

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับสำหรับสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ ของโทรศัพท์เคลื่อนที่

เมื่อได้ศึกษาประวัติความเป็นมา ความหมาย แนวคิด เกี่ยวกับการค้าบริการระหว่างประเทศ และสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของโทรศัพท์เคลื่อนที่มาในบทที่ 2 แล้วเพื่อให้มีความรู้ความเข้าใจที่มากยิ่งขึ้นเกี่ยวกับสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศมาแล้วนั้น ดังนั้น ผู้วิจัยจึงขอศึกษาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับสำหรับสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของโทรศัพท์เคลื่อนที่ตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยดังต่อไปนี้

3.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

3.1.1 มาตรการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของต่างประเทศ

3.1.1.1 มาตรการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศอังกฤษ¹

กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศอังกฤษ คือ Data Privacy Act 1998 ซึ่งมีผลบังคับใช้กับข้อมูลที่ถูกประมวลผลด้วยมือซึ่งถูกจัดเก็บไว้ในแฟ้มข้อมูลประมวลผลโดยวิธีการอัตโนมัติด้วย รวมถึงมีการกำหนดเงื่อนไขหรือบรรทัดฐานขั้นต่ำของการประมวลผลข้อมูลที่ดีว่าเป็นการประมวลผลข้อมูลที่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ ยังกำหนดให้มีข้อมูลส่วนบุคคลประเภทข้อมูลที่มีความอ่อนไหว (Sensitive Data) ซึ่งส่งผลทำให้ผู้ควบคุมดูแลข้อมูลไม่สามารถประมวลผลข้อมูลประเภทนี้ได้ เว้นแต่ จะได้มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือข้อยกเว้นที่กำหนดไว้โดยเฉพาะ อีกทั้งยังได้กำหนดห้ามมิให้ส่งข้อมูลส่วนบุคคลไปยังประเทศที่อยู่นอกกลุ่มประเทศสมาชิกของ European Economic Area (EEA) เว้นแต่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้

ก) คำนิยามสำคัญใน Data Privacy Act 1998

1) ข้อมูล (Data) หมายถึง ข้อมูลซึ่งถูกประมวลผล (Processed) โดยเครื่องมือที่ทำงานโดยอัตโนมัติ² เพื่อตอบสนองคำสั่งที่ป้อนเข้าไปเพื่อวัตถุประสงค์นั้นหรือข้อมูลซึ่งถูกบันทึกไว้โดยมี

¹ จิราวัฒน์ วรวัฒน์ธำรง. (2548). การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 83-86.

เจตนาที่จะนำไปประมวลผลโดยเครื่องมือที่ทำงานโดยอัตโนมัติ หรือข้อมูลซึ่งถูกบันทึกไว้เป็นส่วนหนึ่งของระบบจัดเก็บข้อมูลที่เกี่ยวข้อง (Relevant Filing System) หรือมีเจตนาที่จะนำไปบันทึกไว้เป็นส่วนหนึ่งของระบบจัดเก็บข้อมูลที่เกี่ยวข้อง หรือข้อมูลซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของบันทึกที่สามารถเข้าถึงได้ (Accessible Record)

2) ข้อมูลส่วนบุคคล (Personal Data)³ หมายถึง ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งสามารถบ่งชี้ตัวบุคคลได้จากข้อมูลนั่นเองและข้อมูลอื่นๆ ที่อยู่ในความครอบครองของผู้ควบคุมดูแลข้อมูล (Data Controller) หรืออาจอยู่ในความครอบครองของผู้ควบคุมดูแลข้อมูลในอนาคต รวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับตัวบุคคลธรรมดาและการแสดงเจตนาของผู้ควบคุมดูแลข้อมูลหรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับบุคคลธรรมดานั้นด้วย

3) ระบบจัดเก็บข้อมูลที่เกี่ยวข้อง (Relevant Filing System)⁴ หมายถึง กลุ่มของข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลธรรมดาซึ่งแม้จะไม่ได้ถูกประมวลผลโดยอัตโนมัติ แต่ได้มีการจัดวางโครงสร้างไว้โดยอ้างอิงถึงตัวบุคคลหรืออ้างอิงถึงเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคลในลักษณะที่พร้อมจะช่วยให้สามารถเข้าถึงข้อมูลเฉพาะอย่างที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้

4) บันทึกที่สามารถเข้าถึงได้ (Accessible Record)⁵ หมายถึง บันทึกสุขภาพ ซึ่งประกอบด้วย ข้อมูลซึ่งบ่งบอกถึงสุขภาพทางกายหรือสุขภาพทางจิตหรือภาวะของบุคคลธรรมดา ข้อมูลเกี่ยวกับการศึกษา หรือข้อมูลสาธารณะที่สามารถเข้าถึงได้

5) ข้อมูลที่มีความอ่อนไหว (Sensitive Personal Data)⁶ หมายถึง ข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งประกอบด้วย ข้อมูลเกี่ยวกับเชื้อชาติหรือเผ่าพันธุ์ ความคิดเห็นทางการเมือง ความเชื่อทางศาสนาหรือความเชื่ออื่นๆ ที่มีลักษณะเดียวกัน การเป็นสมาชิกของสมาคมหรือสหภาพแรงงาน ข้อมูลทางสุขภาพทางกายและจิตใจ พฤติกรรมทางเพศ การกระทำผิดหรือการถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดกฎหมาย การดำเนินคดีหรือการถูกดำเนินคดี การจำหน่ายคดี หรือการถูกลงโทษตามคำพิพากษาของศาลที่มีต่อเจ้าของข้อมูล

² กรณีนี้หมายถึงข้อมูลที่ถูกประมวลผลหรือจัดเก็บโดยเครื่องคอมพิวเตอร์ รวมถึงเครื่องมืออื่นๆ เช่น เครื่องบันทึกโทรศัพท์อัตโนมัติ เครื่องมืออุปกรณ์เกี่ยวกับโทรทัศน์วงจรปิด (CCTV Device) หรือเครื่องมืออุปกรณ์ทางอิเล็กทรอนิกส์อื่นๆ เป็นต้น

³ Data Protection Act 1998, Section 1(1).

⁴ *Ibid.*

⁵ Data Protection Act 1998, Section 68.

⁶ *Ibid.*, Section 2.

6) ผู้ควบคุมดูแลข้อมูล (Data Controller)⁷ หมายถึง บุคคลซึ่งเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะดำเนินการประมวลผลข้อมูล เพื่อวัตถุประสงค์ใดและในลักษณะใด อาจเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคล หรือหน่วยงานรัฐ โดยจะมีผลบังคับทั้งผู้ควบคุมดูแลข้อมูลที่เกิดหรือจัดตั้งขึ้นในสหราชอาณาจักร และมีการประมวลผลข้อมูลในสหราชอาณาจักร และผู้ควบคุมดูแลข้อมูลที่ไม่ได้เกิดหรือจัดตั้งขึ้นในสหราชอาณาจักรหรือประเทศในกลุ่ม European Economic Area (EEA) แต่มีการใช้เครื่องมือที่อยู่ในสหราชอาณาจักรเป็นเครื่องมือในการประมวลผลข้อมูล โดยมีวัตถุประสงค์ในการประมวลผลข้อมูลเกินกว่าเป็นเพียงแค่การส่งข้อมูลผ่านสหราชอาณาจักร

7) ผู้ประมวลผลข้อมูล (Data Processor)⁸ หมายถึง บุคคลซึ่งประมวลผลข้อมูลในนามของผู้ควบคุมดูแลข้อมูลนอกเหนือจากลูกจ้างหรือพนักงานของผู้ควบคุมดูแลข้อมูล

8) การประมวลผล (Processing) หมายถึง การได้รับ การบันทึก การครอบครองข้อมูล หรือการดำเนินการปฏิบัติการอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างเกี่ยวกับข้อมูล ซึ่งรวมถึงการเก็บรวบรวม การดัดแปลง การแก้ไขข้อมูล การกู้ การพิจารณา การใช้ข้อมูล การเปิดเผยข้อมูล โดยการส่งผ่านทางสื่อ การเผยแพร่ การจัดวาง การประกอบ การกีดกันยับยั้ง การลบ หรือการทำลายข้อมูล

๗) องค์กรสำคัญใน Data Privacy Act 1998⁹

Data Privacy Act 1998 ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการเพื่อควบคุมดูแล และบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย เรียกว่า The Commissioner ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากราชินีของอังกฤษ¹⁰ มีหน้าที่สำคัญ ได้แก่ การส่งเสริม กำหนดหลักเกณฑ์ในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล หรือที่เรียกว่า แนวทางปฏิบัติที่ดี (Good Practice) เพื่อประโยชน์ในการประมวลผลข้อมูล เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย นอกจากนี้ยังมีหน้าที่ควบคุมและบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายด้วย¹¹

⁷ *Ibid.*, Section 1(1).

⁸ Data Protection Act 1998, Section 1(1).

⁹ นรินทร์ จุ่มศรี. (2555). มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจากการใช้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 149-150.

¹⁰ Data Privacy Act 1998, Section 6(1).

¹¹ Data Privacy Act 1998, Section 51-54A

ค) ขอบเขตการใช้ Data Privacy Act 1998¹²

1) กำหนดมิให้บุคคลผู้ปฏิบัติงานอยู่ในสำนักงานคอมพิวเตอร์หรือตัวแทนของบุคคลดังกล่าวเปิดเผยข้อมูลอันเกี่ยวกับบุคคล โดยปราศจากอำนาจ ถ้าบุคคลใดฝ่าฝืนโดยเจตนาหรือไม่นำพาถึงผลที่จะเกิดขึ้น ถือว่ากระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้

2) กำหนดสิทธิของบุคคลผู้ถูกระบุในข้อมูลนั้นๆ เช่น สิทธิที่จะได้ทราบว่าตนถูกระบุในข้อมูลนั้นๆ หรือไม่ หากมีการระบุ ระบุไว้อย่างไร สิทธิที่จะเข้าสู่ข้อมูลอันเกี่ยวกับตน สิทธิในการแก้ไขหรือลบสิ่งข้อมูลที่เกิดผิดพลาด สิทธิที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้มีการเปิดเผยข้อมูล เป็นต้น

3) กำหนดหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้ 8 ประการ หรือที่เรียกว่า หลักของการจัดข้อมูลที่ดี โดยมาตรา 4 กำหนดว่า หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่อ้างถึงในพระราชบัญญัตินี้ คือ หลักการที่กำหนดไว้ในตารางที่ 1 แนบท้ายพระราชบัญญัติ ซึ่งสาระสำคัญ คือ การกำหนดให้ผู้ควบคุมดูแลข้อมูลต้องปฏิบัติตามหลักการดังกล่าว เว้นแต่ผู้ควบคุมดูแลข้อมูลจะสามารถอ้างสิทธิจากข้อยกเว้นของหลักต่างๆ นั้นได้ ไม่ว่าผู้ควบคุมดูแลข้อมูลจะมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องจัดแจ้งข้อมูลหรือไม่ก็ตาม และเป็นการบังคับใช้กับข้อมูลส่วนบุคคลทั้งหมดที่ถูกประมวลผลโดยผู้ควบคุมดูแลข้อมูล หลักการดังกล่าวทั้ง 8 ประการ ได้แก่

(1) หลักประการที่ 1 (First Principle) การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล ผู้เก็บรวบรวมจะต้องกระทำการอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมาย และเกี่ยวข้องโดยตรงกับกิจกรรมของผู้รวบรวมข้อมูล

(2) หลักประการที่ 2 (Second Principle) การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถทำได้เท่าที่จำเป็นตามกรอบวัตถุประสงค์ที่แจ้งแก่เจ้าของข้อมูลหรือระบุไว้ในการเก็บรวบรวมข้อมูลเท่านั้น

(3) หลักประการที่ 3 (Third Principle) การเก็บรวบรวมข้อมูลต้องทำการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อบันทึกหรือพิมพ์เผยแพร่ ผู้เก็บรวบรวมข้อมูลต้องเก็บรวบรวมเท่าที่เพียงพอและไม่เกินจริง

(4) หลักประการที่ 4 (Fourth Principle) การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องกระทำให้ถูกต้องเท่าที่จำเป็น ทันสมัย โดยข้อมูลนั้นสอดคล้องตามวัตถุประสงค์ที่กำหนด ครบถ้วน ถูกต้อง ทันสมัย และไม่ลวงล้าหรือก้าวท้าวกิจการส่วนตัวของบุคคลที่เกี่ยวข้อง

¹² นรินทร์ จุ่มศรี. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 9. หน้า 150-155.

(5) หลักประการที่ 5 (Fifth Principle) การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลไม่ว่าเพื่อวัตถุประสงค์ใดๆ จะต้องมีการจัดเก็บข้อมูลไว้เป็นระยะเวลาพอสมควรและเท่าที่จำเป็น

(6) หลักประการที่ 6 (Sixth Principle) การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลต้องสอดคล้องกับสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เช่น ผู้เก็บรวบรวมข้อมูลต้องแจ้งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องทราบถึงวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวม กฎหมายที่อนุญาตให้เก็บรวบรวม ผู้ครอบครองหรือควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแจ้งให้เจ้าของข้อมูล หรือคณะกรรมการตรวจสอบการจัดเก็บข้อมูลทราบถึงความมีอยู่ของข้อมูล เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีสิทธิขอให้ผู้เก็บรวบรวมข้อมูลดำเนินการลบ ระงับการใช้ชั่วคราว หรือแปลงข้อมูลส่วนบุคคลให้อยู่ในรูปแบบที่ไม่ระบุชื่อ เป็นต้น

(7) หลักประการที่ 7 (Seventh Principle) ผู้ครอบครองหรือควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องกำหนดให้มีมาตรการรักษาความปลอดภัย ไม่ให้ข้อมูลส่วนบุคคลสูญหาย เข้าถึง ใช้ เปลี่ยนแปลง แก้ไขเปิดเผยโดยปราศจากอำนาจหรือนำไปใช้โดยมิชอบและในกรณีที่ต้องให้บันทึกข้อมูลส่วนบุคคลแก่บุคคลอื่น ต้องดำเนินการป้องกันมิให้บุคคลอื่นนั้นได้ใช้ข้อมูลส่วนบุคคลโดยปราศจากอำนาจ

(8) หลักประการที่ 8 (Eighth Principle) ห้ามมิให้มีการส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังประเทศหรือดินแดนที่อยู่นอกเขต European Economic Area (EEA) เว้นแต่ ประเทศหรือดินแดนนั้นรับรองว่ามีระดับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเจ้าของข้อมูลเพียงพอสำหรับการประมวลผลข้อมูล

การที่ Data Protection Act 1998 กำหนดห้ามมิให้มีการส่งออกหรือโอนข้อมูลออกไปยังประเทศที่มีไม่ใช่สมาชิกของ EEA เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของข้อมูล ทั้งนี้เนื่องจากหากประเทศนอกกลุ่ม EEA ไม่มีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล หรือมีกฎหมายเช่นว่านี้แต่ไม่ได้ระดับมาตรฐานเดียวกับ EU Directive (95/46/EC) ก็ไม่ถูกผูกพันให้ต้องมีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามหลักการที่กำหนดไว้ใน EU Directive (95/46/EC) แต่เพื่อให้เกิดความคล่องตัวทางการค้า Data Protection Act 1998 จึงได้กำหนดให้หลักประการที่ 8 มีข้อยกเว้นดังนี้

- ก. กรณีที่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูล
- ข. การส่งออกข้อมูลมีความจำเป็น
 - 1) เพื่อดำเนินการตามสัญญาซึ่งเจ้าของข้อมูลซึ่งเป็นผู้สัญญา
 - 2) เพื่อดำเนินการตามความประสงค์ของเจ้าของข้อมูล โดยมีความมุ่งหมาย

เพื่อเข้าทำสัญญา

ค. การส่งออกข้อมูลมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการลงนามหรือสรุปสัญญา ระหว่างผู้ควบคุมดูแลข้อมูลกับบุคคลที่ไม่ใช่เจ้าของข้อมูล แต่เป็นผู้เข้าทำสัญญาโดยได้รับการร้องขอ จากเจ้าของข้อมูลหรือเพื่อประโยชน์ของเจ้าของข้อมูล

ง. การส่งออกข้อมูลมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สำคัญของสาธารณะ

จ. การส่งออกข้อมูล

1) มีความจำเป็นเพื่อวัตถุประสงค์ของหรือที่เกี่ยวข้องกับการดำเนิน กระบวนการทางกฎหมาย

2) มีความจำเป็นเพื่อการได้รับความเห็นทางกฎหมาย

3) มีความจำเป็นเพื่อการก่อ ใช้ และสงวนไว้ซึ่งสิทธิตามกฎหมาย

ฉ. การส่งออกข้อมูลมีความจำเป็นเพื่อที่จะคุ้มครองประโยชน์สำคัญต่อชีวิตของ เจ้าของข้อมูล

ช. การส่งออกข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นส่วนหนึ่งของข้อมูลซึ่งปรากฏอยู่ใน ทะเบียนสาธารณะ

ซ. การส่งออกข้อมูลกระทำโดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ The Commissioner ได้ให้ความเห็นชอบแล้ว และเงื่อนไขนั้นได้มีการกำหนดเงื่อนไขเวลากับมาตรการในการคุ้มครองสิทธิและ เสรีภาพของเจ้าของข้อมูลอย่างเพียงพอแล้ว

ฅ. การส่งออกข้อมูลนั้นได้รับอนุญาตจาก The Commissioner ให้กระทำได้ เนื่องจากมีมาตรการในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเจ้าของข้อมูลอย่างเพียงพอแล้ว

ง) สิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

Data Protection Act 1998 ได้กำหนดถึงสิทธิของเจ้าของข้อมูลที่เป็นบุคคลธรรมดา เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลของคนที่อยู่ในความครอบครองของบุคคลอื่นหรือผู้ควบคุมดูแลข้อมูลไว้ดังนี้

(1) สิทธิในการเข้าถึงข้อมูล (Right to subject access)¹³

(2) สิทธิในการป้องกันการประมวลผลข้อมูลที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายหรือความ ทุกข์ (Right to prevent processing causing damage of distress)¹⁴

(3) สิทธิในการป้องกันการประมวลผลข้อมูลเพื่อทำการตลาดแบบตรง (Right to prevent processing for the purpose of direct marketing)¹⁵

¹³ Data Protection Act 1998, Section 7-9.

¹⁴ Data Protection Act 1998, Section 10.

¹⁵ Data Protection Act 1998, Section 11(1).

- (4) สิทธิเกี่ยวกับการตัดสินใจโดยอาศัยการประมวลผลข้อมูลของเครื่องมือที่ทำงานโดยอัตโนมัติ (Right in relation to automated decision-taking)¹⁶
- (5) สิทธิในการดำเนินการเรียกร้องค่าเสียหายในกรณีที่บุคคลนั้นได้รับความเสียหายจากการที่ผู้ควบคุมดูแลข้อมูลปฏิบัติฝ่าฝืน Data Protection Act 1998 (Right to take action for compensation if the individual suffers damage by any contravention of the act by the Data Controller)¹⁷
- (6) สิทธิในการดำเนินการเพื่อแก้ไข กั้น ลบ หรือทำลายข้อมูลที่ไม่ถูกต้อง (Right to take action to rectify, block, erase or destroy inaccurate data)¹⁸
- (7) สิทธิในการขอให้มีการตรวจสอบประเมินผลการปฏิบัติตามกฎหมาย (Right to request for assessment)¹⁹
- (8) สิทธิเฉพาะกาล (Transitional Rights)
- จ) ข้อยกเว้นการบังคับใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล²⁰
- 1) กรณีเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ
 - 2) กรณีเกี่ยวกับอาชญากรรมและภายใน
 - 3) กรณีเกี่ยวกับงานด้านสุขภาพและสังคม
 - 4) กรณีเกี่ยวกับการออกกฎระเบียบด้านการบริการทางการเงิน
 - 5) กรณีเกี่ยวกับสิทธิพิเศษในการประกอบอาชีพด้านกฎหมายและการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล
 - 6) กรณีเกี่ยวกับบัญชีเงินเดือนและบัญชีรายรับรายจ่าย
 - 7) กรณีเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลที่จัดเก็บไว้เพื่อใช้ภายในบ้านของตนหรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นอันจำกัค
 - 8) กรณีเป็นข้อมูลที่จัดเก็บในฐานะที่เป็นสมาชิก
 - 9) กรณีเพื่อการเก็บสถิติหรือการค้นคว้า
 - 10) กรณีเกี่ยวกับคะแนนในการทดสอบ

¹⁶ Data Protection Act 1998, Section 12.

¹⁷ Data Protection Act 1998, Section 13.

¹⁸ Data Protection Act 1998, Section 14.

¹⁹ Data Protection Act 1998, Section 42.

²⁰ จิรารัตน์ วรรณธำรง. อ้างแล้ว เิงจรรรทที่ 1. หน้า 99-102.

ฉ) การแก้ไขเพิ่มเติมข้อมูล

พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดหลักการว่า บุคคลจะต้องได้รับสิทธิในการแก้ไขเพิ่มเติมหรือลบข้อมูลส่วนบุคคลของตนได้ ดังนั้น จึงได้กำหนดให้สามารถร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมข้อมูลส่วนบุคคลของตนได้ 2 กรณี ดังนี้

1) การร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมข้อมูลส่วนบุคคลของตนต่อผู้เก็บและใช้ข้อมูลนั้น โดยตรงจากหลักการข้างต้น จึงมีการกำหนดให้ใช้บังคับกับผู้เก็บและใช้ข้อมูลส่วนบุคคลของบุคคลใดๆ และบุคคลผู้ปฏิบัติงานในสำนักงานคอมพิวเตอร์ซึ่งเก็บและใช้ข้อมูลดังกล่าว ดังนั้นหากบุคคลได้ร้องขอและเข้าสู่ข้อมูลส่วนบุคคลของตนเพื่อตรวจสอบและรับสำเนาข้อมูลแล้วพบว่าข้อมูลที่ได้รับจากหน่วยงานหรือผู้เก็บและใช้ข้อมูลมีความผิดพลาดหรือไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็สามารถร้องขอให้มีการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมหรือลบข้อมูลที่ผิดพลาดนั้นได้

2) การร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมข้อมูลส่วนบุคคลของตนต่อศาล

ในกรณีที่สิทธิของบุคคลซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายถูกล่วงละเมิด บุคคลผู้ได้รับความเสียหายมีสิทธิร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีการบังคับตามสิทธิของตนได้ และศาลมีอำนาจในการออกสั่งในเรื่องนี้ได้

3.1.1.2 มาตรการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศอิตาลี²¹

กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศอิตาลี คือ Protection of Individuals and Other Subjects with Regard to the Personal Data Act No. 675 of 31 December 1996

กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศอิตาลีบัญญัติขึ้นเพื่อให้การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลกระทำโดยคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลธรรมดา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับความเป็นอยู่ส่วนตัวและลักษณะเฉพาะบุคคล (Privacy and personal identity) และเพื่อให้คุ้มครองสิทธิต่างๆ ของนิติบุคคล องค์กร และสมาคมด้วย ดังนั้นพระราชบัญญัตินี้จึงกำหนดให้ใช้บังคับกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่กระทำขึ้นในประเทศอิตาลีทั้งที่มีการจัดเก็บไว้ในประเทศและต่างประเทศ ไม่ว่าจะใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอัตโนมัติหรือไม่ก็ตาม เว้นแต่เป็นการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการส่วนตัว (Exclusively personal purposes) ในลักษณะที่ไม่เป็นการเปิดเผยข้อมูลนั้นไม่ว่าโดยทั่วไปหรือเฉพาะเจาะจง และการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยหน่วยงานรัฐในกรณีพิเศษ เช่น การประมวลผล

²¹ วีระพงษ์ บึงไกร. (2543). การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 77.

ข้อมูลเกี่ยวกับการบันทึกทางอาญา (Criminal records) การประมวลผลข้อมูลตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การประมวลผลข้อมูลเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เป็นต้น

ก) คำนิยาม

1) การประมวลผลข้อมูล (Processing) หมายความว่า การดำเนินการใดๆ ไม่ว่าจะกระทำโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอัตโนมัติหรือไม่ก็ตาม อันเกี่ยวกับการรวบรวม การบันทึก การจัดหมวดหมู่ การจัดเก็บ การให้รายละเอียดข้อมูล การเปลี่ยนแปลงแก้ไข การเลือกสรร การเรียกข้อมูลจากระบบ การเปรียบเทียบ การใช้ประโยชน์ การเชื่อมโยง การระงับใช้ชั่วคราว การเปิดเผย โดยเฉพาะเจาะจง การเปิดเผยโดยทั่วไป การลบข้อมูล และการทำลายข้อมูล

2) ข้อมูลส่วนบุคคล (Personal Data) หมายความว่า ข้อมูลที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลธรรมดา นิติบุคคล องค์กร สมาคม และสามารถระบุถึงบุคคลหรือหน่วยงานเหล่านั้นได้ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม เช่น การอ้างอิงข้อความอื่นๆ กับหมายเลขบัตรสำคัญประจำตัว

3) ข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหว (Sensitive Data) หมายความว่า ข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ ความเป็นชนกลุ่มน้อย ความเชื่อทางศาสนา ลัทธิ ปรัชญา ความเห็นทางการเมือง ความเป็นสมาชิกพรรคการเมือง สภาพแรงงาน สมาคม หรือองค์กรทางศาสนาหรือปรัชญา รวมถึงข้อมูลส่วนบุคคลทางด้านสุขภาพ และพฤติกรรมทางเพศ

4) ผู้ควบคุมข้อมูล (Controller) หมายความว่า บุคคลธรรมดา นิติบุคคล หน่วยงานของรัฐ องค์กร สมาคม หรือหน่วยงานอื่นใด ซึ่งมีหน้าที่ในการตัดสินใจเกี่ยวกับวัตถุประสงค์และวิธีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล

5) ผู้ประมวลผลข้อมูล (Processor) หมายความว่า บุคคลธรรมดา นิติบุคคล หน่วยงานของรัฐ องค์กร สมาคม หรือหน่วยงานอื่นใด ซึ่งมีหน้าที่ในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในนามของ ผู้ควบคุมข้อมูล

6) เจ้าของข้อมูล (Data Subject) หมายความว่า บุคคลธรรมดา นิติบุคคล องค์กร สมาคม ซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

7) การเปิดเผยโดยเฉพาะเจาะจง (Communication) หมายความว่า การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลให้แก่บุคคลอื่นซึ่งระบุไว้และไม่ได้เป็นเจ้าของข้อมูล ไม่ว่าจะในรูปแบบใดก็ตาม รวมถึงการกระทำอื่นใดที่ทำให้บุคคลอื่นได้รับหรือสามารถค้นข้อมูลนั้นได้ด้วย

8) การเปิดเผยโดยทั่วไป (Dissemination) หมายความว่า การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลให้แก่บุคคลอื่นซึ่งไม่ได้ระบุไว้ ไม่ว่าจะในรูปแบบใดก็ตาม รวมถึงการกระทำอื่นใดที่ทำให้บุคคลอื่นได้รับหรือสามารถค้นข้อมูลนั้นได้ด้วย

ข) สิทธิของเจ้าของข้อมูลในการให้ความยินยอมกรณีที่มีการประมวลผลข้อมูล²²

การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยภาคเอกชนหรือภาครัฐที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร ให้ถือว่าได้กระทำโดยชอบด้วยกฎหมายหากได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งจากเจ้าของข้อมูลโดยสมัครใจและเป็นลายลักษณ์อักษร และเจ้าของข้อมูลได้รับแจ้งข้อมูลที่จำเป็นตามที่กฎหมายกำหนดในขณะที่มีการรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลนั้นแล้ว ซึ่งเจ้าของข้อมูลจะให้ความยินยอมต่อกระบวนการทั้งหมดหรือเฉพาะบางส่วนของประมวลผลข้อมูลก็ได้ แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลต้องได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งจากเจ้าของข้อมูล แต่ก็ได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับบางกรณีที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลไว้ในกรณีดังต่อไปนี้

- 1) การประมวลผลที่จำเป็นตามที่กฎหมายกำหนด
- 2) การประมวลผลที่จำเป็นอันเกิดจากความผูกพันตามสัญญาที่เจ้าของข้อมูลเป็นคู่สัญญา หรือเป็นไปตามความยินยอม โดยเฉพาะเจาะจงที่เจ้าของข้อมูลได้ให้ไว้ก่อนทำสัญญา
- 3) การประมวลผลที่เกี่ยวกับข้อมูลที่นำมาจากเอกสารมหาชน การลงทะเบียน เอกสารหรือบันทึกใดๆ ซึ่งมีอยู่ทั่วไป โดยไม่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย
- 4) การประมวลผลที่เกี่ยวกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ซึ่งไม่กระทบต่อหลักการในการรักษาความลับทางธุรกิจหรืออุตสาหกรรม
- 5) การประมวลผลข้อมูลที่เป็นต่อการคุ้มครองชีวิตของเจ้าของข้อมูลหรือบุคคลอื่น และเจ้าของข้อมูลไม่สามารถให้ความยินยอมได้เนื่องจากความพิการทางกายหรือเป็นบุคคลไร้ความสามารถหรือมีจิตฟั่นเฟือน
- 6) การประมวลผลข้อมูลที่เป็นต่อการสืบสวนและสอบสวน
- 7) การประมวลผลที่เกี่ยวกับจำเป็นเพื่อผลประโยชน์ของผู้ควบคุมหรือบุคคลภายนอก เฉพาะกรณีที่คณะกรรมการกำหนดหรือเกี่ยวกับกิจการภายในกลุ่มธนาคารด้วยกัน
- 8) การประมวลผลที่ชอบด้วยกฎหมายโดยหน่วยงานที่ไม่มุ่งผลกำไร
- 9) การประมวลผลที่เกี่ยวกับการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ สถิติ

²² ปิยะพร วงศ์เบ็ญสังข์. (2552). การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยธนาคารพาณิชย์กับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 71.

ค) สิทธิและข้อจำกัดในการใช้สิทธิของเจ้าของข้อมูล

ในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล เจ้าของข้อมูลมีสิทธิได้รับแจ้งเกี่ยวกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลและสามารถเข้าถึงข้อมูลนั้นได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย นอกจากนี้ยังมีสิทธิได้รับทราบข้อมูลหรือให้ผู้ควบคุมหรือผู้ประมวลผลข้อมูลดำเนินการโดยไม่ชักช้าในกรณีดังนี้

1) ยืนยันเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลของตนและวัตถุประสงค์ในการประมวลผลข้อมูลนั้น

2) ลบ ระงับการใช้ชั่วคราวหรือแปลงข้อมูลให้อยู่ในรูปแบบไม่เปิดเผยตัวบุคคล ผู้เป็นเจ้าของข้อมูล ในกรณีที่มีการประมวลผลโดยมิชอบหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย หรือกรณีที่มีการจัดเก็บข้อมูลไว้เกินความจำเป็น

3) ตรวจสอบและแก้ไขข้อมูลให้ถูกต้องอยู่เสมอ

4) แจ้งดำเนินการตาม 2) และ 3) ไปยังบุคคลที่ได้มีการเปิดเผยข้อมูลให้ทราบ เว้นแต่การดำเนินการนั้นจะกระทบถึงประโยชน์ได้เสียของบุคคลผู้เป็นเจ้าของข้อมูล โดยตรง

เจ้าของข้อมูลมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านเมื่อเห็นว่าข้อมูลของตนไม่ถูกต้อง ทั้งนี้ เจ้าของข้อมูลมีสิทธิยื่นคำร้องคัดค้านต่อคณะกรรมการหรือโต้แย้งคัดค้านการประมวลผลข้อมูลทั้งหมดหรือบางส่วน แม้ว่าจะดำเนินการประมวลผลข้อมูลนั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิดังกล่าวของเจ้าของข้อมูลมีข้อจำกัดในบางกรณี เช่น กรณีที่มีการประมวลผลข้อมูลเกี่ยวกับการเงิน หรือการชำระเงินสำหรับหน่วยงานของรัฐซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร การกำกับดูแลบริษัท หลักทรัพย์และเครดิตฟองซิเอร์ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายอื่นที่บัญญัติขึ้นเป็นพิเศษ การสืบสวน สอบสวน เป็นต้น

ง) หน้าที่ของผู้ควบคุมข้อมูล

1) หน้าที่ในการรวบรวมข้อมูลและคุณภาพของข้อมูล

กฎหมายกำหนดให้ข้อมูลส่วนบุคคลที่จะมีการประมวลผลนั้นจะต้องมีการประมวลผลโดยชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม มีการรวบรวมและบันทึกตามวัตถุประสงค์ที่ได้ระบุไว้ โดยชัดแจ้งหรือที่กำหนดขึ้นเป็นพิเศษและชอบด้วยกฎหมาย ข้อมูลนั้นจะต้องมีความถูกต้องได้มีการปรับแก้ให้ถูกต้องอยู่เสมอ และจะต้องดำเนินการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเพียงเท่าที่เหมาะสมและไม่เกินกรอบวัตถุประสงค์ของการรวบรวมและประมวลผลข้อมูลนั้น นอกจากนี้ จะต้องมีการกำหนดระยะเวลาในการจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคลไว้ด้วย

2) หน้าที่ในการรักษาความปลอดภัยของข้อมูลที่มีการประมวลผลและการชดเชยค่าเสียหาย

ก. ความปลอดภัยของข้อมูล

กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของอิตาลีกำหนดให้ผู้ควบคุมและผู้ประมวลผลข้อมูลจะต้องจัดเก็บและควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลโดยคำนึงถึงนวัตกรรมทางเทคโนโลยีและลักษณะเฉพาะในการประมวลผลข้อมูลนั้นๆ รวมถึงมาตรการรักษาความปลอดภัยที่เหมาะสม เพื่อป้องกันการทำลายข้อมูลหรือทำให้ข้อมูลเสียหาย การเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจ หรือการนำมาสู่การประมวลผลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดขึ้นในขณะรวบรวมข้อมูล นอกจากนี้กฎหมายยังบังคับให้มีการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับใช้เป็นมาตรฐานความปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคล โดยจะต้องกำหนดให้มีขึ้นภายใน 180 วันนับจากวันที่พระราชบัญญัติมีผลใช้บังคับ (กฎหมายนี้มีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนด 120 วันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา) และจะต้องปรับปรุงมาตรฐานความปลอดภัยดังกล่าวให้ทันสมัยตามความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีอย่างน้อยทุกๆ 2 ปี²³

ข. การสิ้นสุดการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล

การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลจะสิ้นสุดลงเมื่อผู้ประมวลผลหยุดการประมวลผลข้อมูลไม่ว่าเหตุผลใดก็ตาม และผู้ควบคุมข้อมูลได้แจ้งให้คณะกรรมการทราบล่วงหน้าแล้ว ผู้ควบคุมข้อมูลสามารถดำเนินการได้ดังนี้²⁴

- (1) ทำลายข้อมูลที่มีการประมวลผลนั้น
- (2) โอนข้อมูลนั้นให้แก่ผู้ควบคุมข้อมูลรายอื่นที่มีวัตถุประสงค์ของการประมวลผลข้อมูลในขณะที่มีการรวบรวมข้อมูลทำนองเดียวกัน
- (3) จัดเก็บข้อมูลนั้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ส่วนตัว โดยไม่เปิดเผยข้อมูลนั้น ไม่ว่าโดยทั่วไปหรือโดยเฉพาะเจาะจง

(4) จัดเก็บหรือโอนข้อมูลนั้นให้แก่ผู้ควบคุมข้อมูลรายอื่นเพื่อวัตถุประสงค์ในการวิจัยทางประวัติศาสตร์ วิทยาศาสตร์ และสถิติ

อย่างไรก็ตาม การโอนข้อมูลให้แก่ผู้ควบคุมข้อมูลรายอื่นที่มีได้มีวัตถุประสงค์ของการประมวลผลข้อมูลในขณะที่มีการรวบรวมข้อมูลทำนองเดียวกัน หรือฝ่าฝืนบทบัญญัติอื่นที่เกี่ยวกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเป็นโมฆะ และต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย

ค. การชดเชยค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการประมวลผลข้อมูล

²³ Section 15.

²⁴ Section 16.

กฎหมายกำหนดให้บุคคลใดก็ตามที่ทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการประมวลผลข้อมูลต้องชดใช้ค่าเสียหายตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3) หน้าที่เกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล

กฎหมายกำหนดหลักการเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลว่า บุคคลหรือหน่วยงานภาคเอกชนหรือภาครัฐที่แสวงหากำไรเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไม่ว่าโดยทั่วไปหรือโดยเฉพาะเจาะจงได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งจากเจ้าของข้อมูล

อย่างไรก็ตาม มีการกำหนดข้อยกเว้นของการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไม่ว่าโดยทั่วไปหรือโดยเฉพาะเจาะจงไว้ดังนี้

- ก. เป็นการเปิดเผยข้อมูลเปิดเผยข้อมูลภายในวัตถุประสงค์ของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลนั้น
 - ข. เป็นข้อมูลที่น่ามาจากเอกสารมหาชน การลงทะเบียนเอกสารหรือบันทึกใด ๆ ซึ่งมีอยู่โดยทั่วไป โดยไม่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย
 - ค. เป็นการเปิดเผยตามบทบัญญัติกฎหมาย
 - ง. เป็นการเปิดเผยภายในขอบเขตวิชาชีพหนังสือพิมพ์โดยไม่ฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยเสรีภาพสิ่งพิมพ์ หรือมีผลกระทบต่อการให้ความคุ้มครองความเป็นส่วนตัวหรือประโยชน์สาธารณะ
 - จ. ฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยธุรกิจและอุตสาหกรรม
 - ฉ. เป็นการจำเป็นหรือเพื่อป้องกันหรือระงับอันตรายต่อชีวิตหรือสุขภาพของเจ้าของข้อมูลหรือบุคคลอื่น ในกรณีที่เจ้าของข้อมูลไม่สามารถให้ความยินยอมได้อันเนื่องมาจากเป็นบุคคลไร้ความสามารถ กายพิการหรือจิตฟั่นเฟือน
 - ช. เป็นการจำเป็นเพื่อการสืบสวน สอบสวน หรือฟ้องร้องคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
 - ซ. เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการรวบรวมข้อมูลภายในกลุ่มธนาคารด้วยกัน ตามกฎหมายว่าด้วยการเงินการธนาคาร หรือระหว่างกลุ่มบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- นอกจากนี้ กฎหมายยังได้กำหนดข้อยกเว้นอีกประการหนึ่งเฉพาะกรณีการเปิดเผยข้อมูล โดยเฉพาะเจาะจง คือ ผู้ควบคุมข้อมูลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลสามารถเปิดเผยข้อมูลส่วน

บุคคลให้แก่บุคคลที่ดำเนินการประมวลผลข้อมูลนั้นภายใต้บังคับบัญชาของผู้ควบคุมข้อมูลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลโดยตรงได้²⁵

4) หน้าที่เกี่ยวกับการประมวลผลข้อมูลชนิดพิเศษ

กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของอิตาลีได้แบ่งประเภทของข้อมูลส่วนบุคคลเป็น 2 ประเภท คือ ข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไป (Personal Data) และข้อมูลส่วนบุคคลชนิดที่มีความอ่อนไหว (Sensitive Data) ซึ่งกฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลชนิดพิเศษเพิ่มเติมจากการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไป กล่าวคือ จะดำเนินการประมวลผลได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากเจ้าของข้อมูลและได้รับอนุญาตเพื่อประมวลผลข้อมูลนั้นจากคณะกรรมการแล้ว โดยคณะกรรมการจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นอกจากนี้ ยังกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมสำหรับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลชนิดพิเศษ โดยหน่วยงานรัฐที่แสวงหากำไร จะกระทำได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตโดยชัดแจ้งจากบทบัญญัติกฎหมายอื่นด้วย อย่างไรก็ตาม กฎหมายยังได้กำหนดข้อยกเว้นให้สามารถ

เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลชนิดพิเศษบางอย่างได้ เช่น ข้อมูลด้านสุขภาพ พฤติกรรมทางเพศ ทั้งนี้ หากเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไว้ด้วย

จ) การส่งหรือโอนข้อมูลไปนอกราชอาณาจักร²⁶

เนื่องจาก European Directive of 1995 ได้กำหนดหลักเกณฑ์อันเป็นการบังคับให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปห้ามส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังประเทศอื่นที่ไม่เป็นสมาชิกสหภาพยุโรปและมาตรฐานการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในระดับที่ต่ำกว่าสหภาพยุโรป ดังนั้น กฎหมายฉบับนี้จึงกำหนดหลักเกณฑ์ในการส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังประเทศอื่นว่า การส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังประเทศอื่นที่ไม่ได้เป็นสมาชิกสหภาพยุโรป ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวร หรือใช้วิธีการหรือรูปแบบใดก็ตาม หรือกรณีที่ข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเป็นข้อมูลส่วนบุคคลชนิดพิเศษหรือที่ได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จะต้องแจ้งให้คณะกรรมการทราบล่วงหน้า ทั้งนี้ การส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลจะกระทำมิได้หากประเทศที่รับข้อมูลนั้นไม่มีมาตรฐานการให้คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในระดับที่เท่าเทียมกับประเทศอิตาลี

ฉ) บทกำหนดโทษ

กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดมาตรการทางอาญา ได้แก่ โทษจำคุกสำหรับบุคคลที่กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย ในกรณีที่มีการเพิกเฉยและการแจ้งข้อมูลอันเป็นเท็จแก่

²⁵ Section 19.

²⁶ จิรารัตน์ วรรณธำรง. อ้างแล้ว เชมอร์รตที่ 1. หน้า 114.

คณะกรรมการ การประมวลผลข้อมูลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การไม่ปฏิบัติตามมาตรการเพื่อรักษาความปลอดภัยของข้อมูลที่กำหนดขึ้นโดยกฎหมายหรือคณะกรรมการ ทั้งนี้ กฎหมายได้กำหนดหลักประกันในการให้ความคุ้มครองผู้ที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดไว้ด้วย คือ การตัดสินใจเกี่ยวกับการทำ ความผิดใดตามกฎหมายนี้ต้องดำเนินการ นอกจากนี้ยังได้กำหนดมาตรการทางปกครองโดยวิธีการปรับ ในกรณีฝ่าฝืนคำสั่งของคณะกรรมการด้วย คือ กรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลไม่ให้ ข้อมูลหรือเอกสารตามที่คณะกรรมการร้องขอ

3.1.2 มาตรการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศไทย

แม้ว่าในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายทั่วไปที่ให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในความคุ้มครองของเอกชน แต่ก็มีแนวความคิดที่จะให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าว ดังนั้น องค์การภาครัฐ นักวิชาการ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องที่มีหน้าที่และมีความสนใจในการพัฒนา กฎหมายของประเทศไทยต่างๆ ต่างได้มีการศึกษาวิจัยในการจัดทำกฎหมายสำหรับการให้คุ้มครองแก่ ข้อมูลส่วนบุคคลขึ้นดังเช่นที่นานาประเทศได้มีการจัดทำกฎหมายให้คุ้มครองแก่ข้อมูลส่วนบุคคล

อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยก็มีกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูล ส่วนบุคคล ดังที่จะได้ศึกษาดังต่อไปนี้

3.1.2.1 การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

การให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย พ.ศ. 2550²⁷

บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิส่วนตัวในข้อมูลส่วนบุคคลและเสรีภาพ ในการติดต่อสื่อสารถึงกัน โดยชอบด้วยกฎหมาย มีบัญญัติไว้ในมาตรา 35²⁸ และ 36²⁹

²⁷ ปริญญา โรหิตาคณี. (2550). ปัญหาการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่. วิทยานิพนธ์นิติ ศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 71.

²⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 35 “สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ข้อมูล ส่วนบุคคล ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมได้รับความคุ้มครอง

การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชนอันเป็นการละเมิด หรือ กระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว ตลอดจนการเปิดเผยข้อมูลส่วน บุคคล โดยไม่รับอนุญาตจากผู้เป็นเจ้าของข้อมูลนั้นจะกระทำได้ เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์สาธารณะ”

²⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 36 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน โดยทางที่ชอบ ด้วยกฎหมาย

จากมาตรา 35 และ 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 พิจารณาได้ว่ารัฐธรรมนูญให้ความสำคัญคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารไว้โดยชัดแจ้ง การเปิดเผยโดยไม่รับอนุญาตจากผู้เป็นเจ้าของข้อมูลจะกระทำมิได้ เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์สาธารณะ และการกระทำด้วย เพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อกันจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น

3.1.2.2 การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะละเมิด โดยเป็นการให้ความสำคัญคุ้มครองในลักษณะการแก้ไขเยียวยา มุ่งให้บุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือได้รับการแก้ไขให้กลับคืนดีดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 447³⁰ โดยมีมาตรา 420³¹ เป็นหลักการทั่วไปของกฎหมายลักษณะละเมิด

จากบทบัญญัติมาตรา 420 จะเห็นได้ว่าการกระทำละเมิดที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลผู้ได้รับความเสียหาย จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการดังนี้ คือ³²

1) เป็นการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย “การกระทำ” หมายถึง การเคลื่อนไหวของร่างกายโดยรู้สำนึกในการเคลื่อนไหวนั้น กล่าวคือ เป็นการกระทำ-ของร่างกายที่อยู่ในบังคับของจิตใจ³³

การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลติดต่อกัน รวมทั้งการกระทำด้วยประการอื่นใด เพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลมีติดต่อกันจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

³⁰ มาตรา 447 “บุคคลใดทำให้เขาต้องเสียหายแก่ชื่อเสียง เมื่อผู้ต้องเสียหายร้องขอ ศาลจะสั่งให้บุคคลนั้นจัดการตามควร เพื่อให้ชื่อเสียงของผู้นั้นกลับคืนดีแทนให้ใช้ค่าเสียหายหรือทั้งให้ใช้ค่าเสียหายด้วยก็ได้”

³¹ มาตรา 420 “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

³² ศักดิ์ สนองชาติ. (2540). คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ. หน้า 6.

³³ ศักดิ์ สนองชาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 32. หน้า 17.

2) เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ “การประมาทเลินเล่อ” หมายถึง เป็นการกระทำโดยไม่จงใจ แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมี ตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่³⁴

3) เป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย “ความเสียหาย” หมายถึง ความเสียหาย แก่สิทธิของบุคคลทั้งสิ้น รวมถึงสิทธิส่วนตัว (Right of Privacy) ด้วย สิทธิส่วนตัวเช่นว่านี้ ย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้ใครเข้ามายุ่งเกี่ยวจนเกินสมควรชอบเขต³⁵

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า หากมีการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย ต่อข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใด และเป็นเหตุให้ผู้นั้นได้รับความเสียหายแก่สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งของเขา ซึ่งส่วนใหญ่เป็นสิทธิส่วนบุคคล บุคคลนั้นย่อมได้รับความคุ้มครอง โดยสามารถเรียกผู้ทำละเมิดให้ ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ ตามมาตรา 420 เช่น การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้อื่น ได้แก่ เสียง สันทนาทางโทรศัพท์ หรือข้อมูลการติดต่อสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต โดยไม่ได้รับความยินยอม เป็นต้น

นอกจากนี้ ข้อมูลส่วนบุคคลยังได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติเฉพาะใน มาตรา 423 ด้วย³⁶

จากบทบัญญัติมาตรา 423 “การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลาย” หมายถึง การแสดง ข้อความใดๆ ให้บุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่ผู้ต้องเสียหายนั้นเองได้ทราบ จะเป็นด้วย คำพูด คำที่เขียน หรือด้วยกิริยาอาการหรือวิธีอื่นใดก็ได้³⁷ โดยการกล่าวหรือไขข่าวนี้ ไม่จำกัดว่าต้องทำ โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ แม้ไม่ตั้งใจให้เป็นการทำให้เสียหายหรือเพื่อการตลกขบขันก็ไม่ใช่ข้อ แก่ตัว ถ้ามีการกระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำนั้น และการกล่าวหรือไขข่าวที่จะเป็นความผิดตาม มาตรา 423 นี้ ข้อความที่กล่าวหรือไขข่าวต้องเป็นข้อความที่ฝ่าฝืนต่อความจริง คือ ไม่ตรงกับความจริง แม้จะไม่มีใครเชื่อว่าเป็นความจริงตามที่กล่าวหรือไขข่าวนั้น และข้อความที่กล่าวหรือไขข่าวนั้นจะต้อง

³⁴ ศักดิ์ สนองชาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 32. หน้า 18.

³⁵ ไพจิตร บุญญพันธุ์. (2538). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ. หน้า 33.

³⁶ มาตรา 423 “ผู้ใดกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริงเป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของบุคคลอื่นก็ดี หรือเป็นที่เสียหายแก่ทางทำมาหาได้ หรือทางเจริญของเขาโดยประการอื่นก็ดี ท่านว่าผู้นั้นจะต้อง ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เขาเพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันเกิดแต่การนั้น แม้ทั้งเมื่อตนมิได้รู้ว่าข้อความนั้นไม่จริง แต่หากควรจะรู้ได้

ผู้ใดส่งข่าวสารอันตนมิได้รู้ว่าเป็นความไม่จริง หากว่าตนเองหรือผู้รับข่าวสารนั้นมีทางได้เสียโดยชอบในการ นั้นด้วยแล้ว ท่านว่าเพียงที่ส่งข่าวสารเช่นนั้นหาทำให้ผู้นั้นต้องรับผิดค่าสินไหมทดแทนไม่”

³⁷ ไพจิตร บุญญพันธุ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 35. หน้า 53.

เป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้อื่นประการหนึ่ง หรือเป็นที่เสียหายแก่ทางทำมาหาได้ หรือทางเจริญของเขาอีกประการหนึ่ง³⁸

จะเห็นได้ว่า การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 423 นั้น เป็นการคุ้มครองใน ลักษณะการห้ามเปิดเผยข้อมูล ซึ่งข้อมูลนั้นจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่นหรือไม่ก็ตาม ถ้าเป็นการ ฝ่าฝืนต่อความจริงและเป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณ หรือทางทำมาหาได้ หรือทาง เจริญของผู้อื่นแล้ว ผู้กล่าวหรือไขข่าวต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย เว้นแต่จะเข้า ข้อยกเว้นตามวรรคสอง

3.1.2.3 การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามประมวลกฎหมายอาญา³⁹

การคุ้มครองตามประมวลกฎหมายอาญา เป็นการมุ่งให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษ ทางอาญา โดยสามารถนำประมวลกฎหมายอาญามาปรับใช้กับเรื่องการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ ส่วนตัวของบุคคลได้ เนื่องจากมีการให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลส่วนบุคคลไว้ ดังนี้

ก) ความผิดฐานเจ้าพนักงานเปิด กัก หรือทำลายจดหมายหรือ โทรเลขของผู้อื่น หรือเปิดเผยข้อความที่ส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข หรือโทรศัพท์ (มาตรา 163)⁴⁰

มาตรานี้เอาผิดกับเจ้าพนักงานซึ่งมีหน้าที่ในการไปรษณีย์ โทรเลข หรือโทรศัพท์ ไม่ ว่าเจ้าพนักงานจะสังกัดกระทรวง ทบวง กรมใด

ตาม (1) คำว่า “ผู้อื่น” หมายความว่า ผู้ไม่มีสิทธิรับจดหมายหรือสิ่งอื่นที่ส่งทาง ไปรษณีย์ หรือ โทรเลข

ตาม (2) คำว่า “ทำให้เสียหาย” หมายความว่า ทำให้มรphyชำรุด หรือบุบสลาย หรือทำ ให้หมดความสวยงามหรือทำให้ความสวยงามลดลง

³⁸ ไพจิตร ปุญญพันธ์. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 35. หน้า 53.

³⁹ ปริญญา โรหิตาตนิ. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 27. หน้า 77.

⁴⁰ มาตรา 163 “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานมีหน้าที่ในการไปรษณีย์ โทรเลข หรือ โทรศัพท์ กระทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่ ดังต่อไปนี้

- (1) เปิด หรือยอมให้ผู้อื่นเปิดจดหมายหรือสิ่งอื่นที่ส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข
 - (2) ทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้สูญหาย หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้ สูญหายซึ่งจดหมายหรือสิ่ง อื่นที่ส่งทางไปรษณีย์หรือ โทรเลข
 - (3) กัก ส่งให้ผิดทาง หรือส่งให้แก่บุคคลซึ่งรู้ว่ามิใช่เป็นผู้ควรรับ ซึ่งจดหมายหรือสิ่งอื่นที่ส่งทางไปรษณีย์หรือโทร เลข หรือ
 - (4) เปิดเผยข้อความที่ส่งทางทางไปรษณีย์หรือ โทรเลขหรือทางโทรศัพท์
- ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

“ทำลาย” หมายความว่า ทำให้ทรัพย์สินหมดไป ไม่ว่าจะเมื่อทำลายแล้วจะมีซาก หรือซาก เหลืออยู่หรือไม่ก็ตาม แต่ทรัพย์สินที่ถูกทำลายไม่อยู่ในลักษณะที่เป็น “ทรัพย์สิน” ตามที่เป็นอยู่ก่อนทำลาย

“ทำให้สูญหาย” หมายความว่า ทำให้หาไม่พบ

ตาม (3) คำว่า “ส่งให้ผิดทาง” หมายความว่า ส่งให้ผิดสถานที่ที่ควรส่ง

ตาม (4) คำว่า “เปิดเผย” หมายความว่า อาจกระทำโดยผู้กระทำเองไม่รู้ข้อความก็ได้ เช่น ผู้กระทำอ่านภาษาอังกฤษไม่ออก แต่เอาข้อความที่เขียนเป็นภาษาอังกฤษไปเปิดเผยโดยให้ผู้อื่น อ่าน เป็นต้น

ข) ความผิดฐานเปิดเผยจดหมาย โทรเลข หรือเอกสาร (มาตรา 322)⁴¹

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ไม่ใช่ความลับโดยตรง แต่เป็นสิทธิส่วนตัว ของบุคคล ซึ่งความผิดตามมาตรานี้เกี่ยวกับจดหมาย โทรเลข หรือเอกสารเท่านั้น โดยเป็นจดหมายหรือ เอกสารที่มีเรื่องส่วนตัวของบุคคลอยู่ในนั้น และจดหมาย โทรเลข หรือเอกสารนั้นต้องปิดผนึก โดยจะ ปิดผนึกโดยวิธีการใดๆ ก็ได้⁴² การปิดผนึก แสดงว่าเจ้าของหรือผู้ครอบครองไม่ประสงค์จะให้ผู้อื่น ทราบข้อความ ฉะนั้นประมวลกฎหมายอาญา จึงถือว่าเป็นความลับในตัวของมันเอง แม้ความจริง ข้อความจะไม่เป็นความลับ การเปิดผนึกหรือเอาไปก็เป็นความผิด “การเปิดผนึก” คือ การทำให้ผนึกที่ ปิดไว้ในวันเปิดออก ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นว่าจะล่วงรู้ข้อความหรือไม่

ความผิดตามมาตรานี้จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นน่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้ หนึ่งผู้ใด⁴³ โดยความเสียหายในที่นี้ หมายถึง ความเสียหายในทุกทาง และความเสียหายยังไม่จำเป็นต้องเกิด แล้ว เป็นแต่ “น่าจะเกิด” ก็เป็นความผิดได้⁴⁴ ความผิดตามมาตรานี้ สำเร็จเมื่อมีการเปิดผนึกหรือมีการเอา ไป แม้ผู้กระทำจะยังไม่ทันได้ล่วงรู้หรือยังไม่ทันเอาข้อความออกเปิดเผย

ค) ความผิดฐานเปิดเผยความลับที่ได้มาในหน้าที่หรือจากอาชีพหรือจาก การศึกษาอบรม

⁴¹ มาตรา 322 “ผู้ใดเปิดผนึกหรือเอาจดหมาย โทรเลข หรือเอกสารใดๆ ซึ่งปิดผนึกของผู้อื่นไป เพื่อล่วงรู้ข้อความก็ดี เพื่อนำข้อความในจดหมาย โทรเลข หรือเอกสารเช่นว่านั้นออกเปิดเผยก็ดี ถ้าการกระทำนั้นน่าจะเกิดความเสียหายแก่ ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁴² สัตยชัย สัจจวานิช. (2525). คำอธิบายกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง. กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครการพิมพ์. หน้า 430.

⁴³ เรื่องเดียวกัน. หน้า 431.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน. หน้า 431.

(มาตรา 323)⁴⁵

ความผิดตามวรรคแรกของมาตรานี้เกี่ยวกับความลับของบุคคลอื่นอันตนได้ล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับนั้น โดยเหตุที่ตนเป็น เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ ประกอบอาชีพเป็นแพทย์ เกษัตริกรคนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความ หรือผู้สอบบัญชี หรือเป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพดังกล่าว แล้วเปิดเผยความลับนั้น

การเปิดเผยความลับ คือ การนำไปแจ้งแก่บุคคลอื่นต่อไป ทั้งนี้โดยผู้กระทำเองไม่จำเป็นต้องทราบความลับมาก่อน เช่น ข้อความที่เป็นความลับในซองที่ผนึกอยู่ ผู้กระทำได้มอบให้บุคคลอื่นไปทิ้งของโดยมิได้อ่านข้อความนั้นมาก่อน ส่วนคำว่า “ความลับ” นั้น หมายถึง ข้อความซึ่งผู้มีประโยชน์ได้เสียประสงค์จะปกปิด โดยยอมให้รู้ภายในวงบุคคลอันจำกัด

อนึ่ง การเปิดเผยความลับต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา การกระทำโดยประมาทไม่เป็นการผิด⁴⁶ กล่าวคือ ผู้กระทำต้องทราบว่าสิ่งที่ตนเปิดเผยนั้นเป็นความลับ แต่เจตนาไม่จำเป็นต้องคลุมถึงว่า การเปิดเผยความลับนั้นน่าจะเกิดความเสียหายให้แก่ผู้ใดหรือไม่ เพียงมีเจตนาเปิดเผยความลับอันตนได้ล่วงรู้ก็เป็นความผิด

3.1.2.4 การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายเฉพาะ

การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายเฉพาะ คือ บทบัญญัติกฎหมายที่ให้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นการเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณี กฎหมายเฉพาะที่บัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล มีดังนี้

ก) พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540⁴⁷

พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 นี้เป็นการให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในความคุ้มครองของภาครัฐเท่านั้น มีบทบัญญัติดังต่อไปนี้

มาตรา 4 “ในพระราชบัญญัตินี้

“ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล” หมายความว่า ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล เช่น การศึกษา สถานะทางการเงิน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรม หรือประวัติการทำงาน

⁴⁵ มาตรา 323 “ผู้ใดล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่น โดยเหตุเป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็นแพทย์ เกษัตริกรคนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความ หรือผู้สอบบัญชี หรือโดยเหตุที่ เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพนั้น แล้วเปิดเผยความลับนั้นในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁴⁶ สัตยชัย สัจจวานิช. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 42. หน้า 432.

⁴⁷ จีราวัฒน์ วรรณธำรง. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1. หน้า 52-56.

บรรดาที่มีชื่อของผู้นั้นหรือมีเลขหมายรหัส หรือสิ่งบอกลักษณะอื่นที่ทำให้รู้ตัวผู้ นั้นได้ เช่น ลายพิมพ์ นิ้วมือ แผ่นบันทึกลักษณะเสียงของคนหรือรูปถ่าย และให้หมายความรวมถึงข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่ง เฉพาะตัวของผู้ที่ถึงแก่กรรมแล้วด้วย”

มาตรา 15 “ข้อมูลข่าวสารของราชการที่มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีคำสั่งมิให้เปิดเผยก็ได้ โดยคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตาม กฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ละประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกัน

๑๗๗

(1) รายงานการแพทย์หรือข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลซึ่งการเปิดเผยจะเป็นการ รุกล้ำสิทธิส่วนบุคคลโดยไม่สมควร

๑๗๘

มาตรา 21 “เพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้ “บุคคล” หมายความว่า บุคคลธรรมดาที่มี สัญชาติไทยและบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทยแต่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย”

มาตรา 22 “สำนักข่าวกรองแห่งชาติ สำนักงานสภาพความมั่นคงแห่งชาติ และ หน่วยงานของรัฐแห่งอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง อาจออกระเบียบ โดยความเห็นชอบของ คณะกรรมการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่มีให้นำบทบัญญัติวรรคหนึ่ง (3) ของมาตรา 23 มาใช้บังคับกับข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่อยู่ในความควบคุมดูแลของหน่วยงานดังกล่าวก็ได้

หน่วยงานของรัฐแห่งอื่นที่จะกำหนดในกฎกระทรวงตามวรรคหนึ่งนั้น ต้อง เป็นหน่วยงานของรัฐซึ่งการเปิดเผยประเภทข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลตามมาตรา 23 วรรคหนึ่ง (3) จะ เป็นอุปสรรคร้ายแรงต่อการดำเนินการของหน่วยงานดังกล่าว”

มาตรา 23 “หน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดระบบข้อมูลข่าวสาร ส่วนบุคคลดังต่อไปนี้

(1) ต้องจัดให้มีระบบข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลเพียงเท่าที่เกี่ยวข้อและจำเป็น เพื่อการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์เท่านั้น และยกเลิกการจัดให้มีระบบ ดังกล่าวเมื่อหมดความจำเป็น

(2) พยายามเก็บข้อมูลข่าวสารโดยตรงจากเจ้าของข้อมูล โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน กรณีที่จะกระทบถึงประโยชน์ได้เสียโดยตรงของบุคคลนั้น

(3) จัดให้มีการพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาและตรวจสอบแก้ไขให้ถูกต้องอยู่ เสมอเกี่ยวกับสิ่งดังต่อไปนี้

(ก) ประเภทของบุคคลที่มีการเก็บข้อมูลไว้

- (ข) ประเภทของระบบข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล
- (ค) ลักษณะการใช้ข้อมูลตามปกติ
- (ง) วิธีการตรวจสอบข้อมูลข่าวสารของเจ้าของข้อมูล
- (จ) วิธีการขอให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูล
- (ฉ) แหล่งที่มาของข้อมูล

(4) ตรวจสอบแก้ไขข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลในความรับผิดชอบให้ถูกต้อง
อยู่เสมอ

(5) จัดระบบรักษาความปลอดภัยให้แก่ระบบข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลตาม
ความเหมาะสมเพื่อป้องกันมิให้มีการนำไปใช้โดยไม่เหมาะสมหรือเป็นผลร้ายต่อเจ้าของข้อมูล

ในกรณีที่เก็บข้อมูลข่าวสารโดยตรงจากเจ้าของข้อมูล หน่วยงานของรัฐต้อง
แจ้งให้เจ้าของข้อมูลทราบล่วงหน้าหรือพร้อมกับการขอข้อมูลถึงวัตถุประสงค์ที่จะนำข้อมูลมาใช้
ลักษณะการใช้ข้อมูลตามปกติ และกรณีที่ขอข้อมูลนั้นเป็นกรณีนี้อาจให้ข้อมูลได้โดยความสมัครใจ
หรือเป็นกรณีมีกฎหมายบังคับ

หน่วยงานของรัฐต้องแจ้งให้เจ้าของข้อมูลทราบในกรณีมีการให้จัดส่งข้อมูล
ข่าวสารส่วนบุคคลไปยังที่ใด ซึ่งจะเป็นผลให้บุคคลทั่วไปทราบข้อมูลข่าวสารนั้นได้ เว้นแต่เป็นไปตาม
ลักษณะการใช้ข้อมูลตามปกติ

มาตรา 24 “หน่วยงานของรัฐจะเปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่อยู่ในความ
ครอบครองดูแลของตนต่อหน่วยงานของรัฐแห่งอื่นหรือผู้อื่น โดยปราศจากความยินยอมเป็นหนังสือ
ของเจ้าของข้อมูลที่ให้ไว้ล่วงหน้าหรือในขณะนั้นมีได้ เว้นแต่เป็นการเปิดเผยดังต่อไปนี้

(1) ต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานของตนเพื่อการนำไปใช้ตามอำนาจ
หน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้น

(2) เป็นการใช้อ้างอิงข้อมูลตามปกติภายในวัตถุประสงค์ของการจัดให้มีระบบ
ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลนั้น

(3) ต่อหน่วยงานของรัฐที่ทำงานด้านการวางแผนหรือหน่วยงานของรัฐการ
สถิติหรือสำมะโนต่างๆ ซึ่งมีหน้าที่ต้องรักษาข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลไว้ไม่ให้เปิดเผยต่อไปยังผู้อื่น

(4) เป็นการให้เพื่อประโยชน์ในการศึกษาวิจัยโดยไม่ระบุชื่อหรือส่วนที่ทำให้
รู้ว่าเป็นข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับบุคคลใด

(5) ต่อหอจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตาม
มาตรา 26 วรรคหนึ่ง เพื่อการตรวจดูคุณค่าในการเก็บรักษา

(6) ต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อการป้องกันการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย การสืบสวน การสอบสวน หรือการฟ้องคดี มุ่งว่าเป็นคดีประเภทใดก็ตาม

(7) เป็นการให้ซึ่งจำเป็นเพื่อการป้องกันหรือระงับอันตรายต่อชีวิตหรือสุขภาพของบุคคล

(8) ต่อศาล และเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะขอข้อเท็จจริงดังกล่าว

(9) กรณีอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลตามวรรคหนึ่ง (3) (4) (5) (6) (7) (8) และ (9) ให้มีการจัดทำบัญชีแสดงการเปิดเผยกำกับไว้กับข้อมูลข่าวสารนั้น ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง”

มาตรา 25 “ภายใต้บังคับมาตรา 14 และมาตรา 15 บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะได้รับรู้ถึงข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตน และเมื่อบุคคลนั้นมีคำขอเป็นหนังสือ หน่วยงานของรัฐที่ควบคุมดูแลข้อมูลข่าวสารนั้นจะต้องให้บุคคลนั้นหรือผู้กระทำการแทนบุคคลนั้น ได้ตรวจสอบหรือได้รับสำเนาข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับบุคคลนั้น และให้นำมาตรา 9 วรรคสอง และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม

การเปิดเผยรายงานการแพทย์ที่เกี่ยวกับบุคคลใด ถ้ากรณีเหตุอันควร เจ้าหน้าที่ของรัฐจะเปิดเผยต่อเฉพาะแพทย์ที่บุคคลนั้นมอบหมายก็ได้

ถ้าบุคคลใดเห็นว่า ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตนส่วนใดไม่ถูกต้องตามที่แท้จริง ให้มีสิทธิยื่นคำขอเป็นหนังสือให้หน่วยงานของรัฐที่ควบคุมดูแลข้อมูลข่าวสารแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือลบข้อมูลข่าวสารส่วนนั้นได้ ซึ่งหน่วยงานของรัฐจะต้องพิจารณาคำขอดังกล่าว และแจ้งให้บุคคลนั้นทราบโดยไม่ชักช้า

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือลบข้อมูลข่าวสารให้ตรงตามที่มิคำขอ ให้ผู้นั้นมีสิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งไม่ยินยอมแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือลบข้อมูลข่าวสาร โดยยื่นคำอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการ และไม่ว่ากรณีใดๆ ให้เจ้าของข้อมูลมีสิทธิร้องขอให้หน่วยงานของรัฐหมายเหตุคำขอของตนแนบไว้กับข้อมูลข่าวสารส่วนที่เกี่ยวข้องได้

ให้บุคคลตามที่กำหนดในกฎกระทรวงมีสิทธิดำเนินตามมาตรา 23 และมาตรา 24 และมาตรานี้แทนผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ หรือเจ้าของข้อมูลที่ตั้งแก่กรรมแล้วได้”

ข) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ. 2545 เป็นบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะที่ให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่จัดเก็บในภาคเอกชน แต่ให้ความคุ้มครองเฉพาะข้อมูลเครดิตเท่านั้น โดยมีสาระสำคัญดังนี้

1) วัตถุประสงค์ของกฎหมาย⁴⁸

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้สถาบันการเงินหรือนิติบุคคลที่ประกอบกิจการเกี่ยวกับการให้สินเชื่อมีข้อมูลเกี่ยวกับฐานะทางการเงินและประวัติการชำระหนี้ของผู้ขอสินเชื่อที่ถูกต้องครบถ้วนเพื่อประกอบการพิจารณาของสถาบันการเงินหรือนิติบุคคลผู้ให้สินเชื่อในการให้สินเชื่อแก่ผู้ขอสินเชื่อ รวมทั้งการให้คุ้มครองข้อมูลของเจ้าของข้อมูล

2) ขอบเขตของกฎหมายและข้อมูลที่ต้องการคุ้มครอง

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีผู้คุ้มครองเฉพาะข้อมูลเครดิตหรือข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับสินเชื่อของผู้ขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินหรือนิติบุคคลที่ประกอบกิจการเกี่ยวกับการให้สินเชื่อเท่านั้น ข้อมูลที่ต้องการคุ้มครองระบุในนิยาม ดังนี้

มาตรา 3

“ข้อมูล” หมายความว่า สิ่งสื่อความหมายให้รู้เรื่องราวข้อเท็จจริงของข้อมูลเครดิตหรือคะแนนเครดิต ไม่ว่าจะสื่อความหมายนั้นจะทำโดยสภาพของสิ่งนั้นเอง หรือโดยผ่านวิธีการใดๆ และไม่ว่าจะได้จัดทำในรูปของเอกสาร แฟ้ม รายงาน หนังสือ แผนผัง แผนที่ ภาพวาด ภาพถ่าย ฟิล์ม การบันทึกภาพหรือเสียง การบันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือวิธีอื่นใดที่ทำให้สิ่งนั้นบันทึกไว้ปรากฏได้

“ข้อมูลเครดิต” หมายความว่า ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้ำที่ขอสินเชื่อ ดังต่อไปนี้

(1) ข้อเท็จจริงที่บ่งชี้ถึงตัวลูกค้ำและคุณสมบัติของลูกค้ำที่ขอสินเชื่อ

(ก) กรณีบุคคลธรรมดา หมายถึง ชื่อ ที่อยู่ วันเดือนปีเกิด สถานภาพ การสมรส อาชีพ เลขที่บัตรประจำตัวประชาชน หรือบัตรประจำตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหนังสือเดินทาง และเลขประจำตัวผู้เสียภาษีอากร (ถ้ามี)

⁴⁸ จิราวัฒน์ วรวัฒน์ธำรง. อ่างแล้ว เริงอรรถที่ 1. หน้า 57.

(ข) กรณีนิติบุคคล หมายถึง ชื่อ สถานที่ตั้ง เลขที่ทะเบียนการจัดตั้งนิติบุคคลหรือเลขประจำตัวผู้เสียภาษีอากร

(2) ประวัติการขอและการได้รับอนุมัติสินเชื่อ และการชำระสินเชื่อของลูกค้าที่ขอสินเชื่อรวมทั้งประวัติการชำระราคาสินค้าหรือบริการโดยบัตรเครดิต

“ข้อมูลห้ามจัดเก็บ” หมายความว่า ข้อมูลของบุคคลธรรมดาที่ไม่เกี่ยวกับการรับบริการ การขอสินเชื่อ หรือที่มีผลกระทบต่อความรู้สึกหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายหรือมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้เป็นเจ้าของข้อมูลอย่างชัดเจน ดังต่อไปนี้

(ก) ลักษณะพิการทางร่างกาย

(ข) ลักษณะทางพันธุกรรม

(ค) ข้อมูลของบุคคลที่อยู่ผู้ในกระบวนการสอบสวนหรือพิจารณาคดีอาญา

(ง) ข้อมูลอื่นใดที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

“เจ้าของข้อมูล” หมายความว่า บุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลใดๆ ซึ่งเป็นนิติบุคคลเจ้าของข้อมูล หรือเป็นเจ้าของประวัติลูกค้าผู้ขอใช้บริการจากสมาชิกไม่ว่าจะเป็นการขอสินเชื่อหรือบริการอื่นใด

3) การประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต สิทธิและหน้าที่ของบริษัทข้อมูลเครดิตสมาชิก และเจ้าของข้อมูลเครดิต⁴⁹

มาตรา 9 “ห้ามมิให้ผู้ใดนอกจากบริษัทข้อมูลเครดิตประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต”

มาตรา 10 “ห้ามมิให้บริษัทข้อมูลเครดิต ผู้รวบรวมข้อมูลและผู้ประมวลผลข้อมูลจัดเก็บข้อมูลห้ามจัดเก็บ”

มาตรา 16 “บริษัทข้อมูลเครดิตต้องทำการประมวลผลข้อมูลจากสมาชิกหรือจากแหล่งข้อมูลที่เชื่อถือได้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด”

มาตรา 20 “ให้บริษัทข้อมูลเครดิตเปิดเผยหรือให้ข้อมูลแก่สมาชิกหรือผู้ใช้บริการที่ประสงค์จะใช้ข้อมูล เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์สินเชื่อและการออกบัตรเครดิต โดยในการเปิดเผยหรือให้ข้อมูลดังกล่าวจะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลก่อนทุกครั้ง เว้นแต่เจ้าของ

⁴⁹ นรินทร์ จุ่มศรี. อ่างแก้ว เจริญธรรมที่ 9. หน้า 126.

ข้อมูลได้ให้ความยินยอมไว้เป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด”

นอกจากการเปิดเผยหรือให้ข้อมูลแก่สมาชิกหรือผู้ใช้บริการตามวรรคหนึ่ง ให้บริษัทข้อมูลเครดิตเปิดเผยหรือให้ข้อมูลได้ในกรณีดังต่อไปนี้ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากเจ้าของข้อมูลก่อน

(1) เมื่อมีคำสั่งศาลหรือตามหมายศาลหรือเป็นข้อมูลเกี่ยวกับการฟ้องร้องคดีต่างๆ ที่เปิดเผยต่อสาธารณะ

(2) เมื่อมีหนังสือจากพนักงานสอบสวนเพื่อประโยชน์ในการสอบสวนความผิดอาญาเกี่ยวกับธุรกิจการเงินซึ่งคนเป็นผู้รับผิดชอบการสอบสวนคดีดังกล่าว

(3) เมื่อมีหนังสือจากกระทรวงการคลัง ธนาคารแห่งประเทศไทย คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติการในการกำกับดูแลหรือตรวจสอบสถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

(4) เมื่อมีหนังสือจากบริษัทตลาดรองสินเชื่อเพื่อที่อยู่อาศัยตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทตลาดรองสินเชื่อเพื่อที่อยู่อาศัย หรือนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์เพื่อใช้ประโยชน์ในการประเมินฐานะสินทรัพย์ที่นำมาแปลงเป็นหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น ตามความจำเป็นแห่งกรณี

(5) เมื่อมีหนังสือจากบริษัทบริหารสินทรัพย์ไทยตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทบริหารสินทรัพย์ไทย บริษัทบริหารสินทรัพย์สถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทบริหารสินทรัพย์สถาบันการเงิน หรือบริษัทบริหารสินทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทบริหารสินทรัพย์ เพื่อใช้ประโยชน์ในการประเมินราคาสินทรัพย์ที่รับซื้อหรือรับโอนตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น ตามความจำเป็นแห่งกรณี

ทั้งนี้ การเปิดเผยหรือให้ข้อมูลตาม (4) หรือ (5) ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ

เมื่อมีการเปิดเผยหรือให้ข้อมูลตามวรรคสองแล้ว ให้บริษัทข้อมูลเครดิตแจ้งเป็นหนังสือแก่เจ้าของข้อมูลทราบภายในสามสิบวันนับแต่วันเปิดเผยหรือให้ข้อมูล ในกรณีที่ข้อมูลโดยรวมของสถาบันการเงินแห่งหนึ่งแห่งใดให้แจ้งแก่สถาบันการเงินนั้นทราบ

มาตรา 22 “ผู้ใช้บริการมีหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) ใช้ข้อมูลตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดตามมาตรา 20 เท่านั้น

(2) ห้ามมิให้เปิดเผยหรือเผยแพร่ข้อมูลแก่ผู้อื่นที่ไม่มีสิทธิรับรู้ข้อมูล”

มาตรา 23 “ให้ผู้ที่ได้รับข้อมูลตามมาตรา 20 วรรคสอง ใช้ข้อมูลดังกล่าวเพื่อประโยชน์แต่เฉพาะการนั้นและต้องเก็บรักษาข้อมูลดังกล่าวไว้เป็นความลับในที่ปลอดภัยเพื่อมิให้ผู้อื่นได้รับรู้ข้อมูลนั้น”

มาตรา 24 “ภายใต้บังคับมาตรา 20 ห้ามมิให้บุคคลดังต่อไปนี้เปิดเผยข้อมูล

(1) บริษัทข้อมูลเครดิต ผู้ควบคุมข้อมูล ผู้ประมวลผลข้อมูล สมาชิก หรือ
ผู้ใช้บริการ

(2) ผู้ซึ่งรู้ข้อมูลจากการทำงานหรือปฏิบัติหน้าที่ใน (1)

(3) ผู้ซึ่งรู้ข้อมูลจากบุคคลตาม (1) หรือ (2)”

4) สิทธิของเจ้าของข้อมูล

มาตรา 25 “เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองให้ความเป็นธรรมแก่เจ้าของข้อมูล ให้เจ้าของข้อมูลมีสิทธิดังต่อไปนี้

(1) สิทธิที่จะรับรู้ว่าบริษัทข้อมูลเครดิตเก็บรักษาข้อมูลใดของตน

(2) สิทธิที่จะตรวจสอบข้อมูลของตน

(3) สิทธิที่จะแก้ไขข้อมูลที่ไม่ถูกต้อง

(4) สิทธิที่จะโต้แย้งเมื่อทราบว่าข้อมูลของตนไม่ถูกต้อง

(5) สิทธิที่จะได้รับแจ้งผลการตรวจสอบข้อมูลของตนภายในระยะเวลาที่

กำหนด

(6) สิทธิที่จะได้รับทราบเหตุแห่งการปฏิเสธคำขอสินเชื่อหรือบริการจากสถาบันการเงิน ในกรณีที่สถาบันการเงินใช้ข้อมูลของบริษัทข้อมูลเครดิตมาเป็นเหตุแห่งการปฏิเสธคำขอสินเชื่อหรือบริการ

(7) สิทธิที่จะอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการตามมาตรา 27

เจ้าของข้อมูลอาจเสียค่าธรรมเนียมในการตรวจสอบข้อมูลตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ทั้งนี้ไม่เกินสองร้อยบาท”

ค) ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ.

ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล จะมีก็แต่เพียงร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. เท่านั้นที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรีเมื่อเดือนตุลาคม 2557 และยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ โดยมีเหตุผลและความ

จำเป็นในการเสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว คือ ปัจจุบันมีการล่วงละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปแสวงหาประโยชน์หรือเปิดเผยโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจนทำให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ หรือความเสียหายแก่บุคคลดังกล่าว จึงกำหนดให้มีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นการทั่วไป เพื่อให้มีมาตรการคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากข้อมูลส่วนบุคคล

สรุปสาระสำคัญของร่างกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล⁵⁰

1) ข้อมูลส่วนบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครอง ได้แก่ ข้อมูลเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล เช่น การศึกษา ฐานะการเงิน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรม ประวัติการทำงาน หรือประวัติกิจกรรม บรรดาที่มีชื่อของบุคคลนั้นหรือมีเลขหมาย รหัส หรือสิ่งบอกลักษณะอื่นที่ทำให้รู้ตัวบุคคลนั้นได้ เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ แผ่นบันทึกลักษณะเสียงของคน หรือรูปถ่าย และให้หมายความรวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของผู้ที่ถึงแก่กรรมแล้วด้วย (มาตรา 3)

2) ข้อยกเว้น โดยพระราชบัญญัตินี้ไม่ให้ใช้บังคับแก่

(1) หน่วยงานของรัฐที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายว่าด้วยข้อมูลข่าวสารของราชการ เว้นแต่รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ (2) บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อประโยชน์ส่วนตนหรือนิติบุคคลนั้นเท่านั้น โดยมีให้บุคคลอื่นใช้ข้อมูลส่วนบุคคลนั้นหรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้นต่อผู้อื่น (3) บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวมไว้เฉพาะเพื่อกิจการสื่อมวลชน งานศิลปกรรม หรืองานวรรณกรรมเท่านั้น (มาตรา 5)

3) กำหนดให้มีคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลทำหน้าที่กำหนดนโยบาย มาตรการ หรือแนวทางการดำเนินการเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และออกระเบียบหรือประกาศเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ (มาตรา 7-15)

4) ห้ามเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลก่อน ซึ่งเป็นการสอดคล้องกับหลักสากล ส่วนการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยได้เป็นข้อยกเว้นและการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ เช่น จะต้องแจ้งวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผย และการขอความยินยอม ต้องไม่หลอกลวงหรือทำให้เจ้าของข้อมูลเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ดังกล่าว และความยินยอมดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือ โดยคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมีอำนาจ

⁵⁰ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2557). บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ.

กำหนดแบบ หรือข้อความในการขอความยินยอมได้ และมีอำนาจประกาศกำหนดประมวลจริยธรรมในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลด้วย (มาตรา 16 และ มาตรา 18-30)

5) ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลมีหน้าที่เก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล โดยเฉพาะหน้าที่เก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลตามระยะเวลาที่กำหนดหรือเท่าที่จำเป็นตามวัตถุประสงค์หน้าที่จัดให้มีระบบรักษาความมั่นคงปลอดภัยแก่ข้อมูลส่วนบุคคล และหน้าที่แก้ไขข้อมูลส่วนบุคคลให้ถูกต้อง ครบถ้วน และเป็นปัจจุบันตามที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลร้องขอ หรือเมื่อจะใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลนั้น (มาตรา 17 และ มาตรา 31-33)

6) กำหนดสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เช่น ขอตรวจข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับตน หรือขอให้เปิดเผยถึงการได้มาซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับตน ในกรณีที่เป็นข้อมูลซึ่งไม่ได้ให้ความยินยอมมาก่อน (มาตรา 41-44)

7) ข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนดให้การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไม่ต้องขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ได้แก่ (1) เพื่อปฏิบัติตามกฎหมาย (2) เพื่อประโยชน์ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลและการขอความยินยอมไม่สามารถดำเนินการได้ในเวลานั้น (3) เพื่อประโยชน์เกี่ยวกับชีวิต สุขภาพ หรือความปลอดภัยของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (4) เพื่อประโยชน์แก่การสอบสวนของพนักงานสอบสวน หรือการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล (5) เพื่อประโยชน์ในการศึกษาวิจัยหรือสถิติโดยจะต้องเก็บข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อ การนั้นไว้เป็นความลับ ทั้งนี้ต้องแจ้งให้สำนักงานข้อมูลข่าวสารของราชการทราบก่อนที่จะเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยตามหลักเกณฑ์ที่สำนักงานฯ ประกาศกำหนด และ(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง (มาตรา 19)

8) กำหนดความรับผิดทางละเมิดแก่ผู้ที่เก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยโดยไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ โดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้รับความเสียหาย เว้นแต่ (1) ผู้นั้นจะพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายนั้นเกิดจากเหตุสุดวิสัย (2) เป็นการกระทำตามกฎหมายหรือตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ (3) เป็นการกระทำตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติกรตามอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย (4) ความเสียหายที่เกิดขึ้นเกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั่นเอง (มาตรา 43)

9) เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิร้องเรียนต่อคณะกรรมการตรวจสอบข้อมูลซึ่งแต่งตั้งโดยคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และคณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจตรวจสอบการกระทำใดๆ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลกับผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล รวมทั้งมีอำนาจสั่งให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลระงับหรือแก้ไขการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายได้

นอกจากนี้ เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งไม่พอใจมีสิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลได้ (มาตรา 45-48)

10) บทกำหนดโทษ แบ่งออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่

(1) บททั่วไป เป็นบทกำหนดโทษกรณีนิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิด ซึ่งกรรมการผู้จัดการ และนิติบุคคลต้องรับโทษ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้รู้เห็นหรือยินยอมในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น (มาตรา 52)

(2) โทษปรับทางปกครอง ให้ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารทางราชการเป็นผู้มีอำนาจลงโทษทางปกครอง ซึ่งบทลงโทษประเภทนี้จะใช้กับความผิดเล็กน้อยหรือความผิดที่ไม่ใช่หลักการสำคัญของพระราชบัญญัตินี้ เช่น ความผิดฐานไม่มาให้ถ้อยคำ ความผิดฐานไม่ทำบัตรประจำตัวลูกจ้าง ความผิดฐานไม่แก้ไขข้อมูลส่วนบุคคลให้ถูกต้องก่อนใช้ ความผิดฐานไม่แจ้งวัตถุประสงค์ในการขอความยินยอม เป็นต้น ซึ่งคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลจะประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาโทษปรับทางปกครอง และหากผู้ถูกลงโทษไม่ยอมชำระค่าปรับจะถูกมาตรการบังคับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (มาตรา 53-55)

(3) โทษทางอาญา จะใช้กับความผิดสำคัญๆ เช่น ความผิดฐานเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ได้รับความยินยอมหรือความผิดฐานไม่จัดให้มีระบบรักษาความมั่นคงปลอดภัยแก่ข้อมูลส่วนบุคคล เป็นต้น โดยกำหนดให้มีบทเปรียบเทียบสำหรับความผิดที่มีโทษปรับสถานเดียวไว้ด้วย (มาตรา 56-59)

จะเห็นได้ว่าร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นการทั่วไป ซึ่งเดิมคงมีแต่กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานรัฐตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 หรือการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเฉพาะบางเรื่อง เช่น ข้อมูลเครดิตตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ. 2545 และเป็นกฎหมายที่แก้ไขเยียวยาความเสียหายจากการละเมิดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งเดิมคงมีแต่การเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นอกจากนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า บทบัญญัติของร่างกฎหมายดังกล่าว เป็นการเอื้อประโยชน์ในการทำสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศอย่างยิ่งซึ่งการทำสัญญานี้จะต้องมีการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเกี่ยวกับการใช้บริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้ใช้บริการให้แก่ผู้ให้บริการ

โทรศัพท์เคลื่อนที่ต่างประเทศด้วย ซึ่งร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไปนอกราชอาณาจักรไว้ ในมาตรา 29⁵¹

3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกกฎหมาย (Choice of Law) ที่จะนำมาใช้บังคับ

3.2.1 มาตรการทางกฎหมายต่างประเทศ

3.2.1.1 การปฏิเสธไม่ใช้กฎหมายต่างประเทศ⁵²

ศาลที่พิจารณาคดีอาจปฏิเสธไม่ใช้กฎหมายต่างประเทศได้ ถ้ามีเหตุผลประการใดประการหนึ่งดังต่อไปนี้ คือ ถ้ากฎหมายของต่างประเทศที่จะใช้บังคับนั้นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเพียงเฉพาะภายในขอบเขตดินแดนของต่างประเทศ เช่น กฎหมายภาษีอากร กฎหมายอาญา และกฎหมายมหาชนอื่น หรือถ้าข้อเท็จจริงที่ได้รับการพิจารณานั้นอยู่ภายใต้บังคับของ “กฎหมายที่พึงใช้บังคับทันที” หรือถ้าการบังคับตามกฎหมายต่างประเทศจะมีผลขัดต่อกฎหมายหรือหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน สามารถพิจารณาได้ดังนี้

1. การปฏิเสธไม่ใช้กฎหมายต่างประเทศโดยเหตุที่กฎหมายของต่างประเทศที่จะใช้บังคับนั้นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเพียงเฉพาะภายในขอบเขตดินแดนของต่างประเทศ เช่น กฎหมายภาษีอากร กฎหมายอาญา และกฎหมายมหาชนอื่นนั้น เนื่องจากกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับเอกชนภายในรัฐ โดยอาศัยหลักดินแดน กฎหมายดังกล่าวจึงไม่มีผลบังคับนอกอาณาเขตรัฐ กฎหมายดังกล่าวจึงไม่มีผลบังคับนอกอาณาเขตรัฐ และโดยหลักที่ว่ารัฐทุกรัฐเป็นรัฐอธิปไตยที่เท่าเทียม

⁵¹ มาตรา 29 “ห้ามเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไปนอกราชอาณาจักร โดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เว้นแต่

- (1) ได้รับยกเว้นตามมาตรา 19 (1) (2) หรือ (3)
- (2) เพื่อการดำเนินคดีนอกราชอาณาจักร
- (3) เป็นการปฏิบัติตามสัญญาที่ทำกับเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล หรือตามมาตรการที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลร้องขอเพื่อให้เป็นไปตามสัญญาที่จะทำขึ้น
- (4) เป็นผลหรือการปฏิบัติตามสัญญาที่ทำกับผู้อื่นเพื่อประโยชน์ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล
- (5) เพื่อการป้องกันหรือปราบปรามการฟอกเงินหรือการก่อการร้าย
- (6) มีความจำเป็นอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

⁵² ดำเนิน ทรรศน์ไพศาล. (2531). *กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาธุรกิจระหว่างประเทศ*. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 41.

กันและเสมอภาคกัน ดังนั้น รัฐอื่นจึงไม่ยอมรับบังคับกฎหมายภาษีอากร กฎหมายอาญา และกฎหมายมหาชนอื่นของรัฐหนึ่ง ในเขตอำนาจของศาลตน เพราะการกระทำเช่นนั้นจะเท่ากับเป็นการยอมรับอำนาจของรัฐอื่นภายในเขตดินแดนของตนเอง

2. การปฏิเสธไม่ใช้กฎหมายต่างประเทศโดยเหตุที่ข้อเท็จจริงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่พึงใช้บังคับทันที อาจเกิดขึ้นได้สองขั้นตอน โดยขั้นตอนแรก อาจเกิดขึ้นโดยการที่ศาลวินิจฉัยในเบื้องต้นว่า ข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายหรืออยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่พึงใช้บังคับทันที ขั้นตอนที่สอง อาจเกิดขึ้นเมื่อศาลพิจารณาคดีไปแล้วจึงพบว่า ข้อเท็จจริงที่คู่ความนำเสนอต่อศาลนั้นเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่พึงใช้บังคับทันที

ในคำร่าเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของฝรั่งเศสได้กล่าวถึงกฎหมายประเภทหนึ่งซึ่งต้องนำมาใช้กับนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในดินแดนของตนเสมอ กฎหมายประเภทนี้มีชื่อเรียกหลายชื่อ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคง กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ซึ่งแตกต่างไปจาก “หลักหรือแนวความคิดเรื่องความสงบเรียบร้อย”⁵³ จุดมุ่งหมายของกฎหมายประเภทนี้คือ “กำกับควบคุมนิติสัมพันธ์ที่อยู่ในดินแดนของตนตามความต้องการหรือนโยบายของรัฐโดยไม่ปล่อยให้เป็นเรื่องของเอกชนที่จะทำอะไรก็ได้” ศาสตราจารย์ Francescakis เรียกกฎหมายฉบับนี้ว่า “la loi d’application immediate” ซึ่งอาจารย์ชุมพร บัจจุสานนท์ ได้แปลเป็นภาษาไทยว่า “กฎหมายที่พึงใช้บังคับทันที”

กฎหมายที่พึงใช้บังคับทันที เป็นกฎหมายภายในทั่วไปของรัฐที่ศาลที่ทำการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นตั้งอยู่ โดยเป็นกฎหมายที่ถือว่าการปฏิบัติตามหรือการบังคับใช้กฎหมายเป็นเรื่องที่จำเป็น เพื่อรักษาโครงสร้างหรือระบบงานทางด้านเศรษฐกิจ การเมืองและสังคม เช่น กฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร กฎหมายเกี่ยวกับเงินตรา กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการปริวรรตเงิน หรือกฎหมายแรงงาน เป็นต้น

กฎหมายสารบัญญัติประเภทนี้เกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับ โครงสร้าง หรือระบบงานของรัฐ หรือที่รัฐต้องการกำกับควบคุมเพื่อผลประโยชน์ของรัฐเองอย่างใกล้ชิด ดังนั้น รัฐจึงไม่ปล่อยให้กฎหมายต่างประเทศเข้ามาแทรกแซงโดยไม่อนุญาตให้ศาลเลือกบังคับได้ กฎหมายที่พึงใช้บังคับทันที

⁵³ ชุมพร บัจจุสานนท์. (2529). กฎหมายที่พึงใช้บังคับทันที. หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย : ผลกระทบต่ออนุสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล. วารสารนิติศาสตร์: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 16 ฉบับที่ 4, หน้า 31-32.

จึงเป็นเรื่องที่อยู่นอกขอบข่ายของหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย และแตกต่างจากหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายทั้งทางด้านวัตถุประสงค์ การบังคับใช้และลักษณะของกฎหมาย

ดังนั้น แม้คดีจะมีข้อเท็จจริงที่มีองค์ประกอบต่างประเทศก็ตาม หากข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่พึงใช้บังคับทันทีแล้ว ศาลก็จะต้องนำกฎหมายที่พึงใช้บังคับทันทีมาปรับใช้บังคับคดีโดยไม่ต้องพิจารณากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเพื่อหากกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่ข้อเท็จจริงนั้นแต่อย่างใด

ในเรื่องของสัญญาธุรกิจระหว่างประเทศนั้น เป็นที่ยอมรับว่าคู่สัญญามีสิทธิโดยพื้นฐานที่จะแสดงเจตนาให้ใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับกับสัญญา แต่ถ้าประเด็นข้อเท็จจริงเป็นเรื่องที่พึงใช้กฎหมายที่พึงใช้บังคับทันทีแล้ว ศาลก็ไม่จำเป็นต้องยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ดังนั้น การพิจารณาในเบื้องต้นว่าข้อเท็จจริงเป็นกรณีที่จะต้องใช้กฎหมายที่พึงใช้บังคับทันที หรือต้องใช้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายจึงเป็นเรื่องที่สำคัญและจำเป็น

3. การปฏิเสธไม่ใช้กฎหมายต่างประเทศโดยเหตุที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น เป็นเรื่องที่กฎหมายให้อำนาจแก่ศาลที่จะไม่ใช้กฎหมายต่างประเทศ ถ้าศาลเห็นว่าการใช้กฎหมายต่างประเทศมีผลขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

3.2.1.2 การกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา

หลักเกณฑ์การกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาของประเทศต่างๆ ในปัจจุบันถือว่าเจตนาของคู่สัญญา ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย เป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา จะแตกต่างกันไปบ้างก็ตรงระดับการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาว่าเด็ดขาด หรือเป็นเพียงองค์ประกอบสำคัญและในเรื่องขอบเขตของการยอมรับและการบังคับใช้เท่านั้น

ส่วนในกรณีที่คู่สัญญามีได้แสดงเจตนาโดยแจ้งชัด หรือแสดงเจตนาโดยปริยายเพื่อกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้ นานาประเทศมีความแตกต่างทางแนวความคิด แต่ละประเทศก็พยายามคิดค้น และนำเสนอหลักเกณฑ์ที่คิดว่าเหมาะสมที่สุด นอกจากนี้ยังได้มีความพยายามที่จะสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Unity) ซึ่งกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาในรูปของความตกลงระหว่างประเทศ แต่ความพยายามนี้จำกัดอยู่ภายในขอบเขตเฉพาะเรื่อง เช่น เรื่องสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศเท่านั้น และจำกัดอยู่ภายในขอบเขตเฉพาะกลุ่มประเทศ เช่น ความตกลงระหว่างกลุ่มประชาคมเศรษฐกิจยุโรปเท่านั้น

เพื่อให้สามารถเข้าใจถึงสถานะทางกฎหมายของเรื่องนี้ ผู้วิจัยจึงขอแบ่งเนื้อหาออกเป็น 2 ส่วน โดยส่วนแรกจะกล่าวถึงหลักเกณฑ์การกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาในกรณีที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนา กำหนดกฎหมายไว้ และส่วนที่สองจะเป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาไว้

1. กรณีที่คู่สัญญาแสดงเจตนา กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา

แต่ละประเทศมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาที่แตกต่างกัน แต่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันนี้ ก็ยังมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ได้แก่ หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา ซึ่งหมายความว่า ในกรณีที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาไว้อย่างชัดเจนว่าจะให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับกับสัญญาแล้ว ศาลก็จะยอมรับบังคับให้ตามเจตนาของคู่สัญญา⁵⁴

ก) หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Party Autonomy)

การนำเอาหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนามาใช้ในกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมีเหตุผลที่แตกต่างไปจากการใช้หลักนี้ในกฎหมายแพ่งทั่วไป⁵⁵ อยู่บ้าง กล่าวคือ ในทางกฎหมายแพ่งทั่วไป หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเป็นหลักกฎหมายที่ให้ความเป็นอิสระแก่บุคคลที่จะเปลี่ยนแปลงสิทธิของตนโดยการกำหนดลักษณะความสัมพันธ์ในทางส่วนตัว และในทางทรัพย์สินระหว่างตนกับบุคคลอื่นภายในขอบเขตที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ แต่ในทางกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายแล้ว หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนามีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความแน่นอนและความคาดหมายได้ (certainty and predictability) ของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลโดยการกำหนดให้ความสัมพันธ์ดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในที่แน่นอนกฎหมายหนึ่ง⁵⁶

การสร้าง ความแน่นอนและความคาดหมายได้นี้เป็นเหตุให้มีการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาใน 2 ลักษณะ คือ

⁵⁴ ตัวอย่าง ประเทศที่ยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา โดยระบุไว้ในประมวลกฎหมายของตน เช่น ประเทศ French Morocco, Spanish Morocco, กรีซ, ออสเตรีย, เบลเยียม, จีน, อียิปต์, ญี่ปุ่น, โปรตุเกส, ซีเรีย, ฝรั่งเศส และเยอรมนี และประเทศที่ใช้หลักคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษ, ออสเตรเลีย, และสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

⁵⁵ หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในทางกฎหมายแพ่งทั่วไป โปรดดู ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2530). กฎหมายว่าด้วยสัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ. หน้า 69-72.

⁵⁶ Richard J. Bauerfeld. (December 1982). Effectiveness of Choice-of-Law in Contract Conflicts of Law: Party Autonomy or Objective Determination. *Columbia Law Review*, Vol. 82, p.1662. อ้างถึงใน คำเนิน ทรัพย์สินทางปัญญา. *เชิงอรรถที่ 40*. หน้า 44.

ลักษณะแรก เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิ ซึ่งคู่สัญญาไม่อาจมีสิทธิเช่นว่านั้นถ้าปราศจากหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา⁵⁷ เช่น กรณีที่คู่สัญญาแสดงเจตนากำหนดให้กฎหมายของประเทศหนึ่งบังคับกับสัญญา เป็นผลให้กฎหมายของประเทศดังกล่าวนั้นเข้ามามีบทบาทบังคับความสัมพันธ์แทนกฎหมายของประเทศอื่น

ลักษณะที่สอง คือ การใช้เพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายของประเทศที่ควรจะต้องบังคับกับสัญญาหากใช้กฎหมายอื่นในการกำหนดกฎหมาย เช่น หากไม่มีหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาแล้ว สัญญาจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น เป็นต้น⁵⁷

ในเรื่องสิทธิของคู่สัญญาที่จะแสดงเจตนากำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานี้ แต่เดิมศาลของประเทศอังกฤษเคยตัดสินว่า การแสดงเจตนาของคู่สัญญาถือเป็นเด็ดขาดและผูกพันศาลที่จะต้องใช้กฎหมายดังกล่าวบังคับกับสัญญา โดยศาลอังกฤษมีแนวโน้มที่จะยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาตั้งแต่ประมาณปลายศตวรรษที่ 18 โดยศาลสร้างหลักกฎหมายว่า “ณ เวลาที่ทำสัญญา คู่สัญญาอาจแสดงเจตนาโดยแจ้งชัดเพื่อเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญานั้น” และการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาได้เพิ่มมากขึ้นประมาณกลางศตวรรษที่ 19

ศาลของประเทศอังกฤษยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาโดยปราศจากข้อสงวนหรือข้อจำกัดขอบเขตใดๆ ทั้งสิ้น⁵⁸ ส่วนศาลของประเทศสหรัฐอเมริกายังคงยึดถือหลักดินแดนเป็นสำคัญโดยถือว่า กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ได้แก่ กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น ทั้งนี้ เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ใน First Restatement นั่นเอง

ต่อมา ประมาณกลางศตวรรษที่ 20 ศาลอังกฤษได้เริ่มเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยเดิมที่ยึดหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาโดยไม่มีขอบเขต มาสู่หลักที่ว่า การแสดงเจตนาของคู่สัญญาต้องมีขอบเขต และหลักที่ว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ได้แก่ กฎหมายของประเทศที่สัญญา มีความสัมพันธ์ที่สำคัญที่สุด (The most substantial connection) ส่วนศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาเริ่มเปลี่ยนแนวความคิดในการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา⁵⁹ โดยเริ่มยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์

⁵⁷ Ian F.G. Baxter. *International Conflict of Laws and International Business. International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 34, p. 541. อ้างถึงใน คำเนิน ทรรศัยไพศาล. *เชิงอรรถที่ 40*. หน้า 44.

⁵⁸ โปรดสังเกตว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยถูกร่างและประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2481 ซึ่งตรงกับ ค.ศ. 1938

⁵⁹ โดยการออก Restatement (Second) of Conflict of law ในปี 1969 ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญ เดิม First Restatement (1934) กำหนดให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับความสมบูรณ์ของสัญญา ได้แก่ กฎหมายถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น และกฎหมายที่ใช้บังคับกับการปฏิบัติตามสัญญา แต่ใน Restatement (Second) กำหนดให้คู่สัญญามีสิทธิแสดง

แห่งการแสดงเจตนา ทั้งนี้ ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายขัดกันฉบับที่ 2 (Second Restatement) บัญญัติยอมรับสิทธิของคู่สัญญาในการที่จะกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของตนได้⁶⁰

อย่างไรก็ตาม แม้ว่า Restatement (Second) ของประเทศสหรัฐอเมริกาจะยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาดังกล่าวมาแล้วข้างต้น แต่ก็ยังได้กำหนดขอบเขตของการแสดงเจตนาและกำหนดข้อยกเว้นไว้บางประการ เช่น มีขอบเขตว่าการแสดงเจตนาที่กำหนดให้กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งบังคับกับสัญญานั้น กฎหมายฉบับที่คู่สัญญากำหนดดังกล่าวต้องมีความสัมพันธ์ที่สมเหตุสมผลกับรัฐที่เป็นเจ้าของกฎหมายที่ถูกกำหนดดังกล่าว (Reasonable relation)⁶¹

Luther L. McDougal III ได้ศึกษากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของเยอรมันตะวันออก, ออสเตรเลีย, อังกฤษและสวิส ซึ่งถูกประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1975, 1978, 1979 และ 1980 ตามลำดับ แล้วมีความเห็นว่า⁶² ประมวลกฎหมายของประเทศเยอรมันตะวันออกและอังกฤษเดินตามแนวกฎหมายขัดกันของสหรัฐอเมริกาโดยให้ความสำคัญแก่หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา ดังจะเห็นได้จากมาตรา 12 ของกฎหมายขัดกันของเยอรมันตะวันออกและมาตรา 24 ของประมวลกฎหมายขัดกันของอังกฤษ บัญญัติไว้คล้ายกันว่า คู่สัญญามีสิทธิแสดงเจตนาที่กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาได้ ทั้งยังได้ขยายหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาออกไปอีกโดยไม่ได้กำหนดให้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกนั้นจำเป็นต้องมีความสัมพันธ์อย่างมาก (substantial relationship) กับคู่สัญญาหรือการค้า (transaction) ตามสัญญา หรือจำเป็นต้องมีพื้นฐานที่สมเหตุสมผลของการแสดงเจตนา (reasonable basis for the parties' choice) แต่อย่างใด

ส่วนกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศออสเตรเลียและสวิส ได้รับอิทธิพลแนวความคิดของกฎหมายสหรัฐอเมริกามากกว่าสองประเทศแรก โดยให้ความสำคัญแก่ความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญากับประเด็นข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหา ดังจะเห็นได้

เจตนาที่กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาได้ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดและกฎหมายนี้จะใช้บังคับกับทุกเรื่องในสัญญา ส่วนในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาไว้ให้ใช้กฎหมายที่มีความสัมพันธ์ที่สำคัญที่สุดกับสัญญานั้น

⁶⁰ มาตรา 187 ของ Restatement (Second) of Conflict of law

⁶¹ Issak I. Dore. (1983). Choice of Law under the International Sales Convention: A U.S. Perspective. *The American Journal of International Law*. Vol. 77, p. 527. อ้างถึงใน คำเนิน ทรัพย์ไพศาล. *เชิงอรรถที่ 40*. หน้า 46.

⁶² Luther L. McDougal III. (1980). Codification of Choice of Law: A Critique of the Recent European Trend. *Tulane Law Review*. Vol. 55, pp. 115-143. อ้างถึงใน คำเนิน ทรัพย์ไพศาล. *เชิงอรรถที่ 40*. หน้า 46.

จากมาตรา 1 ของกฎหมายขัดกันของประเทศออสเตรเลียและมาตรา 14 ของกฎหมายขัดกันของประเทศสวิส ซึ่งบัญญัติว่า ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาไว้ให้ศาลที่พิจารณาคดีใช้กฎหมายของประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกันอย่างมากที่สุด (strongest connection) บังคับกับสัญญา

ข) ลักษณะของการแสดงเจตนา

การแสดงเจตนาที่เป็นที่ยอมรับของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา จะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

1) การแสดงเจตนาดังกล่าวอาจเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย

1.1) ประเทศอังกฤษ

ลักษณะการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งนี้ ศาลของประเทศอังกฤษยึดถือหลักว่าอาจเป็นการแสดงออกเป็นถ้อยคำ (Express in words)⁶³ ที่ชัดเจนว่าประสงค์จะให้ใช้กฎหมายใด บังคับกับสัญญา หรือ โดยการกำหนดให้สัญญาฉบับดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับ (to be governed) หรือถูกตีความ (to be construed) ตามที่กฎหมายกำหนด⁶⁴ ถ้อยคำในสัญญาที่กำหนดให้ส่วนใดส่วนหนึ่งของสัญญาอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายใด ย่อมมีความหมายในลักษณะของการจำกัดขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวให้มีผลบังคับเพียงเฉพาะกับส่วนที่กำหนดไว้เท่านั้น และโดยทั่วไปแล้ว ศาลจะไม่ขยายขอบเขตการตีความให้หมายถึง การใช้กฎหมายดังกล่าวบังคับกับสัญญาทั้งหมด

การแสดงเจตนาให้ใช้กฎหมายใดกฎหมายหนึ่งบังคับกับสัญญา แตกต่างไปจากการที่คู่สัญญาแสดงเจตนาให้ใช้กฎหมายใดกฎหมายหนึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หรือ จากการที่คู่สัญญาใช้ถ้อยคำในกฎหมายเป็นถ้อยคำในสัญญา เพราะการใช้กฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานี้เป็นเพียงใช้การเขียนสัญญาอย่างสั้น (shorthand) และเป็นเพียงวิธีการกำหนดลักษณะความสัมพันธ์ของคู่สัญญาเท่านั้น

ความแตกต่างข้างต้นนั้น จะเห็นได้ชัดเจนถ้ามีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างที่มีการทำสัญญากับเวลาที่มีการพิจารณาคดี ในกรณีที่คู่สัญญา กำหนดให้ใช้กฎหมายบังคับกับสัญญา ตัวกฎหมายที่ถูกกำหนดมิได้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา แต่เป็นอำนาจที่ควบคุมสัญญา และกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาก็ได้แก่ กฎหมายตามที่มีอยู่ในขณะที่มีการ

⁶³ Dicey and Morris. (1973). *The Conflict of Laws*. 9th ed. Vol.2. London: Stevens & Sons Ltd. p.753 อ้างถึงใน คำเนิน ททรัพย์ไพศาล. เชียงธรรมที่ 40. หน้า 52.

⁶⁴ *Ibid.* p.758.

พิจารณาคดี ดังนั้น ในกรณีที่มีการแก้ไขกฎหมายภายหลังจากที่คู่สัญญาแสดงเจตนาแล้ว กฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาก็คือ กฎหมายฉบับแก้ไข มิใช่กฎหมายฉบับก่อนการแก้ไข

ส่วนในกรณีที่คู่สัญญากำหนดให้กฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หรือใช้วิธีการระบุข้อความของกฎหมายไว้ในสัญญา กฎหมายได้กลายเป็นข้อสัญญาที่พรรณนา ลักษณะความสัมพันธ์ของคู่สัญญา และถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาที่ยังใช้บังคับและผูกพันคู่สัญญา แม้ว่าตัวกฎหมายเดิมจะถูกแก้ไขหรือยกเลิกไปแล้วก็ตาม

ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้แสดงไว้ซึ่งเจตนาโดยแจ้งชัด ศาลก็มีหน้าที่ต้องค้นหาเจตนาโดยปริยายจากข้อความและลักษณะของสัญญาและจากองค์ประกอบแวดล้อมทั่วไปของคดีและใช้เจตนาโดยปริยายนี้เป็นเครื่องกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา

ในการค้นหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญานี้ ศาลอังกฤษใช้วิธีการพิจารณาหาเครื่องบ่งชี้จากตัวสัญญานั้นเอง เช่น พิจารณาข้อกำหนดเรื่องเขตอำนาจศาล ถ้าคู่สัญญาตกลงกันให้ศาลของประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือสัญญาดังกล่าว ศาลของประเทศอังกฤษเคยวินิจฉัยว่าคู่สัญญามีเจตนาโดยปริยายที่จะให้ใช้กฎหมายของศาลนั้นบังคับกับสัญญาหรือข้อกำหนดเรื่องอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่คู่สัญญาระบุไว้ว่าการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทตามสัญญา จะกระทำในประเทศใดประเทศหนึ่ง ศาลของประเทศอังกฤษอาจถือว่าข้อสัญญาข้อนี้เป็น การอนุญาโตให้กฎหมายของประเทศใดประเทศดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา

องค์ประกอบต่างๆ ดังกล่าวข้างต้นเป็นเพียงข้อมูลพื้นฐานที่จะตัดสินใจว่าคู่สัญญามีความประสงค์ที่จะให้ใช้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งบังคับ แต่ปัญหาที่ว่าองค์ประกอบดังกล่าวจะเป็นเครื่องชี้ขาดหรือไม่ ยังต้องอาศัยองค์ประกอบแวดล้อมอื่นๆ ประกอบด้วย เช่น ภูมิลำเนาหรือสถานประกอบธุรกิจของคู่สัญญา สัญชาติของคู่สัญญา ถิ่นที่มีการปฏิบัติตามสัญญา เป็นต้น

1.2) ประเทศสหรัฐอเมริกา

Restatement, Conflict of Law (Second) มาตรา 187 ได้ยอมรับว่ามีการแสดงเจตนาโดยปริยายก็ต่อเมื่อมีพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือ (persuasive evidence) ว่ามีการแสดงเจตนาไว้เท่านั้น

จากข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า ศาลอเมริกันให้ความสำคัญแก่การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งเท่านั้น ส่วนเจตนาโดยปริยายนั้นมีความสำคัญน้อย และศาลมีแนวโน้มที่จะไม่ค้นหาเจตนาโดยปริยายอีกต่อไป หากแต่จะใช้วิธีการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาวิธีการอื่น

2) การแสดงเจตนาดังกล่าวต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยสุจริต

2.1) ประเทศสหรัฐอเมริกา

ศาลอเมริกันถือว่าการแสดงเจตนาจะต้องกระทำโดยสุจริต (good faith) และโดยไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะหลีกเลี่ยงกฎหมายของถิ่นที่สัญญาขึ้นได้ทำขึ้น หรือกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญา (ถ้าไม่มีการแสดงเจตนาเช่นนั้น)

2.2) ประเทศอังกฤษ

ศาลอังกฤษถือว่าการแสดงเจตนาจะต้องกระทำโดยสุจริตและชอบด้วยกฎหมาย (bona fide and legal) และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (not against public policy) คู่สัญญาไม่อาจแสวงหาเป็นว่าสัญญาได้เกิดขึ้นภายใต้กฎหมายหนึ่งเพื่อให้สัญญานั้นสมบูรณ์ ทั้งๆ ที่สัญญาดังกล่าวมีความเกี่ยวพันมากที่สุดกับกฎหมายอื่น การแสดงเจตนาถือว่าไม่สุจริต ถ้าไม่มีความเกี่ยวพันระหว่างสัญญากับกฎหมายที่กำหนด และในทางตรงกันข้าม ถ้าสัญญามีความเกี่ยวพันที่แท้จริงกับกฎหมายที่กำหนด ก็ย่อมไม่ถือว่าการแสดงเจตนาดังกล่าวเป็นการแสดงเจตนาที่มีวัตถุประสงค์เลี่ยงกฎหมาย

3) ต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยคู่สัญญามีอำนาจต่อรองเท่าเทียมกัน⁶⁵

3.1) ประเทศสหรัฐอเมริกา

ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้เคยวางหลักไว้ว่า ในกรณีที่คู่สัญญามีอำนาจต่อรองไม่เท่าเทียมกันในการทำสัญญา เช่น สัญญาคู่ สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาประกันภัย ศาลมีอำนาจที่จะไม่ใช้กฎหมายที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาไว้ เพราะถือว่าการแสดงเจตนาของคู่สัญญาไม่ได้เป็นการแสดงเจตนาที่มีอิสระอย่างแท้จริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่การแสดงเจตนาที่กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้นเกิดขึ้น เพราะคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองสูงกว่ามีเจตนาหลีกเลี่ยงกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีซึ่งเป็นกฎหมายที่คุ้มครองฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า

นอกจากนี้ ศาลอเมริกันยังให้ความสนใจเป็นพิเศษแก่การแสดงเจตนาที่กำหนดกฎหมายในสัญญาประเภทที่เรียกว่า “สัญญาสมบูรณ์แบบ” ซึ่งหมายความว่า สัญญาที่ถูกร่างขึ้นโดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองสูงกว่าเพียงฝ่ายเดียว และเสนอให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งพิจารณาในลักษณะที่ว่า “เอาหรือไม่เอา (take it or leave it)” ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองต่ำไม่มีโอกาสอย่าง

⁶⁵ Herma Hill Kay. (1893). *Gilbert Law summaries Conflict of Laws*. 4th Edition, 2nd Printing, California: Harcourt Brace Jovanovich Legal and Professional Publications, Inc., p. 76 ซึ่งอ้างถึงคดี Zogg V. Pennsylvania Mutual Insurance Co., 276 F. 2d. 861 (2d Cir. 1960).

แท้จริงที่จะเจรจาต่อรองในข้อสัญญาใดๆ ได้เลย ในกรณีดังกล่าวนี้ ศาลอาจถือว่าการแสดงเจตนา กำหนดกฎหมายนี้ ไม่มีผลผูกพันคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียเปรียบก็ได้

อย่างไรก็ตาม การแสดงเจตนา กำหนดกฎหมายในสัญญาสมบูรณ์แบบ ก็ยังได้รับการยอมรับจากศาลโดยทั่วไป และศาลจะใช้ดุลพินิจ ไม่ยอมรับผลของการแสดงเจตนา ประเภทนี้ ก็ต่อเมื่อการยอมรับจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองต่ำต้องได้รับความไม่ยุติธรรมอย่างมาก (substantial injustice) เท่านั้น

3.2) ประเทศอังกฤษ

ส่วนศาลอังกฤษจะไม่ใช้หลักเกณฑ์เรื่องอำนาจต่อรองในการพิจารณา ถึงความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาแต่อย่างใด

ค) ขอบเขตของการแสดงเจตนา

แม้ว่าหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาจะเป็นที่ยอมรับ โดยทั่วไปทั้งในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบประมวลและในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ แต่ก็มิได้หมายความว่า หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาจะไม่มีขอบเขตเสียเลย กฎหมายทั้งสองระบบได้วางหลักเกณฑ์เพื่อจำกัดหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาไว้ โดยสามารถที่จะแบ่งลักษณะของ ขอบเขตออกได้เป็นสองลักษณะใหญ่ๆ ได้แก่ ขอบเขตในลักษณะที่ให้เสรีภาพแก่คู่สัญญา และขอบเขต ในลักษณะของการจำกัดเสรีภาพของคู่สัญญา ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) ขอบเขตในลักษณะที่ให้เสรีภาพแก่คู่สัญญา

(1.1) คู่สัญญาแยกส่วนของสัญญาและกำหนดให้แต่ละส่วนอยู่ภายใต้ บังคับของกฎหมายต่างกัน

การที่คู่สัญญาแยกสัญญาออกเป็นส่วนๆ และแสดงเจตนาให้ใช้กฎหมาย ของประเทศใดประเทศหนึ่งบังคับแก่ส่วนใดส่วนหนึ่งของสัญญา และให้ใช้กฎหมายของอีกประเทศ หนึ่งบังคับแก่ส่วนอื่นของสัญญานั้น เป็นเรื่องปกติและเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นมานานจนเป็นที่ยอมรับของ นานาชาติว่า “คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะแสดงเจตนา ดังกล่าวได้ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัด เช่น คู่สัญญา แสดงเจตนาให้ใช้กฎหมายของถิ่นที่มีการปฏิบัติสัญญาบังคับกับการปฏิบัติตามสัญญา และใช้กฎหมาย ของประเทศสัญชาติของคู่สัญญา หรือประเทศที่คู่สัญญามีภูมิลำเนาบังคับกับความสามารถของคู่สัญญา แต่ละฝ่าย เป็นต้น หลักการแบ่งส่วนสัญญาและใช้กฎหมายของประเทศที่แตกต่างกันนี้ เรียกกัน

⁶⁶ โดยกำหนดไว้ในมาตรา 3 (1) ของอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ตามสัญญาของกลุ่มประเทศประชาคม เศรษฐกิจยุโรป (EEC)

โดยทั่วไปในหมุ่กนิคดีศาสตร์ว่า หลัก Depechage ซึ่งเป็นคำในภาษาฝรั่งเศส หรือเรียกว่า หลัก Picking and Choosing ในภาษาอังกฤษ

(1.2) เสรีภาพในเรื่องระยะเวลาในการแสดงเจตนา⁶⁷

ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนากำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้ตั้งแต่ขณะที่มีการทำสัญญา คู่สัญญาก็ไม่มีสิทธิแสดงเจตนากำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาในชั้นพิจารณาตัดสินของศาล เว้นแต่กรณีที่มิใช่สัญญาฉบับใหม่แก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาเดิม (โดยแก้ไขเปลี่ยนแปลงก่อนที่จะข้อเท็จจริงจะเข้าสู่การพิจารณาของศาล) Swiss Federal Tribunal เคยยอมรับพิจารณาคำกล่าวของที่ปรึกษากฎหมายของคู่สัญญาที่เบิกความว่า คู่สัญญามีเจตนาให้ใช้กฎหมายใดกฎหมายหนึ่งบังคับกับสัญญา โดยยอมรับในฐานะที่เป็นเพียงเครื่องชี้เจตนาโดยปริยายของคู่สัญญาเท่านั้น ต่อมา Swiss Federal Tribunal ได้กลับแนวการวินิจฉัยโดยถือว่าคู่สัญญามีสิทธิทำข้อตกลงในเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาในศาลและข้อตกลงนี้เป็นข้อตกลงที่ถือเป็นเด็ดขาด

หลักเรื่องเสรีภาพในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาในชั้นศาลนี้ เป็นหลักที่เป็นที่ยอมรับกันตามสมควร ดังจะเห็นได้จากอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ตามสัญญาของกลุ่มประเทศ EEC ได้บัญญัติสิทธิของคู่สัญญาในเรื่องนี้ไว้เพื่อเป็นหลักประกันเสรีภาพของคู่สัญญา แต่ทั้งนี้ โดยมีข้อจำกัดว่าการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาในชั้นศาลนี้จะต้องไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิของบุคคลภายนอก

ในเรื่องนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่า คู่สัญญาไม่น่าจะมีสิทธิแสดงเจตนา กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาในชั้นศาลได้ ทั้งนี้ เพราะหากให้สิทธิคู่สัญญาดังกล่าวแล้วก็จะเป็นการขัดกับเหตุผลพื้นฐานของการที่อนุญาตให้คู่สัญญามีสิทธิแสดงเจตนาได้ กล่าวคือ เหตุผลพื้นฐานในการอนุญาตให้คู่สัญญามีสิทธิแสดงเจตนา กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานี้ ก็เพื่อให้เกิดความแน่นอนและความคาดหมายได้ในเรื่องผลของสัญญา โดยกำหนดให้สัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในที่แน่นอนกฎหมายหนึ่ง ดังนั้น เมื่อคู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนา กำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาไว้ กรณีก็น่าจะถือว่าคู่สัญญาได้ยอมที่จะให้สัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในซึ่งศาลจะเป็นผู้กำหนดโดยอาศัยกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย นอกจากนี้ การที่อนุญาตให้คู่สัญญาแสดงเจตนา กำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาได้ในชั้นศาล

⁶⁷ Ernest Rabel. (1986). *The conflict of Laws: A Comparative study*. 2nd ed. Vol.2 p. 388. อ้างถึงใน คำเนินทรัพย์ไพศาล. เศรษฐศาสตร์ 40. หน้า 59.

อาจเป็นช่องทางให้คู่สัญญาใช้ข้อบังคับประกอบเรื่องเวลาให้เป็นประโยชน์ โดยการพิจารณาหากกฎหมายที่เหมาะสมที่สุดในขณะที่มีการพิจารณาคดี

ศาลอังกฤษถือว่า กฎหมายที่คู่สัญญากำหนดไว้ จะต้องเป็นกฎหมายที่มีอยู่จริงและสามารถระบุให้แน่ชัดได้ในขณะที่มีการทำสัญญา และข้อสัญญาที่กำหนดให้สิทธิฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้กำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว เป็นข้อสัญญาที่ไม่มีผลใช้บังคับอย่างไรก็ตาม คู่สัญญาอาจจะกำหนดให้กฎหมายใดกฎหมายหนึ่งใช้บังคับเมื่อเกิดเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่ง และให้ใช้อีกกฎหมายหนึ่งเมื่อเกิดอีกเหตุการณ์หนึ่งก็ได้

2) ขอบเขตในลักษณะการจำกัดเสรีภาพของคู่สัญญา

นอกเหนือจากขอบเขตในลักษณะให้เสรีภาพดังกล่าวแล้วข้างต้น ยังมีขอบเขตการแสดงเจตนาในลักษณะที่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาอยู่บางประการ เช่น กฎหมายที่เลือกใช้นั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่มีความสัมพันธ์กับสัญญา ศาลอังกฤษเคยพิพากษาว่า กฎหมายที่ถูกกำหนดนั้นจะต้อง “มีความสัมพันธ์อย่างแท้จริงกับสัญญา” ศาลเยอรมันเคยกล่าวว่า คู่สัญญาอาจกำหนดกฎหมายที่มีความสัมพันธ์อย่างสำคัญกับนี้ได้ และศาลในประเทศอื่นๆ เช่น ฝรั่งเศส, สวิตเซอร์แลนด์, เช็กโกสโลวาเกีย และสหรัฐอเมริกา เป็นต้น ก็มีความเห็นในเรื่องนี้เช่นเดียวกัน

ในเรื่องนี้ศาลอเมริกันถือว่ากฎหมายที่คู่สัญญาแสดงเจตนาไว้ นั้น จะต้องเป็นกฎหมายที่มีความสัมพันธ์กับสัญญาซึ่งโดยทั่วไป ได้แก่ สถานที่ที่มีการทำสัญญา หรือสถานที่มีการปฏิบัติตามสัญญา ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายที่คู่สัญญากำหนดกับตัวสัญญานี้ ศาลอเมริกันใช้คำว่า “ความสัมพันธ์โดยตรงหรือความสัมพันธ์ที่แท้จริง หรือความสัมพันธ์อย่างมาก หรือความสัมพันธ์ที่สำคัญ หรืออย่างน้อยที่สุดต้องมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผล”

แม้ว่าหลักนี้จะเป็นที่ยอมรับกัน โดยทั่วไปว่าเป็นหลักที่มีความสำคัญ ปัญหาที่น่าพิจารณาก็คือ ศาลจะปฏิเสธที่จะใช้กฎหมายที่คู่สัญญาแสดงเจตนาที่กำหนดไว้เพียงเพราะว่ากฎหมายดังกล่าวไม่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับสัญญาได้หรือไม่

ในกฎหมายขัดกันของประเทศอังกฤษ กรณีที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งที่จะให้ใช้กฎหมายใดบังคับแก่ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญานั้น ศาลของประเทศอังกฤษ ไม่เคยปฏิเสธที่จะให้ความสำคัญแก่การแสดงเจตนาดังกล่าว แม้ว่ากฎหมายดังกล่าวจะไม่มีความสัมพันธ์กับสัญญาเลย⁶⁸ อย่างไรก็ตาม ศาลของประเทศออสเตรเลียเคยปฏิเสธที่จะใช้กฎหมายที่คู่สัญญาแสดง

⁶⁸ J.H.C. Morris. (1971). *The Conflict of Laws*. London Stevens & Sons Ltd. p.231. อ้างถึงใน คำเนิน ทรัพย์

เจตนาให้ใช้บังคับกับสัญญาไว้ ด้วยเหตุผลที่ว่า การแสดงเจตนาของคู่สัญญา เพื่อให้กฎหมายฮ่องกงมีผลใช้บังคับกับสัญญานั้น เป็นการแสดงเจตนาเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายออสเตรเลียและกฎหมายฮ่องกงเป็นกฎหมายที่ไม่มีความสัมพันธ์อย่างแท้จริงกับสัญญา

ศาลอเมริกันเคยตัดสินว่า เจตนาของคู่สัญญาที่กำหนดกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับสัญญาจะมีผลผูกพันศาลก็ต่อเมื่อปรากฏว่ามีพื้นฐานที่เหมาะสมในการที่จะใช้กฎหมายดังกล่าว

เหตุผลสำคัญที่ศาลปฏิเสธที่จะใช้กฎหมายที่คู่สัญญาแสดงเจตนาให้ใช้บังคับไว้ แต่กฎหมายดังกล่าวไม่มีความสัมพันธ์ที่แท้จริงกับสัญญา ก็คือ ศาลเห็นว่าคู่สัญญาประสงค์ที่จะหลีกเลี่ยงกฎหมายที่มีความสัมพันธ์ที่แท้จริงกับสัญญา

ง) ขอบเขตการใช้กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา

เมื่อศาลสามารถกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาได้แล้ว ศาลจะต้องพิจารณาต่อไปว่าจะสามารถใช้กฎหมายต่างประเทศดังกล่าวบังคับภายในเขตอำนาจศาลได้หรือไม่ และหากสามารถใช้บังคับได้แล้ว จะมีขอบเขตการใช้บังคับเพียงใด

การพิจารณาเรื่องขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศนี้ เป็นคนละเรื่องกับข้อยกเว้นการใช้กฎหมายต่างประเทศ โดยในเรื่องข้อยกเว้นนั้นเป็นเรื่องที่ศาลปฏิเสธไม่นำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับเลยทีเดียว กฎหมายต่างประเทศที่ศาลอังกฤษและสหรัฐอเมริกาไม่ยอมรับนำมาใช้บังคับในเขตอำนาจศาลของตน โดยถือเป็นข้อยกเว้น ได้แก่ กฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร กฎหมายอาญา และกฎหมายมหาชนอื่น โดยมีเหตุผลที่ว่ากฎหมายประเภทดังกล่าวนี้เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับเอกชนภายในรัฐ โดยอาศัยหลักดินแดน กฎหมายดังกล่าวจึงไม่มีผลบังคับนอกอาณาเขตของรัฐ และโดยหลักที่ว่ารัฐทุกรัฐย่อมเป็นรัฐอธิปไตยที่เท่าเทียมกันและเสมอภาคกัน ดังนั้น รัฐอื่นจึงไม่ยอมรับบังคับกฎหมายภาษีอากร กฎหมายอาญา และกฎหมายมหาชนอื่นของรัฐอื่นภายในดินแดนของตน เพราะการกระทำเช่นนั้นจะเท่ากับเป็นการยอมรับอำนาจของรัฐอื่นภายในดินแดนของตนเอง

ส่วนกรณีการยอมรับบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศ แต่ใช้ภายในขอบเขตที่จำกัดนั้น เป็นเรื่องที่ศาลวางข้อจำกัดในการบังคับตามสัญญา กล่าวคือ เป็นการรับรองสิทธิของคู่สัญญาที่เกิดขึ้นแล้วตามกฎหมายอื่น แต่การยอมรับและบังคับให้ตามสิทธิของคู่สัญญานี้มีข้อจำกัดที่ศาลประเทศอังกฤษและศาลอเมริกันยึดถือก็คือ การยอมรับบังคับให้ตามสิทธิดังกล่าวนี้จะต้องไม่ส่งผลกระทบต่อหลักเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

หลักหรือแนวความคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนี้ เป็นเสมือนเครื่องห้ามล้อ เพื่อมิให้ศาลต้องบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศในเขตอำนาจศาล

ของตน หลักหรือแนวความคิดในเรื่องนี้มีลักษณะที่แตกต่างไปจาก “กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย” หรือที่เรียกกันว่า “กฎหมายที่พึงใช้บังคับทันที”⁶⁹ ทั้งนี้ เพราะหากข้อเท็จจริงดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือกฎหมายที่พึงใช้บังคับทันทีแล้ว ศาลก็ไม่จำเป็นต้องใช้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย และไม่จำเป็นต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับแก่ข้อเท็จจริงนั้น หากแต่ใช้กฎหมายภายในของศาลได้โดยตรง

ส่วนในกรณีที่การบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศจะมีผลเสียต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนี้ ศาลจะคำนึงถึงผลของการบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศว่าผลดังกล่าวจะเกิดขึ้นในเขตอำนาจหรือไม่ หรือเป็นเพียงการยอมรับสิทธิซึ่งคู่สัญญาได้เกิดมีขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศ ตัวอย่างเช่น สัญญาระหว่างชาวฝรั่งเศสทำขึ้นและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฝรั่งเศส มีข้อกำหนดว่าหลังจากที่ลูกจ้างลาออกจากงานแล้ว ลูกจ้างจะไม่ประกอบธุรกิจแข่งขันกับนายจ้างภายในระยะ 100 กิโลเมตร ซึ่งสัญญาดังกล่าวนี้มีความสมบูรณ์ตามกฎหมายฝรั่งเศส ต่อมาลูกจ้างได้ดำเนินธุรกิจภายในระยะ 100 กิโลเมตรภายในเขตดินแดนของประเทศฝรั่งเศส แต่ลูกจ้างถูกฟ้องฐานผิดสัญญา ในกรณีนี้ศาลอังกฤษเห็นว่าแม้ว่าการกีดกันทางการค้าดังกล่าวจะมีลักษณะขัดต่อกฎหมายเรื่องการกีดกันทางการค้าของอังกฤษก็ตาม แต่การบังคับใช้กฎหมายของฝรั่งเศสในกรณีนี้มีลักษณะเป็นการยอมรับสิทธิของคู่สัญญาซึ่งได้เกิดขึ้นตามสัญญาซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฝรั่งเศส และผลของการบังคับมิได้กระทบต่อประเทศอังกฤษแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้าม ถ้าลูกจ้างเปิดธุรกิจที่ดินแดนเขตประเทศอังกฤษ แต่ยังคงอยู่ภายในระยะทางรัศมีโดยรอบ 100 กิโลเมตร และถูกฟ้องต่อศาลอังกฤษ ในกรณีนี้ศาลอังกฤษย่อมจะยอมรับว่าลูกจ้างมีสิทธิดำเนินธุรกิจที่ดินแดนของประเทศอังกฤษได้ และสัญญาที่มีลักษณะกีดกันทางการค้าดังกล่าวไม่สามารถใช้บังคับในดินแดนของประเทศอังกฤษ ทั้งนี้ เพราะผลของการบังคับตามสัญญาดังกล่าวเกิดขึ้นในเขตดินแดนของประเทศอังกฤษ และประเทศอังกฤษย่อมมีส่วนได้เสียโดยตรงในอันที่จะรักษาไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายว่าด้วยการกีดกันทางการค้าซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน⁷⁰ หลักเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนนี้ เมื่อใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ควรจะต้องมีความหมายที่แคบและจำกัดว่าความหมายที่ใช้ในกฎหมายภายใน กล่าวคือ หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญานั้น สัญญาดังกล่าวก็ไม่สมควรที่จะถูก

⁶⁹ ชุมพร บัจจสานนท์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 41. หน้า 20.

⁷⁰ Cheshire and North. (1987). *Private International Law*. 11th ed. London: Butterworths. P.132. อ้างถึงใน คำเนินทรัพย์ ไพศาล. เจริญธรรมที่ 40. หน้า 65.

ถือว่าเป็นโมฆะตามกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี เว้นแต่การบังคับตามสัญญาดังกล่าวนั้นจะเป็นการเสียหายต่อหลักศีลธรรม สังคม และเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นหลักที่ทุกประเทศจะต้องปกป้องรักษาไว้

นอกจากหลักเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งเป็นหลักใหญ่แล้ว ศาลยังได้วางขอบเขตอีกว่า ศาลจะใช้กฎหมายต่างประเทศเฉพาะกฎหมายสารบัญญัติของระบบกฎหมายที่คู่สัญญาแสดงเจตนาไว้เท่านั้น ทั้งนี้ เพราะประเทศต่างๆ ถือว่ากฎหมายวิธีสบัญญัติ คือ กฎหมายวิธีพิจารณาความต่างๆ นั้นเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน และจะใช้ภายในขอบเขตที่ถือว่ากฎหมายเป็นข้อเท็จจริงที่คู่สัญญาจะต้องนำสืบให้ศาลเห็นถึงความมีอยู่จริง และความหมายของกฎหมายนั้นในกรณีที่คู่ความไม่สามารถนำสืบดังกล่าวได้ ศาลก็ถือว่าไม่มีกฎหมายนั้นและศาลจะใช้กฎหมายของศาลนั่นเองบังคับแก่คดี

2. กรณีที่คู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนากำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา

ก) หลักการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา

ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนา ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายเพื่อกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้ ปัจจุบันศาลของประเทศต่างๆ ใช้วิธีการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ใช้วิธีการหาจุดเกาะเกี่ยวระหว่างสัญญากับกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งเพื่อที่จะใช้กฎหมายภายในของประเทศดังกล่าวบังคับกับสัญญา

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าศาลในประเทศต่างๆ จะใช้วิธีการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวข้างต้นก็ตาม แต่ก็ยังคงมีความแตกต่างในเรื่องการใช้ประโยชน์จากจุดเกาะเกี่ยว ซึ่งสามารถจะแบ่งลักษณะการใช้ประโยชน์จากจุดเกาะเกี่ยวได้ออกเป็น 2 ลักษณะดังนี้ คือ

1) การใช้จุดเกาะเกี่ยวจุดเดียวเพื่อกำหนดกฎหมาย

ศาสตราจารย์ Von Mehren กล่าวในหนังสือประกอบการสอนว่า การใช้จุดเกาะเกี่ยวเพียงจุดเดียวนั้นเป็นทฤษฎีการกำหนดกฎหมายที่ใช้กันมานาน โดยให้ความสนใจแก่องค์ประกอบเพียงองค์ประกอบเดียวของข้อเท็จจริงที่ได้รับการพิจารณาและใช้องค์ประกอบดังกล่าวเพื่อโยงหรือหาความสัมพันธ์ระหว่างข้อเท็จจริงนั้นกับสถานที่แห่งใดแห่งหนึ่ง และใช้กฎหมายของสถานที่ดังกล่าวนั้นบังคับกับข้อเท็จจริงในคดี

ทฤษฎีการกำหนดกฎหมายที่เก่าแก่ที่สุด ได้แก่ ทฤษฎีของกลุ่มที่เรียกว่า *statutist* หรือ *glossator* ซึ่งแบ่งกฎหมายตามลักษณะหรือวัตถุประสงค์ทั่วไป หรืออีกนัยหนึ่งทฤษฎีนี้พยายามแยกความแตกต่างระหว่างกฎหมายที่ใช้บังคับกับทรัพย์ และกฎหมายที่ใช้บังคับกับบุคคล และ

กฎหมายที่ใช้บังคับกับทรัพย์สินย่อมได้แก่ กฎหมายซึ่งทรัพย์สินมีความเกี่ยวพัน และกฎหมายที่ใช้บังคับกับบุคคล ได้แก่ กฎหมายภูมิลำเนาหรือกฎหมายสัญชาติ

ทฤษฎีการใช้จุดเกาะเกี่ยวเพียงจุดเดียวเพื่อกำหนดกฎหมายนี้เป็นที่ยอมรับในหมู่นักกฎหมายอเมริกันถึงขนาดที่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฉบับที่หนึ่ง (First Restatement) ในบทเรื่องสัญญา โดยอยู่ในมาตรา 332 และมาตรา 358

วิธีการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานี้ Savigny ก็จัดอยู่ในกลุ่มที่ใช้จุดเกาะเกี่ยวเพียงจุดเดียว โดยกล่าวว่า “เราสามารถ ... เลือกสถานที่ซึ่งหนี้ได้เกิดขึ้น หรือสถานที่ซึ่งจะมีการปฏิบัติในกำหนดจุดที่ตั้งของสัญญาได้” และ Savigny มีความเห็นต่อไปว่าสถานที่ที่เป็นบ่อเกิดแห่งสัญญานั้นมีลักษณะที่เรียกว่า “เกิดโดยบังเอิญ, โดยเป็นทางผ่าน และไม่มีความเกี่ยวพันกับสาระของหนี้ และกับพัฒนาการและผลของหนี้” ส่วนสถานที่ที่มีการปฏิบัติตามสัญญานั้น “สอดคล้องกับสาระสำคัญของหนี้ ดังนั้น ความมุ่งประสงค์ของคู่สัญญาจึงมุ่งตรง ไปอยู่ที่สถานที่ที่จะมีการปฏิบัติตามสัญญา และสถานที่ดังกล่าวก็เป็นสาระสำคัญของสัญญา ดังนั้น สถานที่ที่มีการปฏิบัติตามสัญญาจึงถือเป็นจุดที่ตั้งของหนี้”

ทฤษฎีการใช้จุดเกาะเกี่ยวเพียงจุดเดียวเพื่อกำหนดกฎหมายนี้ มีปัญหาในเรื่องการเลือกจุดเกาะเกี่ยวว่าจะใช้จุดเกาะเกี่ยวใด เช่น สถานที่ที่มีการทำสัญญา สัญชาติหรือภูมิลำเนาของคู่สัญญา สถานที่ที่มีการปฏิบัติตามสัญญา เป็นต้น และการที่ศาลแต่ละศาลก็กำหนดและใช้จุดเกาะเกี่ยวที่แตกต่างกันเป็นผลให้ความแตกต่างในเรื่องวิธีการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องประวัติศาสตร์ของการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา

2) การหาจุดเกาะเกี่ยวทั้งหมดเพื่อกำหนดกฎหมาย

ในปัจจุบันนี้ศาลของประเทศต่างๆ มีแนวโน้มที่จะพิจารณาหาจุดเกาะเกี่ยวระหว่างสัญญากับระบบกฎหมายเท่าที่มีทั้งหมด และใช้จุดเกาะเกี่ยวหลายจุดดังกล่าวนี้มาเป็นเครื่องพิจารณาว่าสมควรจะใช้กฎหมายใด

ในกรณีที่มีจุดเกาะเกี่ยวหลายจุด ศาลก็มีวิธีการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา โดยอาจเลือกใช้วิธีการจัดกลุ่มจุดเกาะเกี่ยวว่าระบบกฎหมายภายในระบบใดที่มีจุดเกาะเกี่ยวมากที่สุด ก็ใช้กฎหมายภายในดังกล่าวบังคับ หรืออีกวิธีการหนึ่ง คือ แทนที่จะนับจำนวนจุดเกาะเกี่ยว ศาลจะใช้วิธีพิจารณาว่าจุดเกาะเกี่ยวใดเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญที่สุด และใช้กฎหมายภายในที่มีความสัมพันธ์ที่สำคัญที่สุดดังกล่าวนี้บังคับสัญญาดังนี้

2.1) การพิจารณาเชิงปริมาณ

ในกรณีที่สัญญามีความสัมพันธ์ (จุดเกาะเกี่ยว) กับระบบกฎหมายหลายระบบ ศาลจะนับว่าระบบกฎหมายใดมีความสัมพันธ์กับสัญญามากที่สุด เช่น คู่ซื้อเท็จจริงเรื่องดินที่มีการทำสัญญา ดินที่มีการปฏิบัติตามสัญญา ดินที่อยู่ของคู่สัญญา ดินที่ประกอบธุรกิจของคู่สัญญา และสัญชาติของคู่สัญญา เป็นต้น

2.2) การพิจารณาเชิงคุณภาพ

ในการพิจารณาเชิงคุณภาพนี้ ศาลจะไม่ใช้วิธีการนับจำนวนจุดเกาะเกี่ยวดังวิธีการแรก แต่จะพิจารณาโดยอาศัยพิจารณาของตนเองว่า ในบรรดาจุดเกาะเกี่ยวที่มีอยู่ทั้งหมดนั้น จุดเกาะเกี่ยวใดเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญที่สุด เมื่อได้จุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญที่สุดแล้ว ศาลก็จะใช้กฎหมายของประเทศที่จุดเกาะเกี่ยวมีความสัมพันธ์ที่สำคัญที่สุดนั้นบังคับสัญญา

ข) การพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวในระบบกฎหมายต่างประเทศ

1) การพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวในระบบกฎหมายอังกฤษ

ในปัจจุบันศาลของประเทศอังกฤษ จะใช้วิธีการค้นหาในระบบกฎหมายซึ่งสัญญามีความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดและจริงจังมากที่สุด ส่วนศาลอเมริกัน จะใช้กฎหมายที่มีความสัมพันธ์ที่สำคัญที่สุดกับการดำเนินการและกับคู่สัญญา

การหาความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดและจริงจังที่สุดตามกฎหมายอังกฤษ⁷¹

วิธีการนี้ ศาลจะคำนึงถึงข้อเท็จจริงแวดล้อมของสัญญาทั้งหมด เช่น สถานที่ที่มีการทำสัญญา สถานที่ที่มีการปฏิบัติตามสัญญา สถานที่ที่ตั้งของทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญา สถานที่ซึ่งคู่สัญญามีภูมิลำเนาหรือประกอบธุรกิจอยู่ ชนิดและลักษณะของสัญญาประกอบการพิจารณา เป็นต้น

Dacey and Morris กล่าวว่าอย่างไรก็ตาม จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวข้างต้นนั้น ไม่มีจุดใดเป็นจุดที่ถือได้ว่าเป็นเด็ดขาด ศาลจะต้องชั่งน้ำหนักจุดเกาะเกี่ยวทั้งหมด และกำหนดสถานที่ซึ่งสัญญาดังกล่าวมีความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดและจริงจังที่สุด

ผลของการค้นหากฎหมายที่สัญญามีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดและจริงจังมากที่สุด หรือมีความเกี่ยวพันมากที่สุด ได้แก่ กฎหมายของดินที่มีการปฏิบัติตามสัญญาในกรณีที่การปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายกระทำขึ้นในดินเดียวกัน หรือในกรณีที่มีการทำสัญญาในดินหนึ่ง แต่การปฏิบัติตามสัญญาทั้งหมดจะกระทำในอีกดินหนึ่ง แต่ในกรณีที่การปฏิบัติตามสัญญาในท้องถิ่น 2 แห่งต่างกัน ศาลจะใช้วิธีการหาการปฏิบัติตามสัญญาที่สำคัญที่สุดและใช้กฎหมายของดินนั้นบังคับ

⁷¹ Dacey and Morris. *supra* note 51. p.466. อ้างถึงใน คำเนิน ททรัพย์ ไพศาล. เจริญธรรมที่ 40 หน้า 71.

เช่น สัญญาซื้อขาย ศาลจะใช้กฎหมายของถิ่นที่มีการส่งมอบสินค้าเป็นกฎหมายบังคับ โดยไม่คำนึงว่าจะมีการชำระราคา ณ ที่ใด

2) การพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา⁷²

การหาความสัมพันธ์ที่สำคัญที่สุดตามหลักกฎหมายอเมริกัน

Restatement (second) มาตรา 188 (1) กำหนดว่า ในกรณีที่ไม่มีการแสดงเจตนาของคู่สัญญา สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในสัญญา จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของมลรัฐ ซึ่งประเด็นดังกล่าวมีความสัมพันธ์ที่สำคัญที่สุด และในการพิจารณาหาความสัมพันธ์ที่สำคัญที่สุดนี้ จุดเกาะเกี่ยวดังต่อไปนี้ จะได้รับการพิจารณาตามลำดับความสำคัญที่มีต่อประเด็นใดประเด็นหนึ่ง จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าว ได้แก่ สถานที่ที่มีการทำสัญญา สถานที่ที่มีการเจรจาเพื่อจัดทำสัญญา สถานที่ที่มีการปฏิบัติตามสัญญา สถานที่ตั้งของวัตถุแห่งสัญญา ภูมิลำเนา ถิ่นที่อยู่สัญชาติ สถานที่ตั้งหรือสถานที่ประกอบธุรกิจของคู่สัญญา

การใช้วิธีการนี้ ศาลจะไม่นับจำนวนจุดเกาะเกี่ยว แต่จะพิจารณาว่าจุดเกาะเกี่ยวใดเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่มีความสำคัญที่สุด และพิจารณาว่าจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวนั้นตั้งอยู่ที่ใด โดยปกติศาลจะให้ความสำคัญกับสถานที่ที่มีการจัดทำสัญญา (lex loci contractus) ในกรณีที่สถานที่ซึ่งมีการเจรจาเพื่อจัดทำสัญญา และสถานที่ที่มีการปฏิบัติตามสัญญาอยู่ในเขตมลรัฐเดียวกัน กฎหมายภายในของมลรัฐดังกล่าวจะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับ

3) การพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวในระบบกฎหมายประเทศอื่น

Paul Lagarde⁷³ กล่าวว่า ประเทศในกลุ่มประชาคมเศรษฐกิจยุโรปทุกประเทศยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญา โดยอนุญาตให้คู่สัญญามีสิทธิแสดงเจตนากำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับตามความสัมพันธ์ทางสัญญาได้ แต่ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาไว้ ประเทศต่างๆ ใช้วิธีการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาแตกต่างกัน เช่น ในประเทศอิตาลี กฎหมายสัญชาติร่วมกันของคู่สัญญาจะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ส่วนในกรณีที่คู่สัญญาไม่มีสัญชาติร่วมกัน กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ได้แก่ กฎหมายของถิ่นที่สัญญาได้เกิดขึ้น ในประเทศเยอรมนีตะวันตก ศาลจะหาเจตนาโดยปริยายหรือสันนิษฐานเจตนาของคู่สัญญา ในกรณีที่ไม่สามารถหาเจตนาดังกล่าวได้ ศาลจะแยกสัญญาออกเป็นส่วนๆ (The contract is severed) และหนี้ตามสัญญาแต่ละส่วนจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายของถิ่นที่มีการชำระหนี้ตามสัญญาดังกล่าว ใน

⁷³ Paul Lagarde. (1981). *The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation: An Apologia*. p.463. อ้างถึงใน คำเนิน ททรัพย์ ไพศาล. *เชิงอรรถที่ 40*. หน้า 73.

ประเทศฝรั่งเศส ศาลจะพยายามหาจุดเกาะเกี่ยวของสัญญากับประเทศใดประเทศหนึ่ง โดยเน้นที่ถิ่นที่มีการปฏิบัติตามสัญญา และกฎหมายมูลำเนาของคู่สัญญาผู้มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามอันถือเป็นลักษณะสำคัญของสัญญา (characteristic performance)

McDougal III⁷⁴ กล่าวว่า ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนากำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้ ประมวลกฎหมายของประเทศเยอรมนีตะวันออกและฮังการีบัญญัติไว้คล้ายคลึงกัน โดยกำหนดรายการ (list) ของจุดเกาะเกี่ยว (connecting factor) ของสัญญานานาชนิดไว้ เพื่อให้ศาลพิจารณาหาจุดเกาะเกี่ยวและใช้กฎหมายของประเทศที่มีจุดเกาะเกี่ยวบังคับกับสัญญา จุดเกาะเกี่ยวที่ถูกระบุไว้ เช่น ในกรณีของสัญญาซื้อขาย ให้ใช้กฎหมายของประเทศผู้ขาย หรือในกรณีของการธนาคารพาณิชย์และการให้เครดิตโดยธนาคาร ให้ใช้กฎหมายของประเทศที่ธนาคารตั้งอยู่ และในกรณีของสัญญาประกันภัย ให้ใช้กฎหมายของประเทศของผู้รับประกันภัย เป็นต้น

ในกรณีของสัญญาชนิดที่กฎหมายขัดกันไม่ได้กล่าวถึงไว้ กฎหมายฮังการีกำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศที่มีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดมากที่สุดกับองค์ประกอบสำคัญของสัญญานั้นๆ (most closely connected with the essential elements of the particular contractual relationship) แต่กฎหมายขัดกันของประเทศเยอรมนีตะวันออกให้ใช้กฎหมายของสถานที่ตั้งของสถานประกอบการหรือแห่งใหญ่ของคู่สัญญาฝ่ายที่ปฏิบัติตามสัญญาเป็นการบ่งบอกถึงลักษณะของสัญญา (The law of the principle place of business of the party whose performance determines the character of the contract) ถ้าไม่สามารถหาจุดเกาะเกี่ยวเช่นนี้ได้ ให้ใช้กฎหมายของถิ่นที่ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นบังคับ

ส่วนกฎหมายขัดกันของประเทศออสเตรเลียและสวิส ใช้หลักการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา โดยการหาถึงความเกี่ยวพันมากที่สุด (strongest connection) และความสัมพันธ์ที่สำคัญที่สุด (most significant relationship)

3.2.2 มาตรการทางกฎหมายไทย

3.2.2.1 กฎหมายไทยที่ใช้ในการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา

1. หลักการและเหตุผลของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

โดยปกติ ในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง ผู้ร่างพระราชบัญญัติจะระบุหลักการและเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนั้นๆ โดยจะระบุหลักการไว้ตอนต้นของพระราชบัญญัติ และจะระบุเหตุผลไว้ในตอนท้ายของพระราชบัญญัติ อย่างไรก็ตาม ในการ

⁷⁴ Luther L. McDougal III. *supra* note 50. อ้างถึงใน คำเนิน ทรรศน์ไพศาล. เชียงธรรมที่ 40. หน้า 73.

ประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ไม่ปรากฏว่าผู้ร่างพระราชบัญญัติได้ระบุทั้งหลักการและเหตุผลในการประกาศใช้ ทั้งในตอนต้น หรือในตอนท้ายของพระราชบัญญัติ⁷⁵ เป็นเหตุให้กรณีที่เกิดปัญหาการตีความขึ้น ผู้ที่มีความจำเป็นต้องใช้พ.ร.บ. ฉบับนี้ ซึ่งอาจได้แก่ ศาล ทนายความ หรือนักวิชาการทางนิติศาสตร์ขาดแนวทางในการตีความถ้อยคำและความหมายของพ.ร.บ. ให้ตรงตามเจตนารมณ์ของพ.ร.บ. ดังนั้น นักนิติศาสตร์ของไทยผู้ที่ได้ให้ความสนใจเขียนคำอธิบาย พ.ร.บ. ว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย จึงให้เหตุผลและเจตนารมณ์ของการประกาศใช้พ.ร.บ. ฉบับนี้ แตกต่างกันไป เช่น ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย ได้กล่าวถึงเหตุผลในการประกาศใช้พ.ร.บ. ฉบับนี้ว่า

“พ.ร.บ. ว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายฉบับนี้มีเจตนารมณ์อยู่ 2 ประการ คือ ก. เพื่อรักษาประโยชน์ของประเทศไทย และ ข. เพื่อพยายามขจัดการชดกันแห่งคำพิพากษาศาลต่างประเทศ กล่าวคือ ข้อเท็จจริงนั้นไม่ว่าจะฟ้องร้องยังศาลของประเทศใด ก็ควรจะมีคำพิพากษาเป็นอย่างเดียวกัน⁷⁶”

ศาสตราจารย์คณิง ภาไชย ได้อธิบายถึงความมุ่งหมายของกฎหมายชดกันว่า

“... ประเทศต่างๆ จึงได้สร้างหลักกฎหมายชดกันขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งดังกล่าว เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณี โดยคำนึงถึงนโยบายหรือหลักการที่ว่า คดีเรื่องใดที่เกี่ยวข้องหรือพัวพันกับต่างประเทศ ไม่ว่าคดีนั้นจะฟ้องที่ศาลของประเทศใด กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับควรเป็นกฎหมายของประเทศหนึ่งประเทศใดแต่ประเทศเดียว และการที่ให้นำเอากฎหมายของประเทศนั้นมาใช้บังคับก็เพราะกฎหมายของประเทศนั้นมีความเหมาะสม มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่สุดกับคดี หรือประเด็นในคดีนั้น ...”⁷⁷

⁷⁵ ตามรายงานการประชุมอนุกรรมการพิจารณาร่างพ.ร.บ. วางหลักเกณฑ์วินิจฉัยข้อชดกันระหว่างกฎหมายของนานาประเทศ ครั้งที่ 49/2481 เมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2481 ผู้ตรวจรายงาน คือ นายหยุต แสงอุทัย ได้เสนอว่า “ควรจะมีหลักการและเหตุผลประกอบร่างพ.ร.บ. นี้ด้วย” หม่อมเจ้าวรรณไวทยากร กรรมการท่านหนึ่งรับสั่งว่า หลักการนั้นควรเขียนว่า สมควรตราพ.ร.บ. ว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย ส่วนเหตุผลนี้ควรอ้างถึงคำมั่นที่ให้ไว้กับนานาประเทศในขณะที่ทำสนธิสัญญาซึ่งสภาฯ จะเถียงไม่ได้ เพราะได้อนุมัติแล้ว” ที่ประชุมให้เป็นไปตามที่ ม.จ. วรรณไวทยากรรับสั่ง

⁷⁶ หยุต แสงอุทัย. (2527). คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคลว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายสัญญาติ (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 54.

⁷⁷ คณิง ภาไชย. (2527). การชดกันแห่งกฎหมาย. วารสารอัยการ ปีที่ 7 ฉบับที่ 75. หน้า 13.

นักกฎหมายบางท่าน⁷⁸ กล่าวถึงเรื่องเจตนารมณ์หรือเหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือกฎหมายขัดกันดังนี้

“วัตถุประสงค์ของการใช้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือกฎหมายขัดกันมีอยู่ 3 ประการ และในวัตถุประสงค์ทั้ง 3 ประการนี้ การกำหนดระบบกฎหมายที่จะใช้พิจารณาถึงสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของคู่กรณีในคดีแต่ละประเภทย่อมเกิดขึ้นบ่อยที่สุดและสำคัญมากที่สุด วัตถุประสงค์ทั้ง 3 ประการนั้น คือ

1. เพื่อกำหนดเงื่อนไขที่จะให้ศาลมีอำนาจบังคับคดีให้ในประเทศของตนตามนาจอพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว

2. เพื่อกำหนดระบบกฎหมายที่จะใช้พิจารณาสิทธิภาระหน้าที่ของคู่กรณีในคดีแต่ละประเภท

3. เพื่อกำหนดเงื่อนไขซึ่งจะทำให้ศาลยอมรับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศว่ามีผลใช้บังคับได้กับปัญหาที่พิพาทกันอยู่และเงื่อนไขที่จะทำให้ศาลยอมรับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ”

ผู้วิจัยเห็นว่า ในการพิจารณาหาหลักการและเหตุผลเพื่อขังทราบเจตนารมณ์ของ พ.ร.บ. ฉบับนี้นั้น เราสามารถแบ่งหัวข้อการพิจารณาออกได้เป็น 2 หัวข้อ คือ เรื่องเหตุผลและเรื่องหลักการ ทั้งนี้ เนื่องจากสองเรื่องนี้เป็นเรื่องที่แตกต่างกัน โดยเรื่องเหตุผลของการประกาศใช้เป็นเรื่องความจำเป็นของประเทศไทย ส่วนเรื่องหลักการของการประกาศใช้นั้น อาจถือได้ว่ามีลักษณะเป็นสากล ดังนี้

เหตุผลที่ประเทศไทยต้องประกาศใช้ พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย แบ่งออกเป็น 2 ประการ คือ

1) ก่อนที่จะมีการประกาศใช้ พ.ร.บ. ฉบับนี้ ประเทศไทยไม่มี พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายใช้มาก่อน ทั้งที่ประเทศไทยได้มีความสัมพันธ์กับต่างประเทศมาเป็นระยะเวลาอันทั้งในทางการทูตและการค้า โดยเฉพาะความสัมพันธ์ในทางการค้าแสดงให้เห็นว่าได้มีการติดต่อค้าขายระหว่างบุคคลสัญชาติไทยและบุคคลสัญชาติอื่น โดยอาศัยสัญญาธุรกิจระหว่างประเทศเป็นหลัก

⁷⁸ กมลมิตร วุฒิจำนงค์. (2528). เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช หน่วยที่ 13. กรุงเทพฯ : บริษัท ประชาชน จำกัด. หน้า 772.

ในการดำเนินความสัมพันธ์ในทางการค้า และปัญหาที่เกิดขึ้นคือ เมื่อมีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางการค้าดังกล่าว ศาลไทยก็ไม่มีหลักกฎหมายใดที่จะยึดถือหรือใช้เป็นแนวทางที่จะกำหนดว่า ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวกับสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศนั้น ศาลไทยจะใช้กฎหมายใดบังคับ และเมื่อศาลกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่ข้อพิพาทนั้นแล้ว ก็ยังเกิดปัญหาต่อไปอีกว่า ผู้พิพากษาผู้พิจารณาพิพากษาคดีไม่สามารถให้เหตุผลได้อย่างชัดเจนว่าเหตุใดจึงกำหนดให้ใช้กฎหมายดังกล่าว บังคับ

2) ช่วงระยะเวลาก่อนที่ประเทศไทยจะประกาศใช้พ.ร.บ. ฉบับนี้ ประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญากับนานาประเทศได้ให้คำมั่นประการหนึ่งว่า จะประกาศใช้กฎหมายที่วินิจฉัยข้อขัดกันระหว่างกฎหมายของนานาประเทศ ประเทศไทยจึงต้องร่างและประกาศใช้พ.ร.บ. วางกฎหมายดังกล่าว ขึ้น⁷⁹

การประกาศใช้พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 จึงมีเหตุผลเพื่อแก้ไขการขาดกฎหมายลายลักษณ์อักษร และเพื่อเป็นการปฏิบัติตามคำมั่นที่ประเทศไทยให้ไว้ในสนธิสัญญากับนานาประเทศ และพ.ร.บ. นี้ก็ยังมีผลใช้บังคับจนถึงปัจจุบัน โดยที่มิได้มีการแก้ไขปรับปรุงให้เหมาะสมกับสภาพการณ์การค้าระหว่างประเทศที่เปลี่ยนแปลงไป ทั้งในด้านปริมาณที่เพิ่มขึ้นและในด้านลักษณะความสัมพันธ์ที่เพิ่มความซับซ้อนมากขึ้นแต่อย่างใด

ส่วนในเรื่องหลักการของพ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งอาจถือได้ว่ามีลักษณะเป็นสากลนั้น เป็นเพราะปัญหาการเลือกหรือการกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่ข้อพิพาทนั้น เป็นปัญหาที่เกิดขึ้น ไม่ใช่เพียงแต่ประเทศไทยเท่านั้น หากแต่ยังเกิดขึ้นในทุกประเทศที่มีการพัฒนาระบบกฎหมายแล้ว

โดยหลักการทั่วไป รัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของตน รัฐจึงไม่อาจใช้อำนาจอธิปไตยของตนในดินแดนของรัฐอื่น และในทางกลับกันรัฐอื่นก็ย่อมไม่อาจใช้อำนาจอธิปไตยในเขตดินแดนของรัฐหนึ่งได้ ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงมีอำนาจโดยสมบูรณ์ในการใช้กฎหมายของตนภายในเขตดินแดนของตนเอง และมีสิทธิโดยสมบูรณ์ในการปฏิเสธไม่ใช้กฎหมายของของรัฐอื่น หรือปฏิเสธไม่ยอมรับบังคับตามคำพิพากษาของรัฐอื่นในเขตดินแดนของตน

⁷⁹ รายงานการประชุมอนุกรรมการพิจารณาร่างพ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ครั้งที่ 49/2481 เมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2481

หากมีการใช้หลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐดังกล่าวข้างต้นโดยเคร่งครัด อาจทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมแก่บุคคลผู้อยู่ภายใต้อำนาจรัฐขึ้นได้ เช่น กรณีบุคคลสัญชาติไทย 2 คน สมรสกันในประเทศอังกฤษ โดยถูกต้องตามแบบที่กฎหมายอังกฤษกำหนดไว้ และแบบแห่งการสมรส ดังกล่าวไม่ถือว่าถูกต้องตามแบบที่กำหนดไว้ในกฎหมายไทย หากศาลไทยยึดหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอย่างเคร่งครัด โดยปฏิเสธที่จะยอมรับกฎหมายอังกฤษแล้ว ศาลไทยย่อมไม่ถือว่าบุคคลทั้งสองได้สมรสกัน และบุตรที่เกิดขึ้นย่อมถือว่าเป็นบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายไทย

เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงผลที่ไม่พึงประสงค์ของการใช้หลักอำนาจอธิปไตยโดยเคร่งครัด รัฐทั้งหลายจึงอ่อนคลายหลักอำนาจอธิปไตยลง โดยการยอมรับกฎหมายของรัฐอื่นบังคับกับข้อเท็จจริงในคดี และยอมรับบังคับตามคำพิพากษาของรัฐอื่นภายในขอบเขตและเงื่อนไขตามที่เห็นสมควร และเพื่อเป็นการกำหนดขอบเขตและเงื่อนไข รัฐที่มีระบบกฎหมายที่เจริญแล้วจึงได้บัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้น

ดังนั้น เราจึงอาจกล่าวได้ว่าหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล คือ

1) เพื่อกำหนดขอบเขตและเงื่อนไขการยอมรับกฎหมายของรัฐต่างประเทศเพื่อใช้บังคับกับข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่ง

2) เพื่อกำหนดขอบเขตและเงื่อนไขการยอมรับบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศภายในเขตดินแดนของตน

หลังจากที่มีกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในประเทศต่างๆ แล้วก็เป็นเหตุให้กรณีที่พิพาทมีสิทธิในการเลือกศาลที่จะพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทของตนมากขึ้น ดังนั้น จึงเกิดกรณีการเลือกศาล (Forum Shopping) ซึ่งหมายถึง การเลือกศาลที่ตนจะฟ้องร้องคดี เพื่อให้ตนได้รับประโยชน์มากที่สุด ในบรรดาศาลที่อาจฟ้องคดีได้ การเลือกศาลนี้เป็นผลมาจากการที่รัฐต่างๆ มีกฎหมายภายในที่แตกต่างกัน ข้อเท็จจริงอันหนึ่งหากได้รับการพิจารณาในศาลหนึ่งอาจมีผลทำให้โจทก์ชนะคดี แต่หากได้รับการพิจารณาในอีกศาลหนึ่งแล้ว อาจมีผลทำให้จำเลยชนะคดีก็ได้ ดังนั้น การเลือกศาลจึงอาจถูกใช้เป็นวิธีการหลีกเลี่ยงอำนาจศาล และรัฐทั้งหลายก็พยายามหาทางป้องกันในเรื่องนี้ วิธีการป้องกันก็คือ การมีกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่เหมือนกันซึ่งจะมีผลทำให้ไม่ว่าคดีจะได้รับการพิจารณาในศาลใด ศาลดังกล่าวก็จะกำหนดกฎหมายของรัฐใดรัฐหนึ่งเพียงรัฐเดียวมาใช้บังคับกับคดีนั้น และผลของคดีก็จะเหมือนกัน

วิธีการออกกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายให้เหมือนกันนี้ มีความเป็นไปได้ค่อนข้างสูง รัฐต่างๆ ได้ประจวบพร้อมกันเพื่อวางกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้ร่วมกัน และประกาศใช้ในรูปของอนุสัญญาหลายฉบับ⁸⁰ เช่น อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ และอนุสัญญาประชาคมเศรษฐกิจยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ตามสัญญา ด้วยผลต่อเนื่องของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนี้ ทำให้มีผู้เห็นว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายนี้ประการหนึ่งได้แก่ การพยายามจัดการขัดกันแห่งคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ

2. การใช้พ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 กับนิติสัมพันธ์ระหว่างประเทศ⁸¹

ก่อนที่ประเทศไทยจะได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ตามพ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ประเทศไทยได้ถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายตามกฎหมายจารีตประเพณีว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยอยู่ก่อนแล้ว โดยมีคำพิพากษาฎีกาซึ่งได้ตัดสินคดีต่างๆ ที่นำมาสู่ศาลไทยก่อนใช้พ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ดังนี้⁸²

คำพิพากษาฎีกาที่ 530/2468 พิพากษาว่า ในเรื่องการนำสืบกฎหมายต่างประเทศถือว่าเป็นปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งคู่กรณีมีหน้าที่ต้องนำสืบ

คำพิพากษาฎีกาที่ 465/2478 พิพากษาว่า ในเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับต่อสัญญานั้น ให้ถือตามกฎหมายของประเทศที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น (lex loci contractus) ทั้งในเรื่องแบบของสัญญา ผลของสัญญาและความสามารถของคู่สัญญาก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำสัญญาด้วย

วัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย คือ การค้นหากฎหมายซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่สุดที่จะปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงหรือนิติสัมพันธ์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศ⁸³ ในกรณีที่ข้อเท็จจริงหรือนิติสัมพันธ์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศดังกล่าว มีจุดเกาะเกี่ยวอยู่ในเขต

⁸⁰ ในระยะแรกประเทศต่างๆ ได้จัดทำข้อตกลงที่กรุงเฮก สัญญามอนเตวิเดโอและประมวลกฎหมายมีสตามแมนเต้ หยุค แสงอุทัย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 76. หน้า 31-33.

⁸¹ สุพจน์ จีรธีร์ โชติ. (2549). กฎหมายที่ใช้บังคับกับตัวแลกเงินและตัวสัญญาใช้เงินระหว่างประเทศในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 54.

⁸² กมล สนธิเกษตริณ. (2539). คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์บรรณการ. หน้า 200.

⁸³ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. (2548). กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคนำ: แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 39.

อำนาจของประเทศตั้งแต่สองประเทศขึ้นไป กล่าวคือ เป็นสถานการณ์ที่มีลักษณะเป็น “การขัดกันแห่งอำนาจรัฐ” (Conflict of Jurisdictions) ดังนั้น เมื่อเป็นข้อพิพาทของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เอกชนก็ย่อมสามารถที่จะแสวงหาความยุติธรรมได้จากหลายประเทศที่เกี่ยวข้อง และในบรรดาประเทศที่มีคามเกี่ยวข้องกับเอกชนก็ย่อมมีประเทศที่มีความเกี่ยวพันน้อยหรือมากควบคู่กันไป กรณีเช่นนี้จึงต้องมีกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้เป็นกติกากลาง (กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย) เพื่อชี้ว่าข้อพิพาทของเอกชนในระหว่างประเทศนั้นๆ ควรตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของประเทศใด และการแก้ปัญหาคือการขัดกันแห่งกฎหมายจะต้องทำอย่างไรบ้าง สำหรับกรณีการใช้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันของประเทศไทยกับนิติสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติใน พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1) กฎหมายที่ใช้บังคับกับความสมบูรณ์ของสัญญา

1.1) สาระสำคัญของสัญญา

การพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้บังคับกับความสมบูรณ์ของสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญานั้น จะพิจารณาตามกฎหมายที่จะใช้บังคับตามลำดับก่อนหลัง ได้แก่ กฎหมายแห่งเจตนาของคู่กรณี กฎหมายสัญชาติร่วมกันของคู่สัญญา กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้น ได้ทำขึ้น กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญา⁸⁴

1.2) แบบ

การพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้บังคับกับความสมบูรณ์ของสัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับแบบของสัญญา โดยทั่วไปจะพิจารณาตามกฎหมายของประเทศที่นิติกรรมนั้น ได้ทำขึ้น⁸⁵ อย่างไรก็ดี สัญญาย่อมไม่เป็นโมฆะ ถ้าได้ทำถูกต้องตามแบบอันกำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่ผลแห่งสัญญานั้น⁸⁶

⁸⁴ พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 13 “ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม้อาจหยั่งทราบเจตนาชัดเจนหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับ ก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้น ได้ทำขึ้น”

⁸⁵ พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 9 “นอกจากจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยาม ความสมบูรณ์ เนื่องด้วยแบบแห่งนิติกรรมย่อมเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่นิติกรรมนั้น ได้ทำขึ้น”

⁸⁶ พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 13 วรรค 3 “สัญญาย่อมไม่เป็นโมฆะ ถ้าได้ทำถูกต้องตามแบบอันกำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่ผลแห่งสัญญานั้น”

1.3) ความสามารถ

การพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้บังคับกับความสมบูรณ์ของสัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับความสามารถหรือความรู้ความสามารถของคู่สัญญานั้น โดยทั่วไปจะพิจารณาตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น แต่ในกรณีที่เป็นคนต่างด้าวทำนิติกรรมในประเทศไทย ไม่ว่าจะกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้นจะระบุความสามารถ หรือรู้ความสามารถสำหรับนิติกรรมนั้นอย่างไร ให้ถือว่าบุคคลนั้นมีความสามารถทำนิติกรรมได้เพียงพอที่จะมีความสามารถตามกฎหมายไทย⁸⁷

2) กฎหมายที่ใช้บังคับกับผลของสัญญา

การพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้บังคับกับผลของสัญญานั้น มีวิธีการพิจารณากฎหมายที่จะใช้บังคับตามลำดับเช่นเดียวกับการพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้บังคับกับความสมบูรณ์ของสัญญาในประเด็นสาระสำคัญของสัญญา กล่าวคือ การพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้บังคับกับผลของสัญญา จะพิจารณาตามลำดับก่อนหลัง ได้แก่ กฎหมายแห่งเจตนาของคู่กรณี กฎหมายสัญชาติร่วมกันของคู่สัญญา กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้น ได้ทำขึ้น กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญา

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดกันเพื่อค้นหากฎหมายที่จะใช้บังคับตามลำดับข้างต้นแล้ว ไม่สามารถนำกฎหมายใดๆ มาบังคับใช้ได้ การอุดช่องว่างเรื่องกฎหมายขัดกันว่าด้วยสัญญาในพ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 นั้น ให้พิจารณาเรื่องดังกล่าวจากกฎหมายอื่นใดของประเทศไทย และหากยังคงไม่สามารถค้นหากฎหมายไทยที่จะใช้บังคับได้ ก็จะพิจารณาจากหลักเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล⁸⁸

ดังนั้น สามารถสรุปได้ว่า หลักกฎหมายขัดกันภายใต้พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 เกี่ยวกับการพิจารณากฎหมายที่จะใช้บังคับกับความสมบูรณ์ของสัญญาและผลของสัญญาที่มีลักษณะต่างประเทศ จะพิจารณาตามลำดับได้ดังนี้

⁸⁷ พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 10 “ความสามารถและความรู้ความสามารถของบุคคลย่อมเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น แต่ถ้าคนต่างด้าวทำนิติกรรมในประเทศสยาม ซึ่งตามกฎหมายสัญชาติ คนต่างด้าวนั้นย่อมจะรู้ความสามารถหรือมีความสามารถอันจำกัดสำหรับนิติกรรมนั้น ให้ถือว่าบุคคลนั้นมีความสามารถทำนิติกรรมนั้นได้เพียงพอที่จะมีความสามารถตามกฎหมายสยาม...”

⁸⁸ พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 3 “เมื่อใดไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยามที่จะยกมาปรับกับกรณีขัดกันแห่งกฎหมายได้ ให้ใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล”

2.1) กฎหมายตามเจตนาของคู่กรณี (มาตรา 13 วรรคแรก) ถ้าคู่กรณีมีเจตนาขัดแย้งหรือโดยปริยายในการเลือกกฎหมายเอาไว้

2.2) กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา (มาตรา 13 วรรคแรก) ถ้าคู่สัญญา มีสัญชาติอันเดียวกัน

2.3) กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น (มาตรา 13 วรรคแรก)

2.4) กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญานั้น (มาตรา 13 วรรค 2) ถ้าไม่อาจยังทราบถิ่นที่ทำสัญญาขึ้น

และหากกรณีมีช่องว่างในเรื่องกฎหมายขัดกันว่าด้วยนิติสัมพันธ์ตามกฎหมาย เอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศเกิดขึ้น ก็จะต้องหาคำตอบจากกฎเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ตามลำดับ

1) กฎหมายอื่นใดของไทย

2) กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

3.2.2.2 แนวทางการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย

การใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยมีแนวทางในการพิจารณาเช่นเดียวกับกรณี สัญญาระหว่างประเทศอื่นๆ ดังจะได้กล่าวต่อไป

กรณีที่เกิดปัญหาว่าด้วยกฎหมายขัดกัน หมายถึง กรณีที่เกิดมีปัญหาว่าจะใช้กฎหมาย ของประเทศใดมาปรับแก้กรณีที่เกิดปัญหานั้น ซึ่งเป็นเรื่องที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องกับ ต่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยอาจเป็นว่าคู่กรณีเป็นบุคคลต่างสัญชาติกัน เช่น คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็น คนไทย แต่อีกฝ่ายหนึ่งเป็นต่างดาว หรือคู่กรณีเป็นบุคคลสัญชาติเดียวกัน แต่ข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น เกี่ยวข้องหรือพัวพันกับต่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น นิติกรรมที่เกิดขึ้นนั้นทำในต่างประเทศ หรือ ทรัพย์สินที่ซื้อขายอยู่ในต่างประเทศ เป็นต้น⁸⁹

ในการพิจารณกรณีที่เกิดปัญหาว่าด้วยกฎหมายขัดกัน มีขั้นตอน ดังนี้

1) ขั้นตอนที่ 1 ในเบื้องต้น จะต้องนำเรื่องเขตอำนาจศาลตามหลักประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความแพ่งมาพิจารณาก่อนเรื่องอื่นใด เพราะกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ย่อมอยู่ ภายใต้อำนาจนิติบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลตามมาตรา 2 ถึง มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

⁸⁹ ประกอบ ประพันธ์เนติวุฒิ. (2543). เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ International Law 41451 หน่วยที่ 14. มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช พิมพ์ครั้งที่ 19. หน้า 493.

ความแพ่ง⁹⁰ ทำนองเดียวกับคดีแพ่งธรรมดาทั่วไป ดังนั้น ศาลหรือผู้ฟ้องก็จะต้องพิจารณาในชั้นแรก ให้ได้ความเสียก่อนว่า ปัญหาว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่เกิดขึ้นนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลนั้นที่จะรับไว้พิจารณาหรือไม่

ตัวอย่าง นายจิมมีและนายโรเบิร์ตเป็นคนสัญชาติอเมริกัน มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศฟิลิปปินส์ บุคคลทั้งสองทำสัญญาที่ประเทศอินโดนีเซียตกลงซื้อขายรถยนต์คันหนึ่งที่อยู่ในประเทศญี่ปุ่น ปรากฏว่าต่อมา นายจิมมี (ผู้ซื้อ) ผิดสัญญาไม่ชำระราคา นายโรเบิร์ต (ผู้ขาย) จึงนำคดีมาฟ้องเรียกร้องให้ชำระราคาที่ศาลไทย กรณีเช่นนี้ ศาลไทยย่อมไม่รับฟ้องคดีนั้นไว้พิจารณา เนื่องจากกรณีไม่เข้าตามบทบัญญัติมาตราต่างๆ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยลำดับ ดังนี้

ก) กรณีไม่เข้าตามมาตรา 3 เพราะมิใช่เรื่องการยื่นคำฟ้องในระหว่างคนสัญชาติไทยต่อคนสัญชาติไทย

ข) กรณีไม่เข้าตามมาตรา 4 (1) เพราะทรัพย์สินที่พิพาทมิได้ตั้งอยู่ในเขตอำนาจศาลไทย และจำเลย (จิมมี) มิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย

ค) กรณีไม่เข้าตามมาตรา 4 (2) เพราะโจทก์ (โรเบิร์ต) และจำเลย (จิมมี) มิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย อีกทั้งมูลคดีก็มิได้เกิดขึ้นในประเทศไทย

ง) กรณีไม่เข้าตามมาตรา 4 (3) เพราะโจทก์ (โรเบิร์ต) มิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทยและจำเลย (จิมมี) ก็มิได้เข้ามาอยู่ในประเทศไทยชั่วคราว (มิได้เข้ามาเลย)

จ) กรณีไม่เข้าตามมาตรา 5 เพราะทรัพย์สินมิได้อยู่ในประเทศไทย

2) ขั้นตอนที่ 2 ปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายให้ได้ความว่า ข้อเท็จจริงต่างๆ แห่งคดีหรือข้อพิพาทอันเป็นปัญหาสู่การพิจารณาของศาลนั้น ควรจะปรับเข้าลักษณะกฎหมายในเรื่องใด ซึ่งหมายถึงว่าจะต้องใช้กฎหมายของประเทศใดมาบังคับนั่นเอง

วิธีการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายมีอยู่ 2 วิธี ดังนี้

ก) วิธีการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายตามแบบ *lex fori* หมายถึง หลักการนำหลักกฎหมายภายในแห่งประเทศของศาลที่พิจารณาคดีมาเป็นเกณฑ์ในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง⁹¹ เช่น กรณีศาลที่พิจารณาคดีเป็นศาลไทย กฎหมายภายในแห่งประเทศของศาลที่พิจารณาคดีที่จะนำมาเป็นเกณฑ์เพื่อการดังกล่าวนี้คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อจะได้ทราบว่าได้ให้

⁹⁰ ศักดิ์มาตรา 2 ถึง มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งประกอบ

⁹¹ ประกอบ ประพันธ์เนติวิทย์. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 78. หน้า 96, 98.

ขณะกฎหมายแก้ไขเท็จจริงตามปัญหาไว้อย่างไร หากเกิดข้อสงสัยก็ต้องอาศัยการตีความบทบัญญัติ
ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าให้ลักษณะกฎหมายไว้อย่างไร

ตัวอย่าง กรณีเกิดคดีหรือข้อพิพาททางแพ่งมาสู่ศาลไทยว่า ผู้เยาว์ (มิได้มี
สัญชาติไทย) ทำพินัยกรรมฉบับหนึ่งในประเทศจะมีผลสมบูรณ์หรือไม่
ในเบื้องต้น ศาลไทยก็ต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (หลักกฎหมายภายในแห่งประเทศของ
ศาลที่พิจารณาคดี) มาเป็นเกณฑ์พิจารณา ผลจะเป็นว่าควรปรับเข้ากับลักษณะกฎหมายเรื่อง
ความสามารถในการทำพินัยกรรม ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 25 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์
อาจทำพินัยกรรมได้เพื่ออายุสิบห้าปีบริบูรณ์”

ลำดับต่อไป ศาลไทยจะนำ พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481
ภาค 6 มรดก มาตรา 39 ซึ่งบัญญัติว่า “ความสามารถของบุคคลที่จะทำพินัยกรรมให้เป็นไปตาม
กฎหมายสัญชาติในขณะที่ทำพินัยกรรม” มาเป็นเกณฑ์ในการนำลักษณะกฎหมาย (กฎหมายสัญชาติ
ของผู้เยาว์ในขณะที่ทำพินัยกรรม) มาปรับกับข้อเท็จจริงแห่งคดีต่อไป

ข) วิธีการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายตามแบบ *lex causae* หมายถึง การนำ
หลักกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีหรือข้อพิพาทนั่นเองมาเป็นเกณฑ์พิจารณาว่า ข้อเท็จจริงนั้นควรปรับ
เข้ากับลักษณะกฎหมายใด⁹²

จากตัวอย่างเดิมข้างต้นในข้อ 1 หลักกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่ข้อเท็จจริงแห่ง
คดีหรือข้อพิพาทดังกล่าวคือ เรื่องความสามารถในการทำพินัยกรรม ได้แก่ มาตรา 39 แห่งพ.ร.บ. ว่า
ด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ซึ่งวางหลักว่า การพิจารณาความสามารถของบุคคลที่จะทำ
พินัยกรรมให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลผู้ทำพินัยกรรมในขณะที่ทำพินัยกรรม

ดังนั้น กฎหมายที่ศาลไทยจะนำมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงในกรณีดังกล่าวนี้
ได้แก่ กฎหมายแห่งประเทศเจ้าของสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม (ผู้เยาว์) นั่นเอง โดยไม่ต้องนำหลัก
กฎหมายภายในแห่งประเทศของศาลที่พิจารณาคดี (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) มาเป็นเกณฑ์
พิจารณาตามแบบวิธี *lex fori* ดังกล่าวไว้ข้างต้นแต่ประการใด

ข้อสังเกต การกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีตามแบบ *lex fori* เป็นที่
นิยมในวงการกฎหมายต่างประเทศโดยการนำมาใช้เป็นหลักในการกำหนดลักษณะของข้อเท็จจริงปรับ

⁹² ประกอบ ประพันธ์เนติวุฒิ. อ่างแล้ว เริงอรุณที่ 78. หน้า 99.

เข้ากับลักษณะกฎหมายมากกว่าแบบ *lex causae* เพราะให้ความสำคัญแน่นอนและมีข้อยุ่งยากในการหาลักษณะกฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริงได้ง่ายกว่า

3) ขั้นตอนที่ 3 การอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เมื่อดำเนินการกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีตามขั้นตอนที่ 2 แล้ว จึงไปพิจารณาอุพ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ว่าบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนั้นไว้หรือไม่ หากปรากฏว่าไม่ได้บัญญัติไว้ก็ต้องดำเนินการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลต่อไป

“หลักเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” ในที่นี้ได้แก่บรรดาหลักกฎหมายจารีตประเพณีทั้งหลายที่ผู้บัญญัติกฎหมายนำมาเป็นหลักในการบัญญัติพ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฉบับนี้ขึ้น⁹³ เช่น หลักการใช้กฎหมายสัญชาติเป็นกฎหมายติดตามตัวบุคคลไปใช้บังคับ⁹⁴ หลักการใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่ทรัพย์สิน (อสังหาริมทรัพย์) ตั้งอยู่ (*lex rei sitae*) บังคับแก่กรรมสิทธิ์ การทำนิติกรรม

หลักในเรื่องการนำสืบกฎหมายต่างประเทศถือว่าเป็นปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งคู่กรณีมีหน้าที่ต้องนำสืบ⁹⁵ หลักในเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับต่อสัญญานั้น ให้ถือตามกฎหมายของประเทศที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น⁹⁶ ทั้งในเรื่องแบบของสัญญา ผลของสัญญาและความสามารถของคู่สัญญาก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำสัญญาด้วย เป็นต้น

4) ขั้นตอนที่ 4 ในกรณีที่พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 กำหนดไว้ว่าปัญหาดังกล่าวให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับก็อาจต้องพิจารณาเกี่ยวพันไปถึงหลักการย้อนส่งเพื่อให้ได้ความแน่ชัดในท้ายสุดว่าจะต้องใช้กฎหมายใดบังคับ⁹⁷

โดยเหตุที่กฎหมายไทยยอมรับการย้อนส่งกลับ กล่าวคือ ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันของต่างประเทศย้อนส่งกลับมาให้ใช้กฎหมายไทย กรณีเช่นนี้ พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่ง

⁹³ กมล สนธิเกษตริณ. (2521). คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. โรงพิมพ์แสงสิทธิ์การพิมพ์. หน้า 261.

⁹⁴ พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 10 วรรคแรก “ความสามารถและไร้ความสามารถของบุคคลย่อมเป็นตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น”

⁹⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 530/2468 ประกอบกับมาตรา 8 แห่งพ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

⁹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 465/2478 ประกอบกับมาตรา 13 วรรคแรก ตอนท้าย แห่งพ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

⁹⁷ พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับและตามกฎหมายต่างประเทศนั้น กฎหมายที่จะใช้บังคับได้แก่กฎหมายแห่งประเทศสยาม ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยามบังคับ มิใช่กฎหมายแห่งสยามว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย”

กฎหมายของไทยได้บัญญัติให้การย้อนส่งกลับไว้ และให้ใช้กฎหมายภายในของประเทศไทย คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บังคับแก่คดีนั้นได้ทันที โดยมีต้องอาศัยหลักหรือกฎเกณฑ์ตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมาพิจารณาอีกซึ่งถือได้ว่าเป็นการบัญญัติเพื่อให้การย้อนส่ง สิ้นสุดลงเพียงนั้น เพราะมิฉะนั้นแล้วหากจะให้กลับไปใช้พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอีกก็จะ ทำให้เกิดการย้อนส่งกันไปย้อนส่งกลับมาไม่มีที่สิ้นสุด จึงจัดการย้อนส่งกลับไปกลับมาให้หมดไป โดยบัญญัติให้ใช้กฎหมายภายในของประเทศไทย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) บังคับได้ทันทีเลย

การย้อนส่งกลับ เกิดขึ้นเมื่อกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของประเทศแห่งศาลที่กำลัง พิจารณาคดีบัญญัติให้ใช้กฎหมายของประเทศที่สอง และเมื่อได้ใช้กฎหมายของประเทศที่สองแล้ว กฎหมายว่าด้วยการขัดกันของประเทศที่สองบัญญัติให้ย้อนส่งกลับมาใช้กฎหมายของประเทศแรกอีก

ตัวอย่าง กรณีคดีเกี่ยวกับปัญหาความสามารถของนายอับดุลหะ สัตยชาติจอร์แดน มาสู่ ศาลไทย (ศาลที่กำลังพิจารณาคดี) ศาลไทยก็นำมาตรา 10 แห่งพ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมา เป็นหลักในการพิจารณา ซึ่งบัญญัติให้ใช้กฎหมายของประเทศจอร์แดน แต่เมื่อได้ใช้กฎหมายของ ประเทศจอร์แดนแล้ว ปรากฏว่ากฎหมายว่าด้วยการขัดกันของประเทศจอร์แดนบัญญัติให้ย้อนส่งกลับ มาใช้กฎหมายของประเทศที่นายอับดุลหะมีภูมิลำเนาอยู่ ข้อเท็จจริงพึงได้ความว่านายอับดุลหะมีภูมิลำเนา อยู่ในประเทศไทย กรณีเช่นนี้ถือว่า กฎหมายว่าด้วยการขัดกันของประเทศจอร์แดนย้อนส่งกลับมาให้ ใช้กฎหมายของประเทศไทยบังคับ

การย้อนส่งต่อไป เกิดขึ้นเมื่อกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของประเทศแห่งศาลที่กำลัง พิจารณาคดีบัญญัติให้ใช้กฎหมายของประเทศที่สอง และเมื่อได้ใช้กฎหมายของประเทศที่สองแล้ว กฎหมายว่าด้วยการขัดกันของประเทศที่สองบัญญัติให้ย้อนส่งต่อไปให้ใช้กฎหมายของประเทศที่สาม

ตามตัวอย่างการย้อนส่งกลับข้างต้น หากข้อเท็จจริงกลับปรากฏว่านายอับดุลหะมี ภูมิลำเนาอยู่ในประเทศฟิลิปปินส์ กรณีถือว่ากฎหมายว่าด้วยการขัดกันของประเทศจอร์แดนย้อนต่อไป ให้ใช้กฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์ ซึ่งเป็นประเทศที่นายอับดุลหะมีภูมิลำเนาบังคับ

5) ขั้นตอนที่ 5 การนำกฎหมายต่างประเทศมาบังคับใช้ในกรณีที่ปรากฏว่า ปัญหา ดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายต่างประเทศ ศาลจะนำกฎหมายต่างประเทศนั้นมาบังคับได้ก็ ต่อเมื่อ

ก) กฎหมายต่างประเทศนั้น ไม่ขัดต่อความสงบกฎหมายต่างประเทศเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย และไม่ขัดต่อพ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอีก ด้วย

ข) หากคู่ความฝ่ายใดอ้างกฎหมายต่างประเทศ คู่ความฝ่ายที่อ้างนั้นมีหน้าที่นำสืบพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้นจนเป็นที่พอใจของศาล มิฉะนั้น ศาลต้องใช้กฎหมายภายในของประเทศไทยบังคับแทน

ค) ในขณะที่ศาลใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นบังคับ หากเกิดมีช่องว่างแห่งกฎหมายเกิดขึ้น ศาลก็ต้องดำเนินการอุดช่องว่างนั้นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายต่างประเทศนั้นบัญญัติไว้ทุกประการ

ข้อสังเกต ลำดับการพิจารณาในกรณีที่ถูกกฎหมายขัดกันดังกล่าวมาข้างต้นทั้งหมดนี้ หมายความว่าเฉพาะเป็นเรื่องคดีแพ่งเท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีป็นคดีอาญาด้วย เพราะศาลไทยไม่ยอมรับการใช้กฎหมายมหาชนของต่างประเทศโดยตรง

3.2.2.3 ข้อจำกัดในการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย

การพิจารณาข้อจำกัดในการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย ตามที่บัญญัติไว้ใน พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 สามารถแบ่งออกเป็นดังนี้

1) ข้อจำกัดตามมาตรา 5 ได้แก่ ข้อจำกัดมิให้นำกฎหมายต่างประเทศมาใช้ ถ้ากฎหมายต่างประเทศนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย มีหลักเกณฑ์พิจารณา ดังนี้

ก) กฎหมายต่างประเทศนั้นมีข้อความขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายไทยซึ่งบัญญัติไว้เป็นลักษณะบังคับ (Jus cogens)⁹⁸

ตัวอย่าง บทบัญญัติเกี่ยวกับความสามารถของหญิงไทยที่จะทำการสมรส ต้องมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ เป็นต้น

ข) กฎหมายต่างประเทศนั้น มีข้อความขัดกับกฎหมายไทยที่มีบทบัญญัติห้ามเด็ดขาด (Prohibitive law) มีลักษณะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของ

⁹⁸ Jus cogens หมายถึง บทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่ยอมให้คู่กรณีตกลงกันให้แตกต่างจากที่บัญญัติไว้ได้ เป็นบทบัญญัติที่ถือว่าการฝ่าฝืนบทบัญญัติเหล่านี้เป็นการฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน บทบัญญัติของกฎหมายชนิดนี้มีลักษณะตรงกันข้ามกับ Jus dispositions ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ยอมให้คู่กรณีสามารถทำความตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ อาจแย้งหรือขัดกับบทบัญญัติชนิดนี้ได้ หากคู่กรณีไม่ได้ทำความตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นก็ให้บังคับกันตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น

ประชาชนซึ่งอาจเป็นได้ทั้งกฎหมายมหาชน⁹⁹ และกฎหมายเอกชน¹⁰⁰ กฎหมายไทยที่มีบทบัญญัติห้ามเด็ดขาดนี้ ได้แก่ กฎหมายที่ห้ามการนำสินค้าบางอย่างหรือสินค้าจากประเทศใดประเทศหนึ่งเข้ามาจำหน่ายในประเทศไทย กฎหมายที่ห้ามการมีทาส การค้าทาส ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้นเพื่อรักษาเสถียรภาพทางการเมือง ทางเศรษฐกิจของประเทศหรือประชาชนไว้ บทบัญญัติที่ห้ามมิให้บุตรฟ้องร้องบุพการี (คดีอุทลุม) เป็นต้น

2) ข้อจำกัดเฉพาะเรื่อง ได้แก่ ข้อจำกัดในการใช้กฎหมายต่างประเทศที่บัญญัติไว้ในมาตราต่างๆ ของพ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 นอกจากมาตรา 5 ข้อจำกัดเฉพาะเรื่องนี้มิได้ห้ามใช้กฎหมายภายในของต่างประเทศอย่างเด็ดขาด แต่ให้ใช้ภายในขอบเขตหรือให้ใช้ได้เพียงเท่าที่สอดคล้องกับกฎหมายภายในของประเทศไทย ข้อจำกัดเฉพาะเรื่องนี้ เช่น มาตรา 15 เรื่องการเรียกค่าสินไหมทดแทน มาตรา 36 เรื่องการเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู จะต้องเป็นไปตามวิธีการที่กฎหมายไทยกำหนดเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าการใช้กฎหมายต่างประเทศขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทยแล้ว แนวทางในการพิจารณานั้นศาลจะพิจารณาว่า ถ้ากฎหมายต่างประเทศที่จะนำมาใช้บังคับในศาลไทยนั้นเป็นบทบัญญัติที่วางหลักทั่วไปในเรื่องนั้นๆ แล้ว ศาลจะใช้กฎหมายไทยบังคับ แต่ถ้ากฎหมายต่างประเทศนั้นเป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นของบทบัญญัติที่วางหลักทั่วไป ศาลจะใช้บทบัญญัติที่วางหลักทั่วไปนั้นมาบังคับใช้ หากบทบัญญัตินั้นไม่ขัดความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งนี้เพราะศาลไทยจะต้องพยายามใช้กฎหมายต่างประเทศที่พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกำหนดให้ใช้มากที่สุด¹⁰¹

⁹⁹ ตัวอย่างของกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน คือ กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายอาญา กฎหมายภาษีอากร

¹⁰⁰ ตัวอย่างของกฎหมายเอกชนที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน คือ กฎหมายที่กำหนดให้นิติกรรมบางอย่างต้องทำตามแบบวิธี เช่น การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ต้องทำสัญญาเป็นหนังสือและจดทะเบียน การสมรสต้องจดทะเบียน กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองบุคคลบางจำพวก เช่น ผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถ

¹⁰¹ กมล สนธิเกษตริน. (2539). คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. กรุงเทพฯ : นิติบรรณาการ. หน้า 232-236.

3.2.2.4 การยอมรับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในศาลไทยและการยอมรับคำพิพากษาของศาลไทยในศาลต่างประเทศ

1. การยอมรับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในศาลไทย

กรณีการยอมรับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้น คำพิพากษาฎีกาที่ 585/2461¹⁰² ได้วางแนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับเรื่องการยอมรับคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลต่างประเทศไว้และยังคงเป็นบรรทัดฐานอยู่ในปัจจุบัน ดังนี้

1) ศาลที่พิจารณาพิพากษาต้องมีเขตอำนาจศาลโดยชอบ

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลถือความเคารพต่อกันและกันระหว่างประเทศ ประเทศหนึ่งจะยอมรับบังคับตามคำพิพากษาของศาลในอีกประเทศหนึ่งเหมือนดังว่าจำนวนเงินที่เป็นหนี้ค้างกันอยู่ตามคำพิพากษานั้นเป็นหนี้อันจะยอมให้นำมาฟ้องร้องกันได้ แต่ศาลต่างประเทศที่พิพากษาคดีที่คู่ความนำมาอ้างจะต้องเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้นด้วย

2) ต้องเป็นคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาด

คำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้นต้องเป็นคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดที่ได้วินิจฉัยประเด็นแห่งคดีนั้นแล้วซึ่งคู่ความจะนำหรือร้องฟ้องกันอีกไม่ได้ ฉะนั้น หากคำพิพากษาไต่ยังไม่เป็นอันเสร็จเด็ดขาด กล่าวคือ คู่ความอาจดำเนินการใดๆ ขอให้ศาลที่ได้มีคำพิพากษาไปแล้วดังกล่าว นั้น ยกเลิก เพิกถอนคำพิพากษานั้นเสีย หรือขอให้มีการสั่งใหม่ในเรื่องนั้น ได้แล้ว คำพิพากษานั้นก็ไม่ถือว่าเป็นคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดอันจะพึงเป็นที่ยุติว่าฝ่ายที่แพ้คดีเป็นหนี้สิน หรือมีความรับผิดชอบต่อยุทธชนะคดี¹⁰³

2. การยอมรับคำพิพากษาของศาลไทยในศาลต่างประเทศ

ในกรณีการยอมรับคำพิพากษาของศาลไทยในศาลต่างประเทศ โดยทั่วไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนั้น กฎหมายที่บังคับแก่คดีเกี่ยวกับทรัพย์สินใด จะต้องเป็น

¹⁰² โปรดดูรายละเอียดในคำพิพากษาฎีกาที่ 585/2461 โจทก์ฟ้องจำเลยต่อศาลเมืองไชน่งอน ศาลใจเมืองไชน่งอนได้พิพากษาให้จำเลยใช้เงินตามฟ้องและดอกเบี้ย แต่จำเลยได้หลบหนีเข้ามาในกรุงเทพฯ โจทก์จึงมาฟ้องคดียังศาลแพ่งเพื่อเรียกเงินตามคำพิพากษาเมืองไชน่งอน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คำพิพากษาของเมืองไชน่งอนนั้นเป็นคำพิพากษาโดยจำเลยขาดนัด ไม่ปรากฏว่าเป็นคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดอันจะพึงบังคับตามได้ และ โจทก์มิได้นำพยานมาสืบในข้อที่จำเลยผิดสัญญาหนี้เลย จึงพิพากษายกฟ้อง

¹⁰³ มนุเชษฐ์ วิจารณ์ศิริบุตร. (2544). กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ: ศึกษากรณีการยอมรับผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลต่างประเทศ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 80.

กฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ (lex situs) ฉะนั้น ทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ในต่างประเทศ ไม่ว่าจะป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ ย่อมไม่อยู่ในอำนาจบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลไทย โดยตรง การที่จะบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ในต่างประเทศนั้น เจ้าหนี้จะต้องดำเนินการต่อศาลต่างประเทศให้ถูกต้องตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ เสียก่อน ซึ่งบางประเทศก็ยอมรับบังคับให้คำพิพากษาของประเทศอื่นมีผลผูกมัดเดียวกับคำพิพากษาของศาลประเทศตน โดยออกหมายบังคับให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาของประเทศอื่นได้¹⁰⁴ แต่บางประเทศถือเพียงว่าคำพิพากษานั้นเป็นเพียงหลักฐานแห่งมูลหนี้เท่านั้น ถ้าจะใช้บังคับในอีกประเทศหนึ่งจะต้องไปฟ้องร้องจำเลยยังศาลในต่างประเทศนั้นเป็นคดีใหม่เสียก่อน¹⁰⁵

3.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

3.3.1 กฎหมายอนุญาโตตุลาการ

3.3.1.1 กฎหมายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ

1. กฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ร่างโดย คณะกรรมาธิการว่าด้วยการค้าแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)¹⁰⁶

ในอดีตนั้นได้เกิดการขยายตัวทางการค้าระหว่างประเทศเป็นจำนวนมาก จึงทำให้นักธุรกิจและนักลงทุนใช้การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการมากขึ้น จึงทำให้เกิดปัญหาว่ากรณีเกิดข้อพิพาทขึ้นจะใช้อุญาโตตุลาการของสถาบันใด หรืออนุญาโตตุลาการที่ใดที่จะได้รับการยอมรับในแวดวงธุรกิจและได้รับความยุติธรรมสูงสุด สิ่งเหล่านี้จึงเป็นสาเหตุที่ทำให้นักธุรกิจหรือนักลงทุนส่วนใหญ่มุ่งแสวงหาก เรอนุญาโตตุลาการที่เป็นธรรมและยุติธรรม ซึ่งต่อมาในปี 1985 ได้มีการ

¹⁰⁴ กรณีประเทศอังกฤษ มีบทบัญญัติ Foreign Judgement (Reciprocal Enforcement) Act 1993 โดยศาลอังกฤษยอมรับบังคับตามคำพิพากษาของศาลของประเทศที่เป็นภาคีของสนธิสัญญา โดยมีต้องไปฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นใหม่

¹⁰⁵ ทวี ตะเวทีกุล. (2477). คำสอนกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง. หน้า 379.

¹⁰⁶ สุวัฒน์ ชัยวรมุขกุล. (2552). การขัดกันแห่งกฎหมายสารบัญญัติในกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ: ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 23.

ร่างกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL) (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “กฎหมายแม่แบบ”) ขึ้น เพื่อแก้ไขความหลากหลายของกฎหมายภายในกรณีที่ถูกกฎหมายและกระบวนการพิจารณาในเรื่องอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศโดยกฎหมายแม่แบบได้ถูกออกแบบมาเพื่อให้รัฐที่มีความแตกต่างทางกฎหมาย สภาพสังคมและระบบเศรษฐกิจ ทั้งประเทศที่พัฒนาแล้วและกำลังพัฒนาทั่วทุกภูมิภาคของโลก โดยวัตถุประสงค์สำคัญของกฎหมายแม่แบบเพื่อที่จะส่งเสริมหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Autonomy of Will) ในการร่างสัญญาอนุญาโตตุลาการ เพื่อประกันความเท่าเทียมและเป็นธรรมระหว่างคู่สัญญา และเพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและสมประโยชน์แก่คู่สัญญามากที่สุด

กฎหมายอนุญาโตตุลาการในเรื่องกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทตามกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) นั้นปรากฏในมาตรา 28¹⁰⁷

จะเห็นได้ว่า มาตรา 28 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law) ที่ปรับใช้กับข้อพิพาทเท่านั้น ส่วนกฎหมายวิธีสบัญญัติ (Procedural Law) นั้น ตามกฎหมายแม่แบบ จะปรากฏในมาตรา 19

จากบทบัญญัติมาตรา 28 จะพบว่ามาตรา 28(1) ได้ให้อิสระแก่คู่สัญญาอย่างเต็มที่ในการเลือกหลักกฎหมายสารบัญญัติเพื่อปรับใช้กับสัญญาและข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญา โดยให้คู่สัญญาเลือกกฎหมายได้โดยตรงไม่ต้องมีการอ้างอิงหลักการขัดกันแห่งกฎหมายแต่อย่างใด ซึ่งการยอมรับในหลักความอิสระของคู่สัญญานี้เป็นหลักที่สำคัญในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

¹⁰⁷ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Article 28.

“หลักที่ปรับใช้กับสาระของข้อพิพาท

(1) อนุญาโตตุลาการจะต้องชี้ขาดข้อพิพาทตามหลักกฎหมายซึ่งคู่สัญญาได้เลือกเพื่อปรับใช้กับข้อพิพาทนั้น หากมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นโดยชัดแจ้ง ในกรณีที่มีการเลือกกฎหมายหรือระบบกฎหมายของรัฐใดรัฐหนึ่งนั้น ย่อมเป็นการอ้างถึงกฎหมายสารบัญญัติของรัฐนั้นๆ หากใช่เป็นหลักการขัดกันแห่งกฎหมายไม่

(2) กรณีที่คู่สัญญามีได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้แล้ว ให้อนุญาโตตุลาการปรับใช้กฎหมายผ่านทางหลักการขัดกันแห่งกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการเห็นว่าเหมาะสม

(3) อนุญาโตตุลาการจะชี้ขาดโดยใช้หลักแห่งความเป็นธรรมและสุจริตหรือ ไม่ต้องใช้กฎหมายได้เพียงกรณีที่คู่สัญญาได้ให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งที่จะทำเช่นนั้นเท่านั้น

ในทุกกรณี อนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาข้อสัญญาในสัญญา และจะต้องพิจารณารวมนิยมปฏิบัติทางการค้ากับธุรกรรมนั้นๆ ด้วย”

ทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ¹⁰⁸ โดยตามมาตรา 28(1) ได้ให้อิสระแก่คู่สัญญาในการเลือก “หลักกฎหมาย” (Rules of Law) เพื่อปรับใช้กับข้อพิพาท ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรา 28(2) ใช้คำว่า “กฎหมาย” (Law) ซึ่งมีความหมายแตกต่างกัน¹⁰⁹

คำว่า “หลักกฎหมาย” (Rules of Law) มีความหมายกว้างกว่า “กฎหมาย” (Law) โดย “หลักกฎหมาย” (Rules of Law) นั้น รวมถึงกรณีที่คู่สัญญาได้เลือกที่จะปรับใช้หลักกฎหมายมากกว่าหนึ่งระบบกฎหมาย รวมถึงหลักกฎหมายที่ปรากฏในระดับระหว่างประเทศด้วย โดยคู่สัญญาสามารถตกลงเลือกหลักกฎหมายของแต่ละระบบกฎหมายมาปรับใช้กับแต่ละเรื่องของความสัมพันธ์ของคู่สัญญาได้ เรียกว่า “Decepage”¹¹⁰ การที่กฎหมายแม่แบบกำหนดในลักษณะเช่นนี้ เพราะในกฎหมายแม่แบบยังได้กำหนดให้คู่สัญญาสามารถตกลงให้อนุญาตโตตุลาการชี้ขาดโดยหลักแห่งความยุติธรรมและความสุจริต (Ex aequo et bono) หรือ ไม่ต้องใช้กฎหมาย (Amiable Compositeur) ได้ ซึ่งการตัดสินใจในวิธีดังกล่าวนี้ ยังไม่มีความแน่นอนกว่าการปรับใช้บทบัญญัติกฎหมาย¹¹¹

ในมาตรา 28(1) ตอนท้ายนั้น เป็นส่วนสนับสนุนให้คู่สัญญาที่มีความเป็นอิสระในการเลือกกฎหมายเพื่อปรับใช้กับข้อพิพาทมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ ได้บัญญัติถึงหลักการตีความเจตนาของคู่สัญญาอย่างชัดเจน โดยหากมิได้มีการตกลงไว้เป็นอย่างอื่นแล้ว เมื่อคู่สัญญาเลือกหลักกฎหมายที่ปรับใช้กับสัญญาและข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญานั้น ให้หมายความว่าจะคู่สัญญาได้เลือกกฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่คู่สัญญาได้เลือก มิใช่เป็นหลักการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น กฎหมายสารบัญญัติที่คู่สัญญาได้เลือกย่อมถูกนำมาปรับใช้กับข้อพิพาท¹¹²

มาตรา 28(2) ได้วางหลักว่าในกรณีที่คู่สัญญาได้เลือกกฎหมายเพื่อปรับใช้กับข้อพิพาท กฎหมายแม่บทให้อนุญาตโตตุลาการมีอิสระในการเลือกและปรับใช้กฎหมายได้แต่ “กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง” (Law) เท่านั้น ซึ่งต่างจากคู่สัญญาที่มีอิสระในการเลือก “หลักกฎหมาย” (Rules of Law) และ อนุญาตโตตุลาการมีอิสระที่จะเลือก “กฎหมาย” (Law) แต่ต้องเลือกผ่านหลักการขัดกันแห่งกฎหมาย (The Conflict of Law Rules) เท่านั้น

¹⁰⁸ Peter Binder. (2005). *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdiction*. 2nd Edition. London: Sweet&Maxwell. p. 233. อ้างถึงใน สุวัฒน์ ชัยวรमुखล. เจริญรอดที่ 106. หน้า 25.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Report of the United Nation Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session. Vienna. (1985). (A/40/17). para. 232. อ้างถึงใน สุวัฒน์ ชัยวรमुखล. เจริญรอดที่ 106. หน้า 25.

¹¹¹ *Ibid.* para. 234.

¹¹² *Ibid.* para. 235.

ใน มาตรา 28(3) วางหลักในส่วนของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ โดยชี้ขาดด้วยการปรับใช้หลักแห่งความเป็นธรรมและสุจริต (Ex aequo et bono) หรือไม่ต้องใช้กฎหมาย (Amiable Compositeur) ได้ แต่เฉพาะกรณีที่คู่สัญญาได้ให้อำนาจให้โดยชัดแจ้งเท่านั้น

ทั้งนี้ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในลักษณะที่ให้ชี้ขาดโดยใช้หลักแห่งความเป็นธรรมและสุจริต (Ex aequo et bono) หรือไม่ต้องใช้กฎหมาย (Amiable Compositeur) ได้นั้น มีข้อจำกัดสามประการ กล่าวคือ ข้อจำกัดประการแรก ปรากฏในมาตรา 28(4) คือ ประการที่สอง ปรากฏในมาตรา 18¹¹³ กล่าวคือ คู่สัญญาจะต้องได้รับการอนุญาโตตุลาการจะต้องคำนึงและพิจารณาถึงข้อสัญญา และจะธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าของคู่สัญญาด้วย ข้อจำกัดปฏิบัติที่เท่าเทียมกันและคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องได้รับโอกาสให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาได้อย่างเต็มที่ และ ข้อจำกัดประการสุดท้าย ปรากฏในมาตรา 34(2)(b)(ii) ซึ่งคำชี้ขาดที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ (Public Policy) นั้นจะไม่ถูกยอมรับและบังคับ แม้เป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการระงับพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่ให้ชี้ขาดโดยใช้หลักแห่งความเป็นธรรมและสุจริต (Ex aequo et bono) หรือไม่ต้องใช้กฎหมาย (Amiable Compositeur) ก็ตาม¹¹⁴

ในมาตรา 28(4) บัญญัติถึงสิ่งที่อนุญาโตตุลาการจะต้องนำมาพิจารณาด้วยในทุกกรณี กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการจะต้องคำนึงถึงข้อสัญญา (Terms of Contract) และจะธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า (Usage of the trade หรือ Trade Usage) ของคู่สัญญาในทุกกรณี “ในทุกกรณี” (in all cases) นี้รวมถึงกรณีที่คู่สัญญามีการเลือกกฎหมายเพื่อปรับใช้บังคับกับสัญญา กรณีที่อนุญาโตตุลาการเป็นผู้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ตลอดจนกรณีที่มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในลักษณะที่ให้ชี้ขาดโดยใช้หลักแห่งความเป็นธรรมและสุจริต (Ex aequo et bono) หรือไม่ต้องใช้กฎหมาย (Amiable Compositeur) ด้วย

2. กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ

Arbitration Act 1996

ประเทศอังกฤษได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในปีค.ศ. 1996 คือ Arbitration Act 1996 ในส่วนของกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทตาม Arbitration Act 1996 นั้น ปรากฏในมาตรา 46¹¹⁵

¹¹³ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Article 18.

¹¹⁴ Report of the Secretary-General: Possible Features of a Model Law on International Commercial Arbitration (A/CN.9/207). para. 90. อ้างถึงใน สุพัฒน์ ชัยวรमुखล. เจริญรอดที่ 106. หน้า 27.

¹¹⁵ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Article 46.

ประเทศอังกฤษนั้น แม้จะนำเอาหลักการตาม UNCITRAL Model Law มาตรา 28 มาบัญญัติเป็นมาตรา 46 แห่ง Arbitration Act 1996 ของตน แต่ก็มีได้นำเอาหลักกฎหมายตาม UNCITRAL Model Law มาตรา 28(4) มาบัญญัติเป็นกฎหมายของตนเอง โดยให้เหตุผลว่า “หากกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้นอนุญาตให้พิจารณาทางปฏิบัติทางการค้ามาปรับใช้กับธุรกรรมด้วยแล้ว บทบัญญัติในส่วนนี้ก็ไม่จำเป็น แต่หากว่ากฎหมายที่ใช้บังคับนั้นไม่อนุญาตให้พิจารณาทางปฏิบัติทางการค้าแล้วนั้น การที่บทบัญญัตินี้จะพิจารณาก็จะเป็นการบัญญัติไปทับซ้อนกับกฎหมายที่ใช้บังคับซึ่งเห็นว่าไม่ถูกต้อง”¹⁶

เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของบทบัญญัติใน Arbitration Act นั้นจะพบว่าหากคู่สัญญาได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาแล้ว มาตรา 46(1) (a) วางหลักให้อนุญาตตุลาการปรับใช้กฎหมาย (Law) ที่คู่สัญญาได้เลือกเพื่อปรับใช้กับสัญญาและข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญานั้น จากบทบัญญัติดังกล่าวคชเป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Party Autonomy) ในการที่คู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายเพื่อปรับใช้กับสัญญาของตนเองได้ แต่เมื่อพิจารณาจาก UNCITRAL Model Law มาตรา 28 ซึ่งประเทศอังกฤษได้นำมาเป็นต้นแบบในการร่างนั้นจะพบว่า UNCITRAL Model Law มาตรา 28(1) ได้ให้อิสระแก่คู่สัญญาในการเลือกหลักกฎหมาย (Rules of Law) เพื่อปรับใช้กับกับสัญญาและข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญานั้น ซึ่ง “หลักกฎหมาย” นั้นมีความหมายกว้างกว่า “กฎหมาย” กล่าวคือ “หลักกฎหมาย” นั้นรวมถึงหลักกฎหมายที่มีการพัฒนาตัวภายนอกระบบกฎหมายของรัฐ โดยมีการพัฒนาขึ้นเพื่อการค้าระหว่างประเทศ หรือเพื่อการระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะ และยังรวมถึงหลักที่ปรากฏในอนุสัญญาต่างๆ หรือหลักที่ปรากฏในทางระหว่างประเทศซึ่งไม่มีผลบังคับ เช่น ประเพณีทางการค้า (Custom) ธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า (Trade Usages) กฎของสมาคมทางธุรกิจ

“กฎเกณฑ์สารบัญญัติที่ปรับใช้กับข้อพิพาท

- (1) อนุญาตตุลาการจะต้องชี้ขาดข้อพิพาทนั้น
 - (ก) เป็นไปตามกฎหมายที่คู่สัญญาได้เลือกที่จะปรับใช้ในเนื้อหาของข้อพิพาทนั้น หรือ
 - (ข) ถ้าคู่สัญญาตกลงว่าจะตกลงโดยวิธีการอื่นๆ ก็ให้เป็นไปตามที่คู่สัญญาได้ตกลง หรือวิธีการอื่นใดตามการชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ
- (2) เพื่อวัตถุประสงค์ของการเลือกกฎหมายนั้น ให้เข้าใจว่าเป็นการเลือกกฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่ได้ทำการเลือก หากการขัดกันแห่งกฎหมายไม่

ถ้าคู่สัญญามีได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับไว้ ให้อนุญาตตุลาการพิจารณาและปรับใช้กฎหมายตามหลักการขัดกันแห่งกฎหมายที่อนุญาตตุลาการเห็นว่าเหมาะสม”

¹⁶ Department Advisory Committee of Arbitration Law Report on the Arbitration Bill (February 1996). para 222. อ้างถึงในสุพรรณ ชัยวรमुख. เจริญรอดที่ 106. หน้า 37.

(the Rules of Business Associations) ประมวลจริยธรรม (Codes of Conduct) เป็นต้น ต่างได้รับการยอมรับและมีการพัฒนาตัวโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ¹¹⁷

แต่หากคู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับสัญญาแล้ว มาตรา 46(3) นั้นได้นำหลักและถ้อยคำจาก UNCITRAL Model Law มาตรา 28(2) โดยวางหลักให้อนุญาโตตุลาการปรับใช้กฎหมายโดยผ่านทางหลักการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งพิจารณาแล้วเห็นว่านำมาใช้แก้ข้อพิพาทนั้นได้ (Applicable) จะพบว่าอนุญาโตตุลาการไม่สามารถที่จะเลือกกฎหมายสารบัญญัติเพื่อปรับใช้กับข้อพิพาทได้โดยตรงได้เลย Arbitration Act 1996 นั้น ให้อนุญาโตตุลาการเลือกหลักการขัดกันแห่งกฎหมายที่พิจารณาแล้วเห็นว่านำมาใช้แก้ข้อพิพาทนั้นได้แล้วใช้กฎหมายสารบัญญัติที่หลักการขัดกันแห่งกฎหมายนั้นบัญญัติให้ใช้ จึงมีนักกฎหมายให้ความเห็นว่า “กฎหมายนี้อนุญาตให้อนุญาโตตุลาการเลือกกฎหมายสารบัญญัติเพื่อปรับใช้ได้โดยตรงตามที่อนุญาโตตุลาการต้องการจะปรับใช้ แล้วอนุญาโตตุลาการจึงจะค้นหาหลักการขัดกันแห่งกฎหมายที่จะชี้ไปยังกฎหมายสารบัญญัตินั้นๆ”¹¹⁸

Arbitration Act 1996 ยังได้บัญญัติเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการย้อนส่ง (Renvoi) ไว้ในมาตรา 46(2) โดยวางหลักไว้ว่า ในกรณีที่มีการเลือกกฎหมายนั้นให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติของประเทศนั้นๆ หากใช้หลักการขัดกันแห่งกฎหมายไม่ ซึ่งเป็นการบัญญัติที่นำเอาหลักการตาม UNCITRAL Model Law มาตรา 28(1) ตอนท้าย มาบัญญัติไว้

Arbitration Act 1996 มาตรา 46(1) (b) ยังบัญญัติถึงกรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงกันระงับข้อพิพาทโดยไม่พิจารณาถึงระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ มีชื่อเรียกต่างๆ กันไป เช่น Ex aequo et bono, Amiable Compositeur ซึ่งให้นำหลักแห่งความเป็นธรรมและความสุจริตหรือไม่ต้องใช้กฎหมายมาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท โดย Arbitration Act 1996 นั้น ได้หลีกเลี่ยงที่จะใช้คำใดคำหนึ่ง โดยเฉพาะม่ว่าจะเป็นภาษาลาติน (Ex aequo et bono) หรือภาษาฝรั่งเศส (Amiable Compositeur) อันปรากฏใน UNCITRAL Model Law มาตรา 28(3) แต่ก็เห็นว่าคู่สัญญายังคงมีการตกลงที่จะใช้การระงับ

¹¹⁷ Stewart R. Shackleton. (1997). *The Applicable Law in International Arbitration Under the New English Arbitration Act 1996*. Arbitration International. Ed.4, 13. p.377. อ้างถึงในสุพัตน์ ชัยวรมุขกุล. เจริญธรรมที่ 106. หน้า 38.

¹¹⁸ Julian D.M. Lew. (1998). *A Practical Guide to the New Arbitration Act 1996: Scope and Purpose of the New Act*. IBC Conference. 4 July 1996. Quoted in Andrew Tweeddale and Keren Tweeddale, *A Practical Approach to Arbitration Law*. London : Blackstone. p. 287. อ้างถึงในสุพัตน์ ชัยวรมุขกุล. เจริญธรรมที่ 106. หน้า 39.

ข้อพิพาทในลักษณะเช่นนี้จึงได้บัญญัติไว้ในลักษณะดังที่ปรากฏใน มาตรา 46(1) (b) กล่าวคือ ให้นำหลักแห่งความเป็นธรรมและความสุจริตหรือไม่ต้องใช้กฎหมายมาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้น ก็สามารถทำได้ เช่น ให้ระงับข้อพิพาทโดยใช้กฎหมายศาสนา (Religious Law) เป็นต้น¹¹⁹

3. กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์

International Arbitration Act (Chapter 143A)

ก่อนปี 1994 ประเทศสิงคโปร์มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการ คือ Arbitration Act 1953 โดยได้นำต้นแบบในการร่างมาจาก Arbitration Act 1950 ของประเทศอังกฤษ ต่อมาเมื่อปี 1979 ประเทศอังกฤษได้มีการแก้ไข Arbitration Act ประเทศสิงคโปร์จึงได้ทำการแก้ไข Arbitration Act ของตนเป็น Arbitration Act 1980 อย่างไรก็ตาม ในขณะนั้นยังไม่มี การแบ่งแยกการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ¹²⁰ และ Arbitration Act นั้น โดยหลักเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการภายในประเทศเท่านั้น ไม่เหมาะสมที่จะใช้กับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

ต่อมาในปี 1991 ได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อการศึกษาและพิจารณาการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ คณะกรรมการได้พิจารณารายงานการแก้ไขกฎหมายของประเทศต่างๆ เช่น ฮอลแลนด์ นิวซีแลนด์ และอังกฤษ เพื่อพิจารณาว่าจะยอมรับเอากฎหมายแม่แบบมาแก้ไขกฎหมายของสิงคโปร์หรือไม่¹²¹ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รายงานของประเทศอังกฤษที่ไม่ยอมรับเอากฎหมายแม่แบบ เนื่องจากกฎหมายแม่แบบไม่ใช่สนธิสัญญา และประเทศอังกฤษไม่มีพันธกรณีให้ต้องนำเอากฎหมายแม่แบบมาแก้ไขกฎหมายภายใน โดยเห็นว่ากฎหมายแม่แบบไม่ได้มีความสมบูรณ์ในตัวเอง ยังคงมีบางประเด็นที่กฎหมายแม่แบบไม่ได้บัญญัติไว้ และกฎหมายอังกฤษที่มีอยู่ขณะนั้นน่าดึงดูดให้นำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

¹¹⁹ Michael J. Mustill and Stewart C. Boyd. (2001). *Commercial Arbitration*. 2nd Ed., 46. p.328. อ้างถึงใน สุวัฒน์ ชัยวรमुखล. เชิงอรรดที่ 106. หน้า 40.

¹²⁰ Hsu Locknie. (1994). The Adoption of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration in Singapore. *Singapore Journal of Legal Studies*. p. 389. อ้างถึงใน สุวัฒน์ ชัยวรमुखล. เชิงอรรดที่ 106. หน้า 46.

¹²¹ Report of the Sub-Committee on Review of Arbitration Laws (2004). quoted in Mohan R. Pillay. *The Singapore Arbitration Regime*. 20. *Arbitration International*. p. 359. อ้างถึงใน สุวัฒน์ ชัยวรमुखล. เชิงอรรดที่ 107. หน้า 46.

มากกว่า¹²² อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการเพื่อการศึกษาและพิจารณาการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ของสิงคโปร์ได้ปฏิเสธรายงานของประเทศอังกฤษ โดยมีเหตุผลว่าถ้าสิงคโปร์ต้องการจะเป็นศูนย์กลางการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ก็จะต้องยอมรับมุมมองของโลกในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ¹²³ ทั้งนี้ ได้มีการสรุปผลการศึกษาและจัดทำเป็นรายงานสมบูรณ์เมื่อปี 1993 โดยรายงานฉบับดังกล่าวนั้นได้รับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อยจากคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายและได้มีการเสนอร่างกฎหมายดังกล่าวแห่งรัฐสภาสิงคโปร์และได้ผ่านรัฐสภาเมื่อวันที่ 31 ตุลาคม 1994 มีผลใช้บังคับวันที่ 27 มกราคม 1995 ซึ่งเป็นกรออกกฎหมายที่แบ่งแยกการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการออกเป็นภายในประเทศกับระหว่างประเทศ ทั้งนี้ International Arbitration Act ของสิงคโปร์ได้มีการแก้ไข 2 ครั้ง คือ ในปี 2001 และ 2002

อนึ่ง International Arbitration Act นั้น ไม่ได้มีบทบัญญัติในส่วนของกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทดังเช่นกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศอื่น¹²⁴ โดย International Arbitration Act มีบทบัญญัติที่กำหนดให้นำเอากฎหมายแม่แบบมาปรับใช้บังคับ โดยมีขเว้นเพียงส่วนที่ 8 (Chapter VIII) เท่านั้นที่มีให้นำมาปรับใช้ โดยบทบัญญัตินี้ดังกล่าวปรากฏอยู่ในมาตรา 3¹²⁵

ดังนั้น ในส่วนของกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทตาม International Arbitration Act จึงปรับใช้ตามกฎหมายแม่แบบ มาตรา 28

3.3.1.2 กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

¹²² Department Advisory Committee of Arbitration Law Report on The Arbitration Bill. (1996). อ้างถึงใน สุวัฒน์ ชัยวรमुखกุล. เชียงธรรมที่ 106. หน้า 46.

¹²³ Report of the Sub-Committee on Review of Arbitration Laws (2004). quoted in Mohan R. Pillay. *Supra note 44*. p. 359.

¹²⁴ Hsu Locknie. *supra note 43*. p. 415.

¹²⁵ International Arbitration Act Section 3.

“การมีผลทางกฎหมายของกฎหมายแม่แบบ

(1) ภายใต้บังคับบทบัญญัตินี้ ให้กฎหมายแม่แบบมีผลในประเทศสิงคโปร์ เว้นแต่บทบัญญัติในส่วนที่ 8

(2) ในกฎหมายแม่แบบนี้

“รัฐ” หมายความว่า ประเทศสิงคโปร์และประเทศอื่นๆ นอกจากประเทศสิงคโปร์

“รัฐนี้” หมายความว่า ประเทศสิงคโปร์

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทปรากฏใน มาตรา 34¹²⁶

จะเห็นได้ว่า กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยนั้น ได้รับแบบอย่างในการร่างมาจากกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) แต่ก็มีแตกต่างจากกฎหมายแม่แบบ มาตรา 28 ดังนี้

ในกฎหมายแม่แบบ มาตรา 28(1) ใช้คำว่า “หลักกฎหมาย” (Rules of Law) แต่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ มาตรา 34 วรรค 1 ให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตาม “กฎหมาย” (Law)¹²⁷ ที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท ซึ่งจะเห็นว่า มาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ มีความหมายแคบกว่า มาตรา 28 แห่งกฎหมายแม่แบบ และข้อ 17 แห่ง ICC Rules of Arbitration¹²⁸ กล่าวคือ “หลักกฎหมาย” (Rules of Law) นั้นรวมถึงหลักกฎหมายที่มีการพัฒนาตัวภายนอกระบบกฎหมายของรัฐ โดยมีการพัฒนาขึ้นเพื่อการค้าระหว่างประเทศ หรือเพื่อการระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะ และยังรวมถึงหลักที่ปรากฏในอนุสัญญาต่างๆ หรือหลักที่ปรากฏในทางระหว่างประเทศซึ่งไม่มีผลบังคับเป็นกฎหมายภายใน เช่น ประเพณีการค้า (Custom) ธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า (Trade Usages) กฎของสมาคมทางธุรกิจ (The Rules of Business Associations) ประมวลจริยธรรม (Codes of Conduct) เป็นต้น ต่างได้รับการยอมรับและพัฒนาตัวโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

¹²⁶พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

มาตรา 34 “ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทในกรณีที่มีการกำหนดถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศใด หากข้อความมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติ มิใช่กฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายคณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาท ไปตามกฎหมายไทย เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการจัดกันแห่งกฎหมาย ก็ให้พิจารณาจากหลักว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรนำมาปรับใช้ คู่พิพาทอาจกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาท โดยใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม

การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามข้อสัญญา และหากเป็นข้อพิพาททางการค้าให้คำนึงถึง ธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมนั้นด้วย”

¹²⁷ Arbitration Act, B.E. 2545 (2002).

¹²⁸ Anan Chantara-opakorn. (2007). Dealing with Conflict of Laws in International Commercial Arbitration under ICC Arbitration Rules and the Arbitration Act of Thailand. *Asian Dispute Review*.6.

ในมาตรา 34 วรรค 1 ตอนท้าย นั้นพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการได้บัญญัติ โดยนำแบบอย่างมาจากกฎหมายแม่แบบ มาตรา 28(1) เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการย้อนส่ง (Renvoi)

ส่วนมาตรา 34 วรรค 2 นั้นพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการได้บัญญัติไว้แตกต่าง จากกฎหมายแม่แบบ มาตรา 28(2) โดยในกรณีที่คู่สัญญามีได้กำหนดกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับสัญญา ไว้ อนุญาโตตุลาการจะต้องปรับใช้กฎหมายไทยและให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาจาก “หลักว่าด้วยการ ชัดกันแห่งกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรนำมาปรับใช้” เป็นข้อยกเว้นในกรณีของ กฎหมายที่มีการชัดเจนแห่งกฎหมายเท่านั้น

ส่วนมาตรา 34 วรรค 3 นั้นคู่สัญญาอาจกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้มีอำนาจชี้ขาดข้อ พิพาทโดยใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรมได้เท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายแม่แบบ ซึ่งได้วาง หลักให้วินิจฉัยโดยหลักแห่งความเป็นธรรมและสุจริต (Ex aequo et bono) หรือไม่ต้องใช้กฎหมาย (Amiable Compositeur) ได้

มาตรา 34 วรรค 4 นั้นได้นำแบบอย่างในการร่างมาจากกฎหมายแม่แบบ มาตรา

28

3.3.2 ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

3.3.2.1 ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ

ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce: ICC)

ในปัจจุบัน ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ ฉบับ ปี 1998 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการปรับใช้หลักกฎหมายสารบัญญัติในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ บัญญัติไว้ในมาตรา 17 ดังนี้

“หลักกฎหมายที่นำมาใช้บังคับ

คู่พิพาทมีเสรีภาพที่จะตกลงเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการจะ นำมาใช้บังคับกับเนื้อหาแห่งข้อพิพาท ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว ให้คณะอนุญาโตตุลาการนำ หลักกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเหมาะสมมาใช้บังคับ

ในทุกๆ กรณี คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องคำนึงถึงข้อตกลงในสัญญาและ ธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่เกี่ยวข้อง

ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่ต้องใช้กฎหมาย หรือวินิจฉัยชี้ขาดตามหลักแห่งความเป็นธรรมและความสุจริต หากคู่พิพาทได้ตกลงให้อำนาจเช่นนั้นแก่คณะอนุญาโตตุลาการ”¹²⁹

จะเห็นได้ว่า ในข้อ 17 วรรค 1 ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าคู่สัญญาที่มีเสรีภาพที่จะตกลงเกี่ยวกับ “หลักกฎหมาย” ได้ และอนุญาโตตุลาการก็นำ “หลักกฎหมาย” มาปรับใช้ได้ ในกรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงกำหนดหลักกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญา รวมทั้งยังให้อำนาจอนุญาโตตุลาการนำหลักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการเห็นว่าเหมาะสมมาใช้บังคับได้โดยตรง

ส่วนข้อ 17 วรรค 2 เป็นบทบัญญัติที่ผู้ใช้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติจะต้องคำนึงเป็นอย่างมาก เนื่องจากคู่สัญญาที่ประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้นก็หลีกเลี่ยงการระงับข้อพิพาทโดยศาล นอกจากนี้โครงสร้างความสัมพันธ์และสภาพแวดล้อมของคู่สัญญาเป็นการดำเนินการทางธุรกิจ อนุญาโตตุลาการก็ต้องคำนึงถึงข้อตกลงในสัญญา และธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่เกี่ยวข้อง โดยข้อ 17 วรรค 2 นี้ให้ปรับใช้กับทุกกรณี ไม่ว่าข้อพิพาทนั้นๆ จะปรับใช้หลักกฎหมายใดก็ตาม

ข้อ 17 วรรค 3 ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่ต้องใช้กฎหมาย (Amiable Compositeur) หรือวินิจฉัยชี้ขาดตามหลักแห่งความเป็นธรรมและความสุจริต (Ex aequo et bono) แต่มีข้อจำกัดว่าต้องเป็นกรณีที่คู่พิพาทได้ตกลงให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการเท่านั้น¹³⁰

3.3.2.2 ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย¹³¹

ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการไทย (Rules on Arbitration of the Thai Arbitration Institute, Office of the Judiciary)

เดิม สถาบันอนุญาโตตุลาการใช้ชื่อว่า สำนักงานอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นหน่วยงานหนึ่งในระดับกอง สังกัดอยู่ในสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม โดยในการดำเนินงานของ

สำนักงานอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยนั้น ความเชื่อถือและการยอมรับจากสาธารณชนถือว่าเป็นปัจจัยสำคัญในการสร้างและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2533 คณะรัฐมนตรี

¹²⁹ ICC Rules of Arbitration (1998), Article 17.

¹³⁰ Yves Derains, and Eric A. Schwartz. (2005). *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*. 2nd ed. Hague: Kluwer Law International). P. 244-246. อ้างถึงใน สุพรรณ ชัยวร मुखกุล. เจริญรอดที่ 106. หน้า 55.

¹³¹ สุพรรณ ชัยวร मुखกุล. อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 106. หน้า 50.

มีมติให้แต่งตั้งคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการขึ้น เพื่อควบคุมดูแลงานของสำนักงานอนุญาโตตุลาการ และเพื่อมิให้สำนักงานอนุญาโตตุลาการถูกกล่าวอ้างว่าเป็นกลไกของรัฐที่ขาดความอิสระและความเป็นกลาง¹³²

ต่อมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติให้ศาลยุติธรรม มีหน่วยงานธุรการที่เป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร ประกอบกับพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ได้จัดตั้งศาลยุติธรรมขึ้น โดยมีหน่วยงานในสังกัดหน่วยงานหนึ่ง คือ สถาบันอนุญาโตตุลาการ โดยสถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นส่วนราชการภายในของสำนักกระบวนข้อพิพาท

ในส่วนบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทตามข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการไทยได้บัญญัติไว้ในข้อ 29 ดังนี้

“อนุญาโตตุลาการจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดไปตามหลักกฎหมายและความยุติธรรม เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงให้วินิจฉัยชี้ขาดโดยใช้หลักสุจริตและเป็นธรรม

ในการตีความสัญญาให้คำนึงถึงสภาพความเป็นไปได้และแนวปฏิบัติทางการค้าตามสัญญานั้นๆ ด้วย”¹³³

จะเห็นได้ว่า ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการไทย ไม่ได้มีบัญญัติไว้ชัดเจนอย่างเช่น ICC Rules of Arbitration โดยข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการไทย ได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดไปตามหลักกฎหมายและความยุติธรรม แต่หากคู่พิพาทได้ตกลงให้วินิจฉัยชี้ขาดโดยใช้หลักสุจริตและเป็นธรรมแล้ว อนุญาโตตุลาการจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดโดยใช้หลักสุจริตและเป็นธรรม

อนุญาโตตุลาการจะต้องตีความสัญญาโดยคำนึงถึงสิ่ง 2 ประการ คือ สภาพความเป็นไปได้และแนวปฏิบัติทางการค้าตามสัญญานั้นๆ

¹³² สำนักงานอนุญาโตตุลาการ. (2543). สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม. กรุงเทพฯ: เพอเพิลท์ กราฟฟิค กรุ๊ป. หน้า 6-7.

¹³³ Arbitration Rules the Thai Arbitration Institute, Office of the Judiciary, Rule 29.