

สามเรื่องว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทย: สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ ความรับผิดเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดนและการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน\*  
A Trilogy on Thai Conflict of Laws: Electronic Contract, Cross-border Environmental Damage and Same-sex Marriage

นิตติ จันจิระสกุล

Niti Janjirasakul

กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ

Department of Treaties and Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs

อีเมลล์: n.janjirasakul@gmail.com

Email: n.janjirasakul@gmail.com

### บทคัดย่อ

การขัดกันแห่งกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่มีความสัมพันธ์กับพัฒนาการของสังคมอยู่เสมอ ยังมีกิจกรรมของเอกชนที่มีลักษณะข้ามพรมแดน (cross-border activities) มากขึ้นเพียงใด ยิ่งทำให้โอกาสที่นิติสัมพันธ์ในเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์จะเกี่ยวข้องกับกฎหมายของหลายประเทศพร้อมกันมีมากขึ้นเป็นเงาตามตัวสภาพดังกล่าวซับซ้อนบทบาทและความสำคัญของกฎเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมาย รวมทั้งสะท้อนความจำเป็นในการปรับปรุงกฎเกณฑ์ดังกล่าวให้ทันสมัยอยู่เสมอแต่ตลอดระยะเวลา 80 ปีนับแต่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 กฎหมายฉบับนี้ไม่เคยได้รับการปรับปรุงแก้ไขเลยแม้แต่ครั้งเดียวอันเป็นสาเหตุให้กฎหมายไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบันในบทความฉบับนี้ ผู้ศึกษาจึงขอเสนอพัฒนาการทางสังคมที่น่าสนใจ 3 เรื่อง ได้แก่ (1) สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ (electronic contract) (2) ความรับผิดเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน (cross-border environmental damage) และ (3) การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (same-sex marriage) เพื่อประกอบการทบทวนความเหมาะสมของกฎเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมายของไทย

**คำสำคัญ:** พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481, สัญญาอิเล็กทรอนิกส์, ความรับผิดเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน, การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน

### Abstract

Conflict of laws is unarguably associate with social developments, especially when cross-border activities plays a vital role within the scope of civil and commercial law which simultaneously related to numerous foreign laws. It also highlights the importance of conflict of law and the needs for improvement as well. Nevertheless, for the past 80 years since the Act on Conflict of Laws B.E. 2481 (1938) has been in effect, It has never been amended or improved. This article will present three interesting situations in accordance with the suggestion for the revision and improvement of

Thai's Conflict of Laws which is (1) electronic contract (2) cross-border environmental damage and (3) same-sex marriage in order to reviews existing Thai's conflict of laws rule.

**Keyword:** Acts on Conflict of Laws B.E. 2481 (1938), Electronic Contract, Cross - border Environmental Damage, Same - Sex Marriage

### ความนำ: การขัดกันแห่งกฎหมาย ในความสัมพันธ์กับกิจกรรมของเอกชนที่มีลักษณะข้ามพรมแดน

เมื่อเกิดปัญหาเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนในเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์ (civil and commercial matters) ขึ้นในประเทศใดก็จะต้องใช้กฎหมายสารบัญญัติในเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์ของประเทศนั้นบังคับ สภาพดังกล่าวเป็นเรื่องปกติของรัฐอธิปไตยซึ่งมีกฎหมายและเขตอำนาจในการใช้กฎหมายของตนเอง แต่ในการดำเนินกิจกรรมของเอกชนอาจมีข้อเท็จจริงบางเรื่องหรือสถานการณ์บางอย่างซึ่งทำให้นิติสัมพันธ์ของเขาเกี่ยวข้องกับกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของหลายประเทศพร้อมกันไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง แต่ด้วยสภาพสังคมและระบบกฎหมายทำให้ประเทศต่าง ๆ อาจกำหนดกฎหมายในเรื่องเดียวกันด้วยเนื้อหาหรือหลักการนิติวิธีที่ต่างกันไป สถานการณ์ดังกล่าวนำไปสู่คำถามว่า “ในบรรดากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ กฎหมายของประเทศใดเหมาะสมที่จะนำมาใช้บังคับมากที่สุด”

คำถามง่าย ๆ ข้างต้นคือ ภารกิจของ “การขัดกันแห่งกฎหมาย” (Conflict of Laws)<sup>1</sup> ซึ่งผู้ศึกษาขอเรียกว่าเป็นสิ่งลึกลับ (mysterious thing) ในสารบบความคิดของนักกฎหมายไทย จริงอยู่ วิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลอาจเป็นวิชาบังคับในคณะนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัยหลายแห่ง แต่เนื่องจากตลอด 80 ปี ของการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 (ในบทความฉบับนี้ขอเรียกว่า “พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย ขัดกัน”) แทบไม่เคยมีตัวอย่างการใช้และการตีความกฎหมายดังกล่าวโดยศาลฎีกาเลย เท่าที่มีก็เป็นแต่เพียงตัวอย่างการปฏิเสธไม่ใช้การขัดกันแห่งกฎหมาย จึงไม่สามารถบรรยายภาพความคิดของกฎหมายดังกล่าวในมุมมองนิติวิธีของไทยได้เท่าที่ควร ยิ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับกลไกของ พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งไม่ได้กำหนดว่า “กรณีใดบ้างที่ต้องใช้การขัดกันแห่งกฎหมาย” ทำให้การขัดกันแห่งกฎหมายกลายเป็นศาสตร์ที่ถูกลืมนับในระบบกฎหมายไทย

ในความเป็นจริง นักกฎหมายจำเป็นต้องจำแนก “สถานการณ์ปกติ” ที่จะต้องใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์บังคับ และ “สถานการณ์พิเศษ” ที่จะต้องใช้กลไกการขัดกันแห่งกฎหมายเสียก่อน เพื่อที่จะทราบว่าต้องใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศใด เนื่องจากการขัดกันแห่งกฎหมายไม่ได้เป็นกฎหมายที่กำหนดนิติสัมพันธ์ของเอกชนในตัวเอง เป็นแต่เพียงเครื่องมือ (means) ที่ช่วยให้ศาลสามารถตัดสินใจเลือกกฎหมายได้อย่างเหมาะสมการทำความเข้าใจสถานการณ์พิเศษดังกล่าวจึงเป็นสิ่งสำคัญมากในการทำความเข้าใจกลไกของการขัดกันแห่งกฎหมาย สถานการณ์พิเศษดังกล่าวมีสาเหตุมาจากกิจกรรมของเอกชนที่มีลักษณะข้ามพรมแดน (cross-border activities) ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้นิติสัมพันธ์ของเอกชนตกอยู่ภายใต้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของหลายประเทศพร้อมกัน หรือที่ในทางตำรากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเรียกว่า “องค์ประกอบต่างประเทศ” (foreign elements)<sup>2</sup>ในอดีต การที่นิติสัมพันธ์ของเอกชนจะเกิด

<sup>1</sup> Brainerd Currie, “Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws”. *Duke Law Journal*, Vol. 1959, No. 2, 1959, 171 – 181.

<sup>2</sup> รูปแบบขององค์ประกอบต่างประเทศอาจเกิดขึ้นได้ในหลายลักษณะ โดยอาจเกิดจากข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคล เช่น สัญชาติ (nationality) ภูมิลำเนา (domicile) ถิ่นที่อยู่ปกติ (habitual residence) หรืออาจมีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงเชิงสถานที่ เช่น สถานที่ทำการสมรส (place of celebration) สถานที่ทำสัญญา (place of contract) หรือสถานที่เกิดละเมิด (place of tort) ทั้งนี้ การที่นิติสัมพันธ์ในเรื่องทางแพ่ง

องค์ประกอบต่างประเทศมักมีที่มาจาก การเดินทางไปยังต่างประเทศ ไม่ว่าจะเดินทางไปเพื่อตั้งถิ่นฐานใหม่ หรือเดินทางไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าพาณิชย์ในปัจจุบัน กิจกรรมที่มีลักษณะข้ามพรมแดนกลายเป็นเรื่องปกติในกิจกรรมของมนุษย์ ทั้งยังมีรูปแบบที่หลากหลายไม่ได้จำกัดอยู่แต่เพียงกิจกรรมในทางการค้าพาณิชย์อีกต่อไป อาทิ การคมนาคม การท่องเที่ยว รวมถึงการเดินทางไปทำงานยังต่างประเทศ การแพทย์ การศึกษา การเงินและการลงทุน ตลอดจนกิจกรรมเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและพลังงาน

กิจกรรมข้ามพรมแดนของเอกชนที่มีลักษณะข้ามพรมแดนที่หลากหลายและปรากฏให้เห็นได้ชัดแจ้งที่สุดเกิดขึ้นในสหภาพยุโรป (European Union: EU) ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ให้เอกชนที่มีสัญชาติของประเทศสมาชิก EU สามารถเคลื่อนย้ายจากประเทศสมาชิกหนึ่งไปยังประเทศสมาชิกอื่นๆ ได้อย่างเสรี (free movement) เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาเศรษฐกิจและส่งเสริมการลงทุน<sup>4</sup> ด้วยตระหนักถึงโอกาสในการเกิดนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีองค์ประกอบต่างประเทศและความสำคัญของสถานการณ์ดังกล่าว EU จึงได้พัฒนากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของตนเอง และกำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องผูกพันตามกฎหมายที่การขัดกันแห่งกฎหมายเดียวกัน<sup>5</sup>

กิจกรรมข้ามพรมแดนจึงเป็นสาเหตุและปัจจัยสำคัญซึ่งส่งผลกระทบต่อการพัฒนากฎหมายที่การขัดกันแห่งกฎหมายอย่างมีนัยสำคัญ<sup>6</sup> ในขณะที่กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย (กล่าวคือ บุคคล หนี้ ทรัพย์สิน ครอบครัว และมรดก) ทั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป (*lex generalis*) และตามพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ (*lex specialis*) ได้รับการปรับปรุงให้เหมาะสมกับพัฒนาการทางสังคมอยู่เสมอ พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายขัดกันกลับไม่เคยได้รับการปรับปรุงแก้ไขแม้แต่ครั้งเดียวโดยผู้ศึกษาเห็นว่า “จุดเกาะเกี่ยว” (connecting factors) ซึ่งทำหน้าที่เป็นป้ายบอกทาง (sign post) ให้ศาลใช้ในการเลือกกฎหมาย<sup>7</sup> ไม่สามารถนำมาใช้เลือกกฎหมายในกิจกรรมข้าม

---

และพาณิชย์จะเกี่ยวข้องกับกฎหมายของประเทศใด และเกี่ยวข้องกับลักษณะใด เป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป, See also Gerhart Hessel, “The Foreign Fact Element in Conflict of Laws”, *Virginia Law Review*, Vol. 26, No. 3, 1940, 243 – 274.

<sup>3</sup> Rodolfo de Nova, “Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 118, Leiden: Nijhoff, 1966, 441 – 477.

<sup>4</sup> K.J.M. Mortelmans, “The Functioning of the Internal Market: The Freedoms”. in *The Law of the European Union and the European Communities*, P.J.G. Kapteyn et al. (4<sup>th</sup>ed.), Netherland: Kluwer International Law, 2008, 578.

<sup>5</sup> Article 288 Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)ให้อำนาจ EU สามารถกระทำการฝ่ายเดียว (unilateral acts) ภายใต้ขอบอำนาจและวัตถุประสงค์ในการรวมกลุ่มประเทศซึ่งการกระทำแต่ละประเภทมีผลผูกพันทางกฎหมายแตกต่างกันไป ได้แก่ Regulation, Directive, Decision, Recommendation และ Opinion อนึ่ง Regulation มีค่าบังคับเป็นกฎหมายโดยตรงและมีผลแทนที่ (replace) กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกทันทีโดยไม่จำเป็นต้องมีการบัญญัติหรือประกาศใช้กฎหมายใหม่ในลักษณะเดียวกับสนธิสัญญา ปัจจุบัน EU ได้ประกาศใช้ Regulation ในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายแล้ว 3 ฉบับ ได้แก่

(1) Rome I Regulation หรือ 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)

(2) Rome II Regulation หรือ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to noncontractual obligations (Rome II)

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

<sup>6</sup> Pierre Mayer, *Droit International Privé*, Paris: Précis Domat, 1983, 61. อังโน พันธุ์ทิพย์ กาญจนจิตรา, “กฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคลในสถานะที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ”, *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 18 (ฉบับที่ 1), 2533, 109 – 133.

<sup>7</sup> Otto Kahn - Freund, *General Problems of Private International Law*, (2<sup>nd</sup>ed.), Netherland: Sijthoff & Noordhoff, 1980, 6.

พรมแดนได้อย่างเหมาะสม เพื่อพิสูจน์สมมติฐานดังกล่าวผู้ศึกษาขอเสนอสถานการณ์ที่น่าสนใจ 3 เรื่องเพื่อประกอบการทบทวนความเหมาะสมของกฎเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมายของไทยกล่าวคือ

1. การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ (electronic contract)
2. การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน (cross-border environmental damage)
3. การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (same-sex marriage)

## 1. การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Contract)

สัญญาเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนในเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์ที่เกิดขึ้นเยาะที่สุดและมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดองค์ประกอบต่างประเทศมากที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในบริบทของกาประกอบธุรกิจระหว่างประเทศซึ่งรูปแบบการทำสัญญาในปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมอย่างมาก ผู้ศึกษาขอเสนอผลกระทบจากหลักการที่เปลี่ยนแปลงไปในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับสัญญาและปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการนำจุดเกาะเกี่ยวตาม พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย มาใช้กับ “สัญญาอิเล็กทรอนิกส์” (electronic contract)

### 1.1 จาก “สัญญาลายลักษณ์อักษร” มาสู่ “สัญญาอิเล็กทรอนิกส์”

พื้นฐานของการทำสัญญาขึ้นอยู่กับการแสดงเจตนากระหว่างบุคคล ในทางปฏิบัติสัญญามักจัดทำหลักฐานในการแสดงเจตนาที่ต้องตรงกันในรูปเอกสารลายลักษณ์อักษร (paper-based documents) ภายหลังจากพัฒนาการอย่างก้าวกระโดดของเทคโนโลยีสารสนเทศมีการใช้งานอินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือรับ-ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (data message) ผ่านอุปกรณ์สื่อสารซึ่งช่วยอำนวยความสะดวก ลดค่าใช้จ่ายและย่นระยะเวลาในการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลที่อยู่คนละประเทศอันเป็นประโยชน์อย่างมากต่อวงการธุรกิจ นำมาสู่ความนิยมในการใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์แทนสัญญาที่เป็นเอกสารลายลักษณ์อักษรแต่เนื่องจากสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มีลักษณะบางประการที่แตกต่างจากการทำสัญญาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประเทศต่าง ๆ จึงได้ประกาศใช้กฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ในลักษณะกฎหมายเฉพาะ (*lex specialis*) ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์ต่างหากเป็นพิเศษจากกฎหมายแพ่งทั่วไป (*lex generalis*) ประเทศไทยเองก็ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544<sup>๘</sup> เพื่อรองรับลักษณะการทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เช่นกัน

<sup>๘</sup> พระราชบัญญัติธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 (แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2551) มีพื้นฐานมาจากกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. 1996 (UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996) และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. 2001 (UNCITRAL Model Law on Electronic Signature 2001) ซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL)

พระราชบัญญัติธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์มีหลักการพื้นฐาน 2 ประการ คือ หลักความเท่าเทียมในการใช้งาน (functional equivalent approach) ซึ่งรับรองสถานะทางกฎหมายของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ให้เสมือนกับสัญญาที่อยู่ในรูปของเอกสารลายลักษณ์อักษร และหลักความเป็นกลางทางเทคโนโลยี (technology neutrality) ซึ่งรับรองสถานะทางกฎหมายของวิธีการสื่อสารและการรับ-ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ผ่านอุปกรณ์สื่อสารออนไลน์ทุกรูปแบบ เป็นหลักการพื้นฐาน ทั้งนี้ หลักการตามพระราชบัญญัติธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ฯ กำหนดให้นำมาใช้กับนิติสัมพันธ์ในเรื่องทางแพ่งและทางพาณิชย์ อาทิ การซื้อขายสินค้า การให้บริการการชำระเงินโดยสัญญาอาจเกิดจากธุรกรรมระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน (business to business: B2B) หรืออาจเกิดจากธุรกรรมระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บริโภค (business to consumer: B2C) ก็ได้โดยมีแค่เพียงสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ในเรื่องที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดกเท่านั้นที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ฯ

พัฒนาการอย่างก้าวกระโดดของเทคโนโลยีสารสนเทศในปัจจุบันยกระดับรูปแบบการเกิดสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ขึ้นไปอีกขั้น การเกิดสื่อสังคมออนไลน์ (social network) ดังเช่น Facebook และ Twitter ตลอดจนระบบส่งข้อความทันที (instant messenger) อาทิ Line และ WeChat ได้เพิ่มช่องทางการสื่อสารระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทางการเกิด smart phone ยิ่งช่วยสนับสนุนการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต social network และ instant messenger ต่าง ๆ ได้อย่างง่ายดายยิ่งขึ้นการใช้งานเทคโนโลยีสารสนเทศดังกล่าวเปลี่ยนแปลงรูปแบบการทำสัญญาให้ต่างจากเดิมไปอย่างสิ้นเชิง อุปกรณ์ดังกล่าวช่วยสร้างความยืดหยุ่นให้กับกระบวนการทำสัญญา ทำให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันได้ เวลาใดก็ได้ โดยไม่มีข้อจำกัดในเรื่องของเวลา และสถานที่โดยไม่จำเป็นต้องเคยพบหน้าหรือเคยสนทนากัน สภาพดังกล่าวล้วนเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดองค์ประกอบต่างประเทศและนำไปสู่การใช้การขัดกันแห่งกฎหมาย

## 1.2 ปัญหาการใช้การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

กฎเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญามีลักษณะที่พิเศษแตกต่างจากกฎเกณฑ์ในเรื่องอื่น ๆ สืบเนื่องจากกฎหมายสารบัญญัติในเรื่องสัญญาตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา” (principle of party autonomy) ซึ่งเอกชนมีอิสระในการตัดสินใจว่าจะยินยอมผูกพันเข้าเป็นคู่สัญญากับบุคคลใด ตลอดจนมีอิสระเต็มที่ในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา รวมถึงสามารถตกลงกันเองได้ว่าต้องการให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับกับสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ หรือที่เรียกกันว่า “ข้อตกลงเลือกกฎหมาย” (choice-of-law clause)<sup>10</sup> ข้อตกลงดังกล่าวยังช่วยให้คู่สัญญาคาดการณ์ได้ล่วงหน้าเมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจะต้องใช้กฎหมายของประเทศใด ซึ่งเป็นหลักประกันที่ช่วยสร้างความมั่นใจและความแน่นอนในการใช้กฎหมาย (legal certainty) เพื่อระงับข้อพิพาทในวงการค้าระหว่างประเทศ<sup>11</sup> จุดเกาะเกี่ยวในเรื่องสัญญาของประเทศต่าง ๆ จึงมักกำหนดให้ศาลเคารพการแสดงเจตนาดังกล่าว และเลือกใช้กฎหมายของประเทศที่คู่สัญญาตกลงกัน (lex voluntatis) ในฐานะจุดเกาะเกี่ยวหลัก อย่างไรก็ตามในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันเลือกกฎหมาย (absence of choice) กลไกการขัดกันแห่งกฎหมายก็จำเป็นต้องกำหนดจุดเกาะเกี่ยวอื่น ๆ ไว้เพื่อไม่ให้เกิดช่องว่างในการเลือกกฎหมาย (vacuum juris)

สำหรับกรณีของไทย มาตรา 13 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย กำหนดจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องสาระสำคัญและผลของสัญญาเอาไว้ 3 ประเภท ได้แก่ “กฎหมายตามเจตนาของคู่สัญญา” (lex voluntatis) “กฎหมายตามสัญชาติของคู่สัญญา” (lex patriae) และ “กฎหมายของสถานที่ทำสัญญา” (lex loci contractus)<sup>12</sup> ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้อนุญาตให้ศาล

---

โปรดดู มาตรา 3 พระราชบัญญัติธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ประกอบมาตรา 4 พระราชกฤษฎีกากำหนดธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้ในกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549

<sup>9</sup> ศูนย์กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร สำนักกฎหมาย สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร, สัญญาต้องเป็นสัญญา: การก่อให้เกิดสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ และการคุ้มครองผู้บริโภคในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ ประเด็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2559, 82.

<sup>10</sup> Robert Johnston, “Party Autonomy in Contracts Specifying Foreign Law”, *William & Mary Law Review*, Volume 7, Issue 1, 1966, 37 – 60.

<sup>11</sup> Peter Hay, “Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law: Reflections on Current European and United States Conflicts Law”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 226, Leiden: Nijhoff, 1991.

<sup>12</sup> มาตรา 13 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

“ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม่อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับ ก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น

สามารถเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวได้ตามอำเภอใจ ศาลจะเลือกกฎหมายโดยอาศัยวิธีการใดจะต้องพิจารณาจากสัญญาแต่ละฉบับว่ามีข้อตกลงเลือกกฎหมายหรือไม่และจะต้องพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวตามลำดับ (priority) เท่านั้น

### 1.2.1 การใช้ “กฎหมายตามเจตนาของคู่สัญญา” ในเรื่องสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

มาตรา 13 วรรคแรก พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย กำหนดให้ศาลเลือกกฎหมายโดยใช้ “กฎหมายตามเจตนาของคู่สัญญา” (*lex voluntatis*) ไม่ว่าเจตนาดังกล่าวจะปรากฏอย่างชัดแจ้งหรือเพียงแต่ศาลอาจหยั่งทราบความต้องการเลือกกฎหมายได้โดยพิจารณาจากเจตนาของคู่สัญญา

จุดเกาะเกี่ยวในเรื่องสัญญาของไทยออกแบบมาโดยมีหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเป็นหัวใจ<sup>13</sup> แต่หากพิจารณาจากถ้อยคำของบทบัญญัติซึ่งใช้คำว่า “... ในกรณีที่ไม้อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้...” ย่อมมีความหมายโดยนัยว่า หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในกฎหมายไทยไม่ได้ใช้บังคับเฉพาะกรณีที่มีข้อตกลงเลือกกฎหมาย (choice-of-law clause) หากแต่ขยายไปถึงกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเลือกกฎหมาย (absence of choice) ปรากฏอยู่ในสัญญา ศาลก็สามารถใช้ดุลยพินิจเพื่อค้นหาเจตนาโดยปริยาย (implied terms) ว่าคู่สัญญาประสงค์ให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ เจตนาโดยปริยายอาจค้นหาได้โดยการพิจารณาสัญญาฉบับก่อนๆ ซึ่งคู่สัญญาทำกันว่ามีข้อตกลงเลือกกฎหมายหรือไม่ หรืออาจพิจารณาจากภาษาที่ใช้ในการทำสัญญา เป็นต้น นำเสียดายที่มาตรา 13 วรรคแรกพ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายไม่ได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสิ่งใดคือเจตนาโดยปริยาย ทั้งยังไม่เคยมีตัวอย่างคดีในศาลไทยที่จะช่วยให้สามารถเข้าใจถ้อยคำดังกล่าวได้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นด้วย

นอกจากเรื่องการค้นหาเจตนาโดยปริยาย ขอบเขตของเสรีภาพของคู่สัญญา (scope of party autonomy) เอง ก็เป็นปัญหาสำคัญในการเลือกกฎหมายซึ่งไม่มีบัญญัติไว้ใน พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายกล่าวคือ

1) ขอบเขตเกี่ยวกับตัวเลือกของกฎหมายซึ่งคู่สัญญาตกลงกันเนื่องจากมาตราดังกล่าวไม่ได้กำหนดว่ากฎหมายที่คู่สัญญาเลือกจะต้องมีจุดเกาะเกี่ยวหรือความสัมพันธ์กับคู่สัญญาในทางใดทางหนึ่งหรือไม่ หรือคู่สัญญาสามารถตกลงเลือกกฎหมายของประเทศใดก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์กับตนเลยตัวอย่างเช่น นาย A ชาวไทยทำสัญญากับนาย B เมียนมา ทำสัญญากันที่สิงคโปร์ กรณีเช่นนี้ คู่สัญญาสามารถเลือกใช้กฎหมายสัญญาของไทย ของเมียนมา หรือของสิงคโปร์ได้เท่านั้น หรือสามารถตกลงกันให้ใช้กฎหมายสัญญาของลาวซึ่งไม่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องด้วยเลยได้

2) ขอบเขตเกี่ยวกับประเภทของสัญญา มาตรา 13 วรรคแรก พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายไม่ได้กล่าวถึงลักษณะพิเศษของสัญญาแต่ละประเภท (particular contract) จึงเกิดคำถามว่า หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาสามารถนำมาใช้ในการเลือกกฎหมายกับสัญญาทุกประเภท (contract-based) ได้อย่างไม่มีขอบเขตหรือไม่หรือตัวเลือกของคู่สัญญาจำเป็นต้องคำนึงถึงการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่า (weaker contracting parties)<sup>14</sup>

---

ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง ถิ่นที่ถือว่าสัญญานั้น ได้เกิดเป็นสัญญาขึ้นคือถิ่นที่คำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ ถ้าไม้อาจหยั่งทราบถิ่นที่ว่านั้นได้ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญานั้น

สัญญาย่อมไม่เป็นโมฆะ ถ้าได้ทำถูกต้องตามแบบอันกำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่ผลแห่งสัญญานั้น”

<sup>13</sup> หจก.หมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร, **ร่างพระราชบัญญัติวางกฎเกณฑ์การวินิจฉัยข้อขัดกันระหว่างกฎหมายของนานาชาติประเทศพุทธศักราช 2481 (วาระที่ 2)**, เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หมายเลข ม-สคก 1/258, 539.

<sup>14</sup> ในสัญญาบางประเภท อาทิ สัญญาผู้บริโภค สัญญาจ้างแรงงาน หรือสัญญาประกันภัย คู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน (inequality bargaining power) และในทางปฏิบัติคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองมากกว่ามักจะเตรียมสัญญาสำเร็จรูป (standard-form contract) ที่มีเนื้อหารายละเอียดของสัญญาเอาไว้ล่วงหน้าทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่มีเสรีภาพในการแสดงเจตนาอย่างแท้จริง ในสหภาพ

ปัญหาของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์อาจผิดแผกไปจากที่กล่าวข้างต้นเนื่องจากปัญหาของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ไม่ใช่เรื่องประเภทของสัญญา แต่เป็นกระบวนการเกิดสัญญา (method-based) ดังได้กล่าวมาแล้วว่า การใช้งาน smart phone social network ตลอดจน instant messenger ทำให้รูปแบบการทำสัญญาสะดวกยิ่งขึ้นแต่ก็อาจทำให้คู่สัญญาละเลยรูปแบบดั้งเดิมของสัญญาซึ่งมีการกำหนดข้อตกลงเป็นข้อๆ จึงเป็นไปได้ยากที่จะคาดหวังให้คู่สัญญาตกลงกันเลือกกฎหมายไว้เช่นเดียวกับสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร

ตัวอย่างเช่น นาย A ซึ่งมีถิ่นที่อยู่ไทยตกลงซื้อขายสินค้ากับนาย B ซึ่งมีถิ่นที่อยู่สิงคโปร์ผ่านการติดต่อกันทาง Facebook หรือ Line จึงไม่ได้ตกลงกันเลือกกฎหมายได้หรือกรณีการทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ผ่านทางเว็บไซต์ที่ให้บริการเป็นการเฉพาะ อาทิ Lazada หรือ Amazon มักจะมีข้อกำหนดในการให้บริการ (terms and conditions) ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับสัญญาสำเร็จรูป (standard form contract) คู่สัญญาจึงไม่อาจตกลงกันเพิ่มเติมไปกว่าเนื้อหาที่กำหนดมาให้ได้ ซึ่งเท่ากับเป็นการปฏิเสธหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาโดยสิ้นเชิงการค้นหาและปรับใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเพื่อเลือกกฎหมายอาจไม่ใช่วิธีการที่มีประสิทธิภาพเท่าใดนักและเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ จุดเกาะเกี่ยวที่กำหนดไว้สำหรับกรณีที่ไม่มีการตกลงเลือกกฎหมายจึงควรบทบาทที่สำคัญต่อสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มากกว่าข้อตกลงเลือกกฎหมาย

### 1.2.2 การใช้ “กฎหมายตามสัญชาติของคู่สัญญา” ในเรื่องสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

ในกรณีที่ไม่มีการตกลงเลือกกฎหมาย (absence of choice) และศาลไม่อาจค้นหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญาได้มาตรา 13 วรรคแรก พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายกำหนดให้ใช้ “กฎหมายตามสัญชาติของคู่สัญญา” (*lex patriae*) เป็นจุดเกาะเกี่ยว โดยมีเงื่อนไขว่า คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องมีสัญชาติเดียวกัน (same nationality) เท่านั้น

สัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยวหลักในกลไกการขัดกันแห่งกฎหมายของไทย ดังจะเห็นได้จากการที่มีบทบัญญัติถึง 25 มาตราที่กำหนดให้ศาลเลือกกฎหมายโดยพิจารณาจากสัญชาติของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ซึ่งครอบคลุมเนื้อหาในทุกภาคของ พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย<sup>15</sup> ในกรณีของสัญญา สัญชาติของคู่สัญญาเป็นจุดเกาะเกี่ยวรองซึ่งกำหนดเงื่อนไขให้ศาลใช้ต่อเมื่อสัญญาไม่มีข้อตกลงเลือกกฎหมายและศาลไม่อาจค้นหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญาได้เท่านั้น ศาลฎีกาเคยมีโอกาสหยิบยกกฎหมายตามสัญชาติของคู่สัญญาขึ้นใช้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 3223/2525 คดีนี้คู่สัญญาชาวอเมริกันตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานกันที่สิงคโปร์แต่เกิดการผิดสัญญากันในไทย ศาลฎีกาพิจารณาแล้ว เห็นว่า

“... กรณีไม่อาจทราบได้ว่าขณะทำสัญญาคู่กรณีประสงค์จะใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับและปรากฏว่า คู่กรณีมีสัญชาติอเมริกันทั้งสองฝ่าย กฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณีตามฟ้องจึงต้องเป็นกฎหมายสัญชาติอันร่วมกันของคู่กรณีคือกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ...”

ยุโรปได้แก้ไขหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาโดยการจำแนกกฎหมายการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญาออกเป็นสัญญาแบบ B2B (business to business) และสัญญาแบบ B2C (business to consumer) โดยคู่สัญญาแบบ B2B มีเสรีภาพเต็มที่ในการตกลงเลือกกฎหมาย โดยคู่สัญญาสามารถตกลงเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาแต่ละส่วนแตกต่างกัน (*dépeçage*) หรือจะตกลงแก้ไขการเลือกกฎหมายภายหลังจากสัญญาเกิดขึ้นแล้ว (re-choose) ก็ได้ ขณะที่สัญญาแบบ B2C ตัวเลือกดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นสำคัญ หากข้อตกลงเลือกกฎหมายขัดกับวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองผู้บริโภค ศาลมีอำนาจปฏิเสธข้อตกลงเลือกกฎหมายได้ see also Helmut Heiss, “Party Autonomy”, *Rome I Regulation - The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Franco Ferrari and Stefan Leible eds., Munich: european law publishers, 2009, 1 – 16.

<sup>15</sup> โปรดดู พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 6 7 10 11 12 13 16 18 19 21 22 23 24 25 26 27 29 30 31 32 34 35 36 39 และ 40

จากคำพิพากษาข้างต้น ศาลฎีกายึดถือลำดับ (priority) ตามมาตรา 13 วรรคแรกพ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย เป็นสำคัญ โดยเมื่อศาลพบว่าสัญญาไม่มีข้อตกลงเลือกกฎหมาย ศาลก็ได้ค้นหาเจตนาโดยปริยาย (implied terms) เสียก่อนจึงจะพิจารณาสัญญาคดีของคู่สัญญาซึ่งเป็นจุดเกาะเกี่ยวลำดับถัดไปว่าเสียตายเมื่อท้ายที่สุด ศาลฎีกาไม่สามารถนำกฎหมายสัญญาของสหรัฐอเมริกามาใช้บังคับได้เนื่องจากไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ (proof of foreign law) ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลตามมาตรา 8 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย

แนวคิดในการใช้สัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่มีความแน่นอนและเชื่อกันว่าใกล้ชิดกับมนุษย์มากที่สุด แต่แนวคิดเรื่องสัญชาติเป็นสิ่งที่มีการพัฒนาอย่างเป็นพลวัต<sup>16</sup> อีกทั้งแนวคิดของแต่ละประเทศก็กำหนดกลไกการได้สัญชาติไว้แตกต่างกัน บางประเทศกำหนดว่าพลเมืองของตนต้องมีสัญชาติเดียว บางประเทศยอมรับการถือสองสัญชาติ (dual-nationality persons)<sup>17</sup> บางแห่งบนโลกก็ยังไม่อาจแก้ไขปัญหาสถานการณ์บุคคลไร้รัฐ (Stateless persons) และบุคคลไร้สัญชาติ (nationality-less persons)<sup>18</sup> ได้อย่างเด็ดขาด ยิ่งประกอบกับการแปลงสัญชาติซึ่งเป็นกฎเกณฑ์การได้สัญชาติภายหลังการเกิด ยิ่งทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการเลือกกฎหมาย นอกจากนี้ ในบริบทของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์รูปแบบการใช้งานsocial network และ instant messenger อนุญาตให้ผู้ใช้สามารถลงทะเบียนโดยไม่ต้องแจ้งสัญชาติที่แท้จริงของตนได้ หรือแม้แต่การแสดงตัวตนแบบนิรนาม (anonymous) การใช้สัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องสัญญาอิเล็กทรอนิกส์จึงแทบเป็นไปไม่ได้เลยในทางปฏิบัติเนื่องจากขาดความน่าเชื่อถือในการระบุตัวบุคคลระหว่างโลกความจริงและโลกอิเล็กทรอนิกส์

### 1.2.3 การใช้ “กฎหมายของสถานที่ทำสัญญา” ในเรื่องสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

จุดเกาะเกี่ยวลำดับสุดท้ายในมาตรา 13 วรรคแรก พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายคือ “กฎหมายของสถานที่ทำสัญญา” (*lex loci contractus*) โดยจุดเกาะเกี่ยวนี้จะนำมาใช้ต่อเมื่อคู่สัญญาไม่มีข้อตกลงเลือกกฎหมาย ศาลไม่สามารถค้นหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญาได้ และคู่สัญญาไม่ได้มีสัญชาติเดียวกันกฎหมายของสถานที่ทำสัญญาเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่สืบทอดมาจากแนวคิดเกี่ยวกับการนำกฎหมายท้องถิ่นมาใช้บังคับกับนิติกรรม (*locus regit actum*) ซึ่งถือว่านิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาเกิดขึ้นตามประเทศที่สัญญาสมบูรณ์ตามกฎหมาย<sup>19</sup> ทั้งยังเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ศาลฎีกาใช้ในการเลือก

<sup>16</sup> สำหรับพัฒนาการแนวคิดเรื่องสัญชาติในประเทศไทย โปรดดู สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, “100 ปี สัญชาติไทย ตอนที่ 1”, *วิภาษา*, ลำดับที่ 37, ปีที่ 5 (ฉบับที่ 5), 16 – 22, กันยายน – ตุลาคม 2554, “100 ปี สัญชาติไทย ตอนที่ 2”, *วิภาษา*, ลำดับที่ 38, ปีที่ 5 (ฉบับที่ 6), 56 – 60, พฤศจิกายน – ธันวาคม 2554, “100 ปี สัญชาติไทย ตอนที่ 3”, *วิภาษา*, ลำดับที่ 39, ปีที่ 5 (ฉบับที่ 7), 39 – 44, ธันวาคม 2554 – มกราคม 2555.

<sup>17</sup> Thalia Kruger and Jinske Verhellen, “Dual Nationality = Double Trouble?”, *Journal of Private International Law*, Vol. 7, No. 3, 2011, 601 – 626.

<sup>18</sup> บุคคลไร้รัฐ (Stateless persons) หมายถึง บุคคลที่ไม่ได้ถูกรับรองว่าเป็น “คนชาติ” (nationals) อย่างไรก็ตาม ความหมายข้างต้นเป็นนิยามตามกฎหมาย (*de jure*) ซึ่งกำหนดไว้ใน article 1 para. 1.

Convention relating to the Status of Stateless Persons นิยามดังกล่าวไม่ได้กล่าวถึงบุคคลที่ไร้รัฐตามความเป็นจริง (*de facto* Stateless persons) ซึ่งเกิดจากสถานการณ์การพลัดถิ่นเพราะสงครามหรือความอดอยาก คนไร้รัฐตามความเป็นจริงจึงอาจเป็นประชากรของประเทศใดประเทศหนึ่งแต่อาจไม่สามารถเดินทางกลับประเทศตนหรืออาจไม่สามารถพิสูจน์สัญชาติของตนเองได้ บุคคลกลุ่มดังกล่าวจึงอาจไร้สัญชาติ (nationality-less persons) แต่ไม่ได้ไร้รัฐ see also Erwin Loewenfeld, “Status of Stateless Persons”, *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 27, 1941, 59 – 112.

<sup>19</sup> Freadich Karl von Savigny, translated from German into English by W. Guthrie, *A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of Their Operation in Respect of Place and Time*, Edinburgh: T. T. Clark, 1880, 198 – 199.



กฎหมายมาตั้งแต่ก่อนการประกาศใช้พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย<sup>20</sup>อย่างไรก็ดีสถานที่เกิดสัญญา (*locus contractus*) เป็นจุดเกาะเกี่ยวที่เปลี่ยนแปลงไปตามปัจจัยหลายประการซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไปจนอาจนำไปสู่มุมมองที่หลากหลายถึงความหมายของจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าว เพื่อหลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนจนเช่นว่า บางประเทศจึงอาศัยการกำหนดรายละเอียดของข้อเท็จจริงเพื่อที่ศาลจะสามารถนำมาข้อเท็จจริงเหล่านั้นมาใช้ตีความความหมายของจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวได้ชัดเจนยิ่งขึ้นซึ่งเป็นวิธีการที่บัญญัติไว้ในพ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย โดยมาตรา 13 วรรคสองได้กำหนดความหมายของสถานที่ทำสัญญาไว้ใน 2 กรณี คือกรณีที่สัญญาได้ทำขึ้นระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางหรืออยู่คนละประเทศ ให้สถานที่ทำสัญญาหมายถึง “สถานที่คำบอกกล่าวสนองกลับมายังผู้เสนอ”(place of conclusion)แต่หากไม่อาจทราบได้ว่าสถานที่ดังกล่าวคือสถานที่ใด สถานที่ทำสัญญาให้หมายถึง “สถานที่ปฏิบัติตามสัญญา” (place of performance)

แม้จะมีการกำหนดความหมายของสถานที่เกิดสัญญาให้ชัดเจนยิ่งขึ้นก็ตาม แต่หากพิจารณาสถานที่ดังกล่าวในบริบทของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์จะพบว่า การทำงานของอินเทอร์เน็ตครอบคลุมการใช้งานทั่วโลก คู่สัญญาสามารถตกลงกันได้ใดก็ได้ ไม่เว้นแม้แต่ในระหว่างการเดินทางจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง (*in transitu*) โดยการใช้งาน social network และ instant messenger ในการทำสัญญา ตัวอย่างเช่น คู่สัญญาอาจตกลงกันผ่านSkype หรือ Facetime หรือการอาจใช้งาน E-mail Line หรือ Facebook Message ในระหว่างที่เดินทางโดยสายการบินจากประเทศ A ไปยังประเทศ B แสดงให้เห็นว่า ลักษณะของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ไม่ได้ยึดติดอยู่กับสถานที่ทำสัญญาจึงยากต่อการตีความสถานที่ที่คำบอกกล่าวสนองกลับมายังผู้เสนอคือสถานที่ใดเนื่องจากคู่สัญญาแทบไม่มีโอกาสทราบสถานที่ที่อีกฝ่ายอยู่ในขณะที่ตกลงทำสัญญานอกจากนี้ การซื้อขายสินค้าในปัจจุบันก็ได้จำกัดอยู่ในรูปของทรัพย์สินที่จับต้องได้ (tangible things) การซื้อขายสินค้าดิจิทัล(digital goods) อาทิ หนังสือ เพลง หรือเกม สามารถใช้วิธีการส่งมอบและรับสินค้าผ่านระบบปฏิบัติการบนอินเทอร์เน็ตซึ่งส่งผลให้การตีความสถานที่ปฏิบัติตามสัญญามีความสลับซับซ้อนยิ่งขึ้น ความหมายของจุดเกาะเกี่ยวในสถานการณ์ดังกล่าวอาจหมายถึงสถานที่ที่ผู้ขายนำสินค้าเข้าสู่ระบบ (place of uploading) สถานที่ที่ผู้ซื้อรับสินค้ามาจากระบบ (place of downloading) ก็ได้<sup>21</sup> ลักษณะเฉพาะเหล่านี้สร้างความยุ่งยากต่อการออกแบบจุดเกาะเกี่ยวเพื่อเลือกกฎหมายและทำให้จุดเกาะเกี่ยวประเภทสถานที่ทำสัญญา (*lex loci contractus*) เป็นจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มีความเหมาะสมลดน้อยลงกว่าจุดเกาะเกี่ยวที่ใช้กับสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร<sup>22</sup>

### 1.3 แนวทางการปรับปรุงการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

จากการศึกษาข้างต้น ผู้ศึกษาพบว่า การปรับปรุงจุดเกาะเกี่ยวเดิมให้สอดคล้องกับสัญญาอิเล็กทรอนิกส์อาจเป็นไปได้ยาก วิธีการที่ผู้ศึกษาเห็นว่าน่าสนใจในการนำมาปรับปรุงการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยเพื่อรองรับการทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์คือการใช้ “กฎหมายที่เหมาะสมกับสัญญา” (proper law of contract) ซึ่งให้อำนาจศาลสามารถใช้ดุลยพินิจในการตัดสินใจว่ากฎหมายของประเทศใดมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับสัญญาฉบับนั้น ๆ มากที่สุด<sup>23</sup> วิธีการนี้แตกต่างจากการเลือกกฎหมายโดยทั่วไปเนื่องจากตัวกฎหมายที่เหมาะสมเองไม่ใช่จุดเกาะเกี่ยว เป็นแต่เพียงข้อบทที่ให้

<sup>20</sup> โปรดดู คำพิพากษาฎีกาที่ 465/2478

<sup>21</sup> Faye Fangfei Wang, *Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China*, Cambridge University Press, 2010.

<sup>22</sup> Michael Bogdan, “Contracts in Cyberspace and the New Regulation “Rome I””, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol. 3, No. 2, 2009, 219 – 225.

<sup>23</sup> Frederick A. Mann, “The Proper Law in the Conflict of Laws”. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36, No. 3, 1987, 438.

อำนาจศาลใช้ดุลยพินิจพิจารณาความเหมาะสมของจุดเกาะเกี่ยวหรือองค์ประกอบต่างประเทศอื่น ๆ ก่อนที่จะเลือกกฎหมายวิธีการนี้มักนำมาใช้เพื่อลดความเคร่งครัดของจุดเกาะเกี่ยวที่มีอยู่แต่เดิมและเพิ่มโอกาสในการเลือกกฎหมายให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่สลับซับซ้อน อย่างไรก็ตาม หากใช้กฎหมายที่เหมาะสมมากเกินไปอาจทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการเลือกกฎหมายอันเป็นสภาพที่วงการธุรกิจระหว่างประเทศไม่หวาดกลัวอย่างยิ่ง เพื่อควบคุมการใช้ดุลยพินิจของผู้พิพากษาไม่ให้เลือกกฎหมายตามอำเภอใจ กฎหมายที่เหมาะสมกับสัญญาจึงควรใช้ในลักษณะข้อยกเว้นและควรมีกรอบคร่าว ๆ ให้แก่ศาลสามารถพิจารณาตัวเลือกอื่น ๆ ได้โดยไม่ผูกมัดตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมสามารถพบได้ใน section 188(2) Restatement (Second) of Conflict of Laws ของสหรัฐอเมริกาซึ่งอนุญาตให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจเลือกจุดเกาะเกี่ยวได้โดยคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของสัญญาแต่ละประเภท<sup>24</sup>

## 2. การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน (Cross-border Environmental Damage)

ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมีความสำคัญอย่างมากต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์ นอกจากจะเป็นแหล่งวัตถุดิบในการผลิตและพัฒนาปัจจัยพื้นฐานแล้ว ยังเป็นตัวควบคุมระบบนิเวศซึ่งมีส่วนสำคัญในการก่อตัวของสังคมและกำหนดรูปแบบวัฒนธรรมของมนุษย์คงจะไม่เกินจริงไปนักหากจะกล่าวว่า ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมีความสัมพันธ์กับเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อย่างไรก็ตาม ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่เปราะบาง (fragile) และใช้แล้วหมดไป (exhaustion) ยิ่งเมื่อต้องเผชิญกับกิจกรรมของมนุษย์ซึ่งตักตวงผลประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอย่างไม่มีขอบเขตและส่งของเสียไม่พึงประสงค์กลับคืนสู่สิ่งแวดล้อมซึ่งล้วนเป็นความเสียหายอันสามารถแผ่ขยายเป็นวงกว้างและกระทบต่อสิ่งแวดล้อมโดยรอบได้ปัญหาดังกล่าวนำมาสู่ความตระหนักรู้ในบทบาทของกฎหมายที่เกี่ยวกับการป้องกัน (prevention) และการเยียวยา (remedial) สิ่งแวดล้อมซึ่งเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลากหลายสาขา ทั้งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายอาญา กฎหมายปกครอง รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ตลอดจนกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเช่นกัน<sup>25</sup>

<sup>24</sup> section 188 Restatement (Second) of Conflict of Laws

“... ”

(2) *In the absence of an effective choice of law by the parties (see s 187), the contacts to be taken into account in applying the principles of s 6 to determine the law applicable to an issue include:*

- (a) *the place of contracting,*
- (b) *the place of negotiation of the contract,*
- (c) *the place of performance,*
- (d) *the location of the subject matter of the contract, and*
- (e) *the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties.*

*These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue.*

(3) *If the place of negotiating the contract and the place of performance are in the same state, the local law of this state will usually be applied, except as otherwise provided in ss 189-199 and 203.”*

<sup>25</sup> Katia Fach Gómez, “Environmental Damage”, in *Encyclopedia of Private International Law*, Jürgen Basedow et al. eds., Vol. I, Edward Elgar Publishing Ltd., 2017, 657.

ส่วนที่สองนี้ ผู้ศึกษาจะได้นำเสนอการสำรวจบทบาทของการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่อง “ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน” (cross-border environmental damage) และความจำเป็นในการปรับปรุงการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว

## 2.1 จาก “ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม” มาสู่ “ความเสียหายต่อสิทธิของเอกชนในการใช้ประโยชน์จากสิ่งแวดล้อม”

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า การป้องกันและเยียวยาสิ่งแวดล้อมเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายสาขา เพื่อหลีกเลี่ยงการซ้อนทับกันระหว่างสาขากฎหมายต่าง ๆ (overlapping areas of law) ในขั้นแรกจำเป็นต้องจำแนกบทบาทและความเกี่ยวข้องระหว่างสิ่งแวดล้อมและกฎหมายในแต่ละสาขาเสียก่อน ซึ่งอาจจำแนกโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ที่กฎหมายในเรื่องนั้น ๆ มุ่งคุ้มครองหากกฎหมายมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครอง “สิ่งแวดล้อมโดยตรง” (environment itself) รัฐย่อมเป็นผู้รับผิดชอบในฐานะผู้มีส่วนที่ในการคุ้มครองดูแลทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในเขตอำนาจของตน กฎหมายที่เกี่ยวข้องย่อมเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการใช้อำนาจรัฐ อาทิ กฎหมายปกครองและกฎหมายอาญา หน้าที่ดังกล่าวขยายไปถึงความรับผิดชอบร่วมกันของประชาคมระหว่างประเทศ<sup>26</sup> ซึ่งรัฐทั้งหลายมีพันธกรณีในการใช้ความระมัดระวังตามสมควร (obligation due diligence) และพันธกรณีในการทำให้แน่ใจ (obligation to ensure) ว่ากิจกรรมทั้งหลายที่ดำเนินอยู่ภายใต้เขตอำนาจของตนนั้น จะต้องไม่กระทบต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น ๆ หรือแม้แต่สิ่งแวดล้อมในเขตพื้นที่ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของรัฐใดรัฐหนึ่ง (terra nullius)<sup>27</sup> หากรัฐล้มเหลวในการควบคุมดูแลดังกล่าว ก็จะไปสู่การรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility)<sup>28</sup> อันเป็นพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

หน้าที่ดังกล่าวสอดคล้องกับข้อความคิดเรื่องการกระทำของรัฐ (acta jure imperii) กลับกัน หากเป็นการกระทำของเอกชน หรือการกระทำของรัฐในฐานะที่เป็นเอกชน (acta jure gestionis) ย่อมต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและสิ่งแวดล้อมบนพื้นฐานของกฎหมายเอกชน ในเรื่องนี้ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดคือกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญในฐานะที่เป็นมาตรการเชิงเยียวยาความเสียหายตามหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (polluter pays principle) อันที่จริง กฎหมายละเมิดทำหน้าที่ควบคุมพฤติกรรมมนุษย์ในสังคมไม่ให้กระทำการใด ๆ อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิของเอกชนผู้อื่น และในกรณีที่เกิดความเสียหายขึ้นแล้ว กฎหมายละเมิดก็ทำหน้าที่เยียวยาสิทธิของเอกชนดังกล่าวด้วย วัตถุประสงค์ของกฎหมายละเมิดจึงไม่ใช่การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมโดยตรงแต่เป็นไปในลักษณะการคุ้มครอง “สิทธิของเอกชนในการใช้ประโยชน์จากสิ่งแวดล้อม” (private rights to use environment) กระนั้น ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมหลายประเภทเกิดจากกิจกรรมของ

<sup>26</sup> นับตั้งแต่การก่อตั้งโครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Environment Programme: UNEP) เพื่อสำรวจผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในระดับระหว่างประเทศและค้นหาวิธีการแก้ปัญหาและจัดการสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน กระแสความสนใจของวงการกฎหมายระหว่างประเทศผนวกคดีเมืองนำไปสู่การพัฒนาหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเป็นการเฉพาะขึ้น อาทิ หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (polluter pays principle) หลักความรับผิดชอบร่วมกันบนพื้นฐานที่แตกต่างกัน (common but differentiated responsibilities) see also Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, (2<sup>nd</sup>ed.), New York: Cambridge University Press, 2003.

<sup>27</sup> Trail Smelter (USA v Canada), Award RIAA, April 16, 1938, and March 11, 1941; Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), I.C.J. Judgment, 20 April 2010; Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India), PCA Award, case number 2011-01, 20 December 2013.

<sup>28</sup> สำหรับความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศผนวกคดีเมืองจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม see also Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), I.C.J. Judgment, 2 February 2018; และโปรดดู ฤกษ์ภากร ว่องวุฒิกุล, “สำรวจความท้าทายและข้อจำกัดบางประการของการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในบริบทของมลพิษข้ามพรมแดน”, วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, ปีที่ 11 (ฉบับที่ 1), มิถุนายน 2561, 1 – 27.

ภาคอุตสาหกรรม และหลายครั้งก็เกิดจากตัวสภาพแวดล้อมเองเป็นเหตุ โดยสภาพ ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมจึงไม่ใช่สิ่งที่สามารถถูกจำกัดได้ภายใต้เขตอำนาจของรัฐใดรัฐหนึ่ง เมื่อเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดนภายใต้กฎหมายเอกชนย่อมทำให้เกิดความสัมพันธ์ตามกฎหมายละเมิดระหว่างผู้ก่อให้เกิดความเสียหายและผู้ได้รับความเสียหายเกิดองค์ประกอบต่างประเทศ<sup>29</sup>

## 2.2 ปัญหาการใช้การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน

มาตรา 15 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย กำหนดให้ศาลต้องใช้ทั้ง “กฎหมายของสถานที่เกิดละเมิด” (*lex loci delicti*) และ “กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี” (*lex fori*) ในการพิจารณาทั้งความรับผิดและการชดใช้ค่าเสียหาย<sup>30</sup> ในประเทศอังกฤษเรียกจุดเกาะเกี่ยวที่มีลักษณะเช่นนี้ว่า “Double Actionability” ซึ่งมีต้นกำเนิดมาจากคำพิพากษาในคดี *Philips v. Eyre*<sup>31</sup> เมื่อปี ค.ศ. 1870 เอกลักษณะของจุดเกาะเกี่ยวนี้คือการใช้จุดเกาะเกี่ยวคู่กัน (cumulative connecting factors) แต่เนื่องจากจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องละเมิดของไทยไม่ได้ออกแบบมาโดยคำนึงถึงลักษณะพิเศษของความรับผิดเพื่อละเมิดแต่ละประเภท (particular tort) กล่าวคือ ไม่ว่าจะมีความรับผิดเพื่อละเมิดประเภทใด หากเกิดองค์ประกอบต่างประเทศและขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาลไทยก็ต้องเลือกกฎหมายด้วยวิธีการเดียวกันทั้งสิ้น การวิเคราะห์การเลือกกฎหมายในเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดนจึงต้องพิจารณาจากลักษณะของจุดเกาะเกี่ยวมาตรา 15 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายเสียก่อน

### 2.2.1 ว่าด้วยการตีความ “สถานที่เกิดละเมิด”

มาตรา 15 วรรคแรก พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายบัญญัติให้ศาลเลือกกฎหมายโดยพิจารณาจากกฎหมายของสถานที่เกิดละเมิด (*lex loci delicti*) จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวได้รับความนิยมนิยมและได้รับการยอมรับว่าเหมาะสมกับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ แต่ก็ไม่ใช่ว่าจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวจะไม่ประสบปัญหาได้เลย “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) เองก็เป็นจุดเกาะเกี่ยวที่แปรเปลี่ยนไปตามปัจจัยหลายประการเช่นเดียวกับสถานที่เกิดสัญญาในกรณีทีละเมิดเกิดจากกิจกรรมของเอกชนที่มีลักษณะข้ามพรมแดนซึ่งในส่วนของ “การกระทำ” (action) และ “ความเสียหาย” (damage) อาจเกิดขึ้นในคนละประเทศกัน การตอบคำถามว่า สถานที่เกิดละเมิดคือที่ใดกันแน่จึงเป็นสิ่งสำคัญและต้องทำเป็นลำดับแรก<sup>32</sup>

แนวคิดที่ได้รับการยอมรับในการตีความสถานที่เกิดละเมิดมีอยู่ด้วยกัน 2 แนวคิด คือ “สถานที่เกิดการกระทำ” (*locus actus*) และ “สถานที่เกิดความเสียหาย” (*locus damni*) ทั้งนี้ การตีความจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงลักษณะกิจกรรมของเอกชนที่ทำให้เกิดความความรับผิดเพื่อละเมิดในแต่ละเรื่องด้วย สำหรับความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดนกิจกรรมดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 รูปแบบ คือ “ความเสียหายที่เกิดจากการแพร่กระจายของมลพิษ”

<sup>29</sup> Christian von Bar, “Environment and Private International Law”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 268, Leiden: Nijhoff, 1997.

<sup>30</sup> มาตรา 15 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

“หนังสือที่เกิดจากการละเมิด ให้บังคับตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เป็นการละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น ความในวรรคก่อนไม่ใช่แก่บรรดาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ซึ่งไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมายไทย กรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่ต้องเสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน หรือทางแก้อย่างใดไม่ได้นอกจากที่กฎหมายไทยยอมให้เรียกร้องได้”

<sup>31</sup> *Philips v. Eyre*, 1870, L.R. 6 Q.B. 1.

<sup>32</sup> Otto Kahn-Freund, “Where Is a Tort Committed?”, *The Modern Law Review*, Vol. 7, No. 4, (Nov. 1944), 243 – 245.

(emissions) และ “ความเสียหายที่เกิดจากการดำเนินกิจกรรมตามปกติของภาคอุตสาหกรรม”(typically events)<sup>33</sup> ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมทั้ง 2 รูปแบบมีลักษณะที่แตกต่างกัน โดยผู้ศึกษาจะได้กล่าวถึงควบคู่ไปกับแนวคิดในการตีความสถานที่เกิดละเมิด

ฝ่ายที่สนับสนุนแนวคิดเรื่อง“สถานที่เกิดการกระทำ”(locus actus) เห็นว่า จุดเริ่มต้นของกฎหมายละเมิดมาจากความต้องการในการควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ไม่ให้เกิดการกระทำใด ๆ อันกระทบต่อสิทธิของเอกชนผู้อื่น การกระทำใดบ้างเป็นละเมิดย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายของประเทศที่เกิดการกระทำกำหนดไว้แนวคิดเช่นนี้ยังช่วยให้เอกชนสามารถทราบได้ล่วงหน้าว่าพฤติกรรมใดบ้างที่อาจเป็นละเมิดและสามารถหลีกเลี่ยงการกระทำดังกล่าวได้<sup>34</sup> การกระทำของเอกชนจึงเป็นจุดสำคัญในการกำหนดความรับผิด ในกรณีความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม กิจกรรมของภาคอุตสาหกรรมย่อมถูกควบคุมด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมซึ่งกำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่ากิจกรรมใดบ้างจะต้องทำโดยระมัดระวัง ตัวอย่างเช่น กฎหมายของประเทศ A กำหนดให้โรงงานอุตสาหกรรมต้องประเมินความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม (Environmental Impact Assessment: EIA) หากโรงงานใดละเลยหรือฝ่าฝืนไม่ทำ EIA แล้วเกิดผลเสียหายข้ามพรมแดนไปยังสิทธิของเอกชนในการใช้สิ่งแวดล้อมของประเทศอื่น เมื่อความเสียหายเกิดจากการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายของประเทศใดก็ควรนำกฎหมายละเมิดของประเทศนั้นมาใช้บังคับ กลับกัน ในกรณีความเสียหายจากการแพร่กระจายของมลพิษอาจมีที่มาจากกระทำของภาคอุตสาหกรรมหรืออาจเกิดจากอุบัติเหตุซึ่งผู้ก่อให้เกิดความเสียหายไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ในกรณีเช่นนี้อาจต้องคำนึงถึงมุมมองของทั้งผู้ก่อให้เกิดความเสียหายและประโยชน์ในการเยียวยาผู้ได้รับความเสียหายควบคู่กันด้วย

สำหรับฝ่ายที่สนับสนุนแนวคิดเรื่อง“สถานที่เกิดความเสียหาย”(locus damni)ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองผู้เสียหาย (pro-defendant) มากกว่าโดยเห็นว่า การเยียวยาความเสียหายคือวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายละเมิด แม้การกระทำของเอกชนจะเป็นต้นเหตุให้เกิดละเมิด แต่กฎหมายละเมิดก็มุ่งเยียวยาความเสียหายที่เอกชนได้รับ ไม่ใช่การลงโทษเช่นกฎหมายอาญาดังนั้นจึงสมควรใช้กฎหมายของสถานที่เกิดความเสียหายบังคับ ผู้เสียหายย่อมคาดหวังการคุ้มครองตามกฎหมายละเมิดในประเทศที่ตนอาศัยอยู่ถึงแม้ความเสียหายดังกล่าวจะเกิดจากการกระทำในต่างประเทศอย่างไรก็ดี การตีความข้างต้นอาจไม่เหมาะสมกับกรณีความเสียหายจากการแพร่กระจายของมลพิษซึ่งเกิดขึ้นในหลายประเทศพร้อมกันเป็นผลมาจากความบังเอิญ (fortuitous)<sup>35</sup> ตัวอย่างเช่น เรือของบริษัทสัญชาติอิตาลีแล่นทำน้ำมันรั่วในทะเลเมดิเตอร์เรเนียนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อธุรกิจประมงของบริษัทสัญชาติฝรั่งเศส เกิดความเสียหายต่อธุรกิจท่องเที่ยวของบริษัทสัญชาติสวีเดน หรือเกิดความเสียหายต่อธุรกิจพาณิชย์นาวีของบริษัทสัญชาติอังกฤษในกรณีเช่นนี้ ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายแทบจะไม่สามารถคาดเดาผลที่จะเกิดขึ้นได้จึงไม่มีโอกาสได้ป้องกันความเสียหาย

น่าเสียดายที่ศาลไทยไม่มีโอกาสได้ใช้มาตรา 15 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย ในการพิจารณาตีความแต่ครั้งเดียวจึงไม่มีโอกาสได้ทดสอบการตีความสถานที่เกิดละเมิด สาเหตุสำคัญที่ไม่เคยมีคดีขึ้นสู่ศาลไทยเลยอาจเป็นผลมาจากความยุ่งยากซึ่งมาตรา 15 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายกำหนดให้ต้องใช้ “กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี” (lex fori) ภายหลังจากที่พิจารณากฎหมายของสถานที่เกิดละเมิดแล้ว

<sup>33</sup> Christian von Bar, supra note 39, 364; Thomas Kadner Graziano, “The Law Applicable to Cross-Border Damage to the Environment: A Commentary on Article 7 of the Rome II Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 9, 2007, 73.

<sup>34</sup> Ibid, 369.

<sup>35</sup> Michael C. Pyles, “Tort and Related Obligations in Private International Law”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, Volume 227, Leiden: Nijhoff, 1991, 45.

## 2.2.2 การจำกัดการใช้กฎหมายต่างประเทศในคดีละเมิดของไทย

โดยหลักการขัดกันแห่งกฎหมาย เมื่อจุดเกาะเกี่ยวชี้ไปยังกฎหมายของประเทศใด ศาลก็จะต้องนำกฎหมายของประเทศดังกล่าวมาปรับใช้กับนิติสัมพันธ์ ในกลไกการขัดกันแห่งกฎหมายจึงมีทั้งขั้นตอนการเลือกกฎหมาย และขั้นตอนการนำกฎหมายที่เลือกได้แล้วมาใช้ กระบวนการที่มาตรา 15 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย กำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวผสม (cumulative connecting factors) โดยศาลต้องพิจารณากฎหมายของสถานที่เกิดละเมิดเพื่อเลือกกฎหมาย แต่ในการใช้กฎหมายละเมิดของต่างประเทศจะต้องพิจารณาควบคู่กับ “กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี” (*lex fori*) ด้วยซึ่งในกรณีนี้หมายถึง “กฎหมายสารบัญญัติซึ่งกำหนดความรับผิดเพื่อละเมิดของไทย”

หากกฎหมายละเมิดของไทยและของต่างประเทศมีเนื้อหาเหมือนกันก็คงจะไม่เป็นปัญหาแต่อย่างใด ในความเป็นจริง กฎหมายละเมิดของ Common Law และ Civil Law มีนิติวิธีที่แตกต่างกันอย่างชัดเจน<sup>36</sup> หรือแม้แต่ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบเดียวกันก็อาจมีรายละเอียดที่ต่างกันไปได้ ดังนั้น แม้การกระทำจะเป็นละเมิดตามกฎหมายของสถานที่เกิดละเมิดก็ตาม หากการกระทำดังกล่าวไม่เป็นละเมิดตามกฎหมายไทย ศาลไทยจะปฏิเสธการนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้ทันทีพบว่าความรับผิดตาม Common Law แตกต่างจากความรับผิดตามกฎหมายไทย ศาลไทยจะใช้กฎหมายละเมิดไทยแทน

การเลือกกฎหมายโดยใช้ Double Actionability ยิ่งทวีความยุ่งยากขึ้นไปอีกในกรณีความรับผิดเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน เนื่องจากกฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดความรับผิดเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของแต่ละประเทศมีนิติวิธีที่ต่างกันอย่างยิ่งกว่าความรับผิดเพื่อละเมิดตามปกติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน Common Law มักจะใช้กฎหมายละเมิด 4 ประเภทมาปรับใช้กับคดีสิ่งแวดล้อม ได้แก่ การล่วงล้ำ (trespass) การสร้างความเดือดร้อนรำคาญ (nuisance) ประมาทเลินเล่อ (negligence) และความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability)<sup>37</sup> ขณะที่ความรับผิดเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของไทยก็มีการกำหนดความรับผิดเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับไว้ในกฎหมายเฉพาะ (*lex specialis*) อาทิ ความรับผิดเพื่อละเมิดจากการรั่วไหลหรือแพร่กระจายของมลพิษจากแหล่งกำเนิดตามมาตรา 96 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535<sup>38</sup> ตัวอย่างเช่น โรงงานที่ปล่อยควันพิษจากการผลิต หรือมีการรั่วไหลของสารพิษจากสถานที่เก็บกักหรือความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอันตรายตามมาตรา 63 พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 ตัวอย่างเช่น ผู้ครอบครองเครื่องฉายรังสีโคบอลต์-60 ไม่ใช่ความระมัดระวังในการควบคุมดูแลจนเป็นเหตุให้สารกัมมันตภาพรังสีรั่วไหลจากเครื่องฉายดังกล่าว<sup>39</sup> โดยทั้งสองมาตราล้วนกำหนดให้ผู้กระทำ

<sup>36</sup> กฎหมายละเมิดของ Common Law กำหนดความรับผิดในลักษณะความรับผิดเฉพาะเรื่อง (specific types) กล่าวคือ ความเสียหายจากการกระทำในลักษณะใดบ้างที่จะต้องรับผิด ย่อมเป็นไปตามเหตุผลในคำพิพากษาศาลซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป ขณะที่ในระบบกฎหมาย Civil Law จะนำความรับผิดเฉพาะเรื่องมาใช้ในลักษณะข้อยกเว้นของความรับผิดทั่วไป (general principle) ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานการพิสูจน์ความผิด (fault) ของผู้กระทำ โปรดดู อนันต์ จันทร์โอภากร, “โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด”, **รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์**, สมยศ เชื้อไทย (บ.ก.), จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ: พี.เค. พรินต์ติ้งเฮ้าส์, 2531, 95.

<sup>37</sup> Stuart Buck, “The Common Law and the Environment in the Courts”, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 58, 2008, 621 – 646.

<sup>38</sup> นอกจากมาตรา 96 แล้ว ในมาตรา 97 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 ยังบัญญัติถึงกรณีความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติ (natural resources) ไปด้วย อย่างไรก็ตาม ลักษณะความรับผิดตามมาตรา 97 เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทรัพยากรธรรมชาติซึ่งอยู่ในความควบคุมของรัฐและถือเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินซึ่งมีแต่รัฐเท่านั้นที่สามารถเป็นผู้เสียหายได้ สำหรับผู้ที่สนใจการปรับใช้มาตรา 97 โปรดดู คำพิพากษาศาลจังหวัดหล่มสักคดีหมายเลขดำที่ 673/2552 คดีหมายเลขแดงที่ 789/2552

<sup>39</sup> โปรดดู คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ คดีหมายเลขดำที่ 4903-4904/2547 คดีหมายเลขแดงที่ 11713 - 11714/2551

ละเมิดต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) เพื่อตัดชั้นตอนที่ยุ่งยากในการพิสูจน์ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ก่อให้เกิดความเสียหาย ดังนั้น หากศาลไทยต้องเลือกกฎหมายในคดีละเมิด แล้วพบว่ากฎหมายของสถานที่เกิดละเมิดซึ่งไปยังกฎหมายของประเทศที่ใช้ Common Law เมื่อต้องใช้คู่กับกฎหมายละเมิดของไทยย่อมขัดแย้งกันในตัวเอง และทำให้ศาลไทยต้องปฏิเสธการใช้กฎหมายของประเทศอื่น

Double Actionability เป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ถูกรื้อถอนอย่างมาก ด้วยรูปแบบที่บังคับให้ศาลต้องพิจารณากฎหมายละเมิดของสองประเทศพร้อมกันจึงเป็นภาระแก่ศาลซึ่งจะต้องพิจารณาเนื้อหากฎหมายสารบัญญัติ (กฎหมายละเมิด) ของสองประเทศตั้งแต่ในขั้นการเลือกกฎหมาย<sup>40</sup> นอกจากนี้ จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวยังสร้างความไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรมต่อผู้เสียหายเพราะผู้ถูกฟ้องสามารถหลุดพ้นจากความรับผิด (escaping liability) ได้ โดยการพิสูจน์ว่าการกระทำของตนไม่เป็นละเมิดตามกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งก็เพียงพอแล้วซึ่งขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายละเมิดซึ่งต้องการมอบวิธีการเยียวยาที่เหมาะสมแก่ผู้เสียหาย ปัญหาในทางปฏิบัติดังกล่าวทำให้ศาลอังกฤษตัดสินใจสร้างจุดเกาะเกี่ยวประเภทใหม่ขึ้นเพื่อแก้ปัญหาของ Double Actionability ในคดี *Boys v. Chaplin*<sup>41</sup> ศาลอังกฤษจึงตัดสินใจใช้ “กฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด” (Proper Law of Tort)<sup>42</sup> ในการเลือกกฎหมาย โดยเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ว่า ยังมีองค์ประกอบต่างประเทศอื่นใดที่ใกล้ชิดกับคดีละเมิดมากกว่าหรือไม่ซึ่งช่วยเพิ่มความยืดหยุ่นในการเลือกกฎหมายให้แก่คดีละเมิดที่มีความซับซ้อนและมีลักษณะเฉพาะ (particular tort) สมเหตุสมผลยิ่งขึ้น

### 2.3 แนวทางการปรับปรุงการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน

การที่กฎเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมายของไทยยังคงใช้จุดเกาะเกี่ยวซึ่งศาลอังกฤษสร้างขึ้นมาตั้งแต่ ค.ศ. 1870 ซึ่งต่อมาก็ได้รับการแก้ไขไปแล้วอยู่นั้น เป็นหนึ่งในหลักฐานที่แสดงถึงความล้าสมัยของ พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า ควรยกเลิกจุดเกาะเกี่ยวแบบ Double Actionability และควรใช้แต่เพียง “กฎหมายของสถานที่เกิดละเมิด” (*lex loci delicti*) อย่างไรก็ดี ก็จำเป็นต้องสร้างความแน่นอนให้กับจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวด้วย วิธีการที่มีประสิทธิภาพอาจจำเป็นต้องกำหนดความหมายลงไปให้ชัดเจนว่า ต้องการให้กฎหมายของสถานที่เกิดละเมิดหมายถึงสถานที่ใด วิธีการดังกล่าวนอกจากจะช่วยสร้างความชัดเจนให้ความหมายของจุดเกาะเกี่ยวแล้ว ยังช่วยเพิ่มความมั่นใจให้กับศาลเลือกกฎหมายในกรณีเฉพาะเรื่องได้อีกด้วย ตัวอย่างเช่น ในสหภาพยุโรป Article 7 Rome II Regulation กำหนดจุดเกาะเกี่ยวเฉพาะสำหรับความรับผิดเพื่อละเมิดต่อความเสียหายจากสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดนไว้ว่า ให้ใช้ “กฎหมายของสถานที่เกิดความเสียหาย” (*lex loci damni infecti*) ในการเลือกกฎหมายเว้นแต่ในกรณีที่ผู้เสียหายเลือกที่จะให้ใช้กฎหมายของสถานที่ที่เป็นต้นเหตุให้เกิดความเสียหาย (*lex loci delicti commissi*)<sup>43</sup> ซึ่งต่อมา ในคดี *Huaraz*<sup>44</sup> Mr. Saúl Luciano Lliuya ชาวนาสัญชาติเปรูฟ้อง

<sup>40</sup> Nicky Richardson, “Double Actionability and the Choice of Law”, *Hong Kong Law Journal*, Vol. 32, 2002, 497 – 517.

<sup>41</sup> *Boys v. Chaplin*, 1969, 2 All ER 1085.

<sup>42</sup> J.H. Morris, “The Proper Law of Tort”, *Harvard Law Review*, Vol. 64, 1950 – 1951, 881.

<sup>43</sup> Article 7 Rome II Regulation

“The law applicable to a non-contractual obligation arising out of environmental damage or damage sustained by persons or property as a result of such damage shall be the law determined pursuant to Article 4 (1), unless the person seeking compensation for damage chooses to base his or her claim on the law of the country in which the event giving rise to the damage occurred.”

<sup>44</sup> *Lluyia v. RWEAG*, Case No. 2, O 285/15, Essen Regional Court.

คดีต่อศาลเยอรมนีถึงความเสียหายต่อผลผลิตทางการเกษตรซึ่งเกิดจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (climate change) อุณหภูมิที่เพิ่มขึ้น และการละลายตัวของธารน้ำแข็งในเมือง Andes ประเทศเปรู Mr. Lliuya อ้างรายงานผลการศึกษากิจการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและพบว่า ปริมาณการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ร้อยละ 0.5 ของทั้งโลกเป็นความรับผิดชอบของ RWE บริษัทพลังงานสัญชาติเยอรมัน ในคดีนี้ ศาลเยอรมนีเลือกใช้กฎหมายละเมิดของประเทศเปรูในฐานะกฎหมายของสถานที่เกิดความเสียหายโดยไม่พิจารณาสถานที่เกิดการกระทำ แม้ว่าจุดเริ่มต้นที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมในประเทศเปรูจะมาจากกิจกรรมที่เกิดขึ้นในเยอรมนีก็ตาม

### 3. การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (Same-sex Marriage)

การสมรสเป็นจุดเริ่มต้นของสถาบันครอบครัวซึ่งเป็นสถาบันทางสังคมรูปแบบหนึ่ง กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสมรสจึงมีความสัมพันธ์กับสภาพสังคม แนวคิดทางศาสนาและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศอย่างแนบชิด ซึ่งโดยปกตินิยม การสมรสคือการก่อสถานะทางกฎหมายระหว่างบุคคลที่มีเพศตรงข้ามกัน (opposite-sex marriage) ปัจจุบัน ลักษณะการสมรสในสังคมต่าง ๆ เริ่มแตกต่างไปจากเดิม อันเป็นผลมาจากการปรับเปลี่ยนทัศนคติและมุมมองที่มีต่อเรื่อง “เพศ” (gender)

เรื่องสุดท้ายที่ผู้ศึกษาจะขอกกล่าวถึงคือ “การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน” (same-sex marriage) ซึ่งมีประวัติศาสตร์อันยาวนานในการเรียกร้องสิทธิในการสมรส(right to marry) ที่เท่าเทียมกับบุคคลที่มีเพศตรงข้าม<sup>45</sup> และมีพัฒนาการของแนวคิดทางกฎหมายในเรื่องเงื่อนไขในเรื่องเพศของคู่สมรสซึ่งส่งผลต่อกลไกการขัดกันแห่งกฎหมายของไทย

#### 3.1 จาก “การสมรสของบุคคลที่มีเพศตรงข้าม” มาสู่ “การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน”

มุมมองในเรื่องเพศของคู่สมรสเป็นประเด็นที่มีความละเอียดอ่อนในเชิงสังคมขณะเดียวกันก็เป็นแนวคิดที่มีการพัฒนาอย่างเป็นพลวัตแต่เดิม แนวคิดที่ว่าด้วยเพศของมนุษย์พิจารณาจากลักษณะทางกายภาพโดยอาศัยอวัยวะสืบพันธุ์ในการจำแนกเพศ จึงสรุปได้ว่ามนุษย์มีลักษณะแบบทวิเพศ (gender dualism) กล่าวคือมีแค่เพศชาย(male) และหญิง (female)<sup>46</sup> มุมมองดังกล่าวค่อย ๆ เปลี่ยนแปลงไปตามลำดับ สวีเดนเป็นประเทศแรกๆ ที่เริ่มให้ความสนใจบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ (gender pluralism) และสถานะทางกฎหมายของคู่รักที่มีเพศเดียวกันและได้ตั้งคณะกรรมการการศึกษาสถานะดังกล่าว นำเสียดายที่คณะกรรมการการศึกษาว่ายังไม่ควรรับรองสถานะของคู่รักเพศเดียวกันกระทั่ง ค.ศ. 1989 เดนมาร์กเป็นประเทศแรกที่รับรองสถานะทางกฎหมายของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน กระนั้น กฎหมายเดนมาร์กเพียงแต่รับรองการเป็นหุ้นส่วนชีวิต (civil partnership) ของคู่รักที่มีเพศเดียวกันเท่านั้น ไม่ได้รับรองให้สามารถสมรสกันได้โดยชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด<sup>47</sup>

กระแสความคิดเรื่องมุมมองเกี่ยวกับเพศในทางกฎหมายระหว่างประเทศเองก็เริ่มเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (UN Commission on Human Rights) มีคำวินิจฉัยในคดี *Toonen v.*

<sup>45</sup> William N. Eskridge Jr., “A History of Same Sex Marriage,” *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 1504, 1993, 1419 – 1513.

<sup>46</sup> สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, “จากระบบกฎหมายทวิเพศสู่ระบบกฎหมายพหุเพศ”, *วารสารนิติสังคมศาสตร์*, ปีที่ 6 (ฉบับที่ 1), 2556, 5 – 25; นอกจากนี้ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554 ได้ให้ความหมายว่า “เพศ” หมายถึง “รูปที่แสดงให้รู้ว่าหญิงหรือชาย” โปรดดู ราชบัณฑิตยสถาน, *พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554*, กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556, 847.

<sup>47</sup> Walter Pintens and Jens M. Scherpe, “Same-sex Marriages”, in *Encyclopedia of Private International Law*, Jürgen Basedow et al eds., Vol. I, Edward Elgar Publishing Ltd., 2017, 1604.



Australia<sup>48</sup> ว่า กฎหมายของรัฐภาคีซึ่งกำหนดบทลงโทษพฤติกรรมรักร่วมเพศ (homosexual) เป็นการละเมิดพันธกรณีตาม ข้อ 17 (สิทธิในความเป็นส่วนตัว) และข้อ 26 (การไม่ถูกเลือกปฏิบัติ) แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1969 (1969 International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) อาจกล่าวได้ว่า คำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นจุดเริ่มต้นที่กระตุ้นความสนใจของแนวคิดเกี่ยวกับสถานะตามกฎหมายของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ<sup>49</sup> กระทั่ง ค.ศ. 2001 เนเธอร์แลนด์เป็นประเทศแรกที่รับรองสถานการณ์สมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน

จากพัฒนาการความเป็นมาของดังกล่าว ผู้ศึกษาสามารถจำแนกแนวคิดเกี่ยวกับเพศในเรื่องการสมรสได้เป็น 3 กลุ่มได้แก่

**กลุ่มแรก** แนวคิดที่อนุญาตการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (same-sex marriage) ประเทศที่อนุญาตมักจะผ่อนคลายความเคร่งครัดของเงื่อนไขแห่งการสมรสในกฎหมายครอบครัวเพื่ออนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันหรือบุคคลที่ผ่านการแปลงเพศแล้ว (sex reassignment) สามารถสมรสกันได้โดยลักษณะเดียวกับการสมรสของชายและหญิง<sup>50</sup>

**กลุ่มที่สอง** แนวคิดที่ไม่อนุญาตให้มีการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน แต่ยินยอมให้มีการก่อตั้งสถานะความสัมพันธ์รูปแบบใหม่อันเป็นการยอมรับสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว (right to family) ของบุคคลกลุ่มดังกล่าว แม้จะยังคงยึดถือธรรมเนียมปฏิบัติว่า สิทธิในการสมรส (right to marry) เป็นเรื่องที่สงวนไว้สำหรับบุคคลที่มีเพศต่างกัน ประเทศที่เห็นด้วยกับแนวคิดนี้มักประกาศใช้กฎหมายเฉพาะ (*lex specialis*) ซึ่งกำหนดสิทธิและหน้าที่บางประการของคู่ชีวิตไว้แตกต่างไปจากสถานะของคู่สมรส เช่น ภาษี การประกันภัยสวัสดิการสังคม การตัดสินใจทางการแพทย์ การครอบครองทรัพย์สินร่วมกัน ตลอดจนการอนุญาตให้ทำการสมรสในโบสถ์ อนึ่ง เนื่องจากแต่ละประเทศมีชื่อเรียกสถานะความสัมพันธ์ในรูปแบบเช่นนี้แตกต่างกันออกไป ในบทความฉบับนี้ ผู้ศึกษาขออนุญาตเรียกสถานะดังกล่าวรวมกันว่า “หุ้นส่วนชีวิต” (civil partnership)<sup>51</sup> ประเทศไทยเองมีความพยายามรับแนวคิดของสถานะข้างต้น จึงได้มีการผลักดันร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ....<sup>52</sup> ให้มีผลใช้บังคับ นำเสียดายเมื่อท้ายที่สุด ร่างกฎหมายฉบับนี้ไม่ผ่านการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติ

<sup>48</sup> Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992, 1994.

<sup>49</sup> ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองเริ่มยอมรับและตระหนักถึงความสำคัญในการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลกลุ่มดังกล่าว แม้ท้ายที่สุดจะไม่มีการจัดทำสนธิสัญญาเป็นการเฉพาะ แต่นักวิชาการในแวดวงกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองและกฎหมายสิทธิมนุษยชนก็ได้ร่วมกันจัดทำหลักการ Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity) ซึ่งเป็นเอกสารเกี่ยวกับแนวทางในการนำสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนที่มีอยู่แล้ว มาปรับใช้ในบริบทความหลากหลายทางเพศ หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับว่ามีพัฒนาการอย่างเป็นพลวัตและได้รับการปรับปรุงเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในสังคมอยู่เสมอ ในขณะที่เรียบเรียงบทความฉบับนี้ มีมติรับเอาหลักการ Yogyakarta Principles +10 เมื่อวันที่ 10 พฤศจิกายน ค.ศ. 2017 เพื่อเพิ่มเติมเนื้อหาของหลักการ Yogyakarta Principles ให้สอดคล้องกับบริบทในปัจจุบันมากยิ่งขึ้น

<sup>50</sup> ในขณะที่เรียบเรียงบทความฉบับนี้ มี 24 ประเทศที่มีกฎหมายรับรองการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันแล้ว ได้แก่ เนเธอร์แลนด์ (2001) เบลเยียม (2003) สเปน แคนาดา (2005) แอฟริกาใต้ (2006) นอร์เวย์ สวีเดน (2009) โปตุเกส ไอร์แลนด์ อาร์เจนตินา (2010) เดนมาร์ก (2012) บราซิล ฝรั่งเศส ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ (2013) สหราชอาณาจักร (2014) ลักเซมเบิร์ก สหรัฐอเมริกา ไอร์แลนด์ (2015) โคลัมเบีย (2016) ฟินแลนด์ มอลตา เยอรมนี และออสเตรเลีย (2017)

<sup>51</sup> คำว่า civil partnership ไม่ใช่ศัพท์สามัญที่ใช้กันในทุกประเทศ แต่ละประเทศอาจกำหนดชื่อเรียกสถานะหรือรูปแบบความสัมพันธ์ใหม่ที่ใกล้เคียงกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศตรงข้ามกันแตกต่างกันออกไป เช่น Registered partnerships Act (registreret partnerskab) ในเดนมาร์ก Civil Solidarity Pact (Pacte civil de solidarité) ในฝรั่งเศสหรือ Civil Partnership Act 2004 ของอังกฤษ อนึ่ง ในระหว่างที่เรียบเรียงบทความฉบับนี้ ทั้งสามประเทศอนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้ตามกฎหมายแล้ว

<sup>52</sup> โปรดดูรายละเอียดของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ที่ <http://ilaw.or.th/node/1821>

**กลุ่มสุดท้าย** แนวคิดที่ยังสว่นการสมรสไว้สำหรับบุคคลที่มีเพศตรงข้ามกัน (opposite-sex marriage) แนวคิดนี้มีพื้นฐานเหตุผลมาจากความเชื่อทางศาสนา สังคมและวัฒนธรรมโดยเห็นว่า พฤติกรรมรักร่วมเพศเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคม (public order and *bonus mores*) ตลอดจนธรรมชาติในการสร้างครอบครัวและการสืบพันธุ์ของมนุษย์ บางประเทศถึงขั้นกำหนดให้พฤติกรรมรักร่วมเพศเป็นความผิดอาญา<sup>53</sup> สำหรับประเทศไทย แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะไม่ได้บัญญัติเงื่อนไขในเรื่องเพศของคู่สมรสไว้อย่างแจ้งชัด แต่ที่ผ่านมาศาลฎีกาในคำพิพากษาฎีกาที่ 1557/2524 ตีความคำว่า “หญิง” โดยถือตามความหมายพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานว่าคน ที่ออกลูกได้ การผ่าตัดแปลงเพศจึงเป็นแต่เพียงการเปลี่ยนแปลงลักษณะทางกายภาพของมนุษย์ ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายจากชายให้กลายเป็นหญิง หรือหญิงให้กลายเป็นชายได้<sup>54</sup> เป็นข้อยืนยันว่า เพศของคู่สมรสตามกฎหมายไทยจำกัดไว้สำหรับบุคคลที่มีเพศตรงข้ามกันเท่านั้น

ในปัจจุบัน ความก้าวหน้าของการคมนาคมระหว่างประเทศที่พัฒนาขึ้นทำให้เอกชนมีเสรีภาพในโยกย้ายถิ่นฐาน (freedom of movement)<sup>55</sup> การเดินทางไปมาหาสู่ระหว่างกัน การท่องเที่ยว ตลอดจนการเดินทางไปทำงานในต่างประเทศ อาจทำให้เกิดสถานการณ์ของคู่สมรสที่มีเพศเดียวกัน หรือบุคคลที่จดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตเกิดองค์ประกอบต่างประเทศ<sup>56</sup> ซึ่งกรณีเช่นนี้ย่อมนำไปสู่กลไกการขัดกันแห่งกฎหมาย

### 3.2 ปัญหาการใช้การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน

การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยการสมรสมีขึ้นเพื่อสร้างความแน่นอนในทางกฎหมาย (legal certainty) ให้การสมรสที่มีองค์ประกอบต่างประเทศสามารถมีผลทางสมบูรณ์ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าคู่สมรสดังกล่าวจะไปอาศัยอยู่ ณ ประเทศใด<sup>57</sup> แต่ด้วยกระแสพัฒนาการของแนวคิดเรื่องการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันซึ่งนับวันจะมีประเทศที่รับรองสถานะดังกล่าวมากยิ่งขึ้น นำมาสู่การสำรวจจากกฎเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องการสมรสของไทยว่าจะสามารถรับมือกับสถานการณ์ดังกล่าวได้หรือไม่ เพียงใด

<sup>53</sup> ข้อมูลเมื่อ ค.ศ. 2017 มี 76 ประเทศที่กำหนดว่า พฤติกรรมรักร่วมเพศเป็นความผิดอาญาโดยอัฟกานิสถาน บรูไนดารุสซาลาม อิหร่าน อิรัก มัลดีฟส์ มอริเตเนีย ซูดาน ไนจีเรีย เยเมน ซาอุดีอาระเบีย การ์ตา และโซมาเลีย กำหนดให้พฤติกรรมการรักร่วมเพศเป็นความผิดอาญาที่มีโทษประหารชีวิต

<sup>54</sup> อนึ่ง ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร เคยตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับนัยยะของคำว่า “ชาย” (male) และ “หญิง” (female) ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า ควรคำนึงถึงบุคคลที่แปลงเพศแล้วโดยพิจารณาสภาพจิตใจของบุคคลนั้นประกอบมากกว่า โปรตดู จุมพต สายสุนทร, “ฐานะทางกฎหมายของผู้รักร่วมเพศ”, *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 13 (ฉบับที่ 2), มิถุนายน 2527, 65.

<sup>55</sup> Rosalyn Higgins, “The Right in International Law of an Individual to Enter, Stay in and Leave a Country”, *International Affairs*, Vol. 49, No. 3, July 1973, 341 – 357.

<sup>56</sup> ไทยเคยพบกรณีที่ว่าแทนทางทูตและทางกงสุลของต่างประเทศประสงค์ที่จะให้คู่สมรสที่มีเพศเดียวกันหรือบุคคลซึ่งได้จดทะเบียนรับรองหุ้นส่วนชีวิตสามารถเดินทางติดตามมาประจำการในประเทศไทยและได้การตรวจลงตรา (visa) ประเภททูต เพื่อที่จะได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันในฐานะคู่สมรส (spouse) ขอรหรือดังกล่าวเป็นประเด็นเกี่ยวกับการตีความพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางทูต พ.ศ. 2521 และพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางกงสุล พ.ศ. 2547 ซึ่งเป็นกฎหมายอนุวัติการอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961 และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ตามลำดับ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงไม่ได้มีโอกาสตีความในประเด็นของการขัดกันแห่งกฎหมาย โปรตดู หนังสือกระทรวงการต่างประเทศ ที่ กต 0802/60 ลงวันที่ 22 มกราคม 2558 ขอรหรือเกี่ยวกับการทบทวนแนวปฏิบัติสำหรับคู่สมรสเพศเดียวกัน/คู่ชีวิตของตัวแทนทางทูต/ทางกงสุลต่างประเทศที่ประจำการในประเทศไทย และบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 1550/2558 เรื่อง ขอรหรือเกี่ยวกับการทบทวนแนวปฏิบัติสำหรับคู่สมรสเพศเดียวกัน/คู่ชีวิตของตัวแทนทางทูต/ทางกงสุลต่างประเทศที่ประจำการในประเทศไทย

<sup>57</sup> Walter Pintens and Jens M. Scherpe, “Same-sex Marriages”, in *Encyclopedia of Private International Law*, Jürgen Basedow et al. eds., Vol. I, Edward Elgar Publishing Ltd., 2017, 1605.

### 3.2.1 การขัดกันแห่งกฎหมายไทยและการปรับใช้กับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน

การสมรสที่มีองค์ประกอบต่างประเทศอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 ลักษณะคือ “การสมรสกับชาวต่างชาติ” (miscegenation) และ “การสมรสที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ” (marriage abroad)

ในกรณีการสมรสกับชาวต่างชาติ แนวคิดดังกล่าวเกิดจากการแต่งงานระหว่างบุคคลที่มีเชื้อชาติต่างกัน (interracial)<sup>58</sup> จุดเกาะเกี่ยวที่ได้รับความนิยมในเรื่องนี้จึงเป็นการใช้ “กฎหมายตามสัญชาติของคู่สมรส” (*lex patriae*) ขณะที่กรณีการสมรสที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ จุดเกาะเกี่ยวที่ได้รับความนิยมคือ “กฎหมายของสถานที่ทำการสมรส” (*lex loci celebrationis*)<sup>59</sup> ซึ่งสอดคล้องกับการดำเนินการตามแบบแห่งการสมรส ในประเทศที่เกิดการสมรสขึ้น

พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องการสมรสไว้ 2 ประเภท กล่าวคือ “เงื่อนไขแห่งการสมรส” ตามมาตรา 19 และ “แบบแห่งการสมรส” ตามมาตรา 20

หากพิจารณาว่า เพศของคู่สมรสเป็นเงื่อนไขของการสมรส ในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันที่เมืองประกอบต่างประเทศย่อมจะต้องพิจารณาตามมาตรา 19 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งกำหนดให้เงื่อนไขแห่งการสมรสเป็นไปตาม “กฎหมายตามสัญชาติ” (*lex patriae*) ของคู่สมรสแต่ละฝ่าย<sup>60</sup> กล่าวคือ ศาลไทยจะต้องพิจารณากฎหมายครอบครัวตามสัญชาติของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายเสมอ หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมายครอบครัวของประเทศที่ตนมีสัญชาติ ศาลไทยจะปฏิเสธการสมรสดังกล่าว

ผู้ศึกษาเห็นว่า จุดเกาะเกี่ยวข้างต้นไม่ได้ออกแบบมาให้ใช้กับกรณีการแต่งงานในต่างประเทศแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้กับกรณีการสมรสระหว่างชาวไทยและชาวต่างชาติมากกว่า ในทางตำราอธิบายกันว่า “สัญชาติ” ตามมาตรา 19 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย หมายถึง สัญชาติที่บุคคลมีอยู่ก่อนทำการสมรสกันเท่านั้น ไม่รวมถึงสัญชาติที่ได้มาโดยผลของการสมรส เนื่องจากกฎหมายสัญชาติของไทยในช่วงเวลาที่มีการประกาศใช้ พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย บัญญัติให้หญิงที่มีสัญชาติอื่นได้สัญชาติไทยทันทีที่สมรสกันตามกฎหมายกับชายไทย<sup>61</sup> หากจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวหมายถึงสัญชาติของภรรยาที่ได้มาหลังสมรส เงื่อนไขแห่งการสมรสของทั้งสองฝ่ายย่อมเป็นไปตามกฎหมายไทย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) โดยไม่ได้เคารพกฎหมายครอบครัวตามสัญชาติเดิมของฝ่ายหญิง<sup>62</sup> แต่ในความเป็นจริง เป็นธรรมดาที่กฎหมายครอบครัวของแต่ละประเทศอาจกำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรสไว้แตกต่างกัน การที่ศาลต้องพิจารณาเงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมายสัญชาติของคู่สมรสถึงสองประเทศพร้อมกันจึงค่อนข้างเป็นอุปสรรคในทางปฏิบัติ นอกจากนี้ การที่บางประเทศอนุญาตให้คนชาติของตนถือสองสัญชาติ (dual-nationality persons) ตลอดจนปัญหาสถานการณ์บุคคลไร้รัฐ (Stateless persons) และบุคคลไร้สัญชาติ (nationality-less persons) ล้วนนำไปสู่ผลลัพธ์ในการเลือกกฎหมายที่ไม่แน่นอน

<sup>58</sup> Albert A. Ehrenzweig, “Miscegenation in the Conflict of Laws”, *Cornell Law Review*, Vol. 45, Issue 4, Summer 1960, 664.

<sup>59</sup> Herbert F. Goodrich, “Foreign Marriages and the Conflict of Laws”, *Michigan Law Review*, Vol. 21, 1922, 743 – 764; Meg Penrose, “Something to (*Lex Loci*) Celebrationis?”, *Villanova Law Review*, Vol. 59, Issue 6, 2015, 1 – 8.

<sup>60</sup> มาตรา 19 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

“เงื่อนไขแห่งการสมรสให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของคู่กรณีแต่ละฝ่าย”

<sup>61</sup> มาตรา 3 (4) พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2456

<sup>62</sup> สายหยุด แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย หลักการทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา, 292.

แม้จะมีวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้ใช้กับการสมรสกับชาวต่างชาติ แต่มาตรา 19 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย ก็ไม่ได้บัญญัติว่าจะไม่นำมาใช้กับกรณีการสมรสในต่างประเทศแต่อย่างใด ในทัศนะของผู้ศึกษาเห็นว่า การใช้สัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยวอาจเป็นประโยชน์ต่อการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันซึ่งสมรสกันในประเทศ ตัวอย่างเช่น นาย A สัญชาติติดตั้งสมรสกับนาย B สัญชาติอเมริกันที่ประเทศออสเตรเลียซึ่งเป็นประเทศที่รับรองการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน หากทั้งสองเดินทางมาทำงานและอาศัยอยู่ในไทยและขอให้ศาลไทยรับรองการสมรส เมื่อเงื่อนไขแห่งการสมรสในเรื่องเพศของทั้งสองฝ่ายสมบูรณ์ตามกฎหมายของประเทศที่ทั้งสองมีสัญชาติ ศาลไทยก็ต้องรับรองการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันดังกล่าว

สำหรับกรณีแบบแห่งการสมรสตามมาตรา 20 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายบัญญัติให้ใช้ “กฎหมายของสถานที่ทำการสมรส” (*lex loci celebrationis*) ในการพิจารณาว่าบุคคลซึ่งทำการสมรสกันในประเทศสามารถกล่าวอ้างการสมรสดังกล่าวในไทยได้<sup>63</sup>ซึ่งหากเห็นว่าการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นเรื่องแบบแห่งการสมรส และบุคคลเหล่านั้นสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายของประเทศที่อนุญาต ศาลไทยย่อมต้องรับรองการสมรสดังกล่าว อย่างไรก็ตาม บุคคลซึ่งมีสัญชาติต่างกันอาจหลีกเลี่ยง (evade) ประเทศที่ห้ามบุคคลที่มีเพศเดียวกันทำการสมรส โดยอาจเดินทางไปจดทะเบียน ประเทศที่มีกฎหมายรับรองการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันแล้วเดินทางกลับมาอาศัยอยู่ที่ประเทศที่ไม่มีกฎหมายรับรอง ทำให้การสมรสแทบไม่มีความสัมพันธ์ตามความเป็นจริงกับสถานที่ที่สมรสเลย<sup>64</sup>

### 3.2.2 การควบคุมกลไกการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันโดยใช้หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

หากพิจารณาแต่เพียงจุดเกาะเกี่ยวตามมาตรา 19 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย อาจดูเหมือนศาลไทยมีโอกาสใช้กฎหมายต่างประเทศเพื่อรับรองการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน อย่างไรก็ตาม กลไกการขัดกันแห่งกฎหมายไม่ได้มีแค่การเลือกกฎหมายตามจุดเกาะเกี่ยวกำหนด ผู้ศึกษาจึงขอเสนอคดีของต่างประเทศเพื่อแสดงให้เห็นถึงมุมมองที่อาจเกิดขึ้นในบริบทการขัดกันแห่งกฎหมายของไทย

คดีแรกคือ *Wilkinson v. Kitzinger*<sup>65</sup>ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า คู่รักหญิงชาวอังกฤษสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายที่แคนาดา ภายหลังจากเดินทางกลับมาพำนักที่อังกฤษ ทั้งสองพบว่า สถานะคู่สมรสของตนไม่ได้รับการรับรองเนื่องจากอังกฤษไม่มีกฎหมายรับรองการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ทั้งสองจึงได้รับสถานะ *civil partnership* ตาม *Civil Partnership Act 2004* แทน อย่างไรก็ตาม สถานะของ *civil partnership* มีความแตกต่างจากสถานะของการสมรส คู่รักทั้งสองจึงฟ้องคดีให้ศาลอังกฤษรับรองสถานะคู่สมรสของตน ท้ายที่สุด ศาลสูงของอังกฤษมีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 2006 ว่า ศาลอังกฤษไม่สามารถรับรองสถานะซึ่งไม่มีอยู่ในระบบกฎหมายอังกฤษ (สถานะคู่สมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน) ได้แม้สถานะดังกล่าวจะเกิดขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายต่างประเทศก็ตาม อนึ่งแม้จะไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจน แต่เหตุผลในคำพิพากษาคดี *Wilkinson v. Kitzinger* ก็สะท้อนแนวคิดการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่ไม่มีกฎหมายรับรองการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน หรือมีแต่เพียงกฎหมายรับรองสถานะของคู่ชีวิตว่า ไม่สามารถ

<sup>63</sup> มาตรา 20 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

“การสมรสซึ่งได้ทำถูกต้องตามแบบที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแห่งประเทศที่ทำการสมรสนั้น ย่อมเป็นอันสมบูรณ์ การสมรสระหว่างคนในบังคับไทย หรือคนในบังคับไทยกับคนต่างด้าว ซึ่งได้ทำในประเทศโดยถูกต้องตามแบบที่กฎหมายไทยกำหนดไว้ ย่อมเป็นอันสมบูรณ์”

<sup>64</sup> Linda Silberman, “Same-sex Marriage: Refining the Conflict of Laws Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 153, 2005, 2195 – 2214.

<sup>65</sup> *Wilkinson v. Kitzinger*, 2006, EWHC 2022 (Fam).

รับรองการสมรสในต่างประเทศของบุคคลที่มีเพศเดียวกันได้ ทั้งยังอธิบายด้วยว่า สถานะของคู่ชีวิตเป็นคนละสถานะและ  
ไม่อาจเทียบเคียงกับสถานะคู่สมรสได้

คดีที่สอง คือ *Orlandi and Others v. Italy*<sup>66</sup> คู่รักเพศเดียวกัน 6 คู่ซึ่งสมรสกันตามกฎหมายของต่างประเทศ  
ขอให้รับรองสถานะคู่สมรสดังกล่าวในอิตาลี แต่อิตาลีปฏิเสธโดยให้เหตุผลว่า การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันขัดต่อ  
รัฐธรรมนูญอิตาลีซึ่งยืนยันแนวคิดดั้งเดิมของการสมรส (traditional concept of marriage) ระหว่างชายและหญิง การ  
สมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันที่สร้างขึ้นในต่างประเทศจึงไม่สามารถนำมาจดทะเบียนในอิตาลีได้เนื่องจากขัดต่อความ  
สงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของอิตาลี คู่รักเพศเดียวกันทั้งหกจึงฟ้องคดีต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปซึ่งต่อมา มีคำ  
พิพากษาเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 2017 ว่า การที่อิตาลีปฏิเสธรับรองการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันซึ่งทำขึ้นใน  
ต่างประเทศเป็นการละเมิดสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว (right to family) อันเป็นพันธกรณีตามข้อ 8 อนุสัญญายุโรปว่า  
ด้วยสิทธิมนุษยชน

หากพิจารณาจากคดี *Wilkinson v. Kitzinger* และ *Orlandi and Others v. Italy* จะพบว่า การไม่มีกฎหมาย  
อนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้คือจุดร่วมของคดีทั้งสอง เมื่อพิจารณากรณีของไทยซึ่งไม่มีกฎหมาย  
รับรองการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันและไม่มีกฎหมายรับรองการจดทะเบียนคู่ชีวิต ประกอบการตีความของศาลฎีกา  
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ตลอดจนแนวปฏิบัติของกระทรวงการต่างประเทศ มีแนวโน้มที่จะนำหลักความสงบ  
เรียบร้อยและศีลธรรมอันดีตามมาตรา 5 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย<sup>67</sup> มาใช้ในการปฏิเสธการรับรองการสมรสของ  
บุคคลที่มีเพศเดียวกัน

ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีเป็นหลักกฎหมายปลายเปิดที่ให้อำนาจศาลใช้ดุลยพินิจตัดสินใจว่า สิ่งใดคือ  
คุณค่าของสังคมซึ่งไม่อาจใช้กฎหมายต่างประเทศแทนได้ หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีจึงเป็นหลักการที่มีพลวัต  
ซึ่งจะเปลี่ยนแปลงไปตามปัจจัยด้านเวลา (*ratione temporis*) และสถานที่ (*ratione loci*) แต่ละประเทศอาจมีมุมมองใน  
เรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีที่แตกต่างกัน อีกทั้งมุมมองต่อคุณค่าบางเรื่องอาจเป็นความสงบ  
เรียบร้อยและศีลธรรมอันดีในระยะเวลาหนึ่งแต่มุมมองดังกล่าวก็สามารถเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาได้อันที่จริง การ  
สมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมที่สุดในเรื่องการเปลี่ยนแปลงหลักความสงบเรียบร้อยและ  
ศีลธรรมอันดี ในสหรัฐอเมริกาเคยปฏิเสธการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ก่อนที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิตาม  
รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา<sup>68</sup> หรือในเบอร์มิวดาซึ่งศาลสูงสุดมีคำพิพากษาในคดี *W Godwin et al. v. Registrar  
General*<sup>69</sup> อนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้เมื่อปี ค.ศ. 2017 แต่ต่อมา ในปี ค.ศ. 2018 รัฐบาลเบอร์มิวดา  
กลับประกาศใช้ Domestic Partnership Act 2018 ซึ่งปฏิเสธหลักการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน โดยเปลี่ยนมาให้  
บุคคลที่มีเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตแทน

การแสวงหาหนทางอันลงตัวสำหรับการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันคงเป็น  
หัวข้อที่ต้องดำเนินการศึกษากันไป

<sup>66</sup> *Orlandi and Others v. Italy*, European Court of Human Rights, Applications nos. 26431/12; 26742/12; 44057/12 and  
60088/12, Judgment of 14 December 2017.

<sup>67</sup> มาตรา 5 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

“ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่ง  
ประเทศไทย”

<sup>68</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S., 2015.

<sup>69</sup> *W Godwin et al. v. Registrar General*, 2017, SC (Bda) 36 Civ, 5 May 2017.

## ความส่งท้าย

การขัดกันแห่งกฎหมายเป็นกลไกพิเศษที่สัมพันธ์กับการเปลี่ยนแปลงของสังคมและพัฒนาการของกฎหมายในเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์จึงจำเป็นต้องปรับปรุงกฎหมาย/จุดเกาะเกี่ยวให้ทันสมัย เหมาะสมกับลักษณะของกิจกรรมข้ามพรมแดนอยู่เสมอ ยิ่งสภาพข้อเท็จจริงที่ทำให้เกิดองค์ประกอบต่างประเทศเปลี่ยนแปลงไปเพียงใด ก็ยิ่งจำเป็นต้องปรับปรุงจุดเกาะเกี่ยวให้เหมาะสมกับสภาพข้อเท็จจริง แต่เนื่องจากกฎหมายทั้งหลายใน พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย ออกแบบมาเพื่อใช้กับนิติสัมพันธ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งลักษณะของกิจกรรมในสังคมเมื่อปี พ.ศ. 2481 ไม่ได้มีความสลับซับซ้อนเท่ากับกิจกรรมข้ามพรมแดนในปัจจุบัน จึงทำให้กลไกการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยไม่สามารถใช้ในการเลือกกฎหมายได้อย่างเหมาะสมเมื่อเครื่องมือล้าสมัย ไม่ทันต่อสภาพสังคมย่อมไม่สามารถอำนวยความสะดวกให้ผู้ที่เกี่ยวข้องได้ถึงเวลาแล้วหรือไม่ที่จะทบทวนความเหมาะสมของกฎหมายในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

## บรรณานุกรม

- กฤษฎาภกร ว่องวุฒิภูถิ. สืบค้นความท้าทายและข้อจำกัดบางประการของการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในบริบทของมลพิษข้ามพรมแดน. วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, ปีที่ 11 (ฉบับที่ 1), มิถุนายน 2561, 1 – 27.
- จุมพต สายสุนทร. ฐานะทางกฎหมายของผู้รุกร่วมเพศ, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 13 (ฉบับที่ 2), มิถุนายน 2527.
- มณิศรา เทพหัสดิน ณ อยุธยา. การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีสิ่งแวดล้อม, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556.
- ศูนย์กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร สำนักกฎหมายสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร. สัญญาต้องเป็นสัญญา: การก่อให้เกิดสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ และการคุ้มครองผู้บริโภคในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ ประเด็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม, (พิมพ์ครั้งที่ 2.), มีนาคม 2559.
- สมชาย ปรีชาศิลป์กุล. จากระบบกฎหมายทวีปเอเชียสู่ระบบกฎหมายพหุเทศ, วารสารนิติสังคมศาสตร์, ปีที่ 6 (ฉบับที่ 1), 2556, 5 – 25.
- สายหยุด แสงอุทัย. การขัดกันแห่งกฎหมาย หลักการทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา, พระนคร: ม.ป.ท., ม.ป.ป..
- หจก.หมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร. ร่างพระราชบัญญัติวางกฎเกณฑ์การวินิจฉัยข้อขัดกันระหว่างกฎหมายของนานาประเทศ พุทธศักราช 2481 (วาระที่ 2). เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หมายเลข ม-สศก 1/258.
- อนันต์ จันทโรภากร, โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด, รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, สมยศ เชื้อไทย (บ.ก.), จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพฯ: พี.เค. พรินติ้งเฮ้าส์, 2531.

- 100 ปี สัญชาติไทย ตอนที่ 1. วิชา. ลำดับที่ 37. ปีที่ 5 (ฉบับที่ 5), กันยายน – ตุลาคม, 2554.  
16 – 22.
- 100 ปี สัญชาติไทย ตอนที่ 2. วิชา. ลำดับที่ 38. ปีที่ 5 (ฉบับที่ 6), พฤศจิกายน – ธันวาคม, 2554, 56 – 60.
- 100 ปี สัญชาติไทย ตอนที่ 3. วิชา. ลำดับที่ 39. ปีที่ 5 (ฉบับที่ 7), ธันวาคม 2554 – มกราคม, 2555, 39 – 44.
- Albert, A. Ehrenzweig. *Miscegenation in the Conflict of Laws*. Cornell Law Review.  
Vol. 45, Issue 4, Summer 1960, 659 – 678.
- Bogdan, M. *Contracts in Cyberspace and the New Regulation “Rome I”*. Masaryk University Journal of  
Law and Technology. Vol. 3, No. 2, 2009, 219 – 225.
- Cane, P. *The Anatomy of Tort Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997.
- Christian, von. *Bar. Environment and Private International Law*. Recueil des Cours de l’Académie de  
Droit International de La Haye. Vol. 268, Leiden: Nijhoff, 1997,  
291 – 412.
- Currie, B. *Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*. Duke Law Journal. Vol. 1959, No.  
2, Spring 1959, 171 – 181.
- Frederick, A. Mann. *The Proper Law in the Conflict of Laws*. The International and Comparative Law  
Quarterly. Vol. 36, No. 3, Jul 1987.
- Freund, O. Kahn. *General Problems of Private International Law*. (2<sup>nd</sup>ed.), Netherland: Sijthoff &  
Noordhoff. 1980.
- Freund, O. Kahn. *Where Is a Tort Committed?*. The Modern Law Review. Vol. 7, No. 4, Nov. 1944, 243  
– 245.
- Gómez, K. *Environmental Damage*. in *Encyclopedia of Private International Law*. Jürgen Basedow et al.  
eds. Vol. I, Edward Elgar Publishing Ltd., 2017.
- Graziano, T. *The Law Applicable to Cross-Border Damage to the Environment: A Commentary on  
Article 7 of the Rome II Regulation*. Yearbook of Private International Law. Vol. 9, 2007.
- Hay, P. *Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law: Reflections on Current  
European and United States Conflicts Law*. Recueil des Cours de l’Académie de Droit  
International de La Haye. Vol. 226, Leiden: Nijhoff, 1991.
- Heiss, H. *Party Autonomy. Rome I Regulation - The Law Applicable to Contractual Obligations in  
Europe*. Franco Ferrari and Stefan Leible eds., Munich: european law publishers, 2009, 1 – 16.
- Herbert, F. *Goodrich, Foreign Marriages and the Conflict of Laws*. Michigan Law Revie.  
Vol. 21, 1922, 743 – 764.

- Higgins, R. The Right in International Law of an Individual to Enter, Stay in and Leave a Country. *International Affairs*. Vol. 49, No. 3, Jul. 1973, 341 – 357.
- Hussel, G. The Foreign Fact Element in Conflict of Laws. *Virginia Law Review*. Vol. 26, No.3, January 1940, 243 – 274.
- Johnston, Rob. Party Autonomy in Contracts Specifying Foreign Law. *William & Mary Law Review*. Volume 7, Issue 1, 1966, 37 – 60.
- Karl, F. & Savigny, V. translated from German into English by Guthrie W. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of Their Operation in Respect of Place and Time. Edinburgh: T.T. Clark, 1880.
- Kruger & Verhellen. Dual Nationality = Double Trouble?. *Journal of Private International Law*. Vol. 7, No. 3, 2011, 601 – 626.
- Latham, M. Schwartz, E. and Appel, E. Christopher. The Intersection of Tort and Environmental Law: Where the Twains Should Meet and Depart. *Fordham Law Review*, Vol. 80, Issue 2, 2011, 737 – 773.
- Loewenfeld, E. Status of Stateless Persons. *Transactions of the Grotius Society*. Vol. 27, 1941, 59 – 112.
- Morris, J. H. The Proper Law of Tort. *Harvard Law Review*. Vol. 64, 1950 – 1951.
- Mortelmans, K.J.M. The Functioning of the Internal Market: The Freedoms. in *The Law of the European Union and the European Communities*, P.J.G. Kapteyn et al. eds., (4<sup>th</sup>ed.), Netherland: Kluwer International Law, 2008.
- North, M. Peter. Choice in Choice of Law. *The King’s College Law Journal*. Vol. 29, No. 3, 1992, 29 – 48.
- Nova, R. Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws. *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*. Vol. 118, Leiden: Nijhoff, 1966.
- Parikh, M. Tortious Liability for Environmental Harm: A Tale of Judicial Craftmanship. *Nirma University Law Journal*, Vol. 2, Issue 2, January 2013.
- Penrose, Meg. Something to (Lex Loci) Celebrationis?. *Villanova Law Review*. Vol. 59, Issue 6, 2015, 1 – 8.
- Pyles, C. Michael. Tort and Related Obligations in Private International Law. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*. Volume 227, Leiden: Nijhoff, 1991.
- Richardson, Nicky. Double Actionability and the Choice of Law. *Hong Kong Law Journal*. Vol. 32, 2002, 497 – 517.



Sands, P. Principles of International Environmental Law. (2<sup>nd</sup> ed.), New York Cambridge University Press, 2003.

Silberman, L. Same-sex Marriage: Refining the Conflict of Laws Analysis. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 153, 2005, 2195 – 2214.

Visher, F. Connecting Factors. International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. III, Private International Law, International Association of Legal Science, 1969.

Wang, FF. Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China. Cambridge University Press, 2010.

William, N. & Eskridge, Jr. A History of Same Sex Marriage. Yale Law School Faculty Scholarship Series. Paper 1504, 1993, 1419 – 1513.