

บทที่ 3

การกำหนดเขตอำนาจศาลในไซเบอร์สเปซในต่างประเทศ

ในบทนี้จะได้ทำการศึกษาถึงการพิจารณาความมีเขตอำนาจในการรับพิจารณาพิพากษาของศาล (Court Jurisdiction) ของประเทศต่างๆ เพื่อพิจารณาเปรียบเทียบการสร้างการใช้ การตีความ หรือการเทียบเคียง หลักเกณฑ์ในทางกฎหมายเรื่องเขตอำนาจศาล ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการอาศัยหลักเกณฑ์ดั้งเดิมที่วางอยู่บนพื้นฐานของความมีเขตอำนาจศาลตามข้อจำกัดทางด้านพรมแดน (Territoriality) และหรือบุคคล (Personality) ตามหลักการใช้เขตอำนาจรัฐ มาประยุกต์ใช้กับกรณีพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในธุรกรรมที่เกิดขึ้นในไซเบอร์สเปซ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศออสเตรเลีย และประเทศในภูมิภาคเอเชียเช่น ประเทศญี่ปุ่นและประเทศอินเดีย เป็นต้น รวมทั้งพิจารณาจากกฎเกณฑ์ของอนุสัญญาและร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลระหว่างประเทศ เป็นลำดับไป

1. ประเทศสหรัฐอเมริกา

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา การพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาล นอกเหนือไปจากการฟ้องคดีอันเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินซึ่งต้องฟ้องต่อศาลแห่งรัฐที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ในเขตศาล หรือต่อศาลแห่งรัฐที่มีเขตอำนาจศาลเหนือตัวทรัพย์สินของบุคคลซึ่งตกเป็นจำเลย (*in rem*) แล้ว ได้มีการนำเอาหลักการพิจารณาเขตอำนาจศาลเหนือตัวบุคคลซึ่งเป็นจำเลย (*in personam*) หรือ เขตอำนาจศาลเหนือบุคคล (Personal Jurisdiction) มาปรับใช้¹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา (Nonresidents) อันจะส่งผลเป็นการใช้เขตอำนาจศาลขยายออกไปนอกดินแดนของรัฐ (Long-Arm Jurisdiction) ได้ ดังนั้น ปัญหาสำคัญจึงอยู่ที่ว่า การที่ศาลจะพิจารณาว่าศาลมีเขตอำนาจเหนือจำเลยที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้นั้น ควรจะต้องพิจารณาจากเงื่อนไขหรือองค์ประกอบแห่งข้อเท็จจริงในเรื่องใดบ้าง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อจะมีผลเป็น

¹ Ray August, "International Cyber-Jurisdiction: A Comparative Analysis," American Business Law Journal (Summer 2002).

การขยายเขตอำนาจศาลออกไปนอกดินแดนแล้ว ก็จะต้องเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประเทศด้วย กล่าวคือ จะต้องไม่เป็นการขัดต่อหลักวิถีทางที่ถูกต้อง (Due Process) ที่ทั้งกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายและกระบวนการวิธีการทางกฎหมายที่จะนำมาใช้พิจารณานั้นจะต้องมีและก่อให้เกิดความยุติธรรม

การพิจารณาหลักเขตอำนาจเหนือบุคคลของประเทศสหรัฐอเมริกา สามารถแยกพิจารณาออกได้เป็น 2 หลักใหญ่ คือ เขตอำนาจศาลทั่วไป กับ เขตอำนาจศาลเฉพาะ ดังนี้

1.1 เขตอำนาจศาลทั่วไป

เขตอำนาจศาลทั่วไป (General Jurisdiction) เป็นการพิจารณาอำนาจของศาลในอันที่จะรับพิจารณาคดีเหนือตัวบุคคลผู้เป็นจำเลย ไม่ว่าจะเป็มลคดีเรื่องใด และโดยไม่ต้องคำนึงว่าสาเหตุแห่งมลคดีนั้นจะเกิดขึ้นจากการกระทำของจำเลยที่ได้กระทำลงในเขตศาลนั้นหรือไม่ก็ตาม กล่าวคือ เป็นการพิจารณาความมีเขตอำนาจของศาลเหนือตัวบุคคลซึ่งตกเป็นจำเลยเป็นสำคัญ และหากศาลมีอำนาจเหนือบุคคลซึ่งเป็นจำเลยนี้แล้ว ศาลก็จะมีอำนาจพิจารณาคดีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับจำเลยได้เป็นการทั่วไปไม่ว่าเรื่องใดๆ

หลักในการพิจารณาเขตอำนาจศาลทั่วไป ก็คือ การพิจารณาเขตอำนาจศาลเหนือตัวบุคคลผู้เป็นจำเลยซึ่งมีความสัมพันธ์กับรัฐที่ศาลตั้งอยู่ (Forum state) ในลักษณะทั่วไป กล่าวคือ ศาลจะมีอำนาจรับพิจารณาพิพากษาคดีได้ ก็ต่อเมื่อ บุคคลที่ถูกฟ้องคดีหรือจำเลยนั้น จะต้องมีความเกาะเกี่ยวกับรัฐที่ศาลตั้งอยู่นั้นอย่างต่อเนื่องและเป็นระบบ (Continuous and Systematic contacts) มิใช่พิจารณาเพียงการปรากฏมีอยู่หรือเรียกดูได้ของอินเทอร์เน็ตเว็บไซต์หนึ่งๆ เท่านั้น² เช่น จะต้องพิจารณาว่ามีการปรากฏตัวทางกายภาพในรัฐนั้น มีการประกอบกิจกรรมทางธุรกิจของรัฐนั้น หรือไม่ โดยไม่ต้องคำนึงว่ามูลเหตุแห่งข้อพิพาทหรือมลคดี (Cause of action) จะเกิดขึ้นสืบเนื่องมาจากการกระทำในรัฐแห่งศาลนั้นหรือไม่

ในการพิจารณาเรื่องความเกาะเกี่ยวอย่างต่อเนื่องและเป็นระบบ ซึ่งเป็นเงื่อนไขในการมีเขตอำนาจของศาลนั้น สามารถพิจารณาได้จาก ความเกาะเกี่ยวในเชิงคุณภาพและความ

² *Millennium Enterprises, Inc., v. Millennium Music LP*, 33 F. Supp. 2d 907 [D. Or. 1999].

เกาะเกี่ยวในเชิงปริมาณ (Quality and Quantity of contacts) ที่มีอยู่ในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลผู้เป็นจำเลยกับรัฐแห่งศาลนั้น ดังนี้

1) ความเกาะเกี่ยวในเชิงคุณภาพ (Quality of contacts)

ในเชิงคุณภาพ ได้มีการกำหนดเกณฑ์การพิจารณาว่า ศาลจะต้องทำการตรวจสอบโดยอาศัยการแบ่งกิจกรรมที่เกิดขึ้นในเว็บไซต์ (Web site) ของจำเลยตามลักษณะแห่งการกระทำที่ปรากฏในเว็บไซต่นั้นๆ เรียกว่า “Sliding scale” แยกออกเป็น 3 ลักษณะ ได้แก่

(1) เว็บไซต์ซึ่งมีเพียงการให้ข้อมูลหรือการโฆษณาแก่ผู้ใช้บริการ (Users) เท่านั้น

(2) เว็บไซต์ซึ่งผู้ใช้บริการสามารถแลกเปลี่ยนข้อมูลกับคอมพิวเตอร์หลักของผู้ให้บริการ (Host computers) ได้

(3) เว็บไซต์ซึ่งสามารถมีการประกอบกิจกรรมทางธุรกิจได้ในตัว (Business-natured) ทั้งนี้ ยิ่งเว็บไซต์ของจำเลยมีลักษณะที่สามารถโต้ตอบ (Interactive) หรือมีลักษณะที่สามารถประกอบกิจกรรมทางธุรกิจ กับผู้ใช้บริการได้มากเพียงใด จำเลยก็จะยิ่งได้รับการพิจารณาว่าสมควรจะต้องอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลทั่วไปของศาลแห่งรัฐนั้นมากเพียงนั้น

ตัวอย่างเช่น คดี *Weber v. Jolly Hotels*³ ซึ่งบริษัทสัญชาติอิตาลียื่น ประกอบกิจการโรงแรมในประเทศอิตาลี ถูกฟ้องเป็นจำเลยต่อศาลใน New Jersey ประเทศสหรัฐอเมริกา จากข้อเท็จจริงซึ่ง หญิงคนหนึ่งได้รับความเสียหายจากการเข้าใช้บริการในโรงแรมแห่งหนึ่งที่จำเลยเป็นผู้จัดให้ เป็นโจทก์ โดยที่ จำเลยมิได้ประกอบกิจการโรงแรมหรือธุรกิจใดใน New Jersey เพียงแต่ได้ดำเนินการจัดให้มีรูปถ่ายห้องของโรงแรม รายการสิ่งอำนวยความสะดวก ข้อมูลเกี่ยวกับจำนวนห้องและหมายเลขโทรศัพท์ของโรงแรม ปรากฏในเว็บไซต์ของจำเลยซึ่งโจทก์สามารถเข้าถึงได้ และโจทก์ก็ได้เข้าดูข้อมูลจนนำไปสู่การเข้าใช้บริการโรงแรมนั้น อันเป็นที่เกิดเหตุแห่งความเสียหาย ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า การจัดให้มีเว็บไซต์อันจัดได้ว่ามีลักษณะเป็น Passive Web site เช่นนี้ของจำเลย เป็นการโฆษณาเผยแพร่ข้อมูลโดยสื่อสารสาธารณะภายในประเทศ ซึ่งยังไม่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดความเกาะเกี่ยวอย่างต่อเนื่องและเป็นระบบระหว่างจำเลยกับรัฐแห่งศาลนี้ได้

2) ความเกาะเกี่ยวในเชิงปริมาณ (Quantity of contacts)

ในส่วนของการพิจารณาความเกาะเกี่ยวในเชิงปริมาณนั้น ศาลจะต้องพิจารณาทั้งจากธุรกรรมหรือการกระทำที่เกิดขึ้นผ่านอินเทอร์เน็ตในไซเบอร์สเปซและที่มิได้เกิดขึ้นผ่าน

³ *Weber v. Jolly Hotels*, 977 F.Supp. 327 (1997).

อินเทอร์เน็ตนอกไซเบอร์สเปซ ในความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับระหว่างจำเลยและรัฐแห่งศาลนั้นควบคู่กันไปด้วย ทั้งนี้เพื่อเป็นการพิสูจน์ยืนยันให้เห็นจริงว่า จำเลยมีความเกี่ยวเนื่องกับรัฐแห่งศาลนั้นอย่างต่อเนื่องและเป็นระบบ อันยอมทำให้ศาลมีเขตอำนาจเหนือจำเลยได้

ตัวอย่างเช่นในคดี *Mieczkowski v. Masco Corp.*⁴ จำเลยซึ่งมีสถานประกอบการอยู่ใน North Carolina ได้ถูกฟ้องใน Texas โดยมีเหตุมาจากการที่บุตรชายของโจทก์ได้ถึงแก่ความตายอันเป็นผลมาจากการใช้สินค้าที่จำเลยเป็นผู้ผลิตขึ้น เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงตามลักษณะเว็บไซต์ของจำเลย ซึ่งประชาชนใน Texas ก็สามารถเข้าถึงได้เช่นกัน โดยปรากฏความสำคัญประการหนึ่งว่า ผู้ใช้บริการเว็บไซต์ของจำเลยสามารถติดต่อขอสั่งซื้อสินค้าที่จำเลยเป็นผู้ผลิต จากตัวแทนจำหน่ายของจำเลยผ่านทางระบบออนไลน์บนหน้าเว็บไซต์ของจำเลยผ่านส่วนที่มีถ้อยคำระบุว่า Internet Sales Division ได้โดยตรง เว็บไซต์ของจำเลยจึงมีลักษณะที่จัดได้ว่าเป็น Interactive Web site ทั้งเมื่อได้พิจารณาจากข้อเท็จจริงในการประกอบธุรกิจการค้าของจำเลยแล้ว พบว่า จำเลยได้มีการจัดส่งสินค้าของจำเลยเข้ามายัง Texas เป็นเวลานานกว่า 6 ปี มีมูลค่ารวมกว่า 5.7 ล้านดอลลาร์ โดยคิดเป็นร้อยละ 3.2 ยอดจำหน่ายทั้งหมดในปี ค.ศ. 1997 จึงนำไปสู่ข้อสรุปของศาลว่า จำเลยมีความเกี่ยวเนื่องที่แท้จริงอย่างต่อเนื่องและเป็นระบบกับมลรัฐ Texas เพียงพอที่ทำให้จำเลยสมควรต้องตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลนี้ได้ ตามหลักเขตอำนาจศาลเหนือบุคคล⁵

1.2 เขตอำนาจศาลเฉพาะ (Specific Jurisdiction)

เขตอำนาจศาลเฉพาะ (Specific Jurisdiction) เป็นการพิจารณาความมีเขตอำนาจศาลเหนือเรื่องหรือการกระทำหนึ่งๆ โดยเฉพาะเจาะจงของบุคคลผู้ถูกฟ้องคดีหรือจำเลย เป็นรายเรื่องรายกรณีไป โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะนำไปใช้ในกรณีอื่นเหนือตัวจำเลยนั้นได้อีกหรือไม่ เพราะมีเขตอำนาจที่เป็นการทั่วไปเหนือตัวบุคคลผู้เป็นจำเลยอย่างหลักการพิจารณาเขตอำนาจศาลทั่วไป โดยพิจารณาจากสถานการณ์อันเป็นเหตุแห่งมูลคดี (Cause of action) ว่ามูลคดีนั้นเกิดขึ้นโดยตรงมาจากการกระทำของจำเลยที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะที่เพียงพอ อันจะถือได้ว่าเป็น

⁴ *Mieczkowski v. Masco Corp.*, 997 F.Supp. 782 (1998).

⁵ See also *Coastal Video Communication, Corp. v. The Staywell Corp.*, 59 F. Supp. 2d 562 (1999).

ความเกาะเกี่ยวขั้นต่ำ (Minimum contacts) กับรัฐที่ศาลนั้นตั้งอยู่หรือไม่ ซึ่งเงื่อนไขในการพิจารณาความมีเขตอำนาจเฉพาะตามหลักความเกาะเกี่ยวขั้นต่ำนี้ จะมีลักษณะแห่งความสัมพันธ์ที่แท้จริงระหว่างจำเลยกับรัฐแห่งศาลน้อยกว่าความเกาะเกี่ยวอย่างต่อเนื่องและเป็นระบบในการพิจารณาความมีเขตอำนาจศาลทั่วไป ดังนั้นปัญหาในการพิจารณาว่าศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีเขตอำนาจตามหลักเขตอำนาจศาลเฉพาะนี้หรือไม่ จึงอยู่ที่การพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับจำเลยที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์กับรัฐแห่งศาลว่ามากเพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นความเกาะเกี่ยวขั้นต่ำอันจะทำให้ศาลมีเขตอำนาจแล้วหรือไม่

ในคดี *International Shoe Co. v. Washington*⁶ ศาล โดยผู้พิพากษา Chief Justice Stone ซึ่งได้อธิบายหลัก “minimum contacts” ไว้ กล่าวคือ แม้ว่าจำเลยจะมีได้มีถิ่นที่อยู่หรือมิได้มาปรากฏตัวภายในเขตอำนาจของศาล แต่หากจำเลยมีความเกาะเกี่ยวขั้นต่ำกับรัฐที่ศาลตั้งอยู่ มากเพียงพอที่จะทำให้ศาลสามารถใช้อำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี โดยจะไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อความรู้สึกตามครรลองแห่งความเป็นธรรมและสาระสำคัญของความยุติธรรม (Traditional notions of fair play and substantial justice) แล้ว ศาลก็ย่อมจะมีเขตอำนาจเหนือในอันที่จะรับพิจารณาคดีนั้นได้โดยชอบ

เงื่อนไขในการพิจารณาความมีเขตอำนาจศาลเฉพาะตามหลักความเกาะเกี่ยวขั้นต่ำ มีดังนี้

1) การกระทำของจำเลยจะต้องเป็นการกระทำที่มุ่งประโยชน์ต่อรัฐที่ศาลตั้งอยู่ (Purposeful Availment)⁷ โดยได้มีการแบ่งแยกตามลักษณะทั่วไปแห่งกิจกรรมที่ปรากฏบน เว็บไซต์ (Sliding scale) ของจำเลย เพื่อพิจารณาการกระทำของจำเลย ซึ่งจะต้องเกิดมีขึ้นหรือเป็นไปโดยสมัครใจ (Voluntary) ของจำเลยเอง ว่ามุ่งประโยชน์ในรัฐนั้นมากน้อยเพียงใด โดยอาศัยการพิจารณาที่คุณภาพ (Quality) ของความเกาะเกี่ยว โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเรื่องปริมาณ (Quantity) ทั้งนี้ เพื่อการพิจารณาสืบเนื่องต่อไปว่าสมควรหรือไม่ที่จำเลยจะพึงต้องระวังหรือคาดเห็นได้อย่าง สมเหตุสมผล (Foreseeable) ว่าในกรณีหากปรากฏมีปัญหาคือข้อพิพาทใดๆ เกิดขึ้นเกี่ยวเนื่องกับเว็บ

⁶ *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945).

⁷ *Burger King Corporation v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462 (1985).

ไซต์ของจำเลยเกิดขึ้นแล้ว จำเลยอาจถูกฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลหรือถูกนำเข้าสู่ศาลของรัฐนั้นได้⁸ ออกเป็น 3 ลักษณะ ได้แก่

(1) Passive Website กล่าวคือ ลักษณะการกระทำของจำเลยเป็นแต่เพียงการให้ข้อมูลหรือการโฆษณา ซึ่งเพียงเท่านั้นไม่สามารถก่อให้เกิดความเกี่ยวพันต่ำตามหลักความมีเขตอำนาจเฉพาะของศาลได้

ตัวอย่างเช่น คดี *Smith v. Hobby Lobby Stores, Inc.*⁹ ซึ่งศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า แม้จำเลย ซึ่งเป็นบริษัทประกอบกิจการในฮ่องกง จะได้ดำเนินการจัดส่งสินค้าของจำเลยเข้ามาในประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้งในมลรัฐที่ศาลตั้งอยู่ เพื่อทำการจำหน่ายผ่านผู้ค้าปลีก และได้ทำการโฆษณาสินค้าของจำเลยผ่านทางนิตยสารฮอลลีวูดออนไลน์ซึ่งประชาชนในรัฐแห่งศาลนั้นสามารถเข้าถึงได้ก็ตาม แต่ความเกี่ยวพันเพียงเท่านั้นยังไม่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดเป็นความเกี่ยวพันต่ำได้ เพราะจำเลยเพียงทำการโฆษณา มิได้ติดต่อตกลงทำสัญญากับประชาชนในรัฐผ่านทางระบบอินเทอร์เน็ตนั้นด้วย โจทก์ซึ่งได้รับความเสียหายจากการใช้สินค้าของจำเลยจึงไม่อาจฟ้องร้องจำเลยเป็นคดีต่อศาลนี้ได้¹⁰

(2) Intermediate Website กล่าวคือ ลักษณะกิจกรรมบนเว็บไซต์ของจำเลยมีลักษณะที่ผู้ใช้บริการสามารถแลกเปลี่ยนข้อมูลกับคอมพิวเตอร์หลักของจำเลยได้ การพิจารณาว่าศาลจะมีเขตอำนาจหรือไม่ จะขึ้นอยู่กับระดับความมากน้อยของการโต้ตอบกันได้ (Interactivity) ระหว่างผู้ใช้บริการกับคอมพิวเตอร์หลัก และระดับของลักษณะแห่งการประกอบกิจกรรมทางพาณิชย์ (Commercial nature) ในการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เกิดขึ้นบนเว็บไซต์นั้น¹¹

⁸ *Digital Equipment Corporation v. AltaVista Technology, Inc.*, 960 F. Supp. 456 (D. Mass. 1997).

⁹ *Smith v. Hobby Lobby Stores, Inc.* 968 F.Supp 1356 (1997).

¹⁰ อย่างไรก็ตาม ในบางคดีแม้มีเพียงการโฆษณาบนเว็บไซต์ ศาลก็วินิจฉัยว่า มูลคดีอันเกี่ยวข้อสืบเนื่องมาจากการกระทำอันเป็นการโฆษณาในลักษณะเช่นนี้ ก็สามารถตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลได้ หากการดำเนินกระบวนพิจารณานั้นเป็นธรรมและมีความสะดวก, see *Inset Systems, Inc v. Instruction Set, Inc.*, 937 F.Supp. 161 (1996), see also *Smith v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 968 F.Supp 1356 (1997).

¹¹ See *Maritz, Inc. v. Cybergold, Inc.*, 947 F. Supp. 1328 (E.D. Mo. 1996).

(3) Conducts business กล่าวคือ ลักษณะกิจกรรมบนเว็บไซต์ของจำเลยเป็นเว็บไซต์ที่จำเลยใช้ในการประกอบกิจกรรมทางธุรกิจ ซึ่งผู้ให้บริการที่แม้มิได้มีถิ่นที่อยู่ภายในเขตอำนาจศาลแห่งรัฐเดียวกันกับจำเลย ก็สามารถเข้าถึงและตกลงทำสัญญากับจำเลยผ่านทางระบบอินเทอร์เน็ตนั้นได้โดยตรง ในกรณีเช่นนี้จะเป็นกรณีที่ เมื่อศาลพิจารณาแล้วจะเห็นเป็นการสมควรอย่างยิ่งที่จะวินิจฉัยว่า จำเลยควรต้องตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของศาลแห่งรัฐที่สามารถเข้าถึงและให้บริการเว็บไซต์ของจำเลยได้

นอกจากนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับคดีละเมิด (Torts) การพิจารณาความมุ่งผลต่อรัฐแห่งศาลจะมีระดับการพิจารณาที่เคร่งครัดหรือเข้มงวดน้อยกว่า¹² หรืออาจมีการพิจารณาโดยอาศัยการตรวจสอบผลกระทบที่ส่งผลต่อรัฐนั้น (Effects test)¹³

2) มูลคดีที่มีการกล่าวอ้างฟ้องร้องระหว่างกัน จะต้องเกิดขึ้นมาจากหรือมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำของจำเลยในรัฐที่ศาลตั้งอยู่นั้นโดยตรง (Relatedness) เพื่อแสดงถึงองค์ประกอบแห่งความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล (Causation) ระหว่างคดีที่ฟ้องร้องกับกิจกรรมของจำเลยที่มีในรัฐแห่งศาลนั้น อันจะนำไปสู่เหตุผลอันสมควรว่า มูลคดีนี้มีความเหมาะสมที่จะได้รับการพิจารณาจากศาลนี้และจำเลยก็ควรอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลนี้ เพื่อประโยชน์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี

นอกจากนั้นเงื่อนไขประการนี้ยังเป็นเงื่อนไขที่สามารถนำมาใช้เพื่อการแบ่งแยกระหว่างเขตอำนาจศาลทั่วไปซึ่งพิจารณาที่ตัวจำเลยเป็นสำคัญกับเขตอำนาจศาลเฉพาะซึ่งพิจารณาที่มูลคดีเป็นสำคัญได้อีกด้วย

ตัวอย่างเช่น ในคดี *Coastal Video Communication, Corp. v. The Staywell Corp.*,¹⁴ อันเป็นคดีเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งศาลได้ปฏิเสธความมีเขตอำนาจศาลเนื่องมาจากการขาดความสัมพันธ์ที่เพียงพอระหว่างมูลคดีที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องร้องกับการกระทำของจำเลยที่ปรากฏภายในเขตศาล จากการที่โจทก์กล่าวอ้างเพียงว่าได้มีการนำสินค้าของจำเลยเข้ามาจำหน่ายภายในเขตศาล อันเป็นการประกอบกิจกรรมทางธุรกิจภายในเขตอำนาจศาลของจำเลยแล้ว เพราะการพิจารณาว่าศาลจะมีอำนาจเหนือคดีได้หรือไม่นั้น มิได้พิจารณาเพียงแต่มีการขายตัววัตถุอันเป็นสินค้าของจำเลยในเขตศาลนั้นเท่านั้น และ

¹² See *Panavision International, L.P. v. Toeppen*, 938 F.Supp 616 (1996).

¹³ *Calde v. Jones*, 465 U.S. 783 (1984).

¹⁴ *Supra* note 5.

3) การกล่าวอ้างและใช้เขตอำนาจศาล จะต้องเป็นไปโดยสมเหตุสมผล (Reasonableness) ไม่ขัดต่อหลักวิธีทางที่ถูกต้อง (Due process) ตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การดำเนินกระบวนการพิจารณาจะต้องปรากฏว่า เป็นการดำเนินกระบวนการอย่างเป็นธรรมและเคารพต่อสาระสำคัญแห่งความยุติธรรม เป็นสำคัญ¹⁵ โดยศาลจะต้องพิจารณาทั้งจาก ความมีอยู่หรือปรากฏอยู่ของพยานหลักฐาน ความสะดวกในการพิจารณาคดี ประสิทธิภาพประสิทธิผลในการพิจารณาและตัดสินคดี ผลประโยชน์ของรัฐที่ศาลตั้งอยู่ สิทธิและผลประโยชน์ของคู่ความทั้งฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลย กระทั่งควรคำนึงถึงประโยชน์แห่งการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศที่มีประสิทธิภาพให้เกิดขึ้นในทุกรัฐร่วมกันจึงได้ เป็นต้น

2. สหภาพยุโรป

สำหรับในกลุ่มประเทศประชาคมยุโรป หรือ สหภาพยุโรป (European Union)¹⁶ นั้น ได้มีการจัดทำอนุสัญญาระหว่างประเทศรวมจำนวน 2 ฉบับ ซึ่งมีเนื้อหาในสาระสำคัญที่ใกล้เคียงกัน เพื่อวางข้อกำหนดเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลและการใช้เขตอำนาจศาลสำหรับคดีแพ่งและพาณิชย์ของแต่ละรัฐสมาชิกไว้ รวมทั้งประเทศอังกฤษ ซึ่งเดิมศาลอังกฤษมีหลักมูลฐานในการอ้างเขตอำนาจศาลของตนว่า บุคคลใดก็ตามได้รับหมายศาล (Service) และอาจถูกบังคับให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาได้ ล้วนถือเป็นบุคคลที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลอังกฤษทั้งสิ้น เว้นแต่ศาลอังกฤษจะมีศาลที่เหมาะสมที่สุดในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น (*forum non-conveniens*) ต่อมาในปี ค.ศ. 1982 ประเทศอังกฤษก็ได้ทำการออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามอนุสัญญากรุงบรัสเซลส์ 1986 คือ The Civil Jurisdiction and Judgment Act 1982 จึงมีข้อพิจารณาเรื่อง

¹⁵ See *World Wide Volkswagen*, 444 U.S. (1980), see also *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945).

¹⁶ แต่เดิมคือ European Economic Community (EEC).

เขตอำนาจศาลเช่นเดียวกับประเทศในประชาคมยุโรป¹⁷ ได้แก่ อนุสัญญากรุงบรัสเซลส์ว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการบังคับคดีในคดีแพ่งและพาณิชย์ 1968 (Convention on Jurisdiction and Judgments in Civil and Commercial Matters หรือเรียกว่า Brussels Convention 1968) และ อนุสัญญากรุงลูกาโนว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการบังคับคดีในคดีแพ่งและพาณิชย์ 1988 (Convention on Jurisdiction and Judgments in Civil and Commercial Matters หรือเรียกว่า Lugano Convention 1988) เพื่อประสานกฎเกณฑ์ทางกฎหมายและสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในการพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาลระหว่างประเทศ (International Jurisdiction) อันจะนำไปสู่การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลนั้นในต่างประเทศ ในระหว่างรัฐภาคีด้วยกันได้ โดยมีการวางหลักทั่วไปและข้อยกเว้นเรื่องเขตอำนาจศาล กล่าวคือ

อนุสัญญาดังกล่าว ได้มีการวางหลักเกณฑ์เป็นหลักทั่วไป (Main principle) ว่าด้วยเขตอำนาจศาลเป็นหลักทั่วไปไว้ ได้แก่ หลักภูมิลำเนา (The State of Domicile)¹⁸ กล่าวคือ ศาลแห่งรัฐภาคีที่จะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้เป็นการทั่วไป คือ ศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลของรัฐภาคีนั้น¹⁹ โดยมีต้องคำนึงถึงเรื่องสัญชาติของบุคคล เว้นแต่กรณีมิใช่คนชาติของรัฐภาคี²⁰ และนอกจากนี้ยังได้กำหนดห้ามมิให้ศาลของแต่ละรัฐภาคีใช้เขตอำนาจศาลของตนออกไป

¹⁷ เว้นแต่ในกรณีที่ไม่เป็นกรณีตามอนุสัญญาฉบับนี้ การพิจารณาเขตอำนาจศาลของประเทศอังกฤษก็ย่อมต้องกลับไปพิจารณาตามหลักการเดิม (Traditional English Rules), และโปรดดู พรชัย วิวัฒน์ภทกุล, “เปรียบเทียบหลักกฎหมายขัดกันของอังกฤษกับไทย ว่าด้วยเขตอำนาจศาลในการรับพิจารณาคดีแพ่ง: ศาลไทยควรมีแนวนโยบายอย่างไรหรือไม่ในการรับพิจารณาคดีแพ่งซึ่งมูลคดีมิได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักร และจำเลยไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรในขณะที่เริ่มกระบวนการวิธีพิจารณา?”, *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 24, ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2537), น. 857-875.

¹⁸ Brussels Conventions, Article 2.

¹⁹ สำหรับในกรณีที่จำเลยมิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในรัฐภาคี (Exorbitant jurisdiction) การพิจารณาเขตอำนาจศาลให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของศาลแห่งรัฐนั้น ตาม Brussels Conventions, Article 3 - 4.

²⁰ Brussels Convention, Article 2.

นอกขอบเขตจากที่ระบุไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้ (Exorbitant Jurisdiction) แม้ว่ารัฐภาคีแต่ละรัฐนั้นๆ จะได้มีกฎหมายภายในกำหนดให้อำนาจไว้เป็นประการด้วยแล้วก็ตาม²¹

สำหรับในส่วนหลักเกณฑ์ยกเว้น กล่าวคือ ได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์เขตอำนาจศาลกรณีพิเศษ (Special Jurisdiction) ในลักษณะเป็นข้อเพิ่มเติมจากหลักเขตอำนาจศาลทั่วไปตามหลักภูมิลำเนาไว้ โดยให้ทางเลือกแก่โจทก์ที่จะฟ้องจำเลย ซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ภายในรัฐภาคีรัฐใดรัฐหนึ่ง เป็นคดียังศาลแห่งรัฐภาคีอื่น นอกเหนือไปจากศาลแห่งรัฐภาคีที่จำเลยมีภูมิลำเนาได้ โดยให้สามารถฟ้องคดีต่อศาลแห่งรัฐภาคีเหล่านี้ได้ ที่สำคัญได้แก่ศาลในประเทศภาคีแห่งประเทศที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา²² กรณีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องสัญญา ศาลแห่งประเทศที่เกิดเหตุอันเป็นละเมิด กรณีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องละเมิด และศาลแห่งประเทศที่สาขา ตัวแทน หรือองค์กรธุรกิจอื่นของจำเลยตั้งอยู่ กรณีพิพาทเกี่ยวกับกิจการที่กระทำโดยสาขา ตัวแทน หรือองค์กรธุรกิจนั้น เป็นต้น²³

นอกจากนี้ ได้มีการกำหนดข้อพิจารณาเกี่ยวกับเขตอำนาจเป็นการเฉพาะเรื่องเพิ่มเติมไว้อีกด้วย อาทิเช่น เขตอำนาจศาลกรณีคดีสัญญาผู้บริโภค²⁴ และยังได้กำหนดรองรับไว้อย่างชัดเจนว่า คู่กรณีมีสิทธิในอันที่จะทำความตกลงยอมรับให้ศาลใดศาลหนึ่งในประเทศภาคีเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างกันได้ และศาลนั้นก็ย่อมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาเหนือคดีนั้นได้โดยชอบ แต่ทั้งนี้ ความตกลงเช่นนี้จะต้องได้กระทำลงตามรูปแบบที่กำหนดไว้ด้วย²⁵ กล่าวคือ ทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ ได้ทำตามรูปแบบตามทางปฏิบัติระหว่างกันของคู่กรณี หรือได้ทำตามรูปแบบตามปกติประเพณีในทางการค้าพาณิชย์นั้น²⁶

²¹ Brussels/Lugano Conventions, Article 3.

²² การตีความสถานที่ที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาย่อมเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐภาคี, see *Tessili v. Dunlop (Case 12/76) [1976] E.C.R. 1479*.

²³ Brussels/Lugano Conventions, Article 5.

²⁴ Brussels Convention, Article 13.

²⁵ Brussels/Lugano Conventions, Article 17.

²⁶ Justin Newton, The Uniform Interpretation of The Brussels and Lugano Conventions, (Oregon: Hart Publishing, 2002).

อย่างไรก็ตาม โดยความมุ่งประสงค์ที่จะก่อตั้งความร่วมมือในเรื่องเขตอำนาจศาลคดีแพ่ง (Cooperation in civil jurisdiction) ระหว่างกันของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ในปี ค.ศ. 2000 คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (The Council of The European Union) ได้ดำเนินการออก Council Regulation (EC) No 44/2001 หรือ The Brussels I Regulation ซึ่งเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องเขตอำนาจศาลและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาคดีแพ่งและพาณิชย์ขึ้นใหม่ มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 2002 ในระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป²⁷ แทนที่ Brussels Convention 1968 ดังนั้น ประเด็นปัญหาวาดด้วยเรื่องเขตอำนาจศาลในระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปในปัจจุบันจึงย่อมต้องพิจารณาไปตามกฎเกณฑ์ฉบับนี้ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วก็จะมีเนื้อหาสำคัญที่คล้ายคลึงกันกับ Brussels Convention 1968 ทั้งนี้โดยสามารถแยกพิจารณาออกได้เป็นส่วนหลักทั่วไปและส่วนของข้อยกเว้นเฉพาะเรื่อง ที่สำคัญดังจะกล่าวต่อไปนี้

2.1 หลักเขตอำนาจศาลทั่วไป

เขตอำนาจศาลคดีแพ่งและพาณิชย์ในหลักทั่วไป คงกำหนดให้เป็นไปตาม หลักภูมิลำเนา (The State of Domicile) กล่าวคือ บุคคลที่มีภูมิลำเนาอยู่ในรัฐสมาชิกรัฐหนึ่งรัฐใด ย่อมถูกฟ้องเป็นคดีต่อศาลแห่งรัฐสมาชิกอันเป็นถิ่นที่มีภูมิลำเนานั้นได้ ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีสัญชาติใดก็ตาม²⁸ โดยการพิจารณาค้นหาภูมิลำเนานั้น ให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของศาลแห่งรัฐสมาชิกที่ได้มีการเสนอคดีต่อศาลนั้น แต่ในกรณีที่ไม่ปรากฏว่ามีภูมิลำเนาอยู่ภายในรัฐของศาลนั้น การพิจารณาว่าบุคคลเช่นนี้จะมีภูมิลำเนาอยู่ในรัฐสมาชิกรัฐอื่นหรือไม่ ให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกรัฐอื่นนั้น ส่วนในกรณีของนิติบุคคลให้พิจารณาจากประเทศที่ซึ่งเป็นที่ตั้งของสำนักงานจดทะเบียน สำนักงานที่มีอำนาจบริหารจัดการงาน หรือสำนักงานประกอบธุรกิจแห่งใหญ่ของนิติบุคคลนั้น

²⁷ ยกเว้นกับ Denmark.

²⁸ Regulation 44/2001 Article 2.

2.2 เขตอำนาจศาลเฉพาะ

กฎเกณฑ์ฉบับนี้ก็ได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์เขตอำนาจศาลเฉพาะเป็นกรณีเฉพาะเรื่องไว้ ซึ่งทำให้ศาลของรัฐสมาชิกอื่นนอกเหนือจากรัฐสมาชิกอันเป็นที่ตั้งภูมิลำเนาของจำเลยสามารถมีเขตอำนาจศาลเหนือคดีได้เช่นกัน ตามแต่กรณีไป กล่าวคือ

เขตอำนาจศาลพิเศษ (Special Jurisdiction) ในลักษณะเป็นข้อเพิ่มเติมจากหลักเขตอำนาจศาลทั่วไปตามหลักภูมิลำเนาไว้ ที่สำคัญได้แก่

(1) เขตอำนาจศาลกรณีเกี่ยวข้องกับสัญญา ให้ฟ้องได้ต่อศาลของรัฐที่สมาชิกมีการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา โดยได้มีการวางข้อสันนิษฐานเจตนาของคู่สัญญาถึงสถานที่ที่จะมีการปฏิบัติการชำระหนี้ไว้ ได้แก่ สถานที่ที่จะมีการส่งมอบสินค้าในกรณีสัญญาซื้อขายสินค้า และสถานที่ที่จะมีการจัดให้บริการในกรณีของสัญญาบริการ

(2) เขตอำนาจศาลในกรณีของละเมิด ให้ฟ้องได้ต่อศาลของรัฐสมาชิกที่เหตุอันเป็นที่มาแห่งความเสียหายอันกล่าวอ้างว่าเป็นละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น

(3) เขตอำนาจศาลสำหรับกรณีพิพาทเกี่ยวกับกิจการที่กระทำโดยสาขา ตัวแทน หรือองค์กรธุรกิจ ให้ฟ้องได้ต่อศาลของรัฐสมาชิกที่สาขา ตัวแทน หรือองค์กรธุรกิจอื่นของจำเลยตั้งอยู่ เป็นต้น²⁹

นอกจากนั้น ก็ได้มีการกำหนดข้อพิจารณาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลเป็นการเฉพาะเรื่องเพิ่มเติมไว้เช่นกัน ได้แก่ เขตอำนาจศาลเหนือสัญญาผู้บริโภคโดยในกรณีที่จะทำการฟ้องผู้บริโภคนั้นให้ฟ้องได้เฉพาะต่อศาลแห่งรัฐสมาชิกที่ผู้บริโภคนั้นมีภูมิลำเนาอยู่เท่านั้น เขตอำนาจศาลเหนือสัญญาจ้างแรงงานรายบุคคล เขตอำนาจศาลกรณีเกี่ยวข้องกับเรื่องประกันภัย³⁰ และกรณีเขตอำนาจศาลเหนือจำเลยจากการปรากฏตัวต่อศาลของจำเลย³¹

ทั้งนี้ ได้มีการกำหนดเขตอำนาจศาลที่มีผลบังคับเด็ดขาด (Exclusive Jurisdiction) อาทิเช่น กรณีคดีพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ไม่ได้หรือสังหาริมทรัพย์ ให้ฟ้องต่อศาลที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่³² กรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงกำหนดให้ศาลใดศาลหนึ่งของรัฐสมาชิกให้เป็นศาลที่มีเขต

²⁹ Regulation 44/2001 Article 5.

³⁰ Regulation 44/2001 Article 15 - 21.

³¹ Regulation 44/2001 Article 24.

³² Regulation 44/2001 Article 22.

อำนาจ ศาลนั้นก็ย่อมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามหลักความยินยอม (Prorogation) ต่อเมื่อความตกลงยินยอมรับเขตอำนาจศาลนี้ได้กระทำตามรูปแบบอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ระบุไว้ด้วย กล่าวคือ ทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ ได้ทำตามรูปแบบตามทางปฏิบัติระหว่างกันของคู่กรณี หรือได้ทำตามรูปแบบตามปกติประเพณีในทางการค้าพาณิชย์นั้น โดยได้มีการกำหนดรับรองการติดต่อสื่อสารด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้อย่างชัดเจนเพิ่มเติมไว้ด้วยว่ามีความเท่าเทียมกันกับเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษร³³

จากกฎเกณฑ์ว่าด้วยเขตอำนาจศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศของสหภาพยุโรป ซึ่งย่อนำมาใช้บังคับกับการพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาลในไซเบอร์สเปซในระหว่างรัฐสมาชิกด้วยกันแล้ว ปัญหาประการสำคัญที่ศาลภายในของแต่ละรัฐสมาชิกจะต้องประสบในการพิจารณาความมีเขตอำนาจศาลเหนือจำเลย หรือสัญญาหรือการกระทำหนึ่งๆ ในไซเบอร์สเปซ ก็คือ ปัญหาในเรื่องการค้นหามูลค่าเงินซึ่งจะต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงในทางกายภาพ ปัญหาการค้นหาสถานที่ซึ่งเป็นสถานที่ในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา เช่น ถิ่นอันเป็นที่ส่งหรือรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และปัญหาการแบ่งแยกระหว่างสัญญาซื้อขายกับสัญญาบริการกรณีของสินค้าอิเล็กทรอนิกส์ ในกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา และรวมทั้งปัญหาการพิจารณาถิ่นที่เกิดเหตุละเมิด ในกรณีเขตอำนาจศาลคดีละเมิด

3. ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลีย มีหลักการพื้นฐานในการพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาล เช่นเดียวกันกับกฎหมายของประเทศอังกฤษแต่เดิม กล่าวคือ บุคคลใดก็ตามที่สามารถได้รับหมายศาลและอาจถูกบังคับให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลได้ ล้วนถือเป็นบุคคลที่ย่อมตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลนั้น คือศาลของประเทศออสเตรเลีย ได้ทั้งสิ้น

อย่างไรก็ตาม ศาลก็อาจที่จะปฏิเสธไม่ใช้อำนาจของตนเหนือจำเลยต่างชาติ (Foreign defendant) ได้ หากพิจารณาแล้วเห็นว่า มีข้อเท็จจริงปรากฏทำให้ศาลที่ได้มีการยื่นฟ้องคดีนั้นจะเป็นศาลที่ไม่เหมาะสมที่จะรับพิจารณาพิพากษาคดีอย่างเห็นได้โดยชัดแจ้ง (Clearly inappropriate)³⁴ ทั้งนี้โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ซึ่งศาลออสเตรเลียย่อมจะต้องนำมา

³³ Regulation 44/2001 Article 23.

³⁴ *Voth v. Manildra Flour Mills* (1990) 171 CLR 538.

พิจารณาและแสดงให้เห็นถึงการปรับใช้กับข้อพิพาทเกี่ยวกับหรือสืบเนื่องมาจากไซเบอร์สเปซให้ได้เช่นกัน ดังนี้³⁵

1) มีความเกี่ยวข้องกันอย่างมีนัยสำคัญระหว่างรัฐที่ศาลตั้งอยู่กับข้อพิพาทนั้นหรือไม่ และ

2) มีประโยชน์หรือข้อได้เปรียบใดๆ อันชอบด้วยกฎหมายในทางกระบวนการวิธีพิจารณาความคดีได้แก่โจทก์หรือไม่ เช่น จะได้รับการเยียวยาความเสียหายที่ดีกว่าหากได้รับการพิจารณาคดีโดยศาลของประเทศออสเตรเลีย³⁶

4. ประเทศญี่ปุ่น

ในเบื้องต้น ประเทศญี่ปุ่นมิได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยเรื่องเขตอำนาจศาลสำหรับคดีที่มีลักษณะระหว่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งหากพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศญี่ปุ่นแล้ว ก็จะวางอยู่บนหลักพื้นฐานทั่วไปว่าด้วยเขตอำนาจศาลเหนือดินแดน (Territorial Jurisdiction) และเหนือบุคคล (Personal Jurisdiction) เช่นกัน แต่ศาลในประเทศญี่ปุ่นก็ได้พยายามที่จะสร้างและพัฒนาหลักเกณฑ์และรายละเอียดเพิ่มเติมในการปรับใช้กฎหมาย เพื่อหามาตรฐานในการพิจารณาเขตอำนาจศาลระหว่างประเทศ (International Jurisdiction) โดยเฉพาะกรณีที่กำลังเป็นชาวต่างชาติ (Foreign defendant)³⁷ ซึ่งอาจสรุปเป็นหลักการเบื้องต้นว่าด้วยเงื่อนไขในการมีเขตอำนาจศาลของศาลประเทศญี่ปุ่นได้ ดังนี้

1) หลักทั่วไป พิจารณาตามบทกฎหมายในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กล่าวคือ ศาลประเทศญี่ปุ่นจะมีอำนาจรับพิจารณาพิพากษาคดีหนึ่งๆ ได้ก็ต่อเมื่อ ศาลนั้นเป็นศาลที่เขตอำนาจตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของญี่ปุ่น

³⁵ Yee Fen Lim, *Cyberspace Law: Commentaries and Materials*, 2nd edition. (Australia: Oxford University Press, 2007), p. 37.

³⁶ See *Oceanic Sun Line Speacial Shipping Co. v. Fay* (1998) 165 CIR 197, see also *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd* [1987] 1 AC 460.

³⁷ Masaki Hamano, "Comparative Studies in the Approach to Jurisdiction in Cyberspace", <<http://www.geocities.com/SiliconValley/Bay/6201>>.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของญี่ปุ่น หรือ The Code of Civil Procedure 1996 (revised)³⁸ ได้กำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยเขตอำนาจศาล โดยให้ศาลดังต่อไปนี้เป็นศาลมีเขตอำนาจ ที่สำคัญได้แก่³⁹

(1) ศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในกรณีไม่ปรากฏภูมิลำเนา สำหรับกรณีบุคคลธรรมดา

(2) ศาลอันเป็นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่หรือสำนักงานสาขาหรือสำนักงานผู้แทนแล้วแต่กรณี สำหรับกรณีของนิติบุคคล

(3) ศาลที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้อยู่ในเขตศาล สำหรับกรณีฟ้องคดีเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สิน

(4) ศาลอันเป็นที่ตั้งอสังหาริมทรัพย์ สำหรับกรณีฟ้องคดีเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์

(5) ศาลที่เหตุแห่งละเมิดได้เกิดขึ้น สำหรับกรณีฟ้องคดีละเมิด เป็นต้น

นอกจากนั้นยังกำหนดยอมรับให้ผู้สัญญาสามารถตกลงทำข้อตกลงเลือกศาลได้ โดยจะมีผลบังคับได้โดยสมบูรณ์ ก็ต่อเมื่อ ได้กระทำเป็นลายลักษณ์อักษรและได้กำหนดเพื่อการฟ้องคดีสำหรับนิติสัมพันธ์เรื่องใดโดยแน่ชัด⁴⁰ อย่างไรก็ตามในกรณีที่จำเลยมาปรากฏตัวต่อศาลโดยมิได้โต้แย้งเรื่องเขตอำนาจศาลในโอกาสแรกที่สามารถกระทำได้ ก็ให้ถือว่าศาลแห่งประเทศญี่ปุ่นมีเขตอำนาจเหนือคดีนั้นได้⁴¹ และ

2) หลักเพิ่มเติม พิจารณาโดยการสรุปหลักจากคำพิพากษาของศาล กล่าวคือ ศาลประเทศญี่ปุ่นมีแนวคิดเบื้องต้นว่า แม้จะมีได้มีกฎหมายกำหนดความมีเขตอำนาจศาลไว้โดยแจ้งชัดโดยตรงก็ตาม ศาลย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาเรื่องเขตอำนาจตามหลักแห่งความสมเหตุสมผล (Principle of Reasonableness) คือ หากศาลได้รับคดีไว้พิจารณาพิพากษาแล้ว จะไม่เป็นการขัดต่อ หลักความสมเหตุสมผลในการพิจารณาคดี (Reasonableness) ควบคู่กับความมุ่งหมายต่อ หลักความเป็นกลางระหว่างคู่กรณี (Impartiality) หลักความเป็นธรรมและความรวดเร็วในการพิจารณาคดี (Fair and Speedy hearing) แล้ว ศาลก็ย่อมสามารถมีเขตอำนาจศาล

³⁸ Chapter 2 Court, Section 1 Jurisdiction, Article 4 - 27.

³⁹ The Code of Civil Procedure 1996 (revised), Article 4 - 5.

⁴⁰ The Code of Civil Procedure 1996 (revised), Article 11.

⁴¹ The Code of Civil Procedure 1996 (revised), Article 12.

เหนือคดีที่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้นได้⁴² แต่ถ้าหากจะเป็นขัดต่อหลักการเหล่านี้หลักการใดหลักการหนึ่ง อันจะจัดเป็น สภาพการณ์ที่อยู่นอกขอบเขตปกติทั่วไป (Extraordinary circumstances) ในการพิจารณาความมีเขตอำนาจศาลนี้แล้ว ศาลก็ควรจะต้องปฏิเสธไม่ใช้อำนาจศาลของตนเหนือจำเลยชาวต่างชาติ นั่นคือต้องไม่รับพิจารณาพิพากษาคดีนั้น⁴³

5. ประเทศอินเดีย

สำหรับประเทศอินเดีย ได้มีการให้การยอมรับและบังคับใช้หลักการใช้กฎหมายของรัฐที่ศาลตั้งอยู่ (*lex fori*) อย่างกว้างขวางและเป็นการทั่วไปในทุกเรื่องทุกปัญหาอันเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาความ รวมทั้งปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลด้วย โดยมีได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ใดในอันที่จะต้องคำนึงการนำกฎหมายต่างชาติมาใช้บังคับในวิธีพิจารณาความ กล่าวคือ ในการพิจารณาว่าศาลใดจะมีอำนาจรับพิจารณาพิพากษาคดีได้หรือไม่ อันประเด็นปัญหาทางกฎหมายวิธีพิจารณาความ ย่อมต้องพิจารณาให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศแห่งศาล ที่ซึ่งการดำเนินกระบวนการทางศาลได้เกิดขึ้นนั้น (Law of Forum)⁴⁴ ซึ่งก็คือกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศอินเดีย หรือ The Civil Procedure Code 1908 (CPC 1908)

ตาม The Civil Procedure Code 1908 กล่าวโดยเฉพาะตาม Section 16 – 20 ได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์การพิจารณาเขตอำนาจศาลในการฟ้องคดีออกตามลักษณะมูลความแห่งคดีที่มีการฟ้องร้อง (Subject-matter suits) เป็นสำคัญ ทั้งนี้โดยได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยเขตอำนาจศาลในกรณีคดีพิพาทระหว่างเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะแต่อย่างใด ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะคือ

⁴² Supreme Court's Decision of 16 October, 1981 "...principle of reasonableness with the purpose of promoting impartiality between parties and the ends of a fair and speedy hearing...".

⁴³ Supreme Court's Decision of 11 November, 1997.

⁴⁴ *Ramanathan Chettier v. Soma Sunderam Chettier* AIR 1964 Mad. 527.

1) การฟ้องคดีอสังหาริมทรัพย์ (Suits of immovable property)⁴⁵

การฟ้องคดีอสังหาริมทรัพย์ ให้ฟ้องต่อศาลที่ซึ่งอสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ในเขตศาล (lex situs) ทั้งนี้หมายความว่าเฉพาะถึงอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในประเทศอินเดียเท่านั้น

2) การฟ้องคดีการกระทำผิดต่อบุคคลหรืออสังหาริมทรัพย์ (Suits for wrongs to persons or movable property)⁴⁶

การฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนสำหรับการกระทำผิดต่อบุคคลหรือต่ออสังหาริมทรัพย์ จะฟ้องต่อศาลที่ซึ่งการกระทำผิดนั้นได้เกิดขึ้นในเขตศาล หรือต่อศาลที่ซึ่งจำเลยอาศัย หรือประกอบธุรกิจ หรือทำงานส่วนตัวเพื่อแสวงกำไร อยู่ในเขตศาลนั้นก็ได้ ตามแต่โจทก์จะเลือก

3) การฟ้องคดีประเภทอื่น (Suits of any other kinds)⁴⁷

กรณีนี้เป็นกฎเกณฑ์เขตอำนาจศาลที่กำหนดวางอยู่บนพื้นฐานของหลักเขตอำนาจเหนือบุคคล (Personal Jurisdiction) โดยมีลักษณะเป็นบทสำรองทั่วไป สามารถนำไปปรับใช้ได้อย่างกว้างขวางครอบคลุมการพิจารณาเรื่องเขตอำนาจของศาลได้กับทุกกรณีปัญหา เมื่อปรากฏว่าเป็นกรณีอื่น อันเป็นช่องว่างที่อยู่นอกเหนือไปจากบทเฉพาะที่กล่าวมาในสองลักษณะข้างต้น กล่าวคือ

ภายใต้ข้อจำกัดเรื่องเขตศาล ศาลย่อมสามารถมีเขตอำนาจศาลเหนือคดีทุกคดีได้ หากเป็นกรณีอย่างใดอย่างหนึ่งที่ซึ่ง

(1) ในขณะที่เริ่มฟ้องคดี จำเลยคนหนึ่งหรือแต่ละคนนั้น ได้อยู่อาศัยตามความเป็นจริง โดยสมัครใจ ดำเนินธุรกิจ หรือประกอบกิจการเพื่อแสวงประโยชน์ ภายในเขตศาล หรือ

(2) ในขณะที่เริ่มฟ้องคดี จำเลยคนใดคนหนึ่งหรือหลายคนนั้น ได้อยู่อาศัยตามความเป็นจริงโดยสมัครใจ ดำเนินธุรกิจ หรือประกอบกิจการเพื่อแสวงประโยชน์ และซึ่งได้รับอนุญาตจากศาลให้ไปจากเขตศาลได้ หรือซึ่งแม้จำเลยมิได้อยู่อาศัยตามความเป็นจริงโดยสมัครใจ ดำเนินธุรกิจ หรือประกอบกิจการเพื่อแสวงประโยชน์ภายในเขตศาล แต่ได้ยอมรับเขตอำนาจศาลโดยไม่ปรากฏข้อโต้แย้ง หรือ

(3) มูลคดีไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ได้เกิดขึ้นภายในเขตศาล

⁴⁵ The Civil Procedure Code 1908, Section 16.

⁴⁶ The Civil Procedure Code 1908, Section 18.

⁴⁷ The Civil Procedure Code 1908, Section 20.

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ปรากฏว่าคดีใดคดีหนึ่งอาจจะตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลได้มากกว่าหนึ่งศาลแล้ว ศาลของประเทศอินเดียก็ได้ยอมรับและบังคับตามให้คู่สัญญาสามารถทำความตกลงเลือกศาลได้⁴⁸ และให้มีผลใช้บังคับได้ตามหลักเสรีภาพของคู่สัญญา แต่ทั้งนี้ข้อตกลงเลือกศาลจะมีผลใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์ เฉพาะกรณีที่คู่สัญญาตกลงเลือกศาลใดศาลหนึ่งที่มีศาลที่ปราศจากเขตอำนาจอย่างแท้จริง (Inherently lack jurisdiction) เท่านั้น⁴⁹

ดังนั้น หากปรากฏว่าคดีพิพาทใดมีข้อตกลงเลือกศาลที่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายไว้แล้ว ศาลที่ได้รับการกำหนดตกลงเลือกไว้ก็จะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ แต่ในกรณีที่ไม่ปรากฏข้อตกลงเลือกศาล ศาลประเทศอินเดียก็ได้วางหลักเบื้องต้นในการพิจารณาเขตอำนาจของตน ในกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาซึ่งอยู่ในส่วนการฟ้องคดีประเภทอื่นนี้ไว้ โดยมีเงื่อนไขข้อพิจารณาที่สำคัญ 2 ประการ คือ

(1) การมีถิ่นที่อยู่ปกติของจำเลย (Place of habitual residence of the defendant) ในเขตศาล รวมทั้งการดำเนินธุรกิจของจำเลยในเขตศาลโดยไม่คำนึงถึงการปรากฏตัวหรือไม่ของจำเลย

(2) ความสัมพันธ์ระหว่างมูลคดีที่ฟ้องร้องกับรัฐที่ศาลตั้งอยู่ (Proximity of the cause of action to the forum) ซึ่งก็หมายถึงศาลของประเทศอินเดีย ทั้งนี้ สำหรับกรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญานั้น ศาลประเทศอินเดียจะถือว่า สถานที่ที่ได้มีการตกลงทำสัญญา (Place of conclusion of the contract)⁵⁰ เป็นสถานที่ที่เกิดมูลคดี

ดังนั้น ในการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ในไซเบอร์สเปซของประเทศอินเดีย ศาลก็จะพิจารณาความมีเขตอำนาจศาลตามหลักการฟ้องคดีประเภทอื่นตาม The Code of Civil Procedure 1908 Section 20 นี้เช่นกัน ซึ่งก็จะเป็นการพิจารณาตามหลักเขตอำนาจศาลเหนือบุคคล ประกอบกับหลักพิจารณาเพิ่มเติมเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างมูลคดีที่ฟ้องร้องกับรัฐที่ศาลตั้งอยู่ ซึ่งในส่วนที่ศาลถือว่าสถานที่ที่ได้มีการตกลงทำสัญญาเป็นสถานที่ที่เกิดมูลคดี จึงย่อมเป็น

⁴⁸ *Hakkam Singh v. Gammon (India) Ltd* AIR 1971 SC 740.

⁴⁹ *United Commercial Bank v. Workmen* [1951] S.C.R. 380; *ABC Laminart (P) Ltd v. AP Agencies* AIR 1989 SC 1239.

⁵⁰ *Bhagwan Dass Govardhan Dass Kedia v. Purshottam Dass & Co.* AIR 1966 SC 543.

การยากลำบากที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาเขตอำนาจศาลสำหรับกรณีสัญญาที่เกิดขึ้นในไซเบอร์สเปซได้⁵¹

6. Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (1999)

6.1 ประวัติความเป็นมา

Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters⁵² หรือร่างอนุสัญญาเบื้องต้นว่าด้วยเขตอำนาจศาลและคำพิพากษาศาลต่างประเทศทางแพ่งและพาณิชย์⁵³ ได้ถูกจัดทำขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของโครงการ Justice Project โดย The Hague Conference on Private International Law หรือที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศระดับรัฐบาลตั้งอยู่ ณ กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์⁵⁴

⁵¹ Amit M. Sachdeva, "International Jurisdiction in Cyberspace: A Comparative Perspective," Computer and Telecommunications Law Review (2007).

⁵² Peter Nygh and Fausto Pocar, "Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters," (August 2000), <<http://www.hcch.net>>.

⁵³ ต่อกไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ขอเรียกว่า "Hague Draft Convention" หรือ "ร่างอนุสัญญาแห่งกรุงเฮก".

⁵⁴ ปัจจุบัน (ค.ศ. 2008) มีสมาชิกทั้งสิ้นจำนวน 68 ประเทศ ได้แก่ Albania, Argentina, Australia, Austria, Belarus, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Brazil, Bulgaria, Canada, Chile, China, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Ecuador, Egypt, Estonia, European Community, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Israel, Italy, Japan, Jordan, Korea, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malaysia, Malta, Mexico, Monaco, Montenegro, Morocco, Netherlands, New Zealand, Norway, Panama, Paraguay, Peru, Poland, Portugal, Romania, Russian Federation, Serbia, Slovakia, Slovenia, South Africa, Spain, Sri Lanka, Suriname, Sweden, Switzerland, The former Yugoslav Republic of Macedonia, Turkey, Ukraine, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, United States of America, Uruguay and Venezuela.

เสร็จเป็นฉบับร่างเบื้องต้นในปี ค.ศ. 1999⁵⁵ เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ โดยความพยายามที่จะประสานความแตกต่างของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องนี้ของแต่ละประเทศให้เกิดความสอดคล้องกันที่ยอมรับได้ระหว่างกัน และมีให้เกิดการขัดกันซึ่งเขตอำนาจศาล และโดยมุ่งหมายให้มีผลใช้บังคับเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศต่อไป

ร่างอนุสัญญาแห่งกรุงเฮกฯ ดังกล่าว มีต้นแบบในการพิจารณาเพื่อจัดทำมาจาก The Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial 1971 (หรือ “The 1971 Judgments Convention”), Brussels Convention 1986 และ Lugano Convention 1988 อย่างไรก็ตาม ร่างอนุสัญญาแห่งกรุงเฮกฯ มีความแตกต่างอันสำคัญจากอนุสัญญาทั้ง 3 ฉบับ ในส่วนของโครงสร้างการวางกฎเกณฑ์ กล่าวคือ ในขณะที่ The 1971 Judgments Convention มีลักษณะโครงสร้างเป็น Single Convention ซึ่งกำหนดเฉพาะกฎเกณฑ์ว่าด้วยเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศเท่านั้น ส่วน Brussels Convention 1986 และ Lugano Convention 1988 มีลักษณะเป็น Double Convention คือ กำหนดทั้งกฎเกณฑ์ว่าด้วยเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศและกฎเกณฑ์ว่าด้วยเรื่องเขตอำนาจศาลที่สามารถใช้บังคับได้ของประเทศภาคี แต่ร่างอนุสัญญาแห่งกรุงเฮกฯ มีลักษณะเป็น Mixed Convention กล่าวคือ นอกจากจะกำหนดกฎเกณฑ์เช่นเดียวกับ Double Convention แล้ว ยังกำหนดกฎเกณฑ์เปิดช่องยอมรับให้ศาลประเทศภาคี สามารถปรับใช้กฎเกณฑ์ตามกฎหมายภายในของตนในบางกรณีได้ เพิ่มเติมขึ้นไว้อีกด้วย

6.2 ขอบเขตการใช้บังคับ

ขอบเขตการใช้บังคับของร่างอนุสัญญาแห่งกรุงเฮกฯ ได้รับการกำหนดไว้ใน Chapter I – Scope of the Convention, Article 1 Substantive scope ขอบเขตการใช้บังคับทางเนื้อหา และ Article 2 Territorial scope ขอบเขตการใช้บังคับทางรูปแบบหรือดินแดน โดยมีหลักการเบื้องต้นที่สำคัญ ดังนี้

⁵⁵ จากการริเริ่มของประเทศสหรัฐอเมริกาโดย Edwin Williamson และได้รับการเรียบเรียงแก้ไขปรับปรุงเรื่อยมา ปัจจุบัน (ค.ศ. 2007) กำลังอยู่ในขั้นการพิจารณาของ Diplomatic Conference.

1) อนุสัญญานี้ใช้บังคับเฉพาะประเด็นปัญหาหรือข้อพิพาททางคดีเกี่ยวกับเรื่องทางแพ่งและหรือทางพาณิชย์เท่านั้น (civil and commercial matters) ซึ่งมีความหมายในทางตรงกันข้ามว่า ไม่ใช้บังคับกับเรื่องทางอาญา และทั้งนี้ได้ระบุเป็นการเฉพาะว่าไม่ใช้บังคับกับเรื่องทางภาษี ศุลกากร และเรื่องทางปกครอง อย่างไรก็ตาม ข้อพิพาทหนึ่งๆ จะไม่ตกอยู่ภายนอกขอบเขตการใช้บังคับเพียงเพราะเหตุว่า รัฐ องค์การของรัฐ หรือบุคคลอื่นซึ่งกระทำการในนามของรัฐ เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องเป็นคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

2) อนุสัญญานี้ไม่ใช้บังคับกับเรื่องที่ได้มีการระบุไว้โดยเฉพาะ เนื่องจากเหตุผลพิเศษเฉพาะเรื่องบางประการ หรือเป็นเรื่องที่มีความใกล้เคียงอย่างมากกับกฎหมายมหาชนของรัฐ แม้ว่า จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับทางแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม ได้แก่ เรื่องสถานะและความสามารถตามกฎหมายของบุคคลธรรมดา หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู ทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยาและสิทธิหน้าที่ที่สืบเนื่องมาจากการสมรส พิณัยกรรมและมรดก การล้มละลายและการประนอมหนี้ ประกันสังคม อนุญาโตตุลาการและกระบวนการอื่นที่เกี่ยวข้อง และการพาณิชย์นาวี

3) อนุสัญญานี้ ไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อ เอกสิทธิ์และความคุ้มกัน ที่มีอยู่ตามหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ องค์ภาวะของรัฐ หรือขององค์การระหว่างประเทศต่างๆ

ในส่วนข้อกำหนดใน Chapter II ซึ่งว่าด้วยเรื่องเขตอำนาจศาลนั้น จะมีผลใช้บังคับต่อศาลแห่งรัฐภาคี หากว่าคู่กรณีทุกฝ่ายมิได้มีถิ่นที่อยู่อันเป็นปกติในรัฐของศาลนั้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่าคู่กรณีทุกฝ่ายจะมีถิ่นที่อยู่ปกติภายในรัฐของศาลนั้น ก็ยังคงต้องอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของกฎเกณฑ์ตามอนุสัญญานี้⁵⁶

ข้อกำหนดใน Chapter III ซึ่งว่าด้วยเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้น มีผลใช้บังคับต่อรัฐภาคีในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลแห่งรัฐภาคีอื่น

6.3 โครงสร้างการกำหนดเขตอำนาจศาล

6.3.1 โครงสร้างทั่วไป⁵⁷

⁵⁶ Article 4, Article 12 หรือ Article 21 และ 22 แล้วแต่กรณี.

⁵⁷ Andrea Schulz, "Reflection Paper to Assist in the Preparation of a Convention on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Foreign Judgements in Civil and Commercial Matters," (August 2002), <<http://www.hcch.net>>.

ด้วยลักษณะทางเนื้อหาที่เป็นอนุสัญญาแบบผสมหรือ Mixed Convention ของ ร่าง อนุสัญญาแห่งกรุงเฮกฯ ที่มีการกำหนดทั้งเรื่องเขตอำนาจศาล เรื่องการยอมรับและบังคับตามคำ พิพากษาศาลต่างประเทศ และการเปิดช่องให้สามารถมีการใช้บังคับกฎหมายภายในของรัฐภาคี ได้ ในส่วนของการกำหนดเขตอำนาจศาลซึ่งปรากฏใน Chapter II Jurisdiction ซึ่งก็ได้กำหนด กฎเกณฑ์ไว้ในหลายลักษณะ โดยสามารถแยกพิจารณาโครงสร้างของข้อกำหนดต่างๆ ออกได้เป็น 3 ประเภทใหญ่ๆ คือ

1) ข้อกำหนดว่าด้วยกรณีที่ใช้เขตอำนาจศาล (Required jurisdiction) กล่าวคือ หากศาลแห่งรัฐใดเป็นศาลที่เข้าเงื่อนไขตามกรณีต่างๆ ที่กำหนดไว้แล้ว ศาลของรัฐนั้นย่อมมี อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้ และคำพิพากษาของศาลแห่งรัฐที่มีเขตอำนาจนั้น ย่อมได้รับการ ยอมรับและบังคับตามในศาลแห่งรัฐภาคีอื่นได้ ทั้งนี้ นิยมเรียกกรณีที่กำหนดให้ศาลใช้เขตอำนาจ เช่นนี้ว่า “The White List”

2) ข้อกำหนดว่าด้วยกรณีที่ไม่ห้ามมิให้ใช้เขตอำนาจศาล (Prohibited jurisdiction) กล่าวคือ เป็นข้อกำหนดในกรณีที่ศาลของรัฐภาคีจะต้องปฏิเสธไม่ใช้เขตอำนาจศาลของตนเหนือ กรณีพิพาทใดๆ ที่ปรากฏเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ แม้ว่าตามกฎหมายภายในที่ว่าด้วยเขตอำนาจ ศาลของรัฐจะกำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจเหนือคดีนั้นได้ก็ตาม และหากศาลแห่งรัฐภาคีใดฝ่าฝืนใช้ เขตอำนาจศาลในกรณีเช่นนี้ไป คำพิพากษาของศาลแห่งรัฐภาคีนั้นก็จะไม่ได้รับการยอมรับและ บังคับตามในศาลแห่งรัฐภาคีอื่น โดยนิยมเรียกข้อกำหนดกรณีนี้ว่า “The Black List”

3) ข้อกำหนดว่าด้วยกรณีที่อยู่นอกเหนืออนุสัญญา (Undefined area) กล่าวคือ เป็น กรณีที่ไม่ปรากฏว่าเข้าเงื่อนไขใดๆ ตามที่กำหนดไว้ให้ศาลมีเขตอำนาจหรือมิให้ศาลมีเขตอำนาจ ดังที่กล่าวมาในสองกรณีข้างต้น อนุสัญญาจึงได้กำหนดเปิดช่องให้ศาลแห่งรัฐภาคีสามารถนำ กฎเกณฑ์ตามกฎหมายภายในว่าด้วยเขตอำนาจศาลของตนมาพิจารณาได้ ส่วนประเด็นปัญหาว่า คำพิพากษาของศาลที่อาศัยเขตอำนาจตามกฎหมายภายในของรัฐตนในกรณีเช่นนี้ จะได้รับการ ยอมรับและบังคับตามในศาลแห่งรัฐภาคีอื่นหรือไม่นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของศาลที่จะ มีการบังคับตามคำพิพากษานั้นเช่นกัน ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นกรณีที่ยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจน แน่นนอนมากนักว่าศาลจะใช้เขตอำนาจของตนหรือไม่ และคำพิพากษานั้นจะได้รับการบังคับใน ศาลแห่งรัฐอื่นหรือไม่ จึงนิยมเรียกกรณีเช่นนี้ว่า “The Grey List”

6.3.2 ข้อกำหนดว่าด้วยเขตอำนาจศาล

นอกจากการกำหนดเขตอำนาจศาลซึ่งสามารถแยกออกได้เป็น 3 ประเภท ซึ่งจะได้ทำการแยกพิจารณารายละเอียดในแต่เรื่องแต่ละประเด็นตามข้อกำหนดต่างๆ ของแต่ละประเภทในส่วนนี้แล้วนั้น ใน Chapter II ยังได้มีการกำหนดว่าด้วยกรณีที่ศาลสามารถปฏิเสธไม่ใช้เขตอำนาจของตนได้ในบางสถานการณ์โดยพิจารณาถึงสภาพแวดล้อมแห่งคดีอื่นๆ ประกอบกันไว้อีกด้วย ดังต่อไปนี้

1) The White List

ข้อกำหนดว่าด้วยกรณีที่ให้ใช้เขตอำนาจศาล ปรากฏตาม Article 3-12 ซึ่งอาจแยกพิจารณาเป็นรายเรื่องที่สำคัญ อันปรากฏในแต่ละข้อกำหนดตามลำดับ ดังนี้

(1) Defendant's forum

เป็นการกำหนดเขตอำนาจศาลตามหลัก ศาลของจำเลย กล่าวคือ โจทก์สามารถฟ้องจำเลยเป็นคดีได้ยังศาลแห่งถิ่นที่ของจำเลย ตามที่ปรากฏใน Article 3(1) โดยการวางกฎเกณฑ์เป็นการทั่วไปว่า ภายใต้ข้อกำหนดแห่งอนุสัญญานี้ จำเลยย่อมอาจถูกฟ้องต่อศาลแห่งรัฐที่จำเลยมีถิ่นที่อยู่เป็นปกติ (Habitually resident)⁵⁸ ได้ โดยไม่คำนึงว่าจำเลยจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ตาม อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่จำเลยมิได้เป็นบุคคลธรรมดา (Natural person) คือ เป็นนิติบุคคลหรือมีสถานะอย่างอื่น ก็ได้มีการกำหนดข้อเท็จจริงเพื่อใช้เป็นข้อพิจารณาในเรื่องของถิ่นที่อยู่ปกติ เพื่อเป็นการขยายความข้อกำหนด Article 3(1) ไว้ใน Article 3(2) อันได้แก่ รัฐซึ่งเป็นที่ตั้งของสำนักงานจดทะเบียน รัฐเจ้าของกฎหมายที่บุคคลนั้นได้ก่อตั้งขึ้น รัฐซึ่งเป็นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ซึ่งมีอำนาจตัดสินใจ และรัฐซึ่งเป็นที่ตั้งของสำนักงานซึ่งมีการดำเนินงานหรือประกอบกิจการอันเป็นแหล่งสำคัญ

ทั้งนี้ข้อกำหนดใน Article 3 นี้ มีลักษณะเป็นการวางหลักความมีเขตอำนาจของศาลเป็นการทั่วไป มิได้มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่มีค่าบังคับเหนือกว่ากฎเกณฑ์ในข้อกำหนดอื่น และ

⁵⁸ เหตุผลที่มีได้กำหนดให้ใช้หลัก ภูมิลำเนา (Domicile) เป็นเพราะ การพิจารณาถิ่นอันภูมิลำเนาในแต่ละประเทศนั้นมีความแตกต่างกันอย่างมาก นอกจากนั้นการจะพิจารณาว่าถิ่นที่อยู่ปกติใดจะเป็นแหล่งสำคัญเพียงพอที่จะเป็นภูมิลำเนาของบุคคลหนึ่งได้นั้น จะต้องพิจารณาถึงเจตนาของบุคคลนั้นด้วย ทำให้มีความยากลำบากในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง และไม่สอดคล้องกับระบบการค้าระหว่างประเทศในสมัยปัจจุบันซึ่งบุคคลสามารถเคลื่อนย้ายเปลี่ยนแปลงถิ่นที่อยู่ของตนได้อย่างสะดวกโดยง่าย.

ในกรณีที่เรื่องใดมีข้อกำหนดไว้พิเศษแล้ว ก็ได้หมายความว่า จะเป็นการยกเว้นมิให้ใช้เขตอำนาจศาลตามข้อกำหนดนี้อย่างกฎหมายพิเศษตัดกฎหมายทั่วไปแต่อย่างใด แต่มีลักษณะเป็นทางเลือกให้แก่โจทก์ที่จะเลือกฟ้องคดีต่อศาลแห่งรัฐใดที่กำหนดไว้ก็ได้ ทั้งนี้ หากว่าข้อกำหนดในเรื่องนั้นมีได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

(2) Choice of Courts⁵⁹

เรื่องข้อตกลงเลือกศาล ซึ่งโดยทั่วไปจะวางอยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพของคู่สัญญา หรือหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Party Autonomy) และโดยส่งผลเป็นการยกเว้นการพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในซึ่งอาจแตกต่างกันได้นั้น (Article 17) ปรากฏอยู่ใน Article 4(1) โดยมีการวางหลักไว้ว่า ถ้าคู่กรณีได้ตกลงกันให้ศาลแห่งรัฐภาคีศาลใดศาลหนึ่งหรือหลายศาล เป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นสืบเนื่องมาจากนิติสัมพันธ์หนึ่งๆ ระหว่างกันแล้ว ศาลแห่งรัฐภาคีนั้น ก็ย่อมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทนั้นได้ ซึ่งถ้าคู่สัญญามีได้มีข้อตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นแล้ว เขตอำนาจศาลตามข้อตกลงนี้จะมีลักษณะเป็นเขตอำนาจศาลเด็ดขาด (Exclusive) กล่าวคือ มีผลใช้บังคับได้ และศาลแห่งรัฐภาคีที่คู่สัญญาได้เลือกไว้นั้นก็ต้องใช้เขตอำนาจของตนเหนือกรณีพิพาทนั้น โดยไม่ต้องคำนึงว่าคู่สัญญาจะมีถิ่นที่อยู่ปกติในรัฐภาคีหรือไม่ก็ตาม (Article 2(1)(a))

นอกจากนั้น แม้ว่าคู่กรณีจะได้ตกลงเลือกศาลแห่งรัฐที่มีได้เป็นภาคีอนุสัญญา ก็ตาม ศาลแห่งรัฐภาคีก็มีหน้าที่ความผูกพันที่จะต้องปฏิเสธไม่ใช้เขตอำนาจศาลหรือทำการเลื่อนหรืองดการพิจารณาคดีไว้ชั่วคราว หากว่าศาลที่คู่กรณีเลือกนั้นมิได้ปฏิเสธไม่ใช้เขตอำนาจศาลแต่อย่างใด เพื่อให้คู่กรณีดำเนินการฟ้องร้องต่อศาลที่ได้ตกลงเลือกไว้ กล่าวคือ เฉพาะต่อเมื่อศาลที่คู่กรณีได้เลือกไว้นั้นปฏิเสธการใช้เขตอำนาจศาลเท่านั้น ศาลแห่งรัฐภาคีจึงจะพิจารณากฎเกณฑ์อื่นเพื่อการใช้เขตอำนาจศาลของตนตามอนุสัญญานี้ได้

ทั้งนี้ตามที่ได้มีการกำหนดไว้ใน Article 4(2) นอกจากข้อตกลงเลือกศาลจะต้องมีลักษณะที่เป็นความตกลงระหว่างคู่กรณี มิใช่เป็นเพียงการกระทำเพียงฝ่ายเดียวของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่จะเป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าระหว่างคู่กรณีแล้ว ข้อตกลงเลือก

⁵⁹ ปัจจุบันได้มีการจัดทำ อนุสัญญาว่าด้วยการเลือกศาลซึ่งเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยการตกลงทำข้อตกลงเลือกศาล ผลในเรื่องของเขตอำนาจศาลตามข้อตกลง และการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษานั้น ไว้เป็นการเฉพาะ โดยที่ประชุมแห่งกรุงเฮกฯ แล้วเสร็จเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2005 คือ “Convention on Choice of Court Agreements 2005”.

ศาลนั้นจะมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อ ได้มีการจัดทำขึ้นตามรูปแบบที่ได้มีการกำหนดไว้ อย่างใดอย่างหนึ่งด้วย กล่าวคือ (ก) เป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ (ข) โดยอาศัยวิธีการ ในการติดต่อสื่อสารทางอื่นที่สามารถส่งข้อมูลที่สามารถเข้าถึงและอ้างอิงได้ เช่น การส่งข้อความ ทางอิเล็กทรอนิกส์ (ค) เป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติอันเป็นปกติระหว่างคู่สัญญา⁶⁰ หรือ (ง) เป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติซึ่งคู่สัญญาได้รู้หรือควรจะรู้ได้และซึ่งเป็นปกติธรรมดาในการ ตกลงทำสัญญาทางการค้าหรือพาณิชย์ประเภทนั้น

อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงเลือกศาลนั้น จะต้องไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อกฎเกณฑ์ใน Article 7 (Consumer contract), Article 8 (Employment contracts) และ Article 12 (Exclusive jurisdiction) ด้วย มิฉะนั้นข้อตกลงเลือกศาลนั้นก็จะไม่มีผลสมบูรณ์ ไม่สามารถบังคับ ใช้ได้

(3) Appearance by the defendant

ตามที่ปรากฏใน Article 5 ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่วางอยู่บนพื้นฐานของการยอมรับเขต อำนาจศาลของจำเลย โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะมิให้ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของ แต่ละรัฐ (Article 17) กล่าวคือ ศาลย่อมมีเขตอำนาจได้ หากว่าจำเลยได้เข้ามาร่วมดำเนิน กระบวนการพิจารณาในเนื้อหาแห่งคดีโดยมิได้โต้แย้งเรื่องเขตอำนาจศาล ทั้งนี้ จำเลยมีสิทธิที่จะ โต้แย้งเขตอำนาจศาลได้ภายในโอกาสแรกที่เข้ามาต่อสู้ในประเด็นเนื้อหาแห่งคดี ซึ่งจะเห็นได้ว่า การมีเขตอำนาจของศาลในกรณีเช่นนี้อาจเกิดขึ้นพร้อมกันกับการมีเขตอำนาจศาลตามข้อกำหนด ใน Article 3-16 หรือไม่ก็ได้ ส่วนเรื่องการพิจารณาโอกาสแรกที่เข้ามาต่อสู้คดีนั้น (First defence) นั้น ย่อมเป็นไปตามกฎหมายภายในว่าด้วยกระบวนการวิธีพิจารณาความของศาลที่มีการฟ้องและ ต่อสู้คดีนั้น

ข้อจำกัดเดียวของการใช้เขตอำนาจศาลจากการปรากฏตัวของจำเลยตามข้อกำหนด นี้ ก็คือ เป็นกรณีตาม Article 12 (Exclusive jurisdiction) ซึ่งหากศาลฝ่าฝืนแล้ว คำพิพากษาของ ศาลนั้น ก็จะไม่ได้รับการยอมรับในศาลต่างประเทศของรัฐภาคีอื่น (Article 26) ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ ของทั้งคู่ความแห่งคดีและศาลที่จะต้องทำการพิจารณาตรวจสอบ

⁶⁰ เช่น การซื้อขายเป็นคราวๆ ต่อเนื่องกันมา โดยอาศัยสัญญาหลักฉบับเดิมฉบับ เดียวเป็นสัญญาตั้งต้น, see *Iveco Fiat v. Van Hool* ECJ 11 November 1986, [1986] ECR 3337.

(4) Contracts

ในกรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ร่างอนุสัญญาแห่งกรุงเฮกฯ ได้กำหนดข้อพิจารณาความมีเขตอำนาจของศาลเป็นตัวเลือกเพิ่มเติมไว้ใน Article 6 กล่าวคือ หากไม่เข้าเงื่อนไขตามลักษณะของสัญญาตามข้อกำหนดนี้แล้ว ก็ยังสามารถพิจารณาการกำหนดเขตอำนาจศาลในข้อกำหนดอื่นอีกได้

ข้อกำหนดใน Article 6 วางอยู่บนลักษณะพื้นฐานของความมีเขตอำนาจศาลตามหลัก ศาลแห่งถิ่นที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ ดังนั้น จึงจะต้องมีการพิจารณาให้แน่ชัดก่อนว่า การชำระหนี้ตามสัญญาหนึ่งๆ นั้น เกิดขึ้นที่ใด ซึ่งในเรื่องนี้ก็ได้มีการกำหนดเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปโดยการแยกประเภทของวัตถุแห่งหนี้ตามสัญญาออกเป็น สินค้า กับ บริการ เพื่อเป็นทางเลือกให้แก่โจทก์ในการฟ้องคดีต่อศาล ดังต่อไปนี้

ในกรณีเกี่ยวกับการจัดหาสินค้า (Supply of goods) เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า และ sub-contracting นั้น โจทก์สามารถฟ้องคดียังศาลแห่งรัฐที่สินค้าได้ถูกจัดหาไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนได้ โดยพิจารณาที่หนี้หลักของสัญญาที่จะต้องมีการชำระเป็นสำคัญ ในกรณีที่การชำระหนี้บางส่วนกระทำลงในประเทศหนึ่ง บางส่วนกระทำในอีกรัฐหนึ่ง โจทก์ย่อมสามารถเลือกฟ้องยังศาลแห่งรัฐใดรัฐหนึ่งนั้นและร้องขอให้รับพิจารณาคดีทั้งหมดก็ได้

ในกรณีเกี่ยวกับการบริการ (Services) โจทก์สามารถฟ้องคดียังศาลแห่งรัฐที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้บริการนั้น ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ ทำนองเดียวกับกรณีการจัดหาสินค้า

ส่วนกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจัดหาสินค้าและการบริการ ให้พิจารณาว่าการชำระหนี้หลักแห่งสัญญาไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนเกิดขึ้นที่ใดรัฐใด โจทก์ย่อมสามารถฟ้องคดียังศาลแห่งรัฐนั้นได้

ทั้งนี้ ร่างอนุสัญญาแห่งกรุงเฮกฯ มิได้กำหนดบทนิยามคำว่า “สินค้า” และ “บริการ” ไว้ ดังนั้นในการพิจารณาจึงยังคงต้องพิจารณาไปตามขอบเขตกฎหมายของรัฐที่ศาลที่พิจารณาคดีนั้นตั้งอยู่ อย่างไรก็ตามในกรณีของสินค้านั้น เป็นที่ยอมรับว่า ไม่อาจรวมไปถึงการจัดหาสิ่งซึ่งไม่สามารถเรียกได้ว่าเป็นสินค้า (Goods) ในทางกฎหมายโดยทั่วไป เช่น หุ่นหรือทรัพย์สินทางปัญญา ได้

(5) Contracts concluded by consumers

กรณีนี้เป็นเรื่องเขตอำนาจศาลกรณี สัญญาผู้บริโภค (Consumer contracts) โดยมีเหตุผลพิเศษเพื่อการปกป้องและคุ้มครองผู้บริโภคในการฟ้องหรือถูกฟ้องคดีต่อศาล ดังนั้นข้อกำหนดเขตอำนาจศาลตาม Article 7 นี้ จึงมีลักษณะการใช้บังคับที่เหนือกว่าข้อกำหนดอื่นและ

เป็นบทกเว้นจากการพิจารณาเขตอำนาจศาลตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายใน (Article 17) ซึ่งในเบื้องต้น ได้กำหนดลักษณะหรือนิยามของการเป็นผู้บริโภค (Consumer) ไว้ว่า หมายถึง ผู้ซึ่งตกลงเข้าทำสัญญาโดยมีวัตถุประสงค์มิใช่เพื่อการค้าหรือการประกอบวิชาชีพ⁶¹

สำหรับการกำหนดเขตอำนาจศาลในการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาผู้บริโภคนั้น สามารถแยกพิจารณาออกได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีที่ผู้บริโภคจะเป็นโจทก์ฟ้องคดี กับกรณีที่ผู้บริโภคจะถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดี

กรณีที่ผู้บริโภคจะเป็นโจทก์ฟ้องคดีนั้น ผู้บริโภคสามารถฟ้องคดียังศาลแห่งรัฐที่ตนมีถิ่นที่อยู่ปกติได้ หากว่า การตกลงทำสัญญาซึ่งเป็นฐานแห่งการฟ้องคดีนั้นเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางการค้าหรือการประกอบวิชาชีพของจำเลยซึ่งกระทำลงหรือมีผลในรัฐนั้น เช่นมีการโฆษณาชักจูงใจโดยใช้สื่อสาธารณะไม่ว่ารูปแบบใดในรัฐนั้น และ ผู้บริโภคได้ดำเนินการอันเป็นขั้นตอนสำคัญเพื่อการตกลงทำสัญญาในรัฐนั้น

ส่วนกรณีที่ผู้บริโภคจะถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดี โดยผู้ประกอบการกิจการค้าซึ่งเป็นผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้น ผู้ประกอบการกิจการค้าหรือประกอบวิชาชีพผู้เป็นโจทก์ จะต้องฟ้องคดีต่อศาลแห่งรัฐที่ผู้บริโภคมิถิ่นที่อยู่เป็นปกติเท่านั้น

นอกจากนั้น Article 7(3) ยังได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการทำข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาผู้บริโภคเพิ่มเติมจากเงื่อนไขใน Article 4 ไว้เป็นการเฉพาะอีกด้วย กล่าวคือ ข้อตกลงเลือกศาลนั้นจะต้องกระทำภายหลังที่ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาผู้บริโภคได้เกิดขึ้นแล้ว หรือมิฉะนั้น ก็จะต้องเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการเพิ่มสิทธิให้แก่ผู้บริโภคให้สามารถฟ้องร้องยังศาลแห่งรัฐอื่นเพิ่มเติมนอกเหนือไปจากที่กำหนดไว้แล้วได้ อย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น ข้อตกลงเลือกศาลนั้นจึงจะมีผลใช้บังคับได้ ทั้งนี้ แม้จะมีลักษณะเป็นการจำกัดหลัก Party Autonomy ก็ตาม แต่ก็เป็นการกำหนดเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคจากเรื่องของอำนาจต่อรองที่ย่อมมีน้อยกว่าและเรื่องทางฐานะทางเศรษฐกิจที่อ่อนแอกว่าผู้ประกอบการธุรกิจโดยส่วนใหญ่นั่นเอง

(6) Individual contracts of employment

กรณีสัญญาจ้างแรงงานรายบุคคลหรือเฉพาะบุคคล ใน Article 8 ซึ่งก็มีเหตุผลคล้ายคลึงกันกับกรณีสัญญาผู้บริโภค กล่าวคือ เพื่อคุ้มครองปกป้องปัจเจกชน หรือก็คือ ลูกจ้าง (Employee) ซึ่งมีความหมายรวมไปถึง บุคคลที่ได้รับการจ้างให้ทำงานตามระยะเวลา ไม่ว่าจะมิ

⁶¹ เป็นไปในทำนองเดียวกับการให้ความหมายใน Brussels convention 1968 Article 13(1).

ลักษณะหรือเรียกชื่ออย่างไร (Salaried workers) เช่นรายเดือน ที่ย่อมมีอำนาจต่อรองน้อยกว่า และอยู่ในฐานะทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่าผู้ประกอบการธุรกิจ หรือนายจ้าง (Employer)

การกำหนดเขตอำนาจศาลในการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงานเช่นนี้นั้น แยกพิจารณาออกเป็น 2 กรณี เช่นเดียวกับสัญญาผู้บริโภค กล่าวคือ กรณีที่ลูกจ้างเป็นโจทก์ฟ้องคดีต่อนายจ้าง สามารถฟ้องได้ยังศาลแห่งรัฐที่เป็นถิ่นที่ปกติในการประกอบกิจการของลูกจ้างหรือได้เคยประกอบกิจการในรัฐนั้นเป็นแห่งท้ายสุด หรือในกรณีที่ไม่นปรากฏถิ่นที่ปกติดังกล่าวในรัฐใดก็สามารถฟ้องคดีได้ยังศาลแห่งรัฐที่มีสถานที่ประกอบกิจการอันเกี่ยวข้องกับลูกจ้างตั้งอยู่หรือเคยตั้งอยู่ ส่วนกรณีที่นายจ้างจะเป็นโจทก์ฟ้องคดีต่อลูกจ้างนั้น นายจ้างสามารถฟ้องได้ต่อศาลแห่งรัฐที่ลูกจ้างมีถิ่นที่อยู่ปกติหรือที่ลูกจ้างได้ประกอบกิจการอยู่เป็นปกติตามสัญญาจ้างในขณะนั้นเท่านั้น

นอกจากนี้ ใน Article 8(2) ก็ได้กำหนดเงื่อนไขอันเป็นการจำกัดหลักเสรีภาพในการทำสัญญากำหนดข้อตกลงเลือกศาล นอกเหนือไปจากหลักเกณฑ์ตาม Article 4 ไว้เช่นกัน กล่าวคือ ข้อตกลงเลือกศาลจะมีผลใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อ ได้ตกลงทำขึ้นภายหลังที่ข้อพิพาทได้เกิดขึ้นแล้ว หรือ เป็นข้อตกลงที่กำหนดให้สิทธิแก่ลูกจ้างในอันที่จะฟ้องร้องยังศาลแห่งรัฐอื่นได้เพิ่มเติม นอกเหนือไปจากที่ระบุไว้ในข้อกำหนดนี้และใน Article 3 ทั้งนี้ เพื่อป้องกันการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าของนายจ้างในการกำหนดข้อตกลงเรื่องเขตอำนาจศาลในการทำสัญญาจ้างงานหรือจำกัดสิทธิของลูกจ้างเรื่องศาลที่จะฟ้องคดีได้ตามอนุสัญญาฉบับนี้

(7) Branches

ตามที่กำหนดไว้ใน Article 9 ซึ่งเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับสาขา ตัวแทน หรือองค์กรธุรกิจรูปแบบอื่น (Branch, agency or other establishment) ของคู่กรณี⁶² ซึ่งจะต้องมีลักษณะสำคัญคือ เป็นส่วนหนึ่งหรืออยู่ภายใต้การควบคุมกำกับดูแลหรือการตัดสินใจของจำเลย หรือประกอบกิจกรรมทางธุรกิจเพื่อจำเลย โดยได้มีการกำหนดเรื่องเขตอำนาจศาลเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปว่า โจทก์สามารถฟ้องคดีต่อศาลแห่งรัฐซึ่ง สาขา ตัวแทน หรือองค์กรธุรกิจรูปแบบอื่นของจำเลยตั้งอยู่ได้ หากว่า ข้อพิพาทนั้นเกี่ยวข้องโดยตรงกับการดำเนินกิจการของสาขา ตัวแทน หรือองค์กรธุรกิจรูปแบบอื่นนั้น ดังนี้ องค์กรธุรกิจใดที่ดำเนินกิจการเป็นของตนเองเป็นเอกเทศแยกต่างหากจากจำเลย แม้จะมีความเกี่ยวข้องกันอยู่บ้าง ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของจำเลยอัน

⁶² เป็นไปในทำนองเดียวกันกับข้อกำหนดใน Brussels Convention 1968 Article 5(5).

จะทำให้โจทก์มีอำนาจฟ้องคดียังศาลแห่งรัฐที่องค์กรนั้นตั้งอยู่ได้ ทั้งนี้ทราบเท่าที่องค์กรนั้นเป็นอิสระจากจำเลยและมีได้มีการกระทำใดในฐานะที่เป็นตัวแทนของจำเลย

นอกจากนั้นในเรื่องนี้ยังคงมีรายละเอียดแห่งข้อกำหนดที่ยังไม่เป็นที่ยุติ คือ การฟ้องคดียังศาลแห่งรัฐที่จำเลยได้ประกอบกิจกรรมทางธุรกิจเป็นปกติโดยวิธีการอื่น (Regular commercial activities) นอกจากการมีสาขา ตัวแทน หรือองค์กรธุรกิจรูปแบบอื่นตั้งอยู่ สำหรับกรณีข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจเป็นปกติแห่งนั้น

(8) Torts or delicts

การกำหนดเขตอำนาจศาลในข้อพิพาทที่เกี่ยวกับเรื่องละเมิดหรือการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ใน Article 10 โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์เขตอำนาจศาลในการฟ้องคดีว่า โจทก์สามารถฟ้องคดีได้ยังศาลแห่งรัฐ (ก) ที่การกระทำหรือการงดเว้นกระทำการซึ่งเป็นเหตุแห่งความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้น หรือ (ข) ที่ความเสียหายได้เกิดขึ้น หากจำเลยไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า ไม่อาจคาดหมายได้โดยสมเหตุสมผลว่าการกระทำหรือการงดเว้นกระทำนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายในรัฐนั้นได้ ทั้งนี้โดยไม่ใช้บังคับกับความเสียหายที่เกิดขึ้นมาจากการฝ่าฝืนการป้องกันการผูกขาดทางการค้า นอกจากนั้นโจทก์ยังสามารถฟ้องคดีในกรณีที่การกระทำหรือการงดเว้นกระทำอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นในอนาคตได้อีกด้วย

อย่างไรก็ดี ในกรณีของการฟ้องร้องโดยอาศัยข้อพิจารณากรณีเขตอำนาจศาลแห่งรัฐที่มีความเสียหายเกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นนั้น ศาลแห่งรัฐในกรณีเช่นนี้ย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นในรัฐของตนเท่านั้น⁶³ เว้นแต่บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายนั้นมีถิ่นที่อยู่ปกติในรัฐของศาลนั้น

(9) Exclusive jurisdiction

ข้อกำหนดใน Article 12 ได้กำหนดกฎเกณฑ์ที่มาแห่งเขตอำนาจศาลบางเรื่องบางประการ โดยให้มีผลบังคับใช้เด็ดขาดต่อศาลแห่งรัฐภาคี โดยไม่คำนึงถึงถิ่นที่อยู่อันเป็นปกติของคู่กรณี กล่าวคือ แม้คู่กรณีทุกฝ่ายจะมีถิ่นที่อยู่ปกติในศาลแห่งรัฐภาคีที่พิจารณาคดีก็ตาม หากเป็นกรณีที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดนี้แล้ว ศาลแห่งรัฐภาคีที่พิจารณาคดีนั้นก็ต้องพิจารณากำหนดเขตอำนาจศาลตามที่กำหนดไว้เท่านั้น (Article 2(1)(b)) นอกจากนั้นยังมีผลบังคับใช้ที่เหนือกว่าหรือที่เป็นการยกเว้นการพิจารณาเขตอำนาจศาลตาม Article 4, Article 5, Article 21

⁶³ ตัวอย่างเช่น *Shevill v. Press Alliance SA*. [1995] ตัดสินตาม Brussels Convention 1968 โดย European Court of Justice.

และ Article 22 อีกด้วย ดังนั้นศาลแห่งรัฐที่เข้าข่ายเป็นไปตามข้อกำหนดในกรณีเหล่านี้ ย่อมมีเขตอำนาจศาลเหนือกรณีนั้นๆ อย่างเด็ดขาด ที่สำคัญก็เช่น คดีเกี่ยวกับสิทธิทางทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์หรือการเช่าอสังหาริมทรัพย์ ศาลที่มีเขตอำนาจได้แก่ ศาลแห่งรัฐที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ เว้นแต่การดำเนินคดีอันมีวัตถุประสงค์เพื่อการเช่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ซึ่งผู้เช่ามีถิ่นที่อยู่ในรัฐอื่น ทั้งนี้ ข้อพิพาทในกรณีนี้จะต้องเกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิในทางทรัพย์สิน (Rights in rem) เป็นสำคัญ

2) The Black List

ข้อกำหนดว่าด้วยกรณีที่ไม่ห้ามมิให้ใช้เขตอำนาจศาล กำหนดอยู่ใน Article 18 ซึ่งได้กำหนดเป็นหลักในเบื้องต้น จากนั้นก็ได้กำหนดให้ตัวอย่างกรณีที่ห้ามมิให้ใช้เขตอำนาจศาลไว้เป็นรายการเป็นลำดับถัดไป กล่าวคือ ในกรณีที่จำเลยมีถิ่นที่อยู่ปกติในรัฐภาคี ห้ามมิให้ศาลแห่งรัฐภาคีใช้บังคับกฎหมายภายในว่าด้วยเขตอำนาจศาลของตน หากไม่ปรากฏว่ามีจุดเกาะเกี่ยวอันมีนัยสำคัญระหว่างรัฐภาคีกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้น

กล่าวโดยเฉพาะคือ ห้ามมิให้ศาลแห่งรัฐภาคีพิจารณาข้อเท็จจริงหรือจุดเกาะเกี่ยวดังต่อไปนี้ ไม่ว่าข้อหนึ่งหรือหลายข้อ เพื่อใช้ในการกำหนดให้ตนมีเขตอำนาจศาลเหนือคดีพิพาทหนึ่งๆ โดยสรุปที่สำคัญได้แก่ (1) การมีทรัพย์สินของจำเลยอยู่ในรัฐนั้น เว้นแต่เป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องด้วยทรัพย์สินนั้น (2) สัญชาติของโจทก์ (3) สัญชาติของจำเลย (4) ภูมิลำเนา ถิ่นที่อยู่ปกติหรือชั่วคราวของโจทก์ (5) มีการประกอบกิจกรรมทางพาณิชย์หรือการกระทำอื่นของจำเลยในรัฐนั้น เว้นแต่เป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการกระทำนั้น (6) การส่งหมายให้จำเลยในรัฐนั้นได้ (7) การตัดสินใจเลือกศาลโดยฝ่ายเดียวของโจทก์ (8) การดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างๆ เพื่อการบังคับคดีเกิดขึ้นในรัฐนั้น เว้นแต่เป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับเรื่องเหล่านี้ (9) ถิ่นที่อยู่ชั่วคราวหรือเพียงมีการปรากฏตัวของจำเลยในรัฐนั้น และ (10) การลงนามสัญญาที่เป็นเหตุแห่งข้อพิพาทเกิดขึ้นในรัฐนั้น

3) The Grey List

ข้อกำหนดว่าด้วยกรณีที่อยู่นอกเหนืออนุสัญญา ปรากฏใน Article 17 กล่าวคือ อนุสัญญานี้ไม่ได้ห้ามมิให้ศาลแห่งรัฐภาคีใช้บังคับกฎหมายภายในว่าด้วยเขตอำนาจศาลของตน หากว่ากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายนั้นไม่เป็นการขัดต่อข้อกำหนดว่าด้วยกรณีที่ไม่ห้ามมิให้ใช้เขตอำนาจศาลตามที่ระบุไว้ใน Article 18 ทั้งนี้ภายใต้ข้อกำหนดใน Article 4, 5, 7, 8, 12 และ 13

4) ข้อยกเว้นไม่ใช้เขตอำนาจศาล

นอกเหนือจากข้อกำหนดต่างๆที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ข้อกำหนดอีกข้อกำหนดหนึ่งซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญในการพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาลตามร่างอนุสัญญาแห่งกรุงเฮกฯ ฉบับนี้ก็คือ Article 22 ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยกรณีที่ศาลแห่งรัฐภาคีสามารถปฏิเสธไม่ใช้เขตอำนาจของตนรับพิจารณาพิพากษาคดีนั้นได้ หรือจะเลื่อนการพิจารณาคดีนั้นออกไปก็ได้ โดยมีเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- (1) มีไต่กรณีที่ศาลที่การยื่นฟ้องนั้นมีเขตอำนาจตาม Article 4, 7, 8 หรือ 12
- (2) โดยการร้องขอของคู่กรณี
- (3) เป็นที่เห็นได้ชัดว่า ศาลที่มีการยื่นฟ้องนั้นไม่เหมาะสมที่จะใช้เขตอำนาจศาล
- (4) ศาลแห่งรัฐภาคีอื่นซึ่งมีเขตอำนาจศาลเช่นกัน มีความเหมาะสมกว่าที่จะใช้เขต

อำนาจรับพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทนั้น

สำหรับในเรื่องของความเหมาะสมหรือไม่เหมาะสมในการที่ใช้เขตอำนาจศาลนั้น ได้มีการกำหนดข้อเท็จจริงเป็นตัวอย่างไว้เพื่อให้ศาลใช้ประกอบการพิจารณา ได้แก่ ความไม่สะดวกของคู่กรณีโดยพิจารณาจากถิ่นที่อยู่ปกติ สถานที่อยู่ของพยานหลักฐาน ระยะเวลาหรืออายุความ และความเป็นไปได้ในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาในประเด็นแห่งคดี

สำหรับในกรณีที่ศาลเห็นว่าเป็นกรณีที่เข้าเงื่อนไขดังกล่าวและได้มีคำสั่งให้เลื่อนการพิจารณาคดีออกไปนั้น (ก) ให้ถือว่าศาลได้ปฏิเสธไม่ใช้เขตอำนาจศาลของตน ต่อเมื่อ ศาลแห่งรัฐอื่นได้ใช้เขตอำนาจศาลของตนแล้ว หรือเมื่อโจทก์มิได้นำคดีไปฟ้องยังศาลแห่งรัฐอื่นภายในเวลาที่ศาลได้กำหนดไว้ (ข) ให้ศาลพิจารณาคดีต่อไป หากศาลแห่งรัฐอื่นนั้นปฏิเสธไม่ใช้เขตอำนาจศาลของตน

6.4 การปรับใช้ในไซเบอร์สเปซ

เดิมเมื่อเริ่มมีการร่างอนุสัญญานี้ขึ้นนั้น เป็นการร่างที่มุ่งประสงค์จะใช้บังคับกับปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีที่มีลักษณะระหว่างประเทศหรือองค์ประกอบต่างประเทศ มิได้มุ่งหมายเฉพาะโดยตรงถึง คดีที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากธุรกรรมในไซเบอร์สเปซ อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมาก็ได้มีการประชุมเรื่องการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์กับเขตอำนาจศาลระหว่างประเทศ

เพิ่มเติมขึ้น โดย ที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล⁶⁴ เพื่อพิจารณาปัญหาประการสำคัญประการหนึ่งว่า ร่างอนุสัญญาแห่งกรุงเฮก มีความเหมาะสมในการปรับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในทางอิเล็กทรอนิกส์หรือในไซเบอร์สเปซหรือไม่ อย่างไร ซึ่งสำหรับประเด็นเรื่องการปรับใช้ร่างอนุสัญญาแห่งกรุงเฮก นี้ กับไซเบอร์สเปซ ก็มีข้อที่น่าพิจารณาดังต่อไปนี้

1) เบื้องต้นในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้ของอนุสัญญาตาม Article 2 ซึ่งกำหนดให้ใช้บังคับกับคดีที่มีการฟ้องร้องกันเกิดขึ้นในศาลแห่งรัฐภาคี ทำให้มีความแน่นอนชัดเจนและก่อให้เกิดความสะดวกในการพิจารณาปรับใช้อนุสัญญาของศาล มากกว่าการกำหนดให้มีขอบเขตการบังคับใช้ต่อศาลแห่งรัฐภาคีที่จำเลยมีถิ่นที่อยู่ในรัฐที่ศาลตั้งอยู่นั้น ดังที่มีการกำหนดไว้ใน Brussels / Lugano Conventions

2) ประเด็นปัญหาทั่วไปเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลที่อาจเกิดขึ้นได้จากธุรกรรมในไซเบอร์สเปซ ได้แก่ ปัญหาในการค้นหาถิ่นที่อยู่ปกติของคู่กรณีหรือคู่สัญญา ปัญหาในการค้นหาสถานที่ที่เกิดสัญญาหรือที่มีการชำระหนี้ตามสัญญา เพราะจากลักษณะที่ไร้พรมแดนทางกายภาพทำให้การทำธุรกรรมในไซเบอร์สเปซสามารถเกิดขึ้นได้ทุกที่ในทุกประเทศไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีถิ่นที่อยู่ในประเทศนั้นหรือไม่ก็ตาม ซึ่งในเรื่องนี้อาจต้องนำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายอื่นมาช่วยในการพิจารณาเพื่อการปรับปรุงแก้ไขหรือปรับใช้ให้เกิดความแน่นอนชัดเจนขึ้น⁶⁵

3) เรื่องสัญญา ซึ่งอาจแยกพิจารณาสัญญาที่เกิดขึ้นในไซเบอร์สเปซตามลักษณะของการชำระหนี้ตามสัญญาออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ สัญญาที่ให้ชำระหนี้ในทางกายภาพทั่วไปคือมิใช่ในไซเบอร์สเปซ กับ สัญญาที่จะต้องมีการชำระหนี้ในไซเบอร์สเปซ ซึ่งในกรณีแรกนั้นสามารถปรับใช้ Article 6 เพื่อพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาลจากสถานที่ที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ (Place of performance) ได้ เพราะยังคงปรากฏทราบสถานที่ในการชำระหนี้ในพรมแดนทางกายภาพได้อยู่ แต่ในกรณีหลังนั้นอาจก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้ขึ้น ซึ่งต่อประเด็นปัญหาในกรณีนี้ ได้มีความคิดเห็นซึ่งยังไม่เป็นที่ยุติแยกออกเป็น 2 แนว คือ ควรมีข้อกำหนดเฉพาะในเรื่องนี้

⁶⁴ Catherine Kessedjian, “Electronic Commerce and International Jurisdiction,” in “Electronic Commerce and International Jurisdiction” Ottawa, 28 February – 1 March 2000, <<http://www.hcch.net>>.

⁶⁵ เช่น UNCITRAL Model Law Electronic Commerce 1996.

หรือควรจะได้ความสถานที่ในการปฏิบัติการชำระหนี้ ว่าหมายถึง สถานที่ที่มีการส่งข้อมูล (Place of delivery of the information)

4) เรื่องสัญญาผู้บริโภค ซึ่งเป็นที่ยอมรับว่า Article 7 มิได้ถูกพิจารณากำหนดขึ้นโดยคำนึงถึงธุรกรรมในไซเบอร์สเปซของผู้บริโภคแต่อย่างใด แม้อาจจะแปลความในประการหนึ่งได้ว่าการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้นรวมถึงการกระทำทางอินเทอร์เน็ตด้วยได้ก็ตาม แต่ก็อาจประสบปัญหาในเรื่องอื่น เช่น การพิจารณาขั้นตอนสำคัญในการเข้าทำสัญญาของผู้บริโภคซึ่งอาจมิได้เกิดขึ้นในรัฐอันเป็นที่อยู่ปกติของผู้บริโภคก็ได้ เพราะการทำสัญญาในไซเบอร์สเปซอาจเกิดขึ้นที่ใดก็ได้ หรือในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้ประกอบธุรกิจรายย่อยซึ่งมีเป็นจำนวนมากในไซเบอร์สเปซ เพราะใช้ต้นทุนในการเริ่มประกอบการไม่มากนัก ต่างจากการทำธุรกิจในโลกกายภาพ การผลักระให้ไปฟ้องคดียังศาลแห่งรัฐอันเป็นที่อยู่ของผู้บริโภคเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคแต่ฝ่ายเดียวจึงอาจมีความไม่เหมาะสมนัก

5) เรื่องละเมิด เบื้องต้นการกำหนดให้ศาลแห่งรัฐที่มีความเสียหายเกิดขึ้นเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้ ตามที่ปรากฏใน Article 10 นั้น ค่อนข้างจะเป็นประโยชน์และเหมาะสมแก่โลกในไซเบอร์สเปซซึ่งไร้พรมแดนแห่งการกระทำ เพราะผลของการกระทำย่อมส่งผลกระทบในโลกทางกายภาพในทางหนึ่งทางใดที่ใดที่หนึ่ง แต่การที่มีข้อกำหนดขยายความเป็นเงื่อนไขต่อไปให้คำนึงถึงความคาดหมายได้อย่างสมเหตุสมผลของผู้กระทำว่าความเสียหายอาจเกิดขึ้นในรัฐหนึ่งได้นั้น ย่อมทำให้เกิดปัญหาความยากลำบากในการพิสูจน์เป็นอย่างมาก เพราะการกระทำในไซเบอร์สเปซนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายในที่หนึ่งที่ใดในรัฐใดๆ ก็ได้

6) เรื่องสาขา ตัวแทน หรือองค์กรธุรกิจอื่น ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาได้ว่า การที่เว็บไซต์หนึ่งสามารถเข้าถึงได้ให้บริการได้ในประเทศอื่นนั้นจะถือได้หรือไม่ว่า เป็นการที่เจ้าของเว็บไซต์นั้นมีสาขา ตัวแทน หรือองค์กรธุรกิจอื่นอยู่ในประเทศนั้นแล้ว สำหรับในเรื่องนี้ความเห็นที่ตรงกันในเบื้องต้นก็คือ เพียงการที่เว็บไซต์หนึ่งๆ สามารถเข้าถึงได้ในประเทศอื่นย่อมยังไม่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดความมีเขตอำนาจศาลของศาลแห่งรัฐนั้นได้ แต่ถ้าหากเว็บไซต์นั้นมีลักษณะที่สามารถโต้ตอบได้ ทำธุรกรรมทางการค้าได้ในตัว คือมีลักษณะ Interactive ก็น่าจะเพียงพอที่จะทำให้ศาลแห่งรัฐนั้นมีเขตอำนาจได้ ดังเช่นที่ปรากฏหลักการนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกา

7) นอกจากนั้น ในเรื่องของข้อตกลงเลือกศาล (Choice of Court) ก็จะสามารถเห็นได้อย่างชัดเจนในส่วนจํานวนรูปแบบของข้อตกลงใน Article 4(2)(b)⁶⁶ ว่าเป็นการกำหนดเพื่อรองรับการทําคฎกรรมสัญญาทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ อันเป็นการยืนยันเพื่อก่อให้เกิดความแน่วแน่ชัดว่าข้อตกลงเลือกศาลที่กระทำขึ้นในอินเทอร์เน็ตหรือไซเบอร์สเปซนั้น สามารถมีผลบังคับใช้ได้โดยสมบูรณ์

⁶⁶ “by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference...” ที่มาจาก UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996.

