

บทที่ 4

การเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศในประเด็นที่ต้องพิจารณาเป็นกรณีพิเศษ

จากการศึกษาและการวิเคราะห์ หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อข้างต้น เป็นการพิจารณาถึงคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ที่เป็นกรณีทั่วไป ยังไม่ได้วิเคราะห์ในประเด็นที่มีความพิเศษ ซึ่งกรณีพิเศษในที่นี้หมายถึง คดีละเมิดซึ่งข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดี มีประเด็นหรือปัจจัยอย่างอื่นเข้ามาแทรกแซง ที่แตกต่างไปจากกรณีทั่วไป ตัวอย่างเช่น มีบุคคลที่ 3 เข้ามาเกี่ยวข้องกับคดี เป็นต้นว่า กรณีที่นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง หรือกรณีที่มีบริษัทประกันภัยเข้ามาเกี่ยวข้องกับคดีที่พิพาท

สาเหตุที่ต้องพิจารณาคดีละเมิดมีลักษณะพิเศษ เนื่องมาจากในกรณีดังกล่าว หลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ควรที่จะมีลักษณะเช่นใด จะใช้กฎเกณฑ์เดียวกันกับที่นำมาปรับใช้สำหรับคดีละเมิดทั่วไป หรือควรมีหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นเป็นพิเศษแตกต่างจากในกรณีทั่วไป เพื่อที่จะนำมาใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะเฉพาะ และถ้าแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์มีการแบ่งแยกการใช้บังคับระหว่างกรณีทั่วไป และกรณีที่มีลักษณะเฉพาะ หรือกรณีที่มีความแตกต่างเป็นพิเศษ โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณีเป็นสำคัญนี้ จะมีผลดีหรือผลเสีย อย่างไรตามมา จากการแบ่งแยกดังกล่าวหรือไม่ นอกจากนี้แล้ว การที่จะระบุได้ว่า ข้อเท็จจริงเรื่องหนึ่งที่เกิดขึ้นนั้นมีความเป็นพิเศษ หรือมีลักษณะเฉพาะที่ต่างจากกรณีละเมิดโดยทั่วไป มีขอบเขตในการให้คำจำกัดความของ กรณีที่มีลักษณะพิเศษของคดีไว้ได้อย่างไร ครอบคลุมแค่ไหน และเหตุใดจึงต้องเป็นเช่นนั้น ก็เป็นประเด็นที่สำคัญที่ต้องทำการศึกษา

ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่ต้องศึกษา ในประเด็นที่ต้องทำการพิจารณาเป็นพิเศษ ในเรื่องการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ กับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศในกรณีพิเศษ เพื่อที่จะมีความเข้าใจอย่างแท้จริง ในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในการหา Applicable law นอกจากนี้แล้ว การศึกษาโดยละเอียด จะทำให้สามารถที่จะตอบปัญหาอันเกิดจาก การกำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีได้อย่างครบถ้วน ครอบคลุมในทุกประเด็น แม้ในเรื่องที่มีลักษณะเฉพาะ ซึ่งถ้านำหลักเกณฑ์ที่ใช้ในกรณีทั่วไปมาใช้บังคับ ก็ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่คดี อีกทั้งยังไม่สามารถตอบสนองความต้องการที่แท้จริง ในการบัญญัติกฎหมายไว้

ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ซึ่งกฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง เพื่อให้ทั้ง โจทก์ และ จำเลยได้รับความเป็นธรรมจากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมากที่สุด ไม่ก่อให้เกิดการได้หรือเสียเปรียบแก่กัน อีกทั้งยังเป็นการเสริมสร้างและพัฒนาระบบกฎหมายขัดกัน ในเรื่องการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับในคดี เพื่อให้สามารถครอบคลุมได้ทุกสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้น แม้ว่าจะมีความซับซ้อนแค่ไหนเพียงไร และสร้างความเป็นธรรมให้กับทุกฝ่าย เพื่อให้ได้รับประโยชน์จากการนำกฎหมายขัดกันมาใช้ให้ได้มากที่สุด

ขอบเขตของประเด็นที่ต้องพิจารณาเป็นพิเศษในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 กรณีดังต่อไปนี้

4.1 กรณีที่คดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศมีประเด็นเรื่องความซับซ้อนของกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้อง (complicated factor)

4.1.1 หลักในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับบุคคลฝ่ายที่ 3 ที่เข้ามาเป็นโจทก์ ในคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

4.1.2 หลักในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับบุคคลที่เข้ามาเป็นจำเลยร่วมในคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

4.1.3 หลักในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกรณีที่มีการร่วมกันทำละเมิด

4.2 ข้อจำกัดในการนำคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาล

4.2.1 กรณีที่ขัดต่อหลักกฎหมายที่ว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (public policy)

4.2.2 กรณีที่ขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไป

4.2.3 กรณีที่มีข้อกำหนดในสัญญาจำกัดความรับผิดในเรื่องละเมิด

4.3 การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องการชดเชยค่าสินไหมทดแทน

4.1 กรณีที่คดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศมีประเด็นเรื่องความซับซ้อนของกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้อง (complicated factor)

กรณีที่คดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศมีประเด็นเรื่องความซับซ้อนของกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้อง (complicated factor) หมายถึง กรณีที่ต้องพิจารณาเพื่อกำหนดกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับ สำหรับกรณีที่การกระทำละเมิดมีปัจจัยอื่นเข้ามาแทรกแซง หรือที่มีเงื่อนไขหรือข้อตกลงอย่างหนึ่งอย่างใด ก่อนที่จะมีการกระทำอันเป็นการละเมิดเกิดขึ้น ทำให้การพิจารณาเพื่อกำหนดหน้าที่และความรับผิดของโจทก์ และจำเลยมีความสลับซับซ้อน เป็นเหตุให้หลักเกณฑ์การหากฎหมายมาใช้บังคับ ที่กำหนดไว้สำหรับกรณีปกติทั่วไปไม่สามารถแก้ปัญหาเมื่อมีประเด็นที่เป็นพิเศษเหล่านี้เกิดขึ้น หลักเกณฑ์ที่ใช้กำหนดกฎหมายเพื่อใช้บังคับในกรณีพิเศษเหล่านี้ควรเป็นเช่นไร จึงขอทำการศึกษาในเรื่องนี้โดยแบ่งการพิจารณาออกเป็น 3 กรณีดังต่อไปนี้

- 4.1.1 หลักในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับบุคคลฝ่ายที่ 3 ที่เข้ามาเป็นโจทก์ ในคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ
- 4.1.2 หลักในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับบุคคลที่เข้ามาเป็นจำเลยร่วมในคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ
- 4.1.3 หลักในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกรณีที่มีการร่วมกันทำละเมิด

4.1.1 หลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับบุคคลฝ่ายที่ 3 ที่เข้ามาเป็นโจทก์ในคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

เหตุผลในการศึกษาเรื่อง หลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับบุคคลฝ่ายที่ 3 ที่เข้ามาเป็นโจทก์ในคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เนื่องจาก ในบางสถานการณ์ การฟ้องคดีที่เกิดจากการกระทำละเมิด อาจมีบุคคลฝ่ายที่สาม ที่เป็นบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องในคดีได้ โดยการศึกษาในหัวข้อนี้ เป็นการเข้ามาในคดีของบุคคลฝ่ายที่ 3 ที่เข้ามาในฐานะโจทก์ในคดีละเมิด ซึ่งการเข้ามาเป็นโจทก์ในคดีของบุคคลฝ่ายที่ 3 นั้นอาจเข้ามาด้วยเหตุผลที่หลากหลายต่างกัน ปัญหาที่จะเกิดขึ้นก็คือ ปัญหาเรื่องการกำหนดลักษณะของโจทก์ที่เหมาะสม ที่เข้ามาในคดีละเมิดในแต่ละกรณี ว่าควรที่จะนำกฎหมายใดมาใช้เพื่อกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามา

เป็นโจทก์ในคดีละเมิดที่มีปัจจัยแห่งความซับซ้อนเกิดขึ้น และภายหลังจากการกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นโจทก์ได้แล้ว ปัญหาในประการต่อมาก็คือ จะนำกฎหมายของประเทศใดมาใช้ในการกำหนด สิทธิของบุคคลซึ่งเข้ามาเป็นโจทก์ในคดีละเมิด ซึ่งขั้นตอนนี้เป็นปัญหาในการหา กฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด (applicable law) ที่มีประเด็นเรื่องความซับซ้อนเข้ามาเกี่ยวข้อง ดังนั้นประเด็นที่จะทำการศึกษาในหัวข้อนี้ จะขออธิบายโดยละเอียดตามลำดับขั้นตอนในการพิจารณาดังนี้

- ขั้นตอนแรก : ศึกษาถึงกรณีที่บุคคลภายนอกจะเข้ามาเป็นโจทก์ในคดีละเมิดได้ด้วยวิธีใดบ้าง
- ขั้นตอนที่สอง : ศึกษาในประเด็นเรื่องกฎหมายที่จะนำมาใช้กำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นโจทก์ในคดีละเมิด ว่าควรใช้กฎหมายใดในการกำหนด
- ขั้นตอนที่สาม : ศึกษาในประเด็นเรื่องการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีปัจจัยแห่งความซับซ้อนเข้ามาเกี่ยวข้อง

ขั้นตอนแรก : การศึกษาถึงกรณีที่บุคคลภายนอกจะเข้ามาเป็นโจทก์ในคดีละเมิดได้ด้วยวิธีใดบ้าง จะพบว่าบุคคลภายนอกที่จะเข้ามาเป็นโจทก์ในคดีละเมิดได้นั้น อาจเข้ามาในคดีได้ด้วยเหตุผลที่แตกต่างกัน เป็นต้นว่า ในบางกรณีการเข้ามาเป็นโจทก์ในคดีละเมิดเป็นการเข้ามาเนื่องจากเป็นผู้ที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายจากการกระทำละเมิดโดยตรงแต่บุคคลที่เป็นผู้เสียหายที่แท้จริงในคดีละเมิดนั้น ไม่สามารถที่จะดำเนินการเพื่อเรียกร้องให้มีการเยียวยาความเสียหายที่ตนได้รับได้ จึงจำเป็นต้องกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาดำเนินการพิจารณาเพื่อเรียกร้อง ให้มีการชดเชยความเสียหายแทนผู้เสียหายที่แท้จริง เช่นผู้เสียหายถึงแก่ความตายอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิด หรือในบางกรณีบุคคลที่เข้ามาเป็นโจทก์ อาจจะเข้ามาเนื่องจากสิทธิซึ่งเกิดขึ้นจากสัญญา ตัวอย่างเช่น กรณีที่มีการชดเชยค่าเสียหายให้กับผู้เสียหายที่แท้จริงซึ่งได้ทำสัญญาประกันภัยความเสียหายไว้ ภายหลังจากการชดเชยค่าเสียหายแล้ว จึงเกิดสิทธิในการเข้ารับช่วงสิทธิต่อจากผู้เสียหายที่แท้จริง ในการเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้กระทำละเมิด

เมื่อทราบแล้วว่าบุคคลภายนอก อาจเข้ามาเป็นโจทก์ในคดีละเมิดได้หลากหลายวิธี ไม่ว่าจะเป็นการเข้ามาในคดีโดยกฎหมายกำหนดให้เข้ามา หรือเป็นกรณีที่เข้ามาโดยอาศัยสิทธิที่เกิดจากความตกลงกันมาก่อนที่จะเกิดเหตุแห่งการละเมิดขึ้นก็ตาม ซึ่งปัญหาที่จะเกิดขึ้นตามมาจากการเข้ามาเป็นโจทก์ในคดีโดยอาศัยเหตุผลที่ต่างกันก็คือ อาจจะทำให้เกิดความสับสนขึ้นได้ ฉะนั้นเพื่อความเข้าใจในการพิจารณาถึงขั้นตอนในลำดับต่อไป (ขั้นตอนในการกำหนดตัวบุคคลที่เป็นโจทก์ และขั้นตอนในการหากฎหมายมาใช้บังคับ) ที่ชัดเจน จึงขอแบ่งสถานการณ์ที่บุคคลภายนอกสามารถเข้ามาเป็นโจทก์ในคดีละเมิดออกเป็น 4 กรณีดังต่อไปนี้

- 4.1.1.ก กรณีการฟ้องคดีอันเนื่องมาจากความตาย
- 4.1.1.ข กรณีที่ขณะฟ้องคดีผู้เสียหายถึงแก่ความตาย
- 4.1.1.ค กรณีที่มอบอำนาจให้บุคคลฝ่ายที่สามฟ้องคดีแทน
- 4.1.1.ง กรณีที่ผู้รับประกันเข้าสวมสิทธิของผู้เอาประกัน

โดยจะขอพิจารณาในประเด็นเรื่องการกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นโจทก์ซึ่งเป็นขั้นตอนที่สอง และการพิจารณาในประเด็นเรื่องการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดซึ่งเป็นขั้นตอนที่สาม ตามประเภทของการเข้ามาเป็นโจทก์ในคดีละเมิด ของบุคคลภายนอกที่ได้เข้ามาในคดีละเมิดในสถานการณ์ต่างๆ ชำรงต้นตามลำดับดังนี้

4.1.1.ก กรณีที่การฟ้องคดีอันเนื่องมาจากความตาย (Wrongful Death)

กรณีที่กำหนดให้มีบุคคลที่มีอำนาจในการฟ้องคดีอันเนื่องมาจากความตาย หมายความว่าถึงกรณีที่เมื่อมีความตายเกิดขึ้นเนื่องมาจากการกระทำละเมิด และผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยตรงได้ถึงแก่ความตาย ทำให้ไม่สามารถที่จะปกป้องสิทธิของตนได้ ดังนั้นกฎหมายในหลายประเทศจึงกำหนดให้มีบุคคลที่สามารถเข้ามาดำเนินคดีแทนผู้ตาย เพื่อปกป้องสิทธิที่ผู้ตายควรได้รับจากการกระทำละเมิด

ขั้นตอนที่สอง : การศึกษาในประเด็นเรื่องกฎหมายที่จะนำมาใช้กำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นโจทก์ในคดีละเมิด ว่าควรใช้กฎหมายใดในการกำหนด

ประเด็นปัญหาในเรื่องนี้ คือ เมื่อมีการกระทำละเมิด ที่เป็นเหตุให้ผู้ที่ถูกกระทำละเมิดถึงแก่ความตาย แล้วบุคคลใดจะเป็นผู้ที่เหมาะสม ที่กฎหมายกำหนดให้มีอำนาจ ในการดำเนินคดีแทนผู้ตาย ซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายที่แท้จริงจากการกระทำละเมิด ที่ยังไม่ได้มีการฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องตามสิทธิที่ตนควรได้รับ และเมื่อข้อพิพาทที่เกิดมีองค์ประกอบระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง จะนำกฎหมายของประเทศใดมาใช้กำหนดตัวบุคคลที่เป็นโจทก์ในคดีละเมิดที่เหมาะสม

เมื่อการกระทำละเมิดเป็นเหตุให้มีความตายเกิดขึ้น เป็นเรื่องที่มีลักษณะเฉพาะ เนื่องด้วยมีความตายของบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้อง ทำให้การพิจารณาในเรื่องนี้ต้องแยกออกจากคดีละเมิดโดยทั่วไป แม้ว่าลักษณะของประเภทละเมิดที่เกิดขึ้นจะเป็นแบบเดียวกันก็ตาม เหตุที่ต้องทำเช่นนี้ ก็เพราะว่าสิทธิและความรับผิดชอบของคู่กรณี (ผู้กระทำละเมิด กับผู้ดำเนินคดีแทนผู้ตาย) เกิดขึ้นภายหลังจากที่มีความตายเกิดขึ้น เป็นสิทธิที่ถูกสร้างขึ้นใหม่ โดยอาศัยความตายของผู้ถูกกระทำละเมิดเป็นองค์ประกอบสำคัญ

ในคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ กฎหมายที่อาจถูกนำมาใช้เพื่อ กำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาดำเนินคดีในฐานะโจทก์ อาจเกิดขึ้นได้หลายกรณี เป็นต้นว่า กฎหมายของศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีละเมิด หรือใช้กฎหมายเดียวกันกับกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีละเมิดในกรณีปกติ ตามทฤษฎี *lex causae* ด้วยเหตุผลว่าต้องการความสอดคล้องในการวินิจฉัยคดี หรือใช้กฎหมายที่กำหนดถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ตายกับผู้ที่จะเข้ามาดำเนินคดีแทนผู้ตายซึ่งมีอยู่ก่อนเกิดเหตุแห่งการละเมิดขึ้น

นอกจากนี้ บ่อยครั้งที่ความสามารถในการใช้สิทธิของบุคคลที่เป็นตัวแทน เกิดขึ้นจากการที่ผู้ตายได้มอบอำนาจไว้ล่วงหน้า เช่นการทำพินัยกรรม ระบุถึงผู้ที่มีอำนาจในการดำเนินคดี แต่ถ้ามีการโต้แย้งในความถูกต้องของพินัยกรรม เช่น ตามกฎหมายแห่งประเทศที่ได้ทำพินัยกรรมขึ้นพินัยกรรมดังกล่าวมีความสมบูรณ์ แต่ภายใต้การใช้หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ กฎหมายที่ถูกกำหนดขึ้นมานั้น กำหนดว่ายังมีบุคคลอื่นนอกจากที่

กำหนดในพินัยกรรมอีก ที่สามารถดำเนินคดีได้ แต่สิทธิของบุคคลที่พินัยกรรมกำหนดไว้ก็ยังคงมีอยู่ การแก้ปัญหาดังกล่าวนี้ จะทำเช่นไร

ปัญหาในการกำหนดว่า ใครเป็นผู้ที่มีอำนาจในการดำเนินคดีแทนผู้ตาย ไม่ใช่ปัญหาในทางสารบัญญัติ แต่เป็นเรื่องของกฎหมายวิธีสบัญญัติ¹ ดังนั้นบุคคลที่เป็นตัวแทนในการดำเนินคดีนั้น จึงไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่า อำนาจที่ได้รับมานั้นมีความถูกต้องตาม กฎหมายที่กำหนดมาจากหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับหรือไม่ เพียงแค่แสดงให้เห็นว่า สิทธิที่ผู้ดำเนินการแทนได้รับมานั้น มีความถูกต้องตามกฎหมายที่กำหนดสิทธิของเขา หรือมีความถูกต้องตามกฎหมายที่กำหนดจากหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ อย่างใดอย่างหนึ่งก็เป็นการเพียงพอ แต่ถ้าผู้แทนที่ได้รับมอบหมายนั้น กำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่าสามารถดำเนินคดีได้เพียงในประเทศหนึ่งประเทศใดเท่านั้น บุคคลดังกล่าวก็ไม่สามารถที่จะดำเนินคดีแทนผู้ตายในศาลอื่นนอกจากที่กำหนดไว้ได้

ด้วยเหตุนี้ ทำให้ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องปฏิเสธสิทธิของตัวแทนต่างชาติ ที่นำคดีมาฟ้องศาลโดยปราศจากการมอบหมายของผู้ตาย เว้นแต่ในคดีที่มีความเป็นพิเศษ อันมีเหตุผลเพียงพอที่จะไม่อนุญาตให้ตัวแทนของผู้ตายฟ้องคดีแทนได้ เช่นเรื่องที่กระทบต่อผลประโยชน์ของประเทศเป็นสำคัญ โดยเหตุผลที่มักจะนำมาใช้ในการกล่าวอ้าง เช่น ต้องการที่จะปกป้องเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นในคดีเพราะถ้ามีการฟ้องคดีแล้ว จะกระทบต่อกองทัพสินของผู้ตาย อันจะทำให้เจ้าหน้าที่ไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดีละเมิดได้รับความเสียหาย

ตัวอย่างของแนวทางในการแก้ปัญหาเรื่อง การกำหนดบุคคลที่จะเข้ามาเป็นโจทก์ในคดีละเมิด เมื่อเกิดปัญหาเช่นนี้ในประเทศอเมริกา ในยุคที่ใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นเพื่อใช้ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด จะปฏิเสธการใช้สิทธิของผู้ปกครอง หรือผู้ที่มีอำนาจในการจัดการหรือดำเนินคดีแทน แต่อนุญาตให้บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมาย

¹ Dicey and Morris, The Conflict of Laws (London: Sweet & Maxwell, 1995), p. 955.

ของรัฐที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นเท่านั้น (ขณะนั้นใช้หลัก *lex loci delicti*) เป็นผู้มีอำนาจในการดำเนินคดี ต่อมา อนุญาตให้ตัวแทนที่ได้รับการแต่งตั้งจากรัฐใดก็ได้ มีอำนาจในการฟ้องคดี แต่มีเงื่อนไขว่า กฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดต้องอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวที่ได้รับการแต่งตั้งนั้น สามารถฟ้องคดีได้โดยปราศจาก การกำหนดคุณสมบัติใดๆเป็นพิเศษ²

ถ้าพิจารณาตามหลัก *lex loci delicti* ที่กำหนดว่าบุคคลที่กฎหมายกำหนดโดยเฉพาะเท่านั้นที่มีอำนาจ ในการดำเนินคดีแทนได้ ปัญหาที่จะเกิดตามมาก็คือ ด้านหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ใช้หลัก *double actionability* อย่างเคร่งครัด บุคคลที่จะเป็นโจทก์ฟ้องคดีแทนที่มีความเหมาะสมได้ จะต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายของทั้งสองประเทศ (กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี และกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิด) ยอมรับว่าเป็นบุคคลดังกล่าวนั้นมีสิทธิ ทำให้ไม่สามารถหาผู้ที่จะดำเนินคดีแทนผู้ตายได้ แนวทางในแก้ไขก็คือ ต้องใช้การตีความให้เป็นเรื่องของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีความ เพื่อป้องกันการกำหนดสถานะของโจทก์ว่าต้องเป็นไปตามกฎหมายของทั้งสองประเทศ โดยไม่เปิดช่องว่างให้สามารถกำหนดตัวบุคคลที่เป็นโจทก์ ได้ตามความเหมาะสมอย่างแท้จริง

ขั้นตอนที่สาม : การศึกษาในประเด็นเรื่อง การหากกฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีปัจจัยแห่งความซับซ้อนเข้ามาเกี่ยวข้อง

การหากกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ที่มีความตายเกิดขึ้นจากการกระทำละเมิด ควรที่จะใช้หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ที่แตกต่างกับคดีละเมิดในกรณีทั่วไป เนื่องจาก โดยลักษณะของคดีละเมิดที่มีความตายของผู้ถูกระทำละเมิดเข้ามาเกี่ยวข้อง มีลักษณะที่แตกต่างจากคดีละเมิดโดยทั่วไป เพราะมีบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ผู้เสียหายโดยตรงในคดีเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย และสิทธิของบุคคลนี้เกิดขึ้นภายหลังจากที่ผู้ถูกระทำละเมิดตาย ดังนั้นหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ก็ควรที่จะต้องมีความสัมพันธ์กับบุคคลที่เข้ามาในคดีด้วย เพราะจะมีผลกระทบต่อข้อกำหนดว่า ใครจะเป็นบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้เข้ามา

² C.G.J. Morse, *Torts in private international law* (Netherlands: North-Holland publishing company, 1978), p. 144.

ดำเนินคดี แต่คดีละเมิดในกรณีทั่วไปนั้น ไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์อื่นใด ระหว่างผู้กระทำละเมิดกับบุคคลภายนอกที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้เสียหาย ทำให้หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับจึงมีควรที่จะมีความแตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น กรณีที่คดีละเมิดมีผลกระทบต่อทรัพย์สินของผู้ตาย การกำหนดสิทธิของผู้กระทำแทนผู้ตาย ก็ควรที่จะต้องคำนึงถึงประเด็นตามกฎหมายเรื่องมรดก และบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของผู้ตาย มาประกอบการพิจารณาเพื่อเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ

การกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ในคดีละเมิดที่มีลักษณะเช่นนี้ แนวความคิดของนักกฎหมายทั้งหลายเห็นพ้องว่า ควรที่จะนำหลักกฎหมายที่มีความสัมพันธ์อันเป็นสาระสำคัญกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำละเมิดอันเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายเท่านั้น³ แต่ในกรณีที่ผู้ตาย (ผู้เสียหาย) มีความสัมพันธ์กับบุคคลภายนอกในทางหนึ่งทางใดอันจะทำให้ บุคคลดังกล่าวมีสิทธิที่จะเข้ามาดำเนินคดีแทนได้นั้น กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ดังกล่าวก็ควรที่จะถูกนำมาใช้ประกอบการพิจารณา เพื่อเลือกกฎหมายมาใช้บังคับด้วย

ท่าน Kahn Freund⁴ ได้แสดงความคิดเห็นในเรื่องนี้ว่า "ในสถานการณ์หรือเหตุการณ์ที่ควรจะนำหลักเกณฑ์อื่นมาใช้ แทนหลักเกณฑ์ทั่วไปในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด คือสถานการณ์ที่โจทก์ (ผู้เสียหาย) และจำเลย (ผู้กระทำละเมิด) มีความสัมพันธ์กันมาก่อนหน้านี้ ทำให้กฎหมายที่ถูกนำมาใช้บังคับกับความสัมพันธ์นั้น ก็ควรที่จะนำมาใช้เพื่อกำหนดสิทธิและความรับผิดชอบในคดีละเมิด มากกว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้ในการเลือกกฎหมาย

การพิจารณาเพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีลักษณะพิเศษเช่นนี้ นอกจากจะต้องคำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับ บุคคลภายนอกที่จะเข้ามาเป็นโจทก์ในคดีละเมิดแล้ว ยังควรที่จะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของคู่ความฝ่ายอื่นในคดีละเมิดด้วย เพื่อป้องกันการได้เปรียบหรือเสียเปรียบกันในการดำเนินคดี

³ Kahn Freund , "Delictual Liability in Private International Law," Recueil des Cours II (1968): 113-118.

⁴ Ibid. , p. 118.

แนวทางของประเทศต่างๆในเรื่องการหากฎหมายมาใช้บังคับ ในคดีละเมิดที่มีปัจจัยแห่งความซับซ้อนเข้ามาเกี่ยวข้อง

ประเทศอังกฤษ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้โดย The English and Scottish law commission ยอมรับสิทธิในการฟ้องคดีอันเกิดจากการกระทำละเมิด ที่เป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย และการกำหนดบุคคลที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดีที่จะดำเนินคดีแทน โดยกำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับตาม หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิด⁵

ประเทศอเมริกา ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้โดย ใช้กฎเกณฑ์เดียวกันกับที่ใช้ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับในกรณีปกติ⁶ ในยุคที่กฎหมายของประเทศอเมริกานิยมใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดี ก็ได้นำหลักกฎหมายเดียวกันนี้มาใช้ในกรณีนี้ด้วยเช่นกัน แต่การกำหนดสถานที่เกิดละเมิดนั้น กำหนดให้ถือว่าประเทศที่มีความเสียหายเกิดขึ้นเป็นสถานที่เกิดละเมิด ไม่ได้ใช้สถานที่ที่มีความตายเกิดขึ้นในการกำหนด แต่เมื่อประเทศอเมริกาได้เปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ โดยนำการวิเคราะห์ผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับคดี มาใช้ประกอบการพิจารณาเพื่อเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดสิทธิของผู้ดำเนินคดีแทนก็ใช้หลักการวิเคราะห์ผลประโยชน์เช่นเดียวกัน

ประเทศออสเตรเลีย ได้บัญญัติกฎหมายภายใน ในเรื่องการเรียกร้องค่าเสียหาย ที่ทายาทของผู้ตายสามารถเรียกร้องได้ แต่สิทธิดังกล่าวต้องเป็นสิทธิที่มีอยู่ในขณะที่ผู้ถูกกระทำละเมิดยังมีชีวิตอยู่⁷ แต่เมื่อเกิดปัญหาการหากฎหมายมาใช้บังคับในกรณีที่เกิดการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องละเมิด หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับนั้น ประเทศออสเตรเลีย

⁵ 1990 Law Commission , p. 24.

⁶ Micheal C. Pyles, " Tort and Related Obligations, " *Recueil des cours* (1991 II): 161-162.

⁷ Wrongs Act 1958 [VIC] section 15 ; Compensation to relatives act 1897 [NSW] section 3(1).

โดย The Australia law reform commission กำหนดให้ใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีเป็นตัวกำหนด ดังนั้นเมื่อเกิดคดีละเมิดที่เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำละเมิดถึงแก่ความตาย และถูกนำมาฟ้องต่อศาลของประเทศออสเตรเลีย การใช้สิทธิของบุคคลที่ต้องเข้ามาในคดีนั้นต้องเป็นการกล่าวอ้างสิทธิในทำนองเช่นเดียวกับ สิทธิที่ผู้ตายมีอยู่ในขณะที่ถึงแก่ความตาย ไม่ใช่สิทธิที่ทายาทมีโดยตัวเอง⁸

4.1.1.ข กรณีที่ขณะฟ้องคดีผู้เสียหายถึงแก่ความตาย (Survival of actions)

กรณีที่ขณะฟ้องคดีผู้เสียหายถึงแก่ความตาย หมายความว่า กรณีที่มีการฟ้องคดีละเมิดแล้ว ผู้เสียหายหรือโจทก์ในคดีนั้นได้ถึงแก่ความตาย ในระหว่างที่การพิจารณาคดียังไม่เสร็จสิ้น เป็นสถานการณ์ที่ต่างจาก กรณีที่มีความตายเกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดก่อนที่จะนำคดีที่พิพาทมาฟ้องร้องต่อศาล ดังที่ได้กล่าวไปในข้อ 4.1.1.ก เพราะในกรณีที่ได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาไปแล้ว มีความตายเกิดขึ้น สิทธิและความรับผิดชอบของคู่กรณีเกิดขึ้นแล้วโดยผลแห่งกฎหมาย ความตายเป็นเพียงผลที่ตามมาในภายหลังเท่านั้น สิทธิและความรับผิดชอบของคู่กรณีที่เดิมมีอยู่เช่นไรก็ยังคงเป็นเช่นนั้น ความตายที่เกิดขึ้นนี้อาจเป็นเพียงผลที่จะทำให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเท่านั้น ส่วนกรณีที่มีความตายเกิดขึ้นก่อนนำคดีมาฟ้องศาลนั้น เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นมาใหม่ โดยมีความตายเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของความผิด

โดยปัญหาที่ต้องพิจารณาในเรื่องนี้คือ ประเด็นเรื่องการกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นโจทก์ และประเด็นเรื่องกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ซึ่งเป็นขั้นตอนที่สองและขั้นตอนที่สาม ของการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับบุคคลฝ่ายที่สามที่เข้ามาเป็นโจทก์ในคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

ขั้นตอนที่สอง : การศึกษาในประเด็นเรื่องกฎหมายที่จะนำมาใช้กำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นโจทก์ในคดีละเมิด ว่าควรใช้กฎหมายใดในการกำหนดนั้น ก็มีแนวทางในการกำหนดเช่นเดียวกับกรณีที่ความตายเกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดก่อนที่จะนำคดีที่พิพาทมาฟ้องร้องต่อศาล เนื่องจากการเข้ามาของบุคคลภายนอกในกรณีเหล่านี้ เป็นกรณีที่มีการกระทบต่อกองทัพสัน

⁸ ALRC. Report , para 6.77.

ของผู้ตาย การเข้ามาก็เพื่อที่จะคุ้มครองสิทธิที่ผู้ตายควรได้รับและจัดการทรัพย์สินของผู้ตาย ไม่
ว่าความตายที่เกิดขึ้นจะเกิดก่อนมีการฟ้องคดี หรือภายหลังจากที่มีการฟ้องคดีและอยู่ในระหว่าง
การพิจารณาคดีก็ตาม

ขั้นตอนที่สาม : การศึกษาในประเด็นเรื่อง การหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีปัจจัยแห่ง
ความซับซ้อนเข้ามาเกี่ยวข้อง

การหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีปัจจัยแห่งความซับซ้อนเข้ามาเกี่ยวข้องใน
กรณีนี้ เป็นการหากฎหมายมาใช้เพื่อกำหนดว่าผู้ที่สืบทอดสิทธิของโจทก์ที่ตายนั้น ควรมียุทธวิธีเช่น
ไร มีความเป็นอิสระในการดำเนินคดีต่อจากผู้ตายแค่ไหน เพียงใด

กฎหมายที่ นำมาใช้เพื่อบังคับในคดีนี้ ก็ควรที่จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในการหา
กฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่ได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาไปแล้ว และยังคงอยู่ระหว่างการ
พิจารณาคดีของศาล เนื่องจากการต่อสู้ในเรื่องของสิทธิของผู้ตายที่เรียกร้องให้มีการชดเชยค่า
สินไหมทดแทน และเมื่อศาลได้มีคำวินิจฉัยในคดีและกำหนดให้ผู้ตายได้รับค่าเสียหาย ค่าเสีย
หายดังกล่าวนั้น ก็จะตกได้แก่กองทรัพย์สินหรือทายาทของผู้ตาย สิทธิที่เดิมผู้ตายมีอยู่อย่างไรก็
คงมีอยู่ตามเดิม แม้ว่าจะมีความตายเกิดขึ้นก็ตาม

แต่ถ้าก่อนที่จะมีความตายของผู้เสียหายเกิดขึ้น ยังมีปัญหาในการหากฎหมายที่จะนำมา
ใช้บังคับกับคดีละเมิดอยู่ ยังไม่มีความแน่นอนว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดในการกำหนดสิทธิ
และความรับผิดชอบคู่ความในคดี ทำให้เมื่อมีความตายของผู้เสียหายที่เป็นโจทก์ในคดีนี้เกิดขึ้น
และมีบุคคลที่เข้ามาดำเนินคดีต่อจากโจทก์ที่ถึงแก่ความตาย สิทธิของผู้ที่จะต้องดำเนินคดีต่อ
จากผู้ตายก็ยังไม่มีความแน่นอน ขึ้นอยู่กับว่ากฎหมายใดจะถูกนำมาใช้บังคับกับคดีนั้น และเมื่อ
มีบุคคลฝ่ายที่สามเข้ามาเกี่ยวข้อง ความยุ่งยากในการหากฎหมายมาใช้บังคับก็เพิ่มมากขึ้น
เนื่องจากมีจุดเกาะเกี่ยวในการพิจารณาเพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับเพิ่มขึ้น เป็นต้นว่า กฎหมาย
ของประเทศที่ทรัพย์สินมรดกตั้งอยู่ ทำให้ยังคงมีปัญหาในการหากฎหมายมาใช้บังคับอยู่

มีการเสนอแนวทางในการแก้ปัญหาการหากฎหมายมาใช้บังคับไว้หลากหลายแนวทาง โดยจะขออธิบายตามลำดับ ดังต่อไปนี้

แนวทางแรก⁹ เมื่อกำหนดตัวบุคคลที่จะสืบทอดสิทธิในการดำเนินคดีต่อจากผู้ตาย ว่าได้แก่ ผู้ที่ปกครองกองมรดกของผู้ตาย ทายาทของผู้ตาย ดังนั้นกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับบุคคลเหล่านี้ได้แก่ กฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สินมรดกตั้งอยู่ (กรณีผู้ที่ปกครองกองมรดกของผู้ตายเข้ามาเป็นโจทก์) หรือกฎหมายของประเทศที่ทายาทมีภูมิลำเนา (กรณีทายาทของผู้ตายเข้ามาเป็นโจทก์)

แนวทางที่สอง กำหนดให้สิทธิของบุคคลที่จะสืบทอดสิทธิในการดำเนินคดีต่อจากผู้ตาย ให้เป็นไปตามความตกลงในทางระหว่างประเทศ ดังที่ปรากฏในอนุสัญญา The Hague convention on the law applicable to traffic accidents [1971] ซึ่งได้กล่าวถึงประเด็นในเรื่องนี้ไว้ใน article 8¹⁰ ซึ่งเป็นการกล่าวถึงอำนาจของคู่กรณี ในกรณีที่มีประเด็นพิเศษในเรื่องที่มีการมอบหมายให้ดำเนินคดีแทน หรือการรับมรดกความ ว่ามีอำนาจในลักษณะเช่นเดียวกับ กรณีที่ต้องร่วมกันรับผิดชอบในคดีละเมิด ซึ่งกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะเช่นนี้ ขึ้นอยู่กับว่า ปัญหาในการกำหนดค่าเสียหายเป็นเรื่องการมอบอำนาจ หรือการรับมรดกความ

แนวทางที่สาม หลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้บังคับในการหากฎหมายในแนวทางนี้ กำหนดให้สิทธิของผู้สืบสิทธิของผู้ตาย สามารถเลือกกฎหมายมาใช้บังคับได้ ในระหว่างหลักกฎหมายที่จะใช้บังคับกับกองทรัพย์สินหรือกองมรดก และหลักกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อพิพาทเรื่องละเมิด ซึ่งแนวทางนี้เป็นแนวทางที่ The English and Scottish law commission กำหนดไว้¹¹ ซึ่งสรุปได้ว่า "ประเด็นเรื่องการสืบสิทธิต่อจากผู้ตายนั้น ไม่อาจกำหนดได้ว่าต้องใช้หลักเกณฑ์

⁹ Michael C. Pyles , " Tort and Related Obligations, " Recueil des cours , p. 157.

¹⁰ The Hague convention on the law applicable to traffic accidents [1971] , article 8 provides as follows: "the applicable law shall determine, in particular, (5) the question whether a right to damages may be assigned or inherited.

¹¹ 1984 Law Commission , p. 226.

หนึ่งหลักเกณฑ์ใดแต่เพียงหลักเดียวเท่านั้น เพราะจุดประสงค์เบื้องต้นของกฎหมายลักษณะละเมิดนั้น มุ่งเน้นที่การเยียวยาความเสียหาย ดังนั้นถ้าการกำหนดหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้บังคับในการหากฎหมาย ว่าต้องใช้หลักเกณฑ์หนึ่งหลักเกณฑ์ใดแต่เพียงหลักเดียวเท่านั้น ก็อาจจะไม่สามารถเยียวยาความเสียหายได้อย่างเพียงพอ " และตาม The Australian law reform commission ก็กำหนดไว้ในลักษณะที่คล้ายกัน¹² กล่าวคือ กำหนดเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่า สิทธิของผู้ที่สืบสิทธิของผู้ตายนั้น ให้ใช้หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับหลักเกณฑ์เดียวกับในคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาคดี เพื่อให้ผลแห่งคดีเป็นไปในแนวทางเดียวกัน แต่ถ้าคู่กรณีสามารถพิสูจน์ได้ว่า กฎหมายของประเทศอื่นมีความเหมาะสม หรือมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับข้อเท็จจริง มากกว่ากฎหมายที่ใช้บังคับในคดีเดิม ก็สามารถนำกฎหมายนั้นมาใช้เพื่อกำหนดสิทธิของผู้สืบสิทธิของผู้ตายได้

แนวทางที่สามนี้ เป็นวิธีการที่นำหลักความยืดหยุ่นมาใช้ในการแก้ปัญหา ที่เกิดขึ้นจากการใช้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายหลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งแต่เพียงหลักเดียว แล้วเกิดความไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นธรรมขึ้น ซึ่งเมื่อนำหลักความยืดหยุ่นมาใช้ประกอบการหากฎหมายมาใช้บังคับแล้ว ทำให้กฎหมายถูกเลือกเพื่อนำมาใช้ในคดีละเมิดในกรณีนี้มีความหลากหลายขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีเป็นสำคัญ

จากการพิจารณาแนวทางต่างๆ ในการหากฎหมายมาใช้บังคับเพื่อกำหนดสิทธิของผู้สืบสิทธิต่อจากผู้ตาย ว่าสมควรที่จะใช้หลักเกณฑ์ใดในการกำหนดนั้น ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางที่สาม เพราะเป็นแนวทางที่สามารถนำกฎหมายที่มีความเหมาะสมต่อคดีที่เกิดขึ้นมาใช้บังคับได้ ทำให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาอย่างเต็มที่ เพราะถ้ากำหนดว่า จะต้องใช้หลักเกณฑ์ใดแต่เพียงหลักเกณฑ์เดียวเท่านั้น ถ้าหลักที่กำหนดไว้ ไม่สามารถกำหนดบุคคลที่จะเข้ามาในคดีได้ จะทำให้เกิดความไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่กฎหมายต้องการ เนื่องจากไม่สามารถเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้อย่างแท้จริง แต่ทั้งนี้การพิจารณาเพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับนั้น ก็จะต้องพิจารณาด้วยความละเอียดเพิ่มขึ้น เพื่อให้คู่ความทั้งสองฝ่ายได้รับความเป็นธรรม และคำนึงถึงการเชื่อมต่อแห่งสิทธิที่จะเกิดขึ้น รวมไปถึงผลกระทบที่จะเกิดตามมาจากการพิจารณา

¹² P. E. Nygh, Conflict of laws in Australia, 6 ed. (Australia: Butterworths, 1995), pp. 360-361.

คดีโดยใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าว เช่นในกรณีที่กระทบต่อกองทัพสันของผู้ตาย โดยศึกษาจาก พฤติการณ์แวดล้อมคดีประกอบการพิจารณา ทำให้การหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีหนึ่งๆ นั้น อาจมีความแตกต่างกันแล้วแต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นสำคัญ . ในบางครั้งกฎหมายที่มีความ เหมาะสมและเป็นธรรมมากที่สุด อาจจะได้แก่กฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิด หรือในบางครั้งหลัก กฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สินมรดกตั้งอยู่ อาจมีความเหมาะสมมากกว่าก็เป็นได้

4.1.1.ค การมอบอำนาจให้บุคคลฝ่ายที่สามฟ้องคดีแทน

ปัญหาที่ต้องพิจารณาในเรื่องนี้คือ ประเด็นเรื่องการกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นโจทก์ และประเด็นเรื่องการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ซึ่งเป็นขั้นตอนที่สองและขั้นตอนที่สาม ของการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับบุคคลฝ่ายที่สามที่เข้ามาเป็น โจทก์ในคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

ขั้นตอนที่สอง : การศึกษาในประเด็นเรื่องกฎหมายที่จะนำมาใช้กำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็น โจทก์ในคดีละเมิด ว่าควรใช้กฎหมายใดในการกำหนด

ผู้เสียหายในคดีละเมิด สามารถที่จะมอบอำนาจให้บุคคลอื่นฟ้องคดีแทนตนได้ โดย บุคคลนั้นอาจจะไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดีเลยก็ได้ ปัญหาที่เป็นประเด็นสำคัญในกรณีนี้ คือ เมื่อมอบอำนาจให้บุคคลอื่นฟ้องคดีแทนตน จะใช้กฎหมายใดในการกำหนดถึงความสมบูรณ์ ของการมอบอำนาจ ซึ่งจะมีผลต่อการกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาดำเนินคดีในฐานะโจทก์ ควรจะ ใช้กฎหมายเดียวกันกับกฎหมายที่กำหนดสิทธิและความรับผิดชอบในคดีละเมิด หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงในเรื่องการมอบอำนาจ เช่น กฎหมายของประเทศที่ได้มีการมอบอำนาจ

แนวทางในการแก้ปัญหาเรื่องนี้ ส่วนใหญ่นิยมใช้กฎหมายเดียวกันกับกฎหมายที่ใช้ใน การวินิจฉัยถึงสิทธิและความรับผิดชอบของคู่ความในคดีละเมิด เพราะมีความสอดคล้องในการบังคับ ใช้และไม่ต้องพิจารณาถึงกฎหมายของประเทศอื่นๆ อันจะก่อให้เกิดความสับสน และเกิดความ ลำบากในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพิ่มมากขึ้น ทำให้กระทบต่อสิทธิของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง

แต่ถ้านำกฎหมายที่ใช้บังคับในคดีละเมิดมาใช้แล้ว ทำให้ผู้ที่รับมอบอำนาจไม่สามารถที่จะดำเนินการตามสิทธิที่ได้รับมอบหมายมาได้ ผลเสียก็จะตกแก่ผู้ที่มอบอำนาจซึ่งเป็นผู้เสียหายที่แท้จริงในคดีละเมิดนี้ จึงมีการเสนอว่าในกรณีนี้ สามารถนำหลักกฎหมายที่เหมาะสม (proper law) มาปรับใช้ได้ เพื่อให้การมอบอำนาจนั้นมีความสมบูรณ์ ในทำนองเดียวกับการโอนหนี้หรือการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้¹³

ขั้นตอนที่สาม : การศึกษาในประเด็นเรื่อง การหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีปัจจัยแห่งความซับซ้อนเข้ามาเกี่ยวข้อง

เมื่อพิจารณาจาก สิทธิในการฟ้องคดีละเมิดที่สามารถโอนต่อไปกับบุคคลอื่นได้โดยอาศัยการมอบอำนาจ แต่สิทธิที่ได้รับมอบมานั้น ก็ยังคงเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดอยู่ดี ทำให้กฎหมายที่จะนำมาใช้ในการกำหนดสิทธิและความรับผิดชอบระหว่าง บุคคลที่ได้รับมอบอำนาจกับผู้กระทำละเมิด ก็ควรที่จะเป็นกฎหมายเดียวกันกับที่นำมาใช้บังคับเพื่อกำหนดสิทธิและความรับผิดชอบในทางละเมิดด้วย เนื่องจากถ้าพิจารณาในด้านของผู้กระทำละเมิดแล้ว การกำหนดความรับผิดชอบของเขา ก็ไม่ควรที่จะต้องให้เขารับผิดชอบต่อผู้เสียหายที่แท้จริง เนื่องจากกฎหมายที่นำมาใช้ในการกำหนดการมีผลในเรื่องการโอนสิทธิ หรือการมีอยู่แห่งสิทธิที่ได้รับโอนมา เป็นกฎหมายที่มีผลกระทบต่อความรับผิดชอบของผู้กระทำละเมิด

ดังนั้นหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการกำหนดสิทธิของผู้รับโอน ก็ควรที่จะเป็นหลักเกณฑ์เดียวกันกับ หลักที่ใช้กำหนดสิทธิและความรับผิดชอบในคดีละเมิด เพื่อที่จะให้ความคุ้มครองจำเลยไม่ให้ต้องรับภาระในความรับผิดชอบที่เพิ่มขึ้น จากการนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการมอบอำนาจมาใช้บังคับ เพราะเป็นกฎหมายที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายของจำเลย และในทางกลับกัน ถ้านำกฎหมายเรื่องการมอบหมายมาใช้บังคับ แล้วเป็นประโยชน์ต่อฝ่ายจำเลยมากกว่า จำเลยก็ไม่สามารถที่จะอ้างประโยชน์ดังกล่าวได้

¹³ Dicey and Morris , "Rule 83,84,85 and comment thereon" , p. 957.

4.1.1.๑ กรณีที่ได้รับประกันเข้าสวมสิทธิของผู้เอาประกัน

สิทธิของผู้รับประกันในการเข้ารับเอา หรือการเข้าแทนที่สิทธิของผู้เอาประกัน ตามเงื่อนไขที่ตกลงกันได้ในสัญญาประกันภัย เมื่อผู้เอาประกันได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิด ผู้รับประกันมีหน้าที่ในการชดเชยค่าเสียหายดังกล่าว ตามข้อตกลงในสัญญา เมื่อผู้รับประกันได้ชดเชยค่าเสียหายให้กับผู้เอาประกันแล้ว ก็ก่อให้เกิดสิทธิที่จะเรียกร้องเอาค่าเสียหายจากผู้กระทำ ความผิด และการเข้าสวมสิทธิของผู้รับประกันเช่นนี้ มีลักษณะที่คล้ายกับการมอบอำนาจให้บุคคลอื่นฟ้องคดีแทนผู้เสียหาย ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น แต่มีลักษณะที่เฉพาะเจาะจงลงไปอีก เพราะมีสิทธิที่เกิดจากสัญญาเข้ามาเกี่ยวข้องกับสิทธิที่เกิดขึ้นตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย

ปัญหาที่ต้องพิจารณาในเรื่องนี้คือ ประเด็นเรื่องการกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นโจทก์ และประเด็นเรื่องการหากกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ซึ่งเป็นขั้นตอนที่สองและขั้นตอนที่สามของการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับบุคคลฝ่ายที่สามที่เข้ามาเป็นโจทก์ในคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

ขั้นตอนที่สอง : การศึกษาในประเด็นเรื่องกฎหมายที่จะนำมาใช้กำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นโจทก์ในคดีละเมิด ว่าควรใช้กฎหมายใดในการกำหนด

ประเด็นปัญหาในการกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นโจทก์ในคดีละเมิด ก็ย่อมเป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อตกลงในสัญญาประกันภัย เพราะเป็นอีกกรณีที่แยกต่างหากจากการวินิจฉัยคดีละเมิด เป็นคนละขั้นตอนกัน แม้ว่าสัญญาประกันภัยดังกล่าวจะมีผลทำให้ผู้รับประกันภัยสามารถเข้าสวมสิทธิของผู้เสียหายซึ่งเป็นคู่สัญญาประกันภัย ในการฟ้องร้องคดีละเมิดก็ตาม ความสมบูรณ์ของการเข้ารับช่วงสิทธิของผู้เสียหายในคดีละเมิด เพื่อเข้ามาเป็นโจทก์นั้นก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับเรื่องสัญญา

ขั้นตอนที่สาม : การศึกษาในประเด็นเรื่อง การหากกฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีปัจจัยแห่งความซับซ้อนเข้ามาเกี่ยวข้อง

สิทธิผู้รับประกันที่ได้เข้าแทนที่สิทธิของผู้เอาประกัน ซึ่งเป็นผู้ที่ถูกกระทำละเมิด เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้กระทำละเมิดในความเสียหายที่ผู้กระทำละเมิดได้ก่อให้เกิดขึ้นต่อผู้เอาประกัน โดยปกติ สิทธิที่ผู้รับประกันได้รับมานั้นจะน้อยกว่าสิทธิตามสัญญาประกันภัย ส่วนที่ จะน้อยกว่ากันเท่าใดนั้นขึ้นอยู่กับข้อตกลงในสัญญาประกันภัยระหว่างผู้เอาประกันกับผู้รับประกัน ซึ่งความตกลงดังกล่าวนั้นจะไม่กระทบต่อสิทธิของผู้กระทำละเมิดในอันที่จะต้องเสียเปรียบ หรือต้องรับผิดชอบในจำนวนที่เพิ่มขึ้นถ้ามีการเข้ามาแทนที่ในสิทธิของผู้เสียหาย ที่มีอยู่จากการกระทำละเมิดของตน ดังนั้นกฎหมายที่จะนำมาใช้เพื่อกำหนดสิทธิและความรับผิดชอบคู่ ความในคดีละเมิด ก็ได้แก่กฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ที่ใช้ในการวินิจฉัยสิทธิและ ความรับผิดชอบของผู้เสียหายและผู้กระทำละเมิดนั่นเอง ไม่ใช่กฎหมายของประเทศที่ใช้บังคับกับ สัญญาประกันภัย

4.1.2 หลักการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับบุคคลที่เข้ามาเป็นจำเลยร่วมในคดีละเมิดที่มี ลักษณะระหว่างประเทศ

เหตุผลในการศึกษาเรื่อง หลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับบุคคลฝ่ายที่ 3 ที่ เข้ามาเป็นจำเลยในคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เนื่องมาจาก ในบางสถานการณ์ การฟ้องคดีที่เกิดจากการกระทำละเมิด อาจมีบุคคลฝ่ายที่สาม ที่เป็นบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องกับ คดีได้ โดยการศึกษาในหัวข้อนี้ เป็นการเข้ามาในคดีของบุคคลฝ่ายที่ 3 ที่เข้ามาในฐานะ จำเลยในคดีละเมิด ซึ่งการเข้ามาเป็นจำเลยในคดีของบุคคลฝ่ายที่ 3 นั้นอาจเข้ามาด้วยเหตุผลที่ หลากหลายต่างกัน

ปัญหาที่จะเกิดขึ้นก็คือ ปัญหาเรื่องการกำหนดลักษณะของจำเลยที่เหมาะสม ที่เข้ามา ในคดีละเมิดในแต่ละกรณี ว่าควรที่จะนำกฎหมายใดมาใช้เพื่อกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็น จำเลยในคดีละเมิดที่มีปัจจัยแห่งความซับซ้อนเกิดขึ้น การกำหนดบุคคลที่เป็นจำเลยในคดีละเมิด ไม่ว่าจะคดีละเมิดทั่วไป หรือกรณีที่มีประเด็นเรื่องอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องนั้น เป็นปัญหาที่มีความสำคัญ เพราะมีผลต่อการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำ ละเมิด เพราะถ้ากฎหมายกำหนดว่ามีบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้อง ที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิด ขึ้นหลายคน โจทก์ก็มีโอกาสได้รับการเยียวยาความเสียหายได้อย่างเต็มที่ แต่ถ้าเป็นกรณีที่ไม่ สามารถกำหนดตัวบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในฐานะจำเลยได้ โจทก์ก็ได้รับความเสียหาย

ภายหลังจากการกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นจำเลยได้แล้ว ปัญหาในประการต่อมาคือ จะนำกฎหมายของประเทศใดมาใช้ในการกำหนด สิทธิของบุคคลซึ่งเข้ามาเป็นจำเลยในคดีละเมิด ซึ่งขั้นตอนนี้เป็นปัญหาในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด (applicable law) ที่มีประเด็นเรื่องความซับซ้อนเข้ามาเกี่ยวข้อง เพราะถ้านำหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดในกรณีทั่วไป มาใช้กับกรณีที่มีปัจจัยแทรกซ้อนเข้ามาเกี่ยวข้อง ก็จะไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และไม่อาจแก้ปัญหาได้ในทุกกรณี ก่อให้เกิดการได้หรือเสียประโยชน์ระหว่างคู่ความในคดี มีความไม่เท่าเทียมกันเกิดขึ้น ดังนั้นประเด็นที่จะทำการศึกษาในหัวข้อนี้ จะขออธิบายโดยละเอียดตามลำดับขั้นตอนนี้ในการพิจารณาดังนี้

- ขั้นตอนแรก : ศึกษาถึงกรณีที่บุคคลภายนอกจะเข้ามาเป็นจำเลยในคดีละเมิดได้ด้วยวิธีใดบ้าง
- ขั้นตอนที่สอง : ศึกษาในประเด็นเรื่องกฎหมายที่จะนำมาใช้กำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นจำเลยในคดีละเมิด ว่าควรใช้กฎหมายใดในการกำหนด
- ขั้นตอนที่สาม : ศึกษาในประเด็นเรื่องการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีปัจจัยแห่งความซับซ้อนเข้ามาเกี่ยวข้อง

ขั้นตอนแรก : การศึกษาถึงกรณีที่บุคคลภายนอก จะเข้ามาเป็นจำเลยร่วมในคดีละเมิดได้ด้วยวิธีใดบ้างนั้น จะพบว่าบุคคลภายนอกที่จะเข้ามาเป็นจำเลยร่วมกับผู้กระทำความผิดในคดีละเมิดได้นั้น อาจเข้ามาในคดีได้ด้วยเหตุผลที่แตกต่างกัน เป็นต้นว่า ในบางกรณีการเข้ามาเป็นจำเลยในคดีละเมิดเป็นการเข้ามาเนื่องจาก เป็นบุคคลที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ในการระมัดระวังดูแลเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น เช่นกฎหมายกำหนดหน้าที่ของบิดามารดา ที่ต้องดูแลความประพฤติของสมาชิกในครอบครัว ทำให้เมื่อมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นบุคคลที่กฎหมายกำหนดหน้าที่เช่นนั้นไว้ จึงต้องเข้ามาร่วมรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดหรือในบางกรณีบุคคลที่เข้ามาเป็นจำเลย อาจจะมาเนื่องจากความรับผิดชอบที่สืบเนื่องมาจากซึ่งเกิดขึ้นจากสัญญา ตัวอย่างเช่น นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง จึงอาจถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดีละเมิดได้

เมื่อทราบแล้ว บุคคลภายนอกอาจเข้ามาเป็นจำเลยในคดีละเมิดได้หลากหลายวิธี ไม่ว่าจะเป็นการเข้ามาในคดีโดยกฎหมายกำหนดให้เข้ามา หรือเป็นกรณีที่เข้ามาโดยอาศัยสิทธิที่เกิดจากความตกลงกันมาก่อนที่จะเกิดเหตุแห่งการละเมิดขึ้นก็ตาม ซึ่งปัญหาที่จะเกิดขึ้นตามมาจากการเข้ามาเป็นจำเลยในคดีโดยอาศัยเหตุผลที่ต่างกันก็คือ อาจจะก่อให้เกิดความสับสน และกระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอกที่ถูกกำหนดให้เข้ามารับผิดชอบในการกระทำละเมิดที่ตนไม่ได้ก่อให้เกิดขึ้นได้ ฉะนั้นเพื่อความเข้าใจในการพิจารณาถึงขั้นตอนในลำดับต่อไป (ขั้นตอนในการกำหนดตัวบุคคลที่เป็นจำเลย และขั้นตอนในการหากฎหมายมาใช้บังคับ) ที่ชัดเจน จึงขอแบ่งประเด็นในการพิจารณาออกเป็น 4 กรณีดังต่อไปนี้

- 4.1.2.ก กรณีจำเลยที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น
- 4.1.2.ข การกล่าวอ้างถึงเรื่องการปลอดจากการบังคับตามกฎหมาย
- 4.1.2.ค กรณีที่ขณะฟ้องคดีจำเลยซึ่งเป็นผู้กระทำละเมิดถึงแก่ความตาย
- 4.1.2.ง กรณีที่โจทก์ฟ้องผู้รับประกันภัยในฐานะจำเลยโดยตรง

โดยจะขอพิจารณาในประเด็นเรื่องการกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นจำเลยซึ่งเป็นขั้นตอนที่สอง และการพิจารณาในประเด็นเรื่องกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีปัจจัยแห่งความซับซ้อนเข้ามาเกี่ยวข้องซึ่งเป็นขั้นตอนที่สาม ตามประเด็นที่กล่าวในข้างต้น ดังต่อไปนี้

4.1.2.ก กรณีจำเลยที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น

กรณีจำเลยที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น เป็นสถานการณ์ที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับจำเลยในกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นพิเศษ เข้ามาร่วมรับผิดชอบในการกระทำของผู้ที่การกระทำละเมิด โดยเหตุผลในการกำหนดให้บุคคลภายนอกต้องเข้ามารับผิดชอบในฐานะจำเลยร่วมกับผู้กระทำละเมิดนั้นมีเหตุผลที่แตกต่างกัน

ตัวอย่างเช่น การกำหนดความรับผิดชอบของผู้ปกครอง ที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้ที่อยู่ในความปกครอง มีพื้นฐานจากของแนวความคิดที่ว่า ผู้กระทำละเมิดซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัว ซึ่งไม่มีความสามารถหรือสถานภาพเพียงพอที่จะสามารถชดเชยค่าเสียหายให้กับผู้เสียหายได้ ทำให้ฝ่ายที่ต้องเสียหายจากการกระทำละเมิดเสียเปรียบ ดังนั้นเพื่อให้คู่ความในคดีได้

รับความเป็นธรรมอย่างเท่าเทียมกัน จึงกำหนดให้บุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้กระทำละเมิด ซึ่งในที่นี้ก็ได้แก่ บุคคลในครอบครัวของผู้กระทำละเมิด เป็นต้นว่าบิดา-มารดา ต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุตร หรือสามี-ภรรยาต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำของอีกฝ่ายหนึ่ง

นอกจากนี้แล้ว ยังมีเหตุผลที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ กฎหมายต้องการที่จะให้บุคคลที่มีอำนาจในครอบครัวมีหน้าที่ต้องควบคุม ดูแลความประพฤติของสมาชิกในครอบครัว ที่อยู่ในความปกครองของตน เมื่อการละเมิดเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ได้ปกครอง โดยผู้ปกครองไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุมดูแลผู้ได้ปกครอง ก็สมควรที่จะต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดนั้นด้วย เพราะเป็นการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ของตนเป็นผลทำให้เกิดการละเมิดขึ้น

ส่วนกรณีที่สามี-ภรรยาต้องรับผิดชอบในการกระทำของอีกฝ่าย เนื่องจาก ในสมัยก่อนนั้น ภรรยาเป็นเพียงทรัพย์สินของสามี ดังนั้นเมื่อทรัพย์สินกระทำละเมิด ผู้ที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ทรัพย์สินของตนก่อให้เกิดด้วย เป็นแนวความคิดที่มีมาตั้งแต่ดั้งเดิม

หรือในกรณีที่ บุคคล ที่มีนิติสัมพันธ์กับผู้ทำละเมิด ที่เกิดขึ้นจากการทำความตกลงกัน เพื่อที่จะดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่ต้องการ เช่นสัญญาจ้างแรงงาน ภายหลังจากที่มีนิติสัมพันธ์เกิดขึ้นแล้ว มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น ผู้ที่มีอำนาจเหนือกว่าต้องร่วมรับผิดชอบ เนื่องจากเหตุผลที่ว่า ผู้ที่มีอำนาจบังคับบัญชา มีอำนาจในการควบคุมดูแล และกำหนดตัวบุคคลที่อยู่ใต้บังคับบัญชา เมื่อมีการกระทำละเมิดของผู้ใต้บังคับ ก็ต้องรับผิดชอบเนื่องจากความบกพร่องในการควบคุม หรือความบกพร่องในการเลือกผู้ใต้บังคับบัญชาที่ผิดพลาด

ดังนั้นจึงขอแบ่งแยกการพิจารณาในกรณีที่จำเลยต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น ออกเป็นสองกรณีดังต่อไปนี้

1. ความรับผิดชอบอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในครอบครัว
2. ความรับผิดชอบอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในทางธุรกิจการค้า

1. ความรับผิดอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในครอบครัว

ความรับผิดอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในครอบครัวหมายถึง ความรับผิดที่เป็นผลมาจากการที่มีสถานะเป็นสมาชิกในครอบครัว จึงมีหน้าที่เกิดขึ้นตามมาจากการที่มีสถานภาพเช่นนั้น โดยปัญหาที่ต้องพิจารณาในเรื่องนี้คือ ประเด็นเรื่องการกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นจำเลย และประเด็นเรื่องการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ซึ่งเป็นขั้นตอนที่สองและขั้นตอนที่สาม ของการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับบุคคลฝ่ายที่สามที่เข้ามาเป็นจำเลยในคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

ขั้นตอนที่สอง : การศึกษาในประเด็นเรื่องกฎหมายที่จะนำมาใช้กำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นจำเลยในคดีละเมิด ว่าควรใช้กฎหมายใดในการกำหนดนั้น กฎหมายที่เข้ามาเกี่ยวข้อง ที่อาจถูกนำมาใช้ในการกำหนดบุคคลที่จะเข้ามาเป็นจำเลยร่วม นอกจากกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี และกฎหมายที่ใช้บังคับในคดีละเมิดตามหลัก *lex causae* ยังมีกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่ต้องเข้ามาเป็นจำเลยร่วมกับบุคคลที่เป็นผู้กระทำละเมิดด้วย เป็นต้นว่ากฎหมายแห่งถิ่นที่ครอบครัวนั้นมีภูมิลำเนาอยู่

ดังนั้นกฎหมายที่จะใช้ในการกำหนดตัวบุคคลที่เป็นจำเลยจึงต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์เหล่านี้ประกอบด้วย เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอกที่จะต้องเข้ามาร่วมรับผิดในคดีละเมิดที่ตนไม่ได้เป็นผู้กระทำ แต่ต้องรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลที่เป็นสมาชิกในครอบครัว ที่ได้กระทำต่อบุคคลภายนอก นอกจากนั้นนโยบายของแต่ละประเทศก็มีอิทธิพลที่สำคัญในการกำหนดบุคคล ที่จะเข้ามาเป็นจำเลยร่วมในคดีละเมิดด้วย

ขั้นตอนที่สาม : ศึกษาในประเด็นเรื่องการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีปัจจัยแห่งความซับซ้อนเข้ามาเกี่ยวข้อง

เมื่อข้อเท็จจริงในคดีละเมิดที่เกิดขึ้น มีการกล่าวอ้างถึงเรื่องความสัมพันธ์ในครอบครัวขึ้น เพื่อให้บุคคลที่มีความสัมพันธ์ในครอบครัวกับผู้กระทำละเมิด ต้องเข้ามาร่วมรับผิดกับผู้กระทำละเมิด ปัญหาที่เกิดขึ้นคือกฎหมายที่จะนำมาใช้เพื่อกำหนดความรับผิดของบุคคลดัง

กล่าวควรจะเป็นไปตามกฎหมายใด ในระหว่างกฎหมายที่ใช้บังคับในการวินิจฉัยความรับผิดของผู้กระทำละเมิด กับกฎหมายที่ใช้ในการกำหนดสถานะในทางครอบครัว

เมื่อพิจารณาจาก แนวทางในการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีปัจจัยพิเศษ เช่นนี้ในประเทศต่างๆ จะเห็นได้ว่ากฎหมายที่ถูกเลือกมาใช้บังคับ ขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละประเทศ¹⁴ หมายความว่าแนวทางในการหากฎหมายมาใช้บังคับเพื่อกำหนดความรับผิดที่เกิดจากความสัมพันธ์ของบุคคลในทางครอบครัว เป็นผลมาจากนโยบายของแต่ละประเทศ ตามวัตถุประสงค์ที่ประเทศนั้นมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง ดังนั้นในการพิจารณาว่าบุคคลที่มีสัมพันธ์ภาพในครอบครัว กับผู้ทำละเมิดจะต้องรับผิดหรือไม่นั้น ก็เป็นไปตามนโยบายของประเทศนั้น

ตัวอย่างเช่นแนวทางในการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอเมริกา มีนโยบายในการให้ความสำคัญในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัว ดังนั้นกฎหมายภูมิลำเนาแห่งถิ่นที่มีความสัมพันธ์ในครอบครัวเกิดขึ้น จึงเป็นกฎหมายที่ถูกนำมาใช้เพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับ ดังที่เห็นได้จากในคดี Siegmann V Mayer.¹⁵ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ โจทก์ฟ้องจำเลย (สามี) ต่อศาลของรัฐ A ในการกระทำละเมิดของภรรยา ที่ได้กระทำในรัฐ B ซึ่งกฎหมายของรัฐ B กำหนดความรับผิดของสามีในการกระทำละเมิดของภรรยาไว้ แต่กฎหมายของรัฐ A ไม่ได้กำหนดไว้ ศาลในคดีนี้ได้นำกฎหมายของรัฐ A ซึ่งเป็นกฎหมายแห่งภูมิลำเนาของครอบครัวนี้มาใช้บังคับ แต่ไม่ได้ให้คำอธิบายไว้โดยตรงว่า เป็นการนำกฎหมายภูมิลำเนาของผู้กระทำผิดมาใช้บังคับ แต่สามารถพิจารณา ได้ถึงความสำคัญของความสัมพันธ์ในครอบครัวที่มีส่วนในการกำหนดความรับผิดของบุคคลหนึ่งบุคคลใด

แนวทางในการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศยุโรป มีนโยบายในการให้ความสำคัญในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเช่นกัน แต่ก็แสดงให้เห็นว่า กฎหมายแห่งภูมิลำเนาของบุคคลที่มีความสัมพันธ์ในครอบครัว อาจจะไม่ใช่กฎหมายเดียวที่มีบทบาทในการ

¹⁴ Kahn Freund , "Delictual Liability in Private International Law," Recueil des Cours II (1968): 103-104.

¹⁵ 100 F. 2d 367[1938] cited in C.G.J. Morse, Torts in private international law , p. 151.

กำหนดให้ความรับผิดชอบของบุคคลในครอบครัวเท่านั้น เนื่องจากได้นำกฎหมายสัญญาชีวิตของคู่กรณี มาใช้ประกอบการพิจารณาเพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับ

นอกจากนี้ กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับในคดีที่มีลักษณะเช่นนี้ อาจจะได้แก่กฎหมาย ของศาลที่พิจารณาคดี เนื่องจากมีนโยบายในการกำหนดกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับคดีละเมิด โดย ยึดติดกับกฎหมายของศาลเป็นสำคัญ ทำให้กฎหมายที่ใช้กำหนดสถานะในทางครอบครัว ดัง เช่นกฎหมายภูมิลำเนาเป็นเพียง ปัจจัยหนึ่งในการประกอบการพิจารณาเพื่อหากฎหมายมาใช้ บังคับเพื่อสร้างความเป็นธรรมเฉพาะกรณีเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ดี ความแตกต่างในนโยบายของแต่ละประเทศก็มีความสอดคล้องกันอยู่ นั่น คือทุกประเทศมุ่งประสงค์ ที่จะให้เกิดความเป็นธรรมที่เหมาะสมเกิดขึ้นต่อคู่กรณีในคดีนั้น ทำให้ ผลสุดท้ายในการกำหนดสิทธิและความรับผิดชอบระหว่างคู่ความในคดีมีความสอดคล้องกันได้ ถึงแม้ ว่าหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีจะไม่เหมือนกันก็ตาม

2. ความรับผิดชอบเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในทางธุรกิจการค้า

ความรับผิดชอบเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในทางธุรกิจการค้า เป็นความรับผิดที่ถูก กำหนดจากการทำความตกลงที่จะเข้าผูกพัน เพื่อปฏิบัติการอย่างใดอย่างหนึ่ง ระหว่างผู้กระทำ ละเมิด กับผู้ที่มีอำนาจเหนือกว่า หรือผู้บังคับบัญชาของผู้กระทำละเมิด ก่อนที่จะมีการกระทำ ละเมิดเกิดขึ้น เช่นนายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกจ้างที่ได้กระทำขึ้นในทางการที่ จ้าง หรือความรับผิดของเจ้าของรถต่อการกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อของผู้ใช้รถ ที่เขาได้ อนุญาตให้ใช้รถ เช่นให้ยืม หรือให้เช่าฯ

เหตุผลในการที่ต้องกำหนดให้ บุคคลที่มีความสัมพันธ์ในทางธุรกิจการค้า ต้องเข้ามาเป็น จำเลยร่วมในการกระทำละเมิดของบุคคลที่ตนมีความสัมพันธ์ในทางการค้าด้วย เช่นนายจ้างต้อง รับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง เนื่องจากผู้ที่เข้ามารับผิดชอบแทนนั้น มีความสัมพันธ์ในทางธุรกิจกับ ผู้ทำละเมิด และอยู่ในสถานะเหนือกว่าผู้ทำละเมิด จึงสามารถชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการ กระทำละเมิดได้ดีกว่า

ประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาในเรื่องนี้คือ ประเด็นเรื่อง การกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นจำเลย และประเด็นเรื่อง การหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ซึ่งเป็นขั้นตอนที่สองและขั้นตอนที่สาม ของการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับบุคคลฝ่ายที่สามที่เข้ามาเป็นจำเลยในคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

ขั้นตอนที่สอง : การศึกษาในประเด็นเรื่อง กฎหมายที่จะนำมาใช้กำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นจำเลยในคดีละเมิดด้วยเหตุที่มีความสัมพันธ์ในทางธุรกิจการค้ากับผู้กระทำละเมิด ว่าควรเป็นไปตามกฎหมายใด

กฎหมายที่จะนำมาใช้กำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นจำเลยในคดีละเมิดด้วยเหตุที่มีความสัมพันธ์ในทางธุรกิจการค้ากับผู้กระทำละเมิด เช่นผู้กระทำละเมิดเป็นลูกจ้างของจำเลย (นายจ้าง) ที่ถูกฟ้องให้รับผิดชอบ กฎหมายที่นำมาใช้พิจารณาเพื่อกำหนดบุคคลที่เป็นจำเลยร่วม คือ กฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ที่ขึ้นระหว่าง ลูกจ้างกับนายจ้าง แต่ผลจากการนำกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ที่มีอยู่ มาใช้ในการกำหนดบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในฐานะจำเลยร่วมในคดีละเมิดนั้น อาจส่งผลให้เกิดความแตกต่าง และเกิดความไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดได้ เนื่องจากเมื่อนำกฎหมายของประเทศที่ใช้ในการกำหนดนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่มาใช้กำหนดบุคคลที่ต้องรับผิดชอบ กฎหมายของแต่ละประเทศก็มีเหตุผลในการบัญญัติกฎหมายแตกต่างกัน ทำให้บิดเบือนบทบาทของหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด เพราะถ้ากฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ไม่ได้บัญญัติให้รับผิดชอบผู้อื่นแล้ว ผลที่เกิดขึ้นอาจไม่ตรงกับวัตถุประสงค์ของหลักการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด เช่น คดีโจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากบุคคลนั้นก็ตกไปได้ ซึ่งด้านหลักเกณฑ์เดียวกันกับหลักที่ใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิด เช่น ใช้หลัก *lex loci delicti* หรือ *proper law* ในการกำหนดตัวบุคคล บุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์กับผู้กระทำละเมิดอาจมีส่วนต้องรับผิดชอบได้

แนวทางในการกำหนดบุคคลที่เป็นจำเลยร่วมในคดีละเมิด ที่ใช้บังคับในประเทศต่างๆ มีแนวทางในการกำหนดดังนี้

แนวทางของประเทศอังกฤษและประเทศอเมริกา กำหนดให้นำ หลัก double actionability กล่าวคือจะสามารถนำคดีละเมิดมาฟ้อง บุคคลที่มีความสัมพันธ์ในทางการค้ากับ ผู้กระทำละเมิดได้ จะต้องเป็นไปตามกฎหมายของทั้งสองประเทศ นั่นคือกฎหมายของประเทศที่ การละเมิดเกิดขึ้น (ถ้าใช้หลัก lex loci delicti) ในการกำหนดความรับผิด และกฎหมายที่บังคับ กับความสัมพันธ์ในทางการค้า มาใช้ในการกำหนดว่าบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับผู้กระทำละเมิด ในเชิงธุรกิจนั้น ต้องรับผิดแทนหรือไม่ ดังที่ปรากฏใน

คดี Church of Scientology of California V Commission of police for the metropolis¹⁶ โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้ โจทก์เรียกร้องให้จำเลยผู้มีหน้าที่ในการสั่งการและควบคุม การกระทำของพนักงานตำรวจที่ได้พิมพ์ข้อความ หมิ่นประมาทโจทก์ โดยการพิมพ์นั้นได้กระทำ ที่ประเทศเยอรมัน จำเลยต่อสู้คดีด้วยเหตุผลว่า ไม่ใช่การกระทำที่จริงจัง และเป็นเรื่องที่ทำ กันเป็นปกติ และโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องจำเลยโดยตรงต้องไปฟ้องผู้กระทำละเมิด แต่ตาม กฎหมายเยอรมันซึ่งเป็นถิ่นที่เกิดการละเมิดขึ้น และเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชา ให้อำนาจโจทก์ในการฟ้องผู้บังคับบัญชาได้ ข้ออ้าง ของจำเลยจึงตกไป เป็นที่สังเกตได้ว่า ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดว่า หลักเกณฑ์ใน กำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นจำเลยในคดีละเมิดความรับผิดแทนผู้อื่น ต้องเป็นไปตามที่หลัก double actionability กำหนดไว้

ขั้นตอนที่สาม : ศึกษาในประเด็นเรื่องการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีปัจจัยแห่ง ความซับซ้อนเข้ามาเกี่ยวข้อง

เมื่อข้อเท็จจริงในคดีละเมิดที่เกิดขึ้น มีการกล่าวอ้างถึงเรื่องความสัมพันธ์ในทางการค้า ขึ้น เพื่อให้บุคคลที่มีความสัมพันธ์ในทางการค้ากับผู้กระทำละเมิด ต้องเข้ามาร่วมรับผิด กับผู้กระทำละเมิด ปัญหาที่เกิดขึ้นคือกฎหมายที่จะนำมาใช้เพื่อกำหนดความรับผิดของบุคคลดังกล่าวควรจะเป็นไปตามกฎหมายใด

¹⁶ [1976] 120 Sol. J. 690 (C.A.)

เมื่อพิจารณาจาก แนวทางในการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีปัจจัยพิเศษเข้ามาเกี่ยวข้องเช่นนี้ในประเทศต่างๆ จะเห็นได้ว่าแนวทางในการหากฎหมายมาใช้บังคับมีหลากหลายวิธี ดังเช่น

แนวทางของประเทศอังกฤษกำหนดอย่างชัดเจน โดย The English and Scottish Law Commissions ว่า หลักเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้ที่ใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับละเมิดในกรณีพิเศษเช่นนี้ ให้ใช้กฎหมายที่บังคับกับความสัมพันธ์ทางการค้า และกำหนดช้อยกเว้นไว้ 2 กรณี ดังนี้

1. กรณีที่กฎหมายใดที่ใช้บังคับกับ สัมพันธ์ระหว่างผู้ทำละเมิดกับจำเลยนั้น ไม่สามารถทำได้ หรือ พิสูจน์ได้ยาก
2. กรณีที่จำเลยได้กำหนดข้อจำกัดความรับผิดชอบของตนไว้ ที่อาจเกิดขึ้นได้จากการดำเนินการตามนิติสัมพันธ์ในทางการค้านั้น

แต่ช้อยกเว้นประการที่ 2 ที่ไม่เคร่งครัด เพราะถ้าในบางสถานการณ์ ศาลพิจารณาคดี เห็นว่ากฎหมายที่ใช้บังคับต่อนิติสัมพันธ์นั้นมีความเหมาะสม และ เป็นธรรมมากกว่าก็สามารถนำกฎหมายนั้นมาใช้ได้ แม้จะมีข้อจำกัดที่จำเลยกำหนดไว้ก็ตาม

แนวทางของประเทศอเมริกา ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีปัจจัยพิเศษที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางธุรกิจการค้าเข้ามาเกี่ยวข้อง ควรจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้บังคับที่แตกต่างกับ กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับคดีละเมิดในกรณีทั่วไป เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายในแต่ละเรื่อง

แต่การนำมาใช้ในทางปฏิบัตินั้นก็ไมควรที่จะนำหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับหลักใดหลักหนึ่งหลักหนึ่งที่ตายตัว ควรที่จะนำหลักความยืดหยุ่นมาใช้ประกอบการพิจารณาเพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับด้วย โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงในแต่ละคดีประกอบเป็นสำคัญ เนื่องจากถ้าในบางสถานการณ์ หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ไม่สามารถสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่ความในคดีแล้ว จะได้สามารถนำหลักเกณฑ์อื่นๆมาปรับใช้ได้ แต่อย่างไรก็ดีการนำหลัก

ความยืดหยุ่นมาใช้นั้น ก็ควรที่จะเปรียบเทียบถึงความได้เปรียบเสียเปรียบในคดีของ จำเลยและ โจทก์ ให้ได้รับความเท่าเทียมกัน

ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ลูกจ้างได้ขับรถไปใช้นอกเหนือคำสั่งของนายจ้าง โดยไม่ได้รับ อนุญาตจากนายจ้าง แล้วไปชนโจทก์ได้รับบาดเจ็บ และกฎหมายของประเทศที่การละเมิดเกิด ขึ้นกำหนดว่านายจ้างจะต้องรับผิดชอบ แต่กฎหมายของประเทศที่บังคับใช้กับความสัมพันธ์ในการ จ้างไม่ได้กำหนดไว้ ในคดีนี้ จำเลยซึ่งเป็นนายจ้าง ไม่สามารถจะคาดเดาได้ถึงกรกระทำของลูก จ้าง และไม่ได้อนุญาตให้ใช้รถ ดังนั้นก็ไม่ควรจะต้องให้เขาต้องรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดนั้น ดังนั้นหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดี ไม่ควรเป็นหลักที่สร้างความเสียหายหรือ ทำให้จำเลยที่ต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้กระทำละเมิดเสียเปรียบมาก กฎหมายที่นำมาใช้จึงควรเป็น กฎหมายที่ใช้บังคับกับ นิติสัมพันธ์ระหว่างจำเลยกับผู้กระทำละเมิด

หรือในคดี *Young V. Masci*¹⁷ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ จำเลยให้บุคคลอื่นยืมรถในรัฐ N ต่อมาผู้ที่ยืมรถขับรถโดยประมาท ชนโจทก์บาดเจ็บที่รัฐ Y ซึ่งกฎหมายของรัฐ Y กำหนดความ รับผิดชอบของผู้ให้ยืมไว้ ว่า เจ้าของยานพาหนะต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้ยืม ได้ใช้ยานพาหนะนั้น กฎหมายถือว่าการกระทำของผู้ใช้รถที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น ได้ทำไป โดยได้รับการอนุญาตจากเจ้าของแล้ว แต่กฎหมายของรัฐ N ไม่ได้กำหนดความรับผิดชอบเช่นนี้ไว้ ดังนั้นถ้ากำหนดให้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ ในกรณีที่มีประเด็นเรื่องการเข้ามา รับผิดชอบในฐานะจำเลยของบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้กระทำละเมิดมาก่อน กำหนดให้ พิจารณาจากกฎหมายของประเทศที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่ ณ นั้น จะส่งผลให้คดีนี้ ไม่ สามารถเรียกให้จำเลยซึ่งเป็นเจ้าของรถรับผิดชอบได้ เนื่องจากกฎหมายของรัฐ N ซึ่งเป็นกฎหมายที่ ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ในทางธุรกิจนั้น ไม่ได้กำหนดให้เจ้าของรถยนต์ต้องรับผิดชอบในการกระทำ ละเมิดของบุคคลซึ่งยืมรถไป ทำให้โจทก์ก็จะไม่ได้รับการเยียวยา แต่คดีนี้ศาลของประเทศ อเมริกานำหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับที่ใช้ในกรณีละเมิดโดยทั่วไปมาใช้ โดยศาล

¹⁷ [1933] 289 US. 253 cited in, Moffatt Hancock, "Canadian-American torts in the conflict of laws: The revival of policy determined-construction analysis," in *Studies in modern choice of law : Torts, Insurance, Land* (Newyork: William S Hein Company Buffalo, 1984), pp. 196-197.

ใช้หลัก lex loci delicti เพื่อกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดี ซึ่งก็ได้แก่ กฎหมายของรัฐ Y และกฎหมายของรัฐ Y ก็กำหนดว่าเจ้าของรถต้องรับผิดชอบ โจทก์จึงสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากจำเลยได้

สรุปแล้ว การกำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ ในคดีละเมิดที่มีลักษณะพิเศษ ผู้เขียนเห็นว่าสิ่งที่ต้องให้ผู้บุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์กับผู้กระทำละเมิดในทางใดทางหนึ่ง ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิด หลักเกณฑ์ที่จะใช้เพื่อกำหนดกฎหมายนั้น ก็ควรที่จะมีความแตกต่างกับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในกรณีทั่วไป เพราะมีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องกับในคดีด้วย กฎหมายที่ถูกนำมาใช้บังคับจึงกระทบต่อ ผู้ที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับคดี ไม่ได้มีผลเฉพาะผู้กระทำละเมิด กับ ผู้เสียหายเท่านั้น ดังนั้นกฎหมายที่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับคดีละเมิดที่มีลักษณะพิเศษเข้ามาเกี่ยวข้องมากที่สุดก็คือ กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างจำเลยกับผู้เสียหาย แต่การจะนำกฎหมายนั้นมาใช้บังคับนั้นก็ต้องมีความยืดหยุ่นในการปรับใช้ โดยให้น้ำหนักกฎหมายที่บังคับกับนิติสัมพันธ์เป็นหลัก แต่ถ้าหลักเกณฑ์อื่นให้ประโยชน์แก่คดีมากกว่า ก็สามารถนำหลักนั้นมาใช้ได้ แม้ว่าผลแห่งการนำหลักความยืดหยุ่นมาใช้จะขัดแย้งกับความต้องการให้หลักเกณฑ์ที่นำมาปรับใช้มีความสอดคล้องเป็นหนึ่งเดียวกัน แต่ความเป็นธรรมย่อมมีเหตุผลเหนือกว่า

นอกจากนี้ต้องพึงระวังว่า การนำกฎหมายที่มีความใกล้ชิดกับนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะพิเศษนั้น เหตุผลซึ่งอยู่เบื้องหลังการกำหนดความรับผิดชอบในแต่ละกรณีมีความแตกต่างกัน เนื่องจากความรับผิดชอบที่เกิดจากความสัมพันธ์ในทางการค้า นั้น ลักษณะของธุรกิจหรือการค้า นั้นจะมีผลต่อการกำหนดความรับผิดชอบ ซึ่งผู้ที่อาจต้องมีความรับผิดชอบนั้นก็สามารถจะประกันภัยความรับผิด และ ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นและมีผลกระทบต่อธุรกิจของตนได้ และ รวมค่าใช้จ่ายที่ตนต้องเสียไปในการประกันภัยความรับผิดไปกับราคาของสินค้า และ ผลผลิตของตน กฎหมายที่มีความใกล้ชิดกับคดีจึงได้แก่กฎหมายที่บังคับกับสัมพันธ์ทางการค้า นั้น แต่ความรับผิดที่เกิดจากความสัมพันธ์ทางครอบครัวนั้น เป็นการกำหนดให้บุคคลสมาชิกในครอบครัวดูแลการกระทำของบุคคลในครอบครัวนั้น กฎหมายที่จะใช้กำหนดความรับผิดชอบจึงได้แก่ กฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งครอบครัวนั้นมีความสัมพันธ์กัน เช่น กฎหมายภูมิลำเนาที่ครอบครัวนั้นตั้งอยู่

4.1.2.๒ การกล่าวอ้างถึงเรื่องการปลอดจากการบังคับตามกฎหมาย

การกล่าวอ้างถึงเรื่องการปลอดจากการบังคับตามกฎหมาย หมายความว่าถึง กรณีที่มีการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิด แต่นักลอบที่กระทำการนั้นสามารถกล่าวอ้างการปลอดจากความรับผิดตามกฎหมายได้ เนื่องจากมีความสัมพันธ์ในระหว่างคู่กรณีในคดีละเมิดในลักษณะหนึ่งลักษณะใด มาก่อนที่จะเกิดเหตุแห่งการละเมิดนั้น และด้วยเหตุที่มีความสัมพันธ์เช่นนั้น ทำให้ผู้กระทำละเมิดสามารถกล่าวอ้างถึงเรื่องการปลอดจากการบังคับตามกฎหมายได้

ประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาในหัวข้อนี้ คือ จะนำกฎหมายของประเทศใดมาใช้ในการกำหนด ความสมบูรณ์ในการกล่าวอ้างการปลอดจากความรับผิดตามกฎหมาย ซึ่งขั้นตอนนี้เป็นปัญหาในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด (applicable law) ที่มีประเด็นเรื่องความซับซ้อนเข้ามาเกี่ยวข้อง ในปัจจุบันนี้แนวทางของประเทศต่างๆ ในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับจะหลีกเลี่ยงการใช้หลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งแต่เพียงอย่างเดียว เพราะถ้านำหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ เพื่อกำหนดความสมบูรณ์ในการกล่าวอ้างการปลอดจากความรับผิด เช่นเดียวกับหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ในคดีละเมิดในกรณีทั่วไป มาใช้กับกรณีที่มีปัจจัยแทรกซ้อนเข้ามาเกี่ยวข้อง ก็จะไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และไม่อาจแก้ปัญหาได้ในทุกกรณี ก่อให้เกิดการได้หรือเสียประโยชน์ระหว่างคู่ความในคดี มีความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น ดังนั้นประเด็นที่จะทำการศึกษาในหัวข้อนี้ จะแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 กรณีตามความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีดังนี้

1. การกล่าวอ้างถึงเรื่องการปลอดจากการบังคับตามกฎหมาย เนื่องจากคู่กรณีมีความสัมพันธ์ในทางครอบครัว
2. การกล่าวอ้างถึงเรื่องการปลอดจากการบังคับตามกฎหมาย เนื่องจากคู่กรณีมีความสัมพันธ์พิเศษในกรณีอื่นๆ ระหว่างผู้กระทำละเมิดและผู้เสียหาย

1. การกล่าวอ้างถึงเรื่องการปลดจากการบังคับตามกฎหมาย เนื่องจากคู่กรณีมีความสัมพันธ์ในทางครอบครัว

ความสัมพันธ์ของคู่กรณีในทางครอบครัว อาจจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่าง สามี-ภรรยา หรือ ความสัมพันธ์ระหว่าง บิดามารดาและบุตร ซึ่งประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาก็คือ จะใช้หลักเกณฑ์ใดในการกำหนดกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีที่มีลักษณะพิเศษเช่นนี้ จะนำหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายในคดีละเมิดทั่วไป หรือ กำหนดหลักเกณฑ์โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงแห่งการละเมิดเป็นกรณีๆไป ว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นมีความใกล้ชิดกับกฎหมายของประเทศใด ตัวอย่างเช่น คดีละเมิดที่เกิดขึ้นคู่กรณีเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกัน หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการหากฎหมายมาปรับใช้ในกรณีนี้ ก็จะได้แก่ กฎหมายที่คู่กรณีมีภูมิลำเนาอยู่ เพราะกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดความสัมพันธ์ที่คู่กรณีมีต่อกัน ว่าในแต่ละฝ่ายมีภาระและหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อกันอย่างไร และก็เป็นกฎหมายที่มีใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงในคดีมากที่สุด

แนวทางของประเทศต่างๆในการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีการกล่าวอ้างถึงการปลดจากการบังคับตามกฎหมาย มีแนวทางในการหากฎหมายมาใช้บังคับที่หลากหลายดังต่อไปนี้

แนวทางของประเทศอเมริกา การพิจารณาปัญหาในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับเรื่องการกล่าวอ้างการปลดจากการบังคับตามกฎหมาย ในการกระทำละเมิดของคู่กรณีที่มีความสัมพันธ์ในทางครอบครัว ให้ใช้กฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งมีความสัมพันธ์ มาบังคับเพื่อจะพิจารณาว่าจำเลยสามารถกล่าวอ้างเรื่องการปลดจากการบังคับตามกฎหมายได้หรือไม่ ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นกฎหมายแห่งภูมิลำเนาของคู่กรณี แต่ในบางครั้งแนวทางในการหากฎหมายมาใช้เพื่อกำหนดความสมบูรณ์ในการกล่าวอ้างการปลดจากการบังคับตามกฎหมาย มีแนวโน้มในการคำนึงถึงสิทธิของคู่ความฝ่ายโจทก์ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดเป็นสำคัญ ทำให้กฎหมายที่นำมาใช้จะเป็นไปในแนวทางในการกำหนดว่า จำเลยไม่สามารถกล่าวอ้างการปลดจากการ

บังคับตามกฎหมายได้ เช่น การอ้างนโยบายของรัฐ เพื่อที่จะกำหนดให้จำเลยมีความรับผิด เป็นการปฏิเสธการกล่าวอ้างการปลอดจากการบังคับตามกฎหมาย¹⁸

แนวทางของประเทศอังกฤษ ไม่ได้พิจารณาในประเด็นเรื่องกล่าวอ้างการปลอดจากการบังคับตามกฎหมายที่เกิดจากความสัมพันธ์พิเศษ เมื่อเกิดกรณีที่มีการกล่าวอ้างการปลอดจากการบังคับตามกฎหมาย ก็ให้นำหลักเกณฑ์ทั่วไปมาใช้บังคับในการหากฎหมายมาใช้ในการกำหนดว่าการกล่าวอ้างเรื่องการปลอดจากการบังคับตามกฎหมายมีความสมบูรณ์หรือไม่¹⁹

แต่อย่างไรก็ตาม Dicey and Morris นักนิติศาสตร์ในประเทศอังกฤษ ก็ได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับประเด็นเรื่องที่ว่า "ปัญหาในการกำหนดกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีการกล่าวอ้างการปลอดจากการบังคับตามกฎหมาย เนื่องจากมีความสัมพันธ์ในครอบครัวเข้ามาเกี่ยวข้องว่าควรจะนำกฎหมายแห่งภูมิลำเนา (lex domicilii) ของครอบครัวนั้นมาใช้บังคับ เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์นี้มีความแตกต่างจากหลักเกณฑ์ในการกำหนดกฎหมายมาใช้กับกรณีละเมิดโดยทั่วไป"²⁰ นอกจากนี้ในรายงานครั้งสุดท้ายของ The Law Commission ไม่ได้กำหนดเรื่องนี้ไว้ แต่ได้พิจารณาถึงปัญหาเรื่องการกล่าวอ้างการปลอดจากการบังคับตามกฎหมายความคุ้มกันว่าเป็น ปัญหาเรื่องการให้ลักษณะกฎหมายกับข้อเท็จจริง²¹ ซึ่งผลสุดท้ายก็กำหนดให้เรื่องความคุ้มกัน เข้าลักษณะเป็นกฎหมายละเมิด ซึ่งก็สอดคล้องกับแนวทางการให้ลักษณะกฎหมายกับข้อเท็จจริงของแต่ละประเทศ และ นำหลักที่มีความยืดหยุ่นนี้สร้างความเหมาะสมให้กับคดีได้มาใช้บังคับ

แนวทางของประเทศออสเตรเลีย ได้กำหนดวิธีการในการหากฎหมายมาใช้บังคับในกรณีที่มีการกล่าวอ้างการปลอดจากความรับผิด 3 วิธีการที่ต่างกันไป ดังต่อไปนี้

¹⁸ C.G.J. Morse, Torts in private international law , pp. 155-158.

¹⁹ Dicey and Morris, The Conflict of Laws , p. 959-960.

²⁰ 1984 Law Commission , p. 235

²¹ 1990 Law Commission P. 25

ก. กำหนดให้ใช้วิธีการพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีๆไปว่า จำเลยซึ่งกระทำการอันเป็นการละเมิดนั้น สามารถกล่าวอ้างการปลอดจากความรับผิดได้หรือไม่ โดยกฎหมายที่จะนำมาใช้พิจารณาประกอบ การหากกฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีประเด็นเช่นนี้ คือ กฎหมายที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคู่กรณีในคดีละเมิดที่มีการกล่าวอ้างการปลอดจากความรับผิด ซึ่งได้แก่กฎหมายภูมิลำเนาของคู่กรณีที่มีความสัมพันธ์ในทางครอบครัวระหว่างกัน

ข. กำหนดให้ใช้วิธีการพิจารณาจากผลประโยชน์ของคู่ความในคดี เมื่อมีการกล่าวอ้างการปลอดจากความรับผิดเข้ามาในคดีละเมิด และเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบถึงผลประโยชน์แห่งคดีที่พิพาทแล้ว จะพบว่าสถานที่ซึ่งคู่กรณีมีภูมิลำเนา ย่อมจะมีผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องและมีความสำคัญต่อคดีมากกว่า ดังนั้นหลักกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับ จึงได้แก่ กฎหมายภูมิลำเนาของคู่กรณี²² แม้ว่าผลของการใช้กฎหมายจะทำให้จำเลยไม่สามารถกล่าวอ้างการปลอดจากความรับผิดได้ก็ตาม

ตัวอย่างเช่นในคดี Haumschild V. Continental Casualty Co.²³ กฎหมายภูมิลำเนาของสามีภรรยา ไม่ได้กำหนดให้ผู้ที่กระทำละเมิดสามารถกล่าวอ้างการปลอดจากความรับผิดในการกระทำละเมิด ที่คู่กรณีมีความสัมพันธ์ในทางครอบครัวระหว่างกันได้ แต่กฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดการละเมิด กำหนดว่าผู้กระทำละเมิดในคดีนี้ สามารถกล่าวอ้างการปลอดจากความรับผิดได้ ศาลที่พิจารณาคดีนี้ ให้ความสำคัญกับกฎหมายภูมิลำเนา เพราะเป็นกฎหมายที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคู่ความในคดี และกระทบต่อผลประโยชน์ของคู่ความมากที่สุด จึงนำกฎหมายภูมิลำเนามาใช้บังคับ ทำให้ภรรยาสามารถฟ้องสามีเพื่อได้รับผิดตามกฎหมายละเมิดได้

²² Kahn Freund , "Delictual Liability in Private International Law," Recueil des Cours II (1968): 65-68.

²³ 95 NW 2 d 814 (1959) cited in , Michael C. Pyles , " Tort and Related Obligations," Recueil des cours , p. 166.

ค. กำหนดให้ใช้วิธีการเดียวกันกับ หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดี ละเมิดในกรณีทั่วไป โดยนำหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิด มาใช้เป็น หลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาว่าการกล่าวอ้างการปลอดจากความรับผิด มีความสมบูรณ์ สามารถกล่าวอ้างต่อศาลได้หรือไม่ และนำหลักความยืดหยุ่นมาปรับใช้ เพื่อให้เกิดความเหมาะสมและเป็นธรรมในแต่ละกรณี เนื่องจากการนำหลักความยืดหยุ่นมาปรับใช้ จะทำให้สามารถ นำกฎหมายที่มีความใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณีมาใช้บังคับได้ โดยส่วนใหญ่ แล้ว กฎหมายที่มีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับคดี ได้แก่ กฎหมายแห่งภูมิลำเนาของคู่กรณีในคดี ละเมิดนั่นเอง²⁴

เมื่อพิจารณาถึงวิธีการต่างๆ ที่กำหนดไว้เพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับในกรณีที่มีการกล่าวอ้างเรื่องการปลอดจากความรับผิดขึ้น สังเกตได้ว่าวิธีการเหล่านี้มีความแตกต่างกันในเหตุผลและ แนวความคิด ที่ใช้ในการพิจารณา แต่ท้ายที่สุดแล้วกฎหมายที่จะใช้ในการกำหนดว่า คดี ละเมิดที่เกิดขึ้นสามารถการกล่าวอ้างการปลอดจากความรับผิดได้หรือไม่ ก็คือกฎหมายแห่งภูมิลำเนาของครอบครัวเช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ดี แม้กฎหมายภูมิลำเนาจะเป็นกฎหมายที่ถูกลำ นำมาใช้ ด้วยเหตุที่เป็นกฎหมายซึ่งมีความใกล้ชิดกับคดีละเมิดมากที่สุด แต่ต้องระวังว่าในบาง สถานการณ์นั้น อาจมีกฎหมายอื่นเหมาะสมในการนำมาใช้บังคับมากกว่า กฎหมายภูมิลำเนา ของคู่กรณี ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องกำหนดตายตัวว่า ในกรณีที่มีการกล่าวอ้างถึงเรื่องการการ ปลอดจากความรับผิด จะต้องใช้กฎหมายภูมิลำเนามาใช้บังคับเพื่อพิจารณาว่ามีความรับผิดหรือ ไม่เท่านั้น แต่การนำกฎหมายอื่นที่มีความเหมาะสมนั้น ต้องมีความสอดคล้องกับ นโยบายของ กฎหมายที่สะท้อนให้เห็นถึงการกำหนด ว่าบุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์กันในทางครอบครัว สามารถ กล่าวอ้างเรื่องการปลอดจากความรับผิดเมื่อเกิดการกระทำละเมิดระหว่างกันได้ แต่ในการ พิจารณาถึงแนวนโยบาย ที่จะแสดงถึงการกล่าวอ้างเรื่องการปลอดจากความรับผิดนี้ ท่าน Kahn Freund ได้แสดงความคิดเห็นว่า "ถ้าเจตจำนงในการกำหนดเรื่องกล่าวอ้างการปลอด

²⁴ Michael C. Pyles , " Tort and Related Obligations, " *Recueil des cours* , pp. 167-168.

จากความรับผิด กลายเป็นเรื่องที่ล้าสมัยแล้วก็ไม่ควรที่จะให้แนวนโยบายที่ล้าสมัยดังกล่าว มามีบทบาทในการใช้บังคับเพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดี"²⁵

3. การกล่าวอ้างถึงเรื่องการปลอดจากการบังคับตามกฎหมาย เนื่องจากคู่กรณีมีความสัมพันธ์พิเศษในกรณีอื่นๆ ระหว่างผู้กระทำละเมิดและผู้เสียหาย

การกล่าวอ้างถึงเรื่องการปลอดจากการบังคับตามกฎหมาย เนื่องจากคู่กรณีมีความสัมพันธ์พิเศษในกรณีอื่นๆ ระหว่างผู้กระทำละเมิดและผู้เสียหาย มีผลในทำนองเดียวกับการกล่าวอ้างถึงเรื่องการปลอดจากการบังคับตามกฎหมาย อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกในครอบครัว คือ ไม่สามารถฟ้องคดีละเมิด เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้กระทำละเมิดได้ แต่กฎหมายที่จะถูกนำมาใช้ในการพิจารณาคดีนั้นต่างกัน ซึ่งการกล่าวอ้างถึงเรื่องการปลอดจากการบังคับตามกฎหมาย เนื่องจากคู่กรณีมีความสัมพันธ์พิเศษในกรณีอื่นๆอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณีดังนี้

ก. การกล่าวอ้างถึงเรื่องการปลอดจากการบังคับตามกฎหมาย เนื่องจากความสัมพันธ์ในทางศีลธรรม(Charitable Immunities)

ข. การกล่าวอ้างถึงเรื่องการปลอดจากการบังคับตามกฎหมาย เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินกับแขก (Guest) ของตน

ค. การกล่าวอ้างถึงเรื่องการปลอดจากการบังคับตามกฎหมาย เนื่องจากความสัมพันธ์ในทางศีลธรรม(Charitable Immunities)

การกล่าวอ้างถึงเรื่องการปลอดจากการบังคับตามกฎหมาย เนื่องจากความสัมพันธ์ในทางศีลธรรม เป็นกรณีที่จำเลยอ้างมีฐานะที่เป็นองค์การกุศล หรือได้กระทำหน้าที่ในทางศีลธรรม ซึ่งกฎหมายของสถานที่ที่ได้จดทะเบียน หรือ ก่อตั้งเพื่อดำเนินการในทางศีลธรรม หรือ

²⁵ Kahn Freund , "Delictual Liability in Private International Law," Recueil des Cours II (1968): 67.

กฎหมายแห่งสถานที่ที่การกระทำเกิดขึ้น หรือ สถานที่ซึ่งได้รับความเสียหายไม่ได้กำหนดว่าจำเลยมีความรับผิด

การพิจารณาในเรื่องนี้ เป็นเรื่องที่มีการนำมาใช้เพื่อปฏิเสธความรับผิดในบางประเทศเท่านั้น เช่นในประเทศอเมริกา ไม่ได้ใช้บังคับกันอย่างแพร่หลาย ฉะนั้นหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ จึง จำเป็นที่ต้องกำหนดไว้อย่างชัดเจนแน่นอน แม้ผลที่ได้รับจากการกำหนดนั้นจะไม่ใช่ที่พึงพอใจก็ตาม เนื่องจากถ้ามีความไม่แน่นอนจะก่อให้เกิดความเสียหายได้มากกว่า โดยหลักที่นิยมนำมาใช้กำหนดนั้น คือ หลัก lex loci delicti แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า จะใช้หลักนี้ในทุกกรณี เนื่องจากถ้าปัจจัยแวดล้อมคดีแสดงให้เห็นว่า กฎหมายของประเทศอื่นมีความเหมาะสมกว่า ก็สามารถจะนำกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้ได้²⁶

ตัวอย่างเช่น คดี Kaufman V. American Youth Hostels Inc²⁷ จำเลยเป็นองค์กรที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการกุศล จัดทะเบียนใน New York ซึ่งเป็นที่เดียวกับถิ่นที่อยู่ของโจทก์ เกิดเหตุแห่งการละเมิดที่ Oregon และ Oregon ไม่ได้กำหนดว่าสามารถกล่าวอ้างเรื่องการปลอดจากความรับผิดได้ ศาลนำกฎหมาย Oregon มาใช้บังคับแก่คดี ตามหลัก lex loci delicti อย่างเคร่งครัด โดยไม่พิจารณาว่า กฎหมาย New York จะกำหนดว่าสามารถกล่าวอ้างเรื่องการปลอดจากความรับผิดได้หรือไม่

ข. การกล่าวอ้างถึงเรื่องการปลอดจากการบังคับตามกฎหมาย เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินกับแขก (Guest) ของตน

เหตุผลที่มีกฎหมายอนุญาตให้มีการกล่าวอ้างถึง เรื่องการปลอดจากการบังคับตามกฎหมาย เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินกับแขกของตน เนื่องจากการที่เมื่อผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน ได้อำนวยความสะดวกให้กับผู้ที่เป็นแขกของตนแล้ว เมื่อมีการกระทำละเมิดของผู้ที่เป็นเจ้าของเกิดขึ้น โดยปราศจากเจตนาในการกระทำผิด เช่น ละเมิดเกิดจาก

²⁶ C.G.J. Morse, Torts in private international law , p. 159.

²⁷ 177 N.Y.S 2d 557 (1958) cited in, D.F. Cavers, The Choice of Law Process (University of Michigan Press, 1965), pp. 59-62.

ความประมาทเลินเล่อ แล้วผู้ที่เป็นแขกได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดครั้งนั้น ก็ไม่ควรที่จะให้บุคคลนั้นต้องรับผิด เป็นการมองในลักษณะที่ว่า เป็นเรื่องของคุณธรรม หรือการตอบแทนบุญคุณ

ประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาก็คือ จะใช้หลักเกณฑ์ใดในการกำหนดกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีที่มีลักษณะพิเศษเช่นนี้ จะนำหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายในคดีละเมิดทั่วไป หรือ กำหนดหลักเกณฑ์โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงแห่งการละเมิดเป็นกรณีๆไป ว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นมีความใกล้ชิดกับกับกฎหมายของประเทศใด โดยจะขอพิจารณาจากแนวทางของประเทศต่างๆที่กล่าวถึงการหากฎหมายมาใช้บังคับในกรณีนี้ ดังต่อไปนี้

แนวทางของประเทศอเมริกา การกล่าวอ้างถึงเรื่องการปลอดจากการบังคับตามกฎหมาย เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินกับแขกของตน ยังไม่มีความแน่นอนในนโยบายในการพิจารณาเรื่องนี้ เห็นได้จาก ปี 1970 ก็ยอมรับแนวความคิดที่จะป้องกันไม่ให้ผู้โดยสารที่เป็นแขก เรียกร้องค่าเสียหายต่อผู้ขับขี่ที่เป็นเจ้าของรถนั้น โดยบัญญัติเป็นกฎหมาย (Guest Statutes) ต่อมาแนวความคิดดังกล่าวก็ถูกคัดค้านจากศาล และนักวิชาการโดยกำหนดว่าเมื่อมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น จำเลยต้องชดเชยค่าเสียหาย²⁸

ส่วนประเด็นในการหากฎหมายมาใช้บังคับ เมื่อแนวความคิดในเรื่องนี้ไม่มีความชัดเจน ดังนั้นหลักเกณฑ์ที่จะต้องนำมาใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับจึงต้องมีความชัดเจนแน่นอน จึงกำหนดให้ใช้หลักกฎหมายของสถานที่ที่มีการละเมิดเกิดขึ้น เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสามารถกล่าวอ้างการปลอดจากการบังคับตามกฎหมาย เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินกับแขกของตนได้หรือไม่ โดยไม่คำนึงถึงปัจจัยอื่นๆประกอบการพิจารณาเลย ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายภูมิลำเนาที่มีความสัมพันธ์กันก่อนเกิดการละเมิด หรือ การโต้แย้งว่าสถานที่เกิดละเมิดนั้นเกิดขึ้นโดยบังเอิญก็ตาม

²⁸ C.G.J. Morse, Torts in private international law , pp. 159-160.

ในเรื่องนี้ผู้พิพากษา Van Voorhis ได้ทำความเข้าใจคดีในคดี Babcock Vs Jackson²⁹ ในคดีนี้ศาลปฏิเสธการใช้หลัก Lex loci delicti ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่เกิดขึ้น โดยการนำหลักเกณฑ์อื่นที่มีความสอดคล้องกับความสัมพันธ์ของคู่กรณีมาใช้ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวก็ไม่ได้กำหนดเรื่องการกล่าวอ้างการปลดจากการบังคับตามกฎหมาย เพื่อยกเว้นความรับผิดของจำเลยไว้ ผู้พิพากษา Van Voorhis ได้เสนอความเห็นว่าหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดกรณีอื่นๆ ควรเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดกฎหมายมาใช้บังคับโดยพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี แต่ในประเด็นเรื่องกล่าวอ้างการปลดจากการบังคับตามกฎหมาย เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินกับแขกของตน เป็นกรณีที่แตกต่างกัน กล่าวอ้างการปลดจากการบังคับตามกฎหมาย เนื่องจากความสัมพันธ์ในทางครอบครัว ที่สามารถนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในคดีมาใช้ได้อย่างเหมาะสมมากกว่า จึงสามารถนำกฎหมายภูมิลำเนามาใช้ได้ แต่เรื่องการกล่าวอ้างการปลดจากการบังคับตามกฎหมาย ในเรื่องนี้ เป็นเรื่องของกาหนดมาตรฐานของความรับผิด จึงต้องการความชัดเจนในการพิจารณาว่าการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นละเมิดตามกฎหมายหรือไม่ แม้ว่าการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นจะได้กระทำไปด้วยความประมาทเลินเล่อก็ตาม จึงไม่สามารถนำกฎหมายของประเทศที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงมาใช้ในลักษณะเดียวกับ เรื่องกล่าวอ้างการปลดจากการบังคับตามกฎหมาย เนื่องจากความสัมพันธ์ในทางครอบครัว แม้ว่ากฎหมายที่กำหนดให้บังคับใช้จะไม่มีเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ที่มีอยู่ก่อนเกิดเหตุแห่งการละเมิดก็ตาม

แนวทางของกลุ่มประเทศ Commonwealth แนวทางในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดกรณีที่มีการกล่าวอ้างการปลดจากการบังคับตามกฎหมาย เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินกับแขกของตน กำหนดให้พิจารณาโดยใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับหลักเกณฑ์ทั่วไปในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

²⁹ 12 N.Y. 2d 473, 191 N.E. 2d 279 (1963), cited in, C.G.J. Morse, *Torts in private international law*, p. 229.

4.1.2.ค กรณีที่ขณะฟ้องคดีจำเลยซึ่งเป็นผู้กระทำละเมิดถึงแก่ความตาย

มีการกระทำละเมิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อโจทก์เกิดขึ้น แต่บุคคลที่กระทำความผิดได้ตายลง ปัญหาที่จะเกิดตามมาคือ สิทธิของโจทก์ในการเรียกร้องค่าเสียหายที่ตนได้รับจากการกระทำละเมิดนั้น ยังคงมีอยู่หรือสิทธิดังกล่าวหมดไป พร้อมกับตัวผู้กระทำผิดที่ได้ตายไปแล้วด้วย ตามหลักกฎหมายแล้วสิทธิของโจทก์ยังคงมีอยู่ โดยกฎหมายกำหนดให้สามารถเรียกเอาจากกองทรัพย์สินของผู้ตายได้ แต่โจทก์ยังคงต้องนำคดีละเมิด มาฟ้องบุคคลใดบุคคลหนึ่งให้เข้ามาดำเนินคดีละเมิด เพื่อให้ตนสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากกองทรัพย์สินของผู้ตายได้ ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ บุคคลใดจะถูกกำหนดให้เป็นจำเลยที่เหมาะสมที่จะเข้ามาในคดีนี้ และใช้หลักเกณฑ์ใดหากกฎหมายมาใช้บังคับ เพื่อกำหนดตัวบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในฐานะจำเลย ในคดีละเมิดที่ผู้กระทำความผิดตาย ซึ่งเมื่อกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาดำเนินคดีได้แล้ว ปัญหาประการต่อมาคือ ประเด็นเรื่องการหากกฎหมายมาใช้บังคับ (applicable law) เพื่อวินิจฉัยว่า คดีละเมิดที่เกิดขึ้นนี้คู่ความมีสิทธิและความรับผิดชอบตามกฎหมายใด

ดังนั้นการศึกษาในหัวข้อนี้ จึงขอแบ่งการพิจารณาออกเป็น ประเด็นเรื่องการกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นจำเลย และเรื่องการหากกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีปัจจัยแห่งความซับซ้อนเข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นขั้นตอนที่สองและสามตามของการศึกษาถึงประเด็นที่ต้องพิจารณาเป็นพิเศษในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ดังต่อไปนี้

ขั้นตอนที่สอง : การศึกษาในประเด็นเรื่องกฎหมายที่จะนำมาใช้กำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นจำเลยในคดีละเมิด ว่าควรใช้กฎหมายใดในการกำหนด

การกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นจำเลยในคดีละเมิด เพื่อเข้ามารับผิดชอบต่อโจทก์โดยความรับผิดชอบในกรณีนี้หมายถึง ความรับผิดชอบต่อทรัพย์สินของผู้กระทำละเมิดที่ตาย และจำกัดเพียงจำนวนที่ไม่เกินมูลค่าในกองทรัพย์สินของผู้ตายที่ได้กระทำละเมิด แม้ว่าจะไม่เต็มตามความเสียหายที่โจทก์ได้รับก็ตาม จึงเห็นได้ว่าไม่เป็นการกระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอกที่ถูกกำหนดให้เข้ามาในคดีแต่อย่างใด แม้จะต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับคดีก็ด้วยหน้าที่อันเนื่องมาจากเป็นบุคคล

ที่มีสถานะพิเศษก็ตามเช่น ผู้ซึ่งเป็นตัวแทนของผู้ตาย หรือผู้ที่มีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของผู้ตาย

การกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นจำเลยนี้ นอกจากเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายแล้ว ยังเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายผู้กระทำละเมิด เพราะคู่ความฝ่ายที่เป็นผู้กระทำความผิดสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ แม้ว่าหลักเกณฑ์ของแต่ละประเทศกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นจำเลยในกรณีที่ผู้กระทำละเมิดถึงแก่ความตายไว้แตกต่างกัน เช่นกฎหมายที่ใช้ในการจัดการทรัพย์สินของผู้ตาย (กฎหมายเรื่องมรดก) หรือกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี แต่หลักในเบื้องต้นที่ทุกประเทศใช้ในการสรรหาตัวจำเลยนั้น ต้องเป็นกฎหมายของประเทศที่มีความสัมพันธ์กับผู้ตายในทางใดทางหนึ่ง เช่นกฎหมายภูมิลำเนา หรือกฎหมายแห่งถิ่นที่กองทรัพย์สินของผู้ตายตั้งอยู่ โดยจะต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีๆไป

ขั้นตอนที่สาม : การศึกษาในประเด็นเรื่องการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีปัจจัยแห่งความซับซ้อนเข้ามาเกี่ยวข้อง

แนวทางในการหากฎหมายมาใช้บังคับเพื่อพิจารณาว่าคู่ความในคดีละเมิดมีสิทธิและความรับผิดชอบตามกฎหมายใด ในคดีละเมิดที่ผู้กระทำความผิดถึงแก่ความตาย ทำให้ต้องมีบุคคลฝ่ายที่สามเข้าเป็นจำเลย สามารถแบ่งออกได้เป็น 4 แนวทางดังต่อไปนี้³⁰

แนวทางที่ 1 กำหนดให้นำหลักในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดโดยทั่วไปมาใช้เพื่อกำหนดตัวบุคคลซึ่งเป็นจำเลยในคดี และกำหนดสิทธิและความรับผิดชอบของคู่กรณีในคดีละเมิดที่มีสถานะการณพิเศษเช่นนี้ เป็นแนวทางที่กำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศเดียวเพื่อแก้ปัญหา ที่อาจเกิดขึ้นในทุกกรณี

³⁰ Moffatt Hancock, "Canadian-American torts in the conflict of laws: The revival of policy determined construction analysis," in Studies in modern choice of law : Torts, Insurance, Land (Newyork: William S Hein Company Buffalo, 1984), p. 244.

แนวทางที่ 2 แนวทางแก้ปัญหานี้ในข้อนี้ กำหนดว่าก่อนที่จะพิจารณาประเด็นปัญหาในการหากฎหมายมาใช้บังคับ ต้องพิจารณาถึง เรื่องการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงก่อนว่า ข้อเท็จจริงที่มีลักษณะพิเศษเช่นนี้ ตกอยู่ภายใต้กฎหมายเรื่องใดนั้น ซึ่ง

ท่าน Kahn Freund³¹ ได้เสนอความคิดเห็นในเรื่องนี้ว่า การที่หลักกฎหมายกำหนดให้กองมรดกของผู้ตายที่ได้กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบ โดยให้บุคคลภายนอกเข้ามาเป็นผู้ดำเนินคดีในฐานะจำเลย ซึ่งบุคคลที่ถูกกำหนดให้เข้ามาดำเนินคดีแทนกองทรัพย์สินของผู้ตาย อาจจะเป็นบุคคลที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายละเมิดเลย เพราะการที่จะกำหนดให้บุคคลใดเป็นจำเลยนั้น เป็นการพิจารณาตามความสัมพันธ์ของ ผู้ถูกกำหนดให้เป็นจำเลยกับผู้กระทำละเมิด ทำให้กฎหมายที่เป็นหลักในการกำหนดตัวบุคคลจึงเป็นกฎหมายเดียวกันกับ กฎหมายที่ใช้กำหนดความสัมพันธ์ที่มีอยู่ระหว่างกัน และความสัมพันธ์นี้เป็นไปตามเรื่องกฎหมายเรื่องมรดก กฎหมายเรื่องละเมิด เนื่องจากความสัมพันธ์นี้ มีผลเกี่ยวข้องโดยตรงกับกองมรดก เช่นเป็นเรื่องสิทธิของทายาท ในการที่จะได้รับมรดก หรือเป็นอำนาจในการจัดการกองมรดกของผู้ปกครองมรดก

แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีหลายประเทศที่กำหนดว่า ปัญหาในเรื่องนี้ เป็นเรื่องของกฎหมายลักษณะละเมิด เช่นประเทศออสเตรเลีย ดังที่ปรากฏในคดี Kerr Vs Paffrey³²

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ เหตุแห่งการละเมิดเกิดที่รัฐ Tasmania ผู้กระทำละเมิดตาย ผู้ที่ได้รับบาดเจ็บจากเหตุการณ์นั้นได้ฟ้องตัวแทนของผู้ตาย ในรัฐ Victoria ศาลกำหนดว่าปัญหาความรับผิดชอบของผู้แทนนี้ เป็นเรื่องละเมิดและกฎหมายของทั้งสองรัฐ อนุญาตให้โจทก์สามารถฟ้องคดีนี้ได้ แต่ปัญหาในคดีนี้ก็คือ ตัวแทนของผู้ตายไม่ได้ถูกแต่งตั้งให้เป็นตัวแทนในรัฐ Tasmania ซึ่งถ้าศาลที่พิจารณาคดีวินิจฉัยในปัญหานี้อย่างเคร่งครัด โดยไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ที่แท้จริง ผลที่จะตามมาจากการวินิจฉัยเช่นนั้น ก็คือ โจทก์จะไม่สามารถที่จะฟ้องคดีนี้ได้ แต่ถ้าศาลที่พิจารณา

³¹ Kahn Freund , "Delictual Liability in Private International Law," Recueil des Cours II ,pp. 110-111.

³² [1970] J. VR. 825.

คดีพิจารณาคดีนี้ โดยคำนึงถึง วัตถุประสงค์ในการแต่งตั้งตัวแทน ที่กระทำไปเพื่อต่อสู้และปกป้องผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินของตัวการ และสาระสำคัญของการแต่งตั้งก็ไม่ได้กำหนดไว้เป็นกรณีเฉพาะว่าต้องเป็นตัวแทน ที่สามารถดำเนินคดีในรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น ดังนั้นแม้ว่าจะไม่ได้แต่งตั้งให้เป็นตัวแทนในรัฐ Tasmania ก็สามารรถที่จะกำหนดให้บุคคลที่เป็นตัวแทนตามกฎหมายของรัฐอื่นสามารถเข้ามาในคดีได้ เพื่อที่ได้ดำเนินการใดๆ ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายต้องการ

The English and Scottish law commissions ได้กล่าวถึงประเด็นในเรื่องการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ในประเด็นปัญหาในการที่จะสรรหาผู้ที่เข้ามาเป็นจำเลย ว่าควรจะถูกจัดให้อยู่ในกฎหมายเรื่องละเมิด แต่อย่างไรก็ดีใน Law commissions ก็ยังไม่ได้ผลสรุปที่แน่นอนว่า ควรเป็นไปตามกฎหมายเรื่องใด ระหว่างกฎหมายละเมิดกับกฎหมายมรดก โดยปล่อยให้เป็นเรื่องการใช้ดุลยพินิจของศาล ในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง

ถ้าผลแห่งการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง กำหนดว่าเป็นเรื่องละเมิดแล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปตามลำดับก็คือ ประเด็นเรื่องการกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นจำเลยในคดี ให้ใช้กฎหมายภูมิลำเนาอันเป็นที่อยู่ในขณะถึงแก่ความตาย เป็นหลักในการกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาเป็นจำเลยที่เหมาะสมในคดีที่ผู้กระทำละเมิดถึงแก่ความตาย ส่วนหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดนั้น ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดของศาลที่พิจารณาคดี

แนวทางที่ 3 แนวทางแก้ปัญหาในข้อนี้ หลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดของศาลที่พิจารณาคดี แต่ในเรื่องการกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาดำเนินคดีในฐานะจำเลย ให้ใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินในการกำหนด

แนวทางที่ 4 แนวทางแก้ปัญหาในข้อนี้ หลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดของศาลที่พิจารณาคดี แต่ในเรื่องการกำหนดตัวบุคคลที่จะเข้ามาดำเนินคดีในฐานะจำเลย ให้กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี

เป็นที่สังเกตได้ว่า หลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่ผู้กระทำละเมิดถึงแก่ความตาย ในทุกแนวทาง จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปที่นำมาใช้ในการหากฎหมายในคดีละเมิด แต่ความแตกต่างของแต่ละแนวทางนั้น จะแตกต่างกันที่กฎหมายที่ใช้ในการกำหนดบุคคลที่จะเข้ามาเป็นจำเลยในคดี

4.1.2.ง กรณีที่โจทก์ฟ้องผู้รับประกันภัยในฐานะจำเลยโดยตรง

การที่โจทก์สามารถฟ้องคดีละเมิด ต่อผู้รับประกันภัยของจำเลยได้โดยตรง เนื่องจากผู้กระทำละเมิด ได้ประกันความรับผิดของเข่าที่อาจเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำละเมิดของตน ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น และทำให้ตนต้องรับผิดในความเสียหายนั้น โดยเมื่อมีเหตุการณ์ที่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น จากการกระทำละเมิดของผู้เอาประกันแล้ว บริษัทประกันภัยต้องรับผิดตามเงื่อนไขหรือข้อตกลงระหว่างผู้เอาประกันภัย กับผู้รับประกันภัย ตามที่ปรากฏในกรมธรรม์ประกันภัย ถ้าความเสียหายมีมากกว่าจำนวนเงินเอาประกันภัย ผู้ทำละเมิดก็ยังคงมีรับผิดต่อผู้เสียหายในส่วนของขาดนั้น

การประกันภัยความรับผิดที่ผู้กระทำละเมิดนิยมทำประกันภัย เป็นส่วนใหญ่ จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องอุบัติเหตุในการจราจร และให้อำนาจแก่ผู้เสียหายที่จะสามารถฟ้องผู้รับประกันภัย ได้โดยตรงโดยไม่ต้องฟ้องผู้กระทำละเมิดก่อน ด้วยเหตุผลที่ว่า ผู้รับประกันภัยมีหน้าที่ที่ต้องชดเชยค่าเสียหายในคดีละเมิดตามที่ตกลงในสัญญาประกันภัย แต่อย่างไรก็ดีการใช้สิทธิในการฟ้องผู้รับประกันภัยนี้ ก็ถูกจำกัดเพียงแค่อุทธรณ์ที่ผู้เสียหายมีต่อผู้กระทำละเมิดเท่านั้น

ปัญหาการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ในกรณีที่ฟ้องผู้รับประกันภัยโดยตรง ขึ้นอยู่กับการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องอะไรในทางกฎหมาย ซึ่งในที่นี้อาจแบ่งแยกการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงได้ 2 ลักษณะคือ

1. ให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงว่าเป็นเรื่องของกฎหมายละเมิด
2. ให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงว่าเป็นเรื่องของกฎหมายสัญญา

1. ให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงว่าเป็นเรื่องกฎหมายละเมิด

การให้อำนาจแก่ผู้เสียหายในคดีละเมิดที่จะฟ้องผู้รับประกันภัยโดยตรง ในความรับผิดที่เกิดจากการกระทำละเมิดของผู้เอาประกัน ดังนั้นสิทธิดังกล่าวนี้จึงต้องเป็นไปตามที่กฎหมายเรื่องละเมิดได้กำหนดไว้ การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเช่นนี้ได้รับการสนับสนุน จากหลายประเทศ เช่นประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส ออสเตรเลีย โดยเฉพาะในประเทศออสเตรเลีย จะกำหนดเป็นกฎหมายที่กำหนดสิทธิในกรณีนี้ว่าเป็นเรื่องละเมิดไว้โดยตรง³³ ซึ่งเหตุผลในการกำหนดไว้เช่นนี้ เนื่องจากในขณะนั้นหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมาย ใช้หลัก double actionability การที่จะฟ้องผู้รับประกันภัยก็ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั้งสองประการ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องให้นำหลักเกณฑ์ทั้งสองประการนี้ เป็นหลักในการกำหนดบทบัญญัติในการฟ้องคดีโดยตรง เพื่อความสอดคล้องกัน เพราะมีฉะนั้นแล้ว ถ้าหลักเกณฑ์ทั้งสองหลักกำหนดความรับผิดไว้แตกต่างกัน ก็ทำให้ไม่สามารถที่จะเรียกร้องจากผู้รับประกันภัยได้โดยตรง ก่อให้เกิดความยุ่งยาก เสียเวลา เพราะผู้กระทำละเมิดจะต้องไปฟ้องผู้รับประกันภัยโดยตรงเป็นอีกคดีหนึ่ง ส่วนผู้เสียหายก็ฟ้องผู้กระทำละเมิดเป็นอีกคดีหนึ่ง ทำให้มี 2 คดีที่มีข้อเท็จจริงเดียวกัน อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลและต้องวินิจฉัยในประเด็นเดียวกันด้วย แต่ถ้าให้สิทธิโจทก์ในการฟ้องคดีต่อผู้รับประกันภัยได้โดยตรง ก็จะเป็นการลดขั้นตอนของการพิจารณาคดี และก่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็วมากยิ่งขึ้น

แต่การกำหนดกฎหมายว่า เป็นเรื่องละเมิดเลยไม่ใช่ว่าจะสามารถยุติปัญหาได้ทั้งหมด เพราะแม้ว่าข้อเท็จจริงจะกำหนดว่าเป็นเรื่องละเมิดทั้งหมด แต่การกำหนดสิทธิของโจทก์นี้ก็ยังคงคำนึงถึง นโยบายในเรื่องการประกันภัย ตามกฎหมายของรัฐที่ผู้ทำละเมิดได้ทำการประกันภัยไว้ ประกอบด้วย เนื่องจากแม้ว่าหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมาย จะกำหนดสิทธิในการฟ้องผู้รับประกันภัย แต่ด้านนโยบายในการประกันภัย ตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศกำหนดไว้แตกต่างกัน เช่นไม่กำหนดความรับผิดในบางเรื่อง ก็จะมีผลกระทบต่อสิทธิที่หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมาย กำหนดไว้ด้วย

³³ Micheal C. Pryles, "Tort and Related Obligations," *Recueil des cours*, p. 140.

ตัวอย่างเช่น มีการทำการประกันภัย ตามกฎหมายของรัฐ a ข้อเท็จจริงแห่งการละเมิด เกิดที่รัฐ a หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมาย โดยให้หลัก double actionability กำหนดสิทธิในการฟ้องผู้รับประกันภัยไว้ แต่การที่โจทก์จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลรัฐ a ที่มีนโยบายในเรื่องการประกันภัย ไม่ได้รวมถึงความรับผิดในบางเรื่อง ทำให้ไม่ครบตามเงื่อนไขที่กำหนดเพื่อใช้หลัก double actionability ได้ โดยแนวทางในการแก้ปัญหา คือการปรับปรุงหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมาย โดยให้มีความยืดหยุ่น หรือง่ายต่อการปรับใช้มากขึ้น ทำให้มีการอ้างถึงหลัก lex loci delicti แต่เพียงหลักเกณฑ์เดียว หรือใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมแทน เป็นต้น

2. ให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงว่าเป็นเรื่องของกฎหมายสัญญา

การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ที่มีความเกี่ยวข้องกับบุคคล 3 ฝ่าย นั่นคือ ผู้กระทำละเมิด ผู้เสียหาย และผู้รับประกัน ดังที่ได้อธิบายไว้ข้างต้นนั้น มีความเป็นไปได้ที่การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง จะเป็นเรื่องสัญญา เนื่องจากสิทธิที่โจทก์สามารถฟ้องผู้รับประกันภัยได้โดยตรงนั้นไม่เป็นสิทธิที่เกิดขึ้น จากการกระทำละเมิดโดยตรง เพราะการกระทำละเมิด เป็นเพียงเงื่อนไขข้อหนึ่งในสัญญาประกันภัย เมื่อเป็นไปตามเงื่อนไข ผู้รับประกันภัยก็มีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามข้อตกลง ในการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิด ดังนั้นการที่โจทก์สามารถฟ้องผู้รับประกันภัยได้โดยตรง จึงเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นตามสัญญาประกันภัย ทำให้ข้อเท็จจริงในลักษณะเช่นนี้ จึงถูกกำหนดว่าเป็นเรื่องสัญญา

การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ว่าสิทธิในการฟ้องผู้รับประกันโดยตรง นั้นว่าเป็นเรื่องของสัญญา มีหลายประเทศสนับสนุน แต่หลายประเทศก็นำการให้การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ว่าเป็นเรื่องสัญญามาใช้โดยมีจุดประสงค์ เพื่อหลีกเลี่ยงผลอันไม่เป็นที่ต้องการ ที่เกิดจากการกำหนดว่าเรื่องที่พิพาทนี้เป็นเรื่องตามกฎหมายละเมิด

ตัวอย่างเช่น ศาลประเทศออสเตรเลีย ได้การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ว่าเป็นเรื่องละเมิด ในคดี Plozza V South Australia Insurance co. Ltd.³⁴ คดีนี้ได้ประกันภัยรถที่

³⁴ [1963] SASR 122. , cited in, Michael C. Pryles, "Tort and Related Obligations, " *Recueil des cours*, p. 142-143.

South Australia เกิดอุบัติเหตุที่ Victoria ผู้ทำละเมิดตายผู้เสียหายจึงฟ้องผู้รับประกันภัยโดยตรง ใน South Australia และตามกฎหมายของ South Australia กำหนดว่าผู้เสียหายมีสิทธิดังกล่าว แต่ต้องเป็นไปตามมีเงื่อนไขหรือนโยบายด้านการประกันภัยตามกฎหมาย South Australia ด้วย ซึ่งเงื่อนไขตามกฎหมาย South Australia ก็คือ ขณะที่ฟ้องคดีผู้ทำละเมิดต้องยังมีชีวิตอยู่จึงมีสิทธิฟ้องผู้รับประกันภัยได้ และตามกฎหมายของ Victoria ไม่ได้อนุญาตให้ฟ้องผู้รับประกันภัยโดยตรงได้ ดังนั้น ถ้าคดีนี้ให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ว่าเป็นเรื่องละเมิด โจทก์ก็ไม่สามารถฟ้องต่อผู้รับประกันภัยได้โดยตรง ทำให้ศาลในคดีนี้ให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนี้ ว่าเป็นเรื่องสัญญา หลักกฎหมายขัดกันเรื่องสัญญา กำหนดว่าผู้รับประกันภัยมีหน้าที่ตามกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับสัญญาประกันภัย ไม่ว่าจะตีจะถูกนำมาฟ้องต่อศาลใด กฎหมายที่เหมาะสมก็ได้แก่ กฎหมายของรัฐที่มีนโยบายให้ความรับผิดชอบของผู้รับประกันภัย ครอบคลุมทุกกรณีที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด และก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น และผู้รับประกันภัยไม่เพียงต้องรับผิดชอบต่อผู้เอาประกันภัยตามสัญญาแล้ว ยังหมายรวมถึงความรับผิดชอบต่อผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดด้วย ทำให้ผู้เสียหายมีสิทธิในการฟ้องผู้รับประกันภัยให้รับผิดชอบได้โดยตรง

แต่ในคดี Hodge V Club motor insurance agency pty. ltd.³⁵ ข้อเท็จจริงคล้ายกับคดีแรก ถ้าคดีนี้ให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ว่าเป็นเรื่องละเมิด ก็ถูกยกฟ้องเช่นเดียวกัน ศาลก็หลีกเลี่ยงปัญหาที่จะทำให้โจทก์ไม่สามารถฟ้องผู้รับประกันภัยได้ โดยกำหนดว่าผู้รับประกันภัยมีความรับผิดชอบต่อผู้เสียหายโดยตรงเลย ทำให้ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะฟ้องผู้รับประกันภัยโดยตรง เป็นให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ว่าเป็นเรื่องกึ่งสัญญา

เหตุผลที่นำมาใช้ในการทำให้โจทก์มีสิทธิในการฟ้องผู้รับประกันภัยได้ อาจมีความแตกต่างกันแต่ก็มีเหตุผลที่ต้องการอย่างเดียวกัน คือต้องการให้ทุกฝ่ายได้รับความเป็นธรรม และไม่เกิดความล่าช้าในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี นอกจากเรื่องการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ว่าเป็นเรื่องใดแล้ว ยังมีอีกแนวทางหนึ่ง ที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าโจทก์สามารถฟ้องผู้รับประกันภัยได้โดยตรง แต่สิทธินี้ ต้องเกิดขึ้นจาก กฎหมายที่นำมาใช้กับคดีละเมิด หรือเรื่อง

³⁵ [1974] 2 ALR. 421. (S.A.)

สัญญาประกันภัยอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่นที่ปรากฏใน The Hague convention on the law applicable to traffic accidents [1971] article 3,4,5,9 โดยกำหนดว่าสิทธิในการฟ้องผู้รับประกันภัยได้โดยตรง จะเกิดขึ้นถ้ากฎหมายเหล่านี้ อย่างใดอย่างหนึ่ง ได้ให้สิทธิไว้

- (1) กฎหมายของรัฐที่จดทะเบียนรถที่ก่อให้เกิดความเสียหาย
- (2) กฎหมายแห่งสถานที่ที่เกิดอุบัติเหตุ
- (3) กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาประกันภัย

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ และมีความยุ่งยาก ซับซ้อน ในการกำหนดให้ครอบคลุมเพื่อให้โจทก์สามารถใช้สิทธิได้อย่างเต็มที่ และมีความชัดเจน ดังที่แนวทางที่ The Hague convention [1971] กำหนดไว้ ก็เป็นแนวทางในการแก้ปัญหาที่ดีแนวทางหนึ่ง เพราะไม่ว่าจะกำหนดว่าเป็นเรื่องละเมิดหรือสัญญา สิทธิของผู้เสียหายที่มีอยู่อย่างใดก็มีอยู่ตามนั้น

4.1.3 หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกรณีที่มีการร่วมกันกระทำละเมิด

เมื่อมีการร่วมกันทำละเมิดเกิดขึ้น ทำให้มีผู้ที่มีส่วนร่วมในความรับผิดชอบตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป เมื่อจำเลยซึ่งเป็นผู้กระทำละเมิดได้ชดเชยค่าเสียหายไปแล้ว ก็สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ที่มีส่วนรับผิดชอบในความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นต่อผู้เสียหายได้ โดยใช้หลักการกระจายความรับผิดชอบตามส่วนที่ตนได้ก่อให้เกิดการละเมิดขึ้น แต่การที่จะสามารถเรียกร้องจากผู้กระทำละเมิดคนอื่นได้นั้น ต้องมีกฎหมายให้อำนาจด้วย ประเด็นปัญหาเรื่องนี้ ก็คือสิทธิในการที่จะเรียกร้องต่อผู้มีส่วนในการกระทำละเมิดนั้น เป็นสิทธิตามกฎหมายเรื่องใด และนำหลักเกณฑ์ใด มาใช้ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับการร่วมทำละเมิด

โดยการพิจารณาปัญหาดังกล่าว สามารถศึกษาจากแนวทางของประเทศต่างๆ ประกอบการพิจารณาดังต่อไปนี้

แนวทางของประเทศอังกฤษ โดย English and Scottish Law Commission ได้เสนอความเห็นในเรื่องนี้ใน Working Paper/Consultative Memorandum (1984) ว่า "การมีอยู่แห่งสิทธิของผู้กระทำละเมิด ที่ได้ชดใช้ค่าเสียหายให้โจทก์(ผู้เสียหาย)ในคดีละเมิดไป ในการจะเรียกร้องจากผู้ร่วมกระทำละเมิดคนอื่น เพื่อกระจายความรับผิดของตนนี้ ไม่ถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิด"³⁶ กล่าวคือเป็น สิทธิซึ่งเกิดขึ้นโดยตัวเอง³⁷

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อผู้ที่ต้องรับผิดในความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับนั้น ไม่ใช่ผู้กระทำละเมิดที่แท้จริง ทำให้สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหาย จากผู้ที่มีส่วนรับผิดชอบในความรับผิดที่เกิดขึ้นต่อผู้เสียหายดังกล่าวก็ไม่ใช่เรื่องละเมิด ตัวอย่างเช่น การกำหนดให้นายจ้างต้องรับผิดในการกระทำละเมิดของลูกจ้างที่เกิดขึ้น ระหว่าง ปฏิบัติตามหน้าที่ในทางการที่จ้างให้นายจ้าง ไม่ว่านายจ้างจะเป็นผู้มีส่วนก่อให้เกิดความผิดด้วยหรือไม่ก็ตาม และเมื่อนายจ้างชดใช้ค่าเสียหายไปแล้ว ก็สามารถจะเรียกคืนได้จากลูกจ้างผู้กระทำละเมิดได้ โดยแสดงให้เห็นว่า ลูกจ้างเป็นผู้กระทำละเมิดต่อผู้เสียหาย โดยการเรียกร้องในระหว่างนายจ้างและลูกจ้างเป็นสิทธิคนละประเภทกับสิทธิที่ผู้เสียหายมีต่อผู้กระทำละเมิด ดังนั้นหลักเกณฑ์การหากกฎหมายมาใช้บังคับจึงไม่ควรใช้หลักเกณฑ์เดียว กับที่นำมาใช้ในการหากกฎหมายในเรื่องละเมิด โดยหลักกฎหมายที่นำมาใช้ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับควรเป็นไปตามการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นที่มีการเรียกร้องระหว่างผู้กระทำละเมิดด้วยกันว่าเป็นเรื่องอะไร

แนวทางของประเทศอเมริกา กำหนดว่า สิทธิในการเรียกร้องเพื่อกระจายความรับผิดในระหว่างผู้ทำละเมิด เป็นสิทธิตามกฎหมายละเมิด ซึ่งปรากฏในคำพิพากษาของศาล และในกฎหมายการขัดกัน ก็ให้ใช้หลักในเรื่องละเมิดบังคับกับข้อเท็จจริงในลักษณะนี้³⁸ แต่การกำหนดไว้เช่นนี้ ก็ไม่ได้ยอมรับโดยทั่วไป และไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นวิธีการที่ถูกต้อง โดยท่าน Leflar ได้กล่าวว่า สิทธิในการเรียกร้องระหว่างผู้กระทำละเมิดด้วยกันนั้น ควรจะให้ลักษณะ

³⁶ 1984 Law Commission , p. 236.

³⁷ 1990 Law Commission , p. 25.

³⁸ Michael C. Pyles , " Tort and Related Obligations, " *Recueil des cours* , p.

กฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเช่นนี้เป็นเรื่องกึ่งสัญญา โดยให้เหตุผลว่า “ สิทธิในการเรียกร้องเพื่อกระจายความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นนี้ เกิดมาจากการที่ผู้ทำละเมิดคนหนึ่ง ได้ชดใช้ค่าเสียหายในส่วนที่ผู้ทำละเมิดคนอื่นต้องรับผิด จึงได้สิทธิในการเรียกร้องจากผู้กระทำละเมิดคนอื่น เพื่อกระจายความรับผิดที่ตนต้องจ่ายค่าเสียหายไปก่อน ” ³⁹ เป็นสิทธิที่มีพื้นฐานจากเรื่องความเป็นธรรม ที่ผู้ทำละเมิดคนหนึ่งไม่ควรต้องรับผิดชอบไปกว่าการกระทำของตน

แนวทางของประเทศ Australia หลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับการฟ้องคดีระหว่างผู้ทำละเมิดด้วยกันเพื่อกระจายความรับผิด ให้ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับหลักในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด

แต่ Allen นักนิติศาสตร์ของ Australia ได้ให้ข้อสังเกตในเรื่องนี้ว่า การฟ้องคดีระหว่างผู้ทำละเมิดด้วยกันเพื่อกระจายความรับผิด สามารถให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงว่าเป็นเรื่องของกฎหมายได้หลายลักษณะ เช่นกำหนดว่าเป็นเรื่องของกฎหมายละเมิด เพราะสิทธิในการเรียกร้องระหว่างผู้ทำละเมิดด้วยกันนั้น เป็นสิทธิซึ่งเกิดจากการที่ผู้เสียหายฟ้องผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำละเมิด ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดต่อผู้เสียหาย ตามกฎหมายลักษณะละเมิดแต่เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เสียหาย จึงมีเหตุผลสมควรที่จะให้จำเลยที่ถูกฟ้องในคดีละเมิดต้องชดใช้ค่าเสียหายทั้งหมดไปเพียงผู้เดียว และควรได้รับการเฉลี่ยความรับผิดในระหว่างผู้ทำละเมิดที่มีส่วนในการกระทำให้เกิดการละเมิดด้วยกัน เพื่อความเสมอภาคกัน หรืออาจให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงว่าเป็นเรื่อง สัญญาหรือกึ่งสัญญา เนื่องจากพิจารณาจากมูลเหตุในการกล่าวอ้างสิทธิและสาระสำคัญในการฟ้องคดี มีจุดเกาะเกี่ยวที่มีความใกล้ชิดกับ กฎหมายในลักษณะกึ่งสัญญามากกว่า เพราะไม่ใช่การเรียกร้องระหว่างผู้ทำละเมิด กับผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิด แต่เป็นการเรียกร้องจากให้บุคคลที่อยู่ในสถานะเดียวกัน เพื่อเฉลี่ยความรับผิดโดยอาศัยความสัมพันธ์ระหว่างผู้ทำละเมิดด้วยกัน จึงไม่ใช่เรื่องละเมิดตามกฎหมายลักษณะละเมิด แต่เป็นความสัมพันธ์ในรูปแบบของกึ่งสัญญา เพราะเป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลที่มีความสัมพันธ์เช่นนี้ต้องร่วมกันรับผิด ตามสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ เนื่องจากการที่จำเลยที่

³⁹ R.A. Leflar, American Conflicts Law (Newyork: Bobbs-Merrill Company, 1968), p. 350.

ถูกฟ้องคดี และได้ชดใช้ค่าเสียหายในคดีละเมิดไป ซึ่งเป็นความรับผิดที่ตนไม่ได้เป็นผู้ก่อให้เกิด แต่เพียงผู้เดียว ถ้าไม่กำหนดให้สามารถเรียกร้องจากผู้อื่นได้อีก ก็จะไม่เป็นธรรม กฎหมายจึงควรที่จะเฉลี่ยความรับผิดนี้ ไปยังบุคคลอื่นด้วย และกฎหมายที่เหมาะสมที่จะนำมาใช้บังคับในกรณีที่กำหนดว่าเป็นเรื่องกึ่งสัญญาได้แก่ กฎหมายแห่งสถานที่ที่มีเหตุการณ์ที่สำคัญ อันก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้ผู้ทำละเมิดคนอื่นชดใช้ และเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่แท้จริงที่มีความใกล้ชิดกับคดีมากที่สุด

ประเด็นเรื่อง การให้ลักษณะกฎหมายกับข้อเท็จจริง ที่อาจกำหนดว่าเป็นเรื่องของกฎหมายได้หลายลักษณะ จะทำให้เกิดความไม่ชัดเจนว่าจะนำกฎหมายใดมาใช้บังคับกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น แต่ถ้าไม่ได้กล่าวอ้างถึงการนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับ ก็จะไม่เกิดปัญหาการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ไม่ว่าศาลที่พิจารณาคดีจะให้ลักษณะกฎหมายกับข้อเท็จจริงว่าเป็นเรื่องอะไรก็ตาม เพราะกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับเพื่อกำหนดสิทธิระหว่างผู้กระทำละเมิดด้วยกันนั้น จะเป็นไปตามนโยบายของประเทศที่พิจารณาคดี และเจตนาที่สุจริตของผู้ทำละเมิดร่วมกัน โดยหน้าที่เกิดจากการกระทำละเมิดนั้น ต้องเป็นหน้าที่ถูกต้อง

4.2 ข้อจำกัดในการนำคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาล

ข้อจำกัดในการนำคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาล หมายความว่าถึง เมื่อมีการกระทำของบุคคลหนึ่งบุคคลใด ครอบคลุมประกอบความผิดตามกฎหมาย ลักษณะละเมิดเกิดขึ้น โดยปกติเมื่อนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้น มาฟ้องผู้กระทำละเมิดต่อศาล เมื่อศาลพิจารณาจากข้อเท็จจริงในคดีที่พิพาท แล้วเห็นว่า จำเลยเป็นผู้กระทำละเมิดจริง และโจทก์ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิด ศาลก็จะพิพากษา และกำหนดถึงสิทธิ และความรับผิดของคู่กรณีในทางละเมิด แต่ถ้าบุคคลที่ได้กระทำละเมิดมีความสัมพันธ์อย่างอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย แม้ว่าการกระทำที่บุคคลได้กระทำไปจะครอบคลุม และเป็นความผิดตามกฎหมาย ละเมิดแล้ว แต่ผู้เสียหายก็ไม่สามารถที่จะนำข้อเท็จจริงที่เป็นเรื่องละเมิดมาฟ้องต่อศาลได้ กล่าวคือ ถูกจำกัดสิทธิในการฟ้องคดี ซึ่งอาจเกิดขึ้นจาก แนวความคิด หรือ นโยบายของแต่ละประเทศที่ต้องการจำกัดการฟ้องคดีทางละเมิด โดยอาจจะกำหนดเป็นกฎหมายเพื่อ

จำกัดการฟ้องคดีในทางละเมิด ไว้โดยตรงว่าเมื่อข้อเท็จจริงมีลักษณะพิเศษ อย่างไรอย่างหนึ่งเกิดขึ้น แม้ว่าจะเป็นเรื่องละเมิด ก็ไม่สามารถนำคดีมาฟ้องศาลในฐานความผิด เรื่องละเมิดได้ ซึ่งก็อาจจะมี ความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ แล้วกฎหมายใดจะถือว่าเป็นกฎหมายที่เหมาะสมที่จะนำมาใช้บังคับในกรณีนี้

นอกจากนี้ ข้อจำกัดในการฟ้องคดีในทางละเมิด อาจะเกิดจากการที่คู่กรณีมีความตกลงกันเป็นพิเศษในรูปแบบของสัญญา ทำให้มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายก็ถูกจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีละเมิด ปัญหาที่จะเกิดในกรณีนี้ เมื่อมีความตกลงในสัญญาเพื่อจำกัดความรับผิดในเรื่องละเมิด ข้อตกลงดังกล่าวจะมีความสมบูรณ์ หรือบังคับใช้ได้เพียงใด และการมีข้อกำหนดเช่นนี้ จะถูกจัดประเภทให้เป็นเรื่องของกฎหมายลักษณะใด และหลักเกณฑ์การหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีที่มีลักษณะเช่นนี้ ควรใช้หลักเกณฑ์ใด ซึ่งในการพิจารณาข้อจำกัดในการฟ้องคดีในทางละเมิด เป็นเรื่องที่มีลักษณะเป็นประเด็นพิเศษ ดังนั้น การแก้ปัญหาจึงควรมีแนวทางพิเศษแตกต่างจากกรณีทั่วไป ดังนั้นจึงขอแบ่งการพิจารณาเรื่องนี้ออกเป็น 3 กรณีตามที่กล่าวไว้ข้างต้น ดังต่อไปนี้

- 4.2.1 กรณีที่ขัดต่อหลักกฎหมายที่ว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (public policy)
- 4.2.2 กรณีที่ขัดต่อหลักกฎหมายในเรื่องละเมิด
- 4.2.3 กรณีที่มีข้อกำหนดในสัญญาจำกัดความรับผิดในเรื่องละเมิด

4.2.1 กรณีที่ขัดต่อหลักกฎหมายที่ว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (public policy)

เมื่อมีการกล่าวอ้างหลักกฎหมายที่ว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (public policy) เพื่อเป็นข้อจำกัดในการฟ้องคดีในทางละเมิด ซึ่งวัตถุประสงค์ของหลักกฎหมายที่ว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็เป็นการสะท้อนถึงนโยบายหรือแนวความคิดพื้นฐานของแต่ละประเทศ ดังนั้นหลักกฎหมายที่ว่าด้วยความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชนของแต่ละประเทศอาจมีความแตกต่างกันได้ ปัญหาที่จะเกิดขึ้นตามมาก็คือ เมื่อมีการกล่าวอ้างเรื่องหลักกฎหมายที่ว่าด้วยความสงบเรียบร้อย และศีลธรรม

อันติของประชาชน (public policy) เพื่อจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีละเมิด จะใช้หลักเกณฑ์ใดในการหากฎหมายที่มาใช้บังคับกับเรื่องนี้

หลักกฎหมายที่ว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (public policy) อาจถูกกำหนดขึ้นได้ใน 2 รูปแบบคือ กำหนดไว้ในส่วนของ กฎหมายสารบัญญัติ หรือ กำหนดไว้ในส่วนของ กฎหมายวิธีสบัญญัติ⁴⁰ ซึ่งการกำหนดว่าเป็นเรื่องใดจะมีผลต่อการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ดังต่อไปนี้

1. กรณีที่กำหนดไว้ในกฎหมายสารบัญญัติ

หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด จะใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับที่ศาลที่พิจารณาคดีใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยนำหลักเกณฑ์นั้นมากำหนดความสมบูรณ์ของการกล่าวอ้างถึงข้อจำกัดในการฟ้องคดีละเมิด ตัวอย่างเช่น ถ้าหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดของศาลที่พิจารณาคดีกำหนดให้ใช้ หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น ก็ต้องนำกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดมาพิจารณาถึงความสมบูรณ์ในการอ้างเรื่องข้อจำกัดในการฟ้องคดีละเมิด

2. กรณีที่กำหนดไว้ในกฎหมายวิธีสบัญญัติ

ประเด็นในการพิจารณาถึงความมีอยู่ หรือความสมบูรณ์ของการอ้างเรื่องข้อจำกัดในการฟ้องคดีละเมิด จะไม่ตกอยู่ภายใต้ปัญหาในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ เพราะถือว่ากฎหมายวิธีพิจารณาคดี เป็นเรื่องที่ต้องใช้ภายในเขตอำนาจของรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น ทำให้การพิจารณาในความมีอยู่ของการอ้างเรื่องข้อจำกัดในการฟ้องคดีละเมิด เมื่อนำคดีมาฟ้องยังศาลใด กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีนั้นที่จะกำหนดว่า การอ้างการข้อจำกัดดังกล่าวนั้นมีความสมบูรณ์หรือไม่เพียงไร โดยไม่ต้องไปดูว่าหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับของศาลที่พิจารณาคดี

⁴⁰ 1990 Law Commission , p. 21.

การที่กำหนดข้อจำกัดในการฟ้องคดี ไว้ในรูปแบบใดนั้น มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดที่แตกต่างกัน ถ้ากำหนดไว้ในรูปแบบของกฎหมายวิธีพิจารณาความ ก็มีเหตุผลจากการที่กฎหมายต้องการยกเว้น ว่าผู้กระทำละเมิดไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย ที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดของตน โดยสิทธิของผู้เสียหายก็ยังคงมีอยู่ เช่น ผู้เสียหายในคดีละเมิดไม่ฟ้องคดีภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายของศาลพิจารณาคดีกำหนดไว้ ก็ไม่สามารถจะนำคดีมาฟ้องเพียงเรียกค่าชดเชยได้ แต่ สิทธิที่มีอยู่ก็ไม่ได้ถูกระงับไป ยังคงมีหนี้ต่อกันอยู่ เพียงแต่ไม่สามารถฟ้องร้องเพื่อให้ศาลบังคับให้ได้ แต่ถ้ากำหนดไว้ในรูปแบบของกฎหมายสารบัญญัติ กฎหมายต้องการที่จะระงับสิทธิของผู้เสียหายให้หมดไป และไม่สามารถนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายได้เพราะ สิทธิที่เกิดจากการกระทำละเมิดไม่มีแล้ว

เมื่อศึกษาแนวทางปฏิบัติของแต่ละประเทศ ในการพิจารณาประเด็นเรื่องข้อจำกัดในการฟ้องคดีละเมิด เนื่องจากขัดต่อกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จะพบว่า⁴¹

1. ประเทศที่ใช้ระบบประมวล (Civil law) กำหนดว่าหลักกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยฯ ที่เป็นข้อจำกัด ในการนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาล ให้อยู่ในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติ ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีการกล่าวอ้างข้อจำกัดในการฟ้องคดี ในกรณีนี้จึงเป็นหลักเกณฑ์เดียวกันกับหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับของศาลที่พิจารณาคดี แม้ว่าผลในการใช้วิธีการเดียว จะนำไปสู่การใช้กฎหมายของประเทศที่ต่างกันก็ตาม เพราะต้องการความชัดเจนแน่นอน และมีความสอดคล้องกันในการบังคับใช้

ตัวอย่างเช่น คำตัดสินของศาลฝรั่งเศส ในปี 1963 กำหนดให้ใช้กำหนดเวลาในการฟ้องคดี 1 ปี ตามกฎหมาย Spanish ซึ่งเป็นประเทศที่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น เนื่องจากหลัก

⁴¹ Michael C. Pryles, "Tort and Related Obligations," *Recueil des cours*, pp. 176 - 177.

เกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดของศาลฝรั่งเศสกำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศที่การละเมิดเกิดขึ้น (lex loci delicti) ถึงแม้ว่าข้อเท็จจริงในคดีนี้จะมีความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดกับประเทศฝรั่งเศสมากกว่าก็ตาม คำตัดสินของศาลเยอรมัน ที่นำกฎหมายฝรั่งเศสที่กำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีไว้ มาใช้บังคับเพราะเป็นกฎหมายของประเทศที่การละเมิดเกิดขึ้น ตามหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับของประเทศเยอรมัน แม้ว่าโจทก์จะมีสัญชาติเยอรมัน ส่วนจำเลยมีสัญชาติ Dutch ก็ตาม

ยิ่งไปกว่านั้น แม้ระยะเวลาที่กำหนดไว้ของศาลที่พิจารณาคดี จะมากหรือน้อยกว่ากฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิด ก็ไม่ทำให้แนวทางในการแก้ปัญหาเรื่องข้อจำกัดในการฟ้องคดีแตกต่างไปจากกรณีอื่นๆ แต่มีข้อยกเว้นดังที่บัญญัติไว้ใน Article 12 ของ E.G.B.G.B ที่ใช้เฉพาะกรณีคู่ความทั้ง 2 ฝ่ายเป็นคนเยอรมัน โดยกำหนดให้จำเลยสามารถอ้างข้อจำกัดเรื่องระยะเวลาในการฟ้องคดี ที่กำหนดไว้ น้อยที่สุด เมื่อเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายที่กำหนดจากหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมาย กับกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี

2. ประเทศที่ใช้ระบบ common law กำหนดว่าหลักกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยฯ ที่เป็นข้อจำกัดในการนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาล เป็นทั้งกฎหมายสารบัญญัติ และกฎหมายสบัญญัติ ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ในการกล่าวอ้าง ถ้าอ้างเพื่อไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายเท่านั้น ก็จะได้ถือว่าเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความ ต้องใช้กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีเท่านั้น ไม่สามารถนำข้อจำกัดของกฎหมายต่างประเทศมาใช้ได้ แต่ถ้ากล่าวอ้างเพื่อต้องการให้สิทธิของผู้เสียหายที่ได้รับจากการกระทำละเมิดหมดไป ศาลที่พิจารณาคดีก็สามารถนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้ได้ โดยพิจารณา ตามหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับของศาลที่พิจารณาคดี

ตัวอย่างเช่น ในคดี McElroy V. McAllister (1949)⁴² ศาลประเทศ Scotland กำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศอังกฤษ ตามหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ ในการพิจารณาว่าฟ้องคดีภายในระยะเวลาที่กฎหมายอังกฤษกำหนดไว้หรือไม่ เป็นกรณีของการใช้สิทธิ

⁴² [1949] S.C.110. cited in C.G.J. Morse, Torts in private international law, pp. 279-290.

ในการฟ้องคดี ไม่ใช่กล่าวอ้างเพียงเพื่อหลีกเลี่ยงการจ่ายค่าเสียหายเท่านั้น และคดีนี้ก็ถือว่า ข้อจำกัดในการฟ้องคดีเป็นเพียงกฎหมายสารบัญญัติ เท่ากับเป็นการลดความเข้มงวดในการกำหนด เรื่องข้อจำกัดในการฟ้องคดีให้เป็นเรื่องของกฎหมายวิธีพิจารณาความ และลดปัญหาเรื่องผลแห่งคดีของศาลในแต่ละประเทศ ที่มีความหลากหลาย ไม่มีความสอดคล้องกัน และต้องการความแน่นอนในการนำกฎหมายมาใช้บังคับ แต่ในบางครั้งก็ควรที่จะพิจารณาถึงเหตุผลของคดีที่ต้องการกล่าวอ้าง ข้อจำกัดในการฟ้องคดี เพื่อทำให้หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของการอ้างเรื่องข้อจำกัดในการฟ้องคดี เป็นหลักเกณฑ์ที่มีความเหมาะสมด้วย

4.2.2 กรณีที่ขัดต่อหลักกฎหมายในเรื่องละเมิด

กรณีที่ขัดต่อหลักกฎหมายในเรื่องละเมิด หมายความว่า กรณีที่หลักกฎหมายในเรื่องละเมิด จำกัดสิทธิในการฟ้องคดี โดยเรื่องที่เราเห็นได้ชัดคือ กรณีที่โจทก์มีส่วนร่วมในการทำให้เกิดการละเมิด (Contributory Negligence)⁴³

เมื่อเหตุแห่งการละเมิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น สิทธิและความรับผิดของคู่กรณีก็จะเกิดขึ้นตามมา ในกรณีทั่วไป ถ้าคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ กฎหมายที่จะนำมากำหนดสิทธิและความรับผิดของคู่ความ ก็จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับของศาลที่พิจารณาคดี แต่ถ้าคดีละเมิดที่เกิดขึ้น โจทก์มีส่วนร่วมในการก่อให้เกิดการกระทำละเมิดด้วย การที่จะกำหนดว่าจำเลยมีความรับผิดแค่ไหน จึงไม่สามารถใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปได้ เพราะ ความรับผิดของจำเลยในกรณีนี้จะมีลักษณะพิเศษ เนื่องจากมีการกระทำของ โจทก์ซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้เกิดละเมิดขึ้นด้วย จึงไม่ควรที่จะให้จำเลยต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมด ดังนั้นในคดีละเมิดที่จะมีส่วนก่อให้เกิดความผิดขึ้น สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายของโจทก์ไม่ควรให้เต็มตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง

⁴³ Moffatt Hancock, "Canadian-American torts in the conflict of laws: The revival of policy determined construction analysis," in Studies in modern choice of law: Torts, Insurance, Land pp. 110-113 .

หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดค่าเสียหาย จะสอดคล้องโดยแปรผกผันกับระดับของความรับผิดชอบที่จะมีส่วนในการก่อให้เกิดขึ้น กล่าวคือ โจทก์มีส่วนทำให้เกิดขึ้นมากโจทก์ก็จะได้รับการชดเชยความเสียหายน้อยลง ตามระดับของความรับผิดชอบที่ตนก่อขึ้น ประเทศที่ใช้ระบบ Common law⁴⁴ จะกำหนดให้ใช้วิธีการเปรียบเทียบการกระทำของคู่ความทั้งสองฝ่าย ว่ามีส่วนในการทำให้เกิดการละเมิดแค่ไหนเพียงไร ซึ่งวิธีการดังกล่าวก็เป็นที่รู้จัก และ ได้รับการยอมรับโดยแพร่หลาย ปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องนี้ก็คือ การที่จะกำหนดว่าจะมีส่วนร่วมในการกระทำผิดหรือไม่นั้น ควรกำหนดตามหลักกฎหมายของประเทศใด

ขั้นตอนในการพิจารณาว่า โจทก์มีส่วนในการกระทำให้เกิดการละเมิดอันจะเป็นเหตุให้เกิดข้อจำกัดในการฟ้องคดีละเมิดเพื่อเรียกร้องความเสียหายที่โจทก์ได้รับ เป็นเรื่องของหลักกฎหมายละเมิดที่แต่ละประเทศอาจกำหนดไว้แตกต่างกัน ปัญหาที่เกิดขึ้นคือจะใช้กฎหมายของประเทศใดนั้นการวินิจฉัยถึงข้อจำกัดในเรื่องนี้ ซึ่งเป็นขั้นตอนก่อนการพิจารณาเพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิด โดยกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการกำหนดว่าจำเลยสามารถกล่าวอ้างข้อจำกัดในการฟ้องคดีของโจทก์ อันเนื่องมาจากการมีส่วนร่วมในการกระทำละเมิดของโจทก์ ควรจะเป็นกฎหมายที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีๆไป และกฎหมายที่นำมาใช้บังคับก็เป็นไปตามความเหมาะสมในแต่ละกรณี ตามหลักการหากฎหมายที่เหมาะสมมาใช้บังคับ (proper law) ซึ่งจะทำให้สามารถหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ได้อย่างเหมาะสมมากกว่าการใช้หลักเกณฑ์อื่นในการพิจารณา ว่าจำเลยสามารถกล่าวอ้างข้อจำกัดความรับผิด ด้วยเหตุที่ขัดกับวัตถุประสงค์ของหลักกฎหมายละเมิดได้หรือไม่

ตัวอย่างเช่นถ้าใช้หลัก *lex loci delicti* ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ เพื่อกำหนดว่าการกระทำของโจทก์ ถือเป็นส่วนหนึ่งในการกระทำละเมิด และตนจะต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำนั้น หรือไม่ ถ้าคำตอบของกฎหมายที่ถูกกำหนดตามหลักเกณฑ์นี้ ไม่ได้กำหนดว่าการที่โจทก์กระทำการเช่นนั้น ถือว่ามีส่วนร่วมในการกระทำละเมิดด้วย โจทก์ก็สามารถนำคดีดังกล่าวมาฟ้องเพื่อเรียกค่าเสียหายได้เต็มตามความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยจำเลยไม่สามารถอ้างเรื่องการ

⁴⁴ E.g. in England, The Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945

ข้อจำกัดในการฟ้องคดีได้ แม้ว่าเมื่อพิจารณาจากกฎหมายที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคดีที่พิพาท จะกำหนดว่าจำเลยสามารถกล่าวอ้างข้อจำกัดนั้นได้ก็ตาม

แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าตามกฎหมายที่เหมาะสมซึ่งเป็นขั้นตอนแรกในการพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของการกล่าวอ้างข้อจำกัดในการฟ้องคดีของจำเลย จะกำหนดว่าการกระทำของโจทก์ตามกฎหมายจะถือเป็นส่วนหนึ่งของกรกระทำละเมิดด้วย แต่จำเลยอาจจะไม่สามารถอ้างข้อต่อสู้ในเรื่องที่โจทก์ร่วมกระทำละเมิดเพื่อเป็นข้อจำกัดในการฟ้องคดี ถ้ากฎหมายที่ถูกกำหนดจากหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด เพื่อวินิจฉัยสิทธิและความรับผิด ในระหว่างคู่กรณี กำหนดให้จำเลยมีความรับผิดอย่างเด็ดขาด (strict liability) โดยไม่คำนึงถึงว่าโจทก์จะมีส่วนในการก่อให้เกิดการละเมิดหรือไม่ ตัวอย่างเช่น โจทก์เป็นคน Hungarian ฟ้องคดีละเมิดต่อจำเลย ชาว French ในประเทศ ฝรั่งเศส เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากการที่ตนได้รับบาดเจ็บในอุบัติเหตุทางรถยนต์ ที่เกิดใน Hungary หลักในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับในเรื่องนี้คือ หลัก *lex loci delicti* ซึ่งได้แก่กฎหมายของ Hungary กฎหมายของ Hungary กำหนดว่า ข้อเท็จจริงในคดีที่เป็นเรื่องความรับผิดโดยเด็ดขาดของจำเลย ถ้าพิสูจน์ได้ว่า จำเลยกระทำให้เกิดการละเมิดจริง ดังนั้นแม้ว่ากฎหมายที่นำมาใช้เพื่อพิจารณาว่าจำเลยสามารถกล่าวอ้างข้อจำกัดในการฟ้องคดี จะกำหนดความสมบูรณ์ในการกล่าวอ้างของจำเลยไว้ก็ตาม

4.2.3 กรณีมีข้อกำหนดในสัญญาจำกัดความรับผิดในเรื่องละเมิด⁴⁵ (Exemption Clause, exception or exclusion clause)

สาเหตุที่ต้องพิจารณาดังกฎหมายเรื่องสัญญา ประกอบการศึกษาในเรื่องการหา
กฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เนื่องจากกฎหมายทั้ง 2 ลักษณะ

⁴⁵ Collins, "International between contract and tort in the conflict of laws," *LC.L.Q.* 16 (1967) : 103 . ; Collins, "Exemption Clauses, Employment Contact and the Conflict of Laws," 21 (1972) : 320. ; Kahn Freund , "Delictual Liability in Private International Law," *Recueil des Cours II* (1968): pp. 141-149. ; Moffatt Hancock, "Canadian-American torts in the conflict of laws: The revival of policy determined construction analysis," in *Studies in modern choice of law : Torts, Insurance, Land* , pp. 205-208.

นี้ เป็นกฎหมายในลักษณะหนึ่งเหมือนกัน จึงอาจก่อให้เกิดความสับสนในการพิจารณาเพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับได้ นอกจากนี้ยังมีความเป็นไปได้ที่กฎหมายทั้งสองลักษณะนี้ อาจมีความเชื่อมโยงหรือในข้อพิพาทเรื่องหนึ่งๆ ที่เกิดขึ้นนั้น มีความจำเป็นต้องพิจารณาถึงกฎหมายทั้งสองเรื่องเพื่อประกอบการวินิจฉัยว่า สิทธิและความรับผิดของคู่กรณีในคดีพิพาทนั้นมีอยู่อย่างไร หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า กฎหมายทั้งสองเรื่องมีผลต่อการหากกฎหมายมาใช้บังคับแก่ข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

ตัวอย่างเช่น ประเด็นเรื่องการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (Classification) เป็นกรณีที่เกิดข้อเท็จจริงที่นำมาฟ้องต่อศาล ที่มีความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายละเมิด และกฎหมายสัญญา ปัญหาในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น คือจะกำหนดว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นไปตามกฎหมายลักษณะใด จึงจะมีความเกี่ยวข้องและเหมาะสมกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นมากที่สุด ซึ่งปัญหาประการนี้ เป็นประเด็นสำคัญที่จะบ่งชี้ได้ว่า จะนำหลักเกณฑ์ใดมาใช้ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับกับคดี (Applicable law) เพราะหลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับ ในกรณีของสัญญา กับ กรณีละเมิด ใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน ซึ่งถ้าให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงผิดไป หลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับก็กำหนดกฎหมายได้ไม่ตรง หรือไม่เกี่ยวข้องกันกับประเด็นที่พิพาท ซึ่งส่งผลต่อคำตัดสินในคดีด้วย เช่น การฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการยกเลิกความตกลงที่จะแต่งงาน ⁴⁶

นอกจากนี้ ความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญากับกฎหมายลักษณะละเมิด อาจเกิดขึ้นได้ในลักษณะที่ มีการทำสัญญาซึ่งมีข้อตกลงเพื่อจำกัดความรับผิดของผู้กระทำละเมิด ซึ่งกรณีเช่นนี้ เป็นการทำสัญญากันระหว่างคู่กรณีในคดีละเมิด ก่อนที่จะเกิดเหตุแห่งการละเมิดขึ้น เป็นการทำความตกลงไว้ล่วงหน้าเพื่อจำกัดความรับผิดในทางละเมิด ทำให้เมื่อมีการนำคดีละเมิดที่มีประเด็นเรื่องข้อกำหนดในสัญญามาจำกัดความรับผิดในเรื่องละเมิด มาฟ้องต่อศาล ปัญหาในการหากกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะพิเศษเช่นนี้ ควรจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ใด และจะนำกฎหมายใดมาใช้ในการกำหนดความสมบูรณ์ของสัญญาที่มีลักษณะเช่นนี้

⁴⁶ Collins, "International between contract and tort in the conflict of laws,"

กรณีที่มีข้อตกลงในสัญญา ที่มีจุดประสงค์เพื่อยกเว้น หรือ จำกัดความรับผิดของผู้กระทำละเมิด ข้อตกลงดังกล่าวนี้ เรียกว่า ข้อตกลงเพื่อยกเว้นความรับผิดในทางละเมิด (Exception clause) หมายถึง การทำข้อตกลงในสัญญา มีสาระสำคัญที่จะยกเว้นความรับผิดในทางละเมิดที่อาจเกิดขึ้นได้ในระหว่างคู่กรณีแห่งสัญญานั้น โดยอาจกระทำข้อตกลงเพื่อยกเว้นความรับผิดที่เกิดจากการกระทำละเมิดทั้งหมด หรือเพียงแต่บางส่วนก็ได้ ตัวอย่างเช่น มีความตกลงกันตามสัญญาจ้างแรงงาน หรือสัญญาซื้อขาย เพื่อยกเว้นความรับผิดในทางละเมิดระหว่างคู่สัญญา จึงเกิดการทับซ้อนกันระหว่างกฎหมาย 2 ลักษณะ เพราะการกล่าวอ้างสิทธิเป็นเรื่องละเมิด แต่ การกล่าวอ้างข้อจำกัดในการฟ้องคดีเป็นเรื่องสัญญา กฎหมายที่จะเลือกมาใช้บังคับกับคดีที่มีลักษณะเช่นนี้ควรเป็นเรื่องของกฎหมายลักษณะใด

กรณีที่มีข้อตกลงในสัญญามาจำกัดความรับผิดในทางละเมิด ซึ่งเป็นวิธีการหนึ่งที่สามารถนำมาใช้เพื่อเป็นข้อจำกัดในการนำคดีละเมิด มาฟ้องต่อศาล เมื่อมีเรื่องของสัญญาเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ซึ่งการพิจารณาปัญหาเบื้องต้นของประเด็นนี้ จึงต้องการทราบว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการหากฎหมายมาปรับใช้กับคดีในลักษณะนี้ ซึ่งปัญหาในเรื่องนี้มีนักกฎหมายหลายท่านเสนอความคิดเห็นไว้ เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีประเด็นเรื่อง Exemption clause เข้ามาเกี่ยวข้อง โดยจะขอนำแนวความคิดของนักกฎหมายแต่ละท่าน มาพิจารณาประกอบการหากฎหมายมาใช้บังคับ ดังนี้

ศาสตราจารย์ P.M. North⁴⁷ ได้เสนอแนวทางในการแก้ปัญหาในเรื่องนี้ไว้ 4 กรณีดังนี้

1. กำหนดว่าเนื้อหาหรือข้อเท็จจริงทั้งหมดที่เกิดขึ้น เป็นเรื่องของสัญญา โดยไม่ต้องพิจารณาถึงประเด็นความรับผิดในทางละเมิดเลย
2. กำหนดว่าเนื้อหา หรือข้อเท็จจริงทั้งหมดที่เกิดขึ้น เป็นเรื่องของละเมิดเท่านั้น

⁴⁷ North, "Contract as a Tort Defense in the Conflict of Laws," ICLQ (1977), pp.920-921.

3. กำหนดให้เป็นพิจารณาในประเด็นที่เกิดขึ้นเช่นนี้ โดยถือว่าเป็นเรื่องที่มีลักษณะพิเศษเรื่องหนึ่ง โดยใช้หลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเฉพาะสำหรับเรื่องนั้น มาปรับใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเช่นนี้ โดยพิจารณาแยกต่างจากเรื่องสัญญาและเรื่องละเมิด

4. พิจารณาทั้งหลักในการเลือกกฎหมายมาใช้กับสัญญา และหลักในการเลือกกฎหมายมาใช้กับละเมิด โดยเปรียบเทียบกัน เพื่อที่จะเลือกหลักใดหลักหนึ่งมาใช้บังคับ เพื่อก่อให้เกิดความเหมาะสม และเป็นประโยชน์แก่คดีมากที่สุด

ซึ่งแนวทางหลังที่ได้รับการยอมรับมาใช้ในการแก้ปัญหาการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับในกรณีที่มีข้อกำหนดในสัญญาจำกัด ความรับผิดทางละเมิด มากกว่าแนวทางอื่นๆ⁴⁸

Kahn - Freund⁴⁹ ได้แสดงทัศนะในเรื่องนี้ว่า กรณีที่สัญญามีข้อกำหนดเพื่อจำกัดความรับผิดในทางละเมิด การพิจารณาเพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับต่อข้อเท็จจริงในลักษณะเช่นนี้ต้องแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 ส่วนคือ

- (1) ประเด็นเรื่องความสมบูรณ์ถูกต้องของข้อกำหนดในสัญญา
- (2) ประเด็นเรื่องสิทธิในการฟ้องคดีละเมิด กรณีที่ได้รับผลกระทบจากความสัมพันธ์ในทางสัญญาของคู่กรณีในคดีละเมิด

⁴⁸ Michael C. Pryles, "Tort and Related Obligations." Recueil des cours , pp. 182-191.

⁴⁹ North P.M. Cheshire and North Private International law 10th ed. (London : Butterworths,1979), pp. 285-286. ; Kahn Freund, "Delictual Liability in Private International Law," Recueil des Cours II p. 105.

(1) ประเด็นเรื่องความสมบูรณ์ถูกต้องของข้อกำหนดในสัญญา

การตีความข้อกำหนดในสัญญา และการพิจารณาถึงความถูกต้องของข้อกำหนดในสัญญาที่มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย เป็นเนื้อหาสาระสำคัญของเรื่องสัญญาโดยตรง ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ เพื่อศึกษาว่าข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวสามารถนำมาใช้บังคับได้ และมีความถูกต้องตามกฎหมายแค่ไหนเพียงไร จึงควรที่จะพิจารณาจากหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับเรื่องสัญญา

(2) ประเด็นเรื่องสิทธิในการฟ้องคดีละเมิด กรณีที่ได้รับผลกระทบจากความสัมพันธ์ในทางสัญญาของคู่กรณีในคดีละเมิด

เมื่อกฎหมายที่เลือกมาใช้บังคับกับข้อกำหนดในสัญญา กำหนดว่า ข้อกำหนดในสัญญานั้นมีความถูกต้องตามกฎหมายแล้ว การพิจารณาในส่วนที่สอง คือผลของข้อกำหนดในสัญญาที่กำหนดไว้ เพื่อการฟ้องคดีละเมิด จะมีผลกระทบต่อสิทธิในการฟ้องคดีละเมิด แค่นั้น เพียงไร หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ เพื่อจำกัดความรับผิดในทางละเมิด เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการฟ้องคดีละเมิด ว่าสามารถอ้างข้อกำหนดดังกล่าว ในคดีละเมิดที่เกิดขึ้นได้แค่ไหน ซึ่งเป็นการพิจารณาถึงประเด็นในคดีละเมิดโดยตรง ดังนั้น การพิจารณาความสัมพันธ์ดังกล่าว ควรเป็นกฎหมายที่ถูกกำหนดจาก หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด

อันที่จริงแล้ว การพิจารณากรณีที่มีการอ้างถึงเรื่องข้อจำกัดในการฟ้องคดีละเมิด โดยเหตุที่มีข้อตกลงในสัญญา ที่กำหนดเพื่อยกเว้น หรือ จำกัดความรับผิดไว้ (exemption clause) ต้องใช้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับทั้งเรื่องของ สัญญาและเรื่องของละเมิด ประกอบกัน ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับข้อเท็จจริงในลักษณะนี้ เพื่อกำหนดว่า exemption clause มีความถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ เนื่องจาก ถ้าข้อกำหนดในสัญญานี้ ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย การกล่าวอ้างข้อกำหนดดังกล่าวเพื่อจำกัดสิทธิในการฟ้องคดี ก็ย่อมจะฟังไม่ขึ้น ตัวอย่างเช่น ถ้ากฎหมายที่ถูกกำหนดจากหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับสัญญาระบุว่า ข้อตกลงในสัญญานั้น ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เป็นต้นว่ากฎหมายนั้นไม่อนุญาต

ให้ทำข้อตกลงเพื่อยกเว้นความรับผิดที่เกิดจากการกระทำโดยประมาท ดังนั้น เมื่อข้อตกลงในสัญญาไม่ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว จำเลยก็นำมาใช้อ้างเพื่อจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีละเมิดไม่ได้ หรือ ในกรณีที่ข้อตกลงในสัญญาสมบูรณ์ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว แต่กฎหมายที่กำหนดจากหลักในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ห้ามนำข้อจำกัดในการฟ้องคดีละเมิดที่เกิดจากข้อตกลงในสัญญามาใช้ ผลก็เท่ากับว่า exemption clause เป็นโมฆะเช่นเดียวกัน

ตัวอย่างเช่น คดี *Sayers V. International Drilling Co. N. V.*⁵⁰ ศาลของ Australian ได้พิจารณาและ พิพากษาคดี ที่มีกรอ้างเรื่องข้อกำหนดในสัญญา เพื่อจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีละเมิด โดยข้อเท็จจริงในคดีมีดังนี้

โจทก์คนอังกฤษ เป็นลูกจ้างของจำเลย ซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายประเทศ Dutch มีหน้าที่ขุดเจาะน้ำมันใน Nigeria ในสัญญาจ้างแรงงาน กำหนดให้โจทก์ซึ่งเป็นลูกจ้าง ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น จากการที่ไม่สามารถดำเนินการได้ตามข้อกำหนดของบริษัท เมื่อมีข้อขัดข้องที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญ แต่ไม่รวมถึงความเสียหายอย่างอื่น คดีนี้โจทก์ได้รับบาดเจ็บจากความประมาทเลินเล่อของผู้ร่วมงานในบริษัท จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายต่อศาลอังกฤษ ศาลพิจารณาข้อตกลงในสัญญาแรงงาน โดยใช้กฎหมายของประเทศ Dutch มาใช้ในการวินิจฉัยความสมบูรณ์ของข้อตกลงในสัญญา ว่ามีความถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ เป็นการใช้นักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับสัญญา ส่วนประเด็นเรื่องผลกระทบจากการที่มีข้อกำหนดในสัญญาเช่นนั้น ต่อสิทธิในการฟ้องคดีละเมิด ให้ใช้นักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดของศาลอังกฤษ ซึ่งนักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดใช้หลัก Proper law หรือใช้กฎหมายของประเทศที่มีความเกี่ยวข้องที่สำคัญกับคู่กรณี และใกล้ชิดกับการกระทำละเมิดมากที่สุด ดังที่ปรากฏในคดี *Chaplin V. Boys.*⁵¹ กฎหมายที่หลัก Proper law กำหนดให้นำมาใช้ คือกฎหมายประเทศ Dutch เพราะเป็นประเทศที่อุบัติเหตุอันเป็นการละเมิดได้เกิดขึ้น และบริษัทนี้ก็จดทะเบียนตามกฎหมายประเทศ Dutch ทำให้สัญญา

⁵⁰ [1971] 1 WLR 1176 , cited in, Michael C. Pyles, "Tort and Related Obligations," *Recueil des cours* , pp. 184-186.

⁵¹ [1971] A.C. 356, cited in P.M. North, *Cheshire' Private international law* p. 280.

จ้างแรงงาน จึงเป็นไปตามกฎหมาย Dutch ด้วย ทำให้จำเลยสามารถนำข้อกำหนดในสัญญา มาใช้ในการกล่าวอ้างเพื่อจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีละเมิดได้

แต่ถ้ามองในมุมหนึ่ง ความสมบูรณ์ของข้อตกลงในสัญญาอาจถูกกำหนดโดยกฎหมาย อังกฤษก็ได้ เนื่องจากเป็นประเทศที่ได้มีการทำสัญญาจ้างแรงงานขึ้น และผู้เสียหายก็เป็นคน อังกฤษ สัญญาใช้ภาษาอังกฤษ การจ่ายเงินเดือนก็จ่ายเป็นเงินสกุลอังกฤษ ทำให้สถานการณ์ เช่นนี้ กฎหมายอังกฤษอาจสามารถนำมาใช้ในฐานะที่มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับคดี และเป็น กฎหมายที่เหมาะสมที่จะใช้บังคับกับสัญญาตามหลักเกณฑ์เรื่อง Proper law ได้ ซึ่งถ้าวิเคราะห์ ในมุมมองเช่นนี้ ผลที่จะเกิดขึ้นก็คือจำเลยไม่อาจอ้างข้อกำหนดในสัญญา เพื่อจำกัดสิทธิในการ ฟ้องคดีละเมิดของโจทก์ได้ เพราะกฎหมายอังกฤษกำหนดว่าข้อตกลงในสัญญาเช่นนี้เป็นโมฆะ

Lord Denning ได้แสดงความคิดเห็นว่า ไม่สามารถจะนำหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการหา กฎหมายทั้ง 2 ลักษณะ มาใช้ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีที่มีความสัมพันธ์ระหว่าง สัญญากับละเมิดได้ ต้องใช้เพียงหลักเกณฑ์เดียวเท่านั้น ในการกำหนดทั้งสิทธิและข้อจำกัดการ ฟ้องคดี เพื่อให้แนวทางในการหากฎหมายมาใช้บังคับมีความแน่นอน และเสนอว่าหลักเกณฑ์ ในการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีที่มีประเด็นพิเศษเข้ามาเกี่ยวข้องเช่นนี้ ควรใช้หลักเกณฑ์ที่มี ความสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นด้วย โดย ซึ่งส่วนใหญ่จะนำกฎหมายที่ใช้บังคับกับเรื่อง สัญญามาใช้ในการวินิจฉัย ทั้งเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญา และเรื่องการกล่าวอ้างข้อจำกัด สิทธิในคดีละเมิด

ตัวอย่างเช่น คดี Allan J. Panozza & Co. Pty. Ltd V. Allied Interstate (Qld) Pty. Ltd⁵² ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ โจทก์ฟ้องคดีละเมิดเพื่อเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิดของจำเลย จำเลยต่อสู้คดีโดยกล่าวอ้างว่า โจทก์จำเลยได้ตกลง ทำสัญญามีข้อตกลงเพื่อจำกัดความรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดของจำเลยไว้ ก่อนที่จะเกิดการ กระทำละเมิดขึ้น ทำให้โจทก์ไม่สามารถนำคดีมาฟ้องตนได้ ศาลได้พิจารณาคดีนี้ และได้วินิจฉัย ในประเด็นเรื่อง การหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะเช่นนี้ว่า ในเรื่อง

⁵² [1976] 2 NSWLR 192

ความถูกต้องตามกฎหมายของข้อตกลงในสัญญา และผลของการอ้างเรื่องการกล่าวอ้างข้อจำกัดในการฟ้องคดีละเมิดที่เกิดจากข้อตกลงในสัญญา ต้องนำหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่เหมาะสมกับสัญญามาใช้บังคับทั้ง 2 เรื่อง

แนวทางของประเทศอังกฤษ The English and Scottish Law Commissions ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ใน final report⁵³ ว่าเรื่องการตีความและความถูกต้องตามกฎหมายของข้อตกลงในสัญญา ต้องใช้หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่เหมาะสมตามกฎหมายเรื่องสัญญาที่ใช้ในการพิจารณาประเด็นนี้ ส่วนผลของการอ้างความสัมพันธ์ในทางสัญญา เพื่อป้องกันการฟ้องคดีละเมิด ควรใช้หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่เหมาะสมตามกฎหมายละเมิด ในการกำหนดสิทธิและความรับผิดชอบคู่ความ แต่ในเบื้องต้นก็ยังคงมีคณะกรรมการบางท่าน ทำความเห็นแย้งไว้ว่า ในการพิจารณาในเรื่องผลกระทบจากการกล่าวอ้างสัญญาเพื่อจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีละเมิด ต้องใช้หลักเกณฑ์เดียวกับเรื่องสัญญา ไม่ใช่เรื่องละเมิด เพราะการแบ่งออกเป็น 2 ประเด็น ทำให้ หลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับนำไปสู่การใช้กฎหมายคนละประเทศและไม่เกี่ยวข้องกัน จะไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่แท้จริงได้ แต่ในที่สุดแล้ว ความเห็นของคณะกรรมการก็ได้ให้เหตุผลในการแบ่งแยกการพิจารณาออกเป็น 2 ประเด็นว่า การที่กล่าวว่า การใช้วิธีแบ่งการพิจารณาที่ละส่วนนั้น ไม่สามารถแก้ปัญหาคำถามได้ทั้งหมด เพราะไม่ได้พิจารณาถึงภาวะที่เกิดขึ้นจริง เพราะในสถานการณ์จริงนั้น จะยังคงไม่นำเรื่องข้อกำหนดในสัญญาขึ้นกล่าวอ้างต่อศาล เพื่อป้องกันการฟ้องคดีละเมิดถ้าไม่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นก่อน จึงมุ่งเน้นที่จะพิจารณาแต่ประเด็นเรื่องสัญญาเท่านั้น เพื่อจะหาคำตอบว่า สัญญาดังกล่าวสมบูรณ์แค่ไหน และสามารถนำมาใช้อ้างเพื่อยกฟ้องคดีละเมิดได้หรือไม่ ซึ่งตามความเห็นของผู้เขียน ก็เห็นด้วยกับการใช้วิธีการแก้ปัญหาคำถามที่มีมีการอ้างเรื่อง exemption clauses เพื่อจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีละเมิด ตามแนวทางของประเทศอังกฤษที่ต้องแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 ส่วนและหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับในแต่ละส่วนก็ต่างกัน จึงไม่สามารถใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน เพื่อที่จะกำหนดว่าสามารถอ้างเรื่อง exemption clauses เพื่อจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีละเมิดได้หรือไม่

⁵³ 1990 Law Commission , pp. 25-26.

นอกจากนี้แล้ว ประเด็นปัญหาในเรื่อง exemption clauses อาจเกิดขึ้นได้อีกกรณี คือ เมื่อสามารถอ้างเรื่อง exemption clauses ที่ตกลงกันระหว่างผู้เสียหาย กับ ผู้ทำละเมิด ก่อนเกิดการละเมิดได้แล้ว ทำให้ไม่สามารถฟ้องคดีต่อผู้กระทำผิดได้ แต่ถ้าข้อเท็จจริงแห่งการทำละเมิดนั้น มีผู้ร่วมกระทำละเมิดหลายคน แต่ผู้กระทำละเมิดได้ทำความตกลงในสัญญาเพียงคนเดียว จะสามารถถือว่า การทำสัญญาดังกล่าวเพื่อจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีละเมิดในลักษณะเช่นนี้ จะถือว่ามีผลต่อผู้ร่วมกระทำละเมิดทุกคนหรือไม่ หรือสิทธิในการฟ้องคดีระงับเพียงส่วนของผู้ทำข้อตกลงในสัญญาเท่านั้น

การพิจารณาประเด็นปัญหาในเรื่องนี้ ท่านศาสตราจารย์ North⁵⁴ ได้อธิบายในเรื่องนี้ว่า "การกำหนดความรับผิดของผู้ร่วมกระทำละเมิดอื่น ๆ ที่ไม่ได้มีข้อตกลงในสัญญาเพื่อป้องกันการฟ้องคดี ก็ควรเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด จะกำหนดให้นำกฎหมายใดมาพิจารณา เนื่องจากไม่มีเหตุผลที่จะต้องนำหลักเกณฑ์ที่ใช้ในเรื่องสัญญา มาพิจารณาเช่นเดียวกับ ผู้ร่วมกระทำละเมิดที่ได้มีการทำสัญญา เพื่อจำกัดสิทธิในการฟ้องคดี เพราะผู้ร่วมกระทำละเมิดคนอื่น ๆ นั้นไม่ได้มีความสัมพันธ์ในทางสัญญากับผู้เสียหายเลย ดังนั้น การพิจารณานิติสัมพันธ์ดังกล่าว จึงต้องมาจากหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด"

ดังนั้นเมื่อผู้ร่วมกระทำละเมิดคนหนึ่งอ้างเรื่องการป้องกันการฟ้องคดี เพราะมีข้อกำหนดในสัญญาระหว่างเขากับผู้เสียหาย จะมีผลต่อผู้ร่วมกระทำละเมิดคนอื่น ๆ เช่นไร ขึ้นอยู่กับว่าหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด จะใช้หลักเกณฑ์ใด เพราะจะมีผลตามมาว่า กฎหมายที่ถูกเลือกจากหลักเกณฑ์ดังกล่าว กำหนดว่า การที่ผู้ร่วมกระทำละเมิดคนหนึ่งหลุดพ้นจากความรับผิด เพราะมีสัญญานั้น จะถือว่ามีผลเป็นการจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีต่อผู้ร่วมกระทำละเมิดคนอื่น ๆ ด้วยหรือไม่

⁵⁴ North, *Private International Law*, p. 931.

4.3 การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

วัตถุประสงค์ของกฎหมายละเมิด คือต้องการให้ผู้เสียหายในคดีละเมิดได้รับการเยียวยาความเสียหาย เพื่อชดเชยสิ่งที่เขาต้องเสียไปจากการกระทำละเมิด ดังนั้นเมื่อมีการนำคดีละเมิดมาฟ้องต่อศาลเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างกัน ก็จะเรียกเรื่องค่าสินไหมทดแทนด้วย และในกรณีที่คดีละเมิดมีองค์ประกอบระหว่างประเทศ อาจเกิดปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องค่าสินไหมทดแทนได้ แล้วจะนำหลักเกณฑ์ใดมาใช้ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับเรื่องการกำหนดค่าสินไหมทดแทน แนวทางในการพิจารณหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายสำหรับกรณีนี้ มีความเป็นไปได้ 2 แนวทางดังต่อไปนี้

1. ใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน กับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับในประเด็นหลักที่พิพาทในคดีละเมิดในกรณีทั่วไป
2. ใช้หลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเฉพาะสำหรับสถานการณ์นั้น ซึ่งอาจจะแตกต่างกับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดในกรณีทั่วไป

เรื่องค่าสินไหมทดแทนนี้ ก็เป็นอีกเรื่องหนึ่งที่ไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายกรณีทั่วไปที่ใช้ในกรณีปกติมาใช้บังคับได้ เพราะจะมีลักษณะพิเศษแตกต่างออกไป และการกำหนดค่าสินไหมทดแทนก็ต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย นโยบาย และจุดประสงค์ของประเทศที่เกี่ยวข้อง ประกอบการกำหนดกฎหมายมาใช้บังคับด้วย นอกจากนี้ในหลายประเทศ แม้ว่าจะได้ใช้หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับเพื่อกำหนดค่าสินไหมทดแทนแล้ว แต่ก็ยังสงวนไว้ซึ่งอำนาจในการใช้ดุลยพินิจประกอบการพิจารณาว่าสมควรที่จะกำหนดค่าเสียหายอย่างไร ซึ่งเหตุผลของการเปิดช่องว่างทางกฎหมายเช่นนี้ก็เพื่อ ให้ศาลที่พิจารณาคดีสามารถนำหลักความยืดหยุ่นมาสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นในแต่ละคดีได้ แต่การใช้ดุลยพินิจนั้น ก็ต้องใช้อย่างระมัดระวัง เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการเปิดช่องว่างทางกฎหมายเช่นนี้ก่อน

ให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี โดยการที่ศาลจะสามารถนำเรื่องดุลยพินิจมาใช้เพื่อเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้นั้น ควรที่จะต้องเป็นกรณีที่มีผลแห่งการใช้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง แล้วก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในคดีอย่างมาก⁵⁵

ค่าสินไหมทดแทนที่ผู้เสียหายในคดีละเมิดสามารถเรียกร้องได้นั้น แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทคือ ค่าเสียหาย และค่าสินไหมทดแทนในกรณีอื่นๆ

ค่าเสียหาย (damages) ตามปกติการเรียกร้องให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะเป็นการเรียกร้องให้ใช้ค่าเสียหาย และมักจะกำหนดเป็นจำนวนเงิน⁵⁶

กฎหมายอังกฤษ ได้กำหนดเรื่องค่าเสียหายในทางละเมิดไว้หลายประเภทดังนี้

(1) Contemptuous damages

เป็นการกำหนดให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหาย ในลักษณะให้ชดใช้อย่างเสียไม่ได้ กล่าวคือ กำหนดเป็นจำนวนน้อยมาก โดยให้เหตุผลว่า แม้ว่าจำเลยจะได้กระทำละเมิดต่อโจทก์ แต่เพราะการประพฤติปฏิบัติของจำเลย ทำให้เห็นใจจำเลย ที่ได้กระทำละเมิดต่อโจทก์เช่นนั้น

(2) Nominal damages

เป็นค่าเสียหายที่ศาลสั่งให้จำเลยชดใช้ให้แก่โจทก์ในจำนวนที่เล็กน้อย เนื่องจากจำเลยไม่ได้ทำให้เกิดความเสียหายต่อโจทก์ตามความเป็นจริง แต่การกระทำของจำเลยเป็นความผิด และกฎหมายถือว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว เช่นการบุกรุกที่ดิน แต่ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของที่ดิน

⁵⁵ P. E. Nygh, Conflict of laws in Australia ,6 ed. (Australia: Butterworths, 1995), pp. 295-296.

⁵⁶ E. Sieper , "The choice of discount rate in the assessment of damages," Melbourne University law review, 17 ,No.4 [1990], p. 614.

(3) Ordinary or substantial damages

เป็นความเสียหายที่จำเลยต้องชดใช้ตามความเสียหายที่โจทก์ได้รับในความเป็นจริง กฎหมายไทย⁵⁷ กำหนดไว้ในทำนองเดียวกันนี้

(4) Exemplary damages

เป็นความเสียหายในลักษณะที่มีจุดประสงค์ที่ต้องการจะลงโทษจำเลยเนื่องจากความประพฤติที่ไม่ดี ไม่ใช่เรื่องของการกำหนดค่าเสียหายเพื่อเยียวยา ความเสียหายในเชิงลงโทษเช่นนี้ มักจะกำหนดไว้มากกว่า ความเสียหายที่ได้รับตามจริง

ฉะนั้นถ้ามีการละเมิดเกิดในประเทศอังกฤษ แล้วมาฟ้องต่อศาลไทย แม้ว่าศาลไทยที่พิจารณาคดีนี้ จะใช้กฎหมายอังกฤษมาบังคับคดีเนื่องจากมีการกล่าวอ้างกฎหมายขัดกัน ที่กำหนดให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิด ทำให้โจทก์ต้องชดใช้เสียหาย แต่ศาลไทยบังคับให้เฉพาะค่าเสียหายประเภทที่ 3 เท่านั้น เพราะเป็นค่าสินไหมทดแทนที่กฎหมายไทยอนุญาตให้เรียกได้ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 438 วรรคที่สอง ประกอบ มาตรา 15 วรรคที่สาม

ส่วนค่าสินไหมทดแทนในกรณีอื่นๆ (other remedies) เป็นการเรียกร้องเพื่อให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดได้กลับคืนสู่สภาวะเดิมที่เหมาะสม ดังเช่นก่อนเกิดการละเมิดขึ้น เช่นการห้ามดำเนินการต่อไปซึ่งการละเมิด

ดังนั้นการพิจารณาลักษณะการหากฎหมายมาใช้บังคับในเรื่อง ค่าสินไหมทดแทนที่ผู้เสียหายในคดีละเมิดสามารถเรียกร้องได้นั้น จึงขอแบ่งออกเป็น 2 กรณีตามลักษณะของค่าสินไหมทดแทน ดังต่อไปนี้

4.3.1 ค่าเสียหาย (damages)

4.3.2 การเยียวยาความเสียหายที่ได้รับจากการกระทำละเมิดโดยวิธีอื่นๆ (other remedies)

⁵⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438.

4.3.1 ค่าเสียหาย (damages)

การพิจารณาเรื่องค่าเสียหาย (damages) สามารถเกิดได้ในหลายกรณีเนื่องจากลักษณะของการเรียกร้องค่าเสียหายในสภาวะการณ์ต่างๆมีความแตกต่างกัน ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่จำเป็นว่าจะต้องเป็นความเสียหายลักษณะเดียวกันเสมอ ดังนั้นในการพิจารณาเรื่องการหากฎหมายมาใช้บังคับกับประเด็นเรื่องค่าเสียหาย จึงขอแบ่งออกเป็น 6 เรื่องดังต่อไปนี้

- 4.3.1.ก ค่าเสียหายหลัก และค่าเสียหายที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายของผู้กระทำละเมิด
- 4.3.1.ข หน้าที่ในการบรรเทาความเสียหาย
- 4.3.1.ค การจำกัดจำนวนเงินในการเรียกค่าเสียหาย
- 4.3.1.ง รูปแบบของค่าเสียหาย
- 4.3.1.จ การกำหนดจำนวนหรือปริมาณค่าเสียหาย
- 4.3.1.ฉ การกำหนดอัตราแลกเปลี่ยนของปริมาณค่าเสียหาย

4.3.1.ก ค่าเสียหายหลัก และค่าเสียหายที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายของผู้กระทำละเมิด (Heads of damage and remoteness of damage)

1. ค่าเสียหายหลัก (Heads of damage)

ปัญหาเรื่องค่าเสียหายหลัก จะเกิดในกรณีที่ กฎหมายของแต่ละประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกับคดีพิพาท กำหนดลักษณะของความเสียหายไว้แตกต่างกัน กับกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี ประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับเพื่อกำหนดเรื่องค่าเสียหาย ต้องใช้หลักเกณฑ์ใด

แนวทางในกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับเรื่องค่าเสียหาย สามารถกระทำได้ 2 วิธีการดังนี้

ก. กำหนดให้ใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน กับหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ ใน ประเด็นพิพาท ที่เป็นหลักในคดีละเมิด (การพิจารณาถึงสิทธิและความรับผิดชอบของคู่ความในคดี ละเมิด) เพื่อก่อให้เกิดความแน่นอน ชัดเจน สามารถคาดเดาได้ถึงผลแห่งคดีไม่ว่าจะนำคดีไป ฟ้องต่อศาลใด และเป็นการป้องกันปัญหาเรื่อง Forum shopping ได้อีกประการหนึ่งด้วย

ข. กำหนดให้แบ่งแยกการพิจารณา ประเด็นหลักกับประเด็นเรื่องค่าเสียหายเป็นคนละ ประเด็น โดยหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดทั้งประเด็นหลัก และประเด็นเรื่องค่าเสียหาย ให้พิจารณาตามความเหมาะสมและความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับข้อเท็จจริง ของแต่ละประเด็นแยกจากกัน โดยไม่จำเป็นต้องใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน ซึ่งวัตถุประสงค์ ของวิธีการที่ 2 นี้ก็เพื่อที่จะสร้างความเป็นธรรมให้กับคู่กรณี และสามารถนำมาปรับใช้เพื่อให้เกิด ความเหมาะสมในแต่ละกรณีด้วย

โดยแนวทางปฏิบัติของประเทศส่วนใหญ่⁵⁸ จะใช้แนวทางแรกในการแก้ปัญหา เพราะ ต้องการความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่เป็นนโยบายของรัฐ ในการกำหนดเรื่องค่าเสียหาย และแต่ใช้แนวทางนี้ ก็ไม่ได้ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม ในประเด็นที่มีลักษณะพิเศษเข้ามาแทรก ข้างเนื่องจาก ศาลที่พิจารณาคดีสามารถนำอำนาจในการใช้ดุลยพินิจในการกำหนดเรื่องค่าเสียหาย มาใช้เพื่อสร้างความเป็นธรรมในแต่ละคดีได้ด้วย โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมคดี ประกอบการพิจารณาได้ รวมถึงการปกป้องผลประโยชน์ของประเทศในบางประการ แต่อย่างไรก็ ดีการใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาพึงต้องกระทำด้วยความระมัดระวังเป็นพิเศษ

2. ค่าเสียหายที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายของผู้กระทำละเมิด (Remoteness of damage)

การกระทำละเมิดอาจเกิดขึ้นได้จากความจงใจ หรือความประมาทเลินเล่อของผู้กระทำ การอันเป็นการละเมิด ไม่ว่าผู้กระทำจะมีเจตนาเช่นไร ก็ย่อมที่จะเห็นได้ถึงผลแห่งความเสียหาย ที่สามารถเกิดขึ้นได้จากการกระทำของตน ถ้าเป็นความเสียหายที่สามารถคาดหมายได้ ก็ย่อม เกิดหน้าที่ในการชดเชยค่าสินไหมทดแทน แต่ถ้าผลแห่งความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหาย

⁵⁸ C.G. Morse , pp. 199-200.

ในกรณีพิเศษที่ผู้กระทำความผิดไม่อาจคาดเห็นได้ถึงผลของการกระทำของตนว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายในลักษณะเช่นนั้นขึ้น จะถือว่าเป็นค่าเสียหายที่ผู้กระทำความผิดต้องชดเชยความเสียหายดังกล่าว หรือไม่

เมื่อพิจารณาปัญหาในกรณีที่เกี่ยวข้อง กับความเสียหายที่ไม่อาจคาดหมายได้ในเรื่องสัญญา ซึ่งโดยหลักในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับสัญญา ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นนอกเหนือความคาดหมาย จะใช้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายที่เหมาะสม (Proper law) มาใช้ในการกำหนดกับ ความเสียหายในกรณีนี้ ดังนั้นในเรื่องละเมิด เมื่อมีปัญหาในลักษณะเดียวกันกับกรณีสัญญาเกิดขึ้น ก็สามารถนำมาปรับใช้ได้ เนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากกฎหมายทั้ง 2 เรื่องนี้ เป็นความเสียหายที่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องในลักษณะเดียวกัน คือ การเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหาย นอกจากนี้แล้ว ก็ไม่มีหลักการ หรือ นโยบายในทางกฎหมายเป็นพิเศษ ที่ต้องการใช้วิธีการในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีทั้ง 2 เรื่อง (สัญญา และ ละเมิด) แตกต่างกัน

นอกจากนี้แล้ว เรื่องค่าเสียหายที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายของผู้กระทำความผิด ได้ถูกกล่าวไว้ในคดี Phillips V. Eyre ที่วางเงื่อนไขในการนำกฎหมายมาใช้บังคับ 2 เงื่อนไข คือ ต้องเป็นไปตามหลัก lex loci delicti และหลัก lex fori ประกอบกัน ซึ่งการพิจารณาในประเด็นเรื่องนี้ ผู้พิพากษาที่ได้พิจารณาคดีนี้ ได้กล่าวว่า ถ้าศาลที่รับพิจารณาคดีโดยยึดติดกับ หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับในการกำหนดค่าเสียหายที่สามารถเรียกร้อง เพื่อให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายให้ จำกัดเฉพาะความเสียหายที่สามารถคาดเห็นได้เท่านั้น แต่ในขณะที่ หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดอนุญาตให้สามารถเรียกค่าเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดของจำเลย ได้ทั้งหมด โดยที่จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า มีความเสียหายที่เป็นพิเศษ อันทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายเกิดขึ้นจริง และ เมื่อพิจารณาหลักในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับแต่ละหลัก กำหนดว่าสามารถเรียกค่าเสียหายในกรณีเช่นนี้ได้

ส่วนการกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับ เรื่องค่าเสียหายที่อยู่นอกเหนือความคาดหมาย ว่าสามารถกำหนดว่าเป็นค่าเสียหาย และสามารถเรียกร้องได้หรือไม่ โดยใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณา เพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับในเรื่องนี้ แนวทางปฏิบัติจะกำหนดว่าปัญหาการกำหนดค่าเสียหาย เป็นเรื่องของกฎหมายสารบัญญัติ ดังนั้นหลักในการเลือก

กฎหมายมาใช้บังคับจึงควรเป็นหลักเกณฑ์เดียวกับการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับสาระสำคัญในคดีละเมิด เพราะเมื่อกฎหมายกำหนดว่า มีความรับผิดในการกระทำละเมิดเกิดขึ้น ก็มักจะกำหนดถึงขอบเขตของความรับผิดด้วยว่ามีอยู่แค่นั้น เพียงไรด้วย

4.3.1.ข หน้าที่ในการบรรเทาความเสียหาย (The Duty to Mitigate Damage)

เมื่อมีความเสียหายในทางละเมิดเกิดขึ้น ผู้เสียหาย(โจทก์) ย่อมจะได้รับการเยียวยาความเสียหาย เพื่อชดเชยความเสียหายที่ได้รับจากการกระทำละเมิด ส่วนเรื่องจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่จะได้รับ จะเต็มตามความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือไม่ เป็นอีกประเด็นหนึ่งที่ต้องพิจารณาต่อไป ถ้าไม่มีเหตุการณ์ที่มีความเป็นพิเศษอื่นใดเข้ามาแทรกแซง เช่น กรณีที่จะมีส่วนร่วมในการก่อให้เกิดการกระทำละเมิดขึ้น การกำหนดจำนวนค่าสินไหมทดแทนอาจกำหนดเพียงบางส่วน หรือไม่กำหนดได้เลย

ประเด็นที่จะวิเคราะห์ในข้อนี้ ก็คือ เหตุใดต้องกำหนดให้ โจทก์มีหน้าที่ในการบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น ถ้าโจทก์ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ ผลที่เกิดตามมาจะเป็นเช่นไร และจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณา เพื่อหากกฎหมายมาใช้บังคับในการกำหนดว่าโจทก์มีหน้าที่ในการช่วยเหลือ ไม่ให้ความเสียหายเกิดขึ้นหรือช่วยบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นให้ลดน้อยลงหรือไม่

กฎหมายลักษณะละเมิดตามหลักทั่วไป ปฏิเสธที่จะชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นให้กับโจทก์ในความเสียหายบางส่วน หรือ ทั้งหมด ถ้าความเสียหายใดๆก็ตามที่ได้รับภายหลังจากการกระทำละเมิดของจำเลยนั้น โจทก์สามารถหลีกเลี่ยง หรือป้องกัน ไม่ให้เกิดความเสียหายเช่นนั้นได้ รวมถึงการบรรเทาความเสียหายให้ลดน้อยลง⁵⁹ หลักที่กล่าวมานี้ เป็นการกำหนดหน้าที่ให้จะต้องปฏิบัติ ดังเช่น วิญญาณขันธ์กระทำ เมื่ออยู่ในภาวะการณ์เช่นนั้น เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการสูญเปล่าในทางเศรษฐกิจ เกินกว่าที่ควรจะเป็น โจทก์จึงสมควรที่จะต้องมีส่วนร่วมในการระงับ และ ยับยั้ง ความเสียหายไม่ให้เพิ่มขึ้น ภายหลังจากเกิดการกระทำละเมิด และถ้าโจทก์ไม่

⁵⁹ Wade & Schwart, Case and Materials on Torts , 6th ed (1976) ,pp. 607-613.

กระทำ ผลที่ตามมาก็คือ โจทก์จะไม่ได้รับค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ได้รับ ดังนั้นการพิจารณาคดีที่จำเลยได้กระทำการโดยการประมาทเลินเล่อ เป็นเหตุให้กระทบต่อสิทธิของโจทก์ ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย แต่ถ้าในสถานการณ์ภายหลังจากการกระทำละเมิดเกิดขึ้น และกระทบต่อสิทธิของโจทก์แล้ว โจทก์ก็มีหน้าที่ต้องช่วยบรรเทาความเสียหายที่ตนได้รับไม่ให้เพิ่มขึ้น โดยทันที ถึงแม้ว่า การให้ความช่วยเหลือของโจทก์ จะไม่ประสบความสำเร็จที่จะระงับ หรือ จำกัด ความเสียหาย ก็ถือว่าโจทก์ได้ดำเนินการตามหน้าที่ในส่วนของตนแล้ว จึงไม่สามารถที่จะอ้างหน้าที่ในการบรรเทาความเสียหายมาจำกัดค่าสินไหมทดแทน ที่โจทก์สมควรได้รับได้ตามความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือความสูญเสียในทางการค้าอื่นใด ซึ่งถูกกำหนดว่ามีความเสียหาย เช่นนั้นเกิดขึ้นจริงตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีละเมิดได้กำหนดไว้ เพราะจะได้ดำเนินการตามหน้าที่ที่ตนควรจะทำแล้ว โดยไม่ต้องคำนึงถึงผลลัพธ์ที่จะตามมาว่าเป็นเช่นไร แต่จะต้องปฏิบัติตามหน้าที่ด้วยความสุจริต หลักในการกำหนดหน้าที่ให้โจทก์ ต้องช่วยบรรเทาความเสียหายที่กล่าวมานี้ แตกต่างกับกรณีที่จะมีส่วนร่วมในการก่อให้เกิดละเมิด

เมื่อคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง ทำให้เกิดปัญหาการขัดกันของกฎหมาย และมีผลต่อการพิจารณาถึงกฎหมายของประเทศที่กำหนดหน้าที่ของโจทก์ที่ต้องให้ความช่วยเหลือ เพื่อบรรเทาความเสียหายว่าควรเลือกกฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับกับคดีที่มีการนำเรื่องการบรรเทาความเสียหายขึ้นมาพิจารณา และกฎหมายของแต่ละประเทศที่เกี่ยวข้องกำหนดไว้แตกต่างกันเหล่านี้ เป็นปัญหาในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่ได้กล่าวอ้างลักษณะพิเศษของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นที่มีผลกระทบต่อ การกำหนดค่าเสียหายที่โจทก์สมควรได้รับจากการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้น

เรื่องการกำหนดหน้าที่ของโจทก์ในการช่วยบรรเทาความเสียหายนั้น ได้รับอิทธิพลมาจาก การที่คู่กรณีในสัญญาก็มีหน้าที่ต้องบรรเทาความเสียหายที่เกิดจากสัญญา โดยกำหนดให้นำหลักเกณฑ์การหากฎหมายที่เหมาะสมกับสัญญามาใช้บังคับ ดังนั้นในคดีละเมิดก็ควรนำหลักเกณฑ์ที่เหมาะสม (proper law) ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ที่มีประเด็นพิเศษในเรื่องนี้เข้ามาเกี่ยวข้อง นอกจากนี้ ข้อเท็จจริงแห่งคดีละเมิด ไม่ได้เกิดขึ้นในลักษณะเดียวกันทั้งหมด และข้อเท็จจริงย่อมต้องมีความแตกต่างกันในแต่ละคดี ซึ่งทำให้การดำเนินการในการช่วยบรรเทาความเสียหายของโจทก์ มีแนวทางในการดำเนินการที่หลากหลาย การที่จะกำหนดหลัก

เกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งไว้โดยเฉพาะ จะไม่สามารถที่จะแก้ไขปัญหาของคดีที่เกิดขึ้นได้อย่างครอบคลุม จึงสมควรที่จะใช้แนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์ เพื่อหากฎหมายมาใช้ ควรจะต้องพิจารณาเป็นคดีๆไป ทำให้หลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้เลือกกฎหมายนั้น ควรเป็นหลักเกณฑ์ที่เปิดโอกาสให้สามารถนำกฎหมายที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่คดี และมีความเป็นธรรมต่อคดีสูงสุด โดยสามารถเปรียบเทียบจากกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้อง เพื่อจะได้ทราบว่า กฎหมายของประเทศใดมีความเหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับคดี เมื่อสามารถตอบสนองวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้อย่างเต็มที่

4.3.1.ค. การจำกัดจำนวนเงินในการเรียกค่าเสียหาย (Financial Limitation on the Amount of Damages Recourable)

ข้อจำกัดด้านการเงินในการเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดจากคดีละเมิด หมายความว่า เมื่อมีคดีละเมิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อโจทก์ โจทก์ก็จะได้รับสิทธิในการเรียกร้องให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายที่โจทก์ โดยปกติจะกำหนดให้ชดใช้ในรูปแบบของการชดใช้เป็นจำนวนเงิน แต่ก็ไม่ใช่ว่า เมื่อมีความเสียหายในคดีละเมิดเกิด โจทก์จะได้รับชดใช้เต็มตามความเสียหายทั้งหมดที่ตนได้รับในทุกกรณี เพราะในบางกรณีสิทธิในการเรียกร้อง ก็อาจถูกจำกัดได้

ประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ จะใช้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับเรื่องของข้อจำกัดทางการเงินนี้ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากลักษณะของข้อจำกัดทางการเงินในการเรียกร้องค่าเสียหาย เห็นได้ว่า เป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องที่สัมพันธ์กับเรื่องการกำหนดค่าเสียหายที่โจทก์ควรได้รับ ทำให้การกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับเรื่องข้อจำกัดนี้ ควรจะต้องสัมพันธ์กับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ ในเรื่องการกำหนดค่าเสียหาย

ตัวอย่างเช่น ถ้ากฎหมายที่กำหนดมาจากการใช้หลัก *lex loci delicti* ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ เรื่องจำนวนของค่าเสียหาย ก็ควรที่จะพิจารณาในเรื่องข้อจำกัด โดยใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับหลักที่ใช้ในการกำหนดจำนวนค่าเสียหาย ในที่นี้ก็คือ ใช้กฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้นเป็นตัวกำหนดเช่นกัน เพื่อให้ เรื่องค่าเสียหายมีความสอดคล้องกันในทุกประเด็นที่ต้องนำเรื่องค่าเสียหายมาประกอบการพิจารณา

แนวทางในการพิจารณาเรื่องข้อจำกัดทางการเงินในการเรียกร้องค่าเสียหายของประเทศ America วางหลักเกณฑ์พื้นฐาน ในเรื่องข้อจำกัดในทางการเงินว่า เป็นเรื่องที่ต้องมีความเกี่ยวพันกับการกำหนดค่าเสียหายที่ผู้กระทำคามผิดมีหน้าที่ต้องชดใช้ ตามกฎหมายที่กำหนดจากหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดในประเด็นหลัก และถือว่าเรื่องข้อจำกัดในทางการเงินที่เป็นเรื่องหมายเหตุบัญญัติ ทำให้ต้องอ้างอิงถึงหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ เพื่อกำหนดกฎหมายที่จะกำหนดว่าข้อจำกัดดังกล่าวมีอยู่เช่นไร ซึ่งใน The first Restatement Paragraph 417 ก็บัญญัติว่า การกำหนดว่าต้องชดใช้ค่าเสียหายเท่าใด เมื่อมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น ให้เป็นไปตาม กฎหมายของถิ่นที่ละเมิดเกิดขึ้น เช่นเดียวกับกฎหมายที่หลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับกับการพิจารณาคดีละเมิดในประเด็นที่เกี่ยวกับ สิทธิ และ หน้าที่ของคู่ความ กำหนดไว้ในขณะนั้น แต่ใน First Restatement ก็ได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมในปัญหาเรื่องข้อจำกัดว่า การใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น ก็ไม่สามารถใช้ได้ในทุกกรณี เพราะถ้ากฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีจำกัดปริมาณค่าเสียหายที่ต้องชดเชยไว้เท่าใด ก็สามารถนำกฎหมายของศาลมาใช้ได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงกฎหมายของสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น⁶⁰

ตัวอย่างเช่น ถ้าหลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดในคดีนั้น กำหนดให้ใช้หลัก lex loci delicti และหลักที่กำหนดให้ใช้กฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น ในการพิจารณาพิพากษาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่า เป็นละเมิดหรือไม่ สิทธิและความรับผิดชอบของคู่กรณี เป็นเช่นไร และกฎหมายแห่งสถานที่เกิดละเมิด ก็ไม่ได้กำหนดว่าข้อเท็จจริงที่พิพาทนี้ มีเรื่องจำกัดความรับผิดชอบทางการเงินแต่อย่างใด หรือ ถ้ามีการกำหนดข้อจำกัดดังกล่าวไว้ แต่กำหนดไว้มาก หรือน้อยกว่ากฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีกำหนด ก็จะนำกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีมาใช้บังคับ โดยไม่พิจารณาถึงเหตุผลใดๆที่กฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นมีในเรื่องข้อจำกัด ซึ่งการที่ศาลใช้วิธีทางแก้ปัญหในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ โดยใช้กฎหมายของศาลเท่านั้น ในเรื่องข้อจำกัดย่อมจะต้องมีผลกระทบต่อหลักกฎหมายเรื่องค่าเสียหาย ทำให้ความรับผิดชอบของผู้กระทำละเมิด ซึ่งมีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในรูปของค่าเสียหาย จะมีอยู่หรือไม่ ขึ้นอยู่กับศาลที่พิจารณาคดีเท่านั้น

⁶⁰ C.G.J. Morse, *Torts in private international law* , pp. 200-201.

แต่อย่างไรก็ดี ศาลที่นำวิธีการเช่นนี้มาใช้บังคับ ก็ให้เหตุผลว่า การกำหนดข้อจำกัดในทางการเงิน ก็เป็นเพียงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประเด็นเรื่องค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น ไม่ได้กระทบต่อสิทธิของผู้ที่ได้รับจากการฟ้องคดีละเมิด ดังนั้น การพิจารณาเรื่องข้อจำกัดในทางการเงินนี้ ไม่ว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดมากำหนด จึงไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อหลักกฎหมายเรื่อง ค่าเสียหาย แต่อย่างใด สิทธิของผู้เสียหายมีอยู่อย่างไร ก็ยังคงเป็นเช่นนั้น ไม่ว่าจะกฎหมายที่นำมาใช้จะกำหนดเรื่องข้อจำกัดไว้หรือไม่ ผู้เสียหายก็ยังคงมีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของตนได้ตามเดิม

แต่ผลกระทบจากการนำกฎหมายของศาลมากำหนดข้อจำกัดในทางการเงินเท่านั้น ก็คือ กระทบต่อขอบเขต หรือจำนวนค่าเสียหายที่ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบ เพราะการที่กฎหมายที่นำมาใช้กำหนดว่า ข้อเท็จจริงที่พิพาทในคดีนั้น มีหรือไม่มีข้อจำกัดที่เกี่ยวกับเรื่องการเงิน ผลในจำนวนของค่าเสียหายก็จะเปลี่ยนแปลงไปเท่านั้น จึงเป็นเรื่องกฎหมายสารบัญญัติ

การให้เหตุผลเช่นนี้ เป็นความพยายามในการปรับวิธีการในการพิจารณาเรื่องข้อจำกัด เนื่องจากต้องการให้ ข้อจำกัดทางการเงินของศาลที่พิจารณาคดีอยู่เหนือ ข้อจำกัดทางการเงินของประเทศอื่น ที่หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับเรื่องนี้กำหนดไว้ โดยไม่ให้ขัดแย้งกับหลักเรื่อง การยอมรับสิทธิที่ได้รับมาแล้ว (vest rights) และไม่กระทบต่อหลักการเรื่อง ค่าสินไหมทดแทน

นอกจากนี้แล้วยังมีการใช้วิธีการอื่น เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการนำข้อจำกัดด้านการเงินของกฎหมายต่างประเทศ ที่กำหนดจากหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาบังคับใช้ วิธีการดังกล่าวก็คือ การใช้ The Concept of Public Policy มาปฏิเสธการนำกฎหมายต่างประเทศที่กำหนดเรื่องข้อจำกัดเกี่ยวกับ การเงิน ไว้แตกต่างกับกฎหมายของศาลในเรื่องของกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประเทศไทยที่พิจารณาคดี

สรุปแล้ว การพิจารณาประเด็นเรื่องข้อจำกัดที่เกี่ยวกับการเงิน ในการเรียกร้องให้ชดเชยความเสียหายที่ได้รับจากการกระทำละเมิด เป็นการพิจารณาในส่วนปลีกย่อย หลังจากข้อพิพาทแห่งคดีละเมิดยุติแล้ว ว่ามีการกระทำความผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิดเกิดขึ้น ผู้กระทำละเมิด ก็มีหน้าที่ที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งจะเป็นจำนวนเท่าใดนั้น ก็ต้องพิจารณาว่ามี

ข้อจำกัดอื่นใดหรือไม่ ที่จะมีผลกระทบต่อจำนวนค่าเสียหาย ถ้ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกำหนดเรื่องข้อจำกัดไว้แตกต่างกัน กฎหมายใดจะถูกเลือกมาใช้บังคับ

หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดในประเด็นปลีกย่อยนี้ ก็ควรที่จะมีความสอดคล้องกับ กฎหมายที่ถูกกำหนดให้ใช้กับประเด็นหลัก แต่ในทางปฏิบัติการแก้ปัญหาคารัดกันแห่งกฎหมายเรื่องข้อจำกัดที่เกี่ยวกับการเงิน ศาลที่พิจารณาคดี จะนำวิธีการต่างๆ ที่กฎหมายเปิดช่องว่างไว้ให้ เป็นอำนาจของศาลที่พิจารณาคดี มาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้กฎหมายของประเทศอื่นที่หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกำหนดไว้ เช่น การกำหนดว่า ข้อเท็จจริงที่นำมากล่าวอ้างว่ามีข้อจำกัดที่เกี่ยวกับการเงินเกิดขึ้น เป็นปัญหาที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประเทศที่พิจารณาคดีโดยตรง จึงต้องใช้กฎหมายของศาลในส่วนที่เกี่ยวกับข้อจำกัด โดยไม่กระทบต่อหลักเกณฑ์พื้นฐานในเรื่องค่าสินไหมทดแทน แต่จะมีผลต่อการประเมินค่าเสียหายเท่านั้น

ผู้เขียนเห็นด้วยกับการกำหนดว่าปัญหาเรื่องข้อจำกัดเป็นการพิจารณาในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติที่ต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดในประเด็นหลัก แต่ ไม่เห็นด้วยกับแนวทางที่นิยมนำไปใช้ในทางปฏิบัติ เนื่องจาก เมื่อกฎหมายที่กำหนดจากหลักการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ กำหนดเรื่องข้อจำกัดไว้ แตกต่างกับกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี และต้องการที่จะนำกฎหมายของศาลมาใช้เท่านั้น จึงใช้วิธีการต่างๆ เพื่อปิดเบื่อนการใช้กฎหมายของประเทศอื่นที่ถูกกำหนดขึ้น แม้จะไม่กระทบต่อหลักเรื่องความรับผิดชอบที่กำหนดให้มีการชดใช้ แล้วสามารถสร้างความเหมาะสม หรือเป็นธรรมได้ แต่ก็เป็นการแก้ปัญหที่ปลายเหตุเท่านั้น อีกทั้งการใช้วิธีการต่างๆ ของแต่ละศาล ก็จะทำให้แนวทางในการพิจารณาประเด็นเรื่องข้อจำกัดไม่มีความเป็นสากลด้วย เพราะในเวลาที่เกิดปัญหาเรื่องข้อจำกัดในทางการเงินขึ้น ศาลที่พิจารณาคดีก็จะอ้างถึงวิธีการต่างๆ เพื่อใช้กฎหมายของตนเท่านั้น ทำให้เจตนารมณ์ในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการแก้ปัญห เรื่องข้อจำกัดทางการเงิน ถูกเปลี่ยนแปลงไป โดยผู้เขียนเห็นว่า การแก้ปัญหในเรื่องนี้ ควรจะยกเลิกการใช้เทคนิคต่างๆ ซึ่งศาลมีอำนาจกระทำได้ เพื่อปิดเบื่อนการใช้กฎหมายต่างประเทศ และ กำหนดให้การพิจารณาประเด็นเรื่องข้อจำกัดทางการเงิน ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับเท่านั้น เพื่อให้เกิดความแน่นอนในการปรับใช้ และสอดคล้องตรงกันในแต่ละประเทศ แต่หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมาย (Choice of law rule) ที่ต้องสามารถตอบสนองภาวะการณ์ที่เกิด

ขึ้นในบางกรณีที่ต้องการความยืดหยุ่นในการเลือกกฎหมายมาบังคับใช้เป็นกรณีพิเศษ เพื่อสร้างความเป็นธรรม และความเหมาะสม ให้เกิดขึ้นได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ต้องพัฒนาหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ให้สามารถแก้ปัญหาในทุกสถานการณ์ที่เกิดขึ้นได้ (ไม่ควรแก้ปัญหาหลังจากที่ได้กำหนดว่าต้องใช้กฎหมายของประเทศใดแล้ว)

4.3.1.ง. รูปแบบของค่าเสียหาย (The form of an Award of Damages)

เมื่อพิจารณาจากระบบกฎหมายในแต่ละระบบ ไม่ว่าจะเป็น Common law หรือ Civil law จะไม่ได้กำหนดรูปแบบที่เป็นสากลในการพิจารณาว่า ค่าเสียหายต่างๆที่จะได้รับมันมีรูปแบบอะไรบ้าง แต่ถ้าพิจารณาแนวทางของประเทศต่างๆ ในการกำหนดค่าเสียหายที่บุคคลผู้ซึ่งได้รับความเสียหายพึงจะได้รับ สามารถแบ่งแยกรูปแบบในการชดใช้ค่าเสียหายได้ 3 ลักษณะ⁶¹ กล่าวคือ

1. กำหนดรูปแบบค่าเสียหายที่ต้องชดใช้เป็นเงินก้อนจำนวนหนึ่ง เป็นวิธีการซึ่งนิยมใช้ในประเทศที่ใช้ระบบ Common law เช่นในประเทศ America, Scotland , South Africa , Denmark , Norway ,Latin America
2. กำหนดรูปแบบค่าเสียหายที่ต้องชดใช้ ให้จ่ายค่าเสียหายเป็นครั้งคราวจนกว่าจะเป็นที่แน่นอนว่าจะไม่มีความเสียหายซึ่งเป็นผลจากการกระทำละเมิดเกิดขึ้นอีกแล้ว หรือจ่ายเป็นงวดๆ เป็นวิธีการที่นิยมนำมาใช้ในประเทศกลุ่มสังคมนิยม
3. การกำหนดวิธีการในการชดใช้ค่าเสียหาย โดยให้นำ 2 วิธีการข้างต้น มาใช้ประกอบกัน กล่าวคือ มีทั้งการกำหนดค่าเสียหายให้ชดใช้เป็นจำนวนเงินก้อน และค่าเสียหายที่ต้องชดใช้เป็นคราวๆไปด้วย เป็นวิธีการที่นิยมนำมาใช้ในประเทศกลุ่ม Civil law

⁶¹ McGregor, "Personal Injury and Death," International Encyclopedia of Comparative Law Vol. XI,(1970), pp. 20-23.

การที่มีวิธีการที่หลากหลาย ในการกำหนดรูปแบบของค่าเสียหายที่ต้องชดใช้ให้กับผู้เสียหายนี้ ทำให้เกิดปัญหาที่ยุ่งยากที่ ทำให้ไม่สามารถที่จะกำหนดรูปแบบของค่าเสียหายที่ต้องชดใช้ได้ ถ้าหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ กำหนดรูปแบบของค่าเสียหายไว้แตกต่างกับรูปแบบค่าเสียหายของศาลที่พิจารณาคดี กำหนดไว้

ตัวอย่างเช่น คดี Slater V Mexican National R. Co.⁶² ความเสียหายที่ได้รับจากการกระทำละเมิด เกิดที่ Mexico กฎหมายที่นำมาบังคับ คือ กฎหมายของสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น ซึ่งกฎหมายดังกล่าว มีรูปแบบในการชดใช้ค่าเสียหายในลักษณะการจ่ายตามระยะเวลาเป็นครั้งๆไป ซึ่งค่าเสียหายอาจจะถูกเปลี่ยนแปลง หรือ ไม่ต้องจ่ายอีกต่อไป ถ้าความเสียหายที่เกิดขึ้นมีลักษณะที่แน่นอนชัดเจน ไม่เปลี่ยนแปลงอีกต่อไปแล้ว แต่ ศาล Texas ซึ่งเป็นศาลที่พิจารณาคดีนี้ ได้ปฏิเสธที่จะกำหนดการชดใช้ค่าเสียหายในรูปแบบตามที่กฎหมาย Mexico กำหนด เพราะกฎหมาย U.S.A. ไม่ได้กำหนดรูปแบบชดใช้ค่าเสียหายในลักษณะเช่นนั้น ทำให้ศาลไม่มีอำนาจที่จะกำหนดเช่นนั้น และก็ไม่ได้นำรูปแบบ การกำหนดให้ชดใช้ค่าเสียหายที่กฎหมาย U.S.A. กำหนดมาให้ใช้ค่าเสียหายเป็นเงินก้อนจำนวนหนึ่ง มาใช้ในคดีด้วย โดยให้เหตุผลว่า ศาล U.S.A. ไม่มีอำนาจในการเปลี่ยนแปลงวิธีการกำหนดค่าเสียหาย เพราะถ้าสามารถเปลี่ยนแปลงได้ ก็กระทบต่อสิทธิของจำเลย ตามที่กฎหมายต่างประเทศซึ่งเป็นกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับคดีนั้นกำหนดไว้

แนวทางของกลุ่มประเทศ Anglo - Commonwealth ใช้อำนาจศาลที่พิจารณาคดี ในการกำหนดรูปแบบการชดเชยค่าเสียหายในคดีที่เกิดปัญหาว่าไม่สามารถกำหนดรูปแบบของค่าเสียหายได้ เนื่องจากกฎหมายที่นำมาใช้ตามหลักเกณฑ์ในการหากฎหมาย กำหนดรูปแบบไว้แตกต่างกับกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี ทำให้ศาลสามารถนำการกำหนดรูปแบบค่าเสียหายได้ และสามารถนำรูปแบบค่าเสียหายตามที่กฎหมายต่างประเทศกำหนดไว้มาใช้บังคับได้ เท่าที่ไม่ขัดกับกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลที่พิจารณาคดี และวิธีนี้ก็จะเป็นการลดปัญหาความไม่สอดคล้องลงไปได้ในระดับหนึ่ง แต่ถ้ารูปแบบของค่าเสียหายที่กำหนดไว้ ไม่สอดคล้องกับกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี ศาลก็ไม่ตัดสินใจที่จะนำคำพิพากษาในคดีนี้ ไปบังคับตาม

⁶² 194 U.S. 120 (1904)

คำพิพากษาในศาล ซึ่งมีกลไกในการกำหนดรูปแบบของค่าเสียหายที่ศาลสามารถจะบังคับให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาได้

The Hague Convention on the Law Applicable to Products Liability of 1971 Article 8(4) ได้วางเงื่อนไขในการกำหนดรูปแบบการชดเชยค่าเสียหายว่าให้กำหนดตามหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ โดยรูปแบบของการชดเชยค่าเสียหายนั้น ต้องประกอบด้วยการกำหนดรูปแบบของจำนวนเงินที่จะมีการชดเชย และวิธีการชดเชย จะจ่ายเป็นเงินก้อน หรือ จ่ายโดยชำระค่าเสียหายเป็นงวดๆตามระยะเวลาที่ความเสียหาย อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต

สรุปแล้ว ไม่ว่าจะกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับคดี จะกำหนดรูปแบบของค่าเสียหายต้องชดเชยในลักษณะใด ศาลที่พิจารณาคดีก็ไม่สามารถที่จะกำหนดให้ตามที่กฎหมายซึ่งเลือกมาใช้บังคับกับคดีกำหนดไว้ได้ทุกกรณี เพราะถ้าขัดกับกฎหมายศาลที่พิจารณาคดี แต่ก็มีบางกรณีที่แม้จะขัดกับกฎหมายศาล ก็กำหนดให้ได้ ถ้าเป็นการทำตามแนวทางของประเทศที่พิจารณาคดีในการแก้ปัญหา ที่ไม่สามารถกำหนดรูปแบบของค่าเสียหายซึ่งจะทำได้ โดยแนวทางที่นิยมนำมาใช้การแก้ปัญหา ก็คือ ให้ชดเชยค่าเสียหายในรูปของจำนวนเงินก้อนหนึ่ง⁶³

4.3.1.๑ การกำหนดจำนวนค่าเสียหาย (The Quantification of Damages)

การพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับเรื่องการกำหนดค่าเสียหายในกรณีที่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกำหนดไว้แตกต่างกัน ก็เป็นอีกประเด็นหนึ่งที่มีความยุ่งยาก และยังเป็นปัญหาที่คลุมเครืออยู่ เนื่องจาก เมื่อกล่าวถึงประเด็นการกำหนดค่าเสียหาย ก็มีแนวโน้มที่ถูกกำหนดว่าเป็นการพิจารณาคดีในส่วนของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีความเป็นส่วนใหญ่ ดังนั้น ประเด็นในการกำหนดค่าเสียหาย จึงมีความจำเป็นต้องนำเสนอในที่นี้ เพื่อสร้างความชัดเจนในเรื่องนี้ขึ้น โดยจะวิเคราะห์ตามลักษณะของข้อเท็จจริงที่อาจเกิดขึ้นได้ดังต่อไปนี้

⁶³ McGregor , "Personal Injury and Death," International Encyclopedia of Comparative Law Vol. XI, (1970), pp. 25-27.

1. กรณีที่กฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทแห่งคดีมีหลายประเทศ ซึ่งแต่ละประเทศได้บัญญัติ ถึงการกำหนดค่าเสียหายไว้แตกต่างกันโดยสิ้นเชิง ซึ่งเมื่อมีความแตกต่างกันเกิดขึ้น โดยปกติก็จะนำกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีที่นั่นมาปรับใช้ในการกำหนดค่าเสียหาย ซึ่งก็ได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไป⁶⁴

2. กรณีที่กฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องกับคดีละเมิด บัญญัติไว้แตกต่างกัน เฉพาะในเรื่องของชนิดของความเสียหายที่ต้องมีการชดเชย เช่น ในประเทศที่ใช้ระบบ Common law จะกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษในการกระทำละเมิดบางเรื่องที่ระบุไว้ชัดเจน ซึ่งแตกต่างกับประเทศในกลุ่ม Civil law ที่กำหนดค่าเสียหายตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง โดยความแตกต่างในลักษณะนี้ ถือว่าเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายสารบัญญัติ หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับเพื่อกำหนดชนิดของค่าเสียหาย จึงเป็นไปตามตามหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี ว่าใช้หลักเกณฑ์ใด

กรณีที่เกี่ยวข้องกับการประเมินความเสียหาย หรือ การกำหนดปริมาณความเสียหายที่ได้รับจากการกระทำละเมิด ประเด็นที่จะต้องพิจารณา คือหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมากำหนดปริมาณค่าเสียหายที่จะต้องชดเชยคืน จะใช้หลักเกณฑ์ใด

ระบบ Common law ใช้หลัก lex fori ในการคำนวณปริมาณความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิด ว่าเป็นจำนวนเท่าใด

Article 11(4) แห่ง The E.E.C. Draft Convention on Contractual and Non-Contractual Obligations กับ Hague Convention on Products Liability ได้กำหนดไว้ในทำนองเดียวกัน คือ การแก้ปัญหาที่ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศที่พิจารณาคดี ว่าจะกำหนดได้อย่างไร

⁶⁴ C.G.J. Morse, *Torts in private international law* , pp. 204.

ความเสียหายในบางชนิดที่ได้รับจากการกระทำละเมิด ก็ยากที่จะประเมินออกมาเป็นค่าเสียหายที่กำหนดไว้เป็นจำนวนชัดเจนได้ เช่น การกำหนดค่าเสียหายที่ต้องชดใช้ กรณีที่การกระทำละเมิดเป็นเหตุให้ได้รับบาดเจ็บ หรือ ตาย หรือ สูญเสียอวัยวะ ซึ่งก็เป็นที่ยอมรับกันดีอยู่แล้วว่า การกำหนดจำนวนของค่าเสียหายตามกฎหมายของแต่ละประเทศ ก็กำหนดไว้แตกต่างกัน บางประเทศกำหนดจำนวนค่าเสียหายไว้มาก บางประเทศกำหนดไว้ให้น้อย เมื่อมีความแตกต่างกันเช่นนี้เกิดขึ้น ศาลที่พิจารณาคดีจะใช้กฎหมายที่ถูกเลือกจากหลักในการหากฎหมายมาใช้บังคับ หรือจะใช้กฎหมายของตนในการกำหนดค่าเสียหาย ซึ่งในทางปฏิบัติ จะกำหนดจำนวนค่าเสียหายตามที่กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีกำหนดไว้ ซึ่งก็ถูกวิจารณ์ว่าไม่มีเหตุผลที่เหมาะสมที่จะให้การกำหนดจำนวนค่าเสียหาย ขึ้นอยู่กับกฎหมายของประเทศที่มีอำนาจในการพิจารณาคดี จะกำหนดไว้ เพราะจะเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายโจทก์ที่จะเลือกฟ้องคดีในศาลของประเทศที่มีเขตอำนาจ และกฎหมายของประเทศที่พิจารณาคดี กำหนดจำนวนค่าเสียหายในจำนวนที่สูง และทำให้ผู้กระทำละเมิด ไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าค่าเสียหายที่ตนต้องรับผิดชอบจะเป็นเงินจำนวนเท่าใด จนกว่าจะทราบว่า ได้นำคดีไปฟ้องที่ศาลใด

การจะแก้ปัญหาก็กล่าวมาข้างต้นนี้ กล่าวคือ เมื่อคู่กรณีต้องการหลักการที่ชัดเจนในการกำหนดจำนวนค่าเสียหาย จึงควรที่จะทำให้กฎหมายที่นำมาใช้บังคับมีความเป็นมาตรฐานในการกำหนดจำนวนค่าเสียหาย

นอกจากนี้ อาจกำหนดให้ชดใช้ค่าเสียหายไว้เป็นการล่วงหน้า สำหรับความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตได้ เช่น ค่าเสียหายจากการขาดรายได้ในอนาคต หรือ ค่าเสียหายอื่นๆที่เป็นผลต่อเนื่องมาจากค่าเสียหายหลัก เช่น ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลในอนาคต ซึ่งค่าเสียหายในอนาคตเหล่านี้ ศาลจะเป็นผู้ที่ใช้ดุลยพินิจในการประเมินตามความเสียหายที่ได้รับ

4.3.1.๑ การกำหนดอัตราแลกเปลี่ยนในการชดใช้ค่าเสียหาย (The Currency of an Award)

ปัญหาเรื่องการแลกเปลี่ยนที่เกิดขึ้นในระยะหลังนี้ โดยมีสาเหตุมาจากความไม่มีเสถียรภาพทางการเงิน และมีความผันผวนของค่าเงินสกุลต่างๆมาก จึงก่อให้เกิดผลกระทบต่อความแน่นอนในการกำหนดจำนวนค่าเสียหายที่พึงได้รับจากการกระทำละเมิด ตัวอย่างเช่น ถ้าศาลอังกฤษกำหนดให้ชดใช้ค่าเสียหายในสกุลเงินของประเทศอังกฤษเท่านั้น

(เงินปอนด์) และต่อมาอัตราแลกเปลี่ยนมีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ปัญหาที่ตามมาก็คือ ต้องชดใช้ค่าเสียหายตามที่กำหนดไว้ โดยถืออัตราแลกเปลี่ยนขณะใด ซึ่งกฎหมายอังกฤษในยุคแรก ได้กำหนดให้ใช้อัตราแลกเปลี่ยนในขณะที่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น

ประเด็นที่สำคัญ คือศาลที่พิจารณาคดีจะใช้กฎหมายใดเป็นตัวกำหนดว่า ต้องใช้ค่าเสียหายเป็นเงินสกุลใด ต้องใช้เงินสกุลเดียวกับที่กฎหมายอังกฤษกำหนดไว้หรือไม่ และ การคิดอัตราแลกเปลี่ยนให้คำนวณในขณะใด จะใช้หลักในการคิดอัตราแลกเปลี่ยน โดยใช้เวลาที่การละเมิดเกิดขึ้นเป็นการกำหนดเท่านั้น

ดังนั้นเมื่อมีคดีละเมิดเกิดขึ้นเกี่ยวกับเรื่องนี้ ไว้ว่า⁶⁵ กรณีที่จำนวนความเสียหายที่ได้รับนั้นมีความเกี่ยวข้องกับระบบเงินตราต่างๆมากกว่า 1 สกุลเงิน เช่นกำหนดค่าเสียหาย ที่เกิดขึ้นกับเรือที่ถูกรชน ให้คิดเป็นเงินสกุล US. Dollar เนื่องจากได้ซ่อมแซมถาวรที่ USA และ ได้ซ่อมแซมเรือชั่วคราวที่ Shanghai จึงกำหนดให้จ่ายค่าซ่อมแซมที่กำหนดว่าเป็นค่าเสียหาย เป็นเงินสกุลของจีน นอกจากนี้ยังมีค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกิดในประเทศ ญี่ปุ่น ก็ให้ชดใช้ค่าเสียหาย เป็นเงิน yen และยังมีค่าใช้จ่ายอีก เล็กน้อยเกิดขึ้นที่ อังกฤษ โดยจ่ายเป็นเงินปอนด์ไป คดีที่มีระบบเงินตราเข้ามาเกี่ยวข้อง ถ้า 4 สกุลเงิน ศาลอังกฤษจะนำระบบเงินตราของต่างประเทศมากำหนดได้ แต่ปัญหาอยู่ที่ระบบเงินตราของประเทศใดที่ควรจะนำมาใช้ในการกำหนดค่าเสียหาย

ศาลอังกฤษวางหลักในการกำหนดจำนวนค่าเสียหาย กรณีที่มีความเกี่ยวข้องกับระบบเงินตราในหลายสกุล ว่าการจะใช้ระบบเงินตรานี้มากำหนดค่าเสียหาย ที่ต้องใช้ ให้คำนึงถึงความเป็นธรรมของผู้ความทั้ง 2 ฝ่ายด้วย โดยควรที่จะเป็นระบบเงินตราที่สอดคล้อง และเหมาะสมกับความเสียหายที่จะได้รับ เมื่อพิจารณาจากค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไป เพื่อชดใช้ความเสียหายในระบบเงินตราสกุลต่างๆว่า ระบบเงินตราที่เกี่ยวข้องสกุลใด ที่กระทบต่อความเสียหายของโจทก์มากที่สุด และมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิด กับนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นมากที่สุด

⁶⁵ C.G.J. Morse, Torts in private international law , pp. 206-208.

ดังนั้นเมื่อเกิดปัญหาในการพิจารณาหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดจำนวนค่าเสียหาย ที่ต้องชดใช้ในคดีละเมิดว่าต้องใช้ระบบเงินตราใดมากำหนด สามารถใช้หลักเกณฑ์ที่สำคัญ ซึ่งเกิดขึ้นจาก การวางหลักในคำพิพากษาของศาลอังกฤษ ได้ดังนี้

1. การกำหนดเป็นข้อเบื้องต้น ว่าระบบเงินตราที่จะนำมาใช้ในการกำหนดค่าเสียหาย ได้แก่ ระบบเงินตราที่โจทก์กล่าวอ้างขึ้นว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น เป็นความเสียหายที่เกิดจากระบบเงินตราดังกล่าว แต่ข้อดังกล่าว จะนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อ ระบบเงินตราที่โจทก์กล่าวอ้าง เป็นระบบเงินตราที่มีความเหมาะสม สอดคล้องใกล้ชิดกับความเสียหายที่ได้รับจริงด้วย ส่วนอัตราแลกเปลี่ยนจากเงินสกุลอื่นมาเป็นเงินสกุลที่กำหนดให้ชดใช้ค่าเสียหาย นั้น ให้คิดตามอัตราแลกเปลี่ยนในวันที่มีคำพิพากษา

2. กรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้น ซึ่งไม่ได้เป็นความเสียหายที่สามารถคิดเป็นเงินได้โดยตรง ทำให้ไม่อาจกำหนดค่าเสียหายโดยประเมินจากระบบเงินตราได้ ตัวอย่างเช่น ผู้เสียหายเป็นชาว Dutch ทำงานในประเทศ Holland โจทก์เป็นชาวอังกฤษ มีระบบเงินตราของสองประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง คดีนี้ศาลกำหนดให้ชดใช้ค่าเสียหายโดยคิดจากอัตราเงินสกุล Holland เพราะเป็นระบบเงินตราที่มีความเหมาะสมมากที่สุด เนื่องจากเป็นค่าขาดรายได้ในอนาคต ซึ่งรายได้นั้นได้จ่ายเป็นเงินสกุล Holland และทำงานในประเทศ Holland ด้วย

จึงสรุปได้ว่า เมื่อมีความเสียหายในคดีละเมิดเกิดขึ้น จะนำระบบเงินตราของประเทศใดที่เกี่ยวข้องมากำหนดจำนวนค่าเสียหายที่ต้องชดใช้ให้กับผู้เสียหาย ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีๆ ไป ซึ่งระบบเงินตราที่จะนำมาใช้นั้น ต้องมีความเหมาะสมเป็นธรรม และมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับคดีละเมิดที่เกิดขึ้นด้วย โดยไม่คำนึงว่า คดีละเมิดนั้น ได้ถูกนำมาพิจารณาที่ศาลประเทศใด หรือกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับคดีนั้นจะใช้กฎหมายของประเทศใด และด้วยเหตุที่ในปัจจุบัน มีความผันผวนของอัตราแลกเปลี่ยนในแต่ละระบบเงินตรามาก จึงทำให้อัตราแลกเปลี่ยนมีความแตกต่างกันในแต่ละอัน จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดวันที่จะกำหนดว่าในขณะนั้น ถ้ามีการเปลี่ยนแปลงจากระบบเงินตราสกุลหนึ่งเป็นระบบเงินตราสกุลที่กำหนดให้ชดใช้ค่าเสียหาย มีอัตราแลกเปลี่ยนในอัตราใด โดยส่วนใหญ่แล้ว วันดังกล่าว จะแบ่งออกเป็น 2 กรณีคือ วันที่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น และวันที่มีคำพิพากษาในคดีละเมิด ซึ่งนิยมที่จะใช้วันที่มีคำพิพากษามากกว่า

4.3.2 การเยียวยาความเสียหายที่ได้รับจากการกระทำละเมิดโดยวิธีอื่นๆ (Other remedies)

จากที่กล่าวไว้ข้างต้นว่าค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่ได้รับจากการกระทำละเมิดนั้น สามารถแบ่งได้ออกเป็น 2 ประเภท คือ การกำหนดในลักษณะเป็นค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายที่ได้รับ กรณีที่ค่าสินไหมทดแทนมีลักษณะเป็นการกำหนดให้ผู้กระทำละเมิด (จำเลย) กระทำการ หรือละเมิดการกระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่เป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย เพื่อให้ความเสียหายที่เกิดขึ้นหมดไป ทำให้ผู้เสียหายสามารถกลับคืนสู่ภาวะปกติก่อนที่จะมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น เท่าที่สามารถทำได้ ในคดีละเมิดที่มีความเสียหายเป็นพิเศษ เกิดขึ้นเป็นความเสียหายในกรณีบุคคล หรือ ทรัพย์สินได้รับความเสียหายโดยตรง แต่ผลจากการกระทำละเมิดนั้นไปกระทบต่อสิทธิในทางใดทางหนึ่งของผู้เสียหาย เช่น สิทธิในการใช้ทรัพย์สิน หรือสิทธิเหนือที่ดิน , สิทธิในความเป็นส่วนตัว เช่นการกระทำละเมิดที่เป็นการก่อความรำคาญ หรือ สร้างความรบกวน , การบุกรุก , การหมิ่นประมาทในหนังสือพิมพ์ ซึ่งการกำหนดค่าสินไหมทดแทน ทดแทนเพื่อเยียวยาความเสียหายในลักษณะนี้ ถ้ากำหนดให้ชดใช้เป็นค่าเสียหาย ก็อาจจะไม่ทำให้เกิดความเสียหายที่เขาได้รับจากการกระทำละเมิดนั้นหมดไป จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดวิธีการเป็นพิเศษ เพื่อเยียวยาความเสียหายในกรณีอื่นๆนี้ ซึ่งวิธีการนี้อาจจะมีความแตกต่างกันไปตามลักษณะของความเสียหายที่เกิดขึ้นในแต่ละคดี

ค่าสินไหมทดแทนการกระทำผิดความผิดในบางประเภทมีความ จำเป็นต้องกำหนดถึงวิธีการในการชดเชยความเสียหายที่โจทก์ได้รับในลักษณะพิเศษ ซึ่งมีความหลากหลายขึ้นอยู่กับ การกระทำผิด ไปกระทบต่อสิทธิของโจทก์ในเรื่องใด และสมควรที่จะชดเชยความเสียหายเช่นไร นอกจากนี้แล้ว ยังมีความซับซ้อนในการพิจารณาเพื่อกำหนดค่าสินไหมทดแทนในกรณีนี้ด้วย เนื่องจาก เป็นการกระทำผิดที่กระทบต่อสิทธิที่กฎหมายกำหนดให้มีขึ้นเป็นกรณีพิเศษ ดังนั้น ในคดีละเมิดซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับหลายประเทศ แต่แต่ละประเทศก็ย่อมที่จะมีความแตกต่างกันในการบัญญัติกฎหมาย โดยเฉพาะในการกำหนดสิทธิที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะ บางประเทศอาจจะไม่ถือว่า การกระทำที่นำมาฟ้องคดี เป็นความผิดฐานละเมิดเลย ส่วนกฎหมายของอีกประเทศหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับคดี กำหนดว่าเป็นความผิด ทำให้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเกิดขึ้น ดังนั้นจึงต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ที่จะใช้หากฎหมายมาใช้บังคับ ว่าควรใช้หลักเกณฑ์ใดในปัญหาลักษณะนี้ และเมื่อใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าว

มากำหนดกฎหมาย เพื่อจะใช้บังคับกับกรณีดังกล่าวแล้ว ศาลที่พิจารณาคดีจะบังคับจำเลยให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้เพียงไร ถ้ากฎหมายที่กำหนดขึ้นจากหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ กำหนดไว้แตกต่างจาก กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี ซึ่งก็มีแนวทางในการวินิจฉัยเช่นเดียวกับ ค่าสินไหมทดแทนที่กำหนดเป็นค่าเสียหาย

ตัวอย่างเช่น นาย A เดินเข้าไปในที่ดินของนาย B ซึ่งอยู่ในประเทศมาเลเซีย โดยไม่ได้ตั้งใจ หรือ ประมาทเลินเล่อ และความเสียหายที่แท้จริงก็มิได้เกิดขึ้นแก่นาย B เจ้าของที่ดิน การกระทำของนาย A เป็นความรับผิดฐานละเมิดตามกฎหมายมาเลเซีย ในลักษณะล่วงละเมิดที่ดิน (Tresspass to Land) ซึ่งถือว่าความเสียหายโดยนิิตินัย เกิดขึ้นแก่เจ้าของที่ดินแล้ว แต่ตามกฎหมายไทย การกระทำเช่นนี้ไม่เป็นการละเมิด หากมีการดำเนินคดีขึ้นที่ศาลไทย ศาลไทยย่อมไม่พิจารณาให้⁶⁶

การกำหนดค่าสินไหมทดแทน ควรที่จะต้องมีความสอดคล้องกับสิทธิตามที่ได้รับจากคดีละเมิด ตามที่กฎหมายที่ถูกนำมาใช้กำหนดสิทธิดังกล่าวได้กำหนดไว้ เพราะถ้าวิธีการในการเยียวยาความเสียหายกำหนดไว้แตกต่างกับกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี ทำให้กระทบต่อสิทธิที่มีอยู่โดยจะทำให้ สิทธิดังกล่าวอาจไม่ได้รับการยอมรับก็ได้

สรุปแล้ว การกำหนดให้มีการชดใช้เมื่อมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น เป็นเรื่องที่อยู่บนพื้นฐานของกฎหมายทั่วไปในการกำหนดความรับผิดในทางแพ่ง หมายความว่า โจทก์สามารถที่จะใช้สิทธิเรียกร้องที่มีต่อจำเลย ให้มีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในการกระทำผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิด แต่ไม่สามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนในลักษณะที่เป็นการเพิ่มผลประโยชน์ให้กับตนเอง หรือเกินไปกว่าความเสียหายที่ได้รับ และเมื่อเกิดปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย ในกรณีที่ต้องเลือกกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง ที่เกี่ยวข้องมาใช้บังคับ ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทน ก็ควรที่จะเป็นกฎหมายของประเทศเดียวกันกับ กฎหมายของประเทศ

⁶⁶ คณิง ภาไชย, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตสภา, 2522) หน้า 95.

ที่หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกำหนดไว้ด้วย เพื่อสร้างความสอดคล้องในการ
บังคับให้มีการใช้ได้คำสืบทอดแทน เว้นแต่ถ้าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมีลักษณะพิเศษ เมื่อนำหลัก
เกณฑ์เดียวกันมาใช้บังคับ จะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมอย่างยิ่งกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือ
ขัดแย้งกับนโยบายของรัฐที่พิจารณาคดี ศาลที่พิจารณาคดีก็สามารถที่จะนำกฎหมายที่เหมาะสม
มาใช้บังคับได้ เมื่อเปรียบเทียบถึงผลประโยชน์ในด้านต่างๆแล้ว



สถาบันวิทย์บริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย