นผลผูกพันกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ต้องเป็นการแสดงเจตนาทำความเข้าใจกันทั้งสองฝ่าย หากเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งพิมพ์ข้อความที่ระบุเลือกศาลที่จะพิจารณาพิพากษาในเอกสาร อันเป็นหลักฐานแห่งสัญญาไว้ล่วงหน้าโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายมิได้แสดงเจตนายินยอมด้วย ข้อตกลงเลือกศาลนั้นย่อมไม่มีผลผูกพันคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้แสดงเจตนายินยอม

ดังอุทธรณ์ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2042/2523 ซึ่งเป็นกรณีที่โจทก์ระบุข้อตกลงเลือกศาลไว้ในใบส่งของช่องหมายเหตุว่า “การฟ้องคดีให้ฟ้องที่ศาลจังหวัดกรุงเทพ” แต่ปรากฏว่าข้อความดังกล่าวเป็นข้อความที่โจทก์พิมพ์ไว้ฝ่ายเดียว จำเลยไม่ได้ตกลงกัน ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยว่า ข้อตกลงดังกล่าวจึงมิใช่ข้อตกลงที่จะผูกพันกันในระหว่างคู่สัญญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตอำนาจศาลได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 4(2)¹⁴⁵

¹⁴⁴ สเลียร ลายลักษณ์ และคณะ, ประชุมกฎหมายประจำศก พ.ศ. 2478 ภาคที่ 1 เล่ม 48 ตอน 1 (ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์, 2479) หน้า 555

¹⁴⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 4(2) บัญญัติว่า

2. ภายหลังมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2534 ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 28 สิงหาคม พ.ศ. 2534 มีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติเรื่องเขตอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2534 กำหนดขยายเขตอำนาจศาลในคดีแพ่งและคดีพาณิชย์ โดยยกเลิกบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4)

ประเทศไทยจึงไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับแบบของข้อตกลงเลือกศาล ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาดังนี้

3. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นปัญหาการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์

ประเด็นปัญหาคือ หากคู่สัญญาทำความตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์กันทางอิเล็กทรอนิกส์ ข้อตกลงดังกล่าวถือว่าเป็นหลักฐานตามกฎหมายได้หรือไม่

การทำสัญญาด้วยวิธีการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์บางประเภท หากเป็นสัญญาที่มีแบบที่กฎหมายบังคับไว้ เช่น ทำเป็นหนังสือ หรือลงลายมือชื่อ หรือทำเป็นต้นฉบับ คู่สัญญาจะทำได้ อย่างไรให้วิธีการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์สามารถใช้เทคโนโลยีหรือวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ในการสร้างรูปแบบตามข้อกำหนดดังกล่าวได้ และได้รับความน่าเชื่อถือและรับรองโดยกฎหมายและคู่สัญญา ดังนั้นหากคู่สัญญาทำความตกลงเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลกันโดยทางอิเล็กทรอนิกส์ ย่อมก่อให้เกิดประเด็นปัญหาในการพิจารณาอยู่ 2 ประการสำคัญคือ (1) การกระทำที่เป็น “ลายลักษณ์อักษร” ตามที่กฎหมายกำหนดและ (2) การกระทำที่เป็น “ลายมือชื่อ” ตามที่กฎหมายกำหนด

(1) การกระทำที่เป็น “ลายลักษณ์อักษร” ตามที่กฎหมายกำหนด

เนื่องจากการทำสัญญานบนเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์เป็นการทำสัญญาที่ถูกจัดเก็บอยู่ในสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญาลายลักษณ์อักษรที่ปรากฏอยู่บนกระดาษเหมือน เช่น การทำสัญญาทั่วไป ประกอบกับวิธีการทำสัญญาที่ทำบนกระดานนี้เป็นวิธีที่มีการปฏิบัติกันมาตั้งแต่ในอดีต ทำให้เมื่อกล่าวถึงคำว่า “ลายลักษณ์อักษร” จึงมีความเข้าใจถึงการทำเป็นตัวอักษรลง

“คำฟ้องอื่น ๆ นอกจากนี้ ให้เสนอต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล แต่ถ้าโจทก์มีความประสงค์ที่จะยื่นคำฟ้องต่อศาลที่มีมูลค่าเกิดขึ้นในเขตศาลนั้น หรือในคดีที่ไม่มีข้อพิพาท ถ้าโจทก์มีความประสงค์ที่จะยื่นคำฟ้องต่อศาลที่โจทก์มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น เมื่อโจทก์ยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องแสดงให้เห็นว่า การพิจารณาคดีในศาลนั้น ๆ จะเป็นการสะดวก ศาลจะใช้ดุลพินิจอนุญาตให้โจทก์ยื่นคำฟ้องตามที่ขอขึ้นก็ได้”

บนสื่อที่มีลักษณะทางกายภาพต่าง ๆ ซึ่งตัวอย่างจากบทบัญญัติของกฎหมายในประเทศไทยก็ไม่ได้ให้คำจำกัดความที่ชัดเจนของคำว่า “ลายลักษณ์อักษร” ไว้ว่ามีความหมายครอบคลุมแค่ไหนเพียงใด จึงเป็นเหตุให้การพิจารณาสัญญาที่ทำอยู่ในรูปของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เป็นการทำให้เป็นลายลักษณ์อักษรตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่นั้นมีปัญหาความไม่ชัดเจนเกิดขึ้น

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องแบบของสัญญาไว้ดังนี้

- หนังสือ หรือหลักฐานเป็นหนังสือ

กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ จะถือว่าได้มีการปฏิบัติตามข้อกำหนดนั้นแล้ว เมื่อได้ใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และข้อมูลในการติดต่อสื่อสารนั้น สามารถเข้าถึงเพื่อที่จะนำมาใช้อ้างอิงในภายหลังได้ ซึ่งคำว่า “เข้าถึงได้” (accessible) หมายถึงข้อมูลในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์นั้นควรจะอ่านออกและตีความได้ และให้มีการเก็บซอฟต์แวร์ที่ใช้เพื่ออ่านข้อมูลนั้นด้วย ส่วนคำว่า “สามารถนำมาใช้” (usable) หมายถึง ทั้งการใช้ของมนุษย์และการจัดการข้อมูลของระบบอิเล็กทรอนิกส์

แนวคิดเรื่องการที่ข้อมูลนั้นต้องสามารถเข้าถึงเพื่อที่จะนำมาใช้อ้างอิงในภายหลังได้ ก็เพื่อเป็นการสร้างองค์ประกอบที่เป็นรูปธรรมให้แก่การติดต่อสื่อสารหรือสัญญาที่ทำโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์

(2) การกระทำที่เป็น “ลายมือชื่อ” ตามที่กฎหมายกำหนด

ในยุคระชาธิปไตย วัตถุประสงค์หรือความจำเป็นที่ต้องมีลายมือชื่อ เป็นเพราะต้องการที่จะแยกระบุว่า ลายมือชื่อ สัญลักษณ์ หรือตราเครื่องหมายหรือสิ่งอื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกันเป็นเครื่องมือหรือตราที่แท้จริงของผู้เขียนหรือผู้ทำเอกสารนั้น ลายมือชื่อยังเป็นเครื่องบอกให้ทราบถึงความมีผลและความถูกต้องแท้จริงของเอกสารนั้นอีกด้วย วัตถุประสงค์อีกประการของลายมือชื่อคือแสดงให้ผู้ลงลายมือชื่อทราบว่าข้อความที่ตนจะต้องผูกพันในเอกสารนั้นมีว่าอย่างไร

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 9 บัญญัติว่า “เมื่อมีกิจการอันใดซึ่งกฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือ บุคคลผู้จะต้องทำหนังสือไม่จำเป็นต้องเขียนเองแต่หนังสือนั้นจะต้องลงลายมือชื่อของบุคคลนั้น

ลายพิมพ์นิ้วมือ แกดไต ตราประทับ หรือเครื่องหมายอื่นทำนองเช่นนั้น ที่ทำลงในเอกสารแทนการลงลายมือชื่อ หากมีพยานลงลายมือชื่อรับรองไว้ด้วยสองคนแล้วให้ถือเสมือนกับลงลายมือชื่อ

ความในวรรคสองไม่ให้ใช้บังคับแก่การลงพิมพ์นิ้วมือ แง่ใด ตราประทับ หรือเครื่องหมายอื่นทำนองเช่นนั้น ซึ่งทำลงในเอกสารที่ทำต่อหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่”

เหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 9 บัญญัติบังคับให้ผู้ทำหนังสือต้องลงลายมือชื่อเป็นเพราะต้องการจะรับรองหรือยืนยันให้ทราบว่าคุณคนผู้นั้นเป็นผู้จะต้องผูกพันตนรับผิดชอบตามข้อความที่ได้ทำขึ้นอันระบุในหนังสือนั้นนั่นเอง เพราะหากมีแต่หนังสือไม่มีลายมือชื่อก็อาจจะหาผู้ต้องรับผิดชอบหรือต้องผูกพันตามที่หนังสือนั้นระบุไว้ไม่ได้ คือไม่รู้ว่าเป็นผู้ต้องผูกพันรับผิดชอบนั่นเอง นอกจากลายมือชื่อแล้ว กฎหมายไทยยังยอมรับลายพิมพ์นิ้วมือ แง่ใด ตราประทับ หรือเครื่องหมายอื่น ๆ ด้วย แต่ต้องมีพยานลงลายมือชื่อ รับรองสองคน

ครั้นมาถึงในยุคของโลกไร้กระดาษ ลายมือชื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Signature) มีวัตถุประสงค์เดียวกันกับลายมือชื่อที่ปรากฏบนกระดาษนั่นเอง กล่าวคือ

1. เพื่อระบุตัวบุคคล (Identification)
2. เพื่อรับรองความถูกต้องแท้จริงของเอกสารและข้อความในเอกสารนั้น (Authentication)
3. เพื่อรับรองความปลอดภัยในการปลอมแปลง (Security)
4. เพื่อแสดงความผูกพันในข้อความที่ตนได้ลงนาม (Tamper-resistance)

คำว่า “ลายมือชื่อทางอิเล็กทรอนิกส์” นั้นหมายถึงลายมือชื่อทุกประเภท ซึ่งจะรวมถึงลายมือชื่อดิจิตอลด้วย แต่คำว่า “ลายมือชื่อดิจิตอล” นั้นจะหมายถึงลายมือชื่อที่ใช้วิธีการเข้ารหัสแบบอสมมาตรเพียง เท่านั้น

สำหรับการทำสัญญาด้วยวิธีการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์บางประเภท หากเป็นสัญญาที่มีแบบที่กฎหมายบังคับไว้ คู่สัญญาจะทำการอย่างไรให้วิธีการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์สามารถใช้เทคโนโลยีหรือวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ในการสร้างรูปแบบตามข้อกำหนดดังกล่าวได้

ในร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2545 ก็ได้บัญญัติไว้เป็นทำนองเดียวกันในมาตรา 7 ว่าภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 8 ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การใดต้องทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีเอกสารมาแสดง ถ้าได้มีการจัดทำข้อความขึ้นเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถเข้าถึงด้วยการอ่านและแปลงข้อความนั้นเป็นข้อความที่

นำมาใช้ในการอ้างอิงในภายหลังได้ ให้ถือว่าข้อความนั้นได้ทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีเอกสารมาแสดงแล้ว

จะเห็นได้ว่า ต่อไปในอนาคตเรื่องของความจำเป็นในการใช้เอกสารเป็นแบบ (Writing) จะหมดไป แต่มีข้อควรคิดว่าในระบบกระดาษ (Paper) ที่พึ่งพาเอกสารในปัจจุบันนั้นยังมีความจำเป็นในเรื่องการปิดอากรแสตมป์สำหรับสัญญาบางประเภท มิฉะนั้นจะใช้อ้างอิงเป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีไม่ได้ ในสัญญาที่สร้างขึ้นโดยผ่านสื่อทางอิเล็กทรอนิกส์นี้ ยังมีความจำเป็นที่จะปิดอากรแสตมป์กันหรือไม่ ปิดที่ไหน อย่างไร ในเรื่องนี้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรจะต้องสร้างระบบวิธีขึ้นใหม่เพื่อรองรับกับระบบไร้กระดาษและมีให้รายได้ส่วนหนึ่งของรัฐต้องขาดหายไป

4. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นปัญหาเรื่องแนวปฏิบัติของคู่สัญญา (Parties's practise) และธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศ (Trade Usages)

หากพิจารณาตามอนุสัญญา CISG ได้กำหนดนำธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศมาใช้กับสัญญาเมื่อเข้าเงื่อนไข 2 ประการ คือ

(1) ธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้านั้นเป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางในทางการค้าและพาณิชย์ระหว่างประเทศ และได้รับการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอโดยคู่สัญญาที่ทำสัญญาเหมือนกันนั้น ในการค้าและพาณิชย์ประเภทนั้น ๆ

(2) เป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่คู่สัญญาได้รู้หรือควรจะรู้

(1) ธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้านั้นเป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางในทางการค้าและพาณิชย์ระหว่างประเทศ และได้รับการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอโดยคู่สัญญาที่ทำสัญญาเหมือนกันนั้น ในการค้าและพาณิชย์ประเภทนั้น ๆ

ในประโยคที่ว่า “ต้องเป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางในทางการค้าระหว่างประเทศ” มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า ไม่ได้วางเงื่อนไขว่า ธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่คู่สัญญาจะต้องผูกพันนั้นต้องมีความเป็นสากล แม้จะใช้คำว่าธรรมเนียมปฏิบัตินั้นต้องรู้กันในการค้าระหว่างประเทศก็ตาม แต่ความเป็นระหว่างประเทศนั้นก็มีความหมายเพียงว่า ธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า ได้ถูกรับไปปฏิบัติในธุรกรรมระหว่างประเทศและพ่อค้าในวงการค้าส่วนใหญ่ยอมรับธรรมเนียมปฏิบัตินั้น ดังนั้น ธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า ที่ใช้กันในท้องถิ่นก็อาจบังคับใช้กับคู่กรณีได้ ถ้าเห็นได้ว่าคู่สัญญาในสถานการณ์เดียวกันรู้และได้มีการปฏิบัติต่อกันตามธรรมเนียมปฏิบัตินั้น ตัวอย่างเช่น ธรรมเนียมปฏิบัติที่ใช้กันอยู่ ณ ท่าเรือแห่งหนึ่ง เกี่ยวกับการขนถ่ายสินค้า ถ้าถูกนำมาใช้กับสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศ ก็ถือได้ว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้านั้นมีความเป็นระหว่างประเทศแล้ว

ตามถ้อยคำใน Art.23 (c)“...regularly observed by parties to contracts of the type involved in the particular trade of commerce concerned” นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า ถ้อยคำดังกล่าวเป็นการกำหนดให้ธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าต้องมีการปฏิบัติมาก่อน จึงมีผลต่อการบังคับใช้กับคู่สัญญา ดังนั้น ถ้าธรรมเนียมปฏิบัติอย่างหนึ่งมีถิ่นกำเนิดในประเทศอุตสาหกรรมและเป็นที่ยอมรับกันในประเทศที่กำลังพัฒนาแต่ไม่เคยเอามาปฏิบัติต่อกันระหว่างคู่สัญญา เพราะคู่สัญญานั้นอยู่ในประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งก็เท่ากับว่าธรรมเนียมปฏิบัตินั้นไม่ถูกนำมาใช้เพราะสภาพแวดล้อมเป็นตัวกำหนด ดังนั้น การที่คู่สัญญาจะต้องผูกพันตามธรรมเนียมปฏิบัติ จึงไม่ได้เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ เนื่องจากมีสภาพแวดล้อมที่ต่างออกไป (ในประเทศกำลังพัฒนา ไม่ได้นำธรรมเนียมปฏิบัติเหล่านั้นมาใช้)

ประเด็นปัญหาที่ควรพิจารณา คือ การนำข้อกำหนดเรื่องข้อตกลงเลือกศาลตามสัญญาเช่าเรือมาผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของใบตราส่งด้วยวิธีการอ้างอิงนี้จะถือว่าใบตราส่งนั้นเป็นหลักฐานของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศได้ตามกฎหมายหรือไม่

ในประเด็นปัญหานี้ ไม่มีบทบัญญัติไว้และไม่มีแนวคำพิพากษาของศาล แต่หากจะเปรียบเทียบกับสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11บัญญัติว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาดตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่ โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างก็ได้

สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา เว้นแต่ถ้าปรากฏข้อสัญญาในเอกสารที่คู่สัญญาได้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรพิมพ์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้ หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธให้ถือว่า มีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

สัญญาที่มีหลักฐานเป็นหนังสือ อันได้กล่าวถึงเอกสารใดที่มีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ โดยมีวัตถุประสงค์ให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ให้ถือว่า มีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

บทบัญญัตินี้ดังกล่าว ทำให้การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยวิธีอ้างอิงข้อตกลงที่ปรากฏในเอกสารอื่นมีความชัดเจนมากขึ้น อย่างไรก็ตาม มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาด้วยว่า บทบัญญัติในวรรคสองของมาตรานี้ที่กำหนดว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลง

ลายมือชื่อคู่สัญญานั้น การลงลายมือชื่อดังกล่าวจำเป็นต้องลงลายมือชื่อคู่สัญญาทุกฝ่ายหรือไม่ เนื่องจากเงื่อนไขเรื่องการลงลายมือชื่อของคู่สัญญานี้เป็นเงื่อนไขที่เพิ่มเติมขึ้นใหม่ โดยไม่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติเดิมตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

จากการศึกษาพบว่า บทบัญญัติตามมารา 11 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้ยกเว้นขึ้นตาม กฎหมายต้นแบบของคณะกรรมการกฤษฎีกาการค้าระหว่างประเทศ แห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL) มาตรา 7.2 ซึ่งน่าสังเกตว่า กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ไม่ได้กำหนดว่าหลักฐานเป็นหนังสือ ของสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือเต็มรูปแบบ กล่าวคือ คู่สัญญาทุกฝ่ายไม่ จำเป็นต้องร่วมลงลายมือชื่อในสัญญาด้วย ดังนั้น ใบตราส่งที่ลงนามโดยผู้ขนส่งหรือตัวแทนฝ่าย เดียวก็ถือว่าเป็นสัญญาที่มีหลักฐานเป็นหนังสือตามความในมาตรานี้ได้

ปัญหาอีกประการหนึ่งที่ต้องพิจารณาก็คือ การอ้างอิงจะต้องใช้ถ้อยคำอย่างไร จึงจะถือ ได้ว่าเป็นการอ้างอิงข้อกำหนดเรื่องอนุญาโตตุลาการในสัญญาเช่าเรือ จำเป็นต้องมีการใช้ถ้อยคำ บ่งชี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือไม่

สำหรับประเด็นปัญหานี้ หากพิจารณาตามวรรคท้ายของมาตรา 11 ซึ่งกล่าวถึงการอ้าง ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจากเอกสารอื่นไว้ ก็ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นพิเศษ ว่าการอ้างอิง นั้นจะต้องใช้ถ้อยคำอย่างไร อีกทั้งเมื่อพิจารณาจากกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ก็ไม่ได้ กล่าวถึงไว้เช่นกัน หากแต่ปรากฏในเอกสารความเห็นประกอบร่างกฎหมายต้นแบบว่า การอ้างอิง นั้นขอเพียงมีหลักฐานเป็นหนังสือไม่จำเป็นต้องใช้ถ้อยคำบ่งชี้ให้ชัดเจนเป็นพิเศษ ดังนั้น จึงน่าจะ ต้องตีความว่า การอ้างอิงข้อตกลงตามสัญญาเช่าเรือในใบตราส่ง ไม่จำเป็นต้องใช้ถ้อยคำบ่งชี้ให้ ชัดเจนเป็นพิเศษ หากแต่สามารถใช้ถ้อยคำอ้างอิงเช่นเดียวกับการอ้างอิงข้อกำหนดอื่นทั่ว ๆ ไป เพื่อให้สามารถมีผลบังคับใช้ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้

โดยสรุป

บทบัญญัติในเรื่องแบบของนิติกรรมและหลักฐานเป็นหนังสือ ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ของไทยนั้นมีความเคร่งครัดมากเกิดไปเมื่อนำมาใช้กับสัญญาธุรกิจการค้าระหว่าง ประเทศ ควรจะต้องมีบทบัญญัติเป็นการผ่อนปรนบ้าง เนื่องจากผู้ประกอบการค้าจำเป็นต้อง มีความรู้ความเข้าใจในการทำนิติกรรมสัญญาพอสมควร ต่างจากประชาชนทั่วไปที่ต้องถือว่ายังไม่ สันตัดจัดเจนในการทำนิติกรรมสัญญา จึงไม่จำเป็นต้องใช้กฎหมายเรื่องแบบและหลักฐานแห่งนิติ กรรมสัญญามาช่วยให้ความคุ้มครอง เนื่องจากในการค้าระหว่างประเทศนั้นต้องการความสะดวก

รวดเร็ว ไม่ต้องมีพิธีการหรือรูปแบบมากเพื่อความรวดเร็วในการดำเนินธุรกิจและเป็นการลดต้นทุนในการติดต่อทำสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเทคโนโลยีการสื่อสารได้พัฒนาขึ้น การติดต่อทำสัญญาซื้อขายสามารถกระทำได้โดยผ่านสื่อต่าง ๆ หลายรูปแบบมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นทางโทรศัพท์ โทรพิมพ์ โทรสาร หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ ซึ่งปัจจุบันได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 บัญญัติให้หลักการรองรับปัญหาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีสารสนเทศการติดต่อสื่อสารโทรคมนาคมด้วยวิธีการอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหลายไว้เรียบร้อยแล้ว เพียงแต่ยังมีปัญหาในเรื่องกฎหมายซื้อขายระหว่างประเทศที่บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องซื้อขายอาจยังไม่เหมาะสมเพียงพอ

5.2 ข้อจำกัดของข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ

แม้ว่าจะเป็นยอมรับกันโดยทั่วไปว่า คู่กรณีมีสิทธิเลือกศาลได้ ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา แต่การที่คู่สัญญาแสดงเจตนาเลือกศาลได้นั้นก็เนื่องจากมีหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นฐานรองรับสัญญา ดังนั้นการศึกษาข้อจำกัดของข้อตกลงเลือกศาลย่อมต้องศึกษาภายใต้กลไกของกฎหมายขัดกัน

โดยพิจารณาจากทางปฏิบัติของนานารัฐ ข้อเท็จจริงที่อาจถือเป็นข้อจำกัดของกลไกของกฎหมายขัดกัน ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจะศึกษาเพียงแค่ 2 ประการคือ

1. รัฐเจ้าของศาลมีกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สาระบัญญัติพิเศษสำหรับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ความเป็นพิเศษของกฎหมายนี้ก็คือ หากข้อตกลงเลือกศาลขัดต่อกฎหมายพิเศษ ศาลจะไม่บังคับให้ ตัวอย่างของกฎหมายพาณิชย์สาระบัญญัติพิเศษสำหรับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศของไทย ก็คือพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัตินี้กำหนดว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่การขนส่งทางทะเลจากที่แห่งหนึ่งในราชอาณาจักรไปยังที่อีกแห่งหนึ่งในนอกราชอาณาจักร หรือจากที่แห่งหนึ่งนอกราชอาณาจักรมายังที่อีกแห่งหนึ่งในราชอาณาจักร...” โดยผลของมาตรานี้ พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 จึงมีสถานะเป็นกฎหมายแพ่งสาระบัญญัติพิเศษที่ฝ่ายนิติบัญญัติเจตนาจะให้มีผลเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับโดยตรงต่อสัญญารับขนของทางทะเลที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เนื่องจากการปฏิบัติการขนส่งข้ามชาติ กฎหมายนี้จึงมีผลในแง่หนึ่งเป็นข้อจำกัดของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 เรื่องที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายแพ่งสาระบัญญัติพิเศษก็จะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายขัดกัน

2. กฎหมายฝึงบังคับใช้ทันที (Loi de police)¹⁴⁶ กฎหมายนี้มักจะเกิดจากเจตนาของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะบังคับใช้กฎหมายใดกฎหมายหนึ่งต่อนิติสัมพันธ์ของเอกชนตามกฎหมายเอกชน กฎหมายฝึงบังคับใช้ทันทีที่มักจะเป็นกฎหมายที่มาจากแนวนโยบายของรัฐ (Law of State Policy) กฎหมายประเภทนี้มักจะถูกประกาศใช้ในเรื่องการกำหนดราคาสินค้าบางประการที่มีผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของสาธารณชน หรือในเรื่องเงื่อนไขของการทำธุรกิจบางประเภทที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อประเทศชาติ

พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 ก็เป็นกฎหมายฝึงบังคับใช้ทันทีในแง่หนึ่ง เพราะมาตราแห่งพระราชบัญญัตินี้กำหนดว่า “พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับแก่การขนส่งทางทะเล ยกเว้นแต่กรณีที่ได้ระบุในใบตราส่งว่าให้ใช้กฎหมายของประเทศอื่นหรือกฎหมายระหว่างประเทศบังคับ ก็ให้เป็นไปตามนั้น แต่แม้ว่าจะได้ระบุไว้เช่นนั้นก็ตามถ้าปรากฏว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้มีสัญชาติไทยหรือเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย ก็ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้บังคับ”

จะเห็นว่าพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2434 มี 2 สถานะ กล่าวคือเป็นกฎหมายสาระบัญญัติที่ไม่มีผลบังคับอย่างเคร่งครัดเด็ดขาดสำหรับสัญญารับขนทางทะเลซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับผู้มีสัญชาติไทย แต่เป็นกฎหมายสาระบัญญัติที่มีผลบังคับอย่างเคร่งครัดเด็ดขาดสำหรับสัญญารับขนของทางทะเล ซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้มีสัญชาติไทย พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 จึงมีสาระเป็นกฎหมายฝึงบังคับใช้ทันทีสำหรับสัญญารับขนของทางทะเลซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้มีสัญชาติไทย และมีการปฏิบัติกรณส่งข้ามชาติ

ข้อสังเกตอีกประการที่อาจมีในที่นี้ ก็คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ฝึงบังคับใช้ทันทีต่อสัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เพราะ มาตรา 12 แห่งร่างพระราชบัญญัตินี้กำหนดว่า “ความตกลงหรือความยินยอมใด ๆ ที่มีให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนย่อมเป็นโมฆะ”

ดังนั้น เมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดกล่าวอ้างว่าข้อสัญญาในสัญญาซึ่งมีลักษณะระหว่างประเทศใด ๆ เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลไทยก็จะนำกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาใช้ทันทีต่อคดี

¹⁴⁶ ชุมพร บัจจุสานนท์ กฎหมายที่ฝึงบังคับใช้ทันที หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย, วารสารนิติศาสตร์ 16, 2529, 20 – 41.

นอกจากนี้ ศาลอาจปฏิเสธการบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลหากขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี หรือเป็นการเลียงกฎหมายที่สำคัญ

5.3 ประเภทข้อพิพาทที่สามารถกำหนดข้อตกลงเลือกศาลได้

ข้อพิพาทประเภทใดบ้างที่คู่สัญญาสามารถกำหนดข้อตกลงเลือกศาลได้และข้อพิพาทประเภทใดที่ไม่สามารถกำหนดข้อตกลงเลือกศาลได้ เพราะข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมีลักษณะที่หลากหลาย และต้องการการจัดการที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับธรรมชาติของข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งอาจแบ่งข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับบุคคลอื่นๆ ออกได้เป็น 3 กลุ่มใหญ่ กล่าวคือ (๑) ข้อพิพาทกับลูกค้าซึ่งเป็นผู้บริโภค (๒) ข้อพิพาทกับลูกค้าซึ่งเป็นผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกัน และ (๓) ข้อพิพาทกับรัฐ

และในบางกรณีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมีลักษณะที่เทคนิคมาก หรือซับซ้อนมาก อาทิ ข้อพิพาทเกี่ยวกับปัญหากฎหมายภาษี ข้อพิพาทเกี่ยวกับปัญหากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาข้อพิพาทที่มีลักษณะพิเศษมักตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลพิเศษ เพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาความในศาลเหล่านั้น

ซึ่งในที่นี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาแนวทางจากบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาลแบบ Exclusive Jurisdiction Agreement ค.ศ. 2005 เป็นหลัก เพราะอนุสัญญานี้เป็นอนุสัญญาในระดับสากล โดยอนุสัญญาดังกล่าวครอบคลุมเฉพาะข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกันเท่านั้น และไม่ครอบคลุมข้อพิพาทดังต่อไปนี้¹⁴⁷

1. สัญญาผู้บริโภค

มาตรา 2 (1) ระบุว่าอนุสัญญาไม่ใช้กับข้อตกลงเลือกศาลแต่เพียงผู้เดียวเมื่อมีคู่สัญญาเป็นบุคคลธรรมดาที่กระทำการอันมีวัตถุประสงค์เพื่อส่วนตัว ครอบครัว หรือบ้าน (ผู้บริโภค) ข้อยกเว้นนี้ครอบคลุมข้อตกลงระหว่างผู้บริโภคและผู้ที่ไม่ใช่ผู้บริโภค และระหว่างผู้บริโภคหนึ่งคนต่อผู้บริโภคสองคน

2. สัญญาว่าจ้าง

มาตรา 2 (1) b) กันออกจากขอบเขตของอนุสัญญาว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาลแต่เพียงผู้เดียวอันเกี่ยวข้องกับสัญญาว่าจ้างบุคคลหนึ่งหรือหรือส่วนรวม สัญญาว่าจ้างส่วนบุคคลเป็นสัญญาระหว่างผู้ว่าจ้างกับลูกจ้างบุคคลหนึ่ง ขณะที่สัญญาว่าจ้างส่วนรวมเป็นสัญญาระหว่างผู้

¹⁴⁷ โปรดดูรายละเอียดในภาคผนวก

ว่าจ้างหรือกลุ่มผู้ว่าจ้างกับกลุ่มลูกจ้างหรือองค์กร เช่น สหภาพการค้า (สหภาพแรงงาน) ซ้อยกเว้น ยังใช้กับการกระทำใดอันเป็นการละเมิดที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ในการว่าจ้าง เช่น กรณีที่ ลูกจ้างได้รับบาดเจ็บขณะทำงาน

3. การล้มละลาย

วรรคย่อย e) ไม่รวมการล้มละลาย การประนีประนอมหนี้ และกิจการที่คล้ายคลึงกัน คำว่า “ล้มละลาย” ครอบคลุมการล้มละลายส่วนบุคคล และการเลิกกิจการ หรือการชำระบัญชีของบริษัทที่ล้มละลาย แต่ไม่ครอบคลุมการเลิกกิจการ หรือการชำระบัญชีของบริษัทนอกจากการล้มละลาย อันระบุดตามวรรคย่อย m) คำว่า “การประนีประนอมหนี้” หมายถึง กระบวนการที่ลูกหนี้ทำข้อตกลงกับเจ้าหนี้ว่าจะผ่อนเวลาชำระหนี้หรือปลดหนี้ คำว่า “กิจการที่คล้ายคลึงกัน” หมายถึง รวมถึงวิธีต่างๆ ที่ผู้ล้มละลายหรือ นิติบุคคลพ้นจากหนี้สินขณะดำเนินการค้าต่อ เช่นใน บทที่ 11 ของประมวลกฎหมายล้มละลายแห่งสหรัฐอเมริกา

อนุสัญญาภายใต้วรรคย่อย e) หากเกี่ยวข้องโดยตรงกับการล้มละลาย สมมติว่า A (อยู่ในรัฐ X) และ B (อยู่ในรัฐ Y) ทำสัญญากัน โดยที่ B เป็นหนี้เงินจำนวนหนึ่งกับ A สัญญาประกอบด้วยข้อตกลงเลือกศาลโดยให้สิทธิแก่ศาลของรัฐ X ต่อมา A ประกาศล้มละลายอันเนื่องมาจากกระบวนการพิจารณาของรัฐ X อนุสัญญาจึงใช้กับกระบวนการพิจารณากับ B เพื่อชดเชยค่าเสียหายแม้ว่ากระบวนการพิจารณานั้นจะดำเนินขึ้นโดยบุคคลที่แต่งตั้งขึ้นเพื่อจัดการมรดกจากการล้มละลายของ A กล่าวคือ กำหนดให้ การแต่งตั้งตามกฎหมายล้มละลายของรัฐ X ได้รับการรับรองในรัฐ Z ทำให้บุคคลที่ทำหน้าที่แทน A มีพันธกรณีตามข้อตกลงเลือกศาล อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาจะไม่ครอบคลุมการไต่สวนอื่นเกี่ยวกับการจัดการมรดกล้มละลาย เช่น การจัดลำดับสิทธิต่างเจ้าหนี้

4. การรับขนคนและสิ่งของ

วรรคย่อย f) ไม่รวมสัญญาการรับขนคนและสิ่งของในประเทศและระหว่างประเทศ ซึ่งหมายรวมถึงการรับขนทางทะเล ทางพื้นดิน และทางอากาศ หรือทั้งสามอย่างรวมกัน การรับขนคนและสิ่งของระหว่างประเทศใช้ในอนุสัญญาอื่นอีกมากมาย เช่น ระเบียบกรุงเฮกว่าด้วยใบตราส่งสินค้า การไม่รวมสารดังกล่าวจึงช่วยหลีกเลี่ยงโอกาสในการเกิดความขัดกันของอนุสัญญา

5. กิจการทางทะเล

วรรคย่อย g) ไม่ครอบคลุมกิจการทางทะเล 5 ประการ คือ มลพิษทางทะเล ข้อจำกัดของความรับผิดชอบเรือบรรทุกทางทะเล ความเสียหายร่วม การลากจูงลูกเรือ และการช่วยเหลือกู้ภัยลูกเรือ การใช้ข้อตกลงเลือกศาลในกิจการนี้อาจสร้างปัญหาให้กับบางรัฐ ยังมีครอบคลุมกิจการ

ทางทะเลอื่นๆ (การเดินเรือ) อีกเช่น การประกันภัยทางทะเล การลากจูงและการช่วยเหลือกู้ภัย แบบไม่ฉุกเฉิน การต่อเรือ การจำนองเรือ และการยึดเรือ

6. การป้องกันการผูกขาด / การแข่งขัน

วรรคย่อย h) ไม่ครอบคลุมถึงการป้องกันการผูกขาด / การแข่งขัน การยกเว้นใช้คำว่า “การป้องกันการผูกขาด / การแข่งขัน” เพราะในแต่ละประเทศและแต่ละระบบกฎหมายย่อมใช้คำต่างกัน โดยทั่วไปสหรัฐอเมริกาใช้คำว่า “กฎหมายป้องกันการผูกขาด” ในยุโรปใช้ “กฎหมายการแข่งขันทางการค้า” แต่ทั้งสองความหมายต่างก็ถูกใช้ในอนุสัญญา วรรคย่อย h) ไม่ครอบคลุมถึงสิ่งที่เรียกว่า “การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม” (ในภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า concurrence déloyale) เช่น โฆษณาชี้้นำทางความคิด หรือ การยุติสินค้าโดยคู่แข่ง

กระบวนการพิจารณาการป้องกันการผูกขาดทางอาญา / การแข่งขัน ไม่ใช่สาระทางแพ่ง หรือพาณิชย์ ดังนั้นจึงอยู่นอกเหนือขอบเขตของอนุสัญญาโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 1 (1)

อย่างไรก็ตาม การป้องกันการผูกขาด / การแข่งขันทางการค้าอาจก่อให้เกิดกระบวนการพิจารณาของกฎหมายเอกชน การกระทำนั้นจะเกิดได้จากความสัมพันธ์เชิงสัญญา เช่น เมื่อโจทก์ที่เป็นคู่สัญญาในข้อตกลงป้องกันการผูกขาดการแข่งขันทางการค้าอุทธรณ์ให้ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ หรือเมื่อผู้ซื้อพบว่าต้องชำระหนี้สูงเกินกว่าราคาที่จ่ายแก่ผู้ขายอันเป็นผลมาจากประการหลังผูกพันกับการชำระหนี้ในราคาที่กำหนด หรือถูกใช้สภาพสำคัญไปในทางที่ผิด การกระทำอันเป็นการละเมิดการผิดสัญญากฎหมายป้องกันการผูกขาด / กฎหมายการแข่งขัน ทั้งในสหรัฐอเมริกา หรือในสหภาพยุโรปและอีกหลายประเทศ ถือเป็นตัวอย่างประการหนึ่ง การกระทำเหล่านี้แม้จะอยู่ภายใต้ข้อตกลงเลือกศาล แต่ไม่รวมในมาตรา 2 (2) แม้ว่าจะเกิดระหว่างคู่สัญญาเป็นการส่วนตัว

ในทางกลับกัน หากบุคคลทำการฟ้องร้องภายใต้สัญญา ซึ่งจำเลยอ้างว่าสัญญานั้นเป็นโมฆะเนื่องด้วยละเมิดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายแข่งขัน กระบวนการพิจารณาจะไม่ถือว่าอยู่นอกเหนืออนุสัญญา เพราะกฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายแข่งขันไม่ได้เป็นหลักของกระบวนการพิจารณา เป็นเพียงการได้ส่วนเบื้องต้นเท่านั้น หลักของกระบวนการพิจารณาคือการอ้างภายใต้สัญญา กล่าวคือ ประเด็นต่อศาลอยู่ที่ว่าควรมีการตัดสินพิพากษาจำเลยจากการที่เขาหรือเธอได้กระทำการผิดสัญญาหรือไม่

7. กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบด้านนิวเคลียร์

วรรคย่อย i) ไม่รวมความรับผิดชอบของความเสียหายจากนิวเคลียร์ เป็นประเด็นที่มีในอนุสัญญาระหว่างประเทศอยู่หลายแห่ง ซึ่งกำหนดให้รัฐที่เกิดอุบัติเหตุนิวเคลียร์ขึ้นจะมีขอบเขต

อำนาจศาลแต่เพียงผู้เดียวในการแสดงความรับผิดชอบต่อกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายจากอุบัติเหตุ นั้น บางกรณี มาตรา 26 อาจให้อำนาจอนุสัญญาอื่นก่อนอนุสัญญานี้ อย่างไรก็ตามยังมีบางรัฐที่ไม่ถือเอาโรงงานนิวเคลียร์เป็นคู่สัญญาตามอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบด้านนิวเคลียร์ รัฐนั้นจึงอาจลงเอยที่จะอนุญาตให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาในรัฐอื่นโดยอาศัยอำนาจตามข้อตกลงว่าด้วยการให้สิทธิศาล ดังนั้นหากการดำเนินการโรงงานนิวเคลียร์ได้รับประโยชน์จากความรับผิดชอบอันจำกัดภายใต้กฎหมายของรัฐที่ดำเนินการได้ส่วน หรือการชดเชยความเสียหายชำระนอกเหนือจากกองทุนสาธารณะ กระบวนการร่วมของรัฐภายใต้กฎหมายภายในประเทศจึงมีความจำเป็นเพื่อสร้างแนวทางการแก้ปัญหาตามความรับผิดชอบและสิทธิการแบ่งเงินทุนอันชอบธรรมระหว่างผู้เสียหาย

8. ความบาดเจ็บเสียหายต่อบุคคล

วรรคย่อย j) ไม่รวมการใช้สิทธิเรียกร้องจากความบาดเจ็บเสียหายต่อบุคคลในฐานะที่เป็นบุคคลตามธรรมชาติ แต่กรณีเช่นนี้มักไม่ปรากฏในข้อตกลงว่าด้วยการให้สิทธิศาล ซึ่งการประชุมทางการทูต มองว่า “ความบาดเจ็บเสียหายต่อบุคคล” หมายรวมถึง การกระทบกระเทือนทางสมอง (แม้จะไม่เกิดจากการบาดเจ็บทางร่างกาย” เช่น การได้เห็นคนในครอบครัวเสียชีวิต แต่ไม่ได้หมายรวมถึงความรู้สึกอับอายหรือการเสียความรู้สึก เช่น การละเมิดความเป็นส่วนตัว หรือการหมิ่นประมาท

9. ความเสียหายของสังหาริมทรัพย์

วรรคย่อย k) ไม่รวมการใช้สิทธิเรียกร้องจากการละเมิดหรือความผิดต่อความเสียหายของสังหาริมทรัพย์ที่ไม่ได้เกิดจากความสัมพันธ์เชิงสัญญา การยกเว้นนี้ไม่ใช้กับการอ้างสิทธิตามสัญญา (ในบางสถานการณ์) และไม่ใช้กับการใช้สิทธิเรียกร้องจากการละเมิดหรือความผิดที่เกิดจากความสัมพันธ์ทางสัญญา ดังนั้นจึงมีข้อจำกัดในทางปฏิบัติเท่านั้น

10. อสังหาริมทรัพย์

วรรคย่อย l) ไม่รวมสิทธิทรัพย์สินของอสังหาริมทรัพย์และการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ หนังสืออ้างอิงสิทธิทรัพย์สินควรแปลเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการเป็นเจ้าของ หรือสิทธิทรัพย์สินอื่นๆ ของอสังหาริมทรัพย์ ที่ไม่ใช่กระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่ใช่หลักในสิทธิทรัพย์สิน ดังนั้นจึงไม่ครอบคลุมกระบวนการพิจารณาเพื่อความเสียหายต่ออสังหาริมทรัพย์ (แม้กระบวนการพิจารณาดำเนินนั้นอาจไม่รวมภายใต้วรรคย่อย k) และไม่ครอบคลุมถึงการใช้สิทธิเรียกร้องความเสียหายอันเนื่องจากการผิดสัญญาการซื้อขายที่ดิน

การถือครองอสังหาริมทรัพย์ไม่ถูกรวมเนื่องด้วยเหตุผลหลายประการ ประการแรก ในบางประเทศมีกฎหมายที่คุ้มครองผู้ครอบครองเป็นพิเศษ กล่าวคือ เมื่อกฎหมายมีผลใช้ต่อที่อยู่ส่วนตัว ผู้ครอบครองจึงเท่ากับเป็นผู้บริโภคคนหนึ่งภายใต้มาตรา 2 (1) และข้อตกลงจะไม่รวมอยู่ภายใต้บทบัญญัติ ทั้งนี้กฎหมายอาจใช้ในสถานการณ์อื่นได้เช่นเดียวกัน ประการที่สอง จากการหารือกันของที่ประชุมทางการทูต ปรากฏเป็นที่ชัดเจนว่าบางเขตอำนาจศาล ผู้เช่าบางคนถือว่ามีสิทธิในทรัพย์สิน และจะถูกกันออกจากขอบเขตของอนุสัญญาโดยส่วนแรกของวรรคย่อย 1) จึงมีความปรารถนาที่จะปฏิบัติต่อผู้เช่าให้เท่าเทียมกันภายใต้อนุสัญญาโดยไม่ต้องพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายภายใน

กระบวนการพิจารณาดำเนินจะไม่ถูกกันออกจากอนุสัญญาเมื่อเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ทางอ้อมเท่านั้น เช่น กระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและข้อบังคับของผู้ขายและผู้ซื้อภายใต้สัญญาการขายธุรกิจ ที่แม้จะรวมถึงการโอนย้ายสัญญาเช่าของหลักฐาน ในทางกลับกัน กระบวนการพิจารณาระหว่างเจ้าของและผู้เช่าตามเงื่อนไขของสัญญาเช่านี้จึงจะไม่นับรวม

11. นิติบุคคล

วรรคย่อย m) ไม่รวมความสมบูรณ์ด้วยกฎหมาย การเป็นโมฆะ หรือการลบล้างนิติบุคคล รวมถึงความชอบด้วยกฎหมายของการตัดสินใจจากภายใน จึงไม่เป็นที่ปรารถนาให้ลบล้างที่โดยส่วนมากเกี่ยวข้องกับสิทธิของบุคคลที่สามออกจากเขตอำนาจศาลที่มีอำนาจเหนือกว่า โดยเฉพาะเมื่อเขตอำนาจศาลนั้นเป็นการให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว

12. ทรัพย์สินทางปัญญา

วรรคย่อย n) และ o) ใช้กับทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งจะแยกแยะความแตกต่างกันระหว่างลิขสิทธิ์และสิทธิที่เกี่ยวข้อง รวมถึงสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาทั้งหมดด้วยและจะนำมาพิจารณาแยกกันอีกที

13. ลิขสิทธิ์ และสิทธิเกี่ยวข้อง

อนุสัญญาครอบคลุมลิขสิทธิ์และสิทธิที่เกี่ยวข้องอย่างสมบูรณ์ ซึ่งหมายรวมถึงกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวกับความสมบูรณ์ด้วยกฎหมายหรือการละเมิดของสิทธิดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ตาม เมื่อคำพิพากษาสมาชิกได้รับการรับรองหรือบังคับภายใต้อนุสัญญาต่อบุคคลที่ผูกพันกับข้อตกลงเลือกศาล ดังนั้นคำพิพากษานั้นความสมบูรณ์ด้วยกฎหมายไม่สามารถบังคับใช้ได้ภายใต้อนุสัญญา

14. สิทธิเกี่ยวข้อง

บางครั้งเรียกว่าสิทธิใกล้เคียง เช่น สิทธิของนักแสดงในการแสดง (เช่น นักแสดง และนักดนตรี) สิทธิของผู้ผลิตในการบันทึกเสียง และสิทธิขององค์กรกระจายเสียงในการกระจายเสียงวิทยุและโทรทัศน์

15. สิทธิทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ

วรรคย่อย n) และ o) จะใช้กับสิทธิทรัพย์สินทางปัญญามากกว่าลิขสิทธิ์และสิทธิที่เกี่ยวข้อง วรรคย่อย n) ไม่รวมความสมบูรณ์ด้วยกฎหมายของสิทธิดังกล่าวจากขอบเขตของอนุสัญญา วรรคย่อย o) ไม่รวมการละเมิดสิทธิดังกล่าว แม้จะเป็นข้อยกเว้นที่สำคัญ ซึ่งประเด็นทั้งสองนี้จะพิจารณาแยกออกจากกัน

16. ความสมบูรณ์ด้วยกฎหมาย

กระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวกับความสมบูรณ์ด้วยกฎหมายของสิทธิทรัพย์สินทางปัญญามากกว่าลิขสิทธิ์หรือสิทธิที่เกี่ยวข้องจะไม่รวมในอนุสัญญา ดังนั้น กระบวนการพิจารณาเพื่อถอนสิทธิดังกล่าวหรือเพื่อการประกาศความสมบูรณ์ด้วยกฎหมาย หรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสิทธิ นอกเหนือขอบเขตของอนุสัญญา อย่างไรก็ตาม มาตรา 2(3) แสดงให้เห็นชัดเจนว่า กระบวนการพิจารณาที่ครอบคลุมโดยอนุสัญญาจะไม่ถูกกันออกเพียงเพราะเกิดความสมบูรณ์ด้วยกฎหมายของสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาเกิดขึ้นดังการไต่สวนเบื้องต้น ด้วยเหตุนี้ กระบวนการพิจารณาเพื่อบังคับข้อตกลงการอนุญาตให้สิทธิของสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาจะไม่ถูกกันออกเพียงเพราะจำเลยอ้างความไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นข้อต่อสู้ อย่างไรก็ตาม มาตรา 10(1) ระบุว่า คำวินิจฉัยเรื่องความสมบูรณ์ด้วยกฎหมายในเบื้องต้นจะไม่ได้รับสิทธิให้รับรองในรัฐคู่สัญญาอื่นอย่างมีอิสระ ในทางกลับกัน คำตัดสินสุดท้ายของศาลในกระบวนการพิจารณาภายใต้ข้อตกลงการให้สิทธิที่เกี่ยวข้องข้อตกลงการอนุญาตให้ใช้สิทธิ เช่น การจ่ายเงิน สามารถ ได้รับการรับรองและบังคับภายใต้อนุสัญญา

17. สัญญาทรัพย์สินทางปัญญา

อนุสัญญาจะใช้กับสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ข้อตกลงการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ข้อตกลงการกระจายสินค้า ข้อตกลงการร่วมทุน ข้อตกลงตัวแทนและข้อตกลงเพื่อการพัฒนาสหสิทธิทรัพย์สินทางปัญญา การดำเนินกระบวนการพิจารณาภายใต้สัญญาดังกล่าวจะครอบคลุมจากอนุสัญญา เช่น กระบวนการพิจารณาเพื่อชำระค่าอนุญาตให้ใช้สิทธิภายใต้ข้อตกลงการอนุญาตให้ใช้สิทธิ

18. การอ้างข้อต่อสู้บนความไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในกระบวนการพิจารณาภายใต้อนุสัญญา จำเลยสามารถอ้างความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาเป็นข้อต่อสู้ หากสิทธิของโจทก์ภายใต้สัญญา เช่น สิทธิในการได้รับชำระค่าอนุญาตให้ใช้สิทธิ เป็นต้น ขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ด้วยกฎหมายของสิทธิทรัพย์สินทางปัญญา ศาลต้องตัดสินความสมบูรณ์ด้วยกฎหมายเป็นประเด็นแรกก่อนจะตัดสินประเด็นหลักได้ดังได้อธิบายในเบื้องต้น ไม่ได้หมายความว่าอนุสัญญาจะไม่ครอบคลุมกระบวนการพิจารณาอีกแล้ว มาตรา 10(3) ระบุกฎพิเศษที่เกี่ยวกับการรับรองและการบังคับตามคำพิพากษาคำพิพากษา

19. การสิทธิแย้งการถอน

แทนที่จะได้แย้งให้ผลนั้นเป็นโมฆะ จำเลยสามารถอ้างสิทธิแย้งลบล้างสิทธิทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งการอ้างสิทธิจะอยู่นอกเหนือขอบเขตของอนุสัญญา เนื่องจากการคัดค้านนั้นเป็นเรื่องของความชอบด้วยกฎหมายของสิทธิ อย่างไรก็ตามในกรณีนี้ไม่ได้หมายความว่าอนุสัญญาจะหยุดครอบคลุมการอ้างสิทธิภายใต้สัญญา

20. การละเมิด

กระบวนการพิจารณาดำเนินเรื่องการละเมิด (เพื่อสิทธิทรัพย์สินทางปัญญามากกว่าลิขสิทธิ์และสิทธิที่เกี่ยวข้อง) จะไม่นำมารวม ยกเว้น เมื่อเป็นการดำเนินขึ้นจากการผิดสัญญา ระหว่างคู่สัญญาตามสิทธินั้น หรือเป็นการผิดสัญญา จึงหมายความว่า ประการแรก จะต้องมิสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธินั้น ซึ่งโดยปกติแล้วสัญญาจะต้องครอบคลุมถึงข้อตกลงว่าด้วยการให้สิทธิศาล ประการที่สอง การพิจารณาดำเนินคดีจะต้องดำเนินขึ้นจากการผิดสัญญา หรือแม้จะเป็นการหมิ่นประมาทก็ต้องดำเนินขึ้นจากการผิดสัญญา

ตัวอย่างที่เข้าใจง่ายที่สุดคือเรื่องข้อตกลงการอนุญาตให้ใช้สิทธิ สมมติว่าข้อตกลงอนุญาตให้ผู้ได้รับอนุญาตสามารถใช้สิทธิทรัพย์สินทางปัญญาเฉพาะตามที่กำหนดเท่านั้น ซึ่งหากมีการละเมิดข้อห้ามนั้น อนุสัญญาจะครอบคลุมกระบวนการพิจารณาทันที อย่างไรก็ตามหากผู้ให้สิทธิอนุญาตต้องการฟ้องฐานหมิ่นประมาท อนุสัญญาก็ยังครอบคลุมกระบวนการพิจารณานั้นอยู่ เพราะเป็นการผิดสัญญา

กฎนี้มีความสำคัญหลายประการ ในบางประเทศ กำหนดคู่สัญญาต้องให้การตามความจริง ซึ่ง เป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องพิจารณาลักษณะทางกฎหมายที่เหมาะสม ไม่ว่าศาลจะเลือกการผิดสัญญาหรือการหมิ่นประมาท อาจขึ้นอยู่กับว่าแบบไหนจะหาหลักฐานได้ง่ายกว่ากัน ส่วนบางประเทศ คู่สัญญาจะตกลงกันเองว่าจะฟ้องฐานผิดสัญญาหรือหมิ่นประมาท ซึ่งพวกเขาอาจมี

เหตุผลที่ดีในการเลือกนั้น (เช่น โอกาสได้รับค่าเสียหายเพิ่ม) ซึ่งไม่ควรขึ้นอยู่กับการพิจารณาภายนอกว่าอนุสัญญาควรครอบคลุมคดีนี้หรือไม่

21. การลงทะเบียนสาธารณะ

วรรคย่อย p) ไม่รวมความชอบด้วยกฎหมายของการลงชื่อในการลงทะเบียนสาธารณะบางคนอาจไม่ทราบว่านี่เป็นสาระได้ทั้งทางแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม เมื่อวิธีการระหว่างประเทศกำหนดเขตอำนาจศาลแต่เพียงผู้เดียวต่อกระบวนการพิจารณาที่มีความชอบด้วยกฎหมายของการลงชื่อดังกล่าวในฐานะคำคัดค้าน จึงเป็นการดีที่จะไม่รวมเอาไว้อย่างชัดเจนเพื่อหลีกเลี่ยงข้อสงสัยที่อาจเกิดขึ้น

22. ประกันภัย

สัญญาประกันภัย (หรือการประกันภัยต่อ) ครอบคลุมในขอบเขตของสัญญาเพราะเกี่ยวกับหนึ่งในกิจการตามวรรค 2 แม้ในความเป็นจริงอนุสัญญาจะไม่ครอบคลุมความเสี่ยง แต่ไม่ได้หมายความว่าอนุสัญญาจะไม่ครอบคลุมถึงสัญญาประกันภัย ดังนั้น การประกันภัยสินค้าบรรทุกทุกเรื่องจึงครอบคลุมโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 2 (2) และการประกันภัยต่อความรับผิดชอบความเสียหายจากนิวเคลียร์ไม่ครอบคลุมโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 2 (2) ซึ่งระบุชัดเจนในมาตรา 17

23. การตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการ

วรรค 4 ไม่รวมการตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการและกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับสิ่งนั้น จึงควรตีความให้กว้างและครอบคลุมกระบวนการพิจารณาที่ศาลให้ความช่วยเหลือในกระบวนการชี้ขาด เช่น การตัดสินว่าข้อตกลงของอนุญาโตตุลาการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือการสั่งให้คู่สัญญาดำเนินการต่อ หรือหยุดการดำเนินการ หรือการถอน แก้ไข รับรอง และบังคับใช้คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ หรือการกำหนดหรือยกฟ้องอนุญาโตตุลาการ ยึดสถานภาพของอนุญาโตตุลาการ หรือการขยายเวลาจำกัดในการชี้ขาด วัตถุประสงค์ของบทบัญญัตินี้กำหนดขึ้นเพื่อให้แน่ใจว่าอนุสัญญาล่าสุดไม่ได้แทรกแซงวิธีการของอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่

24. รัฐบาล

มาตรา 2 (5) ระบุว่าขอบเขตของอนุสัญญาครอบคลุมกรณีของรัฐ ซึ่งหมายถึงถึง รัฐบาล องค์กรรัฐบาล หรือบุคคลใดก็ตามที่เป็นตัวแทนของรัฐอยู่ในฐานะคู่สัญญาต่อกันนั้นๆ กระบวนการพิจารณาจะอยู่นอกเหนือขอบเขตของอนุสัญญาหากสืบเนื่องมาจากข้อตกลงว่าด้วยการให้สิทธิศาลสรุปว่าไม่ใช่สาระทางแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น อำนาจหน้าที่ของรัฐจึงเป็นเหมือนผลประโยชน์ของอนุสัญญา สันนิษฐานว่าเป็นหลักสำคัญ เมื่อเกี่ยวข้องกับธุรกรรมพาณิชย์แต่ไม่

เกี่ยวข้องกับความสามารถเชิงอำนาจอธิปไตย ตามกฎโดยทั่วไปอาจกล่าวได้ว่าหากเจ้าหน้าที่รัฐกระทำการเช่นเดียวกับประชาชนสามารถทำได้ คดีอาจถือเป็นสาระทางแพ่งและพาณิชย์ ในทางกลับกันหากเป็นอำนาจรัฐอันไม่พึงประสงค์ คดีจะไม่ถือเป็นสาระทางแพ่งและพาณิชย์

ตัวอย่างเช่น หากกระทรวงกำหนดให้ยื่นเอกสาร และบริษัทต่างชาติได้รับสัญญา (ซึ่งหมายถึงข้อตกลงว่าด้วยการให้สิทธิศาล) อนุสัญญาจะครอบคลุมการพิจารณาดำเนินคดีภายใต้สัญญาเกือบทั้งหมด ในทางกลับกัน การที่ชาวต่างชาติที่เดินทางเข้าประเทศ ได้เซ็นสัญญา (ที่รวมถึงข้อตกลงว่าด้วยการให้สิทธิศาล) ที่จะยอมจ่ายค่าปรับได้ก็ตาม (การลงโทษทางอาญา) ที่เกิดขึ้นจากการกระทำ ดังนั้นกระบวนการพิจารณาภายใต้สัญญาจึงอยู่นอกเหนือขอบเขตของอนุสัญญา

25. ความคุ้มกันของรัฐ

มาตรา 2 (6) ระบุว่าอนุสัญญาไม่มีผลต่อสิทธิพิเศษและความคุ้มกันของรัฐ หรือองค์กรระหว่างประเทศในตัวเองและทรัพย์สิน สาเหตุที่มีการกำหนดบทบัญญัติลงในอนุสัญญาเนื่องจากผู้แทนบางคนอาจคิดว่า มาตรา 2 (5) อาจถูกตีความผิดเพี้ยนไปจนอาจกระทบต่อสาระ มาตรา 2 (6) จึงระบุชัดเจนว่าจะไม่เป็นผลตามนั้น

26. กฎหมายวิธีสบัญญัติ

อนุสัญญาจะไม่กระทบต่อกฎหมายวิธีสบัญญัติของรัฐคู่สัญญายกเว้นหากเป็นกรณีพิเศษ นอกจากส่วนนี้ กฎหมายวิธีสบัญญัติภายในประเทศจะใช้ดังเดิมแม้แต่การพิจารณาดำเนินคดีภายใต้สัญญา ตัวอย่างดังย่อหน้าต่อไปนี้ แม้ว่าจะไม่ค่อยละเอียดก็ตาม

อนุสัญญาไม่ได้กำหนดให้รัฐคู่สัญญาต้องมอบการเยียวยาที่ใช้ได้ภายใต้กฎหมายของตนเอง แม้จะเลือกเพื่อใช้บังคับคำพิพากษาต่างชาติที่มีการเสนอการเยียวยา รัฐคู่สัญญาไม่จำเป็นต้องเสนอแนวทางการเยียวยารูปแบบใหม่เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา อย่างไรก็ตามก็ต้องมีมาตรการการบังคับภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเพื่อให้มีผลต่อการพิพากษาต่างชาติให้มากเท่าที่จะเป็นไปได้

การกำหนดเวลาตามการพิจารณาดำเนินคดีหรือขั้นตอนอื่นภายใต้กฎหมายภายในไม่มีผลต่ออนุสัญญา การพิจารณาดำเนินคดีภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยการให้สิทธิศาล หรือ การพิจารณาดำเนินคดีเพื่อบังคับใช้คำตัดสินภายใต้ข้อตกลงนั้น จำต้องดำเนินขึ้นภายใต้ข้อจำกัดของเวลาตามกฎหมายภายใน นี่เป็นเรื่องจริงทั้งข้อจำกัดของเวลาถูกกำหนดให้เป็นสาระของเนื้อหาหรือสาระของกระบวนการ

อนุสัญญาไม่กระทบต่อกฎแห่งชาติที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในการดำเนินหรือต่อสู้กระบวนการพิจารณา ดังนั้นหากกฎหมายของรัฐที่ทำการเรียกร้องที่ไม่ขาดความสามารถตามกฎหมายเพื่อฟ้องร้อง จึงไม่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาภายใต้อนุสัญญาเพื่อบังคับคำพิพากษา