



รายงานการวิจัย

เรื่อง

การควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ

ศึกษากรณี กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

Constitutional Review: Study of Conflict-of-Laws Rules

โดย

มุกกระจำจ จรณี

อรรัมภา ไวยมุกข์

โครงการวิจัยนี้ได้รับงบประมาณสนับสนุนการวิจัย

จากทุนอุดหนุนการวิจัยเงินรายได้ คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา

ธันวาคม ๒๕๖๖

กิตติกรรมประกาศ

งานวิจัยเรื่อง “การควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณี กฎเกณฑ์ว่าด้วยการ
ขัดกันแห่งกฎหมาย” (Constitutional Review : Study of Conflict-of-Laws Rules) สำเร็จลุล่วง
ลงได้ คณะผู้วิจัยต้องขอขอบคุณคณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพาที่ได้เล็งเห็น
ความสำคัญของการโครงการวิจัยและได้พิจารณาให้ทุนอุดหนุนงานวิจัยนี้

ขอขอบคุณบุคลากรของคณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์รวมถึงกัลยาณมิตรทุกท่านที่ได้ให้
การสนับสนุนและช่วยเหลือคณะผู้วิจัยในด้านต่าง ๆ งานวิจัยสามารถสำเร็จลงได้ จึง
ขอขอบพระคุณทุกท่านไว้ ณ โอกาสนี้

บทคัดย่อ

งานวิจัยนี้เป็นงานวิจัยเอกสารมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาประเด็นหลักสองประเด็น ได้แก่ ประเด็นที่หนึ่ง บทบัญญัติกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งไม่ได้กำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคลโดยตรงแต่เป็นเพียงเครื่องมือในการค้นหากฎหมายที่จะต้องนำมาใช้บังคับกับสถานการณ์หรือคดีพิพาทที่มีความเกี่ยวข้องกับหลายประเทศ สามารถเป็นวัตถุประสงค์การตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของไทยได้หรือไม่ จากผลการศึกษาไม่ปรากฏว่ามีอุปสรรคในการที่กฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งถูกบรรจุไว้ในพระราชบัญญัติที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 จะถูกตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี การที่บทบัญญัติเป็นเพียงเครื่องมือในการค้นหากฎหมายที่จะต้องนำมาใช้บังคับไม่ควรเป็นเหตุที่จะทำให้บทบัญญัติลักษณะดังกล่าวอยู่นอกขอบเขตการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการเลือกกำหนดจุดเกาะเกี่ยวของแต่ละลักษณะข้อกฎหมาย ไม่ได้เกิดขึ้นโดยปราศจากอิทธิพลของข้อความคิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายแพ่งและระบบคุณค่าของสังคมในขณะที่มีการตรากฎหมาย

ประเด็นที่สอง กฎเกณฑ์ที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสและสัญชาติของบิดาในความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรขัดหรือแย้งกับหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติระหว่างเพศตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวเคยถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลในบางประเทศแต่ยังไม่เคยมีปรากฏคำวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวในกฎหมายไทย หากพิจารณาตามหลักความเสมอภาค การระบุ “จุดที่ตั้ง” ของ ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยารวมถึงระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์อันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกันระหว่างสามีและภริยาหรือระหว่างบิดาและมารดาในการที่จะต้องให้ความสำคัญกับกฎหมายสัญชาติของสามีหรือบิดา ส่วนเหตุผลเรื่องเอกภาพของกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ภายในครอบครัวก็ไม่สามารถรับฟังได้ในฐานะคำอธิบายที่ชอบธรรมต่อการปฏิบัติแตกต่างกันเนื่องจากกฎหมายขัดกันของประเทศส่วนใหญ่ในปัจจุบันไม่ได้เลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีหรือบิดาสำหรับความสัมพันธ์ในครอบครัวอีกต่อไป อย่างไรก็ตาม จากการสำรวจคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยที่เกี่ยวข้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเท่าที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน ยังไม่เคยปรากฏว่ามีกรณีวินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายใดขัดต่อหลักการดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญโดยอาศัยเหตุผลที่ว่าระบบคุณค่าที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติกฎหมายขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ แต่จะต้องเป็นกรณีซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ปฏิบัติแตกต่างกันและส่งผลให้บุคคลเสียไปซึ่งสิทธิบางประการอย่างเป็นรูปธรรม

ด้วยเหตุแห่งเพศ ซึ่งแนวทางดังกล่าวอาจไม่สามารถปรับใช้ได้กับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวโดยสภาพแล้วไม่ได้บัญญัติสิทธิหน้าที่ของบุคคลโดยตรง

งานวิจัยนี้มีข้อเสนอแนะว่า ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายควรนำระบบคุณค่าที่อยู่เบื้องหลังการบัญญัติกฎหมายมาประกอบการพิจารณา นอกจากนี้มาตรา 21 22 และ 30 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขโดยเปลี่ยนไปใช้จุดเกาะเกี่ยวที่เป็นกลางทางเพศและสามารถใช้บังคับได้ในบริบทของการสมรสระหว่างบุคคลเพศกำเนิดเดียวกันอีกด้วย

- คำสำคัญ :**
1. การตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ
 2. กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย
 3. หลักความเสมอภาคระหว่างเพศ

Abstract

The objective of this documentary research is to study two main issues, namely:

The first issue concerns whether the provisions of the conflict of laws rules, which do not directly determine the rights and obligations of individuals but solely determine the applicable law to situations or disputes involving multiple jurisdictions, can be subject to constitutional review in Thailand. As the law that the court will apply to the case, the study found no obstacles to the constitutional review of the conflict of laws rules contained in the Conflict of Laws Act B.E. 2481. The fact that the provisions are tools for determining the applicable law should not be a reason for such provisions to be precluded from constitutional review. This is because the selection of the connecting factors for each legal category reflects the influence of the civil law concepts as well as the prevailing social values at the time of enactment of the law.

The second issue concerns whether provisions of the conflict of laws rules that designate the husband's nationality as the connecting factor in marital relationships and the father's nationality as the connecting factor in parent-child relationships are considered as the violation of the constitutional principles of equality and non-discrimination on the basis of sex. According to the study, similar provisions have been subjected to constitutional review in some countries, but no such rulings have been issued in Thai law. Considering the principle of equality, there are no significant differences between husbands and wives or fathers and mothers that would justify giving priority to the husband's or father's nationality for locating marital and parent-child relationships. Uniformity of applicable law for family relationships cannot be justified as a reasonable explanation for different treatment, as most conflict of law systems nowadays no longer use the husband's or father's nationality as the connecting factor for family relationships. However, a review of Thai Constitutional Court rulings on gender equality has not found any instances where a provision was found to violate the principle on the basis that the underlying values of the legal provision violated the principle of equality. Rather, the court requires that the law establish different

treatment, resulting in a concrete loss of certain rights for one gender, to be considered unconstitutional. This approach may be deemed unsuitable for the constitutional review in the case of conflict of laws rules, as these rules do not directly define the rights and obligations of individuals.

The study recommends that in the constitutional review of conflict of law rules, the underlying values of the law should be taken into account. In addition, Sections 21, 22, and 30 of the Conflict of Laws Act B.E. 2481 should be amended to use gender-neutral connecting factors that can also be applied in the context of same-sex marriage.

Keywords: 1. Constitutional Review
2. Conflict of law Rules
3. Principle of Gender Equality

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ข
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ (Abstract).....	ง
สารบัญ.....	ฉ
บทที่	
1 บทนำ.....	1
ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	4
ขอบเขตของการวิจัย.....	4
วิธีการดำเนินการวิจัย.....	4
สมมติฐานของการวิจัย.....	5
ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
2 การควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ.....	6
ที่มาของการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ.....	6
องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ.....	7
วิธีการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ.....	9
พัฒนาการของการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญในประเทศไทย.....	13
นิยาม “กฎหมาย” ในฐานะวัตถุแห่งคดีที่อยู่ภายใต้อำนาจตรวจสอบของศาล รัฐธรรมนูญ.....	15
3 กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย.....	21
ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย.....	21
ข้อพิจารณาทางสารบัญญัติที่ปรากฏในกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย	28
การยอมรับให้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเข้ามาอยู่ในขอบเขตของ การตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกฎหมายต่างประเทศ.....	35
บทวิเคราะห์เรื่องการให้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเข้ามาอยู่ใน ขอบเขตของการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกฎหมายไทย.....	48

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4	การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่ง กฎหมายกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ..... 51 ความเสมอภาคระหว่างเพศในฐานะมาตรวัดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ..... 51 การใช้จุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับบุคคลของสามีหรือบิดาในบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่า ด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยความสัมพันธ์ในครอบครัว..... 63 การตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่ง กฎหมายกับหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามเลือก ปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศในกฎหมายต่างประเทศ..... 68 การเปลี่ยนแปลงแนวทางการบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายให้ สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงและหลักการไม่เลือก ปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศในกฎหมายต่างประเทศ..... 78 บทวิเคราะห์เรื่องการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 กับหลัก ความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงและหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง เพศ..... 90
5	บทสรุปและข้อเสนอแนะ..... 99 บทสรุป..... 99 ข้อเสนอแนะ..... 113
บรรณานุกรม.....	114

บทที่ 1

บทนำ

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ (Supremacy of Constitution) เป็นหลักพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนุญซึ่งมักได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนุญลายลักษณ์อักษรของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบัน จากผลของหลักการดังกล่าว ทำให้องค์กรทางการเมืองรวมถึงสถาบันหรือองค์กรต่าง ๆ ต้องผูกพันและใช้อำนาจหน้าที่ได้เฉพาะภายในกรอบขอบเขตที่รัฐธรรมนุญกำหนดเท่านั้น เมื่อการออกกฎหมายเป็นการใช้อำนาจรัฐประเภทหนึ่ง หากกฎหมายขัดหรือแย้งกับหลักการตามรัฐธรรมนุญ หรือตราขึ้นโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนุญ กฎหมายเช่นนั้นจะต้องไม่มีผลบังคับใช้ การจะทำให้หลักการดังกล่าวเกิดผลอย่างเป็นรูปธรรมได้ก็จะต้องมีการออกแบบกลไกการควบคุมตรวจสอบขึ้น เพื่อเป็นหลักประกันสถานะของรัฐธรรมนุญในฐานะกฎหมายสูงสุดของประเทศ มิให้หลักการซึ่งรับรองไว้ในรัฐธรรมนุญถูกแก้ไขได้โดยกฎหมายธรรมดา กลไกดังกล่าวจึงเป็นหนึ่งในหลักประกันของการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นเป้าหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตย

กลไกการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนุญที่มีใช้อยู่ในปัจจุบันนี้สามารถทำได้ทั้งกรณีที่ยังเป็นร่างกฎหมาย ที่เรียกว่า ระบบการควบคุมก่อน (*a priori control*) คือ การตรวจสอบร่างกฎหมายที่กำลังอยู่ในกระบวนการนิติบัญญัติว่ามีเนื้อหาสาระขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนุญหรือไม่ ซึ่งเรียกว่า “การควบคุมด้านเนื้อหา” และตรวจสอบกระบวนการตราว่าเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนุญหรือไม่ ซึ่งเรียกว่า “การควบคุมด้านกระบวนการ” ส่วนการตรวจสอบกระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายภายหลังจากการประกาศใช้ (*a posteriori control*) อาจกระทำได้ทั้งกรณีที่ “ไม่ได้มีคดีความเกิดขึ้นโดยตรง หรือที่เรียกว่า “การตรวจสอบแบบนามธรรม” และในกรณีที่มิได้มีพิพาทเกิดขึ้น และมีประเด็นว่ากฎหมายแห่งกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับคดีนั้นน่าจะมีปัญหาความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนุญ ซึ่งถูกเรียกว่า “การตรวจสอบแบบรูปธรรม” โดยในรัฐธรรมนุญของประเทศต่าง ๆ ก็จะกำหนดช่องทาง ขั้นตอนกระบวนการริเริ่ม องค์กร ผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบ และผลของการตรวจสอบไว้ ซึ่งอาจมีรายละเอียดแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศและในรัฐธรรมนุญแต่ละฉบับสำหรับประเทศไทย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ (Supremacy of Constitution) ได้รับการยืนยันเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 (มาตรา 61) และยังคงปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย ทุกฉบับจนถึงฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 5 วรรคแรก) ส่วนขั้นตอนกระบวนการต่าง ๆ นั้น ก็อาจมีรายละเอียดแตกต่างกันไปในรัฐธรรมนุญแต่ละฉบับ

หลักการหนึ่งซึ่งมักได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบัน คือ หลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ สำหรับประเทศไทย หลักการดังกล่าวได้รับการรับรองอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2517 มาตรา 28 วรรคสอง สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หลักการดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 27

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

ผลจากการรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศทั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ทำให้หลักการดังกล่าวถูกใช้ในการอ้างอิงเพื่อขับเคลื่อนการแก้ไขกฎหมายภายในประเทศในช่องทางต่าง ๆ ให้เกิดความเท่าเทียมระหว่างเพศได้เป็นลำดับ เช่น การปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ในปีพ.ศ. 2519 โดยกฎหมายใหม่นี้ ได้ยกเลิกบทบัญญัติที่เข้ามาตั้งแต่ปีพ.ศ. 2478 ที่ให้อำนาจแก่สามีในฐานะหัวหน้าครอบครัวในด้านต่าง ๆ เช่น จากเดิมที่จำกัดอำนาจในการทำนิติกรรมของหญิงที่จดทะเบียนสมรสแล้ว เปลี่ยนเป็นกำหนดให้สามีและภริยามีอำนาจจัดการสินสมรสร่วมกันอย่างเท่าเทียมกัน ในเรื่องภูมิลำเนาสามีภริยานั้น จากเดิมที่บัญญัติให้สามีเป็นผู้เลือกที่อยู่เพียงฝ่ายเดียวนั้น ก็ให้ปรึกษาหารือกัน หรือจะมีภูมิลำเนาแยกกันก็ย่อมได้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรนั้น แต่เดิมอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์อยู่กับบิดาฝ่ายเดียว ก็เปลี่ยนให้ทั้งบิดาและมารดาต่างมีอำนาจปกครองบุตรโดยเท่าเทียมกัน เป็นต้น นอกจากนี้ยังส่งผลให้เกิด การแก้ไขพระราชบัญญัติสัญชาติพ.ศ. 2508 (ฉบับที่ 2) ในปีพ.ศ. 2535 ให้บุตรสามารถได้สัญชาติไทยโดยหลักสายโลหิตจากทั้งทางบิดาและมารดาโดยเท่าเทียมกัน การแก้ไขพระราชบัญญัติชื่อบุคคล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2548 ยกเลิกการบังคับให้หญิงที่สมรสแล้วต้องใช้ชื่อสกุลของสามี เป็นการกำหนดให้หญิงที่สมรสแล้วสามารถเลือกใช้ชื่อสกุลของตนเอง และชายที่สมรสแล้วสามารถเลือกใช้ชื่อ

สกุลของภริยาได้อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน การประกาศใช้พระราชบัญญัติคำนำหน้านามหญิง พ.ศ. 2551 โดยมีสาระสำคัญคือให้หญิงที่สมรสแล้วเลือกใช้คำนำหน้านามได้โดยอิสระโดยไม่ต้องถูกบังคับให้ใช้คำว่า “นาง” เป็นคำนำหน้าอีกต่อไป ตลอดจนการบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสและการกระทำความรุนแรงในครอบครัวเป็นความผิดอาญา เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวและการสมรสให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศที่ผ่านมานั้นยังคงจำกัดอยู่เฉพาะกฎหมายสารบัญญัติในแง่มุมต่าง ๆ มิได้รวมถึงบทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งเป็นกฎหมายที่อาจจะนำมาใช้บังคับในกรณีศาลไทยต้องวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางครอบครัวที่มีองค์ประกอบเกี่ยวข้องกับหลายประเทศ โดยในมาตรา 21 - 22 ของพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามี และ มาตรา 30 ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดา มารดา และบุตร ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติบิดา ซึ่งสะท้อนโครงสร้างของกฎหมายครอบครัวของไทยในขณะที่มีการตราพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยยังไม่ได้รับการแก้ไขให้สอดคล้องกับโครงสร้างกฎหมายครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ไม่เคยปรากฏอยู่ในขอบข่ายของการเรียกร้องให้มีการแก้ไขกฎหมายที่ยังไม่สอดคล้องกับหลักดังกล่าวผ่านกลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในส่วนอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) ที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี ก็ยังมีได้มีการเรียกร้องอย่างชัดเจนให้รัฐภาคีจะต้องดำเนินการแก้ไขในส่วนกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายด้วยแต่อย่างไร และศาลรัฐธรรมนูญของไทยยังไม่เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายขัดกันแห่งกฎหมาย ทั้งนี้อาจเนื่องจากเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่ากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว มิได้บัญญัติถึงสิทธิหน้าที่ของคู่สมรสโดยตรงดังเช่นกฎหมายสารบัญญัติ แต่จะทำหน้าที่เป็นเพียง “ป้ายบอกทาง” เพื่อกำหนดให้นำกฎหมายสารบัญญัติภายในของรัฐหนึ่ง ๆ เพียงรัฐเดียว ท่ามกลางระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์นั้น ๆ มาบังคับใช้ ในท้ายที่สุดแล้วประเด็นว่าสิทธิหน้าที่ของสามีและภริยาตามกฎหมายระหว่างกันมีความเท่าเทียมเสมอภาคหรือไม่ จึงขึ้นอยู่กับเนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่บทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวชี้ให้ใช้ กล่าวคือ กฎหมายสารบัญญัติภายในว่าด้วยครอบครัวของประเทศที่สามีหรือบิดาถือสัญชาติ ถึงแม้ว่าจากพัฒนาการในกฎหมายต่างประเทศ ความไม่สอดคล้องของบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายลักษณะดังกล่าวกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศจะเป็นที่ประจักษ์ในมุมมองของนักกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ (Pivavatrpanich, 2021, p. 45) แต่จากการสำรวจสารสนเทศในมุมมองของกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย ยังไม่พบว่ามีการศึกษาประเด็นดังกล่าวอย่างเป็นระบบ จึงนำมา

สู่ประเด็นคำถามงานวิจัยนี้ว่า ระบบและกลไกของการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญของไทย รองรับหรือมีอุปสรรคทางใดหรือไม่ต่อการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติ กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย หลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตามรัฐธรรมนูญมีขอบเขตเนื้อหาข้อเรียกร้องครอบคลุมการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในลักษณะดังกล่าวในระบบกฎหมายไทยหรือไม่

วัตถุประสงค์การวิจัย

1. เพื่อศึกษาที่มา เจตนารมณ์ เงื่อนไขการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และการปรับใช้กับกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย
2. เพื่อศึกษาที่มา เจตนารมณ์ ของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่บัญญัติให้ใช้กฎหมายสัญชาติสามีหรือกฎหมายสัญชาติบิดาในความสัมพันธ์ทางครอบครัว
3. เพื่อศึกษาที่มา เจตนารมณ์ เนื้อหาของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ หลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศและการปรับใช้กับกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

ขอบเขตของการวิจัย

งานวิจัยนี้ศึกษาการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่กำหนดให้ใช้กฎหมายสัญชาติสามีหรือสัญชาติบิดาในความสัมพันธ์ทางครอบครัวกับหลักความเสมอภาคระหว่างหญิงชายและหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตามรัฐธรรมนูญ

วิธีการดำเนินการวิจัย

โครงการวิจัยนี้ใช้แนวทางการวิจัยทฤษฎีทางกฎหมาย (Theoretical legal research) โดยใช้กระบวนการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ในการศึกษาและเก็บข้อมูล ซึ่งมีขั้นตอนดำเนินการวิจัย ดังนี้

1. สืบค้นและรวบรวมเอกสารที่เกี่ยวข้องกับประเด็นของงานวิจัยได้แก่ ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หลักความเสมอภาคทางเพศ หลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ พัฒนาการของกฎหมายครอบครัว หลักกฎหมายขัดกันว่าด้วยครอบครัว จากกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรทั้งกฎหมายภายใน (Domestic law) ตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน (International human rights instruments) อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (International Conventions on Conflict-of-Laws Rules) คำวินิจฉัยและการตีความของศาลหรือองค์กรอื่นที่มีอำนาจวินิจฉัยหรือตีความ รายงานการประชุมร่างกฎหมาย

(Travaux preparatoire) ตำรา งานวิจัย บทความวิชาการ ทั้งที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายไทย กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ

2. นำข้อมูลที่รวบรวมมาวิเคราะห์ ตีความ หลักการ ทฤษฎี และการให้เหตุผลทางกฎหมาย (Doctrinal analysis) และวิเคราะห์เปรียบเทียบ (Comparative analysis) ตลอดจนสังเคราะห์ให้ข้อสรุปตามวัตถุประสงค์ของงานวิจัย

3. สรุปผลการวิเคราะห์ สังเคราะห์ และเขียนรายงานการวิจัย

สมมติฐานการวิจัย

พัฒนาการของมาตรฐานระหว่างประเทศและกฎหมายภายในเรื่องหลักความเสมอภาคระหว่างเพศส่งผลต่อพัฒนาการของแนวคิดเรื่องหลักความเสมอภาคระหว่างหญิงชายและหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตามรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทย ให้สามารถครอบคลุมบทบัญญัติกฎหมายที่แม้จะไม่ได้ส่งผลให้เกิดความไม่เสมอภาคระหว่างเพศโดยตรง แต่สะท้อนความไม่เสมอภาคที่แฝงอยู่ในระบบโครงสร้างทางสังคมและกฎหมายได้

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้พัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายขัดกัน (conflict-of-laws Rules) กับหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตามรัฐธรรมนูญ

2. ได้แนวทางหรือข้อเสนอแนะต่อการวินิจฉัยตีความในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทย

บทที่ 2

การควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ

ในบทนี้ผู้วิจัยจะทำการศึกษาที่มาของแนวคิดการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ การออกแบบกลไกและกระบวนการรวมถึงองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ โดยให้ความสำคัญกับพัฒนาการในระบบกฎหมายไทย และการให้นิยาม “กฎหมาย” ในฐานะวัตถุแห่งคดีที่สามารถถูกตรวจสอบด้วยรัฐธรรมนูญตามระบบดังกล่าว

ที่มาของการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of Constitution) เป็นหลักพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญ ถือกำเนิดขึ้นในยุโรปและสหรัฐอเมริกา ในช่วงศตวรรษที่ 17-18 และพัฒนาเรื่อยมา ภายใต้บริบทในทางประวัติศาสตร์และเงื่อนไขทางการเมืองของแต่ละประเทศ จึงอาจกล่าวได้ว่าความคิดเกี่ยวกับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนี้เป็นวัฒนธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นเอกลักษณ์ของชาติตะวันตก (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2564, หน้า 235) หลักการนี้มักได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของประเทศต่าง ๆ นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลกที่ถูกบัญญัติขึ้นในปี ค.ศ. 1787 และยังคงบังคับใช้มาจนถึงในปัจจุบันนี้ริเริ่มในการวางหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 6 วรรคสอง โดยบัญญัติว่า “**This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.**” สำหรับประเทศไทย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of Constitution) ได้รับการยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ในมาตรา 61 และยังคงปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทุกฉบับจนถึงฉบับปัจจุบัน โดยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 (มาตรา 6) ถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 (มาตรา 5) ใช้ข้อความว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” จนกระทั่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในมาตรา 6 ได้มีการเพิ่มเติมหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จึงใช้ข้อความว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือ ข้อบังคับ ขัดหรือ

แย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ “ โดยข้อความนี้ยังคงปรากฏ ต่อมาใน มาตรา 5 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

การยึดถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ทำให้องค์กรทางการเมืองรวมถึง สถาบันหรือองค์กรต่าง ๆ ต้องผูกพันและใช้อำนาจหน้าที่ได้เฉพาะภายในกรอบขอบเขตที่รัฐธรรมนูญ กำหนดเท่านั้น เมื่อการออกกฎหมายเป็นการใช้อำนาจรัฐประเภทหนึ่ง หากกฎหมายขัดหรือแย้งกับ หลักการตามรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมายเช่นนั้นจะต้องไม่มีผล บังคับใช้ โดยนัยนี้รัฐธรรมนูญ จึงเป็นทั้ง “กรอบ” ของการใช้อำนาจรัฐและเป็น “มาตร” สำหรับ การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2564, หน้า 235)

การจะทำให้หลักการดังกล่าวเกิดผลอย่างเป็นรูปธรรมได้ก็จะต้องมีการออกแบบกลไกการ ควบคุมตรวจสอบขึ้น เพื่อเป็นหลักประกันสถานะของรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุดของประเทศ มิให้หลักการซึ่งรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญถูกแก้ไขได้โดยกฎหมายธรรมดา กลไกดังกล่าวจึงเป็นหนึ่งใน หลักประกันของการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นเป้าหมายของรัฐเสรี ประชาธิปไตย

จะเห็นว่าจากหลักการดังกล่าว รัฐธรรมนูญอยู่ในสถานะของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับ เหนือกว่าการกระทำใด ๆ ของฝ่ายนิติบัญญัติ เกิดมีปัญหาในทางทฤษฎีว่า หากถือกันว่าการกระทำ ของฝ่ายนิติบัญญัติ เช่นการออกรัฐบัญญัติ (หรือพระราชบัญญัติ) เป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของ ปวงชน จะให้มีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้อย่างไร แต่ในทางกลับกัน เมื่อยอมรับว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดแล้วจะปล่อยให้ไม่มีกลไกในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ กฎหมายได้อย่างไร จึงต้องเลือกระหว่าง การยอมรับว่ารัฐบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีผลใช้ บังคับและต้องถูกเพิกถอนหรือยอมรับว่ารัฐบัญญัติที่ขัดรัฐธรรมนูญยังมีผลใช้บังคับอยู่ได้ ซึ่งจะมีผล ทำให้รัฐธรรมนูญสูญเสียฐานะความเป็นกฎหมายสูงสุดไป (ชาญชัย แสวงศักดิ์, 2563, หน้า 274)

ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ได้รับการอธิบายว่า หมายถึง “การ ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อกำหนดเงื่อนไขจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิ ให้ขัดต่อหลักประกันความคุ้มครองที่กำหนดรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ” (วิจิตรา วิเชียรชม, 2564, หน้า 5)

องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากกฎหมาย ถือว่าเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของปวงชน การมอบอำนาจให้แก่ องค์กรหนึ่งองค์กรใดเพื่อทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ เท่ากับเป็นการ มอบความรับผิดชอบให้แก่องค์กรนั้นจนองค์กรนั้นอาจกลายเป็นองค์กรสูงสุดที่มีฐานะเหนือกว่า

รัฐสภาและรัฐบาล เนื่องจากเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจผูกขาดในการตีความรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ในแต่ละรัฐจึงมีความลังเลใจในการจัดการกับปัญหานี้ โดยในบางรัฐก็ไม่มี การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติเลย ในบางรัฐก็มีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างจำกัด ในบางรัฐก็มีระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่สมบูรณ์ (ซาญซีย์ แสงวงศ์ดี, 2563, หน้า 274)

ปวริศร เลิศธรรมเทวี (2563) แบ่งวิธีการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ ออกเป็น 5 ระบบ

1) แนวคิดที่ว่ารัฐสภามีอำนาจสูงสุด ถือว่า กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นเจตจำนงร่วมกันของประชาชนในประเทศ กฎหมายนั้นๆจึงมีความชอบธรรม ทั้งปวง ถือว่ารัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยขององค์กรอื่นใดมิอาจปฏิเสธกฎหมายที่ออกโดยสภาได้ (ปวริศร เลิศธรรมเทวี, 2563) ในปัจจุบันมีรัฐจำนวนไม่น้อยที่ยังคงไม่มีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายด้วยเหตุผลต่าง ๆ กันหรือหากการให้รัฐสภาเป็นผู้ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติซึ่งเท่ากับให้รัฐสภาเป็นทั้ง “คู่กรณี” และ “ผู้พิพากษา” ในขณะเดียวกัน เช่น ประเทศบราซิล สวีเดน เบลเยียม (ซาญซีย์ แสงวงศ์ดี, 2563, หน้า 276)

อีกประเภทหนึ่งคือการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายด้วยองค์กรตุลาการที่ให้ศาลธรรมดา โดยผู้พิพากษาทุกระดับ (Ordinary judges) เป็นผู้ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (Judicial review) กล่าวคือ ในการพิจารณาคดีของศาลไม่ว่าจะเป็นคดีใดก็ตาม หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหยิบยกปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายขึ้นมาเป็นประเด็นข้อพิพาทในคดีนั้น ศาลซึ่งพิจารณาคดีนั้นจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าวให้เป็นที่ยุติเสียก่อน จึงจะพิจารณาคดีนั้นต่อไปได้ โดยหากศาลที่พิจารณาคดีนั้นเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญ ก็จะไม่ถูกนำมาบังคับใช้กับคดีนั้น ๆ เท่านั้น (Inter partes) แต่ก็ยังคงมีผลใช้บังคับกับบุคคลอื่นต่อไปได้ โดยมีได้มีผลผูกพันคดีอื่นเป็นการทั่วไป หรือกำหนดให้กฎหมายที่ได้รับการวินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญเป็นอันสิ้นผลไป ประเทศที่เป็นผู้นำของระบบนี้ได้แก่ สหรัฐอเมริกา โดยนำมาใช้ในทางปฏิบัติครั้งแรกในคดี “Marbury v. Madison (ค.ศ. 1803) โดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ยืนยันอำนาจผู้พิพากษาในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และเป็นระบบที่มีการนำไปใช้ในหลายประเทศทั่วโลก โดยประเทศที่ใช้ระบบนี้ได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นระบบการวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่มีการปรับใช้มากที่สุดในโลก (ปวริศร เลิศธรรมเทวี, 2563, หน้า 33)

4. ระบบประมุขแห่งรัฐ

5. การใช้องค์กรหรือสภาการเมือง หรือ กิ่งตุลาการ เช่น ระบบ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” เช่น Conseil Constitutionnel ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นต้น

บางประเทศรวมถึงประเทศไทยในปัจจุบันใช้ระบบที่ให้ศาลพิเศษซึ่งมีอำนาจหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นการเฉพาะ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ศาลรัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรสเปน เป็นต้น (ชาญชัย แสงศักดิ์, 2563, หน้า 278)

วิธีการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ

กลไกการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ในปัจจุบันนี้สามารถทำได้ทั้งกรณีที่ยังเป็นร่างกฎหมาย ที่เรียกว่า ระบบการควบคุมก่อน (*a priori control*) และการตรวจสอบกฎหมายหลังการประกาศใช้ (*a posteriori control*)

1. การตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนการประกาศใช้

ระบบการควบคุมก่อน (*a priori control*) คือ การตรวจสอบร่างกฎหมายที่กำลังอยู่ในกระบวนการนิติบัญญัติว่ามีเนื้อหาสาระ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเป็นการควบคุมด้านเนื้อหา และตรวจสอบกระบวนการตราว่าเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเป็นการควบคุมด้านกระบวนการ

การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ (รัฐธรรมนูญ มาตรา 148) ร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ถ้า

1) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบ ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินั้น มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้เสนอความเห็น ต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภาแล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าว ส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

2) นายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้ส่งความเห็นเช่นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยและแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า

ในระหว่าง การพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยมิได้

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไป แต่ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่ไม่เป็นสาระสำคัญ ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป แต่ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นยังคงสามารถประกาศใช้บังคับได้

2. การตรวจสอบกฎหมายหลังการประกาศใช้

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่บังคับใช้แล้วอาจเป็นการตรวจสอบแบบนามธรรม (*Abstract review*) หรือการตรวจสอบแบบรูปธรรม (*Concrete review*)

2.1 การตรวจสอบแบบนามธรรม (*Abstract review*)

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงนามธรรม (*Abstract review*) หมายถึง การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งมีผลใช้บังคับทั่วไป ซึ่งไม่ใช่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับกับคดีที่อยู่ในระหว่างการพิจารณา โดยอาจเป็นกฎหมายตามเนื้อความกฎหมายตามแบบพิธี กฎหมายสารบัญญัติหรือกฎหมายวิธีสบัญญัติ (ธีระ สุธีวรานุกร, 2563, หน้า 43)

โดยในรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ก็กำหนดช่องทาง ขั้นตอนกระบวนการริเริ่มองค์กร ผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบ และผลของการตรวจสอบไว้ ซึ่งอาจมีรายละเอียดแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศและในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ สำหรับประเทศไทยการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบนามธรรม โดยเฉพาะกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาและมีผลใช้แล้วเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และปรากฏต่อมาในรัฐธรรมนูญทุกฉบับหลังจากนั้น มีหลักเกณฑ์โดยย่อดังต่อไปนี้

ผู้เสนอคดีกรณีการตรวจสอบกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาและมีผลบังคับใช้แล้ว โดยอาจหมายถึง พระราชบัญญัติ และพระราชกำหนดที่รัฐสภานุมัติแล้วก็ได้ ในกรณีนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่ละฉบับมีการกำหนดผู้มีสิทธิเสนอคดีไว้แตกต่างกัน สำหรับรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 198 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดผู้มีสิทธิเสนอคดีคือ “ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา” (*Ombusman*) สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดผู้มีสิทธิเสนอคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในกรณีนี้ ได้แก่ ผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามมาตรา 245 (1) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) และ บุคคลผู้ที่มีสิทธิเสรีภาพของตนได้รับผลกระทบจากกฎหมาย ตามมาตรา 213 สำหรับ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน พุทธศักราช 2560

ได้กำหนดให้เฉพาะผู้ตรวจการแผ่นดิน เท่านั้น ที่เป็นผู้มีสิทธิเสนอคดี ตามมาตรา 231(1) สำหรับ บทบัญญัติ แห่งกฎหมายที่ผู้ตรวจการแผ่นดินจะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณานั้น

ส่วนผู้เสนอคดีกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ เงื่อนไขการตราพระราชกำหนด ที่รัฐสภายังไม่ได้อนุมัติ ได้แก่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาตามจำนวนที่ รัฐธรรมนูญกำหนด โดยรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมาตรา 173 วรรคหนึ่ง กำหนดไว้ที่จำนวนไม่น้อย กว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา และเมื่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภาตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนดได้เสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญแล้ว มาตรา 173 วรรคหนึ่งกำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาต้องรอการพิจารณาว่าจะอนุมัติ หรือไม่อนุมัติพระ ราชกำหนดนั้นไว้ก่อนจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยเสร็จสิ้น โดยศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาให้ แล้วเสร็จภายใน 60 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง และคำวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดไม่เป็นไปตาม รัฐธรรมนูญต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมดเท่าที่ มีอยู่ ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดไม่เป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าวให้พระราช กำหนดนั้นไม่มีผลใช้บังคับมาแต่ต้น กรณีนี้ถือได้ว่าเป็นการคุ้มครองเสียงข้างน้อยในสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา เนื่องจากในทางปฏิบัติที่รัฐสภาจะไม่อนุมัติพระราชกำหนดที่ออกโดยฝ่ายบริหารนั้น เป็นไปได้ยาก (ธีระ สุธีวรางกูร, 2563, หน้า 46)

2.2 การตรวจสอบแบบรูปธรรม (Concrete Review)

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอาจสามารถเกิดขึ้นแม้ในกรณีที่มีคดี พิพาทเกิดขึ้น และมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่ากฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับคดีนั้นน่าจะมี ปัญหาความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เรียกว่า การตรวจสอบแบบรูปธรรม (Concrete review) โดย หรืออีกนัยหนึ่งคือ การตรวจสอบ “บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับกับคดี” ว่าขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดย “กฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับกับคดี” หมายถึง “บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ ศาลจะต้องนำมาใช้เป็นฐานในการพิจารณาพิพากษาคดีที่ตนต้องพิจารณาพิพากษา หากคดีในศาลไม่ ต้องใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดเป็นฐานในการพิจารณาพิพากษาคดีแล้ว บทบัญญัติแห่งกฎหมาย นั้นก็ย่อมไม่ใช่กฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับกับคดี” (ธีระ สุธีวรางกูร, 2563, หน้า 38)

โดยในรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ก็จะกำหนดช่องทาง ขั้นตอนกระบวนการริเริ่ม องค์กร ผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบ และผลของการตรวจสอบไว้ ซึ่งอาจมีรายละเอียดแตกต่างกันไป ในแต่ละประเทศและในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ สำหรับประเทศไทยการตรวจความชอบด้วย รัฐธรรมนูญแบบรูปธรรม มีหลักเกณฑ์โดยย่อต่อไปนี้

วัตถุประสงค์ที่เสนอให้ตรวจสอบต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งหมายถึง พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชกำหนด หรือ ประกาศหรือคำสั่งของ

คณะรัฐประหารที่มีสถานะเทียบเท่าพระราชบัญญัติ ดังนั้น จึงไม่รวมถึง “กฎ” “คำสั่งทางปกครอง” “การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ” “การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาล” หรือ “คำพิพากษาของศาล” กฎหมายสารบัญญัติ และ วิธีสบัญญัตินั้น จะต้องเป็นบทบัญญัติที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีจริง ๆ เท่านั้น มิฉะนั้น ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี และโดยสภาพไม่อาจขอให้ตรวจสอบกฎหมายที่สิ้นผลใช้บังคับไปแล้วได้ และต้องเป็นการขอให้ตรวจมาตราหนึ่ง หรือหลายมาตราของกฎหมายตามแก่กรณี แต่ต้องไม่ใช่กฎหมายทั้งฉบับ และเป็นการตรวจสอบ “เนื้อหา” ของบทบัญญัติกฎหมายนั้น ไม่ใช่การให้ตรวจสอบ “กระบวนการตรากฎหมาย” (ธีระ สุธีวรางกูร, 2563, หน้า 48-49)

นอกจากนี้โดยบทบัญญัตินั้น ๆ จะต้องยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัตินั้น ๆ เพื่อป้องกันการ “ฟ้องซ้ำ” ทั้งนี้การจะถือเป็นการฟ้องซ้ำได้นั้น “วัตถุประสงค์การตรวจสอบ” กล่าวคือ บทบัญญัติมาตราหนึ่งหรือหลายมาตราของกฎหมาย และ “มาตรฐานในการตรวจสอบ” กล่าวคือ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ต้องเป็นเรื่องเดียวกัน แต่หากมีการเสนอคดีที่แม้มีวัตถุประสงค์เป็นเรื่องเดียวกัน แต่หากมาตรฐานในการตรวจสอบไม่ใช่เรื่องเดียวกัน เช่น ให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับเดียวกันแต่ต่างมาตรากัน หรือบทบัญญัติกฎหมายมาตราเดียวกันแต่มีการขอให้ตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในอีกมาตราหนึ่ง ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเสนอคดีในเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติของกฎหมายนั้นไว้แล้ว (ธีระ สุธีวรางกูร, 2563, หน้า 50)

เงื่อนไขอีกประการหนึ่งที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในมาตรา 212 วรรคสอง คือ คำโต้แย้งของกลุ่มความในคดีจะต้องมีสาระอันควรได้รับการวินิจฉัยจากศาลรัฐธรรมนูญด้วย

ผู้มีสิทธิเสนอคดีกรณีการตรวจสอบแบบ “รูปธรรม” ได้แก่

1) คู่ความในคดี ซึ่งหมายถึง โจทก์หรือจำเลย ในคดีแพ่งและอาญา หรือคู่กรณี ซึ่งหมายถึง ผู้ฟ้องคดีหรือผู้ถูกฟ้องคดีในคดีปกครอง เพื่อให้ศาลที่พิจารณาคดี ส่งคำโต้แย้งของตน

2) ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม ตุลาการในศาลปกครองหรือศาลทหาร ที่จะใช้กฎหมายในการพิจารณาพิพากษาคดี ในทุกชั้นศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกาในศาลยุติธรรม ศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองสูงสุดในศาลปกครอง ศาลทหารชั้นต้น ศาลทหารกลางหรือศาลทหารสูงสุด โดยเปิดช่องให้ศาลที่เห็นว่าบทบัญญัติกฎหมายที่ตนจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้วก็สามารถเสนอคดีไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้โดยที่คู่ความไม่จำเป็นต้องร้องขอ โดยหากเป็นกรณีผู้พิพากษานายเดียว ก็ย่อมสามารถตัดสินใจได้ตามลำพัง แต่ในกรณีที่อยู่ในรูปแบบขององค์คณะ การเสนอคดีของศาลที่พิจารณาคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้ก็จะทำในรูปมติขององค์คณะ โดยช่องทางดังกล่าวถือว่าการวางบทบาทให้ศาลที่พิจารณาคดีสามารถมีส่วนร่วม

ในการรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (ธีระ สุธีวรานุกร, 2563, หน้า 42)

การส่งคำร้องดำเนินการผ่านทางสำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลปกครอง หรือกรมพระธรรมนูญแล้วแต่กรณีให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับกับคดีของตนขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งกรณีนี้ ศาลที่ส่งความเห็นไปให้ศาลรัฐธรรมนูญ ยังสามารถพิจารณาคดีต่อไปได้ แต่ต้องให้รอการพิพากษาคดีไว้เป็นการชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับผลคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ กรณีการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น มาตรา 211 วรรคสี่ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 กำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลองค์กรอิสระและหน่วยงานของรัฐ และตามมาตรา 212 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ในทุกคดีทั้งปวงแต่ไม่กระทบต่อคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว เว้นแต่ในคดีอาญาให้ถือว่าผู้ซึ่งเคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยมาตรา 5 นั้น เป็นผู้ไม่เคยกระทำความผิดดังกล่าว หรือถ้าผู้นั้นยังรับโทษอยู่ก็ให้ปล่อยตัวไปแต่ทั้งนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิที่จะเรียกร้องค่าชดเชยหรือค่าเสียหายใดๆ

กรณีการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้ ไม่ว่าจะกรณีใดโดยการส่งเรื่องมาจากผู้พิพากษาหรือกรณีการตรวจสอบแบบนามธรรม เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ จะมีผลผูกพันองค์กรของรัฐ ที่ใช้อำนาจมหาชนทั้งหลายทั้งปวง ตลอดจนผูกพันบุคคลเป็นการทั่วไปอย่างเด็ดขาดด้วย จึงไม่ได้มีผลผูกพันเฉพาะคู่ความในคดีที่กำลังต่อสู้คดีกันอยู่ในศาลที่ส่งเรื่องมาเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้มีผลทั่วไป (erga omnes) และเมื่อมีคำตัดสินแล้ว ไม่มีศาลใดที่เป็นศาลที่อยู่ในลำดับที่เหนือกว่าศาลรัฐธรรมนูญ คู่ความย่อมไม่อาจอุทธรณ์โต้แย้งคำตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญไปยังศาลอื่นได้อีก (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2550, หน้า 23)

พัฒนาการของการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

รัฐธรรมนูญถาวรแห่งราชอาณาจักรสยามฉบับแรก พุทธศักราช 2475 ถึงแม้จะบัญญัติในมาตรา 61 ไว้ว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ มีข้อความแย้งหรือขัดกับรัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้น ๆ เป็นโมฆะ” ก็ตาม แต่ไม่ได้กำหนดไปถึงองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ควบคุมหรือตรวจสอบไว้ด้วย ทำให้ศาลยุติธรรมโดยคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 1/2489 เมื่อวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ. 2489 ซึ่งมีการฟ้องร้องเพื่อให้มีการลงโทษผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามพระราชบัญญัติ

อาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 อ้างอำนาจหน้าที่ที่ควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (วิจิตร วิเชียรชม, 2564, หน้า 51) ในคดีนี้ ศาลฎีกาซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลอาชญากรรมสงคราม ได้พิพากษาว่า พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 เป็นกฎหมายที่กำหนดโทษในทางอาญาย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคล ถือว่าฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด ดังนั้นบทบัญญัติในพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม เฉพาะส่วนที่ย้อนหลังไปกำหนดโทษทางอาญาเป็นผลร้ายต่อบุคคลจึงตกเป็นโมฆะ คำพิพากษาศาลฎีกานี้ ถือได้ว่าศาลได้ใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีอันเป็นการยืนยันถึงอำนาจของฝ่ายตุลาการคือศาลยุติธรรมในการควบคุมตรวจสอบกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกนั้นมีให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (ปัทมา สุภกำบัง, 2562, หน้า 139)

ข้อควรสังเกตคือ คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 1/2489 นั้นเกิดขึ้นภายใต้บังคับของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม ฉบับพุทธศักราช 2475 ซึ่งมีมาตรา 62 บัญญัติว่า “ท่านว่าสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญนี้” ซึ่งสามารถเข้าใจได้ว่ารัฐธรรมนูญมุ่งหมายจะกำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อหลักการตามรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ย่อมต้องอาศัยการตีความถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามบังคับแห่งมาตรา 62 แล้วนั้น สภาผู้แทนราษฎรควรเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตีความว่าบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในคำพิพากษานี้ แม้ศาลฎีกาจะได้ให้เหตุผลทางกฎหมายประกอบคำพิพากษาไว้ถูกต้องตามหลักกฎหมายหลายประการ เช่น การกล่าวถึงอำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมในการตีความกฎหมายในฐานะผู้ใช้กฎหมาย และหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจเป็นสามฝ่ายเพื่อให้มีการคานและดุลอำนาจกันระหว่างองค์กรของรัฐ แต่กลับไม่กล่าวถึงมาตรา 62 แม้แต่น้อยทั้งที่เป็นบทบัญญัติตามหลังมาตรา 61 ที่วางหลักเรื่องความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และกำหนดองค์กรที่มีสิทธิเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญนี้

หลังมีคำพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามนี้ กลับเกิดเสียงคัดค้านต่อต้านจากสภาผู้แทนราษฎรในขณะนั้นซึ่งล้วนเห็นว่าคำตัดสินของศาลฎีกาในคดีดังกล่าวไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ยังผลให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวิสามัญขึ้นมาเพื่อพิจารณาญัตติของสภาผู้แทนราษฎรว่า ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยความสมบูรณ์ของพระราชบัญญัติหรือไม่ โดยรายงานของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาจากถ้อยคำที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญว่า “สิทธิเด็ดขาด” ตามมาตรา 62 หมายความว่า อำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจโดยลำพังของสภาผู้แทนราษฎร นอกจากนั้น เอกสารแวดล้อมในขั้นตอนการร่างรัฐธรรมนูญยังปรากฏหลักฐานในหลายวาระที่สะท้อนให้เห็นว่าบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 62 นี้ถูกบัญญัติเพิ่มเติมต่อเนื่องจากการวางหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในมาตรา 61 เพื่อระบุให้ชัดเจนว่าสภาผู้แทนราษฎรผู้เดียวเป็นผู้มีสิทธิในการตีความรัฐธรรมนูญนี้ ซึ่งเป็นแนวทางที่นิยมใช้ในต่างประเทศเป็นส่วนใหญ่

เว้นแต่ในสหรัฐอเมริกาซึ่งดำเนินแนวทางให้ศาลยุติธรรมเป็นใช้อำนาจตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตั้งแต่คำพิพากษาในคดี Marbury v. Madison ดังนี้แล้ว เมื่อเกิดความจำเป็นต่อความบัพผุญติในรัฐธรรมนูญ พนักงานเจ้าหน้าที่อื่นควรงดการพิจารณาไว้แล้วส่งให้สภาผู้แทนราษฎรตีความเสียก่อน

ผลจากคำพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามนี้ทำให้เกิดการก่อตั้ง “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ขึ้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2564, หน้า 238) เพื่อเป็นองค์กรเฉพาะที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติเมื่อปรากฏประเด็นเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทกฎหมายในระหว่างการพิจารณาคดีในศาลยุติธรรม หากแต่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 ก็ยังสงวนอำนาจให้องค์กรนิติบัญญัติอย่างรัฐสภาที่มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญในกรณีอื่น ๆ ทั้งหมด

หลังจากมีการก่อตั้ง “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ขึ้นเป็นครั้งแรกในปี พ.ศ. 2489 ประเทศไทยต้องเผชิญความผันผวนทางการเมืองหลายครั้ง ซึ่งล้วนส่งผลกระทบต่อความคงอยู่ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร รวมถึงกลไกเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทำให้ไทยได้ผ่านยุคสมัยที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรบ้าง รัฐสภาบ้าง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญบ้างเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือแม้แต่ภาวะสุญญากาศภายหลังการทำรัฐประหารที่ไม่มีการกำหนดให้องค์กรใดทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมจึงก้าวเข้ามาใช้อำนาจตุลาการในการทำหน้าที่ตรวจสอบ

ต่อมาเมื่อมีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช 2540 จึงมีการตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ขึ้นและเปลี่ยนมาเป็นองค์กรควบคุมรูปแบบใหม่ที่ดำเนินต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญทั้งการควบคุมก่อนการประกาศใช้เป็นกฎหมาย และหลังการประกาศใช้เป็นกฎหมาย ทั้งนี้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561

นิยาม “กฎหมาย” ในฐานะวัตถุแห่งคดี ที่อยู่ภายใต้อำนาจตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ

ปัญหาว่า “กฎหมาย” คืออะไร ถือเป็นปัญหาพื้นฐานในทางนิติปรัชญาและทางวิชาการซึ่งยากที่จะให้คำตอบอันเป็นที่ยุติเด็ดขาดได้ สำหรับการวิจัยนี้จะกำหนดขอบเขตของการศึกษาถึงนิยามของ “กฎหมาย” ในฐานะที่เป็นวัตถุแห่งคดี (Sujet de litiges) ที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เท่านั้น

ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความหมายของ “กฎหมาย” ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเอาไว้ว่า จะต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ สำหรับบ่อเกิดแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งอยู่ในลำดับชั้นที่รองลงมาจากรัฐธรรมนูญและเกิดจากอำนาจนิติบัญญัติ โดยหลักแล้วคือพระราชบัญญัติ แต่หลังจากที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา ได้มีพระราชบัญญัติเพิ่มขึ้นอีกประเภทหนึ่ง เรียกว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งยังคงปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาด้วยจนถึงปัจจุบัน นอกจากกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติแล้ว “กฎหมาย” ในความหมายดังกล่าว ยังประกอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้กฎหมายนั้นมีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติด้วย อันได้แก่ พระราชกำหนด และพระราชกฤษฎีกา ในบางกรณี

1) พระราชบัญญัติ

พระราชบัญญัติเป็นกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา มีฐานะเป็นกฎหมายแม่บทที่กำหนดกฎเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎร และความสัมพันธ์ระหว่างราษฎรด้วยกันในเรื่องต่าง ๆ นอกเหนือจากเรื่องที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ โดยเฉพาะให้ตราเป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2564, หน้า 202) โดยตามระบบรัฐธรรมนูญไทย รัฐสภาซึ่งมีอำนาจนิติบัญญัติ คือ อำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายให้มีผลใช้บังคับทั่วไป จะบัญญัติให้มีเนื้อหาในเรื่องใดก็ได้ ขอเพียงแต่ไม่บัญญัติในเรื่องที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (ธีระ สุธีวรารากร, 2563, หน้า 12) สำหรับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ นอกจากหมายถึงพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่องแล้วยังรวมถึงประมวล กฎหมายด้วย โดยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2541 ได้ตรวจสอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 34-53/2543 ได้ตรวจสอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย คือ กฎหมายที่พระมหากษัตริย์ตราขึ้นตามคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภาภายใต้กระบวนการนิติบัญญัติที่แตกต่างไปจากพระราชบัญญัติ โดยในทางเนื้อหาจะเป็นกฎหมายที่กำหนดเนื้อหาเพื่อขยายความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2564, หน้า 201) ตราขึ้นเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญโดยตรง โดยระบบกฎหมายไทย ได้มีขึ้นเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เพื่อรองรับบทบัญญัติที่เป็นรายละเอียดของสาระเกี่ยวกับกลไกขององค์การที่สำคัญที่ต้องกำหนดไว้เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแทนการบัญญัติรายละเอียดดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อมิให้รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติที่ยาวเกินไป (ธีระ สุธีวรารากร)

กูร, 2563, หน้า 13) และปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มา ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยในปัจจุบัน รัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบัน พ.ศ. 2560 มาตรา 130 ได้บัญญัติให้มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ดังต่อไปนี้ (1) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการได้มาซึ่งวุฒิสภา (3) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง (4) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง (5) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน (6) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (7) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน (8) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ (9) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง (10) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

เมื่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเข้ามาปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายไทย มีข้อถกเถียงกันว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีลำดับชั้นในทางกฎหมายสูงกว่าพระราชบัญญัติหรือไม่

โดยภายใต้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 มีการกำหนดกระบวนการเสนอ การพิจารณา และมติในการให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเอาไว้แตกต่างและเคร่งครัดกว่าการเสนอร่างพระราชบัญญัติทั่วไป ตัวอย่างเช่น การกำหนดผู้มีอำนาจเสนอร่างกฎหมาย ในมาตรา 131 บัญญัติให้ผู้มีอำนาจเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ได้แก่ (1) คณะรัฐมนตรี โดยข้อเสนอแนะของศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรอิสระที่เกี่ยวข้อง (2) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งแตกต่างจากกรณีพระราชบัญญัติทั่วไป ตามมาตรา 133 ซึ่งกำหนดให้ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่า 20 คน และมีสิทธิเลือกตั้งไม่น้อยกว่า 10,000 คน สามารถเข้าชื่อเสนอร่างพระราชบัญญัติทั่วไปได้หากเป็นเรื่องตามหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย หรือหมวด 5 หน้าที่ของรัฐ เมื่อ เมื่อกระบวนการเสนอ การพิจารณา และมติในการให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเอาไว้แตกต่าง เคร่งครัดกว่าพระราชบัญญัติทั่วไป จึงถือได้ว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีลำดับชั้นในทางกฎหมายสูงกว่าพระราชบัญญัติ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2564, หน้า 201-202) อย่างไรก็ตามคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเคยให้ความเห็นผ่านคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550 ว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติทั่วไปนั้นมีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายเท่ากัน (ธีระ สุธีวรางกูร, 2563, หน้า 15)

3) พระราชกำหนด

พระราชกำหนด คือ กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยมีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ ดังนั้นพระราชกำหนดเป็นกฎหมายที่เกิดจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติในยามฉุกเฉิน โดยองค์กรฝ่ายบริหาร ตามเงื่อนไขเฉพาะที่รัฐธรรมนูญกำหนด ดังนั้นในทางเนื้อหาแล้วพระราชกำหนดมีฐานะเป็นกฎหมายแม่บทดังเช่นพระราชบัญญัติ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2564, หน้า 203-204)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจตราพระราชกำหนดขึ้นใช้บังคับดังเช่น พระราชบัญญัติได้ 2 ชนิด คือ พระราชกำหนดทั่วไป ใน “กรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนในอันจะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ (มาตรา 172 วรรคแรก ประกอบวรรคสอง) และ พระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรและเงินตรา โดยเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญ คือ มีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดิน (มาตรา 174 วรรคแรก)

ศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยที่ยืนยันว่า “พระราชกำหนด” มีสถานะเป็น “กฎหมาย” ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ ได้แก่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9-10/2544 ซึ่งเป็นกรณีการตรวจสอบพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 57/2545 ซึ่งเป็นกรณีการตรวจสอบพระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน พ.ศ.2540 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 29-30/2547 ซึ่งเป็นการตรวจสอบพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2546 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2552 :ซึ่งเป็นการตรวจสอบพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2553 ซึ่งเป็นการตรวจสอบพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5-7/2562 พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาและคุ้มครองสถาบันครอบครัว พ.ศ. 2562 เป็นต้น (ธีระ สุธีวรางกูร, 2563, หน้า 17)

4) พระราชกฤษฎีกา

พระราชกฤษฎีกา คือกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขฝ่ายบริหารอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญประกอบกับบทบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ ตราขึ้นใช้บังคับโดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นรายละเอียดที่จำเป็นแก่การบังคับการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติฉบับนั้นๆ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2564, หน้า 206)

โดยทั่วไปในระบบกฎหมายไทย พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์เทียบเท่าพระราชบัญญัติอยู่ในสถานะกฎหมายลำดับรองหรือ “กฎ” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งไม่อยู่ในขอบอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติดังกล่าว อย่างไรก็ตามในระบบกฎหมายไทย คำว่าพระราชกฤษฎีกา ได้รับการนำมาใช้ในหลายลักษณะ จึงอาจไม่ได้มีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรองหรือ “กฎ” เสมอไป อภิรตี กิตติสิทโธ (2563) ได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ สถานะทางกฎหมาย ของพระราชกฤษฎีกาพบว่า ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พบว่า สามารถแยกสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาได้ 4 ประเภทดังต่อไปนี้

ประเภทที่ 1 ได้แก่ พระราชกฤษฎีกา ที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น โดยการให้พระราชอำนาจในฐานะประมุขของรัฐ เป็นไปตามพระราชอัธยาศัย ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 15 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กล่าวคือ พระราชกฤษฎีกาการจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มีสถานะเป็นกฎหมายเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตามแบบพิธี แต่ไม่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ซึ่งเนื้อหาที่อยู่ภายใต้การบังคับมาตรา 11(2) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เป็นพระราชอำนาจให้พระมหากษัตริย์ใช้ตราพระราชกฤษฎีกาตามลำพังพระองค์เอง ถือเป็นกรกระทำในฐานะประมุขของรัฐ ตามหลักทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” โดยจะไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลแต่อย่างใด (อภิรตี กิตติสิทโธ, 2563, หน้า 262)

ประเภทที่ 2 ได้แก่ พระราชกฤษฎีกา ที่พระมหากษัตริย์ ทรงตราขึ้นโดยการให้พระราชอำนาจในฐานะประมุขของรัฐไม่เป็นไปตามพระราชอัธยาศัยซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง ซึ่งเป็นพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ เช่น พระราชกฤษฎีกาปิดเปิดสมัยประชุมรัฐสภา พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งเป็นกฎหมายตามแบบพิธี และเป็น “การกระทำทางการเมือง” หรือ “การกระทำทางรัฐบาล” โดยหลักการแล้วจะไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและ ความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตุลาการ (อภิรตี กิตติสิทโธ, 2563, หน้า 262) อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้เคยมีคำวินิจฉัยที่ 5/2557 ว่าพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 บางมาตรา มีสถานะเป็น “กฎหมาย” ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และพระราชกำหนด ต่อประเด็นดังกล่าว ชีระ สุธีรวงศ์ (2563, หน้า 22-28) เห็นว่า การวินิจฉัยดังกล่าวทำให้เกิดผลประหลาด เป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ และหลักคิดเกี่ยวกับการตีความรัฐธรรมนูญของศาล

รัฐธรรมนูญ และให้ความเห็นว่า หากมีคดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรขึ้นมาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยอีก ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยเสียใหม่ว่าพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว แม้จะออกโดยองค์กรฝ่ายบริหารตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ให้มีค่าบังคับดังเช่นกฎหมายศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจรับคดีดังกล่าวไว้พิจารณาวินิจฉัยได้

ประเภทที่ 3 ได้แก่ พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจเพราะรัฐธรรมนูญโดยตรง ประกอบกับกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติที่ให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะ กล่าวคือ พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นพระราชกฤษฎีกาที่เป็นการใช้อำนาจของรัฐบาลร่วมกับคณะกรรมการการเลือกตั้ง ในส่วนการจัดการเลือกตั้งที่กระทำไปภายใต้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ ถือเป็นกรกระทำที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็นกฎ และถือกรกระทำอื่นใดของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นให้ศาลปกครองพิจารณาตามมาตรา 231(2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 (อภิรดี กิตติสิทโธ, 2563, หน้า 264)

สำหรับพระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ ประกอบกับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายเทียบเท่าพระราชบัญญัติ กล่าวคือ พระราชกฤษฎีกาที่เป็นการใช้อำนาจของรัฐบาลในสถานะที่เป็นฝ่ายปกครอง ซึ่งมีสถานะทางกฎหมายเป็น กฎ เช่น พระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ พระราชกฤษฎีกาการเวนคืนที่ดิน พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตอุทยาน พระราชกฤษฎีกายุบรวมหรือโอนส่วนราชการ มีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จึงอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา ตามบทบัญญัติมาตรา 11(2) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (อภิรดี กิตติสิทโธ, 2563, หน้า 264-265)

ประเภทที่ 4 ได้แก่ พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น กรณีที่รัฐบาลเห็นสมควรตราขึ้นเพื่อบังคับใช้ในราชการฝ่ายบริหารสำหรับเรื่องสำคัญบางเรื่องในกิจการของฝ่ายบริหาร ตามมาตรา 175 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยเบี้ยประชุมกรรมการ พระราชกฤษฎีกา ว่าด้วยการเบิกค่าเช่าบ้านของข้าราชการ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการร้องทุกข์ในพระราชสำนัก เป็นต้น ซึ่งเป็นพระราชกฤษฎีกาที่ออกมาเพื่อใช้กับฝ่ายบริหารเพียงอย่างเดียวโดยไม่ได้ใช้บังคับกับประชาชนทั่วไป กรณีดังกล่าว หากมีปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย และความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สามารถถูกตรวจสอบโดยศาลปกครองภายใต้บทบัญญัติมาตรา 11(2) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (อภิรดี กิตติสิทโธ, 2563, หน้า 265)

บทที่ 3

กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

ในบทนี้ผู้วิจัยจะนำเสนอกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย โดยเริ่มจากข้อความคิดทั่วไปและวิธีการปรับใช้กฎหมายลักษณะดังกล่าวในภาพรวม ศึกษาวิเคราะห์ถึงข้อพิจารณาทางสารบัญญัติหรือเนื้อหาสาระที่ปรากฏในบทบัญญัติดังกล่าว พัฒนาการของการยอมรับให้กฎเกณฑ์ดังกล่าวเข้ามาอยู่ในขอบข่ายของการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกฎหมายต่างประเทศและนำเสนอบทวิเคราะห์ในประเด็นดังกล่าวในบริบทของกฎหมายไทยตามลำดับ

ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

1. การจัดการกับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีองค์ประกอบต่างประเทศด้วยกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

ในปัจจุบัน เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นไม่ได้ว่านิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเป็นธรรมดาในชีวิตประจำวันของบุคคลหรือการประกอบธุรกิจ นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนอาจมีองค์ประกอบต่างประเทศโดยมีเหตุมาจากหลายองค์ประกอบ ตัวอย่างเช่น

- 1) การที่ประธานแห่งนิติสัมพันธ์ ได้แก่ คู่สัญญา คู่สมรส บุคคลในครอบครัว ฯลฯ มีสัญชาติ ภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ ในประเทศต่าง ๆ กัน เป็นต้น
- 2) สถานที่ตั้งของวัตถุแห่งนิติสัมพันธ์ เช่น ทรัพย์ที่ทำสัญญาซื้อขายกัน หรือทรัพย์ที่เป็นสินสมรสหรือมรดกตั้งอยู่ในต่างประเทศ เป็นต้น
- 3) บ่อเกิดหรือถิ่นที่มีผลของนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนอยู่ในต่างประเทศ เช่น สถานที่ที่ละเมิดได้เกิดขึ้น สถานที่ที่สัญญาได้ทำขึ้น สถานที่ที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ สถานที่ประกอบพิธีการสมรส เป็นต้น

เมื่อต้องวินิจฉัยข้อพิพาทตามกฎหมายเอกชนที่มีความเกี่ยวข้องกับหลายประเทศ ตัวอย่างเช่น กรณีมีประเด็นพิพาทเรื่องสิทธิในทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสที่ต่างฝ่ายต่างมีสัญชาติแตกต่างกัน และมีทรัพย์สินตั้งอยู่ในหลายประเทศ เนื่องจากมีกฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยครอบครัวของหลายประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง จึงถือว่ามี “การขัดกันแห่งกฎหมาย” เกิดขึ้น ในการวินิจฉัยคดีพิพาทดังกล่าว เราจำเป็นต้องทราบให้ได้ก่อนว่าจะใช้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศใดที่อาจมีความเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทมากบ้างน้อยบ้างมาปรับกับคดีที่ดังกล่าว กล่าวคือ ในการแก้ปัญหา “การขัดกันแห่งกฎหมาย” ดังกล่าว เราจำเป็นต้องมีวิธีการหรือเครื่องมือช่วยในการตัดสินใจ โดยนิติวิธีที่ใช้

กันโดยแพร่หลายและได้รับการยอมรับโดยนานารัฐในปัจจุบันคือ การใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict-of-law Rules) หรือ “หลักกฎหมายขัดกัน”

กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict-of-law Rules) มักถูกอธิบายว่าเป็นเพียงป้ายบอกทางแก่ผู้บังคับใช้กฎหมายว่าจะต้องนำกฎหมายภายในของประเทศใดมาใช้บังคับ โดยมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) ไม่ได้ให้ความสนใจต่อผลของคดี (Indifferent) จึงมีอิทธิพลต่อผลของคดีในทางอ้อมเท่านั้น (Indirect) อย่างไรก็ตามในกระบวนการปรับใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ไม่ได้มีเพียงบทบัญญัติที่กำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่ทำหน้าที่เป็นเสมือน “ป้ายบอกทาง” เท่านั้น แต่ยังประกอบไปด้วยนิติวิธีของกฎหมายขัดกันที่อาจถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ได้ สำหรับกระบวนการปรับใช้หลักกฎหมายขัดกันทั้งระบบเมื่อเกิดข้อพิพาทหรือคำถามทางกฎหมายที่มีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาพัวพัน (Foreign elements) นั้น ผู้วิจัยขออธิบายโดยสรุปดังต่อไปนี้

ขั้นแรก ได้แก่ การจัดลักษณะข้อกฎหมาย (Characterization) ให้แก่คำถามทางกฎหมายหรือประเด็นที่พิพาทเสียก่อนว่าเป็นเรื่องใด สำหรับในบริบทกฎหมายไทยก็จะทำให้สามารถทราบได้ว่า จะต้องนำบทบัญญัติมาตราใดของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาใช้บังคับตัวอย่างเช่น ประเด็นพิพาทหรือคำถามทางกฎหมายที่ต้องวินิจฉัยเป็นเรื่องความสามารถของบุคคลหรือผลทางหนี้จากสัญญาหรือประเด็นพิพาทเรื่องทรัพย์สิน เป็นต้น

ขั้นที่สอง เกิดขึ้นเมื่อทราบว่าข้อเท็จจริงหรือมูลกรณีเข้าลักษณะข้อกฎหมายใดและตามมาตราใดแล้ว ก็จะต้องตรวจสอบว่าบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดจุดเกาะเกี่ยว (Connecting factors) ให้แก่ลักษณะข้อกฎหมายนั้น ๆ ไว้อย่างไร เช่น มาตรา 10 กำหนดให้เรื่องความสามารถของบุคคลเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น มาตรา 13 กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายที่คู่สัญญา กำหนดให้ใช้บังคับกับสัญญา หากไม่มีการเลือกกฎหมายใช้บังคับก็ให้เป็นไปตาม กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาทำขึ้นใช้บังคับกับสาระสำคัญและผลของสัญญา มาตรา 16 กำหนดให้กฎหมายแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินตั้งอยู่บังคับใช้กับประเด็นพิพาทที่เกี่ยวข้องด้วยทรัพย์สิน เป็นต้น ในที่นี้ “สัญชาติ” “ถิ่นที่สัญญาทำขึ้น” “ถิ่นที่ทรัพย์สินตั้งอยู่” ฯลฯ เหล่านี้ คือ “จุดเกาะเกี่ยว” นั่นเอง

ขั้นที่สาม เมื่อทราบจุดเกาะเกี่ยวแล้วจึงไปดูข้อเท็จจริงว่า จุดเกาะเกี่ยวที่หลักกฎหมายขัดกันกำหนดไว้นั้นตั้งอยู่ที่ประเทศใด ก็จะทราบว่าต้องใช้กฎหมายสารบัญญัติประเทศใดมาปรับกับกรณี เช่น มาตรา 10 กำหนดจุดเกาะเกี่ยวไว้ที่ “สัญชาติ” เมื่อตามข้อเท็จจริง บุคคลมีสัญชาติฝรั่งเศส ก็ต้องปรับใช้กฎหมายของฝรั่งเศส และหากตามข้อเท็จจริง คู่กรณีมีสัญชาติไทย ก็จะต้องกลับมาปรับใช้กฎหมายไทยกับคดี เป็นต้น

ขั้นที่สี่ เมื่อกฎหมายต่างประเทศซึ่งบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายชี้ให้ใช้ตัวอย่างเช่น กฎหมายฝรั่งเศสบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวไว้แตกต่างจากของไทย ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทย ชี้ให้ใช้กฎหมายฝรั่งเศส แต่กฎเกณฑ์ว่าด้วย

การขัดกันแห่งกฎหมายของฝรั่งเศสกลับชี้ให้ใช้กฎหมายไทย กรณีนี้เรียกว่า “การย้อนส่งกลับ” (Renvoi au premier degré, Remission) โดยกรณีนี้จะต้องกลับมาใช้กฎหมายสารบัญญัติไทย แต่หากกฎหมายขัดกันของฝรั่งเศสชี้ให้ใช้กฎหมายประเทศเยอรมัน กรณีนี้เรียกว่า “การย้อนส่งต่อไป” (Renvoi au second degré, Transmission) แต่หากกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของฝรั่งเศสกำหนดให้ใช้กฎหมายฝรั่งเศสกับข้อพิพาทเช่นเดียวกันกับกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทย กล่าวคือ กำหนดให้ใช้กฎหมายฝรั่งเศสกับข้อพิพาทเช่นเดียวกัน กรณีดังกล่าวก็จะไม่มีการ “ย้อนส่ง” เกิดขึ้น

ขั้นที่ 5 ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกำหนดให้ต้องใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศบังคับกับประเด็นแห่งคดี การปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่ทับบัญญัติกฎหมายขัดกันชี้ให้ใช้อาจพบข้อจำกัดบางประการ เช่น ระบบกฎหมายของบางประเทศบังคับให้คู่ความที่กล่าวอ้างการใช้กฎหมายต่างประเทศต้องนำเสนอข้อพิพาทกฎหมายต่างประเทศนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล หรือแม้ในกรณีสามารถนำเสนอกฎหมายต่างประเทศนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาลแล้วก็ตาม ศาลอาจเห็นว่ากฎหมายต่างประเทศอาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยฯ ของประเทศไทย ทำให้ในบางกรณีจะต้องกลับมาบังคับใช้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศของศาลที่พิจารณาคดีแทน เป็นต้น

นอกจากนี้ในการปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในแต่ละขั้นตอนอาจยังประสบความไม่แน่นอนในการปรับใช้อันเนื่องมาจากความแตกต่างของระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ที่พิพาท นำมาสู่การเกิดขึ้นของนิติวิธีที่เกี่ยวข้อง เช่น ปัญหาการขัดกันของการจัดลักษณะ (Conflict of characterization) การเลี่ยงกฎหมายโดยการเปลี่ยนแปลงจุดเกาะเกี่ยว (Evasion of Law) ปัญหาการขัดกันของการตีความจุดเกาะเกี่ยว เป็นต้น

ถึงแม้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายจะเป็นเครื่องมือช่วยผู้บังคับใช้กฎหมายในการแก้ปัญหา “การขัดกันแห่งกฎหมาย” ซึ่งอาจเกิดขึ้นเมื่อข้อเท็จจริงหรือนิติสัมพันธ์ที่พิพาทมีลักษณะระหว่างประเทศ และกฎหมายสาขานี้มักถูกเรียกว่ากฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ หรือ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private international law) อย่างไรก็ตามบ่อเกิดหลักของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศกลับเป็นกฎหมายภายในในรูปแบบของกฎหมายเฉพาะหรืออุกบัญญัติไว้เป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายแพ่ง ดังนั้นจึงมิใช่กฎหมายที่มีที่มาจากองค์การระหว่างประเทศหรือความตกลงระหว่างรัฐดังเช่นกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (Public international law) ดังนั้นการจัดการกับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีองค์ประกอบเกี่ยวข้องกับหลายประเทศ โดยหลักการแล้วจึงอาจได้รับการวินิจฉัยแตกต่างกันได้ในแต่ละประเทศแม้เป็นนิติสัมพันธ์หรือข้อเท็จจริงเดียวกันก็ตาม อันนำมาซึ่งความยุ่งยากและอุปสรรคทางกฎหมายต่อการดำเนินชีวิตของเอกชน ทำให้มีความพยายามที่จะประสานหรือทำกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายให้ใกล้เคียงหรือเป็นเอกภาพให้ได้มากที่สุด องค์การที่มีบทบาท

สำคัญในเวทีระดับนานาชาติได้แก่ที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแพนคตึบุคคล (the Hague Conference on Private International Law) ซึ่งก่อตั้งขึ้นในปีค.ศ. 1893 โดยประเทศไทยเข้าเป็นสมาชิกลำดับที่ 88 เมื่อวันที่ 3 มีนาคม 2564 ที่ประชุมกรุงเฮกฯ ดังกล่าวได้จัดทำอนุสัญญาว่าด้วยกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไว้จำนวนมากในหลากหลายประเด็น¹

ในระดับภูมิภาค สหภาพยุโรป (European Union) เป็นความร่วมมือภูมิภาคที่มีความก้าวหน้าด้านการทำให้กฎหมายเอกชนระหว่างประเทศเป็นเอกภาพและประสานความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิกมากที่สุดในปัจจุบัน ซึ่งด้านหนึ่งคือ การทำกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศสมาชิกให้เป็นเอกภาพได้ โดยใช้วิธีการออกกฎหมายของสหภาพยุโรปในรูปแบบ “ Regulation ” ซึ่งเมื่อประกาศใช้และมีสภาพบังคับแล้วก็จะส่งผลให้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศสมาชิกในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ Regulation มีเนื้อหาอย่างเดียวกัน โดยในปัจจุบันได้มีการออกกฎหมายของสหภาพยุโรปในลักษณะดังกล่าวจำนวนมากโดยครอบคลุมกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในหลายเรื่อง ไม่ว่าจะเป็นหนี้จากสัญญา² หนี้ที่ไม่ได้มีปอกเกิดจากสัญญา³ หนี้อุปการะเลี้ยงดู⁴ การหย่าและการแยกกันอยู่⁵ รวมถึงมรดก⁶

¹ สำหรับประเทศไทยในปัจจุบันได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮก จำนวน 2 อนุสัญญาได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ (Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction) และอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและความร่วมมือในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมระหว่างประเทศ (Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption) อย่างไรก็ตามอนุสัญญา 2 ฉบับดังกล่าวไม่ได้มีสาระสำคัญที่การจัดทำกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายให้เป็นเอกภาพระหว่างประเทศสมาชิก แต่เน้นการวางกระบวนการเพื่อประสานความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิก

² Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations

³ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations

⁴ Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations

⁵ Council Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation

⁶ Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and

2. กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในกฎหมายไทย

สำหรับประเทศไทยมีกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 20 มีนาคม พุทธศักราช 2481 จนถึงปัจจุบันโดยยังไม่มีเคยมีการแก้ไขปรับปรุง พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติทั้งหมด 42 มาตรา แบ่งออกเป็น 6 ภาค ซึ่งการวางโครงสร้างสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบไปด้วย ภาค 1 บททั่วไป ภาค 2 สถานะและความสามารถของบุคคล ภาค 3 หนี้ ภาค 4 ทรัพย์ ภาค 5 ครอบครัว ภาค 6 มรดก โดย ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัยได้อธิบายว่า “การจัดแบ่งหมวดหมู่เช่นนี้ มิใช่เป็นแต่เพียงรูปร่างภายนอกเท่านั้น แม้ข้อความที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ในบรรพใด ๆ ก็ได้พยายามบัญญัติลงไว้ในภาคต่าง ๆ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายขัดกันนี้เพื่อให้ตรงกันด้วย” (สายหยุต แสงอุทัย, 2482, หน้า 21)

สำหรับ ภาค 1 บททั่วไป บัญญัตินิติวิธีทั่วไป เช่น การอุดช่องว่างกรณีไม่ได้บัญญัติ กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไว้ในมาตรา 3 การย้อนส่งตามมาตรา 4 หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในมาตรา 5 การแก้ปัญหากการปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวกรณีบุคคลอาจมีสัญชาติมากกว่า 1 สัญชาติหรือเป็นบุคคลไร้สัญชาติตามมาตรา 6 การแก้ปัญหากการปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวกรณีนิติบุคคลที่สถานที่จดทะเบียนก่อตั้งและสำนักงานแห่งใหญ่อยู่คนละประเทศกันตามมาตรา 7 ภาระการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศที่จะนำมาปรับกับคดีตามมาตรา 8 การวินิจฉัยความสมบูรณ์เรื่องแบบของนิติกรรมตามมาตรา 9

สำหรับภาค 2 สถานะและความสามารถของบุคคลแบ่งออกเป็น 3 มาตรา ได้แก่ มาตรา 10 บัญญัติเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับการวินิจฉัยเรื่องความสามารถของบุคคล มาตรา 11 บัญญัติเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับการเป็นผู้ไม่อยู่และสาบสูญ ส่วนมาตรา 12 บัญญัติเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับการสั่งให้บุคคลธรรมดาอยู่ในความอนุบาลหรือความพิทักษ์

สำหรับภาค 3 หนี้ แบ่งออกเป็น 3 มาตรา ได้แก่ มาตรา 13 บัญญัติเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับสาระสำคัญและผลแห่งสัญญา มาตรา 14 บัญญัติเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับการจัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้ มาตรา 15 บัญญัติเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับละเมิด

สำหรับ ภาค 4 “ทรัพย์” ประกอบด้วย บทบัญญัติ 2 มาตรา ใช้บังคับกับเรื่องสิทธิทางทรัพย์ โดยมาตรา 16 เป็นบทบัญญัติมาตราหลักโดยใช้บังคับกับทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ โดยในมาตรา 17 บัญญัติเรื่องทรัพย์ที่ถูกเคลื่อนย้ายระหว่างพิจารณาคดี

สำหรับ ภาค 5 บัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับเรื่องครอบครัวสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 โดยในมาตรา 18 บัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับการหมั้น มาตรา 19 บัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับเงื่อนไขการสมรสในทางเนื้อหา มาตรา 20 บัญญัติเรื่องการวินิจฉัยความสมบูรณ์เกี่ยวกับแบบของการสมรส มาตรา 21-23 บัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในทางส่วนตัว และทางทรัพย์สินกรณีไม่ได้มีสัญญาก่อนสมรส มาตรา 24-25 บัญญัติเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสามารถในการทำสัญญาก่อนสมรสและกฎหมายที่ใช้บังคับกับสาระสำคัญและผลของการทำสัญญาก่อนสมรสตามลำดับ มาตรา 26 -27 บัญญัติเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับการหย่าโดยความยินยอมและการหย่าโดยคำพิพากษาตามลำดับ มาตรา 28 บัญญัติเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับการเพิกถอนการสมรส มาตรา 29 บัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการวินิจฉัยเรื่องความบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาที่เกิดจากการสมรส ส่วนกฎหมายที่ใช้บังคับกับการรับเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายนั้นถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 31 สำหรับมาตรา 30 เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร มาตรา 32 ว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับการจัดให้ผู้เยาว์ซึ่งไม่มีบิดามารดาใช้อำนาจปกครองให้อยู่ในความปกครอง และผลของการอยู่ในความปกครองนั้น มาตรา 33 ว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับการถอนอำนาจปกครอง มาตรา 34 บัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับเรื่องสิทธิที่จะฟ้องบุพการีเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา มาตรา 35 บัญญัติเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับเงื่อนไขและผลของการรับบุตรบุญธรรม มาตรา 36 บัญญัติเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับหน้าที่อุปการะเลี้ยงดู ไม่ว่าจะ เป็นระหว่างบิดามารดาและบุตร รวมถึงค่าเลี้ยงชีพระหว่างสามีภริยาด้วย

สำหรับภาค 6 ก็บัญญัติสอดคล้องกับบรรพ 6 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ เรื่อง กฎหมายที่ใช้บังคับกับเรื่องมรดก ประกอบด้วย 6 มาตรา ได้แก่มาตรา 37-42 โดยในระบบกฎหมายขัดกันของไทยเป็นระบบที่แยกกฎหมายที่ใช้บังคับกับมรดกที่เกี่ยวข้องด้วยสังหาริมทรัพย์และมรดกที่เกี่ยวข้องด้วยสังหาริมทรัพย์ออกจากกัน (Scission system) สำหรับมาตรา 37 บัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับมรดกที่เกี่ยวข้องด้วยสังหาริมทรัพย์ทั้งในส่วนมรดกโดยสิทธิโดยธรรมและโดยพินัยกรรม⁷ (กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, 2564, หน้า 469; ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, 2561, หน้า 288-289) ส่วนกฎหมายที่ใช้บังคับมรดกที่เกี่ยวข้องด้วยสังหาริมทรัพย์ที่เกี่ยวข้องด้วยสิทธิโดยธรรมเป็นไปตามมาตรา 38 สำหรับกฎหมายที่ใช้บังคับกับมรดกโดยพินัยกรรมที่เกี่ยวข้องด้วยสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามมาตรา 38-42

⁷ อย่างไรก็ตาม โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 6524/2561

3. ข้อจำกัดของการจัดการกับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีองค์ประกอบต่างประเทศด้วยกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

อย่างไรก็ตามกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict-of-law rules) ไม่ใช่วิธีการเดียวที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ แต่ยังมีวิธีอื่น ๆ ที่อาจถือได้ว่าเป็นข้อจำกัดของการใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ตัวอย่างเช่น

กฎหมายสารบัญญัติพิเศษสำหรับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีมีองค์ประกอบต่างประเทศ (Special substantive rules) หมายถึงกฎหมายสารบัญญัติที่ถูกตราขึ้นเพื่อบังคับใช้เฉพาะกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างเท่านั้นแทนที่การปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติทั่วไปผ่านกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย โดยการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติพิเศษดังกล่าวอาจไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการใช้หลักกฎหมายขัดกันก่อนเลย สำหรับในกฎหมายไทยปรากฏกฎหมายลักษณะดังกล่าว ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 พระราชบัญญัติการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ พ.ศ. 2548 พระราชบัญญัติการรับขนของทางถนนระหว่างประเทศ พ.ศ. 2556 ฯลฯ ซึ่งในพระราชบัญญัติดังกล่าวจะกำหนดขอบเขตสภาพบังคับไว้เฉพาะสำหรับการขนส่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศเท่านั้น⁸ ดังนั้นหากประเด็นพิพาทอยู่ในขอบเขตสภาพบังคับของกฎหมายเหล่านี้ ก็จะไม่นำกฎหมายสารบัญญัติทั่วไป กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะรับขนมาใช้บังคับ แต่ศาลจะต้องนำกฎหมายพิเศษดังกล่าวมาปรับกับคดีโดยไม่ต้องคำนึงถึง

⁸ พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 มาตรา 4 : พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่การขนส่งทางทะเลจากที่แห่งหนึ่งในราชอาณาจักรไปยังที่อีกแห่งหนึ่งนอกราชอาณาจักร หรือจากที่แห่งหนึ่งนอกราชอาณาจักรมายังที่อีกแห่งหนึ่งในราชอาณาจักร เว้นแต่กรณีที่ได้ระบุในใบตราส่งว่าให้ใช้กฎหมายของประเทศอื่นหรือกฎหมายระหว่างประเทศก็บังคับให้เป็นไปตามนั้น แต่แม้ว่าจะได้ระบุไว้เช่นนั้นก็ตาม ถ้าปรากฏว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้มีสัญชาติไทยหรือเป็น นิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยก็ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้บังคับ

พระราชบัญญัติการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ พ.ศ. 2548 มาตรา 4 : ในพระราชบัญญัตินี้ “การขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ” หมายความว่า การรับขนของโดยมีรูปแบบการขนส่ง ที่แตกต่างกันตั้งแต่สองรูปแบบขึ้นไปภายใต้สัญญาขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบฉบับเดียว โดยขนส่งจากสถานที่ซึ่งผู้ประกอบการขนส่งต่อเนื่องได้รับมอบของในประเทศหนึ่งไปยังสถานที่ซึ่งกำหนดให้เป็นสถานที่ส่งมอบของในอีกประเทศหนึ่ง

พระราชบัญญัติการรับขนของทางถนนระหว่างประเทศ พ.ศ. 2556 มาตรา 4 : พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่การรับขนของทางถนนด้วยรถจากสถานที่ที่ผู้ขนส่งรับมอบของในราชอาณาจักรไปยังสถานที่ที่ระบุให้ส่งมอบของนอกราชอาณาจักร หรือจากสถานที่ที่ผู้ขนส่งรับมอบของนอกราชอาณาจักรมายังสถานที่ที่ระบุให้ส่งมอบของในราชอาณาจักร หรือจากสถานที่ที่ผู้ขนส่งรับมอบของในประเทศหนึ่งไปยังสถานที่ที่ระบุให้ส่งมอบของในอีกประเทศหนึ่งโดยผ่านเข้ามาในราชอาณาจักร และให้ใช้บังคับแก่การรับขนของทางถนนระหว่างประเทศด้วยรถที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้มีสัญชาติไทยหรือเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย เว้นแต่กรณีคู่สัญญาระบุให้ใช้กฎหมายของประเทศอื่นหรือกฎหมายระหว่างประเทศก็ให้บังคับเป็นไปตามนั้น

กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวจะชี้ให้ใช้กฎหมายสารบัญญัติภายในของประเทศใดอีก

สำหรับข้อจำกัดของการใช้กฎหมายขัดกันอีกประการหนึ่งคือ การที่กฎหมายภายในของรัฐหนึ่ง ๆ บางฉบับจะต้องถูกนำมาปรับกับคดีโดยไม่สนใจว่าข้อเท็จจริงของคดีนั้นจะมีลักษณะระหว่างประเทศอันจะนำไปสู่การปรับใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งท้ายที่สุดอาจนำไปสู่การปรับใช้กฎหมายต่างประเทศได้หรือไม่ กฎหมายเหล่านี้มีลักษณะบังคับเด็ดขาด เพื่อคุ้มครองรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์หรือส่วนได้ส่วนเสียทางการเมือง สังคมหรือเศรษฐกิจของรัฐหนึ่ง ๆ โดยศาสตราจารย์ Phonicion Francescakis ได้เรียกกฎหมายเหล่านี้ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่า กฎหมายพึงบังคับใช้ทันที (Lois d'application immediate) (Mayer & Heuzé, 2014, p. 99) ซึ่งต่อมาข้อความคิดนี้ได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายขัดกันที่เป็นลายลักษณ์อักษรของหลายประเทศ ตัวอย่างเช่น มาตรา 9.1 Rome I Regulation⁹ มาตรา 10:7 ประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ เป็นต้น

สำหรับกฎหมายไทยกฎหมายที่น่าจะถือได้ว่ามีลักษณะดังกล่าว เช่น กฎหมายคุ้มครองแรงงาน ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3223/2525 ซึ่งศาลไทยเคยได้วินิจฉัยว่าในส่วนข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์นั้น “เมื่อมีการขัดแย้งในปัญหาแรงงานในประเทศไทย ก็ต้องฟ้องร้องและบังคับตามกฎหมายไทยโดยไม่ต้องคำนึงว่าคู่กรณีจะมีเจตนาให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ” (อรรถมภา ไวยมุกข์, 2560, หน้า 72)

ข้อพิจารณาทางสารบัญญัติที่ปรากฏในกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

โดยหลักการแล้วกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายจะตั้งอยู่บนฐานคิดที่ว่ากฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศ (Lex causae) มีฐานะเทียบเท่ากฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดี (Lex fori) จากลักษณะที่เป็นนามธรรม (Abstract) ของบทบัญญัติทำให้มีสถานะเสมือนเป็นป้ายบอกทางสำหรับผู้ปรับใช้กฎหมายว่าจะต้องนำกฎหมายสารบัญญัติของประเทศใดมาใช้บังคับซึ่งอาจเป็นกฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศ (Lex causae) หรือกฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดี

⁹ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I): “Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organization, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation”

(lex fori) ก็ได้ โดยในขั้นตอนการปรับใช้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายจะไม่มี การนำข้อพิจารณาถึงผลในสารบัญญัติมาประกอบการปรับใช้ แต่ขั้นตอนดังกล่าวเป็นเพียงกระบวนการทางเทคนิคเพื่อค้นหาจุดที่ตั้งของนิติสัมพันธ์นั้น ๆ เท่านั้นโดยไม่มีการให้ความสนใจต่อผลของคดี ซึ่งจะ เป็นหน้าที่ในลำดับถัดไปของกระบวนการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติซึ่งกฎหมายขัดกันชี้ให้ใช้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้บังคับใช้กฎหมายจะไม่นำผลของคดีในขั้นตอนการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติมาประกอบการวินิจฉัยในขั้นตอนการปรับใช้กฎหมายขัดกันเพื่อค้นหาว่าจะต้องนำกฎหมายภายในของ ประเทศใดมาใช้บังคับ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าในทางทฤษฎี ความยุติธรรมของกฎหมายขัดกัน (Conflict justice) และ ความยุติธรรมในทางสารบัญญัติ (Substantive justice) จึงปรากฏอยู่คนละ ขั้นตอนของการวินิจฉัยและแยกออกจากกันอย่างชัดเจน

อย่างไรก็ตามกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ก็มีได้ปราศจากอิทธิพลของคุณค่าทางสังคมซึ่งล้วนมีอิทธิพลต่อการตราบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายทั้งในส่วนรูปแบบของบทบัญญัติกฎหมายขัดกันและจุดเกาะเกี่ยวที่เลือกใช้

1. ข้อพิจารณาทางสารบัญญัติในการออกแบบกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

การออกแบบกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายรูปแบบต่าง ๆ ที่พยายามเอื้อให้เกิดผลบางประการ โดยตั้งต้นจากผลที่ต้องการเอื้อให้เกิดขึ้นและออกแบบกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายนั้น ๆ (Jacquet, 2001, p. 203) ตัวอย่างเช่น

1) การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวแบบเลือก (Alternative connecting factor) การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวสำหรับความสมบูรณ์เรื่องแบบของนิติกรรม ทั้งนี้ก็เพื่อเอื้อให้นิติกรรมไม่ตกเป็นโมฆะด้วยเหตุเรื่องของ “แบบ” (Jayme, 1995, p. 45) สำหรับพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายพุทธศักราช 2481 ปรากฏอยู่ในมาตรา 20 ซึ่งบัญญัติว่า การสมรสซึ่งได้ทำถูกต้องตามแบบที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแห่งประเทศที่ทำการสมรสนั้นย่อมเป็นอันสมบูรณ์ และการสมรสระหว่างคนในบังคับไทย หรือคนในบังคับไทยกับคนต่างด้าว ซึ่งได้ทำในต่างประเทศโดยถูกต้องตามแบบที่กฎหมายไทยกำหนดไว้ย่อมเป็นอันสมบูรณ์

จากบทบัญญัติดังกล่าว การสมรสที่ฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลสัญชาติไทยสามารถเลือกทำตามแบบตามกฎหมายแห่งประเทศที่ทำการสมรสหรือแบบตามที่กฎหมายไทยกำหนดไว้ก็ได้ (ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, 2561, หน้า 148)

มาตรา 40 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย บัญญัติว่า “บุคคลจะทำ พิณัยกรรมตามแบบที่กฎหมายสัญชาติกำหนดไว้ก็ได้ หรือจะทำตามแบบที่กฎหมายของประเทศที่ ทำ พิณัยกรรมกำหนดไว้ก็ได้” ในเรื่องแบบของนิติกรรมเพื่อเอื้อต่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม เจ้า

พินัยกรรมสามารถเลือกปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศที่เจ้าพินัยกรรมนั้นมีสัญชาติหรือจะทำตามแบบของประเทศที่เจ้าพินัยกรรมนั้นทำพินัยกรรมขึ้นก็ได้ จุดเกาะเกี่ยวในเรื่องแบบแห่งพินัยกรรมจึงมีลักษณะเป็นจุดเกาะเกี่ยวทางเลือก (Alternative) (ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, 2561, หน้า 148)

สำหรับความสมบูรณ์เรื่องแบบของสัญญาในส่วนที่ไม่เกี่ยวข้องกับข้อสังหาริมทรัพย์ มาตรา 9 วรรคแรก “นอกจากจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศไทย ความสมบูรณ์เนื่องด้วยแบบแห่งนิติกรรมย่อมเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่นิติกรรมนั้นได้ทำขึ้น” ประกอบมาตรา 13 วรรคสาม “สัญญาย่อมไม่เป็นโมฆะ ถ้าได้ทำถูกต้องตามแบบอันกำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่ผลแห่งสัญญานั้น” ทำให้ทำสัญญาตามแบบที่กฎหมายที่ใช้บังคับกับผลของสัญญากำหนดไว้ก็ได้ หรือจะทำตามแบบที่กฎหมายของประเทศที่ทำสัญญากำหนดไว้ก็ได้ (กิตติวัฒน์ จันทรแจ่มใส, 2564, หน้า 343; คณิง ภาไชย, 2555, หน้า 75-76; สายหยุด แสงอุทัย, 2482, หน้า 219) การที่ผู้ตรากฎหมายเลือกที่จะออกแบบกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในรูปแบบดังกล่าวเป็นการสะท้อนความพยายามที่จะปกป้องสถาบันทางกฎหมายดังกล่าว (Loussouarn, 1981, p. 52) เช่น ความพยายามที่จะป้องกันไม่ให้สัญญาหรือการสมรสตกเป็นโมฆะด้วยเหตุผลในเรื่องแบบ

2) กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งให้ทางเลือกแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวซึ่งเป็นฝ่ายที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง การบัญญัติกฎหมายขัดกันในแนวทางดังกล่าวมักปรากฏในเรื่องละเมิด เช่น กฎหมายขัดกันของประเทศสวิตเซอร์แลนด์บัญญัติให้ผู้เสียหายจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยสามารถเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับการเรียกร้องค่าเสียหายได้ระหว่างกฎหมายของประเทศที่ผู้ทำละเมิดประกอบธุรกิจหรือมีถิ่นที่อยู่ประจำหรือกฎหมายของประเทศที่ได้มาซึ่งสินค้า เว้นเสียแต่ว่าผู้ทำละเมิดสามารถพิสูจน์ได้ว่าสินค้าถูกนำไปจำหน่ายในประเทศดังกล่าวโดยปราศจากความยินยอมของผู้ทำละเมิด¹⁰ เป็นต้น การกำหนดบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่กรณีฝ่ายที่กฎหมายต้องการคุ้มครองสามารถเลือกกล่าวอ้างกฎหมายที่เห็นว่าผลจากการปรับใช้กฎหมายจะเป็นคุณแก่ฝ่ายตนได้มากกว่า การบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายใน

¹⁰ Loi fédérale sur le droit international privé. Art. 135 1 : Les prétentions fondées sur un défaut ou une description défectueuse d'un produit sont régies au choix du lésé:

a. par le droit de l'État dans lequel l'auteur a son établissement ou, à défaut d'établissement, sa résidence habituelle, ou

b. par le droit de l'État dans lequel le produit a été acquis, sauf si l'auteur prouve que le produit a été commercialisé dans cet État sans son consentement. [online] Available from:

<https://fedlex.data.admin.ch/>

ลักษณะดังกล่าวตั้งอยู่บนแนวคิดและความมุ่งหมายของกฎหมายในการให้ความคุ้มครองผู้เสียหายจากการทำละเมิด (Dolinger, 2000, p. 489)

3) การกำหนดให้ใช้กฎหมายที่เป็นประโยชน์ที่สุดต่อบุคคลที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง ตัวอย่างเช่น กฎหมายอิตาลีบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวทางเลือกโดยให้ใช้กฎหมายที่เป็นประโยชน์ต่อเด็กมากกว่าระหว่างกฎหมายสัญชาติของเด็กและสัญชาติบิดามารดาในขณะที่เด็กเกิด¹¹

4) การใช้รูปแบบจุดเกาะเกี่ยวแบบผสม (Cumulative connecting factor) (ประสิทธิ์ ปี วาวัฒน์พานิช, 2561, p. 147) หรือ “แบบสะสม” (กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, 2564, หน้า 227) ซึ่งปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ตัวอย่างเช่น

มาตรา 12 วรรคแรก “เหตุที่ศาลไทยจะสั่งให้คนต่างด้าวซึ่งมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยอยู่ในความอนุบาล หรืออยู่ในความพิทักษ์ได้นั้น ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น อย่างไรก็ตามมิให้ศาลไทยสั่งให้บุคคลเช่นว่านั้นอยู่ในความอนุบาล หรืออยู่ในความพิทักษ์โดยอาศัยเหตุซึ่งกฎหมายไทยมิได้ยอมให้กระทำ”

มาตรา 15 “หนี้ซึ่งเกิดจากการละเมิด ให้บังคับตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เป็นการละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น”

ความในวรรคก่อนมิใช่แก่บรรดาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ซึ่งไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมายไทย

กรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่ต้องเสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน หรือทางแก้อย่างใดไม่ได้นอกจากที่กฎหมายไทยยอมให้เรียกร้องได้”

มาตรา 36 “หน้าที่อุปการะเลี้ยงดู ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลซึ่งถูกเรียกร้องให้อุปการะเลี้ยงดู

อย่างไรก็ดี บุคคลผู้มีสิทธิเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูจะเรียกร้องเกินกว่าที่กฎหมายไทยอนุญาตไม่ได้”

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการนำข้อพิจารณาตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยๆ ของประเทศมาประกอบการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Bucher, 1993, p. 34)

5) การกำหนดบทบัญญัติกฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในลักษณะที่มีการกำหนดข้อยกเว้นในการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติที่จุดเกาะเกี่ยวหลักชี้ให้ใช้ในบางกรณีผู้ตรา

¹¹ Legge 31 maggio 1995, n. 218 Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Art. 33- 1.: Lo stato di figlio e' determinato dalla legge nazionale del figlio o, se piu' favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori e' cittadino, al momento della nascita. [online] Available from: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1995-05-31:218&vig=2020-09-17>

กฎหมายเห็นสมควรโดยเฉพาะเพื่อให้การปรับใช้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายสอดคล้องกับนโยบายทางสารบัญญัติ (Substantive policy) ของรัฐ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นการบัญญัติบังคับให้ศาลต้องปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยฯ โดยอัตโนมัติในบางกรณีโดยไม่ต้องผ่านการใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยว่าผลของการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่กฎหมายขัดกันชี้ให้ใช้จะขัดกับความสงบเรียบร้อยฯ ในทางระหว่างประเทศในปัจจุบันของประเทศของศาลที่พิจารณาคดีหรือไม่โดยผ่านบทบัญญัติทั่วไปของหลักความสงบเรียบร้อยฯ (ตัวอย่างเช่น มาตรา 5 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481) เทคนิคดังกล่าว เรียกว่า “บทบัญญัติพิเศษของหลักความสงบเรียบร้อยฯ” (Clauses spéciales d'ordre public หรือ Clause d'ordre public positif) ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของบางประเทศ ตัวอย่างเช่น ในการประมวลกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของเบลเยียมฉบับปี 2004 ถึงแม้จะยังคงใช้แนวทางบทบัญญัติพหุภาคี (Multilateral หรือ Bilateral rules) ก็มีการใช้เทคนิค “บทบัญญัติพิเศษของหลักความสงบเรียบร้อยฯ” (Clauses spéciales d'ordre public) ในบางมาตราที่เกี่ยวกับสถานะบุคคลและครอบครัว (Fallon, 2008, pp. 105-106) ตัวอย่างเช่น มาตรา 46 ที่ถึงแม้จะกำหนดจุดเกาะเกี่ยวหลักสำหรับเงื่อนไขการสมรสไว้ที่สัญชาติของคู่สมรสแต่ละฝ่ายในขณะที่ทำการสมรสแต่ก็มีการกำหนดให้กฎหมายสัญชาตินั้นไม่มีผลใช้บังคับหากกฎหมายสัญชาติที่กฎหมายขัดกันชี้ให้ใช้นั้นห้ามการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในบางกรณี ได้แก่ กรณีที่คู่สมรสอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติหรือถิ่นที่อยู่ประจำอยู่ในประเทศที่รับรองการสมรสดังกล่าว¹²

2. ข้อพิจารณาทางสารบัญญัติในการกำหนดจุดเกาะเกี่ยว

นอกจากเทคนิคและความหลากหลายของรูปแบบของบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายแล้ว การเลือกใช้ “จุดเกาะเกี่ยว” ในบทบัญญัติกฎหมายขัดกันอาจสะท้อนแนวคิดในกฎหมายสารบัญญัติหรือลักษณะของโครงสร้างทางสังคมหรือสถาบันทางสังคม

¹² Art. 46. Loi portant le Code de droit international privé

Sous réserve de l'article 47, les conditions de validité du mariage sont régies, pour chacun des époux, par le droit de l'Etat dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage.

L'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1er est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat dont le droit permet un tel mariage. [online] Available from: <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm>

ตัวอย่างการเลือกกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สะท้อนความเข้าใจตามกฎหมายสารบัญญัติ เช่น ในกรณีที่เป็นการละเมิดที่มีลักษณะข้ามชาติ (Cross-border tort) กล่าวคือ เหตุละเมิดเกิด (Locus delicti commissi) ขึ้นในประเทศหนึ่งแต่ผลของการทำละเมิดหรือความเสียหาย (Locus damni) เกิดขึ้นในอีกประเทศหนึ่ง เกิดประเด็นปัญหาเป็นเวลาหลายทศวรรษแล้วว่าจะตีความจุดเกาะเกี่ยวที่ถิ่นที่ละเมิดเกิดขึ้น (Locus delicti) ว่าเกิดขึ้นในประเทศใดและใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับระหว่างสองประเทศดังกล่าว (Kahn-Freund, 1968, p. 28; Sialelli, 1967) ในปัจจุบันกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของหลายประเทศได้เลือกกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่ประเทศที่ความเสียหายเกิดขึ้น (Lex loci damni) ไม่ใช่ประเทศที่เหตุละเมิดเกิดขึ้น (Lex loci delicti commissi) ตัวอย่างเช่น กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์และรัฐควิเบก (Quebec) กำหนดตรงกันว่า ในกรณีที่ผู้ทำละเมิดและผู้เสียหายมีถิ่นที่อยู่ในประเทศเดียวกันก็ให้ใช้กฎหมายของประเทศดังกล่าวบังคับ แต่ในกรณีที่ผู้ทำละเมิดและผู้เสียหายไม่ได้มีถิ่นที่อยู่ปกติในประเทศเดียวกัน ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่การกระทำละเมิดเกิดขึ้น แต่ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นในอีกประเทศหนึ่ง ให้กฎหมายของประเทศดังกล่าวใช้บังคับหากผู้ทำละเมิดคาดหมายได้ว่าความเสียหายจะเกิดขึ้นได้ในประเทศดังกล่าว¹³ นอกจากนี้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ที่ไม่ได้เกิดจากสัญญาของสหภาพยุโรป (Rome II Regulation) กำหนดจุดเกาะเกี่ยวสำหรับกรณีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดทั่วไปที่กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้

¹³ Loi fédérale sur le droit international privé. Art. 133 (2) : Lorsque l'auteur et le lésé n'ont pas de résidence habituelle dans le même État, ces prétentions sont régies par le droit de l'État dans lequel l'acte illicite a été commis. Toutefois, si le résultat s'est produit dans un autre État, le droit de cet État est applicable si l'auteur devait prévoir que le résultat s'y produirait. [online] Available from : <https://fedlex.data.admin.ch>

Quebec civil code. Art. 3126: The obligation to make reparation for injury caused to another is governed by the law of the State where the injurious act occurred. However, if the injury appeared in another State, the law of the latter State is applicable if the person who committed the injurious act should have foreseen that the injury would manifest itself there

In any case where the person who committed the injurious act and the victim have their domiciles or residences in the same State, the law of that State applies. [online] Available from : <https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/en/document/cs/ccq-1991>

กำหนดไว้เป็นอื่น ไว้ที่กฎหมายของประเทศที่ความเสียหายเกิดขึ้น ไม่ว่าเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายจะเกิดขึ้นในประเทศใด¹⁴

คำอธิบายของการเลือกจุดเกาะเกี่ยวที่ ถิ่นที่ความเสียหายเกิดขึ้น (Locus damni) คือ แนวคิดที่ว่า การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่ประเทศที่ความเสียหายเกิดขึ้นจะเป็นคุณต่อผู้เสียหายจากการทำละเมิดมากกว่าเนื่องจากการสะท้อนแนวคิดในทางสารบัญญัติของกฎหมายแพ่งในเรื่องละเมิด กล่าวคือ แนวคิดเรื่องการชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายไม่ใช่การลงโทษผู้ทำละเมิด ดังนั้นกฎหมายของประเทศของผู้เสียหายจึงถือได้ว่าเป็นจุดที่ตั้งของนิติสัมพันธ์ (C. Pryles, 1991, p. 45)

แนวคิดเบื้องหลังการกำหนดจุดที่ตั้งของนิติสัมพันธ์บางครั้งก็ปฏิเสธไม่ได้ว่ามีผลจากรูปแบบโครงสร้างของสถาบันทางสังคมที่ได้รับการยอมรับในประเทศหนึ่ง ๆ เช่น การกำหนดจุดที่ตั้งระหว่างความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสซึ่งมีคู่อภิเษกอย่างน้อยสองคนให้อยู่ที่สามี การกำหนดให้จุดที่ตั้งระหว่างความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีคู่อภิเษกอย่างน้อยสามคนเป็นไปตามกฎหมายของบิดา การกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวเฉพาะตัว (Personal connecting factor) ของสามีหรือบิดาไม่ว่าจะเป็นสัญชาติหรือภูมิลำเนา ก็มีผลมาจากแนวคิดโครงสร้างของสถาบันครอบครัวที่เป็นลำดับขั้นและสามีถูกจัดวางให้เป็นศูนย์กลางของสถาบันครอบครัว (Julio D. González Campos, 2000, p. 227; Foyer, 1985, pp. 18-20)

นอกจากนี้บทบัญญัติพร้อมบุรณซึ่งภายนอกดูเหมือนเป็นกลางก็อาจปิดบังความพยายามที่จะเอื้อให้เกิดการปรับใช้กฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดีให้ได้มากกว่ากฎหมายต่างประเทศนั้นก็เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นเป็นปกติ (Symeonides, 2017, p. 121) โดยเฉพาะการที่ประเทศที่มีผู้อพยพย้ายถิ่นเข้าเป็นจำนวนมากมักเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับบุคคลไว้ที่ภูมิลำเนามากกว่าสัญชาติ เนื่องจากสอดคล้องกับกฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดี (Lex fori) (Loussouarn, 1981, pp. 49-50) สำหรับพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 การบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวในบางมาตราก็เพื่อเอื้อให้เกิดผลให้มีการใช้กฎหมายไทยในคดีที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ ตัวอย่างเช่น มาตรา 38 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่ภูมิลำเนาของเจ้ามรดกขณะที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตายแทนที่จะเป็น

¹⁴ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) Art.4-1. : Unless otherwise provided for in this Regulation, the law applicable to a non-contractual obligation arising out of a tort/delict shall be the law of the country in which the damage occurs irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occur.

สัญชาติในลักษณะเดียวกันกับจุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวกับบุคคลในมาตราอื่น ๆ ทั้งนี้ก็เพื่อต้องการให้การตกทอดของทรัพย์สินมรดกของชาวจีนที่อาศัยอยู่ในประเทศไทยให้เป็นไปตามกฎหมายไทย¹⁵

โดยสรุป จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายหรือ “กฎหมายขัดกัน” มิได้ปราศจากข้อพิจารณาในทางสารบัญญัติที่อยู่เบื้องหลังการกำหนดรูปแบบของบทบัญญัติและการเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยว นอกจากนี้ปฏิเสธไม่ได้ว่ากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายล้วนได้รับอิทธิพลจากคุณค่าทางสังคมซึ่งกฎหมายภายในพยายามปกป้อง (Loussouarn, 1981, p. 49) การตระหนักถึงความสัมพันธ์ดังกล่าวได้นำมาสู่การยอมรับให้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเข้ามาอยู่ในขอบเขตของการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

การยอมรับให้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเข้ามาอยู่ในขอบเขตของการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกฎหมายต่างประเทศ

การยอมรับให้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย เข้ามาอยู่ในขอบเขตของการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อตอบคำถามว่า กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายสามารถเป็นวัตถุประสงค์ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบเป็นสิ่งที่มีพัฒนาการที่น่าสนใจในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สำหรับประเด็นการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายได้มีโอกาสถูกนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (Bundesgerichtshof-BGH)¹⁶ ตั้งแต่ช่วงกลางศตวรรษที่ 20 อย่างไรก็ตามในขณะนั้น ศาลยังคงไม่รับฟังข้อต่อสู้ในประเด็นเรื่องความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายโดยให้เหตุผลว่าการ

¹⁵ โปรดดู รายงานการประชุมอนุกรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวางกฎหมายว่าด้วยขัดกันระหว่างกฎหมายของนานาประเทศ ครั้งที่ 49/2481 วันพฤหัสบดีที่ 14 กรกฎาคม 2481, หน้า 172 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปี วาวัฒน์พานิช. (2556). คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 289 เชิงอรรถ 18

¹⁶ เนื่องจาก กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche EGBGB) เป็นกฎหมายที่มีมาก่อนรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐเยอรมัน (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - GG) ดังนั้นศาลสูงแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesgerichtshof-BGH) จึงมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบเป็นรูปธรรมได้

ปรับใช้กฎหมายสัญชาติของสามีไม่ได้ทำให้ภรรยาเป็นฝ่ายเสียเปรียบเสมอไป และอาจเป็นคุณแก่ฝ่ายภรรยา มากกว่าการปรับใช้กฎหมายสัญชาติของภรรยาเองก็เป็นได้¹⁷

ในส่วนของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht-BVerfG) คำวินิจฉัยที่ 4 พฤษภาคม 1971. (BVerfGE Vol. 31, p. 58)¹⁸ ในคดีที่รู้จักกันในชื่อ “Spanier-Beschluss” ถือเป็นคำวินิจฉัยแรกที่รับรองว่าเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอยู่ในขอบข่ายของการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายภายในของรัฐ

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า ชายสัญชาติสเปน (José) และหญิงเยอรมัน (Hilde) ต้องการจดทะเบียนสมรส ฝ่ายชายสัญชาติสเปนอาศัยอยู่ที่ประเทศเยอรมันไม่เคยผ่านการสมรสมาก่อน โดยเคยเป็นสมาชิกศาสนาจักรคาทอลิก ในขณะที่ฝ่ายหญิงสัญชาติเยอรมันเคยสมรสฝ่ายเดียวกับชายสัญชาติเยอรมัน อดีตคู่สมรสทั้งสองนับถือศาสนาคริสต์นิกายอีแวนเจลิค (Evangelisch) และได้หย่าโดยคำพิพากษาศาลเยอรมันแล้ว กฎหมายเยอรมันว่าด้วยการสมรสที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น (Ehegesetz) กำหนดให้บุคคลต่างชาติที่ประสงค์จดทะเบียนสมรสที่ประเทศเยอรมันจะต้องนำหนังสือรับรองการอนุญาตให้สมรสจากประเทศที่บุคคลนั้นมีสัญชาติ หรือยื่นคำร้องขอให้ประธานศาลสูงแห่งรัฐ (Oberlandesgericht-OLG) ที่มีเขตอำนาจเหนือท้องที่นั้นยกเว้นการแสดงหนังสือรับรองดังกล่าว

เนื่องจากทางการสเปนไม่ออกหนังสือรับรองการสมรสดังกล่าวให้ ผู้ร้องจึงยื่นคำร้องเพื่อขอยกเว้นการแสดงหนังสือรับรองดังกล่าวแต่ประธานศาลสูงแห่งรัฐเมือง Hamm (Der Präsident des Oberlandesgerichts Hamm) ซึ่งมีอำนาจยกเว้นหนังสือรับรองดังกล่าวตัดสินยกคำร้อง ผู้ร้องจึงได้อุทธรณ์ต่อศาลสูงแห่งรัฐเมือง Hamm (Oberlandesgericht Hamm) ซึ่งก็วินิจฉัยว่าคำตัดสินของประธานศาลสูงแห่งรัฐชอบด้วยกฎหมายแล้ว (Rechtmäßig) โดยให้เหตุผลว่า ตามมาตรา 13(1) กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “EGBGB”) ซึ่งบัญญัติให้การพิจารณาข้อห้ามในการสมรส โดยเฉพาะการสมรสซ้อนให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของว่าที่คู่สมรสแต่ละฝ่าย ในส่วนที่เกี่ยวกับผู้ร้องกฎหมายที่ใช้บังคับคือกฎหมายสเปน โดยมาตรา 42 ประมวลกฎหมายแพ่งสเปนรับรองการสมรสสองรูปแบบ ได้แก่ การสมรสฝ่ายเมืองและการสมรสทางศาสนาซึ่งใช้บังคับแม้ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวเป็นชาวคาทอลิก แต่ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการสมรสในรูปแบบใด การสมรสครั้งก่อนของว่าที่คู่สมรสชาวเยอรมันเป็นข้อขัดขวางการสมรสครั้งใหม่ตามมาตรา 51 และ 83-5 ประมวล

¹⁷ แนวคำพิพากษาดังกล่าวปรากฏอย่างต่อเนื่องในคำพิพากษาของศาลสูงแห่งสหพันธ์รัฐ (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.

¹⁸ BVerfG, Beschluss vom 04.05.1971 - 1 BvR 636/68 <https://openjur.de/u/179388.html>

กฎหมายแพ่งสเปน ชาวสเปนจึงไม่สามารถทำการสมรสได้โดยชอบด้วยกฎหมายหากหนึ่งในผู้ที่คู่สมรสยังมีสถานะสมรสในมุมมองของกฎหมายพระศาสนจักรคาทอลิก (Kanonisches Recht) ในคดีนี้ผู้ร้องฝ่ายหญิง (สัญชาติเยอรมัน) ได้เคยผ่านการสมรสมาก่อนแล้ว แม้ไม่ได้ทำการสมรสด้วยพิธีคาทอลิกก็ตาม (Tridentinische Form der Eheschließung) แต่ก็เป็นกรณสมรสที่มีขึ้นโดยชอบในมุมมองของกฎหมายศาสนจักร ถึงแม้จะมีคำพิพากษาของศาลเยอรมันให้หย่าแต่การสมรสนี้ไม่ได้สิ้นสุดในมุมมองของกฎหมายศาสนจักร นอกจากนี้กฎหมายสเปนซึ่งไม่ยอมรับการหย่าแม้ในกรณีการสมรสฝ่ายเมือง ก็ปฏิเสธการรับรองการหย่าในต่างประเทศด้วยเหตุผลเรื่องความสงบเรียบร้อยฯ (Ordre public) ดังนั้น การสมรสครั้งก่อนของผู้ร้องฝ่ายหญิงจึงเป็นข้อขัดขวางการสมรสครั้งใหม่ การบังคับใช้กฎหมายสเปนจึงไม่ขัดต่อมาตรา 30 EGBGB และบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Grundgesetz-GG) (§8)

นอกจากนี้ ศาลสูงแห่งรัฐเมือง Hamm ได้อ้างอิงแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (Bundesgerichtshof-BGH) และคำพิพากษาของศาลสูงแห่งรัฐ (Oberlandesgericht-OLG) ที่เคยมีการอ้างเหตุผลว่า บทบัญญัติมาตรา 13 EGBGB มีเหตุผลเบื้องหลังคือการรับประกันว่าการสมรสที่จะเกิดขึ้นจะได้รับการรับรองว่าชอบด้วยกฎหมายในประเทศที่คู่สมรสจะไปอาศัยอยู่และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศเดิมของคู่สมรสที่เป็นชาวต่างชาติ ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงการสมรสซึ่งคู่สมรสฝ่ายที่เป็นชาวต่างชาติจะสามารถปลดเปลื้องตนเองจากการสมรสเมื่อใดก็ได้เมื่อกลับไปยังประเทศเดิมของตนโดยการกล่าวอ้างความเป็นโมฆะของการสมรสตามกฎหมายของประเทศดังกล่าว บทบัญญัติมาตรานี้จึงคุ้มครองหญิงชาวเยอรมันซึ่งอาจประสบกับสถานะกฎหมายที่เป็นปัญหาในกรณีที่คู่สมรสไปอาศัยอยู่ในประเทศเดิมของคู่สมรสฝ่ายที่เป็นชาวต่างชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เรื่องสิทธิในมรดกของหญิงชาวเยอรมันในทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศของคู่สมรส สิทธิเกี่ยวกับมรดกและการอุปการะเลี้ยงดูของบุตรที่เกิดจากการสมรสอาจได้รับผลกระทบได้ ด้วยวัตถุประสงค์การคุ้มครองดังกล่าว กฎหมายเยอรมันจึงยอมรับผลของกฎหมายต่างประเทศถึงแม้ว่าจะแตกต่างไปจากระบบกฎหมายของเยอรมัน แต่การรับรองการสมรสโดยประเทศต้นทางของคู่สมรสชาวต่างชาติจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้หากปัญหาเรื่องความสมบูรณ์และการคงสถานะการสมรสครั้งก่อนของคู่สมรสฝ่ายหนึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาตามกฎหมายของประเทศเดียวกันนั้นด้วย (§10)

ศาลสูงแห่งรัฐเมือง Hamm ได้ให้เหตุผลต่อไปว่า มาตรา 30 EGBGB ซึ่งวางหลักเรื่องข้อจำกัดเรื่องความสงบเรียบร้อยฯ ในกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายของเยอรมันนั้น ในการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศอันมีที่มาจากการปรับใช้กฎหมายขัดกันของเยอรมัน ไม่ขัดขวางการปรับใช้กฎหมายสเปนในกรณีดังกล่าว โดยศาลสูงแห่งรัฐเมือง Hamm ให้เหตุผลว่าการปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศซึ่งตั้งอยู่บนแนวคิดว่าการสมรสไม่อาจสิ้นสุดลงได้ และการมีคำพิพากษาของศาลเยอรมันให้หย่าระหว่างชาวเยอรมันสองคน ไม่ละเมิดศีลธรรมอันดีหรือขัดต่อ

เจตนารมณ์ของกฎหมายเยอรมัน เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติเยอรมันกำหนดให้ผู้พิพากษาต้องปรับใช้กฎหมายต่างประเทศทั้งนี้เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของคู่สมรสชาวเยอรมัน นอกจากนี้การปรับใช้กฎหมายสเปนตามมาตรา 13-1 EGBGB ไม่ขัดต่อมาตรา 12 และ 14 อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ECHR) และ รัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) เนื่องจากจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติในมาตรา 13-1 EGBGB สอดคล้องกับมาตรา 3-3 GG นอกจากนี้ยังไม่มีการละเมิดมาตรา 2-1, 6-1 GG สิทธิขั้นพื้นฐานเรื่องเสรีภาพในการสมรสจะต้องอยู่ในกรอบของกฎหมาย ซึ่งรวมถึงระบบกฎหมายต่างประเทศซึ่งกฎหมายที่ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกำหนดให้ใช้ หากกฎหมายดังกล่าวห้ามการสมรสซ้อนก็ไม่มีสิทธิขั้นพื้นฐานใดถูกละเมิดตามความหมายของมาตรา 19-2 รัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) หลักการของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) ซึ่งกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศก็อยู่ภายใต้บังคับไม่ได้ถูกละเมิดหากกฎหมายที่ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายชี้ให้ใช้ระบบกฎหมายต่างประเทศในคดีที่เมืองประกอบต่างประเทศ และปรากฏหลักเกณฑ์ที่เข้มงวดกว่ากฎหมายเยอรมัน ถึงแม้ว่ามนุษย์ทุกคนจะมีเสรีภาพในการสมรส แต่ก็ไม่สามารถนำไปบังคับใช้กับกฎหมายต่างประเทศ ในคดีนี้ ถึงแม้จะมีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับประเทศเยอรมันมากกว่า แต่ก็ไม่สมควรที่กฎหมายต่างประเทศจะถูกนำไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเยอรมัน (§12)

จากคำวินิจฉัยของศาลสูงแห่งรัฐเมือง Hamm ดังกล่าว ผู้ร้องจึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ (Bundesverfassungsgericht-) โดยใช้กระบวนการร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญ (Verfassungsbeschwerde) ซึ่งได้รับการรับรองโดยมาตรา 93 วรรคหนึ่ง (4-a) GG โดยกระบวนการดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจการตรวจสอบกรณีมีผู้ร้องทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลว่าถูกละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐทั้งหมด ซึ่งไม่จำกัดเฉพาะการกระทำในทางนิติบัญญัติและการกระทำทางบริหารเท่านั้นแต่รวมถึงการกระทำทางตุลาการด้วย (Labrusse, 1974, p. 74; กฤตติกา ยุวนะเดมิย์ และ ณีฎพล สกุลเมฆา, 2564)

ในคดีดังกล่าวผู้ร้องอ้างว่าการปฏิเสธการสมรสโดยทางการเยอรมัน เป็นการละเมิดเสรีภาพในการสมรสซึ่งได้รับการรับรองโดยมาตรา 6(1) รัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG)¹⁹ ในคดีนี้ ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จะต้องพิจารณาในประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญเยอรมัน ซึ่งครอบคลุมเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ

ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้วินิจฉัยตอบการให้เหตุผลคำพิพากษาของศาลสูงแห่งรัฐเมือง Hamm (OLG Hamm) ซึ่งอ้างอิงจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (BGH) เพื่อปฏิเสธการยกเว้นการออกหนังสือรับรองความสามารถในการสมรส ซึ่งเกี่ยวข้องกับการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายและการตรวจความชอบด้วย

¹⁹ "Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung."

รัฐธรรมนูญของการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศ โดยคำวินิจฉัยแบ่งออกเป็น 5 ส่วน ดังต่อไปนี้

ส่วนที่ 1 ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เริ่มจากการรับรองว่าเสรีภาพในการสมรสเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งบังคับใช้กับทั้งชาวเยอรมัน ชาวต่างชาติและบุคคลไร้สัญชาติด้วย โดยให้เหตุผลดังต่อไปนี้

1. ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ มาตรา 6(1) GG ประกอบไปด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานดั้งเดิม (Klassisches Grundrecht) ในการป้องกันจากการแทรกแซงของรัฐรวมถึงการคุ้มครองสถาบันทางกฎหมายเอกชน (Institutsgarantie) สำหรับกฎหมายครอบครัวและการสมรส โดยสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานนี้คือเสรีภาพในการสมรสกับบุคคลที่เลือก (§37)

2. เสรีภาพในการสมรสและสิทธิที่ตามมาในการป้องกันจากการขัดขวางโดยรัฐ เป็นของทั้งบุคคลสัญชาติเยอรมัน บุคคลสัญชาติต่างประเทศ และบุคคลไร้สัญชาติ มาตรา 6(1) GG ไม่ได้ถูกสงวนไว้สำหรับบุคคลสัญชาติเยอรมันเท่านั้นแต่สิทธิขั้นพื้นฐานนี้เกี่ยวข้องกับชีวิตส่วนบุคคลและเป็นของบุคคลทุกคน ซึ่งต่างจากทบัญญัติอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้หลักการดังกล่าวยังได้รับการรับรองโดยตราสารระหว่างประเทศอื่น ๆ ซึ่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นภาคี เช่น ตามมาตรา 12 อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights – ECHR) ลงวันที่ 4 พฤศจิกายน 1950 ซึ่งบัญญัติว่า “ชายและหญิงมีสิทธิในการสมรสและสร้างครอบครัวตามเงื่อนไขของกฎหมายสัญชาติ” เป็นต้น (§38)

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ยืนยันต่อมาว่า การที่การละเมิดเสรีภาพในการสมรสมีผลมาจากการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศซึ่งถูกชี้ให้ใช้โดยกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายของเยอรมันไม่ใช่อุปสรรคในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (§46)

ส่วนที่ 2 ว่าด้วยการละเมิดเสรีภาพในการสมรส

มาตรา 10 EheG (กฎหมายว่าด้วยการสมรส) กำหนดให้ชาวต่างชาติที่จะทำการสมรสต้องแสดงหนังสือรับรองความสามารถในการสมรสหรือการได้รับยกเว้นการแสดงหนังสือดังกล่าว การปฏิเสธการยกเว้นหนังสือรับรองดังกล่าวให้กับผู้ร้องถือเป็นการล่วงละเมิดเสรีภาพในการสมรสในฐานะสิทธิพื้นฐานของผู้ร้องทั้งสอง ดังนั้นจึงต้องตรวจสอบว่าการละเมิดดังกล่าวอยู่ภายใต้กฎหมายซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 6(1) GG หรือไม่ และการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ (§42)

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เริ่มจากอธิบายว่า แนวคิดที่ว่าเสรีภาพในการสมรสสามารถมีอยู่ได้เพียงในกรอบที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน ขอบเขตของมาตรา 6(1) GG ไม่ได้จำกัดอยู่เพียงกฎหมายตามกฎหมายครอบครัวที่เกี่ยวกับการสมรส หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าวไม่อาจถูกจำกัดโดยกฎหมายหรือโดยวิธีการอื่นใด ดังนั้นการตรวจสอบว่ากฎหมายครอบครัวขัดกับมาตรา 6(1) GG หรือไม่นั้น ลำพังการตรวจสอบเพียงว่าสิทธิพื้นฐานไม่ได้ถูก

กระทบกระเทือนในสาระสำคัญตามความหมายของมาตรา 19(2) GG นั้นยังไม่เพียงพอ เนื่องจากหลักประกันในสาระสำคัญของสิทธิดังกล่าวถูกกำหนดขึ้นสำหรับกรณีที่ต้องคดีกรณีนิติบัญญัติได้รับอนุญาตให้จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 19 (§43)

อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการสมรสไม่ได้ห้ามการกำหนดกฎเกณฑ์ตามกฎหมายในเรื่องแบบของการสมรสและเงื่อนไขการสมรส แต่กลับเป็นการส่งเสริมให้ต้องกำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าว ทั้งนี้อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานและการปกป้องรักษาสถาบันการสมรส ความสัมพันธ์ดังกล่าวจำเป็นต้องมีการกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย แต่การกำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องเคารพหลักการพื้นฐานของสถาบันการสมรสซึ่งเป็นผลมาจากการพบกันระหว่างมาตรา 6(1) GG กฎศีลธรรมและจารีต โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการมีคู่สมรสเพียงคนเดียว ถึงแม้ว่ากฎหมายแพ่งจะสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานดังกล่าวแต่ก็ไม่สามารถอนุมานหลักการดังกล่าวจากกฎหมายทั่วไปว่าปราศจากความเสี่ยงที่จะขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่จะต้องทำการตรวจสอบกฎเกณฑ์ในกฎหมายแพ่งกับมาตรา 6(1) GG ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายที่สูงกว่าและประกอบไปด้วยหลักการขั้นพื้นฐานต่าง ๆ เป็นเรื่อง ๆ ไป ทั้งนี้ เสรีภาพของฝ่ายนิติบัญญัติยังคงมีขอบเขตกว้างขวางทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดแบบของการสมรส อายุขั้นต่ำ และเงื่อนไขการหย่า (§44)

อย่างไรก็ตามการกำหนดแบบและเงื่อนไขของการสมรสซึ่งเข้มงวดหรือเปิดกว้างมากเกินไปอาจไม่สอดคล้องกับหลักเสรีภาพในการสมรส หรือหลักการอื่น ๆ ตามรัฐธรรมนูญ รวมถึงการปรับใช้กฎหมายในแต่ละกรณีอาจละเมิดหลักการตามรัฐธรรมนูญอย่างเช่นหลักแห่งความได้สัดส่วนก็เป็นได้ (§45)

ส่วนที่ 3 ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญและกฎหมายต่างประเทศ

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เริ่มจากการสรุปว่า การละเมิดเสรีภาพในการสมรสซึ่งเป็นผลมาจากการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศซึ่งกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของเยอรมันชี้ให้ใช้ไม่ใช่อุปสรรคในการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยการให้เหตุผลเริ่มจากอธิบายว่าไม่เห็นด้วยกับแนวคำวินิจฉัยในประเด็นนี้ของศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (BGH) (§46) โดยให้เหตุผลว่าแนวคิดที่แพร่หลายกันอยู่ที่ว่ากฎหมายขัดกันเป็นกฎหมายเทคนิคและมีลักษณะเป็นกลางจึงไม่อาจถูกตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้นั้น ขัดกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและบทบาทสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐาน แม้ในกรณีกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ องค์การของรัฐก็ยังคงต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐาน ผลประการแรกคือ การตรากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายก็ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกันกับกฎหมายอื่นซึ่งมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ เนื้อหากฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของเยอรมัน ในฐานะที่เป็นกฎหมายภายในของรัฐจะต้องถูกตรวจสอบความสอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน การตรวจสอบดังกล่าวมีขอบเขตคือการเลือกจุดเกาะเกี่ยวว่าเป็นไปตามหลักสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่ เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวชี้ให้ใช้กฎหมายต่างประเทศ ผู้ตรากฎหมาย

จึงไม่อาจทราบล่วงหน้าถึงเนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศซึ่งจะใช้บังคับหรือผลของการปรับใช้ บทบัญญัติดังกล่าวในแต่ละกรณี (§50) อย่างไรก็ตามก็ไม่สมควรงดเว้นการตรวจความชอบด้วย รัฐธรรมนูญและปล่อยให้ผู้มีส่วนได้เสียเผชิญกับผลที่ไม่แน่นอนของการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศ ซึ่งบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายชี้ให้ใช้โดยปราศจากการคุ้มครองจากสิทธิขั้น พื้นฐาน (§51) ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ยังได้ปฏิเสธเหตุผลที่มีกฎหมายกล่าวอ้างอย่างแพร่หลายทั้ง ในงานเขียนของนักนิติศาสตร์และคำพิพากษาของศาลเพื่อปฏิเสธการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กล่าวคือ เหตุผลว่าด้วยลักษณะเฉพาะของ กฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ โดยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ให้เหตุผลว่า กฎเกณฑ์ว่าด้วยการ ขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันไม่ใช่วิธีการเพียงหนึ่งเดียวที่เป็นไปได้ จากการศึกษา บทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของต่างประเทศ และกระบวนการปฏิรูปกฎหมาย เอกชนระหว่างประเทศของเยอรมันพบว่าประกอบไปด้วยแนวทางที่หลากหลายและแต่ละแนวทางก็มี ข้อดีและข้อเสียแตกต่างกันไปในทั้งในมิติของความยุติธรรมและความเหมาะสมในทางปฏิบัติ ดังนั้น ตัวเลือกของฝ่ายนิติบัญญัติสำหรับบทบัญญัติกฎหมายขัดกันหนึ่งๆ (ตัวอย่างเช่น การเลือกกำหนดจุด เกาะเกี่ยวสำหรับการสมรสที่สัญชาติหรือภูมิลำเนาหรือสถานที่ที่ทำการสมรส) ก็จะเป็นสิ่งที่กำหนด พื้นที่ที่จะอยู่นอกขอบเขตแดนของสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องที่มีการบัญญัติกฎหมาย รวมถึงการใช้มาตรา 30 EGBGB ก็ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขปัญหาดังกล่าว トラบเท่าที่บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ถูกมอง ว่าเป็นช่องทางในการปรับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานในกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ และトラบเท่าที่ยังคง เห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวซึ่งถูกตีความอย่างแคบจะยังคงเป็นวิธีการจำกัดขอบเขตการบังคับใช้สิทธิขั้น พื้นฐาน อันนำมาสู่ข้อเท็จจริงที่ว่ากฎหมายเอกชนซึ่งบัญญัติขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติกลับเป็นตัวกำหนด ลำดับชั้นและขอบเขตของกฎหมายรัฐธรรมนูญ (§51)

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ยังปฏิเสธเหตุผลที่ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐอื่น ๆ ก็ต้องถูกผูกพัน โดยรัฐธรรมนูญของรัฐตนเองนั้น รวมถึงเหตุผลที่ว่า กฎหมายต่างประเทศซึ่งกฎหมายขัดกันของ เยอรมันชี้ให้ใช้นั้นจะไม่เสียไปซึ่งสถานะของความเป็นกฎหมายต่างประเทศจากการที่ถูกปรับใช้ใน ประเทศเยอรมัน และถึงแม้จะยอมรับว่ากฎหมายที่ถูกปรับใช้นั้นยังคงเป็นกฎหมายต่างประเทศก็ตาม แต่ในการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศโดยศาลเยอรมันก็ยังคงเป็นการใช้อำนาจอรัฐซึ่งต้องอยู่ภายใต้ บทบัญญัติมาตรา 1 วรรคสาม และ 20 วรรคสามของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG)” (§52)

การยอมรับว่าสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องถูกปรับใช้แม้ในกรณีการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศ ไม่ถือว่าเป็นการขยายของเขตของรัฐธรรมนูญเยอรมันไปยังรัฐต่างประเทศ หรือเป็นการที่คุณค่าที่ ได้รับการยอมรับในกฎหมายเยอรมันอยู่เหนือกว่ากฎหมายต่างประเทศดังกล่าว กฎหมายต่างประเทศ ไม่ได้ถูกแยกออกจากรัฐธรรมนูญของประเทศตนหรือความเป็นจริงในบริบทของขอบเขตสภาพบังคับ ของประเทศอันเนื่องมาจากการตรวจสอบความสอดคล้องกับกฎหมายพื้นฐาน (GG) กรณีเป็นเพียง

การตรวจสอบการกระทำของทางการเยอรมันว่าเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่ และถึงแม้จะปรากฏว่าการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศขัดกับสิทธิขั้นพื้นฐานใดก็ได้เป็นการประณามบทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศเป็นการทั่วไป เนื่องจากกฎหมายต่างประเทศนั้นไม่ได้ถูกร่างขึ้นเพื่อถูกปรับใช้โดยองค์กรของรัฐของประเทศเยอรมนีอยู่แล้ว และอาจยังคงมีความชอบธรรมในบริบททางกฎหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ ในกรณีดังกล่าวเพียงแต่เป็นการวินิจฉัยเพียงว่าการปรับใช้อย่างเป็นรูปธรรมในสถานการณ์หนึ่ง ๆ นั้นมีความไม่สอดคล้องบางประการกับรัฐธรรมนูญเยอรมัน (S53)

หากการให้ความสำคัญต่อสิทธิขั้นพื้นฐานถูกมองว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อฝ่ายนิติบัญญัติต่างประเทศ กรณีดังกล่าวเกิดขึ้นอยู่แล้วในมาตรา 30 EGBGB ซึ่งการที่กฎหมายต่างประเทศถูกวินิจฉัยว่าละเมิดศีลธรรมอันดีตามแนวทางการตีความอย่างแคบก็เป็นการลดทอนคุณค่ากฎหมายต่างประเทศ ข้อท้วงติงที่ถ้าอาจเกิดขึ้นได้มีเพียงต่อฝ่ายนิติบัญญัติเยอรมันด้วยว่าไม่ได้นำเอาข้อขัดแย้งระหว่างกฎหมายต่างประเทศที่กฎหมายขัดกันเยอรมันชี้ให้ใช้และสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ที่พอจะสามารถคาดหมายได้มาบัญญัติเป็นหลักเกณฑ์พิเศษไว้เท่านั้น (S53)

การปรับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานในสถานการณ์ดังกล่าว ไม่ขัดต่อหลักการทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ผู้ใช้อำนาจอรัฐไม่ได้มีพันธะกรณีที่จะต้องปรับใช้กฎหมายต่างประเทศโดยปราศจากข้อจำกัดกับสถานการณ์ที่เมืองประกอบต่างประเทศ ไม่มีบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญที่วางข้อจำกัดให้กับสิทธิขั้นพื้นฐาน การรับรองในรัฐธรรมนูญถึงสิทธิมนุษยชนที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้และไม่อาจพรากได้นั้นเป็นพื้นฐานในทุกประชาคม สันติภาพ และความยุติธรรมของโลก ไม่สามารถเข้ากันได้กับแนวคิดที่ว่าคุณค่าที่ตั้งอยู่พื้นฐานของสิทธิขั้นพื้นฐานโดยเฉพาะเสรีภาพของปัจเจกชนจะต้องหลีกเลี่ยงให้กับระบบกฎหมายของประเทศอื่น (S54)

ต่อข้อกังวลว่าการยอมรับตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่างประเทศจะทำให้เกิดการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยไม่มีขอบเขต ศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่า ในความเป็นจริงในหลายสาขากฎหมายเอกชนระหว่างประเทศจะไม่มี ความขัดแย้งเกิดขึ้นระหว่างกฎหมายต่างประเทศและสิทธิขั้นพื้นฐาน ข้อกังวลดังกล่าวจะเป็นประเด็นก็ต่อเมื่อเรากำกับการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศในแต่ละกรณีในลักษณะเดียวกันกับการปรับใช้กฎหมายเยอรมันทั่วไปกับคดีที่มีลักษณะภายใน การยอมรับลักษณะเฉพาะของสาขากฎหมายดังกล่าวเป็นการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างเหมาะสม มีข้อสังเกตว่าในการร่างบทบัญญัติเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้มีการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างชาวเยอรมันและชาวต่างชาติไว้แล้ว นอกจากนี้สิทธิขั้นพื้นฐานมีความเกี่ยวข้องกับระเบียบทางสังคม ดังนั้นในการปรับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานอย่างไม่มีข้อจำกัดในทุกสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศก็ไม่ได้เป็นไปตามความมุ่งหมายของกฎหมาย แต่กลับจะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป โดยการตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องตามเจตนารมณ์และความมุ่งหมายของบทบัญญัติว่า บทบัญญัติดังกล่าวจะต้องถูกบังคับใช้ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีโดย

องค์การของรัฐของประเทศเยอรมนีในทุกกรณีหรือจะต้องแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างสถานการณ์ที่เมืองค์ประกอบต่างประเทศด้วยหรือไม่ โดยที่คณะของรัฐธรรมนูญต่อรัฐอื่น ๆ และประชาคมระหว่างประเทศอาจมีบทบาทในการกำหนดขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าว (S 56)

ส่วนที่ 4 ว่าด้วยความเป็นกลางของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย และการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 13 EGBGB

โดยในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 13 EGBGB โดยได้วินิจฉัยว่า กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับในคดีนี้ไม่ขัดต่อมาตรา 6(1) GG โดยให้เหตุผลว่า ในกรณีปกติซึ่งมาตรา 6(1) GG ถูกสร้างขึ้นเกี่ยวกับกับการสมรสในประเทศเยอรมันสำหรับพลเมืองเยอรมันสองคน รัฐธรรมนูญให้การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในการเลือกคู่สมรส โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ตามกฎหมายเยอรมันซึ่งจะต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยคู่หมั้นชาวเยอรมันมีสิทธิเด็ดขาดในการเรียกร้องให้ทางการและศาลเยอรมันในการให้โอกาสในการสมรสโดยไม่อ้างข้อจำกัดอื่นนอกเหนือจากที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายเยอรมัน (S60) สำหรับกรณีการสมรสระหว่างบุคคลต่างชาติสองคนในประเทศเยอรมัน เสรีภาพในการสมรสหมายถึงการที่พวกเขาจะต้องมีโอกาสในการสมรสในประเทศเยอรมันและทางการเยอรมันผูกพันจะต้องดำเนินการให้ อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่า คู่หมั้นชาวต่างชาติจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการสมรสเดียวกันกับชาวเยอรมัน (เว้นแต่กรณีต้องปรับใช้กฎหมายภูมิลำเนาหรือกฎหมายประเทศที่ประกอบพิธีสมรส) การเลือกให้ความสำคัญกับกฎหมายสัญชาติโดยฝ่ายนิติบัญญัติเยอรมันตั้งอยู่บนพื้นฐานแนวคิดการวินิจฉัยตัดสินในเรื่องส่วนบุคคลตามกฎหมายของประเทศของตนว่าเป็นประโยชน์ต่อคู่กรณีที่จะได้รับเนื่องจากโดยทั่วไปแล้วสัญชาติเป็นหลักฐานของความสัมพันธ์เชื่อมโยงส่วนบุคคลและต่อเนื่องถาวรกับรัฐนั้น ๆ และกฎหมายบุคคลของรัฐซึ่งบุคคลมีสัญชาติเป็นกฎหมายซึ่งคู่กรณีมีความคุ้นเคยมากที่สุด (S61)

นอกจากนี้การปรับใช้กฎหมายสัญชาติถือเป็นการคุ้มครองการสมรสเนื่องจากเป็นการทำให้การสมรสเป็นไปตามเงื่อนไขที่จะทำให้ได้รับการรับรองโดยประเทศซึ่งว่าที่คู่สมรสได้อาจจากมาเพียงชั่วคราว จากข้อพิจารณาดังกล่าวรวมถึงการให้ความเคารพต่อความเป็นอิสระของระบบกฎหมาย สามารถอธิบายถึงการที่กฎเกณฑ์ซึ่งใช้บังคับกับสถาบันการสมรสควรจะต้องอ้างอิงจากกฎหมายต่างประเทศไม่ใช่กฎหมายเยอรมัน (S62)

ด้วยเหตุผลประการเดียวกัน ที่คณะของผู้ตรากฎหมายขัดกันในเรื่องการสมรสระหว่างชาวเยอรมันและชาวต่างชาติไม่สามารถถูกท้วงติง ถึงแม้ว่าในมุมมองของคู่สมรสเยอรมัน เราสามารถปรับใช้กฎหมายต่างประเทศที่ไม่ได้ถูกบัญญัติขึ้นโดยสอดคล้องกับหลักการตามรัฐธรรมนูญ การที่เราไม่สามารถกำหนดให้การสมรสอยู่ภายใต้กฎหมายเยอรมันหรือกฎหมายต่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่ง

เพียงกฎหมายเดียวแต่กลับพิจารณาความสามารถของคู่สมรสแต่ละคนตามกฎหมายสัญชาติของตน ถือเป็นทางออกซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้ (S63)

จริงอยู่ว่าการปรับใช้ระบบกฎหมายพร้อมกันทั้งสองระบบอาจจำกัดเสรีภาพของคู่สมรสเยอรมันมากกว่าการปรับใช้กฎหมายเยอรมันเพียงอย่างเดียวจากการที่กฎหมายสัญชาติของคู่หมั้นต่างชาติอาจกำหนดอายุที่สามารถทำการสมรสได้ไว้นสูงกว่า หรือกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องความยินยอมของบุคคลภายนอกไว้เข้มงวดกว่า อย่างไรก็ตามการตรวจสอบความสามารถในการสมรสของคู่สมรสชาวต่างชาติตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้นนี้อาจเกี่ยวข้องกับคู่หมั้นชาวเยอรมันผ่านข้อความคิดเรื่องข้อจำกัดการสมรสแบบสองด้าน (Zweiseitiger Ehehindernisse) และข้อจำกัดในการสมรสดังกล่าวก็อาจมีที่มาจากมูลเหตุที่เกี่ยวข้องกับบุคคลของคู่หมั้นชาวเยอรมันด้วย ซึ่งกรณีจะไม่ปรากฏหากปรับใช้กฎหมายเยอรมันเพียงอย่างเดียว อย่างไรก็ตามสิ่งที่อาจเกิดขึ้นได้มีความหลากหลายมากเสียจนการเลือกให้มีการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศโดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจถูกตั้งคำถามได้ (S64)

ดังนั้นข้อจำกัดเพิ่มเติมต่อเสรีภาพในการสมรสซึ่งมีที่มาจากผลสะท้อนของข้อจำกัดที่เกี่ยวข้องกับบุคคลของคู่หมั้นชาวต่างชาติต่อคู่หมั้นชาวเยอรมัน ไม่ถือเป็นข้อจำกัดที่เกินความจำเป็นต่อเสรีภาพในการสมรสของคู่หมั้นชาวเยอรมันซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว การที่คู่หมั้นชาวเยอรมันจะต้องยอมรับเอาผลของลักษณะเฉพาะที่มีที่มาจากระบบกฎหมายที่ถูกนำเข้ามานั้นไม่ใช่สิ่งที่ขัดต่อลักษณะของการสมรส โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้ความเคารพต่อกฎเกณฑ์ของประเทศดังกล่าวซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับวิถีชีวิตทางสังคมของประเทศดังกล่าวส่งผลต่อความมั่นคงถาวรของการสมรสที่จะเกิดขึ้น เป็นเรื่องยากมากที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับผสมผสานที่เป็นไปได้ต่อข้อจำกัดการสมรสแบบสองด้าน (Zweiseitiger Ehehindernisse) อันเนื่องมาจากความหลากหลายของสถานการณ์ดังกล่าว (S65)

นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้สรุปต่อไปว่ามาตรา 13(1) EGBGB ไม่ขัดต่อบทบัญญัติอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน (S66)

ส่วนที่ 5 ว่าด้วยความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการปรับใช้กฎหมายสเปน

ในทางตรงกันข้าม ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัยว่าการบังคับใช้กฎหมายสเปนซึ่งมาตรา 13 EGBGB ซ้ำให้ใช้ขัดต่อมาตรา 6(1) GG เนื่องจากเป็นการลดทอนเสรีภาพของหญิงชาวเยอรมันในการสมรสกับชายชาวสเปน นอกจากนี้ยังกระทบเสรีภาพของผู้ร้อง (ชายชาวสเปน) ด้วย เนื่องจากประเด็นว่าผู้ร้องทั้งสองสามารถสมรสกันได้หรือไม่จะต้องพิจารณาในภาพรวมต่อผู้ร้องทั้งสอง (S68)

การละเมิดเสรีภาพในการสมรสของผู้ร้อง (หญิงชาวเยอรมัน) เกิดจากสถานการณ์เฉพาะส่วนบุคคลของหญิงชาวเยอรมัน ในการพิจารณาความสามารถในการสมรสของหญิงชาวเยอรมันตามมาตรา 13 EGBGB ซึ่งก็คือตามกฎหมายเยอรมัน ทางเยอรมันจะต้องตรวจสอบว่าผู้ร้องยังไม่ได้อยู่ในสถานะสมรส ซึ่งในกรณีนี้ไม่สามารถปฏิเสธได้เนื่องจากการสมรสครั้งก่อนได้สิ้นสุดแล้วอย่าง

ถูกต้องโดยการหย่า การยอมรับการคงอยู่ของการสมรสซึ่งเป็นผลจากการบังคับใช้กฎหมายสเปน ในขณะที่การสมรสนั้นได้สิ้นสุดในลักษณะที่สามารถใช้อ้างยันต่อบุคคลภายนอกได้ภายใต้กฎหมายของประเทศตนเป็นเรื่องที่ไม่ควรจะเกิดขึ้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่การสมรสครั้งก่อนหน้าได้สิ้นสุดลงโดยคำพิพากษาของศาลเยอรมัน และการสมรสหรือการหย่าดังกล่าวก็ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับระบบกฎหมายต่างประเทศ เนื่องจากเป็นกรณีการหย่าระหว่างบุคคลสัญชาติเยอรมัน 2 คน โดยศาลเยอรมันตามกฎหมายเยอรมัน (§69)

การวินิจฉัยสถานะทางครอบครัวของผู้ร้องชาวเยอรมันเป็นไปตามหลักความสงบเรียบร้อยของสเปน ซึ่งเชื่อมโยงกับหลักการที่ว่า การสมรสไม่อาจสิ้นสุดลงได้ กฎหมายสเปนยอมรับเช่นกันว่าความสามารถในการสมรสของคู่หมั้นชาวเยอรมันต้องเป็นไปตามกฎหมายเยอรมัน แต่กลับปฏิเสธที่จะรับรองกฎหมายเยอรมันในเรื่องการหย่า และคำพิพากษาให้หย่าของศาลเยอรมันเนื่องจากขัดแย้งกับแนวคิดพื้นฐานของกฎหมายสเปน การที่ศาลเยอรมันยอมรับการปฏิเสธกฎหมายเยอรมันถือเป็นการละเมิดเสรีภาพในการสมรสที่ไม่อาจยอมรับได้ หากชาวเยอรมันมีสถานะโสดตามกฎหมายเยอรมัน ความสามารถในการสมรสของเขาก็ไม่สามารถถูกปฏิเสธได้ แม้จะเป็นการสมรสกับชาวต่างชาติ หากการปฏิเสธนั้นตั้งอยู่พื้นฐานของแนวคิดของต่างประเทศซึ่งไม่สอดคล้องกับมาตรา 6(1) GG และกับกฎหมายเยอรมันว่าด้วยการสมรส (§69) การไม่รับรองการหย่าโดยคำพิพากษาศาลเยอรมันโดยอ้างหลักความสงบเรียบร้อยฯ ของประเทศสเปนเป็นสิ่งที่ไม่สามารถยอมรับได้ในระบบกฎหมายเยอรมัน เนื่องจากเป็นเรื่องภายในของประเทศเยอรมัน กฎหมายสเปนต้องการทำให้การสมรสครั้งก่อนของผู้ร้องชาวเยอรมันอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถสิ้นสุดลงได้ ในขณะที่ไม่ปรากฏสถานะดังกล่าวในกฎหมายเยอรมัน จริงอยู่ว่ามาตรา 6 GG และตามกฎหมายเยอรมันว่าด้วยการสมรส การสมรสก่อตั้งความสัมพันธ์แบบชั่วคราว แต่การที่ไม่สามารถสิ้นสุดได้ไม่ใช่สาระสำคัญของการสมรส รัฐธรรมนูญเยอรมันไม่ได้คุ้มครองสถาบันการสมรสในลักษณะที่เป็นนามธรรมแต่คุ้มครองการสมรสตามแนวคิดทางศีลธรรมและสังคมกระแสหลักซึ่งแสดงออกผ่านกฎหมาย ดังนั้นรัฐธรรมนูญเยอรมันซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดการสมรสแบบโลกวิสัย จึงยอมรับให้มีการหย่าภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดและให้คู่สมรสได้รับเสรีภาพในการสมรสใหม่อีกครั้ง (§70)

นอกจากนี้การละเมิดเสรีภาพในการสมรสของผู้ร้องไม่สามารถอธิบายได้จากข้อกังวลว่าการสมรสจะไม่ได้รับการรับรองในทุกประเทศและเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาจากการที่บุคคลมีสถานะสมรสในประเทศหนึ่งแต่ไม่ได้มีสถานะดังกล่าวในอีกประเทศหนึ่ง (einer "hinkenden" Ehe, "Limping marriage") หลักความสอดคล้องกันของคำพิพากษาในทางระหว่างประเทศ (Prinzip des äußeren Entscheidungseinklangs) เป็นอุดมคติในกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศซึ่งยากจะบรรลุทราบเท่าที่แต่ละประเทศไม่ได้ปรับใช้กฎหมายเอกชนระหว่างประเทศที่เป็นหนึ่งเดียวกัน และไม่ได้มีพันธะกรณีตามอนุสัญญาระหว่างประเทศ สถานการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นเป็นปกติในนิติสัมพันธ์ที่มีลักษณะ

ระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศซึ่งกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายชี้ให้ใช้กฎหมายโดยหลักความสงบเรียบร้อย การปรับใช้มาตรา 13(3) และ 17(3) EGBGB มักนำไปสู่สถานการณ์ที่การสมรสหรือการหย่าได้รับการรับรองในประเทศหนึ่งแต่ไม่ได้รับการรับรองในอีกประเทศหนึ่ง จริงอยู่ว่าการรับรองการสมรสที่จะเกิดขึ้นโดยทั้งสองประเทศซึ่งคู่สมรสมีสัญชาตินั้นจะมีความสอดคล้องมากกว่ากับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญในเรื่องความต่อเนื่องถาวรของการสมรส แต่เมื่อความมุ่งหมายดังกล่าวไม่สามารถเกิดขึ้นได้อันเนื่องมาจากคุณค่าทางสังคมของประเทศอื่น เราก็ไม่สามารถปฏิเสธการสมรสของผู้ร้องทั้งสองซึ่งจะได้รับการรับรองว่าถูกต้องสมบูรณ์ไม่เพียงเฉพาะโดยประเทศเยอรมันแต่โดยประเทศอื่น ๆ ส่วนใหญ่อีกด้วย (§71)

หลักความสอดคล้องกันของคำพิพากษาในทางระหว่างประเทศ (Prinzip des äußeren Entscheidungseinklangs) เข้ากับไม่ได้กับหลักความสอดคล้องกันของคำพิพากษาภายในประเทศ (Grundsatz des inneren Entscheidungseinklangs) กล่าวคือ ข้อกำหนดในการปฏิบัติต่อผู้ร้อง (หญิงชาวเยอรมัน) อย่างเป็นเอกภาพในการพิจารณาสถานะเรื่องการหย่าและสถานะทางครอบครัวโดยหน่วยงานรัฐและศาลเยอรมัน ประธานศาลสูงแห่งรัฐ ศาลสูงแห่งรัฐ (OLG) และนายทะเบียนราษฎรซึ่งถูกผูกพันโดยคำพิพากษาของศาลเยอรมันวินิจฉัยว่าหญิงชาวเยอรมันยังคงมีสถานะสมรสแต่เฉพาะในความสัมพันธ์กับชายชาวสเปน ในขณะที่นิติสัมพันธ์อื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็สถานะครอบครัว สิทธิในการได้รับอุปการะเลี้ยงดู สิทธิเรื่องมรดก และอื่น ๆ หญิงชาวเยอรมันกลับถูกปฏิบัติในฐานะที่เป็นบุคคลที่มีสถานะหย่าแล้ว (§72)

ในส่วนเหตุผลเรื่องการคุ้มครองหญิงชาวเยอรมันและบุตรที่จะเกิดมาในอนาคตต้องได้รับความคุ้มครองจากการที่การสมรสไม่ได้รับการรับรองในประเทศสเปน จากการที่คู่สมรสชาวสเปนไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในฐานะคู่สมรส เราไม่สามารถอนุมานจากแนวคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 6(1) ว่ารัฐจะสามารถบังคับให้คู่สมรสรับเอาการคุ้มครองซึ่งขัดกับเจตจำนงของเขา ซึ่งเข้ากันไม่ได้กับทั้งสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพในการสมรส หรือแนวคิดเรื่องการรับผิดชอบตนเองของคู่สมรสซึ่งเป็นสาระสำคัญของการสมรสตามความหมายของมาตรา 6(1) GG รัฐไม่ได้มีอำนาจหรือหน้าที่ที่จะขัดขวางการสมรสซึ่งระยะเวลาและการคงอยู่อาจดู ไม่นั่นอนอันเนื่องมาจากความแตกต่างอย่างมากของอายุระหว่างคู่สมรสและความผิดปกตอื่น ๆ ซึ่งน่าเชื่อได้ว่าจะทำให้เกิดความลำบากอย่างยิ่งยวดสำหรับภรรยา ในกรณีเช่นสามีเคยผ่านการหย่าร้างมาแล้วหลายครั้ง หรือไม่ปฏิบัติหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูในการสมรสครั้งก่อน ทั้งนี้เป็นหน้าที่ของว่าที่คู่สมรสที่จะต้องยอมรับความเสี่ยงของการเป็นบุคคลสองสถานะ หน้าที่ขององค์กรของรัฐมีเพียงการเตือนให้คู่สมรสรับทราบ (§73)

ในมุมมองของการคุ้มครองผู้เกี่ยวข้อง การยอมรับให้มีการสมรสอย่างน้อยต่อหน้ากฎหมายเยอรมันก็ยังคงได้รับการรับรองทั้งต่อหน้าระบบกฎหมายเยอรมันและอีกหลายประเทศซึ่งรับรองการ

สมรสดังกล่าว และยังคงเป็นสถานภาพที่ดีกว่าการปล่อยให้เกิดการใช้ชีวิตอยู่ด้วยกันโดยไม่ได้ทำการสมรสตามกฎหมาย เนื่องจากการมีสถานะสมรสย่อมนำมาซึ่งหน้าที่อุปการะเลี้ยงดู สิทธิตามกฎหมายมรดก และประกันสังคมต่าง ๆ เป็นต้น (S74)

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สรุปว่าคำพิพากษาดังกล่าวละเมิดเสรีภาพในการสมรสของผู้ร้อง (หญิงชาวเยอรมัน) โดยเกินความจำเป็นและไม่ได้สัดส่วน รัฐไม่ควรสร้างอุปสรรคให้กับการตัดสินใจร่วมกันซึ่งผูกพันต่อชีวิต โดยปราศจากผลประโยชน์ที่เหนือกว่าที่ได้รับการรับรอง (S75)

มีข้อสังเกตว่าในคำวินิจฉัยปี 1971 นี้ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มิได้วินิจฉัยว่า มาตรา 13(1) EGBGB ซึ่งบัญญัติกฎหมายในส่วนที่เป็น การกำหนดจุดเกาะเกี่ยว (Connecting factor) ในกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict-of-laws rules) ให้เรื่องความสามารถและเงื่อนไขของการสมรสเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของคู่กรณีแต่ละฝ่ายนั้นขัดรัฐธรรมนูญเยอรมัน แต่ได้วินิจฉัยว่าการปรับใช้กฎหมายสเปนซึ่งเป็นกฎหมายต่างประเทศมีผลทำให้หญิงชาวเยอรมันไม่สามารถสมรสกับคู่หมั้นของเธอได้ ซึ่งถือเป็นการละเมิดเสรีภาพในการสมรสของหญิงสัญชาติเยอรมัน ซึ่งได้รับการรับรองตามมาตรา 6(1) แห่งรัฐธรรมนูญเยอรมัน โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ทำการวินิจฉัยว่ากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งบัญญัติให้ความสัมพันธ์ภายในครอบครัวเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของสามีหรือสัญชาติของบิดาขัดกับรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันในปีค.ศ. 1983 ตามมาด้วยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของอิตาลีและสเปน²⁰

อย่างไรก็ตาม ความสำคัญของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันในปี ค.ศ. 1971 นี้คือ การที่ศาลเน้นย้ำหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยรับรองเป็นครั้งแรกว่า กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศเยอรมัน รวมถึง กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่ต้องใช้บังคับอยู่ในขอบเขตของการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ มีข้อสังเกตว่า ในคำวินิจฉัยนี้ ศาลอาจวินิจฉัยเฉพาะผลของการปรับใช้กฎหมายสเปนว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญเรื่องเสรีภาพในการสมรสเพียงอย่างเดียวก็สามารถกระทำได้ แต่การที่ศาลพยายามให้เหตุผลในคำวินิจฉัยนี้ในประเด็นเกี่ยวกับมาตรา 13 EGBGB ด้วย น่าจะเป็นผลจากความต้องการทำให้เกิดความชัดเจนว่าบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอยู่ในขอบเขตของการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ดังเช่นบทบัญญัติอื่น ๆ (Herzog, 1992, p. 314) ซึ่งในขณะนั้นถือเป็นการเปิดมุมมองใหม่ให้กับกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ โดยที่ในปัจจุบันประเด็นดังกล่าวไม่ถูกตั้งข้อสงสัยแล้วในปัจจุบัน (Meeusen, 2012, pp. 50-52) โดยปฏิเสธเหตุผลเรื่องลักษณะเฉพาะของกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ และเหตุผลเรื่องความเป็นกลาง ไม่สนใจต่อผลของคดีของกฎหมายว่าด้วยการขัดกัน

²⁰ โปรตดู บทที่ 4

แห่งกฎหมาย ซึ่งเป็นเหตุผลที่ศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (BGH) มักนำมาใช้เพื่อไม่รับฟังข้อโต้แย้งเรื่องความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติ EGBGB คำวินิจฉัยดังกล่าวถือเป็นการเปิดประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญกับการปรับใช้กฎหมายเอกชนระหว่างประเทศเป็นครั้งแรกซึ่งถือเป็นก้าวที่สำคัญของวงการกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ (Hofmann, 1994, pp. 148-149; Kinsch, 2005, p. 140)

บทวิเคราะห์เรื่องการให้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเข้ามาอยู่ในขอบเขตของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกฎหมายไทย

บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย สามารถเป็น “วัตถุแห่งคดี” ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจตรวจสอบได้หรือไม่

1) จะเห็นได้ว่า การนิยาม “กฎหมาย” ที่เป็นวัตถุแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังกล่าว สอดคล้องกับ การให้นิยาม “กฎหมาย” ในทางตำรา ที่เรียกว่า “กฎหมายตามแบบพิธี” สำหรับ การนิยาม “กฎหมายในเชิงเนื้อหา” นั้นมิได้ถูกนำมาใช้ในการพิจารณาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

โดยสรุป จะเห็นได้ว่า ขอบเขตของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมาย” นั้น หากพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยในประเด็นดังกล่าว ไม่พบว่ามีอุปสรรคในการที่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งถูกบรรจุไว้ในกฎหมาย ซึ่งในปัจจุบันได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 และหากในอนาคต มีการปรับปรุงแก้ไข หรือยกเลิกกฎหมายฉบับดังกล่าว และมีการตรากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้นมาใหม่ ไม่ว่าจะโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดก็ตาม ก็ยังคงอยู่ในขอบเขตอำนาจของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้

2) ประเด็นว่า กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย อยู่ในนิยาม “กฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี” ด้วยหรือไม่ จากการสำรวจคำอธิบายของการหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของนักกฎหมายในประเทศไทย ธีระ สุธีวรารังกูร (2563, หน้า 38-39) อธิบายว่าในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล โดยทั่วไป “กฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี” มีอยู่สองชนิด ได้แก่ “กฎหมายสารบัญญัติ” และ “กฎหมายวิธีสบัญญัติ” โดยพบว่า จะอธิบายว่า กฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีได้แก่ กฎหมายสารบัญญัติ และ กฎหมายวิธีสบัญญัติเท่านั้น ไม่ปรากฏว่ากล่าวถึง “กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย” ว่า จะอยู่ในขอบเขตของ “กฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี” ด้วยหรือไม่ อย่างไรก็ตามผู้วิจัยเห็นว่า กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอยู่ในนิยามกฎหมายที่ศาลสามารถนำมาปรับกับคดีได้ เนื่องจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าว ในฐานะที่เป็นกฎหมายภายใน

ของประเทศ เมื่อข้อพิพาทมีลักษณะเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ อันตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 คู่ความย่อมสามารถกล่าวอ้างบทบัญญัติดังกล่าว สำหรับประเด็นว่าศาลไทยมีอำนาจในการหยิบยกพระราชบัญญัติดังกล่าว ขึ้นมาวินิจฉัยได้เองแม้ไม่มีคู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างหรือไม่ นั้น มีข้อพิจารณาที่สำคัญได้แก่ การที่มาตรา 8 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 กำหนดให้ในการใช้กฎหมาย ต่างประเทศบังคับ จะต้องพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล หากไม่สามารถนำสืบ ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลก็ให้ใช้กฎหมายไทยบังคับ จึงเป็นที่เข้าใจกันว่าระบบกฎหมายขัดกันของไทย เป็นระบบทางเลือก ซึ่งหมายความว่าแม้ข้อเท็จจริงของคดีมีองค์ประกอบต่างประเทศก็ตามแต่หากไม่มีคู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ ก็ต้องใช้กฎหมายไทยบังคับ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เสมือนว่าจะไม่มีการนำบทบัญญัติกฎหมายขัดกันมาปรับกับคดีนั่นเอง จึงทำให้เป็นที่เข้าใจกันว่าศาล ไทยไม่มีอำนาจหยิบยกพระราชบัญญัติดังกล่าว ขึ้นมาวินิจฉัยหากคู่ความมิได้ยกขึ้นกล่าวอ้างนั้น อย่างไรก็ตามจากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาในประเด็นดังกล่าวพบว่า ศาลฎีกาได้เคย วินิจฉัยรับรองอำนาจของศาลชั้นต้นในการที่จะหยิบยกพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ขึ้นมาวินิจฉัยได้เองแม้ไม่มีคู่ความฝ่ายใดยกขึ้นกล่าวอ้าง²¹ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 11311/2555 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9681/2557 เป็นต้น

นอกจากนี้การที่บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไม่ได้เป็นกฎหมายที่ กำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคลโดยตรง แต่เป็นเพียงเครื่องมือในการค้นหากฎหมายที่จะต้องนำมาใช้ บังคับ ไม่ควรเป็นเหตุที่จะทำให้บทบัญญัติลักษณะดังกล่าวอยู่นอกขอบเขตการตรวจความชอบด้วย รัฐธรรมนูญ เนื่องจากการตรากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายทั้งการเลือกรูปแบบของ บทบัญญัติ รวมถึงการเลือกกำหนดจุดเกาะเกี่ยวของแต่ละลักษณะข้อกฎหมาย ไม่ได้เกิดขึ้นโดย ปราศจากอิทธิพลของข้อความคิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายแพ่ง แนวคิดหรือคุณค่าของสังคมในขณะที่มี การตรากฎหมายหรือแม้แต่ความพยายามให้การปรับใช้กฎหมายเกิดผลบางประการ

3) สำหรับประเด็นเรื่องช่องทางการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า กฎเกณฑ์ว่าด้วยการ ขัดกันแห่งกฎหมายตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ก็ต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น กำหนด สำหรับรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 ในกรณีการตรวจสอบซึ่งเป็นกรณี การตรวจสอบกฎหมายที่ ผ่านการอนุมัติจากรัฐสภาที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน แบบ “นามธรรม” กล่าวคือ เป็นกรณีที่ยัง

²¹ อย่างไรก็ตามในการใช้กฎหมายต่างประเทศซึ่งในกฎหมายไทยถือเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลไม่สามารถรู้ได้เอง การ พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจึงเป็นหน้าที่ของคู่ความ หากไม่มีการนำสืบพิสูจน์ หรือ การนำสืบพิสูจน์ไม่เป็นที่พอใจ แก่ศาล ตามมาตรา 8 พระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลก็จะนำกฎหมายไทยมาปรับกับคดีแทน

ไม่ได้อยู่ระหว่างการพิจารณาพิพากษาคดีโดยอาศัยกฎหมายดังกล่าว จะต้องดำเนินการผ่านผู้ตรวจการแผ่นดิน โดยเมื่อได้รับข้อร้องเรียนจากประชาชนผู้ที่ได้รับผลกระทบจากกฎหมาย และผู้ตรวจการแผ่นดินใช้ดุลพินิจพิจารณาแล้วเห็นว่ากฎหมายนั้นอาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ก็สามารถเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย ตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ได้

สำหรับช่องทางการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายแบบ “รูปธรรม” อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่มีข้อพิพาทที่มีการนำบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาใช้บังคับกับคดีที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ (Foreign elements)

บทที่ 4

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่ง กฎหมายกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ

ในบทนี้ ผู้วิจัยจะศึกษาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ โดยเริ่มจากที่มาและแนวคิดเรื่องความเสมอภาคระหว่างเพศซึ่งได้กลายมาเป็นหนึ่งในมาตรฐานวัดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายในปัจจุบัน ที่มาของการใช้จุดเกาะเกี่ยวบางรูปแบบซึ่งถูกตั้งคำถามเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน แล้วจึงศึกษาพัฒนาการของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศโดยศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ การเปลี่ยนแปลงแนวทางการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเพื่อหลีกเลี่ยงข้อวิจารณ์ดังกล่าว และนำเสนอบทวิเคราะห์เรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481

ความเสมอภาคระหว่างเพศในฐานะมาตรฐานวัดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

1. ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศและผลในทางกฎหมาย

ในทางสังคมวิทยา เพศ (sex) หมายถึงความแตกต่างทางสรีระ เพศสภาพ (Gender) หมายถึง “องค์ความรู้ที่สร้างความหมายให้กับความแตกต่างทางร่างกาย เป็นความสัมพันธ์ที่ซับซ้อนในทางสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และจิตวิทยา ระหว่างผู้หญิงและผู้ชาย เพศสภาพเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างสังคม (Social structure)²² เป็นการจัดการทางสังคมของความแตกต่างระหว่างเพศในด้านต่าง ๆ เป็นพฤติกรรมที่ถูกเรียนรู้ทางสังคม และเป็นความคาดหวังของสังคมที่สัมพันธ์กับเพศสองเพศ เพศหญิงเพศชายเป็นข้อเท็จจริงทางสรีระ แต่การจะกลายเป็นผู้หญิงหรือเป็นผู้ชายเป็นกระบวนการทางวัฒนธรรม” (วารุณี ภูริสินสิทธิ์, 2553, หน้า 236) ความแตกต่างระหว่างเพศหญิงและเพศชายทางสรีระได้นำไปสู่ความเชื่อที่ว่าผู้หญิงและผู้ชายมีความแตกต่างกันในทางอื่น ๆ ด้วย ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องสติปัญญา ความสามารถ ความถนัด จิตใจ และอารมณ์ ซึ่งถูกมองว่าเป็นความแตกต่างที่มีมา

²² พจนานุกรม ศัพท์สังคมวิทยา ฉบับราชบัณฑิตยสถาน (2557, หน้า 187) ให้ความหมาย โครงสร้างทางสังคมว่า หมายถึง “แบบแผนความสัมพันธ์ระหว่างองค์ประกอบต่าง ๆ ของระบบสังคม เช่น สถาบันต่าง ๆ ทางเครือญาติ ศาสนา เศรษฐกิจ การเมือง และอื่น ๆ ซึ่งรวมถึงบรรทัดฐาน ค่านิยม และบทบาททางสังคมของสถาบันเหล่านั้นด้วย โครงสร้างสังคมเป็นเครื่องมือในการวิเคราะห์พฤติกรรมและความสัมพันธ์ของคนในสังคม”

“ตามธรรมชาติ” ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ ซึ่งนำไปสู่สถานะของผู้หญิงที่ด้อยกว่าผู้ชาย เช่น ความเชื่อที่ว่าผู้หญิงเป็นเพศที่ไม่มีเหตุผลชอบใช้อารมณ์ นำไปสู่การที่สังคมไม่ยอมรับผู้หญิงให้เป็นผู้นำ เพราะมีคุณสมบัติทางเพศที่ไม่เหมาะสม เป็นต้น (วารุณี ภูริสินสิทธิ์, 2553, หน้า 235) เมื่อผู้หญิงถูกกำหนดบทบาทในการเป็นผู้ตามและผู้ดูแลบ้านและครอบครัว ส่วนผู้ชายมีหน้าที่หาเลี้ยงครอบครัว การแบ่งพื้นที่ บทบาท และหน้าที่อย่างชัดเจนระหว่างหญิงและชายในสังคมไทยจนกลายเป็นค่านิยม²³ และความคาดหวังจากสังคมในการทำหน้าที่และปฏิบัติตามบทบาททางเพศที่สังคมกำหนด ทำให้ผู้หญิงซึ่งถูกคาดหวังให้ทำหน้าที่แม่บ้านและเป็นมารดา ถูกกีดกันไม่ให้เข้ามามีส่วนร่วมในระบบงานอาชีพอย่างเต็มที่ การกระทำดังกล่าวจึงมีอิทธิพลต่อพฤติกรรมของสามีที่มีต่อภรรยาและบุตรสาว ผู้ชายจะมีเอกสิทธิ์ (Privilege) ต่าง ๆ ที่ผู้หญิงจำเป็นต้องยอมรับ (จันทร์เพ็ญ อมรเลิศวิทย์, 2564, หน้า 61) การที่สังคมกำหนดเพศสภาพขึ้น โดยให้ผู้หญิงมีคุณลักษณะบางอย่าง และผู้ชายมีคุณลักษณะบางอย่างและเชื่อว่าเป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ จึงนำไปสู่การกำหนดบทบาทหน้าที่รวมทั้งสถานะสูงต่ำที่แตกต่างกันของคนสองเพศในสังคม (วารุณี ภูริสินสิทธิ์, 2553, หน้า 238) สำหรับเหตุผลที่ทำให้ความไม่เสมอภาคนี้ยังคงดำเนินอยู่ต่อไปได้ เนื่องจากเมื่อเกิดการขัดแย้งระหว่างผู้ชายและผู้หญิง ผู้ชายมักชนะและสะสมอำนาจมากขึ้น และระบบสังคมที่กำหนดขึ้นก็จะคงความไม่เสมอภาคเช่นนั้นต่อไป โดยภาพรวมแล้วการมองสถานภาพของเพศหญิงในเกือบทุกสังคม มักเป็นการมองสถานะของเพศหญิงในลักษณะที่แสดงให้เห็นความด้อยกว่าสถานะของเพศชาย จึงปรากฏออกมาในลักษณะที่ผู้ชายอยู่ส่วนบนของโครงสร้าง ส่วนผู้หญิงระดับล่างของโครงสร้าง จึงเป็นที่ยอมรับกันในทางสังคมวิทยาว่า เพศสภาพเป็นมิติหนึ่งของการจัดช่วงชั้นทางสังคม (Social stratification)²⁴

²³ พจนานุกรม ศัพท์สังคมวิทยา ฉบับราชบัณฑิตยสถาน (2557, หน้า 187) ให้ความหมาย ค่านิยมทางสังคม (Social Value) ว่า หมายถึง “ความคิดของกลุ่มหรือสังคมเกี่ยวกับพฤติกรรมที่ถูกต้องเหมาะสมหรือถูกทำนองคลองธรรม สิ่งใดถูกสิ่งใดผิด สิ่งใดน่านิยมชมชอบ สิ่งใดน่ารังเกียจ

ค่านิยมแตกต่างกับทัศนคติ ตรงที่ค่านิยมเป็นสิ่งที่ เป็นพื้นฐาน มีพลังและค่อนข้างมั่นคง ส่วนทัศนคติเป็นความคิดเห็นที่ค่อนข้างไม่มั่นคง เปลี่ยนแปลงได้ง่ายกว่า สังคมมักจะยอมรับทัศนคติที่แตกต่างหลากหลายอย่างมากได้ แต่จะมีค่านิยมที่เป็นเอกภาพซึ่งคนทั่วไปต้องยึดถือร่วมกัน”

²⁴ พจนานุกรม ศัพท์สังคมวิทยา ฉบับราชบัณฑิตยสถาน (2557, หน้า 186) ให้ความหมาย การจัดช่วงชั้นทางสังคม (Social stratification) ว่า “โครงสร้างทางสังคมที่มีการจัดลำดับสูงต่ำระหว่างช่วงชั้นซึ่งแสดงให้เห็นความไม่เท่าเทียมของกลุ่มทางสังคมที่ต่างช่วงชั้นแต่เท่าเทียมภายในช่วงชั้นเดียวกัน การศึกษาช่วงชั้นทางสังคม คือ การศึกษาความสัมพันธ์ทางสังคมที่สร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวหรือสร้างความแตกแยก ในแต่ละสังคมมีรูปแบบการจัดลำดับช่วงชั้นทางสังคมต่างกัน เช่น ระบบชั้นชน ระบบวรรณะ และระบบศักดินา ตัวแปรในการกำหนดความไม่เท่าเทียมนี้ได้หลายตัวแปรทับซ้อนกัน ตัวอย่างคือ เพศ ชาติพันธุ์ ทรัพย์สิน อายุ เมื่อช่วงชั้นถูกกำหนดให้ไม่เท่าเทียมกันผู้ที่อยู่ในช่วงชั้นสูงมักได้เปรียบผู้ที่อยู่ในช่วงชั้นต่ำกว่า ขณะเดียวกันผู้ที่อยู่ในช่วงชั้นต่ำมักจะมีโอกาสทาง

(จันทร์เพ็ญ อมรเลิศวิทย์, 2564, หน้า 67) สถานภาพของผู้หญิงในสังคมซึ่งอยู่ในฐานะเป็นรอง (Secondary status) จึงปรากฏให้เห็นโดยทั่วไปในลักษณะของความจริงเชิงวัฒนธรรม (จงจิตต์ โศภนคณาภรณ์, 2561, หน้า 107) สถาบันทางสังคมต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นครอบครัว เศรษฐกิจ การเมือง การปกครอง ศาสนา และกฎหมาย เป็นต้น ล้วนปรากฏให้เห็นถึงความไม่เท่าเทียมกันทางเพศแฝงอยู่ และล้วนมีประวัติศาสตร์ที่ซับซ้อนยาวนาน (จงจิตต์ โศภนคณาภรณ์, 2561, หน้า 124)

การกำหนดสถานภาพและบทบาทของหญิงในโครงสร้างสังคมในลักษณะดังกล่าว มีผลโดยตรงต่อการกำหนดสิทธิหน้าที่ของชายและหญิงที่แตกต่างกัน ในระบบกฎหมายไทยถึงแม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ที่ประกาศใช้ในปีพุทธศักราช 2478 จะปรับเปลี่ยนจากระบบพหุภรรยาเป็นระบบผัวเดียวเมียเดียวก็ตามแต่หญิงยังคงต้องอยู่ในความคุ้มครองของชาย และยังมีข้อจำกัดต่อหญิงหลายประการ

ความเหลื่อมล้ำทางเพศในสังคมได้ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวเรียกร้องความเท่าเทียมกันระหว่างเพศหญิงและชาย เกิดการศึกษาและคำอธิบายหรือแนวคิดเกี่ยวกับความเป็นรองของผู้หญิงในด้านต่าง ๆ ที่รู้จักกันในชื่อของ สำนักคิดสตรีนิยม (Feminism) โดยแนวคิดทางสตรีนิยมที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่ก็พัฒนาขึ้นจากแนวคิดกระแสหลัก ๆ ที่มีอยู่ในสังคมในขณะนั้น ไม่ว่าจะเป็นเสรีนิยม (Liberalism) ลัทธิมาร์กซ์ (Marxism) จิตวิเคราะห์ (Psychoanalysis) หรือ แนวคิดหลังสมัยใหม่ (Postmodernism) (วารุณี ภูริสินสิทธิ์, 2553, หน้า 239) การก่อตัวของแนวคิดสตรีนิยมทำให้แนวคิดเรื่องบทบาทชายและหญิงที่ถูกกำหนดโดยปัจจัยทางชีวะได้รับการวิพากษ์วิจารณ์รุนแรงขึ้น และได้แย้งว่าบทบาทของชายและหญิงถูกกำหนดโดยวัฒนธรรมโดยได้เรียนรู้บทบาทดังกล่าวโดยผ่านกระบวนการขัดเกลาทางสังคม (Socialization process)²⁵ ฉะนั้น ประเด็นเรื่องธรรมชาติจึงไม่ใช่เงื่อนไขกำหนดบทบาทของสตรีในสังคมอีกต่อไป (จงจิตต์ โศภนคณาภรณ์, 2561, หน้า 13) พัฒนาการของแนวคิดดังกล่าวส่งผลให้เกิดการรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างเพศและหลักการ

สังคมน้อยกว่า เพราะไม่สามารถเข้าถึงทรัพยากรต่าง ๆ ได้ เช่น คนจนมีโอกาสน้อยกว่าคนรวยในการเข้าถึงบริการ ด้านการศึกษาและสุขภาพอนามัย”

²⁵ พจนานุกรม ศัพท์สังคมวิทยา ฉบับราชบัณฑิตยสถาน (2557, หน้า 182) ให้ความหมาย การขัดเกลาทางสังคม (Socialization) ว่า “กระบวนการที่คนเรียนรู้การเป็นสมาชิกของกลุ่มหรือของสังคม โดยการซึมซับเอาบรรทัดฐาน และค่านิยมทางสังคมมาเป็นของตน และเรียนรู้ในการปฏิบัติตามบทบาทและภาระหน้าที่ทางสังคม (เช่น ลูก, เพื่อน, นักศึกษา, ผู้สูงอายุ)”

ปัจจุบัน นักสังคมวิทยาไม่ได้ถือว่า การขัดเกลาทางสังคมเกิดขึ้นเฉพาะในวัยเด็ก โดยมีพ่อแม่และครูเป็นผู้ขัดเกลาหลัก แต่ถือว่าเป็นกระบวนการที่ดำเนินไปตลอดช่วงชีวิต และยังถือว่าการขัดเกลาทางสังคมเป็นกระบวนการ 2 ทิศทาง คือ ต่างฝ่ายต่างขัดเกลาซึ่งกันและกัน รวมทั้งแต่ละฝ่ายยังสามารถตีความและปรับเปลี่ยนบทบาททางสังคมของตนเสียใหม่ได้ การขัดเกลาทางสังคมจึงเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการเปลี่ยนแปลงทางสังคมเช่นกัน”

ห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศในรัฐธรรมนูญของหลายประเทศในปัจจุบัน (Ibarrola & Bhatia, 2016, n°2)

สำหรับหลักความเสมอภาคในแนวคิดดั้งเดิมที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปคือการที่ “บุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญเหมือนกัน ย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน ขณะเดียวกัน บุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกัน ย่อมได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน” ภายใต้แนวคิดดังกล่าวผู้หญิงจะต้องพิสูจน์ว่า “ผู้ชาย” ซึ่งเป็น “ผู้เปรียบเทียบ” ได้รับ “เอกสิทธิ์”(Privilege) ใด ๆ อย่างไม่สมเหตุสมผล (Ibarrola & Bhatia, 2016, n°7) โดยแนวคิดเรื่องความเสมอภาคในมิติดังกล่าวคือ แนวคิดความเสมอภาคในทางสาระหรือเนื้อหา (Substantive equality) ซึ่งต่างจากความเสมอภาคในเชิงรูปแบบ (Formal equality) ซึ่งหมายถึงการปฏิบัติต่อชายและหญิงเหมือนกันโดยไม่ได้คำนึงถึงความแตกต่างระหว่างชายและหญิง

2. หลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

การยืนยันหลักความเสมอภาคปรากฏในรัฐธรรมนูญของไทยเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรฉบับแรก (พ.ศ. 2475) ของประเทศสยาม ดังที่ได้รับการบัญญัติในมาตรา 21 ว่า “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนี้ บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย ฐานันดรศักดิ์โดยกำเนิดก็ดี การแต่งตั้งก็ดี หรือโดยประการอื่นใดก็ดี ไม่กระทำให้เกิดเอกสิทธิ์แต่อย่างใดเลย” ข้อความในรัฐธรรมนูญดังกล่าว เป็นการเปลี่ยนระบบความสัมพันธ์ระหว่างคนกับรัฐ จากเดิมที่สิทธิหรืออำนาจอันชอบธรรมได้มาและมีอยู่อย่างไม่เท่าเทียมและเปลี่ยนแปลงไปตามฐานะและยศถาบรรดาศักดิ์ การอ้างและใช้สิทธิดำเนินไปในกรอบของความสัมพันธ์เชิงอุปถัมภ์ มาสู่ “ความเท่าเทียม” ของบุคคลทุกคนในฐานะพลเมืองต่อหน้ากฎหมาย เป็นการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสิทธิในฐานะ “อภิสิทธิ์” ของชนชั้นนำ มาสู่สิทธิในฐานะที่เป็นความชอบธรรมโดยเฉพาะของปัจเจกบุคคลที่เขาเป็นเจ้าของตามธรรมชาติ อันเป็นแนวคิดซึ่งเป็นผลิตผลของสังคมและประวัติศาสตร์ตะวันตกในยุคสมัยใหม่ (ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, 2549, หน้า 19) ทำให้สิทธิได้เคลื่อนย้ายจากผู้ปกครองคนเดียวหรือกลุ่มนิดเดียว มายังความชอบธรรมของคนที่เป็ปัจเจกชนหลากหลายมากมายขึ้น แม้จะเริ่มที่คนมีฐานะและความได้เปรียบก่อนก็ตาม (ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, 2549, หน้า 28) โดยพลเมืองเพศชายก็ถือเป็นกลุ่มหนึ่งซึ่งมีความได้เปรียบจากโครงสร้างทางสังคมเมื่อเทียบกับพลเมืองเพศหญิง

สำหรับประเทศไทยภายหลังการอภิวัฒน์สยามในปี พ.ศ. 2475 แม้จะมีการรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างบุคคลในรัฐธรรมนูญของประเทศแล้ว แต่ก็มีได้มีบทบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ หรือบทบัญญัติห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศเป็นการเฉพาะไว้ อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิและความเสมอภาคเป็นการเฉพาะ แต่สตรีไทยได้รับสิทธิเลือกตั้งและสิทธิในการสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตาม พระราชบัญญัติการ

ปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราวพุทธศักราช 2475 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดฉบับแรกของประเทศ นับตั้งแต่ประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง มาตรา 14 “ราษฎรไม่ว่าเพศใดมีสิทธิออกเสียงลงมติเลือกผู้แทนหมู่บ้านได้” ถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองสยามชั่วคราวพุทธศักราช 2475 ซึ่งถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกจะบัญญัติรับรองสิทธิที่เสมอภาคระหว่างหญิงและชายในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งผู้แทนหมู่บ้านและการสมัครรับเลือกตั้งเป็นผู้แทนประเภทที่หนึ่งได้ แต่ก็ยังเป็นสิทธิที่เท่าเทียมกันเพียงประการเดียวซึ่งไม่ครอบคลุมไปถึงสิทธิอื่น (มาลี พุกษ์พงศาวิไล, 2557, หน้า 27)

ข้อสังเกตที่น่าสนใจเกี่ยวกับการรับรองสิทธิทางการเมืองของสตรีไทยตั้งแต่ในรัฐธรรมนูญฉบับแรกสะท้อนความเปลี่ยนแปลงแห่งยุคสมัยในบริบทของสังคมโลกในเวลานั้น ประเทศตะวันตกที่พยายามเปลี่ยนผ่านเข้าสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตยตั้งแต่ศตวรรษที่ 18 มา มักรียืนยันหลักความเสมอภาคของมนุษย์อย่างกว้างขวางในรัฐธรรมนูญของตน กลับมิได้รับรองสิทธิทางการเมืองและสิทธิในการเลือกตั้งถ่วงหน้า (Universal suffrage) ให้กับพลเมืองของรัฐอย่างเท่าเทียมทุกคน จนกระทั่งกระแสเรียกร้องสิทธิในการเลือกตั้งของผู้หญิง (Women’s suffrage) เริ่มมีบทบาทสำคัญบนเวทีการเมืองในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 และประเทศตะวันตกจำนวนมากเริ่มทยอยรับรองสิทธิเลือกตั้งให้กับผู้หญิงในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 สิ้นสุดลงในปี ค.ศ. 1918 สำหรับประเทศไทยที่เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชเข้าสู่ระบอบประชาธิปไตยในปี ค.ศ. 1932 (พ.ศ. 2475) การร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศ อาศัยการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ ทั้งรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรและประเพณีทางรัฐธรรมนูญต่าง ๆ แม้จะยังไม่ปรากฏบทบัญญัติเฉพาะเพื่อรับรองสิทธิและความเสมอภาคระหว่างเพศ หากแต่การบัญญัติรับรองสิทธิทางการเมืองของผู้หญิงทั้งสิทธิเลือกตั้งและสิทธิในการสมัครรับเลือกตั้งลงในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญสะท้อนให้เห็นว่ารัฐสยามในเวลานั้นเริ่มปรากฏสำนึกถึงความสำคัญของความเสมอภาคระหว่างชายหญิงบ้างแล้ว

หลังจากรัฐธรรมนูญฉบับแรก (พ.ศ. 2475) รัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มาก็ได้บัญญัติหลักความเสมอภาคมาโดยตลอด โดยเลือกใช้ถ้อยคำตามแนวทางของรัฐธรรมนูญฉบับแรก จนมาถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2517 จึงได้บัญญัติถ้อยคำแตกต่างออกไป โดยในมาตรา 27 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” และมาตรา 28 วรรคแรกบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ” และในรัฐธรรมนูญฉบับนี้เองได้ปรากฏบทบัญญัติรับรองความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงเป็นการเฉพาะอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรก ในมาตรา 28 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” และมาตรา 236 บัญญัติว่า “ในระหว่างที่ยังมิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม

บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันซึ่งต้องไม่เกินสองปีนับแต่วันใช้รัฐธรรมนูญนี้มีให้นำบทบัญญัติมาตราสี่สิบแปดวรรคสองมาใช้บังคับ”

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560) ได้มีบทบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างบุคคลไว้ในมาตรา 27 วรรคหนึ่งว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” และมาตรา 27 วรรคสอง “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” ซึ่งถือเป็นการรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ หรือรับรองหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2562, หน้า 161)

นอกเหนือจากบทบัญญัติเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว ประเทศไทยมีพัฒนาการในการรับรองหลักความเสมอภาคมาอย่างต่อเนื่อง (มานิตย์ จุมปา, 2555, หน้า 156) ไม่ว่าจะเป็นความพยายามเปลี่ยนแปลงผ่านกระบวนการนิติบัญญัติ เช่น การเสนอแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค และการใช้ช่องทางองค์กรตุลาการ เช่น การเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นขัดต่อหลักความเสมอภาคที่ได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญและไม่อาจบังคับใช้ได้

การเคลื่อนไหวเพื่อเสนอแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคทางเพศหรือบทบัญญัติที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติทางเพศนั้น มีทั้งเรื่องที่สามารถดำเนินการสำเร็จลุล่วง เช่น การแก้ไขกฎหมายผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาในประเด็นการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งถูกวิจารณ์ว่าเป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ จึงได้มีการแก้ไขผ่านการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 หรือประเด็นที่ยังไม่สามารถผลักดันให้เกิดความเปลี่ยนแปลงได้สำเร็จลุล่วง เช่น ความพยายามของหลายพรรคการเมืองและภาคประชาสังคมที่เสนอแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับการสมรสให้ครอบคลุมไปถึงการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน

นอกเหนือจากการเปลี่ยนแปลงผ่านกระบวนการนิติบัญญัติแล้ว องค์กรตุลาการได้มีบทบาทสำคัญในการสร้างพลวัตการตีความหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามรัฐธรรมนูญผ่านคำพิพากษาและคำวินิจฉัยของศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรศาลรัฐธรรมนูญซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกในไทยโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีบทบาทในการยืนยันหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง โดยเฉพาะในบริบทของการสมรสและครอบครัว ได้แก่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 กรณีพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องด้วยพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 บัญญัติว่า “หญิงมีสามี ให้ใช้ชื่อสกุลของสามี” ซึ่งลักษณะเป็นบทบังคับให้หญิงที่สมรสตามกฎหมายแล้วต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเท่านั้น และ

เป็นบทบังคับแก่หญิงเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่าบทบัญญัติมาตราดังกล่าวมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ชัดต่อมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” และเน้นย้ำรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเป็นการเฉพาะในวรรคสอง ความว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในวรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้” และวรรคสี่ บัญญัติว่า “มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วว่าบทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มีลักษณะเป็นบทบังคับโดยชัดแจ้ง เนื่องจากพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 นั้นได้มีการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำจากบทบัญญัติในกฎหมายเดิมเกี่ยวกับนามสกุลของหญิงที่สมรสแล้ว กล่าวคือพระราชบัญญัติชื่อนามสกุล พระพุทธศักราช 2456 มาตรา 6 ที่บัญญัติว่า “หญิงได้ทำงานสมรสมีสามีแล้วให้ใช้ชื่อสกุลของสามี แลคงใช้ชื่อตัวแลชื่อสกุลเดิมของตนได้” สะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายในยุคสมัยแรกเริ่มมีระบบการใช้ชื่อสกุลในประเทศไทยนั้นยังให้หญิงที่สมรสแล้วสามารถเลือกใช้นามสกุลของสามี และยังมีสิทธิที่จะใช้สกุลเดิมตนได้อยู่ แต่ถ้อยคำในกฎหมายได้เปลี่ยนไปเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พุทธศักราช 2484 โดยในมาตรา 13 บัญญัติว่า “หญิงมีสามี ให้ใช้ชื่อสกุลของสามี” ซึ่งเป็นถ้อยคำที่พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ยืนยันต่อมาด้วย สะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปในทางจำกัดสิทธิมิให้หญิงมีสามีใช้นามสกุลเดิมของตนต่อไปได้ และบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าบทบังคับเช่นนี้เป็นการลิดรอนสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของหญิงที่สมรสแล้ว ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกัน เกิดความไม่เสมอภาคกันทางกฎหมายด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศและสถานะของบุคคล เนื่องจากสิทธิในการใช้ชื่อสกุลนั้นเป็นสิทธิของบุคคลที่จะแสดงเผ่าพันธุ์ เทือกเถาเหล่ากอของตน และเป็นสิทธิที่ทุกคนมีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน โดยมิได้แบ่งแยกกว่าเป็นสิทธิของชายหรือของหญิง อีกทั้งการบังคับแต่เพียงหญิงมีสามีให้ใช้ชื่อสกุลของสามีเพียงฝ่ายเดียวโดยใช้สถานะการสมรสนั้น เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

นอกจากนั้น ศาลยังให้เหตุผลเพิ่มเติมว่า เหตุผลทางสังคมอันเป็นรากฐานทางความคิดของ บทบัญญัติบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเพื่อความเป็นเอกภาพและความสงบสุขของ ครอบครัว อีกทั้งสอดคล้องกับวัฒนธรรมและวิถีชีวิตของชนชาวไทยนั้น เป็นข้ออ้างที่ฟังไม่ขึ้น ระบบ การใช้ชื่อสกุลมิได้มีมาแต่ช้านานในสังคมไทย แต่เพิ่งตรากฎหมายขึ้นมาบังคับใช้ในปี พ.ศ. 2456 และ การที่หญิงมีสามีจะสามารถใช้ชื่อสกุลเดิมของตนได้นั้นไม่กระทบต่อเอกภาพและความสงบสุขของ ครอบครัว แต่เป็นการส่งเสริมให้ชายและหญิงมีสิทธิเสมอภาคกัน

คำวินิจฉัยดังกล่าวได้รับการสนับสนุนโดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมาก 13 คน จากองค์คณะทั้งหมด 15 คน สะท้อนให้เห็นถึงพลวัตรของการตีความหลักความเสมอภาคระหว่าง ชายหญิงไปในทิศทางที่ให้ความสำคัญกับความเป็นปัจเจกชนและเสรีภาพในการเลือกใช้ชีวิตและการ กำหนดตนของมนุษย์แต่ละคน มากกว่าการยึดถือประเพณีและค่านิยมดั้งเดิมที่เอื้อให้เกิดการเลือก ปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในเรื่องเพศและสถานะของบุคคล

ภายหลังศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยแล้ว รัฐสภาได้แก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้ สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดย มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคลที่แก้ไขใหม่ นั้น บัญญัติว่า “คู่สมรสมีสิทธิใช้ชื่อสกุลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตามที่ตกลงกัน หรือต่างฝ่ายต่างใช้ชื่อสกุล เดิมของตน” การแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ทำให้ทั้งสามีและภรรยาสามารถตกลงเลือกใช้ชื่อ สกุลของอีกฝ่ายได้โดยไม่ได้จำกัดว่าผู้เปลี่ยนไปใช้ชื่อสกุลของอีกฝ่ายจะต้องเป็นฝ่ายหญิงเท่านั้น คู่ สมรสสามารถตกลงให้ฝ่ายชายไปใช้ชื่อสกุลของหญิงผู้เป็นภรรยาได้เช่นกัน หรือสามารถตกลงที่จะไม่ เปลี่ยนและใช้ชื่อสกุลต่างกันหลังการสมรสก็ย่อมได้ โดยการตกลงตามบทบัญญัตินี้สามารถกระทำเมื่อ ทำการสมรสหรือกระทำในภายหลัง และสามารถเปลี่ยนแปลงข้อตกลงเกี่ยวกับการใช้ชื่อสกุลใน ภายหลังได้ การแก้ไขกฎหมายนี้สะท้อนให้เห็นถึงพัฒนาของกฎหมายไทยในการรับรองหลักความ เสมอภาคทางเพศ การยืนยันหลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งเพศและสถานะของ บุคคล และการลดทอนอำนาจบงการของรัฐต่อเสรีภาพในการกำหนดตนและสิทธิในการสมรสและ สร้างครอบครัวของปัจเจกบุคคล

ศาลรัฐธรรมนูญยังได้มีคำวินิจฉัยที่ 17/2555 เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องขอให้ศาล รัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) ว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 40 (2) (3) (4) (5) (6) (7) และ (8) ประกอบมาตรา 57 ตี และมาตรา 57 เบญจ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วย รัฐธรรมนูญ มาตรา 43 ประกอบมาตรา 29 และมาตรา 30

ในคำวินิจฉัยนี้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าบทบัญญัติประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตีวรรคหนึ่ง ที่กำหนดให้การเก็บภาษีเงินได้จากสามีและภรรยาที่อยู่ร่วมกันตลอดปีภาษีที่ผ่านมาแล้ว ให้ ถือเอาเงินได้พึงประเมินของภรรยาเป็นเงินได้ของสามี และให้สามีมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการ ยื่นรายการและเสียภาษี แต่หากมีภาษีค้างชำระ ภริยากลับต้องร่วมรับผิดชอบในภาษีค้างชำระนั้น

ด้วย ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่ยุติธรรมสำหรับภริยา ในเมื่อ มาตรา 30 ของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งบังคับใช้ในขณะนั้น บัญญัติไว้ว่า “บุคคลย่อมเสมอภาคในกฎหมายได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” สามีมภรรยา ย่อมมีสิทธิเท่าเทียมกัน หากภริยามีรายได้ของตนเองก็ย่อมต้องมีสิทธิยื่นรายการและเสียภาษีของตนเองและรับผิดชอบปัญหาภาษีค้างชำระด้วยตนเองได้ นอกจากนี้ บทบัญญัตินี้ยังเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสถานะของบุคคลระหว่างหญิงโสดและหญิงมีสามีแล้วอีกด้วย ส่วนมาตรา 57 ตรี วรรคสอง เป็นการบังคับให้สามีและภริยาต้องยื่นรายการเสียภาษีร่วมกันทางอ้อม โดยมุ่งจะให้คู่สมรสร่วมกันจ่ายภาษีให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ การจำกัดสิทธิไม่ให้สามีและภริยาแยกกันยื่นรายการและเสียภาษีนั้นไม่ช่วยส่งเสริมความเสมอภาคของชายและหญิง ส่วนในมาตรา 57 ตรี วรรคสาม นั้น แม้กฎหมายจะกำหนดให้เจ้าพนักงานใช้ดุลยพินิจอนุญาตให้สามีและภริยาแยกกันยื่นรายการเสียภาษีได้ แต่หากมีความผิดพลาดในการชำระภาษี ก็ให้อีกฝ่ายร่วมรับผิดชอบในการเสียภาษีที่ค้างชำระนี้ด้วย ซึ่งบทบัญญัติที่อาศัยความเป็นคู่สมรสมาบังคับให้อีกฝ่ายที่ไม่มีผิดความต้องร่วมรับผิดชอบด้วยย่อมไม่เป็นธรรมต่อผู้ที่ไม่ได้กระทำผิด และยังไม่ส่งเสริมความเสมอภาคของชายและหญิง

สำหรับประเด็นพิจารณาของประมวลรัษฎากร มาตรา 57 เบญจ วรรคหนึ่ง ที่อนุญาตให้ภริยาแยกยื่นรายการและเสียภาษีได้เฉพาะกรณีที่มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (1) เท่านั้น ส่วนเงินได้ตามมาตรา 40 (2) (3) (4) (5) (6) (7) และ (8) นั้นไม่ได้รับการยกเว้นตามมาตรานี้ ในเมื่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 รับรองให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมและเสมอภาคกัน จึงควรให้สามีและภริยามีสิทธิเลือกได้ว่าจะร่วมกันหรือแยกกันยื่นรายการเสียภาษีและรับผิดชอบในส่วนของตน ไม่จำเป็นต้องกำหนดให้ภริยาแยกยื่นรายการและเสียภาษีเงินได้เฉพาะส่วนหรือบางประเภทเท่านั้น

ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี และ มาตรา 57 เบญจ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 โดยไม่วินิจฉัยว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี และ มาตรา 57 เบญจ ขัดต่อบทบัญญัติมาตราอื่นในรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะไม่ทำให้ผลของคดีเปลี่ยนแปลง

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนี้ยืนยันหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทหลังการสมรส บทบัญญัติเดิมตามประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี และ มาตรา 57 เบญจ เช่นกำหนดให้คู่สมรสต้องยื่นรายการและเสียภาษีร่วมกัน การแยกยื่นกลับเป็นข้อยกเว้นที่ทำได้แค่ในบางกรณีเท่านั้น ส่วนฝ่ายสามีต้องเป็นผู้ยื่นรายการและเสียภาษี แต่หากมีความผิดพลาดในการชำระภาษี คู่สมรสกลับต้องรับผิดชอบร่วมกัน กฎหมายเช่นนี้สะท้อนชุดคุณค่าดั้งเดิมของความเป็นครอบครัวที่อยู่บนฐานความคิดแบบชายเป็นใหญ่ ค่านิยมที่กำหนดให้สามีเป็นหัวหน้าครอบครัว และการให้ความสำคัญกับเอกภาพของครอบครัวเหนือความเป็นปัจเจกบุคคล ซึ่งอาจเหมาะสมกับวิถีชีวิตและลักษณะของการประกอบสร้างเป็นครอบครัวในอดีต แต่เมื่อยุคสมัยเปลี่ยนแปลงไป สตรีประกอบ

อาชีพและมีเงินได้ของตนเอง แม้เมื่อสมรสแล้ว สถานะทางอาชีพและเงินได้จากอาชีพยังเป็นผลจากการทำงานของหญิงผู้นั้นเองไม่ต่างจากก่อนสมรส จึงไม่มีเหตุผลที่เงินได้พึงประเมินของหญิงที่สมรสแล้วควรจะถูกนำไปคำนวณรวมเป็นเงินได้ของสามีด้วย บทบัญญัติเดิมนั้นนอกจากจะเป็นการเลือกปฏิบัติอันไม่เป็นธรรมต่อชายหญิงในสถานะคู่สมรสแล้ว ยังสร้างภาระอันเกินสมควรให้คู่สมรสต้องเสียภาษีมากกว่าก่อนสมรส และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การที่หญิงที่สมรสแล้วจะต้องเสียภาษีในอัตราที่มากกว่าหญิงโสด ผลการบังคับใช้บทบัญญัตินั้นเดิมนอกจากจะขัดกับหลักความเสมอภาคระหว่างชายหญิงหลังสมรส และเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสถานะของบุคคลแล้ว การที่คู่สมรสทั้งชายและหญิงต้องเสียภาษีเพิ่มขึ้นย่อมไม่ส่งเสริมการสมรสและย่อมไม่เป็นผลดีต่อสถาบันครอบครัวด้วยเช่นกัน

ข้อสังเกตที่น่าสนใจ คือ ศาลเพียงวินิจฉัยว่าประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี และ มาตรา 57 เบญจ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 โดยไม่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากร มาตราดังกล่าวนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 หรือไม่ เพราะไม่ทำให้ผลแห่งคดีเปลี่ยนแปลงไป หากพิจารณาในแง่ผลแห่งคดีย่อมเป็นเช่นนั้น เมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเพียงหนึ่งมาตราแล้วก็ย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และต้องตกเป็นอันใช้บังคับมิได้ แม้บทบัญญัตินั้นจะขัดหรือแย้งกับมาตราอื่นในรัฐธรรมนูญด้วยก็ไม่ทำให้บทบัญญัตินั้นขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไปมากกว่าเดิมได้ อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าเสียดายที่ศาลรัฐธรรมนูญมิได้วินิจฉัยต่อเนื่องตามคำร้องว่าบทบัญญัติตามประมวลรัษฎากรนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 หรือไม่ เพราะหากศาลมีคำวินิจฉัยและให้เหตุผลทางกฎหมายในประเด็นนี้ ย่อมเป็นผลดีต่อการทำความเข้าใจบรรทัดฐานของรัฐไทยที่มีต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของบุคคล และต่อความเป็นปัจเจกบุคคลในบริบทของหญิงที่สมรสตามกฎหมายแล้ว

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 17/2555 เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม 2555 เป็นผลให้มีการตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2555 โดยให้ยกเลิกมาตรา 57 ตรี และมาตรา 57 เบญจ ที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญไป และให้เพิ่มมาตรา 57 ฉ ซึ่งกำหนดให้สามีและภริยาต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่ยื่นรายการเกี่ยวกับเงินได้พึงประเมินของตนเอง โดยยังให้สิทธิสามีและภริยาตกลงยื่นรายการและเสียภาษีรวมกันได้ การแก้ไขกฎหมายนี้ทำให้แนวทางหลักในการยื่นรายการและเสียภาษีของคู่สมรสตกเป็นหน้าที่ความรับผิดชอบของแต่ละบุคคลที่มีเงินได้เอง ทั้งยังแก้ปัญหาค่าความยุติธรรมด้านอัตราภาษีระหว่างคู่สมรสและบุคคลที่เป็นโสด

จากตัวอย่างคำวินิจฉัยที่ยกมาเป็นกรณีศึกษาข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าเมื่อมีประเด็นที่หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญต้องเผชิญหน้าทำทาบกับแนวความคิดอนุรักษ์นิยมที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายต่าง ๆ ที่บังคับใช้มาก่อน ไม่ว่าจะเป็นความเสมอภาคในแง่มุมมองทางสังคมดังเช่นประเด็นการใช้ชื่อสกุลของหญิงที่สมรสแล้วตามคำวินิจฉัยที่ 21/2546 หรือความเสมอภาคใน

แง่ภาษีอากรดังเช่นประเด็นการเสียภาษีของคู่สมรสตามคำวินิจฉัยที่ 17/2555 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีแนวโน้มที่จะรับรองและคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างเพศในลักษณะที่โอบรับชุดคุณค่าของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย และส่งเสริมความเป็นปัจเจกบุคคลของทั้งชายและหญิงให้ดีขึ้นกว่าเดิม

แม้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ชี้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายหนึ่งขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศและย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นจะช่วยพัฒนาความเข้าใจในการตีความและการบังคับใช้หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญได้ชัดเจนขึ้น การศึกษาคำวินิจฉัยที่ศาลรัฐธรรมนูญชี้ว่าไม่ขัดต่อความเสมอภาคก็เป็นเครื่องมือสำคัญในการทำความเข้าใจขอบเขตและข้อจำกัดของหลักการดังกล่าวในมุมมองขององค์กรตุลาการ

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 37/2546 เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 กรณีพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 9 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 9 เป็นบทบัญญัติที่วางหลักการเกี่ยวกับการแปลงสัญชาติผ่านการสมรส โดยกำหนดให้หญิงต่างด้าวที่สมรสกับชายสัญชาติไทย ถ้าประสงค์จะได้สัญชาติไทยก็สามารถยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อแปลงสัญชาติไทยได้ แต่กลับไม่ได้ให้สิทธิแก่ชายต่างด้าวที่สมรสกับหญิงไทยในการที่จะได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติ การไม่ให้สิทธิแก่ชายต่างด้าวที่สมรสกับหญิงสัญชาติไทยในการที่จะได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติได้เช่นเดียวกับหญิงต่างด้าวที่สมรสกับชายสัญชาติไทยนั้น ก่อให้เกิดปัญหาในสถานะของบุคคลและการตั้งครอบครัวของหญิงที่ไม่เสมอภาคระหว่างหญิงสัญชาติไทยกับชายสัญชาติไทยที่สมรสกับต่างด้าว จึงน่าจะขัดหรือแย้งต่อมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่บัญญัติว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน”

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่าการได้สัญชาติไทยโดยการสมรสของคนต่างด้าวเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐที่จะกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขต่าง ๆ มาตรา 9 วรรคสอง บัญญัติว่า “การอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ได้สัญชาติไทยให้อยู่ในดุลพินิจของรัฐมนตรี” จึงย่อมเป็นอำนาจของรัฐที่จะตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ มาตรการดังกล่าวนั้นถูกกำหนดขึ้นให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและความมั่นคงของประเทศ อีกทั้งไม่ได้ตัดสิทธิของชายต่างด้าวที่สมรสกับหญิงสัญชาติไทยจะขอแปลงสัญชาติเป็นไทยตามหลักเกณฑ์อื่น ศาลเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 9 นี้ ไม่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคในกฎหมายระหว่างชายและหญิง จึงมิใช่การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ และไม่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น พระราชบัญญัติสัญชาติฯ มาตรา 9 จึงสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 แล้ว ไม่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ข้อสังเกตที่น่าสนใจจากการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยนี้คือการที่ศาลรัฐธรรมนูญให้นำหนักกับหลักอำนาจอธิปไตยเด็ดขาดของรัฐในการกำหนดเกณฑ์ในการให้สัญชาติเป็นเหตุผลหลักของการชี้ว่าบทบัญญัตินี้ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุความแตกต่างทางเพศ ทั้งที่ผู้ร้องมิได้โต้แย้งอำนาจอธิปไตยของรัฐในการกำหนดว่าบุคคลใดจะได้หรือเสียสัญชาติของตน อำนาจอธิปไตยทำให้รัฐสามารถตรากฎหมายภายในใด ๆ ก็ได้ตราบทที่ไม่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ แต่รัฐที่ปกครองโดยหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมอันเป็นหลักการสำคัญที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมต้องตรากฎหมายให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายและไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

ประเด็นแห่งคำร้องนั้นเป็นเรื่องการแปลงสัญชาติตามคู่สมรสที่กำหนดเกณฑ์แตกต่างกันระหว่างชายและหญิง แต่ศาลกลับไม่ได้นำประเด็นเรื่องอคติต่อหญิงที่แฝงอยู่เบื้องหลังการบัญญัติกฎหมายมาประกอบการพิจารณาเลย เกณฑ์การแปลงสัญชาติตามมาตรา 9 วางอยู่บนเพียงเหตุผลว่าเป็นอำนาจเด็ดขาดของรัฐที่จะกำหนดให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและความมั่นคงของประเทศ โดยไม่ปรากฏคำอธิบายหรือหลักฐานอื่นใดที่สนับสนุนเกณฑ์ว่าเพียงหญิงต่างด้าวเท่านั้นที่ควรได้รับสิทธิแปลงสัญชาติหลังการสมรส หรือการที่ชายต่างด้าวจะได้รับสัญชาติไทยหลังสมรสกับหญิงไทยนั้นจะไม่เหมาะสมกับสภาพสังคม หรือจะเป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศในประการใด

หญิงต่างด้าวสามารถร้องขอสัญชาติไทยได้หลังการสมรส ในขณะที่ชายต่างด้าวกลับไม่มีสิทธิเช่นนั้นเมื่อสมรสกับหญิงไทย แม้ว่าชาวต่างด้าวนั้นอาจใช้วิธีการอื่นในการได้มาซึ่งสัญชาติ เช่น หลักเกณฑ์ตามมาตรา 10 มาตรา 11 และมาตรา 12 ในพระราชบัญญัติเดียวกันนี้ ก็มีการกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมไปมากกว่าเงื่อนไขตามมาตรา 9 ที่กำหนดสำหรับหญิงต่างด้าวที่สมรสกับชายไทย แม้หลักเกณฑ์ในการขอแปลงสัญชาติในมาตรา 10 มาตรา 11 และมาตรา 12 จะเป็นข้อกำหนดที่ไม่เป็นภาระอันเกินสมควรและมีความจำเป็นที่จะเรียกร้องให้บุคคลต่างด้าวที่ต้องการขอสัญชาตินั้นต้องมีความผูกพันกับรัฐไทยและมีความเหมาะสมในการแปลงสัญชาติ การที่ชายต่างด้าวสามารถได้สัญชาติไทยด้วยวิธีการอื่น ๆ ตามกำหนดในพระราชบัญญัตินั้นมิได้ทำให้หลักเกณฑ์ในมาตรา 9 ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ เป็นที่น่าเสียดายที่ในปีเดียวกับที่มีคำวินิจฉัยนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 21/2546 ในประเด็นการใช้ชื่อสกุลของหญิงที่สมรสแล้ว เป็นการยืนยันหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงในการประกอบสร้างครอบครัวให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมสมัยใหม่ แต่เมื่อเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคู่สมรสต่างด้าว หญิงสัญชาติไทยกลับมีอุปสรรคทางกฎหมายในการสร้างครอบครัวกับคู่สมรสต่างด้าวมากกว่าชายสัญชาติไทยที่สมรสกับหญิงต่างด้าว

การใช้จุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับบุคคลของสามีหรือบิดาในบทบัญญัติกฎหมายที่ว่าการ ขัดกันแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยความสัมพันธ์ในครอบครัว

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสถาบันครอบครัว เป็นเรื่องที่ถูกปฏิเสธไม่ได้ว่ากฎหมายเป็นสิ่งสะท้อนสังคมอยู่เสมอ รวมไปถึงแนวคิดความเหนือกว่าของเพศชาย (*patria potestas*) ในครอบครัว ไม่ได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัวเท่านั้นแต่ยังกำกับวิถีคิดขององค์กรนิติบัญญัติในการเลือกจุดเกาะเกี่ยวสำหรับกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายตามสิ่งที่ระบบกฎหมายนั้น ๆ เห็นว่าเป็นจุดที่ตั้งของนิติสัมพันธ์ซึ่งก็คือชายหรือสามีหรือบิดานั้นเอง (Foyer, 1985, pp. 18-20) สำหรับการใช้สัญชาติหรือภูมิลำเนาของบิดาในความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวไว้ที่จุดเกาะเกี่ยวเฉพาะตัว (Personal connecting factor) ของผู้ใช้อำนาจปกครองคนใดคนหนึ่ง ไม่ใช่จุดเกาะเกี่ยวเฉพาะตัวของบุตรนั้น ในอดีตเป็นไปตามแนวคิดที่ว่าบุตรเป็นผลจากการสมรส ดังนั้นในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรจึงควรเป็นไปตามกฎหมายเดียวกันกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับการสมรส และเป็นบุตรอยู่ในสถานะผู้ที่ติดตามผู้ใช้อำนาจปกครองนั่นเอง ส่วนการที่หลายประเทศกำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติหรือภูมิลำเนาสามีเป็นไปตามแนวคิดที่ว่าบิดาเป็นหัวหน้าครอบครัว ซึ่งเป็นที่ได้รับการยอมรับในยุคสมัยหนึ่ง (Raape, 1934, pp. 420-421) Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) ซึ่งได้ให้คำอธิบายในตำรา *System des heutigen Römischen Rechts* (System of Modern Roman Law) ซึ่งเขียนขึ้นในระหว่างปี ค.ศ. 1840-1849 ว่า “ที่ตั้งที่แท้จริงของนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรส ต้องถือว่าอยู่ ณ ภูมิลำเนาของสามีอย่างมีต้องสงสัย ซึ่งตามกฎหมายของทุกหมู่ชนและในทุกกาลสมัย ถือว่าเป็นหัวหน้าครอบครัว”²⁶

สำหรับจุดเกาะเกี่ยวเฉพาะตัวของสามีที่เลือกใช้นั้น “ภูมิลำเนา” เคยเป็นจุดที่ตั้งแห่งนิติสัมพันธ์โดยเฉพาะเรื่องความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินของการสมรสตามแนวคิดของ Savigny จนกระทั่งในเวลาต่อมา “สัญชาติ” กลายเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ถูกรับรองให้ความสำคัญสำหรับเรื่องสถานะบุคคล ครอบครัวและมรดกแทนภูมิลำเนาตามแนวคิดของ Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888) (Nadelmann, 1969; Valladão, 1962, p. 87)

²⁶ “Ueber den wahren Sitz des ehelichen Verhältnisses ist kein Zweifel; er ist anzunehmen an dem Wohnsitz des Ehemannes, der nach den Rechten aller Völker und aller Zeiten als das Haupt der Familie anerkannt werden muß” F. C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. VIII, Berlin, Veit, 1849, par. 379, p. 325

1. กฎหมายต่างประเทศและอนุสัญญาระหว่างประเทศ

การใช้จุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับบุคคล (Personal connecting factor) ของสามีหรือบิดาในบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยความสัมพันธ์ในครอบครัวไม่ว่าจะเป็นสัญชาติหรือภูมิลำเนาของสามีหรือของบิดาได้รับความนิยมเป็นอย่างมากในกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในอดีต ตัวอย่างเช่น

อนุสัญญากรุงเฮกเรื่องกฎหมายขัดกันว่าด้วยผลของการสมรสเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของคู่สมรสทั้งความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวและทรัพย์สิน ปี ค.ศ. 1905 มาตรา 2 บัญญัติว่า ในกรณีไม่มีสัญญาก่อนสมรส ผลของการสมรสเกี่ยวกับทรัพย์สินของคู่สมรสทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของสามีในขณะที่ทำการสมรส และบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าการเปลี่ยนแปลงสัญชาติคู่สมรสในภายหลังไม่กระทบต่อระบอบทรัพย์สินของคู่สมรส²⁷

กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche- EGBGB) ฉบับปี ค.ศ.1896 มาตรา 15 บัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของเยอรมันเรื่องระบอบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามีในขณะที่ทำการสมรส²⁸

²⁷ Article 2 la Convention du 17 juillet 1905 concernant les conflits de lois relatifs aux effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux :

« En l'absence de contrat, les effets du mariage sur les biens des époux, tant immeubles que meubles, sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage.

Le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux n'aura pas d'influence sur le régime des biens. »

available at <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/the-old-conventions/1905-effects-of-marriage-convention> [14 July 2023]

²⁸ ด้วบทมาตรา 15 EGBGB ในขณะนั้น (เข้าถึงได้จาก <https://www.reichsgesetzblatt.de/D/RGBl-D/1896/index.htm>) ถูกสร้างขึ้นในรูปแบบของบทบัญญัติไม่พร้อมมูล (Unilateral Conflict-of-Law Rules) มาตรา 15 วรรคแรก บัญญัติว่า “ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส เป็นไปตามกฎหมายเยอรมันหากสามีมีสัญชาติเยอรมันในขณะที่ทำการสมรส”

มาตรา 15 วรรคสอง บัญญัติว่า “หากสามีได้มาซึ่งสัญชาติเยอรมันภายหลังการสมรส หรือ คู่สมรสที่มีสัญชาติต่างประเทศมีถิ่นที่อยู่ในประเทศเยอรมัน ต้องใช้กฎหมายของประเทศที่สามีมีสัญชาติขณะทำการสมรส อย่างไรก็ตาม คู่สมรสสามารถทำสัญญาก่อนสมรสถึงแม้สัญญาดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใต้กฎหมายสัญชาติดังกล่าว”

กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งของอิตาลี ก่อนการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในปีค.ศ. 1995 มาตรา 18 ก็ได้เคยบัญญัติให้ความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวของคู่สมรสที่ไม่ได้มีสัญชาติเดียวกันให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติล่าสุดที่เคยมีร่วมกัน ในกรณีที่ไม่เคยมีสัญชาติร่วมกันให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามีในขณะที่ทำการสมรส การเปลี่ยนแปลงสัญชาติของคู่สมรสภายหลังการสมรสไม่กระทบต่อบทบัญญัตินี้

สำหรับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร การใช้จุดเกาะเกี่ยวเฉพาะตัวของบิดาก็ปรากฏเป็นที่ได้รับความนิยมในบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในอดีต ตัวอย่างเช่น กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (EGBGB)²⁹ ค.ศ. 1896 มาตรา 19 ได้เคยบัญญัติให้ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบิดา ต่อเมื่อบิดาเสียชีวิตแล้วจึงให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติมารดา

สำหรับประเทศในทวีปเอเชีย ประเทศญี่ปุ่นโดยกฎหมายลงวันที่ 21 มิถุนายน ค.ศ. 1898 ซึ่งได้ตราบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตามแนวทางตามร่างกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (EGBGB) ค.ศ. 1896 โดยในกฎหมายขัดกันของญี่ปุ่นฉบับดังกล่าวได้กำหนดจุดเกาะเกี่ยวสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาไว้ที่สัญชาติสามีทั้งส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางส่วนตัว³⁰ และทางทรัพย์สิน³¹ และความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรไว้ที่สัญชาติของบิดา (Kim, 1992, pp. 8-9) ต่อมาสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) โดยกฎหมาย ค.ศ. 1918³² แก้ไขปรับปรุงในปี ค.ศ. 1953³³ และสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) โดยรัฐบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี ลงวันที่ 15 มกราคม ค.ศ. 1962 ก็ได้ร่างกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตามแนวทางของประเทศญี่ปุ่นอีกทอดหนึ่งโดยกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ภายในครอบครัวที่สัญชาติของสามีหรือบิดาตามแบบอย่างของกฎหมายขัดกันของประเทศญี่ปุ่นเช่นเดียวกัน (Suk, 2001)

ต่อมาศาลเยอรมันได้ตีความให้บทบัญญัติดังกล่าวมีความหมายเป็นบทบัญญัติพร้อมบูรณ (Bilateralisation of Unilateral Conflict-of-Law Rules) กล่าวคือ ทำให้มาตราดังกล่าวมีความหมายว่า ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามีขณะทำการสมรส

²⁹ ตัวบท มาตรา 19 EGBGB (1896) เข้าถึงได้จาก <https://www.reichsgesetzblatt.de/D/RGBl-D/1896/index.htm>

³⁰ Article 14

³¹ Article 15

³² The law of August 5, 1918 on the application of the foreign laws

³³ The Law of June 6, 1958 Governing the Application of Laws to Civil Matters Involvin Foreign Elements

2. กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทย

สำหรับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ยังคงสะท้อนแนวคิดความมีอำนาจเหนือของชายในครอบครัวและกฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัวในยุคสมัยเดียวกัน สำหรับการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ภายในครอบครัว ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ปรากฏบทบัญญัติที่กำหนดให้สัญชาติของสามีหรือบิดาเป็นจุดเกาะเกี่ยวซึ่งสะท้อนแนวคิดชายเป็นใหญ่ในครอบครัวดังต่อไปนี้

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสในส่วนที่เป็นความสัมพันธ์ในทางส่วนตัว ปรากฏในมาตรา 21 ส่วนมาตรา 22 เป็นเรื่องความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส

มาตรา 21 “ถ้าคู่สมรสมีสัญชาติอันเดียวกัน หรือถ้าภริยาได้มาซึ่งสัญชาติแห่งสามีโดยการสมรส ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สมรส

ในกรณีที่ภริยาได้ได้มาซึ่งสัญชาติแห่งสามีโดยการสมรส ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติแห่งสามี”

มาตรา 22 “ถ้ามิได้มีสัญญาาก่อนสมรส ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติ

ถ้าสามีและภริยามีสัญชาติแตกต่างกัน ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติแห่งสามี

อย่างไรก็ดี ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ในส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่”

มาตรา 23 “ผลแห่งการสมรสตั้งบัญญัติไว้ในสองมาตรา ก่อน ย่อมไม่ถูกกระทบกระทั่งหากว่าภายหลังการสมรสคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายได้มาซึ่งสัญชาติแตกต่างกับที่มีอยู่ หรือที่ได้มาขณะทำการสมรส”

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ขอบด้วยกฎหมายนั้น เช่น สิทธิของบุตรที่จะใช้ชื่อสกุลของบิดาหรือมารดา ภูมิลำเนาของบุตร อำนาจปกครองบุตรที่บิดามารดามีต่อบุตรทั้งในทางส่วนตัวและในทางทรัพย์สิน (คณิง ภาไชย, 2555, หน้า 114) ปรากฏบทบัญญัติที่กำหนดให้ใช้สัญชาติของบิดาเป็นจุดเกาะเกี่ยว ได้แก่ มาตรา 30 วรรคแรก “สิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตรขอบด้วยกฎหมาย ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบิดา” โดยหากบิดาเปลี่ยนสัญชาติ สิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรนี้ก็จะต้องเปลี่ยนแปลงไปตามการเปลี่ยนสัญชาติของบิดาด้วย และหากบิดาเสียชีวิต สิทธิและหน้าที่ระหว่างมารดากับบุตรก็ยังคงต้องเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบิดาต่อไปตามเดิม โดยนัยเช่นเดียวกับการที่บิดามารดาหย่าขาดจากกัน ก็ยังคงต้องใช้กฎหมายสัญชาติของบิดาต่อไป (สายหยุด แสงอุทัย, 2482, หน้า 334-335)

สำหรับมาตรา 29 ซึ่งบัญญัติให้ “การเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติแห่งสามีของมารดาในขณะที่บุตรนั้นเกิด ถ้าหากในขณะที่กล่าวนั้น สามีได้ถึงแก่ความตายเสียแล้ว ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของสามีในขณะที่ถึงแก่ความตาย” และ มาตรา 31 ซึ่งบัญญัติว่า “การรับเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบิดาในขณะที่รับเด็กเป็นบุตร ถ้าหากในขณะที่นั้นบิดาได้ถึงแก่ความตายเสียแล้ว ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบิดาในขณะที่ถึงแก่ความตาย” ใช้บังคับกับการพิจารณาสถานะความเป็นบิดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายและความสมบูรณ์ของการที่ชายรับเด็กที่เกิดนอกสมรสเป็นบุตรตามกฎหมาย ซึ่งเป็นการก่อตั้งความสัมพันธ์ตามกฎหมายครอบครัวระหว่างบุตรและบิดา การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของบิดาในขณะที่บุตรเกิดหรือรับเด็กเป็นบุตร ถึงแม้ว่าอาจมีข้อโต้แย้งหรือความเหมาะสมของจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวแต่ไม่ผูกข้อครหาเรื่องการเลือกปฏิบัติต่อสตรีหรือมารดา เนื่องจากเป็นการก่อตั้งความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบิดาและบุตรนั้น

การให้คำอธิบายเหตุผลของผู้ตรากฎหมายที่เลือกจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีหรือบิดา ในความสัมพันธ์ในทางครอบครัวในตำรากฎหมายขัดกันของไทยปรากฏอยู่ไม่มากนัก สายหยุด แสงอุทัย (2482, หน้า 301-302) อธิบายว่า การที่มาตรา 21 บัญญัติแยกไว้เป็นสองวรรค คือ ในวรรคหนึ่ง เมื่อสามีภริยามีสัญชาติร่วมกัน นั้นอาจประสงค์ให้เห็นหลักแห่งความเสมอภาคระหว่างบุรุษ สตรี โดยบัญญัติให้ใช้กฎหมายสัญชาติอันร่วมกัน ส่วนการจะใช้กฎหมายสัญชาติของสามีนั้นเป็นการแสดงข้อยกเว้นของหลักนี้ ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่มีขึ้นโดยความจำเป็นเพราะไม่สามารถจะให้ใช้กฎหมายสัญชาติของสามีภริยาแต่ละฝ่ายได้ กิตติวัฒน์ จันทรแจ่มใส (2564, หน้า 433 และ 448) ให้คำอธิบายว่าการบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวลักษณะนี้ เป็นการวางแนวทางให้พิจารณานำเอาระบบกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องกับ บุคคลหลัก (Principal person) มาเป็นระบบกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ครอบครัวผ่านทางความเชื่อมโยงกับบุคคลหลักของครอบครัวหนึ่ง ๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความแน่นอนและความเป็นเอกภาพในทางกฎหมายแก่ครอบครัว

ประเด็นที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการวินิจฉัยนี้คือ บทบัญญัติมาตรา 21, 22 และ 30 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งกำหนดจุดเกาะเกี่ยวสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาให้อยู่ที่จุดเกาะเกี่ยวเฉพาะตัวของสามี และสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรให้อยู่ที่จุดเกาะเกี่ยวเฉพาะตัวของบิดานั้น ซึ่งปฏิเสธไม่ได้ว่าได้รับอิทธิพลจากแนวคิดเรื่องการถือหลักชายเป็นใหญ่ในครอบครัวนั้นขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศในรัฐธรรมนูญหรือไม่

การตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกับหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศในกฎหมายต่างประเทศ

หลักความเสมอภาคและหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ เป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของหลายประเทศในปัจจุบัน การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่ได้จำกัดอยู่เพียงกฎหมายสารบัญญัติแต่ศาลรัฐธรรมนูญของหลายประเทศได้มีโอกาสวินิจฉัยประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในฐานะวัตถุแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยตรง

1. ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

กฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz-GG) หรือ รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 รับรองหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงในมาตรา 3 วรรคสอง โดยมีผลใช้บังคับเมื่อ 31 มีนาคม 1953 ซึ่งถือเป็นหนึ่งในหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องในกฎหมายเยอรมัน หลักการดังกล่าวนำมาซึ่งการแก้ไขกฎหมายสารบัญญัติเยอรมันให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างสามีและภรรยา ส่วนประเด็นเรื่องความจำเป็นในการแก้ไขกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ซึ่งบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย³⁴ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามรัฐธรรมนูญนั้น ในขณะที่นักนิติศาสตร์เยอรมันส่วนใหญ่ รวมถึง Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Hambourg ในขณะนั้นยังคงเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) โดยให้เหตุผลว่า กฎหมายเอกชนระหว่างประเทศเป็นกฎหมายเทคนิค ปราศจากเนื้อหาทางสารบัญญัติ ดังนั้นไม่ว่าจุดเกาะเกี่ยวจะเป็นอย่างไรก็ตาม トラบเท่าที่จุดเกาะเกี่ยวยังคงความเป็นกลาง ไม่สนใจต่อผลของคดี (Kinsch, 2005, pp. 139-140)

นอกจากนี้ความเห็นในแนวทางดังกล่าวปรากฏในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (BGH) ส่งผลให้ศาลไม่รับฟังข้อต่อสู้ในประเด็นเรื่องความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย โดยให้เหตุผลว่าการปรับใช้กฎหมายสัญชาติของสามีไม่ได้ทำให้ภรรยาเป็นฝ่ายเสียเปรียบเสมอไป และอาจเป็นคุณแก่ฝ่ายภรรยามากกว่าการปรับใช้กฎหมายสัญชาติของภรรยาเองก็เป็นได้ แนวคำพิพากษาดังกล่าวปรากฏอย่างต่อเนื่องในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (BGH) ในเวลาต่อมา ถึงแม้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (BVerfG) มีคำวินิจฉัย

³⁴ มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1900

ในคดี “Spanierbeschluss” ในปีค.ศ. 1971 ซึ่งได้เปิดช่องสำหรับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายแล้วก็ตาม³⁵ ศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (BGH) ยังคงวินิจฉัยประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) กับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามแนวคำพิพากษาเดิม ตัวอย่างเช่นในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (BGH) ลงวันที่ 20 มิถุนายน 1979 (BGHZ 75, 32) โดยศาลยังคงวินิจฉัยชี้ว่า บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่บัญญัติให้กฎหมายสัญชาติบิดามีความสำคัญเหนือกว่ากฎหมายสัญชาติมารดาไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเนื่องจากเป็นบทบัญญัติในทางเทคนิคซึ่งในท้ายที่สุดการปรับใช้กฎหมายสัญชาติบิดาอาจเป็นคุณแก่มารดามากกว่าการปรับใช้กฎหมายสัญชาติของมารดาเองก็ได้

การเปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (BGH) ในประเด็นดังกล่าวเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในคำพิพากษาลงวันที่ 8 ธันวาคม 1982³⁶ โดยได้วินิจฉัยว่า มาตรา 17-1 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ซึ่งบัญญัติให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสในกระบวนการหย่าเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามี ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงตามมาตรา 3 วรรคสอง GG

ศาลให้ความเห็นว่า จุดเกาะเกี่ยวที่กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) เลือกใช้แสดงให้เห็นว่า สัญชาติของสามีถูกทำให้เหนือกว่าสัญชาติของภรรยา ความสำคัญของภรรยาถูกลดทอนความสำคัญให้ต่ำกว่าในมุมมองของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งอธิบายได้จากแนวคิดเรื่องชายเป็นใหญ่ในสถาบันการสมรส ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของยุคสมัยซึ่งมีการตรากฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ซึ่งเหตุผลดังกล่าวเป็นการเพียงพอที่จะถือได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญเยอรมัน

นอกจากนี้ การที่จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติสามีมีผลทำให้สามีมีความได้เปรียบในทางอ้อมเนื่องจากสามีจะรู้กฎหมายของประเทศที่ตนเองมีสัญชาติมากกว่าภรรยา รวมถึงการที่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย เปิดโอกาสให้สามีสามารถแก้ไขกฎหมายที่ใช้บังคับกับผลของการสมรส โดยการเปลี่ยนแปลงสัญชาติได้โดยลำพัง

³⁵ ในคำวินิจฉัยดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่ากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอยู่ในขอบข่ายของการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามในคดีที่นำมาสู่คำวินิจฉัยดังกล่าวมีประเด็นเรื่องการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 13 EGBGB ซึ่งบัญญัติให้เงื่อนไขการสมรสเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของคู่กรณีแต่ละฝ่ายซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเรื่องเสรีภาพในการสมรส โดยไม่ได้มีประเด็นเรื่องหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงตามรัฐธรรมนูญในคดีดังกล่าว โปรดดู บทที่ 3

³⁶ IVb ZR 334/81 (Karlsruhe)

ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (BVerfG) ในคำวินิจฉัยลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 1983. (BVerfGE 63, 181-196) ได้อ้างถึงคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในปี ค.ศ. 1971 ข้างต้น เพื่อย้ำว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของเยอรมันต้องถูกตรวจสอบกับสิทธิขั้นพื้นฐาน (den Grundrechten) และได้วินิจฉัยว่ามาตรา 15 EGBGB³⁷ ซึ่งบัญญัติให้ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามีขณะทำการสมรสขัดต่อมาตรา 3(2) GG โดยไม่ยอมรับเหตุผลที่ว่า การปรับใช้กฎหมายสัญชาติสามีอาจเป็นคุณกับฝ่ายภรรยามากกว่าการปรับใช้กฎหมายสัญชาติของภรรยา บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ส่งผลให้ภรรยาเป็นฝ่ายเสียเปรียบโดยอัตโนมัติ³⁸ คำวินิจฉัยนี้เป็นคำวินิจฉัยแรกของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่วินิจฉัยว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายขัดกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ ตามมาตรา 3(2) GG

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (BVerfG) ยังคงวินิจฉัยในแนวทางดังกล่าว ในคำวินิจฉัยลงวันที่ 8 มกราคม 1985 (BVerfGE 68, 384) ข้อเท็จจริงเป็นกรณีภรรยาสัญชาติเยอรมันฟ้องหย่าสามีสัญชาติญี่ปุ่น บทบัญญัติที่ใช้บังคับคือ มาตรา 17-1 EGBGB³⁹ ที่บัญญัติให้การจัดการทรัพย์สินของคู่สมรสในกระบวนการหย่าของคู่สมรสที่มีสัญชาติแตกต่างกันเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของสามี

³⁷ ตัวบทมาตรา 15 EGBGB ในขณะนั้น (เข้าถึงได้จาก <https://www.reichsgesetzblatt.de/D/RGBl-D/1896/index.htm>) ถูกสร้างขึ้นในรูปแบบของบทบัญญัติไม่พร้อมมูล (Unilateral Conflict-of-Law Rules) มาตรา 15 วรรคแรก บัญญัติว่า “ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส เป็นไปตามกฎหมายเยอรมันหากสามีมีสัญชาติเยอรมันในขณะทำการสมรส”

มาตรา 15 วรรคสอง บัญญัติว่า “หากสามีได้มาซึ่งสัญชาติเยอรมันภายหลังการสมรส หรือ คู่สมรสที่มีสัญชาติต่างประเทศมีถิ่นที่อยู่ในประเทศเยอรมัน ต้องใช้กฎหมายของประเทศที่สามีมีสัญชาติขณะทำการสมรส อย่างไรก็ตาม คู่สมรสสามารถทำสัญญาก่อนสมรสถึงแม้สัญญาดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใต้กฎหมายสัญชาติดังกล่าว”

ต่อมา โดยแนวคำพิพากษาของศาลเยอรมัน ได้มีการตีความให้บทบัญญัติดังกล่าว มีความหมาย เป็นบทบัญญัติพร้อมมูล (Bilateralisation of Unilateral Conflict-of-Law Rules) กล่าวคือ บัญญัติให้ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามีขณะทำการสมรส

³⁸ “Die Kollisionsregelung des Art. 15 I, II Halbs. 1 EGBGB knüpft stets an die Staatsangehörigkeit des Mannes an. Das ist mit Art. 3 II GG unvereinbar. Dieser Verstoß gegen das Gleichberechtigungsgebot läßt sich auch nicht mit der Erwägung ausräumen, die Anwendung des Heimatrechts des Mannes könne für die Frau günstiger sein und habe daher nicht ohne weiteres ihre Benachteiligung zur Folge” (BVerfG Beschl. v. 22.2.1983 – 1 BvL 17/81, BeckRS 1983, 2154, beck-online)

³⁹ ตัวบทมาตรา 17 EGBGB ในขณะนั้น เข้าถึงได้จาก <https://www.reichsgesetzblatt.de/D/RGBl-D/1896/index.htm>

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันกับคำวินิจฉัยปี 1983 ข้างต้น โดยวินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อหลักความเสมอภาคตามมาตรา 3(2) GG โดยกรณีนี้ ไม่ใช่เรื่อง ความแตกต่างในทางกายภาพและความแตกต่างในทางหน้าที่ที่มีผลมาจากเพศ ซึ่งเป็นกรณีที่ศาล รัฐธรรมนูญสหพันธ์ยอมรับให้ปฏิบัติให้แตกต่างกันได้ ทั้งนี้บทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยไม่ จำต้องผ่านการพิจารณาผลของการปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวในข้อเท็จจริงแต่ละกรณีอย่างเป็น รูปธรรม (Herzog, 1992, p. 316)

นอกเหนือจากบทบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่ปรากฏอยู่ใน EGBGB แล้ว ศาล รัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้มีโอกาสวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติเรื่องเขต อำนาจศาลของศาลเยอรมันในกรณีที่คดีมีลักษณะระหว่างประเทศอีกด้วย คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ สหพันธ์ลงวันที่ 3 ธันวาคม 1985 ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 606b ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน (Zivilprozessordnung) ซึ่งบัญญัติว่าศาลเยอรมัน จะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องการหย่าระหว่างคู่สมรสต่างสัญชาติที่ไม่มีฝ่ายใดเป็นบุคคลสัญชาติ เยอรมันโดยมีเงื่อนไขว่า คู่สมรสต้องมีถิ่นที่อยู่ในประเทศเยอรมันและการหย่าจะต้องได้รับการรับรอง ในประเทศที่สามมีสัญชาติ ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัยว่าเงื่อนไขที่ให้นำข้อพิจารณา เกี่ยวกับกฎหมายสัญชาติของสามีเพียงอย่างเดียวขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงตาม มาตรา 3(2) GG

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในปี 1983 และ 1985 ได้นำไปสู่การแก้ไขกฎหมาย เอกชนระหว่างประเทศของเยอรมัน ด้วยรัฐบัญญัติลงวันที่ 25 กรกฎาคม 1986 เพื่อแก้ไขกฎหมายนำ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (EGBGB) ให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง ตามรัฐธรรมนูญ

2. ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลี

รัฐธรรมนูญอิตาลีฉบับปี ค.ศ. 1947 ได้รับรองหลักความเสมอภาคระหว่างเพศในมาตรา 3 และความเสมอภาคระหว่างคู่สมรสในมาตรา 29 การยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบกฎเกณฑ์ ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่บัญญัติจุดเกาะเกี่ยวโดยใช้แนวคิดความมีอำนาจเหนือกว่าของฝ่าย ชายในสถาบันครอบครัวปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกในปีค.ศ. 1975 อย่างไรก็ตามบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวได้รับการวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็น ครั้งแรกในปีค.ศ. 1987

ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลี (Corte Costituzionale) ในคำวินิจฉัยที่ 87/1975 ลงวันที่ 9 เมษายน ค.ศ. 1975 (Giurisprudenza costituzionale, 1975, p. 2086) ประเด็นหลักคือ เรื่องการ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติมาตรา 10 วรรคสามของรัฐบัญญัติ หมายเลข 555 ลง

วันที่ 13 มิถุนายน 1912 ซึ่งบัญญัติให้หญิงสัญชาติอิตาลีที่สมรสกับชาวต่างชาติต้องเสียสัญชาติอิตาลี หากได้รับสัญชาติตามสามี เป็นบทบัญญัติที่ขัดกับมาตรา 3 และ มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญอิตาลี แต่ในคดีนี้ผู้พิพากษาเมืองมิลาน (Giudice conciliatore di Milano) ได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 19 ประมวลกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งบัญญัติให้ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามีในขณะที่ทำการสมรส (ซึ่งได้แก่ กฎหมายออสเตรีย) ว่าขัดต่อมาตรา 3 และ มาตรา 29 รัฐธรรมนูญอิตาลีด้วยหรือไม่ อย่างไรก็ตามในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังไม่ได้ทำการวินิจฉัยในประเด็นนี้ โดยให้เหตุผลว่า เหตุผลประกอบคำร้องในประเด็นดังกล่าวของผู้พิพากษาเมืองมิลานยังไม่เพียงพอ

ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลี (Corte Costituzionale) ในคำวินิจฉัยที่ 30 /1983 ลงวันที่ 28 มกราคม 1983 (Giurisprudenza costituzionale, 1983, p. 578) ประเด็นหลักคือเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติบทบัญญัติมาตรา 1 รัฐบัญญัติ หมายเลข 555 ลงวันที่ 13 มิถุนายน 1912 ซึ่งไม่รับรองการสืบทอดสัญชาติอิตาลีทางมารดาแก่บุตร แต่ในคดีนี้ศาลเยาวชนเมืองฟลอเรนซ์ (Tribunale per i minorenni di Firenze) ได้ยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ มาตรา 20 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีด้วยแต่ศาลรัฐธรรมนูญได้ยกคำร้องในประเด็นดังกล่าว

ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลี (Corte Costituzionale) โดยคำวินิจฉัย หมายเลข 71 ปี ค.ศ. 1987 ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 1987 (Giurisprudenza costituzionale, 1987, p. 575) ได้วินิจฉัยเป็นครั้งแรกว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ที่กำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติสามีขณะทำการสมรส สำหรับความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวระหว่างคู่สมรสในกรณีที่คู่สมรสมีสัญชาติแตกต่างกัน ขัดกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศและหลักความเสมอภาคของคู่สมรสตามรัฐธรรมนูญ

คดีนี้เป็นกรณีที่ศาลชั้นต้นจำนวน 3 ศาลได้ยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 18 แห่งกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งของอิตาลี ซึ่งบัญญัติให้ความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวของคู่สมรสที่ไม่ได้มีสัญชาติเดียวกันให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติล่าสุดที่เคยมีร่วมกัน ในกรณีที่ไม่เคยมีสัญชาติร่วมกันให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามีในขณะที่ทำการสมรส⁴⁰

⁴⁰ "I rapporti personali tra coniugi di diversa cittadinanza sono regolati dall'ultima legge nazionale che sia stata loro comune durante il matrimonio o, in mancanza di essa, dalla legge nazionale del marito al tempo della celebrazione del matrimonio" Available at : <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/1942/04/04/79/sg/pdf> [14 July 2023]

1) คดีจากศาลเมืองโรม (Tribunale di Roma) ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า ชายสัญชาติชิลี ซึ่งอาศัยอยู่ที่ประเทศอิตาลีได้สมรสกับหญิงสัญชาติอิตาลี ทั้งคู่ต้องการให้ศาลอิตาลีพิพากษาให้หย่าขาดกัน เนื่องจากเป็นกรณีที่ต้องมีการปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ศาลอิตาลีจึงต้องปรับใช้มาตรา 18 แห่งกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งของอิตาลีซึ่งบัญญัติให้ความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวของคู่สมรสที่ไม่ได้มีสัญชาติเดียวกันให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติล่าสุดที่เคยมีร่วมกัน ในกรณีที่ไม่เคยมีสัญชาติร่วมกันให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามีในขณะที่ทำการสมรส โดยบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับกับการหย่าด้วย ดังนั้นกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อเท็จจริงในคดีนี้คือกฎหมายของประเทศชิลีซึ่งเป็นกฎหมายสัญชาติของสามีในขณะที่ทำการสมรส ปัญหาที่เกิดขึ้นคือกฎหมายชิลีซึ่งเป็นกฎหมายสัญชาติของสามีนั้นไม่อนุญาตให้หย่าแต่บัญญัติให้การสมรสสิ้นสุดได้ด้วยการตายธรรมชาติและการเพิกถอนการสมรสหรือพิพากษาว่าเป็นโมฆะ (Declaratoria della sua nullità) เท่านั้น ในขณะที่ศาลอิตาลีสามารถพิพากษาให้สามีภรรยาผู้นี้สามารถหย่ากันได้หากบังคับใช้กฎหมายสารบัญญัติอิตาลี

2) คดีจากศาลเมืองปาแลร์โม (Tribunale di Palermo) ข้อเท็จจริงมีดังต่อไปนี้ หญิงสัญชาติอิตาลี สมรสกับชายสัญชาติเยอรมัน สามีชาวเยอรมันยื่นคำร้องให้มีคำสั่งอนุญาตให้แยกกันอยู่ตามกฎหมายอิตาลี หญิงชาวอิตาลีกล่าวอ้างว่าศาลต้องปรับใช้กฎหมายเยอรมันซึ่งเป็นกฎหมายสัญชาติสามี เพื่อให้ศาลยกคำร้องของสามี ศาลชั้นต้นเห็นว่าต้องบังคับใช้ มาตรา 18 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งบัญญัติให้ใช้กฎหมายสัญชาติสามีในขณะที่ทำการสมรส ได้แก่ กฎหมายเยอรมันซึ่งไม่ปรากฏการแยกกันอยู่ตามกฎหมาย

3) คดีจากศาลเมืองตอริโน (Tribunale di Torino) ข้อเท็จจริงมีดังนี้ หญิงสัญชาติอิตาลี สมรสกับชายสัญชาติตูนิเซีย ภรรยาชาวอิตาลีขอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้แยกกันอยู่ สามีชาวตูนิเซียขอให้ศาลยกคำร้องเนื่องจากการแยกกันอยู่ไม่ปรากฏในกฎหมายตูนิเซีย ศาลชั้นต้นเห็นว่าต้องบังคับใช้มาตรา 18 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งบัญญัติให้ใช้กฎหมายสัญชาติสามีในขณะที่ทำการสมรสซึ่งก็คือกฎหมายตูนิเซียซึ่งไม่ปรากฏการแยกกันอยู่ตามกฎหมาย

สำหรับทั้งสามคดีดังกล่าว ศาลชั้นต้นเห็นตรงกันว่าเป็นกรณีต้องปรับใช้มาตรา 18 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งของอิตาลีและได้ยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติ

มาตรา 18 ดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญอิตาลีมาตรา 3 วรรคแรกซึ่งบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ⁴¹ และมาตรา 29 วรรคสองซึ่งบัญญัติรับรองความเสมอภาคระหว่างคู่สมรส⁴² หรือไม่

สำหรับการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีเริ่มจากการอธิบายว่าบทบัญญัติที่ถูกร้องให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีที่มาจากหลักสัญญาชาติ แต่เพื่อเลี่ยงความยุ่งยากที่อาจเกิดจากการปรับกฎหมายสัญญาชาติที่แตกต่างกันระหว่างคู่สมรส จึงได้เลือกให้ความสำคัญกับกฎหมายสัญญาชาติของสามีในขณะที่ทำการสมรส จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวถูกร้องว่าขัดต่อหลักการตามรัฐธรรมนูญของอิตาลีรวมถึงหลักการที่ได้รับการรับรองจากกฎหมายรัฐธรรมนูญต่างประเทศส่วนใหญ่ เรื่องการห้ามการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศ และหลักความเสมอภาคระหว่างคู่สมรส และได้กล่าวถึงการแก้ไขกฎหมายอิตาลีที่ผ่านมาเพื่อให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างคู่สมรส ได้แก่ การแก้ไขกฎหมายครอบครัวโดยรัฐบัญญัติหมายเลข 151 ลงวันที่ 19 พฤษภาคม 1975 ซึ่งได้ยกเลิกแนวคิดดั้งเดิมเรื่องการมีอำนาจเหนือกว่าของสามีในครอบครัวและอ้างถึงการที่ศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยหมายเลข 30 ปี ค.ศ. 1983⁴³ (Giurisprudenza costituzionale, 1983, p. 578) ได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติมาตรา 1 รัฐบัญญัติ หมายเลข 555 ลงวันที่ 13 มิถุนายน 1912 ที่ไม่รับรองการสืบทอดสัญชาติอิตาลีทางมารดาแก่บุตร และในคำวินิจฉัย หมายเลข 87 ปี ค.ศ. 1975 (Giurisprudenza costituzionale, 1975, p. 2086) วินิจฉัยว่าบทบัญญัติมาตรา 10 วรรคสาม กฎหมายฉบับเดียวกันนี้ซึ่งบัญญัติให้หญิงสัญชาติอิตาลีที่สมรสกับชาวต่างชาติต้องเสียสัญชาติอิตาลีหากได้รับสัญชาติตามสามีเป็นบทบัญญัติที่ขัดกับมาตรา 3 และ มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญอิตาลี

ศาลรัฐธรรมนูญตั้งประเด็นว่ากระบวนการปรับแก้กฎหมายขัดกันให้เข้ากับรัฐธรรมนูญในลักษณะเดียวกันกับการแก้ไขกฎหมายสารบัญญัติมีความจำเป็นหรือไม่ โดยเริ่มจากอธิบายเหตุผลที่มักถูกยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อคัดค้านการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติดังกล่าวนั้นประการที่หนึ่งคือ เรื่องความเป็นกลางหรือความไม่สนใจต่อผลของคดี (Carattere "neutro" o

⁴¹ Art. 3 Constitution of the Italian Republic

All citizens have equal social dignity and are equal before the law, without distinction of sex, race, language, religion, political opinion, personal and social conditions. (...)

⁴² Art. 29 Constitution of the Italian Republic

The Republic recognizes the rights of the family as a natural society founded on marriage.

Marriage is based on the moral and legal equality of the spouses within the limits laid down by law to guarantee the unity of the family. Available at:

https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf [14 July 2023]

⁴³ ในคดีนี้ศาลเยาวชนเมืองฟลอเรนซ์ได้ยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 20 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีด้วยแต่ศาลรัฐธรรมนูญได้ยกคำร้องในประเด็นดังกล่าว

"neutrale") ของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กล่าวคือ การที่กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไม่ได้วางระเบียบนิติสัมพันธ์ที่พิพาทโดยตรงและโดยสภาพไม่ได้กระทบต่อผลประโยชน์ได้เสียในนิติสัมพันธ์ดังกล่าวส่งผลให้ไม่อยู่ในขอบเขตสภาพบังคับของกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยเหตุผลดังกล่าวมักได้รับการสนับสนุนเพิ่มเติมว่าการปรับใช้กฎหมายสัญญาชาติสามีอาจเป็นคุณแก่ภรรยามากกว่าก็เป็นได้ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้หักล้างเหตุผลดังกล่าวว่า การให้ความสำคัญแก่กฎหมายสัญญาชาติของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งถือเป็นการเลือกปฏิบัติต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเนื่องจากมีความเป็นไปได้น้อยกว่าที่ภรรยาจะมีความรู้กฎหมายที่ไม่ใช่กฎหมายของตนและนำมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

เหตุผลที่กล่าวอ้างประการต่อมา ได้แก่ ความจำเป็นในการใช้หลักสัญญาชาติด้วยเหตุผลเรื่องเอกภาพของกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ของคู่สมรส โดยศาลได้ให้เหตุผลหักล้างว่า การศึกษาเปรียบเทียบพบว่าบางประเทศในยุโรปที่ให้ความสำคัญของหลักการทั้งสองประการดังกล่าว ได้แก่ หลักสัญญาชาติและเอกภาพของครอบครัว ได้เลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวอื่น เช่น ภูมิลำเนา หรือ ถิ่นที่อยู่ร่วมของคู่สมรส ในขณะที่ในบางประเทศ การรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างคู่สมรสได้นำไปสู่การแก้ไขกฎหมายเพื่อยกเลิกกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (ในเรื่องการหย่า) ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจาก การให้ความสำคัญต่อกฎหมายสัญญาชาติสามี

ศาลรัฐธรรมนูญอธิบายต่อไปว่า การปฏิเสธความเป็นไปได้ในการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศและพิจารณาว่าบทบัญญัติกฎหมายขัดกันที่เกิดจากความเหนือกว่าของกฎหมายสัญญาชาติสามีขัดกับหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงและความเสมอภาคระหว่างคู่สมรสเป็นสิ่งที่นักนิติศาสตร์ก้าวข้ามผ่านไปแล้วด้วยอิทธิพลจากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศโดยอ้างอิงคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจำนวนสามฉบับ ได้แก่ คำวินิจฉัยลงวันที่ 4 พฤษภาคม 1971, คำวินิจฉัยลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 1983 คำวินิจฉัยลงวันที่ 8 มกราคม 1985

ศาลรัฐธรรมนูญเน้นย้ำต่อมาว่าศาลไม่เห็นด้วยกับแนวคิดที่เรื่องความเป็นกลางของกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ และปฏิเสธความเป็นไปได้ในการพิจารณาว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในการตรากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวสามารถได้รับอิทธิพลจากหลักการหรือคุณค่าซึ่งเป็นรากฐานของระบบกฎหมายแพ่งภายในของสถาบันทางกฎหมายนั้น ๆ หรือ หลักการหรือคุณค่าอื่นๆ ซึ่งเป็นการเลือกในเชิงคุณค่า จึงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการนำมาตรวจสอบกับทางเลือกที่เกิดขึ้นในระดับรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ แนวคำวินิจฉัยของศาลก็ไม่เคยตั้งข้อสงสัยถึงความเป็นไปได้ในการตั้งประเด็นปัญหาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติที่ไม่ได้มีหน้าที่ในการวางระเบียบกฎเกณฑ์กำกับสถานการณ์โดยตรง เนื่องจากการตรวจสอบความเข้ากันได้ระหว่างหลักการ (หรือคุณค่า) โดยตรง

หรือโดยอ้อม ซึ่งแสดงให้เห็นโดยบทบัญญัติที่ถูกต้องถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและหลักการหรือคุณค่าที่ได้รับการรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญ

การเลือกของบทบัญญัติที่ถูกต้องถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้รับอิทธิพลจากหลักการซึ่งแสดงออกด้วยการรับรองให้สามมีสถานะที่เหนือกว่าในครอบครัวอย่างมีต้องสงสัย ไม่สามารถปฏิเสธได้ว่าหลักการดังกล่าวขัดต่อหลักการถูกเลือกให้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคแรก และ มาตรา 29

จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีได้วินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา 18 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกรณีคู่สมรสไม่มีสัญชาติร่วมกันจึงให้บังคับใช้กฎหมายสัญชาติของสามีในขณะที่ทำการสมรสขัดต่อรัฐธรรมนูญอิตาลี

ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญอิตาลี โดยคำวินิจฉัยหมายเลข 477 ปี ค.ศ. 1987 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน 1987 ได้วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันกับคำพิพากษาก่อนหน้านี้โดยวินิจฉัยว่า มาตรา 20 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีในส่วนบทบัญญัติที่บัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งกำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติบิดาขัดต่อมาตรา 3 และ 29 ของรัฐธรรมนูญอิตาลี

ข้อเท็จจริงในคดีมีดังนี้ บุตรผู้เยาว์เกิดจากบิดาสัญชาติเม็กซิโกที่ไม่ได้สมรสกับมารดาสัญชาติอิตาลีแต่บิดาได้มีการรับรองบุตร บุตรได้สัญชาติเม็กซิโกตามบิดาแต่ไม่ได้มาซึ่งสัญชาติอิตาลีตามมารดาอันเนื่องมาจากข้อจำกัดของกฎหมายสัญชาติของอิตาลีในขณะนั้น บุตรอาศัยอยู่กับมารดาสัญชาติอิตาลีซึ่งเป็นผู้ปกครองดูแลในทางพฤตินัย มารดายื่นคำร้องต่อศาลให้อนุญาตให้ระบุชื่อบุตรผู้เยาว์ลงในหนังสือเดินทางของมารดาเพื่อให้มารดาสามารถพาบุตรเดินทางออกนอกประเทศอิตาลีได้ ปัญหาที่เกิดขึ้นคือกฎหมายที่ต้องใช้บังคับในคดีนี้คือกฎหมายเม็กซิกันซึ่งเป็นกฎหมายสัญชาติบิดา แต่กฎหมายดังกล่าวไม่ได้รับรองอำนาจปกครองแก่มารดาสัญชาติอิตาลีซึ่งบุตรอาศัยอยู่ด้วย เมื่อมารดาไม่ได้มีอำนาจปกครองบุตรตามกฎหมาย ดังนั้นจึงเกิดปัญหาเรื่องการอนุญาตให้มารดาใช้ดุลยพินิจพาบุตรผู้เยาว์เดินทางออกนอกประเทศ

ในคดีนี้ผู้พิพากษาเมืองเจนัว (Pretore di Genova) ยื่นคำร้องลงวันที่ 28 มิถุนายน 1982 (R.O n 684/1982) เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายสองฉบับได้แก่ 1) บทบัญญัติบางมาตราของรัฐบัญญัติสัญชาติ (อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญ โดยคำวินิจฉัยหมายเลข 30/1983 ได้วินิจฉัยแล้วว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญศาลจึงไม่รับวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวในคำวินิจฉัยนี้) และ 2) มาตรา 20 วรรคแรกของกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี⁴⁴ ซึ่งเป็นประเด็นหลักของงานวิจัยนี้ โดยบทบัญญัติดังกล่าว กำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่าง

⁴⁴ Disposizioni sulla legge in generale-art. 20 (Legge regolatrice dei rapporti tra genitori e figli).

บิดามารดากับบุตรเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบิดาหรือตามกฎหมายสัญชาติมารดาหากมารดา
รับรองบุตรเพียงฝ่ายเดียว

สำหรับการให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยศาลเริ่มจากการอธิบายว่า มาตราดังกล่าว
ประกอบไปด้วยกฎเกณฑ์สามประเด็นด้วยกันได้แก่

- สมมติฐานที่หนึ่ง หลักเกณฑ์ที่บัญญัติว่าความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรเป็นไป
ตามกฎหมายสัญชาติร่วมของบิดามารดา

- สมมติฐานที่สอง หลักเกณฑ์ที่บัญญัติว่าความสัมพันธ์เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของ
บิดาหรือมารดา

- สมมติฐานที่สาม หลักเกณฑ์ที่บัญญัติว่า ความสัมพันธ์เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของ
บิดา

ดังนั้น เนื่องจาก วัตถุประสงค์แห่งการโต้แย้ง (Objet de contestation) เรื่องการขัดกับมาตรา 3
และ 29 ของ รัฐธรรมนูญจะมีได้เฉพาะกรณีสมมติฐานที่สามเท่านั้น

ในคดีนี้ ศาลอ้างถึงคำวินิจฉัย ที่ 71/1987 ซึ่งได้เคยวินิจฉัยประเด็นเดียวกันที่เกี่ยวข้องกับ
มาตรา 18 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญอิตาลี

ด้วยเหตุผลเดียวกัน กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดแย้งกฎหมายจัดการกับการขัดกันระหว่าง
กฎหมายสัญชาติที่แตกต่างกันของบิดามารดาโดยให้อภิสิทธิ์แก่กฎหมายสัญชาติของบิดาซึ่งเป็นการ
เลือกปฏิบัติต่อมารดาด้วยเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับความแตกต่างทางเพศ ซึ่งเป็นการขัดต่อมาตรา 3
วรรคแรกและมาตรา 29 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่บิดามารดาได้จดทะเบียนสมรสกัน

สำหรับบทบัญญัติอื่นในกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีมีลักษณะคล้ายกันได้แก่
มาตรา 19 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งบัญญัติให้ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส
ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของสามีขณะทำการสมรส⁴⁵ ถึงแม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่เคยวินิจฉัย
ว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นอำนาจเหนือกว่าของ
ฝ่ายชายในสถาบันครอบครัวในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 18 และ มาตรา 20 จึงไม่สามารถหลีกเลี่ยง

I rapporti tra genitori e figli sono regolati dalla legge nazionale del padre, ovvero da quella della
madre se soltanto la maternita' e' accertata o se soltanto, la madre ha legittimato il figlio.

(...) Available at: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/1942/04/04/79/sg/pdf> [14 July 2023]

⁴⁵ Disposizioni sulla legge in generale-art. 19 (Legge regolatrice dei rapporti patrimoniali tra
coniugi).

I rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalla legge nazionale del marito al tempo della
celebrazione del matrimonio. (...) Available at :

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/1942/04/04/79/sg/pdf> [14 July 2023]

การวินิจฉัยว่าขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศและคู่สมรสได้ (Ancel, 1988, p. 715) จากผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้นจึงเป็นที่มาของแก้ไขกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของอิตาลีในปี ค.ศ. 1995 โดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 31 พฤษภาคม 1995 เพื่อแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายที่ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศอิตาลีเพื่อยกเลิกบทบัญญัติที่สะท้อนการมีอำนาจเหนือกว่าของฝ่ายชายและความไม่เสมอภาคระหว่างชายและหญิง (Ballarino & Bonomi, 2000, p. 101)

การเปลี่ยนแปลงแนวทางการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงและหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศในกฎหมายต่างประเทศ

ข้อวิจารณ์ว่ากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการใช้จุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวข้องกับบุคคล (Personal connecting factor) ของคนใดคนหนึ่งจากของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ในครอบครัว ไม่ว่าจะเป็นการใช้สัญชาติ ภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ของสามีหรือบิดาไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งสัญชาติ แต่เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศและการไม่เคารพความเสมอภาคของคู่กรณีในนิติสัมพันธ์นั้น ๆ (Spyridon, 2017, p. 51) เพื่อหลีกเลี่ยงข้อวิจารณ์ว่าการบัญญัติกฎหมายแห่งกฎหมายการขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ คือการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในกรณีที่คู่สมรสไม่ได้สัญชาติร่วมกัน โดยกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่ภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ร่วมกันของคู่สมรสแทน ตัวอย่างเช่น

สำหรับประเทศเยอรมัน จากการที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่ปรากฏในกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) บางมาตรา ขัดกับหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงตามรัฐธรรมนูญ ได้นำไปสู่การแก้ไขกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของเยอรมัน โดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 25 กรกฎาคม 1986⁴⁶ เพื่อแก้ไขกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (EGBGB)

⁴⁶ Gesetz zur Neuregelung des Internationales Privatrechts Vom 25 Juli 1986. [online] Available from:

http://www.bgb.de/xaver/bgb/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGB&jumpTo=bgb1186s1142.pdf [14 July 2023]

จากมาตรา 14 EGBGB ฉบับปี ค.ศ. 1896⁴⁷ บัญญัติให้ ความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวของคู่สมรสชาวเยอรมันเป็นไปตามกฎหมายเยอรมัน และยังคงใช้กฎหมายเยอรมันแม้ว่าสามีจะไม่ได้มีสัญชาติเยอรมันแล้วแต่ภรรยายังคงมีสัญชาติเยอรมันอยู่⁴⁸ โดยมาตรา 14 EGBGB ซึ่งได้รับการแก้ไขในปี ค.ศ. 1986 อนุมาตรา 1 ได้กำหนดให้ผลของการสมรสเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีสัญชาติอันร่วมกันหรือสัญชาติสุดท้ายที่เคยมีร่วมกันในระหว่างการสมรสหากคู่สมรสฝ่ายหนึ่งยังคงมีสัญชาติของประเทศดังกล่าว หากไม่มีก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันหรือถิ่นที่อยู่ประจำสุดท้ายที่เคยมีร่วมกันหากคู่สมรสฝ่ายหนึ่งยังคงมีถิ่นที่อยู่ประจำในประเทศดังกล่าว หากยังคงไม่มีก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่สุด⁴⁹ นอกจากนี้มาตรา 14(3) ยังเปิดโอกาสให้คู่สมรสสามารถเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับตัวเองในกรณีที่ไม่มีคู่สมรสฝ่ายใดเลยมีสัญชาติของประเทศที่มีถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกัน หรือไม่ได้มีถิ่นที่อยู่ประจำอยู่ในประเทศเดียวกัน⁵⁰

⁴⁷ ด้วบทมาตรา 14 EGBGB ฉบับปีค.ศ.1896 (เข้าถึงได้จาก <https://www.reichsgesetzblatt.de/D/RGBl-D/1896/index.htm>)

⁴⁸ การตรากฎหมายขัดกันในลักษณะดังกล่าว เรียกว่า บทบัญญัติด้านเดียวหรือบทบัญญัติไม่พร้อมมูล (Unilateral Conflict-of-law Rule)

⁴⁹ Artikel 14(1). Die allgemeinen Wirkungen des Ehe unterliegen

1. dem Recht des Staates, dem beide Ehegatten angehörten, wenn einer von ihnen diesem Staat noch angehört, sonst
2. dem Recht des Staates, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben oder während der Ehe zuletzt hatten, wenn einer von ihnen dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, hilfsweise
3. dem Recht des Staates, mit dem die Ehegatten auf andere Weise gemeinsam am engsten verbunden sind.

⁵⁰ Artikel 14(3).

Ehegatten können das Recht des Staates wählen, dem ein Ehegatte angehört, wenn des Voraussetzungen des Absatzes 1 Nr 1 nicht vorliegen und

1. Kein Ehegatte dem Staat angehört, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, oder
2. die Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in demselben Staat haben.

Die Wirkungen der Rechtswahl enden, wenn die Ehegatten eine gemeinsame Staatsangehörigkeit erlangen

จากมาตรา 15 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) เดิม⁵¹ ซึ่งบัญญัติให้ระบอบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามีขณะทำการสมรสก็ได้รับการแก้ไขในปี ค.ศ. 1986 โดยมาตรา 15 ที่ได้รับการแก้ไขใหม่กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับผลของการสมรสในขณะที่ทำการสมรส⁵² ซึ่งก็คือมาตรา 14 ข้างต้น

นอกจากนี้มาตรา 17-1 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ซึ่งเคยบัญญัติให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสในกระบวนการหย่าเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามี ซึ่งได้รับการวินิจฉัยว่าขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงตาม มาตรา 3 วรรคสองแห่งรัฐธรรมนูญ (GG) ได้รับการแก้ไขในปีค.ศ. 1986 เช่นกันโดยบทบัญญัติใหม่กำหนดให้การหย่าเป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับผลทั่วไปของการสมรสในขณะที่ทำการหย่า หากกฎหมายดังกล่าวไม่อนุญาตให้หย่า การหย่าให้เป็นไปตามกฎหมายเยอรมันหากคู่สมรสฝ่ายที่ยื่นฟ้องหย่ามีสัญชาติเยอรมันในขณะที่ฟ้องหย่าหรือเคยมีสัญชาติเยอรมันในขณะที่ทำการสมรส⁵³

⁵¹ ตัวบทมาตรา 15 EGBGB ฉบับปีค.ศ. 1896 (เข้าถึงได้จาก <https://www.reichsgesetzblatt.de/D/RGBl-D/1896/index.htm>) ถูกร่างขึ้นในรูปแบบของบทบัญญัติไม่พร้อมบูรณ (Unilateral Conflict-of-Law Rules) มาตรา 15 วรรคแรก บัญญัติว่า “ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส เป็นไปตามกฎหมายเยอรมันหากสามีมีสัญชาติเยอรมันในขณะที่ทำการสมรส”

มาตรา 15 วรรคสอง บัญญัติว่า “หากสามีได้มาซึ่งสัญชาติเยอรมันภายหลังการสมรส หรือ คู่สมรสที่มีสัญชาติต่างประเทศมีถิ่นที่อยู่ในประเทศเยอรมัน ต้องใช้กฎหมายของประเทศที่สามีมีสัญชาติขณะทำการสมรส อย่างไรก็ตาม คู่สมรสสามารถทำสัญญาก่อนสมรสถึงแม้สัญญาดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใต้กฎหมายสัญชาติดังกล่าว”

ต่อมา โดยแนวคำพิพากษาของศาลเยอรมัน ได้มีการตีความให้บทบัญญัตินี้ดังกล่าว มีความหมาย เป็นบทบัญญัติพร้อมบูรณ (Bilateralisation of Unilateral Conflict-of-Law Rules) กล่าวคือ บัญญัติให้ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามีขณะทำการสมรส

⁵² Artikel 15 Güterstand

(1) Die Güterrechtlichen Wirkungen der Ehe unterliegen dem bei des Eheschließgebenden Recht.

(2) Die Ehegatten können für die güterrechtlichen Wirkungen ihrer Ehe wählen

1. das Recht des Staates, dem einer von ihnen angehört,

2. des Recht des Staates, in dem einer von ihnen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder

3. für unbewegliches Vermögen das Recht des Lageorts.

(3) Artikel 14 Abs. 4 gilt entsprechend.

(4) Die Vorschriften des Gesetzes über den ehelichen Güterstand von Vertriebenen und Flüchtlingen bleiben unberührt.

⁵³ Artikel 17 Scheidung

ประเทศอิตาลีได้แก้ไขกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสทั้งในทางส่วนตัว และทรัพย์สินจากเดิมในกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา 18 (เดิม) ซึ่งบัญญัติให้ความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวของคู่สมรสกรณีไม่มีสัญชาติร่วมกันให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามีก็ได้รับการแก้ไขโดยโดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 1995 ซึ่งมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 กันยายน ค.ศ. 1995 โดยมาตรา 29 ของกฎหมายฉบับดังกล่าวบัญญัติให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติร่วมกันของคู่สมรส หากคู่สมรสไม่มีสัญชาติร่วมกันหรือมีสัญชาติร่วมกันถึงสองสัญชาติขึ้นไป ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสใช้ชีวิตสมรสร่วมกันเป็นหลัก⁵⁴ และมาตรา 19 (เดิม) ซึ่งบัญญัติให้ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของสามีขณะทำการสมรสก็ได้รับการแก้ไขโดยโดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 1995 โดยมาตรา 30 ของกฎหมายฉบับ

(1) Die Scheidung unterliegt dem Recht, das im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebend ist. Kann die Ehe hiernach nicht geschieden werden, so unterliegt die Scheidung dem deutschen Recht, wenn der die Scheidung begehrende Ehegatte in diesem Zeitpunkt Deutscher ist oder dies bei der Eheschließung war.

(2) Eine Ehe kann im Inland nur durch ein Gericht geschieden werden.

(3) Der Versorgungsausgleich unterliegt dem nach Absatz 1 Satz 1 anzuwendenden Recht; er ist nur durchzuführen, wenn ihn das Recht eines der Staaten kennt, denen die Ehegatten im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags angehören. Kann ein Versorgungsausgleich danach nicht stattfinden, so ist er auf Antrag eines Ehegatten nach deutschem Recht durchzuführen,

1. wenn der andere Ehegatte in der Ehezeit eine inländische Versorgungsanwartschaft erworben hat oder

2. wenn die allgemeinen Wirkungen der Ehe während eines Teils der Ehezeit einem Recht unterlagen, das den Versorgungsausgleich kennt,

soweit seine Durchführung im Hinblick auf die beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse auch während der nicht im Inland verbrachten Zeit der Billigkeit nicht widerspricht.

⁵⁴ Art. 29. (Rapporti personali tra coniugi) Legge 31 maggio 1995, n. 218 Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.

1. I rapporti personali tra coniugi sono regolati dalla legge nazionale comune.

2. I rapporti personali tra coniugi aventi diverse cittadinanze o più cittadinanze comuni sono regolati dalla legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata.

[online] Available from: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1995-05-31:218&vig=2020-09-17> [14 July 2023]

ดังกล่าวบัญญัติให้โดยหลักแล้วเป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ในทางส่วนตัว อย่างไรก็ตาม คู่สมรสสามารถแสดงเจตนาเป็นหนังสือเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างน้อยมีสัญชาติหรือมีถิ่นที่อยู่⁵⁵

ในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรทั้งความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวและทรัพย์สินรวมถึงอำนาจปกครองบุตรจากเดิมบทบัญญัติกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายของอิตาลีในมาตรา 20 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีซึ่งกำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติบิดาก็ได้รับการแก้ไขโดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 1995 โดยมาตรา 36-1 ของกฎหมายฉบับดังกล่าวบัญญัติให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุตร⁵⁶

ประเทศสเปน มาตรา 9-2 ประมวลกฎหมายแพ่ง ฉบับปี ค.ศ. 1974 บัญญัติว่า “ความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวระหว่างคู่สมรส เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติร่วมของคู่สมรส หากไม่มี

⁵⁵ Art. 30. (Rapporti patrimoniali tra coniugi) Legge 31 maggio 1995, n. 218 Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.

1. I rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalla legge applicabile ai loro rapporti personali. I coniugi possono tuttavia convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno uno di essi e' cittadino o nel quale almeno uno di essi risiede.

2. L'accordo dei coniugi sul diritto applicabile e' valido se e' considerato tale dalla legge scelta o da quella del luogo in cui l'accordo e' stato stipulato.

3. Il regime dei rapporti patrimoniali fra coniugi regolato da una legge straniera e' opponibile ai terzi olo se questi ne abbiano avuto conoscenza o lo abbiano ignorato per loro colpa. Relativamente ai diritti reali su beni immobili, l'opponibilita' e' limitata ai casi in cui siano state rispettate le forme di pubblicita' prescritte dalla legge dello Stato in cui i beni si trovano. [online] Available from: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1995-05-31:218&vig=2020-09-17> [14 July 2023]

⁵⁶ Art. 36-1 (Rapporti tra genitori e figli) Legge 31 maggio 1995, n. 218 Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. I rapporti personali e patrimoniali tra genitori e figli, compresa la ((responsabilita' genitoriale)), sono regolati dalla legge nazionale del figlio. [online] Available from: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1995-05-31:218&vig=2020-09-17> [14 July 2023]

สัญญาติร่วม ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญญาติสามีในขณะที่ทำการสมรส⁵⁷ มาตรา 9-3 ประมวลกฎหมายแพ่ง ฉบับปีค.ศ. 1974 บัญญัติว่า ความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสให้เป็นไปตามกฎหมายเดียวกันกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวระหว่างคู่สมรส และการเปลี่ยนแปลงสัญญาติของคู่สมรสไม่กระทบต่อกฎหมายดังกล่าว ถึงแม้บทบัญญัติดังกล่าวจะได้รับการแก้ไขในปีค.ศ. 1990 โดยพระราชบัญญัติลงวันที่ 15 ตุลาคม 1990 แก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ⁵⁸ แล้วโดยในเรื่องผลของการสมรสมีการเปลี่ยนแปลงในกรณีที่คู่สมรสไม่ได้มีสัญญาติร่วมกันในขณะที่ทำการสมรส ให้คู่สมรสแสดงเจตนาเลือกระหว่างกฎหมายสัญญาติหรือถิ่นที่อยู่ประจำของคู่สมรสฝ่ายหนึ่งก่อนที่จะทำการสมรส หากไม่มีการเลือกกฎหมายใดก็ให้ใช้กฎหมายถิ่นที่อยู่ประจำแรกที่มีร่วมกันหลังจากการสมรส หากไม่มีถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันหลังสมรสก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำการสมรส⁵⁹ สำหรับศาลรัฐธรรมนูญสเปนได้มีโอกาสวิวินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา 9-2 ประมวลกฎหมายแพ่งฉบับปี ค.ศ. 1974 ซึ่งถูกกล่าวอ้างเพื่อใช้บังคับกับผลของการสมรสที่เกิดขึ้นก่อนการแก้ไขกฎหมายในปีค.ศ. 1990 และนำมาสู่การส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติดังกล่าว โดยคำวินิจฉัยของศาล

⁵⁷ Artículo 9.2 del Código Civil (1974). Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración.

Artículo 9.3 del Código Civil (1974). Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualesquiera de ellos, se regirán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional

[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]

⁵⁸ Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo [online] Available from: .

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-25089>

⁵⁹ Artículo 9.2 del Código Civil (1990). Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.

รัฐธรรมนูญสเปนที่ 39/2002 ลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2002 ได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติมาตรา 9-2 ประมวลกฎหมายแพ่งฉบับปี ค.ศ. 1974 ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามมาตรา 14 และหลักความเสมอภาคระหว่างคู่สมรสมาตรา 32 รัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 1978 โดยให้เหตุผลว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นผลมาจากการใช้จุดเกาะเกี่ยวที่ซึ่งให้ความสำคัญกับเพศชาย อันเป็นการละเมิดหลักความเสมอภาคระหว่างเพศจึงไม่สามารถใช้บังคับได้ (J. D. Gaonzalez Campos, 2003, p. 16)

สำหรับประเทศอื่น ๆ ที่ได้มีการแก้ไขกฎหมายหรือแนวคำพิพากษาของศาลซึ่งใช้วางหลักในเรื่องดังกล่าว โดยไม่ได้ผ่านการวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น

ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งไม่ได้มีบทบัญญัติกฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อาศัยการวางหลักเกณฑ์โดยแนวคำพิพากษาของศาล โดยคำพิพากษาศาลฎีกาฝรั่งเศสในคดี “Rivière” ลงวันที่ 17 เมษายน ค.ศ. 1953 และคดี “Lewandowsky” วันที่ 15 มีนาคม ค.ศ. 1955 ได้วางแนวคำพิพากษาให้กำหนดจุดเกาะเกี่ยวสำหรับการหย่าไว้ที่ “ภูมิลำเนาพร้อมของคู่สมรส” กรณีคู่สมรสมีภูมิลำเนาอยู่คนละประเทศ คำพิพากษาศาลฎีกา Tarwid ลงวันที่ 15 พฤษภาคม 1961 ได้วางหลักเกณฑ์ให้ใช้กฎหมายฝรั่งเศสซึ่งเป็นกฎหมายของประเทศของศาลที่กำลังพิจารณาคดี (lex fori) และคำพิพากษาในคดี Chemouni วันที่ 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1963 ได้กำหนดให้จุดเกาะเกี่ยวสำหรับผลของการสมรสในกรณีคู่สมรสมีสัญชาติแตกต่างกันไว้ที่ “ภูมิลำเนาแรกหลังสมรส”(Bucher, 2000, p. 42)

ศาลฎีกาเบลเยียม ในปี 1992 ลงวันที่ 9 กันยายน ได้เปลี่ยนแนวคำพิพากษาเรื่องจุดเกาะเกี่ยวของผลของการสมรสกรณีคู่สมรสมีสัญชาติต่างกัน จากเดิมที่วางแนวคำพิพากษาไว้ว่า ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามี เปลี่ยนไปใช้กฎหมายภูมิลำเนาแรกหลังสมรส และในปี ค.ศ. 2004 ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของเบลเยียม โดยในมาตรา 48 วรรคแรกได้บัญญัติให้ผลของการสมรสเป็นไปตามกฎหมายถิ่นที่อยู่ปกติของคู่สมรสในขณะที่ผลของการสมรสถูกยกขึ้นกล่าวอ้างหรือในขณะที่ทำนิติกรรมหากผลของการสมรสเกี่ยวข้องกับนิติกรรม หากไม่มีถิ่นที่อยู่ประจำอยู่ในประเทศเดียวกัน ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติร่วมกัน หากไม่มีสัญชาติร่วมกันให้เป็นไปตามกฎหมายเบลเยียม⁶⁰ สำหรับกฎหมายที่ใช้บังคับกับระบอบทรัพย์สินของคู่สมรส มาตรา 49

⁶⁰ Loi portant le Code de droit international privé Art. 48. § 1er.

Sous réserve des articles 49 à 54, les effets du mariage sont régis :

1° par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'un et l'autre époux ont leur résidence habituelle au moment où ces effets sont invoqués ou, lorsque l'effet invoqué affecte un acte juridique, au moment où celui-ci a été passé ;

บัญญัติให้เป็นไปตามกฎหมายที่คู่สมรสแสดงเจตนาเลือก โดยกำหนดให้เลือกได้ระหว่างกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีถิ่นที่อยู่แรกหลังสมรส กฎหมายของประเทศที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งมีถิ่นที่อยู่ประจำในขณะเลือก หรือกฎหมายที่คู่สมรสอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติในขณะเลือก ในกรณีที่คู่สมรสไม่ได้เลือกกฎหมายใช้บังคับกับระบอบทรัพย์สิน⁶¹ มาตรา 51 กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีถิ่นที่อยู่ร่วมกันเป็นครั้งแรกหลังสมรส หากไม่มีถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีสัญชาติร่วมกันในขณะทำการสมรส หากไม่มีสัญชาติร่วมกันในขณะทำการสมรส ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ได้ทำการสมรส⁶²

สำหรับประเทศในทวีปเอเชียผู้วิจัยขอยกตัวอย่างประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) และสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ซึ่งกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องความสัมพันธ์ภายในครอบครัว ได้ยกเลิกการใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีหรือบิดาเพื่อจัดข้อวิจารณ์เรื่องความไม่เสมอภาคระหว่างเพศ ถึงแม้ว่าจะยังไม่เคยมีการส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายดังกล่าวก็ตาม

2° à défaut de résidence habituelle sur le territoire d'un même Etat, par le droit de l'Etat dont l'un et l'autre époux ont la nationalité au moment où ces effets sont invoqués ou, lorsque l'effet invoqué affecte un acte juridique, au moment où celui-ci a été passé ;

3° dans les autres cas, par le droit belge.

[online] Available from: <https://www.ejustice.just.fgov.be/> [14 July 2023]

⁶¹ Loi portant le Code de droit international privé. Art. 49.

§ 1er. Le régime matrimonial est régi par le droit choisi par les époux.

§ 2. Les époux ne peuvent désigner que l'un des droits suivants :

1° le droit de l'Etat sur le territoire duquel ils fixeront pour la première fois leur résidence habituelle après la célébration du mariage ;

2° le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'un d'eux a sa résidence habituelle au moment du choix ;

3° le droit de l'Etat dont l'un d'eux a la nationalité au moment du choix.

⁶² Art. 51. A défaut de choix du droit applicable par les époux, le régime matrimonial est régi :

1° par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'un et l'autre époux fixent pour la première fois leur résidence habituelle après la célébration du mariage ;

2° à défaut de résidence habituelle sur le territoire d'un même Etat, par le droit de l'Etat dont l'un et l'autre époux ont la nationalité au moment de la célébration du mariage ;

3° dans les autres cas, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le mariage a été célébré.

ประเทศญี่ปุ่น ได้มีกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นครั้งแรกในปีค.ศ. 1898 ซึ่งร่างขึ้นโดยใช้แนวทางตามกฎหมายขัดกันเยอรมัน จึงมีขอบเขตจำกัดอยู่เฉพาะกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย โดยมีได้บัญญัติเรื่องเขตอำนาจศาลและการรับรองและบังคับคำพิพากษาศาลต่างประเทศด้วย แต่มีความแตกต่างกันตรงที่ไม่ได้นำบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไปบัญญัติไว้ในกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งแต่ได้ตรากฎหมายใหม่ขึ้นมาเป็นการเฉพาะ (Kim, 1992, pp. 2-3) ในกฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดจุดเกาะเกี่ยวสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาไว้ที่สัญชาติสามีทั้งส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางส่วนตัว⁶³ และทางทรัพย์สิน⁶⁴ และความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรไว้ที่สัญชาติของบิดา (Kim, 1992, pp. 8-9) การแก้ไขกฎหมายว่าด้วยกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายครั้งสำคัญของญี่ปุ่นเกิดขึ้นในปีค.ศ. 1989⁶⁵ โดยส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับประเด็นการสมรส การหย่า และความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร⁶⁶ หนึ่งในเหตุผลความจำเป็นของการแก้ไขคือการจัดการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญปีค.ศ. 1947 มาตรา 14 เรื่องหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศและมาตรา 24 เรื่องหลักความเสมอภาคระหว่างคู่สมรส ในลักษณะเดียวกันกับการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายของประเทศเยอรมันในปีค.ศ. 1986 (Kim, 1992, pp. 16-17; Nakano, 1990, p. 63) โดยการขยายขอบเขตของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเข้าไปในปริมนทลของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Kim, 1992, p. 32) ถึงแม้ว่าข้อโต้แย้งเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติดังกล่าวเคยเกิดขึ้นแต่ศาลญี่ปุ่นโดย Osaka High Court ในปี ค.ศ. 1981 ไม่รับฟังข้อโต้แย้งดังกล่าว (Dogouchi, 2008, pp. 39-42, อ้างถึงใน Pivavattapanich, 2021, p. 44) ทำให้ศาลญี่ปุ่นไม่เคยวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ (Kim, 1992, p. 16) ในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของญี่ปุ่นในปีค.ศ. 1990 เรื่องผลของการสมรสในทางส่วนตัวให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติร่วมของคู่สมรส หากไม่มีสัญชาติร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกัน หากไม่มีถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายที่มีความใกล้ชิดกับคู่สมรสมากที่สุด⁶⁷ นอกจากนี้ยังกำหนดให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับผลของการสมรสในทางส่วนตัวตามมาตราดังกล่าวใช้บังคับกับการหย่าด้วย เว้นเสียแต่กรณีคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติญี่ปุ่นและมีถิ่นที่อยู่

⁶³ Article 14

⁶⁴ Article 15

⁶⁵ ซึ่งมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม 1990

⁶⁶ Article 20

⁶⁷ Article 14

ประจำอยู่ในประเทศญี่ปุ่นก็ให้การหยาเป็นไปตามกฎหมายญี่ปุ่น⁶⁸ สำหรับระบอบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติร่วมของคู่สมรส หากไม่มีสัญชาติร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกัน หากไม่มีถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายที่มีความใกล้ชิดกับคู่สมรสมากที่สุด นอกจากนี้ยังกำหนดให้คู่สมรสสามารถเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับระบอบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสได้อีกด้วย โดยเปิดโอกาสให้เลือกได้ระหว่าง 1) กฎหมายของประเทศที่สามีหรือภริยามีสัญชาติ 2) กฎหมายของประเทศที่เป็นถิ่นที่อยู่ประจำของสามีหรือภริยา หรือ 3) กฎหมายของประเทศที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสที่เป็นอสังหาริมทรัพย์⁶⁹ สำหรับบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของญี่ปุ่นในปัจจุบันตามที่มีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวอีกครั้งในปีค.ศ. 2006 โดยพระราชบัญญัติ หมายเลข 78 ลงวันที่ 21 มิถุนายน 2006 ยังคงจุดเกาะเกี่ยวไว้ตามเดิมในมาตรา 25-27⁷⁰

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร กฎหมายขัดกันเดิมของญี่ปุ่นกำหนดให้สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบิดา หากไม่มีบิดาให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของมารดานั้น⁷¹ กฎหมายขัดกันฉบับแก้ไขในปีค.ศ. 1990 ของญี่ปุ่นได้เปลี่ยนแปลงแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว โดยหนึ่งในเหตุผลคือการหลีกเลี่ยงการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ (Kim, 1992, p. 31)

แนวทางการแก้ไขกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นในปีค.ศ. 1990 รวมถึงการปรับปรุงการเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง ได้มีอิทธิพลต่อประเทศอื่น ๆ ในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เช่น สาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) และสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ในเวลาต่อมา

สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) กฎหมายขัดกันของสาธารณรัฐจีนทั้งฉบับปี ค.ศ. 1918 และฉบับปีค.ศ. 1953 บทบัญญัติมาตรา 12-15 ได้เคยกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีทั้งในเรื่องผลของการสมรสทั้งในแง่ความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวของคู่สมรส และระบอบทรัพย์สินของสามีภริยา แต่ในปี ค.ศ. 2010 ได้มีการแก้ไขกฎหมายโดยบัญญัติให้ผลของการสมรสเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติร่วมกันของคู่สมรส หากคู่สมรสไม่มีสัญชาติร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาพร้อม

⁶⁸ Article 16

⁶⁹ Article 15

⁷⁰ Act on General Rules for Application of Laws (Act No. 78 of 2006) 法の適用に関する通則法 (平成十八年法律第七十八号) <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/3783>

⁷¹ Article 20

หากไม่มีภูมิลำเนาพร้อมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่สุด⁷² ในลักษณะเดียวกันกับกฎหมายขัดกันของญี่ปุ่นที่ได้รับการแก้ไขในปีค.ศ. 1990 และคองเนอหาบทบัญญัติเดิมในการแก้ไขกฎหมายขัดกันในปีค.ศ.2006

สาธารณรัฐเกาหลี รัฐบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี ลงวันที่ 15 มกราคม ค.ศ. 1962 ถูกสร้างขึ้นตามแนวทางของกฎหมายขัดกันเยอรมันและญี่ปุ่น ซึ่งเป็นกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 (Suk, 2001, p. 197) กฎหมายฉบับดังกล่าวบัญญัติให้ผลของการสมรส (มาตรา 16) ระบอบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา (มาตรา 17) และการหย่า (มาตรา 18) เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของสามี และให้ใช้กฎหมายสัญชาติของบิดาสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร (มาตรา 22) สำหรับประเทศสาธารณรัฐเกาหลีได้มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายครั้งสำคัญในปีค.ศ.2001 โดยกฎหมายลงวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 2001 โดยหนึ่งในเหตุผลความจำเป็นคือเพื่อให้บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามรัฐธรรมนูญ (Suk, 2001, pp. 198-199) โดยมาตรา 37 กำหนดให้ผลของการสมรสเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติร่วมกันของคู่สมรส หากไม่มีสัญชาติร่วมกันให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่เป็นถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันของคู่สมรส หากไม่มีถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีความใกล้ชิดมากที่สุด ในลักษณะเดียวกันกับกฎหมายขัดกันของญี่ปุ่นได้รับการแก้ไขในปีค.ศ. 1990

แนวทางการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายลักษณะดังกล่าวซึ่งสอดคล้องกับมติของสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Resolution de l'Institut de droit international) ปี ค.ศ. 1987 ซึ่งได้นำเสนอแนวทางให้เปลี่ยนจากการใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติสามีซึ่งสถาบันดังกล่าวเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ เป็นการใช้กฎหมายภูมิลำเนาพร้อมกันของคู่สมรสแทน⁷³ (Annuaire, 1987, II, p, 290) รวมถึงอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับระบอบทรัพย์สินของคู่สมรส ปี ค.ศ. 1978⁷⁴ ซึ่งได้ปรับเปลี่ยนแนวทางการกำหนดบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไว้แตกต่างอย่างสิ้นเชิงจากอนุสัญญากรุงเฮกเรื่องกฎหมายขัดกันว่าด้วยผลของการสมรสเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของคู่สมรสทั้งความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวและทรัพย์สิน ปี ค.ศ. 1905 มาตรา 2 บัญญัติว่า ในกรณีไม่มีสัญญาก่อนสมรส ผลของการสมรสเกี่ยวกับทรัพย์สินของคู่สมรสทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของสามีในขณะที่ทำการสมรส และบัญญัติไว้อย่าง

⁷² Article 47

⁷³ โปรดดูมติข้อ 7 เข้าถึงได้จาก https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1987_caire_01_en.pdf

⁷⁴ Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=87>

ชัดเจนว่าการเปลี่ยนแปลงสัญชาติคู่สมรสในภายหลังไม่กระทบต่อระบอบทรัพย์สินของคู่สมรส โดยในอนุสัญญากรุงเฮกเรื่องเดียวกันในปีค.ศ.1978 ได้บัญญัติให้คู่สมรสสามารถเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับระบอบทรัพย์สินของคู่สมรสได้⁷⁵ และหากไม่ได้มีการเลือกกฎหมายใช้บังคับโดยหลักการก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีถิ่นที่อยู่ประจำแรกหลังสมรส โดยให้มีข้อยกเว้นให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติอันร่วมกันของคู่สมรสได้ในบางกรณี⁷⁶

⁷⁵ Article 3

The matrimonial property regime is governed by the internal law designated by the spouses before marriage.

The spouses may designate only one of the following laws -

- (1) the law of any State of which either spouse is a national at the time of designation;
- (2) the law of the State in which either spouse has his habitual residence at the time of designation;
- (3) the law of the first State where one of the spouses establishes a new habitual residence after marriage.

The law thus designated applies to the whole of their property.

Nonetheless, the spouses, whether or not they have designated a law under the previous paragraphs, may designate with respect to all or some of the immovables, the law of the place where these immovables are situated. They may also provide that any immovables which may subsequently be acquired shall be governed by the law of the place where such immovables are situated.

⁷⁶ Article 4

If the spouses, before marriage, have not designated the applicable law, their matrimonial property regime is governed by the internal law of the State in which both spouses establish their first habitual residence after marriage.

Nonetheless, in the following cases, the matrimonial property regime is governed by the internal law of the State of the common nationality of the spouses -

- (1) where the declaration provided for in Article 5 has been made by that State and its application to the spouses is not excluded by the provisions of the second paragraph of that Article;
- (2) where that State is not a Party to the Convention and according to the rules of private international law of that State its internal law is applicable, and the spouses establish their first habitual residence after marriage -
 - a) in a State which has made the declaration provided for in Article 5, or

บทวิเคราะห์เรื่องการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 กับ หลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง และหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ

บทวิเคราะห์นี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า กฎเกณฑ์ว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายได้รับการยอมรับให้อยู่ในขอบข่ายของการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังเช่นบทบัญญัติสารบัญญัติหรือวิธีสารบัญญัติอื่น ๆ ในระบบกฎหมาย โดยมีประเด็นให้ต้องพิจารณาต่อไปว่าการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายบางมาตราไว้ที่กฎหมายสัญชาติของสามีสำหรับความสัมพันธ์หรือสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สมรสรวมถึงกฎหมายสัญชาติของบิดาสำหรับความสัมพันธ์หรือสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรนั้นจะถือว่าขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามที่ได้รับ การรับรองตามรัฐธรรมนูญของไทยหรือไม่

สำหรับประเทศไทย ศาลรัฐธรรมนูญยังไม่เคยวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบเป็นรูปธรรมเนื่องจากคดีที่มีการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 อาจมีไม่มากนัก นอกจากนี้สำหรับการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบนามธรรม พระราชบัญญัติดังกล่าวอาจไม่ใช่กฎหมายที่มีผู้ให้ความสำคัญมากนัก และอาจเกิดจากความเข้าใจว่าไม่ได้ก่อผลในทางสารบัญญัติอื่นจะกระทบต่อความเสมอภาคระหว่างเพศในลักษณะเดียวกันกับความเห็นของนักกฎหมายและศาลของประเทศอื่น ๆ ในอดีต ในบริบทของกฎหมายไทยจึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่าหลักความเสมอภาคระหว่างเพศสามารถเข้าไปมีผลใช้บังคับในปริมนทลของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายของไทยได้หรือไม่

ถึงแม้ว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายจะไม่ได้กำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างสามีภรรยาหรือบิดามารดาให้มีความแตกต่างกันโดยตรงแต่มีผลเป็นเพียงการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับ ส่วนสิทธิหน้าที่ของคู่กรณีจะเป็นประการใดก็ขึ้นอยู่กับกฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่บทบัญญัติกฎหมายชดกันกำหนดให้ใช้บังคับ ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติของกฎหมายสัญชาติของสามีอาจเป็นคุณแก่ฝ่ายภรรยามากกว่าการปรับใช้กฎหมายสัญชาติของภรรยาหรือ

b) in a State which is not a Party to the Convention and whose rules of private international law also provide for the application of the law of their nationality;

(3) where the spouses do not establish their first habitual residence after marriage in the same State.

If the spouses do not have their habitual residence in the same State, nor have a common nationality, their matrimonial property regime is governed by the internal law of the State with which, taking all circumstances into account, it is most closely connected.

กฎหมายอื่นใดก็ได้ ซึ่งเหตุผลดังกล่าวมักถูกใช้โดยศาลหรือคู่ความเมื่อเกิดข้อพิพาทประเด็นดังกล่าว ในต่างประเทศในอดีตเพื่อปฏิเสธไม่ให้บทบัญญัติกฎหมายขัดกันอยู่ในขอบข่ายของการตรวจ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือเพื่อปฏิเสธว่าบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค ระหว่างชายและหญิง อย่างไรก็ตาม ถ้าพิจารณาการบัญญัติกฎหมายขัดกันในลักษณะดังกล่าวส่งผล โดยตรงอย่างเป็นรูปธรรมให้หญิงเสียเปรียบชายในทางปฏิบัติ กล่าวคือ การกำหนดให้ใช้กฎหมายของสามีหรือบิดาเปิดโอกาสให้ผู้ชายสามารถใช้กฎหมายซึ่งเป็นที่รู้จักคุ้นเคย ในขณะที่ผู้หญิงไม่สามารถใช้ กฎหมายสัญชาติของตนเองที่รู้จักคุ้นเคยได้ นอกจากนี้ในการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวกับบุคคล ของสามีหรือบิดายังเปิดโอกาสให้ฝ่ายชายสามารถเปลี่ยนแปลงจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าว ไม่ว่าจะ เป็นสัญชาติ ภูมิลำเนา หรือถิ่นที่อยู่เพื่อเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรส ได้ ในขณะที่ภรรยาหรือมารดาไม่มีโอกาสที่จะทำเช่นนั้นได้ ในบริบทของกฎหมายขัดกันไทย สามารถ เกิดขึ้นได้ในกรณีการปรับใช้มาตรา 30 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติให้สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร ที่ชอบด้วยกฎหมายให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบิดา⁷⁷ นอกจากนี้สำหรับมาตรา 30 กำหนดให้ เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติบิดาสำหรับสิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตร และมีการตีความ ว่าถึงแม้บิดาจะเสียชีวิตแล้วแต่จุดเกาะเกี่ยวในความสัมพันธ์ระหว่างมารดากับบุตรที่ยังมีชีวิตอยู่ยังคง ต้องเป็นไปตามสัญชาติบิดาก่อนเสียชีวิต หรือในกรณีที่การสมรสระหว่างบิดาและมารดาสิ้นสุดลงแล้ว ด้วยหย่าหรือเพิกถอนการสมรส ก็ยังคงต้องเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติบิดาอยู่เช่นเดิม (สายหยุด แสงอุทัย, 2482, หน้า 334-335) ไม่ว่าจะบุตรจะอาศัยอยู่กับบิดาหรือมารดาก็ตาม จากเหตุผลข้างต้น การบัญญัติกฎหมายขัดกันแห่งกฎหมายให้ใช้กฎหมายของสามีหรือบิดาเพื่อบังคับใช้กับ ความสัมพันธ์ภายในครอบครัว ถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติเนื่องจากมีผลทำให้ให้ผู้ชายอยู่ในสถานะที่ สามารถใช้ประโยชน์จากโอกาสต่าง ๆ ได้ดีกว่าผู้หญิง

จากสาระสำคัญของหลักความเสมอภาคที่ว่า “บุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ เหมือนกัน ย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน ขณะเดียวกันบุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ แตกต่างกัน ย่อมได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน” ในคำวินิจฉัยแต่ละเรื่อง ศาลย่อมต้องพิจารณาว่ากรณี ตามคำร้องเป็นกรณีที่บุคคลมีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญเหมือนหรือแตกต่างกัน ในส่วนที่เกี่ยวข้อง กับบทบัญญัติข้างต้น จึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่า ในความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยากล่าวคือคู่

⁷⁷ ในส่วนมาตรา 21 และ 22 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 การปรับใช้สอง มาตราดังกล่าวจะต้องใช้มาตรา 23 ประกอบ ซึ่งบัญญัติให้ใช้กฎหมายสัญชาติเดิมในขณะทำการสมรส แม้ใน ภายหลังคู่สมรสจะได้เปลี่ยนแปลงสัญชาติภายหลังการสมรสไปแล้วก็ตาม เหตุผลสนับสนุนเรื่องการเปลี่ยนแปลง แก่ไขจุดเกาะเกี่ยวและกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์โดยสามีเพียงฝ่ายเดียวจึงไม่สามารถใช้ได้บริบทของ บทบัญญัติดังกล่าว

สมรสซึ่งมีความแตกต่างอยู่ที่เพศกำเนิดนั้น ถือเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญที่แตกต่างกันจนต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันหรือไม่ บทบัญญัติกฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสถานการณ์หรือคดีพิพาทที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ผู้วิจัยเห็นว่า พฤติการณ์ของความเป็นสามีหรือความเป็นภรรยา เป็นสิ่งมีสาระสำคัญต่อการบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวซึ่งถือว่าเป็น “จุดที่ตั้ง” ของนิติสัมพันธ์ เพื่อค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับเหมือนกันจึงไม่มีเหตุผลที่จะปฏิบัติให้แตกต่างกันระหว่างสามีและภรรยา สำหรับการเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวในบทบัญญัติกฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา หรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์อันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกันระหว่างสามีและภรรยา ในการศึกษาที่จะต้องให้ความสำคัญกับกฎหมายของสามีไม่ว่าจะเป็นสัญชาติ ภูมิลำเนา หรือถิ่นที่อยู่ก็ตาม

อย่างไรก็ตามแม้ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์อันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกันระหว่างสามีและภรรยา แต่ก็มีประเด็นให้ต้องพิจารณาต่อไปว่ามีเหตุผลอันสมควรหรือความจำเป็นใดหรือไม่ที่ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกัน โดยข้อพิจารณาที่มักได้รับการยกเว้นคือการปฏิบัติต่อบุคคลซึ่งมีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดความเหลื่อมล้ำหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ สำหรับงานวิจัยนี้ จึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่า มีเหตุผลใดหรือไม่ซึ่งสามารถอธิบายการเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยว หรือการเลือกระบุจุดที่ตั้งของความสัมพันธ์ในครอบครัวที่สามีหรือบิดา

สำหรับหลักความเสมอภาคระหว่างสามีและภรรยา ข้อยกเว้นที่มักถูกนำมาอ้างเพื่ออธิบายความชอบธรรมของการปฏิบัติที่แตกต่างระหว่างสามีภรรยา คือ เหตุผลเรื่องเอกภาพของครอบครัว ในกฎหมายไทยข้อกล่าวอ้างดังกล่าวเคยปรากฏในแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 ในการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติชื่อบุคคลซึ่งในอดีตบังคับให้หญิงที่สมรสแล้วต้องใช้นามสกุลสามีเท่านั้น โดยในคำวินิจฉัยดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญไม่รับฟังข้ออ้างที่ว่า การเลือกปฏิบัติดังกล่าวมีเหตุผลทางสังคมที่ว่า “เพื่อความเป็นเอกภาพและความสงบสุขของครอบครัว”

หากพิจารณาข้อกล่าวอ้างดังกล่าวในบริบทของบทบัญญัติกฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนั้น มีความจำเป็นหรือไม่ที่จะต้องเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวที่จุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวกับบุคคล (Personal connecting factor) ของสามี เนื่องจากในนิติสัมพันธ์หนึ่ง ๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับหลายประเทศ ทำให้มีกฎหมายสารบัญญัติที่เกี่ยวข้องจำนวนมาก จึงมีความจำเป็นที่ต้องระบุกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาใช้บังคับเพียงกฎหมายเดียวนั้น การเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีจึงเกิดจากความจำเป็นในทางปฏิบัติทั้งนี้เพื่อให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ในครอบครัวมีความเอกภาพ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ในการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา

หรือบิดามารดาและบุตรนั้นมีความจำเป็นต้องเลือกระหว่างกฎหมายของสมาชิกคนใดคนหนึ่งเพียงคนเดียวเพราะไม่สามารถใช้กฎหมายของสมาชิกทั้งหมดร่วมกันได้

ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีในคำวินิจฉัยปีค.ศ. 1987 ได้เคยให้เหตุผลหลักข้างข้อกล่าวอ้างดังกล่าวว่า การศึกษาเปรียบเทียบพบว่าบางประเทศในยุโรปที่ให้ความสำคัญกับหลักสัญชาติและเอกภาพของครอบครัวได้เลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวอื่น เช่น ภูมิลำเนา หรือ ถิ่นที่อยู่ร่วมของคู่สมรส ในขณะที่ในบางประเทศ การรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างคู่สมรสได้นำไปสู่การแก้ไขกฎหมายเพื่อยกเลิกกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (ในเรื่องการหย่า) ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากการให้ความสำคัญต่อกฎหมายสัญชาติสามี

การสำรวจบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในปัจจุบันพบว่า การเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติสามีหรือบิดาไม่ใช่สิ่งที่เป็นความจำเป็นอย่างยิ่งยวดอันจะเลือกบัญญัติกฎหมายเป็นอื่นไม่ได้ ในปัจจุบันกฎหมายขัดกันของประเทศส่วนใหญ่เลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวอื่นสำหรับความสัมพันธ์ในครอบครัว (Schuz, 2019) ดังนั้นการที่กฎหมายกำหนดให้ใช้กฎหมายสัญชาติของสามีในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสหรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ขอบด้วยกฎหมายจึงไม่ได้มีความจำเป็น ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน จริงอยู่ที่ว่าหากประเทศส่วนใหญ่ในโลกกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติสามีเหมือน ๆ กัน การที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยเลือกกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีจะมีประโยชน์ในแง่ที่ว่าคำพิพากษาของศาลไทยน่าจะมีโอกาสได้รับการรับรองในต่างประเทศได้ง่ายกว่า และทำให้การจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีและภริยาที่อาจตั้งอยู่ในหลายประเทศในโลกมีความเป็นเอกภาพ อย่างไรก็ตามในปัจจุบันมีแนวโน้มในการเลือกกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่เป็นกลางทางเพศ ทำให้เหตุผลดังกล่าวไม่สามารถรับฟังได้

เป็นที่ยอมรับกันในปัจจุบันว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นมากกว่ากฎเกณฑ์เชิงเทคนิคที่ปราศจากข้อพิจารณาในทางสารบัญญัติเข้ามาเจือปน แต่ประกอบขึ้นจากแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังการกำหนดจุดที่ตั้งของนิติสัมพันธ์ โดยในส่วนของกฎหมายขัดกันที่เกี่ยวกับครอบครัวก็ปฏิเสธไม่ได้ว่ามีผลจากรูปแบบโครงสร้างของสถาบันทางสังคมที่ได้รับการยอมรับในประเทศหนึ่ง ๆ เช่น การกำหนดจุดที่ตั้งระหว่างความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสซึ่งมีคู่กรณีอย่างน้อยสองคนให้อยู่ที่สามี การกำหนดให้จุดที่ตั้งระหว่างความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ขอบด้วยกฎหมายซึ่งมีคู่กรณีอย่างน้อยสามคนเป็นไปตามกฎหมายของบิดา การกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวเฉพาะตัว (Personal connecting factor) ของสามีหรือบิดาไม่ว่าจะเป็นสัญชาติหรือภูมิลำเนา ก็มีผลมาจากแนวคิดโครงสร้างของสถาบันครอบครัวที่เป็นลำดับขั้นและสามีถูกจัดวางให้เป็นศูนย์กลางของสถาบันครอบครัว (Julio D. González Campos, 2000, p. 227; Foyer, 1985, pp. 18-20) การเลือกใช้กฎหมายของสามีหรือบิดาตามแนวคิดที่ว่าฝ่ายชายเป็นหัวหน้าครอบครัวและมีบทบาทภาระหน้าที่ในครอบครัวแตกต่างไปจากฝ่ายหญิง ย่อมแสดงให้เห็นถึงการเลือกให้ความสำคัญของสามี

หรือบิดาเหนือภริยาหรือมารดา การเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวลักษณะดังกล่าวในอดีตเป็นผลมาจากแนวคิดแบบการรวมศูนย์อยู่ที่ผู้ชาย (Andro-centricity) กล่าวคือ “เป็นการสร้างความคิดอยู่รอบ ๆ ผู้ชายมากกว่าการคำนึงทั้งผู้หญิงและผู้ชาย ตัวอย่างเช่น คำว่า หัวหน้าครอบครัว ก็มักจะนึกถึงผู้ชายทันทีหรือบันทึกว่าเป็นผู้ชายไว้ก่อน” (วิระดา สมสวัสดิ์, 2549, หน้า 18) ซึ่งเป็นแนวคิดหรือระบบคุณค่าที่ฝังรากอยู่ในระบบคิดของสังคมและสะท้อนออกมาในกฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัวโดยสะท้อนออกมาในบทบัญญัติบรรพ 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวอย่างเช่น มาตรา 1454 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งใช้บังคับในช่วงปี พ.ศ. 2478- 2519 บัญญัติอย่างชัดเจนว่าให้สามีเป็นหัวหน้าครอบครัว⁷⁸ และสำหรับกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายก็แสดงออกในจุดเกาะเกี่ยว มาตรา 21 22 และ 30 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481

การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายขัดกันขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศโดยอาศัยเหตุผลเรื่องแนวคิด ระบบคุณค่าที่อยู่เบื้องหลังการบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเป็นแนวทางการให้เหตุผลที่ปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญของทั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐอิตาลี สำหรับศาลรัฐธรรมนูญไทยจากการสำรวจคำวินิจฉัยของที่เกี่ยวข้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเท่าที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน ยังไม่เคยปรากฏว่ามีกรณีวินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายใดขัดต่อหลักการดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญโดยอาศัยเหตุผลที่ว่าระบบคุณค่าที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติกฎหมายขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ แต่จะต้องเป็นกรณีซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ปฏิบัติแตกต่างกันและส่งผลกระทบต่อสิทธิบางประการอย่างเป็นรูปธรรมด้วยเหตุแห่งเพศ ตัวอย่างเช่น กรณีคำวินิจฉัยที่ 37/2546 วันที่ 9 ตุลาคม 2546 เรื่อง กระบวนการได้มาซึ่งสัญชาติไทยของคู่สมรสชาวต่างชาติ ที่กฎหมายพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 บัญญัติไว้แตกต่างกันระหว่างชายและหญิง โดย มาตรา 9 ให้สิทธิแก่หญิงต่างด้าวซึ่งสมรสกับชายไทยซึ่งประสงค์จะได้สัญชาติไทย สามารถยื่นคำขอสัญชาติจากรัฐมนตรีได้ แต่มิได้บัญญัติให้ชายต่างด้าวที่สมรสกับหญิงไทยมีสิทธิในลักษณะเดียวกัน ชายต่างด้าวที่ประสงค์จะได้สัญชาติไทยจะต้องขอแปลงชาติ โดยผู้ขอแปลงชาติจะต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 10 และ 11 โดยกระบวนการขอแปลงสัญชาติจะซับซ้อนกว่าการขอมีสัญชาติไทยของหญิงต่างด้าว หรืออาจเรียกได้ว่าเป็น “สิทธิด้านสัญชาติแก่คู่สมรส” (มาลี พฤษพงษ์ศาวลี, 2552, หน้า 42) โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เนื่องจากเป็น “มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและความมั่นคงของประเทศ” โดยไม่ได้นำเหตุผลเรื่องอคติต่อหญิงที่แฝงอยู่เบื้องหลังการตรากฎหมายมาประกอบการพิจารณา แต่คงพิจารณา

⁷⁸ มาตรา 1454 “สามีเป็นหัวหน้าในครอบครัว เป็นผู้เลือกที่อยู่ และเป็นผู้อำนวยความสะดวกในเรื่องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดู”

เพียงแค่ว่า คู่สมรสชาวต่างชาติที่เป็นชาย ยังคงมีช่องทางที่จะได้มาซึ่งสัญชาติไทยหรือไม่เท่านั้น ถึงแม้กระบวนการได้มาซึ่งสัญชาติไทยของคู่สมรสที่เป็นชายจะมีเงื่อนไขที่มากกว่าคู่สมรสชาวต่างชาติที่เป็นหญิงก็ตาม ต่อประเด็นดังกล่าว อารีวรรณ จตุทอง และสุภา พงศ์หลอพิศิษฐ์ (2555, หน้า 157) เห็นว่าประเด็นเรื่องการขอแปลงสัญชาติของคู่สมรสที่เป็นคนต่างด้าวของหญิงหรือชายสัญชาติไทย พบว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยเหตุแห่งเพศ ด้วยความเห็นที่ว่า “ผู้หญิงไทยจะเป็นผู้ชักนำชายผู้คิดร้ายต่อแผ่นดินเข้ามาในประเทศ ทำให้เป็นอันตรายต่อประเทศไทย ซึ่งเป็นการชี้ให้เห็นอคติต่อการใช้วิจารณ์ญาณการเลือกคู่สมรสของหญิงไทยและอคติทางเพศชายเป็นใหญ่ที่ทำให้ชายไทยสามารถควบคุมหญิงต่างด้าวไม่ให้เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐได้ซึ่งเป็นความไม่เสมอภาคระหว่างเพศที่เกิดจากกฎหมายต่อหญิงสัญชาติไทย”

แนวทางการให้เหตุผลแบบดั้งเดิมซึ่งไม่ได้นำแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังการตรากฎหมายมาประกอบการพิจารณาอาจไม่สามารถปรับใช้ได้กับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวโดยสภาพแล้วไม่ได้บัญญัติสิทธิหน้าที่ของบุคคลโดยตรง การปรับแนวทางการให้เหตุผลจึงมีความจำเป็นในบริบทของกฎหมายขัดกัน ทั้งนี้ผู้วิจัยเห็นว่าการนำแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังการตรากฎหมายมาประกอบการให้เหตุผลจะอีกก้าวอย่างหนึ่งที่สำคัญของการผลักดันแนวคิดเรื่องหลักความเสมอภาคระหว่างเพศผ่านการยอมรับและตีแผ่อคติทางเพศที่ยังคงแฝงอยู่ในกฎหมาย

ทั้งนี้หากพิจารณาในบริบทของการแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับแนวคิดเรื่องความเสมอภาคระหว่างเพศในอดีตที่ผ่านมากลับมีการให้ความสำคัญกับวิธีคิดหรืออคติที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายมากกว่า โดยการแก้ไขกฎหมายไม่ได้ถูกจำกัดเฉพาะกรณีที่ส่งผลเป็นการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สิทธิเพิ่มเติมแก่หญิงเสมอไป ตัวอย่างเช่น การแก้ไขกฎหมายไทยว่าด้วยสัญชาติ โดยพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535⁷⁹ โดยการให้บุตรที่เกิดมาสามารถได้สัญชาติไทยตามหลักสืบสายโลหิต

⁷⁹ในอดีตกฎหมายสัญชาติไทยทุกฉบับตั้งแต่ พระราชบัญญัติสัญชาติ พระพุทธศักราช 2456 พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2495 และพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 การสืบทอดสัญชาติไทยให้กับบุตรของหญิงไทยนั้นมีการสร้างเงื่อนไขการสืบทอดสัญชาติไทยให้ได้สัญชาติไทยตามหลักสายโลหิตตามมารดาเพียงบางกรณีเท่านั้น กล่าวคือ สำหรับพระราชบัญญัติสัญชาติ พระพุทธศักราช 2456 มาตรา 3 บัญญัติให้ บุตรได้สัญชาติไทยตามมารดาเฉพาะกรณีไม่ปรากฏบิดา พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2495 มาตรา 7 บัญญัติให้บุตรได้สัญชาติไทยตามมารดาเฉพาะกรณีไม่ปรากฏบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ บิดาที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นบุคคลไร้สัญชาติ และสำหรับพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 7(2) กำหนดให้บุตรได้สัญชาติไทยตามมารดาเฉพาะกรณีที่เกิดนอกราชอาณาจักรโดยไม่ปรากฏว่ามีบิดาชอบด้วยกฎหมาย หรือมีบิดาแต่บิดาเป็นคนไร้สัญชาติเท่านั้น ในขณะที่กฎหมายสัญชาติทุกฉบับบัญญัติให้บุตรที่เกิดจากชายไทยไม่ว่ากับหญิงไทยหรือหญิงต่างด้าวจะได้รับสัญชาติไทยตามหลักสายโลหิตตามบิดาโดยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขใด ๆ เพิ่มเติม และไม่ว่าจะเกิดในหรือนอกราชอาณาจักรก็ตาม

ตามมารดาได้ในลักษณะเดียวกันกับบิดานั้น ก็ไม่ได้ทำให้หญิงที่มีบุตรได้สิทธิหรือได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเพิ่มเติมแต่อย่างใด แต่เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวกลับอ้างอิงถึง “หลักการเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย” อย่างชัดเจน⁸⁰ นอกจากนี้การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) หนึ่งในสาระสำคัญของ การแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวคือ จากเดิมที่หญิงอยู่ฐานะผู้เสียหายโดยมีชายเป็นผู้กระทำความผิดต่อหญิงได้เท่านั้น (ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2548, หน้า 113) เป็นการกำหนดให้ทั้งชายและหญิงสามารถอยู่ในฐานะผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายได้อย่างเสมอกัน จะเห็นได้ว่าการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวเป็นการสร้างฐานความผิดเพิ่มเติมจากที่ไม่เคยมีมาก่อนให้แก่หญิง แต่ในเหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวระบุอย่างชัดเจนว่าเพื่อให้เป็นการ “สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ”⁸¹ ปฏิเสธไม่ได้ว่าการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวเกิดจากความต้องการขจัดอคติทางเพศซึ่งแฝงอยู่ในบทบัญญัติกฎหมาย

นอกจากนี้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในโดยเฉพาะกฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัวให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศในประเทศหนึ่ง ๆ ในลักษณะเดียวกันกับการแก้ไขกฎหมายภายในโดยเฉพาะอย่างยิ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 เมื่อพ.ศ. 2519 ซึ่งได้ยกเลิกบทบัญญัติที่ใช้มาตั้งแต่ปีพ.ศ. 2478 ที่ให้อำนาจแก่สามีในฐานะหัวหน้าครอบครัวในด้านต่าง ๆ เช่น จากเดิมที่จำกัดอำนาจในการทำนิติกรรมของหญิงที่จดทะเบียนสมรสแล้ว เปลี่ยนเป็นกำหนดให้

จนกระทั่งมีการแก้ไขพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ใน ปีพ.ศ. 2535 กำหนดให้บุตรของหญิงหรือชายไทย ได้รับสัญชาติไทยไม่ว่าบุตรของหญิงหรือชายไทยนั้นจะเกิดในหรือนอกราชอาณาจักรก็ตามทำให้การสืบทอดสัญชาติไทยแก่บุตรของหญิงและชายที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าวมีความเสมอภาคกัน

⁸⁰ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่สมควรให้บุตรของหญิงไทยสามารถมีสัญชาติไทยได้โดยหลักสายโลหิตด้วยตามหลักการเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย (...) จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

⁸¹ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ให้ความสำคัญคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่บทบัญญัติมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 286 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ สมควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ ที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

สามีและภริยามีอำนาจจัดการสินสมรสร่วมกันอย่างเท่าเทียมกัน ในเรื่องภูมิลำเนาสามีภริยานั้น จากเดิมที่บัญญัติให้สามีเป็นผู้เลือกที่อยู่เพียงฝ่ายเดียวนั้น ก็ให้ปรึกษาหารือกัน หรือจะมีภูมิลำเนาแยกกันก็ย่อมได้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรนั้น แต่เดิมอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์อยู่กับบิดาฝ่ายเดียว ก็เปลี่ยนให้ทั้งบิดาและมารดาต่างมีอำนาจปกครองบุตรโดยเท่าเทียมกัน เป็นต้น โดยการแก้ไขกฎหมายลักษณะดังกล่าวประกอบกับการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) แสดงถึงความเข้มข้นของการให้คุณค่าและความสำคัญแก่หลักความเสมอภาคระหว่างเพศที่มากขึ้นแล้วในปัจจุบัน จนทำให้ในหลายประเทศยอมรับให้นำกฎหมายที่ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเข้ามาอยู่ในปริมณฑลของการตรวจความสอดคล้องกับหลักการดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญได้ โดยเหตุผลดังกล่าวปรากฏในการให้เหตุผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีในปี ค.ศ. 1987 นอกจากนี้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัวที่เปลี่ยนแปลงไปและหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตามรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นเป็นปกติในหลายประเทศ สำหรับประเทศในทวีปเอเชีย ตัวอย่าง เช่น ประเทศญี่ปุ่น เกาหลีใต้ และ ไต้หวัน โดย Kim (1992, p. 34) เห็นว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นในปีค.ศ. 1990 น่าจะเป็นแรงผลักดันให้กับการแก้ไขกฎหมายในประเทศไทยด้วย นอกเหนือจากไต้หวันและเกาหลีใต้ เนื่องจากประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศที่ยังคงใช้บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตามแนวเยอรมันในอดีต

มาตรา 21, 22 และ 30 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 นั้นได้ถูกร่างขึ้นและใช้บังคับมาเป็นเวลานาน ไม่ได้ถูกปรับแก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพสังคมและค่านิยมหลักแห่งยุคสมัย ผู้วิจัยเห็นว่า สมควรยกเลิกการใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีหรือบิดาสำหรับความสัมพันธ์ในครอบครัว โดยปรับเปลี่ยนไปใช้จุดเกาะเกี่ยวที่เป็นกลางทางเพศ ทั้งนี้ นอกเหนือจากการให้คุณค่ากับความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงซึ่งเป็นประเด็นหลักของงานวิจัยนี้ การรับรองความเสมอภาคในบริบทความหลากหลายทางเพศก็เป็นประเด็นที่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยควรจะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้อง เนื่องจากข้อกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติสามีหรือสัญชาติบิดานั้น จะมีปัญหาการปรับใช้กับกรณีคู่สมรสเป็นบุคคลเพศเดียวกันโดยในกรณีการสมรสระหว่างชายสองคนก็จะไม่สามารถระบุได้ว่าจะต้องใช้กฎหมายสัญชาติของใคร ส่วนในกรณีการสมรสระหว่างหญิงสองคนก็จะไม่อาจจะระบุกฎหมายที่ใช้บังคับได้ ดังนั้นการบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวควรต้องพิจารณาให้สามารถปรับใช้ได้กับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน รวมถึงในกรณีที่บุตรมีบิดาสองคนโดยไม่มีมารดา หรือมีมารดาสองคนโดยไม่มีบิดาได้ด้วย ซึ่งเป็นรูปแบบของสถาบันครอบครัวซึ่งกฎหมายของหลายประเทศในโลกได้ให้การรับรองแล้วในปัจจุบัน ซึ่งจะทำให้การจัดการกับนิติสัมพันธ์รูปแบบดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่ระบบกฎหมายไทยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้แล้วในยุคปัจจุบัน

ทั้งนี้การเลือกใช้คำศัพท์ที่ใช้บัญญัติจุดเกาะเกี่ยวควรเลือกคำที่เป็นกลางทางเพศเทียบเคียง คำว่า “parents” ในภาษาอังกฤษ กล่าวคือ ทดแทนคำว่า “บิดา มารดา” โดยไม่ต้องระบุอัตลักษณ์ ทางเพศ เช่นคำว่า “บุพการี” โดยกำหนดนิยามเฉพาะว่าให้หมายความเฉพาะบุพการีชั้นบิดามารดา เท่านั้น ไม่รวมชั้นปู่ย่า ตายาย ทวด ฯลฯ หรือเลือกบัญญัติศัพท์คำอื่นที่มีความหมายเทียบเคียงเพื่อให้ สามารถนำจุดเกาะเกี่ยวที่บัญญัติขึ้นใหม่นั้นไปปรับใช้ในบริบทของการที่บุคคลอาจเลือกบ่งบอกถึงอัต ลักษณ์ทางเพศที่ไม่อยู่ในระบบเพศชั่วคราวข้ามชาย-หญิง (Non-binary) ได้อีกด้วย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุป

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ (Supremacy of Constitution) เป็นหลักพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนุญซึ่งมักได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนุญลายลักษณ์อักษรของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบัน จากผลของหลักการดังกล่าว ทำให้องค์กรทางการเมืองรวมถึงสถาบันหรือองค์กรต่าง ๆ ต้องผูกพันและใช้อำนาจหน้าที่ได้เฉพาะภายในกรอบขอบเขตที่รัฐธรรมนุญกำหนดเท่านั้น เมื่อการออกกฎหมายเป็นการใช้อำนาจรัฐประเภทหนึ่ง หากกฎหมายขัดหรือแย้งกับหลักการตามรัฐธรรมนุญ หรือตราขึ้นโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนุญ กฎหมายเช่นนั้นจะต้องไม่มีผลบังคับใช้ การจะทำให้หลักการดังกล่าวเกิดผลอย่างเป็นรูปธรรมได้ก็จะต้องมีการออกแบบกลไกการควบคุมตรวจสอบขึ้น เพื่อเป็นหลักประกันสถานะของรัฐธรรมนุญในฐานะกฎหมายสูงสุดของประเทศ มิให้หลักการซึ่งรับรองไว้ในรัฐธรรมนุญถูกแก้ไขได้โดยกฎหมายธรรมดา กลไกดังกล่าวจึงเป็นหนึ่งในหลักประกันของการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นเป้าหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตย

กลไกการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนุญที่มีอยู่ในปัจจุบันนี้สามารถทำได้ทั้งกรณีที่ยังเป็นร่างกฎหมาย ที่เรียกว่า ระบบการควบคุมก่อน (*a priori control*) คือ การตรวจสอบร่างกฎหมายที่กำลังอยู่ในกระบวนการนิติบัญญัติว่ามีเนื้อหาสาระขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนุญหรือไม่ ซึ่งเรียกว่า “การควบคุมด้านเนื้อหา” และตรวจสอบกระบวนการตราว่าเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนุญหรือไม่ ซึ่งเรียกว่า “การควบคุมด้านกระบวนการ” ส่วนการตรวจสอบกระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายภายหลังจากการประกาศใช้ (*a posteriori control*) อาจกระทำได้ทั้งกรณีที่ไม่ได้มีคดีความเกิดขึ้นโดยตรง หรือที่เรียกว่า “การตรวจสอบแบบนามธรรม” และในกรณีที่มีคดีพิพาทเกิดขึ้น และมีประเด็นว่ากฎหมายแห่งกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับคดีนั้นน่าจะมีปัญหาความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนุญ ซึ่งถูกเรียกว่า “การตรวจสอบแบบรูปธรรม” โดยในรัฐธรรมนุญของประเทศต่าง ๆ ก็จะกำหนดช่องทาง ขั้นตอนกระบวนการริเริ่ม องค์กร ผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบ และผลของการตรวจสอบไว้ ซึ่งอาจมีรายละเอียดแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศและในรัฐธรรมนุญแต่ละฉบับสำหรับประเทศไทย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ (Supremacy of Constitution) ได้รับการยืนยันเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 (มาตรา 61) และยังคงปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย ทุกฉบับจนถึงฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 5 วรรคแรก) ส่วนขั้นตอนกระบวนการต่าง ๆ นั้น ก็อาจมีรายละเอียดแตกต่างกันไปในรัฐธรรมนุญแต่ละฉบับ

หลักการหนึ่งซึ่งมักได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบัน คือ หลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ สำหรับประเทศไทย หลักการดังกล่าวได้รับการรับรองอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2517 มาตรา 28 วรรคสอง สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หลักการดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 27

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

ผลจากการรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศทั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ทำให้หลักการดังกล่าวถูกใช้ในการอ้างอิงเพื่อขับเคลื่อนการแก้ไขกฎหมายภายในประเทศในช่องทางต่าง ๆ ให้เกิดความเท่าเทียมระหว่างเพศได้เป็นลำดับ เช่น การปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ในปีพ.ศ. 2519 โดยกฎหมายใหม่นี้ ได้ยกเลิกบทบัญญัติที่เข้ามาตั้งแต่ปีพ.ศ. 2478 ที่ให้อำนาจแก่สามีในฐานะหัวหน้าครอบครัวในด้านต่าง ๆ เช่น จากเดิมที่จำกัดอำนาจในการทำนิติกรรมของหญิงที่จดทะเบียนสมรสแล้ว เปลี่ยนเป็นกำหนดให้สามีและภริยามีอำนาจจัดการสินสมรสร่วมกันอย่างเท่าเทียมกัน ในเรื่องภูมิลำเนาสามีภริยานั้น จากเดิมที่บัญญัติให้สามีเป็นผู้เลือกที่อยู่เพียงฝ่ายเดียวนั้น ก็ให้ปรึกษาหารือกัน หรือจะมีภูมิลำเนาแยกกันก็ย่อมได้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรนั้น แต่เดิมอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์อยู่กับบิดาฝ่ายเดียว ก็เปลี่ยนให้ทั้งบิดาและมารดาต่างมีอำนาจปกครองบุตรโดยเท่าเทียมกัน เป็นต้น นอกจากนี้ยังส่งผลให้เกิด การแก้ไขพระราชบัญญัติสัญชาติพ.ศ. 2508 (ฉบับที่ 2) ในปีพ.ศ. 2535 ให้บุตรสามารถได้สัญชาติไทยโดยหลักสายโลหิตจากทั้งทางบิดาและมารดาโดยเท่าเทียมกัน การแก้ไขพระราชบัญญัติชื่อบุคคล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2548 ยกเลิกการบังคับให้หญิงที่สมรสแล้วต้องใช้ชื่อสกุลของสามี เป็นการกำหนดให้หญิงที่สมรสแล้วสามารถเลือกใช้ชื่อสกุลของตนเอง และชายที่สมรสแล้วสามารถเลือกใช้ชื่อ

สกุลของภริยาได้อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน การประกาศใช้พระราชบัญญัติคำนำหน้านามหญิง พ.ศ. 2551 โดยมีสาระสำคัญคือให้หญิงที่สมรสแล้วเลือกใช้คำนำหน้านามไม่ได้โดยอิสระโดยไม่ต้องถูกบังคับให้ใช้คำว่า “นาง” เป็นคำนำหน้าอีกต่อไป ตลอดจนการบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสและการกระทำความรุนแรงในครอบครัวเป็นความผิดอาญา เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวและการสมรสให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศที่ผ่านมานั้นยังคงจำกัดอยู่เฉพาะกฎหมายสารบัญญัติในแง่มุมต่าง ๆ มิได้รวมถึงบทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งเป็นกฎหมายที่อาจจะนำมาใช้บังคับในกรณีศาลไทยต้องวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางครอบครัวที่มีองค์ประกอบเกี่ยวข้องกับหลายประเทศ โดยในมาตรา 21 - 22 ของพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามี และ มาตรา 30 ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดา มารดา และบุตร ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติบิดา ซึ่งสะท้อนโครงสร้างของกฎหมายครอบครัวของไทยในขณะที่มีการตราพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยยังไม่ได้รับการแก้ไขให้สอดคล้องกับโครงสร้างกฎหมายครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน นอกจากนี้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ไม่เคยปรากฏอยู่ในขอบข่ายของการเรียกร้องให้มีการแก้ไขกฎหมายที่ยังไม่สอดคล้องกับหลักดังกล่าวผ่านกลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ในส่วนอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) ที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี ก็ยังมิได้มีการเรียกร้องอย่างชัดเจนให้รัฐภาคีจะต้องดำเนินการแก้ไขในส่วนกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายด้วยแต่อย่างใด ศาลรัฐธรรมนูญของไทยยังไม่เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมาย ทั้งนี้อาจเนื่องจากเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่ากฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมิได้บัญญัติถึงสิทธิหน้าที่ของคู่สมรสโดยตรงดังเช่นกฎหมายสารบัญญัติ แต่จะทำหน้าที่เป็นเพียง “ป้ายบอกทาง” เพื่อกำหนดให้นำกฎหมายสารบัญญัติภายในของรัฐหนึ่ง ๆ เพียงรัฐเดียว ท่ามกลางระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์นั้น ๆ มาบังคับใช้ ในท้ายที่สุดแล้วประเด็นว่าสิทธิหน้าที่ของสามีและภริยาตามกฎหมายระหว่างกันมีความเท่าเทียมเสมอภาคหรือไม่ จึงขึ้นอยู่กับเนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่บทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวชี้ให้ใช้กล่าวคือ กฎหมายสารบัญญัติภายในว่าด้วยครอบครัวของประเทศที่สามีหรือบิดาถือสัญชาติ ถึงแม้ว่าจากพัฒนาการในกฎหมายต่างประเทศ ความไม่สอดคล้องของบทบัญญัติกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายลักษณะดังกล่าวกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศจะเป็นที่ประจักษ์ในมุมมองของนักกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ (Pivavtarnapanich, 2021, p. 45) แต่จากการสำรวจสารสนเทศในมุมมองของกฎหมายรัฐธรรมนูญ

ไทย ยังไม่พบว่ามีการศึกษาประเด็นดังกล่าวอย่างเป็นระบบ จึงนำมาสู่ประเด็นคำถามงานวิจัยนี้ว่า ระบบและกลไกของการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญของไทยรองรับหรือมีอุปสรรคทางเทคนิคใดหรือไม่ต่อการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายหรือไม่ หลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตามรัฐธรรมนูญมีขอบเขตเนื้อหาข้อเรียกร้องครอบคลุมการบัญญัติกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายในลักษณะดังกล่าว ในระบบกฎหมายไทยหรือไม่

เพื่อตอบคำถามดังกล่าว ผู้วิจัยได้แบ่งคำถามออกเป็นประเด็นย่อยสองประเด็นซึ่งเชื่อมโยงกัน ได้แก่ ประเด็นแรก บทบัญญัติกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมาย หรือ “กฎหมายขัดกัน” นั้น เป็นบทบัญญัติกฎหมายที่อยู่ในขอบข่ายของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะเหตุใด และประเด็นที่สองคือ หากบทบัญญัติดังกล่าวอยู่ในขอบข่ายของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่

สำหรับประเด็นแรก จากการศึกษาพัฒนาการทางความคิดเรื่องการยอมรับให้บทบัญญัติบทบัญญัติกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมาย หรือ “กฎหมายขัดกัน” นั้น เป็นบทบัญญัติกฎหมายที่อยู่ในขอบข่ายของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในบริบทกฎหมายต่างประเทศนั้นพบว่า มีพัฒนาการทางความคิดที่น่าสนใจ โดยในอดีตลักษณะเฉพาะของบทบัญญัติบทบัญญัติกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายถูกนำมากล่าวอ้างเป็นเหตุผลที่ศาลจะไม่ยอมรับให้บทบัญญัติลักษณะดังกล่าวอยู่ในขอบข่ายของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันในปีค.ศ. 1971 ถือว่าเป็นคำวินิจฉัยแรกที่รับรองให้ให้บทบัญญัติกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายเข้ามาอยู่ในขอบข่ายของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังเช่นบทบัญญัติประเภทอื่น ๆ โดยไม่รับฟังข้อกล่าวอ้างที่ศาลและนักวิชาการทางกฎหมายยกขึ้นตลอดมาในอดีตเพื่อปฏิเสธการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายและนำเสนอแนวทางใหม่ในการให้เหตุผลต่อประเด็นดังกล่าวโดยแนวทางการให้เหตุผลรูปแบบใหม่นี้ก็ได้มีอิทธิพลต่อการเขียนคำวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวในศาลรัฐธรรมนูญของประเทศอื่นโดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลีและราชอาณาจักรสเปน

ในบริบทของกฎหมายไทย ผู้วิจัยศึกษาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และนำเสนอบทวิเคราะห์ว่าบทบัญญัติกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมาย สามารถเป็น “วัตถุแห่งคดี” ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจตรวจสอบได้หรือไม่ จากการศึกษาไม่ปรากฏว่ามีอุปสรรคในการที่กฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งถูกบรรจุไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 และหากในอนาคต มีการปรับปรุง

แก้ไข หรือยกเลิกกฎหมายฉบับดังกล่าว และมีการตรากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้นมาใหม่ ไม่ว่าจะโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดก็ตาม ก็ยังคงอยู่ในขอบเขตอำนาจของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ สำหรับประเด็นว่า กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย อยู่ในนิยาม “กฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี” ด้วยหรือไม่นั้น เนื่องจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าว ในฐานะที่เป็นกฎหมายภายในของประเทศ เมื่อข้อพิพาทมีลักษณะเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศอันตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 คู่ความย่อมสามารถกล่าวอ้างหรือศาลย่อมมีอำนาจในการหยิบยกบทบัญญัติดังกล่าวขึ้นมาวินิจฉัยได้ นอกจากนี้การที่บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไม่ได้เป็นกฎหมายที่กำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคลโดยตรง แต่เป็นเพียงเครื่องมือในการค้นหากฎหมายที่จะต้องนำมาใช้บังคับ ไม่ควรเป็นเหตุที่จะทำให้บทบัญญัติลักษณะดังกล่าวอยู่นอกขอบเขตการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการตรากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายทั้งการเลือกใช้รูปแบบของบทบัญญัติ รวมถึงการเลือกกำหนดจุดเกาะเกี่ยวของแต่ละลักษณะข้อกฎหมาย ไม่ได้เกิดขึ้นโดยปราศจากอิทธิพลของข้อความคิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายแพ่ง แนวคิดหรือคุณค่าของสังคมในขณะที่มีการตรากฎหมายหรือแม้แต่ความพยายามให้การปรับใช้กฎหมายเกิดผลบางประการ สำหรับประเด็นเรื่องช่องทางการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ก็ต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นกำหนด สำหรับรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 ในกรณีการตรวจสอบซึ่งเป็นกรณี การตรวจสอบกฎหมายที่ผ่านการอนุมัติจากรัฐสภาที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน แบบ “นามธรรม” กล่าวคือ เป็นกรณีที่ยังไม่ได้อยู่ระหว่างการพิจารณาพิพากษาคดีโดยอาศัยกฎหมายดังกล่าวจะต้องดำเนินการผ่านผู้ตรวจการแผ่นดิน โดยเมื่อได้รับข้อร้องเรียนจากประชาชนผู้ที่ได้รับผลกระทบจากกฎหมาย และผู้ตรวจการแผ่นดินใช้ดุลพินิจพิจารณาแล้วเห็นว่ากฎหมายนั้นอาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ก็สามารถเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ได้ สำหรับช่องทางการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายแบบ “รูปธรรม” อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่มีข้อพิพาทที่มีการนำบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาใช้บังคับกับคดีที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ (Foreign elements)

สำหรับประเด็นหลักประเด็นที่สองของงานวิจัยนี้ เพื่อตอบคำถามว่าบทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งมีการกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสได้แก่มาตรา 21 และ 22 และสัญชาติของบิดา

ในความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร ได้แก่ มาตรา 30 ขัดหรือแย้งกับหลักความเสมอภาค และการห้ามเลือกปฏิบัติระหว่างเพศตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ จากการศึกษาพบว่า การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวลักษณะดังกล่าวปรากฏในกฎหมายในกฎหมายที่ขัดกันแห่งกฎหมายในหลายประเทศทั้งในแถบยุโรปและเอเชีย และเคยถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลในบางประเทศ

ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติกฎหมายขัดกันของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ในบางมาตราที่มีมีการกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสและสัญชาติของบิดาในความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรถูกยื่นคำร้องให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาโดยตลอด และถึงแม้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfG) ในปีค.ศ. 1971 จะรับรองให้บทบัญญัติกฎหมายที่ขัดกันแห่งกฎหมายเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ก็ตาม แต่ศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (BGH) ในช่วงแรกยังคงไม่เปลี่ยนแนวคำพิพากษาในประเด็นดังกล่าว ตัวอย่างเช่นในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (BGH) ลงวันที่ 20 มิถุนายน 1979 (BGHZ 75, 32) ยังคงวินิจฉัยว่า บทบัญญัติกฎหมายที่ขัดกันแห่งกฎหมายที่บัญญัติให้กฎหมายสัญชาติบิดามีความสำคัญเหนือกว่ากฎหมายสัญชาติมารดาไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเนื่องจากเป็นบทบัญญัติในทางเทคนิคซึ่งในท้ายที่สุดการปรับใช้กฎหมายสัญชาติบิดาอาจเป็นคุณแก่มารดามากกว่าการปรับใช้กฎหมายสัญชาติของมารดาเองก็ได้

การเปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (BGH) ในประเด็นดังกล่าวเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในคำพิพากษาลงวันที่ 8 ธันวาคม 1982 โดยได้วินิจฉัยว่า มาตรา 17-1 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ซึ่งบัญญัติให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสในกระบวนการหย่าเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามี ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง ตาม มาตรา 3 วรรคสอง GG โดยศาลให้ความเห็นประกอบคำวินิจฉัยว่า จุดเกาะเกี่ยวที่กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) เลือกใช้ แสดงให้เห็นว่าสัญชาติของสามีถูกทำให้เหนือกว่าสัญชาติของภรรยา ความสำคัญของภรรยาถูกลดทอนความสำคัญให้ต่ำกว่าในมุมมองของกฎหมายที่ขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งอธิบายได้จาก แนวคิดเรื่องชายเป็นใหญ่ในสถาบันการการสมรส ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของยุคสมัยซึ่งมีการตรากฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ซึ่งเหตุผลดังกล่าวเป็นการเพียงพอที่จะถือได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญเยอรมัน นอกจากนี้ การที่จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติสามีมีผลทำให้สามีมีความได้เปรียบในทางอ้อม เนื่องจากสามีจะรู้กฎหมายของประเทศที่ตนเองมีสัญชาติมากกว่าภรรยา รวมถึงการที่กฎหมายที่ขัดกันแห่งกฎหมาย เปิดโอกาสให้สามีสามารถแก้ไขกฎหมายที่ใช้บังคับกับผลของการสมรสโดยการเปลี่ยนแปลงสัญชาติได้โดยลำพัง

สำหรับ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (BVerfG) คำวินิจฉัยแรกที่วินิจฉัยว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายขัดกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ ตามมาตรา 3(2) GG ได้แก่คำวินิจฉัยลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 1983 (BVerfGE 63, 181-196) โดยได้อ้างถึงคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในปี ค.ศ. 1971 ชำงตัน เพื่อย้ำว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของเยอรมันต้องถูกตรวจสอบกับสิทธิขั้นพื้นฐาน (den Grundrechten) และได้วินิจฉัยว่าต่อมาว่ามาตรา 15 EGBGB ซึ่งบัญญัติให้ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเป็นไปตามกฎหมายสัญญาตีสามีขณะทำการสมรสขัดต่อมาตรา 3(2) GG โดยไม่ยอมรับเหตุผลที่ว่า การปรับใช้กฎหมายสัญญาตีสามีอาจเป็นคุณกับฝ่ายภรรยามากกว่าการปรับใช้กฎหมายสัญญาตีสามีของภรรยา บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ส่งผลให้ภรรยาเป็นฝ่ายเสียเปรียบโดยอัตโนมัติ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (BVerfG) ยังคงวินิจฉัยในแนวทางดังกล่าวในคำวินิจฉัยลงวันที่ 8 มกราคม 1985 (BVerfGE 68, 384) ซึ่งเป็นการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ มาตรา 17-1 EGBGB ที่บัญญัติให้การจัดการทรัพย์สินของคู่สมรสในกระบวนการหย่าของคู่สมรสที่มีสัญชาติแตกต่างกันเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของสามี โดยแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (BVerfG) ในปี 1983 และ 1985 ได้นำไปสู่การแก้ไขกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของเยอรมัน ด้วยรัฐบัญญัติลงวันที่ 25 กรกฎาคม 1986 เพื่อแก้ไขกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (EGBGB) ให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงตามรัฐธรรมนูญเยอรมัน รวมถึงมีอิทธิพลต่อศาลรัฐธรรมนูญประเทศอื่น ๆ ตัวอย่างเช่นศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐอิตาลีซึ่งได้มีโอกาสตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวโดยคำวินิจฉัยแรกที่วินิจฉัยว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ที่กำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติสามีขณะทำการสมรส สำหรับความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวระหว่างคู่สมรสในกรณีที่คู่สมรสมีสัญชาติแตกต่างกัน ขัดกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศและหลักความเสมอภาคของคู่สมรสตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่คำวินิจฉัยหมายเลข 71 ปี ค.ศ. 1987 ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 1987 ในคำวินิจฉัยดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลี ให้เหตุผลเพื่อหักล้างข้อกล่าวอ้างที่มีกฤษฎีกาขึ้นเพื่อคัดค้านการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าวคือ เรื่องความเป็นกลางหรือความไม่สนใจต่อผลของคดีของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กล่าวคือ การที่กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไม่ได้วางระเบียบนิติสัมพันธ์ที่พิพาทโดยตรงและโดยสภาพไม่ได้กระทบต่อผลประโยชน์ได้เสียในนิติสัมพันธ์ดังกล่าวส่งผลให้ไม่อยู่ในขอบเขตสภาพบังคับของกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้น รวมถึงการที่การปรับใช้กฎหมายสัญญาตีสามีอาจเป็นคุณแก่ภรรยามากกว่าก็เป็นได้ โดยศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีได้หักล้างข้อกล่าวอ้างดังกล่าวว่า การให้ความสำคัญแก่กฎหมายสัญชาติของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งถือเป็นการเลือกปฏิบัติต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเนื่องจากมีความเป็นไปได้น้อยกว่าที่ภรรยาจะมีความรู้กฎหมายที่ไม่ใช่กฎหมายของตนและนำมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในคำวินิจฉัยดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีได้วินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา 18 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกรณีคู่สมรส

ไม่มีสัญญาตีความกันจึงให้บังคับใช้กฎหมายสัญญาชาติของสามีในขณะที่ทำการสมรสขัดต่อรัฐธรรมนูญอิตาลี ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญอิตาลี โดยคำวินิจฉัยหมายเลข 477 ปี ค.ศ. 1987 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน 1987 ได้วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันกับคำพิพากษาก่อนหน้านี้โดยวินิจฉัยว่า มาตรา 20 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีในส่วนบทบัญญัติกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งกำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรเป็นไปตามกฎหมายสัญญาชาติบิดาขัดต่อมาตรา 3 และ 29 ของรัฐธรรมนูญอิตาลี จากผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้นจึงเป็นที่มาของแก้ไขกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของอิตาลีในปี ค.ศ. 1995 โดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 31 พฤษภาคม 1995 เพื่อแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศอิตาลีเพื่อยกเลิกบทบัญญัติที่สะท้อนการมีอำนาจเหนือกว่าของฝ่ายชายและความไม่เสมอภาคระหว่างชายและหญิง

สำหรับศาลรัฐธรรมนูญสเปน โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสเปนที่ 39/2002 ลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2002 ได้มีโอกาสวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติมาตรา 9-2 ประมวลกฎหมายแพ่งฉบับปี ค.ศ. 1974 ว่าขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามมาตรา 14 และ หลักความเสมอภาคระหว่างคู่สมรสมาตรา 32 รัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 1978 โดยให้เหตุผลว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นผลมาจากการใช้จุดเกาะเกี่ยวที่ซึ่งให้ความสำคัญกับเพศชาย อันเป็นการละเมิดหลักความเสมอภาคระหว่างเพศจึงไม่สามารถใช้บังคับได้

สำหรับประเทศอื่น ๆ อีกหลายประเทศ ถึงแม้ว่าจะไม่ได้ผ่านการวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญว่าขัดต่อความเสมอภาคระหว่างเพศ ก็ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายขัดกันหรือแนวคำพิพากษาของศาลในเรื่องดังกล่าว ตัวอย่าง เช่น ศาลฎีกา (Cour de Cassation) ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและของราชอาณาจักรเบลเยียม สำหรับประเทศในทวีปเอเชียก็ซึ่งเดิมเคยได้รับอิทธิพลจากการบัญญัติกฎหมายขัดกันใน EGBGB ของประเทศเยอรมนี ตัวอย่างเช่น ประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) และสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ได้ยกเลิกการใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญญาชาติของสามีหรือบิดาสำหรับกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ภายในครอบครัว เพื่อจัดข้อวิจารณ์เรื่องความไม่เสมอภาคระหว่างเพศ ถึงแม้ว่าจะยังไม่เคยมีการส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายดังกล่าวก็ตาม

สำหรับในส่วนของประเทศไทย บทบัญญัติกฎหมายขัดกันที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เป็นบทบัญญัติที่ใช้แนวทางเดียวกันกับบทบัญญัติกฎหมายขัดกันที่ปรากฏใน EGBGB ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในอดีต กล่าวคือ การระบุให้สัญญาชาติของสามีเป็นจุดเกาะเกี่ยวสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา (มาตรา 21 และ 22) และสัญญาชาติบิดาเป็นจุดเกาะเกี่ยวสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา 30 วรรคแรก) สำหรับประเทศไทยยังไม่เคยปรากฏว่ามีการส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบเป็นรูปธรรมเนื่องจากคดีที่มีการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 อาจมีไม่มากนัก นอกจากนี้สำหรับการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบนามธรรม พระราชบัญญัติดังกล่าวอาจไม่ใช่กฎหมายที่มีผู้ให้ความสำคัญมากนัก และอาจเกิดจากความเข้าใจว่าไม่ได้ก่อผลในทางสารบัญญัติอันจะกระทบต่อความเสมอภาคระหว่างเพศในลักษณะเดียวกันกับความเห็นของนักกฎหมายและศาลของประเทศอื่น ๆ ในอดีต

สำหรับงานวิจัยนี้จึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาต่อไปว่าการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวลักษณะดังกล่าวนั้นขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญของไทยหรือไม่ จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยในอดีตที่เกี่ยวข้องกับหลักการดังกล่าว รวมถึงหลักความเสมอภาคซึ่งมีสาระสำคัญที่ว่า “บุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญเหมือนกันย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน ขณะเดียวกันบุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกันย่อมได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน” ประกอบกับแนวคำวินิจฉัยการให้เหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ผู้วิจัยนำเสนอทวิเคราะห์ซึ่งมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

ถึงแม้ว่ากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายจะไม่ได้กำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างสามีภรรยาหรือบิดามารดาให้มีความแตกต่างกันโดยตรงแต่มีผลเป็นเพียงการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับ ส่วนสิทธิหน้าที่ของคู่กรณีจะเป็นประการใดก็ขึ้นอยู่กับกฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่บทบัญญัติกฎหมายขัดกันกำหนดให้ใช้บังคับ ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติของกฎหมายสัญชาติของสามีอาจเป็นคุณแก่ฝ่ายภรรยามากกว่าการปรับใช้กฎหมายสัญชาติของภรรยาหรือกฎหมายอื่นใดก็ได้ ซึ่งเหตุผลดังกล่าวมักถูกใช้โดยศาลหรือคู่ความเมื่อเกิดข้อพิพาทประเด็นดังกล่าวในต่างประเทศในอดีตเพื่อปฏิเสธไม่ให้บทบัญญัติกฎหมายขัดกันอยู่ในขอบข่ายของการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือเพื่อปฏิเสธว่าบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง อย่างไรก็ตาม ลำพังการการบัญญัติกฎหมายขัดกันในลักษณะดังกล่าวส่งผลโดยตรงอย่างเป็นรูปธรรมให้หญิงเสียเปรียบชายในทางปฏิบัติ กล่าวคือ การกำหนดให้ใช้กฎหมายของสามีหรือบิดาเปิดโอกาสให้ผู้ชายสามารถใช้กฎหมายซึ่งเป็นที่รู้จักคุ้นเคย ในขณะที่ผู้หญิงไม่สามารถใช้กฎหมายสัญชาติของตนเองที่รู้จักคุ้นเคยได้ นอกจากนี้ในการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวข้องกับบุคคลของสามีหรือบิดายังเปิดโอกาสให้ฝ่ายชายสามารถเปลี่ยนแปลงจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นสัญชาติ ภูมิลำเนา หรือถิ่นที่อยู่เพื่อเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสได้ ในขณะที่ภรรยาหรือมารดาไม่มีโอกาสที่จะทำเช่นนั้นได้ ในบริบทของกฎหมายขัดกันไทย สามารถเกิดขึ้นได้ในกรณีการปรับใช้มาตรา 30 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติให้สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบิดา นอกจากนี้สำหรับมาตรา 30 กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติบิดาสำหรับสิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตร และมีการตีความ

ว่าถึงแม้บิดาจะเสียชีวิตแล้วแต่จุดเกาะเกี่ยวในความสัมพันธ์ระหว่างมารดากับบุตรที่ยังมีชีวิตอยู่ยังคงต้องเป็นไปตามสัญญาต่อบิดาก่อนเสียชีวิต หรือในกรณีที่การสมรสระหว่างบิดาและมารดาสิ้นสุดลงแล้วด้วยหย่าหรือเพิกถอนการสมรส ก็ยังคงต้องเป็นไปตามกฎหมายสัญญาต่อบิดาอยู่เช่นเดิม (สายหยุดแสงอุทัย, 2482, หน้า 334-335) ไม่ว่าบุตรจะอาศัยอยู่กับบิดาหรือมารดาก็ตาม จากเหตุผลข้างต้นการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายให้ใช้กฎหมายของสามีหรือบิดาเพื่อบังคับใช้กับความสัมพันธ์ภายในครอบครัว ถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติเนื่องจากมีผลทำให้ให้ผู้ชายอยู่ในสถานะที่สามารถใช้ประโยชน์จากโอกาสต่าง ๆ ได้ดีกว่าผู้หญิง

จากสาระสำคัญของหลักความเสมอภาคที่ว่า “บุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญเหมือนกัน ย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน ขณะเดียวกันบุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกัน ย่อมได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน” ในคำวินิจฉัยแต่ละเรื่อง ศาลย่อมต้องพิจารณาว่ากรณีตามคำร้องเป็นกรณีที่บุคคลมีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญเหมือนหรือแตกต่างกัน ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติข้างต้น จึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่า ในความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยากล่าวาคือคู่สมรสซึ่งมีความแตกต่างอยู่ที่เพศกำเนิดนั้น ถือเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญที่แตกต่างกันจนต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างหรือไม่ บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสถานการณ์หรือคดีพิพาทที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ผู้วิจัยเห็นว่า พฤติการณ์ของความเป็นสามีหรือความเป็นภรรยา เป็นสิ่งมีสาระสำคัญต่อการบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวซึ่งถือว่าเป็น “จุดที่ตั้ง” ของนิติสัมพันธ์ เพื่อค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับเหมือนกันจึงไม่มีเหตุผลที่จะปฏิบัติให้แตกต่างกันระหว่างสามีและภรรยา สำหรับการเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวในบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา หรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์อันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกันระหว่างสามีและภริยา ในกรณีที่จะต้องให้ความสำคัญกับกฎหมายของสามีไม่ว่าจะเป็นสัญชาติ ภูมิลำเนา หรือถิ่นที่อยู่ก็ตาม

อย่างไรก็ตามแม้ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์อันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกันระหว่างสามีและภริยา แต่ก็มีประเด็นให้ต้องพิจารณาต่อไปว่ามีเหตุผลอันสมควรหรือความจำเป็นใดหรือไม่ที่ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกัน โดยข้อพิจารณาที่มักได้รับการยกเว้นคือ การปฏิบัติต่อบุคคลซึ่งมีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดความเหลื่อมล้ำหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ สำหรับงานวิจัยนี้ จึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่า มีเหตุผลใดหรือไม่ซึ่งสามารถอธิบายการเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยว หรือการเลือกระเบิดจุดที่ตั้งของความสัมพันธ์ในครอบครัวที่สามีหรือบิดา

สำหรับหลักความเสมอภากระหว่างสามีและภริยา ข้อยกเว้นที่มักนำมาอ้างกล่าวอ้างเพื่ออธิบายความชอบธรรมของการปฏิบัติที่แตกต่างระหว่างสามีภริยา คือ เหตุผลเรื่องเอกภาพของ

ครอบครัว ในกฎหมายไทยข้อกล่าวอ้างดังกล่าวเคยปรากฏในแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 ในการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติชื้อบุคคลซึ่งในอดีตบังคับให้หญิงที่สมรสแล้วต้องใช้นามสกุลสามีเท่านั้น โดยในคำวินิจฉัยดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญไม่รับฟังข้ออ้างที่ว่า การเลือกปฏิบัติดังกล่าวมีเหตุผลทางสังคมที่ว่า “เพื่อความเป็นเอกภาพและความสงบสุขของครอบครัว”

หากพิจารณาข้อกล่าวอ้างดังกล่าวในบริบทของบทบัญญัติกฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนั้น ก็ไม่ได้มีความจำเป็นที่จะต้องเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวที่จุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวข้องกับบุคคล (Personal connecting factor) ของสามีเนื่องจากการสำรวจบทบัญญัติกฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในปัจจุบันพบว่ากฎหมายขัดกันของประเทศส่วนใหญ่เลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวอื่นสำหรับความสัมพันธ์ในครอบครัว (Schuz, 2019) ดังนั้นการที่กฎหมายกำหนดให้ใช้กฎหมายสัญชาติของสามีในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสหรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่ได้มีความจำเป็น ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน

เป็นที่ยอมรับกันในปัจจุบันว่ากฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นมากกว่ากฎหมายเชิงเทคนิคที่ปราศจากข้อพิจารณาในทางสารบัญญัติเข้ามาเจือปน แต่ประกอบขึ้นจากแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังการกำหนดจุดที่ตั้งของนิติสัมพันธ์ โดยในส่วนของกฎหมายขัดกันที่เกี่ยวกับครอบครัวก็ปฏิเสธไม่ได้ว่ามีผลจากรูปแบบโครงสร้างของสถาบันทางสังคมที่ได้รับการยอมรับในประเทศหนึ่ง ๆ เช่น การกำหนดจุดที่ตั้งระหว่างความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสซึ่งมีคู่กรณีอย่างน้อยสองคนให้อยู่ที่สามี การกำหนดให้จุดที่ตั้งระหว่างความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีคู่กรณีอย่างน้อยสามคนเป็นไปตามกฎหมายของบิดา การกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวเฉพาะตัว (Personal connecting factor) ของสามีหรือบิดาไม่ว่าจะเป็นสัญชาติหรือภูมิลำเนาที่มีผลมาจากแนวคิดโครงสร้างของสถาบันครอบครัวที่เป็นลำดับขั้นและสามีถูกจัดวางให้เป็นศูนย์กลางของสถาบันครอบครัว การเลือกใช้กฎหมายของสามีหรือบิดาตามแนวคิดที่ว่าฝ่ายชายเป็นหัวหน้าครอบครัวและมีบทบาทภาระหน้าที่ในครอบครัวแตกต่างไปจากฝ่ายหญิง ย่อมแสดงให้เห็นถึงการเลือกให้ความสำคัญของสามีหรือบิดาเหนือภริยาหรือมารดา การเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวลักษณะดังกล่าวในอดีตเป็นผลมาจากแนวคิดแบบการรวมศูนย์อยู่ที่ผู้ชายซึ่งเป็นแนวคิดหรือระบบคุณค่าที่ฝังรากอยู่ในระบบคิดของสังคมและสะท้อนออกมาในกฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัวโดยสะท้อนออกมาในบทบัญญัติบรรพ 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวอย่างเช่น มาตรา 1454 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งใช้บังคับในช่วงปี พ.ศ. 2478- 2519 บัญญัติอย่างชัดเจนว่าให้สามีเป็นหัวหน้าครอบครัว และสำหรับกฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายก็แสดงออกในจุดเกาะเกี่ยว มาตรา 21 22 และ 30 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481

การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายขัดกันขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศโดยอาศัยเหตุผลเรื่องแนวคิด ระบบคุณค่าที่อยู่เบื้องหลังการบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเป็นแนวทางการให้เหตุผลที่ปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญของทั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐอิตาลี สำหรับศาลรัฐธรรมนูญไทยจากการสำรวจคำวินิจฉัยของที่เกี่ยวข้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเท่าที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน ยังไม่เคยปรากฏว่ามีกรณีวินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายใดขัดต่อหลักการดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญโดยอาศัยเหตุผลว่าระบบคุณค่าที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติกฎหมายขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ แต่จะต้องเป็นกรณีซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ปฏิบัติแตกต่างกันและส่งผลให้บุคคลเสียไปซึ่งสิทธิบางประการอย่างเป็นรูปธรรมด้วยเหตุแห่งเพศ ตัวอย่างเช่น กรณีคำวินิจฉัยที่ 37/2546 วันที่ 9 ตุลาคม 2546 เรื่อง กระบวนการได้มาซึ่งสัญชาติไทยของคู่สมรสชาวต่างชาติ ที่กฎหมายพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 บัญญัติไว้แตกต่างกันระหว่างชายและหญิง โดยมาตรา 9 ให้สิทธิแก่หญิงต่างด้าวซึ่งสมรสกับชายไทยซึ่งประสงค์จะได้สัญชาติไทย สามารถยื่นคำขอสัญชาติจากรัฐมนตรีได้แต่ไม่ได้บัญญัติให้ชายต่างด้าวที่สมรสกับหญิงไทยมีสิทธิในลักษณะเดียวกัน ชายต่างด้าวที่ประสงค์จะได้สัญชาติไทยจะต้องขอแปลงชาติ โดยผู้ขอแปลงชาติจะต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 10 และ 11 โดยกระบวนการขอแปลงสัญชาติจะซับซ้อนกว่าการขอมีสัญชาติไทยของหญิงต่างด้าว หรืออาจเรียกได้ว่าเป็น “สิทธิด้านสัญชาติแก่คู่สมรส” (มาลี พฤษพงษ์ศาวลี, 2552, หน้า 42) โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เนื่องจากเป็น “มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและความมั่นคงของประเทศ” โดยไม่ได้นำเหตุผลเรื่องอคติต่อหญิงที่แฝงอยู่เบื้องหลังการตรากฎหมายมาประกอบการพิจารณา แต่คงพิจารณาเพียงแค่ว่า คู่สมรสชาวต่างชาติที่เป็นชาย ยังคงมีช่องทางที่จะได้มาซึ่งสัญชาติไทยหรือไม่เท่านั้น ถึงแม้กระบวนการได้มาซึ่งสัญชาติไทยของคู่สมรสที่เป็นชายจะมีเงื่อนไขที่มากกว่าคู่สมรสชาวต่างชาติที่เป็นหญิงก็ตาม ต่อประเด็นดังกล่าว อารีวรรณ จตุทอง และสุภา พงศ์หลอพิศิษฐ์ (2555, หน้า 157) เห็นว่าประเด็นเรื่องการขอแปลงสัญชาติของคู่สมรสที่เป็นคนต่างด้าวของหญิงหรือชายสัญชาติไทย พบว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยเหตุแห่งเพศ ด้วยความเห็นที่ว่า “ผู้หญิงไทยจะเป็นผู้ชักนำชายผู้คิดร้ายต่อแผ่นดินเข้ามาในประเทศ ทำให้เป็นอันตรายต่อประเทศไทย ซึ่งเป็นการชี้ให้เห็นอคติต่อการใช้วิจรรย์ญาณการเลือกคู่สมรสของหญิงไทยและอคติทางเพศชายเป็นใหญ่ที่ทำให้ชายไทยสามารถควบคุมหญิงต่างด้าวไม่ให้เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐได้ซึ่งเป็นความไม่เสมอภาคระหว่างเพศที่เกิดจากกฎหมายต่อหญิงสัญชาติไทย”

แนวทางการให้เหตุผลแบบดั้งเดิมซึ่งไม่ได้นำแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังการตรากฎหมายมาประกอบการพิจารณาอาจไม่สามารถปรับใช้ได้กับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวโดยสภาพแล้วไม่ได้

บัญญัติสิทธิหน้าที่ของบุคคลโดยตรง การปรับแนวทางการให้เหตุผลจึงมีความจำเป็นในบริบทของกฎหมายขัดกัน ทั้งนี้ผู้วิจัยเห็นว่าการนำแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังการตรากฎหมายมาประกอบการให้เหตุผลจะอีกก้าวหนึ่งที่สำคัญของการผลักดันแนวคิดเรื่องหลักความเสมอภาคระหว่างเพศผ่านการยอมรับและตีแผ่อคติทางเพศที่ยังคงแฝงอยู่ในกฎหมาย

ทั้งนี้หากพิจารณาในบริบทของการแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับแนวคิดเรื่องความเสมอภาคระหว่างเพศในอดีตที่ผ่านมากลับมีการให้ความสำคัญกับวิถีคิดหรืออคติที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายมากกว่า โดยการแก้ไขกฎหมายไม่ได้ถูกจำกัดเฉพาะกรณีที่ส่งผลเป็นการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สิทธิเพิ่มเติมแก่หญิงเสมอไป ตัวอย่างเช่น การแก้ไขกฎหมายไทยว่าด้วยสัญชาติ โดยพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 โดยการให้บุตรที่เกิดมาสามารถได้สัญชาติไทยตามหลักสืบสายโลหิตตามมารดาได้ในลักษณะเดียวกันกับบิดานั้น ก็ไม่ได้ทำให้หญิงที่มีบุตรได้สิทธิหรือได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเพิ่มเติมแต่อย่างใด แต่เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวกลับอ้างอิงถึง “หลักการเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย” อย่างชัดเจน นอกจากนี้การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) หนึ่งในสาระสำคัญของการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวคือ จากเดิมที่หญิงอยู่ฐานะผู้เสียหายโดยมีชายเป็นผู้กระทำความผิดต่อหญิงได้เท่านั้น เป็นการกำหนดให้ทั้งชายและหญิงสามารถอยู่ในฐานะผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายได้อย่างเสมอหน้ากัน จะเห็นได้ว่าการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวเป็นการสร้างฐานความผิดเพิ่มเติมจากที่ไม่เคยมีมาก่อนให้แก่หญิง แต่ในเหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวระบุอย่างชัดเจนว่าเพื่อให้เป็นการ “สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ” ปฏิเสธไม่ได้ว่าการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวเกิดจากความต้องการขจัดอคติทางเพศซึ่งแฝงอยู่ในบทบัญญัติกฎหมาย

นอกจากนี้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในโดยเฉพาะกฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัวให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศในประเทศหนึ่ง ๆ ในลักษณะเดียวกันกับการแก้ไขกฎหมายภายในโดยเฉพาะอย่างยิ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 เมื่อพ.ศ. 2519 ซึ่งได้ยกเลิกบทบัญญัติที่ใช้มาตั้งแต่ปีพ.ศ. 2478 ที่ให้อำนาจแก่สามีในฐานะหัวหน้าครอบครัวในด้านต่าง ๆ ก็เปลี่ยนให้ทั้งบิดาและมารดาต่างมีอำนาจปกครองบุตรโดยเท่าเทียมกัน เป็นต้น โดยการแก้ไขกฎหมายลักษณะดังกล่าวประกอบกับการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) แสดงถึงความเข้มข้นของการให้คุณค่าและความสำคัญแก่หลักความเสมอภาคระหว่างเพศที่มากขึ้นแล้วในปัจจุบัน จนทำให้ในหลายประเทศยอมรับให้นำกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเข้ามาอยู่ในปริมนทลของการตรวจความสอดคล้องกับหลักการดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญได้ โดยเหตุผลดังกล่าวปรากฏในการให้เหตุผลของคำวินิจฉัยของศาล

รัฐธรรมนูญอิตาลีในปี ค.ศ. 1987 นอกจากนี้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัวที่เปลี่ยนแปลงไปและหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตามรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นเป็นปกติในหลายประเทศ สำหรับประเทศในทวีปเอเชีย ตัวอย่าง เช่น ประเทศญี่ปุ่น เกาหลีใต้และ ไต้หวัน โดย Kim (1992, p. 34) เห็นว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นในปีค.ศ. 1990 น่าจะเป็นแรงผลักดันให้การแก้ไขกฎหมายในประเทศไทยด้วย นอกเหนือจากไต้หวันและเกาหลีใต้ เนื่องจากประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศที่ยังคงใช้บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตามแนวเยอรมันในอดีต

มาตรา 21 22 และ 30 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 นั้นได้ถูกร่างขึ้นและใช้บังคับมาเป็นเวลานาน ไม่ได้ถูกปรับแก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพสังคมและค่านิยมหลักแห่งยุคสมัย ผู้วิจัยเห็นว่า สมควรยกเลิกการใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีหรือบิดาสำหรับความสัมพันธ์ในครอบครัว โดยปรับเปลี่ยนไปใช้จุดเกาะเกี่ยวที่เป็นกลางทางเพศ ทั้งนี้ นอกเหนือจากการให้คุณค่ากับความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงซึ่งเป็นประเด็นหลักของงานวิจัยนี้ การรับรองความเสมอภาคในบริบทความหลากหลายทางเพศก็เป็นประเด็นที่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยควรจะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้อง เนื่องจากข้อกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติสามีหรือสัญชาติบิดานั้น จะมีปัญหาการปรับใช้กับกรณีคู่สมรสเป็นบุคคลเพศกำเนิดเดียวกัน โดยในกรณีการสมรสระหว่างชายสองคนก็จะไม่สามารถระบุได้ว่าจะต้องใช้กฎหมายสัญชาติของใคร ส่วนในกรณีการสมรสระหว่างหญิงสองคนก็จะไม่อาจจะระบุกฎหมายที่ใช้บังคับได้ ดังนั้นการบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวควรต้องพิจารณาให้สามารถปรับใช้ได้กับการสมรสระหว่างบุคคลเพศกำเนิดเดียวกันรวมถึงในกรณีที่บุตรมีบิดาสองคนโดยไม่มีมารดา หรือมีมารดาสองคนโดยไม่มีบิดาได้ด้วย ซึ่งเป็นรูปแบบของสถาบันครอบครัวซึ่งกฎหมายของหลายประเทศในโลกได้ให้การรับรองแล้วในปัจจุบัน การจัดการกับนิติสัมพันธ์รูปแบบดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่ระบบกฎหมายไทยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้แล้วในยุคปัจจุบัน ทั้งนี้ การเลือกใช้คำศัพท์ที่ใช้บัญญัติจุดเกาะเกี่ยวควรเลือกคำที่เป็นกลางทางเพศเทียบเคียงคำว่า “parents” ในภาษาอังกฤษ กล่าวคือ ทดแทนคำว่า “บิดา มารดา” โดยไม่ต้องระบุอัตลักษณ์ทางเพศ เช่นคำว่า “บุพการี” โดยกำหนดนิยามเฉพาะว่าให้หมายความเฉพาะบุพการีชั้นบิดามารดาเท่านั้นไม่รวมขั้นปู่ย่า ตายาย ทวด ฯลฯ หรือเลือกบัญญัติศัพท์คำอื่นที่มีความหมายเทียบเคียงเพื่อให้สามารถนำจุดเกาะเกี่ยวที่บัญญัติขึ้นใหม่นั้นไปปรับใช้ในบริบทของการที่บุคคลอาจเลือกบ่งบอกถึงอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่อยู่ในระบบเพศขั้วตรงข้ามชาย-หญิง (Non-binary) ได้อีกด้วย

ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษางานวิจัยนี้มีข้อเสนอแนะว่า

1) ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายควรนำข้อพิจารณาเรื่องระบบคุณค่าที่อยู่เบื้องหลังการตรากฎหมายขัดกันมาประกอบการพิจารณาอันเนื่องมาจากลักษณะเฉพาะของกฎหมายดังกล่าว สำหรับกรณีมาตรา 21 22 และ 30 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวมีผลจากรูปแบบโครงสร้างของสถาบันครอบครัวในยุคสมัยดังกล่าวซึ่งแนวคิดเรื่องความมีอำนาจเหนือกว่าของเพศชายในสถาบันครอบครัวเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป การปรับแนวทางการให้เหตุผลถือเป็นการผลักดันแนวคิดเรื่องหลักความเสมอภาคระหว่างเพศผ่านการยอมรับและตีแผ่อคติทางเพศที่ยังคงแฝงอยู่ในกฎหมาย

2) กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในมาตรา 21 22 และ 30 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขโดยเปลี่ยนไปใช้จุดเกาะเกี่ยวที่เป็นกลางทางเพศ รวมถึงเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่สามารถใช้บังคับได้ในบริบทของการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันอีกด้วย

บรรณานุกรม

- Ancel, B. (1988). Cour constitutionnelle d'Italie.-25 novembre 1987. *Revue critique de droit international privé*, 77(4), 710-718.
- Ballarino, T., & Bonomi, A. (2000). The Italian Statute on Private International Law of 1995. *Yearbook of Private International Law*, 4, 99-131.
- Bucher, A. (1993). L'ordre public et le but social des lois en droit international privé (Volume 239). In *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*: Brill.
- Bucher, A. (2000). La famille en droit international privé (Volume 283). In *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*: Brill.
- C. Pyles, M. (1991). Tort and Related Obligations in Private International Law (Volume 227). In *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*: Brill.
- Campos, J. D. G. (2000). Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international Privé (Volume 287). In *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*: Brill.
- Campos, J. D. G. (2003). The Spanish Constitution and Private International Law. *The Spanish Yearbook of International Law*, 9(1), 1-26.
- Dogauchi, M. (2008). Historical Development of Japanese Private International Law. In J. Basedow, H. Baum, & Y. Nishitani (Eds.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Dolinger, J. (2000). Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts (Volume 283). In *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*: Brill.
- Fallon, M. (2008). La loi belge de droit international privé, pour un bicentenaire. In *Travaux du Comité français de droit international privé année 2004-2006* (Vol. 17, pp. 89-132). Paris: Editions Pedone.
- Foyer, J. (1985). Problèmes de conflits de lois en matière de filiation (Volume 193). In *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*: Brill.

- Herzog, P. E. (1992). Constitutional Limits on Choice of Law (Volume 234). In *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*: Brill.
- Hofmann, R. (1994). Human Rights and the Ordre Public Clause of German Private International Law. *Tel Aviv University Studies in Law*, 12, 145-155.
- Ibarrola, J. S., & Bhatia, G. (2016). Gender Discrimination. In R. Grote, F. Lachenmann, R. Wolfrum, & M. Mantovani (Eds.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*: Oxford University Press.
- Jacquet, J.-M. (2001). La fonction supranationale de la règle de conflit de lois (Volume 292). In *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*: Brill.
- Jayme, E. (1995). Identité culturelle et intégration: le droit international Privé Postmoderne (Volume 251). In *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*: Brill.
- Kahn-Freund, O. (1968). Delictual Liability and the Conflict of Laws (Volume 124). In *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*: Brill.
- Kim, C. (1992). New Japanese Private International Law: The 1990 Horei. *The American journal of comparative law*, 40(1), 1-35.
- Kinsch, P. (2005). Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé (Volume 318). In *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*: Brill.
- Labrusse, C. (1974). Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne (1re Ch.)- 4 mai 1971. *Revue critique de droit international privé*, 63(1), 57-75.
- Loussouarn, Y. (1981). La règle de conflit est-elle une règle neutre ? *Travaux du Comité français de droit international privé*, 3, 43-68.
- Mayer, P., & Heuzé, V. (2014). *Droit international privé* (11 ed.). Paris: LGDJ-Lextenso.
- Meeusen, J. (2012). Le droit international privé et le principe de non-discrimination (Volume 353). In *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*: Brill.
- Nadelmann, K. H. (1969). Mancini's Nationality Rule and Non-Unified Legal Systems Nationality versus Domicile. *The American journal of comparative law*, 17(3), 418-451. doi:10.2307/839220

- Nakano, S. (1990). Zur Reform des japanishchen Internationalen Familienrechts. *Kobe University Law Review*, 63(24), 63-78.
- Pivavatnapanich, P. (2021). *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.
- Raape, L. (1934). Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé (Volume 50). In *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*: Brill.
- Schuz, R. (2019). Choice of law in relation to matrimonial property in the 21st century. *Journal of Private International Law*, 15(1), 1-49.
- Sialelli, J.-B. (1967). Problèmes actuels de responsabilité délictuelle. In *Travaux du Comité français de droit international privé* (pp. 53-81).
- Spyridon, V. (2017). Quelques réflexions sur l'influence des droits fondamentaux en droit international privé. *Revue internationale de droit comparé*, 69(1), 47-64.
- Suk, K.-H. (2001). New Conflict of Laws Act of the Republic of Korea. *Journal of Korean Law*, 1(2), 197-223.
- Symeonides, S. C. (2017). Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism General Course on Private International Law (Volume 384). In *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*: Brill.
- Valladão, H. (1962). Conséquences de la différence de nationalité ou de domicile des époux sur les effets et la dissolution du mariage (Volume 105). In *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*: Brill.
- กฤตติกา ยูวณะเตมีย์ และ ณีฎพล สกุลเมฆา. (2564). สิทธิของประชาชนในการร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญกรณีที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพจากการใช้อำนาจรัฐ : ศึกษาระบบกฎหมายของประเทศสเปนและเยอรมนี. *วารสารกฎหมายปกครอง*, 33(2), 50-67.
- กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส. (2564). *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1 : การขัดกันแห่งกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- คณิง ฤไชย. (2555). *คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

- จงจิตต์ โศภนคณาภรณ์. (2561). *สังคมวิทยาสตรี* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- จันทร์เพ็ญ อมรเลิศวิทย์. (2564). *การจัดระเบียบทางสังคม* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2563). *กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2548). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ. (2549). *กำเนิดและความเป็นมาของสิทธิมนุษยชน*. กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ.
- ธีระ สุธีวรางกูร. (2563). *รายงานการวิจัย ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้บังคับ*. กรุงเทพฯ: คณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2562). *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2561). *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปวริศร เลิศธรรมเทวี. (2563). *รายงานการศึกษาวินิจฉัยเรื่อง องค์การวินิจัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบในกลุ่มประเทศอาเซียน*. กรุงเทพฯ: กลุ่มงานวิจัยและพัฒนารัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.
- ปัทมา สุปกำบัง. (2562). *ระบบและกลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า.
- มานิตย์ จุมปา. (2555). *คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) เล่ม 1* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- มาลี พุกษ์พงศาวิลี. (2552). *สิทธิความเป็นคนของผู้หญิง พันธกรณีระหว่างประเทศ กฎหมายและข้อถกเถียง* (พิมพ์ครั้งที่ 2): สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.
- มาลี พุกษ์พงศาวิลี. (2557). *ย้อนรอยสิทธิความเป็นคนของผู้หญิง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2550). *รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยและผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2564). *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย.
- วารุณี ภูริสินสิทธิ์. (2553). เพศสภาพ. ใน คณาจารย์ภาควิชาสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, *แนวความคิดพื้นฐานทางสังคมและวัฒนธรรม* (หน้า 235-244). เชียงใหม่: ภาควิชาสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.
- วิจิตร วิเชียรชม. (2564). *การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญกับองค์การควบคุม*. กรุงเทพฯ: สถาบันสัญญาธรรมศักดิ์เพื่อประชาธิปไตย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วิระดา สมสวัสดิ์. (2549). *นิติศาสตร์แนวสตรีนิยม*. เชียงใหม่: ศูนย์สตรีศึกษา คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.
- สายหยุด แสงอุทัย. (2482). *การขัดกันแห่งกฎหมาย : หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481* เรียงมาตรา โรงพิมพ์สยามพาณิชย์การ.
- อภิรดี กิตติสิทโธ. (2563). *ปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 : กรณีศึกษาพระราชกฤษฎีกา*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.
- อรรัมภา ไวยมุขี. (2560). ปัญหาการคุ้มครองคู่สัญญาที่อ่อนแอกว่าในหลักกฎหมายขัดกันไทย. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร*, 10(1), 63-77.
- อารีวรรณ จตุทอง และสุภา พงศ์หลอพิศิษฐ์. (2555). *กฎหมายที่ทำให้ผู้หญิงไม่ได้รับสิทธิอย่างเท่าเทียม*. กรุงเทพฯ: โครงการสุขภาวะผู้หญิง มูลนิธิผู้หญิง.