



การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดในกลุ่มประเทศอาเซียน

โดย

นายนิติ จันจิระสกุล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดในกลุ่มประเทศอาเซียน

โดย

นายนิติ จันจิระสกุล



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



CONFLICT OF LAW ON TORTS/DELICTS IN ASEAN

BY

MR. NITI JANJIRASAKUL



**A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS
INTERNATIONAL LAW
FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY
ACADEMIC YEAR 2015
COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY**

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายนิติ จันจิระสกุล

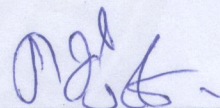
เรื่อง

การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดในกลุ่มประเทศอาเซียน

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

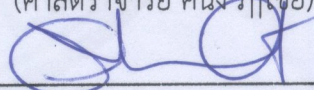
เมื่อ วันที่ 11 สิงหาคม 2559

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



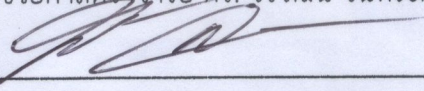
(ศาสตราจารย์ คณิง ภาไชย)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก



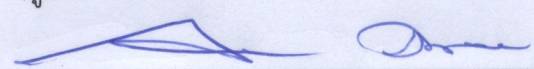
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วีรวัฒน์ จันทโชติ)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม



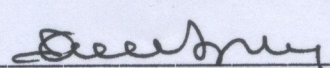
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. รัชนิกร ลาภวนิชชา)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ศาสตราจารย์พิเศษ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง)

คณบดี



(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดในกลุ่มประเทศ-อาเซียน
ชื่อผู้เขียน	นายนิติ จันจิระสกุล
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายระหว่างประเทศ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วีรวัฒน์ จันทโชติ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. รัชนิกร ลาภวนิชชา
ปีการศึกษา	2558

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นผลมาจากการศึกษาในหัวข้อ “การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดในกลุ่มประเทศอาเซียน” (Conflict of Law on Torts/Delicts in ASEAN) ประเด็นปัญหาหลักของการวิจัย คือ “การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดของกลุ่มประเทศอาเซียนในปัจจุบันนั้นมีความเหมาะสมและสอดคล้องกับพัฒนาการทางสังคมอันเกิดจากการมีผลได้มีรูปแบบของประชาคมอาเซียนหรือไม่ อย่างไร”

จากการศึกษาพบว่า กฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายในเรื่องละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนยังมีข้อบกพร่องอยู่มาก เนื่องจากในอดีต การค้าการพาณิชย์ระหว่างประเทศสมาชิกยังไม่เจริญงอกงาม ทำให้คดีที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ (foreign elements) ยังมีจำนวนไม่มากนัก ประเทศสมาชิกอาเซียนจึงไม่ให้ความสำคัญกับการแก้ปัญหาดังกล่าว และยึดมั่นกับการใช้กฎหมายของประเทศตน (lex fori) ปรับแก้ข้อเท็จจริงทุกประเภทโดยไม่คำนึงถึงความเหมาะสม โดยเฉพาะในคดีละเมิดซึ่งมีโครงสร้างพื้นฐานความรับผิดชอบที่ใกล้เคียงกับกฎหมายอาญา

อย่างไรก็ดี การเคลื่อนย้ายเสรี (free movement) ของนิติสัมพันธ์ อันเกิดจากการมีผลได้มีรูปแบบของประชาคมอาเซียนย่อมทำให้จำนวนคดีที่มีองค์ประกอบต่างประเทศมีเพิ่มขึ้นในศาลของประเทศสมาชิก เป็นเหตุให้กฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายทวีความสำคัญมากขึ้นโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และกลายเป็นปัญหาที่ประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิบจำต้องแก้ไขร่วมกัน

คำสำคัญ: กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, การขัดกันแห่งกฎหมาย, ละเมิด, อาเซียน, กฎหมายเอกรูป

Thesis Title	CONFLICT OF LAW ON TORTS/DELICTS IN ASEAN
Author	Mr. Niti Janjirasakul
Degree	Master of Laws
Department/Faculty/University	International Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Assistant Professor Viravat Chantachote, Ph.D. Assistant Professor Ratchaneekorn Larpvanichar, Ph.D.
Academic Year	2015

ABSTRACT

The thesis is a result of studies on “Conflict of Law on Torts/Delicts in ASEAN”. The main issue of this research is *“the rule of Conflict of Law on Torts/Delicts of ASEAN Member currently are appropriate and consistent with social development arising from the full implementation of the ASEAN Community or not?”*

The study found that the choice-of-law rules on Torts/Delicts of the ASEAN Member States are deficiency. In the past, international trade and commerce between Member States are not extensively so the case with foreign elements then Member States are not ready to focus on solving these problems and apply the *lex fori* to all the cases especially in the tort/delict cases.

Notwithstanding, the free movement of legal relation due to the full implementation of the ASEAN Community would make the number of cases with foreign elements increasing in the municipal court of the ASEAN Member States. As a result, the choice-of-law rules becoming increasingly important and turning into problem that ASEAN Member States have to find the solution together.

Keywords: Private International Law, Conflict of Laws, Torts, Delicts, ASEAN, Uniform Law

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เกิดจากความผิดพลาด – ผิดพลาดจากความตั้งใจที่จะศึกษาในหัวข้อเกี่ยวกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ แต่ ด้วยเหตุปัจจัยนานัปการทำให้ข้าพเจ้าไม่สามารถดำเนินการต่อได้จนสำเร็จ ...

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงไม่ใช่ผลงานของข้าพเจ้า – งานนิพนธ์ฉบับนี้จะเกิดขึ้นไม่ได้เลย หากปราศจากความช่วยเหลือมหาศาลที่ข้าพเจ้าได้รับ หน้าที่กระดาษที่ท่านกำลังอ่านอยู่นี้ก็คงจะไม่มีอะไรมากไปกว่าการอุทิศคำขอบคุณให้แก่ผู้มีพระคุณทั้งหลาย

ขอบพระคุณ คุณพ่อสมชาย + คุณแม่นัยนา พระของลูก ครูกฎหมายคู่แรกของข้าพเจ้า และเจ้าของทุนจันจิระสกุล ผู้สนับสนุนหลักอย่างเป็นทางการในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. รัชนิกร ลาภวิชชา ที่ปรึกษาผู้นำรัก ผู้เป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ทำให้ข้าพเจ้ายังสามารถเลือกเดินบนหนทางวิชาการที่เหมาะสม ขอบพระคุณสำหรับมติใหม่ในกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ทำให้ข้าพเจ้าสามารถเพิ่มพูนและขยายพรมแดนทางความรู้ของตนเองได้เช่นนี้ ศิษย์จะไม่ให้คำแนะนำ, ความเอาใจใส่ และความตั้งใจของอาจารย์เสียเปล่า

ขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วีรวัฒน์ จันทโชติ ผู้รับเผื่อกร้อนเช่นข้าพเจ้ามาไว้ในดูแล และให้คำแนะนำที่มีค่ารวมทั้งให้ความกรุณาข้าพเจ้าเสมอมา ขอบพระคุณ ศาสตราจารย์คณิง ภาไชย และ ศาสตราจารย์พิเศษ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง ที่กรุณารับเป็นประธานฯ และกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ของข้าพเจ้า ทั้งยังสละเวลาที่มีค่ายิ่งเพื่อแนะนำงานนิพนธ์ชิ้นนี้จนสำเร็จสมบูรณ์ได้

ขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์พิรุณา ดิงศภักดิ์, รองศาสตราจารย์ณิธิ สุริยะ, ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์, อาจารย์ภัทรพงษ์ แสงไกร และอาจารย์พวงรัตน์ ปฐมสิริรักษ์ ครูผู้ให้คำแนะนำและโอกาสที่มีค่ายิ่งแก่ข้าพเจ้า (นี่คือดรรชนีอาจารย์ตั้งแต่สาขากฎหมายระหว่างประเทศ, เอกชน ยันอาญา – ท่าพระจันทร์ ยันลำปาง)

ขอบพระคุณ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ที่ได้ประสิทธิประสาทวิชานิติศาสตร์ให้ข้าพเจ้า

ขอบคุณ เพื่อน-พี่น้อง ทั้งที่แม่ฟ้าหลวง + ธรรมศาสตร์ ผู้ให้ความช่วยเหลือข้าพเจ้าเสมอมา ขอบคุณกัลยาณมิตร ไอ้, พี่บูม, บุ่มบีม, น้ำซิง, น้องปรางค์ ฯลฯ นี่ยังไม่ได้ขอบคุณอีกตั้งหลายท่าน แต่กระดาษจะหมดหน้าแล้ว คงขอบคุณทุกท่านได้ไม่ครบ – เอาเป็น รับรู้ด้วยใจแล้วกันนะ <3

ขอบคุณ นางสาวเมธิช พึ่งเพาะปลูก กำลังใจของชีวิต

/จบ.

นาย นิติ จันจิระสกุล

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
2.1 ตารางสรุปการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดในกลุ่มประเทศอาเซียน	81
2.2 ตารางแสดงความแตกต่างของความรับผิดเพื่อละเมิดในกลุ่มประเทศอาเซียน	86
2.3 ตารางแสดงความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้างในกลุ่มประเทศอาเซียน	97
2.4 ตารางแสดงความรับผิดต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยในกลุ่มประเทศอาเซียน	105
2.5 ตารางแสดงค่าเสียหายเพื่อละเมิดในกลุ่มประเทศอาเซียน	114
3.1 ตารางเปรียบเทียบกฎหมายเอกรูปแต่ละประเภท	196

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(2)
กิตติกรรมประกาศ	(3)
สารบัญตาราง	(4)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.1.1 จาก การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (Classification) มาสู่ ข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบเพื่อละเมิด (Tortious Liability)	2
1.1.2 จาก กฎหมายเอกชนภายในประเทศ (Private Law) มาสู่ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private International Law)	25
1.1.3 จาก แนวคิดชาตินิยม (Nationalism) มาสู่ แนวคิดภูมิภาคนิยม (Regionalism)	43
1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษา	52
1.3 ขอบเขตการศึกษา	53
1.4 โจทย์วิจัยการศึกษา	54
1.5 สมมติฐานการศึกษา	55
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	55
1.7 วิธีการศึกษา	56

บทที่ 2 ทศนคติและความแตกต่างในการเลือกกฎหมาย (Choice of Laws) เมื่อเกิดการ ขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียน	57
2.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้นว่าด้วยทศนคติของประเทศสมาชิกอาเซียนที่มีต่อการขัดกัน แห่งกฎหมายในเรื่องละเมิด	58
2.1.1 ทศนคติของประเทศสมาชิกอาเซียนที่มีต่อการแก้ปัญหาการทำละเมิดที่มี องค์ประกอบต่างประเทศ	59
2.1.1.1 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law	59
2.1.1.2 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law	68
2.1.2 ความล้าสมัยในการแก้ปัญหาคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ ของประเทศสมาชิกอาเซียน	71
2.1.2.1 การใช้จุดเกาะเกี่ยวตามหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการ กระทำละเมิด (LEX LOCI DELICTI COMMISSI)	72
2.1.2.2 การใช้จุดเกาะเกี่ยวประเภทอื่น	73
(1) การใช้จุดเกาะเกี่ยวเพื่อจำกัดการใช้กฎหมายต่างประเทศ	73
(2) การใช้จุดเกาะเกี่ยวโดยคำนึงถึงความเหมาะสมในการเลือกกฎหมาย	76
2.2 ข้อพิจารณาทางกฎหมายในเรื่องความไม่สอดคล้องกันระหว่างการกำหนดจุดเกาะ เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียน	82
2.2.1 ความไม่เหมาะสมของจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิด	83
2.2.2 ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับความรับผิดชอบเพื่อละเมิดเฉพาะเรื่องที่มี องค์ประกอบต่างประเทศ	92
2.2.2.1 ความรับผิดชอบของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง	93
2.2.2.2 ความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย	102
2.2.3 ปัญหาในการเลือกกฎหมายอันเกิดจากแตกต่างกันในการกำหนดค่าเสียหาย	110
2.3 การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเอกรูปร่างด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่อง ละเมิดของสหภาพยุโรป	121
2.3.1 ก่อนการมีผลใช้บังคับของ Rome II Regulation	121
2.3.1.1 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law	122
2.3.1.2 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law	126
2.3.2 ผลกระทบจากการประกาศใช้ Rome II Regulation	130

2.3.2.1 จุดเกาะเกี่ยวหลักในคดีละเมิด	131
2.3.2.2 ความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง	136
2.3.2.3 ความรับผิดต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย	137
2.3.2.4 ค่าเสียหายเชิงลงโทษ	139
2.4 บทวิเคราะห์: ปัญหาบางประการอันเกิดจากความแตกต่างกันของนิติวิธีในการเลือก กฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียน	141
2.4.1 ความไม่เหมาะสมของจุดเกาะเกี่ยวที่ใช้ในการกำหนดความรับผิด เพื่อละเมิด	141
2.4.2 ความเหลื่อมล้ำอย่างมากในการกำหนดค่าเสียหายเพื่อละเมิดของประเทศ สมาชิกอาเซียน และปัญหา Forum Shopping	148
บทที่ 3 ความเป็นไปได้ในการจัดทำกฎหมายเอกรูป (Uniform Law) ในเรื่องการขัดกันแห่ง กฎหมายว่าด้วยละเมิดในประชาคมอาเซียน	150
3.1 สารัตถะของกฎหมายเอกรูป	151
3.1.1 การทำให้กฎหมายสอดคล้องกัน (Harmonization of Law)	151
3.1.2 การทำให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันซึ่งกฎหมาย (Unification of Law)	152
3.2 ข้อพิจารณาในเรื่องผลกระทบต่ออาเซียนจากการมีกฎหมายเอกรูปในเรื่อง การขัดกันแห่งกฎหมาย	153
3.2.1 ลักษณะและรูปแบบของกฎหมายเอกรูปในเรื่องการเลือกกฎหมาย	153
3.2.1.1 กฎหมายแม่แบบ (Model Law)	154
(1) ลักษณะของกฎหมายแม่แบบในเรื่องการเลือกกฎหมาย	154
(2) การจัดทำกฎหมายแม่แบบโดยอาเซียน	157
3.2.1.2 อนุสัญญาระหว่างประเทศ (International Convention)	159
(1) ลักษณะของอนุสัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมาย	159
(2) การจัดทำอนุสัญญาระหว่างประเทศโดยอาเซียน	163
3.2.1.3 กฎหมายเอกรูปตามอย่าง Regulation ของสหภาพยุโรป	171
(1) ลักษณะของ Regulation ในเรื่องการเลือกกฎหมาย	171
(2) การจัดทำ Regulation โดยอาเซียน	174
3.2.2 การตีความกฎหมายเอกรูปในเรื่องการเลือกกฎหมาย	174
3.2.2.1 การตีความโดยศาลภายในประเทศ	174

3.2.2.2 การตีความโดยศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรป (Court of Justice of European Union: CJEU)	178
3.2.2.3 องค์การผู้มีหน้าที่ตีความตามกฎหมายอาเซียน	183
3.3 บทวิเคราะห์: แนวโน้มของประชาคมอาเซียนต่อการจัดทำกฎหมายเอกรูป ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิด	197
3.3.1 ประเภทของกฎหมายเอกรูปในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งเหมาะสมกับ ประชาคมอาเซียน	197
3.3.2 ความเป็นไปได้ในการทำให้การตีความกฎหมายเอกรูปของอาเซียนเป็น อันหนึ่งอันเดียวกัน	200
บทที่ 4 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	204
4.1 บทสรุป	204
4.2 ข้อเสนอแนะ: กฎหมายเอกรูปในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิด ของประชาคมอาเซียน	209
บรรณานุกรม	216
ภาคผนวก	
ภาคผนวก ก. บทสัมภาษณ์ ศาสตราจารย์ คณิง ภาไชย	234
ภาคผนวก ข. บทสัมภาษณ์ ศาสตราจารย์พิเศษ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง	236
ภาคผนวก ค. บทสัมภาษณ์ รองศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช	237
ภาคผนวก ง. Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)	240
ประวัติผู้เขียน	258

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ความเสียหายจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่เคยเป็นสิ่งที่สังคมปรารถนา เพื่อรองรับความเสียหายดังกล่าว นานาประเทศจึงได้สถาปนา “กฎหมายละเมิด” (Tort Law/Law of Delict) ขึ้น แต่กฎหมายละเมิดเป็นกฎหมายภายใน (municipal law) ซึ่งใช้บังคับเฉพาะการละเมิดภายในเขตอำนาจของแต่ละรัฐ กฎหมายละเมิดจึงยึดโยงอยู่กับนิติวิธีตามระบบกฎหมาย และเป็นธรรมดาอยู่เองที่ในการละเมิดเรื่องหนึ่ง ๆ กฎหมายของแต่ละประเทศอาจจะกำหนดหลักเกณฑ์และผลลัพธ์ไว้แตกต่างกัน กระนั้นแล้ว พัฒนาการของการคมนาคมและการค้าการพาณิชย์ระหว่างประเทศก็ได้ผลักดันให้ความเสียหายจากการละเมิดมิได้อยู่ภายใต้อาณาเขตของประเทศใดประเทศหนึ่งอีกต่อไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเคลื่อนย้ายเสรี (free movement) อันเป็นผลมาจากการมีผลเต็มรูปแบบของประชาคมอาเซียน (full implementation of the ASEAN Community)¹ ทำให้ในอนาคต ศาลภายในประเทศสมาชิกอาเซียนจะต้องประสบกับปริมาณคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ (foreign elements) เพิ่มขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เป็นเหตุให้ศาลจำเป็นต้องหยิบยก “การขัดกันแห่งกฎหมาย” (Conflict of Laws) ขึ้นมาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อเลือกที่จะใช้กฎหมายละเมิดของประเทศใดจึงจะเหมาะสมที่สุด กระนั้น การแก้ปัญหาดังกล่าวโดยอาศัยกลไกของการขัดกันแห่งกฎหมายนั้นยังเป็นเรื่องที่แปลกใหม่และประเทศสมาชิกอาเซียนไม่สู้จะชำนาญในศาสตร์ดังกล่าวเท่าใดนัก อาเซียนจึงขาดเครื่องมือในการแก้ปัญหาที่มีประสิทธิภาพ และกลายเป็นปัญหาสำคัญที่จะกระทบต่อความสัมพันธ์ของการรวมกลุ่มในระดับภูมิภาค (regional integration) ของประเทศสมาชิก (ASEAN member states) และต่อประชาคมอาเซียน (ASEAN Community)²

¹ 2007 Cebu Declaration on the Acceleration of the Establishment of an ASEAN Community by 2015

² ผู้ศึกษาประสงค์จะจำแนก “ประเทศสมาชิกอาเซียน” (ASEAN member states) และ “ประชาคมอาเซียน” (ASEAN Community) ออกจากกัน สืบเนื่องจากความแตกต่างของสถานะทางกฎหมายในการดำเนินนิติสัมพันธ์ขององคภาวะทั้งสอง และเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ (legal personality) โดย “ประเทศสมาชิกอาเซียน” หมายถึงประเทศสมาชิกทั้งสิบ คือ บรูไนดารุสซาลาม, กัมพูชา, อินโดนีเซีย, ลาว, มาเลเซีย, เมียนมาร์, ฟิลิปปินส์, สิงคโปร์, ไทย และเวียดนาม โดยทั้งสิบประเทศยังคงสถานะของรัฐอธิปไตย (sovereign

เพื่อแสดงให้เห็นถึงความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา ผู้ศึกษาได้ลำดับสภาพของปัญหาออกเป็น 3 ประการ ซึ่งแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างแต่ละส่วนของปัญหาที่ยืดโยงและซับซ้อนซึ่งกันและกันจนเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดในกลุ่มประเทศอาเซียน ได้แก่

1.1.1 จาก การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (Classification) มาสู่ ข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบเพื่อละเมิด (Tortious Liability)

ในบริบทของการขัดกันแห่งกฎหมาย การทำความเข้าใจสาระัตถะของกฎหมายสารบัญญัติ (substantive law) ในเรื่องละเมิดนั้นเป็นสิ่งสำคัญอย่างมาก สาเหตุหนึ่งคือ เพื่อเป็นข้อพิจารณาในการเลือกกฎหมาย เนื่องจากการใช้กลไกการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นเพียงเครื่องมือในการชี้ว่าการทำละเมิดในเรื่องดังกล่าวศาลต้องใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ ซึ่งการจะใช้กลไกการขัดกันแห่งกฎหมายจำเป็นต้องเข้าใจเหตุผลของเรื่อง (nature of thing) ว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายละเมิดมีอยู่อย่างไร ตลอดจนการทำละเมิดแต่ละประเภทยังมีลักษณะของโครงสร้างความรับผิดชอบอย่างไร เพื่อที่ศาลจะได้ใช้ประกอบการพิจารณากำหนดจุดเกาะเกี่ยว (connecting factors) และเลือกกฎหมายบังคับกับการทำละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศต่อไป

อีกสาเหตุหนึ่ง คือ เพื่อประโยชน์ใน “การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง” (Classification)³

states) ซึ่งสามารถดำเนินนิติสัมพันธ์ทั้งในทางระหว่างประเทศได้เอง และมีอำนาจอธิปไตยภายในรัฐของตนอย่างเต็มรูปแบบ

ขณะที่ “ประชาคมอาเซียน” นั้นหมายถึงองค์การระหว่างประเทศ (International Organization) ซึ่งเกิดจากการรวมตัวของประเทศสมาชิกทั้งสิ้น จึงมีสถานภาพทางกฎหมายที่แยกตัวออกจากหากจากประเทศสมาชิก และสามารถดำเนินการกิจกรรมต่างๆได้เองภายใต้กรอบการดำเนินงานตามกฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter)

³ การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเป็นข้อพิจารณาเบื้องต้น (preliminary topics) ในการพิจารณาการขัดกันแห่งกฎหมาย โดยสภาพแล้วจึงอยู่ในรูปของนิติวิธี ซึ่งแม้แต่ประเทศที่บัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายไว้ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็มักไม่บัญญัติเรื่องการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงไว้ เพื่อให้เป็นอำนาจของศาลในการใช้ดุลพินิจ อย่างไรก็ตามศาสตราจารย์ Otto Kahn-Freund เห็นว่า ความแตกต่างทางทัศนคติในการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงอันเกิดจากระบบกฎหมายที่แตกต่างกันนั้น ก็เป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องทำให้ศาลใช้ดุลพินิจในทิศทางเดียวกันได้ (uniformity of decision) see also O. Kahn-Freund, General Problems

สิ่งจำเป็นและจำต้องได้รับการพิจารณาเป็นลำดับแรกในกลไกการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิด คือการตอบคำถามว่า นิติสัมพันธ์ดังกล่าวนั้นถูกจัดให้อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายละเมิดหรือไม่ เนื่องจากกฎหมายสารบัญญัติในเรื่องละเมิดของแต่ละประเทศนั้นแตกต่างกัน ทำให้เกิดความเป็นไปได้ที่นิติสัมพันธ์ในเรื่องหนึ่ง ๆ จะเป็นละเมิดหรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศใด ต่อคำถามดังกล่าวนี้ การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงจึงเป็นขั้นตอนที่สำคัญเป็นอย่างมากต่อการใช้การขัดกันแห่งกฎหมาย

การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (Classification) คือ เทคนิคของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในการแก้ปัญหาที่ว่านิติสัมพันธ์นั้นสมควรถูกจัดให้อยู่ภายใต้กฎหมายในลักษณะใด (categories)⁴ การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงจึงตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่ากฎหมายของแต่ละประเทศนั้นอาจกำหนดให้นิติสัมพันธ์หนึ่ง ๆ ตกอยู่ภายใต้กฎหมายต่างเรื่องกัน⁵ ตัวอย่างเช่น ประเทศ X จัดให้ความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (product liability) อยู่ภายใต้กฎหมายละเมิด ขณะที่ประเทศ Y อาจจัดว่าเป็นเรื่องผิดสัญญา (breach of contract) ดังนั้น การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดจึงอาจนำไปสู่การเลือกกฎหมายที่คลาดเคลื่อน ทำให้การใช้กฎหมายนั้นไม่เหมาะสมกับนิติสัมพันธ์ได้

แม้การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงจะเป็นเรื่องสำคัญมาก แต่ก็เป็นเรื่องที่ยากมากในทางปฏิบัติเช่นกัน ทำให้เกิดข้อถกเถียงทางวิชาการที่มากตาม ปัจจุบัน ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่ได้รับการยอมรับมีอยู่ด้วยกัน 2 ทฤษฎี ทั้ง 2 ทฤษฎีล้วนมีข้อดีและข้อขัดข้อง ข้อเสนอสนับสนุน ตลอดจนข้อโต้แย้งหลายประการ จึงไม่อาจกล่าวเป็นยุติได้ว่าการ

of Private International Law, 2nd ed., (Netherland: Sijthoff&Noordhoff, 1980), pp. 223-227.

⁴ การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้นไม่ใช่เรื่องแปลกใหม่ แม้จะถูกบรรจุเป็นนิติวิธีเฉพาะของการขัดกันแห่งกฎหมาย แต่แท้จริงแล้วเป็นเรื่องที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายภายในรูปของการตีความกฎหมาย (interpretation of law) เพียงแต่นักนิติศาสตร์ทั้งหลายต่างคุ้นเคยกับกฎหมายภายในของตนเป็นอย่างยิ่ง เมื่อประสบกับข้อเท็จจริงจึงสามารถทำความเข้าใจได้ทันทีว่านิติสัมพันธ์ดังกล่าวตกอยู่ภายใต้กฎหมายในเรื่องใด โปรดดู รัชนิกร ลาภวนิชชา, “หลักการตีความกฎหมาย,” ใน 60ปี ดารารพร, สุตา วิศรุตพิชญ์ บรรณาธิการ, จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), น. 211-237.

⁵ I. Brown, Conflict of Laws Textbook, 2nd ed., (London: Old Bailey Press Ltd, 2001), pp. 24-25.

ให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้นสมควรใช้ทฤษฎีใดมากกว่ากัน อนึ่ง เพื่อประกอบความเข้าใจ ก็มีความจำเป็นต้องกล่าวถึงทฤษฎีทั้งสองพอสังเขป ดังนี้

ทฤษฎีแรก: การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยอาศัยกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) วิธีการนี้ได้รับความนิยมมากที่สุด เนื่องจากการสะดวกในการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง โดยวิธีนี้จะอาศัยกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) เป็นเครื่องกำหนดว่านิติสัมพันธ์หนึ่งๆนั้นตกอยู่ภายใต้กฎหมายในเรื่องใด ตัวอย่างเช่น หากมีข้อพิพาทที่มีองค์ประกอบต่างประเทศขึ้นมาสู่การพิจารณาคดีของศาลไทย ศาลไทยก็จะให้ลักษณะทางกฎหมายโดยอาศัยกฎหมายของประเทศไทยเอง กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย สาเหตุที่วิธีการดังนี้ได้ได้รับความนิยมเนื่องจากผู้พิพากษาของศาลประเทศใดก็ย่อมจะคุ้นเคยกับกฎหมายของประเทศนั้น จึงย่อมจะหลีกเลี่ยงความคลาดเคลื่อนได้โดยง่าย จึงเป็นวิธีที่แน่นอน (*certainty*) ในการพิจารณาลักษณะทางกฎหมาย อีกทั้งการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเป็นขั้นตอนก่อนการเลือกกฎหมาย ในขณะที่ศาลจึงไม่มีเครื่องมืออื่นใดในการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง นอกจากกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีเอง (*lex fori*)⁶ แต่หากศาลใช้กฎหมายของตน (*lex fori*) ในการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเสมอ ก็อาจเกิดข้อเท็จจริงที่ไม่สามารถปรับเข้าได้กับข้อกฎหมายของศาลนั้น⁷

ตัวอย่างเช่น หากเกิดความเสียหายจากการกระทำขึ้น ศาลของประเทศ X ซึ่งใช้ระบบกฎหมาย *Civil Law* อาจให้ลักษณะทางกฎหมายว่าการกระทำความผิดกล่าวอยู่ภายใต้กฎหมายละเมิด เนื่องจากมีหลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิด (*general principle of tortious liability*) ขณะที่หากเป็นศาลของประเทศ Y ซึ่งใช้ระบบกฎหมาย *Common Law* และกำหนดความรับผิดเพื่อละเมิดไว้เป็นกรณีเฉพาะเท่านั้น (*specific types of torts*) ก็อาจทำให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ต้องตรงกับข้อกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีได้เลย

ทฤษฎีที่สอง: การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยอาศัยกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริง (*lex causae*) วิธีการนี้จะใช้กฎหมายที่จะใช้บังคับแก่นิติสัมพันธ์นั้น (*lex causae*) ในการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงในเรื่องดังกล่าวตกอยู่ภายใต้ข้อกฎหมายในเรื่องใด วิธีการนี้เกิดจากข้อเสนอของ ศาสตราจารย์ Martin Wolff ที่เห็นว่าศาลไม่ควรใช้กฎหมายของตน (*lex fori*) ในการให้ลักษณะทางกฎหมาย เพราะจะทำให้นิติสัมพันธ์ที่เป็นประเด็นพิพาทเปลี่ยนแปลงไปตาม

⁶ กมล สนธิเกษตริน, *กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล*, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2539), น. 209-211.

⁷ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 169.

กฎหมายภายในของศาล⁸ เมื่อถึงขั้นตอนการเลือกกฎหมาย แม้จุดเกาะเกี่ยวจะชี้ไปให้ใช้กฎหมายของต่างประเทศ แต่ก็มาจากการให้ลักษณะทางกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงแล้ว ย่อมจะทำให้กลไกการขัดกันแห่งกฎหมายทำงานผิดพลาดได้ แต่วิธีการนี้สร้างภาระแก่ศาลที่จะต้องพิจารณาเนื่องจากกฎหมายต่างประเทศไม่ใช่เรื่องที่ศาลรู้เอง (judicial notice)⁹ ศาลจึงไม่เชี่ยวชาญกฎหมายต่างประเทศ ทำให้ถึงแม้จะใช้กฎหมายต่างประเทศมาให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงก็อาจทำได้ไม่ถูกต้อง¹⁰ ทั้งการจะใช้กฎหมายของประเทศใดมาให้ลักษณะแก่ข้อเท็จจริงก็ยังเป็นปัญหา เพราะกระทั้งว่าจะนำกฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับแก่คดีนั้นก็จำต้องพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวตามกลไกของการขัดกันแห่งกฎหมายอยู่ดี

อย่างไรก็ดี ด้วยข้อจำกัดของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ กล่าวคือ โจทย์วิจัยทางการศึกษาซึ่งผู้ศึกษายึดโยงอยู่กับกลุ่มประเทศอาเซียน ด้วยความที่ข้อความคิดในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนนั้นยังไม่แพร่หลาย ทำให้การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงยังคงจำกัดอยู่เพียงเท่าที่กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) กำหนดเท่านั้น ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเลือกที่จะกล่าวถึงข้อความคิดทั่วไปของกฎหมายละเมิด (Tort Law/Law of Delict) แทนที่การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง เพื่อให้สามารถเห็นภาพและความหมายอย่างกว้างว่า นิติสัมพันธ์ใดที่จะอยู่ภายใต้กฎหมายละเมิด และนำไปสู่การเลือกกฎหมายโดยกลไกของการขัดกันแห่งกฎหมายต่อไป

ละเมิด (Tort/Delict) เป็นถ้อยคำที่มีนัยค่อนข้างเป็นนามธรรม เนื่องจากกฎหมายละเมิดมักมีลักษณะที่กำหนดว่า “บุคคลต้องรับผิดชอบจากการกระทำใด” โดยมีได้กล่าวว่า “บุคคลต้องรับผิดชอบในสิ่งใด” ทำให้บทวิเคราะห์ศัพท์ดังกล่าวยังเลื่อนลอย แม้จะมีนักนิติศาสตร์พยายามให้ความหมายของคำดังกล่าวไว้เป็นจำนวนมาก เช่น ท่าน Glanville Williams อธิบายว่า “ละเมิด คือ การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”¹¹ แต่ก็ยังไม่เคยมีผู้ใดให้ความหมายของถ้อยคำดังกล่าวอย่างกระจ่างแจ้งเป็นยุติได้ โดยคำว่า Tort นั้นมาจากคำในภาษาละตินว่า *tortus* ซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษ

⁸ M. Wolff, *Private International Law*, 2nd ed., (Oxford: The Clarendon Press, 1950), pp. 154-156.

⁹ ภทรศักดิ์ วรณแสง, “เรื่องที่ศาลรู้เอง (Judicial Notice),” *วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ*, ปีที่ 7, (2547), น. 477-487.

¹⁰ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 7*, น. 170.

¹¹ G. Williams and B.A. Hepple, *The Foundations of the Law of Tort*, 2nd ed., (London: Butterworth, 1984), p. 1.

ว่าลักษณะที่ผิด (wrong)¹² แต่ข้อความคิดว่าด้วยละเมิดนั้นมีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนาน และต่างได้รับการพัฒนาและขัดเกลาโดยนักนิติศาสตร์ของแต่ละประเทศ แต่ละระบบกฎหมาย ทำให้ลักษณะดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก

นับแต่สมัยโรมัน ข้อความคิดว่าด้วยละเมิดได้ปรากฏในกฎหมายโรมันดั้งเดิม (primitive law) ที่ชื่อว่า *lex talionis*¹³ กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับกับกรณีที่เกิดการกระทำที่สังคมไม่ปรารถนาเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของเอกชน (*delicta privata*) ภายหลัง ข้อความคิดเกี่ยวกับกฎหมายซึ่งมุ่งคุ้มครองสิทธิของเอกชน ไม่ว่าจะสิทธิในชีวิต ร่างกาย จิตใจ ตลอดจนทรัพย์สินของบุคคล จากการกระทำที่ไม่มีอำนาจ ซึ่งภายหลังเรียกกันว่ากฎหมายละเมิด ได้รับการถ่ายทอดไปทั่วยุโรปผ่านทางมหาวิทยาลัยโบโลญญา (Bologna) ซึ่งเป็นมหาวิทยาลัยแห่งแรกของโลก¹⁴ ทำให้มีผู้สนใจเข้าศึกษาเดินทางมาจากประเทศต่างๆ ทั่วภาคพื้นยุโรป (Continental Europe) ในปัจจุบัน ข้อความคิดว่าด้วยละเมิดของประเทศต่าง ๆ ในยุโรป ที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law รวมทั้งประเทศอื่น ๆ ซึ่งรับกฎหมาย (reception of law) ไปจากประเทศในยุโรป ไม่ว่าจะเพราะผ่านการตกเป็นอาณานิคมหรือสมัครใจ ล้วนได้รับอิทธิพลจากกฎหมายละเมิดของโรมันทั้งสิ้น โดยมีประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันเป็นผู้นำในการพัฒนาความรับผิดชอบเพื่อละเมิดขึ้นโดยอาศัยกฎหมายโรมันเป็นพื้นฐาน¹⁵

กระนั้นแล้ว ก็มีใช้ทุกประเทศในยุโรปที่จะได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน ในประเทศอังกฤษนั้นแทบจะมีได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันเลย¹⁶ เริ่มแรกระบบกฎหมายอังกฤษเกิดจากการ

¹² *tortus* ยังแปลเป็นภาษาฝรั่งเศสว่า J'ai tort ซึ่งหมายถึง “I am wrong” see also V. Harpwood, *Modern Tort Law*, 7th ed., (Oxon: Cavendish Publishing Limited, 2009), p. 1.

¹³ นัยหนึ่ง *lex talionis* ถูกกล่าวถึงในแง่ของความโหดร้าย เนื่องจากเป็นแม่แบบของหลักตาต่อตา ฟันต่อฟัน (eye for an eye) แต่ในอีกมุมหนึ่งก็ได้รับการกล่าวถึงความร่วมมือในฐานะที่เป็นพื้นฐานของหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) see also W.I. Miller, *Eye for an Eye*, (New York: Cambridge University Press, 2006), p. 20.

¹⁴ ฉันทิชย์ โสทธิพันธุ์, “Corpus iuris และการพัฒนาของวิชานิติศาสตร์ในยุโรป,” *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 4, ปีที่ 21, (ธันวาคม 2534), น. 537-548.

¹⁵ R. Young, *English, French & German Comparative Law*, 3rd ed. (New York: Routledge, 2014), pp. 366-367.

¹⁶ แม้จะมีบ้างที่ปรากฏวัฒนธรรมกฎหมายที่ใช้ภาษาละตินในระบบกฎหมายอังกฤษ แต่กรณีดังกล่าวได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายศาสนาคิสต์นิกายโรมันคาทอลิก (Canon Law) ไม่ใช่

รวบรวมจารีตประเพณีของชนเผ่าซึ่งกระจัดกระจายและใช้เฉพาะกับชนเผ่าตนเข้ามาไว้ด้วยกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ใช้กฎหมายที่รวบรวมมานี้บังคับโดยทั่วกันในประเทศอังกฤษจนกระทั่งเกิดเป็นกฎหมายที่ใช้ร่วมกันทั่วไป หรือ **Common Law** ซึ่งมีลักษณะพิเศษคือเป็นกฎหมายที่เกิดจากผลผูกพันของคำพิพากษาในคดีก่อน ๆ นักกฎหมาย **Common Law** เรียกหลักดังกล่าวว่า **doctrine of stare decisis** ในคำพิพากษาลักษณะนี้จะประกอบไปด้วยสองส่วน คือ “ข้อสังเกตของผู้พิพากษาที่ไม่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดี” (*obiter dicta*) และ “เหตุผลในคำพิพากษา” (*ratio decidendi*) ซึ่งเฉพาะในส่วนของ *ratio decidendi* นี้เท่านั้นที่ทำให้คำพิพากษาได้รับการยอมรับว่ามีสถานะเป็นกฎหมายและผูกพันศาลในคดีหลังต้องเดินตาม ดังนั้นกฎหมายละเมิดของ **Common Law** จึงไม่มีหลักทั่วไปเช่น **Civil Law** แต่มีลักษณะกรณีเฉพาะเรื่อง สุดท้ายที่คำพิพากษาของศาลจะวางหลักไว้

ความแตกต่างทางด้านนิติวิธีของระบบกฎหมายทั้งสองจึงเป็นสิ่งที่จำแนกให้กฎหมายละเมิดในปัจจุบันนี้มีรายละเอียดที่แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ โดยในการเปรียบเทียบกฎหมายละเมิดของระบบกฎหมายทั้งสองนี้ ผู้ศึกษาจะจำแนกประเภทของกฎหมายละเมิดออกเป็น 2 ประเภท เพราะนอกจากจะเป็นประโยชน์ต่อการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงแล้ว ยังเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาเพื่อสร้างจุดเกาะเกี่ยวที่เหมาะสมในคดีละเมิดแต่ละประเภทอีกด้วย กล่าวคือ

(1) หลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิด (**general principle of tortious liability**) และ

(2) ความรับผิดเพื่อละเมิดเฉพาะเรื่อง (**specific types of tortious liabilities**) แต่เนื่องจากความรับผิดเฉพาะเรื่องนั้นมีจำนวนมาก และในหลายเรื่องก็ไม่สอดคล้องกับกรณีที่จะเกิดความเสียหายจากการรวมกลุ่มประชาคมอาเซียนซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นเหตุให้ผู้ศึกษาจำเป็นต้องเรื่องศึกษาเฉพาะเพียงความรับผิดที่น่าจะเกิดขึ้นเพราะการมีผลเต็มรูปแบบของอาเซียนเท่านั้น กล่าวคือ 1) ความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง (**employer's vicarious liability**) และ 2) ความรับผิดต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (**product liability**) เท่านั้น

นอกจากนี้ ผู้ศึกษาจะกล่าวถึง “ค่าเสียหาย” (**damages**) ในฐานะหนี้ที่เกิดจากการทำละเมิด (**obligatio ex delicto**) ซึ่งเป็นสาระสำคัญของกฎหมายลักษณะละเมิด

(1) หลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิด (General Principle of Tortious Liability)

แม้ความหมายของละเมิดจะยังเลื่อนลอย แต่ลักษณะของการกระทำละเมิดนั้นกลับค่อนข้างชัดเจนและสามารถสังเคราะห์ออกมาได้อย่างเป็นรูปธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องหลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิด (general principle of tortious liability) อันเป็นสิ่งที่สำคัญอย่างมาก อีกทั้งยังเป็นข้อความคิดเบื้องต้นในการสร้างจุดเกาะเกี่ยวเพื่อเลือกกฎหมายในคดีละเมิด ศาสตราจารย์พิเศษ ภัทรศักดิ์ วรณแสง กล่าวไว้ว่า “การศึกษาความเป็นมาของหลักความรับผิดเพื่อละเมิด โดยเน้นถึงหลักพื้นฐานที่ทำให้บุคคลต้องรับผิด ย่อมจะทำให้ผู้ศึกษาเกิดความเข้าใจในหลักกฎหมายลักษณะละเมิดได้ดีกว่าการให้คำจำกัดความ”¹⁷

หลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิดในระบบกฎหมาย Civil Law

ในระบบกฎหมาย Civil Law นั้นยึดถือกันว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายลำดับแรกตามกฎหมายโรมัน สาเหตุเพราะตัวบทกฎหมายนั้นสะท้อนออกมาซึ่งหลักการ (doctrine) อันประกอบด้วยเหตุและผล และมีความเป็นธรรมในตัวเอง ทำให้การบัญญัติกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law นั้นปรากฏในรูปของการวางหลักทั่วไป (general principles) เพื่อให้ครอบคลุมถึงกรณีทั่ว ๆ ไป แทนที่จะใช้กับสถานการณ์ที่เฉพาะเจาะจงเท่านั้น¹⁸ อิทธิพลดังกล่าวได้ส่งผลต่อกฎหมายละเมิด และปรากฏในรูปของ “หลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิด” (general principle of tortious liability) ซึ่งเทียบได้กับ มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹⁷ ภัทรศักดิ์ วรณแสง, “ความรับผิดในความเสียหายซึ่งเกิดจากยานพาหนะอันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกล,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), น. 1.

¹⁸ R. David and J.E.C. Brierley, Major Legal Systems in the World Today, 3rd ed., (London: Stevens&Sons, 1985), pp. 96-97; กิตติศักดิ์ ประกิต, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.), น. 32-41.

เมื่อพิจารณาลักษณะของละเมิดโดยอาศัยรากฐานดั้งเดิมของกฎหมายโรมัน การกำหนดให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายนั้น เป็นการลงโทษ (sanction) ในรูปแบบหนึ่ง¹⁹ ดังนั้น หลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิดในระบบกฎหมาย Civil Law จึงตั้งอยู่บนพื้นฐานจิตใจของผู้กระทำเช่นเดียวกับกฎหมายอาญา แม้ผู้กระทำละเมิดจะกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย (wrongful acts) ก็จะต้องมี “ความผิด” (fault) ประกอบด้วย ความรับผิดเพื่อละเมิดจึงเป็นความรับผิดบนพื้นฐานความผิด (liability based on fault)

ความผิด (fault) ในบริบทของกฎหมายละเมิดนั้นมิได้หมายถึงการกระทำ แต่เป็นการพิจารณาจากสภาพภายในจิตใจผู้กระทำ (state of mind) ว่าในขณะที่กระทำความผิดนั้นกระทำโดยจงใจ (dolus) หรือประมาทเลินเล่อ (culpa) หรือไม่²⁰

จงใจ (dolus) หรือ intentional หมายถึง การที่บุคคลรู้สำนึกว่าการกระทำของตนนั้นจะเป็นเหตุให้เกิดผลเสียหายแก่บุคคลอื่น²¹ การกระทำโดยจงใจในกฎหมายละเมิดจึงมีลักษณะที่กว้างและมีรายละเอียดที่แตกต่างจากเจตนาในทางอาญาซึ่งต้องการคุ้มครองความเสียหายที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงเสมอ ตัวอย่างเช่น นาย A ต่อย นาย B ล้มศีรษะฟาดพื้นถึงแก่ความตาย หากพิจารณาในบริบทของกฎหมายอาญา นาย A มิได้มีเจตนาประสงค์ต่อผล หรือแม้แต่จะเล็งเห็นได้ว่าการกระทำของตนจะทำให้ นาย B ถึงแก่ความตาย เมื่อการกระทำไม่ครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญา นาย A จึงไม่ต้องรับโทษ กลับกัน กฎหมายละเมิดครอบคลุมการกระทำความผิดดังกล่าว เพียงแต่นาย A รู้สำนึกในขณะที่กระทำว่าการกระทำของตนจะทำให้ นาย B เสียหาย นาย A ไม่จำเป็นต้องคาดเห็นได้ว่าการกระทำของตนจะก่อให้เกิดความเสียหายในระดับใด ลักษณะการกระทำความผิดดังกล่าวย่อมอยู่ภายใต้ขอบเขตการกระทำโดยจงใจตามกฎหมายละเมิดทั้งสิ้น

¹⁹ อนันต์ จันทโรภากร, “โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด,” ใน รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์, สมยศ เชื้อไทย บรรณาธิการ, จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: พิ.เค. พรินต์เฮาส์, 2531), น. 95.

²⁰ กล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักความรับผิดบนพื้นฐานความผิดนั้นพิจารณาในลักษณะดังกล่าวเป็นการกำหนดความรับผิดในทางอัตวิสัย (subjective responsibility) ซึ่งอาศัยองค์ประกอบภายในจิตใจ (mental element) ของผู้กระทำเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา โปรดดู ศนันท์ภรณ์ โสถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสิ่ง ลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558), น. 59.

²¹ เพ็งอ้วน, น. 71-72.

ประมาทเลินเล่อ (*culpa*) หรือ *negligence* หมายถึง การกระทำโดยไม่ตั้งใจให้เกิดความเสียหาย แต่ผู้กระทำก็ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในระดับที่สมควร²² จนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้น ตัวอย่างเช่น นาย A ขับรถยนต์บนถนนสาธารณะด้วยความเร็วเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด ในขณะที่ฝนตกหนักเป็นเหตุให้ทัศนวิสัยไม่ดี และไปชนเข้ากับรถยนต์ของนาย B การกระทำของนาย A เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ และต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเสียเพื่อละเมิด²³

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแม้ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบจะเป็นผลลัพธ์ที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิด แต่เงื่อนไขสำคัญที่จะขาดเสียมิได้ (*condition sine qua non*) ในการกำหนดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามหลักเกณฑ์ทั่วไปใน Civil Law นั้นจำต้องอาศัย “ความผิด” (*fault*) เสมอ

อย่างไรก็ดี มิใช่ว่ากฎหมายละเมิดจะตั้งอยู่บนความรับผิดชอบบนพื้นฐานความผิด (*liability based on fault*) จากการกระทำของตนเองในทุกกรณี ในระบบกฎหมาย Civil Law ยังปรากฏการกำหนดความรับผิดชอบในลักษณะที่ผู้ที่ต้องรับผิดชอบมิได้กระทำละเมิดเอง แต่จะต้องรับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของผู้อื่น หรือที่เรียกกันว่า *vicarious liability* ตัวอย่างเช่น ความรับผิดชอบของนายจ้างจากการกระทำของลูกจ้าง (ซึ่งเทียบได้กับ มาตรา 425 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) หรือความรับผิดชอบของตัวการจากการกระทำของตัวแทน (ซึ่งเทียบได้กับ มาตรา 427 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์)

นอกจากนี้ กฎหมายละเมิดในปัจจุบันยังได้พัฒนาไปถึงการกำหนดความรับผิดโดยเคร่งครัด (*strict liability*) ซึ่งเป็นความรับผิดประเภทที่ไม่ต้องพิสูจน์ความผิด (*liability without fault*) เช่น ความเสียหายอันเกิดจากยานพาหนะอันเดินด้วยกำลังจักรกล (เทียบได้กับ มาตรา 437 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) หรือความรับผิดเพื่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ซึ่งผู้ศึกษาจะได้กล่าวถึงความรับผิดทั้งสองประเภทนี้เป็นลำดับถัดไป

²² ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, หลักกฎหมายละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), น. 26.

²³ สำหรับระดับความระมัดระวังในกฎหมายละเมิดมักใช้เกณฑ์เช่นเดียวกับกฎหมายอาญา กล่าวคือ พิจารณาโดยอาศัย “วิสัยและพฤติการณ์ของบุคคลในภาวะที่กระทำการเช่นนั้น” โดยการสมมติบุคคลที่อยู่ในสภาวะการณ์เช่นเดียวกับบุคคลที่ทำการละเมิดในขณะที่เกิดความเสียหาย หากบุคคลสมมติสามารถอาศัยความระมัดระวังได้มากกว่า ย่อมเป็นข้อพิจารณาเปรียบเทียบได้ว่าผู้กระทำนั้นประมาทเลินเล่อ โปรดดู ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 20*, น. 75-78.

หลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิดในระบบกฎหมาย Common Law

ความรับผิดเพื่อละเมิดของระบบ Common Law กลับมาได้เป็นเช่นเดียวกับ Civil Law เนื่องจาก Common Law ไม่ได้รับเอากฎหมายโรมันมา จึงไม่มีข้อความคิดว่าด้วยหลักเกณฑ์ทั่วไป (general principles) อีกทั้งเอกลักษณ์ของ Common Law คือ หลักกฎหมายที่มาจากคำพิพากษา (doctrine of stare decisis) ซึ่งพัฒนามาจากระบบการส่งหมายของศาลแบบดั้งเดิม (writ) ทำให้หลักกฎหมายละเมิดที่คำพิพากษาศาลอังกฤษสร้างขึ้นค่อย ๆ พัฒนาขึ้นมาทีละเรื่อง ๆ ขึ้นอยู่กับประเภทของการกระทำ (cause of action) กฎหมายละเมิดของ Common Law จึงมีลักษณะเป็นความรับผิดเฉพาะเรื่อง (specific types of tortious liabilities) ทั้งยังมีจำนวนมากเท่าที่ข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดละเมิดจะสามารถเกิดขึ้นได้ นอกจากนี้กฎหมายละเมิดของ Common Law ยังมีลักษณะทางอาญาปะปนอยู่ด้วย เหตุเพราะ Common Law ไม่มีการจำแนกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน²⁴ ทำให้มีการรวมการพิจารณาคดีตามกฎหมายละเมิดและกฎหมายอาญาเข้าไว้ด้วยกัน

อย่างไรก็ตาม ความรับผิดเพื่อละเมิดใน Common Law ก็ยังพอจะกล่าวได้บ้างว่ามีลักษณะทั่วไป ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช อธิบายความหมายของ “ละเมิด” (Tort) ตามกฎหมายอังกฤษไว้ว่า หมายถึง “การกระทำหรือการละเว้นอันผิดหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งไม่ได้เกิดจากสัญญา หรือความรับผิดตาม Equity โดยเฉพาะ และการกระทำหรือละเว้นนั้นล่งสิทธิของผู้ใดผู้หนึ่งโดยปราศจากข้อยกเว้น เป็นเหตุให้เขาได้รับความเสียหาย ซึ่งกฎหมายยอมให้ฟ้องร้องกันในทางแพ่ง”²⁵

นอกจากนี้ความรับผิดเพื่อละเมิดใน Common Law ยังมีที่มาร่วมกัน เนื่องจากล้วนพัฒนามาจากความรับผิดพื้นฐาน 7 ประเภท ได้แก่ Negligence, Conversion, Trespass 3 ชนิด คือ Trespass to Person, Trespass to Goods และ Trespass to Land และ Nuisance 2 ชนิด คือ Public Nuisance และ Private Nuisance²⁶

²⁴ ด้วยเหตุที่กฎหมายละเมิดของ Common Law มีลักษณะเป็นความรับผิดเฉพาะเรื่อง (specific types of tortious liabilities) ทำให้ใกล้เคียงกับลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญา ซึ่งกำหนดความผิดขึ้นภายใต้หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (*nullum crimen nulla poena sine lege*)

²⁵ เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายอังกฤษว่าด้วยสัญญาและละเมิด, (พระนคร: โรงพิมพ์สุวรรณศรี, 2479), น. 133-134.

²⁶ R. Young, *supra* note 15, p. 368.

แม้จะกล่าวได้ว่าพื้นฐานความรับผิดเพื่อละเมิดตาม **Common Law** มีพัฒนาการมาจากการทำละเมิด 7 ประเภทข้างต้น แต่ก็มีใช้กรณีที่จะสามารถอาศัยเทียบเคียงกันได้กับหลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิดตามระบบกฎหมาย **Civil Law** เท่าใดนัก เนื่องจากองค์ประกอบความรับผิดทั้ง 7 ประเภทนั้นมีรายละเอียดและเงื่อนไขความรับผิดที่มีลักษณะเฉพาะตัวอยู่

Negligence คือ ความรับผิดจากการกระทำโดยประมาท กล่าวคือ การกระทำที่ไม่ได้ตั้งใจ อย่างไรก็ตาม **Negligence** ของ **Common Law** คือความรับผิดเพื่อละเมิดประเภทหนึ่งซึ่งเกิดจากการที่บุคคลใด ๆ มี “หน้าที่ต้องระมัดระวัง” (**duty to care**) และบุคคลดังกล่าวไม่ได้ปฏิบัติตามหน้าที่ในการระมัดระวัง (**breach of duty to care**) จนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้น

Conversion คือ การโต้แย้งสิทธิของเจ้าของทรัพย์สิน (**denying the right of the owner to the goods**) มีลักษณะเป็นการพรากทรัพย์สินของผู้อื่นไป ซึ่งมีแต่การกระทำโดยจงใจ (**dolus**) เท่านั้น

Trespass คือ การรบกวน **Trespass to Land** หมายถึง การรบกวนที่ดินของผู้อื่น โดยการเข้าไปหรืออยู่ในที่ดินนั้น ตลอดจนการนำสิ่งของไปวาง หรือขว้างปาวัตถุเข้าไปในที่ดินของผู้อื่น²⁷ **Trespass to Goods** คือ การรบกวนทรัพย์สินส่วนตัวของผู้อื่น ซึ่งโดยปกติแล้วละเมิดกรณี **Trespass** นั้นเป็นการกระทำที่สามารถเรียกค่าเสียหายเพื่อละเมิดได้ในตัวเอง (**per se**) โดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิด (**fault**) หรือความเสียหาย (**damage**) เนื่องจากถือว่าเป็นการล่วงละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว (**right to privacy**) จึงมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับความรับผิดโดยเคร่งครัด (**strict liability**)

Nuisance คือ การกระทำที่เดือดร้อนรำคาญ **Public Nuisance** นั้นมีลักษณะใกล้เคียงกับคามผิดอาญาและมีลักษณะเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด (**strict liability**) สำหรับ **Private Nuisance** นั้นเป็นส่วนหนึ่งของ **Trespass to Land** ซึ่งแม้จะมุ่งคุ้มครองที่ดินเช่นเดียวกัน แต่ **Private Nuisance** มีวัตถุประสงค์ที่ต้องการคุ้มครองการรบกวนที่ดินทางกายภาพในทางอ้อม (**indirect physical interference**) เช่น การรบกวนการใช้ที่ดิน นอกจากนั้นต้องพิสูจน์ความเสียหาย (**damage**) ด้วย²⁸

เมื่อได้ศึกษาพื้นฐานความรับผิดเพื่อละเมิดของ **Common Law** แล้ว จะเห็นได้ว่ามีทั้งกรณีที่เป็นความรับผิดบนพื้นฐานความผิด (**liability based on fault**) และความรับผิดโดยปราศจากความผิด (**liability without fault**) ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิดตามระบบกฎหมาย **Civil Law** ย่อมจะไม่สามารถครอบคลุมความรับผิดทั้ง 7 ประเภทตาม **Common Law** ได้ กลับกัน กรณีตามอย่าง **Common Law** ก็มีลักษณะที่แคบเป็นอย่างมาก

²⁷ V. Harpwood, *supra* note 12, p. 232.

²⁸ *Ibid*, p. 251.

เนื่องจากจำกัดเฉพาะคดี ทำให้ไม่สามารถครอบคลุมกรณีที่มีข้อเท็จจริงแปลกใหม่ซึ่งไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อนในบรรทัดฐานคำพิพากษาในอดีตได้

(2) ความรับผิดเฉพาะเรื่อง (Specific Types of Tortious Liabilities)

นอกจากจะมีการวางหลักทั่วไปในกฎหมายละเมิดแล้ว ความรับผิดเฉพาะเรื่องก็มีความจำเป็นและสำคัญเป็นอย่างมาก เนื่องจากการกำหนดความรับผิดอย่างหลักทั่วไปนั้นมีลักษณะที่กว้างอย่างมากเพราะต้องการให้ครอบคลุมกรณีทั้งหลายที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต แต่หลักทั่วไปดังกล่าวก็มีข้อจำกัดหลายประการ ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับธรรมชาติของพฤติกรรมมนุษย์และพัฒนาการทางสังคมที่ทำให้เกิดความเสียหายจากการกระทำซับซ้อนขึ้นเรื่อยๆ ความรับผิดเพื่อละเมิดจึงจำเป็นต้องสร้างหลักเกณฑ์ใหม่ขึ้น

สำหรับระบบกฎหมาย Common Law ความรับผิดเฉพาะเรื่อง (specific types of tortious liabilities) นั้นไม่ใช่เรื่องแปลกใหม่ ทั้งจะเป็นเรื่องที่คุ้นเคยเสียมากกว่า ขณะที่ในระบบกฎหมาย Civil Law ก็ได้ปฏิเสธกรณีเฉพาะเรื่องดังกล่าว เนื่องจากก็เล็งเห็นเช่นกันว่าคงเป็นไปได้ที่จะอาศัยหลักเกณฑ์ทั่วไปเพื่อปรับเข้ากับข้อเท็จจริงได้ทุกกรณี

แต่ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีโจทย์วิจัยที่เกิดจากการรวมกลุ่มของประชาคมอาเซียน ทำให้ไม่อาจศึกษาความรับผิดเฉพาะเรื่องทั้งหมดได้ ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาความรับผิดเพื่อละเมิดผิดเฉพาะเรื่องนี้จึงจะจำกัดเฉพาะเรื่องที่ผู้ศึกษาเห็นว่าจะได้รับอิทธิพลจากการรวมกลุ่มประชาคม ซึ่งจะเกิดผลกระทบจากการเคลื่อนย้ายเสรี (free movement) ทั้งสินค้า (goods) แรงงาน (workers) บริการ (services) การลงทุน (investment) ตลอดจนบุคคลธรรมดา (workers) ในปริมาณที่มากขึ้นและมีความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องทำความเข้าใจเพื่อหาหนทางแก้ปัญหา ซึ่งได้แก่ ความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง (employer's vicarious liability) และความรับผิดต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (product liability)

1) ความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง (Employer's Vicarious Liability)

นับแต่มีการปฏิวัติอุตสาหกรรม การคมนาคมที่เจริญรุ่งเรืองขึ้นคือสาเหตุหลักให้มีการโยกย้ายของคนในสังคมระหว่างกัน โดยเฉพาะเมื่อเกิดการรวมกลุ่มประชาคมขึ้นภายใต้แนวคิดการเคลื่อนย้ายเสรีของแรงงาน (free movement of workers) คือเหตุผลหนึ่งที่ทำให้ความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้างเกิดองค์ประกอบต่างประเทศ

ความรับผิดจากการกระทำของผู้อื่น (vicarious liability) หมายถึง กรณีที่บุคคลที่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นไม่ได้เป็นผู้กระทำละเมิดเอง กรณีความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้างก็เช่นกัน ความรับผิดดังกล่าวไม่ได้เกิดจากการกระทำของตัวนายจ้างเอง แต่เกิดจากนโยบายรัฐที่ต้องการให้นายจ้าง (employer) ผู้ได้รับประโยชน์จากการทำงานของลูกจ้าง (employee) ต้องเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายจากการทำงานของลูกจ้าง²⁹ เพราะ “ลูกจ้างต้องปฏิบัติตามคำสั่งทุกอย่างของนายจ้าง นายจ้างจึงต้องรับผิดในการกระทำของลูกจ้าง” หรือที่ปรากฏในรูปของสุภาษิตกฎหมายละติน (Maxim) ว่า *respondeat superior*³⁰ นอกจากนั้น การกำหนดให้นายจ้างซึ่งมีสถานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่ายังสามารถคุ้มครองโอกาสในการได้รับความเยียวยาของผู้เสียหาย (victim protection) อีกด้วย

ความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้างในระบบกฎหมาย

Civil Law

พัฒนาการของรูปแบบการกำหนดความรับผิดของนายจ้างจากการกระทำละเมิดของลูกจ้างในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law นั้นสามารถจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

ประเภทแรก: การกำหนดความรับผิดโดยเคร่งครัด

ประเทศฝรั่งเศสเป็นต้นแบบของการกำหนดความรับผิดของนายจ้างในรูปแบบนี้ โดยถือว่าลูกจ้างเป็นเครื่องมือในการปฏิบัติงานเพื่อความสำเร็จของนายจ้าง การกระทำของลูกจ้างจึงต้องถือเป็นการกระทำของนายจ้าง และความรับผิดของลูกจ้างย่อมก่อให้เกิดความรับผิดของนายจ้างเช่นกัน ซึ่งใน Article 1384 para. 5 Code Napoléon บัญญัติว่า “นายจ้างและผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดในความเสียหาย ซึ่งลูกจ้างและผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาของตนได้ก่อขึ้นในหน้าที่ที่ได้จ้างมา” จากบทบัญญัติดังกล่าวแม้กฎหมายละเมิดของฝรั่งเศสจะยังคงไว้ซึ่งความรับผิดบนพื้นฐาน

²⁹ H. Wicke, “Vicarious Liability,” *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Vol. II, p. 1769 (2014).

³⁰ *respondeat superior* มีความหมายตรงกับภาษิตกฎหมายในภาษาไทยว่า “เป็นนายเขาต้องรับสนอง” (let the superior respond) ซึ่งหมายถึง การให้นายจ้างต้องรับผิดในการกระทำที่ลูกจ้างได้กระทำไป โดยในศัพทนิติศาสตร์ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ให้ความหมายของ *respondeat superior* ว่า “นายจ้างต้องรับผิดในการกระทำของลูกจ้าง” โปรดดู ราชบัณฑิตยสถาน, ศัพท์นิติศาสตร์ อังกฤษ-ไทย ไทย-อังกฤษ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร: สหมิตรพรินต์, 2557), น. 296.

ความผิด (liability based on fault) จากการกระทำของลูกจ้างก็ตาม แต่ในส่วน of นายจ้าง (maîtres)³¹ กฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดในทางการที่จ้างเสมอไม่มีข้อยกเว้น ซึ่งมีลักษณะเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) และใกล้เคียงกับกฎหมายของอังกฤษมาก³² ความรับผิดของนายจ้างตามแบบกฎหมายของฝรั่งเศสนั้นอาศัยนโยบายสาธารณะ (public policy) มาพิจารณาประกอบกับ หลักความเสี่ยงในการปฏิบัติงานของลูกจ้าง (notion of risk) ซึ่งเป็นการปฏิเสธหลักความผิด (fault) อย่างในกฎหมายโรมันดั้งเดิม ความรับผิดของนายจ้างตามกฎหมายฝรั่งเศสจึงเกิดขึ้นภายใต้เงื่อนไข 2 ประการ คือ

- 1) ลูกจ้างเป็นผู้ทำละเมิด และ
- 2) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำละเมิดและทางการที่จ้าง (relationship between the employee's conduct and his job)³³

ประเภทที่สอง: การกำหนดความรับผิดของนายจ้างบนพื้นฐานความผิด

ประเทศเยอรมันเป็นต้นแบบของการกำหนดความรับผิดของนายจ้างในรูปแบบนี้ แม้ประเทศเยอรมันจะริเริ่มร่างกฎหมายโดยการเลียนแบบจากร่างประมวลกฎหมายของฝรั่งเศส แต่ § 831 BGB กลับบัญญัติว่า “บุคคลใดจ้างผู้อื่นทำงานอย่างใดๆ จะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่าย

³¹ มีข้อสังเกตว่า บทบัญญัติ Article 1384 para. 5 Code Napoléon ซึ่งกำหนดความรับผิดของนายจ้างจากการกระทำละเมิดของลูกจ้างในกฎหมายฝรั่งเศสนั้น นอกจากจะกำหนดความรับผิดของ นายจ้าง (maître) และลูกจ้าง (domestique) แล้ว ยังขยายไปถึง “ผู้บังคับบัญชา” (commettant) และ “ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา” (préposé) จึงมีความหมายที่กว้างกว่าการเป็นนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน ถึงขนาดที่เป็น “ผู้มีอำนาจสั่งการให้บุคคลปฏิบัติเพื่อประโยชน์ของตน” จึงใกล้เคียงกับ ตัวการตัวแทน (principal and agent) ซึ่งถือหลักว่าผู้ใดกระทำการใดโดยผู้อื่น เท่ากับทำการนั้นด้วยตนเอง (*qui facit per alium facit per se*) ต้องรับผิดชอบเพราะมีสิทธิที่จะออกคำสั่งเพื่อการที่บุคคลอื่นจะต้องปฏิบัติตาม โดยไม่จำเป็นต้องมีสัญญาจ้างแรงงานหรือการจ่ายค่าจ้างแก่กัน สำคัญคือต้องมีการบังคับบัญชา (subordination) โปรดดู ไพจิตร ปุณณพินธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท: กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ ภาค 1 ความทั่วไป และภาค 2 ลักษณะละเมิด, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546), น. 63.

³² K. Zweigert and H. Kötz, Introduction to Comparative Law, 2nd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1992), p. 679.

³³ C. van Dam, European Tort Law, (New York: Oxford University Press Inc., 2006), p. 452.

สินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย ซึ่งผู้รับจ้างได้ก่อขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายแก่บุคคลภายนอกในการปฏิบัติงานที่จ้าง หน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนย่อมจะไม่เกิดขึ้น ถ้าหากผู้ว่าจ้างได้ใช้ความระมัดระวังตามธรรมดาในการเลือกผู้รับจ้าง และเมื่อผู้ว่าจ้างได้จัดหาเครื่องมือเครื่องใช้ หรือ ควบคุมการที่ว่าจ้าง ได้ใช้ความระมัดระวังตามธรรมดาเกี่ยวกับการจัดหาหรือควบคุมงานที่ว่าจ้างดังกล่าวด้วย หรือความเสียหายย่อมจะเกิดขึ้น แม้จะได้ใช้ความระมัดระวังถึงเพียงนั้นก็ตาม” จากบทบัญญัติดังกล่าว กฎหมายละเมิดของประเทศเยอรมันกำหนดให้นายจ้างต้องรับผิดชอบเมื่อนายจ้างมีส่วนผิดในการคัดเลือกหรือการควบคุมลูกจ้าง (*culpa in eligendo et vigilando*)³⁴ โดยพิจารณาประกอบกับ หลักความเสี่ยงในการปฏิบัติงานของลูกจ้าง (*notion of risk*) การกำหนดความรับผิดเพื่อละเมิดในลักษณะดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าประเทศเยอรมันยังคงยึดถือว่าความรับผิดเพื่อละเมิดยังคงอยู่บนพื้นฐานความผิด (*liability based on fault*) การจะกำหนดให้บุคคลใดต้องรับผิดในการกระทำของผู้อื่นบุคคลนั้นก็จะต้องมีความผิด (*fault*) เช่นกัน เพียงแต่กฎหมายจะกำหนดให้อยู่ในรูปของข้อสันนิษฐานความผิดตามกฎหมาย (*presumption of fault*)³⁵ โดยกำหนดให้นายจ้างรับผิดชอบก่อนเสมอ แต่จะเปิดโอกาสให้นายจ้างมีการการพิสูจน์ (*burden of proof*) ว่านายจ้างได้ใช้ความระมัดระวังในการคัดเลือก (*select*) หรือควบคุมบังคับบัญชา (*supervise*) ลูกจ้างเพียงพอแล้วเพื่อปลดเปลื้องความรับผิด ซึ่งนักกฎหมายเยอรมันบางท่านเห็นว่าบทบัญญัติ § 831 BGB นั้นไม่ใช่เรื่องความรับผิดจากการกระทำของผู้อื่น (*vicarious liability*) แต่เป็น *personal liability* ของนายจ้างเอง³⁶

³⁴ *culpa in eligendo et vigilando* เป็นสุภาษิตกฎหมายละติน โดย *culpa in eligendo* หมายถึง ความผิดอันเกิดจากการคัดเลือก (*fault in selecting*) บุคคลมาเป็นลูกจ้าง

culpa in vigilando หมายถึง ความผิดอันเกิดจากการควบคุมดูแล (*fault in supervising*) การปฏิบัติงานของลูกจ้าง ภายหลังจากที่ได้รับบุคคลเข้ามาเป็นลูกจ้างแล้ว see also B. A. Garner and H. C. Black. *Black Law's Dictionary*, 10th ed., (St. Paul: Thomson Reuters, 2014), p. 461.

³⁵ ไพจิตร บุญญพันธุ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2557), น. 1.

³⁶ B. Heiderhoff and G. Zmij (eds), *Tort Law in Poland, Germany and Europe*, (Munich: European Publishers GmbH, 2009), p. 80.

ความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้างในระบบกฎหมาย

Common Law

อิทธิพลของ *respondeat superior* ยังส่งผลถึงรูปแบบการกำหนดความรับผิดของนายจ้างจากการกระทำละเมิดของลูกจ้างของแต่ละประเทศในปัจจุบัน ประเทศที่ใช้ระบบ Common Law โดยเฉพาะในภาษาอังกฤษ³⁷ ยังคงพื้นฐานของหลัก *respondeat superior* ไว้³⁸ โดยพิจารณาความรับผิดของนายจ้างจากการกระทำละเมิดของลูกจ้างบนเงื่อนไข 3 ประการ คือ 1) ผู้ที่ทำให้เกิดความเสียหายต้องเป็นลูกจ้าง (employee) 2) ต้องเกิดการกระทำละเมิด (committed a tort) และ 3) การกระทำละเมิดจะต้องเกิด “ในทางการที่จ้าง” (in the course of the employment) ซึ่งหากครบเงื่อนไขทั้งสามประการ นายจ้างก็จะต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดโดยไม่สามารถอ้างว่าตนไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำละเมิดของลูกจ้างได้ อันเป็นการกำหนดให้นายจ้างรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability)³⁹

2) ความรับผิดต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (Product Liability)⁴⁰

³⁷ Sir J. Holt ผู้พิพากษาชาวอังกฤษซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญกฎหมายโรมันอย่างมาก เป็นผู้ริเริ่มกำหนดให้นายจ้างต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดของลูกจ้างเป็นครั้งแรกในคดี *Boson v Sandford* (1691) 2 Salk 440 ในศาลพาณิชย์นาวี (Court of Admiralty) กฎหมายอังกฤษจึงได้รับอิทธิพลในเรื่อง vicarious liability มาจากกฎหมายโรมันนับแต่นั้น see also H. Wicke, *supra* note 29, p. 1771.

³⁸ C. van Dam, *supra* note 33, p. 454.

³⁹ *Stavelly Iron & Chemical Co Ltd v Jones* [1956] AC 627 (HL)

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายอังกฤษบางท่านจะไม่เห็นด้วยกับหลัก *respondeat superior* เท่าใดนัก เพราะเห็นว่าเป็นเพียงผลลัพธ์ (result) ของการกำหนดให้นายจ้างต้องรับผิดเพื่อละเมิด มิได้อธิบายว่าเหตุผล (reason) ว่าเพราะเหตุใดนายจ้างจึงต้องรับผิดในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง see also R.F.V. Heuston and R.A. Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 21st ed. (London: Sweet&Maxwell Ltd., 1996), p. 430.

⁴⁰ ความรับผิดต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือ Product Liability นั้นมีลักษณะทางกฎหมายที่ซ้อนทับกันอยู่หลายประการ ทั้งในรูปของความรับผิดเพื่อสัญญาและความรับผิดเพื่อละเมิด โดยมีเกณฑ์ในการจำแนกคือ “คู่กรณีของผู้บริโภค” เนื่องจากผู้บริโภคคือ

การรวมกลุ่มประชานิยมที่มีวัตถุประสงค์หลักคือความร่วมมือทางเศรษฐกิจทั้งในระดับภายในและต่อภายนอกประชาคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือการเคลื่อนย้ายเสรีสินค้า (free movement of goods) อย่างไรก็ตาม กลไกการตลาดและระบบเศรษฐกิจในระดับมหภาค (Macroeconomics) ก็ต้องการกำลังผลิตจำนวนมากเพื่อให้เพียงพอกับปริมาณความต้องการของผู้บริโภค การผลิตสินค้าจำนวนมาก (mass production) ออกสู่ตลาดนั้นส่งผลให้ผู้ผลิตจำเป็นต้องลดทอนคุณภาพ ทำให้ต้นทุนการผลิตลดลง เพื่อที่จะสามารถควบคุมราคาให้อยู่ในระดับที่ผู้บริโภคพึงพอใจได้ แต่สินค้าซึ่งเกิดจากกระบวนการผลิตจำนวนมากย่อมขาดความพิถีพิถันอันนำมาสู่โอกาสที่จะเกิดความบกพร่องเป็นอย่างมาก เนื่องจากการผลิตสินค้าสักชิ้นหนึ่งจำเป็นต้องผ่านกระบวนการหลายขั้นตอน ตั้งแต่ การวิจัย, การออกแบบ, การประกอบ, การตรวจประกันคุณภาพ ซึ่งโดยมากมักจะเกิดจากการที่ภาคอุตสาหกรรมอาศัยเทคโนโลยีและความรู้ทางวิทยาศาสตร์ซึ่งสลับซับซ้อนและยากต่อการที่บุคคลซึ่งไม่ได้ประกอบวิชาชีพเฉพาะทางจะทำความเข้าใจได้ เมื่อมีการผลิตสินค้าหลายขั้นตอนย่อมทำให้โอกาสในการตรวจพบความบกพร่องในสินค้าลดลงไป นำไปสู่อุบัติเหตุและความเสียหายจำนวนมากอันเกิดจากการใช้สินค้านั้น โดยเฉพาะในสินค้าประเภทที่ผู้บริโภคเข้าถึงได้โดยง่าย เช่น น้ำอัดลม อาหารแช่เย็นหรืออาหารกระป๋อง ยารักษาโรค ไปจนถึงผลิตภัณฑ์ประเภทเครื่องจักร เช่น รถยนต์ เป็นต้น

ความไม่ปลอดภัยหรือความบกพร่อง (defect) ในสินค้านั้นอาจเกิดจากสาเหตุใหญ่ๆ 4 ประการ ได้แก่ ความบกพร่องเนื่องจากการผลิต (manufacturing defect), ความบกพร่องเนื่องจากการออกแบบ (defect in design), ความบกพร่องเนื่องจากบรรจุภัณฑ์ (defect in packaging) และ ความบกพร่องเนื่องจากการไม่เตือนผู้บริโภค (defect in warning)⁴¹

บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากตัวสินค้า หากผู้บริโภคคือผู้ซื้อสินค้า ก็สามารถเลือกฟ้องผู้ขายสินค้า (seller) ได้ ความรับผิดชอบของผู้ขายสินค้านั้นเป็นเรื่องผิดสัญญา (breach of contract) ในเรื่องการประกันคุณภาพ (warranty) ขณะที่หากผู้บริโภคไม่ใช่ผู้ซื้อสินค้า ย่อมไม่สามารถฟ้องผู้ขายได้ เนื่องจากไม่มีสัญญาซื้อขายระหว่างกัน (privity of contract) ทำให้สามารถฟ้องร้องได้เพียงผู้ผลิต (manufacturer) ซึ่งจะเป็นกรณีตามกฎหมายละเมิด อย่างไรก็ตาม วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะขอมุ่งศึกษาเฉพาะในความรับผิดชอบเพื่อละเมิด (tortious liability) เท่านั้น

⁴¹ ความบกพร่องเนื่องจากการผลิต (manufacturing defect) มักเกิดขึ้นกับสินค้าที่มีการผลิตจำนวนมาก (mass production) เนื่องจากปริมาณการผลิตสินค้าจำนวนมากแล้ว การที่สินค้ามีกระบวนการและขั้นตอนการผลิตที่ซับซ้อนก็ยิ่งเพิ่มโอกาสที่จะเกิดความเสียหายเช่นนี้ ตัวอย่างเช่น ในการผลิตน้ำอัดลมนั้นจำเป็นต้องบรรจุก๊าซเข้าไปในบรรจุภัณฑ์ของเครื่องดื่มนั้นๆ การบรรจุก๊าซมากเกินไปอาจทำให้ขวดน้ำอัดลมระเบิดออกจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายได้

ในระยะเริ่มแรก ความรับผิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของทั้ง Civil Law และ Common Law เป็นความรับผิดบนพื้นฐานความผิด (liability based on fault) ในประเทศอังกฤษ เริ่มจากคดี *Donoghue v Stevenson*⁴² โดยผู้เสียหายเกิดอาการไม่สบายภายหลังได้ดื่มเครื่องดื่ม ginger ale ซึ่งพบซากหอยทากอยู่ข้างใน ซึ่งในขณะนั้น House of Lords ตัดสินว่าบริษัทเครื่องดื่ม ต้องรับผิดชอบค่าเสียหายต่อผู้เสียหายเนื่องจากมีหน้าที่ต้องระมัดระวัง (duty to care) ไม่ให้มีสิ่งแปลกปลอมในสินค้าของตน กรณีดังกล่าวเป็นการผิดหน้าที่ในการระมัดระวัง (breach of duty to care) ซึ่งเป็นความผิดการกระทำโดยประมาท (negligence) เช่นเดียวกับในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน แต่ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นว่าการพิสูจน์ความไม่ปลอดภัยหรือความบกพร่อง (defect) ในสินค้านั้นเป็นการของผู้เสียหายและเป็นเรื่องที่ยากมาก ทำให้หลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อละเมิดดังกล่าวไม่สอดคล้องกับธรรมชาติและขนาดของความเสียหายที่เกิดขึ้น

เมื่อเกิดปัญหาความเสียหายจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยเป็นจำนวนมาก ซึ่งไม่สอดคล้องกับกลไกในการกำหนดความรับผิดดังที่กล่าวมา ทำให้สหภาพยุโรปจำเป็นต้องกำหนด EEC Directive of the Council of the European Communities of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the member states concerning liability for defective products (85/374/EEC)⁴³ ขึ้น เพื่อประสานกฎหมาย

ความบกพร่องเนื่องจากการออกแบบ (defect in design) สินค้าซึ่งมีกลไกซับซ้อน เช่น เลื่อยยนต์หรือเครื่องกลึงไม้ จำเป็นจะต้องอาศัยกระบวนการตรวจสอบความปลอดภัยของเครื่องมือเสียก่อนที่จะนำออกวางจำหน่าย ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้ผลิตจะต้องตรวจสอบตั้งแต่ขั้นตอนการออกแบบ

ความบกพร่องเนื่องจากบรรจุภัณฑ์ (defect in packaging) คือ กรณีที่บรรจุภัณฑ์ที่ใช้บรรจุตัวสินค้านั้นอยู่ในสภาพที่ถูกเปิดออกโดยไม่มีเหตุอันสมควร ซึ่งอาจทำให้สินค้าบกพร่องจนเกิดอันตรายได้ เช่น สินค้าเวชภัณฑ์และยาโรค

ความบกพร่องเนื่องจากการไม่เตือนผู้บริโภค (defect in warning) หรือ ความบกพร่องเนื่องจากผู้ประกอบการเตือนผู้ใช้ไม่เพียงพอ (failure to warn) นั้นมีสาเหตุมาจากการที่สินค้าบางประเภทมีอันตรายในตัวเอง (inherently dangerous) โดยไม่ใช้ความบกพร่องของผู้ผลิต เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว ผู้ผลิตจึงมีหน้าที่ต้องเตือน (duty to warn) ผู้บริโภคถึงอันตรายจากการบริโภคสินค้าประเภทดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเตือนถึงผลข้างเคียง หรือการอธิบายวิธีใช้ที่ถูกต้อง โปรดดู คัดดา ธนิกุล, คำอธิบายและคำพิพากษาเปรียบเทียบ กฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย, (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2552), น. 30-41.

⁴² *Donoghue v Stevenson* [1932] UKHL 100.

⁴³ O.J. August 7, 1985.

(harmonization of law) ในเรื่องความรับผิดชอบจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป โดยการกำหนดให้ใช้หลักเกณฑ์ความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability)⁴⁴

(3) ค่าเสียหายเพื่อการกระทำละเมิด (Damages)

ความเสียหาย (damage) และค่าเสียหาย (damages) เป็นสาระสำคัญประการหนึ่งในกฎหมายละเมิด แม้จะมีการกระทำ (act) และความผิด (fault) หากปราศจากความเสียหายก็ย่อมไม่เป็นเหตุให้เกิดการเยียวยาโดยกฎหมายละเมิดได้

แม้ว่าความเสียหาย (damage) และค่าเสียหาย (damages) จะดูเหมือนเป็นคำศัพท์ที่ใช้แทนกันได้ (interchangeably) แต่ในความเป็นจริงแล้วมีนัยยะทางกฎหมายที่ต่างกันอย่างสิ้นเชิง “ความเสียหาย” (damage) คือ ความสูญเสียเสียหายที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งต้องได้รับการชดเชยจากผู้กระทำ ขณะที่ “ค่าเสียหาย” (damages) หมายถึง จำนวนเงิน (sum of money) ที่ผู้กระทำได้ใช้เพื่อชดเชยความเสียหาย⁴⁵ โดยในส่วนของค่าเสียหายนั้นเป็นอำนาจของศาลที่จะกำหนดจำนวนที่เหมาะสม กล่าวอีกนัยหนึ่ง ความเสียหาย (damage) คือ ผลลัพธ์ที่เป็นรูปธรรมจากการทำละเมิดซึ่งทำให้เกิดหนี้ระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำ ขณะที่ค่าเสียหาย (damages) คือ จำนวนที่ผู้กระทำเป็นหนี้ต่อผู้เสียหาย

แม้โดยทั่วไปจะเข้าใจกันว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายละเมิดคือการเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับสู่สถานะก่อนที่จะมีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ใกล้เคียงสภาพเดิมที่สุด (*restitutio in integrum*) อย่างไรก็ดี พัฒนาการของกฎหมายละเมิดนั้นมีรากฐานมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับกฎหมายอาญา กล่าวคือ มาจาก *lex talionis* แม้ภายหลัง การกระทำอันไม่ชอบจะได้ถูกจำแนกออกเป็น 2 สาขา ด้วยแนวคิดที่แตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายอาญา (Criminal Law) ซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมโดยรวม⁴⁶ และ

⁴⁴ อย่างไรก็ตาม สถานะของ Directive ตาม Article 288 TFEU นั้นไม่ได้เข้าแทนที่กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป แต่มีสถานะใกล้เคียงกับอนุสัญญา กล่าวคือ Directive คำนี้ถึงเพียงผลลัพธ์ (result) ไม่ได้คำนึงถึงวิธีการ (solution) ดังนั้นประเทศสมาชิกจึงมีเพียงพันธกรณีต่อสหภาพยุโรปในอันจะต้องอนุวัติการ Directive เข้ามาเป็นกฎหมายภายในของตน ดังนั้น แม้จะมีการกำหนดหลักการไว้ร่วมกัน แต่ก็มี ความแตกต่างกันในส่วนของรายละเอียด ทั้งในแง่ของกฎหมายสารบัญญัติและการใช้การตีความกฎหมาย

⁴⁵ A.I. Orgus, *The Law of Damages*, (London: Butterworths, 1973), p. 2.

⁴⁶ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการคุ้มครองสังคมและยับยั้ง (deter) คนในสังคมจากความคิดที่จะกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายในอนาคต กฎหมายอาญาจึงมีบทลงโทษ (sanction)

กฎหมายละเมิด (Tort Law/Law of Delict) อันเป็นกฎหมายเอกชน ซึ่งต้องการหาผู้รับผิดชอบการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อที่จะชดเชยค่าเสียหาย (compensation) แก่ผู้ต้องเสียหาย จากข้อความคิดดังกล่าวข้างต้น ทำให้วัตถุประสงค์ในการกำหนดค่าเสียหายแยกออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหาย (compensatory damages) และ ค่าเสียหายที่ไม่ใช่การชดเชยความเสียหาย (non-compensatory damages)

ค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหาย (compensatory damages) ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับสู่สถานะก่อนที่จะมีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ใกล้เคียงสภาพเดิมที่สุด (*restitutio in integrum*)⁴⁷ โดยค่าเสียหายประเภทนี้อาศัยแนวคิดที่ว่า การทำละเมิดเป็นหนึ่งในการก่อเกิดแห่งหนี้ (*obligation ex delicto*) โดยกำหนดความสัมพันธ์ในทางหนี้ระหว่างผู้ทำละเมิดในฐานะลูกหนี้ มีหนี้ที่จะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่เจ้าหนี้ผู้เสียหาย ดังนั้นในการกำหนดจำนวนค่าเสียหายภายใต้แนวคิดการชดเชยความเสียหาย จะกำหนดตามความเสียหายเท่าที่เสียหายไปจริง (actual damages) เพื่อยืนยันวัตถุประสงค์ในการเยียวยาผู้เสียหาย นอกจากนั้นยังเป็นการคุ้มครองผู้กระทำละเมิดไม่ให้ถูกเอาเปรียบโดยการนำคดีละเมิดมาฟ้องร้องกันเพื่อหาประโยชน์เกินกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ในปัจจุบัน ข้อความคิดในเรื่องค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหาย (compensatory damages) ยังคงได้รับการยอมรับว่าสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายละเมิด

ขณะที่ค่าเสียหายที่ไม่ใช่การชดเชยความเสียหาย (non-compensatory damages)⁴⁸ นั้นต่างจากกรณีแรก ค่าเสียหายที่ไม่ใช่การชดเชยความเสียหายนั้นมิได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการเยียวยาชดเชยความเสียหาย แต่เกิดจากวัตถุประสงค์ประการอื่น ๆ ซึ่งแตกต่างกันออกไป โดยค่าเสียหายที่ไม่ใช่การชดเชยความเสียหาย มีอยู่ด้วยกัน 3 ประเภท ได้แก่

ซึ่งมีลักษณะที่เป็นผลร้าย (pain) แก่สิทธิและเสรีภาพของผู้กระทำ เนื่องจากความร้ายแรงของสภาพบังคับดังกล่าว การกระทำใดบ้างจะตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายอาญา จึงจำเป็นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ (*nullum crimen nulla poena sine lege*) see also W.R. LaFare, *Criminal Law*, 4th ed. (St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2003), p. 15.

⁴⁷ *restitutio in integrum* เป็นภาษาละติน แปลว่า การชดเชยความเสียหายอย่างเต็มรูปแบบ (restitution in full)

⁴⁸ A.I. Orgus, *supra* note 45, pp. 21-34.

ประเภทแรก: ค่าเสียหายอย่างต่ำ (Nominal Damages)

คือ ค่าเสียหายจำนวนเล็กน้อยอย่างมาก ค่าเสียหายประเภทนี้ศาลจะให้ต่อเมื่อผู้เสียหายสามารถพิสูจน์ตามข้อกล่าวอ้างได้ แต่แม้จะพิสูจน์การกระทำได้แต่ผู้เสียหายก็ไม่ได้ได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าว (no loss) กล่าวคือ ค่าเสียหายที่ให้พอเป็นพิธีเนื่องจากสามารถพิสูจน์การกระทำ (cause of action) ได้ แต่ไม่ใช่ค่าเสียหายที่ให้ด้วยวัตถุประสงค์เพื่อการชดเชยความเสียหาย

ประเภทที่สอง: ค่าเสียหายที่เป็นการดูถูก (Contemptuous Damages)

ค่าเสียหายประเภทนี้เกิดจากกรณีที่ผู้เสียหายก็ไม่ได้ได้รับความเสียหาย (no loss) แต่ชนะคดีได้โดยอาศัยเทคนิคทางกฎหมาย เช่นนี้ศาลจึงเห็นว่าผู้เสียหายแทบจะไม่ควรได้รับค่าเสียหายเลยเนื่องจากชัยชนะทางศีลธรรม (moral victory) นั้นควรเป็นของผู้กระทำละเมิด กรณีเช่นนี้ศาลจะกำหนดค่าเสียหายที่เป็นการดูถูก (contemptuous damages) ให้ ในลักษณะเป็นการดูถูกเยาะเย้ยผู้เสียหาย

ประเภทสุดท้าย: ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages)⁴⁹

หมายถึง ค่าเสียหายที่กำหนดขึ้นเพื่อลงโทษผู้กระทำละเมิด กล่าวคือ เป็นค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้ผู้กระทำละเมิดต้องชดเชยแก่ผู้เสียหายโดยไม่ได้อยู่ภายใต้แนวคิดของการทดแทนความเสียหาย (non-compensatory damages) แต่มุ่งหมายให้ผู้กระทำละเมิดต้องถูกลงโทษ (punishment) เพราะการกระทำละเมิดนั้นมีลักษณะที่น่าตำหนิ (blameworthy) โดยการเสียค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินที่สูงมากเพิ่มเติมจากค่าเสียหายตามความเป็นจริง (actual damages) เพื่อให้ผู้กระทำนั้นเข็ดหลาบจนไม่กลับมาทำความเสียหายเช่นนี้อีก (deterrence) นอกจากนี้ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสังคมโดยการป้องปรามบุคคลอื่นไม่ให้เอาเยี่ยงอย่างอีกด้วย

⁴⁹ ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (punitive damages) นั้นมีหลายชื่อเรียก เช่น ค่าเสียหายเพื่อเป็นเยี่ยงอย่าง (exemplary damages) ซึ่งนิยมเรียกกันในประเทศอังกฤษ, ค่าเสียหายที่เป็นการแก้แค้น (vindictive damages) หรือค่าเสียหายที่เป็นการตอบแทนแก้แค้น (retribution damages) แต่แม้จะมีหลายชื่อเรียก ค่าเสียหายดังกล่าวก็มีลักษณะร่วมกันคือ มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษ (punishment) และป้องปราม (deterrence) พฤติกรรมร้ายแรงที่น่าจะเป็นอันตรายแก่สังคม โปรดดู ปริญญาวัน ชมเสวก, “ค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 22.

แต่เนื่องจากค่าเสียหายเชิงลงโทษ (punitive damages) นี้มีลักษณะและวัตถุประสงค์ที่แตกต่างจากการกำหนดค่าเสียหายเพื่อละเมิดเป็นอย่างมาก โดยใกล้เคียงกับวัตถุประสงค์ของโทษทางอาญา ทำให้จำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากการกำหนดค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหาย (compensatory damages) กล่าวคือ ในส่วนของความผิด (fault) ค่าเสียหายเชิงลงโทษจะใช้ในเฉพาะกรณีที่ผู้กระทำความผิด (dolus) หรือ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (culpa lata) เท่านั้น นอกจากนี้ยังได้นำปัจจัยภายนอกประการอื่นมาพิจารณาประกอบการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษด้วย เช่น พฤติกรรมเสื่อมเสียของผู้กระทำละเมิด, ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสังคมส่วนรวม, ผลประโยชน์ที่ผู้กระทำละเมิดได้รับจากการทำละเมิด หรือ สถานะทางการเงินของผู้กระทำละเมิด ตลอดจนสัดส่วนระหว่างค่าเสียหายที่แท้จริงและค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ค่าเสียหายในระบบกฎหมาย Civil Law

ในระบบกฎหมาย Civil Law มีการจำแนกขอบเขตความรับผิดชอบจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายออกเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดซึ่งเป็นความรับผิดชอบตามกฎหมายเอกชนที่มีวัตถุประสงค์หลักคือการชดเชยความเสียหาย (compensation) ดังนั้นแนวคิดในการกำหนดค่าเสียหายจึงอิงอยู่กับวัตถุประสงค์หนึ่งเดียว คือการให้ผู้เสียหายสามารถกลับสู่สถานะก่อนที่เจอเกิดความเสียหายได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ (restitutio in integrum) กล่าวคือ ค่าเสียหายจะต้องเป็นค่าเสียหายตามความเป็นจริง (actual damages) ซึ่งจะต้องเท่ากับจำนวนความเสียหายที่ผู้เสียหายได้เสียไปจากการกระทำละเมิด สาเหตุอีกประการหนึ่งคือ กฎหมายละเมิดคือกฎหมายเอกชนที่คู่กรณีมีฐานะเท่าเทียมกัน ดังนั้นการใช้สิทธิอย่างใด ๆ จำเป็นต้องคำนึงถึงคู่กรณีทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ แม้ผู้เสียหายจะเป็นฝ่ายที่มีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากการทำละเมิด แต่ก็จำเป็นต้องคำนึงถึงฝ่ายผู้กระทำละเมิดด้วยการเรียกร้องดังกล่าวของผู้เสียหายนั้นไม่ใช่การใช้สิทธิเกินส่วนและไม่ใช่อำนาจศาลเป็นเครื่องมือในการหาประโยชน์ ดังนั้น ทศนคติของศาลในระบบกฎหมาย Civil Law จึงยึดมั่นอยู่กับค่าเสียหายที่เป็นค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหาย (compensatory damages) เท่านั้น

ในประเทศฝรั่งเศสยึดถือแนวคิดในการทดแทนความเสียหายที่แท้จริงอย่างเคร่งครัด Cour de Cassation ต่อด้านแนวคิดในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ (punitive damages) เป็นอย่างมาก แม้แต่ในคดีที่มีประเด็นเรื่องการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ (Recognition and Enforcement of Foreign Judgment) แต่ Cour de Cassation ก็เคยปฏิเสธหมายบังคับคดี (exequatur) ในการบังคับตามคำพิพากษามาแล้ว โดยให้เหตุผลว่าการลงโทษโดยการกำหนดให้ใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (punitive damages) นั้น แม้จะไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย (public order) แต่จำนวนค่าเสียหายดังกล่าวก็ไม่ได้สัดส่วนเมื่อเปรียบเทียบกับความเสียหายที่

เกิดขึ้นจริง⁵⁰ แม้แต่ในคดีความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (product liability) นั้นก็อนุญาตให้ผู้เสียหายเรียกร้องได้เพียงค่าเสียหายตามความเป็นจริงเท่านั้น⁵¹ ขณะที่ทัศนคติในการกำหนดค่าเสียหายของประเทศเยอรมันเองก็เป็นเช่นเดียวกันกับฝรั่งเศส โดยเห็นว่าการกำหนดค่าเสียหายนั้นมีขึ้นเพื่อเยียวยาขาดเลย (compensate) เพียงเท่าที่ความเสียหายเกิดขึ้นจริงและไม่ควรนำเหตุผลในทางอาญามาปะปน⁵² อย่างไรก็ตาม ทัศนคติดังกล่าวในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมันเริ่มเปลี่ยนแปลงไป โดยเริ่มเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะกำหนดค่าเสียหายตามจำนวนที่ผู้เสียหายควรได้รับ ไม่ใช่ตามความเสียหายที่เกิดขึ้น ทำให้มีการกำหนดจำนวนค่าเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงิน (non-pecuniary damages) ในจำนวนที่สูงกว่าปกติ แต่ก็ยังคงปฏิเสธไม่เรียกค่าเสียหายในลักษณะดังกล่าวว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษอยู่ดี

ค่าเสียหายในระบบกฎหมาย Common Law

ในขณะที่ยุติธรรมเพื่อละเมิดตาม Civil Law นั้นยึดโยงอยู่กับหลัก *restitutio in integrum* ในประเทศ Common Law กลับไม่ได้ยึดมั่นในหลักดังกล่าวเพียงประการเดียว จึงได้มีการกำหนดค่าเสียหายทั้งค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหาย (compensatory damages) และค่าเสียหายที่ไม่ใช่การชดเชยความเสียหาย (non-compensatory damages) โดยเฉพาะอย่างยิ่งค่าเสียหายในประเภทหลังนั้นมีต้นกำเนิดและพัฒนากาจาก Common Law โดยแท้

ในเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษ (punitive damages) คดีแรกที่มีการกำหนดค่าเสียหายประเภทดังกล่าวคือ *Huckle v Money*⁵³ ที่ประเทศอังกฤษ ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า ผู้เสียหายถูกคุมขังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (false imprisonment) ซึ่งแม้เขาจะไม่ได้ได้รับความเสียหายต่อร่างกายแต่ก็เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเสรีภาพ (freedom) ในขณะนั้นค่าเสียหายเชิงลงโทษในระบบกฎหมายอังกฤษยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน อีกทั้งยังไม่มีกำหนดขอบเขตจำกัด (limit) จำนวนค่าเสียหายกระทั่ง ค.ศ. 1964 จึงจะมีการสร้างหลักเกณฑ์ในการจำกัดขอบเขตของค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดี *Rookes v Barnard*⁵⁴ โดยจะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเฉพาะใน 3 เท่านั้น กล่าวคือ กรณีที่

⁵⁰ *Cour de cassation*, 1e Civ., 1 December 2010.

⁵¹ *Cour de cassation*, Civ. 1, Nov. 9, 2004, Bull. civ. I, no. 264.

⁵² U. Magnus, "Punitive Damages and German Law," in *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, L. Meurkens and E. Nordin (eds), (Cambridge: Intersentis Ltd., 2012), p. 246.

⁵³ *Huckle v Money* (1763), 2 Wils. 205.

⁵⁴ *Rookes v Barnard* (1964) A.C. 1129 (H.L.).

เจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจหน้าที่ตามอำเภอใจเป็นการกดขี่ข่มเหงประชาชนหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญ, กรณีที่ผู้กระทำละเมิดคาดเห็นว่าตนจะได้รับผลประโยชน์จากการทำละเมิดมากกว่าค่าเสียหายซึ่งตนจะต้องเสียไป และกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในกรณีเช่นว่าต้องกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ

จากที่กล่าวมาทั้งหมด จะเห็นได้ว่าความรับผิดชอบเพื่อละเมิดนั้นมีหลักกฎหมายที่แตกต่างกัน ทั้งที่ต่างกันเพราะระบบกฎหมาย และที่ต่างกันเพราะธรรมชาติของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตลอดจนความแตกต่างในแง่ของการกำหนดค่าเสียหาย ข้อความคิดดังกล่าวล้วนมีอิทธิพลต่อกฎหมายละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนในปัจจุบัน เพราะต่างได้รับเอาแนวคิดของทั้งระบบ **Civil Law** และ **Common Law** มาบรรจุไว้เป็นกฎหมายของตนมาช้านาน เมื่อกฎหมายละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนมีลักษณะเช่นที่กล่าวมา ย่อมสามารถอนุมานได้อย่างแน่แท้ว่าเมื่ออาเซียนมีผลเต็มรูปแบบเช่นเดียวกับสหภาพยุโรปแล้ว คงเป็นเรื่องที่ไม่เกินความคาดหมายนักหากอาเซียนจะประสบสภาพปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดเช่นกัน

1.1.2 จาก กฎหมายเอกชนภายในประเทศ (Private Law) มาสู่ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private International Law)

นับแต่การเกิดขึ้นของรัฐสมัยใหม่ (modern state) ซึ่งได้จำแนกอาณาเขตและสัญชาติ⁵⁵ ของแต่ละรัฐออกจากกัน ในบรรดารัฐอธิปไตย (Sovereign States) แต่ละรัฐต่างมีอธิปไตยเท่าเทียมกัน (equality of state)⁵⁶ และไม่อาจใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐตนเหนือรัฐอื่นได้ (*par in parem non habet non imperium*)

⁵⁵ อาจกล่าวได้ว่า สัญชาติ (nationality) เป็นความผูกพันทางกฎหมาย (legal bond) ระหว่างบุคคลและรัฐ see *Nottebohm case* (Liechtenstein v Guatemala) (Second Phase) [1955] ICJ Rep 4.

⁵⁶ องค์ประกอบของความเป็นรัฐ (State) ตามข้อ 1 (1) แห่งอนุสัญญากรุงมอนเตวิเดโอ ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐ ค.ศ. 1933 (Montevideo Convention on the Rights and Duties of States, 1933) ประกอบไปด้วย ประชากรถาวร (permanent population), ดินแดนที่แน่นอน (defined territory), รัฐบาล (government) และ การมีความสามารถในการดำเนินความสัมพันธ์กับรัฐอื่น (capacity to enter into relations with other state/independence) ซึ่งในส่วนนี้เองที่แสดงออกถึงการมีอำนาจอธิปไตยของรัฐ see *Island of Palmas Arbitration: The Netherlands vs US* (1928) 2 RIAA 829.

อำนาจอธิปไตยจึงมิได้เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินความสัมพันธ์ในระดับระหว่างประเทศเท่านั้น ในการกำหนดแบบแผนโครงสร้างทางสังคม (system of norms) ภายในรัฐ การใช้อำนาจอธิปไตยในการบัญญัติกฎหมายจึงมีบทบาทอย่างมากในการสร้างสัมพันธ์ภายในสังคมของแต่ละรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบัญญัติ “กฎหมายเอกชน” (Private law) ซึ่งมีขึ้นเพื่อรองรับนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนที่เกิดขึ้นในชีวิตประจำวัน อย่างไรก็ตามพัฒนาการทางด้านการสื่อสาร และการคมนาคมระหว่างประเทศเป็นไปอย่างสะดวกตามความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ทำให้รัฐต่างๆเพิ่มระดับความสัมพันธ์ให้แนบชิดกันยิ่งขึ้น ปัจจุบันดังกล่าวยังไม่ได้ส่งผลกระทบต่อรัฐเท่านั้น แต่ยังเอื้อให้เอกชนเกิดความต้องการที่จะเคลื่อนย้ายบุคคล สินค้า แรงงาน และบริการต่างๆเข้าไปประกอบการในประเทศอื่น นิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนจึงไม่ได้ถูกจำกัดอยู่ในอาณาเขตอธิปไตยของรัฐใดรัฐหนึ่งแต่เพียงรัฐเดียวอีกต่อไป

แต่เดิม กฎหมายละเมิดเองก็มีขอบเขตการบังคับใช้เฉพาะในอาณาเขตของประเทศที่บัญญัติกฎหมายนั้นมีเขตอำนาจ (jurisdiction) กระทั่งปัจจัยต่างๆเริ่มทำให้นิติสัมพันธ์ของเอกชนเข้าไปเกี่ยวข้องกับกฎหมายภายในของหลายประเทศ ทำให้กฎหมายภายในของหลายประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงเดียวกัน⁵⁷

เมื่อเกิดสถานการณ์ที่กฎหมายของหลายประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องในข้อเท็จจริงเดียวกัน ในการระงับข้อพิพาท (dispute settlement) คู่กรณีตามนิติสัมพันธ์ที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของหลายประเทศจึงสามารถเสนอคดีขึ้นสู่ศาลของประเทศที่เกี่ยวข้องได้หลายประเทศเช่นกัน ปัญหาก็คือ ศาลของประเทศที่รับผิดชอบพิจารณาแล้วควรจะใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับจึงจะเหมาะสมและก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีมากที่สุด⁵⁸ ปัญหาดังกล่าวนำไปสู่พัฒนาการทางนิติศาสตร์ที่เรียกว่า “การขัดกันแห่งกฎหมาย” (Conflict of Laws)⁵⁹

⁵⁷ ชุมพร ปัจจุสานนท์, “หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมายและพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย,” ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, หน่วยที่ 13, พิมพ์ครั้งที่ 5 (นนทบุรี : โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2551), น. 10-11.

⁵⁸ P.M. North and J.J. Fawcett, Cheshire and North's Private International Law, 11th ed. (London : Butterworth, 2004), p. 3.

⁵⁹ การขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Laws) เป็นส่วนหนึ่งของ “กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” (Private International Law) เป็นความพยายามที่จะแก้ปัญหาความไม่ลงรอยกัน (inconsistency) ของกฎหมายเอกชนภายในของแต่ละประเทศต่างๆ โดยที่ประเทศส่วนมากแบ่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลออกเป็น 3 ส่วนหลัก คือ

การขัดกันแห่งกฎหมาย (**Conflict of Laws**) นั้น Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายไว้ 2 ประการ⁶⁰

ความหมายประการแรก การขัดกันแห่งกฎหมาย คือ “ความแตกต่างระหว่างกฎหมายของรัฐ/ประเทศ ในกรณีที่มีการทำธุรกรรม (transaction) หรือมีเหตุการณ์ (occurrence) ที่เกี่ยวข้องกับรัฐ/ประเทศตั้งแต่ 2 ประเทศขึ้นไป อย่างมีนัยสำคัญ”

สถานการณ์ที่นิติสัมพันธ์หนึ่งตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของหลายประเทศ ทำให้ศาลของหลายประเทศที่เกี่ยวข้องมีเขตอำนาจ (jurisdiction) เหนือนิติสัมพันธ์ดังกล่าว แม้นิติสัมพันธ์จะตกอยู่ภายใต้กฎหมายของหลายประเทศ แต่เมื่อเกิดข้อพิพาทก็จำเป็นต้องขึ้นสู่การพิจารณาตัดสินของศาลประเทศใดประเทศหนึ่ง ปัญหาที่จะเกิดขึ้นคือ ศาลจะใช้กฎหมายภายในของประเทศใดบังคับแก่นิติสัมพันธ์นั้น ซึ่งนำไปสู่การให้ความหมายประการที่สอง

ความหมายประการที่สอง การขัดกันแห่งกฎหมาย คือ “ข้อความคิดทางนิติศาสตร์ (body of jurisprudence) ซึ่งพยายามที่จะเชื่อมความแตกต่าง (reconcile) หรือทำหน้าที่ชี้ขาด (decide) ว่า ‘กฎหมายใดที่จะใช้บังคับกับสถานการณ์ที่นิติสัมพันธ์หนึ่งตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของหลายประเทศ’”

1) “การขัดกันแห่งเขตอำนาจศาล” (Conflict of Jurisdictions) ซึ่งมุ่งค้นหาว่าข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นๆ ควรจะตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาล (jurisdiction of court) ของประเทศใด กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การค้นหากฎเกณฑ์ในการเลือกศาล (choice-of-court rules)

2) “การขัดกันแห่งกฎหมาย” (Conflict of Laws) ซึ่งมุ่งค้นหากฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมาย (choice-of-law rules) ว่าควรจะใช้กฎหมายของประเทศใดปรับใช้กับคดีนั้น ๆ และ

3) “การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ” (Recognition and Enforcement of Foreign Judgments)

อนึ่ง ในบางประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส และประเทศไทย ได้นับรวม “การจัดสรรเอกชนที่มีลักษณะต่างประเทศ” (ซึ่งได้แก่เรื่องกฎหมายสัญชาติ หรือ Rule of Nationality และ นิติฐานะของคนต่างด้าวในรัฐ หรือ Treatment of Aliens) เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคลด้วย โปรดดู ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับวิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล,” ใน รวมบทความในโอกาสครบรอบ 72 ปี ดร.ปรีดี เภสุมทรัพย์, สมยศ เชื้อไทย บรรณาธิการ, จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2542), น. 176.

⁶⁰ B.A. Garner and H.C. Black, *supra* note 34, p. 319.

เนื่องจากกฎหมายของแต่ละประเทศที่เกี่ยวข้องอาจกำหนดผลลัพธ์แห่งคดีที่แตกต่างกันออกไปเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพสังคมภายในของแต่ละประเทศ การใช้กฎหมายของประเทศที่รับพิจารณาคดี (*lex fori*) อาจไม่ใช่คำตอบที่ดีที่สุดเสมอไป เพราะเท่ากับเป็นการปฏิเสธความเป็นไปได้ที่กฎหมายของประเทศอื่นจะใกล้ชิดและเป็นธรรมต่อนิติสัมพันธ์มากกว่า⁶¹ ขณะที่การจะใช้กฎหมายของต่างประเทศ (*foreign law*) โดยไม่มีหลักมีเกณฑ์ที่ย่อมจะเป็นไปไม่ได้ เพราะโดยปกติแล้วแต่ละมีอำนาจอธิปไตย (*sovereignty*) จึงไม่มีความจำเป็นต้องใช้กฎหมายของประเทศ แต่เพื่อแก้ไขปัญหาสถานการณ์การขัดกันแห่งกฎหมาย นักนิติศาสตร์จึงได้ค้นหาและพยายามสร้างนิติวิธีเพื่อเป็นหนทางในการแก้ปัญหาโดยไม่ใช้วิธีการอาศัยดุลพินิจตามอำเภอใจ (*arbitrariness*) วิธีการดังกล่าวจึงตรงกับความหมายของการขัดกันแห่งกฎหมายในความหมายประการที่สอง บางครั้งเรียกกันว่า “การเลือกกฎหมาย” (*Choice of Laws*) ซึ่งเป็นนิติวิธีแก่ศาลในการที่จะค้นหาว่าจะนำกฎหมายสารบัญญัติของประเทศใดมาใช้บังคับแก่นิติสัมพันธ์⁶² กล่าวอีกนัยหนึ่ง การเลือกกฎหมายคือเครื่องมือที่นักนิติศาสตร์ เช่น ทนายความ ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดี และเจ้าพนักงานที่เกี่ยวข้อง ใช้ในการแก้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย

กล่าวโดยสรุป การขัดกันแห่งกฎหมายในความหมายแรกคือ สภาพที่นิติสัมพันธ์ตกอยู่ภายใต้กฎหมายของหลายประเทศ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริง ส่วนความหมายที่สองคือ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายหรือนิติวิธีซึ่งใช้แก้ปัญหาสภาพการณ์ตามความหมายแรก

อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่ทุกนิติสัมพันธ์ที่จะตกอยู่ภายใต้การขัดกันแห่งกฎหมาย ข้อพิจารณาว่านิติสัมพันธ์ใดจะเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายจึงต้องพิจารณาองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ คือ ต้องเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนตามกฎหมายแพ่งและกฎหมายพาณิชย์ และต้องเป็นนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ (*foreign elements*)

สาเหตุที่การขัดกันแห่งกฎหมายมิได้เฉพาะภายใต้ขอบเขตของกฎหมายเอกชน (*Private Law*) ซึ่งได้แก่กฎหมายแพ่ง (*Civil Law*) และกฎหมายพาณิชย์ (*Commercial Law*) เพราะต้นเหตุที่ทำให้นิติสัมพันธ์ตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของหลายประเทศ คือการที่เอกชนนั้นออกไปแสวงหาผลประโยชน์ในประเทศอื่นและนำพาให้นิติสัมพันธ์ไปตกอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศที่ตนออกไปดำเนินนิติสัมพันธ์นั้น สาเหตุอีกประการหนึ่งคือ กรณีของกฎหมายมหาชน (*Public Law*) ย่อมใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ที่ก่อขึ้นโดยรัฐ ในฐานะที่รัฐนั้นมีสถานะเหนือกว่าเอกชนภายในรัฐ อีกทั้งยังมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสังคม (*public interest*) ทำให้สถานะ

⁶¹ I. Brown, *supra* note 5, p. 1.

⁶² M. Wolff, *supra* note 8, p. 10.

ของกฎหมายมหาชนนั้นยึดโยงอยู่กับอำนาจอธิปไตย (sovereignty) ของแต่ละประเทศ นิติสัมพันธ์
ขึ้นก็ไม่อาจอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายได้

เงื่อนไขอีกประการหนึ่งคือ นิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ (foreign elements)⁶³ องค์ประกอบต่างประเทศ (foreign elements) คือ ข้อเท็จจริงที่ทำให้นิติสัมพันธ์หนึ่ง ๆ มีความเกี่ยวพันกับกฎหมายของหลายประเทศ ตัวอย่างเช่น ในการทำละเมิดอาจเกิดองค์ประกอบต่างประเทศได้จากสาเหตุหลายประการ ทั้ง องค์ประกอบต่างประเทศในแง่บุคคลที่เกี่ยวข้อง เช่น สัญชาติ (nationality), ภูมิลำเนา (domicile) หรือ ถิ่นที่อยู่ของคู่กรณี (habitual residence) หรือ องค์ประกอบต่างประเทศในแง่ของข้อเท็จจริง เช่น สถานที่เกิดการกระทำละเมิด (place of acting) และสถานที่เกิดความเสียหาย (place of injury) เป็นต้น

ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เกิดองค์ประกอบต่างประเทศล้วนมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อกลไกการขัดกันแห่งกฎหมาย นักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลใช้องค์ประกอบต่างประเทศในการสร้างสิ่งที่เรียกว่า “จุดเกาะเกี่ยว” (connecting factors) ขึ้น

จุดเกาะเกี่ยว (Connecting Factors)⁶⁴ คือ จุดที่นิติสัมพันธ์มาสัมพันธ์กับกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ Black Law's Dictionary ได้ให้ความหมายของคำดังกล่าวว่าหมายถึง

⁶³ องค์ประกอบต่างประเทศ เป็นคำที่แปลมาจากคำว่า foreign elements อย่างไรก็ดี นักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในประเทศไทยได้ประดิษฐ์คำศัพท์เพื่อให้ความหมายของถ้อยคำดังกล่าวแตกต่างกันออกไป เช่น ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย และ ศาสตราจารย์กมล สนิเชชตริน เรียกว่า “องค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ” ขณะที่ ศาสตราจารย์คณิง ภาไชย เรียกว่า “ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ” นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร บัณฑิตานนท์ เรียกว่า “องค์ประกอบต่างชาติ” และ รองศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช เรียกว่า “องค์ประกอบต่างประเทศ”

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า รองศาสตราจารย์ ดร. พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร เรียกข้อเท็จจริงที่ทำให้นิติสัมพันธ์มีความเกี่ยวพันกับกฎหมายของหลายประเทศว่า “ลักษณะระหว่างประเทศ” ซึ่งแปลมาจากคำว่า internationality แม้ในทางทฤษฎีคำว่า foreign elements และ internationality เป็นคำที่สามารถใช้แทนกันได้ (interchangeably) แต่ผู้ศึกษาก็พยายามที่จะหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำว่า “ระหว่างประเทศ” (international) เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนระหว่าง “กฎหมายต่างประเทศ” (Foreign Law) และ “กฎหมายระหว่างประเทศ” (International Law)

⁶⁴ ศาสตราจารย์ Martin Wolff เรียกจุดเกาะเกี่ยวว่า “point of contact” ในความหมายว่าเป็น เครื่องทดสอบที่เป็นตัวตัดสินในการใช้กฎหมายว่าจะใช้กฎหมายของศาลเอง (lex

“พฤติการณ์ทางข้อเท็จจริงหรือทางข้อกฎหมายซึ่งช่วยในการพิจารณาการเลือกกฎหมาย โดยเชื่อมโยงการกระทำ (action) หรือตัวบุคคล (individual) เข้ากับรัฐหรือระบบกฎหมายของรัฐ”⁶⁵ อาจกล่าวได้ว่าจุดเกาะเกี่ยวเป็นตัวเชื่อมระหว่างนิติสัมพันธ์เข้ากับกฎหมาย⁶⁶ ซึ่งจุดเกาะเกี่ยวนี้เองที่ นักนิติศาสตร์จะใช้ในการพิจารณาเลือกกฎหมาย โดยแต่ละประเทศจะพิจารณาว่าหลักเกณฑ์ของนิติสัมพันธ์ในเรื่องต่างๆควรจะกำหนดว่าจุดเกาะเกี่ยวใดเหมาะสมที่จะเป็นเครื่องมือในการเลือกกฎหมายที่สุด หากพิจารณากลับกัน ย่อมจะเห็นได้ว่าองค์ประกอบต่างประเทศนั้นมีลักษณะเป็นเหตุอันเป็นที่มา (sources) ซึ่งทำให้เกิดการปัญหาขัดกันแห่งกฎหมายขึ้นขณะที่จุดเกาะเกี่ยวคือการแปลงองค์ประกอบต่างประเทศให้เป็นเครื่องมือในการเลือกกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงในเรื่องหนึ่ง ๆ อาจมีได้มีจุดเกาะเกี่ยวเดียว ดังได้กล่าวแล้วว่า องค์ประกอบต่างประเทศคือเหตุอันเป็นที่มาในการสร้างจุดเกาะเกี่ยว นิติสัมพันธ์ในเรื่องหนึ่งๆมี องค์ประกอบต่างประเทศมากเพียงใด ก็ย่อมจะมีจุดที่นิติสัมพันธ์เกาะเกี่ยวกฎหมายต่างประเทศ ให้ใช้ในการเลือกกฎหมายมากขึ้นตามไปด้วย

กระนั้น ก็ได้หมายความว่าศาลชอบที่จะอาศัยองค์ประกอบต่างประเทศเป็นจุดเกาะเกี่ยวได้เสียทั้งหมด การคำนึงถึงว่าองค์ประกอบต่างประเทศในเรื่องใดที่เหมาะสมกับนิติสัมพันธ์จึงเป็นสาระสำคัญในการสร้างจุดเกาะเกี่ยว ประการหนึ่งก็เพื่อให้การเลือกกฎหมายนำไปสู่การใช้กฎหมายของประเทศที่เหมาะสมและใกล้ชิดกับนิติสัมพันธ์ที่สุดอย่างแท้จริง อีกประการหนึ่งก็เพื่อควบคุมการใช้ดุลพินิจของศาล หากปล่อยให้ศาลใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ (arbitrariness) ในการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวได้เองโดยปราศจากนิติวิธี ศาลอาจกำหนดให้กฎหมายของศาลเอง (lex fori) เป็นจุดเกาะเกี่ยวในทุกกรณี เพื่อปฏิเสธการใช้กฎหมายต่างประเทศ (evasion of foreign law) ย่อมทำให้คู่กรณีไม่ได้รับความเป็นธรรม

เมื่อการกระทำละเมิดมีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง องค์ประกอบต่างประเทศดังกล่าวจะเรียกร้องให้มีการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่เหมาะสมใกล้ชิดกับการทำละเมิด จากเดิมที่ข้อความคิดในการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดนั้นให้ความสำคัญกับหลักความแน่นอน (certainty) เพื่อคุ้มครองความคาดหวังและความแน่นอนในการเลือกกฎหมาย เนื่องจากเห็นว่าคดี

fori) หรือจะใช้กฎหมายของต่างประเทศ (foreign law) see also M. Wolff, *supra* note 8, p. 99.

⁶⁵ B.A. Garner and H.C. Black, *supra* note 32, p. 321.

⁶⁶ F. Visser, “Connecting Factors,” *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III Private International Law, International Association of Legal Science, (1969), p. 5.

ละเมิดมีความเสียหายสูงและกระทบกระเทือนประโยชน์ของสังคมใกล้เคียงกับกฎหมายอาญา แต่ในปัจจุบัน ข้อความคิดว่าด้วยการเลือกกฎหมายในคดีละเมิดได้พัฒนาไปอย่างมาก จุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดก็ได้รับการพัฒนาตามไปด้วยเช่นกัน โดยการคำนึงถึงหลักความยืดหยุ่น (flexibility)⁶⁷ เพื่อให้

⁶⁷ หลักที่ได้รับการยอมรับในการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวนั้นมีอยู่ 2 หลักการ ได้แก่ หลักความแน่นอน (certainty) และหลักความยืดหยุ่น (flexibility)

1) หลักความแน่นอน (Certainty)

จุดเกาะเกี่ยวที่สร้างขึ้นภายใต้หลักความแน่นอนย่อมมีลักษณะที่มั่นคง ไม่แปรเปลี่ยนไปตามสถานการณ์หรือข้อเท็จจริงภายนอก ประเทศที่มีกฎหมายการเลือกกฎหมายที่มีพื้นฐานทางกฎหมาย (rule-based) จึงมักนิยามกำหนดจุดเกาะเกี่ยวโดยอาศัยหลักความแน่นอนเป็นพื้นฐาน เพื่อคุ้มครองความคาดหมาย (predictability) ของคู่กรณี เนื่องจากคู่กรณีสามารถทำการศึกษาและทำความเข้าใจกฎหมายการเลือกกฎหมายล่วงหน้าได้ว่า เมื่อนิติสัมพันธ์ของตนเข้าสู่กลไกการขัดกันแห่งกฎหมายแล้ว จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวจะชี้ไปให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับแก่กรณี กลับกัน จุดเกาะเกี่ยวที่แน่นอนก็ย่อมเป็นประโยชน์ต่อผู้พิพากษาในฐานะผู้พิจารณากฎหมายการเลือกกฎหมายโดยตรง กระนั้น จุดเกาะเกี่ยวที่แน่นอนมากเกินไปอาจทำให้กลไกการเลือกกฎหมายเกิดความกระด้างและส่งผลกระทบในแง่ลบต่อความเป็นธรรมเฉพาะคดี (individual justice) เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว การขัดกันแห่งกฎหมายในปัจจุบันจึงได้พยายามที่จะพัฒนาจุดเกาะเกี่ยวที่มีลักษณะยืดหยุ่นยิ่งขึ้นกว่าเดิม

2) หลักความยืดหยุ่น (Flexibility)

หลักความยืดหยุ่นพยายามที่จะสร้างจุดเกาะเกี่ยวที่มีลักษณะไม่ตายตัว และสามารถแปรเปลี่ยนไปตามข้อเท็จจริงแต่ละเรื่อง เพื่อให้นิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศได้รับการปรับใช้กฎหมายที่เหมาะสมที่สุด จุดเกาะเกี่ยวที่ยืดหยุ่นจะให้ความสำคัญกับนิติสัมพันธ์เป็นรายกรณี (case-by-cases) โดยการให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจมากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่ยืดหยุ่นย่อมแปรผกผันกับหลักความแน่นอน ยิ่งจุดเกาะเกี่ยวยืดหยุ่นเพียงใดก็ยิ่งมีความแน่นอนลดน้อยลง กล่าวได้ว่าหลักความแน่นอนและหลักความยืดหยุ่นเป็นด้านที่ตรงกันข้ามกัน ซึ่งไม่ใช่สิ่งที่สังคมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะนักลงทุนปรารถนา จุดเกาะเกี่ยวที่ยืดหยุ่นจึงมักจะนำมาใช้ในลักษณะจุดเกาะเกี่ยวรอง (alternative connecting factors) เพื่อแก้ไขปัญหาความเคร่งครัดของจุดเกาะเกี่ยวตามหลักความแน่นอน (certainty) เท่านั้น

ดังนั้น เพื่อให้การเลือกกฎหมายมีความเหมาะสมมากที่สุด จุดเกาะเกี่ยวที่สร้างขึ้นจึงต้องคำนึงถึงความสมดุลกันระหว่างหลักความแน่นอน (certainty) และหลักความยืดหยุ่น (flexibility) see also P. Hay, Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of

จุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดนั้นสอดคล้องกับพัฒนาการทางสังคมที่มีแต่จะรุดหน้ามากขึ้นเรื่อย ๆ จุดเกาะเกี่ยวในเรื่องละเมิดที่ได้รับความนิยมมีอยู่ดังนี้

(1) หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*LEX FORI* Principle)⁶⁸

การใช้กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี หรือ *lex fori* นั้น เป็นพื้นฐานในการเลือกกฎหมายเสมอมา ไม่เว้นแม้แต่การเลือกกฎหมายในเรื่องละเมิด เมื่อศาลประสบกับนิติสัมพันธ์ที่มีเกิดข้อพิพาท ไม่ว่าจะมืองค์ประกอบต่างประเทศหรือไม่ ศาลย่อมจะนึกถึงกฎหมายของศาลเองในฐานะเครื่องมือในการอำนวยความสะดวกเป็นลำดับแรก เนื่องจากมีความแน่นอน (*certainty*) ในการใช้งาน ทั้งยังสะดวกอย่างมากต่อที่ปรึกษากฎหมาย เช่น ทนายความ เพราะสามารถคาดเดาผลลัพธ์ของการพิจารณาคดีได้โดยง่าย

อนึ่ง จำเป็นต้องเข้าใจเสียก่อนว่า การกำหนดให้กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการเลือกกฎหมายนั้นแตกต่างจากการใช้กฎหมายของศาลตามปกติ แม้กลไกการขัดกันแห่งกฎหมายจะพัฒนาขึ้น กฎหมายของศาลเอง (*lex fori*) ก็ยังคงถูกใช้เป็นข้อพิจารณาในการเลือกกฎหมายเป็นลำดับแรกอยู่ดี เนื่องจากความแน่นอนในการพิจารณาคดีด้วยกฎหมายของศาลเอง (*lex fori*) ข้อความคิดดังกล่าวยังได้รับการหยิบยกมาใช้ในการเลือกกฎหมายในเรื่องละเมิด เพราะเห็นว่ากฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) สามารถครอบคลุมขอบเขตของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดได้อย่างครบถ้วน⁶⁹

Karl Georg Wächter เห็นว่า กฎหมายที่ควรจะใช้ในการพิจารณาความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในลำดับแรกนั้น ควรจะเป็นกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) เองเนื่องจากมีความแน่นอนที่สุด (*certainty*) ท่าน Wächter โจมตีการใช้กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) อย่างมาก เนื่องจากเห็นว่าพฤติการณ์ที่ว่า “การกระทำละเมิดเกิดที่

Law: Reflections on Current European and United States Conflicts Law, *Recueil des Cours*, Tome 226, (Leiden: Nijhoff, 1991), pp. 302-305, 363-370.

⁶⁸ A.A. Ehernzweig, “The Lex Fori: Basic Rule in the Conflict of Laws,” *Michigan Law Review*, Vol. 58, No. 5, (Mar., 1960), pp. 637-688; “The Lex Fori in the Conflict of Laws – Exception or Rule?” *Rocky Mountain Law Review*, Vol. 32, (1959-1960), pp. 13-19.

⁶⁹ C.G.J. Morse, *Torts in Private International Law*, (Amsterdam: North-Holland Pub. Co., 1978), p. 5.

ใด” นั้นไม่ชัดเจน ทั้งในแง่ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ทำให้การใช้กฎหมายนั้นลึกลับ⁷⁰ อย่างไรก็ตาม สาเหตุที่ทำให้ท่าน Wächter มีมุมมองต่อการเลือกกฎหมายในเรื่องละเมิดเช่นนี้จะมาจากความคิดที่ว่าความรับผิดเพื่อละเมิดและความผิดอาญาในมีลักษณะเฉพาะใกล้เคียงกัน ทำให้ไม่ควรใช้กฎหมายของต่างประเทศบังคับกับการทำละเมิดไม่ว่ากรณีใดๆ⁷¹

Friedrich Karl von Savigny เป็นนักกฎหมายอีกท่านที่เห็นว่าควรจะใช้กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) เป็นจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิด อย่างไรก็ตามความเห็นของท่าน Savigny นั้นแตกต่างจากความเห็นของท่าน Wächter โดยเห็นว่าธรรมชาติของความรับผิดเพื่อละเมิดนั้นมีสภาพบังคับที่เกิดจากกฎหมายของรัฐโดยแท้ (*positive statutes*) กล่าวคือ ความรับผิดเพื่อละเมิดตามทัศนะของท่าน Savigny แม้จะไม่เกี่ยวข้องกับกรณีตามกฎหมายอาญา แต่หนี้ที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิดนั้นเกิดขึ้นภายใต้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศเอง ซึ่งจัดว่าเป็นกรณีตามนโยบายสาธารณะ (*public policy*)⁷² จึงควรใช้กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) เป็นจุดเกาะเกี่ยว

(2) หลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการละเมิด (*LEX LOCI DELICTI* *COMMISSI* Principle)

จุดเกาะเกี่ยวประการถัดมา อาจกล่าวได้ว่าเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญมากที่สุดและได้รับความนิยมนิยมที่สุดในการเลือกกฎหมายในคดีละเมิดคือ กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*)

ในคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ ส่วนมากมักเกิดขึ้นในลักษณะที่การกระทำละเมิดเกิดขึ้นในประเทศหนึ่ง แต่มีการฟ้องคดีในอีกประเทศหนึ่ง ตัวอย่างเช่น นาย A มีถิ่นที่อยู่ในประเทศ X ได้เดินทางไปท่องเที่ยวที่ประเทศ Y ขณะพำนักอยู่ที่นี่ก็ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดของนาย B ต่อมา เมื่อนาย A เดินทางกลับมายังประเทศ X ก็ได้ฟ้องนาย B ต่อศาลของประเทศ X คำถามคือ เมื่อพบกับสถานการณ์ดังกล่าวเช่นนี้ ศาลของประเทศ X ควรจะทำเช่นไร จะใช้กฎหมายของประเทศ X (*lex fori*) หรือจะใช้กฎหมายของประเทศ Y (*lex loci delicti commissi*)

⁷⁰ *Ibid*, p. 6.

⁷¹ O. Kahn-Freund, *Delictual Liability and The Conflict of Laws*, *Recul des Cours*, Tome 124, (Leiden: Nijhoff, 1970), p. 20.

⁷² C.G.J. Morse, *supra note* 69, pp. 7-8.

คำถามดังกล่าวพยายามสร้างความเหมาะสมและความแน่นอนให้กับจุดเกาะเกี่ยวที่จะใช้บังคับกับคดีละเมิด สถานการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นในคดี *Loutour c. Guiraud*⁷³ ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า ความเสียหายเกิดจากรถบรรทุกชนกับรถไฟที่ประเทศสเปน แต่ทั้งผู้เสียหายและผู้กระทำต่างเป็นบุคคลสัญชาติฝรั่งเศสทั้งคู่ เมื่อผู้เสียหายฟ้องคดีต่อศาลฝรั่งเศส ศาลฝรั่งเศสจำต้องเลือกว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใด ระหว่างกฎหมายละเมิดของประเทศสเปนและฝรั่งเศส

อย่างไรก็ตาม การใช้กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) อาจเกิดปัญหาขึ้นกับความไม่แน่นอนของสถานการณ์เมื่อศาลจำต้องพิจารณาความรับผิดเพื่อละเมิดของสถานการณ์ดังกล่าว⁷⁴ ผลจากการเลือกกฎหมายดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อการใช้กฎหมายสารบัญญัติในเรื่องละเมิดบังคับกับคดี จากข้อเท็จจริงในคดี *Loutour c. Guiraud* ความเสียหายดังกล่าวเกิดจากยานพาหนะซึ่งเดินด้วยกำลังจักรกล ซึ่งหากใช้กฎหมายละเมิดของฝรั่งเศส Article 1384 Code Napoléon กำหนดว่าความรับผิดในลักษณะดังกล่าวเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) ผู้เสียหายจึงไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ความผิด (fault) ของผู้กระทำละเมิด ทำให้ผู้กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายตามกฎหมายฝรั่งเศสง่ายกว่า ขณะที่หากใช้กฎหมายละเมิดของสเปน ความรับผิดในลักษณะดังกล่าวเป็นความรับผิดบนพื้นฐานความผิด (liability based on fault) ซึ่งเป็นภาระของผู้เสียหาย และผู้กระทำละเมิดหลุดพ้นความรับผิดได้ง่ายกว่า ซึ่งในคดีนี้ศาลสูงสุดฝรั่งเศส หรือ Cour de Cassation ได้อาศัย กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการละเมิด (*lex loci delicti commissi*) เป็นจุดเกาะเกี่ยว และเลือกใช้กฎหมายละเมิดของสเปน ทำให้เมื่อผู้เสียหายไม่สามารถพิสูจน์ความผิด (fault) ในการกระทำความผิดได้ ผู้เสียหายจึงไม่อาจเรียกค่าเสียหายได้

จุดเกาะเกี่ยวประเภทกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) ยังมีข้อขัดข้องประการอื่นอีก เช่น ปัญหาเรื่องการตีความความหมายของ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) ปัญหาดังกล่าวเกิดจากข้อความจริงที่ว่า การกระทำ (act) คือพฤติกรรมที่สลับซับซ้อนของมนุษย์ และการกระทำครั้งหนึ่งอาจเกิดจากพฤติกรรมหลายๆอย่างประกอบกัน ทำให้การกำหนดลงไปให้แน่นอนว่าสถานที่เกิดละเมิด (*locus delicti*) คือสถานที่ใดกันแน่ทำได้ยากลำบาก ปัญหาในลักษณะดังกล่าวนี้เกิดขึ้นกับทั้งประเทศที่มีการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องละเมิดในรูปกฎหมาย (rule-based) และไม่ได้อยู่ในรูปของกฎหมาย (non-rule-based)

⁷³ Cour de cassation, Civ. 25.5.1948, D. 1948, 357; S. 1949 I, 21. (*Loutour c. Guiraud*)

⁷⁴ O. Kahn-Freund, *supra* note 71, p. 77.

(3) หลัก Double Actionability

หลัก Double Actionability เกิดจากการผสมจุดเกาะเกี่ยว (cumulative connecting factors)⁷⁵ ระหว่างกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) และ กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) โดยกำหนดให้ศาลต้องคำนึงถึงจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องเดียวกันมากกว่าหนึ่งจุด และใช้กฎหมายของประเทศหนึ่งในฐานะจุดเกาะเกี่ยวหลักเพื่อปรับใช้กับการกระทำละเมิด แต่ศาลก็จำต้องคำนึงถึงอีกจุดเกาะเกี่ยวกับกฎหมายของอีกประเทศด้วย หากการกระทำนั้นไม่เป็นละเมิดตามจุดเกาะเกี่ยวอีกประเภทหนึ่ง ศาลที่พิจารณาคดีก็จำต้องยกฟ้องไปเสีย การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวหลายจุดแบบ Double Actionability แม้โดยสภาพจะเป็นการใช้ควบคู่กัน แต่ก็มีลักษณะที่เป็นไปเพื่อจำกัดการใช้กฎหมายต่างประเทศ

หลัก Double Actionability ถูกสร้างขึ้นโดยศาลอังกฤษ ในคดี *Philips v Eyre*⁷⁶ คดีนี้ นาย Eyre ชาวอังกฤษ เป็นผู้สำเร็จราชการทำหน้าที่ปกครองประเทศจาไมกา ได้มีคำสั่งคุมขังนาย Philips โดยไม่ชอบ (false imprisonment) ภายหลังนาย Eyre ได้ประกาศใช้กฎหมายนิรโทษกรรมตนเองจากการกระทำทั้งหลายซึ่งตนได้ทำลงในฐานะผู้สำเร็จราชการ โดยกล่าวอ้างว่าเป็นการกระทำเพื่อปราบจลาจล แล้วจึงเดินทางกลับมายังประเทศอังกฤษ เมื่อนาย Philips พ้นโทษจึงได้ยื่นฟ้องว่า นาย Eyre กระทำละเมิดต่อตนฐานคุมขังโดยไม่ชอบ (false imprisonment)⁷⁷

ในคดีนี้ Willes J ผู้พิพากษาศาลสูงสุดอังกฤษ หรือ House of Lords ได้วางหลักไว้ว่า Double Actionability นั้นประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ คือ

เงื่อนไขประการแรก: การกระทำนั้นต้องเป็นละเมิดตามกฎหมายอังกฤษ ซึ่งเป็นการยอมรับว่ากฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) เป็นจุดเกาะเกี่ยวซึ่งศาลอังกฤษใช้บังคับกับคดีละเมิดเป็นลำดับแรก⁷⁸ และ

⁷⁵ M. Wolff, *supra* note 8, p. 6.

⁷⁶ *Philips v Eyre* (1870) L.R. 6 Q.B. 1.

⁷⁷ P. Handford, "Edward John Eyre and the Conflict of Laws," *Melbourne University Law Review*, Vol. 32, (2008), pp. 822-860.

⁷⁸ ก่อนหน้าจะมีคำพิพากษาในคดี *Philips v Eyre* นี้ ศาลอังกฤษยึดถือกฎหมายของอังกฤษ (*lex fori*) เป็นจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ see also *The Halley* (1867) L.R. 2 Adm.& Ecc. 3; (1868) L.R. 2 P.C. 193.

เงื่อนไขประการที่สอง: การกระทำนั้นต้องเป็นละเมิดตามกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) กล่าวคือ กฎหมายของประเทศที่เกิดการกระทำละเมิดนั้นไม่มีการยกเว้นให้การกระทำนั้นไม่มีความผิด (*unjustified*)

ดังนั้น หากจำเลยสามารถกล่าวอ้างได้ว่าการกระทำของตนไม่เป็นละเมิดตามจุดเกาะเกี่ยวใดก็ตามได้ จำเลยก็จะได้รับประโยชน์จากกฎหมายของประเทศนั้นโดยถือว่าไม่เป็นการกระทำละเมิด

เงื่อนไขทั้งสองประการสะท้อนให้เห็นทัศนคติในการใช้กฎหมายต่างประเทศภายใต้กลไกการขัดกันแห่งกฎหมายของท่าน Willems ซึ่งสอดคล้องกับท่าน Wächter ที่เห็นว่า “กฎหมายของศาลที่พิจารณาตัดสิน (*lex fori*) นั้นมีบทบาทแต่เพียงผู้เดียวในการกำหนดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดส่วนกฎหมายต่างประเทศ (*foreign law*) นั้นต้องใช้ในฐานะที่เป็นข้อแก้ตัว”⁷⁹

อย่างไรก็ตามการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวโดยอาศัยหลัก **Double Actionability** นั้นได้รับการวิจารณ์ถึงปัญหาในทางปฏิบัติเป็นอย่างมาก ทั้งในแง่ของการมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของผู้กระทำละเมิดแทนที่จะคุ้มครองประโยชน์ของผู้เสียหายซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายละเมิด อีกทั้งยังไม่สอดคล้องกับกรณีความรับผิดโดยปราศจากความผิด (*liability without fault*)

(4) หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort Principle)⁸⁰

เนื่องจากความกระด้างของจุดเกาะเกี่ยวซึ่งในอดีตไม่รองรับกับธรรมชาติของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในเรื่องต่าง ๆ ซึ่งมีแต่จะสลับซับซ้อนขึ้น การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดโดยอาศัยหลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (*The Proper Law of Tort*) จึงกำเนิดขึ้นเพื่อเพิ่มความยืดหยุ่น (*flexibility*) ในการแก้ปัญหาคัดเลือกกฎหมาย และทำให้วิธีการเลือกกฎหมายคำนึงถึงแก้ปัญหาคัดเลือกในประเด็นที่มีความซับซ้อนนั้นสมเหตุสมผลยิ่งขึ้น โดยที่หลักดังกล่าวนี้คำนึงถึงจุดเกาะเกี่ยวต่าง ๆ ว่าจุดเกาะเกี่ยวใดใกล้ชิดกับคู่กรณีมากที่สุด (*most significant connection*)

แนวคิดในการเลือกกฎหมายโดยอาศัยหลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (*The Proper Law of Tort*) เริ่มจากคดี *Boys v Chaplin*⁸¹ ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า โจทย์ นาย Boys และ

⁷⁹ A.A. Ehrenzweig, *A Treatise on the Conflict of Laws*, (St. Paul, Minn.: Thomson/West, 1962), p. 542.

⁸⁰ P.M. North, “Some Thoughts on the Proper Law of Tort,” in *Contemporary Problems in the Conflict of Laws*, (Leyden/Boston: A.W. Sijthoff, 1978), pp. 132-151.

จำเลย นาย Chaplin เป็นบุคคลสัญชาติอังกฤษและมีภูมิลำเนาในประเทศอังกฤษ โดยโจทก์ได้รับความเสียหาย คือบาดเจ็บจากอุบัติเหตุทางรถยนต์ (traffic accident) จากการกระทำของจำเลย เหตุเกิดที่ประเทศมอลตา ภายหลังโจทก์และจำเลยเดินทางกลับมายังประเทศอังกฤษ และโจทก์ได้ยื่นฟ้องจำเลยต่อศาลอังกฤษเพื่อเรียกค่าเสียหาย

หากพิจารณาฎีกาเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายของอังกฤษในขณะนั้น ศาลอังกฤษย่อมผูกพันตนที่จะต้องปรับใช้หลัก Double Actionability ตามหลักกฎหมายจากคำพิพากษา (doctrine of stare decisis) ในคดี *Philips v Eyre* กล่าวคือ ในการเลือกกฎหมาย ศาลอังกฤษจะอาศัยกฎหมายของตน (*lex fori*) คือกฎหมายละเมิดของประเทศอังกฤษ ควบคู่กับกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) ซึ่งก็คือกฎหมายละเมิดของประเทศมอลตา อย่างไรก็ตาม House of Lords ในขณะนั้นเล็งเห็นว่าคงไม่มีประโยชน์อันใดหากจะใช้กฎหมายละเมิดของมอลตา ซึ่งกำหนดค่าเสียหายไว้น้อยกว่ากฎหมายละเมิดของอังกฤษมาเป็นเงื่อนไขการเลือกกฎหมายในคดีที่ทั้งโจทก์และจำเลยมีสัญชาติอังกฤษ อีกทั้ง การที่สถานที่เกิดละเมิด (*locus delicti*) เกิดขึ้นที่มอลตาก็ยังมีลักษณะเป็นเรื่องบังเอิญ (fortuitous) เสียมากกว่า แม้ศาลอังกฤษจะผูกพันตนที่จะต้องปรับใช้หลัก Double Actionability ตามหลักกฎหมายจากคำพิพากษา (doctrine of stare decisis) แต่ในคดีนี้ก็เปลี่ยนแปลงทิศทางการเลือกกฎหมายในคดีละเมิดอีกครั้ง มาเป็นกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort) เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณี

ปัจจุบัน การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดโดยอาศัยหลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort) ได้รับความนิยมนิยมพอสมควร หลักดังกล่าวปรากฏทั้งในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศอังกฤษ⁸² สหรัฐอเมริกา⁸³ เยอรมัน⁸⁴ ออสเตรีย⁸⁵ ตุรกี⁸⁶ เบลเยียม⁸⁷ สวิสเซอร์แลนด์⁸⁸ และ รวมทั้งปรากฏในรูปของคำพิพากษาคดี *Martineau v Guertin*⁸⁹

⁸¹ *Boys v Chaplin* [1969] 2 All ER 1085.

⁸² Article 11 and 12 Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act

⁸³ Article 145 American Restatement (Second) of Conflict of Laws (1971)

⁸⁴ Section 1026 BGB

⁸⁵ Article 48 (1) Austrian Federal Statute of 15 June 1978 on Private International Law

⁸⁶ Article 25 Turkish International Private and Procedure Law, No. 2675 of 20 May 1982

⁸⁷ Article 99 (1) Belgian Code of Private International Law [16 Juillet 2004]

ของแคนาดา แต่ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่ากฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort) ได้รับการยอมรับว่าเป็นจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดที่สำคัญ คือ Article 4 para. 3 of Rome II Regulation⁹⁰ ซึ่งได้กำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศที่ใกล้ชิดกับการทำละเมิดที่สุด⁹¹

(5) หลักกฎหมายตามสัญชาติ, ภูมิลำเนา หรือ ถิ่นที่อยู่ของคู่กรณี (LEX PATRIAE, LEX DOMICILII or Habitual Residence Principle)

แม้หลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) จะได้รับความนิยมในการเลือกกฎหมายในคดีละเมิดอย่างมาก แต่ข้อขัดข้องประการหนึ่งของจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวก็คือการขาดความยืดหยุ่น (*lack of flexibility*) มีหลายกรณีที่การกระทำละเมิดไปเกิดในประเทศหนึ่ง ไม่ว่าด้วยความตั้งใจหรือความบังเอิญ แต่คู่กรณี ทั้งผู้เสียหายและผู้กระทำละเมิดนั้น มีสัญชาติ (*nationality*), มีภูมิลำเนา (*domicile*) หรือแม้แต่มีถิ่นที่อยู่ (*habitual residence*) อยู่ในอีกประเทศหนึ่ง เช่น คู่กรณีเป็นคนสัญชาติของประเทศ X แต่ทั้งคู่บังเอิญเดินทางไปท่องเที่ยวที่ประเทศ Y แล้วเกิดการกระทำละเมิดขึ้น เช่นนี้ จะเห็นได้ว่าสถานที่เกิดละเมิด (*locus delicti*) แทบไม่มีส่วนเกี่ยวข้องใกล้ชิดกับคู่กรณีเลย เป็นแต่เพียงสถานที่ที่ผลเสียหายเกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมเท่านั้น หากใช้กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) ย่อมกลายเป็นการปิดกั้นโอกาสที่คู่กรณีจะใช้กฎหมายของประเทศที่ตนคุ้นเคยปรับแก้การทำละเมิด

ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณี จึงได้มีการเริ่มอาศัยหลักกฎหมายตามสัญชาติ (*lex patriae*), หลักกฎหมายตามภูมิลำเนา (*lex domicilii*) หรือหลักกฎหมายตามถิ่นที่อยู่ (*habitual residence*) ของคู่กรณี มาเป็นจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดด้วยถือว่าเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดกับการทำละเมิดในกรณีนั้น ๆ มากที่สุด และเนื่องจากการใช้จุดเกาะเกี่ยวทั้งสามนี้มักถูกใช้ภายใต้ข้อความคิดเดียวกัน กล่าวคือ มักใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวรองหรือเป็นจุดเกาะเกี่ยวแบบทางเลือก

⁸⁸ Article 15 Swiss Federal Act on International Private Law of 18 December 1987

⁸⁹ *Martineau v Guertin* 751 A. 2d 776 (Vt, 2000)

⁹⁰ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)

⁹¹ อย่างไรก็ตาม Article 4 para. 3 ของ Rome II Regulation นั้นก็ถูกใช้ในฐานะของจุดเกาะเกี่ยวรอง กล่าวคือ มีลักษณะเป็นข้อยกเว้น (*exception clause*) ของจุดเกาะเกี่ยวตาม Article 4 para. 1 และ para. 2 ซึ่งผู้ศึกษาจะขอกล่าวถึงโดยละเอียดในภายหลัง

(alternative connecting factors) ซึ่งจะใช้ต่อเมื่อคู่กรณีทุกฝ่ายมีสัญชาติ, ภูมิลำเนา หรือถิ่นที่อยู่ร่วมกัน เท่านั้น

อย่างไรก็ดีหลักกฎหมายตามสัญชาติ (*lex patriae*), หลักกฎหมายตามภูมิลำเนา (*lex domicile*) หรือหลักกฎหมายตามถิ่นที่อยู่ (*habitual residence*) ของคู่กรณี นั้นมีที่มาแตกต่างกัน เนื่องจาก ประเทศ Common Law และ Civil Law ไม่สามารถประนีประนอมทัศนคติที่มีต่อจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวได้ โดย Civil Law ยึดถือว่ากฎหมายตามสัญชาติ (*lex patriae*) เป็นจุดเกาะเกี่ยวหลักเสมอมา ขณะที่ Common Law กลับให้ความสำคัญกับกฎหมายตามภูมิลำเนา (*lex domicilii*) ทำให้การใช้จุดเกาะเกี่ยวทางเลือกในรูปแบบดังกล่าวนี้ค่อนข้างยากที่จะหาหนทางให้ลงรอยกันได้ อย่างไรก็ตาม Rome II Regulation สามารถประนีประนอมทัศนคติต่อจุดเกาะเกี่ยวของระบบกฎหมายทั้งสองระบบได้ โดยการอาศัยหลักกฎหมายตามถิ่นที่อยู่ (*habitual residence*)⁹² เป็นทางออก

(6) หลักกฎหมายซึ่งคู่กรณีเลือก (Principle of Party Autonomy)

โดยหลักแล้วกลไกการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นนิติวิธีที่เอื้อประโยชน์แก่ศาล ในฐานะผู้ใช้กฎหมายบังคับแก่คดี เป็นผู้เลือกกฎหมาย แต่หลักกฎหมายซึ่งคู่กรณีเลือก (*party autonomy*) นั้นแตกต่างออกไปเพราะให้อำนาจคู่กรณี คือ ผู้เสียหาย และบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหาย สามารถตกลงกันเลือกได้ว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับกับข้อพิพาทดังกล่าว

แต่เดิมหลักกฎหมายซึ่งคู่กรณีเลือก (*party autonomy*) นั้นใช้บังคับกับหนี้ที่เกิดจากสัญญา (*contractual obligation*) โดยอนุญาตให้คู่สัญญาตกลงกันว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับกับสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ เนื่องจากสัญญาเกิดจากความตกลงโดยสมัครใจ ทำให้การยอมรับการเลือกกฎหมายโดยสมัครใจของคู่สัญญาสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายลักษณะสัญญา

ในปัจจุบันหลักกฎหมายซึ่งคู่กรณีเลือก (*party autonomy*) ไม่ได้ใช้บังคับแต่เพียงกับสัญญาอีกต่อไป ในคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศก็เริ่มให้ความสำคัญกับหลักกฎหมายซึ่งคู่กรณีเลือก (*party autonomy*) มากขึ้นเรื่อยๆ เนื่องจากในความเป็นจริงแล้ว การทำละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศมักมีลักษณะเป็นผลพวงจากการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ เช่น ความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (*product liability*) นั้นเกิดจากการค้าขายซึ่งผู้ผลิตส่งสินค้าของตนออกไปจำหน่ายที่ต่างประเทศหรือแม้แต่การที่มีฐานการผลิตอยู่ที่ต่างประเทศ หรือในเรื่องความรับผิดชอบของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง (*employer's vicarious liability*) นั้นก็เกิด

⁹² Article 4 para. 2 Rome II Regulation

จากการที่นายจ้างส่งลูกจ้างออกไปประจำการที่สาขาของตนที่ต่างประเทศ หรือการมอบหมายหน้าที่ให้ลูกจ้างไปติดต่อกิจการของนายจ้างที่ต่างประเทศ เป็นต้น

แม้จุดเกาะเกี่ยวในลักษณะนี้มักไม่ค่อยได้รับความนิยมว่าเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดเหมาะสมกับการทำละเมิดเท่าใดนัก การกำหนดให้ใช้กฎหมายซึ่งคู่กรณีเลือก (party autonomy) จึงมักใช้ในลักษณะที่เป็นจุดเกาะเกี่ยวรอง หรือเป็นจุดเกาะเกี่ยวแบบทางเลือก (alternative connecting factors) ซึ่งได้รับการรับรองเพื่อเพิ่มความยืดหยุ่น (flexibility) ให้กับคู่กรณีที่ประสงค์จะเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับการทำละเมิดด้วยตนเอง

(7) หลักกฎหมายซึ่งเป็นประโยชน์ที่สุดแก่คู่กรณีฝ่ายที่เสียหาย (The Law Most Favourable to Aggrieved Party)⁹³

คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายจะได้รับประโยชน์จากกฎหมายใด เป็นคำถามที่สำคัญประการหนึ่งในการพิจารณาการทำละเมิดที่เมืองประกอบต่างประเทศ เนื่องจากการเยียวยาความเสียหายคือเจตนารมณ์ของกฎหมายละเมิด ดังนั้นการเลือกกฎหมายโดยคำนึงถึงจุดเกาะเกี่ยวที่ว่ากฎหมายของประเทศใดเป็นประโยชน์แก่คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายที่สุด (the law most favourable to aggrieved party) ซึ่งน่าจะสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายละเมิด

นอกจากเหตุผลในแง่ประโยชน์แก่ผู้เสียหาย จุดเกาะเกี่ยวในลักษณะนี้สร้างขึ้นเพื่อแก้ปัญหาความแตกต่างในการตีความ “สถานที่กระทำความผิด” (*locus delicti*) ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นว่าหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำความผิด (*lex loci delicti commissi*) เป็นจุดเกาะเกี่ยวที่มีข้อขัดข้องในการตีความให้สอดคล้องกับธรรมชาติของการทำละเมิด หากการกระทำความผิดส่วนหนึ่งเกิดในประเทศ X แต่ความเสียหายไปเกิดในประเทศ Y กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำความผิด (*lex loci delicti commissi*) จะเกิดจุดเกาะเกี่ยวขึ้นสองแห่งทันที คือ กฎหมายของสถานที่ที่มีการกระทำ (*lex loci actus*) และ กฎหมายของสถานที่ที่เกิดความเสียหาย (*lex loci damni infecti*) ทำให้การเลือกกฎหมายเป็นไปอย่างยากลำบาก ดังนั้นเมื่อเกิดข้อแตกต่างในการตีความจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวขึ้น หลักกฎหมายของประเทศใดจะเป็นประโยชน์แก่คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายที่สุด (the law most favourable to aggrieved party) จะเป็นทางออกให้ ว่าระหว่างกฎหมายของสถานที่ที่มีการกระทำ (*lex loci actus*) และ กฎหมายของสถานที่ที่เกิดความเสียหาย (*lex loci damni*)

⁹³ He Qisheng, “Recent Developments with regard to Choice of Law in Tort in China,” *Yearbook of Private International Law*, Vol. 11, (2009), pp. 229-232.

infecti) ผู้เสียหายได้รับประโยชน์จากกฎหมายละเมิดของประเทศใดมากที่สุดก็ให้ใช้กฎหมายของประเทศนั้น⁹⁴

สำหรับนัยยะของคำว่า “เป็นประโยชน์แก่ผู้เสียหายที่สุด” (the most favourable to aggrieved party) นี้ ผู้ศึกษาเห็นว่าน่าจะสามารถพิจารณาได้ใน 2 แง่มุม กล่าวคือ ในแง่การกำหนดบุคคลซึ่งต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหาย และ ในแง่จำนวนความเสียหาย

ในแง่ของการกำหนดบุคคลซึ่งต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายนั้น เนื่องจากมิใช่เพียงตัวผู้กระทำผิดเองที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายเสมอไป ในบางกรณี เช่น ความรับผิดชอบของนายจ้างจากการกระทำละเมิดของลูกจ้าง หรือความรับผิดชอบของตัวการจากการกระทำละเมิดของตัวแทน บุคคลซึ่งต้องรับผิดชอบคือ นายจ้างและตัวแทนนั้นไม่ได้มีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด แต่เกิดจากการหาบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายให้ได้อย่างแท้จริง

อีกประการหนึ่งคือในการพิสูจน์ความผิด (proof of fault) เนื่องจากในความรับผิดชอบบนพื้นฐานความผิด (liability based on fault) การพิสูจน์ความผิดเป็นเงื่อนไขสำคัญในการที่จะกำหนดว่าบุคคลใดต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิด แต่ “ความผิด” (fault) เป็นองค์ประกอบภายในจิตใจผู้กระทำ การพิจารณาและพิสูจน์จิตใจของผู้กระทำจึงเป็นเรื่องที่ยากมาก ขณะเดียวกันหากเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) หรือความรับผิดประเภทที่มีข้อสันนิษฐานความผิด (legal presumption of fault) แล้ว การกำหนดความรับผิดเพื่อละเมิดก็จะทำได้โดยง่าย

ในแง่จำนวนค่าเสียหาย กฎหมายที่เป็นประโยชน์แก่ผู้เสียหายที่สุด (the most favourable to aggrieved party) กลายเป็นความชอบธรรมในการแจ้งจำนวนความเสียหายที่ผู้เสียหายจะได้รับจากการทำละเมิด เนื่องจากค่าเสียหายที่ผู้เสียหายจะได้รับคือสิ่งที่ผู้เสียหายปรารถนาจากกฎหมายละเมิด แต่การกำหนดค่าเสียหายตามความเป็นจริง (actual damages) และ

⁹⁴ ผู้ศึกษาเห็นว่าข้อความคิดของหลักกฎหมายของประเทศซึ่งเป็นประโยชน์ที่สุดแก่คู่กรณีฝ่ายที่เสียหาย (the law most favourable to aggrieved party) นี้ใกล้เคียงกับความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ซึ่งเห็นว่าแนวทางในการเลือกกฎหมายในคดีละเมิด แม้จะอาศัยกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) เป็นจุดเกาะเกี่ยว ก็จำต้องตีความคำว่า “สถานที่ทำละเมิด” (*locus delicti*) โดยคำนึงถึงการคุ้มครองผู้เสียหายจากการทำละเมิด ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายสารบัญญัติด้วย โปรดดู สายหยุด แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา, (พระนคร: ม.ป.ท., ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), น. 272.

ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (punitive damages) มีความแตกต่างกันเป็นจำนวนที่สูงมาก ทำให้เกิดข้อถกเถียงเสมอมา⁹⁵

ตัวอย่างการเลือกกฎหมายโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวตามหลักกฎหมายที่เป็นประโยชน์แก่ผู้เสียหายที่สุด (the most favourable to aggrieved party) นั้น เกิดขึ้นในประเทศจีน ในคดี *Highway Administration Bureau of Gansu Province v The Yokohama Rubber Co. Ltd.*,⁹⁶ นาย LU Enhui ลูกจ้างของ Highway Administration Bureau of Gansu Province ซึ่งอยู่ในประเทศจีน ขับรถยนต์ของนายจ้างออกไปปฏิบัติงาน ปรากฏว่าล้อยางหน้าข้างซ้ายได้ระเบิดออกเป็นเหตุให้รถยนต์เสียการควบคุมและชนเข้ากับกำแพง นาย LU Enhui ถึงแก่ความตาย ยางรถยนต์คันดังกล่าวซึ่งเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายนี้ ผ่านการรับรองคุณภาพจาก The Yokohama Rubber Co. Ltd., นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศญี่ปุ่น ดังนั้น กฎหมายละเมิดที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงข้างต้นจึงตกอยู่ภายใต้กฎหมายละเมิดของสองประเทศ กล่าวคือ ยางรถยนต์ซึ่งเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (defect product) ดังกล่าวผลิตและรับรองคุณภาพโดยผู้ประกอบการในประเทศญี่ปุ่น ขณะที่ความเสียหายเกิดในประเทศจีน ศาลแห่งประเทศจีนจึงต้องเลือกว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใด โดยหากเลือกกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ความรับผิดชอบดังกล่าวจะเป็นไปตาม Japanese Product Liability Law ซึ่งกำหนดความรับผิดไว้โดยเคร่งครัด (strict liability) และกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ (punitive damages) ไว้ ขณะที่กฎหมายจีน กรณีนี้เป็นเรื่องอุบัติเหตุทางท้องถนน (road accident) ซึ่งผู้เสียหายต้องพิสูจน์ความผิดตามหลักความรับผิดบนพื้นฐานความผิด (liability based on fault) ศาลแห่งประเทศจีนได้หยิบยก “หลักกฎหมายของประเทศซึ่งเป็นประโยชน์แก่คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายที่สุด” (the law most favourable to aggrieved party) เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าผู้เสียหายจะได้รับการคุ้มครองมากที่สุดจากการใช้กฎหมายของประเทศญี่ปุ่น และจะทำให้ผู้เสียหายได้ประโยชน์มากกว่าการใช้กฎหมายของประเทศจีน ศาลจึงใช้กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นปรับแก้คดีนี้

จากสภาพปัญหาข้างต้นแสดงให้เห็นว่านอกจากความหลากหลายในเรื่องโครงสร้างความรับผิดเพื่อละเมิดและในเรื่องค่าเสียหายของแต่ละประเทศ ซึ่งเป็นปัญหาในแง่ของกฎหมายสารบัญญัติ ความหลากหลายในการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดของแต่ละประเทศเองก็เป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้กลไกการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดไม่มีประสิทธิภาพ

⁹⁵ J.Y. Gotanda, *Damages in Private International Law*, Recueil des Cours, Tome 326, (Leiden: Nijhoff, 2007), pp. 394-402.

⁹⁶ *Highway Administration Bureau of Gansu Province v The Yokohama Rubber Co. Ltd.*, (2002) xi jing er chu zi No. 074 [Civil Judgment No. 074 (2002) of Economic Tribunal of the Xi'an Intermediate People's Court].

1.1.3 จากแนวคิดชาตินิยม (Nationalism) มาสู่แนวคิดภูมิภาคนิยม (Regionalism)

แม้ข้อความคิดว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายจะเกิดขึ้นด้วยวัตถุประสงค์ที่จะแก้ปัญหาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายของหลายประเทศ เพื่อให้การปรับใช้กฎหมายกับนิติสัมพันธ์นั้นเป็นไปในทิศทางเดียวกัน กลับกลายเป็นว่าความพยายามที่จะแก้ปัญหาหนึ่งนำไปสู่การเกิดขึ้นของอีกปัญหาหนึ่ง เนื่องจากแต่ละประเทศยังคงรูปแบบของการหวงกันอำนาจอธิปไตย (sovereignty) ทำให้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดของแต่ละประเทศมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไป⁹⁷ แม้จะมีการขัดกันแห่งกฎหมายอันเป็นเครื่องมือในการแก้ปัญหาการทำละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ แต่เครื่องมือดังกล่าวของแต่ละประเทศกลับได้รับการพัฒนาขึ้นด้วยทิศทางที่แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ ดังปรากฏได้จากข้อความคิดในเรื่องจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดทั้ง 7 ประเภทข้างต้นล้วนได้รับความนิยมในการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวโดยประเทศต่างๆ ที่แตกต่างกันเป็นจำนวนมาก ทำให้ไม่สามารถแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดได้อย่างแท้จริง

ในขณะที่ยังไม่สามารถทำให้หลักเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศเป็นไปในทิศทางเดียวกันได้ พัฒนาการทางสังคมที่รวดเร็วกว่ากลับทำให้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายเด่นชัดยิ่งขึ้น เมื่อสังคมโลกเริ่มให้ความสำคัญกับการรวมกลุ่มประเทศในระดับภูมิภาค (regional integration) เพราะคำนึงถึงประโยชน์ของการร่วมมือกันมากกว่าการหวงกันอำนาจอธิปไตย (sovereignty) ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 (World War II) จึงเกิดการรวมกลุ่มประเทศครั้งแรก คือ “สหภาพยุโรป” (European Union: EU)⁹⁸ ขึ้น การเกิดขึ้นของสหภาพยุโรปนี้เองที่ได้ยกระดับโอกาสในการเกิดนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศเป็นอย่างมาก⁹⁹

⁹⁷ O. Kahn-Freund, *supra* note 71, pp. 36-37.

⁹⁸ ก่อนที่จะมีการพัฒนามาเป็นสหภาพยุโรปเช่นในปัจจุบัน การรวมกลุ่มดังกล่าวมีสถานะเป็น “ประชาคมยุโรป” (European Community: EC) ซึ่งเกิดขึ้นภายใต้บริบททางการเมืองและเศรษฐกิจของประเทศในยุโรป ในปี ค.ศ. 1952 ประกอบไปด้วยประชาคมยุโรป 3 ประชาคม คือ 1) ประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้ายุโรป (The European Coal and Steel Community: ECSC), 2) ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (The European Economic Community: EEC) และ 3) ประชาคมพลังงานปรมาณูยุโรป (The European Atomic Energy Community: EURATOM) โดยเริ่มจากประเทศสมาชิกเพียง 6 ประเทศ จนกระทั่งภายหลังการขยายตัวของสภาพเศรษฐกิจและสังคม การรวมตัวในระดับประชาคมยุโรปได้วิวัฒนาการไปถึงระดับที่มีการสถาปนา “สหภาพยุโรป” (European Union: EU) ขึ้นโดยสนธิสัญญา มาสทริชต์ (The Maastricht Treaty) ทำให้สหภาพ

เมื่อการทำละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก แต่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศในสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องกับการทำละเมิดนั้นแตกต่างกันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน แต่ละประเทศต่างกำหนดจุดเกาะเกี่ยวด้วยวิธีคิดซึ่งเห็นว่าเหมาะสมกับสภาพสังคมของตน ส่งผลให้เกิดผลลัพธ์จากการพิจารณาพิพากษาคดีที่ต่างกันในเรื่องเท็จจริงเดียวกัน ด้วยเล็งเห็นถึงปัญหาที่กลไกของการขัดกันแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศสมาชิกไม่อาจแก้ปัญหาได้เอง อีกทั้งยังทำให้การใช้กฎหมายไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งส่งผลกระทบต่อนโยบายของการเคลื่อนย้ายเสรี (free movement) สหภาพยุโรปจึงจำเป็นต้องใช้กลไกในฐานะองค์การเหนือรัฐ (Supra-national Organization)¹⁰⁰ ของตน และได้ประกาศใช้ Rome II Regulation¹⁰¹ ซึ่งเป็น

ยุโรปมีฐานะเป็นองค์การระหว่างประเทศที่มีลักษณะเฉพาะ กล่าวคือเป็น “องค์การเหนือรัฐ” (supra-national organization) เพื่อประโยชน์ในการสร้างความร่วมมือเป็นการทั่วไปภายในประชาคม (general obligation of cooperation) จึงจำเป็นต้องมีการแบ่งสรรและกำหนดขอบเขตของอำนาจหน้าที่ระหว่างประเทศสมาชิกและสหภาพยุโรปเป็นการเฉพาะ (attribution and conferral of competence) ปัจจุบันสหภาพยุโรปประกอบไปด้วยประเทศสมาชิก 28 ประเทศ see also G.A. Bermann, et als., *Cases and Materials on European Union Law*, 2nd ed. (United States of America: West Publishing Co., 2002), pp. 3-6.

⁹⁹ จากการที่สหภาพยุโรปมีนโยบายในการส่งเสริมการค้าการลงทุนภายในสหภาพในฐานะศุลกากรเดียว (custom union) ตลอดจนนโยบายเคลื่อนย้ายเสรี (free movement) ระหว่างกันในประเทศสมาชิก เช่น การทำความตกลงเชงเกน (Schengen Accord) เพื่ออนุญาตให้บุคคลที่มีสัญชาติของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปสามารถเดินทางไปยังประเทศสมาชิกอื่นได้โดยไม่ต้องใช้หนังสือเดินทาง (passport) ขณะที่บุคคลที่มาจากนอกกลุ่มเชงเกนเมื่อเข้ามาแล้วก็สามารถเดินทางระหว่างกลุ่มประเทศเชงเกนได้โดยอาศัย Schengen Visa ฉบับเดียว อันเป็นการเคลื่อนย้ายบุคคลโดยเสรี (free movement of persons) ซึ่งยิ่งผลักดันให้เกิดการทำละเมิดที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายของหลายประเทศ เป็นเหตุให้ศาลของประเทศที่พิจารณาคดีประสบปัญหาในทางปฏิบัติอย่างมาก

¹⁰⁰ สหภาพยุโรปมีกลไกทางกฎหมายซึ่งมีลักษณะเฉพาะและกำหนดให้ตัวสหภาพยุโรปเองมีขอบอำนาจ (competence) ที่แยกออกจากประเทศสมาชิกในบางเรื่อง เพื่อให้สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสหภาพได้โดยสะดวกรวดเร็ว โดยสนธิสัญญาว่าด้วยการบริหารงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union: TFEU) ได้จำแนกขอบอำนาจ (competence) ออกเป็น 3 ส่วน คือ 1) ขอบอำนาจแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive competence) 2) ขอบอำนาจที่ทั้งสหภาพยุโรปและประเทศสมาชิกต่างมีส่วนร่วม (Shared competence) และ 3) ขอบอำนาจที่สหภาพยุโรปมีหน้าที่สนับสนุนประเทศสมาชิก (Supporting

กฎหมายเอกรูป (uniform law) เพื่อบังคับให้ประเทศสมาชิกต้องใช้จุดเกาะเกี่ยวมาตรฐานอย่างเดียวกัน¹⁰² ด้วยวิธีการดังกล่าวได้ทำให้ปัญหาความไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดของสหภาพยุโรปหมดสิ้นไป

ในขณะที่สหภาพยุโรปประสบความสำเร็จแก้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดโดยอาศัยกฎหมายเอกรูป (uniform law) ภายใต้กลไกของกฎหมายสหภาพ¹⁰³ สาเหตุ

competence) โดยแต่ละขอบอำนาจต่างมีรูปแบบและวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันออกไป และเพื่อให้สอดคล้องกับการดำเนินการตามขอบอำนาจนี้เอง สหภาพยุโรปสามารถอาศัยการกระทำฝ่ายเดียว (unilateral acts) ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรองของสหภาพ (secondary legislation) โดย Article 288 TFEU ให้อำนาจสหภาพในการออกการกระทำฝ่ายเดียว (unilateral acts) ได้ประกอบด้วย

Regulation คือ การกระทำของสหภาพที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายโดยตรง และเข้าไปแทนที่ (replace) กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกทันที

Directive คือ การกระทำของสหภาพซึ่งมีสถานะเป็นแนวปฏิบัติให้ประเทศสมาชิกรับไปใช้เป็นแนวทางในการประกาศใช้กฎหมายภายในประเทศ โดยแม้ Directive จะมีสภาพบังคับแต่ก็ให้ความสำคัญกับผลลัพธ์ (result) ที่ประเทศสมาชิกรับไปบังคับใช้ จึงไม่จำกัดวิธีการและรูปแบบในการนำไปใช้

Decision คือ การกระทำของสหภาพที่มีลักษณะเป็นคำวินิจฉัยจากองค์กรหลักของสหภาพ แต่มีสภาพบังคับแต่เฉพาะคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง

Recommendation คือการกระทำของสหภาพในรูปของคำแนะนำจากองค์กรที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ให้คำแนะนำนั้น และ

Opinion คือ การกระทำของสหภาพในรูปของการให้ความเห็น โดย Recommendation และ Opinion นั้นไม่มีค่าบังคับ (no binding force) ต่อประเทศสมาชิก

¹⁰¹ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)

¹⁰² G. van Calster, European Private International Law, (Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2013), p. 3-5.

¹⁰³ ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป (The Court of Justice of the European Communities: CJEC) เคยมีคำพิพากษาคำพิพากษาว่า ประชาคมยุโรป (ซึ่งภายหลังพัฒนามาเป็น

ประการสำคัญคือการเป็นการรวมกลุ่มในระดับภูมิภาคบนพื้นฐานทางกฎหมาย (law-based regionalism) การรวมกลุ่มประชาคมในระดับภูมิภาคอื่นๆ กลับไม่ได้ให้ความสำคัญกับความร่วมมือทางกฎหมายในการแก้ปัญหาคัดค้านแห่งกฎหมายเท่าใดนัก โดยเฉพาะอาเซียน สาเหตุอาจมาจากความเป็นมาและพัฒนาการในการรวมกลุ่มของอาเซียนเอง

อาเซียน (ASEAN) หรือ สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (The Association of South East Asian Nations) ก่อตั้งขึ้นภายใต้ ปฏิญญากรุงเทพ (Bangkok Declaration) ภายหลังได้เปลี่ยนมาใช้ชื่อว่า ปฏิญญาอาเซียน (ASEAN Declaration) เมื่อวันที่ 8 สิงหาคม พ.ศ. 2510 (ค.ศ. 1967) โดยเริ่มจากการมีประเทศสมาชิกก่อตั้ง 5 ประเทศ¹⁰⁴ ภายหลังได้มีประเทศในภูมิภาคเข้าร่วมเป็นสมาชิกอีก 5 ประเทศ¹⁰⁵ ทำให้ในขณะนี้อาเซียนมีผลเต็มรูปแบบในปี พ.ศ. 2559/ ค.ศ. 2016 อาเซียนประกอบไปด้วยประเทศสมาชิก 10 ประเทศ¹⁰⁶

สาเหตุที่ทำให้เกิดการรวมตัวเป็นอาเซียนมาจากความจำเป็นทางการเมืองและทางเศรษฐกิจ ภายหลังจากประเทศต่างๆ ในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ได้รับอิสรภาพจากระบบอาณานิคมซึ่งประเทศตะวันตกต่างครอบครองประเทศตนมาอย่างยาวนาน ในขณะที่แต่ละประเทศยังไม่สามารถจัดการกับปัญหาความมั่นคงภายในของตนได้ ก็ต้องประสบภาวะกดดันทางเศรษฐกิจ และเผชิญกับปัญหาการเมือง คือ สงครามเย็น (Cold War)¹⁰⁷ และลัทธิคอมมิวนิสต์ (Communism) เมื่อต้องประสบกับการเปลี่ยนแปลงทางสังคมอย่างรุนแรง ประเทศต่างๆ ในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียง

สหภาพยุโรป) มีระบบกฎหมายเฉพาะของตนเอง แยกต่างหากจากประเทศสมาชิก see *van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, Case 26/62 (5 February 1963)

¹⁰⁴ คือ ประเทศอินโดนีเซีย มาเลเซีย ฟิลิปปินส์ สิงคโปร์ และไทย

¹⁰⁵ ได้แก่ ประเทศบรูไนดารุสซาลาม ในปี พ.ศ. 2527 (7 มกราคม ค.ศ. 1984), ในปี พ.ศ. 2538 (28 กรกฎาคม ค.ศ. 1995), ลาว และ เมียนมาร์ ในปี พ.ศ. 2540 (23 กรกฎาคม ค.ศ. 1997) และ กัมพูชา ในปี พ.ศ. 2542 (30 เมษายน ค.ศ. 1999)

¹⁰⁶ ในปี พ.ศ. 2559/ค.ศ. 2016 ซึ่งอาเซียนมีผลเต็มรูปแบบตาม 2007 Cebu Declaration on the Acceleration of the Establishment of an ASEAN Community by 2015 สถานะของประเทศติมอร์-เลสเต ยังไม่ใช่ประเทศสมาชิกอาเซียน แม้จะแสดงความจำนงขอเข้าเป็นสมาชิกมาตั้งแต่เดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2554/ค.ศ. 2011 แล้วก็ตาม

¹⁰⁷ L. Jones, *ASEAN, Sovereignty and Intervention on Southeast Asia*, (London: Palgrave MacMillan, 2012), p. 37-40.

ได้ซึ่งประสบกับปัญหาในลักษณะเดียวกัน จึงได้รวมกลุ่มในระดับภูมิภาคขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวร่วมกัน¹⁰⁸

พัฒนาการความร่วมมือของอาเซียนเป็นไปอย่างมีลำดับ แม้ในช่วงแรกจะเป็นความร่วมมือในลักษณะที่ไม่ผูกมัดและหวังผลในระยะกลางมากกว่าจะเป็นการรวมตัวในระดับภูมิภาค (regional integration)¹⁰⁹ เห็นได้จากการที่ตราสารทั้งหลายของอาเซียน (ASEAN instruments) นับตั้งแต่มีการก่อตั้งมักจะเป็นเรื่องของการกำหนดเป้าหมายหรือกรอบระยะเวลาในการทำงาน¹¹⁰ กระทั่งประเทศสมาชิกอาเซียนต้องการยกระดับความร่วมมือจาก “สมาคม” (association) มาเป็น “ประชาคม” (community) จึงได้มีการจัดทำกฎบัตรอาเซียน (Charter of the Association of Southeast Asian Nations 2007: ASEAN Charter) ขึ้น เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2550 (ค.ศ. 2007) กฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) นอกจากจะก่อตั้งให้อาเซียนมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย (legal personality) เป็นองค์การระหว่างประเทศระหว่างรัฐบาล (inter-governmental organization)¹¹¹ เพื่อดำเนินนิติสัมพันธ์กับภายนอกอาเซียนแล้ว ยังกำหนดความสัมพันธ์ระหว่าง

¹⁰⁸ ลาวัญย์ ถนัดศิลปกุล, อาเซียนกับความสัมพันธ์ทางกฎหมายในกลุ่มประเทศสมาชิกและความสัมพันธ์ภายนอกอาเซียน, (นนทบุรี : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2539), น. 1-2.

¹⁰⁹ วิฑิต มันทาภรณ์, “ความสัมพันธ์ทางด้านกฎหมายของประเทศอาเซียน,” ตุลพาห, ฉบับที่ 2, ปีที่ 32, (มีนาคม 2528), น. 29.

¹¹⁰ ในช่วงเวลาดังกล่าวได้เกิดข้อถกเถียงถึงสภาพบุคคลตามกฎหมาย (legal personality) ของอาเซียน ว่ามีสถานะเป็นองค์การระหว่างประเทศ (International Organization) คือเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Subject of International Law) ที่จะสามารถดำเนินการความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศกับภายนอกอาเซียนได้หรือไม่

อย่างไรก็ดี ความเป็นองค์การระหว่างประเทศของอาเซียนในยุคนั้นมีกฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) สามารถพิจารณาได้จากองค์ประกอบที่สำคัญ 4 ประการ ได้แก่ 1) การมีธรรมนูญก่อตั้งองค์การโดยสนธิสัญญา 2) การมีองค์กรถาวรของสมาคม 3) ได้รับการก่อตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และ 4) การเป็นนิติบุคคลระหว่างประเทศ ที่มีสิทธิและความสามารถตามกฎหมายระหว่างประเทศ โปรดดูการวิเคราะห์สภาพบุคคลตามกฎหมาย (legal personality) ของอาเซียนในลาวัญย์ เขมะพันธุ์มโนส, “นิติฐานะและปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาและการปฏิบัติตามสนธิสัญญาของอาเซียน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), น. 64-90.

¹¹¹ Article 3 “Legal Personality of ASEAN”, ASEAN Charter

ประเทศสมาชิกด้วยกันภายใต้กรอบของอาเซียน อีกทั้งได้มีการจัดตั้งองค์กรระดับรัฐมนตรีอาเซียน เฉพาะสาขา (ASEAN Sectoral Ministerial Bodies) ขึ้นจำนวน 3 องค์กร เพื่อกำหนดรายละเอียด โครงสร้างและกลไกการดำเนินงานของอาเซียน ประกอบด้วย¹¹²

1. ประชาคมการเมืองและความมั่นคงอาเซียน (ASEAN Political-Security Community: APSC) มีวัตถุประสงค์ของการดำเนินงานเพื่อเสริมสร้างสันติภาพและความมี เสถียรภาพทางการเมืองในระดับอาเซียน ตลอดจนการธำรงรักษากฎภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้จาก อาวุธที่มีอำนาจร้ายแรง และตอบสนองต่อสิ่งท้าทายความมั่นคงทางการเมืองของอาเซียนในทุก รูปแบบ การจัดตั้งประชาคมการเมืองและความมั่นคงอาเซียน (APSC) จึงมีบทบาทในการกำหนด กติกาและค่านิยมร่วมกันของอาเซียนเพื่อที่ประเทศสมาชิกจะสามารถแก้ไขข้อพิพาทระหว่างกันได้ ด้วยสันติวิธี

2. ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC) มีวัตถุประสงค์ในการสร้างตลาดเดียว (single market) และฐานการผลิตเดียว (single production base) ตลอดจนพัฒนาศักยภาพของอาเซียนในการแข่งขันทางเศรษฐกิจ การอำนวยความสะดวกทางการค้า และการลงทุนภายใต้แนวคิดของการเคลื่อนย้ายเสรี (free movement) ของสินค้า (goods) บริการ (services) และการลงทุน (investment) รวมทั้งการเคลื่อนย้ายของนักธุรกิจ ผู้ประกอบวิชาชีพ ผู้มี ความสามารถพิเศษ และแรงงาน ที่ได้รับความสะดวกยิ่งขึ้น และการเคลื่อนย้ายเงินทุนที่เสรียิ่งขึ้น

3. ประชาคมสังคม-วัฒนธรรมอาเซียน (ASEAN Socio-Cultural Community: ASCC) มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างอัตลักษณ์อาเซียน โดยการส่งเสริมการยอมรับความหลากหลายทาง วัฒนธรรมและมรดกของภูมิภาค

การเกิดขึ้นของประชาคมอาเซียนทั้งสาม และการมีผลเต็มรูปแบบของอาเซียนนั้นส่งผล กระทบอย่างมากต่อการเกิดนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ โดยเฉพาะการดำเนินการ เคลื่อนย้ายเสรี (free movement) ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) เนื่องจากอาเซียนเล็งเห็นถึงความสำคัญในการมีหลักเกณฑ์เพื่อขจัดอุปสรรคและขยายความ ร่วมมือทางด้านการให้บริการระหว่างประเทศสมาชิกที่มากกว่าเพียงพันธกรณีที่ผูกพันตามความตกลง ว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS) จึงได้จัดทำ กรอบ ความตกลงอาเซียนว่าด้วยการบริการ (ASEAN Framework Agreement on Service: AFAS) แม้ กรอบความตกลง AFAS จะเป็นเพียงการกำหนดในหลักการ แต่ก็เป็นจุดเริ่มต้นในการสนองตอบ วัตถุประสงค์ในการเคลื่อนย้ายเสรี (free movement) ของอาเซียน ในปัจจุบันอาเซียนได้จัดทำตราสารซึ่งกำหนดในส่วนรายละเอียดแล้ว 2 เรื่อง ได้แก่

¹¹² Annex 1 ASEAN Sectoral Ministerial Bodies, ASEAN Charter

1. ความตกลงอาเซียนว่าด้วยการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา (ASEAN Agreement on the Movement of Natural Person: MNP) นับจากนี้ขอเรียกว่า “ความตกลง MNP” โดยความตกลง MNP กำหนดให้ประเทศสมาชิกจัดทำตารางข้อผูกพันเฉพาะเพื่อกำหนดรายละเอียดในการอนุญาตให้บุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติของประเทศสมาชิกอื่น สามารถเข้าประเทศ และพำนักอยู่เป็นการชั่วคราวได้ แม้ปัจจุบัน ความตกลง MNP จะครอบคลุมถึงแต่เพียงบุคคลากรระดับสูงที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจเพียงชั่วคราวในภาคบริการและการลงทุนเพียง 2 ประเภท คือ ผู้เยี่ยมเยียนทางธุรกิจ (Business Visitor) และ ผู้โอนย้ายภายในบริษัท (Intra-Corporate Transferee: ICT) ก็ตาม โดยผู้เยี่ยมเยียนทางธุรกิจ หมายถึง บุคคลธรรมดาที่เข้ามาพำนักในประเทศไทยเพื่อการติดต่อทางด้านธุรกิจ การเข้าติดต่อสัญญาซื้อขาย-บริการ ตลอดจนการประชุมหรือการจัดตั้งธุรกิจภายในประเทศสมาชิก ซึ่งได้รับการอนุญาตให้พำนักเป็นเวลา 90 วัน และสามารถขยายออกไปได้ถึง 1 ปี ส่วนผู้โอนย้ายภายในบริษัท คือ ลูกจ้างในระดับผู้บริหาร ผู้จัดการ หรือผู้เชี่ยวชาญของบริษัทในประเทศสมาชิกหนึ่งซึ่งได้ย้ายเข้ามาประจำในสาขาของบริษัทดังกล่าว ในอีกประเทศสมาชิก โดยจะได้รับการอนุญาตให้พำนักเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปี และสามารถได้รับการขยายเวลาได้อีก 3 ครั้ง ครั้งละไม่เกิน 1 ปี

2. ข้อตกลงยอมรับร่วมกันของอาเซียน (ASEAN Mutual Recognition Arrangements: MRA) ทางด้านแรงงาน นับจากนี้ขอเรียกว่า “ข้อตกลง MRA ด้านแรงงาน” ซึ่งมีขึ้นเพื่อส่งเสริมและอำนวยความสะดวกในการเคลื่อนย้ายเสรีบุคคลธรรมดาในบริบทของผู้ให้บริการวิชาชีพ (free movement of workers) และลดอุปสรรคในการเคลื่อนย้ายเข้าไปทำงานในประเทศสมาชิกอื่น โดยที่ประเทศสมาชิกจะทำการร่วมกันกำหนดคุณสมบัติของผู้ให้บริการวิชาชีพในแต่ละสาขา ปัจจุบันอาเซียนได้ทำการรับรองคุณสมบัติร่วมกันใน 8 สาขาวิชาชีพ ประกอบไปด้วย วิศวกรรม¹¹³ พยาบาล¹¹⁴ สถาปัตยกรรม¹¹⁵ การสำรวจ¹¹⁶ แพทย์¹¹⁷ ทันตแพทย์¹¹⁸ นักบัญชี¹¹⁹ และบุคลากร

¹¹³ ASEAN Mutual Recognition Arrangement on Engineering Services

¹¹⁴ ASEAN Mutual Recognition Arrangement on Nursing Services

¹¹⁵ ASEAN Mutual Recognition Arrangement on Architectural Services

¹¹⁶ ASEAN Framework Arrangement for Mutual Recognition of Surveying Qualifications

¹¹⁷ ASEAN Mutual Recognition Arrangement on Medical Practitioners

¹¹⁸ ASEAN Mutual Recognition Arrangement on Dental Practitioners

¹¹⁹ ASEAN Mutual Recognition Arrangement Framework on Accountancy Services

วิชาชีพท่องเที่ยว¹²⁰ ทำให้คนที่มีสัญชาติของประเทศหนึ่งสามารถไปทำงานเป็นลูกจ้างในอีกประเทศหนึ่งได้อย่างสะดวกยิ่งขึ้น

ในบริบทของการเคลื่อนย้ายเสรี (free movement) ของอาเซียนนั้นไม่ได้มีเพียงการเคลื่อนย้ายเสรีแรงงาน (free movement of workers) เช่นตราสารทั้งสองฉบับข้างต้น ในส่วนของการเคลื่อนย้ายเสรีสินค้า (free movement of goods) ระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนเองก็เป็นเรื่องที่ได้รับการเอาใจใส่เป็นอย่างมากเนื่องจากส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศสมาชิก ในปี ค.ศ. 1992 ได้มีการจัดทำข้อตกลงระบบสิทธิพิเศษทางภาษีที่เท่ากันของอาเซียน (Common Effective Preferential Tariff: CEPT) ภายใต้กลไกความตกลงของเขตการค้าเสรีอาเซียน (ASEAN Free Trade Area: AFTA) เพื่อกำหนดระยะเวลาและอัตราภาษีศุลกากรขาเข้าของสินค้าซึ่งประเทศสมาชิกอาเซียนต้องปรับลดให้เท่ากัน ทำให้สามารถส่งออกและนำเข้าสินค้าซึ่งขึ้นทะเบียน CEPT ระหว่างประเทศสมาชิกได้โดยปราศจากมาตรการกีดกันทางภาษี นอกจากนั้นแล้ว ในปี พ.ศ. 1998 อาเซียนยังได้มีการจัดทำกรอบความตกลงในข้อตกลงยอมรับร่วมกันของอาเซียน (ASEAN Framework Agreement on Mutual Recognition Arrangements: MRA) ในเรื่องสินค้า นับจากนี้ขอเรียกว่า “ข้อตกลง MRA ด้านสินค้า” ซึ่งเป็นมาตรการลดอุปสรรคทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษี เพื่อส่งเสริมและอำนวยความสะดวกในการเคลื่อนย้ายเสรีสินค้า (free movement of goods) โดยการรับรองคุณสมบัติร่วมกันในสินค้าประเภทต่างๆ โดยปัจจุบัน (พ.ศ. 2559/ค.ศ. 2016) อาเซียนได้บรรลุข้อตกลง MRA ด้านสินค้าแล้วสำหรับอุปกรณ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์¹²¹ ผลิตภัณฑ์เครื่องสำอาง¹²² อีกทั้งยังอยู่ระหว่างการจัดทำข้อตกลง MRA ด้านสินค้าอีกหลายชนิด เช่น ผลิตภัณฑ์ยา (pharmacy) และอาหารสำเร็จรูป (prepared foodstuff)

ผลกระทบจากการมีผลเต็มรูปแบบของอาเซียนมีแต่จะทำให้นิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศที่มากขึ้น นอกจากการทำละเมิดตามหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งยังคงมีปัญหาเมื่อเกิดองค์ประกอบต่างประเทศแล้ว การเคลื่อนย้ายเสรีแรงงาน (free movement of workers) ยังส่งผลโดยตรงต่อความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง (employer's vicarious liability) ตัวอย่างเช่น ภายใต้ข้อตกลง MRA ด้านแรงงาน และความตกลง MNP ย่อมโอกาสซึ่งลูกจ้างกระทำ

¹²⁰ ASEAN Mutual Recognition Arrangement on Tourism Professionals

¹²¹ ASEAN Sectoral Mutual Recognition Arrangement for Electrical and Electronic Equipment

¹²² ASEAN Mutual Recognition Arrangement on Product Registration Approvals for Cosmetics

ละเมิดที่ประเทศหนึ่ง แต่นายจ้างอยู่อีกประเทศหนึ่ง ทำให้ศาลพบกับความยุ่งยากในการเลือกกฎหมายเนื่องจากศาลของประเทศที่จุดเกาะเกี่ยวชี้ไปอาจไม่มีเขตอำนาจเหนือตัวนายจ้าง¹²³

ขณะที่ความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (product liability) นั้นจะเกิดขึ้นเป็นอย่างมากภายใต้การเคลื่อนย้ายเสรีสินค้า (free movement of goods) ซึ่งโดยธรรมชาติของกระบวนการผลิตสินค้านั้นมีขั้นตอนจำนวนมากและมักนิยมกระทำในหลายประเทศ ทำให้เกิดองค์ประกอบต่างประเทศในตนเอง (per se) อยู่แล้วนั้น ย่อมจะทวีจำนวนความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากข้อตกลง MRA ด้านสินค้าของอาเซียนเป็นแน่

ทั้งสองกรณีข้างต้น คือสถานการณ์ความรับผิดเพื่อละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ ซึ่งจะเกิดขึ้นภายใต้บริบทของอาเซียน และย่อมส่งผลต่อการกำหนดค่าเสียหายเพื่อละเมิด แต่เนื่องจากประเทศสมาชิกอาเซียนแต่ละประเทศมีทัศนคติต่อการกำหนดจำนวนค่าเสียหาย (quantum of damages) ซึ่งต่างกันอย่างมาก ลักษณะดังกล่าวได้จูงใจให้คู่กรณีต่างพยายามอาศัยกลไกของการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์จากการพิพาทกันและนำคดีมาฟ้องร้องกันเพื่อแสวงหาประโยชน์ดังกล่าว หรือที่รู้จักกันในชื่อเรียกว่า forum shopping¹²⁴

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าอาเซียนจะประสบปัญหาข้อกฎหมายที่สลับซับซ้อนเป็นอย่างมาก ทั้งในทางทฤษฎีและปฏิบัติ และแม้อาเซียนจะมีความพยายามสร้างเอกลักษณ์ของภูมิภาคขึ้นเอง¹²⁵ แต่กลไกการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนกลับไม่ได้พัฒนาตาม นอกจากนั้นประชาคมอาเซียนเองยังไม่มีหลักการและกฎเกณฑ์ร่วมกันเกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิด (ASEAN Principle on the Conflict of Laws in Torts/Delicts) ซึ่งใช้ร่วมกันทั้งประชาคม การอาศัยกลไกการระงับข้อพิพาท (dispute settlement mechanism) บนพื้นฐานของการประนีประนอม (conciliation), การไกล่เกลี่ย (mediation)

¹²³ R.S. Wernham, "Vicarious Liability in the Conflict of Laws," Toronto Faculty of Law Review, Vol. 34, (1976), p. 50.

¹²⁴ Forum Shopping คือ การที่คู่กรณีซึ่งพิพาทกันตั้งใจเลือกกฎหมาย หรือ เลือกศาล เพื่อให้ได้ใช้กฎหมายของประเทศที่เป็นประโยชน์แก่ตนที่สุด โดยมากมักเกิดจากโจทก์ (plaintiff) ซึ่งเป็นฝ่ายเริ่มฟ้องคดี เป็นฝ่าย forum shopping มากกว่าจะเกิดจากจำเลย (defendant) หรือคู่กรณีอื่น see also C.A. Whytock, "The Evolving Forum Shopping System," Cornell Law Review, Vol. 96, (2011), pp. 481-534.

¹²⁵ Linn Chun Hung, "ASEAN Charter: Deeper Regional Integration under International Law?," Chinese Journal of International Law, (2010), p. 822.

ตลอดจนการใช้คนกลางที่น่าเชื่อถือ (good offices)¹²⁶ ตามกฎบัตรอาเซียน ซึ่งไม่มีลักษณะทางตุลาการ (non-justiciability) ย่อมไม่สามารถตอบสนองต่อการรวมกลุ่มของอาเซียนได้ ทำให้การพัฒนาหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในระดับอาเซียนไม่สามารถก้าวตามการเคลื่อนย้ายเสรี (free movement) ที่ส่งผลให้เกิดการทำละเมิดที่เมืองค้ประกอบต่างประเทศได้

1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษา

แม้ว่าการศึกษาการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดจะเคยได้รับการศึกษามาแล้ว เมื่อ พ.ศ. 2542 โดยวิทยานิพนธ์ในหัวข้อ “กฎหมายที่ใช้บังคับกับละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ” ของ นางสาวฉยลักษณ์ ฝิ่งคะเปาระ¹²⁷ ซึ่งได้ทำการศึกษาแนวคิดและทฤษฎี ตลอดจนกฎหมายในการเลือกกฎหมายเมื่อเกิดการทำละเมิดที่มีลักษณะต่างประเทศและประเภทของจุดเกาะเกี่ยวซึ่งได้รับการยอมรับว่าใกล้ชิดที่สุดกับการทำละเมิดในขณะนั้น อย่างไรก็ตาม วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่ได้ให้ความสำคัญกับการศึกษาในแง่พื้นที่ (area scope)

ในปี พ.ศ. 2556 ได้มีการศึกษาวิทยานิพนธ์ในหัวข้อ “กฎหมายที่ใช้บังคับกับละเมิดภายใต้บทบัญญัติของโรม II: ผลต่อกฎหมายออสเตรียและกฎหมายเยอรมัน” (Law applicable to Torts/Delicts : implications on Austrian, German Law and Rome II Regulation) โดย Mr. Martin Fuith¹²⁸ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ศึกษาถึงกฎหมายเอกรูป (uniform law) ของสหภาพยุโรป คือ Rome II Regulation ในเรื่องผลกระทบจากการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวเดียวกันต่อประเทศสมาชิก โดยเจาะจงศึกษาเฉพาะประเทศออสเตรีย และประเทศเยอรมันเท่านั้น

ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการศึกษาสำหรับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้แก่

1. เพื่อให้ทราบกฎหมายการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียน กล่าวคือ ประเทศสมาชิกอาเซียนกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดไว้ว่าอย่างไร, กฎเกณฑ์ดังกล่าวในปัจจุบันของประเทศสมาชิกอาเซียนมีอยู่อย่างไร รวมทั้งกฎหมายดังกล่าวนี้สอดคล้องกับการมีผลเต็มรูปแบบของประชาคมอาเซียนเพียงใด

¹²⁶ Article 23, ASEAN Charter

¹²⁷ ฉยลักษณ์ ฝิ่งคะเปาระ, “กฎหมายที่ใช้บังคับกับละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542)

¹²⁸ Martin Fuith, “Law applicable to Torts/Delicts, implications on Austrian, German Law and Rome II Regulation,” (Master of Laws Faculty of Law Chulalongkorn University, 2013)

2. เพื่อให้ทราบหนทางในการแก้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดโดยอาศัยกฎหมายเอกรูป (uniform law) ว่าวิธีการแก้ปัญหาดังกล่าวมีอยู่อย่างไร และกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ช่วยส่งเสริมการดำเนินงานในฐานะการรวมกลุ่มประเทศระดับภูมิภาคของอาเซียนได้หรือไม่

1.3 ขอบเขตการศึกษา

การศึกษาการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดนั้นมีประเด็นและขอบเขตการศึกษาที่กว้างขวาง ทั้งในแง่พื้นที่ (area scope) เนื่องจากแต่ละประเทศ หรือแม้แต่ในระดับภูมิภาค ต่างมีวิธีการแก้ปัญหการขัดกันแห่งกฎหมายที่แตกต่างกันออกไปอย่างมีนัยสำคัญ และในแง่เนื้อหา (material scope) ไม่ว่าจะเป็นในส่วนของกฎหมายละเมิด และกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้จำกัดขอบเขตการศึกษาลง โดยจำแนกออกเป็น 2 ส่วน ประกอบไปด้วย

1. การศึกษาในแง่พื้นที่ (area scope) วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดเฉพาะในกลุ่มประเทศอาเซียนเท่านั้น โดยจะทำการศึกษาเปรียบเทียบกับวิธีการแก้ปัญหการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดของสหภาพยุโรปเพื่อเป็นตัวอย่างการแก้ปัญหาในเรื่องเดียวกันซึ่งประสบความสำเร็จ

2. การศึกษาในแง่เนื้อหา (material scope) ซึ่งจะแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน คือ การศึกษาสภาพปัญหา และการศึกษาทางแก้ปัญหา

1) การศึกษาสภาพปัญหา กล่าวคือ การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิด โดยจะทำการศึกษาเฉพาะนิติวิธีในการใช้กฎหมายต่างประเทศโดยกลไกการขัดกันแห่งกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องละเมิดเท่านั้น ไม่ว่าจะเป็นอยู่ในรูปของกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมาย (rule-based) หรือเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่ใช้กฎหมาย (non-rule-based)

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะไม่ศึกษาในส่วนที่เป็นกฎเกณฑ์เบื้องต้น (preliminary rules) ของการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งมีลักษณะเป็นเพียงนิติวิธี ได้แก่ การให้ลักษณะทางกฎหมาย แก่ข้อเท็จจริง (Classification), การวินิจฉัยเบื้องต้น (Incidental Question), การย้อนส่ง (Renvoi), การกล่าวอ้างและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ (pledge and proof of foreign law) ตลอดจนไม่ได้ทำการศึกษาถึงการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาล (Conflict of Jurisdictions) และการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ (Recognition and Enforcement of Foreign Judgments)

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะได้ทำการศึกษาเนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law) ในเรื่องละเมิดเพื่อประกอบการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยจะเจาะจงทำการศึกษาเฉพาะในเรื่องหลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดชอบเพื่อละเมิด และความรับผิดเพื่อ

ละเมิดเฉพาะเรื่อง 2 ประเภทที่น่าจะมีโอกาสเกิดขึ้นจากการรวมตัวของประชาคมอาเซียน กล่าวคือ ความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง (employer's vicarious liability) และความรับผิดอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (product liability) รวมทั้งจะทำการศึกษาการกำหนดค่าเสียหายเพื่อละเมิด (damages) ซึ่งระหว่าง Common Law และ Civil Law นั้นมีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ

2) การศึกษาทางแก้ปัญหา กล่าวคือ ศึกษาลักษณะและรูปแบบของกฎหมายเอกรูป (uniform law) ว่า มีลักษณะเช่นใด และมีกี่รูปแบบ เพื่อเป็นข้อเสนอแนะในการแก้ปัญห การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดในกลุ่มประเทศอาเซียน โดยจะศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดของสหภาพยุโรป (Rome II Regulation)

1.4 โจทย์วิจัยการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีโจทย์วิจัยหลัก คือ “การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดของกลุ่มประเทศอาเซียนในปัจจุบันนั้นมีความเหมาะสมและสอดคล้องกับพัฒนาการทางสังคมอันเกิดจากการมีผลเต็มรูปแบบของประชาคมอาเซียนหรือไม่ อย่างไร” โดยมีโจทย์วิจัยย่อย ประกอบไปด้วยปัญหาที่ต้องพิจารณา 2 ประการ ได้แก่

1. กฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมาย (choice-of-law rules) ของประเทศสมาชิกอาเซียน เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายในคดีละเมิดนั้นแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ โดยมีส่วนที่แตกต่างกัน คือ

1) สถานะของจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนนั้นมีทั้งที่อยู่ในรูปของกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมาย (rule-based) และเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่ใช่กฎหมาย (non-rule-based) ทำให้ทัศนคติในการเลือกกฎหมายในคดีละเมิดยึดโยงอยู่กับระบบกฎหมายภายในประเทศสมาชิกเอง

2) การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนนั้นมีความแตกต่างกัน

เนื่องจากประเทศสมาชิกอาเซียนได้รับอิทธิพลจากกฎหมายของประเทศตะวันตกที่แตกต่างกันทั้งยังมีระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน ทำให้เมื่อพิจารณาข้อความคิดว่าด้วยการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดประกอบกับข้อความคิดในเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียน ทั้งในกรณีความรับผิดตามหลักเกณฑ์ทั่วไป, ความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง และความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ตลอดจนการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเพื่อละเมิด จะพบว่ามีความแตกต่างกันออกไปตามนิติวิธีของแต่ละระบบ

กฎหมาย ยิ่งทำให้เกิดความไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในการแก้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดในอาเซียน ทั้งในแง่ของการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่ไม่สอดคล้องกับธรรมชาติของความรับผิดชอบเพื่อละเมิด และไม่สอดคล้องกับผลกระทบที่เกิดจากการรวมกลุ่มประชาคม

2. การร่วมกันแก้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายในกลุ่มประเทศอาเซียน สืบเนื่องจากโจทย์วิจัยย่อยที่ 1 ประเทศสมาชิกต้องประสบปัญหาร่วมกัน แต่กลับไม่มีความพยายามที่จะร่วมกันแก้ปัญหาาร่วมกัน และยังคงอาศัยวิธีการแก้ปัญหาแบบแยกส่วน โดยประเทศสมาชิกอาเซียนต่างแก้ปัญหาด้วยวิธีของตนเอง ทำให้ไม่สามารถแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดอันเกิดจากการมีผลเต็มรูปแบบของประชาคมอาเซียนได้อย่างแท้จริง

1.5 สมมติฐานการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีสมมติฐานหลัก คือ ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดสามารถแก้ไขได้โดยอาศัยกฎหมายเอกรูป (uniform law) นำไปสู่สมมติฐานย่อย 2 ประการ ได้แก่

1. อาเซียนไม่มีกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมาย (choice-of-law rules) ของประชาคม ทำให้การแก้ไขปัญหายึดโยงอยู่กับกฎเกณฑ์ของประเทศสมาชิกอาเซียน ซึ่งต่างกำหนดไว้แตกต่างกัน วิธีการแก้ปัญหาคือ การทำให้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของทุกประเทศในอาเซียนเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (unification of law) ด้วยวิธีการกำหนดจุดเกาะเกี่ยว (connecting factors) เดียวกันให้ประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิบใช้เป็นหลักในการเลือกกฎหมาย ด้วยวิธีการนี้ ไม่ว่าคดีจะขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาลที่เกี่ยวข้องศาลใดในประเทศสมาชิกอาเซียน จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวก็จะชี้ไปให้ศาลใช้กฎหมายเดียวกัน อันเป็นการแก้ปัญหาได้โดยไม่ต้องล่งละเมิดอำนาจอธิปไตยของประเทศสมาชิกและไม่ต้องแก้ไขกฎหมายสารบัญญัติในเรื่องละเมิด

2. การทำให้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดของทุกประเทศในอาเซียนเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (unification of law) ตามข้อ (1) สามารถทำได้ด้วยการจัดทำกฎหมายเอกรูป (uniform law) ในฐานะของกฎหมายประชาคมอาเซียน

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการทำวิจัยทางทฤษฎี โดยการรวบรวมคำอธิบายและวรรณกรรมทางกฎหมายทั้งกฎหมายภายในประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศ และกฎเกณฑ์ของการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นการรวบรวมกฎหมายในกลุ่มประเทศอาเซียน เพื่อให้เกิดความรู้ความเข้าใจอย่างชัดเจนในหลักเกณฑ์ของกฎหมาย รวมทั้งแนวทางการปรับใช้ที่เหมาะสม

โดยเฉพาะความเป็นไปได้ในการมีกฎหมายเอกรูป (uniform law) เพื่อป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นในกลุ่มประเทศอาเซียนในภายภาคหน้า

1.7 วิธีการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาด้วยกระบวนการศึกษาดังต่อไปนี้

ลักษณะที่หนึ่ง การศึกษาด้วยวิธีวิจัยเอกสาร (documentary research) โดยจะทำการศึกษาใน 2 ระดับ คือ

1. การศึกษาเอกสารในระดับปฐมภูมิ (primary sources) เช่น ศึกษากฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภายในของประเทศในกลุ่มประเทศอาเซียนประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป รวมทั้งกฎหมายสหภาพยุโรป โดยเฉพาะ Rome II Regulation และ คำพิพากษาศาล ความเห็นขององค์กรที่ตีความกฎหมายทั้งในระดับระหว่างประเทศและในระดับภายใน และบันทึกร่างกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ (travaux préparatoire)

2. การศึกษาเอกสารในระดับทุติยภูมิ (secondary sources) กล่าวคือ หนังสือ ตำรา วรรณกรรมกฎหมาย บทความวิชาการ บันทึกประวัติศาสตร์ รายงานข้อเท็จจริง ผลงานวิจัย กรณีศึกษาข้อเสนอแนะ งานเขียนอื่น ๆ ในรูปแบบของเอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ

ลักษณะที่สอง ศึกษาโดยการสัมภาษณ์เชิงลึกบุคคลที่เกี่ยวข้อง (In-depth Interview) เช่น สัมภาษณ์ผู้พิพากษา โดยเฉพาะผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ตลอดจนอาจารย์ นักวิชาการ เป็นต้น

บทที่ 2

ทัศนคติและความแตกต่างในการเลือกกฎหมาย (Choice of Laws) เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียน

การขัดกันแห่งกฎหมายเป็นศาสตร์ซึ่งประเทศสมาชิกอาเซียนไม่ผู้จะให้ความสนใจสักเท่าใดนัก อย่างไรก็ตาม ระดับความสนใจดังกล่าวคงจะเปลี่ยนแปลงไปเมื่อปริมาณคดีที่มีองค์ประกอบต่างประเทศเริ่มเพิ่มมากขึ้น ในเรื่องละเมิดเองเป็นประเด็นหนึ่งซึ่งประเทศสมาชิกอาเซียนมิได้ให้ความสนใจจนกล่าวได้ว่าถึงขั้นละเลย ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้ว การกระทบกระทั่งกันในขอบเขตของกฎหมายเอกชนนั้นเกิดขึ้นอยู่ตลอดเวลา ทั้งในและนอกบริบทของการประกอบธุรกิจ ความบกพร่องของกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายดังกล่าว คือ สิ่งที่ บทที่ 2 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้พยายามที่จะนำเสนอ โดยผู้ศึกษาจะได้นำเสนอสภาพปัญหาของ “การเลือกกฎหมาย” (choice of laws) ในประเทศสมาชิกอาเซียน (ASEAN Member States) โดยได้จำแนกการนำเสนอออกเป็น 4 หัวข้อย่อย กล่าวคือ

หัวข้อย่อยที่ 1 ว่าด้วย ข้อพิจารณาเบื้องต้นว่าด้วยทัศนคติของประเทศสมาชิกอาเซียนที่มีต่อการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิด สืบเนื่องจากวิธีการแก้ปัญหาการกระทำละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศของประเทศสมาชิกอาเซียนนั้นมีสถานะของบ่อเกิด (sources) ที่แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ นอกจากนี้ ผู้ศึกษายังจะได้วิพากษ์ถึงสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญที่สุดในการเลือกกฎหมายอย่างจุดเกาะเกี่ยว (connecting factors) ของประเทศสมาชิกอาเซียนที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน

หัวข้อย่อยที่ 2 ว่าด้วย ข้อพิจารณาทางกฎหมายในเรื่องความไม่สอดคล้องกันระหว่าง การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับธรรมชาติของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียน จุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดซึ่งใช้กันอยู่ในประเทศสมาชิกอาเซียนมักกำหนดไว้ในรูปแบบเดียว อย่างไรก็ตาม พัฒนาการของข้อความคิดในกฎหมายละเมิดได้พัฒนาไปมากและเกิดความรับผิดชอบในรูปแบบใหม่ ๆ ซึ่งมีจุดเกาะเกี่ยวกับกฎหมายของต่างประเทศที่สลับซับซ้อน (complicated factors) มากยิ่งขึ้น ในหัวข้อย่อยที่ 2 นี้ ผู้ศึกษาจะได้ทำการนำเสนอสมมติฐานที่ว่า จุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดที่ใช้กันอยู่ในประเทศสมาชิกอาเซียนนี้ไม่สอดคล้องกับความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในรูปแบบต่าง ๆ โดยจะได้ทำการเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดชอบเพื่อละเมิด (general principle of tortious liability) และความรับผิดชอบเพื่อละเมิดเฉพาะเรื่อง (specific types of tortious liabilities) ในประเด็นซึ่งได้รับผลกระทบจากการเคลื่อนย้ายเสรี (free movement) ของอาเซียน กล่าวคือ กรณีความรับผิดชอบของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง (employer's vicarious liability) และความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (product liability) นอกจากนี้ ในหัวข้อย่อยที่ 2 ผู้ศึกษาจะ

ได้กล่าวถึงปัญหา **forum shopping** ในระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน อันจะเกิดขึ้นจากความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญของการกำหนดค่าเสียหายเพื่อละเมิด

หัวข้อย่อยที่ 3 เกี่ยวกับการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดของสหภาพยุโรป สมมติฐานของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือ องค์ประกอบต่างประเทศในคดีละเมิดจะเพิ่มปริมาณมากขึ้นกว่าในอดีตอันเป็นผลมาจากการรวมกลุ่มประเทศในระดับภูมิภาค (**regional integration**) จึงไม่มีตัวอย่างใดที่จะสามารถทำการศึกษาเปรียบเทียบเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาในประชาคมอาเซียนได้ดีไปกว่าการเปรียบเทียบกับสหภาพยุโรป (**European Union**) โดยในหัวข้อย่อยนี้ ผู้ศึกษาได้จำแนกการศึกษออกเป็นสองช่วงเวลา ได้แก่ ช่วงเวลาก่อนที่จะมีการประกาศใช้ **Rome II Regulation** ซึ่งในระหว่างนั้น กฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายในคดีละเมิดในสหภาพยุโรปยังเกิดขึ้นภายใต้วิธีตามกฎหมายภายในของประเทศสมาชิก และช่วงเวลาภายหลังประกาศใช้ **Rome II Regulation** แล้ว

และ หัวข้อย่อยที่ 4 คือ บทวิเคราะห์ ซึ่งผู้ศึกษาจะทำการวิเคราะห์ปัญหาในการเลือกกฎหมายอันเกิดจากความแตกต่างทางนิติวิธีของประเทศสมาชิกอาเซียน กล่าวคือ เมื่อได้ทำการศึกษานี้อาณาทั้งหมดในบทที่ 2 มาแล้วนั้น ประเทศสมาชิกอาเซียนสมควรพัฒนาการเลือกกฎหมายในคดีละเมิดไปในทิศทางใด

2.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้นว่าด้วยทัศนคติของประเทศสมาชิกอาเซียนที่มีต่อการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิด

พัฒนาการทางกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนล้วนมาจากกฎหมายจารีตประเพณีท้องถิ่น (**customary law**) ผสมผสานกับระบบกฎหมายของชาติตะวันตก ซึ่งประเทศสมาชิกอาเซียนต่างรับมาเพื่อปฏิรูปกฎหมายของตนให้เท่าทันกับพัฒนาการและแก้ปัญหาซึ่งจารีตประเพณีท้องถิ่นไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ ไม่ว่าการรับกฎหมาย (**reception of laws**) จะเป็นไปโดยสมัครใจหรือถูกบังคับ

ดังที่กล่าวไว้แล้วข้างต้นว่าศาสตร์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไม่ได้ปรากฏอยู่ในรูปของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร (**written form**) เสมอไป แต่มีลักษณะเป็นนิติวิธีที่มีลักษณะเฉพาะตัว (**sui generis juristic method**) ซึ่งนักนิติศาสตร์ของแต่ละประเทศล้วนพัฒนาขึ้นเพื่อแก้ปัญหาเมื่อกระบวนการยุติธรรมภายในของตนต้องประสบกับปัญหานิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศโดยไม่จำกัดว่าพัฒนาการในเรื่องดังกล่าวจะปรากฏในรูปแบบใด และโดยมากมักปรากฏแต่เพียงในรูปของทัศนคติของนักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเท่านั้น กระนั้น บ่อยครั้งที่ทัศนคติดังกล่าวสะท้อนออกมาถึงความเกี่ยวข้องอย่างแน่นแฟ้นกับบ่อเกิดแห่งกฎหมาย (**sources of law**) ทำให้การศึกษาทัศนคติดังกล่าวจำเป็นอย่างยิ่งต่อการพิจารณาการเลือกกฎหมายในคดีละเมิด

ของประเทศสมาชิกอาเซียน ทั้งในแง่ความแน่นอน (certainty) และความยืดหยุ่น (flexibility) ในการเลือกกฎหมาย ตลอดจนการพิจารณาถึงความเหมาะสมของการเลือกกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนเมื่อประสบกับปัญหาการทำละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศในปัจจุบัน

2.1.1 ทศนคติของประเทศสมาชิกอาเซียนที่มีต่อการแก้ปัญหาการทำละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ

ในหัวข้อย่อยที่ 2.1.1 นี้ ผู้ศึกษาจะได้ทำการศึกษาทศนคติในการแก้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดของแต่ละประเทศสมาชิกอาเซียน เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจลักษณะเฉพาะทางนิติวิธีของแต่ละประเทศ ตลอดจนสถานะทางกฎหมายของการแก้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย และบ่อเกิดของกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมาย¹ โดยในหัวข้อย่อยนี้ ผู้ศึกษาได้จำแนกการศึกษาออกเป็นสองส่วนโดยคำนึงถึงนิติวิธีที่มีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างกัน กล่าวคือ

2.1.1.1 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law

2.1.1.2 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law

2.1.1.1 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งได้แก่ ประเทศกัมพูชา อินโดนีเซีย ลาว ฟิลิปปินส์² ไทย และเวียดนาม การขัดกันแห่งกฎหมายที่มีบ่อเกิดจากภายในประเทศก็เป็น

¹ E.E. Cheatham, "Sources of Rules for Conflict of Laws," University of Pennsylvania Law Review, (Feb., 1941), pp. 430-452.

² ในกรณีของฟิลิปปินส์นั้นใช้ระบบกฎหมายผสม (Mixed System) เนื่องจากได้เริ่มยึดถือระบบกฎหมาย Civil Law ตามประเทศสเปนซึ่งเป็นอดีตเจ้าอาณานิคม ขณะเดียวกันก็ได้รับอิทธิพลจากประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็น Common Law ด้วย ทำให้นิติวิธีของประเทศฟิลิปปินส์ในหลาย ๆ เรื่องนั้นมีลักษณะที่แตกต่างกันไป ในบางเรื่องฟิลิปปินส์นั้นยึดถือตามระบบกฎหมาย Civil Law บางเรื่องก็ยึดถือตาม Common Law ซึ่งสำหรับความรับผิดชอบเพื่อละเมิดนี้ ประเทศฟิลิปปินส์กำหนดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดไว้ใน Civil Code of Philippines แต่ในเรื่องการเลือกกฎหมายกลับได้รับอิทธิพลจากพิพาทฯ อย่างไรก็ดี ประเทศฟิลิปปินส์ก็ได้มีผลผูกพันตามหลัก *stare decisis* ดังเช่น Common Law ดังนั้น ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ศึกษาจึงขอจัดให้ฟิลิปปินส์เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law โปรดดู ความหมายและขอบเขตของระบบกฎหมายผสมใน กรศุทธิ์ ขอฟ่วงกลาง, "ระบบกฎหมายผสม," วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 36, ฉบับที่ 3, กันยายน(2550), น. 568-589.

เช่นเดียวกับกฎหมายในแขนงอื่น ๆ กล่าวคือ ยึดโยงอยู่กับนิติวิธีซึ่งมีอยู่ในระบบกฎหมายที่ตนยึดถือ ซึ่งระบบกฎหมาย Civil Law ยอมรับกันเสมอมาว่าบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร (written form) นั้นเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายในลำดับแรก³ อย่างไรก็ตาม การเลือกกฎหมายในเรื่องละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Civil Law นั้นสามารถจำแนกบ่อเกิดออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเทศที่มีกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายในคดีละเมิดที่เป็นลายลักษณ์อักษร และไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

ประเภทแรก: ประเทศที่มีกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายในคดีละเมิดที่เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ ประเทศอินโดนีเซีย ไทย และเวียดนาม

(1) ประเทศอินโดนีเซีย

Article 18 แห่ง กฎเกณฑ์ทั่วไปในการใช้กฎหมายอินโดนีเซีย (General Rules on Indonesia Laws) หรือ Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesie (AB) บัญญัติว่า “การกระทำทั้งหลายซึ่งอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย จำต้องได้รับการพิจารณาโดยกฎหมายของประเทศหรือกฎหมายของสถานที่ที่การกระทำนั้นได้ทำลง”⁴

แม้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะประกาศใช้มาตั้งแต่ ค.ศ. 1847 ซึ่งเป็นยุคสมัยที่ประเทศอินโดนีเซียยังคงตกอยู่ภายใต้อาณานิคมของประเทศเนเธอร์แลนด์⁵ แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันโดยผลของ Section II แห่ง Constitution of Indonesia⁶ ฉะนั้น Article 18 AB จึงยังคงมีผลใช้บังคับ และทำให้กฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายในคดีละเมิดของอินโดนีเซียเป็นไป

³ R. David and J.E.C. Brierley, Major Legal Systems in the World Today, 3rd ed., (London: Stevens&Sons, 1985), p. 108.

⁴ Article 18 Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesie
โปรดดูคำแปลภาษาอังกฤษของ Article 18 General Rules on Indonesia Laws จาก A.A. Schiler, “Conflict of Laws in Indonesia,” The Far Eastern Quarterly, Vol. 2, No. 1, (Nov., 1942), p. 33.

⁵ S. Gautama, “Indonesia,” International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. I National Reports, International Association of Legal Science, (1972), pp. 128-143.

⁶ S. Gautama, “Some Aspects of Indonesian Private International Law,” Malaya Law Review, Vol. 32, (1990), p. 417.

ตาม “หลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด” (*lex loci delicti commissi*)⁷ เช่นเดียวกับ กฎเกณฑ์ในอดีตของเนเธอร์แลนด์

(2) ประเทศเวียดนาม⁸

เวียดนามเป็นอีกประเทศหนึ่งซึ่งมีบทบัญญัติในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร และกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดตามหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*)

ในขณะที่ประเทศเวียดนามยังเป็นอาณานิคมของประเทศฝรั่งเศส และยังไม่มีกรรวมการปกครองเวียดนามเหนือและใต้เข้าด้วยกัน ประเทศเวียดนามไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดแต่อย่างใด⁹ กระทั่งในปี ค.ศ. 2005 เวียดนามได้ทำการปฏิรูปกฎหมาย และได้ทำการบรรจุกฎหมายในการแก้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายไว้ใน ส่วนที่ 7 แห่ง Civil Code of Vietnam ว่าด้วยเรื่องความสัมพันธ์ในทางแพ่งที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ (Civil Relation Involving Foreign Elements)

บทบัญญัติในส่วนที่ 7 แห่ง Civil Code of Vietnam มิได้กำหนดจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องละเมิดแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ได้บัญญัติกฎหมายในการเลือกกฎหมายในทุกนิติสัมพันธ์ไว้อย่างครบถ้วน ทั้งยังเป็นประเทศเดียวในอาเซียนที่บัญญัติความหมายของ “องค์ประกอบต่างประเทศ” (foreign elements)¹⁰

⁷ Hendronoto Soeabdo, Reno Hirdarisvita and Ferry Artionang, “Indonesia,” *Asian Conflict of Laws: East and South East Asia*, Alejandro Carballo Leyda ed., (Netherland: Kluwer Law International BV, 2015), p. 53.

⁸ Nguyen Thi Xuan Trinh and Konrad Hull, “Vietnam,” *Asian Conflict of Laws: East and South East Asia*, Alejandro Carballo Leyda ed., (Netherland: Kluwer Law International BV, 2015), p. 273

⁹ Tai Trien, L. “Republic of Viet-Nam,” *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. I National Reports, International Association of Legal Science, (1971), pp. R15-R24; Vasiljev, I. “Democratic Republic of Viet-Nam,” *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. I National Reports, International Association of Legal Science, (1969), pp. D15-D21.

¹⁰ Article 758 Civil Code of Vietnam

สำหรับจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิด Article 773 para. 1 Civil Code of Vietnam บัญญัติว่า “การชดเชยค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่มีได้เกิดจากสัญญา ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศซึ่งการกระทำอันเป็นเหตุให้เสียหายได้เกิดขึ้น หรือ ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศซึ่งปรากฏความเสียหายที่เป็นรูปธรรมจากการกระทำนั้น”¹¹ กล่าวคือ บทบัญญัติ Article 773 para.1 กำหนดให้ศาลเวียดนามใช้ “หลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด” (*lex loci delicti commissi*) เป็นจุดเกาะเกี่ยวหลักในคดีละเมิด

นอกจากนี้ ประเทศเวียดนามยังได้กำหนดจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดเพิ่มเติมจาก หลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) เพื่อให้กฎหมายในการเลือกกฎหมายมีความยืดหยุ่นเหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงมากยิ่งขึ้น Article 773 para. 3 บัญญัติว่า “หากการกระทำซึ่งเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้นนอกอาณาเขตของประเทศเวียดนาม และ ทั้งบุคคลที่ก่อให้เกิดความเสียหายและบุคคลซึ่งได้รับความเสียหายเป็นพลเมืองเวียดนามหรือนิติบุคคลสัญชาติเวียดนาม ให้ใช้กฎหมายเวียดนามบังคับแก่กรณี”¹²

ผู้ศึกษาขอตั้งข้อสังเกตว่า สาเหตุที่ประเทศเวียดนามจำเป็นต้องบัญญัติความหมายของ “องค์ประกอบต่างประเทศ” (*foreign elements*) เนื่องมาจากการที่เวียดนามเลือกบัญญัติกฎหมายในการขัดกันแห่งกฎหมายไว้ใน Civil Code ซึ่งเทียบได้กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ดังนั้น การใช้และการตีความ Civil Code ตลอดทั้งฉบับจำเป็นต้องสอดคล้องและเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน กล่าวคือ ถ้อยคำทั้งหลายซึ่งบัญญัติไว้นั้นย่อมมีความหมายเป็นอย่างเดียวกัน เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นโดยเฉพาะ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องจำแนกนิติสัมพันธ์ในทางแพ่งที่มีองค์ประกอบต่างประเทศออกจากคดีแพ่งทั่วไป เพื่อจัดความสับสนในการใช้และตีความกฎหมายในกรณีดังกล่าว

¹¹ Article 773 para. 1 Civil Code of Vietnam

“Compensation for non-contractual damages shall be determined in accordance with the law of the country in which the act causing damage occurred or in which the actual consequences of such act arise.”

¹² Article 773 para. 3 Civil Code of Vietnam

“Where the act causing damage occurs outside the territory of the Socialist Republic of Vietnam and both the person causing such damage and the victim of such damage are Vietnamese citizens or Vietnamese legal entities, the laws of the Socialist Republic of Vietnam shall apply.”

จุดเกาะเกี่ยวตาม Article 773 para. 3 เป็นจุดเกาะเกี่ยวรอง กล่าวคือ เป็นจุดเกาะเกี่ยวซึ่งศาลจะใช้ในการเลือกกฎหมายต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมที่ทำให้จุดเกาะเกี่ยวหลักไม่เหมาะสม ในกรณีของเวียดนาม ข้อเท็จจริงซึ่งเหมาะสมที่จะเป็นจุดเกาะเกี่ยวรองดังกล่าวคือ “สัญชาติร่วมกันของคู่กรณี” (common nationality) แม้การกระทำละเมิดจะเกิดขึ้นในต่างประเทศ แต่หากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีสัญชาติเวียดนาม ศาลเวียดนามจะปรับใช้กฎหมายเวียดนาม (*lex fori*) แทนกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) เพื่อให้คู่กรณีได้มีโอกาสใช้กฎหมายซึ่งตนคุ้นเคย มากกว่าการใช้กฎหมายต่างประเทศซึ่งตนมิได้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด จุดเกาะเกี่ยวรองตาม Article 773 para. 3 Civil Code of Vietnam จึงเป็นประโยชน์อย่างมากต่อการปรับใช้แก่การกระทำละเมิดที่มีลักษณะต่างประเทศซึ่งจะเกิดขึ้นจากการเคลื่อนย้ายเสรี (free movement) ในอาเซียน

(3) ประเทศไทย

จุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดของประเทศไทยอาศัยหลัก Double Actionability ซึ่งเป็นจุดเกาะเกี่ยวผสม (cumulative connecting factors)¹³ อันเกิดจากการพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวตามหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) ควบคู่ไปพร้อมกับหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) ตามอย่างกฎหมายของประเทศอังกฤษ¹⁴

มาตรา 15 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 บัญญัติว่า “หนี้ซึ่งเกิดจากการละเมิด ให้บังคับตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เป็นการ

¹³ see also M. Wolff, *Private International Law*, 2nd ed., (Oxford: The Clarendon Press, 1950), p. 6.

¹⁴ สาเหตุที่เป็นเช่นนั้นมาจากเหตุผลทางประวัติศาสตร์และการเมือง พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 ยกสร้างขึ้นในฐานะหนึ่งในเงื่อนไขเพื่อให้ประเทศอังกฤษยอมรับประเทศไทยในฐานะประเทศอารยะ และยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขต (extra-territoriality) เป็นเหตุให้ประเทศไทยจำเป็นต้องรับแรงในการพิจารณาพระราชบัญญัตินี้ และยกสร้างขึ้นโดยอาศัยการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบจากการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การหิบบกกฎหมายของประเทศไทยซึ่งเป็นคู่สัญญามาใช้ นิติวิธีของ Common Law จำนวนมากจึงเข้ามาปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 โปรดดู ทองศรี อาจอรุณ, “การแก้ไขสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับประเทศมหาอำนาจในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2506), น .284-286.

ละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น” เมื่อพิจารณาข้อบทดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าในลำดับแรก กฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายในคดีละเมิดของประเทศไทยใช้ “หลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด” (*lex loci delicti commissi*) เป็นพื้นฐาน เช่นเดียวกับอินโดนีเซียและเวียดนาม กล่าวคือ องค์ประกอบต่างประเทศในคดีละเมิดซึ่งประเทศไทยยอมรับว่าเหมาะสมในการใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวเพื่อเลือกกฎหมายคือ ข้อเท็จจริงที่ว่า การกระทำละเมิดเกิดขึ้นในต่างประเทศ ดังนั้น แม้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะมีสัญชาติของประเทศอื่น แต่หากการกระทำละเมิดเกิดขึ้นในประเทศไทย เช่นนี้ ย่อมไม่ใช่ความหมายของการกระทำละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศตามความหมายของ มาตรา 15 วรรคแรก และศาลไทยย่อมจะใช้กฎหมายละเมิดไทยตาม มาตรา 420-452 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับแก้คดีโดยตรง¹⁵

อย่างไรก็ดี กฎเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดของประเทศไทยมิได้กำหนดให้เลือกกฎหมายโดยใช้หลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) เพียงประการเดียว มาตรา 15 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 บัญญัติว่า “ความในวรรคก่อนไม่ใช้แก่บรรดาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ซึ่งไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมายสยาม” ผลของ มาตรา 15 วรรคสอง ได้จำกัดการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย แม้ว่าศาลไทยจะเลือกใช้กฎหมายของต่างประเทศโดยกลไกของการขัดกันแห่งกฎหมายตาม มาตรา 15 วรรคแรกแล้ว ศาลไทยก็ต้องพิจารณา “หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี” (*lex fori*) ซึ่งก็คือกฎหมายไทยควบคู่กันไป กรณีเช่นนี้ปรากฏปัญหาในทางปฏิบัติอย่างมาก เนื่องจากการกระทำละเมิดของแต่ละประเทศมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไป โดยเฉพาะความแตกต่างของความรับผิดชอบในระบบกฎหมาย Civil Law และ Common Law การกระทำบางลักษณะอาจเป็นละเมิดตามกฎหมายของต่างประเทศแต่ไม่เป็นละเมิดตามกฎหมายไทย กลับกัน อาจเป็นละเมิดตามกฎหมายไทยแต่ไม่เป็นละเมิดตามกฎหมายต่างประเทศ¹⁶ ตัวอย่างเช่น นาย A รบวานที่ดินของนาย B ในประเทศสิงคโปร์โดยมิได้ตั้งใจ กรณีเช่นนี้ หากนำจุดเกาะเกี่ยวตามหลัก Double Actionability มาใช้ จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวย่อมชี้ไปให้ศาลใช้กฎหมายสิงคโปร์ตามหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) และการกระทำดังกล่าวเป็นความรับ

¹⁵ ภาสกร ชุณหะวัณ, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2520), น. 79.

¹⁶ ชุมพร ปัจจุสานนท์, “หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมายและพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย,” ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, หน่วยที่ 13, พิมพ์ครั้งที่ 5 (นนทบุรี : โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2551), น. 5.

ผิดตาม *Trespass to Land* ของ *Common Law* กระนั้น เมื่อพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวตามหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) การกระทำดังกล่าวไม่ปรากฏความรับผิดชอบตามกฎหมายไทย ทำให้ศาลไทยสามารถปฏิเสธไม่ใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับแก่คดีได้¹⁷

นอกจากจะจำกัดการใช้กฎหมายต่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนด “ความรับผิดชอบเพื่อละเมิด” (*tortious liability*) หลัก *Double Actionability* ตาม มาตรา 15 ยังจำกัด “การชดเชยค่าเสียหาย” (*compensation*) อีกด้วย มาตรา 15 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 บัญญัติว่า “กรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่ต้องเสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน หรือทางแก้อย่างใดไม่ได้ นอกจากที่กฎหมายสยามยอมให้เรียกร้องได้” ดังนั้น แม้การกระทำจะเป็นละเมิดตามหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) และกฎหมายของศาลไทย (*lex fori*) แต่ศาลไทยก็สามารถกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์ได้เพียงในเรื่อง และจำนวนที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438-447 อนุญาตเท่านั้น

ประเภทที่สอง: ประเทศ *Civil Law* ที่ไม่มีกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายในคดีละเมิดที่เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ ฟิลิปินส์, ลาว และกัมพูชา

(1) ฟิลิปินส์¹⁸

สำหรับประเทศสมาชิกอาเซียนซึ่งใช้ระบบกฎหมาย *Civil Law* แต่มิได้มีบทบัญญัติในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ประเทศฟิลิปปินส์อาศัย “คำพิพากษาของศาล” (*judicial decisions*) เพื่อกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิด ในคดี *Purita S. Mapa, Carmina S. Mapa and Cornelio P. v Court of Appeals and Trans-World Airlines Inc*¹⁹ ศาลสูงฟิลิปปินส์ (Philippines Supreme Court) ได้วางหลักไว้ว่า การปรับใช้กฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนั้นให้เป็นไปตามหลัก “กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด” (*lex loci delicti commissi*)

¹⁷ คณิง ภาไชย, คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558), น. 80.

¹⁸ Edgardo Lardizábal Paras, *Philippine Conflict of Laws*, 6th ed., (Manila, Rex Book Store: 1984), pp. 13-23.

¹⁹ *Purita S. Mapa, Carmina S. Mapa and Cornelio P. v Court of Appeals and Trans-World Airlines Inc.* [G.R. No. 122308. July 8, 1997]

ภายหลังศาลสูงฟิลิปปินส์ ได้เพิ่มเติมหลักในการพิจารณาคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศไว้โดยคำพิพากษาในคดี *Saudi Arabian Airlines v CA*²⁰ ในคดีนี้ ศาลสูงฟิลิปปินส์พิจารณาแล้วเห็นว่าวัตถุประสงค์ของการขัดกันแห่งกฎหมาย คือ การเป็นเครื่องมือแก่ศาลในการเลือกใช้กฎหมายให้เหมาะสมแก่กรณี ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีนี้ ศาลเห็นว่า “หลักกฎหมายของสถานที่เกิดการกระทำ” (*lex loci actus*) นั้นไม่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งคดี ศาลจึงหยิบยก “หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด” (*The Proper Law of Tort*) ขึ้นปรับแก้คดี เพื่อให้ศาลสามารถใช้จุดเกาะเกี่ยวอื่นซึ่งใกล้ชิดกับคู่กรณีมากที่สุด (*most significant connection*) แทนได้ โดยอ้างอิงจาก *Restatement (Second) of Conflict of Laws* ซึ่งเป็นกฎหมายแม่แบบของสหรัฐอเมริกา

(2) ลาว

สำหรับประเทศลาว แม้จะปรากฏบทบัญญัติในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร บทบัญญัติดังกล่าวก็กระจัดกระจายอยู่ตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ การขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศลาวยังปรากฏอยู่เพียงในบางเรื่อง มิได้ครอบคลุมนิติสัมพันธ์ในทางแพ่งทั้งหมด ความรับผิดชอบเพื่อละเมิด คือ ประเด็นหนึ่งซึ่งประเทศลาวมิได้บัญญัติถึงการขัดกันแห่งกฎหมาย ทั้งยังไม่ปรากฏหลักฐานว่าศาลลาวเคยมีคำพิพากษาใดที่ได้วางหลักการเพื่อกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดไว้ เป็นเหตุให้การแก้ปัญหาการละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศของประเทศลาวต้องอ้างอิงถึงกฎเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นอดีตเจ้าอาณานิคม²¹ กล่าวคือ ใช้จุดเกาะเกี่ยวตาม “หลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด” (*lex loci delicti commissi*) ดังปรากฏจากคำพิพากษาในคดี *Loutour c. Guiraud*²²

(3) กัมพูชา

รายงานประจำชาติ (*national reports*) ของ *International Association of Legal Science* กล่าวถึงการปราศจากบทบัญญัติในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายของกัมพูชา เป็นเหตุให้ต้อง

²⁰ *Saudi Arabian Airlines v CA* [G.R. No. 122191. October 8, 1998]

²¹ B. Norasing, “Laos,” *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. I National Reports, International Association of Legal Science, (1973), p. L5.

²² *Cour de cassation*, Civ. 25.5.1948, D. 1948, 357; S. 1949 I, 21.) *Loutour c. Guiraud*(

ยึดถือนิติวิธีของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นอดีตเจ้าอาณานิคม²³ ซึ่งในปัจจุบัน กัมพูชาก็ยังคงไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือคำพิพากษาของศาลซึ่งวางบรรทัดฐานในการเลือกกฎหมายแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี **Civil Code of Cambodia** ในปัจจุบันมิได้บัญญัติขึ้นตามอย่างกฎหมายฝรั่งเศสอีกต่อไป แต่ได้รับอิทธิพลมากจากกฎหมายญี่ปุ่น ดังนั้น หากกัมพูชาประสบกับการกระทำละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ การหยิบยกข้อคิดในการเลือกกฎหมายของญี่ปุ่นมาใช้นั้นเป็นไปได้มากกว่า ซึ่ง รองศาสตราจารย์ Jörg Menzel เห็นว่า การรับกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายของญี่ปุ่นในกัมพูชาย่อมทำให้การเลือกกฎหมายสอดคล้องกับนิติสัมพันธ์ในทางแพ่งซึ่งบัญญัติไว้ใน **Civil Code of Cambodia** นอกจากนี้ ประเทศญี่ปุ่นยังได้บัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในรูปของประมวลกฎหมาย²⁴ จึงเป็นประโยชน์แก่กัมพูชาและสะดวกในการรับกฎหมายดังกล่าว มากกว่าการอาศัยกฎเกณฑ์ของประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีลักษณะเป็นเพียงนิติวิธีเท่านั้น²⁵

จากที่ได้ศึกษามา บ่อเกิดแห่งกฎเกณฑ์ในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมาย (**sources of rules for Conflict of Laws**) ของประเทศสมาชิกอาเซียนซึ่งใช้ระบบกฎหมาย **Civil Law** ยังคงยึดโยงอยู่กับนิติวิธีในระบบกฎหมายของตน กระนั้น ก็มีใช้ทุกประเทศที่มีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร การเลือกกฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์สืบทอดมาจาก “คำพิพากษาของศาล” (**judicial decisions**) แต่คำพิพากษาในประเทศฟิลิปปินส์มีได้ฐานะเป็นกฎหมายตามหลักผลผูกพันของคำพิพากษาศาล (**doctrine of stare decisis**)²⁶ แต่มีลักษณะเป็นตัวอย่างในการใช้และตีความกฎหมายของศาล เพื่อแก้ปัญหาค่าที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้แก่คดี (**non liquet**) จึงมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายอันเกิดจากคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสซึ่ง

²³ P.V. Vaddey, “Khmer Republic,” International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. I National Reports, International Association of Legal Science, (1972), p. K16.

²⁴ Act on General Rules for the Application of Laws (Act No. 78 of June 21, 2006)

²⁵ J. Menzel, “Cambodian Law: Some Comparative and International Perspectives,” in Introduction to Cambodia Law, Pong, H., Kong, P. and Menzel, J. (eds), (Phnom Penh: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2012), pp. 490-491.

²⁶ Myrna S. Feliciano, “The Legal System of Philippines,” in ASEAN Legal System, ASEAN Law Association, (Singapore: Butterworths Asia, 1995), p. 150.

เรียกว่า **Jurisprudence** อย่างไรก็ดี กฎเกณฑ์ซึ่งวางไว้โดยคำพิพากษาของศาลในระบบกฎหมาย **Civil Law** ก็ไม่มีสภาพบังคับ (imperative character)

ขณะที่กรณีของประเทศลาวและกัมพูชานั้นเป็นเพียงการนำเสนอข้อเขียนของนักนิติศาสตร์ (legal writing) เท่านั้น อย่างไรก็ดี ผู้ศึกษาเห็นว่าหากกัมพูชาและประเทศลาว ใช้จุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดตามความเห็นของนักนิติศาสตร์ข้างต้นจริงก็คงจะปรากฏหลักฐานของคำพิพากษาซึ่งวินิจฉัยคดีโดยนำจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวมาใช้เป็นเครื่องมือในการเลือกกฎหมายอยู่บ้าง การที่ไม่พบคำพิพากษาใด ๆ เลย น่าจะเป็นสิ่งที่ยืนยันได้ว่าศาลกัมพูชา และลาวมิได้พิจารณาตัดสินคดีที่มีองค์ประกอบต่างประเทศแตกต่างจากคดีละเมิดตามกฎหมายภายในของตนแต่อย่างใด กล่าวคือ ทั้งสองประเทศใช้ “กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี” (*lex fori*) ปรับแก้ทุกกรณี

2.1.1.2 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law

ในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Common Law ประกอบด้วย บรูไนดารุสซาลาม เมียนมาร์ มาเลเซีย และสิงคโปร์ ล้วนมีประวัติในฐานะอดีตอาณานิคมของประเทศอังกฤษ ในช่วงเวลาดังกล่าว อังกฤษได้ถ่ายทอดระบบกฎหมาย Common Law ให้แก่เหล่าอาณานิคม เพื่อมิให้คนในบังคับของอังกฤษต้องประสบกับปัญหาจากการใช้กฎหมายศาสนาและจารีตประเพณีซึ่งล้าสมัยและมิได้ครอบคลุมนิติสัมพันธ์ในทุกเรื่อง ทำให้ Common Law, หลักความเที่ยงธรรม (Equity) และกฎหมายลายลักษณ์อักษร (statutes) ทั้งหลายซึ่งมีอยู่ในประเทศอังกฤษได้ถูกนำมาใช้บังคับในประเทศอาณานิคม จนกว่าประเทศเหล่านั้นจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของตนเอง ไม่เว้นแม้แต่กฎเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมาย ทำให้บรูไนดารุสซาลาม,²⁷ เมียนมาร์,²⁸

²⁷ Article 2 Application of Laws Act บังคับให้บรูไนดารุสซาลามรับเอา Common Law ของอังกฤษมาใช้ตั้งแต่ ค.ศ.1951 แม้ภายหลังบรูไนดารุสซาลามจะได้รับเอกราชคืน แต่จากการใช้ Common Law มาอย่างยาวนาน อีกทั้งยังได้เชิญผู้พิพากษาจากอังกฤษและฮ่องกงให้มาประจำศาลอุทธรณ์ (Brunei Appeal Court) และศาลสูง (High Court) นอกจากนี้ บรูไนดารุสซาลามยังได้อุทธรณ์คดีแพ่งบางประเภทไปยัง Judicial Committee of Privy Council ของอังกฤษเป็นผู้ทบทวนคำพิพากษาให้ จนถึงในปัจจุบัน see also Ahmad Basuni Haj Abbas and DY Hasnah Hassan, “The Legal System of Brunei Darussalam,” in ASEAN Legal System, ASEAN Law Association. Singapore: Butterworths Asia, 1995. pp. 3-14

อนึ่ง Judicial Committee of Privy Council (JCPC) คือ องค์การตุลาการของสหราชอาณาจักรซึ่งประกอบไปด้วยผู้พิพากษาศาลสูง (High Court) ทั้งหมด ทำหน้าที่ในการทบทวนคำพิพากษาซึ่งส่งมาจากประเทศในเครือจักรภพ (Commonwealth), ประเทศที่เป็นบริติชคราวน์ดีเพน

มาเลเซีย²⁹ และสิงคโปร์ ทั้งสี่ประเทศข้างต้นถูกบังคับให้รับจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดที่อังกฤษใช้อยู่ในช่วงดังกล่าว ซึ่งก็คือ “หลัก Double Actionability” ตามคำพิพากษาคดี *Philips v Eyre*³⁰

การเลือกกฎหมายเมื่อเกิดการกระทำละเมิดที่มืองค์ประกอบต่างประเทศของสิงคโปร์นั้น แตกต่างจากทั้งสามประเทศข้างต้น แม้จะได้รับอิทธิพลอย่างมากจากระบบกฎหมายอังกฤษ³¹ และ

เดนซี (British Crown Dependencies) และ ดินแดนโพ้นทะเลของสหราชอาณาจักร (British Overseas Territories) อันเป็นประเทศที่ยังคงใช้ Common Law ตามอย่างประเทศอังกฤษอยู่ในปัจจุบัน สำหรับการอุทธรณ์คำพิพากษาจากศาลบรูไนดารุสซาลามเพื่อให้ Judicial Committee of Privy Council พิจารณาตีแผ่บางประเพณีนั้น อันเป็นผลจากความตกลงระหว่างพระราชินีนาถแห่งสหราชอาณาจักรและสุลต่านแห่งบรูไนดารุสซาลาม see also Judicial Committee of Privy Council, “The Jurisdiction of the Judicial Committee of Privy Council,” <https://www.jcpc.uk/docs/jurisdiction-of-the-jcpc.pdf>, สืบค้นวันที่ 10 พฤษภาคม 2559.

²⁸ Article 13 (3) Burma Laws Act 1898 ได้บัญญัติให้นำกฎหมายอังกฤษมาใช้ในเมียนมาร์ใช้ Common Law จนกว่าจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของตนเองในเรื่องนั้น ๆ กรณีของเมียนมาร์จึงมิใช่การใช้ Common Law ตามหลักผลผูกพันของคำพิพากษาในคดีก่อน (doctrine of *stare decisis*) แต่เป็นการใช้เพื่ออุดช่องว่างในกรณีที่ไม่มีกฎหมายสามารถยกขึ้นปรับแก้กรณีได้ (*non liquet*) อันเป็นที่มาซึ่งทำให้ ศาสตราจารย์ Adrian Briggs เห็นว่า หากศาลเมียนมาร์ประสบปัญหาการทำละเมิดที่มีลักษณะต่างประเทศ ศาลก็สามารถนำหลัก Double Actionability มาใช้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยวได้ see also A. Briggs, *Private International Law in Myanmar*, (Oxford: Faculty of Law University of Oxford, 2014), p. 104.

²⁹ Article 3 Malaysia Civil Law Acts 1956 กำหนดให้มาเลเซียใช้ Common Law ของประเทศอังกฤษ แม้ในปัจจุบันมาเลเซียจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรจำนวนมาก และริเริ่มสร้างบรรทัดฐานของคำพิพากษาโดยศาลมาเลเซีย ตามหลัก *stare decisis* แต่ศาลมาเลเซียก็ยังคงไม่ปฏิเสธคำพิพากษาของศาลอังกฤษในอดีต และยึดถือทัศนคติที่ได้รับสืบทอดกันมาจากระบบกฎหมาย Common Law เช่นเดิม ทำให้ทัศนคติในการเลือกกฎหมายของมาเลเซียเป็นไปตามหลักในคำพิพากษาของศาลอังกฤษ see also E. Othman, “Malaysia,” *Asian Conflict of Laws: East and South East Asia*, Alejandro Carballo Leyda ed., (Netherland: Kluwer Law International BV, 2015), p. 129.

³⁰ *Philips v Eyre* (1870) L.R. 6 Q.B. 1.

³¹ Gary Chan Kok Yew and Jack Tsen-Ta Lee, *The Legal System of Singapore: Institutions, Principles and Practices*, (Singapore: LexisNexis, 2015), p. 369.

ยังคงใช้ *Common Law* ตามหลัก *stare decisis* อยู่ก็ตาม แต่ในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายละเมิดนั้น สิงคโปร์ก็ได้พยายามพัฒนากฎเกณฑ์ของตนเองเพื่อนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการเลือกกฎหมาย ในคดี *Goh Chok Tong v Tang Liang Hong*³² และ *Parno v SC Marine Pte Ltd.*³³ ศาลสูงสิงคโปร์ได้พิพากษาคดีโดยนำหลัก *Double Actionability* มาใช้ในการเลือกกฎหมาย

อย่างไรก็ดี เนื่องจากปัญหาในทางปฏิบัติของจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าว ศาลสิงคโปร์ได้นำหลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (*The Proper Law of Tort*) มาใช้เพื่อเพิ่มความยืดหยุ่นและสมเหตุสมผลให้แก่การเลือกกฎหมาย ดังปรากฏในคดี *Rickshaw Investment Ltd v Nicolai Baron von Uexkull*³⁴ ซึ่งผูกพันศาลสิงคโปร์ในฐานะกฎหมาย ทั้งศาลล่าง (*vertical stare decisis*) และศาลในระดับเดียวกันซึ่งพิจารณาคดีในภายหลัง (*horizontal stare decisis*)³⁵

การเลือกกฎหมายของสิงคโปร์จึงเป็นไปตามหลักผลผูกพันของคำพิพากษาในคดีก่อน (*doctrine of stare decisis*) และมีสถานะเป็นกฎหมาย ทำให้การเลือกกฎหมายมีความแน่นอน (*certainty*) แตกต่างจากคำพิพากษาของศาลฟิลิปปินส์ซึ่งเป็นแต่เพียงนิติวิธี อย่างไรก็ตาม จนปัจจุบันยังคงไม่ปรากฏคำพิพากษาของศาลบรูไนดารุสซาลาม, เมียนมาร์ และมาเลเซีย เกี่ยวกับการเลือกกฎหมายในคดีละเมิดแต่อย่างใด

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้ศึกษาสามารถสรุปได้ว่า ทศนคติของประเทศสมาชิกอาเซียนที่มีต่อการเลือกกฎหมายในคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศนั้นมิได้มีเสถียรภาพและความแน่นอนถึงขนาดที่จะสามารถกล่าวได้ว่าการเลือกกฎหมายของทุกประเทศสมาชิกอาเซียนตั้งอยู่บนพื้นฐานทางกฎหมาย (*law-based*) บางประเทศมีลักษณะเป็นเพียงนิติวิธีซึ่งศาลสามารถยืดหยุ่นและปรับเปลี่ยนให้เหมาะสมได้เสมอ ขณะที่บางประเทศมีสภาพเป็นเพียงทศนคติของศาลหรือนักนิติศาสตร์เท่านั้น ทำให้การเลือกกฎหมายในอนาคตนั้นไม่แน่นอน (*uncertainty*) และไม่สามารถคาดเห็นได้ (*unpredictability*) เมื่อเป็นเช่นนี้ย่อมทำให้นักลงทุนขาดความเชื่อมั่นในการใช้กฎหมาย ซึ่งย่อมส่งผลต่อการเคลื่อนย้ายเสรีของนิติสัมพันธ์ต่าง ๆ ในประชาคมอาเซียน

³² *Goh Chok Tong v Tang Liang Hong* [1997] 2 SL.R. 641 (H.C.).

³³ *Parno v SC Marine Pte Ltd.* [1999] 4 SLR 579; [1999] SGCA 69

³⁴ *Rickshaw Investment Ltd v Nicolai Baron von Uexkull* [2007] 1 SLR 377; [2006] SGCA 39.

³⁵ Gary Chan Kok Yew and Jack Tsen-Ta Lee. *Supra note 31*, p. 317.

2.1.2 ความล้าสมัยในการแก้ปัญหาคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศของ ประเทศสมาชิกอาเซียน

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดนั้นมีพัฒนาการมากขึ้นกว่าในอดีต และปัจจุบันก็มีจุดเกาะเกี่ยวอยู่ถึง 7 ประเภท³⁶ ซึ่งใช้เพื่อแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดในบริบทที่แตกต่างกันออกไป อย่างไรก็ตาม ประเทศสมาชิกอาเซียนก็ยังคงยึดถือจุดเกาะเกี่ยวแบบดั้งเดิมและจำกัดการใช้งานอยู่เพียงไม่กี่รูปแบบ ทำให้ศาลภายในประเทศสมาชิกปราศจากเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพและทันสมัยเมื่อต้องประสบปัญหาการทำละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ ซึ่งจะมีปริมาณเพิ่มขึ้นอย่างมากจากการมีผลเต็มรูปแบบของประชาคมอาเซียน (full implementation of the ASEAN Community) และการเคลื่อนย้ายเสรี (free movement)

สำหรับหัวข้อนี้ ผู้ศึกษาขอจำแนกการพิจารณาการใช้จุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดของประเทศสมาชิกออกเป็น 2 ส่วน เพื่อชี้ให้เห็นถึงความไม่เท่าทันต่อพัฒนาการในการแก้ปัญหาของประเทศสมาชิกอาเซียนในปัจจุบัน ได้แก่ การใช้จุดเกาะเกี่ยวตามหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) และ การใช้จุดเกาะเกี่ยวประเภทอื่น

³⁶ จุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดทั้ง 7 ประเภท ได้แก่

- 1) หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*)
- 2) หลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*)
- 3) หลัก Double Actionability
- 4) หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort)
- 5) หลักกฎหมายตามสัญชาติ (*lex patriae*), หลักกฎหมายตามภูมิลำเนา (*lex domicile*) หรือหลักกฎหมายตามถิ่นที่อยู่ (habitual residence) ของคู่กรณี
- 6) หลักกฎหมายซึ่งคู่กรณีเลือก (party autonomy)
- 7) หลักกฎหมายของประเทศใดเป็นประโยชน์แก่คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายที่สุด (The Law Most Favourable to Aggrieved Party)

โปรดดู บทที่ 1 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หน้า 31-41.

2.1.2.1 การใช้จุดเกาะเกี่ยวตามหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำ ละเมิด (*LEX LOCI DELICTI COMMISSI*)

หลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) คือจุดเกาะเกี่ยวที่ได้รับความนิยมมากที่สุดในการนำมาใช้เพื่อเลือกกฎหมายสำหรับคดีละเมิด ของประเทศสมาชิกอาเซียน

อย่างไรก็ดี จุดเกาะเกี่ยวประเภทนี้ก็ปรากฏข้อขัดข้องประการสำคัญในการปรับใช้ อันเกิดจากการกำหนดความหมายของ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) เนื่องจากจุดเกาะเกี่ยวนี้อาศัยสถานที่หรืออาณาเขตของรัฐเป็นพื้นฐาน (*territory based*) แต่ลักษณะของการละเมิดนั้นเกิดจากการกระทำทางกายภาพ ซึ่งในทางข้อเท็จจริงนั้นไม่อาจถูกจำกัดได้ด้วยอาณาเขตของรัฐ ในกรณีที่มีการกระทำมีลักษณะข้ามแดน (*cross-border*) เช่น นาย A ยิงปืนจากประเทศไทยไปถูก นาย B ได้รับความเสียหายที่ประเทศเมียนมาร์ หรือ กรณีความรับผิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ซึ่งสถานที่ผลิตสินค้าและสถานที่เกิดความเสียหายเกิดขึ้นในหลายประเทศ แสดงให้เห็นว่าในการทำละเมิดคราวหนึ่งไม่จำเป็นที่ “สถานที่เกิดการกระทำ” (*locus actus*) และ “สถานที่เกิดความเสียหาย” (*locus damni*) จะต้องเกิดขึ้นในประเทศเดียวกัน นโยบายแห่งถ้อยคำดังกล่าวจึงสามารถแปรเปลี่ยนไปได้ตามข้อเท็จจริงและพฤติการณ์การกระทำละเมิดแต่ละคดี (*case-by-cases*) และความรับผิดเพื่อละเมิดแต่ละประเภท (*categories*) ทำให้การเลือกกฎหมายเกิดความไม่แน่นอน (*uncertainty*) อันเป็นที่มาของสมมติฐานของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ที่ว่าประเทศสมาชิกอาเซียน จำเป็นต้องค้นหาขอบเขตและความหมายของ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) เพื่อการเลือกกฎหมายที่เหมาะสมในคดีละเมิดสำหรับประเทศสมาชิกอาเซียน ความหมายของ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) ขึ้นอยู่กับทัศนคติของผู้พิพากษา เนื่องจากไม่มีประเทศสมาชิกใดกำหนดความหมายของถ้อยคำดังกล่าวไว้อย่างแน่นอน ทั้งประเทศที่มีกฎหมายการเลือกกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร และไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ทำให้ศาลมีอำนาจเต็มในการปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าว

อย่างไรก็ดี การปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวโดยอำนาจของศาลภายในประเทศสมาชิกล้วนยึดโยงอยู่กับนิติวิธีตามแต่ละระบบกฎหมาย ทำให้ในข้อเท็จจริงเดียวกัน ศาลของประเทศ *Civil Law* อาจให้ความหมายแตกต่างออกไปจากศาลของ *Common Law* หรือแม้กระทั่งว่าศาลแห่งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายเดียวกันก็อาจแปลความผิดแผกจากกันได้ ตัวอย่างเช่น ในประเทศเวียดนาม *Article 773 para. 1 Civil Code of Vietnam* จำแนกจุดเกาะเกี่ยวตามหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) ออกเป็น 2 ประเภท คือ “หลักกฎหมายของสถานที่เกิดการกระทำ” (*lex loci actus*) และ “หลักกฎหมายของสถานที่เกิดความเสียหาย” (*lex*

loci damni infecti) เท่านั้น ซึ่งเป็นการปฏิเสธการใช้ “สถานที่ที่ผู้เสียหายเลือก” (*election*) โดยปริยาย

อนึ่ง ผู้ศึกษาเห็นว่า การใช้กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) ในบริบทของอาเซียนอาจมีปัญหาอีกประการหนึ่ง เนื่องมาจากการกำหนดเขตแดนระหว่างประเทศ (*delimitation of boundary*) บางตำแหน่งยังไม่มีความแน่นอน เช่น บริเวณโดยรอบปราสาทพระวิหาร (*vicinity of Temple of Preah Vihear*)³⁷ เป็นเหตุให้เกิดอุปสรรคในการเลือกกฎหมายเมื่อการละเมิดได้เกิดขึ้นในบริเวณดังกล่าว ตัวอย่างเช่น นาย A สัญชาติไทยทำร้ายนาย B ชาวกัมพูชา ขณะทั้งสองเดินทางไปท่องเที่ยวยังปราสาทพระวิหาร ซึ่งในปัจจุบัน บริเวณดังกล่าวยังได้มีการกำหนดเขตแดนว่าอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของประเทศไทยหรือกัมพูชา ทำให้การพิจารณาความหมายของ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) เป็นไปอย่างยากลำบาก

2.1.2.2 การใช้จุดเกาะเกี่ยวประเภทอื่น

นอกจากจุดเกาะเกี่ยวตามหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) ในประเทศสมาชิกอาเซียนยังปรากฏการใช้จุดเกาะเกี่ยวในลักษณะอื่นอีก 3 ประเภท คือ หลัก *Double Actionability*, หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (*Proper Law of Tort*) และหลักกฎหมายตามสัญชาติของคู่กรณี (*lex patriae*) โดยจุดเกาะเกี่ยวทั้งสามประเภทรนี้ได้นำมาใช้กับคดีละเมิดในบริบทที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การใช้จุดเกาะเกี่ยวเพื่อจำกัด (*restriction*) การใช้กฎหมายต่างประเทศ และการใช้จุดเกาะเกี่ยวอื่นโดยคำนึงถึงความเหมาะสม (*appropriate*) ในการเลือกกฎหมาย

(1) การใช้จุดเกาะเกี่ยวเพื่อจำกัดการใช้กฎหมายต่างประเทศ

การใช้จุดเกาะเกี่ยวในลักษณะนี้คือ จุดเกาะเกี่ยวตามหลัก *Double Actionability* ซึ่งประเทศสมาชิกอาเซียนในกลุ่ม *Common Law* และประเทศไทยใช้อยู่ในปัจจุบัน

จุดเกาะเกี่ยวตามหลัก *Double Actionability* เกิดอุปสรรคอย่างมากในทางปฏิบัติ เนื่องจากศาลต้องพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวตามหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) และหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) พร้อมกัน จึงจะสามารถ

³⁷ see Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning *the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* (Cambodia v. Thailand)

เลือกกฎหมายได้ จุดเกาะเกี่ยวในลักษณะเช่นนี้จึงเอื้อประโยชน์ต่อฝ่ายผู้ทำละเมิด หรือจำเลย (pro-defendant) และไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหาย (unfairness to plaintiff)³⁸

ตัวอย่างเช่น ศาลสิงคโปร์พิจารณาคดีซึ่งการกระทำละเมิดเกิดขึ้นในประเทศไทย โดยหลักแล้ว ศาลสิงคโปร์จำต้องพิจารณาทั้งกฎหมายละเมิดของประเทศสิงคโปร์และกฎหมายละเมิดของประเทศไทย กระนั้นเมื่อพิจารณากฎหมายสารบัญญัติแล้วพบว่าความรับผิดเพื่อละเมิดของทั้งสองประเทศแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ ความรับผิดเพื่อละเมิดของประเทศไทยเป็นไปตามนิติวิธีของ Civil Law กล่าวคือ มีหลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิด (general principle of tortious liability) ดังบัญญัติไว้ใน มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้ขอบเขตความรับผิดดังกล่าวกว้างขวางอย่างมาก โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาความรับผิดเพื่อละเมิดของสิงคโปร์ซึ่งได้รับอิทธิพลอย่างมากจาก Common Law ของอังกฤษ และมีลักษณะเป็นความรับผิดเฉพาะเรื่อง (specific types of tortious liabilities)³⁹ จึงมีองค์ประกอบความรับผิดที่แคบกว่าและพิสูจน์ความรับผิดยากกว่า โจทก์ย่อมประสงค์จะให้ศาลเลือกกฎหมายโดยใช้หลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) แต่เพียงประการเดียว เพื่อที่จะได้ใช้กฎหมายไทย อันจะทำให้ตนมีโอกาสดำเนินการเยียวยาความเสียหายมากกว่า กลับกันจำเลยก็ย่อมต้องการให้ศาลเลือกกฎหมายด้วยหลักกฎหมายของสิงคโปร์ (*lex fori*) ซึ่งตนมีโอกาสดูดพ้นความรับผิดมากกว่า จุดเกาะเกี่ยวตามหลัก Double Actionability จึงกลายเป็นการใช้จุดเกาะเกี่ยวผสมเพื่อช่วยเหลือจำเลยให้หลุดพ้นความรับผิด⁴⁰

³⁸ P.M. North, *Reform, But Not Revolution: General Course of Private International Law*, Recueil des Cours, Tome 220, (Leiden: Nijhoff, 1990), p. 208.

³⁹ Gary Chan Kok Yew, *The Law of Torts in Singapore*, (Singapore: Academy Publishing, 2011), p. 2.

⁴⁰ สาเหตุที่เป็นเช่นนั้นมาจากเหตุผลเบื้องหลังในการสร้างหลัก Double Actionability โดยศาลสูงอังกฤษ (House of Lords) ในคดี *Philips v Eyre* นาย Eyre จำเลยมีสัญชาติอังกฤษ ได้คุมขังนาย Philips โดยไม่ชอบ (false imprisonment) ที่ประเทศจาเมกา นาย Philips ฟ้องร้องนาย Eyre ต่อศาลอังกฤษ ซึ่งโดยหลักการเลือกกฎหมายของประเทศอังกฤษในขณะนั้นแล้ว ศาลจะต้องเลือกกฎหมายโดยใช้กฎหมายของอังกฤษเอง (*lex fori*) ซึ่งจะทำให้นาย Eyre ต้องรับผิด แต่ศาลอังกฤษในคดีดังกล่าวได้หยิบยกกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) กล่าวคือ กฎหมายของประเทศจาเมกาขึ้นใช้ประกอบกัน เพื่อนำมาใช้ตัดทอนการเลือกกฎหมายโดยกฎหมายของอังกฤษเอง (*lex fori*) เนื่องจากการกระทำดังกล่าวของนาย Eyre ได้รับความยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายละเมิดของจาเมกา กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ศาลอังกฤษนำกฎหมาย

นอกจากนี้ ผู้ศึกษาขอตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับลำดับในการพิจารณาการเลือกกฎหมายตามหลัก **Double Actionability** ที่แตกต่างกันของประเทศสมาชิกอาเซียนที่ใช้ระบบกฎหมาย **Common Law** และประเทศไทย กฎเกณฑ์ของ **Common Law** กำหนดลำดับให้พิจารณา “*lex fori*” ก่อน แล้วจึงพิจารณา *lex loci delicti commissi*⁴¹ กลับกัน กฎเกณฑ์ของกฎหมายไทย จำต้องพิจารณา “*lex loci delicti commissi*” ก่อน แล้วจึงพิจารณา *lex fori*⁴² ลำดับการพิจารณา เช่นนี้สะท้อนให้เห็นถึงข้อความคิดที่แตกต่างกัน ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย อธิบายว่าสาเหตุที่ประเทศไทยกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดเช่นนี้ เนื่องมาจากการกำหนดค่าเสียหายของประเทศไทยเป็นไปเพื่อชดเชยความเสียหายให้ผู้เสียหายสามารถกลับคืนสู่ฐานะเสมือนเมื่อยังไม่มีภาระละเมิด (*restitutio in integrum*)⁴³ การกำหนดค่าเสียหายตามกฎหมายละเมิดในประเทศไทยจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคม (**public order**)⁴⁴ หากไม่มีการควบคุมการกำหนดค่าเสียหายโดยใช้กฎหมายไทยแล้ว ผลกระทบจากการรวมกลุ่มประชาคมอาเซียนอาจทำให้มีการจูงใจในการทำละเมิดที่เกิดขึ้นใน **Common Law** มาฟ้องคดีในประเทศไทยในปริมาณมากเกินความสมควร เพื่อเรียกร้องให้ศาลไทยกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ (**punitive damages**) เป็นเหตุให้ศาลไทยต้องรับภาระจากการเกิด **forum shopping** ได้

อย่างไรก็ดี จุดเกาะเกี่ยวตามหลัก **Double Actionability** นี้ สร้างขึ้นโดยศาลอังกฤษ เมื่อ ค.ศ. 1870 ซึ่งในภายหลัง ประเทศอังกฤษเองก็ได้ยอมรับว่าจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวมีปัญหาในทางปฏิบัติอย่างมาก และการเลือกกฎหมายตามจุดเกาะเกี่ยวนี้ในปัจจุบันก็จำกัดเฉพาะคดีบางประเภท ซึ่งมีจำนวนน้อยมาก เช่น กรณีหมิ่นประมาท (**defamation**) การที่ประเทศสมาชิกอาเซียนยังคง

ของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิดมาใช้เพื่อจำกัดการใช้กฎหมายของศาลเอง (**restrictions of the application of the *lex fori***) เพื่อช่วยให้จำเลยที่มีสัญชาติอังกฤษหลุดพ้นความรับผิดชอบ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้ถ่ายทอดต่อมายังประเทศสมาชิกอาเซียนที่ใช้ระบบกฎหมาย **Common Law** จนถึงในปัจจุบัน

⁴¹ C.G.J. Morse, *Torts in Private International Law*, (Amsterdam: NorthHolland Pub. Co., 1978), pp. 45-50.

⁴² มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

⁴³ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องมาตรา ว่าด้วยจัดการงานนอกสั่ง ลามิควรได้ ละเมิด, (กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น. 250.

⁴⁴ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายและสัญชาติ, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2513), น. 107.

อาศัย Double Actionability จึงเป็นสิ่งที่ยืนยันถึงความล้าสมัยในการแก้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิด

(2) การใช้จุดเกาะเกี่ยวโดยคำนึงถึงความเหมาะสมในการเลือกกฎหมาย

การใช้จุดเกาะเกี่ยวหลักที่แน่นอนอาจทำให้การเลือกกฎหมายไม่สอดคล้องกับการทำละเมิดบางประเภท การใช้จุดเกาะเกี่ยวรอง หรือจุดเกาะเกี่ยวแบบทางเลือก (alternative connecting factors) เพื่อให้การเลือกกฎหมายสมเหตุสมผลมากยิ่งขึ้น ซึ่งในประเทศสมาชิกอาเซียนมีการใช้จุดเกาะเกี่ยวรองอยู่ 2 ประเภท

ประเภทแรก: การใช้จุดเกาะเกี่ยวตามหลัก “กฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด” (The Proper Law of Tort)

จุดเกาะเกี่ยวประเภทนี้เกิดจากข้อจำกัดในการเลือกกฎหมายโดยจุดเกาะเกี่ยวซึ่งมีอยู่แต่เดิมของประเทศสมาชิกอาเซียน เพื่อให้การเลือกกฎหมายมีความเหมาะสมกับข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์อื่น ๆ มากยิ่งขึ้น กล่าวคือ หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิดอนุญาตให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการเลือกกฎหมายโดยคำนึงถึงจุดเกาะเกี่ยวอื่น ๆ ซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการละเมิดมากกว่า (more closely connected) จุดเกาะเกี่ยวหลัก เพื่อเสริมความยืดหยุ่น (flexibility) เช่น ในคดีดังกล่าวศาลสามารถพิจารณาได้แต่เพียงฝ่ายเดียวว่ากฎหมายใดเหมาะสมกับโจทก์ (proper plaintiff), เหมาะสมกับจำเลย (proper defendant) เช่น สามารถกำหนดบุคคลที่ต้องรับผิดชอบได้ หรือมีการประกันภัยไว้⁴⁵

วิธีการเช่นนี้คำนึงถึงการแสวงหาความยุติธรรมเฉพาะคดี (individual justice) เพื่อไม่ให้การเลือกกฎหมายตามจุดเกาะเกี่ยวหลักนั้นเกิดความกระด้างมากเกินไปเท่านั้น ดังนั้นจึงมักนิยมใช้จุดเกาะเกี่ยวเช่นนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยวรอง (alternatively connecting factors) เนื่องจากขาดความแน่นอน (uncertainty) มากเกินไป ทำให้ไม่สามารถอาศัยเป็นหลักในการเลือกกฎหมายแต่เพียงประการเดียวได้

หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort) ในอาเซียนนั้นปรากฏการใช้งานกันอยู่ 2 รูปแบบ คือ หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิดซึ่งได้รับอิทธิพลจากประเทศอังกฤษ และหลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิดซึ่งได้รับอิทธิพลจากประเทศสหรัฐอเมริกา

⁴⁵ E. Rabel, The Conflict of Laws: A Comparative Study, Vol. 2 Foreign Corporations: Torts: Contracts in General, (Ann Arbor: University of Michigan School, 1947), pp. 261-263.

1. หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิดซึ่งได้รับอิทธิพลจากประเทศอังกฤษ ประเทศสมาชิกอาเซียนที่ใช้จุดเกาะเกี่ยวในรูปแบบเช่นนี้คือ ประเทศบรูไนดารุสซาลาม, เมียนมาร์, มาเลเซีย และสิงคโปร์⁴⁶ ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law และเคยเป็นอดีตอาณานิคมของประเทศอังกฤษทั้งสิ้น

ดังได้กล่าวแล้วว่าจุดเกาะเกี่ยวประเภทรนี้ให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลพินิจประกอบการเลือกกฎหมาย ศาลจึงเป็นผู้มีอำนาจแต่เพียงฝ่ายเดียวในการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวเอง⁴⁷ เป็นเหตุให้การเลือกกฎหมายขาดความแน่นอน (uncertainty) และ ทั้งยังไม่สามารถคาดหมายผลลัพธ์ของคดีได้ (unpredictability)⁴⁸ อันเป็นที่มาของทางปฏิบัติที่มีผลลัพธ์แตกต่างกัน ดังคำพิพากษาในคดี *Boys v Chaplin* ซึ่งศาลตัดสินใจใช้กฎหมายของประเทศอังกฤษเอง (*lex fori*)⁴⁹ กลับกัน คดี *Red Sea Insurance v Bouygues SA* คดีนี้ Judicial Committee of Privy Council

⁴⁶ *Rickshaw Investment Ltd v Nicolai Baron von Uexkull* [2007] 1 SLR 377; [2006] SGCA 39.

⁴⁷ ศิริชัย มงคลเกียรติศรี, “กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในยุโรปและสหราชอาณาจักรเหนือคดีหมิ่นประมาท: กฎหมายขัดกัน,” *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 3, ปีที่ 29, กันยายน)2552(, น .630.

⁴⁸ F.A. Mann, “The Proper Law in the Conflict of Laws,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36, No. 3 (Jul., 1987), pp.437-453.

⁴⁹ ในคดี *Boys v Chaplin* แม้ความเสียหายจากการทำละเมิดเกิดขึ้นที่ประเทศมอลตา แต่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นบุคคลสัญชาติอังกฤษ และมีภูมิลำเนาในประเทศอังกฤษ House of Lords เห็นว่า คดีนี้อยู่ภายใต้การเลือกกฎหมายตามหลัก Double Actionability ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิด อย่างไรก็ตาม ศาลไม่เห็นประโยชน์อันใดที่จะนำหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) มาปรับใช้ เนื่องจาก “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) ในคดีนี้ หรือประเทศมอลตานั้น แทบไม่มีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเลย นอกจากนี้ กฎหมายละเมิดของมอลตาก็กำหนดค่าเสียหาย (damages) ให้น้อยกว่าที่ Common Law อนุญาต ดังนั้นศาลจึงเลือกกฎหมายโดยอาศัยแต่เพียงกฎหมายของประเทศอังกฤษเอง (*lex fori*) ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort) ในคดีนี้ โดยให้เหตุผลว่าในกรณีตามข้อเท็จจริง สัญชาติและภูมิลำเนาาร่วมกันของคู่กรณีนั้นเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่มีความสัมพันธ์และใกล้ชิดกับคู่กรณีมากที่สุด (most significant connection) see also *Boys v Chaplin* [1969] 2 All ER 1085.

ได้ตัดสินว่ากฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) คือกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิดในคดีดังกล่าวมากที่สุด⁵⁰

กล่าวได้ว่า หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิดซึ่งได้รับอิทธิพลจากประเทศอังกฤษนั้นให้อิสระแก่ศาลในการเลือกกฎหมายมากจนเกินสมควร⁵¹ ทั้งยังมีความคลุมเครือ (ambiguity) มิได้วางหลักว่าในสถานการณ์ใดจะต้องใช้การเลือกกฎหมายตามหลักทั่วไป ในสถานการณ์ใดใช้ข้อยกเว้น รวมทั้งมิได้มีหลักเกณฑ์หรือขอบเขตว่าข้อยกเว้นตามหลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort) นั้นใช้อะไรเป็นปัจจัยในการพิจารณาบ้าง ดังนั้นจึงได้ปรากฏการปรับใช้หลักที่แตกต่างกันในคดี *Boys v Chaplin* และคดี *Red Sea Insurance v Bouygues SA* ข้างต้น

2. หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิดซึ่งได้รับอิทธิพลจากประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งศาลสูงฟิลิปปินส์ได้หยิบยกขึ้นมาใช้ในการพิจารณาคดี *Saudi Arabian Airlines v CA*⁵² โดยศาลได้อ้างอิงหลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort) หรือ หลักกฎหมายซึ่งใกล้ชิดกับคู่กรณีมากที่สุด (most significant connection) มาจาก § 145 Restatement (Second) of Conflict of Laws อันเป็นกฎหมายแม่แบบ (model law) ของสหรัฐอเมริกา กฎหมายฉบับดังกล่าววางหลักเกณฑ์ในการปรับใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิดไว้ว่าให้ต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงอื่น ๆ ประกอบ ดังนี้⁵³

⁵⁰ คดีนี้ผู้เสียหายฟ้องคดีต่อศาลแห่งเกาะฮ่องกงเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากบริษัทประกันภัย ซึ่งทั้งการกระทำละเมิด และสำนักงานแห่งใหญ่ของบริษัทประกันภัยจำเลยนั้นอยู่ในประเทศซาอุดีอาระเบีย Judicial Committee of Privy Council หยิบยกหลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort) มาใช้อีกครั้ง แต่ครั้งนี้ได้ปฏิเสธการใช้กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) และปรับใช้แต่เพียงกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) ด้วยเหตุว่าข้อเท็จจริงทั้งหมดเกิดขึ้นที่ประเทศซาอุดีอาระเบีย และฮ่องกงนั้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำละเมิดเพียงเล็กน้อยเท่านั้น see also *Red Sea Insurance v Bouygues SA* [1995] 1 AC 190.

⁵¹ M.C. Pryles, *Tort And Related Obligations In Private International Law*, Recueil des Cours, Tome 227, (Leiden: Nijhoff, 1991), p. 85.

⁵² *Saudi Arabian Airlines v CA* [G.R. No. 122191. October 8, 1998]

⁵³ § 145 Restatement (Second) of Conflict of Laws

“The rights and liabilities of the parties with respect to an issue in tort are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has

- (ก) สถานที่ซึ่งเกิดความเสียหาย (the place where the injury occurred)
- (ข) สถานที่ซึ่งเกิดการกระทำอันเป็นเหตุให้เสียหาย (the place where the conduct causing the injury occurred)
- (ค) ภูมิลำเนา (domicile), ถิ่นที่อยู่ (residence), สัญชาติ (nationality), สถานที่ประกอบกิจการ (place of incorporation) หรือสถานที่ประกอบธุรกิจของคู่กรณี (place of business of the parties)
- (ง) สถานที่ซึ่งเป็นมูลเหตุของความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี (the place where the relationship between the parties is centered)

หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิดซึ่งได้รับอิทธิพลจากประเทศสหรัฐอเมริกาจึงแตกต่างจากหลักซึ่งปรากฏในกฎหมายอังกฤษ เนื่องจากเป็นหลักเกณฑ์ที่วางไว้โดยกฎหมายแม่แบบ ซึ่งมีขอบเขตและหลักเกณฑ์ในการปรับใช้ที่แน่นอนในระดับหนึ่ง ซึ่งช่วยให้ศาลสามารถปรับใช้หลักดังกล่าวเข้ากับข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีได้อย่างเหมาะสม อย่างไรก็ตาม สถานะทางกฎหมายของหลักเกณฑ์ข้างต้นนั้นก็เกิดจากกฎหมายแม่แบบ ซึ่งไม่มีสภาพบังคับให้ศาลต้องรับเอาวิธีวิธีดังกล่าวไปปรับใช้ ศาลจึงสามารถเลือกรับกฎเกณฑ์ดังกล่าวได้โดยสมัครใจ (voluntary reception) ซึ่งเป็นวิธีการที่ศาลสูงฟิลิปปินส์นำมาใช้ในคดีดังกล่าว ทำให้ แม้จะมีขอบเขตในการปรับใช้หลักดังกล่าวในเบื้องต้นก็ได้ผูกพันศาลแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุป การปรับใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort) ในอาเซียน ทั้งที่ได้รับอิทธิพลจากอังกฤษและอเมริกันนั้นแม้จะเป็นเครื่องช่วยในการเลือก

the most significant relationship to the occurrence and the parties under the principles stated in s 6.

Contacts to be taken into account in applying the principles of s 6 to determine the law applicable to an issue include:

- (a) the place where the injury occurred,
- (b) the place where the conduct causing the injury occurred,
- (c) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties, and
- (d) the place where the relationship, if any, between the parties is centered.

These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue.”

กฎหมายที่ยืดหยุ่น แต่ยังปรากฏข้อบกพร่องอยู่มาก เนื่องจากให้อำนาจศาลฝ่ายเดียวเป็นผู้พิจารณาว่ากฎหมายใดเหมาะสม ทำให้การเลือกกฎหมายไม่มีความแน่นอน และเป็นไปไม่ได้เลยที่คู่กรณีจะคาดเห็นถึงการเลือกกฎหมายได้ กระนั้น ในข้อขัดข้องก็ปรากฏข้อดีอยู่บ้าง เพราะการที่คู่กรณีไม่สามารถคาดหมายถึงการเลือกกฎหมายได้ย่อมทำให้มั่นใจได้ว่าจะไม่มีปัญหา **forum shopping** เกิดขึ้น

ประเภทที่สอง: การใช้จุดเกาะเกี่ยวตามหลัก “หลักกฎหมายตามสัญชาติของคู่กรณี”
(*LEX PARTIAE*)

ในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนมีเพียงเวียดนามประเทศเดียวที่นำ “หลักกฎหมายตามสัญชาติของคู่กรณี” (*lex patriae*) มาใช้ในคดีละเมิด อย่างไรก็ตาม การใช้จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวก็มีได้นำมาปรับใช้แก้คดีละเมิดในฐานะจุดเกาะเกี่ยวหลัก เป็นแต่เพียงจุดเกาะเกี่ยวรอง (**alternative connecting factors**) ซึ่งใช้เพื่อเพิ่มความยืดหยุ่น (**flexibility**) ให้จุดเกาะเกี่ยวมีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้นหากการละเมิดเกิดขึ้นในต่างประเทศเพราะเหตุบังเอิญ (**fortuitous**) คู่กรณีได้มีโอกาสได้ใช้กฎหมายของประเทศซึ่งตนคุ้นเคย อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาเห็นว่า การจำกัดการใช้หลักกฎหมายตามสัญชาติของคู่กรณี (*lex patriae*) ในกรณีของเวียดนามนั้นน่าจะผิดแผกไปจากกรณีทั่วไปซึ่งมักกำหนดให้อาศัยสัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยว ไม่ว่าคู่กรณีจะมีสัญชาติใด⁵⁴ ในกรณีของเวียดนามจึงดูเหมือนเป็นการใช้กฎหมายตามสัญชาติของคู่กรณี (*lex patriae*) แต่ในความเป็นจริงคือการอาศัยสัญชาติเป็นเงื่อนไขเพื่อใช้กฎหมายเวียดนาม (*lex fori*) เสี่ยหาย ซึ่งมีลักษณะบังคับ (**mandatory rule**) ทำให้คู่กรณีที่มีสัญชาติเวียดนามถูกปฏิเสธการใช้กฎหมายต่างประเทศ แม้กฎหมายของต่างประเทศจะเป็นประโยชน์มากกว่าก็ตาม

อย่างไรก็ดี กฎหมายสัญชาติของประเทศสมาชิกอาเซียนยังประสบปัญหาในทางปฏิบัติ จึงปรากฏบุคคลที่มีหลายสัญชาติ และปัญหาบุคคลที่ไม่มีสัญชาติ (**nationalityless**) อันเป็นเหตุให้ไม่สามารถใช้หลักกฎหมายตามสัญชาติของคู่กรณี (*lex patriae*) ได้อีกประการหนึ่ง

จากข้อพิจารณาเบื้องต้น แสดงให้เห็นว่าจุดเกาะเกี่ยวทั้ง 4 ประเภทซึ่งใช้กันอยู่ในประเทศสมาชิกอาเซียนยังมีลักษณะที่จำกัดอยู่มาก ทั้งยังล้าสมัย ไม่ได้พัฒนาตามข้อความคิดในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดสักเท่าใดนัก ทำให้ประเทศสมาชิกประสบอุปสรรคเมื่อต้องการแก้ปัญหาการเลือกกฎหมายในคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ

⁵⁴ E. Rabel, *supra* note 45, p. 244.

ตารางที่ 2.1

ตารางสรุปการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดในกลุ่มประเทศอาเซียน

	อินโดนีเซีย	กัมพูชา	ลาว	ฟิลิปปินส์	ไทย	เวียดนาม	บรูไนดารุสซาลาม	เมียนมาร์	มาเลเซีย	สิงคโปร์
บ่อเกิดแห่งการเลือกกฎหมาย	กฎหมายลายลักษณ์อักษร	N/A	N/A	คำพิพากษา	กฎหมายลายลักษณ์อักษร	กฎหมายลายลักษณ์อักษร	Common Law ของอังกฤษ	Common Law ของอังกฤษ	Common Law ของอังกฤษ	คำพิพากษา
จุดเกาะเกี่ยวหลัก	<i>lex loci delicti</i>	N/A	N/A	<i>lex loci delicti</i>	Double Actionability	<i>lex loci delicti</i>	Double Actionability	Double Actionability	Double Actionability	Double Actionability
จุดเกาะเกี่ยวรอง	X	X	X	Proper Law of Tort ตามอย่างสหรัฐอเมริกา	X	<i>lex patriae</i> เฉพาะสัญชาติเวียดนามเท่านั้น	Proper Law of Tort ตามอย่างกฎหมายอังกฤษ	Proper Law of Tort ตามอย่างกฎหมายอังกฤษ	Proper Law of Tort ตามอย่างกฎหมายอังกฤษ	Proper Law of Tort ตามอย่างกฎหมายอังกฤษ

2.2 ข้อพิจารณาทางกฎหมายในเรื่องความไม่สอดคล้องกันระหว่างข้อกำหนดจุดเกาะเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียน

กฎหมายสารบัญญัติในเรื่องละเมิดของแต่ละประเทศนั้นมีหลักการและรายละเอียดที่แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ โดยมีนิติวิธีที่ต่างกันของระบบกฎหมาย Civil Law และ Common Law เป็นปัจจัยหลัก ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในปัจจุบันได้พยายามพัฒนาจุดเกาะเกี่ยวเพื่อให้การเลือกกฎหมายมีความเหมาะสมมากที่สุด กระนั้น จุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนกลับล้าสมัยอยู่มาก ทั้งยังจำกัดอยู่เพียงไม่กี่ประเภท เป็นเหตุให้การเลือกกฎหมายไม่สัมพันธ์กับความรับผิดเพื่อละเมิดประเภทต่าง ๆ

ปัญหาจุดเกาะเกี่ยวที่ล้าสมัยยังส่งผลต่อการเกิด forum shopping ในระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน ผู้เสียหายในฐานะโจทก์ ย่อมแสวงหาหนทางให้ศาลเลือกกฎหมายของประเทศที่เป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุดโดยการเลือกฟ้องยังศาลของประเทศที่กำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่เป็นคุณแก่ตน โดยมีได้คำนึงว่าศาลดังกล่าวจะเกี่ยวข้องกับคดีมากน้อยเพียงใด ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่จำเลย (unfairness to defendant) ทั้งยังเพิ่มปริมาณคดีแก่ศาลโดยไม่จำเป็น⁵⁵ และทำให้ผู้เสียหายเกิดทัศนคติในแง่ลบต่อระบบกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนที่ไม่เป็นประโยชน์แก่ตน

ดังนั้น หัวข้อที่ 2.2 ผู้ศึกษาจะได้ทำการศึกษาความรับผิดเพื่อละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนเพื่อกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่เหมาะสมและสามารถแก้ปัญหา forum shopping โดยจะได้จำแนกการศึกษาออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่

2.2.1 ความไม่เหมาะสมของจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิด

2.2.2 ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับความรับผิดเพื่อละเมิดเฉพาะเรื่องที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ

2.2.3 ปัญหาในการเลือกกฎหมายอันเกิดจากแตกต่างกันในการกำหนดค่าเสียหายเพื่อ

⁵⁵ J.J. Fawcett, "Forum Shopping: Some Question Answered," Northern Ireland Legal Quarterly, Vol. 35, No. 2, (Summer, 1984), pp. 144-156.

2.2.1 ความไม่เหมาะสมของจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิด

ปัญหาประการสำคัญในการเลือกกฎหมายเพื่อปรับใช้กับความรับผิดเพื่อละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศคือ จุดเกาะเกี่ยวที่กำหนดขึ้นเพื่อเลือกกฎหมายควรต้องเหมาะสมกับธรรมชาติของความรับผิดเพื่อละเมิด

ความเหมาะสมของจุดเกาะเกี่ยวแต่ละประเภทล้วนมีเหตุผลเบื้องหลังในการกำหนดสำหรับการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิด จุดเกาะเกี่ยวที่เหมาะสมคือจุดเกาะเกี่ยวที่สอดคล้องกับธรรมชาติความรับผิดเพื่อละเมิดมากที่สุด อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 ว่า การกำหนดความรับผิดเพื่อละเมิดในระบบกฎหมาย Civil Law และ Common Law นั้นมีรูปแบบที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง ในระบบกฎหมาย Civil Law มีหลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิด (*general principle of tortious liability*) ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไป (*lex generalis*) และตั้งอยู่บนพื้นฐานความผิด (*fault-based*) จากการศึกษากฎหมายละเมิดของประเทศกัมพูชา,⁵⁶ อินโดนีเซีย,⁵⁷ ลาว,⁵⁸ ฟิลิปปินส์,⁵⁹ ไทย⁶⁰ และเวียดนาม⁶¹ ซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Civil Law พบว่า หลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิดล้วนมีลักษณะร่วมกัน โดยมีองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ ได้แก่

1. เกิดความเสียหายแก่สิทธิในชีวิต, สิทธิในร่างกาย, สิทธิในทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใดตลอดจนชื่อเสียง, ศักดิ์ศรี และเสรีภาพของบุคคลอื่น
 2. ความเสียหายเกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (*wrongful acts*)
 3. ผู้กระทำความผิดจงใจ (*dolus*) หรือประมาทเลินเล่อ (*culpa*) ในขณะกระทำความผิด
- กลับกัน ประเทศสมาชิกอาเซียนที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ยังคงยึดถือนิติวิธีของกฎหมายละเมิดอังกฤษ ความรับผิดเพื่อละเมิดจึงลักษณะเฉพาะเรื่อง (*specific types of tortious liabilities*) และมีองค์ประกอบที่แตกต่างกันไปตามลักษณะการกระทำ (*conduct*) และประเภทของ

⁵⁶ Article 742 Civil Law Code of Cambodia

⁵⁷ Article 1366 Indonesian Civil Code

⁵⁸ Article 83 Law on Contract and Tort No. 01/NA dated 8 December 2008

⁵⁹ Article 2176 Civil Code of Philippines

⁶⁰ มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁶¹ Article 604 Civil Code of Vietnam

ความเสียหาย (damage)⁶² ซึ่งมีได้จำกัดว่าจะต้องเป็นความรับผิดชอบพื้นฐานความผิดเสมอไป เช่นกรณี trespass to land หรือ nuisance ทำให้ศาลที่พิจารณาคดีประสบอุปสรรคอย่างมากเมื่อต้องทำการเลือกกฎหมายแล้วจำเป็นต้องใช้กฎหมายละเมิดของประเทศที่มีระบบกฎหมายแตกต่างกัน

ตัวอย่างเช่น นาย A สัญชาติไทยเดินทางไปท่องเที่ยวที่ประเทศสิงคโปร์ และได้ขับรถโดยประมาทไปชนเข้ากับรถยนต์ของนาย B ภายหลัง นาย B ได้เดินทางมาฟ้องคดีขอให้ นาย A ชดใช้ความเสียหายต่อศาลไทย กรณีเช่นนี้หากศาลไทยต้องใช้กฎหมายละเมิดของสิงคโปร์ ซึ่งความรับผิดชอบดังกล่าวมีมาตรฐานการพิสูจน์ที่แตกต่างกฎหมายไทยอย่างมาก กล่าวคือ หากพิจารณาตามกฎหมายไทย ความรับผิดชอบดังกล่าวย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ซึ่งบัญญัติไว้ใน มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁶³ แต่กฎหมายสิงคโปร์นั้นเป็นไปตามความรับผิดจากการกระทำโดยประมาท (negligence) เนื่องจากผู้ขับขี่ยานยนต์มีหน้าที่ในการระมัดระวัง (duty to care)⁶⁴ ซึ่งมีรายละเอียดที่ซับซ้อนมากกว่า กลับกัน หากศาลสิงคโปร์ต้องใช้กฎหมายละเมิดไทย ศาลก็จะพบความยุ่งยากจากการพิจารณาหลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิดซึ่งศาลไม่คุ้นเคย และอาจส่งผลต่อปัญหา forum shopping ซึ่งผู้เสียหายย่อมพยายามที่จะนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลที่จะใช้กฎหมายละเมิดของ Civil Law ซึ่งมีโอกาสสูงกว่าในการกำหนดความรับผิดต่อผู้กระทำ

ปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ กรณีที่การกระทำละเมิดนั้นมีลักษณะข้ามแดน (cross-border) และการกระทำแต่ละขั้นตอนเกิดขึ้นในหลายประเทศที่มีระบบกฎหมายแตกต่างกัน การกระทำในขั้นตอนหนึ่งอาจเกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law การกระทำอีกขั้นตอนหรือความเสียหายอาจเกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งมาตรฐานความรับผิดของทั้งสอง

⁶² R. Young, *English, French & German Comparative Law*, 3rd ed. (New York: Routledge, 2014), p. 368.

⁶³ กรณีรถยนต์สองคันชนกันนั้นมิได้อยู่ภายใต้ความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากยานพาหนะอันเดินด้วยกำลังจักรกล ตาม มาตรา 437 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เจตนารมณ์ของ มาตรา 437 มีขึ้นเพื่อให้บุคคลที่ใกล้ชิดกับยานพาหนะที่สุดต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อสิทธิต่าง ๆ ของผู้อื่น กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งใช้เครื่องจักรกล อีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ใช้ หากทั้งสองฝ่ายใช้ยานพาหนะด้วยกันแล้วก็ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปใน มาตรา 420 โปรดดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 828/2490 ประชุมใหญ่ และโปรดดู ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, “ความรับผิดในความเสียหายซึ่งเกิดจากยานพาหนะอันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกล,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), น. 91.

⁶⁴ Gary Chan Kok Yew, *supra* note 39, p. 20.

ประเทศแตกต่างกัน กรณีเช่นนี้มีโอกาสเกิดขึ้นในระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนมากกว่าที่จะเกิดขึ้นในสหภาพยุโรป เนื่องจากประเทศสมาชิกอาเซียนที่ใช้ระบบกฎหมาย **Common Law** นั้นมีสัดส่วนที่ใกล้เคียงกับประเทศ **Civil Law** ซึ่งแตกต่างจากสหภาพยุโรปที่มีประเทศอังกฤษเพียงประเทศเดียว

อนึ่ง ผู้ศึกษาขอตั้งข้อสังเกตว่า สิ่งทีกฎหมายละเมิดของ **Civil Law** และ **Common Law** มีเหมือนกันคือ เจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิของเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความรับผิดเพื่อละเมิดของ **Common Law** แต่ละประเภทล้วนมีลักษณะที่แตกต่างกันไปตามประโยชน์ของเอกชน (**privacy interests**) ที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครอง⁶⁵ ตัวอย่างเช่น ความรับผิดฐานข่มขู่ว่าจะทำร้ายร่างกาย (**assault**)⁶⁶ และการทำร้ายร่างกาย (**battery**) นั้นต้องการคุ้มครองสิทธิในร่างกายจิตใจและชีวิต, **false imprisonment** ต้องการคุ้มครองเสรีภาพ, **trespass to land, trespass to goods** และ **conversion** ล้วนมุ่งคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สิน หรือ **defamation** ซึ่งมุ่งคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคล เป็นต้น จึงใกล้เคียงกับเจตนารมณ์ของหลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิดใน **Civil Law** และสมควรอย่างยิ่งที่จะนำมาใช้พิจารณาประกอบการกำหนดจุดเกาะเกี่ยว

⁶⁵ V. Harpwood, *Modern Tort Law*, 7th ed., (Oxon: Cavendish Publishing Limited, 2009), p. 7.

⁶⁶ ความรับผิดฐานข่มขู่ว่าจะทำร้ายร่างกายนี้เป็นแต่เพียงการก่อให้เกิดความกลัวว่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกาย โดยสภาพแล้วจึงเป็นการกระทำที่กระทบต่อจิตใจ มิใช่ความเสียหายต่อร่างกาย see also *Kline v Kline* (1901), 158, Ind. 162, 64 N.E. 9.

ตารางที่ 2.2

ตารางแสดงความแตกต่างของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในกลุ่มประเทศอาเซียน

	อินโดนีเซีย	กัมพูชา	ลาว	ฟิลิปปินส์	ไทย	เวียดนาม	บรูไนดารุสซาลาม	เมียนมาร์	มาเลเซีย	สิงคโปร์
หลักเกณฑ์ทั่วไป ความรับผิดชอบเพื่อ ละเมิด	✓	✓	✓	✓	✓	✓				
ความรับผิดชอบเพื่อ ละเมิดเฉพาะ เรื่อง							✓	✓	✓	✓

(1) ข้อพิจารณาว่าด้วยการเลือกกฎหมายในคดีความรับผิดเพื่อละเมิด

แม้ความรับผิดเพื่อละเมิดของ Civil Law และ Common Law จะแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ ก็ได้หมายความว่าไม่สามารถสร้างจุดเกาะเกี่ยวที่เหมาะสมได้ ในเรื่องนี้มีนักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลจำนวนมากพยายามนำเสนอข้อความคิดที่แตกต่างกัน ดังนี้

วิธีการแรก: กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (LEX LOCI DELICTI COMMISSI)

นักนิติศาสตร์จำนวนมากเห็นว่า จุดเกาะเกี่ยวที่เหมาะสมสำหรับคดีละเมิดมากที่สุดยังคงเป็น “กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด” (*lex loci delicti commissi*) เนื่องมาจากความคิดที่ว่า ละเมิด คือการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (*wrongful acts*)⁶⁷ อันเป็นผลมาจากการที่กฎหมายของแต่ละประเทศกำหนดว่าการกระทำเช่นนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อการกระทำไม่ชอบด้วยกฎหมายของประเทศใด กฎหมายของประเทศดังกล่าวย่อมก่อตั้งสิทธิในการได้รับการเยียวยาของผู้เสียหาย ขณะเดียวกันก็กำหนดหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหายและความรับผิดของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ดังนั้น ไม่ว่าผู้เสียหายจะนำคดีไปฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจใด กฎหมายที่เหมาะสมที่สุดย่อมเป็นกฎหมายของสถานที่ที่กำหนดว่าการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เหตุผลในลักษณะเช่นนี้ได้รับอิทธิพลอย่างมากจาก “ทฤษฎีสถานีที่ได้รับมาแล้ว” (*vested rights theory*)⁶⁸

⁶⁷ G. Williams and B.A. Hepple, *The Foundations of the Law of Tort*, 2nd ed., (London: Butterworth, 1984), p. 1.

⁶⁸ ทฤษฎีสถานีที่ได้รับมาแล้วยังตระหนักด้วยว่ากฎหมายละเมิดของแต่ละประเทศนั้นแตกต่างกัน จึงยินยอมให้ศาลสามารถปฏิเสธการใช้กฎหมายต่างประเทศในกรณีที่กฎหมายดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยของศาลที่พิจารณาคดี (*forum public order*) อาจกล่าวได้ว่าจุดเกาะเกี่ยวตามหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) นอกจากจะเหมาะสมกับการทำละเมิดแล้วยังสามารถคุ้มครองอำนาจอธิปไตยในการใช้กฎหมายของศาลได้อีกด้วย see also A.A. Ehrenzweig, *A Treatise on the Conflict of Laws*, (St. Paul, Minn.: Thomson/West, 1962), pp. 542-543.

อย่างไรก็ตาม ประสิทธิภาพของจุดเกาะเกี่ยวประเพณีขึ้นอยู่กับการกำหนดความหมายของ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) ซึ่งเป็นเงื่อนไขสำคัญ มิฉะนั้น การเลือกกฎหมายย่อมจะแปรเปลี่ยนไปตามข้อเท็จจริงแต่ละกรณี นักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลจำนวนมากได้พยายามนำเสนอวิธีการกำหนดความหมายของถ้อยคำดังกล่าว ซึ่งแต่ละวิธีล้วนมีข้อดีและข้อขัดข้องแตกต่างกันออกไป

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย และ ศาสตราจารย์ คณิง ภาไชย เห็นว่าความหมายของสถานที่เกิดละเมิด (*locus delicti*) สามารถกำหนดได้โดยอาศัยทฤษฎี 3 ทฤษฎี ได้แก่ สถานที่เกิดการกระทำ, สถานที่เกิดความเสียหาย และสถานที่ที่กฎหมายของประเทศนั้นเป็นประโยชน์แก่ผู้เสียหายมากที่สุด⁶⁹

ศาสตราจารย์ Martin Wolff และ ศาสตราจารย์ Ernst Rabel เห็นว่ามีทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง 3 ทฤษฎี ได้แก่ สถานที่เกิดการกระทำ, สถานที่เกิดความเสียหาย และวิธีการสุดท้ายคือการอนุญาตให้ผู้เสียหายเป็นผู้เลือกว่าตนต้องการให้จุดเกาะเกี่ยวเช่นนี้หมายถึงสถานที่ใด ระหว่างสถานที่เกิดการกระทำและสถานที่เกิดความเสียหาย⁷⁰

ศาสตราจารย์ Robin C.G.J. Morse และ ศาสตราจารย์ Michael C. Pryles เสนอว่าสถานที่ดังกล่าวสามารถจำแนกออกได้ 4 ทฤษฎี ได้แก่ สถานที่เกิดการกระทำ, สถานที่เกิดความเสียหาย, สถานที่ที่ผู้เสียหายเลือก และสถานที่ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการทำละเมิดมากที่สุด (*most significant connection*)⁷¹

เมื่อพิจารณาความเห็นของนักกฎหมายข้างต้น สามารถสรุปได้ว่า การกำหนดความหมายของ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) สามารถจำแนกออกได้เป็น 5 ทฤษฎี กล่าวคือ สถานที่เกิดการกระทำ, สถานที่เกิดความเสียหาย, สถานที่ที่กฎหมายของประเทศนั้นเป็นประโยชน์แก่ผู้เสียหายมากที่สุด (*the most favourable to aggrieved party*), สถานที่ที่ผู้เสียหายเลือก (*election*) และสถานที่ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการทำละเมิดมากที่สุด (*the most significant connection*) กระนั้น พัฒนาการของจุดเกาะเกี่ยวในปัจจุบันได้ทำให้สถานะของทฤษฎีข้างต้นเปลี่ยนแปลงไป จากเดิมที่เป็นเพียงการ

⁶⁹ สายหยุต แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา, (พระนคร: ม.ป.ท., ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), น. 272; คณิง ภาไชย, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 17, น. 78-79.

⁷⁰ M. Wolff, *supra* note 13, p. 493; E. Rabel, *supra* note 45, pp. 301-304.

⁷¹ C.G.J. Morse, *supra* note 41, p. 113; M.C. Pryles, *supra* note 51, pp. 37-47.

กำหนดสถานที่เกิดละเมิดเพื่อเป็นเงื่อนไขในการเลือกกฎหมายตามหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) มาเป็นจุดเกาะเกี่ยวแต่ละประเภทต่างหาก เช่น หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort) และหลักกฎหมายของประเทศที่ประโยชน์แก่คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายที่สุด (the law most favourable to aggrieved party) ซึ่งผู้ศึกษาได้กล่าวไว้แล้วใน บทที่ 1 ดังนั้น การกำหนดความหมายข้างต้นจึงเหลือเพียง สถานที่ที่เกิดการกระทำ, สถานที่เกิดความเสียหาย และสถานที่ที่ผู้เสียหายเลือก เพียง 3 ทฤษฎีเท่านั้น

1. สถานที่เกิดการกระทำ (*locus actus*) คือ ความหมายที่ได้รับความนิยมมากที่สุด เนื่องจากสอดคล้องกับข้อความคิดของกฎหมายที่ว่าละเมิดคือการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁷² อย่างไรก็ตาม วิธีการนี้ยังคงมีข้อขัดข้องในกรณีที่การกระทำมีหลายขั้นตอน และแต่ละขั้นตอนเกิดขึ้นในหลายประเทศต่างกัน การกระทำขั้นตอนหนึ่งอาจเป็นละเมิดในประเทศหนึ่ง และอาจไม่เป็นละเมิดในอีกประเทศหนึ่งได้ เช่น การกระทำบางขั้นตอนเกิดในประเทศไทย บางขั้นตอนเกิดในเมียนมาร์ และความรับผิดชอบเพื่อละเมิดจากการกระทำของจำเลยในทั้งสองประเทศนั้นกำหนดไว้แตกต่างกัน ซึ่งส่งผลกระทบต่อความดีความของศาล ทั้งยังเอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายจำเลย (*pro-defendant*) เนื่องจากจำเลยมีโอกาสหลุดพ้นความรับผิดชอบมากกว่าหากพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของตนไม่เป็นละเมิดตามกฎหมายต่างประเทศ⁷³

2. สถานที่เกิดความเสียหาย (*locus damni*) ทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญแก่วัตถุประสงค์ในการเยียวยาความเสียหาย (*restitutio in integrum*) วิธีการนี้เห็นว่าความเสียหายคือเงื่อนไขสำคัญและความรับผิดชอบเพื่อละเมิดจะเกิดขึ้นมิได้เลยหากปราศจากความเสียหาย⁷⁴ ข้อความคิดดังกล่าวได้รับความนิยมมากยิ่งขึ้นในปัจจุบัน ตามพัฒนาการของหลักความรับผิดชอบเพื่อละเมิด โดยเฉพาะในเรื่องความรับผิดชอบเคร่งครัด (*strict liability*) ซึ่งให้ความสำคัญกับความเสียหายที่เกิดขึ้น ไม่ใช่การกระทำที่มีความผิดประกอบ กระนั้น ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นคนละประเทศโดยที่ผู้กระทำไม่สามารถคาดเห็นได้

⁷² ศาสตราจารย์ Ernst Rabel เห็นว่า การกำหนดความหมายโดยอาศัย “การกระทำ” (*conduct*) เป็นเกณฑ์ จำเป็นต้องเข้าใจโครงสร้างพื้นฐานความรับผิดชอบเพื่อละเมิด เนื่องจากการกระทำแต่เพียงอย่างเดียวมิใช่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง แต่จำต้องพิจารณาความผิด (*fault*) ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในจิตใจด้วย see also E. Rabel, *supra* note 45, pp. 328-333.

⁷³ ฉายลักษณ์ ธีรวัชระเปาระ, “กฎหมายที่ใช้บังคับกับละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), น. 76.

⁷⁴ E.F. Scoles, P. Hay, P.J. Borchers and S.C. Symeonides, *Conflict of Laws*, 3rd ed., (St. Paul, Minn.: West Group, 2000), p. 689.

(unpredictability) หรือเกิดจากความบังเอิญ (fortuitous) ทำให้สถานที่เกิดความเสียหายมีความใกล้ชิดกับคู่กรณีน้อยลง⁷⁵

3. สถานที่ที่ผู้เสียหายเลือก (Election) วิธีการนี้แตกต่างจากจุดเกาะเกี่ยวประเภทหลักกฎหมายซึ่งคู่กรณีเลือก (party autonomy) ซึ่งผู้กระทำละเมิดและผู้เสียหายสามารถตกลงกันเองเป็นเอกเทศจากกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีว่าจะให้นำกฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับ วิธีการนี้เป็นแต่เพียงการอนุญาตให้ผู้เสียหายเป็นผู้ตัดสินใจว่า “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) มีความหมายเช่นใด เพื่อให้ศาลสามารถเลือกกฎหมายตามหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*)⁷⁶ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ศาลหลักภาระการตีความให้แก่ผู้เสียหายซึ่งเป็นประธานแห่งคดีเป็นผู้ตัดสินใจ วิธีการนี้ย่อมเป็นประโยชน์แก่ผู้เสียหายอย่างมาก อย่างไรก็ตาม การคำนึงแต่ผู้เสียหายฝ่ายเดียวย่อมไม่ใช่วัตถุประสงค์ในแง่ความยุติธรรมของกฎหมาย และอาจเป็นการเอาเปรียบจำเลยได้ การตีความด้วยวิธีการนี้จึงอาจส่งเสริมความคิดในการ forum shopping

ทั้งสามทฤษฎีล้วนมีข้อดีและข้อขัดข้องแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับการปรับใช้ในแต่ละกรณี ซึ่งศาสตราจารย์ Morse เห็นว่าการอาศัยวิธีการใดวิธีการหนึ่งเป็นยุติยอมทำให้การเลือกกฎหมายขาดความยืดหยุ่น (inflexibility)⁷⁷ โดยเฉพาะในคดีความรับผิดเพื่อละเมิดที่มีลักษณะซับซ้อนมาก เช่น ความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง และความรับผิดเพื่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย เป็นต้น

วิธีการที่สอง: การใช้จุดเกาะเกี่ยวรอง (Alternative Connecting Factors) เพื่อเสริมกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*LEX LOCI DELICTI COMMISSI*)

การอาศัยแต่เพียงกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) ย่อมทำให้การเลือกกฎหมายเกิดความไม่เหมาะสม ดังนั้นจึงมีการนำจุดเกาะเกี่ยวรองมาใช้ในกรณีที่มีปัจจัยอื่น ๆ หรือข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่าจำเป็นต้องเพิ่มเติมความยืดหยุ่น (flexibility) ให้กับจุดเกาะเกี่ยวหลัก

⁷⁵ M.C. Pryles, *supra* note 51, p. 45.

⁷⁶ *Ibid*, p. 46.

⁷⁷ C.G.J. Morse, *supra* note 41, p. 112.

เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว จึงได้มีการนำข้อเท็จจริงในบางเรื่องที่เกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับการทำละเมิดมากกว่ากฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) มากำหนดเป็นจุดเกาะเกี่ยวรอง เช่น การใช้สัญชาติ (nationality), ภูมิลำเนา (domicile) หรือแม้แต่มีถิ่นที่อยู่ (habitual residence) ที่คู่กรณีมีร่วมกันมาใช้แทนที่ เพื่อให้คู่กรณีมีโอกาสได้ใช้กฎหมายของประเทศที่ตนคุ้นเคยมากที่สุด

นอกจากนี้ การใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort) ก็ได้รับความนิยมนและได้รับการยอมรับในฐานะบทอุดช่องว่าง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การนำมาใช้ในคดีที่การกระทำละเมิดเกี่ยวข้องกับกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law และ Common Law ทำให้ศาลมีเครื่องมือที่ยืดหยุ่นในการพิจารณาความเหมาะสมของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดว่าแต่ละกรณีสมควรใช้กฎหมายของประเทศใด หรือการปรับใช้หลักกฎหมายซึ่งคู่กรณีเลือก (party autonomy) และหลักประโยชน์แก่คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายที่สุด (the law most favourable to aggrieved party) โดยคำนึงถึงประโยชน์ของคู่กรณีและผู้เสียหายเป็นสำคัญ

(2) การปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวของประเทศสมาชิกอาเซียนในคดีความรับผิดเพื่อละเมิด

จุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนสร้างขึ้นโดยมิได้จำแนกความรับผิดเพื่อละเมิดแต่ละประเภทออกจากกัน กล่าวคือ การเลือกกฎหมายในคดีละเมิดทุกเรื่องเป็นไปตามจุดเกาะเกี่ยวเท่าที่มีอยู่ ไม่ว่าจะเป็นกรณีหลักเกณฑ์ทั่วไปความรับผิดเพื่อละเมิด (general principle of tortious liability) และความรับผิดเฉพาะเรื่อง (specific types of tortious liabilities) และเป็นเช่นนี้ทั้งในประเทศ Civil Law และ Common Law

การปรับใช้กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) นั้น แม้จะมีปัญหาและอุปสรรคอยู่บ้าง แต่ก็เหมาะสมที่สุดกับความรับผิดเพื่อละเมิดในกรณีทั่วไป อย่างไรก็ตาม นิติวิธีของประเทศสมาชิกอาเซียนมิได้ให้ความสำคัญกับการตีความความหมายของ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) และกรณีที่ทำละเมิดที่มีลักษณะข้ามแดน (cross-border) ทำให้ยังประสบปัญหาในการใช้จุดเกาะเกี่ยวเช่นนี้ ซึ่งประเทศเวียดนามก็นำกฎหมายตามสัญชาติของคู่กรณี (*lex patriae*) มาใช้เพื่อแก้ปัญหา ขณะที่ประเทศฟิลิปปินส์ได้อาศัยหลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort) ในการแก้ปัญหา

อุปสรรคประการสำคัญมาจากการใช้จุดเกาะเกี่ยวประเภท **Double Actionability** โดยเฉพาะในกรณีที่กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) และกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) เกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแตกต่างกัน แม้ในกลุ่มประเทศ **Common Law** จะใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (*The Proper Law of Tort*) แต่นิติวิธีของประเทศเหล่านี้ยังยึดโยงอยู่กับคำพิพากษาตามหลัก *stare decisis* ของประเทศอังกฤษ ซึ่งมีได้วางหลักเกณฑ์ในการปรับใช้ไว้แต่อย่างใด ขณะที่ประเทศไทยใช้แต่เพียง **Double Actionability** โดยไม่มีข้อยกเว้น จึงย่อมประสบปัญหาการเลือกกฎหมายมากที่สุด

อนึ่ง สาเหตุสำคัญที่ทำให้จุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนไม่เหมาะสมนั้นมาจากความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดแต่ละประเภท มิใช่เพียงจุดเกาะเกี่ยวที่ล้าสมัย การใช้จุดเกาะเกี่ยวประเภทเดียวดังกับความรับผิดชอบเพื่อละเมิดทุกประเภทย่อมเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสมเป็นอย่างยิ่ง และสมควรที่จะพิจารณาการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในความรับผิดชอบเฉพาะเรื่อง (*specific types of tortious liabilities*) หากประเทศสมาชิกอาเซียนไม่ต้องการจะประสบปัญหาในทางปฏิบัติ

2.2.2 ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับความรับผิดชอบเพื่อละเมิดเฉพาะเรื่องที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ

ในหัวข้อที่ 2.2.2 นี้ ผู้ศึกษาขอเสนอสมมติฐานที่ว่า จุดเกาะเกี่ยวที่มีอยู่ในปัจจุบันของประเทศสมาชิกอาเซียนนั้นไม่เหมาะสมกับธรรมชาติของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดเฉพาะเรื่อง องค์กรที่ดีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดที่มีลักษณะเฉพาะเรื่องนี้ก็มีอยู่เป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย **Common Law** ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงใคร่ขอเสนอการพิจารณาความรับผิดชอบเฉพาะเรื่องเพียง 2 ประเภท อันมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับการเคลื่อนย้ายเสรี (*free movement*) ในประชาคมอาเซียน เพื่อนำไปสู่ข้อเสนอแก่ประเทศสมาชิกอาเซียนในการจัดทำกลไกในการเลือกกฎหมายที่ทันสมัยเพื่อรองรับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศดังกล่าว กล่าวคือ

2.2.2.1 ความรับผิดชอบของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง (*employer's vicarious liability*)

2.2.2.2 ความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (*product liability*)

2.2.2.1 ความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง (Employer's Vicarious Liability)⁷⁸

ความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้างมีความสำคัญในแง่การกำหนดบุคคลที่ต้องรับผิดจากการทำละเมิด กล่าวคือ เป็นการกำหนดตัวลูกหนี้เพิ่มเติมด้วยเหตุผลในแง่การชดเชยความเสียหาย เนื่องจากปัญหาความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้างนั้นเกิดขึ้นภายใต้บริบททางธุรกิจ (business context) โดยแท้⁷⁹ การที่นายจ้างมีกำลังทางเศรษฐกิจดีกว่า ทั้งยังได้รับประโยชน์จากการปฏิบัติงานในทางที่จ้างฝ่ายเดียวคือสาเหตุที่กฎหมายบังคับให้นายจ้างต้องรับผิดแม้มิได้เป็นผู้กระทำละเมิดเอง ทั้งยังสามารถคุ้มครองโอกาสในการได้รับความเยียวยาของผู้เสียหาย (victim protection) อีกด้วย⁸⁰ กระนั้น กรณีของประเทศสมาชิกอาเซียนนั้นมีลักษณะความรับผิดที่แตกต่างกัน

⁷⁸ นอกจากข้อพิจารณาในแง่การเลือกกฎหมายในคดีความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้างที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ ประเด็นปัญหาในแง่ความเหมาะสมในการกำหนดให้นายจ้างซึ่งไม่เคยเข้าไปยังประเทศที่เกิดความเสียหายจากการกระทำของลูกจ้าง หรือเข้าไปยังประเทศที่ศาลซึ่งพิจารณาคดีตั้งอยู่นั้น เป็นปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาล (jurisdiction) ซึ่งอยู่นอกขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ see also R.S. Wernham, "Vicarious Liability in the Conflict of Laws," *Toronto Faculty of Law Review*, Vol. 34, (1976), pp. 50-62.

⁷⁹ ศาสตราจารย์ Albert A. Ehrensweig เห็นว่า ปัญหาความรับผิดจากการกระทำของผู้อื่น (vicarious liability) ในบริบทของการขัดกันแห่งกฎหมายนั้นจำเป็นต้องจำแนกการพิจารณาออกเป็น 2 ประเภท

1) หากเจตนารมณ์ของความรับผิดจากการกระทำของผู้อื่นคือ ต้องการดักเตือนจำเลย เช่น กรณีความรับผิดของบิดามารดาจากการกระทำของบุตร (*pater familias*) กรณีเช่นนี้แทบไม่มีความจำเป็นต้องนำกลไกในการเลือกกฎหมายมาพิจารณาเป็นพิเศษ เนื่องจากไม่เป็นประโยชน์แต่อย่างใด

2) หากเจตนารมณ์ของความรับผิดจากการกระทำของผู้อื่นคือ การแบกรับความเสียหายอันเป็นผลมาจากการประกอบธุรกรรมหรืออุตสาหกรรม ดังเช่น ความรับผิดของนายจ้างจากการกระทำของลูกจ้าง (*respondeat superior*) กรณีเช่นนี้จึงจะสมควรกำหนดความรับผิดและจุดเกาะเกี่ยวที่เหมาะสมสอดคล้องกับความรับผิดเป็นอย่างยิ่ง see also A.A. Ehrenzweig, *supra* note 68, p. 449.

⁸⁰ *Ibid*, p. 573.

อันเป็นสาเหตุสำคัญที่จำเป็นจะต้องพิจารณาความเหมาะสมของจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวเป็นพิเศษ โดยสามารถจำได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ความรับผิดบนพื้นฐานความรับผิด และความรับผิดโดยเคร่งครัด

โดยหลักแล้ว นายจ้างย่อมต้องรับผิดในการกระทำของลูกจ้างซึ่งกระทำไปในทางการที่จ้างเสมอ แต่ความรับผิดดังกล่าวนี้ ในบางประเทศกลับกำหนดเงื่อนไขในการยกเว้นความรับผิดไว้ ดังเช่นในประเทศเยอรมันซึ่งกำหนดให้นายจ้างต้องรับผิดต่อเมื่อนายจ้างมีส่วนผิดในการคัดเลือกหรือการควบคุมลูกจ้าง (*culpa in eligendo et vigilando*)⁸¹ กล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายละเมิดของเยอรมันเพียงแต่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่านายจ้างมีความผิด (*legal presumption of fault*) ซึ่งนายจ้างสามารถพิสูจน์ตนเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดดังกล่าวได้ ซึ่งการกำหนดความรับผิดเช่นนี้ได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนสองประเทศ คือ กัมพูชา และฟิลิปปินส์

กรณีของกัมพูชา Section 747 (1) และ (2) แห่ง Civil Code of Cambodia บัญญัติว่า

“(1) บุคคลซึ่งใช้งานลูกจ้างให้ปฏิบัติงาน ย่อมต้องรับผิดในความเสียหายตามกฎหมาย ซึ่งเกิดขึ้นกับผู้อื่น ในการปฏิบัติงานของลูกจ้าง ในเมื่อลูกจ้างนั้นกระทำไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

(2) บุคคลซึ่งทำหน้าที่บังคับบัญชาลูกจ้าง ในสถานประกอบการของนายจ้าง ย่อมต้องรับผิดเช่นเดียวกับนายจ้างอย่างใดก็ตาม กรณีข้างต้นไม่ใช่บังคับแก่การควบคุมดูแลตามสมควรแก่เหตุ”⁸² ซึ่งนัยยะแห่งบทบัญญัติที่ว่า “ไม่ใช่บังคับแก่การควบคุมดูแลตามสมควรแก่เหตุ” (*shall not apply where supervision was properly performed*) นี้เองที่สะท้อนให้เห็นว่าการกำหนดความรับผิดดังกล่าวเป็นแต่เพียงข้อสันนิษฐานความผิดของนายจ้าง (*legal presumption of fault*)

สำหรับประเทศฟิลิปปินส์ แม้ Article 2180 para. 5 Civil Code of Philippines⁸³ จะบัญญัติให้นายจ้างต้องรับผิดจากการกระทำของลูกจ้างเสมอ กระนั้น บทบัญญัติใน Article 2180 para.

⁸¹ § 831 Bürgerlichen Gesetzbuche

⁸² Section 747 Civil Code of Cambodia

“(1) A person who uses an employee to perform work is liable for damages caused in violation of law to another in the performance of that work by the employee through the employee’s intent or negligence.

(2) A person who is charged with performing supervision of the employee in place of the employer bears the same liability as the employer. However, this shall not apply where supervision was properly performed. ...”

⁸³ Article 2180 para. 5 Civil Code of Philippines

1 ได้กำหนดให้ความรับผิดตาม Article 2180 ทุกวรรคเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปตามรับผิดเพื่อละเมิดตาม Article 2176 ซึ่งเป็นความรับผิดบนพื้นฐานความผิด (liability based on fault) เมื่อพิจารณาข้อบททั้งสองประกอบกัน แสดงให้เห็นว่ากฎหมายฟิลิปปินส์นั้นกำหนดความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้างตามในรูปของข้อสันนิษฐานความผิด (legal presumption of fault) โดยนายจ้างจะต้องรับผิดเมื่อไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังในการคัดเลือกหรือการควบคุมลูกจ้าง (culpa in eligendo et vigilando)⁸⁴

ขณะที่การกำหนดความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability)⁸⁵ ในประเทศสมาชิกอาเซียนนั้นได้รับความนิยมมากกว่า ดังปรากฏได้จากประเทศสมาชิกอาเซียนซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Common Law ทั้งบรูไนดารุสซาลาม, เมียนมาร์, มาเลเซีย และสิงคโปร์⁸⁶ ล้วนได้รับอิทธิพลจากกฎหมายละเมิดของอังกฤษและกำหนดความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้างให้มีลักษณะเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัดทั้งสิ้น เช่นเดียวกับในกลุ่มประเทศ Civil Law คือ ประเทศลาว,⁸⁷ อินโดนีเซีย,⁸⁸ ไทย⁸⁹ และเวียดนาม⁹⁰ หลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อละเมิดของนายจ้างที่แตกต่างกันนี้เองทำให้การเลือกกฎหมายในคดีที่มีความรับผิดของนายจ้างเข้ามาเกี่ยวข้องนั้นเป็นไปอย่างยากลำบาก

⁸⁴ J.C.S. Sangco, *Philippine Law on Torts and Damages*, (Quezon City: JMC Press, Inc., 1976), pp. 181-182.

⁸⁵ ความรับผิดโดยเคร่งครัดในคดีความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้างเกิดขึ้นภายใต้ข้อความคิดในการเยียวยาผู้เสียหายเป็นสำคัญ การกระทำละเมิดของลูกจ้างเกิดขึ้นภายใต้การปฏิบัติงานเพื่อประโยชน์แก่นายจ้างฝ่ายเดียว ดังนั้น ความเสียหายจากการปฏิบัติงานตามหน้าที่ดังกล่าวจึงสมควรเป็นความรับผิดชอบของนายจ้าง โดยกฎหมายจะกำหนดให้นายจ้างต้องรับผิดในการกระทำของลูกจ้างเสมอ ผู้เสียหายเพียงแต่พิสูจน์ว่า “ในขณะที่เกิดความเสียหายนั้นลูกจ้างปฏิบัติงานในทางการที่จ้าง” (course of employment) หรือไม่เท่านั้น

⁸⁶ *Singapore Transport Supply Service Pte Ltd V Wee Peng Whatt & Ors Public Crane Co* [1978] 2 MLJ 234

⁸⁷ Article 92 Law on Contract and Tort No. 01/NA dated 8 December 2008

⁸⁸ Article 1367 para. 3 Indonesian Civil Code

⁸⁹ มาตรา 425 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁹⁰ Article 622 Civil Code of Vietnam

สถานการณ์ตัวอย่างที่ 1

นาย A สัญชาติเวียดนาม เป็นผู้ได้รับการรับรองคุณสมบัติวิชาชีพพยาบาล (ASEAN Mutual Recognition Arrangement on Nursing Services) จึงไปสมัครเป็นลูกจ้างของโรงพยาบาล B ซึ่งมีสำนักทำางานที่ประเทศลาว ต่อมา นาย A ได้รับมอบหมายให้ไปประจำที่โรงพยาบาลสาขาที่ประเทศฟิลิปปินส์ ปรากฏว่านาย A กระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่นาย C ผู้ป่วยชาวเวียดนาม จากกรณีข้างต้น จะเห็นได้ว่ามีกฎหมายละเมิดของหลายประเทศที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความรับผิดของโรงพยาบาล B นายจ้าง

หากอาศัยกฎหมายละเมิดฟิลิปปินส์ซึ่งเป็นสถานที่เกิดการกระทำ (*locus actus*) นายจ้างย่อมสามารถต่อสู้ว่าตนใช้ความระมัดระวังในการคัดเลือกลูกจ้างดีแล้ว (*culpa in eligendo*) เนื่องจากนาย A ได้รับการรับรองคุณสมบัติวิชาชีพพยาบาล

หากอาศัยกฎหมายละเมิดลาวซึ่งเป็นประเทศที่ก่อตั้งความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างลูกจ้างโรงพยาบาล B ย่อมต้องรับผิดเสมอ แต่การใช้กฎหมายเช่นนี้ย่อมเกิดคำถามถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายลาวและ นาย C ผู้เสียหายซึ่งมิได้มีความเกี่ยวพันกับกฎหมายลาวแต่อย่างใด

ตารางที่ 2.3

ตารางแสดงความรับผิดชอบของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้างในกลุ่มประเทศอาเซียน

	อินโดนีเซีย	กัมพูชา	ลาว	ฟิลิปปินส์	ไทย	เวียดนาม	บรูไนดารุสซาลาม	เมียนมาร์	มาเลเซีย	สิงคโปร์
ความรับผิดบนพื้นฐานความผิด		✓		✓						
ความรับผิดโดยเคร่งครัด	✓		✓*		✓	✓*	✓	✓	✓	✓

* กฎหมายละเมิดลาวและเวียดนามครอบคลุมถึงกรณีบุคคลที่มีอำนาจบังคับบัญชาจำเป็นต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาด้วย

(1) ข้อพิจารณาว่าด้วยการเลือกกฎหมายในคดีความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง

เพื่อแก้ปัญหาที่ปรากฏจากสถานการณ์ตัวอย่างที่ 1 ข้างต้น นักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลได้นำเสนอจุดเกาะเกี่ยวประเภทต่าง ๆ เพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับธรรมชาติของความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้างมากกว่าแต่เดิม โดยสามารถจำแนกข้อเสนอในการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวออกได้ 3 ประเภท

ประเภทแรก: การกำหนดความรับผิดของนายจ้างด้วยกฎหมายของประเทศเดียวกับความรับผิดของลูกจ้าง

ศาสตราจารย์ Etienne Adolphe Bartin เสนอว่าการจะพิจารณาการเลือกกฎหมายในคดีความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้างจำเป็นต้องพิจารณาคำถามสำคัญ 2 ประการ⁹¹

คำถามแรกคือ “ผู้กระทำความผิดคือลูกจ้าง” หรือไม่ การตอบคำถามดังกล่าวจะต้องอาศัยกฎหมายของประเทศที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์

คำถามที่สองคือ “นายจ้างต้องรับผิด” หรือไม่ ซึ่งการตอบคำถามที่สองได้ จะต้องอาศัยพื้นฐานจากคำถามแรก กล่าวคือ สามารถกำหนดสถานะของบุคคลดังกล่าวว่าเป็นนายจ้างของผู้กระทำความผิดได้แล้วเท่านั้นจึงจะสามารถพิจารณาคำตอบที่สองได้ อย่างไรก็ดี ในส่วนของการเลือกกฎหมายนั้นไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงสถานะดังกล่าวเป็นหลัก สาระสำคัญของจุดเกาะเกี่ยวควรจะอยู่ที่การกระทำอันเป็นเหตุแห่งความรับผิด ซึ่งก็คือการกระทำของลูกจ้าง ดังนั้น จุดเกาะเกี่ยวที่ใช้บังคับกับการกระทำของลูกจ้างจึงเหมาะสมอยู่แล้วที่จะนำมาใช้กับกรณีความรับผิดของนายจ้างด้วย โดยไม่จำเป็นต้องนำกฎหมายของประเทศที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างมาพิจารณา

อย่างไรก็ดี จุดเกาะเกี่ยวเช่นนี้ย่อมเปิดโอกาสให้นายจ้างสามารถหลุดพ้นความรับผิดได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อความสัมพันธ์ของนายจ้างและลูกจ้างเกิดขึ้นภายใต้กฎหมายกัมพูชาและฟิลิปปินส์ ดังเช่นสถานการณ์ตัวอย่างที่ 1

⁹¹ E.A. Bartin, *Principles de Droit International Privé Selon la loi et la Jurisprudence Francaises*, (Paris: Editions Domat-Montchrestien, 1932), p. 430, 432 cited in O. Kahn-Freund, *Delictual Liability and the Conflict of Laws*, Recueil des Cours, Tome 124, (Leiden: Nijhoff. 1970), p. 107.

ประเภทที่สอง: กฎหมายของประเทศที่เกิดสัญญาจ้างแรงงาน (Law Governing the Contract between Employer and Employee)

ข้อพิจารณาในการใช้ “กฎหมายของประเทศที่เกิดสัญญาจ้างแรงงาน” (law governing the contract between employer and employee) สามารถนำมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวในฐานะที่เป็นตัวเชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างได้เป็นอย่างดี แต่จุดเกาะเกี่ยวนี้มีข้อเสนอการปรับใช้ที่แตกต่างกันอยู่ 2 วิธี

1. ศาสตราจารย์ Robin C.G.J. Morse เสนอแนวคิดว่า การพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวเช่นนี้สามารถทำให้นายจ้างตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายได้ แต่จำเป็นต้องพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง แยกออกจากจุดเกาะเกี่ยวซึ่งกำหนดความรับผิดชอบของนายจ้าง กล่าวคือ การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวโดยแยกแต่ละส่วนของนิติสัมพันธ์ออกจากกัน (*dépeçage*) ในส่วนของลูกจ้างนั้นให้พิจารณาจุดเกาะเกี่ยวภายใต้การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิด แต่ในส่วนของนายจ้างให้พิจารณาในบริบทของสัญญาแทน เพื่อมิให้ความรับผิดชอบของนายจ้างตกอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศที่ตนสามารถพิสูจน์ความระมัดระวังในการคัดเลือกหรือการควบคุมลูกจ้าง (*culpa in eligendo et vigilando*)⁹² ดังเช่นสถานการณ์ตัวอย่างที่ 1 หากศาลที่นาย C ฟ้องคดีปรับใช้กฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์ซึ่งเป็นสถานที่เกิดละเมิด ตามหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) นายจ้างย่อมสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังในการคัดเลือกหรือการควบคุมลูกจ้าง (*culpa in eligendo et vigilando*) ทำให้ โรงพยาบาล B นายจ้าง อาจหลุดพ้นความรับผิดชอบได้ ซึ่งย่อมไม่เป็นประโยชน์ต่อนาย C ผู้เสียหาย⁹³ ดังนั้นจึงควรแยกพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวของตัวนายจ้างโดยอาศัยกฎหมายลาวซึ่งเป็นสถานที่ที่เกิดสัญญาจ้างแรงงานขึ้น

⁹² O. Kahn-Freund, *supra* note 91, p. 104.

⁹³ กรณีเช่นนี้เคยเกิดขึ้นมาแล้วในคดี *Church of Scientology of California v Commissioner of Police for the Metropolis* ซึ่งผู้เสียหายฟ้องนายจ้างต่อศาลอังกฤษเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดของลูกจ้างซึ่งได้กระทำลง ณ ประเทศเยอรมัน ในคดีนี้ศาลอังกฤษพิจารณาฎีกาเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายของตนแล้วเลือกใช้กฎหมายละเมิดของประเทศเยอรมันในฐานะที่เป็นกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาความรับผิดชอบของนายจ้างจากการกระทำของลูกจ้างตามกฎหมายเยอรมันนั้นมีมาตรฐานการพิสูจน์ความรับผิดชอบที่แตกต่างจากกฎหมายของอังกฤษ ในขณะที่ประเทศอังกฤษกำหนดให้ความรับผิดชอบในลักษณะเช่นนี้

วิธีการเช่นนี้แม้จะสามารถตอบสนองความต้องการที่จะกำหนดจุดเกาะเกี่ยวให้ครอบคลุมไปถึงตัวนายจ้าง แต่ก็เป็นการบิดเบือนวัตถุประสงค์ของความรับผิดชอบของนายจ้างจากการกระทำของลูกจ้างและกลายเป็นการให้ความสำคัญกับกฎหมายสัญญาแทน ซึ่งศาสตราจารย์ Morse ก็ยังได้ให้ความเห็นประกอบวิธีการนี้ว่า ท่านมิได้สนับสนุนความเห็นดังกล่าวแต่อย่างใด และเห็นสมควรที่ความรับผิดชอบของนายจ้างจากการกระทำของลูกจ้างควรจะอยู่ภายใต้บริบทของกฎหมายละเมิดจำเดิม เพียงแต่อาจมีการปรับเปลี่ยนจุดเกาะเกี่ยวให้มีความยืดหยุ่นมากขึ้นโดยพิจารณา “กฎหมายของสถานที่ที่ก่อตั้งความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง” (the law of the place where the employer and employee govern relationship)⁹⁴

2. ศาสตราจารย์ Michael C. Pryles เห็นว่า การปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวประเภทนี้ไม่สมควรใช้แยกจากกัน กล่าวคือ ควรจะใช้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยวหลักแต่เพียงประการเดียว นอกจากนี้ยังควรใช้ในลักษณะที่เป็น “กฎหมายที่ก่อตั้งความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง” (the law governing the relationship between employer and employee) เพื่อหลีกเลี่ยงการจำกัดความสัมพันธ์ในทางการที่จ้างแต่เพียงขอบเขตของสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น หากกฎหมายของประเทศที่ก่อตั้งความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างมิได้เกิดขึ้นภายใต้สัญญาจ้างแรงงาน เช่น ประเทศฝรั่งเศส มิได้กำหนดให้นายจ้าง (maître) เท่านั้นที่ต้องรับผิดชอบจากการกระทำของลูกจ้าง (domestique) แต่ยังสามารถขยายออกไปยังผู้บังคับบัญชา (commettant) และผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา (préposé) ซึ่งมีความหมายที่กว้างกว่าการเป็นนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน และอาศัยแต่เพียง “อำนาจบังคับบัญชา” (power of control) โดยไม่จำเป็นต้องมีสัญญาจ้างแรงงานกันแต่อย่างใด⁹⁵ รูปแบบความรับผิดชอบเช่นนี้ยังได้ถ่ายทอดต่อมายังอดีตประเทศอาณานิคมซึ่งเคยถูกบังคับให้รับกฎหมาย (imposed reception) ของฝรั่งเศส อย่างเช่น ประเทศลาว ซึ่ง

เป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) โดยผู้เสียหายเพียงแต่พิสูจน์ว่าการกระทำละเมิดของลูกจ้างนั้นอยู่ภายใต้ขอบเขตของทางการที่จ้าง (course of employment) ก็เพียงพอแล้ว แต่ประเทศเยอรมันกลับกำหนดว่านายจ้างจะต้องรับผิดชอบเมื่อนายจ้างมีส่วนผิดในการคัดเลือกหรือการควบคุมลูกจ้าง (culpa in eligendo et vigilando) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ข้อความคิดของประเทศอังกฤษนั้นกำหนดให้นายจ้างต้องรับผิดชอบจากการกระทำของลูกจ้าง แต่ข้อความคิดของประเทศเยอรมันนั้นเป็นการกำหนดให้นายจ้างต้องรับผิดชอบจากการกระทำของตนเอง see also *Church of Scientology of California v Commissioner of Police for the Metropolis* (1976) 120 Sol.J. 690 (CA)

⁹⁴ C.G.J. Morse, *supra* note 41, p. 153.

⁹⁵ O. Kahn-Freund, *supra* note 91, p. 106.

กำหนดให้บุคคลใดก็ตามที่ทำงานเพื่อประโยชน์แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง (one's self benefits) ต้องรับผิดชอบ⁹⁶ และอาจรวมถึงกรณีที่กฎหมายเวียดนามกำหนดให้ ผู้ฝึกงาน (trainee) ซึ่งปฏิบัติตามหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายต้องรับผิดชอบด้วยเช่นกัน⁹⁷ รูปแบบความสัมพันธ์เช่นนี้อาศัยแต่เพียงอำนาจบังคับบัญชาและการปฏิบัติงานเพื่อประโยชน์ของผู้ที่บังคับบัญชาตนเท่านั้น หากข้อเท็จจริงตามสถานการณ์ตัวอย่างที่ 1 เปลี่ยนเป็น นาย B ส่งให้นาย A ขับรถขนส่งสินค้าของตนจากประเทศลาวไปส่งที่ประเทศฟิลิปปินส์ และเกิดความเสียหายขึ้นแก่ นาย C หากอาศัยวิธีการของศาสตราจารย์ Morse นาย B ย่อมไม่ต้องรับผิดชอบไม่ว่ากรณีใด เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างนาย A และ B มิได้เกิดจากสัญญาจ้างแรงงานอย่างใดก็ได้ ศาสตราจารย์ Pryles ก็ได้อภิปรายว่าวิธีการนี้มีข้อขัดข้องอยู่ กล่าวคือ การพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างตามกฎหมายต่างประเทศนั้นทำได้ยากลำบากมาก⁹⁸

ประเภทที่สาม: กฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort)

วิธีการสุดท้ายสร้างขึ้นโดยคำนึงถึงความยืดหยุ่นอย่างที่สุด Lord Wiberforce เห็นว่าในกรณีความรับผิดชอบของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้างควรหยิบยกกฎหมายของประเทศที่ใกล้ชิดกับนิติสัมพันธ์และคู่กรณีมากที่สุด (the most significant relationship to the occurrence and the parties)⁹⁹ ซึ่งก็คือการใช้จุดเกาะเกี่ยวตามหลัก “กฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด” (The Proper Law of Tort) เป็นข้อพิจารณาประกอบเพื่อเสริมความยืดหยุ่นให้แก่จุดเกาะเกี่ยวหลักได้ โดยศาลสามารถพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี เช่น ในกรณีที่นายจ้างมีเหตุยกเว้นความรับผิดชอบเนื่องจากสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังในการคัดเลือกหรือการควบคุมลูกจ้าง (*culpa in eligendo et vigilando*) หรือความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างไม่ได้ก่อตั้งขึ้นโดยอาศัยสัญญาจ้างแรงงาน วิธีการของ Lord Wiberforce นั้นมีลักษณะเป็นข้อยกเว้น และจะนำมาใช้ต่อเมื่อจุดเกาะเกี่ยวหลักเกิดปัญหาความไม่เหมาะสม แตกต่างจากวิธีการของศาสตราจารย์ Morse ซึ่งแยกจุดเกาะเกี่ยวของนายจ้างและลูกจ้างออกจากกันเสมอ

⁹⁶ Article 92 para. 3 Law on Contract and Tort No. 01/NA dated 8 December 2008

⁹⁷ Article 622 Civil Code of Vietnam

⁹⁸ M.C. Pryles, *supra* note 51, pp. 148-149.

⁹⁹ L. Collins, “Vicarious Liability and the Conflict of Laws,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 26, (Apr., 1977), p. 481.

(2) การปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวของประเทศสมาชิกอาเซียนในคดีความรับผิดของ นายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง

จากข้อพิจารณาข้างต้นแสดงให้เห็นว่า การเลือกกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้างในประเทศสมาชิกอาเซียนยังประสบอุปสรรคอยู่มาก หากใช้จุดเกาะเกี่ยวประเภท **Double Actionability** ย่อมทำให้การพิสูจน์ความรับผิดของนายจ้างยากขึ้นกว่าปกติเท่าตัว โดยเฉพาะในกรณีที่ประเทศที่เกิดการกระทำและประเทศที่พิจารณาคดีนั้นกำหนดความรับผิดของนายจ้างไว้แตกต่างกัน

การเลือกกฎหมายโดยกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) นั้นดูจะเหมาะสมที่สุด อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างในการกำหนดความรับผิดของนายจ้างยังคงส่งผลกระทบต่อทางเลือกกฎหมาย และการใช้กฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (*The Proper Law of Tort*) เพื่อเพิ่มความยืดหยุ่นก็มีส่วนช่วยให้การเลือกกฎหมายเหมาะสมมากยิ่งขึ้น แต่ในประเทศสมาชิกอาเซียนก็มีเพียงฟิลิปปินส์และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย **Common Law** เท่านั้นที่ใช้จุดเกาะเกี่ยวประเภทนี้

สำหรับการใช้หลักกฎหมายตามสัญชาติของคู่กรณี (*lex patriae*) ผู้ศึกษาเห็นว่าจุดเกาะเกี่ยวนี้ให้ความสำคัญกับสัญชาติร่วมกันของผู้กระทำละเมิดและผู้เสียหาย จึงไม่ครอบคลุมความรับผิดของนายจ้างซึ่งมิได้เป็นผู้กระทำละเมิดแต่อย่างใด และทำให้การใช้กฎหมายไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการเพิ่มตัวลูกหนี้เพื่อให้ผู้เสียหายมีโอกาสได้รับการชดเชยความเสียหายได้ง่ายที่สุด

2.2.2.2 ความรับผิดต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (Product Liability)

ความรับผิดต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนั้นเกิดองค์ประกอบต่างประเทศได้ง่ายมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเกิดการเคลื่อนย้ายเสรีสินค้า (*free movement of goods*) กระนั้น เมื่อพิจารณากฎหมายสารบัญญัติประกอบกับจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดที่ประเทศสมาชิกอาเซียนใช้อยู่ในปัจจุบันแล้ว พบว่ายังปรากฏความแตกต่างอยู่มาก ยิ่งเมื่อความรับผิดต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของประเทศสมาชิกอาเซียน สามารถจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ความรับผิดบนพื้นฐานความรับผิด และความรับผิดโดยเคร่งครัด

ความรับผิดบนพื้นฐานความผิดในคดีสินค้าที่ไม่ปลอดภัยเกิดขึ้นภายใต้ความคิดที่ว่าผู้ผลิต (*manufacturer*) นั้นมี “หน้าที่ต้องระมัดระวัง” (*duty to care*) การผลิตสินค้าให้ได้มาตรฐาน การที่

สินค้าเกิดความบกพร่องเป็นเหตุให้ผู้บริโภคเสียหายจึงมีที่มาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการระมัดระวัง (breach of duty to care) ของผู้ผลิต กล่าวอีกนัยหนึ่งผู้ผลิตนั้นประมาท (negligence) ในการใช้ความระมัดระวังในการผลิตของตน ข้อความคิดในลักษณะนี้ได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมาย Common Law ในคดี *Donoghue v Stevenson*¹⁰⁰ และถ่ายทอดหลักดังกล่าวมายังบรรณานุกรมในดารุสซาลาม,¹⁰¹ เมียนมาร์,¹⁰² มาเลเซีย¹⁰³ และ สิงคโปร์¹⁰⁴ ซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Common Law นอกจากนี้ คำพิพากษาของศาลอินโดนีเซีย¹⁰⁵ และประเทศลาว¹⁰⁶ ซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ก็ได้วางหลักไว้ว่าความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนั้นรวมอยู่ใน “หลักเกณฑ์ทั่วไปความรับผิดชอบเพื่อละเมิด” (general principle of tortious liability) กล่าวคือ ผู้ผลิตจะต้องรับผิดชอบเมื่อความบกพร่องในสินค้านั้นเกิดจากความจงใจและประมาทเลินเล่อ และผู้บริโภคจะต้องพิสูจน์ความผิดดังกล่าว

ขณะที่ กัมพูชา,¹⁰⁷ ประเทศไทย¹⁰⁸ และเวียดนาม¹⁰⁹ กำหนดความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด หรือ strict liability เนื่องจากความยากลำบากในการพิสูจน์ความผิดของผู้ผลิต กระบวนการผลิตสินค้าในระดับมหภาคประกอบไปด้วยผู้ผลิตหลายขั้นตอนและหลายภาคส่วน เช่น การออกแบบสินค้า, การบรรจุผลิตภัณฑ์, การประกอบสินค้า รวมตลอดถึงการกระจายสินค้าซึ่งทำให้ผู้บริโภคได้ใช้สินค้าที่ไม่ปลอดภัย

¹⁰⁰ *Donoghue v Stevenson* [1932] UKHL 100.

อนึ่ง ผู้ศึกษาได้กล่าวถึงข้อเท็จจริงของคดีดังกล่าวไว้ในบทที่ 1 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แล้ว จึงไม่ขอกล่าวซ้ำ ณ ที่นี้อีก

¹⁰¹ C. Ong, “Brunei Darssalam,” in *ASEAN Product Liability and Consumer Product Safety Law*, L. Nottage and S. Thanitcul (eds.), (Bangkok: Winyuchon, 2016), p.71.

¹⁰² Khin Mar Yee, “Myanmar,” in *ASEAN Product Liability and Consumer Product Safety Law*, L. Nottage and S. Thanitcul (eds.), (Bangkok: Winyuchon, 2016), p.177

¹⁰³ *Teh Khem On v Yeoh & Wu* [1932] AC 562

¹⁰⁴ *TV Media Pte Ltd v De Cruz Andera Heidi and Another* [2004] 3 SLR 543.

¹⁰⁵ Article 1367 Indonesian Civil Code

¹⁰⁶ Article 83 Law on Contract and Tort No. 01/NA dated 8 December 2008

¹⁰⁷ Article 751 and Article 752 Civil Law Code of Cambodia

¹⁰⁸ มาตรา 5 พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

¹⁰⁹ Article 630 Civil Code of Vietnam

ดังกล่าว การกำหนดให้ผู้บริโภคต้องเป็นผู้ค้นหาและพิสูจน์เอาเองว่าขั้นตอนการผลิตที่สลับซับซ้อนและยากแก่การเข้าใจได้โดยง่าย ในขั้นตอนใดเป็นต้นเหตุให้สินค้าเกิดความบกพร่องจึงเป็นเรื่องลำบากอย่างมาก โดยมีวัตถุประสงค์หลักคือการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการผลิตสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐาน

สำหรับประเทศฟิลิปปินส์ ความรับผิดของสินค้าที่ไม่ปลอดภัยถูกจำแนกออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ สินค้าทั่วไปใช้หลักความรับผิดบนพื้นฐานความผิด (liability based on fault)¹¹⁰ แต่สำหรับสินค้าประเภทอาหารแช่แข็ง, เครื่องดื่ม และสินค้าสุขภาพ ซึ่งทำให้ถึงแก่ความตายเนื่องจากการปนเปื้อนสารพิษหรือเกิดอันตรายจากการใช้งาน กรณีเช่นนี้ประเทศฟิลิปปินส์กำหนดให้เป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability)¹¹¹ ความรับผิดที่แตกต่างกันมากดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อการเลือกกฎหมาย

สถานการณ์ตัวอย่างที่ 2

บริษัท A ผลิตอุปกรณ์สำรองไฟฟ้า (power bank) ในประเทศฟิลิปปินส์ ส่งไปวางจำหน่ายในประเทศสิงคโปร์ ซึ่งนาย B ผู้บริโภคนำไปใช้แล้วเกิดระเบิดขึ้นขณะเดินทางไปท่องเที่ยวในประเทศเวียดนาม เมื่อกรณีเป็นเช่นนี้ ผู้บริโภคจะสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ใดได้บ้าง โดยอาศัยกฎหมายของประเทศใดภายใต้กลไกการเลือกกฎหมายในคดีละเมิด?

หากใช้กฎหมายละเมิดฟิลิปปินส์ ในฐานะประเทศที่ผลิตสินค้าที่ไม่ปลอดภัย บริษัท A จะต้องรับผิดโดยเคร่งครัด

หากใช้กฎหมายละเมิดสิงคโปร์ เนื่องจากเป็นสถานที่จำหน่ายสินค้า บริษัท A ย่อมสามารถพิสูจน์ว่าตนได้ระมัดระวังตามหน้าที่ (duty to care) ได้ ตามหลักที่วางไว้ในคดี *TV Media Pte Ltd v De Cruz Andera Heidi and Another*

หากใช้กฎหมายละเมิดของเวียดนาม บริษัท A จะต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) แต่ข้อพิจารณาประการสำคัญคือ ไม่มีบุคคลใดสามารถคาดเห็นได้ (unpredictability) ว่าความเสียหายจากสินค้าจะเกิดขึ้นในประเทศเวียดนาม

¹¹⁰ Article 2176 Civil Code of Philippines

¹¹¹ Article 2187 Civil Code of Philippines

ตารางที่ 2.4

ตารางแสดงความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยในกลุ่มประเทศอาเซียน

	อินโดนีเซีย	กัมพูชา	ลาว	ฟิลิปปินส์	ไทย	เวียดนาม	บรูไนดารุสซาลาม	เมียนมาร์	มาเลเซีย	สิงคโปร์
ความรับผิดชอบ พื้นฐานความผิด	✓		✓	สินค้าทั่วไป			✓	✓	✓	✓
ความรับผิดชอบโดย เคร่งครัด		✓		อาหารแช่ แข็ง / เครื่องดื่ม / สินค้า สุขภาพ	✓	✓				

**(1) ข้อพิจารณาว่าด้วยการเลือกกฎหมายในคดีความรับผิดชอบต่อความเสียหาย
อันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย**

ศาสตราจารย์ Gunther Kühne เห็นว่า “กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด” (*lex loci delicti commissi*) คือจุดเกาะเกี่ยวที่เหมาะสมที่สุด กระนั้น ความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนี้อาจมีข้อเท็จจริงซึ่งเป็นการกระทำละเมิดได้หลายแห่ง¹¹² การกำหนดนโยบายของ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) ในคดีความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนั้นจึงทำได้อย่างยากลำบากมาก แต่ก็สามารถจำแนกออกได้เป็น 4 ประเภท กล่าวคือ สถานที่ผลิตสินค้า (*place of manufacture*), สถานที่ขายสินค้า (*place of sale*), สถานที่ความเสียหายเกิด (*place of injury*) และสถานที่ที่ผู้เสียหายที่ถิ่นที่อยู่ (*habitual residence*)¹¹³

ประเภทแรก: สถานที่ผลิตสินค้า (Place of Manufacture)

การนำสถานที่ผลิตสินค้ามาใช้ เกิดจากข้อความคิดที่ว่า สถานที่ที่ให้งำเนิดสินค้าที่มีความบกพร่อง (*defect product*) ใกล้ชิดกับความรับผิดชอบเพื่อละเมิดมากที่สุด สถานที่ผลิตสินค้าน้อยมอยู่ภายใต้การควบคุมมาตรฐานโดยกฎหมายภายในของประเทศที่สถานประกอบการตั้งอยู่ การที่สินค้านี้ยังคงบกพร่องสะท้อนให้เห็นว่าผู้ผลิตมิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรฐานตามกฎหมายของประเทศดังกล่าว¹¹⁴ ดังนั้น สถานที่ดังกล่าวผลิตสินค้าที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐาน จึงเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในการกำหนดจุดเกาะเกี่ยว

¹¹² *Hunter v Derby Foods* 110 F. 2d 970 (2d Cir. 1940)

¹¹³ แม้ศาสตราจารย์ Kühne จะได้นำเสนอข้อพิจารณาในการกำหนดความหมายดังกล่าว แต่ท่านกลับเห็นว่าความรับผิดชอบเพื่อสินค้าที่ไม่ปลอดภัยในบริบทของกฎหมายละเมิดนั้นมีวัตถุประสงค์ในการสร้างมาตรฐานให้แก่การผลิตสินค้าในระดับมหภาค เมื่อพิจารณาในมุมมองของการผลิต ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ผลิตและผู้บริโภคในแง่ของความเสียหายจึงเป็นแต่เพียงเหตุบังเอิญ (*fortuitous*) ทำให้จุดเกาะเกี่ยวตามหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) ไม่สัมพันธ์กับความรับผิดชอบเพื่อสินค้าที่ไม่ปลอดภัยสักเท่าใดนัก see also G. Kühne, “Choice of Law in Products Liability,” *California Law Review*, Vol. 60, Issue 1, (Jan, 1972), pp. 12-13.

¹¹⁴ D.F. Caver, “The Proper Law of Producer’s Liability,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 26, No. 4, (Oct., 1977), p. 728.

นอกจากสถานที่ผลิตสินค้า กรณีเช่นนี้ยังสามารถเทียบเคียงได้กับสถานที่ที่มีการอนุมัติสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานในขั้นตอนการออกแบบสินค้า (place of design) และสถานที่ที่มีการบรรจุภัณฑ์ (place of packaging) ตลอดจนสถานที่ที่สามารถผู้ประกอบการสามารถแจ้งข้อความเพื่อเตือนผู้บริโภคถึงการใช้งานสินค้าได้ (place of warning)¹¹⁵ โดยสถานที่เหล่านี้ย่อมผันแปรไปตามประเภทของสินค้า และสถานที่ที่ผู้ประกอบการดำเนินการที่ไม่ได้มาตรฐาน นัยหนึ่งอาจกล่าวได้ว่าสถานที่เหล่านี้คือ “สถานที่เกิดการกระทำ” (*locus actus*) นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม สถานที่ผลิตสินค้าก็อาจมีได้เหมาะสมในทุกกรณี ในแง่มุมของผู้ผลิตนั้นอาจพิจารณากฎหมายสารบัญญัติของแต่ละประเทศแล้วเล็งเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศใดกำหนดมาตรฐานพิสูจน์ความรับผิดไว้ต่ำกว่ากัน ผู้ผลิตก็มักจะเลือกที่จะตั้งสถานประกอบการที่ประเทศนั้น¹¹⁶ เพื่อประโยชน์ในแง่ forum shopping หากพิจารณาตามสถานการณ์ตัวอย่างที่ 2 การนำสถานที่ผลิตสินค้ามาใช้ย่อมทำให้ผู้ผลิตที่เลือกตั้งสถานประกอบการที่ประเทศฟิลิปปินส์ซึ่งกำหนดให้ใช้ความรับผิดบนพื้นฐานความผิด (liability based on fault) ทำให้ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ความผิดของบริษัท A ซึ่งเป็นไปได้ยากมาก การใช้สถานที่ผลิตสินค้าเป็นจุดเกาะเกี่ยวจึงไม่สอดคล้องกับการเยียวยาผู้เสียหาย และกลายเป็นการเอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายจำเลย (pro-defendant)

ประเภทที่สอง: สถานที่ขายสินค้า (Place of Sale)

ศาสตราจารย์ Kühne ยังเสนออีกว่า สถานที่ขายสินค้าเองก็เป็นองค์ประกอบสำคัญในแง่การกระจายสินค้าของธุรกิจในระดับมหภาค¹¹⁷ ในทางปฏิบัตินั้นพบว่าผู้ผลิตจากประเทศหนึ่งมักเข้ามาตั้งศูนย์กระจายสินค้าในอีกประเทศหนึ่งเพื่อความสะดวกในการขายและผู้บริโภคเข้าถึงสินค้าได้ง่าย อย่างไรก็ตามก็ดี ประเทศซึ่งเป็นที่ตั้งของศูนย์กระจายสินค้าเช่นว่าย่อมมีกฎหมายที่ควบคุมมาตรฐานของสินค้าเช่นกัน การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวโดยอาศัยสถานที่ขายสินค้า (place of sale) นี้จึงมีเหตุผลเช่นเดียวกับกรณีของ

¹¹⁵ *Distillers Co. (Biochemicals) Ltd. V Thompson* [1971] AC 458, Privy Council on Appeal from The New South Wales Court of Appeal

¹¹⁶ วิจิตร เจริญสุข, “ปัญหาการวินิจฉัยคดีที่มีประเด็นในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Laws) ในคดีความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากสินค้าไม่ปลอดภัย (Product Liability) และข้อเสนอแนะในการใช้และการตีความมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481,” *อุลพาณ*, ปีที่ 62, เล่ม 3, (กันยายนธันวาคม-, 2558), น.90.

¹¹⁷ G. Kühne, *supra* note 113, p. 12.

สถานที่ผลิตสินค้า กล่าวคือ ผู้บริโภคซื้อสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานมาจากสถานที่ดังกล่าว และผู้ประกอบการย่อมประสงค์จะตั้งสถานที่ขายสินค้าที่ประเทศที่ตนรับผิดชอบ

ประเภทที่สาม: สถานที่ความเสียหายเกิด (Place of Injury)

สถานที่เกิดความเสียหาย (*locus damni*) มักได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางว่าเป็นการให้ความหมายของจุดเกาะเกี่ยวตามหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) ที่เหมาะสมกับเจตนารมณ์ในการเยียวยาความเสียหาย จึงเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่มีความแน่นอน (*certainty*) ทั้งยังสมเหตุสมผลในแง่ของการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายในด้านต่าง ๆ เช่น สุขภาพ และทรัพย์สิน เนื่องจาก ความเสียหายคือเหตุการณ์สุดท้าย (*last event*) ซึ่งเกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹¹⁸

อย่างไรก็ดี นักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหลายท่านไม่เห็นด้วยกับการนำกฎหมายของสถานที่เกิดความเสียหาย (*lex loci damni infecti*) มาใช้ในคดีความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ศาสตราจารย์ David F. Caver เห็นว่า เมื่อพิจารณาลักษณะของอุตสาหกรรมในระดับมหภาคพบว่าสถานที่ที่เกี่ยวข้องในคดีความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนั้นมีความคาบเกี่ยวในระหว่างหลายประเทศ (*multi-States*) การที่สินค้าผลิตขึ้นโดยไม่ได้มาตรฐานเป็นเหตุให้เกิดความบกพร่องอันนำไปสู่ความเสียหายนั้นเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่เข้าใจได้โดยสามัญสำนึก กลับกัน ในกรณีของความเสียหาย สถานที่เกิดความเสียหายจากการใช้สินค้านั้นไม่สามารถคาดเห็นได้ (*unforeseeably*) ดังเช่นสถานการณ์ตัวอย่างที่ 2 ความเสียหายที่เกิดขึ้นในประเทศสิงคโปร์อาจเกิดจากเหตุบังเอิญ (*fortuitous*) ซึ่งไม่มีผู้ใดคาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้น ณ ที่ใด¹¹⁹

ประเภทที่สี่: สถานที่ที่ผู้เสียหายที่ถิ่นที่อยู่ (Habitual Residence)

สำหรับสถานที่สุดท้ายนี้เกิดจากความเห็นว่าสถานที่เกิดละเมิดควรปรับใช้ให้เหมาะสมกับผู้เสียหาย โดยพิจารณาจากนโยบายของของความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ซึ่งต้องการคุ้มครองผู้เสียหายจากสินค้าที่บกพร่อง แต่สถานที่เกิดความเสียหาย (*locus damni*) มักเกิดจากความบังเอิญ (*fortuitous*) จึงควรใช้กฎหมายของสถานที่ที่ใกล้ชิดกับโจทก์มากกว่าเพียงความ

¹¹⁸ วีจี เจริญสุข, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 116, น. 92.

¹¹⁹ D.F. Caver, *supra* note 114, p. 717; G. Kühne, *supra* note 113, p. 12; M.C. Pryles, *supra* note 51, p. 127.

เสียหายซึ่งโดยมากมักเป็นสถานที่ที่ผู้เสียหายที่ถิ่นที่อยู่ (habitual residence)¹²⁰ และข้อความคิดเช่นนี้ได้รับการยอมรับอย่างมาก¹²¹

อย่างไรก็ดี ผู้ศึกษาเห็นว่า การตีความสถานที่เกิดละเมิด (*locus delicti*) ให้หมายถึงสถานที่ที่ผู้เสียหายที่ถิ่นที่อยู่ (habitual residence) เช่นนี้ แม้จะเป็นประโยชน์แก่ผู้เสียหาย (pro-plaintiff) แต่ลักษณะดังกล่าวย่อมขึ้นอยู่กับความมุ่งหมายของผู้เสียหายว่าต้องการเพียงการเยียวยาความเสียหาย (*restitutio in integrum*) หรือถึงขั้นแสวงหาประโยชน์จากการพิจารณาคดี การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวเช่นนี้ย่อมกลายเป็นการส่งเสริมให้โจทก์หาหนทางที่จะใช้กฎหมายที่เป็นประโยชน์แก่ตนจนกลายเป็นการเอาเปรียบจำเลย และอาจเกิดปัญหา forum shopping ขึ้นได้

(2) การปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวของประเทศสมาชิกอาเซียนในคดีความรับผิดชอบความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

จากข้อพิจารณาข้างต้น การเลือกกฎหมายโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวเท่าที่ใช้กันอยู่ในประเทศสมาชิกอาเซียนยังไม่สามารถแก้ปัญหาความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยได้

การใช้หลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) ยังคงประสบปัญหาการให้ความหมายของ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) ซึ่งศาลของแต่ละประเทศสามารถตีความแตกต่างกันไปได้ จนเกิดความไม่แน่นอนในการเลือกกฎหมาย

ในกรณีเช่นนี้ จุดเกาะเกี่ยวตามหลัก Double Actionability ซึ่งใช้กันอยู่ในประเทศ Common Law และประเทศไทยยังคงก่อให้เกิดปัญหาในการเลือกกฎหมายในกรณีที่มีความรับผิดชอบที่กำหนดไว้ในกฎหมายของประเทศที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) และกฎหมายของประเทศที่ตั้งศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) นั้นมีมาตรฐานการพิสูจน์ความรับผิดชอบที่แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ¹²² เช่นสถานการณ์ตัวอย่างที่ 2 หากผู้เสียหายนำคดีไปฟ้องที่ศาลสิงคโปร์ ศาลสิงคโปร์ก็จะพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวตามหลัก Double Actionability ผู้เสียหายได้รับความเสียหายในประเทศเวียดนามซึ่งกำหนดให้ผู้ผลิตต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) แต่เมื่อศาลพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวโดยกฎหมาย ศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) คือสิงคโปร์ ความรับผิดของสิงคโปร์เป็นความรับผิดบนพื้นฐาน

¹²⁰ G. Kühne, *supra* note 113, p. 13

¹²¹ ดังเช่นจุดเกาะเกี่ยวตาม Article 5 Rome II Regulation

¹²² วิกิจ เจริญสุข, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 116*, น. 80-99.

ความผิด ซึ่งจำต้องพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อ¹²³ ของผู้ผลิตซึ่งอยู่ในประเทศไทย เมื่อผู้เสียหายพิสูจน์ไม่ได้ ศาลก็จะยกคำฟ้อง กลายเป็นว่าจุดเกาะเกี่ยวซึ่งควรจะใช้เพื่อที่จะเลือกกฎหมายที่เหมาะสมกับการกระทำละเมิดที่สุด กลับถูกใช้เพื่อตัดทอนความเหมาะสมดังกล่าว และทำให้การเลือกกฎหมายในกรณีเช่นนี้ไม่สามารถคุ้มครองและเยียวยาความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยได้

การใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort) นั้นเหมาะสมที่สุดในกรณีนี้ เนื่องจากศาลมีดุลพินิจในการแก้ปัญหา อย่างไรก็ตาม จุดเกาะเกี่ยวประเภทนี้เป็นจุดเกาะเกี่ยวรองซึ่งศาลสมควรหยิบยกมาใช้ในลักษณะข้อยกเว้น (exception clause) ดังนั้นจึงไม่มีสิ่งใดรับประกันว่าศาลจะเลือกกฎหมายด้วยจุดเกาะเกี่ยวนี้เสมอ นอกจากนี้ ประเทศที่ใช้จุดเกาะเกี่ยวเช่นนี้ยังมีเพียงประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law และประเทศฟิลิปปินส์ เท่านั้น

สำหรับหลักกฎหมายตามสัญชาติของคู่กรณี (*lex patriae*) อาจคุ้มครองผู้เสียหายได้ในกรณีที่ผู้ประกอบการและผู้เสียหายมีสัญชาติเดียวกัน แต่ความเสียหายไปเกิดขึ้นในต่างประเทศเพราะเหตุบังเอิญ (*fortuitous*) อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาข้อเท็จจริงตามสถานการณ์ตัวอย่างที่ 2 ซึ่งมีประเทศที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบหลายประเทศ และจุดเกาะเกี่ยวในแง่สัญชาติก็มิได้เป็นปัจจัยสำคัญเท่าใดนักต่อความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

จากข้อพิจารณาข้างต้นในหัวข้อย่อยที่ 2.2.1.1 และ 2.2.1.2 แสดงให้เห็นว่า จุดเกาะเกี่ยวของประเทศสมาชิกอาเซียนในปัจจุบันยังบกพร่องและไม่สอดคล้องกับความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในเรื่องความรับผิดชอบของนายจ้างจากการกระทำของลูกจ้าง (*employer's vicarious liability*) และความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (*product liability*) อย่างมีนัยสำคัญ และจะทำให้กลไกการเลือกกฎหมายนั้นประสบอุปสรรคและปัญหาความเหมาะสมของจุดเกาะเกี่ยว

2.2.3 ปัญหาในการเลือกกฎหมายอันเกิดจากความแตกต่างกันในการกำหนด

ค่าเสียหาย

ค่าเสียหายเพื่อละเมิดเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งซึ่งจำต้องได้รับการพิจารณาประกอบการเลือกกฎหมาย เนื่องจากค่าเสียหายคือ สิ่งที่ผู้เสียหายคาดหวังว่าจะได้รับจากการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล การกำหนด “ความรับผิดชอบเพื่อละเมิด” (*tortious liability*) แต่ผู้เสียหายไม่อาจได้รับ “ค่าเสียหาย” (*damages*) ย่อมไม่เป็นประโยชน์แต่อย่างใด

¹²³ *TV Media Pte Ltd v De Cruz Andera Heidi and Another* [2004] 3 SLR 543.

อย่างไรก็ตาม จำนวนค่าเสียหาย (quantum of damages) ที่ผู้เสียหายมีโอกาสดำเนินการนั้นขึ้นอยู่กับระบบกฎหมาย ซึ่ง Civil Law และ Common Law มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดค่าเสียหายเพื่อละเมิดที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะในเรื่อง “ค่าเสียหายเชิงลงโทษ” (punitive damages) ซึ่งผู้เสียหายสามารถได้รับค่าเสียหายในจำนวนที่สูงอย่างมาก และกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ทั้งบรูไนดารุสซาลาม, เมียนมาร์ มาเลเซีย¹²⁴ และสิงคโปร์¹²⁵ ยังคงยึดโยงอยู่กับนิติวิธีของกฎหมายอังกฤษ ซึ่งนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในฐานะเครื่องมือเสริมกฎหมายอาญา¹²⁶ สำหรับประเทศฟิลิปปินส์ แม้กฎหมายละเมิดจะยึดมั่นในนิติวิธีของ Civil Law เป็นหลัก แต่ด้วยอิทธิพลของ Common Law ซึ่งได้รับมาเมื่อครั้งเป็นอาณานิคมของประเทศสหรัฐอเมริกา ทำให้ระบบกฎหมายฟิลิปปินส์ยอมรับการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ หรือที่ Article 2197 (6) Civil Code of Philippines เรียกว่า “ค่าเสียหายเพื่อเป็นเยี่ยงอย่าง” (exemplary damages) โดยให้อำนาจศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้เช่นเดียวกับค่าเสียหายประเภทอื่น ๆ¹²⁷ อย่างไรก็ตาม ค่าเสียหายเชิงลงโทษในกฎหมายฟิลิปปินส์เองก็มิได้มีวัตถุประสงค์ในการเยียวยาความเสียหาย แต่เป็นไปเพื่อตอบสนองต่อมตินโยบายของรัฐ (public policy) และผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคม (interest of

¹²⁴ *MGG Pillai v Tan Sri Dato Vincent Tan Chee Yioun* [1995] 2 MJJ 493, CA.

¹²⁵ *Afro-Asia Shipping Company (Pte) Ltd v Da Zhong Investment Pte Ltd*. [2004] 2 SLR (R) 117 at [134]

¹²⁶ ในคดี *Rookes v Bernard* ศาลอังกฤษได้วางหลักเกณฑ์ประเภทของคดีละเมิดซึ่งสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ 3 ประเภท ได้แก่

- 1.) คดีที่เจ้าพนักงานของรัฐใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ หรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ
- 2.) คดีที่การกระทำละเมิดของจำเลยเป็นการจงใจแสวงหาผลประโยชน์ โดยจำเลยได้คำนวณไว้ล่วงหน้าแล้วว่าการกระทำละเมิดของตนนั้นคุ้มค่าแม้จะต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ กระทั่งคำพิพากษาคดี *AB v Southwest Water Services Ltd*. ได้วางหลักว่าไม่ให้นำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้กับกรณีประมาทเลินเล่อธรรมดา (negligence) ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงจำกัดเฉพาะคดีที่จำเลยกระทำละเมิดในลักษณะที่เป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence)

3.) คดีที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร (statute) บัญญัติไว้เป็นพิเศษ

see also *Rookes v Bernard* [1964] 1 All ER 367

¹²⁷ J.C.S. Sangco, *supra* note 84, p. 574.

society)¹²⁸ ซึ่งต้องการลงโทษผู้กระทำละเมิดที่ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence)¹²⁹ หรือมีลักษณะการกระทำที่ป่าเถื่อนโหดร้าย (wanton), ฉ้อฉลหลอกลวง (fraudulent), ไม่ยั้งคิด (reckless) หรือกดขี่ข่มเหงผู้อื่น (oppressive)¹³⁰ แต่กฎหมายละเมิดของฟิลิปปินส์มิได้กำหนดเพดานชั้นสูงสุดหรือต่ำสุดในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษแต่อย่างใด ทำให้การกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นดุลพินิจของศาลฟิลิปปินส์โดยแท้¹³¹

กลับกัน ในประเทศสมาชิกอาเซียนที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้น ขัดต่อวัตถุประสงค์ในการเยียวยาชดเชยความเสียหายตามกฎหมายว่าด้วยหนี้ และมีลักษณะที่ใกล้เคียงกันไปกับการลงโทษทางอาญา¹³² บทบาทของค่าเสียหายเพื่อละเมิดใน Civil Law นั้นเป็นเครื่องมือที่ทำให้ผู้เสียหายสามารถกลับคืนสู่สถานะที่ใกล้เคียงกับก่อนการละเมิดได้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ (restitutio in integrum) ผู้เสียหายจึงไม่สมควรได้รับประโยชน์อื่นใดนอกเหนือจากการทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิม โดยหลักแล้ว ประเทศอินโดนีเซีย,¹³³ ลาว,¹³⁴ เวียดนาม,¹³⁵ กัมพูชา¹³⁶ และประเทศไทย จึงปฏิเสธการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด

อย่างไรก็ดี ประเทศไทยกลับยอมรับว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษสามารถกำหนดได้ภายใต้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายพิเศษ (lex specialis) ซึ่งในปัจจุบันมีอยู่ทั้งสิ้น 4 ฉบับ ได้แก่ มาตรา 13 (3) พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545, มาตรา 42 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.

¹²⁸ *Ibid*, p. 570.

¹²⁹ Article 2231 Civil Code of Philippines

¹³⁰ Article 2232 Civil Code of Philippines

¹³¹ *Marchan & Philippine Rabbit Bus v Mendoza et al.* [G.R. No. L-2441, January 31, 1969]

¹³² L. Meurkens and E. Nordin (eds.), *The Power of Punitive Damages: Is Europe Missing Out?*, (Cambridge: Intersentia, 2012), pp. 16-20.

¹³³ Nira Nazarudin, Robert Reid and Winotia Ratna, "Indonesia," *Soemadipradja & Taher, Advocates*, http://www.soemath.com/advocates/public/images/page/download1_235_Dispute_Resolution-Indonesia-2014.pdf, สืบค้นวันที่ 3 มิถุนายน 2559.

¹³⁴ Article 91 Law on Contract and Tort No. 01/NA dated 8 December 2008

¹³⁵ Article 605 Civil Code of Vietnam

¹³⁶ Article 757 Civil Code of Cambodia

2550, มาตรา 11 พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 และ มาตรา 16 วรยศสอง แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พุทธศักราช 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2556



ตารางที่ 2.5

ตารางแสดงค่าเสียหายเพื่อละเมิดในกลุ่มประเทศอาเซียน

	อินโดนีเซีย	กัมพูชา	ลาว	ฟิลิปปินส์	ไทย	เวียดนาม	บรูไนดารุสซาลาม	เมียนมาร์	มาเลเซีย	สิงคโปร์
ค่าเสียหายเพื่อทดแทน	✓	✓	✓		✓	✓				
ค่าเสียหายเชิงลงโทษ				✓	อนุญาตเฉพาะกฎหมายพิเศษ		✓	✓	✓	✓

จำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่แตกต่างกันอย่างมากระหว่างที่ผู้เสียหายพยายามอาศัยกลไกของการชดเชยแห่งกฎหมายเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์จากการพิจารณาคดีของศาล (forum shopping) โดยผู้เสียหายย่อมต้องการให้ศาลเลือกกฎหมายของประเทศที่มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้บังคับแก่คดีของตน ตัวอย่างเช่น ผู้เสียหายนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลเวียดนามซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Civil Law และปฏิเสธการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ผู้เสียหายย่อมประสงค์ให้ศาลใช้กฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law หรือกฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์ซึ่งมีโอกาสได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษ กลับกัน ผู้กระทำละเมิดก็ย่อมไม่ต้องการให้ศาลใช้กฎหมายของประเทศดังกล่าว เนื่องจากต้องการชดเชยค่าเสียหายในจำนวนที่น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เช่น ผู้กระทำละเมิดย่อมต้องการให้ศาลใช้กฎหมายของเวียดนามเอง เพื่อที่จะได้ไม่ต้องชำระค่าเสียหายเชิงลงโทษ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ประโยชน์ของผู้เสียหายและผู้กระทำละเมิดจึงแปรผกผันกันตามการใช้กฎหมายของประเทศที่มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ทำให้กลไกในการเลือกกฎหมายถูกใช้เพื่อเอาเปรียบคู่กรณี

(1) ข้อพิจารณาว่าด้วยการเลือกกฎหมายในคดีที่สามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้

นักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลได้พยายามที่จะนำเสนอวิธีการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่เหมาะสมเพื่อรองรับคดีละเมิดที่สามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ อย่างไรก็ตาม ข้อพิจารณาประการแรกก็คือ ค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นเป็น “กฎหมายวิธีพิจารณาความ” (procedural law) หรือ “กฎหมายสารบัญญัติ” (substantial law)

ข้อสนับสนุนที่ว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษมีลักษณะเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความมาจากประเด็นในเรื่องภาระการพิสูจน์ (burden of proof) และการกำหนดค่าเสียหาย ซึ่งหากค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความแล้ว ศาลย่อมจะต้องใช้กฎหมายของตนเอง (lex fori) ในการพิจารณาคดีเสมอ¹³⁷ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในบริบทเช่นนี้ย่อมเป็นการส่งเสริม forum shopping

¹³⁷ กฎหมายวิธีพิจารณาความ (procedural law) คือกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับเขตอำนาจ หรือวิธีการพิจารณาคดีของแต่ละประเทศเอง ซึ่งเกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยของแต่ละประเทศ จึงอยู่นอกเหนือขอบเขตของการชดเชยแห่งกฎหมาย และศาลที่พิจารณาคดีย่อมใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความของตนเสมอ ไม่ว่าคดีดังกล่าวจะมีองค์ประกอบต่างประเทศหรือไม่ โปรดดู ประสิทธิ์

ผู้เสียหายย่อมหาทางนำคดีมาฟ้องแต่ศาลของประเทศฟิลิปปินส์และ **Common Law** เนื่องจากมั่นใจได้ว่าตนสามารถได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษ

กระนั้น ข้อเสนอส่วนมากเห็นว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษมีลักษณะเป็นกฎหมายสารบัญญัติ เนื่องจากการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นจำกัดอยู่เฉพาะความรับผิดบางประเภท เช่น ค่าเสียหายเชิงลงโทษในประเทศฟิลิปปินส์ซึ่งจะกำหนดเฉพาะในคดีที่ผู้กระทำละเมิดประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (**gross negligence**)¹³⁸ หรือในประเทศไทยที่จะกำหนดได้เฉพาะในกฎหมายพิเศษ (**lex specialis**) เท่านั้น เมื่อความรับผิดเพื่อละเมิดก่อให้เกิดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ย่อมหมายความว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษถูกผูกติดไว้กับประเภทความรับผิดเพื่อละเมิดอย่างแยกออกจากกันไม่ได้ ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงเป็นประเด็นในเรื่องกฎหมายสารบัญญัติ¹³⁹ ดังนั้น จึงตกอยู่ภายใต้การเลือกกฎหมายโดยกลไกของการขัดกันแห่งกฎหมาย

เหตุผลอีกประการซึ่งสนับสนุนให้การเลือกกฎหมายต้องคำนึงถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษมาจากทฤษฎีสถานีที่ได้รับมาแล้ว (**vested rights theory**)¹⁴⁰ กล่าวคือ เมื่อศาลเลือกนำกฎหมายละเมิดของต่างประเทศมาใช้บังคับแก่คดี กฎหมายละเมิดดังกล่าวย่อมก่อตั้งสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย หากกฎหมายต่างประเทศสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ ค่าเสียหายดังกล่าวก็คือสิทธิที่ผู้เสียหายได้รับมาแล้วโดยกฎหมายของต่างประเทศ และเป็นหน้าที่ของผู้กระทำละเมิดในการชดเชยค่าเสียหายเชิงลงโทษ ดังนั้น แม้กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (**lex fori**) จะปฏิเสธข้อความคิดของค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่ศาลก็มีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้

อย่างไรก็ดี ทฤษฎีสถานีที่ได้รับมาแล้ว (**vested rights theory**) ถูกจำกัดโดยกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของศาลที่พิจารณาคดี (**forum public order**)¹⁴¹ หากสิทธิที่ผู้เสียหายได้รับมาจากกฎหมายต่างประเทศขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของศาลที่พิจารณาคดี ศาลย่อมมีอำนาจที่จะปฏิเสธสิทธิดังกล่าว ซึ่งเมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษในทั้งสองระบบ

ปิาววัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 89, 229-230.

¹³⁸ Article 2231 Civil Code of Philippines

¹³⁹ P.J. Borchers, "Punitive Damages, Forum Shopping and the Conflict of Laws," Louisiana Law Review, Vol. 70, (2010), p. 540.

¹⁴⁰ O. Kahn-Freund, *supra note 91*, pp. 40-42.

¹⁴¹ P.J. Borchers, *supra note 139*, p. 543.

กฎหมายแล้ว ล้วนเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคมทั้งสิ้น ระบบกฎหมาย Common Law นำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้เป็นเครื่องมือเสริมกฎหมายอาญาซึ่งมุ่งควบคุมความประพฤติของมนุษย์ในสังคม โดยการลงโทษ (punish) การกระทำละเมิดที่มีลักษณะร้ายแรงอย่างมาก พร้อมกันนั้นก็ป้องปราม (deter) บุคคลอื่นในสังคมไม่ให้มีพฤติกรรมเลียนแบบ¹⁴² ค่าเสียหายเชิงลงโทษในระบบกฎหมาย Common Law รวมถึงในประเทศฟิลิปปินส์จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคม (interest of society) และมีลักษณะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยแท้ และได้รับการยืนยันโดยเหตุผลในคำพิพากษา (*ratio decidendi*) ในคดี *S.A. Consortium Gen. Textiles v Sun and Sand Agencies Ltd.* ความว่า “ไม่มีสิ่งใดขัดหรือแย้งต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประเทศไทยในการบังคับตามค่าเสียหายเชิงลงโทษตามกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะเมื่อคำนึงถึง กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประเทศไทยหรืออเมริกา และประเทศส่วนมากในกลุ่มเครือจักรภพ”¹⁴³ คำพิพากษาในคดีนี้แสดงให้เห็นว่า หากกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) โดยเฉพาะในประเทศไทย อนุญาตให้กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษอยู่แล้ว การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษตามกฎหมายต่างประเทศย่อมไม่ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของศาลที่พิจารณาคดี

กลับกัน สาเหตุที่ระบบ Civil Law ปฏิเสธการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในคดีละเมิดก็เนื่องจากลักษณะของค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นขัดต่อเจตนารมณ์ในการเยียวยาผู้เสียหาย (*restitutio in integrum*) ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายละเมิดในฐานะบ่อเกิดแห่งหนี้ (*source of obligation*) เมื่อค่าเสียหายเชิงลงโทษมิได้สนองตอบต่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวจึงย่อมขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย¹⁴⁴ ซึ่งหากพิจารณาในลักษณะเช่นนี้ ค่าเสียหายเชิงลงโทษย่อมถูกควบคุมด้วยกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) ไม่ว่าศาลจะเลือกใช้กฎหมายของประเทศใด หรือกฎหมายของประเทศดังกล่าวจะอนุญาตให้มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษหรือไม่ จำนวนค่าเสียหายที่ผู้เสียหายจะได้รับย่อมมีขอบเขตที่แน่นอนตามกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) เสมอ ดังคำกล่าวของท่าน Lynsky J ในคดี *Kohnke v Karger* ว่า “แม้การเลือกกฎหมายจะชี้ไปให้ใช้กฎหมายของต่างประเทศในการพิจารณาความรับผิดชอบเพื่อละเมิด แต่ในประเด็นของค่าเสียหายนั้นจะต้องใช้กฎหมายของศาลที่พิจารณานี้บังคับแก่

¹⁴² L. Meurkens and E. Nordin (eds.), *supra* note 132, p. 14.

¹⁴³ *S.A. Consortium Gen. Textiles v Sun and Sand Agencies Ltd.*, [1978] QB 279 (CA).

¹⁴⁴ L. Meurkens and E. Nordin (eds.), *supra* note 132, p. 18.

กรณี¹⁴⁵ ข้อพิจารณาเช่นนี้ย่อมทำให้การเลือกกฎหมายยังคงความแน่นอนไว้ได้ (*certainty*) และทำให้ผู้เสียหายสามารถคาดเดาผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นได้ แม้ค่าเสียหายที่จะได้รับจากประเทศ *Civil Law* และ *Common Law* นั้นจะแตกต่างกัน แต่การยอมรับกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของแต่ละประเทศย่อมสามารถแก้ปัญหา *forum shopping* ได้¹⁴⁶

แม้จะเกิดข้อโต้แย้งและถกเถียงในเรื่องความเหมาะสมของการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในบริบทของการขัดกันแห่งกฎหมายเนื่องจากขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ศาสตราจารย์ *Patrick J. Borchers* ก็ได้นำเสนอการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวคนคดีละเมิดที่สามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ 3 ประเภท

ประเภทแรก: กฎหมายของประเทศที่เกิดการกระทำ (*LEX LOCI ACTUS*)

จุดเกาะเกี่ยวประเภทนี้เป็นประโยชน์แก่การพิจารณาดีและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษ ดังได้กล่าวไว้แล้วว่าประเทศที่กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นประสงค์ให้ค่าเสียหายดังกล่าวควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์¹⁴⁷ จุดเกาะเกี่ยวที่เหมาะสมจึงไม่ใช่จุดเกาะเกี่ยวซึ่งรองรับข้อความคิดในเรื่องการเยียวยาความเสียหาย (*restitutio in integrum*) แต่เป็นจุดเกาะเกี่ยวซึ่งใกล้ชิดกับการกระทำ (*conduct*) ที่สมควรถูกลงโทษ การใช้กฎหมายของประเทศที่เกิดการกระทำ (*lex loci actus*) ย่อมเป็นการใช้กฎหมายของประเทศที่ใกล้ชิดกับการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่สุด นอกจากนี้ยังคุ้มครองความคาดหวังของคู่กรณีจากการเลือกกฎหมายได้อีกด้วย หากใช้จุดเกาะเกี่ยวเช่นนี้ ผู้กระทำละเมิดย่อมสามารถทราบได้ว่าการกระทำของตนมีลักษณะที่ร้ายแรงและตกอยู่ภายใต้การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษของประเทศใดบ้าง ผู้เสียหายเองก็สามารถรับทราบได้ว่าตนจะได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยอาศัยกฎหมายของประเทศใด¹⁴⁸

¹⁴⁵ *Kohnke v Karger* [1951] 2 KB. 670, p. 677.

¹⁴⁶ C.G.J. Morse, *supra* note 41, pp. 199-200.

¹⁴⁷ P.J. Borchers, *supra* note 139, p. 548.

¹⁴⁸ *Ibid.*

ประเภทที่สอง: กฎหมายของประเทศที่ผู้กระทำละเมิดมีภูมิลำเนา (*LEX DOMICILLE*)
หรือมีถิ่นที่อยู่ (*Habitual Residence*)

เช่นเดียวกับจุดเกาะเกี่ยวประเภทแรก จุดเกาะเกี่ยวประเภทนี้คำนึงถึงตัวผู้กระทำละเมิดเป็นหลัก (*defendant-based*) โดยการอาศัยสถานที่ที่ผู้กระทำละเมิดปรากฏตัว ด้วยเหตุผลที่ว่า การกระทำดังกล่าวเป็นปฏิกิริยาต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม (*public order*)

ประเภทที่สาม: กฎหมายของประเทศที่เกิดความเสียหาย (*LEX LOCI DAMNI INFECTI*)

โดยหลักแล้ว กฎหมายของประเทศที่เกิดความเสียหาย (*lex loci damni infecti*) นั้นสอดคล้องกับความคิดในเรื่องการเยียวยาผู้เสียหาย (*restitutio in integrum*) จึงไม่เหมาะสมเท่าใดนัก หากจะนำมาใช้ประกอบข้อพิจารณาในเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษซึ่งมุ่งหมายถึงแต่เพียงการกระทำเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาความรับผิดชอบเพื่อละเมิดที่มีลักษณะข้ามแดน (*cross-border*) ซึ่งการกระทำและความเสียหายเกิดขึ้นในคนละประเทศกัน เช่น ในคดีความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (*product liability*) หากสินค้าได้ออกแบบและผลิตอย่างบกพร่องเกิดขึ้นในประเทศเวียดนามซึ่งปฏิเสธค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่ถูกส่งไปจำหน่ายที่ประเทศสิงคโปร์ซึ่งยอมรับค่าเสียหายเชิงลงโทษ กรณีเช่นนี้ หากนำกฎหมายของประเทศที่เกิดการกระทำ (*lex loci actus*) มาใช้ ผู้กระทำละเมิดในประเทศเวียดนามย่อมสามารถโต้แย้งการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้¹⁴⁹ ดังนั้น การนำกฎหมายของประเทศที่เกิดความเสียหาย (*lex loci damni infecti*) ซึ่งอนุญาตให้กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษย่อมเป็นประโยชน์ต่อผู้เสียหายมากกว่า

อย่างไรก็ดี จุดเกาะเกี่ยวทั้งสามประเภทยังมีลักษณะที่เอื้อต่อประโยชน์ของผู้เสียหายแต่เพียงฝ่ายเดียว (*pro-plaintiff*) อีกทั้งประเด็นเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษยังคงตกอยู่ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของแต่ละประเทศ (*forum public order*) ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าสมควรนำมาใช้เป็นเครื่องมือหลักในการแก้ไขปัญหา *forum shopping*

¹⁴⁹ *Distinctive Printing & Packaging Co. v Cox* 443 N.W. 2d 566 (Neb. 1989).

(2) การปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวของประเทศสมาชิกอาเซียนในคดีที่สามารถ กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้

จุดเกาะเกี่ยวของประเทศสมาชิกอาเซียนทั้ง 4 ประเทศนั้นสร้างขึ้นเพื่อรองรับความคิดในการเลือกกฎหมายโดยอาศัยประเด็นในเรื่องการกำหนด “ความรับผิดเพื่อละเมิด” (tortious liability) เป็นหลัก นอกจาก มาตรา 15 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ซึ่งกำหนดให้กลไกการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยได้เข้ามาควบคุมการกำหนดค่าเสียหายเพื่อมิให้มีการก้าวล่วงกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคมไทย¹⁵⁰ กล่าวคือ ประเทศไทยนำหลัก **Double Actionability** มาใช้เพื่อควบคุมการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ แม้ศาลไทยจะเลือกใช้กฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์ หรือประเทศสมาชิกอาเซียนที่ใช้ระบบกฎหมาย **Common Law** ศาลก็จะกำหนดค่าเสียหายเพียงเท่าที่กฎหมายไทยอนุญาต

กรณีดังกล่าวแตกต่างจากหลัก **Double Actionability** ของประเทศ **Common Law** เนื่องจากประเทศเหล่านี้กำหนดให้พิจารณากฎหมายของศาลที่พิจารณาก่อน (*lex fori*) จึงจะพิจารณากฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*)¹⁵¹ เมื่อพิจารณาลำดับการเลือกกฎหมายดังกล่าวแล้ว ศาลของประเทศ **Common Law** จะใช้กฎหมายของตนซึ่งสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ แต่เมื่อนำกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) มาใช้ หากประเทศดังกล่าวเป็นประเทศซึ่งปฏิเสธค่าเสียหายเชิงลงโทษ ศาลย่อมไม่สามารถกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวให้ได้ ในคดี *Boys v Chaplin*¹⁵² จึงต้องสร้างหลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort) เพื่อให้ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้

กล่าวโดยสรุป จุดเกาะเกี่ยวซึ่งมีอยู่ในปัจจุบันของประเทศสมาชิกอาเซียนนั้นมิได้คำนึงถึงประเด็นในเรื่องจำนวนค่าเสียหายแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อเกิดปริมาณคดีที่มีองค์ประกอบต่างประเทศที่มากขึ้น โอกาสที่ผู้เสียหายจะอาศัยช่องทางดังกล่าวเป็นเครื่องมือในการ **forum shopping** ย่อมมีอยู่มาก และย่อมทำให้เกิดความวุ่นวายในระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน

¹⁵⁰ หยุด แสงอุทัย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 44*, น. 107.

¹⁵¹ *Philips v Eyre* (1870) L.R. 6 Q.B. 1.

¹⁵² *Boys v Chaplin* [1969] 2 All ER 1085.

2.3 การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเอกรูปในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดของสหภาพยุโรป

การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบเป็นสิ่งสำคัญที่จะช่วยพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล¹⁵³ และย่อมเป็นประโยชน์อย่างมาก มิใช่เพียงประเทศสมาชิกอาเซียน (ASEAN Member States) แต่ยังเป็นประโยชน์ต่อประชาคมอาเซียน (ASEAN Community) เช่นกัน

เมื่อกล่าวถึงประชาคมอาเซียนย่อมหมายถึงการรวมกลุ่มระดับภูมิภาค (regional integration) ระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิ้น ในฐานะที่เป็นองค์การระหว่างประเทศ การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบก็สมควรต้องเปรียบเทียบกับการรวมกลุ่มระดับภูมิภาคในกลุ่มอื่น ซึ่งในที่นี้คงปฏิเสธไม่ได้ว่า “สหภาพยุโรป” (European Union: EU) คือการรวมกลุ่มซึ่งประสบความสำเร็จอย่างยิ่งในการอาศัยกลไกในฐานะองค์การระหว่างประเทศเพื่อทำให้กฎเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันได้อย่างแท้จริง โดยอาศัยกฎหมายเอกรูปที่ชื่อว่า Rome II Regulation

ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการศึกษาความเป็นไปได้ในการจัดทำกฎหมายเอกรูปของประชาคมอาเซียน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษากฎหมายเอกรูปสหภาพยุโรป โดยแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ช่วง กล่าวคือ

2.3.1 ยุคก่อน Rome II Regulation และ

2.3.2 ผลกระทบจากการประกาศใช้ Rome II Regulation

2.3.1 ก่อนการมีผลใช้บังคับของ Rome II Regulation

ก่อนการมีกฎหมายเอกรูป กฎเกณฑ์ในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปนั้นยึดโยงอยู่กับระบบกฎหมายภายในของตนโดยแท้ ทศนคติต่อการเลือกกฎหมายในเรื่องละเมิดของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปในระยเวลาดังกล่าวนั้นสามารถจำแนกอย่างกว้างออกได้เป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ การเลือกกฎหมายในเรื่องละเมิดของกลุ่มประเทศ Civil Law และ Common Law

¹⁵³ R. David and J.E.C. Brierley, *supra* note 3, p. 10.

2.3.1.1 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law

การเลือกกฎหมายในคดีละเมิดของกลุ่มประเทศ Civil Law ในสหภาพยุโรปค่อนข้างมีทัศนคติที่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือ อาศัยกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) เป็นจุดเกาะเกี่ยวหลัก กระนั้น ก็ไม่อาจหลีกเลี่ยงข้อแตกต่างทางรายละเอียดไปได้ โดยเฉพาะการตีความถ้อยคำ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) ยังคงขึ้นอยู่กับศาลภายในของแต่ละประเทศเองเป็นสำคัญ นอกจากนี้ ประเทศสมาชิกยุโรปจำนวนหนึ่งได้มีการยอมรับจุดเกาะเกี่ยวประเภทอื่นเข้ามาช่วยเสริมหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*)

สำหรับการเลือกกฎหมายในเรื่องละเมิดของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Civil Law สามารถจำแนกออกได้เป็นสองกลุ่ม คือ ประเทศที่มีบทบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร และประเทศที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร

(1) ประเทศที่มีบทบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปเกือบทั้งหมดมีบทบัญญัติในเรื่องการเลือกกฎหมายในคดีละเมิด อย่างไรก็ดี การกล่าวถึงประเทศสมาชิกสหภาพทั้งหมดคงจะเกินข้อจำกัดและขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงจะขอลำถึงเฉพาะเพียงประเทศซึ่งมีอิทธิพลทางกฎหมายต่อประเทศสมาชิกอาเซียน กล่าวคือ ประเทศเยอรมัน¹⁵⁴ เท่านั้น

กฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายว่าด้วยละเมิดของประเทศเยอรมันได้รับการบัญญัติไว้ใน *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* หรือ EGBGB¹⁵⁵ ซึ่งได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี ค.ศ. 1999

§ 40 (1) EGBGB นั้นกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปในการเลือกกฎหมายในคดีละเมิดว่าให้ใช้กฎหมายของประเทศซึ่งเกิดการกระทำละเมิด (*lex loci actus*) เป็นลำดับแรก กระนั้น ผู้เสียหายก็มีสิทธิ

¹⁵⁴ จากหลักฐานทางประวัติศาสตร์และบทสัมภาษณ์ พระยามานวราชเสวี ซึ่งเป็นหนึ่งในคณะผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 ของประเทศไทย ได้อาศัยกฎหมายญี่ปุ่นและกฎหมายเยอรมันเป็นพื้นฐานในการร่าง โปรดดู ภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์, บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี, (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2557), น. 28.

¹⁵⁵ EGBGB หรือ *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* คือ กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (Introductory Act to Civil Code) ของประเทศเยอรมัน

เลือก (election) ให้ใช้กฎหมายของประเทศที่เกิดความเสียหาย (*lex loci damni infecti*) แทนได้¹⁵⁶ กล่าวได้ว่าเป็นจุดเกาะเกี่ยวประเภทหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) ซึ่งเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้เสียหาย¹⁵⁷ โดยมีได้ให้อำนาจแก่ศาลในการตีความ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) แต่อย่างไร

§ 40 (2) EGBGB ได้กำหนดข้อยกเว้นหลักเกณฑ์ทั่วไปไว้โดยให้ใช้กฎหมายของประเทศที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีภูมิลำเนาอยู่ (*habitual residence*) แทน หากคู่กรณีทั้งผู้เสียหายและผู้กระทำละเมิดนั้นอยู่ในประเทศเดียวกัน¹⁵⁸

นอกจากกรณีตามหลักเกณฑ์ทั่วไปและข้อยกเว้นแล้ว EGBGB ยังคำนึงถึงจุดเกาะเกี่ยวประเภทอื่น ๆ เพื่อให้การเลือกกฎหมายมีความยืดหยุ่นและสอดคล้องกับธรรมชาติของกฎหมายละเมิดมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดย § 41 (1) ยังกำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศซึ่งคู่กรณีมีภูมิลำเนาอยู่นั้นใกล้ชิดกับนิติสัมพันธ์มากกว่า (*closer connection*) จุดเกาะเกี่ยวตามหลักเกณฑ์ทั่วไปใน § 40 (1) และข้อยกเว้นใน § 40 (2)¹⁵⁹ และ § 42 ยังอนุญาตให้คู่กรณีสามารถร่วมกันแสดงเจตนาเลือกกฎหมายได้เอง (*party autonomy*) ภายหลังจากที่เกิดความเสียหายขึ้นแล้ว¹⁶⁰

อย่างไรก็ดี การเลือกกฎหมายของประเทศเยอรมันมิได้มีการกล่าวถึงกรณีความรับผิดชอบนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้างและความรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น ศาลเยอรมันจึงได้ปรับใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปในการเลือกกฎหมายตาม § 40 (1)¹⁶¹

สำหรับค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (public order) ประเทศเยอรมันจึงปฏิเสธการเลือกกฎหมายโดยคำนึงถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษ

¹⁵⁶ § 40 (1) Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche

¹⁵⁷ M. Reimann, “Codifying Torts Conflicts: The 1999 German Legislation in Comparative Perspective,” *Louisiana Law Review*, Vol. 60, No. 4, (Summer 2000), pp. 1297-1319.

¹⁵⁸ § 40 (2) Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche

¹⁵⁹ § 41 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche

¹⁶⁰ § 42 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche

¹⁶¹ Martin Fuith, “Law applicable to Torts/Delicts, implications on Austrian, German Law and Rome II Regulation,” (Master of Laws Faculty of Law Chulalongkorn University, 2013), p. 74.

(2) ประเทศที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร

แม้ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law จะถือว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับแรก กระนั้น ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปบางประเทศ เช่น ฝรั่งเศสและสวิตเซอร์แลนด์ ก็ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิด ซึ่งลักษณะดังกล่าวก็เป็นเช่นเดียวกับการเลือกกฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์, ลาว และกัมพูชา อย่างไรก็ตาม ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาขอกล่าวถึงเพียง ประเทศฝรั่งเศส¹⁶² ในฐานะประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกับประเทศสมาชิกอาเซียนอย่างแน่นแฟ้น¹⁶³

แม้จะไม่มีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้หมายความว่าฝรั่งเศสไม่รู้จักข้อความคิดในการเลือกกฎหมายสำหรับคดีละเมิด ในคำพิพากษาคดี *Loutour c. Guiraud*¹⁶⁴ ศาลสูงฝรั่งเศส (Cour de Cassation) ได้แสดงออกถึงทัศนคติซึ่งนักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสมีต่อการแก้ปัญหาการละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ โดย Cour de Cassation ได้อาศัยหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) เป็นจุดเกาะเกี่ยว

แม้การเลือกกฎหมายในคดีละเมิดของประเทศฝรั่งเศสจะไม่ได้อยู่ในรูปของกฎเกณฑ์ (non-rule-based) และคำพิพากษาดังกล่าวก็ได้ผูกพันศาลฝรั่งเศสในฐานะกฎหมายเช่นเดียวกับหลัก *stare decisis* ในระบบกฎหมาย Common Law แต่คำพิพากษาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หรือที่เรียกว่า *Jurisprudence* นั้นก็ได้รับการยอมรับว่าเป็นความรู้กฎหมายที่เกิดจากแนวคำพิพากษา¹⁶⁵ แม้จะไม่ได้รับ

¹⁶² E.G. Lorenzen, "French Rules of Conflict of Laws (Part 3)," *Yale Law Journal*, Vol. 38, No. 166, (1928-1929), p. 170.

¹⁶³ ประเทศฝรั่งเศสเป็นอดีตเจ้าอาณานิคมของประเทศ กัมพูชา, ลาว และเวียดนาม

¹⁶⁴ Cour de cassation, Civ. 25.5.1948, D. 1948, 357; S. 1949 I, 21. (*Loutour c. Guiraud*)

อนึ่ง ผู้ศึกษาได้กล่าวถึงข้อเท็จจริงในคดี *Loutour c. Guiraud* ไว้แล้วใน บทที่ 1 หัวข้อที่ 1.1.2

¹⁶⁵ *Jurisprudence* ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีที่มาจากคำว่า *Jurisprudence Constant* หมายถึงความรู้กฎหมายที่เกิดจากแนวคำพิพากษา โดยในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นยอมรับกันว่ากฎหมาย ได้แก่ ตัวบท (text), ความรู้กฎหมายที่สอนกันในตำรา (doctrine) และ ความรู้กฎหมายที่มีความสม่ำเสมอ (*jurisprudence constant*) ซึ่งหมายถึงความรู้กฎหมายอันเกิดจากคำพิพากษา โปรตุ

การยอมรับว่าเป็นบรรทัดฐาน แต่ก็ถือว่าเป็นการปรับข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงโดยการให้เหตุผลซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมาย **Civil Law** คำพิพากษาจึงเป็นตัวอย่างที่ดีแก่ศาลในคดีหลังในการใช้และการตีความกฎหมาย เมื่อคำพิพากษามีผลผูกพันจึงทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทัศนคติที่มีต่อการเลือกกฎหมายในคดีละเมิดได้โดยง่าย และศาลสามารถเปลี่ยนแปลงจุดเกาะเกี่ยวได้เสมอ โดยเฉพาะในเรื่องหลักเกณฑ์ในการอธิบาย “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) ทำให้ทางปฏิบัติปรากฏการตีความถ้อยคำดังกล่าวด้วยนัยยะที่แตกต่างกัน ในคดี *Gordon and Breach Science Publishers*¹⁶⁶ ศาลใช้ “กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำ” (*lex loci actus*) ขณะที่ศาลกลับอาศัย “กฎหมายของสถานที่ความเสียหายเกิด” (*lex loci damni infecti*) เป็นจุดเกาะเกี่ยวในคดี *Société Mobil North Sea*¹⁶⁷ โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่าในขณะเกิดเหตุ นั้น กฎหมายของประเทศใดใกล้ชิดกับการทำละเมิดมากกว่ากัน¹⁶⁸ ซึ่งมีได้มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน (*certainty*) แต่อย่างไร

สำหรับการเลือกกฎหมายในความรับผิดชอบเฉพาะเรื่อง **Jurisprudence** ของฝรั่งเศสได้มีการกล่าวถึงความรับผิดชอบของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้างไว้แต่อย่างใด แต่ประเทศฝรั่งเศสได้เป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (*Convention on the Law Applicable to Products Liability*) ซึ่ง Article 4 กำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศที่เกิดความเสียหาย (*lex loci damni infecti*) ในกรณีที่สถานที่ดังกล่าวคือถิ่นที่อยู่ของบุคคลผู้ได้รับความเสียหายโดยตรง หรือเป็นสถานที่ประกอบธุรกิจของบุคคลที่ต้องรับผิดชอบ หรือกรณีผู้เสียหายได้รับสินไหมจากสถานที่ดังกล่าว

ประเทศฝรั่งเศสก็ได้ปฏิเสธค่าเสียหายเชิงลงโทษเช่นเดียวกับประเทศ **Civil Law** อื่น ๆ เนื่องจากขัดต่อความสงบเรียบร้อย (*public order*)

ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, กิตติศักดิ์ ปรกติ แก้ไขเพิ่มเติม, พิมพ์ครั้งที่ 14, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 77.

¹⁶⁶ *Cour de cassation, 1ère Ch Civ, 14 January 1997 (Gordon and Breach Science Publishers)*

¹⁶⁷ *Cour de cassation, 1ère Ch Civ, 11 May 1999 (Société Mobil North Sea)*

¹⁶⁸ A. Dickinson, The Rome II Regulation: The New Applicable to Non-contractual Obligations, 2nd ed., (New York: Oxford University Press Inc., 2008), pp. 13-14.

2.3.1.2 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law

แม้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law จะมีเพียงอังกฤษ ประเทศเดียวเท่านั้น กระนั้นก็ได้หมายความว่าพัฒนาการในกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายในเรื่องละเมิดของประเทศอังกฤษจะอ่อนแอหรือล้าหลังแต่อย่างใด กลับกัน นิติวิธีของประเทศอังกฤษนั้นมีพัฒนาการเป็นลำดับเรื่อยมา และได้ถ่ายทอดเผยแพร่ไปยังประเทศอื่นผ่านการเป็นเจ้าอาณานิคม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อิทธิพลต่อประเทศสมาชิกอาเซียนนั้นยังคงมีอยู่จนถึงปัจจุบัน¹⁶⁹

ประเทศอังกฤษอาศัยเหตุผลในคำพิพากษา (*ratio decidendi*) ในคดีต่าง ๆ สร้างจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องละเมิดเสมอมา ตั้งแต่หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) ในคดี *The Halley*,¹⁷⁰ หลัก Double Actionability ในคดี *Philips v Eyre*¹⁷¹ กระทั่ง ในคดี *Boys v Chaplin*¹⁷² ศาลสูงอังกฤษก็ได้เปลี่ยนแปลงมาใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort) ในฐานะข้อยกเว้น (exception clause) ของหลักทั่วไปเพื่อแก้ไขปัญหาของหลัก Double Actionability¹⁷³ แต่เนื่องจากการเลือกกฎหมายยึดโยงอยู่กับบรรทัดฐานคำพิพากษาตามหลัก *stare decisis* ทำให้พัฒนาการของจุดเกาะเกี่ยวนั้นไม่สามารถไล่ตามบริบททางสังคมได้ทัน สหราชอาณาจักร (United Kingdom) ซึ่งประกอบไปด้วย อังกฤษ, เวลส์, สกอตแลนด์ และไอร์แลนด์เหนือ จึงได้มอบหมายให้ The Law Commission ของอังกฤษ และ The Scottish Law Commission ร่วมกันศึกษาเพื่อปฏิรูปกฎหมายด้วยความตั้งใจให้เป็นข้อเสนอเพื่อจัดทำกฎหมายเอกรูปของสหภาพยุโรป¹⁷⁴

¹⁶⁹ ข้อความคิดในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดของอังกฤษมีอิทธิพลอย่างมากต่อนิติวิธีของสิงคโปร์ในปัจจุบัน นอกจากนี้ บรูไนดารุสซาลาม, เมียนมาร์ และมาเลเซีย ยังมีได้ยกเลิกบทบัญญัติในเรื่องการนำ Common Law ของประเทศอังกฤษมาใช้แต่อย่างใด

¹⁷⁰ *The Halley* (1867) L.R. 2 Adm. & Ecc. 3; (1868) L.R. 2 P.C. 193.

¹⁷¹ *Philips v Eyre* (1870) L.R. 6 Q.B. 1.

¹⁷² *Boys v Chaplin* [1969] 2 All ER 1085.

¹⁷³ ผู้ศึกษาได้กล่าวถึงจุดเกาะเกี่ยวทั้งสามประเภทในกฎหมายอังกฤษไว้แล้วใน บทที่ 1 หัวข้อที่ 1.1.2 จึงไม่ขอกล่าวซ้ำ ณ ที่นี้อีก โปรดดู หน้า 32-38 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

¹⁷⁴ The Law Commission Working Paper No. 87 and The Scottish Law Commission Consultative Memorandum No. 62, Private International Law: Choice of Law in Tort and Delict, (London: Her Majesty's Stationary Office, 1984), p. 4.

จากการศึกษาดังกล่าว สหราชอาณาจักรสามารถจัดทำกฎหมายลายลักษณ์อักษรคือ Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995 (นับจากนี้ขอเรียกว่า “PILA”) กฎหมายฉบับนี้กล่าวถึงกฎเกณฑ์ในเรื่องการเลือกกฎหมายในเรื่องละเมิดไว้ในส่วนที่ 3 (Part III) ใน Section 9¹⁷⁵ ถึง 14 โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน กฎเกณฑ์ทั่วไปในการเลือกกฎหมาย (general rules) ใน Section 11 และข้อยกเว้น (exception clause) ใน Section 12 โดยได้ยกเลิกการเลือกกฎหมายตามหลัก Double Actionability และข้อยกเว้นตามหลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort)¹⁷⁶

Section 11 (1) PILA บัญญัติการเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับไว้ว่า “กฎเกณฑ์ทั่วไปในการใช้กฎหมายบังคับคือ กฎหมายของประเทศที่การกระทำละเมิดได้เกิดขึ้น”¹⁷⁷ จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการเลือกกฎหมายในเรื่องละเมิดของประเทศอังกฤษจะเปลี่ยนไปใช้หลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) อย่างไรก็ดี Section 11 (1) นั้นหมายถึงกรณีที่เกิดการกระทำละเมิดทุกขั้นตอนในประเทศเดียวเท่านั้น¹⁷⁸ แต่วัตถุประสงค์ประการหนึ่งในการบัญญัติ PILA คือ เพื่อให้การเลือกกฎหมายสามารถครอบคลุมถึงคดีที่การกระทำหลายขั้นตอนนั้นเกิดขึ้นในหลายประเทศ (cross-border)¹⁷⁹ จึงได้มีการกำหนดรายละเอียดในส่วนของ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) ใน

¹⁷⁵ มีข้อสังเกตว่า Section 9 (6) PILA นั้นบัญญัติว่ากฎหมายฉบับนี้ให้ใช้บังคับกับละเมิดทั้งที่เกิดในอังกฤษ (English torts) และที่เกิดในต่างประเทศ (foreign torts) เสมอกัน ซึ่งแตกต่างจากทัศนคติดั้งเดิมในการเลือกกฎหมายซึ่งจะหยิบยกประเด็นดังกล่าวขึ้นมาต่อเมื่อสถานที่เกิดละเมิด (*locus delicti*) เกิดขึ้นนอกประเทศอังกฤษ

¹⁷⁶ Section 10 (1) (2) Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995

¹⁷⁷ Section 11 Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995
“(1) The general rule is that the applicable law is the law of the country in which the events constituting the tort or delict in question occur. ...”

¹⁷⁸ C.G.J. Morse, “Torts in Private International Law: A New Statutory Framework,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, No. 4, (Oct., 1996), p. 896.

¹⁷⁹ ตัวอย่างเช่น อุบัติเหตุทางรถยนต์ (road accident) ในคดี *McEiroy v McAllister* 1949 S.C. 110; คดีที่ลูกจ้างบาดเจ็บจากการทำงาน (workman’s compensation) ที่ประเทศหนึ่งและต้องการเรียกร้องค่าเสียหายจากนายจ้างในอีกประเทศหนึ่ง ใน *Coupland v Arabian Gulf Oil Co.*

หลาย ๆ กรณีไว้ใน Section 11 (2) PILA ความว่า “หากขั้นตอนในการกระทำละเมิดเกิดขึ้นในหลายประเทศ กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิดนั้น ให้คำนึงถึง

(ก) ในกรณีที่เกิดความเสียหายแก่ร่างกาย รวมถึงกรณีที่บาดเจ็บถึงตาย ให้หมายถึงกฎหมายของสถานที่ที่ผู้เสียหายอยู่ขณะที่ได้รับบาดเจ็บ

(ข) ในกรณีที่เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สิน ให้หมายถึง กฎหมายของสถานที่ที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ ในขณะที่เกิดความเสียหาย

(ค) ในกรณีอื่น ๆ ให้หมายถึง กฎหมายของประเทศที่ใกล้ชิดกับขั้นตอนในการกระทำละเมิดมากที่สุด”¹⁸⁰

สำหรับข้อยกเว้นการเลือกกฎหมายตามกฎหมายเกณฑ์ทั่วไป ใน Section 12 กำหนดให้ต้องพิจารณาเปรียบเทียบกันระหว่างจุดเกาะเกี่ยวตามหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปตาม Section 11 และ จุดเกาะเกี่ยวอื่นๆซึ่งเชื่อมการละเมิดเข้ากับกฎหมายของประเทศอื่นซึ่งไม่ใช่กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci*

[1983] 1 W.L.R. 1136; การหมิ่นประมาท (defamation) ในคดี *Church of Scientology of California v Commissioner of Metropolitan Police* (1976) 120 S.J. 690 (C.A.) see also The Law Commission Working Paper No. 87 and The Scottish Law Commission Consultative Memorandum No. 62, *supra* note 175, pp. 1-4.

¹⁸⁰ Section 11 Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995

“(2) Where elements of those events occur in different countries, the applicable law under the general rule is to be taken as being –

(a) for a cause of action in respect of personal injury caused to an individual or death resulting from personal injury, the law of the country where the individual was when he sustained the injury;

(b) for a cause of action in respect of damage to property, the law of the country where the property was when it was damaged; and

(c) in any other case, the law of the country in which the most significant element or elements of those events occurred.

(3) In this section “personal injury” includes disease or any impairment of physical or mental condition,”

delicti commissi) กรณีตาม Section 12 นั้นเรียกร้องให้ศาลต้องพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวประเภทอื่นด้วย โดยคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ เช่น จุดเกาะเกี่ยวนั้น ๆ อาจสัมพันธ์กับคู่กรณี (parties) หรือ อาจสัมพันธ์กับ ขั้นตอนทั้งหลายที่ประกอบกันเป็นละเมิด ตลอดจนจุดเกาะเกี่ยวซึ่งอาจสัมพันธ์กับพฤติกรรมหรือผลลัพธ์ ทั้งหลายซึ่งอาจเกิดจากขั้นตอนที่ประกอบกันเป็นละเมิดนั้น¹⁸¹ กล่าวคือ เป็นการใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort) ในลักษณะที่เป็นข้อยกเว้น

ในเรื่องความรับผิดชอบของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง The Law Commission เห็นสมควรให้การเลือกกฎหมายดังกล่าวเป็นเช่นเดียวกับกฎหมาย¹⁸² เช่นเดียวกับในเรื่องความรับผิดชอบอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

The Law Commission ยังได้กำหนดให้ประเด็นในเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นไปตามกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*)¹⁸³ ซึ่งในระบบกฎหมาย Common Law นั้นอนุญาตให้สามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้

อย่างไรก็ดี PILA นั้นเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งสำหรับ Common Law แล้วถือเป็นสิ่งแปลกปลอมในระบบกฎหมาย และจะปรับใช้อย่างเคร่งครัดในฐานะข้อยกเว้น ดังนั้น การที่ PILA กำหนดรายละเอียดไว้จำนวนมากเช่นนี้ก็เพื่อมิให้ศาลปฏิเสธการใช้กฎหมาย ทั้งยังได้กำหนดการทำละเมิดประเภทที่ไม่อยู่ภายใต้กฎหมายของ PILA เช่น ในเรื่องหมิ่นประมาท (defamation)¹⁸⁴ เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้น ศาลอังกฤษจะยังคงอาศัยการเลือกกฎหมายตามหลัก Double Actionability และข้อยกเว้นตามหลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort) ซึ่งเกิดจากหลัก *stare decisis* ตามเดิม

ทั้งหมดข้างต้นแสดงให้เห็นว่าการเลือกกฎหมายในเรื่องละเมิดของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปก่อนการประกาศใช้ Rome II Regulation นั้นยังคงยึดโยงอยู่กับนิติวิธีของประเทศตน และแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ แม้จุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดจะมีความทันสมัยอย่างมากแต่ก็ไม่สามารถแก้ไขปัญหา

¹⁸¹ Section 12 Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995

¹⁸² The Law Commission Working Paper No. 193 and The Scottish Law Commission Consultative Memorandum No. 129, *Private International Law: Choice of Law in Tort and Delict*, (London: Her Majesty's Stationary Office, 1990), p. 21

¹⁸³ *Ibid*, p. 22.

¹⁸⁴ Section 13 Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995

ความแตกต่างของกฎหมายในแต่ละประเทศได้ โดยเฉพาะเมื่อประสบกับปริมาณคดีที่มากขึ้นจากการเคลื่อนย้ายเสรี (free movement)

2.3.2 ผลกระทบของการประกาศใช้ Rome II Regulation

เพื่อแก้ไขความแตกต่างทางกฎหมายในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศของประเทศสมาชิก สหภาพยุโรปได้จัดทำ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations¹⁸⁵ หรือ Rome II Regulation

Regulation ฉบับนี้เป็นกฎหมายเอกรูป (uniform law) ของสหภาพ และทำให้กฎหมายในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดระหว่างประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันอย่างแท้จริง ซึ่งเป็นเครื่องมือที่จำเป็นต่อตลาดร่วมของสหภาพยุโรป (internal market) เพื่อพัฒนากระบวนการพิจารณาทางกฎหมายที่คาดเห็นได้และมีความแน่นอน เพื่อบังคับกับคดีที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ ตลอดจนการเคลื่อนย้ายเสรีของคำพิพากษา (free movement of judgments)¹⁸⁶

จุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดตาม Rome II Regulation¹⁸⁷ นั้นสามารถจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ จุดเกาะเกี่ยวหลักในคดีละเมิดตาม Article 4 ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป (*lex generalis*) ศาลประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปต้องใช้เป็นเครื่องมือในการเลือกกฎหมายในคดีละเมิดทุกกรณี เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ Rome II Regulation กำหนดกฎหมายเฉพาะ (*lex specialis*) ไว้ต่างหาก ได้แก่ Article 5 ความรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (product liability), Article 6 ความเสียหายอันเกิดจากการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม (unfair competition), Article 7 ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม (environmental damage), Article 8 การล่องละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา, และ Article 9 การ

¹⁸⁵ OJ C 241, 28.9.2004, p. 1.

¹⁸⁶ Recital 6 Rome II Regulation

¹⁸⁷ ขอบเขตทางด้านเนื้อหา (*ratione materiae*) ของ Rome II Regulation มิได้จำกัดอยู่เพียงเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิด นัยยะแห่งถ้อยคำของ “หนี้ที่มีได้เกิดจากสัญญา” (non-contractual obligation) นั้นยังได้หมายรวมถึงกรณี ความรับผิดเพื่อละเมิด (tort/delict), การจัดการงานนอกสั่ง (*negotiorum gestio*), ลาภมิควรได้ (unjust enrichment), และ ความรับผิดก่อนสัญญา (*culpa in contrahendo*) อีกด้วย อย่างไรก็ตาม วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จำกัดขอบเขตการศึกษาแต่เพียงการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดเท่านั้น ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงขอไม่กล่าวถึงหนี้ที่มีได้เกิดจากสัญญาประเภทอื่น ณ ที่นี้

ดำเนินงานในภาคอุตสาหกรรม (industrial action) ซึ่งคณะกรรมการแห่งสหภาพยุโรปเล็งเห็นว่า จำเป็นต้องมีจุดเกาะเกี่ยวเฉพาะเรื่อง เนื่องจากจุดเกาะเกี่ยวหลักตาม Article 4 นั้นไม่เหมาะสมกับความเสียหายจากการทำละเมิดที่มีลักษณะเฉพาะเหล่านี้ นอกจากนี้ยังได้กำหนดขอบเขตการเลือกกฎหมายตาม Rome II Regulation ให้ครอบคลุมไปถึงกรณีอื่น ๆ ซึ่งเกี่ยวเนื่องกับความรับผิดเพื่อละเมิด เช่น ความรับผิดจากการกระทำของผู้อื่น (vicarious liability)¹⁸⁸ หรือการกำหนดค่าเสียหายและการเยียวยาด้วยวิธีอื่น¹⁸⁹ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี การศึกษาจุดเกาะเกี่ยวตาม Rome II Regulation ของสหภาพยุโรปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการเปรียบเทียบ เพื่อเป็นข้อเสนอแก่ประชาคมอาเซียน ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงขอจำกัดการศึกษาแต่เพียงในหัวข้อที่สอดคล้องกับการเลือกกฎหมายในคดีละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนซึ่งได้กล่าวไว้ในหัวข้อก่อนหน้านี้ กล่าวคือ เฉพาะจุดเกาะเกี่ยวหลักในคดีละเมิด, จุดเกาะเกี่ยวในคดีความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง (employer's vicarious liability), จุดเกาะเกี่ยวในคดีความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (product liability)

2.3.2.1 จุดเกาะเกี่ยวหลักในคดีละเมิด

Article 4 Rome II Regulation ได้กำหนดจุดเกาะเกี่ยวหลักในคดีละเมิดในฐานะกฎเกณฑ์ทั่วไป (*lex generalis*) เพื่อใช้กับความรับผิดเพื่อละเมิดทุกกรณี กล่าวคือ หากศาลของประเทศสมาชิกสหภาพประสบกับปัญหาการทำละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดเพื่อละเมิดตามกฎหมายของ Civil Law หรือ Common Law, จะเป็นความรับผิดบนพื้นฐานความผิด (liability based on fault) หรือความรับผิดโดยปราศจากความผิด (liability without fault) ศาลนั้นจะต้องเลือกกฎหมายโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวตาม Article 4 Rome II Regulation เสมอ

จุดเกาะเกี่ยวหลักตาม Article 4 Rome II Regulation สามารถจำแนกออกได้เป็น 3 ส่วน ได้แก่ กฎเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้ในการเลือกกฎหมาย (general rule), ข้อยกเว้น (exemption clause) และ ข้องดเว้น (escape clause)

¹⁸⁸ Article 15 (g) Rome II Regulation

¹⁸⁹ Article 15 (c) Rome II Regulation

(1) กฎเกณฑ์ทั่วไป: กฎหมายของสถานที่ที่เกิดความเสียหาย (LEX LOCI DAMNI INFECTI)

Article 4 para. 1 Rome II Regulation บัญญัติว่า “นอกจากที่กำหนดไว้ใน Regulation ฉบับนี้ กฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ที่มีได้เกิดจากสัญญาซึ่งเกิดจากละเมิดนั้น ให้ใช้กฎหมายของประเทศที่เกิดความเสียหาย โดยไม่ต้องคำนึงถึงประเทศอันซึ่งเกิดการกระทำอันเป็นที่มาแห่งความเสียหาย และไม่ต้องคำนึงถึงประเทศที่เกิดความเสียหายทางอ้อม”¹⁹⁰

การใช้หลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) เป็นจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดนั้นเกิดปัญหาในการตีความ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) ซึ่งเป็นเงื่อนไขในการเลือกกฎหมายของจุดเกาะเกี่ยวประเภทนี้มีนัยยะหรือขอบเขตเพียงใดมาเสมอ ทางปฏิบัติของศาลภายในนานาประเทศเองมีข้อความคิดที่แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ แต่เดิมนั้น ความเห็นฝ่ายข้างมากเห็นว่าสถานที่กระทำละเมิดนั้นหมายถึง “สถานที่เกิดการกระทำ” (*locus actus*) กระนั้น การให้ความหมายในลักษณะดังกล่าวก็ยังไม่เป็นที่สุดทั้งยังมีปัญหาในทางปฏิบัติ สถานที่เกิดการกระทำก็มิได้คาดเห็นได้โดยง่าย ในกรณีข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่าการกระทำทั้งหมดมิได้เกิดขึ้นภายในประเทศเดียว แต่เกิดจากการกระทำหลายขั้นตอนซึ่งเกิดขึ้นในหลายประเทศ¹⁹¹ เช่นนี้จะต้องถือการกระทำในขั้นตอนใดเป็นสถานที่เกิดการกระทำ ในบางประเทศถือตามการกระทำครั้งแรก (*first act*) ขณะที่บางประเทศให้ความสำคัญกับสถานที่ที่มีการกระทำครั้งสุดท้าย (*last act*) ทำให้เกิดอุปสรรคในการเลือกกฎหมาย เนื่องจากสถานที่ดังกล่าวแปรเปลี่ยนไปตามลักษณะของการกระทำละเมิดและทัศนคติหรือนิติวิธีของศาลที่พิจารณาคดี ซึ่งไม่เป็นประโยชน์ต่อผู้เสียหายแต่อย่างใด

เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว Rome II Regulation เลือกที่จะกำหนดนัยยะของจุดเกาะเกี่ยวให้มีความแน่นอน (*certainty*) โดยเลือกที่จะใช้ “สถานที่เกิดความเสียหาย” (*lex loci damni*) เป็นเกณฑ์

¹⁹⁰ Article 4 para. 1 Rome II Regulation

“Unless otherwise provided for in this Regulation, the law applicable to a non-contractual obligation arising out of a tort/delict shall be the law of the country in which the damage occurs irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occur.

¹⁹¹ E. Rabel, *supra* note 45, p. 315.

เพียงหนึ่งเดียว จุดเกาะเกี่ยวตาม Article 4 para.1 จึงได้ปฏิเสธความหมายของ “สถานที่เกิดการกระทำ” (*locus actus*) ประเภทอื่นทั้งหมด กล่าวคือ การเลือกกฎหมายด้วยวิธีนี้จะไม่นำการกระทำมาเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาแต่อย่างใด วิธีการเช่นนี้เป็นประโยชน์อย่างมาก เนื่องจากทำให้จุดเกาะเกี่ยวมีความแน่นอน โดยคำนึงถึงข้อความคิดของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดสมัยใหม่ซึ่งให้ความสำคัญกับการชดเชยเยียวยาผู้เสียหาย (*compensation function*) มากกว่าการควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์โดยคำนึงความผิด (*fault*) เป็นเกณฑ์¹⁹²

นอกจากจะสามารถแก้ไขปัญหาค่าความแตกต่างในการตีความคำว่า “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) ในระหว่างประเทศสมาชิกสหภาพได้แล้ว การกำหนดให้ใช้ “กฎหมายของสถานที่ที่เกิดความเสียหาย” (*lex loci damni infecti*) แต่เพียงอย่างเดียวย่อมเป็นประโยชน์ต่อทั้งผู้กระทำละเมิดและผู้เสียหาย จุดเกาะเกี่ยวที่แน่นอน (*certainty*) ทำให้ผู้เสียหายสามารถคาดหมายได้ว่าตนจะได้รับการเยียวยาภายใต้กฎหมายของประเทศใด กลับกันผู้กระทำละเมิดเองก็สามารถคาดเห็นได้ว่าการกระทำของตนจะเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้นภายใต้กฎหมายของประเทศใด ซึ่งจะทำให้ผู้กระทำได้เพิ่มระดับความระมัดระวังให้มากยิ่งขึ้น¹⁹³

(2) ข้อยกเว้น: กฎหมายแห่งถิ่นที่อยู่ร่วมกันของคู่กรณี (The Law of Common Habitual Residence)

ในบางกรณี จุดเกาะเกี่ยวที่มีความแน่นอนมากจนเกินไปอาจทำให้การเลือกกฎหมายเกิดความกระต้างและไม่เหมาะสม¹⁹⁴ คณะกรรมาธิการแห่งสหภาพยุโรปได้เล็งเห็นถึงสภาพปัญหาดังกล่าวจึงได้บัญญัติ “ข้อยกเว้น” (*exemption clause*) ของการใช้จุดเกาะเกี่ยวตามหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดความเสียหาย (*lex loci damni infecti*) ไว้ใน Article 4 para. 2 ความว่า “หากผู้ที่ต้องรับผิดชอบ และผู้ได้รับความเสียหายนั้นมีถิ่นที่อยู่ในประเทศเดียวกัน ในขณะที่ความเสียหายเกิด ก็ให้ใช้กฎหมายของ

¹⁹² Commission of the European Communities, “Proposal for A Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-contractual Obligations (“Rome II”),” COM/2003/0427 final - COD 2003/0168, p. 10, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52003PC0427>, สืบค้นวันที่ 5 พฤษภาคม 2559.

¹⁹³ Martin Fuith, *supra* note 161, p. 28.

¹⁹⁴ Commission of the European Communities, *supra* note 192.

ประเทศดังกล่าวปรับแก้กรณี”¹⁹⁵ กล่าวอีกนัยหนึ่ง แม้จะเป็นการทำละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ แต่สหภาพยุโรปเห็นว่า การที่คู่กรณีมีถิ่นที่อยู่ร่วมกันนั้นเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดกว่าสถานที่เกิดผลเสียหาย ดังนั้นจึงกำหนดให้ศาลก็จำเป็นต้องใช้จุดเกาะเกี่ยวประเภท “กฎหมายแห่งถิ่นที่อยู่ร่วมกันของคู่กรณี” (law of common habitual residence) แทนการใช้กฎหมายของสถานที่ที่เกิดความเสียหาย (*lex loci damni infecti*)

การนำถิ่นที่อยู่ของคู่กรณีมาบัญญัติเป็นจุดเกาะเกี่ยวนี้เป็นประโยชน์อย่างมาก แม้ Rome II Regulation จะมีได้กำหนดความหมายของ “ถิ่นที่อยู่” (habitual residence) ไว้¹⁹⁶ แต่โดยสภาพแล้ว ถิ่นที่อยู่คือสถานที่ที่บุคคลนั้นปรากฏตัว จึงสามารถพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีได้ แตกต่างจาก ภูมิลำเนา (domicile) หรือสัญชาติ (nationality) ซึ่งต้องพิจารณาข้อกฎหมายของแต่ละประเทศ จุดเกาะเกี่ยวประเภทถิ่นที่อยู่จึงมีความยืดหยุ่นอย่างมาก ทั้งยังสามารถคุ้มครองความคาดหวังในการเลือกกฎหมายที่เป็นประโยชน์แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้¹⁹⁷ เงื่อนไขเพียงอย่างเดียวในการใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่อยู่ร่วมกันของคู่กรณี (law of common habitual residence) แทนจุดเกาะเกี่ยวหลักคือ การที่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย ทั้งผู้ทำละเมิดและผู้เสียหายปรากฏตัวอยู่ในประเทศเดียวกันในขณะที่เกิดความเสียหายจากการละเมิด แม้ความเสียหายจะเกิดขึ้นในประเทศ A หากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีถิ่นที่อยู่ในประเทศ B จุดเกาะเกี่ยวตาม Article 4 para. 2 Rome II Regulation ก็จะกำหนดให้ศาลใช้กฎหมายของประเทศ B บังคับแก้กรณีแทน ทำให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีโอกาสได้ใช้กฎหมายของประเทศที่ตนคุ้นเคยบังคับแก้กรณี ซึ่งจุดเกาะเกี่ยวประเภทถิ่นที่อยู่ร่วมกันของคู่กรณียังรองรับลักษณะของการเคลื่อนย้ายเสรีบุคคลธรรมดา (free movement of natural persons) และแรงงาน (workers) ในสหภาพยุโรปได้เป็นอย่างดี

¹⁹⁵ Article 4 para. 2 Rome II Regulation

“However, where the person claimed to be liable and the person sustaining damage both have their habitual residence in the same country at the time when the damage occurs, the law of that country shall apply.”

¹⁹⁶ Article 23 para. 1 Rome II Regulation

¹⁹⁷ Commission of the European Communities, *supra* note 192.

(3) ข้อดเว้น: หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort)

แม้การเลือกกฎหมายในคดีละเมิด ตาม Article 4 Rome II Regulation จะกำหนดข้อยกเว้น (exemption clause) ในการใช้จุดเกาะเกี่ยวหลักไว้แล้วก็ตาม กระนั้น เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติอันเกิดจากการที่จุดเกาะเกี่ยวขาดความยืดหยุ่นมากเกินไป Article 4 para. 3 จึงได้บัญญัติทางออกเฉพาะคดีไว้ว่า “หากพฤติการณ์ทั้งหลายที่ปรากฏแก่คดีเป็นที่ชัดเจนแจ้งว่า การละเมิดนั้นมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่าจุดเกาะเกี่ยวตาม para. 1 และ para. 2 ก็ให้ใช้กฎหมายของประเทศดังกล่าวบังคับแก่กรณี. ความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่านี้อาจมีที่มาจากความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีที่มีอยู่ก่อนการกระทำละเมิด เช่น สัญญา เป็นต้น”¹⁹⁸ กล่าวคือ Rome II Regulation ยอมรับการใช้ “หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด” (The Proper Law of Tort) ในฐานะข้อดเว้น (escape clause)

ความแตกต่างระหว่างการใช้ “กฎหมายแห่งถิ่นที่อยู่ร่วมกันของคู่กรณี” (law of common habitual residence) ตาม Article 4 para. 2 และ “กฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด” (The Proper Law of Tort) ตาม Article 4 para. 3 คือ กรณีแรก ศาลถูกบังคับให้ต้องพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวตามข้อยกเว้นเสมอหากข้อเท็จจริงสามารถรับฟังได้ตามเงื่อนไข กล่าวคือ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีถิ่นที่อยู่เดียวกันในขณะเกิดผลเสียหาย ศาลจำเป็นต้องเลือกใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่อยู่แทนกฎหมายแห่งสถานที่ที่ผลเสียหายเกิดทันที ขณะที่ในกรณีตาม Article 4 para. 3 นั้นเป็นข้อพิจารณาเฉพาะคดี หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort) ได้ให้อำนาจศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการรับฟังข้อเท็จจริงหรือจุดเกาะเกี่ยวอื่น ๆ เพื่อนำมาใช้ประกอบการเลือกกฎหมาย หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าจุดเกาะเกี่ยวอื่น ๆ ที่ใกล้ชิดกับการทำละเมิดในคดีนั้นมากกว่า (more closely connected) จุดเกาะ

¹⁹⁸ Article 4 para. 3 Rome II Regulation

“Where it is clear from all the circumstances of the case that the tort/delict is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply. A manifestly closer connection with another country might be based in particular on a preexisting relationship between the parties, such as a contract, that is closely connected with the tort/delict in question.”

เกี่ยวหลักตาม Article 4 para. 1 และ Article 4 para. 2 ศาลจึงจะใช้จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าว การใช้กฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด (The Proper Law of Tort) ของ Rome II Regulation จึงมีลักษณะเป็น การปรับใช้เพื่อความยุติธรรมเฉพาะคดี (individual justice) ขึ้นอยู่กับว่าคดีดังกล่าวมีปัจจัยอื่น ๆ ให้ ศาลพิจารณาหรือไม่ โดยสภาพ จุดเกาะเกี่ยวตาม Article 4 para. 3 จึงไม่สามารถนำมาใช้ในทุกกรณีได้ กลับกัน จุดเกาะเกี่ยวตาม Article 4 para. 2 จะต้องนำมาใช้ยกเว้น Article 4 para. 1 เสมอเมื่อคู่กรณี ทั้งสองฝ่ายมีถิ่นที่อยู่เดียวกัน

2.3.2.2 ความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง

Rome II Regulation มิได้กำหนดจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องความรับผิดของนายจ้างจากการ กระทำของลูกจ้างที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม Article 15 (g) กำหนดให้นำกฎหมายในการ เลือกกฎหมายทั้งหมดใน Rome II Regulation มาปรับใช้กับกรณีความรับผิดจากการกระทำของผู้อื่น (vicarious liability) ดังนั้น จึงนำมาปรับใช้กับกรณีความรับผิดของนายจ้างจากการกระทำของลูกจ้างโดย ปริยาย

สาเหตุที่เป็นเช่นนั้นมาจากการที่คณะกรรมการแห่งสหภาพยุโรปเห็นว่าความสัมพันธ์ซึ่ง ทำให้บุคคลใด ๆ ต้องรับผิดจากการกระทำของผู้อื่นนั้นยึดโยงอยู่กับปัจจัยนอกเหนือจากการทำละเมิด¹⁹⁹ เช่น ความรับผิดของบิดามารดาจากการกระทำของบุตร (*pater familias*) ความสัมพันธ์ดังกล่าวเกิดจาก สถานะ (*status*) ของบุพการีซึ่งมีหน้าที่ต้องดูแลและบุตรผู้เยาว์ เช่นเดียวกับความรับผิดของนายจ้างจากการ ทำละเมิดของลูกจ้าง (*respondeat superior*) ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าวเกิดขึ้นภายใต้สัญญาจ้างแรงงาน ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ที่กระทำละเมิดและบุคคลซึ่งต้องรับผิดชอบนั้นก่อตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายภายในของแต่ละ ประเทศ จึงอยู่นอกเหนือขอบเขตด้านเนื้อหา (*ratione materiae*) ของ Rome II Regulation²⁰⁰

อย่างไรก็ดี ข้อบทของ Article 15 (g) แสดงให้เห็นว่า Rome II Regulation มิได้ปฏิเสธ การเลือกกฎหมายในเรื่องความรับผิดของนายจ้างจากการกระทำละเมิดของลูกจ้าง เป็นแต่เพียงการ กำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวตามกฎหมายทั่วไป ใน Article 4 หรือแม้แต่นำจุดเกาะเกี่ยวตามกฎหมาย เฉพาะมาปรับใช้

¹⁹⁹ Commission of the European Communities, *supra* note 192, p. 24.

²⁰⁰ A. Dickinson, *supra* note 168, p. 587.

2.3.2.3 ความรับผิดชอบความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย²⁰¹

คณะกรรมการแห่งสหภาพยุโรปเล็งเห็นว่า ความรับผิดชอบความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยในบริบทของการขัดกันแห่งกฎหมายนั้นอาจเกี่ยวข้องกับจุดเกาะเกี่ยวจำนวนมาก อันเกิดจากการพัฒนาการด้านการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ตลอดจนการท่องเที่ยวและการคมนาคมซึ่งเป็นผลมาจากการเคลื่อนย้ายเสรี (free movement) ในสหภาพยุโรป ทำให้จุดเกาะเกี่ยวตามหลัก “กฎหมายของสถานที่ที่เกิดความเสียหาย” (*lex loci damni infecti*) ใน Article 4 ไม่เหมาะสมกับความรับผิดชอบประเภทนี้²⁰²

Rome II Regulation กำหนดจุดเกาะเกี่ยวเฉพาะ (*lex specialis*) ในเรื่องความรับผิดชอบความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยไว้เป็นการเฉพาะใน Article 5 ความว่า “นอกจากที่กำหนดไว้ใน Article 4 para. 2 กฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ที่มีได้เกิดจากสัญญา ซึ่งความเสียหายดังกล่าวเกิดจากสินค้า ให้ใช้:

(ก) กฎหมายของประเทศที่ผู้เสียหายมีถิ่นที่อยู่ ในขณะที่เกิดความเสียหาย หากสินค้าได้วางขายในประเทศดังกล่าว หรือ

(ข) กฎหมายของประเทศที่ผู้เสียหายได้รับสินค้ามา หากสินค้าได้วางขายในประเทศดังกล่าว หรือ

(ค) กฎหมายของประเทศที่เกิดความเสียหาย หากสินค้าได้วางขายในประเทศดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ให้ใช้กฎหมายของประเทศที่บุคคลซึ่งต้องรับผิดชอบความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนั้นมีถิ่นที่อยู่ ถ้าหากผู้เสียหายไม่สามารถคาดเห็นได้ว่าสถานที่วางขายสินค้าคือที่ใด หากพฤติการณ์ทั้งหลายที่ปรากฏแก่คดีเป็นที่ชัดเจนว่า การละเมิดนั้นมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่าจุดเกาะเกี่ยวตาม para. 1 และ para. 2 ก็ให้ใช้กฎหมายของประเทศดังกล่าวบังคับแก่กรณี. ความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่านี้อาจมีที่มาจากความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีที่มีอยู่ก่อนการกระทำละเมิด เช่น สัญญา เป็นต้น”²⁰³

²⁰¹ P. Huber and M. Illmer, “International Product Liability: A Commentary on Article 5 of the Rome II Regulation,” *Yearbook of Private International Law*, Vol. IX – 2007, (Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2007), pp. 31-48.

²⁰² Commission of the European Communities, *supra* note 192, p. 14.

²⁰³ Article 5 Rome II Regulation

จุดเกาะเกี่ยวในเรื่องความรับผิดชอบความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยตาม Rome II Regulation นี้ มิได้ให้ความสำคัญกับหลักกฎหมายของสถานที่เกิดการละเมิด (*lex loci delicti commissi*) เนื่องจากต้องการหลีกเลี่ยงปัญหาการตีความสถานที่เกิดละเมิด (*locus delicti*)²⁰⁴ จึงสร้างขึ้นโดยอาศัยลักษณะเฉพาะของตลาดร่วมของสหภาพยุโรป (*common market*) กล่าวคือใช้ “สถานที่จำหน่ายสินค้า” (*place of sale*) เป็นเงื่อนไข เพื่อให้ผู้ผลิตสามารถคาดหมายถึงกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสินค้าของตนที่นำไปวางขายในประเทศต่าง ๆ²⁰⁵ ผสมกับจุดเกาะเกี่ยวอื่น ๆ อีกสามประเภท

ลำดับแรก ให้ใช้กฎหมายของถิ่นที่อยู่ (*habitual residence*) ของบุคคลที่ได้รับความเสียหายเป็นจุดเกาะเกี่ยวลำดับแรก เพื่อให้ผู้บริโภคมีโอกาสได้รับประโยชน์มากที่สุด แต่เนื่องจากลักษณะ

“Without prejudice to Article 4(2), the law applicable to a non-contractual obligation arising out of damage caused by a product shall be:

(a) the law of the country in which the person sustaining the damage had his or her habitual residence when the damage occurred, if the product was marketed in that country; or, failing that,

(b) the law of the country in which the product was acquired, if the product was marketed in that country; or, failing that,

(c) the law of the country in which the damage occurred, if the product was marketed in that country.

However, the law applicable shall be the law of the country in which the person claimed to be liable is habitually resident if he or she could not reasonably foresee the marketing of the product, or a product of the same type, in the country the law of which is applicable under (a), (b) or (c).

Where it is clear from all the circumstances of the case that the tort/delict is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraph 1, the law of that other country shall apply. A manifestly closer connection with another country might be based in particular on a pre-existing relationship between the parties, such as a contract, that is closely connected with the tort/delict in question.”

²⁰⁴ Commission of the European Communities, *supra* note 192, p. 13.

²⁰⁵ *Ibid.*

การเคลื่อนย้ายเสรีของสหภาพยุโรปและอุตสาหกรรมในระดับมหภาค ทำให้เกิดโอกาสที่ผู้บริโภคจะซื้อสินค้าจากประเทศอื่นมา จุดเกาะเกี่ยวในลำดับที่สองจึงกำหนดให้ใช้กฎหมายของสถานที่ที่ผู้บริโภคได้รับสินค้ามา (place of sale) ในกรณีที่ผู้บริโภคมีถิ่นที่อยู่เดียวกับสถานที่ที่มีการจำหน่ายสินค้า และใช้กฎหมายสถานที่ที่เกิดความเสียหาย (*lex loci damni infecti*) เป็นลำดับสุดท้าย²⁰⁶ กล่าวอีกนัยหนึ่ง จุดเกาะเกี่ยวตาม Article 5 Rome II Regulation เป็นจุดเกาะเกี่ยวผสม (cumulative connecting factors) ซึ่งคำนึงถึงทั้งประโยชน์ของผู้ประกอบการและผู้บริโภค

อนึ่ง ผู้ศึกษาขอตั้งสังเกตว่า สาเหตุอีกประการหนึ่งที่ทำให้สหภาพยุโรปสามารถออกแบบจุดเกาะเกี่ยวที่มีความซับซ้อนเช่นนี้ได้ มาจากการที่ความรับผิดชอบความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของประเทศสมาชิกสหภาพถูกทำให้สอดคล้องกัน (harmonization of law) โดยอาศัย EEC Directive of the Council of the European Communities of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the member states concerning liability for defective products (85/374/EEC)²⁰⁷ และกำหนดให้ใช้หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด (strict liability) ดังนั้นจึงสามารถออกแบบจุดเกาะเกี่ยวโดยคำนึงถึงความเหมาะสมและวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองความเสียหายได้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาการกำหนดความรับผิดชอบที่แตกต่างกันของประเทศสมาชิกสหภาพ

2.3.2.4 ค่าเสียหายเชิงลงโทษ

แม้จะมีได้กล่าวถึงประเด็นในเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้อย่างชัดเจน แต่ขอบเขตของ Rome II Regulation ใน Article 15 (c) กำหนดว่า “กฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ที่มีได้เกิดจากสัญญาภายใต้ Regulation นี้ให้ครอบคลุมถึงประเด็นในเรื่อง ลักษณะและการกำหนดค่าเสียหายตลอดจนมาตรการอื่น ๆ เพื่อเยียวยาความเสียหายด้วย”²⁰⁸

²⁰⁶ Martin Fuith, *supra* note 161, p. 32.

²⁰⁷ O.J. August 7, 1985.

²⁰⁸ Article 15 (c) Rome II Regulation

“The law applicable to non-contractual obligations under this Regulation shall govern in particular: ...

(c) the existence, the nature and assessment of damage or remedy claimed. ...”

คำว่า “ลักษณะ” (nature) นั้นมีนัยยะถึง สิทธิทั้งหลายที่ผู้เสียหายถูกระทบกระเทือนจากการทำละเมิด เช่น สิทธิในร่างกาย, ทรัพย์สิน ตลอดจนโอกาสต่าง ๆ ซึ่งผู้เสียหายได้เสียไปจากการทำละเมิดจะต้องได้รับการชดเชย²⁰⁹ ขณะที่คำว่า “การกำหนด” (assessment) หมายถึง มาตรการอื่น ๆ ซึ่งกฎหมายอนุญาตให้สามารถนำมาใช้ได้ มิใช่เพียงการกำหนดค่าเสียหายเพียงอย่างเดียว²¹⁰ เช่น การสั่งให้คืนทรัพย์สิน หรือการทำให้ความเสียหายกลับคืนดีดังเดิม ขอบเขตของ Article 15 (c) Rome II Regulation จึงหมายถึง เมื่อเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับหนี้ที่มีได้เกิดจากสัญญาแล้ว ย่อมครอบคลุมถึง ขอบเขตและการปรับใช้มาตรการเยียวยาซึ่งมิใช่ตัวเงิน (non-monetary remedies) และการกำหนดค่าเสียหายซึ่งมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการเยียวยา (non-compensatory damages) ซึ่งหมายรวมถึง “ค่าเสียหายเชิงลงโทษ” (punitive damages) ด้วย²¹¹

อย่างไรก็ดี ค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นถูกควบคุมด้วย “กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคม” (public order) ซึ่ง Rome II Regulation อนุญาตให้ศาลที่พิจารณาคดีสามารถคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและนำกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยมาใช้เป็นข้อยกเว้นของการเลือกกฎหมายได้ โดยเฉพาะในเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้ ศาลที่พิจารณาคดีสามารถคำนึงถึงข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์เป็นรายกรณีได้²¹² นอกจากนี้ Article 26 อนุญาตให้ศาลที่พิจารณาคดีสามารถปฏิเสธการปรับใช้กฎหมายของต่างประเทศซึ่งจุดเกาะเกี่ยวตาม Rome II Regulation ขึ้นได้ ในกรณีที่กฎหมายดังกล่าวขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของศาลที่พิจารณาคดี ซึ่งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law เห็นว่าจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นไม่สมเหตุสมผลและมีจำนวนมากเกินสมควร ทั้งยังมีวัตถุประสงค์หลักคือการลงโทษ (punishment) มิใช่การเยียวยา (compensation) ซึ่งมีได้อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายละเมิด และขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ดังนั้น แม้ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law จะต้องเลือกกฎหมายโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวตาม Rome II Regulation แล้วจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวชี้ให้ไปใช้กฎหมายของประเทศ Common Law ศาลที่พิจารณาคดีก็สามารถหยิบยกกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ตาม Article 26 เพื่อปฏิเสธการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้²¹³

²⁰⁹ Commission of the European Communities, *supra* note 192, p. 59.

²¹⁰ *Ibid*, p. 24.

²¹¹ A. Dickinson, *supra* note 168, pp. 576-578.

²¹² Recital 32 Rome II Regulation

²¹³ Martin Fuith, *supra* note 161.

2.4 บทวิเคราะห์: ปัญหาอันเกิดจากความแตกต่างกันของนิติวิธีในการเลือกกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียน

จากข้อพิจารณาทั้งหมดในบทที่ 2 กอปรกับการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของสหภาพยุโรป ผู้ศึกษาพบว่า การเลือกกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนยังมีข้อบกพร่องอยู่มาก ทั้งยังแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ ความล้าสมัยของจุดเกาะเกี่ยวที่ไม่สอดคล้องกับความรับผิดชอบเพื่อละเมิดคืออุปสรรคในการเคลื่อนย้ายเสรีของประชาคมอาเซียน ผู้ศึกษาจึงเห็นสมควรทบทวนความเหมาะสม เพื่อแก้ปัญหาความแตกต่างทางนิติวิธีของการเลือกกฎหมายในคดีละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิบ โดยผู้ศึกษาได้ทำการวิเคราะห์ไว้ใน 3 ประเด็นหลัก ดังนี้

2.4.1 ความไม่เหมาะสมของจุดเกาะเกี่ยวที่ใช้ในการกำหนดความรับผิดชอบเพื่อละเมิด

2.4.2 ความเหลื่อมล้ำอย่างมากในการกำหนดค่าเสียหายเพื่อละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียน และปัญหา Forum Shopping

2.4.1 ความไม่เหมาะสมของจุดเกาะเกี่ยวที่ใช้ในการกำหนดความรับผิดชอบเพื่อละเมิด

(1) การกำหนดความหมายของ “สถานที่เกิดละเมิด” (LOCUS DELICTI)

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าจุดเกาะเกี่ยวประเภทกฎหมายของกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) ได้รับการยอมรับว่าเหมาะสมกับความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในกรณีทั่ว ๆ ไปมากที่สุด ซึ่งผู้ศึกษาเองก็เห็นด้วยอยู่มาก กระนั้น ปัญหาการกำหนดความหมายของ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) ซึ่งเป็นเงื่อนไขในการเลือกกฎหมายก็เป็นปัญหาสำคัญที่สมควรนำมาวิเคราะห์

จากการศึกษาพบว่า วิธีแก้ปัญหาคือการให้ความหมายของถ้อยคำ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) สามารถทำได้ 2 วิธี ได้แก่ การกำหนดเป็นเด็ดขาดว่าจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวหมายถึงสถานที่ใดเพียงสถานที่เดียว และ การให้อำนาจแก่ศาลหรือคู่กรณีเป็นผู้กำหนดความหมายของสถานที่เกิดละเมิด

วิธีการแรกได้รับการยอมรับและปรับใช้ใน Rome II Regulation ของสหภาพยุโรป โดยจุดเกาะเกี่ยวหลักในคดีละเมิดตาม Article 4 กำหนดให้ใช้ “กฎหมายของสถานที่ที่เกิดความเสียหาย” (*lex loci damni infecti*) ทำให้จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวมีความหมายที่แน่นอน (*certainty*) และศาลภาย-

ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปสามารถหลีกเลี่ยงความแตกต่างในการตีความถ้อยคำข้างต้นได้ กระนั้น การที่สหภาพยุโรปสามารถกำหนดความหมายเป็นเด็ดขาดเช่นนี้ได้ก็เนื่องมาจากมีปัจจัยที่สนับสนุนวิธีการดังกล่าวหลายประการ ได้แก่

1. Rome II Regulation จำแนกจุดเกาะเกี่ยวซึ่งใช้ในคดีละเมิดทั่วไป และจุดเกาะเกี่ยวที่ใช้กับความรับผิดเพื่อละเมิดเฉพาะเรื่อง (specific types of tortious liabilities) บางประเภท²¹⁴ ออกจากกัน จุดเกาะเกี่ยวเฉพาะเองก็ได้กำหนดความหมายของสถานที่เกิดความเสียหาย (*locus delicti*) ซึ่งมีความหมายเฉพาะของแต่ละเรื่องไว้ จึงช่วยลดปริมาณความยุ่งยากในการให้ความหมายของถ้อยคำดังกล่าวได้มาก

2. แม้ว่า Article 4 จะกำหนดให้ปรับใช้ “กฎหมายของสถานที่ที่เกิดความเสียหาย” (*lex loci damni infecti*) กับคดีละเมิดทั่วไปเสมอ แต่ก็ยังได้กำหนดข้อยกเว้น (exemption clause) และข้อยกเว้น (escape clause)²¹⁵ ไว้ ซึ่งช่วยลดความกระต้างของจุดเกาะเกี่ยวข้างต้น และทำให้การกำหนดความหมายของสถานที่เกิดละเมิด (*locus delicti*) ไว้เด็ดขาดเช่นนี้มีความสมเหตุสมผล เนื่องจากได้ออกแบบวิธีการที่ทำให้การเลือกกฎหมายมีความยืดหยุ่น (flexibility) ไว้แล้วนั่นเอง

3. Rome II Regulation มีสถานะกฎหมายเอกรูป และเป็นกฎหมายสหภาพยุโรป²¹⁶ ดังนั้นจึงอยู่ภายใต้เขตอำนาจในการตีความของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (Court of Justice of European Union: CJEU) ดังนั้น แม้จะกำหนดความหมายที่แน่นอนไว้ และประเทศสมาชิกไม่มั่นใจในความหมายดังกล่าวว่าจะครอบคลุมในกรณีใดบ้าง ก็ย่อมสามารถเสนอคดีให้แก่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปเป็นผู้มีอำนาจตีความให้จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวมีความหมายไปในทิศทางเดียวกันทั้งสหภาพ ซึ่งในเรื่องนี้ ผู้ศึกษาจะได้กล่าวถึงเป็นลำดับถัดไปใน บทที่ 3

ในบริบทของประเทศสมาชิกอาเซียน การจะนำวิธีการเช่นสหภาพยุโรปมาปรับใช้นั้นดูจะเป็นเรื่องที่ลำบากและมีอุปสรรคอยู่มาก เนื่องจากการเลือกกฎหมายในคดีละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งหมดยังคงยึดโยงอยู่กับระบบกฎหมายภายใน และหลายประเทศก็มิได้มีพื้นฐานทางกฎหมาย (non-rule-based) ทำให้การกำหนดความหมายของสถานที่เกิดละเมิด (*locus delicti*) ที่เด็ดขาดย่อมจะทำให้การเลือกกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนขาดความยืดหยุ่น (inflexibility) และความ

²¹⁴ Article 5 – 9 Rome II Regulation

²¹⁵ Article 4 para. 2 and para. 3 Rome II Regulation

²¹⁶ Article 288 Treaty on the Functioning of the European Union

เหมาะสมกับกฎหมายสารบัญญัติในเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิด โดยเฉพาะความรับผิดเพื่อละเมิดที่มีลักษณะข้ามแดน (cross-border)

วิธีการที่เหมาะสมกับประเทศสมาชิกอาเซียนจึงสมควรให้ศาลได้มีโอกาสเป็นผู้ตีความขอบเขตของ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*)²¹⁷ อนึ่ง ผู้ศึกษาไม่เห็นด้วยอย่างยิ่งที่จะอนุญาตให้ผู้เสียหายเป็นผู้เลือกความหมาย (election) ของถ้อยคำดังกล่าว เนื่องจากเป็นการเอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายผู้เสียหายในการ forum shopping²¹⁸

อย่างไรก็ดี แม้ผู้ศึกษาจะเห็นด้วยกับให้อำนาจแก่ศาลเป็นผู้กำหนดความหมายของสถานที่เกิดละเมิด กระนั้น การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวไว้ด้วยการใช้ถ้อยคำอย่างกว้างเช่นในอดีตย่อมเป็นเรื่องไม่สมควรอย่างยิ่ง ประเทศสมาชิกอาเซียนสามารถกำหนดรายละเอียด หรือเงื่อนไขต่าง ๆ ในการกำหนดความหมายของ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) เพื่อเป็นเครื่องมือเสริมการกำหนดความหมายของศาล ดังเช่นวิธีการของประเทศเยอรมันซึ่งกำหนดลำดับในการให้ความหมาย กล่าวคือ กำหนดให้ใช้ “สถานที่เกิดการกระทำ” (*locus actus*) เป็นลำดับแรก แต่ก็ได้ปฏิเสธการใช้ “สถานที่เกิดความเสียหาย” (*locus damni*) ในกรณีที่สถานที่ดังกล่าวเป็นประโยชน์และเหมาะสมกับผู้เสียหายมากกว่า²¹⁹ หรือวิธีการของสหราชอาณาจักร ซึ่งกำหนดรายละเอียดการให้ความหมายของสถานที่เกิดละเมิดแตกต่างกันออกไปตามประเภทของความเสียหาย²²⁰ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าวิธีการให้ความหมายเช่นนี้เหมาะสมกับการเลือกกฎหมายในระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนมากที่สุด กล่าวคือ

“กฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ที่เกิดจากการละเมิด ให้ใช้กฎหมายของสถานที่ที่เกิดละเมิด (*lex loci delicti commissi*)”

แม้พื้นฐานความรับผิดเพื่อละเมิดของ Civil Law และ Common Law จะแตกต่างกันอย่างมาก เป็นเหตุให้ไม่สามารถจำแนกสถานที่เกิดละเมิดตามประเภทความรับผิด (liabilities) ได้ทุกกรณี แต่เจตนารมณ์ของกฎหมายละเมิดนั้นมุ่งคุ้มครองสิทธิของเอกชนอันได้รับความเสียหายจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน ดังนั้น “ประเภทของสิทธิที่ได้รับความเสียหาย” จึงเป็นจุด

²¹⁷ โปรตดู บทสัมภาษณ์ความคิดเห็นของ ท่านศาสตราจารย์ คณิง ฤไชย และ รองศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช ท้ายวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หน้า

²¹⁸ โปรตดู หัวข้อที่ 2.2.1 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หน้า 83-92

²¹⁹ § 40 (1) Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche

²²⁰ Section 11 (2) Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act

ร่วมกันของความรับผิดเพื่อละเมิดทั้ง Civil Law และ Common Law ซึ่งผู้ศึกษาเห็นสมควรเสนอให้ประเทศสมาชิกอาเซียนกำหนดวิธีการให้ความหมายของ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) โดยอาศัยประเภทของสิทธิที่ได้รับความเสียหายเป็นเกณฑ์เบื้องต้นในการจำแนก และแบ่งความเสียหายออกเป็นความเสียหายแก่สิทธิในร่างกายและชีวิต, ความเสียหายแก่สิทธิในทรัพย์สิน และความเสียหายสิทธิอื่น ๆ เช่นเดียวกับวิธีการของสหราชอาณาจักร ดังนี้

“ในกรณีที่การกระทำละเมิดเกิดขึ้นในหลายประเทศ ให้ศาลกำหนดความหมายของสถานที่เกิดละเมิด (*locus delicti*) โดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี ดังนี้

- (1) ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นแก่ร่างกาย และชีวิต ให้ศาลพิจารณาถึง สถานที่ที่ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บ
- (2) ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นแก่ทรัพย์สิน ให้ศาลพิจารณาถึง สถานที่ที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ในขณะที่เกิดความเสียหาย
- (3) ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นแก่สิทธิอื่น ๆ ให้ศาลพิจารณาถึงสถานที่ที่ใกล้ชิดกับเหตุละเมิดมากที่สุด”

(2) จุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดทั่วไป

แม้ผู้ศึกษาจะเห็นว่าจุดเกาะเกี่ยวประเภท “กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด” (*lex loci delicti commissi*) เหมาะสมและสะดวกต่อการนำมาใช้เพื่อเลือกกฎหมายในคดีละเมิดมากที่สุด แต่เมื่อคำนึงถึงหลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนซึ่งแตกต่างกันอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการมีหลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิด (*general principle of tortious liability*) ในประเทศ Civil Law และการที่ประเทศ Common Law ไม่มีหลักเกณฑ์นี้ ทำให้ผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดให้เลือกกฎหมายโดยอาศัยแต่เพียงกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) นั้นมีอุปสรรคอย่างมากในระหว่างประเทศอาเซียน จึงควรจะมีการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวรอง (*alternative connecting factors*)

จุดเกาะเกี่ยวรองซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าเหมาะสมกับประเทศสมาชิกอาเซียนมากที่สุดคือ การใช้ “กฎหมายแห่งสัญชาติร่วมกันของคู่กรณี” (*lex patriae*) ซึ่งเป็นวิธีการที่กฎหมายเวียดนามใช้ เนื่องจากลักษณะการเคลื่อนย้ายเสรีของประชาคมอาเซียนนั้นยังไม่เป็นอิสระเท่าสหภาพยุโรป บุคคลที่สามารถเคลื่อนย้ายได้อย่างเสรีจึงยังคงจำกัดอยู่เพียงผู้ประกอบการวิชาชีพซึ่งได้รับการรับรองคุณสมบัติเท่านั้น การอาศัยสัญชาติเป็นหลักจึงสามารถทำให้ผู้เสียหายและผู้กระทำละเมิดซึ่งมีสัญชาติร่วมกัน (*common*

nationality) ได้รับโอกาสที่จะใช้กฎหมายละเมิดซึ่งตนคุ้นเคย มากกว่าการอาศัยกฎหมายตามภูมิลำเนา (*lex domicilii*) หรือกฎหมายตามถิ่นที่อยู่ (*habitual residence*) กระนั้น ผู้ศึกษาก็ไม่เห็นประโยชน์อันใดในการจำกัดว่าคู่กรณีจะต้องมีสัญชาติของศาลที่พิจารณาคดี ดังเช่นวิธีการของเวียดนาม การใช้จุดเกาะเกี่ยวประเภทกฎหมายแห่งสัญชาติร่วมกันของคู่กรณี (*lex patriae*) จึงสมควรปรับใช้เสมอ ไม่ว่าคู่กรณีจะมีสัญชาติของศาลที่พิจารณาคดีหรือไม่ กล่าวคือ

“หากผู้เสียหาย และบุคคลซึ่งต้องรับผิดชอบมีสัญชาติร่วมกัน ให้ศาลใช้กฎหมายแห่งสัญชาติร่วมกันของคู่กรณี (*lex patriae*) แทนการใช้กฎหมายของสถานที่ที่เกิดละเมิด (*lex loci delicti commissi*)”

อย่างไรก็ดี การใช้กฎหมายแห่งสัญชาติร่วมกันของคู่กรณี (*lex patriae*) ในอาเซียนเองก็ไม่สามารถนำมาใช้ได้ในทุกกรณี ดังได้กล่าวมาแล้วว่าประเทศสมาชิกอาเซียนยังประสบปัญหาบุคคลที่มีหลายสัญชาติและไร้สัญชาติ (*nationalityless*) นอกจากนี้ ศาลยังอาจประสบปัญหาหรือข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่เหมาะสมกับความรับผิดชอบเพื่อละเมิดแต่ละคดี เพื่อมิให้การเลือกกฎหมายเกิดความกระด้าง ผู้ศึกษายังเห็นสมควรกำหนดให้ใช้ “กฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด” (*The Proper Law of Tort*) เพื่อประโยชน์แก่ความยุติธรรมในแต่ละคดี กระนั้น การใช้ *Proper Law of Tort* ตามอย่างกฎหมายอังกฤษซึ่งไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนย่อมทำให้การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวเป็นไปตามอำเภอใจของศาล โดยเฉพาะในประเทศสมาชิกอาเซียนที่ยังมีความคิดอยู่เสมอว่าการใช้กฎหมายของต่างประเทศนั้นขัดต่อหลักอำนาจอธิปไตย และมีโอกาสอย่างมากที่จะปรับใช้กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) เสมอ ดังนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าการกำหนดขอบเขตของหลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิดตามอย่าง § 145 Restatement (Second) of Conflict of Laws ย่อมเป็นประโยชน์มากกว่า กล่าวคือ

“หากพฤติการณ์ทั้งหลายที่ปรากฏแก่คดีเป็นที่ชัดเจนว่า การละเมิดนั้นมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่า ก็ให้ใช้กฎหมายของสถานที่นั้นบังคับแก่คดี

กฎหมายของสถานที่ที่การละเมิดนั้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่า อาจได้แก่

- (1) กฎหมายของสถานที่ซึ่งผู้เสียหาย หรือผู้กระทำละเมิดมีภูมิลำเนา (*domicile*), ถิ่นที่อยู่ (*residence*), สถานที่ประกอบกิจการการ (*place of incorporation*) หรือสถานที่ประกอบธุรกิจของคู่กรณี (*place of business of the parties*) หรือ
- (2) กฎหมายของสถานที่ซึ่งเป็นมูลเหตุของความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี (*the place where the relationship between the parties is centered*) หรือ

(3) กฎหมายของสถานที่อื่นนอกจากสถานที่ข้างต้น ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงประกอบว่าการละเมิดสัมพันธ์กับสถานที่ดังกล่าวที่สุด”

นอกจากนี้ ผู้ศึกษาเห็นสมควรอย่างยิ่งที่ประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law และประเทศไทย ต้องยกเลิกการใช้ Double Actionability ในการเลือกกฎหมาย เนื่องจากจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวปรากฏแต่ความล้าสมัย และอุปสรรคในทางปฏิบัติ ทั้งยังไม่เป็นประโยชน์อันใดต่อการเลือกกฎหมายในคดีละเมิดเลย

(3) ความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง (Employer's Vicarious Liability)

สำหรับกรณีความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง ผู้ศึกษาเห็นว่าประเทศสมาชิกอาเซียนจำเป็นต้องคำนึงถึงความรับผิดประเภทนี้แยกต่างหากจากจุดเกาะเกี่ยวหลักซึ่งใช้กับคดีละเมิดทั่ว ๆ ไป เนื่องจากเป็นกรณีที่มีโอกาสเกิดขึ้นได้อย่างมากจากการเคลื่อนย้ายเสรีแรงงาน (free movement of workers) ทั้งยังมิได้มีพื้นฐานจากการกระทำของตนเอง แต่เป็นความรับผิดที่เกิดจากนิตินโยบาย

แต่จากการศึกษากฎหมายละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิบ หลักเกณฑ์ความรับผิดของประเทศส่วนใหญ่ต่างกำหนดไว้ในทิศทางที่ใกล้เคียงกัน กล่าวคือ กำหนดให้นายจ้างต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) โดยมีเพียงประเทศกัมพูชาและฟิลิปปินส์เท่านั้นที่กำหนดให้นายจ้างสามารถพิสูจน์ตนเองให้หลุดพ้นความรับผิดได้ ทำให้โอกาสที่จะเลือกกฎหมายแล้วนำกฎหมายละเมิดของกัมพูชาและฟิลิปปินส์มาใช้บังคับแล้วจะประสบปัญหาย่อมเป็นไปได้น้อย ทำให้การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวเพื่อประเด็นในเรื่องความรับผิดเพือนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้างแต่เพียงประการเดียวจะกลายเป็นการสิ้นเปลือง ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวเช่นเดียวกับกรณีละเมิดทั่วไปจะสอดคล้องกับลักษณะความรับผิดของประเทศสมาชิกอาเซียนมากกว่า

ฉะนั้น การปรับใช้กฎหมายโดยไม่คำนึงถึงปัญหาดังกล่าวเลยก็ดูจะเป็นการละเลยประเด็นดังกล่าวมากจนเกินไป ดังนั้น เพื่อให้ผู้เสียหายมีโอกาสในการได้รับการเยียวยาความเสียหายมากยิ่งขึ้น ผู้ศึกษาเห็นด้วยกับข้อเสนอของ ศาสตราจารย์ Michael C. Pryles ที่ว่า วิธีการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่เหมาะสมจำเป็นต้องคำนึงถึง “กฎหมายของสถานที่ที่ก่อตั้งความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง” (the law governing the relationship between employer and employee) เพียงแต่เป็นการนำมาใช้ในลักษณะ “หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด” (The Proper Law of Tort) กล่าวคือ

“นอกเหนือจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ที่เกิดจากละเมิด ให้ใช้กฎหมายของของสถานที่ที่ก่อตั้งความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง หรือกฎหมายของสถานที่ที่การละเมิดนั้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่า ในกรณีความรับผิดชอบของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง”

(4) ความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (Product Liability)

เช่นเดียวกับกรณีความรับผิดชอบของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง ผู้ศึกษาเห็นว่าความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยเองก็เป็นอีกประเด็นหนึ่งซึ่งจำเป็นต้องมีการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวเป็นการเฉพาะ

จากที่ได้ศึกษามา วิธีการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวของสหภาพยุโรปนั้นสามารถคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภคซึ่งได้รับความเสียหายจากการใช้สินค้าที่มีความบกพร่อง และประโยชน์ของผู้ประกอบการซึ่งสามารถคาดเห็นได้ว่าจะได้รับการปรับใช้กฎหมายของประเทศใด จากการวางจำหน่ายสินค้าที่ประเทศดังกล่าว กระนั้น การที่สหภาพยุโรปสามารถออกแบบการเลือกกฎหมายด้วยวิธีการที่ซับซ้อนได้ก็เป็นผลมาจากการที่ความรับผิดชอบเพื่อสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของประเทศสมาชิกสหภาพมีความสอดคล้องกัน (harmonization of law)²²¹ จึงไม่จำเป็นต้องกังวลถึงความเหมาะสมของกฎหมายละเมิดในแต่ละประเทศ

อย่างไรก็ดีในบริบทของอาเซียนนั้นไม่สามารถอาศัยวิธีการดังกล่าวเป็นแบบอย่างได้ เนื่องจากความรับผิดชอบของแต่ละประเทศยังคงแตกต่างกันมาก เป็นเหตุให้ผู้ศึกษาเห็นคล้อยตามกับข้อเสนอของ ศาสตราจารย์ Kühne ในการใช้ “กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด” (*lex loci delicti commissi*) เสียมากกว่า โดยการกำหนดให้ใช้ “กฎหมายของสถานที่ผลิตสินค้า” (*law of the place of manufacture*) เนื่องจากเป็นสถานที่ที่ใกล้ชิดและเป็นที่มาของการที่สินค้านั้นบกพร่อง กระนั้นก็ไม่ควรละเลยกฎหมายของสถานที่จำหน่ายสินค้า (*place of sale*), กฎหมายที่ผู้เสียหายมีถิ่นที่อยู่ (*habitual residence*) และกฎหมายของสถานที่เกิดความเสียหาย (*lex loci damni infecti*) แต่เนื่องจากสถานที่ดังกล่าวอาจเกิดจากความบังเอิญ (*fortuitous*) ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวรองให้ใช้

²²¹ EEC Directive of the Council of the European Communities of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the member states concerning liability for defective products (85/374/EEC)

“หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด” (The Proper Law of Tort) โดยการควบคุมลำดับการพิจารณา และความใกล้ชิดกับแต่ละกรณีก็จะเป็นหนทางที่เป็นไปได้ในประเทศสมาชิกอาเซียน กล่าวคือ

“กฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ที่เกิดจากละเมิด ซึ่งความเสียหายเกิดขึ้นจากสินค้า ให้ใช้กฎหมายของสถานที่ที่ผลิตสินค้าบังคับแก่กรณี

หากพฤติการณ์ทั้งหลายที่ปรากฏแก่คดีเป็นที่ชัดเจนว่า การละเมิดนั้นมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่า ก็ให้ใช้กฎหมายของสถานที่นั้นบังคับแก่คดี

กฎหมายของสถานที่ที่การละเมิดนั้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่า อาจได้แก่

- (1) กฎหมายของสถานที่จำหน่ายสินค้า
- (2) กฎหมายของสถานที่ที่ผู้เสียหายมีถิ่นที่อยู่
- (3) กฎหมายของสถานที่เกิดความเสียหาย
- (4) กฎหมายของสถานที่อื่นนอกจากสถานที่ข้างต้น ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงประกอบว่าการละเมิดสัมพันธ์กับสถานที่ดังกล่าวที่สุด”

2.4.2 ความเหลื่อมล้ำอย่างมากในการกำหนดค่าเสียหายเพื่อละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียน และปัญหา Forum Shopping

ปัญหาเรื่อง forum shopping เป็นสิ่งสำคัญอย่างมากที่ประเทศสมาชิกอาเซียนจำเป็นต้องแก้ไขร่วมกัน อย่างไรก็ตาม ปัญหาค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นสิ่งจูงใจประการสำคัญที่ทำให้เกิด forum shopping ในคดีละเมิด เนื่องจากประเทศสมาชิกอาเซียนนั้นมีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิดทั่วไปอยู่ถึง 5 ประเทศด้วยกัน

ค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นเป็นเครื่องมือเสริมการทำงานของกฎหมายอาญา โดยสภาพแล้วจึงอยู่นอกเหนือขอบเขตของการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายละเมิดซึ่งมีพื้นฐานมาจากความสัมพันธ์ในทางหนี้ และด้วยการที่การขัดกันแห่งกฎหมายเป็นเครื่องมือในการพิจารณาว่าศาลจะใช้กฎหมายเอกชนของประเทศใดบังคับแก่คดี ทำให้ผู้ศึกษาเห็นว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือขอบเขตของการเลือกกฎหมาย และจำเป็นต้องมีการควบคุมการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยกลไกของการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งสามารถทำได้โดยการอาศัย “กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี” (lex fori) เนื่องจากข้อความคิดในเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (public order) ทั้งในระบบกฎหมาย Civil Law และ Common Law ซึ่งโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

แผนกคดีบุคคลแล้วเป็นสิ่งที่ศาลสามารถปฏิเสธการนำมาปรับใช้ได้ วิธีการนี้มีได้ปฏิเสธค่าเสียหายเชิงลงโทษเสียทีเดียว ในระบบกฎหมาย **Common Law** ยังคงสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ ขณะเดียวกันประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย **Civil Law** ก็สามารถปฏิเสธสิ่งดังกล่าวได้ กล่าวคือ ไม่ว่าในส่วนของความรับผิดชอบจะใช้กฎหมายของต่างประเทศบังคับ จำนวนค่าเสียหายก็จำเป็นต้องเป็นไปตามกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) เสมอ

“ไม่ว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ที่เกิดจากละเมิดจะเป็นกฎหมายของสถานที่ใด การกำหนดค่าเสียหายให้เป็นไปตามกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีเสมอ”

อนึ่ง แม้ว่าผู้ศึกษาจะประสงค์ให้บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะข้างต้นได้รับการนำไปปรับใช้เพื่อประโยชน์ต่อการเคลื่อนย้ายเสรีในประชาคมอาเซียน แต่อุปสรรคประการสำคัญซึ่งผู้ศึกษาเน้นย้ำเสมอมา กล่าวคือ การเลือกกฎหมายของประชาคมอาเซียนยังคงยึดโยงอยู่กับนิติวิธีในระบบกฎหมายภายในของประเทศตน การเลือกกฎหมายที่ไม่มีความแน่นอน (*certainty*) และการใช้กฎหมายบังคับแก่กรณีที่ไม่มีความเท่าเทียมกัน (*inequality*)²²² ย่อมกระทบต่อการมีผลเต็มรูปแบบของประชาคมอาเซียนเป็นเหตุให้ไม่ว่าจะพัฒนาจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดไปมากขึ้นเพียงใด ปัญหา *forum shopping* ในประชาคมอาเซียนก็ไม่อาจหมดไปได้²²³ ดังนั้น เพื่อให้การเลือกกฎหมายในคดีละเมิดของประเทศสมาชิกมีความทันสมัย ในขณะเดียวกันก็มีพื้นฐานทางกฎหมาย (*rule-based*) และเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (*unification of conflict of laws*) ผู้ศึกษาเห็นว่า การจัดทำกฎหมายเอกรูป (*uniform law*) ในบริบทของประชาคมอาเซียนเป็นเรื่องที่สำคัญและจำเป็นต่อการแก้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายอันเป็นผลมาจากรวมกลุ่มในระดับภูมิภาคอย่างยิ่ง

²²² R. Graveson, “The Inequality of the Applicable Law,” *British Year Book of International Law*, (Oxford: The Clarendon Press, 1980), pp. 231-267.

²²³ J.J. Fawcett, *supra* note 55.

บทที่ 3

ความเป็นไปได้ในการจัดทำกฎหมายเอกรูป (Uniform Law) ในเรื่องการขัดกันแห่ง กฎหมายว่าด้วยละเมิดของประชาคมอาเซียน

ดังได้กล่าวมาแล้วใน บทที่ 2 ว่า ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนมิได้มีแต่เพียงความล้าสมัยของกฎเกณฑ์ แต่ความแตกต่างของกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนเองเป็นประเด็นหนึ่งซึ่งส่งผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อวัตถุประสงค์ในการรวมกลุ่มประชาคม ในบทที่ 3 นี้ผู้ศึกษาใคร่ขอกล่าวถึงความสำคัญและความจำเป็นในการแก้ปัญหาความแตกต่างกันของกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนควบคู่ไปกับการนำเสนอวิธีการแก้ปัญหา โดยจะได้ทำการศึกษาสาระสำคัญของ “กฎหมายเอกรูป” (uniform law) ในฐานะเครื่องมือ (instrument) ในการแก้ปัญหาข้างต้น ด้วยการนำเสนอใน 3 หัวข้อย่อยเป็นลำดับไป กล่าวคือ

หัวข้อย่อยที่ 1 ว่าด้วย สาระแห่งกฎหมายเอกรูป ในหัวข้อย่อยนี้ผู้ศึกษาจะได้กล่าวถึงความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ของกฎหมายเอกรูป และจะได้จำแนกความแตกต่างระหว่างข้อความคิดในเรื่องการทำให้กฎหมายสอดคล้องกัน (harmonization of law) และการทำให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันซึ่งกฎหมาย (unification of law)

หัวข้อย่อยที่ 2 ข้อพิจารณาในเรื่องผลกระทบต่ออาเซียนจากการมีกฎหมายเอกรูปในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมาย สำหรับหัวข้อนี้จะทำการกล่าวถึงผลกระทบต่อประชาคมอาเซียน (ASEAN Community) ในฐานะองค์การระหว่างประเทศ ทั้งในแง่ของการจัดทำกฎหมายเอกรูปในบริบทอาเซียน เพื่อเป็นข้อเสนอว่าอาเซียนสมควรเลือกใช้กฎหมายเอกรูปที่มีลักษณะและรูปแบบเช่นใดจึงจะเหมาะสมแก่อาเซียน โดยจะขอกล่าวถึงข้อดีและข้อขัดข้องของกฎหมายเอกรูปแต่ละประเภท โดยเปรียบเทียบกับกลไกในการดำเนินงานของอาเซียนหากประสงค์จะเลือกใช้กฎหมายเอกรูปดังกล่าว นอกจากนี้ยังจะขอกล่าวถึงการตีความกฎหมายเอกรูปดังกล่าวควรเป็นหน้าที่ขององคภาวะใด และอาเซียนสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการตีความเอกรูปด้วยกลไกการดำเนินงานเท่าที่มีอยู่แล้วได้หรือไม่

หัวข้อย่อยที่ 3 ในหัวข้อย่อยนี้ผู้ศึกษาจะได้ทำการวิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้ของประชาคมอาเซียนต่อการจัดทำกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิด กล่าวคือเมื่อได้ศึกษาเนื้อหาในบทที่ 3 แล้ว อาเซียนสมควรเลือกใช้กฎหมายเอกรูปประเภทใดและตีความกฎหมายเอกรูปดังกล่าวอย่างไร รวมถึงวิเคราะห์ความเป็นไปได้ในการแก้ปัญหาข้อขัดข้องของอาเซียนในการจัดทำและการตีความกฎหมายเอกรูป

3.1 สารัตถะของกฎหมายเอกรูป

โดยปกติแล้ว นานาประเทศต่างไม่ถูกผูกมัดให้ต้องจัดทำกฎหมายเอกรูปเพื่อแก้ปัญหาความแตกต่างของกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมาย¹ แล้วเพราะเหตุใดประเทศต่าง ๆ จึงเห็นสมควรจะจัดทำกฎหมายเอกรูปในเรื่องการเลือกกฎหมาย

กฎหมายเอกรูป หรือ **uniform law** เกิดขึ้นจากข้อความคิดที่ว่ากฎหมายของนานาประเทศนั้นแตกต่างกัน ดังนั้นจึงต้องมีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งมีค่าบังคับในลักษณะทั่วไปในอันที่จะผูกพันประเทศ (States) หรือเขตอำนาจ (Jurisdictions) ซึ่งใช้กฎหมายต่างกัน ตั้งแต่สองแห่งขึ้นไปให้ต้องใช้หรือตีความกฎหมายด้วยวิธีวิธีอย่างเดียวกัน² เพื่อทำให้นานาประเทศที่ใช้กฎหมายเอกรูปนั้นสามารถใช้กฎหมายได้อย่างแน่นอน (legal certainty) และมีกฎหมายที่มีเสถียรภาพ (legal security)³ กฎหมายเอกรูปจึงมิใช่เพียงการมีกฎหมายฉบับหนึ่งที่กำหนดให้ประเทศต่าง ๆ ต้องบัญญัติกฎหมายให้เหมือนกันเท่านั้น แต่จะต้องตีความกฎหมายเอกรูปดังกล่าวให้เป็นเอกภาพด้วย

อย่างไรก็ดี แม้จะมีวัตถุประสงค์ในการทำให้การใช้และการตีความกฎหมายเป็นไปในทิศทางเดียวกัน สารัตถะของกฎหมายเอกรูปนั้นอาจส่งผลที่แตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับว่ากฎหมายเอกรูปดังกล่าวเกิดขึ้นภายใต้ข้อความคิดในการทำให้กฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (unification of law) หรือการทำให้กฎหมายสอดคล้องกัน (harmonization of law)

3.1.1 การทำให้กฎหมายสอดคล้องกัน (Harmonization of Law)

แม้ข้อความคิดในการทำให้กฎหมายสอดคล้องกัน (harmonization of law) จะมีวัตถุประสงค์ในการทำให้การใช้และการตีความกฎหมายในเรื่องเดียวกันของแต่ละประเทศเป็นไปในทิศทางเดียวกัน กระนั้น การทำให้กฎหมายสอดคล้องกันก็ให้ความเคารพต่อเอกลักษณ์ของระบบกฎหมาย กฎหมายเอกรูปซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการทำให้กฎหมายสอดคล้องกันจึงเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ซึ่งไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย (non-binding rules) และไม่มีสภาพบังคับ เพื่อมิให้กฎเกณฑ์ตามกฎหมายเอกรูปส่งผลกระทบต่อกฎหมายภายในประเทศโดยตรง กล่าวคือ กฎหมายเอกรูปซึ่งมี

¹ K. Lipstein, Principle of the Conflict of Law, Nationals and International, (The Hague: Martinus Nijhoff Pub., 1981), p. 63.

² F. Ferrari, "Uniform Law," The Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Vol. II. (2014), p. 1732

³ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, "การจัดการขัดกันแห่งกฎหมาย," วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 16, (กันยายน 2529), น. 183.

วัตถุประสงค์ในการทำให้กฎหมายสอดคล้องกันเป็นแต่เพียงแม่แบบหรือตัวอย่างสำหรับการใช้และการตีความกฎหมายในเรื่องเดียวกันเท่านั้น หน้าที่ในการใช้และตีความกฎหมายเอกรูปเป็นไปตามกระบวนการภายในของแต่ละประเทศ ไม่ว่าจะโดยการนิติบัญญัติหรือโดยศาลภายใน ดังนั้น ผลลัพธ์ของการใช้และการตีความกฎหมายตามกฎหมายเกณฑ์ของกฎหมายเอกรูปจึงยังคงยึดโยงอยู่กับเขตอำนาจของแต่ละประเทศตามหลักอธิปไตย (sovereignty) ไม่สามารถทำให้การใช้และการตีความกฎหมายเป็นไปในทิศทางเดียวกันได้อย่างแท้จริง การทำให้กฎหมายสอดคล้องกันเป็นกระบวนการซึ่งค่อย ๆ ทำให้การใช้และการตีความกฎหมายเป็นไปในทิศทางเดียวกันโดยอาศัยความยินยอมสมัครใจตลอดจนอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ (*comitas gentium*)⁴ โดยปราศจากสภาพบังคับ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การใช้และการตีความกฎหมายในทิศทางเดียวกันตามที่กฎหมายเอกรูปกำหนดนั้นก่อตัวจากกระบวนการภายในของแต่ละประเทศแล้วจึงขยายไปยังประเทศอื่นต่อไป (bottom-up)⁵

3.1.2 การทำให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันซึ่งกฎหมาย (Unification of Law)

แม้การทำให้กฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (unification of law) จะมีวัตถุประสงค์ในการทำให้การใช้และการตีความกฎหมายในเรื่องหนึ่ง ๆ ของแต่ละประเทศเป็นไปในทิศทางเดียวกัน เช่นเดียวกับการทำให้กฎหมายสอดคล้องกัน (harmonization of law) แต่การทำให้กฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมีลักษณะพิเศษซึ่งให้ความสำคัญกับประสิทธิภาพของกฎหมายเอกรูป ข้อความคิดในเรื่องการทำให้กฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันเห็นว่าแม้กฎหมายเอกรูปจะกำหนดให้แต่ละประเทศบัญญัติกฎหมายให้เป็นอย่างเดียวกัน แต่ในวิธีในส่วนของการใช้และการตีความกฎหมายนั้นยังคงแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ ศาลภายในยังคงมีอำนาจตีความกฎหมายไปในทิศทางที่แตกต่างกัน เป็นเหตุให้กฎหมายไม่สามารถเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันได้อย่างแท้จริง ซึ่งวิธีการดังกล่าวจะไม่สามารถประสบความสำเร็จได้หากปล่อยให้หน้าที่ในการใช้และการตีความกฎหมายเอกรูปเป็นอำนาจของแต่ละประเทศอย่างเด็ดขาด ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมี “องค์การเหนือรัฐ” (supra-national organization) เพื่อให้องค์กรดังกล่าวทำหน้าที่วินิจฉัยขั้นสุดท้าย (final decision) การใช้และการตีความกฎหมายเอกรูปในขั้นสุดท้ายโดยองค์กรที่มีอำนาจเหนือรัฐจึงมีลักษณะเป็นการควบคุมการใช้ดุลพินิจในการตีความกฎหมายเอกรูปของแต่ละประเทศ

⁴ A. Briggs, *The Principle of Comity in Private International Law*, Recueil des Cours, Tome 354, (Leiden: Nijhoff, 2012), pp. 95-115.

⁵ K. Boele-Woelki, *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws*, Recueil des Cours, Tome 340, (Leiden: Nijhoff, 2010), p. 300.

และทำให้กฎหมายเป็นเอกภาพโดยองค์การดังกล่าวไปสู่ประเทศอื่น ๆ (top-down)⁶ อาจกล่าวได้ว่าการบรรลุวัตถุประสงค์ในการทำให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันซึ่งกฎหมายนั้น นานาประเทศจำเป็นต้องยอมผ่อนปรนการใช้อำนาจอธิปไตยทางตุลาการของตนและถ่ายโอนอำนาจดังกล่าวเพื่อก่อตั้งองค์การให้ทำหน้าที่ใช้และตีความกฎหมายเอกรูปให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน⁷ กล่าวโดยสรุปแล้ว “สภาพบังคับในการใช้และการตีความกฎหมายเอกรูป” คือ ปัจจัยสำคัญที่ใช้ในการจำแนกความแตกต่างระหว่างการทำให้กฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (unification of law) และการทำให้กฎหมายสอดคล้องกัน (harmonization of law)

3.2 ข้อพิจารณาในเรื่องผลกระทบต่ออาเซียนจากการมีกฎหมายเอกรูปในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมาย

ภายหลังจากที่ได้ศึกษาสาระสำคัญของกฎหมายเอกรูปแล้ว ผู้ศึกษาได้จำแนกผลกระทบต่อการจัดทำกฎหมายเอกรูปในบริบทของอาเซียนออกเป็น 2 ส่วน กล่าวคือ การจัดทำกฎหมายเอกรูปในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายควรมีลักษณะและรูปแบบเช่นใดประการหนึ่ง และการทำให้การตีความกฎหมายเอกรูปในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายในระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนเป็นเอกภาพอีกประการหนึ่ง

3.2.1 ลักษณะและรูปแบบของกฎหมายเอกรูปในเรื่องการเลือกกฎหมาย

กฎหมายเอกรูปเองมีลักษณะและรูปแบบอยู่หลายประเภท ซึ่งสถานะทางกฎหมายของกฎหมายเอกรูปแต่ละประเภทมีสภาพบังคับและกลไกที่แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ อย่างไรก็ตามกฎหมายเอกรูปในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายสามารถจำแนกลักษณะและรูปแบบออกได้เป็น 3 ประเภท โดยผู้ศึกษาจะทำการศึกษาต่อไปเป็นลำดับเพื่อวิเคราะห์ว่ากฎหมายเอกรูปประเภทใดเหมาะสมและเป็นไปได้ในการนำมาใช้กับประชาคมอาเซียน ได้แก่

3.2.1.1 กฎหมายแม่แบบ (Model Law)

3.2.1.2 อนุสัญญา (Convention)

3.2.1.3 กฎหมายเอกรูปตามอย่าง Regulation ของสหภาพยุโรป

⁶ *Ibid*, pp. 299-300.

⁷ A. Boggiano, “The Law of the Relations Between Legal System: A Methodology Analysis,” in *Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr*, J. Basedow et al., eds., (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2000), pp. 82-83.

3.2.1.1 กฎหมายแม่แบบ (Model Law)

(1) ลักษณะของกฎหมายแม่แบบในเรื่องการเลือกกฎหมาย

กฎหมายแม่แบบในเรื่องการเลือกกฎหมาย (model choice of law) หมายถึง “ตราสารซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายไว้ให้เป็นแบบอย่างในการปฏิบัติตาม”⁸

ข้อความคิดพื้นฐานของกฎหมายแม่แบบ คือ การแก้ปัญหาความบกพร่องของกฎหมายภายในโดยยกร่างตราสารฉบับหนึ่งขึ้นมาเป็นคู่มือให้กับประเทศต่าง ๆ ศึกษาและนำไปเพิ่มเติมเสริมแต่งกฎหมายภายในของตนให้สมบูรณ์ กฎหมายแม่แบบจึงมักเป็นผลผลิตอันเกิดจากการการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบของสถาบันทางวิชาการทั้งในระดับภายในประเทศและในระดับระหว่างประเทศ⁹ ซึ่งจะทำการศึกษากฎหมายของนานาประเทศเพื่อเปรียบเทียบว่าในขอบเขตของกฎหมาย

⁸ M. Hook, “The Concept of Modal Choice of Law Rules,” *Journal of Private International Law*, Vol. 11, No.2, (2015), pp. 186-187.

⁹ สถาบันทางวิชาการในระดับระหว่างประเทศ (international learned institutions) ที่มีบทบาทในการศึกษาและพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล อยู่ 2 แห่ง คือ คณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL) เป็นองค์กรย่อยของสหประชาชาติ ก่อตั้งขึ้นโดยมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ (United Nations General Assembly) ที่ 2205 (XXI) เมื่อ ค.ศ. 1966 มีวัตถุประสงค์หลักคือการขจัดหรือลดความแตกต่างของกฎหมายการค้าซึ่งมีอยู่ภายในแต่ละประเทศ โดยการจัดทำกฎเกณฑ์ในเรื่องกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ เพื่อให้กฎหมายสอดคล้องกัน (harmonization of law) และทำให้กฎหมายการค้าระหว่างประเทศทันสมัย (modernization) see also UNCITRAL, http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html, สืบค้นวันที่ 27 เมษายน 2559

และ สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการจัดทำให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันซึ่งกฎหมายเอกชน (International Institute for the Unification of Private Law: UNIDROIT) ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1926 ในฐานะองค์กรย่อยของสันนิบาตชาติ ภายหลังได้ยกระดับขึ้นเป็นองค์การระหว่างประเทศในปี ค.ศ. 1940 โดยมีวัตถุประสงค์คือการทำให้กฎหมายเอกชนของแต่ละประเทศเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน กระนั้น ความสนใจของ UNIDROIT ก็ได้จำกัดอยู่เพียงกฎหมายสารบัญญัติ แต่ยังไม่รวมถึงการทำกฎเกณฑ์ในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันด้วย see also UNIDROIT, <http://www.unidroit.org/news>, สืบค้นวันที่ 27 เมษายน 2559

เรื่องเดียวกัน (same subject matter) บทบัญญัติกฎหมายของแต่ละประเทศมีข้อดีและข้อขัดข้องประการใดบ้าง เพื่อเป็นหนทางในการร่างกฎหมายแม่แบบต่อไป

ลักษณะของกฎหมายแม่แบบนั้นเทียบเคียงได้กับข้อความคิดในเรื่องการรับกฎหมายต่างประเทศ (reception of foreign law) กล่าวคือ เป็นกระบวนการที่ประเทศหนึ่งรับหลักกฎหมายและแนวคิดทางกฎหมายจากประเทศอื่นเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในระบบกฎหมายของตน¹⁰ ดังนั้น การที่กฎเกณฑ์ของกฎหมายแม่แบบในเรื่องการเลือกกฎหมายจะเข้ามามีผลภายในประเทศหนึ่ง ๆ จึงเป็นเพียงการกระทำฝ่ายเดียว (unilateral acts)¹¹ ของประเทศนั้น เป็นแต่เพียงการแสดงเจตจำนงเพื่อรับกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายตามกฎหมายแม่แบบมาเป็นส่วนหนึ่งในระบบกฎหมายภายในของตนโดยสมัครใจ (voluntary reception) การใช้กฎหมายแม่แบบจึงขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะนำกฎหมายแม่แบบมาใช้ผ่านการนิติบัญญัติ (legislation) หรือเพียงแต่นำมาใช้โดยกระบวนการทางศาล (judicial decision)¹² กฎหมายแม่แบบในเรื่องการเลือกกฎหมายจึงมีลักษณะเป็นเพียงเครื่องมือเสริมกลไกการขัดกันแห่งกฎหมาย (supplementary function of conflict of laws)¹³ แม้กฎหมายแม่แบบในเรื่องการเลือกกฎหมายจะกำหนดกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายไว้ แต่โดยสภาพ กฎหมายแม่แบบไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย (no legal binding) โดยตรงต่อกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายของนานาประเทศ ทั้งไม่มีกลไกในการควบคุมการใช้และการตีความกฎหมายแม่แบบให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวโดยสรุป สารัตถะของกฎหมายแม่แบบสอดคล้องกับข้อความคิดในการทำให้กฎหมายสอดคล้องกัน (harmonization of law)

อย่างไรก็ดี กฎหมายแม่แบบมีประโยชน์ต่อการพัฒนากฎเกณฑ์ในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายอย่างมาก เนื่องจากการเลือกกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศอาเซียน มีบ่อเกิดจากกฎหมายภายในประเทศเป็นหลักทำให้ข้อความคิดดังกล่าวไม่ได้รับการพัฒนาเท่าใดนัก กฎเกณฑ์ของบางประเทศอาจกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่ล้าสมัย หรือไม่สอดคล้องกับนิติสัมพันธ์ กระทั่งบางประเทศก็ไม่มีกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายที่ครอบคลุมนิติสัมพันธ์ทุกเรื่อง¹⁴ ความบกพร่องอันเกิดจากกฎเกณฑ์

¹⁰ มุนินทร์ พงศาปาน, “การรับกฎหมายต่างประเทศ,” ใน 60ปี ดาราวรร, สุดา วิสสุต-พิชญ์ บรรณาธิการ, จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), น. 185-210.

¹¹ F. Ferrari, *supra* note 2, p. 1732.

¹² K. Boele-Woelki, *supra* note 5, pp.327-328.

¹³ M. Hook, *supra* note 8, p. 187.

¹⁴ เช่น ประเทศลาวมีกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายในเรื่องการสมรสและการหย่าเท่านั้น ไม่ปรากฏบทบัญญัติในเรื่องการเลือกกฎหมายสำหรับนิติสัมพันธ์ในเรื่องอื่น ๆ แต่อย่างไรก็ตาม see also

การเลือกกฎหมายอันมีป้อเกิดมาจากกฎหมายภายในจึงอาจเป็นสาเหตุให้ไม่สามารถตอบสนองต่อสภาพปัญหาใหม่ ๆ ได้ ในกรณีเช่นนี้ นานาประเทศสามารถอาศัยกฎหมายแม่แบบเป็นเครื่องมือแก้ปัญหาความบกพร่อง (lack), อาจใช้ในลักษณะเป็นเครื่องมือช่วยส่งเสริม (supplement) หรือแม้แต่การใช้กฎหมายแม่แบบแทนที่ (replace) กฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายตามกฎหมายภายในของตน¹⁵ เนื่องจากสามารถรับเอากฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายตามกฎหมายแม่แบบมาใช้ได้โดยง่ายและไม่ลำบากใจ ทั้งยังยืดหยุ่นกว่ากฎเกณฑ์อันเกิดจากกฎหมายเอกรูปประเภทอื่น¹⁶

สำหรับกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายในเรื่องละเมิด กฎหมายแม่แบบในเรื่องการเลือกกฎหมายย่อมเป็นประโยชน์อย่างมาก ตัวอย่างเช่น การที่นานาประเทศมีทัศนคติที่แตกต่างกันในเรื่องขอบเขตและความหมายของ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) กฎหมายแม่แบบในเรื่องการเลือกกฎหมายสามารถเข้ามาเป็นทางเลือกในการเสริมความเห็นที่แตกต่างของประเทศต่าง ๆ ให้ลรอย โดยการกำหนดความหมายหรือวิธีการและเงื่อนไขในการตีความถ้อยคำข้างต้น อีกตัวอย่างหนึ่งสำหรับประเทศซึ่งยังคงอาศัยจุดเกาะเกี่ยวที่ล้าสมัยและไม่สอดคล้องกับธรรมชาติของการทำละเมิด เช่น มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ของประเทศไทย กำหนดจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดตามหลัก Double Actionability ซึ่งต้องคำนึงกฎหมายละเมิดของ 2 ประเทศ ได้แก่ กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) และกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) ควบคู่กัน แต่หากพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวประเภทนี้ในคดีความรับผิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (product liability) ซึ่งมาตรฐานการพิสูจน์ความรับผิดของแต่ละประเทศแตกต่างกันอย่างมาก ประเทศสิงคโปร์ความรับผิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยกำหนดให้เป็นความรับผิดบนพื้นฐานความผิด (liability based on fault) เนื่องจากเป็นการกระทำโดยประมาท (negligence) ขณะที่ประเทศไทยถือว่าเป็นความรับผิดโดยปราศจากความผิด (strict liability) เมื่อเป็นเช่นนี้ จุดเกาะเกี่ยวตามหลัก Double Actionability ย่อมทำให้การใช้กฎหมายในคดีความรับผิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยไม่สามารถเยียวยาความเสียหายแก่ผู้เสียหายได้เลย แต่หากมีกฎหมายแม่แบบในเรื่องการเลือกกฎหมายกำหนดจุดเกาะเกี่ยวไว้สอดคล้องกับธรรมชาติของความรับผิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ประเทศไทยก็สามารถอาศัยกฎหมายแม่แบบดังกล่าวเป็นเครื่องมือเสริมหรือแก้ไขข้อบกพร่องของจุดเกาะเกี่ยวตามกฎหมายภายในของตนได้

Part IV Application of the Lao Family Law on Aliens, Foreign Individuals, and Apartrids and Overseas Lao, Family Law No. 07/90/SPA, 29 November 1990

¹⁵ M. Hook, *supra* note 8, pp. 197-204.

¹⁶ R. David, “The Methods of Unification,” *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 16, No. 1/2, (Winter - Spring, 1968), pp. 13-27.

(2) การจัดทำกฎหมายแม่แบบโดยอาเซียน

กฎบัตรอาเซียนมิได้มีการกล่าวถึงอำนาจในการตรากฎหมายโดยประชาคมอาเซียน ทั้งมิได้มีการออกแบบโครงสร้างให้ประเทศสมาชิกถ่ายโอนอำนาจอธิปไตย (sovereignty transferred) ในการนิติบัญญัติให้แก่ประชาคม ดังนั้นอาเซียนจึงไม่มีกลไกในการสร้างระบบกฎหมายของประชาคมเองในระดับเหนือรัฐและผูกพันสมาชิกอาเซียนทันที¹⁷ อย่างไรก็ตาม มิใช่ว่าการไม่มีกลไกดังกล่าวจะขัดขวางการจัดทำกฎหมายแม่แบบในบริบทของอาเซียนแต่อย่างใด

ข้อ 7 ย่อหน้าที่ 2 (ก) แห่งกฎบัตรอาเซียนกำหนดให้ “ที่ประชุมสุดยอดอาเซียน” (ASEAN Summit) อันเป็นองค์กรที่ประกอบด้วยประมุขของรัฐหรือหัวหน้ารัฐบาลเป็นองค์กรสูงสุดในการกำหนดนโยบายของประชาคมอาเซียน การดำเนินงานและการตัดสินใจในประเด็นทั้งหลายเพื่อให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของอาเซียนจำเป็นต้องกระทำผ่านที่ประชุมสุดยอดอาเซียนทั้งสิ้นไม่ว่าจะโดยที่ประชุมสุดยอดอาเซียนเป็นผู้สั่งให้คณะมนตรีประชาคมอาเซียนรับผิดชอบการดำเนินงาน หรือคณะมนตรีประสานงานประชาคมอาเซียน (ASEAN Coordinating Council), คณะมนตรีประชาคมอาเซียน (ASEAN Community Councils) หรือองค์กรระดับรัฐมนตรีเฉพาะสาขา (ASEAN Sectoral Ministerial Bodies) นำเสนอประเด็นเพื่อให้ที่ประชุมสุดยอดอาเซียนตัดสินใจ¹⁸

มติของที่ประชุมสุดยอดอาเซียนยังต้องอาศัยพื้นฐานของการปรึกษาหารือและการกระทำโดยฉันทามติ (consensus)¹⁹ กล่าวคือ ต้องอาศัยความเห็นพ้องต้องกันของสมาชิกทุกฝ่ายในที่ประชุมสุดยอดอาเซียนเป็นเงื่อนไขในการดำเนินนโยบาย หากแม้มีเพียงฝ่ายเดียวที่ไม่เห็นด้วยกับนโยบาย ที่ประชุมสุดยอดอาเซียนย่อมไม่สามารถดำเนินการตัดสินใจใด ๆ ได้เลย

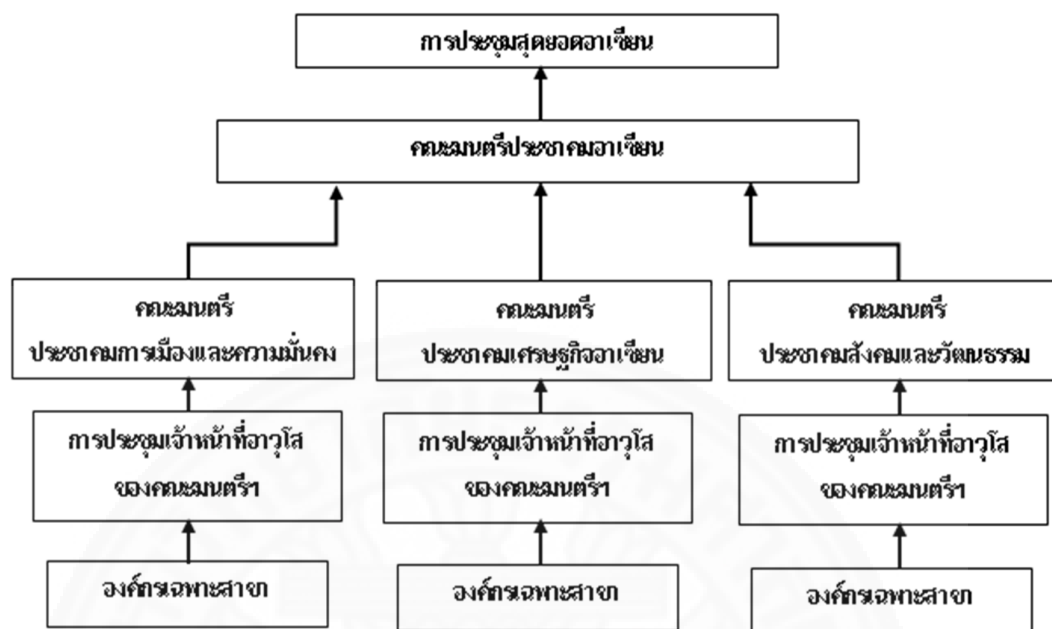
เพื่อให้เห็นภาพโครงสร้างการดำเนินงานตามกฎบัตรอาเซียน ผู้ศึกษาใคร่ขอเสนอแผนผังโครงสร้างประชาคมอาเซียนภายใต้กฎบัตรอาเซียน ดังนี้²⁰

¹⁷ วิฑิต มันทาภรณ์, “ความสัมพันธ์ทางด้านกฎหมายของประเทศอาเซียน,” อุลพาท, ฉบับที่ 2, ปีที่ 32, (มีนาคม 2528), น. 10.

¹⁸ Article 4 para. 2 ASEAN Charter

¹⁹ Article 20 para. 1 ASEAN Charter

²⁰ กระทรวงการต่างประเทศ, “โครงสร้างอาเซียนภายใต้กฎบัตรอาเซียน,” www.mfa.go.th/asean/contents/files/other-20140106-184836-737560.pdf, สืบค้นวันที่ 20 พฤษภาคม 2559.



จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น อาเซียนสามารถดำเนินการของตนเองและจัดทำกฎหมายเอกรูปในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายได้ อย่างไรก็ตาม การดำเนินงานของอาเซียนข้างต้นมีลักษณะเป็นเพียงการกระทำฝ่ายเดียว (unilateral acts) ของประชาคม และไม่มีสภาพบังคับตามกฎหมาย อาเซียน เป็นแต่เพียงการก่อให้เกิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งจะผูกพันประเทศสมาชิกอาเซียนต่อเมื่อได้มีการแสดงออกถึงการยินยอมถูกผูกพัน (expression of consent to be bound) เท่านั้น

สำหรับกฎหมายแม่แบบ อาเซียนสามารถจัดทำกฎหมายเอกรูปในเรื่องการเลือกกฎหมายที่เป็นกฎหมายแม่แบบ (model law) ได้โดยง่าย เนื่องจากกฎหมายแม่แบบไม่มีสภาพบังคับทำให้อาเซียนสามารถดำเนินการจัดทำกฎหมายเอกรูปได้โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเอกลักษณ์ของระบบกฎหมาย ทั้งยังสอดคล้องกับ “หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน” (non-interference) เนื่องจากไม่ต้องคำนึงว่าประเทศสมาชิกจะนำกฎหมายแม่แบบไปใช้หรือไม่

อย่างไรก็ดี กฎหมายแม่แบบในเรื่องการเลือกกฎหมายมีข้อบกพร่องในแง่ประสิทธิภาพของการทำให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันซึ่งกฎหมาย (unification of law) เนื่องจากลักษณะของกฎหมายแม่แบบเพียงแต่นำเสนอบทบัญญัติกฎหมายซึ่งผ่านการศึกษาเปรียบเทียบมาแล้วเพื่อเป็นทางเลือกให้แก่การพัฒนากฎหมายภายใน ลักษณะของกฎหมายแม่แบบจึงเป็นเพียงการทำให้กฎหมายสอดคล้องกัน (harmonization of law) ซึ่งไม่มีสิ่งใดรับประกันได้ว่ากฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายตามกฎหมายแม่แบบจะได้รับการปรับใช้และได้รับการตีความไปในทิศทางเดียวกันในทุก

ประเทศสมาชิกอาเซียน กฎหมายแม่แบบจึงยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาความแตกต่างของกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายได้ คงมีประโยชน์ในลักษณะเป็นเครื่องมือในการพัฒนากฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายของประเทศสมาชิกเสียมากกว่า

3.2.1.2 อนุสัญญาระหว่างประเทศ (International Convention)

(1) ลักษณะของอนุสัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมาย

อนุสัญญาระหว่างประเทศ (international convention) นั้น เป็นหนึ่งในบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ (sources of international law) พันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ อันเกิดจากอนุสัญญาย่อมมีสภาพบังคับ (legal binding) ให้ภาคีต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์อันกำหนดไว้ในอนุสัญญา มิใช่อยู่ภายใต้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศอีกต่อไป ทำให้อนุสัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมายมีประสิทธิภาพอย่างมากต่อการทำให้การขัดกันแห่งกฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เนื่องจากภาคีต้องนำกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายซึ่งกำหนดไว้ในอนุสัญญาไปบังคับใช้ภายในประเทศของตน

อนุสัญญา หมายถึง “ความตกลงระหว่างประเทศซึ่งทำขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐ เป็นลายลักษณ์อักษร และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะอยู่ในตราสารฉบับเดียว หรือสองฉบับ หรือรวมอยู่ในตราสารที่เกี่ยวข้องมากกว่านั้น และไม่ว่าจะเรียกชื่อเช่นใดก็ตาม”²¹ ดังที่

²¹ Article 2 Vienna Convention on the Law of Treaties

“1. For the purposes of the present Convention:

(a) 'treaty' means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation; ...”

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าถ้อยคำตามที่ปรากฏใน VCLT 1969 ให้ไว้ นั้นให้ใช้คำว่า “สนธิสัญญา” (treaty) มิใช่ “อนุสัญญา” (convention) อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากบทวิเคราะห์ศัพท์ของ Article 2 para.1 (a) จะเห็นได้ว่าการใช้คำว่า “ไม่ว่าจะเรียกชื่อเช่นใดก็ตาม” (whatever its particular designation) ในตอนท้ายเพื่อขยายนัยยะแห่งถ้อยคำ การให้ความหมายดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า VCLT 1969 มุ่งถึงองค์ประกอบของการเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษรมากกว่าเพียงการเลือกใช้คำศัพท์ ดังนั้นจึงปรากฏคำที่ใช้เรียกความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งมีสถานะเช่นเดียวกับสนธิสัญญาขึ้นเป็นจำนวนมาก เช่น

กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: VCLT 1969) นอกจากนั้นแล้ว อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 (1986 Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations: VCLT 1986) ยังให้ความหมายของสนธิสัญญาว่ารวมถึง “ความตกลงระหว่างประเทศซึ่งทำขึ้นระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือ ระหว่างองค์การระหว่างประเทศกับองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน เป็นลายลักษณ์อักษร และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะอยู่ในตราสารฉบับเดียว หรือสองฉบับ หรือรวมอยู่ในตราสารที่เกี่ยวข้องมากกว่านั้น และไม่ว่าจะเรียกชื่อเช่นใดก็ตาม”²² จากความหมายข้างต้นจึงอาจสรุปได้ว่า อนุสัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมาย หมายถึง “ความตกลงระหว่างประเทศซึ่งทำขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐ รัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือ ระหว่างองค์การระหว่างประเทศกับองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ในเรื่องกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายเมื่อเกิดการ

อนุสัญญา (convention), พิธีสาร (protocol), ปฏิญญา (declaration), กฎบัตร (charter), กติกา (pact), ธรรมนูญ (statute), ความตกลง (agreement), ความตกลงชั่วคราว (*modus vivendi*), หนังสือแลกเปลี่ยน (note of exchange), บันทึกความเข้าใจ (memorandum of understanding) ล้วนมีค่าในทางกฎหมายที่เท่าเทียมกัน ชื่อเรียกดังกล่าวเป็นแต่เพียงทางปฏิบัติซึ่งแสดงออกถึงค่านิยมที่แตกต่างกันในการเลือกใช้ศัพท์ มิได้สร้างลำดับศักดิ์ (hierarchy) และค่าบังคับทางกฎหมายที่แตกต่างกันแต่อย่างใด โปรดดู อรุณ ภาณุพงศ์, “การตีความสนธิสัญญา,” ใน รวมบทความวิชาการในครอบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์, (มูลนิธินิติศาสตร์: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), น. 208.

²² Article 2 Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations

“1. For the purposes of the present Convention:

(a) 'treaty' means an international agreement governed by international law concluded in written form:

(i) between one or more States and one or more international organizations; or

(ii) between international organizations,

Whether that agreement is embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation; ...”

ขัดกันแห่งกฎหมาย โดยทำเป็นลายลักษณ์อักษร และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะอยู่ในตราสารฉบับเดียว หรือสองฉบับ หรือรวมอยู่ในตราสารที่เกี่ยวข้องมากกว่านั้น และไม่ว่าจะเรียกชื่อเช่นใดก็ตาม”

อนุสัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมายสามารถจำแนกตามความมุ่งหมายออกได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ อนุสัญญาซึ่งคำนึงถึงอาณาเขต (area) ในการบังคับใช้เป็นหลัก และอนุสัญญาซึ่งคำนึงถึงเนื้อหา (subject matter) ของกฎหมายในการเลือกกฎหมายเป็นหลัก²³

1. อนุสัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมายซึ่งคำนึงถึงอาณาเขตในการบังคับใช้

อาจกล่าวได้ว่าอนุสัญญาซึ่งคำนึงถึงอาณาเขต (area) ในการบังคับใช้เป็นหลักเป็นการให้ความสำคัญกับภาคีฝ่าย กล่าวคือ ความสำคัญของอนุสัญญาประเภทนี้อยู่ที่ประเทศใดบ้างที่จะเข้ามาเป็นภาคีในอนุสัญญา แม้อนุสัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมายจะกำหนดพันธกรณีให้ภาคีต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายซึ่งกำหนดไว้ในอนุสัญญาตามหลักสุจริต (good faith) และหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตาม (*pacta sunt servanda*)²⁴ แต่เนื่องจากลักษณะทางกฎหมายระหว่างประเทศของอนุสัญญานั้นยังคงเคารพอำนาจอธิปไตย (sovereignty) ของประเทศภาคี อนุสัญญาจึงไม่มีผลผูกพันและไม่เกิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศเว้นแต่ประเทศที่ประสงค์จะเป็นภาคีจะแสดงออกถึงการยินยอมตนเพื่อผูกพันตามอนุสัญญา (expression of consent to be bound) เมื่อเป็นเช่นนั้นกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายจึงจะมีผลเฉพาะในอาณาเขตของประเทศภาคี อนุสัญญาเท่านั้น อนุสัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมายประเภทนี้ให้ความสำคัญกับการทำให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันซึ่งกฎหมายเป็นหลัก ความสำเร็จในการทำให้กฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันขึ้นอยู่กับจำนวนประเทศภาคีอนุสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาพหุภาคีหรืออนุสัญญาหลายฝ่าย (multilateral convention) ขณะที่อนุสัญญาทวิภาคีหรืออนุสัญญาสองฝ่าย (bilateral convention) นั้นแม้จะมีโอกาสประสบความสำเร็จง่ายกว่า แต่ด้วยความที่ภาคีฝ่ายในอนุสัญญาทวิภาคีนั้นมีเพียงสองประเทศจึงไม่สามารถทำให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันซึ่งกฎเกณฑ์ในการ

²³ อย่างไรก็ดี ระบบกฎหมายและนิติวิธีซึ่งแต่ละประเทศยึดถือนั้นมีลักษณะเฉพาะและรายละเอียดที่แตกต่างกันอยู่มาก ความแตกต่างพื้นฐานทางกฎหมายของแต่ละประเทศเป็นเหตุให้เกิดอุปสรรคที่นานาประเทศจะยินยอมตนเพื่อผูกพันต่อกฎเกณฑ์ตามอนุสัญญาซึ่งขัดต่อระบบกฎหมายและนิติวิธีของตน ทำให้อนุสัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมายทั้งสองประเภทมักไม่ได้รับความนิยมเท่าใดนัก see also O. Kahn-Freud, *General Problems of Private International Law*, 2nd ed., (Netherland: Sijthoff&Noordhoff, 1980), p. 41.

²⁴ A. Kaczorowska, *Public International Law*, 4th ed., (London: Routledge, 2010), pp. 90-91.

เลือกกฎหมายได้อย่างแท้จริง ทำให้วิธีการของอนุสัญญาทวิภาคีเป็นแต่เพียงการแสดงออกถึงความร่วมมือทางกฎหมาย (legal cooperation) เท่านั้น

อนุสัญญาประเภทนี้ได้รับความสนใจอย่างมากจากนานาประเทศ ตลอดจนในระดับองค์การระหว่างประเทศ²⁵ เช่น การที่ประชาคมยุโรป (European Community: EC) ประกาศใช้อนุสัญญากรุงโรมว่าด้วยกฎหมายซึ่งใช้บังคับกับหนี้ซึ่งเกิดจากสัญญา (Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation)²⁶ อนุสัญญานี้เป็นกฎหมายเอกรูปซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์ให้ประเทศสมาชิกของประชาคมยุโรปซึ่งยินยอมผูกพันตนตามอนุสัญญา ต้องใช้กฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับหนี้ซึ่งเกิดจากสัญญาให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

2. อนุสัญญาซึ่งให้ความสำคัญกับเนื้อหาของกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมาย

ในขณะที่อนุสัญญาประเภทแรกให้ความสำคัญต่อจำนวนประเทศภาคี อนุสัญญาประเภทนี้ให้ความสำคัญกับความเป็นไปได้ที่จะมีประเทศมาเข้าร่วมเป็นภาคี เนื่องจากเล็งเห็นว่าเนื้อหาของพันธกรณีคือเงื่อนไขสำคัญในอันที่จะจูงใจให้นานาประเทศยินยอมตนเพื่อผูกพันตามอนุสัญญา กล่าวคือ กฎเกณฑ์ในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายนั้นจะกำหนดเนื้อหาในเรื่องใดบ้างไว้ในอนุสัญญา จะกำหนดเนื้อหาที่ครอบคลุมเป็นการทั่วไป (comprehensiveness) เช่น อนุสัญญาจะกำหนดถึงกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายในเรื่องหลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิด (general principle of tortious liability) หรือจะกำหนดเนื้อหาที่เจาะจงเฉพาะเรื่อง (specialization)²⁷ เช่น การกำหนดถึงกฎเกณฑ์หรือจุดเกาะเกี่ยวในความรับผิดเฉพาะเรื่อง (specific types of tortious liabilities) ดังเช่น ที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลได้มีการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Products Liability)²⁸ และอนุสัญญาว่าด้วย

²⁵ เช่น UNIDRIOT และ ที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Hague Conference on Private International Law) ซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศก่อตั้งเมื่อปี ค.ศ. 1893 โดยมีวัตถุประสงค์ในการจัดประชุมเพื่อเตรียมร่างอนุสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในเรื่องต่าง ๆ see also the Hague Conference on Private International Law, <https://www.hcch.net/en/about>, สืบค้นวันที่ 27 เมษายน 2559

²⁶ Convention 80/934/EEC, OJ L 266 of 9.10.1980

²⁷ O. Kahn-Freud, *supra* note 23, p. 41.

²⁸ จนถึงปี ค.ศ. 2016 อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Products Liability) มีภาคีทั้งหมด 14 ประเทศ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญานี้ยังไม่มีผลบังคับใช้ในเบลเยียม,

กฎหมายที่ใช้บังคับกับอุบัติเหตุบนท้องถนน (Convention of 4 May 1971 on the Law Applicable to Traffic Accidents)²⁹ อนุสัญญาในลักษณะนี้สร้างขึ้นบนพื้นฐานความคิดที่ว่า การเริ่มทำกฎหมายเอกรูปร่างกรณีเฉพาะเรื่องก่อนนั้นย่อมมีแนวโน้มจะสำเร็จได้มากกว่าการจัดทำกฎหมายเอกรูปซึ่งมีเนื้อหาครอบคลุมกรณีทั่วไป³⁰ ทั้งยังสอดคล้องกับธรรมชาติของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดแต่ละประเภทอีกด้วย

(2) การจัดทำอนุสัญญาโดยอาเซียน

ดังได้กล่าวไว้แล้วว่า โครงสร้างการดำเนินงานของอาเซียนนั้นยึดโยงอยู่กับกฎหมายระหว่างประเทศ³¹ โดยสภาพ ตราสารอาเซียนอื่น ๆ (other ASEAN instruments) ซึ่งเกิดจากการดำเนินงานภายใต้กลไกของที่ประชุมสุดยอดอาเซียน ตาม ข้อ 7 ย่อหน้าที่ 2 (ก) แห่งกฎบัตรอาเซียน จึงมีสถานะเป็น “อนุสัญญา” (convention) ซึ่งมีภาคีฝ่ายเป็นประชาคมอาเซียนฝ่ายหนึ่งและประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิบอีกฝ่ายหนึ่ง พันธกรณีตามอนุสัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมายจะผูกพันประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิบให้ต้องปฏิบัติตามโดยการออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการกฎเกณฑ์ดังกล่าว ดังนั้น อนุสัญญาจึงสามารถทำให้กฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันได้

อย่างไรก็ดี การที่อนุสัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมายตกอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศย่อมหมายถึง การมีผลบังคับใช้ของอนุสัญญา ตลอดจนผลทางกฎหมายของอนุสัญญาย่อมตก

อิตาลี และโปรตุเกส see also the Hague Conference on Private International Law, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=84>, สืบค้นวันที่ 27 เมษายน 2559

²⁹ จนถึงปี ค.ศ. 2016 อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับอุบัติเหตุบนท้องถนน (Convention of 4 May 1971 on the Law Applicable to Traffic Accidents) มีภาคีทั้งหมด 22 ประเทศ และมีเพียงโปรตุเกสประเทศเดียวที่อนุสัญญาฉบับนี้ยังไม่มีผลบังคับใช้ see also the Hague Conference on Private International Law, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=81>, สืบค้นวันที่ 27 เมษายน 2559

³⁰ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 193.

³¹ อัครวัฒน์ เลาว์ณยศศิริ, “ลักษณะเฉพาะของระบบกฎหมายอาเซียน,” *วารสารกฎหมาย*, ฉบับที่ 2, ปีที่ 32, (กันยายน 2557), น. 50.

อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเช่นกัน³² ลักษณะดังกล่าวส่งผลกระทบต่อการทำให้กฎหมายในการเลือกกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันโดยอนุสัญญา 3 ประการ ได้แก่

- 1) การอนุวัติการอนุสัญญาของประเทศสมาชิกอาเซียน
- 2) การควบคุมให้มีการปฏิบัติตามอนุสัญญาโดยอาเซียน
- 3) การตั้งข้อสงวน

1) การอนุวัติการอนุสัญญาของประเทศสมาชิกอาเซียน

ผลผูกพันของอนุสัญญาทั้งสองประเภทยังคงยึดโยงอยู่บนหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเคารพอำนาจอธิปไตย และยืนยันว่าแต่ละประเทศล้วนมีอธิปไตยเท่าเทียมกัน (equality of state) การที่แต่ละประเทศจะตกอยู่ภายใต้พันธกรณีแห่งอนุสัญญาจึงจะเกิดขึ้นได้จากการที่ประเทศนั้นยินยอมผูกพันตนตามอนุสัญญา (consent to be bound) เท่านั้น ซึ่งการแสดงออกถึงความยินยอมผูกพันตนมิใช่เพียงการที่ผู้แทนของประเทศเข้าลงนาม (signature) แต่จำต้องผ่านขั้นตอนการให้สัตยาบัน (ratification), ให้การยอมรับ (acceptance), ให้ความเห็นชอบ (approval) หรือการภาคยานุวัติ (accession) อันเป็นวิธีการทำให้อนุสัญญามีผลบังคับใช้ (entry into force) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ³³ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาทางปฏิบัติของประเทศสมาชิกอาเซียนแล้วพบว่าทางปฏิบัติในการปฏิบัติตามพันธกรณีนั้นส่งผลกระทบต่อการทำให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันซึ่งกฎหมายในการเลือกกฎหมายอย่างมีนัยสำคัญ

ทางปฏิบัติของประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิ้น บรูไนดารุสซาลาม,³⁴ อินโดนีเซีย,³⁵ กัมพูชา,³⁶ ลาว,³⁷ มาเลเซีย,³⁸ เมียนมาร์,³⁹ ฟิลิปปินส์,⁴⁰ สิงคโปร์,⁴¹ ประเทศไทย⁴²

³² ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551), น. 68.

³³ Article 16 Vienna Convention on the Law of Treaties

³⁴ Article 42 para. 1 b Constitution of Brunei Darussalam

³⁵ Article 11 (2) Constitution of the Republic of Indonesia

³⁶ Article 26 The Constitution of the Kingdom of Cambodia

³⁷ Article 53 Constitution of the Lao People's Democratic Republic

อนึ่ง นักกฎหมายลาวเห็นว่ากลไกตามรัฐธรรมนูญของประเทศลาวในลักษณะเช่นนี้มีมิใช่การที่อนุสัญญาเข้ามามีผลใช้บังคับภายในประเทศลาวโดยตรงตามทฤษฎีเอกนิยม แต่เป็นการปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมายภายในโดยประธานประเทศ (President of State) ประกาศใช้อุสัญญา

และ เวียดนาม⁴³ ล้วนแล้วแต่ยึดถือทางปฏิบัติของทฤษฎีทวินิยม (Dualism)⁴⁴ ดังนั้น อนุสัญญาจึงไม่มีผลใช้บังคับโดยตรงในระบบกฎหมายภายในของภาคีตราบใดที่ยังไม่มีการแปลงรูป (transformation) โดยการบัญญัติกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการรองรับกฎเกณฑ์ตามอนุสัญญาเสียก่อน⁴⁵ แตกต่างจากทางปฏิบัติของทฤษฎีเอกนิยม (Monism) ซึ่งพันธกรณีตามอนุสัญญาจะเข้ามาเป็นส่วน

อย่างเป็นทางการ อันมีลักษณะเป็นการแปลงรูป (transformation) ตามข้อความคิดของทฤษฎีทวินิยม โปรตดู บุญสวาท บุปผา, “สนธิสัญญาตามกฎหมายภายในของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 24.

³⁸ Article 76 (1) (a) The Federal Constitution of Malaysia

³⁹ Article 209 (a) Constitution of the Republic of the Union of Myanmar

⁴⁰ Section 21 Article VII, The 1987 Constitution of the Republic of the Philippines

⁴¹ ทางปฏิบัติของสิงคโปร์ ถือว่าหากเกิดกรณีที่กฎหมายภายในขัดแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ ต้องใช้กฎหมายภายในเป็นหลัก ทางปฏิบัติดังกล่าวยืนยันว่าอนุสัญญามีผลภายในประเทศสิงคโปร์ก็ต่อเมื่อมีการบัญญัติกฎหมายอนุวัติการเท่านั้น see also *Tan Ah Yeo v Seow Teck Ming* [1989] 1 SLR(R) 134

⁴² นพนิติ สุริยะ, “กฎหมายระหว่างประเทศสัมพันธ์กับกฎหมายไทยได้อย่างไร,” ใน หนังสือกฎหมายเพื่ออาจารย์บูชา แต่ อาจารย์นพนิติ สุริยะ เนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ 65 ปี พ.ศ. 2554, ชชาติชาย เชษฐสุมน บรรณาธิการ, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), น. 51-58.

⁴³ Article 88 para. 6 Constitution of the Republic of Vietnam

⁴⁴ ทางปฏิบัติของทฤษฎีทวินิยม (Dualism) ปฏิเสธข้อความคิดที่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในอยู่ในระบบกฎหมายเดียวกัน และเห็นว่ากฎหมายทั้งสองระบบแยกออกจากกันเป็นเอกเทศ อนุสัญญาจึงไม่มีผลบังคับใช้ภายในรัฐโดยตรง ขณะที่ทฤษฎีเอกนิยม (Monism) เห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในล้วนแล้วแต่เป็นกฎหมายและมีความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกัน เมื่อประเทศดังกล่าวแสดงเจตนาผูกพันตนต่ออนุสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ พันธกรณีตามอนุสัญญาจะเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในโดยตรงทันที see also A. Kaczorowska, *supra* note 24, p. 147.

⁴⁵ นพนิติ สุริยะ, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), น. 97-106.

หนึ่งของกฎหมายภายในโดยตรงทันที⁴⁶ ทางปฏิบัติของทฤษฎีเอกนิยมจึงทำให้กฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายซึ่งกำหนดไว้โดยอนุสัญญาเอกรูปเข้ามาแทนที่กฎเกณฑ์เดิมซึ่งเกิดจากกฎหมายภายในหรือเกิดจากทัศนคติของนักกฎหมายภายในประเทศนั้นทันทีที่ประเทศดังกล่าวแสดงเจตนายินยอมผูกพันตามอนุสัญญา⁴⁷ กลับกัน แม้จะมีพันธกรณีจำต้องปฏิบัติตามอนุสัญญา แต่กฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายตามอนุสัญญาจะไม่มีผลบังคับใช้ภายในประเทศที่ยึดถือทฤษฎีทวินิยม จนกว่าจะมีการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อบูชาการอนุสัญญานั้นเท่านั้น ทางปฏิบัติของทฤษฎีทวินิยมจึงเป็นอุปสรรคประการหนึ่งซึ่งทำให้อนุสัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมายไม่สามารถทำให้กฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันได้⁴⁸

เมื่อแต่ละประเทศต้องมีการออกกฎหมายภายในเพื่อบูชาการอนุสัญญา ปัญหาในทางปฏิบัติที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เลยคือ อุปสรรคทางภาษา เนื่องจากภาษาที่ใช้ในการทำงานของอาเซียน (working language in ASEAN) กำหนดให้ใช้ภาษาอังกฤษ⁴⁹ แต่ภาษาราชการ (official language) ของประเทศสมาชิกทั้งสิบต่างมีภาษาราชการเฉพาะของตนซึ่งแทบไม่มีรากศัพท์

⁴⁶ A. Kaczorowska, *supra* note 24, p. 147.

⁴⁷ see also R. David, "The International Unification of Private Law," *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. II, International Association of Legal Science, (19--), p. 90.

⁴⁸ R. David, *ibid*; K. Boele-Woelki, *supra* note 5, pp. 299-300.

⁴⁹ Article 34 ASEAN Charter

สาเหตุที่อาเซียนเลือกใช้อังกฤษเป็นภาษาที่ใช้ในการทำงาน เนื่องจากภาษาอังกฤษได้รับความนิยมในประเทศสมาชิกอาเซียนมากกว่าภาษาอื่น โดยเฉพาะ ประเทศซึ่งเคยเป็นอาณานิคม (colony) และรัฐในความคุ้มครอง (protectorate) ของอังกฤษ เช่น บรูไนดารุสซาลาม, มาเลเซีย, เมียนมาร์ และสิงคโปร์ รวมทั้ง ฟิลิปปินส์ ซึ่งเคยเป็นอาณานิคมของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเหล่านี้จึงคุ้นเคยกับภาษาอังกฤษเป็นอย่างมาก นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาเหตุผลทางด้านประวัติศาสตร์ เอกสารและตราสารต่าง ๆ ซึ่งจัดทำขึ้นในกรอบของอาเซียน ไล่เรียงตั้งแต่ปฏิญญากรุงเทพ (Bangkok Declaration) ซึ่งเป็นเอกสารก่อตั้งอาเซียนเมื่อ ค.ศ. 1967 จนถึงก่อนการมีกฎบัตรอาเซียนล้วนทำขึ้นเป็นภาษาอังกฤษทั้งสิ้น โดยมีเพียงสนธิสัญญาไมตรีและความร่วมมือแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia: TAC) เท่านั้นที่จัดทำขึ้นเป็นภาษาราชการของประเทศสมาชิกอาเซียนแล้วจึงแปลเป็นภาษาอังกฤษ see also W. Woon, *The ASEAN Charter: A Commentary*, (Singapore: NUS Press, 2016), pp. 211-212.

ใกล้เคียงกันเลย ทั้งยังไม่มีภาษาราชการของประเทศใดที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยมีเพียงบรูไนดารุสซาลาม, มาเลเซีย และสิงคโปร์ เท่านั้นที่ใช้ภาษามลายู (Bahasa Melayu) ร่วมกัน และอินโดนีเซียซึ่งใช้ภาษาอินโดนีเซีย หรือ Bahasa Indonesia ที่ใกล้เคียงกับภาษามลายู⁵⁰ ทำให้ไม่สามารถรับประกันได้ว่ากฎหมายอนุวัติการของประเทศสมาชิกทั้งหลายจะสามารถถ่ายทอดกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายตามอนุสัญญาได้อย่างครบถ้วน เนื่องจากภาษาที่ใช้ในการทำงานของอาเซียน (working language in ASEAN) ซึ่งใช้ภาษาอังกฤษ แตกต่างจากภาษาราชการของประเทศสมาชิก (official language) อีกทั้งอาเซียนยังไม่มีองค์กรเพื่อทำหน้าที่แปลตราสารต่าง ๆ จากภาษาอังกฤษให้เป็นภาษาราชการของประเทศสมาชิก⁵¹ ดังนั้น จึงมีโอกาสมิฉะนั้นกฎหมายอนุวัติการของประเทศสมาชิกอาจผิดเพี้ยนไปจากความหมายที่แท้จริงตามอนุสัญญาได้

2) การควบคุมให้มีการปฏิบัติตามอนุสัญญาโดยอาเซียน

โดยหลักอำนาจอธิปไตย การปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาถือเป็นกิจการภายในของแต่ละประเทศ ทำให้ไม่สามารถบังคับให้ประเทศภาคีปฏิบัติตามพันธกรณีได้ การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีเพียงแต่เกิดความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ (State Responsibility) เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ประชาคมอาเซียนได้พยายามที่จะแก้ไขทางปฏิบัติดังกล่าวโดยกำหนดให้มีการควบคุมหรือบังคับให้ปฏิบัติประเทศภาคีตามอนุสัญญา⁵²

การควบคุมให้มีการปฏิบัติตามอนุสัญญาสามารถทำได้ใน 2 ลักษณะ ได้แก่ การควบคุมโดยการกำหนดรายละเอียดให้ภาคียอมรับการควบคุมไว้ในอนุสัญญา วิธีการเช่นนี้มี

⁵⁰ สำหรับภาษาราชการของประเทศสมาชิกอาเซียน บรูไนดารุสซาลาม ใช้ภาษามลายู และภาษาอังกฤษ, กัมพูชา ใช้ภาษาเขมร (Khmer), อินโดนีเซีย ใช้ภาษาอินโดนีเซีย, ลาว ใช้ภาษาลาว, มาเลเซีย ใช้ภาษามลายู ภาษาอังกฤษ จีนกลาง และทมิฬ, เมียนมาร์ ใช้ภาษาเมียนมาร์, ฟิลิปปินส์ ใช้ภาษาฟิลิปปิน (Filipino) ภาษาอังกฤษ และสเปน, สิงคโปร์ ใช้ภาษามลายู ภาษาอังกฤษ จีนกลาง และทมิฬ โดยภาษามลายูเป็นภาษาประจำชาติ ส่วนภาษาอังกฤษและจีนกลางเป็นภาษาซึ่งใช้ติดต่อในชีวิตประจำวัน , ประเทศไทย ใช้ภาษาไทย และ เวียดนาม ใช้ภาษาเวียดนาม see also “ASEAN Member States,” <http://asean.org/asean/asean-member-states/>, สืบค้นวันที่ 25 พฤษภาคม 2559.

⁵¹ W. Woon, *supra* note 49, pp. 211-212.

⁵² อรุณ ภาณุพงศ์, สนธิสัญญา, คำบรรยายลักษณะวิชาสนธิสัญญา ปริญญาโททางการทูตคณะรัฐศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2506), น. 111.

ข้อจำกัดอยู่มาก เนื่องจากทำให้ขอบเขตในการตรวจสอบถูกจำกัดอยู่เพียงเนื้อหาซึ่งกำหนดไว้โดยอนุสัญญา⁵³

การควบคุมในอีกลักษณะหนึ่งคือ การควบคุมโดยการกำหนดให้องค์การระหว่างประเทศเป็นผู้ควบคุม สืบเนื่องมาจากแนวคิดในเรื่องความมั่นคงร่วมกัน (collective security) ประเทศที่ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีถือว่ากระทำการซึ่งกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของประชาคมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประชาคมซึ่งรวมตัวกันเป็นองค์การระหว่างประเทศ⁵⁴ หรือการรวมกลุ่มในระดับภูมิภาค ดังเช่น สหภาพยุโรปและประชาคมอาเซียน แนวคิดเรื่องความมั่นคงร่วมกันได้รับการยอมรับว่าทำให้การควบคุมการปฏิบัติตามพันธกรณีโดยองค์การระหว่างประเทศเป็นเรื่องที่ชอบธรรมและสามารถทำให้นานาประเทศอยู่ร่วมกันได้อย่างปกติสุข วิธีการควบคุมการปฏิบัติตามอนุสัญญาโดยองค์การระหว่างประเทศมักมีการจัดตั้งคณะกรรมการ (committee) เพื่อดำเนินงานตรวจสอบดูแลและกำหนดมาตรการให้ประเทศภาคีปฏิบัติตามอนุสัญญาซึ่งจัดทำขึ้นในกรอบขององค์การระหว่างประเทศ โดยคณะกรรมการดังกล่าวมักมีอำนาจในการรับพิจารณารายงานการปฏิบัติตามอนุสัญญา ตลอดจนการสอบสวนและการจัดทำข้อเสนอเพื่อตอบสนองต่อปัจจัยและอุปสรรคในการปฏิบัติตามอนุสัญญา เช่น กระบวนการส่งรายงานประจำปี (annual report) ไปยังคณะกรรมการตามอนุสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนต่าง ๆ

สำหรับในบริบทของอาเซียน ข้อ 11 ย่อหน้าที่ 2 (ข) กำหนดให้เลขาธิการอาเซียน (Secretary-General of ASEAN) เป็นผู้ตรวจสอบการอนุวัติการความตกลงต่าง ๆ ของอาเซียน ตลอดจนเสนอรายงานประจำปีต่อที่ประชุมสุดยอดอาเซียนเกี่ยวกับการตรวจสอบดังกล่าว⁵⁵ อย่างไรก็ตาม เลขาธิการอาเซียนไม่มีอำนาจกำหนดมาตรการให้ประเทศสมาชิกอาเซียนปฏิบัติตามพันธกรณี กลไกดังกล่าวเป็นแต่เพียงการตรวจสอบการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีเพื่อนำไปสู่ขั้นตอนการระงับข้อพิพาทต่อไปเท่านั้น มิได้มีการกำหนดกลไกการดำเนินงานเพื่อควบคุมให้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาได้อย่างแท้จริง ซึ่งเป็นข้อขัดข้องอีกประการหนึ่งที่ทำให้อนุสัญญาในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายไม่สามารถแก้ไขปัญหาความแตกต่างของกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนได้

⁵³ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558), น. 61.

⁵⁴ อรุณ ภาณุพงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 52, น. 114.

⁵⁵ Article 11 para. 2 ASEAN Charter

3) การตั้งข้อสงวน (Reservation)

ระบบกฎหมายของอนุสัญญานั้นยินยอมให้รัฐภาคีสามารถตั้งข้อสงวนข้อบทในอนุสัญญาได้ ไม่เว้นแม้แต่อนุสัญญาซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องการเลือกกฎหมาย⁵⁶ Article 2 (d) แห่ง VCLT 1969 ได้ให้ความหมายว่า ข้อสงวน (reservations) หมายถึง “คำประกาศฝ่ายเดียวไม่ว่าจะทำในรูปแบบใดหรือโดยวิธีการใดซึ่งกระทำโดยรัฐเมื่อรัฐนั้นลงนาม ให้สัตยาบัน ยอมรับหรือให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาหรือภาคยานุวัติสนธิสัญญา โดยวิธีการทำข้อสงวนนี้ทำให้รัฐนั้นหลุดพ้นหรือแก้ไขผลทางกฎหมายของบทบัญญัติบางข้อในสนธิสัญญาได้ เมื่อจะใช้บังคับกับรัฐนั้น”⁵⁷ จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าแม้จะเป็นอนุสัญญาซึ่งเกิดจากความยินยอมผูกผูกพัน (consent to be bound) ของภาคี กระนั้น ข้อบทต่าง ๆ ตามอนุสัญญาก็เกิดขึ้นจากความตกลงของภาคีหลายฝ่าย (multilateral agreement) ซึ่งเป็นเรื่องยากอย่างมากที่จะประนีประนอมความเห็นของทุกฝ่ายให้ลงรอยเป็นยุติได้ ดังนั้น ระบบกฎหมายอนุสัญญาจึงมีการอนุญาตให้ประเทศที่จะเข้าเป็นภาคีสามารถตั้งข้อสงวนได้ในขณะที่มีการแสดงเจตนาผูกพันตนตามอนุสัญญา⁵⁸ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นในการห้ามตั้งข้อสงวน 3 ประการ คือ 1.) อนุสัญญาระบุไว้โดยชัดแจ้งว่าไม่ให้ตั้งข้อสงวน 2.) อนุสัญญาดำเนิน

⁵⁶ K. Boele-Woelki, *supra* note 5, p. 315.

⁵⁷ Article 2 Vienna Convention on the Law of Treaties

“1. For the purposes of the present Convention:

(d) 'reservation' means a unilateral statement, however phrased or named, made by a State, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, whereby it purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of the treaty in their application to that State. ...”

⁵⁸ ข้อสงวน (reservation) มีได้เฉพาะในอนุสัญญาแบบพหุภาคีหรืออนุสัญญาที่มีภาคีหลายฝ่าย (multilateral convention) เท่านั้น เนื่องจากอนุสัญญาทวิภาคีหรืออนุสัญญาสองฝ่าย (bilateral convention) เกิดขึ้นภายใต้กระบวนการความตกลงของรัฐคู่เจรจาฝ่ายเพียงสองรัฐเท่านั้น การที่ไม่สามารถตกลงกันได้อย่างครบถ้วนในข้อบททุกเรื่องย่อมแสดงออกถึงการที่รัฐคู่เจรจาไม่ยินยอมผูกผูกพัน (consent to be bound) ตามข้อบทในอนุสัญญาดังกล่าว และการตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาทวิภาคีนั้นถือเท่ากับเป็นการเสนอข้อบทใหม่ เทียบได้กับเรื่องคำเสนอคำสนองในกฎหมายสัญญา see also G.G. Fitzmaurice, “Reservations to Multilateral Conventions,” *International Law Quarterly*, Vol. 2, No. 1, (January, 1953), pp. 1-26.

กำหนดให้ตั้งข้อสงวนได้ในบางเรื่อง แต่ภาคีประสงค์จะตั้งข้อสงวนในเรื่องที่ห้ามไว้ และ 3.) การตั้งข้อสงวนนั้นไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของอนุสัญญา⁵⁹

ดังนั้น หากมีการตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมายย่อมเป็นการเปลี่ยนแปลง (modify) ผลในทางกฎหมายของบทบัญญัติในอนุสัญญาดังกล่าว และย่อมทำให้เกิดอุปสรรคในการทำให้กฎหมายในการเลือกกฎหมายของประเทศที่เป็นภาคีอนุสัญญาให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกล่าวอ้างความสงบเรียบร้อย (public order) เพื่อตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาว่าด้วยการเลือกกฎหมาย⁶⁰ กรณีเช่นนี้มีใช้การที่จุดเกาะเกี่ยวขัดต่อความสงบเรียบร้อย เนื่องจากโดยสภาพ การขัดกันแห่งกฎหมายไม่ใช่กฎหมายที่ก่อตั้งสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของคู่กรณี⁶¹ ปัญหาในลักษณะนี้เกิดจากการที่จุดเกาะเกี่ยวกำหนดให้ใช้กฎหมายของต่างประเทศ บังคับแก่นิติสัมพันธ์ แต่กฎหมายของประเทศดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยของศาลที่พิจารณาคดี (forum public order)⁶² ตัวอย่างเช่น ศาลของประเทศเวียดนามที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law พิจารณาคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ และกฎหมายการเลือกกฎหมายตามอนุสัญญาชี้ไปยังกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Common Law เมื่อศาลเวียดนามต้องใช้กฎหมายละเมิดของสิงคโปร์บังคับ แต่กฎหมายละเมิดของสิงคโปร์นั้นอนุญาตให้มีการกำหนด “ค่าเสียหายเชิงลงโทษ” (punitive damages) ซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายเวียดนาม จึงมีโอกาสมากที่ประเทศเวียดนามจะตั้งข้อสงวนว่า หากจุดเกาะเกี่ยวตามอนุสัญญาชี้ไปให้ใช้กฎหมายของประเทศที่มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ประเทศเวียดนามจะปฏิเสธการใช้กฎหมายของประเทศดังกล่าว ปัญหาในลักษณะเช่นนี้มีโอกาสอย่างมากที่จะเกิดขึ้นในประชาคมอาเซียน เนื่องจากในระหว่างประเทศสมาชิกทั้งสิบ มีอยู่ด้วยกันถึง 5 ประเทศที่ปฏิเสธการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในฐานะที่เป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เช่นนี้ แม้ข้อบทข้ออื่นทั้งหมดจะผูกพันประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งหมดให้ต้องใช้และตีความกฎหมายตามพันธกรณีของอนุสัญญา แต่เฉพาะประเทศซึ่งตั้งข้อสงวนเท่านั้นที่ไม่ต้องทำตาม ข้อสงวนมีผลเป็นการบอกปิด

⁵⁹ Article 19 Vienna Convention on the Law of Treaties

⁶⁰ F.K. Juenger, “The Problem with Private International Law,” in *Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr*, J. Basedow et al., eds., (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2000), p. 303.

⁶¹ ประสทธิ ปิวาวัฒนพานิช, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 229-230.

⁶² J. Blom, “Public Policy in Private International Law and Its Evolution in Time,” *Netherlands International Law Review*, (2003), pp. 373-399.

(exclude) พันธกรณีในส่วนนั้น ๆ ซึ่งแม้มีเพียงประเทศเดียวที่ทำข้อสงวนในอนุสัญญา การใช้กฎเกณฑ์ตามกฎหมายเอกรูปก็จะไม่เกิดความเป็นเอกภาพระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนอย่างแท้จริง

3.2.1.3 กฎหมายเอกรูปตามอย่าง Regulation ของสหภาพยุโรป

(1) ลักษณะของ Regulation ในเรื่องการเลือกกฎหมาย

Regulation ของสหภาพยุโรป คือ การกระทำฝ่ายเดียวของสหภาพยุโรป ที่มีสถานะเป็นกฎหมายสหภาพยุโรป และมีสภาพบังคับโดยตรงต่อประเทศสมาชิกสหภาพ กฎเกณฑ์ตาม Regulation จะเข้าแทนที่กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกสหภาพทันทีโดยไม่จำเป็นต้องมีการออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการแต่อย่างใด ดังนั้น Regulation ในเรื่องการเลือกกฎหมายของสหภาพยุโรปจึงเข้าแทนที่กฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกทั้งหมดด้วยบทบัญญัติเดียวกัน

Article 288 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการบริหารงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union: TFEU) กำหนดว่า “สถาบันของสหภาพยุโรปสามารถนำ *regulations, directives, decisions, recommendations และ opinions* มาใช้เพื่อดำเนินกิจกรรมภายใต้ขอบอำนาจของสหภาพยุโรปได้” และ “Regulation ต้องปรับใช้เป็นการทั่วไป โดยมีค่าบังคับโดยตรงต่อประเทศสมาชิกทั้งปวง”⁶³ ข้อบทดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงนัยสำคัญของการเลือกใช้ Regulation ในการแก้ปัญหาคความแตกต่างของกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายของประเทศสมาชิกสหภาพ

ความสัมพันธ์ระหว่างสหภาพยุโรปและการขัดกันแห่งกฎหมายได้รับการยืนยันไว้ใน Article 81 TFEU ซึ่งกำหนดให้สหภาพยุโรปต้องพัฒนาความร่วมมือทางกฎหมายในเรื่องทางแพ่งซึ่งส่งผลกระทบข้ามแดน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคณะมนตรีแห่งยุโรป (European Council) และสภายุโรป (European Parliament) ต้องรับผิดชอบในการดำเนินมาตรการใด ๆ ที่จำเป็นต่อการส่งเสริมกิจกรรมของตลาดเดียวของสหภาพยุโรป (internal market) โดย Article 81 (c) TFEU ได้บัญญัติ

⁶³ Art. 288 Treaty on the Functioning of the European Union

“To exercise the Union's competences, the institutions shall adopt regulations, directives, decisions, recommendations and opinions.

A regulation shall have general application. It shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States. ...”

ถึง “การทำให้กฎหมายในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายและการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลของประเทศสมาชิกสอดคล้องกัน”⁶⁴

เนื่องจากการเกิดขึ้นของสหภาพยุโรปทำให้เกิดการเคลื่อนย้ายเสรี (free movement) อันเป็นสาเหตุสำคัญซึ่งทำให้นิติสัมพันธ์เกิดองค์ประกอบต่างประเทศ เป็นเหตุให้สหภาพยุโรปเกิดการตื่นตัวและไม่เพิกเฉยต่อการแก้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย เนื่องจากเล็งเห็นว่ากฎหมายการขัดกันแห่งกฎหมายที่แตกต่างกันของประเทศสมาชิกย่อมทำให้วัตถุประสงค์ของการเคลื่อนย้ายเสรีประสบปัญหา ความแตกต่างดังกล่าวทำให้การใช้กฎหมายขาดความแน่นอน (legal certainty) นักลงทุนไม่สามารถคาดเห็นได้ว่านิติสัมพันธ์ของตนจะตกอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใด ส่งผลให้นักลงทุนแสวงหาประโยชน์ด้วยการเลือกลงทุนในประเทศที่กำหนดกฎหมายที่จะบังคับใช้แก่การลงทุนของตนเป็นทางได้เปรียบ และอาจถึงขนาดอาศัยกระบวนการพิจารณาทางตุลาการในการแสวงหาประโยชน์หรือเอาเปรียบคู่กรณีอีกฝ่าย (forum shopping)⁶⁵ ทำให้สหภาพยุโรปจำต้องอาศัยกลไกการดำเนินการของตนเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว

ในยุคสมัยที่ยังเป็นประชาคมยุโรป (European Community) ประชาคมยุโรปเคยมีความพยายามที่จะทำให้กฎหมายในการเลือกกฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันโดยอาศัยอนุสัญญาความพยายามที่จะทำให้กฎหมายในเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของสหภาพยุโรปเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันนั้นเกิดจากความคิดริเริ่มของ นาย Joseph van der Moulen ซึ่งเป็นผู้แทน

⁶⁴ Art. 81 Treaty on the Functioning of the European Union

"The Union shall develop judicial cooperation in civil matters having cross-border implications, based on the principle of mutual recognition of judgments and of decisions in extrajudicial cases. Such cooperation may include the adoption of measures for the approximation of the laws and regulations of the Member States.

For the purposes of paragraph 1, the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, shall adopt measures, particularly when necessary for the proper functioning of the internal market, aimed at ensuring:

...

(c) the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning conflict of laws and of Jurisdiction ..."

⁶⁵ P. Stone, EU Private International Law, 3rd ed., (Cheltenham: Edward Elgar, 2014), p. 3

ถาวรของประเทศเบลเยียมในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป เมื่อวันที่ 8 กันยายน 1967 นาย van der Moulen ได้เชิญให้ประเทศสมาชิกสหภาพเข้ามามีความเห็นในเรื่องการทำให้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศสมาชิกประชาคมยุโรปในขณะนั้นเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน แม้การประชุมดังกล่าวจะมิได้รับการตอบรับในทันที กระทั่ง ปี ค.ศ. 1980 ได้มีการประกาศใช้ Convention on the law applicable to contractual obligations หรือ Rome Convention⁶⁶ ซึ่งเป็นอนุสัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่หนี้ที่เกิดจากสัญญา

อย่างไรก็ดี ในปี ค.ศ. 1992 ประชาคมยุโรปได้พัฒนามาเป็นสหภาพยุโรป และได้เปิดรับประเทศสมาชิกเพิ่มขึ้น จนกระทั่งในปัจจุบัน (ค.ศ. 2016) สหภาพยุโรปมีสมาชิกทั้งหมดจำนวน 28 ประเทศ เป็นเหตุให้อนุสัญญาไม่สามารถรองรับการขยายตัวของสหภาพยุโรป และปริมาณที่เพิ่มขึ้นของนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศได้อีกต่อไป ดังนั้น เพื่อแก้ปัญหาให้ทันเวลาที่ สหภาพยุโรปจึงเลือกใช้ Regulation ซึ่งเป็นกฎหมายของสหภาพยุโรปเป็นเครื่องมือในการทำให้กฎเกณฑ์ในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นเอกภาพ⁶⁷

⁶⁶ 80/934/EEC: Convention on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980, OJ L 266, 9.10.1980, p. 1–19

⁶⁷ ปัจจุบัน สหภาพยุโรปได้มีการประกาศใช้ Regulation ในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายแล้ว 3 ฉบับ ได้แก่

1.) Rome I Regulation หรือ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ที่เกิดจากสัญญา

2.) Rome II Regulation หรือ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ที่มีได้เกิดจากสัญญา

3.) Rome III Regulation Regulation (EC) No. 1259/2011 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation ซึ่งว่าด้วยการพัฒนาความร่วมมือในการใช้กฎหมายบังคับกับการหย่าและการแยกกันอยู่ตามกฎหมาย

(2) การจัดทำ Regulation โดยอาเซียน

ดังได้กล่าวแล้วว่ากลไกการดำเนินงานของอาเซียนไม่สามารถสร้างกฎหมายของประชาคมได้เอง เนื่องจากอาเซียนมิได้ออกแบบองค์การให้มีลักษณะเหนือรัฐ (supra-national organization) ดังเช่นสหภาพยุโรป ทั้งการตัดสินใจของที่ประชุมสุดยอดอาเซียนก็มิได้มีผลผูกพันสมาชิกด้วยตนเอง (*per se*) แต่จะต้องอาศัยการปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นประชาคมอาเซียนจึงไม่สามารถสร้างกฎหมายเอกรูปในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับ Regulation ของสหภาพยุโรปได้

3.2.2 การตีความกฎหมายเอกรูปในเรื่องการเลือกกฎหมาย

การตีความกฎหมายเอกรูปให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันคือสาระสำคัญในการทำให้บทบัญญัติตามกฎหมายเอกรูปมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันอย่างแท้จริง หากปราศจากการตีความที่เป็นเอกภาพเสียแล้ว บทบัญญัติของกฎหมายเอกรูปแต่เพียงประการเดียวย่อมไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ในการแก้ปัญหาคความแตกต่างของกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนได้

3.2.2.1 การตีความโดยศาลภายในประเทศ

การตีความกฎหมายเอกรูปในเรื่องการเลือกกฎหมายนั้นโดยศาลภายในประเทศนั้นเป็นปัญหาประการสำคัญ เนื่องจากการใช้การเลือกกฎหมายนั้น ศาลภายในประเทศสมาชิกเป็นผู้ใช้เพื่อพิจารณาคดีสัมพันธ์ในทางแพ่งที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ การตีความกฎหมายจึงยึดโยงอยู่กับนิติวิธีของระบบกฎหมายภายในของตน

กฎหมายแม่แบบในเรื่องการเลือกกฎหมายไม่สู้จะมีปัญหาในการตีความโดยศาลภายในเท่าใดนัก เนื่องจากกฎหมายแม่แบบไม่มีสภาพบังคับ ทำให้ศาลภายในชอบที่จะหยิบยกขึ้นมาใช้ในลักษณะใดก็ได้ หรือจะตีความให้เป็นไปในทิศทางใดก็ได้

กลับกัน การตีความอนุสัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมายนั้นทำให้ศาลภายในประเทศประสบปัญหาอย่างมาก ดังได้กล่าวแล้วว่า กฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายตามอนุสัญญานั้นจะเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน ไม่ว่าโดยการผนวก (*incorporation*) หรือการแปลงรูป (*transformation*) และผู้ที่ใช้กฎเกณฑ์ข้างต้นคือศาลภายในของประเทศภาคีนั้น กระนั้น นิติวิธีที่

แตกต่างกันในการตีความอนุสัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมายของ Civil Law และ Common Law⁶⁸ ส่งผลแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากระบบกฎหมาย Civil Law ให้ความสำคัญแก่กฎหมายลายลักษณ์อักษรในฐานะบ่อเกิดแห่งกฎหมายลำดับแรก กระนั้นก็ยอมรับว่าตัวอักษรที่แสดงออกมานั้นไม่สามารถถ่ายทอดความหมายหรือเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายได้อย่างครบถ้วน ทำให้การตีความกฎหมายของ Civil Law คำนึงเจตนารมณ์ของกฎหมายควบคู่ไปกับตัวบท ดังนั้น นักกฎหมาย Civil Law จึงไม่นิยมการตีความโดยพิจารณาเพียงถ้อยคำที่มีความหมายสามัญ แต่เป็นถ้อยคำในบทบัญญัติที่มีความหมายทางสังคม เป็นเหตุให้ Civil Law ตีความในลักษณะขยายความบทบัญญัติ (interpretation *lato sensu*) โดยถือว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นแฝงไว้ด้วยหลักกฎหมายทั่วไป (general principle of law)⁶⁹

ขณะที่ระบบกฎหมาย Common Law ยึดถือกันว่ากฎหมายนั้นเกิดจากหลักซึ่งปรากฏผ่านคำพิพากษาของศาล ตามหลักผลผูกพันของคำพิพากษาในคดีก่อน (doctrine of *stare decisis*) คำพิพากษาในคดีก่อน ๆ จึงเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายลำดับแรก ส่วนกฎหมายลายลักษณ์อักษร (statute) มีฐานะเป็นเครื่องเสริมกฎหมายซึ่งเกิดจากคำพิพากษาเท่านั้น นักนิติศาสตร์ Common Law ถือว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสิ่งแปลกปลอมในระบบกฎหมาย Common Law⁷⁰ จึงจำเป็นต้องมีนิติวิธีเฉพาะต่างหากจากหลัก *stare decisis* และจะต้องตีความบทบัญญัติในกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยเคร่งครัด (interpretation *stricto sensu*)⁷¹ กระนั้น การตีความกฎหมายลาย

⁶⁸ R.J.C. Munday, "The Uniform Interpretation of International Conventions," *International Law Quarterly*, Vol. 27, No. 2, (Apr., 1978), p. 454.

⁶⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบพินิจลอว์และคอมมอนลอว์*, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), น. 46-55.

⁷⁰ เพ็งอ้วน, น. 74.

⁷¹ R. David and J.E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, 3rd ed., (London: Stevens&Sons, 1985), pp. 383-384.

การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรของ Common Law ประกอบไปด้วยหลักการตีความ 3 หลัก คือ

1) หลักการตีความถ้อยคำตามตัวอักษร (Literal Rule) คือ การแปลความหมายของบทบัญญัติโดยถือตามความหมายสามัญ (ordinary meaning) เป็นหลัก โดยไม่คำนึงว่าผลจากการตีความในลักษณะเช่นนี้จะมีเหตุมีผล (sensible) มากน้อยเพียงใด กล่าวคือ เป็นหลักการตีความซึ่งกำหนดให้ศาลพิจารณานัยยะแห่งถ้อยคำด้วยทักษะทางภาษาศาสตร์มากกว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

ลักษณะอักษรซึ่งเกิดจากการอนุวัติการพันธุกรรมตามอนุสัญญาของ Common Law จะตีความกฎหมายโดยคำนึงถึงความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ (object and purpose) ของอนุสัญญาเป็นสำคัญ โดยถือว่าถ้อยคำที่ปรากฏตามอนุสัญญานั้นมีความหมายในระดับระหว่างประเทศ (international meaning)⁷² อันเป็นการแสดงออกถึงอัยยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ (comitas gentium)⁷³

2) หลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ (Golden Rule) คือการตีความเพื่อปรับปรุงความกระต้างของหลัก Literal Rule เพื่อให้ศาลสามารถตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้โดยไม่ก่อให้เกิดผลแปลกประหลาด (absurd) หรือไม่สมเหตุสมผล (inconsistency) จนไม่สามารถยอมรับได้ Golden Rule จึงไม่ใช่หลักการตีความแยกต่างหาก แต่เป็นหลักการเพื่อเสริมการตีความตาม Literal Rule ซึ่งต้องพิจารณาประกอบกัน

3) หลักการตีความโดยอาศัยเหตุที่มีการแก้ไขข้อบกพร่อง (Mischief Rule) คือหลักซึ่งเปิดโอกาสให้ศาลตีความบทบัญญัติโดยคำนึงถึงความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ของกฎหมายแทนที่ถ้อยคำตามตัวอักษร โดยมีเงื่อนไขว่าเฉพาะกรณีที่มีคำพิพากษาวางบรรทัดฐานในเรื่องเดียวกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้นจึงจะใช้ Mischief Rule

โปรดดู อักษราทร จุฬารัตน, การใช้และการตีความกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท บพิธการพิมพ์ จำกัด, 2553), น. 135-186.

⁷² G.S. Goodwin-Gill, "Treaty Interpretation and English Law: Some Progress to Date and Some Challenges to Come," www.blackstonechambers.com/document.rm?id=363, สืบค้นวันที่ 26 พฤษภาคม 2559.

⁷³ อย่างไรก็ตามวิถีทางปฏิบัติของศาลอังกฤษยังความเห็นที่แตกต่างกัน Lord Denning MR มีความเห็นในคดี *Saloman v Commissioners of Customs and Excise* [1967] 2 QB 116. ว่า "ศาลควรต้องตีความกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่ากฎหมายนั้นจะได้อ้างอิงถึงสนธิสัญญาโดยชัดแจ้งหรือไม่" ขณะที่ Lord Diplock LJ ให้เห็นผลในคำพิพากษาในคดี *Ellerman Lines v Murray* [1967] 2 QB 141 แตกต่างออกไปว่าศาลควรต้องทำความเข้าใจกฎหมายภายในเสียก่อน หากถ้อยคำของกฎหมายภายในชัดเจนไม่คลุมเครือก็ย่อมต้องปรับบทให้เป็นไปตามนั้นโดยมิต้องคำนึงถึงพันธุกรรมตามอนุสัญญาแต่อย่างใด เนื่องจากเห็นว่าการตีความที่ผิดแผกออกไปจากความมุ่งหมายของอนุสัญญา ซึ่งถือเป็นการฝ่าฝืนพันธุกรรมนั้นเป็นความรับผิดชอบของสถาบันอื่น มิใช่ความรับผิดชอบของศาลต่ออย่างใด โปรดดู อักษราทร จุฬารัตน, อ้างแล้ว *เชิงอรรถ* ที่ 71, น. 186-187.

เมื่อเป็นเช่นนี้ การตีความกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายตามอนุสัญญาของทั้งสองระบบกฎหมายจึงส่งผลที่ต่างกัน ตัวอย่างเช่น การที่อนุสัญญากำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดตามหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) ย่อมจำเกิดความแตกต่างในการตีความคำว่า “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) ซึ่งเป็นเงื่อนไขสำคัญของการเลือกกฎหมายตามจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าว ประเทศซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Civil Law สามารถตีความโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ในการเลือกกฎหมายเพื่อปรับเปลี่ยนให้เหมาะสมกับแต่ละรายกรณี จึงสามารถตีความให้จุดเกาะเกี่ยวให้หมายถึงทั้ง “สถานที่เกิดการกระทำ” (*locus actus*) หรือ “สถานที่เกิดผลเสียหาย” (*locus damni*) ก็ได้⁷⁴ ขณะที่หากเป็นการพิจารณาคดีโดยศาลของประเทศ Common Law แม้จะอาศัยจุดเกาะเกี่ยวเดียวกัน เนื่องจากผลของอนุสัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมาย ศาลของ Common Law ก็จะตีความถ้อยคำดังกล่าวโดยเคร่งครัดเสมอโดยไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริง รวมทั้งความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ทำให้นิติวิธีในการตีความที่แตกต่างกันของ Civil Law และ Common Law ส่งผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อการทำให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันซึ่งกฎเกณฑ์ในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายโดยผลของอนุสัญญาเอกรูป

นอกจากนี้ เอกลักษณะทางภาษาของประเทศสมาชิกเองก็ส่งผลต่อการตีความกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายตามอนุสัญญา⁷⁵ ตัวอย่างเช่น อนุสัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมายซึ่งทำขึ้นโดยอาเซียน ย่อมจัดทำขึ้นเป็นภาษาอังกฤษ อย่างไรก็ตามก็ตีประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิบล้วนมีภาษาราชการของตนเอง เมื่อต้องอนุวัติการอนุสัญญาให้เป็นกฎหมายภายในย่อมจะต้องแปลงบทบัญญัติในอนุสัญญาซึ่งเป็นภาษาอังกฤษ มาเป็นภาษาราชการของตน กระนั้น ความไม่สมบูรณ์ของภาษาที่มนุษย์ใช้ก็ส่งผลกระทบต่อการถ่ายทอดความหมายของถ้อยคำในแต่ละภาษา ถ้อยคำซึ่งบัญญัติไว้ในภาษาหนึ่งอาจมีความหมายที่ไม่ต้องตรงกันในอีกภาษาหนึ่ง และทำให้กฎหมายซึ่งอนุวัติการมาจาก

⁷⁴ โปรดดู คำพิพากษาศาลสูงสุดของประเทศฝรั่งเศส (Cour de Cassation) ในคดี *Cour de cassation, 1ère Ch Civ, 14 January 1997* (Gordon and Breach Science Publishers) ซึ่งตัดสินว่า “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) หมายถึง สถานที่เกิดการกระทำ (*locus actus*) ขณะที่ คดี *Cour de cassation, 1ère Ch Civ, 11 May 1999* (Société Mobil North Sea) ตีความว่าหมายถึงสถานที่เกิดผลเสียหาย (*locus damni*) โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่าในขณะเกิดเหตุนี้ กฎหมายของประเทศใดใกล้เคียงกับการกระทำละเมิดมากกว่ากัน see also A. Dickinson, *The Rome II Regulation: The New Applicable to Non-contractual Obligations*, 2nd ed., (New York: Oxford University Press Inc., 2008), pp. 13-14.

⁷⁵ R.J.C. Munday, *supra* note 68, p. 454.

อนุสัญญาไม่สามารถสื่อสารเจตนารมณ์ที่ถูกต้องตรงกันได้ และเป็นเหตุผลอีกประการหนึ่งซึ่งทำให้ศาลภายในไม่สามารถตีความกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายตามอนุสัญญาให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน

3.2.2.2 การตีความโดยศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรป (Court of Justice of European Union)

ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (Court of Justice of European Union หรือ CJEU นับจากนี้ขอเรียกว่า “ศาลสหภาพฯ”) จัดตั้งขึ้นโดย สนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้า (Treaty establishing the European Coal and Steel Community: ECSC Treaty) เมื่อ ค.ศ. 1952 พร้อมกับการจัดตั้งประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้า (The European Coal and Steel Community: ECSC) เนื่องจากประเทศสมาชิกผู้ร่วมก่อตั้ง⁷⁶ เล็งเห็นว่าการมีองค์กรตุลาการในระดับประชาคมสามารถป้องกันความขัดแย้งอันเกิดจากการใช้และการตีความสนธิสัญญาของประชาคมได้⁷⁷ อีกทั้งการพิจารณาคดีโดยองค์กรที่มีลักษณะทางตุลาการย่อมมีความน่าเชื่อถือ และทำให้การใช้การตีความกฎหมายมีความแน่นอนซึ่งเป็นเรื่องจำเป็นสำหรับการรวมกลุ่มในระดับประชาคม ขอบอำนาจของศาลสหภาพฯเกิดขึ้นจากโครงสร้างเฉพาะของสหภาพยุโรปในฐานะองค์การเหนือรัฐ (supra-national organization) กล่าวคือ ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปได้ยินยอมจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนในบางเรื่อง และถ่ายโอนไปให้แก่อำนาจสหภาพยุโรปเพื่อดำเนินกิจกรรมให้บรรลุวัตถุประสงค์ของสหภาพยุโรป เช่นเดียวกัน ศาลสหภาพฯก็ได้รับการถ่ายโอนอำนาจอธิปไตยในทางตุลาการบางส่วนจากประเทศสมาชิกสหภาพให้แก่อำนาจตีความกฎหมายสหภาพให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันโดยไม่ต้องเรียกร้องการแสดงเจตนายอมรับเขตอำนาจศาลจากประเทศสมาชิกอีก คำพิพากษาของศาลสหภาพฯจึงเป็นการวางบรรทัดฐานและผูกพันศาลภายในให้ต้องเคารพปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด⁷⁸ อำนาจหน้าที่ของศาลได้รับสืบทอดต่อเนื่องมาสู่ ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Community: EEC) และ ประชาคมพลังงานปรมาณูแห่งยุโรป (The European Atomic Energy Community: EURATOM) กระทั่งได้มีการรวมประชาคมทั้งสามเข้าด้วยกันและก่อตั้ง “สหภาพยุโรป” (European Union: EU) ขึ้นแทน ในปี ค.ศ. 1992

⁷⁶ ประเทศสมาชิกผู้ร่วมก่อตั้งประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้ามีทั้งหมด 6 ประเทศ ได้แก่ ฝรั่งเศส เยอรมนีตะวันตก เบลเยียม อิตาลี ลักเซมเบิร์ก และเนเธอร์แลนด์

⁷⁷ Article 31 Treaty establishing the European Coal and Steel Community

⁷⁸ รันนิกร ลาภวนิชชา, “การตีความกฎหมายสหภาพยุโรป,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 4, ปีที่ 41, (ธันวาคม 2555), น. 794.

อย่างไรก็ดี มิใช่ศาลสหภาพฯมีอำนาจสามารถตีความก้าวล่วงไปถึงกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกสหภาพได้แต่อย่างใด วัตถุประสงค์ตีความของศาลสหภาพฯจำกัดอยู่เฉพาะ “กฎหมายสหภาพยุโรป” (European Union Law: EU Law) เท่านั้น

Article 267 para. 1 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีการบริหารงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union: TFEU) บัญญัติไว้ว่า “ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปมีเขตอำนาจเหนือการพิจารณาคดีเกี่ยวกับ

(ก) การตีความสนธิสัญญา

(ข) การรับรองความชอบด้วยกฎหมาย และการตีความ การกระทำทั้งหลายของสถาบัน, องค์กร หรือหน่วยงานของสหภาพ”⁷⁹

เมื่อพิจารณาข้อบทดังกล่าวแล้ว กฎหมายสหภาพยุโรป สามารถจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ “กฎหมายพื้นฐานของสหภาพ” (primary law) กล่าวคือ สนธิสัญญาจัดตั้งสหภาพยุโรป⁸⁰ รวมทั้งภาคผนวก (Annex) และพิธีสาร (Protocol) ของสนธิสัญญาจัดตั้งสหภาพ นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงสนธิสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญาจัดตั้งสหภาพด้วย⁸¹ และ “กฎหมายลำดับรองของสหภาพ” (secondary legislation) ซึ่งมีลักษณะเป็นการกระทำฝ่ายเดียว (unilateral act) โดยสถาบันหลักของสหภาพยุโรป ตามที่กำหนดไว้ใน Article 288 TFEU ได้แก่ Regulations, Directives, Decisions, Recommendations และ Opinions ดังนั้น การที่กฎหมายเอกรูปในเรื่องการเลือกกฎหมายของสหภาพยุโรป เกิดจากการดำเนินงานของสภายุโรป (European Parliament) และคณะมนตรียุโรป (European Council) ในรูปของ Regulation ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายสหภาพยุโรปตามความใน Article 267 para. 1 TFEU จึงเป็นวัตถุประสงค์ตีความของศาลสหภาพฯโดยปริยาย⁸²

⁷⁹ Article 267 para. 1 Treaty on the Functioning of the European Union
“The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning:

(a) the interpretation of the Treaties;

(b) the validity and interpretation of acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union; ...”

⁸⁰ P. Craig and G. de Búrca, EU Law Text, Cases and Materials, 3rd ed., (New York: Oxford University Press Inc., 2003), p. 434.

⁸¹ รัชนิกร ลาภนิชชา, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 78*, น. 800.

⁸² P. Stone, *supra note 65*, p. 5.

ศาลสหภาพฯเป็นองค์กรตุลาการซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีเชิงรับ (affirmative) ไม่มีอำนาจที่จะหยิบยกกฎหมายสหภาพขึ้นมาตีความเองได้โดยปราศจากการร้องขอจากศาลภายในของประเทศสมาชิก กล่าวอีกนัยหนึ่ง การตีความกฎหมายสหภาพเกิดจากการที่ศาลภายในประเทศสมาชิกพิจารณาตีโดยอาศัยกฎหมายสหภาพ แต่ไม่มั่นใจว่าจะสามารถตีความกฎหมายสหภาพให้สอดคล้องกับการตีความของศาลสหภาพฯได้⁸³ กระนั้น ก็มีใช้ทุกกรณีที่ศาลสหภาพฯจะสามารถรับคำร้องขอตีความของศาลภายในประเทศสมาชิก

การร้องขอให้ศาลสหภาพฯตีความกฎหมาย เกิดจากการที่ศาลภายในประเทศสมาชิกต้องพิจารณาตีโดยอาศัยกฎหมายสหภาพยุโรปแล้วเกิดปัญหาข้อสงสัย ไม่มั่นใจว่าตนสามารถตีความกฎหมายสหภาพฯให้เป็นไปในทิศทางเดียวกับการตีความโดยศาลภายในของประเทศสมาชิกอื่น ๆ ได้ กรณีเช่นนี้ Article 267 para. 2 TFEU กำหนดเงื่อนไขในการร้องขอให้ศาลสหภาพฯตีความกฎหมาย โดยศาลภายในประเทศสมาชิกที่พิจารณาตี หากการพิจารณาตีของศาลภายในดังกล่าวจะทำให้คดีถึงที่สุด (final court) ไม่ว่าจะเป็นเพราะศาลดังกล่าวเป็นศาลสูงสุดของประเทศหรือเนื่องจากมีเงื่อนไขให้คดีดังกล่าวไม่สามารถอุทธรณ์ (no judicial remedy) ได้อีกต่อไป ศาลภายในของประเทศสมาชิกมีหน้าที่ต้องร้องขอให้ศาลสหภาพฯตีความกฎหมายสหภาพยุโรปดังกล่าวในทุกกรณีหากพบว่าศาลภายในไม่สามารถตอบปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างปราศจากข้อสงสัยอย่างสิ้นเชิง (no reasonable doubt) ในความชัดเจนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายสหภาพยุโรป โดยคำนึงถึงว่าการตีความกฎหมายของศาลสหภาพฯจะเป็นประโยชน์ต่อการวินิจฉัยสาระสำคัญของคดี กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลสหภาพฯยึดถือหลักการตีความที่ว่า หากบทบัญญัติมีความชัดเจนแล้วก็ไม่มีความจำเป็นต้องตีความ (in claris non fit interpretato) หรือที่ศาลสหภาพยุโรปเรียกว่า “หลักบทบัญญัติที่ชัดเจน” (acte clair doctrine)

นอกจากนี้ กฎหมายสหภาพฯที่ศาลภายในประเทศสมาชิกจะสามารถร้องขอให้ศาลสหภาพฯ ตีความได้นั้น จะต้องเป็นกฎหมายที่เป็นสาระสำคัญแก่คดี

ในคดี *Florin Lazar*⁸⁴ ศาล Tribunale di Trieste (district court) ของประเทศอิตาลีได้ร้องขอให้ศาลสหภาพฯตีความความหมายของจุดเกาะเกี่ยว ตาม Article 4 para. 1 ของ Rome II Regulation เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวให้ใช้ “กฎหมายของสถานที่ผลเสียหายเกิด” (lex loci damni infecti) เป็นจุดเกาะเกี่ยว ทำให้ศาลอิตาลีไม่มั่นใจว่าตนจะสามารถตีความให้จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวครอบคลุมถึง “ผลเสียหายทางอ้อม” (indirect consequences) ได้หรือไม่ ซึ่งการพิเคราะห์ความหมายของจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวเป็นสาระสำคัญที่จะทำให้ศาลที่พิจารณาคดีสามารถ

⁸³ รัชนิกร ลาภนิชชา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 78.

⁸⁴ Case C-350/14, 10 December 2015, *Florin Lazar v Allianz SpA*

เลือกกฎหมายใช้บังคับแก่คดีได้อย่างถูกต้อง⁸⁵ ท้ายที่สุด ศาลสหภาพฯตีความบทบัญญัติดังกล่าวว่า จุดเกาะเกี่ยวตาม **Article 4 para. 1 Rome II Regulation** นั้นหมายถึงผลเสียหายทางอ้อมด้วย

สำหรับวิธีการตีความกฎหมายของศาลสหภาพฯ นิติวิธีคือสาระสำคัญในการตีความกฎหมายเสมอมา การตีความกฎหมายสหภาพยุโรปก็เช่นกัน เนื่องจากกฎหมายสหภาพยุโรปมีระบบกฎหมายเฉพาะของตนเอง ศาลสหภาพยุโรปจึงได้พัฒนานิติวิธีในการตีความกฎหมายสหภาพยุโรปเพิ่มเติมจากวิธีการตีความกฎหมายซึ่งใช้กันอยู่แล้วในระบบกฎหมายภายใน

ในคดี *CILFIT*⁸⁶ ศาลสหภาพฯได้วางหลักการตีความกฎหมายสหภาพยุโรป ไว้ 3 ประการ ได้แก่

หลักการที่หนึ่ง: หลักความหลากหลายของภาษาในสหภาพ

หลักการนี้สืบเนื่องจากภาษาราชการของสหภาพยุโรป สหภาพยุโรปยอมรับความหลากหลายของภาษาราชการซึ่งนานาประเทศสมาชิกใช้กันอยู่ ประเทศสมาชิกทั้งหลายสามารถเสนอให้ภาษาราชการของตนเป็นภาษาราชการของสหภาพยุโรปได้ การประกาศใช้บทบัญญัติของกฎหมายสหภาพยุโรปจึงต้องยืนยันความถูกต้องของตัวบทในทุกภาษาให้มีค่าบังคับเสนอกัน (**equally authentic**) กรณีเช่นนี้ย่อมเกิดปัญหาเบื้องต้นให้พิจารณา เนื่องจากศาลประเทศสมาชิกย่อมใช้บังคับกฎหมายสหภาพยุโรปซึ่งปรากฏในภาษาราชการของตน เป็นเหตุให้การตีความกฎหมายสหภาพโดยศาลภายในประเทศสมาชิกขาดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ศาลสหภาพฯได้วางหลักการให้ต้องคำนึงถึงภาษาราชการของสหภาพยุโรปทุกภาษา (**comparison of different language versions**) เพื่อใช้ประกอบในการตีความบทบัญญัติที่เป็นปัญหา มิใช่เพียงบทบัญญัติในภาษาของประเทศซึ่งพิจารณาคดีเท่านั้น ดังปรากฏจากคำพิพากษาในคดี *CILFIT* ศาลสหภาพฯยืนยันว่า “กฎหมายสหภาพยุโรปนั้นยกร่างขึ้นด้วยภาษาที่หลากหลาย และตัวบทที่เป็นภาษาดังกล่าวนั้นได้รับการยืนยันว่าถูกต้องเหมือนกัน การตีความบทบัญญัติของกฎหมายสหภาพยุโรปจึงต้องคำนึงถึงภาษาดังกล่าวเปรียบเทียบกัน”⁸⁷ อย่างไรก็ตาม หลักการนี้เป็นหลักการซึ่งศาลสหภาพฯพัฒนาขึ้นโดยคำ

⁸⁵ K. Lipstein, *supra* note 1, p. 94.

⁸⁶ C 283/81, 6 October 1982, *CILFIT v Ministry of Health*

⁸⁷ C 283/81, 6 October 1982, *CILFIT v Ministry of Health*, para. 18

“To begin with, it must be borne in mind that Community legislation is drafted in several languages and that the different language versions are all equally authentic. An interpretation of a provision of Community law thus involves a comparison of the different language versions.”

พิพากษาในคดี *CILFIT* กล่าวคือ เป็นหลักการตีความเฉพาะของศาลสหภาพฯเอง ศาลภายในของประเทศสมาชิกจึงไม่ถูกผูกพันให้ต้องตีความกฎหมายสหภาพโดยคำนึงถึงภาษาราชการทุกภาษา⁸⁸

หลักการที่สอง: หลักความเป็นเอกเทศของกฎหมายสหภาพยุโรป

หลักการตีความนี้ถูกสร้างขึ้นเพื่อรองรับลักษณะเฉพาะของกฎหมายสหภาพยุโรปซึ่งแยกตัวออกเป็นอิสระต่างหากจากกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศ⁸⁹ หลักความเป็นเอกเทศของกฎหมายสหภาพยุโรป ทำให้การตีความกฎหมายสหภาพยุโรปไม่ยึดโยงอยู่กับถ้อยคำหรือนิยามเฉพาะซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายภายในของประเทศใด ๆ กล่าวคือ การตีความกฎหมายสหภาพยุโรปนั้นเป็นการตีความโดยอิสระ (*autonomous interpretation*) ต่างหากจากทั้งระบบกฎหมายภายในและระบบกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลสหภาพฯกล่าวว่า “กฎหมายสหภาพยุโรปพิจารณาถ้อยคำซึ่งใช้ในบทบัญญัติเป็นการเฉพาะ และเน้นย้ำว่าข้อความคิดทางกฎหมายของถ้อยคำดังกล่าวซึ่งปรากฏในกฎหมายสหภาพยุโรปและกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกล้วนไม่จำเป็นต้องมีความหมายที่เหมือนกันแต่อย่างใด”⁹⁰ เนื่องจากหลักการแรกกำหนดให้ต้องคำนึงถึงภาษาราชการทุกภาษา แต่คำศัพท์ของภาษาซึ่งศาลสหภาพฯนำมาใช้ประกอบการพิจารณาตีความนั้นจะต้องคำนึงด้วยว่าเป็นคำศัพท์ซึ่งเกิดจากการตีความหรือการบัญญัติขึ้นให้ความหมายที่เฉพาะเจาะจงเป็นการภายในประเทศสมาชิกหรือไม่ หากเป็นเช่นนั้นแล้วการคำนึงภาษาราชการทุกภาษาอาจบิดเบือนความหมายที่แท้จริงของกฎหมายสหภาพยุโรปซึ่งแยกตัวออกจากระบบกฎหมายอื่นเป็นเอกเทศได้ด้วยการวางหลักเช่นนี้ทำให้ศาลสหภาพฯไม่นำบทบัญญัติซึ่งมีความหมายตามกฎหมายภายในของประเทศสมาชิมาปะปนกับนิติวิธีในการตีความกฎหมายสหภาพ

⁸⁸ รัชนิกร ลาภนิชชา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 78, น. 806.

⁸⁹ เพิ่งอ้าง

⁹⁰ C 283/81, 6 October 1982, *CILFIT v Ministry of Health*, para. 19

“It must also be borne in mind, even where the different language versions are entirely in accord with one another, that Community law uses terminology which is peculiar to it. Furthermore, it must be emphasized that legal concepts do not necessarily have the same meaning in Community law and in the law of the various Member States.”

หลักการที่สาม: หลักการตีความอย่างเป็นระบบ

หลักการนี้เรียกร้องให้ศาลสหภาพฯ ต้องตีความดังกล่าวโดยคำนึงถึงบริบทและวัตถุประสงค์ของกฎหมายสหภาพยุโรปในเรื่องอื่น ๆ ทั้งระบบด้วย วิธีการนี้เป็นการยืนยันความเชื่อมโยงกันระหว่างกฎหมายทั้งหลายของสหภาพยุโรป

หลักการตีความกฎหมายสหภาพยุโรปทั้งสามเป็นประโยชน์อย่างมากต่อการตีความกฎหมายเอกรูปให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ทั้งยังเป็นการสะท้อนถึงการให้ความสำคัญแก่เอกลักษณ์ทางภาษาของประเทศสมาชิกอีกด้วย

3.2.2.3 องค์การผู้มีหน้าที่ตีความตามกฎหมายบัตรอาเซียน

ข้อพิจารณาประการสำคัญสำหรับการตีความกฎหมายเอกรูปตามกฎหมายบัตรอาเซียนคือกฎหมายเอกรูปมีสถานะอย่างไรภายใต้กฎหมายบัตรอาเซียน และกฎหมายบัตรอาเซียนมีกลไกรองรับเพื่อตีความกฎหมายเอกรูปดังกล่าวหรือไม่

กฎหมายบัตรอาเซียนได้มีการให้ความหมายของ “ตราสารอาเซียนอื่น ๆ” (other ASEAN instruments) ไว้ แต่ ข้อ 1 (ก) พิธีสารของกฎหมายบัตรอาเซียนว่าด้วยกลไกการจับข้อพิพาท (2010 Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms: DSMP) ได้นิยามคำว่า “ตราสารอาเซียน” (ASEAN instruments) ว่าหมายถึง “ตราสารอย่างใด ๆ ซึ่งทำลงโดยประเทศสมาชิก ในฐานะที่เป็นประเทศสมาชิกอาเซียน เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิและพันธกรณีระหว่างประเทศสมาชิกภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ”⁹¹

จากข้อบ่งชี้ข้างต้น ตราสารอาเซียนอื่น ๆ จึงมีลักษณะเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น อนุสัญญาหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ไม่รวมถึงความตกลงปากเปล่า (verbal agreement) หรือความตกลงสุภาพบุรุษ (gentleman agreement) ตลอดจนกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) และหลักกฎหมายทั่วไป (General Principle of Law) โดยตราสารอาเซียนอื่น ๆ นี้พิจารณาถึงเนื้อหาของตราสารและเจตนารมณ์ของประเทศภาคีว่าประสงค์ให้ตราสารดังกล่าวผูกพันประเทศสมาชิกอาเซียนเพียงใด หาก

⁹¹ Article 1 Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms

“(a) ASEAN instrument means any instrument which is concluded by Member States, as ASEAN Member States, in written form, that gives rise to their respective rights and obligations in accordance with international law. ...”

เป็นตราสารซึ่งประเทศสมาชิกจัดทำขึ้นในลักษณะอนุสัญญาพหุภาคี (multilateral convention) และมีเนื้อหาอยู่ในขอบเขตของกฎบัตรอาเซียนแล้วย่อมเป็นไปเพื่อสนองตอบประโยชน์ร่วมกันของประเทศสมาชิกอาเซียน แม้จะมีได้จัดทำขึ้นโดยประชาคม ย่อมถือว่ามีสถานะเป็นตราสารอาเซียนอื่น ๆ⁹² ดังนั้น เมื่อกฎหมายเอกรูปในเรื่องการเลือกกฎหมายเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและแก้ปัญหาอันเกิดจากการเคลื่อนย้ายเสรี (free movement) อันเป็นเจตนารมณ์ของประชาคมอาเซียนที่สำคัญประการหนึ่ง กฎหมายเอกรูปในบริบทอาเซียน ทั้งที่จัดทำโดยประชาคมอาเซียนและจัดทำโดยประเทศสมาชิกอาเซียนล้วนอยู่ในความหมายของตราสารอาเซียนอื่น ๆ ทั้งสิ้น⁹³

สำหรับการตีความกฎหมายเอกรูป หมวดที่ 8 ว่าด้วยการระงับข้อพิพาท (Settlement of Disputes) ได้มีการกล่าวถึงวิธีการระงับข้อพิพาทและกลไกการระงับข้อพิพาทตามกฎบัตรอาเซียน ไว้ในข้อ 24 แห่งกฎบัตรอาเซียนได้บัญญัติถึงเรื่องกลไกการระงับข้อพิพาทตามตราสารเฉพาะ (Dispute Settlement Mechanisms in Specific Instruments) ว่า “ให้ระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับตราสารเฉพาะของอาเซียนโดยกลไกและขั้นตอนการดำเนินการที่กำหนดไว้ในตราสารนั้น ๆ

ให้ระงับข้อพิพาทที่ไม่เกี่ยวข้องกับการตีความหรือการใช้ตราสารอาเซียนใด ๆ โดยสันติ ตามสนธิสัญญาไมตรีและความร่วมมือแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้และตามกฎการดำเนินงานของสนธิสัญญาดังกล่าว

ในกรณีที่มีได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นเป็นการเฉพาะ ให้ระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการตีความหรือการใช้ความตกลงทางเศรษฐกิจของอาเซียนตามพิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน”⁹⁴

⁹² สำหรับอนุสัญญาระหว่างประเทศสมาชิกในระดับทวิภาคี (bilateral) ย่อมเกิดมีขึ้นเพื่อประโยชน์ระหว่างภาคีทั้งสองฝ่ายแต่เพียงเท่านั้น จึงขัดกับวัตถุประสงค์และประโยชน์ร่วมกันของประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งหมด โดยสภาพจึงไม่อยู่ในความหมายของตราสารอาเซียนอื่น ๆ โปรดดู รัชนิกร ลาภนิชชา, “ประชาคมอาเซียนจำเป็นต้องมีองค์กรระงับข้อพิพาทที่เป็นองค์กรตุลาการหรือไม่,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 44, (กันยายน 2558), น. 593-595.

⁹³ เพ็งอ้าง, น. 594.

⁹⁴ Article 24 ASEAN Charter

“Disputes relating to specific ASEAN instruments shall be settled through the mechanisms and procedures provided for in such instruments.

Disputes which do not concern the interpretation or application of any ASEAN instrument shall be resolved peacefully in accordance with the Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia and its rules of procedure.

และ ข้อ 25 กฎบัตรอาเซียน ซึ่งบัญญัติถึงการจัดตั้งกลไกระงับข้อพิพาท (Establishment of Dispute Settlement Mechanisms) ได้กำหนดว่า “ในกรณีที่มีได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น เป็นการเฉพาะ ให้มีการจัดตั้งกลไกระงับข้อพิพาทที่เหมาะสม รวมถึงการอนุญาโตตุลาการ สำหรับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการตีความหรือการใช้กฎบัตรนี้ และตราสารอาเซียนอื่น ๆ”⁹⁵

จากข้อบททั้งสองได้สะท้อนให้เห็นนัยยะสำคัญ 2 ประการ

ประการแรก: อาเซียนหมายรวม “การตีความกฎบัตรอาเซียน และตราสารอาเซียนอื่น ๆ” ไว้ในเรื่อง “กลไกการระงับข้อพิพาท”

ซึ่งกฎบัตรอาเซียนมิได้มีการกล่าวถึงความหมายและขอบเขตของกลไกระงับข้อพิพาทดังกล่าวไว้แต่อย่างใด โดยมีเพียงใน ข้อ 22 ย่อหน้าที่ 1 ว่าการระงับข้อพิพาทในบริบทของกฎบัตรอาเซียนนั้นให้ใช้เฉพาะข้อพิพาทในระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนและให้ระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี (peaceful means)⁹⁶ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ข้อพิพาทซึ่งสามารถระงับกันได้ด้วยวิธีการตามกฎบัตรอาเซียนไม่ใช่ข้อพิพาทระหว่างบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติของประเทศสมาชิกอาเซียน แต่อยู่ภายใต้ความหมายของการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ ซึ่งมีความหมายและขอบเขตที่กว้างขวางอย่างมาก

ศาสตราจารย์ J.G. Merrills ให้ความหมายว่า “ความเห็นซึ่งไม่ตรงกันทั้งในเรื่องข้อเท็จจริง ในเรื่องข้อกฎหมาย หรือในเรื่องทางการเมือง ซึ่งทำให้ฝ่ายหนึ่งถูกปฏิเสธการอ้างสิทธิ ถูกปฏิเสธการเรียกร้องสิทธิ การโต้แย้งสิทธิ หรือปฏิเสธสิทธิ โดยอีกฝ่าย”⁹⁷ จากความหมายข้างต้น ข้อ

Where not otherwise specifically provided, disputes which concern the interpretation or application of ASEAN economic agreements shall be settled in accordance with the ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism.

⁹⁵ Article 25 ASEAN Charter

“Where not otherwise specifically provided, appropriate dispute settlement mechanisms, including arbitration, shall be established for disputes which concern the interpretation or application of this Charter and other ASEAN instruments.”

⁹⁶ Article 22 para. 1 ASEAN Charter

⁹⁷ J.G. Merrills, International Dispute Settlement, 5th ed., (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), p. 1.

พิพาทระหว่างประเทศสามารถจำแนกออกได้เป็น 3 ประเภท กล่าวคือ ข้อพิพาททางกฎหมาย, ข้อพิพาททางการเมือง และข้อพิพาททางเทคนิค⁹⁸

1. ข้อพิพาททางกฎหมาย (legal dispute) หมายถึง ข้อพิพาทประเภทซึ่งต้องอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือในการระงับข้อพิพาท เช่น ข้อพิพาทอันเกิดจากความแตกต่างในการใช้และการตีความกฎหมายระหว่างประเทศ⁹⁹ วิธีการระงับข้อพิพาททางกฎหมายจึงมีลักษณะทางตุลาการ (justiciability) กล่าวคือ การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยบุคคลที่สามไม่ว่าจะเพียงคนเดียวหรือเป็นองค์กรคณะ เช่น อนุญาโตตุลาการ (arbitration) หรือศาล (court of justice) โดยบุคคลเช่นว่าจะต้องใช้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นพื้นฐานในการทำคำวินิจฉัยหรือทำคำชี้ขาด¹⁰⁰ ดังนั้นจึงมีผลผูกพันคู่พิพาทตามกฎหมาย

2. ข้อพิพาททางการเมือง (political dispute) หมายถึง ข้อพิพาทซึ่งมีลักษณะเป็นการขัดกันในเรื่องผลประโยชน์ส่วนได้ส่วนเสียของแต่ละประเทศ ข้อพิพาทเช่นนี้มักเป็นเรื่องซึ่งกระทบต่อเอกราชและอำนาจอธิปไตย ดังนั้นจึงไม่อาจระงับข้อพิพาททางการเมืองได้โดยอาศัยแต่เพียงกฎหมายเพียงประการเดียว¹⁰¹ การระงับข้อพิพาททางการเมืองโดยสันติวิธีจึงมักไม่มีลักษณะทางตุลาการ

⁹⁸ G. von Glahn, Law Among Nations: An Introduction to Public International Law, 8th ed., (New York: Pearson/Longman, 2007), p. 493

⁹⁹ H. Lauterpacht, The Function of Law in the International Community, (Hamden, Conn., Archon Books, 1966), p. 159.

¹⁰⁰ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), น. 23.

¹⁰¹ Sir Hersch Lauterpacht ให้ความเห็นไว้ว่า ข้อพิพาททางการเมืองในบริบทระหว่างประเทศนั้นพบเห็นได้ง่ายและบ่อยครั้งกว่าข้อพิพาททางกฎหมาย อาจกล่าวได้ว่าทุกข้อพิพาทระหว่างประเทศมีลักษณะทางการเมืองรวมอยู่ด้วย ไม่เว้นแม้แต่ข้อพิพาททางกฎหมาย see also H. Lauterpacht, *supra* note 99, p. 153.

ดังนั้น จึงปรากฏข้อพิพาทซึ่งมีลักษณะซ้อนทับกันทั้งที่เป็นข้อพิพาททางกฎหมายและข้อพิพาททางการเมือง เช่น ข้อพิพาทระหว่างมาเลเซียและสิงคโปร์เรื่องการถมทะเลบริเวณช่องแคบยะโฮร์ ในคดี *Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and around The Straits of Johor (Malaysia v Singapore)* ITLOS Case No. 12, ข้อพิพาทระหว่างอินโดนีเซียและมาเลเซียในเรื่องอธิปไตยเหนือเกาะปูลาูลิจิตันและเกาะปูลาูลิปันตัน ในคดี *Case Concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v Malaysia)* I.C.J.

(non-justiciability) และไม่จำเป็นต้องอาศัยพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁰² แต่ให้อำนาจคู่พิพาทในการยินยอมร่วมกันกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาท เช่น การเจรจา (negotiation) ระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายกันเอง หรือการตั้งบุคคลที่สามขึ้นทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาท เช่น การใช้คนกลางที่น่าเชื่อถือ (good offices), การตั้งคณะกรรมการร่วมกันเพื่อสอบสวนข้อเท็จจริง (inquiry), การแต่งตั้งบุคคลเพื่อทำหน้าที่ประนีประนอม (conciliation) หรือไกล่เกลี่ย (mediation) ดังนั้น โดยสภาพแล้ว ข้อเสนอแนะหรือข้อวินิจฉัยของการระงับข้อพิพาทในลักษณะเช่นนี้จึงไม่มีผลผูกพันคู่กรณี¹⁰³

3. ข้อพิพาททางเทคนิค (technical dispute) คือ ข้อพิพาทประเภทนี้ไม่ได้จำแนกโดยอาศัยเหตุผลของเรื่องเช่นข้อพิพาทสองประเภทแรก แต่เป็นข้อพิพาทซึ่งอยู่ภายใต้กลไกการกำกับดูแลโดยหน่วยงานเฉพาะ (specialized agencies) หรือองค์การระหว่างประเทศซึ่งทำหน้าที่ระงับข้อพิพาท ตลอดจนเสนอหนทางแก้ปัญหาและวางบรรทัดฐานเพื่อระงับข้อพิพาทในอนาคต¹⁰⁴ เช่น Panels และ Appellate Body ขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) เป็นต้น

กล่าวได้ว่าข้อพิพาททั้งสามประเภทข้างต้นนี้ไม่ได้จำแนกตามลักษณะของข้อพิพาทเท่านั้น แต่เป็นการจำแนกโดยคำนึงถึงวิธีการที่เหมาะสมในการระงับข้อพิพาทอีกด้วย

ประการที่สอง: กลไกการระงับข้อพิพาทของประชาคมอาเซียนในปัจจุบัน

กลไกการระงับข้อพิพาทในบริบทของประชาคมอาเซียนมีอยู่ 3 ประเภท¹⁰⁵ ได้แก่ 1) สนธิสัญญาไมตรีและความร่วมมือแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้, 2) พิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทของอาเซียนด้านเศรษฐกิจ และ 3) พิธีสารของกฎบัตรอาเซียนว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาท นอกจากนี้ กลไกการระงับข้อพิพาททั้งสามประเภทข้างต้น ผู้ศึกษาขอตั้งข้อสังเกตว่า ข้อ 24 ย่อหน้า 1 แห่งกฎ

Report 2002 หรือข้อพิพาทระหว่างประเทศไทยและกัมพูชาเหนือปราสาทพระวิหาร ในคดี Case Concerning *Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand)* [1962] I.C.J. Rep. 6 เป็นต้น

¹⁰² จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 100, น. 6.

¹⁰³ *เพ็ญอ้าง*

¹⁰⁴ G. von Glahn, *supra note* 98, p. 493

¹⁰⁵ เพลินดา ตันรังสรรค์, “สรุปการสัมมนาทางวิชาการเรื่อง กลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนและกฎสำหรับการเสนอเรื่องการไม่ปฏิบัติตามให้ที่ประชุมสุดยอดอาเซียนตัดสินใจ”, *ฉันทนา*, ปีที่ 9, ฉบับที่ 2, (มีนาคม-เมษายน 2555), น. 87-96.

บัตราอาเซียนยังได้เปิดช่องทางในการกำหนดกลไกการระงับข้อพิพาทตามตราสารเฉพาะเรื่องไว้ด้วย กล่าวคือ ตราสารอาเซียนแต่ละฉบับสามารถสถาปนากลไกการระงับข้อพิพาทเฉพาะตราสารขึ้นเองต่างหาก นอกเหนือจากกลไกการระงับข้อพิพาททั้งสามประเภทข้างต้น

1. กลไกการระงับข้อพิพาทตาม “สนธิสัญญาไมตรีและความร่วมมือแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้” (Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia: TAC) ตามข้อ 24 ย่อหน้าที่ 2 แห่งกฎบัตรอาเซียน กลไกการระงับข้อพิพาทนี้มีความมุ่งหมายถึงการระงับข้อพิพาททางการเมืองเป็นการเฉพาะ และไม่ใช้บังคับกับการใช้และการตีความกฎบัตรอาเซียนและตราสารอาเซียนอื่น ๆ

2. กลไกการระงับข้อพิพาทตาม “พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน (ด้านเศรษฐกิจ)” (ASEAN Protocol on Enhanced ASEAN Dispute Settlement Mechanism นับจากนี้เรียกว่า “พิธีสาร EDSM”) ข้อ 24 ย่อหน้าสุดท้าย กำหนดให้ใช้พิธีสาร EDSM สำหรับการใช้และการตีความตราสารอาเซียนเฉพาะที่เป็นเรื่องความตกลงทางเศรษฐกิจเท่านั้น

3. กลไกการระงับข้อพิพาทตาม “พิธีสารของกฎบัตรอาเซียนว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาท” (Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms นับจากนี้เรียกว่า “พิธีสาร DSM”) พิธีสารฉบับนี้ก่อตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามข้อ 25 แห่งกฎบัตรอาเซียนเพื่อรองรับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการตีความหรือการใช้กฎบัตรนี้ และตราสารอาเซียนอื่น ๆ นอกเหนือจากตราสารอาเซียนในเรื่องความตกลงทางเศรษฐกิจ ข้อ 2 ของพิธีสาร DSM กำหนดให้ใช้บังคับกับข้อพิพาทอันเกิดจากการใช้และการตีความตราสารสามประเภท กล่าวคือ กฎบัตรอาเซียน, ตราสารอาเซียนอื่น ๆ ทุกประเภท เว้นแต่ที่จะมีการกำหนดไว้ให้ใช้กลไกการระงับข้อพิพาทในรูปแบบอื่น และตราสารอาเซียนซึ่งกำหนดไว้เป็นการเฉพาะให้ใช้กลไกการระงับข้อพิพาทตามพิธีสารนี้¹⁰⁶

ดังนั้น เมื่อพิจารณา ข้อ 25 แห่งกฎบัตรอาเซียนและ ข้อ 2 ของพิธีสาร DSM ประกอบกัน การตีความกฎหมายเอกรูปย่อมอยู่ในขอบเขตของพิธีสาร DSM นี้

(1) องค์กรของอาเซียนซึ่งมีอำนาจตีความกฎหมายเอกรูป

การตีความที่จะได้รับการยอมรับว่ามีผลให้ถือใช้ปฏิบัติได้ (authoritative) จะต้องเป็นการตีความซึ่งกระทำโดยผู้มีอำนาจตีความ¹⁰⁷ ซึ่งกฎบัตรอาเซียนและพิธีสาร DSM มิได้จัดตั้งองค์กรผู้

¹⁰⁶ Article 2 Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms

¹⁰⁷ อรุณ ภาณุพงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21, น. 210.

มีหน้าที่ตีความไว้โดยชัดแจ้ง กระนั้น เมื่อพิจารณาถึงวิธีการระงับข้อพิพาทตามพิธีสาร DSM แล้ว สามารถจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ การระงับข้อพิพาทตามขั้นตอนของพิธีสาร DSM และการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการซึ่งคู่กรณีเลือก

1) การระงับข้อพิพาทตามขั้นตอนของพิธีสาร DSM

การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้และการตีความกฎบัตร และตราสารอาเซียนอื่น ๆ ตามพิธีสาร DSM ได้กำหนดขั้นตอนเฉพาะเอาไว้ 3 ขั้นตอน ซึ่งล้วนแล้วแต่ต้องดำเนินการเป็นลำดับ ดังนี้

ขั้นตอนที่ 1: การปรึกษาหารือ (Consultation)

ข้อ 5 พิธีสารของกฎบัตรอาเซียนว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาท กำหนดให้ประเทศคู่พิพาทร่วมกันระงับข้อพิพาทด้วยกันทั้งสองฝ่ายเป็นลำดับแรก โดยประเทศผู้ร้อง (Complaining Party) สามารถร้องขอไปยังประเทศผู้รับคำร้อง (Responding Party) เพื่อเปิดการปรึกษาหารือถึงการใช้และการตีความกฎบัตรอาเซียนหรือตราสารอาเซียนอื่น ๆ¹⁰⁸

ขั้นตอนที่ 2: การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

อนุญาโตตุลาการ หมายถึง การระงับข้อพิพาทโดยบุคคลที่สาม ไม่ว่าจะเป็นคนเดียวหรือเป็นองค์คณะ บุคคลดังกล่าวได้รับการคัดเลือกจากคู่พิพาทเพื่อให้ระงับข้อพิพาทระหว่างตน โดยคู่พิพาทตกลงยินยอมที่จะผูกพันตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ¹⁰⁹

การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการตามพิธีสาร DSM จำเป็นต้องผ่านเงื่อนไขในการปรึกษาหารือเสียก่อน กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจในการตีความกฎบัตรอาเซียนและตราสารอาเซียนอื่น ๆ ได้ก็ต่อเมื่อคู่พิพาทไม่สามารถร่วมกันตีความโดยการปรึกษาหารือกันตาม ข้อ 5 ได้แล้วเท่านั้น

สำหรับการตีความของอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการสามารถใช้กฎบัตรอาเซียน และตราสารอาเซียนอื่น ๆ ตลอดจนการปรับใช้กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีเมืองเป็นเครื่องมือในการตีความ นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการยังสามารถปรับใช้

¹⁰⁸ Article 5 Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms

¹⁰⁹ จุมพต สายสุนทร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 100*, น. 25.

กฎเกณฑ์ทางกฎหมายอื่น ๆ แก่สาระของข้อพิพาท และสามารถให้หลักความเที่ยงธรรม (*ex aequo et bono*) เป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายได้หากประเทศคู่พิพาทตกลงกัน¹¹⁰ การตีความของอนุญาโตตุลาการตามพิธีสาร DSM จึงเป็นการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะทางตุลาการ (*justiciability*) ทำให้คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการเป็นที่สุดและผูกพันประเทศคู่พิพาทให้ต้องปฏิบัติตาม¹¹¹ อย่างไรก็ตาม ทัศนะของอนุญาโตตุลาการนั้นเกิดจากการตกลงกันแต่งตั้งโดยประเทศคู่พิพาทจึงมีลักษณะชั่วคราว (*ad hoc*) มิได้มีลักษณะถาวร อย่างเช่นศาล (*court of justice*) ซึ่งพร้อมทำหน้าที่ในการตีความกฎบัตรอาเซียนและตราสารอาเซียนอื่น ๆ เสมอ ทำให้การตีความของคณะอนุญาโตตุลาการตามพิธีสาร DSM เป็นแต่เพียงการตีความเพื่อระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการตีความที่แตกต่างกันของประเทศสมาชิกอาเซียนเฉพาะคดีนั้น ๆ เท่านั้น มิได้มีผลเป็นการเพิ่มเติมหรือลดทอนความหมายอันกำหนดไว้ในกฎบัตรอาเซียนและตราสารอาเซียนอื่น ๆ แต่อย่างใด¹¹²

ขั้นตอนที่ 3: การเสนอเรื่องแก่คณะมนตรีประสานงานอาเซียน (ASEAN Coordinating Council: ACC)

การระงับข้อพิพาทตามขั้นตอนที่ 3 นี้มิใช่กรณีที่คณะมนตรีประสานงานอาเซียนเป็นผู้มีอำนาจในการตีความกฎบัตรและตราสารอาเซียนอื่น ๆ แต่อย่างใด เป็นแต่เพียงการมอบอำนาจให้คณะมนตรีประสานงานอาเซียนเป็นผู้ชี้ขาดว่าควรอาศัยกลไกการระงับข้อพิพาทในรูปแบบใด เมื่อประเทศคู่พิพาทไม่สามารถระงับข้อพิพาทโดยการร่วมกันปรึกษาหารือ และไม่ยอมรับข้อเรียกร้องในการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ คณะมนตรีประสานงานอาเซียนอาจสั่งให้มีการระงับข้อพิพาทโดยใช้คนกลางที่น่าเชื่อถือ (*good offices*), การไกล่เกลี่ย (*mediation*), การประนีประนอม (*conciliation*) หรือการอนุญาโตตุลาการ¹¹³ วิธีการใดวิธีการหนึ่งหรือหลายวิธีประกอบกันตามความเหมาะสม

¹¹⁰ Article 14 Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms

¹¹¹ Article 15 para. 1 Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms

¹¹² Article 15 para. 1 Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms

¹¹³ Article 9 para. 1 Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms

อย่างไรก็ดี การเลือกกลไกการตีความโดยคณะมนตรีประสานงานอาเซียนนั้น มิใช่ยุติเป็นที่สุด หากคณะมนตรีประสานงานอาเซียนไม่สามารถตัดสินใจเลือกวิธีการที่เหมาะสมได้ ประเทศคู่พิพาทสามารถกล่าวอ้างว่าข้อพิพาทดังกล่าวเป็น “ข้อพิพาทซึ่งไม่อาจระงับได้” (unresolved dispute) และอาศัยช่องทางตาม ข้อ 26 แห่งกฎบัตรอาเซียนในการร้องขอไปยังที่ประชุมสุดยอดอาเซียนดำเนินการในฐานะผู้มีอำนาจตีความเพื่อระงับข้อพิพาทดังกล่าว¹¹⁴

2) การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการซึ่งคู่พิพาทเลือก

ข้อ 6 พิธีสารของกฎบัตรอาเซียนว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาท ให้อำนาจคู่พิพาทสามารถเลือกกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างกันได้ โดยสามารถเลือกใช้คนกลางที่น่าเชื่อถือ (good offices),¹¹⁵ การไกล่เกลี่ย (mediation)¹¹⁶ หรือวิธีการประนีประนอม (conciliation)¹¹⁷

¹¹⁴ Article 9 para. 4 Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms

¹¹⁵ คนกลางที่น่าเชื่อถือ คือ การชักชวนให้ประเทศคู่พิพาทเข้าทำการระงับข้อพิพาทกัน โดยบุคคลฝ่ายที่สาม การชักชวนเช่นนี้จึงไม่มีลักษณะเป็นการแทรกแซงการเจรจาของคู่พิพาทแต่มีลักษณะเป็นการขอร้อง (intercession) ให้คู่พิพาทเปิดการเจรจากันเอง¹¹⁵ โดยคนกลางที่น่าเชื่อถือนี้ไม่ได้มีส่วนร่วมกับการระงับข้อพิพาทแต่อย่างใด เป็นแต่เพียงการอาศัยความน่าเชื่อถือหรือความที่คู่พิพาทไว้นับถือเชื่อใจชักจูงให้คู่พิพาทเปิดการเจรจากันเองโดยคนกลางที่น่าเชื่อถือไม่ได้เข้าร่วมด้วย คนกลางที่น่าเชื่อถือจึงเป็นกระบวนการที่มีประสิทธิภาพในการเร่งให้คู่พิพาทระงับข้อพิพาทกัน แต่โดยสภาพแล้วไม่ใช่กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยตนเอง see also G. von Glahn, *supra note* 98, pp. 495-496.

¹¹⁶ การไกล่เกลี่ย คือ การที่บุคคลที่สาม เรียกว่าผู้ไกล่เกลี่ย (mediator) ชักชวนให้ประเทศคู่พิพาทเข้าทำการระงับข้อพิพาทกัน เพียงแต่กระบวนการไกล่เกลี่ยนี้บุคคลที่สามนี้จะเข้าร่วมการระงับข้อพิพาทด้วยและมีบทบาทในการทำข้อเสนอเพื่อระงับข้อพิพาท see also G. von Glahn, *supra note* 98, pp. 496-497; จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 100, น. 16.

¹¹⁷ การประนีประนอม คือ การที่บุคคลที่สาม เรียกว่าผู้ประนีประนอม (conciliator) ชักชวนให้ประเทศคู่พิพาทเข้าทำการระงับข้อพิพาทกัน โดยผู้ประนีประนอมมีบทบาทในการสืบสวนข้อเท็จจริงตลอดจนทำรายงานและข้อเสนอแนะในการระงับข้อพิพาท บทบาทเช่นนี้ทำให้ผู้ประนีประนอมได้รับข้อมูลที่เป็นประโยชน์แก่การจัดทำข้อเสนอแนะ ผู้ประนีประนอมจึงมีบทบาท

ระหว่างกันได้ไม่ว่าเวลาใด ๆ ก็ตาม¹¹⁸ วิธีการเช่นนี้แสดงออกถึงความยืดหยุ่นของกลไกการระงับข้อพิพาทตามกฎหมายอาเซียนและพิธีสาร DSM ซึ่งเคารพเสรีภาพในการแสดงเจตนา (party autonomy) ระหว่างประเทศคู่พิพาท ให้สามารถเลือกสรรกลไกการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการใช้และตีความกฎหมายอาเซียนและตราสารอาเซียนอื่น ๆ แทนที่การระงับข้อพิพาทตามขั้นตอนของพิธีสาร DSM โดยการปรับใช้กลไกการระงับข้อพิพาทซึ่งไม่มีลักษณะทางตุลาการ (non-justiciability)¹¹⁹

(2) วิธีการตีความกฎหมายเอกรูปของอาเซียน

วิธีการตีความกฎหมายเอกรูปเป็นเงื่อนไขสำคัญอีกประการหนึ่งในการทำให้กฎหมายเอกรูปบรรลุวัตถุประสงค์ สำหรับวิธีการตีความกฎหมายเอกรูปตามกฎหมายอาเซียนและพิธีสาร DSM วิธีการตีความดังกล่าวยึดโยงอยู่กับองค์การผู้ทำหน้าที่ตีความ กล่าวคือ แนวทางการตีความขึ้นอยู่กับว่าในขณะนั้นข้อพิพาทอยู่ภายใต้กลไกการระงับข้อพิพาทประเภทใด กลไกการระงับข้อพิพาทตามพิธีสาร DSM สามารถจำแนกออกได้เป็น 2 รูปแบบ กล่าวคือ กลไกการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีลักษณะทางตุลาการ และกลไกการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะทางตุลาการ

1) วิธีการตีความโดยกลไกการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีลักษณะทางตุลาการ (Non-Justiciability)

กล่าวคือ กลไกการระงับข้อพิพาทซึ่งมิได้ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือแต่ใช้วิธีการทางการเมืองในการระงับข้อพิพาท กลไกที่มีลักษณะเช่นนี้ในบริบทของอาเซียนได้แก่ การปรึกษาหารือ, คนกลางที่น่าเชื่อถือ, การไกล่เกลี่ย, การประนีประนอม ตลอดจนการตีความโดยที่ประชุมสุดยอดอาเซียน เมื่อข้อพิพาทอันเกิดจากการตีความกฎหมายเอกรูปตกอยู่ภายใต้กลไกการระงับข้อพิพาทประเภทนี้ วิธีการตีความจึงมิใช่การใช้วิธีตามกฎหมาย แต่เป็นการใช้วิถีทางทาง

มากกว่าผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งทำหน้าที่เพียงรับฟังข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาทแล้วจัดทำข้อเสนอแนะให้เท่านั้น กระนั้น ข้อเสนอแนะของผู้ประนีประนอมก็ไม่มีผลผูกพันคู่พิพาทแต่อย่างใด

¹¹⁸ Article 6 para. 1 Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms

¹¹⁹ Krit Kraichitti, “Dispute Settlement Mechanisms for ASEAN Community: Experiences, Challenges and Way Forward,” Workshop on Trade and Investment ASEAN Law Association 12th General Assembly, <http://www.aseanlawassociation.org/12GAdocs/workshop5-thailand.pdf>, สืบค้นวันที่ 20 พฤษภาคม 2559.

การเมืองเพื่อหาข้อยุติในการตีความ อย่างไรก็ตามเช่นนี้ไม่มีผลผูกพันคู่พิพาท แม้วิธีการตีความโดยคู่พิพาทนี้จะเป็นการตีความร่วมกัน ทำให้สามารถทำความเข้าใจกันถึงนัยแห่งถ้อยคำในกฎหมายเอกรูปซึ่งพิพาทกันได้แล้ว การตีความข้างต้นก็มีลักษณะเป็นเพียงความเข้าใจร่วมกันระหว่างประเทศคู่พิพาทเท่านั้น มิได้ผูกพันประเทศสมาชิกอาเซียนอื่นซึ่งมิได้พิพาทกันให้ต้องตีความไปในทิศทางเดียวกันด้วย นอกจากนี้ กฎหมายเอกรูปในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายนั้นมีนิติวิธีที่เฉพาะเจาะจงอย่างมาก การตีความจุดเกาะเกี่ยวตามกฎหมายเอกรูปจึงสมควรกระทำโดยนักนิติศาสตร์ซึ่งมีความรู้ความเข้าใจในนิติวิธีของการขัดกันแห่งกฎหมายอย่างลึกซึ้ง เพื่อให้การตีความดังกล่าวมีความแน่นอน (certainty) และมีเสถียรภาพ (stability)

2) วิธีการตีความโดยกลไกการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะทางตุลาการ (Justiciability)

กลไกการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะทางตุลาการในบริบทของอาเซียน คือ อนุญาโตตุลาการ การตีความกฎหมายของอนุญาโตตุลาการ ตามข้อ 14 พิธีสาร DSM นั้นให้อำนาจอนุญาโตตุลาการสามารถใช้กฎบัตรอาเซียน และตราสารอาเซียนอื่น ๆ ตลอดจนการปรับใช้กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองเป็นเครื่องมือในการตีความ นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการยังสามารถปรับใช้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายอื่น ๆ แก่สาระของข้อพิพาท และสามารถใช้หลักความเที่ยงธรรม (*ex aequo et bono*) เป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายได้หากประเทศคู่พิพาทตกลงกัน

1. การตีความโดยใช้กฎบัตรอาเซียน และตราสารอาเซียนอื่น ๆ วิธีการเช่นนี้มิได้แตกต่างจากกฎเกณฑ์ทั่วไปในการตีความแต่อย่างใด กล่าวคือ เป็นการกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการคำนึงถึงตัวบท บริบท ตลอดจนความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ของกฎบัตรอาเซียนหรือตราสารอาเซียนอื่น ๆ เป็นสำคัญ

2. การตีความโดยใช้กฎเกณฑ์การตีความตามที่ปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง คือ หลักการตีความอนุสัญญา ตาม อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ประกอบไปด้วยหลักการตีความใน 2 ส่วน¹²⁰

¹²⁰ อรุณ ภาณุพงศ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 21*, น. 207-225; จุมพต สายสุนทร, “การตีความกฎหมายระหว่างประเทศ: สนธิสัญญา,” ใน *การใช้การตีความกฎหมาย*, พิรุณา ดิงศภัทย์ บรรณาธิการ, (กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น. 365-406.

ส่วนที่หนึ่ง คือ กฎเกณฑ์ทั่วไปของการตีความ (general rule of interpretation) ตาม Article 31 VCLT 1969 ซึ่งได้แก่การตีความโดยพิจารณาหลักสุจริต (*bona fides*) เป็นพื้นฐาน ประกอบกับตัวบทของอนุสัญญา (text), บริบท (context) และ ความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ (object and purpose)

ส่วนที่สอง คือ วิธีการเสริมในการตีความ (supplementary means of interpretation) ตาม Article 32 VCLT 1969 เพื่อเป็นเครื่องมือช่วยในการตีความเพิ่มเติมจาก Article 31 โดยอาศัยงานเตรียมร่างอนุสัญญา (travaux préparatoire) และพฤติการณ์อื่น ๆ ในขณะทำอนุสัญญา (circumstances)

3. การตีความโดยใช้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายอื่น ๆ

4. การตีความโดยใช้หลักความเที่ยงธรรม (*ex aequo et bono*) คือ เครื่องมือที่อนุญาโตตุลาการสามารถใช้ในการแก้ไขปัญหาการไม่มีกฎหมายใช้บังคับแก่กรณี (*non liquet*) กล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักความเที่ยงธรรมไม่ใช่หลักในการตีความ แต่เป็นเครื่องอุดช่องว่างทางกฎหมายเท่านั้น โดยอนุญาโตตุลาการสามารถอาศัยหลักความเที่ยงธรรมในการให้ความหมายของกฎหมายเอกรูปได้ หากคู่พิพาทตกลงกันได้

ฉะนั้น เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของกฎหมายเอกรูปในเรื่องการเลือกกฎหมาย ซึ่งต้องการทำให้กฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันด้วยการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวกลางขึ้น ความแตกต่างในการตีความย่อมเกิดจากการที่ศาลภายในประเทศสมาชิกตีความความหมายของจุดเกาะเกี่ยวตามกฎหมายเอกรูปไว้แตกต่างกัน กฎหมายเอกรูปในเรื่องการเลือกกฎหมายในคดีละเมิดอาจกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวตามหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด (*lex loci delicti commissi*) ศาลไทยตีความคำว่า “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) ว่าหมายถึง สถานที่ที่การกระทำเกิดขึ้น (*locus actus*) แต่ศาลสิงคโปร์ตีความว่าหมายถึง สถานที่ที่ผลเสียหายเกิด (*locus damni*) กรณีเช่นนี้ย่อมเกิดความแตกต่างในการตีความกฎหมายเอกรูป ฉะนั้น การตีความกฎหมายเอกรูปที่แตกต่างกันก็เกิดขึ้นภายใต้บริบทของศาลภายในประเทศสมาชิก ซึ่งมีข้อพิพาทอันเกิดจากการตีความกฎหมายเอกรูประหว่างประเทศสมาชิกตามนัยของกลไกการระงับข้อพิพาทตามพิธีสาร DSM แต่อย่างใด

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้ศึกษาสามารถสรุปได้ว่า วิธีการตีความของอาเซียนมีความยืดหยุ่นอย่างมาก ทั้งยังมีความหลากหลายและสนองตอบต่อความพยายามในการสงวนอำนาจอธิปไตยของอาเซียนเป็นอย่างดี ฉะนั้น การไม่มีองค์กรผู้มีหน้าที่ตีความที่มีความแน่นอน ย่อมทำให้เกิดเสถียรภาพในการตีความกฎหมาย และอาจถึงขั้นที่ประเทศคู่พิพาทเลือกสรรกลไกการระงับข้อ

พิพาทซึ่งน่าจะเอื้อประโยชน์ต่อการตีความกฎหมายเอกรูปให้เข้าข้างตนและทำให้เกิด forum Shopping ได้¹²¹

เมื่อพิจารณากระบวนการระงับข้อพิพาทของพิธีสาร DSM อย่างถ่องแท้แล้วพบว่า วัตถุประสงค์ของพิธีสารต้องการให้เป็นกลไกการระงับข้อพิพาททางการเมือง อันเป็นวัตถุประสงค์สำคัญของการจัดตั้งกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ทำให้กลไกดังกล่าวมิได้มีลักษณะที่เอื้ออำนวยต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทซึ่งต้องใช้พื้นฐานทางกฎหมาย (rule-based) แต่อย่างใด¹²² นอกจากนี้ พิธีสาร DSM จะมีผลใช้บังคับ (entry into force) นับตั้งแต่วันที่มีการส่งสัตยาบันสารให้แก่เลขาธิการอาเซียนครบทั้งสิบประเทศ ซึ่งในขณะที่จัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ (พ.ศ. 2559/ค.ศ. 2016) โดยมีเพียง บรูไนดารุสซาลาม กัมพูชา อินโดนีเซีย ประเทศไทย และเวียดนาม เท่านั้นที่ได้ส่งสัตยาบันสารข้างต้นแล้ว ทำให้กลไกการระงับข้อพิพาทตามพิธีสาร DSM ยังไม่มีผลใช้บังคับในระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน¹²³ หากมีการจัดทำกฎหมายเอกรูปในเรื่องการเลือกกฎหมายแล้วเสร็จก่อนที่พิธีสาร DSM จะมีผลใช้บังคับ ย่อมหมายถึงการปราศจากองค์กรผู้ทำหน้าที่ตีความและวิธีการตีความตามกฎหมายบัตรอาเซียน

¹²¹ Krit Kraichitti, *supra* note 119, p. 10.

¹²² ภิญญดา ไรนิเกอร์, “การพัฒนาระบบระงับข้อพิพาทในอาเซียน: บทเรียนจากระบบระงับข้อพิพาทในภูมิภาคอื่นๆ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), น. 324.

¹²³ ASEAN, <http://agreement.asean.org/agreement/detail/42.html>, สืบค้นวันที่ 20 พฤษภาคม 2559.

ตารางที่ 3.1
ตารางเปรียบเทียบกฎหมายเอกรูปแต่ละประเภท

	กฎหมายแม่แบบ	อนุสัญญาระหว่างประเทศ	Regulation ของสหภาพยุโรป
ผลผูกพันของกฎหมายเอกรูป			
สภาพบังคับ	ไม่มีสภาพบังคับ ผลผูกพันของกฎหมายแม่แบบขึ้นอยู่กับความสมัครใจของแต่ละประเทศ	พันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ	แทนที่กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกในฐานะกฎหมายสหภาพยุโรป
ข้อขัดข้อง	ไม่มีสภาพบังคับ จึงปราศจากหลักประกันในการปฏิบัติตาม	1. การออกกฎหมายอนุวัติการ 2. การควบคุมการปฏิบัติตามพันธกรณี 3. การตั้งข้อสงวน	แทนที่กฎหมายภายใน จึงแทรกแซงระบบกฎหมายซึ่งมีอยู่แต่เดิม
การจัดทำภายใต้บริบทของประชาคมอาเซียน	โอกาสเกิดขึ้นมากที่สุด เนื่องจากลักษณะของกฎหมายแม่แบบสอดคล้องกับ ASEAN Way	กลไกของอาเซียนสอดคล้องกับการจัดทำอนุสัญญาฯ	กลไกของอาเซียนไม่เอื้ออำนวยต่อการจัดทำ Regulation
การตีความกฎหมายเอกรูป			
องค์กรผู้มีความชำนาญ	ศาลภายในประเทศ	การตีความกฎหมายอนุวัติการ: ศาลภายในประเทศ การตีความพันธกรณีตามอนุสัญญา: องค์กรตามที่ได้ตกลงกันไว้ในตราสารฯ	การตีความในขั้นต้น: ศาลภายในประเทศ การตีความเพื่อให้กฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน: ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (CJEU)
องค์กรผู้มีความชำนาญตามกฎหมายอาเซียน	กลไกตามพิธีสารของกฎบัตรอาเซียนว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาท (Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms)		

3.3 บทวิเคราะห์: ความเป็นไปได้ของประชาคมอาเซียนต่อการจัดทำกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการ ขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิด

จากข้อพิจารณาทั้งหมดในบทที่ 3 สะท้อนให้เห็นว่าโครงสร้างการดำเนินงานของประชาคมอาเซียนยังมีข้อจำกัดอยู่มาก และไม่เอื้ออำนวยให้จัดทำกฎหมายเอกรูป หากอาเซียนยังคงอาศัยกลไกการดำเนินงานเช่นนี้อยู่ต่อไปย่อมไม่สามารถทำให้กฎเกณฑ์ในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายของอาเซียนเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันได้อย่างแท้จริง ผู้ศึกษาจึงเห็นสมควรทบทวนความเป็นไปได้ในการจัดทำกฎหมายเอกรูปที่มีประสิทธิภาพในการแก้ปัญหา ในการนี้ ผู้ศึกษาได้ทำการวิเคราะห์ไว้ใน 2 ประเด็นหลัก ซึ่งสอดคล้องกับข้อพิจารณาข้างต้น กล่าวคือ

3.3.1 ประเภทของกฎหมายเอกรูปซึ่งเหมาะสมกับประชาคมอาเซียน

3.3.2 ความเป็นไปได้ในการทำให้การตีความกฎหมายเอกรูปของอาเซียนเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

3.3.1 ประเภทของกฎหมายเอกรูปซึ่งเหมาะสมกับประชาคมอาเซียน

เมื่อพิจารณากฎหมายเอกรูปในเรื่องการเลือกกฎหมายทั้ง 3 ประเภท ผู้ศึกษาเห็นว่ากฎหมายเอกรูปประเภทซึ่งเหมาะสมกับประชาคมอาเซียนที่สุดคือ “อนุสัญญาระหว่างประเทศ” (International Convention)

จริงอยู่ Regulation ของสหภาพยุโรปมีประสิทธิภาพอย่างมาก จุดเกาะเกี่ยวซึ่งกำหนดไว้ตาม Regulation ได้เข้าไปแทนที่กฎเกณฑ์ดั้งเดิมซึ่งเกิดจากกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกทันที ทำให้ไม่ต้องอาศัยกระบวนการอนุวัติการให้กฎหมายเอกรูปเข้ามาเป็นกฎหมายภายใน ทำให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการทำให้การขัดกันแห่งกฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันได้โดยอาศัย Regulation แต่เพียงลำพัง กระนั้น ประสิทธิภาพดังกล่าวก็เกิดจากกลไกการดำเนินงานของสหภาพยุโรปซึ่งมีสถานะเป็นองค์การเหนือรัฐ (supra-national organization) หากอาเซียนประสงค์จะจัดทำกฎหมายเอกรูปที่มีลักษณะเช่นเดียวกับ Regulation ของสหภาพยุโรปได้นั้น ในลำดับแรกจำต้องแก้ไขกฎบัตรอาเซียนเพื่อออกแบบองค์กรให้อาเซียนสามารถถึงอำนาจอธิปไตยบางส่วนจากประเทศสมาชิกมาก่อตั้งกลไกการดำเนินการสร้างกฎหมายที่มีสภาพบังคับได้ องค์กรที่ดี ความเป็นไปได้ดังกล่าวค่อนข้างเกิดขึ้นได้ยาก เมื่อวิเคราะห์ถึงพื้นฐานการรวมกลุ่มของอาเซียนซึ่งยึดโยงอยู่กับความสัมพันธ์ทางการเมืองมากกว่าทางกฎหมาย นอกจากนี้ ประเทศสมาชิกอาเซียนยังยึดมั่นในหลักอธิปไตยที่เท่าเทียมกันของประเทศสมาชิก (equality of state) และหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน (non-interference) มาตั้งแต่มีการริเริ่มก่อตั้งอาเซียนเมื่อปี พ.ศ. 2510 (ค.ศ. 1967) กล่าว

ได้ว่า หลักการดังกล่าวคือค่านิยมร่วมกัน (common values) ของประเทศสมาชิก หรือที่คุ้นเคยกันในชื่อ “วิถีอาเซียน” (ASEAN Way) ซึ่งแตกต่างจากสหภาพยุโรปที่ริเริ่มก่อตั้งประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้า (The European Coal and Steel Community: ECSC) ให้มีสถานะเป็นองค์การเหนือรัฐมาแต่แรก

สำหรับกฎหมายแม่แบบ ผู้ศึกษาไม่เห็นด้วยอย่างยิ่งในการที่อาเซียนจะอาศัยกฎหมายแม่แบบในการแก้ปัญหาความไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมาย แม้การไม่มีสภาพบังคับจะจูงใจประเทศสมาชิกอาเซียน ทั้งยังสอดคล้องกับหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน กระนั้น การทำให้กฎเกณฑ์ในการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นเอกภาพโดยคาดหวังผลลัพธ์ดังกล่าวจากเครื่องมือที่ไม่มีประสิทธิภาพย่อมเป็นสิ่งที่ไม่สมควรอย่างยิ่งสำหรับการรวมกลุ่มประเทศในระดับประชาคมซึ่งมีความพยายามที่จะพัฒนาความสัมพันธ์ให้แน่นแฟ้นยิ่งขึ้น

ดังนั้น อนุสัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมายจึงเป็นเครื่องมือที่เป็นไปได้ที่สุดในทางปฏิบัติสำหรับอาเซียน นอกจากโครงสร้างการดำเนินงานของอาเซียนจะอำนวยความสะดวกให้จัดทำอนุสัญญาแล้ว ยังแสดงออกถึงการเคารพอำนาจอธิปไตยของประเทศสมาชิก กระนั้น ผู้ศึกษามีความเห็นว่า การจัดทำกฎหมายเอกรูปที่เป็นอนุสัญญาจำเป็นจะต้องได้รับการแก้ไขข้อขัดข้องบางประการ

ข้อขัดข้องประการแรก: ข้อขัดข้องอันเกิดจากการอนุวัติการอนุสัญญา

สำหรับข้อขัดข้องประการแรกในประเด็นเรื่องการอนุวัติการตามอนุสัญญาของประเทศสมาชิกอาเซียน ผู้ศึกษามีได้มุ่งหวังให้ประเทศสมาชิกอาเซียนเปลี่ยนแปลงมาใช้ทางปฏิบัติของทฤษฎีเอกนิยม (Monism) แต่อย่างไรก็ดี การอนุวัติการกฎเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมายตามอนุสัญญานั้น ย่อมจำเป็นต้องทำการศึกษาและยกร่างกฎหมายอนุวัติการเพื่อทดแทนกฎหมายภายในด้วยพันธกรณี กระนั้น ประเด็นปัญหาที่แท้จริงอันเกิดจากการอนุวัติการอนุสัญญาของอาเซียนมาจากความแตกต่างทางภาษา ดังได้กล่าวไว้แล้วว่าอาเซียนกำหนดให้ภาษาที่ใช้ในการทำงานคือภาษาอังกฤษ แต่ประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิบล้วนมิได้ใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาราชการหลัก¹²⁴ ทำให้ไม่สามารถรับประกันได้ว่าประเทศสมาชิกอาเซียนจะมีความแตกฉานในภาษาอังกฤษเพียงใด ทั้งเมื่อจำต้องถ่ายทอดบทบัญญัติจากภาษาอังกฤษมาเป็นภาษาราชการของประเทศตนแล้วจะสามารถสื่อสารเจตนารมณ์ของกฎหมายเอกรูปได้ครบถ้วนหรือไม่เพียงใด ความหลากหลายทางภาษาดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็นที่

¹²⁴ มีเพียงบรูไนดารุสซาลาม, มาเลเซีย, ฟิลิปปินส์ และสิงคโปร์เท่านั้นที่กำหนดให้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาราชการของตน กระนั้น ก็เป็นภาษาราชการในลำดับรองซึ่งมิได้ใช้ในการติดต่อชีวิตประจำวันเท่าใดนัก

ประชาคมอาเซียนจำเป็นต้องเข้ามาควบคุม ผู้ศึกษาเห็นสมควรแก้ไขกฎบัตรอาเซียนให้มีการเพิ่มเติมภาษาที่ใช้ในการทำงาน โดยคงภาษาอังกฤษในฐานะภาษาที่ใช้ในการทำงานหลักไว้เช่นเดิม แต่ให้มีการเพิ่มเติมการจัดทำตราสารอาเซียนต่าง ๆ ในภาษาราชการของประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิบ และให้มีการรับรองความถูกต้องของตัวบทซึ่งจัดทำในภาษาราชการของสมาชิกดังกล่าวให้มีความถูกต้องเท่าเทียมกัน (**equally authentic**) กับตัวบทซึ่งจัดทำขึ้นเป็นภาษาอังกฤษ ในการนี้ ประชาคมอาเซียนจำเป็นต้องมีการจัดตั้งองค์กรผู้เชี่ยวชาญทางภาษาศาสตร์ของประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งหมด เพื่อทำหน้าที่เรียบเรียงและตรวจสอบความถูกต้องในการแปลภาษา

ข้อขัดข้องประการที่สอง: การควบคุมการปฏิบัติตามอนุสัญญาโดยประชาคมอาเซียน

ดังได้กล่าวไว้แล้วว่ากฎบัตรอาเซียนมีการมอบหมายอำนาจให้แก่เลขาธิการอาเซียน (**Secretary-General of ASEAN**) เป็นผู้ตรวจสอบการอนุวัติการความตกลงต่าง ๆ ของอาเซียน ตลอดจนเสนอรายงานประจำปีต่อที่ประชุมสุดยอดอาเซียน กลไกดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่าอาเซียนตระหนักถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายระหว่างประเทศและบทบาทที่จำเป็นของอาเซียนในการควบคุมให้ประเทศสมาชิกปฏิบัติตามพันธกรณี กระนั้น กลไกการดำเนินงานของเลขาธิการอาเซียนดังกล่าวมิได้มีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติแต่อย่างใด ดังนั้น เพื่อให้การปฏิบัติตามอนุสัญญาในการเลือกกฎหมายเป็นไปได้อย่างแท้จริง ผู้ศึกษาเห็นสมควรแก้ไขกฎบัตรอาเซียนเพื่อเพิ่มอำนาจแก่เลขาธิการอาเซียน โดยนอกจากสามารถตรวจสอบการดำเนินงานของประเทศสมาชิกได้แล้ว เลขาธิการอาเซียนสมควรสอบสวน (**inquiry**) ถึงเหตุปัจจัยที่ทำให้ประเทศสมาชิกไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีได้อีกด้วย วิธีการเช่นนี้จะเป็นประโยชน์ต่อการออกกฎหมายอนุวัติการสำหรับประเทศสมาชิกอาเซียน โดยผู้ศึกษาเห็นว่าเลขาธิการอาเซียนสมควรมีอำนาจในการทำความเห็นแนะนำ (**recommendation**) เพื่อช่วยเหลือและขจัดอุปสรรคแก่สมาชิกอาเซียน อย่างไรก็ตาม หากการสอบสวนของเลขาธิการอาเซียนพบว่าการไม่ออกกฎหมายอนุวัติการของประเทศสมาชิกล่วงเลยมาเป็นระยะเวลานานเกินสมควร (**unreasonable prolonged**) หรือไม่อนุวัติการโดยไม่มีเหตุผลที่สมควร เลขาธิการอาเซียนสามารถออกข้อมติที่มีลักษณะเป็นการบังคับอย่างอ่อน ๆ ให้ประเทศสมาชิกอาเซียนปฏิบัติตาม เช่น อาจเป็นการจำกัดผลประโยชน์ซึ่งประเทศสมาชิกล้วนจะได้รับจากการเคลื่อนย้ายเสรี ทั้งนี้ มาตรการดังกล่าวก็สมควรคำนึงถึงประโยชน์ซึ่งประเทศสมาชิกอาเซียนจะได้รับจากการเคลื่อนย้ายเสรีเมื่อกฎเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศสมาชิกอันเดียวกันว่าได้สัดส่วนกับหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในอันเป็นวิถีของอาเซียนหรือไม่

ข้อขัดข้องประการที่สาม: การตั้งข้อสงวน

เป็นปกติอยู่เองที่ระบบกฎหมายระหว่างประเทศยินยอมให้สามารถตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาได้ กระนั้น ก็มีใ้ว่าจะสามารถตั้งข้อสงวนได้ทุกเรื่อง สำหรับในบริบทของอาเซียน การกำหนดห้ามตั้งข้อสงวนในอนุสัญญานั้นจะเป็นการกระทำที่เกินเลยไปนัก และอาจส่งผลกระทบต่อความเต็มใจในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา อย่างไรก็ตาม การตั้งข้อสงวนในเรื่องที่ขัดต่อวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของอนุสัญญาย่อมทำไม่ได้เอง เมื่อพิจารณาถึง วัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของอนุสัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมายซึ่งต้องการให้ประเทศสมาชิกอาเซียนนำกฎหมายในการเลือกกฎหมายไปใช้เป็นภายในประเทศสมาชิก วัตถุประสงค์ดังกล่าวจึงย่อมแสดงนัยในตัวเองว่าประเทศสมาชิกไม่สามารถตั้งข้อสงวนในเรื่องใด ๆ ในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายในการเลือกกฎหมายได้ เช่น การตั้งข้อสงวนว่าจะไม่ใช้จุดเกาะเกี่ยวตามอนุสัญญา เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาเห็นว่าข้อห้ามของการตั้งข้อสงวนดังกล่าวไม่น่าจะรวมถึงการทำคำแถลงตีความ (interpretative declaration) ถึงความหมายของจุดเกาะเกี่ยวตามอนุสัญญา ทำให้ประเทศสมาชิกอาเซียนสามารถทำคำแถลงเพื่อชี้แจงความหมายของอนุสัญญาตามที่ประเทศสมาชิกเข้าใจได้ เช่น ความหมายของคำว่า “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) จึงเป็นหน้าที่ของการตีความจุดเกาะเกี่ยวตามกฎหมายเอกรูป ซึ่งจะได้ทำการวิเคราะห์ในลำดับถัดไป

3.3.2 ความเป็นไปได้ในการทำให้การตีความกฎหมายเอกรูปของอาเซียนเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

สำหรับการตีความกฎหมายเอกรูปให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ผู้ศึกษาเห็นสมควรทบทวนความเหมาะสมและประสิทธิภาพของกลไกการระงับข้อพิพาทตามที่มีอยู่ในพิธีสาร DSM เพื่อให้สามารถนำมาปรับใช้แก้วัตถุประสงค์ของกฎหมายเอกรูปในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายได้อย่างเหมาะสม

กลไกการขัดกันแห่งกฎหมายคือเครื่องมือของศาลภายในประเทศสมาชิก ดังนั้นผู้ที่มีหน้าที่ตีความกฎหมายการขัดกันแห่งกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายเอกรูปในลำดับแรกจึงเป็นศาลภายในของประเทศสมาชิกซึ่งพิจารณาคดีที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ จริงอยู่ หากอาเซียนเลือกใช้กฎหมายเอกรูปประเภทที่เป็นอนุสัญญาย่อมจะต้องมีการอนุวัติการ และกฎหมายซึ่งศาลจะหยิบยกขึ้นปรับแก้คดีโดยตรงย่อมเป็นกฎหมายอนุวัติการ ไม่ใช่อนุสัญญา กระนั้น การตีความจุดเกาะเกี่ยวก็ย่อมต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์และความมุ่งหมายของอนุสัญญาเป็นสำคัญ ซึ่งแม้ความแตกต่างระหว่างนิติวิธีในการตีความของ Civil Law และ Common Law จะมีอยู่มาก ศาลภายในของประเทศสมาชิกก็จำเป็นต้องยึดถือหลักการร่วมกันเพื่อใช้ในการตีความกฎหมายเอกรูปโดยเฉพาะ

อย่างยิ่ง การคำนึงถึงหลักสุจริต (*bona fides*) เพื่อไม่ให้เกิดความกฎหมายเอกรูปเกิดผลแปลกประหลาดและไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายในการทำให้กฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันเพื่อประโยชน์แก่การเคลื่อนย้ายเสรีในอาเซียน วิธีการที่เป็นไปได้อีกประการหนึ่งในการช่วยให้ศาลในระดับภายในประเทศยึดถือแนวทางร่วมกันในการตีความคือ การจัดทำแนวทางในการตีความ (*guidelines for interpretation*) โดยการศึกษาหารือกันระหว่างประเทศสมาชิกเพื่อวางกรอบแนวทางในการวินิจฉัยตีความ¹²⁵

สำหรับการตีความในระดับประชาคม การควบคุมการตีความกฎหมายเอกรูปให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันย่อมเป็นการบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายเอกรูป กระนั้น กลไกการระงับข้อพิพาทในเรื่องการตีความตามพิธีสาร DSM นั้นไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ดังกล่าวเท่าใดนัก เนื่องจาก พิธีสารดังกล่าวให้ความสำคัญกับการระงับข้อพิพาททางการเมืองและวิธีการระงับข้อพิพาทซึ่งไม่มีลักษณะทางตุลาการ อีกทั้งการตีความโดยช่องทางของอนุญาโตตุลาการจำต้องผ่านขั้นตอนของการปรึกษาหารือเสียก่อน อีกทั้งอนุญาโตตุลาการนั้นเกิดจากการแต่งตั้งระหว่างคู่พิพาททำให้มีลักษณะชั่วคราว (*ad hoc*) แม้การตีความของอนุญาโตตุลาการจะอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือ แต่องค์ภาวะที่ไม่มีลักษณะถาวรอาจทำให้หลักการและกฎเกณฑ์ในการตีความเรรวนและเป็นผลให้ขาดความเป็นเอกภาพได้ นอกจากนี้ยังไม่มีสิ่งใดรับประกันว่าประเทศคู่พิพาทจะยอมรับอำนาจในการตีความของอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น ผู้ศึกษาเห็นสมควรให้มีการจัดตั้งองค์กรผู้มีหน้าที่ตีความที่มีลักษณะทางตุลาการ (*justiciability*) และเป็นองค์กรถาวร (*permanent*) โดยในการนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าการจัดตั้งองค์กรผู้มีหน้าที่ตีความกฎหมายเอกรูปนั้นไม่จำเป็นต้องแก้ไขกฎบัตรอาเซียน แต่สามารถก่อตั้งขึ้นได้โดย 2 ช่องทาง กล่าวคือ

ช่องทางที่หนึ่ง: การก่อตั้งองค์กรผู้มีหน้าที่ตีความตามตราสารเฉพาะ

ข้อ 24 แห่งกฎบัตรอาเซียนให้อำนาจในการจัดตั้งกลไกการระงับข้อพิพาทตามตราสารเฉพาะได้ กล่าวคือ ตราสารฉบับหนึ่ง ๆ สามารถจัดตั้งกลไกการระงับข้อพิพาทเฉพาะตราสารของตนเองได้ วิธีการนี้สามารถนำมาปรับใช้กับการก่อตั้งองค์กรผู้มีหน้าที่ตีความกฎหมายเอกรูปในเรื่องการเลือกกฎหมายได้เช่นกัน โดยการกำหนดไว้ในกฎหมายเอกรูปว่าประเทศสมาชิกอาเซียนประสงค์จะจัดตั้งองค์กรผู้มีหน้าที่ตีความซึ่งประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญ (*expert*) ในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมาย ให้ทำหน้าที่ตีความความหมายของจุดเกาะเกี่ยวในกฎหมายเอกรูป เมื่อประเทศสมาชิก

¹²⁵ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, “บทบาทของศาลที่เปลี่ยนแปลงไปเมื่อเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน,” *วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ*, (2555), น. 65.

อาเซียนเกิดข้อสงสัยและไม่มั่นใจว่าสามารถตีความความหมายของถ้อยคำได้อย่างถูกต้อง ผู้ศึกษาเห็นว่าวิธีการนี้เป็นไปได้จริงในทางปฏิบัติ อีกทั้งหากอาเซียนเลือกใช้กฎหมายเอกรูปประเภทที่เป็นอนุสัญญา เมื่อประเทศสมาชิกแสดงออกถึงการยินยอมผูกพันตามอนุสัญญาย่อมถือเท่ากับว่าประเทศสมาชิกยอมรับอำนาจในการตีความขององค์กรดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องแก้ไขกฎบัตรอาเซียนเพื่อถ่ายโอนอำนาจอธิปไตยในทางตุลาการของตนเพื่อจัดตั้งองค์กรผู้มีหน้าที่ตีความซึ่งมีลักษณะเหนือรัฐดังเช่นศาลสหภาพยุโรป วิธีการนี้อาจดูเป็นการเปลี่ยนแปลงเนื่องจากหากมีกฎหมายเอกรูปฉบับใหม่ก็อาจต้องก่อตั้งองค์กรผู้มีความชำนาญกันใหม่ทุกครั้งไป แต่ในความเป็นจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่ เพราะกฎหมายเอกรูปฉบับใหม่สามารถกำหนดให้อยู่ภายใต้อำนาจขององค์กรผู้มีความชำนาญเดิมซึ่งมีอยู่แล้ว

วิธีการในลักษณะนี้ได้รับความนิยมอย่างมากในอนุสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ ซึ่งมักมีการจัดตั้ง “คณะกรรมการ” (Committee) เฉพาะอนุสัญญาขึ้น เช่น ข้อ 34 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ (2006 Convention on the Rights of Persons with Disabilities: CRPD) กำหนดให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการซึ่งประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนสิบสองท่าน เพื่อพิจารณารายงานการปฏิบัติตามพันธกรณี หรือ ในกรณีที่มีการจัดตั้ง “ศาลระหว่างประเทศ” (International Court) ขึ้นโดย ภาควิน 6 แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 (1982 United Nations Convention on the Law of the Sea: UNCLOS) ซึ่งมีการก่อตั้งศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศขึ้น

ช่องทางที่สอง: การจัดตั้งองค์กรผู้มีความชำนาญขึ้นใหม่

ข้อ 25 แห่งกฎบัตรอาเซียนนำเสนอช่องทางให้ประชาคมสามารถจัดตั้งกลไกการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมกับข้อพิพาทแต่ละประเภทได้ ข้อบทดังกล่าวสะท้อนให้เห็นวิสัยทัศน์ของอาเซียนซึ่งเล็งเห็นว่ากลไกการระงับข้อพิพาทซึ่งตนมีอยู่นี้มิได้เหมาะสมกับข้อพิพาททุกประเภท ในเรื่องการตีความกฎหมายเอกรูปก็เช่นเดียวกัน การจัดตั้งองค์กรผู้มีความชำนาญเอกรูปในลักษณะเช่นนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่าควรจัดตั้งในรูปแบบของ “ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมอาเซียน” (Court of Justice of ASEAN Community) ตามอย่างแม่แบบของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป วิธีการเช่นนี้ย่อมทำให้การตีความกฎหมายเอกรูปในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายของอาเซียนเป็นเอกภาพได้อย่างแท้จริง เนื่องจากมีศาลประชาคมทำหน้าที่ควบคุมการตีความกฎหมายในขั้นที่สุด กระนั้น รูปแบบของศาลสหภาพยุโรปนั้นได้รับอำนาจในการตีความมาจากโครงสร้างสหภาพยุโรปซึ่งเป็นองค์กรเหนือรัฐ หากอาเซียนประสงค์จะจัดตั้งศาลประชาคมในลักษณะดังกล่าวจึงอาจเป็นไปได้ยากอยู่บ้าง แม้การถ่ายโอนอำนาจอธิปไตยเพื่อให้ศาลประชาคมมีอำนาจตีความกฎหมายจะแตกต่างจากการระงับข้อ

พิพาททางการเมืองซึ่งเป็นเรื่องอ่อนไหวและกระทบต่อความรู้สึกของอาเซียน (ASEAN Way) ใน การนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่า ช่องทางที่เห็นไปได้ น่าจะเป็นการจัดตั้งศาลประชาคมผู้มีอำนาจตีความกฎหมาย เอกกรุป โดยกำหนดขอบอำนาจของศาลประชาคมเกิดจากการแสดงออกถึงการยินยอมถูกผูกพันตน โดยประเทศสมาชิกอาเซียนเป็นรายประเทศเอง ดังเช่นวิธีการของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice: ICJ)



บทที่ 4

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การขัดกันแห่งกฎหมายเป็นศาสตร์ที่สัมพันธ์กับความเจริญรุ่งเรืองของการค้าการพาณิชย์ระหว่างประเทศและมีพัฒนาการอย่างเป็นพลวัต ในระหว่างประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป กฎเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมายถูกทำให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เพื่อประโยชน์ต่อการจัดตั้งตลาดเดียวของสหภาพ (internal market) และรองรับการเคลื่อนย้ายเสรี (free movement) พัฒนาการดังกล่าวกลับไม่เกิดขึ้นในประเทศสมาชิกอาเซียน อันเป็นผลมาจากความเข้าใจว่าการไม่ใช้กฎหมายแพ่งของต่างประเทศจะสามารถสงวนอำนาจอธิปไตยของรัฐตนไว้ได้ กระนั้น สภาพการณ์ดังกล่าวคงจะต้องเปลี่ยนแปลงไปเพื่อให้สอดคล้องกับการมีผลเต็มรูปแบบของประชาคมอาเซียน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่องค์ประกอบต่างประเทศมิได้เกิดขึ้นภายใต้การแสดงเจตนาและความยินยอมถูกผูกพันตนของคู่สัญญา แต่เป็นผลมาจากนิติเหตุซึ่งไม่มีผู้ใดคาดคิดเช่นกฎหมายละเมิด ส่งผลให้ประเทศสมาชิกอาเซียนถูกกระตุ้นให้จำเป็นต้องพัฒนาการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดขึ้น ซึ่งผู้ศึกษาจะได้ทำการสรุปผลการศึกษาและให้ข้อเสนอแนะไว้ ดังต่อไปนี้

4.1 บทสรุป

4.1.1 บทสรุปเกี่ยวกับการเลือกกฎหมายในเรื่องละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียน

ผู้ศึกษาพบว่า การมีผลเต็มรูปแบบของประชาคมอาเซียนส่งผลกระทบต่อทางเลือกกฎหมายในคดีละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนแต่ละประเทศอย่างมีนัยสำคัญ กระนั้น นิติวิธีของประเทศสมาชิกอาเซียนยังคงแตกต่างกันออกไปตามแต่กฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ เอง เป็นผลให้เกิดปัญหาสำคัญ 4 ประการ ได้แก่

ประการแรก บ่อเกิดแห่งการเลือกกฎหมายในคดีละเมิด ผู้ศึกษาพบว่า การเลือกกฎหมายในประเทศสมาชิกอาเซียนมิได้ยึดโยงอยู่กับระบบกฎหมายเป็นสำคัญ ในระบบกฎหมาย Civil Law มีเพียงประเทศอินโดนีเซีย, เวียดนาม และไทย เท่านั้นที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดแห่งการเลือกกฎหมาย ส่วนในระบบ Common Law ก็มีสิงคโปร์เพียงประเทศเดียวเท่านั้นที่สามารถสร้างคำพิพากษาซึ่งวางเกณฑ์การเลือกกฎหมายภายใต้หลักผลผูกพันของคำพิพากษาศาลในคดีก่อน (doctrine of stare decisis) สำเร็จ ในอาเซียนจึงมีเพียง 4 ประเทศข้างต้นเท่านั้นที่การเลือกกฎหมายมีพื้นฐานมาจากกฎหมาย (rule-based) ขณะที่อีก 6 ประเทศยังไม่มี ความชัดเจนและแน่นอน ในระดับที่จะกล่าวได้

ว่าเป็นกฎเกณฑ์ วิธีการเลือกกฎหมายจึงอยู่ภายใต้บทบาทของศาลภายในประเทศ โดยมีประเทศฟิลิปปินส์ที่มี **case law** อยู่บ้าง ส่วนบรูไนดารุสซาลาม, เมียนมาร์ และมาเลเซีย แม้จะไม่มีหลักฐานการเลือกกฎหมาย แต่ก็ยังคงผูกพันตามกฎหมายอังกฤษ ขณะที่ลาวและกัมพูชา ไม่ปรากฏหลักฐานการเลือกกฎหมายแต่อย่างใด เป็นเหตุให้การเลือกกฎหมายขึ้นอยู่กับดุลพินิจและทัศนคติของศาลที่พิจารณาคดีเป็นสำคัญ

ประการที่สอง ความล้าสมัยของจุดเกาะเกี่ยว ในปัจจุบัน จุดเกาะเกี่ยวที่นานาประเทศหยิบยกมาใช้ในคดีละเมิดมีอยู่มากถึง 7 ประเภท แต่ละประเภทสามารถนำมาใช้เพื่อให้สามารถเลือกกฎหมายในแต่ละกรณีได้อย่างเหมาะสม อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษากลับพบว่า ประเทศสมาชิกอาเซียนปรากฏการใช้จุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดเพียง 4 ประเภทเท่านั้น

จุดเกาะเกี่ยวประเภทแรกคือ “กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการละเมิด” (*lex loci delicti commissi*) ซึ่งเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ได้รับความนิยมและได้รับความยอมรับมากที่สุด ในคดีละเมิด มีการใช้กันในประเทศอินโดนีเซีย, ฟิลิปปินส์ และเวียดนาม รวมทั้งประเทศที่ใช้จุดเกาะเกี่ยวตามหลัก **Double Actionability** กล่าวได้ว่ากฎหมายของสถานที่ที่เกิดการละเมิด (*lex loci delicti commissi*) นั้นเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในเรื่องละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียน อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาพบว่า ประเทศสมาชิกอาเซียนไม่มีนิติวิธีที่แน่นอนในการให้ความหมายของ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) นอกจากนี้ ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดบางประเภท หรือสถานการณ์ที่มีข้อเท็จจริงบางกรณี การใช้แต่เพียงสถานที่เกิดละเมิดเป็นจุดเกาะเกี่ยวยังอาจทำให้การเลือกกฎหมายเกิดความกระต้างจนไม่สามารถอำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณีได้อย่างเหมาะสม

จุดเกาะเกี่ยวประเภทที่สองคือ “**Double Actionability**” จุดเกาะเกี่ยวผสมซึ่งกำหนดให้ศาลต้องเลือกกฎหมายตามหลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการละเมิด (*lex loci delicti commissi*) และกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (*lex fori*) พร้อมกัน จึงประสบปัญหาอย่างมากในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะกรณีที่กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการละเมิดและกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีมาจากระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน จุดเกาะเกี่ยวประเภทนี้ใช้กันในประเทศสมาชิกอาเซียนที่ใช้ระบบกฎหมาย **Common Law** ทั้งหมด นอกจากนี้ ประเทศไทยยังได้รับอิทธิพลจากหลักการดังกล่าวและนำมาบัญญัติเป็นจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดใน มาตรา 15 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

จุดเกาะเกี่ยวประเภทสามคือ “**กฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด**” (*The Proper Law of Tort*) จุดเกาะเกี่ยวรองที่สร้างขึ้นเพื่อลดความกระต้างของจุดเกาะเกี่ยวสองประเภทแรก ทำให้ศาลจำเป็นต้องสร้างวิธีการเลือกกฎหมายโดยคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ในเป็นรายกรณีไป (*case-by-cases*) ศาล

มีอำนาจพิจารณาว่าในคดีดังกล่าวปรากฏองค์ประกอบต่างประเทศในเรื่องอื่น ๆ ที่เหมาะสมและใกล้ชิดกับการละเมิดหรือไม่เพียงใด กฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิดจึงแปรเปลี่ยนไปตามข้อเท็จจริงแต่ละกรณี ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษา ทำให้จุดเกาะเกี่ยวประเพณีนี้ไม่สามารถคุ้มครองความคาดหมาย (predictability) ของคู่กรณีได้ อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ของประเทศฟิลิปปินส์มีความแตกต่างอยู่บ้าง แม้จะใช้จุดเกาะเกี่ยวประเพณีเดียวกัน แต่ก็มีข้อกำหนดขอบเขตอย่างกว้างและประเพณีของจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดกับการละเมิดไว้ให้ศาลพิจารณาก่อนการเลือกกฎหมาย

จุดเกาะเกี่ยวประเพณีสุดท้ายคือ การใช้ “กฎหมายสัญชาติร่วมกันของคู่กรณี” (law of common nationality) ซึ่งใช้กันอยู่ในประเทศเวียดนามเท่านั้น จุดเกาะเกี่ยวประเพณีนี้เป็นจุดเกาะเกี่ยวรองที่นำมาใช้แทนกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการละเมิด (*lex loci delicti commissi*) เนื่องจากประเทศเวียดนามเห็นว่าในกรณีที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายมีสัญชาติเวียดนามทั้งสองฝ่าย การใช้กฎหมายละเมิดเวียดนามย่อมทำให้คู่กรณีได้ใช้กฎหมายที่ตนคุ้นเคยมากที่สุด

ประการที่สาม การเลือกกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับลักษณะของความรับผิดชอบเพื่อละเมิด ผู้ศึกษาพบว่า ประเทศสมาชิกอาเซียนนิยามกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดไว้เพียงเรื่องเดียว และนำจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวมาปรับใช้กับคดีละเมิดทุกกรณี กระนั้น เมื่อพิจารณาระบบกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียน กอปรกับพัฒนาการทางสังคมที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดรูปแบบใหม่ ๆ ที่มีความสลับซับซ้อนทางข้อเท็จจริงมากขึ้น ทำให้ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนมีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ และย่อมส่งผลกระทบต่อความเหมาะสมของจุดเกาะเกี่ยว

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law มีหลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดชอบเพื่อละเมิด (general principle of tortious liability) เป็นบทบัญญัติทั่วไป (*lex generalis*) ที่ครอบคลุมความเสียหายอันเป็นผลมาจากการกระทำที่จงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำให้ความรับผิดชอบตาม Civil Law มีขอบเขตที่กว้างขวางอย่างมาก กรณีดังกล่าวกลับไม่ปรากฏใน Common Law เนื่องจากมีพื้นฐานมาจากกฎหมายละเมิดของประเทศอังกฤษที่มีลักษณะเฉพาะเรื่อง (specific types of tortious liabilities) ขึ้นอยู่กับประเภทของการกระทำ (cause of action) และมีได้ยึดติดกับความผิด (fault) เสมอไป ทำให้เมื่อเกิดการทำความผิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายละเมิดของ Civil Law และ Common Law จุดเกาะเกี่ยวทั่วไปซึ่งแต่ละประเทศกำหนดไว้ย่อมไม่สามารถนำมาใช้เทียบเคียงกันได้โดยง่าย

สำหรับกรณีความรับผิดชอบของนายจ้างจากการทำความผิดของลูกจ้าง (employer's vicarious liability) เป็นปัญหาสำคัญซึ่งได้รับผลกระทบจากการเคลื่อนย้ายเสรี เนื่องจากความรับผิดชอบของนายจ้าง

มิได้เกิดจากการกระทำของตัวนายจ้างเอง แต่เกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างผู้ทำให้เกิดความเสียหาย โดยหลักแล้ว ความรับผิดชอบของนายจ้างจากการกระทำของลูกจ้างจึงเป็นความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด (strict liability) นอกจากนี้ กฎหมายละเมิดของลาวและเวียดนามยังกำหนดให้ความรับผิดชอบเช่นนี้ครอบคลุมไปถึงบุคคลผู้มีอำนาจบังคับบัญชาผู้อื่นด้วย ทำให้ความสำคัญของสัญญาจ้างแรงงานในกฎหมายละเมิดของลาวและเวียดนามลดความสำคัญลง อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาพบว่า กฎหมายละเมิดของกัมพูชาและฟิลิปปินส์กลับกำหนดให้ความรับผิดชอบของนายจ้างเป็นความรับผิดชอบที่อยู่บนพื้นฐานของข้อสันนิษฐานความผิด (legal presumption of fault) ทำให้นายจ้างมีโอกาสที่จะหลุดพ้นความรับผิดชอบตามกฎหมายของประเทศทั้งสอง

การเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้ายังส่งผลต่อความรับผิดชอบเพื่อความเสียหายต่อสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (product liability) อีกด้วย ผู้ศึกษาพบว่า พื้นฐานความรับผิดชอบของประเทศสมาชิกอาเซียนในกรณีนี้ค่อนข้างแตกต่างกันอย่างมาก มีเพียงประเทศกัมพูชา, ไทย, เวียดนาม และประเทศฟิลิปปินส์ในกรณีที่ความเสียหายเกิดจากสินค้าบางประเภทเท่านั้นที่กำหนดให้ใช้ความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด (strict liability) ขณะที่ประเทศที่เหลือกำหนดให้พิจารณาความรับผิดชอบบนพื้นฐานความผิด (liability based on fault)

สำหรับกรณีค่าเสียหายเพื่อละเมิด เป็นเหตุผลอีกประการหนึ่งที่ทำให้การเลือกกฎหมายในระหว่างประเทศอาเซียนจำเป็นต้องได้รับการพิจารณาเป็นพิเศษ เนื่องจากการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ (punitive damages) มีปริมาณค่าเสียหาย และข้อความคิดที่แตกต่างกันอย่างมากในระบบกฎหมาย Civil Law และ Common Law ผู้ศึกษาพบว่า โอกาสในการได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นจึงทำให้เกิด forum shopping ซึ่งไม่ใช่เรื่องที่ประชาคมอาเซียนพึงประสงค์ นอกจากนี้ การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษยังเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (public order) ของประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิ้นอีกด้วย

ประการสุดท้าย ปัญหา Forum Shopping การละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศย่อมหมายถึงการมีกฎหมายของประเทศมากกว่าหนึ่งประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องกับการละเมิดนั้น และย่อมเป็นธรรมดาอยู่เองที่กฎหมายละเมิดของแต่ละประเทศสมาชิกอาเซียนย่อมมีโอกาสที่จะบัญญัติไว้แตกต่างกัน ทำให้คู่กรณีเลือกที่จะเสนอคดีแก่ศาลที่ใช้กฎหมายเป็นประโยชน์แก่ตนที่สุด กฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายจึงสร้างขึ้นเพื่อให้ศาลสามารถใช้กฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องบังคับกับการทำละเมิดได้อย่างเหมาะสมที่สุด กระนั้น การเลือกกฎหมายที่ล้าสมัยและยึดติดอยู่กับระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศย่อมไม่สามารถแก้ไขปัญหา forum shopping ได้ ทั้งยังมีแต่จะส่งเสริมให้เกิดปัญหาดังกล่าวมากยิ่งขึ้น

เนื่องจากโอกาสที่จะเกิดองค์ประกอบต่างประเทศที่มากตามการเคลื่อนย้ายเสรีในอาเซียน ผู้ศึกษาพบว่า ไม่ว่ากฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายของ “แต่ละประเทศ” จะพัฒนาขึ้นมากเพียงใด หากไม่สามารถทำให้ กฎเกณฑ์ดังกล่าวของทั้งสิบประเทศเป็นไปในทิศทางเดียวกันก็ย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงปัญหา forum shopping ได้

4.1.2 บทสรุปในส่วนของการแก้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายด้วยกฎหมายเอกรูป

การมีผลเต็มรูปแบบของประชาคมอาเซียนส่งผลกระทบต่อประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิบ โดยทั่วกัน กระนั้น การเลือกกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนซึ่งยังคงยึดโยงอยู่กับระบบกฎหมาย ภายในมีแต่จะเป็นผลเสียต่อการรวมกลุ่มประชาคม ผู้ศึกษาพบว่า ปัญหาดังกล่าวข้างต้นสามารถแก้ไขได้ โดยอาศัยกลไกของประชาคมอาเซียนในการจัดทำกฎหมายเอกรูป (uniform law) เพื่อก่อตั้งกฎเกณฑ์ การเลือกกฎหมายในเรื่องละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิบให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ในปัจจุบัน กฎหมายเอกรูปมีอยู่ 3 ประเภท ได้แก่ กฎหมายแม่แบบ, อนุสัญญาระหว่างประเทศ และ Regulation ตามอย่างสหภาพยุโรป

ประเภทแรก กฎหมายแม่แบบ (Model Law) คือ ตราสารซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์ในการ เลือกกฎหมายไว้เป็นแบบอย่างให้แต่ละประเทศเลือกรับไปปฏิบัติตาม โดยสภาพแล้วจึงไม่มีสภาพบังคับ นานาประเทศสามารถรับกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายตามกฎหมายแม่แบบไปใช้โดยผ่านกระบวนการนิติ บัญญัติ หรือแม้แต่การปรับใช้ผ่านการพิจารณาตีของศาล ดังที่ประเทศฟิลิปปินส์นำ **Restatement (Second) of Conflict of Laws** ซึ่งเป็นกฎหมายแม่แบบของสหรัฐอเมริกาไปปรับใช้เพื่อเสริมการเลือก กฎหมายในคดี *Saudi Arabian Airlines v CA* ประเทศสมาชิกอาเซียนจึงน่าจะยอมรับกฎหมาย แม่แบบได้โดยง่าย อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาพบว่า ความที่ไม่มีสภาพบังคับทำให้ไม่สามารถรับประกันการปฏิบัติ ตามของประเทศสมาชิกอาเซียนได้ กฎหมายแม่แบบจึงน่าจะมีประโยชน์ในแง่การพัฒนาจุดเกาะเกี่ยวให้ ทันสมัยเท่านั้น แต่การจะสำเร็จวัตถุประสงค์ในการทำให้กฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายเป็นอันหนึ่งอัน เดียวกันอาจจำเป็นต้องใช้ระยะเวลาที่ยาวนาน และไม่สามารถรับประกันความสำเร็จได้

ประเภทที่สอง อนุสัญญาระหว่างประเทศ (International Convention) อนุสัญญาคือ บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่ก่อตั้งพันธกรณีระหว่างประเทศ อนุสัญญาระหว่างประเทศในเรื่อง การเลือกกฎหมายจึงสามารถทำให้กฎเกณฑ์ของประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิบซึ่งในปัจจุบันกระจัด กระจายและไม่มีพื้นฐานทางกฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันได้ นอกจากนี้ ผู้ศึกษาพบว่าการจัดทำ อนุสัญญากฎหมายได้โครงสร้างการดำเนินงานของประชาคมอาเซียนยังมีโอกาสเกิดขึ้นได้โดยง่ายกว่ากฎหมาย

เอกรูปแบบอื่น ๆ อีกด้วย อย่างไรก็ตาม ฐานของอนุสัญญาเกิดจากการที่ประเทศหนึ่ง ๆ แสดงออกถึงความยินยอมเพื่อที่จะผูกพันตนตามพันธกรณีของอนุสัญญา (consent to be bound) การที่ประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิบจะยอมรับพันธะดังกล่าวจึงอาจจำเป็นต้องใช้ระยะเวลาพอสมควร อีกทั้งจะต้องใช้เวลาอีกระยะหนึ่งเพื่อออกกฎหมายอนุวัติการ

ประเภทที่สาม Regulation ตามอย่างสหภาพยุโรป ผู้ศึกษาพบว่า Regulation เป็นกฎหมายเอกรูปที่มีประสิทธิภาพที่สุดในการทำให้กฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เนื่องจากกฎเกณฑ์ตาม Regulation จะเข้ามามีผลแทนที่กฎเกณฑ์ดั้งเดิมที่มีอยู่ในกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปทันที อย่างไรก็ตาม สาเหตุที่เป็นเช่นนี้มาจากโครงสร้างของสหภาพยุโรปที่มีสถานะเป็นองค์กรเหนือรัฐ (supra-national organization) ซึ่งแตกต่างจากโครงสร้างของประชาคมอาเซียนที่ยึดโยงอยู่กับกฎหมายระหว่างประเทศ และขัดแย้งต่อหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน (non-intervention) อย่างสิ้นเชิง

4.2 ข้อเสนอแนะ: กฎหมายเอกรูปในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดของประชาคมอาเซียน

จากการศึกษาและวิเคราะห์เนื้อหาในบทที่ 2 และ 3 ผู้ศึกษาพบว่า การเลือกกฎหมายในเรื่องละเมิดของแต่ละประเทศสมาชิกอาเซียนนั้นยังล้าสมัยและไม่เท่าทันปริมาณปัญหาอันจะเกิดจากรวมกลุ่มประชาคมอาเซียน แต่ปัญหาดังกล่าวสามารถแก้ไขได้ด้วยการจัดทำกฎหมายเอกรูป (uniform law) ของประชาคมอาเซียน เพื่อให้การเลือกกฎหมายในเรื่องละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิบนั้นเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (unification of choice of laws) โดยผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะในแต่ละประเด็นดังนี้

(1) ประเภทของกฎหมายเอกรูปในเรื่องการเลือกกฎหมาย จากกฎหมายเอกรูปทั้งสามประเภท ผู้ศึกษาขอเสนอให้ประชาคมอาเซียนจัดทำกฎหมายเอกรูปในเรื่องการเลือกกฎหมาย โดยอาศัยกฎหมายเอกรูปประเภท “อนุสัญญาระหว่างประเทศ” (International Convention) เพื่อยกระดับกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายไปพร้อมกันทั้งประชาคม

(2) ขอบเขตในแง่พื้นที่ เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาถึงการเลือกกฎหมายเฉพาะของประเทศสมาชิกอาเซียนสิบประเทศ ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงขอเสนอให้ใช้กฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายตามอนุสัญญานี้เฉพาะกับการทำละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศซึ่งเกิดขึ้นในระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนเท่านั้น

(3) ขอบเขตในแง่เนื้อหา ผู้ศึกษาขอเสนอให้จำกัดขอบเขตของเนื้อหาอยู่เพียงในส่วนของ กฎเกณฑ์การเลือกกฎหมาย (choice-of-law rules) และจำกัดเฉพาะกฎหมายที่จะใช้บังคับกับหนี้ที่เกิดจากการละเมิด (Torts/Delicts) เท่านั้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายละเมิดนั้นมิได้ถูกจำกัดอยู่แต่เพียงบริบทของการขัดกันแห่งกฎหมาย ยังมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาล (conflict of jurisdiction) และการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ (recognition and enforcement of foreign law) อีกด้วย

สำหรับกฎหมายที่จะใช้บังคับกับหนี้ที่เกิดจากละเมิด ผู้ศึกษาเห็นสมควรจำแนกข้อบทที่กำหนดให้ศาลเลือกกฎหมายแยกเป็นรายกรณี ดังนี้

1) ละเมิดกรณีทั่วไป การเลือกกฎหมายในคดีละเมิดจำเป็นต้องมีจุดเกาะเกี่ยวที่จะสามารถปรับใช้ในคดีละเมิดทั่ว ๆ ไปได้ ผู้ศึกษาขอเสนอให้บัญญัติจุดเกาะเกี่ยวประเภท “กฎหมายของสถานที่ที่เกิดละเมิด” (*lex loci delicti commissi*) เป็นจุดเกาะเกี่ยวหลัก ซึ่งมีโอกาสสำเร็จอย่างมาก เนื่องจากประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่ล้วนยอมรับจุดเกาะเกี่ยวประเภทนี้อยู่แล้ว แต่ควรจะมีการกำหนดขอบเขตของสถานที่เกิดละเมิด (*locus delicti*) เพื่อให้สอดคล้องกับความแตกต่างกันของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในระบบกฎหมาย Civil Law และ Common Law ผู้ศึกษาขอเสนอให้มีการกำหนดความหมายในบางกรณี เพื่อให้ศาลมีกรอบในการตีความความหมายของถ้อยคำดังกล่าว

นอกจากนี้ ผู้ศึกษาขอเสนอให้มีการใช้จุดเกาะเกี่ยวรอง 2 ประเภท คือ การใช้ “กฎหมายแห่งสัญชาติร่วมกันของคู่กรณี” (*lex patriae*) เพื่อให้ผู้เสียหายและผู้กระทำละเมิดได้มีโอกาสปรับใช้กฎหมายที่ตนคุ้นเคย

และเพื่อไม่ให้จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวมีลักษณะกระด้างจนเกินไป ผู้ศึกษาขอเสนอแนะให้มีการนำ “หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด” (The Proper Law of Tort) มาปรับใช้ แต่ควรจะมีการกำหนดกรอบอย่างกว้าง เพื่อไม่ให้ศาลใช้ดุลพินิจโดยปราศจากทิศทางที่เหมาะสม ผู้ศึกษาจึงเสนอแนะให้มีการร่างอนุสัญญาในเรื่องการเลือกกฎหมายว่าด้วยละเมิดของประเทศสมาชิกอาเซียน ดังนี้

“กฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบที่เกิดจากการละเมิด ให้ใช้กฎหมายของสถานที่ที่เกิดละเมิด

ในกรณีที่การกระทำละเมิดเกิดขึ้นในหลายประเทศ ให้ศาลกำหนดความหมายของสถานที่เกิดละเมิด โดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี ดังนี้

(1) ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นแก่ร่างกาย และชีวิต ให้ศาลพิจารณาถึงสถานที่ที่ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บ

(2) ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นแก่ทรัพย์สิน ให้ศาลพิจารณาถึง สถานที่ที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ ในขณะที่เกิดความเสียหาย

(3) ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นแก่สิทธิอื่น ๆ ให้ศาลพิจารณาถึงสถานที่ที่ใกล้ชิดกับเหตุละเมิดมากที่สุด

หากผู้เสียหาย และบุคคลซึ่งต้องรับผิดชอบมีสัญชาติร่วมกัน ให้ศาลใช้กฎหมายแห่งสัญชาติร่วมกันของคู่กรณี แทนการใช้กฎหมายของสถานที่ที่เกิดละเมิด

หากพฤติการณ์ทั้งหลายที่ปรากฏแก่คดีเป็นที่ชัดเจนแจ้งว่า การละเมิดนั้นมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่า ก็ให้ใช้กฎหมายของสถานที่นั้นบังคับแก่คดี

กฎหมายของสถานที่ที่การละเมิดนั้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่า อาจได้แก่

(1) กฎหมายของสถานที่ซึ่งผู้เสียหาย หรือผู้กระทำความละเมิดมีภูมิลำเนา, ถิ่นที่อยู่, สถานที่ประกอบกิจการ หรือสถานที่ประกอบธุรกิจของคู่กรณี หรือ

(2) กฎหมายของสถานที่ซึ่งเป็นมูลเหตุของความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี หรือ

(3) กฎหมายของสถานที่อื่นนอกจากสถานที่ข้างต้น ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงประกอบว่าการละเมิดสัมพันธ์กับสถานที่ดังกล่าวที่สุด”

2) ความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง จากการที่พื้นฐานความรับผิดของนายจ้างในประเทศสมาชิกอาเซียนไม่ได้แตกต่างกันมาก ผู้ศึกษาจึงเห็นการใช้จุดเกาะเกี่ยวเช่นเดียวกับคดีละเมิดทั่ว ๆ ไปจึงสมเหตุสมผลดีอยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะเพิ่มเติมให้ศาลคำนึงถึงข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี เพื่อให้การเลือกกฎหมายในกรณีนี้เกิดความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น โดยการกำหนดให้นำ “หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด” (The Proper Law of Tort) มาใช้ ดังนี้

“นอกเหนือจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดที่เกิดจากละเมิด ให้ใช้กฎหมายของสถานที่ที่ก่อตั้งความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง หรือกฎหมายของสถานที่ที่การละเมิดนั้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่า ในกรณีความรับผิดของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง”

3) กรณี ความรับผิดเพื่อความเสียหายต่อสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ผู้ศึกษาเห็นว่าลักษณะของการประกอบธุรกิจในระดับมหภาคนั้นเกี่ยวข้องกับประเทศหลายประเทศ ทำให้เป็นการยากที่จะพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวประเภทกฎหมายของสถานที่ที่เกิดละเมิด (*lex loci delicti commissi*) ผู้ศึกษาขอเสนอให้อาศัย “กฎหมายของสถานที่ผลิตสินค้า” (place of manufacture) เป็นจุดเกาะเกี่ยว

หลัก และใช้ “หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด” (The Proper Law of Tort) เป็นจุดเกาะเกี่ยวรอง โดยการกำหนดขอบเขตอย่างกว้างให้ศาลพิจารณา ดังนี้

“กฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบที่เกิดจากละเมิด ซึ่งความเสียหายเกิดขึ้นจากสินค้า ให้ใช้กฎหมายของสถานที่ที่ผลิตสินค้าบังคับแก่กรณี

หากพฤติการณ์ทั้งหลายที่ปรากฏแก่คดีเป็นที่ชัดเจนว่า การละเมิดนั้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่า ก็ให้ใช้กฎหมายของสถานที่นั้นบังคับแก่คดี

กฎหมายของสถานที่ที่การละเมิดนั้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่า อาจได้แก่

- (1) กฎหมายของสถานที่จำหน่ายสินค้า
- (2) กฎหมายของสถานที่ที่ผู้เสียหายมีถิ่นที่อยู่
- (3) กฎหมายของสถานที่เกิดความเสียหาย
- (4) กฎหมายของสถานที่อื่นนอกจากสถานที่ข้างต้น ในกรณีที่มีข้อเท็จจริง

ประกอบว่าการละเมิดสัมพันธ์กับสถานที่ดังกล่าวที่สุด”

4) ค่าเสียหายเชิงลงโทษ ประเด็นเรื่องค่าเสียหายเป็นสิ่งที่ละเอียดอ่อนอย่างมาก ทั้งในแง่วัตถุประสงค์ของกฎหมายละเมิด และมุมมองในเรื่อง forum shopping ซึ่งมีปัญหาค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นศูนย์กลาง ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงขอเสนอให้มีการนำ “กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี” (*lex fori*) มาใช้เพื่อควบคุมการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของแต่ละประเทศ

“ไม่ว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ที่เกิดจากละเมิดจะเป็นกฎหมายของสถานที่ใด การกำหนดค่าเสียหายให้เป็นไปตามกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีเสมอ”

อนุสัญญาเอกรูปข้างต้นย่อมส่งผลต่อประเทศสมาชิกอาเซียนให้ต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายในคดีละเมิดซึ่งมีอยู่แต่เดิมให้สอดคล้องกับพันธกรณี

สำหรับประเทศไทย จะต้องมีการแก้ไข มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

จุดเกาะเกี่ยวตามความใน มาตรา 15 วรรคแรก สอดคล้องกับกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายตามอนุสัญญาเอกรูปอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องมีการแก้ไขแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม จำเป็นต้องมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการตีความ “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) กล่าวคือ

“หนี้ซึ่งเกิดจากการละเมิด ให้บังคับตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เป็นการละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น

ในกรณีที่การกระทำละเมิดเกิดขึ้นในหลายประเทศ ให้ศาลกำหนดความหมายของสถานที่เกิดละเมิด โดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี ดังนี้

(1) ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นแก่ร่างกาย และชีวิต ให้ศาลพิจารณาถึง สถานที่ที่ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บ

(2) ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นแก่ทรัพย์สิน ให้ศาลพิจารณาถึง สถานที่ที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ในขณะที่เกิดความเสียหาย

(3) ในกรณีความเสียหายเกิดขึ้นแก่สิทธิอื่น ๆ ให้ศาลพิจารณาถึงสถานที่ที่ใกล้ชิดกับเหตุละเมิดมากที่สุด”

ขณะที่ บพัญญูนิติใน มาตรา 15 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ความในวรรคก่อนไม่ใช้แก่บรรดาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในต่างประเทศซึ่งไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมายสยาม” กำหนดให้ประเทศไทยใช้หลัก Double Actionability ซึ่งบพัญญูนิติดังขัดต่อพันธกรณีของอนุสัญญา จึงจำเป็นต้องมีการยกเลิก มาตรา 15 วรรคสอง โดยผู้ศึกษาเสนอให้เปลี่ยนแปลงเป็นการนำ “กฎหมายแห่งสัญชาติร่วมกันของคู่กรณี” (*lex patriae*) และ “หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด” (*The Proper Law of Tort*) มาใช้เป็นข้อยกเว้นการใช้จุดเกาะเกี่ยวหลักตาม มาตรา 15 วรรคแรก ดังนี้

“หากผู้เสียหาย และบุคคลซึ่งต้องรับผิดชอบมีสัญชาติร่วมกัน ให้ศาลใช้กฎหมายแห่งสัญชาติร่วมกันของคู่กรณี แทนการใช้กฎหมายของสถานที่ที่เกิดละเมิด

หากพฤติการณ์ทั้งหลายที่ปรากฏแก่คดีเป็นที่ชัดเจนว่า การละเมิดนั้นมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่า ก็ให้ใช้กฎหมายของสถานที่นั้นบังคับแก่คดี

กฎหมายของสถานที่ที่การละเมิดนั้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่า อาจได้แก่

(1) กฎหมายของสถานที่ซึ่งผู้เสียหาย หรือผู้กระทำละเมิดมีภูมิลำเนา, ถิ่นที่อยู่, สถานที่ประกอบกิจการ หรือสถานที่ประกอบธุรกิจของคู่กรณี หรือ

(2) กฎหมายของสถานที่ซึ่งเป็นมูลเหตุของความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี หรือ

(3) กฎหมายของสถานที่อื่นนอกจากสถานที่ข้างต้น ในกรณีที่ข้อเท็จจริงประกอบว่าการละเมิดสัมพันธ์กับสถานที่ดังกล่าวที่สุด”

กรณี บทบัญญัติใน มาตรา 15 วรรคสาม ผลของบทบัญญัตินี้ดังกล่าวสอดคล้องกับพันธกรณีของอนุสัญญาซึ่งผู้ศึกษาเสนอให้ยกเว้นด้วยวัตถุประสงค์ในการควบคุมค่าเสียหายเชิงลงโทษ (punitive damages) ให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกอาเซียนแต่ละประเทศเอง ดังนั้นจึงไม่มีความจำเป็นต้องแก้ไขแต่อย่างใด

นอกจากการแก้ไขบทบัญญัติใน มาตรา 15 ทั้งสามวรรคให้เป็นไปตามพันธกรณีของอนุสัญญาเอกรูป ยังจำเป็นต้องเพิ่มเติมบทบัญญัติในการเลือกกฎหมายในคดีความรับผิดชอบของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง (employer's vicarious liability) และในคดีความรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (product liability) ไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 โดยผู้ศึกษาขอเสนอให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติ มาตรา 15/1 และ มาตรา 15/2 ดังนี้

มาตรา 15/1 “นอกเหนือจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบที่เกิดจากละเมิด ตามมาตรา 15 ให้ใช้กฎหมายของสถานที่ที่ก่อตั้งความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง หรือกฎหมายของสถานที่ที่การละเมิดนั้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่า ในกรณีความรับผิดชอบของนายจ้างจากการทำละเมิดของลูกจ้าง”

มาตรา 15/2 “กฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบที่เกิดจากละเมิด ซึ่งความเสียหายเกิดขึ้นจากสินค้า ให้ใช้กฎหมายของสถานที่ที่ผลิตสินค้าบังคับแก่กรณี

หากพฤติการณ์ทั้งหลายที่ปรากฏแก่คดีเป็นที่ชัดเจนว่า การละเมิดนั้นมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่า ก็ให้ใช้กฎหมายของสถานที่นั้นบังคับแก่คดี

กฎหมายของสถานที่ที่การละเมิดนั้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่า อาจได้แก่

- (1) กฎหมายของสถานที่จำหน่ายสินค้า
- (2) กฎหมายของสถานที่ที่ผู้เสียหายมีถิ่นที่อยู่
- (3) กฎหมายของสถานที่เกิดความเสียหาย
- (4) กฎหมายของสถานที่อื่นนอกจากสถานที่ข้างต้น ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงประกอบว่าการละเมิดสัมพันธ์กับสถานที่ดังกล่าวที่สุด”

สำหรับการอนุวัติการตามพันธกรณีของอนุสัญญาเอกรูปโดยประเทศสมาชิกอาเซียนอื่น ๆ ก็ย่อมต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายในคดีละเมิดตามที่มีอยู่ในกฎหมายภายในของประเทศตน อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติตามพันธกรณีโดยการประกาศใช้กฎหมายอนุวัติการย่อมเป็นไปตามมตินโยบายของฝ่ายบริหารของแต่ละประเทศเอง ซึ่งประเทศสมาชิกอาเซียนแต่ละประเทศย่อมประสบ

ปัญหาทางด้านความพร้อมด้วยปัจจัยที่แตกต่างกัน เช่น ในเรื่องบ่อเกิดของการเลือกกฎหมาย (source of choice-of-law rules) นอกจากประเทศไทยแล้วมีเพียงประเทศอินโดนีเซียและเวียดนามเท่านั้นที่มีกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร ขณะที่ประเทศอื่น ๆ ที่เหลือยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายแต่อย่างใด หรือแม้แต่การที่ประเทศสมาชิกอาเซียนอาจตั้งข้อสงวน (reservation) เพื่อปฏิเสธการปฏิบัติตามพันธกรณีบางข้อ ด้วยเหตุผลข้างต้นจึงเป็นธรรมดาอยู่เองที่การอนุวัติการอนุสัญญาโดยประเทศสมาชิกอาเซียนอื่น ๆ ในทางปฏิบัติ¹ จะเป็นการหลีกเลี่ยงที่ผู้ศึกษาจะคาดเดาได้ กระนั้น เพื่อไม่ให้ประเทศสมาชิกอาเซียนใช้ระยะเวลาในการดำเนินงานอนุวัติการอนุวัติการยาวนานเกินสมควร (unreasonable prolonged) ผู้ศึกษาจึงเสนอให้อนุสัญญาจำต้องกำหนดกรอบเวลาในการดำเนินการ โดยผู้ศึกษาเห็นว่า ระยะเวลา 5 ปี นับแต่อนุสัญญามีผลใช้บังคับ (entry into force) นั้นเหมาะสมที่จะนำมาใช้เป็นกรอบเวลา เพื่อให้สอดคล้องกับการเคลื่อนย้ายเสรี (free movement) ซึ่งเริ่มนับตั้งแต่มิผลเต็มรูปแบบของประชาคมอาเซียน

(4) องค์การผู้มีอำนาจตีความกฎหมายเอกรูปในระดับประชาคมอาเซียน เพื่อหลีกเลี่ยงเอกลักษณ์ทางนิติวิธีของระบบกฎหมายภายในอันจะทำให้ตีความกฎหมายเอกรูปต่างกัน ผู้ศึกษาเห็นว่า การตีความกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายตามอนุสัญญาข้างต้นให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่ง และขอเสนอให้มีการจัดตั้งองค์กรผู้มีอำนาจตีความกฎหมายเอกรูป โดยจัดตั้งขึ้นในลักษณะ องค์กรผู้มีอำนาจตีความเฉพาะตราสารฉบับนี้ เท่านั้น แต่จะต้องเป็นองค์กรที่เกิดจากการรวบรวมผู้เชี่ยวชาญ (expert) ในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิ้นไว้ เพื่อมิให้กลไกทางการเมืองแทรกแซงกระบวนการตีความกฎหมาย

ท้ายที่สุดนี้ ผู้ศึกษาหวังว่าบทเรียนที่ได้จากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นเครื่องมือที่สนับสนุนหนทางแก้ปัญหการขัดกันแห่งกฎหมายในระดับประชาคมอาเซียน และหวังเป็นอย่างยิ่งว่า ข้อค้นพบของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกระตุ้นความสนใจของนักนิติศาสตร์ที่มีต่อกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และความสำคัญของการรวมกลุ่มประชาคมในระดับภูมิภาค เพื่อที่ว่าวันหนึ่ง ประชาคมอาเซียนจะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ร่วมกันโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานทางกฎหมายได้ ดังคำกล่าวที่ว่า “ที่ใดมีสังคม ที่นั่นย่อมมีกฎหมาย” (*ubi societas ibi jus*)

¹ ประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิบยึดถือทางปฏิบัติของทฤษฎีทวินิยม (Dualism) ในการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญา จึงจำเป็นต้องมีการประกาศใช้กฎหมายอนุวัติการ และแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณี โปรดดู บทที่ 3 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หน้า 164-165

บรรณานุกรม

หนังสือ

กิตติศักดิ์ ปรกติ. ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบชีวิลลอว์และคอมมอนลอว์. พิมพ์ครั้งที่

4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.

กมล สนธิเกษตริน. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: นิติ
บรรณการ, 2539.

คณิง ภาไชย. คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน,
2558.

ชาติชาย เชษฐสุมน. ประชาคมอาเซียน (ASEAN Community): ผลกระทบต่อกฎหมายไทย. พิมพ์
ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2557.

จิตติ ดิงศภัทัย. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วย จัดการงานนอกสั่ง
ลามิควรได้ ละเมิด. กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทัย คณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติ.
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540.

จตุรนต์ ธีระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559.

นพนิธิ สุริยะ. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559.

ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. กิตติศักดิ์ ปรกติ แก้ไขเพิ่มเติม. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร:
โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

ประชุม โฉมฉาย. กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น: จารีตโรมันและแอ่งโกลแซกซอน. พิมพ์
ครั้งที่ 4 กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. การใช้กฎหมายต่างประเทศโดยกลไกของกฎหมายขัดกัน: งานวิจัย
วิชาการ. กรุงเทพมหานคร : ภาควิชากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

_____. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

ประสิทธิ์ เอกบุตร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551.

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคนำ: แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2544.

ไพจิตร บุญญพันธุ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด: พร้อมด้วยภาคผนวกตารางความรับผิดต่าง ๆ ค่าสินไหมทดแทนและนิรโทษกรรมพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และหลักกฎหมายลักษณะละเมิด ข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย พร้อมด้วยภาคผนวก. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2557.

_____. คำสอนชั้นปริญญาโท: กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ ภาค 1 ความทั่วไป และ ภาค 2 ลักษณะละเมิด. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546.

ภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์. บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2557.

ภาสกร ชุนهوري. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2520.

ภัทรศักดิ์ วรรณแสง. หลักกฎหมายละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555., สายหยุด แสงอุทัย. การขัดกันแห่งกฎหมาย หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา. พระนคร: ม.ป.ท., ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์.

เสนีย์ ปราโมช. กฎหมายอังกฤษว่าด้วยสัญญาและละเมิด. พระนคร: โรงพิมพ์สุวรรณศรี, 2479.

ศันันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558.

ศักดิ์ดา ธนิตกุล. คำอธิบายและคำพิพากษาเปรียบเทียบ กฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.

ราชบัณฑิตยสถาน. ศัพทานุกรณศาสตร์ อังกฤษ-ไทย ไทย-อังกฤษ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สหมิตรพรินติ้ง, 2557.

ร. แลงการ์ด. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

ลาวัญญ์ ฌันตศิลป์กุล. อาเซียนกับความสัมพันธ์ทางกฎหมายในกลุ่มประเทศสมาชิก และ ความสัมพันธ์ภายนอกอาเซียน. นนทบุรี : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช, 2539.

หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย และสัญชาติ. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2513.

อักษรพร จุฬารัตน. การใช้และการตีความกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร: บริษัทพิพิธการพิมพ์ จำกัด, 2553.

อรุณ ภาณุพงศ์. สนธิสัญญา. คำบรรยายลักษณะวิชาสนธิสัญญา ปริญญาโททางการทูตคณะรัฐศาสตร์ . กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2506.

บทความ

กรศุทธิ์ ขอฟ่วงกลาง. “ระบบกฎหมายผสม.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 36. ฉบับที่ 3. (กันยายน 2550): 568-589.

จำปี โสทธิพันธ์. “กฎหมายเปรียบเทียบ: พื้นฐานความคิด.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 4. ปีที่ 25. (ธันวาคม 2540): 664-683.

ฉันทิพย์ โสทธิพันธ์. “Corpus iuris และการพัฒนาของวิชานิติศาสตร์ในยุโรป.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 4. ปีที่ 21. (ธันวาคม 2534): 537-548.

ชุมพร ปัจจุสานนท์. “กฎหมายพึงบังคับใช้ทันที, หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย: ผลกระทบต่ออนุสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 4. ปีที่ 16. (ธันวาคม 2531) : 20-41.

_____. “หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมายและพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย.” ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช. หน่วยที่ 13. หน้า 1-59. พิมพ์ครั้งที่ 5. นนทบุรี : โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2551.

นพนิตี สุริยะะ. “กฎหมายระหว่างประเทศสัมพันธ์กับกฎหมายไทยได้อย่างไร?” ใน หนังสือกฎหมายเพื่ออาจารย์บูชา แต่ อาจารย์นพนิตี สุริยะะ เนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ 65 ปี พ.ศ. 2554. ขาดิชาย เซษฐสมน บรรณาธิการ. หน้า 51-58. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา. 2555.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับวิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล.” ใน รวมบทความในโอกาสครบรอบ 72 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์. สมยศ เชื้อไทย บรรณาธิการ. จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2542.

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. “การจัดการขัดกันแห่งกฎหมาย.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 16. (กันยายน 2529) : 182-203.

_____. “อำนาจอธิปไตยของรัฐและนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 4. ปีที่ 23. (ธันวาคม 2536) : 732-758.

พิเชษฐ เมลลันนท์. พรเพชร วิชิตชลชัย และคณะ. “ระบบกฎหมายของประเทศอาเซียน.” ใน เอกสารการสอนชุดวิชา ระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน่วยที่ 9. พิมพ์ครั้งที่ 2 นนทบุรี : โรงพิมพ์ชวนพิมพ์. 2544.

เพลินตา ตันรังสรรค์. “สรุปการสัมมนาทางวิชาการเรื่อง กลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียนและกฎหมายสำหรับการเสนอเรื่องการไม่ปฏิบัติตามให้ที่ประชุมสุดยอดอาเซียนตัดสินใจ.” จุลนิติ. (มีนาคม-เมษายน 2555). น. 87-96.

ภัทรศักดิ์ วรรณแสง. “ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 4. ปีที่ 14. (ธันวาคม. 2527) : 78-91.

_____. “บทบาทของศาลที่เปลี่ยนแปลงไปเมื่อเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน.” วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ. (2555) : 58-70.

_____. “เรื่องที่ศาลรู้เอง (Judicial Notice).” วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ. ปีที่ 7. (2547) : 477-487.

มุรินทร์ พงศปาน. “การรับกฎหมายต่างประเทศ.” ใน 60 ปี ดาราพร. สุตา วิศรุตพิชญ์ บรรณาธิการ. จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. น.185-210. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555.

วีกิจ เจริญสุข. “ปัญหาการวินิจฉัยคดีที่มีประเด็นในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Laws) ในคดีความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากสินค้าไม่ปลอดภัย (Product Liability) และข้อเสนอแนะในการใช้และการตีความมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481.” อุลพาน. ปีที่ 62. เล่ม 3. (กันยายน-ธันวาคม. 2558). น. 80-99.

วิทิต มั่นตาภรณ์. “ความสัมพันธ์ทางด้านกฎหมายของประเทศอาเซียน.” ดุษฎี. ฉบับที่ 2. ปีที่ 32. (มีนาคม 2528) : 7-47.

_____. “ความสัมพันธ์ทางด้านกฎหมายของประเทศอาเซียน (2).” ดุษฎี. ฉบับที่ 3. ปีที่ 32. (พฤษภาคม 2528) : 18-62.

รัชนิกร ลาภวนิชชา. “หลักการตีความกฎหมาย.” ใน 60ปี ดาราพร. สุตา วิสฤตพิชญ์ บรรณาธิการ. จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 211-237. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา. 2555.

_____. “การตีความกฎหมายสหภาพยุโรป.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 4. ปีที่ 41. (ธันวาคม 2555) : 788-814.

_____. “กฎหมายพึงบังคับใช้ทันที.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 44. (กันยายน 2558) : 588-604.

_____. “ประชาคมอาเซียนจำเป็นต้องมีองค์กรกระชับข้อพิพาทที่เป็นองค์กรตุลาการหรือไม่.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 44. (กันยายน 2558) : 588-604.

สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์. “หลักเกณฑ์ว่าด้วยหัวหน้าครอบครัว (*pater familias*) ตามหลักกฎหมายโรมัน.” ใน ครอบครัว งานบริหาร อาจารย์ไพโรจน์. สุรศักดิ์ มณีศรี บรรณาธิการ. จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 22-29. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา. 2553

ศิริชัย มงคลเกียรติศรี. “กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในยุโรปและสหราชอาณาจักรเหนือคดีหมิ่นประมาท: เขตอำนาจศาล.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 2. ปีที่ 38. (มิถุนายน 2552) : 263-290.

_____. “กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในยุโรปและสหราชอาณาจักรเหนือคดีหมิ่นประมาท: กฎหมายขัดกัน.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 29. (กันยายน 2552) : 623-648.

อนันต์ จันทโรภากร. “โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด.” ใน รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์. สมยศ เชื้อไทย บรรณาธิการ. จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 95-108. กรุงเทพมหานคร : พี.เค. พรินติ้งเฮาส์. 2531.

อัศววัฒน์ เลาวัญศิริ. “ความเป็นไปได้ในการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในบริบทของอาเซียน.” วารสารกระบวนการยุติธรรม. เล่มที่ 4. ปีที่ 2. (ตุลาคม – ธันวาคม 2552) : 103-110.

_____. “ลักษณะเฉพาะของระบบกฎหมายอาเซียน.” วารสารกฎหมาย. ฉบับที่ 2. ปีที่ 32. (กันยายน 2557) : 41-59.

อรุณ ภาณุพงศ์. “การตีความสนธิสัญญา.” ใน รวมบทความวิชาการในครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์. (มูลนิธินิติศาสตร์: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2534)

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต

ฉายลักษณ์ ฝิ่งคะเปาระ. “กฎหมายที่ใช้บังคับกับละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542.

ณัฐนิ สติตานุชิต. “ความรับผิดของนายจ้างในการทำละเมิดของลูกจ้าง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

ทองศรี อัจจุรณ. “การแก้ไขสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับประเทศมหาอำนาจในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2506.

บุญสวาท บุปผา. “สนธิสัญญาตามกฎหมายภายในของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2547

ปริญญาวัน ชมเสวก. “ค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2550.

ภัทรศักดิ์ วรรณแสง. “ความรับผิดในความเสียหายซึ่งเกิดจากยานพาหนะอันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกล.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2529.

ภิญญดา ไรนิเกอร์. “การพัฒนาระบบระงับข้อพิพาทในอาเซียน : บทเรียนจากระบบระงับข้อพิพาทในภูมิภาคอื่นๆ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2551.

ลาวัณย์ เขมะพันธุ์มนัส. “นิธินฐานะและปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาและการปฏิบัติตามสนธิสัญญาของอาเซียน.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528.

อานนท์ ศรีบุญโรจน์. “การรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในกลุ่มประเทศอาเซียน.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต

ชนงศักดิ์ วิเศษรจนา. “ความรับผิดชอบเพื่อการกระทำละเมิดของผู้อื่น: ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และกฎหมายเปรียบเทียบ.” วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

Books

- Bartin, E.A. Principles de Droit International Privé Selon la loi et la Jurisprudence Francaises. Paris: Editions Domat-Montchrestien, 1932.
- Bermann, G.A.. et al. Cases and Materials on European Union Law. 2nd ed. United States of America : West Publishing Co.. 2002.
- Boele-Woelki, K. Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws. Recuil des Cours. Tome 340 .Leiden : Nijhoff. 2010.
- Bogdan, M. Private International Law as Component of the Law of the Forum: General Courses of Private International Law. Recuil des Cours. Tome 348 .Leiden : Nijhoff. 2011.
- Briggs, A. Private International Law in Myanmar. Oxford : Faculty of Law University of Oxford. 2014.
- _____. The Conflict of Laws. 3rd ed. Oxford : Oxford University Press. 2013.
- _____. The Principle of Comity in Private International Law. Recuil des Cours. Tome 354 .Leiden : Nijhoff. 2012.
- Brown, I. Conflict of Laws Textbook. 2nd ed. London : Old Bailey Press Ltd. 2001.
- Cavers, D. F. Contemporary Conflict Laws In American Perspective. Recuil des Cours. Tome 131 .Leiden : Nijhoff. 1970.
- Craig, P. and de Búrca, G. EU Law Text. Cases and Materials. 3rd ed. New York: Oxford University Press Inc.. 2003
- David, R. and Brierley, J.E.C. Major Legal Systems in the World Today. 3rd ed. London: Stevens&Sons. 1985.
- De Nova, R. Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws. Recuil des Cours. Tome 118 .Leiden : Nijhoff. 1966.

- Dickinson, A. The Rome II Regulation: The New Applicable to Non-contractual Obligations. 2ed. New York : Oxford University Press Inc.. 2008.
- _____. The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-contractual Obligations Updating Supplement. New York : Oxford University Press Inc.. 2010.
- Edgardo Lardizábal Paras. Philippine Conflict of Laws. 6th ed. Manila, Rex Book Store: 1984.
- Ehernzweig, A.A. A Treatise on the Conflict of Laws. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 1962.
- Garner, B. A. and Black, H. C. Black Law's Dictionary. 10th ed. St. Paul, MN.: Thomson Reuters. 2014.
- Gary Chan Kok Yew. The Law of Torts in Singapore. Singapore: Academy Publishing. 2011.
- Gary Chan Kok Yew and Jack Tsen-Ta Lee. The Legal System of Singapore: Institutions, Principles and Practices. Singapore : LexisNexis. 2015.
- Gotanda, J.Y. Damages in Private International Law. Recuil des Cours. Tome 326 .Leiden : Nijhoff. 2007.
- Harpwood, V. Modern Tort Law. 7th ed. Oxon: Cavendish Publishing Limited. 2009.
- Hay, P. Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law: Reflections on Current European and United States Conflicts Law. Recuil des Cours. Tome 226. Leiden : Nijhoff. 1991.
- Heiderhoff, B. and Zmij, G. (eds). Tort Law in Poland, Germany and Europe. Munich: European Publishers GmbH. 2009
- Heuston, R.F.V. and Buckley, R.A. Salmond and Heuston on the Law of Torts. 21st ed. London: Sweet&Maxwell Ltd., 1996.
- Jones, L. ASEAN, Sovereignty and Intervention in Southeast Asia. United Kingdom : Palgrave MacMillan, 2012.
- Kaczorowska, A. Public International Law. 4th ed., London: Routledge, 2010.
- Kahn-Freund, O. General Problems of Private International Law. 2nd ed. Netherland: Sijthoff&Noordhoff. 1980.

- _____. Delictual Liability and The Conflict Of Laws. Recuil des Cours. Tome 124
.Leiden: Nijhoff, 1970.
- LaFave, W.R. Criminal Law. 4th ed. St. Paul, Minn.: Thomson/West. 2003.
- Lauterpacht, H. The Function of Law in the International Community. Hamden. Conn.,
Archon Books. 1966
- Lipstein, K. Principle of the Conflict of Law, Nationals and International. The
Hague: Martinus Nijhoff Pub.. 1981.
- Merrills, J.G. International Dispute Settlement. 5th ed. Cambridge: Cambridge Univer-
sity Press, 2011.
- Meurkens, L. and Nordin, E. (eds.). The Power of Punitive Damages: Is Europe Missing
Out?, (Cambridge: Intersentia, 2012.
- Morse, C.G.J. Torts in Private International Law. Amsterdam: North-Holland Pub. Co..
1978.
- North, P.M. Reform, But Not Revolution: General Course of Private International Law.
Recuil des Cours. Tome 220. Leiden: Nijhoff, 1990.
- North, P.M. and Fawcett. J. J. Cheshire and North's Private International Law. 13th
ed. New York : Oxford University Press Inc.. 2004.
- Orgus, A.I. The Law of Damages. London: Butterworths., 1973.
- Pryles. M. C. Tort And Related Obligations In Private International Law. Recuil des
Cours. Tome 227. Leiden: Nijhoff, 1991.
- Rabel, E. The Conflict of Laws: A Comparative Study. Vol. 2 Foreign Corporations:
Torts: Contracts in General. Ann Arbor: University of Michigan School,
1947
- Sangco. J.C.S. Philippine Law on Torts and Damages. Quezon City: JMC Press. Inc.,
1976.
- Scoles, E.F., Hay, P., Borchers, P.J. and Symeonides, S.C. Conflict of Laws, 3rd ed. St.
Paul, Minn.: West Group, 2000
- Spier. J. (eds.). Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others. Princi-
ples of European Tort Law: Vol. 7. Hague: Kluwer Law International.
2003.

- Stefania, B. Cases and Materials on EU Private International Law. Oxford: Hart Pub., 2011.
- Stone, P. EU Private International Law. 3rd ed. Cheltenham: Edward Elgar. 2014.
- van Calster. G. European Private International Law. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing. 2013.
- van Dam. C. European Tort Law. New York : Oxford University Press Inc.. 2006.
- von Glahn. G. Law among nations: An Introduction to Public International Law. 8th ed.. (New York: Pearson/Longman. 2007)
- Williams. G. and Hepple. B.A. The Foundations of the Law of Tort. 2nd ed. London: Butterworth, 1984.
- Wolff. M. Private International Law. 2nd ed. Oxford: The Clarendon Press, 1950.
- Woon, W. The ASEAN Charter: A Commentary. Singapore: NUS Press, 2016.
- Young. R. English, French & German Comparative Law. 3rd ed. New York: Routledge, 2014.
- Zweigert. K. and Kötz. H. Introduction to Comparative Law. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press. 1992.

Articles

- Ahmad Basuni Haj Abbas and DY Hasnah Hassan. "The Legal System of Brunei Daruussalam." in ASEAN Legal System. ASEAN Law Association. Singapore: Butterworths Asia. 1995. pp. 3-14.
- Andrew Phang Boon Leong. "Reception of English Law in Singapore: Problems and Proposed Solutions." Singapore Academy of Law Journal. Vol.2. (1990): pp. 20-40.
- Blom, J. "Public Policy in Private International Law and Its Evolution in Time." Netherlands International Law Review. (2003), pp. 373-399.
- Boele-Woelki, K. "Unification and Harmonization of Private International Law in Europe." in Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr. J. Basedow et al. (eds.), pp. 62-77. The Hague: T.M.C. Asser Press. 2000.

- Boggiano, A. "The Law of the Relations Between Legal System: A Methodology Analysis." in Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr. J. Basedow et al., eds. p. 80-93. The Hague: T.M.C. Asser Press. 2000.
- Borchers, P.J. "Punitive Damages, Forum Shopping and the Conflict of Laws." Louisiana Law Review. Vol. 70. (2010): 529-555.
- Butt, S. "The Position of International Law within the Indonesian Legal System." Evry International Law Review. Vol. 28. (2014). pp. 1-28.
- Caver, D. F. "The Proper Law of Producer's Liability." International and Comparative Law Quarterly. Vol. 26. No. 4. (Oct., 1977): pp. 703-733.
- Cheatham, E. E. "Sources of Rules for Conflict of Laws." University of Pennsylvania Law Review. (Feb., 1941): pp. 430-452.
- Collins, L. "Vicarious Liability and the Conflict of Laws." International and Comparative Law Quarterly. Vol. 26. (Apr., 1977) : p. 480-484.
- David, R. "The Methods of Unification." The American Journal of Comparative Law. Vol. 16. No. 1/2. (Winter - Spring. 1968). pp. 13-27.
- Davidson, P.J. "The ASEAN Way and the Role of Law in ASEAN Economic Co-operation." Singapore Year Book of International Law. Vol. 8. (2004). p. 167.
- Dutson, S. "Product Liability and Private International Law: Choice of Law in Tort in England." The American Journal os Comparative Law. Vol. 47. (1999): pp. 129-146.
- _____. "Product Liability and Private International Law: Jurisdiction in International Product Liability Litigation." Bond Law Review. Vol. 9. Issue 1. (1997): pp. 1-23.
- Ehernzweig, A.A. "The Place of Acting in Intentional Torts." Minesota Law Review. Vol. 36. No. 1. (Dec., 1951) : p.1-49.
- _____. "The Lex Fori Basic Rule in the Conflict of Laws." Michican Law Review. Vol. 58. No. 5. (Mar., 1960) : p. 637-688.
- _____. "The Lex Fori in the Conflict of Laws – Exception or Rule?" Rocky Moutain Law Review. Vol. 32. (1959-1960) : p. 13-19.

- _____. "Vicarious Liability in the Conflict of Laws." Yale Law Review. Vol. 69. No. 6. (May.. 1960) : p. 978-991.
- Faria, J. A. E. "Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform: Stormy Seas or Prosperous Voyage?" Uniform Law Review. (2009): pp. 5-34.
- Fawcett, J.J. "Forum Shopping: Some Question Answered." Northern Ireland Legal Quarterly. Vol. 35. No. 2. Summer, 1984: pp. 144-156.
- Fitzmaurice, G.G. "Reservations to Multilateral Conventions." International Law Quarterly. Vol. 2. No. 1. (January. 1953): pp. 1-26.
- Graveson, R. "The Inequality of the Applicable Law." British Year Book of International Law, (Oxford: The Clarendon Press, 1980), pp. 231-267.
- Gautama, S. "Some Aspects of Indonesian Private International Law." Malaya Law Review. Vol. 32. (1990): pp. 417-432.
- Hancock, M. "Policy Controlled State Interest Analysis in Choice of Law. Measure of Damages, Torts Cases." in Contemporary Problems in the Conflict of Laws. pp. 99-124. Leyden/Boston: A.W. Sijthoff. 1978.
- Handford, P. "Edward John Eyre and the Conflict of Laws." Melbourne University Law Review. Vol. 32. (2008) : pp. 822-860.
- He Qisheng. "Recent Developments with regard to Choice of Law in Tort in China." Yearbook of Private International Law. Vol. 11. (2009): pp. 229-232.
- Helena Chan. "The Legal System of Singapore." in ASEAN Legal System. ASEAN Law Association. Singapore: Butterworths Asia. 1995. pp. 211-379.
- Hendronoto Soeabdo, Reno Hirdarisvita and Ferry Artionang. "Indonesia," Asian Conflict of Laws: East and South East Asia. Alejandro Carballo Leyda ed., Netherland: Kluwer Law International BV, 2015: p. 53.
- Hohloch, G. "Place of Injury, Habitual Residence, Closer Connection and Substantive Scope – the Basic Principle." Yearbook of Private International Law. Vol. IX – 2007. Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2007, pp. 1-18.
- Hook, M. "The Concept of Modal Choice of Law Rules." Journal of Private International Law. Vol. 11. No.2. (2015) : p. 185-211.

- Huber, P. and Illmer, M. "International Product Liability: A Commentary on Article 5 of the Rome II Regulation." Yearbook of Private International Law. Vol. IX – 2007. Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2007, pp. 31-48.
- Hussey, A. "Regional Development and Cooperation Through ASEAN." Geographical Review. Vol. 81. No. 1. (Jan., 1991): pp. 87-98.
- Juenger, F.K. "Choice of Laws in Interstate Torts." University of Pennsylvania Law Review. Vol. 118. (1969-1970) : p. 202-235.
- _____. "The Problem with Private International Law." in Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr. J. Basedow et al., eds. p. 290-308. The Hague : T.M.C. Asser Press. 2000.
- Khin Mar Yee. "Myanmar." in ASEAN Product Liability and Consumer Product Safety Law. L. Nottage and S. Thanitcul (eds.). (Bangkok: Winyuchon. 2016). p.
- Kühne, G. "Choice of Law in Products Liability." California Law Review. Vol. 60. Issue 1. (Jan. 1972). pp. 1-37.
- Kuratowski, R.K.. "Torts in Private International Law." International Law Quarterly. Vol. 1. No. 2. (Summer. 1947): p. 172-191.
- Leviter, L. "The ASEAN Charter: ASEAN Failure or Member Failure?." New York University Journal of International Law & Politics. Vol. 43. Issue 1. (Fall. 2010): pp. 159-210.
- Linn Chun Hung. "ASEAN Charter: Deeper Regional Integration under International Law?" Chinese Journal of International Law. Vol. 9. Issue 4. (Dec.. 2010) : p. 821.
- Lorenzen, E.G. "French Rules of Conflict of Laws (Part 3)." Yale Law Journal. Vol. 38. No. 166, (1928-1929): p. 170.
- Mann, F.A. "The Proper Law in the Conflict of Laws," International and Comparative Law Quarterly, Vol. 36, No. 3 (Jul., 1987), pp.437-453.
- Menzel, J. "Cambodian Law: Some Comparative and International Perspectives." in Introduction to Cambodia Law. Pong, H., Kong, P. and Menzel, J. (eds). Phnom Penh: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2012, pp. 490-491.

- Morse, C.G.J. "Torts in Private International Law: A New Statutory Framework." International and Comparative Law Quarterly. Vol. 45. No. 4. (Oct., 1996) : p. 888-902.
- Mota, C. E. "Harmonization of Private International Law in Europe and Application of Foreign Law: The "Madrid Principles" of 2010." Yearbook of Private International Law. Vol. 13 (2011): pp. 273-297.
- Munday, R.J.C. "The Uniform Interpretation of International Conventions." International Law Quarterly. Vol. 27. No. 2. (Apr., 1978). pp. 450-459.
- Myrna S. Feliciano. "The Legal System of Philippines." in ASEAN Legal System. ASEAN Law Association. Singapore: Butterworths Asia. 1995. pp. 141-206.
- Neyers, J.W. and Flesch, A.S. "A Theory of Vicarious Liability." Alberta Law Review. Vol. 43. No. 2 (2005): p. 287-326.
- Nguyen Thi Xuan Trinh and Konrad Hull, "Vietnam," Asian Conflict of Laws: East and South East Asia, Alejandro Carballo Leyda ed., Netherland: Kluwer Law International BV, 2015, p. 273
- North, P.M. "Some Thoughts on the Proper Law of Tort." in Contemporary Problems in the Conflict of Laws. pp. 132-151. Leyden/Boston: A.W. Sijthoff. 1978.
- Ong, C. "Brunei Darssalam." in ASEAN Product Liability and Consumer Product Safety Law. L. Nottage and S. Thanitcul (eds.). Bangkok: Winyuchon. 2016, p.
- Opeskin, B. R. "Before the High Court – Conflict of Laws and the Quantification of Damages in Tort." Sydney Law Review. Vol. 14. (Sep., 1992): pp. 340-357.
- Othman, E. "Malaysia." Asian Conflict of Laws: East and South East Asia. Alejandro Carballo Leyda ed., (Netherland: Kluwer Law International BV, 2015), p. 129.
- Reese, W.L.M. and Flesch. A.S. "Agency and Vicarious Liability in Conflict of Laws." Columbia Law Review. Vol. 60. No. 6 (Jun., 1960) : p. 764-779.
- Reimann, M. "Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age." Tulane Law Review. Vol. 75. (2001): pp. 1103-1107.

- _____. "Codifying Torts Conflicts: The 1999 German Legislation in Comparative Perspective." Louisiana Law Review. Vol. 60. No. 4. (Summer 2000). pp. 1297-1319.
- Schiler, A.A. "Conflict of Laws in Indonesia," The Far Eastern Quarterly, Vol. 2, No. 1, (Nov., 1942), p. 33.
- Steinman, A. N. "A Constitution for Judicial Lawmaking." University of Pittsburgh Law Review. Vol. 65. (2004) : pp. 545-596.
- Sunaryati Hartono. "The Legal System of Indonesia." in ASEAN Legal System. ASEAN Law Association. Singapore: Butterworths Asia. 1995. pp. 17-73.
- Walker, J. "'Are We There Yet?' Towards a New Rule for Choice of Law in Tort." Osgoode Hall Law Journal. Vol. 38. No. 2 (Summer. 2000): pp. 331-367.
- Wernham, R.S. "Vicarious Liability in the Conflict of Laws." Toronto Faculty of Law Review. Vol. 34. (1976) : p. 50-62.
- Whytock, C.A. "The Evolving Forum Shopping System." Cornell Law Review. Vol. 96. (2011): pp. 481-534.
- Zanur bin Zakaria. "The Legal System of Malaysia." in ASEAN Legal System. ASEAN Law Association. Singapore: Butterworths Asia. 1995. pp. 77-137

Theses

- Lim Yew Ngee. "Towards A Uniform Conflict of Laws Regime in ASEAN Governing International Commercial Transaction: Uniformization of Choice of Law Rules in Contract and Torts." Master of Law. Institute of Comparative Law. McGill University. 2000.
- Martin Fuith. "Law applicable to Torts/Delicts. implications on Austrian. German Law and Rome II Regulation." Master of Laws Faculty of Law Chulalongkorn University. 2013.

Encyclopaedia

- Becka, J. "Burma." International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. I National Reports. International Association of Legal Science. (1971): p. B78-B90.
- David, R. "The International Unification of Private Law." International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. II . International Association of Legal Science. (19--)
- Ferrari, F. "Uniform Law." The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Vol. II. (2014) : p. 1732-1735.
- Ibrahim, A. "Singapore." International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. I National Reports. International Association of Legal Science. (1986) : p. S55-S62.
- Marshall, H.H. "United Kingdom Dependent Territories : Brunei." International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. I National Reports. International Association of Legal Science. (19--) : p. U107-U109. U111-U113.
- Magnus, U. "Principles of European Tort Law." The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Vol. II. (2014) : p. 1335-1339.
- Minattur, J. "Malaysia." International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. I National Reports. International Association of Legal Science. (1972) : p. M17-M29.
- Norasing, B. "Laos." International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. I National Reports. International Association of Legal Science. (1973) : p. L1-L6.
- Siehr, K. "Connecting Factors." The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Vol. I. (2014) : p..
- Tai Trien, L. "Republic of Viet-Nam." International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. I National Reports. International Association of Legal Science. (1971) : p. R15-R24.
- Vaddey, P.V. "Khmer Republic." International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. I National Reports. International Association of Legal Science. (1972): p. K12-K17.

- Vasiljev, I. “Democratic Republic of Viet-Nam.” International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. I National Reports. International Association of Legal Science. (1969) : p. D15-D21.
- Vischer, F. “Connecting Factors.” International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. III Private International Law. International Association of Legal Science. (1969) : p. 3-33.
- Wagner, G. “Punitive Damages.” The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Vol. II. (2014) : p. 1403-1406.
- Wicke, H. “Vicarious Liability.” The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Vol. II. (2014) : p. 1769.

Preparatory Works

- The Law Commission Working Paper No. 87 and The Scottish Law Commission Consultative Memorandum No. 62, Private International Law: Choice of Law in Tort and Delict, London: Her Majesty’s Stationary Office, 1984.
- The Law Commission Working Paper No. 193 and The Scottish Law Commission Consultative Memorandum No. 129, Private International Law: Choice of Law in Tort and Delict, London: Her Majesty’s Stationary Office, 1990.

Electronic Media

- วิศรุต สำลีอ่อน. “หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศสมาชิกอาเซียน ในมุมมองของการขัดกันแห่งกฎหมายและการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาล.” จาก https://www.academia.edu/10358167/หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศสมาชิกอาเซียน_ในมุมมองของการขัดกันแห่งกฎหมายและการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาล. 6 พฤศจิกายน 2558.
- ศูนย์บริการวิชาการแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. “รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ โครงการเตรียมการรองรับการเคลื่อนย้ายของแรงงานสู่การเป็นประชาคมอาเซียน

(Preparation for Flow of Labor in the ASEAN Community).” จาก <http://www.mol.go.th/anonymouse/content/Asean2012>

Abdul Ghafur Hamid and Khin Maung Sein. “Judicial Application of International Law in Malaysia: an Analysis.” The Malaysian Bar. http://www.malaysianbar.org.my/international_law/judicial_application_of_international_law_in_malaysia_an_analysis.html. สืบค้นเมื่อวันที่ 3 พฤษภาคม 2559.

ASEAN, <http://agreement.asean.org/agreement/detail/42.html>, สืบค้นวันที่ 20 พฤษภาคม 2559.

Commission of the European Communities, “Proposal for A Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-contractual Obligations (“Rome II”),” COM/2003/0427 final - COD 2003/0168, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52003PC0427>, สืบค้นวันที่ 5 พฤษภาคม 2559.

Goodwin-Gill. G.S. “Treaty Interpretation and English Law: Some Progress to Date and Some Challenges to Come.” www.blackstonechambers.com/document.rm?id=363, สืบค้นวันที่ 26 พฤษภาคม 2559.

Judicial Committee of Privy Council, “The Jurisdiction of the Judicial Committee of Privy Council,” <https://www.jcpc.uk/docs/jurisdiction-of-the-jcpc.pdf>, สืบค้นวันที่ 10 พฤษภาคม 2559.

Krit Kraichitti. “Dispute Settlement Mechanisms for ASEAN Community: Experiences. Challenges and Way Forward.” Workshop on Trade and Investment ASEAN Law Association 12th General Assembly. <http://www.aseanlawassociation.org/12GAdocs/workshop5-thailand.pdf>. สืบค้นวันที่ 20 พฤษภาคม 2559.

Nira Nazarudin, Robert Reid and Winotia Ratna, “Indonesia,” Soemadipradja & Taher, Advocates, http://www.soemath.com/advocates/public/images/page/download1_235_Dispute_Resolution-Indonesia-2014.pdf, สืบค้นวันที่ 3 มิถุนายน 2559.

ภาคผนวก



ภาคผนวก ก.

บทสัมภาษณ์ ศาสตราจารย์ คณิง ภาไชย*

การขัดกันแห่งกฎหมายเป็นประเด็นปัญหาซึ่งมีความสำคัญ แต่ประเทศต่าง ๆ กลับให้ความสนใจน้อยเหลือเกิน ในประเทศไทยเองนั้นแม้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย มาตั้งแต่พุทธศักราช 2481 แต่ก็ได้มีการทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพื่อให้ทันสมัยแต่อย่างใด มิใช่เฉพาะเรื่องละเมิดเท่านั้น แต่รวมถึงเรื่องอื่น ๆ ทัวไปด้วย สาเหตุประการหนึ่งอาจมาจากวัตถุประสงค์ในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินั้นเกิดจากความต้องการให้ประเทศอังกฤษยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ดังนั้น กฎหมายฉบับนี้จึงมิได้เกิดจากความตั้งใจทำกฎหมายให้ทันสมัยเสียทีเดียว แต่เป็นการทำเพื่อสนองตอบความต้องการของต่างประเทศ

ด้วยเหตุที่เราสมควรให้ความสนใจในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายก็มาจากการค้าขายอันเกิดจากอาเซียนเอง การประกอบธุรกิจและพัฒนาการทางเศรษฐกิจที่แปรเปลี่ยนไปส่งผลต่อผลประโยชน์ของประเทศสมาชิกอย่างมหาศาล ดังนั้นการเปลี่ยนแปลงข้อความคิดให้ทันสมัยจึงควรจะเป็นไปอย่างพร้อมกัน การรู้กฎหมายของเราโดยไม่รู้กฎหมายของประเทศสมาชิกอื่นคงจะไม่มีประโยชน์อันใด

จุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดเป็นปัญหามายาวนาน สำหรับจุดเกาะเกี่ยวประเภท “หลักกฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด” (*lex loci delicti commissi*) ความแตกต่างในการให้ความหมายของคำว่า “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) นั้นส่งผลต่อการเลือกกฎหมาย ตามทัศนะของอาจารย์ อาจารย์ไม่ได้สนใจอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นพิเศษ ถ้าจะให้กล่าวถึงในทางทฤษฎี ลักษณะของการกระทำละเมิดเองก็มีหลายประเภท จะกำหนดจุดหนึ่งจุดใดขึ้นมาเป็นยุตินั้นคงจะลำบาก ความเห็นของอาจารย์คือไม่ควรจะเจาะจงให้มากเกินไป และควรจะปรับเปลี่ยนได้ตามความเหมาะสมมากกว่า ทั้งกรณีของกฎหมายแพ่งนั้นแตกต่างจากกฎหมายอาญา กฎหมายอาญาต้องการความแน่นอนในการใช้กฎหมายเสมอ แต่กฎหมายแพ่งมิได้ต้องการเช่นนั้น และมีลักษณะที่เปิดกว้างมากกว่า ยิ่งจำกัดให้แคบเพียงใดการใช้กฎหมายก็มีแต่จะตันลง นอกจากนี้ ประเทศสมาชิกอาเซียนยังมีระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน การกำหนดแต่เพียงแบบเดียวย่อมจะเกิดความไม่รงรอยทางข้อความคิดของแต่ละประเทศได้

สำหรับการทำกฎหมายเอกรูป ความคิดความภูมิใจที่ประเทศของตนเป็นเอกราชยังคงมีอยู่ในประเทศสมาชิกอาเซียน ระยะเวลาหลังความรู้สึกดังกล่าวแปรเปลี่ยนไป ความจำเป็นที่จะต้องพึงพา

* สัมภาษณ์ ณ บริษัท สำนักงานกฎหมาย คณิง แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด

อาศัยกันได้เข้ามาแทนที่ นั่นคือข้อความคิดเบื้องต้นของอาเซียน แต่คำถามก็คือ เราคิดอย่างนั้นแล้ว ประเทศอื่นคิดเช่นเดียวกันหรือไม่ หากประเทศอื่นมิได้คิดที่จะพึ่งพากันแล้วก็คงจะเป็นอันตรายต่อการรวมกลุ่มประชาคม เป็นธรรมชาติของมนุษย์ที่จะคิดถึงแต่ สัญชาติของตน ขอบเขตของตน ประโยชน์ของตนเอง เพราะฉะนั้น มุมมองในเรื่องกฎหมายเอกรูปในอาเซียนคงจะยังมีอยู่ไม่มาก แต่เราก็คงจะมีมากขึ้นเรื่อย ๆ ยุโรปที่เจริญกว่าเรา อันที่จริงเราก็เดินตามเขา เขาก็ยึดถือความเป็นอิสระ (independence) ของตนเอง มีระบบกฎหมายของตนเอง ทำสงครามกันเอง แต่สุดท้ายแล้วก็กลับมาหาสิ่งที่เรียกว่าความพึ่งพาอาศัยกันเอง ทำให้สามารถเปลี่ยนแปลงความรู้สึกดังกล่าวได้ แต่ว่าในเรื่องของทฤษฎีที่ดี ความเป็นปึกแผ่นในอดีตที่ดี ประวัติศาสตร์ที่ดี อาจทำให้ความร่วมมือดังกล่าวยังไม่ลงตัวเท่าใดนัก ดังเช่นกรณีของประเทศอังกฤษกับสหภาพยุโรป

สงครามโลกทำความพินาศย่อยยับมหาศาล นานาประเทศจึงต้องมาคิดกันว่าจะสามารถอยู่ร่วมกันอย่างสันติได้หรือไม่ เมื่ออยู่ด้วยกันได้ก็พัฒนาไปพร้อมกันได้ ในทำนองเดียวกัน ความร่วมมือทางเศรษฐกิจก็พัฒนาไปด้วยกันได้ในระหว่างประเทศที่คิดอะไรเหมือน ๆ กัน

อาจารย์ยังมองว่า ที่จะเป็นเอกรูปในอาเซียนได้นั้นยังมีอุปสรรคหลายประการ ในประเทศสมาชิกเองมีขนบธรรมเนียม มีวัฒนธรรมที่ยังแตกต่างกันอยู่มาก อัตลักษณ์ของประเทศตนเองทำให้บดบังความตั้งใจดังกล่าว นอกจากนี้ ความเจริญรุ่งเรืองมั่งคั่งทางด้านเศรษฐกิจของบางประเทศในอาเซียนก็ได้ลดทอนความตั้งใจดังกล่าวไป ทำให้ยังคำนึงถึงแต่ประเทศของตนอยู่ แต่ว่าเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมที่จะช่วยให้หลาย ๆ อย่างเติบโต ความเจริญที่มีมากขึ้นน่าจะสามารถพัฒนาได้จากการหันหน้าเข้าหากัน การเจรจาทำความเข้าใจกันให้มากขึ้น คงจะทำให้การทำกฎหมายเอกรูปในอาเซียนเป็นไปได้ เช่นเดียวกับที่สหภาพยุโรปทำได้ เขาเห็นว่ากฎหมายเอกรูปเป็นสิ่งที่ดีที่สุด จำเป็นที่สุดในขณะนี้ จึงมีการจัดทำขึ้น ซึ่งหลาย ๆ ประเทศก็เห็นด้วย

สำหรับองค์กรกลางของอาเซียนซึ่งจะมาทำหน้าที่ตีความกฎหมายเอกรูป อาจารย์เห็นว่าองค์กรดังกล่าวสามารถเกิดขึ้นได้ ในลักษณะที่เป็นศาลอาเซียน แต่ต้องจำกัดคดีภายใต้ขอบเขตในบางเรื่อง เช่น เรื่องเศรษฐกิจร่วมกัน หากเป็นอย่างอื่น ลัทธิ ศาสนา การเมือง คงจะไม่สามารถประสานกันได้ อันที่จริงอาจารย์เห็นว่าประเทศตะวันตกให้ความสำคัญกับวัตถุนิยมมากกว่า กลับกันตะวันออกเรายึดถือกันด้วยจิตใจ ทำให้ข้อความคิดตรงนี้ไม่ต้องตรงกันเท่าใดนัก องค์กรกลางของอาเซียนคงจะยังไม่เกิดขึ้นในเวลาอันใกล้ แต่ก็คงจะเป็นเรื่องที่หลีกเลี่ยงไม่ได้

ภาคผนวก ข.

บทสัมภาษณ์ ศาสตราจารย์พิเศษ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง

การมีผลเต็มรูปแบบของอาเซียนจะส่งผลต่อปัญหา “การขัดกันแห่งกฎหมาย” (Conflict of Laws) ในอนาคต อย่างไรก็ดี กฎบัตรอาเซียนไม่ได้มีข้อตกลงที่เกี่ยวกับกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มากนัก ทำให้การขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนต้องอาศัยการใช้การตีความมากขึ้น ซึ่งจะส่งผลดีต่อการปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือมีการพัฒนาการใช้การตีความกฎหมายขัดกัน

สำหรับความแตกต่างของกฎหมายสารบัญญัติ (substantive law) ในเรื่องละเมิด กฎหมายละเมิดมิได้เกิดจากนิติกรรม แต่หลักกฎหมายละเมิดในส่วนของการรับผิดมีความสอดคล้องต้องกันทั้งระบบ Common law และ Civil law แต่ที่อาจจะต้องมีการตกลงร่วมกันให้มีกฎหมายที่เป็นเอกภาพ อาจจำเป็นสำหรับหลักกฎหมายเรื่องการชดเชยค่าสินไหมทดแทนและอัตราดอกเบี้ยผิดนัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่อง ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (punitive damages) ซึ่งมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคและความรับผิดในสินค้าไม่ปลอดภัยแล้ว และในแต่ละประเทศน่าจะมีหลักการเดียวกัน

ในส่วนของการจัดทำกฎหมายเอกรูป อาจารย์เห็นว่าเรามี “กฎหมายแม่แบบ” (Model law) ที่ชาติสมาชิกตกลงร่วมกันจะเป็นประโยชน์มากที่สุด อย่างไรก็ดี การจัดทำกฎหมายแม่แบบในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายอาจใช้เวลานานเกินไป

สุดท้าย ในเรื่ององค์กรกลางผู้มีอำนาจตีความกฎหมายเอกรูป ในการประชุมกฎหมายอาเซียนมีข้อเสนอให้ชาติสมาชิกส่งนักกฎหมายมาเป็นคณะกรรมการที่ปรึกษากฎหมายอยู่แล้ว เพียงแต่ในปัจจุบันไม่มีข้อตกลงที่รองรับข้อเสนอดังกล่าวที่เป็นรูปธรรม

ภาคผนวก ค.

บทสัมภาษณ์ รองศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช*

ในอดีต ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดอาจจะมียุติเพียงไม่กี่ประเภท แต่ในปัจจุบัน การกระทำละเมิดนั้นพัฒนามากขึ้นในหลายรูปแบบ ทำให้ข้อความคิดว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิดได้พัฒนาได้พัฒนาตามไปด้วย เช่น ในสวิสเซอร์แลนด์ก็ได้มีจุดเกาะเกี่ยวซึ่งรองรับความรับผิดชอบจากนิวเคลียร์ (nuclear damage) บางประเทศก็มีในเรื่องหมิ่นประมาท (defamation) และรวมไปถึงการทำละเมิดที่มีลักษณะข้ามพรมแดน (cross-border) ดังนั้น อาจารย์เห็นว่า กฎหมายขัดกันที่ดี ในอนาคตควรจะมีการจำแนกประเภทการกระทำละเมิด และก็ใช้จุดเกาะเกี่ยวแตกต่างกันออกไป เหมือนเช่นที่ อนุสัญญากรุงโรม (Rome Convention) เองได้แบ่งเรื่องสัญญาออกเป็นสัญญาแรงงาน สัญญาคุ้มครองผู้บริโภค เพื่อที่จะให้เกิดความยืดหยุ่นละความเป็นธรรมที่มากขึ้น เช่น หากใช้จุดเกาะเกี่ยวประเภท “กฎหมายของสถานที่เกิดผลเสียหาย” (*lex loci damni infecti*) ในคดีอุบัติเหตุทางนิวเคลียร์ (nuclear accident) ซึ่งมีลักษณะข้ามพรมแดน (cross-border) ก็จะต้องใช้กฎหมายของประเทศที่ได้รับผลกระทบ แต่ก็อาจจะไม่เป็นธรรมกับผู้เสียหาย เพราะฉะนั้นอาจารย์เห็นว่าควรจะมีการแบ่งประเภทจุดเกาะเกี่ยวตามประเภทความรับผิดชอบเพื่อละเมิด

แต่เมื่อพิจารณา พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 นั้นค่อนข้างที่จะตายตัว มาตรา 15 นั้นก็ล้าสมัย ทั้งยังลอกเลียนมาจากประเทศอังกฤษ ซึ่งหากมีการแก้กฎหมาย ก็ควรจะมีการเพิ่มเติมจุดเกาะเกี่ยวในลักษณะดังกล่าว อาจารย์เห็นด้วยกับการที่จุดเกาะเกี่ยวในคดีละเมิดควรจะมีหลักทั่วไป อาจจะใช้ “กฎหมายของสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิด” (*lex loci actus*) กล่าวคือ ใช้สถานที่ที่เกิดการกระทำครั้งแรก (first act) แต่หากมีปัจจัยอื่นเพิ่มเติม เช่น หากมีลักษณะที่เป็น cross-border อาจจะมีการใช้ “สถานที่เกิดความเสียหาย” (*locus damni*) อาจจะใช้ “สัญชาติของคู่กรณีร่วมกัน” (*lex patriae*) เท่าที่อาจารย์ค้นกฎหมายของต่างประเทศมา บางประเทศก็ให้เป็นดุลพินิจของศาลในการเลือกกฎหมาย บางประเทศถึงขั้นอนุญาตให้ผู้เสียหายเป็นฝ่ายเลือกกฎหมายเสียเอง เพื่อให้ใช้กฎหมายของประเทศซึ่งตนเห็นว่าเหมาะสมที่สุด เช่นนี้ก็จะเกินไป จะใช้จุดเกาะเกี่ยวในลักษณะใด กรณีนี้ไปไกลถึง “หลักกฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด” (proper law of tort) แล้ว ซึ่งของประเทศไทยไม่มี

* สัมภาษณ์ ณ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์

ไม่รู้จักหลักนี้ ประเทศไทยรับจุดเกาะเกี่ยวซึ่งปรากฏอยู่ใน พรบ. การขัดกันแห่งกฎหมายฯ มาจากประเทศอังกฤษ แต่ประเทศอังกฤษเองก็ได้ยกเลิกหลักดังกล่าวแล้ว

ในคดี **product liability** เองก็เป็นประเด็นหนึ่งที่สำคัญในแง่การขัดกันแห่งกฎหมายในกลุ่มประเทศอาเซียน สมมติว่า คนสิงคโปร์ซื้อสินค้าที่ประเทศสิงคโปร์ ความเสียหายเกิดที่ประเทศสิงคโปร์ แต่สินค้านี้ผลิตที่ประเทศไทย หากใช้กฎหมายของประเทศที่ผลิต (**place of manufacture**) นั้นจะเหมาะสมหรือไม่ นอกจากสถานที่ที่ผลิตสินค้าที่บกพร่องแล้วก็ได้มีส่วนไหนเกี่ยวข้องกับกฎหมายของต่างประเทศเลย หรือคดีไฟฟ้า ซึ่งเป็น **environmental damage** เช่นนี้จะทำอย่างไร แม้กระทั่งภายภาคหน้าที่อาเซียนอาจจะสามารถเคลื่อนย้ายเสรีกันได้อย่างแท้จริงเช่นสหภาพยุโรป การเกิดรถชนกันในประเทศมาเลเซีย คนขับฝ่ายหนึ่งเป็นสิงคโปร์ อีกฝ่ายหนึ่งเป็นประเทศไทย ควรจะใช้กฎหมายใด ความยุ่งยากเพิ่มขึ้นอีกหากรถยนต์คันดังกล่าวเข้ามาจากอีกประเทศหนึ่ง เกิดองค์ประกอบต่างประเทศ (**foreign elements**) อีกเยอะแยะไปหมด จะใช้กฎหมายของประเทศใด แต่กรณีเช่นนี้อาจารย์เห็นว่า **lex loci damni** น่าจะใกล้เคียงที่สุด สัญชาติของผู้เสียหายหรืออะไรอื่นไม่น่าจะเกี่ยวข้องหรือเป็นปัจจัยสำคัญเท่าใดนัก

สำหรับความรับผิดชอบของนายจ้างจากการกระทำของลูกจ้าง อาจารย์เห็นว่า ถิ่นที่มีการทำงานหรือถิ่นที่จะต้องมีการปฏิบัติตามสัญญาจ้างเป็นเรื่องสำคัญ เคยมีอยู่คดีหนึ่งที่ศาลนำสถานที่ที่ทำงานมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยว หรือในกรณีที่นายจ้างลูกจ้างมีสัญชาติ ถิ่นที่อยู่ หรือแม้แต่ภูมิภูลำเนาร่วมกันล้วนเป็นปัจจัยที่มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งสิ้น หรืออาจอาศัย **proper law** เป็นทางออกเพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจ แต่จุดเกาะเกี่ยวเหล่านี้จะต้องผ่านการชั่งน้ำหนักความสำคัญและความเหมาะสม เนื่องจากความรับผิดชอบของนายจ้างไม่ได้เกี่ยวข้องกับละเมิดแต่เพียงประการเดียว แต่ยังมีประเด็นเรื่องสัญญาจ้างแรงงานเข้ามาเกี่ยวข้อง

อย่างไรก็ดี อาจารย์เห็นว่าในอาเซียนนั้นก็ไม่ควรจะริบเร่งพัฒนาหลักกฎหมายขัดกันจนเกินไป เรายังจำเป็นต้องประนีประนอม อาจจะอาศัยการ **harmonization** กันก่อนนั้นพอจะเป็นไปได้ ในเบื้องต้น อาจารย์เห็นว่าในเรื่องละเมิดนั้นอาจจะยังยาก หากเป็นในเรื่องสัญญานั้นดูจะเป็นไปได้มากกว่า ละเมิดนั้นมีประเด็นเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคม (**public policy**) เข้ามาเกี่ยวข้อง เฉพาะฉะนั้น โอกาสที่จะใช้ **lex fori** ก็มีสูง ซึ่งสำหรับอาจารย์ **Mutual Recognition Arrangement (MRA)** ของอาเซียนนั้นมิได้เปิดเสรีอย่างแท้จริง วิธีคิดของอาเซียนไม่ค่อยอย่างจะเปิดเสรี ด้วยความคิดที่ว่าความหวงแหนอำนาจอธิปไตยยังมีอยู่สูง เงื่อนไขของเรายังมีอยู่มาก ในทางปฏิบัติจึงไม่สามารถเคลื่อนย้ายเสรีกันได้จริง ในส่วนของกฎหมายเอกรูป อาจจะเป็นความตกลง เป็นอนุสัญญา หรือแม้แต่

เป็น guideline principle นั้นดูจะเป็นไปได้มากกว่า อาเซียนไม่ชอบบังคับ ชอบหลวม ๆ ชอบปล่อยให้
เป็นดุลพินิจ ซึ่งนี่คือ ASEAN Way และก็จะยังมีอิทธิพลต่อไป แม้ว่าอาเซียนจะยกระดับเป็น rule-based
ก็ตาม ทำให้กรณีของอนุสัญญานั้นอาจจะมีเงื่อนไขซึ่งกระทบต่อการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งมีอยู่
ภายในประเทศสมาชิกและไม่สอดคล้องกับ ASEAN Way เท่าใดนัก



ภาคผนวก ง.

31.7.2007

EN

Official Journal of the European Union

L 199/40

REGULATION (EC) No 864/2007 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL**of 11 July 2007****on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)**

THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION,

Having regard to the Treaty establishing the European Community, and in particular Articles 61(c) and 67 thereof,

Having regard to the proposal from the Commission,

Having regard to the opinion of the European Economic and Social Committee [\(1\)](#),

Acting in accordance with the procedure laid down in Article 251 of the Treaty in the light of the joint text approved by the Conciliation Committee on 25 June 2007 [\(2\)](#),

Whereas:

- (1) The Community has set itself the objective of maintaining and developing an area of freedom, security and justice. For the progressive establishment of such an area, the Community is to adopt measures relating to judicial cooperation in civil matters with a cross-border impact to the extent necessary for the proper functioning of the internal market.
- (2) According to Article 65(b) of the Treaty, these measures are to include those promoting the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning the conflict of laws and of jurisdiction.
- (3) The European Council meeting in Tampere on 15 and 16 October 1999 endorsed the principle of mutual recognition of judgments and other decisions of judicial authorities as the cornerstone of judicial cooperation in civil matters and invited the Council and the Commission to adopt a programme of measures to implement the principle of mutual recognition.
- (4) On 30 November 2000, the Council adopted a joint Commission and Council programme of measures for implementation of the principle of mutual recognition of decisions in civil and commercial matters [\(3\)](#). The programme identifies measures relating to the harmonisation of conflict-of-law rules as those facilitating the mutual

recognition of judgments.

- (5) The Hague Programme ⁽⁴⁾, adopted by the European Council on 5 November 2004, called for work to be pursued actively on the rules of conflict of laws regarding non-contractual obligations (Rome II).
- (6) The proper functioning of the internal market creates a need, in order to improve the predictability of the outcome of litigation, certainty as to the law applicable and the free movement of judgments, for the conflict-of-law rules in the Member States to designate the same national law irrespective of the country of the court in which an action is brought.
- (7) The substantive scope and the provisions of this Regulation should be consistent with Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters ⁽⁵⁾ (Brussels I) and the instruments dealing with the law applicable to contractual obligations.
- (8) This Regulation should apply irrespective of the nature of the court or tribunal seised.
- (9) Claims arising out of *acta iure imperii* should include claims against officials who act on behalf of the State and liability for acts of public authorities, including liability of publicly appointed office-holders. Therefore, these matters should be excluded from the scope of this Regulation.
- (10) Family relationships should cover parentage, marriage, affinity and collateral relatives. The reference in Article 1(2) to relationships having comparable effects to marriage and other family relationships should be interpreted in accordance with the law of the Member State in which the court is seised.
- (11) The concept of a non-contractual obligation varies from one Member State to another. Therefore for the purposes of this Regulation non-contractual obligation should be understood as an autonomous concept. The conflict-of-law rules set out in this Regulation should also cover non-contractual obligations arising out of strict liability.
- (12) The law applicable should also govern the question of the capacity to incur liability in tort/delict.
- (13) Uniform rules applied irrespective of the law they designate may avert the risk of distortions of competition between Community litigants.
- (14) The requirement of legal certainty and the need to do justice in individual cases are essential elements of an area of justice. This Regulation provides for the connecting factors which are the most appropriate to achieve these objectives. Therefore, this Regulation provides for a general rule but also for specific rules and, in certain provisions, for an 'escape clause' which allows a departure from these rules where it is clear from all the circumstances of the case that the tort/delict is manifestly more closely connected with another country. This set of rules thus creates a flexible framework of conflict-of-law rules. Equally, it enables the court seised to treat

individual cases in an appropriate manner.

- (15)The principle of the *lex loci delicti commissi* is the basic solution for non-contractual obligations in virtually all the Member States, but the practical application of the principle where the component factors of the case are spread over several countries varies. This situation engenders uncertainty as to the law applicable.
- (16)Uniform rules should enhance the foreseeability of court decisions and ensure a reasonable balance between the interests of the person claimed to be liable and the person who has sustained damage. A connection with the country where the direct damage occurred (*lex loci damni*) strikes a fair balance between the interests of the person claimed to be liable and the person sustaining the damage, and also reflects the modern approach to civil liability and the development of systems of strict liability.
- (17)The law applicable should be determined on the basis of where the damage occurs, regardless of the country or countries in which the indirect consequences could occur. Accordingly, in cases of personal injury or damage to property, the country in which the damage occurs should be the country where the injury was sustained or the property was damaged respectively.
- (18)The general rule in this Regulation should be the *lex loci damni* provided for in Article 4(1). Article 4(2) should be seen as an exception to this general principle, creating a special connection where the parties have their habitual residence in the same country. Article 4(3) should be understood as an 'escape clause' from Article 4(1) and (2), where it is clear from all the circumstances of the case that the tort/delict is manifestly more closely connected with another country.
- (19)Specific rules should be laid down for special torts/delicts where the general rule does not allow a reasonable balance to be struck between the interests at stake.
- (20)The conflict-of-law rule in matters of product liability should meet the objectives of fairly spreading the risks inherent in a modern high-technology society, protecting consumers' health, stimulating innovation, securing undistorted competition and facilitating trade. Creation of a cascade system of connecting factors, together with a foreseeability clause, is a balanced solution in regard to these objectives. The first element to be taken into account is the law of the country in which the person sustaining the damage had his or her habitual residence when the damage occurred, if the product was marketed in that country. The other elements of the cascade are triggered if the product was not marketed in that country, without prejudice to Article 4(2) and to the possibility of a manifestly closer connection to another country.
- (21)The special rule in Article 6 is not an exception to the general rule in Article 4(1) but rather a clarification of it. In matters of unfair competition, the conflict-of-law rule should protect competitors, consumers and the general public and ensure that the market economy functions properly. The connection to the law of the country where competitive relations or the collective interests of consumers are, or are likely to be,

affected generally satisfies these objectives.

- (22)The non-contractual obligations arising out of restrictions of competition in Article 6(3) should cover infringements of both national and Community competition law. The law applicable to such non-contractual obligations should be the law of the country where the market is, or is likely to be, affected. In cases where the market is, or is likely to be, affected in more than one country, the claimant should be able in certain circumstances to choose to base his or her claim on the law of the court seised.
- (23)For the purposes of this Regulation, the concept of restriction of competition should cover prohibitions on agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within a Member State or within the internal market, as well as prohibitions on the abuse of a dominant position within a Member State or within the internal market, where such agreements, decisions, concerted practices or abuses are prohibited by Articles 81 and 82 of the Treaty or by the law of a Member State.
- (24)‘Environmental damage’ should be understood as meaning adverse change in a natural resource, such as water, land or air, impairment of a function performed by that resource for the benefit of another natural resource or the public, or impairment of the variability among living organisms.
- (25)Regarding environmental damage, Article 174 of the Treaty, which provides that there should be a high level of protection based on the precautionary principle and the principle that preventive action should be taken, the principle of priority for corrective action at source and the principle that the polluter pays, fully justifies the use of the principle of discriminating in favour of the person sustaining the damage. The question of when the person seeking compensation can make the choice of the law applicable should be determined in accordance with the law of the Member State in which the court is seised.
- (26)Regarding infringements of intellectual property rights, the universally acknowledged principle of the *lex loci protectionis* should be preserved. For the purposes of this Regulation, the term ‘intellectual property rights’ should be interpreted as meaning, for instance, copyright, related rights, the *sui generis* right for the protection of databases and industrial property rights.
- (27)The exact concept of industrial action, such as strike action or lock-out, varies from one Member State to another and is governed by each Member State’s internal rules. Therefore, this Regulation assumes as a general principle that the law of the country where the industrial action was taken should apply, with the aim of protecting the rights and obligations of workers and employers.
- (28)The special rule on industrial action in Article 9 is without prejudice to the conditions relating to the exercise of such action in accordance with national law and without prejudice to the legal status of trade unions or of the representative organisations of

workers as provided for in the law of the Member States.

- (29) Provision should be made for special rules where damage is caused by an act other than a tort/delict, such as unjust enrichment, *negotiorum gestio* and *culpa in contrahendo*.
- (30) *Culpa in contrahendo* for the purposes of this Regulation is an autonomous concept and should not necessarily be interpreted within the meaning of national law. It should include the violation of the duty of disclosure and the breakdown of contractual negotiations. Article 12 covers only non-contractual obligations presenting a direct link with the dealings prior to the conclusion of a contract. This means that if, while a contract is being negotiated, a person suffers personal injury, Article 4 or other relevant provisions of this Regulation should apply.
- (31) To respect the principle of party autonomy and to enhance legal certainty, the parties should be allowed to make a choice as to the law applicable to a non-contractual obligation. This choice should be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the circumstances of the case. Where establishing the existence of the agreement, the court has to respect the intentions of the parties. Protection should be given to weaker parties by imposing certain conditions on the choice.
- (32) Considerations of public interest justify giving the courts of the Member States the possibility, in exceptional circumstances, of applying exceptions based on public policy and overriding mandatory provisions. In particular, the application of a provision of the law designated by this Regulation which would have the effect of causing non-compensatory exemplary or punitive damages of an excessive nature to be awarded may, depending on the circumstances of the case and the legal order of the Member State of the court seised, be regarded as being contrary to the public policy (*ordre public*) of the forum.
- (33) According to the current national rules on compensation awarded to victims of road traffic accidents, when quantifying damages for personal injury in cases in which the accident takes place in a State other than that of the habitual residence of the victim, the court seised should take into account all the relevant actual circumstances of the specific victim, including in particular the actual losses and costs of after-care and medical attention.
- (34) In order to strike a reasonable balance between the parties, account must be taken, in so far as appropriate, of the rules of safety and conduct in operation in the country in which the harmful act was committed, even where the non-contractual obligation is governed by the law of another country. The term ‘rules of safety and conduct’ should be interpreted as referring to all regulations having any relation to safety and conduct, including, for example, road safety rules in the case of an accident.
- (35) A situation where conflict-of-law rules are dispersed among several instruments and where there are differences between those rules should be avoided. This Regulation, however, does not exclude the possibility of inclusion of conflict-of-law rules relating to non-contractual obligations in provisions of Community law with regard

to particular matters.

This Regulation should not prejudice the application of other instruments laying down provisions designed to contribute to the proper functioning of the internal market in so far as they cannot be applied in conjunction with the law designated by the rules of this Regulation. The application of provisions of the applicable law designated by the rules of this Regulation should not restrict the free movement of goods and services as regulated by Community instruments, such as Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce).⁽⁶⁾

- (36) Respect for international commitments entered into by the Member States means that this Regulation should not affect international conventions to which one or more Member States are parties at the time this Regulation is adopted. To make the rules more accessible, the Commission should publish the list of the relevant conventions in the *Official Journal of the European Union* on the basis of information supplied by the Member States.
- (37) The Commission will make a proposal to the European Parliament and the Council concerning the procedures and conditions according to which Member States would be entitled to negotiate and conclude on their own behalf agreements with third countries in individual and exceptional cases, concerning sectoral matters, containing provisions on the law applicable to non-contractual obligations.
- (38) Since the objective of this Regulation cannot be sufficiently achieved by the Member States, and can therefore, by reason of the scale and effects of this Regulation, be better achieved at Community level, the Community may adopt measures, in accordance with the principle of subsidiarity set out in Article 5 of the Treaty. In accordance with the principle of proportionality set out in that Article, this Regulation does not go beyond what is necessary to attain that objective.
- (39) In accordance with Article 3 of the Protocol on the position of the United Kingdom and Ireland annexed to the Treaty on European Union and to the Treaty establishing the European Community, the United Kingdom and Ireland are taking part in the adoption and application of this Regulation.
- (40) In accordance with Articles 1 and 2 of the Protocol on the position of Denmark, annexed to the Treaty on European Union and to the Treaty establishing the European Community, Denmark does not take part in the adoption of this Regulation, and is not bound by it or subject to its application,

HAVE ADOPTED THIS REGULATION:

CHAPTER I

SCOPE

Article 1

Scope

1. This Regulation shall apply, in situations involving a conflict of laws, to non-contractual obligations in civil and commercial matters. It shall not apply, in particular, to revenue, customs or administrative matters or to the liability of the State for acts and omissions in the exercise of State authority (*acta iure imperii*).
2. The following shall be excluded from the scope of this Regulation:
 - (a) non-contractual obligations arising out of family relationships and relationships deemed by the law applicable to such relationships to have comparable effects including maintenance obligations;
 - (b) non-contractual obligations arising out of matrimonial property regimes, property regimes of relationships deemed by the law applicable to such relationships to have comparable effects to marriage, and wills and succession;
 - (c) non-contractual obligations arising under bills of exchange, cheques and promissory notes and other negotiable instruments to the extent that the obligations under such other negotiable instruments arise out of their negotiable character;
 - (d) non-contractual obligations arising out of the law of companies and other bodies corporate or unincorporated regarding matters such as the creation, by registration or otherwise, legal capacity, internal organisation or winding-up of companies and other bodies corporate or unincorporated, the personal liability of officers and members as such for the obligations of the company or body and the personal liability of auditors to a company or to its members in the statutory audits of accounting documents;
 - (e) non-contractual obligations arising out of the relations between the settlors, trustees and beneficiaries of a trust created voluntarily;
 - (f) non-contractual obligations arising out of nuclear damage;
 - (g) non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality, including defamation.
3. This Regulation shall not apply to evidence and procedure, without prejudice to Articles 21 and 22.
4. For the purposes of this Regulation, 'Member State' shall mean any Member State other than Denmark.

Article 2

Non-contractual obligations

1. For the purposes of this Regulation, damage shall cover any consequence arising out of tort/delict, unjust enrichment, *negotiorum gestio* or *culpa in contrahendo*.
2. This Regulation shall apply also to non-contractual obligations that are likely to arise.
3. Any reference in this Regulation to:
 - (a) an event giving rise to damage shall include events giving rise to damage that are likely to occur; and
 - (b) damage shall include damage that is likely to occur.

Article 3

Universal application

Any law specified by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member State.

CHAPTER II TORTS/DELICTS

Article 4

General rule

1. Unless otherwise provided for in this Regulation, the law applicable to a non-contractual obligation arising out of a tort/delict shall be the law of the country in which the damage occurs irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occur.
2. However, where the person claimed to be liable and the person sustaining damage both have their habitual residence in the same country at the time when the damage occurs, the law of that country shall apply.
3. Where it is clear from all the circumstances of the case that the tort/delict is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply. A manifestly closer connection with another country might be based in particular on a pre-existing relationship between the parties, such as a contract, that is closely connected with the tort/delict in question.

Article 5

Product liability

1. Without prejudice to Article 4(2), the law applicable to a non-contractual obligation arising out of damage caused by a product shall be:

- (a) the law of the country in which the person sustaining the damage had his or her habitual residence when the damage occurred, if the product was marketed in that country; or, failing that,
- (b) the law of the country in which the product was acquired, if the product was marketed in that country; or, failing that,
- (c) the law of the country in which the damage occurred, if the product was marketed in that country.

However, the law applicable shall be the law of the country in which the person claimed to be liable is habitually resident if he or she could not reasonably foresee the marketing of the product, or a product of the same type, in the country the law of which is applicable under (a), (b) or (c).

2. Where it is clear from all the circumstances of the case that the tort/delict is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraph 1, the law of that other country shall apply. A manifestly closer connection with another country might be based in particular on a pre-existing relationship between the parties, such as a contract, that is closely connected with the tort/delict in question.

Article 6

Unfair competition and acts restricting free competition

1. The law applicable to a non-contractual obligation arising out of an act of unfair competition shall be the law of the country where competitive relations or the collective interests of consumers are, or are likely to be, affected.

2. Where an act of unfair competition affects exclusively the interests of a specific competitor, Article 4 shall apply.

3.(a) The law applicable to a non-contractual obligation arising out of a restriction of competition shall be the law of the country where the market is, or is likely to be, affected.

(b) When the market is, or is likely to be, affected in more than one country, the person seeking compensation for damage who sues in the court of the domicile of the defendant, may instead choose to base his or her claim on the law of the court seised, provided that the market in that Member State is amongst those directly and substantially affected by the restriction of competition out of which the non-contractual obligation on which the claim is based arises; where the claimant sues, in accordance with the applicable rules on jurisdiction, more than one defendant in that

court, he or she can only choose to base his or her claim on the law of that court if the restriction of competition on which the claim against each of these defendants relies directly and substantially affects also the market in the Member State of that court.

4. The law applicable under this Article may not be derogated from by an agreement pursuant to Article 14.

Article 7

Environmental damage

The law applicable to a non-contractual obligation arising out of environmental damage or damage sustained by persons or property as a result of such damage shall be the law determined pursuant to Article 4(1), unless the person seeking compensation for damage chooses to base his or her claim on the law of the country in which the event giving rise to the damage occurred.

Article 8

Infringement of intellectual property rights

1. The law applicable to a non-contractual obligation arising from an infringement of an intellectual property right shall be the law of the country for which protection is claimed.
2. In the case of a non-contractual obligation arising from an infringement of a unitary Community intellectual property right, the law applicable shall, for any question that is not governed by the relevant Community instrument, be the law of the country in which the act of infringement was committed.
3. The law applicable under this Article may not be derogated from by an agreement pursuant to Article 14.

Article 9

Industrial action

Without prejudice to Article 4(2), the law applicable to a non-contractual obligation in respect of the liability of a person in the capacity of a worker or an employer or the organisations representing their professional interests for damages caused by an industrial action, pending or carried out, shall be the law of the country where the action is to be, or has been, taken.

CHAPTER III
UNJUST ENRICHMENT, *NEGOTIORUM GESTIO* AND *CULPA IN CONTRAHENDO*

Article 10

Unjust enrichment

1. If a non-contractual obligation arising out of unjust enrichment, including payment of amounts wrongly received, concerns a relationship existing between the parties, such as one arising out of a contract or a tort/delict, that is closely connected with that unjust enrichment, it shall be governed by the law that governs that relationship.
2. Where the law applicable cannot be determined on the basis of paragraph 1 and the parties have their habitual residence in the same country when the event giving rise to unjust enrichment occurs, the law of that country shall apply.
3. Where the law applicable cannot be determined on the basis of paragraphs 1 or 2, it shall be the law of the country in which the unjust enrichment took place.
4. Where it is clear from all the circumstances of the case that the non-contractual obligation arising out of unjust enrichment is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1, 2 and 3, the law of that other country shall apply.

Article 11

Negotiorum gestio

1. If a non-contractual obligation arising out of an act performed without due authority in connection with the affairs of another person concerns a relationship existing between the parties, such as one arising out of a contract or a tort/delict, that is closely connected with that non-contractual obligation, it shall be governed by the law that governs that relationship.
2. Where the law applicable cannot be determined on the basis of paragraph 1, and the parties have their habitual residence in the same country when the event giving rise to the damage occurs, the law of that country shall apply.
3. Where the law applicable cannot be determined on the basis of paragraphs 1 or 2, it shall be the law of the country in which the act was performed.
4. Where it is clear from all the circumstances of the case that the non-contractual obligation arising out of an act performed without due authority in connection with the affairs of another person is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1, 2 and 3, the law of that other country shall apply.

*Article 12****Culpa in contrahendo***

1. The law applicable to a non-contractual obligation arising out of dealings prior to the conclusion of a contract, regardless of whether the contract was actually concluded or not, shall be the law that applies to the contract or that would have been applicable to it had it been entered into.
2. Where the law applicable cannot be determined on the basis of paragraph 1, it shall be:
 - (a) the law of the country in which the damage occurs, irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occurred; or
 - (b) where the parties have their habitual residence in the same country at the time when the event giving rise to the damage occurs, the law of that country; or
 - (c) where it is clear from all the circumstances of the case that the non-contractual obligation arising out of dealings prior to the conclusion of a contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in points (a) and (b), the law of that other country.

*Article 13***Applicability of Article 8**

For the purposes of this Chapter, Article 8 shall apply to non-contractual obligations arising from an infringement of an intellectual property right.

**CHAPTER IV
FREEDOM OF CHOICE***Article 14***Freedom of choice**

1. The parties may agree to submit non-contractual obligations to the law of their choice:
 - (a) by an agreement entered into after the event giving rise to the damage occurred;
or
 - (b) where all the parties are pursuing a commercial activity, also by an agreement freely negotiated before the event giving rise to the damage occurred.

The choice shall be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the circumstances of the case and shall not prejudice the rights of third parties.

2. Where all the elements relevant to the situation at the time when the event giving rise to the damage occurs are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement.

3. Where all the elements relevant to the situation at the time when the event giving rise to the damage occurs are located in one or more of the Member States, the parties' choice of the law applicable other than that of a Member State shall not prejudice the application of provisions of Community law, where appropriate as implemented in the Member State of the forum, which cannot be derogated from by agreement.

CHAPTER V

COMMON RULES

Article 15

Scope of the law applicable

The law applicable to non-contractual obligations under this Regulation shall govern in particular:

- (a) the basis and extent of liability, including the determination of persons who may be held liable for acts performed by them;
- (b) the grounds for exemption from liability, any limitation of liability and any division of liability;
- (c) the existence, the nature and the assessment of damage or the remedy claimed;
- (d) within the limits of powers conferred on the court by its procedural law, the measures which a court may take to prevent or terminate injury or damage or to ensure the provision of compensation;
- (e) the question whether a right to claim damages or a remedy may be transferred, including by inheritance;
- (f) persons entitled to compensation for damage sustained personally;
- (g) liability for the acts of another person;
- (h) the manner in which an obligation may be extinguished and rules of prescription and limitation, including rules relating to the commencement, interruption and suspension of a period of prescription or limitation.

*Article 16***Overriding mandatory provisions**

Nothing in this Regulation shall restrict the application of the provisions of the law of the forum in a situation where they are mandatory irrespective of the law otherwise applicable to the non-contractual obligation.

*Article 17***Rules of safety and conduct**

In assessing the conduct of the person claimed to be liable, account shall be taken, as a matter of fact and in so far as is appropriate, of the rules of safety and conduct which were in force at the place and time of the event giving rise to the liability.

*Article 18***Direct action against the insurer of the person liable**

The person having suffered damage may bring his or her claim directly against the insurer of the person liable to provide compensation if the law applicable to the non-contractual obligation or the law applicable to the insurance contract so provides.

*Article 19***Subrogation**

Where a person (the creditor) has a non-contractual claim upon another (the debtor), and a third person has a duty to satisfy the creditor, or has in fact satisfied the creditor in discharge of that duty, the law which governs the third person's duty to satisfy the creditor shall determine whether, and the extent to which, the third person is entitled to exercise against the debtor the rights which the creditor had against the debtor under the law governing their relationship.

*Article 20***Multiple liability**

If a creditor has a claim against several debtors who are liable for the same claim, and one of the debtors has already satisfied the claim in whole or in part, the question of that debtor's right to demand compensation from the other debtors shall be governed by the law applicable to that debtor's non-contractual obligation towards the creditor.

*Article 21***Formal validity**

A unilateral act intended to have legal effect and relating to a non-contractual obligation shall be formally valid if it satisfies the formal requirements of the law governing the non-contractual obligation in question or the law of the country in which the act is performed.

*Article 22***Burden of proof**

1. The law governing a non-contractual obligation under this Regulation shall apply to the extent that, in matters of non-contractual obligations, it contains rules which raise presumptions of law or determine the burden of proof.
2. Acts intended to have legal effect may be proved by any mode of proof recognised by the law of the forum or by any of the laws referred to in Article 21 under which that act is formally valid, provided that such mode of proof can be administered by the forum.

**CHAPTER VI
OTHER PROVISIONS***Article 23***Habitual residence**

1. For the purposes of this Regulation, the habitual residence of companies and other bodies, corporate or unincorporated, shall be the place of central administration.

Where the event giving rise to the damage occurs, or the damage arises, in the course of operation of a branch, agency or any other establishment, the place where the branch, agency or any other establishment is located shall be treated as the place of habitual residence.

2. For the purposes of this Regulation, the habitual residence of a natural person acting in the course of his or her business activity shall be his or her principal place of business.

*Article 24***Exclusion of renvoi**

The application of the law of any country specified by this Regulation means the application of the rules of law in force in that country other than its rules of private international law.

*Article 25***States with more than one legal system**

1. Where a State comprises several territorial units, each of which has its own rules of law in respect of non-contractual obligations, each territorial unit shall be considered as a country for the purposes of identifying the law applicable under this Regulation.
2. A Member State within which different territorial units have their own rules of law in respect of non-contractual obligations shall not be required to apply this Regulation to conflicts solely between the laws of such units.

*Article 26***Public policy of the forum**

The application of a provision of the law of any country specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the forum.

*Article 27***Relationship with other provisions of Community law**

This Regulation shall not prejudice the application of provisions of Community law which, in relation to particular matters, lay down conflict-of-law rules relating to non-contractual obligations.

*Article 28***Relationship with existing international conventions**

1. This Regulation shall not prejudice the application of international conventions to which one or more Member States are parties at the time when this Regulation is adopted and which lay down conflict-of-law rules relating to non-contractual obligations.
2. However, this Regulation shall, as between Member States, take precedence over conventions concluded exclusively between two or more of them in so far as such conventions concern matters governed by this Regulation.

**CHAPTER VII
FINAL PROVISIONS***Article 29***List of conventions**

1. By 11 July 2008, Member States shall notify the Commission of the conventions referred to in Article 28(1). After that date, Member States shall notify the Commission of all denunciations of such conventions.
2. The Commission shall publish in the *Official Journal of the European Union* within six months of receipt:
 - (i) a list of the conventions referred to in paragraph 1;
 - (ii) the denunciations referred to in paragraph 1.

Article 30

Review clause

1. Not later than 20 August 2011, the Commission shall submit to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee a report on the application of this Regulation. If necessary, the report shall be accompanied by proposals to adapt this Regulation. The report shall include:
 - (i) a study on the effects of the way in which foreign law is treated in the different jurisdictions and on the extent to which courts in the Member States apply foreign law in practice pursuant to this Regulation;
 - (ii) a study on the effects of Article 28 of this Regulation with respect to the Hague Convention of 4 May 1971 on the law applicable to traffic accidents.
2. Not later than 31 December 2008, the Commission shall submit to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee a study on the situation in the field of the law applicable to non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality, taking into account rules relating to freedom of the press and freedom of expression in the media, and conflict-of-law issues related to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data [\(?\)](#).

Article 31

Application in time

This Regulation shall apply to events giving rise to damage which occur after its entry into force.

Article 32

Date of application

This Regulation shall apply from 11 January 2009, except for Article 29, which shall apply from 11 July 2008.

This Regulation shall be binding in its entirety and directly applicable in the Member States in accordance with the Treaty establishing the European Community.

Done at Strasbourg, 11 July 2007.

For the European Parliament

The President

H.-G. PÖTTERING

For the Council

The President

M. LOBO ANTUNES

(¹) OJ C 241, 28.9.2004, p. 1.

(²) Opinion of the European Parliament of 6 July 2005 (OJ C 157 E, 6.7.2006, p. 371), Council Common Position of 25 September 2006 (OJ C 289 E, 28.11.2006, p. 68) and Position of the European Parliament of 18 January 2007 (not yet published in the Official Journal). European Parliament Legislative Resolution of 10 July 2007 and Council Decision of 28 June 2007.

(³) OJ C 12, 15.1.2001, p. 1.

(⁴) OJ C 53, 3.3.2005, p. 1.

(⁵) OJ L 12, 16.1.2001, p. 1. Regulation as last amended by Regulation (EC) No 1791/2006 (OJ L 363, 20.12.2006, p. 1).

(⁶) OJ L 178, 17.7.2000, p. 1.

(⁷) OJ L 281, 23.11.1995, p. 31.

Commission Statement on the review clause (Article 30)

The Commission, following the invitation by the European Parliament and the Council in the frame of Article 30 of the 'Rome II' Regulation, will submit, not later than December 2008, a study on the situation in the field of the law applicable to non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality. The Commission will take into consideration all aspects of the situation and take appropriate measures if necessary.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นาย นิติ จันจิระสกุล
วันเดือนปีเกิด	6 กุมภาพันธ์ 2533
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง เนติบัณฑิตไทย
ตำแหน่ง	นักวิจัยกฎหมายระหว่างประเทศ กองกฎหมาย กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ
ประสบการณ์ทำงาน	พ.ศ. 2555 ทุนความประจําสำนักงานรํมธรมทนายความ พ.ศ. 2558 ผู้ช่วยปฏิบัติงานประจำตัวกรรมการสิทธิ- มนุษยชนแห่งชาติ (นางประกายรัตน์ ตันธีรวงศ์) พ.ศ. 2559 ผู้ช่วยวิจัยของ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์ พ.ศ. 2559 ผู้ช่วยวิจัย อาจารย์ ภัทรพงษ์ แสงไกร