

บทที่ 3

หลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติสากลเกี่ยวกับการหากฎหมายมาใช้บังคับกับละเมิด ที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

จากการศึกษาถึง หลักในการบัญญัติหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ในบทที่ 2 ที่มีหลักความแน่นอนและหลักความยืดหยุ่น เป็นพื้นฐานในการสร้างหลักเกณฑ์ ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เกิดขึ้นมาหลากหลายหลักเกณฑ์ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 เช่น หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี , หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น , หลักกฎหมายที่เหมาะสม ซึ่งในแต่ละหลักเกณฑ์นี้มีทั้งข้อดีและข้อบกพร่อง เพื่อที่จะพิสูจน์ข้อสมมติฐานของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ที่กล่าวไว้ว่า หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยวิธีการใช้ หลักเกณฑ์กฎหมายของถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นแต่ประการเดียว ดังที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย มาตรา 15 ได้บัญญัติไว้ไม่เพียงพอ ทำให้การศึกษาต้องเป็นไปเพื่อพิสูจน์ถึงความไม่สมบูรณ์ของหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น ว่าไม่สมบูรณ์ ไม่สามารถแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างไร โดยพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์สากลที่ใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศอื่นๆ เพื่อแสดงให้เห็นถึง ข้อดีและข้อบกพร่อง ซึ่งจะทำให้สามารถนำข้อดีต่างๆเหล่านั้น มาใช้เสริมสร้างให้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ฉะนั้นการศึกษาในบทนี้จะขอแบ่งออกเป็น 2 ประเด็นที่สำคัญดังนี้

1. หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้น
2. การแก้ไขข้อบกพร่องของหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้น

ก่อนที่จะพิจารณาตามประเด็นที่แบ่งไว้ข้างต้นนั้น จะขอทำความเข้าใจพื้นฐานในลักษณะของกฎหมายละเมิดเสียก่อน กล่าวคือ

ลักษณะของละเมิดที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ก็จะเหมือนกับละเมิดโดยทั่วไป ที่พึงต้องประกอบด้วยคู่กรณี 2 ฝ่าย (ฝ่ายผู้กระทำละเมิด และ ฝ่ายผู้ถูกกระทำละเมิด) มีการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้น โดยการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย

อนามัย เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด การกระทำที่เรียกว่า "การกระทำ ละเมิด" ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย คือการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ถูกที่กระทำละเมิด แม้ ผู้กระทำจะมีได้ประสงศ์ให้เกิดผลเช่นนั้นก็ตาม แต่ก็เกิดขึ้นโดยอำนาจของกฎหมาย ดังที่ บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 โดยความเสียหายนั้นจะต้องเป็นผล จากการกระทำของผู้ละเมิดด้วย แต่ในกรณีที่มีองค์ประกอบต่างประเทศจะมีลักษณะเพิ่มเติมไป จากละเมิดทั่วไปตรงที่ว่า มีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวพันด้วย ที่จะก่อให้เกิดผลที่ว่า กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ ที่ไม่จำเป็นต้องตกอยู่ภายใต้ กฎหมายของประเทศเดียว แต่อาจจะอยู่ภายใต้กฎหมายของหลายประเทศที่เกี่ยวข้อง ปัญหาจึง มีว่าใดจะเป็นกฎหมายที่เหมาะสมและนำมาใช้บังคับกับละเมิดนั้น จึงต้องพิจารณาจากหลัก เกณฑ์ว่าด้วย การขัดกันแห่งกฎหมาย

ซึ่งก่อนที่จะวินิจฉัยถึง การใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ ก็จะต้องพิจารณาในขั้นแรก เสียก่อนว่าข้อเท็จจริงนั้นๆ เป็นเรื่องอะไรในทางกฎหมาย ตัวอย่างเช่น เป็นเรื่องละเมิด เรื่อง สัญญา เป็นต้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นการวินิจฉัยปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย ใน เรื่องใดก็ตาม กฎเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดและใช้กฎหมายดังกล่าว จึงต้องเริ่มจากการให้ ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง¹ (Classification of cause of action) เสียก่อน ต่อจากนั้นจึง จะวินิจฉัยได้ว่า เรื่องเช่นนั้นจะมีจุดเกาะเกี่ยว² กับกฎหมายประเทศใดได้บ้าง ตามหลักเกณฑ์ว่า ด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

¹ กมล สนธิเกษตริน คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2539) หน้า 219. ได้ให้ความหมายไว้ว่า " หมายถึง การกำหนดลงไปว่าข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เป็นปัญหาและมีผู้นำมาเสนอต่อศาล หรือ เจ้าพนักงานนั้น ลักษณะเป็นเรื่องอะไรในทางกฎหมาย

² คณิง ภาไชย "หลักเบื้องต้นในการพิจารณาปัญหากฎหมายขัดกัน" วารสารนิติศาสตร์ 2 ตอน 1 (มิถุนายน 2533) : หน้า 52 . หมายถึง สิ่งที่กฎหมายขัดกันเรียกและใช้ในการพิจารณา ของประเทศใดมีความเหมาะสมแก่เรื่องใด หรือที่เรียกว่า point of contact หรือ connecting factor"

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปจึงมีว่า การให้ลักษณะกฎหมายข้อเท็จจริงนั้น จะต้องถือตามกฎหมายภายในของประเทศใด เพราะการที่จะทราบว่าข้อเท็จจริงนั้นๆ เป็นเรื่องใดเรื่องหนึ่งในทางกฎหมาย ต้องอาศัยกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง เป็นบรรทัดฐานในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ซึ่งถ้าใช้กฎหมายต่างกันก็อาจทำให้ลักษณะกฎหมายของข้อเท็จจริงนั้นๆ แตกต่างกันได้ เป็นต้นว่า ข้อเท็จจริงหนึ่ง อาจถือว่าเป็นเรื่องของบุคคลตามกฎหมายภายในของประเทศหนึ่ง แต่อาจจะถือว่าเป็นเรื่องของนิติกรรมตามกฎหมายภายในของอีกประเทศหนึ่ง และวิธีการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่นิยมใช้กันเป็นส่วนใหญ่ ก็ได้แก่ วิธีการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง โดยใช้กฎหมายของประเทศที่ศาลซึ่งพิจารณาคดีตั้งอยู่ (lex fori) และวิธีการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง โดยใช้ลักษณะกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่กรณีนั่นเอง (lex causae) โดยผู้เขียนจะขออธิบายถึงวิธีการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ทั้งสองวิธีการโดยสังเขป ดังนี้

(1) วิธีการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง โดยใช้กฎหมายของประเทศที่ศาลซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีตั้งอยู่³ (Lex fori Theory) ได้แก่ การใช้กฎหมายภายในของประเทศที่ศาลซึ่งพิจารณาคดีตั้งอยู่ (Lex fori) เป็นเครื่องมือในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง เหตุผลที่สนับสนุนการใช้วิธีการนี้ ก็คือ ก่อนหน้าที่จะมาถึงการใช้กฎหมายต่างประเทศนั้น ผู้พิพากษาศาลไทยยังไม่มีกฎหมายอื่นใด เป็นเครื่องมือที่จะนำมาใช้ในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเลย นอกจากกฎหมายไทย ฉะนั้น ผู้พิพากษาศาลไทยจึงควรใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ตนรู้ดีอยู่แล้วเป็นเครื่องมือในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง

(2) วิธีการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง โดยใช้ลักษณะกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่กรณีนั่นเอง (Lex causae Theory) ได้แก่ การใช้กฎหมายซึ่งจะใช้บังคับแก่กรณีนั่นเองเป็นบรรทัดฐานเพื่อนำเอาข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหานั้นมาปรับดูว่า เรื่องนั้นมีลักษณะเป็นอะไรในทาง

³ กมล สนธิเกษตริน , คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล, หน้า 227. ; และหยุด แสงอุทัย คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กฎหมายสัญชาติ , หน้า 58-61.

กฎหมาย เหตุผลสนับสนุนวิธีการนี้คือ เมื่อจะต้องใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับแก่ข้อเท็จจริงใดแล้ว ข้อเท็จจริงนั้นก็ควรเข้าลักษณะที่กฎหมายของประเทศนั้นกำหนด ว่าเป็นเรื่องอะไรไม่ใช่พิจารณาจากกฎหมายของประเทศที่ศาลพิจารณาคดีตั้งอยู่ ซึ่งการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยใช้วิธีการนี้สามารถทำได้ โดยการตั้งสมมติฐานว่าข้อเท็จจริงที่จะวินิจฉัยนั้น พอจะจัดลักษณะเข้าเป็นเรื่องอะไรในทางกฎหมายที่ศาลมีอยู่ อย่างไรก็ตามการตั้งสมมติฐานว่าข้อเท็จจริงนั้นๆจะเป็นเรื่องอะไรในทางกฎหมายเช่นนี้ บางครั้งอาจไม่พบลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเลยก็ได้ เพราะมีข้อเท็จจริงที่เข้ามาพัวพันกับกรณีมาก ที่กฎหมายถือว่าไม่เป็นข้อสำคัญ และไม่ก่อให้เกิดผลใดๆในทางกฎหมาย ซึ่งข้อนี้อาจถือได้ว่าเป็นจุดอ่อนของการใช้วิธีการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยใช้หลัก Lex causae

อย่างไรก็ดี ในตำรากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลส่วนใหญ่นิยมใช้ วิธีการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยใช้กฎหมายของประเทศที่ศาลซึ่งพิจารณาพิพากษาคดีตั้งอยู่ (Lex fori) รวมถึงความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนด้วย เพราะเป็นวิธีการที่สะดวกและแน่นอนกว่า การใช้วิธีการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยใช้กฎหมายซึ่งจะใช้บังคับแก่กรณีนั่นเอง (Lex causae) ซึ่งมีความยุ่งยากในวิธีหากฎหมาย⁵

คำว่า "ความรับผิดทางละเมิด" (Tortious Liability) นักกฎหมายส่วนใหญ่ไม่ได้ให้คำจำกัดความไว้โดยตรงว่ามีความหมายว่าอย่างไร แต่ตระหนักดีว่า เป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกับการเยียวยารักษา⁶ ทำให้คำว่าละเมิดนั้นครอบคลุมถึงความผิด วิธีการกระทำผิดหลายประเภท เช่น การหมิ่นประมาท การทำร้ายร่างกาย ความประมาทเลินเล่อ การสร้างความรบกวน และเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ที่สังคมประสงค์จะคุ้มครองด้วย เช่น ในความผิดฐานบุกรุก สิ่งที่สังคมประสงค์จะคุ้มครองคือ สิทธิในการใช้ทรัพย์สินของตน หรือกฎหมายที่ควบคุมตัวสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค จะเห็นได้ว่า ความรับผิดทางละเมิดเป็นการคุ้มครองสิทธิทางแพ่ง ซึ่งในแต่ละเรื่อง ก็จะมีวัตถุประสงค์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองต่างกันออกไป จากการให้ความหมายของความรับผิดทางละเมิดไว้อย่างเปิดกว้างเช่นนี้ ก็มีผลดีที่ทำให้

⁵ เรื่องเดียวกัน , หน้า 227. ; และ หน้า 62.

⁶ Raymond Smith, Conflict of laws (Great Britain: Cavendish publishing limited, 1993), pp. 148-150.

สามารถคุ้มครองสิทธิทางแพ่งของบุคคลได้อย่างเต็มที่ แต่ในทางกลับกันก็เป็นปัญหาในเรื่องของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่า ข้อเท็จจริงนั้นๆเป็นละเมิดหรือไม่ และเมื่อเป็นละเมิดที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง ก็จะมีปัญหาที่ยุ่งยากเพิ่มขึ้นอันเนื่องมาจากสาเหตุที่ว่า สังคมแต่ละสังคมย่อมมีวัฒนธรรม ประเพณี รวมถึงความต้องการของสังคมแตกต่างกัน ทำให้สิ่งที่แต่ละสังคมประสงค์จะคุ้มครองก็ต่างกันไปด้วย ส่งผลต่อวิธีการที่ถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อใช้ในการแก้ปัญหาที่ย่อมมีความแตกต่างกันไปตามลำดับ

โดยพื้นฐานของกฎหมายเรื่องละเมิดกับพื้นฐานของกฎหมายอาญามีความเกี่ยวพันกัน โดยที่กฎหมายละเมิดจะถูกนำมาใช้เป็นสิ่งสะท้อนความรับผิดชอบทางอาญา แต่สำหรับวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของกฎหมายละเมิดนั้นมีเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล เป็นสิทธิที่ประชาชนหรือพลเมืองควรได้รับ ไม่เพียงแต่คุ้มครองจากการกระทำของปัจเจกบุคคลเท่านั้นยังหมายรวมถึงการกระทำของรัฐด้วย เมื่อพื้นฐานของกฎหมายลักษณะละเมิดมีเช่นนี้ ทำให้การยอมรับและบังคับใช้สิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิดของต่างประเทศเป็นเรื่องที่ยากสำหรับระบบกฎหมายขัดกันมากกว่าการยอมรับและบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศ ในกฎหมายลักษณะอื่น เพราะมีผลประโยชน์ของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย

ความเป็นไปได้ในการนำกฎหมายต่างประเทศเรื่องละเมิดมาใช้บังคับ ถ้ามองว่ากฎหมายละเมิดเป็นกฎหมายประเภทเดียวกับกฎหมายอาญา ก็จะต้องนำกฎหมายภายในมาใช้เท่านั้นเช่นเดียวกับระบบกฎหมายอาญาที่บังคับใช้อย่างเคร่งครัดในอาณาเขตของรัฐ ซึ่งโดยหลักของความรับผิดชอบตามกฎหมายลักษณะละเมิดนั้นก็มิวัตถุประสงค์ที่แตกต่างจากกฎหมายอาญาดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้น ทำให้การนำกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดจึงไม่ถูกจำกัดในแบบเดียวกับกฎหมายอาญาว่าจะต้องใช้เฉพาะกฎหมายภายในของรัฐเท่านั้น

ในบางครั้งการใช้กฎหมายภายในแต่เพียงอย่างเดียว โดยไม่วิเคราะห์ถึงปัจจัยอื่นๆ ประกอบด้วย ก็อาจก่อให้เกิดผลที่ไม่พึงต้องการได้ เป็นต้นว่า ถ้าคู่กรณีมาจากประเทศที่ต่างกัน กฎหมายที่บัญญัติไว้ในเรื่องที่พิพาทก็แตกต่างกัน ทำให้ไม่สามารถจะกำหนดได้ว่าควรจะนำกฎหมายของฝ่ายโจทก์หรือฝ่ายจำเลยมาใช้บังคับ ซึ่งศาลจะเลี่ยงปัญหาโดยใช้กฎหมายภายในของศาลที่พิจารณาคดีเป็นตัวกำหนดความรับผิด ก็จะเป็นการเปิดโอกาสให้โจทก์สามารถเลือกกฎหมายที่เป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุด โดยเลือกนำคดีไปฟ้องยังศาลที่ตนได้รับประโยชน์

ซึ่งในบางครั้งนั้นกฎหมายของประเทศที่โจทก์นำคดีไปฟ้องนั้นไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้นเลย ดังนั้นการกำหนดกฎเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดี จึงควรที่จะมีลักษณะเป็นสากลใช้บังคับกันโดยทั่วไป ที่สำคัญต้องมีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับคดีที่เกิดขึ้น และต้องไม่ขัดกับอำนาจอธิปไตยของรัฐที่ดำเนินคดีด้วย

การศึกษาในบทนี้จะเป็นการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ที่เป็นสากลใช้บังคับในนานาประเทศ โดยจะวิเคราะห์ในแต่ละหลักว่ามีข้อดี ข้อบกพร่องอย่างไร เพื่อที่จะใช้เป็นแนวทาง การนำมาปรับใช้กับหลักเกณฑ์ของประเทศไทยที่กำหนด ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกัน พ.ศ. 2481 มาตรา 15 เพื่อใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ

3.1 หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น (Lex loci delicti)

การพิจารณา หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยพิจารณาจากหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นเป็นหลัก เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า สมมติฐานของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ที่ตั้งข้อสมมติฐานว่า การที่กฎหมายไทยกำหนดให้ใช้หลักเกณฑ์เรื่องกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น แต่ประการเดียวไม่เพียงพอต่อสภาวะการณที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน ควรมีหลักเกณฑ์อื่นๆเข้ามาเสริมเพื่อความเหมาะสมและเป็นธรรมต่อทุกฝ่าย ทำให้การศึกษาจึงต้องพิจารณาหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นเป็นหลัก นอกจากนั้นหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นนี้เป็น หลักที่ได้รับการยอมรับในหลายประเทศ และถือเป็นหลักเกณฑ์ที่ดี เป็นสากล แต่หลักเกณฑ์นี้ก็ยังมีข้อบกพร่องอยู่บ้าง จึงต้องทำการวิเคราะห์หลักเกณฑ์นี้ว่ามีข้อดีและข้อบกพร่องอย่างไร ที่ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรม และเมื่อทราบถึงข้อบกพร่องแล้ว ก็จะไปสู่ขั้นตอนของ การศึกษาถึงหลักเกณฑ์อื่นๆในการหากฎหมายมาใช้บังคับ เพื่อที่จะแก้ไขข้อบกพร่องและอุดช่องว่างของหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น และเป็น การเสริมสร้างให้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ มีความเป็นธรรมและมีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

หลักเกณฑ์ในการหากฎหมาย มาใช้บังคับกับละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น เป็นการกำหนดให้ใช้กฎหมายของสถานที่ที่การ

ละเมิดเกิดขึ้นบังคับกับข้อเท็จจริงที่เกิด ซึ่งสถานที่ที่มูลละเมิดเกิดขึ้นย่อมถือได้ว่ามีจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดกับคดี ทำให้กฎหมายของประเทศนั้นมีผลใช้บังคับได้ โดยอาจเป็นสถานที่ที่มีการกระทำอันเป็นองค์ประกอบของละเมิด หรือสถานที่ที่ความเสียหายได้เกิดขึ้น ฯลฯ ซึ่งการจะใช้หลักเกณฑ์ใดเป็นตัวกำหนดว่า ที่ใดคือสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้นนั้น จะขอกกล่าวโดยละเอียดในหัวข้อต่อไป นอกจากนี้แล้ว การใช้หลักกฎหมายแห่งสถานที่ที่มูลคดีเกิดขึ้น ก็มีประโยชน์ต่อการพิสูจน์ พยานหลักฐาน ทำให้สืบหาพยานหลักฐานได้ง่ายขึ้น เพราะมีความใกล้ชิดกับสถานที่เกิดเหตุ

ในการศึกษาส่วนนี้จะทำการศึกษาตามหัวข้อดังต่อไปนี้

- (1) ที่มาและความสำคัญของการนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นมาใช้บังคับ
- (2) การกำหนดสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้น
- (3) ข้อดีในการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้น
- (4) ข้อจำกัดในการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้น

1. ที่มาและความสำคัญของการนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นมาใช้บังคับ

หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น (Lex loci delicti commissi) เกิดขึ้นตั้งแต่ศตวรรษที่ 13 โดยเป็นการกล่าวถึง สถานที่เกิดละเมิดในงานเขียนของ Guillaume Durant (1237-1296)⁷ อันที่จริงแล้วนักกฎหมายในยุคต้นๆ ไม่ได้พิจารณาถึงประเด็นเรื่องกฎหมายละเมิดในทางแพ่ง แต่เป็นการกล่าวถึงในทางอาญา โดยกล่าวถึงในประเด็นที่เกี่ยวกับละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศไว้สองประเด็นคือ

1. กรณีที่คนต่างชาติได้กระทำละเมิดในอาณาเขตของรัฐ ก็ต้องถูกลงโทษที่รัฐนั้น โดย

⁷ C.G.J. Morse, Torts in private international law (Netherlands: North-Holland publishing company, 1978), pp. 23-24.

การกระทำต้องเป็นการละเมิดตามกฎหมายของรัฐนั้น เป็นการแสดงโดยชัดว่า หมายถึงการกล่าวถึงในแง่ของกฎหมายอาญา เพราะไม่มีการพูดถึง กรณีที่การกระทำนั้นเกิดในต่างประเทศ เป็นการจำกัดเฉพาะภายในอาณาเขตของรัฐโดยคนต่างชาติเท่านั้น

2. กรณีพลเมืองของรัฐตนไปทำละเมิดในต่างประเทศ สามารถถูกลงโทษ ในรัฐที่ตนมีสัญชาติได้ เป็นการแสดงถึงการลงโทษตามกฎหมายภายใน โดยกฎหมายประสงค์จะขยายเขตอำนาจในการฟ้องคดีไปยังการกระทำของคนชาติตน ที่ได้กระทำในต่างประเทศ

การกำหนดไว้เช่นนี้ ก็ไม่ได้หมายความว่า จะนำกฎหมายนี้ไปใช้ในคดีอาญาแต่เพียงอย่างเดียวในทางตรงข้าม อาจกำหนดไว้ให้ทั้งสองกรณี คือ ทั้งในทางอาญาและทางแพ่ง และการกำหนดไว้เช่นนี้ ถือเป็นจุดเริ่มต้นของการกล่าวอ้างถึงหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้น

การพิจารณาประเด็นเรื่องละเมิดในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ได้เกิดขึ้นอย่างชัดเจนในศตวรรษที่ 19 โดยนักนิติศาสตร์สองท่านคือ Wachter และ Savigny ได้เสนอความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ว่า การกำหนดความรับผิดทางละเมิด โดยใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นมาใช้บังคับ เพื่อกำหนดสิทธิของโจทก์ ในการที่จะได้รับการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิด และกำหนดความรับผิดของจำเลยในการชดเชยความเสียหายที่เกิดแก่โจทก์ ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะเกิดขึ้นที่ใดก็ตาม เป็นวิธีการที่ได้รับอิทธิพลมาจาก แนวความคิดเรื่อง " สิทธิที่ได้รับมาแล้ว (Vested right) " * หมายความว่า เมื่อมีการกระทำอันเป็นการละเมิดเกิดขึ้นในอาณาเขตของรัฐใด ย่อมก่อให้เกิดสิทธิแก่ฝ่ายโจทก์ที่จะสามารถฟ้องคดีและได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดในรัฐนั้น และก่อให้เกิดหน้าที่แก่จำเลยที่ต้องมีความรับผิดต่อการกระทำตามกฎหมายของรัฐนั้น ดังนั้นไม่ว่าจะมีการนำคดีมาฟ้องยังศาลของประเทศใด กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับคดีก็คือ กฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้น ซึ่งเท่ากับว่าเป็นการยอมรับตามสิทธิที่ได้รับมาแล้วตามกฎหมายนั้น เป็นแนวความคิดที่อธิบาย

* "Vested right" หมายความว่า การยอมรับในผลของกฎหมาย เรื่องของสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมตามกฎหมายต่างประเทศ ทำให้ไม่จำเป็นต้องกล่าวถึงการอ้างกฎหมายต่างประเทศอีกเลย เพราะเป็นเรื่องของการยอมรับผลของกฎหมาย

ถึง การนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้ โดยอาศัยหลักอรรถศาสตร์ไม่ตรีอันดีระหว่างกัน ซึ่งแต่ละประเทศจะต้องเคารพต่อสิทธิที่ได้รับมาแล้วตามกฎหมายต่างประเทศ

นอกจากนี้ การนำเอาหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นมาใช้บังคับก็ไม่ถือว่าเป็นการจำกัดอำนาจอธิปไตยของรัฐที่พิจารณาคดี เนื่องจากการนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้นั้น มิใช่จะใช้อย่างไม่มีการจำกัด ถ้ากฎหมายต่างประเทศนั้นขัดกับหลักเกณฑ์พื้นฐานแห่งกฎหมายของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดี ศาลก็มีอำนาจที่จะไม่นำเอากฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับและการกระทำเช่นนั้นก็ไม่กระทบต่อความสัมพันธ์อันดีที่มีต่อกันระหว่างรัฐ เนื่องากกฎหมายภายในย่อมมีอำนาจบังคับบัญชาภายในรัฐของตน จึงไม่มีเหตุผลอันใดที่จะนำเอากฎหมายต่างประเทศที่ขัดกับกฎหมายของตนมาใช้บังคับใช้ ส่วนสาเหตุแห่งการไม่สอดคล้องกันระหว่างกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายภายในของศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ก็เป็นเพราะประเทศต่างๆ ย่อมบัญญัติกฎหมายในลักษณะที่แตกต่างกันตามพื้นฐานทางสังคม วัฒนธรรม ตลอดจนความเชื่อทางศาสนา ศิลปกรรม สภาพเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน กฎหมายซึ่งเป็นส่วนสะท้อนของสังคมนั้น ก็ย่อมจะต้องมีความแตกต่างกันออกไปด้วย เมื่อมีความไม่สอดคล้องกันเกิดขึ้น หลักเกณฑ์แห่งการขัดกันของกฎหมายก็กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันระบบกฎหมายภายในต่อกฎหมายต่างประเทศ ที่จะมีส่วนในการถูกนำไปใช้ โดยมาตรการนี้เรียกว่า " ข้อจำกัดในการนำเอากฎหมายต่างประเทศ ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีมาใช้ " และยังมีกฎหมายอีกประเภทหนึ่งที่มีความใกล้เคียงกับ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งบางท่านเรียกว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามกฎหมายมหาชน (La loi de police) หรือเรียกว่า " กฎหมายที่ต้องนำมาใช้บังคับทันที " (La loi d' application immidiate) ^๕ ซึ่งกฎหมายในลักษณะนี้มีสภาพบังคับเด็ดขาด ศาลสามารถนำมาใช้บังคับได้เลย โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการหรือขั้นตอนของหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย เพราะเป็นกฎหมายที่มุ่งป้องกันสถาบันทางสังคมของประเทศ จึงอยู่นอกเหนือหลักเกณฑ์แห่งการขัดกันของกฎหมาย โดยในเรื่องนี้จะกล่าวโดยละเอียดใน หัวข้อเรื่องข้อจำกัดในการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้น

^๕ ชุมพร บัจจุสานนท์, "กฎหมายที่พึงใช้บังคับทันที, หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย: ผลกระทบต่ออนุสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล," วารสารนิติศาสตร์ 16 (ธันวาคม, 2529): 20-41.

เพื่อความเข้าใจถึงพัฒนาการและความสำคัญ ในการนำหลักกฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้นมาใช้บังคับ จึงขอยกแนวทางในการหากกฎหมายมาใช้บังคับของประเทศต่างๆ ที่ได้กล่าวถึงการนำหลักกฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น ประกอบการพิจารณาดังนี้

แนวทางของประเทศอังกฤษที่นำหลักกฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้นมาใช้บังคับ

ในศตวรรษที่ 17 เริ่มใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นมาจากการใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (Lex fori) และให้ความสำคัญกับการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้น เนื่องจากถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่ให้ความเป็นธรรมแก่ฝ่ายจำเลยได้มากกว่า โดยจำเลยจะเป็นฝ่ายใช้หลักเกณฑ์นี้มาใช้อ้าง กฎหมายตามหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น เพื่อแสดงให้เห็นว่า การกระทำของเขาไม่เป็นละเมิดตามกฎหมายของสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้น

ท่าน Lord Mansfield⁹ ได้วิจารณ์ เกี่ยวกับเรื่องไว้ว่า " อะไรก็ตามที่จัดว่าเป็นความเป็นธรรม ในสถานที่ซึ่งได้กระทำการอันเป็นละเมิด ก็ถือว่าเป็นความเป็นธรรมซึ่งคดีนั้นต้องการด้วย " แต่กฎหมายอังกฤษขณะนั้น ก็ได้กำหนดให้ใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นแต่ประการเดียวในทุกกรณี แต่มีเงื่อนไขในการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น ดังที่ปรากฏในคดี Phillips V Eyre¹⁰ ซึ่งวางรากฐานในการหากกฎหมายมาใช้บังคับกับละเมิด ในขณะนั้น โดยมีเงื่อนไขสองประการที่จะนำกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นมาใช้บังคับ คือ

- การกระทำนั้นต้องสามารถถูกฟ้องได้ตามกฎหมายอังกฤษ
- ไม่มีเหตุที่จะยกขึ้นแก้ตัวได้ ตามกฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดเกิด

⁹ C.G.J. Morse, Torts in private international law , p 26.

¹⁰ [1870], L.R. 6 Q.B. 1, cited in P.M. North, Cheshire' Private international law, 9nd ed. (London: Butterworths, 1974), pp. 267-280.

เมื่อมีเงื่อนไขในการบังคับใช้กฎหมายเช่นนี้ จึงเกิดข้อโต้แย้งมากมายในการนำหลักนี้มาใช้บังคับ บางแนวความคิดก็ต้องการใช้หลักนี้เป็นเพียงส่วนประกอบ เพื่อสร้างความเป็นธรรมเฉพาะกรณี บางแนวความคิดก็ต้องการนำหลักนี้มาใช้เป็นหลักเกณฑ์เบื้องต้นในการหากฎหมายมาใช้บังคับ

ท่าน Willes J.¹¹ พยายามใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้น (Lex loci delicti) เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้แก่จำเลย ขณะที่แนวทางของศาลใช้หลักการประนีประนอมระหว่างรัฐและหลักความเป็นธรรม มากำหนดกฎเกณฑ์ในการหากฎหมาย แม้ว่าผลของแนวความคิดทั้งสองทางนี้ จะออกมาในแนวทางเดียวกันก็ตาม แต่ท่าน Willes J. ก็พยายามจะกำหนดให้ หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ใช้หลักสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้นเป็นหลักทั่วไป เพื่อเป็นมาตรฐานในการพิจารณา เมื่อจำเลยสามารถพิสูจน์ได้ว่า เขาได้รับความเป็นธรรมตามกฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้น และกฎหมายนั้นไม่ได้กำหนดความรับผิดไว้ เขาก็หลุดพ้นจากความผิด ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้

ในคดี Phillips V Eyre ที่วางเงื่อนไขไว้ว่า "ไม่มีเหตุที่จะยกขึ้นแก้ตัวได้" ถูกจำกัดความหมายเฉพาะความรับผิดในทางแพ่งเท่านั้น ซึ่งในคดีที่เกิดขึ้นก่อนหน้านี้นี้มักจะเป็นคดีอาญาเสียส่วนใหญ่ และจำเลยจะนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้น (Lex loci delicti) มายกเว้นความรับผิด แต่อย่างไรก็ดี แนวความคิดนี้สามารถนำมาปรับใช้ในทางแพ่งได้ด้วย และยังตอบสนองแนวทางของศาล ที่วางเงื่อนไขไว้สองประการดังที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่งพอจะสรุปได้ดังนี้

เงื่อนไขข้อแรก การกระทำนั้นต้องเป็นละเมิดตามกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีและเป็นละเมิด ตามกฎหมายของสถานที่ที่ละเมิดเกิดขึ้น

เงื่อนไขข้อที่สอง ไม่มีเหตุที่จะยกขึ้นแก้ตัวได้ ตามกฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดเกิด

¹¹ C.G.J. Morse, Torts in private international law, p. 29.

ฉะนั้นถ้าคดีดังกล่าวไม่มีเหตุที่จะยกขึ้นแก้ตัวได้ ตามกฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้นแล้ว ก็สามารถนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นมาใช้บังคับเพื่อกำหนดความรับผิดของจำเลยได้

แนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกาที่นำหลักกฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้นมาใช้บังคับ

สภาพทางภูมิศาสตร์ของประเทศสหรัฐอเมริกา แบ่งการปกครองออกเป็นมลรัฐ และในแต่ละมลรัฐนั้นมีกฎหมายของตนเอง ทำให้ปัญหาในเรื่องการขัดกันของกฎหมาย (Conflict of laws) จึงไม่จำกัดแค่เพียงเรื่องของ กฎหมายของประเทศหนึ่งกับกฎหมายอีกประเทศหนึ่งเท่านั้น แต่หมายรวมถึง การขัดกันของกฎหมายในแต่ละมลรัฐด้วย ซึ่งทฤษฎีที่ใช้เป็นตัวกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับนั้นก็ใช้ทฤษฎีเดียวกัน ทำให้เราสามารถศึกษาเปรียบเทียบถึง แนวความคิด แนวทางปฏิบัติ จากศาลหรือนักกฎหมายของเขาในเรื่องการกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ เพื่อที่จะได้ทราบถึงหลักเกณฑ์ที่ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้บังคับ เพราะเป็นประเทศที่มีพัฒนาการทางด้านกฎหมายอยู่เสมอ จะได้นำมาเป็นแนวทางในการวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์ที่ประเทศไทยใช้บังคับ เพื่อที่จะพัฒนากฎหมายให้มีความเป็นสากล และก่อให้เกิดความเป็นธรรมในคดี กฎหมายขัดกันของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ใช้หลัก Lex loci delicti เพียงอย่างเดียวในการกำหนดสิทธิของโจทก์และกำหนดความรับผิดของจำเลย และปฏิเสธการใช้กฎหมายของศาลไม่ว่าจะนำมาใช้เป็นหลักทั่วไปหรือนำมาใช้เสริมในบางกรณีก็ตาม

นอกจากนั้นการที่จะวินิจฉัยว่าควรจะใช้กฎเกณฑ์ใดมากำหนด ก็จะพิจารณาถึงผลประโยชน์ที่เป็นประเด็นสำคัญกับคดีนั้นๆประกอบด้วย เห็นได้ว่าวิวัฒนาการของประเทศอเมริกาต่างจากประเทศอังกฤษ เพราะในประเทศอังกฤษยุคต้นๆจะนำหลัก Lex loci delicti มาใช้ในฐานะเป็นสิ่งช่วยเสริม เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้แก่จำเลยเฉพาะบางคดี ที่การกระทำของจำเลยตามกฎหมายของประเทศที่การละเมิดได้เกิดขึ้น กำหนดว่า การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิด แต่ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้หลัก Lex loci delicti เป็นตัวกำหนดความรับผิดของจำเลยแต่เพียงอย่างเดียว อีกทั้งจุดประสงค์ของกฎหมายลักษณะละเมิด ก็ประกอบด้วย

การให้ความเป็นธรรมแก่จำเลยและคุ้มครองผู้เสียหายให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ดังนั้นหลัก Lex loci delicti จึงเหมาะสมสำหรับทุกฝ่ายในขณะนั้น

แนวทางของประเทศในทวีปยุโรปที่นำหลักกฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้นมาใช้บังคับ

การใช้หลัก Lex loci delicti การนำมาใช้มีความใกล้เคียงกับประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกฎหมายจะกำหนดให้ใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับละเมิดที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ และในกรณีพิเศษเท่านั้นที่จะใช้กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี ในหัวข้อนี้จะกล่าวโดยละเอียดในบทต่อไป

จากที่กล่าวมาก็พอจะสรุปได้ว่า การนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น (Lex loci delicti) มาใช้เป็นกฎเกณฑ์ในการกำหนดกฎหมาย เพื่อที่จะใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปอย่างแพร่หลายในนานาประเทศ ซึ่งเหตุผลในการยอมรับนั้นก็เนื่องมาจาก หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น เป็นหลักเกณฑ์ที่ดี เพราะสามารถนำไปสู่การหากฎหมายมาใช้บังคับที่เหมาะสม และเป็นหลักที่มีความใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงแห่งคดีที่พิพาทมากกว่าการยึดติดกับ การใช้หลักกฎหมายของศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแต่เพียงหลักเกณฑ์เดียวเท่านั้น อีกทั้งยังเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความแน่นอนชัดเจนในการบังคับใช้ ซึ่งในเรื่องข้อดีของการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น เพื่อกำหนดกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีพิพาทจะกล่าวโดยละเอียดในหัวข้อ 3.1.3 นอกจากนี้เมื่อพิจารณาแนวทางและเหตุผลของแต่ละประเทศ ในการแสดงถึงความสำคัญของการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น ก็มีเหตุผลที่แตกต่างกันไป ตัวอย่างเช่น บางประเทศนำหลักเกณฑ์นี้ มาใช้เพื่อที่จะยกเว้นการใช้หลักเกณฑ์ของศาลที่พิจารณาคดี ทำให้เกิดความเป็นธรรมในคดีมากขึ้น เป็นต้น

ปัญหาในการนำหลักกฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น มาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ สามารถแบ่งออกเป็นปัญหาที่สำคัญๆ ได้ดังต่อไปนี้

1. ปัญหาเรื่องการกำหนดสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น ในกรณีที่การละเมิดคราวเดียวกัน ได้เกิดขึ้นพร้อมกันในหลายประเทศ จึงมีปัญหาในการกำหนดว่าประเทศใดคือประเทศที่การละเมิดได้เกิดขึ้น เพื่อที่จะนำกฎหมายของประเทศนั้นมาใช้บังคับตามหลัก *lex loci delicti*

2. ปัญหาที่เกิดจากความไม่สัมพันธ์กันระหว่างกฎหมายแห่งประเทศที่การละเมิดเกิดขึ้น กับข้อเท็จจริงต่างๆในคดีละเมิด เป็นต้นว่า คู่กรณีเป็นคนสัญชาติเดียวกันแต่ไม่ได้มีสัญชาติเดียวกับประเทศที่เกิดการละเมิด ประเทศที่การละเมิดเกิดขึ้นเป็นเพียงสถานที่ซึ่งคู่กรณีเดินทางผ่าน เท่านั้น

3. ปัญหาที่เกิดจากการใช้หลักกฎหมายแห่งประเทศที่การละเมิดเกิดขึ้นอย่างเคร่งครัด ทำให้ไม่สามารถก่อให้เกิดความเป็นธรรมที่แท้จริงได้ ด้วยเหตุที่ในบางสถานการณ์การนำหลักกฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้นมาใช้ มีความเหมาะสมไม่เท่ากับการใช้กฎหมายของประเทศอื่น

แม้ว่าหลายประเทศจะยอมรับหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น ในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดี (*Applicable law*) แต่การนำหลักเกณฑ์นี้มาใช้ก็ไม่ได้หมายความว่า สามารถที่จะนำมาใช้ได้กับทุกกรณี เพราะในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นย่อมมีข้อจำกัดในการใช้ ในระยะแรกข้อจำกัดก็มีไม่มาก ก็พอมีความเจริญทางเทคโนโลยี และการสื่อสารมากยิ่งขึ้นปัญหาต่างๆ ก็เกิดขึ้นตามมาเป็นลำดับ ทำให้เกิดข้อจำกัดในการนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นเพิ่มมากขึ้นเช่นกัน โดยในเรื่องข้อจำกัดของหลักเกณฑ์นี้จะกล่าวโดยละเอียดในหัวข้อ 3.1.4 เรื่องข้อจำกัดของหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น

3.1.2 การกำหนดสถานที่การละเมิดได้เกิดขึ้น (*Locus delicti* / *Place of tort*)

ประเด็นเรื่องการกำหนดสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้น เป็นประเด็นเรื่องหนึ่งที่เป็นปัญหาที่สำคัญของการนำหลักกฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้น มาใช้บังคับเพื่อหากฎหมายมาใช้ในคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ที่เป็นเช่นนี้เนื่องมาจาก คดีละเมิดเรื่องหนึ่งๆ อาจมีสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้นได้หลายแห่ง ตัวอย่างเช่น นาย a ยิงนาย b จากประเทศไทย โดยนาย b ยืนอยู่ฝั่งประเทศลาว ตามตัวอย่างนี้เห็นได้ว่ามีประเทศที่เข้ามาเกี่ยวข้อง

ที่สามารถถูกกำหนดว่าเป็น สถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้นได้ 2 ประเทศซึ่งได้แก่ประเทศลาว และ ประเทศไทย ปัญหาของเรื่องนี้ก็คือเมื่อเกิดการฟ้องคดีละเมิดขึ้น จะถือว่ากฎหมายของประเทศลาวหรือกฎหมายของประเทศไทย เป็นกฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้น

ถ้าการกระทำละเมิดในครั้งหนึ่ง ได้เกิดขึ้นและจบลงภายในอาณาเขตของประเทศเดียวก็ จะไม่เกิดปัญหาในการพิจารณาว่าที่ใดเป็นสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น แต่เมื่อไม่ได้เป็นเช่นนั้น กล่าวคือการกระทำละเมิดในคราวเดียวได้ก่อให้เกิดผลกระทบในหลายประเทศ คดีพิพาทเรื่องหนึ่งจึงอาจขึ้นสู่ศาลได้หลายศาล เนื่องจากศาลของประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกับคดีละเมิดใน ครั้งนี้ มีเขตอำนาจในการรับพิจารณาคดี ดังนั้นถ้าวิธีการของแต่ละประเทศที่ใช้ในการกำหนดว่า สถานที่ใดถือว่ามี การละเมิดเกิดขึ้นแตกต่างกัน และเมื่อกำหนดว่าที่ใดเป็นสถานที่ที่การ ละเมิดเกิดขึ้นแล้ว ประเทศที่ถูกกำหนดว่าเป็นสถานที่เกิดละเมิด ไม่ได้บัญญัติว่าข้อเท็จจริงที่นำ มาฟ้องต่อศาลเป็นเรื่องละเมิด ผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นตามมาก็คือ เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น ประเทศต่างๆจึงมีความพยายามในการแก้ปัญหาการกำหนดสถานที่เกิดละเมิด ดังจะเห็นได้จาก แนวทางปฏิบัติของแต่ละประเทศ ที่ไม่ใช่วิธีการกำหนดที่เข้มงวดจนเกินไป แต่ได้นำหลักความ ยืดหยุ่นมาปรับใช้เพื่อทำให้เกิดความเหมาะสมและเป็นธรรมในแต่ละกรณี

การศึกษาเรื่องการกำหนดสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้น จะขอแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 หัวข้อดังต่อไปนี้

3.1.2.ก ปัญหาที่เกิดจากความหลากหลายของสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้น

3.1.2.ข วิธีการกำหนดสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้น ในกรณีที่มีความหลากหลายของ สถานที่เกิดละเมิด

3.1.2.ก ปัญหาที่เกิดจากความหลากหลายของสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้น

ปัญหาเรื่องสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น เป็นปัญหาที่ควรต้องพิจารณาเป็นอันดับแรก เพราะเป็นปัญหาที่สำคัญ ในการใช้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับโดยหลักกฎหมาย แห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้น (Lex loci delicti) การจะนำกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้น

มาใช้ได้ ก็มีความจำเป็นที่ต้องทราบแน่ชัดเพื่อที่จะระบุได้ว่า สถานที่ใดคือถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้น ปัญหาในการกำหนดสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้นนั้น จะไม่เกิดขึ้นถ้าการกระทำละเมิดได้เกิดขึ้นภายในเขตอำนาจของรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น

ในบางสถานการณ์สถานที่เกิดละเมิดก็ถูกระบุไว้ว่าหมายถึง "ประเทศที่มีการกระทำอันเป็นความผิดฐานละเมิดของจำเลยเกิดขึ้นและเป็นประเทศซึ่งโจทก์ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้น"¹² แต่ถ้าการกระทำละเมิดได้ถูกกระทำอย่างต่อเนื่องคาบเกี่ยวในหลายประเทศ หรือเริ่มต้นกระทำการในประเทศหนึ่งแต่ผลของการกระทำไปก่อให้เกิดความเสียหายในอีกประเทศหนึ่งหรือมากกว่านั้น มีความซับซ้อนของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น กรณีที่สินค้าหรือผลิตภัณฑ์ถูกผลิตขึ้นโดยประเทศหนึ่ง และส่งไปจำหน่ายในอีกประเทศหนึ่งแล้วสร้างความเสียหายขึ้น หรือในกรณีที่แก๊สพิษถูกปล่อยจากประเทศและสร้างมลภาวะทำอันตรายต่อสิ่งมีชีวิตก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายหรือชีวิตในอีกประเทศหนึ่ง เห็นได้ว่าการกระทำละเมิดในครั้งหนึ่งนั้นๆ สามารถก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ไม่ว่าต่อบุคคลหรือทรัพย์สิน ไม่อาจถูกจำกัดโดยอาณาเขตของรัฐเท่านั้น และยิ่งไปกว่านั้นในบางกรณี สถานที่เกิดละเมิดก็สามารถเกิดขึ้นในหลายประเทศพร้อมๆกันได้ แล้วจะกำหนดได้อย่างไรว่า สถานที่ใดคือสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้น ในสถานการณ์ต่างๆเหล่านั้น จะใช้สถานที่ที่มีความเสียหายเกิดหรือสถานที่ที่มีการกระทำอันเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักเกณฑ์ตามกฎหมายลักษณะละเมิด หรือทั้งสองอย่าง หรือโดยวิธีการอื่น ฯลฯ จะสามารถใช้หลักการใดเป็นพื้นฐานในการกำหนดสถานที่ดังกล่าว

ประเทศที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับคดีละเมิดนั้น ก็ล้วนแต่มีความสัมพันธ์กับคดีละเมิดที่เกิดขึ้นไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง ต่างก็บัญญัติกฎหมายเพื่อใช้บังคับแก่กรณีแตกต่างกันออกไป เช่นในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากการกระทำละเมิด ในแต่ละประเทศ อาจมีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวต่างกัน หรือการกำหนดว่าเป็นความผิดฐานละเมิดหรือไม่แตกต่างกัน ดังนั้นสิ่งที่ต้องบ่งชี้ว่าจะอะไรคือ สถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้นจึงเป็นสิ่งที่สำคัญมาก ใน

¹² C.M.V. Clarkson and Jonathan Hill , *Jaffey on the conflict of laws* (Great Britain: Butterworths, 1997), pp. 249-250.

การหากฎหมายมาใช้บังคับกับละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่ การละเมิดได้เกิดขึ้น (Lex loci delicti) เป็นหลักทั่วไป เพราะถ้ากำหนดสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้นแตกต่างออกไป ก็จะทำให้ผลของคดีเปลี่ยนแปลงได้

เมื่อผลแห่งคดีมีความไม่แน่นอน สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามการกำหนดสถานที่ที่เกิดละเมิดแล้ว จะส่งผลทำให้กฎเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้น ก็มีผลกระทบต่อประเด็นเรื่องความเป็นธรรมในคดีนั้นด้วย เนื่องมาจากสาเหตุที่ว่า ในบางครั้งการกระทำละเมิดเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญหรือไม่มีการคาดเดาไว้ล่วงหน้า ทำให้กฎหมายของสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้นไม่มีความสัมพันธ์ใดๆกับคู่กรณีเลย นอกจากเป็นถิ่นที่มีการกระทำอันเป็นละเมิดเกิดขึ้นเท่านั้น

เช่น ในกรณีที่คู่กรณีเป็นคนสัญชาติเดียวกัน แต่การกระทำอันเป็นการละเมิดนั้นได้เกิดขึ้นในอีกประเทศหนึ่ง ถ้ากำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับแก่คดีโดยใช้ หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้น (Lex loci delicti) ก็จะสร้างความยุ่งยากให้แก่คู่กรณี เนื่องจาก แทนที่คู่กรณีจะสามารถนำกฎหมายของประเทศตนมาใช้บังคับกับคดีนั้นได้ เพราะคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างก็มีความเข้าใจในระบบกฎหมายของตนเป็นอย่างดีอยู่แล้ว แต่กลับต้องไปพิสูจน์ถึงกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อจะให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในการหากฎหมายมาใช้บังคับ

คดี M'Elroy Vs M'Allister (1949)¹³ แสดงให้เห็นถึง กรณีที่มีความไม่เกี่ยวข้องกันระหว่างถิ่นที่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น กับ ตัวคู่กรณี โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีดังนี้

คดีนี้ตัวผู้เสียหายคือ ชาวสก๊อตแลนด์ โดยตัวสามีได้เสียชีวิตจากอุบัติเหตุที่เกิดจากการทำงานในหน้าที่ของบริษัทซึ่งเป็นบริษัทที่จดทะเบียนตามกฎหมายของประเทศสก๊อตแลนด์ ภรรยาของผู้ตายได้นำคดีนี้มาฟ้องนายจ้าง ในข้อหาประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้บุคคลอื่นถึงแก่

¹³ G. Maher, International Private Law : Cases and Statutes (Edinburgh W.Green & Son Ltd. law publishers, 1985), pp. 166-170.

ความตายและเรียกค่าทดแทน สถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้นคือ ประเทศอังกฤษ ซึ่งปัญหาเกิดขึ้นเนื่องจากคำชดเชยตามกฎหมายของทั้งสองประเทศนี้แตกต่างกัน กฎหมายของประเทศอังกฤษได้กำหนดเฉพาะค่าทำศพ ในขณะที่กฎหมายของประเทศสก็อตแลนด์ให้มากกว่านั้น โดยกฎหมายสก็อตแลนด์กำหนดให้ค่าเสียหายในความเศร้าโศกเสียใจ (Solatium) ด้วย แต่เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับแก่คดี ซึ่งกำหนดให้ใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้น ทำให้กฎหมายของประเทศอังกฤษ ถูกนำมาใช้บังคับในคดีนี้ จากข้อเท็จจริงในคดีจะเห็นได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายของประเทศอังกฤษกับคู่กรณีมีความเกี่ยวข้องกันในลักษณะที่เป็นเพียงสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้นเท่านั้น ส่วนในเรื่องอื่น ๆ ไม่มีความเกี่ยวข้องกันเลย ไม่ว่าจะเป็นด้านตัวบุคคล หรือตัวทรัพย์สิน

จากการที่บ่อยครั้งสถานที่เกิดละเมิดเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญ ทำให้การนำกฎหมายของสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้นนั้นมีความไม่แน่นอนตามมาด้วย และในบางครั้งเมื่อกฎหมายของสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น ไม่มีความเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงเบื้องต้นที่เกิดขึ้น ก็จะก่อให้เกิดความยุ่งยาก ในการวิเคราะห์ถึงตัวกฎหมายที่จะนำมาใช้ในคดีที่มีความซับซ้อน

สมมติว่าโจทก์ได้รับบาดเจ็บจากความบกพร่องของตัวสินค้า ซึ่งผลิตในประเทศ A ถูกส่งไปจำหน่ายในประเทศ B และนำไปใช้ในประเภท C แต่ได้รับบาดเจ็บในประเทศ D และกฎหมายของทั้งสี่ประเทศก็กำหนดความรับผิดในเรื่องดังกล่าวแตกต่างกันออกไป

จากตัวอย่างนี้มีกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้องหลายประเทศ และจะใช้สิ่งใดเป็นตัวกำหนดถึงสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น และถ้าสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้นถูกกำหนดแล้ว จะเป็นประโยชน์กับตัวโจทก์ในคดีนี้อย่างไร ในเมื่อตัวโจทก์ไม่มีความสัมพันธ์ใดๆกับสถานที่นั้นเลย แล้วตัวโจทก์ก็มีความต้องการที่จะนำกฎหมายของประเทศตนมาใช้บังคับ เพราะไม่ต้องพิสูจน์ถึงกฎหมายนั้น และมีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับคู่กรณีมากกว่า และเป็นคุณแก่คดีของตนมากกว่า

แต่ถ้าพิจารณาในทางกลับกัน ผลประโยชน์ของฝ่ายโจทก์ย่อมจะต้องผูกพัน กับผลประโยชน์ของฝ่ายจำเลย ดังนั้นการใช้หลักเกณฑ์ใดมาเป็นตัวกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีนั้น ก็ควรจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของทั้งสองฝ่าย เพื่อที่จะก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คดีนั้นสูงสุด และต้องคิดถึงกระแสที่หลักเกณฑ์สากลใช้ปฏิบัติด้วย

เพื่อประกอบความเข้าใจที่ชัดเจน จึงขอกล่าวถึงแนวทางปฏิบัติของแต่ละประเทศ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้น โดยในที่นี้จะขอกล่าวถึง แนวทางของประเทศที่มีบทบาทต่อการพัฒนากฎหมายที่สำคัญ ๆ ดังต่อไปนี้

แนวทางปฏิบัติของประเทศอังกฤษ : ได้มีการกล่าวถึง "สถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้น" โดยมีการแบ่งแยกประเภทของคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ออกเป็น 2 กรณี คือ

1. กรณีที่การกระทำนั้นเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ กฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีก็คือกฎหมายของประเทศอังกฤษนั่นเอง โดยจะไม่พิจารณาว่าในคดีนั้นมีความเกี่ยวข้องกับประเทศอื่นหรือไม่อย่างไร ดังที่ปรากฏในคดี Metall and Rohstoff AG Vs Donaldson Lufkin & Fenrette Inc (1990) ¹⁴

2. กรณีที่การกระทำนั้นเกิดในต่างประเทศ กฎหมายใดจะถูกนำมาใช้บังคับ กับคดีจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในคดี Phillips V Eyre (1870) ¹⁵ โดยได้กล่าวไว้ในเงื่อนไขในการจะนำเอากฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี มาใช้บังคับกับคดี ในข้อที่ 2 ว่า ไม่มีเหตุที่จะยกขึ้นแก้ตัวได้ ตามกฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดเกิด

ส่วนการกำหนด คำจำกัดความของสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้นนั้น ในสถานการณ์ทั่วไปจะกำหนดว่าหมายถึง สถานที่ที่มีการกระทำอันเป็นการละเมิดของจำเลย และเป็นที่ยังใจทักได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้น แต่ในคดีที่ข้อเท็จจริงมีความซับซ้อนมากๆ ก็ไม่ได้ให้คำจำกัดความเอาไว้ชัดเจน

¹⁴ A.J.E. Jaffey, Topics in choice of law (Great Britain: The British institute of international and comparative law, 1996), pp. 115-116.

¹⁵ [1870], L.R. 6 Q.B. 1, cited in P.M. North, Cheshire' Private international law, 9nd ed. (London: Butterworths, 1974), pp. 267-280.

The Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995 ¹⁶ ได้บัญญัติเกี่ยวกับสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้นไว้ โดยแบ่งแยกเป็น

กรณีที่มีการกระทำละเมิดนั้น ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตและร่างกาย ดังที่ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 11 (2) (a) ที่ระบุถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่คดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศว่า " ให้ใช้กฎหมายของประเทศที่ซึ่งโจทก์ได้รับบาดเจ็บที่นั่น " และ

กรณีที่มีการกระทำละเมิดนั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สิน ก็บัญญัติไว้ใน มาตรา 11 (2) (b) ว่า " ให้ใช้กฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สินนั้นได้รับความเสียหาย "

กรณีอื่นๆ กำหนดเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป ซึ่งบัญญัติไว้ใน มาตรา 11 (2) (c) ว่า " ให้ใช้กฎหมายของประเทศที่ซึ่งมีองค์ประกอบที่สำคัญเกี่ยวข้องมากที่สุด " โดยในข้อนี้ก็ยังคงมีความคลุมเครือไม่ชัดเจนอยู่ว่าเป็นที่ใด และองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงมากที่สุดแค่ไหน จึงจะถือว่ามีมีความสำคัญที่จะนำกฎหมายของประเทศนั้นมาใช้บังคับแก่คดีได้ แต่ถ้าพิจารณาในทางกลับกัน การกำหนดไว้เป็นหลักทั่วไปเช่นนี้ ก็เป็นการเปิดโอกาสให้สามารถสร้างความเป็นธรรมเฉพาะกรณีได้

แต่อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นตาม The Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995 ¹⁷ หมายถึงกรณีที่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นในต่างประเทศเท่านั้น แต่ถ้าการกระทำละเมิดนี้ได้เกิดขึ้นภายในอาณาเขตของประเทศอังกฤษ ก็ยังคงต้องนำกฎหมายของประเทศอังกฤษมาใช้บังคับใช้

แนวทางปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกา : ใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น (lex loci delicti) เป็นหลักทั่วไปในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศเช่นกัน แต่กฎเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนด สถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น ไม่ได้กำหนดไว้ตาย

¹⁶ C.M.V. Clarkson and Jonathan Hill , Jaffey on the conflict of laws (Great Britain: Butterworths, 1997), pp. 261-263.

¹⁷ Ibid. , pp. 261-263.

ตัว เนื่องจาก กฎเกณฑ์หนึ่งที่กำหนดขึ้นเพื่อใช้ระบุว่า สถานที่ใดคือ สถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น อาจเหมาะสมและเป็นธรรมสำหรับสถานการณ์หนึ่ง แต่หลักเกณฑ์เดียวกันนี้ อาจไม่เหมาะสมสำหรับสถานการณ์อื่นๆ แนวทางที่ใช้ในการกำหนดสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้นของประเทศสหรัฐอเมริกา จึงเป็นการพิจารณาเพื่อที่จะนำมาใช้ในแต่ละคดี เพราะความสำคัญของสถานที่ต่าง ๆ นั้นย่อมมีความแตกต่างกันไปในแต่ละคดี และการพิจารณาสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น ยังแบ่งแยกพิจารณาตามลักษณะหรือประเภทของการละเมิดที่เกิดขึ้นอีกด้วย

โดยสรุปแล้ว สถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น (locus delicti) อาจถูกกำหนดขึ้นโดยวิธีการใดวิธีการหนึ่งเพื่อจะนำไปสู่ การหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีนั้น ซึ่งการที่จะยอมรับเอาหลักใดหลักหนึ่งเป็นเกณฑ์ในการกำหนดสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรที่จะกำหนด ในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป ไม่มีลักษณะที่เป็นการเฉพาะตายตัว เพื่อจะทำให้สามารถกำหนดสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้นได้อย่างเหมาะสมกับสภาวะ หรือเหตุการณ์ในขณะนั้น เพราะถ้าคดีละเมิดที่เกิดขึ้นในครั้งใด เกิดไม่มีจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญ กับสถานที่ที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น หรือ สถานที่ที่เป็นเหตุการณ์สุดท้ายที่จะทำให้การกระทำนั้นเป็นการละเมิดตามกฎหมาย แต่ประเทศอื่นกลับมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมากกว่า ก็ควรที่จะนำกฎหมายของประเทศนั้นมาใช้บังคับ เช่น ประเทศเจ้าของสัญชาติซึ่งคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีสัญชาติ ดีกว่าการกำหนดกฎเกณฑ์ไว้แน่นอนตายตัว ว่าต้องใช้หลักเกณฑ์นี้เท่านั้น แม้ว่าหลักความแน่นอนจะเป็นสิ่งที่ดี ก่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้บังคับกฎหมาย แต่ควรนำหลักความแน่นอนมาใช้แค่ในระดับหนึ่งเท่านั้น กล่าวคือ มีความแน่นอนในกรณีทั่วไป แต่ถ้าในสถานการณ์พิเศษ และพิจารณาแล้วเห็นว่า ถ้าใช้หลักการดังกล่าวจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีอย่างมาก ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องยึดติดกับหลักนั้นเพียงหลักเดียว ควรจะพิจารณาหลักเกณฑ์อื่นๆ ประกอบด้วย การยึดติดกับสิ่งใดสิ่งหนึ่งอย่างเคร่งครัด ก็จะส่งผลกระทบต่อคดีนั้นอย่างมาก เพราะการยึดติดกับสิ่งที่ตายตัวจนเกินไป นอกจากจะไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมในคดีนั้นแล้ว จะส่งผลในระยะยาว คือไม่สามารถที่จะพัฒนากฎหมายในเรื่องนั้นได้อีกด้วย

3.1.2.ข วิธีการกำหนดสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้น ในกรณีที่มีความหลากหลายของสถานที่เกิดละเมิด

วิธีการที่ใช้ในการกำหนดสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้น มีหลากหลายวิธีที่ใช้กัน ในทางปฏิบัติของแต่ละประเทศ ซึ่งอาจมีความแตกต่างกันในรายละเอียดบ้าง โดยวิธีการหลักๆ ที่ใช้กันในการกำหนดสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้นนั้น มีอยู่ 5 หลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

1. สถานที่ซึ่งได้มีการกระทำอันเป็นการละเมิด (The place of conduct , The place of acting)
2. สถานที่ซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิด (The place of injure)
3. สถานที่ซึ่งคู่กรณีตกลงเลือก (Election)
4. สถานที่ซึ่งมีจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญที่สุด (Most significant connection)
5. การกำหนดสถานที่เกิดละเมิด โดยพิจารณาตามประเภทของคดีละเมิดที่เกิดขึ้น

1. สถานที่ซึ่งได้มีการกระทำอันเป็นการละเมิด (The place of conduct , The place of acting)

ก. มูลเหตุที่ใช้วิธีการนี้

วิธีการที่ใช้ในการกำหนดสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้น โดยใช้ สถานที่ซึ่งมีการกระทำอันเป็นการละเมิดเป็นตัวกำหนด (Place of acting) เนื่องจากเหตุผลที่ว่า การใช้วิธีการดังกล่าวเป็นการง่ายที่จะเข้าใจถึงลักษณะของการกระทำละเมิด ว่า การใดจะเป็นการละเมิดหรือไม่ นั้นย่อมควรที่จะถูกกำหนดโดยสถานที่ที่ได้มีการกระทำของจำเลยเกิดขึ้น เห็นได้จาก แนวทางการพัฒนาที่เกิดขึ้นอย่างรวดเร็วในกลุ่มประเทศ Anglo-Commonwealth¹⁸ ในเรื่องหลักการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด โดยบทบาทของศาลจะถูกกำหนดโดย ความต้องการที่จะอ้างอิงใน หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น (lex loci delicti) เพราะว่าคุณความไม่ยุติธรรมต่อจำเลยจะเกิดขึ้นอย่างเห็นได้ชัด ถ้าพิจารณาความรับผิดชอบของจำเลยโดยไม่คำนึงถึง

¹⁸ C.G.J. Morse, Torts in private international law , p. 113.

หลักกฎหมายแห่งสถานที่ที่เกิดการกระทำนั้นขึ้น ส่วนหลักกฎหมายของสถานที่ที่ความเสียหายเกิดนั้นจะนำมาใช้ในกรณีที่ การกระทำนั้นเกิดขึ้นโดยไม่สามารถที่จะคาดการณ์เอาไว้ล่วงหน้า หรือเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญ

ยิ่งไปกว่านั้น ประเทศที่มีการกระทำของจำเลยเกิดขึ้น ก็เป็นประเทศที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับมากที่สุดในการที่จะนำกฎหมายของประเทศดังกล่าวมาบังคับใช้ และจะยังมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ถ้าการละเมิดนั้นอยู่บนพื้นฐานของความผิด หรือความตั้งใจ เพราะเมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายเรื่องละเมิด เมื่อจำเลยไม่กระทำตามมาตรฐานที่สังคมกำหนดไว้ ก็จะถูกตัดสินว่ามีความผิด ซึ่งมาตรฐานของสังคมนี้จะเป็นตัวควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคม และตามมาตรฐานเหล่านี้ ผู้กระทำความผิด ย่อมจะต้องคาดเดาถึงผลที่จะตามมาจากการกระทำของเขาได้

แต่อย่างไรก็ดี หลักกฎหมายลักษณะละเมิดที่อยู่บนพื้นฐานของความผิด ก็ไม่ได้ระบุชัดว่า ให้ใช้กฎหมายแห่งสถานที่ที่เกิดการกระทำนั้นขึ้นเท่านั้น จากแนวความคิดของหลักนี้ ก็สามารถที่จะนำไปสู่การใช้กฎหมายของสถานที่ที่ความเสียหายเกิดขึ้น ในกรณีที่จำเลยสามารถคาดเดาได้ถึงผลที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น ตัวอย่างเช่น นาย A เขียนหนังสือบอกกล่าวในประเทศ X ไปยังนาย B ซึ่งอยู่ในประเทศ Y เพื่อที่จะบอกกล่าวให้นาย B เลิกจ้างนาย C โดยกล่าวข้อความอันเป็นเท็จ เป็นเหตุให้นาย C ได้รับความเสียหาย และความเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้นในประเทศ Y เท่านั้น ดังนั้นก็ไม่มีควมจำเป็นที่จะต้องนำกฎหมายของประเทศ X มาใช้บังคับในสถานการณ์เช่นนี้เท่านั้น เพราะกฎหมายของประเทศ Y ก็มีความเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงนี้และนาย A ก็ย่อมจะคาดเดาได้ว่าความเสียหายจะเกิดขึ้นในที่ใด

รูปแบบของวิธีการในการกำหนดสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น โดยใช้กฎหมายแห่งสถานที่ที่เกิดการกระทำนั้นขึ้น เป็นตัวกำหนดนี้ สามารถที่จะมองได้ว่า เป็นการให้ประโยชน์แก่จำเลยมากเกินไป เพราะสถานที่ที่มีการกระทำของจำเลยเกิดขึ้นนี้ มักจะไม่กำหนดความรับผิดของตัวจำเลยเอาไว้ แต่กฎหมายแห่งสถานที่ที่ความเสียหายเกิดได้กำหนดความรับผิดเอาไว้ แต่ถ้ามองในทางกลับกันก็เป็นการให้ประโยชน์แก่โจทก์เช่นกัน เพราะในสถานที่ที่ความเสียหายเกิด ก็อาจจะไม่กำหนดความรับผิดในเรื่องนั้นๆ แต่สถานที่ที่มีการกระทำของจำเลยเกิดได้กำหนดไว้ จาก

เหตุผลที่กล่าวมานี้ ก็แสดงให้เห็นชัดว่า วิธีการที่ใช้สถานที่ที่มีการกระทำของจำเลยเกิดขึ้น เป็นตัวกำหนดก็ไม่ได้ให้สิทธิพิเศษแก่ใครมากกว่ากัน

การสร้างวิธีการเพื่อใช้กำหนดสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้นก็มีขึ้น เพื่อวัตถุประสงค์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดี ส่วนการกำหนดดังกล่าว ควรที่จะมีความสัมพันธ์กับเรื่องเขตอำนาจศาล (Jurisdiction) หรือไม่นั้น ก็เป็นอีกประเด็นหนึ่งที่มีการกล่าวถึง¹⁹ เพราะปัจจุบันศาลมีอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณานอกเขตอำนาจศาลได้ ในสถานการณ์ที่การละเมิดนั้นได้ถูกกระทำภายในเขตศาล แสดงให้เห็นว่า การพิจารณาถึงหลักสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น ว่าควรเป็นที่ใดโดยพิจารณาภายใต้หลักเขตอำนาจศาล เป็นการไม่เหมาะสมสำหรับปัญหาในเรื่องการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับเพราะว่า

(1) การพิจารณาแต่เพียงในประเด็นที่ว่า การกระทำละเมิดทั้งหมดต้องเกิดขึ้นภายในเขตอำนาจศาลเท่านั้น ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าการกระทำละเมิดนั้นเกิดขึ้นในที่ใด

(2) ในบางครั้งก็มีความสับสนในระหว่าง เรื่องการกระทำนั้นเกิดขึ้นในหรือนอกเขตอำนาจศาล กับเรื่องดุลยพินิจของศาลที่จะอนุญาตหรือปฏิเสธการดำเนินกระบวนการพิจารณานอกเขตอำนาจศาล

(3) บรรทัดฐานที่ใช้ในการตัดสินว่าศาลมีเขตอำนาจในการดำเนินคดีหรือไม่ ไม่จำเป็นที่จะต้องเหมือนกับ บรรทัดฐานในการกำหนดสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้นเพื่อที่จะใช้ ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับโดยในเรื่องนี้ จะขอยกตัวอย่างคดีเพื่อประกอบการศึกษา ดังนี้

¹⁹ Micheal C. Pyles, " Tort and Related Obligations, " Recueil des cours (1991 II): 38.

คดี *Distillers Co. (Biochemicals) Ltd. v Thompson* (1971)²⁰ ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีมีดังนี้ บริษัทอังกฤษ เป็นผู้จำหน่ายยาโดยรู้จักกันในนามของ "Distaval" ยาที่ผลิตมีส่วนประกอบของ ยาระงับประสาท (thalidomile) โดยยาดังกล่าวบริษัทนี้ได้มาจากผู้ผลิตชาวเยอรมัน ยานี้ได้ติดฉลากบอกวิธีการใช้ และสินค้าชนิดนี้ได้นำไปจำหน่ายในประเทศออสเตรเลีย เป็นเหตุให้โจทก์ซึ่งตั้งครรภ์ได้ซื้อยาดังกล่าวไปทาน โดยไม่ทราบถึงอันตรายของยานั้น ทำให้ทารกในครรภ์พิการ ในเรื่องนี้กฎหมายของประเทศออสเตรเลียได้กำหนดไว้ในมาตรา 18 (4) ของ *The Common Law Procedure Act 1899*. เกี่ยวกับการส่งหมายไปนอกราชอาณาจักร โดยอนุญาตให้ศาลที่พิจารณาคดีในขณะนั้นสามารถส่งหมายไปนอกเขตอำนาจศาลได้ แต่มูลเหตุในการฟ้องคดีต้องเกิดขึ้นในเขตอำนาจศาลด้วย ที่จริงแล้วบทบัญญัตินี้มีได้จำกัดว่า การกระทำละเมิดจะต้องเกิดขึ้นภายในเขตศาลตนเท่านั้น แต่เป็นเรื่องของการให้ลักษณะกฎหมายกับข้อเท็จจริง ว่าเรื่องที่จะนำมาพิจารณาได้เรื่องดังกล่าว ต้องเป็นกรณีละเมิดเท่านั้น

ข. หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดว่าได้มีการกระทำเกิดขึ้น

หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดว่าได้มีการกระทำเกิดขึ้นในประเทศใด สามารถแบ่งแยกหลักเกณฑ์ดังกล่าวออกเป็น 3 หลักเกณฑ์ดังนี้²¹

- (1) การกระทำละเมิดทั้งหมดต้องเกิดขึ้นภายในเขตอำนาจรัฐ
- (2) การกระทำสุดท้ายที่จะทำให้การกระทำนั้นเป็นละเมิด
- (3) การกระทำสุดท้ายที่เป็นสาเหตุแห่งการฟ้องคดี

- (1) การกระทำละเมิดทั้งหมดต้องเกิดขึ้นภายในเขตอำนาจรัฐ

หมายความว่า การที่ประเทศใด จะถือว่าเป็นประเทศที่มีการกระทำเกิดขึ้นได้นั้น การ

²⁰ [1971] AC 458, Privy Council on appeal from The New South Wales Court of Appeal.

²¹ Michael C. Pyles, "Tort and Related Obligations," *Recueil des cours*, pp. 40-44.

กระทำ อันเป็นความผิด ในเรื่องละเมิดที่จะเป็นเหตุให้สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้ทั้งหมด ต้องเกิดขึ้นภายในอาณาเขตของประเทศนั้นเท่านั้น

การวางเงื่อนไขเช่นนี้ เป็นการเคร่งครัดมากเกินไป เพราะถ้าเรานำหลักเกณฑ์นี้มาใช้ในการกำหนดสถานที่ซึ่งมีการกระทำอันเป็นละเมิดเกิดขึ้น ก็จะเป็นการยากที่จะกำหนดสถานที่ที่การละเมิดเกิดได้ เพราะคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศนั้นมีน้อยคดีที่จะเกิดเหตุแห่งการละเมิดแต่เพียงประเทศเดียว

(2) การกระทำสุดท้ายที่จะทำให้การกระทำนั้นเป็นละเมิด

หมายความว่า เมื่อมีการกระทำอันเป็นละเมิดเกิดขึ้น ซึ่งการกระทำนั้นอาจมีหลายขั้นตอน จนกว่าจะครบองค์ประกอบที่จะทำให้การกระทำดังกล่าวนั้น เป็นการละเมิดได้อย่างสมบูรณ์ตามที่กฎหมายกำหนด จึงมีโอกาสที่จะเป็นไปได้ว่า คดีที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศนั้น การกระทำละเมิดที่เกิดขึ้น การกระทำดังกล่าวก็อาจเริ่มต้นขึ้นในประเทศหนึ่งแล้วมีการกระทำต่อเนื่องไป จนไปสิ้นสุดการกระทำดังกล่าวในอีกประเทศหนึ่งก็ได้ ทำให้ปัญหาในการใช้วิธีใช้สถานที่ซึ่งมีการกระทำอันเป็นการละเมิด (Place of conduct) กำหนดสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น มีความสลับซับซ้อนมากขึ้นอีก และถ้ามีการกระทำเกิดขึ้นในหลายประเทศ ทำให้หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดสถานที่ซึ่งมีการกระทำเกิดโดยวิธีแรก ที่กำหนดว่าสถานที่ที่จะถือว่าการกระทำเกิดได้ต้องมีการกระทำอันเป็นละเมิดทั้งหมดเกิดนั้นมีความเคร่งครัดเกินไปจนทำให้ไม่สามารถที่จะแก้ปัญหาได้ในทุกกรณี

หลักเกณฑ์ในข้อนี้ ใช้การกระทำสุดท้าย (last event) ที่จะทำให้การกระทำดังกล่าวเป็นละเมิดเป็นตัวกำหนดสถานที่ซึ่งมีการกระทำเกิด เมื่อการกระทำสุดท้ายเกิดในประเทศใด ประเทศนั้นก็คือสถานที่ที่การกระทำเกิด

แม้ว่าหลักเกณฑ์ในข้อนี้จะเป็นหลักเกณฑ์ที่สามารถนำมาใช้บังคับได้ในทางปฏิบัติ แต่ถ้าวิจารณาในหลักดังกล่าวโดยละเอียดแล้ว จะเห็นข้อบกพร่องที่ทำให้เกิดข้อโต้แย้ง ในการนำหลักเกณฑ์ข้อนี้มาใช้บังคับ ด้วยเหตุผลที่ว่า เป็นหลักเกณฑ์ที่มีความไม่แน่นอนในการนำมาใช้ เพราะในคดีที่การละเมิดนั้นเกิดจากการกระทำโดยประมาท แล้วความเสียหายที่เกิดแก่โจทก์นั้นเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่จะทำให้ การกระทำดังกล่าวนั้นกลายเป็นคดีละเมิด และจัดเป็น

เหตุการณ์สุดท้าย ที่จะทำให้ครบองค์ประกอบของกฎหมายละเมิดมีความสมบูรณ์ แต่เมื่อสถานที่ดังกล่าวนี้เป็นสถานที่ซึ่งเกิดขึ้นโดยบังเอิญ ก็ไม่ควรที่จะให้สถานที่นั้นมาเป็นสิ่งที่ใช้เพื่อนำไปสู่การกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดีนั้น

ดังตัวอย่างที่ปรากฏในคดี *Distillers Co. (Biochemicals) Ltd. v Thompson (1971)*²² จำเลยทำธุรกิจในประเทศออสเตรเลียเป็นผู้จำหน่ายผลิตภัณฑ์ยา โดยไม่มีคำเตือนถึงอันตรายที่อาจได้รับจากการใช้ยาดังกล่าว ถ้ามีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า ต่อมาบริษัทจำเลยได้เลิกกิจการและย้ายไปยังประเทศอื่น ส่วนโจทก์เมื่อซื้อยาไปแล้วได้เดินทางไปพักผ่อนในประเทศแอฟริกา ซึ่งเป็นประเทศที่โจทก์ได้ทานยาดังกล่าว ถือว่าได้มีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว จากนั้นโจทก์เดินทางกลับประเทศออสเตรเลีย ถ้าใช้หลักเกณฑ์การกระทำสุดท้ายที่จะทำให้การกระทำนั้นเป็นละเมิด มากำหนดสถานที่ซึ่งมีการกระทำเกิด สถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้นได้แก่ประเทศแอฟริกา ส่งผลทำให้กฎหมายของประเทศนั้นมีผลต่อคดี แทนที่จะเป็นกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ซึ่งจะเป็นการไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรมต่อจำเลย ที่จะต้องต่อสู้คดีสำหรับการกระทำความผิดของเขา ด้วยกฎหมายของประเทศอื่น ซึ่งไม่ใช่กฎหมายของประเทศที่เขาได้กระทำผิด ด้วยเหตุที่มีการใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องการกระทำสุดท้าย (last event) มากำหนดสถานที่ดังกล่าว เพราะก่อนที่ความเสียหายที่ถือเป็นเหตุการณ์สุดท้ายที่จะทำให้การกระทำนั้นกลายเป็นละเมิดจะเกิดขึ้น โจทก์มีความเป็นไปได้ที่จะเดินทางไปยังที่ใดก็ได้ในโลกนี้ ทำให้การกำหนดเช่นนี้ไม่เป็นธรรมต่อจำเลย เพราะจะไม่รู้แน่ชัดว่าจำเลยจะมีความรับผิดชอบตามกฎหมายใด ถ้าความเสียหายที่เป็นเหตุการณ์สุดท้ายนั้นยังไม่เกิดขึ้น โดยอาจเป็นกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งก็ได้

(3) การกระทำสุดท้ายที่เป็นสาเหตุแห่งการฟ้องคดี

หมายถึง การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของจำเลย ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิแก่โจทก์ที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาล เพื่อความเข้าใจที่ชัดเจนในหลักเกณฑ์ข้อนี้ จะขอพิจารณาหลักเกณฑ์นี้ประกอบกับ ตัวอย่างข้างต้นซึ่งจะเห็นได้ว่า จริงๆแล้ว ความประมาทเลินเล่อของจำเลยผู้จำหน่ายยานั้น ไม่ได้เกิดจากความบกพร่องในกระบวนการผลิต แต่เกิดจากความบกพร่องที่ไม่เตือนว่าสินค้านั้น

²² [1971] AC 458, Privy Council on appeal from The New South Wales Court of Appeal.

อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้บริโภคได้ และถ้าพิจารณาจากสภาพความเป็นจริงแล้ว การจำหน่าย ยารชนิดหนึ่งนั้น ค่าเตือนถึงอันตรายของยา สามารถที่จะกระทำได้ในหลายทางนอกจากที่ติด ฉลากไว้ที่บรรจุภัณฑ์นั้นๆ เช่นสามารถเตือนได้ด้วยการติดต่อสื่อสารอื่นๆระหว่างบุคคล เป็นต้น และการเตือนนั้นก็ สามารถทำได้ตั้งแต่โจทก์อยู่ในประเทศออสเตรเลียแล้ว แต่ละเลยที่จะกระทำ ดังนั้นลัทธิที่จะนำคดีมาฟ้องของโจทก์เกิดขึ้นตั้งแต่ขณะที่อยู่ในประเทศออสเตรเลีย ประเทศออส เตรเลียจึงเป็นประเทศที่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น เพราะมีการกระทำ (ในที่นี้คือ การละเว้นที่ไม่ เตือนถึงอันตรายที่อาจเกิดขึ้น) อันเป็นสาเหตุในการฟ้องคดีเกิดขึ้น ทำให้คดีนี้สามารถนำ กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย มาใช้บังคับได้และมีความแน่นอนด้วย โดยไม่ต้องรอกจนกว่าจะ มีการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นก่อน แล้วจึงสามารถที่จะกำหนดสถานที่เกิดละเมิดได้

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่า การใช้หลักเกณฑ์การกระทำที่เป็นสาเหตุในการฟ้องคดีมา เป็นเกณฑ์ในการกำหนดสถานที่ซึ่งมีการกระทำอันเป็นละเมิด เป็นหลักที่เหมาะสมเพราะอยู่บน พื้นฐานของหลักที่มีความแน่นอน ที่จะคาดเดาถึงผลทางกฎหมายที่จะตามมาได้ และคุ้มครอง ประโยชน์ของจำเลย ทำให้จำเลยสามารถที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่เพราะจำเลยสามารถที่จะ คาดเดาถึงผลของการกระทำที่เขาจะได้รับตอบแทนจากสถานที่ซึ่งเขาได้กระทำการนั้นๆ แต่อย่าง ไรก็ตามในการพิจารณานี้ก็ควรที่จะคำนึงถึงประโยชน์ของโจทก์ประกอบด้วย ตัวอย่างเช่น ใน การผลิตสินค้าอย่างหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์ในการผลิตเพื่อจำหน่ายในต่างประเทศ (เป็นประเทศ กลุ่มเป้าหมาย) โดยเฉพาะ เช่น โรงงานผลิตรถยนต์ในญี่ปุ่น ผลิตรถยนต์เพื่อจำหน่ายใน ประเทศไทยเท่านั้น สินค้าที่ส่งมาจำหน่าย มีความบกพร่องและก่อให้เกิดความเสียหาย แก่ โจทก์ที่เป็นผู้ซื้อในประเทศไทย สถานที่ที่มีการกระทำเกิดขึ้น ก็ควรที่จะเป็นประเทศไทยไม่ใช่ ประเทศญี่ปุ่นที่ผลิตรถนั้น เพราะผู้ผลิตควรที่จะต้องมีความระมัดระวัง มิให้เกิดความผิดพลาด ขึ้น และย่อมต้องตระหนักดีว่า ผู้ที่ใช้ผลิตภัณฑ์นั้นย่อมเป็นบุคคลที่อยู่ในประเทศไทย เนื่องจาก ผลิตเพื่อจำหน่ายในประเทศไทยโดยเฉพาะ

จากที่กล่าวมานี้ โดยสรุปแล้ว ผู้เขียนเห็นด้วยกับหลักเกณฑ์ใน ข้อที่ 3 คือ การใช้การ กระทำที่เป็นสาเหตุในการฟ้องคดีมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดสถานที่ที่การกระทำเกิดขึ้น เพราะมี ความชัดเจนและมีความเป็นไปได้มากที่สุดในทางปฏิบัติ แต่อย่างไรก็ดีในการใช้หลักเกณฑ์ดัง

กล่าว ก็จำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมในแต่ละกรณีมาพิจารณาประกอบด้วย ดังตัวอย่างที่กล่าวไปแล้วข้างต้น

ค. ข้อดีในการใช้สถานที่ที่ได้มีการกระทำเกิดขึ้น

ข้อดีในการใช้สถานที่ที่ได้มีการกระทำเกิดขึ้น เป็นวิธีการที่ทำให้เข้าใจได้ง่ายว่าเมื่อมีการกระทำเกิดขึ้นในที่ใด ที่นั่นก็คือ สถานที่ที่มีการละเมิดเกิดขึ้น และคุ้มครองจำเลยทำให้จำเลยสามารถคาดเดาได้ถึงผลที่จะเกิดจากการกระทำของเขา กล่าวคือเมื่อเขาได้กระทำละเมิดในประเทศใดแล้วกฎหมายที่จะกำหนดความรับผิดชอบของเขา ได้แก่ กฎหมายของประเทศที่เขาได้กระทำนั่นเอง และวิธีการนี้ยังเป็นวิธีที่มีความแน่นอนในระดับหนึ่งด้วย

ง. ข้อบกพร่องในการใช้สถานที่ที่ได้มีการกระทำเกิดขึ้น

ข้อบกพร่องในการนำวิธีการใช้สถานที่ที่ได้มีการกระทำเกิดขึ้น เป็นเกณฑ์ในการกำหนดสถานที่เกิดละเมิด (locus delicti) เกิดจาก คดีละเมิดที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศนั้น ย่อมที่จะต้องมีความเกี่ยวข้องกับประเทศใดประเทศหนึ่งมากกว่าหนึ่งประเทศ ไม่ว่าจะเป็นจุดเกาะเกี่ยว (connecting factor) ในด้านใดก็ตาม ซึ่งปัญหาในการกำหนดสถานที่เกิดละเมิด โดยใช้วิธีการกำหนดโดยใช้สถานที่ซึ่งมีการกระทำเกิดขึ้น ถ้าการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นและจบลงภายในอาณาเขต (jurisdiction) ของประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น ปัญหาเรื่องการใช้สถานที่ที่ได้มีการกระทำเกิดขึ้นนี้ก็คงจะไม่เกิดขึ้น แต่เมื่อการกระทำอันเป็นละเมิดนั้น ได้มีการกระทำในหลายประเทศ ซึ่งแต่ละประเทศนั้นก็มีความแตกต่างกันดังที่ได้เคยอธิบายไว้ตอนต้น

โดยปัญหาที่จะพบในขั้นแรก ก็คือปัญหาในเรื่องการให้ลักษณะกฎหมายกับข้อเท็จจริง (classification) เมื่อในแต่ละประเทศกำหนดว่า การกระทำที่เกิดขึ้นนั้นสามารถถูกจัดเข้าลักษณะในทางกฎหมายว่าเป็นเรื่องอะไรแตกต่างกัน เช่นข้อเท็จจริงเรื่องหนึ่งอาจถูกจัดเป็นเรื่องของสัญญาในประเทศหนึ่ง ในขณะที่ข้อเท็จจริงเดียวกันนี้ ในอีกประเทศถึงถูกจัดให้เป็นเรื่องละเมิด หรือในบางประเทศกำหนดให้เป็นเรื่องละเมิดเหมือนกัน แต่องค์ประกอบที่จะถือเป็นละเมิดนั้นแตกต่างกัน ทำให้การใช้วิธีการกำหนดสถานที่ที่ได้มีการกระทำเกิดขึ้น เพื่อนำไปสู่การกำหนดสถานที่เกิดละเมิดมีความยากยิ่งขึ้น และเมื่อองค์ประกอบที่จะกำหนดว่าเป็นละเมิดใน

แต่ละประเทศต่างกัน ทำให้สิ่งที่จะบ่งชี้ได้ว่า มีการกระทำที่เป็นการละเมิดเกิดขึ้นนั้นเป็นละเมิดหรือไม่ประสบปัญหา ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า ข้อบกพร่องในประการแรกของ การใช้สถานที่ที่ได้มีการกระทำอันเป็นละเมิดเกิดขึ้น (Place of conduct) นี้คือปัญหาในเรื่องการให้ลักษณะกฎหมายกับข้อเท็จจริง(classification)

โดยความแตกต่าง ในการให้ลักษณะกฎหมายกับข้อเท็จจริงในแต่ละประเทศนั้น จะส่งผลให้เกิดความไม่สอดคล้องในการกำหนดสถานที่ที่ได้มีการกระทำเกิดขึ้น เพราะในประเทศซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น บางประเทศอาจกำหนดว่าเรื่องที่เกิดขึ้นนั้นเป็นคดีละเมิด และสามารถกำหนดสถานที่ที่ได้มีการกระทำเกิดขึ้นได้ แต่ในบางประเทศข้อเท็จจริงเดียวกันนี้ก็ไม่เป็นละเมิด ทำให้ไม่สามารถจะเชื่อมโยงไปสู่การหาสถานที่ที่เกิดการละเมิดได้

ข้อบกพร่องประการต่อมา คือความไม่ชัดเจนของวิธีการที่ใช้ในการระบุสถานที่ที่ได้มีการกระทำเกิดขึ้น ในกรณีที่มีการกระทำต่อเนื่องกันในหลายประเทศ ประเทศใดจะเป็นประเทศซึ่งถือว่ามีมีการกระทำเกิดขึ้นที่ประเทศนั้น แต่อย่างไรก็ดี ก็ได้เสนอแนวทางแก้ไขข้อบกพร่องในปัญหาข้อนี้ไว้แล้ว ในหัวข้อเรื่อง หลักเกณฑ์ที่ใช้กำหนดสถานที่ที่ได้มีการกระทำเกิดขึ้น *

ข้อบกพร่องประการสุดท้าย คือ เนื่องมาจากวิธีการนี้จะเป็นการให้ความคุ้มครอง และให้ความเป็นธรรมแก่ตัวจำเลยในระดับหนึ่ง โดยวางหลักเกณฑ์ว่าเมื่อมีการกระทำเกิดขึ้นที่ใด ก็ให้กฎหมายของที่นั่นกำหนดความรับผิดของจำเลย แต่ในกรณีที่การกระทำละเมิดนั้นได้เกิดขึ้นเกี่ยวพันกันในหลายประเทศ จำเลยก็สามารถที่จะนำประโยชน์ที่ได้รับจากวิธีการนี้มาใช้เพื่อประโยชน์ของตน โดยกล่าวอ้างว่า การกระทำนั้นได้กระทำหรือถือว่ามีมีการกระทำขึ้นในประเทศซึ่งมีบทบัญญัติว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิด แต่โจทก์ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้น แต่ถ้าพิจารณาตามกฎหมายของสถานที่ที่ความเสียหายเกิด ได้บัญญัติว่าการกระทำดัง

* หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดสถานที่ที่ได้มีการกระทำเกิดขึ้น

- 1.การกระทำละเมิดทั้งหมดต้อง เกิดภายในเขตอำนาจรัฐ
- 2.การกระทำสุดท้ายที่จะทำให้เป็นละเมิด
- 3.การกระทำที่เป็นสาเหตุในการฟ้องคดี

กล่าวเป็นความผิด ดังนั้นกำหนดสถานที่ที่ได้มีการกระทำเกิดขึ้น ก็อาจเป็นการเปิดช่องให้จำเลยสามารถใช้ประโยชน์จากกฎเกณฑ์ดังกล่าว และก่อให้เกิดผลเสียแก่ฝ่ายโจทก์ได้

2. สถานที่ซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิด (The place of injury)

ก. มูลเหตุที่ใช้วิธีการนี้

จากการที่นำหลักสถานที่ที่การกระทำเกิด (Place of conduct) เป็นวิธีการกำหนดสถานที่เกิดละเมิด ซึ่งวิธีการนี้เป็นวิธีการที่มีแนวความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของ การให้ความเป็นธรรมแก่จำเลย แต่อย่างไรก็ดีตามหลักเรื่องความเป็นธรรมนั้น ความเป็นธรรมไม่จำกัดเฉพาะเรื่อง ของฝ่ายจำเลยเท่านั้น แต่เป็นสิ่งที่ทุกฝ่ายควรจะได้รับอย่างเท่าเทียมกัน ทำให้เมื่อพิจารณาว่าฝ่ายจำเลยควรที่จะได้รับความเป็นธรรมแล้ว ก็ต้องไม่ลืมที่จะมองในทางกลับกันด้วย ดังนั้นเมื่อการกระทำอันเป็นละเมิดของจำเลยได้กระทำในประเทศหนึ่ง แต่โจทก์ซึ่งเป็นคนสัญชาติอีกประเทศหนึ่งได้รับความเสียหาย จากการกระทำดังกล่าวในประเทศของตน สถานที่ที่โจทก์ซึ่งเป็นผู้เสียหายในคดีนั้นได้รับความเสียหาย จึงควรที่จะถูกกำหนดให้เป็นสถานที่ที่ได้มีการละเมิดเกิดขึ้น เพื่อที่โจทก์จะสามารถคุ้มครองสิทธิของตนที่เกิดจากการกระทำละเมิดของจำเลย ได้อย่างเต็มที่ภายใต้กฎหมายของสถานที่ที่เขาได้รับความเสียหาย ซึ่งในกรณีเช่นนี้ การกำหนดสถานที่ที่ได้มีการละเมิดเกิดขึ้น โดยการนำสถานที่ที่มีความเสียหายเกิดขึ้นนี้ ก็มีแนวความคิดของหลายฝ่ายที่สนับสนุน เป็นต้นว่า

แนวคิดของนักนิติศาสตร์สองท่านคือ Scholes และ Hay ที่ได้กล่าวไว้ว่า "สถานที่ที่ได้มีการละเมิดเกิดขึ้น ควรจะเป็นสถานที่ที่มีความเสียหายเกิดขึ้น เพราะความรับผิดชอบของจำเลยจะไม่เกิดขึ้นเลยถ้าปราศจาก ความเสียหาย"²³ ซึ่งจากคำกล่าวของทั้งสองท่านนี้ ก็สามารถที่จะแสดงได้ถึงความสำคัญของสถานที่ที่มีความเสียหายเกิดขึ้น โดยถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการกำหนดสถานที่ที่ได้มีการละเมิดเกิดขึ้น แต่ในการนำหลักเกณฑ์นี้มาใช้บังคับ ก็จำเป็นต้องคำนึงถึงมุมมองในเรื่องความเป็นธรรมของอีกฝ่ายประกอบด้วย

²³ Scholes and Hay, Conflict of Laws (1982), p. 552.

การใช้หลักสถานที่ที่มีความเสียหายเกิดขึ้น เป็นการส่งเสริมวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ละเมิดสมัยใหม่ ที่มีแนวนโยบายที่มุ่งเน้นให้การเยียวยาเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้เคราะห์ร้ายที่ถูกกระทำละเมิด โดยไม่จำกัดว่าความรับผิดจะต้องเกิดจากการกระทำหรือมุ่งที่จะลงโทษผู้กระทำผิดในทางอาญาเท่านั้น แต่มุ่งที่จะคุ้มครองประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายให้ได้รับความเป็นธรรมอย่างเท่าเทียมกัน โดยให้อำนาจรัฐที่มีความเสียหายเกิดขึ้นเป็นผู้กำหนดว่าความเสียหายอันไหน ที่ควรได้รับการชดเชยเยียวยาความเสียหาย

ดังนั้นเมื่อวัตถุประสงค์มุ่งเน้นที่การเยียวยารักษาเป็นหลัก การใช้หลักเกณฑ์เรื่องสถานที่ที่มีความเสียหายเกิดขึ้นนี้ ผู้เสียหายกับประเทศที่ความเสียหายเกิด ก็ควรที่จะมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกันอย่างเพียงพอ ที่จะสามารถนำกฎหมายของประเทศนั้นมาใช้บังคับได้ โดยแนวคิดในการนำหลักเกณฑ์ข้อนี้มาใช้จะมีน้ำหนักน้อย ถ้าผู้เสียหายอยู่ในประเทศที่เกิดความเสียหายในขณะเดินทาง หรือความเสียหายนั้นเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญเท่านั้น เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างสถานที่ที่มีความเสียหายเกิดขึ้น กับผู้เสียหายในคดีมีน้อยมาก

ประเทศที่ความเสียหายเกิดขึ้น มีอำนาจโดยสมบูรณ์ที่จะนำกฎหมายของประเทศตนมาใช้บังคับต่อ ผู้เสียหายในคดีละเมิด เพื่อที่จะลงโทษผู้กระทำผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายในประเทศของตนและความเสียหายดังกล่าว ต้องเกิดภายในอาณาเขตของประเทศตนเท่านั้น และมีอำนาจที่จะให้ความคุ้มครองบุคคลซึ่งอาศัยอยู่ในประเทศตน ให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายตามสมควรจากการกระทำละเมิด

เมื่อพิจารณาถึงหลักการของกฎหมายลักษณะละเมิดแล้ว เห็นได้ว่าประเด็นของกฎหมายแห่งสถานที่ที่มีความเสียหายเกิดขึ้น ที่ใช้เป็นเกณฑ์ในการกำหนดกฎหมายที่จะนำมาใช้กับคดีนั้น ในเรื่องความรับผิดไม่ว่าจะเป็นความรับผิดบนพื้นฐานของความผิด, การกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ล้วนแต่เป็นสิ่งที่ถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมาย ให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทั้งสิ้น และก็เป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะมีความเสียหายต่อตัวบุคคลหรือทรัพย์สินก็จัดว่าเป็น องค์ประกอบที่สำคัญอันเป็นเหตุให้ต้องนำคดีมาฟ้องต่อศาลด้วย แต่การกระทำละเมิดในบางเรื่องนั้น ก็เป็นความผิดโดยตัวของมันเอง (per se) โดยที่ยังไม่ต้องรอให้มีความเสียหายเกิดขึ้นก่อน

ตัวอย่างเช่น การหมิ่นประมาทตามกฎหมายประเทศอังกฤษ โจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่า ตัวโจทก์เป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงดีและได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไป ถ้าโจทก์ไม่สามารถที่จะแสดงได้เช่นนั้น โจทก์ก็ไม่สามารถจะฟ้องร้องกล่าวหาจำเลยในความผิดดังกล่าวได้ โดยตัวอย่างนี้ชี้ให้เห็นถึง การกระทำละเมิดในบางประเภทนั้นไม่จำเป็นที่จะต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นก่อน เพราะมันเป็นความผิดโดยตัวเอง และโดยตรรกะของเรื่องแล้ว เป็นสิ่งที่ไม่มีความเสียหายที่จะกล่าวหา การกระทำที่เกิดขึ้นยังไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบจนกว่าจะมีความเสียหายปรากฏ

การนำหลักเกณฑ์เรื่องสถานที่ที่มีความเสียหายเกิดขึ้น มาใช้ในฐานะที่เป็น หลักทั่วไป ในการกำหนดสถานที่เกิดละเมิด อาจจะทำให้เกิดความยุ่งยากและปัญหาตามมาได้ ในลักษณะที่ ทำให้การกระทำของจำเลยที่ได้กระทำในประเทศหนึ่ง แต่ความรับผิดชอบของเขาต้องถูกกำหนดโดยกฎหมายของประเทศที่มีความเสียหายเกิดขึ้นซึ่งเป็นอีกประเทศหนึ่ง ในเมื่อตัวจำเลยก็ไม่อาจคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าการกระทำของเขานั้นจะไปก่อให้เกิดความเสียหายในที่ใดบ้าง ยิ่งไปกว่านั้น ถ้าการกระทำของจำเลยตามกฎหมายของประเทศที่มีการกระทำเกิดไม่เป็นความผิดอีก ซึ่งปัญหาในข้อนี้ ถ้านำวิธีการใช้สถานที่ที่มีการกระทำเกิดเป็นตัวกำหนด จะมีความสมเหตุสมผลในการใช้กำหนดความรับผิดชอบของจำเลยมากกว่า

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์วิธีการนี้ยังมีข้อดี ที่ไม่สามารถจะมองข้ามไปได้ เพราะในการหา กฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด โดยใช้หลัก *Lex loci delicti* นี้ ในสถานการณ์ปกติแล้วจะไม่นิยมนำหลักสถานที่ที่มีความเสียหายเกิดขึ้น มาใช้เป็นหลักทั่วไปในการกำหนดสถานที่เกิดละเมิด เพราะอาจเกิดความไม่เป็นธรรมแก่จำเลยดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่จะนำวิธีการดังกล่าวมาใช้ในฐานะที่เป็นข้อยกเว้น เพื่อสร้างความเหมาะสมเป็นธรรมในแต่ละคดี

ตัวอย่างเช่น ในคดี *Bata V Bata*²⁴ ศาลอุทธรณ์ของประเทศไทยได้ตัดสินว่า ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นที่ถือว่า มีการกระทำเกิดขึ้นในประเทศไทย ตามหลักเรื่อง สถานที่ที่มีความเสียหายเกิดขึ้น โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า จำเลยได้หมิ่นประมาทโจทก์โดยเขียนข้อความในจดหมาย ซึ่งการเขียนนั้นได้กระทำลงในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ แต่ข้อความหมิ่นประมาทนั้นได้

²⁴ C.G.J. Morse, *Torts in private international law*, p. 122.

ถูกนำมาตีพิมพ์เพื่อเผยแพร่ต่อบุคคลที่สามในประเทศอังกฤษ ความเสียหายเกิดในประเทศอังกฤษ ทำให้ประเทศนี้เป็นสถานที่ที่มีความเสียหายเกิดขึ้น แต่ในคดีละเมิดทั่วๆ ไปหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดสถานที่เกิดละเมิดในประเทศอังกฤษนี้ ใช้สถานที่ซึ่งมีการกระทำเกิดขึ้น แต่ในบางสถานการณ์ก็ให้อำนาจผู้พิพากษาที่จะเป็นผู้กำหนดสถานที่เกิดละเมิด โดยจำกัดเฉพาะกรณีพิเศษ ซึ่งก็สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่กฎหมายละเมิดประสงค์จะคุ้มครอง เช่นตามตัวอย่างข้างต้นเป็นเรื่องของคดีหมิ่นประมาท ที่กฎหมายละเมิดในเรื่องนี้ประสงค์ที่จะ คุ้มครองชื่อเสียงของบุคคล ศาลจึงกำหนดให้สถานที่ที่มีการเผยแพร่ข้อความอันเป็นเหตุให้บุคคลนั้น ได้รับความเสียหาย เป็นสถานที่เกิดละเมิด

ปัญหาในคดีหมิ่นประมาท ถ้านำหลักสถานที่ที่มีความเสียหายเกิดขึ้น มาใช้ในการหาสถานที่เกิดละเมิดแล้ว ถ้าคดีหมิ่นประมาทนั้น ได้กระทำลงในหลายประเทศ เช่นมีการตีพิมพ์ข้อความในหลายประเทศ จะถือว่าประเทศใดมีความเสียหายเกิดขึ้น โดยหลักแล้วแนวทางในการแก้ปัญหาเรื่องนี้ ศาลจะเป็นผู้กำหนดสถานที่เกิดละเมิดเอง โดยถือเอาสถานที่ที่มีความเสียหายมากที่สุดเป็นเกณฑ์ หรือในบางครั้งก็เปิดโอกาสให้โจทก์เป็นผู้เลือกกฎหมายที่ให้ประโยชน์แก่เขามากที่สุด ซึ่งแนวทางหลังนี้ ไม่เป็นที่ยอมรับเพราะเป็นการให้ประโยชน์แก่โจทก์มากเกินไป

ข. ข้อดีในการใช้สถานที่ซึ่งได้รับความเสียหาย

ข้อดีในการใช้สถานที่ที่มีความเสียหายเกิดขึ้น ที่เห็นได้ชัดเจนที่สุดก็คือ เป็นการคุ้มครองประโยชน์แก่ฝ่ายโจทก์ที่ได้รับความเสียหาย และไม่มีสัมพันธภาพใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเทศที่มีการกระทำเกิดขึ้น ให้ได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่ตามกฎหมายของสถานที่ซึ่งได้รับความเสียหาย และวิธีการนี้ยังง่ายต่อการพิสูจน์พยานหลักฐาน เพื่อนำสืบถึงความเสียหายที่ได้รับ และก็เป็น การสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายลักษณะละเมิด ที่มุ่งประสงค์ที่จะชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิด โดยมีได้ประสงค์แต่เพียงการลงโทษผู้กระทำผิดเท่านั้น ทำให้การพิจารณาที่จะนำเอากฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับ ตามหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น นำวิธีการนี้มาใช้ในการกำหนดสถานที่เกิดละเมิดด้วย

นอกจากนี้แล้ว ในทางปฏิบัติก็นำหลักเรื่องความเป็นธรรมมาใช้ ประกอบการกำหนด สถานที่เกิดละเมิดด้วย โดยให้เป็นดุลยพินิจของศาลที่พิจารณาคดีที่จะนำหลักดังกล่าวมาใช้ เพื่อสร้างความเป็นธรรมในแต่ละคดี

ง. ข้อบกพร่องในการใช้สถานที่ซึ่งได้รับความเสียหาย

ย่อมเป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปว่า มูลเหตุของคดีละเมิดนั้นสามารถเกิดจาก การกระทำ โดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ที่เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ทำให้ในบางสถานการณ์ไม่มีการพิจารณาถึงสถานที่ซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิด เนื่องด้วยเหตุผลที่ว่า คู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ว่าจะเป็นฝ่ายโจทก์หรือฝ่ายจำเลย ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญกับสถานที่ซึ่งได้รับความเสียหาย หรือเป็นกรณีที่สถานที่ซึ่งได้รับความเสียหายเป็นถิ่นที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญ ไม่อาจคาดเดาเหตุการณ์ไว้ล่วงหน้าได้ เช่นขณะที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเดินทางในต่างประเทศ ซึ่งมีใช่ประเทศที่ตนมีสัญชาติหรือมีถิ่นที่อยู่ถาวรทั้งคู่ และไม่มีความสัมพันธ์ใดๆกับคู่กรณีเลยนอกจากสถานที่ซึ่งได้รับความเสียหาย แล้วมีเหตุแห่งการละเมิดเกิดขึ้นและโจทก์ก็ได้รับความเสียหายในประเทศดังกล่าว ถ้าจำกัดกฎเกณฑ์ในการกำหนดสถานที่เกิดละเมิด ว่าต้องใช้สถานที่ซึ่งได้รับความเสียหายเท่านั้น ก็ดูจะไม่เป็นธรรมกับคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ถ้านำเรื่องความเสียหายมาเป็นเกณฑ์เท่านั้น โดยที่ไม่พิจารณาปัจจัยอื่นๆประกอบด้วย

นอกจากนี้แล้ว ในกรณีที่โจทก์มีสัมพันธภาพใดๆกับประเทศที่ความเสียหายเกิด แม้ว่าวิธีการใช้สถานที่ซึ่งได้รับความเสียหายเกิดเป็นตัวกำหนด จะสร้างความเป็นธรรมแก่โจทก์ แต่สำหรับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนั้น ในกรณีที่คดีละเมิดดังกล่าวเป็นการเกิดขึ้นโดยเหตุบังเอิญ และไม่มีเจตนาใดๆ อยู่เบื้องหลังการกระทำดังกล่าว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งแล้ว จำเลยไม่ได้เจตนาที่จะกระทำความผิด แล้วสมควรที่จะให้เขาได้รับโทษตามกฎหมายของสถานที่ซึ่งได้รับความเสียหาย หรือ อย่างน้อยในการพิจารณาถึงความผิดของจำเลย ก็ควรที่จะพิจารณาตามสถานที่ที่มีการกระทำเกิดขึ้นเป็นเกณฑ์เบื้องต้น ซึ่งควรตั้งค่านึงถึงประโยชน์ของคู่ความในคดีอย่างเท่าเทียมกัน

3. สถานที่ซึ่งคู่กรณีตกลงเลือก (Election)

ก. มูลเหตุที่ใช้วิธีการนี้

ในการที่การกระทำละเมิดมีความเกี่ยวข้องกับรัฐหลายรัฐ วิธีการในข้อนี้ให้อำนาจแก่คู่กรณีและศาลที่จะสามารถ เลือกระบบกฎหมายซึ่งให้ประโยชน์แก่คดีของฝ่ายตนมากที่สุด ซึ่งแนวความคิดที่ให้อำนาจแก่โจทก์ที่มีสิทธิที่จะเลือกได้นี้ เนื่องจาก นโยบายที่มุ่งในการคุ้มครองผู้เสียหายที่ถูกกระทำละเมิด โดยให้สิทธิแก่บุคคลดังกล่าวเป็นพิเศษ

วิธีการกำหนดสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น โดยใช้วิธีการเลือกจากสถานที่ใดสถานที่หนึ่งที่มีองค์ประกอบที่สำคัญของละเมิดเกิดขึ้นที่นั่น โดยไม่จำเป็นจะต้องกำหนดให้ชัดเจนลงไปว่า ในกรณีที่คดีละเมิดมีความคาบเกี่ยวกันระหว่างรัฐหลายรัฐ จะต้องใช้วิธีการใดวิธีการหนึ่งเท่านั้น เช่น ใช้สถานที่ที่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น หรือใช้สถานที่ที่ความเสียหายเกิด

วิธีการข้อนี้ได้รับการยอมรับในประเทศเยอรมัน โดยกฎหมายของประเทศเยอรมันนั้นให้อำนาจโจทก์เป็นผู้เลือก แต่ถ้าโจทก์ไม่สามารถเลือกได้ หรือเลือกแล้วแต่ไม่เหมาะสม ศาลจะเป็นผู้ทำการเลือกให้²⁵ และมีการนำวิธีการนี้มาใช้ในประเทศยุโรป²⁶ ซึ่งกฎหมายของประเทศ ยุโรปให้อำนาจโจทก์เป็นผู้เลือก โดยจำกัดว่า ต้องเป็นการเลือกระหว่างสถานที่ที่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น หรือใช้สถานที่ที่ความเสียหายเกิด

การนำวิธีการนี้มาใช้บังคับ มีข้อน่าสังเกตว่า เมื่อให้อำนาจในการเลือกเช่นนี้ ทำให้คู่กรณีฝ่ายที่มีสิทธิจะเลือกนั้น ย่อมเลือกประเทศซึ่งให้ประโยชน์แก่คดีของตนมากที่สุด ซึ่งจะก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องของการเลือกศาล (Forum shopping) ตามมาเป็นลำดับ

ส่วนแนวนโยบายของกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์นั้น ไม่นิยมที่จะใช้วิธีการนี้ในการกำหนดสถานที่เกิดละเมิด

²⁵ Drobing , American - German Private International Law (1972) , p. 214.

²⁶ C.G.J. Morse, Torts in private international law , p. 126.

ข. ข้อดีในการใช้สถานที่ซึ่งคู่กรณีตกลงเลือก

เป็นการสร้างทางเลือกใหม่ในอีกรูปแบบหนึ่ง ที่จะใช้ในการกำหนดสถานที่เกิดละเมิด โดยไม่จำเป็นต้องยึดติดกับวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเคร่งครัด เพียงวิธีการเดียวเท่านั้น โดยไม่คำนึงถึงปัจจัยแวดล้อมอื่นๆประกอบด้วย เพราะในบางสถานการณ์วิธีการหนึ่งอาจมีความเหมาะสมมากกว่าอีกวิธีการหนึ่งก็เป็นได้ จากเหตุผลในข้อนี้ทำให้วิธีการนี้ได้รับการยอมรับในประเทศแคนาดา

ดังที่ปรากฏในคดี Moran V Pyle National (Canada) Ltd. [1973]²⁷ ที่กล่าวไว้ว่า "เป็นการไม่ฉลาดที่จะพึ่งพาแต่เพียงหลักเกณฑ์ หรือวิธีการที่ถูกกำหนดไว้เพื่อที่จะนำมาใช้กับคดีละเมิด การพิจารณาคดีละเมิดนั้น ควรพิจารณาถึงองค์ประกอบในหลายๆด้าน โดยเฉพาะควรคำนึงถึงการกระทำของจำเลย รวมถึงผลที่เกิดจากการกระทำนั้นประกอบพิจารณาด้วย"

จากคดีนี้ทำให้เห็นได้ว่า การนำกฎเกณฑ์โดยกฎเกณฑ์หนึ่งแต่เพียงอย่างเดียวมาใช้บังคับนั้น ถ้ากฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่มีความยืดหยุ่นในการบังคับใช้แล้ว ผลที่ตามมา ก็จะไม่เป็นที่ต้องการของหลายฝ่าย วิธีการนี้จึงเป็นอีกหนทางหนึ่งที่เป็นทางเลือกให้สามารถนำไปปรับใช้ในสถานการณ์ต่างๆได้

ค. ข้อบกพร่องในการใช้สถานที่ซึ่งคู่กรณีตกลงเลือก

การนำวิธีการกำหนดสถานที่เกิดละเมิด โดยเปิดโอกาสให้สามารถเลือกได้เช่นนี้ มีความเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติและเต็มไปด้วยอุปสรรคนานัปการ ซึ่งจะส่งผลต่อปัญหาในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่จะมีความยุ่งยากมากยิ่งขึ้น

²⁷ Michael C. Pyles, "Tort and Related Obligations," *Recueil des cours*, pp. 46.

ปัญหาประการแรกที่จะเกิดขึ้น ถ้านำวิธีการนี้มาใช้บังคับ คือ ใครเป็นผู้ที่มีอำนาจในการเลือก โจทก์เป็นผู้เลือกเอง หรือศาลที่พิจารณาคดีนั้นเป็นผู้ที่มีอำนาจ

ถ้าให้ศาลที่พิจารณาคดีเป็นผู้มีอำนาจในการเลือกสถานที่เกิดละเมิด ผลที่ตามมาก็คือ จะไม่มีความชัดเจนแน่นอน เพราะคู่กรณีจะไม่มีทางที่จะทราบได้เลยว่า จะนำกฎหมายใดมาใช้เพื่อกำหนดสิทธิและความรับผิด จนกว่าศาลจะประกาศอย่างเป็นทางการว่า จะเลือกสถานที่ใด ยิ่งไปกว่านั้น ถ้าศาลเลือกช้า อาจจะเป็นเพราะกระบวนการในการดำเนินคดี หรือ ตกลงที่จะเลือกสถานที่ใดที่หนึ่งไม่ได้ โจทก์ก็จะได้รับการเยียวยาความเสียหายที่ได้รับช้าลงไปอีก ผลประโยชน์ทั้งหลายอันเกิดจากความล่าช้านี้ก็จะต้องแก่จำเลยทั้งสิ้น

ถ้าให้โจทก์เป็นผู้มีอำนาจในการเลือก โจทก์ก็จะเลือกสถานที่ซึ่งให้ประโยชน์แก่ฝ่ายตนมากที่สุด ตัวอย่างเช่น เลือกสถานที่ซึ่งให้ค่าชดเชยความเสียหายจำนวนมาก การให้อำนาจโจทก์ที่จะสามารถเลือกได้นี้ ก็ถูกวิจารณ์โดย The English and Scottish Law Commissions²⁸ ว่า เป็นวิธีการที่ไม่สมบูรณ์แบบในการสร้างความเท่าเทียมกันระหว่าง ประโยชน์ของฝ่ายโจทก์และการคุ้มครองจำเลย เพราะมันเป็นวิธีการที่ไม่แน่นอนจนกว่าจะได้มีการเลือกแล้ว และโดยส่วนใหญ่แล้ว ก็จะเป็นการให้ประโยชน์แก่ฝ่ายโจทก์เสียมากกว่า

แต่อย่างไรก็ดี ถ้าพิจารณาแต่เพียงภาพเบื้องต้นแล้ว อาจจะมองว่าวิธีการที่ให้โจทก์เป็นผู้มีอำนาจในการเลือกนี้ โจทก์เป็นผู้ได้ประโยชน์มากที่สุด น่าจะเป็นวิธีการที่ดีสำหรับฝ่ายโจทก์ แต่เมื่อมองให้ลึกลงไป ก็จะได้เห็นว่า วิธีการดังกล่าวก็เป็นการสร้างภาระให้แก่โจทก์เช่นกัน เพราะ ยังมีความหลากหลายของประเทศที่เกี่ยวข้องกับคดีมากเท่าไร รายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายของประเทศเหล่านั้นก็ยิ่งมากขึ้นตามลำดับ โจทก์ต้องทำการศึกษากฎหมายของประเทศต่างๆ เพื่อที่จะทราบถึงข้อได้เปรียบจากกฎหมายของประเทศเหล่านั้นที่มีต่อตนก่อน จึงจะสามารถเลือกได้

²⁸ 1984 Law Commission , pp. 124-125 .

นอกจากนี้แล้ว การให้อำนาจโจทก์เป็นผู้เลือกโจทก์ก็ยังมีความเสี่ยง ในกรณีที่ประเทศซึ่งเขาเป็นผู้กำหนดนั้น อาจไม่ได้รับความเห็นชอบโดยศาลที่พิจารณาคดี และความเสี่ยงในคดีของโจทก์ยิ่งเพิ่มมากขึ้น ถ้ากฎหมายต่างประเทศซึ่งเป็นกฎหมายที่โจทก์เป็นผู้กำหนด ให้เป็นสถานที่เกิดละเมิดนั้น ศาลที่พิจารณาคดีถือว่ากฎหมายต่างประเทศดังกล่าว เป็นเพียงข้อเท็จจริงอย่างหนึ่ง ซึ่งต้องพิสูจน์ต่อศาลว่ากฎหมายดังกล่าวนั้นมีอยู่จริง ศาลจึงจะสามารถพิจารณาตามกฎหมายดังกล่าวได้ ดังเช่นที่กำหนดไว้ใน พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายของไทย พ.ศ. 2481 มาตรา 8²⁹ ทำให้ภาระการพิสูจน์ดังกล่าวของโจทก์เพิ่มมากขึ้น เป็นการไม่สะดวกแก่โจทก์ ยิ่งทำให้คดีล่าช้าออกไป โจทก์ก็ได้รับค่าชดเชยความเสียหายที่ควรได้รับเน้นเข้าไปอีก

ปัญหาประการที่สอง ที่จะเกิดขึ้น ถ้านำวิธีการนี้มาใช้บังคับ คือ ไม่ว่าใครจะเป็นผู้เลือกก็ตาม ก็จะมีปัญหาในเรื่องของบทบาทของระบบประกันภัย เพราะ เมื่อไม่มีความชัดเจนในกฎหมายที่จะใช้บังคับและไม่อาจทราบได้ล่วงหน้า ถึงกฎหมายที่จะใช้ได้ ก็ทำให้ไม่สามารถที่จะคิดอัตราค่าประกันภัย รวมถึงเบี้ยประกันได้ โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบในสินค้าหรือผลิตภัณฑ์

ปัญหาประการที่สาม ถ้ามีการนำวิธีการนี้มาใช้บังคับ และ จะสามารถตัดสินได้อย่างไรว่า ในสถานการณ์ใดบ้างที่โจทก์จะเป็นผู้ได้ประโยชน์ เพราะถ้าประโยชน์ดังกล่าวมันแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจน ตัวอย่างเช่น ในประเทศที่มีการกระทำของจำเลยเกิดขึ้น กฎหมายของประเทศนั้นกำหนดไว้ว่า โจทก์ไม่สามารถจะเรียกค่าชดเชยจากการกระทำดังกล่าวได้ แต่ในประเทศที่โจทก์ได้รับความเสียหาย ได้ให้สิทธิ์แก่โจทก์ที่จะสามารถเรียกค่าชดเชยจากการกระทำดังกล่าวได้เช่นนี้ ก็จะไม่มีปัญหาในการเลือกว่าสถานที่ใดให้ประโยชน์แก่โจทก์มากกว่า แต่ถ้าในกรณีที่กฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้อง ให้สิทธิ์แก่โจทก์อย่างเท่าเทียมกัน หรือ ในทางตรงข้าม ไม่ให้สิทธิ์ในการเลือกที่จะได้รับค่าชดเชยแก่โจทก์เลย เมื่อเป็นเช่นนี้จะใช้เกณฑ์ใดเป็นตัวกำหนดแนวทางในการเลือกสถานที่ที่เกิดละเมิด

²⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

มาตรา 8 " ในกรณีที่ต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ถ้ามิได้พิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยาม "

ปัญหาประการสุดท้าย เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ (Choice of Law) มีความต้องการความง่ายและไม่สลับซับซ้อน ในการที่จะนำไปสู่การกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดี—ทำให้วิธีการกำหนดสถานที่เกิดละเมิด โดยการให้อำนาจแก่คู่กรณี ที่สามารถเลือกได้ จึงไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของหลักการเลือกกฎหมาย (Choice of Law)

4. สถานที่ซึ่งมีจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญที่สุด (Most significant connection)

ก. มูลเหตุที่ใช้วิธีการนี้

ในกรณีที่คดีละเมิดเรื่องหนึ่ง มีความเกี่ยวข้องกับรัฐหลายรัฐ วิธีการที่ใช้กำหนดสถานที่เกิดละเมิดในข้อนี้ จึงนำสถานที่ต่างๆที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้น มาประเมินดูว่า สถานที่ใดเป็นสถานที่ซึ่งมีความเกี่ยวข้องที่ใกล้ชิดกับคดีมากที่สุด และ กำหนดให้สถานที่ดังกล่าว นั้น เป็นสถานที่ซึ่งการละเมิดได้เกิดขึ้น (Place of tort)

อย่างไรจึงถือได้ว่า สัมพันธภาพในทางละเมิดมีความใกล้ชิดที่สุด และมีความเกี่ยวข้องอย่างจริงจังที่สุด ที่จะสามารถกำหนดให้ประเทศดังกล่าวเป็นสถานที่เกิดละเมิดได้ -ซึ่งเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้น , แนวบรรทัดฐานคำพิพากษา และ ข้อวิเคราะห์ของนักกฎหมายแล้ว พอจะกล่าวได้ว่า สถานที่เกิดละเมิด (locus delicti) นั้น ไม่ค่อยมีความหลากหลายมากนัก อาจจะเป็นสถานที่ซึ่งมีการกระทำอันเป็นละเมิดเกิดขึ้น หรือ สถานที่ที่มีความเสียหายเกิดขึ้นก็ได้ แต่บทบาทที่สำคัญจะขึ้นอยู่กับศาลที่พิจารณาคดี เพราะจะเป็นผู้ที่กำหนดว่า บังคับหรือองค์ประกอบต่างๆ รวมไปถึงพฤติการณ์ใดๆจะถือว่าเป็นปัจจัยที่สำคัญ ในคดีที่เกิดขึ้นเหล่านั้น

เป็นที่สังเกตได้ว่า องค์ประกอบต่างๆเหล่านี้ อาจบ่งชี้ถึงความสัมพันธ์ หรือความเกาะเกี่ยวของแง่มุมต่างๆของละเมิดกับ "ประเทศ" (หมายถึงเขตแดนทางภูมิศาสตร์) หรือ "ระบบกฎหมาย" (หมายถึง ระบบความคิดทางกฎหมาย-นิติวิธี ฯลฯ ของกฎหมาย) โดยอาจจะไม่จำเพาะเจาะจงลงไปว่าเป็น "กฎหมายของรัฐหนึ่งรัฐใดเสมอไป" เพราะการที่ศาลหรือบทบัญญัติกฎหมาย จะบังคับให้ถือเอาองค์ประกอบหรือพฤติการณ์อันหนึ่งอันใดในข้อเท็จจริงแห่งคดี

ละเมิดที่เกิดขึ้น เป็นตัวชี้ขาดแต่เพียงประการเดียว ก็จะก่อให้เกิดผลที่ผิดประหลาด หรือเกิดความอยุติธรรมแก่คดีได้

ตัวอย่างเช่น ข้อเท็จจริงเรื่องหนึ่ง คู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายมีสัญชาติเดียวกัน การกระทำละเมิดเกิดขึ้นในต่างประเทศ และกฎหมายของทั้งสองประเทศมีความแตกต่างกันมาก ทั้งในทางเนื้อหาของสาระของกฎหมาย และในด้านวิธีพิจารณาความ ดังนั้นถ้าจะกำหนดสถานที่ที่เกิดการละเมิดโดยระบุให้ใช้ สถานที่ซึ่งมีการกระทำเกิดขึ้น กฎหมายที่จะถูกนำมาใช้บังคับกับคดี ตามหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดการละเมิดนั้น ได้แก่กฎหมายของต่างประเทศ เพราะถูกกำหนดว่าเป็นสถานที่เกิดละเมิด ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วเห็นได้ว่า นอกจากกฎหมายต่างประเทศนั้นจะเป็นถิ่นที่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นแล้ว องค์ประกอบและพฤติการณ์อื่นๆของคดีนี้ล้วนแต่มีความสัมพันธ์กับประเทศที่คู่กรณีมีสัญชาติมากกว่า และสังเกตได้ว่า พฤติการณ์ที่ว่ามีความสัมพันธ์กับต่างประเทศ (ประเทศซึ่งมีการกระทำเกิด) นั้น ล้วนแล้วแต่เป็นความสัมพันธ์ในเชิงภูมิศาสตร์เท่านั้น ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบความสำคัญของสัมพันธ์ภาพต่างๆที่เกิดขึ้น ถ้าสถานที่ที่เกิดการละเมิดเกิดขึ้น เป็นเพียงความสัมพันธ์ในเชิงภูมิศาสตร์แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น ซึ่งถ้าพิจารณาโดยใช้เหตุผลในเชิงนิติศาสตร์แล้ว น่าจะมีน้ำหนักน้อยกว่ากฎหมายของประเทศที่มีความเกี่ยวพันในด้านอื่นๆ อันเป็นความสัมพันธ์ที่มีความใกล้ชิดกับข้อพิพาทในคดีอย่างยิ่ง จึงทำให้การกำหนดเป็นวิธีการที่ตายตัวลงไป เพื่อใช้บังคับสำหรับทุกกรณีจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คดีได้

วิธีการที่ใช้สถานที่ที่มีจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญ เป็นเกณฑ์ในการกำหนดสถานที่เกิดละเมิดนี้ เป็นการนำประโยชน์ของหลักความยืดหยุ่นมาใช้ เพื่อสร้างความเป็นธรรมในแต่ละคดี โดยไม่จำเป็นต้องระบุให้แน่ชัดลงไปว่า จะนำกฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่งมาใช้บังคับสำหรับทุกเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น เพราะจะเป็นการผูกมัดตัวเองจนเกินไป ดังนั้นการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ที่เหมาะสมที่จะเป็นตัวกำหนดว่า มีจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญใกล้ชิดกับคดี จึงต้องพิจารณาในแต่ละคดีเป็นกรณีๆไป

อาจกล่าวได้ว่า เหตุแห่งการใช้วิธีการใช้สถานที่ที่มีจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญอีกประการหนึ่ง เนื่องมาจากการที่ศาลหรือทบัญญัติแห่งกฎหมาย กำหนดให้ใช้สถานที่ที่เกิดการกระทำเกิด หรือสถานที่ซึ่งที่ความเสียหายเกิดขึ้นแต่เพียงวิธีการเดียว ไม่สามารถหรือไม่เพียงพอ ในการสร้างความยุติธรรมให้แก่คดี จึงมีความพยายามที่จะหาวิธีทางออก ในการใช้วิธีการในการกำหนด

สถานที่เกิดละเมิดอย่างละเอียด จึงมีการพิจารณาถึงวิธีการที่ใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญเพื่อใช้ในการแก้ปัญหานั้นที่อาจเกิดขึ้น จากความบกพร่องของวิธีการที่มีอยู่

ดังจะเห็นได้จากการนำวิธีการที่มาใช้บังคับใน The Draft Resolution of the Institute of International Law of 1969³⁰ ซึ่งได้วางหลักเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ใน Article 1 และ 2 มีสาระสำคัญว่า " ความรับผิดในทางละเมิด ให้ใช้กฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งการละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น และสถานที่ซึ่งละเมิดได้เกิดขึ้น หมายความว่า ที่ซึ่งมีข้อเท็จจริงอันเป็นประเด็นสำคัญแห่งคดีละเมิดทั้งหมดเกิดขึ้น (เริ่มตั้งแต่มีการกระทำอันเป็นการละเมิด จนกระทั่งมีผลสุดท้ายที่ได้รับจากการกระทำนั้นเกิดขึ้น)

ในกรณีที่ข้อเท็จจริงแห่งคดีละเมิดมีลักษณะเป็นกรณีเฉพาะ กำหนดให้ใช้สถานที่ซึ่งมีความเกี่ยวพันใกล้ชิดที่สุดกับข้อเท็จจริงแห่งการละเมิดที่เกิดขึ้น แม้ว่าจะมีผู้กล่าวว่า แนวทางนี้จะมีช่องโหว่ในการใช้อยู่บ้าง ตรงที่วิธีนี้กำหนดไว้สำหรับกรณีที่มีลักษณะเฉพาะเท่านั้น แล้วจะทราบได้อย่างไรนั้น คำตอบของปัญหานี้ พิจารณาได้จากวัตถุประสงค์ในการนำวิธีการนี้มาใช้บังคับ ที่สร้างขึ้นเพื่อที่จะลดปัญหาการใช้วิธีการใดวิธีการหนึ่งโดยเคร่งครัด แล้วเปิดช่องให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจ เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นในคดีที่มีลักษณะเฉพาะ จึงต้องมีการเปิดช่องไว้ให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจได้บ้าง แต่อย่างไรก็ดี การใช้ดุลยพินิจของศาลก็ไม่ได้เปิดโอกาสให้ใช้ได้จนเกินขอบเขต ซึ่งการใช้ดุลยพินิจนั้น ควรที่จะต้องคำนึงถึงพื้นฐานของนโยบายของกฎหมายลักษณะละเมิดเท่านั้น

ข. ข้อดีในการใช้สถานที่ซึ่งมีจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญที่สุด

การกำหนดสถานที่เกิดละเมิด โดยวิธีการนี้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นมาภายหลัง เพราะมีวัตถุประสงค์ ที่จะแก้ปัญหาคความบกพร่องของวิธีการต่างๆ ที่ใช้ในการกำหนดสถานที่เกิดละเมิด ซึ่งกล่าวมาในข้างต้น ดังนั้น

³⁰ C.G.J. Morse, Torts in private international law, p. 131.

ข้อดีในประการแรก คือ เป็นหลักที่มีความยืดหยุ่นในการปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยไม่มีลักษณะเคร่งครัดตายตัวเหมือนวิธีการอื่นๆ ที่ยึดกฎเกณฑ์อย่างใดอย่างหนึ่งเพียงอย่างเดียว ทำให้สามารถสร้างความเป็นธรรมในแต่ละคดีได้มากกว่า

คำพิพากษาของศาลสูง Canada ในคดี Moran V. Pyle National (Canada) Ltd. ก็มีการนำวิธีการนี้มาบังคับใช้ โดยข้อเท็จจริงในคดีมีอยู่ว่า โจทก์ซึ่งเป็นภรรยาของผู้ตายได้ฟ้องจำเลยที่เป็นบริษัทผลิตหลอดไฟ ในสาเหตุของความประมาทเลินเล่อของจำเลยในการผลิตเป็นเหตุให้สามีของโจทก์ถูกไฟช็อตตายในมลรัฐ Saskatchewan แต่สินค้าดังกล่าวไม่ได้ผลิตที่ Saskatchewan บริษัทจำเลยเป็นบริษัท Canada มีสำนักงานที่ Ontario ไม่มีสถานที่ประกอบธุรกิจใน Saskatchewan ศาลได้ตัดสินว่าคดีนี้ ละเมิดได้เกิดขึ้นที่ Saskatchewan เพราะ ประเทศดังกล่าวมีข้อเท็จจริงซึ่งเป็นสาระสำคัญในคดีมากที่สุด และ การกำหนดถึงความเกี่ยวข้องที่สำคัญนี้ ก็คำนึงถึงความเป็นธรรมแห่งคดีเป็นหลักด้วย เพราะผู้เสียหายมีถิ่นที่อยู่ในมลรัฐ Saskatchewan และ ตัวสินค้าก็จำหน่ายในมลรัฐดังกล่าวซึ่งในการกำหนดเช่นนี้ก็สอดคล้องกับวัตถุประสงค์คดีละเมิด ที่มุ่งจะคุ้มครองเยียวยาผู้ที่ได้รับความเสียหาย

แต่อย่างไรก็ดี เมื่อวิธีการในข้อนี้มีความยืดหยุ่น ซึ่งถ้าพิจารณาในมุมกลับกัน ก็ย่อมสร้างความไม่แน่นอนขึ้น ดังนั้น การนำวิธีการที่มาใช้บังคับเพื่อสร้างความเป็นธรรมในแต่ละคดีนั้น ก็ควรที่จะนำมาใช้ด้วยความระมัดระวังเป็นพิเศษ อย่างน้อยก็ควรจะใช้โดยกำหนดกรอบให้อยู่บนพื้นฐานของสถานที่ที่ความเสียหายเกิด หรือแม้กระทั่งสถานที่ที่ให้อำนาจคู่กรณีในการเลือก หรือ อาจพิจารณาถึงวิธีการต่างๆ เหล่านี้ประกอบเข้าด้วยกัน ตามความเหมาะสมในแต่ละเรื่อง เพื่อสร้างให้เกิดประโยชน์สำหรับทุกฝ่าย

ค. ข้อบกพร่องในการใช้สถานที่ซึ่งมีจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญที่สุด

โดยเหตุที่การนำวิธีการนี้มาใช้ และให้อำนาจกับศาลที่พิจารณาคดีเป็นผู้กำหนดว่าปัจจัยองค์ประกอบ หรือ พฤติการณ์ใดที่ถือเป็นสิ่งสำคัญในคดีที่เกิดขึ้น อันจะทำให้สามารถที่จะกำหนดสถานที่ดังกล่าวให้เป็นสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้นได้ ทำให้แนวคำพิพากษาในแต่ละคดีมีความแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับว่าคดีนั้น ศาลใดเป็นผู้พิจารณาคดีมากกว่า บทบาทของหลัก

การเลือกกฎหมาย (choice of law) ที่สร้างกฎเกณฑ์ว่ากฎหมายใดควรที่จะนำมาใช้บังคับกับคดี

นอกจากนี้ โดยเหตุที่การนำวิธีการนี้มาใช้บังคับ อยู่บนพื้นฐานของหลักความยืดหยุ่น ทำให้การนำวิธีการนี้มาใช้บังคับต้องมีความระมัดระวังอย่างสูง การตีความถึงจุดเกาะเกี่ยวที่มีความสำคัญที่สุด จึงเป็นไปในลักษณะที่มีการตีความที่แคบ ทำให้ไม่สามารถที่จะบรรลุถึงวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของวิธีการนี้ได้ เพราะจากแนวทางของคำพิพากษาส่วนใหญ่ จะยึดแนวทางที่ประเทศใดจะมีจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญกับคดีนั้น สาระสำคัญแห่งการละเมิดทั้งหมดจะต้องเกิดขึ้นในประเทศนั้นไม่ว่าจะเป็นการกระทำตั้งแต่เริ่มต้น รวมถึงผลที่ได้รับจากการกระทำนั้นด้วย ทำให้ต้องกลับไปสู่การใช้วิธีการใช้สถานที่ที่มีการกระทำเกิด * มากำหนด

นอกจากนี้แล้ว การตีความถึง "จุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญ" มักจะตีความโดยพิจารณาถึงสถานที่ที่มีการกระทำประกอบเท่านั้น โดยไม่มีการพิจารณามุมมองด้านอื่นประกอบด้วย เช่น สาเหตุที่จะนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมาฟ้องคดี ก็อาจจัดเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญสำหรับคดีนั้นก็ได้

5. การกำหนดสถานที่เกิดละเมิด โดยพิจารณาตามประเภทของคดีละเมิดที่เกิดขึ้น

การพิจารณابیญาในการกำหนดสถานที่เกิดละเมิด โดยจะแบ่งพิจารณาตามประเภทของคดีละเมิดที่เกิดขึ้นว่าเป็นเรื่องใด วิธีการที่จะใช้กำหนดสถานที่เกิดละเมิด ก็จะมีแตกต่างกันไปในแต่ละเรื่อง แต่ถ้าพิจารณาตามนี้แล้ว ในแต่ละประเภทรูปนั้น วิธีการต่างๆที่นำมาใช้บังคับก็มีความสอดคล้องกับวิธีการต่างๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ (1) - (4)

ก. มูลเหตุในการใช้วิธีการนี้

การกำหนดสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น โดยแบ่งตามประเภทของคดีละเมิด มีลักษณะ

* อธิบายไว้ใน ข้อ 1 เรื่องสถานที่ซึ่งได้มีการกระทำอันเป็นการละเมิด

ใกล้เคียงกับการกำหนดโดยใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญ เพราะในการพิจารณาตามประเภทของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีละเมิด ว่าเป็นเรื่องอะไรบ้าง แล้วใช้ความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดและมีความสำคัญกับเหตุการณ์นั้น เป็นตัวกำหนดสถานที่เกิดละเมิด แต่วิธีการในข้อนี้มีความแน่นอนและชัดเจนมากกว่า เพราะเป็นการกำหนดมาชัดเจนว่า ในคดีละเมิดเรื่องนี้ ใช้สถานที่เหล่านี้เหล่านั้น มิได้ปล่อยให้เป็นผู้พิพากษา หรืออาศัยบรรทัดฐานจากคำพิพากษา หรือแนวความคิดของนักวิชาการเป็นตัวกำหนด

นอกจากนี้แล้ว แนวทางในการกำหนดสถานที่เกิดละเมิด โดยแบ่งแยกตามประเภทของละเมิดนั้น ก็มีความเป็นไปได้ที่จะอาศัยวิธีการทั้ง 4 ข้อที่กล่าวมาข้างต้น เป็นพื้นฐานในการพิจารณาประกอบการกำหนดให้ชัดเจนว่า เมื่อเกิดคดีละเมิดในลักษณะนี้ ต้องใช้วิธีการนี้เท่านั้น

ในที่นี้จะขอยกตัวอย่างการแบ่งแยกประเภทคดีละเมิด เพื่อใช้กำหนดสถานที่เกิดละเมิด ประกอบความเข้าใจในวิธีการกำหนดสถานที่เกิดละเมิด ที่ใช้ในการพิจารณาตามประเภทของคดีละเมิดที่เกิดขึ้นบ่อยครั้ง โดยจะขอแบ่งออกเป็น 3 กรณีคือ

- (1) คดีละเมิดที่เกิดจากการกระทำ หรือ ละเว้นกระทำการโดยประมาท
- (2) คดีหมิ่นประมาท
- (3) คดีละเมิดที่เกิดจากการหลอกลวง

(1) คดีละเมิดที่เกิดจากการกระทำ หรือ ละเว้นกระทำการโดยประมาท

เมื่อคดีละเมิดซึ่งถูกนำมาฟ้องนั้น เป็นการกระทำโดยประมาท หรือละเว้นการกระทำของจำเลย ซึ่งส่งผลกระทบต่อทางกายภาพ เช่น อุบัติเหตุทางรถยนต์ ถือว่า กระทำละเมิดนั้นได้ถูกกระทำขึ้นในสถานที่ซึ่งมีการกระทำ หรือ ละเว้นการกระทำเกิดขึ้น แม้ว่าผลแห่งความเสียหายที่เกิดตามมาจากการกระทำดังกล่าว จะเกิดขึ้นที่ใดก็ตาม

ในคดี Koop V. Bebb³¹ ข้อเท็จจริงในคดีเป็นเรื่องประมาทเป็นเหตุให้ถึงแก่

³¹ (1951) 84 CLK 629.

ความตาย ซึ่งโจทก์ได้รับอุบัติเหตุในรัฐ New South Wales และได้ถูกส่งไปยังรัฐ Victoria ซึ่งเป็นรัฐที่โจทก์มีถิ่นที่อยู่แล้วตายที่นั่น ศาลได้ตัดสินในคดีว่า โดยเสียงส่วนใหญ่ รัฐ New South Wales ไม่ถือเป็นสถานที่ที่มีการกระทำเกิดขึ้น แต่ Mc Tiernan J. ผู้พิพากษาคัดค้านว่า เมื่อพิจารณาถึงลักษณะการใช้สถานที่ที่มีการกระทำเกิดขึ้นนั้น New South Wales น่าจะเป็นสถานที่ดังกล่าว เพราะเป็นสถานที่ที่มีการกระทำละเมิดของจำเลย ส่วนความตาย หรือความเสียหายที่โจทก์ได้รับนั้น เป็นผลที่เกิดตามมาในภายหลังเท่านั้น

เรื่องที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดในผลิตภัณฑ์ ส่วนใหญ่ความประมาทเลินเล่อจะเกิดจากความบกพร่องของจำเลย ที่ไม่เตือนถึงอันตรายของผลิตภัณฑ์เหล่านั้น ถือว่าความบกพร่องดังกล่าวเกิดขึ้นในสถานที่ซึ่งโจทก์ได้ซื้อสินค้า และ ไม่มีการเตือน กรณีนี้เมื่อพิจารณาในคดี Distillers Co. (Biochemical) Ltd. V Thompson³² ความบกพร่องของบริษัทอังกฤษที่ไม่เตือนผู้ตั้งครรภ์ที่ซื้อยาจากเภสัชกรใน Australia เนื่องจากไม่มีการติดฉลากที่ตัวสินค้า และ ผลิตภัณฑ์ถึงอันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อผู้บริโภคได้ ในทางตรงกันข้าม ถ้าโจทก์เป็นผู้นำเข้า ที่ซื้อสินค้าจากต่างประเทศ ความบกพร่องในการเตือนก็เกิดขึ้นในต่างประเทศนั่นเอง แต่ถ้ากรณีที่สินค้านั้นกำหนดว่า ต้องส่งไปขายในประเทศหนึ่งโดยเฉพาะ ความรับผิดจำเลยก็จะตกอยู่ภายใต้กฎหมายของสถานที่ซึ่งมีความเสียหาย เกิดต่อผู้บริโภคเท่านั้น

(2) คดีหมิ่นประมาท

สถานที่ซึ่งการละเมิดเกิดขึ้นในคดีหมิ่นประมาท ได้แก่ สถานที่อันมีการตีพิมพ์ ข้อความหรือ เผยแพร่ต่อสาธารณะ อันเป็นการหมิ่นประมาทนั้น ส่วนกรณีที่มีการพิมพ์ หรือ เผยแพร่ ข้อความดังกล่าวมากกว่าประเทศใดประเทศหนึ่ง เช่น การกระจายเสียง หรือเผยแพร่ภาพทางโทรทัศน์ สถานที่ที่มีการละเมิดเกิดขึ้น คือ สถานที่ซึ่งโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่า มีการเผยแพร่เกิดขึ้นที่นั่น ซึ่งก่อให้เกิดความรับผิด และความเสียหายตามมา แต่ต้องระวังในเรื่องการเรียกค่าชดเชยซ้ำซ้อนในความผิดอันเดียวกัน

³² (1971) AC 458.

นอกจากนี้ The Australian Law Reform Commission เสนอว่า สถานที่ที่การหมิ่นประมาทเกิดขึ้น อาจถูกกำหนดว่าเป็นสถานที่อันเป็นที่อยู่ของใจที่ก็ได้³³

(3) คดีละเมิดที่เกิดจากการหลอกลวง

สถานที่ที่มีการละเมิดเกิดขึ้น ในคดีที่เกิดการฉ้อฉล หลอกลวง เป็นเหตุให้เกิดละเมิดนั้น ได้แก่ สถานที่ซึ่งมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น (ไม่ได้ใช้สถานที่ซึ่งมีความเสียหายที่เป็นผลตามมาของการกระทำนั้น)

3.1.3 ข้อดีในการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น

การศึกษาถึงข้อดีในการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะแสดงให้เห็นถึงความสำคัญ หรือประโยชน์ที่ได้รับจากการนำหลัก lex loci delicti มาใช้บังคับเพื่อสนับสนุนข้อสมมติฐานที่กล่าวไว้ว่า หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นเป็นหลักเกณฑ์ที่ดี และควรกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ โดยสามารถจำแนกข้อดีในการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นได้ดังนี้

- 3.1.3.ก การใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น สอดคล้องกับอำนาจอธิปไตยของรัฐ
- 3.1.3.ข การใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น มีความแน่นอนและมีความเป็นเอกภาพ
- 3.1.3.ค การใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น เป็นการคุ้มครองความคาดหมายของคู่กรณี

³³ ALKC Report , para 6.57 cite in, PE Nygh ,Conflict of law in Australia p. 353

3.1.3.ก การใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น สอดคล้องกับอำนาจอธิปไตยของรัฐ

หลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ หมายความว่า รัฐใดๆก็ตามย่อมจะมีอำนาจอธิปไตยโดยสมบูรณ์และเด็ดขาด ในอันที่จะสามารถนำกฎหมายของรัฐตน มาใช้บังคับภายในดินแดนของรัฐๆนั้น โดยหลักอำนาจอธิปไตยนี้ผูกพันบุคคลทุกคนซึ่งอยู่ภายในดินแดนของตน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า รัฐย่อมจะมีอำนาจอธิปไตยโดยเด็ดขาดเหนือดินแดนของตน ในการนำกฎหมายตน มาใช้บังคับ

ปัญหาของเรื่องนี้คือ การใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดการละเมิด ซึ่งหลักนี้อาจก่อให้เกิดการนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ในกรณีที่ประเทศที่การละเมิดเกิดขึ้น ไม่ใช่ศาลที่พิจารณาคดี แล้วการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดการละเมิดนี้ จะสอดคล้องกับหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐอย่างไร และการนำกฎหมายของรัฐหนึ่งมาใช้บังคับในอีกรัฐหนึ่ง อาศัยเหตุผลจากหลักการหรือแนวความคิดในเรื่องใด เพราะการพิจารณาถึงลักษณะเบื้องต้นของหลักอำนาจอธิปไตย กฎหมายของรัฐใดก็ย่อมใช้บังคับในรัฐนั้นเท่านั้น ซึ่งในเรื่องนี้นักนิติศาสตร์ท่านหนึ่ง (Huber) ได้อธิบายถึงการนำกฎหมายของรัฐหนึ่งมาใช้บังคับในอีกรัฐหนึ่ง ว่าเป็นการนำมาใช้โดยอาศัยแนวความคิดเรื่อง "อัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ" (comity)³⁴ และการอธิบายดังกล่าวก็ได้รับการยอมรับตั้งแต่ (1834) จนกระทั่งปี 1896 การอธิบายถึงเหตุผลที่จะนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้ ก็ถูกเปลี่ยนแปลงไป โดยแนวความคิดเรื่องสิทธิที่ได้รับมาแล้ว (Vested rights)³⁵ ได้เข้ามาแทนที่ ซึ่งสาระสำคัญของแนวความคิดในเรื่องสิทธิที่ได้รับมาแล้ว ที่ได้อธิบายไว้แล้วข้างต้น

ซึ่งไม่ว่าจะอธิบายถึงการนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับ โดยแนวความคิดเรื่องอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ หรือ แนวความคิดเรื่องสิทธิที่ได้รับมาแล้ว ก็ยังคงอยู่บนพื้นฐานของหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ หมายความว่า การที่จะสามารถนำกฎหมายของอีกรัฐหนึ่งมาใช้บังคับในอีกรัฐหนึ่งได้นั้น ไม่ว่าจะอาศัยแนวความคิดเรื่องใด ก็เป็นเรื่องที่ศาลที่พิจารณาคดีได้ให้

³⁴ Michael C. Pryles, "Tort and Related Obligations," *Recueil des cours*, p. 52.

³⁵ Dicey and Morris, *The Conflict of Laws* (London: Sweet & Maxwell, 1993), p. 1515.

อำนาจไว้ ไม่ว่าจะโดยทางใดทางหนึ่ง เช่น การบัญญัติกฎหมายในของตน ให้นำกฎหมายแห่งถิ่นที่ละเมิดเกิดขึ้น มาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือ การเข้าร่วมเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญา และรัฐที่พิจารณาคดี ก็ยังคงมีอำนาจที่จะไม่นำกฎหมายต่างประเทศนั้นมาใช้บังคับ เช่น ถ้ากฎหมายต่างประเทศขัดกับกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของรัฐ ทำให้เห็นได้ว่าอำนาจในการนำกฎหมายมาใช้บังคับ ก็ยังคงเป็นไปตามหลักอำนาจอธิปไตยโดยเด็ดขาดของรัฐนั้น ซึ่งก็ทำให้การใช้หลัก *lex loci delicti* มีความสอดคล้องกับหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ

แม้ว่าในปัจจุบันนี้ แนวความคิดเรื่องสิทธิที่ได้รับมาแล้ว ไม่ได้ถูกนำมาใช้เพื่ออธิบายถึงสาเหตุที่สามารถนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับในอีกรัฐหนึ่งได้ ก็ไม่ได้หมายความว่า หลัก *lex loci delicti* ซึ่งมีรากฐานมาจาก แนวความคิดเรื่องสิทธิที่ได้รับมาแล้ว นี้ จะต้องถูกยกเลิกไปด้วย เพราะ การใช้หลัก *lex loci delicti* นี้ นอกจากจะนำมาใช้โดยอาศัย สิทธิที่ได้รับมาแล้ว ก็ยังมีเหตุผลอื่นๆอีก ที่นำหลักในเรื่องกฎหมายวิธีนี้มาบังคับใช้ เช่น เหตุผลที่แห่งสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมากที่สุด หรือ เหตุผลในเรื่องความเหมาะสมในการนำมาใช้ หรือ นำหลัก *lex loci delicti* มาใช้เพราะเป็นกฎหมายที่คู่กรณีสามารถคาดเดาถึงผลแห่งคดีที่ตนได้รับจากคดีละเมิดเรื่องนั้นๆได้

ปัจจุบันนี้แนวความคิด เรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐ ถูกนำมาใช้เพื่อสะท้อนถึงผลประโยชน์ของรัฐในเรื่องต่างๆ การใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นนี้ สถานที่เกิดละเมิดก็มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดี เช่นคู่กรณีได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดซึ่งอาศัยอยู่ในรัฐนั้น และรัฐที่เกิดละเมิดก็ย่อมได้รับผลกระทบเช่นกัน

3.1.3.ข การใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น มีความแน่นอนและมีความเป็นเอกภาพ

วิธีการที่ใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับโดยการใช้หลัก *lex loci delicti* นี้เป็นหลักที่อยู่บนพื้นฐานของความแน่นอนและง่ายต่อการใช้บังคับ แต่อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์วิธีนี้ก็ไม่ใช่หลักเกณฑ์ที่มีความแน่นอนที่สุด ในบรรดาหลักเกณฑ์ทั้งหมดที่สามารถนำมาใช้ในการหากฎหมายได้ โดยหลักที่มีความแน่นอนที่สุด คือหลัก *lex fori* เพราะในกรณีที่มีกฎหมายของหลายประเทศเข้ามาเกี่ยวพันในคดีนั้น อาจเกิดข้อโต้แย้งกันในปัญหาเรื่องการทำนอกลานที่ เกิดละเมิด แต่ด้านนำหลัก *lex loci delicti* มาเทียบเคียงกับ การใช้หลักเกณฑ์อื่นานั้น เป็นต้นว่า

การใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสม จะพบว่าหลัก *lex loci delicti* มีความแน่นอนและง่ายต่อการนำมาใช้บังคับมากกว่า

ดังนั้นถ้าพิจารณาเฉพาะประเด็นเรื่องความแน่นอน จัดได้ว่าหลัก *lex loci delicti* เป็นหลักที่มีความแน่นอนในระดับหนึ่ง เมื่อเทียบกับอีกหลายหลักเกณฑ์ ยกเว้นแต่เพียง หลัก *lex fori* เท่านั้น แต่ถ้าพิจารณาในเรื่องความเป็นเอกภาพ (Uniformity) แล้ว หลัก *lex loci delicti* มีความเป็นเอกภาพมากกว่าหลักเกณฑ์อื่นทั้งหมด และทำให้ผลแห่งคดีมีความเป็นหนึ่งเดียวกันมากกว่า เนื่องจากด้านหลัก *lex fori* มาใช้บังคับ การเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดี ก็จะมี ความแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับว่าจะนำคดีนั้นขึ้นสู่ศาลใด นอกจากนี้แล้วการใช้หลัก *lex loci delicti* ยังสามารถแก้ปัญหา เรื่องการเลือกฟ้องคดีต่อศาลที่ให้ประโยชน์สูงสุดด้วย (forum shopping) *

ด้วยเหตุที่หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นมีทั้งข้อดี ที่สามารถสร้างความเป็นเอกภาพได้มากกว่าหลักเกณฑ์การหากฎหมายมาใช้บังคับ โดยวิธีอื่น ทำให้ The English and Scottish Law Commission สนับสนุนให้นำหลักเกณฑ์นี้มาใช้บังคับ โดยได้ให้เหตุผลไว้ว่า " เหตุผลในการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น เพื่อการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดนั้น เนื่องจากเป็นหลักเกณฑ์ที่สร้างความเป็นเอกภาพในการใช้กฎหมายในรูปแบบเดียวกัน และขจัดปัญหาการเลือกศาลได้ เพราะ เมื่อนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นมาใช้อย่างแพร่หลายแล้ว ก็จะทำให้แนวทางในการเลือกกฎหมายของแต่ละประเทศเป็นลักษณะเดียวกัน ไม่ว่าจะนำคดีไปฟ้องยังศาลของประเทศใด กล่าวคือเมื่อต้องเลือกกฎหมายเพื่อใช้ในการวินิจฉัยคดีก็จะใช้ กฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นเหมือนกัน อีกทั้งยังเป็นหลักที่นำมาใช้ได้ง่าย สะดวกและประหยัดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีมากขึ้น " ³⁶

* Forum shopping ได้แก่ การเลือกศาลที่จะทำการพิจารณาคดีโดยฝ่ายโจทก์ ตามแต่ประโยชน์ของตน จะเกิดขึ้นในกรณีที่มีศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีมากกว่าหนึ่งศาลเข้ามาเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และโจทก์เลือกดำเนินคดีต่อศาลที่เป็นประโยชน์ต่อฝ่ายตนมากที่สุด ผลที่ตามมาคือสร้างความไม่เป็นธรรมและความเสียหายต่อจำเลยในคดีนั้น

³⁶ 1984 Law commission , pp. 114-115 ;1990 Law commission , p. 10.

การพิจารณาเรื่องความเป็นเอกภาพนี้ ไม่เพียงแต่นำมาใช้เพื่อหากฎหมายมาใช้เท่านั้น แต่สามารถนำไปใช้กับการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงได้ด้วย เพราะข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่องที่เกิดขึ้นนั้น ต้องการการแปลความไปในทางเดียวกันด้วย

3.1.3.ค การใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น เป็นการคุ้มครองความคาดหมายของคู่กรณี

การใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น มีผลต่อการคุ้มครองความคาดหมายของคู่กรณีและประชาชนส่วนใหญ่ เนื่องจากมองว่ากฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดมีความชัดเจนซึ่งคู่กรณีย่อมต้องสามารถทราบได้ในผลคดีนั้น ดังที่ภริยาชิตโบริอาณได้กล่าวไว้ว่า " when in Rome do as Roman 's do " ซึ่งในเรื่องนี้ Kanh Freund ได้กล่าวว่า "การนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น มาใช้ด้วยเหตุผลที่เป็นหลักที่คุ้มครองความคาดหมาย อีกทั้งยังสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในคดีละเมิด ที่ต้องการจะกระจายความเสี่ยงในสังคม และได้รับการยอมรับในนานาประเทศ "

คดี Tolofson V Jensen [1995]³⁷ ผู้พิพากษา La Forest J.A. สนับสนุนที่จะนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น มาใช้บังคับโดยให้เหตุผลว่า "การทำให้คดีได้รับการยอมรับนั้น ผลแห่งกฎหมายที่แน่นอนนั้น เป็นสิ่งสำคัญที่ต้องคำนึงถึง " เท่ากับว่า การพิจารณาเรื่องความต้องการความแน่นอนเป็นหลัก เป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายจนถึงทุกวันนี้

โดยทั่วไปแล้วอาจจะมองได้ว่า การใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น มีความเหมาะสมและเป็นการคุ้มครองความคาดหมายได้ แต่อันที่จริงแล้ว ก็ไม่ได้เป็นเช่นนั้นในทุกกรณี เพราะความต้องการความแน่นอนของคู่ความฝ่ายตรงกันข้ามก็ย่อมที่จะมีความแตกต่างกัน ทำให้ไม่เป็นไปตามที่ตนต้องการ และถ้ากรณีที่การละเมิดได้เกิดขึ้นในหลายประเทศ ก็จะมีปัญหาใน

³⁷ C.F. Forsyth , Private international law :The modern Roman-Dutch law including the jurisdiction of the Supreme court 3ed ,(Juta & co.,Ltd : 1996) , p. 307.

เรื่องการกำหนดสถานที่เกิดละเมิด หรืออาจมีปัจจัยอื่นใดเข้ามาแทรกแซงทำให้ไม่เป็นไปตามที่คาดเอาไว้

ปกติสิ่งที่จำเลยคาดหวังไว้จากการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น ก็คือการใช้กฎหมายแห่งสถานที่ที่ได้กระทำละเมิดขึ้น แต่ถ้าในคดีนั้น การกำหนดสถานที่เกิดละเมิดใช้สถานที่ที่มีความเสียหายมากำหนดกฎหมาย ก็จะไม่เป็นไปตามความคาดหมายในผลที่ตนได้รับจากการกระทำของจำเลย เว้นแต่จะเป็นกรณีที่จำเลยสามารถคาดเดาได้ว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นในประเทศใด ส่วนความคาดหมายในผลแห่งคดีของโจทก์ ในการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น คือการใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่ตนได้รับความเสียหาย มากกว่าประเทศที่มีการกระทำเกิด แต่อย่างไรก็ดีความแตกต่างในความคาดหมายของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย จะเกิดขึ้นในกรณีที่การละเมิดได้เกิดคาบเกี่ยวกันในหลายประเทศ เพราะถ้าเกิดการละเมิดแต่เพียงภายในอาณาเขตของประเทศเดียวปัญหาจะไม่เกิดขึ้น และความคาดหมายที่ได้รับจากการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น ก็จะเหมือนกัน เว้นแต่ในกรณีที่คดีที่เกิดขึ้น สถานที่เกิดละเมิดนั้นเป็นเรื่องที่เกิดโดยบังเอิญ

3.1.4 ข้อจำกัดในการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้น

การศึกษาถึงข้อจำกัดในการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะแสดงให้เห็นถึงข้อบกพร่องที่เกิดจาก การนำหลัก *lex loci delicti* มาใช้บังคับ เพื่อสนับสนุนข้อสมมติฐานที่กล่าวไว้ว่า หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นเป็นหลักเกณฑ์ที่ดี แต่ไม่สามารถใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นเพียงหลักเดียวเท่านั้น ในการหากฎหมายมาใช้บังคับได้อย่างเหมาะสมมากที่สุด จึงควรมีหลักเกณฑ์อื่นเข้ามาเสริม โดยสามารถจำแนกข้อจำกัดในการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นได้ดังนี้

3.1.4.ก. หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นไม่สามารถนำมาใช้ได้ทุกกรณี

3.1.4.ข. หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นมีความไม่แน่นอนในผลแห่งคดี

3.1.4.ค. หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นขัดต่อนโยบายหรือผลประโยชน์ของรัฐ

3.1.4.ก. หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นไม่สามารถนำมาใช้ได้ทุกกรณี

สาเหตุที่ไม่สามารถนำเอาหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น มา ใช้ได้ในทุกกรณี เนื่องมาจาก การนำหลักดังกล่าวมาใช้อย่างเคร่งครัด โดยไม่พิจารณาถึงสถานะการณที่มี ความซับซ้อนมากๆ มักจะเกิดความไม่ลงรอย และ ข้อโต้แย้งต่างๆตามมา แต่ถ้าประยุกต์เอาหลักยืดหยุ่น (flexible rule) มาใช้บังคับโดยให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลยพินิจ ในการพิจารณาในแต่ละข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เพื่อสร้างความเป็นธรรม และ ความเท่าเทียมกัน และ มีความเป็นไปได้หรือสามารถบังคับได้ในทางปฏิบัติ โดยนำหลักความยืดหยุ่น มาใช้เป็นข้อยกเว้นของการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น เพื่อแก้ปัญหากการที่นำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น มาใช้บังคับอย่างเคร่งครัด แล้วก่อให้เกิดความไม่เหมาะสมขึ้น แต่อย่างไรก็ดี ต้องไม่ลืมที่จะพิจารณาถึง จุดมุ่งหมายของหลักกฎหมายที่ขัดกัน ที่ต้องสร้างความแน่นอนในการนำกฎหมาย มาใช้บังคับด้วย ทำให้การนำหลักความยืดหยุ่นมาใช้บังคับ ควรนำมาใช้อย่างมีขอบเขต เพื่อก่อให้เกิดความแน่นอนด้วย

นอกจากนี้แล้ว แม้ว่าจะให้อำนาจแก่ศาลให้สามารถใช้ดุลยพินิจในการพิจารณา เพื่อที่จะนำหลักความยืดหยุ่นมาใช้ เพื่อยกเว้นในการใช้หลัก lex loci delicti แต่เพียงอย่างเดียว แนวทางการตัดสินใจของศาล ก็ยังคงทำตามบทบัญญัติที่กฎหมายวางไว้อย่างเคร่งครัด และยังคงยึดติดกับรูปแบบที่เคยปฏิบัติกันมาแต่เดิมอย่างสม่ำเสมอ ซึ่งก็เป็นอุปสรรคต่อการใช้หลักความยืดหยุ่นในการแก้ปัญหากที่เกิดขึ้น³⁸ นอกจากนี้ ในบางสถานการณ์ ที่สถานที่เกิดละเมิด เป็นสิ่งที่เกิดโดยบังเอิญ ทำให้จุดเกาะเกี่ยวของกฎหมายแห่งสถานที่เกิดละเมิดนั้น มีความไม่เหมาะสมที่จะใช้เป็นหลัก ในการกำหนดกฎหมายที่นำมาใช้บังคับแก่คดี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในคดีที่คู่กรณีไม่มีความสัมพันธ์ใดๆที่สำคัญ อันเกี่ยวข้องกับกฎหมายของสถานที่เกิดละเมิดเลย และ เมื่อเป็นกรณีที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญแล้ว ผลแห่งคดีที่จะได้รับจากถ้าใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นนั้น อาจไม่เป็นผลที่คู่กรณีคาดหวังเอาไว้

³⁸ Pier Terblanche " Lex fori or Lex loci delicti ? The problem of choice of law in international delicts," The Comparative and International Law Journal of Southern Africa 30 No. 3 (November 1997): 251.

มาตรา 10 III ของ Draft of the Commission of European Communities. ได้กล่าวถึง การนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น มาใช้โดยมีข้อยกเว้นว่า การนำกฎหมายอื่นนอกจากการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น สามารถทำได้ถ้า

1. คดีละเมิดนั้นไม่มีจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญ กับ หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น และ
2. กฎหมายของอีกประเทศนั้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคดีละเมิด³⁹

The English and Scottish Law Commissions ก็แสดงไว้ว่า ในสถานการณ์ที่เกิดการละเมิดขึ้นนั้น ไม่เหมาะสมที่จะนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น มาใช้บังคับ⁴⁰

- (a) ในคดีซึ่งการละเมิดไม่ได้เกิดขึ้นเฉพาะภายในดินแดนเท่านั้น ตัวอย่างเช่น กรณีที่การละเมิดเกิดในทะเลบนเรือ หรือ อากาศยาน ซึ่งไม่ได้กระทบต่อสิ่งแวดล้อม
- (b) คดีละเมิดซึ่งคู่กรณีมีความสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งกันมาก่อนเกิดการละเมิด
- (c) คดีละเมิดซึ่งไม่เป็นไปตาม หลักข้อ (a) และ (b) แต่มีปัจจัยอื่นๆ ที่แสดงถึงความสัมพันธ์ของคู่กรณีกับประเทศใดประเทศหนึ่ง ได้มากกว่าประเทศซึ่งมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น

ซึ่งจากมาตราดังกล่าว ก็เห็นได้ถึงความไม่เหมาะสม ที่จะนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การ

³⁹ Draft of the Commission of European Communities.

Section 10 III : " another law than the *lex loci delicti* can only be applied if , firstly there is no significant connection between the delicti and the *loci delicti* , and secondly, there is a closer relationship between the delicti and another country " .

⁴⁰ 1984 Law Commission , pp. 135-137.

ละเมิดเกิดขึ้นมาใช้บังคับอย่างเคร่งครัดที่อาจเกิดขึ้นได้ กฎหมายจึงเปิดช่องให้สามารถนำกฎหมายอื่นมาใช้บังคับแทนได้ ถ้าพิจารณาตามเงื่อนไขแล้ว กฎหมายของประเทศดังกล่าว มีความเหมาะสมมากกว่า

เพื่อประกอบความเข้าใจในปัญหาความไม่เหมาะสมในการนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น มาใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีอย่างเคร่งครัด จะขอยกตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในประเทศต่างๆ มาแสดงดังนี้

คำตัดสินในคดี Babcock V Jackson ⁴¹ [1963] คดีนี้โจทก์มีถิ่นที่อยู่ใน New York ได้โดยสารรถยนต์เดินทางไปประเทศ Canada รถยนต์ที่ใช้เป็นยานพาหนะก็จดทะเบียนและประกันภัยไว้ใน New York และคนขับรถก็อาศัยอยู่ใน New York แล้วเกิดอุบัติเหตุในเมือง Ontario ประเทศ Canada โจทก์จึงฟ้องผู้ขับรถโดยสารในเหตุแห่งการละเมิด ศาลในคดีนี้ได้ตัดสินให้นำกฎหมายของ New York มาใช้บังคับ

ถ้าในคดีนี้นำหลักกฎหมายของประเทศ Canada มาใช้บังคับ ตามที่หลัก *lex loci delicti* กำหนดไว้ จะก่อให้เกิดความไม่เหมาะสมขึ้น (กฎหมาย Canada ไม่ได้ให้สิทธิแก่โจทก์ในการเลือกค่าเสียหายในกรณีนี้ แต่กฎหมายของประเทศ America อนุญาต) แม้ว่าข้อเท็จจริงในคดีนี้ มีการละเมิดเกิดขึ้นในประเทศ Canada แต่ถ้าขึงน้ำหนักระหว่างความสัมพันธ์ของ 2 ประเทศแล้ว กฎหมายของประเทศ America ก็มีความสำคัญมากกว่า เพราะคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่าย มีภูมิลำเนาในประเทศนี้ และ ยานพาหนะก็จดทะเบียนในประเทศนี้เช่นกัน

คดี Warren V. Warren (1972) ⁴² ข้อเท็จจริงในคดีนี้ สามิ-ภรรยาคู่หนึ่ง มีภูมิลำเนาในรัฐ Queensland ส่วนอุบัติเหตุรถยนต์เกิดในรัฐ New South Wales ซึ่งเป็นสถานที่ที่ทั้งคู่มีสัมพันธภาพในลักษณะชั่วคราวเท่านั้น ภรรยาได้ฟ้องสามิในรัฐ Queensland เพื่อเรียกร้องค่า

⁴¹ 191 NE. 2d 279.

⁴² [1972] Qd. R. 386. cited in, Michael C. Pryles, " Tort and Related Obligations, " *Recueil des cours* , pp. 60.

เสียหาย (กฎหมายของ New South Wales ไม่อนุญาตให้คู่กรณีฟ้องคดีซึ่งกันและกัน แต่กฎหมายของ Queensland ไม่มีความคุ้มครองในลักษณะดังกล่าว) คดีนี้ศาลนำกฎหมายของรัฐ Queensland มาใช้บังคับ ด้วยเหตุผลที่จะคุ้มครองความคาดหวังของคู่กรณี เพราะคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายมีภูมิลำเนาในประเทศ Queensland ย่อมที่จะต้องการที่จะใช้กฎหมายของรัฐดังกล่าวบังคับกับตน และรัฐดังกล่าวก็มีความเกี่ยวข้องที่สำคัญกับคดีมากกว่ารัฐ New South Wales นี้เป็นเพียงสถานที่เกิดละเมิดเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี ข้อบกพร่องในข้อนี้ก็เกิดขึ้นในบางกรณีเท่านั้น

3.1.4.๗ หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นมีความไม่แน่นอนในผลแห่งคดี

ในบางสถานการณ์การนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น มาใช้เป็นเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดนั้น ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับคดี เนื่องจาก ในสถานการณ์ที่ไม่สามารถทราบได้แน่ชัดว่า ที่ใดคือ สถานที่เกิดละเมิด (locus delicti) ในกรณีที่เกิดคดีละเมิดนั้นมีความเกี่ยวข้องกับรัฐหลายรัฐ แต่อย่างไรก็ดี ปัญหาในข้อนี้ก็มีความพยายามในการแก้ปัญหา โดยในแต่ละประเทศก็มีการวิเคราะห์ถึงปัญหาดังกล่าวไว้ และมีการกำหนดว่าที่ใดคือคือสถานที่เกิดละเมิดไว้* ซึ่งก็สามารถจะลดความไม่แน่นอนในการนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น มาใช้บังคับคดีได้ในระดับหนึ่ง ยิ่งไปกว่านั้น ถ้ามีบุคคลที่มาจากหลายประเทศ เข้ามาเกี่ยวข้องในคดีนั้น ก็ยังมีความยุ่งยากและการกำหนดกฎหมายเพื่อใช้บังคับแก่คดีก็ยังไม่ชัดเจนมากขึ้น และ การให้คำอธิบายในเรื่องนี้ก็มี ความแตกต่างกันไปตามนิติวิธีของแต่ละประเทศ เช่น

คดี In Re Air Crash Disaster at Washington , D.C. (559 F. Supp. 333,1983)⁴³ มีความยุ่งยากในการหากฎหมายมาใช้บังคับ เพื่อกำหนดความรับผิดของเครื่องบิน ว่าควรใช้สถานที่ใดเพื่อเป็นตัวกำหนด ระหว่างสถานที่ซึ่งกำหนดไว้ในสัญญา หรือ สถานที่ที่มีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับคู่กรณี และเป็นที่เกิดอุบัติเหตุ โดยกฎหมาย Columbia ซึ่งเป็นสถานที่ซึ่งที่มี

* อธิบายเรื่องนี้ ในหัวข้อเรื่อง "การกำหนดสถานที่ที่เกิดละเมิดขึ้น"

⁴³ Warran Freedman, Foreign plaintiffs in product liability actions (Quarum Books, 1988), pp. 101-102.

ความเสียหายเกิดขึ้น และ Washington เป็นสถานที่ที่มีการกระทำผิดเกิดขึ้น (บกพร่องในตัวเครื่อง) และเป็นสถานที่หลักในการประกอบธุรกิจ ศาลในคดีนี้วินิจฉัยว่า ไม่ว่าจะ เป็นสถานที่ใดก็ตาม ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นกับคู่กรณีก็สามารถถูกกำหนด ให้เป็นประเด็นหลักที่สำคัญได้ เพราะเมื่อพิจารณาจาก The Law Governing Airport Accident (1983) ความสัมพันธ์ของคู่กรณีประเด็นใดที่จะถูกกำหนดว่ามีความสำคัญมากที่สุด ขึ้นอยู่กับความสำคัญในสัมพันธภาพแต่ละเรื่องใน 4 กรณีนี้

1. กฎหมายของสถานที่ที่ได้มีการผลิต และ ออกแบบ
2. กฎหมายของสถานที่ซึ่งมีการประกอบธุรกิจหลัก
3. กฎหมายของสถานที่เครื่องบินได้เดินทางออกจาก
4. กฎหมายของสถานที่ที่เป็นจุดมุ่งหมายปลายทางของการเดินทาง

ดังนั้นในคดีนี้ถ้าพิจารณาตามหลักที่กำหนดในข้อ 1,2 กฎหมายที่จะใช้บังคับคือกฎหมายของ Washington State แต่ถ้าพิจารณาตามข้อ 3,4 กฎหมายที่จะใช้บังคับ คือ กฎหมายของ Columbia เป็นสถานที่ที่เครื่องบินออก และ Florida เป็นสถานที่ที่เป็นจุดหมายปลายทาง และเป็นสถานที่ที่คาดเดาได้ ทำให้การใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น จึงเบี่ยงเบนไปกลายเป็นหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณา ขึ้นกับว่าจะนำคดีไปฟ้องที่ใด เพราะทุกสถานที่มีความสำคัญหมด เกิดความไม่แน่นอนขึ้น

3.1.4.ค หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นขัดต่อนโยบายหรือผลประโยชน์ของรัฐ

จากที่กล่าวมาข้างต้นว่า รัฐหนึ่งนั้นย่อมมีอำนาจอธิปไตยโดยสมบูรณ์ ที่จะใช้กฎหมายภายในของตนมาปรับใช้กับสัมพันธภาพต่างๆที่เกิดขึ้นในเขตอำนาจของตนในทุกกรณี โดยไม่ต้องคำนึงถึงกฎหมายต่างประเทศแต่อย่างใด แต่ก็เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่า ความสัมพันธ์ในทางแพ่งนั้น หากจะถืออำนาจอธิปไตยอย่างเคร่งครัดตามที่ตนมีอยู่แล้ว ย่อมจะก่อให้เกิดความยุ่งยากในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และการที่จะนำกฎหมายภายในมาบังคับในทุกกรณีย่อมจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้ เพราะในข้อพิพาทเรื่องหนึ่งนั้นอาจได้รับการตัดสินแตกต่างกัน ถ้านำข้อพิพาทนั้นขึ้นสู่ศาลในประเทศที่ต่างกัน ด้วยเหตุนี้เอง ประเทศต่างๆจึงสร้างหลักเกณฑ์

ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้น เพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งระหว่างประเทศ และเพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่กรณีมากที่สุด โดยคำนึงถึงหลักที่ว่าคดีเรื่องใดที่มีความเกี่ยวข้องกับต่างประเทศ ไม่ว่าจะคดีนั้นจะนำขึ้นสู่ศาลของประเทศใด กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับก็ควรเป็นกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งเพียงประเทศเดียว และการที่จะใช้กฎหมายใดมาปรับใช้นั้น ก็ด้วยเหตุผลที่ว่ากฎหมายนั้นมีความเหมาะสมหรือมีความเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับคดีมากที่สุด ทำให้กลไกชั้นพื้นฐานของหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ทำหน้าที่จัดสรรว่าในกรณีที่นิติสัมพันธ์มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายระบบ กฎหมายใดควรจะเข้ามามีบทบาทกับนิติสัมพันธ์นั้นมากที่สุด ซึ่งถ้ามองในอีกแง่มุมหนึ่ง การที่จะนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับได้ก็ขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนี้

การใช้หลักกฎหมายแห่งดินที่การละเมิดได้เกิดขึ้น มาใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับแก่คดี (applicable law) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของหลายประเทศ แม้ว่าหลักกฎหมายแห่งดินที่การละเมิดเกิดขึ้น จะนำไปสู่การนำกฎหมายประเทศใดประเทศหนึ่งซึ่งเป็นประเทศที่การละเมิดเกิดขึ้นมาใช้ ก็ไม่ได้หมายความว่าศาลที่พิจารณาคดีจะต้องนำกฎหมายต่างประเทศนั้นมาใช้บังคับเสมอ ศาลที่พิจารณาคดีอาจปฏิเสธไม่ใช้กฎหมายนั้นก็ได้ ด้วยเหตุผลที่ว่า กฎหมายต่างประเทศนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศตน ตัวอย่างเช่น

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 5 ที่บัญญัติว่า "ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศสยาม"⁴⁴

ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ค.ศ.1942 มาตรา 12 ที่บัญญัติว่า "เว้นแต่หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น กฎหมายต่างประเทศจะไม่มี

⁴⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481. มาตรา 5

ผลบังคับในประเทศอิตาลีได้ หากกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน"⁴⁵ เป็นต้น

คำว่า "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน" (public order) กับคำว่า "ศีลธรรมอันดีของประชาชน" (Bonus mores , Good morals) ถือเป็นคำที่ คนส่วนใหญ่มักจะเข้าใจในความหมายรวมของคำสองคำนี้ ว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมเท่านั้น โดยไม่แบ่งการพิจารณาออกเป็น

- กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามกฎหมายภายใน
- กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งสองประเภทนี้มีความแตกต่างกันดังนี้

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามกฎหมายภายใน กล่าวโดยสรุปมีอยู่ 2 ลักษณะ คือ

1. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนประเภทเด็ดขาด (absolute) กล่าวคือเป็นกฎหมายที่มุ่งป้องกันผลประโยชน์ของประชาชนส่วนรวมเป็นสำคัญ โดยยึดรากฐานของความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลที่พิจารณาคดีจะไม่รับฟ้องคดีประเภทนี้เด็ดขาด

2. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนประเภท

⁴⁵ Eek Hilding "Peremptory Norms and Private International law," Recueil Des Cours (A.W. Sijthoff, Leyde :1973) : 21.

ไม่เด็ดขาด (relative) เช่นในเรื่องความสามารถของบุคคล การคุ้มครองผู้เยาว์ การสมรส เป็นต้น กฎหมายประเภทนี้ใช้บังคับแก่บุคคลที่มีสัญชาติประเทศนั้นเท่านั้น แต่สำหรับคนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในประเทศนั้น อาจนำเอากฎหมายต่างประเทศ ในเรื่องเหล่านี้มาใช้บังคับแทนได้ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า แม้กฎหมายเหล่านี้จะถือเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งกฎหมายก็มีบทบาทในการจัดวางระเบียบเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนในเรื่องดังกล่าวด้วยก็ตาม แต่เนื่องจากรัฐอาจเห็นว่าเรื่องเหล่านี้อาจไม่มีผลกระทบต่อประโยชน์ของส่วนรวมมากมายนัก จึงมิได้บัญญัติให้มีลักษณะที่เคร่งครัดโดยเด็ดขาด ดังเช่น กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนประเภทเด็ดขาด (absolute) หมายความว่า กฎหมายที่จะใช้บังคับในคดีนั้น เป็นกฎหมายของประเทศที่พิจารณาคดีเอง หรือกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง และกำหนดเกี่ยวกับเรื่องนั้นไว้ก็ได้

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล จำกัดความหมายไว้เฉพาะในเรื่องวิธีการ (method) ไม่รับเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้ ถ้ากฎหมายดังกล่าวนั้นไม่สอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักการเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนี้ เป็นวิธีการที่อนุญาตให้ศาลปฏิเสธที่จะนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับ แม้ว่าหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับโดยหลักกฎหมายถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นจะกำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศดังกล่าวก็ตาม โดยขั้นตอนในการที่จะวิเคราะห์ว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบฯ หรือไม่ ศาลที่พิจารณาคดีจะต้องนำกฎหมายต่างประเทศ มาเปรียบเทียบกับเนื้อหาของกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ว่าสอดคล้องกันหรือไม่ ถ้าหากพิจารณาแล้วเห็นว่าถ้าจะนำเอากฎหมายต่างประเทศ ที่การกระทำละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้บังคับ แล้วจะเป็นการขัดต่อบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนประเภทเด็ดขาด ที่วัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นมุ่งป้องกันผลประโยชน์ส่วนรวมของประชาชาติและสังคม มุ่งป้องกันศีลธรรม ศาลก็จะไม่นำกฎหมายต่างประเทศนั้นๆ มาใช้ คู่กรณีก็จำเป็นต้องปฏิบัติตามอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนประเภทไม่เด็ดขาด ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติหลักเกณฑ์เพื่อใช้บังคับแก่เอกชนทุกคน และมุ่งป้องกันบุคคลบางประเภทเท่านั้น หากได้มีผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือส่วนได้เสีย

โดยตรง ดังนั้นถ้ามีความไม่สอดคล้องกับกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีเกิดขึ้น ศาลที่พิจารณาคดีก็สามารถที่จะยอมรับบังคับกฎหมายต่างประเทศในประเภทนี้ได้

ส่วนที่เกี่ยวกับศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น การจะพิจารณาว่ากฎหมายต่างประเทศที่จะใช้บังคับนั้น ขัดกับศีลธรรมอันดีของประชาชนของประเทศตนหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับความเห็นชอบของประชาชนโดยทั่วไป ว่าจะรู้สึกว่าการกฎหมายต่างประเทศนั้นเป็นการขัดต่อศีลธรรมหรือไม่ เพราะศีลธรรมอันดีของประชาชนนี้ หมายถึง ทัศนคติโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม

อย่างไรก็ดีหากพิจารณาอย่างถ่องแท้แล้ว จะเห็นได้ว่า ทั้งคำว่า "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน" และคำว่า "ศีลธรรมอันดีของประชาชน" มีความหมายที่สอดคล้องกัน เพราะว่าการยึดถือปฏิบัติตามศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมสอดคล้องกับ ประโยชน์โดยทั่วไปของประชาชาติ และสังคม ส่วนการดำรงรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของประชาชน ย่อมจะไม่ขัดหรือแย้งกับ ทัศนคติโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม ทำให้ทั้งสองถ้อยคำนี้ยากที่จะแบ่งแยกความหมายได้อย่างเคร่งครัด กฎหมายแพ่งในหลายประเทศ⁴⁶ จึงได้นำเอาแนวความคิดของความสงบเรียบร้อยของประชาชนรวมไว้กับศีลธรรมอันดีของประชาชน

⁴⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย พ.ศ. 2535.

มาตรา 150 บัญญัติว่า "การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ"

มาตรา 151 บัญญัติว่า "การใดเป็นการแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ"

มาตรา 188 บัญญัติว่า "นิติกรรมใดมีเงื่อนไขที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะ"

ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศอิตาลี

มาตรา 12 บัญญัติว่า " เว้นแต่หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น กฎหมายต่างประเทศจะไม่มีผลบังคับในประเทศอิตาลีได้ หากกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน"

แนวความคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มักจะเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยและแตกต่างกันบ้างในแต่ละประเทศ ซึ่งแต่ละประเทศนั้นอาจมีการบัญญัติกฎหมายเรื่องนี้ไว้โดยตรงหรือไม่บัญญัติไว้เลยก็ได้ วัตถุประสงค์ก็เพื่อความยืดหยุ่นในการที่จะสามารถสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นได้ในแต่ละกรณี นอกจากนี้ยังมีกฎหมายอีกประเภทหนึ่งที่ มีความใกล้เคียงกับหลักเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน นั่นคือ "กฎหมายที่พึงใช้บังคับทันที" ⁴⁷ โดยเป็นกฎหมายที่มุ่งรักษาโครงสร้างทางเศรษฐกิจสังคม และการเมืองของรัฐและเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในดินแดนของตนเองโดยตรง

กฎหมายที่พึงใช้บังคับทันที เป็นกฎหมายที่ต้องนำมาใช้บังคับแก่ทุกนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นภายในดินแดนของแต่ละรัฐเสมอ ด้วยเหตุผลในการ รักษาโครงสร้างหรือระบบงานทางด้านเศรษฐกิจ การเมืองและสังคม เช่นกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร กฎหมายเกี่ยวกับเงินตรา กฎหมายแรงงาน เป็นต้น ซึ่งกฎหมายต่างๆเหล่านี้ล้วนเป็นกฎหมายสารบัญญัติธรรมดา ที่มีลักษณะเหมือนกับกฎหมายโดยทั่วไป หากแต่มีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับโครงสร้าง หรือระบบงานของรัฐ ที่เรียกว่า "นโยบายพื้นฐาน" (Fundamental policy) ⁴⁸ รัฐต้องกำกับควบคุมเพื่อประโยชน์ของรัฐเองอย่างใกล้ชิด นอกจากนี้แล้ว ลักษณะของกฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที ยังเป็นกฎหมายมหาชน (Public law) ⁴⁹ กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่ออกโดยรัฐ เพื่อบังคับใช้กับนิติ

⁴⁷ ชุมพร บัจจุสานนท์, "กฎหมายที่พึงใช้บังคับทันที หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย : ผลกระทบต่ออนุสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล," วารสารนิติศาสตร์ 6 (ธันวาคม 2529) : 31-32.

⁴⁸ Eek Hilding "Peremptory Norms and Private International law." Recueil Des Cours , p. 25.

⁴⁹ หยุต แสงอุทัย, บรรยายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (โรงพิมพ์ธรรมศาสตร์ : 2523) , หน้า 154. ได้ให้คำนิยามไว้ว่า "กฎหมายมหาชน หมายถึง กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ กับราษฎรในฐานะที่รัฐเป็นฝ่ายปกครองราษฎร กล่าวคือ ในฐานะที่รัฐมีอำนาจเหนือราษฎร"

สัมพันธ์ทุกชนิดที่เกิดขึ้น และเกี่ยวข้องกับกฎหมายนี้ จึงต้องมีรูปแบบที่เคร่งครัด และต้องมีลักษณะเป็นการบังคับจะหลีกเลี่ยงไม่ได้ (Rigid & Imperative)⁵⁰

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การที่กล่าวว่ากฎหมายพึงใช้บังคับทันที เป็นกฎหมายภายในที่เหมือนกับกฎหมายอื่นๆ เนื่องมาจากเป็นหลักเกณฑ์ที่ออกมาโดยรัฐ เพื่อกำหนดภาระหน้าที่และสิทธิแก่คนในชาติ หรือบุคคลอื่นที่อยู่ภายในดินแดนของตน ส่วนที่กล่าวว่า เป็นกฎหมายสารบัญญัติก็ด้วยเหตุที่ว่า เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับโดยตรงกับข้อเท็จจริงหรือนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น และจากการที่ผู้บัญญัติกฎหมายประสงค์จะให้กฎหมายประเภทนี้ มีผลบังคับในเรื่องที่ต้องการ ทำให้กฎหมายประเภทนี้เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเฉพาะเรื่อง จึงไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์เสมอไป อาจเป็นกฎหมายอาญาหรือกฎหมายแรงงานก็ได้

วิธีการใช้กฎหมายพึงใช้บังคับทันที มีวิธีการที่แตกต่างจากหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายโดยสิ้นเชิง หมายความว่า เมื่อกฎหมายพึงใช้บังคับทันที เป็นกฎหมายสารบัญญัติ ทำให้ศาลต้องนำมาปรับใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่เกิดโดยตรง แม้จะเป็นคดีที่มีองค์ประกอบต่างชาติเข้ามาแทรกซ้อนก็ตาม เพราะถือเป็นกฎหมายที่มีหน้าที่ป้องกันโครงสร้างทางสังคม เศรษฐกิจ ดังนั้นหากปรากฏว่า หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้น นำไปสู่การใช้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งบังคับกับคดีที่เกิด แล้วปรากฏว่ากฎหมายของประเทศนั้น อยู่นอกเขตบังคับกฎหมายพึงใช้บังคับทันทีแล้ว ศาลย่อมสามารถนำเอากฎหมายของประเทศตนมาใช้บังคับได้เลย โดยไม่ต้องผ่านขั้นตอนของหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย เพราะเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

3.2 การแก้ไขข้อบกพร่องของหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น

เมื่อได้ทราบถึงลักษณะของหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ โดยใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น ว่ามีข้อดีและข้อเสียอย่างไรแล้ว ในหัวข้อที่ 3.1 การศึกษา

⁵⁰ วิษณุ เครืองาม, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัย

ในหัวข้อนี้จะเป็นการศึกษาถึง แนวทางในการแก้ไขข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นจากการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น เพื่อที่จะทราบได้ถึงแนวทางที่เหมาะสมที่จะสามารถนำมาแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวได้ เพื่อให้เป็นไปตามสมมติฐานที่ตั้งไว้ข้างต้น

โดยแนวทางที่จะนำมาใช้ในการแก้ปัญหานี้ จะพิจารณาจากหลักเกณฑ์สากลต่างๆ ที่ใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ และหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศต่างๆ โดยจะศึกษาถึงข้อดีและข้อบกพร่องของหลักเกณฑ์เหล่านี้ แล้วนำข้อดีของหลักเกณฑ์ต่างๆ มาประยุกต์ใช้ในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ โดยจะยึดถือการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น เป็นหลักเกณฑ์เบื้องต้นในการพิจารณาเพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับ แล้วนำข้อดีที่ได้จากการศึกษหลักเกณฑ์อื่นๆ มาประกอบการพิจารณา เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นในแต่ละคดี ทำให้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

การแก้ไขข้อบกพร่องของหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น โดยวิธีการพิจารณาจากหลักเกณฑ์อื่นที่นำมาใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ จะขอพิจารณาลหลักเกณฑ์อื่นๆที่มีอิทธิพลในการหากฎหมายมาใช้บังคับ 3 หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

3.2.1 หลักกฎหมายของศาลที่ทำการพิจารณาคดี (Lex fori)

3.2.2 การนำหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีและหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาผสมผสานกัน (Lex fori + Lex loci delicti) , (double actionability)

3.2.3 หลักกฎหมายที่เหมาะสม (Proper law)

3.2.1 หลักกฎหมายของศาลที่ทำการพิจารณาคดี (Lex fori)

การศึกษาถึงหลักกฎหมายของศาลที่ทำการพิจารณาคดี (Lex fori) จะแบ่งพิจารณาออกเป็น 3 ประเด็นดังต่อไปนี้

3.2.1.ก ที่มาของการใช้หลักกฎหมายของศาลที่ทำการพิจารณาคดี

3.2.1.ข ข้อดีของการใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี

3.2.1.ค ข้อบกพร่องของการใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี

3.2.1.ก ที่มาของการใช้หลักกฎหมายของศาลที่ทำการพิจารณาคดี

หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับวิธีนี้ เป็นการนำกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี มากำหนดผลแห่งคดีที่เกิดขึ้นว่าจะต้องใช้ กฎหมายใดมาใช้บังคับแก่คดี โดยในยุคต้นๆ นักกฎหมายส่วนใหญ่ จะนำหลักเกณฑ์วิธีนี้มาใช้ในการเลือกกฎหมายในคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ เป็นต้นว่า ท่าน Von Savigny เป็นผู้ที่มีบทบาทมากในการนำหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี มาเป็นเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ โดยได้ให้เหตุผลว่า "การฟ้องคดีละเมิดนั้น มีความใกล้ชิดกับการฟ้องคดีอาญา และยังมีความเกี่ยวข้องกับ (public policy) ทำให้มีความเหมาะสมที่จะนำกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีมาใช้บังคับ"⁵¹

ในปัจจุบันนี้ การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีมีบทบาทลดลง ด้วยเหตุผลที่ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างคดีละเมิดกับคดีอาญา ได้ถูกแบ่งแยกกันอย่างชัดเจน โดยวัตถุประสงค์ของกฎหมายละเมิดนั้น มีเพื่อชดเชยความเสียหายมากกว่าที่จะนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ

3.2.1.ข ข้อดีของการใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี

จากการพิจารณาถึงการนำหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี มาใช้เป็นเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ที่มีลักษณะระหว่างประเทศ สามารถจำแนกข้อดีของการใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี ได้เป็น 4 กรณีดังต่อไปนี้

1. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีก่อให้เกิดความแน่นอน
2. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีทำให้ง่ายต่อการนำมาใช้บังคับ
3. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีมีความสอดคล้องกับผลประโยชน์ของรัฐ

⁵¹ C.F. Forsyth , Private international law : The Roman-Dutch law including the jurisdiction of the Supreme court 3rd ed. (1996), p. 305.

4. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีทำให้สามารถบังคับตามคำพิพากษาได้
5. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีสามารถสร้างความเหมาะสมได้ ในแต่ละคดี

1. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีก่อให้เกิดความแน่นอน

การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด เป็นหลักที่มีความแน่นอน และชัดเจน เนื่องจากโดยลักษณะของหลักเกณฑ์ข้อนี้จะไม่มีการโต้แย้งว่าจะต้องนำกฎหมายใดมาใช้บังคับในคดี และที่ปรึกษากฎหมายก็สามารถที่จะตอบได้ว่า สิทธิของคุณความในคดี มีอยู่อย่างไรบ้าง เพราะเมื่อนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลใด ก็ย่อมจะต้องใช้กฎหมายของศาลนั้นมาวินิจฉัยเพื่อกำหนดสิทธิและความรับผิดชอบของคุณกรณี และการที่จะนำคดีไปฟ้องยังศาลใดนั้น ก็ย่อมจะต้องทราบ หรือคาดหมายได้ถึงผลลัพธ์ที่จะตามมาอยู่แล้ว ถ้าใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี

2. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีทำให้ง่ายต่อการนำมาใช้บังคับ

ข้อดีที่เห็นได้ชัดของการนำหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีมาใช้ ในการเลือกกฎหมาย คือเป็นหลักเกณฑ์ที่สามารถนำมาใช้ได้ง่าย ซึ่งเป็นการสะดวกต่อนักกฎหมาย ในท้องถิ่นนั้นและต่อศาลที่พิจารณาคดี เพราะไม่ต้องแสดงให้เห็นถึงเนื้อหาสาระแห่งกฎหมายต่างประเทศ เพราะถือว่าเป็นข้อกฎหมายที่ศาลทราบอยู่แล้ว ต่างจากหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับวิธีอื่น กำหนดให้เป็นภาระในการพิสูจน์ของฝ่ายที่ต้องการกล่าวอ้าง กฎหมายต่างประเทศ ที่ต้องสืบถึงความมีอยู่แห่งกฎหมายนั้น เพราะถือว่ากฎหมายต่างประเทศดังกล่าวเป็นเพียงข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งเท่านั้น ทำให้เป็นภาระต่อฝ่ายที่ต้องการจะอ้างถึง กฎหมายต่างประเทศ เนื่องจากถ้าไม่มีความเข้าใจ ในระบบกฎหมายของประเทศนั้นอย่างดีพอก็อาจเกิดความผิดพลาด และก่อให้เกิดผลเสียหายต่อคดีตามมาก็เป็นได้ แนวทางปฏิบัติของศาลในประเทศต่างๆ เป็นต้นว่า ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย รวมถึงประเทศไทย ก็ถือว่ากฎหมายต่างประเทศเป็นเพียงข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งเท่านั้น ทำให้ต้องมีกรกล่าวอ้าง และพิสูจน์ถึงความมีอยู่จริงของกฎหมายต่างประเทศที่ต้องการอ้างนั้น ศาลจึงจะสามารถจะนำกฎหมายนั้น มาใช้วินิจฉัยคดีได้

3. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีมีความสอดคล้องกับผลประโยชน์ของรัฐ

แม้ว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายละเมิด คือการเยียวยาความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับจากการกระทำละเมิด แต่วัตถุประสงค์อีกประการหนึ่ง ก็คือ การคุ้มครองความสงบสุขในสังคม โดยที่นโยบายของแต่ละประเทศที่กำหนดขึ้น เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของประเทศ อาจจะมี ความแตกต่างกันได้ เพราะว่าผลประโยชน์ของประเทศ ก็เป็นสิ่งที่อยู่เบื้องหลังการกำหนดหลัก เกณฑ์ต่างๆ เมื่อต้องการผลประโยชน์ในด้านใดก็จะกำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ให้สอดคล้องกับผล ประโยชน์เหล่านั้น จึงเห็นได้ว่ากฎหมายที่กำหนดขึ้นย่อมจะสะท้อนให้เห็นถึง การคุ้มครองผล ประโยชน์ของประเทศ

แต่อย่างไรก็ดี การนำเรื่องผลประโยชน์ของประเทศ มาใช้ในการพิจารณาเพื่อหา กฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดนั้น ต้องกระทำด้วยความระมัดระวังและไม่เกินขอบเขต เพื่อที่ จะไม่ไปกระทบต่อ การก่อให้เกิดข้อโต้แย้งหรือข้อเสียเปรียบ อันจะสร้างความไม่เป็นธรรมให้ กับคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ซึ่งตามปกติแล้วจะเป็นการกระทบสิทธิของฝ่ายจำเลยเป็นส่วนใหญ่ เพราะโจทก์ย่อมที่จะต้องเลือกนำคดีไปฟ้องต่อศาลที่ตนได้รับประโยชน์มากที่สุดอยู่แล้ว นอกจากนี้ ถ้าให้นำเรื่องผลประโยชน์ของประเทศ มาใช้อย่างไม่มีข้อจำกัด ก็อาจจะไปกระทบต่อผล ประโยชน์ของประเทศอื่นก็ได้

4. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีทำให้สามารถบังคับตามคำพิพากษาได้

เหตุผลอีกประการหนึ่งที่นิยมนำ หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีมาใช้ในการเลือก กฎหมาย ก็คือ เมื่อใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี มาใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดี ละเมิด และศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีได้กำหนดไว้ เมื่อเข้าสู่ขั้นตอนของการบังคับคดี เพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำ สั่ง ก็สามารถจะบังคับคดีได้โดยง่าย

ในประเด็นนี้ ท่านศาสตราจารย์ Kahn Freund⁵² ได้ให้ความเห็นว่า "ความรับผิดในการชดเชยค่าเสียหายให้กับโจทก์ในคดีละเมิด ไม่ได้เกิดขึ้นทันทีที่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น แต่ความรับผิดดังกล่าวจะเกิดขึ้นเมื่อ ศาลได้พิจารณาและมีคำพิพากษาในคดีนั้นแล้ว" ดังนั้นเมื่อศาลเป็นผู้ที่กำหนดความรับผิด กฎหมายที่ควรนำมาใช้เพื่อกำหนดความรับผิดและบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษา ก็ควรจะเป็นกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีนั้น"

5. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีสามารถสร้างความเหมาะสมในแต่ละคดี

จากข้อบกพร่องในการใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น ที่ไม่สามารถจะนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในทุกกรณีได้ เพราะมีความไม่เหมาะสมเกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น คู่กรณีไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเทศที่มีการละเมิดเกิดขึ้นเลย นอกจากเป็นเพียงประเทศที่มีข้อเท็จจริงแห่งการละเมิดเกิดขึ้นเท่านั้น อีกทั้งถ้าเป็นกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย มีสัญชาติเดียวกัน ก็ย่อมที่จะต้องการนำคดีไปดำเนินการในศาลของประเทศที่มีความสัมพันธ์กับตนมากกว่า และศาลนั้นมีหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ที่มีความสอดคล้องและใกล้เคียงกับความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับคดี เพราะคู่กรณีย่อมจะสามารถเข้าใจได้ดีถึงระบบกฎหมายของศาลนั้น สามารถที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีจึงสามารถนำมาใช้ในคดีที่มีลักษณะเฉพาะ ในกรณีที่การใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดการละเมิดก่อให้เกิดความไม่เหมาะสมได้

3.2.1.ค ข้อบกพร่องของการใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี

หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับโดยการใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี ได้รับการยอมรับในทางปฏิบัติของศาลหลายแห่ง แต่หลักเกณฑ์นี้ก็ถูกโต้แย้งว่า มีข้อบกพร่องในการนำมาใช้หลายข้อ โดยข้อบกพร่องที่เห็นได้ชัดได้แก่

⁵² Kahn Freund , "Delictual Liability in Private International Law," Recueil des Cours II (1968): 30-31.

1. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี ทำให้ขาดความเป็นเอกภาพและเป็นการสนับสนุนหลักการเลือกศาล (forum shopping)
2. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี เพื่อหากกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดมีลักษณะที่ยึดติดกับแนวทางการดำเนินคดีของศาลที่พิจารณาคดีมากเกินไป
3. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี ทำให้กฎหมายที่นำมาปรับใช้ไม่มีความสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงในคดีละเมิดอย่างแท้จริง

1. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี ทำให้ขาดความเป็นเอกภาพและเป็นการสนับสนุนหลักการเลือกศาล (forum shopping)

การขาดความเป็นเอกภาพ เป็นผลมาจากการนำหลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับ โดยการใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี ที่ให้แต่ละประเทศสามารถนำกฎหมายของตนมาใช้เพื่อวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีได้ ทำให้มีความไม่สอดคล้องและไม่เป็นเอกภาพเกิดขึ้น และเมื่อแต่ละประเทศสามารถใช้กฎหมายของตนได้ โจทก์ก็จะนำคดีไปฟ้องต่อศาลที่ให้ประโยชน์แก่ตนมากที่สุด ทำให้เกิดการเลือกศาลที่พิจารณาคดี ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญที่จะมีผลชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดี เพราะเมื่อสามารถเลือกศาลได้ ผลแห่งการเลือกศาลก็เป็นการแสดงถึงการเลือกกฎหมายด้วย เท่ากับเป็นการสนับสนุนการใช้ หลัก forum shopping ทำให้กฎหมายที่กำหนดมาใช้บังคับในคดีนั้นอาจไม่ความสัมพันธ์ใดๆกับข้อเท็จจริงในคดีเลยก็ได้

2. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี เพื่อหากกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดมีลักษณะที่ยึดติดกับแนวทางการดำเนินคดีของศาลที่พิจารณาคดีมากเกินไป

แม้ว่าโดยลักษณะของการใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี จำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงสภาพแห่งท้องถิ่นเป็นสำคัญ แต่ผลแห่งการที่บังคับใช้กฎหมายโดยคำนึงแต่ประเทศของตนเพียงฝ่ายเดียวนั้น ไม่เพียงจะก่อให้เกิดความไม่เป็นหนึ่งเดียวกัน ในการหากกฎหมายมาใช้บังคับของนานาประเทศ ยังเป็นผลให้ไม่มีการนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับแก่คดีด้วย เพราะหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี จะถูกนำมาใช้อย่างไม่มีข้อยกเว้น และไม่คำนึงถึงประโยชน์ของประเทศอื่นประกอบการพิจารณา ทำให้ไม่มีการเชื่อมโยงกันระหว่างประเทศ ก่อให้เกิดการแบ่งแยกทางชนชาติขึ้น เกิดความไม่มีมาตรฐาน ถ้าปล่อยให้แต่ละประเทศสามารถกำหนดหลัก

เกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ ตามที่ประเทศนั้นวางไว้โดยไม่คำนึงถึงปัจจัยประการอื่นใด ประกอบการพิจารณาด้วย

3. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี ทำให้กฎหมายที่นำมาปรับใช้ไม่มีความสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงในคดีละเมิดอย่างแท้จริง

หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี เป็นหลักเกณฑ์ที่มีขอบเขตในการใช้บังคับที่กว้างมาก เพราะให้อำนาจศาลที่สามารถนำกฎหมายของประเทศตนมาใช้บังคับ แม้ว่ากฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีนั้น จะมีความเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเพียงเล็กน้อย ซึ่งทำให้การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี ก่อให้เกิดการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับที่ไม่มีความสัมพันธ์ที่แท้จริงกับคดีละเมิด ทำให้ผลแห่งคดีดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับในประเทศต่างๆ และไม่ปฏิบัติตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

3.2.2 การนำหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีและหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาผสมผสานกัน (Lex fori + Lex loci delicti) , (double actionability)

การศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ โดยการนำหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีและหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาผสมผสานกัน (double actionability) จะแบ่งพิจารณาออกเป็น 3 ประเด็นดังต่อไปนี้

3.2.1.ก ที่มาของการนำหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีและหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกัน

3.2.1.ข ข้อดีของการนำหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีและหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกัน

3.2.1.ค ข้อบกพร่องของการนำหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีและหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกัน

3.2.1.ก ที่มาของการนำหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี และหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกัน

การนำหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีและหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกัน เพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับแก่คดี เป็นหลักเกณฑ์ที่เกิดจากพัฒนาการในการเลือกกฎหมาย (Choice of law) เพื่อแสวงหาแนวทางที่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ทุกฝ่าย เพราะหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ เพราะหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี หรือใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น แต่เพียงหลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งเท่านั้น มีข้อบกพร่องหลายประการดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น หลักเกณฑ์นี้จึงถูกนำมาใช้บังคับอย่างแพร่หลายในกลุ่มประเทศ British Commonwealth และในอีกหลายประเทศอาทิเช่น ประเทศแคนาดา, ประเทศออสเตรเลีย, ประเทศสกอตแลนด์, ประเทศแอฟริกาใต้ เป็นต้น⁵³

การนำหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี และหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกันนี้ นำมาใช้เป็นครั้งแรกในคดี Phillips V Eyre [1870]⁵⁴ ซึ่งผู้พิพากษา Willes ได้แสดงทัศนะในประเด็นที่เกี่ยวกับการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดว่า

" Our courts are said to be more open to admit actions founded upon foreign transactions than those of any other European country; but there are restrictions in respect of locality which exclude some foreign causes of action altogether, namely, those which would be local if they arose in England, such as trespass to land: *Doulson V Matthews* [1792] 4 TR 503, and even with respect to those not falling within that description our courts do not undertake universal jurisdiction. As a general rule, in order to found a suit in England for a wrong alleged to have been committed abroad, two conditions must be fulfilled. First, the wrong must be of such a character that it would have been actionable if committed in England; therefore, in *The Halley* [1868] LR 2 PC

⁵³ Michael C. Pyles, Tort and Related Obligations , p. 65.

⁵⁴ [1870] LR 6 QB1.

193, the Judicial Committee pronounced against a suit in the Admiralty founded upon a liability by the law of Belgium for collision caused by the act of a pilot whom the shipowner was compelled by that law to employ, and for whom, therefore, as not being his agent, he was not responsible by English law. Secondly, the act must not have been justifiable by the law of the place where it was done."

หลักเกณฑ์ในข้อนี้ ได้รับการยอมรับและใช้บังคับอย่างแพร่หลายมากกว่า 120 ปี แต่ในปัจจุบันนี้หลักเกณฑ์ดังกล่าวถูกโต้แย้งมาก และบางประเทศก็ยกเลิกการใช้หลักเกณฑ์ข้อนี้ เพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ด้วยเหตุที่หลักเกณฑ์ดังกล่าวยังคงมีข้อบกพร่องในหลายเรื่อง ซึ่งจะอธิบายโดยละเอียดในหัวข้อต่อไป แต่อย่างไรก็ดี การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีและหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกันนี้ ก็ยังคงมีข้อดีที่อาจจะสามารถจะนำมาใช้เสนอเป็นแนวทาง เพื่อใช้ในการแก้ไขข้อบกพร่องในหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นได้

วิธีการในการใช้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ โดยใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีและหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นประกอบกันนี้ คดีละเมิดที่เกิดขึ้นนั้นต้องมีเงื่อนไขครบทั้งสองข้อประกอบกัน ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวมีดังนี้

เงื่อนไขข้อแรก : การกระทำที่เป็นความผิดนั้นต้องสามารถนำมาฟ้องคดีได้ถ้ามีการกระทำดังกล่าวในเขตอำนาจของศาลที่พิจารณาคดี หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีถ้าได้มีการกระทำเกิดในเขตอำนาจศาล

เงื่อนไขข้อสอง : การกระทำนั้นต้องไม่มีข้อแก้ตัวตามกฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดเกิดขึ้น

เมื่อพิจารณาจากเงื่อนไขข้างต้นนี้ อาจจะดูเหมือนเป็นการสนับสนุนหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (Lex fori) โดยกำหนดให้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีมีบทบาทมากกว่า หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิด เพราะได้กำหนดเป็นเงื่อนไขข้อแรกว่าการกระทำดัง

กล่าวต้องเป็นความผิดตามกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี โดยไม่คำนึงว่าการกระทำดังกล่าวสามารถอ้างข้อต่อสู้ใดๆได้ หรือไม่มีความเสียหายเกิดก็ตาม ในทางตรงกันข้าม ถ้าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีไม่ได้บัญญัติว่าเป็นความผิด ก็ไม่สามารถจะใช้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับหลักเกณฑ์นี้ได้ โดยไม่ต้องพิจารณาเงื่อนไขข้อต่อมาอีก

แต่เมื่อพิจารณาโดยละเอียดแล้ว จะพบว่าทั้งหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีและหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดมีความสำคัญเท่าเทียมกัน เพราะในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดโดยหลักเกณฑ์ข้อนี้ นั้น กำหนดว่าต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไขทั้งสองข้อ ประกอบกันขาดข้อใดข้อหนึ่งไม่ได้ ซึ่งในเงื่อนไขข้อที่สองเป็นการแสดงถึงความสำคัญของหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิด ถ้าไม่เป็นไปตามเงื่อนไขข้อสองก็ไม่สามารถจะใช้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ หลักเกณฑ์นี้ได้เช่นกัน

นอกจากนี้แล้ว การกำหนดเงื่อนไขในข้อที่สองไว้เช่นนั้น จะก่อให้เกิดการตีความที่หลากหลายและนำไปสู่ข้อโต้แย้งในหลายเรื่อง เช่น มีการโต้แย้งในการให้คำจำกัดความของคำว่า "ไม่มีเหตุที่จะยกขึ้นแก้ตัวได้" (not justifiable) ว่ามีความหมายแค่นั้น อาทิ หมายถึงการกระทำนั้นตามหลักกฎหมายแห่งสถานที่เกิดละเมิด กำหนดว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดเลย หรือกำหนดว่าการกระทำเป็นความผิด แต่ไม่สามารถที่จะเรียกร้องค่าเสียหายใดๆได้ หรือกฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิดและอนุญาตให้เรียกค่าเสียหายได้เพียงบางส่วนแต่ไม่ครอบคลุมความเสียหายทั้งหมดที่โจทก์ได้รับ

3.1.2.ข ข้อดีของการนำหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี และหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกัน

จากการพิจารณาถึงการนำหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี และหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกัน เพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ จะพบข้อดีของการใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี และหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกัน นั่นคือ

1. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีและหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้น ประกอบกัน ทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการหากฎหมายมาใช้บังคับและสามารถสร้างความเป็นธรรมเฉพาะกรณี

หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ โดยใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี และหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกันนี้ เป็นการนำข้อดีของหลักเกณฑ์แต่ละอันมาใช้เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นในการใช้บังคับ โจทก์มีโอกาสได้รับความเป็นธรรมเพิ่มขึ้น เพราะถ้ากฎหมายแห่งสถานที่เกิดละเมิดไม่กำหนดความรับผิดไว้ โจทก์ก็ไม่อาจได้รับการเยียวยาความเสียหายได้ ถ้าใช้หลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งเท่านั้น หรือในบางกรณีคู่กรณีก็ไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆที่เกี่ยวข้องกับสถานที่เกิดละเมิด ถ้าจะนำหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้นมาใช้บังคับ ก็อาจเกิดความไม่เป็นธรรมแก่โจทก์ได้ แต่การนำหลักเกณฑ์เช่นนี้มาใช้บังคับนั้น ก็ไม่ใช่ว่าจะสามารถนำมาใช้กับกรณีละเมิดที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศได้ทุกกรณี เพราะอาจก่อให้เกิดผลเสียได้มากกว่าผลดี การนำมาใช้จึงต้องมีข้อจำกัดและในความยืดหยุ่นในการใช้บังคับนั้น ก็ต้องมีความแน่นอนประกอบอยู่ด้วยเช่นกัน

3.1.2.ค ข้อบกพร่องของการนำหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี และหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกัน

การศึกษาเรื่องข้อบกพร่องของการนำหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี และหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกัน พบว่าหลักเกณฑ์นี้ก็ถูกโต้แย้ง ว่ามีข้อบกพร่องในการนำมาใช้หลายข้อ โดยข้อบกพร่องที่เห็นได้ชัดได้สามารถจำแนกออกได้เป็น 4 กรณีดังต่อไปนี้

1. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี และหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกัน จำกัดเฉพาะกรณีที่มีการละเมิดเกิดขึ้นในต่างประเทศเท่านั้น

2. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี และหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกัน ทำให้ขาดความเป็นเอกภาพและเป็นการสนับสนุนหลักการเลือกศาล (forum shopping)

3. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี และหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้

เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกัน ทำให้ขาดความแน่นอนในการใช้บังคับ

4. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี และหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกัน ทำให้ไม่ได้รับความเป็นธรรม

1. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี และหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกัน จำกัดเฉพาะกรณีที่มีการละเมิดเกิดขึ้นในต่างประเทศเท่านั้น

เมื่อพิจารณาจากเงื่อนไขในการนำหลักเกณฑ์นี้มาใช้บังคับ เป็นที่สังเกตได้ว่าหลักเกณฑ์การนำหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี และหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกันนี้ จะนำมาใช้ในเฉพาะกรณีที่การกระทำละเมิดได้เกิดขึ้นในต่างประเทศเท่านั้น ส่วนคดีละเมิดที่เกิดขึ้นภายในเขตอำนาจศาลจะไม่นำหลักเกณฑ์นี้มาใช้บังคับ แต่จะใช้กฎหมายของศาลเท่านั้น ไม่ว่าจะการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นจะเข้าเงื่อนไขในข้อที่สองหรือไม่ คือไม่มีข้อที่จะยกขึ้นแก้ตัวได้ตามกฎหมายแห่งสถานที่เกิดละเมิดก็ตาม ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่เหมาะสมในบางสถานการณ์ เพราะในบางกรณีนั้น แม้ว่าการกระทำละเมิดจะเกิดในเขตอำนาจศาลแต่จุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดอย่างยิ่งและเป็นประเด็นที่สำคัญในคดีนั้นเกี่ยวข้องกับกฎหมายต่างประเทศมากกว่า ด้วยเหตุนี้ก็มีความพยายามในการปรับปรุงหลักเกณฑ์ในข้อนี้ โดยกำหนดให้สามารถนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ ในกรณีที่การละเมิดนั้นเกิดภายในเขตอำนาจศาลด้วย ดังจะเห็นได้จาก The English Law Commission กำหนดให้นำมาใช้ในกรณีที่การละเมิดเกิดในประเทศอังกฤษด้วย⁵⁵

2. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี และหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกัน ทำให้ขาดความเป็นเอกภาพและเป็นการสนับสนุนหลักการเลือกศาล (forum shopping)

การที่นำหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี และหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกัน โดยกำหนดเงื่อนไขในการใช้บังคับไว้ ว่าถ้าการกระทำได้เกิดในเขต

⁵⁵ 1990 Law Commission, pp. 14-16.

อำนาจศาล การกระทำดังกล่าวต้องเป็นความผิดตามกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีด้วย เป็นหลักเกณฑ์ที่ยึดติดกับหลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีมากเกินไป ซึ่งการกำหนดว่าเรื่องใดเป็นความผิดหรือไม่นั้น ก็มีความเป็นไปได้ที่แต่ละท้องถิ่นจะกำหนดไว้แตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับสภาพทางสังคมของแต่ละรัฐ ดังนั้นถ้าจะกำหนดให้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ ต้องขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ที่อาจเปลี่ยนแปลงตามศาลที่พิจารณาคดีแล้ว ก็จะทำให้เกิดความไม่เหมือนกันในผลแห่งคดีหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นเอกภาพขึ้น ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล อีกทั้งการใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวยังเป็นการสนับสนุนหลักการเลือกศาลอีกด้วย (Forum shopping)

3. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี และหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกัน ทำให้ขาดความแน่นอนในการใช้บังคับ

การใช้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับหลักเกณฑ์นี้ให้ความสำคัญกับกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (Lex fori) ทำให้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อ ความแน่นอนและความชัดเจนในคดีนั้น เพราะการที่กำหนดว่าจะสามารถนำคดีมาสู่ศาลที่พิจารณาคดีได้ ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีจะต้องกำหนดว่าเป็นความผิดในเรื่องละเมิดด้วย เป็นเหตุให้คดีละเมิดตามกฎหมายต่างประเทศ ที่ต้องการใช้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายหลักเกณฑ์นี้มาใช้บังคับกับคดีต้องแสดงให้เห็นว่า ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้น เป็นความผิดตามกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีก่อน แต่ถ้าข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่เป็นละเมิดตามกฎหมายของศาลแล้วก็ไม่สามารถที่จะนำข้อเท็จจริงนั้นมาฟ้องคดีได้ ซึ่งการที่กำหนดว่าข้อเท็จจริงในลักษณะหนึ่งว่าเป็นละเมิดหรือไม่นั้น ในบางครั้งข้อเท็จจริงแบบเดียวกันแต่ต่างกันตรงสถานที่เกิดละเมิด หรือต่างกันที่ผลกระทบจากการกระทำละเมิดว่าไปกระทบต่อใคร ก็อาจจะมีผลต่อความแตกต่างว่าข้อเท็จจริงเหล่านั้นเป็นละเมิดตามกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีหรือไม่เป็นละเมิดก็ได้

ตัวอย่างเช่น การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาในคดี *Potter V Broken Hill Pty . Ltd.*⁵⁶ โดยจำเลยได้ถูกกล่าวหาว่ากระทำละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในเรื่องสิทธิบัตร ซึ่งการกระทำของจำเลยก็ครบองค์ประกอบความผิดฐานละเมิดในเรื่องดังกล่าวไม่ว่าจะพิจารณาตามกฎหมายของประเทศใด (ประเทศที่การละเมิดเกิดขึ้น หรือประเทศที่พิจารณาคดี) แต่ศาลที่พิจารณาคดีปฏิเสธสิทธิของโจทก์ ในการที่จะได้รับค่าชดเชยตามกฎหมายของตน ด้วยเหตุผลที่การคุ้มครองตามกฎหมายจากการละเมิดสิทธิบัตรนั้น สิทธิบัตรดังกล่าวต้องเป็นสิทธิบัตรที่จดทะเบียนในประเทศที่พิจารณาคดีด้วย จึงจะสามารถได้รับการคุ้มครองได้ ดังนั้นเมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้สิทธิบัตรของโจทก์ไม่ได้จดทะเบียนตามกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นละเมิด เพราะกฎหมายไม่ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรของต่างชาติ ทำให้ไม่สามารถจะให้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับได้เพราะขาดเงื่อนไขในข้อแรก

จึงสังเกตได้ว่าในแต่ละเรื่องที่มาสู่การพิจารณาของศาลนั้น เรื่องใดจะเป็นละเมิดตามกฎหมายของศาลหรือไม่ ต้องพิจารณาเป็นกรณีๆไป ซึ่งย่อมที่จะมีความแตกต่างกันในแต่ละศาล ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนขึ้น

นอกจากนี้แล้ว การที่ต้องกระทำตามเงื่อนไขทั้งสองข้ออย่างครบถ้วนก่อน จะก่อให้เกิดความล่าช้าในกระบวนการพิจารณาคดี เป็นผลเสียทั้งฝ่ายโจทก์และจำเลย โจทก์ก็ได้รับการเยียวยาความเสียหายช้าลงไปอีก ส่วนจำเลยก็ยังคงไม่สามารถที่จะทราบถึงความรับผิดชอบของตนว่ามีอยู่อย่างไร จนกว่าจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขให้ครบเสียก่อน เมื่อมีความล่าช้าเสียเวลาเกิดขึ้นก็จะเป็นการเพิ่มค่าใช้จ่าย ในการดำเนินคดี

การกำหนดเงื่อนไขข้อสองไว้ว่า "ต้องไม่มีข้อแก้ตัวตามกฎหมาย" นั้นเป็นผลมาจากแนวความคิดที่ยึดติดกับความแน่นอนมากเกินไป จึงมีความพยายามในการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อใช้แก้ปัญหาก็เกิดจากการยึดติดดังกล่าว โดยเปิดโอกาสให้มีทางเลือกในการหากฎหมายมาใช้บังคับมากขึ้น จึงกำหนดเป็นเงื่อนไขในข้อนี้ขึ้นว่า เมื่อไม่สามารถกล่าวอ้างข้อแก้ตัวตาม

⁵⁶ [1905] VLR 612. cited in, Micheal C Pyles, " Tort and Related Obligations, " *Recueil des cours* , pp. 76-77.

กฎหมายแห่งสถานที่เกิดละเมิด ก็สามารถนำคดีไปฟ้องยังศาลอื่นได้ แต่โดยเหตุที่การกำหนดเงื่อนไขเช่นนั้นยังไม่มีการให้คำจำกัดความที่ชัดเจนว่า เงื่อนไขที่ว่า "ไม่มีข้อแก้ตัวตามกฎหมาย" นั้นหมายความว่าไหน ทำให้เกิดความไม่แน่นอนในทางปฏิบัติว่าในกรณีใดบางที่ศาลจะรับคดีนั้นไว้พิจารณา เป็นการให้อำนาจแก่ศาลที่พิจารณาคดีในการใช้ดุลยพินิจมาก ซึ่งจะอาจส่งผลแนวทางการตัดสินแตกต่างกันในแต่ละศาล และอาจมีความแตกต่างกันแม้ว่าพิจารณาคดีในศาลเดียวกันด้วย เกิดความสับสนในการใช้บังคับ

4. การใช้หลักกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี และหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดได้เกิดขึ้นมาใช้ประกอบกัน ทำให้ไม่ได้รับความเป็นธรรม

การใช้วิธีการนี้ก่อให้เกิดความยุ่งยากในการบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากทำให้โจทก์มีภาระการพิสูจน์เพิ่มขึ้น หมายความว่า โจทก์ต้องพิสูจน์ข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ว่าเป็นละเมิดตามเงื่อนไขของหลักเกณฑ์ทั้งสองประการอย่างครบถ้วน จึงจะสามารถเรียกค่าเสียหายได้

3.2.3 หลักกฎหมายที่เหมาะสมหรือหลักกฎหมายที่คู่กรณีเลือก (Proper Law)

การศึกษาถึงหลักกฎหมายที่เหมาะสมหรือหลักกฎหมายที่คู่กรณีเลือก (Proper Law) จะแบ่งการพิจารณาลักษณะนี้ออกเป็น 3 ประเด็นดังต่อไปนี้

3.2.3.ก ความเป็นมาในการใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสม

3.2.3.ข การวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับคดี

3.2.3.ค ข้อดีของการใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสม

3.2.3.ง ข้อบกพร่องของการใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสม

3.2.3.ก ความเป็นมาในการใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสม

การหากฎหมายที่เหมาะสมมาใช้บังคับกับคดี เป็นหลักเกณฑ์ ที่เริ่มต้นนำมาใช้ในกฎหมายลักษณะสัญญา ซึ่งศาลกำหนดกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับ จากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาที่เป็นคดีพิพาททั้งหมด และในการพิจารณานี้ยังคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมแห่งคดี

ทั้งหมดประกอบด้วย เช่น สถานที่ทำสัญญา , สถานที่ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา , สถานที่ซึ่งเป็นที่อยู่ หรือเป็นสถานที่ประกอบธุรกิจของคู่กรณี รวมถึงเนื้อหาของสัญญาด้วย โดยปัจจัยต่างๆเหล่านี้ทั้งหมดจะมีผลต่อคิดว่า สมควรที่จะนำกฎหมายของประเทศใด มาใช้บังคับแก่คดีนั้น หลักเกณฑ์ข้อนี้เป็นการวิเคราะห์ถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดประกอบกัน เพื่อการกำหนดกฎหมายที่เหมาะสมแก่คดีนั้นที่สุด โดยหลักเกณฑ์นี้จะไม่กำหนดลงไปอย่างชัดเจนว่า ต้องใช้สิ่งใดสิ่งหนึ่งเป็นตัวกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี ซึ่งการหากกฎหมายมาใช้บังคับแก่คดี โดยให้หลักเกณฑ์นี้ จะทำให้กฎหมายที่ถูกเลือกมาใช้บังคับ มีความเกี่ยวข้องและใกล้ชิดกับคดีมากที่สุด

เมื่อสามารถใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสม เป็นหลักในการกำหนดกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญา ในกรณีที่สัญญาดังกล่าว มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายของหลายประเทศได้ ก็มีความเป็นไปได้ ที่จะนำหลักเกณฑ์นี้มาใช้บังคับในกรณีของละเมิด ที่มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายของหลายประเทศได้เช่นกัน

ซึ่งในเรื่องนี้ Dr. Morris ได้แสดงทัศนะว่า เพื่อสร้างความเหมาะสมให้เกิดขึ้นในแต่ละคดี ก็สามารถนำหลักเกณฑ์การใช้กฎหมายที่เหมาะสม มาปรับใช้กับคดีละเมิดได้เช่นเดียวกับที่นำมาใช้บังคับแก่สัญญา ซึ่งได้กล่าวไว้ว่า

"If we adopt the proper law of the tort , we can at least choose the law which , on policy grounds , seems to have the most significant connection with the chain of acts and consequences in the particular situation before us" ⁵⁷

⁵⁷ Morris, " The Proper law of a tort ," Harvard law reveiw 64, [1951] ,p. 881.

ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ นั้น จึงไม่จำเป็นที่จะต้องใช้หลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่ง แต่เพียงหลักเกณฑ์เดียวเท่านั้น เพราะ ในสถานการณ์ที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริงนั้น ความเหมาะสมของกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับในแต่ละเรื่อง ก็จะแตกต่างกันไปตามพฤติการณ์แห่งคดี ฉะนั้นกฎเกณฑ์ที่จะนำไปสู่หลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ก็ควรที่จะต้องมีความยืดหยุ่น เพื่อให้สามารถครอบคลุมสถานการณ์ต่างๆที่อาจเกิดขึ้น และสามารถสร้างความเป็นธรรมให้กับคดีพิพาทในแต่ละคดีได้อย่างเหมาะสม ซึ่งกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับ อาจจะเป็นกฎหมายแห่งสถานที่เกิดละเมิด (สถานที่ที่มีการกระทำเกิด หรือสถานที่ที่ความเสียหายเกิด) หรือกฎหมายแห่งสถานที่คู่กรณีมีถิ่นที่อยู่ถาวร โดยกฎหมายต่างๆที่มีความสัมพันธ์ เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น หรือมีความเกี่ยวข้องในทางใดๆกับคู่กรณี ก็มีความเป็นไปได้ทั้งสิ้นที่จะถูกกำหนดเป็นกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับคดี ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่ากฎหมายใดมีความเหมาะสม และมีจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมากที่สุด

ตัวอย่างการใช้หลักกฎหมายที่มีความเหมาะสม (Proper law) มากำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี เห็นได้จาก คดี Babcock V. Jackson [1963]⁵⁸ ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ โจทก์ได้เดินทางไปพักผ่อนสุดสัปดาห์ ที่ประเทศแคนาดา เมือง Ontario กับจำเลยในคดีนี้ ซึ่งทั้งโจทก์และจำเลยเป็นผู้ที่มีภูมิลำเนาในเมือง New York ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยเหตุแห่งการละเมิดเกิดขึ้นในประเทศแคนาดา จำเลยขับรถโดยประมาทชนก้ำแพงเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บสาหัส โจทก์จึงนำคดีนี้มาฟ้องต่อศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา ปัญหาของคดีนี้อยู่ที่ กฎหมายของเมือง Ontario มีบทบัญญัติคุ้มครองผู้ขับขี่รถยนต์และเจ้าของรถยนต์ กำหนดว่าผู้ขับขี่และเจ้าของรถ ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้โดยสารของตน แต่กฎหมายของ New York ไม่มีบทบัญญัติที่จะให้ความคุ้มครองแก่ผู้ขับขี่ในลักษณะเดียวกัน กับที่กฎหมายของเมือง Ontario ดังนั้นการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีนี้ ถ้าใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การละเมิดเกิดขึ้น (Lex loci delicti) กฎหมายที่จะกำหนดสิทธิและความรับผิดชอบคู่ความในคดีนี้ได้แก่ กฎหมายของเมือง Ontario ซึ่งเป็นกฎหมายแห่งสถานที่ที่การละเมิดได้เกิดขึ้น

⁵⁸ [1963] cited in ,Michael C. Pryles, " Tort and Related Obligations, " *Recueil des cours* , pp. 80-81.

แต่อย่างไรก็ดีศาลในคดีนี้ปฏิเสธที่จะนำหลักเกณฑ์ Lex loci delicti มาใช้ โดยศาลนำหลักที่อยู่บนพื้นฐานของความยืดหยุ่นมาใช้บังคับ เนื่องจากคำนึงถึงสัมพันธภาพที่เกี่ยวข้องกับคดีนี้เป็นสำคัญ ว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายที่เหมาะสมใกล้เคียงและเป็นธรรมแก่คู่กรณีมากกว่า นั่นก็คือการนำหลักกฎหมายที่เหมาะสมมาใช้บังคับ ซึ่งคดีนี้กฎหมายของเมือง New York มีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิด และมีความเกี่ยวข้องกับคดีมากกว่ากฎหมายของเมือง Ontario ที่เป็นเพียงกฎหมายที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับคดีโดยบังเอิญ และเป็นเพียงสถานที่ซึ่งมีเหตุแห่งการละเมิดเกิดขึ้นเท่านั้น

3.2.3.๑ การวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับคดี

การวิเคราะห์ผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับคดีละเมิด ก็เพื่อที่จะสามารถประเมินได้ว่าควรจะนำกฎหมายของรัฐใดมาใช้บังคับ ซึ่งกฎหมายของรัฐดังกล่าวนี้ ต้องมีความเกี่ยวข้องที่สำคัญในผลประโยชน์ต่อคดีนั้นมากกว่ากฎหมายของรัฐอื่นๆทั้งหมด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการวิเคราะห์เพื่อ ที่จะเลือกกฎหมายที่เหมาะสมกับคดีมากที่สุดมาใช้บังคับ โดยการใช่วิธีการวิเคราะห์ผลประโยชน์แห่งคดี ก็จะเป็นวิธีการที่มีความชัดเจน ไม่ยืดหยุ่นมากเกินไป ไม่ปล่อยให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในการกำหนดเท่านั้น เพราะ ถ้าพิจารณาตามวิธีการนี้ การที่ศาลจะกำหนดว่าหลักกฎหมายของประเทศใดเป็นกฎหมายที่เหมาะสม และสมควรนำมาใช้บังคับกับคดีนี้ ศาลก็ต้องทำการวิเคราะห์ถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งหมดก่อน ว่ามีผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับคดีมากหรือน้อยแค่ไหน

การวิเคราะห์ในผลประโยชน์ เพื่อหากกฎหมายที่เหมาะสมมาใช้บังคับนี้ แตกต่างจากวิธีการในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ เพราะวิธีการวิเคราะห์ผลประโยชน์นี้เป็นเพียงประเภทของวิธีการในทางปฏิบัติ เพื่อที่จะทราบถึงกฎหมายของประเทศที่มีผลประโยชน์สูงสุด โดยนำไปสู่หลักการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ โดยเลือกกฎหมายที่มีผลประโยชน์สูงสุด ซึ่งการที่จะทราบได้ว่า รัฐใดมีผลประโยชน์สูงสุด ก็ต้องเกิดจากการวิเคราะห์ดังกล่าวนั่นเอง

แต่อย่างไรก็ดี วิธีการนี้ก็ยังคงมีความยืดหยุ่นอย่างมาก ในการที่จะสรรหากฎหมายที่มีความเหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละเรื่องได้ ซึ่งก็มีทั้งผลดี และผลเสีย ซึ่งจะกล่าวโดยขออธิบายตามลำดับดังต่อไปนี้

1. วิธีการวิเคราะห์ผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับคดี
2. แนวทางของประเทศต่างๆในการนำวิธีการวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์แห่งคดีมาใช้ บังคับ เพื่อกำหนดกฎหมายที่เหมาะสมในคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ
3. ข้อดีของการใช้วิธีการวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์แห่งคดี
4. ข้อบกพร่องของการใช้วิธีการวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์แห่งคดี

1. วิธีการวิเคราะห์ผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับคดี

ลักษณะของหลักเกณฑ์การหากฎหมายมาใช้บังคับ โดยใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมที่ โดยหลักแล้วเป็นการเปรียบเทียบจากปัจจัยทางกายภาพ ,สภาพภูมิศาสตร์ เพื่อที่จะหากฎหมายที่เหมาะสมซึ่งมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดีสูงสุด แต่การพิจารณาเปรียบเทียบถึงเนื้อหาสาระสำคัญของกฎหมายขัดกันในแต่ละประเทศ รวมถึงการพิจารณาในส่วนของ นโยบายที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายเหล่านั้น ซึ่งก็เป็นสิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณาประกอบเช่นกัน เพื่อที่จะได้ทราบถึงผลประโยชน์ที่แท้จริงว่าคืออะไร

ศาสตราจารย์ Brainerd Currie⁵⁹ ได้เสนอแนวคิดในเรื่องการวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์ ก่อน เพื่อที่จะนำไปสู่การหากฎหมายที่เหมาะสมมาใช้บังคับ ในกรณีที่เกิดการขัดกันแห่งกฎหมายในคดีละเมิด โดยแบ่งวิธีการออกเป็น 2 ขั้นตอน คือ

ขั้นตอนแรก : ศาลต้องวิเคราะห์ผลประโยชน์ของรัฐที่มีความเกี่ยวข้องกับคดีละเมิด ที่เกิดขึ้น ซึ่งการวิเคราะห์ผลประโยชน์นั้น ต้องพิจารณาปัจจัยทุกด้านที่เกี่ยวข้องให้ครอบคลุมในทุกด้าน เพื่อที่จะสามารถประเมินผลได้อย่างถูกต้อง เช่น จุดประสงค์หรือนโยบายในการบัญญัติกฎหมายของรัฐนั้น , เนื้อหาสาระของกฎหมาย เพราะนโยบายต่างๆที่อยู่เบื้องหลังการบัญญัติกฎหมายนั้น จะเป็นสิ่งที่แสดงว่าในคดีละเมิดที่เกิดขึ้น สมควรที่จะนำกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับ โดยการวิเคราะห์นี้แต่ละคดีก็อาจจะมี ความแตกต่างกัน ดังนั้นการวิเคราะห์ก็จะต้องพิจารณาแต่ละคดีเป็นกรณีๆไป ซึ่งเมื่อเป็นที่แน่ชัดว่า รัฐดังกล่าวมีผลประโยชน์ในคดี และเมื่อ

⁵⁹ Michael C. Pyles, "Choice of law," *Tulane law Review* 66 (1992) : 682-685.

วิเคราะห์ในลักษณะเดียวกันนี้ในรัฐอื่น ถ้าผลที่ออกมาปรากฏว่า รัฐอื่นไม่มีผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้น กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับสำหรับคดีนั้น ก็คือกฎหมายของรัฐที่มีผลประโยชน์นั่นเอง ซึ่งสถานการณ์ในกรณีเช่นนี้เรียกว่า "false conflict" หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า "false conflict" หมายถึง กรณีที่คดีเรื่องหนึ่งมีประเทศหลายประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งแต่ละประเทศนั้นบัญญัติกฎหมายเรื่องนี้ไว้แตกต่างกัน แต่มีเพียงประเทศเดียวเท่านั้นที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องในคดี ทำให้กฎหมายของประเทศดังกล่าวสมควร เป็นกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับคดีนั้น

ตัวอย่างเช่น คดี Kuchinic V. Mc Crory⁶⁰ โจทก์ได้โดยสารเครื่องบินของรัฐ A ไปยังรัฐ B และ บินกลับมายังรัฐ A ซึ่งเป็นจุดหมายปลายทางของการเดินทางครั้งนี้ แต่ระหว่างที่บินอยู่เหนือน่านฟ้าของรัฐ C เครื่องบินตก ทำให้โจทก์เสียชีวิต จึงนำคดีมาฟ้องยังศาลของรัฐ A ที่โจทก์มีภูมิลำเนา ศาลกำหนดกฎหมายมาใช้บังคับกับคดี โดยใช้การวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์ของรัฐ ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคดีนี้ เป็นลักษณะ "false conflict" คือ มีเพียงกฎหมายของรัฐเดียวเท่านั้นที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดี เพราะกฎหมายของรัฐ C ซึ่งเป็นประเทศที่เกิดเหตุละเมิด กฎหมายของประเทศ C ที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองผู้โดยสารบนเครื่องบินที่บินผ่านประเทศของตน ดังนั้นประเทศ C จึงไม่ใช่รัฐที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดี นอกจากนี้แล้ว ยังเป็นประเทศที่เหตุแห่งการละเมิดเกิดขึ้นโดยบังเอิญด้วย แต่กฎหมายของรัฐ A เป็นกฎหมายของประเทศที่โจทก์และจำเลยเริ่มต้นมีนิติสัมพันธ์กัน และ ยังเป็นประเทศที่เป็นจุดหมายปลายทางของการโดยสารในครั้งนั้น และเป็นประเทศที่ผู้เสียหายมีภูมิลำเนา ดังนั้นประเทศที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดี จึงได้แก่ ประเทศ A ทำให้กฎหมายของประเทศ A มีความเหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับคดีนี้ เมื่อวิเคราะห์จากผลประโยชน์ของประเทศที่เกี่ยวข้องกับคดี

ขั้นตอนที่สอง : ในกรณีที่รัฐตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไป มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดีละเมิดที่เกิดขึ้น ซึ่งสถานการณ์ เช่นนี้ เรียกว่า "true conflict" หรือกรณีที่กฎหมายของรัฐที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องเลย ทำให้ไม่สามารถใช้วิธีการวิเคราะห์ผลประโยชน์ได้ ซึ่งสถานการณ์เช่นนี้ เรียกว่า "unprovided - for" โดยทั้ง 2 สถานการณ์นี้ เข้าสู่การวิเคราะห์ผลประโยชน์ในขั้นตอนที่ 2 โดยผลจากขั้นตอนที่ 2 นี้แล้ว จะได้บทสรุปออกมา 2 แนวทาง คือ

⁶⁰ (1996) 222 A2d 897.

- ในบางศาล เมื่อวิเคราะห์ผลประโยชน์ของรัฐแล้ว ก็จะนำกฎหมายของศาลมาใช้บังคับกับคดี

- ในบางศาล กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ ได้แก่ กฎหมายของรัฐที่มีสัมพันธภาพที่สำคัญที่สุดกับคู่กรณีและข้อพิพาท โดยศาลจะเปรียบเทียบกฎหมายของรัฐที่เกี่ยวข้องว่าผลประโยชน์ของรัฐใดมีความสำคัญมากกว่ากัน

2. แนวทางของประเทศต่างๆในการนำวิธีการวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์แห่งคดีมาใช้บังคับ เพื่อกำหนดกฎหมายที่เหมาะสมในคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

เมื่อพิจารณาถึงแนวทางของประเทศต่างๆ ที่นำวิธีการวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์แห่งคดีมาใช้บังคับ เพื่อกำหนดกฎหมายที่เหมาะสมในคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เห็นได้ว่าแนวทางการหากฎหมายมาใช้บังคับในหลายประเทศ ก็นิยมใช้วิธีการวิเคราะห์ผลประโยชน์ เพื่อที่จะหากฎหมายที่เหมาะสมที่สุดมาใช้กับคดีที่เกิดขึ้น ซึ่งก็เป็นแนวทางในการพัฒนาระบบกฎหมายขัดกัน ที่น่าสนใจอีกรูปแบบหนึ่ง ซึ่งมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดและสำคัญที่สุดกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เพื่อเลือกกฎหมายที่เหมาะสมมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น

ประเทศอเมริกา : ประเทศอเมริกาเป็นประเทศที่เป็นต้นแบบในการนำวิธีการวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในคดี มาใช้ประกอบการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น ในกฎหมายของรัฐ Louisiana ได้กล่าวถึงการวิเคราะห์ผลประโยชน์ ไว้ดังนี้

article 3515 กำหนดวิธีการพิจารณาเปรียบเทียบ การหากฎหมายมาใช้บังคับว่าให้ใช้กฎหมายของ "the state whose policies would be most seriously impaired if its law were not applied to [the particular] issue"⁶¹ ซึ่งความหมายของบทบัญญัติข้างต้นนี้ ก็มี

⁶¹ LA. Civ. Code Ann art .3515 (West 1992) . this article , as well as all the articles of Title VII dealing with tort conflicts.

ถ้อยคำในทำนองเดียวกับการหากฎหมายมาใช้บังคับ โดยกำหนดให้ใช้กฎหมายซึ่งมีความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดอย่างยิ่ง (" most significant relationship ", "closest relationship ", " closest connection ", " strong connection")

article 3542⁶² กำหนดหลักการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับว่าให้เป็นไปตามผลประโยชน์ที่เปรียบเทียบได้ใน article 3515

ประเทศสวิสเซอร์แลนด์และประเทศเยอรมัน : กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของทั้งสองประเทศนี้ ก็ได้กำหนดให้ใช้วิธีการวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในคดี มาใช้ประกอบการหากฎหมายมาใช้บังคับในคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยบัญญัติไว้ในลักษณะเดียวกันคือ ให้ใช้วิธีการเปรียบเทียบถึงผลประโยชน์ในคดีที่พิพาทและให้นำกฎหมาย ที่มีความใกล้ชิดกับคดีมากที่สุดมาใช้บังคับ ดังที่ปรากฏใน Swiss federal Statute on Private International Law of December 18,1987 Article 15⁶³ และ German Private International Law Revision Act of July 25 , 1986 [BGB]: I article 28(1)⁶⁴

3. ข้อดีของการใช้วิธีการวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์แห่งคดี

การวิเคราะห์ผลประโยชน์นี้ เป็นการเปรียบเทียบความสัมพันธ์อันเป็นผลประโยชน์ของ รัฐหนึ่งกับผลประโยชน์ของรัฐหนึ่ง กับผลประโยชน์ของรัฐอื่นๆ แล้วนำกฎหมายของรัฐที่มีผล

⁶² LA. Civ Code Art 3542.

⁶³ Swiss federal Statute on Private International Law of December 18,1987 . Article 15 stated : " The law designated [as applicable] by the present statute is , by way of exception, not to be applied if , from the totality of the circumstances , it is manifest that a particular case has only a very slight connection to that law and has a much closer relationship to another law"

⁶⁴ German Private International Law Revision Act of July 25 , 1986 [BGB]: I . article 28(1) stated : " To the extent that the law applicable ... shall be governed by the law of the state within which it is most closely connected " .

ประโยชน์ที่สัมพันธ์กับคดีมากที่สุดมาใช้บังคับ ซึ่งวิธีการวิเคราะห์ผลประโยชน์ในลักษณะนี้ มีความสะดวกและง่ายต่อการใช้บังคับ และยังเป็นการลดความเคร่งครัดในการใช้บังคับ ถ้ากำหนดหลักเกณฑ์ใด หลักเกณฑ์หนึ่งตายตัว เช่นกำหนด ให้ใช้หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิด โดยไม่พิจารณาถึงเนื้อหาของกฎหมาย และความต้องการของการนำมาใช้ในคดี ตามสภาวะการณ์ต่างๆ การใช้หลักการกำหนดไว้แน่นอนนี้ก็อาจจะสร้างความไม่เหมาะสมในแต่ละคดีที่เกิดขึ้นได้ อีกทั้งยังเป็นการป้องกันการใช้เขตอำนาจศาลที่รับพิจารณาคดี เป็นสิ่งที่จะมากำหนดหลักการเลือกกฎหมาย

4. ข้อบกพร่องของการใช้วิธีการวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์แห่งคดี

แม้ว่าการวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์แห่งคดี จะนำไปสู่การเลือกกฎหมายมาใช้บังคับได้อย่างเหมาะสม มีความใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงในคดีที่พิพาท แต่การนำวิธีการวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์แห่งคดีก็มีข้อบกพร่องในการใช้บังคับ ซึ่งสามารถแบ่งแยกข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นจากการนำวิธีการวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์แห่งคดีมาใช้บังคับได้ 3 กรณีดังต่อไปนี้

- ก. การวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์แห่งคดี ก่อให้เกิดความยุ่งยากในการหากกฎหมายมาใช้บังคับมากยิ่งขึ้น
- ข. ปัญหาที่เกิดจากการที่ไม่สามารถกำหนดได้ว่าประเทศใดมีผลประโยชน์สูงสุด ภายหลังจากการใช้วิธีการวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์แห่งคดีแล้ว
- ค. ความไม่เข้าใจถึงพื้นฐานที่แท้จริงของแต่ละประเทศ ทำให้ไม่สามารถวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์ที่แท้จริงแห่งคดีได้อย่างถูกต้อง

ก. การวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์แห่งคดี ก่อให้เกิดความยุ่งยากในการหากกฎหมายมาใช้บังคับมากยิ่งขึ้น

การใช้วิธีการวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์แห่งคดี ก็อาจเกิดความผิดพลาดขึ้นได้ ถ้านำวิธีการวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์แห่งคดี ไปใช้เพื่อแก้ปัญหาในการหากกฎหมายในทุกๆเรื่อง ที่อาจจะเกิดขึ้นได้ เพราะจะทำให้ขั้นตอนในการหากกฎหมายมาใช้บังคับ มีความยากและสลับซับซ้อนเพิ่มมาก

ขึ้น นอกจากนี้ยังเป็นการสร้างภาวะการพิสูจน์ถึงกฎหมายต่างประเทศ ที่มีความยากพอประมาณเช่นกัน

ดังนั้น ถ้ากำหนดให้ใช้วิธีการวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์แห่งคดี เพื่อเลือกกฎหมายที่เหมาะสมมาใช้บังคับ ตามหลักกฎหมายที่เหมาะสม (proper law) ก็จะเป็นการเพิ่มภาระและความยุ่งยากในการพิจารณาคดี อีกทั้งยังทำให้ระยะเวลาในการดำเนินคดีเพิ่มขึ้นอีกด้วย

ข. ปัญหาที่เกิดจากการที่ไม่สามารถกำหนดได้ว่าประเทศใดมีผลประโยชน์สูงสุด ภายหลังจากการใช้วิธีการวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์แห่งคดีแล้ว

การที่ไม่สามารถกำหนดได้ว่าประเทศใดมีผลประโยชน์สูงสุด ภายหลังจากการใช้วิธีการวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์แห่งคดีแล้ว ก่อให้เกิดปัญหาว่าจะนำกฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับ โดยสถานการณ์ที่จะมีปัญหานั้นเกิดได้จาก กรณีที่ประเทศที่เกี่ยวข้องกับคดีที่พิพาทมีผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับคดีทุกประเทศ ซึ่งปัญหาเช่นนี้เรียกว่า "true conflict" คือกรณีที่ตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไปมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดีด้วยกันทั้งสิ้น และนโยบายของแต่ละรัฐก็มุ่งประสงค์ที่จะนำกฎหมายของตนมาใช้บังคับกับคดี ทำให้เกิดปัญหาในเรื่องความไม่สอดคล้องกันในผลแห่งคดี โดยปัญหาในข้อนี้ก็มิมีแนวทางแก้ไขได้หลายวิถีทาง ดังต่อไปนี้

แนวทางแรก คือ การกำหนดให้ใช้หลัก lex fori โดยศาลที่พิจารณาคดี ต้องเป็นประเทศที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดีนั้นๆ ด้วย แต่วิธีการนี้อาจจะถูกวิจารณ์ได้ว่ามีลักษณะที่ยึดติดกับแนวความคิดของศาล หรือแนวทางปฏิบัติของศาลที่จะพิจารณาคดีมากเกินไป และเป็นการเพิกเฉยต่อนโยบายที่สำคัญ อันเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ที่ต้องการความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับในระดับระหว่างประเทศ ซึ่งการใช้วิธีการนี้ผลที่ตามมาก็คือ การเลือกศาลที่พิจารณาคดีจะเป็นตัวกำหนดการเลือกกฎหมาย ดังนั้น หลักการเลือกกฎหมายก็จะแตกต่างกันไปตามศาลที่ถูกเลือกนำคดีมาฟ้อง

แนวทางที่สอง คือ การชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ของรัฐที่เกี่ยวข้อง และเลือกกฎหมายของรัฐที่มีผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องมากที่สุดมาใช้บังคับ ซึ่งวิธีการนี้ทำได้โดยการเปรียบเทียบ

แนวทางที่สาม คือ การเลือกใช้กฎหมายซึ่งมีความทันสมัยที่สุด เพื่อให้เหมาะสมกับภาวะเหตุการณ์ใหม่ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งวิธีการแบบเดิมที่ล้าหลังไม่สามารถจะแก้ปัญหาดังกล่าวได้ แต่การเลือกเช่นนี้ก็อาจจะ เป็นการสนับสนุนให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ประโยชน์จากการเลือกตั้งกล่าว เพราะโดยปกติแล้วย่อมที่จะเลือกสิ่งที่จะให้ประโยชน์แก่ตนสูงสุด (ซึ่งอำนาจในการเลือกก็ขึ้นอยู่กับโจทก์)

นอกจากนี้ ยังมีปัญหาของกรณีที่ไม่มียุติธรรมที่มีผลประโยชน์ที่สำคัญเกี่ยวข้องกับ อันจะสามารถนำกฎหมายของรัฐนั้นมาใช้บังคับได้ กรณีเช่นนี้แนวทางในการแก้ปัญหา ให้อำนาจแก่ศาลที่พิจารณาคดีในการพิจารณาเพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับ

ค. ความไม่เข้าใจถึงพื้นฐานที่แท้จริงของแต่ละประเทศ ทำให้ไม่สามารถวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์ที่แท้จริงแห่งคดีได้อย่างถูกต้อง

ปัญหาที่เกิดขึ้นจากความไม่เข้าใจถึงพื้นฐานที่แท้จริงของแต่ละประเทศ ทำให้ไม่สามารถวิเคราะห์ถึงผลประโยชน์ที่แท้จริงแห่งคดีได้อย่างถูกต้อง ทำให้มีความไม่แน่นอนในการที่จะวิเคราะห์ในผลประโยชน์ ยิ่งไปกว่านั้นถ้ามีความแตกต่างในระบบกฎหมายที่ใช้บังคับในแต่ละประเทศ การวิเคราะห์ผลประโยชน์ก็จะเกิดความยุ่งยากเพิ่มขึ้น เนื่องจากมีความแตกต่างกันในหลายด้าน เช่น ภาษา , ประวัติความเป็นมา หรือ วัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายก็ต่างกัน และในการวิเคราะห์ถ้าไม่มีความเข้าใจลักษณะกฎหมายของแต่ละประเทศอย่างแท้จริง การตีความก็อาจเกิดการผิดพลาดไปจากวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของแต่ละประเทศ ความผิดพลาดในการหากฎหมายมาใช้บังคับก็จะเกิดขึ้นตามมา เพราะไม่สามารถกำหนดกฎหมายที่เหมาะสมมาใช้บังคับได้อย่างแท้จริง

การใช้วิธีการวิเคราะห์ผลประโยชน์ เพื่อหากฎหมายที่เหมาะสมมาใช้บังคับนี้ ถูกนำมาใช้และได้รับการพัฒนา จากประเทศที่แบ่งเขตอำนาจการปกครองออกเป็นมลรัฐ และในแต่ละมลรัฐนั้นมีกฎหมายของตนเอง เช่น สหรัฐอเมริกา ทำให้ปัญหาในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายระหว่างมลรัฐสามารถเกิดขึ้นได้ จึงมีการนำวิธีการวิเคราะห์ผลประโยชน์ของมลรัฐที่เกี่ยวข้องและมีความสำคัญกับคดีมาใช้ได้ง่าย , มีความสะดวกในการใช้ เนื่องจากการพิจารณาเพื่อหาสาระ

ของกฎหมายแต่ละมลรัฐนั้น ลักษณะของกฎหมายใช้ภาษาเดียวกัน ทำให้เข้าใจได้ง่ายถึงจุดมุ่งหมายที่แท้จริงมากกว่า กรณีที่เป็นการขัดกันแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศ

แต่อย่างไรก็ตาม วิธีการวิเคราะห์ผลประโยชน์เพื่อที่จะหากฎหมายที่เหมาะสมมาใช้บังคับนี้ ถ้าสามารถเข้าใจได้ถึงลักษณะกฎหมายของแต่ละประเทศได้อย่างแท้จริงไม่ถูกบิดเบือนโดยความเข้าใจผิด ในการวิเคราะห์กฎหมายที่มีความแตกต่างกันในหลายๆด้าน ก็เป็นวิธีที่เป็นประโยชน์มาก เพราะเป็นวิธีการที่สามารถจะนำไปสู่การนำกฎหมายที่มีความสำคัญ และใกล้ชิดกับคดี อีกทั้งยังเป็นคุณแก่ทั้งฝ่ายโจทก์และจำเลย และเป็นไปตามความต้องการของแต่ละประเทศที่บัญญัติกฎหมายต่างๆขึ้นมา ดังนั้น การใช้วิธีการวิเคราะห์ผลประโยชน์นี้ จึงสามารถที่จะนำมาปรับใช้กับหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายที่เหมาะสมกับคดีมาใช้บังคับได้ แต่ต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง และศึกษาถึงพื้นฐานของแต่ละเรื่องอย่างลึกซึ้ง และ ต้องแท้ แต่ก็จะมีข้อเสีย เพราะจะทำให้กระบวนการพิจารณาคดีล่าช้าไปอีก

3.2.3.ค ข้อดีของการใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสม

จากการพิจารณาถึงการนำหลักกฎหมายที่เหมาะสมมาใช้เป็นเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ สามารถจำแนกข้อดีของการใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมออกได้เป็น 2 กรณีดังต่อไปนี้

1. การใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมก่อให้เกิดความยืดหยุ่นในการหากฎหมายมาใช้บังคับ
2. การใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมสามารถสร้างความเป็นธรรมเฉพาะกรณีให้เกิดขึ้นได้

1. การใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมก่อให้เกิดความยืดหยุ่นในการหากฎหมายมาใช้บังคับ

ข้อดีที่เด่นชัดและเป็นประโยชน์ ในการนำหลักการหากฎหมายมาใช้บังคับ โดยใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสม หรือ กฎหมายซึ่งมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิด และ สำคัญกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น คือ มีความยืดหยุ่นในการนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงต่างๆที่เกิดขึ้น และแน่นอนว่าข้อเท็จจริงต่างๆเหล่านั้น ย่อมที่จะมีความแตกต่างกันไปในแต่ละสถานการณ์ และมีลักษณะเฉพาะของ

คดีนั้นๆ ทำให้หลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้เพื่อกำหนดว่าจะนำกฎหมายใดมาบังคับแก่คดี ก็ควรที่จะมีความยืดหยุ่น เป็นปัจจัยพื้นฐานในการพิจารณา เพื่อก่อให้เกิดการนำไปปรับใช้กับเหตุการณ์ต่างๆ ได้อย่างเหมาะสม สร้างความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

เพราะด้านหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการหากฎหมายที่จะใช้บังคับ ยึดหลักความแน่นอนเป็นสำคัญอย่างเคร่งครัดแล้ว เช่น การนำหลัก lex fori หรือ lex loci delicti มาใช้เพียงหลักเดียวเท่านั้น แม้จะมีผลดีที่มีความชัดเจนในแต่ละคดี แต่ก็ไม่สามารถที่จะให้ความเป็นธรรมแก่ทุกคดีที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากคดีทั่วไปได้อย่างเหมาะสม นอกจากนี้แล้ว ในบางครั้ง ถ้ายึดความแน่นอนมากเกินไป อาจเป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่คู่ความฝ่ายหนึ่งมากเกินไป จนคดีดังกล่าวไม่มีมาตรฐานในการใช้บังคับ เช่น กรณีที่ใช้หลักเกณฑ์ lex fori เป็นหลักที่กำหนดว่าจะนำกฎหมายใดมาใช้บังคับกับคดี เป็นการเปิดโอกาสที่จะให้โจทก์สามารถเลือก ดำเนินคดีในศาลที่เป็นประโยชน์ แก่ตนเท่านั้น ความชัดเจนก็ยังไม่เกิดจนกว่า โจทก์ จะเลือกที่จะนำคดีมาฟ้องศาลไหน และคดีในลักษณะเดียวกัน กฎหมายที่จะถูกนำมาใช้ก็อาจแตกต่างกัน การกำหนดว่าควรจะใช้กฎหมายใดบังคับกับคดี จึงขาดมาตรฐานไป

ภายใต้การใช้หลักเกณฑ์ที่มีความ ยืดหยุ่นเป็นองค์ประกอบพื้นฐาน จะทำให้สามารถที่จะเลือกกฎหมายที่เหมาะสมกับคดีแต่ละเรื่อง โดยไม่ถูกบังคับว่าสิทธิหน้าที่ และ ความรับผิดชอบ คู่กรณีต้องใช้กฎหมายใดกฎหมายหนึ่งมาใช้บังคับ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีความไม่เหมาะสมกับสถานะการณ์นั้นๆ

2. การใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมสามารถสร้างความเป็นธรรมเฉพาะกรณีให้เกิดขึ้นได้

ด้วยเหตุที่โดยลักษณะของหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับโดยหลักกฎหมายที่เหมาะสม เป็นการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีละเมิด ที่พิจารณาตามเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นกรณีๆ ไป เช่น สมมติว่า เมื่อมีเหตุการณ์ในลักษณะหนึ่งเกิดขึ้น สมควรที่จะนำกฎหมายของประเทศ A มาใช้บังคับ แต่ถ้ามีเหตุการณ์อีกลักษณะหนึ่งเกิดขึ้น ที่มีความคล้ายคลึงกับกรณีแรกในเรื่องของข้อเท็จจริง แต่วัตถุประสงค์ หรือ สัมพันธภาพที่สำคัญกับเรื่องนั้นต่างกัน ทำให้ความเหมาะสมของกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับในกรณีหลัง เปลี่ยนแปลงไปจากการนำกฎหมายของประเทศ A มาใช้บังคับเป็นการนำกฎหมายของประเทศ B มาใช้บังคับ

จากตัวอย่างนี้ เห็นได้ว่า แม้ว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน แต่การพิจารณาเพื่อหากฎหมายมาใช้บังคับ ก็ไม่จำเป็นว่าจะต้องใช้กฎหมายประเทศเดียวกันเสมอไป เนื่องจากแนวทางในการกำหนดนั้น ต้องเป็นไปตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นคราวๆไป และกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับคดีหนึ่ง ก็อาจจะไม่เหมาะสมสำหรับอีกคดีหนึ่งก็ได้ ยิ่งถ้าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นมีลักษณะพิเศษที่แปลกแยกไปจากกรณีทั่วๆไป คำตอบของกฎหมายที่จะใช้เป็นตัวกำหนดสิทธิและความรับผิดชอบของคู่กรณี ก็ยังต้องเป็นไปตาม ลักษณะที่พิเศษของเรื่องนั้น เพื่อที่จะทำให้ดังกล่าวได้รับการพิจารณาตัดสินได้อย่างเป็นความเป็นธรรม และ เหมาะสมด้วยเหตุและผลทั้งปวง อีกทั้งสร้างความพึงพอใจแก่คู่กรณีที่จะได้รับการเยียวยาที่เหมาะสม หรือ ไม่ต้องรับผิดชอบเกินกว่าที่ควรจะเป็น

การที่ใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมเป็นหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับนี้ จึงเป็นการเปิดช่องให้คู่กรณี สามารถที่จะพิสูจน์ให้เห็นถึงความเหมาะสมของกฎหมายที่จะนำมาใช้กับคดี และ ศาลมีทางเลือกเพิ่มขึ้นในการที่จะทำให้อคติมีความเป็นธรรมเหมาะแก่เรื่อง เนื่องจากถ้าใช้หลักเกณฑ์ที่ตายตัว เพื่อที่จะกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับทุกกรณีในเรื่องละเมิดแล้ว เมื่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นมีลักษณะเฉพาะตัว ที่มีความพิเศษแตกต่างจากกรณีทั่วๆไป หลักเกณฑ์นี้ถูกกำหนดไว้ก็นับว่าไม่สามารถสร้างความเป็นธรรมในกรณีดังกล่าวได้

นอกจากนี้ เมื่อหลักกฎหมายที่เหมาะสม เป็นหลักเกณฑ์ที่ให้ศึกษาข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ แล้ววิเคราะห์ว่ากฎหมายของประเทศใด เป็นประโยชน์และเหมาะสม สร้างความเป็นธรรมได้มากที่สุด ก็จะถูกนำมาใช้กับคดีเรื่องนั้น เป็นหลักเกณฑ์ที่ส่งเสริมการพัฒนาของหลักกฎหมายขัดกัน ไม่ถูกจำกัดความคิดที่จะมีการวิเคราะห์และศึกษา เพื่อความก้าวหน้าของกฎหมาย ทำให้การใช้กฎหมายไม่ล้าหลัง และสามารถนำมาปรับใช้กับสภาวะของสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา

เนื่องจากแนวความคิด นโยบาย เหตุผลหรือ วัตถุประสงค์ของ กฎหมายที่สะท้อนความต้องการของสังคม ก็ย่อมจะต้องเปลี่ยนแปลงตามสังคมในยุคปัจจุบัน ดังนั้นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับก็มีลักษณะเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ควรจะเป็นหลัก ต้องมีการพัฒนาควบคู่ไปกับการพัฒนาของสังคม และสามารถสร้างความเป็นความเป็นธรรมที่เหมาะสมได้ การที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับว่าต้องใช้ หลักใดหลักหนึ่งเท่านั้น ก็ไม่

สามารถแก้ปัญหาที่นับวันจะยิ่งมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น การนำหลักกฎหมายที่เหมาะสมมาใช้ จึงต้องเป็นไปด้วย ความระมัดระวังในการพิจารณาเปรียบเทียบกฎหมายที่มีความสำคัญที่เกี่ยวข้องกับคดีเป็นพิเศษ เพื่อที่จะสามารถตอบสนองความต้องการของสังคมได้

3.2.3.3 ข้อโต้แย้งในการใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสม

การศึกษาดังกล่าวถึงการนำหลักกฎหมายที่เหมาะสมมาใช้บังคับในการหากฎหมาย พบว่าหลักเกณฑ์นี้ก็ถูกโต้แย้งว่ามีข้อบกพร่องในการนำมาใช้หลายข้อ โดยข้อบกพร่องที่เห็นได้ชัดได้ สามารถจำแนกออกได้เป็น 2 กรณีดังต่อไปนี้

1. การใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมทำให้หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับไม่มีความแน่นอน
 2. ปัญหาที่เกิดจากการที่คู่กรณีไม่แสดงเจตนาในการเลือกกฎหมาย
1. การใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมทำให้ หลักเกณฑ์ในการหากฎหมายมาใช้บังคับไม่มีความแน่นอน

จากการศึกษาถึงลักษณะของหลักกฎหมายที่เหมาะสม และวิธีการนำหลักกฎหมายที่เหมาะสมมาปรับใช้ เห็นได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความยืดหยุ่นมากในการปรับใช้ เพื่อสร้างความเหมาะสมของกฎหมายที่จะนำมาใช้ในแต่ละคดี ซึ่งความ ยืดหยุ่นที่มีลักษณะที่แปรผกผันกับความแน่นอน ดังนั้น เมื่อมีความยืดหยุ่นมาก ความแน่นอนก็ย่อมจะต้องลดลง หลักกฎหมายที่เหมาะสม (proper law) จึงถูกวิจารณ์ว่าขาดความแน่นอนชัดเจน ไม่ถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่จะใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับ และ ไม่สามารถที่จะแก้ปัญหาเรื่องการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ (choice of law) ได้อย่างแท้จริง

การพิจารณาว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ ในการนำกฎหมายใดกฎหมายหนึ่ง ซึ่งมีปัจจัยหรือ องค์ประกอบ ที่มีความเกี่ยวข้องอันเป็นสาระสำคัญในคดีนั้นมาใช้บังคับ ก็ทำได้โดยการ ศึกษาเปรียบเทียบจาก ปัจจัยที่เกี่ยวข้องในคดีดังกล่าวนั่นเอง ถ้าในกรณีที่ปัจจัยที่เป็นองค์ประกอบที่สำคัญแห่งคดี มีความเท่าเทียมกันในระหว่างประเทศ 2 ประเทศ หรือมากกว่านั้น จะ

ส่งผลให้คู่กรณีไม่มีทางที่จะทราบ หรือคาดเดาไว้ล่วงหน้าได้อย่างชัดเจนว่า กฎหมายใดที่ศาล จะกำหนดเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องว่ามีความเหมาะสมมากกว่า กฎหมายของอีกประเทศหนึ่ง อย่างไร ทำให้คดีที่เกิดไม่มีความแน่นอนเกิดขึ้น

ในเรื่องนี้ ศาสตราจารย์ Kahn Freund ได้แสดงความคิดเห็นว่า " หลักที่ใช้อย่างแพร่หลายทั่วไป ไม่ได้เจาะจงให้แน่ชัดลงไป และความสามารถในเรื่องการคาดเดา และทำนาย

กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่คดี ย่อมจะต้องเปลี่ยนแปลงไปตาม ความยืดหยุ่นและความเป็นธรรมในแต่ละคดี ซึ่งแต่ละคดีก็จะมีลักษณะเฉพาะตัวที่มีความพิเศษต่างกันออกไป " ⁶⁵

การแสดงความคิดเห็นของ Kahn Freund เช่นนี้ เป็นการแสดงถึงความสำคัญของความยืดหยุ่นและความเป็นธรรมในแต่ละคดี ที่จะส่งผลต่อความแน่นอนในการบังคับใช้กฎหมาย และการคาดเดาถึงผลแห่งกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ ซึ่งในบางกรณีก็มีความจำเป็นที่จะต้องลดความแน่นอนลง เพื่อที่จะสร้างความเป็นธรรมให้แก่คดีเพิ่มขึ้น โดยกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ ให้มีความยืดหยุ่นมากขึ้นและการทำให้หลักในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับเป็นเช่นนี้ ก็เป็นวัตถุประสงค์ของหลักกฎหมายที่เหมาะสม (proper law)

นอกจากนี้ การใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสม หรือการใช้กฎหมายที่มีความสัมพันธ์อันใกล้ชิดกับคดีมากที่สุด ก็ขึ้นอยู่กับ กฎหมายที่จะถูกกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับคดี ซึ่งการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับนั้น วิธีการในการกำหนดก็มุ่งเน้นไปที่การพิจารณาในเรื่อง สภาพทางภูมิศาสตร์ และลักษณะทางกายภาพ ซึ่งเป็นปัจจัยภายนอกของคดีที่เกิดขึ้นเป็นหลัก ส่วนปัจจัยภายในไม่ค่อยได้รับการกล่าวถึง เนื่องจากในขณะที่การเสนอให้วิเคราะห์ผลประโยชน์ของรัฐบาล ถูกโต้แย้งและกำหนดขอบเขตการใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสมว่า ศาลควรที่จะต้องพิจารณา และตรวจสอบอย่างละเอียดรอบคอบในหลักเกณฑ์แห่งการขัดกัน และการวิเคราะห์ถึงนโยบายซึ่งอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าว แต่ในความเป็นจริงแล้ว หลักเกณฑ์การหากกฎหมายมาใช้บังคับวิธีนี้ ไม่ได้จำกัดวิธีการในการนำไปสู่เป้าหมาย คือ สามารถหากกฎหมายมาใช้บังคับ

⁶⁵ Kahn Freund , "Delictual Liability in Private International Law," *Recueil des Cours II* (1968): 51.

กับคดีได้โดยไม่กำหนดวิธีการ ดังนั้นการที่จะวิเคราะห์ถึงนโยบายที่อยู่เบื้องหลัง รวมทั้งการวิเคราะห์ผลประโยชน์ ก็สามารถกระทำได้

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าความมุ่งเน้นที่สภาพทางภูมิศาสตร์ และองค์ประกอบภายนอกเป็นสำคัญที่จะนำมาเป็นข้อมูลในการประเมินและชั่งน้ำหนัก เพื่อกำหนดกฎหมายที่เหมาะสม แต่ก็ไม่ได้ถูกผูกมัดว่า ต้องทำการพิจารณาองค์ประกอบภายในประกอบด้วยเสมอไปในทุกกรณี เพราะถ้าการพิจารณาปัจจัยภายนอก แล้วมีความชัดเจนที่พอเพียง ที่จะกำหนดกฎหมายได้อย่างเหมาะสมแล้ว ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องวิเคราะห์ผลประโยชน์ เพราะจะเกิดความซ้ำซ้อน และทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณา ดำเนินไปอย่างล่าช้ามากยิ่งขึ้น

2. ปัญหาที่เกิดจากการที่คู่กรณีไม่แสดงเจตนาในการเลือกกฎหมาย

ปัญหาอีกประการ ที่เกิดขึ้นจากการใช้หลักเกณฑ์การหากฎหมายที่เหมาะสมมาใช้บังคับ ก็คือเมื่อกฎหมายเปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถเลือกกฎหมาย ที่คาดว่าจะประโยชน์แก่ตนมากที่สุดมาใช้บังคับในข้อพิพาทที่เกิดขึ้น แต่ถ้าคู่กรณีปฏิเสธที่จะใช้สิทธิที่กฎหมายให้ไว้ กล่าวคือ เป็นสิทธิที่กฎหมายอนุญาตให้คู่กรณีสามารถเลือกกฎหมายได้ แต่ไม่มีคู่กรณีฝ่ายใดเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ผลจะเป็นเช่นไร แล้วศาลที่พิจารณาคดีจะดำเนินการต่อไปอย่างไร

จากลักษณะของการใช้หลักกฎหมายที่เหมาะสม เป็นการพิจารณาเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องกับคดีที่พิพาท เพื่อหาว่าประเทศใดมีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับคดีที่เกิดขึ้นมากที่สุด เมื่อได้แล้วจึงนำกฎหมายของประเทศนั้นมาใช้กับคดีที่เกิดขึ้น โดยวิธีที่จะนำไปสู่การพิจารณาว่าประเทศใดมีความเหมาะสม ที่จะถือเป็นประเทศที่มีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับคดีมากที่สุด นั้นไม่ได้จำกัดวิธีการ โดยใจก็อาจจะเป็นฝ่ายเสนอแล้วจำเลยพิสูจน์หักล้างก็ได้ หรือตรงกันข้ามกันก็ได้ แต่ที่มีอำนาจในการกำหนดว่า ประเทศใดเป็นประเทศที่เหมาะสมอันมีความเกี่ยวข้องกับคดีมากที่สุด ก็คือศาลที่พิจารณาคดีนั่นเอง กฎหมายให้อำนาจแก่ศาลที่พิจารณาคดีในการใช้ดุลยพินิจ ในการกำหนดกฎหมายที่เหมาะสม โดยมีข้อจำกัดเพียงว่า ต้องเป็นกฎหมายของประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในคดีด้วยไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง

ดังนั้น เมื่อไม่มีคู่กรณีฝ่ายใดเลือกกฎหมาย เพื่อให้ศาลพิจารณาว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ ศาลก็ยังคงมีอำนาจในการเลือกกฎหมายที่มีความเหมาะสมกับคดีที่พิพาทมากที่สุด เพราะอำนาจในการกำหนดว่ากฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องใด เป็นกฎหมายที่เหมาะสมยังคงเป็นอำนาจของศาล ซึ่งศาลสามารถเลือกกฎหมายของตนมาใช้บังคับกับคดีได้ ถ้าเห็นว่าเป็นกฎหมายของประเทศที่เหมาะสมที่สุด โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมในคดีเป็นสำคัญ แม้กระทั่งที่คู่กรณีเลือกกฎหมายแล้วแต่ศาลเห็นว่าไม่เหมาะสม ก็สามารถที่จะไม่นำกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้ได้ แต่ทั้งนี้ ศาลที่พิจารณาคดีก็ต้องคำนึงถึงการกระทบต่อประเทศอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย

การนำหลักกฎหมายที่เหมาะสมมาใช้ เพื่อกำหนดกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับคดี เป็นหลักเกณฑ์ ที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่คู่ความทั้ง 2 ฝ่าย ไม่ว่าจะเป็ยโจทก์หรือจำเลย ที่จะต้องเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ หรือที่เรียกว่า กฎหมายที่มีความเหมาะสม โดยคู่ความต้องแสดงให้เห็นถึงความเหมาะสมของกฎหมายที่แต่ละฝ่าย เลือกขึ้นมา โดยกล่าวอ้างเข้ามาในคดี และพิสูจน์ถึง เนื้อหาสาระและนโยบายของกฎหมายดังกล่าว ส่วนอีกฝ่ายก็ต้องพิสูจน์ เพื่อหักล้าง ว่ากฎหมายที่อีกฝ่ายเสนอนั้น มีความเหมาะสมน้อยกว่ากฎหมายของฝ่ายตน ซึ่งกฎหมายที่ทั้ง 2 ฝ่ายจะเสนอต่อศาลนั้น มีเงื่อนไขอยู่ว่า ต้องมีความเกี่ยวข้องที่ใกล้ชิดกับคดีด้วย

ถ้ากฎหมายที่เลือกมานั้น ไม่ใช่กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี หรือไม่ใช่กฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิด กล่าวคือสามารถที่จะเลือกกฎหมายของประเทศที่สามได้หรือไม่ ดังที่กล่าวมาในข้างต้นว่า หลักเกณฑ์ในการหากกฎหมายที่เหมาะสมมีข้อจำกัดแต่เพียง ห้ามมิให้นำกฎหมายของประเทศที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทมาใช้บังคับเท่านั้น ดังนั้นถ้ากฎหมายของประเทศที่สาม มีความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับคดี และเป็นกฎหมายที่มีความเหมาะสม ก็สามารถเลือกกฎหมายของประเทศนั้นได้ แต่ในทางกลับกันถ้ากฎหมายที่เลือกมานั้น ไม่มีความเกี่ยวข้องใดๆ เลยก็ไม่สามารถที่จะเลือกกฎหมายนั้นมาใช้บังคับได้