



ชื่อเรื่อง: คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 18776/2561 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2887/2563
(การขัดกันแห่งกฎหมายกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันซึ่งเกิดขึ้นในต่างประเทศ)

ชื่อผู้แต่ง: นิติ จันจิระสกุล

การอ้างอิงที่แนะนำ: นิติ จันจิระสกุล, 'คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 18776/2561 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2887/2563 (การขัดกันแห่งกฎหมายกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันซึ่งเกิดขึ้นในต่างประเทศ)' (2565) 1 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 182.

ผู้สนับสนุนหลัก

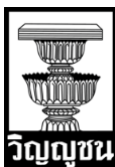
CHANDLER MHM

**SATYAPON
& PARTNERS**
THAILAND Intellectual Property Law Firm



Tax and Legal Counsellors
Seri Manop & Doyle

ผู้สนับสนุนร่วม




SAIJO DENKI

WEERAWONG C&P
WEERAWONG, CHINNAVAT & PARTNERS LTD.

CSBC
LAW OFFICES
www.csbc-law.com

โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง

เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2169 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th



ฎีกาวิเคราะห์

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 18776/2561 และคำพิพากษา
ศาลฎีกาที่ 2887/2563
(การขัดกันแห่งกฎหมายกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล
ที่มีเพศเดียวกันซึ่งเกิดขึ้นในต่างประเทศ)*

Appeal Court Judgment No. 18776/2561 and
Supreme Court Judgment No. 2887/2563
(Conflict of Laws and Foreign Same-sex
Relationships)

นิติ จันจิระสกุล

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย

Niti Janjirasakul

Lecturer, School of Law, University of the Thai Chamber of Commerce

* งานเขียนชิ้นนี้เป็นส่วนหนึ่งของดัชนีพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ในหัวข้อ “การใช้กฎหมายต่างประเทศโดยการขัดกันแห่งกฎหมาย”.

ความเบื้องต้น

นับตั้งแต่โลกเข้าสู่คริสต์ศตวรรษที่ 21 การก่อตั้งความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน¹ เป็นประเด็นที่มีพัฒนาการและข้อถกเถียงอย่างเป็นพลวัต แต่ละประเทศต่างกำหนดรูปแบบความสัมพันธ์ที่เหมาะสมสอดคล้องกับลักษณะการใช้ชีวิตของคนในสังคมตนเอง มีประเทศมากมายที่รับรองสิทธิเสรีภาพในการสมรส บางประเทศอนุญาตในลักษณะของการจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิต (civil partnership)² ขณะเดียวกัน ก็มีประเทศที่ปฏิเสธเรื่องดังกล่าวถึงขนาดกำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นความผิดอาญา³ ปัญหาเกิดขึ้นเมื่อกลุ่มบุคคลที่มีเพศเดียวกันก่อตั้งความสัมพันธ์ในประเทศหนึ่งก่อนจะเดินทางไปอาศัยอยู่ในประเทศที่กำหนดสถานะความสัมพันธ์ไว้ต่ำกว่าหรือไม่ยอมรับเลย และต้องการให้ประเทศเหล่านั้นรับรองความสัมพันธ์ทางกฎหมายของตน การที่จะรับรองความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันที่เกิดขึ้นในต่างประเทศได้ จึงจำเป็นจะต้องมีการใช้กฎหมายต่างประเทศภายใต้การขัดกันแห่งกฎหมาย (application of foreign law under conflict of laws) ซึ่งศาลไทยเคยมีคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 18776/2561 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2887/2563 วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวมาแล้ว อย่างไรก็ตาม ศาลไทยในคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 18776/2561 ได้วินิจฉัยคดีโดยยอมรับฐานะหุ้นส่วนชีวิตที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ขณะที่ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2887/2563 ศาลกลับปฏิเสธสถานะคู่สมรสทั้งที่บุคคลดังกล่าวจดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมายต่างประเทศ (ซึ่งเป็นประเทศเดียวกับในคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 18776/2561 อีกด้วย)

การที่ผลลัพธ์ของคำพิพากษาทั้งสองเรื่องแตกต่างกัน ทั้งที่ทั้งสองคดีล้วนเป็นการปรับใช้การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน เป็นผลมาจากนิติวิธีที่มีลักษณะเฉพาะตัวของการขัดกันแห่งกฎหมาย งานเขียนชิ้นนี้เกิดขึ้นด้วยความมุ่งหมายในการสร้างความชัดเจน โดยการอธิบายนิติวิธีที่ศาลไทยใช้ในคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 18776/2561 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2887/2563⁴ ในการนี้ ผู้เขียนจะได้ (1) สรุปคำพิพากษาทั้งสองโดยสังเขป

¹ ผู้เขียนเลือกใช้คำว่า “ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน” (same-sex relationships) โดยอ้างอิงจากเพศโดยกำเนิดของมนุษย์เพื่อให้สอดคล้องกับประเด็นในการวิเคราะห์ของงานเขียนฉบับนี้ ผู้เขียนตระหนักดีถึงความสำคัญในเชิงสังคมของ “บุคคลที่มีเพศหลากหลาย” (LGBTQ+) และไม่ได้ละเลยหรือปฏิเสธมุมมองดังกล่าวแต่อย่างใด.

² หุ้นส่วนชีวิต หรือคู่ชีวิต (civil unions) เป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดจากการอนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันจดทะเบียนความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่ใกล้เคียงกับการสมรสได้ อนึ่ง สิทธิของหุ้นส่วนชีวิตขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละประเทศ เช่น ประเทศเยอรมนีในอดีตเคยให้สิทธิหุ้นส่วนชีวิตในลักษณะเดียวกับคู่สมรส ยกเว้นสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมและสิทธิทางภาษี.

³ โปรดดู ข้อมูลรายชื่อประเทศและดินแดนที่รับรองความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (ทั้งในรูปแบบของการสมรสและหุ้นส่วนชีวิต) จาก ‘Same-sex marriage’ (Wikipedia) <https://en.wikipedia.org/wiki/Same-sex_marriage> accessed 5 February 2022; และโปรดดู ข้อมูลรายชื่อประเทศและดินแดนที่บัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน จาก ‘Map of Countries that Criminalise LGBT People’ (Human Dignity Trust) <<https://www.humandignitytrust.org/lgbt-the-law/map-of-criminalisation/>> accessed 5 February 2022.

⁴ สำหรับผู้ที่สนใจการศึกษาเกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน เป็นการเฉพาะ โปรดดู รัชนิกร ลาภวนิชชา พรหมศักดิ์, ‘การรับรองการสมรสของคนเพศเดียวกันที่กระทำในต่างประเทศ’ (2562) 48 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 310, 310–327; และ รัชนิกร ลาภวนิชชา พรหมศักดิ์, ‘จุดเกาะเกี่ยว



ก่อนที่จะทำการวิเคราะห์คำพิพากษาในเรื่อง (2) ความแตกต่างของผลลัพธ์ในคำพิพากษาทั้งสอง และ (3) การปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการขัดกันแห่งกฎหมาย ต่อไป

1. คำพิพากษาโดยสังเขป

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 18776/2561 เป็นคดีที่ผู้ร้องขอให้ศาลไทยวินิจฉัยคำร้องขอจัดการมรดกของผู้ร้องซึ่งเป็นชายสัญชาติไทย จดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตกับผู้ตายซึ่งเป็นชายสัญชาติอังกฤษที่สถานเอกอัครราชทูตสหราชอาณาจักร ณ กรุงเทพมหานคร สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ผู้ตายมีภูมิลำเนาอยู่ที่อังกฤษ เสียชีวิตที่สหรัฐอเมริกาโดยไม่ได้ทำพินัยกรรมไว้ มีทรัพย์สินมรดกที่เป็นเงินจำนวนหนึ่งอยู่ในประเทศไทย คดีมีปัญหาต้องวินิจฉัยว่า ผู้ร้องมีสิทธิยื่นคำร้องขอจัดการมรดกในฐานะหุ้นส่วนชีวิตของผู้ตายหรือไม่ ศาลอุทธรณ์ (โดยมติที่ประชุมใหญ่) เห็นว่า การพิจารณาประเด็นแห่งคดีจะต้องใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 (ในงานเขียนขึ้นนี้ขอเรียกว่า “พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย”) และฟังข้อเท็จจริงว่าผู้ร้องและผู้ตายจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตกันถูกต้องตามเงื่อนไขของ Civil Partnership Act 2004 ของอังกฤษ⁵ ผู้ร้องจึงเป็นผู้มีสิทธิในมรดกของผู้ตายตาม Administration of Estates Act 1925 ซึ่งเป็นกฎหมายอังกฤษเช่นกัน

ทั้งนี้ ศาลอุทธรณ์เห็นว่า การให้หุ้นส่วนชีวิตมีสิทธิในทรัพย์สินมรดกของผู้ตายเป็นการให้สิทธิเท่าเทียมกันแก่บุคคลเพศเดียวกันที่จะใช้ชีวิตร่วมกันโดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความแตกต่างทางเพศกำเนิดตามหลักการของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights : UDHR) ซึ่งไทยเป็นภาคี และตามมาตรา 4 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560⁶ จึงไม่ใช่กรณีที่ขัดหรือแย้งต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทยตามมาตรา 5 พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย⁷

ของ Civil Partnership และการสมรสกับรัฐที่รับจดทะเบียน : หลักถิ่นที่อยู่’ ใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช (บรรณาธิการ) สานฝัน 60 ปี อาจารย์แหวว (โรงพิมพ์เดือนตุลา 2563) 243–261.

⁵ Civil Partnership Act 2004 Section 3

“Eligibility

(1) Two people are not eligible to register as civil partners of each other if—

(a) they are not of the same sex,

(b) either of them is already a civil partner or lawfully married,

(c) either of them is under 16, or

(d) they are within prohibited degrees of relationship.

...”.

⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 4

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน”.

⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 5

“ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย”.

ศาลอุทธรณ์จึงใช้มาตรา 38 พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย⁸ เพื่อนำ Section 46 (1)(i) Administration of Estates Act 1925⁹ อันเป็นกฎหมายตามภูมิลำเนาของผู้ตายมาใช้ ซึ่งตามกฎหมายดังกล่าว หุ้นส่วนชีวิตมีสิทธิในทรัพย์สินมรดกของผู้ตายโดยไม่มีเงื่อนไข

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2887/2563 เกี่ยวกับการลงโทษจำเลยในความผิดฐานลักทรัพย์ของโจทก์ คดีมีปัญหาต้องวินิจฉัยว่า การที่โจทก์กับจำเลยซึ่งเป็นหญิงสัญชาติไทยทั้งคู่ ได้จดทะเบียนสมรสกันที่ประเทศอังกฤษ ทำให้ทั้งสองเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 1459 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁰ ส่งผลให้จำเลยจะได้รับยกเว้นโทษตาม มาตรา 71 ประมวลกฎหมายอาญา¹¹ หรือไม่

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า แม้ว่ามาตรา 1459 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะให้สิทธิการสมรสในต่างประเทศระหว่างคนที่มีสัญชาติไทยด้วยกันจะทำตามแบบที่กำหนดไว้ในกฎหมายไทยหรือกฎหมายแห่งประเทศที่สมรสกันก็ได้ และมาตรา 20 พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายจะรับรองการสมรสที่ทำถูกต้องตามแบบแห่งกฎหมายของประเทศที่ทำการสมรสย่อมเป็นอันสมบูรณ์¹² แต่มาตรา 19 พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายได้กำหนดให้เงื่อนไข

⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 38

“ในส่วนที่เกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ มรดกโดยสิทธิโดยธรรม หรือโดยพินัยกรรม ให้เป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของเจ้ามรดกในขณะที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย”.

⁹ Administration of Estates Act 1925 Section 46

“Succession to real and personal estate on intestacy

(1) The residuary estate of an intestate shall be distributed in the manner or be held on the trusts mentioned in this section, namely:—

(i) If the intestate leaves a spouse or civil partner, then in accordance with the following table:

(1) If the intestate leaves no issue: the residuary estate shall be held in trust for the surviving spouse or civil partner absolutely.

(2) If the intestate leaves issue: (A) the surviving spouse or **civil partner** (เน้นโดยผู้เขียน) shall take the personal chattels absolutely;

...”.

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1459

“การสมรสในต่างประเทศระหว่างคนที่มีสัญชาติไทยด้วยกัน หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย จะทำตามแบบที่กำหนดไว้ตามกฎหมายไทยหรือกฎหมายแห่งประเทศนั้นก็ใช้ได้

...”.

¹¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71

“ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรคแรก และมาตรา 341 ถึงมาตรา 364 นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามีภริยากระทำต่อภริยา หรือภริยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ

...”.

¹² พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 20

“การสมรสซึ่งได้ทำถูกต้องตามแบบที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแห่งประเทศที่ทำการสมรสนั้น ย่อมเป็นอันสมบูรณ์ การสมรสระหว่างคนในบังคับสยาม หรือคนในบังคับสยามกับคนต่างด้าวซึ่งได้ทำในต่างประเทศโดยถูกต้องตามแบบที่กฎหมายสยามกำหนดไว้ ย่อมเป็นอันสมบูรณ์”.



แห่งการสมรสเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของคู่กรณีแต่ละฝ่าย¹³ เมื่อโจทก์และจำเลยเป็นผู้มีสัญชาติไทย การพิจารณาถึงความสมบูรณ์แห่งการสมรสต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หมวด 2 เรื่องเงื่อนไขแห่งการสมรส การที่มาตรา 1448 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว” แสดงว่าการสมรสจะสมบูรณ์ต่อเมื่อคู่สมรสเป็นชายและหญิง เมื่อคู่ความต่างก็เป็นหญิง การสมรสจึงไม่ต้องด้วยเงื่อนไขตามกฎหมายไทย โจทก์และจำเลยไม่มีสถานะเป็นสามีภริยาตามกฎหมาย กรณีจึงไม่ต้องด้วยเหตุยกเว้นโทษตามมาตรา 71 ประมวลกฎหมายอาญา

กล่าวโดยสรุป คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 18776/2561 เกี่ยวข้องกับการปรับใช้การขัดกันแห่งกฎหมายโดยนำกฎหมายอังกฤษมาใช้พิจารณาสถานะหุ้นส่วนชีวิตที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ซึ่งในคดีนี้ ศาลไทยพิพากษาในทางที่เป็นคุณกับผู้ร้อง ในทางกลับกัน คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2887/2563 เกี่ยวกับการปรับใช้การขัดกันแห่งกฎหมายโดยนำกฎหมายอังกฤษมาใช้พิจารณาสถานะคู่สมรสของบุคคลเพศเดียวกันที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ แต่ผลของคำพิพากษากลับเป็นไปในทางปฏิเสธ

2. ความแตกต่างของผลลัพธ์ในคำพิพากษาทั้งสอง

ประเด็นแรกที่ผู้เขียนจะได้นำเสนอคือ เหตุใดคำพิพากษาทั้งสองจึงปรากฏผลลัพธ์ที่แตกต่างกันในเมื่อศาลไทยล้วนพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันที่เกิดขึ้นตามกฎหมายอังกฤษทั้งสองคดี

คำตอบของคำถามข้างต้นขึ้นอยู่กับ “การตั้งประเด็นแห่งคดี” (matter in issue) บทบาทของการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นเพียงเครื่องมือที่นำทางศาลไปยังการใช้กฎหมายของประเทศที่ใกล้ชิดกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายของหลายประเทศพร้อมกันเท่านั้น การใช้กฎหมายต่างประเทศภายใต้การขัดกันแห่งกฎหมายจึงเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงเฉพาะของแต่ละคดี (case-by-case basis)¹⁴ ในการนำทางดังกล่าว การขัดกันแห่งกฎหมายจะกำหนดจุดเกาะเกี่ยว (connecting factors) ทำหน้าที่ป้ายบอกทางสำหรับนิติสัมพันธ์แต่ละประเภทขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและนิตินโยบายในการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวของแต่ละประเทศเอง ดังนั้น ก่อนที่จะพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวได้ ศาลไทยจึงจะต้องประเมินเสียก่อนว่า ข้อเท็จจริงที่ตนกำลังพิจารณาตรงกับนิติสัมพันธ์ในเรื่องใด ในทางวิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเรียกนิติวิธีดังกล่าวว่า “การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง” (characterization)¹⁵

¹³ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 19

“เงื่อนไขแห่งการสมรส ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของคู่กรณีแต่ละฝ่าย”.

¹⁴ I Zajtay, ‘The Application of Foreign Law’ in K Lipstein (ed) *International Encyclopedia of Comparative Law* (Vol III, Martinus Nijhoff 1994) 3.

¹⁵ การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (characterization) คือนิติวิธีของการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งทำหน้าที่ในการสรุปว่าข้อเท็จจริงที่ศาลกำลังพิจารณาตรงกับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายคนละเรื่องกัน หากศาลไม่สามารถสรุปนิติสัมพันธ์ได้แล้ว ย่อมจะทำให้ศาลเลือกกฎหมายตามจุดเกาะเกี่ยวผิดหรือเลือกกฎหมายไม่ตรงกับนิติสัมพันธ์ที่แท้จริงได้; โปรเตดู RA Pascal, ‘Characterization as an Approach to the Conflict of Laws’ (1940) 4 *Louisiana Law Review* 715, 715–728.

ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2887/2563 จำเลยขอให้ศาลพิจารณาสถานะคู่สมรสระหว่างตนกับโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลเพศเดียวกันที่เกิดขึ้นที่อังกฤษ ประเด็นแห่งคดีจึงเป็นเรื่อง “การสมรส” ตามกฎหมายครอบครัว ซึ่ง พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกำหนดจุดเกาะเกี่ยวไว้ 2 เรื่อง คือ เงื่อนไขแห่งการสมรส ตามมาตรา 19 และแบบแห่งการสมรส ตามมาตรา 20

“แบบแห่งการสมรส” (form) เป็นเรื่องแบบพิธีทางกฎหมายที่แต่ละประเทศกำหนดขึ้นเพื่อรับรองการก่อตั้งครอบครัวโดยการสมรส จุดเกาะเกี่ยวในเรื่องแบบตามมาตรา 20 ได้กำหนดให้พิจารณาตาม “กฎหมายของสถานที่ที่สมรส” (*lex loci celebrationis*)¹⁶ ขณะที่ในเรื่อง “เงื่อนไขแห่งการสมรส” (conditions) มีความหมายถึงการที่คุณสมบัติของตัวคู่สมรสอาจส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของการสมรสในทางใดทางหนึ่ง คุณสมบัติดังกล่าวอาจเป็นเรื่องอายุ ความสมัครใจ การมีคู่สมรสอยู่ก่อนแล้ว (สมรสซ้อน) ตลอดจนเรื่องเพศของคู่สมรส¹⁷ เมื่อประเด็นที่ต้องพิจารณาคือเรื่องเพศของคู่สมรส ศาลไทยในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2887/2563 จึงให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องเงื่อนไขแห่งการสมรส ก่อนจะเลือกกฎหมายตามมาตรา 19 พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี จุดเกาะเกี่ยวตามมาตราดังกล่าวกำหนดให้ศาลไทยปรับใช้ “กฎหมายตามสัญชาติของคู่กรณี” (*lex patriae*) ในการใช้กฎหมายบังคับกับเรื่องเงื่อนไขแห่งการสมรส จึงขึ้นอยู่กับว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายถือสัญชาติของประเทศที่กฎหมายยอมรับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันหรือไม่ นำเสียดายที่คดีนี้ โจทก์และจำเลยต่างมีสัญชาติไทยทั้งคู่ มาตรา 19 จึงไม่ได้ นำทางให้ศาลไทยไปใช้กฎหมายอังกฤษ แต่นำทางกลับไปยังการปรับใช้กฎหมายไทย ซึ่งเงื่อนไขแห่งการสมรสตามมาตรา 1448 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ยอมรับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน¹⁸ แม้ว่าทั้งสองจะสมรสกันถูกต้องตามกฎหมายของประเทศอังกฤษก็ตาม

ในทางตรงกันข้าม ศาลไทยในคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 18776/2561 กลับพิจารณาคดีโดยรับรู้อาณัติของส่วนชีวิตระหว่างผู้ร้องกับผู้ตายที่เกิดขึ้นตามกฎหมายอังกฤษ ทั้งที่หากศาลให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยตีความเทียบเคียง (analogy interpretation) สถานะหุ้นส่วนชีวิตกับคู่สมรส และเลือกกฎหมายโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องเงื่อนไขการสมรสตามมาตรา 19 พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ผลลัพธ์แห่งคดีก็ควรจะมีลักษณะเช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2887/2563 หรือหากศาลตีความโดยเคร่งครัด (*stricto sensu*) การที่สถานะหุ้นส่วนชีวิต

¹⁶ ดู K Lipstien, ‘Marriage Form Lex loci celebrationis Invalidity Common Law Marriage Sphere of Application’ (1963) 21 Cambridge Law Journal 50, 50–53.

¹⁷ กิตติวัฒน์ จันทรแจ่มใส, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล* (เล่ม 1 : การขัดกันแห่งกฎหมาย, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2564) 427.

¹⁸ เมื่อ พ.ศ. 2555 เคยเกิดเหตุการณ์ที่สำนักทะเบียนอำเภอเมืองเชียงใหม่ปฏิเสธคำร้องขอจดทะเบียนสมรสระหว่างชายสัญชาติไทยด้วยกัน นายทะเบียนพิจารณาแล้วเห็นว่าคุณสมบัติของผู้ร้องซึ่งเป็นฝ่ายชายทั้งคู่ไม่สามารถจดทะเบียนสมรสให้ได้ เนื่องจากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย ที่กำหนดว่า การจดทะเบียนสมรสจะทำได้ต่อเมื่อฝ่ายหนึ่งเป็นชาย ฝ่ายหนึ่งเป็นหญิง ตามมาตรา 1448 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์; โปรดดู ‘ตั้งไขร่าง พ.ร.บ. คู่ชีวิต ทดแทนการจดทะเบียนสมรส’ (iLaw) <<http://ilaw.or.th/node/1821>> สืบค้นเมื่อ 5 กุมภาพันธ์ 2565.



เป็นนิติสัมพันธ์ที่ไม่มีอยู่ในระบบกฎหมายไทย (non-existence)¹⁹ ย่อมทำให้ศาลไทยไม่สามารถให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงได้ และไม่มีจุดเกาะเกี่ยวที่จะทำให้ศาลไทยเลือกกฎหมายโดยอาศัย พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายได้ตั้งแต่นั้น²⁰

ในความเป็นจริงแล้ว คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 18776/2561 ไม่ได้ตั้งประเด็นแห่งคดีเพื่อให้ศาลรับรองสถานะหุ้นส่วนชีวิตที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ สิ่งที่ยุ้ร้องขอให้ศาลพิจารณารับรองคือ “สิทธิในการเป็นผู้จัดการมรดกสังหาริมทรัพย์” ของหุ้นส่วนชีวิตที่จดทะเบียนตามกฎหมายอังกฤษ เมื่อผู้ร้องตั้งประเด็นในลักษณะดังกล่าว ศาลไทยจึงไม่ได้ให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในเรื่องเงื่อนไขการสมรส แต่ไปพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องทรัพย์สินมรดกที่เป็นสังหาริมทรัพย์ตาม มาตรา 38 พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายแทน ซึ่งกำหนดจุดเกาะเกี่ยวให้ศาลไทยพิจารณานิติสัมพันธ์ตามกฎหมายของประเทศที่เจ้ามรดกมีภูมิลำเนา (*lex domicilii*) เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าเจ้ามรดกมีภูมิลำเนาอยู่ที่อังกฤษ ศาลจึงเลือกใช้กฎหมายอังกฤษ (Administrative of Estate Act 1925) บังคับกับนิติสัมพันธ์ในคดีนี้

¹⁹ เมื่อเดือนธันวาคม พ.ศ. 2561 คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบในหลักการของร่างพระราชบัญญัติชีวิต พ.ศ. และได้มีมติเห็นชอบร่างกฎหมายซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาแล้วเมื่อวันที่ 8 กรกฎาคม 2563 ให้เสนอร่างดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของรัฐสภาเพื่อดำเนินการทางนิติบัญญัติต่อไป รายละเอียดปรากฏตามหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0503/ว(ล) 2093 ลงวันที่ 10 กรกฎาคม 2563 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติชีวิต พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่..) พ.ศ. อย่างไรก็ตาม ขณะที่ยังอยู่ในขั้นตอนการพิจารณา (พ.ศ. 2565) ไม่ปรากฏข้อมูลการพิจารณาร่างกฎหมายดังกล่าวในเว็บไซต์รัฐสภาไทยแต่อย่างใด; โปรดดู ‘การพิจารณากฎหมาย/พระราชบัญญัติ’ (ฐานข้อมูลทางวิชาการและกฎหมายของส่วนราชการสังกัดรัฐสภา) <https://lis.parliament.go.th/law/statute_all.php?show=3&offset_3=5> สืบค้นเมื่อ 24 กุมภาพันธ์ 2565;

อนึ่ง กฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันกลับเข้าสู่กระบวนการนิติบัญญัติอีกครั้ง เมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2565 ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่..) พ.ศ. แก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้เกิดความเท่าเทียมในการสมรสกับบุคคลทุกเพศ; โปรดดู ‘บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่..) พ.ศ.’ (ฐานข้อมูลทางวิชาการและกฎหมายของส่วนราชการสังกัดรัฐสภา) <https://www.parliament.go.th/section77/manage/files/file_20200702151354_1_94.pdf> สืบค้นเมื่อ 24 กุมภาพันธ์ 2565; กระนั้น ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรได้มีมติอนุมัติให้คณะรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไปพิจารณาก่อนรับหลักการ โดยให้รอการพิจารณาไว้ภายในกำหนด 60 วัน รายละเอียดปรากฏตาม ‘บันทึกการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 25 ปีที่ 3 ครั้งที่ 30 (สมัยสามัญประจำปีครั้งที่สอง) วันพุธที่ 9 กุมภาพันธ์ พุทธศักราช 2565 ณ ห้องประชุมสภาผู้แทนราษฎร อาคารรัฐสภา’ <https://msbis.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_report/main_warehouse_dll.php> สืบค้นเมื่อ 24 กุมภาพันธ์ 2565.

²⁰ ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายไม่ควรถูกตีความโดยเคร่งครัด เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการขัดกันแห่งกฎหมาย คือ การนำทางศาลไปยังการใช้กฎหมายต่างประเทศเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่กิจกรรมข้ามพรมแดนของเอกชน (smooth operation of law) โดยนัยดังกล่าว การขัดกันแห่งกฎหมายจึงตั้งอยู่บนสมมติฐานว่าศาลที่พิจารณาคดีจะต้องพบเจอกับกฎหมายที่ศาลไม่คุ้นเคยหรือไม่มีอยู่ในระบบกฎหมายของศาลอยู่แล้ว เมื่อต้องพิจารณานิติสัมพันธ์ที่มีลักษณะดังกล่าว ศาลจึงควรให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยเทียบเคียงกับนิติสัมพันธ์ที่มีการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวใน พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายให้ได้ เพื่อที่จะได้สามารถเลือกกฎหมายได้ตามวัตถุประสงค์ของการขัดกันแห่งกฎหมายต่อไป; สำหรับแนวคิดในเรื่อง smooth operation of law โปรดดู M Jänterä-Jareborg, ‘Foreign Law in National Courts : A Comparative Perspective’ (2003) 304 Collected Courses of the Hague Academy of International Law 185, 215.

เช่นนั้นแล้ว สถานะหุ้นส่วนชีวิตเข้ามาเกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีนี้ได้อย่างไร ดังได้นำเสนอมาแล้วว่าประเด็นแห่งคดีของผู้ร้องคือ สิทธิในการเป็นผู้จัดการมรดกสังหาริมทรัพย์ของหุ้นส่วนชีวิตที่จดทะเบียนตามกฎหมายอังกฤษ ในความหมายดังกล่าว การเป็นหุ้นส่วนชีวิตจึงเป็นเงื่อนไขบังคับก่อน (precedent condition) สำหรับการเป็นบุคคลที่มีสิทธิขอเป็นผู้จัดการมรดกนั่นเอง นิติสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวจำเป็นต้องอ้างอิงนิติสัมพันธ์เรื่องอื่นที่เกิดขึ้นก่อนหน้า ส่งผลให้ศาลไม่มีทางเลือกนอกจากจะต้องพิจารณาปัญหาความสัมพันธ์เรื่องที่เกิดขึ้นก่อนหน้า (สถานะคู่ชีวิต) รวมไปถึงการพิจารณานิติสัมพันธ์ที่เป็นประเด็นแห่งคดี (สิทธิในการเป็นผู้จัดการมรดกสังหาริมทรัพย์) ด้วยในบริบทของการขัดกันแห่งกฎหมายเรียกวิธีการในลักษณะนี้ว่า “การวินิจฉัยปัญหาล่วงหน้า” (incidental question) ซึ่งถูกนำมาใช้อธิบายสถานการณ์ที่นิติสัมพันธ์ทั้งสองเรื่อง (นิติสัมพันธ์หลักและนิติสัมพันธ์รอง) กำหนดจุดเกาะเกี่ยวไว้แตกต่างกัน โดยศาลที่พิจารณาคดีจำเป็นต้องเลือกกฎหมายตามประเด็นแห่งคดีที่คู่ความตั้งไว้²¹ หากจะยกตัวอย่างให้เข้าใจได้ง่าย ขอให้ท่านผู้อ่านนึกถึงเรื่องการหย่า (ground for divorce) แม้ว่าคู่ความจะตั้งประเด็นแห่งคดีโดยขอให้ศาลพิจารณาเหตุหย่า แต่การจะหย่าขาดจากกันได้ คู่ความจำเป็นต้องมีสถานะเป็นคู่สมรสกันถูกต้องตามกฎหมายเสียก่อน ส่งผลให้แม้ว่าศาลจะเลือกกฎหมายตามจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องเหตุหย่า ศาลที่พิจารณาคดีก็จำเป็นต้องได้ความว่าคู่กรณีมีสถานะเป็นคู่สมรสกันจริง²²

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 18776/2561 ก็เช่นกัน “สถานะหุ้นส่วนชีวิตตาม Civil Partnership Act 2004” เป็นเงื่อนไขของ “การเป็นผู้จัดการมรดกตาม Administrative of Estate Act 1925” ศาลไทยจึงจำเป็นต้องวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับสถานะหุ้นส่วนชีวิตอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ การพิจารณาดังกล่าวจึงไม่ได้เกิดจากการเลือกกฎหมายตามจุดเกาะเกี่ยวแต่เป็นผลมาจากการวินิจฉัยปัญหาล่วงหน้า และหากจะกล่าวถึงที่สุดแล้ว ศาลไทยในคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 18776/2561 ไม่ได้ใช้กฎหมายต่างประเทศเพื่อ “รับรอง” (recognition) สถานะหุ้นส่วนชีวิตโดยตรง เป็นแต่เพียงการ “รับรู้” (awareness) ความเป็นหุ้นส่วนชีวิตของผู้ร้องกับเจ้ามรดก เพื่อเติมเต็มเงื่อนไขในการเป็นผู้จัดการมรดกซึ่งเป็นประเด็นแห่งคดีนั่นเอง

แม้จะสมเหตุสมผลในทางหลักการ คำพิพากษาทั้งสองฉบับข้างต้นต่างก็เป็นตัวอย่างชั้นดีที่สะท้อนให้วงการนิติศาสตร์ไทยได้เห็นความสลับซับซ้อนของการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งประกอบไปด้วยนิติวิธีที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรมากมาย ในบรรดาวิธีการเหล่านั้น หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นเรื่องที่มักถูกหยิบยกขึ้นมาถกเถียงอยู่เสมอ ขณะเดียวกันก็ส่งผลกระทบต่อการใช้กฎหมายต่างประเทศภายใต้การขัดกันแห่งกฎหมายเพื่อรับรองความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันโดยตรง

²¹ LC Piñeiro and A Bonomi, ‘Incidental (Preliminary) Question’ in J Basedow et al (eds) *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2017) 912–924.

²² *Christiansen v Christiansen*, 2011 WY 90 253 P.3d 153.



3. การปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการขัดกันแห่งกฎหมาย

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 18776/2561 ศาลไทยได้ใช้กฎหมายต่างประเทศรับรู้สถานะหุ้นส่วนชีวิต ขณะเดียวกัน ศาลก็ได้อ้างอิง มาตรา 4 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมาเป็นฐานในการอธิบายการปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public policy doctrine) ตามมาตรา 5 พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย เหตุใดศาลไทยจึงต้องหยิบยกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมาประกอบการอธิบายหลักดังกล่าว การที่จะวิเคราะห์การปรับใช้หลักดังกล่าวในกรณีนี้ได้ ผู้เขียนจำเป็นต้องกล่าวถึงข้อความคิดเกี่ยวกับหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในบริบทการขัดกันแห่งกฎหมายเสียก่อน

หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นข้อจำกัดทั่วไป (general limitation) ในการใช้กฎหมายต่างประเทศภายใต้การขัดกันแห่งกฎหมาย²³ เนื่องจากการใช้กฎหมายต่างประเทศเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากลักษณะข้อเท็จจริงและประเด็นข้อพิพาทของแต่ละคดี ศาลไทยจึงอาจต้องเผชิญหน้ากับกฎหมายที่มีวิธีการปรับใช้แตกต่างจากระบบกฎหมายของไทยอย่างมีนัยสำคัญ (manifestly incompatible) ในการใช้กฎหมายต่างประเทศดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของชาติ ระบบการเมืองการปกครอง ระบบเศรษฐกิจ ตลอดจนความเชื่อทางศาสนาและวัฒนธรรม ซึ่งมีลักษณะเป็นคุณค่าร่วมกันของคนในประเทศ (common values)²⁴ จึงมีความจำเป็นต้องมีช่องทางให้ศาลไทยสามารถประเมินและจำกัดผลกระทบจากการใช้กฎหมายต่างประเทศในแต่ละคดีได้²⁵ หากการใช้กฎหมายต่างประเทศในเรื่องใดส่งผลกระทบต่อคุณค่าร่วมกันของประเทศไทย ศาลไทยก็สามารถหยิบยกหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนมาปฏิเสธการใช้กฎหมายต่างประเทศ และนำกฎหมายไทยมาใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์แทน กล่าวอีกนัยหนึ่ง การปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการขัดกันแห่งกฎหมายจะเกิดขึ้นเมื่อ “มีการใช้กฎหมายต่างประเทศ” และ “กฎหมาย

²³ I Thoma, ‘Public Policy (Ordre Public)’ in J Basedow et al (eds) *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2017) 1453.

²⁴ EG Lorenzen, ‘Territoriality, Public Policy and Conflict of Laws’ (1923–1924) 33 *Yale Law Journal* 736, 736–751.

²⁵ การเหมารวมให้กฎหมายต่างประเทศที่มีเนื้อหาเดียวกันขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนทุกครั้ง เป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน สิ่งหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนมุ่งจำกัดไม่ใช่ “ตัวกฎหมายต่างประเทศ” (foreign law per se) แต่เป็น “ผลกระทบจากการใช้กฎหมายต่างประเทศ” (effect from application of foreign law) ซึ่งเป็นเรื่องเฉพาะคดีที่เกิดขึ้นจากการนำทางของ พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย การใช้การตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงควรจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานประเด็นแห่งคดีที่มีลักษณะเฉพาะตัวแตกต่างกันไป ไม่ใช่เหมารวมกฎหมายต่างประเทศทุกเรื่องที่ไม่อยู่ในระบบกฎหมายไทยเป็นสิ่งที่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน; ทั้งนี้ โปรดดูข้อความคิดของหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการขัดกันแห่งกฎหมาย ใน P Lagarde, ‘Public Policy’ in K Lipstein (ed) *International Encyclopedia of Comparative Law* (Vol III, Martinus Nijhoff 1994) 21.

ต่างประเทศที่ศาลต้องใช้ส่งผลกระทบต่อคุณค่าร่วมกันของประเทศเจ้าของศาล” ทำให้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2887/2563 ซึ่งไม่ได้มีการใช้กฎหมายต่างประเทศ ศาลจึงไม่มีความจำเป็นต้องหยิบยกหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นมาใช้ประกอบการพิจารณาคดีนั่นเอง

เช่นนั้นแล้ว หลักความสงบเรียบร้อยในการขัดกันแห่งกฎหมายมีความหมายเพียงใด คำถามนี้อาจไม่มีคำตอบที่ถูกต้องตายตัวนัก รูปลักษณะของหลักดังกล่าวมีความเป็นนามธรรม (abstract character) เพื่อให้ศาลสามารถตอบได้ความหลากหลายของกฎหมายต่างประเทศที่ศาลอาจได้พบเจอ²⁶ และปรับปรุงเนื้อหาของหลักดังกล่าวให้สอดคล้องกับสถานการณ์หรือสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงตามกาลเวลาโดยไม่ต้องแก้ไขกฎหมายกันอยู่ตลอด²⁷ การปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการขัดกันแห่งกฎหมายจึงเป็นนิติวิธีที่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจ (discretion) ของศาลที่พิจารณาคดีจะตีความคุณค่าร่วมกันของคนในประเทศอย่างไร ทำให้ในการปรับใช้ จำเป็นต้องอาศัยคำพิพากษาศาลในการค่อย ๆ สร้างแนวทางการตีความคุณค่าร่วมกันดังกล่าวขึ้นมา²⁸

ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นนิติสัมพันธ์ที่ไม่มีอยู่ในระบบกฎหมายไทย จึงเป็นธรรมดาอยู่เองที่จะเกิดคำถามว่าการใช้กฎหมายต่างประเทศในกรณีนี้จะกระทบต่อคุณค่าร่วมกันของประเทศไทยหรือไม่ ในเบื้องต้น แหล่งที่มาซึ่งช่วยให้เราสามารถค้นพบคุณค่าร่วมกันของคนในประเทศได้ คงจะไม่มีอะไรเด่นชัดไปกว่ารัฐธรรมนูญอันเป็นแบบแผนที่รวบรวมคุณค่าพื้นฐานของรัฐ ตลอดจนกฎหมายระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐเจ้าของศาลที่พิจารณาคดี²⁹ ดังนั้น การที่ศาลไทยในคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 18776/2561 หยิบยกหลักความเสมอภาค (principle of equality) และหลักการไม่เลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างทางเพศ (sexual discrimination) ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมาใช้เป็นฐานในการอธิบายคุณค่าร่วมกันของประเทศไทยและตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในคดีนี้ จึงไม่ใช่เรื่องที่ผิดแผกไปจากนิติวิธีของการขัดกันแห่งกฎหมายแต่อย่างใด³⁰ แม้ว่าในมุมมองของผู้เขียน การอ้างอิงกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International

²⁶ K Murphy, ‘The Traditional View of Public Policy and *Ordre Public* in Private International Law’ (1981) 11 Georgia Journal of International and Comparative Law 591, 591.

²⁷ J Blom, ‘Public Policy in Private International Law and Its Evolution in Time’ (2003) 50 Netherlands International Law Review 373, 383–398.

²⁸ G Husserl, ‘Public Policy and *Ordre Public*’ (1938) 25 Virginia Law Review 37, 37–67.

²⁹ A Mill, ‘The Dimensions of Public Policy in Private International Law’ (2008) 4 Journal of Private International Law 201, 207–208.

³⁰ อนึ่ง เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2564 ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 20/2564 มีมติเป็นเอกฉันท์ว่า การที่มาตรา 1448 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้การสมรสเป็นสิทธิของชายและหญิง ไม่ครอบคลุมไปถึงกลุ่มบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ไม่ใช่นิยามที่มีบทบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยมีข้อเสนอว่ารัฐสภา คณะรัฐมนตรี และหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ดำเนินการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิและหน้าที่ของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศอย่างเหมาะสมต่อไป ในความเห็นของผู้เขียน คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวย่อมส่งผลเปลี่ยนแปลงทัศนคติของศาลไทยที่มีต่อหลักความเสมอภาคและหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ตลอดจนการปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่เปลี่ยนแปลงความเห็นในคำวินิจฉัยที่ 20/2564 หรือมีการบัญญัติกฎหมายไทยเพื่อรับรองความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน.



Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) ในประเด็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน³¹ จะมีน้ำหนักมากกว่าปฏิกิริยาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งไม่ได้มีสถานะเป็นสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ³²

ในแง่หนึ่ง ความไม่ชัดเจนในการปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนเกิดจากลักษณะที่เป็นนามธรรมของหลักดังกล่าวเอง แต่ขณะเดียวกัน วงการนิติศาสตร์ไทยก็ขาดองค์ความรู้ที่เป็นรูปธรรมในเรื่องนี้ ผู้เขียนพบว่าศาลไทยไม่มีตัวอย่างคดี³³ และชุดคำอธิบายที่เพียงพอต่อการสร้างแนวทางในการจำแนกการปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยในการขัดกันแห่งกฎหมาย ออกจากการปรับใช้ในบริบทของกฎหมายแพ่ง (ซึ่งทำหน้าที่จำกัดหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของเอกชน)³⁴ ตลอดจนไม่มีแนวทางในการพิจารณาผลกระทบจากการใช้กฎหมายต่างประเทศ³⁵ การที่จะมีตัวอย่างคดีมากพอต่อการสร้างแนวทางของหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการขัดกันแห่งกฎหมายได้ก็อาจจะต้องรอให้ศาลไทยพบเจอกับอุปสรรคในการใช้การตีความหลักดังกล่าวต่อไปเรื่อย ๆ ซึ่งจะไม่ใช่สถานะที่ควรเกิดขึ้นกับวงการนิติศาสตร์ ในความเห็นของผู้เขียน การบัญญัติกรอบแนวทาง (framework) การใช้การตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนไว้ใน พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย เท่าที่ไม่ทำลายความยืดหยุ่นในการใช้ดุลพินิจของศาล จะเป็นวิธีการแก้ปัญหาที่มีประสิทธิภาพและรวดเร็วกว่า

ความส่งท้าย

การขัดกันแห่งกฎหมายเป็นเครื่องมือพิเศษที่นำทางศาลไปยังการใช้กฎหมายต่างประเทศ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและประเด็นเฉพาะในแต่ละคดี (case-by-case basis) อันเป็นเหตุผลสำคัญที่ทำ

³¹ โปรดดู คำวินิจฉัยของคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติเกี่ยวกับการตีความพันธกรณีตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ในคดีระหว่าง *Toonen v Australia*, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

³² แม้จะไม่มีสถานะเป็นสนธิสัญญา แต่ปัจจุบัน ปฏิกิริยาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้รับการยอมรับในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ; โปรดดู H Hannum, 'The Status of Universal Declaration of Human Rights in National and International Law' (1995/1996) 25 Georgia Journal of International and Comparative Law 287, 287-397.

³³ นับตั้งแต่ประกาศใช้ พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ผู้เขียนพบว่า ศาลไทยเคยใช้และตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนเพียง 3 ครั้งเท่านั้น ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1583/2511 (ข้อตกลงในสัญญาให้ใช้กฎหมายเดนมาร์กในเรื่องอายุความ) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2524 (การสมรสระหว่างชายอายุ 10 ปีกับหญิงอายุ 12 ปีที่ประเทศจีน) และคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 18776/2561.

³⁴ โปรดดู แนวคิดของศาลฝรั่งเศสในการจำแนก “หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในกฎหมายแพ่ง” (*ordre public interne*) กับ “หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการขัดกันแห่งกฎหมาย” (*ordre public international*) ใน G Husserl (เชิงอรรถ 28) 38.

³⁵ โปรดดู แนวคิดของเยอรมันในการประเมินความเกี่ยวข้องระหว่างข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นแห่งคดีกับคุณค่าพื้นฐานของรัฐเจ้าของศาล (*Inlandsbeziehung*) และแนวคิดของฝรั่งเศสในการการลดทอนผลกระทบจากการใช้กฎหมายต่างประเทศ (*effet atténué*) ใน F Mosconi, 'Exception to the Operation of Choice of Law Rules' (1989) 217 Collected Courses of the Hague Academy of International Law 13, 88-89.

ให้คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 18776/2561 ปรากฏผลลัพธ์ที่แตกต่างจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2887/2563 แม้ว่าคำพิพากษาทั้งสองจะเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันก็ตาม ขณะเดียวกัน การขัดกันแห่งกฎหมายก็มีนิติวิธีมากมายที่มีลักษณะเฉพาะตัว ทั้งการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง การวินิจฉัยปัญหาล่วงหน้า ตลอดจนหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงเป็นธรรมดาอยู่เองที่ศาลไทยจะไม่คุ้นเคยกับสิ่งดังกล่าว และส่งผลให้การให้เหตุผลในคำพิพากษาเกิดความไม่ชัดเจนตามมา ในสถานะที่ศาลไทยไม่คุ้นเคยเช่นนี้เอง การปรับปรุงแก้ไข พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (ซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่ พ.ศ. 2481) ให้ทันสมัย ครอบคลุมนิติวิธีที่มีลักษณะเฉพาะตัวเหล่านี้จึงเป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพที่สุดในการแก้ปัญหาไม่ให้เกิดความไม่ชัดเจนในการใช้การตีความกฎหมายดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาทั้งสองฉบับอีก