

บทที่ 3

กฎหมายของไทยและต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการสมรส

ในปัจจุบันในเรื่องความแตกต่างหรือความหลากหลายทางเพศไม่ว่าประเทศไทยหรือทั่วโลก มีบุคคลซึ่งแสดงออกทางเพศไม่ตรงกับเพศสภาพที่ตนเองมีหรือภายในจิตใจมีความต้องการในเรื่องความรักที่แตกต่างเป็นอย่างมาก เช่น ชายรักชาย หญิงรักหญิง รักที่รักได้ทั้งสองเพศ ฯลฯ จนทำให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายมากมายในการใช้สิทธิของคู่รัก บั่นทอนความเป็นมนุษย์อย่างที่ไม่ควรจะเป็นทั้งๆ ที่มนุษย์ทุกคนย่อมได้รับการคุ้มครองและเท่าเทียมกัน ในทุกๆ ด้าน ซึ่งไม่มีกฎหมายบัญญัติให้การคุ้มครองกับบุคคลกลุ่มดังกล่าว ดังจะเห็นได้จากปัญหาที่เกิดขึ้นอยู่ในปัจจุบัน ดังนั้นในการศึกษาในครั้งนี้ ผู้วิจัยจะทำการศึกษาเกี่ยวกับการการสมรสของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ หรือการสร้างครอบครัว รวมไปถึงสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายของไทยที่ยังไม่มีการบัญญัติให้การคุ้มครองหรือปัญหาข้อกฎหมายที่ยังกีดกันและยังไม่รองรับการสมรสดังกล่าว เปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศที่มีการรองรับอนุญาตให้บุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศสามารถสมรสกันหรือจดทะเบียนความสัมพันธ์กันได้ โดยผู้วิจัยจะนำเสนอวิวัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสตามกฎหมายไทย จากการศึกษาดังต่อไปนี้

3.1 วิวัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสตามกฎหมายไทย

ประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับครอบครัวมาตั้งแต่สมัยโบราณ โดยอ้างอิงหลักตามประเพณีที่ยึดถือปฏิบัติสืบต่อตามกันมา กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของประเทศไทยโดยที่ยอมรับการเริ่มต้นสถานะทางครอบครัวระหว่างชายและหญิง และรับรองสิทธิของคู่สมรสนั้นมีมาต่อเนื่องยาวนานโดยมีการพัฒนามาเป็นลำดับตามยุคสมัย ดังนี้

3.1.1 กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสในสมัยสุโขทัย

อาณาจักรสุโขทัยเป็นอาณาจักรที่เกิดขึ้นราวพุทธศตวรรษที่ 15-18 ซึ่งเป็นอาณาจักรของกลุ่มคนไทยแต่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของอาณาจักรขอม แต่ภายหลังที่อาณาจักรขอมเสื่อมอำนาจลงในพุทธศตวรรษที่ 18 อาณาจักรสุโขทัยก็ตั้งตนเองเป็นอิสระ แต่รากฐานทางการปกครองและกฎหมายก็ยังคงใช้กฎหมายของขอมหรือกฎหมายพระธรรมศาสตร์อยู่¹

¹ ชาคริต อนันทราวัน. (2556). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 45.

สมัยสุโขทัยนั้น ไทยเริ่มมีตัวอักษรใช้เป็นของตัวเองครั้งแรกในยุคของพ่อขุนรามคำแหงมหาราช กฎหมายในสมัยสุโขทัยจึงได้มีการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรก ซึ่งกฎหมายในสมัยสุโขทัยที่สำคัญๆ ได้แก่ ศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงมหาราชและกฎหมายลักษณะโจร ซึ่งมีการบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในเสาหินและแผ่นศิลานอกจากนี้ยังมีกฎหมายของพระเจ้ามังรายหรือมังรายศาสตร์ ซึ่งมีบันทึกหลักฐานเป็นภาษาไทยขวนจารลงในใบลาน² ในศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงมหาราชจะกล่าวถึงประวัติของพ่อขุนรามคำแหงมหาราชและบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการซื้อขาย ภาษี มรดก ที่ดิน การร้องทุกข์ และวิธีพิจารณาความเป็นหลัก ส่วนเรื่องการสมรสและครอบครัวไม่ได้กล่าวไว้มากนัก โดยรวมแล้วกล่าวถึงระบบครอบครัวโดยเน้นที่บิดา มารดา พี่และน้องมากกว่าการสมรส บิดาเป็นใหญ่ในครอบครัว สตรีไม่มีบทบาทในครอบครัวหรือสังคม ทรัพย์สินมรดกตกทอดแก่บุตร และไม่มี การแบ่งสินสมรสระหว่างสามีภริยา

กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสในสมัยสุโขทัยมีปรากฏอยู่ในมังรายศาสตร์³ ซึ่งมีที่มาจาก การที่กษัตริย์ของอาณาจักรล้านนา คือ พระเจ้ามังรายได้นำกฎหมายในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ซึ่งได้รับอิทธิพลผ่านทางขอมและมอญมาใช้ในการตัดสินคดี และโปรดให้รวบรวมคำพิพากษาของพระองค์แล้วตราเป็นกฎหมาย เพื่อให้ผู้ปกครองบ้านเมืองในยุคต่อมาได้ใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยคดีในมังรายศาสตร์มีกฎหมายลักษณะหมั้น ซึ่งมีเนื้อความว่า

² กำธร กำประเสริฐ. (2521). *คำบรรยายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 1.

³ มังรายศาสตร์ หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า วินิจฉัยมังราย หมายถึง คำพิพากษาของพระเจ้ามังราย

มังรายศาสตร์เป็นหนังสือกฎหมายที่ได้รวบรวมเรียบเรียงมาจากหนังสือธรรมศาสตร์ซึ่งเป็นคัมภีร์กฎหมายเก่าแก่ของอินเดีย แบ่งเป็นสามตอนดังนี้

ตอนแรก

กล่าวถึงการสืบสันตติวงศ์ล้านนา การสร้างเมืองเชียงใหม่และวัตถุประสงค์ในการแต่ง คำนำ ใช้คำว่า สิทธิสวัสดิ์ กล่าวถึงกฎหมายที่รู้มาแต่โบราณ พระเจ้ามังรายจึงบัญญัติไว้เพื่อให้ทั่วพระยาทั้งหลายผู้เป็นลูกหลานเหลน และเสนาอมาตย์ผู้ปกครองเมืองสืบไปได้รู้จักผิดรู้จักชอบ

ตอนที่สอง

กล่าวถึงเรื่องระเบียบการปกครอง ซึ่งสมัยนั้นได้มีการจัดการปกครองออกเป็นหมู่ๆ หมู่ละ 10 คนบ้าง 100 คนบ้าง 1,000 คนบ้าง 10,000 คน 100,000 คนบ้าง โดยมีหัวหน้าทำหน้าที่ในการปกครองในแต่ละหมู่

ตอนที่สาม

กล่าวถึงเรื่องของตัวบทกฎหมาย ที่มีคำอธิบายพร้อมเหตุผลประกอบ มีจริยธรรมสอดแทรก และมีลักษณะของความยืดหยุ่นเพื่อความเหมาะสมอีกด้วย

มังรายศาสตร์เป็นกฎหมายที่ให้คุณค่าทางนิติศาสตร์หลายประการ ให้ความรู้ทางประวัติศาสตร์กฎหมายแต่ละบทมีเหตุผลประกอบ และยังสอดแทรกคุณค่าทางจริยธรรมเข้าไปอีก

“หากเจ้าขุนหรือผู้ตีหมั้นไว้เดือนหนึ่งจะไปแต่งงาน (คู่) ก็ให้เป็นไปตามนั้น กรณีนายสิบนายกว่านก็ให้ทำตามคำพูดกำหนดไว้สองหรือสามเดือน หากพ้นกำหนดไม่ยอมบอกกล่าวให้ทราบและไม่ไปแต่งงาน แต่กันทำฝ่ายหญิงไว้ เช่นนี้ให้พ่อแม่พี่น้องฝ่ายหญิง หากคู่ใหม่ให้แก่หญิงนั้น ผู้มาหมั้นคนเดิมจะว่ากล่าวอะไรมิได้

มาตราหนึ่ง ผู้ชายเอาของไปหมั้นลูกหลานท่าน พ่อแม่ก็ยินยอม เจ้าตัวไม่ยินยอม จึงหนีไปอยู่ยังที่ตัวชอบใจ ให้ไหมค่าหอข้าวหมาก (ขันหมาก) 11,000 เบี้ย

ผีไปหมั้นเจ้าตัวและพ่อแม่ยินยอม และส่งค่าตัวแล้ว ภายหลังสาวไม่ยินยอมและหนีไป ให้ไหมค่าหอหมาก 22,000 เบี้ย เงินค่าตัวสาวนั้นก็ให้ส่งคืน ส่วนผู้ชายซึ่งพาสาวนั้นหนีไป (ให้ไหมมัน 55,000 เบี้ยในกรณีที่ไม่ทราบว่ายู้งานมีคู่หมั้นแล้ว) แต่ถ้าทราบก็ให้ไหม 110,000 เบี้ย

ผีเจ้าตัวและพ่อแม่ไม่ยินยอม อย่าให้ถือเป็นการหมั้น หากสาวหนีไปแต่งงานที่บ้านอื่น อย่าว่าอะไรเพียงแต่ให้คืนค่าของฝากเท่านั้น”⁴

จากบทบัญญัติข้างต้นตอนแรกนี้ได้กล่าวถึงการผิดสัญญาหมั้น คือ หากเจ้าขุน (เจ้าเมือง) ไปขอหมั้นหญิงไว้ ท่านเป็นผู้ใหญ่ให้เวลาหนึ่งเดือนที่จะจัดการแต่งงานให้แล้วเสร็จ แต่ถ้าเป็นนายสิบ (พลรบ) นายกว่าน (ล่ามหรือทหารหรือพลรบฝ่ายติดต่อประชาสัมพันธ์) ก็ถือตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ว่าจะแต่งภายในเวลาเท่าใด หากผิดกำหนดโดยไม่ได้ขอลื่อน โดยบอกเหตุจำเป็นประการใด หายหน้าไปเสียเฉยๆ ท่านถือว่ากันทำฝ่ายหญิงไว้ เป็นอันหาคู่ให้หญิงใหม่ได้ คู่หมั้นฝ่ายชายที่ผิดสัญญาไม่มีสิทธิจะเรียกร้องอะไรไม่ได้

ในการหมั้นนั้น หากผู้ชายได้เอาข้าวของไปหมั้นฝ่ายหญิงไว้ และพ่อแม่ฝ่ายหญิงก็ยินยอม แต่หญิงไม่ได้ยินยอมด้วย จึงหนีไปอยู่กับชายที่หญิงชอบใจ ดังนี้ฝ่ายพ่อแม่ฝ่ายหญิงผิดสัญญา ต้องเสียไหมให้แก่ฝ่ายชาย แต่ในกรณีที่พ่อแม่ฝ่ายหญิงและตัวหญิงเองยินยอมในการหมั้นฝ่ายชายได้ชำระเงินสินสอดค่าตัวหญิงแล้ว แต่หญิงกลับใจหนีไป เช่นนี้ต้องคืนเงินหรือสิ่งของที่เป็นสินสอดค่าตัวหญิงทั้งหมดแก่ฝ่ายชาย ส่วนชายคนใหม่ที่มาพาหญิงนั้นไป ต้องใช้ค่าเสียหายแก่ชายคู่หมั้น อีกด้วย

กรณีหนึ่งหากฝ่ายชายเอาสินสอดไปหมั้นหญิง แต่พ่อแม่ฝ่ายหญิงและตัวหญิงเองไม่ได้ยินยอม หญิงจึงหนีไปแต่งงานใหม่ฝ่ายชายคงมีสิทธิเพียงแต่ได้สินสอดของฝากคืนเท่านั้น

ส่วนในเรื่องการหย่ากัน มังรายศาสตร์มีบทบัญญัติกำหนดไว้ว่า ชายไปอยู่กับหญิงเมื่ออยู่กันไปปรากฏว่าอยู่ด้วยกันไม่ได้ อาจเป็นเพราะนิสัยไม่ตรงกัน ทั้งคู่ไม่มีความผิด เมื่อทั้งสองสมัครใจหย่ากัน ให้หย่ากันได้ แต่ต้องคืนค่าขันหมากให้แก่ฝ่ายชาย ส่วนเงินทองที่นำมาใช้จ่ายซื้อ

⁴ หลวงสุทริวาทนฤพุมิตี. คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายชั้นปริญญาโท. หน้า 39.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 39 – 40.

เครื่องนุ่งห่มให้แก่ภรรยาหรือนำมาใช้จ่ายกินอยู่ด้วยกันก็ดี หรือที่หญิงจ่ายเป็นค่าเครื่องนุ่งห่มให้แก่สามีก็ดี ไม่ให้เรียกคืน หลังจากหย่ากันแล้ว มังรายศาสตร์ยังมีบทบัญญัติเรื่องการแบ่งสินสมรสด้วย โดยกำหนดหลักทั่วไปไว้ว่า “ของที่ทำได้ด้วยกันหลังแต่งงาน ให้แบ่งเป็นสามส่วน ให้หญิงสองส่วน ชายส่วนหนึ่ง ผิดมีลูกชายหรือหญิงให้ไว้แก่ภรรยา” บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดวิธีการกำหนดสินสมรสไว้อย่างชัดเจนว่า หากชายหญิงหย่ากันแล้ว ทรัพย์สินที่ทำมาได้ด้วยกันหลังแต่งงาน ถือเป็นสินสมรสให้แบ่งเป็นสามส่วน โดยให้หญิงได้สองส่วน และชายได้หนึ่งส่วน แต่หากชายและหญิงนั้นมีบุตรด้วยกัน ให้สินสมรสทั้งหมดตกเป็นของฝ่ายหญิงเพราะหญิงต้องเป็นฝ่ายเลี้ยงดูบุตรหลังจากหย่าร้างกันแล้ว แม้ฝ่ายชายจะยังไม่ได้ตายจากไปก็ดี ในกรณีที่ชายและหญิงไม่ได้หย่าร้างกัน แต่ชายตายก่อน สินสมรสตกเป็นของหญิง แต่หากฝ่ายหญิงตายก่อนต้องแบ่งสินสมรสเช่นเดียวกับกรณีหย่ากัน ส่วนเงินค่าขันหมากนั้นตกเป็นของฝ่ายชายซึ่งยังไม่ตาย พ่อแม่ผู้หญิงไม่ควรยึดไว้ ต้องคืนให้แก่ฝ่ายชายไป ในกรณีที่ตายทั้งสามีภริยา ให้สินสมรสตกให้แก่บุตร หากไม่มีบุตรให้เป็นของพ่อแม่พี่น้องฝ่ายหญิง ถ้าไม่มีพ่อแม่พี่น้องฝ่ายหญิง ก็ให้ตกแก่พ่อแม่พี่น้องฝ่ายชายแทน⁶

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสในมังรายศาสตร์ยุคสมัยกรุงสุโขทัยนั้น การเริ่มต้นความสัมพันธ์ทางครอบครัวโดยการสมรสระหว่างชายและหญิงแบบเรียบง่าย โดยเน้นความยินยอมของพ่อแม่ฝ่ายหญิงและตัวหญิงเป็นสำคัญ หากมีการผิดสัญญาหมั้นก็กำหนดโทษ โดยการปรับไหมหรือให้กินของหมั้นสินสอด และเมื่อชายหญิงที่อยู่กินกันไม่ประสงค์จะอยู่กินกันฉันคู่เมียอีกต่อไป ก็ให้หย่ากันได้โดยไม่มีข้อกำหนดเรื่องเหตุหย่าโดยเฉพาะเจาะจงเหมือนในกฎหมายปัจจุบัน และยังกำหนดหลักในการแบ่งสินสมรสหลังจากหย่าร้างกันไว้อย่างชัดเจน นับว่าเป็นกฎหมายที่มีความครอบคลุมในการยุติข้อพิพาทเกี่ยวกับการสมรสและความสัมพันธ์ในครอบครัวได้เป็นอย่างดีและเหมาะสมกับสภาพการณ์ในสมัยนั้น

3.1.2 กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสในสมัยอยุธยา

อาณาจักรอยุธยา เป็นอาณาจักรของชนชาติไทยในอดีตตั้งแต่ พุทธศักราช 1893-2310 ในสมัยอยุธยาเริ่มต้นขึ้นเมื่อสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอู่ทอง) สร้างกรุงศรีอยุธยาและประกาศอิสรภาพในปี พุทธศักราช 1893 กฎหมายที่ใช้ในสมัยอยุธยายังคงได้รับอิทธิพลจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์อยู่เช่นเดิม โดยใช้คัมภีร์พระธรรมศาสตร์เป็นแม่บทในการออกกฎหมาย และยังมี การออกกฎหมายเพิ่มเติมโดยพระมหากษัตริย์ ซึ่งเรียกว่า พระราชศาสตร์⁷

⁶ หลวงสุทิวาณฑุพุมิ. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 4. หน้า 39 – 40.

⁷ หลวงสุทิวาณฑุพุมิ. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 4. หน้า 40.

ในสมัยที่กรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานีและได้รับอิทธิพลในการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ กษัตริย์เป็นดังสมมติเทพ จากแนวคำสอนของศาสนาพราหมณ์ ฮินดู โดยได้รับอิทธิพลทางความคิดจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของอินเดีย โดยกรุงศรีอยุธยาได้รับมาจากชนชาติมอญอีกทอดหนึ่ง ในช่วงแรกของสมัยอยุธยานั้น ความสัมพันธ์ทางครอบครัวก็ยังคงเป็นไปเช่นเดียวกับในสมัยสุโขทัย ต่อมาเมื่ออาณาจักรขยายตัวกว้างขวางมากขึ้น ชุมชนก็ขยายตัวมากขึ้น ขนบธรรมเนียมประเพณีและวิถีประเพณีในการก่อความสัมพันธ์ทางครอบครัวจึงไม่อาจใช้เป็นกฎเกณฑ์ได้เช่นเดิม จึงมีความจำเป็นต้องตรากฎหมายครอบครัวออกมาใช้บังคับในสังคม ซึ่งในสมัยอยุธยา ก็ได้มีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะฟัวเมีย พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการผิดเมีย พ.ศ. 1905 พระราชบัญญัติเพิ่มเติมว่าด้วยการแบ่งปันสินบริคณห์ระหว่างฟัวเมีย พ.ศ. 1905 กฎหมายลักษณะมรดกคดีวิวาทกฎหมายลักษณะลักพา⁸ ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ได้รับอิทธิพลมาจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของประเทศอินเดียผ่านทางชนชาติมอญนั่นเอง ดังจะเห็นได้จากการที่กฎหมายยินยอมให้ชายมีภริยาได้หลายคน ซึ่งเป็นประเพณีนิยมของชาวฮินดูที่ปฏิบัติสืบต่อกันมา

สมัยอยุธยาวิธีการสมรสหรือจุดเริ่มต้นความสัมพันธ์ของการเป็นสามีภริยาและมีครอบครัวของคนในสมัยอยุธยานั้น พบว่า ปรากฏอยู่ในพระอัยการลักษณะฟัวเมีย ซึ่งเป็นกฎหมายที่ประกาศใช้ในสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอู่ทอง) เมื่อ พุทธศักราช 1904 มีบทบัญญัติวางหลักไว้ว่า⁹

“ชายหญิงพรหมจารีรักใคร่กัน พ่อแม่ไม่รู้ แลชายอื่นมาสู่ขอหญิงนั้น พ่อแม่ยกให้แก่ชายผู้สู่ขอ ได้แต่งการมีขันหมาก ครั้นถึงกำหนดให้หญิงนั้นลงเรือนแลหญิงนั้นมิลง แลชายผู้ซึ่งพ่อแม่หญิงมิได้ยกให้ นั้นพาเอาหญิงไป แลมันเก็บเอาทรัพย์สิ่งของไปด้วยชายผู้นั้น ท่านให้เอาขันหมากนั้นตั้งใหม่พ่อแม่หญิงทวิคุณ แล้วใช้ข้าหอแลสิ่งของท่านจงเต็ม เพราะพ่อแม่หญิงมิได้ถามลูกสาวตน ส่วนชายผู้พาไปนั้นให้ใหม่ให้พ่อแม่หญิงนั้น เป็นเบียดเสียดมายอมแปลงให้หญิงเป็นสิทธิแก่ชายผู้พาไป เพราะว่าหญิงชายนั้นรักใคร่กันอยู่ก่อนแล้ว”

จากบทบัญญัตินี้สะท้อนให้เห็นว่า กฎหมายรับรองสิทธิของชายและหญิงที่มีความรักต่อกันไว้ระดับหนึ่ง จึงกล่าวได้ว่า ความยินยอมและสมัครใจของชายและหญิงเป็นเงื่อนไขสำคัญในการสมรสอย่างหนึ่ง

พระอัยการลักษณะฟัวเมียมีหลักสำคัญอย่างหนึ่งว่า

⁸ หลวงสุทธีวาทนฤพุดิ. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 4. หน้า 41.

⁹ ดารารัตน์ เมตตาริกานนท์. (2554). สิทธิพลเมืองในการแต่งงานข้ามวัฒนธรรมช่วงก่อน พ.ศ. 2475. *วารสารสังคมลุ่มน้ำโขง*. 7(3). หน้า 55.

“กฎหมายยอมให้ชายมีภรรยาหลายคนได้ แต่หาได้ยอมให้หญิงมีสามีมากกว่าหนึ่งขึ้นไปไม่ กฎหมายถืออยู่เสมอว่า ชายซึ่งเอาหญิงซึ่งมีสามีอยู่มาเป็นภรรยาตนนั้นเป็นแต่ชู้กัน ไม่ยอมให้เป็นคู่เมียกันได้ตามกฎหมาย เมื่อชายมีเมียได้หลายคนดังนี้ กฎหมายจึงมีข้อบังคับเรียกชื่อต่าง ๆ กันลำดับคล้ายกับยศเป็นชั้นๆ”¹⁰

พระอัยการลักษณะผัวเมีย ผู้ชายสามารถมีภรรยาได้หลายคนในเวลาเดียวกัน สังคมไทยจึงเป็นแบบ Polygamy¹¹ แต่ในขณะที่เดียวกันกฎหมายก็ไม่อนุญาตให้หญิงมีสามีได้หลายคนในเวลาเดียวกัน หากหญิงมีสามีอยู่แล้วจะสามารถสมรสกับชายอื่นอีกไม่ได้จนกว่าสามีจะตายและเผาศพสามีเรียบร้อยแล้วหรือหย่าขาดจากสามีแล้ว เมื่อชายสามารถมีภรรยาได้หลายคนในเวลาเดียวกันในพระอัยการลักษณะผัวเมียจึงจัดลำดับชั้นของภรรยาไว้ ดังนี้

เมียกลางเมือง หญิงอันบิดามารดากุมมือให้เป็นเมียชาย ได้ชื่อว่าเป็นเมียกลางเมือง

เมียกลางนอก ชายขอหญิงมาเลี้ยงเป็นอนุภรรยาหล่นเมียหลวงลงมา

เมียกลางทาสี หญิงใดมีทุกข์ยาก ชายช่วยไถ่มาเห็นหมดหน้าเลี้ยงเป็นเมียได้ชื่อว่าเมียกลางทาสี¹²

คำว่า เมียกลางเมือง เมียกลางนอก และเมียกลางทาสี เป็นคำในกฎหมายคนทั่วไปมักเรียกเมียกลางเมืองว่า เมียหลวง เมียกลางนอกว่า เมียน้อย และเมียกลางทาสีว่า ทาสภรรยา (เมียทาส) โดยการที่กฎหมายกำหนดลำดับชั้นรองของภรรยาไว้เพื่อให้เหตุผล ดังนี้

- 1) เพื่อกำหนดส่วนแบ่งในทรัพย์มรดกของภรรยาเมื่อผู้เป็นสามีถึงแก่ความตาย
- 2) เพื่อกำหนดเบี้ยปรับชายชู้
- 3) เพื่อกำหนดความรับผิดชอบของสามีทางหนี้สิน

เงื่อนไขในการสมรสในสมัยกรุงศรีอยุธยา

เงื่อนไขการสมรส¹³ หมายความว่า คุณสมบัติที่ผู้จะสมรสต้องมีหรือต้องไม่มีเพื่อให้การสมรสมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เมื่อพิจารณาแล้ว บทบัญญัติเงื่อนไขแห่งการสมรสตามพระอัยการลักษณะผัวเมีย มีดังนี้

1) หญิงต้องไม่ใช่ภรรยาของชายอื่นอยู่ก่อนแล้ว จริงอยู่กฎหมายยินยอมให้ผู้ชายมีภรรยาได้หลายคนในเวลาเดียวกัน แต่ก็ไม่ได้อนุญาตให้ผู้หญิงมีสามีได้หลายคนในเวลาเดียวกัน

¹⁰ หลวงพิศลยสารนิติ. *ลักษณะผัวเมียกับลักษณะมรดกโดยย่อ*. อ้างถึงใน สุภธิดา สุภธิต. หน้า 41.

¹¹ Polygamy (N) คือ การมีสามีหรือภรรยาหลายคนในเวลาเดียวกัน. **English - Thai : NECTEC's Lexitron-2 Dictionary**

¹² คำธร คำประเสริฐ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 45.

¹³ คำธร คำประเสริฐ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 46-47.

หากหญิงมีสามีอยู่ก่อนแล้ว และไปได้เสียกับชายอื่น กฎหมายถือว่าชายนั้นเป็นเพียงชายชู้เท่านั้น จะต้องเอาหญิงนั้นส่งคืนสามีของเขา"

2) ชายต้องไม่เป็นพระภิกษุ กฎหมายห้ามไว้ชัดเจนไม่ให้พระภิกษุ สามเณร มีภรรยา ถ้าพระภิกษุ สามเณรผิดเมียผู้อื่นถึงชำเรา ได้ชื่อว่าปาราชิกให้สึกออก และให้ปรับไหมด้วย

3) ชายหญิงต้องไม่เป็นญาติกัน ทั้งนี้เชื่อกันว่าหากชายหญิงที่เป็นญาติกันสมรสกันจะทำให้เกิดสิ่งอัปมงคลแก่บ้านเมือง ดังที่พระอัยการลักษณะฝ่าฝืน บทที่ 36 กำหนดไว้ดังนี้

"พ่อแม่พี่น้องยายหลานลูกน้ำหลานทำชู้กันไซ้รึ ให้นำเปลอยผู้นั้นเสียในทะเล ให้นิมนต์พระสงฆ์ พราหมณาจารย์สวดมนต์ กระทำพิธีการระงับการอุบาทว์จัญไร น้ำฟ้าน้ำฝนจึงจะตกเป็นประโยชน์แก่คนทั้งหลาย ฝ่ายพ่อแม่พี่น้องรู้ว่าลูกหลานทำมิชอบมิได้ว่ากล่าว ท่านว่าละเมียดให้ลงโทษโดยโทษนุโทษ"¹⁴

4) หญิงหม้ายที่สามีตายจะสมรสใหม่ได้จะต้องเผาศพสามีเดิมให้เรียบร้อยเสียก่อน ทั้งนี้กฎหมายบัญญัติไว้ในลักษณะที่ทำให้เห็นว่า หากหญิงไม่เผาศพสามีที่ตายไปแล้ว การสมรสยังไม่ขาดจากกัน

5) กำหนดอายุ พระอัยการลักษณะฝ่าฝืนไม่ได้กำหนดอายุขั้นต่ำของชายและหญิงที่จะทำการสมรสได้ไว้แต่ก็เป็นที่เข้าใจว่าฝ่ายชายต้องได้บวชเรียนเรียบร้อยแล้ว แต่ฝ่ายหญิงก็จะต้องเติบโตพอจนออกเรือนได้แล้ว จึงจะทำการสมรสกันได้¹⁵

การสมรสตามพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนไม่มีการจดทะเบียนสมรสอย่างเช่นในปัจจุบัน แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าชายหญิงได้เสียกันแล้วจะเป็นสามีภรรยากันเสมอไป การที่ชายหญิงจะเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น ต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังนี้ คือ ชายหญิงทั้งสองฝ่ายได้อยู่หลับนอนด้วยกัน โดยมีเจตนาเป็นสามีภรรยา และบิดามารดาหรือผู้เป็นอิสระแก่หญิง ผู้มีอำนาจปกครองยินยอมยกหญิงให้เป็นภรรยาโดยชอบของชาย โดยหญิงนั้นยินยอมด้วย¹⁶

เรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยานั้น กฎหมายลักษณะฝ่าฝืนได้แบ่งประเภททรัพย์สินของสามีภริยาเป็นสินส่วนตัว สินเดิมและสินสมรส สินส่วนตัว คือ ทรัพย์สินที่ชายและหญิงมีอยู่ก่อนสมรส, สินเดิม คือ ทรัพย์สินที่มีอยู่เดิมแล้วนำมาเป็นทุนในการอยู่กินกันฉันสามีภริยา ส่วนสินสมรส คือ ทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ระหว่างเป็นสามีภริยา ส่วนของหมั้นหรือสินสอดนั้นตกเป็น

¹⁴ พระอัยการลักษณะฝ่าฝืน บทที่ 36. อ้างถึงใน คำจร คำประเสริฐ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 46.

¹⁵ คำจร คำประเสริฐ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 47.

¹⁶ คำจร คำประเสริฐ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 47.

ของฝ่ายหญิงนับแต่เวลาที่สมรสกัน แม้ภายหลังจะหย่าร้างกัน หญิงก็ไม่ต้องคืนของหมั้นหรือสินสอดให้ชาย แม้จะมีบุตรด้วยกันหรือไม่ก็ตาม¹⁷

ส่วนเรื่องการหย่านั้น กฎหมายลักษณะฟัวเมียมีบทบัญญัติวางหลักว่า

“ฟัวเมียอยู่ด้วยกัน ต่างคนต่างผิดใจกัน จะหย่ากัน ไซ้ ให้เรียกสินเดิมทั้งสองข้างสินสมรสให้แบ่งเป็นสามส่วน ให้ชายสองส่วน ให้หญิงส่วนหนึ่ง แต่หากหญิงมีสินเดิม แต่ชายไม่มีสินเดิม เมื่อหย่ากัน ให้แบ่งสินสมรสเป็นสามส่วน ให้หญิงสองส่วน ให้ชายหนึ่งส่วน”¹⁸

จากบทความข้างต้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายลักษณะฟัวเมียในสมัยอยุธยา มีรายละเอียดมากขึ้นกว่ากฎหมายเกี่ยวกับการสมรสในมังรายศาสตร์ในสมัยสุโขทัย โดยมีการกำหนดเงื่อนไขในการสมรสชัดเจนมากขึ้น มีการแบ่งประเภทของภริยาและการจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเป็นระบบมากกว่าเดิม ซึ่งสะท้อนให้เห็นการพัฒนาของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสให้เหมาะสมกับยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไปนั่นเอง

3.1.3 กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสในสมัยรัตนโกสินทร์

ในสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้นเป็นช่วงรอยต่อจากสมัยอยุธยา กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของประเทศไทยจึงยังคงใช้กฎหมายลักษณะฟัวเมียในสมัยอยุธยาสืบต่อมาจนกระทั่งในปี พ.ศ. 2347 สมัยกรุงรัตนโกสินทร์เป็นราชธานี พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าให้ชำระสะสางกฎหมายเรียกว่า กฎหมายตราสามดวง เพราะปรากฏว่ามีความสำคัญผิดและไม่เป็นธรรมเนียมเกิดขึ้น เช่น ในคดีนายบุญศรี ช่างเหล็ก¹⁹ ได้เกิดคดีฟ้องหย่าระหว่างอำแดงป้อมกับนายบุญศรี โดยนายบุญศรีร้องทุกข์กล่าวโทษพระเกษมและนายราชาอรรด ความว่า

“อำแดงป้อมภริยาของตนฟ้องหย่าตน ทั้ง ๆ ที่อำแดงป้อมนอกใจทำชู้ด้วย นายราชาอรรด นายบุญศรีไม่มีความผิดจึงไม่ยอมหย่า แต่พระเกษมกลับไม่พิจารณาคำให้การของนายบุญศรี และพูดจาเทาะโลมอำแดงป้อม พิจารณาไม่เป็นสัจเป็นธรรมเข้าด้วยอำแดงป้อมที่เป็นชู้กับนายราชาอรรด”²⁰

ได้นำความกราบบังคับทูลพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชเมื่อมีการตรวจสอบกฎหมายฉบับศาลหลวงกับฉบับหอหลวงข้างที่ได้ ความว่า

¹⁷ หลวงพิศลยสารนิติ. *ลักษณะฟัวเมียกับลักษณะมรฎกโดยย่อ*. อ้างถึงใน สุภธิดา สุภิส. หน้า 42.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 43.

¹⁹ วารี นามกุล. (2546). *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 3.

²⁰ ธงทอง จันทรางศุ. (2562). *กฎหมายไทยในยุครัตนโกสินทร์ตอนต้น*. รายงานผลการวิจัย เรื่อง พัฒนาการของกฎหมายครอบครัวว่าด้วยเงื่อนไขการสมรส. คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 41-42.

“ชายหาผิคนมิได้ หญิงขอหย่า ท่านว่าเป็นหญิงหย่าชาย หย่าได้”

พระองค์ทรงเห็นว่าเกิดความบกพร่องคลาดเคลื่อนในตัวบทกฎหมาย จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อตรวจชำระตัวบทกฎหมายต่างๆที่มีอยู่ในหอหลวงให้ถูกต้องตามความยุติธรรมและจัดเป็นหมวดหมู่ ปัดตราพระราชสีห์ พระคชสีห์ และบัวแก้ว เรียกว่ากฎหมายตราสามดวง โดยกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการสมรสและครอบครัวไว้ในกฎหมายลักษณะฟัวเมีย ซึ่งมีหลักกฎหมายเหมือนกับกฎหมายลักษณะฟัวเมียในสมัยอยุธยา²¹

หลังจากนั้นประเทศไทยเริ่มได้รับอิทธิพลจากประเทศตะวันตกมากขึ้น ต่อมาในปีพุทธศักราช 2451 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงพระกรุณาโปรดเกล้าให้แต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อตรวจชำระและยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งในการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว มีการเทียบเคียงกฎหมายลักษณะฟัวเมียกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ เยอรมัน ฝรั่งเศส อังกฤษ สวิตเซอร์แลนด์ และญี่ปุ่น แต่เกิดปัญหาว่าบรรพ 5 ของประเทศไทยนั้นจะถือตามหลักสากล คือ ให้ชายมีภริยาได้คนเดียว หรือจะถือตามประเพณีไทยของเราแต่ดั้งเดิม คือ อนุญาตให้ชายมีภริยาได้หลายคน คณะกรรมการยกร่างกฎหมายจึงนำปัญหานี้เข้าปรึกษาในรัฐสภา และรัฐสภามีมติตามเสียงข้างมากให้บรรพ 5 ถือตามหลักสากล คือ อนุญาตให้ชายมีภริยาได้คนเดียว²²

เมื่อมีการประกาศใช้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ในปีพุทธศักราช 2478 มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายลักษณะฟัวเมียทั้งหมด แต่พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 มี มาตรา 4 กำหนดไว้ว่า

“บทบัญญัติแห่งบรรพนี้ไม่กระทบกระเทือนถึง (1) การสมรสซึ่งได้มีอยู่ก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายบรรพนี้และทั้งความสัมพันธ์ในครอบครัวอันเกิดแต่การสมรสนั้นๆ และ (2) การใช้อำนาจปกครองความปกครอง การอนุบาล การรับบุตรบุญธรรม ซึ่งมีอยู่ก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายนี้ และสิทธิหรือหนี้อันเกิดแก่การนั้นๆ”²³

ซึ่งทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ไม่กระทบกระเทือนถึงการสมรสตามกฎหมายลักษณะฟัวเมีย ภายหลังได้มีการเรียกร้องประชาธิปไตยในเหตุการณ์ วันที่ 14 ตุลาคม พุทธศักราช 2516 เป็นผลให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ต้องมีบทบัญญัติมาตรา 28 กำหนดให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน และมีบทเฉพาะกาลที่จะต้องมีการแก้ไข

²¹ ประสพสุข บุญเดช. (2550). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 2.

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

²³ ม.ร.ว.ชนม์สวัสดิ์ ชมพูนุท. (2514). *คำอธิบายกฎหมายครอบครัวและมรดก*. อ้างถึงใน สุภธิดา สุภิส. หน้า 44.

เพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อรับรองสิทธิของชายและหญิงอย่างเท่าเทียมกัน ภายในเวลาไม่เกินสองปีนับแต่วันใช้รัฐธรรมนูญ ซึ่งทำให้ต้องมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว และประกาศใช้ในปี พุทธศักราช 2519²⁴ ซึ่งกฎหมายที่แก้ไขแล้วดังกล่าวมีหลักการสำคัญ คือ ยกเลิกบทบัญญัติต่างๆ ที่จำกัดอำนาจในการทำนิติกรรมของหญิงมีสามี โดยกำหนดให้ทั้งสามีและภริยามีอำนาจจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาอย่างเท่าเทียมกัน บทบัญญัติเดิมที่กำหนดให้สามีเป็นหัวหน้าในครอบครัว เป็นผู้เลือกที่อยู่ได้ถูกต้องออกไป จึงเท่ากับว่าปัจจุบัน ไม่มีใครเป็นหัวหน้าในครอบครัว สามีภริยาต้องปรึกษาหารือกันในการเลือกที่อยู่ ส่วนทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาซึ่งเดิมมีอยู่ 3 ประเภท คือ สิ้นส่วนตัว สิ้นเดิม และสิ้นสมรส ก็มีการแก้ไขเหลือเพียง 2 ประเภท คือ สิ้นส่วนตัวและสิ้นสมรสเท่านั้น

ในสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้นจนถึงช่วงที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย กฎหมายของประเทศไทยมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับสภาพสังคมและการปกครอง ซึ่งส่งผลให้มีการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของประเทศไทยด้วยเช่นกัน การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญ คือ การอนุญาตให้ชายมีภริยาได้เพียงคนเดียวตามหลักสากล และการแก้ไขบทบัญญัติต่างๆ ให้ชายและหญิงที่เป็นคู่สมรสกันมีสิทธิเท่าเทียมกัน ไม่เว้นแม้แต่เรื่องสิทธิ หน้าที่ และความสัมพันธ์ในครอบครัว ซึ่งถือเป็นก้าวสำคัญในเรื่องความเสมอภาคตามหลักสากลและเป็นการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการสมรสในประเทศไทยเรื่อยมา

ซึ่งเห็นได้ว่าวิวัฒนาการของการสมรสตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน การสร้างครอบครัวยังให้การยอมรับและรับรองเฉพาะชายและหญิงเท่านั้น ยังไม่มีการอนุญาตให้กลุ่มบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศสามารถทำการสมรสกันได้ โดยผู้วิจัยจะศึกษาว่าการไม่มีบทบัญญัติหรือกฎหมายที่มารองรับให้บุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศสมรสกันนั้น เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพและขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงจำเป็นต้องศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับ สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักความเสมอภาคของบุคคล รวมไปถึงหลักการห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคล ซึ่งถูกบัญญัติรองรับไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในลำดับต่อไป

²⁴ วิชา สมสวัสดิ์. *กฎหมายของครอบครัว คำอธิบายบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519*. อ้างถึงในสุภธิดา สุกใส. หน้า 44.

3.2 การรับรองสิทธิทางกฎหมายของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศในประเทศ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติและให้การรองรับในเรื่อง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของประชาชนไว้ในมาตรา 4²⁵ ซึ่งความ มุ่งหมายตามมาตรา 4 นั้นเป็นการกำหนดหลักประกันเพื่อคุ้มครองความเท่าเทียมกันของบุคคล สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลและปวงชนชาวไทย ซึ่งบทบัญญัติวรรคหนึ่ง ได้มีการบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (มาตรา 4) และบัญญัติทำนองเดียวกันในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ โดยเป็นบทกำหนดการคุ้มครองปัจเจกบุคคลทั้งหลายที่อยู่ในประเทศไทย ซึ่งเป็นเรื่องที่สอดคล้องกับหลักสากล และเนื่องจากคำว่า “บุคคล” มีความหมายครอบคลุมไม่ว่าจะเป็นเพศใด หรือเพศสภาพใด ดังนั้น การใช้คำว่า “บุคคล” ในวรรคหนึ่ง เพื่อเป็นหลักประกันในเรื่องการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลทุกคนตามหลักสากลและใช้คำว่า “ปวงชนชาวไทย” ในวรรคสอง เพื่อให้ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้เกิดแก่ประชาชนชาวไทยอย่างเสมอกันเป็นสำคัญ ส่วนบทบัญญัติวรรคสองได้มีการบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร สยามพุทธศักราช 2475 (มาตรา 1 วรรคสอง) และบัญญัติทำนองเดียวกันในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ โดยเป็นการกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองประชาชนชาวไทยที่จะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน ทั้งนี้ การใช้คำว่า “ปวงชนชาวไทย” ในวรรคสอง เพื่อมุ่งหมายให้ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้เกิดแก่ประชาชนชาวไทยเป็นสำคัญ²⁶ ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยไว้ในหมวด 3 ในมาตรา 25²⁷ ซึ่งความมุ่งหมาย ตามมาตรา 25

²⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 4 บัญญัติไว้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง

ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตาม รัฐธรรมนูญเสมอกัน

²⁶ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ. (2562). *ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. หน้า 6.

²⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 25 บัญญัติไว้ว่า สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยนอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้น ไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

เป็นการกำหนดขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ เป็นการให้ความคุ้มครองทุกกรณี ที่มีได้มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายห้ามหรือจำกัดไว้ โดยมีเงื่อนไขแต่เพียงว่าการใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นต้องไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น นอกจากนั้นยังรับรองไว้ด้วยว่าในเรื่องใดที่จำเป็นต้องมีกฎหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการ หากยังไม่มีมาตรการกฎหมายในเรื่องนั้น ก็ไม่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้ ผู้ซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพสามารถใช้สิทธิทางศาลและมีสิทธิได้รับการเยียวยาหรือช่วยเหลือจากรัฐได้²⁸ และมาตรา 27²⁹ กำหนดหลักแห่งความเสมอภาคของบุคคล และห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม สำหรับประเทศไทยนั้น หลักความเสมอภาคของบุคคลได้มีการบัญญัติไว้เป็น ครั้งแรกในรัฐธรรมนูญ เนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย เหตุผลเนื่องจากระบบศักดินา ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน ทั้งในเรื่องสิทธิ หรือความรับผิดชอบแก่ทั้งการรับโทษที่ยังมีความแตกต่างและ ไม่เท่าเทียมกัน ดังนั้น ความจำเป็นที่ต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยามพุทธศักราช 2475 จึงมีสาเหตุเพื่อล้างความเชื่อเดิมๆ เกี่ยวกับระบบการแบ่งชนชั้น³⁰

สิทธิหรือเสรีภาพใดที่รัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ แม้ยังไม่มีมาตรการกฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับ บุคคลหรือชุมชนย่อมสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพหรือจากการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่น ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาหรือช่วยเหลือจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ

²⁸ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 26. หน้า 36-37.

²⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 27 บัญญัติไว้ว่า บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายมีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรมหรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

³⁰ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 26. หน้า 41-42.

นอกจากนี้ยังได้บัญญัติเพื่อรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลว่า ไม่ว่าชายหรือหญิงย่อมมีความเท่าเทียมกัน จะเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลใดๆ ไม่ได้ แต่กรณีมาตรการที่กำหนดขึ้นเพื่อจัด อุปสรรค หรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นนั้น ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองถึงสิทธิเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกายและสิทธิในความเสมอภาคของบุคคลไว้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะสิทธิในความเสมอภาค ของบุคคลนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ตามมาตรา 27 ได้กำหนดบรรทัดฐานด้านความเสมอภาคของบุคคลให้แก่รัฐไว้อย่างชัดเจน โดยที่รัฐไม่อาจอ้างความแตกต่างทางเพศของบุคคลมาเป็นเหตุผลในการเลือกปฏิบัติได้ แสดงให้เห็นถึงความสำคัญของหลักความเสมอภาคในฐานะพื้นฐานของหลักสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในระบบกฎหมายไทย

ประกอบกับบทบัญญัติ มาตรา 77³¹ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นบทบัญญัติที่เพิ่มขึ้นใหม่ ยังไม่เคยมีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับใดมาก่อน เพื่อเป็นบทบัญญัติรองรับในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยหลักทั่วไปจะมีกรอบอยู่เพียงว่า จะต้องไม่ตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ สิ่งใดที่ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญรัฐย่อมออกกฎหมายมาบังคับใช้กับประชาชนได้เสมอ ต่อมาเริ่มมีแนวความคิดที่จะกำหนดกรอบให้กว้างขึ้น เพื่อป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจของรัฐทำให้ประชาชนต้องเสียสิทธิและเสรีภาพเกินสมควร รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงบัญญัติเป็นเงื่อนไข

³¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 77 บัญญัติไว้ว่า รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็นและยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการกระทบประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้ โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบรวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้อง และเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการ ในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตาม ขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

ลักษณะของกฎหมายและกรอบแห่งการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเข้มงวดยิ่งขึ้น เช่น จะต้องอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนไว้ให้ปรากฏและในกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเงื่อนไขไว้ ก็ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด ทั้งกฎหมายจะต้องไม่มีลักษณะให้เกิดผลในการบังคับแก่กรณีใดหรือแก่บุคคลใดเป็นการเฉพาะด้วยทำนองเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญปัจจุบัน

แต่โดยผลของบทบัญญัติทำนองเดียวกับมาตรา 26 ดังกล่าว ยังไม่เป็นหลักประกัน เพียงพอที่จะไม่ให้รัฐตรากฎหมายมาสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนอย่างไม่คุ้มค่า ทั้งกฎหมายที่ตราออกใช้บังคับก็มักจะปรากฏว่ามีได้มีการใช้บังคับอย่างจริงจัง อันเป็นที่มาของการทุจริตหรือประพฤตินิชอบได้ง่าย สร้างความเหลื่อมล้ำและความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชน โดยรัฐมิได้เคยรับรู้ถึงภาระที่ประชาชนจะต้องได้รับจากผลของกฎหมายนั้นๆ จึงเกิดแนวคิดที่จะกำหนดกรอบและหลักการสำคัญในการตรากฎหมายขึ้นไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งมาตรา 77 ได้วางหลักการสำคัญไว้ 8 ประการ ดังนี้

1) หลักการประการแรกที่สำคัญที่สุด คือ การกำหนดให้รัฐพึงมีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็นสิ่งใดที่สามารถดำเนินการได้โดยไม่ต้องมีกฎหมาย ก็ควรเลือกใช้วิธีนั้นก่อน เพราะเมื่อตราเป็นกฎหมายแล้ว ย่อมจะต้องมีบทบังคับอย่างเข้มงวด และสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนขึ้นในทันทีที่มีการตรากฎหมายนั้น³²

2) เมื่อกำหนดให้มีการตรากฎหมายใหม่เท่าที่จำเป็นแล้ว รัฐจะต้องย้อนกลับไปพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้วว่าหมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพของประชาชนมากน้อยเพียงใด เพื่อจะได้ยกเลิกหรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเหล่านั้นเสียใหม่ให้สอดคล้องกับสถานะที่เป็นจริงในปัจจุบัน³³

3) เมื่อมีกฎหมายแล้ว รัฐจะต้องดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายได้ โดยสะดวกสามารถเข้าใจกฎหมายนั้นได้อย่างถูกต้อง กฎหมายต้องใช้ภาษาที่เรียบง่ายที่คนธรรมดาอ่านแล้วเข้าใจหรือจัดทำคำอธิบายสั้น ๆ หรือคู่มือพอที่จะทำให้ประชาชนเข้าใจได้ว่าตนจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายในเรื่องใด อย่างไร³⁴

³² มาตรา 77 วรรคหนึ่ง. (2562). *การรับฟังความคิดเห็นต่อร่าง พ.ร.บ.มาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.parliament.go.th/section77/survey_about.php.

³³ มีชัย ฤชุพันธุ์. (2545). *แนวความคิดเกี่ยวกับความจำเป็นต้องมีกฎหมายและเทคนิคการร่างกฎหมายที่ดี*. บทความทางกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 1.

³⁴ มีชัย ฤชุพันธุ์. (2545). *กระบวนการและปัญหาในการร่างกฎหมายของประเทศไทย*. บทความทางกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 1.

4) เพื่อให้ประชาชนได้รับรู้และมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นหรือผลกระทบที่จะมีต่อประชาชนหรือสามารถเสนอแนะแนวทางใหม่ๆ จึงกำหนดให้ต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้อง แล้วนำความคิดเห็นนั้นไปใช้ประกอบการตรากฎหมายในทุกขั้นตอน³⁵

5) เพื่อแสดงให้เห็นว่ากฎหมายนั้นมีความจำเป็นต้องตราขึ้นอย่างแท้จริง มาตรา 77 จึงกำหนดให้ต้องมีการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายในแง่มุมต่าง ๆ เช่น ประโยชน์ที่จะได้รับ จากการตรากฎหมายนั้น และภาระที่จะเกิดกับประชาชน รวมทั้งค่าใช้จ่ายที่ประชาชนจะต้องเสียไปในการปฏิบัติตามกฎหมาย เพื่อวิเคราะห์ว่ากฎหมายนั้นมีความคุ้มค่าและมีความจำเป็นอย่างแท้จริง

6) เมื่อกฎหมายนั้นใช้บังคับแล้ว กำหนดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของ กฎหมายตามระยะเวลาที่จะมีกฎหมายกำหนด ในการวิเคราะห์ดังกล่าวต้องรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย

7) กำหนดเงื่อนไขในการตรากฎหมายให้หลีกเลี่ยงการใช้ระบบอนุญาต ซึ่งเป็นที่มาของการทุจริตประพฤติมิชอบ และระบบคณะกรรมการ ซึ่งทำให้เกิดขั้นตอน และหาตัวบุคคลที่จะรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำมิได้

8) โดยธรรมชาติของกฎหมายซึ่งตราขึ้นเพื่อบังคับกับประชาชน มักจะมีบทกำหนดโทษสำหรับผู้ไม่ปฏิบัติตามด้วยเสมอ จึงได้กำหนดเงื่อนไขเป็นประการสุดท้าย ว่าการกำหนดโทษอาญาในกฎหมายให้กำหนดแต่เฉพาะเมื่อเป็นความผิดร้ายแรงเท่านั้น³⁶

ซึ่งจะเห็นได้ว่าการบัญญัติมาตรา 77 นั้น เพื่อให้รัฐมีเวลาที่จะพัฒนาและปรับทัศนคติของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการตรากฎหมายอย่างค่อยเป็นค่อยไป โดยคาดหวังว่ารัฐจะตรากฎหมายแม่บทให้เกิดความสะดวกรวดเร็ว ไม่เลือกปฏิบัติ มีประสิทธิภาพ และพัฒนาระบบการบริหารราชการแผ่นดินในการตรากฎหมายที่ให้การคุ้มครองกับบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ ต่อไป

ปัจจุบันสังคมไทยนั้นต่างก็ได้ให้ความสำคัญในเรื่องความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงมากขึ้น รวมทั้งการยอมรับหลักการในเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศว่าเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน โดยได้รับการบัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และโดยส่วนใหญ่ในปัจจุบันต้องยอมรับว่าในสังคมไทยประกอบด้วยบุคคลซึ่งมีรสนิยมทางเพศหรือเพศวิถีที่หลากหลายหรือเพศสภาพและมีคู่รักเพศเดียวกันจำนวนมากที่ใช้ชีวิตร่วมกันเป็นครอบครัว แต่สถานภาพของคู่รักดังกล่าว กลับไม่มีกฎหมายรับรองไว้ในการจัดทะเบียนสมรสให้กับกลุ่มบุคคลดังกล่าว ทำให้บุคคลเหล่านี้ไม่ได้รับ

³⁵ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 26. หน้า 121.

³⁶ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 26. หน้า 121-123.

ความคุ้มครองตามกฎหมายทั้งในเรื่องสิทธิและหน้าที่ที่จะพึงมีพึงได้อย่างเช่นคู่สมรสระหว่างชายและหญิงทั่วไป จึงถูกมองว่าขัดกับหลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยเหตุผลเรื่องเพศ³⁷ ดังนั้น การที่กฎหมายไม่รับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลรักร่วมเพศเดียวกันเช่นนี้ จึงมีหลายฝ่ายที่มีความเห็นว่าเป็นการขัดต่อหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลโดยไม่มี การเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างเรื่องเพศตามที่ได้รับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนรวมถึงขัดกับหลักการสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 มาตรา 25 และมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560³⁸

โดยปกติแล้ว ครอบครัวจะเกิดจากการรวมตัวของกลุ่มคนที่มีความสัมพันธ์ ซึ่งโดยปกติครอบครัวจะประกอบไปด้วย สามี ภรรยา และบุตร รวมกันเป็นครอบครัว โดยเริ่มต้นขึ้นเมื่อชายและหญิงตกลงที่จะอยู่กินและใช้ชีวิตร่วมทุกข์ร่วมสุขกัน เป็นสามีภรรยาและก่อตั้งเป็นครอบครัว ครอบครัวถือได้ว่าเป็นการดำรงอยู่และสืบเผ่าพันธุ์ของมวลมนุษย์ ซึ่งการสมรสเป็นนิติสัมพันธ์ของบุคคลสองคนในฐานะที่เป็นสามีภรรยาด้วยความสมัครใจ นิติสัมพันธ์ในรูปของการสมรสจึงเป็นหัวใจสำคัญในการสร้างครอบครัว³⁹ โดยผู้วิจัยจะได้นำเสนอการสมรสของกฎหมายไทยที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ลำดับต่อไป

3.3 กฎหมายไทยกับการสมรสในประเทศไทย

ภายหลังการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ครอบครัวดังกล่าวแล้ว มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวอีกหลายครั้ง ครั้งที่สำคัญได้แก่ การตราพระราชบัญญัติให้ใช้พระราชบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พุทธศักราช 2519 ซึ่งประกาศใช้ เมื่อวันที่ 16 ตุลาคม 2519 มีหลักการสำคัญ คือ การแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในขณะนั้นที่บัญญัติให้ชายและ

³⁷ สุภธิดา สุภไส. (2561). การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการสมรสและการรับรองสิทธิในการสมรสระหว่างเพศเดียวกันในประเทศไทย. *การประชุมวิชาการสาขานิติศาสตร์ระดับชาติครั้งที่ 1*. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่. หน้า 36.

³⁸ ลีโรจน์ พรหมโถม. (2560). *การจดทะเบียนสมรสของคนรักร่วมเพศเดียวกัน*. เกร็ดกฎหมายน่ารู้ ม.ค. - ก.พ. 60. หน้า 159.

³⁹ สุกิจ อยุในธรรม. (2561). มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันความรุนแรงในครอบครัว : ศึกษากรณีการจดทะเบียนสมรส. *วารสารวิชาการมหาวิทยาลัยอีสเทิร์นเอเชีย*. 8(2). หน้า 46.

หญิงมีสิทธิ์เท่าเทียมกัน⁴⁰ ต่อมาได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ในปี พุทธศักราช 2533 ซึ่งมีหลักการสำคัญ ดังนี้

3.3.1 เจื้อนไขการสมรสของกฎหมายไทย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวได้กำหนดเจื้อนไขทั่วไปของการสมรสที่จะมีผลสมบูรณ์และผูกพันตามกฎหมายไว้ ดังนี้

1) กฎหมายอนุญาตให้มีคู่สมรสได้เพียงคนเดียว โดยมีหลักเกณฑ์ว่า ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้ ตามมาตรา 1452⁴¹ การสมรสจะต้องมีคู่สมรสเพียงคนเดียวเท่านั้น (Monogamous) คู่สมรสจะทำการจดทะเบียนสมรสครั้งใหม่ไม่ได้ หากคู่สมรสยังไม่ได้ทำการหย่าขาดจากคู่สมรสเดิม⁴²

2) กฎหมายรับรองสิทธิตามกฎหมายให้แก่คู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมายนี้เท่านั้น ตามมาตรา 1457⁴³ ซึ่งการสมรสจะต้องเป็นการกระทำโดยความสมัครใจของฝ่ายชายและหญิง หากชายและหญิงไม่ยินยอมสมรสกันการสมรสนั้นเป็นโม่พะ (Voluntary) ในการจดทะเบียนสมรสนั้น ชายและหญิงจะต้องแสดงอาการสมัครใจยอมให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและในแบบคำร้องขอจดทะเบียนสมรสเจ้าพนักงานต้องจดแจ้งความยินยอมเช่นนั้น และต้องมีพยานลงลายมือชื่อทั้งสองคนด้วยเพื่อเป็นพยานในการรับรู้ถึงความสมัครใจของหญิงและชายในการสมรสครั้งนี้ด้วย และการสมรสจะสิ้นสุดลงด้วยการหย่า ซึ่งต้องทำโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่ายจะต้องทำเป็นหนังสือและมีพยานลงลายมือชื่ออย่างน้อยสองคนหรือโดยคำพิพากษาของศาล ตามมาตรา 1514⁴⁴ และการหย่ามีผลสมบูรณ์เมื่อจดทะเบียนหย่ากันตามกฎหมายมาตรา 1515⁴⁵

3) คู่สมรสฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นชายและอีกฝ่ายจะต้องเป็นหญิง (One Party Must be Male and the other Female) บุคคลเพศเดียวกันจะทำการสมรสกันไม่ได้ บทบัญญัติเรื่องเจื้อนไขในการสมรสนี้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวเกี่ยวกับเรื่องนี้ อัน

⁴⁰ ฌฐพงษ์ ตำราญ. (2560). กฎหมายครอบครัวของคู่รักที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส. *วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย*. 9(1). หน้า 126-127.

⁴¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1452

⁴² ริญญภัทร์ ฌ สงขลา. (2559). *การรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศใน การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 38-39.

⁴³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457

⁴⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1514

⁴⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1515

แสดงให้เห็นโดยปริยายว่าเงื่อนไขในเรื่องเพศนั้นมิได้อยู่แน่นอน เนื่องจากจุดมุ่งหมายของการสมรสคือการสร้างครอบครัว และให้กำเนิดบุตรเพื่อสืบเผ่าพันธุ์ ซึ่งการสมรสของชายและชาย หรือหญิงและหญิง ย่อมมิจะเสียเปล่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁴⁶

4) การอยู่กินฉันสามีภริยาจะต้องอยู่กินกันเป็นระยะเวลาตลอดชีวิต (Union for Life) การอยู่กินกันเป็นระยะเวลาตลอดชีวิตนั้น ไม่ได้หมายถึงต้องอยู่กินกันไปจนตายจากกันถึงจะสิ้นสุดการสมรส แต่กฎหมายได้เปิดโอกาสให้หย่าขาดจากการเป็นสามีภรรยากันได้ ถ้าหญิงและชายไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาอีกต่อไป หรือมีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประพฤติดนินให้เป็นที่เหตุแห่งการหย่า ก็สามารถทำการหย่าขาดจากกันก็ถือว่าการสมรสกันนั้น สิ้นสุดลงตามกฎหมาย

5) การสมรสจะต้องมีคู่สมรสเพียงคนเดียวเท่านั้น (Monogamous) คู่สมรสจะทำการจดทะเบียนสมรสครั้งใหม่ไม่ได้ หากคู่สมรสยังไม่ได้ทำการหย่าขาดจากคู่สมรสเดิม⁴⁷

6) การสมรสจะทำได้ก็ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควรศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสกันก่อนได้(มาตรา 1448)⁴⁸

ตามบทบัญญัติในมาตรา 1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติไว้ชัดเจนว่า “การสมรสจะทำได้ก็ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” จากถ้อยคำตามบทบัญญัตินี้แสดงให้เห็นว่าบุคคลที่จะสมรสกันได้นั้น ฝ่ายหนึ่งต้องเป็นชายและอีกฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหญิง เป็นการระบุเพศของแต่ละฝ่ายไว้ ทำให้บุคคลเพศเดียวกันไม่สามารถสมรสกันได้ ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวกฎหมายแม้ไม่ได้ระบุเงื่อนไขไว้อย่างชัดเจนเรื่องเพศของคู่สมรส แต่ก็ป็นสาระสำคัญที่วิญญูชนทั่วไปสามารถเข้าใจได้ว่าการที่บุคคลอยู่ร่วมกันและสามารถให้กำเนิดทารกได้นั้น บุคคลคู่หนึ่งจะต้องมีเพศสภาพเป็นชายและหญิงเท่านั้น

7) ชายและหญิงต้องยินยอมเป็นสามีภริยากันและต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย (มาตรา 1458)⁴⁹

8) ชายและหญิงซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดี เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาก็ดี จะทำการสมรสกันไม่ได้ (มาตรา 1450)⁵⁰

⁴⁶ ไพโรจน์ กัมพูศิริ. (2563). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า102-103.

⁴⁷ วิญญูภักดิ์ ณ สงขลา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 42. หน้า 38-39.

⁴⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448

⁴⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1458

⁵⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1450

เหตุที่กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์นี้ไว้เพราะกฎหมายคำนึงถึงหลักศีลธรรมอันดีเป็นหลัก อีกทั้งยังคำนึงถึงหลักทางการแพทย์ที่มีความเชื่อว่าหากญาติสืบสายโลหิตหรือพี่น้องทำการสมรสกัน บุตรที่เกิดมาจะไม่สมบูรณ์แข็งแรง⁵¹

9) หากชายหรือหญิงเป็นบุคคลวิกลจริตหรือเป็นบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ จะทำการสมรสกันไม่ได้ (มาตรา 1449)⁵²

เหตุผลที่กฎหมายมิให้สมรสกับบุคคลวิกลจริตหรือบุคคลไร้ความสามารถทำการสมรส เนื่องจากมองว่าการสมรสเป็นการสร้างสถาบันขึ้นในสังคม คู่สมรสจึงควรที่จะต้องเป็นผู้ที่รู้ผิดชอบและสามารถรับผิดชอบครอบครัวที่กำลังจะเกิดขึ้นภายหลังการสมรสกัน หากแต่บุคคลผู้วิกลจริตหรือบุคคลไร้ความสามารถเป็นบุคคลที่มีความบกพร่องในการแสดงเจตนา ดังนั้นจึงไม่น่าที่จะมีความรับผิดชอบเพียงพอในการสร้างสถาบันครอบครัว อีกทั้งด้วยเหตุที่มีความบกพร่องในการแสดงเจตนา ผู้วิกลจริตหรือบุคคลไร้ความสามารถก็อาจแสดงเจตนาที่ไม่แท้จริงออกมา กฎหมายจึงกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวเพื่อป้องกันการแสดงเจตนาที่ไม่สมบูรณ์จากบุคคลเหล่านี้⁵³

10) ผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมจะสมรสกันไม่ได้ (มาตรา 1451)⁵⁴ เหตุผลประการสำคัญเบื้องหลังบทบัญญัตินี้ คือ หากผู้รับบุตรบุญธรรมสมรสกับบุตรบุญธรรมย่อมเป็นการผิดต่อวัตถุประสงค์ต่อการรับบุตรบุญธรรม ซึ่งมุ่งให้ผู้รับบุตรบุญธรรมทำหน้าที่เสมือนบิดามารดาของบุตรบุญธรรม ดังนั้น ผู้รับบุตรบุญธรรมย่อมมีอำนาจปกครองให้ความอุปการะเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมและถือว่าบุตรบุญธรรมเป็นผู้สืบสันดานของผู้รับบุตรบุญธรรมเสมือนกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายนับแต่วันจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม ถือว่ามีความสัมพันธ์กันตามกฎหมาย และผู้รับบุตรธรรมเปรียบเสมือนบิดาหรือมารดาของบุตรบุญธรรม ดังนั้นกฎหมายมองว่าเมื่อผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมมีความสัมพันธ์กันตามกฎหมาย จึงไม่อาจที่จะสมรสกันได้⁵⁵

11) ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยานั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 มาตรา 1461⁵⁶ วางหลักไว้ว่า สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา และสามีภริยาต้องช่วยเหลือ

⁵¹ สถาบันพระปกเกล้า. (2562). *พัฒนาการของกฎหมายครอบครัวว่าด้วยเงื่อนไขการสมรส*. รายงานผลการวิจัยคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 91.

⁵² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1449

⁵³ สถาบันพระปกเกล้า. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 51*. หน้า 90.

⁵⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1451

⁵⁵ สถาบันพระปกเกล้า. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 51*. หน้า 92.

⁵⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461

อุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าความสัมพันธ์ในครอบครัวเป็นไปตามหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง

12) ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา แบ่งเป็น 2 ประเภท คือ สิ้นส่วนตัวและสิ้นสมรส เมื่อมีการหย่ากันแล้วให้แบ่งสิ้นสมรสให้ชายและหญิงได้ส่วนเท่ากัน ตามมาตรา 1533⁵⁷

13) หญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดด้วยประการอื่น จะทำการสมรสใหม่ได้ต่อเมื่อการสิ้นสุดแห่งการสมรสได้ผ่านพ้นไปแล้วไม่น้อยกว่า 310 วัน ตามมาตรา 1453⁵⁸ หรือเว้นแต่

13.1) หญิงได้ทำการคลอดบุตรแล้วในระหว่างนั้น

13.2) สมรสกับคู่สมรสเดิม

13.3) มีใบรับรองแพทย์ประกาศนียบัตรซึ่งเป็นผู้ประกอบการรักษาโรคในสาขาเวชกรรมได้ตามกฎหมายว่าไม่ได้มีครรภ์หรือ

13.4) มีคำสั่งของศาลให้สมรสได้

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้ มีการพัฒนาจากเดิมมาก มีความเป็นระบบระเบียบชัดเจนยิ่งขึ้นเหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบัน ทั้งยังสอดคล้องกับหลักสากลเรื่องความเสมอภาคอีกด้วย แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสตั้งแต่ยุคสมัยในอดีตและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวของประเทศไทยในปัจจุบันนั้น ก็ยังคงรับรองสถานะคู่สมรสเฉพาะชายและหญิงที่ให้ทำการสมรสกันได้เช่นเดิม ส่วนการสมรสระหว่างเพศเดียวกันนั้นยังไม่ได้ได้รับการรับรองสถานะให้เป็นคู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายไทย

สำหรับเงื่อนไขของกฎหมายที่ถือเป็นอุปสรรคต่อการจดทะเบียนสมรสของบุคคลรักเพศเดียวกันจึงประกอบไปด้วยเงื่อนไขสามประการสำคัญ กล่าวคือ

1) การสมรสจะกระทำได้เฉพาะชายกับหญิงเท่านั้น

2) การสมรสจะต้องกระทำโดยความสมัครใจของชายและหญิง และ

3) การสมรสจะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น

ซึ่งทำให้เห็นเลยว่าบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ ไม่สามารถที่จะสามารถจดทะเบียนสมรสและสร้างครอบครัวได้เลยเนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ไม่ได้ให้การรับรองหรือกล่าวถึงแต่อย่างใด

⁵⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1533

⁵⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1453

ประกอบกับพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช 2478 ซึ่งมีสาระสำคัญสรุปได้ ดังนี้

โดยที่มาตรา 13⁵⁹ แห่งพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช 2478 ได้บัญญัติห้ามมิให้นายทะเบียนจดทะเบียนสมรส เมื่อปรากฏก่อนายทะเบียนว่ามีได้เป็นไปตามเงื่อนไขของมาตรา 1445 มาตรา 1446 และมาตรา 1447 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บังคับใช้ในปี พุทธศักราช 2478 ซึ่งตรงกับมาตรา 1448 ถึงมาตรา 1452 มาตรา 1454 และมาตรา 1458 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน) จะเห็นได้ว่าเมื่อไม่เข้าเงื่อนไขตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าวแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นายทะเบียนจะไม่รับจดทะเบียนสมรส ดังนั้น บุคคลรักเพศเดียวกันจึงไม่สามารถจดทะเบียนสมรสตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช 2478 ได้เช่นกัน⁶⁰

3.3.2 วัตถุประสงค์ของการสมรส

การสมรสของคนในอดีตนั้นจะเป็นการสมรสในเผ่าของตนเอง เมื่อประชากรมากขึ้นและมีขนบธรรมเนียมประเพณีที่ชัดเจนขึ้น จึงเกิดการสมรสข้ามเผ่าพันธุ์กันขึ้น แต่วัตถุประสงค์หลักของการสมรสในอดีตคงหนีไม่พ้นการดำรงไว้ซึ่งเผ่าพันธุ์ของมนุษย์นั่นเอง ซึ่งวัตถุประสงค์ของการสมรสนี้ย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยและกาลเวลา ศาสตราจารย์พิเศษ ประสพสุข บุญเดช ได้รวบรวมวัตถุประสงค์ของการสมรสของกลุ่มสมรสไว้ได้ 7 ประการ⁶¹ ได้แก่

ประการแรก เพื่อการรับรู้และยอมรับความสัมพันธ์ทางเพศของมนุษย์ (Sexual Gratification) และกำหนดคู่เพศสัมพันธ์ให้เห็นตัวตนได้อย่างชัดเจนและแน่นอน

ประการที่สอง เพื่อผลิตสมาชิกให้แก่สังคมหรือเพื่อให้กำเนิดบุตร (Children Production)

ประการที่สาม เพื่อการร่วมมือในทุก ๆ ทาง (Coordination) เช่น ทางเศรษฐกิจ การปกครองและความเป็นปึกแผ่นในหมู่วงศ์ญาติ เป็นต้น

ประการที่สี่ เพื่อสร้างครอบครัว (Household or Family Formation) โดยการตกลงร่วมกันเพื่อทำหน้าที่ของครอบครัวทั้ง 4 หน้าที่ คือ เพศสัมพันธ์ ผลิตสมาชิกใหม่ เศรษฐกิจและการอบรมสั่งสอนหรือให้การศึกษา และการมีสถานที่กินอยู่หลับนอนร่วมกัน

⁵⁹ พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช 2478. มาตรา 13

⁶⁰ นิรันดร์ ทรงนิรันดร์ และ สิริลักษณ์ ประสันแพงศรี. (2561). ปัญหาทางกฎหมายกับการจดทะเบียนสมรสของเพศทางเลือก. *วารสารศิลปะศาสตร์และวิทยาการจัดการ*. 5(2). หน้า 59.

⁶¹ ชาญภูมิกัส ทองมุสิกิติ. (2562). กฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ. *วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม*. หน้า. 34 – 35.

ประการที่ห้า เพื่อสืบทอดทรัพย์สินสมบัติ (Property Handing)

ประการที่หก เพื่อให้ได้รู้จักตนเอง และสามารถวางตนเองได้ถูกต้องและมีจุดยืนที่ดี
ในสังคม (Self - Identity)

และประการสุดท้าย เพื่อการเป็นทายาทที่ถูกต้องตามกฎหมายของสังคมหรือสืบทอดสกุล

3.3.3 แบบแห่งการสมรส

ตามมาตรา 1457⁶² แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายความว่า การสมรสจะต้องมีการจดทะเบียน มิฉะนั้นก็ไม่ถือว่าเป็นการสมรส ชายและหญิงจะไม่ได้เป็นสามีภรรยาตามกฎหมาย การที่ชายหญิงมาอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาเป็นระยะเวลาอันเท่าใดหรือแม้จะมีบุตรด้วยกันก็คนก็ตาม ก็ไม่ถือว่าเป็นสามีภริยาตามกฎหมาย ถ้ามิได้จดทะเบียนสมรสกัน ซึ่งการจดทะเบียนสมรสอาจจะกระทำนอกที่ว่าการอำเภอหรือสำนักงานเขตก็ได้ แต่ชายหญิงต้องแสดงความยินยอมเป็นสามีภริยากันให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายอำเภอด้วยตนเองจะตั้งตัวแทนหรือมอบอำนาจไปจดทะเบียนสมรสแทนไม่ได้ และเมื่อจดทะเบียนสมรสกันแล้ว ชายหญิงมีฐานะเป็นสามีภริยากันตามกฎหมายตั้งแต่วันที่จดทะเบียนสมรสกัน แม้จะไม่ได้อยู่กินฉันสามีภริยากันเลยหรืออยู่กินด้วยกันชั่วระยะเวลาหนึ่ง แต่ได้ทิ้งร้างกันไปกว่า 10 ปี และทรัพย์สินก็แยกกันเป็นสัดส่วนแล้วก็ตาม แต่ตราบใดที่ยังมิได้จดทะเบียนหย่าขาดจากกัน ชายหญิงคู่นี้ก็ยังเป็นสามีภริยากันตามกฎหมายตลอดมา⁶³

จุมพต สายสุนทร⁶⁴ ได้อธิบายถึงกรณีการสมรสของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย ว่ากฎหมายได้บัญญัติไว้ชัดเจนแล้วว่าการสมรสจะมีได้ก็แต่ระหว่าง “ชาย” กับ “หญิง” เท่านั้น และอาจแยกพิจารณาได้เป็นสองประเด็น

ประเด็นแรก เป็นกรณีที่บุคคลเพศเดียวกันจะทำการสมรส หากบุคคลเพศเดียวกันไม่ว่าจะเป็นชายด้วยกันหรือหญิงด้วยกันจะทำการสมรสตามนัยแห่งมาตรา 1448 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คงถือไม่ได้ว่ามีการสมรสเกิดขึ้น เพราะมาตรา 1448 ใช้คำว่า “ชาย และ หญิง” ซึ่งอย่างน้อยที่สุดก็ต้องเป็นกรณีที่มีร่างกายเป็นชายและหญิงมิใช่มีร่างกายเป็นชายหรือหญิงทั้งคู่ แต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีจิตใจเป็นหญิง ปัญหาจะเกิดขึ้นเมื่อบุคคลที่จะทำการสมรสกันนั้น ฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งได้ทำการผ่าตัดแปลงเพศทำให้สภาพร่างกายเป็นหญิงหรือชายได้ กรณีนี้จะถือได้หรือไม่ว่า ผู้ที่ทำ

⁶² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 บัญญัติว่า การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมิได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น

⁶³ ประสพสุข บุญเดช. (2553). *กฎหมายครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 36 -37.

⁶⁴ จุมพต สายสุนทร. (2526). ฐานะทางกฎหมายของผู้รักร่วมเพศ” *วารสารนิติศาสตร์*. 13(2). หน้า 60 - 69.

การผ่าตัดแปลงเพศนั้นเป็น “ชาย” หรือ “หญิง” ปัญหานี้ขึ้นอยู่กับการตีความกฎหมาย คำว่า “ชาย” และ “หญิง” จะหมายความเฉพาะแต่ “ชายจริง หญิงแท้” แต่โดยกำเนิดเท่านั้น

ประเด็นที่สอง เป็นกรณีที่มีการสมรสเกิดขึ้นแล้ว โดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสำคัญผิด หรือ ถูกฉ้อฉล กรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจดทะเบียนสมรสโดยสำคัญผิดหรือถูกฉ้อฉล และคู่สมรสฝ่ายนั้นมารู้ความจริงในภายหลังว่า คู่สมรสของตนนั้นเป็นเพศเดียวกับตน และได้ทำการผ่าตัดแปลงเพศมา ทำให้เกิดการสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือว่าการจดทะเบียนสมรสดังกล่าวจะมีผลในทางกฎหมายประการใดหรือไม่ ต้องดูว่าสาระสำคัญของคำว่า “การสมรส” ตามนัยมาตรา 1448⁶⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น คุณสมบัติของคู่สมรสว่าต้องเป็นชายโดยกำเนิดหรือหญิงโดยกำเนิดหรือไม่ ถ้าขึ้นอยู่กับคุณสมบัติดังกล่าวแล้ว ความรู้หรือไม่รู้ของคู่สมรสก็มีใช้สาระสำคัญแต่อย่างใด เพราะตราบใดที่คู่สมรสมิใช่ “ชายจริง หญิงแท้” แล้ว ก็ย่อมถือไม่ได้ว่ามีการสมรสเกิดขึ้น แต่ถ้าหากคำว่า “ชาย” และ “หญิง” มีความหมายรวมถึงบุคคลที่แปลงเพศด้วยแล้ว จะถือว่าไม่มีการสมรสเกิดขึ้นคงไม่ได้ แต่มีปัญหาว่าการสมรสโดยสำคัญผิดเช่นนั้นเป็นการสำคัญผิดในตัวบุคคล (มาตรา 1505)⁶⁶ ซึ่งจะทำให้การสมรสเป็นโมฆียะ หรือว่าเป็นการสำคัญผิดใน “คุณสมบัติ” ของบุคคลซึ่งไม่ทำให้การสมรสเสื่อมเสียไป เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้การสมรสเสื่อมเสียเพราะเหตุสำคัญผิดในคุณสมบัติของคู่สมรส แต่ถ้าเป็นกรณีฉ้อฉล (มาตรา 1506)⁶⁷ ก็ดูแต่เพียงว่าถึงขนาดหรือไม่เท่านั้น

3.4 พัฒนาการทางกฎหมายและนโยบายเพื่อส่งเสริมความเสมอภาคทางเพศ ในประเทศไทย

ที่ผ่านมาประเทศไทยได้มีความพยายามในการพัฒนาการทางกฎหมายและนโยบายเพื่อส่งเสริมความเสมอภาคทางเพศ โดยเฉพาะจากเครือข่ายความหลากหลายทางเพศ นักวิชาการ สำนัก

⁶⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448

⁶⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1505 บัญญัติว่า การสมรสที่ได้กระทำไปโดยคู่สมรสฝ่ายหนึ่งสำคัญผิดตัวคู่สมรส การสมรสนั้นเป็นโมฆียะ สิทธิขอเพิกถอนการสมรสเพราะสำคัญผิดตัวคู่สมรสเป็นอันระงับเมื่อเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้วเก้าสิบวันนับแต่วันสมรส

⁶⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1506 บัญญัติว่า ถ้าคู่สมรสได้ทำการสมรสโดยถูกกลฉ้อฉลอันถึงขนาดซึ่งถ้ามิได้มีกลฉ้อฉลนั้นจะไม่ทำการสมรส การสมรสนั้นเป็นโมฆียะ

ความในวรรคหนึ่ง ไม่ใช้บังคับในกรณีที่กลฉ้อฉลนั้นเกิดขึ้นโดยบุคคลที่สาม โดยคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมิได้รู้เห็นด้วย

สิทธิขอเพิกถอนการสมรสเพราะถูกกลฉ้อฉลเป็นอันระงับเมื่อเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้วเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรได้รู้ถึงกลฉ้อฉล หรือเมื่อเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้วหนึ่งปี นับแต่วันสมรส

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ โดยอาศัยความร่วมมือกับหน่วยงานภาครัฐ ในการผลักดันให้มีการปฏิรูปกฎหมายเพื่อปกป้องสิทธิของ LGBTQ ความพยายามดังกล่าวส่วนหนึ่งได้ประสบความสำเร็จ เช่น ในกรณีของการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร ในการฟ้องร้องของหญิงข้ามเพศต่อกระทรวงกลาโหม กรณีการใช้คำพูดที่เลือกปฏิบัติในเอกสาร ยกเว้นการเกณฑ์ทหาร (พุทธศักราช 2549 – 2554)⁶⁸ ในพุทธศักราช 2549 “น้ำหวาน” หรือ นายสามารถ มีเจริญ ได้ยื่นฟ้องร้องต่อศาลปกครอง เนื่องจากกระทรวงกลาโหมใช้คำพูดที่เลือกปฏิบัติในเอกสารยกเว้นการเกณฑ์ทหารหรือ ส.ค. 43 ได้ระบุคำว่า “โรคจิต ถาวร” เป็นเหตุให้หญิงข้ามเพศต้องเผชิญกับความยากลำบากในการสมัครงานกับหน่วยงานภาครัฐ รัฐวิสาหกิจ และบริษัทเอกชนขนาดใหญ่ ซึ่งจำเป็นต้องแสดงหลักฐาน การยกเว้นการเกณฑ์ทหาร ซึ่งศาลปกครองกลางได้มีคำตัดสินครั้งสำคัญในเดือนกันยายน พุทธศักราช 2554 ว่าคำพูด ดังกล่าว “ไม่ถูกต้อง” และ “ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” และสั่งให้กระทรวงกลาโหมหยุดการเรียกบุคคลข้ามเพศว่าเป็น “โรคจิต ถาวร” อีกทั้งให้แก้ไขถ้อยคำ ดังกล่าวในเอกสาร ส.ค. 43 ของ โจอทก์ และให้มีการใช้ถ้อยคำอื่นแทนต่อมาในวันที่ 11 เมษายน พุทธศักราช 2555 ได้มีการออกกฎกระทรวง ข้อที่ 75 พุทธศักราช 2555 ภายใต้พระราชบัญญัติการเกณฑ์ทหาร พุทธศักราช 2497 ให้ใช้คำว่า “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด” ในเอกสารยกเว้นการเกณฑ์ทหารแทนในขณะที่ความพยายามอื่นๆ ในการให้การคุ้มครองบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศยังคงประสบกับอุปสรรคและความท้าทายหลายประการ แต่ก็ยังมีกรณีเคลื่อนไหวและวิวัฒนาการในการออกบทบัญญัติในการคุ้มครองบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ ตามลำดับดังนี้

3.4.1 พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พุทธศักราช 2558

พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พุทธศักราช 2558 ถือเป็นกฎหมายฉบับแรกของรัฐไทยที่ให้การคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิของกลุ่มความหลากหลายทางเพศได้อย่างชัดเจน เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ คือ ปัจจุบันไม่มีมาตรการป้องกันการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศที่ชัดเจนส่งผลให้บุคคลซึ่งถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศไม่ได้รับความคุ้มครองและไม่ได้รับความเป็นธรรมเท่าที่ควร สมควรมีกฎหมายเพื่อกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ และป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติ

⁶⁸ บุษกร สุริยสาร. (2557). *อัตลักษณ์และวิถีทางเพศในประเทศไทย* ; องค์การแรงงานระหว่างประเทศ ประจำประเทศไทย กัมพูชา และ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว. โครงการส่งเสริมสิทธิความหลากหลาย และความเท่าเทียมในโลกของการทำงาน (PRIDE). กรุงเทพฯ : องค์การแรงงานระหว่างประเทศ. หน้า 36.

โดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการสิทธิมนุษยชนสากลตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาค⁶⁹

โดยมาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้ระบุว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” หมายความว่า “การกระทำหรือไม่กระทำการใด อันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” ทั้งนี้ วลีที่ว่า “การแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” มีความหมายรวมถึงบุคคลที่แตกต่างจากเพศชาย และเพศหญิงทั่วไป ได้แก่ ชายรักชาย หญิงรักหญิง และคนข้ามเพศ แต่อย่างไรก็ตามในหลักการแล้วกฎหมายฉบับนี้ก็มีข้อจำกัดและช่องว่างที่ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมไม่เป็นธรรม และเป็นประเด็นที่ภาคประชาสังคมและผู้มีส่วนได้เสียวิพากษ์วิจารณ์แสดงความไม่เห็นด้วย นั่นคือ มาตรา 17⁷⁰ ซึ่งได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ว่า การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศย่อมเกิดขึ้นได้โดยไม่ผิดกฎหมาย หากเป็นการปฏิบัติตามหลักการศาสนา และเพื่อเป็นการรักษาความมั่นคงของประเทศ การกำหนดข้อยกเว้นดังกล่าว ทำให้เกิดการตั้งคำถามถึงขอบเขตการตีความหลักการศาสนา และความมั่นคงของประเทศ เพราะในทางปฏิบัติ ข้อยกเว้นเหล่านี้ล้วนเป็นข้ออ้างในการละเมิดสิทธิ การควบคุม และการเลือกปฏิบัติต่างๆ ด้วยเหตุแห่งเพศที่มีอยู่แล้วในสังคมปัจจุบัน และล้วนเป็นคำที่มีความหมายกว้าง สามารถตีความได้มากมาย การตีความข่มขู่ขึ้นอยู่กับวิจรรณญาณ และทัศนคติของผู้ที่มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัย และเป็นการยากที่จะสร้างบรรทัดฐานที่เป็นกลาง และเที่ยงธรรมอย่างแท้จริง⁷¹

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พุทธศักราช 2558 ก็ยังมีช่องว่างในทางกฎหมายอื่นๆ ที่ไม่สามารถปกป้องคุ้มครองและจัดการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มความหลากหลายทางเพศได้อย่างแท้จริง เช่น ประเทศไทยยังขาดการรับรองสิทธิในการแต่งงานสร้างครอบครัวและการแต่งงานของกลุ่มบุคคลซึ่งความหลากหลายทางเพศ ที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของ

⁶⁹ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ.2558. ประกาศราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนที่ 18 ก วันที่ 13 มีนาคม 2558.

⁷⁰ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ.2558. มาตรา 17 บัญญัติว่า การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็น การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศจะกระทำมิได้

“การดำเนินการตามวรรคหนึ่ง เพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้ เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพ และความปลอดภัย หรือการปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ”

⁷¹ ชีรา ทองกระจาย. *ความเท่าเทียมกันทางเพศสภาพ*. มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. หน้า 41 – 42.

มนุษย์ทุกคนตามหลักการขอกายการ์ตา หรือในกรณีของคนข้ามเพศไม่ได้การรับรองตามเพศที่ตนเองเป็นได้ ยังคงต้องอยู่ในสถานภาพตามเพศกำเนิด ซึ่งถือเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัว และสิทธิในการแสดงออกของคนข้ามเพศของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย

3.4.2 ร่าง พระราชบัญญัติคู่ชีวิต พุทธศักราช ประวัติความเป็นมา

สำหรับประเทศไทยได้เริ่มยกร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวขึ้นมาตั้งแต่ปี พุทธศักราช 2555 และดำเนินการเรื่อยมา ซึ่งได้มีความพยายามจากกลุ่มบุคคล องค์กร รวมถึงหน่วยงานภาครัฐ ผลักดันให้มีกฎหมายสำหรับการใช้ชีวิตครอบครัวแก่บุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งประเทศไทยได้รับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human rights - UDHR) เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พุทธศักราช 2491 และได้เข้าเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR) เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม พุทธศักราช 2539 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic Social and Cultural Rights- ICESCR) เมื่อวันที่ 6 กันยายน พุทธศักราช 2542 รวมทั้งได้ร่วมหลักการขอกายการ์ตาว่าด้วยการปรับปรุงข้อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ คริสต์ศักราช 2006 (พุทธศักราช 2549) (The Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity 2006) ซึ่งตราสารระหว่างประเทศทั้ง 4 ฉบับข้างต้น ได้กำหนดสิทธิในการแต่งงานและการมีชีวิตครอบครัวไว้ ทั้งนี้ การเข้าเป็นภาคีสันธิสัญญาและตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศส่งผลให้ประเทศไทยจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ ซึ่งหนึ่งในนั้น คือ การสร้างหลักประกันให้เกิดสิทธิตามสนธิสัญญา เช่น การแก้ไขกฎหมาย กฎระเบียบ มาตรการต่างๆ ให้สอดคล้องกับหลักการและสาระสำคัญของสนธิสัญญา⁷²

กระทรวงยุติธรรม โดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ได้รับมอบหมายตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 12 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2557 ให้เป็นหน่วยงานหลักรับผิดชอบในการขับเคลื่อนแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ซึ่งรวมถึงแผนสิทธิมนุษยชนของกลุ่มความหลากหลายทางเพศ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมคุ้มครองให้กลุ่มบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ ได้รับการคุ้มครองอย่างเป็นธรรมเท่าเทียมกัน โดยไม่เลือกปฏิบัติและสามารถดำรงชีวิตในสังคมได้อย่างมีศักดิ์ศรี ทั้งนี้ หนึ่งในกิจกรรมสำคัญตามที่ระบุไว้ในแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติฉบับที่ 3 (พุทธศักราช 2557 - 2561) คือ การจัดทำร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พุทธศักราช และตาม (ร่าง)

⁷² หนังสือกระทรวงยุติธรรม. (2563). *ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่...) พ.ศ.* หน้า 1-2

แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 4 (พุทธศักราช 2562 - 2565) ซึ่งอยู่ระหว่างเสนอคณะรัฐมนตรี คือ การเร่งดำเนินการให้ร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองกลุ่มเปราะบางมีผลใช้บังคับ ซึ่งได้มีการแก้ไขล่าสุด ณ วันที่ 5 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2561 โดยถือว่าเป็นการแก้ไขร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตเป็นฉบับที่ 3 และเมื่อวันที่ 8 กรกฎาคม พุทธศักราช 2563 คณะรัฐมนตรี (ครม.)⁷³ ได้เห็นชอบเรื่อง ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พุทธศักราช และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่..) พุทธศักราช รวม 2 ฉบับ ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้ว ตามที่กระทรวงยุติธรรมเสนอ แล้วส่งให้คณะกรรมการประสานงานสภาผู้แทนราษฎรพิจารณา ก่อนเสนอสภาผู้แทนราษฎรต่อไป

สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติ⁷⁴

ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พุทธศักราช มีสาระสำคัญ ดังนี้

1) กำหนดให้ “คู่ชีวิต” หมายความว่า บุคคลสองคนซึ่งเป็นเพศเดียวกันโดยกำเนิดและได้จดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้

2) กำหนดให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเยาวชนและครอบครัวตามกฎหมายว่าด้วยศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามพระราชบัญญัตินี้

3) กำหนดให้การจดทะเบียนคู่ชีวิตจะทำได้ต่อเมื่อบุคคลทั้งสองมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ และทั้งสองมีสัญชาติไทย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย รวมทั้งกำหนดบุคคลต้องห้ามมิให้จดทะเบียนคู่ชีวิต คือ กรณีบุคคลทั้งสองคนเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา บุคคลฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นคนวิกลจริตหรือบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ และบุคคลฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีคู่สมรสหรือคู่ชีวิตอยู่ก่อนแล้ว

4) กำหนดให้การจดทะเบียนคู่ชีวิตจะทำได้ต่อเมื่อบุคคลทั้งสองฝ่ายยินยอมเป็นคู่ชีวิตกันและต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย

5) กำหนดให้ในกรณีที่ผู้เยาว์จะจดทะเบียนคู่ชีวิต ต้องได้รับความยินยอมของบิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม ผู้ปกครอง หรือศาล แล้วแต่กรณี และกำหนดวิธีให้ความยินยอมดังกล่าว

⁷³ สรุปข่าวการประชุม ครม. (2563). *สรุปข่าวการประชุมคณะรัฐมนตรี 8 กรกฎาคม 2563*, (ออนไลน์).เข้าถึงได้จาก: https://www.thaigov.go.th/news/contents/details/33235_ หน้า 2-7.

⁷⁴ สรุปข่าวการประชุม ครม. (2563). *สรุปข่าวการประชุมคณะรัฐมนตรี 8 กรกฎาคม 2563*, (ออนไลน์).เข้าถึงได้จาก: https://www.thaigov.go.th/news/contents/details/33235_ หน้า 4 - 5.

รวมทั้งกำหนดให้ผู้เยาว์ยอมบรรลุนิติภาวะเมื่อจดทะเบียนคู่ชีวิตตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติ
นี้

6) กำหนดให้สถานการจดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ถือเป็นข้อมูลทะเบียนประวัติราษฎรตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร

7) กำหนดบทบัญญัติเพื่อรองรับลักษณะความสัมพันธ์ของคู่ชีวิต เช่น ภูมิฐานะของคู่ชีวิต การร้องขอให้ศาลสั่งหรือเพิกถอนคำสั่งให้คู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถการจัดทำบัญชีทรัพย์สินของคู่ชีวิตผู้ไม่อยู่ การถอนคืนการให้ในการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิต รวมทั้งกำหนดให้คู่ชีวิตต้องอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวและช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน

8) กำหนดให้คู่ชีวิตมีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายเช่นเดียวกับสามีหรือภริยาตามมาตรา 3 และมาตรา 5 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และมีอำนาจดำเนินคดีต่างผู้ตายต่อไปเช่นเดียวกับสามีหรือภริยาตามมาตรา 29 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

9) กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต โดยแบ่งเป็นสินส่วนตัวและทรัพย์สินร่วมกัน

10) กำหนดเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของการจดทะเบียนคู่ชีวิต โดยกำหนดให้การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ฝ่าฝืนกฎหมายเป็นโมฆะ ให้คำพิพากษาของศาลเท่านั้นที่จะแสดงว่าการจดทะเบียนคู่ชีวิตเป็นโมฆะ และให้คู่ชีวิตฝ่ายที่ได้จดทะเบียนคู่ชีวิตโดยสุจริตมีสิทธิเรียกค่าทดแทนได้

11) กำหนดเกี่ยวกับการสิ้นสุดการเป็นคู่ชีวิต โดยการเป็นคู่ชีวิตยอมสิ้นสุดลงด้วยความตาย ศาลพิพากษาให้เพิกถอน หรือการเลิกการเป็นคู่ชีวิต รวมทั้งกำหนดเหตุฟ้องเลิกการเป็นคู่ชีวิต เช่น คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันทันคู่ชีวิต หรือนั้นภริยาหรือสามีประพฤติชั่ว ทำร้าย ทรมาณร่างกายหรือจิตใจ หมิ่นประมาทหรือเหยียดหยามอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุพการีของอีกฝ่ายหนึ่ง จงใจละทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่งไปเกินหนึ่งปี ไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควรหรือทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นคู่ชีวิตกันอย่างร้ายแรง วิกลจริต เป็นโรคติดต่อร้ายแรงอันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่ายหนึ่ง หรือเมื่อคู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี หรือแยกกันอยู่ตามคำสั่งของศาลเป็นเวลาเกินสามปี

12) กำหนดเกี่ยวกับบุตรบุญธรรม โดยให้คู่ชีวิตซึ่งได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในพระราชบัญญัตินี้และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ โดยผู้จะ

รับบุตรบุญธรรมหรือผู้จะเป็นบุตรบุญธรรม ถ้าได้จดทะเบียนคู่ชีวิตกับบุคคลอื่น ต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งก่อน รวมทั้งคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งจะจดทะเบียนรับผู้เยาว์ซึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งมาเป็นบุตรบุญธรรมของตนด้วยก็ได้ โดยจะต้องได้รับความยินยอมของคู่ชีวิตฝ่ายที่เป็นผู้รับบุตรบุญธรรมอยู่แล้ว และกำหนดให้การรับบุตรบุญธรรมยอมเป็นอันยกเลิกเมื่อมีการจดทะเบียนคู่ชีวิตกับบุตรบุญธรรม

13) กำหนดให้เมื่อคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย ให้คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับคู่สมรสตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก

14) กำหนดให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคู่สมรสครอบครัว และบุตรบุญธรรม มาใช้บังคับแก่คู่ชีวิตด้วยโดยอนุโลม ในบางกรณี

ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พุทธศักราช ถือเป็นการเตรียมความพร้อมครั้งสำคัญของสังคมไทยในการส่งเสริมความเสมอภาคเท่าเทียมของคนทุกเพศ เป็นการรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของคู่รักที่มีเพศเดียวกันหรือกลุ่มบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศให้เป็นคู่ชีวิตและเป็นเครื่องมือทางกฎหมายในการจัดการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางครอบครัวได้เช่นเดียวกับคู่สมรส ครอบคลุมการจดทะเบียนและการเลิกการเป็นคู่ชีวิต สิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่ชีวิต การจัดการทรัพย์สิน การรับบุตรบุญธรรมและรับมรดก เพื่อเป็นการเสริมสร้างความเข้มแข็งของครอบครัวของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศและสอดคล้องกับสภาพสังคมไทยในปัจจุบัน

3.4.3 ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่...)

พุทธศักราช...⁷⁵

มีสาระสำคัญและหลักการในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติบางประการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อให้สอดคล้องกับร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พุทธศักราช ดังนี้

1) ให้ ชาย หญิง หรือบุคคลสองคนซึ่งเป็นเพศเดียวกัน สามารถหมั้น สมรสกันได้ตามกฎหมายเป็นคู่หมั้นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยแก้ไขเพิ่มเติมบรรพ 5 ลักษณะ 1 หมวด 1 และหมวด 6

2) ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา โดยแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 3 ความสัมพันธ์ โดยกำหนดให้ตัดคำว่า สามี ภริยา และให้เพิ่มคำว่า “คู่สมรส” แทน

3) ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสซึ่งบุคคลสองคนสมรสกัน ให้มีสิทธิและหน้าที่และความคุ้มครองตามกฎหมาย

⁷⁵ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากร่างพระราชบัญญัติที่เสนอโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือผู้มีสิทธิเลือกตั้ง. หน้า 1 – 2.

4) ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา โดยแก้ไขเพิ่มเติมเป็นหมวด ทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส เพื่อให้สอดคล้องกับการแก้ไขเพิ่มเติม

5) สิทธิและหน้าที่ของคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย ในการจัดการทรัพย์สินและหนี้สิน ร่วมกัน

สาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ การเสนอขอแก้ไขเพื่อให้บุคคลธรรมดา ทั้งเพศเดียวกันและต่างเพศ สามารถทำการหมั้นและสมรสกันได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งเมื่อ บุคคลธรรมดาได้ หมั้นหรือสมรสกันอย่างถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ก็ให้มีสิทธิและหน้าที่ระหว่าง คู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องต่าง ๆ ซึ่งเดิมกำหนดไว้ว่า “ความสัมพันธ์ ระหว่างสามีภริยา” เป็น “ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรส” ทรัพย์สินระหว่าง สามีภริยา เป็น “ทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส” รวมถึงการแบ่งมรดกของผู้ตายที่มีคู่สมรส โดยได้ขอแก้ไขถ้อยคำใน หลายมาตราที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า “สามีและภรรยา” เป็น “คู่สมรส”⁷⁶

6) การสิ้นสุดการสมรส การเพิกถอนการสมรส การหย่าขาดจากการสมรส การ จัดการทรัพย์สิน หลังสิ้นสุดการสมรส การเรียกค่าทดแทนค่าอุปการะเลี้ยงดูหลังสิ้นสุดการสมรส โดยแก้ไขเพิ่มเติมบรรพ 5 ลักษณะ 1 หมวด 5 – 6

7) ให้คู่สมรสซึ่งเป็นเพศเดียวกันซึ่งจดทะเบียนสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ และให้มีสิทธิและ หน้าที่ระหว่างคู่สมรสด้วยกันและระหว่างบิดามารดาและบุตรแล้วแต่กรณีตามกฎหมาย กฎกระทรวง และระเบียบใดที่บัญญัติ ให้สิทธิและหน้าที่แก่สามีภริยา หรือสามี หรือภริยา หรือคู่ สมรส หรือบิดามารดา หรือบิดา หรือมารดา แล้วแต่กรณี ทั้งนี้ การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตาม มาตรฐานนี้ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

8) ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เป็นผู้หมั้นคู่สมรสของตนเป็นผู้ถูกจำกัดมิให้รับ มรดกฐานเป็นผู้ไม่สมควรได้รับมรดก (มาตรา 1606 (3))⁷⁷

⁷⁶ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 75. หน้า 2-3.

⁷⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1606 บุคคลดังต่อไปนี้ต้องถูกจำกัดมิให้รับมรดกฐานเป็นผู้ไม่ สมควร คือ

(3) ผู้ที่รู้แล้วว่า เจ้ามรดกถูกฆ่าโดยเจตนา แต่มิได้นำข้อความนั้นขึ้นร้องเรียนเพื่อเป็นทางที่จะเอาตัว ผู้กระทำผิดมาลงโทษ แต่ข้อนี้มีให้ใช้บังคับถ้าบุคคลนั้นมีอายุยังไม่ครบสิบหกปีบริบูรณ์ หรือเป็นคนวิกลจริตไม่ สามารถรู้ผิดชอบ หรือถ้าผู้หมั้นนั้นเป็นสามีภริยาหรือผู้บุพการีหรือผู้สืบสันดานของตนโดยตรง

9) คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือคู่สมรสที่ร้างกัน หรือแยกกันอยู่โดยยังมีได้หย่าขาดจากกันตามกฎหมาย เป็นทายาทโดยธรรม มีสิทธิในการรับมรดกของคู่สมรสอีกฝ่ายที่เสียชีวิต (มาตรา 1625 (1)⁷⁸ และมาตรา 1628⁷⁹)

เนื่องจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หลายมาตรานั้นขัดต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 วรรคสาม ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บทบัญญัติซึ่งปรากฏในบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งขัดต่อการดำรงอยู่ของกลุ่มบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ จึงต้องมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้บุคคลทุกคนได้การรับรองสิทธิต่าง ๆ เช่นสิทธิในเรื่องการ หมั้น สิทธิในการจดทะเบียนสมรส สิทธิในการจัดการทรัพย์สินของคู่สมรส สิทธิในการเป็นทายาทโดยธรรม การ รับบุตรบุญธรรม และในการรับมรดกจากคู่สมรส ซึ่งการแก้ไขนี้จะทำให้สิทธิของบุคคลทุกคนเกิดความเท่าเทียม และได้รับการรับรองและคุ้มครองทางกฎหมาย สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายและหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์⁸⁰

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าร่างพระราชบัญญัติ ทั้ง 2 ฉบับนี้ จะเป็นการรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของคู่รักเพศเดียวกัน และเป็นเครื่องมือทางกฎหมายในการจัดการความสัมพันธ์ทางครอบครัว แต่ก็ยังไม่ครอบคลุมทุกสิทธิ์เช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศ จึงต้องทำการประเมินและติดตามการบังคับใช้กฎหมายของ 2 ฉบับนี้ หากหลังมีการบังคับใช้แล้ว จึงเป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องนำไปสู่การแก้ไขกฎหมายฉบับอื่นๆ ที่ตามมาด้วย เพื่อเป็นการคุ้มครองของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ ต่อไป

จะเห็นได้ว่าการรองรับสิทธิของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย มีการเปิดกว้างและมีทิศทางไปในทางที่ดีขึ้น ด้วยการที่รัฐได้กำหนดและส่งเสริมในการออกกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิกับคู่ชีวิตอย่างเท่าเทียม เพื่อรองรับความหลากหลายทางเพศในสังคมไทย

⁷⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1625 ถ้าผู้ตายเป็นผู้สมรสแล้ว การคิดส่วนแบ่งและการปันทรัพย์สินระหว่างผู้ตายกับคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้น ให้เป็นไปดังนี้

(1) ในเรื่องส่วนแบ่งในทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาให้อยู่ในบังคับของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการหย่าโดยยินยอมทั้งสองฝ่าย อันมีบทบัญญัติเพิ่มเติมให้บริบูรณ์ในมาตรา 1637 และ 1638 และโดยเฉพาะต้องอยู่ในบังคับแห่งมาตรา 1513 ถึง 1517 แห่งประมวลกฎหมายนี้ แต่การคิดส่วนแบ่งนั้นมีผลตั้งแต่วันที่การสมรสได้สิ้นสุดไปด้วยความตายนั้น

⁷⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1628

⁸⁰ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 75. หน้า 2.

ให้สามารถดำรงชีวิตในสังคมได้อย่างมีศักดิ์ศรีและสอดคล้องกับสนธิสัญญาและตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสมาชิก ซึ่งต่อไปนี้ผู้วิจัยจะได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับการสมรสในต่างประเทศที่มีบทบัญญัติรองรับการสมรสของกลุ่มบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ ดังต่อไปนี้

3.5 กฎหมายรับรองการสมรสของกลุ่มบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศในต่างประเทศ

ในระดับสากลนั้น ได้ให้ความสำคัญในการยอมรับสิทธิของมนุษยชนในการก่อตั้งสถาบันครอบครัว โดยมีการกำหนดสิทธิในการสมรสไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ ตามที่ผู้วิจัยได้กล่าวนำเสนอมาแล้วในบทที่ 2 เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) รับรองโดยสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 (พุทธศักราช 2491) ณ กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส ในข้อ 16 บัญญัติไว้ว่า

1) ชายและหญิงเมื่อเจริญวัยบริบูรณ์แล้ว มีสิทธิที่จะสมรสและที่จะสร้างครอบครัว โดยไม่มีการจำกัดใดๆ เนื่องจากเชื้อชาติ สัญชาติ หรือศาสนา บุคคลชอบที่จะมีสิทธิเท่าเทียมกันในเรื่องการสมรส ในระหว่างการสมรสและในการขาดจากการสมรส

2) การสมรสจะกระทำได้อีกก็โดยความยินยอมอย่างเสรี และเต็มใจของคู่บ่าวสาวผู้ตั้งใจจะกระทำการสมรส

3) ครอบครัว คือ กลุ่มซึ่งเป็นหน่วยธรรมชาติและพื้นฐานของสังคมและชอบที่จะได้รับการคุ้มครองโดยสังคมและรัฐ⁸¹

ถึงแม้ว่าปฏิญญาฉบับนี้จะไม่ใช่สนธิสัญญาระหว่างประเทศ แต่ก็จัดเป็นกฎหมายจารีตระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่สำคัญซึ่งประเทศต่างๆ จำต้องเคารพต่อหลักการสิทธิมนุษยชนที่ได้ตราไว้ในปฏิญญาฉบับนี้ โดยที่ปฏิญญาฉบับนี้ยังเป็นพื้นฐานสำคัญของสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนอื่นๆ อีกหลายฉบับ รวมทั้งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR) ซึ่งรับรองโดยสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ เมื่อวันที่

⁸¹ แอมเนสตี้ในประเทศไทย. *ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.amnesty.or.th/our-work/hre/udhr/>

16 ธันวาคม ค.ศ. 1966 (พุทธศักราช 2509) มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1976 (พุทธศักราช 2519) ข้อ 23⁸² บัญญัติไว้ว่า

1) ครอบครัวเป็นหน่วยรวมของสังคมซึ่งเป็นพื้นฐานและเป็นธรรมชาติ และย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากสังคมและรัฐ

2) สิทธิของชายและหญิงในวัยที่อาจสมรสได้ในการที่จะสมรสและมีครอบครัวย่อมได้รับการรับรอง

3) การสมรสจะกระทำโดยปราศจากความยินยอมอย่างเต็มใจของผู้ที่เจตนาจะสมรสกันมิได้

4) รัฐภาคีแห่งกติกานี้จะดำเนินการที่เหมาะสมเพื่อประกันความเสมอภาคแห่งสิทธิและความรับผิดชอบของกลุ่มสมรสในการที่จะสมรส ระหว่างการสมรสและเมื่อการสมรสสิ้นสุดลง ในกรณีการสิ้นสุดของการสมรส จะต้องมีบทบัญญัติเพื่อการคุ้มครองที่จำเป็นแก่บุตร

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้วนั้น ตามเนื้อหาได้บัญญัติในเรื่องการสมรสและการสร้างครอบครัวนั้น รับรองให้มนุษย์ทุกคนสามารถมีสิทธิในการสร้างครอบครัวได้ตามหลักสิทธิมนุษยชน โดยในปัจจุบันกฎหมายในหลายๆ ประเทศได้มีรูปแบบการยอมรับในสถานภาพการสมรสหรือการยอมรับสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศในรัฐต่างๆ มี 2 รูปแบบ⁸³ ได้แก่

1) รัฐที่ยอมรับการจดทะเบียนสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน (Marriage Equality)

2) รัฐที่ให้การรับรองว่ามีลักษณะเป็นหุ้นส่วนชีวิต (Civil Partnerships)

ซึ่งในงานวิจัยเล่มนี้ ผู้วิจัยจะนำเสนอการรับรองการจดทะเบียนในลักษณะการเป็นหุ้นส่วนชีวิต (Civil Partnerships) เพื่อนำมาปรับใช้กับการบัญญัติกฎหมายใหม่ของประเทศไทย

รัฐที่ยอมรับการจดทะเบียนสมรสระหว่างบุคคลเพศ เดียวกันว่าเป็นคู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายครอบครัวและมีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับการจดทะเบียนสมรสระหว่างชายกับหญิง ได้แก่ อาร์เจนตินา แอฟริกาใต้ นอร์เวย์ เบลเยียม โปรตุเกส แคนาดา เดนมาร์ก สเปน สวีเดน เนเธอร์แลนด์ ไอซ์แลนด์ และล่าสุดประเทศไต้หวันเป็นประเทศแรกในทวีปเอเชียที่รับรองการสมรสเพศเดียวกัน ผู้วิจัยใคร่ขอยกตัวอย่างการศึกษาในบางประเทศ ดังต่อไปนี้

⁸² คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. (2540). *หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง*. กรุงเทพฯ : SM เซอร์คิตเพรส. หน้า 54.

⁸³ ชาญลักษณ์ นามจักร. (2555). การรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ. *วารสารนักบริหาร*. 33(2). หน้า 14.

3.5.1 กฎหมายของราชอาณาจักรสวีเดน

ราชอาณาจักรสวีเดนใช้ระบบกฎหมายชีวิตลอร์แบบสแกนดิเนเวีย⁸⁴ และเป็นประเทศแรกในยุโรปที่มีการรับรองสถานะทางกฎหมายของบุคคลที่ผ่านการแปลงเพศแล้วและยอมรับให้มีกฎหมายการรับรองความสัมพันธ์ของบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศให้สามารถทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์และใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในลักษณะสามีภรรยา เหมือนเดียวกับบุคคลต่างเพศที่เป็นชายจริงและหญิงแท้ โดยเหตุผลของรัฐบาลของราชอาณาจักรสวีเดนเห็นว่ารัฐมีหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครองและรับรองสิทธิให้แก่คนชาติของรัฐ โดยเสมอภาคกัน และจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุผลเรื่องเชื้อชาติ สีผิว ภาษา เพศ ความพิการ อายุ ศาสนาและความเชื่อ ตลอดจนรสนิยมทางเพศของบุคคลก็เช่นที่ไม่สมควรที่จะนำมาเป็นเหตุในการเลือกปฏิบัติ ซึ่งในปีคริสต์ศักราช 1993 (พุทธศักราช 2536) ได้มีการเสนอกฎหมายให้สิทธิแก่บุคคลซึ่งมีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกัน ในการจดทะเบียนความสัมพันธ์เพื่อใช้ชีวิตร่วมกัน ซึ่งเรียกว่า Partnership Act, 2009 โดยกฎหมายดังกล่าวมีพื้นฐานความคิดมาจากความเชื่อที่ว่า ทุกคนมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม คริสต์ศักราช 2009⁸⁵ (พุทธศักราช 2552)

ปกติแล้วการสมรสตามกฎหมายของราชอาณาจักรสวีเดนจะเป็นกรณีที่บุคคล 2 คนที่ต่างเพศกันทำการจดทะเบียนสมรสกันเท่านั้น ถ้าเป็นกลุ่มคนรักร่วมเพศเดียวกัน แม้ว่าจะอยู่กินร่วมกันเป็นเวลานานเท่าใด แม้จะมีความสัมพันธ์กันไม่ต่างกับพวกต่างเพศที่จดทะเบียนสมรสก็ตาม ก็ไม่มีสิทธิตามกฎหมายที่จะจดทะเบียนสมรส สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายที่คู่ที่จดทะเบียนสมรสมีสิทธิกลุ่มคนรักร่วมเพศเดียวกันจะไม่มีสิทธิดังกล่าวเลย จนมีการโต้เถียงกันว่าการจำกัดสิทธิของกลุ่มคนรักร่วมเพศเดียวกัน ดังกล่าวทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันขึ้น โดยมีความเห็นว่าความรักของกลุ่มคนรักร่วมเพศเดียวกันมีคุณค่าเท่ากับความรักของพวกต่างเพศ จึงควรให้สิทธิของกลุ่มคนรักร่วมเพศเดียวกันเท่าเทียมกัน ดังนั้นระหว่างปี คริสต์ศักราช 1993 (พุทธศักราช 2536) จึงได้มีการเสนอกฎหมายให้สิทธิของกลุ่มคนรักร่วมเพศเดียวกันโดยมีการเสนอกฎหมายที่เรียกว่า Partnership Act⁸⁶ ขึ้นมา

⁸⁴ รายชื่อประเทศจำแนกตามระบบกฎหมาย. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <https://th.wikipedia.org/wiki/รายชื่อประเทศจำแนกตามระบบกฎหมาย>

⁸⁵ ธัญญาภัส ทองมุสิกข์. (2562). *กฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 180-181.

⁸⁶ อนุช คำทอง. (2546). *การสมรสของพวกรักร่วมเพศ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 65.

โดย Partnership Act นั้นมีพื้นฐานความคิดที่เชื่อว่ามนุษย์มีความเท่าเทียมกันทั้งเป็นปัจเจกชน ภายใต้กฎหมาย รวมทั้งยอมรับว่าความรักของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันมีคุณค่าเท่าเทียมกับความรักของพวกเขาต่างเพศ นอกจากนี้ มีความคิดว่าสังคมไม่ควรที่จะมีทัศนคติเกี่ยวกับแนวทางที่ประชาชนจะเลือกที่จะอยู่ร่วมกันว่าควรเป็นในแบบใดหรือวิธีการใด โดยประชาชนสามารถที่จะดำเนินชีวิตให้สอดคล้องกับสิ่งที่ตนเองชอบ ความพึงพอใจและบุคลิกภาพของตน เท่าที่จะไม่ทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย กลุ่มคนรักเพศเดียวกันต้องการให้ความสัมพันธ์ของตนมีคุณค่า และเหมาะสมเช่นเดียวกับต้องการให้มีแนวทางที่ชัดเจนของความรัก⁸⁷

ตามหลัก Partnership Act กลุ่มคนรักเพศเดียวกันสามารถเข้าไปมีความสัมพันธ์โดยกระบวนการจดทะเบียน ซึ่งหลักจะเหมือนกับการทำพิธี Civil Marriage ที่ใช้กันของสามี ภรรยา แต่จะมีข้อยกเว้นเพียงเล็กน้อยเท่านั้น สิทธิของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันที่จดทะเบียนความสัมพันธ์จะได้รับเช่น ค่าอุปการะเลี้ยงดู สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในการรับมรดก สิทธิในการใช้ชื่อสกุล เงินช่วยเหลือ และผลประโยชน์ทางสังคมในเรื่องอื่น ๆ ข้อยกเว้นสิทธิของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันคือ สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการตั้งครุภักดิ์ สิทธิในการผสมเทียมและสิทธิที่กฎหมายให้เฉพาะคู่สมรสที่เป็นเพศตรงข้ามเท่านั้น คู่ที่จดทะเบียนความสัมพันธ์จะไม่มีสิทธิ⁸⁸ กฎหมายของราชอาณาจักรสวีเดน The Registered Partnership Act กฎหมายดังกล่าวหลักการที่สำคัญ ดังนี้

3.5.1.1 เงื่อนไขการจดทะเบียนความสัมพันธ์

บุคคลกลุ่มคนรักเพศเดียวกันแม้ตามกฎหมายของราชอาณาจักรสวีเดนจะมีการบัญญัติกฎหมายให้สิทธิกลุ่มคนรักเพศเดียวกันที่จะอยู่ร่วมกันตามกฎหมาย รวมถึงมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายก็ตาม แต่กลุ่มคนรักเพศเดียวกันที่จะทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์ตามกฎหมายได้จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดอันมีหลักเกณฑ์ดังนี้

1) ต้องเป็นบุคคลที่มีเพศเดียวกัน

หลักนี้ถือว่าเป็นหลักสำคัญพื้นฐานของบุคคลที่จะจดทะเบียนความสัมพันธ์ คือ บุคคลต่างเพศกัน ถ้าประสงค์จะอยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยาโดยถูกต้องตามกฎหมายจะต้องทำตามหลักในเรื่องการสมรส จะใช้หลักการจดทะเบียนความสัมพันธ์ไม่ได้

⁸⁷ Ake Saldeen, "Sweden : Family Counselling, The tortuous liability of parents and homosexual partnership," University of Louisville Journal of family law ,519-520 (1994-1995).อ้างถึงใน ฌนุช คำทอง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 86. หน้า 65- 66.

⁸⁸ Bengt Ericsson, "Proposition for partnership law in Sweden," อ้างถึงใน ฌนุช คำทอง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 86. หน้า 66.

ตามหลักกฎหมาย The Registered Partnership Act ที่ได้กล่าวแล้วว่าเป็นกฎหมายที่คุ้มครองและให้สิทธิพหุเพศเดียวกันที่มีความประสงค์อยู่ร่วมกัน ดังนั้นเงื่อนไขประการแรกของบุคคลที่จะจดทะเบียนความสัมพันธ์ได้จะต้องเป็นบุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกัน ตามหลักกฎหมายใน The Registered Partnership Act หมวดที่ 1 มาตรา 1⁸⁹ ที่มีหลักว่าบุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันสามารถที่จะทำคำร้องขอจดทะเบียนความสัมพันธ์ได้

จากหลักการดังกล่าวบุคคลกลุ่มคนรักเพศเดียวกัน ถ้าต้องการจะจดทะเบียนความสัมพันธ์ จะต้องทำเป็นคำร้องขอจดทะเบียนความสัมพันธ์ นอกจากนี้ ตามบทบัญญัติดังกล่าวมีปัญหาว่าบุคคลที่มีเพศเดียวกันสองคนนั้น จะหมายถึง เฉพาะชายกับชายเท่านั้นที่เรียกว่า Gay หรือจะรวมทั้งกรณีชาย กับชาย และหญิงกับหญิงที่เรียกว่า Lesbian ด้วย ในปัญหานี้เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่ใช้คำว่า “บุคคล สองคนที่มีเพศเดียวกัน” กฎหมายมิได้ระบุไว้ชัดเจนว่าจะต้องเป็นกรณีหญิงกับหญิงเท่านั้น หรือชายกับชายเท่านั้น แต่กฎหมายให้สิทธิบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ดังนั้น จึงตีความได้ว่ากฎหมายให้สิทธิของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันที่เป็นทั้ง Gay และ Lesbian ที่มีสิทธิขอจดทะเบียนความสัมพันธ์

2) เป็นพลเมืองสวีเดนและมีถิ่นที่อยู่ในสวีเดน

หลักในเรื่องนี้ถือว่าเป็นเงื่อนไขที่สำคัญอีกประการหนึ่งโดยกฎหมาย The Registered Partnership Act. วางหลักไว้ว่า การจดทะเบียนความสัมพันธ์สามารถเกิดขึ้นได้เพียงแต่ถ้าอย่างน้อยที่สุด คนหนึ่งของคู่ที่จดทะเบียนความสัมพันธ์เป็นพลเมืองราชอาณาจักรสวีเดน และมีถิ่นที่อยู่ในสวีเดน หมวดที่ 1 มาตรา 2⁹⁰

โดยล่าสุดนักแสดงชาวไทย รัศมีแข ฟ้ามืด กวงแฟนหนุ่มชาวสวีเดน โจนาส ปาล์มเบิร์ก เข้าพิธีแต่งงานริมทะเล พร้อมจดทะเบียนสมรสที่ประเทศสวีเดน⁹¹ ซึ่งประเทศราชอาณาจักรสวีเดนมีกฎหมายให้คนสองคนที่มีเพศเดียวกันสมรสกันได้ตั้งแต่ ปีพุทธศักราช 2552

เงื่อนไขที่กฎหมายราชอาณาจักรสวีเดนวางหลักไว้ว่าบุคคลรักร่วมเพศที่จะจดทะเบียนความสัมพันธ์ได้นอกจากเป็นบุคคลที่มีเพศเดียวกันแล้ว จะต้องเป็นกรณีอย่างน้อยคนหนึ่งเป็นพลเมืองของสวีเดนและมีถิ่นที่อยู่ในสวีเดน เหตุที่กฎหมายวางหลักดังกล่าวก็เนื่องจากกฎหมายต้องการคุ้มครองชนชาติสวีเดนให้ได้สิทธินี้ ไม่ต้องการคุ้มครองบุคคลอื่นที่มิได้มีความเกี่ยวข้องกับ

⁸⁹ Chapter 1 section 1. Two person of the same sex may request the registration of their partnership.

⁹⁰ Chapter 1 section 2. Registration may only take place if at least one of the partners is a Swedish citizen, domiciled in Sweden.

⁹¹ Voice online. (2019). รัศมีแข ฟ้ามืด เข้าพิธีแต่งงานกับแฟนหนุ่มที่ สวีเดน. (ออนไลน์) เข้าถึงได้จาก: https://voicetv.co.th/read/cuMqXJl4_

ประเทศสวีเดนมาใช้กฎหมายสวีเดน เพื่อแสวงหาผลประโยชน์จากหลักกฎหมายดังกล่าว นอกจากนี้กฎหมายยังได้ขยายสิทธิของบุคคลที่สามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์ตามกฎหมายสวีเดน ให้แก่พลเมืองของประเทศอื่นที่มีกฎหมายให้สิทธิบุคคลรักเพศเดียวกันคล้ายคลึงกับสวีเดนด้วย เช่น พลเมืองนอร์เวย์ เดนมาร์ก สิทธิของพลเมืองของประเทศอื่นที่มีกฎหมายคล้ายกับสวีเดนนั้น กฎหมายจะรับรองโดยอัตโนมัติ⁹²

ต่อมาเมื่อเดือนกรกฎาคม คริสต์ศักราช 2000 (พุทธศักราช 2543) ราชอาณาจักรสวีเดนได้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายโดยให้คนต่างชาติซึ่งอยู่ในสวีเดนเป็นเวลาอย่างน้อย 2 ปี สามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์ได้ อันเป็นการขยายสิทธิของบุคคลกลุ่มคนรักเพศเดียวกันที่สามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์ออกไป โดยอนุญาตให้ชนต่างชาติที่เป็นเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์กันได้ตามกฎหมายของสวีเดนแต่ก็มีเงื่อนไขว่าจะต้องอยู่ในสวีเดนอย่างน้อย 2 ปีการที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวเพราะต้องการให้บุคคลที่ได้รับสิทธิอย่างน้อยก็ควรมีความสัมพันธ์กับประเทศสวีเดนเป็นระยะเวลาพอสมควรเพราะกฎหมายนี้ หลักใหญ่คือ ประสงค์ที่จะคุ้มครองชนชาติของตน แม้ในปัจจุบันจะได้ขยายหลักให้สิทธิกับคนต่างชาติก็ตาม แต่กฎหมายก็ประสงค์ให้คนที่มิสิทธิต้องมีความเกี่ยวข้องกับประเทศสวีเดนพอสมควรด้วย⁹³

3) อายุของผู้ที่จะจดทะเบียนความสัมพันธ์

ตามหลักแล้วบุคคลที่จะจดทะเบียนความสัมพันธ์ได้ กฎหมายกำหนดอายุเอาไว้ โดยต้องมี อายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี หมวดที่ 1 มาตรา 3 ของ The Registered Partnership Act. เพราะกฎหมายต้องการให้บุคคลที่จะจดทะเบียนความสัมพันธ์จะต้องมีความสามารถตัดสินใจในการจดทะเบียนความสัมพันธ์ ได้มีวุฒิภาวะเพียงพอในการจดทะเบียนความสัมพันธ์⁹⁴

4) การจดทะเบียนความสัมพันธ์กับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดจะกระทำมิได้

แม้กฎหมายจะให้สิทธิพวกที่มีเพศเดียวกันให้จดทะเบียนความสัมพันธ์ได้ก็ตาม แต่กฎหมายก็กำหนดเงื่อนไขเอาไว้ โดยจะกระทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์กับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดมิได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักในมาตรา 3 ของ The Register Partnership Act. ที่มีหลักว่า บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับอีกคนหนึ่ง โดยเป็นผู้บุพการีหรือผู้สืบสันดาน โดยตรงขึ้นไปหรือลงมา หรือเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันจะจดทะเบียนความสัมพันธ์กันไม่ได้

ถ้าเป็นกรณีของพี่น้องร่วมเฉพาะบิดาหรือเฉพาะร่วมมารดา บุคคลกลุ่มคนรักเพศเดียวกันจะสามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์ได้หรือไม่ ในเรื่องนี้กฎหมายได้วางหลักไว้ตามหลัก

⁹² ฌนุช คำทอง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 86. หน้า 67.

⁹³ ฌนุช คำทอง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 86. หน้า 68.

⁹⁴ ฌนุช คำทอง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 86. หน้า 68.

ในหมวดที่ 1 มาตรา 3 วรรค 2 ของ The Registered Partnership Act. ว่า บุคคลที่เป็นพี่น้องร่วมเฉพาะบิดาหรือมารดาที่ไม่สามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์กันได้ แต่มีข้อยกเว้น คือ จะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐบาลหรือจากบุคคลที่รัฐบาลกำหนด จึงจะสามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์ได้

จากหลักดังกล่าว กฎหมายไม่ต้องการให้กลุ่มคนรักเพศเดียวกันหรือบุคคลที่มีเพศเดียวกันมีความสัมพันธ์กับบุคคลใกล้ชิด เพราะไม่ต้องการให้เกิดปัญหาขึ้นในครอบครัว เช่น พ่อจดทะเบียนความสัมพันธ์กับลูกชายของตนอันเป็นการไม่เหมาะสม แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายอนุโลมให้ จดทะเบียนความสัมพันธ์กันได้ ในกรณีเป็นพี่น้องร่วมกันเฉพาะบิดาหรือมารดา ถ้าได้รับอนุญาต ก็สามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์ได้⁹⁵

5) ห้ามมิให้จดทะเบียนความสัมพันธ์ซ้อน

เงื่อนไขของการจดทะเบียนความสัมพันธ์ในเรื่องนี้ก็คือ การจดทะเบียนความสัมพันธ์ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ในกรณีที่บุคคลนั้นสมรสแล้ว หรือได้จดทะเบียนความสัมพันธ์อยู่ก่อนแล้ว ซึ่งเป็นไปตามหลัก The Registered Partnership Act หมวดที่ 1 มาตรา 3 วรรค

จากหลักดังกล่าวทั้ง 5 ประการเป็นเงื่อนไขที่บุคคลที่มีเพศเดียวกันที่อยู่กินร่วมกันและประสงค์จะมีความสัมพันธ์ตามกฎหมาย สามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์กันได้ และเมื่อการจดทะเบียนความสัมพันธ์เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้วการจดทะเบียนความสัมพันธ์นั้นจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย ซึ่งการจดทะเบียนความสัมพันธ์ที่สมบูรณ์นี้ทำให้เกิดสิทธิตามกฎหมายขึ้น คือสิทธิของผู้จดทะเบียนความสัมพันธ์จะเป็นไปตามที่กฎหมายของราชอาณาจักรสวีเดนกำหนด หลักดังกล่าว เป็นไปตามหมวดที่ 1 มาตรา 3 วรรค 4 ของ The Registered Partnership Act⁹⁶

3.5.1.2 ผลตามกฎหมายของการจดทะเบียนความสัมพันธ์

เมื่อบุคคลที่จดทะเบียนความสัมพันธ์ ดำเนินตามเงื่อนไขและวิธีการจดทะเบียนความสัมพันธ์แล้ว การจดทะเบียนความสัมพันธ์ย่อมสมบูรณ์และมีผลบังคับตามกฎหมาย สิ่งที่ควรพิจารณาก็คือ ผลตามกฎหมายของพวกที่จดทะเบียนความสัมพันธ์มีประการใด และผลของคู่ที่จดทะเบียนความสัมพันธ์จะมีสิทธิเช่นเดียวกับการจดทะเบียนของพวกต่างเพศตามกฎหมายหรือไม่

ตามหลักกฎหมาย The Registered Partnership Act ก็ได้วางหลักในเรื่องความสัมพันธ์ของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันที่จดทะเบียนความสัมพันธ์ไว้ตามหลักที่ว่า การจดทะเบียนความสัมพันธ์จะมีผลตามกฎหมายเหมือนกับการสมรส แต่ก็มีข้อยกเว้นบางประการดังจะได้กล่าวต่อไป นอกจากนี้ บทบัญญัติกฎหมายหรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวกับการสมรสและคู่สมรสจะใช้เหมือนกับ

⁹⁵ อนุช คำทอง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 86. หน้า 68 – 69.

⁹⁶ อนุช คำทอง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 86. หน้า 69 -70.

การจดทะเบียนความสัมพันธ์และคู่ที่จดทะเบียนความสัมพันธ์เป็นไปตามหมวดที่ 3 มาตรา 1 ซึ่งก็คือ คู่ที่จดทะเบียนความสัมพันธ์ผลตามกฎหมายจะเหมือนกับการสมรส คือสิทธิและหน้าที่ใดที่คู่สมรสพึงมีอันเกิดจากการจดทะเบียนสมรส ผู้จดทะเบียนความสัมพันธ์จะมีสิทธิดังกล่าวเช่นกัน⁹⁷

ผลตามกฎหมายของคู่ที่จดทะเบียนที่กฎหมายระบุว่าเหมือนการสมรสนั้น เช่น สิทธิผลประโยชน์ในครอบครัว ซึ่งก็คือสิทธิในทรัพย์สิน การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน นอกจากสิทธิในเรื่องการสมรสและครอบครัวที่คู่ที่จดทะเบียนความสัมพันธ์มีสิทธิแล้ว ยังมีสิทธิอื่นตามกฎหมาย เช่น สิทธิในการรับมรดกของคู่ที่จดทะเบียนความสัมพันธ์อีกฝ่ายหนึ่ง สิทธิที่จะใช้ชื่อสกุลของอีกฝ่าย สิทธิที่จะได้รับบำนาญ สิทธิในเรื่องการจ้างแรงงานและการประกันภัย⁹⁸

3.5.1.3 การสิ้นสุดของการจดทะเบียนความสัมพันธ์

เมื่อคู่ที่จดทะเบียนความสัมพันธ์ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ย่อมมีผลผูกพันตามกฎหมายสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่ของตนย่อมเกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตามการจดทะเบียนความสัมพันธ์ก็ต้องมีการสิ้นสุดลง ซึ่งเหตุที่ทำให้การจดทะเบียนความสัมพันธ์สิ้นสุดลง กฎหมายได้กำหนดไว้คือการจดทะเบียนความสัมพันธ์ จะสิ้นสุดลงโดยการตายของฝ่ายหนึ่ง หรือโดยคำพิพากษาของศาล และหลักในเรื่องการสิ้นสุดของการจดทะเบียนความสัมพันธ์จะใช้เหมือนกับการสมรส นอกจากนี้ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการสิ้นสุดของการจดทะเบียนความสัมพันธ์ และข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการดำเนินการยุติหรือคงอยู่ของการจดทะเบียนความสัมพันธ์ บทบัญญัติหรือกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการสมรสจะนำมาใช้กับการจดทะเบียนความสัมพันธ์ ซึ่งเป็นไปตามหมวดที่ 2 มาตรา 1 ถึงมาตรา 3 ของ The Registered Partnership Act.⁹⁹

3.5.2 กฎหมายของสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน)

สำหรับในภูมิภาคเอเชียนั้น กฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกได้เริ่มต้นขึ้นที่ไต้หวันเป็นแห่งแรก ซึ่งประเทศสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (กฎหมายลายลักษณ์อักษร)¹⁰⁰ โดยเมื่อวันที่ 24 พฤษภาคม คริสต์ศักราช 2017 (พุทธศักราช 2560) ศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน ได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายการสมรสของสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) โดยเป็นการตีความประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน มีชื่อว่า Judicial Yuan Interpretation No.748 โดยศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน ได้มีวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่ง

⁹⁷ อนุช คำทอง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 86. หน้า 72.

⁹⁸ อนุช คำทอง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 86. หน้า 73.

⁹⁹ อนุช คำทอง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 86. หน้า 75 – 76.

¹⁰⁰ รายชื่อประเทศจำแนกตามระบบกฎหมาย. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://th.wikipedia.org/wiki/รายชื่อประเทศจำแนกตามระบบกฎหมาย>

กฎหมายอันเกี่ยวกับการสมรสที่บัญญัติให้การสมรสจะกระทำไ้ระหว่างบุคคลเพศชายและหญิงเท่านั้นเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ¹⁰¹

โดยผู้พิพากษาที่ได้มีคำวินิจฉัยคำร้องดังกล่าวนี้ได้กำหนดให้รัฐสภาได้วันต้องมีการแก้ไขกฎหมายหรือตรากฎหมายขึ้นใหม่เพื่อรองรับสิทธิดังกล่าว โดยกำหนดระยะเวลาให้ต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 2 ปีนับแต่มีคำวินิจฉัย โดยต่อมาฝ่ายนิติบัญญัติโดยรัฐสภาของไต้หวันได้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสถานะ การใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกขึ้น ชื่อว่า Act for Implementation of Judicial Yuan Interpretation No. 748 (Act for Implementation of J.Y. Interpretation No. 748) โดยมีผลใช้บังคับได้ในวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 2019 บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวบัญญัติรับรองถึงสิทธิ และหน้าที่ที่บุคคลเพศทางเลือกพึงปฏิบัติต่อกัน จึงนำมาสู่การศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทย เพื่อพิจารณาเทียบเคียงความเหมาะสมและนำมาปรับใช้กับประเทศไทยในอนาคตต่อไป

3.5.2.1 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน (Judicial Yuan Interpretation No.748)

เมื่อวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ. 2017 (พุทธศักราช 2560) ศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน ได้มีคำสั่งรับพิจารณาคำร้องของผู้ร้องทั้งสอง ได้แก่ คำร้อง Hwei-Tai-12674 ที่ยื่นโดยนายเซียเวย ชิ (Chia-Wei-Chi)¹⁰² และคำร้อง Hwei-Tai-12771 ที่ยื่นโดยรัฐบาลแห่งเมืองไทเปของไต้หวัน โดยคำร้องดังกล่าวมีเนื้อหาโต้แย้งบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เรื่องการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันที่บัญญัติให้การสมรสจะกระทำไ้ระหว่างบุคคลเพศชายและหญิงเท่านั้น ซึ่งผู้ร้องทั้งสองเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นการขัดหรือแย้งมาตรา 7, 22, 23 แห่งรัฐธรรมนูญไต้หวัน¹⁰³

เนื้อหาของคำร้องของผู้ร้องทั้งสองที่ได้ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน มีดังนี้ ข้อห้ามที่กำหนดห้ามมิให้บุคคลสองคนที่มีเพศสรีระเดียวกันทำการสมรสกัน ถือเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเลือกคู่สมรส ซึ่งบุคคลทุกคนย่อมได้รับความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการสมรสดังกล่าว การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นจะสามารถทำได้เฉพาะกรณีที่มีบทบัญญัติกฎหมายจำกัดไว้เท่านั้น การกีดกันความรักของคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะใด ๆ ต่อรัฐ และไม่ทำให้รัฐได้ประโยชน์ใดๆ ดังนั้นบทบัญญัติเกี่ยวกับการสมรสดังกล่าวจึงเป็นการละเมิด

¹⁰¹ ปิยพร โกมุต. (2563). สิทธิและเสรีภาพในการสมรสของบุคคลเพศทางเลือก. *วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์*. 13(4). หน้า 505.

¹⁰² นายเซียเวย ชิ เป็นนักเคลื่อนไหวเพื่อสิทธิพลเมืองชาวไต้หวัน นอกจากนี้ยังเป็นนักณรงค์สนับสนุนเพื่อป้องกันการแพร่กระจายของโรคมุ้คุ้มกันบกพร่อง (AIDS) ในไต้หวัน

¹⁰³ ปิยพร โกมุต. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 101. หน้า 506.

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้หวั่นจึงเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองสิทธิและความเท่าเทียมกัน

กระทรวงยุติธรรมสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ได้มีความเห็นว่า การสมรสนั้นเป็นประเพณีที่ถูกยอมรับมาอย่างยาวนานว่าเป็นเรื่องระหว่างสามีและภรรยา กล่าวคือเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศชายและหญิง ดังนั้นจึงเป็นการยากที่จะทำการโต้แย้งว่า หลักเกณฑ์การสมรสดังกล่าวนี้ ขัดต่อเสรีภาพในการสมรสของบุคคลซึ่งมีเพศสรีระเดียวกันตามรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งนั้นได้ตราขึ้นเพื่อควบคุมความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคมโดยรัฐเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ขึ้นเพื่อปกป้องสถาบันครอบครัว หลักเกณฑ์การสมรสที่บัญญัติไว้ในกฎหมายนั้นเปรียบเสมือนหน้าที่ทางสังคม และถือเป็นหลักเกณฑ์ที่ดูแลรักษาระเบียบทางสังคมในด้านศีลธรรมจริยธรรมของมนุษย์ และความเท่าเทียมทางเพศแล้ว¹⁰⁴

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญไต้หวันได้พิจารณาคำร้องของผู้ร้องทั้งสอง ประกอบคำโต้แย้งของกระทรวงยุติธรรมไต้หวันอย่างถี่ถ้วนบนพื้นฐานของหลักความเสมอภาคแล้ว จึงได้มีคำวินิจฉัยคำร้องดังกล่าวว่า ถึงแม้การสมรสจะเป็นการแสดงออกซึ่งเสรีภาพตามกฎหมายระหว่างชายและหญิงโดยมีจุดประสงค์ในการอยู่กินร่วมกันเพื่อสร้างครอบครัว ส่งผลให้หน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบสมรสนั้น ไม่สามารถดำเนินการจดทะเบียนสมรสระหว่างบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่มีเพศสรีระเดียวกันได้ อันเป็นที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่า เป็นข้อบกพร่องทางกฎหมาย ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักสิทธิและเสรีภาพในการสมรสของบุคคลตามที่ได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 22¹⁰⁵ ของรัฐธรรมนูญไต้หวัน โดยมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญไต้หวันได้บัญญัติให้ “พลเมืองของไต้หวันย่อมไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ ศาสนา เชื้อชาติ ชนชั้น หรือการเป็นสมาชิกของพรรคใด โดยจะต้องเท่าเทียมกันต่อหน้ากฎหมาย” ทั้งนี้ การกำหนดลักษณะแห่งความเท่าเทียมกันดังกล่าวข้างต้น เป็นเพียงการยกตัวอย่างเท่านั้น ดังนั้นความเท่าเทียมกันภายใต้บังคับของมาตรา 7 ย่อมอยู่บนพื้นฐานอื่นๆ ด้วยอาทิเช่น ความพิการ อัตลักษณ์ทางเพศ รสนิยมทางเพศ เป็นต้น ดังนั้นการที่จำกัดให้การสมรสกระทำได้เพียงบุคคลที่มีเพศที่แตกต่างกันนั้น ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ บนพื้นฐานแห่งเพศของบุคคลอันเป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักความเท่าเทียมกันภายใต้บทบัญญัติดังกล่าว¹⁰⁶ โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญไต้หวันได้ออกคำสั่งให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง แก้ไขหรือตราบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยพิจารณาถึงความเหมาะสมตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้กล่าวมานี้ ภายในกำหนดระยะเวลาสองปี นับจากวันที่ได้มี

¹⁰⁴ ปิยพร โกมุท. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 101. หน้า 507.

¹⁰⁵ The Constitution of the Republic of China, Article 22.

¹⁰⁶ ปิยพร โกมุท. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 101. หน้า 508.

คำวินิจฉัย ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวว่าควรเป็นรูปแบบใด ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายเรื่องการสมรส หรือการตราบทบัญญัติขึ้นใหม่เป็นหมวดที่ 4 ในเรื่องครอบครัวแห่งประมวลกฎหมายแพ่งได้วัน หรือการตรากฎหมายพิเศษ หรือระเบียบอื่นใดแยกต่างหากเป็นการเฉพาะ เป็นต้น เพื่อให้เป็นไปตามหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการสมรสของบุคคลอย่างเท่าเทียมกัน

ต่อมาก่อนครบกำหนดระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วันกำหนดเพียง 1 สัปดาห์ ฝ่ายนิติบัญญัติโดยรัฐสภาของไต้หวัน ได้พิจารณาอนุมัติร่างกฎหมาย ชื่อว่า “Act for Implementation of Judicial Yuan Interpretation No. 748 อันเป็นการใช้การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเป็นชื่อกฎหมาย และระบุอย่างชัดเจนว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อการบังคับการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญโดยมีทั้งหมด 27 มาตรา โดยอาจอธิบายสาระสำคัญของกฎหมายดังกล่าวได้ดังต่อไปนี้

3.5.2.2 เงื่อนไขการจดทะเบียน

1) จะต้องเป็นบุคคลที่มีเพศเดียวกัน มาตรา 2 ของ Act for Implementation of Judicial Yuan Interpretation No. 748 ได้กำหนดให้บุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันอาจทำการสมรสกันได้เป็นการเฉพาะตัวและเป็นสิทธิเฉพาะบุคคลโดยมีวัตถุประสงค์ในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน¹⁰⁷

2) บุคคลที่จะจดทะเบียนต้องมีอายุไม่ต่ำกว่าสิบแปดปี มาตรา 3¹⁰⁸ กำหนดให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีไม่สามารถทำการสมรสตามที่ระบุไว้ในมาตรา 2 และหากบุคคลดังกล่าวเป็นผู้เยาว์ ผู้เยาว์นั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองในการสมรสดังกล่าว

3) ห้ามจดทะเบียนกับผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด มาตรา 5¹⁰⁹ กำหนดห้ามมิให้บุคคลที่มีความใกล้ชิดกันในระหว่างญาติสืบสายโลหิต หรือมีสถานะความเป็นญาติที่เกิดขึ้นโดยการสมรสทำการจดทะเบียนตามกฎหมายนี้ได้

4) ห้ามจดทะเบียนในกรณีที่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้จดทะเบียนสมรส หรือจดทะเบียนตามกฎหมายฉบับนี้อยู่ก่อนแล้ว มาตรา 7¹¹⁰ กำหนดห้ามมิให้ทำการจดทะเบียนสมรสซ้อน โดยบุคคลที่มีคู่สมรสอยู่แล้ว หรือได้จดทะเบียนตามมาตรา 2 แห่งกฎหมายนี้อยู่แล้ว จะไม่สามารถจดทะเบียนกับบุคคลอื่นได้อีก

¹⁰⁷ Act for Implementation of J. Y. Interpretation No. 748 , Article 2.

¹⁰⁸ Act for Implementation of J. Y. Interpretation No. 748 , Article 3.

¹⁰⁹ Act for Implementation of J. Y. Interpretation No. 748 , Article 5.

¹¹⁰ Act for Implementation of J. Y. Interpretation No. 748 , Article 7.

3.5.2.3 ผลทางกฎหมายจากการจดทะเบียน

1) หน้าที่ในการอยู่ร่วมกัน มาตรา 11 กำหนดว่า บุคคลที่ได้จดทะเบียนตามมาตรา 2 แห่งกฎหมายนี้ ย่อมอยู่ภายใต้ข้อผูกพันร่วมกันในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน เว้นแต่จะมีเหตุผลอันสมควรอย่างอื่น โดยมาตรา 12 กำหนดกรณีล้าเนาของบุคคลที่จดทะเบียนตามมาตรา 2 ของกฎหมายนี้ โดยเป็นไปตามที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกัน แต่หากมิได้ตกลงกัน หรือตกลงกันมิได้ อาจร้องขอต่อศาลให้กำหนดกรณีล้าเนาได้

2) หน้าที่ในการจัดการแทนอีกฝ่ายหนึ่ง มาตรา 13 กำหนดว่า นอกจากเรื่องครัวเรือนในชีวิตประจำวัน บุคคลแต่ละฝ่ายที่ได้จดทะเบียนตามมาตรา 2 แห่งกฎหมายนี้ ย่อมมีฐานะเป็นตัวแทนซึ่งกันและกัน และหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งละเมิดสิทธิดังกล่าวมาข้างต้น อีกฝ่ายหนึ่งอาจยับยั้งการกระทำดังกล่าวได้ แต่การยับยั้งดังกล่าวย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต¹¹¹

3) หน้าที่ในการจัดการหนี้สินร่วมกัน มาตรา 14 กำหนดให้บุคคลแต่ละฝ่ายร่วมกันออกค่าใช้จ่ายสำหรับการดำรงชีพในครัวเรือนโดยคำนึงถึงความสามารถทางการเงินของแต่ละฝ่าย ประกอบกับการดูแลครัวเรือนด้วยร่างกาย หรือเงินอื่น ๆ ใด เว้นแต่ในกรณีที่มีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นตามกฎหมายหรือข้อตกลงร่วมกัน และบุคคลทั้งสองฝ่ายต่างต้องร่วมกันรับผิดชอบในหนี้สินที่เกิดขึ้นจากการใช้จ่ายดังกล่าวด้วย¹¹²

4) ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่จดทะเบียน มาตรา 21 กำหนดให้นำบทบัญญัติมาตรา 1111 ถึงมาตรา 1111-2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งได้วันที่เกี่ยวกับคู่สมรส ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรส มาใช้บังคับโดยอนุโลมกับบุคคลที่ได้จดทะเบียนตามที่ระบุไว้ในมาตรา 2¹¹³

มาตรา 22 กำหนดว่า บุคคลที่ได้จดทะเบียนตามมาตรา 2 มีหน้าที่ในการสนับสนุนซึ่งกันและกัน นอกจากนี้บทบัญญัติมาตรา 22 ได้กำหนดให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่ง เรื่องหน้าที่ ในการสนับสนุนซึ่งกันและกันของคู่สมรสมาใช้บังคับโดยอนุโลม กับบุคคลที่ได้จดทะเบียนตามมาตรา 2 ด้วย¹¹⁴

5) การรับบุตรบุญธรรม มาตรา 20 กำหนดว่า บุคคลฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ได้จดทะเบียน ตามมาตรา 2 สามารถรับบุตรที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันทางการแพทย์

¹¹¹ Act for Implementation of J. Y. Interpretation No. 748 , Article 13.

¹¹² Act for Implementation of J. Y. Interpretation No. 748 , Article 14.

¹¹³ Act for Implementation of J. Y. Interpretation No. 748 , Article 21.

¹¹⁴ Act for Implementation of J. Y. Interpretation No. 748 , Article 22.

ของอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนได้ โดยให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งที่เกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมมาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติเรื่องการรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งได้หวั่น มาตรา 1073-1 (2) ที่ให้สิทธิแก่คู่สมรสในการรับบุตรของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของตน และมาตรา 1074 ที่ให้สิทธิแก่คู่สมรสสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ ย่อมไม่นำมาใช้กับบุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมายนี้ ดังนั้นจึงหมายความว่า บุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมายนี้ไม่สามารถรับบุตรของอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนได้ และไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งได้หวั่น มาตรา 1073-1 (2) และมาตรา 1074¹¹⁵

6) สิทธิในการรับมรดก มาตรา 23 กำหนดว่า บุคคลที่ได้จดทะเบียนตามมาตรา 2 นี้ ต่างฝ่ายต่างมีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมของกันและกันตามกฎหมาย และมีสิทธิได้รับมรดกของอีกฝ่ายหนึ่ง โดยให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ส่วนที่ 5 ว่าด้วยมรดก มาใช้บังคับโดยอนุโลมแก่บุคคลที่ได้จดทะเบียนตามมาตรา 2 และให้นำบทบัญญัติเรื่องการรับมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่ง ส่วนที่ 5 ที่เกี่ยวกับคู่สมรสมาใช้บังคับโดยอนุโลมกับบุคคลที่ได้จดทะเบียนตามมาตรา 2 ด้วย¹¹⁶

3.5.2.4 การสิ้นสุดความสัมพันธ์

การสิ้นสุดความสัมพันธ์ตามกฎหมายฉบับนี้อาจสิ้นสุดลงได้ โดยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย หรือ โดยการยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลพิพากษาให้การสมรสสิ้นสุดลงตามที่กำหนดในมาตรา 16 และมาตรา 17

โดยมาตรา 16¹¹⁷ กำหนดให้การสมรสตามที่ระบุไว้ในข้อ 2 สามารถสิ้นสุดลงได้โดยข้อตกลงร่วมกันของบุคคลทั้งสองฝ่าย และในกรณีที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้เยาว์ ผู้เยาว์นั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองตามกฎหมายเสียก่อน การสิ้นสุดการสมรสนั้นจะมีผลเป็นการสิ้นสุดการสมรสที่สมบูรณ์ได้ต่อเมื่อได้กระทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีพยานอย่างน้อยสองคนลงลายมือชื่อและได้ทำการจดทะเบียนการสิ้นสุดดังกล่าวต่อหน่วยงานทะเบียน

มาตรา 17¹¹⁸ กำหนดถึงเหตุในการฟ้องเพิกถอนการจดทะเบียนตามมาตรา 2 ต่อศาล โดยฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนการจดทะเบียนตามกฎหมายนี้ หากมีกรณีดังที่กำหนดไว้ โดยกำหนดเหตุในการฟ้องเพิกถอนการจดทะเบียน ไว้ดังนี้

¹¹⁵ ปิยพร โกมุท. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 101. หน้า 512.

¹¹⁶ ปิยพร โกมุท. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 101. หน้า 512.

¹¹⁷ Act for Implementation of J. Y. Interpretation No. 748 , Article 16.

¹¹⁸ Act for Implementation of J. Y. Interpretation No. 748 , Article 17.

- 1) ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้กระทำการสมรสซ้อนตามประมวลกฎหมายแพ่ง หรือจดทะเบียนตามที่ระบุไว้ในมาตรา 2
- 2) ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดร่วมประเวณีกับบุคคลอื่น
- 3) ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดถูกเหยียดหยามอีกฝ่ายหนึ่งอันเป็นการรบกวนต่อการดำรงชีวิตอย่างปกติสุขของอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร
- 4) ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดถูกเหยียดหยามญาติของอีกฝ่ายหนึ่งอันเป็นการรบกวนต่อการดำรงชีวิตอย่างปกติสุขของอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร
- 5) ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่งไปโดยไม่สุจริต
- 6) ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจงใจกระทำการฆาตกรรมอีกฝ่ายหนึ่ง
- 7) ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นโรคที่ไม่สามารถรักษาให้หายได้
- 8) ในกรณีที่มีความไม่แน่นอนว่าอีกฝ่ายหนึ่งยังมีชีวิตอยู่หรือไม่ มาเป็นเวลานานกว่าสามปี หรือ
- 9) ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดถูกตัดสินให้จำคุกเป็นระยะเวลาานกว่าหกเดือนสำหรับความผิดเกี่ยวกับการก่ออาชญากรรมโดยเจตนา แต่อย่างไรก็ตามบุคคลฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็อาจยื่นคำร้องต่อศาลในกรณีที่มิเหตุการณอื่นใดเกินขึ้น นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในกรณีดังกล่าวข้างต้น อันเป็นการยากที่จะดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันต่อไป

สรุป

จะเห็นได้ว่า สังคมโลกและในหลาย ๆ ประเทศได้มีการยอมรับและเล็งเห็นความสำคัญของความสัมพันธ์ของบุคคลในกลุ่มรักเพศเดียวกันมากยิ่งขึ้น โดยในบางประเทศได้มีการบัญญัติกฎหมายให้มีการจดทะเบียนความสัมพันธ์และรับรองสิทธิต่างๆ ในการใช้ชีวิตของกลุ่มบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ สำหรับประเทศไทยนั้น แม้ว่าขณะนี้จะอยู่ในกระบวนการตรากฎหมายเพื่อรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น โดยมีการยกร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พุทธศักราช แม้ว่ากฎหมายดังกล่าวจะยังไม่รับรองสิทธิของบุคคลที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ ให้มีความเสมอภาคเช่นเดียวกับคู่สมรสทุกประการ ทำให้บุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศที่ประสงค์จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสามารถเข้าถึงผลทางกฎหมายที่สำคัญบางประการของกลุ่มสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พุทธศักราช ดังกล่าวอาจช่วยให้บุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศหรือมีรสนิยมทางเพศที่แตกต่างกันไป สามารถเป็นที่ยอมรับต่อสาธารณชนในการสร้างครอบครัว และใช้ชีวิตร่วมกัน และนำไปสู่ความเสมอภาคในการสมรสเช่นเดียวกับคู่สมรสในอนาคตได้

อย่างไรก็ดีกฎหมายก็เป็นเพียงเครื่องมืออย่างหนึ่งในการดูแลและส่งเสริมในเรื่องของสิทธิมนุษยชนหรือการคุ้มครองบุคคลขั้นพื้นฐาน ดังนั้น หากมีการออกกฎหมายจดทะเบียนความสัมพันธ์หรือรองรับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน โดยที่ไม่มีการปรับเปลี่ยนทัศนคติของบุคคลในสังคม หรือมุมมองในทางบวกและสร้างความเข้าใจที่ตรงกันแล้ว ก็จะไม่เกิดผลในทางปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม โดยสังคมจะต้องสร้างสมดุลระหว่างสิทธิของปัจเจกบุคคลและความสงบเรียบร้อยของสังคมควบคู่กันไปด้วย ซึ่งผู้วิจัยจะได้ทำศึกษาเปรียบเทียบ วิเคราะห์เหตุผลหรือความจำเป็นของกฎหมายสังคมไทยในการแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการสมรส หรือออกกฎหมายใหม่ให้เหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบัน ในการให้การรับรองของการใช้ชีวิตของกลุ่มบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ ในบทต่อไป