

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการการไม่มีบทบัญญัติในการสมรสของ กลุ่มบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ

ในปัจจุบัน สถานการณ์ทั่วโลกมี 20 ประเทศ¹ ที่ยอมรับการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน สามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์ (Partnerships) ระหว่างเพศเดียวกันได้² ซึ่งในสังคมไทยบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศจำนวนหนึ่งได้ตัดสินใจใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน แต่ในทางกฎหมายของประเทศไทยกลับยังไม่ได้มีบทบัญญัติรองรับการสมรสระหว่างเพศเดียวกัน มีเพียงการสมรสระหว่างชายและหญิงเท่านั้น ซึ่งเป็นสิ่งที่น่าพิจารณาว่าประเทศไทยควรมีกฎหมายรองรับการสมรสระหว่างเพศเดียวกันหรือไม่ สิ่งที่จะต้องพิจารณาเป็นอันดับต้นๆ ก็คือ การพิจารณาตามบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ในการบัญญัติให้การคุ้มครอง สิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค และการห้ามเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ในบทนี้ผู้วิจัยได้พิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรส ในมาตรา 1448 ที่บังคับให้อยู่ในประเทศไทย ที่เป็นปัญหาและส่งผลกระทบต่อการสร้างครอบครัวของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศที่ตามมาอีกหลายๆ ด้าน

ในการศึกษาหลักการของบทบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยประกอบกับหลักการของกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการจดทะเบียนความสัมพันธ์ของบุคคลรักเพศเดียวกันที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ของกฎหมายของราชอาณาจักรสวีเดน และสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) จะเห็นได้ว่า

¹ เรียงตามลำดับก่อนหลังได้แก่ ประเทศเนเธอร์แลนด์ (พ.ศ. 2544) เบลเยียม (พ.ศ. 2546) สเปน (พ.ศ. 2548) แคนาดา (พ.ศ. 2548) แอฟริกาใต้ (พ.ศ. 2549) นอร์เวย์ (พ.ศ. 2552) สวีเดน (พ.ศ. 2552) โปรตุเกส (พ.ศ. 2553) ไอร์แลนด์ (พ.ศ. 2553) อาร์เจนตินา (พ.ศ. 2553) เดนมาร์ก (พ.ศ. 2555) อูรุกวัย (พ.ศ. 2556) นิวซีแลนด์ (พ.ศ. 2556) ฝรั่งเศส (พฤษภาคม พ.ศ. 2556) อังกฤษ (พ.ศ. 2557) สาธารณรัฐไอร์แลนด์ (พ.ศ. 2558) สหรัฐอเมริกา (พ.ศ. 2558) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (พ.ศ. 2560) ออสเตรเลีย (พ.ศ. 2560) และไต้หวัน (พ.ศ. 2562). อ้างถึงใน ไพโรจน์ กัมพูศิริ, (2563). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 103.

² สรุปสาระสำคัญจากเสวนาวิชาการ เรื่อง คู่ชีวิต / คู่สมรสอีกก้าวสำคัญของความเสมอภาคทางเพศ. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.law.tu.ac.th/summary-seminar-civil-partnership/>

ความต้องการจดทะเบียนสมรสของบุคคลเพศเดียวกันนั้น โดยทั่วไปแล้วมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายของตนเองและผู้ที่ตนประสงค์จะจดทะเบียนสมรสด้วย ดังนั้นการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงหลักการของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันของประเทศไทยให้ครอบคลุมถึงการจดทะเบียนสมรสของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศรักเพศเดียวกัน รวมไปถึงการแก้ไขกฎหมายหรือการบัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นมาเพื่อรองรับการจดทะเบียนของบุคคลรักเพศเดียวกันเหมือนกรณีของต่างประเทศที่ได้เริ่มมีการบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศแล้วนั้น ถือเป็นแนวคิดที่มีความก้าวหน้าและสอดคล้องกับสภาพสังคมไทยที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม จึงต้องทำการพิจารณาถึงความเหมาะสมและสภาพความเป็นจริงของวัฒนธรรมขนบธรรมเนียม จารีตประเพณีของประเทศไทยควบคู่ไปด้วย ซึ่งผู้วิจัยจะได้นำเสนอวิเคราะห์ในประเด็นดังต่อไปนี้

ปัญหาของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรส ในมาตรา 1448 การสมรสก็ยังมีร่องรอยแห่งความไม่เสมอภาคระหว่างเพศ

การสมรส ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 บัญญัติให้การจดทะเบียนสมรสสามารถกระทำไ้ระหว่างชายและหญิงเท่านั้น ทำให้คู่รักเพศเดียวกันไม่สามารถทำการสมรสกันได้ตามบทบัญญัตินี้ มีประเด็นที่ต้องพิจารณา ดังนี้

4.1 วิเคราะห์แนวคิดกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศไทย

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ได้กำหนดเงื่อนไขของการสมรสไว้ว่า การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว การสมรสจะกระทำได้อต้องเป็นคนต่างเพศกัน กล่าวคือ เฉพาะชายกับหญิงเท่านั้น โดยที่กลุ่มบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศรักเพศเดียวกันที่ถูกปฏิเสธจากภาครัฐในการขอจดทะเบียนสมรสถือเป็นความไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560 ตามมาตรา 4³ ที่ได้บัญญัติในเรื่อง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน”ประกอบกับมาตรา 27⁴ ที่กำหนดหลักแห่ง

³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 4

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

ความเสมอภาคของบุคคล และห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศหรือสถานะของบุคคลจะกระทำมิได้ ซึ่งบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติไว้ชัดเจนในการรับรองเรื่องเพศเฉพาะเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น แต่บุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ ไม่ปรากฏมีการบัญญัติคำว่า “บุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ” ตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แม้ว่าตามมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะบัญญัติไว้อย่างกว้าง ๆ ว่าการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศจะกระทำมิได้ ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่ามาตรา 1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขัดหรือแย้งกับ มาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ เพราะมีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมกับบุคคล เมื่อเทียบเคียงประกาศคำตัดสินของศาลญี่ปุ่นที่ได้ตัดสินครั้งประวัติศาสตร์ชี้ว่า การห้ามคนเพศเดียวกันสมรส ถือว่าขัดรัฐธรรมนูญ โดยศาลเมืองซัปโปโร เกาะฮอกไกโดของญี่ปุ่น ได้ตัดสินว่าการที่ญี่ปุ่นล้มเหลวต่อการยอมรับการแต่งงานของบุคคลเพศเดียวกัน ถือว่า “ขัดต่อรัฐธรรมนูญ” เพราะรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นกำหนดว่า การสมรสเป็นเรื่องของบุคคล “ทั้งสองเพศ” ไม่ได้ต้องเป็นการสมรสกันระหว่างเพศที่แตกต่างกันเพียงอย่างเดียวหลังจากกลุ่มคู่รักเพศเดียวกัน ดำเนินการฟ้องร้องศาลในหลายพื้นที่ของญี่ปุ่น เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายต่อความทุกข์ทรมานทางจิตใจ จากการกีดกันการสมรสของพวกเขา ประกอบกับศาลฎีกาของไต้หวัน เมื่อปีคริสต์ศักราช 2017 (พุทธศักราช 2560) มีคำพิพากษากฎหมายห้ามคนเพศเดียวกันแต่งงานกันนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษาศาลฎีกาไต้หวันระบุว่า กฎหมายปัจจุบันที่ห้ามคู่รักเพศเดียวกันแต่งงานกันนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญและละเมิดสิทธิในความเสมอภาคของพลเมือง คำพิพากษานี้ทำให้รัฐสภาไต้หวันมีเวลาเพียง 2 ปี ในการแก้ไขกฎหมายปัจจุบัน หรือผ่านกฎหมายใหม่เพื่อรับรองการสมรสของคู่รักเพศเดียวกัน แต่หากไม่สามารถทำตามกรอบเวลา 2 ปีได้ คู่รักเพศเดียวกันก็จะสามารถจดทะเบียนสมรสกันได้โดยยึดคำวินิจฉัยของศาลในครั้งนี้ ซึ่งการสมรสเพศเดียวกันใน

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

⁵ ห้องสมุดสัญญา ธรรมศักดิ์, ศาลญี่ปุ่นประกาศคำตัดสินการห้ามคนเพศเดียวกันสมรส ถือว่าขัดรัฐธรรมนูญ (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.facebook.com/632408373534170/posts/3678770725564571/>

⁶ ศาลไต้หวันชี้ กม.ห้ามคนเพศเดียวกันแต่งงานกันขัดรัฐธรรมนูญ, (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.bbc.com/thai/international-40030877>

ประเทศสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่วันที่ 24 พฤษภาคม 2562 ทำให้ประเทศสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน)⁷ เป็นประเทศแรกในทวีปเอเชียที่รับรองการสมรสเพศเดียวกัน

ซึ่งพิจารณาถึงหลักการสำคัญของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว และเงื่อนไขแห่งการสมรสแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของการสมรสในอดีตมีแนวความคิดพื้นฐานจากการสร้างครอบครัว การสมรสตามกฎหมายเป็นการสมรสระหว่างบุคคลเพศชายและหญิงเพียงเท่านั้น เพื่อให้กำเนิดบุตรและดำรงเผ่าพันธุ์ตามธรรมชาติ ในขณะที่หลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ว่าด้วยความเสมอภาคของประชาชนชาวไทย มีวัตถุประสงค์ให้บุคคลทุกคนย่อมได้รับความเสมอภาคในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน รวมถึงการคุ้มครองในเรื่องสิทธิและเสรีภาพในด้านต่างๆ ครอบคลุมทั้งในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่ไม่ได้ห้ามไว้ สามารถทำได้และได้รับการคุ้มครอง ทั้งนี้ความเสมอภาคดังกล่าวจะต้องตั้งอยู่บนขอบเขตของกฎหมาย จารีตประเพณี ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วยในขณะเดียวกัน ซึ่งในประเทศไทยยังไม่มีคำวินิจฉัยในประเด็นปัญหาดังกล่าว

ในลำดับต่อไป ผู้วิจัยจะได้นำเสนอเปรียบเทียบการจดทะเบียนความสัมพันธ์ของประเทศราชอาณาจักรสวีเดนและสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) เพื่อนำมาปรับใช้กับการบัญญัติกฎหมายใหม่ของประเทศไทยในหัวข้อต่อไปนี้

4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบการจดทะเบียนความสัมพันธ์ของประเทศราชอาณาจักรสวีเดนและสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน)

ตารางที่ 1 วิเคราะห์เปรียบเทียบการจดทะเบียนความสัมพันธ์ของประเทศราชอาณาจักรสวีเดนและสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน)

รายละเอียดของกฎหมาย	ราชอาณาจักรสวีเดน	สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน)
➤ เงื่อนไขของการสมรส	1. ต้องเป็นบุคคลที่มีเพศเดียวกัน 2. เป็นพลเมืองของสวีเดนและมีถิ่นที่อยู่ในสวีเดนหรือ กรณีนี้อยู่	1. ต้องเป็นบุคคลที่มีเพศเดียวกัน 2. บุคคลสัญชาติไต้หวันจะจดทะเบียนตามกฎหมายนี้กับ

⁷ การสมรสเพศเดียวกันในไต้หวัน. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://th.wikipedia.org/wiki/การสมรสเพศเดียวกันในไต้หวัน>

	<p>อย่างน้อยคนหนึ่งเป็นพลเมืองของสวีเดนและมีถิ่นที่อยู่ในสวีเดน</p> <p>3.อายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์</p> <p>4. ห้าม จ ด ท ะ เ ปี ย น ความสัมพันธ์กับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด</p> <p>5. ห้ามมิให้ จ ด ท ะ เ ปี ย น ความสัมพันธ์ซ้อน หรือบุคคลนั้นมีการจดทะเบียนสมรสแล้ว หรือได้จดทะเบียนความสัมพันธ์อยู่ก่อนแล้ว</p>	<p>บุคคลสัญชาติอื่นได้ ก็ต่อเมื่อประเทศนั้นๆ มีกฎหมายอนุญาตให้มีการจดทะเบียนการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันดังกล่าวได้เท่านั้น</p> <p>3.บุคคลที่จะจดทะเบียนต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี</p> <p>4.ห้ามจดทะเบียนกับผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด</p> <p>5.ห้ามจดทะเบียนในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้จดทะเบียนสมรส หรือจดทะเบียนตามกฎหมายฉบับนี้อยู่ก่อนแล้ว</p>
<p>➤ ผลตามกฎหมายของการจดทะเบียนความสัมพันธ์</p>	<p>1.ตามหลักที่ว่า การจดทะเบียนความสัมพันธ์จะมีผลตามกฎหมายเหมือนกับ การสมรสทุกประการ เช่น สิทธิในทรัพย์สิน การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน สิทธิในการรับมรดกของกลุ่มที่จดทะเบียนความสัมพันธ์</p> <p><u>ข้อยกเว้น</u> คือ สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการตั้งครรภ์ สิทธิในการผสมเทียมและสิทธิที่กฎหมายให้เฉพาะคู่สมรสที่เป็นเพศตรงข้ามเท่านั้น</p>	<p>1.มีหน้าที่ในการอยู่ร่วมกัน</p> <p>2.มีหน้าที่ในการจัดการแทนอีกฝ่ายหนึ่ง</p> <p>3.มีหน้าที่ในการจัดการทรัพย์สินและหนี้สินร่วมกัน</p> <p>4.ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่จดทะเบียนให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งเรื่องหน้าที่ ในการสนับสนุนซึ่งกันและกันของคู่สมรสมาใช้บังคับโดยอนุโลม</p> <p>5.การรับบุตรบุญธรรมไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้</p> <p>6.สิทธิในการรับมรดกมีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมของกันและกันตามกฎหมาย และมี</p>

		สิทธิได้รับมรดกของอีกฝ่ายหนึ่ง โดยให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม
➤ การสิ้นสุดของการจดทะเบียนความสัมพันธ์	1. สิ้นสุดลงโดยการตายของฝ่ายหนึ่ง 2. โดยคำพิพากษาของศาล	1. โดยการยื่นคำร้องขอต่อศาล เพื่อให้ศาลพิพากษาให้การสมรสสิ้นสุดลงโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย 2. การสิ้นสุดการสมรสที่สมบูรณ์ได้ต่อเมื่อได้กระทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีพยานอย่างน้อยสองคนลงลายมือชื่อและได้ทำการจดทะเบียนการสิ้นสุดดังกล่าวต่อหน่วยงานทะเบียน

บทวิเคราะห์

จะเห็นได้ว่า กฎหมายของราชอาณาจักรสวีเดนและสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) นั้นมุ่งเน้นให้มีการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันเท่านั้น โดยได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า บุคคลที่จะจดทะเบียนตามกฎหมายนี้ได้ ต้องเป็นบุคคลที่มีเพศเดียวกันเท่านั้น และได้บัญญัติอนุโลมให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งเรื่องการสมรสมาใช้บังคับกับบุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมายนี้โดยอนุโลมในหลายเรื่อง ตามที่ได้อธิบายไปแล้วข้างต้น อาทิเช่น ผลตามกฎหมายของการจดทะเบียนความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินของกลุ่มสมรส หน้าที่ระหว่างคู่สมรส ค่าอุปการะเลี้ยงดู การแบ่งแยกสินสมรส มรดก เป็นต้น อันมีผลให้บุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมายฉบับนี้มีหน้าที่ที่พึงต้องปฏิบัติต่อกันคล้ายคลึงกับคู่สมรส จึงเป็นที่เข้าใจได้ว่าการจดทะเบียนตามกฎหมายฉบับนี้ มีสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ย่อมได้รับการรับรองเช่นเดียวกับสิทธิและหน้าที่ของกลุ่มสมรสที่ต่างเพศ อันทำให้บุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมายฉบับนี้ได้รับการรับรองสิทธิและหน้าที่หลายประการเช่นเดียวกับคู่สมรสแต่อย่างไรก็ดี ก็ยังมีข้อยกเว้นบางประการที่ยังไม่ได้ให้สิทธิของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศให้สามารถเท่าเทียมกับบุคคลรักต่างเพศ นั้น

ก็คือ สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการตั้งครรภ์ สิทธิในการผสมเทียมและสิทธิที่กฎหมายให้เฉพาะคู่สมรสที่เป็นเพศตรงข้ามเท่านั้น

สำหรับประเทศไทยนั้น ยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รับรองสถานะของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แม้ว่าปัจจุบันหน่วยงานของรัฐจะได้มีการนำเสนอร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พุทธศักราช เพื่อรับรองสิทธิในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศอยู่ในปัจจุบันแล้วก็ตาม แต่การตราร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พุทธศักราช ขึ้นมาเป็นการเฉพาะนั้น โดยได้บัญญัติรับรองสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคลที่จดทะเบียนคู่ชีวิตไว้หลายประการ โดยมีการให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องมาใช้บังคับโดยอนุโลมกับคู่ชีวิตด้วยอย่างน้อยก็เป็นก้าวแรกที่สำคัญที่จะส่งผลให้สังคมไทยได้มีการส่งเสริมความเสมอภาคเท่าเทียมของคนทุกเพศ เป็นการรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของคู่รักที่มีเพศเดียวกันหรือกลุ่มบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศให้เป็นที่คู่ชีวิตให้สอดคล้องกับสภาพสังคมไทยในปัจจุบัน

4.3 เปรียบเทียบข้อดี ข้อเสีย ประกอบการพิจารณากร่างกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของกลุ่มบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย มีประเด็นที่ต้องพิจารณาดังนี้

4.3.1 ในเรื่องทัศนคติ จารีตประเพณีทางสังคมไทยดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าวัฒนธรรม ค่านิยม และความเชื่อของสังคมไทย มีทัศนคติในลักษณะที่ไม่เห็นด้วยกับการรักร่วมเพศอยู่แต่เดิมแล้ว ตั้งแต่อดีต ซึ่งพิจารณาได้ตั้งแต่การสมรสในสมัยอดีตที่ห้ามการรักร่วมเพศถือเป็นความผิด หากจะต้องมีการออกกฎหมายรองรับการสมรสระหว่างบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ ควรที่จะต้องดำเนินการไปอย่างรอบคอบและอย่างค่อยเป็นค่อยไป โดยการเปลี่ยนทัศนคติของคนในสังคม เพราะน่าจะก่อให้เกิดความขัดแย้งในทางสังคมอยู่พอสมควร แม้ว่าในปัจจุบันบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศหรือกลุ่มรักร่วมเพศเดียวกัน จะได้รับการยอมรับมากกว่าสมัยก่อนมาก แต่ทัศนคติเดิม ๆ ก็ยังคงฝังรากลึกอยู่ในสังคมไทย ทั้งจากการแสดงออกทางตรงและทางอ้อม เรื่องนี้จึงเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนต่อสภาพสังคมไทยเป็นอย่างมาก

4.3.2 ความเป็นครอบครัวของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ เมื่อบุคคลรักร่วมเพศเดียวกันตัดสินใจใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ความคาดหวังที่จะมีครอบครัวที่สมบูรณ์เพื่อตอบสนองความต้องการพื้นฐานของมนุษย์ก็เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่สังคมไทยจะต้องคำนึงถึง หากบุคคลเพศเดียวกัน 2 คนตัดสินใจใช้ชีวิตร่วมกัน ในแง่ของกฎหมายก็สามารถเทียบเคียงกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยทั่วไปมาใช้บังคับได้ แต่หากบุคคลรักร่วมเพศประสงค์จะมีบุตรก็อาจก่อให้เกิดปัญหาและความ

สืบสานทางสังคม เช่น ในกรณีของการอุ้มบุญที่บุคคลรักเพศเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตามกลุ่มบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศนั้น ก็ไม่สามารถมีบุตรได้อยู่แล้ว โดยธรรมชาติ ประกอบกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พุทธศักราช 2558 ก็ไม่ได้ให้สิทธิดังกล่าวกับบุคคลกลุ่มนี้แต่อย่างใด นอกจากนี้ กรณีการขอรับบุตรบุญธรรมก็เป็นอีกช่องทางหนึ่งที่มีความเป็นไปได้สูง โดยบุคคลรักเพศเดียวกันซึ่งประสงค์จะมีบุตรอาจไปขอรับบุตรบุญธรรมจากสถานสงเคราะห์ต่างๆ เพื่อมาเลี้ยงดูเป็นบุตรของตนกับคู่ก็เป็นไปได้ แต่ในทางปฏิบัติอาจจะไม่่ง่ายนัก เพราะเนื่องจากสถานสงเคราะห์อาจจะมีการตรวจสอบคุณสมบัติและความเหมาะสมอย่างเข้มงวด อย่างไรก็ตาม ในกรณีนี้ สิทธิเด็กเป็นสิ่งที่สังคมและกลุ่มบุคคลรักเพศเดียวกันจะต้องตระหนักและให้ความสำคัญอย่างยิ่งยวด เนื่องจากเด็กอาจเกิดความสับสนกับครอบครัวของตนเองและอาจจะก่อให้เกิดปัญหาตามมาในอนาคตได้ เช่น เด็กอาจจะขาดความอบอุ่นจากการเลี้ยงดูหรือเกิดปมด้อยว่าครอบครัวมีสภาพไม่เหมือนกับบุคคลอื่นในสังคม

4.3.3 การจัดการทรัพย์สินของบุคคลรักเพศเดียวกันและคู่ของตน บุคคลใช้ชีวิตอยู่ในสังคมใช้ชีวิตทำมาหาได้ก็เป็นทรัพย์สินต่างๆ เมื่อสามีภรรยาทำมาหาได้ทรัพย์สินนั้นมา ทรัพย์สินนั้นก็จะเป็นสินสมรสตามกฎหมาย รวมถึงข้อสันนิษฐานในทางกฎหมายที่ว่า สามีภรรยาถือเสมือนว่าเป็นบุคคลคนเดียว การจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภรณาก็จะมีข้อบังคับบางประการที่ต้องถือปฏิบัติร่วมกัน เพื่อดูแลและรักษาทรัพย์สินที่ทำมาหาได้มาร่วมกันในช่วงที่เป็นสามีภรณากันอยู่ เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1476⁸ บัญญัติหน้าที่ของสามีภรรยาที่จะต้องจัดการทรัพย์สินร่วมกันหรือได้รับความยินยอมจากอีกฝ่าย ในกรณีดังต่อไปนี้

4.3.3.1 การขาย แลกเปลี่ยน ขายฝาก ให้เช่าซื้อ จำนอง ปลดจำนอง หรือโอนสิทธิ จำนอง อสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ที่อาจจำนองได้

4.3.3.2 ก่อตั้งหรือกระทำให้สิ้นสุดลงทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งภาระจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน หรือภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์

4.3.3.3 ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์เกิน 3 ปี

4.3.3.4 ให้กู้ยืมเงิน

4.3.3.4 ให้โดยเสน่หา เว้นแต่การให้ที่พอควรแก่ฐานะานุรูปของครอบครัวเพื่อการกุศลเพื่อการสังคม และตามหน้าที่ธรรมจรรยา

4.3.3.5 ประนีประนอมยอมความ

4.3.3.6 มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัย

4.3.3.7 นำทรัพย์สินไปเป็นประกันหรือหลักประกันต่อเจ้าพนักงานหรือศาล

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1476

การจัดการสินสมรสนอกจากกรณีที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง สามีหรือภริยาจัดการได้โดยมิต้องได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง

จะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดให้สามีและภรรยาต้องจัดการสินสมรสร่วมกัน หรือได้รับความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่ง ในการจัดการสินสมรสที่สำคัญของครอบครัวเท่านั้น จึงต้องการให้สามีและภรรยาตัดสินใจร่วมกันโดยเป็นผู้กระทำหรือโดยการรับรู้ยินยอมในการกระทำนั้นต่อสินสมรสนั้น แต่ในกรณีของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศได้ใช้ชีวิตแบบครอบครัวทรัพย์สินที่หามาได้ในระหว่างที่ใช้ชีวิตอยู่ด้วยกันนั้น ไม่ใช่สินสมรสตามกฎหมาย การจัดการในทรัพย์สินนั้น อาจก่อให้เกิดปัญหาในหลายๆ ด้านในเรื่องการจัดการทรัพย์สินหรือการดำเนินการในเรื่องต่างๆ โดยไม่ได้รับความยินยอมของกลุ่มรักของตนเอง หรือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1481⁹ ที่ห้ามไม่ให้สามีหรือภรรยาทำพินัยกรรมยกสินสมรสเกินกว่าส่วนที่เป็นของตนให้แก่บุคคลใด เป็นต้น ดังนั้น การที่บุคคลกลุ่มรักเพศเดียวกันไม่สามารถสมรสกันอย่างถูกต้องตามกฎหมายได้ จึงเป็นเหตุให้การจัดการทรัพย์สินระหว่างบุคคลรักเพศเดียวกันที่ตัดสินใจใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันจะต้องเทียบเคียงกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยทั่วไป ไม่สามารถใช้กฎหมายเกี่ยวกับครอบครัวได้

4.3.4 การรับมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1603¹⁰ การรับมรดกในทางกฎหมายมี 2 ประเภทเท่านั้น คือ การรับมรดกโดยพินัยกรรม และการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม

4.3.4.1 การรับมรดกโดยพินัยกรรม อาจจะไม่ก่อให้เกิดปัญหาในแง่ของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ เนื่องจากพินัยกรรมจะระบุชัดเจนว่าผู้ทำพินัยกรรมประสงค์จะมอบทรัพย์สินใดให้กับผู้ใด ก็ให้ดำเนินการให้เป็นไปตามนั้น เว้นแต่ในกรณีที่พินัยกรรมตกเป็นโมฆะไม่ว่าจะเป็นบางส่วนหรือทั้งหมด หรืออาจจะมีปัญหาบ้างในบางกรณี ถ้าหากบุคคลรักเพศเดียวกันทำมาหาได้อยู่ร่วมกันนานๆ และมีทรัพย์สินร่วมกันอีก หลังจากการทำพินัยกรรมไปแล้ว เมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียชีวิต ทรัพย์สินที่นอกเหนือจากพินัยกรรม ย่อมตกสู่ทายาทโดยธรรมตามลำดับ ทำให้ อาจจะมีปัญหาเกี่ยวกับคนภายในครอบครัวของอีกฝ่ายได้ เพราะถ้าหากมีกฎหมายรองรับการสมรสให้กับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ก็จะสามารถแบ่งตามกฎหมายทุกคนจะยอมรับได้มากกว่า

⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1481

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1603

4.3.4.2 การรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม หากพิจารณาจากกฎหมายมรดกที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629¹¹ คู่สมรสตามกฎหมายมีสิทธิได้ส่วนแบ่งเสมือนว่าตนเป็นทายาทชั้นบุตร กล่าวคือ คู่สมรสจะได้รับส่วนแบ่งในกองมรดกเทียบเท่ากับกับบุตร ซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมลำดับที่ 1 อย่างไรก็ตาม คู่สมรสที่กฎหมายรับรองมีเพียงคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจะไม่มีสิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่ของตนได้เลย

สรุป

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า การที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายรับรองการสมรสของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศนั้น จะส่งผลให้เกิดปัญหาให้กับบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศสำหรับการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ซึ่งสังคมโลกก็ยอมรับและเล็งเห็นความสำคัญของความสัมพันธ์ของบุคคลในกลุ่มบุคคลดังกล่าวฯ มากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม ในสังคมจะต้องสร้างสมดุลระหว่างสิทธิของปัจเจกบุคคลและความสงบเรียบร้อยของสังคมอย่างมีประสิทธิภาพให้ควบคู่กันไป ด้วย กฎหมายเป็นเพียงเครื่องมืออย่างหนึ่งในการดูแลและส่งเสริมสิทธิมนุษยชน ดังนั้น หากมีการแก้ไขบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ให้มีการบัญญัติรับรองในเรื่องสิทธิ เสรีภาพ หรือความเสมอภาคให้มีความชัดเจนมากขึ้น หรือมีการปรับแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือมีการบัญญัติกฎหมายรองรับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน โดยที่ไม่มีการปรับเปลี่ยนทัศนคติของบุคคลในสังคมให้มีมุมมองในทางบวกและสร้างความเข้าใจที่ตรงกันแล้ว ก็จะไม่เกิดผลในทางปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งนอกจากนี้พัฒนาการของกฎหมายสิทธิมนุษยชนในนานาประเทศเป็นเครื่องยืนยันว่านอกเหนือไปจากการสมรสระหว่างคนต่างเพศกันแล้วนั้น การสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันก็ยังถือเป็น “สิทธิเสรีภาพ” อย่างหนึ่งของ “มนุษย์” เช่นกัน โดยต้องไม่ลืมว่าปัจเจกชนต้องมีอิสระในการกำหนดวิถีชีวิตของตนเองและจากแนวความคิดเหล่านี้เองที่ทำให้กล่าวได้ว่า “การสมรสควรเปิดกว้างให้กับทุกคน” หรือจะเรียกว่า

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629 ทายาทโดยธรรมมีหลักลำดับเท่านั้น และภายใต้บังคับแห่ง มาตรา 1630 วรรค 2 แต่ละลำดับมีสิทธิได้รับมรดกก่อนหลังดังต่อไปนี้ คือ

- (1) ผู้สืบสันดาน
- (2) บิดามารดา
- (3) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน
- (4) พี่น้องร่วมบิดาหรือร่วมมารดาเดียวกัน
- (5) ปู่ ย่า ตา ยาย
- (6) ลุง ป้า น้า อา

คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นก็เป็นทายาทโดยธรรม ภายใต้บังคับของบทบัญญัติพิเศษแห่งมาตรา 1635

เป็นเสรีภาพที่มนุษย์สามารถเข้าถึงได้โดยไม่สมควรจะนำเรื่องการแบ่งแยกทางเพศมาเป็นอุปสรรค
อีกต่อไป ซึ่งทางผู้วิจัยจะได้นำบทสรุปและทำการเสนอข้อเสนอนะโนบทต่อไป