

การยกเลิกหลักการย้อนส่ง ในการขัดกันแห่งกฎหมาย*

กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส**

บทคัดย่อ

หลักการย้อนส่ง (Renvoi) เป็นหลักการและนิติวิธีที่สำคัญประการหนึ่งในกลไกของระบบกฎหมายขัดกันหรือกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล หลักการย้อนส่งเป็นการอธิบายขอบเขตความหมายและการใช้บังคับกฎหมายของต่างประเทศโดยศาลที่พิจารณาคดีของประเทศใดประเทศหนึ่งว่า กฎหมายต่างประเทศนั้น รวมถึงกฎหมายขัดกันของต่างประเทศหรือหมายถึงเพียงแต่กฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศเท่านั้น ซึ่งด้วยการยอมรับหลักการย้อนส่ง การอ้างอิงไปถึงกฎหมายของต่างประเทศย่อมมีใช้หมายถึงเพียงกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ในต่างประเทศเท่านั้น แต่หากหมายรวมถึงกฎหมายขัดกันของต่างประเทศนั้นด้วย แต่หลักการย้อนส่งเช่นนี้ก็นำมาสู่การถกเถียงที่กว้างขวางในทางวิชาการ ทั้งด้านที่มาทางแนวคิด ทฤษฎี รวมถึงตลอดถึงแนวทางการปรับใช้ในคดีที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ด้วยหลักการย้อนส่งนำไปสู่ปัญหาที่ไม่อาจหาทางแก้ไขได้อย่างสมเหตุสมผลในตัวเอง กระแสแนวคิดการไม่ยอมรับหลักการย้อนส่งจึงได้เกิดขึ้นนับตั้งแต่การเกิดขึ้นของหลักการย้อนส่ง กระทั่งปรากฏให้เห็นเป็นการยกเว้นหลักการย้อนส่งอย่างเป็นรูปธรรมในปัจจุบัน บทความฉบับนี้ได้ชี้ให้เห็นถึงปัญหาของหลักการย้อนส่งในระบบกลไกของกฎหมายขัดกัน เพื่อเป็นฐานในการพิจารณาและวิเคราะห์ความเป็นไปได้ทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติสำหรับการยกเลิกหลักการย้อนส่งออกจากระบบกลไกของกฎหมายขัดกันทั้งในระดับสากลและในบริบทของประเทศไทย โดยการให้เหตุผลว่า หลักการย้อนส่งก่อให้เกิดปัญหาและผล

* บทความฉบับนี้เป็นการนำเสนอผลการศึกษาวิจัยของผู้เขียน โดยสรุปจากโครงการวิจัยเรื่อง ‘การยกเลิกหลักการย้อนส่งในการขัดกันแห่งกฎหมาย: ความเป็นไปได้ในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ’ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2559

** น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) ธรรมศาสตร์, น.บ.ท., น.ม. (กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ) ธรรมศาสตร์, LL.M (International Business Law) LSE, PhD in Law Durham, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



ในเชิงลบต่อระบบกลไกของกฎหมายขัดกันยิ่งกว่าผลในเชิงบวก การยกเลิกหรือยกเว้นหลักการย้อนส่งจึงเป็นกระแสนพัฒนาการทางแนวคิดทฤษฎีที่ให้ผลในทางปฏิบัติอันเป็นที่ยอมรับได้ดียิ่งกว่าการยอมรับหลักการย้อนส่ง

คำสำคัญ : ยกเลิก, ยกเว้น, ย้อนส่ง, หลักการย้อนส่ง, กฎหมายขัดกัน, การขัดกันแห่งกฎหมาย

Abstract

The doctrine of renvoi is a fundamental principle and methodology of conflict of laws or private international law. Its main purpose is to illustrate the meaning and scope of a foreign law applied by a forum state. The recognition of renvoi implies that a foreign law is to be understood as incorporating not only the internal or substantive law of the foreign state, but its rules of the conflict of laws as well. However, this doctrine has been the subject of considerable debate among scholars and practitioners since the day it was invented. The main criticism is that renvoi is insoluble and, in some sense, illogical. It appears that no solution to renvoi can achieve the goals for which it was created. As such, the abolition or exclusion of renvoi has been widely and concretely developed as law. This article, which is extracted from the author's reaserch on 'the abolition of renvoi doctrine in conflict of laws: theoretical and practical possibilities', offers insight into the difficulties of renvoi in conflict of laws methodology. On this ground, the theoretical and practical possitibilities of abolishing renvoi is proposed and analysed. The outcome of the research indicates that the doctrine of renvoi produces problematic issues and negative effects to the conflict of laws system. The abolition or exclusion of renvoi is by far a better approach to be adopted, either in an international context or in Thai conflict of law rules.

Keywords : abolition, exclusion, renvoi, conflict of laws

1. บทนำ

หลักการย้อนส่ง (*Renvoi*) เป็นหลักการและนิติวิธีที่สำคัญประการหนึ่งในกลไกของระบบกฎหมายขัดกัน (*Conflict of laws*) หรือกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (*Private international law*) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ทำหน้าที่กำหนดกฎเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับคดีที่มีลักษณะระหว่างประเทศหรือองค์ประกอบต่างประเทศ (*Foreign elements*) ในกรณีคดีเช่นนี้ กฎหมายต่างประเทศ อาจเป็นกฎหมายที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดและเหมาะสมที่จะนำมาใช้บังคับกับคดียิ่งกว่ากฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีนั้น กระนั้นก็ตาม ด้วยแนวคิดในทางทฤษฎี หลักการและลักษณะการปรับใช้ที่สลับซับซ้อนแตกต่างหลากหลาย การโต้แย้งถกเถียงเกี่ยวกับปัญหาเรื่องหลักการย้อนส่งจึงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องเรื่อยมา

โดยพื้นฐานของกฎหมายขัดกัน คำว่า *renvoi* ถูกนำมาใช้เพื่อสื่อถึงสถานการณ์การย้อนส่งกลับ (*Remission*) และการย้อนส่งต่อไป (*Transmission*) กล่าวคือ เมื่อมีคดีที่มีลักษณะระหว่างประเทศเข้ามาสู่การพิจารณาของศาล ศาลแห่งประเทศที่รับพิจารณาคดีไว้ ก็จะพิจารณาปรับใช้กฎหมายขัดกันของตนเพื่อค้นหากฎหมายต่างประเทศ (*Foreign law*) ที่เหมาะสมแก่การพิจารณาและตัดสินคดี เมื่อค้นพบกฎหมายต่างประเทศนั้นแล้ว หากตามกฎหมายของกฎหมายต่างประเทศนั้นชี้ให้กลับไปใช้กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี จะเรียกสถานการณ์เช่นนี้ว่าเกิดการย้อนส่งกลับ แต่หากกฎหมายของกฎหมายต่างประเทศนั้นชี้ให้ไปพิจารณากฎหมายของประเทศที่สามต่อไป ก็จะเรียกสถานการณ์หลังนี้ว่าเกิดการย้อนส่งต่อไป ซึ่งหากปราศจากซึ่งแนวทางในการแก้ไขหรือยุติการย้อนส่งแล้ว ทั้งสองสถานการณ์ดังกล่าวนี้อาจนำไปสู่ปัญหาการไม่สามารถค้นหากฎหมายมาตัดสินคดีได้

สำหรับแนวทางในการแก้ไขปัญหาการย้อนส่งดังกล่าวนั้น โดยทั่วไปสามารถจำแนกในทางทฤษฎีออกได้เป็น 3 แนวทาง ได้แก่ แนวทางแรก ใช้การปฏิเสธหรือยกเว้นการย้อนส่ง กล่าวคือเมื่อกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีชี้ไปที่กฎหมายต่างประเทศของประเทศใดแล้ว ก็ให้นำกฎหมายสารบัญญัติของประเทศนั้นมาใช้พิจารณาตัดสินคดีได้ทันที โดยหาจำเป็นต้องคำนึงหรือพิจารณาถึงกฎหมายขัดกันของประเทศนั้นด้วยไม่ ทั้งนี้ก็เพราะปัญหาเรื่องการย้อนส่งเกิดขึ้นจากสาเหตุที่ว่า การพิจารณากฎหมายต่างประเทศหนึ่ง ๆ ให้พิจารณาถึงกฎหมายขัดกันของประเทศนั้นด้วยนั่นเอง แนวทางที่สอง เป็นการยอมรับการย้อนส่งบางส่วนหรือขั้นเดียว (*Partial หรือ Single renvoi*) โดยเมื่อกฎหมายต่างประเทศชี้ให้ย้อนกลับมาใช้กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี เช่นนี้แล้ว ศาลที่พิจารณาคดี ก็สามารถปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติของตนได้เลย แนวทางที่สาม เป็นการยอมรับการย้อนส่งทั้งหมด (*Total หรือ Double renvoi*) กล่าวคือ เมื่อกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีชี้ให้ไปใช้กฎหมายของต่างประเทศแล้ว ศาลที่พิจารณาคดีก็จะต้องพิจารณาปรับใช้กฎหมายของต่างประเทศนั้นเสมือนอย่างศาลของต่างประเทศนั้นจะพิจารณาปรับใช้กฎหมายของตนเลยทีเดียว

อย่างไรก็ดี แนวทางแต่ละแนวทางทั้งสามนั้นก็มีข้อดีข้อด้อยที่แตกต่างกัน นำมาสู่การถกเถียงในทางวิชาการ ทั้งการที่ประเทศหนึ่ง ๆ จะพิจารณายอมรับหลักการย้อนส่งลักษณะใด



หรือไม่ และหรือจะยอมรับแนวทางการแก้ไขปัญหาการย้อนส่งแนวทางใดหรือไม่นั้น ย่อมเป็นไปตามแต่กฎหมายของประเทศนั้น ๆ จะกำหนดไว้ ความแตกต่างกันจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เหตุเช่นนี้นำมาซึ่งความยุ่งยากและความสลับซับซ้อนในกลไกของระบบกฎหมายขัดกัน กระทั่งก่อให้เกิดการพิจารณาและโต้แย้งโต้เถียงถึงเหตุผล ความจำเป็น ข้อดี ข้อเสีย ข้อยกเว้นที่ควรกำหนด ตลอดจนความเหมาะสมในการดำรงไว้และบังคับใช้ซึ่งหลักการย้อนส่งในระบบกฎหมายขัดกัน ดังจะเห็นได้จากในปัจจุบัน สหภาพยุโรปได้ทำการบัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลอันมีผลเป็นการยกเลิกหรือยกเว้นการใช้บังคับหลักการย้อนส่ง ดังเช่นในเรื่องของสัญญา¹ และในเรื่องของละเมิด² เป็นต้น

ในส่วนของระบบกฎหมายขัดกันของประเทศไทยนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ได้บัญญัติยอมรับเพียงกรณีการย้อนส่งกลับ (Remission) ไว้โดยชัดแจ้งในมาตรา 4 เท่านั้น โดยกำหนดให้ใช้แนวทางการยอมรับการย้อนส่งบางส่วนหรือชั้นเดียว (Partial หรือ *Single renvoi*) ในการแก้ไขปัญหาการย้อนส่งกลับ ส่วนกรณีการย้อนส่งต่อไป (Transmission) นั้น มิได้มีการบัญญัติไว้ ทั้งกฎหมายขัดกันของประเทศไทยก็หาได้มีการบัญญัติข้อยกเว้นหลักการย้อนส่งในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะไว้ไม่ กระนั้นก็ตาม มาตรา 34 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 กลับได้บัญญัติยกเว้นหลักการย้อนส่งไว้อย่างแจ้งชัด อันเป็นการผิดแผกแตกต่างไปจากกฎหมายขัดกันอย่างสิ้นเชิง ข้อกฎหมายว่าด้วยการย้อนส่งของประเทศไทย จึงคงเป็นปัญหาที่ยังไม่ปรากฏคำตอบที่แน่ชัด เป็นความยุ่งยากที่ยังมิได้รับการแก้ไขนับแต่อดีตจนปัจจุบัน

ด้วยเหตุนี้ การศึกษาถึงหลักการย้อนส่ง ทั้งในเชิงข้อความคิด ทฤษฎี หลักการและเหตุผลในอดีต ควบคู่กับการพิจารณาพัฒนาการและความเป็นไปของหลักการย้อนส่ง การยกเว้นหลักการย้อนส่งที่ปรากฏให้เห็นในกลไกระบบกฎหมายขัดกันของสหภาพยุโรป ย่อมจะทำให้เห็นถึงแนวทางและขอบเขตที่ควรจะเป็น ในการปรับใช้กฎหมายขัดกันในปัจจุบัน และในการพัฒนาปรับปรุงระบบกฎหมายขัดกันของประเทศไทยในอนาคตข้างหน้า เพื่อเป็นการลดหรือจัดปัญหาความยุ่งยากและความสลับซับซ้อนที่ไม่จำเป็นในระบบนิติวิธีของกฎหมายขัดกันอันสืบเนื่องมาจากหลักการย้อนส่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อนำไปสู่การตอบคำถามที่ว่า หลักการย้อนส่งสมควรถูกยกเลิกไปจากระบบนิติวิธีหรือกลไกของกฎหมายขัดกันหรือไม่เพียงใด แนวความคิดและทางปฏิบัติในการยกเลิกหรือยกเว้นหลักการย้อนส่งเป็นอย่างไร มีข้อดีข้อเสียอย่างไร และหากหลักการย้อนส่งถูกยกเลิกไปแล้ว จะส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมายขัดกันหรือไม่เพียงใด อันจะมีผลสำคัญต่อไปในการบังคับใช้กฎหมายไทยทั้งโดยศาลของประเทศไทยเองและโดยศาลของต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นระดับภูมิภาคคือภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้หรืออาเซียน (ASEAN) หรือในระดับระหว่างประเทศก็ตาม

¹ Article 15, Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations 1980 และ Article 20, Regulation (EC) No 593/2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)

² Article 24, Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)

โครงสร้างของบทความฉบับนี้แบ่งออกเป็น 6 ส่วน ในส่วนที่ 1 ซึ่งเป็นบทนำ อธิบายถึงที่มาและความสำคัญของปัญหาเรื่องหลักการย้อนส่ง ประเด็น วัตถุประสงค์ วิธีการและแนวทางในการศึกษาเรื่องการยกเว้นหรือยกเลิกหลักการย้อนส่ง ตลอดจนการวางโครงสร้างของบทความฉบับนี้ จากนั้นในส่วนที่ 2 จะได้กล่าวถึงหลักการย้อนส่งในระบบกฎหมายขัดกันโดยทั่วไปทั้งในทางทฤษฎีและการปรับใช้ โดยเริ่มต้นจากการศึกษาข้อความคิดอันเป็นความหมายและความเป็นมาในการปรากฏตัวของหลักการย้อนส่ง ข้อเสนอสนับสนุนและข้อคัดค้านในทางวิชาการที่มีต่อหลักการย้อนส่ง และการปรับใช้หลักการย้อนส่งในระบบกฎหมายขัดกัน ซึ่งการศึกษาในส่วนนี้จะเป็พื้นฐานสำคัญในการพิจารณาและชี้ให้เห็นถึงปัญหาของหลักการย้อนส่งในระบบกฎหมายขัดกันในส่วนที่ 3 ต่อเนื่องไปยังการพิจารณาแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปรับใช้หลักการย้อนส่ง ตลอดจนผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นตามมาจากแนวทางการแก้ไขปัญหาในปัจจุบันว่าสามารถทำให้ปัญหาอันเกิดขึ้นจากหลักการย้อนส่งนั้นหมดไปได้หรือไม่ การแก้ไขปัญหามีประสิทธิภาพและประสิทธิผลเพียงไร เพื่อจะนำไปสู่การพิจารณาในส่วนที่ 4 ว่าหลักการย้อนส่งสมควรถูกยกเว้นหรือยกเลิกไปจากระบบกฎหมายขัดกันหรือไม่ โดยจะได้แสดงและวิเคราะห์ให้เห็นถึงแนวคิดว่าด้วยการยกเลิกหรือยกเว้นหลักการย้อนส่ง ข้อดี ข้อด้อย ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น รวมทั้งขอบเขตของการยกเว้นหรือยกเลิกหลักการย้อนส่ง โดยมีข้อกฎหมายและทางปฏิบัติของสหภาพยุโรปเป็นตัวอย่างของการศึกษาที่สำคัญ ทั้งนี้เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ต่อไปในส่วนที่ 5 ว่าสมควรหรือไม่ ภายใต้ขอบเขตเช่นไร ที่ประเทศไทยจะพิจารณานำหลักการยกเว้นหรือยกเลิกหลักการย้อนส่งมาใช้บังคับในบริบทของระบบกฎหมายขัดกัน และในท้ายที่สุด บทความฉบับนี้จะจบลงด้วยส่วนที่ 6 อันเป็นบทสรุปและข้อเสนอแนะของผู้เขียนที่มีต่อปัญหาในเรื่องนี้

2. หลักการย้อนส่งในระบบกฎหมายขัดกัน

โดยทั่วไปแล้วระบบกฎหมายเอกชนของประเทศหนึ่ง ๆ ย่อมประกอบไปด้วยกฎหมายอย่างน้อย 2 ลักษณะ คือ กฎหมายภายใน (Domestic หรือ Internal law) เพื่อกำหนดใช้บังคับกับกรณีหรือคดีพิพาทภายในประเทศนั้น ๆ และกฎหมายที่มุ่งใช้บังคับกับกรณีหรือคดีพิพาทที่มีลักษณะระหว่างประเทศหรือองค์ประกอบต่างประเทศ (Foreign elements) ซึ่งกฎหมายในลักษณะที่สองนี้ก็คือ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private international law) หรือกฎหมายขัดกัน (Conflict of laws) อันมีวัตถุประสงค์ในการนำไปสู่การพิจารณาเพื่อใช้บังคับกฎหมายของประเทศที่เหมาะสมที่สุดกับกรณีหรือคดีพิพาทที่เกิดขึ้น หากกฎหมายที่เหมาะสมนั้นเป็นกฎหมายของต่างประเทศแล้ว ก็จะนำมาสู่ข้อพิจารณาว่าด้วยหลักการย้อนส่งตามระบบกลไกหรือนิติวิธี (Methodology) ของกฎหมายขัดกัน



2.1 ความเป็นมาและความหมายของหลักการย้อนส่ง

จากความมุ่งหมายและความพยายามในการค้นหาและปรับใช้กฎหมายต่างประเทศตามกลไกของระบบกฎหมายขัดกัน หลักการย้อนส่งได้ถือกำเนิดขึ้น มิใช่โดยการบัญญัติกฎหมายอย่างเป็นลายลักษณ์อักษร แต่จากการพิจารณาปัญหาข้อพิพาทที่มีลักษณะระหว่างประเทศของศาล ด้วยความคิดและความเชื่อที่ว่า การกระทำเช่นนี้เป็นสิ่งที่สมเหตุสมผลอันควรจะต้องกระทำ โดยเมื่อกฎหมายขัดกันของศาลที่พิจารณาคดีนำไปสู่การใช้กฎหมายต่างประเทศแล้ว ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือกฎหมายต่างประเทศ (Foreign law) ในที่นี้ หมายถึงกฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศนั้นเท่านั้น (Internal law) หรือหมายถึงกฎหมายทั้งระบบของต่างประเทศนั้น (Whole law) คือรวมทั้งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายขัดกันด้วย ทางเลือกที่หนึ่งคือ ศาลที่พิจารณาคดีเห็นว่า คำว่ากฎหมายต่างประเทศ หมายความว่าเพียงกฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศเท่านั้น ปัญหาข้อพิพาทในคดีก็จะต้องตัดสินไปตามกฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศนั้น แต่สำหรับทางเลือกที่สอง หากศาลเห็นว่า คำว่ากฎหมายต่างประเทศ หมายรวมเอากฎหมายขัดกันของต่างประเทศนั้นเข้าไว้ด้วยแล้ว การพิจารณาว่าจะนำกฎหมายสารบัญญัติของประเทศใดมาใช้บังคับจึงย่อมต้องเป็นไปตามกฎหมายขัดกันของต่างประเทศนั้น ไม่อาจนำเอากฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศนั้นมาใช้บังคับได้โดยทันที

ที่มาของหลักการย้อนส่งเกิดขึ้นมาจากการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล คดีสำคัญอันถือได้ว่าเป็น จุดตั้งต้นของหลักการย้อนส่งก็คือ คดี *Forgo case*³ ซึ่งพิจารณาและตัดสินโดยศาลของประเทศฝรั่งเศสในช่วงปี ค.ศ. 1883 ปัญหาในคดีนี้ เกิดขึ้นสืบเนื่องมาจากนาย Forgo คนสัญชาติบาวาเรีย ภูมิลำเนาบาวาเรีย (ประเทศเยอรมัน) เสียชีวิตในขณะที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศฝรั่งเศส ทั้งมรดกเป็นสังหาริมทรัพย์จำนวนมากในประเทศฝรั่งเศส คดีจึงมีปัญหาว่าศาลของประเทศฝรั่งเศสจะต้องวินิจฉัยปัญหาสิทธิในการรับมรดกของคดีนี้ตามกฎหมายของประเทศใด ซึ่งหากพิจารณาตามกฎหมายขัดกันของประเทศฝรั่งเศสแล้ว ปัญหาในเรื่องมรดกย่อมเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของเจ้ามรดก นั่นก็คือกฎหมายบาวาเรีย ซึ่งอาจหมายถึงกฎหมายสารบัญญัติของรัฐบาวาเรีย เป็นทางเลือกที่หนึ่ง หรืออาจหมายถึงกฎหมายขัดกันของรัฐบาวาเรียเป็นทางเลือกที่สอง ซึ่งเมื่อพิจารณาตามกฎหมายขัดกันของรัฐบาวาเรียแล้ว ปัญหาในเรื่องนี้จะต้องพิจารณาตามกฎหมายแห่งถิ่นที่อยู่ของเจ้ามรดกในขณะถึงแก่ความตาย นั่นก็คือ การย้อนส่งกลับมาที่กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสเอง คดีนี้ศาลของประเทศฝรั่งเศสตัดสินตามทางเลือกที่สอง คือยอมรับการย้อนส่งกลับ และโดยผลแห่งกฎหมาย สารบัญญัติของประเทศฝรั่งเศส ลูกพี่ลูกน้องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Illegitimate collaterals) ห้าง ๆ ของนาย Forgo จึงไม่มีสิทธิได้รับมรดก สังหาริมทรัพย์อันเป็นมรดกทั้งหมดของนาย Forgo จึงตกได้แก่ประเทศฝรั่งเศส ในทางตรงกันข้าม หากศาลของประเทศ

³*Forgo case* (1883) 10 Clunet 64, French Court de Cassation, โปรดดู Frederick Allemès, 'The Problem of Renvoi in Private International Law' (1926) 12 Transactions of the Grotius Society 63, 65-66

ฝรั่งเศสไม่ปรับใช้หลักการย้อนส่ง คือ ไม่ยอมรับ การย้อนส่งกลับแล้ว ลูกพี่ลูกน้องของนาย Forgo ในคดีนี้ ก็จะมีสิทธิในทรัพย์สินมรดกของนาย Forgo ได้ ตามกฎหมายสารบัญญัติของบาวาเรีย

ปัญหาในทำนองเดียวกันนี้ก็ได้เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษและศาลของประเทศอังกฤษก็ได้ทำการวินิจฉัยคดีผ่านกลไกการย้อนส่งเช่นเดียวกัน คดีนั้นก็คือ คดี *Collier v. Rivaz*⁴ ซึ่งคนสัญชาติอังกฤษได้ถึงแก่ความตายในขณะที่มีภูมิลำเนาอยู่ที่ประเทศเบลเยียม ทิ้งบันทึกแนบท้ายพินัยกรรม (Codicils) บางส่วนซึ่งสมบูรณ์ตามแบบของกฎหมายของประเทศอังกฤษ แต่ไม่สมบูรณ์ตามแบบของกฎหมายของประเทศเบลเยียมไว้ ศาลของประเทศอังกฤษพิจารณาโดยอ้างไปถึงกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ตาย คือ กฎหมายของประเทศเบลเยียม และทำการพิจารณาตามกฎหมายขัดกันของประเทศเบลเยียม ซึ่งย้อนส่งกลับมายังกฎหมายสัญชาติของผู้ตาย นั่นก็คือ กฎหมายของประเทศอังกฤษเอง ผลคือ ความสมบูรณ์เนื่องด้วยแบบของบันทึกแนบท้ายพินัยกรรม จึงเป็นไปตามกฎหมายสารบัญญัติของประเทศอังกฤษ

จากต้นเรื่องอันเป็นที่มาของหลักการย้อนส่งทั้งสองคดีดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ผลของคดีจะเปลี่ยนไปในทางตรงกันข้าม หากศาลเลือกที่จะปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศตามที่กฎหมายขัดกันของตนชี้ส่งไปในทันที โดยปราศจากการพิจารณาถึงกฎหมายขัดกันของต่างประเทศนั้นเข้าด้วยแล้ว การค้นพบและการก่อตั้งหลักการย้อนส่งเช่นนี้ แม้จะให้ผลลัพธ์ในทางคดีที่ดีและเหมาะสม แต่ก็หาได้มีการตระหนักถึงปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นจากหลักการย้อนส่ง หากศาลของแต่ละประเทศจะต้องทำการปรับใช้หลักการเช่นนี้ ปัญหาในระบบกฎหมายขัดกันที่ยากต่อการแก้ไขจึงได้ถือกำเนิดขึ้นตามมา ดังจะได้วิเคราะห์ให้เห็นเป็นลำดับไป

2.2 แนวคิดและหลักการของหลักการย้อนส่ง

ภายหลังจากการถือกำเนิดขึ้นของหลักการย้อนส่งจากการตัดสินคดีของศาล หลักการนี้ก็ได้รับการอธิบายให้เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญประการหนึ่งในระบบกลไกของกฎหมายขัดกัน⁵ อันมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการค้นหาและปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศที่มีความเกี่ยวข้องหรือใกล้ชิดที่สุดกับนิติสัมพันธ์หรือคดีพิพาทของเอกชนอันมีลักษณะระหว่างประเทศ โดยหลักการย้อนส่งมีขึ้นเพื่อสร้างความสอดคล้องต้องกันในระหว่างกลไกของกฎหมายขัดกันของนานาประเทศ เพื่อให้การค้นหาและปรับใช้กฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องหรือใกล้ชิดที่สุดกับ

⁴*Collier v. Rivaz* (1841) 2 Curties 855, 163 ER 608; Ernst Otto Schreiber, 'The Doctrine of the Renvoi in Anglo-American Law' (1918) 31 Harvard Law Review 523

⁵James J Fawcett, Janeen M Carruthers and Peter M North, *Cheshire, North & Fawcett: private international law* (14th edn, Oxford University Press 2008) ch 5; AV Dicey, L Collins, JHC Morris, *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws* (15th edn, Sweet & Maxwell 2012) ch 4; Symeon C Symeonides (ed), *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?* (Kluwer Law International 2000) National Reports; Geert van Calster, *European Private International Law* (2nd edn, Hart Publishing 2016) 7-8



นิติสัมพันธ์หรือคดีพิพาทของเอกชนอันมีลักษณะระหว่างประเทศนั้น เป็นไปในทำนองเดียวกัน นำไปสู่กฎหมายสารบัญญัติเดียวกันให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

การพิจารณาเหตุผลของแนวคิดการมีหลักการย้อนส่งในระบบกลไกของกฎหมายขัดกันจึงสามารถแยกพิจารณาออกได้เป็น 2 ส่วน คือ เหตุผลภายในและเหตุผลภายนอก สำหรับเหตุผลภายในนั้น เป็นการมุ่งพิจารณาที่วัตถุประสงค์ในการมีอยู่ของหลักการย้อนส่งในระบบกฎหมายขัดกันภายในของแต่ละประเทศ กล่าวคือ ในประการแรก หลักการย้อนส่งมีลักษณะเป็นหลักการที่มุ่งอธิบายขอบเขตความหมายของคำว่า ‘กฎหมายต่างประเทศ (Foreign laws)’ ในระบบกลไกกฎหมายขัดกันของประเทศหนึ่ง ๆ ว่ากฎหมายของต่างประเทศมิใช่หมายถึงกฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศนั้นเท่านั้น แต่หมายรวมถึงกฎหมายขัดกันของต่างประเทศนั้นด้วย⁶ หากปราศจากการอธิบายเช่นนี้แล้ว ความหมายของคำว่า ‘กฎหมายต่างประเทศ (Foreign laws)’ ก็อาจไม่แน่ชัดและแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ หลักการย้อนส่งจึงมีขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในกฎหมายขัดกัน⁷ ประการที่สอง หลักการย้อนส่งมีขึ้นเพื่อรองรับและแก้ไขปัญหาการกำหนดใช้จุดเกาะเกี่ยว (Connecting factors) ที่แตกต่างกันในระบบกฎหมายขัดกันของแต่ละประเทศ⁸ ด้วยหากกฎหมายขัดกันของนานาประเทศกำหนดใช้จุดเกาะเกี่ยวเดียวกันแล้ว ปัญหาเรื่องการย้อนส่งก็จะไม่เกิดขึ้น ตัวอย่างประการสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงปัญหาในเรื่องนี้อย่างชัดเจนก็คือ การกำหนดใช้จุดเกาะเกี่ยวของบุคคล ซึ่งในขณะที่กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Common Law เห็นว่าควรใช้กฎหมายภูมิลำเนา (*lex domicilii*) แต่กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law เห็นไปในทางตรงข้ามว่าควรจะต้องใช้กฎหมายสัญชาติ (*lex patriae*)⁹ เช่นนี้แล้ว เมื่อกฎหมายขัดกันของศาลที่พิจารณาคดีชี้ไปให้ใช้กฎหมายสัญชาติของบุคคล แต่หากกฎหมายขัดกันของประเทศซึ่งบุคคลนั้นมีสัญชาติกำหนดให้ใช้ภูมิลำเนา ดังนี้ ปัญหาจึงอาจถูกส่งต่อหรือส่งกลับไปยังกฎหมายของประเทศที่บุคคลนั้นมีภูมิลำเนา แต่หากกฎหมายขัดกันของทุกประเทศเลือกกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่เหมือนกันเพียงประการเดียวแล้ว ปัญหากฎหมายเรื่องบุคคลก็จะอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศตามที่จุดเกาะเกี่ยวนั้นกำหนดไว้ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมาย

⁶Ernest G Lorenzen, ‘Renvoi Doctrine in the Conflict of Laws – Meaning of “The Law of a Country”’ (1918) 27 Yale Law Journal 509; Erwin N Griswold, ‘Renvoi Revisited’ (1938) 51 Harvard Law Review 1165; Adrian Briggs, *The Conflict of Laws* (3rd edn, Oxford University Press 2013) 20

⁷Kurt Siehr, ‘Renvoi: A necessary evil or is it possible to abolish it by statute?’ in Ian Fletcher, Loukas Mistelis and Marise Cremona (eds), *Foundations and Perspectives of International Trade Law* (Sweet & Maxwell 2001) ch 13

⁸Pippa Rogerson, *Collier’s Conflict of Laws* (4th edn, Cambridge University Press 2013) 280

⁹ตัวอย่างการแก้ไขปัญหานี้ก็คือ การจัดทำอนุสัญญาเพื่อแก้ไขการขัดกันระหว่างการใช้จุดเกาะเกี่ยวสัญชาติกับจุดเกาะเกี่ยวภูมิลำเนา โดยที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Hague Conference on Private International Law) อันได้แก่ Convention to Regulate Conflicts between the Law of Nationality and the Law of Domicile 1955 ซึ่งมักมีการเรียกชื่อย่อ ๆ กันว่า ‘The Renvoi Convention’ แต่อ่อนสัญญาฉบับนี้ก็ไม่ได้มีผลใช้บังคับแต่อย่างใด; Alfred E von Overbeck, ‘Renvoi in the Institute of International Law’ (1963) 12 American Journal of Comparative Law 544, 548

สัญญาหรือกฎหมายมูลำเนาที่ตาม และในประการที่สาม หลักการย้อนส่งมีขึ้นเพื่อขัดหรือป้องกันผลในการตัดสินคดีที่แตกต่างกันและเพื่อสร้างความเป็นเอกภาพให้แก่คำตัดสินของศาลในคดีที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ด้วยหากศาลที่พิจารณาคดีตัดสินใจให้ความหมายของคำว่า ‘กฎหมายต่างประเทศ (Foreign laws)’ หมายถึงกฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศในทันที กรณีก็อาจเกิดผลประหลาดขึ้นได้ กล่าวคือ คดีหนึ่ง ๆ อาจได้รับการพิจารณาโดยกฎหมายสารบัญญัติที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับว่าคดีนั้นถูกพิจารณาคดีโดยศาลของประเทศใด เช่นนี้แล้วผลในทางคดีเดียวกันก็จะย่อมแตกต่างไปเพราะเหตุที่ว่า ศาลที่พิจารณาคดีต่างกัน ซึ่งลักษณะเช่นนี้เป็นสิ่งที่ไม่พึงประสงค์ของระบบกฎหมายขัดกัน

สำหรับเหตุผลภายนอกของแนวคิดการมีหลักการย้อนส่งนั้น เป็นการมุ่งพิจารณาที่มุมมองภายนอกของระบบกลไกของกฎหมายขัดกันอันสืบเนื่องมาจากหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ (International law) ที่วางอยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันในทางอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ของแต่ละประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางฝ่ายตุลาการหรือศาล (Jurisdiction)¹⁰ กล่าวคือ หากปราศจากซึ่งความเห็นพ้องต้องกันในทางระหว่างประเทศหรือการมีกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญา ใช้บังคับร่วมกันแล้ว กฎเกณฑ์ของกฎหมายขัดกันก็ขึ้นอยู่กับสารบัญญัติกฎหมายและระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ อันประเทศอื่น ๆ มีอาจก้าวล่วงหรือบังคับว่าจะต้องเหมือนกันหรือเป็นไปในแนวทางเดียวกันได้ การวางหลักเรื่องการย้อนส่งจึงเป็นการแสดงออกซึ่งความเคารพในระบบกฎหมายของกันและกันและกันในสังคมระหว่างประเทศ เช่นนี้แล้ว ศาลที่พิจารณาคดีของประเทศหนึ่ง ๆ จึงไม่สมควรที่จะทำการพิจารณาคดีโดยฝ่าฝืนกฎหมายของประเทศอื่น ๆ ที่เข้ามาเกี่ยวข้องตามระบบกลไกของกฎหมายขัดกัน นอกจากนั้น หากศาลที่พิจารณาคดีปรับใช้แต่เพียงกฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศในทันที โดยไม่คำนึงถึงกฎหมายขัดกันของต่างประเทศนั้นด้วย ก็เท่ากับว่าศาลที่พิจารณาคดีมิได้ปรับใช้กฎหมายของต่างประเทศนั้นตามที่กฎหมายขัดกันของตนชี้ไปด้วยการปรับใช้ในลักษณะเช่นนี้เป็นการปรับใช้แบบครึ่ง ๆ กลาง ๆ มิได้ปรับใช้กฎหมายของต่างประเทศนั้นทั้งระบบนั่นเอง¹¹

2.3 ลักษณะและทฤษฎีการปรับใช้หลักการย้อนส่ง

แม้ตามคำศัพท์แล้ว คำว่า ‘Renvoi’ ซึ่งเป็นภาษาฝรั่งเศสจะแปลว่า ส่งกลับ (Sending back) แต่ในลักษณะของการปรับใช้หลักการย้อนส่งหรือการนำหลักการย้อนส่งไปปรับใช้ในระบบกลไกของกฎหมายขัดกันนั้น โดยทั่วไปสามารถแยกพิจารณาหลักการย้อนส่ง หรือ Renvoi ออกได้ 2 ลักษณะ คือ การย้อนส่งกลับ (Remission หรือ Return reference) และการย้อนส่งต่อไป

¹⁰ Ernest G Lorenzen, ‘Renvoi Doctrine in the Conflict of Laws – Meaning of “The Law of a Country”’ (n 6); พันธุ์ทิพย์ กาญจนาจิตรา สายสุนทร, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล* (วิญญูชน 2546) บทที่ 6

¹¹ Ed Rimmel, ‘The Place of Renvoi in Transnational Litigation – A Pragmatic Approach to an Impractical Doctrine’ (1998) 19 Holdsworth Law Review 55, 64



(Transmission หรือ Forward reference) กล่าวคือ ในกรณีที่กฎหมายขัดกันของศาลที่รับพิจารณาตัดสินคดีศาลของประเทศที่หนึ่ง ชี้หรือส่งให้ไปใช้กฎหมายขัดกันของประเทศที่สอง และกฎหมายขัดกันของประเทศที่สอง กำหนดให้จุดเกาะเกี่ยวที่มีผลเป็นการชี้ให้กลับมาใช้กฎหมายของประเทศที่หนึ่ง เช่นนี้เป็นลักษณะของการย้อนส่งกลับ แต่ในกรณีที่กฎหมายขัดกันของศาลของประเทศที่หนึ่ง ชี้หรือส่งให้ไปใช้กฎหมายขัดกันของประเทศที่สอง แล้วกฎหมายขัดกันของประเทศที่สอง กำหนดให้จุดเกาะเกี่ยวที่มีผลเป็นการชี้ให้ไปพิจารณากฎหมายของประเทศที่สาม เช่นนี้เป็นลักษณะของการย้อนส่งต่อไป

สำหรับทฤษฎีทางกฎหมายว่าด้วยการปรับใช้หลักการย้อนส่ง ซึ่งมีลักษณะเป็นการอธิบายแนวคิดขยายความขอบเขตความหมายของคำว่า ‘กฎหมายต่างประเทศ (Foreign laws)’ ต่อเนื่องไปจากปัญหาในขั้นต้นที่ว่า กฎหมายต่างประเทศรวมถึงกฎหมายขัดกันของต่างประเทศนั้นด้วยหรือไม่ มีอยู่ด้วยกัน 3 ทฤษฎีหลัก¹² ได้แก่

2.3.1 การปฏิเสธการย้อนส่ง

ทฤษฎีแรก คือ ทฤษฎีการปฏิเสธการย้อนส่ง หรือทฤษฎีกฎหมายภายใน (Internal law theory) เป็นทฤษฎีที่ไม่ยอมรับหลักการย้อนส่งตั้งแต่ต้น โดยเห็นว่ากฎหมายของต่างประเทศที่กฎหมายขัดกันของศาลชี้ให้ไปใช้บังคับนั้นหมายถึงกฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศนั้นได้โดยตรง หาได้หมายรวมถึงกฎหมายขัดกันของต่างประเทศนั้นด้วยไม่

กฎหมายขัดกันของประเทศที่ใช้ทฤษฎีนี้ผ่านการบัญญัติกฎหมายอย่างเป็นลายลักษณ์อักษร¹³ ได้แก่ Belgium¹⁴ China¹⁵ Netherlands¹⁶ เป็นต้น นอกจากนั้นแล้ว ทฤษฎีการปฏิเสธการย้อนส่งยังได้รับการสนับสนุนให้มีการใช้บังคับอย่างแพร่หลายทั้งในทางวิชาการและในทาง

¹²ซึ่งนานาประเทศใช้บังคับแตกต่างกันออกไป, โปรดดู National Reports ใน Symeon C Symeonides (ed), *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?* (n 5); สำหรับทฤษฎีอื่นอาทิ เช่น ทฤษฎีการปฏิเสธเขตอำนาจทั้งสองฝ่าย (The mutual disclaimer of jurisdiction theory) และทฤษฎีการย้อนส่งที่เหมาะสม (The theory of renvoi proper) ซึ่งโดยพื้นฐานของทั้งสองทฤษฎีนี้เห็นว่า หลักการย้อนส่งควรได้รับการยอมรับและปรับใช้ในระบบกลไกของกฎหมายขัดกัน แต่จะมีความแตกต่างกันในแง่แนวคิดของหลักการย้อนส่ง รวมทั้งในเรื่องขอบเขตและลักษณะการปรับใช้หลักการย้อนส่ง, โปรดดู Ernest G Lorenzen, ‘Renvoi Doctrine in the Conflict of Laws – Meaning of “The Law of a Country”’ (n 6)

¹³ทั้งนี้ ขอบเขตในการปฏิเสธหลักการย้อนส่งของแต่ละประเทศอาจแตกต่างกันออกไป เช่น อาจปฏิเสธไม่ปรับใช้หลักการย้อนส่งกับเรื่องสัญญาและละเมิด แต่อาจมีการนำหลักการย้อนส่งไปปรับใช้กับเรื่องทางครอบครัวและมรดก เป็นต้น หรือในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งกำหนดยกเว้นหลักการย้อนส่งโดยระบุให้กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศนั้น (Local law) เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดี ดังที่ปรากฏใน The Uniform Commercial Code (UCC) Article 8 (1984) และ Article 9 (2010); Maisie Ooi, *Shares and Other Securities in the Conflict of Laws* (Oxford University Press 2003) 246

¹⁴Belgian Code of Private International Law 2014, Article 16

¹⁵Chinese Law on the Laws Applicable to Foreign-related Civil Relations 2010, Article 9

¹⁶Book 10 Dutch Civil Code 2014, Article 10:5

ปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)¹⁷ ซึ่งเป็นทางเลือกสำคัญประการหนึ่งของการระงับข้อพิพาทนอกศาล (Alternative Dispute Resolutions) ตัวอย่างเช่น ข้อกำหนดในกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) ซึ่งระบุไว้อย่างชัดเจนว่า กฎหมายของประเทศที่คู่สัญญาเลือกเพื่อใช้ในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้น ให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติของประเทศนั้นโดยตรง มิใช่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น¹⁸

2.3.2 การยอมรับการย้อนส่งบางส่วน

ตามทฤษฎีการย้อนส่งบางส่วนหรือการย้อนส่งชั้นเดียว (Partial หรือ Single *renvoi*) เมื่อกฎหมายขัดกันของศาลที่พิจารณาคดีชี้ให้ไปใช้กฎหมายของต่างประเทศแล้ว ทฤษฎีนี้ยอมรับหลักการย้อนส่ง กฎหมายต่างประเทศจึงหมายถึงรวมถึงกฎหมายขัดกันของต่างประเทศนั้นด้วย แต่การยอมรับหลักการย้อนส่งของทฤษฎีนี้เป็นการยอมรับเพียงบางส่วน มิใช่ทั้งหมด ขอบเขตความหมายของกฎหมายต่างประเทศจึงหมายถึงเฉพาะกฎหมายขัดกันของต่างประเทศเท่านั้น ไม่รวมถึงทฤษฎีการปรับใช้หลักการย้อนส่งของต่างประเทศนั้นด้วย กระนั้นก็ตามลักษณะหรือระดับในการยอมรับหลักการย้อนส่งนี้ก็ยังคงแตกต่างกันออกไปได้อีก เช่น ยอมรับการย้อนส่งทุกกรณีหรือยอมรับเฉพาะกรณีการย้อนส่งกลับมายังกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีแต่ไม่ยอมรับการย้อนส่งต่อไป หรือยอมรับการย้อนส่งเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งเท่านั้น เป็นต้น¹⁹

คดีที่ตัดสินโดยใช้ทฤษฎีการย้อนส่งบางส่วนก็เช่น คดี *Forgo case* ซึ่งตัดสินโดยศาลของประเทศฝรั่งเศส และคดี *Collier v. Rivaz* ซึ่งตัดสินโดยศาลของประเทศอังกฤษ ดังที่ได้กล่าว

¹⁷ Linda Silberman and Franco Ferrari, 'Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong' in Franco Ferrari and Stefan Kröll (eds), *Conflict of Laws in International Arbitration* (Sellier European Law Publishers 2011) 276; Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (2nd edn, Cambridge University Press 2012) 76-77; Markus A. Petsche, 'International Commercial Arbitration and the Transformation of the Conflict of Laws Theory' (2010) 18 *Michigan State Journal of International Law* 453; Philip G. Phillips, 'Arbitration and Conflict of Laws: A Study of Benevolent Compulsion' (1933-1934) 19 *Cornell Law Quarterly* 197, 236; Anan Chantara-Opakorn, 'Dealing with Conflict of Laws in International Commercial Arbitration Law of Thailand' (2549) 35 *วารสารนิติศาสตร์* 205, 209

¹⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 (with amendments as adopted in 2006), Article 28(1)

¹⁹ John Pawley Bate, *Notes on the Doctrine of Renvoi in Private International Law* (Stevens and Sons 1904) 3



มาก่อนหน้านี้²⁰ นอกจากนั้น ก็ได้ปรากฏตัวอย่างของกฎหมายขัดกันที่เป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศที่ใช้ทฤษฎีนี้ได้แก่ Germany²¹ Japan²² Poland²³ และ Switzerland²⁴

2.3.3 การยอมรับการย้อนส่งทั้งหมด

ทฤษฎีการย้อนส่งทั้งหมดหรือการย้อนส่งสองชั้น (Total หรือ Double *renvoi*) เป็นทฤษฎี การย้อนส่งของประเทศอังกฤษ หรือ ‘English *renvoi*’²⁵ ซึ่งวางหลักให้ศาลที่พิจารณาคดีจะต้องพิจารณาคดีเสมือนหนึ่งว่าตนเป็นศาลของต่างประเทศนั้นเลยทีเดียว จึงมักเรียกทฤษฎีนี้ในอีกชื่อหนึ่งว่า ‘ทฤษฎีศาลต่างประเทศ (Foreign court theory)’ กล่าวคือ เมื่อกฎหมายขัดกันของศาลที่พิจารณาคดีชี้ให้ไปใช้กฎหมายของต่างประเทศแล้ว ทฤษฎีนี้ยอมรับหลักการย้อนส่ง กฎหมายต่างประเทศจึงหมายถึงกฎหมายขัดกันของต่างประเทศนั้นด้วย แต่การยอมรับหลักการย้อนส่งของทฤษฎีนี้เป็นที่ยอมรับทั้งหมด มิใช่เพียงบางส่วน ขอบเขตความหมายของกฎหมายต่างประเทศจึงหมายถึงกฎหมายขัดกันของต่างประเทศนั้นทั้งระบบ คือรวมทั้งกฎหมายขัดกันและทฤษฎีการปรับใช้หลักการย้อนส่งของต่างประเทศนั้นด้วย

ทฤษฎีการย้อนส่งทั้งหมดได้ถูกนำมาเริ่มต้นใช้ในการตัดสินคดีโดยศาลของประเทศอังกฤษในคดี *Re Annesly*²⁶ ซึ่งเกี่ยวข้องกับปัญหาความสมบูรณ์ในทางเนื้อหาของพินัยกรรมของผู้ทำพินัยกรรมสัญชาติอังกฤษ โดยในคดีนี้เมื่อกฎหมายขัดกันของประเทศอังกฤษชี้ให้ไปใช้กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งโดยกฎหมายอังกฤษนั้นประเทศฝรั่งเศสเป็นภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมในขณะถึงแก่ความตาย หากพิจารณาตามทฤษฎีการยอมรับการย้อนส่งทั้งหมดแล้ว ศาลประเทศอังกฤษในคดีนี้จักต้องวินิจฉัยคดีอย่างที่ว่าศาลของประเทศฝรั่งเศสจะวินิจฉัย ซึ่งตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสอันรวมทั้งกฎหมายขัดกันและทฤษฎีการปรับใช้หลักการย้อนส่งของประเทศฝรั่งเศสชี้ว่ากรณีนี้ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมในขณะถึงแก่ความตายอยู่ที่ประเทศอังกฤษ กฎหมายที่กฎหมายขัดกันของประเทศฝรั่งเศสส่งไปจึงได้แก่ กฎหมายของประเทศอังกฤษ ด้วยเป็นภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม และตามทฤษฎีการปรับใช้หลักการย้อนส่งของประเทศฝรั่งเศสซึ่งยอมรับหลักการย้อนส่งแบบบางส่วน เมื่อพิจารณาตามกฎหมายขัดกันของประเทศอังกฤษที่ย้อนส่งกลับมายังกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส กฎหมายที่จะต้องนำมาใช้บังคับในท้ายที่สุดจึงได้แก่ กฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยมรดกของประเทศฝรั่งเศสนั่นเอง อีกตัวอย่างหนึ่งคือ คดี *Re Ross*²⁷ ซึ่งเป็นเรื่อง

²⁰โปรดดูส่วนที่ 2, 2.1

²¹German Introductory Act to the Civil Code (EGBGB) 1994, Article 4

²²Japanese Act on the General Rules of Application of Laws 1898, Article 41

²³Polish Private International Law Act 2011, Article 4

²⁴Swiss Federal Act on Private International Law 1987, Articles 13-14

²⁵Pippa Rogerson, *Collier's Conflict of Laws* (n 8) 282

²⁶*Re Annesly* [1926] Ch 692

²⁷*Re Ross* [1930] 1 Ch 377; คดีอื่นๆ เช่น *Re Askew* [1930] 2 Ch 259; *Re Fuld* (No.3) [1968] P 675

พิพาทเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของพินัยกรรมเช่นเดียวกัน โดยกฎหมายขัดกันของประเทศอังกฤษนำไปสู่กฎหมายของประเทศอิตาลี แต่กฎหมายขัดกันของประเทศอิตาลีย้อนส่งกลับมายังกฎหมายของประเทศอังกฤษ เมื่อได้ความว่ากฎหมายขัดกันของประเทศอิตาลีขณะนั้นใช้ทฤษฎีการปฏิเสธการย้อนส่ง เช่นนี้แล้ว กฎหมายที่จะต้องนำมาใช้บังคับจึงได้แก่ กฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยมรดกของประเทศอังกฤษ โดยมีพักต้องพิจารณากฎหมายขัดกันของประเทศอังกฤษอีกอันเป็นไปตามกลไกระบบกฎหมายขัดกันของประเทศอิตาลีนั่นเอง

2.4 ข้อเสนอแนะและข้อคัดค้านที่มีต่อหลักการย้อนส่ง

แม้ที่มา แนวคิด หลักการ รวมทั้งทฤษฎีการปรับใช้ของหลักการย้อนส่งจะดูสมเหตุสมผล สอดรับกับระบบกลไกของกฎหมายขัดกันก็ตาม แต่ในทางวิชาการแล้วนักกฎหมายขัดกันจำนวนไม่น้อยก็ได้ทำการพิจารณาและชี้ให้เห็นถึงข้อดีและข้อด้อยของหลักการย้อนส่ง จนอาจกล่าวได้ว่าเป็นการยากยิ่งที่จะทำการฟันธงลงไปให้ชัดว่าหลักการย้อนส่งนั้นดีจริงหรือไม่ หรือหลักการย้อนส่งนั้นมีแต่ข้อไม่จริงหรือไม่²⁸ ข้อเสนอแนะและข้อคัดค้านหรือข้อโต้แย้งที่มีต่อการปรับหลักการย้อนส่งในระบบกลไกของกฎหมายขัดกัน สามารถสรุปได้ดังนี้

2.4.1 ข้อเสนอแนะหลักการย้อนส่ง²⁹

(1) หลักการย้อนส่งมีส่วนช่วยสร้างความแน่นอนชัดเจน (Legal certainty) ในการปรับใช้กฎหมายให้กับระบบกลไกของกฎหมายขัดกัน และเป็นเครื่องมือในการให้การรับรองต่อความคาดหวังในสิทธิหน้าที่รวมทั้งเจตนาของเอกชน (Private's expectation and intention) ในนิติสัมพันธ์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

²⁸ ถ้อยคำนานาประการจากภาษาต่าง ๆ ถูกนำมาใช้โดยนักกฎหมายขัดกันเพื่อเปรียบเทียบกับปัญหาหลักการย้อนส่ง และได้สะท้อนให้เห็นถึงภาพลักษณ์และทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อหลักการนี้ในระบบกลไกของกฎหมายขัดกัน อาทิเช่น *Circulus inextricabilis* (ภาษาละติน หมายถึง วงจรที่ไม่อาจหาทางออก), Trojan horse, Lawn-tennis, Ping-pong game, Logical cabinet of mirrors, โปรดดู Kurt Siehr, 'Renvoi: A necessary evil or is it possible to abolish it by statue?' (n 7) 204; John Pawley Bate, *Notes on the Doctrine of Renvoi in Private International Law* (n 19) 28-56; Jan von Hein, 'Renvoi in European Private International Law' in Stefan Leible (ed), *General Principles of European Private International Law* (Kluwer Law International 2016) 229-234

²⁹ Thomas A Cowan, 'Renvoi Does Not Involve a Logical Fallacy' (1938) 87 University of Pennsylvania Law Review and American Law Register 34; Adrian Briggs, 'In Praise and Defence of Renvoi' (1998) 47 International and Comparative Law Quarterly 877; Ed Rimmel, 'The Place of Renvoi in Transnational Litigation – A Pragmatic Approach to an Impractical Doctrine' (n 11); Christopher Forsyth, 'A Modest Defence of Renvoi' (2009) Journal of South African Law 135; Berlingher Remus Daniel, 'The Renvoi in Private International Law' (2013) 3 International Journal of Social Science and Humanity 66, 67



(2) หลักการย้อนส่งมีส่วนช่วยส่งเสริมให้เกิดความเป็นเอกภาพของคำตัดสินของศาล (Uniformity of decision) และส่งผลเป็นการป้องกันปัญหาการเลือกศาลที่ไม่สมควร (Forum shopping)

(3) หลักการย้อนส่งเป็นการเคารพอำนาจอธิปไตยและระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ และมีส่วนในการป้องกันปัญหาการใช้เขตอำนาจนอกรัฐ (Extraterritoriality)

2.4.2 ข้อคัดค้านหลักการย้อนส่ง³⁰

(1) การปรับใช้หลักการย้อนส่งกระทำได้ยาก (Inconvenience) ด้วยต้องอาศัยระบบกฎหมายต่างประเทศที่มีความแตกต่างกับระบบกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี ส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอน (Uncertainty) ในระบบกลไกของกฎหมายขัดกัน และความไม่อาจคาดหมายได้ (Unpredictability) ในผลของคดี ข้อคัดค้านนี้นับได้ว่าเป็นข้อเสียหลักของหลักการย้อนส่งซึ่งเป็นจุดตั้งต้นของการผลักดันให้เกิดกระแสแนวคิดในการยกเลิกหลักการย้อนส่งออกไปจากระบบกลไกของกฎหมายขัดกันเลยทีเดียว

(2) หลักการย้อนส่งซึ่งนำไปสู่การใช้กฎหมายขัดกันและทฤษฎีการปรับใช้หลักการย้อนส่งของต่างประเทศก่อให้เกิดปัญหาการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ (Proof of foreign laws) ซึ่งมีความยุ่งยากและสลับซับซ้อน ทั้งมิใช่เรื่องง่ายที่จะทำให้สำเร็จลุล่วงโดยถูกต้องแน่ชัดในความเป็นจริง

(3) ผลของหลักการย้อนส่งทำให้ในท้ายที่สุดแล้วกฎหมายขัดกันที่ศาลปรับใช้ก็คือกฎหมายขัดกันของต่างประเทศ (Foreign conflict of laws) มิใช่กฎหมายขัดกันของศาลเอง

3. ปัญหาและแนวทางแก้ไขการปรับใช้หลักการย้อนส่งในระบบกฎหมายขัดกัน

เมื่อพิจารณาจากลักษณะและทฤษฎีในการปรับใช้หลักการย้อนส่งที่อาจแตกต่างกันไปตามระบบกฎหมายขัดกันของแต่ละประเทศแล้ว ปัญหาหลักการย้อนส่งที่เกิดขึ้นและนำมาสู่ข้อโต้แย้งโต้เถียงกันอย่างมากในหมู่นักกฎหมายขัดกัน มิได้อยู่ที่ข้อความคิดหรือทฤษฎีแต่หากอยู่ที่ผลลัพธ์ในทางปฏิบัติเป็นสำคัญ ด้วยหากหลักการย้อนส่งไม่อาจนำไปสู่คำตอบว่ากฎหมายใดควรเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีที่มีลักษณะระหว่างประเทศหนึ่ง ๆ ได้อย่างสมเหตุสมผลและชัดเจนเพียงพอแล้ว หลักการย้อนส่งก็จะไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของกฎหมายขัดกันในอันที่จะค้นหา

³⁰ AV Dicey, L Collins, JHC Morris, *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws* (n 5); 'The Renvoi Doctrine in Conflict of Laws' (1919) 19 Columbia Law Review 496; Ernest G Lorenzen, 'Renvoi Doctrine in the Conflict of Laws – Meaning of "The Law of a Country"' (n 6); Ed Rimmel, 'The Place of Renvoi in Transnational Litigation – A Pragmatic Approach to an Impractical Doctrine' (n 11); Berlingher Remus Daniel, 'The Renvoi in Private International Law' (n 29) 68; Geert van Calster, *European Private International Law* (n 5) 8

กฎหมายที่เหมาะสมที่จะนำมาใช้บังคับกับคดี คุณค่าของหลักการย้อนส่งในระบบกลไกของกฎหมายก็จะน้อยลง หรือกระทั่งอาจส่งผลให้เห็นกันไปได้ว่าไม่สมควรมีหลักการย้อนส่งในระบบกลไกของกฎหมายขัดกันอีกต่อไป³¹

3.1 ปัญหาและแนวทางแก้ไขการปรับใช้หลักการย้อนส่งภาคทั่วไป

เนื่องมาจากลักษณะและทฤษฎีในการปรับใช้หลักการย้อนส่งที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ การปรับใช้หลักการย้อนส่งกับคดีที่มีลักษณะระหว่างประเทศในบางกรณีก็นำไปสู่ผลลัพธ์คือกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับตามระบบกลไกของกฎหมายขัดกันที่แน่ชัดอย่างสมเหตุสมผล แต่ในบางกรณีกลับนำไปสู่ปัญหาที่ยากจะแก้ไขหรือหาทางออกได้ ดังที่ได้มีการขนานนามหลักการย้อนส่งว่าเป็นกลไกของกฎหมายขัดกันที่นำไปสู่ทางตัน เป็นเขาวงกต หรือเป็นวงจรที่ไม่อาจหาทางออกได้ (*Circulus inextricabilis*) หรือการอ้างอิงที่ไม่มีที่สิ้นสุด (Endless chain of reference)

โดยการวิเคราะห์ในภาคทั่วไปนี้ได้กระทำการกำหนดตัวอย่างสมมติประกอบการอธิบายเพื่อแสดงให้เห็นถึงปัญหาและแนวทางแก้ไขการปรับใช้หลักการย้อนส่งในภาพรวม โดยการกำหนดให้ศาลของประเทศ A เป็นศาลที่เริ่มต้นพิจารณาคดี ศาลของประเทศ B เป็นศาลที่สอง และศาลของประเทศ C เป็นศาลที่สามในกรณีที่เกี่ยวข้องไปถึง โดยระบบกฎหมายของแต่ละประเทศที่เป็นปัจจัยในการพิจารณาประกอบไปด้วย กฎหมายขัดกัน จุดเกาะเกี่ยว ลักษณะและทฤษฎีในการปรับใช้หลักการย้อนส่ง และในท้ายที่สุดกฎหมายสารบัญญัติ ดังสามารถทำการแยกวิเคราะห์เป็นรายกรณีได้จำนวน 9 กรณี ตามลักษณะและทฤษฎีในการปรับใช้หลักการย้อนส่ง ดังนี้

กรณีที่ 1: การปฏิเสธหลักการย้อนส่ง กล่าวคือ เมื่อกฎหมายขัดกันและทฤษฎีการปรับใช้หลักการย้อนส่งของศาลของประเทศ A ชี้ให้ไปใช้บังคับกฎหมายของประเทศ B แล้ว โดยผลของการปฏิเสธการย้อนส่ง กฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีจึงได้แก่ กฎหมายสารบัญญัติของประเทศ B โดยตรง

กรณีที่ 2: การยอมรับการย้อนส่งบางส่วนและจุดเกาะเกี่ยวเดียวกัน กล่าวคือ เมื่อกฎหมายขัดกันของศาลและทฤษฎีการปรับใช้หลักการย้อนส่งของประเทศ A ชี้ให้ไปใช้บังคับกฎหมายของประเทศ B แล้ว กฎหมายของประเทศ B ในที่นี้หมายถึงกฎหมายขัดกันของประเทศ B ซึ่งกฎหมายขัดกันของประเทศ B กำหนดใช้จุดเกาะเกี่ยวเดียวกันกับกฎหมายขัดกันของประเทศ A จึงเป็นกรณีที่ระบบกฎหมายของประเทศ B ยอมรับจุดเกาะเกี่ยวที่ระบบกฎหมายของประเทศ A ส่งมา กฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีจึงได้แก่ กฎหมายสารบัญญัติของประเทศ B

กรณีที่ 3: การยอมรับการย้อนส่งบางส่วนแต่จุดเกาะเกี่ยวต่างกัน ประเภทส่งกลับ กล่าวคือ เมื่อกฎหมายขัดกันและทฤษฎีการปรับใช้หลักการย้อนส่งของศาลของประเทศ A ชี้ให้ไปใช้บังคับกฎหมายของประเทศ B แล้ว กฎหมายของประเทศ B ในที่นี้หมายถึงกฎหมายขัดกันของประเทศ B ซึ่งกฎหมายขัดกันของประเทศ B กำหนดใช้จุดเกาะเกี่ยวที่แตกต่างจากกฎหมายขัดกัน

³¹ 'The Renvoi Doctrine in Conflict of Laws' (n 30) 497

กรณีที่ 5: การยอมรับการย้อนส่งทั้งหมดโดยประเทศที่สองปฏิเสธการย้อนส่งและจุดเกาะเกี่ยวเดียวกัน กล่าวคือ เมื่อกฎหมายขัดกันของศาลของประเทศ A ชี้ให้ไปใช้บังคับกฎหมายของประเทศ B แล้ว กฎหมายของประเทศ B ในที่นี้หมายถึงกฎหมายของประเทศ B ทั้งระบบ คือรวมทั้งกฎหมายขัดกันและทฤษฎีการปรับใช้หลักการย้อนส่งของศาลของประเทศ B ซึ่งกฎหมายขัดกันของประเทศ B กำหนดให้จุดเกาะเกี่ยวเดียวกันกับกฎหมายขัดกันของประเทศ A จึงเป็นกรณีที่ระบบกฎหมายของประเทศ B ยอมรับจุดเกาะเกี่ยว ที่ระบบกฎหมายของประเทศ A ส่งมา กฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีจึงได้แก่ กฎหมายสารบัญญัติของประเทศ B

กรณีที่ 6: การยอมรับการย้อนส่งทั้งหมดโดยประเทศที่สองปฏิเสธการย้อนส่งแต่จุดเกาะเกี่ยวต่างกัน กล่าวคือ เมื่อกฎหมายขัดกันของศาลของประเทศ A ชี้ให้ไปใช้บังคับกฎหมายของประเทศ B แล้ว กฎหมายของประเทศ B ในที่นี้หมายถึงกฎหมายของประเทศ B ทั้งระบบ คือรวมทั้งกฎหมายขัดกันและทฤษฎีการปรับใช้หลักการย้อนส่งของศาลของประเทศ B ซึ่งกฎหมายขัดกันของประเทศ B กำหนดให้จุดเกาะเกี่ยว ที่แตกต่างจากกฎหมายขัดกันของประเทศ A จึงเป็นกรณีที่ระบบกฎหมายของประเทศ B ไม่ยอมรับจุดเกาะเกี่ยวที่ระบบกฎหมายของประเทศ A ส่งมา และเมื่อกฎหมายขัดกันของประเทศ B วางอยู่บนฐานของการปฏิเสธหลักการย้อนส่ง กฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีจึงได้แก่ กฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่กฎหมายขัดกันของประเทศ B ส่งไป กล่าวคือ อาจเป็นกฎหมายสารบัญญัติของประเทศ A หรือ C หรือประเทศอื่น ๆ ก็เป็นไปได้

กรณีที่ 7: การยอมรับการย้อนส่งทั้งหมดโดยประเทศที่ส่งยอมรับการย้อนส่งบางส่วนแต่จุดเกาะเกี่ยวต่างกัน ประเภทส่งกลับ กล่าวคือ เมื่อกฎหมายขัดกันของศาลของประเทศ A ใช้ให้ไปใช้บังคับกฎหมายของประเทศ B แล้ว กฎหมายของประเทศ B ในที่นี้หมายถึงกฎหมายของประเทศ B ทั้งระบบ คือรวมทั้งกฎหมายขัดกันและทฤษฎีการปรับใช้หลักการย้อนส่งของศาลของประเทศ B ซึ่งกฎหมายขัดกันของประเทศ B กำหนดใช้จุดเกาะเกี่ยวที่แตกต่างจากกฎหมายขัดกันของประเทศ A จึงเป็นกรณีที่ระบบกฎหมายของประเทศ B ไม่ยอมรับจุดเกาะเกี่ยวที่ระบบกฎหมายของประเทศ A ส่งมา แต่ชี้ให้กลับไปใช้กฎหมายของประเทศ A บนฐานของการยอมรับการย้อนส่งบางส่วน ดังนี้

โดยกฎหมายขัดกันของประเทศ A กฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีจึงได้แก่ กฎหมายสารบัญญัติของประเทศ A หรือ B

กรณีที่ 8: การยอมรับการย้อนส่งทั้งหมดโดยประเทศที่สองยอมรับการย้อนส่งบางส่วน แต่จุดเกาะเกี่ยวต่างกัน ประเภตส่งต่อไป กล่าวคือ เมื่อกฎหมายขัดกันของศาลของประเทศ A ชี้ให้ไปใช้บังคับกฎหมายของประเทศ B แล้ว กฎหมายของประเทศ B ในที่นี้หมายถึงกฎหมายของประเทศ B ทั้งระบบ คือรวมทั้งกฎหมายขัดกันและทฤษฎีการปรับใช้หลักการย้อนส่งของศาลของประเทศ B ซึ่งกฎหมายขัดกันของประเทศ B กำหนดให้จุดเกาะเกี่ยวที่แตกต่างจากกฎหมายขัดกันของประเทศ A จึงเป็นกรณีที่ระบบกฎหมายของประเทศ B ไม่ยอมรับจุดเกาะเกี่ยวที่ระบบกฎหมายของประเทศ A ส่งมา โดยชี้ให้ไปใช้กฎหมายของประเทศที่สาม คือ กฎหมายของประเทศ C เมื่อกฎหมายขัดกันของประเทศ B วางอยู่บนฐานการยอมรับการย้อนส่งบางส่วน กฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีจึงขึ้นอยู่กับกฎหมายขัดกันของประเทศ C

กรณีที่ 9: การยอมรับการย้อนส่งทั้งหมด โดยประเทศที่สองยอมรับการย้อนส่งทั้งหมด เช่นกัน กล่าวคือ เมื่อกฎหมายขัดกันของศาลของประเทศ A ชี้ให้ไปใช้บังคับกฎหมายของประเทศ B แล้ว กฎหมายของประเทศ B ในที่นี้หมายถึงกฎหมายของประเทศ B ทั้งระบบ คือรวมทั้งกฎหมายขัดกันและทฤษฎีการปรับใช้หลักการย้อนส่งของศาลของประเทศ B ไม่ว่ากฎหมายขัดกันของประเทศ B จะกำหนดให้จุดเกาะเกี่ยวที่เหมือนหรือแตกต่างจากกฎหมายขัดกันของประเทศ A การพิจารณากฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดีนี้ ก็จะต้องเป็นไปตามระบบกฎหมายขัดกันของประเทศ B ซึ่งวางอยู่บนฐานการยอมรับการย้อนส่งทั้งหมดอีกชั้นหนึ่ง จึงอาจนำไปสู่กรณีต่าง ๆ ดังปรากฏในกรณีที่ 5 - 8 ได้ทั้งสิ้น

3.2 ปัญหาและแนวทางแก้ไขการปรับใช้หลักการย้อนส่งภาคเฉพาะเรื่อง

นอกเหนือไปจากปัญหาการปรับใช้หลักการย้อนส่งที่ปรากฏให้เห็นในภาคทั่วไปแล้ว การปรับใช้หลักการย้อนส่งตามรายเรื่องเฉพาะทางกฎหมายของระบบกฎหมายขัดกันก็แสดงให้เห็นได้ถึงที่มาและเหตุผลอันแตกต่างกันไปในแต่ละเรื่องเฉพาะของกฎหมายขัดกันด้วย โดยจะได้แยกพิจารณาเป็นรายเรื่อง ดังนี้คือ กฎหมายขัดกันภาคเฉพาะว่าด้วยเรื่องบุคคลและครอบครัว สัญญา ละเมิด ทรัพย์ และมรดก³²

³² อนึ่ง กฎหมายขัดกันภาคเฉพาะในแต่ละเรื่องเหล่านี้มีรายละเอียดและความซับซ้อนที่แตกต่างกันเป็นการเฉพาะตัวด้วยข้อจำกัดทางขอบเขตการศึกษาวิจัย งานวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งพิจารณาเฉพาะประเด็นปัญหาในส่วนที่เกี่ยวข้องอย่างมีนัยสำคัญกับหลักการย้อนส่งเท่านั้น; และโปรดดู Ed Rimmel, 'The Place of Renvoi in Transnational Litigation – A Pragmatic Approach to an Impractical Doctrine' (n 11); Jan von Hein, 'Renvoi in European Private International Law' (n 28) 241



3.2.1 บุคคลและครอบครัว

ในเรื่องแรกคือกฎหมายขัดกันว่าด้วยบุคคลนั้น ปัจจัยรากฐานของข้อความคิดทางกฎหมายขัดกัน ที่นำมาสู่การมีขึ้นของหลักการย้อนส่งก็คือ ความแตกต่างในเรื่องของการยอมรับจุดเกาะเกี่ยวของบุคคล กล่าวโดยทั่วไปคือ ในขณะที่ประเทศซึ่งใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil law เห็นว่าควรใช้สัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยว ประเทศซึ่งใช้ระบบกฎหมายแบบ Common law กลับเห็นว่าควรใช้ภูมิลำเนาเป็นจุดเกาะเกี่ยว ซึ่งไม่ว่าเหตุผลของฝ่ายใดจะเป็นอย่างไร มีน้ำหนักแตกต่างกันหรือไม่เพียงใด ระบบกฎหมายหนึ่งก็มีอาจบังคับให้อีกระบบกฎหมายหนึ่งต้องเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวตามระบบกฎหมายของตนได้ นี่เองเป็นจุดเริ่มต้นของการสนับสนุนหลักการย้อนส่ง เพื่อเป็นการประนีประนอมตามหลักถ้อยทีถ้อยอาศัย (Comity) ในทางระหว่างประเทศ ด้วยการให้ความเคารพต่อระบบกฎหมายขัดกันของต่างประเทศที่กำหนดใช้จุดเกาะเกี่ยวไม่เหมือนกันกับระบบกฎหมายขัดกันของศาลที่พิจารณาคดี ทั้งยังมีผลเป็นการสร้างความแน่นอนในทางกฎหมาย (Certainty) ให้แก่บุคคลในระดับหนึ่งด้วย

ต่อเนื่องจากความแตกต่างในจุดเกาะเกี่ยวของกฎหมายขัดกันว่าด้วยบุคคล กฎหมายขัดกันว่าด้วยครอบครัวซึ่งเกี่ยวกับสถาบันครอบครัวของบุคคลก็เป็นอีกภาคเฉพาะหนึ่งของกฎหมายขัดกันที่หลักการย้อนส่งเข้ามามีส่วนสำคัญในการใช้บังคับ ด้วยเหตุที่ว่ากฎหมายของแต่ละประเทศในเรื่องที่เกี่ยวกับครอบครัวเป็นกฎหมายที่มีส่วนประกอบของเหตุผลในทางวัฒนธรรม ประเพณี ความเชื่อ ศาสนาและเหตุผลเฉพาะอื่น ๆ ของแต่ละประเทศรวมอยู่ด้วย กฎหมายในเรื่องนี้จึงแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศเป็นธรรมดา การปรับใช้หลักการย้อนส่งโดยการตระหนักถึงกฎหมายของต่างประเทศในเรื่องนี้ เช่นกฎหมายแห่งถิ่นที่ทำการสมรส (*lex loci celebrationis*) นอกจากจะมีส่วนช่วยในการประนีประนอมและให้ความเคารพต่อระบบกฎหมาย ที่แตกต่างหลากหลายกันในนานาประเทศแล้ว ยังมีส่วนช่วยในการรองรับการก่อตั้งและค่าชูความดำรงอยู่อย่างเป็นเอกภาพ (Uniformity) ของสถาบันครอบครัว อันจะเป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นต่อสถาบันครอบครัวในทางระหว่างประเทศได้อีกด้วย³³

3.2.2 สัญญา

การปรับใช้หลักการย้อนส่งในกฎหมายขัดกันว่าด้วยสัญญานับได้ว่ามีเอกลักษณ์ที่มีความแตกต่างไปจากกฎหมายขัดกันภาคเฉพาะเรื่องอื่นอย่างเห็นได้ชัด เริ่มต้นจากการที่จุดเกาะเกี่ยวหลักของกฎหมายขัดกันว่าด้วยสัญญา คือ จุดเกาะเกี่ยวเจตนาของคู่สัญญานับพื้นฐานของหลักความ

³³Trevor C Hartley, 'The Policy Basis of the English Conflict of Laws Marriage' (1972) 35 Modern Law Review 571, 573-574; Ed Rimmel, 'The Place of Renvoi in Transnational Litigation – A Pragmatic Approach to an Impractical Doctrine' (n 11) 75-79 ซึ่งมีความเห็นเพิ่มเติมว่า หลักการย้อนส่งในส่วนกฎหมายขัดกันว่าด้วยครอบครัวนั้นควรปรับใช้เฉพาะกับประเด็นปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ในทางรูปแบบ (Formal validity) ของการสมรสเท่านั้น ไม่ควรรวมถึงเรื่องความสมบูรณ์ในทางเนื้อหา (Essential validity) ของการสมรส

ศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Party autonomy) และหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract) ซึ่งยอมรับการทำข้อตกลงเลือกกฎหมาย (Choice of law) ของคู่สัญญา และเพื่อเป็นการสร้างความชัดเจนแน่นอนในการสนองต่อความคาดหวังและเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายที่มีผลเป็นการกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างกันของคู่สัญญา มิใช่กฎหมายต่างประเทศตามแต่กฎหมายขัดกันของศาลจะชี้ไป อันมีความเสี่ยงว่าคู่สัญญาไม่อาจทราบหรือคาดหมายได้ล่วงหน้า การเลือกกฎหมายเช่นนี้จึงมีผลในทางกฎหมายขัดกันโดยหลักว่าเป็นการเลือกกฎหมายสารบัญญัติ มิใช่กฎหมายขัดกัน ข้อตกลงเลือกกฎหมายจึงได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางว่าเป็นข้อยกเว้นประการสำคัญของหลักการย้อนส่ง (Exclusion of *renvoi*)³⁴

อย่างไรก็ตาม ความสมเหตุสมผลของข้อยกเว้นหลักการย้อนส่งดังกล่าวนี้มีเฉพาะในกรณีที่ปรากฏเจตนาเลือกกฎหมายเท่านั้น ในกรณีที่มิปรากฏเจตนาเลือกกฎหมายไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายการค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาในกรณีเช่นนี้จึงยังคงต้องอยู่ภายใต้หลักการย้อนส่งตามระบบกลไกของกฎหมายขัดกันตามหลักทั่วไปนั่นเอง

3.2.3 ละเมิด

ในส่วนของกฎหมายขัดกันว่าด้วยละเมิดซึ่งเหตุผลในทางความคาดหมายได้ของคู่กรณีหรือคู่พิพาทที่มีต่อกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับคดีละเมิดที่มีลักษณะระหว่างประเทศดูจะมีน้ำหนักน้อยกว่าเรื่องทางสัญญา เว้นแต่เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการค้าหรือการค้าเงินธุรกิจระหว่างประเทศ ปัญหาในเรื่องการยกเว้นหลักการย้อนส่งในระบบกฎหมายขัดกันว่าด้วยละเมิดนั้น จึงยังเป็นปัญหาที่ยังอยู่ในระหว่างถกเถียงและยังหาข้อยุติที่แน่นอนมิได้ แตกต่างไปจากเรื่องของกฎหมายขัดกันว่าด้วยสัญญา ทั้งนี้ด้วยลักษณะของเรื่องทางละเมิด การพิจารณาปัญหาของคดีละเมิดมีลักษณะเป็นเรื่องทางนิติเหตุอันเป็นผลมาจากข้อเท็จจริง ที่กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบ ค่าเสียหายหรือสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายนั้น เป็นเรื่องที่ยึดโยงอย่างแน่นแฟ้นกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นที่มีการกล่าวอ้างว่าเป็นละเมิด ดังนั้นโดยหลักทั่วไปจุดเกาะเกี่ยวของกฎหมายขัดกันว่าด้วยละเมิดจึงได้แก่ ถิ่นที่ละเมิดได้เกิดขึ้น (*lex loci delicti*) หรือถิ่นที่ความเสียหายทางละเมิดได้เกิดขึ้น (*lex loci damni*) จุดเกาะเกี่ยวเหล่านี้มีลักษณะเป็นจุดเกาะเกี่ยวในเชิงสถานที่ที่มีความเกี่ยวข้องกับเหตุละเมิดหนึ่ง ๆ ด้วยลักษณะเช่นนี้ กฎหมายของประเทศหรือของถิ่นที่กฎหมายขัดกันว่าด้วย

³⁴ Walter Wheeler Cook, "Contract" and the Conflict of Laws: "Intention" of the Parties' (1938) 32 Illinois Law Review 899, 906; JHC Morris and GC Cheshire, 'The Proper Law of a Contract in Conflict of Laws' (1940) 56 Law Quarterly Review 320, 334-335; Robin L Sherwood, 'Renvoi and Contractual Choice of Law' (1956) 5 American Journal of Comparative Law 120; *Amin Rasheed Shipping Corporation v. Kuwait Insurance Co* [1984] AC 50; Erwin Spiro, 'The Proper Law of the Contract and Renvoi: Further Comments on the Amin Rasheed Shipping Case' (1984) 33 International and Comparative Law Quarterly 199; Rhoda S Barish, 'Renvoi and the Modern Approaches to Choice-of-law' (1981) 30 American University Law Review 1049, 1053



ละเมิดชี้ให้ไปบังคับใช้จึงสื่อถึงกฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่เกิดเหตุละเมิดยิ่งกว่ากฎหมายของต่างประเทศที่กฎหมายขัดกันของประเทศที่เกิดเหตุละเมิดจะชี้หรือส่งต่อไปตามหลักการย้อนส่ง ซึ่งในกรณีหลังนี้ย่อมเป็นการยากที่เอกชนจะคาดหมายได้ ทั้งยังเป็นการสร้างภาระที่หนักเกินไปให้แก่เอกชนที่ทำการค้าหรือดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศอีกด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากประเทศของศาลที่พิจารณาคดีใช้ระบบกฎหมายขัดกันว่าด้วยละเมิดตามหลัก Double actionability กล่าวคือ การกระทำอันกล่าวอ้างว่าเป็นละเมิดนั้นจะต้องเป็นละเมิดทั้งตามกฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดีและตามกฎหมายของประเทศที่เกิดเหตุละเมิดนั้นขึ้นด้วย³⁵

อย่างไรก็ดี การปรับใช้หลักการย้อนส่งกับเรื่องละเมิดก็อาจจะไม่มีข้อดี ด้วยเป็นการเปิดช่องให้ศาลได้มีโอกาสค้นหากฎหมายที่อาจมีความเหมาะสมในการนำมาปรับใช้กับคดีมากยิ่งขึ้น กฎหมายของศาลเองหรือกฎหมายของประเทศที่เกิดเหตุละเมิดเกิดขึ้น คดีสำคัญคดีหนึ่งที่นำมาสู่กระแสอันรุนแรงในการรื้อฟื้นการใช้บังคับของหลักการย้อนส่งในกฎหมายขัดกันว่าด้วยละเมิดก็คือ คดี *Neilson v. Overseas Projects Corporation of Victoria Ltd*³⁶ ซึ่งตัดสินโดยศาลสูงของประเทศออสเตรเลีย โดยในคดีนี้หลักการย้อนส่งถูกนำมาใช้เพื่อนำไปสู่การใช้บังคับกฎหมายขัดกันของประเทศจีนอันเป็นถิ่นที่เกิดเหตุละเมิดได้เกิดขึ้น ซึ่งตามกฎหมายขัดกันของประเทศจีนจะนำไปสู่การใช้บังคับกฎหมายสารบัญญัติของประเทศออสเตรเลียอันเป็นถิ่นที่พิจารณาคดีของศาล ทั้งยังเป็นประเทศสัญชาติและภูมิลำเนาของกลุ่มความ ผลในทางคดีตามกฎหมายสารบัญญัติของประเทศออสเตรเลียก็คือ คดีจะยังไม่ขาดอายุความ แต่หากศาลในคดีนี้ไม่ปรับใช้หลักการย้อนส่งและบังคับใช้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศจีนโดยทันที ผลก็จะเป็นว่า คดีนี้ขาดอายุความแล้วตามกฎหมายสารบัญญัติของประเทศจีน ในท้ายที่สุดโดยเสียงส่วนใหญ่ของผู้พิพากษา ได้ตัดสินใจปรับใช้กฎหมายขัดกันของประเทศจีนตามหลักการย้อนส่ง โดยการให้เหตุผลว่า หากคดีนี้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลของประเทศจีนแล้ว ศาลของประเทศจีนก็จะต้องปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศออสเตรเลียตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดกันของประเทศจีน ดังนี้ การปรับใช้หลักการ

³⁵ โปรดดู *Phillips v. Eyre* (1870) LR 6 QB 1; *Chaplin v. Boys* [1971] AC 356, [1969] WLR322, [1969] 2 All ER 1085

³⁶ *Neilson v. Overseas Projects Corporation of Victoria Ltd* (2005) HCA 54, (2005) 221 ALR 213; Andrew Lu, 'Ignored No More: Renvoi and International Torts Litigated in Australia' (2005) 1 Journal of Private International Law 35; Alex Mills, 'Renvoi and the Proof of Foreign Law in Australia' (2006) 65 Cambridge Law Journal 37; Andrew Dickinson, 'Renvoi: the Comeback Kid?' (2006) 122 Law Quarterly Review 183; Martin Davies, 'Neilson v Overseas Projects Corporation of Victoria Ltd: Renvoi and Presumptions about Foreign Law' (2006) 30 Melbourne University Law Review 244; Reid Mortensen, "'Troublesome" and "Obscure": The Renewal of Renvoi in Australia' (2006) 2 Journal of Private International Law 1; Elsabe Schoeman, 'Renvoi: Throwing (And Catching) the Boomerang - *Neilson v Overseas Projects Corporation of Victoria Ltd*' (2006) 25(1) University of Queensland Law Journal 203; Anthony Gray, 'The Rise of Renvoi in Australia: Creating the Theoretical Framework' (2007) 30 UNSW Law Journal 103

ย้อนส่งจึงเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการสร้างความเป็นเอกภาพ (Uniformity) ของคำตัดสินของศาลนั้นเอง³⁷

3.2.4 ทรัพย์สิน

สำหรับในเรื่องของกฎหมายขัดกันว่าด้วยทรัพย์สิน หลักการย้อนส่งดูจะมีผลกระทบต่อการปรับใช้กฎหมายขัดกันในเรื่องนี้ไม่มากนัก ในทางตรงข้าม หลักการย้อนส่งกลับเป็นกลไกเสริมที่ทำให้การปรับใช้กฎหมายขัดกันว่าด้วยทรัพย์สินมีความแน่นอนชัดเจนและสอดคล้องต้องกันยาวนานประเทศอย่างสมเหตุสมผล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนกฎหมายขัดกันว่าด้วยอสังหาริมทรัพย์ (Immovable property) ซึ่งยึดโยงอยู่กับ จุดเกาะเกี่ยวสถานที่ตั้งของทรัพย์สิน (*lex situs*) เป็นสำคัญ การพิจารณาค้นหากฎหมายของต่างประเทศ ตามระบบกฎหมายขัดกันของประเทศอันเป็นถิ่นหรือสถานที่ที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่จึงเป็นเรื่องสำคัญในการสร้างความเป็นเอกภาพ (Uniformity) ในทางคดีความและสิทธิหน้าที่ให้แก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง หลักในเรื่องนี้ยังสอดคล้องกับการพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาล (Jurisdiction) และการบังคับตามคำพิพากษา (Enforcement of judgment) เนืออสังหาริมทรัพย์นั้นต่อไปด้วยเช่นกัน เหตุผลประการสำคัญของเรื่องนี้ก็คือ เฉพาะแต่กฎหมายอันเป็นถิ่นที่ตั้งของอสังหาริมทรัพย์นั้นเท่านั้นที่จะให้สิทธิ กำหนดหน้าที่ จัดการและควบคุมดูแลอสังหาริมทรัพย์นั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งเรื่องทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ต่าง ๆ เหล่านี้ ก็ย่อมต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตตามกฎหมายของประเทศอันเป็นถิ่นที่ตั้งของอสังหาริมทรัพย์นี้ด้วยนั่นเอง³⁸

แต่ในส่วนของการกฎหมายขัดกันว่าด้วยสังหาริมทรัพย์ (Movable property) นั้น แม้โดยทั่วไปแล้ว จะตั้งอยู่บนพื้นฐานการใช้จุดเกาะเกี่ยวตามสถานที่ตั้งของทรัพย์สิน (*lex situs*) เช่นเดียวกันกับอสังหาริมทรัพย์ก็ตาม แต่ถิ่นที่ตั้งของสังหาริมทรัพย์นั้นไม่แน่นอนและอาจเปลี่ยนแปลงได้ ทั้งประเภทของสังหาริมทรัพย์ ก็มีมากมายหลากหลายทั้งที่มีรูปร่าง (Tangible property) และไม่มีรูปร่าง (Intangible property) ดังนั้นแล้ว การนำหลักการย้อนส่งที่มีความไม่แน่นอนอยู่ด้วยในตัวมาใช้บังคับจึงอาจเป็นเรื่องที่ไม่สมควรนัก เพราะจะเป็นการเพิ่มความไม่แน่นอนในทางกฎหมายให้กับคดีความและสิทธิหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสังหาริมทรัพย์นั้นมากยิ่งขึ้น ทำให้ความเป็นไปได้ในการที่เอกชนหรือคู่กรณีที่เกี่ยวข้องจะคาดหมายหรือ สร้างความแน่ชัด (Certainty) ให้กับสิทธิหน้าที่ของตนเหนือสังหาริมทรัพย์เป็นไปได้ยากมากขึ้น³⁹

³⁷ Christopher Forsyth, 'A Modest Defence of *Renvoi*' (n 29); AV Dicey, L Collins, JHC Morris, *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws* (n 5)

³⁸ *Ibid*

³⁹ Ed Rimmel, 'The Place of *Renvoi* in Transnational Litigation – A Pragmatic Approach to an Impractical Doctrine' (n 11) 71; *Iran v. Berend* [2007] EWHC 132 QB, [2007] 2 All ER Comm 132 QBD; *Blue Sky One Ltd v. Mahan Air* [2010] EWHC 631 Comm QBD Comm; Derek Fincham, 'Rejecting *Revnoi* for Movable Cultural Property: the Islamic Republic of Iran v Denyse Berend' (2007) 14 International Journal



3.2.5 มรดก

การปรับใช้หลักการย้อนส่งในระบบกฎหมายขัดกันว่าด้วยมรดกนั้น นับได้ว่าเป็นจุดเริ่มแรกหรือต้นกำเนิดอันเป็นที่มาของหลักการย้อนส่งเลยทีเดียว โดยหลักการย้อนส่งมักถูกนำมาใช้ในเรื่องนี้เพื่อเป็นเครื่องมือในการนำไปสู่ผลคือกฎหมายของประเทศที่ศาลเห็นสมควรที่สุดว่าจะต้องเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดี (The most desirable result) ดังปรากฏให้เห็นได้จากคดีสำคัญของเรื่องคือ คดี *Fargo Case* และคดี *Collier v. Rivaz* เป็นต้น⁴⁰ ทั้งเพื่อเป็นการสร้างและดำรงไว้ซึ่งสิทธิของเอกชนในทรัพย์สินที่ตกทอดเป็นมรดกได้ตามหลักเป็นสากล⁴¹

แต่อย่างไรก็ตาม ก็ยังปรากฏมีความเห็นในทางตรงกันข้ามว่า หลักการย้อนส่งมิใช่เรื่องที่ต้องเกิดขึ้นในการพิจารณากฎหมายขัดกันว่าด้วยมรดก หากทำการพิจารณาบนฐานของทฤษฎีการวิเคราะห์ประโยชน์ได้เสีย (Interest analysis) ซึ่งเกี่ยวข้องกับการอาศัยแนวคิดว่าการแบ่งแยกและการเคารพ ซึ่งเขตอำนาจในทางนิติบัญญัติ (Legislative jurisdiction) ของแต่ละประเทศที่เกี่ยวข้อง โดยศาลของประเทศหนึ่ง ๆ ย่อมต้องยึดถือนโยบายของประเทศตนเพื่อการพิจารณาว่าประเทศและกฎหมายของประเทศตนมีความเกี่ยวข้องหรือมีประโยชน์ได้เสียอย่างมากกับการพิจารณาคดีมรดกคดีหนึ่ง ๆ หรือไม่ หากไม่แล้วก็ควรพิจารณาไปตามกฎหมายขัดกันของประเทศที่ทรัพย์สินมรดกนั้นตั้งอยู่ แต่หากเห็นโดยนิตินโยบายแล้วว่า ประเทศของศาลมีประโยชน์ได้เสียอย่างมากกับคดีมรดกนั้น เช่นนี้ เมื่อกฎหมายขัดกันของศาลนำไปสู่กฎหมายต่างประเทศแล้ว ก็สมควรใช้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศนั้นโดยตรง⁴²

3.3 บทวิเคราะห์ปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหการปรับใช้หลักการย้อนส่ง

จากลักษณะการปรับใช้หลักการย้อนส่งทั้งในส่วนภาคทั่วไปและภาคเฉพาะเรื่องแล้ว จะเห็นได้ว่า การปรับใช้หลักการย้อนส่งมิใช่จะกระทำได้อย่างตรงไปตรงมา ในทางตรงข้ามกลับมีความสลับซับซ้อนและมีความหลากหลาย อันอาจนำไปสู่ปัญหาความแตกต่างในผลแห่งคดีได้โดยง่าย ก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบมายังความมุ่งหมายในการสร้างความเป็นเอกภาพในผลแห่ง

of Cultural Property 111; CJS Knight, 'Blue Sky One Ltd v Mahan Air: Renvoi and Movable Property – Another Nail in the Coffin?' (2010) 4 Conveyancer and Property Lawyer 331; Christopher Forsyth, 'Certainty versus Uniformity: Renvoi in the Context of Movable Property' (2010) 6 Journal of Private International 637

⁴⁰โปรดดูส่วนที่ 2, 2.1; John D Falconbridge, 'Renvoi and Succession to Movables' (1930) 184 Law Quarterly Review 465

⁴¹Erwin N Griswold, 'Renvoi Revisited' (n 6) 1185-1186

⁴²Edwin W Briggs, "Renvoi" in the Succession to Tangibles: A False Issue Based on Faulty Analysis' (1954) 64 Yale Law Journal 195, 219-220

คดีอันเป็นวัตถุประสงค์หลักสำคัญประการหนึ่งของหลักการย้อนส่งรวมทั้งกฎหมายขัดกันโดยรวมด้วย ปัญหาการปรับใช้หลักการย้อนส่งทั้งในส่วนภาคทั่วไปและภาคเฉพาะเรื่องจึงนำมาสู่บทวิเคราะห์ดังต่อไปนี้

(1) ปัญหาความแตกต่างหลากหลายในทางทฤษฎีการปรับใช้หลักการย้อนส่ง

จากทฤษฎีการปรับใช้หลักการย้อนส่งที่มีด้วยกันถึง 3 ทฤษฎี คือ การปฏิเสธการย้อนส่ง การยอมรับการย้อนส่งบางส่วน และการยอมรับการย้อนส่งทั้งหมด อันแต่ละประเทศกำหนดใช้แตกต่างกันออกไปนั้น ทำให้เกิดปัญหาความแตกต่างหลากหลายที่ไม่อาจควบคุมได้ ด้วยขึ้นอยู่กับกฎหมายขัดกันของแต่ละประเทศเป็นหลัก ซึ่งหากปราศจากความร่วมมือในทางระหว่างประเทศแล้วก็ยากที่จะทำให้ทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งเป็นที่ยอมรับและใช้บังคับในนานาประเทศได้อย่างเป็นสากล

ปัญหาในข้อนี้สามารถเห็นได้จากการแยกพิจารณากรณีต่าง ๆ ของการปรับใช้หลักการย้อนส่งที่แตกต่างกันออกไปได้ถึง 9 กรณี ซึ่งอันที่จริงแล้วในกรณีที่ 9 หรือกรณีสุดท้ายนี้ ยังอาจแยกพิจารณาเป็นกรณีย่อย ๆ ได้อีกอย่างน้อย 4 กรณี เช่นนี้ จึงไม่อาจปฏิเสธได้เลยว่า โดยทฤษฎีแล้ว หลักการย้อนส่งนำกฎหมายขัดกันไปสู่การปรับใช้ที่เต็มไปด้วยทางร่วมทางแยกที่แตกต่างหลากหลายเกินกว่าใครจะคาดหมายได้อย่างสมเหตุสมผล

(2) ปัญหาความไม่เป็นเอกภาพในผลของคดี

จากความไม่สอดคล้องกันในทางทฤษฎีการปรับใช้หลักการย้อนส่งของนานาประเทศ ย่อมนำมาสู่ปัญหาความไม่เป็นเอกภาพในผลของคดี ความมุ่งหมายในการจะป้องกันหรือขจัดปัญหาการเลือกศาลและเลือกกฎหมายที่ไม่สมควรจึงยากที่จะกระทำให้บรรลุผลสำเร็จได้ ด้วยเมื่อมีความแตกต่างหลากหลายที่ไม่ลงรอยกันแล้ว ผลของคดีย่อมขึ้นกับว่าคู่พิพาทหรือคู่ความทำการฟ้องคดีที่ศาลของประเทศใด ศาลของประเทศนั้นก็ย่อมพิจารณาคดีตามระบบกลไกของกฎหมายขัดกันของตน อันย่อมมีผลต่อเนื่องไปยังการยอมรับหรือปฏิเสธการย้อนส่งตามระบบกลไกของกฎหมายขัดกันของต่างประเทศด้วยเช่นกัน และในท้ายที่สุดแล้วผู้พิจารณาพิพากษาคดีก็คือศาลของประเทศที่เริ่มต้นพิจารณาคดีนั้นนั่นเอง มิใช่ศาลของต่างประเทศแต่อย่างใด

ปัญหาในข้อนี้สามารถเห็นได้จากกรณีการปรับใช้หลักการย้อนส่งทั้ง 9 กรณี ด้วยการที่ศาลจะใช้ปรับใช้หลักการย้อนส่งเพื่อค้นหากฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาใช้บังคับกับคดีนั้น ล้วนแล้วแต่ขึ้นอยู่กับทฤษฎีที่ระบบกลไกของกฎหมายขัดกันของศาลที่พิจารณาคดีถือเอาเท่านั้น เช่นว่า เมื่อกฎหมายขัดกันของศาลนำไปสู่การใช้กฎหมายต่างประเทศแล้ว ศาลจะทำการปฏิเสธหลักการย้อนส่งหรือไม่ หรือจะยอมรับทั้งหมดหรือแต่บางส่วนแล้วทำการย้อนส่งต่อหรือย้อนส่งกลับตามกลไกต่อไปหรือไม่ อย่างไร

(3) ปัญหาการค้นหาและพิจารณากฎหมายต่างประเทศ

กรณีศึกษาการปรับใช้หลักการย้อนส่งทั้ง 9 กรณี ล้วนนำมาสู่ปัญหาการค้นหาและพิจารณากฎหมายของต่างประเทศด้วยกันทั้งสิ้น เพียงแต่ระดับความยากลำบากในการพิจารณากฎหมายต่างประเทศอาจจะแตกต่างกันออกไป กล่าวคือ ในกรณีที่ 1 มีระดับความยากน้อยสุด ด้วยเป็นการ



ใช้ทฤษฎีปฏิเสธการย้อนส่ง ดังนี้กฎหมายต่างประเทศที่ศาลจะต้องค้นหาและพิจารณาเพื่อนำมาตัดสินคดีก็คือ เพียงกฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศเท่านั้น ซึ่งปัญหาในส่วนนี้ก็ล้วนมีอยู่ในทุกกรณีอื่น ๆ สำหรับกรณีที่ 2 ถึง 4 ซึ่งใช้ทฤษฎียอมรับการย้อนส่วนบางส่วนนั้น กฎหมายต่างประเทศที่เพิ่มเติมเข้ามาให้ต้องค้นหาและพิจารณาก็คือ กฎหมายขัดกันของประเทศที่สอง และกฎหมายขัดกันของประเทศที่สามถ้าหากมี แต่ในส่วนของกรณีที่เหลือ ได้แก่กรณีที่ 5 ถึง 9 อันเป็นกรณีที่วางอยู่บนพื้นฐานของการปรับใช้ทฤษฎียอมรับการย้อนส่งทั้งหมดนั้น กรณีเหล่านี้นำไปสู่ระดับความยากลำบากในการค้นหาและพิจารณากฎหมายต่างประเทศที่ยากลำบากที่สุด ด้วยนอกจากจะต้องค้นหาและพิจารณากฎหมายขัดกันและกฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศแล้ว ศาลที่พิจารณาคดียังจะต้องค้นหาและพิจารณาให้แน่ชัดถึงทฤษฎีการปรับใช้หลักการย้อนส่งของประเทศที่สองและประเทศที่สามถ้าหากมีเพิ่มเติมด้วย ซึ่งการค้นหาและพิจารณาในส่วนนี้เชื่อว่ากระทำได้โดยง่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นกรณีที่กฎหมายขัดกันของต่างประเทศนั้นมีได้บัญญัติหลักการย้อนส่งไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือแม้กระทั่งจะได้มีการบัญญัติไว้เช่นนั้นแล้วก็ตาม ก็มีใช้เรื่องง่ายที่จะหาความแน่นอนในทฤษฎีการปรับใช้หลักการย้อนส่งในระบบกลไกของกฎหมายขัดกันของแต่ละประเทศได้

(4) ปัญหาการย้อนส่งที่ไม่อาจหาคำตอบได้และความไม่สมเหตุสมผลของคำตอบ

ปัญหานี้ นับได้ว่าเป็นปัญหาใหญ่ของการปรับใช้หลักการย้อนส่ง ด้วยในทางทฤษฎีแล้วการปรับใช้หลักการย้อนส่งในหลายกรณีนำไปสู่ปัญหาที่ไม่อาจแก้ไขหรือหาคำตอบได้ เช่นนี้แล้วหลักการย้อนส่งจะมีประโยชน์อันใดในระบบกลไกของกฎหมายขัดกัน หรือความมีอยู่ของหลักการย้อนส่งจะรังแต่เป็นการสร้างปัญหาหรือความยุ่งยากที่มีอยู่แล้วในระบบกลไกของกฎหมายขัดกันให้ยากยิ่งขึ้นไปอีก จากทั้ง 9 กรณีศึกษาข้างต้น กรณีที่นำไปสู่ปัญหาที่ไม่อาจหาทางออกได้ หรือการไม่สามารถค้นหากฎหมายสารบัญญัติได้โดยง่าย สามารถแยกวิเคราะห์ได้สองสาเหตุใหญ่ ๆ คือ กรณีที่สืบเนื่องมาจากการย้อนส่งกลับ กับกรณีที่สืบเนื่องมาจากการย้อนส่งต่อไป

กรณีที่สืบเนื่องมาจากการย้อนส่งกลับ ได้แก่ กรณีที่ 3 กรณีที่ 7 และกรณีที่ 9 ซึ่งในส่วนนี้เป็นกรณีที่กฎหมายขัดกันของประเทศที่เกี่ยวข้องปฏิเสธไม่ยอมรับให้กฎหมายของตนมีผลใช้บังคับกับคดี กล่าวคือ กฎหมายขัดกันของประเทศที่หนึ่ง (ประเทศ A) ส่งมายังกฎหมายขัดกันของประเทศที่สอง (ประเทศ B) และโดยกฎหมายขัดกันของประเทศที่สองก็ย้อนส่งกลับไปยังกฎหมายขัดกันของประเทศที่หนึ่ง เช่นนี้แล้วหากว่าตามกฎหมายขัดกันของประเทศที่หนึ่งอีกครั้ง คดีก็จะถูกส่งกลับไปยังกฎหมายขัดกันของประเทศที่สองไม่มีวันสิ้นสุด ไม่อาจหากฎหมายสารบัญญัติมาใช้บังคับกับคดีได้ ทางแก้ของปัญหานี้ในทางปฏิบัติก็คือ การเลือกเอากฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่หนึ่งอันเป็นกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีมาเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับโดยผลของการย้อนส่งกลับอาศัยการให้เหตุผลว่าเมื่อกฎหมายของต่างประเทศคือประเทศที่สอง ปฏิเสธขอบเขตการใช้บังคับกฎหมายของตนแล้ว ศาลที่พิจารณาคดีย่อมไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติของตนเอง อย่างไรก็ตาม การแก้ปัญหานี้ดูจะไม่สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายขัดกันที่มีมาตั้งแต่แรก กล่าวคือ เมื่อกฎหมายขัดกันของประเทศที่หนึ่ง กำหนดใช้จุดเกาะเกี่ยวที่นำไปสู่กฎหมาย

ของประเทศที่สองแล้วย่อมเป็นการแสดงให้เห็นอยู่ในตัวกฎหมายของประเทศที่หนึ่งเองว่า ประเทศที่หนึ่งเห็นว่าคดีนั้นไม่อยู่ในขอบเขตการใช้บังคับกฎหมายของตน ในทางตรงข้ามกลับเห็นว่ากฎหมายของประเทศที่สองเป็นกฎหมายที่มีความเหมาะสมในการบังคับกับคดี แต่ในท้ายที่สุดแล้วเมื่อเกิดการย้อนส่งกลับอันไม่อาจหาที่สิ้นสุดได้ กฎหมายขัดกันของประเทศหนึ่งกลับปิดปากตัวเองและให้การยอมรับว่า กฎหมายของตนเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีนี้ได้

สำหรับกรณีที่สืบเนื่องมาจากการย้อนส่งต่อไป อันได้แก่ กรณีที่ 4 กรณีที่ 8 และกรณีที่ 9 ในส่วนที่เกี่ยวข้อง ซึ่งกฎหมายอันศาลที่พิจารณาคดีจะต้องทำการพิจารณาต่อไปก็คือ กฎหมายของประเทศที่สาม (ประเทศ C) โดยกฎหมายในที่นี้คือกฎหมายขัดกัน มิใช่กฎหมายสารบัญญัติ เช่นนี้แล้วจึงอาจกล่าวในทางทฤษฎีได้ว่า การย้อนส่งไม่ว่าจะเป็นการย้อนส่งกลับหรือการย้อนส่งต่อไปก็ยังสามรถเกิดขึ้นได้อย่างต่อเนื่องเรื่อยไป ยากที่จะทราบได้อย่างแน่ชัดว่าจะสิ้นสุดลงที่ใดและกฎหมายสารบัญญัติของประเทศใดจะเป็นกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับคดี ทั้งการจะกำหนดให้จุดใดจุดหนึ่งของกระบวนการการย้อนส่งเป็นจุดสิ้นสุด โดยอาศัยการบัญญัติกฎหมายที่แน่นอนชัดเจนก็ดูจะเป็นการกระทำที่ปราศจากเหตุผล ไม่ต่างจากการปฏิเสธการย้อนส่งเสียตั้งแต่ต้น⁴³

นอกจากนั้น ยังเป็นที่น่าสังเกตโดยเฉพาะในกรณีของทฤษฎีการยอมรับการย้อนส่งทั้งหมดคือ ตั้งแต่กรณีที่ 5 ถึง 9 นั้น คำตอบโดยผลของหลักการย้อนส่งตามทฤษฎีดูจะเป็นที่น่าพอใจและสมเหตุสมผลเฉพาะก็ต่อเมื่อ ระบบกลไกของกฎหมายขัดกันของประเทศที่สอง (ประเทศ B) ใช้ทฤษฎีการปรับใช้หลักการย้อนส่งที่แตกต่างจากระบบกลไกของกฎหมายขัดกันของประเทศที่หนึ่ง (ประเทศ A) เท่านั้น มิฉะนั้นแล้ว การปรับใช้หลักการย้อนส่งตามทฤษฎีการยอมรับการย้อนส่งทั้งหมด ก็จะนำไปสู่ปัญหาที่ยากจะหาคำตอบได้⁴⁴ กระนั้นก็ตาม ก็ไม่อาจมีสิ่งใดมายืนยันหรือรับรองได้ว่า ทฤษฎีการปรับใช้หลักการย้อนส่งของประเทศที่สองจะต้องแตกต่างไปจากการปรับใช้หลักการย้อนส่งของประเทศที่หนึ่ง จุดนี้จึงนับว่าเป็นข้อบกพร่องของทฤษฎีการยอมรับการย้อนส่งทั้งหมด ด้วยไม่อาจแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้โดยลำพังตัวเองแต่จำเป็นต้องอาศัยระบบกลไกของกฎหมายขัดกันของต่างประเทศเข้ามาช่วยเสริม

⁴³ Larry Kramer, 'Return of the Renvoi' (1991) 66 New York University Law Review 979, 994-995; อย่างไรก็ตาม การกล่าวเช่นนี้เป็นเพียงการกล่าวในภาพรวมทางความคิดทางทฤษฎี ที่ปราศจากการวิเคราะห์ในทางความเป็นจริงให้ถี่ถ้วนแล้วเท่านั้น ด้วยในความเป็นจริงแล้ว กฎหมายขัดกันรวมทั้งหลักการย้อนส่งวางอยู่บนพื้นฐานของข้อความคิดว่าด้วยจุดเกาะเกี่ยว ซึ่งข้อความคิดว่าด้วยจุดเกาะเกี่ยวนี้แม้จะมีการกำหนดใช้แตกต่างกันออกไปในแต่ละประเทศ แต่ก็เชื่อว่าจะนำไปสู่การกำหนดใช้ จุดเกาะเกี่ยวในกฎหมายขัดกันที่หาที่สิ้นสุดลงได้ การย้อนส่งต่อไปจึงย่อมหม่นหมองอยู่ในขอบเขตของจุดเกาะเกี่ยวที่เป็นที่ยอมรับกันในหลักกฎหมายขัดกัน ดังนี้ การย้อนส่งต่อไปย่อมสามารถหาที่อยู่ได้ในท้ายที่สุด โดยความเป็นไปได้ในการส่งต่อไปมากที่สุดก็คือตามลักษณะของข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องและลักษณะของการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่ใช้บังคับกันในกฎหมายขัดกันเรื่องหนึ่งๆ นั่นเอง

⁴⁴ James J Fawcett, Janeen M Carruthers and Peter M North, *Cheshire, North & Fawcett: private international law* (n 5) 62



(5) ปัญหาความไม่สอดคล้องกันในการปรับใช้หลักการย้อนส่งในแต่ละเรื่องของกฎหมาย จากแนวทางการปรับใช้หลักการย้อนส่งในส่วนภาคเฉพาะเรื่องของกฎหมายขัดกัน จะเห็นได้ว่า แต่ละเรื่องมีการนำหลักการย้อนส่งไปปรับใช้ที่แตกต่างกัน⁴⁵ เช่นในเรื่องของสัญญาที่มีการวางหลักเป็นการปฏิเสธการย้อนส่งที่ชัดเจน ต่างจากเรื่องอื่น ๆ ที่มีการปรับใช้หลักการย้อนส่งเป็นหลักพื้นฐาน ที่มาของเหตุนี้ ในด้านหนึ่งก็ดูจะเป็นไปอย่างมีเหตุมีผล⁴⁶ ด้วยในแต่ละเรื่องของกฎหมายขัดกันภาคเฉพาะนั้น แม้อาจมีส่วนเหมือนหรือคล้ายคลึงกันหรือทับซ้อนกันบ้าง แต่ในแต่ละเรื่องก็มีลักษณะพิเศษเฉพาะตัวที่แตกต่างกันออกไป ในอีกด้านหนึ่งก็แสดงให้เห็นถึงความไม่ลงรอยของหลักการย้อนส่ง โดยเฉพาะหากปัญหากฎหมายที่มาสู่ศาลนั้นมีความคาบเกี่ยวระหว่างสองเรื่องทางกฎหมายหรือมากกว่านั้น ก็จะเป็นการยากยิ่งที่ศาลจะทำการวินิจฉัยปรับใช้หลักการย้อนส่งได้อย่างถูกต้องแน่นอน ทั้งปัญหานี้ยังแสดงให้เห็นถึงข้อบกพร่องทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติของกฎหมายขัดกันที่ไม่อาจหาจุดร่วมหรือมาตรฐานกลางเพื่อการพิจารณาปรับใช้หลักการย้อนส่งในทุกเรื่องอย่างเป็นภาพรวมได้ ข้อบกพร่องนี้ก็นำไปสู่ปัญหาในประการถัดไป

(6) ปัญหาการใช้ดุลยพินิจของศาลและความไม่แน่นอนในผลของคดี

จากความไม่สอดคล้องกันในการปรับใช้หลักการย้อนส่งในแต่ละเรื่องของกฎหมาย การขาดมาตรฐานกลางในแนวทางปรับใช้หลักการย้อนส่งในระบบกลไกของกฎหมายขัดกันในทางทฤษฎี ผลในทางปฏิบัติในท้ายที่สุดก็คือ การปรับใช้หลักการย้อนส่งกลายเป็นเรื่องดุลยพินิจของศาลที่พิจารณาดีไป ลักษณะเช่นนี้ย่อมส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอนในทางผลของคดี เป็นการยากที่คู่พิพาทหรือคู่ความจะคาดหมายได้ และเป็นการกระทบต่อวัตถุประสงค์ในการสร้างความแน่นอนในทางสิทธิหน้าที่ของเอกชนที่มีชีวิตระหว่างประเทศโดยรวม

4. การยกเลิกหลักการย้อนส่งในระบบกฎหมายขัดกัน

จากปัญหาหลักการย้อนส่งนานาประการที่ดูจะไม่อาจหาทางแก้ไขได้โดยง่ายทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ กระแสพัฒนาการทางความคิดเกี่ยวกับหลักการย้อนส่งในระบบกลไกของกฎหมายขัดกันก็มาถึงจุดที่ว่า หลักการย้อนส่งสมควรที่จะถูกยกเว้นในบางเรื่องเฉพาะของกฎหมายขัดกันหรือไม่ หรือกระทั่งการพิจารณาว่า หลักการย้อนส่งสมควรถูกยกเลิกออกไปจากระบบกลไกของกฎหมายขัดกันโดยสิ้นเชิงหรือไม่ จนเกิดเป็นแนวคิดว่าด้วยการยกเลิกหรือยกเว้นหลักการย้อนส่ง กระทั่งมีการกำหนดข้อยกเว้นหลักการย้อนส่งที่เป็นรูปธรรมเป็นลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจน ดังเช่นกฎหมายขัดกันของสหภาพยุโรป (European Union) และกฎหมายขัดกันที่อยู่ในรูปของอนุสัญญาหรือตราสารระหว่างประเทศ (International instruments) ในปัจจุบัน

⁴⁵ *ibid* 71-73; Pippa Rogerson, *Collier's Conflict of Laws* (n 8) 287-288

⁴⁶ John D Falconbridge, 'Renvoi in New York and Elsewhere' (1953) 6 *Vanderbilt Law Review* 708

4.1 แนวคิดว่าด้วยการยกเลิกหรือยกเว้นหลักการย้อนส่ง⁴⁷

จากกระแสนพัฒนาการของหลักการย้อนส่งในระบบกลไกของกฎหมายขัดกัน สามารถกล่าวได้ว่า แนวคิดว่าด้วยการยกเลิกหรือยกเว้นหลักการย้อนส่งนั้น เกิดมีขึ้นนับตั้งแต่หลักการย้อนส่งได้ถือกำเนิดขึ้นในระบบกลไกของกฎหมายขัดกันโดยการใช้ของศาล ข้อคัดค้านในความมีอยู่และการปรับใช้หลักการย้อนส่งเกิดขึ้นและอยู่เคียงคู่กับข้อสนับสนุนที่มีต่อหลักการย้อนส่งเรื่อยมา แนวคิดและทฤษฎีในทางกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายขัดกัน รวมทั้งวัตถุประสงค์ของกฎหมายขัดกันเอง ได้ถูกหยิบยกขึ้นเพื่อก่อตั้งเป็นเหตุผลทั้งในเชิงสนับสนุนและในเชิงคัดค้านหลักการย้อนส่ง

ในระยะเริ่มแรก ตามแนวคิดดั้งเดิมของกฎหมายขัดกัน (Traditional theory) ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักดินแดน (Principle of territoriality) ในการจัดสรรอำนาจทางกฎหมายของแต่ละประเทศโดยการพิจารณาที่เขตแดนเป็นสำคัญ แม้แนวคิดนี้จะให้การยอมรับหลักการย้อนส่งในฐานะที่เป็นทฤษฎีและกลไกพื้นฐานในการแบ่งแยกขอบเขตอำนาจทางกฎหมายของแต่ละประเทศตามระบบกฎหมายขัดกัน⁴⁸ เช่น ระหว่างการใช้จุดเกาะเกี่ยวสัญชาติกับจุดเกาะเกี่ยวภูมิลำเนาในกฎหมายขัดกันที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ แต่ก็ปราศจากการพัฒนาข้อความคิดและวางแนวทางการปรับใช้หลักการย้อนส่งที่ชัดเจน

กระแสแนวคิดในการปฏิเสธหลักการย้อนส่งซึ่งได้เกิดขึ้นนับตั้งแต่การเริ่มต้นมีขึ้นของหลักการย้อนส่ง สามารถเห็นได้จาก การประชุมหารือของสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Institute of International Law) ในปี ค.ศ. 1898 และ 1900 ซึ่งในท้ายที่สุดได้มีการเปิดให้ลงมติเพื่อแสดงการยอมรับหรือปฏิเสธหลักการย้อนส่ง โดยผลของการลงมติในครั้งนั้นปรากฏว่า เสียงส่วนใหญ่เห็นเป็นหลักการว่าควรปฏิเสธหลักการย้อนส่ง (Principle of rejecting *renvoi*) และได้มีการบันทึกที่ระบุไว้ในรายงานการประชุมความโดยสรุปว่า เมื่อกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล หรือกฎหมายขัดกัน นำไปสู่การใช้กฎหมายของต่างประเทศในคดีแล้ว กฎหมายต่างประเทศนั้นได้แก่กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีนั้นโดยตรง มิใช่กฎเกณฑ์ของกฎหมายขัดกันของต่างประเทศนั้น⁴⁹ เหตุผลที่สำคัญในการวางหลักปฏิเสธหลักการย้อนส่งก็คือ หลักการย้อนส่งนำไปสู่ปัญหาที่ไม่อาจแก้ไขได้นั่นเอง

⁴⁷ Larry Kramer, 'Return of the Renvoi' (n 43)

⁴⁸ Ernest G Lorenzen, 'The "Renvoi" Theory and the Application of Foreign Law' (1910) 10 Columbia Law Review; Kermit Roosevelt III, 'Resolving Renvoi: The Bewitchment of our Intelligence by Means of Language' (2005) 80 Notre Dame Law Review 1821, 1830

⁴⁹ Institute of International Law, 18 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (Hague 1898) cited in Ernest G Lorenzen, 'The "Renvoi" Theory and the Application of Foreign Law' (n 48) 196-197; Alfred E von Overbeck, 'Renvoi in the Institute of International Law' (n 9)



จากนั้น พัฒนาการทางความคิดในเชิงปฏิเสธหลักการย้อนส่งก็ดำเนินเรื่อยมา ทฤษฎีสติติที่ได้รับมาแล้วโดยชอบ (Vested rights theory)⁵⁰ ก็เป็นทฤษฎีหนึ่งที่ถูกนำมาเกี่ยวโยงเข้ากับเรื่องนี้ผ่านทางข้อความคิดพื้นฐานที่ว่า สิทธิของเอกชนย่อมเป็นไปตามกฎหมายของประเทศหนึ่งประเทศใดที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงอันเป็นต้นกำเนิดหรือที่มาของสิทธินั้น โดยพื้นฐานข้อความคิดนี้ในด้านหนึ่งก็ได้มีการนำมาพัฒนาเป็นแนวคิดมิใช่เพื่อการคัดค้านแต่เพื่อการสนับสนุนหลักการย้อนส่ง⁵¹ ด้วยการให้เหตุผลว่า หลักการย้อนส่งควรได้รับการยอมรับเพื่อการรับรองสิทธิของเอกชนที่ได้มาแล้วตามกฎหมายต่างประเทศ ความหมายโดยนัยก็คือ เพื่อการรับรองสิทธิของเอกชนตามอย่างศาลของต่างประเทศนั้นนั่นเอง การพิจารณาดีของศาลจึงควรอาศัยและเป็นไปตามกฎหมายของต่างประเทศที่เป็นที่มาของสิทธินั้น เสมือนหนึ่งว่าศาลของต่างประเทศนั้นได้พิจารณาคดีนี้เอง โดยกฎหมายขัดกันรวมทั้งหลักการย้อนส่งเป็นกระบวนการในการค้นหากฎหมายที่ก่อตั้งสิทธิของเอกชนในแต่ละเรื่องแต่ละกรณี เพื่อมิให้การฟ้องคดีในศาลของประเทศหนึ่ง ๆ มีผลกระทบต่อสิทธิของเอกชนที่ได้มาแล้วตามกฎหมายของประเทศอื่น ๆ อันจักเป็นการป้องกันปัญหาการเลือกศาลที่ไม่เหมาะสม (Forum shopping) และด้วยวิธีการเช่นนี้จึงจะเป็นการที่ศาลที่พิจารณาคดีทำการยอมรับหรือบังคับตามสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบของเอกชนอย่างแท้จริง อย่างไรก็ตาม ในอีกด้านหนึ่ง แนวคิดในการปฏิเสธหลักการย้อนส่งก็ได้ถูกพัฒนาขึ้นบนพื้นฐานของทฤษฎีสติติที่ได้รับมาแล้วโดยชอบนี้เอง ด้วยในความเป็นจริงแล้ว การที่กฎหมายขัดกันของประเทศหนึ่งนำไปสู่กฎหมายของอีกประเทศหนึ่ง มิได้หมายความว่ากฎหมายต่างประเทศจะเข้ามามีผลใช้บังคับอย่างเป็นกฎหมายในประเทศของศาลที่พิจารณาคดี แต่โดยแท้จริงแล้ว กฎหมายต่างประเทศนั้นเข้ามาสู่การพิจารณาของศาลที่พิจารณาคดี อย่างเป็นเพียงข้อเท็จจริงบนฐานของระบบกฎหมายของศาลนั้นเท่านั้น เช่น หากสิทธิของเอกชนขัดต่อกฎหมายของศาลแล้ว ศาลที่พิจารณาคดีก็ย่อมจะไม่ยอมรับหรือบังคับให้เป็นธรรมดา ดังนั้นแล้วหลักการย้อนส่งจึงควรถูกละทิ้งไป⁵²

อีกทฤษฎีหนึ่งที่ถูกนำมาพิจารณาเพื่อนำไปสู่ข้อเสนอในการปฏิเสธหลักการย้อนส่งก็คือ ทฤษฎีถิ่นที่ของกฎหมาย (Local law)⁵³ ซึ่งเป็นแนวคิดในเชิงความจริงนิยมหรือสัจนิยม (Realist)

⁵⁰ Joseph H Beale, *A Treatise on the Conflict of Laws* (Baker, Voorhis & Co 1935) section 8A; R D Caswell, 'The Doctrine of Vested Rights in Private International Law' (1959) 8 *International and Comparative Law Quarterly* 268

⁵¹ Ernst Rabel, *The Conflict of Laws: A Comparative Study* (2nd edn, Volume 1, University of Michigan Press 1958) 75-90; Erwin N Griswold, 'Renvoi Revisited' (n 6) 1183-1187; Joseph M Cormack, 'Renvoi, Characterization, Localization and Preliminary Question in the Conflict of Laws' (1941) 14 *Southern California Law Review* 221, 254-255

⁵² Joseph H Beale, *A Treatise on the Conflict of Laws* (n 50) sections 5.4 and 7.3; หรือกำหนดใช้เฉพาะกับบางเรื่องอย่างเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น เช่นในส่วนกฎหมายขัดกันว่าด้วยครอบครัว เรื่องการสมรสและการหย่า, โปรดดู 'The Renvoi Theory Rejected – Exceptions' (1926) 36 *Yale Law Journal* 114

⁵³ Walter Wheeler Cook, 'The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws' (1924) 33 *Yale Law Journal* 457; David F Cavers, 'The Two "Local Law" Theories' (1950) 63 *Harvard Law Review* 822; Ernest G Lorenzen, 'The "Renvoi" Theory and the Application of Foreign Law' (n 48); Ernest G Lorenzen,

โดยการเริ่มต้นพิจารณาความจริงที่ว่า กฎหมายขัดกันและศาลของประเทศโดยส่วนใหญ่ไม่ยอมรับหลักการย้อนส่ง กล่าวคือ การที่ศาลของประเทศหนึ่งให้การยอมรับสิทธิของเอกชนที่ก่อตั้งหรือได้รับมาแล้วโดยชอบตามกฎหมายของต่างประเทศนั้น ก็เพราะกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีเองก็ให้การยอมรับสิทธิดังกล่าวด้วยเช่นกันโดยแท้จริงแล้ว ศาลที่พิจารณาคดีจึงมิได้ปรับใช้กฎหมายต่างประเทศ แต่หากเป็นการปรับใช้กฎหมายของศาลเองผ่านทางประยุกต์กฎหมายที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันกับกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องในคดีนั้นต่างหาก สิทธิที่ได้รับการยอมรับหรือบังคับให้โดยศาลที่พิจารณาคดีจึงมิใช่สิทธิตามกฎหมายต่างประเทศแต่เป็นสิทธิตามกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี⁵⁴ โดยขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของกฎหมายและการใช้การตีความกฎหมายของศาลนั่นเอง⁵⁵ ดังนั้นจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องนำหลักการย้อนส่งมาใช้แต่อย่างใด

ทฤษฎีการวิเคราะห์ประโยชน์ได้เสีย (Interest analysis)⁵⁶ ซึ่งนับเป็นทฤษฎีที่ก่อตั้งขึ้นและได้รับการยอมรับเป็นอย่างมากในประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นทฤษฎีที่สวนกระแสแนวคิดเดิม ๆ ของกฎหมายขัดกันจนได้รับการขนานนามว่าเป็นหนึ่งในที่มาสำคัญของการปฏิวัติกฎหมายขัดกันเลยทีเดียว⁵⁷ ทฤษฎีนี้ก็ถูกหยิบยกนำมาอธิบายในบริบทของหลักการย้อนส่งเช่นเดียวกัน ตามทฤษฎีการวิเคราะห์ประโยชน์ได้เสียซึ่งทำการพิจารณามิใช่โดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวตามกฎหมายขัดกันกระแสหลักที่มีมา แต่เป็นการพิจารณาที่ประโยชน์ได้เสียในการใช้บังคับกฎหมายของแต่ละรัฐหรือแต่ละประเทศ กล่าวโดยหลักคือ หากกฎหมายของประเทศใดมีประโยชน์ได้เสียโดยชอบในการใช้บังคับมากกว่ากฎหมายของประเทศอื่นแล้ว กฎหมายของประเทศนั้นก็สมควรเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดี ทั้งนี้ โดยอาศัยการวิเคราะห์คุณค่าเชิงนโยบายของกฎหมายของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ ดังนั้น กฎหมายต่างประเทศที่ศาลจะต้องพิจารณาและอาจต้องใช้บังคับจึงมีเพียงแต่กฎหมายสารบัญญัติภายในของต่างประเทศ (Internal law) เท่านั้น เช่นนี้แล้วก็ไม่อาจมีเหตุเรื่องหลักการย้อนส่งเกิดขึ้นได้เลยตามแนวคิดของทฤษฎีนี้⁵⁸ นอกจากนั้น ยังได้มีการกล่าวอ้างเพิ่มเติมต่อไปอีกว่า การพิจารณาค้นหากฎหมายตามทฤษฎีนี้มิได้เป็นการตัดวัตถุประสงค์เริ่มแรกของหลักการย้อนส่งที่ต้องการให้ศาลที่พิจารณาคดีคำนึงถึงกฎหมายขัดกันของต่างประเทศด้วย เหตุผลก็คือ ตามทฤษฎีการวิเคราะห์ประโยชน์ได้เสียแล้ว ศาลที่พิจารณาคดีจะต้องทำการพิจารณา

'Renvoi Doctrine in the Conflict of Laws – Meaning of "The Law of a Country"' (n 6); Kermit Roosevelt III, 'Resolving Renvoi: The Bewitchment of our Intelligence by Means of Language' (n 48) 1842 and 1864

⁵⁴Walter Wheeler Cook, 'The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws' (n 53) 460 and 475

⁵⁵Abhishek Bharti, 'The Concept of Renvoi in the Conflict of Laws' (2008) Selected Works <http://works.bepress.com/abhishek_bharti/1/> 6; Larry Kramer, 'Return of the Renvoi' (n 43) 989

⁵⁶Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws* (Duke University Press 1963); Kermit Roosevelt III, 'Resolving Renvoi: The Bewitchment of our Intelligence by Means of Language' (n 48) 1849

⁵⁷Trevor C Hartley, *International Commercial Litigation: text, cases and materials on private international law* (Cambridge University Press 2010) 515; Symeon C Symeonides, *The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future* (Martinus Nijhoff Publishers 2006) ch II

⁵⁸Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws* (n 56) 184



ประโยชน์ได้เสียในทางกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องนั้นด้วย ซึ่งการพิจารณาประโยชน์ได้เสียของต่างประเทศเช่นนี้ย่อมรวมถึงการพิจารณาระบบกลไกกฎหมายขัดกันของต่างประเทศด้วยนั่นเอง⁵⁹ อย่างไรก็ตาม จากลักษณะทฤษฎีการวิเคราะห์ประโยชน์ได้เสีย ที่มีได้ห้ามมิให้ศาลทำการพิจารณากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายขัดกันของประเทศที่เกี่ยวข้อง เพื่อประกอบการวิเคราะห์ประโยชน์ได้เสีย ทางการใช้บังคับกฎหมายของแต่ละประเทศที่เข้ามาพัวพัน⁶⁰ ก็นำมาสู่มุมมองในทางตรงข้ามคือ ในกรณีที่กฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณามีได้ใช้ทฤษฎีการวิเคราะห์ประโยชน์ได้เสียเช่นเดียวกันกับประเทศของศาลที่พิจารณาคดีแล้ว การค้นหาข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการวิเคราะห์ประโยชน์ได้เสียย่อมเป็นไปได้ยาก แนวทางการวิเคราะห์เช่นนี้จึงนำมาสู่การกล่าวอ้างในอีกทางหนึ่งว่าเป็นการกลับมาของหลักการย้อนส่งด้วยนั่นเอง⁶¹

จากความไม่ประสบผลสำเร็จในการสร้างการยอมรับอย่างเป็นทางการทั่วไปของทฤษฎีหนึ่ง ๆ ตลอดจนความไม่ลงรอยกันในทางแนวคิดของทฤษฎีต่าง ๆ ทั้งไม่มีทฤษฎีใดอาจให้คำตอบที่น่าพอใจและเหมาะสมในอันที่จะนำไปสู่การแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากหลักการย้อนส่งได้ ในท้ายที่สุดแล้วหลักการย้อนส่งซึ่งจะมีประโยชน์ในการอนุญาตให้ศาลพิจารณาและใช้กฎหมายต่างประเทศเพื่อรับรองสิทธิของเอกชนและป้องกันการเลือกศาลที่ไม่สมควร ตลอดจนการนำมาสู่การใช้กฎหมายภายในของศาลเอง จึงกลายมาเป็นเครื่องมือในทางปฏิบัติของศาลเพื่อใช้ในการหลบเลี่ยง (Escape devices) การใช้กฎหมายต่างประเทศและผลของคดีที่ศาลอาจเห็นว่าไม่สมควรให้เป็นเช่นนั้น⁶² ทำให้หลักการย้อนส่งมีลักษณะเป็นกลไกเพิ่มเติมไปจากระบบกฎหมายขัดกันแบบดั้งเดิม ลักษณะเช่นนี้ แม้จะดูไม่เป็นไปตามนิติวิธีที่เหมาะสม แต่ในอีกด้านหนึ่งก็อาจเป็นเพียงสิ่งเดียวที่ทำให้หลักการย้อนส่งยังมีคุณค่าในระบบกลไกของกฎหมายขัดกัน ด้วยหากปราศจากคุณค่าในทางปฏิบัติแล้ว หลักการย้อนส่งอาจถูกวิพากษ์วิจารณ์และครหาว่า เป็นเพียงเรื่องความคิดที่เลื่อนลอยมิไว้สำหรับการถกเถียงเพื่อความประเทืองปัญญาของเหล่านักคิดทางกฎหมายขัดกัน อันไม่อาจมีที่ใช้ได้

⁵⁹ Rhoda S Barish, 'Renvoi and the Modern Approaches to Choice-of-law' (n 34) 1068

⁶⁰ Larry Kramer, 'Return of the Renvoi' (n 43); Arthur T von Mehren, 'The Renvoi and Its Relation to Various Approaches to the Choice of Law Problem' in Kurt H Nadelmann, Arthur T von Mehren and John N Hazard (eds), *Twentieth Century Comparative and Conflicts Law* (A W Sijthoff 1961) 391

⁶¹ Larry Kramer, 'Return of the Renvoi' (n 43) 1005 และ 1013-1028; แม้จะได้มีการพัฒนาทฤษฎีเพิ่มเติมเพื่อหาทางแก้ไขปัญหา เช่น เกณฑ์การเลือกทางนโยบาย (Policy-selecting rules) การค้นหาความยุติธรรมทางสังคม (Social justice) การค้นหาการให้ความสำคัญกับนโยบายทางกฎหมายที่แท้จริง (Actual policy preferences) ก็ตาม แต่ทฤษฎีเหล่านี้ก็ยังขาดความแน่ชัด ขาดการยอมรับอย่างเป็นทางการนอกประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้งติดปัญหาเรื่องการค้นหาแนวคิดและนโยบายที่ชัดเจนของกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องอยู่ด้วยนั่นเอง, โปรดดู Kermit Roosevelt III, 'Resolving Renvoi: The Bewitchment of our Intelligence by Means of Language' (n 48) 1869; Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws* (n 56) 117-119; Robert A Leflar, 'More on Choice-Influencing Considerations' (1966) 54 California Law Review 1584, 1586-1588

⁶² Larry Kramer, 'Return of the Renvoi' (n 43) 997; Trevor C Hartley, *International Commercial Litigation: text, cases and materials on private international law* (n 57) 513-514; Rhoda S Barish, 'Renvoi and the Modern Approaches to Choice-of-law' (n 34) 1051, 1061-1062

ตามความเป็นจริง และในท้ายที่สุดสมควรถูกละทิ้งออกไปจากระบบกลไกของกฎหมายขัดกันอย่างสิ้นเชิง

4.2 การยกเว้นหลักการย้อนส่งในระบบกฎหมายขัดกันของสหภาพยุโรป

ในบริบทของสหภาพยุโรป (European Union) หลักการย้อนส่ง (*Renvoi*) ได้กำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรตั้งแต่ใน Article 15 ของอนุสัญญาแห่งกรุงโรม ค.ศ. 1980 (Rome Convention)⁶³ และได้ส่งทอดต่อมาในปัจจุบันดังที่ปรากฏใน Article 20 ของกฎแห่งกรุงโรมที่หนึ่ง (Rome I Regulation)⁶⁴ รวมทั้งที่ปรากฏใน Article 24 ของกฎแห่งกรุงโรมที่สอง (Rome II Regulation)⁶⁵ และใน Article 11 ของกฎแห่งกรุงโรมที่สาม (Rome III Regulation)⁶⁶ แต่การปรากฏตัวของหลักการย้อนส่งนี้ได้เป็นไปในเชิงยอมรับหลักการย้อนส่ง ในทางตรงกันข้ามกลับเป็นไปในทางปฏิเสธหลักการย้อนส่ง โดยกฎหมายขัดกันของสหภาพยุโรปทั้งสามฉบับนี้ ล้วนแต่บัญญัติในทำนองเดียวกัน ความว่า การใช้บังคับกฎหมายของประเทศใดตามที่อนุสัญญาหรือกฎเหล่านี้กำหนดไว้นั้น ให้หมายความถึงการใช้บังคับกฎหมายแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในประเทศนั้น โดยไม่รวมถึงกฎหมายแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล⁶⁷

ในส่วน Article 15 ของ Rome Convention และ Article 20 ของ Rome I Regulation เป็นหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสัญญา ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าหลักการย้อนส่งไม่ส่วนในการปรับใช้กับปัญหากฎหมายขัดกันว่าด้วยสัญญา โดยในรายงานฉบับทางการของ Rome Convention⁶⁸ ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า Article 15 นี้ทำการยกเว้นหลักการย้อนส่ง ด้วยเป็นที่ชัดเจนในทางกฎหมายขัดกันว่าหลักการย้อนส่งนั้นไม่มีที่เข้ากับเรื่องในทางสัญญา เมื่อใดก็ตามที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมาย (Choice of law) แล้ว กฎหมายที่จะต้องนำมาใช้บังคับกับสัญญาก็คือกฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่คู่สัญญาเลือกไว้ การเลือกกฎหมายเช่นนี้เป็นการปิดโอกาสที่

⁶³Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations 1980; James J Fawcett, Jonathan M Harris and Michael Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* (Oxford University Press 2005) 713-714

⁶⁴Regulation (EC) No 593/2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)

⁶⁵Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)

⁶⁶Council Regulation (EU) 1259/2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation (Rome III)

⁶⁷ตัวอย่างเช่น Article 20 ของ Rome I Regulation ‘*The application of law of any country specified by this Regulation means the application of the rules of law in force in that country other than its rules of private international law, unless provided otherwise in this Regulation.*’; การยกเว้นหลักการย้อนส่งนี้มีผลแม้กระทั่งกับเรื่องอายุความ (Limitation) ด้วยถูกพิจารณาว่าเป็นเรื่องในทางกฎหมายสารบัญญัติเช่นกัน, โปรดดู Richard Garnett, *Substance and Procedure in Private International Law* (Oxford University Press 2012) 281

⁶⁸Mario Giuliano and Paul Lagarde, ‘Report on the Convention on the applicable to contractual obligation’ (1980) Official Journal of the European Communities No C 282, 37



กฎหมายของประเทศที่คู่สัญญาเลือกไว้จะนำไปสู่กฎหมายของประเทศอื่น นอกจากนั้น แม้ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงเลือกกฎหมาย ซึ่งส่งผลให้การค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายขัดกันตามที่อนุสัญญาฉบับนี้กำหนดไว้ก็ตาม กฎหมายของประเทศที่อนุสัญญาฉบับนี้ชี้ให้ไปใช้บังคับก็หมายถึงเพียงกฎหมายสารบัญญัติของประเทศนั้นเท่านั้น หากอาจรวมถึงกฎหมายสารบัญญัติของประเทศอื่นผ่านการปรับใช้หลักการย้อนส่งด้วยไม่ แม้ในปัจจุบัน Rome Convention จะถูกแทนที่โดย Rome I Regulation แต่หลักการเช่นนี้ก็ได้รับการสืบทอดเป็นแนวทางสำคัญสืบต่อมา ก็เพื่อวัตถุประสงค์ในการสร้างความคาดหมายในทางสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา ตลอดจนเพื่อสร้างความสอดคล้องต่อกันของกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับในการตัดสินคดี⁶⁹

สำหรับ Article 24 ของ Rome II Regulation ซึ่งเป็นกฎแห่งกฎหมายขัดกันที่ใช้บังคับกับเรื่องทางละเมิดนั้น ก็วางหลักยกเว้นหลักการย้อนส่งไว้เช่นเดียวกับเรื่องทางสัญญา⁷⁰ โดยในเรื่องละเมิดนี้ได้มีการให้เหตุผลของการยกเว้นหลักการย้อนส่งไว้ 3 ประการ⁷¹ คือ ประการแรก การยกเว้นหลักการย้อนส่งเป็นการยกระดับความแน่นอนและความคาดหมายได้ในผลแห่งคดี ด้วยการปรับใช้หลักการย้อนส่งนั้นจะนำไปสู่ความเสี่ยงในการที่ศาลซึ่งพิจารณาคดีจะปรับใช้กฎหมายของประเทศที่แตกต่างกันแม้จะเป็นปัญหาหรือคดีพิพาทที่มีลักษณะเดียวกันก็ตาม ประการที่สอง การยกเว้นหลักการย้อนส่งจะเป็นการลดภาระและเวลา รวมทั้งความผิดพลาดที่อาจจะเกิดขึ้นจากการค้นหา พิจารณา และใช้บังคับกฎหมายขัดกันรวมทั้งหลักการย้อนส่งของต่างประเทศ ในทางตรงกันข้ามการยกเว้นหลักการย้อนส่งจะมีผลเป็นการอนุญาตเปิดช่องให้ศาลเข้าไปทำการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติแก่คดีได้เลยโดยตรง และประการสุดท้าย วัตถุประสงค์ของการยกเว้นหลักการย้อนส่งก็เพื่อเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ได้เสียของรัฐ (State interests) กับประโยชน์ได้เสียของเอกชน (Interests of the parties) อาทิเช่น กรณีการเปิดโอกาสให้คู่พิพาทสามารถทำข้อตกลงเลือกกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับเรื่องในทางละเมิดได้ โดยมีผลเป็นการยกเว้นกฎหมายขัดกันและหลักการย้อนส่งในทำนองเดียวกับกรณีเรื่องทางสัญญา ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้เกิดการกล่าวอ้างกฎหมายขัดกันของต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ที่อาจห้ามหรือจำกัดการเลือกกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับเรื่องในทางละเมิดของเอกชน และเพื่อป้องกันการมีผลใช้บังคับของกฎหมายขัดกันของต่างประเทศอื่นอาจนำไปสู่กฎหมายของประเทศอื่น ๆ ที่คู่พิพาทไม่อาจคาดหมายได้ หรือ

⁶⁹ Ivana Kunda and Carlos Manuel Gonçalves de Melo Marinho, *Practical Handbook on European Private International Law* (European Union, Civil Justice Program 2010) 9/152; Roy Goode and Ewan McKendrick, *Goode on commercial law* (4th edn, Penguin Books 2010) 1214 และ 1221; Jan von Hein, 'Renvoi in European Private International Law' (n 28) 247-249

⁷⁰ Ivana Kunda and Carlos Manuel Gonçalves de Melo Marinho, *Practical Handbook on European Private International Law* (n 69) 35/152; Andrew Dickinson, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-contractual Obligations* (Oxford University Press 2008) 137-138; Jan von Hein, 'Renvoi in European Private International Law' (n 28) 244-247

⁷¹ Peter Huber, *Rome II Regulation: Pocket Commentary* (Sellier European Law Publishers 2011) 417-419

กฎหมายของต่างประเทศนั้นอาจขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายในการคุ้มครองคู่พิพาทเหมือนอย่าง Rome II Regulation ตั้งไว้ก็เป็นได้

นอกจากนั้น ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการค้นหากฎหมายเพื่อใช้บังคับกับเรื่องการหย่าและการแยกกันอยู่ ทางกฎหมาย ตาม Rome III Regulation ก็มีกำหนดยกเว้นหลักการย้อนส่งไว้ใน Article 11⁷² เช่นกัน

แต่อย่างไรก็ตาม หลักการย้อนส่งก็ยังคงปรากฏและมีผลใช้บังคับในสหภาพยุโรปในส่วน of กฎหมายขัดกันว่าด้วยเรื่องมรดกและพินัยกรรม ภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดที่กำหนดไว้ ด้วยที่มาและเหตุผลในการคำนึงถึงความสอดคล้องต้องกันในทางระหว่างประเทศในเรื่องนี้⁷³ กล่าวโดยหลักคือ หลักการย้อนส่ง จะนำมาใช้บังคับเฉพาะก็ต่อเมื่อกฎหมายขัดกันของต่างประเทศนำไปสู่กฎหมายของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปหรือกฎหมายของประเทศที่สามที่ยอมรับการย้อนส่งเพื่อการใช้บังคับกฎหมายสารบัญญัติของประเทศเหล่านั้นเท่านั้น การกำหนดลักษณะการใช้บังคับของหลักการย้อนส่งเช่นนี้มีผลเป็นการสร้างความแน่นอนให้กับหลักการย้อนส่งเพิ่มขึ้น เพื่อเสริมสร้างความเชื่อมั่นอันหนึ่งอันเดียวกันในผลของคดีอันเป็นข้อดีของหลักการย้อนส่ง และข้อดีที่เองที่ทำให้การย้อนส่งยังคงได้รับการยอมรับและกำหนดให้ใช้บังคับในส่วนนี้⁷⁴

4.3 การยกเว้นหลักการย้อนส่งในอนุสัญญาหรือตราสารระหว่างประเทศ

เมื่อพิจารณาในส่วนของอนุสัญญาและตราสารระหว่างประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายขัดกันแล้ว สามารถกล่าวเป็นหลักทั่วไปได้ว่า กระแสพัฒนาการของอนุสัญญาและตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องเป็นไปในแนวทางปฏิเสธหลักการย้อนส่ง⁷⁵ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายขัดกันที่ใช้บังคับในสหภาพยุโรปแล้วจึงสามารถกล่าวต่อไปได้ว่ากฎหมายขัดกันของสหภาพยุโรปเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับพัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศ

⁷² Jan von Hein, 'Renvoi in European Private International Law' (n 28) 249-252

⁷³ Regulation (EU) No 650/2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, Article 34 และ Recital 57; Jan von Hein, 'Renvoi in European Private International Law' (n 28) 252-259

⁷⁴ Burkhard Hess and Cristina M Mariottini, *Note on Regulation (EC) n. 650/2012 of July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession* (European Parliament 2012) 18; Geert van Calster, *European Private International Law* (n 5) 334-335

⁷⁵ Michael Bordan, *Private International Law as Component of the Law of the Forum: General Course* (Brill/Nijhoff 2012) 210; Jan von Hein, 'Renvoi in European Private International Law' (n 28) 227-228 and 241-242



เหตุผลประการสำคัญที่ทำให้ต้องมีการยกเว้นหลักการย้อนส่งออกไปจากอนุสัญญาและตราสารระหว่างประเทศนั้นก็เพราะหากอนุสัญญาและตราสารระหว่างประเทศมีวัตถุประสงค์มุ่งที่จะกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ โดยอาศัยการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่เห็นว่าเหมาะสมที่สุดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว การจะสร้างความแน่นอนและความสอดคล้องต้องกัน (International harmony) ของคำตัดสินคดีผ่านทาง การนำกฎหมายที่กำหนดไว้นั้นมาใช้บังคับในระหว่างรัฐภาคีหรือรัฐสมาชิก จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายที่กำหนดไว้นั้น หมายถึงกฎหมายสารบัญญัติ มิใช่กฎหมายขัดกันของประเทศนั้นด้วย ในกรณีหลังกฎหมายสารบัญญัติที่จะถูกนำมาใช้บังคับย่อมเป็นไปตามกฎหมายขัดกันของประเทศของศาลที่พิจารณาคดี อันอาจเหมือนหรือแตกต่างจากที่อนุสัญญาและตราสารระหว่างประเทศกำหนดหรือเห็นสมควรก็เป็นได้ ซึ่งกรณีเช่นนี้ย่อมอยู่นอกขอบเขตการควบคุมได้ของอนุสัญญาและตราสารระหว่างประเทศ วัตถุประสงค์มุ่งที่จะกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับเพื่อสร้างความเป็นเอกภาพหรือความสอดคล้องต้องกันในทางระหว่างประเทศในหมู่ประเทศภาคีหรือสมาชิกก็ย่อมเป็นไปได้ยาก แนวคิดในการปฏิเสธการย้อนส่งในบริบทของอนุสัญญาหรือตราสารระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในสมัยใหม่จึงเป็นเรื่องที่มีเหตุผลอยู่ในตัว⁷⁶

ตัวอย่างของอนุสัญญาหรือตราสารระหว่างประเทศที่กำหนดยกเว้นหลักการย้อนส่งและมีความมุ่งหมายให้กฎหมายที่จะต้องนำมาใช้บังคับคือ กฎหมายภายใน (Internal law) หรือก็คือกฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่เกี่ยวข้อง ตามที่อนุสัญญาหรือตราสารระหว่างประเทศแต่ละฉบับกำหนดไว้ ได้แก่ The Hague Convention on the Law Applicable to International Sale of Goods 1955⁷⁷, The Hague Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents 1971⁷⁸, The Hague Convention on the Law Applicable to Products Liability 1973⁷⁹, The Hague Convention on the Law Applicable to Agency 1978⁸⁰, The Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980⁸¹, The Hague Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods 1986⁸², The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their

⁷⁶Michael Bordan, *Private International Law as Component of the Law of the Forum: General Course* (n 75) 210-212

⁷⁷Article 2; Carolina Saf, 'A Study of the Interplay between the Conventions Governing International Contracts of Sale' (1999) <<http://www.cisg.law.pace.edu>> (10 มิถุนายน 2559)

⁷⁸Article 3

⁷⁹Articles 4-5 ซึ่งระบุโดยชัดเจนให้กฎหมายภายใน (Internal law) ของรัฐตามที่จุดเกาะเกี่ยวกำหนดไว้เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดี

⁸⁰Article 4

⁸¹Article 1 ซึ่งกำหนดให้อนุสัญญานับนี้มีผลใช้บังคับได้โดยตรงในระหว่างประเทศภาคี รวมทั้งกรณีกฎหมายขัดกันนำไปสู่กฎหมายของประเทศภาคีด้วย

⁸²Articles 7-8 ซึ่งกำหนดรองรับกรณีที่คู่สัญญาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้ และในกรณีที่มิได้มีการเลือกกฎหมายไว้ ตามลำดับ

Recognition 1985⁸³, The Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children 1996⁸⁴, The Hague Convention on the International Protection of Adults 2000⁸⁵, The Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary 2006⁸⁶ และ The Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations 2009⁸⁷

4.4 ผลที่เกิดขึ้นจากการยกเว้นหลักการย้อนส่ง

การยกเว้นหลักการย้อนส่งในบริบทของสหภาพยุโรป ปรากฏในเรื่องทางสัญญา ละเมิด การหย่าและการแยกกันอยู่ทางกฎหมาย⁸⁸ ส่วนการยกเว้นหลักการย้อนส่งตามอนุสัญญาหรือตราสารระหว่างประเทศนั้น ปรากฏอยู่ในหลากหลายเรื่องซึ่งโดยมากเห็นได้ในบริบทของอนุสัญญาหรือตราสารระหว่างประเทศซึ่งได้รับการจัดทำขึ้นโดยที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Hague Conference on Private International Law) ทั้งสองบริบทนี้มีจุดร่วมกันคือ การกำหนดยกเว้นหลักการย้อนส่งที่มีลักษณะเป็นการยกเว้นที่ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรและเป็นการเฉพาะเรื่อง แม้จากทั้งสองบริบทนี้จะทำให้สามารถเห็นได้อย่างชัดเจนถึงพัฒนาการของการไม่นำหลักการย้อนส่งมาใช้บังคับในระบบกลไกของกฎหมายขัดกัน แต่ก็ยังมีอาจกล่าวเป็นข้อสรุปที่แน่นอนในท้ายที่สุดได้ว่า หลักการย้อนส่งได้ถูกยกเลิกหรือละทิ้งออกไปจากระบบกลไกของกฎหมายขัดกันโดยสิ้นเชิงแล้ว ด้วยในส่วนของอนุสัญญาหรือตราสารระหว่างประเทศก็เป็นเพียงการยกเว้นตามเรื่องเฉพาะที่อยู่ภายใต้ขอบเขตการใช้บังคับของอนุสัญญาหรือตราสารระหว่างประเทศนั้น รวมทั้งมีผลใช้บังคับเฉพาะกับประเทศภาคีเท่านั้น ในทางตรงข้ามกฎหมายขัดกันของสหภาพยุโรปก็ยังคงกำหนดให้หลักการย้อนส่งมีผลใช้บังคับกับเรื่องมรดกและพินัยกรรม เช่นนี้ จึงกล่าวเป็นข้อสรุปโดยทั่วไปได้ว่า การไม่นำหลักการย้อนส่งมาใช้บังคับในระบบกลไกของกฎหมายขัดกันในปัจจุบันนั้น มีลักษณะเป็นการยกเว้นหลักการย้อนส่งเป็นการเฉพาะเรื่องยิ่งกว่าจะเป็นการยกเลิกโดยสิ้นเชิง

⁸³ Article 17

⁸⁴ Article 21(1)

⁸⁵ Article 19

⁸⁶ Article 10

⁸⁷ Article 12

⁸⁸ ทั้งยังมีการคาดการณ์ว่าจะนำไปสู่เรื่องอื่น ๆ อีก ในอนาคต เช่นเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา ตลอดจนในระบบกฎหมายขัดกันอย่างเป็นทางการทั่วไป, Jan von Hein, 'Renvoi in European Private International Law' (n 28) 259 and 273



ผลโดยตรงจากการยกเว้นเช่นนี้ก็คือ เป็นการทำให้การพิจารณาค้นหาและปรับใช้กฎหมายตามระบบกลไกของกฎหมายขัดกันเป็นไปได้โดยง่ายมากยิ่งขึ้น (Simplification)⁸⁹ ด้วยเป็นการลดทอนความยุ่งยากและสลับซับซ้อนทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติของหลักการย้อนส่ง ศาลที่พิจารณาคดีรวมทั้งคู่ความหรือคู่พิพาทหาจำต้องค้นหาและพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตลอดจนการปรับใช้หลักการย้อนส่งตามระบบกลไกของกฎหมายขัดกันของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องไม่ แต่สามารถพิจารณาและนำกฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องนั้นมาปรับใช้กับคดีพิพาทได้เลยโดยตรง อันจะมีผลเป็นการลดความไม่แน่นอนและความผิดพลาดที่อาจจะเกิดขึ้นจากการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศลงทางหนึ่งด้วย

นอกจากนั้น หากพิจารณาในมุมมองของฝ่ายนิติบัญญัติหรือผู้บัญญัติกฎหมาย (Legislator) แล้ว การบัญญัติหรือกำหนดเลือกจุดเกาะเกี่ยวเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ของกฎหมายขัดกัน ในอันที่จะนำไปสู่กฎหมายของต่างประเทศนั้น โดยปกติผู้บัญญัติกฎหมายย่อมกำหนดบนพื้นฐานของเหตุผลเบื้องหลังที่ว่า กฎหมายของประเทศที่กำหนดผ่านจุดเกาะเกี่ยวไว้นั้น ย่อมเป็นกฎหมายที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดหรือเหมาะสมที่สุดกับกรณี ด้วยเหตุดังนี้ โดยทั่วไปผู้บัญญัติกฎหมายจึงย่อมคาดหมายว่า กฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่ได้รับการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวไว้ ย่อมต้องเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีตามกรณีที่กำหนดไว้ มิใช่กฎหมายของประเทศที่สามหรือประเทศอื่น ๆ ที่ผู้บัญญัติกฎหมายมีอาจคาดหมายได้ มิฉะนั้นแล้วการเลือกกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในกฎหมายขัดกันก็จะมีใช้หลักเกณฑ์ที่มีผลบังคับได้อย่างแท้จริง ยกตัวอย่างเช่นในเรื่องทางละเมิด ผู้บัญญัติกฎหมายเลือกกำหนดให้กฎหมายแห่งถิ่นที่ละเมิดได้เกิดขึ้น (*lex loci delicti*) เป็นจุดเกาะเกี่ยวอันจะนำไปสู่กฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดีแล้ว ก็ย่อมสามารถเข้าใจในเชิงนโยบายของกฎหมายได้ว่า ผู้บัญญัติกฎหมายประสงค์ให้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่ละเมิดได้เกิดขึ้นเป็นกฎหมาย ที่ใช้บังคับกับคดีเป็นกฎหมายที่กำหนดความรับผิดชอบในทางละเมิดตลอดจนกำหนดสิทธิหน้าที่ของผู้เกี่ยวข้อง มิใช่กฎหมายของประเทศอื่นตามแต่กฎหมายขัดกันและหลักการย้อนส่งของต่างประเทศจะนำไปซึ่งอาจขัดหรือแย้งกับจุดเกาะเกี่ยวที่ผู้บัญญัติกฎหมายวางนโยบายไว้ ทั้งยังอาจเกินกว่าความคาดหมายของผู้บัญญัติกฎหมายก็เป็นได้⁹⁰ เช่นนี้แล้วหลักการย้อนส่งจึงถูกยกเว้นไปจากระบบกลไกของกฎหมายขัดกันของสหภาพยุโรป เพื่อให้ผลแห่งคดีเป็นไปตามกฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่ผู้บัญญัติกฎหมายกำหนดเป็นจุดเกาะเกี่ยวไว้อย่างแท้จริง

ในบริบทของอนุสัญญาระหว่างประเทศ เช่นในอนุสัญญาแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับทริสต์และการยอมรับทริสต์ ค.ศ. 1985 (The Hague Convention on the Law

⁸⁹ Liz Heffernan, 'Rome II Implications for Irish Tort Litigation' in William Binchy and John Ahern, *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-contractual Obligations: A New International Litigation Regime* (Brill 2009) 266-267

⁹⁰ Michael Bordan, *Private International Law as Component of the Law of the Forum: General Course* (n 75) 210-211

Applicable to Trusts and on their Recognition 1985)⁹¹ ซึ่งมีการกำหนดยกเว้นหลักการย้อนส่งไว้อย่างชัดเจนใน Article 17 นั้น แม้จะมีได้มีการให้เหตุผลไว้โดยละเอียดถึงที่มาของการยกเว้นเช่นนี้ เพียงแต่ให้คำอธิบายว่าการยกเว้นหลักการย้อนส่งเช่นนี้เป็นวิธีการแก้ไขปัญหของอนุสัญญาระหว่างประเทศสมัยใหม่⁹² แต่หากพิจารณาผลที่เกิดขึ้นแล้ว การไม่ยกเว้นหลักการย้อนส่งหรือการนำกฎหมายขัดกันของประเทศที่เกี่ยวข้องมาพิจารณาอีกชั้นหนึ่งด้วยแล้ว อาจส่งผลทำให้กฎหมายของประเทศอื่น ๆ ซึ่งผู้จัดทำอนุสัญญานับนี้ไม่ได้คาดหมายไว้เข้ามามีผลใช้บังคับได้นั่นเอง⁹³

5. หลักการย้อนส่งในระบบกฎหมายขัดกันของประเทศไทย

ประเทศไทยได้มีการบัญญัติกฎหมายขัดกันขึ้นไว้เป็นลายลักษณ์อักษรตั้งแต่ปี พ.ศ. 2481 (ค.ศ. 1938) ซึ่งยังคงใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน กฎหมายฉบับนี้คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 หลักการย้อนส่งและการปรับใช้หลักการย้อนส่งในระบบกลไกของกฎหมายขัดกันของประเทศไทยจึงวางอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายฉบับนี้เป็นสำคัญ แต่ก็มีข้อว่าหลักการย้อนส่งตามกฎหมายฉบับนี้จะสามารถนำไปปรับใช้ได้โดยปราศจากซึ่งปัญหาที่ตามมาจากการพิจารณาและวิเคราะห์ต่อไปว่าสมควรนำแนวคิดที่ว่าด้วยการยกเลิกหรือยกเว้นหลักการย้อนส่งมาใช้ในระบบกลไกของกฎหมายขัดกันของประเทศไทยหรือไม่ อย่างไร จึงเป็นเรื่องที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง

5.1 หลักการย้อนส่งตามกฎหมายไทย

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ได้การบัญญัติถึงหลักการย้อนส่งไว้เพียงมาตราเดียวในภาค 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป คือ มาตรา 4 ความว่า ‘ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับและตามกฎหมายต่างประเทศนั้น กฎหมายที่จะใช้บังคับได้แก่กฎหมายแห่งประเทศสยาม ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยามบังคับมิใช่กฎหมายแห่งกฎหมายสยามว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย’ การบัญญัติไว้โดยชัดเจนเช่นนี้แสดงให้เห็นว่าโดยทั่วไปแล้วประเทศไทยให้การยอมรับหลักการย้อนส่ง คำถามที่ตามมาคือ การยอมรับหลักการย้อนส่งนี้มีขอบเขตแค่ไหนอย่างไร

⁹¹ มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1992

⁹² ‘This solution is that of all modern conventions’, Alfred E von Overbeck, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trusts Convention* (HCCH Publications 1985) 407

⁹³ อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นนี้ก็ได้อ้างอิงข้อสังเกตว่า น่าจะใช้บังคับกับเรื่องในทางสัญญาเป็นหลักมากกว่า ไม่ควรรวมถึงเรื่องทรัพย์สินหรือเรื่องกฎหมายที่มีสภาพบังคับเด็ดขาด (Mandatory rules) ตามกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี เป็นต้น, Jonathan Harris, *The Hague Trusts Convention* (Hart Publishing 2002) 387-389; Emmanuel Gillard and Donald T Trautman, ‘Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of laws and the Hague Convention on Trusts’ (1987) 35 American Journal of Comparative Law 307, 325-328



เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 4 ข้างต้น ตามความหมายและลักษณะของตัวบทกฎหมายแล้วเป็นเรื่องของการย้อนส่งกลับ (Remission) กล่าวคือเป็นกรณีที่กฎหมายขัดกันของไทยชี้ให้ไปใช้กฎหมายต่างประเทศ ซึ่งกฎหมายต่างประเทศในที่นี้รวมถึงกฎหมายขัดกันของต่างประเทศด้วยแล้ว หากกฎหมายขัดกันของต่างประเทศชี้ให้กลับมาใช้กฎหมายของประเทศไทย เช่นนี้หากปรับตามกลไกหลักการย้อนส่งตามปกติก็จะเกิดสภาพวงจรที่ไม่มีที่สิ้นสุด (*Circulus inextricabilis*) คือเกิดการส่งกลับไปกลับมาที่ไม่อาจหาจุดยุติได้ เกิดปัญหาการไม่อาจค้นหากฎหมายสารบัญญัติมาใช้บังคับกับคดีได้ เพื่อขจัดปัญหาเช่นนี้ มาตรา 4 จึงกำหนดว่า เมื่อเกิดกรณีที่กฎหมายขัดกันของต่างประเทศส่งกลับมาให้ใช้กฎหมายของประเทศไทยแล้ว กฎหมายของประเทศไทยนี้ให้หมายถึงกฎหมายสารบัญญัติของประเทศไทยได้เลย มิต้องพิจารณารวมไปถึงกฎหมายขัดกันของประเทศไทยอีก⁹⁴ โดยบทบัญญัติเช่นนี้จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายไทยยอมรับหลักการย้อนส่งตามทฤษฎีการยอมรับการย้อนส่งชั้นเดียวหรือบางส่วน (Single หรือ Partial renvoi) นั่นเอง

5.2 ปัญหาหลักการย้อนส่งตามกฎหมายไทย

5.2.1 ภาคทั่วไป

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 กฎหมายขัดกันของไทยยอมรับหลักการย้อนส่งไว้โดยชัดแจ้งเฉพาะกรณีการย้อนส่งกลับเท่านั้น หาได้บัญญัติถึงการย้อนส่งต่อไปไว้โดยตรงไม่⁹⁵ ในส่วนนี้จึงนำมาสู่การตีความบทบัญญัติในกฎหมายขัดกันของประเทศไทยว่า ยอมรับกรณีการย้อนส่งต่อไปด้วยหรือไม่ หรือยอมรับเพียงแต่การย้อนส่งกลับกรณีเดียวเท่านั้น ทั้งตัวอย่างในการปรับใช้กับคดีที่มีลักษณะระหว่างประเทศของศาลไทยก็เรียกได้ว่าไม่มีเลยที่เดียว ปัญหาการตีความกฎหมายในเรื่องนี้จึงปรากฏให้เห็นได้ในทางวิชาการซึ่งก็มีไม่มากนักเท่านั้น

การวิเคราะห์ปัญหานี้สามารถนำไปสู่ความเห็นและคำตอบที่แตกต่างกัน 2 แนวทาง คือ แนวทางแรก ระบบกฎหมายขัดกันของประเทศไทยไม่ยอมรับการย้อนส่งต่อไป โดยการให้เหตุผลที่เคร่งครัดตามตัวบทกฎหมายที่บัญญัติถึงเฉพาะกรณีการย้อนส่งกลับเท่านั้น การบัญญัติเช่นนี้จึงอาจแปลความได้ว่ากฎหมายไทยไม่ประสงค์ที่จะให้นำการย้อนส่งต่อไปมาใช้บังคับ หากพิจารณาตามแนวทางนี้แล้ว เมื่อเกิดการย้อนส่งต่อไปยังกฎหมายของต่างประเทศ กฎหมายของต่างประเทศก็ย่อมหมายความว่าถึงเฉพาะกฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศนั้นเท่านั้น ไม่อาจรวมถึงกฎหมายขัดกันของต่างประเทศได้ เหตุผลตามแนวทางนี้ดูจะมีข้อแปลกที่ให้ผลประหลาดไป กล่าวคือ หากตามระบบกฎหมายขัดกันของประเทศไทย กฎหมายของต่างประเทศหมายถึงเฉพาะกฎหมายสาร

⁹⁴ คณิง ภาไชย, คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (พิมพ์ครั้งที่ 5, วิญญูชน 2558) 33-40; ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (พิมพ์ครั้งที่ 2, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553) 181-183

⁹⁵ ภิญญ โพนินนิติศาสตร์, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2533) 68

บัญญัติ โดยหาได้รวมถึงกฎหมายขัดกันของต่างประเทศด้วยไม่แล้ว เช่นนี้ก็อาจแสดงให้เห็นได้ว่ากฎหมายขัดกันของไทยถือตามทฤษฎีปฏิเสธการย้อนส่งหรือไม่ แต่หากคำตอบคือใช่ แล้วการย้อนส่งกลับตามมาตรา 4 จะเกิดขึ้นได้อย่างไรหากไม่ผ่านการพิจารณากฎหมายขัดกันของต่างประเทศเสียก่อน หรือจะต้องแปลความว่ากฎหมายขัดกันของไทยใช้ระบบผสมหรือมีขอบเขตการยอมรับหลักการย้อนส่งเฉพาะกรณีการย้อนส่งกลับเท่านั้น หรืออาจต้องพิจารณาต่อไปว่าการย้อนส่งต่อไปเป็นเรื่องช่องว่างของกฎหมายที่ผู้ใช้กฎหมายจะต้องทำการอุดช่องว่างโดยอาศัยกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายขัดกันตามมาตรา 3 เป็นต้น⁹⁶

แนวทางที่สอง ระบบกฎหมายขัดกันของประเทศไทยยอมรับการย้อนส่งต่อไปด้วย ซึ่งแนวทางนี้จะเป็นแนวทางที่นักกฎหมายขัดกันของประเทศไทยให้การสนับสนุน⁹⁷ ดังจะเห็นได้จากตำราและงานเขียนอธิบายกฎหมายขัดกันของไทยที่มีได้มีการคัดค้านการย้อนส่งต่อไป ในทางตรงข้ามกลับมักทำการอธิบายการย้อนส่งต่อไป เสมือนหนึ่งว่าเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานของระบบกลไกของกฎหมายขัดกันของประเทศไทย ที่ศาลและนักกฎหมายขัดกันจะต้องเรียนรู้และเข้าใจได้ในตัวเอง แม้จะปราศจากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม แน่แน่นอนว่าเหตุผลตามแนวทางนี้ย่อมสอดคล้องกับมาตรา 4 กล่าวคือ ตามระบบกลไกของกฎหมายขัดกันของประเทศไทยนั้น เมื่อชี้หรือส่งให้ไปใช้กฎหมายต่างประเทศแล้ว โดยหลักย่อมหมายความว่าความรวมถึงกฎหมายขัดกันของต่างประเทศนั้นเข้าไว้ด้วย มิใช่หมายถึงกฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศเพียงอย่างเดียว การย้อนส่งต่อไปจึงย่อมสามารถเกิดขึ้นได้เป็นธรรมดา เพื่อให้การใช้กฎหมายต่างประเทศเป็นไปโดยสมบูรณ์ นำไปสู่กฎหมายเดียวกันไม่ว่าฟ้องยังศาลของประเทศใด ส่วนการที่ต้องบัญญัติมาตรา 4 ก็เพื่อเป็นการยกเว้นผลของหลักการย้อนส่งตามธรรมดาของระบบกลไกของกฎหมายขัดกันเป็นกรณีพิเศษ คือ สำหรับแก้ไขปัญหากรณีการย้อนส่งกลับไปกลับมาโดยหาที่สิ้นสุดมิได้⁹⁸

5.2.2 ภาคเฉพาะเรื่อง

จากบทบัญญัติในมาตรา 4 ซึ่งกำหนดแก้ไขปัญหการย้อนส่งกลับ เป็นบทบัญญัติในส่วนบทเบ็ดเสร็จทั่วไปจึงย่อมมีสภาพการใช้บังคับตามนิติวิธีในการใช้การตีความกฎหมายอย่างเป็นการทั่วไป กล่าวคือ ใช้บังคับกับทุกเรื่องของกฎหมายขัดกันภาคเฉพาะ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องบุคคล หนี้

⁹⁶โปรดดู หยุต แสงอุทัย, *กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2524) 70-71

⁹⁷ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล* (น 94) 182-183

⁹⁸โปรดดู หยุต แสงอุทัย, *กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล* (น 96) 71-72 ซึ่งให้ความเห็นว่า กฎหมายไทยยอมรับการย้อนส่งต่อไป; ภิญญ โปษณินิตินาสตร, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล* (น 95) 68-70 ซึ่งได้ให้คำอธิบายต่อไปว่าในกรณีที่กฎหมายขัดกันของประเทศไทยส่งต่อไปสู่กฎหมายของประเทศที่สามแล้ว กฎหมายของประเทศที่สามในที่นี้อาจหมายถึง กฎหมายภายในของประเทศที่สามโดยตรง หรือกฎหมายขัดกันของประเทศที่สามตามหลักการย้อนส่งของประเทศที่สองเองก็ได้; กมล สนธิเกษตริณ, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล* (พิมพ์ครั้งที่ 7, นิติบรรณการ 2539) 219-220; คณิง ฤไชย, *คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย* (น 94) 36-40, ซึ่งมีความเห็นยอมรับการย้อนส่งต่อไปเช่นกัน ทั้งยังได้เสนอให้ใช้ทฤษฎีการยอมรับการย้อนส่งทั้งหมดมาปรับใช้เพิ่มเติมด้วย



ทรัพย์สิน ครอบครองหรือมรดก เว้นแต่ ในส่วนของภาคเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งจะมีบทบัญญัติที่ว่าด้วยหลักการย้อนส่งกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นแต่อย่างไรก็ตาม สภาพการใช้บังคับของหลักการย้อนส่งในประเทศไทยในแต่ละเรื่องเฉพาะก็หาเป็นเช่นนั้นไม่

สำหรับกฎหมายขัดกันว่าด้วยเรื่องสัญญา ซึ่งมีบัญญัติไว้ในมาตรา 13⁹⁹ นั้น ความเห็นในทางวิชาการล้วนเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายขัดกัน¹⁰⁰ กล่าวคือ ในกรณีที่ปรากฏเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับสัญญา (Choice of law) ไม่ว่าโดยแจ้งชัดหรือโดยปริยายก็ตาม กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกนี้หมายถึง กฎหมายสารบัญญัติ มิได้รวมถึงกฎหมายขัดกัน เรียกว่าเป็นหลักปฏิเสธการย้อนส่ง (Exclusion of *renvoi*) ในทางสัญญา ในทางปฏิบัติก็เช่นกัน คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้มีการพิจารณาวินิจฉัยถึงกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศในกรณีที่มีเจตนาเลือกกฎหมาย ก็มุ่งไปพิจารณาที่กฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศตามที่คู่สัญญาเลือกไว้ หาได้มีการปรับใช้หลักการย้อนส่งแต่อย่างใด¹⁰¹ จากสภาพของกฎหมายในปัจจุบันที่ไม่ปรากฏบทบัญญัติในการยกเว้นหลักการย้อนส่ง ในจุดนี้แสดงให้เห็นถึงความไม่ลงรอยกันระหว่างตัวบทกฎหมายขัดกันที่เป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศไทยที่มีได้กำหนดเรื่องการยกเว้นหลักการย้อนส่งในทางสัญญาไว้ กับแนวคิดทฤษฎีและหลักในทางปฏิบัติที่อยู่บนฐานของหลักปฏิเสธการย้อนส่งในทางสัญญา ความไม่ชัดเจนในส่วนนี้ยังนำไปสู่ปัญหาว่า ในกรณีที่ไม่ปรากฏเจตนาเลือกกฎหมายของคู่สัญญาซึ่งมาตรา 13 กำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวแบบตามตัว (Rigid rules) คือ กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญากฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น และกฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญา ตามลำดับแล้วแต่กรณีแล้วนั้น กฎหมายต่างประเทศที่จุดเกาะเกี่ยวเหล่านี้ชี้ให้ไปใช้บังคับจะอยู่ภายใต้หลักการย้อนส่งคือหมายรวมถึงกฎหมายขัดกันของต่างประเทศนั้นด้วยหรือไม่ หรืออยู่ภายใต้การปฏิเสธหลักการย้อนส่งเช่นเดียวกันกับกรณีปรากฏเจตนาเลือกกฎหมาย คำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายขัดกัน ในทางสัญญาตามมาตรา 13 ก็มีได้ชี้ชัดถึงประเด็นปัญหานี้ ทั้งคำอธิบายกฎหมายขัดกันทางวิชาการก็ไม่มีกล่าวถึงประเด็นปัญหานี้ไว้อย่างชัดเจนนัก¹⁰²

⁹⁹ มาตรา 13 วรรคหนึ่งและวรรคสอง

‘ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้นให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม้อาจยังทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง ถิ่นที่ถือว่าสัญญานั้นได้เกิดเป็นสัญญาขึ้นคือถิ่นที่คำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ ถ้าไม้อาจยังทราบถิ่นที่วานั้นได้ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญานั้น’

¹⁰⁰ โปรดดู ส่วนที่ 3, 3.2.2

¹⁰¹ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1583/2511 3223/2525 และ 1958/2548

¹⁰² โปรดดู หุต แสงอุทัย, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (น 96) 110-111; คณิง ฤไชย, คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (น 94) 71-74; ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (น 94) 252-253

ในส่วนของกฎหมายขัดกันภาคเฉพาะว่าด้วยละเมิด ซึ่งอยู่ในมาตรา 15¹⁰³ ก็เป็นอีกเรื่องหนึ่งที่หากนำหลักการย้อนส่งเข้ามาปรับใช้ด้วยแล้ว ก็จะไปสู่ปัญหาความยุ่งยากและสลับซับซ้อนที่ยากจะแก้ไขและปรับใช้ให้เกิดผลได้จริงในทางคดีความ ด้วยมาตรา 15 วางอยู่บนพื้นฐานของหลัก Double actionability ซึ่งมีหลักการสำคัญว่า ข้อเท็จจริงหนึ่ง ๆ จะเข้าข่ายเป็นความรับผิดชอบละเมิดได้ก็เมื่อ ข้อเท็จจริงนั้นเป็นละเมิดทั้งตามกฎหมายแห่งถิ่นที่เกิดละเมิดและตามกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี สำหรับกฎหมายในกรณีหลังนี้ก็คือกฎหมายสารบัญญัติของประเทศไทยเองจึงย่อมไม่มีปัญหาในการพิจารณา แต่ส่วนที่จะเป็นปัญหาก็คือกฎหมายในกรณีแรกอันได้แก่ กฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เป็นการละเมิดได้เกิดขึ้น โดยหากพิจารณาเพียงกฎหมายสารบัญญัติของประเทศไทยที่เกิดเหตุละเมิดเลยโดยตรง กรณีย่อมไม่เป็นปัญหามากนัก แต่หากกฎหมายที่ว่านี้หมายรวมถึงกฎหมายขัดกันของประเทศที่เกิดเหตุละเมิดซึ่งอาจนำไปสู่กฎหมายของประเทศที่สาม เช่นนี้ย่อมนำไปสู่ความยุ่งยากและสลับซับซ้อนในการค้นหาและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องต่อ ๆ ไป หรือถ้ากฎหมายขัดกันของประเทศที่เกิดเหตุละเมิดส่งกลับมายังกฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาอยู่เอง เช่นนี้ก็จะเกิดข้อโต้แย้งได้ว่ากฎหมายขัดกันของศาลที่พิจารณาคดีอยู่นั้นยังคงวางอยู่บนพื้นฐานของหลัก Double actionability อยู่หรือไม่ ด้วยในท้ายที่สุดแล้วกฎหมายสารบัญญัติที่นำมาพิจารณามีเพียงกฎหมายของประเทศเดียว คือ กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี หรือก็คือกฎหมายของประเทศไทย เท่านั้นนั่นเอง

ปัญหาของหลักการย้อนส่งในส่วนนี้ จึงเป็นเรื่องของความไม่ชัดเจนในตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องเอง ด้วยไม่มีการกำหนดยกเว้นหลักการย้อนส่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรไว้อย่างชัดเจนแน่นอน แต่ต้องอาศัยการปรับใช้และการตีความกฎหมายตามหลักการและทฤษฎีของกฎหมายขัดกันที่เป็นที่ยอมรับ¹⁰⁴ หากพิจารณาต่อไปถึงหลักและทฤษฎีในการปรับใช้หลักการย้อนส่งสำหรับเรื่องเฉพาะอื่น ๆ ที่อาจแตกต่างกันออกไปในแต่ละประเทศโดยปราศจากการยอมรับอย่างเป็นทางการแล้ว ก็ย่อมเป็นการยากที่ศาลหรือผู้ใช้กฎหมายไทยจะสามารถปรับใช้หรือหาแนวทางร่วมกันในการปรับใช้หลักการย้อนส่งที่เหมาะสมและถูกต้องได้ ปัญหาเกี่ยวกับหลักการย้อนส่งเหล่านี้จะหมดไปได้ก็ต่อเมื่อมีการสร้างความชัดเจนแน่นอนทั้งส่วนกฎหมายลายลักษณ์อักษรและในการปรับใช้ในทางปฏิบัติควบคู่กันไป

¹⁰³ มาตรา 15 วรรคหนึ่งและวรรคสอง

‘*หนี้ซึ่งเกิดจากการละเมิด ให้บังคับตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เป็นการละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น ความในวรรคก่อนไม่ใช้แก่บรรดาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ซึ่งไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมายสยาม*’

¹⁰⁴ แม้การยกเว้นหลักการย้อนส่งในเรื่องของสัญญากรณีที่ปรากฏเจตนาเลือกกฎหมายโดยคู่สัญญา จะได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางแล้วก็ตาม ก็ยังปรากฏความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนของนักกฎหมายไทยในเรื่องนี้ ดังสามารถเห็นได้จากหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1583/2511 ซึ่งอธิบายว่ากฎหมายต่างประเทศที่คู่สัญญาดกลงเลือกกันไว้ นั้น รวมถึงกฎหมายขัดกันของประเทศนั้นด้วย

5.3 การนำแนวคิดว่าด้วยการยกเลิกหรือยกเว้นหลักการย้อนส่งมาใช้ในระบบกฎหมายขัดกันของประเทศไทย

5.3.1 ข้อพิจารณาในทางทฤษฎี

นับตั้งแต่การบัญญัติกฎหมายขัดกันขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรในปี พ.ศ. 2481 กระทั่งปัจจุบัน พัฒนาการในทางทฤษฎีของกฎหมายขัดกันว่าด้วยเรื่องหลักการย้อนส่งจะหยุดนิ่งอยู่กับที่ เอกสารงานวิชาการที่ปรากฏให้เห็นในปัจจุบันดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น¹⁰⁵ เป็นเพียงการส่งต่อและสืบทอดทางความคิดจากอดีตมาสู่ปัจจุบันเท่านั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาในทางทฤษฎีแล้ว กล่าวได้ว่าหลักการย้อนส่งของประเทศไทย ยังไม่มีความแน่นอนชัดเจนนัก ทฤษฎีและหลักกฎหมายในเรื่องนี้ขาดการศึกษาวิเคราะห์และพัฒนาอย่างจริงจัง ในแง่หนึ่งสภาพการณ์เช่นนี้ย่อมเป็นเรื่องที่ไม่สมควรมัก โดยเฉพาะเมื่อตระหนักถึงความเปลี่ยนแปลงของประชาคมโลก การเกิดและเติบโตขึ้นของประชาคมอาเซียน อันนำไปสู่การเพิ่มขึ้นของนิติสัมพันธ์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศของเอกชนอย่างเป็นปกติธรรมดา แต่หากพิจารณาในทางตรงกันข้ามแล้ว สภาพการณ์เช่นนี้ก็มีข้อดีที่ทำให้เห็นถึงพื้นที่และโอกาสที่เปิดกว้างในการนำเสนอแนวความคิดต่าง ๆ ว่าด้วยหลักการย้อนส่งในระบบกลไกของกฎหมายขัดกันมาพิจารณาในบริบทของระบบกลไกกฎหมายขัดกันของประเทศไทย

จากภาพเช่นนี้ การจะนำแนวคิดว่าด้วยการยกเลิกหรือยกเว้นหลักการย้อนส่งมาใช้ในระบบกฎหมายขัดกันของประเทศไทยจึงมิใช่เรื่องที่เป็นไปไม่ได้โดยสิ้นเชิง หากจะติดขัดก็มีเพียงบทบัญญัติในมาตรา 4 ซึ่งเป็นเรื่องการย้อนส่งกลับเท่านั้น คำถามสำคัญในบริบทของกฎหมายขัดกันของประเทศไทยจึงอยู่ที่ว่า ประเทศไทยเห็นด้วยกับแนวคิดนี้หรือไม่ ดังนั้น ในทางทฤษฎีแล้วข้อพิจารณาหลักในเรื่องนี้จึงอยู่ที่การพิจารณาและวิเคราะห์แนวคิดและหลักการในการยกเลิกหรือยกเว้นหลักการย้อนส่งออกจากระบบกฎหมายขัดกันดังที่เป็นอยู่ในกระแสพัฒนาการทางความคิดและทฤษฎีของกฎหมายขัดกันในระดับสากล

แนวคิดว่าด้วยการยกเลิกหลักการย้อนส่งออกจากระบบกลไกของกฎหมายขัดกันทั้งหมดหรือยกเว้นหลักการย้อนส่งในบางเรื่องของกฎหมายขัดกัน แม้ดูจะมีข้อบกพร่องในทางทฤษฎีที่ดูไม่คำนึงถึงกฎหมายของต่างประเทศนั้นทั้งระบบ จากการก้าวเข้าไปใช้กฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศนั้นเลยโดยตรงแต่แนวความคิดนี้ก็ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นไปได้จริง มิใช่เพียงกล่าวอ้างว่าใช้กฎหมายต่างประเทศทั้งระบบ แต่โดยแท้จริงแล้วเป็นเพียงการอ้างอิงกฎหมายต่างประเทศมาใช้บนฐานของกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี ด้วยการติดขัดในเรื่องข้อมูลที่ถูกต้องและแน่ชัดของกฎหมายต่างประเทศ ทั้งเต็มไปด้วยปัญหาที่ไม่อาจหาทางออกได้ในตัวเอง แต่กลับต้องมาใช้ในการหาทางออกที่เป็นไปได้จริงนำไปสู่กฎหมายสารบัญญัติได้จริง เช่น การตัดบทตัดปัญหาให้กลับมาใช้กฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดีโดยปราศจากเหตุผลตามครรลองของ

¹⁰⁵ ปรอดู 5.1 และ 5.2

ทฤษฎีที่ตั้งไว้แต่แรกเริ่ม เช่นนี้แล้วทฤษฎีกฎหมายดังกล่าวจะมีประโยชน์เพียงไร หากไม่สามารถนำไปปฏิบัติได้ตามแนวความคิดและอุดมคติที่วางไว้ และผลสุดท้ายของทฤษฎีกฎหมายนั้นจะเป็นไปตามที่กล่าวอ้าง คือการนำไปสู่ความเป็นเอกภาพในผลแห่งคดีได้อย่างไร การเริ่มต้นที่ดีที่เต็มไปด้วยเหตุผลแต่สุดท้ายต้องตัดจบที่จุดปลายทางจุดหนึ่งจุดใดโดยไร้ซึ่งคำอธิบาย คงไม่สร้างความต่างอะไรมากนักหากอีกทฤษฎีหนึ่งจะเสนอให้เดินทางไปยังจุดจบปลายทางนั้นเลยโดยตรง¹⁰⁶ ในทางตรงข้าม ทฤษฎีหลังนี้ดูจะให้ประโยชน์เพิ่มในทางปฏิบัติที่ยิ่งกว่าทฤษฎีอ้อม ๆ เสียด้วยซ้ำไป

5.3.2 ข้อพิจารณาในทางปฏิบัติ

ในทางปฏิบัติ การยกเลิกหลักการย้อนส่งมีข้อดีประการสำคัญคือ เป็นการลดความยุ่งยากและความสลับซับซ้อนในระบบกลไกของกฎหมายขัดกัน ทำให้การปรับใช้กฎหมายขัดกันเป็นไปได้โดยง่ายยิ่งขึ้น ขอบเขตปัญหาและความยากลำบากในการค้นหาและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศลดลง การพิจารณาคดีสามารถกระทำได้โดยสะดวกและรวดเร็ว ความไม่แน่นอนในการนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับลดลง อันเป็นการตอบสนองต่อพัฒนาการของประเทศไทยในการก้าวเข้าสู่การเป็นส่วนหนึ่งของประชาคมอาเซียนและของประชาคมโลก

เมื่อพิจารณาจากแนวทางการปรับใช้กฎหมายขัดกันในคำพิพากษาศาลฎีกาก็กล่าวได้ว่าปราศจากแนวทางที่ชัดเจน ทั้งยังปรากฏการยอมรับผ่านการศึกษาคำพิพากษาของศาลไทยว่าไม่พบการกล่าวถึงปัญหาการย้อนส่งต่อไปแต่อย่างใด¹⁰⁷ หากตระหนักถึงข้อเท็จจริงที่ว่ากฎหมายขัดกันของประเทศมีขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรตั้งแต่ พ.ศ. 2481 จนบัดนี้เป็นเวลากว่า 70 ปี ที่ไม่ปรากฏการใช้บังคับหลักการย้อนส่งที่เป็นรูปธรรม เช่นนี้แล้วหลักการย้อนส่งก็ดูจะถูกปฏิเสธ ยกเลิก หรือยกเว้นไป แม้มิใช่โดยลายลักษณ์อักษรแต่ก็โดยพฤติการณ์ทางปฏิบัติของศาลและนักกฎหมายไทยเสียแล้ว การจะนำแนวคิดว่าการยกเลิกหรือยกเว้นหลักการย้อนส่งมาใช้ในระบบกฎหมายขัดกันของประเทศไทยดูจะมีใช่เรื่องที่จะสร้างปัญหาให้กับระบบกลไกของกฎหมายขัดกันของประเทศไทยมากมายนัก ในทางตรงข้าม กลับน่าจะได้รับการต้อนรับและตอบรับเป็นอย่างดี ด้วยมีความสอดคล้องรับกับแนวทางปฏิบัติในปัจจุบัน

อย่างไรก็ดี ประเด็นสำคัญที่จะต้องพิจารณาเพิ่มเติมต่อไปก็คือ กระแสการยอมรับแนวคิดการปฏิเสธหลักการย้อนส่งในปัจจุบันอยู่ในจุดที่เป็นการยกเว้นหลักการย้อนส่งเป็นรายเรื่องรายกรณีไป หากได้ถึงขนาดเป็นการยกเลิกหลักการย้อนส่งออกจากระบบกลไกของกฎหมายขัดกันทั้งหมดโดยสิ้นเชิงไม่ ดังจะเห็นได้จากในบริบทของอนุสัญญาและตราสารระหว่างประเทศในแต่ละเรื่อง รวมทั้งในบริบทของกฎหมายขัดกันในสหภาพยุโรปด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของสหภาพยุโรปซึ่งกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้ยังคงนำหลักการย้อนส่งมาใช้บังคับกับเรื่องทางมรดกและ

¹⁰⁶ โปรดดู Larry Kramer, 'Return of the Renvoi' (n 43) 995

¹⁰⁷ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (n 94) 183



พินัยกรรม¹⁰⁸ กระแสพัฒนาการในส่วนนี้ย่อมเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาว่าหากจะนำแนวคิดในการปฏิเสธการย้อนส่งมาใช้บังคับในประเทศไทยแล้ว สมควรแยกกำหนดยกเว้นหลักการย้อนส่งเป็นรายเรื่องเฉพาะไปหรือไม่อย่างไร

หากพิจารณาต่อไปในส่วนของกฎหมายขัดกันภาคเฉพาะเรื่องแล้ว จุดที่สมควรแก้ไขอย่างยิ่งในกฎหมายขัดกันของประเทศไทยปัจจุบันก็คือในส่วนว่าด้วยเรื่องสัญญา กล่าวคือ ควรมีการสร้างความชัดเจนแน่นอนว่า กฎหมายที่คู่สัญญาเจตนาเลือกใช้บังคับกับสัญญานั้น หมายถึงกฎหมายสารบัญญัติ ไม่รวมถึงกฎหมายขัดกัน ตามหลักปฏิเสธการย้อนส่งที่เป็นที่ยอมรับทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติสากลรวมแม้กระทั่งของศาลไทยเอง แต่ในส่วนเรื่องเฉพาะอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องบุคคล ครอบครัว ละเมิด ทรัพย์ และมรดกนั้น ด้วยแต่ละเรื่องมีลักษณะเฉพาะตัวที่แตกต่างกัน สมควรจะต้องทำการศึกษาเป็นรายเรื่องรายกรณีโดยละเอียดต่อไป

5.3.3 ข้อพิจารณาตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

ในปัจจุบัน ทฤษฎีการปฏิเสธการย้อนส่งก็ได้รับการนำมาบัญญัติใช้บังคับอย่างเข้มงวดในประเทศไทยดังปรากฏในมาตรา 34 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ความว่า ‘ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท ในกรณีที่มีการกำหนดถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศใด หากข้อความมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติ มิใช่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น’¹⁰⁹ อันเป็นการทำให้หลักการปฏิเสธการย้อนส่งเข้ามามีผลใช้บังคับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทย กล่าวคือ ในกรณีที่คู่พิพาทกำหนดถึงกฎหมายของประเทศที่จะใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้แล้วนั้น ก็ย่อมหมายถึงกฎหมายสารบัญญัติของประเทศนั้นโดยตรง มิใช่หมายถึงกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้นด้วย เว้นแต่คู่พิพาทจะระบุโดยชัดแจ้งไว้เป็นอย่างอื่น บทบัญญัตินี้จึงมีผลเป็นการยกเว้นหลักการย้อนส่งตามระบบกลไกของกฎหมายขัดกันที่จะต้องนำมาปรับใช้ตามปกติ ทำนองเดียวกันกับบทบัญญัติว่าด้วยข้อตกลงเลือกกฎหมายในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 นั่นเอง เพียงแต่กรณีตามมาตรา 34 วรรคหนึ่งนี้ ได้บัญญัติยกเว้นหลักการย้อนส่งไว้อย่างเข้มงวดเป็นลายลักษณ์อักษร แตกต่างจากการใช้บังคับมาตรา 13 ของกฎหมายขัดกันที่คงต้องอาศัยหลักการพื้นฐานของกฎหมายขัดกันที่ให้การยอมรับหลักการปฏิเสธการย้อนส่งในกรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาไว้¹¹⁰

¹⁰⁸ โปรดดูส่วนที่ 4, 4.2 และ 4.3 ตามลำดับ

¹⁰⁹ บทบัญญัตินี้ได้รับแบบอย่างในการร่างมาจาก Article 28(1) ของ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (n 18); โปรดดู Anan Chantara-Opakorn, ‘Dealing with Conflict of Laws in International Commercial Arbitration Law of Thailand’ (n 17) 211; เสาวนีย์ อัสวโรจน์, *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548) 140-141

¹¹⁰ โปรดดูส่วนที่ 5, 5.2.2

อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้และเป็นกรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมายด้วยแล้ว มาตรา 34 วรรคสอง ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาตามหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรให้นำมาใช้บังคับ ซึ่งในกรณีเช่นนี้หากคณะอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องพิจารณาตามกฎหมายขัดกันของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 แล้ว¹¹¹ หลักการย้อนส่งก็ย่อมกลับมามีผลใช้บังคับกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน ดังนี้ จึงสามารถกล่าวได้ว่า การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการยังคงได้รับผลกระทบจากหลักการย้อนส่งและยังคงอยู่ภายใต้ข้อพิจารณาว่าด้วยการนำแนวคิดว่าการยกเลิกหรือยกเว้นหลักการย้อนส่งมาใช้ในระบบกฎหมายขัดกันของประเทศไทยทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติตามที่กล่าวมาข้างต้นทำนองเดียวกันกับการระงับข้อพิพาทโดยทางศาลด้วยเช่นกัน

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายหนึ่ง ๆ ไม่ว่าจะตั้งอยู่บนฐานของทฤษฎีที่ดีเพียงใด หลักเกณฑ์ทางกฎหมายนั้นจะมีคุณค่าอย่างแท้จริงก็ต่อเมื่อสามารถมีผลใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติ หลักการย้อนส่งในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานประการหนึ่งของระบบกลไกของกฎหมายขัดกันก็เช่นเดียวกัน หากปราศจากซึ่งความมีผลใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพในทางคดีความระหว่างประเทศแล้ว หลักการย้อนส่งก็สมควรถูกยกเลิกหรือละทิ้งไปจากระบบกลไกของกฎหมายขัดกัน จากการตั้งประเด็นปัญหาและการศึกษาวิจัยจึงนำมาสู่ข้อเสนอในเชิงหลักการ คือ หลักการย้อนส่งก่อให้เกิดปัญหาและผลในเชิงลบต่อระบบกลไกของกฎหมายขัดกันยิ่งกว่าผลในเชิงบวก การยกเลิกหรือยกเว้นหลักการย้อนส่งจึงเป็นกระแสพัฒนาการทางแนวคิดทฤษฎีที่ให้ผลในทางปฏิบัติอันเป็นที่ยอมรับได้ดียิ่งกว่าการยอมรับหลักการย้อนส่ง ตามข้อสรุปดังนี้

หลักการย้อนส่งถือกำเนิดขึ้นจากการพิจารณาดีของศาล เป็นไปเพื่อประโยชน์และความยุติธรรมของคดีเป็นรายเรื่องรายกรณีไป การเกิดขึ้นของหลักกฎหมายเช่นนี้แม้ในมุมมองของคดีหนึ่ง ๆ ที่ศาลได้ตัดสินไปจะดูสมเหตุสมผล แต่ก็ขาดการพิจารณาที่รอบด้าน กระทั่งก่อให้เกิดเป็นปัญหาใหญ่ที่ยากจะแก้ไขได้ด้วยดีในระบบกลไกของกฎหมายขัดกัน ทฤษฎีกฎหมายต่าง ๆ ได้ถูกนำมาปรับเข้ากับสภาพปัญหาของหลักการย้อนส่ง เพื่อค้นหาแนวทางการแก้ไขที่เป็นเหตุเป็นผลบนพื้นฐานของการคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายขัดกันหรือกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดี

¹¹¹ อนันต์ จันทโรภากร, *ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558) 154-155; ไชยวัฒน์ บุณนาค, *อนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีและปฏิบัติ* (พิมพ์ครั้งที่ 2, ทรัพย์สุรีย์ 2554) 133-136; เสาวนีย์ อัครโรจน์, *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ* (น 109) 142; สรวัด ลิ้มปริงซี, *อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท* (นิติรัฐ 2545) 95-98



บุคคลเป็นสำคัญ ผลที่ได้มีทั้งลักษณะที่เป็นการส่งเสริมสนับสนุนให้มีการใช้บังคับหลักการย้อนส่ง เพื่อสร้างความแน่นอนในทางคดีความที่มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือที่มีลักษณะเป็นการต่อต้าน คัดค้านการใช้บังคับหลักการย้อนส่ง ด้วยรังแต่จะนำไปสู่ความไม่แน่นอนและปัญหาที่ไร้ทางออก นำมาสู่การโต้แย้งโต้เถียงในทางทฤษฎีที่ไม่อาจสรุปได้โดยแน่แท้ คงเป็นได้เพียงการตกลงว่าไม่อาจ ตกลงกันได้เท่านั้น ปัญหาในเรื่องนี้จึงยังคงเป็นเรื่องที่แต่ละประเทศจะต้องดำเนินการแก้ไขต่อไป ตามที่เห็นสมควร ภายใต้หลักการอันเป็นที่เข้าใจและพ้องจะยอมรับกันได้ในทางระหว่างประเทศ ดังนั้น ในการตอบโจทย์หรือปัญหาการศึกษาวิจัยฉบับนี้ จึงนำมาสู่ข้อสรุปในทางทฤษฎีที่ว่า การยกเลิกหลักการย้อนส่งออกจากระบบกลไกของกฎหมายขัดกันนั้น มิใช่ว่าจะปราศจากเหตุผล สนับสนุนหรือเป็นไปได้โดยแน่แท้ ในทางตรงกันข้าม ความเป็นไปได้ในทางทฤษฎีของการปฏิเสธ หลักการย้อนส่ง ออกไปจากระบบกลไกของกฎหมายขัดกันกลับปรากฏให้เห็นได้ชัดเจนนับตั้งแต่เมื่อ ครั้งที่หลักการย้อนส่งได้ปรากฏตัวขึ้น

สำหรับในทางปฏิบัตินั้น จากความยุ่งยากสลับซับซ้อนที่ในหลายประเด็นไม่อาจนำไปสู่ คำตอบที่สมควรได้ ทั้งกลับกลายเป็นอุปสรรคในการค้นหากฎหมายเพื่อไปสู่ปลายทางในการ พิจารณาสหิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของเอกชนในทางระหว่างประเทศ กระแสแนวความคิดในการ ปฏิเสธหรือยกเว้นหลักการย้อนส่งจึงได้รับการยอมรับและถูกนำไปใช้อย่างเป็นรูปธรรม กล่าวคือ ใน บริบทของกฎหมายขัดกันของสหภาพยุโรป ในเรื่องสัญญา ละเมิด และการหย่าร้าง รวมทั้งในบริบท ของอนุสัญญาและตราสารระหว่างประเทศในหลากหลายเรื่องราว โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่อยู่ภายใต้ การจัดทำของที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ดังนั้น เพื่อเป็น การตอบโจทย์หรือปัญหาในการศึกษาวิจัยครั้งนี้ ข้อสรุปในทางปฏิบัติจึงค่อนข้างเด่นชัดและ ตรงไปตรงมา นั่นก็คือ การยกเลิกหลักการย้อนส่งออกจากระบบกลไกของกฎหมายขัดกันมิใช่ เป็นแค่เรื่องความเป็นไปได้หรือไม่ได้เท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติในปัจจุบัน หลักการย้อนส่งกำลังถูก ยกเลิกหรือละทิ้งออกไปจากระบบกลไกของกฎหมายขัดกันเสียแล้ว

ในบริบทของกฎหมายขัดกันของประเทศไทย ซึ่งไม่ปรากฏทั้งทฤษฎีและการปรับใช้ในทาง ปฏิบัติที่แน่ชัดเกี่ยวกับหลักการย้อนส่ง คงมีแต่เพียงมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกัน แห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ที่บัญญัติแก้ไขปัญหากรณีเกิดการย้อนส่งกลับขึ้นเท่านั้น ทั้งใน บทบัญญัติมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ก็ได้บัญญัติยกเว้นหลักการ ย้อนส่งไว้อย่างชัดเจน เช่นนี้แล้ว การนำแนวความคิดในการปฏิเสธหลักการย้อนส่งมาใช้บังคับก็ ย่อมเป็นไปได้ไม่ยากนัก ทั้งจะส่งผลทำให้ การพิจารณาคดีที่มีลักษณะระหว่างประเทศของศาลไทย เป็นไปได้โดยไม่ยุ่งยากเกินความจำเป็น ไม่ติดขัดกับปัญหาการใช้และการพิสูจน์กฎหมาย ต่างประเทศมากเกินไปนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องทางสัญญาที่เกี่ยวข้องกับเจตนาในการเลือก กฎหมายของคู่สัญญา ซึ่งแม้จะมีได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจนแต่ก็ได้รับการ ยอมรับทั้งในทางวิชาการและการตัดสินใจของศาลว่าอยู่ภายใต้หลักปฏิเสธการย้อนส่ง การแก้ไข กฎหมายเพื่อสร้างความชัดเจนในเรื่องนี้จึงเป็นสิ่งที่สมควรกระทำ ทั้งยังจะมีผลเป็นการสร้างความ กระฉ่างชัดไปสู่สายตาคนนาประเทศ โดยเฉพาะหากประเด็นปัญหากฎหมายที่มีลักษณะระหว่าง

ประเทศใด ๆ โยงใยมาสู่การพิจารณากฎหมายของประเทศไทย เช่น การบัญญัติเพิ่มเติมในส่วนของกฎหมายขัดกันว่าด้วยสัญญาว่า ‘การใช้บังคับกฎหมายต่างประเทศ ให้หมายความถึง การใช้บังคับกฎหมายภายในที่ใช้บังคับอยู่ในต่างประเทศนั้น มิใช่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายต่างประเทศว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย’ แต่ทั้งนี้ การจะขยายขอบเขตของการยกเว้นหลักการย้อนส่งไปยังเรื่องเฉพาะอื่น ๆ หรือไม่นั้น ยังคงต้องการการศึกษาวิจัยในรายละเอียดบนพื้นฐานของบริบทรายเรื่องรายกรณีเป็นการเฉพาะต่อไป