



บทที่ 4

ขอบเขตการบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ

ในบทนี้จะกล่าวถึงขอบเขตการบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ ในเรื่องข้อต่อสู้ของจำเลยที่จะปฏิเสธการบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น แม้ว่าข้อตกลงดังกล่าวจะมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้ตามกฎหมายก็ตาม ซึ่งอาจมีผลให้ศาลที่พิจารณาคดีนั้นอยู่ไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีต่อไปและต้องจำหน่ายคดีเพื่อให้โจทก์ไปฟ้องต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้นตามบทบัญญัติของกฎหมายต่อไป ในทางตรงกันข้าม ศาลในประเทศที่คู่ความเสนอคำฟ้องอาจไม่บังคับตามข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ หากพบว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และศาลมีอำนาจบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณีเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาขอบเขตการบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศที่เหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทุกฝ่าย รวมถึงการพิจารณาแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสิทธิของกลุ่มในการทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศต่อไป

4.1 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการยอมรับและบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ

หัวข้อนี้จะพิจารณาถึงหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการยอมรับและบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ เพื่อนำมาประกอบการวิเคราะห์ว่าศาลไทยควรจะทำกีดขอบเขตของการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศหรือไม่ เพียงใด

จากการศึกษาพบว่า หลักกฎหมายที่ควรนำมาใช้พิจารณากำหนดขอบเขตการยอมรับและบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศมีดังต่อไปนี้

- หลักเกณฑ์การให้อำนาจศาลเข้าตรวจสอบความไม่เป็นธรรมของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540
- หลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

- หลักเกณฑ์การขอให้ศาลในประเทศที่รับฟ้องไว้แล้วจำหน่ายคดีเนื่องจากมีศาลในประเทศอื่นซึ่งมีเขตอำนาจในคดีเดียวกันและมีความเหมาะสมที่จะพิจารณาพิพากษาคดีมากกว่า (forum non conveniens)
- หลักเกณฑ์การขอให้ศาลที่พิจารณาคดีนั้นอยู่จำหน่ายคดีเนื่องจากมีศาลอื่นได้รับฟ้องคดีนั้นไว้ก่อนแล้ว
- หลักเกณฑ์การฟ้องซ้ำตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 148
- หลักเกณฑ์การฟ้องซ้อนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 175 วรรคสอง

ศาลไทยจะสามารถนำหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นกำหนดขอบเขตการบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลได้หรือไม่ เพียงใด จะศึกษาในรายละเอียดต่อไป

4.1.1 หลักเกณฑ์การให้อำนาจศาลเข้าตรวจสอบความไม่เป็นธรรมของข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540

แต่เดิมการพิจารณาบังคับใช้ข้อสัญญาระหว่างคู่สัญญานั้น ศาลจะพิจารณาความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาตกลงกันของคู่สัญญาเป็นหลัก หากการแสดงเจตนาตกลงกันดังกล่าวไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การแสดงเจตนาตกลงกันเช่นนั้นย่อมมีผลสมบูรณ์และมีผลผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย¹ แม้ว่าข้อตกลงเช่นนั้นจะเป็นการแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมาย หากกฎหมายนั้นมิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว การนั้นไม่เป็นโมฆะ² ข้อตกลงเช่นนั้นย่อมมีผลผูกพันคู่สัญญา และศาลต้องบังคับให้คู่สัญญาปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญานั้นเช่นกัน ไม่ว่าผลผูกพันตามข้อตกลงหรือสัญญาเช่นนั้นจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งมากเพียงไรก็ตาม ทั้งนี้เพราะหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาของไทยยึดหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา และหลัก

¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151

เสรีภาพแห่งสัญญาอย่างเคร่งครัด³ หลัก ความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา และหลักเสรีภาพแห่งสัญญาจะบังคับใช้ได้และเป็นธรรมเมื่อใช้ควบคู่กับหลักความเป็นธรรมทางเศรษฐกิจ บนพื้นฐานของความเสมอภาคในการเข้าทำนิติกรรมสัญญาของคู่สัญญา⁴ แต่ในความเป็นจริงคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมิได้มีความเสมอภาคในการเข้าทำนิติกรรมสัญญาเสมอไป ในบางกรณีคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจในทางการค้าและประสบการณ์ทางการค้าที่สูงกว่าอาจใช้อำนาจนั้นกำหนดข้อตกลงในสัญญาอันจะเป็นประโยชน์ในทางเศรษฐกิจแก่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจในการกำหนดข้อตกลงในสัญญาดังกล่าว ในลักษณะของการเอารัดเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง จึงอาจสร้างความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และปัญหาความไม่เป็นธรรมทางสัญญาอาจแปรสภาพเป็นความไม่เป็นธรรมทางกฎหมาย และความไม่เป็นธรรมทางคำพิพากษาของศาลได้ในที่สุด ต่อมาเมื่อมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540⁵ ในวันที่ 15 พฤษภาคม 2541 แล้ว แม้สัญญาหรือข้อตกลงใดในสัญญาจะมีผลสมบูรณ์ ใช้บังคับได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ศาลมีอำนาจตรวจสอบความเป็นธรรมของข้อตกลงหรือสัญญาดังกล่าวเพื่อปรับลดระดับความรุนแรงของการเอารัดเอาเปรียบกันทางสัญญาลงได้ตามสมควร⁶ หากสัญญาหรือข้อตกลงใดเป็นสัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือเป็นสัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาสำเร็จรูป หรือเป็นสัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาขายฝากและปรากฏว่าข้อตกลงหรือสัญญาดังกล่าวมีลักษณะที่ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพหรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร มีผลให้

³ จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” *ตุลพาห*, ปีที่ 45 เล่ม 1 (มกราคม – มิถุนายน 2541) : 77.

⁴ จรัญ ภักดีธนากุล, ประสิทธิ์ โหมวิไลกุล และสุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, “การอภิปรายเรื่องแนวทางการใช้ดุลพินิจของศาลในการปรับลดระดับความรุนแรงของการเอารัดเอาเปรียบกันทางสัญญา,” ใน *พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540* (กรุงเทพมหานคร : กระทรวงยุติธรรม, 2542), หน้า 68, 73.

⁵ พิชัยศักดิ์ หรยงกูร, “รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา, 2540),” หน้า 23, 61.

⁶ จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” : 79.

⁷ ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 115 ตอนที่ 15 ก วันที่ 24 มีนาคม 2541

⁸ จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” : 79.

ข้อตกลงหรือสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลมีอำนาจบังคับให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้น ได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น⁹ ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าไม่ให้ตกเป็นเหยื่อของความอยุติธรรมจนเกินไป¹⁰

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540 มาตรา 4 ถึง มาตรา 9 กำหนดประเภทนิติกรรมสัญญาที่ให้อำนาจศาลทำหน้าที่เป็นผู้ตรวจสอบความไม่เป็นธรรม เฉพาะนิติกรรมสัญญาที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

- 1) สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ
- 2) สัญญาสำเร็จรูป
- 3) สัญญาขายฝาก
- 4) ข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพการงาน และข้อตกลงจำกัดเสรีภาพในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ไม่ว่าจะตกลงกันในสัญญาประเภทใดก็ตาม
- 5) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ เพื่อความชำรุดบกพร่อง หรือเพื่อการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภค ตามสัญญาที่ทำระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ
- 6) ข้อสัญญาที่ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ
- 7) ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญา และ
- 8) ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิด

หากข้อตกลงหรือข้อสัญญาดังกล่าวไม่ตกเป็น โฆษะหรือไม่มีผลบังคับใช้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ข้อตกลงหรือข้อสัญญาดังกล่าวย่อมมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพียงแต่ศาลมีอำนาจที่จะพิพากษาให้ข้อตกลงหรือข้อสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี¹¹ ยกเว้นในกรณีต่อไปนี้ที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่

⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540 มาตรา 4

¹⁰ จำปี โสคติพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 325.

¹¹ จริฎุ ภักดิธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” : 80-81.

ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540 บัญญัติให้ข้อตกลงหรือข้อสัญญาเสียเปล่าไปทั้งหมด เสมือนหนึ่งตกเป็นโมฆะ จะนำมาอ้างบังคับกันไม่ได้¹² กล่าวคือ

1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ เพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภค โดยผู้บริโภค มิได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธินั้นในขณะที่ทำสัญญา¹³

2) ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดชอบ¹⁴

3) ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิดซึ่งมีลักษณะต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน¹⁵

โดยหลักทั่วไปของการทำนิติกรรมสัญญา ปัจจัยที่จะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในนิติกรรมสัญญานั้นควรพิจารณาแบ่งเป็น 2 ประเภท¹⁶ คือ ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural unfairness) และความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive unfairness) กล่าวคือ

ก.) ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural unfairness) เป็นเรื่องของการตรวจสอบการเข้าทำสัญญาของคู่สัญญาว่าเป็นไปโดยมีสิ่งผิดปกติในการเข้าทำสัญญาหรือไม่ เช่น การข่มขู่ การใช้กลล่อนฉลาด การให้ข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยมุ่งหวังประโยชน์ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเข้าทำสัญญาโดยใช้ข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดเช่นนั้น การสำคัญผิด รวมตลอดถึงการซ่อนเร้นข้อเท็จจริงบางประการเกี่ยวกับการเข้าทำสัญญา เป็นต้น ดังนั้นหากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าทำสัญญาโดยไม่รู้และไม่เข้าใจลักษณะและผลของสัญญาและข้อสัญญาอย่างถ่องแท้ กรณีเช่นนี้อาจถือว่าเป็นการเข้าทำสัญญาโดยมีความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาอยู่ในตัว เพราะคู่สัญญาอาจตัดสินใจเข้าทำสัญญาโดยหลงเข้าใจผิดว่าข้อสัญญานั้นจะนำมาซึ่งประโยชน์อัน

¹² เรื่องเดียวกัน : 81.

¹³ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540 มาตรา 6

¹⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540 มาตรา 8 วรรคหนึ่ง

¹⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540 มาตรา 9

¹⁶ พินัย ฌ นคร, “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม : แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 30 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2543) : 549.

น่าพอใจทั้งที่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ความไม่รู้หรือไม่เข้าใจข้อสัญญาของผู้บริโภคในปัจจุบัน อาจเกิดจากกรณีดังต่อไปนี้

- การไม่เข้าใจข้อสัญญาอันเนื่องมาจากการเขียนข้อสัญญาด้วยภาษาที่บุคคลทั่วไปไม่สามารถเข้าใจได้ มักปรากฏอยู่ในสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐาน โดยให้อีกฝ่ายหนึ่งเลือกเพียง “รับหรือไม่รับข้อสัญญา”

- การไม่รู้ว่ามีข้อสัญญานั้นอยู่ในสัญญา จึงเป็นการตัดโอกาสคู่สัญญาที่จะทำความเข้าใจข้อสัญญานั้นตั้งแต่ต้น เนื่องจากการเขียนข้อสัญญาเช่นนั้นด้วยตัวอักษรขนาดเล็กกว่าปกติหรือเล็กกว่าข้อสัญญาข้ออื่น หรือการเขียนข้อสัญญาซ่อนไว้ในที่ซึ่งไม่อาจเห็นได้ง่าย กรณีเช่นนี้ มักปรากฏอยู่ในตัวโดยสาร ใบตราส่ง กรมธรรม์ประกันภัย เป็นต้น

- การไม่มีโอกาสตรวจสอบข้อสัญญา

นอกจากนี้การที่คู่สัญญาเข้าทำสัญญาโดยมีอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันก็เป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาถึงความไม่เป็นธรรมในกระบวนการเข้าทำสัญญาได้ หากว่าคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองที่ด้อยกว่าอยู่ในสถานะจำต้องเข้าทำสัญญาโดยไม่อาจเปลี่ยนแปลงข้อตกลงใด ๆ ในสัญญานั้น และปรากฏว่าข้อสัญญาเหล่านั้นสร้างภาระอันหนักแก่คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้เป็นผู้กำหนดข้อตกลงในสัญญา ข้อตกลงดังกล่าวจึงมีโอกาสเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้

ข.) ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive unfairness) เป็นเรื่องของ การตรวจสอบความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญาโดยตรง หากข้อสัญญาใดมีผลให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับประโยชน์มากกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมาก ลักษณะเช่นนี้ถือได้ว่าเกิดความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาแล้ว อย่างไรก็ตามการพิจารณาว่าข้อสัญญาใดในสัญญามีความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาหรือไม่นั้น ย่อมต้องพิจารณาคู่สัญญาแต่ละรายเป็นกรณี ๆ ไป เนื่องจากแต่ละคนมีเกณฑ์การวัดอัตราประโยชน์ที่แตกต่างกัน และแต่ละคนมีความสามารถในการรับเอาภาระจากข้อสัญญาได้แตกต่างกัน¹⁷

การพิจารณาว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ ต้องพิจารณาทั้งความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาและความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญา หากข้อสัญญาใดเกิดขึ้นจากความไม่เป็นธรรมทางกระบวนการของการเข้าทำสัญญาและเนื้อหาของ

¹⁷ เรียบเรียงจาก พินัย ฌ นคร, “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม : แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ,” : 549-561, 563.

ข้อสัญญาดังกล่าวมีความไม่เป็นธรรมอยู่ในตัวข้อสัญญานั้น ข้อสัญญาดังกล่าวย่อมถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม¹⁸

อย่างไรก็ดีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540 อธิบายลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่า คือ ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ จึงเป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น

- 1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา
- 2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด
- 3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ
- 4) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
- 5) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา
- 6) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินได้สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี
- 7) ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาเช่าซื้อหรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร
- 8) ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ย เบี้ยปรับค่าใช้จ่าย หรือประโยชน์อื่นใดสูงเกินกว่าที่ควรในกรณีที่ผิดนัดหรือที่เกี่ยวข้องกับการผิดนัดชำระหนี้
- 9) ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร¹⁹

กรณีข้างต้นเป็นตัวอย่างของข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น ข้อตกลงดังกล่าวและข้อตกลงหรือข้อสัญญาในลักษณะอื่น ๆ จะเป็นข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรจนถึงขนาดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ เป็นหน้าที่

¹⁸ เรื่องเดียวกัน : 561-562.

¹⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540 มาตรา 4 วรรคสาม

ของศาลที่จะต้องวินิจฉัยตีความโดยอาศัยหลักเกณฑ์การวินิจฉัยว่าแค่ไหนเพียงไรจึงจะเป็นธรรม และพอสมควรแก่กรณีตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540 มาตรา 10²⁰

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540 มาตรา 10 กำหนดให้ศาลมีดุลพินิจในการวินิจฉัยว่าแค่ไหนเพียงไรจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี โดยพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

1) สภาพของคู่สัญญาในด้านต่าง ๆ ได้แก่ ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างตามสภาพที่เป็นจริง

2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง²¹

การค้นหาความเป็นธรรมของข้อตกลงในสัญญาโดยคำนึงถึงปัจจัยด้านความสุจริตของคู่สัญญานั้น นอกจากจะพิจารณาความสุจริตของคู่สัญญาตั้งแต่ขณะที่เข้าทำสัญญาแล้ว ยังต้องคำนึงถึงมาตรฐานของสุจริตชนส่วนใหญ่ในสังคมด้วยว่า แค่ไหน เพียงไร จึงจะถือว่าเข้าทำสัญญาโดยสุจริตตามมาตรฐานของสุจริตชนส่วนใหญ่²²

²⁰ อุดม เฟื่องฟูง, ขวลิต อัครศาสตร์ และวิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, “การอภิปรายเรื่องแนวทางการใช้ดุลพินิจของศาลในการปรับลดระดับความรุนแรงของการเอาผิดเอาเปรียบกันทางสัญญา,” ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 (กรุงเทพมหานคร : กระทรวงยุติธรรม, 2542), หน้า 106-107.

²¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540 มาตรา 10

²² จรัญ ภักดีธนากุล, ประสิทธิ์ โนมวิไลกุล และสุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, “การอภิปรายเรื่องแนวทางการใช้ดุลพินิจของศาลในการปรับลดระดับความรุนแรงของการเอาผิดเอาเปรียบกันทางสัญญา,” หน้า 85. และอุดม เฟื่องฟูง, ขวลิต อัครศาสตร์ และวิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, “การอภิปรายเรื่องแนวทางการใช้ดุลพินิจของศาลในการปรับลดระดับความรุนแรงของการเอาผิดเอาเปรียบกันทางสัญญา,” หน้า 107.

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540 มาตรา 3 บัญญัติว่า

“ผู้บริโภค หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด โดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น และให้หมายความรวมถึงผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้าประกันของบุคคลดังกล่าว ซึ่งมีได้กระทำเพื่อการค้าด้วย

ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้กู้ ผู้รับประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สินบริการ หรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปเพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้นเป็นทางค้าปกติของตน

สัญญาสำเร็จรูป หมายความว่า สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน”

จากการศึกษาบทนิยามคำว่า “ผู้บริโภค” “ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ” และ “สัญญาสำเร็จรูป” พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540 มาตรา 3 ที่กล่าวไว้ข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า ข้อตกลงเลือกศาลอาจปรากฏอยู่ในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศซึ่งเป็นสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ หรือปรากฏอยู่ในสัญญาสำเร็จรูปได้ เช่น นายแดงซึ่งเป็นผู้มีสัญชาติไทยและมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทยซื้อหนังสือเรื่อง “Conflict of Laws” เล่มหนึ่งจากศูนย์หนังสือแห่งหนึ่งซึ่งตั้งอยู่ที่ประเทศมาเลเซีย เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการใช้และชนิดหรือประเภทของทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด ในกรณีนี้ นายแดงซื้อหนังสือเพื่อใช้ประโยชน์เฉพาะตนเอง มิใช่เพื่อทางการค้า²³ ดังนั้นสัญญาซื้อขายหนังสือดังกล่าวระหว่างนายแดงกับศูนย์หนังสือในประเทศมาเลเซียจึงเป็นสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540 หากมีการระบุข้อตกลงเลือกศาลไว้ในสัญญาซื้อขายดังกล่าว ข้อตกลงเลือกศาลย่อมอยู่ภายใต้อำนาจศาลที่จะบังคับให้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณีได้ นอกจากนี้ข้อตกลงเลือกศาลยังอาจพบในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูป หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า

²³ อุดม เฟื่องฟูง, ชาวลิต อัครศาสตร์ และวิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, “การอภิปรายเรื่องแนวทางการใช้ดุลพินิจของศาลในการปรับลดระดับความรุนแรงของการเอาเปรียบกันทางสัญญา,” หน้า 99-100.

สัญญามาตรฐาน (standard form contract) หรือสัญญาจำยอม (implied term of contract) ได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น ใบตราส่งอันเป็นหลักฐานและเงื่อนไขแห่งการทำสัญญาขนส่งสินค้าทางทะเลระหว่างประเทศ²⁴ หรือสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศซึ่งผู้ให้กู้เป็นธนาคาร พาณิชยหรือสถาบันการเงิน เป็นต้น สัญญาเหล่านี้จะมีการจัดทำไว้เป็นลายลักษณ์อักษรล่วงหน้า มีการบรรจุข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาไว้ทั้งหมดแล้ว คู่สัญญาฝ่ายผู้กู้หรือผู้ว่าจ้างให้ขนส่งสินค้าเพียงแต่ตรวจดูแล้วลงลายมือชื่อในใบตราส่งหรือสัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายผู้ให้กู้หรือผู้ขนส่งได้เตรียมไว้ หากจะมีการเพิ่มเติมข้อความก็เป็นเพียงจำนวนเงินที่กู้ยืมและอัตราดอกเบี้ยสำหรับผู้กู้แต่ละราย หรือน้ำหนักสินค้าหรือจำนวนหีบห่อสินค้าที่จะขนส่งและอัตราค่าว่าจ้างขนส่งในแต่ละรายเท่านั้น จะเห็นได้ว่า ข้อสัญญาดังกล่าวถูกกำหนดไว้ล่วงหน้าแล้วโดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจสูงกว่าโดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำสัญญากับประเทศที่มีอำนาจในทางการค้าและมีประสบการณ์ในทางการค้ามากกว่า คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่าจึงตกอยู่ในฐานะจำยอมเข้าทำสัญญาด้วย เพราะประสงค์ต่อประโยชน์ที่จะได้รับจากสัญญาหลัก²⁵ หากสัญญาหลักมีการบรรจุข้อตกลงเลือกศาลไว้ ข้อตกลงเลือกศาลนั้นอาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่าซึ่งไม่มีอำนาจต่อรองเจรจาเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงใด ๆ ในสัญญาหลักได้ หากศาลที่ระบุเลือกไว้เป็นศาลในประเทศที่มีผลให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้นต้องปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ข้อตกลงเลือกศาลเช่นนั้นก็จะตกอยู่ในฐานะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540

หลักการและเหตุผลของการยกเลิกบทบัญญัติเรื่องการกำหนดศาลที่จะทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาข้อพิพาทในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 7(4) ประการหนึ่งซึ่งเป็นผลสืบเนื่องจากการที่คู่สัญญาฝ่ายซึ่งมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าจะใช้ความได้เปรียบดังกล่าวเขียนสัญญาสำเร็จรูป (adhesion contract) หรือสัญญามาตรฐาน (standard form contract) ซึ่งมีข้อตกลงเลือกศาลที่จะให้ประโยชน์แก่ฝ่ายตนมากที่สุด ทั้งประโยชน์ด้านเวลาในการเดินทางไปศาล ประโยชน์ในค่าใช้จ่ายเพื่อจ้างทนายความ และอื่น ๆ เป็นเหตุให้คู่สัญญาซึ่งไม่มีอำนาจต่อรอง (bargaining power) ตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ และคู่สัญญาที่ตกอยู่ในฐานะเสีย

²⁴ จรัญ ภักดีธนากุล, ประสิทธิ์ โฆวิทฺถุ และสุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, “การอภิปรายเรื่องแนวทางการใช้ดุลพินิจของศาลในการปรับลดระดับความรุนแรงของการเอาเปรียบกันทางสัญญา,” หน้า 91.

²⁵ พิชัยศักดิ์ หรยขจร, “รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา, 2540), หน้า 61.

เปรียบนั้นไม่มีโอกาสได้โต้แย้ง²⁶ ดังนั้นหากประเทศไทยจะยอมรับหลักการที่ให้คู่สัญญาสามารถทำข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศได้ก็จำเป็นต้องพิจารณาและให้ความสำคัญกับประเด็นปัญหาเรื่องข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งคู่กรณีอีกฝ่ายไม่มีโอกาสเจรจาต่อรองด้วยว่า มีลักษณะของการเอาเปรียบกันมากเกินไปหรือไม่ หรือเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เพราะข้อตกลงในสัญญาสำเร็จรูปข้อใดที่มีลักษณะดังกล่าวย่อมถือเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540 มาตรา 4 และพระราชบัญญัติดังกล่าวยอมใช้บังคับแก่สัญญาที่พ้อค้าในประเทศไทยทำกับพ้อค้าต่างประเทศเกี่ยวกับธุรกิจการค้าระหว่างประเทศทั้งหมดด้วย²⁷

ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาว่าข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศลักษณะใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ จำต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป หากการทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นการทำสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้นอยู่ในลักษณะของสัญญาสำเร็จรูปแล้ว ย่อมอยู่ในข่ายของการพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ได้ ในกรณีเช่นนี้ต้องพิจารณาว่า ศาลในประเทศที่เลือกไว้ในข้อตกลงเลือกศาลนั้นจะมีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็น

²⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คำชี้แจงประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่....) พ.ศ.....(กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2531) หน้า 5. (เอกสารไม่ตีพิมพ์) ; สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บัญชีเปรียบเทียบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่....) พ.ศ.....ที่ขอแก้ไขใหม่, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2531) หน้า 22-23. (เอกสารไม่ตีพิมพ์) ; กวิต คาวัลย์, “ข้อต่อสู้ในสัญญาเรื่องกำหนดเขตศาลที่ชำระคดีไว้ล่วงหน้ามีผลทางกฎหมายอย่างไร,” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช ปีที่ 12 ฉบับที่ 1 (มิถุนายน 2543) : 120. และ วิชัย อริษะนันท์, “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ”, ใน รวบรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2540), หน้า 343.

²⁷ จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” : 96.

ผู้บริโศก หรือคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้เป็นผู้กำหนดข้อสัญญาในสัญญาสำเร็จรูป หรือคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจน้อยกว่า ต้องรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติหรือไม่ หากศาลที่ระบุเลือกไว้ในสัญญาเป็นศาลในประเทศคู่สัญญาฝ่ายผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ หรือคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้กำหนดข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาสำเร็จรูป หากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอยู่ในฐานะที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจน้อยกว่าและไม่มีอำนาจเปลี่ยนแปลงข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาดังกล่าว คู่ สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจเจรจาต่อรองสูงกว่ากำหนดเลือกศาลในประเทศของตนเป็นสถานที่ระงับข้อพิพาท ทั้งศาลที่ระบุเลือกในข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ เป็นศาลที่มีวัฒนธรรมทางการศาลและใช้ระบบกฎหมายคนละระบบกับศาลในประเทศของคู่สัญญา ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่น้อยกว่า ข้อตกลงเลือกศาลเช่นว่านั้นน่าจะเป็นการทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่น้อยกว่าต้องรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ถือ ว่าข้อตกลงเลือกศาลเช่นนั้นเอื้อประโยชน์ทางเศรษฐกิจแก่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าแต่เพียงฝ่ายเดียว เป็นข้อตกลงในลักษณะเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และตกอยู่ในฐานะข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540 ศาลไทยจะบังคับใช้ข้อตกลงเช่นนี้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ในกรณีที่ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศซึ่งเป็นสัญญาสำเร็จรูปหรือเป็นสัญญาระหว่างผู้บริโศกกับผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพเป็นการระบุเลือกศาลในประเทศของคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปและข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าว แม้คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปจะลงลายมือชื่อในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยไม่มีโอกาสเจรจาต่อรองเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า ข้อตกลงเลือกศาลในลักษณะนี้ไม่น่าจะก่อให้เกิดภาระแก่คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปหนักเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ ข้อตกลงเลือกศาลในลักษณะนี้จึงมิใช่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

กรณีสุดท้ายคือในกรณีที่ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศซึ่งเป็นสัญญาสำเร็จรูปหรือเป็นสัญญาระหว่างผู้บริโศกกับผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพเป็นการระบุเลือกศาลของประเทศที่สาม กล่าวคือ ไม่ใช่ศาลในประเทศของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้ว ถือได้ว่าข้อตกลงเลือกศาลในลักษณะดังกล่าวสร้างความเท่าเทียมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแล้ว เพราะถือได้ว่าเป็นความเสมอภาคในความไม่สะดวกในการดำเนินคดีในศาลของประเทศที่สามนั่นเอง แต่ในกรณีที่ตกลงเลือกศาลในประเทศที่สามแล้ว แต่ศาลในประเทศนั้นมีวิธีพิจารณาคดี ระบบกฎหมาย และวัฒนธรรมทางการศาลเช่นเดียวกับศาลในประเทศของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้กำหนดข้อสัญญา หรือมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว กรณีนี้น่าจะถือได้ว่าเป็นข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่

เป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้เป็นผู้กำหนดข้อตกลงในสัญญาหรือคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า²⁸

ปัญหาว่าศาลจะปรับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศให้เป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายและพอสมควรแก่กรณีได้อย่างไร เป็นประเด็นปัญหาที่กำหนดให้ชัดเจนแน่นอนตายตัวยากยิ่งนัก ผู้เขียนเห็นว่า ศาลน่าจะตีความบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศซึ่งปรากฏอยู่ในสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น และหากการตีความดังกล่าวจะส่งผลให้ศาลที่ได้รับการเสนอคำฟ้องต้องรับพิจารณาคดีนั้นไว้ ซึ่งมีผลในทางปฏิเสธการบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศดังกล่าว ก็จำเป็นต้องกระทำเช่นนั้น หากการตีความดังกล่าวจะเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายและถือได้ว่าพอสมควรแก่กรณีเช่นนั้นแล้ว

²⁸ พิจารณาเทียบเคียงกับความเห็นของรองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร เกี่ยวกับการเลือกกฎหมายของประเทศที่สามใช้บังคับแก่กรณีที่ว่า “การเลือกกฎหมายของประเทศที่สามบังคับแก่กรณีอาจก่อปัญหาแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ ไม่เข้าใจกฎหมายของประเทศที่สาม อันนับเป็นความเท่าเทียมในทางความไม่สะดวก ในกรณีที่คู่กรณีมาจากระบบกฎหมายที่อยู่ในสกุลเดียวกัน คือ คอมมอนลอว์หรือประมวลกฎหมายด้วยกัน การเลือกกฎหมายของประเทศที่อยู่ในสกุลเดียวกับคู่กรณีก็อาจจะทำให้คู่กรณีเข้าใจกฎหมายที่ตนเลือกได้ ดังนั้นในกรณีที่คู่กรณีมาจากระบบกฎหมายต่างสกุลก็ต้องไปเลือกกฎหมายในสกุลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นผลของอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าของฝ่ายหนึ่ง หากคู่กรณีมีอำนาจต่อรองกำลังกันก็อาจไปเลือกกฎหมายสกุลที่สาม ซึ่งเข้ากรณีความเสมอภาคในความไม่สะดวก” ใน พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, “รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 74-75.

4.1.2 หลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

การยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศ หมายถึง การที่ศาลของประเทศที่ได้รับคำร้องขอทำการยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศโดยไม่ต้องมีการบังคับ ส่วนการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ หมายถึง การที่ศาลที่ได้รับคำร้องขอต้องดำเนินการในการบังคับตามหลักเกณฑ์ของศาลนั้นเพื่อให้คำพิพากษาของศาลต่างประเทศบังเกิดผล²⁹ ประเทศต่าง ๆ จะให้การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในรูปแบบที่หลากหลายกันไป แต่มีแนวปฏิบัติสากลเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศคือ

(1) ศาลต่างประเทศนั้นต้องมีอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี (Competent Jurisdiction) ซึ่งต้องพิจารณาอำนาจศาลตามความหมายและขอบเขตในทางระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เนื่องจากหากศาลที่มีคำพิพากษานั้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายภายในของตน แต่ศาลนั้นไม่มีอำนาจพิจารณาคดีตามหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศที่จะมีการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาแล้ว ศาลของประเทศที่ได้รับคำร้องขอก็จะไม่ยอมรับรองและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นไป³⁰

(2) คำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นจะต้องถึงที่สุดและเด็ดขาด

(3) ในกรณีที่เป็นการพิพากษาศาลต่างประเทศที่เกี่ยวกับหนี้เนื้อบุคคล (Foreign Judgment in personam) คำพิพากษานั้นต้องกำหนดให้ชำระหนี้เงินเป็นจำนวนที่แน่นอน (Fixed Sum)³¹

²⁹ A.W. Scott, **Private International Law, Conflict of Laws**, (Plymouth : Macdonald&Evans,1979), p.101 อ้างถึงใน จันตรี สินศุภฤกษ์, “การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 15.

³⁰ P.M. North and J.J.Fawcett, **Cheshire and North’s Private International Law**, Twelfth edition (London : Butterworth, 1992), p.633.

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 53-109. ; บันลือ คงจันทร์, “การรับรองและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในประเทศกลุ่มลอร์เอเชีย,” **วารสารนิติศาสตร์** ปีที่ 12 ฉบับที่ 4 : 91-92. ; ภิญโญ พิณยนิติศาสตร์, **คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล**, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 33. ; ศรีวิสารวาจา, **พันธะพระยา, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล** ใน **หนังสืออนุสรณ์ในการพระราชทานเพลิงศพพันเอกพระยาศรีวิสารวาจา** วันที่ 8 มิถุนายน 2511 (พระนคร : เทพศรีหริสทนายความ, 2511), หน้า 117.

อย่างไรก็ดี ศาลที่ได้รับการร้องขอให้ยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นอาจอ้างเหตุต่อไปนี้ในการปฏิเสธที่จะยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) คำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นได้มาโดยการฉ้อฉล (Fraud)
- (2) การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นเป็นกรณีที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย (Contrary to Public Order or Public Policy)
- (3) การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นจะเป็นการขัดต่อหลักแห่งความยุติธรรม (Contrary to Natural Justice)³²

วิธีการรับรู้ผลของคำพิพากษาของศาลต่างประเทศที่ประเทศทั้งหลายยึดถืออยู่อาจจำแนกได้ 4 วิธี³³ กล่าวคือ

ก) ศาลที่ได้รับคำร้องขอให้ยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้นจะบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศให้มีผลเช่นเดียวกันกับคำพิพากษาของตน ระบบนี้มีใช้อยู่ในประเทศอิตาลี และประเทศโปรตุเกส เป็นต้น

ข) คำพิพากษาของศาลต่างประเทศอาจมีผลในอีกประเทศหนึ่งได้หากพิจารณาแล้วเห็นว่า คำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายหรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยศาลในประเทศที่ได้รับคำร้องขอให้ยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศจะออกหมายบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้น แต่หากพิจารณาแล้วเห็นว่า คำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้นมิได้เป็นไปโดยเที่ยงธรรมหรือขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศที่ได้รับการร้องขอให้ยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษา หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลของประเทศที่ได้รับการร้องขอให้ยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศอาจพิจารณาคดีนั้นใหม่อีกได้ ประเทศที่ใช้ระบบนี้ได้แก่ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นต้น

ค) ศาลของประเทศที่ได้รับการร้องขอให้ยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศจะยอมรับออกหมายบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศโดยหลักอรรถยาศัย

³² จันตรี สีนสุกฤกษ์, “การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ,” หน้า 114-135.

³³ เรียบเรียงจาก กมล สนธิเกษตริณ, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 308-309. ; คณิง ภาไชย, “การขัดกันแห่งกฎหมาย,” วารสารอัยการ ปีที่ 7 ฉบับที่ 75 (มีนาคม 2527) : 30. ; ศรีวิสารวาจา, พันเอกพระยา, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 116.

ไมตรีระหว่างประเทศ หรือหลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติตอบแทนระหว่างกัน ประเทศที่ใช้ระบบนี้ได้แก่ ประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมัน เป็นต้น

ง) ศาลของประเทศที่ได้รับคำร้องขอให้ยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศจะให้การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศโดยถือว่าคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเป็นหลักฐานแห่งกำเนิดของหนี้หรือเป็นหลักฐานแห่งหนี้เดิมที่เป็นมูลได้เดียวกันเท่านั้น คู่ความซึ่งต้องการให้ศาลยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศจะต้องมาฟ้องเป็นคดีขึ้นใหม่ โดยโจทก์อาจอ้างคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเป็นหลักฐานแห่งหนี้ที่ฟ้องกันนั้นได้ ประเทศที่ใช้ระบบนี้ได้แก่ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศไทย เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยนั้นยังไม่มีข้อตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศกับประเทศใดโดยเฉพาะ มีเพียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 585/2461 กล่าวถึงหลักเกณฑ์การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศไว้ว่า “เรื่องนี้ (การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ) เป็นปัญหาในกฎหมายนานาประเทศ (กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล) อันมีหลักอยู่ว่า โดยความเคารพต่อกันและกัน ในระหว่างนานาประเทศทั้งหลาย ประเทศหนึ่งจะยอมรับบังคับบัญชาถือตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมในอีกประเทศหนึ่งเหมือนอย่างว่าจำนวนเงินตามคำพิพากษานั้นเป็นหนี้สินเกี่ยวค้างกันอยู่ อันจะยอมให้นำมาฟ้องร้องกันได้ ดังนั้นคำพิพากษาของศาลในเมืองต่างประเทศนั้น ศาลสยามอาจยอมรับบังคับบัญชาและดำเนินตามเหมือนอย่างว่าจำนวนเงินในคำพิพากษาเป็นหนี้สินเกี่ยวค้างกันอยู่ แต่ต้องเป็นคำพิพากษาของศาลซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีนั้นได้ และต้องเป็นคำพิพากษาที่ได้วินิจฉัยถึงมูลคดีข้อพิพาทในระหว่างคู่ความสำเร็จเด็ดขาด จะรื้อถอนขึ้นโต้แย้งในศาลนั้นอีกไม่ได้” ในกรณีนี้ไม่ถือเป็นการฟ้องซ้ำหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีซ้ำตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแต่อย่างใด เนื่องจากพระยาเทพวิฑูรพหุสสุตาบดีได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาคดีเดียวกันนี้ว่า “ถึงแม้โจทก์จะได้นำคดีฟ้องร้องยังศาลในประเทศหนึ่งแล้วก็ดี ถ้าจำเลยยังมีได้ชำระหนี้สินให้เสร็จแล้ว โจทก์มีอำนาจที่จะนำคดีนั้นฟ้องร้องยังศาลในอีกประเทศหนึ่งได้ เมื่อจำเลยเข้ามาอยู่ในอำนาจของศาลนั้น”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 585/2461 วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศไว้ดังนี้

1. ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลซึ่งถือหลักความเคารพต่อกันและกันระหว่างประเทศ ประเทศหนึ่งจะยอมรับบังคับบัญชาตามคำพิพากษาของศาลในอีก

ประเทศหนึ่งเสมือนดังว่าจำนวนเงินที่เป็นหนี้เกี่ยวข้องกันอยู่ตามคำพิพากษานั้นเป็นหนี้อันจะยอมให้นำมาฟ้องร้องกันได้

2. ศาลต่างประเทศที่พิพากษาคดีที่คู่ความนำมาอ้างนั้นต้องเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้น

3. คำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้นต้องเป็นคำพิพากษาที่เสร็จเด็ดขาดที่ได้วินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีนั้นแล้ว ซึ่งคำพิพากษาคดีนี้จะนำไปรื้อร้องฟ้องกันอีกไม่ได้ ฉะนั้นถ้าคำพิพากษาใดยังไม่เป็นอันเสร็จเด็ดขาด คือคู่ความอาจดำเนินการใด ๆ ขอให้ศาลที่มีคำพิพากษาไปแล้วนั้นยกเลิกพิพากษาคดีนั้นเสีย หรือขอให้มีการสั่งใหม่ในเรื่องนั้นได้แล้ว คำพิพากษาเช่นนั้นไม่ถือว่าเป็นคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดอันจะฟังเป็นยุติว่า ฝ่ายที่แพ้คดีเป็นหนี้สินหรือมีความรับผิดชอบต่อฝ่ายชนะคดี³⁴

แนวความคิดและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศมีความสัมพันธ์กับการยอมรับและบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศ ทั้งนี้เพราะในปัจจุบันนี้การพัฒนาทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศเจริญรุดหน้ามาก นักธุรกิจสามารถทำความตกลงทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศได้อย่างรวดเร็ว ทำให้เกิดข้อพิพาททางการค้าการพาณิชย์ระหว่างประเทศเพิ่มมากขึ้น และมีความจำเป็นต้องมีวิธีการตกลงระงับข้อพิพาทที่รวดเร็วและประหยัดค่าใช้จ่าย และเมื่อได้รับคำตัดสินชี้ขาดของศาลในประเทศหนึ่งแล้วก็สามารถจะนำคำตัดสินชี้ขาดนั้นไปขอให้ศาลในประเทศอื่น ๆ ให้การรับรองและบังคับ

ตามได้โดยง่าย สะดวก และรวดเร็ว โดยไม่ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงในข้อสาระสำคัญ³⁵ ดังนั้นหลักเกณฑ์การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศจึงมีผลต่อการพิจารณาขอบเขตการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เนื่องจากหากศาลไทยมิได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยอมรับและบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศให้สอดคล้องกับแนวปฏิบัติสากลเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศแล้ว คำพิพากษาของศาลไทยอาจถูกปฏิเสธจากศาลต่างประเทศที่จะยอมรับและบังคับให้ เนื่องจากเป็นคำพิพากษาที่ได้มาโดยศาลซึ่งไม่มีอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น กรณีอาจกลายเป็นว่า กระบวนพิจารณาคดีที่ดำเนินการในศาลไทยเป็นการสูญเปล่า ในกรณีกลับกันหากศาลไทย

³⁴ กมล สนธิเกษตริณ, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 310.

³⁵ บันลือ คงจันทร์, “การรับรองและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในประเทศกลุ่มลิวเอเซีย,” : 95.

ยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยไม่มีขอบเขตจำกัด
คู่ความอาจประสบปัญหาในการนำคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ (ซึ่งเป็นศาลของ
ประเทศที่ได้กำหนดไว้ในข้อสัญญาฉบับข้อพิพาทให้เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา
คดีได้) ไปขอให้ศาลในประเทศอื่นรวมทั้งศาลไทยยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาล
ต่างประเทศนั้นได้ เนื่องจากอาจเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือขัดต่อหลักแห่งความ
ยุติธรรมก็เป็นได้

4.1.3 การนำหลัก *forum non conveniens* มาคัดค้านศาลตามข้อตกลง

ในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศซึ่งเป็นคดีที่มีองค์ประกอบต่างประเทศเข้าเกี่ยวข้อง สถานที่ที่ระงับข้อพิพาทในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศจะเป็นสถานที่ที่ระงับข้อพิพาทประเภทใด หรือจะเป็นศาลของประเทศใดนั้นส่งผลกระทบต่อประโยชน์ได้เสียของกลุ่มกรณีแตกต่างกัน ในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ นักธุรกิจหรือนักลงทุนระหว่างประเทศจะนิยมนำข้อสัญญา ระงับข้อพิพาทอันเกิดขึ้นหรือเนื่องจากสัญญานั้นไว้ล่วงหน้า โดยอาจพิจารณาเลือกกระหว่างศาล ในประเทศใดประเทศหนึ่งที่มีเขตอำนาจและให้ประโยชน์แก่ฝ่ายตนได้มากที่สุดหรือ อนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ อันเป็นแนวความคิดเรื่องการเลือกสถานที่ที่ระงับข้อพิพาทหรือ *Forum Shopping* ซึ่งเกิดขึ้นควบคู่กับหลักเรื่อง *forum non conveniens* และหลักเรื่อง *lis alibi pendens* หลักการและเหตุผลของหลักกฎหมายเหล่านี้เป็นไปบนพื้นฐานของความพยายามที่จะค้นหา ศาลที่เหมาะสมที่สุดที่จะพิจารณาคดี เพื่อคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของกลุ่มความและเพื่อประโยชน์ แห่งความยุติธรรมนั่นเอง³⁷

หลัก *forum non conveniens* เป็นหลักกฎหมายต่างประเทศ ที่นิยมใช้ในประเทศ กลุ่มคอมมอนลอร์ หมายถึง การขอให้ศาลในประเทศที่รับฟ้องไว้แล้วจำหน่ายคดีเนื่องจากมีศาล ในประเทศอื่นซึ่งมีเขตอำนาจในคดีเดียวกันและมีความเหมาะสมที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนี้มากกว่า³⁸ หลักกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นการใช้อำนาจทั่วไปของศาลในการใช้ดุลพินิจปฏิเสธอำนาจการ พิจารณาคดีในศาลของตนบนพื้นฐานว่า ศาลที่เหมาะสมที่จะพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวคือ ศาลต่างประเทศ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ศาลท้องถิ่นนั้นไม่มีความเหมาะสมที่จะพิจารณาพิพากษา คดีเช่นนั้น³⁹

³⁷ พรชัย วิวัฒน์ภัทรกุล, “เปรียบเทียบหลักกฎหมายขัดกันของอังกฤษกับไทยว่าด้วยเขต อำนาจศาลในการรับพิจารณาคดีแพ่ง : ศาลไทยควรมีแนวนโยบายอย่างไรหรือไม่ใน การรับ พิจารณาคดีแพ่งซึ่งมูลคดีมิได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักร และจำเลยไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรใน ขณะเริ่มกระบวนการวิธีพิจารณา,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 24 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2537) : 867.

³⁸ วิชัย อริยะนันท์ทกะ, “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ”, หน้า 341. ; David McClean, *The Conflict of Laws*, Fifth edition (London : Sweet&Maxwell Ltd., 2000), p.117.

³⁹ J.J. Fawcett, “General Report” in *Declining Jurisdiction in Private International Law* (Oxford : Clarendon Press, 1995), p.10.

ประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์โดยมากยึดถือหลัก *forum non conveniens* ในการใช้ดุลพินิจปฏิเสธอำนาจการพิจารณาคดีในศาลของตน เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศแคนาดา ประเทศอิสราเอล และประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น สำหรับประเทศในกลุ่มกฎหมายซีวิลลอว์แม้จะไม่นำหลัก *forum non conveniens* มาใช้บังคับโดยตรง แต่บางประเทศก็มีหลักการพิจารณาเขตอำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจปฏิเสธอำนาจการพิจารณาคดีในศาลของตนคล้ายคลึงกันกับหลัก *forum non conveniens* เช่น ประเทศญี่ปุ่น ซึ่งใช้หลักพฤติการณ์พิเศษ (*Special circumstance*) ประเทศในกลุ่มกฎหมายซีวิลลอว์ส่วนใหญ่ เช่น ประเทศเบลเยียม ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ประเทศกรีซ และประเทศเนเธอร์แลนด์ เป็นต้น ไม่มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจปฏิเสธอำนาจการพิจารณาคดีในศาลของตนดังเช่นหลัก *Forum non conveniens* เช่นเดียวกันกับประเทศในกลุ่มสแกนดิเนเวีย เช่น ประเทศฟินแลนด์ เป็นต้น หรือประเทศในกลุ่มละตินอเมริกา เช่น ประเทศอาร์เจนตินา เป็นต้น⁴⁰

สำหรับประเทศอังกฤษ นักกฎหมายอังกฤษมีความเห็นและทิศทางการใช้หลักการและเหตุผลที่จำเลยจะยกขึ้นอ้างคัดค้านอำนาจศาลในการพิจารณาคดีของศาลอังกฤษซึ่งโจทก์กล่าวอ้างโดยการเสนอคำฟ้องต่อศาลอังกฤษ และจำเลยขอให้ศาลอังกฤษจำหน่ายคดีหรือปฏิเสธเขตอำนาจการพิจารณาคดีที่โจทก์เสนอคำฟ้องแตกต่างกัน⁴¹ แรกทีเดียวศาลสูงสุดของประเทศอังกฤษวางหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจในการจำหน่ายคดีที่กำลังพิจารณาอยู่ในศาลอังกฤษในกรณีที่จำเลยสามารถแสดงข้อเท็จจริงให้ปรากฏแก่ศาลอังกฤษว่า การพิจารณาคดีนั้นต่อไปในศาลอังกฤษจะสร้างความไม่เป็นธรรมให้แก่จำเลย เพราะการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีนั้นในศาลอังกฤษสร้างความกดดันและแรงบีบบังคับและจำเลยอาจถูกกระทำโดยเจตนามุ่งร้ายและปราศจากเหตุอันเป็นไปได้จากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลอังกฤษ หรืออาจมีการใช้อำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในทางไม่ชอบโดยเหตุอื่นใด (*oppressive or vexatious of abuse of the process of the court*) ทั้งจำเลยต้องแสดงข้อเท็จจริงให้ปรากฏต่อศาลอังกฤษด้วยว่า การงดการพิจารณาคดีนั้นในศาลอังกฤษไม่เป็นการสร้างความไม่เป็นธรรมในการดำเนินคดีต่อโจทก์แต่อย่างใด⁴² ต่อมา

⁴⁰ Ibid., pp.10-11.

⁴¹ P.M. North and J.J. Fawcett, *Cheshire & North's Private International Law*, Twelfth edition (London : Butterworths, 19920, pp.208, 224.

⁴² *St. Pierre v. South American Stores Ltd.* [1936] 1 K.B. 362 at 398, *The Atlantic Star* [1974] A.C. 436, *MacShannon v. Rockware Glass Ltd.* [1978] A.C. 795.

ศาลสูงสุดของประเทศอังกฤษได้พัฒนาหลักเกณฑ์การนำหลัก forum non conveniens มาใช้ ประกอบดุลพินิจในการจำหน่ายคดีที่กำลังพิจารณาอยู่ในศาลอังกฤษว่า ศาลจะอนุญาตให้จำหน่ายคดีที่พิจารณาอยู่ในศาลอังกฤษตามหลัก forum non conveniens ต่อเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงเป็นที่พอใจแก่ศาลอังกฤษว่า ยังมีศาลในประเทศอื่นที่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีนี้ และศาลต่างประเทศนั้นมีความเหมาะสมที่จะเป็นผู้พิจารณาคดีนี้ยิ่งกว่าศาลอังกฤษ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของคู่ความทุกฝ่ายและเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม โดยการพิจารณาแบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน กล่าวคือ ขั้นตอนแรก จำเลยผู้กล่าวอ้างว่าศาลอังกฤษควรจำหน่ายคดีนั้นมีภาระการพิสูจน์ให้ข้อเท็จจริงปรากฏชัดว่ายังมีศาลในประเทศอื่นอีกที่มีความเหมาะสมที่จะพิจารณาคดีดังกล่าวยิ่งกว่าศาลอังกฤษ หากจำเลยไม่สามารถแสดงข้อเท็จจริงให้ปรากฏดังกล่าว ศาลอังกฤษมีสิทธิที่จะปฏิเสธคำขอของจำเลยได้ ต่อมาขั้นตอนที่สอง เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงชัดเจนแล้วว่า ศาลต่างประเทศมีความเหมาะสมในการพิจารณาคดีดังกล่าวยิ่งกว่าศาลอังกฤษ โจทก์กลับมีภาระการพิสูจน์ให้ศาลอังกฤษเห็นว่า มีกรณีเหตุแห่งความยุติธรรมอื่นใดที่แสดงว่าศาลอังกฤษไม่ควรอนุญาตตามคำขอของจำเลย ในกรณีเช่นนี้ศาลจะต้องพิจารณาเปรียบเทียบปัจจัยต่าง ๆ เช่น ความสะดวกของพยาน กฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี ที่อยู่ของคู่ความ ที่ทำการงานของคู่ความ รวมทั้งความได้เปรียบเสียเปรียบของโจทก์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลอังกฤษที่โจทก์เลือกฟ้องไว้⁴³

ในการศึกษาแนวทางการปรับใช้หลัก forum non conveniens จากคำพิพากษาของศาลอังกฤษ พบว่า ศาลอังกฤษปรับใช้หลัก forum non conveniens เพื่อค้นหาศาลที่เหมาะสมที่สุดที่จะพิจารณาพิพากษาคดี อันเป็นศาลที่สามารถให้ความยุติธรรมแก่คู่ความได้ดี สะดวก รวดเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีไม่มาก ทั้งต้องไม่เป็นการรุกรอนสิทธิประโยชน์หรือข้อได้เปรียบโดยชอบที่โจทก์พึงได้รับในการดำเนินคดี แนวทางการปรับใช้หลัก forum non conveniens ในศาลอังกฤษเพื่อบรรลุดังกล่าวแบ่งออกเป็น 3 แนวทาง⁴⁴ คือ

แนวทางที่หนึ่ง คือ การพิจารณาองค์ประกอบทั้งหลายเพื่อหาข้อสรุปว่า โจทก์นำคดีมาฟ้องที่ศาลอังกฤษในลักษณะที่เป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบ โดยมุ่งที่จะก่อความหรือสร้างภาระให้จำเลยจนเกินสมควร โดยใช้กระบวนการทางศาลเป็นเครื่องมือหรือไม่ และการยับยั้งกระบวนการวิธี

⁴³ Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd. [1987] A.C. 460.

⁴⁴ พรชัย วิวัฒน์ภทกุล, “เปรียบเทียบหลักกฎหมายขัดกันของอังกฤษกับไทยว่าด้วยเขตอำนาจศาลในการรับพิจารณาคดีแพ่ง : ศาลไทยควรมีแนวนโยบายอย่างไรหรือไม่ในการรับพิจารณาคดีแพ่งซึ่งมูลคดีมิได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักร และจำเลยไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรในขณะที่เริ่มกระบวนการวิธีพิจารณา,” : 868-869.

พิจารณาที่โจทก์เริ่มต้นไว้แล้วในศาลอังกฤษจะเป็นความยุติธรรมแก่โจทก์หรือไม่⁴⁵ แต่แนวทางนี้ ผู้พิพากษาส่วนใหญ่ไม่ถือปฏิบัติตาม

แนวทางที่สอง คือ การพิจารณาองค์ประกอบของการพิจารณาคดีต่าง ๆ เพื่อให้ทราบแน่ชัดว่า โจทก์พึงได้รับข้อได้เปรียบอันใดในการดำเนินคดีในศาลอังกฤษ และจำเลยจะต้องเสียเปรียบอย่างใดบ้าง แล้วศาลจึงค่อยตัดสินใจว่าควรจะให้ฝ่ายโจทก์ดำเนินคดีในศาลอังกฤษต่อไปหรือไม่ แนวทางนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ⁴⁶

แนวทางที่สาม คือ ศาลจะพิจารณาองค์ประกอบของการพิจารณาคดีเพื่อหาข้อสรุปว่า โจทก์สามารถฟ้องคดีในศาลประเทศอื่นได้หรือไม่ ถ้าได้และถ้าต้องถูกบังคับให้ไปฟ้องที่ศาลอื่นนั้นแล้ว จะเป็นการทำให้โจทก์หมดโอกาสที่จะได้รับประโยชน์จากข้อได้เปรียบทั้งในทางสิทธิส่วนบุคคลและข้อกฎหมายซึ่งโจทก์ควรจะได้รับจากการดำเนินคดีในศาลอังกฤษหรือไม่ การจะบรรลุวัตถุประสงค์ตามแนวทางนี้ ผู้พิพากษาจะต้องประเมินข้อได้เปรียบและข้อเสียเปรียบของกลไกต่าง ๆ ในแต่ละระบบกฎหมาย ซึ่งเป็นเรื่องซับซ้อนและยากที่จะประเมินได้ เช่น การประเมินหาข้อดีและข้อเสียของการสืบและชักค้ำพยานในกระบวนการพิจารณาระบบกล่าวหาของอังกฤษ เปรียบเทียบกับข้อดีและข้อเสียของการสืบพยานโดยศาลในวิธีพิจารณาคดีระบบไต่สวนของระบบกฎหมายในศาลของประเทศอื่น หรือการเปรียบเทียบข้อดีและข้อเสียของบทบังคับเกี่ยวกับการเปิดเผยพยานหลักฐานต่อกันระหว่างคู่ความก่อนการชี้สองสถานในกระบวนการวิธีพิจารณาแบบอังกฤษ (pretrial discovery) กับโอกาสที่จะได้รับค่าเสียหายในวงเงินที่สูงกว่าในศาลของประเทศอื่น หรือความสะดวกที่โจทก์ได้รับเมื่อฟ้องคดีต่อศาลในประเทศที่ตนเองพำนักอยู่เมื่อเทียบกับศาลในประเทศที่พยานหลักฐานสำคัญส่วนมากของคดีตั้งอยู่หรืออาศัยอยู่ เป็นต้น

⁴⁵ St. Pierre v. South American Stores (1936) 1 KB 382 at 389

⁴⁶ McShannon v. Rockware Glass (1978) AC 795

ปัจจัยที่ศาลอังกฤษใช้ในการพิจารณาว่าศาลใดเป็นศาลที่เหมาะสมและอำนวยความสะดวกให้แก่คู่ความได้อย่างเป็นธรรมที่สุด ศาลอังกฤษจะคำนึงถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้อง (Relevant factors) ดังต่อไปนี้⁴⁷

1) กฎหมายที่ใช้แก่คดี (applicable law) หากกฎหมายที่จะพึงปรับใช้แก่ข้อพิพาทในคดีนั้นเป็นกฎหมายอังกฤษ และในคดีนี้ถือเอากฎหมายที่ใช้แก่คดีเป็นปัจจัยสำคัญแล้ว ถือว่าศาลอังกฤษเป็นศาลที่เหมาะสมและอำนวยความสะดวกให้แก่คู่ความได้อย่างเป็นธรรมที่สุด เพราะศาลอังกฤษย่อมเข้าใจและปรับใช้กฎหมายอังกฤษในดีที่สุด ตัวอย่างเช่น คดี *Banco Atlantico SA v. British Bank for the Middle East*⁴⁸ ศาลอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยกลับคำตัดสินของศาลชั้นต้นซึ่งยอมงดการพิจารณาคดีในศาลอังกฤษและอนุญาตให้พิจารณาคดีนี้ที่ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาสำหรับเอมิเรตส์ ด้วยเหตุผลว่า ถ้าพิจารณาคดีที่ศาลอังกฤษ ศาลอังกฤษจะเลือกใช้กฎหมายสเปนกันคดีนี้ แต่ถ้าพิจารณาคดีนี้ที่ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาสำหรับเอมิเรตส์แล้ว ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาสำหรับเอมิเรตส์ จะใช้กฎหมายของตนเองในการพิจารณาคดีนั้นและตามกฎหมายดังกล่าว โจทก์จะไม่มีโอกาสชนะคดีนี้ได้เลย ในกรณีนี้จึงถือว่าศาลอังกฤษเป็นศาลที่เหมาะสมและอำนวยความสะดวกให้แก่คู่ความได้อย่างเป็นธรรมที่สุด หรือในคดี *Charm Maritime Inc v. Kyriakou and Mathias*⁴⁹ ศาลอุทธรณ์ในประเทศอังกฤษไม่มั่นใจว่าศาลในประเทศกรีซจะใช้กฎหมายเรื่องทรัพย์สินของอังกฤษไปในแนวทางใด เพราะในประเทศกรีซไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องทรัพย์สิน ถึงแม้ว่าโจทก์และจำเลยที่ 1 จะเป็นคนสัญชาติกรีกก็ตาม แต่จำเลยที่ 2 ไม่ใช่คนสัญชาติกรีก ดังนั้นศาลอังกฤษเห็นว่า ศาลอังกฤษจะบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องทรัพย์สินได้ชัดเจนและถูกต้องกว่าศาลในประเทศกรีซ จึงถือว่าศาลอังกฤษเป็นศาลที่เหมาะสมและอำนวยความสะดวกให้แก่คู่ความได้อย่างเป็นธรรมที่สุด ตัวอย่างสุดท้ายคือคดี *Du Pont v. Agnew*⁵⁰ คดีนี้เป็นกรณีที่บริษัท Du Pont แห่งมลรัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา

⁴⁷ เรียบเรียงจาก พรชัย วิวัฒน์ภัทรกุล, “เปรียบเทียบหลักกฎหมายขัดกันของอังกฤษกับไทย ว่าด้วยเขตอำนาจศาลในการรับพิจารณาคดีแพ่ง : ศาลไทยควรมีแนวนโยบายอย่างไรหรือไม่ในการรับพิจารณาคดีแพ่งซึ่งมูลคดีมิได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักร และจำเลยไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรในขณะที่เริ่มกระบวนการพิจารณา,” : 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 & North’s Private International Law*, pp.206-224.

⁴⁸ [1990] 2 Lloyd’s Rep. 504.

⁴⁹ [1987] 1 Lloyd’s Rep. 433.

⁵⁰ [1987] 2 Lloyd’s Rep. 585.

ฟ้องจำเลยซึ่งเป็นบริษัทประกันและเป็นบริษัทอเมริกันเพื่อเรียกเอาเงินที่ตนจ่ายชดเชยค่าเสียหายให้แก่ Mr.Chelos ซึ่งกินยาของตนไปแล้วถูกตัดขาในมลรัฐอิลลินอยส์ ประเทศสหรัฐอเมริกา โจทก์ฟ้องคดีนี้ยังศาลอังกฤษ เพราะตามกฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์ 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) การดำเนินคดีซึ่งกำลังค้างพิจารณาคดีในศาลประเทศอื่น (Litigation is pending elsewhere) ในกรณีที่ศาลตั้งแต่สองศาลขึ้นไปต้องพิจารณาคดีเรื่องเดียวกันที่มีคู่ความรายเดียวกันตามแนวนโยบายทางกฎหมาย (The policy of law) จะต้องมีการพิจารณาคดีเพียงครั้งเดียวในศาลซึ่งเหมาะสมที่สุด เพราะหากปล่อยให้มีการดำเนินคดีกันไปทั้งสองศาลแล้วคำตัดสินของศาลสองศาลนั้นขัดแย้งกัน ศาลหนึ่งอาจรีบตัดสินคดีในศาลของตนให้เสร็จก่อนการพิจารณาคดีในอีกศาลหนึ่งเพื่อสร้างหลัก *res judicata* หรือกฎหมายปิดปากในคดีเหล่านั้นเอง ดังนั้นหากคดีที่มีการพิจารณาอยู่ในศาลอังกฤษ จำเลยร้องขอว่ามีศาลของประเทศอื่นซึ่งกำลังพิจารณาคดีเช่นนั้นอยู่เป็นศาลที่เหมาะสมที่จะพิจารณาคดีนั้นยิ่งกว่าศาลอังกฤษ หากศาลของประเทศอื่นเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีก่อนศาลอังกฤษแล้ว ศาลอังกฤษมีแนวโน้มที่จะงดการพิจารณาคดีในศาลอังกฤษ เพื่อให้คู่ความไปต่อสู้คดีกันที่ศาลของประเทศอื่นเพียงศาลเดียว ตัวอย่างเช่น คดี *Cleveland Museum of Art v. Capricorn Art*⁵¹ ซึ่งผู้พิพากษาซึ่งพิจารณาคดีนี้ในศาลอังกฤษยอมงดการพิจารณาคดีที่ศาลอังกฤษและให้คู่ความไปดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีนี้ที่ศาลมลรัฐโอไฮโอ (Ohio) แทน เพราะคดีที่ศาลมลรัฐโอไฮโอเริ่มพิจารณาก่อนคดีที่ศาลอังกฤษถึง 18 เดือน หากไม่งดการพิจารณาที่ศาลอังกฤษก็จะเป็นเหตุให้คู่ความและศาลมลรัฐโอไฮโอต้องสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการ

⁵¹ [1990] 2 Lloyd's Rep. 166.

พิจารณาคดีซึ่งได้กระทำไปแล้ว หากพิจารณาคดีที่ศาลอังกฤษต่อไปก็จำเป็นต้องใช้เวลาอีกสักระยะจึงจะพิพากษาคดี นอกจากนี้การนำสืบพยานหลักฐานในศาลมลรัฐ โอไฮโอจะเป็นการสะดวกกว่าการนำพยานหลักฐานมาสืบที่ศาลอังกฤษ ทั้งกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องสัญญาผู้ซึ่งเป็นมูลคดีที่พิพาทกันของมลรัฐ โอไฮโอก็เป็นกฎหมายในที่เหมาะสม ในขณะที่ศาลอังกฤษมีข้อได้เปรียบเพียงจำเลยที่ 2 มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศอังกฤษเท่านั้น เมื่อพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ประกอบกันแล้ว ศาลมลรัฐ โอไฮโอจึงเป็นศาลที่เหมาะสมกว่าศาลอังกฤษ

3) ความสะดวกของพยาน (Convenience of witness) โดยปกติศาลอังกฤษจะไม่ยึดเอาปัจจัยนี้เป็นปัจจัยที่มีน้ำหนักหรือมีความสำคัญในลำดับต้น ๆ แต่จะพิจารณาปัจจัยนี้เป็นปัจจัยประกอบกับปัจจัยอื่น ๆ อีก เช่น คดี *Evans Marshall & Co. v. Bertola S.A.*⁵² ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า โจทก์เป็นห้างขายเหล้าไวน์ในอังกฤษ โจทก์ทำสัญญากับจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นบริษัทสเปนและเป็นผู้ผลิตเหล้าไวน์สเปน จำเลยที่ 1 แต่งตั้งโจทก์เป็นตัวแทนจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวของจำเลยที่ 1 ในเขตแดนประเทศอังกฤษสำหรับสินค้าเหล้าประเภทเชอร์รี่ โดยมีข้อสัญญากำหนดให้ยุติข้อพิพาทใด ๆ ตามสัญญานี้ในศาลอังกฤษ ต่อมาจำเลยที่ 1 ทำสัญญาแต่งตั้งจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นบริษัทอังกฤษบริษัทหนึ่งเป็นตัวแทนจำหน่ายสินค้าของจำเลยที่ 1 โจทก์ขอหมายห้ามมิให้จำเลยที่ 1 กระทำการผิดสัญญา ศาลอนุญาตให้ส่งหมายถึงจำเลยที่ 1 นอกเขตศาลอังกฤษ และดำเนินคดีนี้ในศาลอังกฤษต่อไป โดยศาลอังกฤษเห็นว่า มีองค์ประกอบหลายประการที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจศาลอังกฤษอย่างใกล้ชิด องค์ประกอบเรื่องความสะดวกของพยานก็เป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาว่า ศาลอังกฤษเป็นศาลที่เหมาะสมที่สุดในการพิจารณาคดีเช่นนี้ เนื่องจากพยานปากสำคัญ ๆ ในคดีนี้ล้วนแต่เป็นคนอังกฤษ นอกจากนี้ยังพิจารณาองค์ประกอบอื่นประกอบอีกด้วย เช่น มูลคดีเป็นเรื่องเกี่ยวกับการจำหน่ายสุราในประเทศอังกฤษ จำเลยที่ 2 เป็นคนในบังคับอังกฤษ ข้อหาในคำฟ้องข้อหนึ่งคือการร่วมกันทำละเมิดต่อโจทก์ และกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของศาลสเปนยืดเยื้อล่าช้ากว่าศาลอังกฤษมาก ทั้งศาลสเปนยังจะไม่ออกหมายฉุกเฉินให้การคุ้มครองสิทธิชั่วคราวในระหว่างกระบวนการพิจารณาอย่างเช่นที่ศาลอังกฤษจะให้ได้

ในกรณีที่พยานบุคคลพูดภาษาต่างประเทศและพยานเอกสารจำนวนมากเป็นภาษาดังกล่าว อาจเป็นปัจจัยที่มีอิทธิพลทำให้ศาลอังกฤษยอมงดการพิจารณาคดีในศาลอังกฤษ เช่น คดี

⁵² [1973] 1 All ER 992, [1973] 1 WLR 349.

Re Harrods (Buenos Aires) Ltd. (No 2) ในคดีนี้มีพยานบุคคลและพยานเอกสารจำนวนมากใช้ภาษาสเปน การพิจารณาคดีที่ศาลอังกฤษจะทำให้ต้องสิ้นเปลืองค่าแปลและเป็นภาระแก่ศาลมาก⁵³

4) ความสะดวกของคู่ความ (Convenience of the parties) ตามปกติแล้วปัจจัยเรื่องความสะดวกของคู่ความมักจะไม่ใช่ปัจจัยที่ศาลอังกฤษจะให้ความสำคัญมากนัก เนื่องจากคู่ความฝ่ายหนึ่งจะสะดวกในศาลประเทศหนึ่ง แต่คู่ความอีกฝ่ายก็จะสะดวกในศาลของอีกประเทศหนึ่ง แต่ในกรณีที่จำเลยถูกฟ้องในศาลประเทศที่จำเลยมีภูมิลำเนา จำเลยจะกล่าวอ้างว่าศาลนั้นเป็นศาลที่ไม่สะดวกต่อจำเลยนั้นย่อมเป็นข้ออ้างที่ฟังไม่ขึ้น

5) ความเกี่ยวพันที่แท้จริงและใกล้ชิดระหว่างศาลและข้อพิพาท (Real and close connection between the forum and the dispute) เช่น คดี Meadows v. ICI ผู้พิพากษาในคดีดังกล่าววินิจฉัยว่า ศาลในกรุงลอนดอนเป็นศาลที่มีความเกี่ยวพันที่แท้จริงและใกล้ชิดกับข้อพิพาทในคดี เนื่องจากคู่ความมีสถานที่ทำการงานอยู่ในกรุงลอนดอน และธุรกรรมส่วนใหญ่เกิดขึ้นที่นั่น เช่นเดียวกับคดี Morrison v. panic Link Ltd. ซึ่งผู้พิพากษาซึ่งพิจารณาคดีดังกล่าวเห็นว่าศาลในประเทศสก็อตแลนด์เป็นศาลที่มีความเกี่ยวพันที่แท้จริงและใกล้ชิดที่สุดกับมูลความแห่งคดี เพราะธุรกรรมส่วนใหญ่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ที่ประเทศสก็อตแลนด์นั่นเอง⁵⁴

6) การฟ้องคดีต่อคู่ความฝ่ายที่สามหรือกรณีที่ต้องฟ้องคดีกับจำเลยหลายคน ศาลอังกฤษจะให้ความสำคัญกับปัจจัยนี้หากศาลอังกฤษเห็นว่า โจทก์สามารถฟ้องคดีกับจำเลยทุกคนในศาลอังกฤษได้ หรือโจทก์สามารถเรียกให้บุคคลภายนอกเข้ามาเป็นคู่ความฝ่ายที่สามในคดีที่โจทก์เสนอคำฟ้องต่อศาลอังกฤษได้ ในขณะที่โจทก์ไม่สามารถจะทำเช่นนั้นได้ในศาลของประเทศอื่น กรณีเช่นนี้ศาลอังกฤษจะถือว่า ศาลอังกฤษเป็นศาลที่เหมาะสมที่สุดในการพิจารณาคดีเช่นนั้น

7) ค่าใช้จ่ายและเวลา ตัวอย่างเช่น ในคดี Irish Shipping Ltd. v. Commercial Union⁵⁵ ศาลอังกฤษปฏิเสธที่จะงดการพิจารณาคดีในอังกฤษ แม้ศาลอังกฤษจะยอมรับว่าทั้งศาล

⁵³ Paul Beaumont, "Great Britain" in *Declining Jurisdiction in Private International Law*, p.217.

⁵⁴ Ibid., p.218.

⁵⁵ [1991] 2 QB 206.

อังกฤษและศาลเบลเยียมต่างก็เป็นศาลที่เหมาะสม เนื่องจากศาลอังกฤษเห็นว่า ศาลอังกฤษสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีได้เสร็จเร็วกว่าศาลเบลเยียมด้วยค่าใช้จ่ายที่น้อยกว่า เพราะกลไกของการดำเนินคดีตามระบบกฎหมายในประเทศเบลเยียมซับซ้อนกว่ากระบวนการพิจารณาคดีในศาลอังกฤษ

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

อย่างไรก็ตาม ศาลอังกฤษจะไม่พิจารณาเปรียบเทียบชื่อเสียงหรือความน่าเชื่อถือของระบบศาลของศาลอังกฤษกับศาลของอีกประเทศหนึ่งในการพิจารณาหาศาลที่เหมาะสมแก่การพิจารณาคดี ทั้งศาลอังกฤษจะไม่ให้ความสำคัญกับปัญหาการบังคับตามคำพิพากษาของศาลอังกฤษในศาลต่างประเทศอีกด้วย⁵⁶

ดังนั้นแม้คู่ความจะทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยกำหนดให้ยุติข้อพิพาทใด ๆ ตามสัญญาในศาลอังกฤษแล้ว โดยผลของหลัก *forum non conveniens* ในศาลอังกฤษ หากจำเลยยื่นคำขอให้ศาลอังกฤษงดการพิจารณาคดีดังกล่าวในศาลอังกฤษ จำเลยจะต้องแสดงข้อเท็จจริงให้เป็นที่พอใจแก่ศาลอังกฤษว่า ยังมีศาลในประเทศอื่นที่มีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีนี้ และศาลต่างประเทศนั้นเป็นศาลที่เหมาะสมและอำนวยความสะดวกให้แก่คู่ความได้อย่างเป็นธรรมที่สุดแล้ว ศาลอังกฤษจะพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น เพื่อค้นหาศาลที่เหมาะสมที่สุดในการพิจารณาคดีดังกล่าว เพื่อคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของคู่ความและเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

ในประเทศสกอตแลนด์ กฎหมายสกอตแลนด์มีลักษณะผสมผสานระหว่างระบบกฎหมายซีวิลลอว์และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เป้าหมายของหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลมีอยู่เพียงประการเดียว คือ การค้นหาศาลที่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีได้โดยสะดวก รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพมากที่สุด ตัวอย่างเช่น คดี *Societe du*

⁵⁶ พรชัย วิวัฒน์ภัทรกุล, “เปรียบเทียบหลักกฎหมายขัดกันของอังกฤษกับไทยว่าด้วยเขตอำนาจศาลในการรับพิจารณาคดีแพ่ง : ศาลไทยควรมีแนวนโยบายอย่างไรหรือไม่ในการรับพิจารณาคดีแพ่งซึ่งมูลคดีมิได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักร และจำเลยไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรในขณะที่เริ่มกระบวนการพิจารณา,” : 866.

Gaz ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า โจทก์ซึ่งเป็นบริษัทฝรั่งเศสยื่นฟ้องคดีต่อศาลสต็อกโฮล์ม กล่าวหาว่าจำเลย ซึ่งเป็นเจ้าของเรือสัญชาติฝรั่งเศสผิดสัญญาขนส่งเพราะทำให้สินค้าของโจทก์เสียหาย ศาลสต็อกโฮล์มอ้างเขตอำนาจศาลเหนือคดีนั้น โดยอาศัยหลักกฎหมายว่าด้วยการจับและยึดเรือที่เดินทางผ่านเมืองท่าสต็อกโฮล์ม จำเลยให้การต่อสู้คดีโดยปฏิเสธเขตอำนาจศาลเหนือคดีของศาลสต็อกโฮล์ม โดยอ้างเหตุผล 5 ประการ คือ (1) พยานหลักฐานส่วนใหญ่เป็นเอกสารภาษาฝรั่งเศส (2) พยานบุคคลชาวฝรั่งเศสไม่อยู่ในบังคับที่จะถูกเรียกตัวมาให้การเป็นพยานต่อศาลสต็อกโฮล์ม (3) คดีที่พิพาทกันนั้น ไม่มีประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวข้องกับกฎหมายสต็อกโฮล์มเลย (4) คดีโจทก์ขาดอายุความตามกฎหมายฝรั่งเศสแล้วแต่ยังไม่ขาดอายุความตามกฎหมายสต็อกโฮล์ม ทำให้จำเลยเสียเปรียบเพราะยกข้อต่อสู้ในศาลสต็อกโฮล์มไม่ได้ และ (5) ศาลสต็อกโฮล์มไม่ใช่ศาลที่เหมาะสมที่สุดสำหรับการวินิจฉัยประเด็นปัญหาในคดีซึ่งต้องใช้กฎหมายฝรั่งเศสบังคับแก่คดีนั้น ศาลสูงของสต็อกโฮล์มเห็นด้วยกับข้อโต้แย้งเรื่องเขตอำนาจศาลของจำเลย เพราะข้อกล่าวอ้างของจำเลยแสดงให้เห็นว่า มีศาลอื่นที่เหมาะสมสามารถวินิจฉัยคดีนี้ และให้ความยุติธรรมแก่คู่ความได้ดียิ่งกว่าศาลสต็อกโฮล์ม จึงวินิจฉัยยกฟ้องโจทก์⁵⁷

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลจะพิจารณาเปรียบเทียบกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลของคู่ความผู้ดำเนินคดีในศาล (private interest of litigants) เช่น ความเกี่ยวพันในเรื่องพยานหลักฐานที่จะต้องนำมาสืบพยานในศาลและความมีประสิทธิภาพของคำพิพากษาของศาลท้องถิ่น เป็นต้น และประโยชน์สาธารณะจากการดำเนินคดีในศาลท้องถิ่น (public interest of the forum State in hearing the case)⁵⁸ ประกอบกัน เพื่อค้นหาศาลที่เหมาะสมที่สุดในการพิจารณาคดี ในระดับศาลมลรัฐ แทบทุกมลรัฐยอมรับเอาหลัก *forum non conveniens* มาใช้ ยกเว้นมลรัฐเท็กซัส⁵⁹ โดยอาจมีพัฒนาการของการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในแต่ละมลรัฐแตกต่างกันไป ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า สิทธิการเลือกศาลของโจทก์ซึ่งเป็นชาวต่างประเทศควรได้รับการยึดถือตาม เว้นแต่จะมีเหตุผลอันหนักแน่นเพียงพอหักล้าง และศาลไม่ควรยกฟ้องโจทก์ เว้นแต่จะปรากฏข้อเท็จจริงแก่ศาลโดยชัดแจ้งว่ามีศาลอื่นที่จะพิจารณาคดีนี้ได้เหมาะสมกว่าสำหรับโจทก์ คำวินิจฉัยนี้ปรากฏในคดี *Holmes v. Syntex Laboratories, Inc.*⁶⁰ ในคดีนี้ โจทก์เป็นชาวอังกฤษนำ

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน : 870.

⁵⁸ David McClean, *The Conflict of Laws*, p.118.

⁵⁹ J.J. Fawcett, "General Report" in *Declining Jurisdiction in Private International Law*, p.14.

⁶⁰ 202 Cal. Rptr. 773 (Cal. Ct. App. 1984)

คดีมาฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยซึ่งเป็นชาวแคลิฟอร์เนียต่อศาลมลรัฐแคลิฟอร์เนีย จำเลยให้การต่อสู้ตามหลัก *forum non conveniens* ว่า ศาลที่เหมาะสมที่จะพิจารณาคดีนี้คือศาลอังกฤษ แต่ศาลอุทธรณ์ไม่เห็นว่าการศาลมลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นศาลที่ไม่เหมาะสมจะดำเนินคดีนี้ได้อย่างไร ในขณะที่เดียวกันศาลอังกฤษกลับเป็นศาลที่ไม่เหมาะสมที่จะพิจารณาคดีดังกล่าว เพราะศาลอังกฤษไม่ยอมรับการฟ้องคดี (a case of action) ในลักษณะการเรียกค่าเสียหายตามหลักความรับผิดโดยสิ้นเชิง (Strict liability) ทั้งบทบัญญัติในกฎหมายสารบัญญัติในศาลอังกฤษเป็นคุณแก่โจทก์น้อยกว่าการดำเนินคดีในศาลมลรัฐแคลิฟอร์เนีย⁶¹

ในระดับศาลสหรัฐ ศาลสูงสุดได้พัฒนาการปรับใช้หลัก *forum non conveniens* ในการปฏิเสธอำนาจการพิจารณาคดีในศาลสหรัฐเป็นลำดับ ตัวอย่างคำพิพากษาที่นำเอาหลัก *forum non conveniens* มาพิจารณา เช่น คดี *Gulf Oil Corp v. Gilbert*⁶² เป็นคดีที่โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายเนื่องจากการกระทำโดยประมาทของจำเลยเป็นเหตุให้เกิดไฟไหม้โกดังสินค้าของโจทก์ได้รับความเสียหาย จำเลยกล่าวอ้างหลัก *forum non conveniens* ขอให้ศาลจำหน่ายคดี ศาลสูงสุดซึ่งนำหน้าระหว่างเหตุปัจจัยส่วนบุคคล อันได้แก่ ความยากง่ายในการเข้าถึงแหล่งข้อมูลในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง ค่าใช้จ่ายและความพร้อมในการรวบรวมพยานหลักฐานในแต่ละศาล และปัญหาเชิงปฏิบัติต่าง ๆ ที่จะส่งผลกระทบต่อความรวดเร็วและความยากง่ายของการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลนั้น และเหตุปัจจัยสาธารณะ อันได้แก่ ความยุ่งยากในการบริหารคดีที่ค้างพิจารณาในศาลนั้น ๆ ประโยชน์จากการใช้กฎหมายที่คุ้นเคยในท้องถิ่นนั้น และการหลีกเลี่ยงปัญหาที่ไม่จำเป็นอันเกิดจากกฎหมายขัดกัน หรือการนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับแก่คดี ทั้งลดความไม่เป็นธรรมจากการนำคู่ความที่อยู่ในถิ่นซึ่งเป็นท้องที่ที่มูลความแห่งคดีเกิดขึ้นมาพิจารณาในศาลที่ไม่มีความเกี่ยวข้องใด ๆ ในคดีนั้นเลย แล้ววินิจฉัยว่า ศาลที่โจทก์เสนอคำฟ้องเป็นศาลที่เหมาะสมที่สุดที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีนั้นต่อไป ส่วนคดี *Piper Aircraft Co v. Reyno*⁶³ เป็นกรณีที่โจทก์ซึ่งเป็นชาวต่างประเทศนำคดีมาฟ้องจำเลยซึ่งเป็นบริษัทผู้ผลิตเครื่องบินอเมริกัน มีสถานประกอบกิจการในประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อเรียกค่าเสียหายจากอุบัติเหตุเครื่องบินซึ่งเกิดขึ้นที่ประเทศสก็อตแลนด์

⁶¹ Louis F Del Duca and George A Zaphiriou, "United State of America," in **Declining Jurisdiction in Private International Law**, p.406.

⁶² 330 US 501, 508 (1947)

⁶³ 454 US 235 (1981)

ศาลสูงสุดมีคำวินิจฉัยให้ยกฟ้องคดีซึ่งพิจารณาในศาลสหรัฐตามหลัก *forum non conveniens* ทั้งนี้ เพราะต้องการให้โจทก์ดำเนินคดีในศาลที่สะดวกและเหมาะสมที่สุด⁶⁴

ในกรณีที่คู่ความทำข้อตกลงเลือกศาลไว้ในสัญญา ศาลจะใช้หลัก *forum non conveniens* อย่างจำกัด เนื่องจากถือว่าคู่ความได้แสดงเจตนายินยอมจะให้มีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกันในศาลที่คู่กรณีได้ตกลงเลือกไว้แล้ว คู่กรณีจำต้องผูกพันตามข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าว ยกเว้นในกรณีที่โจทก์นำคดีไปฟ้องยังศาลอื่นซึ่งมิใช่ศาลที่ตกลงเลือกกันไว้ในสัญญา หรือจำเลยซึ่งถูกฟ้องคดียังศาลที่ได้รับเลือกตามข้อตกลงเลือกศาลสามารถแสดงให้ศาลเห็นว่า หากดำเนินกระบวนการพิจารณาคดียังศาลที่คู่กรณีได้ตกลงเลือกไว้จนมีคำพิพากษาแล้ว การบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลเช่นนั้นจะประสบความยากลำบาก และไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณี ในกรณีเช่นนี้ ศาลสูงสุดจึงจะนำหลัก *forum non conveniens* มาพิจารณาอีกครั้ง⁶⁵

ในประเทศญี่ปุ่น ศาลสูงสุดของประเทศญี่ปุ่นไม่ได้ปรับใช้หลัก *forum non conveniens* ในการค้นหาศาลที่เหมาะสมที่สุดที่จะพิจารณาคดี แต่ใช้หลักพฤติการณ์พิเศษ (*Special circumstance*) โดยคำนึงถึงปัจจัยด้านประโยชน์ส่วนบุคคลเป็นหลัก เช่น ความยากง่ายในการเข้าถึงพยานหลักฐานแห่งคดี อำนาจศาลในการบังคับให้พยานมาศาล ค่าใช้จ่ายในการนำสืบพยานหลักฐานในศาลนี้ การบังคับตามคำพิพากษา เป็นต้น ประกอบกับการพิจารณาเปรียบเทียบกับปัจจัยทางสาธารณะ เช่น ความยุ่งยากในการจัดการคดีซึ่งมีปริมาณคดีค้างพิจารณาอยู่ในศาลเป็นจำนวนมาก ฐานะของผู้พิพากษาที่ต้องมีความรับผิดชอบต่อชุมชน ผลประโยชน์ของท้องถิ่นที่จะได้รับจากการพิจารณาคดี เป็นต้น เพื่อพิจารณาหาผลดีผลเสียเปรียบเทียบกันระหว่างการดำเนินคดีนี้ในศาลของประเทศญี่ปุ่นกับการดำเนินคดีเช่นนี้ในศาลของประเทศอื่น⁶⁶ ซึ่งวิธีการที่ศาลสูงสุดของประเทศญี่ปุ่นใช้ก็ไม่แตกต่างจากการปรับใช้หลัก *forum non conveniens* ในประเทศสหรัฐอเมริกา

⁶⁴ Louis F Del Duca and George A Zaphiriou, "United State of America," in **Declining Jurisdiction in Private International Law**, pp.403-404.

⁶⁵ Ibid., p.407.

⁶⁶ Masato Dogauchi, "Japan," in **Declining Jurisdiction in Private International Law**, pp.308-310.

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันปฏิเสธการบังคับใช้หลัก *forum non conveniens* เนื่องจากเห็นว่า การพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นเรื่องละเอียดอ่อน ซึ่งต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นการแน่นอนตายตัวแล้ว ศาลจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวอย่างเคร่งครัด ไม่อาจใช้ดุลพินิจให้แตกต่างกันไปจากหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดเขตอำนาจศาลไว้ จึงเป็นการยากที่ศาลเยอรมันซึ่งมีเขตอำนาจเหนือคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศดังกล่าวจะปฏิเสธไม่รับพิจารณาคดีเช่นนั้น เพราะการปฏิเสธการพิจารณาคดีในศาลของตนและให้โจทก์ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลของประเทศอื่นเท่ากับเป็นการไม่คุ้มครองโจทก์ซึ่งมีความคาดหวังว่าคดีของตนจะได้รับการพิจารณาพิพากษาที่ศาลที่โจทก์เสนอคำฟ้อง และผลคำพิพากษาของศาลในประเทศอื่นอาจแตกต่างและไม่เป็นประโยชน์ต่อโจทก์เท่ากับผลคำพิพากษาที่โจทก์จะได้รับจากศาลเยอรมัน อย่างไรก็ตามมีความพยายามของนักกฎหมายชาวเยอรมันที่จะนำหลัก *forum non conveniens* มาใช้บังคับทางอ้อม โดยอาศัยหลักผลประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายที่จะดำเนินคดี (*Legitimate interest to take legal action*) ในฐานะที่เป็นเงื่อนไขของกฎหมายวิธีพิจารณาความ นอกจากนี้ศาลเยอรมันอาจปฏิเสธไม่รับพิจารณาคดีด้วยเหตุ “*incompatible competence*” หรือ “*international non-competence*” ในกรณีที่กฎหมายต่างประเทศกำหนดให้ศาลเยอรมันทำอะไรที่เป็นไปไม่ได้ แต่การที่ศาลเยอรมันต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับแก่คดีไม่ใช่เงื่อนไขประการเดียวของการปฏิเสธไม่รับคดีไว้พิจารณา เพราะถึงแม้จะค้นหาและทำความเข้าใจกฎหมายต่างประเทศยากเย็นเพียงใด ศาลเยอรมันก็ต้องพิจารณาให้ หากว่ามีกรณีจำต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับแก่คดีจริง ๆ ศาลเยอรมันจะอ้างเหตุ “*incompatible competence*” ได้ต่อเมื่อศาลเยอรมันไม่สามารถใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นได้เลยแม้จะมีการให้เข้ากับกฎหมายวิธีพิจารณาความของเยอรมันในกรณีที่จำเป็นแล้วก็ตาม ฉะนั้นกรณีที่ศาลเยอรมันจะปฏิเสธอำนาจการพิจารณาคดีเนื่องจากการต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับแก่คดีเพราะเหตุเช่นนี้จึงเกิดขึ้นน้อยมาก⁶⁷

สำหรับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ศาลฝรั่งเศสไม่มีอำนาจปฏิเสธไม่รับพิจารณาคดีโดยการอ้างว่าศาลฝรั่งเศสไม่มีเขตอำนาจเพราะศาลของต่างประเทศเป็นศาลที่เหมาะสมที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นมากกว่าตามหลัก *forum non conveniens* เนื่องจากศาลฝรั่งเศสจะมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีใดบ้างนั้นจะต้องเป็นไปตามตัวบทกฎหมายซึ่งกำหนดเขตอำนาจศาลฝรั่งเศสไว้ ไม่ว่าจะเป็นคดีตามกฎหมายภายในหรือคดีตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดี

⁶⁷ Haimo Schack, “Germany,” in *Declining Jurisdiction in Private International Law*, pp.189-193.

บุคคล โดยประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่ากฎหมายกำหนดเขตอำนาจศาลฝรั่งเศสโดยคำนึงถึงหลักการบริหารงานอย่างเหมาะสมและการรักษาประโยชน์ของคู่ความแล้ว กฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลฝรั่งเศสจึงไม่ให้อำนาจศาลฝรั่งเศสใช้ดุลพินิจปฏิเสธว่าศาลฝรั่งเศสไม่มีอำนาจในการพิจารณาคดีซึ่งอยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลฝรั่งเศสตามตัวบทกฎหมาย เช่น New Code of Civil Procedure 1975 แล้ว โดยการอ้างว่ามีศาลต่างประเทศที่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีนั้นและมีความเหมาะสมในการพิจารณาพิพากษาคดีเช่นนั้นมากกว่าศาลฝรั่งเศสตามหลักการและเหตุผลของหลัก *forum non conveniens* หลักการนี้เป็นที่ยึดถือปฏิบัติกันมาตั้งแต่สมัยนโปเลียนหรือในยุคกฎหมายโบราณแล้ว⁶⁸

จากการศึกษาแนวทางการบังคับใช้หลัก *forum non conveniens* ในประเทศต่าง ๆ ข้างต้น พบว่า ประเทศต่าง ๆ มีแนวทางการปรับใช้หลัก *forum non conveniens* แตกต่างกันในรายละเอียดอยู่บ้าง ทั้งบางประเทศก็ไม่นำหลัก *forum non conveniens* มาบังคับใช้หลักการในเรื่องนี้ของแต่ละประเทศจึงยังไม่สอดคล้องเป็นแนวทางเดียวกันอันจะถือเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล อย่างไรก็ตามหลักการค้นหาศาลที่เหมาะสมที่สุดในการพิจารณาคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นหลักการที่ส่งเสริมการอำนวยความสะดวกให้แก่คู่ความอย่างเป็นธรรมและเสมอภาคกัน แทนที่จะให้โจทก์มีสิทธิเลือกศาลที่จะอำนวยความสะดวกให้แก่โจทก์เพียงฝ่ายเดียว การที่จำเลยจะกล่าวอ้างคัดค้านการพิจารณาคดีในศาลซึ่งโจทก์เสนอคำฟ้องโดยการกล่าวอ้างว่ามีศาลในประเทศอื่นที่มีเขตอำนาจเหนือคดีนั้นเช่นกัน และศาลต่างประเทศนั้นมีความเหมาะสมที่จะพิจารณาคดีเช่นนี้และจะอำนวยความสะดวกให้แก่คู่ความได้ดีกว่าศาลที่โจทก์เสนอคำฟ้อง ศาลพึงรับฟังและพิจารณาข้อคัดค้านของจำเลยดังกล่าวด้วยความระมัดระวัง เพราะจำเลยอาจกล่าวอ้างดังกล่าวเพียงมีเจตนาประวิงคดีให้โจทก์ต้องเสียเวลาดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเดียวในศาลหลายศาล อันจะสร้างความไม่เป็นธรรมในการดำเนินคดีต่อโจทก์ การค้นหาว่าศาลในประเทศใดเป็นศาลที่เหมาะสมที่จะพิจารณาคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศจึงต้องแล้วพฤติการณ์แวดล้อมของแต่ละคดีเป็นกรณี ๆ ไป ในกรณีที่ศาลที่โจทก์เสนอคำฟ้องนั้นเป็นศาลที่คู่ความได้แสดงเจตนาตกลงเลือกไว้ตั้งแต่เมื่อเข้าทำสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น การพิจารณาว่าศาลที่คู่ความตกลงเลือกนั้นไม่มีอำนาจพิจารณาคดีเพราะมิใช่ศาลที่เหมาะสมที่สุดนั้นจึงต้องพิจารณาด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตามหลัก *forum non conveniens* เป็นหลักการที่ดีที่จะนำมาใช้ควบคุมการเลือกศาลที่จะดำเนินคดีโดยการเสนอคำฟ้องของโจทก์ และการตกลงกันของ

⁶⁸ Helene Gaudemet – Tallon, “France,” in *Declining Jurisdiction in Private International Law*, pp.177-179.

คู่ความในการเลือกศาลที่มีอำนาจยุติข้อพิพาทไว้ในสัญญานั้น ทั้งนี้เพื่อกำหนดกรอบการทำ ความตกลงเลือกศาลของคู่สัญญาให้พิจารณาเลือกศาลที่เหมาะสมที่จะพิจารณาข้อพิพาทอันอาจเกิดขึ้น จากสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศระหว่างคู่กรณีเช่นนั้น และเพื่อความเป็นธรรมในการดำเนิน กระบวนพิจารณาคดีของคู่ความทั้งสองฝ่ายนั่นเอง

ดังนั้น แม้ข้อตกลงเลือกศาลจะมีผลสมบูรณ์และใช้บังคับได้และไม่เป็นข้อสัญญา ที่ไม่เป็นธรรมตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540 จำเลยก็อาจคัดค้านศาลตามข้อตกลงเลือกศาลได้ว่าไม่ควรมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเนื่องจาก เป็นศาลที่ไม่เหมาะสมและไม่สะดวกที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนี้ อย่างไรก็ตามหากปรากฏว่าคดี พาณิชย์ระหว่างประเทศเรื่องใดอยู่ในเขตอำนาจศาลไทยที่จะพิจารณาพิพากษาได้ การที่จะอ้างว่าศาลไทย ไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเช่นนั้นย่อมเป็นหน้าที่ของผู้ที่อ้างซึ่งโดยปกติได้แก่ฝ่ายจำเลยที่จะ ต้องยกขึ้นอ้างให้ศาลพิจารณาวินิจฉัย หรือมิฉะนั้นศาลไทยอาจยกประเด็นว่าศาลไทยมีอำนาจ พิจารณาพิพากษาคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศคดีนั้นหรือไม่ขึ้นพิจารณาเสียเองก็ได้ โดยถือว่าเป็น ปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ถ้าศาลไทยเห็นว่าศาลไทยไม่มีเขตอำนาจเหนือ คดี หรือเห็นว่าจะเป็นการยุติธรรมมากกว่าหากให้ศาลของประเทศอื่นพิจารณาคดีนั้น ศาลไทยก็ จะยุติไม่ดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป⁶⁹

4.1.4 การขอให้ศาลจำหน่ายคดีเนื่องจากมีศาลอื่นรับฟ้องไว้แล้วตามหลัก *lis alibi penden*

หลักเกณฑ์ของ *lis alibi penden* เป็นหลักกฎหมายที่ใช้อยู่ในต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศสิงคโปร์ เป็นต้น โดยเป็นหลักการขอให้ศาลที่ พิจารณาคดีนั้นอยู่จำหน่ายคดีเนื่องจากมีศาลอื่น (รวมทั้งศาลในประเทศอื่น) ได้รับฟ้องคดีนั้นไว้แล้ว⁷⁰

ปัญหาสำคัญคือจะยึดถือเกณฑ์ใดในการพิจารณาว่ากระบวนพิจารณาคดีในศาลใด เกิดขึ้นก่อน ในปัญหานี้ ศาลอังกฤษเห็นว่า ให้พิจารณาดังแต่เวลาที่มีการส่งหมายเรียกและคำคู่ความ ต่าง ๆ หากมีการดำเนินการดังกล่าวในศาลอังกฤษแล้ว ถือว่าศาลอังกฤษได้เริ่มกระบวนพิจารณา

⁶⁹ กมล สนธิเกษตริน, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 298.

⁷⁰ วิชัย อริยะนันทกะ, "การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ", หน้า 341.

คดีนั้นแล้ว แต่ในศาลของประเทศสกอตแลนด์วางหลักเกณฑ์ว่า จะถือว่าศาลสกอตแลนด์ได้เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีต่อเมื่อการส่งหมายเรียกและคำคู่ความนั้นมีผลต่อจำเลยแล้ว⁷¹

สำหรับประเทศอังกฤษ หากข้อเท็จจริงปรากฏแก่ศาลอังกฤษว่า มีคดีซึ่งมีข้อเท็จจริงเช่นเดียวกันและคู่ความรายเดียวกันกำลังพิจารณาคดีอยู่ในศาลของประเทศอื่นแล้ว ศาลอังกฤษจะปฏิเสธที่จะพิจารณาคดีต่อไปจนมีคำพิพากษาในคดีนั้น เช่น คดี *Polly Peck International Ltd. v. Citibank NA and others*⁷²

ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีโอกาสที่ศาลสหรัฐจะพิจารณาคดีที่ฟ้องและดำเนินคดีในศาลสหรัฐควบคู่ไปกับคดีที่ค้างพิจารณาอยู่ที่ศาลในประเทศอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดส่วนบุคคล โจทก์มักเลือกฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายในศาลสหรัฐเนื่องจากกฎหมายวิธีการพิจารณาคดีในศาลสหรัฐนั้นจะมีการกำหนดกระบวนการพิจารณาคดีไว้ล่วงหน้า การพิจารณาคดีใช้ระบบลูกขุน และมีการให้จำเลยซึ่งเป็นผู้กระทำละเมิดใช้ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ ซึ่ง Lord Scarman วินิจฉัยไว้ในคดี *Castanho v. Brown & Root (UK)*⁷³ ว่า การที่โจทก์เลือกฟ้องคดีในศาลสหรัฐเพื่อเรียกให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายเนื่องจากโจทก์ประสงค์จะได้รับชดใช้ค่าเสียหายจำนวนมากตามหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นเป็นวัตถุประสงค์ชอบด้วยกฎหมาย โจทก์สามารถฟ้องคดีโดยมีวัตถุประสงค์เช่นนั้นได้⁷⁴

สำหรับประเทศญี่ปุ่นไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับใช้หลัก *lis alibi penden* ไว้ โดยเฉพาะ และไม่มีคำพิพากษาวินิจฉัยเกี่ยวกับการบังคับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวไว้เป็นบรรทัดฐาน จนกระทั่งปี 1984 ศาลแห่งเมืองโตเกียว (The Tokyo District Court) ใช้หลักพฤติการณ์พิเศษ (Special Circumstance) วินิจฉัยปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลของศาลญี่ปุ่นในคดีซึ่งมีองค์ประกอบเกี่ยวพันระหว่างประเทศซึ่งมีการฟ้องคดีกันในศาลของหลายประเทศ ในคดี *Greenlines Shipping Co.*

⁷¹ Paul Beaumont, "Great Britain" in **Declining Jurisdiction in Private International Law**, pp.221-222.

⁷² Judgment of 14 Oct. 1993, *The Times*, 20 Oct. 1993 quoted in Paul Beaumont, "Great Britain" in **Declining Jurisdiction in Private International Law**, p.222.

⁷³ [1981] All ER 143

⁷⁴ Louis F Del Duca and George A Zaphiriou, "United States of America" in **Declining Jurisdiction in Private International Law**, pp.419-420.

Ltd. v. California First Bank⁷⁵ คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า โจทก์ซึ่งเป็นบริษัทชิปปิงของประเทศปานามา ฟ้องจำเลยซึ่งเป็นธนาคารมีสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ที่มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา แต่มีสำนักงานตัวแทนในประเทศญี่ปุ่น ประธานบริษัทโจทก์หย่ากับภรรยา ทนายความของภรรยา ประธานบริษัทโจทก์จึงแจ้งให้ธนาคารจำเลยอายัดบัญชีเงินฝากของโจทก์ไว้ ในวันเดียวกันโจทก์ถอนเงินจากบัญชีดังกล่าวในธนาคารจำเลยประมาณสามล้านดอลลาร์สหรัฐเพื่อไปฝากยังบัญชีธนาคารอื่นในกรุงโตเกียว ภรรยาประธานบริษัทโจทก์จึงฟ้องธนาคารจำเลยที่ศาลมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ธนาคารจำเลยยอมจ่ายเงินให้ภรรยาประธานบริษัทโจทก์ประมาณหนึ่งล้านสองแสนดอลลาร์สหรัฐ และประนีประนอมยอมความกับภรรยาประธานบริษัทโจทก์นอกศาล จากนั้นจำเลยมาทักเรือโจทก์ที่มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ต่อมาศาลมลรัฐแคลิฟอร์เนียยกเลิกการกักเรือของโจทก์ โจทก์จึงมาฟ้องจำเลยเป็นคดีนี้ที่ศาลแห่งเมืองโตเกียวเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่จำเลยกักเรือโจทก์ที่มลรัฐแคลิฟอร์เนีย กล่าวหาว่าจำเลยได้ประโยชน์โดยมิชอบจากการกักเรือของโจทก์ดังกล่าว ศาลแห่งเมืองโตเกียววินิจฉัยว่า แม้สำนักงานตัวแทนของธนาคารจำเลยจะต้องด้วยความหมายของคำว่า “สำนักงาน” ตามมาตรา 4(3) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศญี่ปุ่น⁷⁶ อันเป็นเหตุให้ศาลแห่งเมืองโตเกียวมีเขตอำนาจศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนี้ได้ แต่เมื่อพิจารณาว่ามีคดีค้างพิจารณาอยู่ที่ศาลมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ทั้งข้อเท็จจริงแสดงให้เห็นว่า ศาลมลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นศาลที่เหมาะสมที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนี้มากกว่าศาลแห่งเมืองโตเกียว โดยเฉพาะในแง่การรวบรวมพยานหลักฐานในคดีและกระบวนการพิจารณาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง หากให้ศาลแห่งเมืองโตเกียวพิจารณาพิพากษาคดีนี้ก็อาจเสี่ยงต่อการที่คำพิพากษาของศาลแห่งเมืองโตเกียวจะขัดแย้งกับคำพิพากษาของศาลมลรัฐแคลิฟอร์เนีย

⁷⁵ (1985) 28 Japanese Annual of International Law 243 quoted in Masato Dogauchi, “Japan” in *Declining Jurisdiction in Private International Law*, p.311.

⁷⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศญี่ปุ่น มาตรา 4 บัญญัติว่า

“(1) The general forum of a legal person or any other association of foundation shall be determined by the place of its principal office or its principal place of business, or in case there is no office of place of business, by the residence of the principal person in charge of its affairs.

(2) [omitted]

(3) In regard to the general forum of a foreign association of foundation. The provision of paragraph 1 shall apply to the office, place of business of person in charge of the affairs thereof in Japan”

การดำเนินคดีในศาลของสองประเทศไปพร้อม ๆ กันจะสร้างความลำบากให้แก่จำเลยเป็นอย่างมาก ศาลแห่งเมืองโตเกียวจึงปฏิเสธไม่รับพิจารณาพิพากษาคดีนี้⁷⁷

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งระหว่างประเทศของเยอรมันกำหนดหลักเกณฑ์ในกรณีที่มีการฟ้องคดีเดียวกันในศาลเยอรมันและศาลต่างประเทศว่า ศาลซึ่งพิจารณาคดีที่มีคู่ความรายเดียวกันและมีมูลความแห่งคดีเป็นกรณีเดียวกันเป็นศาลที่สองจะต้องยกฟ้องคดีที่พิจารณาอยู่ในศาลของตน เพื่อหลีกเลี่ยงกรณีที่จะมีคำพิพากษาของศาลในสองประเทศขัดกัน ทั้งนี้ศาลเยอรมันต้องปฏิบัติโดยเด็ดขาดหากว่าข้อเท็จจริงปรากฏแก่ศาลว่า คดีเรื่องเดียวกันนี้ได้เริ่มการพิจารณาในศาลของประเทศอื่นก่อน ศาลเยอรมันไม่อาจใช้ดุลพินิจเป็นประการอื่น ทั้งนี้เพื่อเป็นการลดภาระการพิจารณาคดีซ้ำซ้อนกันของศาลในแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตาม ศาลเยอรมันปรับใช้หลัก *lis alibi penden* อย่างยืดหยุ่น โดยศาลเยอรมันจะยกฟ้องคดีซึ่งกำลังพิจารณาอยู่ในศาลเยอรมันต่อเมื่อศาลเยอรมันพิจารณาแล้วเห็นว่า คำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้นเป็นคำพิพากษาที่มีประสิทธิผลในการบังคับคดี กล่าวคือ เป็นที่ยอมรับและบังคับในประเทศอื่นได้ อย่างน้อยที่สุดก็เป็นที่ยอมรับบังคับได้ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันตามหลักกฎหมายภายในของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ทั้งนี้เพื่อมิให้เป็นการลงทุนที่เสียเปล่า และมีให้โจทก์ต้องได้รับความเดือดร้อนจากความไม่แน่นอนในผลคำพิพากษาและการบังคับคดีตามคำพิพากษาดังกล่าว⁷⁸

สำหรับประเทศไทย ถ้าคดีพาดพิงระหว่างประเทศคดีใดอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลไทยแล้ว คู่ความจะอ้างเหตุของการที่คดีพาดพิงระหว่างประเทศที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันหรือมีข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องกับคดีพาดพิงระหว่างประเทศที่ศาลไทยพิจารณายู่ที่นั่นกำลังอยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลต่างประเทศมาเป็นข้ออ้างเพื่อแสดงว่าศาลไทยไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาคดีเช่นนั้นย่อมไม่ได้⁷⁹ อันเป็นการกล่าวอ้างปฏิเสธเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลตามหลัก *lis alibi penden* นั่นเอง แม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 173 วรรคสอง

⁷⁷ Masato Dogauchi, "Japan" in *Declining Jurisdiction in Private International Law*, pp.311-312.

⁷⁸ Haimo Schack, "Germany," in *Declining Jurisdiction in Private International Law*, pp.196-198.

⁷⁹ กมล สนธิเกษตริน, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 298.

จะห้ามมิให้โจทก์ยื่นฟ้องคดีจำเลยคนเดียวกันในคดีเรื่องเดียวกันนั้นในขณะที่คดีเดิมยังอยู่ในระหว่างพิจารณาต่อศาลนั้นหรือต่อศาลอื่นอีก อันถือว่าเป็นกรณี “ฟ้องซ้อน” ก็ตาม⁸⁰

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 173 วรรคสอง บัญญัติว่า

“นับแต่เวลาที่ไต่ยื่นคำฟ้องแล้ว คดีนั้นอยู่ในระหว่างพิจารณาและผลแห่งการนี้

- (1) ห้ามมิให้โจทก์ยื่นคำฟ้องเรื่องเดียวกันนั้นต่อศาลเดียวกันหรือศาลอื่น และ
- (2) ถ้ามีเหตุเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นในพฤติการณ์อันเกี่ยวกับการยื่นฟ้องคดีต่อศาลที่มีเขตศาลเหนือคดีนั้น เช่น การเปลี่ยนแปลงภูมิลำเนาของจำเลย การเปลี่ยนแปลงเช่นว่านี้หาตัดอำนาจศาลที่รับฟ้องคดีไว้ในอันที่จะพิจารณาและชี้ขาดตัดสินคดีนั้นไม่”

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 148 ยังกำหนดห้ามมิให้คู่ความเดียวกันหรือร้องฟ้องกันอีกในคดีที่ได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดแล้วในประเด็นแห่งคดีที่ได้วินิจฉัยไว้แล้วโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกัน อันเป็นกรณี “ฟ้องซ้ำ” อีกด้วย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 148 บัญญัติว่า

“คดีที่ได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดแล้ว ห้ามมิให้คู่ความเดียวกันหรือร้องฟ้องกันอีก ในประเด็นที่ได้วินิจฉัยโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกัน เว้นแต่ในกรณีต่อไปนี้

- (1) เมื่อเป็นกระบวนการพิจารณาชั้นบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล
- (2) เมื่อคำพิพากษาหรือคำสั่งได้กำหนดวิธีการชั่วคราวให้อยู่ภายในบังคับที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเสียได้ตามพฤติการณ์
- (3) เมื่อคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นให้ยกคำฟ้องเสียโดยไม่ตัดสิทธิโจทก์ที่จะนำคำฟ้องมายื่นใหม่ในศาลเดียวกันหรือในศาลอื่นภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยอายุความ”

⁸⁰ โปรดดูรายละเอียดใน พิพัฒน์ จักรางกูร และภัทรพร จักรางกูร, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543), หน้า 233-251. และ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 2 ลักษณะ 1 วิธีพิจารณาสามัญในศาลชั้นต้น (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดจรัสการพิมพ์, 2543), หน้า 125-190.

แต่บทบัญญัติเรื่องฟ้องช้อนและฟ้องซ้ำของไทยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 173 วรรคสอง และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 148 นั้น ไม่รวมถึงการฟ้องคดีในศาลต่างประเทศช้อนหรือซ้ำกับศาลในประเทศไทย* ดังนั้นหากคดีพาดพิงระหว่างประเทศคดีใดอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลไทยแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาดพิงระหว่างประเทศแล้ว แม้อคดีดังกล่าวจะมีคู่ความรายเดียวกันนำคดีซึ่งมีมูลความแห่งคดีฟ้องและดำเนินคดีอยู่ในศาลอีกประเทศหนึ่งไว้แล้ว และคดีนั้นอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลต่างประเทศ หรือศาลต่างประเทศมีคำพิพากษาคัดสินชี้ขาดในคดีดังกล่าวแล้ว จำเลยจะกล่าวอ้างให้ศาลไทยยกฟ้องหรือจำหน่ายคดีเพราะเหตุที่ศาลไทยไม่มีอำนาจพิจารณาคดีนี้ต่อไป เนื่องจากคดีเดียวกันนี้กำลังอยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลต่างประเทศไม่ได้ ไม่ว่าจะกล่าวอ้างหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 173 วรรคสอง หรือหลัก *lis alibi penden* ก็ตาม เพราะหลัก *lis alibi penden* มิได้มีกำหนดไว้ในกฎหมายไทยแต่อย่างใด

4.2 ขอบเขตการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาดพิงระหว่างประเทศของศาลไทย

แม้ว่านักธุรกิจหรือนักลงทุนระหว่างประเทศจะนิยมร่างข้อสัญญาาระงับข้อพิพาทในสัญญาพาดพิงระหว่างประเทศ โดยกำหนดศาลในประเทศใดประเทศหนึ่งที่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีเป็นผู้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทอันเกิดขึ้นหรือสืบเนื่องจากสัญญาพาดพิงระหว่างประเทศนั้น เพื่อลดความเสี่ยงจากความไม่แน่นอนในผลแห่งคดีที่จะได้รับตามคำพิพากษาของศาลในแต่ละประเทศ หากศาลไทยจะยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาดพิงระหว่างประเทศ โดยคำนึงถึงความจำเป็นของการร่างข้อสัญญาาระงับข้อพิพาทหรือข้อตกลงเลือกศาลในการประกอบธุรกิจการค้าพาดพิงระหว่างประเทศ อันเป็นแนวนโยบายการส่งเสริมการค้าการลงทุนระหว่าง

* พิจารณาเทียบเคียงคำวินิจฉัยของพระยาเทพวิฑูรพหลสรุตาบดีในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 585/2461 ว่า “แม้โจทก์จะได้นำคดีฟ้องร้องยังศาลในประเทศหนึ่งแล้วก็ดี ถ้าจำเลยยังมีได้ชำระหนี้สินให้เสร็จแล้ว โจทก์มีอำนาจที่จะนำคดีนั้นฟ้องร้องยังศาลในอีกประเทศหนึ่งได้ เมื่อจำเลยเข้ามาอยู่ในอำนาจของศาลนั้น” และความเห็นของศาสตราจารย์ กมล สนธิเกษตริน ใน คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 298. ว่า “ถ้าคดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจศาลไทยแล้ว จะอ้างเหตุของการที่คดีที่เกี่ยวข้องกันนั้นหรือคดีซึ่งเกิดจากข้อเท็จจริงอันเดียวกันนั้นกำลังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลต่างประเทศมาเป็นข้ออ้างเพื่อแสดงว่า ศาลไทยไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาคดีนั้นย่อมไม่ได้”

ประเทศ ทั้งเปิดโอกาสในการพัฒนาประเทศให้เป็นศูนย์กลางการค้าการพาณิชย์ระหว่างประเทศในระดับภูมิภาค ไม่ว่าในลักษณะของการยอมรับให้โจทก์ฟ้องและดำเนินคดีในศาลไทยซึ่งเป็นศาลที่คู่ความระบุนเลือกไว้ในข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ หรือการปฏิเสธไม่รับฟ้องหรือจำหน่ายคดีหรือยกฟ้องโจทก์เพื่อให้โจทก์นำคดีไปฟ้องและดำเนินคดียังศาลต่างประเทศซึ่งคู่ความระบุนเลือกไว้ในข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศก็ตาม ศาลไทยควรพิจารณาขอบเขตการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศด้วย

หากศาลไทยยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยไม่มีข้อจำกัด อาจส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของคำพิพากษาของศาลไทยในแง่การร้องขอให้ศาลของประเทศอื่นยอมรับคำพิพากษาของศาลไทยหรือบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลไทย การยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลโดยไม่มีขอบเขต ไม่คำนึงถึงความเสมอภาคในการต่อสู้คดีของจำเลย และไม่คำนึงถึงผลการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาในศาลต่างประเทศในทางปฏิบัติแล้ว ท้ายที่สุดคำพิพากษาที่โจทก์ได้รับจากศาลไทยนั้นอาจกลายเป็นชัยชนะที่ว่างเปล่าสำหรับโจทก์ และเป็นการสูญเสียทรัพยากรและงบประมาณของราชการศาลไทยเป็นอย่างมาก⁸¹ การกำหนดขอบเขตการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศจึงควรเป็นไปโดยคำนึงถึงการให้ความเป็นธรรมในการต่อสู้คดีของจำเลยในศาลที่โจทก์เสนอคำฟ้อง

ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีที่โจทก์เสนอคำฟ้องต่อศาลไทย ไม่ว่าจะโดยที่ศาลไทยเป็นศาลที่คู่ความระบุนเลือกไว้ในข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ หรือเป็นกรณีที่โจทก์ฟ้องคดีต่อศาลไทยโดยฝ่าฝืนข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งคู่ความระบุนเลือกศาลต่างประเทศเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทตามสัญญานั้น คู่ความอาจกล่าวอ้างขอให้ศาลไทยยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ ภายใต้ขอบเขตการพิจารณาบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศดังต่อไปนี้

1) ในกรณีที่โจทก์ฟ้องคดีต่อศาลไทยเพราะคู่ความระบุนเลือกศาลไทยเป็นสถานที่ระงับข้อพิพาทตามสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศไว้ในข้อตกลงเลือกศาล จำเลยอาจกล่าวอ้างว่า

⁸¹ พรชัย วิวัฒน์ภัทรกุล, “เปรียบเทียบหลักกฎหมายขัดกันของอังกฤษกับไทยว่าด้วยเขตอำนาจศาลในการรับพิจารณาคดีแพ่ง : ศาลไทยควรมีแนวนโยบายอย่างไรหรือไม่ในการรับพิจารณาคดีแพ่งซึ่งมูลคดีมิได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักร และจำเลยไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรในขณะที่เริ่มกระบวนการพิจารณา,” : 873.

อำนาจการพิจารณาคดีของศาลไทยตามข้อตกลงเลือกศาลนั้นเกิดขึ้นจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าวเป็นข้อตกลงในสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งโจทก์กำหนดไว้ล่วงหน้า จำเลยเป็นคู่สัญญาซึ่งไม่มีอำนาจขอแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าว หรือจำเลยไม่รู้ว่ามิข้อตกลงเลือกศาลเช่นนั้นอยู่ในสัญญาที่จำเลยลงลายมือชื่อ ทั้งศาลไทยที่โจทก์ระบุเลือกให้เป็น ผู้ยุติข้อพิพาทในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศระหว่างโจทก์กับจำเลยนั้นเป็นศาลในประเทศ ซึ่งโจทก์มีภูมิลำเนาอยู่ ส่วนจำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในอีกประเทศหนึ่ง และศาลไทยเป็นศาลซึ่งมี วัฒนธรรมการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีและกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นคนละระบบกับศาลและ กฎหมายในประเทศที่จำเลยมีภูมิลำเนา ข้อตกลงเลือกศาลไทยเป็นศาลที่ระงับข้อพิพาทในสัญญา พาณิชยกรรมระหว่างประเทศดังกล่าวจึงเป็นข้อสัญญาที่กำหนดให้จำเลยซึ่งมิใช่ผู้กำหนดข้อสัญญาใน สัญญาสำเร็จรูปดังกล่าวต้องปฏิบัติและรับภาระในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลไทยหนัก กว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ไม่ว่าในด้านค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ความไม่เป็นธรรม ที่จะได้รับในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลไทยซึ่งจำเลยไม่คุ้นเคยและไม่มี ความเข้าใจในกฎหมายวิธีพิจารณาของศาลไทย เป็นต้น จึงขอให้ศาลไทยบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลไทยเป็นสถานที่ ระงับข้อพิพาทในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ด้วยการ จำหน่ายคดีหรือยกฟ้องโจทก์ เพื่อให้โจทก์ฟ้องและดำเนินคดีในศาลของประเทศที่มีเขตอำนาจ ศาลเหนือคดีนั้น และจำเลยสามารถต่อสู้คดีกับโจทก์ได้อย่างเป็นธรรม ในทางกลับกันหากโจทก์ ฟ้องคดีต่อศาลไทยอันเป็นการฝ่าฝืนข้อตกลงเลือกศาลซึ่งระบุเลือกศาลต่างประเทศเป็นสถานที่ ระงับข้อพิพาทตามสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ จำเลยต่อสู้คดีอ้างเหตุว่า ศาลไทยไม่มีอำนาจ พิจารณาคดีนี้ เพราะโจทก์และจำเลยทำข้อตกลงเลือกศาลระบุเลือกศาลต่างประเทศเป็นผู้พิจารณายุติ ข้อพิพาทในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศระหว่างโจทก์กับจำเลย ซึ่งในเบื้องต้นหากศาลไทยจะ ยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าวให้มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย โจทก์อาจกล่าวอ้างว่า ศาล ไทยซึ่งมีเขตอำนาจศาลเหนือคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศที่โจทก์เสนอคำฟ้องมา เนื่องจากศาลไทย เป็นศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขต หรือเป็นศาลแห่งเขตที่มูลคดีเกิดในเขตศาล ข้อตกลงเลือกศาล ต่างประเทศในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่า ด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540 ศาลไทยพึงยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลต่าง ประเทศในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ด้วยการรับ ฟ้องโจทก์ไว้พิจารณาและดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลไทยต่อไป เพราะศาลไทยเป็นศาลที่ จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือเป็นศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาล จึงเป็นศาลที่โจทก์และจำเลย จะได้รับความสะดวกในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมและเสมอภาคกัน

2) ในกรณีที่โจทก์ฟ้องคดีต่อศาลไทยโดยฝ่าฝืนข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศเป็นสถานที่ระงับข้อพิพาทตามสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ จำเลยกล่าวอ้างว่า ศาลไทยไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศดังกล่าว เนื่องจากโจทก์และจำเลยแสดงเจตนาเลือกศาลต่างประเทศเป็นสถานที่ระงับข้อพิพาทตามสัญญาดังกล่าวแล้ว ขอให้ศาลไทยจำหน่ายคดีหรือยกฟ้องโจทก์ เพื่อให้โจทก์ฟ้องและดำเนินคดีในศาลต่างประเทศ ตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาที่ระบุไว้ในข้อตกลงเลือกศาล ในกรณีเช่นนี้ โจทก์อาจกล่าวอ้างว่าศาลไทยไม่ควรยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาล เพราะศาลต่างประเทศที่คู่ความระบุเลือกไว้ในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศไม่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีนี้ตามหลักเกณฑ์การกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเลย ตัวอย่างเช่น ศาลต่างประเทศที่คู่ความระบุเลือกไว้เป็นศาลในประเทศที่สาม และไม่มี ความเกี่ยวข้องพันใด ๆ กับคู่ความในคดีหรือสถานที่ที่มูลความแห่งคดีนี้เกิดขึ้นแต่อย่างใด หากโจทก์ต้องฟ้องและดำเนินคดีในศาลต่างประเทศที่ระบุเลือกไว้ในข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าว โจทก์จะนำคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้นไปร้องขอให้ศาลในประเทศอื่นยอมรับหรือบังคับคดีตามคำพิพากษานั้นไม่ได้ การฟ้องและดำเนินคดีในศาลต่างประเทศที่คู่ความระบุเลือกไว้ในข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าวจะเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่เสียเปล่า เพราะคำพิพากษาของศาลดังกล่าวขาดสภาพบังคับทั้งในทางระหว่างประเทศและในเขตศาลต่างประเทศที่ระบุเลือกไว้ในข้อตกลงเลือกศาล เพราะจำเลยไม่มีภูมิลำเนาหรือทรัพย์สินอยู่ในเขตศาลต่างประเทศนั้นเลย

นอกจากนี้ศาลไทยควรกำหนดขอบเขตการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาล โดยกำหนดหลักเกณฑ์คล้ายคลึงกับการให้ดุลพินิจศาลปฏิเสธการมีเขตอำนาจของศาลในประเทศที่คู่กรณีระบุเลือกไว้ในข้อตกลงเลือกศาลเนื่องจากศาลต่างประเทศดังกล่าวเป็นศาลที่ไม่เหมาะสมที่จะพิจารณาคดี เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบปัจจัยต่าง ๆ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี เช่น ที่อยู่หรือภูมิลำเนาของคู่ความ ที่อยู่ของพยานบุคคลปากสำคัญในคดี ความสะดวกรวดเร็วของการรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องในคดี และความสะดวกของคู่ความในการเดินทางมาศาลเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี เป็นต้น อันสอดคล้องกับหลักการและเหตุผลของหลัก *forum non conveniens* ศาลไทยจึงมีอำนาจปฏิเสธคำร้องหรือคำให้การต่อสู้คดีของคู่ความที่กล่าวอ้างให้ศาลไทยยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศดังกล่าวได้ ในทางกลับกันหากคู่กรณีตกลงเลือกศาลไทยเป็นสถานที่ระงับข้อพิพาทตามสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ คู่กรณีอาจกล่าวอ้างขอให้ศาลไทยปฏิเสธการมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าว เนื่องจากยังมีศาลต่างประเทศซึ่งมีเขตอำนาจศาลเหนือคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศและมีความเหมาะสมที่จะพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวยิ่งกว่าศาลไทย หากปรากฏว่าศาลต่างประเทศที่คู่กรณีกล่าวอ้างว่ามีเขตอำนาจศาลเหนือคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศที่พิพาทกันอยู่เช่นกัน ทั้งศาลต่างประเทศนั้นเป็นศาลซึ่งจำเลยมีภูมิลำเนาอยู่

ในเขตศาล หรือเป็นศาลซึ่งมูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาล เป็นต้น ย่อมแสดงให้เห็นว่า ศาลต่างประเทศนั้น มีความเหมาะสมที่จะพิจารณาคดีนี้ยิ่งกว่าศาลไทย ดังนั้นศาลไทยจึงควรปฏิเสธอำนาจการพิจารณาคดีตามข้อตกลงเลือกศาลในคดีพหุสัญระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามบทบัญญัติกฎหมายไทยไม่เคยมีหลักเกณฑ์การให้อำนาจศาลไทยใช้ดุลพินิจปฏิเสธการมีอำนาจพิจารณาคดีในลักษณะดังกล่าว จึงควรแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายในกรณีที่จะยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลในคดีพหุสัญระหว่างประเทศ เพื่อให้ครอบคลุมถึงกรณีนี้ เพื่อสอดคล้องกับหลักการแสวงหาศาลที่เหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่ความในการพิจารณาคดีพหุสัญระหว่างประเทศ และเพื่อกำหนดขอบเขตการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลที่ชัดเจนต่อไป

ในกรณีที่โจทก์เสนอคำฟ้องต่อศาลไทยซึ่งคู่ความระบุเลือกให้เป็นสถานที่ระงับข้อพิพาทในสัญญาพหุสัญระหว่างประเทศในขณะที่คู่ความอีกฝ่ายฟ้องคดีซึ่งมีข้อเท็จจริงและข้อพิพาทอย่างเดียวกันและคดีค้างพิจารณาอยู่ในศาลต่างประเทศนั้น ศาลไทยไม่ควรจะรับพิจารณาคดีในลักษณะเช่นว่านี้ เพราะการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีซึ่งมีข้อเท็จจริงและข้อพิพาทอย่างเดียวกันระหว่างคู่ความรายเดียวกันในศาลของสองประเทศนั้น โอกาสที่คำพิพากษาของศาลในสองประเทศที่พิจารณาคดีเดียวกันจะขัดแย้งกันมีสูง เนื่องจากกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีพิจารณาความและรูปแบบการดำเนินคดีของศาลแต่ละประเทศนั้นมีความแตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลในประเทศซึ่งอยู่คนละระบบกฎหมายและใช้วิธีพิจารณาความกันคนละระบบ และเป็นการสร้างความลำบากแก่จำเลยในการดำเนินคดีควบคู่กันไปศาลของสองประเทศ หากคดีดังกล่าวเริ่มพิจารณาในศาลของประเทศใดก่อน ศาลในประเทศที่รับพิจารณาคดีเช่นนั้นในภายหลังควรจะจำหน่ายคดีในศาลของตนเพื่อให้คู่ความดำเนินคดีดังกล่าวในศาลเดียว หลักการเช่นนี้สอดคล้องกับหลัก *lis alibi pendens* อย่างไรก็ดีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 173 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติซึ่งห้ามโจทก์ยื่นฟ้องคดีจำเลยคนเดียวกันในคดีเรื่องเดียวกันนั้นในศาลอื่นในขณะที่คดีเดิมยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของอีกศาลหนึ่ง เพียงแต่การปรับใช้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ห้ามการฟ้องคดีในศาลไทยในคดีเรื่องเดียวกันกับจำเลยคนเดียวกันในระหว่างที่คดีเช่นนั้นค้างพิจารณาอยู่ในศาลต่างประเทศ และบทบัญญัตินี้ดังกล่าวห้ามเพียงโจทก์มิให้ฟ้องคดีหลายศาล แต่หากจำเลยจะฟ้องคดีในประเด็นข้อพิพาทเดียวกันในศาลอื่นในขณะที่คดีซึ่งโจทก์ฟ้องค้างพิจารณาอยู่ในอีกศาลหนึ่งนั้น ไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 173 วรรคสอง จึงควรแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายไทยให้ครอบคลุมถึงกรณีที่มีการฟ้องและดำเนินคดีซ้ำซ้อนกันในศาลของหลายประเทศ เพื่อกำหนดขอบเขตการยอมรับบังคับใช้ข้อตกลงเลือกศาลที่ชัดเจนต่อไป