การควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณี กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย*

Constitutional Review: Study of Conflict of Laws Rules

มุกกระจ่าง จรณี

Mookkrachang Charani

อาจารย์ประจำ
คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา
169 ถนนลงหาดบางแสน ต.แสนสุข อ.เมือง จ.ชลบุรี
Full-time Lecturer
Faculty of Political Science and Law, Burapha University
Long-Haad Bangsaen Road, Saensuk, Muang, Chonburi
First author Email: mookcharani@gmail.com

อรรัมภา ไวยมุกข์

Awnrumpa Waiyamuk

ผู้ช่วยศาสตราจารย์
คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา
169 ถนนลงหาดบางแสน ต.แสนสุข อ.เมือง จ.ชลบุรี
Assistant Professor
Faculty of Political Science and Law, Burapha University
Long-Haad Bangsaen Road, Saensuk, Muang, Chonburi 20130
Corresponding author Email: awnrumpa@gmail.com

(Received: February 17, 2025; Revised: April 11, 2025; Accepted: May 22, 2025)

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้เป็นงานวิจัยเอกสารซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาประเด็นหลักดังต่อไปนี้

1) บทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายสามารถเป็นวัตถุแห่งการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของไทยได้หรือไม่

2) บทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งกำหนดให้ใช้สัญชาติของสามีเป็นจุดเกาะเกี่ยวในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสและให้ใช้สัญชาติของบิดาในความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรขัดหรือแย้งกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามรัฐธรรมนูญของไทยหรือไม่

* บทความนี้เรียบเรียงจาก รายงานการวิจัย เรื่อง การควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณี กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งได้รับงบประมาณสนับสนุนการวิจัยจากทุนอุดหนุนการวิจัยเงินรายได้ คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา

จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ไม่ควรอยู่นอกขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการเลือกกำหนดจุดเกาะเกี่ยวของแต่ละลักษณะข้อกฎหมายล้วนได้รับอิทธิพลจากข้อความคิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายแพ่งและระบบคุณค่าของสังคมในขณะที่ตรากฎหมาย นอกจากนี้ ยังไม่เคยปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยที่เกี่ยวกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศว่า ศาลอาศัยเหตุผลที่ว่าระบบคุณค่าที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติของกฎหมายขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเพื่อวินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายใดขัดต่อหลักการดังกล่าว แต่จะต้องเป็นกรณีซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ปฏิบัติแตกต่างกันและส่งผลให้บุคคลเสียไปซึ่งสิทธิบางประการอย่างเป็นรูปธรรมด้วยเหตุแห่งเพศ

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ควรนำระบบคุณค่าที่อยู่เบื้องหลังการบัญญัติกฎหมายมาพิจารณาประกอบด้วย นอกจากนี้ ควรแก้ไขจุดเกาะเกี่ยวในกฎหมายขัดกันของไทยให้เป็นกลางทางเพศโดยให้สามารถรองรับการก่อตั้งครอบครัวในบริบทของความหลากหลายทางเพศ

คำสำคัญ: การควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ, กฎหมายขัดกัน, ความเสมอภาคระหว่างเพศ, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, จุดเกาะเกี่ยว

Abstract

This documentary research investigates two principal issues:

1) Whether the provisions of conflict of laws rules may be subject to constitutional review under Thai law; and

2) Whether the provisions that designate the nationality of the husband as the connecting factor in marital relationships and the nationality of the father in parent-child relationships contravene the constitutional principles of gender equality under Thai law.

The study finds that the Conflict of Laws Act B.E. 2481 (1938) ought not to be exempt from constitutional review. This is because the selection of connecting factors for each legal category is influenced by the legal concepts embedded in civil law and the societal value system at the time of enactment. Furthermore, an examination of the Constitutional Court's jurisprudence in Thailand reveals no precedents in which the Court has held that the value system underlying a legal provision contravenes the constitutional principle of gender equality. The Court has instead required a legal provision to prescribe differential treatment resulting in a concrete deprivation of rights on the basis of sex to be deemed unconstitutional.

In light of these findings, the research posits that constitutional review of conflict of laws provisions should encompass an evaluation of the underlying values. It further recommends amending the connecting factors in Thailand's conflict of laws to be gender-neutral, enabling them to accommodate family formation in the context of gender diversity.

Keywords: Constitutional Review, Conflict of Law, Gender Equality, Private International Law, Connecting Factor

1. ความนำ

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of Constitution) เป็นหลักพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญซึ่งมักได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบัน จากผลของหลักการดังกล่าว ทำให้องค์กรทางการเมืองรวมถึงสถาบันหรือองค์กรต่าง ๆ ต้องผูกพันและใช้อำนาจหน้าที่ได้เฉพาะภายในกรอบขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น เมื่อการออกกฎหมายเป็นการใช้อำนาจรัฐประเภทหนึ่ง หากกฎหมายขัดหรือแย้งกับหลักการตามรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมายเช่นว่านั้นจะต้องไม่มีผลบังคับใช้ การจะทำให้หลักการดังกล่าวเกิดผลอย่างเป็นรูปธรรมได้ก็จะต้องมีการออกแบบกลไกการควบคุมตรวจสอบขึ้น เพื่อเป็นหลักประกันสถานะของรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุดของประเทศ มิให้หลักการซึ่งรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญถูกแก้ไขได้โดยกฎหมายธรรมดา กลไกดังกล่าวจึงเป็นหนึ่งในหลักประกันของการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นเป้าหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตย

กลไกการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญที่มีใช้อยู่ในปัจจุบันนี้สามารถทำได้ทั้งกรณีที่ยังเป็นร่างกฎหมาย ที่เรียกว่า ระบบการควบคุมก่อน (*a priori* control) คือ การตรวจสอบร่างกฎหมายที่กำลังอยู่ในกระบวนการนิติบัญญัติว่ามีเนื้อหาสาระขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเรียกว่า "การควบคุมด้านเนื้อหา" และตรวจสอบกระบวนการตราว่าเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเรียกว่า "การควบคุมด้านกระบวนการ" ส่วนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายภายหลังจากการประกาศใช้ (*a posteriori* control) อาจกระทำได้ทั้งกรณีที่ไม่ได้มีคดีความเกิดขึ้นโดยตรง หรือที่เรียกว่า "การควบคุมในเชิงนามธรรม" (Abstract review) และในกรณีที่มีคดีพิพาทเกิดขึ้น และมีประเด็นว่ากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับคดีนั้นน่าจะมีปัญหาความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งถูกเรียกว่า "การควบคุมในเชิงรูปธรรม" (Concrete review) โดยในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ก็จะกำหนดช่องทาง ขั้นตอนกระบวนการริเริ่ม องค์กร ผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบ และผลของการตรวจสอบไว้ ซึ่งอาจมีรายละเอียดแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศและในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ สำหรับประเทศไทย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of Constitution) ได้รับการยืนยันเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 (มาตรา 61) และยังคงปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทุกฉบับจนถึงฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 5 วรรคแรก[1]) ส่วนขั้นตอนกระบวนการต่าง ๆ นั้น ก็อาจมีรายละเอียดแตกต่างกันไปในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ

[1] มาตรา 5 รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ หรือการกระทำใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

หลักการหนึ่งซึ่งมักได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบัน คือ หลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ สำหรับประเทศไทย หลักการดังกล่าวได้รับการรับรองอย่างชัดแจ้งเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 28 วรรคสอง สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันในขณะที่เรียบเรียงงานวิจัยนี้ หลักการดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 27

นอกจากการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว หลักการดังกล่าวยังปรากฏในตราสารระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women หรือ CEDAW) ซึ่งประเทศไทยลงนามรับรองเมื่อพ.ศ. 2528 ดังนั้น หนึ่งในพันธกรณีที่ประเทศไทยจะต้องดำเนินการจากการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวคือการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในเรื่องที่เกี่ยวกับการสมรสและความสัมพันธ์ในครอบครัว ได้แก่ สิทธิในการสมรส การเลือกคู่ครอง การขาดจากการสมรส ความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดา สิทธิและความรับผิดชอบต่อบุตร การเลือกใช้นามสกุล การประกอบอาชีพ การจัดการทรัพย์สินของครอบครัว โดยการปรับปรุงกฎหมายภายในเพื่อขจัดความไม่เท่าเทียม และส่งเสริมความเสมอภาคระหว่างเพศ ผลจากการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวทำให้ประเทศไทยมีการแก้ไขกฎหมายหลายฉบับที่ขัดกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ

ผลจากการรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศทั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ทำให้หลักการดังกล่าวถูกใช้ในการอ้างอิงเพื่อขับเคลื่อนการแก้ไขกฎหมายภายในประเทศในช่องทางต่าง ๆ ให้เกิดความเท่าเทียมระหว่างเพศได้เป็นลำดับ เช่น การปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เมื่อพ.ศ. 2519 โดยกฎหมายใหม่นี้ ได้ยกเลิกบทบัญญัติที่ใช้มาตั้งแต่พ.ศ. 2478 ที่ให้อำนาจแก่สามีในฐานะหัวหน้าครอบครัวในด้านต่าง ๆ เช่น จากเดิมที่จำกัดอำนาจในการทำนิติกรรมของหญิงที่จดทะเบียนสมรสแล้ว เปลี่ยนเป็นกำหนดให้สามีและภริยามีอำนาจจัดการสินสมรสร่วมกันอย่างเท่าเทียมกัน ในเรื่องภูมิลำเนาสามีภริยานั้น จากเดิมที่บัญญัติให้สามีเป็นผู้เลือกที่อยู่เพียงฝ่ายเดียวนั้น ก็ให้ปรึกษาหารือกัน หรือจะมีภูมิลำเนาแยกกันก็ย่อมได้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรนั้น แต่เดิมอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์อยู่กับบิดาฝ่ายเดียว ก็เปลี่ยนให้ทั้งบิดาและมารดาต่างมีอำนาจปกครองบุตรโดยเท่าเทียมกัน เป็นต้น นอกจากนี้ ยังส่งผลให้เกิดการแก้ไขพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 โดยพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 ให้บุตรสามารถได้สัญชาติไทยโดยหลักสายโลหิตจากทั้งทางบิดาและมารดาโดยเท่าเทียมกัน การแก้ไขพระราชบัญญัติชื่อบุคคล โดยพระราชบัญญัติชื่อบุคคล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2548 ยกเลิกการบังคับให้หญิงที่สมรสแล้วต้องใช้ชื่อสกุลของสามี เป็นการกำหนดให้หญิงที่สมรสแล้วสามารถเลือกใช้ชื่อสกุลของตนเอง และชายที่สมรสแล้วสามารถเลือกใช้ชื่อสกุลของภริยาได้อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน การประกาศใช้พระราชบัญญัติคำนำหน้านามหญิง พ.ศ. 2551 โดยมีสาระสำคัญคือให้หญิงที่สมรสแล้วเลือกใช้คำนำหน้านามได้โดยอิสระโดยไม่ต้องถูกบังคับให้ใช้คำว่า “นาง” เป็นคำนำหน้าอีกต่อไป ตลอดจนการบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสและการกระทำความรุนแรงในครอบครัวเป็นความผิดอาญา เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวและการสมรสให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศที่ผ่านมานั้นยังคงจำกัดอยู่เฉพาะกฎหมายสารบัญญัติในแง่มุมต่าง ๆ มิได้รวมถึงบทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งเป็นกฎหมายที่อาจจะนำมาใช้บังคับในกรณีที่ศาลไทยต้องวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางครอบครัวที่มีองค์ประกอบเกี่ยวข้องกับหลายประเทศ กล่าวคือ ในกรณีที่คู่สมรสไม่มีสัญชาติร่วมกันและภริยามิได้ได้มาซึ่งสัญชาติแห่งสามีโดยการสมรส มาตรา 21 วรรคสอง และมาตรา 22 วรรคสองของพระราชบัญญัติดังกล่าว กำหนดว่าให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามี[2] นอกจากนี้ ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 30 วรรคแรก กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติบิดา ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวสะท้อนโครงสร้างของกฎหมายครอบครัวของไทยในขณะที่มีการตราพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยยังไม่ได้รับการแก้ไขให้สอดคล้องกับโครงสร้างกฎหมายครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ไม่เคยปรากฏอยู่ในขอบเขตของการเรียกร้องให้มีการแก้ไขกฎหมายที่ยังไม่สอดคล้องกับหลักดังกล่าวผ่านกลไกการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในส่วนอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) ที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี ก็ยังมิได้มีการเรียกร้องอย่างชัดแจ้งให้รัฐภาคีจะต้องดำเนินการแก้ไขในส่วนกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายด้วยแต่อย่างใดและศาลรัฐธรรมนูญของไทยยังไม่เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ทั้งนี้อาจเนื่องจากเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตามพระราชบัญญัติดังกล่าว มิได้บัญญัติถึงสิทธิหน้าที่ของคู่สมรสโดยตรงดังเช่นกฎหมายสารบัญญัติ แต่จะทำหน้าที่เป็นเพียง “ป้ายบอกทาง” เพื่อกำหนดให้นำกฎหมายสารบัญญัติภายในของรัฐหนึ่ง ๆ เพียงรัฐเดียว ท่ามกลางระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์นั้น ๆ มาบังคับใช้ ในท้ายที่สุดแล้วประเด็นว่าสิทธิหน้าที่ของสามีและภริยาตามกฎหมายระหว่างกันมีความเท่าเทียมเสมอภาคหรือไม่ จึงขึ้นอยู่กับเนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่บทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวชี้ให้ใช้กล่าวคือ กฎหมายสารบัญญัติภายในว่าด้วยครอบครัวของประเทศที่สามีหรือบิดาถือสัญชาติ ถึงแม้ว่าจากพัฒนาการในกฎหมายต่างประเทศ ความไม่สอดคล้องของบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายลักษณะดังกล่าวกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศจะเป็นที่ประจักษ์ในมุมมองของนักกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ[3] แต่จากการสำรวจสารสนเทศในมุมมองของกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย ยังไม่พบว่ามีการศึกษาประเด็นดังกล่าวอย่างเป็นระบบ จึงนำมาสู่ประเด็นคำถามงานวิจัยนี้จำนวนสองประเด็นหลักที่เชื่อมโยงกันได้แก่

---

[2] เว้นแต่ความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ตามมาตรา 22 วรรคสาม

[3] Prasit Pivavatnapanich, **Some Legislative Proposals for Reforming the Thai Conflict of Law B.E. 2481 : A Comparative and International Perspective**, (Bangkok: The Research Promotion Committee Faculty of Law, Thammasat University, 2021), p.45.

1) ระบบและกลไกของการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญของไทยรองรับหรือมีอุปสรรคทางใดหรือไม่ต่อกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กล่าวคือ บทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย หรือ “กฎหมายขัดกัน” นั้นเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่อยู่ในขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะเหตุใด

2) หากบทบัญญัติดังกล่าวอยู่ในขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หลักความเสมอภาคระหว่างเพศและหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตามรัฐธรรมนูญมีขอบเขตของเนื้อหาและข้อเรียกร้องครอบคลุมการบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในลักษณะดังกล่าวในระบบกฎหมายไทยหรือไม่ บทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่

2. ขอบเขตการวิจัย

งานวิจัยนี้ศึกษาการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายโดยเน้นศึกษาความสอดคล้องของบทบัญญัติที่กำหนดให้ใช้กฎหมายสัญชาติสามีหรือสัญชาติบิดาในการวินิจฉัยประเด็นความสัมพันธ์ทางครอบครัวกับหลักความเสมอภาคและหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตามรัฐธรรมนูญ

3. วิธีการวิจัย

ศึกษาโดยวิธีการวิจัยกฎหมาย โดยใช้การวิจัยเอกสารในการศึกษาและเก็บรวบรวมข้อมูล จากเอกสารชั้นต้น ได้แก่ ตัวบทกฎหมาย คำพิพากษา คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ และเอกสารชั้นรอง ได้แก่ หนังสือ ตำราทางวิชาการ งานวิจัย บทความวิชาการ และ เอกสารต่าง ๆ นำข้อมูลที่รวบรวมมาวิเคราะห์ตีความ หลักการ ทฤษฎี และการให้เหตุผลทางกฎหมาย (Doctrinal analysis) และวิเคราะห์เปรียบเทียบ (Comparative analysis) ตลอดจนสังเคราะห์เพื่อตอบคำถามงานวิจัย

4. กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกับการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ

4.1 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายและข้อพิจารณาทางสารบัญญัติที่ปรากฏในกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

เมื่อต้องวินิจฉัยข้อพิพาทตามกฎหมายเอกชนที่มีความเกี่ยวข้องกับหลายประเทศ ตัวอย่างเช่น กรณีมีประเด็นพิพาทเรื่องสิทธิในทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสที่ต่างฝ่ายต่างมีสัญชาติแตกต่างกัน และอาจมีทรัพย์สินตั้งอยู่ในหลายประเทศ โดยหลักการแล้วทำให้มีกฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยครอบครัวของหลายประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง กรณีดังกล่าวจึงถือว่ามี “การขัดกันแห่งกฎหมาย” เกิดขึ้น ในการวินิจฉัยคดีพิพาทดังกล่าว เราจำเป็นต้องทราบให้ได้ก่อนว่าจะใช้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศใดที่อาจมีความเกี่ยวข้อง

กับข้อพิพาทมากบ้างน้อยบ้างมาปรับกับคดีที่ดังกล่าว กล่าวคือ ในการแก้ปัญหา “การขัดกันแห่งกฎหมาย” ดังกล่าว จึงจำเป็นต้องมีวิธีการหรือเครื่องมือช่วยในการตัดสินใจที่เรียกว่า “กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย” (Conflict of laws rules)

สำหรับประเทศไทยมีกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 20 มีนาคม พุทธศักราช 2481 จนถึงปัจจุบันโดยยังไม่เคยมีการแก้ไขปรับปรุง พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติทั้งหมด 42 มาตรา แบ่งออกเป็น 6 ภาค ซึ่งมีการวางโครงสร้างให้สอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบไปด้วย ภาค 1 บททั่วไป ภาค 2 สถานะและความสามารถของบุคคล ภาค 3 หนี้ ภาค 4 ทรัพย์ ภาค 5 ครอบครัว ภาค 6 มรดก โดย ศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัยได้อธิบายว่า “การจัดแบ่งหมวดหมู่เช่นนี้ มิใช่เป็นแต่เพียงรูปร่างภายนอกเท่านั้น แม้ข้อความที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ในบรรพใด ๆ ก็ได้พยายามบัญญัติลงไว้ในภาคต่าง ๆ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายขัดกันนี้เพื่อให้ตรงกันด้วย”[4]

โดยรูปแบบของบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติดังกล่าวส่วนใหญ่แล้วจะอยู่ในรูปแบบบทบัญญัติ “สองด้าน” (Bilateral rules) หรือบทบัญญัติ “พร้อมบูรณ์” (All sided rules)[5] ตามแนวคิดของ Friedrich Carl von Savigny (1779 - 1861) ซึ่งให้ความสำคัญกับการค้นหาจุดที่ตั้ง (Sitz) ของนิติสัมพันธ์ โดยในแนวคิดแบบดั้งเดิม (Traditional approach) ซึ่งเป็นพื้นฐานของพระราชบัญญัติดังกล่าว[6] จะตั้งอยู่บนฐานคิดที่ว่ากฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศ (Lex causae) มีฐานะเทียบเท่ากฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดี (Lex fori) จากลักษณะที่เป็นนามธรรม (Abstract) ของบทบัญญัติทำให้มีสถานะเสมือนเป็นป้ายบอกทางสำหรับผู้ปรับใช้กฎหมายว่าจะต้องนำกฎหมายสารบัญญัติของประเทศใดมาใช้บังคับซึ่งอาจเป็นกฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศ (Lex causae) หรือกฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดี (Lex fori) ก็ได้ โดยในขั้นตอนการปรับใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายจะไม่มีการนำข้อพิจารณาถึงผลในสารบัญญัติมาประกอบการปรับใช้ แต่ขั้นตอนดังกล่าวเป็นเพียงกระบวนการทางเทคนิคเพื่อค้นหาจุดที่ตั้งของนิติสัมพันธ์นั้น ๆ ผ่านจุดเกาะเกี่ยว (Connecting factor) เท่านั้นโดยไม่มีการให้ความสนใจต่อผลของคดี ซึ่งจะเป็นหน้าที่ในลำดับถัดไปของกระบวนการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติซึ่งกฎหมายขัดกันชี้ให้ใช้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ โดยหลักการในมุมมองแบบดั้งเดิมนั้น ผู้ใช้กฎหมายจะไม่นำผลของคดีในขั้นตอนการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติมาประกอบการวินิจฉัยในขั้นตอนการปรับใช้กฎหมายขัดกันเพื่อค้นหาว่าจะต้องนำกฎหมายภายในของประเทศใดมาใช้บังคับ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าในทางทฤษฎีนั้น ความยุติธรรมของกฎหมายขัดกัน

---

[4] สายหยุด แสงอุทัย, **การขัดกันแห่งกฎหมาย : หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา**, (โรงพิมพ์สยามพณิชยการ, 2482), หน้า 21.

[5] ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, **คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล**, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), หน้า 141.

[6] กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, **คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1 : การขัดกันแห่งกฎหมาย**, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2564), หน้า 221.

(Conflict justice) และ ความยุติธรรมในทางสารบัญญัติ (Substantive or material justice) ปรากฏอยู่คนละขั้นตอนของการวินิจฉัยและแยกออกจากกันอย่างชัดเจน[7]

อย่างไรก็ตาม การตราบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายแม้ในรูปแบบของบทบัญญัติพร้อมบูรณ์ในมุมมองแบบดั้งเดิมก็มิได้ปราศจากอิทธิพลของคุณค่าทางสังคมที่อยู่เบื้องหลัง โดยเฉพาะการเลือกใช้ “จุดเกาะเกี่ยว” ในบทบัญญัติกฎหมายขัดกันอาจสะท้อนแนวคิดในกฎหมายสารบัญญัติหรือลักษณะของโครงสร้างทางสังคมหรือสถาบันทางสังคมในประเทศและยุคสมัยหนึ่ง ๆ เช่น การกำหนดจุดที่ตั้งสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสซึ่งมีคู่กรณีอย่างน้อยสองคนให้อยู่ที่สามี การกำหนดให้จุดที่ตั้งสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีคู่กรณีอย่างน้อยสามคนให้เป็นไปตามกฎหมายของบิดา การกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวเฉพาะตัว (Personal connecting factor) ของสามีหรือบิดาไม่ว่าจะเป็นสัญชาติหรือภูมิลำเนาก็มีผลมาจากแนวคิดโครงสร้างของสถาบันครอบครัวที่เป็นลำดับชั้นและสามีถูกจัดวางให้เป็นศูนย์กลางของสถาบันครอบครัว[8] จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายหรือ “กฎหมายขัดกัน” มิได้ปราศจากข้อพิจารณาในทางสารบัญญัติที่อยู่เบื้องหลังการกำหนดรูปแบบของบทบัญญัติและการเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยว นอกจากนี้ ยังปฏิเสธไม่ได้ว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายล้วนได้รับอิทธิพลจากคุณค่าทางสังคมซึ่งกฎหมายภายในพยายามปกป้อง[9] การตระหนักถึงความสัมพันธ์ดังกล่าวได้นำมาสู่การยอมรับให้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเข้ามาอยู่ในขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

4.2 การยอมรับให้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเข้ามาอยู่ในขอบเขตของการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญในกฎหมายต่างประเทศ

หลักการตามรัฐธรรมนูญและกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายสามารถมีความสัมพันธ์กันได้ในหลากหลายมิติ สำหรับประเด็นการยอมรับให้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเข้ามาอยู่ในขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยหลักการตามรัฐธรรมนูญที่สามารถนำมาเป็นกรณีศึกษาสำหรับระบบกฎหมายไทยนั้น[10] สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศที่เกิดพัฒนาการทางความคิดที่น่าสนใจ

---

[7] Gerhard Kegel, “The Crisis of Conflict of Laws (Volume 112),” in **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, ed. Hague Academy of International Law (Brill | Nijhoff, 1964), p.184-185; Symeon C. Symeonides, “Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law,” in **International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger**, eds. Patrick Borchers and Joachim Zekoll (Leiden: Brill | Nijhoff, 2021), p.126-127; Bernard Audit and Louis d’Avout, **Droit International Privé**, (Paris: LGDJ, 2022), p.162.

[8] Julio D. González Campos, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé (Volume 287),” in **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, ed. Hague Academy of International Law (Brill, 2000), p.227; Jacques Foyer, “Problèmes de conflits de lois en matière de filiation (Volume 193),” in **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, ed. Hague Academy of International Law (Brill, 1985), p.18-20.

[9] Yvon Loussouarn, “La règle de conflit est-elle une règle neutre ?”, in **Travaux du Comité français de droit international privé** 3, 2 (1981), p.49.

[10] เนื่องจากประเทศไทยเป็นรัฐเดี่ยวและมีกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเพียงระบบเดียวในประเทศ ในงานวิจัยนี้

ผ่านคำวินิจฉัยของศาล โดยประเด็นข้อโต้แย้งเรื่องหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ที่เคยบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับบทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ได้มีโอกาสถูกนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (Bundesgerichtshof หรือ BGH)[11] ตั้งแต่ช่วงกลางศตวรรษที่ 20 อย่างไรก็ตาม ในขณะนั้น ศาลยังคงไม่รับฟังข้อต่อสู้ในประเด็นเรื่องความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายโดยให้เหตุผลว่าบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมีลักษณะเฉพาะและการปรับใช้กฎหมายสัญชาติของฝ่ายชายก็ไม่ได้ทำให้ฝ่ายหญิงเป็นฝ่ายเสียเปรียบเสมอไป และอาจเป็นคุณแก่ฝ่ายหญิงมากกว่าการปรับใช้กฎหมายสัญชาติของฝ่ายหญิงเองก็เป็นได้[12]

จึงเลือกกรณีศึกษาจากต่างประเทศในประเด็นการควบคุมมิให้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในรัฐที่ระบบกฎหมายขัดกันมีความเป็นเอกภาพ (Unified legal systems) กล่าวคือ ในกรณีของรัฐเดี่ยว หรือสหพันธรัฐที่อำนาจการตรากฎหมายขัดกันไม่ได้อยู่ที่มลรัฐหรือมณฑล สำหรับการควบคุมมิให้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญนั้น มีประเด็นที่เกิดขึ้นเฉพาะสำหรับรัฐที่ระบบกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้เป็นเอกภาพทั้งหมด (Non-unified legal systems) กล่าวคือ กรณีสหพันธรัฐที่อำนาจในส่วนการบัญญัติกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่ที่มลรัฐหรือมณฑล หากนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่เกิดขึ้นมีความเกี่ยวข้องกับสองมลรัฐหรือสองมลฑลขึ้นไปก็จะทำให้เกิดการขัดกันแห่งกฎหมายระหว่างมลรัฐหรือระหว่างมณฑล (Interstate or interprovincial conflict of laws) นอกจากนี้ ในระบบดังกล่าวอำนาจในการบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายก็มักจะอยู่ที่มลรัฐหรือมณฑลอีกด้วย สถานการณ์ดังกล่าวทำให้เกิดประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายขัดกันที่ตราขึ้นโดยมลรัฐหรือมณฑล รวมถึงการตัดสินคดีที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีองค์ประกอบเกี่ยวข้องกับสองมลรัฐหรือสองมณฑลขึ้นไป โดยศาลของมลรัฐหรือศาลของมณฑล โดยหลักการต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ เช่น Due Process และ Full Faith and Credit มักถูกทำให้เป็นเครื่องมือสำหรับการจำกัดอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐหรือมณฑลในการตรากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายรวมถึงอำนาจของศาลของมลรัฐหรือศาลมณฑลในการตัดสินคดีลักษณะดังกล่าวว่าจะใช้กฎหมายสารบัญญัติของมลรัฐหรือของมณฑลใดโดยเฉพาะกรณีที่นำไปสู่การปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติของมลรัฐหรือมณฑลตนเองโดยไม่สมควร โปรดดู Peter E. Herzog, “Constitutional Limits on Choice of Law (Volume 234),” in **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, ed. Hague Academy of International Law (Brill, 1992), Chapter I-II สำหรับสหรัฐอเมริกา โปรดดู Robert A. Leflar, “Constitutional Limits on Free Choice of Law”, in **Law and Contemporary Problems** 28, 4 (1963), p.706-731; James A. Martin, “Constitutional Limitations on Choice of Law”, in **Cornell Law Review** 61, 2 (1976), p.185-230; Robert A. Leflar, “Choice of Law: State’s Rights”, in **Hofstra Law Review** 10, 1 (1981), p.203-211; J. Cary Ross, “Conflicts-Choice of Law: A New Constitutional Standard”, in **Florida Law Review** 33, 4 (1981), p.628-641; Robert A. Sedler, “Constitutional Limitations on Choice of Law; the Perspective of Constitutional Generalism”, in **Hofstra Law Review** 10, 1 (1981), p.59-101. สำหรับแคนาดาและเครือรัฐออสเตรเลีย โปรดดู J.-G. Castel, “Constitutional Aspects of Private International Law in Australia and in Canada,” in **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, ed. Hague Academy of International Law (Brill | Nijhoff, 1969); John Swan, “The Canadian Constitution, Federalism and the Conflict of Laws”, in **The Canadian Bar Review** 63, 2 (1985), p.271-321.; Jeremy Kick, “Conflict and Choice of Law within the Australian Constitutional Context”, in **Federal Law Review** 31, 2 (2003), p.247-298.

[11] เนื่องจากกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche หรือ EGBGB) เป็นกฎหมายที่มีมาก่อนรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland หรือ GG) ดังนั้น ศาลสูงแห่งสหพันธรัฐ (Bundesgerichthoff หรือ BGH) จึงมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบเป็นรูปธรรมได้

[12] แนวคำพิพากษาดังกล่าวปรากฏอย่างต่อเนื่องในคำพิพากษาของศาลสูงแห่งสหพันธรัฐ (BGH) ตัวอย่างเช่น BGH 18 มกราคม 1954, NJW, 1954, 837 ; BGH 29 เมษายน 1964, BGHZ 42, 7 ; BGH, 22 มีนาคม 1967, BGHZ, 47, 324 ; BGH 17 กันยายน 1968, BGHZ, 50, 370, 373 ; BGH 18 มิถุนายน 1970, BGHZ, 54, 132, 136.

ในส่วนของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht หรือ BVerfG) คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 636/68 ลงวันที่ 4 พฤษภาคม ค.ศ. 1971[13] ในคดีที่รู้จักกันในชื่อ “Spanier-Beschluss” ถือเป็นคำวินิจฉัยแรกที่รับรองว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอยู่ในขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายภายในของรัฐดังเช่นบทบัญญัติประเภทอื่น ๆ โดยนำเสนอแนวทางใหม่ในการให้เหตุผลต่อประเด็นดังกล่าว ซึ่งก็ได้มีอิทธิพลต่อการเขียนคำวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวสำหรับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศอื่น ๆ โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลีและราชอาณาจักรสเปนในเวลาต่อมา

มีข้อสังเกตว่าในคำวินิจฉัยที่ 1 BvR 636/68 ค.ศ. 1971 ดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มิได้วินิจฉัยว่า มาตรา 13(1) กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ซึ่งกำหนดจุดเกาะเกี่ยว (Connecting factor) ในกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of laws rules) ให้เรื่องความสามารถและเงื่อนไขของการสมรสเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของคู่กรณีแต่ละฝ่ายนั้นขัดรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) แต่ได้วินิจฉัยว่าการปรับใช้กฎหมายสเปนซึ่งเป็นกฎหมายต่างประเทศมีผลทำให้หญิงชาวเยอรมันไม่สามารถสมรสกับคู่หมั้นของเธอได้ ซึ่งถือเป็นการละเมิดเสรีภาพในการสมรสของหญิงสัญชาติเยอรมัน ซึ่งได้รับการรับรองตามมาตรา 6(1) แห่งรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ทำการวินิจฉัยว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งบัญญัติให้ความสัมพันธ์ภายในครอบครัวเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของสามีหรือสัญชาติของบิดาขัดกับรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในค.ศ. 1983 ตามมาด้วยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของอิตาลีและสเปนตามลำดับ[14]

อย่างไรก็ตาม ความสำคัญของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ 1 BvR 636/68 ค.ศ. 1971 คือการที่ศาลเน้นย้ำหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยรับรองเป็นครั้งแรกว่า กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศเยอรมัน รวมถึงกฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่ต้องใช้บังคับอยู่ในขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ มีข้อสังเกตว่าในคำวินิจฉัยนี้ ศาลอาจวินิจฉัยเฉพาะผลของการปรับใช้กฎหมายสเปนว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญเรื่องเสรีภาพในการสมรสเพียงอย่างเดียวก็สามารถกระทำได้ แต่การที่ศาลพยายามให้เหตุผลในคำวินิจฉัยนี้ในประเด็นเกี่ยวกับมาตรา 13 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ด้วย น่าจะเป็นผลจากความต้องการทำให้เกิดความชัดเจนว่าบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอยู่ในขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ดังเช่นบทบัญญัติอื่น ๆ[15] ซึ่งในขณะนั้นถือเป็นการเปิดมุมมองใหม่ให้กับกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ โดยที่ในปัจจุบันประเด็นดังกล่าวไม่ถูกตั้งข้อสงสัยแล้วในปัจจุบัน[16] โดยศาลปฏิเสธเหตุผลเรื่องลักษณะเฉพาะของกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ และเหตุผลเรื่องความเป็นกลาง ไม่สนใจต่อผลของคดีของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งเป็นเหตุผลที่ศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์

---

[13] BVerfGE 31, 58

[14] โปรดดู หัวข้อที่ 5

[15] Peter E. Herzog, “Constitutional Limits on Choice of Law (Volume 234),” in **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, ed. Hague Academy of International Law, p.314.

[16] Johan Meeusen, “Le droit international privé et le principe de non-discrimination (Volume 353),” in **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, ed. Hague Academy of International Law (Brill, 2012), p.50-52.

(BGH) มักนำมาใช้เพื่อไม่รับฟังข้อโต้แย้งเรื่องความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) คำวินิจฉัยดังกล่าวถือเป็นการเปิดประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญกับการปรับใช้กฎหมายเอกชนระหว่างประเทศเป็นครั้งแรกซึ่งถือเป็นก้าวที่สำคัญของวงการกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ[17]

4.3 บทวิเคราะห์เรื่องการยอมรับให้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเข้ามาอยู่ในขอบเขตของการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญในกฎหมายไทย

ในบริบทของกฎหมายไทยบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย สามารถเป็น “วัตถุแห่งคดี” ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจตรวจสอบได้หรือไม่ โดยมีประเด็นให้ต้องพิจารณาต่อไปนี้

1) บทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ถือเป็น “กฎหมาย” ที่เป็นวัตถุแห่งการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่

ปัญหาว่า “กฎหมาย” คืออะไร ถือเป็นปัญหาพื้นฐานในทางนิติปรัชญาและทางวิชาการซึ่งยากที่จะให้คำตอบอันเป็นที่ยุติเด็ดขาดได้ สำหรับการวิจัยนี้จะกำหนดขอบเขตของการศึกษาถึงนิยามของ “กฎหมาย” ในฐานะที่เป็นวัตถุแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความหมายของ “กฎหมาย” ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเอาไว้ว่า จะต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วย่อมหมายถึงพระราชบัญญัติโดยนอกจากจะหมายถึงพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่องแล้วยังรวมไปถึงประมวลกฎหมายด้วย[18] โดยหลังจากที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา ได้มีพระราชบัญญัติเพิ่มขึ้นอีกประเภทหนึ่ง เรียกว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งยังคงปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาด้วยจนถึงปัจจุบัน นอกจากกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติแล้ว “กฎหมาย” ในความหมายดังกล่าว ยังประกอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยให้กฎหมายนั้นมีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติด้วย อันได้แก่ พระราชกำหนด[19] และพระราชกฤษฎีกาในบางกรณี[20]

---

[17] Rainer Hofmann, “Human rights and the ordre public clause of German private international law”, in **Tel Aviv University Studies in Law** 12 (1994), p.148-149; Patrick Kinsch, “Droits de l’homme, droits fondamentaux et droit international privé (Volume 318),” in **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, ed. Hague Academy of International Law (Brill, 2005), p.140.

[18] ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2541 ได้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 34-53/2543 ได้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ได้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประมวลกฎหมายอาญา คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 ได้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประมวลกฎหมายแพ่ง เป็นต้น

[19] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ยืนยันว่า “พระราชกำหนด” มีสถานะเป็น “กฎหมาย” ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9-10/2544 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 57/2545 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 29-30/2547 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2552 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2553 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5-7/2562 คำวินิจฉัยรัฐธรรมนูญที่ 7/2566 เป็นต้น

[20] ศาลรัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้เคยมีคำวินิจฉัยที่ 5/2557 ว่าพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 บางมาตรามีสถานะเป็น “กฎหมาย” ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วย

จากการศึกษาหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย ในประเด็นขอบเขตของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมาย” นั้น ไม่พบว่ามีอุปสรรค ในการที่กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งถูกบรรจุไว้ในกฎหมาย ซึ่งในปัจจุบัน ได้แก่ พระราช บัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 และหากในอนาคต มีการปรับปรุงแก้ไข หรือ ยกเลิกกฎหมายฉบับดังกล่าว และมีการตรากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้นมาใหม่ ไม่ว่าโดย พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือ บรรจุอยู่ในประมวลกฎหมายก็ตาม ก็ยังคงอยู่ในขอบเขตอำนาจ ของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ เนื่องจากมีสถานะเป็น “กฎหมาย” ตาม ความหมายของการวัตถุแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ

2) สำหรับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหลังการประกาศใช้กฎหมายทั้งแบบนามธรรม (Abstract review) ซึ่งเป็นการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับทั่วไปและการควบคุม ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบเป็นรูปธรรม (Concrete review) ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย พุทธศักราช 2560 คู่ความมีสิทธิโต้แย้งต่อศาลที่พิจารณาคดีว่ากฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีของ ตนนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลที่พิจารณาคดีส่งคำโต้แย้งดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย รวมถึงกรณีศาลที่พิจารณาคดีใช้สิทธิเสนอคดีเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมายที่ตนจะใช้บังคับแก่คดีนั้น มีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่ง กฎหมายเข้านิยาม “กฎหมายที่มีผลใช้บังคับทั่วไป” หรือ “กฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี” ด้วยหรือไม่ จากการสำรวจคำอธิบายของการหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของนักกฎหมายในประเทศไทย มักอธิบายว่า ได้แก่ กฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติเท่านั้นโดยไม่ได้กล่าวถึง “กฎเกณฑ์ ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย”[21] อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอยู่ ในนิยาม “กฎหมายที่มีผลใช้บังคับทั่วไป” และ “กฎหมายที่ศาลสามารถนำมาปรับกับคดี” ด้วยเช่นกัน เนื่องจากพระราชบัญญัติดังกล่าวได้รับความเห็นชอบจากสภา ประกาศใช้แล้วและยังไม่สิ้นผลบังคับจึงเข้า นิยาม “กฎหมายที่มีผลใช้บังคับทั่วไป” และหากเมื่อข้อพิพาทมีลักษณะเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ (Foreign elements) อันตกอยู่ภายใต้ขอบเขตสภาพบังคับของพระราช บัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 คู่ความย่อมสามารถกล่าวอ้างบทบัญญัติดังกล่าว โดยการปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายขัดกันดังกล่าวอาจนำไปสู่การปรับใช้กฎหมายต่างประเทศ หรือกฎหมาย ไทยก็ได้ หากในการพิจารณาคดีคู่ความมีการกล่าวอ้างบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่ง กฎหมาย พุทธศักราช 2481 หรือเป็นกรณีที่ศาลหยิบยกบทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นมา วินิจฉัยเอง[22] ก็จะเข้านิยาม “กฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี” ซึ่งหมายถึง “บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่

รัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชกำหนด สำหรับข้อวิพากษ์ต่อคำวินิจฉัย ดังกล่าว โปรดดู ธีระ สุธีวรางกูร, **รายงานการวิจัย ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลัง ประกาศใช้บังคับ**, (กรุงเทพฯ: คณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), หน้า 22-28.

[21] ธีระ สุธีวรางกูร, **รายงานการวิจัย ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลัง ประกาศใช้บังคับ**, หน้า 38.

[22] ถึงแม้ว่าระบบกฎหมายขัดกันไทยจะถูกจัดอยู่ในกลุ่มระบบ “ทางเลือก” เหมือนอย่างกฎหมายขัดกันอังกฤษ โปรดดู ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, **คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล**, หน้า 140. และ กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, **คำอธิบาย กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1 : การขัดกันแห่งกฎหมาย**, หน้า 263. ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่ากรณีที่คดีพิพาท “มีลักษณะเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศอันตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

ศาลจะต้องนำมาใช้เป็นฐานในการพิจารณาพิพากษาคดีที่ตนต้องพิจารณาพิพากษา”[23] ด้วยเช่นกันไม่ว่าการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวในท้ายที่สุดจะนำไปสู่การใช้กฎหมายไทย (Lex fori) หรือกฎหมายต่างประเทศ (Lex causae) รวมถึงกรณีที่การปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายขัดกันที่ถูกกล่าวอ้างหรือหยิบยกขึ้นมาจะนำไปสู่การใช้กฎหมายต่างประเทศแต่คู่ความมิได้พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ หรือไม่สามารถพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ซึ่งในท้ายที่สุดจะต้องนำไปสู่การปรับใช้กฎหมายไทยแทนตามมาตรา 8 ก็ตาม[24] เนื่องจากผู้วิจัยเห็นว่าเป็นกรณีที่บทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ได้อยู่ในสถานะของฐานในการพิจารณาพิพากษาคดีแล้วเพียงแต่ผลของมาตรา 8 พระราชบัญญัติเดียวกันนี้ได้กำหนดให้ศาลจำต้องกลับมาใช้กฎหมายไทยแทนที่จะเป็นกฎหมายต่างประเทศที่บทบัญญัติกฎหมายขัดกันชี้ให้ใช้ ในทางตรงกันข้ามหากแม้คดีมีลักษณะระหว่างประเทศหรือมีองค์ประกอบต่างประเทศแต่ไม่มีคู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างและศาลก็มิได้หยิบยกบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวขึ้นวินิจฉัย ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีเสมือนอย่างคดีแพ่งธรรมดา ๆ[25] โดยไม่ได้ใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 กรณีย่อมไม่เข้านิยาม “กฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี” ที่จะสามารถโต้แย้งหรือเสนอคดีเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติพระราชบัญญัติดังกล่าวแบบเป็นรูปธรรมได้

นอกจากนี้ การที่บทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไม่ได้เป็นกฎหมายที่กำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคลโดยตรง แต่เป็นเพียงเครื่องมือในการค้นหากฎหมายที่จะต้องนำมาใช้บังคับ ไม่ควรเป็นเหตุที่จะทำให้บทบัญญัติลักษณะดังกล่าวอยู่นอกขอบเขตการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการตรากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายทั้งการเลือกใช้รูปแบบของบทบัญญัติ รวมถึงการเลือกกำหนดจุดเกาะเกี่ยวของแต่ละลักษณะข้อกฎหมาย ไม่ได้เกิดขึ้นโดยปราศจากอิทธิพลของข้อความคิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายแพ่ง แนวคิดหรือคุณค่าของสังคมที่ได้รับการยอมรับในขณะที่มีการตรากฎหมายหรือแม้แต่ความพยายามให้การปรับใช้กฎหมายเกิดผลบางประการ

3) สำหรับประเด็นเรื่องช่องทางการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ก็ต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นกำหนด สำหรับ

พ.ศ. 2481” ศาลสามารถหยิบยกบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวขึ้นวินิจฉัยได้เองแม้ไม่มีคู่ความฝ่ายใดยกขึ้นกล่าวอ้าง แต่หน้าที่การนำสืบกฎหมายต่างประเทศยังคงอยู่ที่คู่ความ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11311/2555 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9681/2557 เป็นต้น

[23] ธีระ สุธีวรางกูร, **รายงานการวิจัย ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้บังคับ**, หน้า 38.

[24] มีกรณีที่ศาลใช้วิธียกฟ้อง กล่าวคือ กรณีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11311/2555 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9681/2557 ซึ่งเป็นคดีฟ้องหย่าโดยที่คู่สมรสอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งไม่ได้มีสัญชาติไทย โดยคู่ความไม่ได้นำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ากฎหมายสัญชาติของคู่กรณีฝ่ายที่ไม่ได้มีสัญชาติไทยยอมให้หย่าได้ ตามมาตรา 27 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ที่บัญญัติว่า “ศาลไทยจะไม่พิพากษาให้หย่ากัน เว้นแต่กฎหมายสัญชาติแห่งสามีและภริยาทั้งสองฝ่ายยอมให้หย่าได้” มีข้อสังเกตว่ารูปแบบการเขียนบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้เป็นการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวสำหรับการวินิจฉัยคดีเรื่องการหย่าซึ่งปรากฏในวรรคสองที่บัญญัติว่า “เหตุหย่าให้เป็นไปตามกฎหมายไทย” แต่เป็นการกำหนดขอบเขตอำนาจของศาลไทยในการพิจารณาคดีฟ้องหย่าในกรณีที่ข้อเท็จจริงมีองค์ประกอบต่างประเทศอันเข้าขอบเขตสภาพบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481

[25] ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, **คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล**, หน้า 140.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในกรณีการตรวจสอบกฎหมายที่ผ่านการอนุมัติจากรัฐสภาที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันแบบ “นามธรรม” กล่าวคือ เป็นกรณีที่ยังไม่ได้อยู่ระหว่างการพิจารณาพิพากษาคดีโดยอาศัยกฎหมายดังกล่าว จะต้องดำเนินการผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินตามมาตรา 231(1) โดยเมื่อได้รับข้อร้องเรียนจากประชาชนผู้ที่ได้รับผลกระทบจากกฎหมาย และผู้ตรวจการแผ่นดินใช้ดุลพินิจพิจารณาแล้วเห็นว่ากฎหมายนั้นอาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ก็สามารถเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ได้ สำหรับช่องทางการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายแบบ “รูปธรรม” อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ข้อพิพาทที่เป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ (Foreign elements) อันตกอยู่ภายใต้ขอบเขตสภาพบังคับของพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยอาจเป็นคู่ความที่ใช้สิทธิโต้แย้งต่อศาลที่พิจารณาคดีว่าบทบัญญัติหนึ่ง ๆ หรือหลายบทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีของตนนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลที่พิจารณาคดีส่งคำโต้แย้งดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย หรือศาลที่พิจารณาคดีก็สามารถใช้สิทธิเสนอคดีเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตนจะใช้บังคับแก่คดีโดยที่คู่ความไม่จำเป็นต้องร้องขอ ตามมาตรา 121 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้เช่นกัน สำหรับประเด็นว่าคู่ความในคดีที่อยู่ในขอบเขตสภาพบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 อาจเป็นชาวต่างชาติจะเป็นข้อจำกัดของการยื่นคำร้องขอให้ศาลวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ต่อประเด็นดังกล่าว เนื่องจากสิทธิในการยื่นคำร้องดังกล่าวปรากฏอยู่ในหมวด 11 ว่าด้วย “ศาลรัฐธรรมนูญ” โดยไม่ได้มีการบัญญัติเฉพาะเจาะจงไว้ว่าเป็นสิทธิที่สงวนไว้สำหรับคู่ความที่เป็นบุคคลสัญชาติไทยเท่านั้น การตีความว่าให้ “คู่ความ” หมายถึงคนต่างด้าวได้ด้วยนั้นไม่ถูกจำกัดโดยชื่อหมวดของบทบัญญัติดังกล่าว ดังเช่นที่อาจเกิดขึ้นได้สำหรับกรณีบทบัญญัติในหมวด 3 “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย” นอกจากนี้ เคยมีกรณีบุคคลสัญชาติต่างด้าว (ญี่ปุ่น) ยื่นคำร้องผ่านศาลจังหวัดชลบุรีขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าบทบัญญัติของกฎหมาย (พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2475) ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และศาลได้รับคำร้องไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2544 กรณีดังกล่าวเป็นการยื่นคำร้องขอให้ศาลวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบเป็น “รูปธรรม” โดยใช้กระบวนการตามมาตรา 264 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นกระบวนการลักษณะเดียวกันกับกระบวนการตามมาตรา 121 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ดังนั้น สถานะความเป็นบุคคลต่างด้าวจึงไม่ใช่ข้อจำกัดในเรื่องสิทธิการยื่นคำร้องขอให้ศาลวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแต่ประการใด

5. การควบคุมมิให้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายขัดกับหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตามรัฐธรรมนูญ

สำหรับประเด็นหลักประเด็นที่สองของงานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อตอบคำถามว่าบทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งมีการกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสในกรณีที่คู่สมรสไม่ได้มีสัญชาติเดียวกัน ได้แก่

มาตรา 21 วรรคสอง และมาตรา 22 วรรคสอง รวมถึงสัญชาติของบิดาในความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 30 วรรคแรก ขัดหรือแย้งกับหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติระหว่างเพศตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ จากการศึกษาพบว่า การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวลักษณะดังกล่าวปรากฏในกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในหลายประเทศทั้งในแถบยุโรปและเอเชียในอดีต และเคยถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลในบางประเทศ ซึ่งได้นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องดังกล่าว นำมาซึ่งคำถามว่าในบริบทของประเทศไทยนั้น กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายสามารถอยู่ในขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในประเด็นเรื่องหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศได้ด้วยหรือไม่

5.1 การควบคุมมิให้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายขัดกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศและหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศในกฎหมายต่างประเทศ

ประเด็นว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายสามารถขัดหรือแย้งกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศและหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตามรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ เคยได้รับการวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญของบางประเทศ ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติกฎหมายขัดกันของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ในบางมาตราที่เคยมีการกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสและสัญชาติของบิดาในความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรเป็นบทบัญญัติที่เคยถูกยื่นคำร้องให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาหลายต่อหลายครั้ง และถึงแม้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfG) ในค.ศ. 1971 จะรับรองให้บทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นวัตถุแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ก็ตาม แต่ศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (BGH) ในช่วงแรกยังคงไม่เปลี่ยนแนวคำพิพากษาในประเด็นดังกล่าว ตัวอย่างเช่น ในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (BGH) ลงวันที่ 20 มิถุนายน ค.ศ. 1979[26] ยังคงวินิจฉัยว่า บทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่บัญญัติให้กฎหมายสัญชาติบิดามีความสำคัญเหนือกว่ากฎหมายสัญชาติมารดาไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเนื่องจากเป็นบทบัญญัติในทางเทคนิคซึ่งในท้ายที่สุดการปรับใช้กฎหมายสัญชาติบิดาอาจเป็นคุณแก่มารดามากกว่าการปรับใช้กฎหมายสัญชาติของมารดาก็เป็นได้

การเปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (BGH) ในประเด็นดังกล่าวเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในคำพิพากษาลงวันที่ 8 ธันวาคม ค.ศ. 1982 โดยได้วินิจฉัยว่า มาตรา 17(1) กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ซึ่งบัญญัติให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสในกระบวนการหย่าเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามีขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงตามมาตรา 3(2) ของรัฐธรรมนูญ โดยศาลให้ความเห็นประกอบคำวินิจฉัยว่า จุดเกาะเกี่ยวที่กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) เลือกใช้นั้นแสดงให้เห็นว่าสัญชาติของสามีถูกทำให้เหนือกว่าสัญชาติของภรรยา ความสำคัญของภรรยาถูกลดทอนความสำคัญให้ต่ำกว่าในมุมมองของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งอธิบายได้จาก แนวคิดเรื่องชายเป็นใหญ่ในสถาบันการการสมรส ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของยุคสมัยที่ได้มีการตรากฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ซึ่งเหตุผลดังกล่าวเป็นการเพียงพอที่จะ

[26] BGHZ 75, 32

ถือได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญเยอรมัน นอกจากนี้ การที่จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติสามีมีผลทำให้สามีได้เปรียบภรรยาในทางอ้อม เนื่องจากสามีจะรู้กฎหมายของประเทศที่ตนเองมีสัญชาติมากกว่าภรรยา รวมถึงการที่กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย เปิดโอกาสให้สามีสามารถแก้ไขกฎหมายที่ใช้บังคับกับผลของการสมรสโดยการเปลี่ยนแปลงสัญชาติได้โดยลำพัง

สำหรับศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (BVerfG) คำวินิจฉัยแรกที่ได้วินิจฉัยว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายขัดกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามมาตราดังกล่าว ได้แก่ คำวินิจฉัยที่ 1 BvL 17/81 ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1983[27] โดยได้อ้างถึงคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่ 1 BvR 636/68 ค.ศ. 1971 ข้างต้น เพื่อย้ำว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของเยอรมันต้องถูกตรวจสอบกับสิทธิขั้นพื้นฐาน (den Grundrechten) และได้วินิจฉัยว่าต่อมาว่ามาตรา 15 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ซึ่งบัญญัติให้ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามีขณะทำการสมรสขัดต่อมาตรา 3(2) โดยไม่ยอมรับข้อกล่าวอ้างที่ว่า การปรับใช้กฎหมายสัญชาติสามีอาจเป็นคุณกับฝ่ายภรรยามากกว่าการปรับใช้กฎหมายสัญชาติของภรรยา ดังนั้น บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ส่งผลให้ภรรยาเป็นฝ่ายเสียเปรียบโดยอัตโนมัติ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (BVerfG) ในคำวินิจฉัยที่ 1 BvR 830/83 ลงวันที่ 8 มกราคม ค.ศ. 1985[28] ซึ่งเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 17(1) กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ที่บัญญัติให้การจัดการทรัพย์สินของคู่สมรสในกระบวนการหย่าของคู่สมรสที่มีสัญชาติแตกต่างกันเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของสามียังคงวินิจฉัยในลักษณะเดียวกันกับคำวินิจฉัยที่ 1 BvL 17/81 ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1983 โดยในคำวินิจฉัยที่ 1 BvR 830/83 ศาลวินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อหลักความเสมอภาคตามมาตรา 3(2) ของรัฐธรรมนูญ (GG) โดยกรณีนี้ ไม่ใช่เรื่องความแตกต่างในทางกายภาพและความแตกต่างในทางหน้าที่ที่มีผลมาจากเพศ ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ยอมรับให้ปฏิบัติให้แตกต่างกันได้ ทั้งนี้บทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยไม่จำต้องผ่านการพิจารณาผลของการปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวในข้อเท็จจริงแต่ละกรณีอย่างเป็นรูปธรรม[29] โดยแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (BVerfG) ทั้งสองฉบับ กล่าวคือ คำวินิจฉัยที่ 1 BvL 17/81 และคำวินิจฉัยที่ 1 BvR 830/83 เมื่อค.ศ. 1983 และค.ศ. 1985 ตามลำดับ ได้นำไปสู่การแก้ไขกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของเยอรมันด้วยรัฐบัญญัติลงวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1986 เพื่อแก้ไขกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (EGBGB) ให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงตามรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) รวมถึงมีอิทธิพลต่อศาลรัฐธรรมนูญประเทศอื่น ๆ ในเวลาต่อมา ตัวอย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐอิตาลีซึ่งได้มีโอกาสตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวเช่นกัน โดยคำวินิจฉัยแรกที่วินิจฉัยว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเรื่องความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวระหว่างคู่สมรสในกรณีที่คู่สมรสมีสัญชาติแตกต่างกัน ที่กำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติสามีขณะทำการสมรสขัดกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศและของคู่สมรสตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คำวินิจฉัยหมายเลข 71 ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1987 ในคำวินิจฉัยดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีให้เหตุผลเพื่อหักล้างข้อกล่าวอ้างที่มักถูกยกขึ้นเพื่อคัดค้านการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

[27] BVerfGE 63, 181-196

[28] BVerfGE 68, 384

[29] Peter E. Herzog, "Constitutional Limits on Choice of Law (Volume 234)," in **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, ed. Hague Academy of International Law, p.316.

ในกรณีดังกล่าวคือ เรื่องความเป็นกลางหรือความไม่สนใจต่อผลของคดีของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กล่าวคือ การที่กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไม่ได้วางระเบียบนิติสัมพันธ์ที่พิพาทโดยตรงและโดยสภาพไม่ได้กระทบต่อผลประโยชน์ได้เสียในนิติสัมพันธ์ดังกล่าวส่งผลให้ไม่อยู่ในขอบเขตสภาพบังคับของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น รวมถึงข้อกล่าวอ้างที่ว่าการปรับใช้กฎหมายสัญชาติสามีอาจเป็นคุณแก่ภรรยามากกว่าก็เป็นได้ โดยศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีได้หักล้างข้อกล่าวอ้างดังกล่าวว่า การให้ความสำคัญแก่กฎหมายสัญชาติของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งถือเป็นการเลือกปฏิบัติต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเนื่องจากมีความเป็นไปได้น้อยกว่าที่ภรรยาจะมีความรู้กฎหมายที่ไม่ใช่กฎหมายของตนและนำมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในคำวินิจฉัยดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีได้วินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา 18 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งของอิตาลี ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกรณีคู่สมรสไม่มีสัญชาติร่วมกันซึ่งให้บังคับใช้กฎหมายสัญชาติของสามีในขณะที่ทำการสมรสนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญอิตาลี ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญอิตาลี โดยคำวินิจฉัยหมายเลข 477 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1987 ได้วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันกับคำพิพากษาก่อนหน้าโดยวินิจฉัยว่า มาตรา 20 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีในส่วนบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งกำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติบิดาขัดต่อมาตรา 3 และ มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญอิตาลี จากผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้นจึงเป็นที่มาของแก้ไขกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของอิตาลีโดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 31 พฤษภาคม ค.ศ. 1995 แก้ไขบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศอิตาลีเพื่อยกเลิกบทบัญญัติที่สะท้อนการมีอำนาจเหนือกว่าของฝ่ายชายและความไม่เสมอภาคระหว่างชายและหญิง

สำหรับศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน โดยคำวินิจฉัยที่ 39/2002 ลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2002 ได้มีโอกาสวินิจฉัยประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติมาตรา 9-2 ประมวลกฎหมายแพ่งฉบับ ค.ศ. 1974[30] ซึ่งยังคงใช้บังคับกับคดีพิพาทว่าขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามมาตรา 14 และหลักความเสมอภาคระหว่างคู่สมรสมาตรา 32 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 1978 โดยให้เหตุผลว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นผลมาจากการใช้จุดเกาะเกี่ยวที่ซึ่งให้ความสำคัญกับเพศชายอันเป็นการละเมิดหลักความเสมอภาคระหว่างเพศจึงไม่สามารถใช้บังคับได้

5.2 การเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศและหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศในกฎหมายต่างประเทศ

สำหรับประเทศอื่น ๆ อีกหลายประเทศ ถึงแม้ว่าจะไม่ได้ผ่านการวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญว่าขัดต่อความเสมอภาคระหว่างเพศ ก็ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายขัดกันหรือแนวคำพิพากษาของศาลในเรื่องดังกล่าว ตัวอย่างเช่น ศาลฎีกา (Cour de Cassation) ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและของราชอาณาจักรเบลเยี่ยม

[30] มาตรา 9-2 ประมวลกฎหมายแพ่งสเปนฉบับ ค.ศ. 1974 สามารถเข้าถึงได้จาก Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, “Código Civil,” [online] Available from : https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&b=17&tn=1&p=19740709#art9 [14 July 2023]

คำพิพากษาศาลฎีกาของสาธารณรัฐฝรั่งเศสในคดี “Rivière” ลงวันที่ 17 เมษายน ค.ศ. 1953 และคดี “Lewandowsky” วันที่ 15 มีนาคม ค.ศ. 1955 ได้วางแนวคำพิพากษาสำหรับกรณีคู่สมรสมีภูมิลำเนาอยู่คนละประเทศ ให้กำหนดจุดเกาะเกี่ยวสำหรับการหย่าไว้ที่ “ภูมิลำเนาร่วมของคู่สมรส” คำพิพากษาศาลฎีกาคดี “Tarwid” ลงวันที่ 15 พฤษภาคม ค.ศ. 1961 ศาลได้วางหลักเกณฑ์ให้ใช้กฎหมายฝรั่งเศสซึ่งเป็นกฎหมายของประเทศของศาลที่กำลังพิจารณาคดี (Lex fori) และคำพิพากษาในคดี “Chemouni” ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1963 ได้กำหนดให้จุดเกาะเกี่ยวสำหรับผลของการสมรสในกรณีคู่สมรสมีสัญชาติแตกต่างกันไว้ที่ “ภูมิลำเนาแรกหลังสมรส”[31]

ศาลฎีการาชอาณาจักรเบลเยี่ยม ลงวันที่ 9 กันยายน ค.ศ. 1992 ได้เปลี่ยนแนวคำพิพากษาเรื่องจุดเกาะเกี่ยวของผลของการสมรสกรณีคู่สมรสมีสัญชาติต่างกัน จากเดิมที่วางแนวคำพิพากษาไว้ว่า ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามี เปลี่ยนไปใช้กฎหมายของประเทศที่เป็นภูมิลำเนาแรกหลังสมรส ต่อมาประเทศเบลเยี่ยม ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ (Code de droit international privé) เมื่อ ค.ศ. 2004 โดยในมาตรา 48 วรรคแรกได้บัญญัติให้ผลของการสมรสเป็นไปตามกฎหมายถิ่นที่อยู่ประจำ (Habitual residence) ของคู่สมรสในขณะที่ผลของการสมรสถูกยกขึ้นกล่าวอ้างหรือในขณะที่ทำนิติกรรมหากผลของการสมรสเกี่ยวข้องกับนิติกรรม หากไม่มีถิ่นที่อยู่ประจำอยู่ในประเทศเดียวกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติร่วมกัน หากไม่มีสัญชาติร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายเบลเยี่ยม[32] สำหรับกฎหมายที่ใช้บังคับกับระบอบทรัพย์สินของคู่สมรส มาตรา 49 บัญญัติให้เป็นไปตามกฎหมายที่คู่สมรสแสดงเจตนาเลือก โดยกำหนดให้เลือกใช้ได้ระหว่างกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีถิ่นที่อยู่ประจำแรกหลังสมรส กฎหมายของประเทศที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งมีถิ่นที่อยู่ประจำในขณะที่เลือก หรือกฎหมายที่คู่สมรสอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติในขณะที่เลือก ในกรณีที่คู่สมรสไม่ได้เลือกกฎหมายใช้บังคับกับระบอบทรัพย์สิน มาตรา 51 กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีถิ่นที่อยู่ร่วมประจำกันเป็นครั้งแรกหลังสมรส หากไม่มีถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีสัญชาติร่วมกันในขณะที่ทำการสมรส หากไม่มีสัญชาติร่วมกันในขณะที่ทำการสมรส ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ได้ทำการสมรส

สำหรับประเทศในทวีปเอเชียก็ซึ่งเดิมเคยได้รับอิทธิพลจากการบัญญัติกฎหมายขัดกันที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (EGBGB) ตัวอย่างเช่น ประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) และสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ได้ยกเลิกการใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีหรือบิดาสำหรับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ภายในครอบครัว เพื่อขจัดข้อวิจารณ์เรื่องความไม่เสมอภาคระหว่างเพศ ถึงแม้ว่าจะยังไม่เคยมีการส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายดังกล่าวก็ตาม

---

[31] Andreas Bucher, “La famille en droit international privé (Volume 283),” in **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, ed. Hague Academy of International Law (Brill, 2000), p.42.

[32] Service Public Fédéral Justice, “Loi portant le Code de droit international privé,” [online] Available from : https://www.ejustice.just.fgov.be [14 July 2023]

ประเทศญี่ปุ่น ได้มีกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นครั้งแรกเมื่อค.ศ. 1898 ซึ่งร่างขึ้นตามแนวทางกฎหมายขัดกันของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี[33] ในกฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดจุดเกาะเกี่ยวสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาไว้ที่สัญชาติสามีทั้งส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวและทางทรัพย์สิน ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรได้กำหนดจุดเกาะเกี่ยวไว้ที่สัญชาติของบิดา[34] การแก้ไขกฎหมายว่าด้วยกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายครั้งสำคัญของญี่ปุ่นเกิดขึ้นเมื่อค.ศ. 1989[35] โดยส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับประเด็นการสมรส การหย่า และความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร โดยหนึ่งในเหตุผลความจำเป็นของการแก้ไขคือการขจัดการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 14 เรื่องหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศและมาตรา 24 เรื่องหลักความเสมอภาคระหว่างคู่สมรสตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1947 ในลักษณะเดียวกันกับการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายของประเทศเยอรมันในค.ศ. 1986[36] โดยการขยายขอบเขตของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเข้าไปในปริมณฑลของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย[37] ถึงแม้ว่าข้อโต้แย้งเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติดังกล่าวเคยเกิดขึ้นแต่ศาลญี่ปุ่นโดยคำพิพากษาศาล Osaka High Court เมื่อค.ศ. 1981 ไม่รับฟังข้อโต้แย้งดังกล่าว[38] ทำให้ศาลญี่ปุ่นไม่เคยมีโอกาสวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ[39] ในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของญี่ปุ่นเมื่อค.ศ. 1990 ผู้ร่างได้กำหนดจุดเกาะเกี่ยวเรื่องผลของการสมรสในทางส่วนตัวให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติร่วมของคู่สมรส หากไม่มีสัญชาติร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกัน หากไม่มีถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายที่มีความใกล้ชิดกับคู่สมรสมากที่สุด (มาตรา 14) นอกจากนี้ ยังกำหนดให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับผลของการสมรสในทางส่วนตัวตามมาตราดังกล่าวใช้บังคับกับการหย่าด้วย เว้นแต่กรณีคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติญี่ปุ่นและมีถิ่นที่อยู่ประจำอยู่ในประเทศญี่ปุ่นก็ให้การหย่าเป็นไปตามกฎหมายญี่ปุ่น (มาตรา 16) สำหรับระบอบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติร่วมของคู่สมรส หากไม่มีสัญชาติร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกัน หากไม่มีถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันก็ให้เป็น

---

[33] ผลประการหนึ่งคือ กฎหมายฉบับดังกล่าว จึงมีขอบเขตจำกัดอยู่เฉพาะกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย โดยมิได้บัญญัติเรื่องเขตอำนาจศาลและการบังคับคำพิพากษาศาลต่างประเทศไว้ด้วย อย่างไรก็ตาม กฎหมายขัดกันของทั้งสองประเทศยังคงมีความแตกต่างกันตรงที่กฎหมายขัดกันของประเทศญี่ปุ่นไม่ได้นำบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไปบัญญัติไว้ในกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งแต่ได้ตรากฎหมายใหม่ขึ้นมาเป็นการเฉพาะ โปรดดู Chin Kim, “New Japanese Private International Law: The 1990 Horei”, in **The American Journal of Comparative Law** 40, 1 (1992), p.2-3.

[34] Ibid., p. 8-9; Shunichiro Nakano, “Zur Reform des japanischen internationalen Familienrechts”, in **Kobe University Law Review** 63, 24 (1990), p.63-78, p.63.

[35] มีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม 1990

[36] Chin Kim, “New Japanese Private International Law: The 1990 Horei”, in **The American Journal of Comparative Law**, p.16-17.

[37] Ibid., p. 32.

[38] Masato Dogauchi, “Historical Development of Japanese Private International Law,” in **Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective**, eds. Jürgen Basedow, Harald Baum, and Yuko Nishitani (Tübingen: Mohr Siebeck, 2008), p.39-42. Cited in Prasit Pivavatnapanich, **Some Legislative Proposals for Reforming the Thai Conflict of Law B.E. 2481 : A Comparative and International Perspective**, p.44.

[39] Chin Kim, “New Japanese Private International Law: The 1990 Horei”, in **The American Journal of Comparative Law**, p.16.

ไปตามกฎหมายที่มีความใกล้ชิดกับคู่สมรสมากที่สุด นอกจากนี้ ยังกำหนดให้คู่สมรสสามารถเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับระบอบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสได้อีกด้วย โดยเปิดโอกาสให้เลือกได้ระหว่าง 1) กฎหมายของประเทศที่สามีหรือภริยามีสัญชาติ 2) กฎหมายของประเทศที่เป็นถิ่นที่อยู่ประจำของสามีหรือภริยา หรือ 3) กฎหมายของประเทศที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 15) สำหรับบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นในปัจจุบันตามที่มีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวอีกครั้งเมื่อค.ศ. 2006 โดยพระราชบัญญัติ หมายเลข 78 ลงวันที่ 21 มิถุนายน ค.ศ. 2006 ยังคงจุดเกาะเกี่ยวในลักษณะข้อกฎหมายดังกล่าวไว้ตามเดิม[40]

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร กฎหมายขัดกันเดิมของญี่ปุ่นกำหนดให้สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบิดา หากไม่มีบิดาให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของมารดานั้น (มาตรา 20) กฎหมายขัดกันญี่ปุ่นฉบับแก้ไข ค.ศ. 1990 ได้เปลี่ยนแปลงแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว โดยหนึ่งในเหตุผลคือการหลีกเลี่ยงการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ[41] โดยกำหนดจุดเกาะเกี่ยวของสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรไว้เป็นขั้น ๆ ลำดับแรกให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติที่มีร่วมกัน หากไม่มีให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่เป็นถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกัน หากไม่มีถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่มีความใกล้ชิดที่สุด[42] สำหรับกฎหมายขัดกัน ค.ศ. 2006 ของญี่ปุ่นยังคงไว้ซึ่งการหลีกเลี่ยงการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ แต่ได้มีการปรับจุดเกาะเกี่ยวเล็กน้อย โดยลำดับแรกให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุตรที่เป็นสัญชาติเดียวกันสัญชาติของบิดาหรือมารดา หากบุตรไม่มีสัญชาติร่วมกันกับบิดาหรือมารดาฝ่ายใดเลยก็ให้เป็นไปตามถิ่นที่อยู่ประจำของบุตรนั้น

แนวทางการแก้ไขกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ค.ศ. 1990 ซึ่งปรับปรุงการเลือกบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง ได้มีอิทธิพลต่อประเทศอื่น ๆ ในเอเชียตะวันออก ดังเช่น สาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) และสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ในเวลาต่อมา

สำหรับสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) บทบัญญัติมาตรา 12-15 ของรัฐบัญญัติกฎหมายขัดกันทั้งฉบับ ค.ศ. 1918 และค.ศ. 1953 ได้เคยกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีทั้งในเรื่องผลของการสมรสทั้งในส่วนความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวของคู่สมรส และระบอบทรัพย์สินของสามีภริยา แต่ในกฎหมายฉบับแก้ไขค.ศ. 2010 มาตรา 47 ได้บัญญัติให้ผลของการสมรสเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติร่วมกันของคู่สมรส หากคู่สมรสไม่มีสัญชาติร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีภูมิลำเนาร่วมกัน หากไม่มีภูมิลำเนาร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีความใกล้ชิดที่สุด สำหรับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร มาตรา 55 ได้กำหนดจุดเกาะเกี่ยวไว้ที่สัญชาติของบุตร

---

[40] Japanese Law Translation, “Act on General Rules for Application of Laws (Act No. 78 of 2006),” [online] Available from : https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/3783 [14 July 2023]

[41] Chin Kim, “New Japanese Private International Law: The 1990 Horei”, in **The American Journal of Comparative Law**, p.31.

[42] Ibid., p. 32.

ในส่วนสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) รัฐบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี ลงวันที่ 15 มกราคม ค.ศ. 1962 ถูกร่างขึ้นตามแนวทางของกฎหมายขัดกันเยอรมันและญี่ปุ่นซึ่งเป็นกฎหมายที่ถูกร่างขึ้นในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19[43] กฎหมายฉบับดังกล่าวบัญญัติให้ผลของการสมรส (มาตรา 16) ระบอบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา (มาตรา 17) และการหย่า (มาตรา 18) เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของสามี และให้ใช้กฎหมายสัญชาติของบิดาสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร (มาตรา 22) สำหรับสาธารณรัฐเกาหลีได้มีการแก้ไขกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายครั้งสำคัญโดยกฎหมายลงวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 2001 โดยหนึ่งในเหตุผลความจำเป็นคือเพื่อให้บทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามรัฐธรรมนูญ[44] โดยมาตรา 37 กำหนดให้ผลของการสมรสเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติร่วมกันของคู่สมรส หากไม่มีสัญชาติร่วมกันให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่เป็นถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันของคู่สมรส หากไม่มีถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีความใกล้ชิดมากที่สุด และมาตรา 45 กำหนดจุดเกาะเกี่ยวสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรไว้เป็นลำดับขั้นเช่นกัน โดยลำดับแรกให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุตรที่เป็นสัญชาติเดียวกันสัญชาติของบิดาหรือมารดา หากบุตรไม่มีสัญชาติร่วมกันกับบิดาหรือมารดาเลยก็ให้เป็นไปตามถิ่นที่อยู่ประจำของบุตรนั้น

แนวทางการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายลักษณะดังกล่าวสอดคล้องกับมติของสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Resolution de l'Institut de droit international) ค.ศ. 1987 ซึ่งได้นำเสนอแนวทางให้เปลี่ยนจากการใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติสามีซึ่งสถาบันดังกล่าวเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ เป็นการใช้กฎหมายของประเทศที่เป็นภูมิลำเนาร่วมของคู่สมรสแทน[45] รวมถึงอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับระบอบทรัพย์สินของคู่สมรส ค.ศ. 1978[46] ซึ่งได้ปรับเปลี่ยนแนวทางการกำหนดบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไว้แตกต่างอย่างสิ้นเชิงจากอนุสัญญากรุงเฮกเรื่องกฎหมายขัดกันว่าด้วยผลของการสมรสเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของคู่สมรสทั้งความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวและทรัพย์สิน ค.ศ. 1905 มาตรา 2 ซึ่งบัญญัติว่า ในกรณีไม่มีสัญญาก่อนสมรส ผลของการสมรสเกี่ยวกับทรัพย์สินของคู่สมรสทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของสามีในขณะที่ทำการสมรส และบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าการเปลี่ยนแปลงสัญชาติคู่สมรสในภายหลังไม่กระทบต่อระบอบทรัพย์สินของคู่สมรส โดยในอนุสัญญากรุงเฮก (Hague Convention) เรื่องเดียวกันฉบับ ค.ศ. 1978 ได้บัญญัติให้คู่สมรสสามารถเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับระบอบทรัพย์สินของคู่สมรสได้ (มาตรา 3) และหากไม่ได้มีการเลือกกฎหมายใช้บังคับ โดยหลักการก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีถิ่นที่อยู่ประจำแรกหลังสมรส โดยให้มีข้อยกเว้นให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติอันร่วมกันของคู่สมรสได้ในบางกรณี (มาตรา 4)

---

[43] Kwang-Hyun Suk, "New Conflict of Laws Act of the Republic of Korea", in **Journal of Korean Law** 1, 2 (2001), p.197.

[44] Ibid., p. 198-199.

[45] โปรดดูมติข้อ 7 เข้าถึงได้จาก Institut de droit international, "The Duality of the Nationality Principle and the Domicile Principle in Private International Law," [online] Available from : https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1987_caire_01_en.pdf [1 December 2023]

[46] Hague Conference on Private International Law, "Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes," [online] Available from https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=87 [1 December 2023]

สำหรับในส่วนของประเทศไทย บทบัญญัติกฎหมายขัดกันที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เป็นบทบัญญัติที่ใช้แนวทางเดียวกันกับบทบัญญัติกฎหมายขัดกันที่ปรากฏในกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศญี่ปุ่นในอดีต กล่าวคือ ในกรณีที่คู่สามีภริยาไม่ได้มีสัญชาติเดียวกัน หรือภริยาไม่ได้มาซึ่งสัญชาติของสามีโดยการสมรส การระบุให้สัญชาติขณะสมรสของสามีเป็นจุดเกาะเกี่ยวสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาทั้งในทางส่วนตัว (มาตรา 21 วรรคสอง) และในทางทรัพย์สินที่ไม่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 22 วรรคสอง) และสัญชาติบิดาเป็นจุดเกาะเกี่ยวสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา 30 วรรคแรก) สำหรับงานวิจัยนี้จึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาต่อไปว่าการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวลักษณะดังกล่าวนั้นขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่

5.3 หลักความเสมอภาคระหว่างเพศและหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

การยืนยันหลักความเสมอภาคปรากฏในรัฐธรรมนูญของไทยเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรฉบับแรก (พ.ศ. 2475) ของประเทศสยาม ดังที่ได้รับการบัญญัติในมาตรา 21 ว่า “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนี้ บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย ฐานันดรศักดิ์โดยกำเนิดก็ดี การแต่งตั้งก็ดี หรือโดยประการอื่นใดก็ดี ไม่กระทำให้เกิดเอกสิทธิ์แต่อย่างใดเลย” ข้อความในรัฐธรรมนูญดังกล่าว เป็นการเปลี่ยนระบบความสัมพันธ์ระหว่างคนกับรัฐ จากเดิมที่สิทธิหรืออำนาจอันชอบธรรมได้มาและมีอยู่อย่างไม่เท่าเทียมและเปลี่ยนแปลงไปตามฐานะและยศถาบรรดาศักดิ์ การอ้างและใช้สิทธิดำเนินไปในกรอบของความสัมพันธ์เชิงอุปถัมภ์ มาสู่ “ความเท่าเทียม” ของบุคคลทุกคนในฐานะพลเมืองต่อหน้ากฎหมาย เป็นการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสิทธิในฐานะ “อภิสิทธิ์” ของชนชั้นนำมาสู่สิทธิในฐานะที่เป็นความชอบธรรมโดยเฉพาะของปัจเจกบุคคลที่เขาเป็นเจ้าของตามธรรมชาติ อันเป็นแนวคิดซึ่งเป็นผลิตผลของสังคมและประวัติศาสตร์ตะวันตกในยุคสมัยใหม่[47] ทำให้สิทธิได้เคลื่อนย้ายจากผู้ปกครองคนเดียวหรือกลุ่มนิดเดียว มายังความชอบธรรมของคนที่เป็นปัจเจกชนหลากหลายมากมายขึ้น แม้จะเริ่มที่คนมีฐานะและความได้เปรียบก่อนก็ตาม[48] โดยพลเมืองเพศชายก็ถือเป็นกลุ่มหนึ่งซึ่งมีความได้เปรียบจากโครงสร้างทางสังคมเมื่อเทียบกันกับพลเมืองเพศหญิง แม้จะมีการรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างบุคคลในรัฐธรรมนูญของประเทศแล้ว แต่ก็มิได้มีบทบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ หรือบทบัญญัติห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศเป็นการเฉพาะไว้[49]

---

[47] ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, **กำเนิดและความเป็นมาของสิทธิมนุษยชน**, (กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2549), หน้า 19.

[48] เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

[49] อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดฉบับแรกของประเทศนับตั้งแต่ประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ได้บัญญัติรับรองสิทธิที่เสมอภาคระหว่างหญิงและชายในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งผู้แทนหมู่บ้านไว้ในมาตรา 14 *“ราษฎรไม่ว่าเพศใดมีสิทธิ์ออกเสียงลงมติเลือกผู้แทนหมู่บ้านได้”* แต่ก็เป็นสิทธิที่เท่าเทียมกันเพียงประการเดียวซึ่งไม่ครอบคลุมไปถึงสิทธิอื่น กล่าวคือ ไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิและความเสมอภาคระหว่างเพศไว้เป็นการเฉพาะ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่อ ๆ มาก็ได้บัญญัติหลักความเสมอภาคมาโดยตลอด โดยเลือกใช้ถ้อยคำตามแนวทางของรัฐธรรมนูญฉบับแรก จนมาถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 จึงได้บัญญัติถ้อยคำแตกต่างออกไป โดยในมาตรา 27 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” และ มาตรา 28 วรรคแรกบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ” และในรัฐธรรมนูญฉบับนี้เองได้ปรากฏบทบัญญัติรับรองความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงเป็นการเฉพาะอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในมาตรา 28 วรรคคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 23 และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 25 ได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ แต่ได้ตัดข้อความในส่วนที่เกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงออก โดยบัญญัติไว้เพียงว่า “บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” หลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอีกครั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา 30 โดยวรรคหนึ่งเป็นการบัญญัติหลักความเสมอภาคทั่วไป วรรคสองเป็นการบัญญัติหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง และวรรคสามเป็นการบัญญัติหลักข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติ และวรรคสี่เป็นบทบัญญัติหลักการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม[50] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่มีผลใช้บังคับในขณะเรียบเรียงงานวิจัยนี้ก็มีบทบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างเพศในแนวทางเดียวกันนี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 30 และมาตรา 27 ตามลำดับ ทั้งนี้หลักความเสมอภาคมีสาระสำคัญว่า “บุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญเหมือนกัน ย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน ขณะเดียวกันบุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกัน ย่อมได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน”[51] หากปรับใช้หลักการดังกล่าวต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ[52] ผู้หญิงจะต้องพิสูจน์ว่า “ผู้ชาย” ซึ่งเป็น “ผู้เปรียบเทียบ” ได้รับ “เอกสิทธิ์” (Privilege) ใด ๆ อย่างไม่สมเหตุสมผล[53]

สำหรับประเด็นว่าบุคคลที่ไม่ได้มีสัญชาติไทยซึ่งอาจอยู่ในสถานะคู่ความในคดีที่มีองค์ประกอบต่างประเทศอันอยู่ภายใต้ขอบเขตสภาพบังคับของพระราชบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 จะอยู่ในสถานะของผู้ทรงสิทธิของหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศได้ ซึ่งปรากฏอยู่ในหมวด 3 “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย” ด้วยหรือไม่ ต่อประเด็นดังกล่าว มีผู้ให้ความเห็นภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ว่า “ถึงแม้บทบัญญัติ

---

[50] บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), หน้า 164.

[51] สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาคตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ”, **วารสารสถาบันพระปกเกล้า** 1, 1 (2546), หน้า 71-103; บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, หน้า 161.

[52] โดยแนวคิดเรื่องความเสมอภาคในมิติดังกล่าวคือ แนวคิดความเสมอภาคในทางสาระหรือเนื้อหา (Substantive equality) ซึ่งต่างจากความเสมอภาคในเชิงรูปแบบ (Formal equality) ซึ่งหมายถึงการปฏิบัติต่อชายและหญิงเหมือนกันโดยไม่ได้คำนึงถึงความแตกต่างระหว่างชายและหญิง

[53] Ibarrola, Jimena Suarez, and Gautam Bhatia, “Gender Discrimination,” in **Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law**, eds. Rainer Grote, Frauke Lachenmann, Rüdiger Wolfrum and Martina Mantovani (Oxford University Press, 2016), n°7.

ของรัฐธรรมนูญในหมวด 3 จะมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวไทยก็ตาม แต่ในขณะเดียวกัน บุคคลต่างด้าวก็อาจทรงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญบางประการได้โดยอาศัยเงื่อนไขประการสำคัญ คือ การที่รัฐสภาออกกฎหมายมาให้สิทธิแก่คนต่างด้าว ดังนั้น ตราบใดที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพแก่บุคคลต่างด้าว บุคคลต่างด้าวจึงอาจใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพที่มีลักษณะของสิทธิมนุษยชนได้"[54] ถึงแม้ประเด็นว่าคนต่างด้าวจะทรงสิทธิใดบ้างในหมวด 3 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะยังไม่เป็นที่แน่ชัดเนื่องจากรัฐธรรมนูญไทยมิได้มีการบัญญัติแบ่งแยก "สิทธิมนุษยชน" ซึ่งผู้ทรงสิทธิจะต้องหมายถึงมนุษย์ทุกคนว่าจะมีสัญชาติใดกับ "สิทธิพลเมือง" ซึ่งมักถูกสงวนไว้ให้กับคนชาติของรัฐเท่านั้นออกจากกันอย่างเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม หลักความเสมอภาคระหว่างเพศมักถูกจำแนกให้อยู่ในหมวด "สิทธิมนุษยชน" ซึ่งบุคคลต่างด้าวสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้เช่นเดียวกับบุคคลสัญชาติไทย[55] นอกจากนี้ สัญชาติของบุคคลมิใช่สาระสำคัญที่จะทำให้ต้องปฏิบัติแตกต่างกัน การปฏิเสธการปรับใช้หลักความเสมอภาคระหว่างเพศ ด้วยเหตุว่าผู้ร้องเป็นหญิงต่างด้าว มิใช่หญิงไทย จึงไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคที่ว่า "บุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญเหมือนกัน ย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน"

5.4 บทวิเคราะห์เรื่องการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 กับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศและหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

บทวิเคราะห์นี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายได้รับการยอมรับให้อยู่ในขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังเช่น บทบัญญัติ สารบัญญัติ หรือวิธีสบัญญัติอื่น ๆ ในระบบกฎหมาย โดยมีประเด็นให้ต้องพิจารณาต่อไปว่าการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายบางมาตราไว้ที่กฎหมายสัญชาติของสามีสำหรับความสัมพันธ์หรือสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สมรสรวมถึงกฎหมายสัญชาติของบิดาสำหรับความสัมพันธ์หรือสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นจะถือว่าขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญของไทยหรือไม่

สำหรับประเทศไทย ศาลรัฐธรรมนูญยังไม่เคยมีโอกาสวินิจฉัยในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายทั้งแบบ "รูปธรรม" และ "นามธรรม" เนื่องจากคดีที่มีการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 อาจมีไม่มากนัก อีกทั้งพระราชบัญญัติดังกล่าวอาจไม่ใช่กฎหมายที่มีผู้ให้ความสำคัญมากนัก และอาจเกิดจากความเข้าใจว่าไม่ได้ก่อผลในทางสารบัญญัติอันจะกระทบต่อความเสมอภาคระหว่างเพศดังเช่นความเห็นของนักกฎหมายและ

---

[54] นวรัตน์ ประสิทธิ์พรกุล, "การทรงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540", **วารสารผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา** 2, 2 (2547), หน้า 52.

[55] เรื่องเดียวกัน, หน้า 54; ปิ่นธเนศ แก้วรุ่งฟ้า. **การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 : ศึกษากรณีสิทธิมนุษยชนกับสิทธิพลเมือง**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ; หน้า 230-232.

ศาลของประเทศอื่น ๆ ในอดีต ดังนั้น ในบริบทของกฎหมายไทยจึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่าหลักความเสมอภาคระหว่างเพศสามารถเข้าไปมีผลใช้บังคับในปริมณฑลของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยได้หรือไม่

ถึงแม้ว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายจะไม่ได้กำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างสามีภริยาหรือบิดามารดาให้มีความแตกต่างกันโดยตรงแต่มีผลเป็นเพียงการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับ ส่วนสิทธิหน้าที่ของคู่กรณีจะเป็นประการใดก็ขึ้นอยู่กับกฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่บทบัญญัติกฎหมายขัดกันกำหนดให้ใช้บังคับ ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติของกฎหมายสัญชาติของสามีอาจเป็นคุณแก่ฝ่ายภริยามากกว่าการปรับใช้กฎหมายสัญชาติของภริยาหรือกฎหมายอื่นใดก็ได้ ซึ่งเหตุผลดังกล่าวมักถูกใช้โดยศาลหรือคู่ความเมื่อเกิดข้อพิพาทประเด็นดังกล่าวในต่างประเทศในอดีตเพื่อปฏิเสธไม่ให้บทบัญญัติกฎหมายขัดกันอยู่ในขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือเพื่อปฏิเสธว่าบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง อย่างไรก็ตาม ลำพังการบัญญัติกฎหมายขัดกันในลักษณะดังกล่าวส่งผลโดยตรงอย่างเป็นรูปธรรมให้หญิงเสียเปรียบชายในทางปฏิบัติ กล่าวคือ การกำหนดให้ใช้กฎหมายของสามีหรือบิดาเปิดโอกาสให้ผู้ชายสามารถใช้กฎหมายซึ่งเป็นที่รู้จักคุ้นเคย ในขณะที่ผู้หญิงไม่สามารถใช้กฎหมายสัญชาติของตนเองที่รู้จักคุ้นเคยได้ นอกจากนี้ ในการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวกับบุคคลของสามีหรือบิดายังเปิดโอกาสให้ฝ่ายชายสามารถเปลี่ยนแปลงจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็น สัญชาติ ภูมิลำเนา หรือถิ่นที่อยู่เพื่อเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสได้ ในขณะที่ภริยาหรือมารดาไม่มีโอกาสที่จะทำเช่นนั้นได้[56] ในบริบทของกฎหมายขัดกันไทยนั้นเหตุผลสนับสนุนเรื่องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์โดยสามีเพียงฝ่ายเดียวไม่สามารถใช้ได้ในบริบทของบทบัญญัติ มาตรา 21 และมาตรา 22 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เนื่องจากการปรับใช้สองมาตรานี้จะต้องใช้มาตรา 23 ประกอบ ซึ่งบัญญัติให้ใช้กฎหมายสัญชาติเดิมในขณะทำการสมรส แม้ในภายหลังคู่สมรสจะได้เปลี่ยนแปลงสัญชาติภายหลังการสมรสไปแล้วก็ตาม แต่เหตุผลสนับสนุนดังกล่าวยังสามารถเกิดขึ้นได้ในกรณีการปรับใช้มาตรา 30 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติให้สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบิดา ซึ่งถูกตีความว่าถึงแม้บิดาจะเสียชีวิตแล้วแต่จุดเกาะเกี่ยวในความสัมพันธ์ระหว่างมารดากับบุตรที่ยังมีชีวิตอยู่ยังคงต้องเป็นไปตามสัญชาติบิดาก่อนเสียชีวิต หรือในกรณีที่การสมรสระหว่างบิดาและมารดาสิ้นสุดลงแล้วด้วยการหย่าหรือเพิกถอนการสมรส ก็ยังคงต้องเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติบิดาอยู่เช่นเดิม[57] ไม่ว่าบุตรจะอาศัยอยู่กับบิดาหรือมารดาก็ตาม จะเห็นได้ว่าการบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในลักษณะดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติเนื่องจากมีผลทำให้ผู้ชายอยู่ในสถานะที่สามารถใช้ประโยชน์จากโอกาสต่าง ๆ ได้ดีกว่าผู้หญิง

---

[56] Wolfram Müller-Freienfels, “Conflicts of Law and Constitutional Law”, in **University of Chicago Law Review** 45, 3 (1978), p.604.

[57] สายหยุด แสงอุทัย, **การขัดกันแห่งกฎหมาย : หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา**, หน้า 334-335.

จากสาระสำคัญของหลักความเสมอภาคที่ว่า “บุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญเหมือนกันย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน ขณะเดียวกันบุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกันย่อมได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน” ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติข้างต้น จึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่าในความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยากล่าวคือคู่สมรสซึ่งมีความแตกต่างอยู่ที่เพศของบุคคลนั้น ถือเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญที่แตกต่างกันจนต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันหรือไม่ บทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสถานการณ์หรือคดีพิพาทที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ผู้วิจัยเห็นว่า พฤติการณ์ของความเป็นสามีหรือความเป็นภริยา เป็นสิ่งที่มีสาระสำคัญต่อการบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวซึ่งถือว่าเป็น “จุดที่ตั้ง” ของนิติสัมพันธ์ เพื่อค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับเหมือนกันจึงไม่มีเหตุผลที่จะปฏิบัติให้แตกต่างกันระหว่างสามีและภริยา สำหรับการเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวในบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาหรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์อันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกันระหว่างสามีและภริยา ในการที่จะต้องให้ความสำคัญกับกฎหมายของสามีไม่ว่าจะเป็นสัญชาติ ภูมิลำเนา หรือถิ่นที่อยู่ก็ตาม

อย่างไรก็ตาม แม้ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์อันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกันระหว่างสามีและภริยา แต่ก็มีประเด็นให้ต้องพิจารณาต่อไปว่ามีเหตุผลอันสมควรหรือความจำเป็นใดหรือไม่ที่ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกัน โดยข้อพิจารณาที่มักได้รับการยกเว้นคือ การปฏิบัติต่อบุคคลซึ่งมีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดความเหลื่อมล้ำหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ[58] สำหรับงานวิจัยนี้ จึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่า มีเหตุผลใดหรือไม่ซึ่งสามารถอธิบายการเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยว หรือการเลือกระบุจุดที่ตั้งของความสัมพันธ์ในครอบครัวที่สามีหรือบิดา

สำหรับหลักความเสมอภาคระหว่างสามีและภริยา ข้อยกเว้นที่มักถูกนำมากล่าวอ้างเพื่ออธิบายความชอบธรรมของการปฏิบัติที่แตกต่างระหว่างสามีภริยา คือ เหตุผลเรื่องเอกภาพของครอบครัว ในระบบกฎหมายไทยข้อกล่าวอ้างดังกล่าวเคยปรากฏในแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติชื่อบุคคลซึ่งในอดีตบังคับให้หญิงที่สมรสแล้วต้องใช้นามสกุลสามีเท่านั้น โดยในคำวินิจฉัยดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญไม่รับฟังข้ออ้างที่ว่าการเลือกปฏิบัติดังกล่าวมีเหตุผลทางสังคมที่ว่า “เพื่อความเป็นเอกภาพและความสงบสุขของครอบครัว”

หากพิจารณาข้อกล่าวอ้างดังกล่าวในบริบทของบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนั้น มีความจำเป็นหรือไม่ที่จะต้องเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวกับบุคคล (Personal connecting factor) ของสามี เนื่องจากหากในนิติสัมพันธ์หนึ่ง ๆ มีความเกี่ยวข้องกับหลายประเทศก็จะทำให้มีกฎหมายสารบัญญัติที่เกี่ยวข้องจำนวนมาก จึงมีความจำเป็นที่ต้องระบุกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาใช้บังคับเพียงกฎหมายเดียวนั้น การเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีจึงเกิดจากความจำเป็นในทางปฏิบัติทั้งนี้เพื่อให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ในครอบครัวมีความเอกภาพ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ในการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาหรือบิดามารดาและบุตรนั้นมีความจำเป็นต้องเลือกระหว่างกฎหมายของสมาชิกคนใดคนหนึ่งเพียงคนเดียวเพราะไม่สามารถใช้กฎหมายของสมาชิกทั้งหมด

[58] สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค”, **วารสารนิติศาสตร์** 30, 2 (2543), หน้า 167-169.

ร่วมกันได้ ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีในคำวินิจฉัยหมายเลข 477 ค.ศ. 1987 ได้เคยให้เหตุผลหักล้างข้อกล่าวอ้างดังกล่าวว่า การศึกษาเปรียบเทียบพบว่าบางประเทศในยุโรปที่ให้ความสำคัญกับหลักสัญชาติและเอกภาพของครอบครัวได้เลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวอื่น เช่น ภูมิลำเนา หรือ ถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันของคู่สมรส ในขณะที่ในบางประเทศ การรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างคู่สมรสได้นำไปสู่การแก้ไขกฎหมายเพื่อยกเลิกกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (ในเรื่องการหย่า) ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากการให้ความสำคัญต่อกฎหมายสัญชาติสามี

การสำรวจบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในปัจจุบันพบว่า การใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติสามีหรือบิดาไม่ใช่สิ่งที่เป็นความจำเป็นอย่างยิ่งยวดอันจะเลือกบัญญัติกฎหมายเป็นอื่นไม่ได้ ในปัจจุบันกฎหมายขัดกันของประเทศส่วนใหญ่เลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวอื่นสำหรับความสัมพันธ์ในครอบครัว[59] ดังนั้น การที่กฎหมายกำหนดให้ใช้กฎหมายสัญชาติของสามีในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสหรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่ได้มีความจำเป็น ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน จริงอยู่ที่ว่าหากประเทศส่วนใหญ่ในโลกกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติสามีเหมือน ๆ กัน การที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยเลือกกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีจะมีประโยชน์ในแง่ที่ว่าคำพิพากษาของศาลไทยน่าจะมีโอกาสได้รับการรับรองในต่างประเทศได้ง่ายกว่า และทำให้การจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีและภริยาที่อาจตั้งอยู่ในหลายประเทศในโลกมีความเป็นเอกภาพ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันกลับมีแนวโน้มเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวที่เป็นกลางทางเพศ เช่น ภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกัน ทำให้เหตุผลดังกล่าวไม่สามารถรับฟังได้

เป็นที่ยอมรับกันในปัจจุบันว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นมากกว่ากฎเกณฑ์เชิงเทคนิคที่ปราศจากข้อพิจารณาในทางสารบัญญัติเข้ามาเจือปน แต่ประกอบขึ้นจากแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังการกำหนดจุดที่ตั้งของนิติสัมพันธ์ โดยในส่วนกฎหมายขัดกันที่เกี่ยวกับครอบครัวก็ปฏิเสธไม่ได้ว่ามีผลจากรูปแบบโครงสร้างของสถาบันทางสังคมที่ได้รับการยอมรับในประเทศหนึ่ง ๆ ในช่วงเวลาหนึ่ง ตัวอย่างเช่น การกำหนดจุดที่ตั้งระหว่างความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสซึ่งมีคู่กรณีอย่างน้อยสองคนให้อยู่ที่สามี การกำหนดให้จุดที่ตั้งระหว่างความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีคู่กรณีอย่างน้อยสามคนเป็นไปตามกฎหมายของบิดา การกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวเฉพาะตัว (Personal connecting factor) ของสามีหรือบิดาไม่ว่าจะเป็นสัญชาติหรือภูมิลำเนาก็มีผลมาจากแนวคิดโครงสร้างของสถาบันครอบครัวที่เป็นลำดับชั้นและสามีถูกจัดวางให้เป็นศูนย์กลางของสถาบันครอบครัว[60] การเลือกใช้กฎหมายของสามีหรือบิดาตามแนวคิดที่ว่าฝ่ายชายเป็นหัวหน้าครอบครัวและมีบทบาทภาระหน้าที่ในครอบครัวแตกต่างไปจากฝ่ายหญิง ย่อมแสดงให้เห็นถึงการเลือกให้ความสำคัญของสามีหรือบิดาเหนือภริยาหรือมารดา การเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวลักษณะดังกล่าวในอดีตเป็นผลมาจากแนวคิดแบบการรวมศูนย์อยู่ที่ผู้ชาย

---

[59] Rhona Schuz, “Choice of law in relation to matrimonial property in the 21st century”, in **Journal of Private International Law** 15, 1 (2019), p.1-49.

[60] Julio D. González Campos, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé (Volume 287),” in **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, ed. Hague Academy of International Law, p.227; Jacques Foyer, “Problèmes de conflits de lois en matière de filiation (Volume 193),” in **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, ed. Hague Academy of International Law, p.18-20.

(Andro-centricity) กล่าวคือ “เป็นการสร้างความคิดอยู่รอบ ๆ ผู้ชายมากกว่าการคำนึงทั้งผู้หญิงและผู้ชาย ตัวอย่างเช่น คำว่า หัวหน้าครอบครัว ก็มักจะนึกถึงผู้ชายทันทีหรือบันทึกว่าเป็นผู้ชายไว้ก่อน”[61] ซึ่งเป็นแนวคิดหรือระบบคุณค่าที่ฝังรากอยู่ในระบบคิดของสังคมและสะท้อนออกมาในกฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัวโดยสะท้อนออกมาในบทบัญญัติบรรพ 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวอย่างเช่น มาตรา 1454 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งใช้บังคับระหว่างพ.ศ. 2478 - 2519 บัญญัติอย่างชัดแจ้งว่าให้สามีเป็นหัวหน้าครอบครัว[62] และสำหรับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายก็แสดงออกในจุดเกาะเกี่ยวที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 21 วรรคสอง มาตรา 22 วรรคสองและมาตรา 30 วรรคแรกของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481

การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายขัดกันขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศโดยอาศัยเหตุผลเรื่องแนวคิด ระบบคุณค่าที่อยู่เบื้องหลังการบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเป็นแนวทางการให้เหตุผลที่ปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญของทั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐอิตาลี สำหรับศาลรัฐธรรมนูญของไทยจากการสำรวจคำวินิจฉัยของที่เกี่ยวกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเท่าที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน ยังไม่เคยปรากฏว่ามีการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายใดขัดต่อหลักการดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญโดยอาศัยเหตุผลที่ว่าระบบคุณค่าที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติกฎหมายขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ แต่จะต้องเป็นกรณีซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ปฏิบัติแตกต่างกันและส่งผลให้บุคคลเสียไปซึ่งสิทธิบางประการอย่างเป็นรูปธรรมด้วยเหตุแห่งเพศ ตัวอย่างเช่น กรณีคำวินิจฉัยที่ 37/2546 วันที่ 9 ตุลาคม 2546 เรื่อง กระบวนการได้มาซึ่งสัญชาติไทยของคู่สมรสชาวต่างชาติ ที่กฎหมายพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 บัญญัติไว้แตกต่างกันระหว่างชายและหญิง โดยมาตรา 9 ให้สิทธิแก่หญิงต่างด้าวซึ่งสมรสกับชายไทยซึ่งประสงค์จะได้สัญชาติไทย สามารถยื่นคำขอสัญชาติจากรัฐมนตรีได้ แต่มิได้บัญญัติให้ชายต่างด้าวที่สมรสกับหญิงไทยมีสิทธิในลักษณะเดียวกัน ชายต่างด้าวที่ประสงค์จะได้สัญชาติไทยจะต้องขอแปลงชาติ โดยผู้ขอแปลงชาติจะต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 10 และมาตรา 11 โดยกระบวนการขอแปลงสัญชาติจะซับซ้อนกว่าการขอมีสัญชาติไทยของหญิงต่างด้าว จึงอาจเรียกได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 9 เป็นการให้ “สิทธิด้านสัญชาติแก่คู่สมรส”[63] โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เนื่องจากเป็น “มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและความมั่นคงของประเทศ” โดยไม่ได้นำเหตุผลเรื่องอคติต่อหญิงที่แฝงอยู่เบื้องหลังการตรากฎหมายมาประกอบการพิจารณา แต่คงพิจารณาเพียงแค่ว่า คู่สมรสชาวต่างชาติที่เป็นชาย ยังคงมีช่องทางที่จะได้มาซึ่งสัญชาติไทยหรือไม่เท่านั้น ถึงแม้กระบวนการได้มาซึ่งสัญชาติไทยของคู่สมรสที่เป็นชายจะมีเงื่อนไขที่มากกว่าคู่สมรสชาวต่างชาติที่เป็นหญิงก็ตาม ต่อประเด็นดังกล่าว อารีวรรณ จตุทอง และสุภา พงศ์หล่อพิศิษฏ์ เห็นว่าประเด็นเรื่องการขอแปลงสัญชาติของคู่สมรสที่เป็นคนต่างด้าวของหญิงหรือชายสัญชาติไทยพบว่ามีการเลือกปฏิบัติโดย

---

[61] วิระดา สมสวัสดิ์, **นิติศาสตร์แนวสตรีนิยม**, (เชียงใหม่: ศูนย์สตรีศึกษา คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2549), หน้า 18.

[62] มาตรา 1454 “สามีเป็นหัวหน้าในคู่ครอง เป็นผู้เลือกที่อยู่ และเป็นผู้อำนวยการในเรื่องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดู”

[63] มาลี พฤกษ์พงศาวลี, **สิทธิความเป็นคนของผู้หญิง : พันธกรณีระหว่างประเทศ กฎหมาย และข้อถกเถียง**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและโครงการสตรีและเยาวชนศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 42.

อาศัยเหตุแห่งเพศ ด้วยความเห็นว่า “ผู้หญิงไทยจะเป็นผู้ชักนำชายผู้คิดร้ายต่อแผ่นดินเข้ามาในประเทศ ทำให้เป็นอันตรายต่อประเทศไทย ซึ่งเป็นการชี้ให้เห็นอคติต่อการใช้วิจารณญาณการเลือกคู่สมรสของหญิงไทยและอคติทางเพศชายเป็นใหญ่ที่ทำให้ชายไทยสามารถควบคุมหญิงต่างด้าวไม่ให้เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐได้ซึ่งเป็นความไม่เสมอภาคระหว่างเพศที่เกิดจากกฎหมายต่อหญิงสัญชาติไทย”[64]

แนวทางการให้เหตุผลแบบดั้งเดิมซึ่งไม่ได้นำแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังการตรากฎหมายมาประกอบการพิจารณาอาจไม่สามารถปรับใช้ได้กับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวโดยสภาพแล้วไม่ได้บัญญัติสิทธิหน้าที่ของบุคคลโดยตรง การปรับแนวทางการให้เหตุผลจึงมีความจำเป็นในบริบทของกฎหมายขัดกัน ทั้งนี้ผู้วิจัยเห็นว่าการนำแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังการตรากฎหมายมาประกอบการให้เหตุผลจะเป็นอีกก้าวย่างหนึ่งที่สำคัญของการผลักดันแนวคิดเรื่องหลักความเสมอภาคระหว่างเพศผ่านการยอมรับและตีแผ่อคติทางเพศที่ยังคงแฝงอยู่ในกฎหมาย

ทั้งนี้หากพิจารณาในบริบทของการแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับแนวคิดเรื่องความเสมอภาคระหว่างเพศในอดีตที่ผ่านมากลับมีการให้ความสำคัญกับวิธีคิดหรืออคติที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายมากกว่าโดยการแก้ไขกฎหมายไม่ได้ถูกจำกัดเฉพาะกรณีที่ส่งผลเป็นการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สิทธิเพิ่มเติมแก่หญิงเสมอไป ตัวอย่างเช่น การแก้ไขกฎหมายไทยว่าด้วยสัญชาติ โดยพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535[65] โดยการให้บุตรที่เกิดมาสามารถได้สัญชาติไทยตามหลักสืบสายโลหิตตามมารดาได้ในลักษณะเดียวกันกับบิดานั้น ก็ไม่ได้ทำให้หญิงที่มีบุตรได้สิทธิหรือได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเพิ่มเติมแต่อย่างใด[66] แต่เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวกลับอ้างอิงถึง “หลักการเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย” อย่างชัดแจ้ง[67] นอกจากนี้ การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับ

---

[64] อารีวรรณ จตุทอง และสุภา พงศ์หล่อพิศิษฎ์, **กฎหมายที่ทำให้ผู้หญิงไม่ได้รับสิทธิอย่างเท่าเทียม**, (กรุงเทพฯ: โครงการสุขภาวะผู้หญิง มูลนิธิผู้หญิง, 2555), หน้า 157.

[65] ในอดีตกฎหมายสัญชาติไทยทุกฉบับตั้งแต่พระราชบัญญัติสัญชาติ พระพุทธศักราช 2456 พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2495 และพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 การสืบทอดสัญชาติไทยให้กับบุตรของหญิงไทยนั้นมีการสร้างเงื่อนไขการสืบทอดสัญชาติไทยให้ได้สัญชาติไทยตามหลักสายโลหิตตามมารดาเพียงบางกรณีเท่านั้น กล่าวคือ สำหรับพระราชบัญญัติสัญชาติ พระพุทธศักราช 2456 มาตรา 3 บัญญัติให้บุตรได้สัญชาติไทยตามมารดาเฉพาะกรณีไม่ปรากฏบิดา พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2495 มาตรา 7 บัญญัติให้บุตรได้สัญชาติไทยตามมารดาเฉพาะกรณีไม่ปรากฏบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ บิดาที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นบุคคลไร้สัญชาติ และสำหรับพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 7(2) กำหนดให้บุตรได้สัญชาติไทยตามมารดาเฉพาะกรณีที่เกิดนอกราชอาณาจักรโดยไม่ปรากฏว่ามีบิดาชอบด้วยกฎหมาย หรือมีบิดาแต่บิดาเป็นคนไร้สัญชาติเท่านั้น ในขณะที่กฎหมายสัญชาติทุกฉบับบัญญัติให้บุตรที่เกิดจากชายไทยไม่ว่ากับหญิงไทยหรือหญิงต่างด้าวจะได้รับสัญชาติไทยตามหลักสายโลหิตตามบิดาโดยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขใด ๆ เพิ่มเติม และไม่ว่าจะเกิดในหรือนอกราชอาณาจักรก็ตาม จนกระทั่งมีการแก้ไขพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ในปีพ.ศ. 2535 กำหนดให้บุตรของหญิงหรือชายไทยได้รับสัญชาติไทยไม่ว่าบุตรของหญิงหรือชายไทยนั้นจะเกิดในหรือนอกราชอาณาจักรก็ตามทำให้การสืบทอดสัญชาติไทยแก่บุตรของหญิงและชายที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าวมีความเสมอภาคกัน

[66] การสืบสัญชาติทางฝ่ายบิดาและมารดาอย่างเท่าเทียมเป็นไปโดยสอดคล้องกับ

ข้อ 9 อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 ซึ่งกำหนดว่า “States shall grant women equal rights with men to acquire, change or retain their nationality and also equal rights in respect of their children’s nationality.”

[67] เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่สมควรให้บุตรของหญิงไทยสามารถมีสัญชาติไทยได้โดยหลักสายโลหิตด้วยตามหลักการเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย (...) จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

เพศโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 หนึ่งในสาระสำคัญของการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวคือ จากเดิมที่หญิงอยู่ฐานะผู้เสียหายโดยมีชายเป็นผู้กระทำความผิดต่อหญิงได้เท่านั้น[68] เป็นการกำหนดให้ทั้งชายและหญิงสามารถอยู่ในฐานะผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายได้อย่างเสมอหน้ากัน จะเห็นได้ว่าการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวเป็นการสร้างฐานความผิดเพิ่มเติมจากที่ไม่เคยมีมาก่อนให้แก่หญิง แต่ในเหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวระบุอย่างชัดเจนว่าเพื่อให้เป็นการ “สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ”[69] ปฏิเสธไม่ได้ว่าการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวเกิดจากความต้องการขจัดอคติทางเพศซึ่งแฝงอยู่ในบทบัญญัติกฎหมาย

นอกจากนี้ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในโดยเฉพาะกฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัวให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศในประเทศหนึ่ง ๆ ในลักษณะเดียวกันกับการแก้ไขกฎหมายภายในโดยเฉพาะอย่างยิ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 พ.ศ. 2519 ซึ่งได้ยกเลิกบทบัญญัติที่ใช้มาตั้งแต่พ.ศ. 2478 ที่ให้อำนาจแก่สามีในฐานะหัวหน้าครอบครัวในด้านต่าง ๆ เช่น จากเดิมที่จำกัดอำนาจในการทำนิติกรรมของหญิงที่จดทะเบียนสมรสแล้ว เปลี่ยนเป็นกำหนดให้สามีและภริยามีอำนาจจัดการสินสมรสร่วมกันอย่างเท่าเทียมกัน ในเรื่องภูมิลำเนาสามีภริยานั้น จากเดิมที่บัญญัติให้สามีเป็นผู้เลือกที่อยู่เพียงฝ่ายเดียวนั้น ก็ให้ปรึกษาหารือกัน หรือจะมีภูมิลำเนาแยกกันก็ย่อมได้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรนั้น แต่เดิมอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์อยู่กับบิดาฝ่ายเดียวก็เปลี่ยนให้ทั้งบิดาและมารดาต่างมีอำนาจปกครองบุตรโดยเท่าเทียมกัน เป็นต้น โดยการแก้ไขกฎหมายลักษณะดังกล่าวประกอบกับการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) แสดงถึงความเข้มข้นของการให้คุณค่าและความสำคัญแก่หลักความเสมอภาคระหว่างเพศที่มากขึ้นแล้วในปัจจุบัน จนทำให้ในหลายประเทศยอมรับให้นำกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเข้ามาอยู่ในปริมณฑลของการตรวจความสอดคล้องกับหลักการดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญได้ โดยเหตุผลดังกล่าวปรากฏในการให้เหตุผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอิตาลี หมายเลข 71 ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1987 นอกจากนี้ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัวที่เปลี่ยนแปลงไปและหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตามรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นเป็นปกติในหลายประเทศ สำหรับประเทศในทวีปเอเชียตัวอย่างเช่น ประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลีและสาธารณรัฐจีน โดย Kim Chin[70] เห็นว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันของกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ค.ศ. 1990 น่าจะเป็นแรงผลักดัน

---

[68] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ**, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548), หน้า 113.

[69] เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่บทบัญญัติมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 286 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ สมควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ ที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

[70] Chin Kim, “New Japanese Private International Law: The 1990 Horei”, in **The American Journal of Comparative Law**, p.34.

ให้กับการแก้ไขกฎหมายในประเทศไทยด้วย เนื่องจากประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศที่ยังคงใช้บทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตามแนวทางกฎหมายขัดกันเยอรมันในอดีต

มาตรา 21 มาตรา 22 และมาตรา 30 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 นั้นได้ถูกร่างขึ้นในขณะที่หลักความเสมอภาคระหว่างเพศยังไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญและได้มีผลใช้บังคับโดยไม่เคยถูกปรับแก้ให้สอดคล้องกับค่านิยมหลักแห่งยุคสมัยที่ได้รับการบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า ในกรณีที่คู่สมรสไม่ได้มีสัญชาติเดียวกันก็สมควรยกเลิกการใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีหรือบิดาสำหรับความสัมพันธ์ในครอบครัว โดยปรับเปลี่ยนไปใช้จุดเกาะเกี่ยวที่เป็นกลางทางเพศ กล่าวคือ ไม่ใช่จุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับบุคคล (Personal connecting factor) ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งด้วยเหตุผลว่าบุคคลฝ่ายนั้นมีความสำคัญกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง หรือถูกจัดวางให้เป็นศูนย์กลางหรือ “หัวหน้า” ของสถาบันครอบครัว บนพื้นฐานของเพศของบุคคลนั้นเพียงอย่างเดียว โดยสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสอาจเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับบุคคลที่มีร่วมกันของคู่สมรส โดยหากไม่ได้มีสัญชาติร่วมกันก็สามารถกำหนดให้ใช้ภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ประจำที่มีหรือเคยมีร่วมกันเป็นจุดเกาะเกี่ยว หากไม่มีก็อาจกำหนดให้ใช้หลักความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่สุด (Closet connection) สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรก็อาจเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับบุคคล (สัญชาติ ภูมิลำเนา หรือถิ่นที่อยู่ประจำ) ของบุตรแทนหรือจุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับบุคคลของบุตรที่มีร่วมกันกับบิดาหรือมารดา เพื่อหลีกเลี่ยงข้อวิจารณ์เรื่องหลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ ทั้งนี้นอกเหนือจากการให้คุณค่ากับความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงซึ่งเป็นประเด็นหลักของงานวิจัยนี้ การรับรองความเสมอภาคและการก่อตั้งครอบครัวในบริบทความหลากหลายทางเพศก็เป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยควรจะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขให้สอดรับ เนื่องจากการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติสามีหรือสัญชาติบิดานั้น หากมีเหตุต้องปรับใช้ในกรณีการสมรสระหว่างชายสองคนก็จะไม่สามารถระบุได้ว่าจะต้องใช้กฎหมายสัญชาติของใคร ส่วนในกรณีการสมรสระหว่างหญิงสองคนก็จะไม่อาจระบุกฎหมายที่ใช้บังคับได้ สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร การบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวหากยังคงเลือกเชื่อมโยงกับจุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับบุคคลของบิดามารดา เช่น กำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติหรือถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันระหว่างบุตรและบิดามารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ก็ควรต้องคำนึงถึงการปรับใช้กับการก่อตั้งครอบครัวในบริบทความหลากหลายทางเพศ ซึ่งบุตรอาจมีบิดาสองคนโดยไม่มีมารดา หรือมีมารดาสองคนโดยไม่มีบิดาได้ด้วย ทั้งนี้การเลือกใช้คำศัพท์ที่ใช้บัญญัติจุดเกาะเกี่ยวควรเลือกคำที่เป็นกลางทางเพศเทียบเคียงคำว่า “parents” ในภาษาอังกฤษ กล่าวคือ ทดแทนคำว่า “บิดามารดา” โดยไม่ต้องระบุอัตลักษณ์ทางเพศ เช่นคำว่า “บุพการี”โดยกำหนดนิยามเฉพาะว่าให้หมายความเฉพาะบุพการีชั้นบิดามารดาเท่านั้นไม่รวมขั้นปู่ย่าตายาย ทวด ฯลฯ หรือเลือกบัญญัติศัพท์คำอื่นที่มีความหมายเทียบเคียงเพื่อให้สามารถนำจุดเกาะเกี่ยวที่บัญญัติขึ้นใหม่นั้นไปปรับใช้ในบริบทของการที่บุคคลอาจเลือกบ่งบอกถึงอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่อยู่ในระบบเพศขั้วตรงข้ามชาย-หญิง (Non-binary) ได้อีกด้วย

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

งานวิจัยนี้ต้องการตอบคำถามซึ่งเป็นประเด็นหลักสองประเด็นที่เชื่อมโยงกัน ได้แก่

ประเด็นที่หนึ่ง บทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งไม่ได้กำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคลโดยตรงแต่เป็นเพียงเครื่องมือในการค้นหากฎหมายที่จะต้องนำมาใช้บังคับกับสถานการณ์หรือคดีพิพาทที่มีความเกี่ยวข้องกับหลายประเทศ สามารถเป็นวัตถุแห่งการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในบริบทของระบบกฎหมายไทยได้หรือไม่ จากผลการศึกษาไม่ปรากฏว่ามีอุปสรรคในการที่กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งถูกบรรจุไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 จะถูกควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งการควบคุมแบบ “นามธรรม” และแบบ “รูปธรรม” การที่บทบัญญัติเป็นเพียงเครื่องมือในการค้นหากฎหมายที่จะต้องนำมาใช้บังคับไม่ควรเป็นเหตุที่จะทำให้บทบัญญัติลักษณะดังกล่าวอยู่นอกขอบเขตการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการเลือกกำหนดจุดเกาะเกี่ยวของแต่ละลักษณะข้อกฎหมาย ไม่ได้เกิดขึ้นโดยปราศจากอิทธิพลของข้อความคิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายแพ่งและระบบคุณค่าของสังคมในขณะที่มีการตรากฎหมาย

ประเด็นที่สอง กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสและสัญชาติของบิดาในความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรขัดหรือแย้งกับหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติระหว่างเพศตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวเคยถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลในบางประเทศแต่ยังไม่เคยมีปรากฏคำวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวในกฎหมายไทย หากพิจารณาตามหลักความเสมอภาคระหว่างเพศการระบุ “จุดที่ตั้ง” ของความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยารวมถึงระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์อันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกันระหว่างสามีและภริยาหรือระหว่างบิดาและมารดาในการที่จะต้องให้ความสำคัญกับกฎหมายสัญชาติของสามีหรือบิดา ส่วนเหตุผลเรื่องเอกภาพของกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ภายในครอบครัวก็ไม่สามารถรับฟังได้ในฐานะคำอธิบายที่ชอบธรรมต่อการปฏิบัติแตกต่างกันเนื่องจากกฎหมายขัดกันของประเทศส่วนใหญ่ในปัจจุบันไม่ได้เลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีหรือบิดาสำหรับความสัมพันธ์ในครอบครัวอีกต่อไป อย่างไรก็ตาม จากการสำรวจคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยที่เกี่ยวกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเท่าที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน ยังไม่เคยปรากฏว่ามีการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายใดขัดต่อหลักการดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญโดยอาศัยเหตุผลที่ว่าระบบคุณค่าที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติกฎหมายขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ แต่จะต้องเป็นกรณีซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ปฏิบัติแตกต่างกันและส่งผลให้บุคคลเสียไปซึ่งสิทธิบางประการอย่างเป็นรูปธรรมด้วยเหตุแห่งเพศ ซึ่งแนวทางดังกล่าวอาจไม่สามารถปรับใช้ได้กับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวโดยสภาพแล้วไม่ได้บัญญัติสิทธิหน้าที่ของบุคคลโดยตรง

งานวิจัยนี้มีข้อเสนอแนะว่า ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายควรนำระบบคุณค่าที่อยู่เบื้องหลังการบัญญัติกฎหมายมาประกอบการพิจารณา นอกจากนี้ มาตรา 21 มาตรา 22 และ มาตรา 30 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขโดยเปลี่ยนไปใช้จุดเกาะเกี่ยวที่เป็นกลางทางเพศและโดยคำนึงถึงความสามารถที่จะรองรับการปรับใช้กับการก่อตั้งครอบครัวในบริบทของความหลากหลายทางเพศ