

บทที่ 2

ข้อคิดว่าด้วยเขตอำนาจศาลในไซเบอร์สเปซ

คำว่า “Jurisdiction” ในบริบทของคำศัพท์ภาษาต่างประเทศโดยทั่วไป ได้มีการนำไปใช้ในความหมายที่หลากหลายแตกต่างกัน อาทิเช่นหมายถึง เขตอำนาจรัฐโดยทั่วไปที่มีเหนือตัวบุคคล ทรัพย์สิน และสิ่งต่างๆ ที่อยู่ภายในอาณาเขตดินแดนของรัฐ หรือหมายถึง เขตอำนาจศาลในอันที่จะพิจารณาพิพากษาคดีของรัฐ หรืออาจหมายถึงเขตแดนทางภูมิศาสตร์ที่รัฐสามารถมีและใช้อำนาจในทางการเมืองหรือการศาลได้¹ สำหรับความหมายในแง่ของกฎหมายนั้น แม้จะมีความหมายที่ใช้เป็นการทั่วไปว่าหมายถึง เรื่องที่เกี่ยวข้องกับความชอบธรรมหรืออำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลหรือเขตอำนาจศาลแล้ว แต่ก็ปรากฏว่ามีความแตกต่างกันในแง่ของความหมายโดยเฉพาะที่มุ่งสื่อในแต่ละประเทศในแต่ละระบบกฎหมาย กล่าวคือคำว่า “Jurisdiction” อาจหมายถึงเรื่องต่างๆ เหล่านี้ได้ ได้แก่ อำนาจในการบัญญัติกฎหมาย อำนาจในการออกหมายเรียกจำเลย อำนาจในการพิจารณา อำนาจในการพิพากษา เขตอำนาจทางเนื้อหาหรือประเด็นแห่งคดี เขตอำนาจเหนือบุคคล ความเหมาะสมหรือความไม่เหมาะสมในการใช้เขตอำนาจศาล กฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดี และการบังคับตามคำพิพากษา²

อย่างไรก็ตาม ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คำว่า “Jurisdiction” มุ่งสื่อตามความหมายอันเป็นที่เข้าใจกันในทางกฎหมายโดยส่วนใหญ่ทั่วไปว่าหมายถึง “เขตอำนาจศาล” โดยเฉพาะกับกรณีหรือคดีพิพาทที่มีลักษณะระหว่างประเทศหรือองค์ประกอบต่างประเทศ หรือเขตอำนาจศาลระหว่างประเทศ อันเป็นประเด็นปัญหาที่มีความเกี่ยวพันทั้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีเมืองในส่วนที่เกี่ยวกับเขตอำนาจรัฐเรื่องเขตอำนาจศาล และกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคลในส่วนที่เกี่ยวกับการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาล³ นอกจากนั้น เมื่อนำมาพิจารณา

¹ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8th edition, (West-Thomson, 2004), p. 867.

² Yee Fen Lim, *Cyberspace Law: Commentaries and Materials*, 2nd edition. (Australia: Oxford University Press, 2007), pp. 21-22.

³ คมวัชร เอียงอ่อง, “เขตอำนาจศาลไทยเหนือคดีแพ่งและพาณิชย์ที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ,” *วารสารกฎหมาย*, ปีที่ 18, เล่มที่ 2 (พฤษภาคม 2541), น. 63.

ในบริบทของไซเบอร์สเปซแล้ว ปัญหาในเรื่องของการกำหนดเขตอำนาจศาลได้ก่อให้เกิดแนวคิดเพิ่มเติมจากที่เคยมีและยึดถือกันอยู่เดิมต่อเนื่องมากระทั่งปัจจุบัน ดังจะกล่าวเป็นลำดับต่อไปในบทนี้

1. เขตอำนาจศาลพิจารณาในแง่กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง

กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (Public International Law) เป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐเป็นสำคัญ โดยวางอยู่บนพื้นฐานแห่งหลักความมีอำนาจอธิปไตยโดยเสรีเท่าเทียมกันของแต่ละรัฐ อันมีลักษณะเป็นฐานที่มาประการหนึ่งแห่งความคิดในการยอมรับการมีและใช้เขตอำนาจศาลของรัฐ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของเขตอำนาจรัฐตามหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ (Sovereignty) ดังสามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

1.1 ความหมายและหลักการทั่วไปว่าด้วยเขตอำนาจรัฐ

เขตอำนาจรัฐ (State Jurisdiction) หมายถึง การใช้อำนาจของรัฐเหนือบุคคล ทรัพย์สินหรือเหตุการณ์ โดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวบางประการซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศรับรอง⁴ กล่าวคือ เป็นเรื่องของเขตอำนาจทางกฎหมายในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ (Sovereignty) ทั้งในทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ เป็นเรื่องๆ ไป ในแง่นี้จึงสามารถกล่าวได้ว่า การใช้เขตอำนาจรัฐของแต่ละรัฐ ซึ่งรวมทั้งการใช้เขตอำนาจศาล (Court Jurisdiction) ด้วยนั้น จะต้องเป็นไปโดยสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองเรื่องเขตอำนาจรัฐและอำนาจอธิปไตยด้วยนั่นเอง⁵ เพื่อเป็นหลักพื้นฐานป้องกันมิให้เกิดการแข่งขันกันในการใช้เขตอำนาจรัฐมากำหนดความมีเขตอำนาจศาลของแต่ละรัฐให้กว้างขวางจนเกินไป

⁴ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), น. 264.

⁵ ชุมพร ปัจจุบันนท์, “ข้อคิดบางประการเกี่ยวกับการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลของประเทศไทยในทัศนะของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล,” วารสารกฎหมาย, ปีที่ 17, เล่มที่ 1 (มกราคม 2540), น.39-40.

หลักการ หรือประเภท ของเขตอำนาจรัฐที่สำคัญ โดยเฉพาะในส่วนเกี่ยวกับเรื่อง ในทางแพ่งและพาณิชย์นั้น มีอยู่ด้วยกัน 2 หลัก⁶ ได้แก่

1) เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน (Territorial Jurisdiction) กล่าวโดยเฉพาะคือ รัฐย่อมมีและสามารถใช้อำนาจรัฐของตนแก่บุคคล ทรัพย์สิน และเหตุการณ์ ที่อยู่หรือเกิดมีขึ้น ในดินแดนของรัฐได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลนั้นจะมีสัญชาติใด หรือทรัพย์สินนั้นจะเป็นของผู้ใด เว้นแต่จะมีความตกลงระหว่างประเทศกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น หรือมีกฎหมายระหว่างประเทศ ห้ามไว้

2) เขตอำนาจรัฐเหนือบุคคล (Personal Jurisdiction) กล่าวโดยเฉพาะคือ รัฐอาจใช้ เขตอำนาจรัฐของตนเหนือบุคคลหรือทรัพย์สินที่มีสัญชาติของรัฐหรือเป็นของบุคคลของรัฐนั้นได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลหรือทรัพย์สินนั้นจะอยู่ที่ใดหรือจะอยู่ในสถานะใด

1.2 รูปแบบการใช้เขตอำนาจรัฐ

รูปแบบการใช้เขตอำนาจรัฐของรัฐ (Model for Jurisdictional) สามารถแยกพิจารณา ออกได้เป็น 3 ลักษณะ⁷ คือ

1.2.1 เขตอำนาจรัฐในการออกกฎหมาย (Jurisdiction to Prescribe)

กล่าวคือ รัฐโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ย่อมมีและสามารถใช้อำนาจรัฐ ในการตรากฎหมาย เพื่อใช้บังคับในดินแดนของตน และหรือเพื่อใช้บังคับกับคนชาติของรัฐตนได้ ไม่ว่าคนชาติของตน นั้นจะอยู่ที่ใด นอกจากนั้นในบางเรื่องบางกรณีรัฐยังสามารถออกกฎหมายขยายเขตอำนาจของตน

⁶ ในทางอาญา ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้น จำแนกหลักการเกี่ยวกับเขต อำนาจรัฐออกเป็น 5 หลักการ ที่เพิ่มเติมมา ได้แก่ เขตอำนาจรัฐตามหลักป้องกัน (Protective Principle) เขตอำนาจรัฐตามหลักคนชาติเป็นผู้ถูกระทำ (Passive Personality Principle) และ เขตอำนาจรัฐตามหลักความผิดสากล (Universal Principle), โปรดดู ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมาย ระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง เล่ม 2: รัฐ, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), น. 41-50.

⁷ หรืออาจแยกพิจารณาเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ (1) เขตอำนาจรัฐในการออกกฎหมาย ซึ่งเป็นของฝ่ายนิติบัญญัติ และ (2) เขตอำนาจรัฐในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยรวมการใช้ อำนาจของฝ่ายบริหารและตุลาการเข้าด้วยกัน, ประสิทธิ์ เอกบุตร, เพิ่งอ้าง, น. 37-41.

ออกไปนอกดินแดนได้อีกด้วย (Long-arm Jurisdiction) แต่ก็อาจประสบปัญหาความติดขัดในการบังคับการให้เป็นผลตามกฎหมายจริงได้

1.2.2 เขตอำนาจรัฐในการพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมาย (Jurisdiction to Adjudicate)

กล่าวคือ เป็นเรื่องเขตอำนาจของฝ่ายตุลาการของรัฐ ในอันที่จะรับพิจารณาพิพากษารรณคดี หรือก็คือเรื่อง เขตอำนาจศาลของรัฐนั่นเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ดีหรือข้อพิพาทนั้นมีลักษณะระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง อันอาจเกิดปัญหาความคาบเกี่ยวหรือความทับซ้อนกันกับเขตอำนาจศาลของรัฐอื่นเหนือกรณีพิพาทนั้นๆ ได้ รวมไปถึงเรื่องการบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศด้วย

1.2.3 เขตอำนาจรัฐในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย (Jurisdiction to Enforce)

กล่าวคือ อำนาจของรัฐในการบังคับการให้เกิดผลตามกฎหมายโดยหน่วยงานด้านฝ่ายบริหาร นอกเหนือไปจากเรื่องเขตอำนาจทางตุลาการ ซึ่งโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว รัฐย่อมมีอำนาจจำกัดเพียงแต่ในเขตแดนของตนเท่านั้น ตามหลักความเสมอภาคทางอำนาจอธิปไตยระหว่างกันของรัฐ

ดังนั้นเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์ซึ่งจะได้ทำการศึกษาในกรณีเกี่ยวกับไซเบอร์สเปซ อันเป็นโลกที่ไร้พรมแดนและเกิดมีธุรกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศขึ้นได้เสมอในที่นี้ จึงเป็นรูปแบบหนึ่งของการใช้เขตอำนาจรัฐในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ซึ่งจะมีความเกี่ยวเนื่องกับประเด็นปัญหาในการพิจารณาเพื่อค้นหาศาลที่จะมีอำนาจพิจารณาพิพากษารณคดีพิพาทที่เกิดขึ้นในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลสืบเนื่องไปด้วย

1.3 เขตอำนาจรัฐกับไซเบอร์สเปซ

แนวความคิดและหลักการว่าด้วยเรื่องเขตอำนาจรัฐที่มีมาแต่เดิมนั้น วางอยู่บนพื้นฐานในเรื่องอำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐ โดยยึดโยงอยู่กับหลักเขตอำนาจเหนือเขตแดน ซึ่งเป็นอาณาเขตดินแดนทางกายภาพ ซึ่งต่างไปจากลักษณะเฉพาะของโลกในไซเบอร์สเปซ ที่ไร้พรมแดน

ทางกายภาพ และจากความต่างในทางตรงกันข้ามกันเช่นนี้ จึงได้นำมาซึ่งปัญหาและข้อโต้แย้งได้เถียงในทางความคิดและทฤษฎี ว่าหลักการเดิมว่าด้วยเขตอำนาจรัฐซึ่งยึดติดอยู่กับโลกทางกายภาพ จะมีความเหมาะสมเพียงใดหรือไม่อย่างไรที่จะนำมาใช้กับโลกไซเบอร์สเปซ ทั้งนี้ เมื่อเขตอำนาจศาลเป็นส่วนหนึ่งของเขตอำนาจรัฐ การพิจารณาหลักความมีเขตอำนาจศาลตามกฎหมายของศาลแต่ละรัฐ จึงย่อมได้รับผลกระทบไปถึงด้วยเช่นกัน โดยสามารถสรุปข้อความคิดต่างๆ แยกออกได้เป็น 2 ฝ่ายหลัก คือ ลักษณะแนวคิดเดิมกับลักษณะแนวคิดใหม่ ดังนี้

1.3.1 ลักษณะแนวคิดเดิม

แนวคิดฝ่ายที่หนึ่งซึ่งเป็นลักษณะแนวคิดเดิม เห็นว่า หลักกฎหมายเรื่องเขตอำนาจรัฐ รวมทั้งเขตอำนาจศาล ที่มีและยอมรับกันมาแต่เดิมกระทั่งในปัจจุบัน (Settled Principles) อันวางอยู่บนพื้นฐานเรื่องอำนาจอธิปไตยตามหลักดินแดน ทางกายภาพของโลกเป็นสำคัญ (Physical Territories) นั้น ยังคงมีความเหมาะสม สามารถนำมาประยุกต์ใช้เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ให้สอดคล้องกับพัฒนาการในทางเทคโนโลยีสมัยใหม่โดยเฉพาะอย่างยิ่งระบบอินเทอร์เน็ตได้ กล่าวคือเห็นว่า หลักเขตอำนาจรัฐตามที่มีเดิมนี้น่าสามารถนำมาปรับใช้หรือเทียบเคียงใช้กับโลกไซเบอร์สเปซที่ปราศจากเส้นเขตแดนในทางกายภาพได้ ซึ่งตามแนวความเห็นของฝ่ายแรกนี้ ได้ปรากฏตัวอย่างข้อคิดข้อเสนอทางกฎหมายเพื่อการแก้ไขปัญหาคความไม่ต้องตรงกันทางพื้นฐานข้อเท็จจริงของเรื่อง ระหว่างเขตอำนาจรัฐกับไซเบอร์สเปซ ดังนี้

1) การปรับใช้หลักเขตอำนาจรัฐดั้งเดิม (Traditional Territoriality)⁸

ด้วยระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งใช้ในการติดต่อสื่อสารจนเชื่อมโยงเป็นโลกในไซเบอร์สเปซนี้ เป็นเพียงพัฒนาการทางเทคโนโลยีประเภทหนึ่งเท่านั้น ซึ่งแม้ว่าจะทำให้ไซเบอร์สเปซมีลักษณะเฉพาะที่ไร้พรมแดน แต่การกระทำหรือธุรกรรมต่างๆ ในไซเบอร์สเปซก็ยังคงจะต้องมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับบุคคลในโลกที่แท้จริงที่อยู่บนพรมแดนทางกายภาพอยู่ ไม่ต่างไปมากนักจากการติดต่อสื่อสารโดยใช้โทรศัพท์หรือโทรสารเป็นต้น รัฐหรืออาณาเขตประเทศจึงยังมีส่วนเกี่ยวข้องเชื่อมโยงและยังคงมีความชอบธรรมที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเพื่อควบคุมดูแลเกี่ยวกับการกระทำหรือธุรกรรมของบุคคลได้อยู่

ดังนั้นกฎเกณฑ์และหลักการทางกฎหมายเดิมที่วางอยู่บนพื้นฐานของการมีพรมแดนทางกายภาพ ไม่ว่าเหนือดินแดนหรือเหนือบุคคล จึงยังคงมีความเป็นไปได้ที่จะสามารถนำมา

⁸ Jack L. Goldsmith, "Against Cyberanarchy," University of Chicago Law Review (Fall 1998).

ประยุกต์ใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นจากไซเบอร์สเปซได้ ไม่ต่างไปจากปัญหาของธุรกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศหรือมีลักษณะข้ามชาติที่เกิดขึ้นได้ทั่วไปบนโลกที่แท้จริงนั่นเอง

2) ทฤษฎีสถานที่สากล (Theory of International Spaces)⁹

ทฤษฎีนี้มีพื้นฐานแนวคิดมาจากเหตุตามความเป็นจริงที่ว่า ไซเบอร์สเปซเป็นสถานที่ที่ไร้กายภาพที่ทุกคนในทุกระดับที่สามารถเข้าถึงได้ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต ไซเบอร์สเปซจึงมีลักษณะเป็นพื้นที่สากลที่บุคคลทุกคนทั่วโลกสามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์ได้ โดยปราศจากความเป็นเขตอำนาจรัฐของรัฐใดรัฐหนึ่งโดยเฉพาะเหนือพื้นที่แห่งไซเบอร์สเปซนี้ ทำนองเดียวกันกับแอนตาร์กติกา (Antarctica) ทะเลหลวง (High seas) และห้วงอวกาศ (Outer space) ดังนั้นเบื้องต้นจึงควรตั้งหลักการพิจารณาในแง่กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองเป็นพื้นฐานก่อนว่า ไซเบอร์สเปซเป็นสถานที่สากลที่ไร้ซึ่งเขตอำนาจรัฐประเภทที่สี่ เพิ่มเติมจากแอนตาร์กติกา ทะเลหลวง และอวกาศ ซึ่งจะนำไปสู่ หลักการกำหนดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความมีเขตอำนาจรัฐของทุกรัฐเหนือการกระทำหรือธุรกรรมที่เกิดขึ้นในไซเบอร์สเปซได้อย่างเหมาะสม โดยการอาศัยหลักสัญชาติ (Nationality) ของบุคคลที่แสดงออกผ่านทาง การกระทำหนึ่งๆ ในไซเบอร์สเปซ

1.3.2 ลักษณะแนวคิดใหม่

แนวคิดฝ่ายที่สองหรือแนวคิดใหม่ ซึ่งมีต้นกำเนิดที่เด่นชัดสืบเนื่องมาจากคำประกาศอิสรภาพของโลกไซเบอร์สเปซ หรือ “A Declaration of the Independence of Cyberspace” โดย John Barlow¹⁰ โดยแนวคิดนี้เห็นว่า หลักกฎหมายเรื่องเขตอำนาจรัฐ รวมทั้งเขตอำนาจศาล ที่มีและยอมรับกันมาแต่เดิมกระทั่งในปัจจุบัน อันวางอยู่บนพื้นฐานเรื่องอำนาจอธิปไตยตามหลักดินแดนทางกายภาพของโลกเป็นสำคัญนั้น ไม่สามารถและไม่มี ความเหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับโลกไซเบอร์สเปซที่ไร้พรมแดนทางกายภาพได้ และได้มีการนำเสนอข้อคิดทางกฎหมายเพื่อการแก้ไขปัญหานี้ในไซเบอร์สเปซ ดังเช่น

⁹ Ibid.

¹⁰ John Perry Barlow, “A Declaration of the Independence of Cyberspace,” <<http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>>.

1) แนวคิดอนาธิปไตยในไซเบอร์สเปซ (Cyberanarchy)¹¹

ด้วยระบบการติดต่อสื่อสารที่ก่อให้เกิดและมีอยู่ในไซเบอร์สเปซ มีลักษณะเฉพาะตัวแตกต่างไปจากระบบการติดต่อสื่อสารในโลกที่แท้จริง และจากการไร้ซึ่งข้อจำกัดหรือการคำนึงถึงเรื่องเขตแดนทางกายภาพของรัฐ อันทำให้ไซเบอร์สเปซมีลักษณะความเป็นลักษณะระหว่างประเทศอยู่ในตัว สามารถเกิดการติดต่อสื่อสารข้ามชาติข้ามพรมแดนของแต่ละประเทศได้เสมอและโดยง่าย ไม่ว่าคู่กรณีหรือผู้เกี่ยวข้องจะได้ตระหนักถึงหรือไม่ก็ตาม ปัญหาเรื่องการทับซ้อนหรือการขัดกันซึ่งความมีเขตอำนาจรัฐเหนือบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือเหนือเรื่องใดเรื่องหนึ่งของรัฐสองรัฐหรือหลายรัฐ จึงเกิดขึ้นได้ตลอดเวลาและอย่างเป็นเรื่องปกติธรรมดาของโลกไซเบอร์สเปซ ดังนั้น กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีและใช้กันมาแต่เดิมสำหรับความสัมพันธ์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศซึ่งสามารถพิจารณาได้จากข้อเท็จจริงในทางกายภาพ เช่น เขตแดน สัญชาติ และภูมิลำเนา อันคู่กรณีหรือผู้เกี่ยวข้องสามารถคาดหมายหรือเล็งเห็นได้นั้น จึงไม่สามารถนำมาปรับใช้หรือเทียบเคียงใช้ได้เหมาะสม ทั้งไม่ควรนำมาใช้ กับความสัมพันธ์ในไซเบอร์สเปซด้วย ดังนั้น จึงควรยอมรับให้มีหลักการพื้นฐานขึ้นใหม่ว่า โลกไซเบอร์สเปซ เป็นโลกที่ไร้พรมแดน เป็นโลกที่ปราศจากหลักความมีอำนาจอธิปไตยของรัฐ กล่าวคือเป็นโลกอนาธิปไตย ที่ไร้ซึ่งรัฐและอำนาจรัฐแตกต่างหากจากโลกทางกายภาพของรัฐ

นอกจากนั้น รัฐก็ควรยอมรับและปล่อยให้สังคมในไซเบอร์สเปซได้ก่อตัวขึ้น พัฒนาตัวขึ้น สามารถสร้างและพัฒนากฎเกณฑ์ขึ้นใช้ในระหว่างผู้เกี่ยวข้องในสังคมไซเบอร์สเปซกันเองได้โดยเสรี (Self-regulations)¹² เพราะถึงอย่างไรก็เกินไปไม่ได้ที่รัฐแต่ละรัฐซึ่งต่างมีขอบเขตอำนาจจำกัด จะสามารถกำหนดกฎเกณฑ์หรือบังคับการตามกฎเกณฑ์เพื่อควบคุมดูแลสังคมในไซเบอร์สเปซทั้งหมดอย่างถูกต้องสมควรได้ การพยายามกระทำของรัฐเช่นนี้กับไซเบอร์สเปซจึงเป็นสิ่งที่ไร้ผลไร้ประโยชน์

¹¹ Post, David G. "Against "Against Cyberanarchy"." Berkeley Technology Law Journal, Vol. 17 (2002).

¹² Timothy S. Wu, "Cyberspace Sovereignty? – The Internet and The International System," Harvard Journal of Law & Technology (Summer 1997).

2) แนวคิดแบบแผนความประพฤติ (Norms)¹³

แนวคิดนี้เห็นว่า แม้หลักกฎหมายเรื่องเขตอำนาจรัฐดั้งเดิมที่วางอยู่บนพื้นฐานเรื่องอำนาจอธิปไตยตามหลักดินแดนในทางกายภาพ จะมีความไม่เหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับโลกไซเบอร์สเปซก็ตาม แต่ก็ได้หมายความว่า มีความจำเป็นถึงขั้นที่จะต้องดำเนินการให้มีการก่อตั้งระบบเขตอำนาจรัฐหรือเขตอำนาจศาลขึ้นใหม่ แยกต่างหากจากโลกกายภาพอย่างเป็นทางการหรือเป็นกิจจะลักษณะ แต่ควรปล่อยให้เป็นเรื่องวิวัฒนาการทางสังคม ซึ่งทั้งนี้ หากพิจารณาในความเป็นจริงที่เป็นไปในปัจจุบัน เขตอำนาจที่แยกต่างหากจากโลกกายภาพของโลกไซเบอร์สเปซก็ได้เกิดขึ้นอยู่แล้วจากการประพฤติปฏิบัติในความเป็นจริงในไซเบอร์สเปซ โดยอาศัยระบบสังคมของชุมชนไซเบอร์ (Cybercommunities) นั้นเอง ดังนั้นในแง่กฎหมายระหว่างประเทศแล้ว รัฐจึงควรให้การยอมรับและเคารพต่อกฎเกณฑ์เหล่านี้ ว่าเป็นแบบแผนความประพฤติของบุคคลในสังคมไซเบอร์สเปซ ที่สามารถมีค่าบังคับในทางกฎหมายต่อไปได้

2. เขตอำนาจศาลพิจารณาในแง่กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private International Law: PIL) หรือกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Laws)¹⁴ เป็นกฎหมายภายในของรัฐที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ในทางแพ่งของเอกชน ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องในทางหนึ่งทางใด โดยกฎหมายนี้จะทำหน้าที่บ่งชี้ว่า ในข้อเท็จจริงหรือกรณีพิพาทซึ่งเกี่ยวข้องกับกฎหมายต่างประเทศมากกว่าหนึ่งประเทศนั้นๆ ต้องใช้กฎหมายใดเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก้คดีเพียงกฎหมายเดียว และในบางประเทศอาจเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นเพื่อใช้ในการบ่งชี้ประเด็นปัญหาอื่นอีกโดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องเขตอำนาจศาล เป็นต้น เช่น ประเทศในระบบกฎหมาย

¹³ Julit M. Oberding and Terje Norderhaug, "A Separate Jurisdiction For Cyberspace?," <<http://jcmc.indiana.edu/vol2/issue1/juris.html>>.

¹⁴ โดยทั่วไปทั้งสองคำนี้มีความหมายทำนองเดียวกันและสามารถใช้แทนกันได้ แม้ว่าหากพิจารณาด้อยคำตามตัวอักษรแล้วอาจจะให้ความหมายหรือนัยที่ต่างกันไปบ้างได้ก็ตาม ทั้งนี้ คำว่า Private International Law เป็นคำที่มักใช้ในประเทศในทวีปยุโรปและอังกฤษบางส่วน ส่วนคำว่า "Conflict of Laws" เป็นคำที่มักใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา และอังกฤษเป็นส่วนใหญ่, Eugene F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers and Symeon C. Symeonides, Conflict of Laws, (3th edition, USA: West Group, 2000), pp. 1-3.

คอมมอนลอว์¹⁵ ซึ่งจะมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับประเด็นปัญหาอันเป็นที่มาแห่งการศึกษาและการจัดทำ ดังนี้

2.1 ขอบเขตกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

ขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล หรือกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ในแต่ละประเทศนั้นอาจแตกต่างกันไปได้ กล่าวคืออาจรวมเรื่องสัญชาติและคนต่างด้าวเข้าไว้ด้วยหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ นอกเหนือไปจากการประกอบไปด้วยประเด็นปัญหาในทางกฎหมายที่สำคัญ 3 เรื่องหลักนี้ ได้แก่

1) Jurisdiction หรือปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาล ว่าศาลแห่งประเทศใดมีอำนาจหรือควรจะมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี หรืออีกนัยคือปัญหาว่า คู่พิพาทควรฟ้องร้องกรณีพิพาทของตนเป็นคดีต่อศาลในประเทศใด

2) Choice of Law หรือปัญหาเรื่องทางเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับ ว่ากฎหมายของประเทศใดเป็นกฎหมายที่ศาลซึ่งพิจารณาคดีควรจะนำมาใช้บังคับกับคดี

3) Recognition and Enforcement of Foreign Judgments หรือปัญหาเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ว่าคำพิพากษาของศาลในประเทศหนึ่ง จะมีผลเป็นที่ยอมรับหรือจะได้รับการบังคับให้เป็นตามคำพิพากษานั้นในศาลประเทศอื่น ได้หรือไม่อย่างไร¹⁶

2.2 กลไกกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

ในคดีที่มีข้อเท็จจริงพัวพันกับต่างประเทศ นอกจากมีปัญหาเรื่องการค้นหากฎหมายเพื่อนำมาปรับใช้แก่คดี (Choice of Laws) หรือที่เรียกว่า ปัญหาเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายแล้ว ปัญหาที่สำคัญเกี่ยวกับคดีที่มีข้อเท็จจริงพัวพันกับต่างประเทศอีกประการหนึ่งก็คือ ปัญหาว่าคดีนั้นอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลประเทศใด (Choice of Forums)

¹⁵ ไพรอดู ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 101-115.

¹⁶ Eugene F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers and Symeon C. Symeonidis, *supra* note 14, pp. 3-4.

ในระหว่างศาลของประเทศต่างๆ ที่ข้อเท็จจริงในคดีนั้นพัวพันถึง หรือก็คือ ปัญหาการขัดกันแห่งอำนาจศาลที่จะพิจารณาพิพากษา ซึ่งในแง่ของคู่พิพาทแล้ว ย่อมต่างปรารถนาที่จะให้คดีของตนอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลที่ตนคิดว่า จะเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายตนมากที่สุด เพราะศาลของแต่ละประเทศต่างพิจารณา โดยถือตามกฎหมายวิธีพิจารณาความที่ต่างกัน และพิพากษาคดีโดยมีกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีแตกต่างกัน อันย่อมจะทำให้ผลของคดีแตกต่างกันออกไปได้ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์กำหนดว่า ในกรณีเช่นใดศาลของประเทศใดจะเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้นได้¹⁷

เบื้องต้นโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนั้น การพิจารณาว่าศาลประเทศหนึ่งๆ มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ (Foreign Elements) หรือไม่ เมื่อได้มีการยื่นฟ้องคดีต่อศาลนั้นแล้ว เป็นเรื่องระหว่างศาลที่มีการฟ้องคดีกับผู้ฟ้องคดี โดยมีลักษณะเป็นนิติสัมพันธ์ของเอกชนตามกฎหมายมหาชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งหากรัฐแห่งศาลนั้นมิได้ทำความตกลงหรือเข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาระหว่างประเทศในเรื่องเขตอำนาจศาลไว้เป็นอย่างอื่น ก็ย่อมต้องพิจารณาไปตามกฎหมายมหาชนภายในของศาลแห่งรัฐที่มีการฟ้องคดีนั้น (*lex fori* หรือ Law of Forum) หรือก็คือรัฐที่ศาลตั้งอยู่ (Forum state)

ดังนั้น เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นโจทก์ยื่นฟ้องคดีต่อศาลของประเทศใดประเทศหนึ่งแล้ว ประเด็นปัญหาที่ศาลจะต้องทำการพิจารณาเป็นเบื้องต้นก่อน ก็คือ ปัญหาว่าศาลแห่งประเทศที่มีการฟ้องคดีนั้น มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้นหรือไม่ ซึ่งจะมีลักษณะเป็นประเด็นปัญหาในทางกฎหมายวิธีพิจารณาความหรือกฎหมายวิธีสบัญญัติ (Adjective law) ก่อนที่จะไปถึงการพิจารณาเพื่อหากฎหมายสาระบัญญัติ (Substantive law) ที่จะนำมาใช้บังคับแก่ประเด็นข้อพิพาทแห่งคดี¹⁸ ประเด็นปัญหาในเรื่องเขตอำนาจศาลจึงเป็นประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นก่อนและต้องมีการวินิจฉัยก่อนประเด็นปัญหาเรื่องการเลือกหากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี และปัญหาเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศซึ่งจะเกิดขึ้นภายหลังเมื่อมีคำพิพากษาคดีหรือคำสั่งแล้ว

¹⁷ กมล สนธิเกษตริน, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2539), น. 294.

¹⁸ เช่นศาลของประเทศอังกฤษ, see also Lawrence Collins, Dicey and Morris on The Conflict of Laws, Volume 1, 12th edition, (London: Sweet & Maxwell, 1993), pp. 3-5.

2.3 หลักการกำหนดเขตอำนาจศาลตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยเรื่องเขตอำนาจศาล (Jurisdiction) อันเป็นหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับปัญหาการกำหนดเขตอำนาจศาลและการขัดกันของเขตอำนาจศาลในกรณีพิพาทระหว่างเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือเขตอำนาจศาลระหว่างประเทศ (International Jurisdiction) ของแต่ละรัฐ เป็นหลักกฎหมายสำคัญที่จะต้องได้รับการศึกษาและพิจารณาในการกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายว่าด้วยเขตอำนาจศาลของรัฐ นอกจากจะต้องคำนึงถึงหลักพื้นฐานทั่วไปตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองแล้ว กล่าวคือ

ในเบื้องต้น การกำหนดเขตอำนาจศาลของแต่ละรัฐ เป็นอำนาจอธิปไตยหรือนิตินโยบายของแต่ละรัฐ¹⁹ ดังนั้นกฎเกณฑ์การกำหนดเขตอำนาจศาลของแต่ละรัฐจึงอาจเหมือนหรือแตกต่างกันออกไปได้ ขึ้นอยู่กับแนวทางที่ประเทศนั้นนำมาใช้พิจารณา และโดยขึ้นอยู่กับการอาศัยข้อเท็จจริงอันจะนำไปเป็นองค์ประกอบหรือจุดเกาะเกี่ยวทางกฎหมาย (Connecting factors) ที่ประเทศนั้นนำมาใช้ในการกำหนดความมีเขตอำนาจของศาลแห่งรัฐ ที่สำคัญมีดังเช่น

- (1) สัญชาติ (Nationality) ของโจทก์หรือจำเลย
- (2) ภูมิลำเนา (Domicile) หรือถิ่นที่อยู่ (Residence) ของโจทก์หรือจำเลย
- (3) การปรากฏตัวของจำเลย (Defendant's appearance)
- (4) การยอมรับเขตอำนาจศาล (*forum prorogatum*)
- (5) มูลคดี (Cause of action)
- (6) ทรัพย์สินตั้งอยู่ (*situs*) โดยเฉพาะอย่างยิ่งอสังหาริมทรัพย์

นอกจากการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวเพื่อความมีเขตอำนาจศาลแล้ว การพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาลตามที่ได้มีการยอมรับและกำหนดใช้ในประเทศต่างๆ โดยทั่วไปนั้น ก็ยังอาจจะต้องพิจารณาถึงเรื่องดังต่อไปนี้เพิ่มเติมด้วย คือ ข้อตกลงเลือกศาล (Choice of Courts) ความไม่สะดวกในการพิจารณาคดี (*forum non convenience*) และสาระสำคัญแห่งความเป็นธรรม (Substantial Justice) เป็นต้น

¹⁹ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 15, น.89.

3. แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจศาลในไซเบอร์สเปซ

จากลักษณะพิเศษเฉพาะ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นเรื่องธรรมชาติของไซเบอร์สเปซ (The Nature of Cyberspace) ที่ได้รับการพิจารณาและแสดงออกซึ่งการยอมรับอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในคำพิพากษาศาลสูงของประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี *ACLU [American Civil Liberties Union] v. Reno*²⁰ โดยศาลได้ทำการพิจารณาถึงลักษณะเฉพาะของเรื่อง อันเป็นธรรมชาติในโลกไซเบอร์ กล่าวโดยสรุปคือ อินเทอร์เน็ตไม่ใช่สิ่งปรากฏในทางกายภาพหรือที่สามารถจับต้องได้ (Physical or Tangible) แต่มีลักษณะเป็นเครือข่ายขนาดใหญ่ (Giant Network) ซึ่งอาจเป็นเครือข่ายในระบบปิดเชื่อมต่อเฉพาะคอมพิวเตอร์ในวงจำกัด หรือเป็นระบบที่เปิดให้คอมพิวเตอร์หรือเครือข่ายอื่นเชื่อมต่อถึงกันได้ ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่ยากที่จะสามารถรู้ได้ถึงขนาดหรือจำนวนผู้ใช้เครือข่ายในแต่ละช่วงเวลา อีกทั้งทั้งเครื่องคอมพิวเตอร์และระบบเครือข่ายก็อาจเป็นของรัฐ องค์กรมหาชน หรือเอกชนก็ได้ ระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งสามารถติดต่อสื่อสารกันได้ทั่วโลก หรือที่เรียกกันว่า ไซเบอร์สเปซ จึงมีลักษณะเป็นการกระจาย (Decentralize) การเข้าถึงและการมีส่วนร่วมทั้งภาครัฐ และภาคเอกชนทั้งส่วนธุรกิจและปัจเจกชน และมีลักษณะเป็นระบบการติดต่อสื่อสารนานาชาติ (International Systems)

แนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องเขตอำนาจศาลในไซเบอร์สเปซจึงได้เกิดขึ้นมาจากการตระหนักถึงลักษณะพิเศษเฉพาะของการติดต่อสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตซึ่งเกิดและเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วในไซเบอร์สเปซ โดยเฉพาะเรื่องความเป็นโลกที่ไร้พรมแดน (Borderless) ของไซเบอร์สเปซ อันก่อให้เกิดคำถามตามมาถึงการกำหนดเขตอำนาจศาลที่มีและใช้กันอยู่ในปัจจุบันซึ่งยืดโยงและยึดติดอยู่กับโลกที่มีพรมแดนทางกายภาพและเรื่องเขตอำนาจรัฐของแต่ละประเทศ ไซเบอร์สเปซจึงนำมาซึ่งความท้าทายใหม่ต่อนักนิติศาสตร์ในประเด็นปัญหาประการหนึ่งก็คือ ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

²⁰ *ACLU [American Civil Liberties Union] v. Reno* 929 F. Supp. 824 (E.D.Pa. 1996), see also Roy J. Girasa, *Cyberlaw: National and International Perspectives*, (New Jersey: Prentice Hall, 2002), pp. 5-12.

แนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องเขตอำนาจศาลในไซเบอร์สเปซ รวมทั้งการพิจารณาเพื่อนำไปประยุกต์ใช้ ของนักนิติศาสตร์ต่างๆ ที่มีต่อเนื่องมาจนปัจจุบัน พอที่จะสามารถนำมาสรุปจัดแบ่งออกได้เป็น 3 แนวคิด ดังนี้

3.1 Traditional Jurisdiction

3.1.1 ลักษณะพื้นฐานแนวคิด

Traditional Jurisdiction เป็นแนวความคิดที่เห็นว่า การพิจารณาปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลที่มีและใช้อยู่เดิมนั้น ยังสามารถที่จะนำมาปรับใช้กับเขตอำนาจศาลในไซเบอร์สเปซได้ ไม่จำเป็นต้องมีแนวความคิดหรือทฤษฎีใหม่แต่อย่างใด เพียงแต่ต้องทำการปรับใช้หรือเทียบเคียงใช้ให้เกิดความเหมาะสมแก่เทคโนโลยีใหม่ ซึ่งก็คือระบบอินเทอร์เน็ตในไซเบอร์สเปซเท่านั้น ไม่ต่างจากการพิจารณาปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลเมื่อครั้งเกิดระบบการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น โทรสาร โทรศัพท์ นั่นเอง และคงจะเป็นการยากอย่างยิ่งที่จะสร้างระบบเขตอำนาจศาลที่เป็นเอกเทศขึ้นในไซเบอร์สเปซโดยเฉพาะยิ่งเมื่อคำนึงถึงความแตกต่างกันในเนื้อหาแห่งกฎหมายของระบบกฎหมายในประเทศต่างๆ²¹

หลักการของแนวความคิดนี้จึงวางอยู่บนพื้นฐานเช่นเดียวกับคดีที่เกิดขึ้นในโลกทางกายภาพ กล่าวคือ ในส่วนของคดีแพ่งและพาณิชย์นั้น หลักการพิจารณาเขตอำนาจศาลว่าศาลในประเทศหนึ่งๆ จะมีอำนาจในการรับพิจารณาพิพากษาคดีที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศหรือไม่ นั้น จะยึดโยงอยู่กับจุดเกาะเกี่ยว (Connecting points) เรื่องเขตอำนาจรัฐตามหลักดินแดนและหลักบุคคล ซึ่งสามารถแยกพิจารณารายละเอียดได้ดังนี้

1) หลักดินแดน (Territorial) กล่าวคือ เมื่อรัฐย่อมมีเขตอำนาจเหนือดินแดนของตนไม่ว่าต่อบุคคล ทรัพย์สิน หรือเหตุการณ์แล้ว จุดเกาะเกี่ยวหรือความเกี่ยวพันที่มีอยู่ในกรณีพิพาทที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐต่างๆ สามารถที่จะนำมากำหนดเป็นกฎหมายภายในของตนเพื่อการพิจารณาเขตอำนาจศาล จึงอาจได้แก่ ทรัพย์สินที่พิพาทตั้งอยู่ในเขตศาลของรัฐนั้น นิติ

²¹ Janine S. Hiller and Ronnie Cohen, *supra* note 8, pp. 20-21, see also Raymond S.R. Ku, Michele A. Farber and Arthur J. Cockfield, Cyberspace Law: Case and Materials, (New York: Aspen Law & Business, 2002), pp. 27-28.

สัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีเกิดขึ้นในเขตศาลของรัฐนั้น นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีมีผลในเขตศาลของรัฐนั้น หรือบุคคลซึ่งเป็นคู่พิพาทได้มาปรากฏตัวต่อหน้าศาลของรัฐนั้น เป็นต้น

2) หลักบุคคล (Personal) เป็นการพิจารณาเขตอำนาจศาลของรัฐโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวหรือความสัมพันธ์ที่มีอยู่ในกรณีพิพาทที่มีลักษณะระหว่างประเทศในเรื่องของสัญชาติ และ ภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่

3.1.2 การปรับใช้ในไซเบอร์สเปซ

การปรับใช้แนวคิดดั้งเดิม (Traditional Jurisdiction) ในการกำหนดเขตอำนาจศาลในไซเบอร์สเปซ มีลักษณะเป็นการปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวตามหลักดินแดนและหลักบุคคลเข้ากับธุรกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศในไซเบอร์สเปซ เพื่อพิจารณาว่าศาลของรัฐใดมีจุดเกาะเกี่ยวที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดอย่างมีนัยสำคัญกับธุรกรรมนั้น (Connecting points) ก็ควรให้ศาลของรัฐนั้นเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษากรณีพิพาทที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับธุรกรรมนั้น โดยที่แต่ละประเทศก็ควรที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องนี้ให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่นานาประเทศยอมรับ อันจะทำให้คำพิพากษาของศาลในประเทศต่าง ๆ นั้น ได้รับการยอมรับและสามารถบังคับตามในศาลของประเทศอื่นๆ ต่อไปได้ หรือมิฉะนั้นก็ต้องอาศัยการกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องข้อพิจารณาเกี่ยวกับการมีเขตอำนาจศาลเหนือคดีของแต่ละรัฐขึ้นเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศ เพื่อสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันแก่สังคมในไซเบอร์สเปซ

การพิจารณาเพื่อปรับใช้หลักดินแดนและหลักบุคคลกับธุรกรรมในไซเบอร์สเปซ ในการกำหนดเขตอำนาจศาล ตัวอย่างเช่นในกรณีเมื่อมีการฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิตามสัญญา ระหว่างกัน อาจมีลักษณะได้ดังนี้

- (1) ศาลแห่งรัฐที่เกิดสัญญา
- (2) ศาลแห่งรัฐที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา
- (3) ศาลแห่งรัฐที่ทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาดังอยู่
- (4) ศาลแห่งรัฐที่โจทก์มีสัญชาติ
- (5) ศาลแห่งรัฐที่จำเลยมีสัญชาติ
- (6) ศาลแห่งรัฐที่โจทก์มีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่
- (7) ศาลแห่งรัฐที่จำเลยมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่

นอกจากนี้ยังได้มีการพัฒนาแนวคิดใหม่ในการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวเพื่อพิจารณาความมีเขตอำนาจศาลในไซเบอร์สเปซ กล่าวคือ

(1) ทฤษฎีผู้บรรจุข้อมูลและผู้เรียกข้อมูล (Theory of the Uploader and the Downloader)²²

ในเบื้องต้นทฤษฎีนี้เห็นว่า ในความเป็นจริงนั้น การกระทำหรือธุรกรรมต่างๆ ในไซเบอร์สเปซ จะมีบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้อง 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายผู้บรรจุข้อมูล (Uploader) ซึ่งใส่หรือวางข้อมูลไว้ในเครือข่ายของระบบอินเทอร์เน็ตหรือไซเบอร์สเปซ กับฝ่ายผู้เรียกข้อมูล (Downloader) ซึ่งเข้ามาในไซเบอร์สเปซเพื่อประสงค์จะเรียก รับ หรือทราบข้อมูลที่ฝ่ายผู้บรรจุข้อมูลได้บรรจุลงไว้ นั้น ทั้งนี้โดยไม่จำเป็นที่ทั้งสองฝ่ายจะต้องรู้จักหรือรู้ตัวตนของกันและกัน และไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าแต่ละฝ่ายมีเจตนาที่จะทำการติดต่อกับอีกฝ่ายหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงหรือไม่ การกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายสำหรับใช้บังคับกับไซเบอร์สเปซ จึงสามารถกระทำได้โดยคณาจารย์ของรัฐเจ้าของดินแดนอันเป็นที่ตั้งของสถานที่ในขณะที่ได้มีการบรรจุหรือเรียกข้อมูลของผู้บรรจุและผู้เรียกข้อมูล นั้น รัฐเจ้าของดินแดนซึ่งเกิดมีการกระทำดังกล่าวขึ้น จึงย่อมมีอำนาจอันชอบธรรมเหนือการกระทำที่เกิดขึ้นและเหนือตัวบุคคลที่กระทำการนั้นขึ้น ภายในรัฐของตนได้

(2) ทฤษฎีกฎหมายเครื่องคอมพิวเตอร์แม่ข่าย (Theory of the Law of Server)²³

ทฤษฎีนี้เห็นว่า รัฐที่ควรจะมีเขตอำนาจเหนือในการควบคุมดูแลการกระทำหรือธุรกรรมที่เกิดขึ้นในไซเบอร์สเปซ ได้แก่ รัฐอันเป็นที่ตั้งของเครื่องคอมพิวเตอร์ที่เป็นตัวแม่ข่าย (Server) เช่น แม่ข่ายของเว็บเพจ (Webpage) หนึ่งๆ สำหรับการกระทำหรือธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับหรือสืบเนื่องไปจากเครื่องคอมพิวเตอร์แม่ข่ายนั้นหรือเว็บเพจนั้น

ทั้งนี้ นอกจากอาจจะมีปัญหาในเรื่องของการยอมรับคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ ในกรณีที่ใช้กฎหมายในการกำหนดเขตอำนาจศาลบางลักษณะ เช่น การใช้ลักษณะศาลแห่งรัฐที่โจทก์มีสัญชาติ ก็อาจประสบกับปัญหาในเรื่องของข้อเท็จจริงที่จะนำมาใช้พิจารณาด้วยสภาพของธุรกรรมในไซเบอร์สเปซเองที่มีลักษณะที่ไร้พรมแดน ยากที่จะหาข้อสรุปทางข้อเท็จจริงในเรื่องหนึ่งๆ ได้อย่างแน่ชัด ตัวอย่างเช่น การตกลงซื้อขายสินค้ากันในไซเบอร์สเปซ โดยเฉพาะกรณีสินค้าดาวน์โหลด จะถือว่าสัญญาเกิดขึ้นที่ประเทศใด จากเครื่องเครือข่าย

²² Darrel Menthe, "Jurisdiction In Cyberspace: A Theory of International Spaces," (April 1998), <<http://www.mttlr.org/html/volume4.html/menthe.html>>.

²³ *Ibid.*

ให้บริการ (Server) อันไหนในประเทศใด หรือจะพิจารณาตามสถานที่ของผู้บรรจุหรือส่ง (Uploader) หรือผู้รับ (Downloader)²⁴ หรือในกรณีการพิจารณาตามสัญชาติและถิ่นที่อยู่ แม้เบื้องต้นการพิจารณาที่ชื่อ Domain Name อาจแสดงให้เห็นได้ว่า ผู้ติดต่อสื่อสารอยู่ที่ใด (เช่น .th คือประเทศไทย) แต่ก็ไม่ใช่จะมีการระบุชื่อเช่นนั้นในทุกกรณี และก็ไม่จำเป็นว่าการใช้ชื่อเช่นนั้นจะต้องเป็นการติดต่อสื่อสารมาจากประเทศนั้นเสมอไป ดังนั้น จึงมีแนวโน้มเป็นส่วนใหญ่ในทางระหว่างประเทศว่าควรที่จะใช้เกณฑ์จุดเกาะเกี่ยวกับศาลแห่งรัฐที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ซึ่งจะมีปัญหาข้อโต้แย้งอยู่บ้างก็เฉพาะกรณีที่เป็นการสินค้าอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น

3.2 Separate Jurisdiction

3.2.1 ลักษณะพื้นฐานแนวคิด

Separate Jurisdiction หรือการกำหนดเขตอำนาจศาลในไซเบอร์สเปซแยกต่างหากเป็นเอกเทศ แนวคิดนี้มีที่มาจากการกระตุ้นโดยคำประกาศเสรีภาพของโลกไซเบอร์สเปซ (A Declaration of the Independence of Cyberspace)²⁵ และเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการเล็งเห็นถึงปัญหาในการปรับใช้แนวคิดพื้นฐานดั้งเดิม (Traditional Jurisdiction) ในการกำหนดเขตอำนาจศาลในโลกของไซเบอร์สเปซ ที่เกิดขึ้นจากสภาพเฉพาะตัวของไซเบอร์สเปซเอง ที่ไม่มีข้อจำกัดในเรื่องพรมแดนหรือบุคคล และสามารถเกิดธุรกรรมในไซเบอร์สเปซได้ทุกหนทุกแห่งตลอดเวลาในทุกประเทศในโลก อันทำให้เกิดปัญหาความสับสน ไม่แน่นอน และไม่ชัดเจน ในการกำหนดกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายเรื่องต่างๆ รวมทั้งเรื่องของการกำหนดเขตอำนาจศาลด้วย ดังนั้น หากทำการพิจารณาว่าไซเบอร์สเปซเป็นสถานที่ๆ หนึ่ง (Place) แยกต่างหากจากโลกที่แท้จริง เพื่อก่อให้เกิดสังคมใหม่ กฎหมายและสถาบันทางกฎหมายใหม่เป็นการเฉพาะ ซึ่งสามารถมีและกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นเป็นการเฉพาะได้ ก็จะทำให้สามารถตอบปัญหาเรื่องต่างๆ

²⁴ เขมชาติ ธีรพงษ์, “ปัญหากฎหมายและแนวทางแก้ไขปัญหอันเกิดจากการประกอบกิจกรรมบนเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์: ปัญหาการใช้เขตอำนาจรัฐและปัญหาที่สืบเนื่องมาจากความไม่เพียงพอของกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น. 50-61.

²⁵ John Perry Barlow, *supra* note 10.

ได้อย่างชัดเจนเป็นระบบระเบียบเดียวกัน กฎหมายในไซเบอร์สเปซจึงไม่อาจใช้ ไม่สามารถใช้ และไม่ควรจะใช้ กฎหมายเดียวกันกับที่ใช้บังคับในโลกกายภาพที่มีพรมแดน²⁶

3.2.2 การปรับใช้ในไซเบอร์สเปซ

จากข้อสรุปทางพื้นฐานแนวคิดที่ว่า เขตอำนาจศาลในสังคมไซเบอร์สเปซจึงควรต้องแตกต่างหากเป็นเอกเทศจากเขตอำนาจศาลของสังคมนอกไซเบอร์สเปซ ด้วยกฎเกณฑ์นอกไซเบอร์สเปซย่อมไม่เหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้บังคับในไซเบอร์สเปซ และกฎเกณฑ์ในไซเบอร์สเปซก็ไม่เหมาะสมที่จะนำไปปรับใช้บังคับนอกไซเบอร์สเปซเช่นกัน²⁷ แนวความคิดนี้จึงเสนอให้มีการจัดตั้งศาลในไซเบอร์สเปซ (Cyber Court) ขึ้นโดยเฉพาะเพื่อให้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดขึ้นในไซเบอร์สเปซโดยตรง ซึ่ง Cyber court ในที่นี้มีความหมายและลักษณะที่แตกต่างไปจากระบบ Electronic Court (e-Court) ที่มีลักษณะเป็นเพียงการนำเอาเทคโนโลยีทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น อินเทอร์เน็ต จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ มาใช้เพื่อการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์แทนการส่งเอกสารสำหรับการดำเนินคดีและกระบวนการต่างๆ ของศาล เช่น คำฟ้อง คำร้อง คำให้การฯ หรืออาจนำมาใช้เป็นรูปแบบวิธีพิจารณาคดีด้วยการติดต่อสื่อสารผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์แทนการที่จะต้องมาปรากฏตัวต่อหน้าศาล ในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาความต่างๆ ในศาล เช่นการสืบพยานและการไต่สวน เท่านั้น²⁸ รวมทั้งควรจัดให้มีสถาบันทางกฎหมายที่จะทำหน้าที่เพื่อการรวบรวมกฎเกณฑ์ที่มีและใช้ในไซเบอร์สเปซ อันจะเกิดเป็นกฎหมายของโลกไซเบอร์สเปซ (Law of Cyberspace) ทั้งนี้เพราะแนวคิดนี้ตั้งอยู่บนฐานความเชื่อที่ว่า ระบบอินเทอร์เน็ตในไซเบอร์สเปซสามารถที่จะสร้างและพัฒนากฎเกณฑ์ที่มีผลในทางกฎหมายได้ด้วยตนเอง ทั้งนี้โดยการนำหลักความร่วมมือกันหรือการถ้อยทีถ้อยอาศัย (The Doctrine of Comity) และการมีผู้แทนหรือตัวแทน (Delegation) มาปรับใช้ในกรณีที่มีความ

²⁶ David R. Johnson and David G. Post, "Law And Borders – The Rise of Law in Cyberspace," Stanford Law Review (May 1996).

²⁷ Julit M. Oberding and Terje Norderhaug, *supra* note 13.

²⁸ See also Lucille M. Ponte and Thomas D. Cavenagh, CyberJustice: online dispute resolution (ODR) for e-commerce, (New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2004), pp. 100-118.

ขัดแย้งเกิดขึ้นระหว่างกฎหมายในไซเบอร์สเปซกับกฎหมายในโลกทางกายภาพของท้องถิ่นหรือประเทศต่างๆ²⁹

3.3 Universal Jurisdiction

3.3.1 ลักษณะพื้นฐานแนวคิด

แนวความคิดนี้มีที่มาจากการยอมรับลักษณะพิเศษเฉพาะของสังคมในไซเบอร์สเปซที่ปราศจากพรมแดนทางกายภาพ และเป็นแหล่งของสังคมอีกแห่งหนึ่งที่แยกจากโลกทางกายภาพ แต่ในขณะเดียวกันก็ได้แย้งแนวคิด Separate Jurisdiction อยู่บ้างบางส่วน โดยแนวคิดนี้เห็นว่า แม้ไซเบอร์สเปซจะเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง ไม่มีตัวตน และไม่ขึ้นอยู่กับพื้นที่ทางภูมิศาสตร์หรือทางกายภาพใด (Amorphous space) ก็ตาม แต่ไซเบอร์สเปซก็เกิดและมีอยู่ในระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้ใช้จากที่แห่งหนึ่งไปยังที่อีกแห่งหนึ่ง ซึ่งอยู่บนโลกแห่งความเป็นจริงทางกายภาพ (Real space) และซึ่งที่เหล่านี้ย่อมต้องอยู่ในเขตอำนาจศาลของประเทศใดประเทศหนึ่งนั่นเอง ข้อเท็จจริงเช่นนี้จึงแสดงให้เห็นว่า โลกไซเบอร์สเปซเป็นเพียงสถานที่ทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic place) เท่านั้น มิได้ถูกขจัดไปจากโลกแห่งความเป็นจริงโดยสิ้นเชิงแต่อย่างใด การกระทำต่างๆ ที่เกิดขึ้นในไซเบอร์สเปซย่อมก่อให้เกิดผลที่ตามมาต่อโลกแห่งความเป็นจริงไม่ทางใดก็ทางหนึ่งได้ ทั้งนี้จะมีก็แต่เพียงเฉพาะในกรณีการกระทำที่เกิดขึ้นในไซเบอร์สเปซ แต่ไม่มีผลกระทบอย่างแท้จริงต่อโลกแห่งความเป็นจริงเท่านั้นที่จะมีลักษณะที่ต่างออกไป

ดังนั้น แนวคิดนี้จึงเสนอให้มีการแยกพิจารณาการกระทำในไซเบอร์สเปซออกเป็น 2 ลักษณะคือ การกระทำที่เกิดขึ้นในไซเบอร์สเปซและมีผลอย่างสำคัญแท้จริง (Real effect) ต่อโลกกายภาพ กับ การกระทำที่เกิดขึ้นและมีผลในไซเบอร์สเปซเป็นสำคัญ โดยกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสองลักษณะเหตุการณ์เหล่านี้ ควรจะต้องแตกต่างกัน

3.3.2 การปรับใช้ในไซเบอร์สเปซ

สำหรับการปรับใช้แนวคิดนี้ในการพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาลในไซเบอร์สเปซนั้น แนวคิดนี้เห็นว่า แม้ไซเบอร์สเปซจะค่อนข้างเป็นเอกเทศและมีลักษณะพิเศษเฉพาะตัว แต่โลกไซเบอร์สเปซก็ไม่อาจปฏิเสธหรือละทิ้งซึ่งหลักการเรื่องเขตอำนาจรัฐและเขตอำนาจศาลของแต่ละ

²⁹ Julit M. Oberding and Terje Norderhaug, *supra* note 13.

ประเทศได้ เขตอำนาจศาลของไซเบอร์สเปซจึงควรวางอยู่บนพื้นฐานเรื่องเขตอำนาจของโลกซึ่งมีพรมแดนอยู่เช่นเดิม เพียงแต่จะต้องเป็นเขตอำนาจศาลของไซเบอร์สเปซซึ่งมีพรมแดนหนึ่งเดียว ซึ่งก็คือ ไซเบอร์สเปซ โลกเดียวนั่นเอง เรียกว่า Universal Jurisdiction โดยการยอมรับให้ศาลในทุกประเทศทั่วโลกมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาปัญหาข้อพิพาทอันเกิดขึ้นในหรือเกี่ยวเนื่องกับไซเบอร์สเปซได้ หากว่าประชาชนในรัฐที่ศาลตั้งอยู่นั้นได้รับผลกระทบอย่างใดอย่างหนึ่งจากการกระทำในไซเบอร์สเปซนั้น และคำพิพากษาเช่นนี้ก็ควรได้รับการยอมรับและบังคับตามในประเทศอื่นอย่างเป็นสากล³⁰

อย่างไรก็ตามแนวความคิดของนักกฎหมายโดยส่วนใหญ่ในประเทศต่างๆ ในปัจจุบันก็ยังเห็นด้วยและพยายามอย่างมากในการที่จะพิจารณาปรับใช้แนวคิดพื้นฐานดั้งเดิมซึ่งวางอยู่บนพื้นฐานการมีพรมแดนทางกายภาพ (Traditional Jurisdiction) ในการกำหนดเขตอำนาจศาลของรัฐในไซเบอร์สเปซ เพื่อหาจุดที่เหมาะสมกับลักษณะเฉพาะของการติดต่อสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตในโลกไซเบอร์สเปซ โดยให้เหตุผลว่าระบบอินเทอร์เน็ตเป็นเพียงอีกหนึ่งพัฒนาการทางเทคโนโลยีในการติดต่อสื่อสารเท่านั้น ไม่ต่างไปจากอดีตในยุคที่เริ่มมีโทรศัพท์หรือโทรสาร และเหตุผลที่สำคัญคือ ในท้ายที่สุดธุรกรรมต่างๆ ในไซเบอร์สเปซก็ย่อมที่จะต้องมีการก่อให้เกิดผลต่อบุคคลหรือสิ่งใดสิ่งหนึ่งในโลกที่แท้จริงอยู่นั่นเอง

แนวทางในการปรับปรุงพัฒนากฎเกณฑ์ในทางกฎหมายเพื่อนำมาใช้ ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมตามกลไกแห่งกฎหมาย ในการกำหนดพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาลตามแนวคิดเดิมเหนือดินแดนและหรือเหนือบุคคล สามารถเห็นได้จากความพยายามในการจัดทำอนุสัญญาระหว่างประเทศหรือกฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับธุรกรรมหรือการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ขึ้น เพื่อเป็นการประสานและสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในการพิจารณาแก้ไขปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นสืบเนื่องมาจากอิเล็กทรอนิกส์ของโลกไซเบอร์สเปซโดยตรง อาทิเช่น กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Model Law on Electronic Commerce) กฎหมายแม่แบบว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ (Model Law on Electronic Signature) และอนุสัญญาดังกล่าวเหล่านี้ว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ

³⁰ Georgios I. Zekos, "State Cyberspace Jurisdiction and Personal Cyberspace Jurisdiction," International Journal of Law and Information Technology (Spring 2007).

ค.ศ. 2005 (United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts) ซึ่งจัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) เป็นต้น และดังจะเห็นได้จากแนวทางในการกำหนดเขตอำนาจของศาลของต่างประเทศ ซึ่งจะได้นำมากล่าวเป็นตัวอย่างเพื่อการศึกษาในบทถัดไป

นอกเหนือไปจากการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายแล้ว เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาในเรื่องของเขตอำนาจศาลที่อาจจะเกิดขึ้นจากการประกอบกิจการหรือการทำธุรกรรมพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในไซเบอร์สเปซ ผู้ประกอบธุรกิจ เจ้าของเว็บไซต์ ผู้บริโภค และบุคคลอื่นที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในสังคมไซเบอร์สเปซในปัจจุบัน ก็ได้มีการพิจารณาค้นหาแนวทางป้องกันและแก้ไขปัญหา เพื่อนำมาประยุกต์ใช้ในภาคปฏิบัติอย่างจริงจัง ให้สอดคล้องกับพัฒนาการทางเทคโนโลยีสารสนเทศนี้เป็นเบื้องต้นก่อนเช่นกัน อาทิเช่น การตั้งข้อยกเว้นความรับผิดที่อาจจะเกิดขึ้นในกรณีของละเมิด หรือการระบุประเทศหรือภูมิภาคที่ประสงค์จะเข้าร่วมทำนิติสัมพันธ์ หรือการปฏิเสธการเข้าใช้บริการของผู้ใช้บริการจากประเทศหรือภูมิภาคใดที่ตนไม่พร้อม ไม่ประสงค์ หรือไม่คาดหมาย ที่จะเข้าทำนิติสัมพันธ์ด้วย รวมทั้งการระบุกำหนดให้มีข้อตกลงเลือกศาล³¹ ที่จะสามารถมีผลใช้บังคับได้โดยชอบด้วยกฎหมายตามระบบกฎหมายของรัฐที่ศาลตั้งอยู่ที่จะได้เลือกลงไว้ในการตกลงทำสัญญาในไซเบอร์สเปซ เป็นต้น

³¹ Edward H. Freeman, "Issues of Jurisdiction in Cyberspace," Information Security Journal, (December 1999), <<http://www.informaworld.com/smpp/title-content=t768221795>>.

