

บทที่ 5

การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบเกี่ยวกับกฎหมายที่นำมาใช้กับการละเมิดที่มี ลักษณะระหว่างประเทศ

หลังจากที่ได้ศึกษาถึงหลักในการบัญญัติหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศในบทที่ 2 และศึกษาถึงหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติสากลเกี่ยวกับการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศในบทที่ 3 และบทที่ 4 เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งประสงค์จะศึกษาถึง หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ และหลักเกณฑ์ที่เป็นสากล ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ดังนั้น ในบทที่ 5 นี้ จะทำการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบเกี่ยวกับกฎหมายที่นำมาใช้กับการละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ได้ตั้งข้อสมมติฐานไว้ว่า การกำหนดให้ใช้หลักเรื่องกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น แต่ประการเดียวไม่เพียงพอ ควรมีหลักการอื่นเข้ามาเสริมเพื่อความเหมาะสมและเป็นธรรมในคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ซึ่งจากการศึกษาในบทที่ 2 บทที่ 3 และบทที่ 4 ได้พิสูจน์ว่า การที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้น ต้องคำนึงถึงเหตุผลและความต้องการอันเป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญ ในการจะเลือกกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งมาใช้บังคับ และการใช้หลักเกณฑ์เรื่องกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น ยังคงเป็นหลักเกณฑ์ที่นิยมนำมาใช้เป็นสำคัญ แต่ยังไม่สามารถตอบสนองได้ตรงตามวัตถุประสงค์ของหลักในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ อีกทั้งในการศึกษาจากบทที่ 2 บทที่ 3 และบทที่ 4 ยังทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิด อันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ที่ได้แบ่งแยกหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับออกเป็น 2 กรณี คือ ละเมิดในกรณีทั่วไป ตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 และละเมิดที่มีลักษณะพิเศษตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 4 แล้ว

สิ่งที่น่าจะพิจารณาในประการต่อไป ก็คือ

ประการแรก หลักเกณฑ์การหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ของประเทศต่างๆที่ใช้ระบบกฎหมายแตกต่างกัน เป็นต้นว่า ประเทศที่อยู่ในกลุ่มคอมมอนลอว์ (Common law) หรือประเทศกลุ่มซีวิลลอว์ (Civil law) ใช้หลักเกณฑ์ใดในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และมีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปมาน้อยเพียงใด

ประการที่สอง หลักเกณฑ์การหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย มีความสอดคล้องและได้คำนึงถึงหลักเกณฑ์สากลการหากฎหมายมาใช้บังคับมาน้อยเพียงใด ซึ่งถ้าหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับของไทย ในคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในทางสากล แล้วผลกระทบที่จะเกิดขึ้นตามมาจะเป็นเช่นไร

ดังนั้นประเด็นปัญหาดังกล่าวข้างต้นจะต้องศึกษาในบทที่ 5 นี้ จะแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน

ในส่วนที่ 1 จะทำการศึกษาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ของประเทศต่างๆที่ใช้ระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน และความ ต้องการในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศในบางเรื่อง ให้มีความสอดคล้องต้องตรงกันในแต่ละประเทศ โดยทำการจัดทำสนธิสัญญาพิเศษในเรื่องดังกล่าว เพื่อให้รู้ถึงแนวทางของการกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ของแต่ละประเทศ ทั้งในส่วนที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของแต่ละประเทศ และการเข้าร่วมเป็นสมาชิกในอนุสัญญา

ในส่วนที่ 2 จะทำการศึกษาลักษณะหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน ว่ามีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่เป็นสากล ในเรื่องการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือไม่อย่างไร และจะมีผลดีหรือผลเสียอย่างไร

ดังนั้นในบทที่ 5 จะศึกษาในสองหัวข้อย่อยดังต่อไปนี้

5.1 การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบในเรื่องที่เกี่ยวกับกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับละเมิด
ที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

5.2 สถานะของกฎหมายไทยในปัจจุบัน

5.1 การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบในเรื่องที่เกี่ยวกับกฎหมายที่นำมาใช้บังคับ
กับละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

ในหัวข้อนี้จะเป็นการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ที่ใช้บังคับในประเทศต่างๆซึ่งมีความแตกต่างกันในรูปแบบของระบบกฎหมาย โดยเปรียบเทียบกัน เพื่อทราบถึงแนวทางที่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด หรือการนำแนวทางต่างๆมาประยุกต์ใช้ เพื่อให้ตอบสนองกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับได้อย่างเพียงพอและเหมาะสม และจะพิจารณาถึงการกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศในบางประเภท ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาเป็นกรณีพิเศษ เพื่อทราบถึงเหตุผลในการกำหนดเช่นนั้น เพื่อความเข้าใจที่ชัดเจนและถูกต้องในการศึกษาบทนี้ จึงขอแบ่งการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบเกี่ยวกับกฎหมายที่นำมาใช้กับการละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ออกเป็น 2 ประเด็นดังต่อไปนี้

5.1.1 กรณีทั่วไป

5.1.2 กรณีที่มีอนุสัญญาเป็นพิเศษ

5.1.1 กรณีทั่วไป

การศึกษาในประเด็นที่เป็นกรณีทั่วไป หมายความว่าการศึกษาถึงการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศต่างๆ ซึ่งแต่ละประเทศได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมาย เพื่อบังคับใช้เมื่อเกิดกรณีที่มีคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศขึ้น และมีการนำข้อพิพาทดังกล่าวมาสู่การพิจารณาในศาลของประเทศนั้น ซึ่งวัตถุประสงค์

ประสงค์ของการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับในประเทศต่างๆ ก็เพื่อที่จะแสดงให้เห็นแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมาย มาใช้บังคับของประเทศต่างๆ เพื่อเป็นการยืนยันสมมติฐานของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ที่กำหนดไว้ในเบื้องต้นว่า " หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ไม่ควรใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นเพียงหลักเดียว ควรมีหลักอื่นเข้ามาเสริมเพื่อความเหมาะสมและเป็นธรรม " โดยในขั้นตอนนี้จะขอแบ่งวิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ออกตามระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศต่างๆดังนี้

5.1.1.ก วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดในประเทศกลุ่มคอมมอนลอว์

5.1.1.ข วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดในประเทศกลุ่มซีวิลลอว์

5.1.1.ก วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดในประเทศกลุ่มคอมมอนลอว์

การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศกลุ่มคอมมอนลอว์ หรือประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) ซึ่งเป็นประเทศที่ไม่นิยมบัญญัติกฎหมายไว้โดยตรง ต่างจากกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ หรือประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil law) ในการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบนี้ จะขอพิจารณาเฉพาะกฎหมายของบางประเทศที่มีความสำคัญต่อการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และมีบทบาทหรือมีอิทธิพลที่สำคัญ ต่อการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ ดังต่อไปนี้

1. วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอังกฤษ
2. วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอเมริกา
3. วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศออสเตรเลีย

ก่อนที่จะทำการศึกษา หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ของแต่ละประเทศที่ใช้บังคับในปัจจุบัน จำเป็นต้องศึกษาถึงหลักเกณฑ์เดิม ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ของประเทศเหล่านี้ว่าใช้หลักเกณฑ์ใด มีข้อดีและข้อบกพร่องอย่างไรก่อน เพื่อเป็นพื้นฐานในการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศในปัจจุบัน ตัวอย่างเช่น เพื่อให้รู้ว่า ทำไมกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of law) จึงต้องมีบทบัญญัติในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด โดยใช้หลักเกณฑ์ดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน และเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นมาเพื่อแก้ปัญหาในเรื่องใด และเมื่อแก้ไขแล้วมีผลดีหรือผลเสียอย่างไร

1. วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอังกฤษ¹

การศึกษาถึงวิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอังกฤษจะทำการศึกษาตามลำดับขั้นตอนดังต่อไปนี้

- ก. พัฒนาการของหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ
- ข. หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศในปัจจุบัน

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹ Peter North, Private international law problems in common law jurisdictions (London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), pp. 145-187. ; P.B. Carter, "The private international law (Miscellaneous provisions) Act 1995," The Law Quarterly Review 112 (April 1996) : pp. 190-194. ; C.M.V. Clarkson and Jonathan Hill, Jaffey on the conflict of laws (Great Britain: Butterworths, 1997), pp. 243-278. ; Dicey and Morris, The Conflict of Laws (London: Sweet & Maxwell, 1993), pp. 1480-1549.

ก. พัฒนาการของหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

ในการศึกษาลักษณะเดิม ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศอังกฤษ จะพิจารณาลักษณะที่นำมาใช้เพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับ โดยเรียงตามพัฒนาการของการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ และข้อดีและข้อบกพร่องของการใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวประกอบการศึกษา

ประเทศอังกฤษ เป็นประเทศต้นแบบในการสร้างหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ ซึ่งประเทศอื่น ๆ ไม่ว่าจะใช้ระบบกฎหมายแบบใด ก็จะกำหนดหลักเกณฑ์ของตนโดยเดินตามแนวทางกฎหมายของประเทศอังกฤษ ซึ่งวิวัฒนาการในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ ของประเทศอังกฤษสามารถพิจารณาตามลำดับได้ดังนี้

ศตวรรษที่ 19 : เมื่อเกิดปัญหาการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ กรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมายเกิดขึ้น ในยุคนี้ยังไม่มีหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับที่ชัดเจน ดังเช่นในปัจจุบัน เพราะปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายที่สำคัญในขณะนั้น จะพิจารณาในเรื่องของการขัดกันแห่งอำนาจศาล (Conflict of jurisdictions), การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ (recognition and enforcement) มากกว่าจะให้ความสำคัญกับเรื่องการเลือกกฎหมาย (Choice of laws)

ดังนั้นเมื่อเกิดปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย ในเรื่องการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิด ศาลจะเป็นผู้พิจารณาว่าสมควรเลือกกฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับกับคดีนั้น และสร้างหลักเกณฑ์ประกอบการพิจารณาขึ้นจนกลายเป็นแนวทางปฏิบัติของศาลที่พิจารณาคดี ในการกำหนดว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดมาใช้บังคับเมื่อเกิดปัญหาการเลือกกฎหมายขึ้น ดังที่ศาลได้วางหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ ซึ่งก็มีพัฒนาการในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับตลอดมา ดังที่ปรากฏในคดีดังต่อไปนี้

คดี The Halley² ศาลกำหนดให้ใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (The law of forum) ในการพิจารณาว่าจะใช้กฎหมายใดมากำหนดสิทธิและความรับผิดของคู่ความในคดีละเมิด ข้อเท็จจริงในคดีนี้ โจทก์ที่มีสัญชาติ Norwegian ซึ่งถูกเรือจำเลยที่มีสัญชาติ English ชนในน่านน้ำประเทศเบลเยียม การละเมิดเกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้ควบคุมเรือ โจทก์ฟ้องคดีนี้ต่อศาลอังกฤษ ตามกฎหมายของประเทศที่เกิดละเมิด กำหนดความรับผิดของจำเลยไว้ แต่กฎหมายอังกฤษไม่ได้กำหนดเช่นนั้น ทำให้จำเลยไม่ต้องรับผิดเพราะกฎหมายอังกฤษไม่ได้กำหนดความรับผิดเช่นนั้น คดีนี้เป็นการสร้างหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ให้พิจารณาตามกฎหมายอังกฤษ ซึ่งเป็นกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีเท่านั้น หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศในขณะนั้น จึงได้แก่การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (Lex fori) อย่างเคร่งครัด

ท่านผู้พิพากษา Selwyn ได้ให้เหตุผลในคดีนี้ว่า " It is ... alike contrary to principle and to authority to hold that and English court of justice will enforce a foreign municipal law , and will give a remedy in the shape of damages in respect of an act which , according to its own principles , imposes no liability on the person from whom damages are claimed " ซึ่งเป็นการแสดงถึงอำนาจของศาลที่พิจารณาคดี

คดี Phillips V Eyre³ ได้สร้างหลักเกณฑ์ใหม่ในการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดจากการใช้หลักกฎหมายของศาลอย่างเคร่งครัดแต่เพียงหลักเดียว ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่เหมาะสม สำหรับทุกกรณีที่เกิดปัญหาการเลือกกฎหมาย ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ จำเลยเป็นรัฐบาลได้จับกุมโจทก์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของทั้งสองประเทศ ต่อมาประเทศจามาไก้า ได้ออกกฎหมายยกเว้นการกระทำผิดนี้ ทำให้การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดตามกฎหมายของประเทศที่การละเมิดเกิดขึ้น แต่ยังคงเป็นความผิดตามกฎหมายของศาลอังกฤษที่พิจารณาคดีนี้

² [1868] LR 2 PC 193.

³ [1870] LR 6 QB 1.

ท่านผู้พิพากษา Willes J. ได้วางหลักเกณฑ์คดีนี้ว่า " As a general rule , in order to found a suit in England for a wrong alleged to have been committed abroad , two conditions must be fulfilled. First , the wrong must be of such a character that would have been actionable if committed in England... Secondly , the act must not have been justifiable by the law of place where it was done " ซึ่งต่อมาได้กลายเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับอย่างแพร่หลายในการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ โดยเรียกว่า " หลักในคดี Phillip V Eyre หรือหลัก Double actionable " ⁴ ซึ่งกำหนดเงื่อนไขในการใช้กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีไว้ 2 ข้อกล่าวคือ การจะนำคดีละเมิดที่เกิดขึ้นในต่างประเทศมาฟ้องต่อศาลอังกฤษ และใช้กฎหมายอังกฤษบังคับกับคดีได้นั้น จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ข้อประกอบกันดังนี้

เงื่อนไขข้อที่ 1 : การกระทำความผิดนั้น ต้องสามารถถูกฟ้องคดีได้ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ

เงื่อนไขข้อที่ 2 : การกระทำความผิดนั้น จะต้องไม่มีข้อกีดตัวตามกฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น

คดี Machado V Fontes ⁵ แสดงให้เห็นถึงบทบาทของกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี ที่มีอำนาจมากกว่ากฎหมายของประเทศอื่นที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้น และได้ให้คำจำกัดความคำว่า " ไม่มีข้อกีดตัว " ซึ่งปรากฏในเงื่อนไขข้อที่ 2 ที่กล่าวไว้ในคดี Phillip V Eyres ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า โจทก์ฟ้องจำเลยต่อศาลอังกฤษ ในข้อหาหมิ่นประมาทที่ได้เขียนในประเทศโปรตุเกส และพิมพ์ในประเทศบราซิล จำเลยต่อสู้ว่า กฎหมายของประเทศบราซิลที่เป็นกฎหมายของประเทศที่การกระทำเกิด ไม่ได้กำหนดความรับผิดในทางแพ่งในเรื่องนี้ไว้มีแต่ความรับผิดในทางอาญาเท่านั้น ดังนั้นจึงไม่เป็นไปตามเงื่อนไขทั้งสองข้อ ศาลอังกฤษวินิจฉัยคดีนี้ว่า การกระทำของจำเลยครบตามเงื่อนไขทั้งสองข้อแล้ว กล่าวคือ กฎหมายของประเทศที่เกิดละเมิดและกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีกำหนดว่าเป็นความผิดแล้วก็เพียงพอ ไม่จำเป็นต้องไปพิจารณาในเนื้อหาของ

⁴ C.M.V. Clarkson and Jonathan Hill, Jaffey on the conflict of laws , p. 250.

⁵ [1897] 2 QB 231.

กฎหมายว่าข้อพิพาทดังกล่าวเป็นความผิดในลักษณะอะไรอีก การวินิจฉัยเช่นนี้เป็นการแสดงให้เห็นถึง บทบาทของกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีที่มีอยู่เหนือกฎหมายต่างประเทศ และอธิบายคำว่า " ไม่มีข้อแก้ตัว " โดยอธิบายว่า เมื่อการกระทำนี้เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายของประเทศไทยที่การกระทำเกิดขึ้น และไม่ถูกต้องตามกฎหมายอังกฤษอันเป็นกฎหมายของศาลด้วย แม้ว่าประเทศหนึ่งจะกำหนดว่าเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา ส่วนอีกประเทศหนึ่งกำหนดว่าเป็นความผิดทางแพ่ง ก็ถือว่าเป็นความผิดแล้วดังนั้นเมื่อกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดไม่กำหนดความรับผิดให้ เท่ากับว่าโจทก์ไม่มีข้อแก้ตัวตามกฎหมายที่จะอ้างได้ จึงเป็นไปตามเงื่อนไขครบทั้งสองข้อ สามารถฟ้องคดีต่อศาลอังกฤษและใช้กฎหมายอังกฤษกำหนดสิทธิและความรับผิดของคู่ความได้

กล่าวได้ว่า ในยุคนั้นการใช้รูปแบบในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ในคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ศาลที่พิจารณาคดีจะเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการสร้างแนวทางการกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นมา ซึ่งหลัก Double actionability ถูกนำมาใช้บังคับอย่างแพร่หลายในการหากกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดในประเทศอังกฤษ โดยการใช้หลักเกณฑ์นี้ก็ก่อให้เกิดผลกระทบอันเป็นปัญหาที่สำคัญตามมาภายหลัง ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

1. ทำให้โจทก์ไม่ได้รับความเป็นธรรม

หมายความว่า โจทก์ไม่สามารถแสดงให้เห็นว่า คดีที่ตนนำมาฟ้องต่อศาลนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขทั้งสองข้อ คำฟ้องของโจทก์ก็จะตกไป เท่ากับว่าการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะนี้เป็นการสร้างภาระให้กับผู้เสียหาย ที่ต้องพิจารณากฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องทั้งหมด และถ้าประเทศหนึ่งประเทศใดไม่ได้กำหนดว่า การกระทำนั้นเป็นความผิด โจทก์ก็จะไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหาย

2. เป็นแนวทางที่ยึดติดอยู่กับการใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี

ทำให้ไม่สามารถแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้อย่างเพียงพอ ในกรณีที่กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีไม่พัฒนาตามภาวะของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป นอกจากนั้นแล้ว การที่ให้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีเป็นหลักในการเลือกกฎหมาย อาจส่งผลต่อปัญหา การเลือกฟ้องคดีต่อศาลที่ให้ประโยชน์แก่ตนมากที่สุดด้วย

3. การตีความคำตัดสินในคดี Machado V Fontes กระทบต่อหลัก Lex loci delicti กล่าวคือ การกำหนดให้ข้อพิพาทที่กล่าวอ้าง จะสามารถใช้กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีได้ ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขทั้งสองข้อประกอบกัน และการให้คำอธิบายเรื่องการไม่มีข้อแก้ตัวตามกฎหมายที่กล่าวไว้ในคดี Machado เป็นการลดบทบาทความสำคัญของหลักกฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น

4. ไม่สามารถแก้ปัญหากำหนดสถานที่เกิดละเมิดได้
 เนื่องจากในขณะนั้นยังไม่มีกำหนดชัดเจนว่า สถานที่ใดคือถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้น ซึ่งผลกระทบจากความไม่ชัดเจนของสถานที่เกิดละเมิดนี้ จะทำให้ผลแห่งคดีเปลี่ยนแปลงไปได้

ศตวรรษที่ 20 : จากข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นจากการใช้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับโดยใช้ หลัก Double actionability จึงมีความพยายามที่จะแก้ไขปัญหาคความบกพร่องดังกล่าว เพื่อให้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น โดยแนวทางในการแก้ปัญหานี้ได้กระทำโดยการวางแนวทางการแก้ปัญหาเรื่องการเลือกกฎหมาย ไว้ในคำพิพากษากฎีกา เป็นต้นว่า

คำพิพากษาในคดี Boys V Chaplin⁶ คำวินิจฉัยของศาลในเรื่องหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ ได้ปรับปรุงแก้ไขหลักเกณฑ์เดิมและสร้างหลักเกณฑ์ใหม่ขึ้น โดยให้ความสำคัญในการฟ้องคดีแห่งให้เป็นที่ไปตาม หลักกฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น เป็นหลักเกณฑ์เบื้องต้นในการพิจารณาเพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับ

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นชาวอังกฤษ แต่มีภูมิลำเนาชั่วคราวในประเทศมอลต้า โจทก์ได้รับบาดเจ็บจากการกระทำโดยประมาทของจำเลยที่ประเทศมอลต้า โจทก์ได้ฟ้องต่อศาลอังกฤษ กฎหมายของทั้งสองประเทศกำหนดว่า การกระทำของจำเลยเป็นความผิด แต่กำหนดค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่ได้รับจากการกระทำละเมิดไว้แตกต่างกัน กฎหมายของประเทศมอลต้ากำหนดให้น้อยกว่ากฎหมายของประเทศอังกฤษ ถ้าตีความข้อพิพาทในคดีนี้โดยใช้แนวทางคำพิพากษาในคดี Machado V Fontes ก็สามารถนำกฎหมายของ

⁶ [1971] AC 356.

ประเทศอังกฤษอันเป็นกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีมาใช้บังคับได้ เพราะเข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ครบทั้งสองข้อ แต่ศาลที่พิจารณาคดีนี้โดยผู้พิพากษา Wilberforce ไม่ได้ใช้การตีความตามคดี Machado V Fontes แต่ได้ให้เหตุผลในคำวินิจฉัยว่า "หลักเกณฑ์ในการนำกฎหมายของประเทศอังกฤษ มาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่ได้กระทำในต่างประเทศนั้น ต้องพิจารณาว่า การกระทำดังกล่าวสามารถฟ้องคดีละเมิดตามกฎหมายอังกฤษได้หรือไม่ โดยสิทธิที่จะฟ้องคดีเพื่อให้จำเลยรับผิดชอบนั้นต้องเป็นไปตาม สิทธิที่กฎหมายต่างประเทศซึ่งเป็นกฎหมายของประเทศที่การละเมิดเกิดขึ้นกำหนดไว้ " เป็นการอธิบายความหมายของคำว่า "ไม่มีข้อแก้ตัวตามกฎหมาย" โดยให้ความสำคัญกับหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นเป็นสำคัญ เนื่องจากเป็นหลักเกณฑ์ที่ง่ายต่อการทำความเข้าใจและนำมาใช้บังคับ อีกทั้งยังก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันมากกว่าการยึดติดกับการใช้กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีเป็นหลัก นอกจากนี้การตีความเช่นนี้ ยังเป็นการลดบทบาทของหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีด้วย

สรุปแล้ว คำพิพากษาในคดี Boys V Chaplin สร้างหลักเกณฑ์ใหม่ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นพัฒนาการในการหากฎหมายมาใช้บังคับที่สำคัญ แต่ยังคงหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับตามที่กำหนดไว้ใน คดี Phillip V Eyres แต่มีการนำหลักความยืดหยุ่นมาประกอบการพิจารณาในการกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับมากขึ้น ต่างจากแนวทางเดิมที่ใช้แต่หลักความแน่นอนมาใช้ในการกำหนดกฎหมายเท่านั้น และการตีความในคดี Boys V Chaplin ยังสามารถแก้ไขข้อบกพร่องที่เกิดจากการใช้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับโดยตีความในลักษณะเดิม ที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น นอกจากนี้การกำหนดคำสินไหมทดแทนก็กำหนดว่าเป็นการพิจารณาในเรื่องของกฎหมายสารบัญญัติ ไม่ใช่เรื่องกฎหมายวิธีพิจารณาความ ทำให้สามารถเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีได้

หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับตามแนวทางที่ปรากฏในคำพิพากษาคดี Boys V Chaplin ก็ได้รับการยอมรับและนำมาใช้เป็นหลักในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่

มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ในหลายประเทศ เช่น ประเทศออสเตรเลีย , ประเทศนิวซีแลนด์, ประเทศแคนาดา, ประเทศสก๊อตแลนด์ ฯลฯ⁷

แต่อย่างไรก็ตาม การใช้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ โดยใช้หลัก Double actionability ที่คำพิพากษาในคดี Phillip V Eyres สร้างหลักเกณฑ์นี้ไว้ และมีการนำความยืดหยุ่นมาใช้ในการตีความการใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าว ตามที่คดี Boys V Chaplin ได้ให้เหตุผลไว้ ก็ยังเกิดกรณีที่ไม่สามารถจะแก้ไขปัญหาในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ได้อย่างเพียงพอและเหมาะสมกับสถานการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นสามารถสรุปได้ดังนี้

1. ในกรณีที่คดีละเมิดที่นำมาฟ้องที่มีลักษณะพิเศษ อันแตกต่างจากคดีละเมิดโดยทั่วไป เช่น มีข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใดเข้ามาแทรกแซง ทำให้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่สำหรับคดีละเมิดโดยทั่วไป ไม่สามารถสร้างความเป็นธรรมให้กับคู่กรณีได้ ทำให้มีความจำเป็นที่จะต้องพัฒนา หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับเพื่อให้เกิดความเหมาะสมในแต่ละคดีที่เกิดขึ้น

2. การใช้หลัก Double actionability อาจนำไปสู่การกำหนดกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เป็นกฎหมายที่ไม่มีความสัมพันธ์ใดๆอันเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทเลย

3. การตีความหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ โดยใช้หลักความยืดหยุ่น อาจสร้างปัญหาที่ทำให้กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับ มีความไม่แน่นอนหรือไม่ชัดเจนได้ กล่าวคือไม่มีความเป็นเอกภาพในการแก้ปัญหาการเลือกกฎหมาย เป็นการขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

⁷ Peter North , Private international law problems in common law jurisdictions , pp. 151-152.

ดังนั้นแนวทางของคำพิพากษาในระยะหลังๆ พยายามที่จะปรับปรุงหลักเกณฑ์ในการหา กฎหมายมาใช้บังคับ โดยกำหนดข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นในการนำหลัก Double actionability มาใช้บังคับ โดยข้อจำกัดดังกล่าวได้แก่ การนำประเด็นเรื่องความสัมพันธ์อันเกี่ยวข้องกับข้อ พิพาทและคู่กรณีที่สำคัญที่สุด มาประกอบการพิจารณาเพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับด้วย ตัวอย่างเช่น ถ้ากฎหมายที่กำหนดจากการใช้หลัก Double actionability ไม่มีความสัมพันธ์ที่ สำคัญอันสอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและคู่ความในคดีเลย ก็ไม่สามารถนำกฎหมายดัง กล่าวมาใช้บังคับเพื่อ กำหนดสิทธิและความรับผิดชอบในคดีละเมิดนั้นได้ ดังที่ปรากฏในคดี Johnson V. Coventry Churchill International Ltd⁸

แต่ก็แนวทางการพิจารณาคดีของศาลก็ยังคงขัดแย้งกันอยู่ กล่าวคือ หลักเกณฑ์ในการ หากฎหมายมาใช้บังคับที่กำหนดให้มีการแบ่งแยกออกเป็นกรณีละเมิดโดยทั่วไป และ กรณีพิเศษ ที่ให้นำเรื่องความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่สำคัญกับคดีมาใช้เป็นข้อยกเว้นนั้น ยังไม่มีความชัดเจนในการ กำหนดแนวทางมาใช้บังคับ เพราะมีการโต้แย้งในเรื่องข้อยกเว้นว่าไม่ได้นำมาใช้เฉพาะกรณี พิเศษเท่านั้นแต่เป็นการนำมาใช้กับคดีละเมิดที่ขึ้นสู่ศาลทั้งหมด ดังที่ปรากฏในคดี Red Sea Insurance Co. Ltd. V Bonygues SA.⁹

ข. หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศในปัจจุบัน

การที่หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอังกฤษ ยังไม่สามารถแก้ไข ปัญหาการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับได้ เนื่องจากหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้นั้นยังคงให้ความสำคัญ กับกฎหมายของอังกฤษ ซึ่งเป็นกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี ดังที่เห็นได้จากการกำหนดไว้ใน เงื่อนไขข้อที่ 1 ของการใช้หลัก Double actionability ทำให้บทบาทของหลักเกณฑ์ในการหา กฎหมายมาใช้บังคับนั้น มักจะนำไปสู่การใช้กฎหมายของประเทศอังกฤษเป็นส่วนใหญ่ เพื่อแก้ ปัญหาที่เกิดขึ้น จึงมีการตั้งคณะกรรมการในการปฏิรูปหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ ในคดีละเมิด ในปี 1980s และคณะกรรมการได้สร้างหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้

⁸ [1992] 3 ALL ER 14, cited in, C.M.V. Clarkson and Jonathan Hill, Jaffey on the Conflict of Laws, pp. 255-256.

⁹ [1995] 1 AC 190, cited in Ibid., p. 256.

บังคับ โดยกำหนดเป็นหลักเกณฑ์เฉพาะ ดังที่ปรากฏใน Law commission working paper No. 87, Choice of law in tort and delict (1984) , Law commission working paper No. 193, (1995)

ซึ่งหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติปี 1995 นี้ เป็นการยกเลิกการใช้หลัก Double actionability และการใช้ข้อยกเว้นในเรื่อง most significant relationship รวมถึงยกเว้น การใช้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับที่มุ่งเน้นในความแน่นอนชัดเจนเท่านั้น โดยบทบัญญัติที่คณะกรรมการปฏิรูปนี้ จะกำหนดไว้ในลักษณะของ หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับสำหรับคดีละเมิดโดยทั่วไป และหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับสำหรับกรณีเฉพาะเท่ากับว่า แนวทางในการสร้างหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายของคณะกรรมการประกอบไปด้วย หลักเรื่องความแน่นอนและหลักเรื่องความยืดหยุ่น เป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่สำคัญในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ โดยการนำความแน่นอนและความยืดหยุ่นมาใช้ นั้น ต้องมีความสัมพันธ์กันอย่างเหมาะสม กล่าวคือ ต้องไม่ให้ความสำคัญกับหลักใดหลักหนึ่งมากเกินไปกว่ากัน ทำให้หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่สร้างขึ้นใหม่นี้ สามารถนำไปปรับกับข้อเท็จจริงแห่งการละเมิด ที่มีความหลากหลายได้มากยิ่งขึ้น และไม่เกิดความสับสนในการบังคับใช้

หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ ตาม The private international law (Miscellaneous provision) Act 1995. สามารถพิจารณาออกเป็นประเด็นต่างๆได้ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง : กรณีที่มีประเด็นปัญหาในเรื่องละเมิดเกิดขึ้นให้นำหลักเกณฑ์ซึ่งกำหนดไว้ใน The 1995 Act. มาใช้เพื่อเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ส่วนปัญหาการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ให้ใช้กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีในการกำหนดว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นเป็นเรื่องละเมิดหรือไม่ ตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 9 (1) (2)

ประเด็นที่สอง : หลักเกณฑ์ทั่วไปในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น (lex loci delicti) แต่ในกรณีที่การละเมิดเกิดขึ้นตั้งแต่สองประเทศหรือมากกว่านั้น การพิจารณาว่าประเทศใดคือประเทศที่การละเมิดเกิดขึ้น ให้พิจารณาว่า ประเทศใดมีจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดและมีความสัมพันธ์กับคดีละเมิดที่เกิดขึ้นมาก

ที่สุด ให้ถือว่าประเทศนั้นเป็นประเทศที่การละเมิดเกิดขึ้น ตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 11 (1) เป็นการนำหลักความยืดหยุ่นและความแน่นอนมาใช้ประกอบกัน ซึ่งจะให้ความสำคัญกับหลักใดมากกว่ากันนั้น ขึ้นอยู่กับว่า คดีละเมิดที่เกิดขึ้นนั้นก่อให้เกิดความเสียหายในด้านใด หรือไปกระทบสิทธิของผู้เสียหายในเรื่องใด โดยมาตรา 11 ได้กำหนดไว้ดังนี้

- มาตรา 11 (2) (a) ถ้าการกระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกาย เป็นต้นว่า ทำให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บ หรือถึงแก่ความตาย กฎหมายแห่งสถานที่เกิดละเมิด ก็คือกฎหมายของประเทศที่ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บหรือตาย

- มาตรา 11(2) (b) ถ้าการกระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สิน กฎหมายที่นำมาใช้บังคับ ก็คือกฎหมายของประเทศที่มีความเสียหายของทรัพย์สินเกิดขึ้น

- มาตรา 11(2)(c) ถ้าการกระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายในลักษณะทั่วไป ให้ใช้กฎหมายของประเทศที่มีเหตุการณ์อันเป็นองค์ประกอบสำคัญที่สุดของการละเมิดเกิดขึ้น เหตุผลแห่งการกำหนดสถานที่เกิดละเมิดในข้อ c มีวัตถุประสงค์เพื่อ สร้างกฎเกณฑ์ในการกำหนดกฎหมายให้ครอบคลุมกับทุกสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้นได้ในทางปฏิบัติ ที่ความเสียหายจากคดีละเมิดไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกาย หรือทรัพย์สินเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ความเสียหายทางเศรษฐกิจ แต่ก็อาจจะมีปัญหาในการพิจารณาว่า องค์ประกอบที่สำคัญของคดีละเมิดนั้นเกิดขึ้นในประเทศใด

ประเด็นที่สาม : ข้อยกเว้นในการใช้หลักเกณฑ์ทั่วไป (หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น) ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด โดยกำหนดไว้ในมาตรา 12 (1) ว่า ในกรณีที่มีความซับซ้อนของประเทศที่เกี่ยวข้องมาก การใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปอาจไม่สามารถแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างเพียงพอ ดังนั้นกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีนี้ จึงอาจใช้กฎหมายของประเทศอื่นที่มีความใกล้ชิดกับคดีละเมิดมากกว่ากฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น โดยเปิดช่องให้ศาลที่พิจารณาคดีสามารถใช้ดุลยพินิจ เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้แก่คดีนั้นได้

การพิจารณาว่ากฎหมายของประเทศใดมีความใกล้ชิดกับคดีละเมิดมากกว่ากฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น ให้ใช้วิธีการเปรียบเทียบความสำคัญของปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับคดีละเมิด ระหว่างกฎหมายของประเทศที่กำหนดให้ใช้บังคับตามหลักเกณฑ์ทั่วไป กับกฎหมายของประเทศอื่นที่เกี่ยวข้องกับคดี เมื่อเปรียบเทียบแล้ว เห็นว่ากฎหมายของประเทศใด มีความเหมาะสมในการนำมาใช้บังคับกับคดีละเมิดเกิดขึ้นมากกว่า ก็ให้ใช้กฎหมายของประเทศนั้น ซึ่งในบางครั้งกฎหมายที่มีความเหมาะสมในการบังคับใช้อาจจะไม่ใช่ กฎหมายของประเทศที่การละเมิดเกิดขึ้น หรือกฎหมายของประเทศที่พิจารณาคดี แต่เป็นกฎหมายของประเทศอื่นก็ได้

เพื่อสร้างความเข้าใจในการใช้บังคับ และไม่เกิดความสับสนในการพิจารณาว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายที่เหมาะสม ในการพิจารณา เรื่องข้อยกเว้นในการหากฎหมายมาใช้บังคับ ตาม 1995 Act. จึงสามารถแบ่งแยกออกเป็นประเด็นต่างๆได้ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง : ความสัมพันธ์ระหว่างการใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปกับเรื่องข้อยกเว้น

ความสัมพันธ์นี้เป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นถึง ความสัมพันธ์ระหว่างการใช้ หลัก Double actionability และการใช้ข้อยกเว้นโดยนำเรื่อง most significant relationship ตามที่ประเทศซึ่งใช้ ระบบ Common law กำหนดไว้ ซึ่งหมายความว่า กฎหมายที่กำหนดให้ใช้บังคับตามหลักเกณฑ์ทั่วไป สามารถถูกแทนที่โดยการนำหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายที่เหมาะสมมาใช้บังคับ โดยวิธีการเปรียบเทียบความสำคัญของปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับคดีละเมิด ในทำนองเดียวกับข้อพิพาทในเรื่องของสัญญา เพราะลักษณะของสัญญาระหว่างประเทศสามารถมีจุดเกาะเกี่ยวกับประเทศต่างๆได้มากมาย การที่จะกำหนดว่าประเทศใดเป็นประเทศที่สัญญามีจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดกับคดีมากที่สุด ก็เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบ ในทำนองเดียวกันกับข้อพิพาทในคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ กฎหมายของประเทศที่เข้ามาเกี่ยวข้องก็อาจเกิดขึ้นได้มากมายเช่นเดียวกัน เป็นต้นว่า ประเทศที่คู่กรณีมีนิติสัมพันธ์ , ประเทศที่ได้รับความเสียหาย , ประเทศที่มีการละเมิดเกิดขึ้น ฯลฯ คดีละเมิดในลักษณะนี้มีความแตกต่างกับคดีละเมิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกาย หรือต่อทรัพย์สินโดยตรงเท่านั้น เนื่องจากคดีละเมิดในลักษณะหลังนี้ สถานที่เกิดละเมิดมีความเป็นไปได้แค่ 3 ประเทศเท่านั้น นั่นคือ ประเทศที่โจทก์มีภูมิลำเนา , ประเทศที่จำเลยมีภูมิลำเนา และประเทศที่เกิดการละเมิด ดังนั้นถ้าประเทศที่

คู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาในประเทศที่เกิดละเมิดเป็นประเทศเดียวกัน ประเทศดังกล่าวก็ย่อมจะเป็นประเทศที่มีความใกล้ชิดกับคดีมากกว่าประเทศอื่น หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับจึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไป นั่นคือ การใช้กฎหมายของประเทศที่เกิดละเมิดเกิดขึ้น แต่ถ้าประเทศที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาในประเทศที่เกิดละเมิดเป็นคนละประเทศกัน ศาลก็จะนำกฎหมายของประเทศที่เหมาะสมกว่ามาใช้บังคับ แทนการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิด และในกรณีที่มีประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องไม่มาก ก็สามารถพิจารณาได้ว่าประเทศใดมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดที่สุด ในทางตรงข้ามกรณีที่มีประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องมากมาย การจะพิจารณาว่าประเทศใดมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดที่สุด ก็จะเป็นเรื่องยาก ดังนั้นจึงจำเป็นต้องใช้วิธีการเปรียบเทียบ เพื่อหากฎหมายที่เหมาะสมที่สุดมาใช้บังคับ

ประเด็นที่สอง : ขอบเขตของการใช้ข้อยกเว้นในการหากฎหมายมาใช้บังคับ

ขอบเขตของการใช้ข้อยกเว้น ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและประเด็นที่มีลักษณะพิเศษต่างๆ ในแต่ละคดี อีกทั้งใน 1995 Act ก็กำหนดข้อจำกัดตามมาตรา 12 ให้ตีความอย่างเคร่งครัดและสามารถนำข้อยกเว้นมาใช้ได้เฉพาะ ในกรณีที่ให้นำหลักกฎหมายที่เหมาะสมมาใช้แทนที่ หลักเกณฑ์ทั่วไปเท่านั้น แต่ไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ทั่วไปมาใช้แทนที่ หลักกฎหมายของประเทศอื่นที่มีความเหมาะสมมากกว่าได้

ประเด็นที่สาม : วิธีการใช้ข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ใน มาตรา 12 เพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับ

วิธีการใช้ข้อยกเว้น ให้ใช้หลักเกณฑ์ในทำนองเดียวกันกับการวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์ (interest analysis) ที่เกี่ยวข้องกับคดีตามที่ใช้บังคับในประเทศอเมริกา แต่ข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ใน มาตรา 12 นี้เป็นการใช้วิธีการหาจุดเชื่อมโยงของความสัมพันธ์ในประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง (centre of gravity) ยิ่งไปกว่านั้น Morse ได้เสนอความเห็นในเรื่องนี้ว่า "กฎหมายของประเทศที่ถูกกำหนดให้ใช้บังคับกับคดีละเมิดตามหลักเกณฑ์ทั่วไป ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ไม่ว่าจะกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ สำหรับกรณีที่มีลักษณะพิเศษหรือไม่ก็ตาม เมื่อเกิดกรณีที่ต้องใช้ข้อยกเว้นตามมาตรา 12 กฎหมายของประเทศที่ถูกกำหนดให้ใช้บังคับก็

ต้องเป็นไปตามนั้น¹⁰ แสดงให้เห็นว่าเป็นการให้ความสำคัญกับเรื่องการใช้ข้อยกเว้นเพื่อกำหนดกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด เพื่อสร้างให้เกิดความเหมาะสมกับคดีสูงสุด

ประเด็นที่สี่ : การพิจารณาความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีพิจารณาความ กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

1995 Act. ได้กำหนดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในเรื่องนี้ไว้ใน มาตรา 14 (3) ซึ่งกำหนดไว้ว่า 1995 Act. จะไม่มีผลต่อหลักกฎหมายเรื่องพยานหลักฐาน หรือเรื่องใดๆที่อยู่ในส่วนของกฎหมายวิธีพิจารณาความ และกำหนดให้ปัญหาที่เกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความให้นำกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีมาปรับใช้ แต่ 1995 Act. ไม่ได้แก้ปัญหามโนทัศน์ที่ข้อเท็จจริงเรื่องหนึ่งสามารถกำหนดได้ตามกฎหมายทั้งสองลักษณะ เช่นในเรื่องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายในคดีละเมิด

ประเด็นที่ห้า : กรณีที่มีปัญหาในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศเกิดขึ้น แต่ไม่สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับได้

กรณีที่ไม่สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับได้ ได้แก่กรณีที่มีเรื่อง (public policy) เข้ามาเกี่ยวข้อง เพราะ 1995 Act วางหลักไว้ว่า ถ้าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นสามารถพิสูจน์ได้ว่า มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นในต่างประเทศและกฎหมายนั้นกำหนดว่าเป็นความผิด ก็ไม่ต้องคำนึงว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นกฎหมายของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี จะกำหนดว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นความผิดหรือไม่ก็ตาม แต่ต้องไม่มองข้ามกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประเทศที่พิจารณาคดีด้วย

นอกจากนี้แล้ว 1995 Act จะไม่นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทในคดีอาญา คดีภาษี หรือในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยต่างๆ โดยเรื่องเหล่านี้ กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับก็คือ กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีเท่านั้น

¹⁰ C.G.J. Morse , " Tort in private international law : A new statutory framework , " ICLQ 888, No. 45 (1996) : 900.

ประเด็นที่หก : กรณีที่มีการฟ้องคดีในข้อหาหมิ่นประมาท จะไม่นำบทบัญญัติใน 1995 Act มาใช้บังคับ ตามที่มาตรา 9 และมาตรา 13 กำหนดไว้

สรุปแล้วแนวทางในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับในประเทศอังกฤษ สำหรับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ในปัจจุบันนี้ใช้หลักเกณฑ์ตามที่ปรากฏใน 1995 Act ซึ่งมีการกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ กล่าวคือ ให้ใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดในกรณีทั่วไป ส่วนกรณีที่เป็นข้อยกเว้น ก็ให้นำหลักกฎหมายที่เหมาะสม (proper law) มาใช้บังคับ เป็นการแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ที่ต้องการทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีมีความแน่นอน ชัดเจน ง่ายต่อการนำมาใช้บังคับ และต้องมีความสัมพันธ์ที่เหมาะสมกับความยืดหยุ่น ในกรณีที่มีประเด็นพิเศษเข้ามาเกี่ยวข้อง หรือข้อเท็จจริงแห่งคดีมีความซับซ้อน เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้แก่คดีนั้น เป็นกรณีเฉพาะ การที่จะนำหลักความยืดหยุ่นมาใช้บังคับนี้ แม้จะกำหนดให้เป็นอำนาจเด็ดขาดของศาลที่พิจารณาคดี แต่ก็จำกัดขอบเขตในการใช้ดุลยพินิจ อีกทั้งได้ให้คำจำกัดความที่ชัดเจน เพื่อป้องกันความสับสนและความไม่แน่นอนในการนำมาใช้

2. วิธีการหากกฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอเมริกา

การศึกษาถึงวิธีการหากกฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอเมริกาจะทำการศึกษาดำเนินขั้นตอนดังต่อไปนี้

- ก. พัฒนาการของหลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ
- ข. หลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศในปัจจุบัน
- ค. พัฒนาการของหลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

วิธีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับในประเทศอเมริกา ซึ่งเป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีอิทธิพลต่อการกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับของแต่ละ

ประเทศ นอกจากนี้แล้วยังเป็นประเทศที่แบ่งเขตการปกครองออกเป็นมลรัฐ โดยที่แต่ละมลรัฐมีอำนาจในการออกกฎหมาย เพื่อใช้บังคับในรัฐของตน ทำให้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายสามารถเกิดขึ้นได้ทั้งสองระดับ กล่าวคือ เป็นการขัดกันระหว่างกฎหมายของแต่ละมลรัฐ กับการขัดกันแห่งกฎหมายในระดับประเทศ ทำให้มีปัญหาว่า หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ จะใช้หลักเกณฑ์เดียวกันหรือไม่ ดังนั้นเพื่อความเข้าใจที่ชัดเจนในหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ ของประเทศอเมริกา จึงขออธิบายตามลำดับดังนี้

หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอเมริกา ในยุคต้นๆ มีพัฒนาการในการหากฎหมายมาใช้บังคับ โดยเดินตามแนวทางการกำหนดหลักเกณฑ์ของประเทศอังกฤษ หมายความว่า หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอเมริกาในอดีต ใช้หลัก Double actionability และนำหลักความยืดหยุ่นมาปรับใช้ในการทำงานเดียวกันกับ หลักเกณฑ์ที่เกิดจากคำพิพากษาในคดี Boys V Chaplin

ต่อมาประเทศอเมริกา มีพัฒนาการในการสร้างหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับของตนเอง เนื่องจากมีระบบการปกครองที่แตกต่างจากประเทศอื่น อันมีผลกระทบต่อแนวความคิด เหตุผล และความต้องการในการกำหนดกฎหมาย ทำให้วิธีการที่ประเทศอังกฤษสร้างไว้ไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศอเมริกา และเห็นว่าหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอังกฤษ ที่ในขณะนั้นใช้หลัก Double actionability ไม่สามารถสร้างความเป็นธรรมที่แท้จริงให้กับคู่ความในคดีละเมิดได้อย่างเหมาะสม

นอกจากนี้อิทธิพลจากแนวความคิดของนักกฎหมายต่างๆ เป็นต้นว่า Holmes J. ที่ได้กล่าวเกี่ยวกับ กฎหมายซึ่งจะนำมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีความเกี่ยวข้องกับต่างประเทศ ว่า " ถึงแม้การกระทำละเมิดที่กล่าวอ้างนั้น กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีจะไม่ได้กำหนดว่าเป็นความผิด แต่ตามกฎหมายแห่งสถานที่ที่เกิดละเมิดกำหนดว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ก็สามารถใช้กฎหมายแห่งสถานที่ที่เกิดละเมิด มาใช้ในการกำหนดสิทธิและความรับผิดชอบของคู่กรณีได้ตามหลัก lex loci delicti " ¹¹ ดังนั้นประเทศอเมริกา จึงมีแนวทางของตนเองในการกำหนด

¹¹ Dicey and Morris, The Conflict of Laws (London: Sweet & Maxwell, 1993), pp. 1480-1482.

หลักเกณฑ์เพื่อกำหนดกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด โดยใช้หลัก *lex loci delicti* เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปเพื่อกำหนดความรับผิดในคดีละเมิด เนื่องจากพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความชัดเจนแน่นอน และสามารถคาดเดาได้ถึงผลแห่งคดีที่พิพาท นอกจากนี้ยังสามารถแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้หลักเกณฑ์เดิม (หลัก *Double actionability*) ได้

แต่อย่างไรก็ดีปัญหาในเรื่องการกำหนดสถานที่เกิดละเมิดก็ยังไม่สามารถแก้ไขได้ ถ้ายังคงนำหลัก *lex loci delicti* มาใช้บังคับกับข้อพิพาทในคดีละเมิดทุกเรื่องอย่างเคร่งครัด โดยไม่คำนึงถึงปัจจัยแวดล้อมคดีอื่นๆประกอบด้วย จึงทำให้การใช้หลักเกณฑ์นี้ นำไปสู่การเลือกกฎหมายมาใช้บังคับที่ไม่เหมาะสมกับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ทำให้เมื่อเกิดข้อพิพาทในคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศเกิดขึ้น ศาลที่พิจารณาคดีก็จะนำวิธีการต่างๆมาใช้ เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิด ในการกำหนดกฎหมายที่จะบังคับกับคดี เป็นต้นว่าการใช้วิธีการให้ลักษณะกฎหมายกับข้อเท็จจริงว่าเป็นเรื่องอื่นที่ไม่ใช่เรื่องละเมิด หรือการกำหนดว่าปัญหาที่เกิดขึ้นนั้น เป็นเรื่องของกฎหมายวิธีพิจารณาความ หรืออ้างว่าถ้าใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิด จะเป็นการขัดแย้งกับนโยบายทางด้านมหาชนของรัฐที่พิจารณาคดี¹² จึงทำให้เกิดการพัฒนาที่สำคัญ ในหลักการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด

ดังที่ปรากฏในคำตัดสินคดี *Babcock V Jackson*¹³ ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า คู่กรณีอาศัยอยู่ใน New York ได้ขับรถมาเที่ยวประเทศแคนาดาด้วยกัน โดยรถยนต์ดังกล่าวจดทะเบียนและทำประกันภัยที่ New York ได้เกิดอุบัติเหตุขึ้นเนื่องจากความประมาทเลินเล่อของจำเลย ที่เมือง Ontario ประเทศแคนาดา กฎหมายของทั้งสองประเทศกำหนดความรับผิดไว้แตกต่างกัน กฎหมายของแคนาดา กำหนดว่าเจ้าของรถไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่ผู้โดยสารในรถยนต์ได้รับ (เว้นแต่กรณีรับจ้าง) แต่กฎหมายประเทศอเมริกา ไม่ได้กำหนดไว้เช่นนั้น ศาล New York ที่พิจารณาคดีนี้กำหนดให้ใช้กฎหมาย New York บังคับกับคดี โดยให้เหตุผลว่า " แม้ว่าการใช้

¹² Moffatt Handcock , " Canadian - American torts in the conflict of laws : The revival of policy determined construction analysis, " in *Studies in modern choice of law. : Torts, Insurance, Land* (Newyork: William S Hein Company Buffalo, 1984), p. 184.

¹³ [1963] 12 N.Y. 2d 473, 191 N.E. 2d 279.

หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิด ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในหลักการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด จะก่อให้เกิดความแน่นอน และง่ายต่อการนำมาใช้บังคับก็ตาม แต่ถ้านำกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีมาปรับใช้จะสร้างความเป็นธรรม และทำให้ผลแห่งคดีได้รับการยอมรับมากกว่า เนื่องจากเป็นกฎหมายของประเทศที่คู่กรณีมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับใกล้ชิด ก็สมควรที่จะนำกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีมาปรับใช้ในสถานการณ์พิเศษนี้ "

เมื่อวิเคราะห์เหตุผลแห่งคดีนี้ จะสามารถแบ่งแยกการพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

1. เป็นการนำเอาหลักเกณฑ์ในหลักการเลือกกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องสัญญา มาปรับใช้กับเรื่องละเมิด หมายความว่า เป็นการนำเอากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคดีมากที่สุดมาปรับใช้
2. เป็นการนำเอาผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับคดีมาเปรียบเทียบ ว่ากฎหมายของประเทศใดมีความเกี่ยวข้องกับคดีมากที่สุด ซึ่งกฎหมายในคดีนี้ที่มีความเกี่ยวข้องกับคดีมากที่สุด ได้แก่ กฎหมาย New York เพราะเป็นประเทศที่คู่กรณีมีถิ่นที่อยู่ และจดทะเบียนประกอบกับทำประกันรถยนต์ที่นั่นด้วย ส่วนกฎหมายของ Ontario เป็นเพียงสถานที่เกิดเหตุเท่านั้น อีกทั้งยังไม่สามารถคาดหมายได้ว่าเหตุการณ์เช่นนี้จะเกิดขึ้นด้วย
3. ต้องพิจารณาถึงเหตุผลของกฎหมายที่เกี่ยวข้องว่าต้องการเช่นไร ในคดีนี้การที่กฎหมายของ Ontario บัญญัติไว้เช่นนี้ มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ผู้เสียหายไปฟ้องผู้รับประกันภัยโดยตรง แต่ในคดีนี้ไม่มีบริษัทประกันภัยเข้ามาเกี่ยวข้อง

ดังนั้นหลังจากคำพิพากษาในคดี Babcock V Jackson กำหนดให้นำกฎหมายที่มีความสัมพันธ์กับคดีมากกว่ามาใช้บังคับ จึงเป็นการสร้างหลักเกณฑ์ใหม่ในการหากฎหมายมาใช้บังคับแทนที่จะใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิด แต่เพียงหลักเดียว นอกจากนั้นกฎหมายที่กำหนดมาใช้บังคับนั้น อาจจะไม่ตรงกันในทุกคดีขึ้นอยู่กับว่าข้อเท็จจริงในแต่ละคดีเป็นเช่นไร

ทำให้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ ของประเทศอเมริกา ใช้หลักกฎหมายของประเทศที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคดีมากที่สุด ประกอบการวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคดีโดยเปรียบเทียบกัน ตามที่กำหนดไว้ใน Restatement (second) of

conflict of law (1971)¹⁴ ซึ่งก็ได้รับการยอมรับไปบังคับใช้ในหลายประเทศ แม้แต่ในประเทศอังกฤษ ที่ประเทศอเมริกาเคยถือแนวทางในการเลือกกฎหมายตาม

แต่อย่างไรก็ดี ก็ยังคงมีข้อบกพร่องอยู่ เนื่องจากเมื่อมีการใช้หลักเกณฑ์นี้ทำให้การใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิด ถูกยกเลิกไป และเน้นความยืดหยุ่นในการกำหนดกฎหมายเป็นสำคัญ ทำให้มีความไม่ชัดเจนเกิดขึ้น และมีความสับสนในการบังคับใช้ อีกทั้งยังไม่สามารถถือเอาแนวทางที่วินิจฉัยในคำพิพากษาเป็นแนวทางได้ เพราะหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายในแต่ละคดีอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้เสมอ

ข. หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศในปัจจุบัน

จากที่กล่าวในข้างต้นว่า ระบบกฎหมายของประเทศอเมริกา แต่ละมลรัฐมีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายของตน ดังนั้นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมาย (choice of law rule) ก็ขึ้นอยู่กับแต่ละมลรัฐจะกำหนดให้ใช้หลักเกณฑ์ใด โดยอาจจะกำหนดให้ใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันก็ได้¹⁵ ตามวัตถุประสงค์ที่แต่ละมลรัฐต้องการ แม้จะเป็นประเทศเดียวกันก็ตาม

จากการที่แต่ละมลรัฐจะมีอำนาจ ในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับแล้ว รัฐบาลกลาง (Federal states) ก็มีอำนาจในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายเช่นกัน และเมื่อหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับของแต่ละมลรัฐ กำหนดได้แตกต่างกัน การพิจารณาปัญหาในการเลือกกฎหมาย ในประเทศที่ใช้ระบบนี้ ต้องมองว่าแต่ละมลรัฐถือเสมือนเป็นอีกประเทศหนึ่ง

ตัวอย่างเช่น กฎหมายของรัฐ Michigan ก็จัดว่าเป็นกฎหมายต่างประเทศ ถ้าข้อพิพาทนั้นนำมาฟ้องต่อศาลของรัฐ Delaware ทำให้วิธีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมี

¹⁴ Paul E. McGreal , " Conflict of laws , " S.M.U. law review 47 , No. 4 (Spring 1994) : 867-871.

¹⁵ Symeon C. Symeonides , " Choice of law in the American courts in 1997 " The American journal of comparative law 46 No. 4, (Spring , 1998) : 266.

ความแตกต่างจากหลักเกณฑ์ของประเทศอื่น และจากที่กล่าวมานี้ ก็มีปัญหาว่า วิธีการที่ใช้แก้ ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายระหว่างมลรัฐ ในประเด็นเรื่องการเลือกกฎหมาย จะสามารถปรับ ใช้กับปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายระหว่างประเทศได้หรือไม่

คำพิพากษาของประเทศออสเตรเลีย ในคดี Breavington V Godleman¹⁶ กำหนดว่า ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายระหว่างมลรัฐ มีความแตกต่างกับปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย ระหว่างประเทศ แต่ไม่ได้ให้เหตุผลว่ามีความแตกต่างกันอย่างไรแต่ท่านผู้พิพากษา Mason C.J. ได้แสดงทัศนะว่า การที่มีความแตกต่างกันเพราะ กรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมายภายในที่เกิดขึ้นในระดับระหว่างประเทศนั้น ความสัมพันธ์ที่เชื่อมโยงในระหว่างกฎหมายของทั้งสองประเทศ ไม่มีอยู่เลยต่างจากการขัดกันระหว่างมลรัฐ โดยลักษณะของกฎหมาย มีส่วนที่เหมือนกันคือ เป็นกฎหมายของประเทศเดียวกัน ระบบแนวความคิดก็ไม่แตกต่างกันมากนัก

แต่คำพิพากษาในคดี McKain V Miller¹⁷ ได้กลับหลักเกณฑ์ที่วางไว้ในคดีเดิม ซึ่งคดีนี้ กำหนดว่าหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมาย มาใช้ในกรณีที่เกิดปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย ระหว่างมลรัฐ ให้ใช้วิธีการเดียวกับที่ใช้ในการแก้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ แม้ว่าจะยังไม่มีกรณีโต้แย้งว่ามีความแตกต่างกันหรือไม่ แต่หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้ บังคับนั้น ก็สามารถเป็นหลักเกณฑ์เดียวกันได้ ดังนั้นแม้ว่า หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้ บังคับจะเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับ ในกรณีที่มีการขัดกันระหว่างมลรัฐเกิดขึ้น ก็สามารถนำมา ปรับใช้ หรือเป็นแนวทางในการพัฒนาการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับใน ระดับระหว่างประเทศต่อไปได้

เมื่อหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ในประเทศอเมริกา สามารถเกิดขึ้นได้ หลายหลักเกณฑ์ เนื่องจากการที่แต่ละรัฐมีอำนาจบัญญัติกฎหมายของรัฐตนในเรื่องนี้ อีกทั้งยังมีหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับที่หลากหลาย แต่ตามที่ The restatement of conflicts of laws (second) นำมาใช้บังคับส่วนใหญ่ จะใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสม (proper law) ในการกำหนดกฎหมายที่เหมาะสม โดยการเปรียบเทียบจากกฎหมายที่

¹⁶ [1998] 169 CLR 41.

¹⁷ [1999] 174 CLR 1 .

เกี่ยวข้องกับ และมีความใกล้ชิดกับคดีมากที่สุด หรือที่เรียกอีกอย่างว่า วิธีการหากฎหมายที่ดีที่สุด (better law) ซึ่งวิธีการนี้มีความยืดหยุ่นในการใช้บังคับสูง อันจะส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอนในการกำหนดกฎหมายมาใช้บังคับขึ้น ทำให้ไม่สามารถนำมาใช้เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างแท้จริง และมีความสับสนในการใช้บังคับ

ดังนั้นเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ จึงต้องจำกัดขอบเขตของการนำหลักกฎหมายที่เหมาะสม (proper law) ที่ความยืดหยุ่นมาใช้บังคับ โดยกำหนดว่าให้สามารถนำมาใช้ได้เฉพาะบางสถานการณ์เท่านั้น¹⁸ เหตุผลที่ยังคงมีการนำหลักเรื่องความยืดหยุ่นมาใช้บังคับอยู่เนื่องจาก ในสถานการณ์ที่มีลักษณะพิเศษเป็นกรณีเฉพาะ ควรที่จะมีหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ที่กำหนดขึ้นใช้สำหรับกรณีนั้นโดยเฉพาะเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้กับคู่กรณี ซึ่งก็สอดคล้องกับแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับในปัจจุบัน ที่หลักในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับต้องเป็นหลักที่สามารถสร้างความเป็นธรรมให้กับคู่กรณีในแต่ละคดีได้ด้วย แต่ก็ต้องเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความชัดเจน ในการกำหนดกฎหมายมาใช้บังคับสำหรับคดีละเมิดที่มีลักษณะทั่วไปด้วย ซึ่งหลักเกณฑ์ที่มีความแน่นอนนี้ได้แก่ หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดเกิดขึ้น หลักเกณฑ์นี้เป็นหลักที่ยังคงมีบทบาทที่สำคัญในฐานะที่เป็นหลักทั่วไปในการหากฎหมายมาใช้บังคับในประเทศอเมริกา โดยการนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดมาใช้อีกครั้ง ภายหลังจากนี้ถูกยกเลิกไปเนื่องจากได้รับผลกระทบจากการใช้วิธีการวิเคราะห์ผลประโยชน์¹⁹

สรุปแล้ว หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอเมริกาในปัจจุบันสามารถแบ่งออกได้เป็นสองกรณี กล่าวคือ

กรณีแรก เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ให้นำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดมาใช้

¹⁸ Janey Greene , " Choice of law in tort - the song never ends , " Federal law review 26 , No. 2, 349-369.

¹⁹ Ibid. , 362.

กรณีที่สอง เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้สำหรับปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นกรณีเฉพาะในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ให้นำหลักกฎหมายที่มีความเหมาะสมกับข้อเท็จจริงแห่งคดีมากที่สุด โดยนำการเปรียบเทียบผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องมาใช้บังคับ แต่ผลประโยชน์ในที่นี้ไม่ได้พิจารณาในแง่มุมแบบเดิม ที่เปรียบเทียบแต่เฉพาะผลประโยชน์ของประเทศหรือรัฐที่เกี่ยวข้องเท่านั้น แต่การเปรียบเทียบผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องแบบใหม่นี้ จะเป็นการเปรียบเทียบผลประโยชน์ โดยมุ่งเน้นที่คู่ความที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในคดีเป็นหลัก และคำนึงถึงความเป็นธรรมแห่งคดีด้วย อีกทั้งกฎหมายที่นำมาใช้บังคับในกรณีพิเศษนั้น จะต้องมีความสัมพันธ์อันใกล้ชิดกับคดีมากที่สุดด้วย นอกจากนี้ The restatement (second) section 6 ก็บัญญัติไว้ว่า " The factors relevant to the choice of the applicable rule of law include ... (a) the need of the interstate and international systems,.... "

3. วิธีการหากกฎหมายมาใช้บังคับของประเทศออสเตรเลีย²⁰

การศึกษาถึงวิธีการหากกฎหมายมาใช้บังคับของประเทศออสเตรเลีย จะทำการศึกษาตามลำดับขั้นตอนดังต่อไปนี้

- ก. พัฒนาการของหลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ
- ข. หลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศในปัจจุบัน

ประเทศออสเตรเลีย เป็นประเทศที่มีพัฒนาการสูงในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ เนื่องจากมีข้อพิพาทในปัญหาเรื่องการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับที่นำมาฟ้องต่อศาลเกิดขึ้นมาก ทำให้นักกฎหมายต้องวิเคราะห์ประเด็นปัญหาเรื่องหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับบ่อยครั้ง จนทำให้เกิดแนวทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นเพื่อแก้ปัญหาในหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับต่างๆ เพื่อให้ครอบคลุมกับสถานการณ์ต่างๆที่เกิดขึ้นได้

²⁰ Australia Law Reform Commission [ALRC] , Choice of law rules report , No. 44, (July 1990) ; No. 58, (1992).

อย่างเพียงพอ แม้ว่าพัฒนาการของการกำหนดหลักเกณฑ์นี้จะเกิดขึ้นจากปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายระหว่างมลรัฐมากกว่าก็ตาม ก็สามารถนำแนวทางการสร้างหลักเกณฑ์นั้น มาปรับใช้กับกรณีที่เกิดปัญหาการเลือกกฎหมาย ระหว่างกฎหมายของประเทศต่างๆได้ เนื่องจากกฎหมายขัดกันของประเทศออสเตรเลีย ที่กำหนดไว้ใน Australia law reform commission report , pars : 1.4 และแนวคำพิพากษาของศาลประเทศออสเตรเลีย²¹ ก็ได้กำหนดให้ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด

ก. พัฒนาการของหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

การกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับของประเทศออสเตรเลีย มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา โดยมีจุดประสงค์เพื่อสร้างหลักเกณฑ์ในการกำหนดกฎหมายมาใช้บังคับ ที่สามารถแก้ปัญหาได้อย่างแท้จริง ในระยะแรกหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับของประเทศออสเตรเลีย ใช้หลัก Double actionability หรือ หลัก Double barreled ที่กำหนดเงื่อนไขในการฟ้องคดีและนำกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีมาใช้บังคับกับประเด็นที่พิพาทได้²² ซึ่งเป็นการรับเอาหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอังกฤษมาปรับใช้ ต่อมาภายหลังจาก การใช้หลักเกณฑ์ในการกำหนดกฎหมายวิธีนี้แล้ว ก่อให้เกิดปัญหาที่มีความยุ่งยากในการที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า ข้อพิพาทที่นำมาสู่การพิจารณานั้น เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ทั้งสองข้อ ทำให้มีความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น นอกจากนี้แล้วการใช้หลัก Double actionability ก็ไม่มีความชัดเจน²³ ในการให้คำจำกัดความของเงื่อนไขที่กำหนดไว้ โดยเฉพาะเงื่อนไขในข้อที่ 2 ที่กำหนดว่า "ต้องไม่มีข้อแก้ตัวตามกฎหมาย" สามารถตีความได้ครอบคลุมแค่นั้น เช่นในเรื่องค่าสินไหมทดแทนที่จะต้องชดใช้ให้กับผู้เสียหาย ถ้ากฎหมายของประเทศที่เกิดละเมิดกับกฎหมายของประเทศที่พิจารณาคดีกำหนดไว้แตกต่างกัน

²¹ [1991] 174 CLR 1.

²² [1870] LR 6 QB 1.

²³ P.E. Nygh , Conflict of law in Australia 6th ed , (Australia: Butterworths, 1995), pp. 342-344.

ดังนั้นเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว จึงจำเป็นต้องสร้างหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้ บังคับที่มีความแน่นอนมากกว่าเดิม ทำให้หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับของ ประเทศออสเตรเลีย นำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิด ซึ่งมีความแน่นอนเป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่สำคัญมาใช้ในการกำหนดกฎหมาย นอกจากเหตุผลในเรื่องความแน่นอนและชัดเจนแล้ว หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิด ยังแสดงให้เห็นถึงแนวความคิดเรื่องการยอมรับสิทธิที่ได้รับมา แล้วอย่างชัดเจนด้วย

แต่การใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิด มาใช้เพื่อกำหนดกฎหมายนี้ ก็มีผู้โต้แย้งการ นำหลักเกณฑ์นี้มาใช้บังคับ โดยให้เหตุผลว่าแม้การนำหลักเกณฑ์นี้มาใช้จะอ้างว่า มีความสอดคล้องกับแนวความคิดเรื่องสิทธิที่ได้รับมาแล้ว แต่ในความเป็นจริงแล้ว แนวความคิดเรื่องสิทธิที่ได้รับมาแล้วนี้ ได้ถูกยกเลิกในการให้เหตุผลประกอบการพิจารณาเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับนานแล้ว โดยท่าน Waechter and Savigny เนื่องจากแนวความคิด เรื่องนี้ยังไม่สามารถอธิบายได้อย่างชัดเจนถึงความหมายของคำว่า "vested" และ "rights" ว่า ได้เกิดขึ้นมาตั้งแต่เมื่อไร นอกจากนี้แล้วการนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดมาใช้บังคับ จะ สร้างให้เกิดผลกระทบต่อ หลักกฎหมายขัดกันของประเทศออสเตรเลีย ไม่กระทบแต่ในเรื่อง ละเมิดเท่านั้นแต่ยังมีผลต่อเรื่องอื่นๆด้วย เนื่องจากการใช้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายที่เข้มงวด สำหรับคดีละเมิด เมื่อเกิดปัญหาการเลือกกฎหมายในเรื่องอื่น เป็นต้นว่าเรื่องสัญญา ก็จะนำวิธีการกำหนดที่เคร่งครัดไปใช้กับเรื่องเหล่านั้นด้วย ทำให้เป็นการขัดขวางต่อการพัฒนาหลักเกณฑ์ ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้น²⁴ นอกจากนี้แนวทางการ พิจารณาของศาล ก็พยายามหลีกเลี่ยงการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดอย่างเคร่งครัด เป็นต้นว่า การใช้วิธีการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงว่าเป็นเรื่องอื่น หรือ กำหนดให้ ประเด็นดังกล่าวเป็นเรื่องของกฎหมายวิธีพิจารณาความ ทำให้ต้องนำกฎหมายของศาลที่ พิจารณาคดีมาปรับใช้ในกรณีนั้น²⁵ ที่เป็นเช่นนั้นเนื่องมาจากการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิด

²⁴ Friedrich K. Juenger , " Tort choice of law in a federal system , " Sydney law review 19 , No. 4, (1997) : 542-543. .

²⁵ Leflar R.A. , American conflicts law 4th ed, (1986) , pp. 260-261. ; Thomson V Hill [1995] 38 NSWLR. 714.

ละเมิด ในฐานะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในการแก้ปัญหาคกรเลือกกฎหมายมาใช้บังคับอย่างเคร่งครัด ไม่สามารถแก้ปัญหาในบางกรณีได้

การนำหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ที่มีความยืดหยุ่นมากขึ้นมาใช้เป็นข้อยกเว้น เพื่อแก้ปัญหาคกรไม่เหมาะสมที่เกิดจากการใช้หลักเกณฑ์ทั่วไป ก็เป็นอีกวิธีการหนึ่งที่สามารถนำมาใช้ได้ โดยวิธีการนี้ได้แก่ การใช้หลักกฎหมายที่ดีที่สุดหรือมีความเหมาะสมกับคดีนั้นมากที่สุด (better law) หลักเกณฑ์นี้เป็นหลักที่ใช้อยู่ในประเทศอเมริกาในขณะนั้น และเหตุผลที่น่าแนวทางการสร้างหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ที่เทียบเคียงกับแนวทางของประเทศอเมริกาเนื่องจาก สภาพทางภูมิศาสตร์และระบบการปกครองของประเทศออสเตรเลีย มีลักษณะที่ใกล้เคียงกับประเทศอเมริกา

ทำให้ปัญหาคกรขัดกันในเรื่องการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับของออสเตรเลีย จึงเกิดขึ้นได้ในสองลักษณะกล่าวคือ เป็นการขัดกันของกฎหมายระหว่างรัฐกับการขัดกันของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่แม้ประเทศนี้จะให้อิสระในการบัญญัติกฎหมายกับแต่ละรัฐเช่นเดียวกับประเทศอเมริกา แต่ปัญหาคกรขัดกันระหว่างกฎหมายของแต่ละรัฐก็ไม่เกิดมากเท่ากับในประเทศอเมริกา เนื่องจากแนวความคิดของแต่ละรัฐในประเทศออสเตรเลียมีแนวความคิดที่สอดคล้องกันมากกว่า ทำให้เกิดปัญหาคกรขัดกันระหว่างรัฐน้อย ทำให้ศาลของประเทศออสเตรเลียสามารถวางแนวทางปฏิบัติในการสร้างหลักเกณฑ์ใหม่ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ได้ง่ายกว่าประเทศอเมริกา²⁶

ข. หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศในปัจจุบัน

การใช้การเปรียบเทียบผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้อง เพื่อหากฎหมายที่ดีที่สุดหรือมีความเหมาะสมมากที่สุด และมีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับคดี แล้วยกเลิกการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิด ทำให้ไม่มีความชัดเจนในการใช้บังคับและไม่สามารถทำให้กำหนดกฎหมายในรูปแบบเดียวกันได้ ฉะนั้นถ้ายังคงนำวิธีการดังกล่าวมาปรับใช้ก็ยังคงมีปัญหาเกิดขึ้นตามมาอีก ในทำนองเดียวกันกับปัญหาที่เกิดจากการใช้ หลัก Double actionability อย่างแน่นอน

²⁶ Friedrich K. Juenger , *Sydney law review* , 537-538.

ดังนั้นการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับของประเทศออสเตรเลีย ขณะนั้นจึงต้องทำการศึกษารายละเอียดถึงบทบัญญัติและแนวทางปฏิบัติของศาลในประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวกับปัญหาในเรื่องนี้ เพื่อสร้างหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับของออสเตรเลีย เป็นหลักที่แก้ปัญหาได้จริง โดยหลักการเลือกกฎหมายนี้มีการนำหลักกฎหมายที่เหมาะสมมาใช้ด้วยความระมัดระวังเป็นพิเศษ กล่าวคือนำมาใช้ต้องมีข้อจำกัด โดยใช้เฉพาะกรณีที่จะต้องสร้างความเป็นธรรมในคดีนั้น

การนำหลักความยืดหยุ่นมาใช้ต้องมีข้อจำกัดนี้ ได้รับการยอมรับจากนักกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย และกำหนดไว้ใน ALRC.²⁷ หมายความว่าในกรณีทั่วไปก็ใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิด เพราะต้องการความชัดเจนแน่นอน และกำหนดให้นำหลักความยืดหยุ่นมาใช้เป็นข้อยกเว้น สำหรับข้อเท็จจริงที่มีลักษณะพิเศษ และการจะใช้ข้อยกเว้นได้ต้องเป็นไปด้วยความเคร่งครัด โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องการกำหนดค่าสินไหมทดแทน

การที่หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับของประเทศออสเตรเลีย กำหนดไว้ในลักษณะนี้ ก็เป็นวิธีการที่ดีอีกวิธีการหนึ่ง เพราะสามารถสร้างให้เกิดความเป็นธรรมในคดีที่มีลักษณะพิเศษได้ อีกทั้งยังมีความแน่นอนในระดับหนึ่ง มีความเป็นเอกภาพ และสามารถคาดเดาได้ถึงผลแห่งคดีที่จะเกิดขึ้นมากกว่าการใช้หลักเกณฑ์อื่นๆ

5.1.1.ข วิธีการหากกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดในประเทศกลุ่มซีวิลลอว์²⁸

เมื่อก้าวถึงกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบประมวลเป็นส่วนใหญ่ เช่นกลุ่มประเทศยุโรป จะเป็นการพิจารณาเฉพาะเรื่องกฎหมายขัดกันในส่วนที่เกี่ยวกับการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับเท่านั้น ไม่เกี่ยวกับประเด็นเรื่อง

²⁷ Australia Law Reform Commission [ALRC], Choice of law rules report, No. 58, (1992), PARS 6.14, 6.27.

²⁸ C.G.J. Morse, "Choice of law in tort: A comparative survey," The American Journal of comparative law 32, (1984), pp. 51-97; Arthur K. Kuhn, Commentative commentaries on private international law on conflict of laws (1937), pp. 310-313.

อื่น²⁹ ประเด็นอื่นที่ไม่นำมาพิจารณาได้แก่ เรื่องวิธีพิจารณาความ , เขตอำนาจศาล , การยอมรับคำพิพากษาของศาล

ประเด็นที่เกี่ยวกับการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ จะกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับแก้ปัญหาไว้โดยตรง ซึ่งอาจจะกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งอันเป็นกฎหมายภายใน เช่นประเทศอิตาลี , สเปน , ฝรั่งเศส หรือบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายพิเศษโดยเฉพาะ เช่นประเทศสวีเดน นอกจากนั้นอาจมีการดำเนินการ ทำความตกลงกันในทางระหว่างประเทศในการแก้ปัญหาการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับในข้อพิพาทคดีละเมิดไว้ในบางเรื่องก็ได้ เช่นอนุสัญญากรุงเฮก ที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับสำหรับคดีละเมิด ในเรื่องการเกิดอุบัติเหตุทางจราจรและความรับผิดชอบจากสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น แต่ในคดีละเมิดในประเด็นทั่วไป ยังไม่มีการจัดทำความตกลงในทางระหว่างประเทศในการที่เลือกกฎหมายมาใช้บังคับโดยตรงแต่อย่างใด

การพิจารณาลักษณะในการหากกฎหมายมาใช้บังคับสำหรับคดีละเมิด ในประเทศระบบประมวลโดยเฉพาะกลุ่มประเทศยุโรป ซึ่งมีอิทธิพลต่อประเทศไทยในการสร้างหลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับของประเทศไทย หลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับสำหรับคดีละเมิดในกรณีทั่วไป จะใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นเป็นหลักเบื้องต้นในการเลือกกฎหมาย ส่วนคดีที่มีความสลับซับซ้อน การกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับก็จะกำหนดไว้เป็นกรณีพิเศษ โดยสามารถแบ่งพิจารณาออกได้เป็น 3 กรณีดังนี้

1. เมื่อคดีละเมิดที่เกิดขึ้นมีลักษณะพิเศษที่การใช้หลักเกณฑ์ทั่วไป ไม่สามารถจะแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้ ให้นำหลักกฎหมายที่เหมาะสมที่สุด (proper law) มาใช้บังคับ *

²⁹ Mathias Reimann , Conflict of laws in Western Europe , (1995) , pp. 87-119 , 134-137.

* ประเทศที่ใช้กฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งมีความเหมาะสมที่สุด เช่น ประเทศออสเตรีย (Austrian federal rule article 48 section 1) , ประเทศเดนมาร์ก , ประเทศโปรตุเกส , ประเทศสวีเดน

เป็นหลักเกณฑ์เดียวกันกับที่ใช้หากกฎหมายมาใช้บังคับในกรณีที่เกิดการขัดกันแห่งกฎหมาย ของประเทศอเมริกา เป็นต้นว่าเมื่อเกิดความสับสนในเรื่องสถานที่เกิดละเมิด ว่าประเทศใดจะเป็นประเทศที่การละเมิดเกิดขึ้น เช่นสถานที่ที่มีการกระทำผิด หรือสถานที่ที่มีความเสียหายเกิด การพิจารณาว่าประเทศใดเป็นสถานที่เกิดละเมิด ก็ให้ใช้กฎหมายของประเทศที่มีความเหมาะสมที่สุด เมื่อเทียบจากผลได้และผลเสียทั้งหลาย และในบางประเทศก็อนุญาตให้โจทก์สามารถเลือกได้ว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใด การที่กฎหมายให้สิทธิแก่โจทก์เช่นนี้ เนื่องจากเหตุผลที่ว่า โจทก์เป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิด จึงเป็นผู้ที่สมควรได้รับประโยชน์จากการเลือกมากที่สุด

2. เมื่อคดีละเมิดนั้นมีลักษณะพิเศษ หลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับ สำหรับคดีละเมิดที่มีลักษณะพิเศษดังกล่าว จะใช้หลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นเพื่อใช้บังคับในกรณีนั้นโดยเฉพาะ ในลักษณะที่เป็นข้อยกเว้นในการนำหลักเกณฑ์ทั่วไปมาใช้บังคับ

การกำหนดข้อยกเว้นดังกล่าว สามารถทำได้โดยกำหนดไว้ชัดเจนในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือกำหนดให้เป็นเรื่องของการใช้ดุลยพินิจของศาลที่พิจารณาคดี ที่มีอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษ เพื่อใช้กับคดีละเมิดที่มีลักษณะพิเศษ หลักเกณฑ์ที่นำมาใช้นั้นอาจมีความแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับลักษณะของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นสำคัญ ตัวอย่างเช่น คู่กรณีที่พิพาทกันในคดีละเมิดมีความสัมพันธ์กันในทางใดทางหนึ่งกันมาก่อนที่การละเมิดจะเกิดขึ้น กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับก็ต้องเป็นกฎหมายของประเทศที่มีความสัมพันธ์อันเชื่อมโยงได้กับความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีที่มีอยู่ก่อนแล้ว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือต้องเป็นกฎหมายที่ไม่ขัดแย้งกับความสัมพันธ์ที่มีอยู่เดิมของคู่กรณี และต้องมีจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดกับคดีที่พิพาทมากที่สุด (closest connection) ประเทศที่ใช้วิธีการนี้เช่น ออสเตรเลีย , โปรตุเกส (Portuguese civil code art. 45 sec. 3) , สวิตเซอร์แลนด์ (Swiss federal law art.133 sec. 1)

ประเทศที่ให้สิทธิแก่โจทก์เป็นผู้เลือกว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใด ในกรณีที่มีความซับซ้อน เช่นประเทศเยอรมัน (Article 48 section 1) , ประเทศอิตาลี (Article 64 section 1) , ประเทศฟินแลนด์

3. การกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับสำหรับคดีละเมิด ตามประเภทของลักษณะคดีละเมิดที่เกิดขึ้น โดยกำหนดไว้เป็นบทบัญญัติพิเศษที่ใช้หลักเกณฑ์นั้นในเรื่องนั้นเท่านั้น เช่น ในเรื่องความรับผิดในข้อบกพร่องของผลิตภัณฑ์

หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับสำหรับคดีละเมิดที่เป็นเรื่องเฉพาะ มักจะตกลงกันในรูปแบบของสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เช่น The Hague convention on the law applicable to traffic accidents , The Hague convention on the law applicable to products liability. เมื่อทำความเข้าใจในหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับในเรื่องดังกล่าวแล้ว เมื่อเกิดปัญหาในการเลือกกฎหมายในเรื่องนี้ขึ้น ประเทศที่ตกลงกันก็มีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาที่ตกลงกันนั้น แม้ว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจะเป็นเรื่องทั่วไป ไม่ได้มีปัจจัยพิเศษอื่นใดเข้ามาแทรกซ้อน ก็ต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้เท่านั้น จะนำหลักเกณฑ์ทั่วไปในการหากฎหมายมาใช้บังคับไม่ได้

สรุปแล้ว หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ของประเทศที่ใช้ระบบประมวล จะกำหนดเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าในกรณีที่คดีละเมิดที่เกิดขึ้นมีลักษณะทั่วไป ให้นำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดการละเมิดมาใช้เลือกกฎหมาย แต่ถ้าพิจารณาแล้วเห็นว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมีลักษณะพิเศษ ก็สามารถให้หลักเกณฑ์อื่น ๆ มาใช้ในการเลือกกฎหมายสำหรับกรณีนั้นได้ ในลักษณะที่เป็นข้อยกเว้นของการใช้หลักเกณฑ์ทั่วไป

เพื่อให้เห็นหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ของประเทศที่ใช้ระบบประมวล จึงขอยกตัวอย่างหลักเกณฑ์ที่แต่ละประเทศซึ่งใช้ระบบประมวลนำมาใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดี ดังนี้

ประเทศฝรั่งเศส [French] : กำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ไว้ในประมวลกฎหมายแห่งฝรั่งเศส (The French Civil Code) ใน article 3 (1) ให้นำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดการละเมิดมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ส่วนประเด็นเรื่องสถานที่เกิดละเมิดนั้นไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าเป็นสถานที่ใด แต่ในทางปฏิบัติของศาลฝรั่งเศสในระยะหลังกำหนดให้สถานที่ซึ่งได้รับบาดเจ็บ (place of injury) เป็นสถานที่เกิดการ

ละเมิด นอกจากนี้ยังยืนยันการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิด เห็นได้จากที่กำหนดไว้ใน A French draft statute on private international law (1969) ใน article 2312³⁰ ด้วย

ประเทศฝรั่งเศสใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น ในการแก้ปัญหาการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับอย่างเคร่งครัด โดยไม่นำวิธีการอื่นๆมาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้กฎหมายของประเทศที่เกิดการละเมิด ดังเช่นประเทศอื่นๆที่ใช้ระบบประมวลเหมือนกัน เว้นแต่คดีละเมิดที่เกิดขึ้นนั้น เกี่ยวข้องกับ The Hague Conventions เพราะประเทศฝรั่งเศสเป็นสมาชิกในอนุสัญญาฉบับนี้ ในเรื่อง Traffic accidents และ ในเรื่อง Products liability³¹ ทำให้ต้องใช้หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายตามที่อนุสัญญากำหนดไว้

ประเทศเยอรมัน [German (Federal republic)] : กำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (E.G.B.G.B.) ใน article 12 ให้นำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดมาใช้บังคับกับคดีละเมิด และกำหนดให้ใช้กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี แทนที่หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นใน 2 กรณีดังต่อไปนี้

- (1) กรณีที่จำเลยมีสัญชาติเยอรมัน หรือ
- (2) กรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีสัญชาติเยอรมัน

ส่วนประเด็นเรื่องสถานที่เกิดละเมิดนั้นไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าเป็นสถานที่ใด ประเทศใดเป็นประเทศที่การละเมิดเกิดขึ้นนั้นขึ้นอยู่กับว่า คดีละเมิดที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องอะไร นอกจากนี้การกำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศใดนั้นต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมในคดีเป็นสำคัญด้วย ยกเว้นแต่คดีละเมิดในเรื่องดังต่อไปนี้ จะกำหนดว่าประเทศใดเป็นประเทศที่เกิดละเมิดไว้อย่างชัดเจน ได้แก่

³⁰ Article 2312 stated : " Non - contractual obligations shall be governed by the law of the place where the fact from which they result occurred " .

³¹ On 3 June 1975 , and 1 October 1977 .

(1) สถานที่เกิดอุบัติเหตุทางจราจร ให้นำกฎหมายของประเทศเยอรมันมาใช้บังคับ

(2) กรณีที่คู่กรณีมีนิติสัมพันธ์กันก่อนที่การละเมิดจะเกิดขึ้น ไม่ว่าจะมีความสัมพันธ์ตามกฎหมายหรือความสัมพันธ์ตามสัญญาก็ตาม ให้ใช้กฎหมายที่บังคับแก่นิติสัมพันธ์นั้น

(3) กรณีที่กฎหมายต่างประเทศซึ่งถูกกำหนดขึ้นจากการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดการละเมิด เป็นกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายเยอรมัน ศาลเยอรมันมีอำนาจที่จะไม่นำกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวมาใช้บังคับได้

ประเทศอิตาลี (Italy) : กำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี (Italian Civil Code) ใน article 25 ให้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดการละเมิดเกิดขึ้นมาใช้บังคับ เท่านั้น

ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (Switzerland) : กำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ กับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยแบ่งแยกตามประเภทของการละเมิดที่เกิดขึ้น ดังที่กำหนดไว้ใน พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (The Swiss draft conflicts law) ใน article 126-138. เป็นต้นว่า คดีละเมิดที่เกิดจากอุบัติเหตุทางจราจร , การกระทำที่ก่อให้เกิดความรำคาญ , หมิ่นประมาท ฯลฯ จะกำหนดให้ผู้เสียหายจากการกระทำละเมิดสามารถเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีได้ โดยคำนึงถึงจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดกับคดีเป็นสำคัญ จะนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดการละเมิดเกิดขึ้น มาใช้ได้เฉพาะกรณีที่ประเทศที่เกิดละเมิดขึ้น เป็นประเทศเดียวกันกับประเทศที่คู่กรณีมีถิ่นที่อยู่ถาวรเท่านั้น

การที่ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ กำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับไว้เช่นนี้ เนื่องจากต้องการแก้ปัญหา ที่เกิดจากการนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดการละเมิดเกิดขึ้นมาใช้อย่างเคร่งครัด โดยนำความยืดหยุ่นมาปรับใช้ จึงกำหนดหลักเกณฑ์ในลักษณะนี้ขึ้น นอกจากนี้ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ยังเป็นสมาชิก The Hague Convention on the law applicable to traffic accidents. แต่ไม่ได้เป็นสมาชิกอนุสัญญากรุงเฮกในเรื่อง Products liability.

ใน article 14 ให้อำนาจศาลในการกำหนดกฎหมายที่เหมาะสมกว่ากฎหมายที่คู่กรณีเลือกมาใช้บังคับได้ ถือว่าบทบัญญัติใน article 14 เป็นการให้อำนาจศาลเป็นกรณีพิเศษ ในการใช้ดุลยพินิจในการเลือกกฎหมายที่เห็นว่าเหมาะสมมาปรับใช้กับคดีละเมิด

จากตัวอย่างการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดของประเทศต่างๆ สังเกตได้ว่า การแก้ปัญหาในการเลือกกฎหมายจะใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในการแก้ปัญหา ในบางประเทศก็นำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นมาใช้บังคับอย่างเคร่งครัด แต่ในอีกหลายประเทศ ก็อาจนำหลักเกณฑ์อื่นมาใช้บังคับเพื่อแทนที่การใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป โดยมีเหตุผลที่แตกต่างกันออกไป โดยแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดในระยะหลังนี้ ได้รับอิทธิพลจากการพัฒนาหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ของประเทศอเมริกามาก อีกทั้งเมื่อเกือบทุกประเทศมีการพัฒนาในด้านต่างๆเพิ่มมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเทคโนโลยี การติดต่อสื่อสาร ฯลฯ ทำให้การใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น เพื่อแก้ปัญหาการเลือกกฎหมาย เกิดความไม่เพียงพอต่อประเทศที่เกิดขึ้น ซึ่งมีความสลับซับซ้อนเพิ่มขึ้น ทำให้มีความไม่เหมาะสมที่จะนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น มาใช้แต่เพียงหลักเดียวเท่านั้น แต่ในบางประเทศก็ยังคงนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นมาใช้บังคับ โดยให้เหตุผลว่า เป็นหลักเกณฑ์ที่มีความแน่นอน แต่วิธีการนำมาใช้ก็ไม่ได้นำมาใช้สำหรับคดีละเมิดที่เกิดขึ้นในทุกกรณี ดังเช่นที่เคยปฏิบัติในสมัยก่อน ทำให้บทบาทของการใช้การใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น เริ่มลดลง และนำหลักกฎหมายที่มีความเหมาะสมสำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในแต่ละคดีมาใช้มากขึ้น แต่ก็ยังคงจำกัดการใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมในเฉพาะบางกรณีที่มีลักษณะพิเศษเท่านั้น ยังไม่ได้นำมาใช้ในทุกกรณี

5.1.2 กรณีมีสนธิสัญญาพิเศษ

การแก้ปัญหาคัดกันแห่งกฎหมาย ในเรื่องการหากฎหมายมาใช้บังคับสำหรับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ สามารถกระทำได้ 2 วิธี ได้แก่

1. การบัญญัติกฎหมายภายในในเรื่องการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับให้สอดคล้องกัน
2. การทำความตกลงร่วมมือกันในทางระหว่างประเทศ เพื่อแก้ปัญหาคำสั่งเลือกกฎหมายมาใช้บังคับสำหรับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับร่วมกัน

การใช้วิธีการบัญญัติกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ให้เหมือนกันหรือสอดคล้องกัน มีโอกาสทำได้ยาก เนื่องจากการกำหนดหลักเกณฑ์ในการแก้ปัญหานี้ย่อมเป็นอำนาจภายในของแต่ละประเทศ และการที่จะใช้หลักเกณฑ์ใดนั้นก็ต้อคำนึงถึงประโยชน์ของประเทศตนเป็นหลักด้วย จึงไม่มีทางที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ที่ขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของประเทศตน แต่ทั้งนี้เมื่อสังคมระหว่างประเทศมีความใกล้ชิดกันมากขึ้น โอกาสที่จะต้องพิจารณากฎหมายของประเทศอื่นก็มีโอกาสเกิดขึ้นมากตามลำดับ เพราะถ้าประเทศใดยึดติดกับการใช้หลักเกณฑ์ที่คำนึงแต่ประโยชน์ของประเทศตนเท่านั้น โดยไม่พิจารณากฎหมายของประเทศอื่นที่กำหนดเพื่อใช้บังคับในเรื่องเดียวกันแล้ว หลักเกณฑ์ที่นำมาใช้บังคับนั้นแม้ว่าจะสามารถแก้ไขปัญหาคำสั่งเลือกกฎหมายที่เกิดขึ้นในการพิจารณาคดีในศาลนั้นได้ แต่การกำหนดกฎหมายมาใช้บังคับอาจจะไม่ได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศ ถ้าหลักเกณฑ์ที่นำไปสู่กฎหมายที่นำมาใช้บังคับในคดีนั้น ไม่มีความเป็นสากล หรือไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่นานาประเทศกำหนดไว้เพื่อแก้ปัญหานี้

ดังนั้นปัญหาในการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อเลือกกฎหมายมาใช้บังคับในหลายๆเรื่อง จึงมีความพยายามในการทำความตกลงกันทางระหว่างประเทศ ในรูปแบบต่างๆเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เดียวกันในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ซึ่งเป็นจุดมุ่งหมายที่สำคัญของหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ที่ต้องการสร้างหลักในการเลือกกฎหมายในแต่ละประเทศให้มีความเป็นหนึ่งเดียวกัน แต่สำหรับปัญหาในเรื่องละเมิดที่มีลักษณะที่ว่ๆไปนั้น ยังไม่มีการทำความตกลงกันทางระหว่างประเทศในการกำหนดให้ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันเพื่อแก้ปัญหานี้แต่อย่างใด แต่ถ้าเป็นปัญหาในเรื่องละเมิดที่มีลักษณะเฉพาะนั้น ได้มีการทำความตกลงกันได้ 2 เรื่อง ดังที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Hague convention on private international law) ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการ

หากกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดในเรื่องที่มีลักษณะเฉพาะดังกล่าวไว้โดยตรง โดยจะมีผลทำให้ประเทศที่เข้าร่วมทำความตกลงและเป็นสมาชิกอนุสัญญาฉบับนี้ มีความผูกพันที่จะต้องนำหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมาย ที่อนุสัญญาฉบับนี้กำหนดไว้มาใช้เมื่อเกิดปัญหาการเลือกกฎหมายขึ้น ซึ่งเรื่องที่ได้ทำความตกลงกันไว้ได้แก่

- (1) The convention on the law applicable to traffic accidents of 1971.
- (2) The convention on the law applicable to products liability of 1972.

แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าปัจจุบันจะยังไม่มีการทำความตกลงใดๆ ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับสำหรับข้อพิพาทในเรื่องละเมิดในกรณีทั่วไป แต่จากการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับที่ประเทศต่างๆ ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น เห็นได้ว่ามีความพยายามในการจัดทำหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศให้เป็นหลักเกณฑ์เดียวกัน โดยทำความตกลงในระดับต่างๆ ซึ่งสามารถสรุปได้ดังต่อไปนี้

1. The restatement , second . กำหนดให้ใช้วิธีการวิเคราะห์ผลประโยชน์ (interest analysis) หรือการหาความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดอย่างยิ่ง (most significant relationaship) ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นความพยายามในการกำหนดให้ กลุ่มประเทศ U.S.A. และ Canada ใช้หลักเกณฑ์นี้เป็นหลักในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ แต่วิธีการนี้ก็ไม่ได้ถูกนำมาใช้ในปัจจุบันเนื่องจากถูกโต้แย้งว่าไม่มีความแน่นอน

2. กำหนดให้ใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น สำหรับข้อพิพาทในคดีละเมิดที่มีลักษณะทั่วไป ส่วนในสถานการณ์พิเศษให้นำข้อยกเว้นซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะมาใช้บังคับ เช่นนำหลักกฎหมายที่เหมาะสมมาใช้ ซึ่งต้องพิจารณาเป็นกรณีไป หลักเกณฑ์ในข้อนี้ ได้ยอมรับอย่างแพร่หลายในหลายประเทศ หรือเป็นการใช้หลักเกณฑ์เดียวกันทั้งหมดสอดคล้องกันโดยปริยายโดยไม่ต้องทำความตกลงกัน เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ร่วมกันในการเลือกกฎหมาย

3. การทำความตกลงในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับข้อพิพาทในคดีละเมิดบาง

ประเภท ที่มีปัญหาเกิดขึ้นมากในทางปฏิบัติ หรือกระทบต่อสังคมส่วนรวม ซึ่งหลักเกณฑ์ในการกำหนดให้ใช้สำหรับเรื่องเหล่านั้นก็จะแตกต่างจาก หลักเกณฑ์ที่กำหนดให้นำมาใช้บังคับกับคดีละเมิดในเรื่องทั่วไป หรือจุดประสงค์ของการที่ต้องมีการกำหนดไว้เป็นกรณีเฉพาะ— สำหรับคดีละเมิดที่มีความเป็นพิเศษ เนื่องจากต้องการความชัดเจนและแน่นอนให้การแก้ปัญหาการเลือกกฎหมาย เพราะโดยลักษณะของคดีละเมิดที่กำหนดไว้ นั้นจะมีความซับซ้อนในตัวเองอยู่แล้ว การกำหนดเช่นนี้ ดังเช่นที่ปรากฏใน The Hague convention on private international law.

ดังนั้นเมื่อมีความตกลงในทางระหว่างประเทศ ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ให้ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันมีเฉพาะในเรื่อง Traffic accident และ Product liability เท่านั้น

การพิจารณาลักษณะในการหากฎหมายมาใช้บังคับที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา จะพิจารณาตามลำดับดังนี้

5.1.2.ก The convention on the law applicable to traffic accidents of 1971.

การศึกษาในส่วนนี้จะแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 กรณีดังนี้

1. ขอบเขตในการใช้บังคับ
2. หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ

1.ขอบเขตในการใช้บังคับ

Article 8 ได้กำหนดขอบเขตในการนำอนุสัญญานี้มาใช้บังคับไว้ โดยกำหนดไว้แต่เพียง ข้อจำกัดในกรณีที่จะไม่นำหลักเกณฑ์ของอนุสัญญานี้มาใช้เท่านั้น กล่าวคือ ไม่ใช้บังคับกับความรับผิดของผู้ผลิตที่ต้องเข้ารับผิดในการกระทำละเมิดของผู้ได้บังคับบัญชา ที่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น แต่อนุสัญญานี้กำหนดให้ใช้บังคับกับบริษัทประกันซึ่งเป็นบุคคลภายนอก โดยให้อำนาจแก่ผู้เสียหายสามารถฟ้องบริษัทประกันได้โดยตรง ตามที่กำหนดไว้ใน Article 9 แต่กฎหมายที่ถูกกำหนดขึ้นตามหลักเกณฑ์ที่อนุสัญญานี้กำหนดไว้ ต้องเป็นกรณีที่มีการ

กระทำของจำเลยที่ได้ทำประกันความรับผิดกับบริษัทประกันไว้ ต้องเป็นความผิดด้วย ทั้งนี้ก็เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายจากอุบัติเหตุทางการจราจร เพื่อให้สามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้อย่างเต็มที่และรวดเร็ว เพราะสามารถเรียกให้บริษัทประกันเข้ามารับผิดได้โดยตรง

การที่กำหนดขอบเขตการบังคับใช้ไว้กว้างเช่นนี้ สามารถสะท้อนได้ว่า อนุสัญญาฉบับนี้ ต้องการคุ้มครองผลประโยชน์ของบริษัทประกันด้วย โดยกำหนดให้กฎหมายที่จะเลือกมากำหนดความรับผิดของบริษัทประกัน ต้องมีความชัดเจนและแน่นอน

2. หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ

หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ตามที่ The convention on the law applicable to traffic accidents of 1971. กำหนดไว้ 2 หลักเกณฑ์ตามลักษณะของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นคือ

- ก. กรณีทั่วไป
- ข. กรณีพิเศษ

ก. กรณีทั่วไป

หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ คือ หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น โดยกำหนดไว้ใน Article 3³² ที่บัญญัติไว้ว่าให้นำกฎหมายภายในของประเทศที่มีอุบัติเหตุเกิดขึ้น มาใช้บังคับในการกำหนดสิทธิและความรับผิดของคู่กรณี

ข. กรณีพิเศษ

หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ คือหลักกฎหมายที่เหมาะสม (proper law) โดยกำหนดไว้เป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่า กฎหมายที่เหมาะสมในการนำมาใช้บังคับกับสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับอุบัติเหตุทางจราจรมากที่สุด คือกฎหมายของประเทศที่จดทะเบียนรถยนต์

³² Article 3 : " The applicable law is the international law of the state where the accident occurred. "

แต่อย่างไรก็ดี ถ้ามีปัจจัยอื่นใดเข้ามาเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงแห่งการละเมิดเป็นกรณีพิเศษ กฎหมายที่เหมาะสมที่จะนำมาใช้บังคับจะเป็นกฎหมายของประเทศใดนั้น ต้องพิจารณาเป็นกรณีๆไป ตัวอย่างเช่น ประเทศที่เกิดอุบัติเหตุเป็นประเทศเดียวกันกับประเทศที่คู่กรณีมีฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งมีถิ่นที่อยู่ กฎหมายของประเทศนั้น ก็มีความเหมาะสมมากกว่ากฎหมายของประเทศ ที่จดทะเบียนรถยนต์ ซึ่งหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ในกรณีพิเศษเช่นนี้ ได้ กำหนดไว้ใน Article 4³³ ซึ่งเป็นมาตราที่อธิบายไว้อย่างละเอียดว่า กฎหมายที่เหมาะสมในการ นำมาใช้บังคับกับสถานการณ์พิเศษ คือกฎหมายของประเทศใด นอกจากนี้ใน Article 6³⁴ ได้

³³ Article 4 : Subject to Article 5, the following exceptions are made to the provision of Article 3. :

- (a) Where only one vehicle is involved in the accident and it is registered in a State other than that where the accident occurred , the internal law of the State of registration is applicable to determine liability
- towards the driver , owner or any other person having control of or an interest in the vehicle , irrespective of their habitual residence,
 - towards a victim who is a passenger and whose habitual residence is in a State other than that where the accident occurred,
 - towards a victim who is outside the vehicle at the place of accident and whose habitual residence is in the State of registration.

Where there are two or more victims the applicable law is determined

separately for each of them.

- (b) Where two or more vehicles are involved in the accident, the provisions of (a) are applicable only if all the vehicles are registered in the same State.

- (c) Where one or more persons outside the vehicles or vehicles at the place of the accident are involved in the accident and may be liable , The provisions of (a) and (b) are applicable only if all these persons

กำหนดแนวทางสำหรับแก้ปัญหา กรณีที่รถยนต์ที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศใดเลย หรือมีการจดทะเบียนรถยนต์ในหลายประเทศ กำหนดให้นำกฎหมายของประเทศที่คู่กรณีมีถิ่นที่อยู่ประจำ (habitually stationed) มาใช้บังคับแทนกฎหมายของประเทศที่จดทะเบียนรถยนต์

การกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับในกรณีพิเศษเช่นนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยง การนำกฎหมายที่ไม่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น หรือ ไม่เกี่ยวข้องกับคู่กรณีแต่อย่างใดมาใช้บังคับ ซึ่งการกำหนดหลักเกณฑ์เช่นนี้ก็สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้เพียงบางส่วนเท่านั้น เนื่องจากถ้าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ผู้เสียหายไม่ได้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่เกิดอุบัติเหตุ หรือ ไม่ได้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศเดียวกันกับประเทศที่จดทะเบียนรถยนต์ กฎหมายที่จะกำหนดให้ใช้บังคับในกรณีเช่นว่านี้ ได้แก่ กฎหมายของประเทศที่จดทะเบียนรถยนต์ ถึงแม้ว่าประเทศดังกล่าวจะไม่มีความสัมพันธ์ใดๆอันเกี่ยวข้องกับผู้เสียหาย หรือเหตุแห่งการละเมิดเลยก็ตาม

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้ เห็นได้ว่า การกำหนดข้อยกเว้นในการนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดมาใช้ในฐานะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป ก็เนื่องมาจากเหตุผลที่ต้องการกำหนดขอบเขตอำนาจของศาลที่พิจารณาคดี ในอันที่จะเลือกกฎหมายมาปรับใช้กับคดีมากกว่า การพิจารณาถึงเนื้อหาหรือข้อเท็จจริงในคดีที่มีลักษณะพิเศษ ว่าควรที่จะนำ

have their habitual residence in the State of registration. The same is true even though these persons are also victims of the accident.

³⁴ Article 6 : In the case of vehicles which have no registration or which are registered in several States the internal law of the State in which they are habitually stationed shall replace the law of the State of registration. The same shall be true if neither the owner nor the person in possession or control nor the driver of the vehicle has his habitual residence in the State of the registration at the time of the accident.

กฎหมายใดมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นดังกล่าว เพราะใน Article 7³⁵ ก็ได้อธิบายเน้นย้ำให้เห็นถึงความสำคัญของหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดอีกด้วย

สรุปแล้ว หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับของอนุสัญญาฉบับนี้ แม้ว่าจะสามารถสร้างความเป็นธรรมในทุกประเด็นได้ก็ตาม แต่ก็เป็นการพยายามในการประนีประนอมระหว่าง หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับที่มีความยืดหยุ่นเป็นองค์ประกอบพื้นฐาน กับหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับที่มุ่งเน้นที่ความแน่นอนเป็นสำคัญ ทำให้คำพิพากษาขัดแย้งกับความรู้สึกของประชาชนโดยทั่วไป หรือวัตถุประสงค์ที่สำคัญตามกฎหมายลักษณะละเมิด ทำให้หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับตามอนุสัญญาฉบับนี้ ประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ที่มีความแน่นอน และหลักเกณฑ์ที่มีความยืดหยุ่น แต่ในการพิจารณาในเรื่องค่าสินไหมทดแทน อนุสัญญาฉบับนี้กำหนดว่าต้องมีความแน่นอนและมีความเป็นเอกภาพเป็นสำคัญ

5.1.2.๗ The convention on the law applicable to products liability of 1972.

ปัญหาเรื่องความรับผิดในผลิตภัณฑ์ที่เกิดขึ้นจาก การที่ผลิตภัณฑ์หรือสินค้าที่ได้มีการจำหน่าย หรือกระจายไปยังประเทศต่างๆทั่วโลก ทำให้เกิดปัญหาในทางระหว่างประเทศขึ้นมา³⁶ โดยข้อยุติในการแก้ปัญหาจะเป็นการผสมผสานและเชื่อมโยงประเด็นทางกฎหมายในหลายเรื่อง เป็นต้นว่า ความเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายเรื่องสัญญา กับกฎหมายเรื่องละเมิด หรือความรับผิดที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อกับความรับผิดโดยเด็ดขาด ทำให้มีความยุ่งยากในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้น อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Hague convention on private international law)

³⁵ Article 7 : Whatever may be the applicable law, in determining liability account shall be taken of rules relating to the control and safety of traffic which were in force at the place and time of the accident.

³⁶ Stuart Dutson , " Product liability and private international law : Choice of law in tort in England , " The American journal of comparative law 147 , p. 129.

จึงวางหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับสำหรับเรื่องดังกล่าวขึ้น เป็นการทำให้เป็นรูปแบบเดียวกันเพื่อนำมาใช้ในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น ในกรณีที่ผลิตภัณฑ์หรือสินค้าก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น

การศึกษาในส่วนี้จะแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 กรณีดังนี้

1. ขอบเขตในการใช้บังคับ
2. หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ

1. ขอบเขตในการใช้บังคับ

อนุสัญญาฉบับนี้กำหนดขอบเขตในการใช้บังคับไว้อย่างชัดเจน โดยสามารถแบ่งแยกพิจารณาออกเป็นประเด็นต่างๆ ได้ดังต่อไปนี้

1. บุคคลที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากผลิตภัณฑ์หรือสินค้า

อนุสัญญาฉบับนี้ กำหนดให้ บุคคลผู้ที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์หรือสินค้าในด้านต่างๆ ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากผลิตภัณฑ์หรือสินค้านั้น โดยครอบคลุมถึงบุคคลหลายฝ่ายด้วยกัน ดังที่ Article 3³⁷ กำหนดไว้ เป็นต้นว่า ผู้ผลิตสินค้า, บุคคลที่มีส่วนสำคัญในการผลิตสินค้า เช่น ผู้ผลิตวัตถุดิบ หรือผู้ที่ทำหน้าที่ในการจัดหาวัสดุในการผลิตสินค้าให้ รวมไปถึง

³⁷ Article 3 : This Convention shall apply to the liability of the following persons :

- (1) manufacturers of a finished product or of a component part ;
- (2) producers of a product ;
- (3) suppliers of a product ;
- (4) other persons , including repairers and warehousemen , in the commercial chain of preparation or distribution of a product.

It shall also apply to the liability of agents or employees of the persons specified above.

ถึงบุคคลฝ่ายต่างๆที่ได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับวงจรทางธุรกิจ เช่น ผู้จัดจำหน่ายตรง , ผู้ซ่อมบำรุง และยังคงครอบคลุมไปถึง ตัวแทนหรือลูกจ้างของบุคคลข้างต้นด้วย

2. ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากผลิตภัณฑ์หรือสินค้า

เมื่อมีความเสียหายที่เกิดขึ้นจากผลิตภัณฑ์หรือสินค้า อนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดขอบเขตของความเสียหายที่บุคคลที่กำหนดไว้ใน Article 3 ซึ่งมีหน้าที่จะต้องรับผิดชอบผู้เสียหายในความเสียหายที่อนุสัญญานี้กำหนดไว้ใน Article 1³⁸ ซึ่งได้แก่ ความเสียหายที่ผลิตภัณฑ์หรือสินค้า ก่อให้เกิดขึ้นโดยตรง และขยายความไปถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้คำแนะนำใดๆที่เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือสินค้าที่ไม่ถูกต้อง หรือการไม่เตือนให้ทราบถึงคุณสมบัติของผลิตภัณฑ์ด้วย แต่ไม่ได้หมายความว่าให้รวมถึง ความเสียหายใดๆที่เกิดขึ้นจากการใช้ผลิตภัณฑ์หรือสินค้านี้อย่างถูกต้อง หรือความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อทรัพย์สินที่อยู่ในผลิตภัณฑ์ในระหว่างการขนย้าย เนื่องจากในกรณีเหล่านี้ จะเป็นเรื่องของสัญญาโดยตรงไม่เกี่ยวกับเรื่องละเมิดแล้ว

นอกจากนี้อนุสัญญาฉบับนี้ได้ให้คำจำกัดความ คำว่า "ผลิตภัณฑ์ (product)" และ "ความเสียหาย (damages)" ไว้อย่างชัดเจนใน Article 2³⁹

³⁸ Article 1 : This Convention shall determine the law applicable to the liability of the manufacturers and other persons specified in Article 3 for damage caused by a product or of a failure to give adequate notice of its qualities , its characteristics or its method of use.

Where the property in , or the right to use , the product was transferred to the person suffering damage by the person claimed to be liable , the Convention shall not apply to their liability *inter se* .

This Convention shall apply irrespective of the nature of the proceedings.

³⁹ Article 2 : For the purpose of this Convention

(a) the word ' product ' shall include natural and industrial products , whether raw or manufactured and whether movable or immovable ;

3. กำหนดเรื่องที่กฎหมายกำหนดว่าจะต้องนำมาใช้บังคับกับคดี ตามที่ปรากฏใน Article 8⁴⁰ ที่กำหนดไว้คล้ายกับอนุสัญญาเรื่องที่เกี่ยวข้องอุบัติเหตุทางจราจร ต่างกันแต่เพียง 2 เรื่องกล่าวคือ ในอนุสัญญาเรื่องความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากผลิตภัณฑ์หรือสินค้า กำหนดเรื่องภาระการพิสูจน์ไว้ และอนุสัญญานี้ไม่ได้กำหนดว่าให้สามารถฟ้องผู้รับประกันภัยในความรับผิดที่เกิดจากผลิตภัณฑ์หรือสินค้า ได้โดยตรง

(b) the word ' damage' shall mean injury to the person or damage to property as well as economic loss ; however , damage to product itself and the consequential economic loss shall be excluded unless associated with other damage ;

(c) the word ' person ' shall refer to a legal person as well as to a natural person.

⁴⁰ Article 8 : The law applicable under this Convention shall determine ,in particular ,

- (1) the basis and extent of liability;
- (2) the grounds for exemption from liability, any limitation of liability and any division of liability;
- (3) the kinds of damage for which compensation may be due;
- (4) the form of compensation and its extent;
- (5) the question whether a right to damages may be assigned or inherited;
- (6) the persons who may claim damages in their own right;
- (7) the liability of a principal for the acts of his agent or of an employer for the acts of his employee;
- (8) the burden of proof insofar as the rules of the applicable law in respect thereof pertain to the law o liability;
- (9) rules of prescription and limitation, including rules relating to the commencement of a period of prescription or limitation, and the interruption and suspension of this period.

2. หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ

หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ ตามที่ The convention on the law applicable to products liability of 1972. มี 2 หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ นั่นคือ หลักเกณฑ์สำหรับกรณีทั่วไป และหลักเกณฑ์สำหรับกรณีพิเศษ ดังนี้

1. กรณีทั่วไป

หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ ได้แก่ หลักกฎหมายที่เหมาะสม (proper law) โดยกฎหมายของประเทศที่อนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดว่าเป็นกฎหมายที่เหมาะสม ในการนำมาใช้บังคับกับคดี อาจจะแตกต่างกันไปในแต่ละกรณี แต่อย่างน้อยที่สุด ต้องเป็นกฎหมายของประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์หรือสินค้า ตั้งแต่ 2 ลักษณะความสัมพันธ์เป็นต้นไป ตามที่กำหนดไว้ใน Article 4 ,5

2. กรณีพิเศษ

Article 6 กำหนดให้นำกฎหมายของประเทศที่จำเลยประกอบธุรกิจ มาใช้แทนที่หลักกฎหมายที่เหมาะสม ที่กำหนดไว้ใน Article 4 ,5 ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีที่เกิดขึ้น ถ้าโจทก์ไม่นำคดีละเมิดมาฟ้องเพื่อเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนตามสิทธิของตน ตามที่กฎหมายของประเทศที่ความเสียหายเกิดขึ้นได้กำหนดไว้

เป็นที่สังเกตได้ว่า หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ ที่อนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดไว้มีความแตกต่างจาก หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดในเรื่องทั่วไป แม้กระทั่งในเรื่องอุบัติเหตุทางการจราจรที่มีการจัดทำอนุสัญญา เนื่องจากในกรณีทั่วไปนั้น แม้จะมีการแบ่งแยกข้อเท็จจริงออกเป็น กรณีทั่วไปและกรณีพิเศษเช่นเดียวกัน แต่หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับในกรณีทั่วไปนั้น จะกำหนดให้ใช้หลักเกณฑ์ที่ตายตัวและแน่นอน ส่วนหลักเกณฑ์ที่กำหนดเป็นข้อยกเว้นและใช้หลักเกณฑ์นี้เฉพาะคดีละเมิดที่มีลักษณะพิเศษเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่ในเรื่อง products liability หลักเกณฑ์ที่เป็นหลักทั่วไปในการหากฎหมายมาใช้บังคับก็เป็นหลักที่ไม่มีความแน่นอน สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามสถานการณ์ที่

เกิดขึ้น ส่วนหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับในกรณีที่เข้าช้อยกเว้นนั้น แม้จะกำหนดให้นำหลักกฎหมายของประเทศที่จำเลยประกอบธุรกิจมาใช้บังคับ แต่การจะสามารถนำหลักกฎหมายนั้นมาใช้ได้หรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับทางเลือกของโจทก์ด้วย เพราะถ้าโจทก์ไม่ทำตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ ก็ไม่สามารถที่จะนำกฎหมายของประเทศนั้นมาใช้ได้ ดังนั้นจึงสามารถกล่าวได้ว่าหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่อนุสัญญานี้กำหนดไว้ เป็นหลักเกณฑ์ที่ให้ประโยชน์แก่โจทก์เป็นพิเศษ เนื่องจากโจทก์สามารถเลือกกฎหมายมาใช้บังคับได้ในระดับหนึ่ง

แต่อย่างไรก็ดี การใช้หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่อนุสัญญานี้กำหนดไว้ ก็ไม่ได้กระทบหรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อจำเลย เนื่องจากไม่ว่าจะใช้กฎหมายของประเทศที่ความเสียหายเกิดขึ้น หรือใช้ กฎหมายของประเทศที่จำเลยประกอบธุรกิจ ก็ยังต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ Article 4,5 กำหนดไว้ด้วย หมายความว่า กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับได้ต้องมีความเกี่ยวข้องกับคดีตั้งแต่ 2 ความสัมพันธ์เป็นต้นไป ตามที่กำหนดไว้ใน Article 7 และการกำหนดเช่นนี้เพราะคำนึงถึงประเด็น เรื่องความคาดหมายของจำเลยในความเสียหายที่จะเกิดขึ้น และหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ ก็เป็นการแสดงว่า มีการยอมรับในข้อดีของหลักที่มีความไม่แน่นอน ที่สามารถนำมาใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับได้โดยไม่จำกัดแต่เฉพาะบางกรณี สามารถนำมาใช้ในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ

สรุปได้ว่า การใช้วิธีการทำความเข้าใจตกลงร่วมกันในทางระหว่างประเทศ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ในสองเรื่องที่มีปัญหาเกิดขึ้นบ่อยครั้งในทางปฏิบัติ และเป็นเรื่องที่มีความสำคัญตามที่เกิดขึ้นใน The Hague convention เป็นวิธีการที่ดีและเหมาะสม ในการจะทำให้สามารถบรรลุเป้าหมายของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ในการทำให้หลักการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดมีความเป็นหนึ่งเดียวกัน

5.2 สถานะของกฎหมายไทยในปัจจุบัน

การศึกษาวิจัยในประเด็นเรื่องสถานะของกฎหมายไทยในปัจจุบัน จะแบ่งการพิจารณา

ออกเป็นสองส่วน กล่าวคือ ในส่วนที่หนึ่ง จะทำการศึกษาลักษณะของการหากฎหมายมาใช้ บังคับกับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ ของประเทศไทยตามที่กำหนดไว้ใน พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับแรกและฉบับ เดียวที่กำหนดลักษณะในการหากฎหมายมาใช้บังคับ และยังคงใช้บังคับในปัจจุบันด้วย โดย ที่ไม่เคยมีการปรับปรุงแก้ไขแต่อย่างใด การที่ศึกษาในประเด็นนี้ก็เพื่อให้รู้และเข้าใจ ลักษณะ ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดโดยละเอียด และในส่วนที่สอง จะทำการศึกษาใน เจริญเปรียบเทียบว่าลักษณะในการหากฎหมายมาใช้บังคับของไทย มีความสอดคล้องหรือแตก ต่างกับลักษณะในการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศต่างๆ และลักษณะในทางสากล หรือไม่ และมีผลดีหรือผลเสียอย่างไร ดังนั้นในหัวข้อสถานะของกฎหมายไทยในปัจจุบันจึงแบ่ง การศึกษาในสองส่วนย่อยดังนี้

5.2.1 ลักษณะในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบพัวพันกับ ต่างประเทศ ของประเทศไทย

5.2.2 วิจัยลักษณะในการหากฎหมายมาใช้บังคับ กับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบ พัวพันกับต่างประเทศ ของประเทศไทย

5.2.1 ลักษณะในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบพัวพันกับ ต่างประเทศ ของประเทศไทย

5.2.1.ก อิทธิพลที่กฎหมายไทยได้รับในการบัญญัติกฎหมาย

ตำรากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเล่มแรกของประเทศไทย ได้แก่ หนังสือนี "หลักกฎหมายคดีต่างประเทศโดยย่อ" ของพระยานิติศาสตร์ไพศาล เขียนเมื่อ พ.ศ. 2360 เป็น ตำราที่เขียนโดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ เนื่องจากในช่วงเวลานั้น คน ไทยนิยมไปศึกษากฎหมายในประเทศอังกฤษ ทำให้การเรียนการสอน และตำรากฎหมาย ก็ใช้ กฎหมายของประเทศอังกฤษ เป็นแนวทางหลัก นอกจากนี้ศาลของไทยก็รับเอากฎหมายของ ประเทศอังกฤษมาใช้เสมือนเป็นกฎหมายของศาลเอง สิ่งเหล่านี้ทำให้หลายๆฝ่ายเข้าใจว่า คดี บังคับต่างๆอันมีข้อความเช่นเดียวกันกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ ตามที่ศาลรับเอามาใช้นั้น เป็นกฎหมายที่แท้จริงในบ้านเมือง ซึ่งอยู่ในรูปของกฎหมายจารีตประเพณี และในระหว่างนี้บาง

ประเทศก็ผ่อนผันให้คนในบังคับของเขามาขึ้นศาลไทย ทำให้เกิดปัญหาของกฎหมายแผนกคดีบุคคลขึ้น และศาลไทยก็นำเอาหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศอังกฤษมาใช้เสมือนเป็นกฎหมายไทย ดังที่เห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับ⁴¹

หลังจากนั้น ประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ ในสมัยรัชกาลพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ต่างประเทศได้แสดงความจำนงที่จะให้ประเทศไทย มีกฎหมายขัดกันเป็นลายลักษณ์อักษร ด้วยเหตุนี้ประเทศไทยจึงได้ตรา พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ขึ้น เพื่อใช้บังคับแก่ข้อเท็จจริงในทางแพ่งที่พัวพันกับต่างประเทศในทางใดทางหนึ่ง โดยไม่จำกัดว่าต่างประเทศที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับคดีนั้นจะเป็นประเทศใด ซึ่งเมื่อพระราชบัญญัติฉบับนี้บังคับใช้ คดีที่นำมาสู่ศาลในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศไม่ว่าในด้านใด ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติฉบับนี้บัญญัติไว้เท่านั้น

การบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์การแบ่งกฎหมายออกเป็นสถานะ แต่ใช้หลักเกณฑ์ตามแนวความคิดสมัยใหม่ กล่าวคือ จะใช้การพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป ว่าในเรื่องใดเหมาะที่จะใช้กฎหมายใด นอกจากนี้การที่ผู้ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ได้คำนึงถึงกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลประกอบด้วย และได้นำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายพิเศษเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อแก้ปัญหากฎหมายขัดกัน โดยอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายนี้เป็นเครื่องชี้บอกให้ทราบว่า ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจะต้องนำกฎหมายของประเทศใดมาใช้ในการวินิจฉัย ซึ่งการที่จะกำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศใดนั้น ก็ขึ้นอยู่กับกฎหมายที่เกาะเกี่ยวกับข้อเท็จจริงนั้นว่าเป็นเรื่องอะไร ซึ่ง พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกัน ได้วางหลักเกณฑ์ในการใช้กฎหมายเกาะเกี่ยวในปัญหาของคดีละเมิดไว้ 2 ประเภท ดังนี้

1. กฎหมายของประเทศที่ศาลสังกัดอยู่ (lex fori)
2. กฎหมายแห่งประเทศที่มีข้อเท็จจริงหรือนิติกรรมเกิดขึ้น (lex loci actus)⁴²

⁴¹ 419/129 วินิจฉัยว่า ในบางกรณีจำเป็นต้องอาศัยหลักเกณฑ์ตามกฎหมายต่างประเทศ และความยุติธรรมเป็นหลักในการวินิจฉัยคดี

465/2478 วินิจฉัยว่า กฎหมายที่บังคับต่อสัญญา ให้ถือตามกฎหมายของประเทศที่สัญญานั้นทำขึ้น ทั้งในเรื่องแบบ , ความสามารถของคู่กรณีและผลของสัญญา

แม้ว่าก่อนการบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 การแก้ปัญหาในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายจะนำเอากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศอังกฤษ มาใช้บังคับ แต่รากฐานในการบัญญัติกฎหมายของไทย ไม่ได้เดินตามแนวทางของประเทศอังกฤษ แต่ใช้หลักเกณฑ์ของกฎหมายในภาคพื้นยุโรปเป็นส่วนใหญ่ เพราะแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับของภาคพื้นยุโรป มีความชัดเจนและแน่นอน สามารถนำมาใช้บังคับได้ง่ายกว่า

แต่อย่างไรก็ดี แนวทางที่ประเทศอังกฤษใช้นั้น ก็ยังคงรับมาใช้บังคับในประเทศไทย ในรูปแบบของกฎหมายจารีตประเพณี ตามที่ ป.พ.พ. มาตรา 4 วรรค 2 ได้บัญญัติไว้ว่า " เมื่อใดที่ไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับใช้กับคดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น..." ซึ่งแต่เดิมนั้นกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล มีตัวบทที่เป็นลายลักษณ์อักษรน้อยมาก จึงต้องอาศัยจารีตประเพณีเป็นส่วนใหญ่ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย แม้ในปัจจุบันจารีตประเพณีในบางเรื่องจะได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแล้วก็ตาม แต่ในส่วนที่ไม่ได้บัญญัติไว้ก็นำจารีตประเพณีมาปรับใช้ได้ ตามที่มาตรา 4 ให้อำนาจไว้ หรือสามารถนำหลักเกณฑ์ทั่วไปในทางระหว่างประเทศ ที่ได้รับการพัฒนาในกลุ่มประเทศที่ใช้จารีตประเพณี (common law) มาปรับใช้ได้ ซึ่งหลักทั่วไปนี้ พ.ร.บ. ขัดกัน มาตรา 3 ก็ให้อำนาจไว้ โดยบัญญัติไว้ว่า " เมื่อใดไม่มีบทบัญญัติในพ.ร.บ.นี้ หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศไทยที่จะยกมาปรับใช้กับกรณีที่เกิดการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้นให้นำกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับ "

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 15 วางหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ได้นำกฎหมายขัดกันของประเทศญี่ปุ่นมาใช้เป็นหลักในการร่างกฎหมาย⁴³ และกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นนี้ก็ได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรป (เยอรมัน) เช่นกัน

⁴² ภาสกร ชุณหะวัณ , คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ , 2520) , หน้า 54 .

⁴³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา , "ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 15 , " ไมโครฟิล์ม

เหตุผลที่ประเทศไทย นำแนวทางของประเทศญี่ปุ่นมาใช้ เนื่องจาก ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าในหลายด้าน ทำให้ปัญหาการขัดกันสามารถเกิดขึ้นได้มาก เมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นบ่อยครั้ง การพิจารณากฎหมายในเรื่องนั้นก็จะมีการพัฒนาตามไปด้วย และประเทศญี่ปุ่นก็มีระบบกฎหมายเหมือนประเทศไทย คือการใช้ระบบประมวลเหมือนกัน และยังประเทศเอเชียเช่นกัน ทำให้แนวความคิด วัฒนธรรม สภาพทางสังคม มีความสอดคล้องกัน สามารถเข้าใจระบบได้มากกว่า การนำหลักกฎหมายของประเทศในภูมิภาคยุโรปมาใช้โดยตรง เพราะการที่แต่ละประเทศจะบัญญัติหลักเกณฑ์ทางกฎหมายใดๆ ขึ้นนั้น ต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ในการอยู่ร่วมกันในสังคมระหว่างประเทศ ที่ต้องมีการพึ่งพาอาศัยกัน

ฉะนั้นการที่จะกำหนดหลักเกณฑ์เช่นใด นอกจากต้องคำนึงว่าแต่ละประเทศจะสามารถยอมรับหลักเกณฑ์นี้ได้หรือไม่ ยังต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศด้วยเช่นกัน ดังนั้นการสร้างหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายจึงสามารถกระทำได้โดยอิสระพอสมควร แต่ต้องพึงระลึกเสมอว่า ต้องไม่ใช่อย่างเกินขอบเขตอันจะทำให้ได้รับการต่อต้านจากนานาประเทศ

5.2.1.ข หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 15

มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ ไว้ดังนี้

“ หนึ่งซึ่งเกิดจากการละเมิด ให้บังคับตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เป็นการละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น

ความในวรรคก่อนไม่ใช้แก่บรรดาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในต่างประเทศซึ่งไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมายสยาม

กรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่ต้องเสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนหรือทางแก้ อย่างไรก็ดี นอกจากที่กฎหมายสยามยอมให้เรียกร้องได้ ”

จากการพิจารณาหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่มาตรา 15 บัญญัติไว้ สามารถแบ่งการพิจารณาออกเป็นประเด็นต่างๆ ได้ดังนี้

ประเด็นแรก : เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นปัญหาที่จะพบเป็นลำดับแรกก็คือ ปัญหาเรื่องการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (classification qualification) โดยปัญหานี้เป็นเรื่องของการกำหนดว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้น เข้าลักษณะเรื่องอะไรในทางกฎหมาย ซึ่งสาเหตุที่ต้องพิจารณาในปัญหานี้เป็นเพราะ พ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกัน ได้แบ่งแยกกฎหมายออกเป็นลักษณะต่างๆโดยอาศัยแนวทางในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยเป็นเกณฑ์ ดังนั้นการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงก็ต้องพิจารณาจากกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นกัน แต่กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการกำหนดว่าเป็นเรื่องอะไรไว้โดยตรง ดังนั้นก่อนที่จะใช้ พ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกัน จึงต้องทราบเสียก่อนว่า ข้อพิพาทดังกล่าวมีลักษณะทางกฎหมายอย่างไร

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 15 แล้ว ปัญหาเรื่องการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ผู้ร่างกฎหมายไทยน่าจะมีความคิดที่จะใช้กฎหมายที่บังคับแก่กรณีนั่นเอง (Lex causae) เป็นเครื่องมือในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง เพราะการกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปในการหากฎหมายมาใช้บังคับในวรรคที่ 1 และกำหนดข้อยกเว้นในวรรคที่ 2 เท่ากับเป็นการอธิบายว่า การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง จะต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณีนั่นเอง

ประเด็นที่สอง : การพิจารณาหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่มาตรา 15 บัญญัติไว้ สามารถแบ่งพิจารณาได้ดังนี้

- ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่า การกระทำเกิดขึ้นในประเทศไทย แม้คู่กรณีจะเป็นคนต่างชาติทั้งหมด ปัญหาเรื่องกฎหมายขัดกันจะไม่เกิดขึ้น นั่นคือการพิจารณาปัญหา ตามกฎหมายไทย
- ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่า การกระทำเกิดขึ้นในต่างประเทศ เป็นการละเมิดและผิดต่อกฎหมายไทย จะฟ้องคดียังศาลไทยได้ก็ต่อเมื่อ

- (1) เป็นการละเมิดตามกฎหมายไทย หมายความว่า ถ้ากระทำการดังกล่าวนั้นได้กระทำในประเทศไทย เป็นความผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิด และ
- (2) ตามกฎหมายของประเทศนั้น ผู้กระทำละเมิดไม่มีเหตุที่จะยกขึ้นแก้ตัวได้

- ถ้าการละเมิดในต่างประเทศ และไม่ได้เป็นข้อแก้ตัวได้ตามกฎหมายของประเทศนั้น ภายหลังจากที่ได้กระทำละเมิดแล้ว ต่อตามกฎหมายของประเทศนั้นบัญญัติว่า การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิด เช่นกฎหมายนิรโทษกรรม ดังนั้นจะนำมาฟ้องยังศาลไทยไม่ได้

- การกระทำของผู้กระทำละเมิดเป็นความผิดตามกฎหมายของทั้งสองประเทศ แต่กฎหมายของประเทศที่เกิดการละเมิดยอมให้เรียกชดเชยค่าสินไหมทดแทนได้เกินกว่า ที่กฎหมายไทยกำหนดไว้ เป็นต้นว่า ค่าเสียหายในความโศกเศร้าเสียใจ (Solatium) กฎหมายไทยไม่ได้อนุญาตให้เรียกค่าสินไหมทดแทนในเรื่องนี้ ฉะนั้น จะมาเรียกค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวในศาลของประเทศไทยไม่ได้

กล่าวโดยสรุปก็คือ หนี้ที่เกิดจากการละเมิดต้องแล้วแต่กฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงอันทำให้การละเมิดเกิดขึ้น หมายความว่า การกระทำนั้นต้องเข้าลักษณะเป็นละเมิดตามกฎหมายของประเทศที่เกิดการกระทำนั้นขึ้นเสียก่อน จึงจะนำเอาบทบัญญัติในเรื่องนี้และความรับผิดชอบเรื่องละเมิดมาบังคับได้ เมื่อกฎหมายแห่งถิ่นนั้นถือว่าเป็นการละเมิด กฎหมายไทยก็ต้องกำหนดว่าเป็นเรื่องละเมิดดูจกัน แต่ถ้าไม่เป็นเรื่องละเมิดตามกฎหมายไทยแล้ว จะมาฟ้องเพื่อเรียกชดเชยค่าเสียหายตามกฎหมายไทยหาได้ไม่

สังเกตได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล พยายามจะนำกฎหมายของประเทศตนมาใช้ให้ได้มากที่สุด เห็นได้จากการที่ทุกประเทศ มีความพยายามในการสร้างหลักเกณฑ์ร่วมกันหรือให้หลักเกณฑ์ในทำนองเดียวกันในทางปฏิบัติ เพื่อก่อให้เกิดความสอดคล้องกันในการบังคับใช้กฎหมาย แต่ถ้าในเรื่องที่มีความสำคัญแต่ละประเทศก็จะสงวนไว้ซึ่งอำนาจของตนในอันที่จะบัญญัติกฎเกณฑ์ให้แตกต่างไปจากนานาประเทศได้ เช่นการกำหนดเงื่อนไขในการใช้กฎหมายว่าด้วยการขัดกัน การนำเทคนิคต่างๆมาใช้ประกอบเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายขัดกันกำหนดไว้ หรือการสร้างเป็นข้อยกเว้นที่จะไม่นำกฎหมายต่างประเทศมาใช้โดยตรง กฎหมายของไทยก็มีการบัญญัติข้อจำกัดเหล่านี้เช่นกัน เป็นต้นว่า เรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การที่จะสามารถนำข้อจำกัดมาใช้ได้หรือไม่นั้นต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไป เช่นเรื่องค่าสินไหมทดแทน ที่กำหนดให้ผู้กระทำผิดต้องชดใช้เพื่อแก้ไข หรือการบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น มีหลักในการพิจารณาว่า เมื่อศาลไทยพิจารณาจนได้

ความแน่ชัดแล้วว่า จำเลยมีความผิดตามกฎหมายละเมิด และศาลจะต้องสั่งให้มีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ไม่ว่าจะกำหนดให้ชดใช้ในรูปแบบใด การกำหนดค่าสินไหมทดแทนที่ต้องชดใช้นี้ มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้ศาลไทยยึดถือเป็นแบบในการปฏิบัติ 2 ประการดังนี้

1. ศาลไทยจะสั่งให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เกินไปกว่าค่าสินไหมทดแทนที่กฎหมายไทยกำหนดไว้ไม่ได้ กล่าวคือจะต้องเป็นค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ได้รับตามความเป็นจริง โดยเทียบเคียงจากค่าสินไหมทดแทนที่กำหนดไว้ใน ป.พ.พ. มาตรา 438

2. ศาลไทยจะสั่งให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทน โดยกำหนดให้จำเลยดำเนินการหรือละเว้นการดำเนินการ หรือการทำการอย่างหนึ่งอย่างใด นอกเหนือไปจากหลักเกณฑ์ที่กฎหมายไทยกำหนดไว้ไม่ได้ ในทางตรงกันข้าม ถ้ากฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงอันเป็นการละเมิดเกิดขึ้น กำหนดค่าสินไหมทดแทนไว้ในจำนวนที่น้อยกว่ากฎหมายไทยในความผิดประเภทเดียวกัน ผู้เสียหายก็มีสิทธิที่จะเรียกร้องได้เท่าที่กฎหมายแห่งถิ่นที่ ข้อเท็จจริงเกิดขึ้นกำหนดไว้เท่านั้น จะเรียกร้องให้มากเกินไปกว่าที่กฎหมายของประเทศนั้นกำหนดไว้ไม่ได้เช่นกัน

เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจน จะขอยกตัวอย่างประกอบดังนี้

ตัวอย่างที่หนึ่ง นายเอเจ้าของร้าน มีสำนักงานใหญ่อยู่ที่นครฮัมเบอร์ริก ประเทศเยอรมัน ได้เขียนหนังสือหมิ่นประมาทถึงผู้จัดการร้านสาขาที่กรุงเทพฯ พร้อมทั้งไล่ผู้จัดการออกจากงาน ภายหลังจากนายเอมากรุงเทพฯ ผู้จัดการได้ฟ้องนายเอในความผิดฐานละเมิดเรียกค่าเสียหายต่อศาลแพ่ง กรณีตามปัญหา ถือว่าเป็นการละเมิดที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ จึงต้องพิจารณาว่า

การกระทำของนายเอที่หมิ่นประมาทถึงผู้จัดการร้านสาขาที่กรุงเทพฯ เป็นการละเมิดตามกฎหมายไทยหรือไม่ ถ้าปรากฏว่าการหมิ่นประมาทของนายเอ เป็นการละเมิดตามกฎหมายไทยและไม่มีเหตุที่จะแก้ตัวได้ตามกฎหมายเยอรมัน (เป็นความผิดตามกฎหมายของทั้งสองประเทศ) ผู้จัดการร้านสาขาก็สามารถฟ้องนายเอ ในความผิดฐานละเมิดและเรียกค่าเสียหายต่อศาลแพ่งได้ แต่ถ้านายเอมีเหตุที่จะแก้ตัวได้ตามกฎหมายเยอรมัน ศาลแพ่งก็จะไม่รับพิจารณาคดี

แม้ศาลแพ่งจะรับฟ้องแล้ว การพิจารณาในเรื่องค่าชดเชยความเสียหายนั้น ตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกัน มาตรา 15 วรรคที่ 3 วางหลักไว้ว่า การเรียกค่าสินไหมทดแทน สามารถเรียกได้เท่าที่กฎหมายไทยอนุญาตให้เรียกได้เท่านั้น

ตัวอย่างที่สอง นายเอสั่งให้นายบีและนายซี ซึ่งเป็นลูกจ้างผลัดกันขับรถไปส่งของให้ลูกค้าที่ประเทศมาเลเซีย ระหว่างทางในเขตประเทศมาเลเซีย นายบีขับรถด้วยความประมาทเป็นเหตุให้รถคว้านายซีได้รับบาดเจ็บสาหัส เสียค่ารักษาพยาบาล 5000 บาท นายซีจึงฟ้องนายเอต่อศาลแพ่งให้รับผิดชอบ ในความผิดซึ่งเกิดขึ้นจากการกระทำของลูกจ้างในทางการที่จ้าง แต่กฎหมายของประเทศมาเลเซียไม่ได้กำหนดความรับผิดของนายจ้างที่ต้องรับผิดชอบ ในการกระทำละเมิดที่ลูกจ้างคนหนึ่งกระทำต่อลูกจ้างอีกคนในขณะที่ปฏิบัติงานในทางการที่จ้างร่วมกัน เมื่อพิจารณาตาม มาตรา 15 วรรคแรก ที่กำหนดให้ หนี้ที่เกิดจากการละเมิดต้องเป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดการละเมิด ดังนั้นเมื่อกฎหมายประเทศมาเลเซีย ไม่กำหนดว่าเป็นความผิด ดังนั้นนายเอก็ไม่มีหนี้ซึ่งเกิดจากการละเมิด นายเอก็ไม่ต้องรับผิดชอบ

ประเด็นที่สาม : ถ้าการละเมิดได้เกิดขึ้นในทะเลการหากฎหมายมาใช้บังคับจะมีความยุ่งยากและซับซ้อนมากขึ้น ซึ่งต้องแบ่งพิจารณาออกเป็นกรณีดังต่อไปนี้

1. การละเมิดได้เกิดขึ้นในทะเลอาณาเขต กำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศเจ้าของทะเลอาณาเขตเป็นหลัก ในการวินิจฉัยคดีละเมิดนั้น (ถ้าการกระทำละเมิดเกิดขึ้นในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ ก็อยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศเจ้าของเขตเศรษฐกิจจำเพาะ)

2. การละเมิดเกิดขึ้นในทะเลหลวง การพิจารณาเพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับต้องแยกออกเป็นสองกรณีดังนี้

ก. การละเมิดได้เกิดขึ้นในเรือ เช่น ลูกเรือทำร้ายร่างกายกัน ให้ใช้กฎหมายของประเทศที่เรือลำนั้นชักธงเป็นหลักในการวินิจฉัยคดีละเมิดนั้น

ข. การละเมิดได้เกิดขึ้นนอกเรือ เช่น เรือชนกัน ให้นำกฎหมายพาณิชย์นาวี (Maritime law) ที่กำหนดกฎเกณฑ์และข้อบังคับต่างๆ ว่าด้วยการเดินเรือในทะเลและการขนส่งทางทะเลโดยอาศัยข้อตกลงระหว่างประเทศต่างๆ รวมทั้งจารีตประเพณีในการเดินเรือประกอบกัน ในการกำหนดหลักเกณฑ์และข้อบังคับต่างๆนั้น

5.2.2 วิจารณ์หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ กับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบ พัวพันกับต่างประเทศ ของประเทศไทย

ในส่วนนี้จะศึกษาหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ กับคดีละเมิดของประเทศไทย ที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ โดยจะพิจารณาในทฤษฎีทางระหว่างประเทศเท่านั้น จะไม่ศึกษาในส่วนของกฎหมายภายในในเรื่องละเมิด ทั้งนี้เพื่อแสดงให้เห็นแนวคิดในทางระหว่างประเทศที่มีต่อหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ กับคดีละเมิดของประเทศไทย ที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ

บทนี้ประสงค์จะศึกษาในประเด็นต่างๆดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง กฎหมายไทย (บทบัญญัติในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย) มีความสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ว่าด้วยการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดหรือไม่ และจะมีผลดีหรือผลเสียอย่างไรบ้าง โดยจะพิจารณาโดยศึกษาจาก พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 15 เป็นหลัก

ประเด็นที่สอง กฎหมายไทย (บทบัญญัติในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย) มีความเหมือนหรือแตกต่างกับกฎหมายต่างประเทศ และหลักกฎหมายที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาต่างๆ ที่มีจุดประสงค์ที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ให้มีความเป็นเอกรูป (Unification of laws) อย่างไรหรือไม่ และจะมีผลดีหรือผลเสียอย่างไร

หากเปรียบเทียบ วิธีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดของประเทศไทย กับหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดของประเทศอื่นๆ จะพบว่า หลักเกณฑ์ของประเทศไทยมีลักษณะที่คล้ายกับหลักเกณฑ์ของประเทศในภูมิภาคยุโรป ในลักษณะที่ว่า มีการกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ คดีละเมิดของที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ ที่มีความชัดเจน และการกำหนดช้อยกเว้นในการนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับไว้อย่างชัดเจน แต่ไม่ได้กล่าวถึงปัญหาในกรณีเฉพาะหรือใน

เรื่องที่มีลักษณะพิเศษ เว้นแต่ในบางประเทศ เช่นประเทศลิวทเซอร์แลนด์ กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ โดยกำหนดให้พิจารณาตามประเภทของคดีละเมิดและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีๆไป ส่วนวิธีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับของประเทศต่างๆนั้น มีทั้งการกำหนดในรูปแบบของกฎหมายพิเศษเหมือนกฎหมายไทย หรือบัญญัติรวมไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งก็ได้

เมื่อพิจารณาลักษณะหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ที่เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดโดยทั่วไป และมีข้อจำกัดในการใช้บังคับไว้ แต่ไม่ได้กล่าวถึงคดีละเมิดที่มีลักษณะพิเศษ ดังนั้นเมื่อพิจารณาตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย มาตรา 15 ซึ่งสามารถวิเคราะห์ได้ดังนี้

5.2.2.ก มาตรา 15 วรรคแรก

มาตรา 15 วรรคแรก แสดงให้ทราบว่า กฎหมายที่ถูกกำหนดมาใช้บังคับกับคดีละเมิดได้แก่กฎหมายของประเทศที่เกิดการละเมิด ตามหลัก *lex loci delicti* ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์สากล และหลักเกณฑ์นี้ก็ถูกนำมาใช้ในหลายประเทศด้วย

แต่เงื่อนไขในการใช้บังคับหรือความเคร่งครัดในการนำมาปรับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้น มีความแตกต่างกับกฎหมายไทย เพราะในปัจจุบันนี้ แม้ว่าจะในหลายประเทศจะยอมรับว่า การใช้หลัก *lex loci delicti* ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อคู่ความในคดีมากกว่าหลักเกณฑ์อื่น แต่ก็ไม่ได้นำหลักเกณฑ์นี้มาใช้ในการแก้ปัญหาเรื่องการเลือกกฎหมายในคดีละเมิดสำหรับทุกกรณี เนื่องจากแม้ว่าหลัก *lex loci delicti* จะมีข้อดีในหลายด้าน แต่ก็ยังคงมีข้อบกพร่องอยู่เช่นกันด้านนำหลัก *lex loci delicti* มาใช้บังคับโดยไม่คำนึงถึงพฤติการณ์อื่นใดแห่งคดีที่พิพาทประกอบด้วย ทำให้หลายประเทศมีความพยายามในการพัฒนานหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ดังที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น เพื่อให้สามารถนำมาใช้เพื่อแก้ปัญหาได้อย่างแท้จริง โดยไม่ยึดติดอยู่กับการใช้หลัก *lex loci delicti* เท่านั้น มีการนำหลักเกณฑ์อื่นเข้ามาช่วยเสริมสร้างให้การใช้หลัก *lex loci delicti* สามารถสร้างให้เกิดผลประโยชน์ที่สูงสุดในคดีที่พิพาท

ถ้าการละเมิดเกิดขึ้นในประเทศเดียวเท่านั้น ก็จะไม่เกิดปัญหาในการใช้หลักกฎหมายแห่งดินที่เกิดละเมิด แต่ถ้าถ้าการละเมิดเกิดขึ้นในหลายประเทศ จะมีปัญหาว่าสถานที่เกิดละเมิดที่จะเป็นตัวกำหนดกฎหมายมาใช้บังคับคือที่ใด และเมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ก็ไม่ได้อธิบายไว้ อีกทั้งแนวคำพิพากษาฎีกาของประเทศไทยในเรื่องนี้ก็ไม่เคยวินิจฉัยไว้ ดังนั้นการแก้ปัญหาเรื่องสถานที่เกิดละเมิด จึงต้องนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาปรับใช้

หลักกฎหมายระหว่างประเทศ ในเรื่องการกำหนดสถานที่เกิดละเมิด มีทฤษฎีที่ใช้ในการกำหนดสถานที่เกิดละเมิด 3 ทฤษฎีดังนี้ ⁴⁴

ทฤษฎีที่ 1 : สถานที่เกิดละเมิด ได้แก่ สถานที่ที่มีการกระทำเกิดขึ้น แม้ว่าผลของการกระทำจะเกิดในอีกสถานที่หนึ่ง ทฤษฎีนี้มีข้อยุ่งยากในการใช้ เพราะการกระทำของจำเลยสามารถกระทำการได้ในหลายสถานที่ ทำให้ไม่สามารถกำหนดได้ว่าสถานที่ใดคือสถานที่เกิดการละเมิด เช่น การเขียนข้อความหมิ่นประมาทในประเทศหนึ่งแต่ได้พิมพ์ข้อความนั้นในอีกประเทศหนึ่ง

ทฤษฎีที่ 2 : สถานที่เกิดละเมิด ได้แก่ สถานที่ที่เกิดผลของการกระทำเกิดขึ้น แม้ว่าจะมีการกระทำจะเกิดในอีกสถานที่หนึ่ง ทฤษฎีนี้นิยมใช้กันในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ แต่การนำทฤษฎีนี้มาใช้ก็มีข้อยุ่งยากเช่นกัน เนื่องจาก ผลของความเสียหายที่ได้รับนั้นอาจจะเกิดขึ้น ในหลายท้องที่ต่อเนื่องกันหรือพร้อมๆกันก็ได้ นอกจากนี้ ถ้าความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่มีความชัดเจนว่าได้เกิดความเสียหายขึ้นในท้องที่ของประเทศใดกันแน่ ก็จะไม่สามารถตอบปัญหาในเรื่องสถานที่เกิดละเมิดได้

ทฤษฎีที่ 3 : สถานที่เกิดละเมิด ได้แก่ สถานที่ที่กฎหมายของประเทศนั้นให้ประโยชน์แก่ผู้เสียหายมากที่สุด กล่าวคือ ถ้ากฎหมายของประเทศใดเป็นประโยชน์ต่อผู้เสียหายมากที่สุด ก็ให้ใช้กฎหมายของประเทศนั้น ทฤษฎีนี้ นิยมใช้บังคับในประเทศเยอรมัน

⁴⁴ คณิง ภาไชย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ครั้งที่ 9 (โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต : 2520) , หน้า 92.

ตามความเห็นของ นักกฎหมายไทยหลายท่าน เช่นความเห็นของ ศาสตราจารย์กมล สนิธิเกษตริน⁴⁵ ได้แสดงทรรศนะเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า ปัญหาในการกำหนดสถานที่เกิดละเมิด ให้พิจารณาจากจุดที่มีความเสียหายเกิดขึ้นเป็นหลัก ไม่ใช่เอาจุดที่มีการกระทำเกิดเท่านั้น แต่ในท้ายที่สุด ก็ให้ใช้กฎหมายของประเทศที่เป็นประโยชน์ต่อผู้เสียหายมากที่สุด โดยมีขั้นตอนในการพิจารณาดังนี้

ก. ถ้าตามกฎหมายแห่งสถานที่เช่นว่านั้น แห่งหนึ่งเป็นการละเมิด แต่อีกแห่งหนึ่ง กำหนดว่าไม่เป็นการละเมิด ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งสถานที่ที่กำหนดว่าเป็นการละเมิด

ข. ถ้าตามกฎหมายแห่งสถานที่เช่นว่านั้น แห่งหนึ่งกำหนดค่าชดเชยความเสียหายให้น้อย แต่อีกแห่งหนึ่งกำหนดให้มากกว่า ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งสถานที่ที่กำหนดค่าเสียหายที่มากกว่า

แนวความคิดนี้สามารถนำไปปรับใช้กับกรณีที่เกิดการละเมิดก่อให้เกิดมลภาวะได้ เช่น การปล่อยน้ำมันจากเรือเดินทะเล หรือการก่อให้เกิดอากาศเป็นพิษ ตัวอย่างเช่น เรือ a ปล่อยน้ำมันในทะเลอาณาเขตของประเทศ b คราบน้ำมันถูกคลื่นพัดไปก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศ c และประเทศ d ดังนี้กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับก็คือกฎหมายของรัฐที่ให้ประโยชน์แก่ผู้เสียหายมากที่สุด

แต่ถ้าพิจารณาในมุมมองของฝ่ายผู้กระทำผิด การกำหนดให้ใช้วิธีการเช่นนี้ ก็อาจจะมองดูเหมือนการให้ประโยชน์แก่ฝ่ายผู้เสียหายจนเกินขอบเขต ทำให้กระทบต่อความไม่เป็นธรรมในคดีต่อผู้กระทำละเมิดได้ และยังไม่มีความแน่นอนในผลแห่งคดี จนกว่าจะทราบแน่ชัดว่ากฎหมายของประเทศใดให้ผลประโยชน์สูงสุดด้วย แต่อย่างไรก็ดี ตามความเห็นของผู้เขียน ผู้เขียนก็เห็นด้วยกับการกำหนดสถานที่เกิดละเมิด

การคำนึงถึงกฎหมายที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดแก่ผู้เสียหาย ก็ต้องไม่ลืมที่จะคำนึงถึงผลประโยชน์ของฝ่ายผู้กระทำผิดด้วย ไม่ควรที่จะให้เขาต้องเข้ามารับผิดชอบเกินไปกว่าความคาดหมายที่บุคคลปกติธรรมดา พึงจะคาดหมายได้ถึงผลแห่งการกระทำนั้น นอกจากนี้

⁴⁵ กมล สนิธิเกษตริน, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 272.

หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดกฎหมาย ก็ควรที่จะเป็นหลักที่มีความแน่นอนก่อนในเบื้องต้น แล้วจึงนำเรื่องประโยชน์ของฝ่ายผู้เสียหายมาประกอบการพิจารณา

5.2.2.๒ มาตรา 15 วรรคสอง

มาตรา 15 วรรคสอง แสดงให้เห็นว่า มีการใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (lex fori) ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดด้วย ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ เป็นหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ ที่เป็นสากล เนื่องจากในบทบัญญัติแห่ง มาตรา 15 วรรคสอง ได้กำหนดว่า พฤติการณ์ของการกระทำนั้นจะต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดว่าเป็นความผิดตามกฎหมายไทย (กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี) ด้วย

ตัวอย่างเช่น การที่ ผู้เช่ารถยนต์นำรถยนต์ที่เขาไปใช้เพื่อการอย่างอื่น อันผิดไปจากวัตถุประสงค์ของการให้เช่า ตามหลักกฎหมายของระบบ Common law กำหนดว่า การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมาย แต่ถ้านำข้อพิพาทดังกล่าวมาฟ้องต่อศาลในความผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิด ศาลจะไม่บังคับให้ในฐานะที่เป็นเรื่องละเมิด เพราะการกระทำเช่นนี้ ไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมายไทย ข้อพิพาทดังกล่าวกฎหมายไทยกำหนดว่าเป็นเรื่องของการผิดสัญญา

อย่างไรก็ดีการกำหนดว่า " ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ก็ต้องเป็นการละเมิดตามกฎหมายสยาม " แต่ปัญหาก็คงมีอยู่ในเรื่องขอบเขตของการแปลความ ซึ่งจะจำกัดขอบเขตในเฉพาะเรื่องที่เป็นองค์ประกอบของความรับผิดเท่านั้น หรือจะหมายรวมถึง กรณีที่การกระทำนั้นครบองค์ประกอบเป็นเรื่องละเมิดทั้งสองประเทศแล้ว ขอบเขตว่าด้วยสิทธิของผู้เสียหาย หรือความรับผิดของผู้กระทำละเมิด ต้องเป็นไปในลักษณะเช่นเดียวกันทั้งสองประเทศ ซึ่งกฎหมายไทยก็ไม่ได้ให้คำตอบที่ชัดเจนในเรื่องนี้ ว่าสามารถแปลความได้อย่างไร อีกทั้งศาลของประเทศไทย ก็ยังไม่เคยพิจารณาคดีในปัญหาเช่นนี้ ดังนั้นก็คงต้องรอฟังแนวทางในคำพิพากษาต่อไป

ประเทศอังกฤษและประเทศสกอตแลนด์ ได้วางแนวทางในการพิจารณาประเด็นปัญหาข้างต้นไว้ดังนี้

(1) แม้ว่าการกระทำของจำเลย จะครบองค์ประกอบความรับผิดตามกฎหมายละเมิดของทั้งสองประเทศแล้ว แต่ศาลที่พิจารณาคดีจะไม่บังคับให้ตามข้อเรียกร้องของโจทก์ ถ้าหากว่าตามกฎหมายของประเทศที่เกิดการละเมิด จำเลยไม่มีความรับผิด แม้ว่าการกระทำดังกล่าวได้กระทำในประเทศอังกฤษ จำเลยจะต้องรับผิดก็ตาม

ดังที่ปรากฏในคดี *The Mary V Moxhom* [1876] ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ โจทก์ฟ้องเจ้าของเรือสัญชาติอังกฤษ ในเหตุที่เรือดังกล่าวได้ชนสะพานชายฝั่งของสเปน พฤติการณ์เช่นนี้เป็นการละเมิดตามกฎหมายสเปน และตามกฎหมายอังกฤษ แต่ตามกฎหมายสเปน บุคคลที่ต้องรับผิดจำกัดเฉพาะนายเรือและลูกเรือเท่านั้น ต่างจากกฎหมายอังกฤษที่กำหนดให้เจ้าของเรือต้องร่วมรับผิดด้วย ดังนั้นในคดีนี้ศาลอังกฤษวินิจฉัยว่า โจทก์จะฟ้องเจ้าของเรือไม่ได้ เพราะตามกฎหมายสเปน เจ้าของเรือไม่ต้องรับผิด

(2) แม้ว่าการกระทำของจำเลย จะครบองค์ประกอบความรับผิดตามกฎหมายละเมิดของทั้งสองประเทศแล้ว แต่ศาลไทยจะไม่บังคับให้ตามข้อเรียกร้องของโจทก์ ถ้าหากว่าตามกฎหมายของประเทศที่เกิดการละเมิด ไม่ให้สิทธิแก่โจทก์ที่จะฟ้องร้อง แม้กฎหมายของประเทศที่พิจารณาคดีจะให้สิทธิแก่โจทก์ที่จะฟ้องร้องเช่นนั้นได้

ดังที่ปรากฏในคดี *Maif Talin V L.M.S.* [1933] ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ โจทก์ฟ้องบริษัทรถไฟต่อศาลประเทศสกอตแลนด์ เพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการถูกรบกวนกระเทือนจิตใจ (solatium) เนื่องจากการกระทำของจำเลยทำให้โจทก์ต้องสูญเสียบุตรที่เกิดที่ประเทศอังกฤษ กฎหมายของทั้งสองประเทศกำหนดว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิด แต่กฎหมายอังกฤษไม่อนุญาตให้โจทก์เรียกร้องค่าเสียหายดังกล่าว ศาลประเทศสกอตแลนด์วินิจฉัยว่า โจทก์จะฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายดังกล่าวไม่ได้

(3) แม้ว่าการกระทำของจำเลย จะครบองค์ประกอบความรับผิดตามกฎหมายละเมิด

ของทั้งสองประเทศแล้ว แต่ถ้าจำเลยมีข้อต่อสู้อันทำให้ไม่ต้องรับผิดตามกฎหมายของประเทศที่เกิดการละเมิด ศาลของประเทศที่พิจารณาคดีก็รับฟังข้อต่อสู้ของจำเลย แม้ว่าตามกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี จำเลยจะไม่สามารถยกข้อต่อสู้เช่นนั้นได้

ดังที่ปรากฏในคดี *Mc . Millian V Canadian Northern Railway* [1923] ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ ถูกจำฟ้องนายจ้างให้ร่วมรับผิดในการกระทำละเมิดของลูกจ้างคนอื่น ตามกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดกำหนดว่า นายจ้างไม่ต้องรับผิด แต่กฎหมายของศาลของประเทศที่พิจารณาคดี ไม่ได้กำหนดไว้เช่นนั้น ศาลวินิจฉัยว่าข้อต่อสู้ของจำเลยรับฟังได้

(4) ถ้าตามกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิด กำหนดว่าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดทางละเมิดแต่จำเลยยังคงต้องรับผิดตามกฎหมายพิเศษ ศาลที่พิจารณาคดีจะไม่พิจารณาให้จำเลยต้องรับผิดตามกฎหมายพิเศษนั้น

ตามที่ปรากฏในคดี *Walpole V Canadian Northern Railway* [1927] ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ โจทก์ได้รับบาดเจ็บระหว่างการทำงานในทางการที่จ้างที่ประเทศแคนาดา นายจ้างต้องรับผิดตามกฎหมายแรงงาน แต่ไม่มีความรับผิดตามกฎหมายละเมิด โจทก์มาฟ้องคดีนี้ต่อศาลอังกฤษ เพื่อให้ชดใช้เงินตามกฎหมายแรงงาน ศาลวินิจฉัยว่าไม่สามารถดำเนินการตามที่โจทก์ขอได้

5.2.2.ค มาตรา 15 วรรคสาม

มาตรา 15 วรรคสาม แสดงให้เห็นว่า เมื่อศาลไทยฟังว่า จำเลยมีความรับผิดต่อโจทก์ตามกฎหมายละเมิดแล้ว ศาลก็ต้องพิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือบังคับให้จำเลยบรรเทาความเสียหายในลักษณะใดลักษณะหนึ่งตามสิทธิของโจทก์ และตามที่กฎหมายของประเทศแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดอนุญาตให้ทำได้ อย่างไรก็ดี แม้การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่เกิดละเมิด แต่ศาลไทยก็ไม่สามารถสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเกินหรือนอกเหนือไปจากที่กฎหมายภายในของประเทศไทยได้กำหนดไว้ ซึ่งได้กำหนด

เรื่องค่าเสียหายไว้ใน ป.พ.พ. มาตรา 438 วรรคแรก⁴⁶ ที่กำหนดให้สามารถเรียกค่าเสียหายได้เท่าที่ผู้เสียหายได้รับตามความเป็นจริงเท่านั้น ดังนั้นถ้าสิทธิของโจทก์ตามกฎหมายของประเทศที่เกิดการละเมิดมีมากกว่าที่กฎหมายไทยกำหนดไว้ ศาลไทยก็ไม่มีอำนาจที่จะกำหนดให้ตามนั้น

สรุปได้ว่า ศาลไทยจะบังคับคดีให้ในฐานะเป็นหนี้แห่งการละเมิดได้จะต้องปรากฏว่าการกระทำนั้นเข้าลักษณะเป็นการละเมิด ตามกฎหมายของทั้งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น และกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่สะท้อนให้เห็นถึง หลักเกณฑ์สากลในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ สองหลักคือ หลัก *lex loci delicti* และหลัก *lex fori* แต่ไม่ใช่การนำมาใช้บังคับดังเช่นการใช้หลัก *double actionability* ที่กำหนดให้นำหลักเกณฑ์ทั้งสองหลักมาใช้ประกอบกันอย่างมีเงื่อนไข ดังที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น เนื่องจาก หลัก *double actionability* นี้เป็นกรณีที่จะนำกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีมาใช้บังคับ แต่หลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันของไทย เป็นการกำหนดในลักษณะของการกำหนดขอบเขตของการใช้ หลัก *lex loci delicti* โดยกำหนดว่า ข้อพิพาทในเรื่องละเมิดที่จะนำมาฟ้องศาลไทย กฎหมายของศาลจะต้องกำหนดว่าข้อพิพาทดังกล่าวเป็นเรื่องละเมิดด้วยไม่ใช่ขึ้นอยู่กับกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดแต่เพียงอย่างเดียว

นอกจากนี้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันของไทย ก็กำหนดคล้ายกับหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายของประเทศในทวีปยุโรป ที่กำหนดให้ใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับเช่นเดียวกัน แต่หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายของประเทศในทวีปยุโรป จะกำหนดแนวทางในการแก้ปัญหาคดีละเมิดที่มีลักษณะพิเศษไว้ด้วย แต่กฎหมายไทยไม่ได้กล่าวไว้ อาจเป็นเพราะ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันของไทย ได้บัญญัติการใช้วิธีการในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับมานานแล้วโดยไม่มีการปรับปรุงกฎหมาย ให้สามารถนำมาใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้ทุกกรณี

⁴⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 วรรคแรก "ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใด ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแห่งพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด"

(2) ค่าสินไหมทดแทน หรือการเยียวยาความเสียหายในทางหนึ่งทางใด ที่ศาลไทยจะสามารถสั่งให้จำเลยปฏิบัติได้ ต้องไม่เกินขอบเขตที่กฎหมายไทยกำหนดไว้เท่านั้น เป็นการกำหนดประเด็นเรื่องการชดเช้ค่าสินไหมทดแทน ที่มีความชัดเจนพอสมควร และยังสามารถป้องกันปัญหาการเลือกฟ้องคดีต่อศาลที่ให้ประโยชน์สูงสุด และมีความสอดคล้องกับแนวทางที่เป็นสากล แต่ในบางประเทศก็ไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนเช่นนี้ โดยปล่อยให้เป็นการพิจารณาที่พิจารณาคดี ในการใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าสินไหมทดแทน หรือหลีกเลี่ยงการแก้ปัญหา โดยการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงว่าเป็นเรื่องอื่น



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย