



ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน

**LEGAL PROBLEMS REGARDING THE RECOGNITION OF
STATUS OF THE SAME SEX MARRIAGE**

โดย

ณัฐวุฒิ ชื่นโพธิ์กลาง

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตาม

หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์

บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรังสิต

ปีการศึกษา 2557



**LEGAL PROBLEMS REGARDING THE RECOGNITION OF
STATUS OF THE SAME SEX MARRIAGE**

BY

NATTAWUT CHUENPHOKLANG

**A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT
OF THE REQUIREMENTS FOR
THE DEGREE OF MASTER OF LAWS PROGRAM
FACULTY OF LAW**

GRADUATE SCHOOL, RANGSIT UNIVERSITY

2014



วิทยานิพนธ์เรื่อง

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน

โดย

ณัฐวุฒิ ชื่น โปธิ์กลาง

ได้รับการพิจารณาให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

มหาวิทยาลัยรังสิต

ปีการศึกษา 2557

ศ.ดร.สมปอง สุจริตกุล
ประธานกรรมการสอบ

ศ. (พิเศษ) กุลพล พลวัน
กรรมการ

ดร.ณัฐดนัย สุภัทรากุล
กรรมการ

น.อ.หญิง ดร.ศิริภา จำปาทอง ร.น.
กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษา

บัณฑิตวิทยาลัยรับรองแล้ว

ดร.นง อรุณ งาม

(ผศ.ร.ต.หญิง ดร.วรรณิ์ สุขสาตร)

คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย

30 พฤศจิกายน 2557



Thesis entitled

**LEGAL PROBLEMS REGARDING THE RECOGNITION OF
STATUS OF THE SAME SEX MARRIAGE**

by

NATTAWUT CHUENPHOKEANG

was submitted in partial fulfillment of the requirements
for the degree of Master of Laws

Rangsit University
Academic Year 2014

Prof. Sompong Sucharitkul,
D.Phil. and D.C.L.
Examination Committee Chairperson

Prof. Kullaphol Phollawan,
Member

Natdanai Supatrakul, LL.D.
Member

Capt. Sirapa Champathong, W.R.T.N.,
Docteur en Droit
Member and Advisor

Approved by Graduate School

(Asst.Prof.Plт.Off. Vannee Sooksatra, D.Eng.)

Dean of Graduate School

November 30, 2014

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี เพราะได้รับความกรุณาจาก นาวาเอกหญิง ดร.ศิริภา จำปาทอง อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.สมปอง สุจริตกุล ที่รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ (พิเศษ) กุลพล พลวัน และ ดร.ณัฐคนัย สุภัทรากุล ที่รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอขอบพระคุณ ดร.วัชระ เนติวาณิชย์ ผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ที่คอยให้ความช่วยเหลือ ให้คำปรึกษา และให้คำแนะนำที่ดีในช่วงเริ่มต้นการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอขอบพระคุณ คุณยายสุนิสา เต็มแก้ว ผู้ให้การสนับสนุนเงินทุนการศึกษาเล่าเรียนทั้งหมด ตลอดหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

ขอขอบคุณพี่ๆ นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ทั้งรุ่น 4 และรุ่น 5 ที่คอยเป็นกำลังใจ และช่วยเหลือเกื้อกูลตลอดการเรียนการศึกษา และการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ท้ายที่สุดขอขอบพระคุณ คุณพ่อ คุณแม่ ญาติ พี่น้อง และขอขอบใจเพื่อนๆ ทั้งหลาย ที่คอยสนับสนุนและให้กำลังใจลูก หลาน และเพื่อนคนนี้ด้วยดีตลอดมา

ณัฐวุฒิ ชื่น โปธิ์กลาง

ผู้วิจัย

5508654 : สาขาวิชา : นิติศาสตร์ ; น.ม. (นิติศาสตร์)

คำสำคัญ : สิทธิมนุษยชน, ความเสมอภาคทางเพศ, กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ, การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน, คู่ชีวิต

ณัฐวุฒิ ชื่นโพธิ์กลาง : ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (LEGAL PROBLEMS REGARDING THE RECOGNITION OF STATUS OF THE SAME SEX MARRIAGE) อาจารย์ที่ปรึกษา : นาวาเอกหญิง ดร.ศิริภา จำปาทอง, 244 หน้า.

กฎหมายไทยได้รับรองสิทธิและเสรีภาพในการสร้างครอบครัวไว้ ในมาตรา 1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเป็นการสมรสระหว่างผู้ชายและผู้หญิงเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันยังมีกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือที่นิยมเรียกว่า “กลุ่มคนรักเพศเดียวกัน” ซึ่งมีหลายคู่ที่ใช้ชีวิตร่วมกันฉันท์สามีภรรยา แต่ตามกฎหมายไทยไม่ได้รับรองสิทธิในการสมรสของพวกเขา จึงได้เกิดการเรียกร้องเพื่อให้รัฐคุ้มครองสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศไทยขึ้นและในที่สุดก็ได้มีการร่างกฎหมายขึ้นมาฉบับหนึ่ง นั่นคือ “ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.” ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองและรับรองสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีเพศ

ผู้วิจัยได้เสนอให้รัฐควรเร่งดำเนินการตรากฎหมายการจดทะเบียนคู่ชีวิต เพื่อคุ้มครองและรับรองสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน และเพื่อให้คู่ชีวิตในประเทศไทยได้รับการปฏิบัติทางกฎหมายด้วยมาตรฐานเดียวกันกับคู่สมรสอย่างเสมอภาคกันตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองไว้

ลายมือชื่อนักศึกษา ณัฐวุฒิ ชื่นโพธิ์กลาง

ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา ดร.ศิริภา จำปาทอง

5508654 : MAJOR : LAW ; LL.M.

**KEYWORDS : HUMAN RIGHTS, SEXUAL EQUALITY, LGBT, SAME SEX MARRIAGE,
LIFE PARTNERSHIP**

**NATTAWUT CHUENPHOKLANG : LEGAL PROBLEMS REGARDING THE
RECOGNITION OF STATUS OF THE SAME SEX MARRIAGE. THESIS ADVISOR :
CAPTAIN SIRAPA CHAMPATHONG, W.R.T.N., DOCTEUR EN DROIT, 244 p.**

The section 1448 of the Thai Civil and Commercial Code has provided that only the marriage between man and woman is legal. Anyway, at present there is not just a heterosexual person. In the modern society, as so far, there are many homosexual groups (LGBT : Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender). These groups have no law to recognize their marriage. So, they make a claim and the sanction which have accepted the status of LGBT in Thailand. Moreover, now there is the Draft of Life Partnership Registration, B.E.

The researcher, therefore, suggests that the government should expedite the enactment of registered partnership to protect and guarantee the rights to marry of LGBT and ensure that LGBT are treated with legal status the same as heterosexual.

Student's Signature Nattawut Chuenphoklang Thesis Advisor's Signature S. Champathong

สารบัญ

	หน้า
กิตติกรรมประกาศ	ก
บทคัดย่อภาษาไทย	ข
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	ค
สารบัญ	ง
สารบัญตาราง	ฉ
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	3
1.3 สมมติฐานของการวิจัย	4
1.4 ขอบเขตของการวิจัย	4
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย	4
1.6 นิยามศัพท์	5
1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย	6
บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน	7
2.1 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน	7
2.1.1 หลักความเสมอภาค	7
2.1.2 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ	9
2.1.3 หลักความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ	12
2.2 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการสมรส	13
2.2.1 ความหมายของการสมรส	14
2.2.2 ความเป็นมาของการสมรส	16
2.2.3 วัตถุประสงค์ของการสมรส	19
2.3 เงื่อนไขของการสมรส	20
2.3.1 การสมรสต้องต่างเพศกัน	20
2.3.2 การสมรสต้องเกิดจากความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย	22
2.3.3 การสมรสต้องมีวุฒิภาวะเพียงพอ	23

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.3.4 การสมรสต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง	25
2.3.5 การสมรสต้องมีคู่สมรสเพียงคนเดียว	26
2.3.6 การสมรสต้องห้ามกับญาติสืบสายโลหิต	27
2.3.7 การสมรสต้องห้ามกับคนไร้ความสามารถ	29
2.4 ความเป็นมาและแนวคิดเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน	31
2.4.1 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law	32
2.4.1.1 สหรัฐอเมริกา	32
2.4.1.2 ประเทศอังกฤษ	38
2.4.2 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law	43
2.4.2.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	44
2.4.2.2 สาธารณรัฐฝรั่งเศส	47
2.4.3 ประเทศไทย	49
2.4.4 การเปรียบเทียบแนวคิดเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันระหว่างประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law และระบบกฎหมาย Civil Law	54
บทที่ 3 หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันตามกฎหมายของต่างประเทศและประเทศไทย	56
3.1 กฎหมายต่างประเทศ	56
3.1.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)	56
3.1.2 ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Human Rights Declaration)	59
3.1.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights)	64
3.1.4 หลักการขอกยกการ์ดว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ (Yogyakarta Principles : The Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity)	67
3.2 กฎหมายของประเทศไทยที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law	73
3.2.1 รัฐเวอร์มอนต์ สหรัฐอเมริกา	74

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.2.1.1 เงื่อนไขว่าด้วยผู้มีสิทธิจดทะเบียน	75
3.2.1.2 เงื่อนไขในการจดทะเบียน	75
3.2.1.3 รูปแบบการจดทะเบียน	78
3.2.1.4 สิทธิและหน้าที่	80
3.2.2 รัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา	82
3.2.2.1 เงื่อนไขว่าด้วยผู้มีสิทธิจดทะเบียน	83
3.2.2.2 เงื่อนไขในการจดทะเบียน	83
3.2.2.3 รูปแบบการจดทะเบียน	86
3.2.2.4 สิทธิและหน้าที่	87
3.3 กฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law	88
3.3.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	89
3.3.1.1 เงื่อนไขว่าด้วยผู้มีสิทธิจดทะเบียน	89
3.3.1.2 เงื่อนไขในการจดทะเบียน	89
3.3.1.3 รูปแบบการจดทะเบียน	91
3.3.1.4 สิทธิและหน้าที่	91
3.3.2 สาธารณรัฐฝรั่งเศส	102
3.3.2.1 เงื่อนไขว่าด้วยผู้มีสิทธิจดทะเบียน	102
3.3.2.2 เงื่อนไขในการจดทะเบียน	103
3.3.2.3 รูปแบบการจดทะเบียน	104
3.3.2.4 สิทธิและหน้าที่	105
3.4 กฎหมายของประเทศไทย	108
3.4.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	108
3.4.1.1 เงื่อนไขว่าด้วยผู้มีสิทธิจดทะเบียน	109
3.4.1.2 เงื่อนไขในการจดทะเบียน	110
3.4.1.3 รูปแบบการจดทะเบียน	115
3.4.1.4 สิทธิและหน้าที่	116
3.4.2 ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.	121
3.4.2.1 เงื่อนไขว่าด้วยผู้มีสิทธิจดทะเบียน	121

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.4.2.2 เงื่อนไขในการจดทะเบียน	122
3.4.2.3 รูปแบบการจดทะเบียน	125
3.4.2.4 สิทธิและหน้าที่	126
3.5 การเปรียบเทียบหลักกฎหมายของต่างประเทศกับร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียน คู่ชีวิต พ.ศ.	129
3.5.1 การเปรียบเทียบเงื่อนไขว่าด้วยผู้มีสิทธิจดทะเบียน	130
3.5.2 การเปรียบเทียบเงื่อนไขในการจดทะเบียน	131
3.5.3 การเปรียบเทียบรูปแบบการจดทะเบียน	133
3.5.4 การเปรียบเทียบสิทธิและหน้าที่ที่ได้รับจากการจดทะเบียน	133
บทที่ 4 การวิเคราะห์ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศ เดียวกันในประเทศไทย	135
4.1 การวิเคราะห์ปัญหาในมิติทางสิทธิมนุษยชน	136
4.1.1 ประเด็นความเสมอภาคในการสร้างครอบครัว	137
4.1.2 ประเด็นสิทธิประโยชน์อันเกิดจากการสร้างครอบครัว	139
4.1.3 ประเด็นความเป็นอิสระในการดำรงชีพและคงอัตลักษณ์ส่วนบุคคล	142
4.2 การวิเคราะห์ปัญหาในมิติทางสังคมและวัฒนธรรม	144
4.2.1 ประเด็นความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน	144
4.2.2 ประเด็นทัศนคติและความรู้สึกร่วมของประชาชนในสังคม	146
4.2.3 ประเด็นทางศาสนา	150
4.3 การวิเคราะห์ปัญหาในมิติของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.	153
4.3.1 ประเด็นเงื่อนไขในการจดทะเบียนคู่ชีวิต	153
4.3.2 ประเด็นรูปแบบการจดทะเบียนคู่ชีวิต	156
4.3.3 ประเด็นสิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิต	158
4.4 การวิเคราะห์ปัญหาในมิติของกฎหมายภายในของประเทศไทย	160
4.4.1 ประเด็นความล้ำสมัยของกฎหมายไทย	160
4.4.2 ประเด็นนิยามและคำจำกัดความในกฎหมายที่มีความสัมพันธ์กับคู่ชีวิต	162
4.4.2.1 คำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”	162

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4.4.2.2 คำว่า “บุคคลในครอบครัว”	165
4.4.2.3 คำว่า “บิดา/มารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย”	165
4.4.3 ประเด็นทางกฎหมายที่สำคัญอื่นๆ	166
4.4.3.1 การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์	167
4.4.3.2 การรับบุตรบุญธรรม	169
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	173
5.1 บทสรุป	173
5.2 ข้อเสนอแนะ	176
บรรณานุกรม	181
ภาคผนวก	190
ผนวก ก ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.	191
ผนวก ข THE VERMONT STATUTES, TITLE 15 : DOMESTIC RELATIONS, CHAPTER 23 : CIVIL UNIONS	196
ผนวก ค CALIFORNIA FAMILY CODE, DIVISION 2.5. DOMESTIC PARTNER REGISTRATION	208
ผนวก ง ACT ON LIFE PARTNERSHIP 2001	223
ผนวก จ LOI NO 99 - 944 DU 15 NOVEMBRE 1999 RELATIVE AU PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ	234
ประวัติผู้วิจัย	244

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 2.1	แสดงรายชื่อรัฐที่มีกฎหมายรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน	37
--------------	---	----

มหาวิทยาลัยรังสิต
Rangsit University

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

“ครอบครัว” ถือเป็นสถาบันพื้นฐานทางสังคมที่สำคัญที่สุด กล่าวคือ ครอบครัวเป็นสถาบันทางสังคมที่เล็กที่สุด อันเกิดจากการรวมตัวของบุคคลสองคนที่มีความรัก ความผูกพัน และปฏิสัมพันธ์ช่วยเหลือเกื้อกูลซึ่งกันและกัน ซึ่งเป็นรากฐานสำคัญที่ทำให้สังคมเกิดความสงบสุข นอกจากนี้ ครอบครัวยังเป็นสถาบันแรกที่ทำให้การอบรม สั่งสอน หล่อหลอมพฤติกรรม ความคิด และความรู้สึก หรืออาจกล่าวได้ว่า ครอบครัวเป็นแหล่งสร้างและพัฒนาคุณภาพของมนุษย์ในสังคม โดยทั่วไปครอบครัวเกิดจากชายและหญิงที่มีความสนใจในการใช้ชีวิตร่วมกัน ซึ่งในกฎหมายไทยได้รับรองสิทธิและเสรีภาพในการก่อตั้งครอบครัวไว้ในมาตรา 1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทบัญญัติพื้นฐานที่สำคัญของการสมรสในประเทศไทย การสมรสที่กฎหมายรับรองนี้ทำให้ชายและหญิงคู่่นั้นเป็นสามีภรรยาตามกฎหมาย ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่หลายประการ เช่น สิทธิในการจัดการทรัพย์สินร่วมกัน สิทธิในการรักษาพยาบาล สิทธิในการดำเนินคดีอาญา รวมถึงสิทธิและหน้าที่อื่นๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ในสังคมปัจจุบันมิได้มีเพียงชายจริงหญิงแท้ในสังคมเท่านั้น แต่ยังมีกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ (LGBT : Lesbian Gay Bisexual and Transgender) หรือที่นิยมเรียกว่า “กลุ่มบุคคลที่รักเพศเดียวกัน” หรือ “กลุ่มคนรักร่วมเพศ” ซึ่งคนในกลุ่มนี้มีหลายต่อหลายคู่ที่ใช้ชีวิตร่วมกัน เฉกเช่นสามีภรรยาทั่วไป เพียงแต่ว่ากฎหมายไทยไม่รับรองสิทธิและเสรีภาพในการสมรสของพวกเขาเหล่านั้น ส่งผลให้บุคคลเหล่านั้นอาจสูญเสียสิทธิและหน้าที่ตามที่กฎหมายได้บัญญัติรับรองไว้แก่คู่สมรสต่างเพศได้

ทั้งนี้ในปัจจุบันได้มีความพยายามในการเรียกร้องเพื่อให้รัฐคุ้มครองสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันโดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ร่วมกับคณะกรรมการการกฎหมาย ความยุติธรรม และสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และองค์กรภาคี

ต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้ร่วมกันยกร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ขึ้นมาเพื่อจะได้มีกฎหมายที่รับรองสิทธิและเสรีภาพของคู่สมรสที่มีเพศเดียวกัน¹ และยังเป็นกรให้พื้นที่ในทางกฎหมาย แก่บุคคลเหล่านี้ตามหลักสิทธิมนุษยชนที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติไว้

อย่างไรก็ตาม การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในต่างประเทศได้มีกฎหมายรับรองมานานแล้ว แต่ในบางประเทศอาจจะมีได้เรียกว่า “การสมรส” เสมอไป เช่น รัฐเวอร์มอนต์ สหรัฐอเมริกา เรียกว่า “การจดทะเบียนร่วมชีวิต (Civil Unions)” สาธารณรัฐฝรั่งเศส เรียกว่า “ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)” หรือสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เรียกว่า “การจดทะเบียนคู่ชีวิต (Life Partnership)” เป็นต้น แม้จะมีชื่อเรียกที่ต่างกันซึ่งอาจจะมีเหตุผลมาจากการป้องกันมิให้เกิดการสับสนกับการสมรสตามปกติ² แต่มีผลในทางกฎหมายเสมือนเป็นคู่สมรสตามกฎหมายว่าด้วยการสมรส แต่ก็มีบางประเทศจำกัดสิทธิที่จะได้รับไว้บางประการ เช่น สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ สิทธิในการเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ เป็นต้น

จากการตรากฎหมายคุ้มครองการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในหลายประเทศนี้ แสดงให้เห็นถึงการเคารพในหลักสิทธิมนุษยชน หลักความเสมอภาค และการไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคล ตามที่กฎหมายของประเทศนั้นๆ บัญญัติคุ้มครองไว้ และถึงแม้ว่าจะไม่ได้บัญญัติเอาไว้ ซึ่งถือว่าการดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งในหลักกฎหมายทั่วไปที่รัฐต้องนำมาใช้เพื่อคุ้มครองประชาชนของตน สำหรับประเทศไทยนั้น ได้ให้การรับรองและคุ้มครองตามหลักสิทธิมนุษยชน หลักความเสมอภาคและหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ความว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้” ประกอบกับสภาพสังคมในปัจจุบัน ได้เปิดกว้างในการยอมรับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมากขึ้นกว่าแต่ก่อนพอสมควร แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน มีเพียงแต่การ

¹ มติชนออนไลน์. “ต้น “กม.แต่งงาน” เกย์-ทอม - ดี ขออีกฉบับเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อ.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1354336217&grpId=03&catid=03&utm_source=MatichonOnline&utm_medium=MatichonOnline, 28 ตุลาคม 2556.

² ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวฯ. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษาแห่งเนติบัณฑิตยสภา. 2556. น. 109.

ร่วมกันขอร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ซึ่งร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวยังมีประเด็นปัญหาที่ควรได้รับการศึกษาเพิ่มเติมอยู่หลายประการ เช่น ปัญหาในมิติทางสิทธิมนุษยชน ปัญหาในมิติทางสังคมและวัฒนธรรม ปัญหาในมิติของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. และปัญหาในมิติการตีความและคำจำกัดความในกฎหมายที่สัมพันธ์กับคู่ชีวิต

โดยปัญหาข้างต้น ได้ส่งผลกระทบต่อสังคมไทยอยู่หลายประการ เช่น ประการแรก การที่ประเทศไทยไม่ได้ให้การยอมรับในสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน โดยอ้างว่าขัดต่อความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะบัญญัติคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคของบุคคลเอาไว้ แต่ในทางปฏิบัติคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ประสงค์จะสร้างครอบครัวร่วมกัน กลับไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในฐานะคู่สมรสเช่นสามีภรรยา ประการที่สอง เป็นปัญหาที่สืบเนื่องมาจากประการแรก กล่าวคือ พฤติกรรมรักเพศเดียวกันได้มีความเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับจารีตประเพณี และทัศนคติของประชาชนในสังคม ซึ่งสังคมได้ถ่ายทอดความรู้สึกในเรื่องเกี่ยวกับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในด้านลบ จึงส่งผลโดยตรงต่อการตรากฎหมายรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน เพราะไม่ได้ได้รับการสนับสนุนจากประชาชนในสังคม ประการที่สาม ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้การรับรองสถานะของคู่ชีวิตไว้เสมือนคู่สมรส ทั้งยังให้นำบทบัญญัติต่างๆ ที่ใช้กับคู่สมรสมาปรับใช้กับคู่ชีวิตด้วย จึงอาจทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ เนื่องจากบทบัญญัติบางประการที่ต้องอาศัยสิ่งบ่งชี้ทางเพศของคู่สมรส อาจนำมาปรับใช้กับคู่ชีวิตไม่ได้ เพราะต่างก็มีเพศเดียวกัน และประการสุดท้าย เป็นปัญหาที่เกิดจากการตีความและคำจำกัดความในกฎหมายที่บางถ้อยคำยังไม่ครอบคลุมถึงคู่ชีวิต โดยอาจเกิดจากการใช้ดุลยพินิจของศาล ถ้อยคำต่างๆ ที่ถูกบัญญัติมานาน โดยยังมิได้รับการแก้ไขปรับปรุงให้ครอบคลุมถึงคู่ชีวิต ซึ่งจะกลายเป็นปัญหาในทางปฏิบัติเมื่อร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับ เป็นต้น

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีการสมรส สิทธิและหน้าที่ของคู่สมรส และการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน
2. เพื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสมรส สิทธิและหน้าที่ของคู่สมรส โดยเฉพาะสิทธิและหน้าที่ของคู่สมรสที่รักเพศเดียวกัน ตามหลักกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

3. เพื่อวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายและอุปสรรคต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

4. เพื่อเสนอแนะ แนวทางปรับปรุงแก้ไขร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

ในปัจจุบันการสมรสตามกฎหมายของไทยนั้น บัญญัติรับรองการสมรสที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ชายและผู้หญิงเท่านั้น ซึ่งไม่ครอบคลุมถึงสิทธิและเสรีภาพในการสมรสของบุคคลที่รักเพศเดียวกัน อันเป็นการแสดงว่ากฎหมายของไทยขัดต่อหลักความเสมอภาคกันของบุคคลและยังเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทางเพศ โดยที่ในหลายๆ ประเทศได้มีกฎหมายบัญญัติรับรองถึงการสมรสของบุคคลที่รักเพศเดียวกัน อันก่อให้เกิดความคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพในการสมรส จึงเห็นจำเป็นที่จะต้องศึกษากฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. เพื่อให้บุคคลที่รักเพศเดียวกันได้รับความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการสมรสภายใต้กฎหมายอย่างเท่าเทียม และเหมาะสมกับสภาพสังคมไทยมากขึ้น

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

ศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวกับการสมรส สิทธิและหน้าที่ของกลุ่มสมรส ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. (ฉบับที่ยกร่าง โดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ร่วมกับคณะกรรมการกฎหมาย ความยุติธรรม และสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และองค์กรภาคีอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง) กฎหมายภายในอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง และกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน โดยจะศึกษาในเรื่องการสมรส สิทธิและหน้าที่ของกลุ่มชีวิต

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

การวิจัยครั้งนี้ใช้วิธีการดำเนินการวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) เท่านั้น โดยวิธีการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากตำรากฎหมาย วิทยานิพนธ์ งานวิจัย บทความ คำพิพากษาของศาล ข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์เชิงเนื้อหา (Content Analysis) และเสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ต่อไป ทั้งนี้

ผู้วิจัยจะศึกษากฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ กฎหมาย Civil Unions แห่งรัฐเวอร์มอนต์ สหรัฐอเมริกา กฎหมาย Domestic Partner Registration แห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา กฎหมาย Act on Life Partnership แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และกฎหมาย Civil Solidarity Pact แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส กับร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

1.6 นิยามศัพท์

“การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน” หมายถึง การสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน เกิดสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศ

“การจดทะเบียนความสัมพันธ์” หมายถึง การจดทะเบียนของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน อันจะทำให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันมีฐานะเสมือนการเป็นคู่สมรสต่างเพศ โดยตามวิทยานพนธ์ฉบับนี้ให้คำจำกัดความการจดทะเบียนและสถานะของคู่รักตามกฎหมายต่างๆ ดังนี้

- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียกว่า “การจดทะเบียนสมรส – คู่สมรส”
- ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. เรียกว่า “การจดทะเบียนคู่ชีวิต – คู่ชีวิต”
- กฎหมาย Civil Unions เรียกว่า “การจดทะเบียนร่วมชีวิต – คู่ร่วมชีวิต”
- กฎหมาย Domestic Partner Registration เรียกว่า “การจดทะเบียนใช้ชีวิตร่วมกัน – คู่ใช้ชีวิตร่วมกัน”
- กฎหมาย Act on Life Partnership เรียกว่า “การจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิต – หุ้นส่วนชีวิต”
- กฎหมาย Civil Solidarity Pact เรียกว่า “การทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน – คู่รักตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน”

“คู่ชีวิต” หมายถึง บุคคลสองคนซึ่งเป็นเพศเดียวกันและได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต

“เพศสภาพ” หมายถึง ลักษณะทางเพศที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งอาจจะเหมือนหรือต่างจากเพศกำเนิดได้

“เพศกำเนิด” หมายถึง ลักษณะที่บ่งบอกเพศเมื่อแรกเกิด โดยแบ่งออกเป็น 2 เพศ คือ เพศชาย และเพศหญิง

“กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ” หมายถึง กลุ่มบุคคลที่มีสถานะทางเพศแตกต่างกันออกไปจากข้อเท็จจริง มีจิตใจ ความรู้สึกไม่ตรงตามสรีระของตนเอง บุคคลกลุ่มนี้ประกอบด้วย ผู้หญิงที่รักผู้หญิงด้วยกัน (Lesbian) ผู้ชายที่รักผู้ชายด้วยกัน (Gay) บุคคลที่รักทั้งสองเพศ (Bisexual) และบุคคล

ข้ามเพศหรือบุคคลที่มีเพศสภาพไม่สัมพันธ์กับเพศกำเนิดหรือบุคคลที่ผ่านการผ่าตัดเปลี่ยนเพศแล้ว (Transgender) หรือที่รู้จักกันในนาม “LGBT”

“ความเสมอภาคทางเพศ” หมายถึง การที่บุคคลไม่ว่าจะมีเพศใดมีสิทธิและเสรีภาพในการแสดงบทบาทของตนเองต่อสังคมได้อย่างเท่าเทียมกัน แต่ต้องอยู่ภายในกรอบที่เหมาะสมของวัฒนธรรมที่ค้ำจุนของสังคม

“การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทางเพศ” หมายถึง การปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งในลักษณะที่ด้อยกว่าคนอื่น ๆ อย่างไม่เป็นธรรม เหตุเพราะมีเพศต่างกัน

1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

1. ทำให้ทราบถึง ความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีการสมรส สิทธิและหน้าที่ของกลุ่มสมรส และการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน
2. ทำให้ทราบถึง กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสมรส สิทธิและหน้าที่ของกลุ่มสมรส โดยเฉพาะสิทธิและหน้าที่ของกลุ่มสมรสที่มีเพศเดียวกัน ตามหลักกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ
3. ทำให้ทราบถึง ผลการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายและอุปสรรคต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.
4. ทำให้ทราบถึง แนวทางปรับปรุงแก้ไขร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.
5. ทำให้กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับสิทธิในการตั้งครอบครัวอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกับผู้ชายผู้หญิง และได้รับการปฏิบัติภายใต้บรรทัดฐานทางกฎหมายเช่นเดียวกัน

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน

2.1 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้ปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง หรือหลักการออกซฟอร์ดตา เป็นต้น ซึ่งหลัก สิทธิมนุษยชนมีพื้นฐานมาจากหลักที่สำคัญ 3 ประการ คือ หลักความเสมอภาค หลักการไม่เลือกปฏิบัติ และหลักความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1.1 หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคมีรากฐานมาจากสำนักแนวคิดกฎหมายธรรมชาติ (School of Natural Law) ที่เชื่อว่า มนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันตั้งแต่กำเนิด ซึ่งแนวคิดนี้ถูกนำไปใช้เป็น เครื่องมือต่อต้านระบบชนชั้นทางสังคมและจำกัดอำนาจของรัฐเพื่อมิให้ใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ อันจะ ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อประชาชน โดยอาจกล่าวได้ว่า แนวคิดดังกล่าวเป็นแนวคิดที่ให้ความสำคัญกับคุณค่าและสิทธิของปัจเจกชน

อย่างไรก็ดี แนวคิดนี้ในมุมมองของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (School of Positive Law) ได้มอง หลักความเสมอภาคว่าเป็นส่วนหนึ่งในหลักสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการยอมรับในรูปแบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ ควรได้รับการพิจารณาในมุมมองทางกฎหมาย มิใช่แต่เพียงในขอบเขตทางปรัชญาอย่างเดียว อันเป็นผลมาจากการประนีประนอมและผสมผสานทางความคิดของสำนักกฎหมาย

บ้านเมืองและสำนักกฎหมายธรรมดาเข้าด้วยกัน ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการแปรสภาพตามธรรมชาติของบุคคลมาเป็นสิทธิของบุคคลที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย³

การรับรองและคุ้มครองความเสมอภาคได้รับการยอมรับในฐานะว่าเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่มีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าหลักกฎหมายทั่วไปอื่นๆ และมักถูกอ้างอิงควบคู่ไปกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพด้านต่างๆ ในสังคมประชาธิปไตยปัจจุบัน ด้วยเหตุนี้เอง หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความเสมอภาคจึงได้รับการกล่าวถึงอย่างกว้างขวางมาโดยตลอด ดังปรากฏในรัฐธรรมนูญหลายๆ ฉบับของนานาประเทศ รวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญอย่างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทที่สำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในอีกหลายฉบับทั่วโลก⁴

อย่างไรก็ตาม ในอดีตมักมีการกล่าวอ้างหลักความเสมอภาคอย่างแพร่หลาย แต่กลับไม่มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวปรากฏอยู่ในกฎหมายอย่างชัดเจน จนกระทั่งได้มีการจัดทำกฎบัตรสหประชาชาติขึ้น จึงมีหลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ในอารัมภบท โดยมีสาระสำคัญความว่า “กฎบัตรสหประชาชาติได้ยืนยันความเชื่อมั่นว่ามนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิง ไม่ว่าจะมีความแตกต่างกันอย่างไร ต่างก็มีสิทธิอย่างเท่าเทียมกัน” ซึ่งแสดงให้เห็นว่า รัฐสมาชิกมีหน้าที่ที่ต้องยึดถือและปฏิบัติตามหลักความเสมอภาค เพื่อเป็นพื้นฐานในการดำเนินความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายของสหประชาชาติ

ต่อมาหลักการนี้ได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ตลอดจนรัฐธรรมนูญแห่งรัฐในหลายประเทศอาจกล่าวได้ว่า หลักความเสมอภาคเป็นหลักสำคัญของรัฐที่มีความเป็นประชาธิปไตย เพราะเมื่อมีการนำหลักความเสมอภาคมาบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายก็ย่อมก่อให้เกิดผลผูกพันต่อรัฐอย่างชัดเจนที่จะต้องบังคับใช้กฎหมายต่อประชาชนโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาค ดังนั้น หลักความเสมอภาคจึงกลายเป็นหลักสำคัญที่นำมาใช้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รวมถึงเพื่อใช้ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐทั้งจากฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และ

³ ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการ. “หลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : http://www.admincourt.go.th/attach/news_attach/2009/11/center181152.pdf, 1 กรกฎาคม 2557. น. 2 - 3.

⁴ เรื่องเดียวกัน. น. 6 - 7.

ฝ่ายตุลาการ ซึ่งการที่รัฐมีหน้าที่ต้องรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายของประชาชนอย่างเท่าเทียมกันนี้เรียกว่า “ความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย (Equality Before the Law)”⁵

หลักความเสมอภาคสามารถจำแนกได้ 2 ประเภท คือ หลักความเสมอภาคทั่วไปและหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง ได้แก่ “หลักความเสมอภาคทั่วไป” เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน และมีลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องของปัจเจกชน โดยถือว่าหลักความเสมอภาคนั้นเป็นพื้นฐานของความยุติธรรมทั้งปวง และถูกใช้เป็นข้อห้ามเพื่อป้องกันมิให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยสาระสำคัญของหลักความเสมอภาคนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อสิ่งที่มีความเหมือนกันในสาระสำคัญให้แตกต่างตามอำเภอใจ และ “หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง” เป็นเงื่อนไขหรือขอบเขตการบังคับใช้ที่แตกต่างกันไปจากหลักความเสมอภาคทั่วไป เช่น ความเสมอภาคในการเลือกตั้ง และความเสมอภาคระหว่างเพศ เป็นต้น

ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคทั่วไปและหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นถือได้ว่า หลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นพื้นฐานของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หลักความเสมอภาคทั่วไปนั้นสามารถนำไปใช้ได้กับทุกเรื่องโดยไม่จำกัดขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และทุกๆ คนย่อมสามารถอ้างหลักความเสมอภาคทั่วไปได้ ส่วนหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง อาจถูกจำกัดไว้สำหรับใช้เฉพาะเรื่อง หรือกลุ่มบุคคลที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเท่านั้น หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องเป็นหลักกฎหมายพิเศษซึ่งย่อมมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป ถ้ากฎหมายใดได้รับการพิจารณาตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องนำมาพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปซ้ำอีก⁶

2.1.2 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ

กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมีรากฐานมาจากสำนักแนวคิดกฎหมายธรรมชาติที่เชื่อว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีสิทธิอย่างเท่าเทียมกัน ดังนั้น การปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคจึงก่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นอันจะทำให้ทุกคนสามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างมีความสุข ด้วยเหตุนี้เอง

⁵ ปิ่นบุญญา ล้ามะนา. “ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในอาเซียน : ศึกษากรณีคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2555. น. 27 - 28.

⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. “หลักความเสมอภาค.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=657>, 11 กรกฎาคม 2557.

กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศแทบทุกฉบับ รวมทั้งกฎหมายภายในของรัฐต่างๆ จึงได้กำหนดให้รัฐต้องมีหน้าที่รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยเหตุณานาประการทั้งปวง เช่น ความแตกต่างด้านเชื้อชาติ ศาสนา เพศ ภาษา วัฒนธรรม หรืออื่นๆ เป็นต้น

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on Human Rights) ได้ให้ความหมายของคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” ไว้ความว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน การกีดกัน การหน่วงเหนี่ยว หรือการลำเอียง ซึ่งมีพื้นฐานมาจากเรื่องเพศ ผิว เชื้อชาติ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความคิดเห็นอื่นๆ สัญชาติ หรือที่มาในสังคม ความยากดิมีจน สถานะของแหล่งกำเนิด หรือสถานะอื่นๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือไม่ หรือส่งผลกระทบ หรือทำให้สูญเสียไป หรือทำให้การยอมรับต้องเสื่อมเสียไป การใช้สิทธิโดยบุคคลทุกคนบนจุดยืนที่เสมอภาคกันซึ่งสิทธิและเสรีภาพทั้งหมด”⁷

ในความเป็นจริงมนุษย์ทุกคนเกิดมาย่อมมีความแตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นเชื้อชาติ เพศ ศาสนา ภาษา หรือบางคนอาจเกิดมาพร้อมกับความผิดปกติทางร่างกายบางประการ หากความแตกต่างเหล่านี้กลายเป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงสิทธิ หรือการใช้สิทธิของบุคคล ซึ่งทำให้ไม่ได้รับสิทธิ หรือไม่มีสิทธิเท่าเทียมกับบุคคลในสภาวะปกติจะพึงมีหรือได้รับ การที่รัฐปฏิบัติต่อทุกคนเหมือนกันตามกฎหมาย โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักความเสมอภาคก็อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นมาได้ ด้วยเหตุนี้เองรัฐจึงอาจปฏิบัติต่อบุคคลบางกลุ่มแตกต่างจากประชาชนทั่วไปได้ ภายใต้ข้อจำกัดหรือเงื่อนไขที่กฎหมายได้ให้อำนาจเอาไว้ เช่น การจัดให้มีสวัสดิการสังคมเป็นพิเศษแก่กลุ่มคนพิการ การให้ทุนการศึกษาแก่เด็กด้อยโอกาส เป็นต้น การปฏิบัติเช่นนี้ก็เพื่อส่งเสริมให้กลุ่มบุคคลเหล่านี้ สามารถใช้สิทธิตามกฎหมายของตนได้อย่างเต็มที่เช่นเดียวกับคนปกติ จึงเป็นที่ยอมรับกันว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันเช่นนี้ ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติอันจะก่อให้เกิดความไม่เสมอภาค เนื่องจากบุคคลเหล่านั้นมีความแตกต่างในสาระสำคัญจากบุคคลทั่วไป⁸

อาจกล่าวได้ว่า การเลือกปฏิบัตินำมาซึ่งความไม่เสมอภาค แต่การเลือกปฏิบัติกับการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นไม่เหมือนกัน กล่าวคือ การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นสามารถทำได้ หากปรากฏว่าเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน และการปฏิบัตินั้นเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล สมสัดส่วน

⁷ กุลพล พลวัน. *สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก*. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม. 2547. น. 381 – 382.

⁸ ปิ่นบุญญา ลำมะนา. *เรื่องเดียวกัน*. น. 30 – 31.

และมีความเหมาะสม เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น การปฏิบัติที่แตกต่างกัน จึงมี อาจถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติเสมอไป

อย่างไรก็ดี ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (The European Court of Human Rights : ECtHR) ได้วาง แนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับคำจำกัดความของการกระทำที่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติของรัฐสมาชิกในสภา ยุโรป (The Council of Europe) เอาไว้ และต่อมาคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้นำ แนวบรรทัดฐานนี้ ไปใช้เป็นเกณฑ์ในการรับพิจารณาคำร้องเรียนของเอกชนว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็น การละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ซึ่งการเลือกปฏิบัติที่จะเข้าข่ายเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนจะต้องเข้า เงื่อนไขดังต่อไปนี้⁹

- เงื่อนไขประการแรก ข้อเท็จจริงเห็นเป็นประจักษ์ชัดแจ้งว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่างกัน
- เงื่อนไขประการที่สอง ความแตกต่างนั้น ไม่มีเป้าหมายใดๆ เช่น ไม่มีวัตถุประสงค์ที่สามารถ กล่าวอ้างความชอบธรรมต่อการที่ต้องปฏิบัติให้แตกต่างกันได้
- เงื่อนไขประการสุดท้าย ความแตกต่างนั้นต้องไม่มีสัดส่วนที่สมเหตุสมผลระหว่างเป้าหมายที่ ต้องการกับวิธีการที่ใช้

นอกจากนี้ยังต้องระวังมิให้เกิด “การห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” ซึ่งเป็นหลักปฏิบัติสากลอีก อย่างหนึ่ง โดยสามารถสรุปสาระสำคัญได้ 2 ประการ¹⁰ ดังนี้

ประการแรก แม้ว่าการปฏิบัติ การวางนโยบาย การออกมาตรการ การวางแผนงาน การทำ ระเบียบออกใช้เสมอภาคกันหมดทุกคน ไม่กีดกันใคร ไม่เลือกปฏิบัติใคร มาตรฐานเดียวกันหมด แต่ถ้า ผลของปฏิบัติการนั้นทำให้เกิดผลเสีย โอกาสอย่างไม่เป็นธรรมโดยทั่วไปก็ถือว่าการเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรมแล้ว เรียกว่าหลักนี้ว่า “Indirect Discrimination” หรือ “Disparate Impact” กล่าวคือ แม้จะให้ การปฏิบัติโดยเสมอภาคหมดก็จริง แต่ผลร้ายหรือความเสียหายได้เกิดแก่คนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งมากกว่า ปกติ อย่างนี้ถือว่าการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมได้เช่นกัน

⁹ วิชัย วิชัย ศรีรัตน์. การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในยุโรป : สภาแห่งยุโรป. ม.ป.ท., ม.ป.ป. น. 11.

¹⁰ จรรย์ ภักดีธนากุล. “การบรรยายพิเศษ เรื่อง “การจัดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการ : กฎหมายและวิธี ปฏิบัติเพื่อความเป็นธรรมในสังคม [27 พฤษภาคม 2553].” เข้าถึงได้จาก : <http://www.pwdsthai.com/files/article-rights.doc>, 1 กรกฎาคม 2557.

ประการที่สอง ตามหลักสากลถือว่าการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมไม่คำนึงถึงเจตนาของผู้เลือกปฏิบัติ กล่าวคือ ถึงแม้ผู้เลือกปฏิบัติจะออกกฎหมาย ระเบียบ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดก็ตามนั้น โดยไม่มีเจตนาถั่นแกล้ง และทำโดยสุจริตใจว่าต้องการให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน แต่ถ้าผลของการปฏิบัติการณ์นั้นได้ทำให้เสียโอกาสหรือเสียหายกระทบต่อสิทธิประโยชน์เกินความจำเป็นหรือเกินสมควรแล้วก็ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทางอ้อมได้เช่นกัน

2.1.3 หลักความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ

หลักความเท่าเทียมระหว่างเพศเป็นหลักการที่สำคัญของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องประการหนึ่ง แต่ที่นำมากล่าวแยกย่อยต่างหากเนื่องจาก หลักความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ โดยเฉพาะผู้ชายและผู้หญิงนั้น เป็นหลักการที่บัญญัติในกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนหลายฉบับได้แยกออกมาจากบทบัญญัติที่เกี่ยวกับหลักความเสมอภาคทั่วไป อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญของสิทธิและเสรีภาพของผู้หญิงที่มีความเท่าเทียมกับผู้ชาย เนื่องจากกฎหมายภายในของหลายประเทศได้จำกัด หรือลดทอนสิทธิของผู้หญิงในหลายประการที่พึงได้รับให้ด้อยกว่าผู้ชาย

ความเท่าเทียมกันระหว่างผู้หญิงกับผู้ชายได้รับรองไว้ในอารัมภบทของกฎบัตรสหประชาชาติเอาไว้ว่า “เราบรรดาประชาชนแห่งสหประชาชาติได้ตั้งเจตจำนงที่จะยืนยันความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชนอันเป็นหลักพื้นฐานในเกียรติศักดิ์และคุณค่าของมนุษย์ ในสิทธิอันเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรี และของประชาชาติใหญ่น้อย...” และในตราสารด้านสิทธิมนุษยชนอื่นๆ เช่น คำปวารณาของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หรือในข้อ 3 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เป็นต้น¹¹

จากบทบัญญัติรับรองความเท่าเทียมกันระหว่างผู้ชายกับผู้หญิงที่ปรากฏในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้ก่อให้เกิดผลผูกพันต่อรัฐในการประกันและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้หญิงกับของผู้ชายอย่างเท่าเทียมกัน และดำเนินการเพื่อขจัดอุปสรรคการเข้าถึงและใช้สิทธิอย่างเท่าเทียมกันด้วย แม้ว่าในประเทศจะมีประเพณี วัฒนธรรม ประวัติศาสตร์ หรือความเชื่อทางศาสนาอันเป็นอุปสรรคต่อการใช้สิทธิและเสรีภาพของผู้หญิง รัฐก็ยังมีหน้าที่ต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมายในการส่งเสริมและคุ้มครองผู้หญิงอย่างมีประสิทธิภาพ โดยไม่สามารถยกเอาเหตุผลด้านประเพณี ความเชื่อทางศาสนา ประวัติศาสตร์ หรืออื่นๆ มาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ

¹¹ ปิ่นบุญญา ล้ามะนา. เรื่องเดียวกัน. น. 83.

ผู้หญิงได้ เช่น การให้สิทธิแก่ผู้หญิงในการดำรงตำแหน่งทางการเมือง การคุ้มครองสิทธิแก่แรงงานหญิง ให้เท่าเทียมกับแรงงานชาย และหากเกิดสภาวะไม่ปกติหรือสภาวะสงคราม การจำกัดหรือการละเมิด สิทธิก็ต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักความเท่าเทียมกันระหว่างผู้หญิงกับผู้ชายด้วย

ทั้งนี้ ความเท่าเทียมดังกล่าวมิได้หมายความว่า ผู้หญิงกับผู้ชายจะต้องเท่าเทียมกันในทุกด้าน เนื่องจากความแตกต่างบางประการซึ่งเป็นไปตามธรรมชาติ เช่น สรีระของผู้หญิงทำให้ไม่สามารถ ประกอบอาชีพใช้แรงงานบางประเภทได้เช่นเดียวกับผู้ชาย ผู้หญิงจึงต้องถูกจำกัดสิทธิบางประการ เนื่องจากหากให้ผู้หญิงประกอบอาชีพดังกล่าวอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายได้ รัฐหรือนายจ้างจึงอาจ กำหนดข้อห้ามมิให้ผู้หญิงประกอบอาชีพดังกล่าวได้โดยไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคทั่วไป หรือในบาง กรณีผู้หญิงมีความจำเป็นต้องได้รับสิทธิบางประการมากกว่าผู้ชาย เช่น สิทธิในการหยุดงานเนื่องจากการตั้งครรภ์ หรือการให้นมบุตร หรือต้องได้รับความคุ้มครองมากเป็นพิเศษในสภาวะไม่ปกติ เช่น ใน สภาวะสงครามทุกรัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อผู้หญิงเป็นพิเศษ รัฐจะอ้างหลักความเท่าเทียมระหว่างเพศมา ใช้เพื่อจำกัดสิทธิหรือละเว้นต่อการคุ้มครองเป็นพิเศษนั้นมิได้ หากมีความจำเป็นเช่นนี้ รัฐก็อาจปฏิบัติ ต่อผู้หญิงกับผู้ชายแตกต่างกันได้ โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเช่นเดียวกับการปฏิบัติอย่าง แตกต่างบางประการที่สามารถทำได้ โดยคำนึงถึงความสมเหตุสมผล ความสมสัดส่วน และบรรล วัตถุประสงค์ของกฎหมาย¹²

ดังนั้น เพื่อให้การเลือกปฏิบัติสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนและรัฐธรรมนูญ รัฐควรนำ มาตรการทางกฎหมายมาบังคับใช้ เพื่อแก้ไขปัญหาการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม โดยแก้ไขหรือยกเลิก กฎหมาย กฎ หรือระเบียบที่ไม่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน และควรมีการบัญญัติกฎหมายป้องกันการ เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อบุคคลด้วย

2.2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการสมรส

การสมรสมีความเป็นมายาวนาน เรียกได้ว่าเป็นประเพณีหนึ่งที่สืบทอดต่อๆ กันมาตั้งแต่อดีต จนถึงปัจจุบัน โดยมีลักษณะแตกต่างกันออกไปตามแต่ละสังคม ในที่นี้จะอธิบายถึงแนวคิดและทฤษฎี เกี่ยวกับการสมรสพอสังเขป ดังที่จะได้อธิบายต่อไป

¹² เรื่องเดียวกัน. น. 33 – 34.

2.2.1 ความหมายของการสมรส

การสมรส หรือที่นิยมเรียกกันว่า “การแต่งงาน” นั้น เป็นการปฏิบัติที่มีความซับซ้อน สังคมส่วนใหญ่จะมีการปฏิบัติที่บ่งบอกถึงการสมรส สังคมมีความคาดหวังที่จะควบคุมประชากรในครัวเรือน การแบ่งงานกันทำ การแบ่งปันทรัพยากร การแสดงความสัมพันธ์ทางเพศ การสืบพันธุ์ และการเลี้ยงดูบุตร เป็นต้น การสมรสจึงเป็นการสร้างกลุ่มญาติพี่น้องที่เกินขอบเขตไปมากกว่าคู่สามีภรรยา การสมรสทำให้เกิดกลุ่มญาติระหว่างตระกูล การสมรสอาจมีหลายลักษณะ เช่น ผู้ชายสมรสกับผู้หญิงหลายคน หรือผู้หญิงสมรสกับผู้ชายหลายคน ในบางวัฒนธรรมอนุญาตให้มีการสมรสแบบสามีคนเดียวและภรรยาคนเดียว (Monogamy) บางวัฒนธรรมผู้ชายสามารถมีภรรยาได้หลายคน (Polygynous) บางวัฒนธรรมผู้หญิงสามารถมีสามีได้หลายคน (Polyandrous) รูปแบบการสมรสเหล่านี้เป็นเรื่องที่อธิบายได้ด้วยทฤษฎีและการนิยามความหมายของการสมรส แต่นิยามของการสมรสไม่สามารถครอบคลุมรูปแบบการสมรสได้ทั้งหมด ขึ้นอยู่กับแต่ละวัฒนธรรม

นิยามการสมรสในความคิดของมานุษยวิทยามีความแตกต่างหลากหลาย ขึ้นอยู่กับทัศนคติของผู้ศึกษาและผู้ถูกศึกษา ขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย เช่น กฎทางสังคม พฤติกรรม สิทธิ ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล หรือ โครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มสังคม George Peter Murdock¹³ นิยามความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในการสมรสโดยอาศัยการยอมรับทางสังคมที่มีต่อผู้ชายและผู้หญิง ซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องเศรษฐกิจและเพศสัมพันธ์ แต่ Ward Hunt Goodenough¹⁴ นิยามต่างออกไปว่าการสมรสเป็นเรื่องของสิทธิ เพราะการสมรส คือ การทำสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากบุคคลและกลุ่มคน เพื่ออนุญาตให้มีการกระทำทางเพศต่อผู้หญิง และผู้หญิงก็มีสิทธิที่จะมีบุตร โครงสร้างของการสมรสยังชี้ให้เห็นความเป็นไปได้ที่สมาชิกในกลุ่มจะมีคู่ครองเพื่อการสมรส

สำหรับทฤษฎีหน้าที่นิยมได้ให้นิยามของการสมรสว่า เป็นการแทรกแซงของสังคมต่อความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล การสมรสมีความสำคัญในฐานะเป็นการสร้างสัมพันธ์ภาพระหว่างสองครอบครัว ซึ่งต้องกระทำภาระหน้าที่สืบทอดสมาชิกให้สังคม เลี้ยงดูบุตร และกล่อมเกลากันให้เติบโต

¹³ David Levinson, Melvin Ember. (Ed.). Encyclopedia of Cultural Anthropology. New York : Henry Holt and Company. 1996. Pp. 733 - 736. แปลโดย นฤพนธ์ คังวิเศษ. 2551. เข้าถึงได้จาก : <http://www.sac.or.th/main/uploads/article/51-12-02-wedding.pdf>, 6 ธันวาคม 2556.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน.

ในสังคม ตามคำอธิบายของทฤษฎีหน้าที่นิยม เชื่อว่าการสมรส คือ การที่สังคมเข้าไปจัดระเบียบ และตรวจสอบสมาชิกในสังคม

อย่างไรก็ตาม มีคำถามเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันนั้นจะทำได้หรือไม่ ในหลายๆ สังคมอนุญาตให้มีการสมรสระหว่างผู้ชายกับผู้ชาย หรือผู้หญิงกับผู้หญิง ซึ่งการสมรสแบบนี้ไม่สอดคล้องกับทฤษฎีหน้าที่นิยม กล่าวคือ การสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นกรณีพิเศษ ทำให้ความหมายของการสมรสทั่วไปอธิบายการสมรสชนิดนี้ไม่ได้ ในทัศนะของนักวิชาการอาจมองว่าการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันไม่ต่างจากการสมรสตามปกติ เพราะจะต้องมีคนใดคนหนึ่งทำหน้าที่เป็นบิดาหรือมารดาเช่นเดียวกับคู่สามีภรรยาที่เป็นชายหญิง

นักมานุษยวิทยาที่ใช้แนวคิดวิวัฒนาการมาอธิบายการสมรส กล่าวว่า การสมรสเป็นเรื่องของพฤติกรรมส่วนบุคคลมากกว่าเป็นเรื่องโครงสร้างสังคม นักมานุษยวิทยาสายนี้เชื่อว่าการสมรสเป็นเรื่องของการสืบพันธุ์และการเลี้ยงดูบุตร แนวคิดสำคัญ คือ การถ่ายทอดพันธุกรรมจากรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่ง ทารกที่เกิดมาจะต้องพึ่งพาอาศัยบิดามารดา มารดาจะมีบทบาทในการเลี้ยงดูบุตร และทำให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างมารดากับบุตรซึ่งเป็นพัฒนาการทางสังคม และช่วยให้เกิดการปรับตัวในการอยู่รอดของมนุษย์ ทฤษฎีนี้เชื่อว่าการสมรสเป็นการสร้างสายสัมพันธ์ที่เกิดจากการสืบพันธุ์ การที่มนุษย์จับคู่กันก่อนให้เกิดการสืบทอดพันธุกรรมที่เหมาะสม

แม้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับการสมรสจะเป็นสิ่งที่พบเห็นได้ในวงการมานุษยวิทยาในปัจจุบัน แต่ความหลากหลายของสถาบันการสมรสก็ทำให้เกิดคำถามเกี่ยวกับแนวคิดทฤษฎี Rodney Needham ได้ตั้งข้อสังเกตว่าการสมรสไม่มีนิยามที่เป็นสากล เมื่อไรที่มีการสร้างนิยาม เมื่อนั้นก็จะเป็นมุมมองของสังคมใดสังคมหนึ่ง Needham เชื่อว่าการสมรสคือเรื่องราวของสิทธิซึ่งแต่ละสังคมจะให้ความหมายต่างกัน นอกจากนี้ เขายังเชื่อนิยามของการสมรสเป็นสิ่งที่ไม่คงที่ และไม่มีนิยามเดียว และไม่มีใครที่จะสามารถนิยามการสมรสในเชิงทฤษฎีได้อย่างลงตัว นิยามต่างๆ ส่วนอธิบายว่าการสมรส คือ การทำข้อตกลงหรือการยอมรับทางสังคม ซึ่งนี่ไม่พ้นการเป็นสิ่งที่สังคมสร้างขึ้น อย่างไรก็ตาม Needham ยังคงไม่มองข้ามนิยามที่เป็นสากล กล่าวคือ สิทธิบางอย่างอาจเกิดขึ้นในทุกสังคมและไม่จำเป็นต้องมีสังคมเข้ามาควบคุม นอกจากนั้นอาจมีพฤติกรรมที่เป็นสากลที่สามารถอธิบายได้ด้วยทฤษฎีเดียวกัน ถึงแม้ว่าจะไม่มีสิทธิใดๆ เกี่ยวข้องกับการสมรสเลยก็ตาม¹⁵

¹⁵ เรื่องเดียวกัน.

จากแนวคิดในทางมานุษยวิทยาข้างต้นจะพบว่า ในปัจจุบันยังไม่มีผู้ใดที่นิยามความหมายของการสมรสได้อย่างลงตัว ทำได้แค่เพียงการให้นิยามตามความเข้าใจของตนเองเท่านั้น ซึ่งผู้วิจัยเห็นสอดคล้องกับข้อสังเกตของ Needham กล่าวคือ “การสมรส” หมายถึง การทำข้อตกลงความสัมพันธ์เพื่อทำให้เกิดการยอมรับทางสังคมของบุคคลอย่างน้อย 2 คน และเกิดสิทธิและหน้าที่ตามแต่ลักษณะของสังคมจะกำหนดไว้¹⁶

2.2.2 ความเป็นมาของการสมรส

การสมรสมีความเป็นมาอย่างยาวนาน อาจจะเรียกได้ว่าอยู่คู่กับสังคมมนุษย์ได้โดยที่เดิวลักษณะการสมรสในอดีตย่อมขึ้นอยู่กับวิถีชีวิตและประเพณีของชนเผ่าหรือสังคมนั้นๆ ไม่มีแบบแผนตายตัว ทำให้ขนบธรรมเนียมประเพณีการสมรสนี้มีลักษณะรูปแบบที่แตกต่างกันออกไปตามแต่ละสังคม และบริบทแวดล้อมของสังคมนั้น¹⁷

ตามปกติการสืบพันธุ์ของสัตว์ต่างๆ บน โลกนั้น จะมีไว้เพื่อดำรงเผ่าพันธุ์ของตนมิให้หายสาบสูญไป แต่ในกรณีของมนุษย์นั้น การสมรสเป็นมากกว่าการสืบเผ่าพันธุ์ กล่าวคือ ด้วยการที่มนุษย์เป็นสัตว์สังคม การสมรสของมนุษย์จึงมีความเกี่ยวข้องกับประเพณีและวิถีชีวิต หลักศาสนา และกฎระเบียบข้อบังคับ ซึ่งทั้ง 3 สิ่งนี้นำไปสู่การยึดโยงและกำหนดเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการสมรส เพื่อเป็นมาตรการและควบคุมให้เกิดสิทธิและหน้าที่ของกลุ่มสมรสต้องปฏิบัติตาม

ในปัจจุบัน การสมรสที่พบในประเทศต่างๆ โดยมากเป็นการสมรสแบบมีคู่สมรสเพียงคนเดียว (Monogamous) แต่ก็ยังมีบางแห่งที่เป็นการสมรสแบบมีคู่สมรสหลายคน (Polygamous) สามารถจำแนกรูปแบบการสมรสออกเป็น 4 รูปแบบ ดังนี้

- การสมรสระหว่างผู้ชายหลายคนกับผู้หญิงหลายคน การสมรสเช่นว่านี้ยังคงมีอยู่ในแคว้น Malabar ทางตอนใต้ของสาธารณรัฐอินเดีย ซึ่งประชาชนยังคงยึดถือแนวคิดความสัมพันธ์ทางเพศร่วมกันอยู่

¹⁶ เรื่องเดียวกัน.

¹⁷ ปิยนุช โปตะวณิช. “สัญญากับการสมรส.” วิทยานิพนธ์นิสิตาตรมหาบัณฑิต, คณะนิสิตาตร, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528. น. 14.

- การสมรสระหว่างผู้ชายหลายคนกับผู้หญิงคนเดียว การสมรสดังกล่าวเป็นไปตามลัทธินิยมสามีหลายคนในเวลาเดียวกัน (Polyandry) ซึ่งยังมีผู้ถือปฏิบัติอยู่จำนวนน้อยในเขตปกครองตนเองทิเบต ราชอาณาจักรภูฏาน และสาธารณรัฐสังคมนิยมประชาธิปไตยศรีลังกา

- การสมรสระหว่างผู้ชายคนเดียวกับผู้หญิงหลายคน หรือที่นิยมเรียกกันโดยทั่วไปว่า “การสมรสแบบมีภรรยาหลายคน (Polygamy)” ซึ่งมีอยู่ในประเทศที่ประชาชนนับถือศาสนาอิสลาม ศาสนาพราหมณ์ – ฮินดู และศาสนาพุทธในบางประเทศ เช่น ราชอาณาจักรภูฏาน

- การสมรสระหว่างผู้ชายคนเดียวกับผู้หญิงคนเดียว หรือที่นิยมเรียกว่า “การสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียว (Monogamy)” ซึ่งมีอยู่ในประเทศที่ประชาชนนับถือศาสนาคริสต์ และศาสนาพุทธ¹⁸

สมัยโรมัน การสมรสตามกฎหมายมี 2 ลักษณะ ได้แก่ ลักษณะแรกเป็นการสมรสแบบภรรยาอยู่ภายใต้อำนาจของสามี กล่าวคือ ภรรยาจะอยู่ภายใต้ข้อบังคับ 3 ประการ คือ ประการแรกต้องประกอบพิธีกรรมทางศาสนาตามสามี ประการที่สองต้องถือว่าผู้ชายซื้อผู้หญิงมาเป็นภรรยา และประการสุดท้ายต้องอยู่ร่วมกับสามี ส่วนลักษณะที่สองเป็นการสมรสแบบภรรยาไม่ได้อยู่ใต้อำนาจของสามี¹⁹ ซึ่งเป็นที่นิยมอย่างมากในหมู่ประชาชนชาวโรมัน²⁰ อย่างไรก็ตาม ตามกฎหมายโรมันกำหนดอายุของบุคคลที่สามารถสมรสไว้ว่า ผู้ชายต้องมีอายุ 14 ปี ผู้หญิงต้องมีอายุ 12 ปี แต่ถ้าผู้ชายหรือผู้หญิงยังอยู่ใต้อำนาจของบิดาต้องได้รับความยินยอมเสียก่อน ทั้งนี้ วัยสมบูรณ์ต้องมีอายุ 18 ปี²¹

ในประเทศอังกฤษ Lord Penzance ได้ให้คำนิยามของ “การสมรส” ไว้ในคดี HYDE v. HYDE AND WOODMANSEE เมื่อปี ค.ศ. 1866 ความว่า “ข้าพเจ้าเห็นว่า การสมรสของชนชาวคริสเตียนเป็นการสมัครใจใช้ชีวิตร่วมกันตลอดอายุของผู้ชายคนหนึ่งและผู้หญิงคนหนึ่งโดยไม่ปันใจให้แก่ผู้ใดทั้งมวล”²² ผลของความเห็นของผู้พิพากษาในคดีดังกล่าวมีมาถึงปัจจุบัน²³

¹⁸ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน. น. 107 – 108.

¹⁹ สันตัด สะศิวนิช. “ความเป็นโมฆะของการสมรส.” วิทยานพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523. น. 21.

²⁰ พจน์ หาดูเทพินทร์. “สิทธิของชายหญิงที่อยู่ร่วมกันโดยมิได้สมรส.” วิทยานพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548. น. 6.

²¹ สันตัด สะศิวนิช. เรื่องเดียวกัน. น. 21.

²² “I conceive that, marriage, as understood in Christendom, may for this purpose be defined as the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others.”

²³ JSTOR. “THE DEFINITION OF MARRIAGE IN ENGLISH LAW.” [Online] Available at : <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1094962?uid=2&uid=4&sid=21103074982437>, December 6, 2013.

ในสหรัฐอเมริกา การสมรสเป็นสัญญาที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย ส่งผลให้ผู้ชายและผู้หญิง ผู้ที่เข้าทำสัญญาสมรสนั้น จะมีผลผูกพันต่อกันในการอยู่ร่วมกันไปตลอดชีวิตในฐานะสมรส

กรณีของประเทศไทย ประเพณีดั้งเดิมของไทยยอมให้ผู้ชายมีภรรยาหลายคนพร้อมกันได้โดยไม่ผิดกฎหมาย แต่ไม่ยอมให้ผู้หญิงมีสามีมากกว่าหนึ่งคนในเวลาเดียวกัน ซึ่งประเพณีดังกล่าวดำเนินสืบทอดต่อกันมากกว่า 600 ปี เพิ่งจะยุติลงเมื่อ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 เมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ส่งผลให้ประเทศไทยเข้าสู่ระบบพัวเดียวเมียเดียว อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาย้อนกลับไปในอดีต ตั้งแต่สมัยกรุงสุโขทัยจวบจนถึงปัจจุบันพอจะสามารถอธิบายความเป็นมาของการสมรสในประเทศไทยโดยสังเขปได้ ดังนี้

สมัยกรุงสุโขทัย ตามหลักศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงมหาราชยังไม่พบบทบัญญัติเกี่ยวกับการสมรสแต่ประการใด ทั้งนี้ คงต้องอาศัยประเพณีปฏิบัติที่ถือกันมา และมีการสร้างครอบครัวเป็นหลักแหล่งแล้ว อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่ปรากฏในช่วงสมัยเดียวกันนี้ คือ กฎหมายมังรายศาสตร์ ซึ่งได้บัญญัติถึงลักษณะการหมั้น การสมรส การหย่า และการแบ่งสินสมรส²⁴

สมัยกรุงศรีอยุธยาถึงกรุงรัตนโกสินทร์ ผลจากการเสียกรุงศรีอยุธยาครั้งที่ 2 เมื่อ พ.ศ. 2310 ทำให้เอกสารต่างๆ สูญหายไปเกือบหมดสิ้น ภายหลังจากที่สมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชสถาปนากรุงรัตนโกสินทร์แล้ว ได้มีพระราชดำริให้รวบรวมกฎหมายครั้งสมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานี และชำระใหม่ เรียกว่า “กฎหมายตราสามดวง” ซึ่งกฎหมายตราสามดวงนี้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับลักษณะพัวเมียรวมอยู่ด้วย พระอัยการลักษณะพัวเมียนี้เป็นกฎหมายครอบครัวในสมัยกรุงศรีอยุธยา โดยได้กล่าวถึงการสมรสในลักษณะเป็นสามีภรรยาไว้อย่างครบถ้วน นอกจากนี้กฎหมายลักษณะพัวเมียยังได้แบ่งประเภทของภรรยาออกเป็น 3 ประเภท²⁵ ได้แก่ ประเภทแรก เมียกลางเมือง หมายถึง หญิงอันบิดา มารดา กุมมือให้เป็นเมีย คำว่า กุมมือให้ แปลว่า บิดามารดาได้ยินยอมหรือผู้ที่เป็นญาติมีอำนาจยอมยกให้ประเภทที่สอง เมียกลางนอก หมายถึง หญิงที่ชายขอมาเลี้ยงดูเป็นอนุภรรยา มีฐานะเป็นรองจากเมียหลวงหรือเมียกลางเมืองลงมา และประการสุดท้าย เมียกลางทาสี²⁶ หมายถึง หญิงที่ทุกข์ยากชายช่วยไถ่ตัวมา และรับเลี้ยงดูเป็นเมียทาสภรรยา

²⁴ ปิยนุช โปตะวณิช. เรื่องเดียวกัน. น. 15 - 16.

²⁵ พิพิธภัณฑ์ศาลไทย, กองวิทยบริการศาลยุติธรรม. “ปรีศนี...ทีละคำ ?.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.museum.coj.go.th/Pratsanee/pratsanee4.htm>, 6 ธันวาคม 2556.

²⁶ “ทาส” และ “ทาสี” เป็นคำโบราณ ปัจจุบันเขียนว่า ทาส (บ่าวผู้ชาย) และ ทาสี (บ่าวผู้หญิง)

ภรรยาทั้ง 3 ประเภทข้างต้น ถือว่าเป็นภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเหมือนกันทุกคน แต่สิทธิของภรรยาในแต่ละประเภทจะแตกต่างกัน ลดหลั่นกันลงไปตามลำดับ อย่างไรก็ตาม การเป็นสามีภรรยาตามกฎหมายลักษณะคู่สมรสนั้น ไม่ได้มีรูปแบบแต่อย่างใด เพียงแค่เลี้ยงดูออกนอกหน้า หรือแสดงออกอย่างเปิดเผยว่าเป็นคู่สามีภรรยา ก็เพียงพอแล้ว

สมัยปัจจุบัน กฎหมายที่เกี่ยวกับการสมรสถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว อันเป็นกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการสมรส และความสมบูรณ์ของการสมรสว่าการสมรสจะสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการจดทะเบียนสมรส ตามมาตรา 1457 ฉะนั้นจะเห็นได้ว่า รูปแบบการสมรสตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน ได้ให้ความสำคัญเพียงแต่การจดทะเบียนสมรสเท่านั้น โดยไม่ได้คำนึงถึงการจัดงานฉลอง หรือพิธีกรรมทางศาสนาอื่นใดมาเกี่ยวข้อง และจากเงื่อนไขของการสมรสที่ห้ามทำการสมรสซ้อน จึงทำให้ประเทศไทยมีลักษณะการสมรสแบบคู่เดียวเมียเดียวโดยปริยาย

2.2.3 วัตถุประสงค์ของการสมรส

การสมรสของคนในอดีตนั้นจะเป็นการสมรสในแง่ของตนเอง เมื่อประชากรมากขึ้น และมีขนบธรรมเนียมประเพณีที่ชัดเจนขึ้น จึงเกิดการสมรสข้ามเผ่าพันธุ์กันขึ้น แต่วัตถุประสงค์หลักของการสมรสในอดีตคงหนีไม่พ้นการดำรงไว้ซึ่งเผ่าพันธุ์ของตน ซึ่งวัตถุประสงค์ของการสมรสนี้ย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยและกาลเวลา ตามที่ศาสตราจารย์พิเศษ ประสพสุข บุญเดช ได้รวบรวมวัตถุประสงค์ของการสมรสของกลุ่มสมรสไว้ได้ 7 ประการ²⁷ ได้แก่ ประการแรก เพื่อการรับรู้และยอมรับความสัมพันธ์ทางเพศของมนุษย์ (Sexual Gratification) และกำหนดคู่เพศสัมพันธ์ให้เห็นตัวตนได้อย่างชัดเจนและแน่นอน ประการที่สอง เพื่อผลิตสมาชิกให้แก่สังคมหรือเพื่อให้กำเนิดบุตร (Children Production) ประการที่สาม เพื่อการร่วมมือในทุกๆ ทาง (Coordination) เช่น ทางเศรษฐกิจ การปกครอง และความเป็นปึกแผ่นในหมู่วงศ์ญาติ เป็นต้น ประการที่สี่ เพื่อสร้างครอบครัว (Household or Family Formation) โดยการตกลงร่วมกันเพื่อทำหน้าที่ของครอบครัวทั้ง 4 หน้าที่ คือ เพศสัมพันธ์ ผลิตสมาชิกใหม่ เศรษฐกิจและการอบรมสั่งสอนหรือให้การศึกษา และการมีสถานที่กินอยู่หลับนอนร่วมกัน ประการที่ห้า เพื่อสืบทอดทรัพย์สินสมบัติ (Property Handing) ประการที่หก เพื่อให้เด็กรู้จักตนเอง และสามารถวางตนเองได้ถูกต้องและมีจุดยืนที่ดีในสังคม (Self - Identity) และประการสุดท้าย เพื่อการเป็นทายาทที่ถูกต้องตามกฎหมายของสังคมหรือสืบทอดสกุล

²⁷ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน. น. 114 – 115.

จากวัตถุประสงค์ของการสมรสทั้ง 7 ประการข้างต้น พบว่า เป็นวัตถุประสงค์ที่โน้มเอียงในบริบทของสังคมที่ยึดถือคู่สมรสเป็นผู้ชายและผู้หญิง แต่ในปัจจุบันเกิดการแสดงออกทางพฤติกรรมของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมากขึ้น บุคคลในกลุ่มนี้บางคู่ก็ได้ใช้ชีวิตคู่จูงสามีภรรยาคนหนึ่งซึ่งในบางประเทศได้รับรองสิทธิดังกล่าว อันจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์เพื่อการให้กำเนิดบุตรไม่ใช่วัตถุประสงค์หลักของบุคคลในกลุ่มนี้ เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์เพื่อการสร้างครอบครัวนั้นจะพบว่าในความเป็นจริงคู่สามีภรรยาบางคู่อาจไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ โดยอาจจะเกิดความผิดปกติจากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายแต่ด้วยความเป็นผู้ชายและผู้หญิงจึงได้รับสิทธิในการสร้างครอบครัว ซึ่งผิดกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน แม้จะทราบดีว่าไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อกำเนิดบุตร แต่วัตถุประสงค์เพื่อสร้างครอบครัวอย่างถูกต้องตามกฎหมายกลับถูกกีดกันจากสังคม

ดังนั้น วัตถุประสงค์เพื่อการให้กำเนิดบุตรจึงไม่ควรเป็นข้อจำกัดในการสมรส เนื่องจากการสมรสควรให้หมายความรวมถึง กรณีที่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน และเมื่อกฎหมายคุ้มครองถึงบุคคลที่ผูกพันชีวิตอยู่ร่วมกัน ย่อมไม่มีข้อปฏิเสธที่จะยอมรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของบุคคลที่รักเพศเดียวกัน เพราะบุคคลเหล่านี้ก็มีวัตถุประสงค์ที่จะอยู่ร่วมกันคู่สมรสต่างเพศ ด้วยเหตุนี้ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการสมรสไว้แต่เฉพาะบุคคลต่างเพศเท่านั้นจึงเป็นการไม่เหมาะสม

2.3 เจเนอรัลของ การสมรส

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ขนบธรรมเนียมประเพณีของการสมรสในแต่ละสังคมย่อมมีความแตกต่างกัน โดยในแต่ละสังคมหรือประเทศนี้จะกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นต่ำเพื่อใช้เป็นเงื่อนไขของบุคคลที่จะทำการสมรสกัน ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลมิให้เสียประโยชน์จากอีกฝ่ายหนึ่ง และเพื่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งนี้ เงื่อนไขสำคัญของการสมรสอาจแบ่งกว้างๆ ได้ 7 ประการ ดังที่จะได้อธิบายในรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.3.1 การสมรสต้องต่างเพศกัน

เงื่อนไขของการสมรสที่สำคัญที่สุดคือ บุคคลที่จะสมรสกันต้องมีได้มีเพศเดียวกัน ซึ่งน่าจะมาจากหลักพื้นฐานทางธรรมชาติที่สิ่งมีชีวิตต้องดำรงไว้ซึ่งเผ่าพันธุ์ของตน มนุษย์ก็เป็นสิ่งมีชีวิตเช่นกัน และการที่จะสามารถดำรงเผ่าพันธุ์ได้จำเป็นต้องเกิดจากการปฏิสนธิระหว่างผู้ชายและผู้หญิงเพื่อให้กำเนิดบุตรนั่นเอง เมื่อสังคมมนุษย์พัฒนาเป็นสังคมเมือง เกือบทุกประเทศได้บัญญัติรับรองหลักการข้อ

นี้ไว้ในกฎหมาย ในกฎหมายไทยก็บัญญัติหลักเกณฑ์ข้อนี้ไว้ในมาตรา 1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” จากบทบัญญัติดังกล่าว การสมรสที่กฎหมายรับรองในประเทศไทยจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ชายและอีกฝ่ายเป็นผู้หญิงเท่านั้น

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law อย่างประเทศอังกฤษ การสมรสจะเกิดขึ้นระหว่างเพศตรงข้าม หากฝ่าฝืนการสมรสนั้นตกเป็น โมฆะ เงื่อนไขข้อนี้สำคัญมากในระบบกฎหมาย Common Law นอกจากนี้ ยังให้ความสำคัญกับพิธีกรรมทางศาสนา กล่าวคือ การสมรสที่สมบูรณ์และถูกต้องจะต้องประกอบพิธีใน โบสถ์เพื่อให้เกิดความศักดิ์สิทธิ์²⁸ และเพื่อให้พระเจ้ารับรู้ถึงการสมรสของกลุ่มภรรยาคู่หนึ่ง หรือในกรณีของสหรัฐอเมริกา ก็เคยมีการนำคดีเรื่องการขอจดทะเบียนสมรสระหว่างผู้ชายกับผู้ชายขึ้นสู่ศาล ในคดี RICHARD JOHN BAKER AND ANOTHER v. GERALD R. NELSON หรือที่รู้จักกันในนาม BAKER v. NELSON ซึ่งศาลได้พิพากษาไม่ให้นายทะเบียนจดทะเบียนสมรสให้แก่บุคคลที่มีเพศเดียวกัน โดยให้เหตุผลประกอบความว่า “จุดประสงค์ของการสมรสเพื่อการให้กำเนิดบุตรและขยายเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ ก่อนถึงวัยเจริญพันธุ์มนุษย์ย่อมไม่สามารถทำสัญญาสมรสได้ เพราะยังไม่มีคุณสมบัติที่จะสืบพันธุ์ได้ ดังนั้น โดยธรรมชาติย่อมไม่สามารถทำการสมรสได้”²⁹

อย่างไรก็ดี เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 2013 ที่ผ่านมา คำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้ให้คำจำกัดความของการสมรสไว้ว่า “สถานภาพสมรสไม่ใช่สิ่งที่จำกัดเฉพาะคู่สมรสต่างเพศเท่านั้น”³⁰ นั้นหมายความว่า การสมรสอย่างถูกกฎหมายสามารถเกิดขึ้นได้ในคู่รักที่มีเพศเดียวกัน และจะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่างๆ อย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสต่างเพศ

ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ก็ได้กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่คล้ายกัน กล่าวคือ ได้กำหนดเงื่อนไขของการสมรสไว้ว่าบุคคลที่จะทำการสมรสกันจะต้องมิได้มีเพศเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในกฎหมายของหลายประเทศเช่น มาตรา 144 แห่งประมวลกฎหมาย นโปเลียน

²⁸ พัทณี หาญเทพินทร์. เรื่องเดียวกัน. น. 11.

²⁹ อนุช คำทอง. “การสมรสของพวกรักร่วมเพศ.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546. น. 17.

³⁰ BBC News Online. “US Supreme Court in historic rulings on gay marriage” [Online] Available at : <http://www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-23068454#FBM255453>, December 10, 2014.

ที่บัญญัติว่า “ผู้ชายต้องมีอายุ 18 ปี ผู้หญิงต้องมีอายุ 15 ปี ถึงจะทำการสมรสได้”³¹ จากบทบัญญัติ มีนัยในการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับเพศของบุคคลที่จะทำการสมรสกันไว้

ในประเทศไทยดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น มาตรา 1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นตัวกำหนดเงื่อนไขทางเพศของกลุ่มสมรสเอาไว้ ซึ่งตามกฎหมายไทยนี้ยอมรับการสมรสของบุคคลที่มีได้มีเพศเดียวกันเท่านั้น และการสมรสที่สมบูรณ์จะต้องจดทะเบียนสมรสแล้วเท่านั้น ฉะนั้น แม้คู่สมรสจะได้ประกอบพิธีสมรสใหญ่โตเพียงใดก็ไม่ถือเป็นคู่สมรสหากยังมิได้จดทะเบียนสมรส รวมถึงกรณีของบุคคลที่มีเพศเดียวกันด้วย แม้จะประกอบพิธีสมรสอย่างเป็นทางการแค่ไหน แต่กฎหมายไทยไม่อนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันจดทะเบียนสมรส แม้บุคคลผู้นั้นจะทำการแปลงเพศมาแล้วก็ตาม คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 เพศของบุคคลธรรมดากฎหมายรับรองและถือเอาตามกำเนิด หญิงตามพจนานุกรมคือคนที่ออกลูกได้ ผู้ร้องเป็นผู้ชายรับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศแต่ก็ไม่สามารถมีลูกได้ ไม่มีกฎหมายให้ผู้ร้องขอเปลี่ยนแปลงเพศโดยใช้สิทธิทางศาล ดังนั้น บุคคลที่แปลงเพศแล้วก็ไม่สามารถทำการสมรสกับผู้ชายได้ เหตุเพราะเพศเมื่อแรกกำเนิดเป็นผู้ชาย

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าในปัจจุบันหลายประเทศได้ออกกฎหมายรับรองการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันแล้ว ซึ่งเป็นการพัฒนาทางสิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายแก่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเพิ่มมากขึ้นกว่าอดีต และสอดคล้องกับพลวัตทางสังคม (Social Dynamics) ที่เปลี่ยนแปลงไป ประเทศเหล่านั้นจึงมองว่าเงื่อนไขทางเพศมิใช่สาระสำคัญของการสมรสอีกต่อไป

2.3.2 การสมรสต้องเกิดจากความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย

การสมรสที่สมบูรณ์ต้องเกิดจากความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย หากผู้ชายและผู้หญิงไม่ยินยอมสมรสกัน การสมรสครั้งนั้นตกเป็นโมฆะ เงื่อนไขข้อนี้มีความสำคัญอย่างมากตามหลักกฎหมายศาสนา (Cannon Law) กล่าวคือ หากผู้ชายและผู้หญิงมิได้สมัครใจยินยอมที่จะสมรสกัน แม้จะมีพิธีการสมรสทางศาสนาต่อหน้านักบวชและพยานอย่างน้อยสองคน หรือผู้ชายและผู้หญิงได้อยู่กินด้วยกันแล้วก็ตาม การสมรสนั้นก็ยังถือเป็นโมฆะอยู่นั่นเอง³²

³¹ The Napoleonic Code, Articles 144 A man before the age of 18, and a woman before 15 complete, are incapable of contracting marriage.

³² ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน. น. 112.

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law การสมรสต้องเกิดจากความยินยอมของทั้งสองฝ่ายไม่เช่นนั้นจะทำให้การสมรสตกเป็นโมฆะ³³ นอกจากนี้ยังเป็นไปตามหลักในคดี HYDE v. HYDE AND WOODMANSEE ที่ศาลได้วางหลักไว้ว่า “ข้าพเจ้าเห็นว่า การสมรสของชนชาวคริสเตียนเป็นการสมัครใจใช้ชีวิตร่วมกันตลอดอายุของผู้ชายคนหนึ่งและผู้หญิงคนหนึ่งโดยไม่ป็นใจให้แก่ผู้ใดทั้งมวล” อันเป็นการนำหลักกฎหมายศาสนาเข้ามาปรับใช้นั่นเอง

ส่วนกฎหมายไทยในฐานะที่เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ได้บัญญัติเงื่อนไขความสมัครใจทำการสมรสไว้ตั้งแต่ในสมัยใช้พระอัยการลักษณะฝ่าฝืน บทที่ 130 ซึ่งบัญญัติว่า “ชายหญิงพรหมจารีรักใคร่กัน พ่อแม่มีรู้และชายอื่นมาขอหญิงนั้น พ่อแม่ยกให้แก่ชายผู้ขอ ได้แต่งงานมีขันหมาก ครึ่งถึงกำหนดให้ส่งตัวหญิง แต่หญิงนั้นมิยอม ท่านให้เอาขันหมากนั้นตั้งใหม่พ่อแม่ที่คูณแล้วให้ใช้ค่าหอและสิ่งของท่านจงเต็ม เพราะพ่อแม่หญิงมิได้ถามลูกสาวตน”³⁴ ฉะนั้นบุคคลอื่นไม่สามารถตกลงสมัครใจเป็นสามีภรรยาแทนบุตรในการสมรสได้ เพราะการสมรสเป็นเรื่องเฉพาะตัว และเป็นเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้

ในกฎหมายไทยปัจจุบันได้บัญญัติเรื่องความสมัครใจในการสมรสไว้ในมาตรา 1458 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามี ภริยากัน และต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย” หากการสมรสที่มีได้เกิดจากความสมัครใจจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1495 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น การสมรสตามกฎหมายไทยจะต้องเกิดจากความสมัครใจที่จะทำการสมรสจากทั้งสองฝ่าย ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติรับรองเงื่อนไขในข้อนี้ไว้มาตั้งแต่อดีตแล้ว

2.3.3 การสมรสต้องมีวุฒิภาวะเพียงพอ

เงื่อนไขที่ต้องมีวุฒิภาวะนี้ หมายถึง อายุขั้นต่ำที่อนุญาตให้บุคคลสามารถสมรสกันได้ เพราะการสมรสก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่หลายประการ หากบุคคลที่จะทำการสมรสกันมีวุฒิภาวะไม่เพียงพอ ย่อมไม่เป็นผลดีต่อการใช้ชีวิตคู่ ด้วยเหตุนี้กฎหมายในหลายประเทศจึงกำหนดอายุขั้นต่ำ (Minimum Age) ของบุคคลที่จะทำการสมรสเอาไว้ อันเป็นหลักการสากล เพื่อให้เด็กโตพอที่จะรับผิดชอบในเรื่อง

³³ พัจณี หาญเทพินทร์. เรื่องเดียวกัน. น. 12.

³⁴ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน. น.126 - 127.

การสมรสได้ ซึ่งหากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายฝ่าฝืน จะทำให้การสมรสตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่สมรส และจะขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนอีกต่อไปไม่ได้³⁵

ในประเทศอังกฤษสมัยโบราณได้กำหนดอายุขั้นต่ำของบุคคลที่จะทำการสมรสไว้ว่า ผู้ชายจะต้องมีอายุขั้นต่ำ 14 ปี และผู้หญิงจะต้องมีอายุขั้นต่ำ 12 ปี หากผู้ชายและผู้หญิงที่มีอายุต่ำกว่านี้จะไม่สามารถอยู่กินฉันท์สามีภรรยากันได้³⁶ แต่ในปัจจุบันประเทศอังกฤษกำหนดอายุขั้นต่ำของบุคคลที่จะทำการสมรสไว้ที่ 16 ปี หากฝ่าฝืนตกเป็นโมฆะ³⁷ หรือรัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา ได้กำหนดอายุขั้นต่ำของบุคคลที่จะทำการสมรสไว้ที่ 18 ปี ซึ่งเป็นอายุบรรลุนิติภาวะของรัฐนี้ แต่ก็ยังเปิดโอกาสให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่านี้สมรสได้ หากได้รับความยินยอมจากบิดามารดาและได้รับอนุญาตจากศาล³⁸

ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law อย่างสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 144 แห่งประมวลกฎหมายนโปเลียน ที่บัญญัติว่า “ผู้ชายต้องมีอายุ 18 ปี ผู้หญิงต้องมีอายุ 15 ปี ถึงจะทำการสมรสได้” หากฝ่าฝืนจะทำให้การสมรสตกเป็นโมฆะตามมาตรา 201³⁹ หรืออย่างในประเทศไทยได้บัญญัติกำหนดอายุขั้นต่ำของการสมรสไว้ในมาตรา 1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยกำหนดอายุของบุคคลที่จะทำการสมรสไว้ขั้นต่ำที่ 17 ปี แต่ถ้ามีเหตุอันสมควรศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนก็ได้ หากฝ่าฝืนการสมรสครั้งนี้ตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 1504

ดังนั้น จากการศึกษาข้างต้นจะเห็นได้ว่า เมื่อมองในทางอายุที่จะสามารถทำการสมรสได้ในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับบริบทของสังคม บางประเทศยึดถือตามอายุบรรลุนิติภาวะ บางประเทศอนุญาตให้สามารถสมรสได้ก่อนบรรลุนิติภาวะ แต่อยู่ภายใต้ความยินยอมของบิดามารดาและต้องได้รับอนุญาตจากศาลแล้วเท่านั้น

³⁵ เรื่องเดียวกัน. น. 116.

³⁶ เรื่องเดียวกัน.

³⁷ The Marriage Act 1949, Section 2 A marriage solemnized between persons either of whom is under the age of sixteen shall be void.

³⁸ California Family Code, Section 302 (a) An unmarried male or female under the age of 18 years is capable of consenting to and consummating marriage upon obtaining a court order granting permission to the underage person or persons to marry.

³⁹ The Napoleonic Code, Articles 201 A marriage which has been declared null draws after it, nevertheless, civil consequences, as well with regard to the married parties as to their children, where the marriage has been contracted in good faith.

2.3.4 การสมรสต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง

เงื่อนไขข้อนี้เกิดจากการสมรสของบุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ซึ่งตามปกติการสมรสต้องการความยินยอมจากบุคคลที่จะทำการสมรสก็เพียงพอแล้ว แต่กรณีของผู้เยาว์นั้น กฎหมายต้องการคุ้มครองผู้เยาว์จากการตัดสินใจและผลที่จะตามมา โดยในแต่ละประเทศได้กำหนดอายุของผู้เยาว์ไว้แตกต่างกัน

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law อย่างประเทศอังกฤษได้กำหนดเงื่อนไขอายุของการสมรสไว้ขั้นต่ำที่ 16 ปี แต่บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปีที่ทำการสมรสจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ซึ่งมีอำนาจในการปกครองผู้เยาว์ และศาลจะให้ความยินยอมในกรณีที่ผู้เยาว์อยู่ในความปกครองของศาล หรือมีเหตุอันควรศาลอาจให้ความยินยอมก็ได้⁴⁰

ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law อย่างสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้กำหนดเงื่อนไขของอายุที่จะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาไว้เช่นกัน ซึ่งเงื่อนไขบัญญัติไว้ในมาตรา 148 แห่งประมวลกฎหมายนโปเลียน ความว่า “ผู้ชายที่ยังอายุไม่ครบ 25 ปีบริบูรณ์ และผู้หญิงที่ยังอายุไม่ครบ 21 ปีบริบูรณ์ ไม่สามารถทำการสมรสโดยปราศจากความยินยอมจากบิดาและมารดาได้ หากมีความเห็นขัดแย้ง ความยินยอมจากบิดาฝ่ายเดียวก็ถือว่าเพียงพอแล้ว”⁴¹ หากฝ่าฝืนทำการสมรสจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 201

กรณีกฎหมายไทยได้กำหนดเงื่อนไขข้อนี้ไว้ในมาตรา 1454 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า “ผู้เยาว์จะทำการสมรส ให้นำความใน มาตรา 1436 มาใช้บังคับ โดยอนุโลม” กล่าวคือกฎหมายอนุโลมเอาหลักการหมั้นของผู้เยาว์มาใช้ ผู้เยาว์ที่จะทำการสมรสจึงต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา บิดาหรือมารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครอง แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนการสมรสจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1509⁴² และสามารถขอให้ศาลเพิกถอนการสมรสได้ตามมาตรา 1510⁴³

⁴⁰ The Marriage Act 1949, Section 3.

⁴¹ The Napoleonic Code, Articles 148 The son who has not attained the full age of 25 years, the daughter who has not attained the full age of 21 years, cannot contract marriage without the consent of their father and mother; in case of disagreement, the consent of the father is sufficient.

⁴² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1509 การสมรสที่มีได้รับความยินยอมของบุคคลดังกล่าวในมาตรา 1454 การสมรสนั้นเป็นโมฆะ

⁴³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1501 การสมรส ที่เป็นโมฆะ เพราะมิได้รับความยินยอมของบุคคลดังกล่าวใน มาตรา 1454 เฉพาะบุคคลที่อาจให้ความยินยอม ตามมาตรา 1454 เท่านั้น ขอให้เพิกถอนการสมรสได้

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่ากฎหมายประสงฆ์ที่จะให้การสมรสเกิดจากเจตนาที่แท้จริงของบุคคลที่จะทำการสมรส จึงกำหนดเงื่อนไขทางวุฒิภาวะไว้เพื่อคุ้มครองผู้ที่สมรส แต่เมื่อมีความจำเป็นต้องให้ผู้เยาว์ทำการสมรส กฎหมายจึงต้องคุ้มครองผู้เยาว์โดยจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้มีอำนาจปกครอง เพื่อมิให้เกิดการตัดสินใจที่รวดเร็วโดยมิได้ไตร่ตรอง ซึ่งอาจจะทำให้การใช้ชีวิตร่วมกับคู่สมรสไม่ยั่งยืน ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงกำหนดให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองผู้เยาว์เป็นผู้มีอำนาจให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์เพื่อทำการสมรส

2.3.5 การสมรสต้องมีคู่สมรสเพียงคนเดียว

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.2.2 ความเป็นมาของการสมรสจะเห็นได้ว่า รูปแบบการสมรสโดยทั่วไปมี 4 รูปแบบ แต่ที่นิยมกันจะมี 2 รูปแบบ คือ การสมรสระหว่างผู้ชายคนเดียวกับผู้หญิงหลายคน หรือที่นิยมเรียกกันโดยทั่วไปว่า “การสมรสแบบมีภรรยาหลายคน (Polygamy)” ซึ่งแพร่หลายในประเทศที่ใช้กฎหมายอิสลาม และการสมรสระหว่างผู้ชายคนเดียวกับผู้หญิงคนเดียว หรือที่นิยมเรียกว่า “การสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียว (Monogamy)” ซึ่งเป็นรูปแบบที่นิยมแพร่หลายในต่างประเทศทั่วโลก ทั้งนี้ ในหลายประเทศต่างมีบทบัญญัติห้ามการสมรสซ้อน ไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law หรือระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งสอดคล้องกับหลักการสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียว

ระบบกฎหมาย Common Law ได้พัฒนาการมาจากกฎหมายศาสนา (Canon Law) จึงยึดหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติโดยถือบรรทัดฐานจากแนวคำพิพากษา อย่างกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้ยึดถือหลักการสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียว เช่น รัฐแคลิฟอร์เนีย ได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสซ้อนไว้ในมาตรา 281 แห่งประมวลกฎหมายอาญารัฐแคลิฟอร์เนีย⁴⁴ ซึ่งได้วางหลักไว้ว่า “บุคคลทุกคนที่มีสามีหรือภรรยาซึ่งยังมีชีวิตอยู่ ถ้าทำการสมรสกับบุคคลอื่นอีก บุคคลนั้นมีความผิดฐานสมรสซ้อน การพิจารณาความผิดฐานสมรสซ้อน ไม่จำเป็นต้องมีการพิสูจน์พยาน แต่การสมรสจะไม่เป็นการสมรสซ้อนถ้า บุคคลได้ทำการสมรสใหม่ เมื่อสามีหรือภรรยาเดิมได้ละทิ้งเป็นระยะเวลา 5 ปีติดต่อกัน หรือ

⁴⁴ California Penal Code, Section 281 (a) Every person having a husband or wife living, who marries any other person, except in the cases specified in Section 282, is guilty of bigamy.

(b) Upon a trial for bigamy, it is not necessary to prove either of the marriages by the register, certificate, or other record evidence thereof, but the marriages may be proved by evidence which is admissible to prove a marriage in other cases; and when the second marriage took place out of this state, proof of that fact, accompanied with proof of cohabitation thereafter in this state, is sufficient to sustain the charge.

บุคคลได้ทำการสมรสใหม่ โดยการสมรสครั้งก่อนเป็น โหมะ หรือสิ้นสุดลงโดยคำพิพากษาของศาลที่มีอำนาจ⁴⁵ อย่างไรก็ตาม ผลจากการสมรสซ้อนนอกจากทำให้การสมรสตกเป็น โหมะแล้ว บุคคลที่ทำความผิดฐานสมรสซ้อนยังมีโทษทางอาญาคด้วย โดยเป็นโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นดอลลาร์สหรัฐ หรือจำคุกไม่เกินหนึ่งปี ตามนัยมาตรา 283 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย⁴⁶

ส่วนกฎหมายไทยในฐานะที่เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ได้บัญญัติเงื่อนไขการห้ามสมรสซ้อนไว้ในมาตรา 1452 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า “ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้” หากฝ่าฝืนการสมรสนั้นจะตกเป็น โหมะ นอกจากนี้บทบัญญัติข้างต้นยังสอดคล้องกับหลักคำสอนในพระพุทธศาสนาที่ห้ามมิให้ประพฤติดลุกผิดเมียผู้อื่นด้วย ดังนั้นจะเห็นได้ว่า เงื่อนไขการสมรสที่ต้องมีคู่สมรสเพียงคนเดียวถือเป็นสาระสำคัญในหลายประเทศ นอกจากจะเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามหลักศาสนา หรือขนบธรรมเนียมประเพณีแล้ว ยังเป็นการคุ้มครองสถาบันครอบครัวโดยตรงอีกด้วย

2.3.6 การสมรสต้องห้ามกับญาติสืบสายโลหิต

เงื่อนไขข้อนี้ถือว่าเป็นสาระสำคัญของการสมรสอย่างหนึ่ง กล่าวคือ กฎหมายกำหนดเงื่อนไขนี้ไว้ก็ด้วยเหตุผลทางการแพทย์ เพื่อที่จะป้องกันมิให้บุตรที่เกิดมาจากการสมรสต้องเป็นโรคปัญญาอ่อน หรือมีสุขภาพไม่แข็งแรง เพราะบุคคลเหล่านี้จะมีหน่วยพันธุกรรม (Gene) ที่เหมือนกันมากจนเกินไป เช่น บิดากับบุตรสาวมีหน่วยพันธุกรรมที่เหมือนกันถึงร้อยละ 50 ปู่และตากับหลานสาวมีหน่วยพันธุกรรมที่เหมือนกันถึงร้อยละ 25 เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีเหตุผลทางศีลธรรมประกอบด้วย เพราะการที่ญาติสืบสายโลหิต หรือพี่น้องร่วมบิดามารดา ทำการสมรสกันเองย่อมกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของสังคมในทางศีลธรรม ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นข้อห้ามทางสังคมที่เป็นสากลซึ่งยอมรับกันทั่วโลก⁴⁷

⁴⁵ สุภวรรณ ชันไพบูลย์. “ปัญหาสิทธิของสตรีที่สมรสซ้อนโดยสุจริตมาตรการป้องกันและเยียวยาทางด้านกฎหมายและสิทธิมนุษยชน.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2544. น. 53.

⁴⁶ California Penal Code, Section 283 Bigamy is punishable by a fine not exceeding ten thousand dollars (\$10,000) or by imprisonment in a county jail not exceeding one year or in the state prison.

⁴⁷ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน. น. 120 – 121.

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law อย่างประเทศอังกฤษ มีกฎหมายห้ามบุคคลที่เป็นญาติกันทำการสมรส ซึ่งญาติในที่นี้หมายความรวมถึง ญาติอันเกิดจากการสมรสด้วย กล่าวคือ บุคคลที่เกี่ยวข้องทางการสมรสก็ถือว่าเป็นญาติกัน โดยกฎหมายถือว่าสามีภรรยาได้หลอมรวมเป็นเนื้อเดียวกันแล้ว ดังนั้น ญาติของทั้งสองฝ่ายจึงเป็นญาติกัน ถ้าผู้ชายจะสมรสกับน้องสาวภรรยาหลังจากการเสียชีวิตของภรรยาแล้วถือได้ว่าเป็นการสมรสกับน้องสาวของตน แต่ปัจจุบันเงื่อนไขห้ามทำการสมรสระหว่างญาติมิได้เคร่งครัดเช่นเมื่อก่อน⁴⁸ หรืออย่างกรณีสหรัฐอเมริกาได้มีกฎหมายห้ามการสมรสระหว่างบุพการีกับผู้สืบสันดาน พี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา และลุง ป้า น้า อา กับหลาน หากฝ่าฝืนการสมรสของบุคคลดังกล่าวตกเป็นโมฆะ⁴⁹

ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law อย่างสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้บัญญัติเงื่อนไขของการสมรสเช่นเดียวกันนี้ไว้ในมาตรา 161 ถึง มาตรา 163 แห่งประมวลกฎหมายนโปเลียน⁵⁰ ซึ่งสรุปได้ว่าห้ามสมรสระหว่างบุพการีกับผู้สืบสันดาน โดยตรงขึ้นไปหรือลงมา รวมถึงญาติที่เกิดจากการสมรสทางตรง ห้ามสมรสระหว่างพี่น้องร่วมสายโลหิต หรือพี่น้องโดยการสมรส และห้ามสมรสระหว่างลุง ป้า น้า อา กับหลาน หรืออย่างกฎหมายอิสลาม ในพระมหาคัมภีร์อัลกุรอาน บทที่ 4 โองการที่ 23 ก็ได้บัญญัติบุคคลที่ถูกห้ามมิให้สมรสไว้เช่น ห้ามผู้ชายมิให้สมรสกับผู้หญิงที่เป็นมารดาคน มารดาเลี้ยง แม่ นม แม่ยาย พี่สาว น้องสาว ลูกสาว เป็นต้น⁵¹

กรณีกฎหมายไทย ในอดีตได้มีการบัญญัติไว้ในพระอัยการลักษณะห้ามเมีย บทที่ 36 อันเป็นบทบัญญัติที่ห้ามมิให้ทำการสมรสระหว่างญาติ ซึ่งบัญญัติไว้ความว่า “พ่อแม่ลูก พี่น้อง ยายหลาน ตาหลาน ลุงน้าหลาน ทำชู้กันไซ้ให้ทำแพลยผู้นั้นในทะเล ให้เจ้าพ่อแม่พี่น้องพลเมืองทั้ง 4 ประคูดุ ไล่ 8 ตัว ให้พระสมณพราหมณาจารย์สวดทำพิธีการระงับอุบาทว์จันไร น้ำฟ้า น้ำฝนจึงจะตกเป็นประโยชน์แก่คนทั้งหลายฝ่ายพ่อแม่พี่น้องรู้ว่าลูกหลานทำมิชอบ มิได้ว่ากล่าว ท่านว่าเลมิด ให้ลงโทษตามโทษานุโทษ” ซึ่งจากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นว่าพระอัยการลักษณะห้ามเมียห้ามทำการสมรสระหว่างญาติ โดย

⁴⁸ พัจณี หาญเทพินทร์. เรื่องเดียวกัน. น. 11.

⁴⁹ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน. น. 121.

⁵⁰ The Napoleonic Code, Articles 161 In a direct line, marriage is prohibited between all the ascending and descending branches legitimate or natural, and the kindred in the same line.

Articles 162 In the collateral line, marriage is prohibited between brother and sister, legitimate or natural, and the kindred of the same degree.

Articles 163 Marriage is further prohibited between the uncle and the niece, the aunt and the nephew.

⁵¹ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน. น. 121

มิได้ห้ามเฉพาะญาติสายตรงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงญาติสายข้างเคียงด้วย อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันบทบัญญัติที่ห้ามมิให้ทำการสมรสระหว่างญาติได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1450 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า “ชายหญิงซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดี เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาก็ดี จะทำการสมรสกันไม่ได้ ความเป็นญาติดังกล่าวมานี้ให้ถือตามสายโลหิตโดยไม่คำนึงว่าจะจะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่” จากบทบัญญัติในปัจจุบันจะเห็นว่ามีความแตกต่างจากในอดีต กล่าวคือ พระอัยการลักษณะห้ามเมียนั้น ห้ามทำการสมรสระหว่างญาติสายข้างเคียงด้วย แต่บทบัญญัติในมาตรา 1450 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁵² ห้ามเฉพาะญาติทางสายโลหิตสายตรงเท่านั้น

ญาติทางสายโลหิต (Consanguinity) ที่กฎหมายห้ามมิให้บุคคลใดทำการสมรสด้วยนั้นมี 4 ประเภท⁵³ คือ ประเภทแรก ญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป ได้แก่ บิดามารดา ปู่ ย่า ตา ยาย และทวด เช่น บุตรสาวสมรสกับบิดาไม่ได้ ประเภทที่สอง ญาติสืบสายโลหิตลงมา ได้แก่ บุตร หลาน เหลน และเหลื้อ เช่น ปู่สมรสกับหลายสาวไม่ได้ ประเภทที่สาม พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน เช่น พี่ชายสมรสกับน้องสาวไม่ได้ และประเภทสุดท้าย พี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดาเช่น น้องสาวสมรสกับพี่ชายต่างมารดาไม่ได้ อย่างไรก็ตาม หากญาติทางสายโลหิตดังกล่าวฝ่าฝืนทำการสมรส การสมรสนั้นจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1495 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยที่ฐานะความเป็นญาตินี้กฎหมายถือตามความเป็นจริง เช่น บิดากับบุตรสาวนอกกฎหมายแม้จะมีใช้ญาติกันตามกฎหมายแต่ก็เป็นญาติตามความเป็นจริง จึงทำการสมรสกันไม่ได้ นอกจากนี้ การเป็นญาติจากการสมรส (Affinity) หรือการเป็นญาติโดยการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม (Adoption) ก็มีใช้ญาติสืบสายโลหิตโดยตรงกฎหมายจึงไม่ห้ามมิให้ทำการสมรสกัน⁵⁴

2.3.7 การสมรสต้องห้ามกับคนไร้ความสามารถ

บุคคลวิกลจริตซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถก็ดี หรือศาลยังไม่ได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถก็ดี จะสมรสกันไม่ได้ เพราะคนวิกลจริตเป็นคนที่ไม่มีความรู้สึกผิดชอบในการเป็นคู่ครอง

⁵² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1450 ชายหญิงซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดี เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาก็ดี จะทำการสมรสกันไม่ได้ ความเป็นญาติ ดังกล่าวมานี้ให้ถือตามสายโลหิต โดยไม่คำนึงว่าจะจะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

⁵³ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน. น. 121.

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน.

ของกันและกัน ไม่สามารถใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่ของสามีภรรยาได้ นอกจากนี้ ความวิกลจริตอาจจะถ่ายทอดทางพันธุกรรมไปยังบุตรที่เกิดมาได้ หากยอมให้ทำการสมรสแล้วบุตรที่จะเกิดมาอาจจะกลายเป็นภาระแก่สังคมและประเทศได้ กฎหมายจึงห้ามมิให้คนวิกลจริตทำการสมรส ทั้งยังเคยมีแนวคิดที่จะทำหมันคนวิกลจริตเพื่อมิให้มีการแพร่เผ่าพันธุ์อีกด้วย⁵⁵

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law อย่างประเทศอังกฤษ คู่สมรสต้องเข้าใจในสาระสำคัญของการสมรส ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความบกพร่องทางจิตใจ การสมรสที่เกิดขึ้นดังกล่าวตกเป็นโมฆียะ ซึ่งผลของการสมรสจะยังคงอยู่และสมบูรณ์จนกว่าจะมีการบอกล้าง และเมื่อมีการบอกล้างการสมรสแล้วให้ถือว่าไม่เคยมีการสมรสมาตั้งแต่ต้น⁵⁶

ส่วนกฎหมายไทยในฐานะที่เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ได้บัญญัติเงื่อนไขทางความสามารถของบุคคลที่จะสมรสไว้ในมาตรา 1449 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า “การสมรสจะกระทำมิได้ ถ้าชายหรือหญิงเป็นบุคคลวิกลจริตหรือเป็นบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ” ทั้งนี้ หากฝ่าฝืนการสมรสจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1495 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บุคคลที่ถือว่าเป็นบุคคลวิกลจริต (Person of Unsound Mind) หมายถึง บุคคลผู้มีจิตผิดปกติ เพราะสติวิปลาส กล่าวคือ เป็นบุคคลที่ขาดความรำลึก ขาดความรู้สึกผิดชอบชั่วดี และขาดความรับผิดชอบด้วย ความวิกลจริตจึงมีความหมายเฉพาะในทางสังคมและกฎหมาย ไม่ใช่ความหมายในทางการแพทย์ ฉะนั้น บุคคลที่มีภาวะปัญญาอ่อน (Mental Retardation) หรือสมองได้รับอันตรายอย่างถาวร จึงถือว่าเป็นบุคคลวิกลจริต และมีอาจทำการสมรสได้ นอกจากนี้ บุคคลที่ป่วยเป็นโรคเนื้องอกในสมอง ต้องนอนอยู่บนเตียงตลอดเวลา มีอาการพูดไม่ได้ยิน หูไม่ได้ยิน ตาทั้งสองข้างมองไม่เห็น มีอาการอย่างคนไม่มีสติสัมปชัญญะใดๆ ก็ถือว่าเป็นคนวิกลจริต⁵⁷ แต่คนใบ้ แม้จะเป็นใบ้มาแต่กำเนิดก็ไม่ถือว่าเป็น

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน. น. 118 – 119.

⁵⁶ ลาวัญย์ เขมะพันธุ์มนัส, อ้างถึงใน พัทธนี หาญเทพินทร์. เรื่องเดียวกัน. น. 15.

⁵⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 490/2509 คำว่า บุคคลวิกลจริต ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 29 นั้น มิได้หมายเฉพาะถึงบุคคลผู้มีจิตผิดปกติหรือตามที่เข้าใจกัน โดยทั่วไปว่าเป็นบ้าเท่านั้น แต่หมายรวมถึงบุคคลที่มีกิริยาอาการผิดปกติเพราะสติวิปลาส คือ ขาดความรำลึก ขาดความรู้สึก และขาดความรู้สึกผิดชอบชั่วดี เพราะบุคคลดังกล่าวนี้ไม่สามารถประกอบกิจการงานของตนหรือประกอบกิจส่วนตัวของตนได้ที่เดียว

คนวิกลจริต⁵⁸ จึงสามารถทำการสมรสได้ ดังนั้น หลักการที่จะวินิจฉัยว่าบุคคลใดเป็นคนวิกลจริตจนไม่สามารถทำการสมรสได้นั้นมี 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก บุคคลนั้นไม่มีความเข้าใจอย่างเพียงพอถึงธรรมชาติของการสมรส หน้าที่ และความรับผิดชอบอันเกิดจากการสมรสนั้น และประการที่สอง บุตรที่เกิดจากการสมรสนี้จะเป็นบุคคลที่ไม่ปกติ ไม่แข็งแรงสมบูรณ์ และมีความเสี่ยงต่อการมีภาวะทางจิตบกพร่องด้วย⁵⁹

อย่างไรก็ตาม อาการวิกลจริตจะเกิดจากสาเหตุใดๆ ก็ได้โดยไม่จำเป็นต้องเกิดจากสาเหตุตามธรรมชาติ ฉะนั้น การวิกลจริตอันเกิดจากการเสพยา ยาเสพติด หรือแม้แต่ถูกสะกดจิตให้นอนหลับก็ถือว่าเป็นคนวิกลจริตได้ ส่วนกรณีของบุคคลซึ่งศาลได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ (Person Adjudge Incompetent) นั้น เนื่องจากศาลสั่งให้เป็นบุคคลวิกลจริตใดเป็นคนไร้ความสามารถแล้วศาลก็จะส่งคำสั่งไปโฆษณาในราชกิจจานุเบกษา จึงไม่มีปัญหาที่จะได้เถียงว่าบุคคลนั้นเป็นคนไร้ความสามารถหรือไม่แต่อย่างใด⁶⁰

2.4 ความเป็นมาและแนวคิดเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน

แนวคิดเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันได้เป็นกระแสในสังคมมาระยะหนึ่งแล้ว เพียงแต่กระแสดังกล่าวจะรุนแรงเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับบริบทของสังคมนั้นๆ ซึ่งสังคมในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law จะมีความเคร่งครัดและต่อต้านแนวคิดดังกล่าวพอสมควร เนื่องจากขัดแย้งกับคติความเชื่อทางศาสนาซึ่งในที่นี้ ได้ยกตัวอย่างประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law มา 2 ประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ ส่วนสังคมในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law จะได้รับการยอมรับในแนวคิดดังกล่าวอย่างมาก เนื่องจากรัฐธรรมนูญของประเทศได้บัญญัติรับรอง

ผู้ที่ป่วยเป็นโรคเนื่องอกในสมอง ต้องนอนอยู่บนเตียงตลอดเวลา มีอาการพูดไม่ได้ หูไม่ได้ยิน ตาทั้งสองข้างมองไม่เห็น มีอาการอย่างคนไม่มีสติสัมปชัญญะใดๆ ถือว่าเป็นบุคคลวิกลจริตตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 29 แล้ว

⁵⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1552/2504 บุคคลใดแม้จะเป็นคนโง่มาแต่กำเนิดก็ตาม เมื่อศาลยังไม่ได้สั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ ก็ย่อมไม่ใช่บุคคลผู้ไร้ความสามารถตามกฎหมาย ฉะนั้น จึงมีอำนาจดำเนินคดีได้อย่างบุคคลธรรมดาผู้อื่นจะร้องขอให้ศาลตั้งตนเป็นผู้แทนเฉพาะคดีไม่ได้

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1 (12) และมาตรา 56 ศาลจะตั้งผู้แทนเฉพาะคดีให้ก็ต่อเมื่อบุคคลใดเป็นผู้ไร้ความสามารถ และไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทนโดยชอบธรรมทำหน้าที่ไม่ได้

⁵⁹ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน. น. 119 - 120.

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน.

หลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศด้วย จึงทำให้กระแสการต่อต้านไม่รุนแรงเท่าใดนัก ในที่นี้ได้อีกตัวอย่างประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law มา 2 ประเทศคือ สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ทั้งนี้ ในกรณีของประเทศไทยนั้น แม้จะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law แต่ก็ยังไม่มีกฎหมายที่รองรับสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ดังรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.4.1 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law

แนวคิดเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันมีมาตั้งแต่ระยะหนึ่งแล้ว โดยการเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพในการสมรสนี้ เกิดจากการเรียกร้องให้นำหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนมาใช้อย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่เลือกปฏิบัติต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law หลายประเทศมีกฎหมายรับรองให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันทำการสมรสกันได้แล้ว แต่ในอีกหลายประเทศไม่มีกฎหมายรับรอง เนื่องจากระบบกฎหมาย Common Law มีลักษณะเป็นกฎหมายที่ยึดถือจารีตประเพณี วัฒนธรรม และหลักการทางศาสนาเป็นสำคัญ ทำให้การเรียกร้องสิทธิค่อนข้างลำบาก เพราะก่อนที่จะออกกฎหมายให้รับรองได้ ต้องทำให้สังคมยอมรับสิทธิและเสรีภาพในเรื่องนี้ให้ได้เสียก่อน

2.4.1.1 สหรัฐอเมริกา

ความเป็นมาในการเรียกร้องสิทธิของบุคคลที่รักเพศเดียวกันในสหรัฐอเมริกา เริ่มต้นเมื่อวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1969 เมื่อตำรวจนิวยอร์กบุกเข้าค้น Stonewall Inn อันเป็นศูนย์รวมของผู้ชายที่รักเพศเดียวกัน (Gay) เนื่องจากช่วงทศวรรษที่ 1950 ถึง 1960 สหรัฐอเมริกายังคงมีกฎหมายวิถดการทางเพศ (Sodomy Law) ที่บัญญัติว่าการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันเป็นสิ่งผิดกฎหมายและมีโทษจำคุก จึงทำให้บุคคลที่รักเพศเดียวกันไม่สามารถแสดงออกในรสนิยมของตนได้ นอกจากนี้ ในทศวรรษ 1950 ได้มีขบวนการไล่ล่าฝ่ายซ้ายซึ่งนำโดยวุฒิสมาชิก Joseph McCarthy ที่ถือว่าการเป็นบุคคลที่รักเพศเดียวกันเป็นภัยต่อความมั่นคงของชาติ⁶¹

⁶¹ พิมพ์สิริ เพชรน้ำรอบ. “จาก 1969 ถึง 2013 : 44 ปีของสิทธิ LGBT ในสหรัฐอเมริกา.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://prachatai.com/journal/2013/07/47478>, 7 ธันวาคม 2556.

ต่อมาในปี ค.ศ. 2003 ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา ได้ตัดสินให้รัฐเท็กซัสแพ้คดีในกฎหมายที่เลือกปฏิบัติต่อผู้มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันในคดี LAWRENCE v. TEXAS⁶² ผลจากคำพิพากษาดังกล่าว ทำให้กฎหมายวิถาวรทางเพศของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (Same Sex Sodomy Laws) ตกเป็นโมฆะในหลายรัฐ เช่น รัฐแคนซัส รัฐโอกลาโฮมา และรัฐมิสซูรี เป็นต้น⁶³ โดยทำให้การสมรสของบุคคลที่รักเพศเดียวกันได้รับการยอมรับเป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ. 2003 โดยศาลฎีกาแห่งรัฐแมสซาชูเซต⁶⁴

เมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม ค.ศ. 2008 ศาลฎีกาแห่งรัฐแคลิฟอร์เนียได้ตัดสินว่า คำว่า “เพศตรงข้าม (Opposite Sex)” ในกฎหมายการสมรสที่มีอยู่ละเมิดต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญของรัฐที่มีเพศเดียวกัน จากผลของคำพิพากษาดังกล่าว ส่งผลให้การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในรัฐแคลิฟอร์เนีย มีผลตามกฎหมายแห่งรัฐ⁶⁵ อย่างไรก็ดี การต่อสู้เพื่อสิทธิการสมรสของบุคคลที่รักเพศเดียวกันในรัฐแคลิฟอร์เนียก็น่าสนใจอย่างยิ่ง แม้ว่าจะมีความซับซ้อนในการทำความเข้าใจในกระบวนการยุติธรรมระบบศาลของรัฐอเมริกาอยู่บ้าง

ในการเลือกตั้งเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2008 ซึ่งนายบารัค โอบามาได้เป็นประธานาธิบดีสมัยแรก และได้มีการเสนอญัตติหมายเลข 8 (Proposition 8 ; Prop. 8) เพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญรัฐแห่งแคลิฟอร์เนีย ซึ่งญัตติหมายเลข 8 ได้เสนอให้เพิ่มข้อ 7.5 เข้าไปในรัฐธรรมนูญแห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย ความว่า “การสมรสระหว่างผู้ชายและผู้หญิงเท่านั้นที่จะมีผลตามกฎหมายและได้รับการรับรองในรัฐแคลิฟอร์เนีย” ทั้งนี้ก่อนหน้านั้น การสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันนั้นได้รับการรับรองตามกฎหมายในรัฐแคลิฟอร์เนีย เพราะในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2008 ศาลฎีกาแห่งรัฐแคลิฟอร์เนียได้ตัดสินว่า “การจำกัดสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันตามญัตติหมายเลข 22 ซึ่งถูกเสนอในปี ค.ศ. 2000 นั้นละเมิดรัฐธรรมนูญแห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย” ทำให้การสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันซึ่งได้รับการรับรองตามกฎหมายในรัฐแคลิฟอร์เนียต้องถูกยกเลิกไป ทั้งนี้ ผู้มีสิทธิเลือกตั้งได้ลงคะแนนเสียงคัดค้าน

⁶² โปรดดู “LAWRENCE v. TEXAS” [Online] Available at : <http://www.law.cornell.edu/supct/html/02-102.ZS.html>, December 8, 2013.

⁶³ Murphy, Jarrett. “High Court Rejects Sodomy Law” [ONLINE] From URL : <http://www.cbsnews.com/news/high-court-rejects-sodomy-law>, December 8, 2013.

⁶⁴ Burge, Kathleen. “SJC : Gay marriage legal in Mass” [ONLINE] From URL : http://www.boston.com/news/local/massachusetts/articles/2003/11/18/sjc_gay_marriage_legal_in_mass, December 8, 2013.

⁶⁵ Mintz, Howard. “California Supreme Court legalizes same-sex marriage” [ONLINE] From URL : http://www.mercurynews.com/breakingnews/ci_9269719, December 8, 2013.

คำตัดสินของศาลฎีกาแห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย โดยการรับรองญัตติหมายเลข 8 ด้วยคะแนนร้อยละ 52.24 ต่อ ร้อยละ 47.76⁶⁶

โดยคดี HOLLINGSWORTH v. PERRY เริ่มต้นขึ้นในปี ค.ศ. 2009 เมื่อเสมียนเขต ปฏิเสธใบรับรองการสมรสของ Miss Kristin Perry และ Miss Sandra Stier เนื่องจากทั้งคู่เป็นผู้หญิง ในปี ค.ศ. 2010 ผู้พิพากษา Vaughn Walker แห่งศาลชั้นต้นรัฐบาลกลาง ณ เขตเหนือของรัฐแคลิฟอร์เนีย ตัดสินว่า ญัตติหมายเลข 8 ละเมิดรัฐธรรมนูญแก้ไขครั้งที่ 5 (Fifth Amendment) ที่กล่าวว่า “ไม่มีรัฐใด สามารถทำให้บุคคลสูญเสียชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน โดยปราศจากกระบวนการอันชอบด้วยกฎหมาย หรือปฏิเสธการคุ้มครองโดยเท่าเทียมกันแห่งกฎหมายต่อบุคคลที่อยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจกฎหมายของ รัฐนั้น” รัฐแคลิฟอร์เนียไม่ได้ปกป้องญัตติหมายเลข 8 โดยไม่ได้ยื่นอุทธรณ์และต่อสู้อีกในศาลชั้นต้น รัฐบาลกลาง แต่หลังจากนั้นกลุ่มผู้สนับสนุนญัตติหมายเลข 8 ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์สหรัฐมา จนถึงศาลสูงสหรัฐ อย่างไรก็ตาม ในวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 2013 ศาลสูงสหรัฐตัดสินว่า “กลุ่ม ผู้สนับสนุนญัตติหมายเลข 8 ไม่มีอำนาจที่องภายใต้รัฐธรรมนูญมาตรา 3 เมื่อรัฐแคลิฟอร์เนียไม่ได้เป็นผู้ ยื่นอุทธรณ์เพื่อปกป้องกฎหมายของรัฐ ทำให้คำพิพากษาแห่งศาลชั้นต้นรัฐบาลกลางถือเป็นคำพิพากษา สูงสุด” ส่งผลให้ญัตติหมายเลข 8 ไม่มีผลบังคับใช้ตามกฎหมายในทันที และทำให้การสมรสระหว่าง บุคคลที่มีเพศเดียวกัน ได้รับการรับรองตามกฎหมายอีกครั้งในรัฐแคลิฟอร์เนีย⁶⁷

นอกจากนี้ ในอีกหลายๆ รัฐได้มีความเคลื่อนไหวในการรับรองสิทธิของบุคคลเหล่านี้ โดยเมื่อวันที่ 10 ตุลาคม ค.ศ. 2008 ศาลฎีกาแห่งรัฐคอนเนตทิคัต พิพากษาว่า “รัฐบัญญัติการจดทะเบียน ร่วมชีวิตแห่งรัฐคอนเนตทิคัต (The State’s Civil Unions Statute) ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มีลักษณะเป็นการ เลือกปฏิบัติต่อคู่รักที่มีเพศเดียวกัน และรัฐต้องยอมรับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน”⁶⁸ ในปีถัดมา สภานิติบัญญัติแห่งรัฐได้ผ่านกฎหมาย Gender - Neutral Marriage Legislation และในปี ค.ศ. 2009 รัฐนิวยอร์กได้เป็นศูนย์กลางขององค์กรผลักดันกฎหมายการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ซึ่งประสบความสำเร็จทั้ง 6 รัฐในภูมิภาค โดยเมื่อวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 2009 รัฐเวอร์มอนต์ได้ผ่านกฎหมายการ

⁶⁶ California Secretary of State. “Statement of Vote: 2008 General Election” [ONLINE] From URL : http://www.sos.ca.gov/elections/sov/2008-general/sov_complete.pdf, December 8, 2013.

⁶⁷ พิมพ์สิริ เพชรน้ำรอบ. เรื่องเดียวกัน.

⁶⁸ McFadden, Robert D. “Gay Marriage Is Ruled Legal in Connecticut.” [Online] Available at : <http://www.nytimes.com/2008/10/11/nyregion/11marriage.html?pagewanted=all>, December 8, 2013.

สมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ซึ่งเป็นรัฐแรกในสหรัฐอเมริกาที่ออกกฎหมายการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันด้วยกระบวนการนิติบัญญัติโดยไม่ผ่านการดำเนินคดีทางศาล⁶⁹

ก่อนที่จะมีการเลือกตั้งประธานาธิบดีแห่งสหรัฐอเมริกา ในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2012 รัฐแมริแลนด์ได้ยอมรับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันที่เกิดขึ้นภายในอำนาจศาลของอื่น แต่จะไม่อนุญาตให้จัดงานสมรสดังกล่าวในขอบเขตดินแดนของตน รัฐนิวยอร์กก็เช่นกัน ได้ยอมรับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันตามกฎหมายแห่งรัฐนั้นว่าถูกต้องตามกฎหมายของรัฐนิวยอร์ก เพียงแต่รัฐนิวยอร์กจะไม่อนุญาตให้กระทำการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในขอบเขตดินแดนของตน⁷⁰ นอกจากนี้ ในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 2012 สภานิติบัญญัติแห่งรัฐอูชิงตันได้ตรากฎหมายการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน และได้จัดทำประชามติรับรองกฎหมายฉบับดังกล่าว เมื่อวันที่ 5 ธันวาคม ค.ศ. 2012 และเริ่มให้อนุญาตครั้งแรกเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2012⁷¹

ในปี ค.ศ. 2013 รัฐบาลหลายแห่งได้ตรากฎหมายรับรองการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน เริ่มจาก The Little Traverse Bay Band of Odawa Indians แห่งรัฐมิชิแกน ได้ตรากฎหมายดังกล่าวภายใต้กฎหมายชนเผ่า (Tribal Jurisdiction) แม้ทางรัฐมิชิแกนยืนยันว่าจะไม่รับรองการสมรสก็ตาม⁷² รัฐโรดไอแลนด์ได้ตราภาษดังกล่าวเมื่อวันที่ 2 พฤษภาคม ค.ศ. 2013 และมีผลบังคับใช้เมื่อ 1 สิงหาคม ค.ศ. 2013⁷³ รัฐเดลาแวร์ได้ตรากฎหมายเมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2013⁷⁴ รัฐมินนิโซตาได้ตรากฎหมายเมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่

⁶⁹ Office of Maine Governor Paul LePage. "Governor Signs LD 1020, An Act to End Discrimination in Civil Marriage and Affirm Religious Freedom" [Online] Available at : <http://www.maine.gov/tools/whatsnew/index.php?topic=Gov+News&id=72146&v=Article-2006>, December 8, 2013.

⁷⁰ Freedom to Marry. "States." [Online] Available at : <http://www.freedomtomarry.org/states>, December 8, 2013.

⁷¹ Turnbull, Lornet. "Gay - marriage measure passing in initial return." [Online] Available at : http://seattletimes.com/html/localnews/2019621744_elexgaymarriage07m.html, December 8, 2013.

⁷² Houston, Sonya. "Tribe marries same-sex couple but state won't recognize it." [Online] Available at : http://editioncn.com/2013/03/17/politics/michigan-same-sex-marriage/index.html?hpt=hp_c5, December 8, 2013.

⁷³ Fox News, AP. "Rhode Island legalizes same-sex marriage." [Online] Available at : <http://www.foxnews.com/politics/2013/05/02/rhode-island-legalizes-same-sex-marriage>, December 8, 2013.

⁷⁴ Eckholm, Erik. "Delaware, Continuing a Trend, Becomes the 11th State to Allow Same - Sex Unions." [Online] Available at : <http://www.nytimes.com/2013/05/08/us/delaware-to-allow-same-sex-marriage.html>, December 8, 2013.

1 สิงหาคม ค.ศ. 2013⁷⁵ รัฐนิวเจอร์ซีย์เริ่มให้ใบอนุญาตสมรสแก่บุคคลที่มีเพศเดียวกันเมื่อวันที่ 21 ตุลาคม ค.ศ. 2013 ซึ่งเป็นไปตามผลการตัดสินของศาลแห่งรัฐนิวเจอร์ซีย์เมื่อวันที่ 21 กันยายน ค.ศ. 2013 เพื่อเป็นการรับประกันและคุ้มครองในความเท่าเทียมกันของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน⁷⁶ และรัฐฮาวายได้ตรากฎหมายในวันที่ 12 พฤศจิกายน ค.ศ. 2013 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ. 2013⁷⁷

อย่างไรก็ตาม เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 2013 ที่ผ่านมา ศาลสูงสหรัฐตัดสินว่า กฎหมายรัฐบาลกลาง คือ กฎหมายคุ้มครองการสมรส (Defense of Marriage Act : DOMA) ข้อ 3 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “คำว่า ‘การสมรส’ หมายถึง การแต่งงานเป็นสามีภรรยาที่ถูกต้องตามกฎหมายระหว่างผู้ชายและผู้หญิงเท่านั้น และคำว่า ‘คู่สมรส’ หมายถึง บุคคลที่เป็นสามีหรือภรรยาของบุคคลที่มีเพศตรงกันข้ามเท่านั้น” การระบุเช่นนี้ทำให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันไม่สามารถเข้าถึงสิทธิตามกฎหมาย 996 ฉบับที่คู่สมรสต่างเพศกันได้รับ เช่น สิทธิในการลดหย่อนภาษี สิทธิในการโอนย้ายสัญชาติหลังจากสมรส สิทธิในการประกันสุขภาพของเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งครอบคลุมไปถึงคู่สมรส ฯลฯ อันถือว่าเป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญแก้ไขครั้งที่ 5 (Fifth Amendment) ของสหรัฐอเมริกา ที่วางหลักไว้ว่า “ไม่มีรัฐใดสามารถทำให้บุคคลสูญเสียชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน โดยปราศจากกระบวนการอันชอบด้วยกฎหมาย หรือปฏิเสธการคุ้มครองโดยเท่าเทียมกันแห่งกฎหมายต่อบุคคลที่อยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจกฎหมายของรัฐนั้น” ซึ่งผลจากคำตัดสินดังกล่าวจะเอื้อประโยชน์ในทางกฎหมายให้กับคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่จดทะเบียนในสหรัฐอเมริกา⁷⁸ และจากการตัดสินในครั้งนี้ศาลสูงสหรัฐได้ให้นิยาม “สถานภาพสมรส” ว่าไม่ใช่สิ่งที่จำกัดเฉพาะคู่สมรสต่างเพศเท่านั้น⁷⁹ กล่าวคือ การสมรสอย่างถูกต้องตามกฎหมายสามารถเกิดขึ้นได้ในคู่รักที่มีเพศเดียวกัน และจะได้รับสิทธิต่างๆ ที่เท่าเทียมกับคู่สมรสต่างเพศ

⁷⁵ Helgeson, Baird., Ragesdale, Jim. “Minnesota to become 12th state to legalize gay marriage.” [Online] Available at : <http://www.startribune.com/politics/statelocal/207313571.html?page=all&prepage=1&c=y#continue>, December 8, 2013.

⁷⁶ Towle, Andy. “NEW JERSEY JUDGE RULES GAY MARRIAGE LEGAL, ORDERS IT TO BEGIN.” [Online] Available at : <http://www.towleroad.com/2013/09/new-jersey-judge-orders-gay-marriages-to-begin-october-21.html>, December 8, 2013.

⁷⁷ Lincoln, Mileka. “Hawaii becomes 15th state to legalize same-sex marriage.” [Online] Available at : <http://www.hawaiinewsnow.com/story/23960302/breaking-gov-abercrombie-signs>, December 8, 2013.

⁷⁸ พิมพ์สิริ เพชรน้ำรอบ. เรื่องเดียวกัน.

⁷⁹ BBC News Online. “US Supreme Court in historic rulings on gay marriage.”. Supra note 31.

จากที่กล่าวมาข้างต้นพบว่า การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในสหรัฐอเมริกาเกิดจากการเรียกร้องสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาดังจะเห็นได้จากการที่ศาลสูงในหลายรัฐมีคำพิพากษาในทำนองที่ว่า การห้ามสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนและรัฐธรรมนูญแห่งรัฐ ด้วยเหตุนี้เองจึงทำให้สภานิติบัญญัติของแต่ละรัฐได้ตรากฎหมายออกมาเพื่อคุ้มครองและรับรองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว นอกจากนี้ ผลของคำพิพากษายังชี้ให้เห็นถึงการไม่เลือกปฏิบัติต่อกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอีกด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ใช่ว่าทุกรัฐจะตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิและเสรีภาพนี้ ยังมีรัฐอีกจำนวนมากที่เห็นว่าการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นสิ่งต้องห้าม ซึ่งในปัจจุบันสหรัฐอเมริกามีรัฐที่ตรากฎหมายคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันแล้วทั้งสิ้นเพียง 19 รัฐ และ 1 เขตปกครองพิเศษ ดังตารางที่ 2.1

ตารางที่ 2.1 แสดงรายชื่อรัฐที่มีกฎหมายรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน

ลำดับที่	รัฐหรือเขตปกครองพิเศษ	วันที่มีผลใช้บังคับ	ที่มาของกฎหมาย
1.	รัฐแมสซาชูเซตส์	17 พ.ค. 2004	คำพิพากษาของศาล
2.	รัฐแคลิฟอร์เนีย	28 มิ.ย. 2013	คำพิพากษาของศาล
3.	รัฐคอนเนตทิคัต	12 พ.ย. 2008	คำพิพากษาของศาล
4.	รัฐไอโอวา	27 เม.ย. 2009	คำพิพากษาของศาล
5.	รัฐเวอร์มอนต์	1 ก.ย. 2009	กระบวนการนิติบัญญัติ
6.	รัฐนิวแฮมป์เชอร์	1 ม.ค. 2010	กระบวนการนิติบัญญัติ
7.	เขตปกครองตนเองคิสตริกที่ ออฟ โคลัมเบีย	3 มี.ค. 2010	กระบวนการนิติบัญญัติ
8.	รัฐนิวเจอร์ซีย์	24 มิ.ย. 2011	กระบวนการนิติบัญญัติ
9.	รัฐวอชิงตัน	9 ธ.ค. 2012	การลงประชามติ
10.	รัฐเมน	29 ธ.ค. 2012	การลงประชามติ
11.	รัฐแมริแลนด์	1 ม.ค. 2013	การลงประชามติ
12.	รัฐโรดไอส์แลนด์	1 ส.ค. 2013	กระบวนการนิติบัญญัติ
13.	รัฐเดลาแวร์	1 ก.ค. 2013	กระบวนการนิติบัญญัติ
14.	รัฐมินนิโซตา	1 ส.ค. 2013	กระบวนการนิติบัญญัติ
15.	รัฐนิวเจอร์ซีย์	21 ต.ค. 2013	คำพิพากษาของศาล
16.	รัฐฮาวาย	2 ธ.ค. 2013	กระบวนการนิติบัญญัติ

ตารางที่ 2.1 (ต่อ)

ลำดับที่	รัฐหรือเขตปกครองพิเศษ	วันที่มีผลใช้บังคับ	ที่มาของกฎหมาย
17.	รัฐอิลลินอยส์	1 มิ.ย. 2014	กระบวนการนิติบัญญัติ
18.	รัฐนิวเม็กซิโก	19 ธ.ค. 2013	คำพิพากษาของศาล
19.	รัฐโอเรกอน	19 พ.ค. 2014	คำพิพากษาของศาล
20.	รัฐเพนซิลเวเนีย	20 พ.ค. 2014	คำพิพากษาของศาล

ที่มา : <http://gaymarriage.procon.org/view.resource.php?resourceID=004857>

2.4.1.2 ประเทศอังกฤษ

ในระบบกฎหมาย Common Law การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันถือเป็นโมฆะ ในปี ค.ศ. 1680 Miss Arabella Hunt สมรสกับ Mr. James Howard ต่อมาในปี ค.ศ. 1682 ทั้งคู่ได้หย่าขาดจากกันเพราะ Miss Amy Poulter ได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับซึ่งเธอเป็น “ผู้หญิงที่สมบูรณ์แบบทุกสัดส่วน” และผู้หญิงสองคนไม่สามารถสมรสกันได้⁸⁰ หลังจากนั้น ในปี ค.ศ. 1866 ได้มีคดี HYDE v. HYDE AND WOODMANSEE ซึ่งเป็นกรณีการสมรสแบบมีภรรยาหลายคน (Polygamy) ที่ Lord Penzance ได้วางหลักไว้ว่า “ข้าพเจ้าเห็นว่า การสมรสของชนชาวคริสเตียน เป็นการสมัครใจใช้ชีวิตร่วมกันตลอดอายุของผู้ชายคนหนึ่งและผู้หญิงคนหนึ่ง โดยไม่ปันใจให้แก่ผู้ใดทั้งหมด”⁸¹ ซึ่งเป็นคดีที่ศาลวางหลักไว้ว่าการสมรสต้องเกิดจากความสมัครใจใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างผู้ชายและผู้หญิงคู่หนึ่ง ทั้งนี้ในปี ค.ศ. 1967 คดี TALBOT v. TALBOT ได้ขยายความของลักษณะต้องห้ามของการสมรสให้รวมไปถึงบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศ (Transsexual) มาแล้วด้วย โดย Lord Justice Ormerod ให้ความเห็นว่า “การสมรสเป็นความสัมพันธ์ซึ่งขึ้นอยู่กับเพศกำเนิด มิใช่เพศสภาพ”⁸²

นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 1971 ได้มีการยกเลิกกันถึงพระราชบัญญัติความเป็นโมฆะของการสมรส ค.ศ. 1971 (The Nullity of Marriage Act 1971) ว่าครอบคลุมถึงบุคคลที่ผ่านตัดแปลงเพศแต่

⁸⁰ Mendelson, Sara H. “ Hunt, Arabella (1662 - 1705).” [Online] Available at : <http://www.oxforddnb.com/view/article/14190>, December 9, 2013.

⁸¹ HYDE v. HYDE AND WOODMANSEE [Online] Available at : <http://www.uniset.ca/other/th/LR1PD130.html>.

⁸² Brent, Gail. “Some Legal Problems of the Postoperative Transsexual.” *Journal of Family Law* (1972 - 1973), 12 : 405.

ไม่ใช่บุคคลที่รักเพศเดียวกันหรือไม่⁸³ ภายหลังจึงได้ประกาศว่าการสมรสจะเป็นโมฆะถ้ามิได้เกิดจากผู้ชายและผู้หญิง⁸⁴ โดยก่อนหน้านี้ในประเทศอังกฤษได้ถกเถียงกันในเรื่องการลดโทษ ของบุคคลที่กระทำความผิดในลักษณะที่มีความต้องการทางเพศกับเพศเดียวกัน (Homosexuality) ในประเทศอังกฤษ ซึ่งกฎหมายก่อนหน้านี้ในประเทศอังกฤษได้ป้องกันมิให้มีการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน รวมถึงพระราชบัญญัติการสมรส ค.ศ. 1949 (The Marriage Act 1949) ได้กำหนดว่าการสมรสเป็นเรื่องระหว่างผู้ชายกับผู้หญิง อันสอดคล้องกับพระราชบัญญัติความเป็นโมฆะของการสมรส ค.ศ. 1971 (The Nullity of Marriage Act 1971) ที่ได้ห้ามไว้อย่างชัดเจนว่าการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นโมฆะ⁸⁵

เมื่อปี ค.ศ. 2004 ประเทศอังกฤษได้ตรากฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนทางแพ่ง ซึ่งทำให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันได้รับอนุญาตในฐานะหุ้นส่วนทางแพ่ง (Civil Partnerships) ซึ่งเป็นกฎหมายที่แยกต่างหากจากกฎหมายว่าด้วยการสมรส ทั้งนี้การเป็นหุ้นส่วนทางแพ่งในประเทศอังกฤษ ได้รับอนุญาตภายใต้พระราชบัญญัติหุ้นส่วนทางแพ่ง ค.ศ. 2004 (The Civil Partnerships Act 2004) ที่ให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันมากที่สุด แต่มิใช่ทั้งหมดของสิทธิและความรับผิดชอบอันเกิดจากการสมรส⁸⁶ โดยบุคคลที่เป็นหุ้นส่วนทางแพ่งจะได้รับสิทธิต่างๆ เช่น สิทธิในทรัพย์สินเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศ สิทธิในภาษีของกลุ่มสมรส สิทธิประกันสังคม สิทธิในเงินบำนาญ สิทธิในฐานะญาติเพื่อการรักษาพยาบาล และยังได้รับสิทธิในฐานะผู้ปกครองผู้เยาว์ของหุ้นส่วน เป็นต้น ซึ่งการเลิกหุ้นส่วนจะมีกระบวนการอย่างเป็นทางการคล้ายกับการหย่าร้าง⁸⁷ อย่างไรก็ดี ในปี ค.ศ. 2006 ศาลสูงแห่งสหราชอาณาจักรได้ปฏิเสธข้อเสนอของคู่รักหญิงรักหญิง (Lesbian) ชาวอังกฤษที่ได้สมรสกันตามกฎหมายของประเทศแคนาดา ซึ่งทั้งคู่ได้ร้องขอให้ตนมีฐานะเป็นคู่สมรสกันตามกฎหมายอังกฤษมากกว่าการเป็นเพียงหุ้นส่วนทางแพ่งตามกฎหมายอังกฤษ

⁸³ The Law Reform Commission. Report on Nullity of Marriage. Pp. 4 - 8. [Online] Available at : http://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/rNullity.pdf, December 9, 2013.

⁸⁴ Matrimonial Causes Act 1973, Section 11 (c) that the parties are not respectively male and female.

⁸⁵ The Huffington Post. "England's Gay Marriage Law To Become Legal After Lower House Approval." [Online] Available at : http://www.huffingtonpost.com/2013/07/16/england-gay-marriage-law-_n_3606916.html?ncid=Edlinkusaolp00000009, December 9, 2013.

⁸⁶ BBC News Online. "Lesbians lose legal marriage bid." [Online] Available at : <http://news.bbc.co.uk/2/hi/5230708.stm>, December 9, 2013.

⁸⁷ BBC News Online. "Gay couples to get joint rights." [Online] Available at : http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/3584285.stm, December 9, 2013.

เมื่อการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ได้มีอยู่ในสังคมของชาวอังกฤษอันเกิดจากกฎหมายหุ้นส่วนทางแพ่ง นักวิชาการและผู้มีส่วนได้เสียได้ทำการประเมินโอกาสว่าบุคคลที่มีเพศเดียวกันสามารถสมรสกัน ได้จริงหรือไม่ ผ่านทางเอกสารทางวิชาการหลายฉบับ เช่น เอกสารข้อพิจารณา “Nancy Fraser’s Status Model of Recognition” ที่วิเคราะห์สถานภาพทางสังคมของคู่รักเพศเดียวกัน นอกจากนี้ ในวงวิชาการด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชน และกฎหมายมหาชนของประเทศอังกฤษได้อภิปรายอย่างกว้างขวางในประเด็นของลัทธิ ความเชื่อ และหลักคำสอนทางศาสนาคริสต์กับหลักสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ หลักกฎหมายศาสนาเห็นว่าการแสดงออกของบุคคลที่รักเพศเดียวกันหรือมีรสนิยทางเพศกับเพศเดียวกัน ถือเป็นสิ่งที่ฝ่าฝืนต่อหลักคำสอนทางศาสนาคริสต์ และขัดต่อกฎหมายศาสนา แต่เกิดข้อโต้แย้งในวงวิชาการว่าหลักกฎหมายศาสนาที่มีมาช้านานขัดหรือแย้งกับหลักสิทธิมนุษยชนร่วมสมัยหรือไม่ เพราะในปัจจุบันมนุษย์ย่อมมีเสรีภาพที่จะรักใคร่ชอบพอรหว่างเพศเดียวกันได้ ครอบคลุมเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายฉบับต่างๆ ที่บังคับใช้ภายในประเทศ

ทั้งนี้ หากพิจารณาตามแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่ถือว่ามนุษย์มีสิทธิตามธรรมชาติตั้งแต่กำเนิด และมนุษย์ควรแสดงออกในเรื่องของความรักและการสมรสที่อยู่บนรากฐานของธรรมชาติทั่วไปที่ผู้ชายควรทำการสมรสกับผู้หญิงเท่านั้น ฉะนั้น หากมองการสมรสระหว่างเพศเดียวกัน โดยการตีความอย่างเคร่งครัดของกฎหมายธรรมชาติ (Restrictive Interpretation of Natural Law) ย่อมอาจทำให้เรื่องการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นสิ่งที่ต้องห้าม ดังนั้น มุมมองของหลักคำสอนของศาสนาคริสต์ และแนวคิดกฎหมายธรรมชาติแบบเคร่งครัด ย่อมขัดกับแนวคิดในการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนว่าด้วยการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันอย่างชัดเจน

นอกจากการถกเถียงกันในวงวิชาการกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายศาสนาถึงความเหมาะสมในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศอังกฤษแล้ว ยังได้มีการสำรวจความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ผ่านองค์กรหรือหน่วยงานที่เป็นสมาชิกของสภาสำรวจความคิดเห็นแห่งสหราชอาณาจักร (British Polling Council) โดยผลสำรวจพบว่า ประชาชนส่วนใหญ่สนับสนุนให้มีการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ซึ่งประชาชนกลุ่มที่เห็นด้วยจะอยู่ในช่วงอายุระหว่าง 18 - 24 ปี ในทางตรงกันข้ามกลับพบว่าประชาชนในช่วงอายุ 65 ปีขึ้นไป กลับไม่เห็นด้วยกับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันตามกฎหมาย

แม้ว่าจะพิจารณาถึงหลักความเสมอภาคของบุคคล และหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้วอาจมีประชาชนหรือผู้มีส่วนได้ส่วนเสียบางส่วนเห็นด้วยกับการอนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกัน

สามารถสมรสกันได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย โดยที่กฎหมายเปิดโอกาสให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนสมรสได้เช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศกัน โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ในทางกลับกัน ประชาชนชาวอังกฤษบางส่วนและผู้มีส่วนได้ส่วนเสียที่เกี่ยวข้องกับองค์กรทางศาสนากลับไม่เห็นด้วยกับแนวคิดดังกล่าว เพราะถือว่าขัดกับหลักการทางจารีตประเพณี วัฒนธรรม และศาสนา รวมไปถึงทฤษฎีแนวคิดทางกฎหมายบางสำนักที่ไม่เห็นด้วยกับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากหลักเกณฑ์และวิธีการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายของประเทศอังกฤษที่ได้กำหนดเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำหลายประการระหว่างคู่สมรส (Legal Minimum Criteria) เช่น การสมรสสำหรับผู้มีอายุระหว่าง 16 ถึง 18 ปีที่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครอง (Parent Consent) เป็นต้น แต่กลับไม่มีหลักเกณฑ์และแนวทางการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน โดยชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน

ด้วยเหตุผลข้างต้น รัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรได้ประกาศเจตนาที่จะเสนอกฎหมายการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศอังกฤษ⁸⁸ ทำให้เกิดแนวคิดในการร่างกฎหมายการสมรส (คู่รักที่มีเพศเดียวกัน) ค.ศ. 2012 - 2013 (The Marriage (Same Sex Couples) Bill 2012 - 2013) เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งจะทำให้บุคคลที่อยู่ในกลุ่มดังกล่าวสามารถมีสิทธิที่จะสมรสตามแบบพิธีทางกฎหมาย และสามารถสมรสได้โดยชอบด้วยกฎหมายอย่างเท่าเทียมกับกรณีของบุคคลต่างเพศกัน อันถือเป็นการส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลประการหนึ่ง ซึ่งกฎหมายฉบับนี้จะทำให้กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศสามารถสมรสและใช้ชีวิตคู่ โดยมีกฎหมายมารับรองการสมรสและคุ้มครองชีวิตสมรสให้ชีวิตคู่มีความมั่นคง พร้อมกับการมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายที่ได้มาขณะและภายหลังจากการสมรส ตัวอย่างเช่น สามารถได้รับสวัสดิการสังคมภายหลังจากเกษียณอายุเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศ และสามารถรับสิทธิลดหย่อนภาษีจากความเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น

ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2012 รัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรบรรลุหลักการในการอนุญาตให้มีการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศอังกฤษ⁸⁹ ซึ่งรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรชี้แจงข้อสงสัยจากองค์กรทางศาสนาว่า “ขณะนี้ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อให้องค์กรทางศาสนาประกอบ

⁸⁸ Green, Jessica. “Government proposes introducing gay marriage after Cameron intervention.” [Online] Available at : <http://www.pinknews.co.uk/2011/09/16/government-proposes-introduction-of-full-gay-marriage-after-cameron-intervention>, December 9, 2013.

⁸⁹ Travis, Alan. “Gay marriages and heterosexual civil partnerships may soon be welcomed.” [Online] Available at : <http://www.theguardian.com/lifeandstyle/2011/feb/17/civil-partnerships-marriage>, December 9, 2013.

พิธีกรรมทางศาสนาแก่บุคคลที่มีเพศเดียวกันที่ปรารถนาจะทำการสมรสบนพื้นฐานที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น⁹⁰ ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2012 นายกรัฐมนตรีได้ประกาศ อนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสามารถทำการสมรสกันได้ โดยไม่มีกฎหมายหรือสถาบันทางศาสนาที่เกี่ยวข้องในงานสมรส⁹¹

เมื่อวันที่ 21 พฤษภาคม ค.ศ. 2013 สภาสามัญ (The House of Commons) ได้พิจารณาเห็นชอบกับร่างกฎหมายการสมรส (คู่รักที่มีเพศเดียวกัน) (The Marriage (Same Sex Couples) Bill) ทำให้ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวได้เข้าสู่การพิจารณาของสภาขุนนาง (The House of Lords) และในที่สุดวันที่ 15 กรกฎาคม ค.ศ. 2013 สภาขุนนางได้พิจารณาเห็นชอบกับร่างกฎหมายฉบับดังกล่าว นั่นหมายความว่าร่างกฎหมายฉบับนี้ผ่านแล้ว ซึ่งมันจะถูกส่งกลับไปยังสภาสามัญเพื่อทำการแก้ไขตามที่สภาขุนนางแนะนำ ต่อมาในวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 2013 ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวได้รับพระบรมราชานุญาตให้ประกาศเป็นพระราชบัญญัติการสมรส (คู่รักที่มีเพศเดียวกัน) ค.ศ. 2013 (The Marriage (Same Sex Couples) Act 2013)⁹² ซึ่งพระราชบัญญัตินี้จะมีผลบังคับใช้ในวันที่ 29 มีนาคม ค.ศ. 2014 การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันได้รับสิทธิและ ความรับผิดชอบเหมือนคู่สมรสต่างเพศ อย่างไรก็ตาม ไม่มีศาสนาหรือลัทธิความเชื่อใดที่ถูกบังคับให้ประกอบพิธีสมรสให้แก่บุคคลที่มีเพศเดียวกัน ทั้งนี้การสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันยังเป็นสิ่งต้องห้ามอย่างชัดเจนในศาสนาคริสต์

หลักการของพระราชบัญญัติการสมรส (คู่รักที่มีเพศเดียวกัน) ค.ศ. 2013 (The Marriage (Same Sex Couples) Act 2013) คือ การส่งเสริมการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันให้เท่าเทียมกับบุคคลต่างเพศกัน โดยการที่รัฐเปิดโอกาสให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสามารถสมรสตามแบบพิธีทางกฎหมายอย่างเสมอภาค และยอมก่อให้เกิดสิทธิต่างๆ ตามมาอันจะเป็นประโยชน์ต่อชีวิตรักและชีวิตสมรสของกลุ่มสมรสที่มีเพศเดียวกัน รวมไปถึงการส่งเสริมสิทธิ หน้าที่ และประโยชน์ที่คู่สมรสที่มีเพศเดียวกันพึงจะได้รับเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศ ทั้งในขณะที่สมรสและภายหลังจากการสมรส เช่น

⁹⁰ Government Equalities Office. "Equal civil marriage : a consultation." [Online] Available at : https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/133258/consultation-document_1_.pdf. December 9, 2013.

⁹¹ BBC News Online. "Gay marriage: David Cameron backs church role." [Online] Available at : <http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-20642428>, December 9, 2013.

⁹² BBC News Online. "Same-sex marriage becomes law in England and Wales." [Online] Available at : <http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-23338279>, December 9, 2013.

คู่สมรสเพศเดียวกันปลดเกษียณจากการทำงานประจำก็มีสิทธิได้รับเงินบำนาญจากรัฐ (State Pensions) เช่นเดียวกันคู่สมรสต่างเพศกัน เป็นต้น⁹³

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาจากประวัติความเป็นมาและแนวคิดของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศอังกฤษ พบว่า สังคมอังกฤษยึดคติจารีตประเพณีทางศาสนาคริสต์ ซึ่งในทางศาสนาคริสต์การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นสิ่งต้องห้าม แม้ประเทศนี้จะมีได้มีการเรียกร้องสิทธิในการสมรสอย่างรุนแรง แต่หลักสิทธิมนุษยชนร่วมสมัย และการไม่เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ได้เป็นตัวขับเคลื่อนให้รัฐบาลตรากฎหมายยอมรับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน โดยเริ่มจากกฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนทางแพ่ง ค.ศ. 2004 ที่ยอมรับฐานะของหุ้นส่วนทางแพ่งว่าเสมือนเป็นคู่สมรส ซึ่งสังคมอังกฤษได้เฝ้าติดตามผลของกฎหมายฉบับดังกล่าวมาโดยตลอด จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2013 รัฐสภาได้ตราพระบัญญัติการสมรส (คู่รักที่มีเพศเดียวกัน) ค.ศ. 2013 ขึ้นมา เพื่อยอมรับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันให้เทียบเท่ากับคู่สมรสต่างเพศ และยังแปลงฐานะหุ้นส่วนทางแพ่งให้เป็นคู่สมรสตามกฎหมายฉบับดังกล่าวซึ่งพระราชบัญญัติดังกล่าวจะมีผลบังคับใช้ในวันที่ 29 มีนาคม ค.ศ. 2014

2.4.2 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law

ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law หลายประเทศได้ตรากฎหมายอนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันทำการสมรสกันได้แล้ว แม้กฎหมายในบางประเทศจะมีใช้กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน แต่จะอยู่ในรูปของกฎหมายหุ้นส่วนทางแพ่ง หรือกฎหมายคู่ชีวิตแทน เพื่อต้องการแยกระหว่างคู่สมรสต่างเพศตามกฎหมายว่าด้วยการสมรส กับคู่สมรสที่มีเพศเดียวกันตามกฎหมายเฉพาะ แม้จะมีชื่อเรียกคนละแบบกันแต่โดยหลักการให้ถือเสมือนหนึ่งว่าเป็นคู่สมรสตามกฎหมายว่าด้วยการสมรสนั่นเอง

2.4.2.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ยอมรับสถานะทางกฎหมายของคู่รักที่มีเพศเดียวกันตั้งแต่ปี ค.ศ. 2001 โดยผ่านการจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตตามรัฐบัญญัติหุ้นส่วนชีวิต ค.ศ. 2001 (The Life

⁹³ ปิติเทพ อู๋อินขง. “แนวคิดในการจัดทำกฎหมายว่าด้วยการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันของประเทศไทย : บทสะท้อนการส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างบุคคลในสังคม.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.midnightuniv.org/กฎหมายว่าด้วยการสมรสฯ, 7 ธันวาคม 2556>.

Partnership Act of 2001) ซึ่งมีหลักการเสมือนการสมรส โดยให้สิทธิและหน้าที่แก่คู่รักที่มีเพศเดียวกัน ในหลายเรื่อง เช่น มรดก (Inheritance) เงินค่าอุปการะเลี้ยงดู (Alimony) การประกันสุขภาพ (Health Insurance) การเข้าเมือง (Immigration) และการเปลี่ยนชื่อ (Name Change) เป็นต้น ในปี ค.ศ. 2004 กฎหมายฉบับนี้ได้รับการแก้ไขในส่วนของสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน รวมทั้งการจัดชั้นตอนที่ยุ่งยากในการแบ่งทรัพย์สิน และเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูด้วย

กฎหมายฉบับนี้เป็นความพยายามในการประนีประนอมระหว่างความเท่าเทียมกันของการสมรสของบุคคลที่รักเพศเดียวกัน กับพรรคอนุรักษนิยมที่มองว่าการสมรสไม่ควรรวมถึงบุคคลที่มีเพศเดียวกัน และตามกฎหมายรับรองเฉพาะสิทธิของกลุ่มสมรสต่างประเทศเท่านั้น ทั้งนี้ กฎหมายฉบับดังกล่าวถูกเสนอโดย Mr. Volker Beck จากพรรค The Green Political Party in Germany (The Greens) ซึ่งผ่านการตรวจสอบโดยพรรคร่วมรัฐบาล คือ พรรค Social Democratic Party of Germany (SPD) และพรรค The Greens และในวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีมติเป็นเอกฉันท์สนับสนุนกฎหมายฉบับนี้ จึงนำไปสู่กระบวนการตรากฎหมายตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งในเบื้องต้นกฎหมายได้จูงใจระงับสิทธิบางอย่างเช่น สิทธิในการรับเลี้ยงบุตรบุญธรรมร่วมกัน และสิทธิในเงินบำนาญของคนเป็นหม้ายเพื่อเป็น “การป้องกันพิเศษ” จากรัฐธรรมนูญที่ให้ไว้สำหรับการสมรสและครอบครัว แต่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า “ภาวะพิเศษ (Specialness)” ของการป้องกันไม่ได้อยู่ในปริมาณของการป้องกัน แต่เป็นลักษณะบังคับ (The Obligatory Nature) ของการป้องกัน ในขณะที่การป้องกันของการจดทะเบียนหุ้นส่วนเป็นดุลยพินิจของสภาผู้แทนราษฎร (The Bundestag)

ในปี ค.ศ. 2004 ภายหลังแก้ไขรัฐธรรมนูญตีหุ้นส่วนชีวิต ได้เพิ่มเติมสิทธิของผู้เป็นคู่ชีวิตรวมเข้าไปด้วย คือ ความเป็นไปได้ในการยอมรับบุตรบุญธรรม เงินค่าอุปการะเลี้ยงดู และระเบียบเกี่ยวกับการหย่าร้าง แต่ไม่รวมถึงสิทธิประโยชน์ทางภาษีเหมือนคู่สมรสต่างประเทศซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยซ้ำอีกในการสนับสนุนคู่รักที่มีเพศเดียวกันในกรณีของกฎหมายภาษีเฉพาะ จากคำพิพากษานี้ นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงจำนวนมากในกฎหมายจดทะเบียนหุ้นส่วน นับตั้งแต่ตราขึ้นมา อย่างไรก็ตาม ปี ค.ศ. 2007 จากการสำรวจพบว่า มีหุ้นส่วนชีวิตราว 15,000 คู่ ซึ่ง 2 ใน 3 เป็นคู่รักชายรักชาย⁹⁴ และในปี ค.ศ. 2010 มีหุ้นส่วนชีวิตเพิ่มขึ้นเป็น 23,000 คู่⁹⁵

⁹⁴ Bundeszentrale für Politische Bildung. “Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften.” [Online] Available at : http://www.bpb.de/themen/8NBKK8,0,0,Gleichgeschlechtliche_Lebensgemeinschaften.html, December 10, 2013.

เดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2008 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้มีคำตัดสินในคดีที่ผู้แปลงเพศจากผู้ชายเป็นผู้หญิง ได้ทำการสมรสกับผู้หญิงมากกว่า 50 ปีแล้ว สามารถคงสถานะสมรสกับภรรยาของเธอและเปลี่ยนเพศทางกฎหมายให้เป็นเพศหญิงได้ ซึ่งหลังจากนั้นหนึ่งปีได้ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องดำเนินการแก้ไขกฎหมายที่จำเป็นและเกี่ยวข้องกับเรื่องนี้⁹⁶ แต่กลับไม่มีกฎหมายว่าด้วยวิธีการช่วยเจริญพันธุ์ในคู่รักหญิงรักหญิง เช่น การผสมเทียม การปฏิสนธิในหลอดแก้วที่ไม่ได้ออมนูอย่างชัดเจน หรือบัญญัติห้ามไม่ให้กระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ สมาคมแพทยศาสตร์แห่งเยอรมัน (The German Medical Association) จึงได้พิจารณาถึงความชอบธรรมทางกฎหมายและมีมติไม่ห้ามสมาชิกที่จะดำเนินการดังกล่าวเพราะไม่มีการห้ามไว้จากกฎหมาย หมายความว่า ฆนาคารอสุจิ และแพทย์สามารถผสมเทียมให้แก่ลูกคำที่เป็นหญิงรักหญิงได้

นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 2008 ศาลยุติธรรมยุโรป (The European Court of Justice : ECJ) ได้ตัดสินว่า “การปฏิเสธเงินบำนาญของคนเป็นหม้ายที่หุ้นส่วนเพศเดียวกัน (Same - Sex Partner) เสียชีวิต เป็นการจงใจเลือกปฏิบัติโดยตรง หากเปรียบหุ้นส่วนเป็นคู่สมรส”⁹⁷ แสดงให้เห็นว่า สหภาพยุโรปไม่ต้องการให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่รักเพศเดียวกัน และการตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เมื่อวันที่ 22 ตุลาคม ค.ศ. 2009 ซึ่งตัดสินว่า “สิทธิในความเท่าเทียมของคู่รักจดทะเบียนที่มีเพศเดียวกัน (Same - Sex Registered Couples) ไม่เพียงแต่สิทธิในเงินบำนาญ แต่ยังรวมถึงสิทธิและความรับผิดชอบทั้งหมดที่ใช้กับคู่สมรสตามปกติด้วย”⁹⁸ ส่งผลให้ในวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ. 2009 รัฐบาลผสม คือ พรรค The Christian Democratic Union of Germany (CDU) และพรรค The Free Democratic Party (FDP) ได้ประกาศว่าความไม่เสมอภาคในสิทธิของหุ้นส่วนชีวิตที่มีเพศเดียวกันกับคู่สมรสต่างเพศจะต้องหมดไป อันเป็นไปตามผลการตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่กลับไม่ได้พูดถึงสิทธิในบุตรบุญธรรมของหุ้นส่วนชีวิต อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 2013 คำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ตัดสินว่า “ถ้าหุ้นส่วนชีวิตคนใดคน

⁹⁵ DESTATIS Statistisches Bundessamt. “Deutschlandweit rund 23 000 eingetragene Lebenspartnerschaften.” [Online] Available at : https://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/pm/zdw/2011/PD11__025__p002,templateId=renderPrint.phtml, December 10, 2013.

⁹⁶ Thestar.com. “German court rules in favour of transsexual rights.” [Online] Available at : http://www.thestar.com/news/world/2008/07/23/german_court_rules_in_favour_of_transsexual_rights.html, December 10, 2013.

⁹⁷ BBC News Online. “EU backs gay man’s pension rights.” [Online] Available at : <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7324824.stm>, December 10, 2013.

⁹⁸ Süddeutsche.de. “Verfassungsgericht zu Homo-Ehe Ehe, partner, kinder.” [Online] Available at : <http://www.sueddeutsche.de/politik/verfassungsgericht-zu-homo-ehe-ehe-partner-kinder-1.37224>, December 10, 2013.

หนึ่งได้รับบุตรบุญธรรม หุ่นส่วนชีวิตอีกคนหนึ่งมีสิทธิเป็นบิดาหรือมารดาบุญธรรมของบุตรบุญธรรมผู้นั้นได้ หรือที่รู้จักกันในฐานะบุตรบุญธรรมต่อเนื่อง (Successive Adoptions)⁹⁹

การเลือกตั้งระดับสหพันธรัฐเมื่อวันที่ 22 กันยายน ค.ศ. 2013 ที่ผ่านมา สภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่จะเริ่มปฏิบัติงานในวันที่ 22 ตุลาคม ค.ศ. 2013 และเป็นอีกครั้งที่พรรคเสียงข้างมาก ได้แก่ พรรค SPD พรรค Die Linke และพรรค The Greens สนับสนุนหลักการทางสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ (LGBT Right)¹⁰⁰ แม้ว่าพรรค SPD จะรณรงค์หาเสียง (Campaign) ด้วยนโยบาย “ความเท่าเทียมกัน 100%” สำหรับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ¹⁰¹ ซึ่งสอดคล้องกับผลการสำรวจความคิดเห็นของประชาชน ในปี ค.ศ. 2013 พบว่า ร้อยละ 87 ของประชาชนเยอรมันเห็นว่าพฤติกรรมรักเพศเดียวกันควรได้รับการยอมรับจากสังคม¹⁰² นอกจากนี้กรุงเบอร์ลินยังเป็นเมืองที่เป็นมิตรต่อบุคคลที่รักเพศเดียวกันมากที่สุด 10 อันดับแรกของโลกด้วย¹⁰³

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจัดเป็นประเทศที่ให้อิสระแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมากประเทศหนึ่งในโลก แม้จะยังไม่มีความหมายเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันโดยตรง แต่รัฐบาลยอมให้มีการจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตแทน ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการเคารพในหลักสิทธิมนุษยชนกับบุคคลกลุ่มนี้ อย่างไรก็ตาม ได้มีความพยายามในการเสนอร่างกฎหมายการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันหลายครั้ง แต่กลับแพ้ในการลงคะแนนเสียงรับหลักการ แม้จะยังไม่มีความหมายโดยตรง แต่กฎหมายการจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตสามารถแก้ปัญหาในเรื่องสิทธิและความรับผิดชอบของคู่รักที่มีเพศเดียวกันได้ เพราะกฎหมายได้ให้ความเสมอภาคอย่างเท่าเทียมและไม่เลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะป็นคู่รักที่

⁹⁹ DW.DE. “Germany strengthens gay adoption rights.” [Online] Available at : <http://www.dw.de/germany-strengthens-gay-adoption-rights/a-16612531>, December 10, 2013.

¹⁰⁰ Queer.de. “Linksfraktion bringt Gesetzentwurf zur Ehe-Öffnung ein.” [Online] Available at : http://www.queer.de/detail.php?article_id=20308, December 10, 2013.

¹⁰¹ Queer.de. “Große Koalition vertagt die Gleichstellung.” [Online] Available at : http://www.queer.de/detail.php?article_id=20522, December 10, 2013.

¹⁰² Brown, Ruth. “The Most Gay-Friendly Country in the World is... .” [Online] Available at : <http://www.newser.com/story/169136/the-most-gay-friendly-country-in-the-world-is.html>, December 10, 2013.

¹⁰³ The Independent. “THE TEN BEST PLACES IN THE WORLD TO BE GAY.” [Online] Available at : <http://www.independent.co.uk/life-style/love-sex/taboo-tolerance/the-ten-best-places-in-the-world-to-be-gay-932557.html?action=gallery&ino=10>, December 10, 2013.

มีเพศเดียวกันหรือคู่สมรสต่างเพศ นอกจากนี้สังคมและประชาชนเยอรมันยังมีทัศนคติด้านบวกต่อพฤติกรรมรักเพศเดียวกันของกลุ่มบุคคลเหล่านี้

2.4.2.2 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (A Civil Solidarity Pact) หรือที่รู้จักกันในนาม “PACS” อันเป็นข้อตกลงระหว่างบุคคลสองคนโดยไม่จำกัดเพศ เพื่อการจัดระเบียบชีวิตคู่ของบุคคลเหล่านั้นร่วมกัน ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันนี้กำหนดสิทธิและความรับผิดชอบเสมือนการสมรสแต่จะน้อยกว่าในบางประการ เช่น การรับบุตรบุญธรรม การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นต้น

ก่อนหน้านี้ในปี ค.ศ. 1998 รัฐบาลของนายกรัฐมนตรี Lionel Jospin ได้พยายามผลักดันกฎหมายลักษณะเดียวกัน แต่ฝ่ายขวา (The Right – Wing) หรือพวกอนุรักษนิยมซึ่งเป็นเสียงข้างมากได้ต่อต้านสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ (LGBT Rights) ซึ่งนำโดย Mr. Christine Boutin และ Mr. Philippe de Villiers ที่มองว่าข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันจะก่อความเสียหายในสังคมฝรั่งเศส ทั้งนี้มีเพียงคนเดียวในฝ่ายขวาที่ประกาศตัวสนับสนุนข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน คือ Mrs. Roselyne Bachelot แต่อย่างไรก็ตาม ในที่สุดรัฐสภาแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ผ่านกฎหมายข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันฉบับนี้ในชื่อกฎหมาย Loi n°99 - 944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité เมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน ค.ศ. 1999 ใดๆก็ดี กฎหมายฉบับนี้จะช่วยแก้ปัญหาในสถานะของบุคคลที่อยู่ร่วมกันโดยมิได้สมรส และเป็นหนึ่งในทางเลือกของบุคคลเหล่านั้น เพื่อไม่ให้เกิดการละเลยในสิทธิและความรับผิดชอบที่พึงมีพึงได้รับจากรัฐ

ในปี ค.ศ. 2004 รายงานของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม (Garde des Sceaux) ระบุว่า “PACS เป็นทางเลือกใหม่ในความสัมพันธ์ของคู่สมรส ซึ่งตอบสนองความต้องการจำนวนมาก และจะถูกจารึกไว้ในประวัติศาสตร์ของประเทศ”¹⁰⁴ เมื่อเดือนธันวาคม ค.ศ. 2004 รัฐบาลได้เตรียมการขยายสิทธิที่จะได้รับจากข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน แต่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศฝรั่งเศสกลับมองว่าเป็นความพยายามหลีกเลี่ยงในการอภิปรายประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน¹⁰⁵ ใดๆก็ดี ในปี ค.ศ. 2005 ได้มีการแก้กฎหมายให้คู่รักตามข้อตกลงในการอยู่

¹⁰⁴ Chinardet, Nicolas. “Marriage vs PACS.” [Online] Available at : <http://zefrog.blogspot.com/2005/02/marriage-vs-pacs.html>, December 10, 2013.

¹⁰⁵ The Washington Times. “France ready to change civil pact.” [Online] Available at : <http://www.washingtontimes.com/news/2004/dec/44/20041211-105201-5386r>, December 10, 2013.

ร่วมกันทุกคู่จะต้องยื่นภาษีร่วมกันเช่นเดียวกับคู่สมรส ทั้งนี้เมื่อประเทศฝรั่งเศสนำวิธีการเก็บภาษีแบบก้าวหน้ามาใช้ ทำให้คู่รักตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันจะเสียภาษีน้อยลงกว่าแยกกันเสียภาษี ทั้งนี้ คู่รักตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันยังต้องยื่นภาษีความมั่งคั่ง (Wealth Tax) ด้วย

เมื่อวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 2006 ในรายงานครอบครัวและสิทธิเด็กของรัฐบาล ซึ่งคณะกรรมการการของรัฐบาล (Parliamentary Commission) ได้แนะนำให้มีการเพิ่มเติมสิทธิบางส่วนในข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน ได้แก่ สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในฐานะทายาทโดยธรรม และสิทธิทางภาษี แต่ยังคงห้ามการสมรส การรับบุตรบุญธรรมและการเข้าถึงการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์สำหรับคู่รักที่มีเพศเดียวกัน¹⁰⁶

อย่างไรก็ตาม ในช่วงหาเสียงเลือกตั้งประธานาธิบดีปี ค.ศ. 2012 Mr. François Hollande ผู้สมัครจากพรรคสังคมนิยม (Socialist Party) ได้ประกาศว่าหากตนได้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี ตนจะสนับสนุนการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันและการรับบุตรบุญธรรมของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ¹⁰⁷ และมีแผนที่จะดำเนินการในต้นปี ค.ศ. 2013 หากตนชนะเลือกตั้ง ในที่สุด Mr. François Hollande ชนะการเลือกตั้งได้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งในภายหลัง ช่วงเดือนตุลาคม ค.ศ. 2012 ภายใต้อำนาจของประธานาธิบดี François Hollande ได้เสนอร่างกฎหมายการรับบุตรบุญธรรมและความเท่าเทียมกันในการสมรส ค.ศ. 2012 (The Adoption And Marriage Equality Legislation Bill 2012) เข้าสู่รัฐสภาฝรั่งเศส¹⁰⁸ และในที่สุดกฎหมายฉบับนี้ก็ผ่านรัฐสภาและประธานาธิบดีได้ลงนามเมื่อวันที่ 18 พฤษภาคม ค.ศ. 2013¹⁰⁹ และในวันถัดมาได้ลงประกาศใน Journal Officiel de la République Française¹¹⁰ เพื่อให้มีผลบังคับใช้ตามกฎหมาย

¹⁰⁶ Preserve Marriage. "France : Parliamentary Report on the Family and the Rights of Children." [Online] Available at : <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.preservemarriage.ca/eng/links.htm>, December 10, 2013.

¹⁰⁷ Mulvihill, Evan. "Unpopular French President Nicolas Sarkozy Desperately Woos Les Gais." [Online] Available at : <http://www.queerty.com/unpopular-french-president-nicolas-sarkozy-desperately-woos-gay-rights-20130330>, December 10, 2013.

¹⁰⁸ Pinknews. "Same-sex marriage bill to be introduced in France this October." [Online] Available at : <http://www.pinknews.co.uk/2012/08/26/same-sex-marriage-bill-to-be-introduced-in-france-this-october>, December 10, 2013.

¹⁰⁹ BBC News Online. "France gay marriage: Hollande signs bill into law." [Online] Available at : <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-22579093>, December 10, 2013.

¹¹⁰ โปรดดู JORF n°0114 du 18 mai 2013 page 8253.

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้เปิดให้มีการจดทะเบียนความสัมพันธ์โดยไม่จำกัดเพศของผู้จดทะเบียน ทั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการของประชาชน ไม่ว่าจะเป็นคู่รักที่มีเพศเดียวกันหรือคู่รักต่างเพศที่ไม่ประสงค์ผูกพันตนตามกฎหมายสมรส แม้กฎหมายฉบับนี้จะให้สิทธิและกำหนดความรับผิดชอบเอาไว้เช่นเดียวกับการสมรส แต่กฎหมายยังได้จำกัดสิทธิในบางประการไว้ด้วยเช่น สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการผสมเทียม หรือการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อันอาจกระทบกระเทือนต่อศีลธรรมของประชาชนชาวฝรั่งเศสได้ ทั้งนี้จะเห็นได้ว่า สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้เคารพในหลักเสรีภาพส่วนบุคคล หลักความเสมอภาคของบุคคล หลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคล และยังเป็นการเปิดกว้างต่อสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่แม้จะไม่สามารถทำการสมรสกันตามกฎหมายได้ แต่กฎหมายก็ได้เพิ่มทางเลือกในการจดทะเบียนความสัมพันธ์เอาไว้ อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 2013 ภายใต้การบริหารงานของประธานาธิบดี François Hollande สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ตรากฎหมายการรับบุตรบุญธรรมและความเท่าเทียมกันในการสมรส ค.ศ. 2012 ซึ่งทำให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสามารถทำการสมรสกันได้ ทั้งนี้การออกกฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ได้กระทบต่อกฎหมายว่าด้วยข้อตกลงร่วมกันทางแพ่งแต่อย่างใด กล่าวคือ กฎหมายว่าด้วยข้อตกลงร่วมกันทางแพ่งยังคงมีอยู่ในสังคมฝรั่งเศส และเป็นทางเลือกหนึ่งสำหรับคู่รักที่ไม่ประสงค์ผูกพันตนตามกฎหมายสมรส

2.4.3 ประเทศไทย

ตั้งแต่อดีตมา กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยไม่ได้เป็นที่ยอมรับในสังคม หลายทศวรรษที่ผ่านมา บุคคลเหล่านั้นจึงต้องออกมาเรียกร้องสิทธิในความเท่าเทียมกับเพศอื่น นั่นคือ ความเสมอภาคทางเพศเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาเพศชายเพศหญิงในสังคม ที่ผ่านมาสังคมไทยเคยให้นิยามบุคคลที่มีรสนิยมรักเพศเดียวกันหรือบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างจากเพศกำเนิด ด้วยคำต่างๆ นานา เช่น “โรคจิต” “พวกวิปริตผิดเพศ” “พวกเบี่ยงเบนทางเพศ” หรือถ้อยคำอื่นที่แสดงความหมายในเชิงลบและสะท้อนการไม่ยอมรับจากสังคม ในที่สุดก็นำไปสู่การเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องสิทธิ และกำหนดนิยามของบุคคลเหล่านั้นว่า “กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ” ฉะนั้น การทำความเข้าใจกับเส้นทางการเคลื่อนไหวเพื่อสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในสังคมไทย อาจเป็นวิถีทางหนึ่งที่น่าไปสู่การอยู่ร่วมกันด้วยความเคารพในสิทธิของทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน นอกจากนี้ยังเคยมีกรณีของบริษัทประกันชีวิต ไม่รับประกันชีวิตให้บุคคลที่รักเพศเดียวกัน จนเกิดการต่อสู้คดีในชั้นศาล และทำให้บริษัทประกันชีวิตหลายแห่งในประเทศไทยต้องยอมรับกลุ่มบุคคลที่มีความ

หลากหลายทางเพศให้สามารถทำประกันชีวิตได้ ถึงขนาดมีบางบริษัทให้ระบุชื่อผู้รับผลประโยชน์ที่เป็นเพศเดียวกันในฐานะ “คู่ชีวิต”

การเรียกร้องสิทธิครั้งที่สำคัญที่สุดครั้งหนึ่ง คือ การเรียกร้องให้มีการรับรองสิทธิในหลากหลายทางเพศตามรัฐธรรมนูญ ดังปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550¹¹¹ มาตรา 30 ที่วางหลักไว้ว่า บุคคลย่อมมีความเสมอภาคกันในทางกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง จะกระทำมิได้

จากบทบัญญัติในมาตรา 30 ข้างต้น การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอย่างไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งความแตกต่างด้านถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ ความพิการ จะกระทำไม่ได้ และยังมีบันทึกเจตนารมณ์อีกด้วยว่า “เพศมิได้หมายถึงผู้ชายหรือผู้หญิงเท่านั้น” แต่ยังหมายรวมถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศหรือบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างจากเพศกำเนิดด้วย¹¹² ซึ่งมองว่าเป็นกุญแจดอกสำคัญที่สุดในการเรียกร้องสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ขณะที่สิ่งที่ต้องการเรียกร้องในขั้นต่อไป คือ กฎหมายรับรองสถานภาพคู่ชีวิตที่มีเพศเดียวกัน ประกอบกับหลักการยอร์กยาคาตาร์ (The Yogyakarta Principles) ที่ประยุกต์กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาใช้ ในประเด็นความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ¹¹³ ที่ต้องการให้มีกฎหมายรองรับสถานภาพชีวิตคู่ของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยมีลักษณะคล้ายกฎหมายว่าด้วยการสมรส และรองรับสภาพทางสังคมและความมั่นคงของชีวิต ซึ่งผลของกฎหมายดังกล่าวไม่ได้มีสิทธิเหนือกว่ากฎหมายครอบครัวที่มีอยู่ เพียงแต่สิทธิที่บุคคลที่รักเพศเดียวกันจะได้รับ คือ การรับรองการจดทะเบียนที่ถูกต้องตามกฎหมาย สถานะทางสังคม สิทธิด้านความมั่นคง เช่น มรดก ดูแลบุตร ประกันชีวิต รักษาพยาบาล เป็นต้น ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน

¹¹¹ ปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สิ้นสุดลงแล้ว เว้นแต่หมวด 2 พระมหากษัตริย์ ตามประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 11/2557 ลงวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 และตั้งแต่วันที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2557 เป็นต้นมา ประเทศไทยได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญการปกครองประเทศฉบับปัจจุบัน

¹¹² ธีร์ อาจชายแดน. “ต้น “พ.ร.บ.คู่ชีวิต” เข้าสภา - เครือข่าย LGBT ดึงยังมีชื่ออ่อน.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.prachatai.com/journal/2013/04/46314>, 11 ธันวาคม 2556.

¹¹³ The Yogyakarta Principles on The Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity

ของทุกคนที่รัฐต้องให้ความคุ้มครองคนเหล่านี้ โดยไม่เลือกปฏิบัติเช่นเดียวกับหลายประเทศที่มีกฎหมายดังกล่าวบังคับใช้แล้ว¹¹⁴

อย่างไรก็ตาม ดร. นฤพนธ์ ค้วงวิเศษ นักวิชาการศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร ได้ให้ความเห็นว่า “สังคมเกย์ กะเทย เลสเบี้ยนในไทยเราไม่เหมือนตะวันตก พื้นฐานไม่เหมือนกัน เราไม่มีบทกฎหมายลงโทษแบบตะวันตกศาสนาพุทธก็ไม่ได้มีกฎหมายห้ามหรือลงโทษเหมือนบางศาสนา อันนี้เป็นเงื่อนไขที่ทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในสังคมไทยเราสามารถที่จะอยู่ในชุมชนได้ โดยไม่ถูกกฎหมายลงโทษ แต่ปัญหาที่ซ่อนอยู่คือว่า หลังจากสังคมไทยเปิดรับวิถีคิดเรื่องเพศแบบตะวันตกที่ยกย่องรักต่างเพศ นำไปสู่การปฏิเสธความคิดเรื่องความหลากหลายทางเพศ”¹¹⁵

ประเด็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพให้กับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นเกิดการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากในสังคม เมื่อกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ร่วมมือกับคณะกรรมการการกฎหมาย การยุติธรรม และสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร ทำการยกร่างกฎหมายใหม่ที่เปิดมุมมองเรื่องสิทธิและเสรีภาพกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้กว้างขึ้น โดยใช้ชื่อว่า “ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ...” ซึ่งเป็นร่างกฎหมายที่ทำให้กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่มีคู่ชีวิตเป็นเพศเดียวกัน และใช้ชีวิตร่วมกันเหมือนคู่สามีภรรยา ได้เข้าถึงสิทธิต่างๆ อย่างเท่าเทียมกับชายจริงหญิงแท้ เช่น การรับสิทธิประโยชน์ของคู่ชีวิต การดูแลและการลงนามอนุญาตให้คู่ชีวิตรักษาพยาบาล สิทธิตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ สิทธิลดหย่อนภาษี สิทธิของผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และสิทธิอื่นๆ¹¹⁶

ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นผลมาจากเหตุการณ์ที่นายณที ชีระโรจนพงษ์ หรือที่รู้จักในนาม “เกย์นที” จูงมือคู่รักเพศชายของตนไปยื่นขอจดทะเบียนสมรส ณ ที่ว่าการอำเภอเมืองเชียงใหม่เมื่อวันที่ 9 สิงหาคม พ.ศ. 2555 แต่ถูกปฏิเสธ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ระบุไว้ว่าผู้ชายและผู้หญิงเท่านั้นมีสิทธิ์จดทะเบียนสมรสได้ ซึ่งเกย์นทีได้โต้แย้งว่าการปฏิเสธดังกล่าวเป็นการขัด

¹¹⁴ เกิดโชค เกษมวงศ์วิจิตร. “คุยเฟื่องเรื่องยุติธรรม” *วารสารยุติธรรม*, น. 30. [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : http://www.moj.go.th/upload/main_magazine/uploadfiles/1469col_4294.pdf, 11 ธันวาคม 2556.

¹¹⁵ ชาริป สุวรรณทอง. “เส้นทางหลากหลายคนหลากสี.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.thaitga.com/index.php/library/articles/163-lgbt-human-rights-defender>, 11 ธันวาคม 2556.

¹¹⁶ ประชาชาติธุรกิจออนไลน์. “เปิดร่างกฎหมาย “เพศที่สาม” จดทะเบียน “คู่ชีวิต” ตีทะเบียนเสมือน “สามี – ภรรยา”.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : http://www.prachachat.net/news_detail.php?newsid=1379661719, 11 ธันวาคม 2556.

รัฐธรรมนูญมาตรา 30 ที่มีใจความว่า บุคคลมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากเพศ เชื้อชาติ ศาสนา การศึกษา จะมีสามารถทำได้ หลังจากนั้นเกย์นั้นก็ไปยื่นฟ้องต่อศาลปกครองและศาลปกครองได้ตัดสินว่ารัฐไม่มีความผิด เกย์ที่จึงได้หันมาดำเนินการผลักดันร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ด้วยการเริ่มต้นจากการร้องเรียนไปยังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ โดยมีนายแพทย์แท้จริง สิริพานิช กรรมการสิทธิมนุษยชนเป็นผู้รับเรื่องร้องเรียน และได้แนะนำให้เกย์ที่ติดต่อกับกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ และคณะกรรมการการกฎหมายความยุติธรรม และสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร จึงได้ดำเนินการยกร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ขึ้น¹¹⁷

ทั้งนี้ ศาสตราจารย์ ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ ได้ให้ความเห็นในประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสร้างครอบครัวของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ไว้ว่า “ในกฎหมายครอบครัว การสมรสจะเป็นปัญหาใหญ่สำหรับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เพราะปัจจุบันการสมรสที่ได้รับการรับรองและได้รับสิทธิประโยชน์ตามกฎหมาย คือ การสมรสระหว่างผู้ชายและผู้หญิงเท่านั้น ขณะที่การสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันยังไม่ได้รับการรับรองโดยรัฐไทย เป็นเหตุให้กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศพยายามเรียกร้องสิทธิดังกล่าว”¹¹⁸

เมื่อพิจารณาถึงสาเหตุการเรียกร้องของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ประสงค์ให้สถานะของตนเป็นที่ยอมรับตามกฎหมาย สามารถสรุปได้ 2 ประการ คือ ประการแรก กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศต้องการให้กฎหมายรับรองว่าสิ่งดังกล่าวเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายเป็นหลักประกันประการสำคัญที่จะทำให้สถานะของตนเป็นที่ยอมรับ และประการที่สองก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากประการแรก กล่าวคือ เมื่อกฎหมายรับรองสถานะของบุคคลดังกล่าวแล้ว ตนจะได้มีสถานะเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศทั่วไป และจะได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ที่คู่สมรสทั่วไปพึงมีพึงได้ เช่น สิทธิทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส สิทธิลดหย่อนภาษี สิทธิในการเป็นทายาทโดยธรรม สิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในกรณีคู่สมรสถูกทำละเมิด หรือสิทธิในการดำเนินคดีอาญาแทนคู่สมรส ตลอดจนสิทธิอื่นๆ ที่คู่สมรสต่างเพศพึงมีพึงได้¹¹⁹

¹¹⁷ กรรณฯ สมจิตรานุกิจ. “ทิศทาง LGBT ไทย : ก้าวใหญ่เตรียมคลอดกฎหมาย แต่สังคมไทยยอมรับแล้วจริงหรือ?” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://prachatai.com/journal/2013/04/46338>, 11 ธันวาคม 2556.

¹¹⁸ iLaw. “คนรักเพศเดียวกัน อยู่ตรงไหนในระบบกฎหมายไทย.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://ilaw.or.th/node/2894>, 11 ธันวาคม 2556.

¹¹⁹ จุมพต สายสุนทร. “ฐานะทางกฎหมายของผู้รักร่วมเพศ.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.sapaan.org/article/55.html>, 11 ธันวาคม 2556.

หากพระราชบัญญัติฉบับนี้สามารถตราออกมาใช้บังคับได้ หมายความว่า ความเท่าเทียมกันในสิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยได้เริ่มขึ้นแล้ว ความเสมอภาคและการไม่ถูกเลือกปฏิบัติจะเพิ่มขึ้น เพราะกฎหมายได้ยินยอมให้ทำการสมรสกันได้ แม้จะอยู่ในฐานะคู่ชีวิตก็ตาม แต่มีผลเสมือนคู่สมรสทุกประการ อันเป็นคุ้มครองและรับรองสิทธิให้แก่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศว่าสิทธิที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่นๆ ในสังคม¹²⁰

จากการสำรวจความคิดเห็นของประชาชนที่มีต่อการตรากฎหมายการจดทะเบียนคู่ชีวิตของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน โดยศูนย์สำรวจความคิดเห็น “นิด้าโพล” ของสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ พบว่า ประชาชนร้อยละ 52.96 เห็นด้วยกับการตรากฎหมายดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า จะได้เป็นที่ยอมรับถึงสิทธิต่างๆ รวมถึงเกิดความสมหวังของทั้งสองฝ่ายและต่างประเทศได้เปิดโอกาสในเรื่องนี้แล้ว และประชาชนร้อยละ 33.87 ไม่เห็นด้วยกับการตรากฎหมายดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า อาจจะมีปัญหาตามมาภายหลัง และการจดทะเบียนก็ไม่ได้เป็นที่ยอมรับถึงความรักเสมอไป บางคนสามารถอยู่ด้วยกันได้โดยไม่ต้องจดทะเบียน นอกจากนี้ ประชาชนร้อยละ 13.18 ยังไม่แน่ใจกับการตรากฎหมายดังกล่าว¹²¹ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากผลการสำรวจความคิดเห็นของประชาชน แสดงให้เห็นว่า สังคมไทยได้เปิดรับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้มีจุดยืนในสังคม อันเป็นการสะท้อนถึงการเคารพในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่จะดำรงชีวิตของตน

อย่างไรก็ตาม หากร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้แสดงออกถึงการยอมรับว่าการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นเรื่องถูกต้องตามกฎหมายเหตุใดจึงใช้คำว่า “คู่ชีวิต” แทนคำว่า “คู่สมรส” ซึ่งเหตุการณ์แบบเดียวกันนี้เกิดขึ้นที่ประเทศอังกฤษ ซึ่งออกกฎหมาย “Civil Union” มาเพื่อประกันสิทธิในการสมรสให้กับบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ถึงแม้ประเด็นนี้อาจเป็นเรื่องเล็กน้อย แต่มันก็แสดงให้เห็นว่าสังคมไทยยังสงวนการสมรสตามธรรมเนียมประเพณีให้กับบุคคลต่างเพศเท่านั้น

จากที่กล่าวมาข้างต้น แนวคิดการจดทะเบียนคู่ชีวิตในประเทศไทยเกิดจากการเรียกร้องของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิและเสรีภาพตามหลักสิทธิมนุษยชนที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ นอกจากนี้ภาครัฐยังให้การสนับสนุนและดำเนินการยกร่างพระราชบัญญัติ

¹²⁰ กรวัณณ์ แก้วกัลยา. “จงรักในสิ่งที่ฉันเป็น” ปัญหาการเลือกปฏิบัติต่อเพศที่ 3 และแนวโน้มนสิ่งๆ ที่เรียกว่า “ชัยชนะทางกฎหมายในประเทศไทย.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.l3nr.org/posts/535948>, 11 ธันวาคม 2556.

¹²¹ ศูนย์สำรวจความคิดเห็น “นิด้าโพล” สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ (นิด้า). “โพลชี้สังคมเปิดใจรับเพศที่ 3 หุ่นจดทะเบียนสมรส.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.thairath.co.th/content/edu/345365>, 11 ธันวาคม 2556.

ฉบับดังกล่าว ตลอดจนทัศนคติของสังคมและประชาชน ในปัจจุบัน ได้เปิดกว้าง และรับได้ถ้าจะมีการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันเกิดขึ้นในประเทศไทย

2.4.4 การเปรียบเทียบแนวคิดเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันระหว่างประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law และระบบกฎหมาย Civil Law

ในอดีตกฎหมายของทุกประเทศล้วนมีแนวคิดสำหรับการสมรสที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ การสมรสเป็นการกระทำที่จำกัดไว้เฉพาะกับผู้ชายและผู้หญิงเท่านั้น บุคคลที่รักเพศเดียวกันจึงไม่สามารถสมรสกัน ได้ตามกฎหมาย ภายหลังจึงเกิดการเรียกร้องในสิทธิต่างๆ ของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยอาศัยหลักสิทธิมนุษยชนตามรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศที่ให้นุชนทุกคนได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน นอกจากนี้ ยังอ้างถึงหลักเสรีภาพของบุคคลที่จะกำหนดเส้นทางชีวิตของตนเองภายใต้กรอบแห่งกฎหมาย และการไม่ถูกเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความแตกต่างทางเพศ ซึ่งจากการเรียกร้องดังกล่าวทำให้หลายๆ ประเทศได้ยอมรับในสิทธิของบุคคลเหล่านี้มากขึ้น รวมถึงการยอมรับและอนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสามารถสมรสกัน ได้ด้วย

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาแนวคิดเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law พบว่า ประเทศเหล่านี้มีแนวคิดทางวัฒนธรรมที่ยึดโยงกับหลักศาสนา โดยเฉพาะศาสนาคริสต์ ซึ่งหลักศาสนาเอนี้เองที่เป็นตัวกีดกันกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศออกจากสังคม เพราะศาสนามองว่าบุคคลเหล่านี้เป็นคนบาป แต่เมื่อหลักสิทธิมนุษยชนร่วมสมัยได้เฟื่องฟูขึ้น จึงเกิดการเรียกร้องสิทธิในความเสมอภาคของบุคคลจากบุคคลกลุ่มนี้ ทั้งนี้รัฐธรรมนูญของประเทศก็ได้บัญญัติหลักความเสมอภาคของบุคคลเอาไว้ และคำพิพากษาในหลายคดีก็วางหลักที่คล้ายๆ กัน คือ การห้ามบุคคลที่มีเพศเดียวกันทำการสมรสขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในท้ายที่สุด กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศเหล่านี้ก็สามารถสมรสกับบุคคลที่มีเพศเดียวกันได้ แม้จะยังมีเสียงคัดค้านจากคนในสังคมอยู่บ้างก็ตาม แต่แนวโน้มและทัศนคติของสังคมถือว่าดีขึ้นกว่าในอดีตมาก

ส่วนแนวคิดเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ก็มีลักษณะคล้ายคลึงกับในระบบกฎหมาย Common Law กล่าวคือ รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคของบุคคลเอาไว้ จึงทำให้รัฐบาลในหลายประเทศได้ร่วมกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเพื่อตรากฎหมายอนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันทำการสมรสออกมา แม้จะมีกฎหมายแต่หลายประเทศก็ไม่ได้เรียกว่า “คู่สมรส” โดยเลี่ยงไปใช้คำอื่นแทน เช่น “ข้อตกลงใน

การอยู่ร่วมกัน” “หุ้นส่วนชีวิต” “หุ้นส่วนทางแพ่ง” หรือ “คู่ชีวิต” เป็นต้น ทั้งนี้อาจเป็นความพยายามในการประนีประนอมของสังคมที่ยอมรับการมีตัวตนทางกฎหมายของบุคคลเหล่านั้น จึงยอมให้มีกฎหมายที่ให้สิทธิและหน้าที่เสมือนคู่สมรสต่างประเทศ แต่มียอมให้ใช้คำว่า “คู่สมรส” เพื่อต้องการสงวนไว้เฉพาะผู้ชายและผู้หญิงเท่านั้น

เมื่อพิจารณาจากทั้งระบบกฎหมายทั้งสองระบบ พบว่า การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลและการไม่ถูกเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม อันเกิดจากความแตกต่างทางเพศ ซึ่งเป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชนที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ แม้กฎหมายในบางประเทศจะไม่เรียกว่า “คู่สมรส” แต่ก็แสดงให้เห็นว่า สังคมได้ยอมรับและเคารพในสิทธิและเสรีภาพในการสมรสของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ว่ามีฐานะเท่าเทียมกับผู้ชายและผู้หญิงในสังคม

มหาวิทยาลัยรังสิต
Rangsit University

บทที่ 3

หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ตามกฎหมายของต่างประเทศและประเทศไทย

3.1 กฎหมายต่างประเทศ

หลักสิทธิมนุษยชนอันเป็นหลักปฏิบัติสากลนั้น ถูกพัฒนามาจากหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งเป็นกฎหมายธรรมชาติที่สำคัญอย่างหนึ่ง และเมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้สิ้นสุดลง นานาอารยประเทศได้ร่วมกันก่อตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้นมา เพื่อเป็นหน่วยงานระหว่างประเทศ กลาง ทำหน้าที่พิทักษ์สันติภาพของโลก ซึ่งหนึ่งในงานที่สำคัญหลังจากตั้งองค์การสหประชาชาติ คือ การยกร่างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของพลเมือง เนื่องจากช่วงสงครามได้เกิดการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับนี้ได้กลายเป็นพื้นฐานหลักสิทธิมนุษยชนสากลที่ทั่วโลกนำไปอนุวัติการเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในและมักถูกกล่าวอ้างถึงอยู่เสมอ รวมถึงยังเป็นพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ความเสมอภาค และการไม่เลือกปฏิบัติอีกหลายฉบับ เช่น ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และหลักการขอกยกการที่ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ เป็นต้น โดยมีรายละเอียดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันดังต่อไปนี้

3.1.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นข้อตกลงที่สหประชาชาติได้กำหนดขึ้นเพื่อให้ประเทศสมาชิกใช้เป็นแนวทางในการคุ้มครองและดูแลรักษาสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองในประเทศของตน โดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติรับรองเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 ด้วยวิธีการลงคะแนนเสียง ซึ่งมีประเทศที่ลงคะแนนเสียงสนับสนุนจำนวน 48 ประเทศ รวมทั้งประเทศไทยด้วย ประเทศที่งดออกเสียงจำนวน 8 ประเทศ และไม่มีประเทศใดลงคะแนนเสียงคัดค้าน ซึ่งกล่าวได้ว่าปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับนี้ ถือเป็นเอกสารสำคัญทางประวัติศาสตร์ที่ช่วยในการ

วางรากฐานด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเป็นฉบับแรกของโลก และนานาประเทศต่างยึดถือปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับนี้เป็นกฎหมายแม่บทพื้นฐานของกฎหมายสิทธิมนุษยชนทั้งหมด สังกัดได้จากกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนในปัจจุบันล้วนมีพื้นฐานและถูกพัฒนามาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับนี้ทั้งสิ้น รวมถึงรัฐธรรมนูญและกฎหมายภายในของนานาประเทศก็ยึดถือแนวทางตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้เช่นกัน

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาคำปรารถนาในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน สามารถสรุปใจความสำคัญได้ว่า ด้วยเหตุที่การยอมรับศักดิ์ศรีประจำตัว และสิทธิซึ่งเสมอกันและไม่อาจโอนแก่กันได้ของสมาชิกทั้งปวงแห่งครอบครัวมนุษย์ อันเป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรม และสันติภาพในพิภพล้วนเป็นสิ่งจำเป็นที่ควรได้รับความคุ้มครองโดยหลักนิติธรรม และด้วยเหตุที่บรรดาประชาชนแห่งสหประชาชาติได้ยืนยันไว้ในกฎบัตรถึงความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในศักดิ์ศรีและคุณค่าของตัวบุคคล และในความเสมอกันแห่งสิทธิของทั้งชายและหญิง ตลอดจนได้ตัดสินใจที่จะส่งเสริมความก้าวหน้าทางสังคมตลอดจนมาตรฐานแห่งชาติให้ดีขึ้นและมีเสรีภาพมากขึ้น เพื่อให้ปฏิญญานี้เกิดสัมฤทธิ์ผลอย่างเต็มเปี่ยม สมัชชาจึงประกาศให้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้เป็นมาตรฐานร่วมกันแห่งความสำเร็จ สำหรับประชาชนทั้งหลายและประชาชาติทั้งปวง¹²²

เมื่อพิจารณาเฉพาะบทบัญญัติในเรื่องสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มีดังนี้

“ข้อ 1 มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ ต่างในตนมีเหตุผลและมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันด้วยจิตวิญญูณแห่งภราดรภาพ”

จากบทบัญญัติในข้อ 1 เป็นการเน้นย้ำหลักความเสมอภาคและเท่าเทียมกันของบุคคลทุกคนทั้งในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิที่พึงมีพึงได้รับ และความเป็นอิสระในการดำรงชีวิต

“ข้อ 2 ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพทั้งปวงตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนิดใด อาทิ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน การเกิดหรือสถานะอื่น นอกเหนือจากนี้ จะไม่มีการแบ่งแยกใดบนพื้นฐาน

¹²² กรมองค์การระหว่างประเทศกระทรวงการต่างประเทศ. “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights).” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/book.pdf>, 11 กรกฎาคม 2557.

ของสถานะทางการเมือง ทางกฎหมาย หรือทางการระหว่างประเทศของประเทศ หรือดินแดนที่บุคคลสังกัด ไม่ว่าจะดินแดนนี้เป็นเอกราช อยู่ในความพิทักษ์ มิได้ปกครองตนเอง หรืออยู่ภายใต้การจำกัดอธิปไตยอื่นใด”

จากบทบัญญัติในข้อ 2 เป็นการรับรองในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่มีความเท่าเทียมกัน โดยจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุใดๆ ก็ตาม

“ข้อ 3 บุคคลทุกคนมีสิทธิในการชีวิต เสรีภาพ และความมั่นคงแห่งบุคคล”

จากบทบัญญัติในข้อ 3 เป็นการเน้นย้ำหลักเสรีภาพส่วนบุคคลที่จะเลือกรูปแบบการดำรงชีวิตของตนเอง

“ข้อ 7 ทุกคนเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันจากการเลือกปฏิบัติใด อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้ และจากการยุ้งให้มีการเลือกปฏิบัติดังกล่าว”

จากบทบัญญัติในข้อ 7 เป็นการเน้นย้ำหลักความเสมอภาคของบุคคลในสายตาของกฎหมาย และจะต้องได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน โดยจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุใดๆ ก็ตาม

“ข้อ 16 (1) บรรดาชายและหญิงที่มีอายุครบบริบูรณ์แล้ว มีสิทธิที่จะสมรสและก่อร่างสร้างครอบครัว โดยปราศจากการจำกัดใด อันเนื่องมาจากเชื้อชาติ สัญชาติ หรือศาสนา ต่างย่อมมีสิทธิเท่าเทียมกันในการสมรส ระหว่างการสมรส และในการขาดจากการสมรส

(2) การสมรสจะกระทำโดยความยินยอมอย่างอิสระและเต็มทีของผู้ที่จะเป็นคู่สมรสเท่านั้น

(3) ครอบครัวเป็นหน่วยธรรมชาติและพื้นฐานของสังคม และย่อมมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากสังคมและรัฐ”

จากบทบัญญัติในข้อ 16 เป็นการกล่าวถึงสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลที่อยู่ในวัยอันเหมาะสม และต้องได้รับความคุ้มครองโดยสังคมและรัฐด้วย ทั้งนี้อาจสังเกตได้ว่าถ้อยคำในบทบัญญัติข้อนี้กล่าวไว้อย่างกว้างว่า “บรรดาชายและหญิงที่มีอายุครบบริบูรณ์แล้ว...” มีสิทธิที่จะสมรส แต่มิได้บัญญัติจำกัดเฉพาะคู่สมรสที่เป็นผู้ชายและผู้หญิงเท่านั้นที่สามารถสมรสกันได้ ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าน่าจะหมายความรวมถึงคู่สมรสที่เป็นผู้ชายกับผู้ชาย และผู้หญิงกับผู้หญิง ที่อยู่ในวัยดังกล่าวก็สามารถกระทำการสมรสได้เช่นกัน

“ข้อ 30 ไม่มีบทใดในปฏิญญานี้ ที่อาจตีความได้ว่า เป็นการให้สิทธิใดแก่รัฐ กลุ่มคน หรือ บุคคลใดในการดำเนินกิจกรรมใด หรือกระทำการใด อันมุ่งต่อการทำลายสิทธิและอิสรภาพใดที่กำหนดไว้ ณ ที่นี้”

จากบทบัญญัติในข้อ 30 ไม่มีบทบัญญัติใดในปฏิญญานี้ที่อาจตีความได้ว่าเป็นการให้สิทธิใดแก่รัฐ หรือผู้ใด ในการดำเนินกิจกรรม หรือกระทำการอันมุ่งต่อการทำลายสิทธิและเสรีภาพที่กำหนดไว้ในปฏิญญาดังนี้

ดังนั้น หากพิจารณาในประเด็นการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าการสมรสต้องเกิดจากการยินยอมของบุคคลทั้งสองฝ่ายที่จะเข้ามาผูกพันตนเป็นคู่สามีภรรยา และจะบังคับคู่สัญญาด้วยวิธีการใดๆ อันเป็นการขัดต่อหลักสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไม่ได้ เพื่อรับรองความเสมอภาคแห่งสิทธิและความรับผิดชอบ จึงจำเป็นต้องมีมาตรการทางกฎหมายที่เท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และจะต้องปราศจากการเลือกปฏิบัติอันเกิดจากการความแตกต่างแห่งเชื้อชาติ ศิพ พหุ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็น หรือทางอื่นใด เป็นต้น

3.1.2 ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Human Rights Declaration)

ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ปฏิญญาดังนี้ เป็นพื้นฐานในการพัฒนาไปสู่การเป็นกรอบความร่วมมืออาเซียนด้านสิทธิมนุษยชน เช่น อนุสัญญา สนธิสัญญา รวมทั้งตราสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนในอนาคต ดังนั้น ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจึงเป็นเอกสารทางการเมืองที่ไม่มีข้อผูกพันตามกฎหมาย อันเป็นการแสดงเจตนารมณ์ของอาเซียนในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และสะท้อนถึงลักษณะเฉพาะของอาเซียนที่มีความแตกต่างในด้านการเมือง สังคม และวัฒนธรรม โดยปฏิญญาดังนี้ถือเป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญของอาเซียนที่ให้ความสำคัญกับการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเพื่อประโยชน์ในระยะยาวของประชาชนและภูมิภาคอาเซียน¹²³

เมื่อพิจารณาเฉพาะบทบัญญัติในเรื่องสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีดังนี้

¹²³ กรมอาเซียน กระทรวงการต่างประเทศ. “ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Human Rights Declaration).” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.mfa.go.th/asean/contents/files/asean-media-center-2013-0614-163951-210860.pdf>, 11 กรกฎาคม 2557.

“ข้อ 1 บุคคลทั้งปวงเกิดมาเมื่ออิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ มีเหตุผลและมโนธรรม และความปฏิบัติต่อกันด้วยจิตวิญญาณแห่งความเป็นมนุษย์”

จากบทบัญญัติในข้อ 1 จะสอดคล้องกับข้อ 1 ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ เป็นการเน้นย้ำหลักความเสมอภาคและเท่าเทียมกันของบุคคลทุกคนทั้งในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิที่พึงมีพึงได้รับ และความเป็นอิสระในการดำรงชีวิต

“ข้อ 2 บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยก ไม่ว่าชนชาติใดๆ อาทิ เชื้อชาติ เพศสภาพ อายุ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม สถานะทางเศรษฐกิจ การเกิด ความพิการ หรือสถานะอื่น”

จากบทบัญญัติในข้อ 2 จะสอดคล้องกับข้อ 2 ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ เป็นการรับรองในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลว่ามีความเท่าเทียมกัน โดยจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุใดๆ ก็ตาม

“ข้อ 3 บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับทุกแห่งหนว่าเป็นบุคคลตามกฎหมาย บุคคลทุกคนเสมอภาคกันตามกฎหมาย บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายเท่าเทียมกัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ”

จากบทบัญญัติในข้อ 3 จะสอดคล้องกับข้อ 7 ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ เป็นการเน้นย้ำหลักความเสมอภาคของบุคคลในสายตาของกฎหมาย และจะต้องได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน โดยจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุใดๆ ก็ตาม

“ข้อ 8 สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคนจะต้องใช้โดยคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลอื่น สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานจะอยู่ภายใต้ข้อจำกัดเพียงเท่าที่กำหนดไว้ตามกฎหมาย เฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์ของการได้มาซึ่งการยอมรับสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของผู้อื่น และเพื่อให้สอดคล้องกับความจำเป็นตามเหตุผลในเรื่องความมั่นคงของชาติ ความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ สาธารณสุข ความปลอดภัยของสาธารณะ ศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมทั้งสวัสดิการทั่วไปของประชาชนในสังคมประชาธิปไตย”

จากบทบัญญัติในข้อ 8 เป็นการให้ความสำคัญกับหลักการเคารพสิทธิของผู้อื่น และยังเป็นบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิบางประเภทของบุคคลภายใต้กรอบของกฎหมาย ความมั่นคง และศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งมีผลทางลบโดยตรงต่อการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน หากรัฐสมาชิกนำเหตุผลข้อนี้มาเป็นข้ออ้างมิให้ตรากฎหมายรับรองสถานะของกลุ่มสมรสที่มีเพศเดียวกัน

“ข้อ 9 การบรรลุสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในปฏิญญาฉบับนี้ ควรยึดมั่นในหลักการความไม่ลำเอียง ภาวะวิสัย การไม่เลือกฝ่าย การไม่เลือกปฏิบัติ การไม่เหยียดหยาม การหลีกเลี่ยงทิวาตรฐาน และการหลีกเลี่ยงการทำให้เป็นประเด็นทางการเมืองอยู่เสมอ กระบวนการสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพดังกล่าวต้องคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของประชาชน ความครอบคลุมทุกภาคส่วน และความจำเป็นของหลักความพร้อมรับผิดชอบ”

จากบทบัญญัติในข้อ 9 เป็นการให้ความสำคัญของหลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคล และการให้ความสำคัญมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการทางสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพ

“ข้อ 19 ครอบครัวยุติธรรมในฐานะที่เป็นหน่วยทางธรรมชาติและพื้นฐานของสังคม มีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากสังคมและรัฐสมาชิกอาเซียนแต่ละรัฐ ชายและหญิงที่บรรลุนิติภาวะและมีสิทธิที่จะสมรสบนพื้นฐานของการยินยอมอย่างเสรีและเต็มใจของตน มีสิทธิที่จะสร้างครอบครัว และมีสิทธิที่จะยกเลิกสถานภาพสมรสตามที่กำหนดโดยกฎหมาย”

จากบทบัญญัติในข้อ 19 จะสอดคล้องกับข้อ 16 ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ เป็นการกล่าวถึงการคุ้มครองสถาบันครอบครัว และเรื่องสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลที่อยู่ในวัยอันเหมาะสมและต้องได้รับความคุ้มครองโดยสังคมและรัฐด้วย ทั้งนี้อาจสังเกตได้ว่าถ้อยคำในบทบัญญัติข้อนี้กล่าวไว้อย่างกว้างว่า “...ชายและหญิงที่บรรลุนิติภาวะและมีสิทธิที่จะสมรสบนพื้นฐานของการยินยอมอย่างเสรีและเต็มใจของตน...” มีสิทธิที่จะสมรสและสร้างครอบครัวของตน แต่มิได้บัญญัติจำกัดเฉพาะคู่สมรสที่เป็นผู้ชายและผู้หญิงเท่านั้นที่สามารถสมรสกันได้ ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าน่าจะหมายความรวมถึงคู่สมรสที่เป็นผู้ชายกับผู้ชาย และผู้หญิงกับผู้หญิง ที่อยู่ในวัยดังกล่าวก็สามารถกระทำการสมรสได้เช่นกัน

“ข้อ 35 สิทธิในการพัฒนาเป็นสิทธิมนุษยชนที่ไม่อาจเพิกถอนได้ ซึ่งโดยพื้นฐานแห่งสิทธิดังกล่าว มนุษย์ทุกคนและประชาชนอาเซียน มีสิทธิในการมีส่วนร่วม เกื้อหนุน ใช้อิทธิ และได้รับผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและยั่งยืนจากการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และการเมือง สิทธิในการพัฒนาควรได้รับการดำเนินการให้บรรลุผล เพื่อตอบสนองความต้องการด้านพัฒนาและสิ่งแวดล้อมของคนรุ่นปัจจุบันและคนรุ่นหลังอย่างเป็นธรรม ทั้งนี้ แม้การพัฒนาจะเอื้อต่อและเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการมีสิทธิมนุษยชนทั้งหมด แต่การขาดการพัฒนาที่ไม่อาจถูกนำไปอ้างเพื่อสร้างความชอบธรรมให้แก่การละเมิดสิทธิมนุษยชนตามที่ได้รับการยอมรับระหว่างประเทศ”

จากบทบัญญัติในข้อ 35 เป็นการกล่าวคุ้มครองสิทธิในสิทธิที่จะพัฒนาต่อเป็นสิทธิมนุษยชน ทั้งปวง โดยคำนึงถึงความต้องการของคนในรุ่นปัจจุบันและอนาคต และการขาดการพัฒนาจะไม่สามารถนำไปเป็นข้ออ้างเพื่อสร้างความชอบธรรมในการละเมิดสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้

“ข้อ 36 รัฐสมาชิกอาเซียนควรดำเนินโครงการด้านการพัฒนาที่มีประชาชนเป็นศูนย์กลางและตอบสนองต่อเพศสภาพ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อบรรเทาความยากจน สร้างสถานะซึ่งเอื้อต่อการคุ้มครองและรักษาสภาพแวดล้อมเพื่อให้ประชาชนอาเซียนมีสิทธิมนุษยชนตามที่ปรากฏในปฏิญญาฉบับนี้บนพื้นฐานของความเป็นธรรม และลดช่องว่างของการพัฒนาในอาเซียนอย่างต่อเนื่อง”

จากบทบัญญัติในข้อ 36 ได้เน้นย้ำให้โครงการพัฒนาที่พัฒนาโดยรัฐสมาชิกอาเซียนเน้นคนเป็นศูนย์กลาง และต้องตอบสนองต่อเพศสภาพด้วย เพื่อสร้างสภาพแวดล้อมที่เอื้อต่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และลดช่องว่างการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง

“ข้อ 39 รัฐสมาชิกอาเซียนมีผลประโยชน์และความมุ่งมั่นร่วมกันที่จะส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ซึ่งจะสามารถบรรลุได้ด้วยความร่วมมือระหว่างกัน และความร่วมมือกับสถาบัน/องค์กรที่เกี่ยวข้องทั้งในระดับชาติ ภูมิภาค และระหว่างประเทศ และอื่นๆ เป็นอาทิ โดยเป็นไปตามกฎบัตรอาเซียน”

จากบทบัญญัติในข้อ 39 เป็นการกล่าวถึงกรอบการดำเนินการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามแนวทางปฏิบัติที่กฎบัตรอาเซียนกำหนดเอาไว้ ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่กฎบัตรอาเซียนได้กำหนดไว้ พบว่า การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานปรากฏอยู่ในหมวดที่ 1 ข้อ 2.2 (ณ) และ (ญ)¹²⁴ ซึ่งอนุบัญญัติ (ณ) ได้บัญญัติให้รัฐสมาชิก

¹²⁴ ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หมวดที่ 1 ความมุ่งประสงค์และหลักการ

ข้อ 2 หลักการ

1. ในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุความมุ่งประสงค์ตามข้อ 1 อาเซียนและรัฐสมาชิกอาเซียนยืนยันทันทีและยึดมั่นในหลักการพื้นฐานที่ปรากฏในปฏิญญา ความตกลงอนุสัญญา ข้อตกลง สนธิสัญญา และตราสารอื่นๆ ของอาเซียน
2. ให้อาเซียนและรัฐสมาชิกอาเซียนปฏิบัติตามหลักการดังต่อไปนี้

(ก) การเคารพเอกราช อธิปไตย ความเสมอภาค บูรณภาพแห่งดินแดน และอัตลักษณ์แห่งชาติของรัฐสมาชิกอาเซียนทั้งปวง

(ข) ความผูกพันและความรับผิดชอบร่วมกันในการเพิ่มพูนสันติภาพ ความมั่นคงและความ มั่งคั่งของภูมิภาค

(ค) การไม่ใช้การรุกราน และการข่มขู่จะใช้หรือการใช้กำลังหรือการกระทำอื่นใดใน ลักษณะที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

อาเซียนปฏิบัติตามหลักการเคารพเสรีภาพขั้นพื้นฐาน การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และการส่งเสริมความยุติธรรมทางสังคม โดยอนุบัญญัติ (ญ) ได้บัญญัติให้รัฐสมาชิกอาเซียนมีหน้าที่ยึดถือกฎบัตรสหประชาชาติ และผูกพันตามพันธะสัญญาระหว่างประเทศ รวมถึงกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ที่รัฐสมาชิคนั้นๆ ได้เข้าเป็นภาคี ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ให้ยึดแนวทางปฏิบัติตามกฎบัตรสหประชาชาติ และกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐสมาชิกอาเซียนได้เข้าเป็นภาคี โดยปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมิได้มีแนวปฏิบัติกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ

“ข้อ 40 ไม่มีสิ่งใดในปฏิญญานี้ที่อาจถูกตีความได้ว่าเป็นการให้สิทธิแก่รัฐ กลุ่มคน หรือบุคคลใดที่จะกระทำการใดที่จะลดทอนเป้าประสงค์และหลักการของอาเซียน หรือทำลายสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่กำหนดไว้ในปฏิญญาดังกล่าว และตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ซึ่งรัฐสมาชิกอาเซียนเป็นภาคี”

-
- (ง) การอาศัยการระงับข้อพิพาทโดยสันติ
 - (จ) การไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกอาเซียน
 - (ฉ) การเคารพสิทธิของรัฐสมาชิกทุกรัฐในการดำรงประชาชาติของตน โดยปราศจากการแทรกแซง การบ่อนทำลาย และการบังคับ จากภายนอก
 - (ช) การปรึกษาหารือที่เพิ่มพูนขึ้นในเรื่องที่มีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อผลประโยชน์ร่วมกันของอาเซียน
 - (ซ) การยึดมั่นต่อหลักนิติธรรม ธรรมภิบาล หลักการประชาธิปไตยและรัฐบาลตามรัฐธรรมนูญ
 - (ฌ) การเคารพเสรีภาพพื้นฐาน การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและการส่งเสริมความยุติธรรมทางสังคม
 - (ญ) การยึดถือกฎบัตรสหประชาชาติและกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ที่รัฐสมาชิกอาเซียนยอมรับ
 - (ฎ) การละเว้นจากการมีส่วนร่วมในนโยบายหรือกิจกรรมใดๆ รวมถึงการใช้ดินแดนของตน ซึ่งดำเนินการโดยรัฐสมาชิกอาเซียนหรือรัฐที่มีไซสมาชิกอาเซียนหรือผู้กระทำที่ไม่ใช่รัฐใดๆ ซึ่งคุกคามอธิปไตย บูรณภาพแห่งดินแดน หรือเสถียรภาพทางการเมืองและเศรษฐกิจของรัฐสมาชิกอาเซียน
 - (ฏ) การเคารพในวัฒนธรรม ภาษา และศาสนาที่แตกต่างของประชาชนอาเซียน โดยเน้นคุณค่าร่วมกันของประชาชนอาเซียนด้วยจิตวิญญาณของเอกภาพในความหลากหลาย
 - (ฐ) ความเป็นศูนย์กลางของอาเซียนในความสัมพันธ์ภายนอกทาง การเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม โดยคงไว้ซึ่งความมีส่วนร่วม ร่วมอย่างแข็งขัน การมองไปภายนอก การไม่ปิดกั้นและการไม่เลือกปฏิบัติ
 - (ฑ) การยึดมั่น ในกฎการค้าพหุภาคีและระบอบของอาเซียนซึ่งมีกฎเป็น พื้นฐาน สำหรับการปฏิบัติตามข้อผูกพันทางเศรษฐกิจอย่างมีประสิทธิภาพ และการลดข้อกีดกันข้อกีดกันไป เพื่อ ไปสู่การขจัดอุปสรรคทั้งปวงต่อการรวมตัวทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค ในระบบเศรษฐกิจซึ่งขับเคลื่อนโดยตลาด

จากบทบัญญัติในข้อ 40 ไม่มีบทบัญญัติใดในปฏิญญานี้ที่อาจตีความได้ว่าเป็นการให้สิทธิใดแก่รัฐ หรือผู้ใด ในการดำเนินกิจกรรม หรือกระทำการอันมุ่งต่อการทำลายสิทธิและเสรีภาพที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้

อย่างไรก็ตาม ภาคประชาสังคมหลายแห่งได้ชี้ข้อบกพร่องของปฏิญญาดังกล่าว โดยเฉพาะบทบัญญัติในข้อ 7 ที่มีสาระโดยสรุปว่า “การรับรองสิทธิมนุษยชนทั้งหมด แม้มีความเป็นสากล แต่ต้องได้รับการพิจารณาในบริบทของภูมิภาคและของประเทศโดยคำนึงถึงความแตกต่างของภูมิภาคหลังทางการเมือง เศรษฐกิจ กฎหมาย สังคม วัฒนธรรม ประวัติศาสตร์ และศาสนา” หรือบทบัญญัติในข้อ 8 ที่มีสาระโดยสรุปว่า “สิทธิมนุษยชนนั้นจะต้องสอดคล้องกับความจำเป็นตามเหตุผลในเรื่องความมั่นคงของชาติ ความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ สาธารณสุขความปลอดภัยของสาธารณะ ศีลธรรมอันดีของประชาชน” ซึ่งล้วนแต่มีความเป็นนามธรรม คลุมเครือ และสะท้อนวิถีคิดของรัฐสมาชิกอาเซียนที่ให้ความสำคัญกับ “สิ่งอื่น” มากกว่าการเคารพสิทธิมนุษยชนของประชาชน ขณะที่ Mr. Phil Robertson รองผู้อำนวยการ Human Rights Watch ในเอเชีย ก็ให้ความเห็นว่า “ปฏิญญาดังกล่าวมักใช้คำที่มีลักษณะกว้างๆ อย่างเช่น ศีลธรรมสาธารณะ (Public Morality) จนไม่ทราบถึงความหมายที่แท้จริงเชิงรูปธรรมเป็นอย่างไร และทำให้ไม่สามารถบังคับใช้ได้จริง”¹²⁵

ด้วยเหตุนี้ ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จึงมีลักษณะเป็นเพียงองค์ประกอบหนึ่งที่ช่วยสร้างภาพลักษณ์ที่ดีในการรวมตัวกันเป็นประชาคมอาเซียน และเพื่อให้ความสำคัญในบทบาทและสร้างความชอบธรรมให้แก่อาเซียนในยุคสมัยที่ “การแสดงออกว่าเคารพสิทธิมนุษยชนกลายเป็นคุณค่าสากลที่ใช้ประเมินความชอบธรรมของรัฐและองค์การระหว่างประเทศ” โดยไม่จำเป็นต้องปฏิบัติได้จริง

3.1.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง¹²⁶ เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันรัฐภาคีให้ต้องยึดถือปฏิบัติตาม ซึ่งสมาชิกใหญ่สหประชาชาติได้รับรองกติกา

¹²⁵ ภาคิน นิมนานนรวงศ์. “สิทธิมนุษยชนอาเซียน : ผู้ไขว้ความเป็นสากล.” *หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ*, 22 สิงหาคม 2557, น. 11.

¹²⁶ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. “กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : http://www.nhrc.or.th/2012/wb/th/contentpage.php?id=71&menu_id=2&groupID=2&

ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2509 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ. 2519 โดยกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ประกอบด้วยวรรคอารัมภบท และบทบัญญัติ 53 ข้อ แบ่งออกเป็น 6 ส่วน ดังนี้

ส่วนแรกอารัมภบท กล่าวถึงพันธกรณีของรัฐด้านสิทธิมนุษยชนตามกฎหมาย สหประชาชาติ รวมทั้งหน้าที่ของบุคคลที่จะส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และได้รับสิทธิทั้งด้านพลเมือง การเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมอย่างเท่าเทียมกัน

ส่วนที่สอง กล่าวถึงสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง (Right of Self - Determination) อย่างเสรีซึ่งการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เพื่อจุดมุ่งหมายปลายทางของตน อันตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการแห่งประโยชน์ซึ่งกันและกัน ประชาชนคนใดไม่อาจถูกลิดรอนจากวิถีทางแห่งการยังชีพของตน รวมถึงรัฐภาคีแห่งกติการะหว่างประเทศจะต้องส่งเสริมให้สิทธิแห่งการกำหนดเจตจำนงของตนเอง บรรลุผลเป็นความจริง และจะเคารพสิทธินั้น ตามบทบัญญัติแห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

ส่วนที่สาม กล่าวถึงพันธกรณีของรัฐภาคีที่รับรองจะเคารพและประกันสิทธิของบุคคล รวมถึงการห้ามการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลทาง เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สัญชาติ สถานะทางเศรษฐกิจ สังคม ถิ่นกำเนิด หรือสภาพอื่นใด โดยจะดำเนินการให้เกิดผลในทางปฏิบัติภายในประเทศประกันว่าบุคคลที่ถูกละเมิดจะได้รับการเยียวยา ไม่ว่าจะบุรุษหรือสตรีจะได้รับสิทธิพลเมืองและการเมืองอย่างเท่าเทียมกัน การลิดรอนสิทธิในสถานการณ์ฉุกเฉิน และการห้ามการตีความ กติกาในอันที่จะไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพอื่นๆ

ส่วนที่สี่ กล่าวถึงสาระของสิทธิในส่วนที่เป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ได้แก่ สิทธิในการมีชีวิตอยู่ เสรีภาพจากการถูกทรมาน การห้ามบุคคลมิให้ตกอยู่ในภาวะเยี่ยงทาส การห้ามบุคคลมิให้ถูกจับกุมโดยตามอำเภอใจ การปฏิบัติต่อผู้ถูกลิดรอนเสรีภาพอย่างมีมนุษยธรรม การห้ามบุคคลถูกจำคุกด้วยเหตุที่ไม่สามารถชำระหนี้ตามสัญญาได้ เสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐาน ความเสมอภาคของบุคคลภายใต้กฎหมาย การห้ามมิให้มีการบังคับใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง สิทธิการได้รับรองเป็นบุคคลตามกฎหมาย การห้ามแทรกแซงความเป็นส่วนตัว การคุ้มครองเสรีภาพทางความคิด เสรีภาพในการ

subID=19, 12 สิงหาคม 2557. และ ศวีระ ศิริชาติ. “กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR)” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.l3nr.org/posts/367377>, 12 สิงหาคม 2557.

แสดงความคิดเห็นและการแสดงออก การห้ามการโฆษณาชวนเชื่อเพื่อการสงครามหรือก่อให้เกิดความเกลียดชังทางเชื้อชาติ สิทธิที่จะชุมนุมอย่างสันติ การรวมกันเป็นสมาคม สิทธิของชายหญิงที่อยู่ในวัยที่เหมาะสมในการมีครอบครัว การคุ้มครองสิทธิเด็ก และการที่พลเมืองทุกคนมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมในกิจการสาธารณะ การรับรองว่าบุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมายและได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน การรับรองสิทธิของชนกลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ ศาสนา และภาษาภายในรัฐ

ส่วนที่ห้า กล่าวถึงการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบในการตรวจสอบการปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในกติกา รวมถึงพันธกรณีในการเสนอรายงานของรัฐภาคี การยอมรับอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน และขั้นตอนการพิจารณาข้อร้องเรียน

ส่วนสุดท้าย กล่าวถึงการห้ามตีความไปในทางที่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ รวมทั้งการมิให้ตีความในการที่จะลิดรอนสิทธิที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีแห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ด้วยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2539 โดยมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ 30 มกราคม พ.ศ. 2540 แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยได้มีการทำถ้อยแถลงตีความไว้ 4 ประเด็น ดังนี้

ข้อที่ 2 วรรค 1 เรื่องสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง (Right to Self-Determination) ได้ตีความตามปฏิญญาและแผนปฏิบัติการเวียนนา กล่าวคือ มิให้ตีความว่า “อนุญาตหรือสนับสนุนการกระทำใดๆ ที่จะเป็นการแบ่งแยกหรือทำลายบูรณภาพแห่งดินแดนหรือเอกภาพทางการเมืองของรัฐเอกราชอธิปไตย ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วน”

ข้อ 6 วรรค 5 การห้ามประหารชีวิตผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ประเทศไทยแถลงตีความว่าประมวลกฎหมายอาญาของไทยกำหนดว่าเด็กอายุ 14 ปี ไม่ต้องรับโทษ เด็กอายุ 14 - 17 ปี ศาลสามารถลดโทษลงกึ่งหนึ่ง ส่วนผู้มีอายุเกิน 17 ปี แต่ไม่เกิน 20 ปี ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจลดโทษหรือไม่ก็ได้ รวมถึงโทษประหารชีวิต

ข้อ 9 วรรค 3 การนำตัวผู้ต้องหาเข้าสู่การพิจารณาคดีภายใน “โดยพลัน” ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ได้ให้อำนาจพนักงานสอบสวนควบคุมตัวผู้ต้องหา ก่อนนำตัวไปศาลได้ 48

ชั่วโมง นับแต่เวลาที่ผู้ถูกจับเดินทางมาถึงที่ทำการของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ และสามารถขยายเวลาการควบคุมตัวไว้ได้ไม่เกิน 7 วัน จากนั้นต้องนำตัวมาขออนุญาตจากศาลเพื่อฝากขังต่อไป

ข้อ 20 วรรค 1 เรื่องการห้ามการโฆษณาชวนเชื่อเพื่อทำสงคราม รัฐบาลไทยได้ตีความหมายถึง “สงครามตามที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ” ดังนั้น จึงไม่รวมถึงสงครามเพื่อป้องกันตนเองในกรณีของไทยจำเป็นต้องประหัตประหารและชักชวนให้ประชาชนรักชาติในกรณีที่ต้องทำสงครามเพื่อป้องกันการรุกรานจากประเทศอื่น

จากการพิจารณาถ้อยแถลงตีความที่รัฐบาลไทยได้แถลงไปนั้น พบว่า ทั้งหมดเป็นถ้อยแถลงที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับกฎหมายอาญาหรือความมั่นคงของรัฐ มิได้มีถ้อยแถลงตีความในส่วนของสิทธิส่วนบุคคลแต่ประการใด ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่ากติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองฉบับนี้มีผลผูกพันโดยสมบูรณ์กับประเทศไทย ในประเด็นการประกันสิทธิในความเท่าเทียมกันของทุกคน และต้องไม่หลีกเลี่ยงหรือจำกัดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่พึงได้รับด้วย

3.1.4 หลักการยกยอการเคารพด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ (Yogyakarta Principles : The Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity)¹²⁷

หลักการยกยอการเคารพ คือ การประยุกต์กฎหมายสิทธิมนุษยชนมาใช้ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งผู้ร่วมยกร่างหลักการยกยอการเคารพประกอบด้วย ผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชนจากองค์การสหประชาชาติ ซึ่งเป็นตัวแทนที่มาจากทุกทวีปทั่วโลก โดยตัวแทนจากประเทศไทย คือ ศาสตราจารย์ วิฑิต มั่นตาภรณ์ นักวิชาการประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย รวมทั้งตัวแทนจากกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และองค์การนอกภาครัฐ (Non-Governmental Organisation : NGO) จึงทำให้ครอบคลุมทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง การประชุมยกร่างหลักการดังกล่าวเกิดขึ้นที่เมืองยอกยAKARTA สาธารณรัฐอินโดนีเซีย ระหว่างวันที่ 6 – 9 พฤศจิกายน พ.ศ. 2549 อย่างไรก็ตาม หลักการยกยอการเคารพมิได้เกิดจากตัวแทนของรัฐบาลประเทศต่างๆ โดยตรง จึงทำให้

¹²⁷ จันทรจิรา บุญประเสริฐ (บรรณาธิการ). *ชีวิตที่ถูกละเมิด เรื่องเล่า กะเทย ทอม ดี หญิงรักหญิง ชายรักชาย และกฎหมายสิทธิมนุษยชน ระหว่างประเทศ (Violated Lives : Narratives from LGBTIQs and International Human Rights Law)*. กรุงเทพฯ : ม.ป.ท., 2554. ภาคผนวก.

หลักการขอกยกยารค์ตาไม่มีผลผูกพันรัฐต่างๆ เพียงแต่เป็นแนวทางในการปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเท่านั้น

หลักการขอกยกยารค์ตาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อยืนยันถึงมาตรฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันบรรดารัฐต่างๆ ให้ปฏิบัติตาม หลักการทั้งหลายเหล่านี้เปรียบเสมือนค้ำยันสัญญาถึงอนาคตที่แตกต่างจากปัจจุบัน ซึ่งมนุษย์ทุกคนที่เกิดมาโดยอิสระและเสมอภาคกัน ทั้งในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิต่างๆ ดังจะเห็นได้จากบทนำของหลักการขอกยกยารค์ตาที่สามารถสรุปสาระสำคัญได้ว่า มนุษย์ทุกคนล้วนเกิดมาโดยอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิต่างๆ บรรดาสิทธิมนุษยชนทั้งหมดล้วนมีความเป็นสากลและมีความเชื่อมโยงเกี่ยวพันกัน ไม่สามารถแบ่งแยกจากกันได้ ตลอดจน “วิถีทางเพศ (Sexual Orientation) และอัตลักษณ์ทางเพศ” (Gender Identity) ล้วนเป็นส่วนสำคัญของศักดิ์ศรีและความเป็นมนุษย์ของแต่ละบุคคล ที่จะต้องไม่เป็นเหตุของการเลือกปฏิบัติหรือการกระทำทารุณกรรมอย่างใดก็ตาม ในปัจจุบันมีความก้าวหน้าเป็นอย่างมากในการให้หลักประกันแก่ผู้ที่มีวิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศต่างๆ เพื่อให้สามารถดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีและได้รับความเคารพอย่างเสมอภาคดังที่มนุษย์ทุกคนพึงมีสิทธิ นอกจากนี้รัฐต่างๆ จำนวนมากยังมีกฎหมายและรัฐธรรมนูญที่เป็นหลักประกันถึงสิทธิต่างๆ ในความเสมอภาค และการห้ามเลือกปฏิบัติ โดยปราศจากความแตกต่างทางด้านเพศวิถีทางเพศ หรืออัตลักษณ์ทางเพศ แต่ทว่ารัฐและสังคมอีกจำนวนไม่น้อยที่ยังกำหนดบรรทัดฐานเรื่องเพศสภาพและวิถีทางเพศให้กับบุคคล โดยใช้จารีตประเพณี กฎหมาย และความรุนแรงเป็นเครื่องมือ ตลอดจนการสรรหาวิธีควบคุมการมีความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล และการระบุอัตลักษณ์ของบุคคล การควบคุมทางเพศเช่นนี้ยังคงเป็นแรงผลักดันและแรงกระตุ้นให้เกิดการใช้ความรุนแรงทางเพศ และความเกลียดชังทางเพศตลอดมาอย่างใดก็ตาม หลักการขอกยกยารค์ตาได้ตั้งข้อสังเกตที่สำคัญเอาไว้หลายประการไว้ในคำปรารภ ดังนี้

ประการแรก กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้ยืนยันว่าบุคคลทุกคนต่างมีสิทธิในสิทธิมนุษยชนทั้งหมดอย่างสมบูรณ์ โดยไม่ขึ้นกับวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศ การใช้สิทธิในทางกฎหมายด้านสิทธิมนุษยชนที่มีอยู่นั้นจึงควรคำนึงถึงสถานะ และประสบการณ์เฉพาะของบุคคลที่มีวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ หากการกระทำใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กนั้น จะต้องพิจารณา ก่อนเป็นอันดับแรกโดยคำนึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก และในกรณีที่เด็กมีวุฒิภาวะเพียงพอ ก็ให้เด็กมีสิทธิในการแสดงความคิดเห็นอย่างอิสระ และต้องให้น้ำหนักต่อความคิดเห็นนั้นตามสมควรแก่วัย และวุฒิภาวะของเด็ก

ประการที่สอง กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมีข้อห้ามอย่างเด็ดขาด ต่อการเลือกปฏิบัติในการใช้บรรดาสิทธิมนุษยชนต่างๆ ทั้งในด้านสิทธิพลเมือง วัฒนธรรม เศรษฐกิจ การเมือง และสังคม ดังนั้น การให้ความเคารพต่อสิทธิทางเพศ วิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศจึงเป็นส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการก่อให้เกิดความเสมอภาคระหว่างผู้ชายและผู้หญิง และรัฐต่างๆ ต้องดำเนินมาตรการแสวงหาวิธีกำจัดอคติหรือจารีตประเพณีใดๆ ที่มีรากฐานจากความคิดว่าเพศหนึ่งเพศใด มีความเหนือกว่าหรือต่ำกว่าเพศอื่น หรือการกำหนดบทบาทเหมารวมให้กับผู้ชายและผู้หญิง

ประการสุดท้าย ประชาคมระหว่างประเทศได้รับรองสิทธิของบุคคลในการตัดสินใจอย่างอิสระ และรับผิดชอบในเรื่องเกี่ยวกับเพศวิถีของตน รวมถึงสุขภาพทางเพศและอนามัยเจริญพันธุ์โดยปราศจากการบังคับขู่เข็ญ การเลือกปฏิบัติ และการใช้ความรุนแรง

เมื่อพิจารณาเฉพาะหลักการในเรื่องสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในหลักการออกยกยารต์ามิดังนี้

“ข้อ 1 สิทธิในสิทธิมนุษยชนที่เป็นสากล

ทุกคนเกิดมาพร้อมเสรีภาพและด้วยศักดิ์ศรีและสิทธิเสมอภาคกัน มนุษย์ที่มีวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศทุกรูปแบบล้วนมีสิทธิในบรรดาสิทธิมนุษยชนทั้งหมดเช่นเดียวกัน

รัฐจัก: 1) บรรจุหลักการความเป็นสากล ความเชื่อมโยงเกี่ยวพันซึ่งกันและกันอย่างไม่สามารถแยกจากกันได้ของสิทธิมนุษยชนทั้งหมดลงในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นที่เหมาะสม และทำให้หลักการสิทธิมนุษยชนทั้งหมดที่เป็นสากลบังเกิดผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง

2) แก้ไขกฎหมายใดๆ รวมทั้งกฎหมายอาญา ให้สอดคล้องกับหลักการสิทธิมนุษยชนที่มนุษย์ทุกคนมีสิทธิเป็นสากล

3) ให้การศึกษาและเสริมสร้างตระหนักรู้ เพื่อส่งเสริมและยกระดับความมีสิทธิของบุคคลทุกคนในสิทธิมนุษยชนที่เป็นสากลโดยไม่ขึ้นกับวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศ

4) บูรณาการแนวทางพหุนิยมที่รับรองและยืนยันความเชื่อมโยงอย่างไม่อาจแยกจากกันได้ระหว่างด้านต่างๆ ของอัตลักษณ์มนุษย์ รวมทั้งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ เข้าไปในนโยบายและกระบวนการตัดสินใจของรัฐ”

จากหลักการในข้อ 1 เป็นเน้นย้ำถึงความเท่าเทียมกันของมนุษย์ทุกคน ทั้งในศักดิ์ศรีและสิทธิต่างๆ โดยไม่คำนึงถึงลักษณะทางเพศ (Sexual Characteristics) ทั้งปวง และรัฐควรอนุรักษ์การกฎหมาย

ภายในและนโยบายแห่งรัฐให้เป็นไปตามหลักการสิทธิมนุษยชน ฉะนั้น รัฐจึงควรตรากฎหมายรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน เพื่อผดุงสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

“ข้อ 2 สิทธิในความเสมอภาค และการห้ามเลือกปฏิบัติ

ทุกคนมีสิทธิได้รับความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างสมบูรณ์โดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากสาเหตุวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศ ทุกคนมีสิทธิในความเสมอภาคภายใต้กฎหมายและในการได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายอย่างเสมอภาค โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติดังกล่าว ไม่ว่าสิทธิมนุษยชนอื่นใดจะถูกกระทบหรือไม่ก็ตาม กฎหมายต้องห้ามการเลือกปฏิบัติในลักษณะดังกล่าวและรับประกันความคุ้มครองมนุษย์ทุกคนจากการเลือกปฏิบัติดังกล่าวอย่างเสมอภาคและได้ผล

การเลือกปฏิบัติจากสาเหตุวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศ หมายถึง การแบ่งแยก กีดกัน ยกเว้น จำกัด หรือเลือกที่รักมักที่ชังด้วยสาเหตุวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศ อันมีจุดประสงค์หรือมีผลทำให้ความเสมอภาคภายใต้กฎหมายหรือความคุ้มครองทางกฎหมายอย่างเสมอภาค หรือการยอมรับสิทธิ การมีสิทธิ หรือการใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพพื้นฐานทั้งหมดบนพื้นฐานของความเท่าเทียมต้องหมดสิ้นหรือบกพร่องไป การเลือกปฏิบัติจากสาเหตุวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศอาจจะและมักจะทวีความรุนแรงเมื่อเกิด พร้อมกับการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุอื่นๆ รวมทั้ง เพศ เชื้อชาติ อายุ ศาสนา ความพิการ สถานะด้านสุขภาพ และฐานะทางเศรษฐกิจ

รัฐจัก : 1) บรรจุหลักการความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศลงในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นที่เหมาะสม หากยังไม่มีบัญญัติอยู่แล้ว รวมทั้งแก้ไขและตีความรัฐธรรมนูญ เพื่อให้หลักการดังกล่าวนี้บังเกิดผลอย่างแท้จริง

2) ยกเลิกบทบัญญัติทางอาญาหรือกฎหมายอื่นๆ ที่ห้ามหรือใช้เพื่อให้มีผล ห้ามการมีเพศสัมพันธ์อย่างยินยอมพร้อมใจระหว่างคนเพศเดียวกันที่มีอายุครบตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดอนุญาตให้มีเพศสัมพันธ์ได้ และกฎหมายต้องกำหนดเกณฑ์อายุที่อนุญาตให้มีเพศสัมพันธ์ได้ไว้เท่ากันสำหรับกรณีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันหรือต่างเพศ

3) นำมาตรการทางนิติบัญญัติหรือมาตรการอื่นๆ มาใช้ เพื่อห้ามและขจัดการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศทั้งในภาครัฐและเอกชน

4) ใช้มาตรการที่เหมาะสมในการสร้างความก้าวหน้าให้กับบุคคลที่มีวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศหลากหลายตามความจำเป็น เพื่อให้กลุ่มหรือบุคคล ดังกล่าวสามารถมีและใช้สิทธิมนุษยชนได้อย่างเสมอภาค จักไม่ถึงว่ามาตรการดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติ

5) ระลึกไว้เสมอในการแก้ไขปัญหาการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุวิถีทางเพศ หรืออัตลักษณ์ทางเพศ ว่าการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุดังกล่าวอาจเกิดร่วมกับการเลือกปฏิบัติรูปแบบอื่นๆ

6) ใช้มาตรการที่เหมาะสม รวมทั้งการให้การศึกษาและการฝึกอบรม เพื่อมุ่งหวังให้เกิดผลในการกำจัดอคติ ทัศนคติ หรือพฤติกรรมเลือกปฏิบัติ ที่เกี่ยวข้องกับความคิดที่ว่าวิถีทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ หรือการแสดงออกทางเพศรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งมีความเหนือกว่าหรือต่ำกว่ารูปแบบอื่น”

จากหลักการในข้อ 2 เป็นเน้นย้ำถึงหลักความเสมอภาค และการไม่เลือกปฏิบัติโดยวิธีการใดๆ ทั้งปวง โดยการอาศัยเหตุผลใดๆ ก็ตาม และรัฐควรออกนุ้ตการกฎหมายภายในและรัฐธรรมนูญให้รับรองถึงความเสมอภาคของทุกคนในสังคม และควรจัดอคติและปรับทัศนคติในด้านลบต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศโดยผ่านมาตรการต่างๆ ด้วยวิธีการต่างๆ

“ข้อ 3 สิทธิในการรับรองทางกฎหมาย

ทุกคนมีสิทธิในการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ในฐานะบุคคลในทุกแห่งหน บุคคลที่มีวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศหลากหลายต้องมีสิทธิทางกฎหมายในทุกด้านของชีวิต วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศที่แต่ละคนกำหนดเองเป็นส่วนสำคัญของบุคลิกภาพ และเป็นปัจจัยพื้นฐานสำคัญที่สุดอย่างหนึ่งของการใช้ชีวิต ศักดิ์ศรี และเสรีภาพของแต่ละคน ห้ามมิให้ผู้ใดถูกบีบบังคับให้ต้องผ่านกระบวนการทางการแพทย์ รวมถึงการผ่าตัดแปลงเพศ การทำหมัน หรือการรักษาด้วยฮอร์โมน เพื่อให้ได้รับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมาย ห้ามนำเอาสถานะอื่นๆ เช่น การเป็นคู่สมรสหรือบุพการีมาใช้อ้างเพื่อกีดกันมิให้อัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้รับการรับรองตามกฎหมาย ห้ามมิให้ผู้ใดถูกกดดันให้ต้องปิดบัง เก็บประับ หรือปฏิเสธวิถีทางเพศหรือ อัตลักษณ์ทางเพศของตน

รัฐจัก : 1) ให้ทุกคนได้รับสิทธิทางกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศ และมีโอกาสให้ได้ใช้สิทธินั้น รวมถึงมีสิทธิเสมอภาคในการทำสัญญา และยึดถือ ได้รับ ดูแล จัดการ และใช้ประโยชน์ กรรมสิทธิ์ (รวมทั้งโดยมรดกตกทอด) และจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินสมบัติ

2) ใช้มาตรการทั้งทางนิติบัญญัติ ทางปกครอง หรืออื่นๆ เพื่อให้อัตลักษณ์ทางเพศที่แต่ละบุคคลเลือกเองได้รับความเคารพและรับรองตามกฎหมายอย่างสมบูรณ์

3) ใช้มาตรการทั้งทางนิติบัญญัติ ทางปกครอง หรืออื่นๆ เพื่อให้มีกระบวนการแก้ไขเอกสารแสดงตนทั้งหมดที่ออกโดยรัฐและมีการระบุเพศของบุคคล (รวมถึงสูติบัตร บัตรประชาชน หนังสือเดินทาง รายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง และเอกสารอื่นๆ) ให้ตรงกับอัตลักษณ์ทางเพศที่แต่ละบุคคลกำหนดรู้ได้เองในส่วนตัว

4) ทำให้กระบวนการดังกล่าวมีประสิทธิภาพ ยุติธรรม และไม่เลือกปฏิบัติและให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีและความเป็นส่วนบุคคลของแต่ละบุคคล

5) ทำให้การเปลี่ยนแปลงเพศในเอกสารแสดงตนทั้งหลายนั้น ได้รับการยอมรับ ในทุกบริบทที่ต้องมีการแสดงตนหรือการแยกกลุ่มบุคคลตามเพศตามข้อบังคับด้านกฎหมายหรือนโยบาย

6) ริเริ่มโครงการที่จัดขึ้น โดยเฉพาะเพื่อให้ความสนับสนุนทางสังคมต่อทุกคน ผู้ที่ผ่านขั้นตอนการข้ามเพศหรือการแปลงเพศ”

จากหลักการในข้อ 3 เป็นการรับรองฐานะของทุกคนในทางกฎหมายว่ามีฐานะเท่าเทียมกันและควรได้รับการปฏิบัติด้วยมาตรฐานเดียวกัน และรัฐควรออกมาตรการกฎหมายภายในเพื่อรับรองสิทธิต่างๆ ของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างเท่าเทียมกับผู้ชายและผู้หญิง และต้องทำอย่างมีประสิทธิภาพ ยุติธรรม และไม่เลือกปฏิบัติ

“ข้อ 24 สิทธิในการก่อตั้งครอบครัว

ทุกคนมีสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว โดยไม่ขึ้นกับวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศ ครอบครัวมีรูปแบบหลากหลาย ห้ามมิให้ครอบครัวใดถูกเลือกปฏิบัติด้วยสาเหตุวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศของสมาชิกคนหนึ่งคนใดในครอบครัว

รัฐจัก : 1) ใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครองและอื่นๆ ทั้งหมดที่จำเป็น เพื่อรับประกันสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวรวมทั้งโดยให้มีโอกาสอุปการะ บุตรบุญธรรม หรือตั้งครรภ์ด้วยเทคโนโลยีทางการแพทย์ (รวมถึงการผสมเทียม) โดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากสาเหตุวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศ

2) ให้กฎหมายและนโยบายต่างๆ ยอมรับความหลากหลายของรูปแบบครอบครัว รวมทั้งครอบครัวที่ไม่ได้นิยามด้วยสายเลือดหรือการสมรส และจักใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครองและอื่นๆ ทั้งหมดที่จำเป็น เพื่อมิให้ครอบครัวใดถูกเลือกปฏิบัติด้วยสาเหตุวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศของสมาชิกคนหนึ่งคนใดในครอบครัว รวมถึงในด้านสวัสดิการสังคมเกี่ยวกับครอบครัว และสิทธิประโยชน์จากรัฐ การจ้างงาน หรือการตรวจคนเข้าเมือง

3) ใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครองและอื่นๆ ทั้งหมดที่จำเป็น เพื่อให้การกระทำหรือการตัดสินใจทั้งหมดเกี่ยวกับเด็กไม่ว่ากระทำโดยสถาบันสวัสดิการสังคมของรัฐหรือเอกชน ศาล หน่วยงานปกครอง หรือองค์กรนิติบัญญัติ ต้องถือเอาประโยชน์ของเด็กเป็นหลัก และต้องไม่ถือว่าวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศของเด็กหรือสมาชิกครอบครัวคนหนึ่งคนใดขัดกับประโยชน์ดังกล่าว

4) ให้เด็กที่มีวุฒิภาวะเพียงพอต่อการมีความคิดเห็นส่วนตัวมีสิทธิในการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวอย่างอิสระ และต้องให้น้ำหนักต่อความคิดเห็น ดังกล่าวตามสมควรแก่วัยและวุฒิภาวะของเด็กในการกระทำหรือการตัดสินใจใดๆ เกี่ยวกับเด็ก

5) ใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครองและอื่นๆ ทั้งหมดที่จำเป็น เพื่อรับประกันสิทธิ สิทธิประโยชน์ ภาระหน้าที่ หรือผลประโยชน์ใดๆ ให้แก่การจดทะเบียนสมรสหรือการจดทะเบียน

เป็นคู่ชีวิตระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันอย่างเท่าเทียมกับการจดทะเบียนสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตระหว่างบุคคลต่างเพศในรัฐที่ยอมรับการจดทะเบียนสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน

6) ใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครองและอื่นๆ ทั้งหมดที่จำเป็น เพื่อรับประกันสิทธิ สิทธิประโยชน์ ภาระหน้าที่ หรือผลประโยชน์ใดๆ ต่อบุคคลที่มีเพศเดียวกันที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสเท่าเทียมกับคู่ชีวิตต่างเพศที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส

7) ให้การจดทะเบียนสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตที่ได้รับการยอมรับทางกฎหมายมีผลต่อเมื่อผู้ตั้งใจเป็นคู่สมรสหรือคู่ชีวิตทั้งสองให้การยินยอมอย่างอิสระและสมบูรณ์”

จากหลักการในข้อ 24 เป็นเน้นย้ำถึงความเท่าเทียมกันของมนุษย์ทุกคนในการก่อตั้งครอบครัว เนื่องจากทุกคนในสังคมมีสิทธิก่อตั้งครอบครัวได้โดยไม่ต้องติดกับลักษณะทางเพศ (Sexual Characteristics) และรัฐควรใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครองและอื่นๆ ทั้งหมดที่จำเป็น เพื่อรับประกันสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว เพื่อรับประกันสิทธิประโยชน์ ภาระหน้าที่ หรือผลประโยชน์ใดๆ ให้แก่การจดทะเบียนสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันอย่างเท่าเทียมกับการจดทะเบียนสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตระหว่างบุคคลต่างเพศ ตลอดจนสิทธิในการรับบุตรบุญธรรม การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และสิทธิประโยชน์จากรัฐและการจ้างงาน เป็นต้น

หลักการทั้งหลายเหล่านี้สะท้อนถึงการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศต่อการใช้ชีวิตของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายในประเด็นการสมรสกันของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน และไม่ควรมีส่วนใดถูกตีความเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพในทางใดก็ตามของบุคคลกลุ่มดังกล่าวตามที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมายหรือมาตรฐานทั้งในระดับระหว่างประเทศ ระดับภูมิภาค หรือระดับประเทศ องค์กรใด ก็ยังมีอีกหลายประเทศในโลก รวมถึงประเทศไทย ที่ยังมีได้อนวนุวัติการกฎหมายภายในที่ให้สิทธิหรือรับรองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้

3.2 กฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ที่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป เช่น ประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา เป็นต้น ซึ่งกฎหมายของประเทศเหล่านี้ล้วนยึดโยงกับจารีตประเพณีและศาสนาเป็นสำคัญ การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันจึงเป็นสิ่งต้องห้ามในทางศาสนา ทำให้คนในสังคมของประเทศนั้นๆ ไม่ยอมรับในเรื่องนี้ ทั้งนี้ ผู้วิจัยจะศึกษากฎหมายในบางรัฐของสหรัฐอเมริกา เนื่องจากรัฐธรรมนูญทั้งของสหรัฐอเมริกาและของรัฐได้รับรองสิทธิในความเสมอภาคของบุคคล จึงทำให้บางรัฐ

ได้ตรากฎหมายรับรองสิทธิของการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันขึ้นมา เพื่อให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันได้เข้าถึงสิทธิตามรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ไรก็ดี รัฐต่างๆ จะตรากฎหมายแยกไว้ต่างหากจากกฎหมายการสมรสของบุคคลต่างเพศเช่น รัฐเวอร์มอนต์ตรากฎหมายที่ชื่อว่า “Civil Unions” ซึ่งรัฐเวอร์มอนต์เป็นรัฐแรกในสหรัฐอเมริกาที่ได้ให้สิทธิและเสรีภาพในการสมรสแก่บุคคลที่มีเพศเดียวกันด้วยกระบวนการทางนิติบัญญัติโดยปราศจากการดำเนินคดีในศาล และรัฐแคลิฟอร์เนียได้ตรากฎหมายที่ชื่อว่า “Domestic Partnership” ซึ่งเป็นรัฐที่มีการต่อสู้เพื่อเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในชั้นศาลถึงสองครั้ง ซึ่งจะกล่าวในรายละเอียดต่อไป

3.2.1 รัฐเวอร์มอนต์ สหรัฐอเมริกา

ตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งรัฐเวอร์มอนต์ได้วางหลักเรื่องสิทธิในความเสมอภาคของบุคคลไว้ในหมวดที่ 1 มาตรา 7 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “รัฐบาลควรจะเป็นผู้จัดให้มีผลประโยชน์ร่วมกัน ความคุ้มครอง และความปลอดภัยของประชาชน ประเทศชาติหรือชุมชน และไม่เลือกปฏิบัติหรือให้ผลประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มคนใดกลุ่มคนหนึ่งโดยเฉพาะ เพราะทุกคนเป็นส่วนหนึ่งของสังคม และสิทธินี้จะคงอยู่แม้จะมีการปฏิรูปหรือเปลี่ยนรัฐบาลก็ตาม”¹²⁸ ตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งรัฐเวอร์มอนต์ดังกล่าว มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนทุกคนในรัฐเวอร์มอนต์ กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจึงได้เรียกร้องสิทธิและเสรีภาพในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน เพื่อให้ออกกฎหมายรับรองและคุ้มครองพวกเขาอย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสต่างเพศ

อย่างไรก็ตาม ผลการตัดสินของศาลสูงแห่งรัฐเวอร์มอนต์ในคดี BAKER v. STATE OF VERMONT ได้เป็นจุดเปลี่ยนที่สำคัญ และมีผลให้รัฐเวอร์มอนต์ต้องปฏิบัติต่อคู่รักที่มีเพศเดียวกันเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศ ทำให้ในปี ค.ศ. 2009 สถานิติบัญญัติแห่งรัฐเวอร์มอนต์ได้ตรากฎหมายเฉพาะเพื่อให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในเรื่องของการสมรส กฎหมาย

¹²⁸ Constitution of the State of Vermont, Chapter I, Article 7th That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation, or community, and not for the particular emolument or advantage of any single person, family, or set of persons, who are a part only of that community; and that the community hath an indubitable, unalienable, and indefeasible right, to reform or alter government, in such manner as shall be, by that community, judged most conducive to the public weal.

ดังกล่าวชื่อว่า “Civil Unions” ซึ่งคู่ร่วมชีวิตที่ได้จดทะเบียนตามกฎหมายนี้จะมีสิทธิเสมือนการสมรสของคู่สมรสต่างประเทศ

3.2.1.1 เงื่อนไขว่าด้วยผู้มีสิทธิจดทะเบียน

บุคคลผู้มีสิทธิจดทะเบียนความสัมพันธ์ตามกฎหมาย Civil Unions นี้ได้ จะต้องเป็นบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 1202 (2) ที่บัญญัติว่า “บุคคลผู้ที่จะเข้าผูกพันตนเป็นคู่ร่วมชีวิตจะต้องมีเพศเดียวกัน”¹²⁹ กล่าวคือ บุคคลต่างประเทศจะไม่สามารถจดทะเบียนร่วมชีวิตได้เลย อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณานิยามของคำว่า “คู่ร่วมชีวิต (Civil Unions)”¹³⁰ ที่กฎหมายฉบับนี้ได้ให้ไว้พบว่า กฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลที่มีเพศเดียวกันในลักษณะของคู่สมรส ฉะนั้น บุคคลต่างประเทศจึงต้องใช้กฎหมายการสมรสเท่านั้น นอกจากนี้ บุคคลที่จะจดทะเบียนร่วมชีวิตตามกฎหมายฉบับนี้ ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะต้องมีถิ่นที่อยู่ หรือมีภูมิลำเนา หรือเป็นพลเมืองของรัฐเวอร์มอนต์ หากบุคคลที่ไม่มีถิ่นที่อยู่ หรือมีภูมิลำเนา หรือเป็นพลเมืองของรัฐเวอร์มอนต์ ประสงค์จะจดทะเบียนเป็นคู่ร่วมชีวิตตามกฎหมายฉบับนี้สามารถร้องขอเพื่อจดทะเบียนได้¹³¹

3.2.1.2 เงื่อนไขในการจดทะเบียน

การจดทะเบียนร่วมชีวิตตามกฎหมายเฉพาะเช่นนี้มีลักษณะเทียบเท่าการจดทะเบียนสมรสของบุคคลต่างประเทศ กฎหมายจึงต้องกำหนดเงื่อนไขของบุคคลที่จะเข้ามาจดทะเบียนเป็นธรรมดา เพื่อให้เกิดความเป็นไปได้ในการสร้างครอบครัวของบุคคลที่รักเพศเดียวกัน ซึ่งกฎหมาย Civil Unions นี้ได้กำหนดเงื่อนไขไว้หลายประการ ดังนี้

1) อายุของผู้ทำการสมรส

เงื่อนไขทางอายุของบุคคลที่จะจดทะเบียนร่วมชีวิต กฎหมายกำหนดอายุขั้นต่ำไว้ที่ 18 ปี ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 1202 (3) ที่บัญญัติว่า “บุคคลผู้ที่จะเข้าผูกพันตนเป็นคู่

¹²⁹ Civil Unions, § 1202 For a civil union to be established in Vermont, it shall be necessary that the parties to a civil union satisfy all of the following criteria: ... (2) Be of the same sex. ...

¹³⁰ Civil Unions, § 1201 (2) “Civil union” means that two eligible persons have established a relationship pursuant to this chapter, and may receive the benefits and protections and be subject to the responsibilities of spouses.

¹³¹ Demain. อ้างถึงใน ฌนุช คำทอง. เรื่องเดียวกัน. น. 117.

ร่วมชีวิตจะต้องมีอายุ 18 ปี”¹³² ซึ่งตามกฎหมายของรัฐเวอร์มอนต์บุคคลจะบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุครบ 18 ปีบริบูรณ์

หากพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายจากการกำหนดอายุขั้นต่ำที่สามารถทำการจดทะเบียนได้ มีความเป็นไปได้ว่า กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองผู้เยาว์ซึ่งยังมีวุฒิภาวะในการตัดสินใจในเรื่องต่างๆ ไม่เพียงพอ กฎหมายจึงต้องกำหนดอายุบรรลุนิติภาวะเป็นเกณฑ์ขั้นต่ำไว้ เพราะบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว กฎหมายถือว่าบุคคลคนนั้นมีวุฒิภาวะในการตัดสินใจที่เพียงพอแล้ว

2) การมีคู่สมรสเพียงคนเดียว

เงื่อนไขที่สำคัญประการหนึ่งที่กฎหมายได้กำหนดห้ามไว้ นั่นคือ บุคคลที่จะเข้าจดทะเบียนร่วมชีวิตจะต้องไม่ได้จดทะเบียนร่วมชีวิตหรือจดทะเบียนสมรสอยู่ก่อนแล้ว อันเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 1202 (1) ที่บัญญัติว่า “บุคคลผู้ที่เข้าผูกพันตนเป็นคู่ร่วมชีวิตจะต้องไม่มีคู่จดทะเบียนร่วมชีวิตหรือคู่สมรสอยู่ก่อนแล้ว”¹³³ ทั้งนี้ น่าจะมีเหตุผลคล้ายคลึงกับการจดทะเบียนสมรสซ้อน กล่าวคือ กฎหมายไม่ประสงค์ให้บุคคลที่มีคู่สมรสอยู่ก่อนแล้วไปทำการสมรสกับบุคคลอื่นอีก อันจะเป็นสิ่งที่ทำลายรากฐานของครอบครัว กฎหมายจึงได้ห้ามในเรื่องนี้ไว้

3) ห้ามสมรสกับญาติสืบสายโลหิต

เงื่อนไขข้อนี้ถือว่าเป็นสาระสำคัญของการสมรสอย่างหนึ่ง กล่าวคือ การห้ามสมรสหรือการห้ามจดทะเบียนความสัมพันธ์กับญาติ กฎหมายกำหนดเงื่อนไขไว้ก็ด้วยเหตุผลทางศีลธรรม เพราะการที่ญาติสืบสายโลหิต หรือพี่น้องร่วมบิดามารดาสมรสกันย่อมกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของสังคมในทางศีลธรรม ด้วยเหตุนี้จึงเป็นข้อห้ามทางสังคมที่เป็นสากลซึ่งยอมรับกันทั่วโลก

กฎหมาย Civil Unions เองก็เช่นกัน ได้มีบทบัญญัติห้ามการจดทะเบียนความสัมพันธ์กับญาติของตน ดังบทบัญญัติในมาตรา 1203 เรื่องบุคคลที่ไม่สามารถจดทะเบียนร่วมชีวิตได้ ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติแยกไว้ 2 กรณี คือ กรณีแรก ตามบทบัญญัติในมาตรา 1203 (a) ที่บัญญัติไว้ว่า “ผู้หญิงที่จะเข้าจดทะเบียนร่วมชีวิตจะไม่สามารถจดทะเบียนได้กับบุคคลเหล่านี้ ได้แก่ มารดา ย่า ยาย

¹³² Civil Unions, § 1202 For a civil union to be established in Vermont, it shall be necessary that the parties to a civil union satisfy all of the following criteria: ... (3) Meet the criteria and obligations set forth in 18 V.S.A. chapter 106.

¹³³ Civil Unions, § 1202 For a civil union to be established in Vermont, it shall be necessary that the parties to a civil union satisfy all of the following criteria: ... (1) Not be a party to another civil union or a marriage. ...

บุตรสาว หลานสาว พี่สาว หรือน้องสาว ซึ่งเป็นญาติสายตรง และบุตรสาวของพี่ชายหรือน้องชาย บุตรสาวของพี่สาวหรือน้องสาว พี่สาวของบิดาหรือมารดา (ป้า) น้องสาวของบิดา (อา) และน้องสาวของมารดา (น้า)”¹³⁴ และกรณีที่สอง ตามบทบัญญัติในมาตรา 1203 (b) ที่บัญญัติไว้ว่า “ผู้ชายที่จะเข้าจดทะเบียนร่วมชีวิตจะไม่สามารถจดทะเบียนได้กับบุคคลเหล่านี้ ได้แก่ บิดา ปู่ ตา บุตรชาย หลานชาย พี่ชาย หรือน้องชาย ซึ่งเป็นญาติสายตรง และบุตรชายของพี่ชายหรือน้องชาย บุตรชายของพี่สาวหรือน้องสาว พี่ชายของบิดาหรือมารดา (ลุง) น้องชายของบิดา (อา) และน้องชายของมารดา (น้า)”¹³⁵

เมื่อพิจารณาจากลำดับญาติที่กฎหมายได้ห้ามแล้ว พบว่า กฎหมาย Civil Union ได้ห้ามการจดทะเบียนร่วมชีวิตกับญาติสืบสายโลหิตทั้งสายตรงและสายที่ใกล้ชิด แต่กฎหมายไม่มีบทบัญญัติห้ามการจดทะเบียนระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม หรือการจดทะเบียนกับญาติจากการสมรส นั้นหมายความว่า การจดทะเบียนกับบุตรบุญธรรม หรือญาติจากการสมรสย่อมสามารถทำได้ อย่างไรก็ตาม หากบุคคลใดฝ่าฝืนจดทะเบียนร่วมชีวิตกับญาติตามมาตรา 1203 (a) และ (b) ให้ถือว่าการจดทะเบียนร่วมชีวิตครั้งนั้นเป็นโมฆะ ตามบทบัญญัติในมาตรา 1203 (c)¹³⁶

4) ห้ามสมรสกับบุคคลวิกลจริตหรือคนไร้ความสามารถ

เงื่อนไขประการนี้แม้จะมีได้ห้ามไว้โดยตรงในมาตรา 1202 แต่ได้ห้ามไว้ในมาตรา 5163 เรื่องข้อจำกัดของผู้เยาว์และคนไร้ความสามารถ ซึ่งมาตรา 5163 (a) ได้บัญญัติเอาไว้ว่า “ห้ามมิให้เจ้าพนักงานทำการจดทะเบียนร่วมชีวิตแก่บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี บุคคลวิกลจริต และคนเสมือนไร้ความสามารถโดยปราศจากการรับรองจากผู้พิทักษ์”¹³⁷ เหตุที่กฎหมายต้องห้ามมิให้เจ้าพนักงานจดทะเบียนให้ น่าจะเป็นเพราะว่า บุคคลเหล่านี้ด้อยความสามารถเหตุเพราะเป็นผู้เยาว์ หรือคนไร้ความสามารถ กฎหมายจึงต้องคุ้มครองบุคคลในกลุ่มนี้เอาไว้

¹³⁴ Civil Unions, § 1203 (a) A woman shall not enter a civil union with her mother, grandmother, daughter, grand-daughter, sister, brother's daughter, sister's daughter, father's sister or mother's sister.

¹³⁵ Civil Unions, § 1203 (b) A man shall not enter a civil union with his father, grandfather, son, grandson, brother, brother's son, sister's son, father's brother or mother's brother.

¹³⁶ Civil Unions, § 1203 (c) A civil union between persons prohibited from entering a civil union in subsection (a) or (b) of this section is void.

¹³⁷ Civil Unions, § 5163 (a) A clerk shall not issue a civil union license when either party to the intended civil union is :

- (1) under 18 years of age;
- (2) non compos mentis;
- (3) under guardianship, without the written consent of such guardian.

นอกจากนี้ ในมาตรา 5163 (b) ยังได้กำหนดโทษแก่เจ้าพนักงานที่ทราบถึงข้อเท็จจริงในความสามารถของบุคคลเหล่านี้แต่ก็ยังรับจดทะเบียนร่วมชีวิต โดยกฎหมายกำหนดโทษเจ้าพนักงานผู้กระทำการเช่นนั้นเป็นค่าปรับ 20 ดอลลาร์สหรัฐ และบุคคลที่แอบอ้างเป็นผู้พิทักษ์เพื่อช่วยให้บุคคลกลุ่มนี้ได้รับอนุญาตจดทะเบียนร่วมชีวิตจะต้องถูกปรับ 500 ดอลลาร์สหรัฐ¹³⁸

3.2.1.3 รูปแบบการจดทะเบียน

คู่รักที่ประสงค์จะจดทะเบียนร่วมชีวิตนั้น นอกจากจะต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตรงตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการจดทะเบียนแล้ว ยังต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี มีความสามารถสมบูรณ์ ยังไม่มีคู่สมรสหรือคู่ร่วมชีวิตมาก่อน และบุคคลที่จะจดทะเบียนด้วยต้องมีสัญชาติของตน โดยบุคคลผู้ที่ประสงค์จะจดทะเบียนร่วมชีวิตจะต้องดำเนินการขออนุญาตรับรอง (License) จากเจ้าพนักงานเสียก่อน ซึ่งบุคคลที่ประสงค์จะจดทะเบียนร่วมชีวิตจะต้องกรอกข้อมูลตามแบบที่กำหนดไว้ และลงลายมือชื่อรับรองความถูกต้อง หลังจากนั้น เจ้าพนักงานจะทำการตรวจสอบคุณสมบัติว่าผ่านเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ จึงจะสามารถออกหนังสือรับรองให้ได้¹³⁹

¹³⁸ Civil Unions, § 5163 (b) A clerk who knowingly violates subsection (a) of this section shall be fined not more than \$20.00. A person who aids in procuring a civil union license by falsely pretending to be the guardian having authority to give consent to the civil union shall be fined not more than \$500.00.

¹³⁹ Civil Unions, § 5161. Issuance of license (a) A town clerk shall issue a civil union license to all applicants who have complied with the provisions of section 5160 of this title, and who are otherwise qualified under the laws of the state to apply for a civil union license.

(b) An assistant town clerk may perform the duties of a town clerk under this chapter.

§ 5162. Proof of legal qualifications of parties to a civil union; penalty

(a) Before issuing a civil union license to an applicant, the town clerk shall be confident, through presentation of affidavits or other proof, that each party to the intended civil union meets the criteria set forth to enter into a civil union.

(b) Affidavits shall be in a form prescribed by the board, and shall be attached to and filed with the civil union certificate in the office of the clerk of the town wherein the license was issued.

(c) A clerk who fails to comply with the provisions of this section, or who issues a civil union license with knowledge that either or both of the parties to a civil union have failed to comply with the requirements of the laws of this state, or a person who, having authority and having such knowledge, certifies such a civil union, shall be fined not more than \$100.00.

เมื่อเจ้าพนักงานออกหนังสือรับรองให้แก่คู่รักที่ประสงค์จะจดทะเบียนร่วมชีวิตแล้ว ให้คู่รักคนใดคนหนึ่งดำเนินการส่งหนังสือรับรองไปให้ผู้ที่มีอำนาจทำการรับรอง (Certificate) ภายใน 60 วัน นับจากวันที่ออกหนังสือรับรอง ถ้าผู้ที่มีอำนาจรับรองไม่ทำการรับรองภายในระยะเวลาดังกล่าว หนังสือรับรองนั้นจะตกเป็น โฆษะ หากผู้ที่มีอำนาจได้รับรองภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้ว หลังจากนั้นไม่เกิน 10 วัน คู่รักคนใดคนหนึ่งจะต้องดำเนินการส่งหนังสือรับรองกลับไปยังเจ้าพนักงานผู้ออกหนังสือรับรอง โดยให้เจ้าพนักงานทำการจดบันทึก และเก็บหนังสือรับรองนั้นไว้¹⁴⁰

¹⁴⁰ Civil Unions, § 5160. Issuance of civil union license; certification; return of civil union certificate

(a) Upon application in a form prescribed by the department, a town clerk shall issue a civil union license in the form prescribed by the department, and shall enter thereon the names of the parties to the proposed civil union, fill out the form as far as practicable and retain a copy in the clerk's office. At least one party to the proposed civil union shall sign the application attesting to the accuracy of the facts stated. The license shall be issued by the clerk of the town where either party resides or, if neither is a resident of the state, by any town clerk in the state.

(b) A civil union license shall be delivered by one of the parties to a proposed civil union, within 60 days from the date of issue, to a person authorized to certify civil unions by section 5164 of this title. If the proposed civil union is not certified within 60 days from the date of issue, the license shall become void. After a person has certified the civil union, he or she shall fill out that part of the form on the license provided for such use, sign and certify the civil union. Thereafter, the document shall be known as a civil union certificate.

(c) Within ten days of the certification, the person performing the certification shall return the civil union certificate to the office of the town clerk from which the license was issued. The town clerk shall retain and file the original according to sections 5007 and 5008 of this title.

(d) A town clerk who knowingly issues a civil union license upon application of a person residing in another town in the state, or a county clerk who knowingly issues a civil union license upon application of a person other than as provided in section 5005 of this title, or a clerk who issues such a license without first requiring the applicant to fill out, sign and make oath to the declaration contained therein as provided in section 5160 of this title, shall be fined not more than \$50.00 nor less than \$20.00.

(e) A person making application to a clerk for a civil union license who makes a material misrepresentation in the declaration of intention shall be deemed guilty of perjury.

(f) A town clerk shall provide a person who applies for a civil union license with information prepared by the secretary of state that advises such person of the benefits, protections and responsibilities of a civil union and that Vermont residency may be required for dissolution of a civil union in Vermont.

3.2.1.4 สิทธิและหน้าที่

ตามบทบัญญัติในกฎหมาย Civil Unions มาตรา 1204 (a) ที่ได้รับบัญญัติไว้ว่า “คู่ร่วมชีวิต จะได้รับผลประโยชน์ ความคุ้มครอง สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเช่นเดียวกับคู่สมรส ไม่ว่าจะเป็ นบทบัญญัติตามกฎหมาย ระเบียบของฝ่ายปกครอง ระเบียบของศาล นโยบายของรัฐ หรือแหล่งกฎหมาย อื่นๆ ในระบบกฎหมาย Common Law”¹⁴¹ โดยคู่ร่วมชีวิตจะมีความรับผิดชอบในระดับและลักษณะ เดียวกับของคู่สมรส ฉะนั้น คู่ร่วมชีวิตจึงมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันเหมือนคู่สมรสต่างประเทศ และยักรวมถึงสิทธิในการยกเลิกการจดทะเบียนร่วมชีวิตการแยกกันอยู่ การหย่าร้าง การปกครองบุตร การแบ่งทรัพย์สิน และเงินค่าอุปการะเลี้ยงดู จะถูกนำมาใช้กับคู่ร่วมชีวิตด้วยเช่นกัน¹⁴² อย่างไรก็ตาม สิทธิ ในการปกครองบุตรของคู่ร่วมชีวิตจะกลายเป็นสิทธิโดยธรรมของบิดามารดา¹⁴³ กล่าวคือ คู่ร่วมชีวิตคน หนึ่งสามารถใช้อำนาจปกครองโดยธรรมต่อบุตรของคู่ร่วมชีวิตอีกคนได้ ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับการ ใช้อำนาจปกครองบุตรของคู่สมรส

นอกจากนี้ ผลประโยชน์ตามกฎหมาย ความคุ้มครอง และความรับผิดชอบของคู่สมรส ที่มีใช้สิทธิเฉพาะตัว จะถูกนำมาปรับใช้กับคู่ร่วมชีวิตด้วยเช่น สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน สิทธิในการ ได้มา การโอน และการครอบครองกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ สิทธิในมรดก สิทธิในพินัยกรรม สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการประกันภัยสำหรับลูกจ้างและสัญญาการ คุ้มครองเนื่อง สิทธิได้รับค่าชดเชยความเสียหาย สิทธิได้รับค่าชดเชยการจ้างงาน สิทธิในทางกฎหมาย กรณีเกิดเหตุฉุกเฉิน สิทธิประกันสังคมและการรักษาพยาบาล สิทธิในทางภาษี สิทธิในที่อยู่อาศัยของคู่

¹⁴¹ Civil Unions, § 1204. Benefits, protections, and responsibilities of parties to a civil union

(a) Parties to a civil union shall have all the same benefits, protections, and responsibilities under law, whether they derive from statute, administrative or court rule, policy, common law, or any other source of civil law, as are granted to spouses in a civil marriage.

¹⁴² Civil Unions, § 1204. Benefits, protections, and responsibilities of parties to a civil union

(c) Parties to a civil union shall be responsible for the support of one another to the same degree and in the same manner as prescribed under law for married persons.

(d) The law of domestic relations, including annulment, separation and divorce, child custody and support, and property division and maintenance shall apply to parties to a civil union.

¹⁴³ Civil Unions, § 1204. Benefits, protections, and responsibilities of parties to a civil union

(f) The rights of parties to a civil union, with respect to a child of whom either becomes the natural parent during the term of the civil union, shall be the same as those of a married couple, with respect to a child of whom either spouse becomes the natural parent during the marriage

สมรส สิทธิลดหย่อนภาษีในที่อยู่อาศัย สิทธิในการกู้ยืมเงินของทหารผ่านศึก สิทธิตามข้อกำหนดทางกฎหมายในเงินค่าจ้างขั้นต่ำ หน้าที่ชำระเงินให้แก่รัฐเพื่อการทหาร หน้าที่ในการไปใช้สิทธิเลือกตั้ง สิทธิในความสัมพันธ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการมอบ การยกเลิกเพิกถอน และการคัดค้านในการมอบ อวัยวะแก่บุคคลอื่น เป็นต้น¹⁴⁴

¹⁴⁴ Civil Unions, § 1204. Benefits, protections, and responsibilities of parties to a civil union

(e) The following is a nonexclusive list of legal benefits, protections, and responsibilities of spouses, which shall apply in like manner to parties to a civil union:

- (1) laws relating to title, tenure, descent and distribution, intestate succession, waiver of will, survivorship, or other incidents of the acquisition, ownership, or transfer, inter vivos or at death, of real or personal property, including eligibility to hold real and personal property as tenants by the entirety (parties to a civil union meet the common law unity of person qualification for purposes of a tenancy by the entirety);
- (2) causes of action related to or dependent upon spousal status, including an action for wrongful death, emotional distress, loss of consortium, dramshop, or other torts or actions under contracts reciting, related to, or dependent upon spousal status;
- (3) probate law and procedure, including no probate transfer;
- (4) adoption law and procedure;
- (5) group insurance for state employees under 3 V.S.A. § 631, and continuing care contracts under 8 V.S.A. § 8005;
- (6) spouse abuse programs under 3 V.S.A. § 18;
- (7) prohibitions against discrimination based upon marital status;
- (8) victim's compensation rights under 13 V.S.A. § 5351;
- (9) workers' compensation benefits;
- (10) laws relating to emergency and nonemergency medical care and treatment, hospital visitation and notification, including the Patient's Bill of Rights under 18 V.S.A. chapter 42 and the Nursing Home Residents' Bill of Rights under 33 V.S.A. chapter 73;
- (11) advance directives under 18 V.S.A. chapter 111;
- (12) family leave benefits under 21 V.S.A. chapter 5, subchapter 4A;
- (13) public assistance benefits under state law;
- (14) laws relating to taxes imposed by the state or a municipality;
- (15) laws relating to immunity from compelled testimony and the marital communication privilege;
- (16) the homestead rights of a surviving spouse under 27 V.S.A. § 105 and homestead property tax allowance under 32 V.S.A. § 6062;
- (17) laws relating to loans to veterans under 8 V.S.A. § 1849;

3.2.2 รัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา

รัฐแคลิฟอร์เนียได้ตรากฎหมายที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน โดยมีพื้นฐานมาจากหลักความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันของคู่รักที่มีเพศเดียวกันกับคู่รักต่างเพศ อย่างไรก็ตาม รัฐแคลิฟอร์เนียมิได้ใช้คำว่า “การสมรส” ตามกฎหมายสมรสเช่นเดียวกับบุคคลต่างเพศ แต่เลี่ยงไปใช้คำว่า “การใช้ชีวิตร่วมกัน (Domestic Partnership)” ตามกฎหมาย Domestic Partnership อันเป็นกฎหมายเฉพาะที่ตราขึ้นมาเพื่อรับรองความสัมพันธ์ของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน โดยเกิดจากแนวคิดและหลักการ ดังนี้

การใช้ชีวิตร่วมกันเป็นการนำระบบการจดทะเบียนความสัมพันธ์ (Registration) มาใช้กับบุคคลที่มีเพศเดียวกัน กล่าวคือ บุคคลที่มีเพศเดียวกันมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายผ่านการจดทะเบียนความสัมพันธ์ และยังขยายมาถึงคู่รักต่างเพศที่ไม่ได้สมรสกันด้วย โดยเกิดจากแนวคิดในการยอมรับคุณค่าของความสัมพันธ์ของบุคคลที่มีเพศเดียวกันและบุคคลต่างเพศที่มีได้จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมาย นอกจากนี้ คำตัดสินของศาลในคดี BRASCHI v. STAHL ASSOCS ได้วางหลักไว้ว่า “แม้ผู้เช่าจะเสียชีวิตลงภายหลังการทำสัญญาเช่า สัญญาเช่าก็ยังมีผลบังคับอยู่เพื่อครอบครัวของผู้เช่า โดยครอบครัว หมายความว่า บุคคลสองคนที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ซึ่งมีคุณลักษณะที่โดดเด่น คือ การมีความสัมพันธ์ในระยะยาว ทั้งในทางอารมณ์ การเงิน และการพึ่งพาซึ่งกันและกัน” หลักการนี้จึงหมายความว่ารวมถึงคู่รักที่มีเพศเดียวกันของผู้เช่าด้วย¹⁴⁵ อย่างไรก็ตาม กฎหมาย Domestic Partnership ได้กำหนดเงื่อนไขของผู้มีสิทธิจดทะเบียน เงื่อนไขในการจดทะเบียน รูปแบบของการจดทะเบียน และสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่ใช้ชีวิตร่วมกันไว้ดังนี้

(18) the definition of family farmer under 10 V.S.A. § 272;

(19) laws relating to the making, revoking and objecting to anatomical gifts by others under 18 V.S.A. § 5250 i;

(20) state pay for military service under 20 V.S.A. § 1544;

(21) application for early voter absentee ballot under 14 V.S.A. § 2532;

(22) family landowner rights to fish and hunt under 10 V.S.A. § 4235;

(23) legal requirements for assignment of wages under 8 V.S.A. § 2235; and

(24) affirmance of relationship under 15 V.S.A. § 7.

¹⁴⁵ Pierceson, Jason. *Same - Sex Marriage in the United States : The Road to the Supreme Court*. Maryland : Rowman & Littlefield Publishers, Inc. 2013. P. 45. และณนุช คำทอง. เรื่องเดียวกัน. น. 111 – 112.

3.2.2.1 เงื่อนไขว่าด้วยผู้มีสิทธิจดทะเบียน

บุคคลที่จะจดทะเบียนความสัมพันธ์ตามกฎหมายฉบับนี้ได้จะต้องเป็นบุคคลที่มีเพศเดียวกันเท่านั้น ตามความในบทบัญญัติมาตรา 297 (b) (4) (A) ที่บัญญัติว่า “บุคคลทั้งสองจะต้องมีเพศเดียวกัน”¹⁴⁶ อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายจะมีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะที่ตราขึ้นมาเพื่อรับรองความสัมพันธ์ในการใช้ชีวิตร่วมกัน โดยให้มีฐานะเสมือนคู่สมรสต่างเพศตามกฎหมายว่าด้วยการสมรสก็ตาม แต่กฎหมายฉบับนี้ได้มีบทบัญญัติที่อนุญาตให้บุคคลต่างเพศกันสามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์ได้ด้วยตามความในบทบัญญัติมาตรา 297 (b) (4) วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “บุคคลต่างเพศไม่สามารถจดทะเบียนใช้ชีวิตร่วมกันได้ เว้นแต่ บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือทั้งสองมีอายุมากกว่า 62 ปี”¹⁴⁷ ดังนั้น คู่รักต่างเพศที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายมีอายุมากกว่า 62 ปีจึงจะสามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์ตามกฎหมายนี้ได้ ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายฉบับนี้ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายอาจเป็นไปได้ว่าผู้ร่างกฎหมายอาจเห็นว่าบุคคลที่มีอายุมากกว่า 62 ปีไม่น่าจะสามารถมีบุตรได้แล้ว การที่บุคคลทั้งสองใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันน่าจะเพื่อการดูแลซึ่งกันและกันมากกว่า กฎหมายจึงกำหนดข้อยกเว้นเอาไว้เพื่อให้บุคคลต่างเพศสามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์ตามกฎหมายฉบับนี้ได้

3.2.2.2 เงื่อนไขในการจดทะเบียน

การจดทะเบียนความสัมพันธ์ตามกฎหมายเฉพาะเช่นนี้มีลักษณะเสมือนการจดทะเบียนสมรสของบุคคลต่างเพศ กฎหมายจึงต้องกำหนดเงื่อนไขของบุคคลที่จะเข้ามาจดทะเบียนใช้ชีวิตร่วมกันไว้ เพื่อให้เกิดความเป็นไปได้ในการสร้างครอบครัวของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ซึ่งกฎหมาย Domestic Partnership ได้กำหนดเงื่อนไขไว้หลายประการ ดังนี้

1) อายุของผู้ทำการสมรส

เงื่อนไขทางอายุของบุคคลที่จะเข้าจดทะเบียนใช้ชีวิตร่วมกัน กฎหมายกำหนดอายุขั้นต่ำไว้ที่ 18 ปี ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 297 (b) (3) ซึ่งวางหลักไว้ว่า “การจะใช้ชีวิตร่วมกันใน รัฐแคลิฟอร์เนียจะเกิดขึ้นต่อเมื่อบุคคลทั้งสองได้ยื่นประกาศการใช้ชีวิตร่วมกันต่อเลขานุการแห่งรัฐ และมีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขดังนี้ ... (3) บุคคลทั้งสองมีอายุไม่น้อยกว่า 18 ปี เว้น

¹⁴⁶ Domestic Partner Registration, Section 297 (b) (4) Either of the following: ... (A) Both persons are members of the same sex.

¹⁴⁷ Domestic Partner Registration, Section 297 (b) (4), 2nd Paragraph Notwithstanding any other provision of this section, persons of opposite sexes may not constitute a domestic partnership unless one or both of the persons are over 62 years of age.

แต่ บุคคลตามมาตรา 297.1¹⁴⁸ ซึ่งตามกฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนีย บุคคลบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายจากอายุขั้นต่ำที่สามารถทำการจดทะเบียนได้มีความเป็นไปได้ว่ากฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครองผู้เยาว์ซึ่งยังมีวุฒิภาวะในการตัดสินใจในเรื่องต่างๆ ไม่เพียงพอ กฎหมายจึงได้กำหนดอายุบรรลุนิติภาวะเป็นเกณฑ์ขั้นต่ำไว้ เพราะบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว กฎหมายถือว่าบุคคลคนนั้นมีวุฒิภาวะในการตัดสินใจที่เพียงพอแล้ว

อย่างไรก็ดี ความตอนท้ายของอนุมาตรานี้ได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นในเงื่อนไข อายุของบุคคลที่จะทำการจดทะเบียนใช้ชีวิตร่วมกัน อันเป็นข้อยกเว้นตามมาตรา 297.1 กล่าวคือ หากบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีหรือยังไม่บรรลุนิติภาวะมีความประสงค์ที่จะจดทะเบียนใช้ชีวิตคู่ร่วมกับบุคคลอื่น โดยมีคุณสมบัติอื่นครบตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายและได้รับความยินยอมและคำสั่งอนุญาตจากศาลให้สามารถกระทำการจดทะเบียนการใช้ชีวิตคู่แล้ว ซึ่งความยินยอมที่ว่าเป็นนี้ คือ การได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากบิดามารดาหรือจากบิดาหรือมารดา หรือจากผู้ปกครองของบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่ บุคคลดังกล่าวไม่สามารถให้ความยินยอม หรือไม่ให้ความยินยอม ศาลอาจเป็นผู้ให้ความยินยอมเองก็ได้¹⁴⁹

¹⁴⁸ Domestic Partner Registration, Section 297 (b) A domestic partnership shall be established in California when both persons file a Declaration of Domestic Partnership with the Secretary of State pursuant to this division, and, at the time of filing, all of the following requirements are met; ... (3) Both persons are at least 18 years of age, except as provided in Section 297.1.

¹⁴⁹ Domestic Partner Registration, Section 297.1. (a) A person under 18 years of age who, together with the person with whom he or she proposes to establish a domestic partnership, otherwise meets the requirements for a domestic partnership other than the requirement of being at least 18 years of age, is capable of consenting to and establishing a domestic partnership upon obtaining a court order granting permission to the underage person or persons to establish a domestic partnership.

(b) (1) The court order and written consent of the parents of each person under 18 years of age or of one of the parents or the guardian of each person under 18 years of age, except as provided in paragraph (2), shall be filed with the clerk of the court, and a certified copy of the order shall be filed with the Secretary of State with the Declaration of Domestic Partnership.

(2) If it appears to the satisfaction of the court by application of a person under 18 years of age that the person requires a written consent to establish a domestic partnership and that the minor has no parent or guardian, or has no parent or guardian capable of consenting, the court may make an order consenting to establishing the domestic partnership. The order shall be filed with the clerk of the court and a certified copy of the order shall be filed with the Secretary of State with the Declaration of Domestic Partnership.

2) ความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย

การจดทะเบียนใช้ชีวิตร่วมกันถือเป็นสิ่งเฉพาะตัวของบุคคลที่มีความประสงค์จะทำการใช้ชีวิตร่วมกัน ฉะนั้น บุคคลที่จะใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจะต้องสมัครใจเข้าทำการจดทะเบียนใช้ชีวิตร่วมกัน โดยความสมัครใจนี้จะแสดงออกมาในรูปของความยินยอม ดังบทบัญญัติมาตรา 297 (b) (5) ที่บัญญัติว่า “การจะใช้ชีวิตร่วมกันในรัฐแคลิฟอร์เนียจะเกิดขึ้นต่อเมื่อบุคคลทั้งสองได้ยื่นประกาศการใช้ชีวิตร่วมกันต่อเลขาธิการแห่งรัฐ และมีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขดังนี้ ... (5) บุคคลทั้งสองต้องแสดงความยินยอมในการใช้ชีวิตร่วมกัน”¹⁵⁰ จากบทบัญญัติข้างต้น การที่จะแสดงความยินยอมเป็นผู้ใช้ชีวิตร่วมกันนั้น กฎหมายได้กำหนดให้ผู้นั้นต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอม กล่าวคือ บุคคลที่จะจดทะเบียนใช้ชีวิตร่วมกันต้องให้ความยินยอมโดยสมัครใจในการใช้ชีวิตร่วมกับอีกฝ่าย

3) การมีคู่สมรสเพียงคนเดียว

เงื่อนไขที่สำคัญประการหนึ่งที่กฎหมายได้กำหนดห้ามไว้ นั่นคือ บุคคลที่จะทำการจดทะเบียนใช้ชีวิตร่วมกัน จะต้องไม่มีคู่สมรส หรือคู่จดทะเบียนการใช้ชีวิตร่วมกันอยู่ก่อนแล้ว ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 297 (b) (1) ที่บัญญัติว่า “การจะใช้ชีวิตร่วมกันในรัฐแคลิฟอร์เนียจะเกิดขึ้นต่อเมื่อบุคคลทั้งสองได้ยื่นประกาศการใช้ชีวิตร่วมกันต่อเลขาธิการแห่งรัฐ และมีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขดังนี้ (1) ห้ามจดทะเบียนการใช้ชีวิตให้แก่บุคคลที่มีคู่สมรสหรือคู่จดทะเบียนการใช้ชีวิตร่วมกัน และการสมรสหรือการจดทะเบียนใช้ชีวิตร่วมกันนั้นยังไม่สิ้นสุดลง”¹⁵¹ ทั้งนี้ น่าจะมีเหตุผลคล้ายคลึงกับการจดทะเบียนสมรสซ้อน กล่าวคือ กฎหมายไม่ประสงค์ให้บุคคลที่มีคู่สมรสอยู่ก่อนแล้วไปทำการสมรสกับบุคคลอื่นอีก อันจะเป็นสิ่งที่ทำลายรากฐานของครอบครัว กฎหมายจึงต้องห้ามไว้

4) ห้ามสมรสกับญาติสืบสายโลหิต

เงื่อนไขข้อนี้ถือว่าเป็นสาระสำคัญของการสมรสอย่างหนึ่ง กล่าวคือ การห้ามสมรส หรือการห้ามจดทะเบียนใช้ชีวิตร่วมกันกับผู้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต กฎหมายกำหนดเงื่อนไขไว้ก็ด้วยเหตุผลทางศีลธรรม เพราะการที่ญาติสืบสายโลหิต หรือพี่น้องร่วมบิดา

¹⁵⁰ Domestic Partner Registration, Section 297 (b) A domestic partnership shall be established in California when both persons file a Declaration of Domestic Partnership with the Secretary of State pursuant to this division, and, at the time of filing, all of the following requirements are met : ... (5) Both persons are capable of consenting to the domestic partnership.

¹⁵¹ Domestic Partner Registration, Section 297 (b) A domestic partnership shall be established in California when both persons file a Declaration of Domestic Partnership with the Secretary of State pursuant to this division, and, at the time of filing, all of the following requirements are met : (1) Neither person is married to someone else or is a member of another domestic partnership with someone else that has not been terminated, dissolved, or adjudged a nullity.

มารดาสมรสกันย่อมกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของสังคมในทางศีลธรรม จึงเป็นข้อห้ามทางสังคมที่ยอมรับกันในสากล

กฎหมาย Domestic Partnership เองก็เช่นกัน ได้มีบทบัญญัติห้ามการจดทะเบียนใช้ชีวิตร่วมกันกับผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับตนเอง ดังบทบัญญัติในมาตรา 297 (b) (2) ที่บัญญัติไว้ว่า “การจะใช้ชีวิตร่วมกันในรัฐแคลิฟอร์เนียจะเกิดขึ้นต่อเมื่อบุคคลทั้งสองได้ยื่นประกาศการใช้ชีวิตร่วมกันต่อเลขานุการแห่งรัฐ และมีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขดังนี้ ... (2) บุคคลทั้งสองจะต้องไม่มีความเกี่ยวพันกันทางสายโลหิต”¹⁵² กล่าวคือ บุคคลทั้งสองที่จะจดทะเบียนกันต้องไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกัน แต่กฎหมายมิได้กำหนดถึงระดับความสัมพันธ์ทางสายโลหิตว่าบุคคลทั้งสองคนนี้จะต้องมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันเพียงใด ซึ่งผู้วิจัยจะตีความอย่างแคบที่สุด ฉะนั้น จึงหมายถึง ความสัมพันธ์ทางสายโลหิตสายตรง หรือญาติสืบสายโลหิตสายตรงนั่นเอง ซึ่งแยกเป็น 4 ประเภท คือ ประเภทแรก ญาติสืบสายโลหิต โดยตรงขึ้นไป ได้แก่ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย และทวด ประเภทที่สอง ญาติสืบสายโลหิตลงมา ได้แก่ บุตร หลาน เหลน และลื้อ ประเภทที่สาม พี่น้องร่วมบิดา มารดาเดียวกัน และประเภทสุดท้าย พี่น้องร่วมแม่บิดาหรือมารดา

ตามความเห็นของผู้วิจัย เห็นว่า ญาติที่มีความสัมพันธ์ในลำดับชั้นถัดมาน่าจะสามารถจดทะเบียนใช้ชีวิตร่วมกันได้ อย่างไรก็ดี กฎหมายไม่ได้มีบทบัญญัติห้ามการจดทะเบียนระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม หรือการจดทะเบียนกับญาติจากการสมรส ดังนั้น การจดทะเบียนระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม หรือญาติอันเกิดจากการสมรสสามารถกระทำได้

3.2.2.3 รูปแบบการจดทะเบียน

บุคคลผู้ประสงค์ที่จะจดทะเบียนใช้ชีวิตร่วมกันจะต้องยื่นแบบที่มีข้อมูลตามที่กำหนดโดยเลขานุการแห่งรัฐกับเจ้าพนักงาน ทั้งนี้ ข้อมูลที่จำเป็นที่รัฐต้องการมี 5 ประการคือ ประการแรก สถานะและคุณสมบัติของบุคคลทั้งสองครบตามเงื่อนไขในมาตรา 297 ณ วันที่ลงนามในแบบคำร้อง ประการที่สอง ที่อยู่ที่สามารถติดต่อได้ ประการที่สาม ความยินยอมของบุคคลทั้งสองที่จะอยู่ภายใต้อำนาจของศาลฎีกาแห่งรัฐแคลิฟอร์เนียเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินคดีในกรณีที่เกิดการหย่าร้าง การ

¹⁵² Domestic Partner Registration, Section 297 (b) A domestic partnership shall be established in California when both persons file a Declaration of Domestic Partnership with the Secretary of State pursuant to this division, and, at the time of filing, all of the following requirements are met : ... (2) The two persons are not related by blood in a way that would prevent them from being married to each other in this state.

ให้ศาลตัดสินว่าเป็น โฆษณา การแยกกันอยู่ตามกฎหมายของผู้ใช้ชีวิตร่วมกัน หรือการดำเนินการอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและหน้าที่ของผู้ใช้ชีวิตร่วมกัน แม้ว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะมีถิ่นที่อยู่ในรัฐนี้แล้วก็ตาม ประการที่สี่ การลงนามรับรองในเอกสารว่าข้อมูลที่ให้ไว้เป็นความจริงทุกประการ และประการสุดท้าย ให้โน้ตาลีพับลิครับรองลายมือชื่อของบุคคลทั้งสอง ซึ่งลายมือชื่อของบุคคลทั้งสองจะปรากฏอยู่ในคำร้องขอจดทะเบียนใช้ชีวิตร่วมกันแล้วคำร้องดังกล่าวจะถูกส่งต่อไปยังเลขานุการแห่งรัฐ ทั้งนี้ หากปรากฏว่าได้ตั้งใจให้ข้อมูลเท็จในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ บุคคลนั้นอาจได้รับโทษทางอาญาตามความในมาตรา 289 (c)¹⁵³

เมื่อเลขานุการแห่งรัฐได้รับคำร้องแล้ว จะต้องจดทะเบียนการใช้ชีวิตร่วมกันตามคำร้องขอของผู้จดทะเบียน และจะต้องส่งคืนสำเนาการจดทะเบียน และหนังสือรับรองการจดทะเบียนใช้ชีวิตร่วมกันตามที่อยู่ของผู้ใช้ชีวิตร่วมกัน ได้ให้ไว้¹⁵⁴

3.2.2.4 สิทธิและหน้าที่

บุคคลที่จดทะเบียนการใช้ชีวิตร่วมกันมีสิทธิและหน้าที่ลักษณะเดียวกับคู่สมรส ดังความบทบัญญัติในมาตรา 297.5 (a) ที่บัญญัติว่า “ผู้ใช้ชีวิตร่วมกันจะได้รับสิทธิ ความคุ้มครองผลประโยชน์ ความรับผิดชอบ ตลอดจนภาระและหน้าที่เช่นเดียวกับคู่สมรส ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายกฎระเบียบของฝ่ายบริหาร กฎระเบียบของศาล หรือแหล่งที่มาของกฎหมายอื่นๆ ตามระบบกฎหมาย

¹⁵³ Domestic Partner Registration, Section 298 (c) The Declaration of Domestic Partnership shall require each person who wants to become a domestic partner to (1) state that he or she meets the requirements of Section 297 at the time the form is signed, (2) provide a mailing address, (3) state that he or she consents to the jurisdiction of the Superior Courts of California for the purpose of a proceeding to obtain a judgment of dissolution or nullity of the domestic partnership or for legal separation of partners in the domestic partnership, or for any other proceeding related to the partners' rights and obligations, even if one or both partners ceases to be a resident of, or to maintain a domicile in, this state, (4) sign the form with a declaration that representations made therein are true, correct, and contain no material omissions of fact to the best knowledge and belief of the applicant, and (5) have a notary public acknowledge his or her signature. Both partners' signatures shall be affixed to one Declaration of Domestic Partnership form, which form shall then be transmitted to the Secretary of State according to the instructions provided on the form. Filing an intentionally and materially false Declaration of Domestic Partnership shall be punishable as a misdemeanor.

¹⁵⁴ Domestic Partner Registration, Section 298.5 (b) The Secretary of State shall register the Declaration of Domestic Partnership in a registry for those partnerships, and shall return a copy of the registered form and a Certificate of Registered Domestic Partnership . . . to the domestic partners at the mailing address provided by the domestic partners.

Common Law¹⁵⁵ อย่างไรก็ดี สิทธิประโยชน์ที่ผู้ใช้ชีวิตร่วมกันจะได้รับ สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ สิทธิประโยชน์อย่างง่าย (Soft Benefits) และสิทธิประโยชน์อย่างยาก (Hard Benefits) โดยสิทธิประโยชน์อย่างง่าย หมายถึง สิทธิประโยชน์ต้นทุนต่ำที่มีในด้านสุขภาพ สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการย้ายถิ่นฐาน สิทธิประโยชน์ที่ลูกจ้างพึงได้รับ และสิทธิประโยชน์อย่างยาก หมายถึง สิทธิประโยชน์ที่มีค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้น สิทธิในความคุ้มครองทางการแพทย์และทันตกรรม สิทธิได้รับความคุ้มครองการมองเห็น (Vision Coverage) สิทธิในการประกันชีวิตและการเสียชีวิตจากอุบัติเหตุ และสิทธิในการประกันภัย¹⁵⁶

ส่วนสิทธิประโยชน์ทางภาษีจะแตกต่างจากของคู่สมรสเนื่องจาก หน่วยงานสรรพากร (The Internal Revenue Service) ได้กำหนดว่า ผู้ใช้ชีวิตร่วมกันจะไม่ได้รับการพิจารณาถึงความเป็นคู่สมรสเพื่อวัตถุประสงค์ในทางภาษี¹⁵⁷ ดังนั้น ผู้ที่จดทะเบียนการใช้ชีวิตร่วมกันจะไม่สามารถยื่นแบบแสดงภาษีร่วมกับผู้จดทะเบียนคู่กับตนเหมือนอย่างกรณีของคู่สมรสได้

3.3 กฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law

จากการตื่นตัวต่อหลักความเสมอภาคของบุคคล โดยเฉพาะกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในหลายประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law จึงได้ตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิและเสรีภาพในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน โดยกฎหมายที่รับรองสิทธินี้สามารถจำแนกออกเป็น 2 ลักษณะ คือ กฎหมายการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน และกฎหมายการรับรองจดทะเบียนความสัมพันธ์ ซึ่งผู้วิจัยจะศึกษากฎหมายในลักษณะของรับรองการจดทะเบียนความสัมพันธ์ เพื่อให้สอดคล้องกับลักษณะความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ของไทย ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเลือกศึกษากฎหมาย Act on Life Partnership ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพราะว่ามีลักษณะที่ให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันเสมือนหนึ่งเป็นคู่สมรสต่างประเทศ และศึกษากฎหมาย Civil Solidarity Pact ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส เพราะว่ามีกฎหมายได้เปิดกว้างให้แก่คู่รักต่างประเทศให้สามารถจด

¹⁵⁵ Domestic Partner Registration, Section 297.5 (a) Registered domestic partners shall have the same rights, protections, and benefits, and shall be subject to the same responsibilities, obligations, and duties under law, whether they derive from statutes, administrative regulations, court rules, government policies, common law, or any other provisions or sources of law, as are granted to and imposed upon spouses.

¹⁵⁶ Jasper, Margaret C. *Marriage and divorce*, (3rd ed). New York : NY ; Oceana. 2008. Pp. 76 - 77.

¹⁵⁷ Ibid.

ทะเบียนได้เช่นเดียวกับคู่รักที่มีเพศเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยได้เลือกศึกษากฎหมายของทั้งสองประเทศเพื่อเป็นตัวอย่างกฎหมายในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law

3.3.1 สหพันธรัฐสาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธรัฐสาธารณรัฐเยอรมนีได้มีกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในส่วนที่เกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน โดยการตรากฎหมาย Act on Life Partnership ขึ้นมา ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวมีลักษณะเป็นการจดทะเบียนรับรองความสัมพันธ์ของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน และจะทำให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันมีฐานะเป็นหุ้นส่วนชีวิตตามกฎหมายฉบับนี้ โดยมีฐานะเสมือนเป็นคู่สมรสต่างเพศ มีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศ เช่น สิทธิในการประกันภัย สิทธิในการรับมรดก สิทธิในเรื่องทรัพย์สิน สิทธิในเรื่องการอุปการะเลี้ยงดู เป็นต้น

3.3.1.1 เงื่อนไขว่าด้วยผู้มีสิทธิจดทะเบียน

บุคคลผู้ที่จะสามารถทำการจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตได้นั้น ตามมาตรา 1 (1) แห่ง Act on Life Partnership บัญญัติว่า “บุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันโดยตั้งใจที่จะเป็นหุ้นส่วนชีวิตกัน...”¹⁵⁸ ด้วยเหตุนี้ บุคคลที่จะทำการจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตได้นั้นจะต้องเป็นบุคคลที่มีเพศเดียวกัน นั่นคือผู้ชายกับผู้ชาย และผู้หญิงกับผู้หญิง เท่านั้น

3.3.1.2 เงื่อนไขในการจดทะเบียน

การจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตนี้มีลักษณะเทียบเท่าการจดทะเบียนสมรสของบุคคลต่างเพศ กฎหมายจึงต้องกำหนดเงื่อนไขของบุคคลที่จะเข้ามาจดทะเบียน เพื่อให้เกิดความเป็นไปได้ในการสร้างครอบครัวของบุคคลที่รักเพศเดียวกัน ซึ่ง Act on Life Partnership นี้ได้กำหนดเงื่อนไขไว้หลายประการ ดังนี้

1) อายุของผู้ทำการสมรส

กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดเงื่อนไขทางอายุของบุคคลที่จะจดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิต โดยกำหนดห้ามมิให้ผู้เยาว์ทำการจดทะเบียน ตามบทบัญญัติในมาตรา 1 (2) ที่วางหลักไว้ว่า “ห้ามจดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิตกับผู้เยาว์”¹⁵⁹ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งแห่งเยอรมัน (The

¹⁵⁸ Act on Life Partnership, Section 1 (1) Two Person of the same sex conclude a Life Partnership by making, ...

¹⁵⁹ Act on Life Partnership, Section 1 (2) A Life Partnership cannot be validly concluded 1. With a Person who is Juvenile

Bürgerliches Gesetzbuch : BGB) มาตรา 2 วางหลักไว้ว่า “ความเป็นผู้ใหญ่เริ่มต้นที่อายุ 18 ปี”¹⁶⁰ กล่าวคือ ผู้เยาว์หมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ดังนั้น บุคคลที่มีเพศเดียวกันที่จะจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตได้จะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี ทั้งนี้ หากได้ฝ่าฝืนจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตให้แก่ผู้เยาว์แล้ว ถือว่าการจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตในครั้งนั้นตกเป็นโมฆะ¹⁶¹

2) การมีคู่สมรสเพียงคนเดียว

นอกจากเงื่อนไขทางอายุที่กฎหมายได้ห้ามไว้แล้ว ในความตอนท้ายของ มาตรา 1 (2) 1. ยังได้ห้ามมิให้บุคคลที่มีคู่สมรสหรือได้เป็นหุ้นส่วนชีวิตกับบุคคลอื่นอยู่ก่อนแล้ว มาทำการจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตซ้ำอีก ซึ่งกฎหมายได้วางหลักไว้ว่า “ห้ามจดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิตกับบุคคลที่ได้สมรส หรือจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตกับบุคคลอื่นอยู่ก่อนแล้ว”¹⁶² หากฝ่าฝืนทำการจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตซ้อน จะทำให้การจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตในครั้งหลังตกเป็น โมฆะ

3) ห้ามสมรสกับญาติสืบสายโลหิต

เงื่อนไขข้อนี้ถือว่าเป็นสาระสำคัญของการสมรสอย่างหนึ่ง กล่าวคือ การห้ามสมรส หรือการห้ามจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตร่วมกับผู้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต กฎหมายกำหนดเงื่อนไขไว้ก็ด้วยเหตุผลทางศีลธรรม เพราะการที่ญาติสืบสายโลหิต หรือพี่น้องร่วมบิดามารดาสมรสกันย่อมกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของสังคมในทางศีลธรรม กฎหมายจึงต้องกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้ไว้ ซึ่ง Act on Life Partnership ก็ได้กำหนดเงื่อนไขเช่นนี้เหมือนกัน โดยกำหนดห้ามมิให้ทำการจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตกับญาติสายตรง พี่น้องร่วมบิดามารดา หรือพี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน ดังบทบัญญัติในมาตรา 1 (2) 2 และ 3 ที่วางหลักไว้ว่า “ห้ามจดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิตระหว่างบุคคลที่มีความเกี่ยวพันกันทางสายโลหิต”¹⁶³

¹⁶⁰ The Bürgerliches Gesetzbuch, Section 2 Majority begins at the age of eighteen.

¹⁶¹ อนุช คำทอง, เรื่องเดียวกัน, น. 78.

¹⁶² Act on Life Partnership, Section 1 (2) A Life Partnership cannot be validly concluded 1. With a Person who is Juvenile or married or who already has a Life Partnership with another Person.

¹⁶³ Act on Life Partnership, Section 1 (2) A Life Partnership cannot be validly concluded 2. Between Persons who are related in direct line. And 3. Between full or half siblings.

4) การยอมรับในภาระหน้าที่อันเกิดจากการจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิต

นอกจากเงื่อนไขในการจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตข้างต้นแล้ว Act on Life Partnership ยังได้กำหนดเงื่อนไขอีกประการหนึ่ง คือ การยอมรับในภาระหน้าที่อันเกิดจากการจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิต ดังบทบัญญัติในมาตรา 1 (2) 4. ที่วางหลักไว้ว่า “ห้ามจดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิตให้กับบุคคลที่ไม่ประสงค์จะผูกพันตนตามความในมาตรา 2”¹⁶⁴ โดยมาตรา 2 ได้กำหนดให้หุ้นส่วนชีวิตมีหน้าที่ในการให้ความสนับสนุน และดูแลซึ่งกันและกัน¹⁶⁵ ดังนั้น ถ้าหุ้นส่วนชีวิตคู่ใดไม่ประสงค์จะก่อให้เกิดภาระหน้าที่ระหว่างกันแล้ว การจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะ

3.3.1.3 รูปแบบการจดทะเบียน

กฎหมาย Act on Life Partnership นี้เป็นกฎหมายเฉพาะที่ยอมรับสิทธิในการจดทะเบียนความสัมพันธ์ โดยผู้จดทะเบียนจะมีฐานะเป็นหุ้นส่วนชีวิต ซึ่งจะมีฐานะเสมือนเป็นคู่สมรสต่างเพศกัน และฐานะการเป็นหุ้นส่วนชีวิตกันนี้ได้รับรองโดยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดรูปแบบในการจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตไว้ในมาตรา 1 (1) ซึ่งวางหลักไว้ว่า “การที่บุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันประสงค์ที่จะเข้าเป็นหุ้นส่วนชีวิตกัน จะต้องกระทำการประกาศร่วมกันว่าบุคคลทั้งสองต้องการเป็นหุ้นส่วนชีวิตกัน และการประกาศนั้นจะมีผลสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้ดำเนินการจดทะเบียนกับเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ”¹⁶⁶

3.3.1.4 สิทธิและหน้าที่

เมื่อบุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันได้จดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิตกัน โดยปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายได้กำหนดไว้แล้ว บุคคลสองคนนั้นก็กลายเป็นหุ้นส่วนชีวิต มีฐานะเสมือนเป็นคู่สมรสต่างเพศ ดังนั้น จึงมีสิทธิและหน้าที่เหมือนคู่สมรส ซึ่งกฎหมาย Act on Life Partnership ได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของหุ้นส่วนชีวิตไว้ ดังนี้

¹⁶⁴ Act on Life Partnership, Section 1 (2) A Life Partnership cannot be validly concluded 4. If the Life Partners at the moment of conclusion of their Life Partnership do not want to create the obligations under section 2.

¹⁶⁵ Act on Life Partnership, Section 2 The Life Partners owe each other support and care as well as a common design of Life. They are responsible for each other.

¹⁶⁶ Act on Life Partnership, Section 1 (1) Two Person of the same sex conclude a Life Partnership by making, while they are both present, reciprocal declarations that they want to lead a Partnership for Life (Life Partners). These declarations may not be given under any condition, whether as to time or otherwise. The declarations become valid if they are given at the competent office. It is a supplementary condition of validity for the conclusion of a Life Partnership that the Life Partners have given a declaration on their Property Regime (Section 6 (1)).

1) หน้าที่สนับสนุน ดูแล และรับผิดชอบซึ่งกันและกัน

หุ้นส่วนชีวิตที่จดทะเบียนตามกฎหมายนี้จะมีหน้าที่สนับสนุน ดูแล และ รับผิดชอบซึ่งกันและกัน ดังบทบัญญัติในมาตรา 2 แห่ง Act on Life Partnership ที่บัญญัติว่า “หุ้นส่วน ชีวิตมีหน้าที่ในการให้ความสนับสนุน และดูแล ตลอดจนมีหน้าที่รับผิดชอบซึ่งกันและกัน”¹⁶⁷ ฉะนั้น หุ้นส่วนชีวิตนอกจากจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเช่นคู่สามีภรรยาแล้ว กฎหมายยังได้ กำหนดให้หุ้นส่วนชีวิตต้องมีหน้าที่ระหว่างกันเอาไว้ด้วย อย่างไรก็ดี การดูแลซึ่งกันและกันนี้ กฎหมาย ได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำเอาไว้ โดยการให้หุ้นส่วนชีวิตมีหน้าที่ดูแลซึ่งกันและกัน เช่นเดียวกับระดับ การดูแลตนเองในการดำเนินกิจกรรมประจำวัน¹⁶⁸

2) หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน

นอกจากนี้ หุ้นส่วนชีวิตยังมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน โดย การนำมาตรา 1360 a และ 1360 b แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน¹⁶⁹ มาปรับใช้โดยอนุโลม ตามนัย มาตรา 5 วรรคหนึ่ง¹⁷⁰ แห่ง Act on Life Partnership โดยประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้วางหลักใน เรื่องการอุปการะเลี้ยงดูไว้ว่า การอุปการะเลี้ยงดูครอบครัวเป็นสิ่งที่จำเป็น ซึ่งจะขึ้นอยู่กับความสามารถ

¹⁶⁷ Act on Life Partnership, Section 2, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 164.

¹⁶⁸ Act on Life Partnership, Section 1, 1st Paragraph In the accomplishment of the duties which arise from the Life Partnership, the Life Partners owe each other only such a degree of care which they habitually use in their own affairs.

¹⁶⁹ The Bürgerliches Gesetzbuch, Section 1360 a (1) The reasonable maintenance of the family includes everything that is necessary, depending on the circumstances of the spouses, to pay the costs of the household and to satisfy the personal needs of the spouses and the necessities of life of the children of the family entitled to maintenance.

(2) Maintenance must be provided in the manner that is required by conjugal community. The spouses have a duty to each other to provide for a reasonable period of time in advance the means necessary for the collective maintenance of the family.

(3) The provisions of sections 1613 to 1615 that govern the duty of relatives to maintain apply with the necessary modifications.

(4) If a spouse is not in a position to bear the costs of a legal dispute which relates to a personal matter, the other spouse has a duty to advance him these costs, insofar as this is equitable. The same applies to the costs of defense in criminal proceedings in which a spouse is the defendant.

Section 1360 b If a spouse makes a larger contribution to the maintenance of the family than he is obliged to, then in case of doubt it is to be assumed that he does not intend to demand reimbursement from the other spouse.

¹⁷⁰ Act on Life Partnership, Section 5, 5th Paragraph The Life Partners are under a mutual obligation of maintenance. The Sections 1360a and 1360b the Civil Code are to be applied accordingly.

ในการใช้จ่ายเงินเพื่อบำรุงครอบครัวของกลุ่มสมรส และเพื่อสนองต่อความต้องการส่วนตัวของกลุ่มสมรส และบุตรที่อยู่ในครอบครัว หากกลุ่มสมรสได้ใช้จ่ายเงินจำนวนมากเพื่อครอบครัว ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า กลุ่มสมรสผู้นั้นไม่ประสงค์จะเรียกร้องการชดใช้คืนจากกลุ่มสมรสอีกฝ่ายหนึ่ง และถ้ามีคดีพิพาทที่เกี่ยวกับ ครอบครัวและมีใช่เป็นการส่วนตัว กลุ่มสมรสจะมีหน้าที่ในค่าใช้จ่ายเพื่อดำเนินคดีนั้น

3) หน้าที่แจ้งบัญชีทรัพย์สิน

เมื่อบุคคลที่มีเพศเดียวกันได้จดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตร่วมกัน ย่อมมีความสัมพันธ์ในเรื่องทรัพย์สินระหว่างกัน โดยกฎหมายกำหนดให้หุ้นส่วนชีวิตมีหน้าที่แจ้งบัญชีทรัพย์สินก่อนที่จะมาใช้ชีวิตร่วมกัน โดยหุ้นส่วนชีวิตทั้งคู่สามารถเลือกที่จะแจ้งบัญชีทรัพย์สินตามระบบ Regime of Aquests หรือตามสัญญาหุ้นส่วนชีวิต ตามนัยมาตรา 6 (1)¹⁷¹ แห่ง Act on Life Partnership กล่าวคือ กฎหมายได้วางหลักให้บุคคลที่จดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตมีหน้าที่ต้องแจ้งทรัพย์สินของตนก่อนเข้ามาใช้ชีวิตร่วมกัน โดยกฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ที่จดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตในการเลือกที่จะผูกพันตนตามระบบ Regime of Aquests หรือตามสัญญาหุ้นส่วนชีวิต¹⁷²

ในระบบ Regime of Aquests ทรัพย์สินของหุ้นส่วนชีวิตทั้งที่มีอยู่มาก่อน และได้มาระหว่างการเป็นหุ้นส่วนชีวิตจะไม่นับเป็นสินสมรส โดยหุ้นส่วนชีวิตแต่ละคนจะมีสิทธิในการจัดการทรัพย์สินของตนเองและเมื่อระบบทรัพย์สินดังกล่าวสิ้นสุดลงส่วนที่ทั้งคู่ได้มาเพิ่มเติมจะถูกกำหนดให้เป็นของฝ่ายนั้น¹⁷³ ตามนัยมาตรา 6 (2)¹⁷⁴ ส่วนในกรณีของสัญญาหุ้นส่วนชีวิตเป็นการเปิดทาง

¹⁷¹ Act on Life Partnership, Section 6 (1) The Life Partners have to make a declaration on their Property Regime before concluding a Life Partnership. They have to declare either that they have chosen a Regime of Aquests, or that they have concluded a Life Partnership Contract (Section7).

¹⁷² อนุช คำทอง. เรื่องเดียวกัน. น. 84.

¹⁷³ เรื่องเดียวกัน. น. 84 – 85.

¹⁷⁴ Act on Life Partnership, Section 6 (2) Within the Property Regime of Aquests, assets which belong to the Life Partners at the beginning of the Life Partnership or which are gained by them during the Life Partnership do not become community property. Each of the Life Partners Administers his own assets himself. At the Termination of this Property Regime, the balance of the surplus which the Life Partners have acquired within that Regime will be established. The Section 1371 to 1390 of the Civil Code are to be applied accordingly.

ให้หุ้นส่วนชีวิตที่ไม่ประสงค์จะผูกพันตนตามระบบ Regime of Aquests ด้วยการให้หุ้นส่วนชีวิตทำสัญญาขึ้นมาต่อหน้าหุ้นส่วนชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง และนำไปให้โนตารีพับลิกรับรอง ตามนัยมาตรา 7 (1)¹⁷⁵

4) สิทธิในการกำหนดชื่อสกุลร่วมกันของหุ้นส่วนชีวิต

คู่รักที่มีเพศเดียวกันเมื่อได้จดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตแล้ว มีสิทธิที่จะเปลี่ยนชื่อสกุลของตนเหมือนกับการสมรสของคู่สมรสต่างเพศ ตามนัยมาตรา 3 (1) ซึ่งได้วางหลักว่า “หุ้นส่วนชีวิตสามารถกำหนดชื่อสกุลร่วมกันของหุ้นส่วนชีวิต (Life Partnership Name) หุ้นส่วนชีวิตมีสิทธิที่จะเลือกใช้ชื่อสกุลเดิมของหุ้นส่วนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสำหรับใช้เป็นชื่อสกุลร่วมกันของหุ้นส่วนชีวิต โดยการแจ้งชื่อสกุลนี้ให้กระทำในขณะที่ตกลงใจใช้ชีวิตร่วมกัน โดยการแจ้งจะมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อได้แจ้งต่อเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ และภายหลังได้ประกาศรับรองโดยรัฐแล้ว”¹⁷⁶

นอกจากนี้ ในกรณีหุ้นส่วนชีวิตฝ่ายที่มีได้ใช้ชื่อสกุลของตนเองเป็นชื่อสกุลร่วมกันของหุ้นส่วนชีวิต หุ้นส่วนชีวิตฝ่ายนั้นสามารถเพิ่มชื่อสกุลของตนลงในชื่อสกุลร่วมกันของหุ้นส่วนชีวิตนั้นได้ หรือเพิ่มชื่อที่ใช้ในขณะที่แจ้งชื่อสกุลร่วมกันของหุ้นส่วนชีวิต โดยอาจจะเพิ่มเติมเข้าไปหน้าชื่อ หรืออาจเติมเข้าไปในชื่อสกุลก็ได้ หากชื่อสกุลร่วมกันของหุ้นส่วนชีวิตมีหลายชื่ออยู่แล้ว หลักการนี้จะไม่ถูกนำมาใช้ โดยในกรณีการเพิ่มชื่อสกุลนี้ หากหุ้นส่วนชีวิตคนใดมีหลายชื่อ หนึ่งในชื่อนั้นอาจนำไปเพิ่มในชื่อสกุลร่วมกันของหุ้นส่วนชีวิตได้ และการแจ้งจะมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อได้แจ้งต่อเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ อย่างไรก็ตาม การแจ้งดังกล่าวสามารถเพิกถอนได้ โดยจะถือว่าไม่มีการแจ้งมาตั้งแต่แรก การแจ้งและการเพิกถอนนี้จะต้องได้รับการรับรองโดยรัฐ ตามนัยมาตรา 3 (2)¹⁷⁷ ดังนั้น กฎหมาย

¹⁷⁵ Act on Life Partnership, Section 7 (1) The life Partners may regulate their financial dealings by way of contract (Life Partnership Contract). This contract must be concluded in the presence of both Life Partners and has to be put in writing by a Notary. The Sections 1409 and 1411 the Civil Code are to be applied accordingly.

(2) Section 7 (1) (2) shall not apply if the Life Partners have agreed in the form mentioned in Section 6 (1) to adopt the Regime of aquests before concluding the Life Partnership.

Section 1409 and 1411 of Civil Code are concerned with the formalities of marital contract.

¹⁷⁶ Act on Life Partnership, Section 3 (1) The Life Partners can designate a common name (Life partnership Name). The Life Partners can choose, by way of declaration, the Birth name of one of the Life Partners as their Life Partnership Name. This declaration should be made at the Conclusion of the Life Partnership. The declaration becomes valid if it is made at the competent office. The validity of a later declaration depends on it being publicly certified.

¹⁷⁷ Act on Life Partnership, Section 3 (2) A Life Partner, whose name does not become Life Partnership Name, can add, by way of declaration, to the Life Partnership Name his Birth name or the name which he is using at the time

ฉบับนี้ ได้ให้สิทธิแก่หุ้นส่วนชีวิตที่จะเลือกใช้ชื่อสกุลร่วมกันของหุ้นส่วนชีวิต โดยกฎหมายอนุญาตให้หุ้นส่วนชีวิตสามารถเลือกใช้ชื่อสกุลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นชื่อสกุลร่วมกันของหุ้นส่วนชีวิต เช่น Mr. Mesut Ozil จะจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตกับ Mr. Thomas Muller บุคคลทั้งสองสามารถเลือก “Ozil” หรือ “Muller” เป็นชื่อสกุลร่วมกันของหุ้นส่วนชีวิตก็ได้ ถ้าเลือกชื่อสกุลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไปแล้ว โดยอีกฝ่ายอาจจะใช้สิทธิเพิ่มชื่อสกุลของตนเองเข้าไปในชื่อสกุลร่วมกันของหุ้นส่วนชีวิตก็ได้ เช่น Mr. Mesut Ozil ได้จดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตกับ Mr. Thomas Moller และเลือกใช้ชื่อสกุล “Ozil” ถ้า Mr. Thomas Muller ประสงค์ที่จะเพิ่มชื่อสกุลของตนเองเข้าไปจะกลายเป็น Mr. Thomas Ozil - Muller¹⁷⁸ อย่างไรก็ตาม แม้จะสิ้นสุดการหุ้นส่วนชีวิตกันแล้ว บุคคลทั้งสองยังสามารถใช้ชื่อสกุลร่วมกันของหุ้นส่วนชีวิต หรือกลับไปใช้ชื่อสกุลเดิมของตนก็ได้ หรืออาจจะเพิ่มชื่อสกุลของตนเข้าไปในชื่อสกุลร่วมกันของหุ้นส่วนชีวิตก็ได้ ตามนัยมาตรา 3 (3)¹⁷⁹

5) สิทธิในการทำสัญญาหุ้นส่วนชีวิต

กฎหมายกำหนดให้หุ้นส่วนชีวิตมีสิทธิที่จะทำสัญญาหุ้นส่วนชีวิต (Life Partnership Contract) ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว หุ้นส่วนชีวิตมีหน้าที่แจ้งบัญชีทรัพย์สินซึ่งกฎหมายอนุญาตให้หุ้นส่วนชีวิตสามารถเลือกที่จะเข้าสู่ผูกพันตนตามระบบ Regime of Aquests หรือสัญญาหุ้นส่วนชีวิต โดยหลักในการทำสัญญาหุ้นส่วนชีวิตได้บัญญัติไว้ในมาตรา 7¹⁸⁰ แห่ง Act on life Partnership ซึ่งวางหลักไว้ว่า “หุ้นส่วนชีวิตอาจกำหนดเงื่อนไขทางการเงินในรูปของสัญญาหุ้นส่วนชีวิตได้ โดยสัญญาจะต้องกระทำต่อหน้าทั้งคู่ และจะต้องให้โนตารี (Notary) ลงนามรับรองสัญญานั้น ทั้งนี้ จะไม่นำมาใช้กับหุ้นส่วนชีวิตที่เข้าสู่ผูกพันตนตามระบบ Regime of Aquests” เนื่องจากการเป็นหุ้นส่วนชีวิตจะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สิน กฎหมายจึงได้กำหนดให้หุ้นส่วนชีวิตเข้าสู่ผูกพันตนในรูปแบบ

of the declaration either as a prefix or as an addition. This may not be done if the Life Partnership Name itself contains several names. If the name of one of the Life Partners contains several name, only one of these names may be added. The declaration becomes valid if it is made at the competent office. The declaration can be retracted; in this case, no new declaration according to Section 3(2) (1) may be made. The retraction becomes valid if it is made at the competent office. The declaration and the retraction have to be publicly certified.

¹⁷⁸ อนุช คำทอง, เรื่องเดียวกัน, น. 81 – 82.

¹⁷⁹ Act on Life Partnership, Section 3 (3) A Life Partner retains his Life Partnership Name even after the Termination of the Life Partnership. He can, by way of declaration, take up again his Birth name or the name which he used until the designation, of a Life Partnership Name, or he may add his Birth name to his Life Partnership Name, either as a prefix or as an addition. Section 3 (2) is to be applied accordingly.

¹⁸⁰ Act on Life Partnership, Section 6 (2), อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 173.

ใดรูปแบบหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็น การเข้าสู่ภพพันธันในระบบ Regime of Aquests หรือการเข้าสู่ภพพันธันใน สัญญาหุ้นส่วนชีวิต

6) สิทธิในทรัพย์สินและหนี้สิน

สิทธิในทรัพย์สินและหนี้สินนี้ กฎหมายได้กำหนดให้นำเอามาตรา 1357 และ มาตรา 1365 – 1370 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน¹⁸¹ มาใช้บังคับ โดยอนุโลม ซึ่งบทบัญญัติใน

¹⁸¹ The Bürgerliches Gesetzbuch, Section 1357 (1) Each spouse is entitled to enter into transactions to appropriately provide the necessities of life of the family, also binding the other spouse. Such transactions entitle and oblige both spouses, unless it appears otherwise from the circumstances.

(2) One spouse may restrict or exclude the entitlement of the other spouse to enter into transactions binding him; if there is no adequate reason for the restriction or exclusion, the family court must cancel it on application. Towards third parties, the restriction or exclusion is effective only in compliance with section 1412.

(3) Subsection (1) does not apply if the spouses live apart.

Section 1365 (1) A spouse may only with the consent of the other spouse agree to dispose of his property as a whole. Where he has agreed without the approval of the other spouse, he may perform the duty only if the other spouse consents.

(2) Where the transaction complies with the principles of proper management, the family court, on the application of the spouse, may substitute the approval of the other spouse if the latter refuses it without adequate cause or is prevented by illness or absence from making a declaration and delay entails risk.

Section 1366 (1) A contract which a spouse enters into without the necessary consent of the other spouse is effective if the spouse ratifies it.

(2) Until the ratification, the third party may revoke the contract.

Where he knew that the man or the woman was married, he may revoke only if the man or the woman untruthfully claimed that the other spouse had consented; in this case too, he may not revoke if when he entered into the contract he knew that the other spouse had not consented.

(3) Where the third party requests the spouse to obtain the necessary ratification of the other spouse, the latter may declare ratification only to the third party; if he made a declaration to his spouse even before the request, the declaration becomes ineffective. The ratification may be made only within two weeks after the receipt of the request; if it is not made, it is deemed to have been refused. If the family court substitutes the ratification, its order is effective only if the spouse communicates it to the third party within the two-week period; failing this, the ratification is deemed to have been refused.

(4) If ratification is refused, the contract is ineffective.

Section 1367 A unilateral legal transactions that is entered into without the necessary consent is ineffective.

มาตราดังกล่าวได้วางหลักเอาไว้ว่า “คู่สมรสมีอำนาจในฐานะของตัวแทนอีกฝ่ายหนึ่งในกิจการที่จำเป็นและกฎหมายยังได้กำหนดข้อจำกัดทางอำนาจของคู่สมรส ในส่วนของการจำหน่ายทรัพย์สินของอีกฝ่ายหนึ่งโดยปราศจากความยินยอมของอีกฝ่าย” ดังนั้น หน้าที่ส่วนชีวิตจะมีอำนาจในฐานะตัวแทนของอีกฝ่ายหนึ่ง และมีข้อจำกัดในการจัดการทรัพย์สินของอีกฝ่ายหนึ่งไว้เช่นเดียวกับคู่สมรส ส่วนในเรื่องของหนี้สินนั้น เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ กฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า สंहามิทรัพย์สินในครอบครองของหุ้นส่วนชีวิตคนใดคนหนึ่งหรือทั้งคู่เป็นของผู้ที่เป็นลูกหนี้ ทั้งนี้ เพื่อการได้รับชำระหนี้กลับคืนของผู้เป็นเจ้าหนี้ กฎหมายจึงต้องมีบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้เอาไว้ อย่างไรก็ดี สิทธิในทรัพย์สินและหนี้สินของหุ้นส่วนชีวิตนี้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 8 แห่ง Act on Life Partnership¹⁸²

7) สิทธิในการใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์

ในกรณีที่หุ้นส่วนชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีผู้เยาว์อยู่ในอำนาจปกครองของตน กฎหมายได้กำหนดให้หุ้นส่วนชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์ผู้นั้นด้วย โดย Act on Life Partnership มาตรา 9 ได้วางหลักไว้ว่า “ถ้าหุ้นส่วนชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีผู้เยาว์อยู่ในอำนาจปกครองของตนในขณะที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน หุ้นส่วนชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งย่อมสามารถมีสิทธิร่วมกันตัดสินใจในการดำเนินกิจวัตรประจำวันของผู้เยาว์ นอกจากนี้ หากมีอันตรายที่เกิดซึ่งหน้า หุ้นส่วนชีวิตมีสิทธิกระทำการตามกฎหมายเท่าที่จำเป็นเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์นั้น และต้องรายงานให้บิดามารดาของผู้เยาว์ทราบ

Section 1368 If a spouse, without the necessary approval of the other spouse, disposes of his property, the other spouse is also entitled to assert the rights arising from the ineffectiveness of the disposition against the third party in court
Section 1369 (1) A spouse may dispose of objects of the household of the spouses belonging to him and agree to such a disposition only if the other spouse consents.

(2) The family court, on the application of the spouse, may substitute the approval of the other spouse if the latter refuses it without adequate cause or is prevented by illness or absence from making a declaration.

(3) The provisions of sections 1366 to 1368 apply with the necessary modifications.

Section 1370 (Repealed)

¹⁸² Act on Life Partnership, Section 8 (1) It is presumed for the benefit of the creditors of one of the Life Partners that the movable objects which are in the possession of one or both of the Life Partners belong to the debtor. Furthermore, the Sections 1362 (1) (2) and 1362 (1) (3) as well as 1362 (2) of the Civil Code are to be applied accordingly.

(2) The Section 1357 and 1365 to 1370 of the Civil Code are to be applied accordingly.

Section 1362 of the Civil Code is concerned with spelling out the scope of the presumption in favour of the creditors. Section 1357 legislates that a Spouse has power of attorney for her marital partner in affairs of everyday necessities. The Sections 1365 to 1370 are limitations of the power of a Spouse to dispose of the totalily of his assets or (as the Courts have ruled) over a very large portion of his assets without the consent of his partner.

ทันที ทั้งนี้ ถ้าจำเป็นต่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์กฎหมายได้เปิดช่องให้ศาลครอบครัวมีอำนาจจำกัด หรือรอนสิทธิในการร่วมกันตัดสินใจในการดำเนินกิจกรรมประจำวันของผู้เยาว์ของหุ้นส่วนชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งด้วย และหากหุ้นส่วนชีวิตแยกกันอยู่หุ้นส่วนชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่มีอำนาจปกครองผู้เยาว์” นอกจากนี้กฎหมายยังบัญญัติให้นำมาตรา 1629 (2) (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ว่าด้วย การจำกัดอำนาจปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลมด้วย¹⁸³

8) สิทธิในฐานะทายาทโดยธรรม

หุ้นส่วนชีวิตมีสิทธิที่จะได้รับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของหุ้นส่วนชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมาตรา 10 (1) และ (2) แห่ง Act on Life Partnership ได้วางหลักเอาไว้ว่า “หุ้นส่วนชีวิตที่ยังมีชีวิตอยู่มีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมซึ่งมีสิทธิ 1 ใน 4 ของทรัพย์มรดก ถัดจากทายาทลำดับที่ 1¹⁸⁴ และมีสิทธิครึ่งหนึ่งในทรัพย์มรดก ถัดจากทายาทลำดับที่ 2¹⁸⁵ และญาติในลำดับปู่ ย่า ตา ยาย ในส่วนที่เกินจากนี้หุ้นส่วนชีวิตมีสิทธิรับมรดกในส่วนที่เพิ่ม (Advance) นั่นก็คือ ทรัพย์สินที่เป็นบ้านของหุ้นส่วนชีวิต และทรัพย์สินที่ให้ระหว่างการเป็นหุ้นส่วนชีวิตซึ่งสันนิษฐานโดยเด็ดขาดทางกฎหมายว่าเป็นของหุ้นส่วนชีวิต ถ้าเป็นกรณีรับมรดกถัดจากทายาทลำดับที่ 1 ส่วนของทรัพย์มรดกที่จะเพิ่มนั้นหุ้นส่วนชีวิตที่ยังมีชีวิตอยู่จะได้รับเท่าที่หุ้นส่วนชีวิตต้องการใช้สอยตามสมควรสำหรับบ้านเรือนเท่านั้น¹⁸⁶ ทั้งนี้ หากเจ้ามรดกไม่เหลือทายาทในลำดับที่ 1 ลำดับที่ 2 หรือปู่ ย่า ตา ยาย แล้ว หุ้นส่วนชีวิตที่ยังมีชีวิตอยู่จะได้รับทรัพย์มรดกไปทั้งหมด¹⁸⁷

¹⁸³ Act on Life Partnership, Section 9 (1) If a parent who has sole parental responsibility leads a Life Partnership, the other Life Partner has, together with that Parent, the right of co-decision in matters of the daily life of the child. Section 1629 (2) (1) of the Civil Code is to be applied accordingly.

(2) In the case of clear and present danger, the Life Partner is entitled to make all legal acts necessary for the wellbeing of the Child; the parent who has parental responsibility is to be informed immediately.

(3) The Family Court can limit or exclude the rights under Section 9 (1), if this is necessary for the wellbeing of the child.

(4) There are no rights under Section 9 (1) if the Life Partners live separately for a not only transient time.

Section 1629 (2) (1) of the Civil Code contains a limitation for parental responsibility. For certain specified matters, parents need a court order.

¹⁸⁴ บุตรของผู้ตาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1924

¹⁸⁵ บิดา มารดา พี่น้องร่วมบิดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1925

¹⁸⁶ Act on Life Partnership, Section 10 (1) The surviving Life Partner of a Deceased is legal heir to a quarter of the estate next to relatives of the first order and to half of the estates next to relatives of the second order and next to grandparents. In excess of this, he inherits as an “advance”, the household assets which belong to the household of

อย่างไรก็ดี กฎหมายมีบทบัญญัติตัดสิทธิในการรับมรดกของหุ้นส่วนชีวิตที่ยังมีชีวิตอยู่ หากในขณะที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตายได้เข้ากรณีมาตรา 10 (3)¹⁸⁸ นั่นคือ กรณีแรก การสิ้นสุดการเป็นหุ้นส่วนชีวิตตามมาตรา 15 (1) หรือ (2) ได้เกิดขึ้น และผู้ตายได้ยื่นคำร้อง หรือตกลงใจให้สิ้นสุดลง เหตุเช่นว่านี้ คือ การที่หุ้นส่วนชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายได้ร้องขอให้การเป็นหุ้นส่วนชีวิตสิ้นสุดลง เมื่อเหตุเช่นว่านี้เกิดขึ้น และผู้ตายได้ยื่นคำร้องหรือยินยอมให้สิ้นสุดลง จะทำให้หุ้นส่วนชีวิตที่ยังมีชีวิตอยู่จะถูกตัดมิให้รับมรดก และกรณีที่สอง ผู้ตายได้ร้องขอตามมาตรา 15 (2) และ (3) กล่าวคือ ผู้ตายได้แสดงเจตนาก่อนที่จะถึงแก่ความตาย โดยให้การเป็นหุ้นส่วนชีวิตสิ้นสุดลง และการแสดงเจตนาเช่นว่านั้น ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร ก็จะทำให้หุ้นส่วนชีวิตที่ยังมีชีวิตอยู่ถูกตัดมิให้รับมรดก¹⁸⁹

จากสองกรณีข้างต้น ทำให้หุ้นส่วนที่ยังมีชีวิตอยู่อาจถูกตัดออกจากกองมรดกก็ได้ ถ้าเจ้ามรดกได้ทำการร้อง หรือตกลงยินยอมให้การเป็นหุ้นส่วนชีวิตสิ้นสุดลง จะเห็นได้ว่า แม้ศาลยังมิได้สั่งให้การเป็นหุ้นส่วนชีวิตสิ้นสุดลง เพียงแต่ผู้ตายมีความประสงค์จะ โดยยินยอม หรือทำการร้องขอให้การเป็นหุ้นส่วนชีวิตสิ้นสุดลง ก็เพียงพอที่จะทำให้หุ้นส่วนชีวิตที่ยังมีชีวิตอยู่ถูกตัดมิให้รับมรดกแล้ว แต่ก็ยังมีสิทธิในเงินค่าอุปการะเลี้ยงดู โดยให้นำเอามาตรา 16 มาใช้บังคับ

the Life Partners and the presents which were exchanged at the conclusion of the Partnership. If the Life Partner is legal heir next to relatives of the first order, he shall inherit this "advance" only if he needs them for a proper household. The rules on special bequests shall be applicable.

(2) If no relatives of the first or second order and no grandparents survive, the Life Partner shall inherit the whole estate.

¹⁸⁷ อนุช คำทอง. เรื่องเดียวกัน. น. 88 – 90.

¹⁸⁸ Act on Life Partnership, Section 10 (3) The succession rights of the Life Partner are excluded, if at the time of the death of the person who leaves the inheritance.

1. The grounds for Termination of the Life Partnership according to Section 15 (2) (1) or (2) were fulfilled and the Deceased had applied for or consented to Termination;

2. The Deceased had made an application according to Section 15 (2) (3) and application was materially well founded;

In these cases Section 16 shall be applied accordingly.

¹⁸⁹ อนุช คำทอง. เรื่องเดียวกัน. น. 88 – 90.

9) สิทธิในเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูในกรณีแยกกันอยู่

หากหุ้นส่วนชีวิตได้แยกกันอยู่ตามกฎหมาย ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอให้อีกฝ่ายหนึ่งอุปการะเลี้ยงดูตนได้ โดยต้องพิจารณาตามความเหมาะสมกับการดำเนินชีวิตประจำวัน อาชีพ และฐานะ ถ้าฝ่ายหนึ่งไม่มีงานทำอาจขอให้หางานทำ ทั้งนี้ ต้องพิจารณาฐานะทางการเงินของฝ่ายที่อุปการะประกอบด้วย อย่างไรก็ดี การร้องขอเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูในกรณีแยกกันอยู่อาจถูกปฏิเสธ หรือลดจำนวนค่าอุปการะเลี้ยงดูลงได้ หรือให้ในระยะเวลาที่จำกัดโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมของฝ่ายที่มีหน้าที่รับผิดชอบด้วย ตามนัยมาตรา 12 แห่ง Act on Life Partnership¹⁹⁰

10) สิทธิในการแบ่งแยกทรัพย์สินในกรณีแยกกันอยู่

เมื่อหุ้นส่วนชีวิตได้แยกกันอยู่ตามกฎหมายแล้ว กฎหมายได้วางหลักในเรื่องการจัดการทรัพย์สินระหว่างกัน ซึ่งได้วางหลักไว้ว่า หุ้นส่วนชีวิตแต่ละฝ่ายมีสิทธิร้องขอให้อีกฝ่ายส่งคืนทรัพย์สินของตน รวมถึงทรัพย์สินที่มีความจำเป็นต่ออีกฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายที่เป็นเจ้าของจะต้องมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ฝ่ายที่จำเป็นด้วย เพื่อความยุติธรรมควรแบ่งทรัพย์สินให้แต่ละฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ ศาลอาจมีคำสั่งให้มีการจ่ายค่าชดเชยที่เหมาะสมสำหรับการใช้ทรัพย์สินนั้นด้วยก็ได้ อย่างไรก็ดี กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเหล่านั้นจะไม่เปลี่ยนแปลง เว้นแต่หุ้นส่วนชีวิตจะได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น ตามนัยมาตรา 13 แห่ง Act on life Partnership¹⁹¹

¹⁹⁰ Act on Life Partnership, Section 12 (1) If the Life Partners are living separately, a Life Partner may demand of the other such maintenance which is proper according to the way of Life, and the financial and professional situation during the Life Partnership. If one of the Life Partners does not work, he may be asked to earn his living by paid work; this is not so if this cannot be expected of him regard to his personal situation (which includes the length of the Life Partnership) and to the financial situation of the Life partners.

(2) The demand of maintenance is to be refused, lowered or restricted in time insofar as it would be inequitable towards debtor of that obligation. The Sections 1361 (4) and 1610 a of the Civil Code are to be applied accordingly.

The Section concern details of the calculation of maintenance and its payment.

¹⁹¹ Act on Life Partnership, Section 13 (1) If the Life Partners are living separately, each of them can demand of the other that those household assets which belong to him be given back. However, he must leave them with the other Life Partner if that Partner needs these assets in order to run a separate household and if is equitable with regards to the circumstances.

(2) Household assets which belong to both Life Partners are to be distributed equitably. The Court can order an adequate compensation for the use of such assets.

(3) Property of such assets remains unchanged, unless the Life Partners deem otherwise.

11) สิทธิในการร้องขอให้ศาลมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับบ้านในกรณีแยกกันอยู่ ถ้าหุ้นส่วนชีวิตแยกกันอยู่ หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประสงค์ที่จะแยกกันอยู่ หุ้นส่วนชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจเรียกร้องให้อีกฝ่ายยกบ้าน หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของบ้านให้ตน เพื่อที่จะใช้สอยเพียงลำพัง หากมีความจำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงความยุ่งยากอาจขอให้ศาลมีคำวินิจฉัยเช่นนั้น หรืออาจต้องจ่ายค่าตอบแทนอย่างเป็นธรรมให้แก่ผู้ที่เป็นเจ้าของ นอกจากนี้ ถ้าหุ้นส่วนชีวิตได้ให้อีกฝ่ายใช้บ้านทั้งหมดหรือบางส่วนแต่เพียงผู้เดียวแล้ว หุ้นส่วนชีวิตฝ่ายที่ไม่ได้ใช้ประโยชน์อาจเรียกร้องให้ฝ่ายที่ใช้ประโยชน์จ่ายค่าชดเชยพิเศษตามความเหมาะสมสำหรับการใช้ทรัพย์สินนั้นได้¹⁹² ตามนัยมาตรา 14 แห่ง Act on Life partnership¹⁹³

12) สิทธิในเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูภายหลังสิ้นสุดการเป็นหุ้นส่วนชีวิต กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้หุ้นส่วนชีวิตมีหน้าที่ต้องเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูภายหลังที่การเป็นหุ้นส่วนชีวิตได้สิ้นสุดลง โดยหลักเกณฑ์ข้อนี้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 16 แห่ง Act on Life Partnership¹⁹⁴ ซึ่งกฎหมายได้วางหลักไว้ว่า ถ้าหุ้นส่วนชีวิตฝ่ายหนึ่งไม่สามารถเลี้ยงดูตนเองได้ภายหลังจากการเป็นหุ้นส่วนชีวิตได้สิ้นสุดลง หุ้นส่วนชีวิตฝ่ายนั้นสามารถเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งจ่ายเงินค่าอุปการะเลี้ยงดู และเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูนั้นจะให้ครบเท่าที่อีกฝ่ายยังไม่มีเงินเดือน โดยหลักการดังกล่าวเป็นการคุ้มครองหุ้นส่วนชีวิตฝ่ายที่ไม่สามารถเลี้ยงดูตนเองได้จึงจะมีสิทธิเรียกร้องเงิน

¹⁹² อนุช คำทอง. เรื่องเดียวกัน. น. 92 – 93.

¹⁹³ Act on Life Partnership, Section 14 (1) If the Life Partners are living separately, or if one of them wants to live separately, one of the Life Partners may demand that other give him the common home, or part of it, for sole use, if such a decision is necessary in order to avoid a special hardship. Special consideration shall be given to the fact that one of the Life Partners owns (either alone or together with a third party) the property (Eigentum), the Erbbaurecht or the right to use immovable property (Niebbrauch); this shall also be the case for a Wohnungseigentum, the Dauerwohnrecht and the dingliche Wohnrecht.

(2) If one of the Life Partners has to give the other sole use of the common home or of part of it, he may demand adequate compensation for use, if this is equitable.

¹⁹⁴ Act on Life Partnership, Section 16 (1) If one of the Life Partners cannot maintain himself after the Termination of the Life Partnership, he can demand that the other Life Partner grant him the amount of maintenance which, with regards to the standard of life during the Life Partnership, appears proper and insofar and as long as, due to illness or his age a salaried work cannot be expected of him.

(2) The obligation expires if the Claimant enters into Marriage or into a new Life Partnership. The Section 1578 Subsection 1 (1) (2, first half - sentence) (4), Subsections 2 and 3, Sections 1578 a to 1581 and 1583 to 1586 and 1586 b of the Civil Code are to be applied accordingly.

ค่าอุปการะนี้ อย่างไรก็ตาม หน้าที่ในการจ่ายเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูจะสิ้นสุดลงต่อเมื่อฝ่ายที่ได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดูได้สมรสหรือจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตใหม่ นอกจากนี้ การกำหนดเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูหุ้นส่วนชีวิตคนก่อนมีสิทธิก่อนหุ้นส่วนชีวิตคนใหม่และญาติอื่นๆ แต่ในระหว่างบุคคลภายนอกที่มีสิทธิเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูนั้น บุคคลภายนอกย่อมมีสิทธิดีกว่าหุ้นส่วนชีวิตคนก่อน¹⁹⁵

นอกจากสิทธิและหน้าที่ดังกล่าว ไปข้างต้นแล้ว หุ้นส่วนชีวิตยังได้รับสิทธิอื่นๆ อีกหลายประการ เช่น สิทธิในการประกันสุขภาพ สิทธิที่จะปฏิเสธการเป็นพยานต่ออีกฝ่ายหนึ่ง สิทธิที่จะได้รับการอนุญาตให้อาศัยอยู่ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในกรณีของหุ้นส่วนชีวิตที่เป็นชาวต่างชาติ แต่กฎหมายมีข้อจำกัดที่ตัดสิทธิมิให้บุคคลที่รักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรมเพราะเกรงว่าอาจทำให้เกิดปัญหาในเรื่องครอบครัวตามมา¹⁹⁶

3.3.2 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

เมื่อปี ค.ศ. 1999 รัฐสภาฝรั่งเศสได้ผ่านกฎหมายรับรองสถานะของคู่รักที่ใช้ชีวิตร่วมกันโดยมิได้ทำการจดทะเบียนสมรส (Cohabitation) อันเป็นกฎหมายที่รับรองและคุ้มครองสิทธิของคู่รักเหล่านั้นเกือบเท่าเทียมกับคู่สมรสทั่วไป กฎหมายฉบับนี้มีชื่อว่า “ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact : PACS)” แม้กฎหมายฉบับนี้ไม่ใช่กฎหมายการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน แต่ก็ยังเป็นกฎหมายพิเศษที่บัญญัติขึ้นมาโดยอาศัยแนวคิดที่ว่า คู่รักที่มีเพศเดียวกันมีคุณค่าเท่าเทียมกับคู่รักต่างเพศ และแนวคิดที่ว่า การสมรสเป็นเพียงทางเลือกหนึ่งเท่านั้นและมีไซเบอร์ทัศนฐานที่ยาวนานกว่าทางเลือกอื่นๆ ซึ่งข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันได้กำหนดรายละเอียดดังนี้¹⁹⁷

3.3.2.1 เจื่อนใจว่าด้วยผู้มีสิทธิจดทะเบียน

กฎหมายฉบับนี้มีลักษณะที่เปิดกว้างกว่ากฎหมายในหลายๆ ประเทศดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น กล่าวคือ นิยามของบุคคลผู้ที่จะเข้าทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน กฎหมายมิได้จำกัดเพศของคู่รักเอาไว้ นั่นหมายความว่า ไม่ว่าคู่รักจะเป็นบุคคลที่มีเพศเดียวกัน หรือคู่รักต่างเพศ ก็สามารถเข้าทำข้อตกลงเช่นนี้ได้¹⁹⁸

¹⁹⁵ ฌนุช คำทอง, เรื่องเดียวกัน, น. 95 – 96.

¹⁹⁶ Roedy Green, อ้างถึงใน ฌนุช คำทอง, เรื่องเดียวกัน, น. 98.

¹⁹⁷ ฌนุช คำทอง, เรื่องเดียวกัน, น. 98 – 100.

¹⁹⁸ Civil Solidarity Pact, Article 1, Art. 515 – 1.

ในกรณีของกลุ่มรักต่างประเทศซึ่งตามปกตินั้นสามารถทำการสมรสกันได้อยู่แล้ว แต่ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันได้ให้สิทธิแก่คู่รักต่างประเทศที่ไม่ประสงค์จะทำการสมรสให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย โดยการเข้าผูกพันตนตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายให้สิทธิแก่คู่รักต่างประเทศด้วยนั้น เนื่องจากในสาธารณรัฐฝรั่งเศสบุคคลไม่นิยมจดทะเบียนสมรส แต่นิยมที่จะอยู่กินร่วมกันฉันท์สามีภรรยา ซึ่งปัญหาที่ตามมาคือ คู่รักเหล่านั้นไม่ได้รับสิทธิที่คู่สมรสพึงมีพึงได้ ด้วยเหตุนี้เองจึงได้ตรากฎหมายขึ้นมาโดยให้สิทธิแก่คู่รักต่างประเทศที่อยู่ร่วมกันโดยมิได้สมรสด้วย¹⁹⁹

3.3.2.2 เงื่อนไขในการจดทะเบียน

การทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันนี้ นอกจากการไม่จำกัดเพศของคู่รักที่เข้าทำข้อตกลงแล้ว กฎหมายฉบับนี้ยังได้กำหนดเงื่อนไขอื่นๆ ไว้อีกหลายประการ เพื่อให้คู่รักที่เข้าทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันสามารถสร้างครอบครัวได้อย่างเป็นปกติสุข เงื่อนไขอื่นๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้มีดังนี้

1) อายุของผู้ทำข้อตกลงใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

บุคคลที่จะเข้าทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันจะต้องมีวุฒิภาวะเพียงพอ เพราะการทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันมีฐานะเสมือนการสมรสอันเป็นการสร้างครอบครัวขึ้นมา ซึ่งจะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ตามมาอีกมากมาย กฎหมายจึงต้องกำหนดเงื่อนไขทางอายุเอาไว้ โดยกำหนดไว้ว่าจะต้องเป็นผู้ที่บรรลุนิติภาวะแล้วเท่านั้น²⁰⁰ ซึ่งตามกฎหมายของฝรั่งเศส บุคคลบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุครบ 21 ปีบริบูรณ์ นอกจากนี้ ผู้ไร้ความสามารถแม้จะบรรลุนิติภาวะแล้วก็ไม่สามารถเข้าทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันได้²⁰¹ ดังนั้น คู่รักที่จะเข้าทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันนี้ ทั้งคู่จะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 21 ปี และเป็นผู้ที่มีความสามารถสมบูรณ์เท่านั้น ถึงมีสิทธิที่จะทำข้อตกลงเช่นนี้ได้

2) การมีคู่สมรสเพียงคนเดียว

เพื่อเป็นการรักษาสวัสดิภาพของครอบครัว กฎหมายยังได้กำหนดเงื่อนไขอีกข้อหนึ่งไว้ คือ บุคคลที่จะเข้าทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันจะต้องไม่มีคู่สมรสหรือได้ทำข้อตกลงเช่นว่า

¹⁹⁹ ฌนุซ คำทอง, เรื่องเดียวกัน, น. 101.

²⁰⁰ Civil Solidarity Pact, Article 1, Art. 515 – 1, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 197.

²⁰¹ Civil Solidarity Pact, Article 2.

นี้กับบุคคลอื่นอยู่ก่อนแล้ว²⁰² เนื่องจากกฎหมายครอบครัวฝรั่งเศสได้ยึดหลักแบบพัวเดียวเมียเดียว กฎหมายจึงไม่ประสงค์ให้มีการทำข้อตกลงซ้อนนั่นเอง²⁰³

3) ห้ามสมรสกับญาติสืบสายโลหิต

เงื่อนไขที่สำคัญอีกประการหนึ่งซึ่งยึดถือปฏิบัติเป็นสากล นั่นคือ การห้ามมิให้ทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันกับผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด ซึ่งผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดนี้ คือ บุพการี ผู้สืบสันดาน ญาติพี่น้อง ญาติอันเกิดจากสมรส²⁰⁴ เหตุที่กฎหมายไม่ให้สิทธิในการเข้าทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด เนื่องจาก กฎหมายไม่ประสงค์ให้เกิดความสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบิดา มารดา หรือญาติพี่น้อง อันจะทำให้เกิดปัญหาครอบครัว เช่น กฎหมายไม่ให้บิดาทำข้อตกลงกับบุตร แต่ในส่วนกรณีของญาติ กฎหมายได้จำกัดไว้เพียงญาติอันเกิดจากการสมรสเท่านั้น²⁰⁵

3.3.2.3 รูปแบบการจดทะเบียน

คู่รักที่มีคุณสมบัติครบตามเงื่อนไขที่กำหนด หากประสงค์จะเข้าทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันตามกฎหมายนี้ บุคคลทั้งสองจะต้องยื่นคำร้องต่อศาลชั้นต้นที่คู่รักฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น และให้ดำเนินการประกาศข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน²⁰⁶

ขั้นตอนในการทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันเริ่มจาก การให้คู่รักที่ประสงค์จะอยู่ร่วมกันจะต้องยื่นข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันระหว่างคู่รักร่วมกันต่อเสมียนศาล โดยทำเป็นเอกสารฉบับจริงจำนวน 2 ฉบับ และแนบเอกสารทางทะเบียนราษฎร และต้องมีการพิจารณารับรองว่า คู่รักที่เข้าทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันนี้ยังไม่เคยทำข้อตกลงผู้ใดมาก่อน โดยผู้มีอำนาจรับรอง คือ เสมียนศาลชั้นต้นที่มีเขตอำนาจเหนือภูมิลำเนาเกิด ถ้าเกิดในต่างประเทศเสมียนศาลชั้นต้นแห่งกรุงปารีสจะเป็นผู้มีอำนาจรับรอง หลังจากได้ยื่นเอกสารมาครบทุกฉบับแล้ว ให้เสมียนศาลนำประกาศตกลงนี้ไปจดทะเบียนข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน เสมียนศาลตรวจดูและลงวันที่ในข้อตกลงทั้ง 2 ฉบับนั้น แล้วส่งให้คู่รักเก็บไว้คนละหนึ่งฉบับและต้องมีการประกาศจดทะเบียนข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันจึงจะมีผลสมบูรณ์ ทั้งนี้ผู้มีอำนาจประกาศข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันสามารถแยกได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีแรก ถ้าคู่รักเกิดใน

²⁰² Civil Solidarity Pact, Article 1, Art. 515 – 1 (2) และ (3).

²⁰³ อนุช คำทอง. เรื่องเดียวกัน. น. 102.

²⁰⁴ Civil Solidarity Pact, Article 1, Art. 515 – 2.

²⁰⁵ อนุช คำทอง. เรื่องเดียวกัน. น. 102.

²⁰⁶ Civil Solidarity Pact, Article 1, Art. 515 – 3 วรรคหนึ่ง.

ประเทศฝรั่งเศส เสมียนศาลชั้นต้นที่มีเขตอำนาจเหนือภูมิลำเนาเกิดเป็นผู้มีอำนาจประกาศ และกรณีที่ สอง ถ้าคู่รักเกิดในต่างประเทศ เสมียนศาลชั้นต้นแห่งกรุงปารีสเป็นผู้มีอำนาจประกาศ²⁰⁷ แต่ถ้าหากเป็น กรณีที่มีการร้องขอจดทะเบียนข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันในต่างประเทศ คู่รักฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องมี สัญชาติฝรั่งเศส ส่วนเอกสารที่ต้องแนบมาทั้งหมดจะมีลักษณะเช่นเดียวกับการจดทะเบียนใน ประเทศ แต่ผู้ที่มีอำนาจรับรองและประกาศจดทะเบียน คือ เจ้าหน้าที่สถานทูต หรือกงสุลฝรั่งเศส²⁰⁸

อย่างไรก็ดี ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันที่คู่รักได้ตกลงกันไว้ก่อนที่จะนำไปจดทะเบียน นั้น สามารถแก้ไขได้ โดยการร้องขอต่อเสมียนศาลชั้นต้นเดิมที่ได้รับเรื่องไว้ โดยคำร้องขอแก้ไขต้องทำ เป็น 2 ฉบับ ข้อตกลงที่ทำการแก้ไขนั้นจะต้องทำการประกาศ และเสมียนศาลต้องลงวันที่ในข้อตกลงทั้ง 2 ฉบับ แล้วจึงให้คู่ตกลงเก็บไว้คนละหนึ่งฉบับ²⁰⁹ ในกรณีที่ทำการร้องขอแก้ไขในต่างประเทศ การแก้ไข ต้องกระทำที่สถานทูตหรือกงสุลฝรั่งเศส²¹⁰

3.3.2.4 สิทธิและหน้าที่

คู่รักตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันจะมีฐานะเสมือนเป็นคู่สมรส กฎหมายจึงได้ กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่ตกลงเอาไว้ ดังนี้

1) หน้าที่ช่วยเหลือซึ่งกันและกัน

กฎหมายวางหลักให้คู่รักตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันจะต้องมีหน้าที่ที่ จะต้องช่วยเหลือซึ่งกันและกัน ซึ่งรวมถึงการช่วยเหลือในทางการเงินด้วย โดยการช่วยเหลือเหล่านี้ จะต้องกำหนดไว้ในข้อตกลง²¹¹ จากหลักกฎหมายข้างต้น หมายความว่า คู่รักตามข้อตกลงในการอยู่ ร่วมกันจะต้องทำข้อตกลงในเรื่องหน้าที่ช่วยเหลือซึ่งกันและกันไว้ในข้อตกลงขณะจดทะเบียน

2) สิทธิในการจัดการทรัพย์สินและหนี้สิน

กฎหมายวางหลักให้คู่รักมีความสัมพันธ์ในทรัพย์สินต่อกัน ซึ่งคู่รักอาจ กำหนดวิธีการในการจัดการทรัพย์สินไว้ในข้อตกลงขณะจดทะเบียน ทั้งนี้ การจัดการทรัพย์สินของคู่รัก

²⁰⁷ Civil Solidarity Pact, Article 1, Art. 515 – 3 วรรคสอง วรรคสาม วรรคสี่ และวรรคห้า.

²⁰⁸ Civil Solidarity Pact, Article 1, Art. 515 – 3 วรรคเจ็ด.

²⁰⁹ Civil Solidarity Pact, Article 1, Art. 515 – 3 วรรคแปด และวรรคสี่.

²¹⁰ ฌนุช คำทอง. เรื่องเดียวกัน. น. 102 – 103.

²¹¹ Civil Solidarity Pact, Article 1, Art. 515 – 4 วรรคหนึ่ง.

ลงที่มีอาจสามารถแบ่งแยกได้ กฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีอาจแบ่งครึ่งได้²¹² ส่วนในกรณีการจัดการหนี้สินนั้น คู่รักมีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบร่วมกันในหนี้ที่เกิดจากคู่รักอีกฝ่ายหนึ่งเป็นจำนวน 1 ใน 3 ของการดำรงชีพ และยังคงร่วมกันรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับที่อยู่อาศัยด้วย²¹³

3) สิทธิในทางภาษี

ตามที่กล่าวมาแล้ว คู่ตกลงนั้นจะมีฐานะเสมือนคู่สมรส กฎหมายจึงได้นำข้อบังคับในการปฏิบัติและการปฏิบัติทางภาษี การชำระภาษีทั้งภาษีเงินได้และภาษีบำรุงท้องที่ และการบังคับภาษีตามกฎหมายภาษี มาใช้บังคับโดยอนุโลมกับคู่รักนี้ด้วย²¹⁴ อย่างไรก็ดี หากคู่รักได้ทำการจดทะเบียนในการอยู่ร่วมกันมาครบ 3 ปีแล้ว กฎหมายจึงจะให้สิทธิร่วมกันในผลประโยชน์ทางภาษีแก่คู่รักนั้น²¹⁵

4) สิทธิในการประกันสังคม

กฎหมายกำหนดสิทธิให้คู่รักตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันได้รับสิทธิประกันสังคม โดยให้นำเอาหลักการในเรื่องการประกันสังคมมาใช้โดยอนุโลม กล่าวคือ คู่ตกลงจะได้รับความคุ้มครองจากการประกันสังคมโดยรัฐ อย่างไรก็ตาม หากไม่ได้มีการกำหนดควมสิทธิไว้ในท้ายสัญญา เงินประกันสังคมจะตกแก่คู่รักฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่ในกรณีที่มีได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น หรือตกเป็นของผู้สืบสันดาน และถ้าไม่มีคู่ตกลงหรือผู้สืบสันดานเหลืออยู่แล้ว ให้เงินดังกล่าวตกแก่ของบุพการี²¹⁶

5) สิทธิในเรื่องอื่นๆ

นอกจากสิทธิต่างๆ ที่คู่รักจะได้รับตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันตามที่กล่าวมาข้างต้น คู่รักยังมีสิทธิอีกหลายประการ เช่น สิทธิในการเช่า กล่าวคือ สิทธิในการเช่าสามารถโอนไปยังอีกฝ่ายหนึ่งได้ ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งเสียชีวิตแล้ว ซึ่งเป็นกรณีที่สัญญาเช่าจะมีได้สิ้นสุดลงพร้อม

²¹² Civil Solidarity Pact, Article 1, Art. 515 – 5 วรรคหนึ่ง.

²¹³ Civil Solidarity Pact, Article 1, Art. 515 – 4 วรรคสอง.

²¹⁴ Civil Solidarity Pact, Article 4.

²¹⁵ ผนุช คำทอง. เรื่องเดียวกัน. น. 104 – 105.

²¹⁶ Civil Solidarity Pact, Article 7 และ Article 9.

กับการตายของคู่รักอีกฝ่าย นอกจากนี้ กฎหมายยังให้สิทธิแก่คู่รักในเรื่องงาน และสิทธิร่วมกันในการประกันภัย เป็นต้น²¹⁷

6) ข้อจำกัดสิทธิ

แม้ฐานะในทางกฎหมายของคู่รักจะมีฐานะเสมือนการเป็นคู่สมรส แต่ก็ยังมีใช้คู่สมรสตามกฎหมายครอบครัวของฝรั่งเศส คู่รักจึงมิได้รับสิทธิในบางประการที่คู่สมรสพึงมีพึงได้ เช่น สิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน กล่าวคือ ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันมิได้มีบทบัญญัติห้ามมิให้คู่ตกลงรับบุตรบุญธรรม แต่กฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมของฝรั่งเศสได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า สิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันมิได้เฉพาะแต่คู่สมรส กรณีของคู่รักในการอยู่ร่วมกันไม่ว่าจะเป็นคู่รักต่างเพศ หรือคู่รักที่เพศเดียวกันก็ยังมีได้ถือว่าเป็นคู่สมรสกัน จึงมีอาจได้รับสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์การรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายฝรั่งเศส ผู้ที่จะรับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 30 ปี จะมีเพศใดก็ได้ จะมีสถานภาพโสดหรือสมรสก็ได้ หรือจะเป็นชาวต่างชาติก็ได้ ซึ่งอาจเป็นการรับบุตรบุญธรรมฝ่ายเดียวหรือรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่สมรสก็ได้ หากคู่สมรสคู่ใดประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน จะต้องทำการสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปีโดยมิได้แยกกันอยู่ แต่หากคู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีอายุเกินกว่า 30 ปี เกือบไขในระยะเวลาของการสมรสอย่างน้อยกว่า 5 ปีก็ได้ และการเป็นบุตรบุญธรรมจะต้องเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลเพียงคนเดียว²¹⁸

เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ในการรับบุตรบุญธรรมดังกล่าว กฎหมายมิได้ห้ามกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือคู่รักในการรับบุตรบุญธรรม แต่บุตรบุญธรรมที่รับมานั้นจะต้องเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลเพียงคนเดียวเท่านั้น ดังนั้น หากคู่สมรสหรือคู่รักประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมแต่เพียงฝ่ายเดียวย่อมทำได้ แต่หากประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมร่วมกันมีเพียงแต่คู่สมรสเท่านั้นที่สามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้ ส่วนสิทธิในการผสมเทียม กฎหมาย Civil Solidarity Pact ไม่มีบทบัญญัติในลักษณะจำกัดสิทธิเอาไว้ แต่กฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการผสมเทียมได้จำกัดสิทธิเอาไว้ จึงทำให้คู่รักตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันไม่มีสิทธิในการผสมเทียม เพราะไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในเรื่องการผสมเทียม²¹⁹ อย่างไรก็ตาม ประธานาธิบดี François Hollande แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสกำลังพยายาม

²¹⁷ ฌนุซ คำทอง. เรื่องเดียวกัน. น. 106.

²¹⁸ อาจารย์ มีอินทร์เกิด. “เงื่อนไขในการรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.” วิทยานิติพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541. น. 61 – 65.

²¹⁹ ฌนุซ คำทอง. เรื่องเดียวกัน. น. 107.

ผลักดันให้เกิดการปฏิรูปกฎหมายเพื่อให้คู่รักหญิงรักหญิง หรือผู้หญิงที่ไม่ประสงค์จะมีความสัมพันธ์กับผู้ชายได้ และคู่รักที่ไม่สามารถมีบุตรได้ สามารถเข้าถึงการผสมเทียมได้ง่ายขึ้น²²⁰

จะเห็นได้ว่า คู่รักที่มีเพศเดียวกัน หรือคู่รักต่างเพศที่ไม่ประสงค์จะทำการสมรส สามารถเข้าผูกพันตนตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน เพื่อให้กฎหมายได้รับรองและคุ้มครองเสมือนเป็นคู่สมรสตามกฎหมายครอบครัวของฝรั่งเศส ซึ่งผลจากการทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันนั้น ได้ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ขึ้นมาระหว่างคู่รัก โดยสิทธิและหน้าที่จะได้รับเกือบเท่าเทียมกับคู่สมรส เว้นแต่ สิทธิในบางประการที่ได้สงวนไว้สำหรับคู่สมรสเท่านั้น

3.4 กฎหมายของประเทศไทย

ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่รับรองสิทธิและเสรีภาพในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน หรือกฎหมายอย่างอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายของต่างประเทศตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่จากการเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศไทย ทำให้กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ร่วมกับคณะกรรมการกฎหมาย ความยุติธรรม และสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และองค์กรภาคีที่เกี่ยวข้อง ได้ดำเนินการยกร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ขึ้นมา ซึ่งร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้นำบทบัญญัติบางส่วนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาอนุโลมใช้ในหลายเรื่อง เช่น เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิต เรื่องทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต เรื่องการสิ้นสุดการเป็นคู่ชีวิต และเรื่องมรดก เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงจะศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องพอสังเขป และศึกษาร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ดังที่จะอธิบายต่อไป

3.4.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่า การสมรสที่เกิดขึ้นในประเทศไทยในปัจจุบันจะต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาเงื่อนไขว่าด้วยผู้มีสิทธิจดทะเบียนเงื่อนไขในการจดทะเบียนสมรส รูปแบบการจดทะเบียนสมรส และสิทธิและหน้าที่ของคู่สมรส ดังนี้

²²⁰ Cookbookoflife. "ARTIFICIAL INSEMINATION : TAKING THE DEBATE ONE STEP TOO FAR." [Online] Available at : <http://giovannisrights.wordpress.com/2013/02/21/artificial-insemination-taking-the-debate-one-step-too-far>, January 31, 2014

3.4.1.1 เงื่อนไขว่าด้วยผู้มีสิทธิจดทะเบียน

บุคคลผู้มีสิทธิกระทำการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะต้องเป็นบุคคลต่างเพศกันเท่านั้น แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง แต่ในทุกด้วยบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการสมรสจะมีถ้อยคำที่บ่งบอกเพศของบุคคลเอาไว้เช่น มาตรา 1448 ที่บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์...” เป็นต้น สาเหตุที่กฎหมายไม่ได้เขียนระบุเงื่อนไขว่าด้วยผู้มีสิทธิจดทะเบียนสมรสไว้อย่างชัดเจน ก็เนื่องจากเห็นว่าเป็นสาระสำคัญที่วิญญูชนสามารถเข้าใจได้ว่าการที่มนุษย์จะร่วมประเวณีและให้กำเนิดบุตรได้ มนุษย์คู่หนึ่งจะต้องมีเพศตามธรรมชาติที่ต่างจากกัน²²¹

การกำหนดเพศของบุคคลนั้น เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ได้ตัดสินคดีของนายหาญชนะ สอดคำ ผู้ร้อง ซึ่งเป็นเพศชายโดยกำเนิด ต่อมาได้รับการผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงและได้ยื่นคำร้องขอแก้ไขเพศในเอกสารทางทะเบียนต่างๆ ได้แก่ ทะเบียนบ้าน บัตรประจำตัวประชาชน และทะเบียนทหาร แต่เจ้าพนักงานไม่แก้ไขให้ ผู้ร้องจึงขอให้ศาลสั่งอนุญาตให้ผู้ร้องถือเพศเป็นหญิง ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าเพศของบุคคลนั้นกฎหมายรับรองและถือตามเพศที่กำเนิดมา และคำว่าหญิงตามพจนานุกรมหมายความว่าหญิงแล้วก็ตาม ผู้ร้องถือกำเนิดมาเป็นชายแม้จะมีเสรีภาพโดยการผ่าตัดแปลงเพศเป็นอวัยวะเพศหญิงแล้วก็ตาม แต่ผู้ร้องก็รับอยู่ว่าไม่สามารถมีบุตรได้ ฉะนั้น โดยธรรมชาติและตามที่กฎหมายรับรอง ผู้ร้องยังคงเป็นเพศชายอยู่และไม่มีกฎหมายรับรองให้สิทธิผู้ร้องขอเปลี่ยนแปลงเพศที่กำเนิดมาได้โดยใช้สิทธิทางศาล²²²

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น ศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่าเพศของบุคคลนั้นถือตามที่เกิดและจะเป็นเช่นนั้นไปตลอดชีวิต แม้ภายหลังจะผ่าตัดแปลงเพศแล้วก็ตาม บุคคลก็ไม่สามารถร้องขอเปลี่ยนแปลงเพศได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายรับรอง ผลของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 จึงส่งผลให้สำนักงานทะเบียนกลาง กรมการปกครอง ออกหนังสือเวียนไม่ให้สำนักงานทะเบียนทั่วประเทศรับจดทะเบียนแก้ไขเอกสารต่างๆ ให้แก่ผู้ผ่าตัดแปลงเพศ²²³ เว้นแต่ กรณีเกิดมามีสองเพศและแพทย์ผ่าตัดให้เหลือเพศเดียว สำนักงานทะเบียนจึงจะสามารถแก้ไขเพศให้²²⁴

²²¹ ไพโรจน์ กัมพูศิริ. อ้างถึงใน ชัยลักษณ์ นามจักร. “การรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ.” *วารสารนักบริหาร*, 2, (33) (เมษายน - มิถุนายน 2556) : 10 - 16.

²²² ชัยลักษณ์ นามจักร. เรื่องเดียวกัน.

²²³ โปรดดู หนังสือกรมการปกครองที่ มท. 031001/25058 และหนังสือสำนักงานทะเบียนกลางที่ มท. 0322/9185

²²⁴ วชิรินทร์ สังกีแก้ว. “สถานะทางกฎหมายของผู้ผ่าตัดแปลงเพศ.” *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมราช*, 1,(17) (มิถุนายน 2548) : 17 - 41.

3.4.1.2 เงื่อนไขในการจดทะเบียน

การสมรสเป็นการก่อให้เกิดความสัมพันธ์ที่สำคัญที่สุดอย่างหนึ่งในชีวิตของมนุษย์ และมีบทบาทเกี่ยวข้องกับศีลธรรมและอารยธรรมของมนุษย์ ทั้งยังเป็นพื้นฐานสำคัญของประเทศที่ทำให้กำเนิดประชากรและเลี้ยงดูให้เป็นพลเมืองที่มีคุณภาพ การสมรสจึงมีความสำคัญต่อการดำรงอยู่และเจริญก้าวหน้าของประเทศ การสมรสแม้จะขึ้นอยู่กับครรลองของธรรมชาติแต่ก็ยังขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์ที่มนุษย์สร้างขึ้นเองด้วย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้กำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรสไว้ 8 ประการ ดังนี้

1) อายุของผู้ทำการสมรส

การสมรสตามกฎหมายไทย นอกจากจะต้องมีเพศที่ต่างกันแล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังได้กำหนดอายุขั้นต่ำที่สามารถทำการสมรสไว้ด้วย ซึ่งมาตรา 1448 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้วแต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า บุคคลที่จะสมรสกันได้ตามกฎหมายจะต้องเป็นผู้ชายและผู้หญิงที่อายุไม่ต่ำกว่า 17 ปีถึงจะสมรสกันได้ หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอายุต่ำกว่า 17 ปี การสมรสนั้นเป็นโมฆะ อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขทางอายุของบุคคลที่จะทำการสมรสกันได้ต่อเมื่ออายุครบ 17 ปีบริบูรณ์นั้น กฎหมายได้กำหนดข้อยกเว้นเอาไว้โดยให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการอนุญาตให้สามารถทำการสมรสได้ก่อนอายุ 17 ปี โดยมีเหตุอันสมควร แต่ศาลก็ควรคำนึงถึงเจตนารมณ์ตามมาตรา 227 วรรคหนึ่ง²²⁵ แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่มุ่งจะคุ้มครองเด็กผู้หญิงและเด็กผู้ชายที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปีไม่ให้ถูกบุคคลอื่นร่วมประเวณี แม้เด็กจะยินยอมก็ตาม ฉะนั้น กรณีที่ศาลจะอนุญาตให้บุคคลที่อายุต่ำกว่า 17 ปีทำการสมรสกันได้จึงควรมีอายุไม่ต่ำกว่า 15 ปีบริบูรณ์²²⁶

2) ความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย

การสมรสถือเป็นการทำสัญญาเฉพาะตัวของบุคคลที่จะสมรสกัน ฉะนั้น ผู้ชายและผู้หญิงที่จะสมรสจะต้องสมัครใจเข้าทำการสมรสกัน โดยความสมัครใจนี้จะแสดงออกมาในรูปของความยินยอมโดยเปิดเผย และจะให้ความยินยอมแทนกันไม่ได้ อันเป็นไปตามมาตรา 1458 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากัน และต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้า นายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึก

²²⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคหนึ่ง ผู้ใดกระทำความผิดที่เกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับประเวณีหรือความผิดเกี่ยวกับอนาจารโดยมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 4 ปีถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 8,000 บาทถึง 40,000 บาท

²²⁶ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน. น. 116.

ความยินยอมนั้นไว้ด้วย” จากบทบัญญัติข้างต้น ในการแสดงความยินยอมเป็นสามีภรรยาแก่นั้น กฎหมายได้กำหนดให้ต้องแสดงความยินยอมโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และนายทะเบียนจะต้องจัดบันทึกคำยินยอมนั้นไว้ด้วยการแสดงความยินยอมโดยเปิดเผยไม่จำเป็นต้องเปล่งวาจายินยอมเหมือน การประกอบพิธีสมรสตามศาสนาคริสต์ เพียงแค่การลงลายมือชื่อต่อหน้านายทะเบียนก็ถือว่าเป็นการ แสดงออกโดยเปิดเผยแล้ว

การที่กฎหมายกำหนดให้แสดงความยินยอมต่อหน้านายทะเบียนก็เพื่อ ป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาการตั้งตัวแทนไปสมรส และตัดปัญหาจากการข่มขู่ให้สมรสด้วย หากฝ่ายใดฝ่าย หนึ่งตั้งตัวแทนให้ไปจดทะเบียนสมรส และนายทะเบียนยอมรับการจดทะเบียนให้ถือว่าการสมรสครั้ง นั้นเป็นโมฆะ เพราะถือว่าฝ่ายที่ตั้งตัวแทนไปนั้นมิได้ยินยอมเป็นสามีภรรยาแก่น ส่วนกรณีที่ผู้ชายหลอก ผู้หญิงมาจดทะเบียนสมรสเป็นภรรยา โดยรับรองว่าจะเลี้ยงดูให้สุขสบาย แต่ภายหลังกลับทิ้งขว้าง เช่นนี้ จะถือว่าผู้หญิงไม่ยินยอมมิได้ การสมรสดังกล่าวถือว่าสมบูรณ์ทุกประการ²²⁷

3) ความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง

ตามที่กล่าวมาแล้ว อายุขั้นต่ำของบุคคลที่จะสมรสได้จะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 17 ปี ซึ่งบุคคลที่มีอายุดังกล่าวยังไม่บรรลุนิติภาวะ การเข้าทำสัญญาใดๆ ย่อมมิสามารถทำได้หากมิได้ ได้รับความยินยอมจากผู้ใช้อำนาจปกครองเสียก่อน การสมรสก็เป็นสัญญาชนิดหนึ่งเช่นกัน กฎหมายจึง กำหนดเงื่อนไขการสมรสของผู้เยาว์ไว้ว่าจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ใช้อำนาจปกครองก่อน ดัง มาตรา 1454 ที่บัญญัติว่า “ผู้เยาว์จะทำการสมรสให้นำความใน มาตรา 1436 มาใช้บังคับโดยอนุโลม” นั่น คือ กฎหมายกำหนดให้ผู้เยาว์จะทำการสมรสได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง ก่อน หากผู้เยาว์ฝ่าฝืนเงื่อนไขเกี่ยวกับความยินยอมของผู้ใช้อำนาจปกครองไปทำการสมรสโดยไม่ได้รับความ ยินยอมจากผู้ใช้อำนาจปกครองแล้ว การสมรสนั้นตกเป็นโมฆียะตามมาตรา 1509 แต่เฉพาะผู้ใช้อำนาจปกครองเท่านั้น จึงจะมีสิทธิร้องขอให้ศาลเพิกถอนการสมรสที่เป็น โมฆียะนี้ได้ สิทธิการขอเพิก ถอนจะระงับสิ้นไปเมื่อคู่สมรสนั้นมีอายุครบ 20 ปีบริบูรณ์ หรือเมื่อผู้หญิงตั้งครรภ์แล้ว การร้องขอเพิก ถอนการสมรสมีอายุความหนึ่งปีนับแต่วันทราบการสมรส ตามมาตรา 1510 แห่งประมวลกฎหมายนี้

4) การมีคู่สมรสเพียงคนเดียว

นับตั้งแต่ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว เป็นต้นมา คู่สามีภรรยาในประเทศไทยจึงมีลักษณะแบบผัวเดียวเมียเดียว อันเกิดจากบทบัญญัติในมาตรา 1452 ที่

²²⁷ เรื่องเดียวกัน. น. 126 – 128.

บัญญัติไว้ว่า “ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้” เพื่อให้หลักการนี้มีประสิทธิภาพ กฎหมายจึงต้องบัญญัติให้การสมรสจะสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการจดทะเบียนสมรส ถ้าบุคคลนั้นมีคู่สมรสอยู่แล้วแต่กลับแจ้งต่อนายทะเบียนว่าตนยังโสด บุคคลที่แจ้งก็จะมีความผิดอาญาฐานแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 137 การฝ่าฝืนเพื่อทำการสมรสซ้อนเป็นผลให้การสมรสครั้งหลังตกเป็น โฆษณาตามมาตรา 1495 ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิกล่าวอ้างว่าการสมรสซ้อนนั้นเป็น โฆษณา หรือจะนำคดีมาสู่ศาลเพื่อขอให้มีการพิพากษาเพื่อแสดงว่าการสมรสซ้อนนั้นเป็น โฆษณา ก็ได้ ถ้ามีการกล่าวอ้างว่าเป็น โฆษณาจะทำให้การสมรสเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น แต่ถ้ายังไม่มีการกล่าวอ้างหรือมีการพิพากษาต้องถือว่าคู่สมรสคู่นี้ยังเป็นคู่สามีภรรยาอันตามกฎหมาย²²⁸

5) การสมรสครั้งใหม่ของหญิงหม้าย

การที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขการสมรสครั้งใหม่ของหญิงหม้ายเอาไว้ น่าจะมีเหตุผลเกี่ยวกับบุตรมากกว่า กล่าวคือ ผู้หญิงที่ได้สมรสมาแล้ว ภายหลังหย่าขาดหรือสามีเสียชีวิต ผู้หญิงคนนั้นอาจจะอยู่ในช่วงระหว่างตั้งครรภ์ก็ได้ และอาจจะเป็นปัญหาเกี่ยวกับบิดาของเด็กว่าแท้จริงแล้วเป็นของสามีคนใด กฎหมายจึงต้องกำหนดระยะเวลาที่หญิงหม้ายจะทำการสมรสใหม่ได้ ซึ่งมาตรา 1453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “หญิงที่สามีตายหรือที่การสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่น จะทำการสมรสใหม่ได้ต่อเมื่อการสิ้นสุดแห่งการสมรสได้ผ่านพ้นไปแล้วไม่น้อยกว่าสามร้อยสิบวัน...” เหตุที่กำหนดไว้ 310 วัน น่าจะมาจากระยะเวลาที่นานที่สุดที่ทารกจะอยู่ในครรภ์ได้ ซึ่งหากพ้นระยะเวลาดังกล่าวแล้วหญิงหม้ายก็สามารถทำการสมรสกับสามีใหม่ได้ สำหรับชายหม้ายมีสิทธิทำการสมรสได้ทันทีโดยไม่ต้องรอรระยะเวลา 310 วัน ทั้งนี้เพราะไม่มีเหตุในความไม่แน่นอนเกี่ยวกับบิดาที่แท้จริงของบุตร (Turbatio Sanguinis O Partus) แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับการนับระยะเวลา 310 วัน แบ่งได้เป็น 3 กรณี คือ กรณีแรก สามีเสียชีวิตให้นับตั้งแต่วันที่เสียชีวิต ส่วนกรณีที่สอง กรณีหย่าขาดจากสามี ถ้าเป็นการหย่าขาดโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย และกรณีที่สาม กรณีเพิกถอนการสมรสที่เป็น โฆษณา หรือศาลพิพากษาว่าเป็น โฆษณา ให้นับตั้งแต่วันจดทะเบียนหย่า แต่ถ้าเป็นการหย่าโดยคำพิพากษาของศาลให้นับตั้งแต่วันอ่านคำพิพากษาศาลฎีกา หรือวันสิ้นสุดระยะเวลาอุทธรณ์หรือฎีกา²²⁹ ทั้งนี้ กฎหมายได้มีข้อยกเว้นในเรื่องการรอรระยะเวลา 310 วัน ซึ่งมีข้อยกเว้น 4 ประการ²³⁰ ได้แก่ ประการ

²²⁸ เรื่องเดียวกัน. น. 123 – 126.

²²⁹ เรื่องเดียวกัน. น. 130 – 132.

²³⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1453 หญิงที่สามีตายหรือที่การสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่น จะทำการสมรสใหม่ได้ต่อเมื่อการสิ้นสุดแห่งการสมรสได้ผ่านพ้นไปแล้วไม่น้อยกว่าสามร้อยสิบวัน เว้นแต่

(1) คลอดบุตรแล้วในระหว่างนั้น

แรก ได้คลอดบุตรแล้วในระหว่างนั้น ประการที่สอง สมรสกับคู่สมรสเดิม ประการที่สาม มีใบรับรองแพทย์ว่ามีได้ตั้งครรภ์ และประการสุดท้าย ศาลมีคำสั่งให้ทำการสมรสได้

6) ห้ามสมรสกับญาติสืบสายโลหิต

เงื่อนไขข้อนี้ถือว่าเป็นสาระสำคัญของการสมรสอย่างหนึ่ง กล่าวคือ กฎหมายกำหนดเงื่อนไขไว้ด้วยเหตุผลทางการแพทย์ที่จะป้องกันมิให้บุตรที่เกิดมาจากการสมรสต้องเป็นโรคปัญญาอ่อนหรือมีสุขภาพไม่แข็งแรง เพราะบุคคลเหล่านี้จะมีหน่วยพันธุกรรมที่เหมือนกันมากจนเกินไป นอกจากนี้ยังมีเหตุผลทางศีลธรรมประกอบด้วย เพราะการที่ญาติสืบสายโลหิต หรือพี่น้องร่วมบิดามารดาสมรสกันย่อมกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของสังคมในทางศีลธรรม ด้วยเหตุนี้จึงเป็นข้อห้ามทางสังคมที่เป็นสากลซึ่งยอมรับกันทั่วโลก²³¹

ในปัจจุบันบทบัญญัติที่ห้ามมิให้ทำการสมรสระหว่างญาติได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1450 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “ชายหญิงซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดี เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาก็ดี จะทำการสมรสกันไม่ได้ ความเป็นญาติดังกล่าวมานี้ให้ถือตามสายโลหิตโดยไม่คำนึงว่าจะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่” ซึ่งเป็นการห้ามสมรสเฉพาะญาติสืบสายโลหิตสายตรงเท่านั้น มิได้ห้ามการสมรสระหว่างญาติสายข้างเคียงไว้ด้วย อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติสามารถสรุปญาติทางสายโลหิตที่กฎหมายห้ามมิให้บุคคลใดทำการสมรสด้วยนั้นมี 4 ประเภท คือ ประเภทแรก ญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป ได้แก่ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย และทวด เช่น บุตรสาวสมรสกับบิดาไม่ได้ ประเภทที่สอง ญาติสืบสายโลหิตลงมา ได้แก่ บุตร หลาน หลาน และเหลื่อ เช่น ปู่สมรสกับหลายสาวไม่ได้ ประเภทที่สาม พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน เช่น พี่ชายสมรสกับน้องสาวไม่ได้ และประเภทสุดท้าย พี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดา เช่น น้องสาวสมรสกับพี่ชายต่างมารดาไม่ได้ ทั้งนี้ หากญาติทางสายโลหิตดังกล่าวฝ่าฝืนสมรสกันจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1495

(2) สมรสกับคู่สมรสเดิม

(3) มีใบรับรองแพทย์ประกาศนียบัตรหรือปริญญาซึ่งเป็นผู้ประกอบการ รักษาโรคในสาขาเวชกรรมได้ตามกฎหมายว่ามีได้มีครรภ์หรือ

(4) มีคำสั่งของศาลให้สมรสได้

²³¹ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน. น. 120 – 121.

7) ห้ามสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม

การรับบุตรบุญธรรมนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/19 ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ว่า “บุคคลที่มีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบห้าปีจะรับบุคคลอื่นเป็นบุตรบุญธรรมก็ได้ แต่ผู้นั้นต้องมีอายุแก่กว่าผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมอย่างน้อยยี่สิบห้าปี” และต้องมีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมด้วยจึงจะถือว่าสมบูรณ์ ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1598/27²³² โดยมาตรา 1451 บัญญัติไว้ว่า “ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมจะสมรสกันไม่ได้” เพราะกฎหมายให้ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมเป็นบิดามารดาและบุตรต่อกัน ถ้าได้สมรสกันย่อมเป็นกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกทางสังคม

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมไม่มีความสัมพันธ์ในทางสายโลหิต จึงไม่มีเหตุผลในทางกายภาพที่ห้ามมิให้ทำการสมรส ทั้งยังไม่น่าจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ฉะนั้น กฎหมายจึงมิได้บัญญัติให้การสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขข้อนี้เป็นโมฆะหรือโมฆียะ ตามมาตรา 1598/32 ที่บัญญัติว่า “การรับบุตรบุญธรรมย่อมเป็นอันยกเลิกเมื่อมีการสมรสฝ่าฝืน มาตรา 1451” ด้วยเหตุนี้จึงถือว่าการสมรสระหว่างบุตรบุญธรรมกับผู้รับบุตรบุญธรรมดังกล่าวมีความสมบูรณ์ทุกประการ มีผลเพียงแต่ว่าการรับบุตรบุญธรรมเป็นอันยกเลิกไปโดยบทบัญญัติของกฎหมาย²³³

8) ห้ามสมรสกับบุคคลวิกลจริตหรือคนไร้ความสามารถ

บุคคลวิกลจริตที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถก็ดี หรือศาลยังไม่สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถก็ดี จะทำการสมรสกันไม่ได้ เพราะคนวิกลจริตเป็นคนที่ไม่มีความรู้สึกผิดชอบในการเป็นคู่ครองของกันและกัน ไม่สามารถใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่ของสามีภรรยาได้ นอกจากนี้ ความวิกลจริตอาจจะถ่ายทอดทางพันธุกรรมไปยังบุตรที่เกิดมาได้ หากยอมให้ทำการสมรสแล้วบุตรที่จะเกิดมาอาจจะกลายเป็นภาระแก่สังคมและประเทศได้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงห้ามมิให้คนวิกลจริตทำการสมรส โดยกำหนดเงื่อนไขทางความสามารถข้อนี้ไว้ในมาตรา 1449 ที่บัญญัติว่า “การสมรสจะกระทำมิได้ ถ้าชายหรือหญิงเป็นบุคคลวิกลจริตหรือเป็นบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ” หากฝ่าฝืนการสมรสจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1495 บุคคลที่ถือว่าเป็นบุคคลวิกลจริตคือ บุคคลผู้มีจิตผิดปกติเพราะสติวิปลาส กล่าวคือ เป็นบุคคลที่ขาดความรำลึก ขาดความรู้สึกผิดชอบชั่ว

²³² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/27 การรับบุตรบุญธรรมจะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้จดทะเบียนตามกฎหมาย แต่ถ้าผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมนั้นเป็นผู้เยาว์ ต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมก่อน

²³³ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน. น. 122 – 123.

ดี และขาดความรับผิดชอบด้วย ความวิกลจริตจึงมีความหมายเฉพาะในทางสังคมและกฎหมาย ไม่ใช่ความหมายในทางการแพทย์ หลักการวินิจฉัยว่าบุคคลใดเป็นคนวิกลจริตนั้นมี 2 ประการคือ ประการแรก บุคคลนั้นไม่มีความเข้าใจอย่างเพียงพอถึงธรรมชาติของการสมรส หน้าที่ และความรับผิดชอบอันเกิดจากการสมรสนั้น และประการที่สอง บุตรที่เกิดจากการสมรสนี้จะเป็นบุคคลที่ไม่ปกติ ไม่แข็งแรง สมบูรณ์ และมีความเสี่ยงต่อการมีภาวะทางจิตบกพร่องด้วย²³⁴

3.4.1.3 รูปแบบการจดทะเบียน

การสมรสที่สมบูรณ์และกฎหมายรับรองนั้น จะต้องปฏิบัติให้ครบตามเงื่อนไขแห่งการสมรส และที่สำคัญ คือ การสมรสจะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้จดทะเบียนสมรสแล้วเท่านั้น ตามมาตรา 1457 ที่บัญญัติว่า “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น” ถ้าไม่มีการจดทะเบียนสมรส แม้จะประกอบพิธีสมรสยิ่งใหญ่เพียงใด ในสายตาของกฎหมายถือว่า ผู้ชายและผู้หญิงคู่่นั้นมิได้มีฐานะเป็นสามีภรรยาตามกฎหมาย และจะไม่เกิดสิทธิและหน้าที่ในฐานะคู่สมรสตามที่กฎหมายได้ให้ไว้

รูปแบบการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจะต้องเป็นไปตามมาตรา 1458 ที่บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากัน และต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้า นายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย” โดยการที่จะจดทะเบียนสมรสกันได้นั้น บุคคลทั้งสองจะต้องไปยื่นคำร้องต่อนายทะเบียน เมื่อได้รับการร้องขอให้จดทะเบียนสมรสดังกล่าว นายทะเบียนจะต้องจดทะเบียนสมรสให้ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 มาตรา 10²³⁵ จะไม่รับจดทะเบียนสมรสให้ต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ตามมาตรา 13²³⁶ เฉพาะในกรณีที่การสมรสมิได้เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น นอกจากนี้ การที่นายทะเบียนเห็นว่าผู้ร้องขอจดทะเบียนสมรสมีคุณสมบัติครบถ้วนตามเงื่อนไขของการสมรส แต่กลับยับยั้งการสมรสไว้โดยการหารือไปทางจังหวัด

²³⁴ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน. น. 119 – 120.

²³⁵ พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 มาตรา 10 เมื่อมีการร้องขอให้จดทะเบียนสมรสแล้ว ให้นายทะเบียนรับจดทะเบียนสมรสให้ การจดทะเบียนสมรสนั้น จะขอให้นายทะเบียนไปทำนอกสำนัก ทะเบียนก็ได้แต่ต้องเสียค่าธรรมเนียมตามอัตราที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง.

²³⁶ พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 มาตรา 13 ห้ามมิให้นายทะเบียนจดทะเบียนสมรสเมื่อปรากฏต่อนายทะเบียนว่าการมิได้เป็นไปตามเงื่อนไขแห่ง มาตรา 1445 มาตรา 1446 และ มาตรา 1447 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

ก่อน ย่อมถือได้ว่าเป็นการไม่ยอมรับจดทะเบียนสมรส ทำให้ผู้มีส่วนได้เสียสามารถมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องต่อศาลได้แล้ว²³⁷

3.4.1.4 สิทธิและหน้าที่

อาจกล่าวได้ว่า วัตถุประสงค์ของการสมรส คือ การสร้างครอบครัว โดยที่คู่สมรสต่างมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อกัน ดังนั้น ผู้ชายและผู้หญิงที่ได้ทำการจดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายแล้ว ผู้ชายและผู้หญิงคู่นั้นก็จะกลายเป็นสามีภรรยาตามกฎหมาย และเกิดความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาขึ้นตามกฎหมาย ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาตามกฎหมายไทยมีดังนี้

1) การอยู่กินด้วยกันฉันท์สามีภรรยา

การมีความสัมพันธ์ทางเพศนั้น แม้จะเป็นส่วนหนึ่งของการอยู่กินร่วมกันฉันท์สามีภรรยา ตามมาตรา 1461 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันท์สามีภริยา” แต่การมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างสามีภรรยาเป็นเช่นใดนั้นกฎหมายมิได้ให้คำจำกัดความไว้ ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องพิจารณาองค์ประกอบหลายๆ อย่างของผู้ชายและผู้หญิงประกอบด้วย ดังนั้น ลักษณะของการอยู่กินด้วยกันฉันท์สามีภรรยาจึงต้องคำนึงถึงส่วนประกอบต่างๆ ของสามีภรรยาคู่นั้นด้วย อาทิ ลักษณะอาชีพ กล่าวคือ อาจต้องเดินทางอยู่เสมอเพื่อการทำงานที่ทำ หรืออาจต้องทำงานจนไม่ได้หลับนอนที่บ้านเสมอ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หากไม่ยอมอยู่กินด้วยกันฉันท์สามีภรรยาอาจเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้²³⁸

2) การช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกัน

การช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันเป็นหน้าที่ที่สามีภรรยาพึงปฏิบัติต่อกันตาม มาตรา 1461 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “สามีภริยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน” ซึ่งการช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูสามารถแยกได้เป็นการช่วยเหลือ และการอุปการะเลี้ยงดู โดยที่การช่วยเหลืออาจมิได้หลายลักษณะตั้งแต่การช่วยเหลืออีกฝ่ายหนึ่งให้มีความสะดวกสบายตาม อັตภาพและความสามารถของตน การช่วยเหลือเมื่ออีกฝ่ายมีความเดือนร้อนต้องการความช่วยเหลือ หรือ การช่วยเหลือในยามเจ็บไข้ได้ป่วย เป็นต้น ส่วนการอุปการะเลี้ยงดู คือ การช่วยเหลือในสิ่งที่จำเป็นต่อ

²³⁷ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน. น. 140 – 141.

²³⁸ เรื่องเดียวกัน. น. 152.

การใช้ชีวิตเป็นสามีภรรยาด้วยกัน²³⁹ ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งอาจฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู หรือฟ้องหย่าได้

3) การแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราว

คู่สมรสอาจทำข้อตกลงระหว่างกันเพื่อแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวได้เมื่อเกิดเหตุจำเป็น หรือเหตุขัดข้องชั่วคราวต้องอยู่ต่างหากจากกัน หรือการสมรสได้แตกหักจนไม่มีทางให้คู่สมรสจะหวนกลับมาใช้ชีวิตร่วมกันดังเดิมได้แล้ว น่าจะเป็นการดีต่อทุกฝ่ายและต่อสังคมที่สามีภรรยาจะสามารถยุติข้อพิพาทระหว่างกันเองได้โดยไม่ต้องนำคดีมาสู่ศาล ข้อตกลงเพื่อแยกกันอยู่นี้จะทำด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ได้ และอยู่ในบังคับของหลักทั่วไปในเรื่องการทำสัญญา จึงอาจตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะด้วยเหตุผลทั่วไปเช่นเดียวกับสัญญาอื่นๆ เช่น ความสำคัญผิด การถูกกดขี่ฉ้อฉล การถูกข่มขู่ หรือการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งนี้ เมื่อคู่สมรสทำข้อตกลงแยกกันอยู่แล้ว ต่างฝ่ายต่างหมดหน้าที่ที่จะต้องอยู่ด้วยกันฉันท์สามีภรรยาต่อกัน แต่สถานะความเป็นสามีภรณายังคงมีอยู่ และไม่ถือว่าการสมรสสิ้นสุดลง ต่างฝ่ายต่างจะสมรสใหม่ไม่ได้ แม้จะทำข้อตกลงแยกกันอยู่เกินกว่า 1 ปี ก็ไม่ถือว่าเป็นการจริงใจทิ้งร้าง ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะนำมาเป็นเหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1516 (4) มิได้ แต่ถ้าการตกลงแยกกันอยู่นี้เป็นเพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันท์สามีภรรยาได้เป็นปกติสุข และได้แยกกันอยู่มาแล้วเป็นเวลาเกินกว่า 3 ปี ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิฟ้องหย่าได้ตามมาตรา 1516 (4/2)²⁴⁰

ในกรณีที่คู่สมรสไม่อาจทำข้อตกลงเพื่อแยกกันอยู่ได้ และหากยังพัวพันอยู่ร่วมกันต่อไปฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หรือเกิดความเดือดร้อนอย่างมากจากการอยู่กันฉันท์สามีภรรยาสามีหรือภรรยาฝ่ายที่ร้องได้รับอันตรายหรือถูกทำลายความผาสุกมีสิทธิตามมาตรา 1464²⁴¹ ที่จะร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตให้แยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวได้ การขอให้แยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวนี้นับว่าเป็นมาตรการในการบรรเทาความเดือดร้อนของคู่สมรสที่ยังไม่ประสงค์จะหย่าขาดจากกันเพื่อเห็นแก่บุตร หรือชื่อเสียงทางสังคมได้เป็นอย่างดี และเป็นมาตรการเบื้องต้นที่ทำให้

²³⁹ เรื่องเดียวกัน. น. 227 – 228.

²⁴⁰ เรื่องเดียวกัน. น. 159 – 160.

²⁴¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1462 ในกรณีที่สามีภริยาไม่สามารถที่จะอยู่กันด้วยกันฉันท์สามีภริยาโดยปกติสุขได้ หรือถ้าการอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือทำลายความผาสุกอย่างมาก สามีหรือภริยาฝ่ายที่ไม่สามารถที่จะอยู่กันด้วยกันฉันท์สามีภริยาโดยปกติสุขได้หรือฝ่ายที่จะต้องรับอันตรายหรือถูกทำลายความผาสุก อาจร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตให้ตนอยู่ต่างหากในระหว่างที่เหตุนี้ๆ ยังมีอยู่ก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ศาลจะกำหนดจำนวนค่าอุปการะเลี้ยงดูให้ฝ่ายหนึ่งจ่ายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งตามควรแก่พฤติการณ์ก็ได้

คู่สมรสได้มีโอกาสตกลงกัน หรือปรับเปลี่ยนพฤติกรรมที่จะนำไปสู่การหย่าร้างได้ เหตุที่จะร้องขอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตแยกกันอยู่ชั่วคราวมี 4 กรณี ได้แก่ กรณีแรก สามีหรือภรรยาไม่สามารถที่จะอยู่กินด้วยกันฉันท์สามีภรรยาได้โดยปกติสุขได้ กรณีที่สอง ถ้าการอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่กายอย่างมาของสามีหรือภรรยา กรณีที่สาม ถ้าการอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่จิตใจอย่างมากของสามีหรือภรรยา และกรณีที่สี่ ถ้าการอยู่ร่วมกันจะทำลายความผาสุกอย่างมากของสามีหรือภรรยา

4) การเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ของคู่สมรส

หากคู่สมรสกลายเป็นคนวิกลจริตจนถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถในระหว่างสมรส ศาลย่อมมีคำสั่งตั้งให้สามีหรือภรรยาเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์เพื่อคุ้มครองดูแลได้ เว้นแต่จะมีเหตุสำคัญและมีผู้ร้องขอศาลจะตั้งบุคคลอื่น เช่น บิดาหรือมารดา หรือบุตรก็ได้ ตามมาตรา 1463 ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลสั่งให้สามีหรือภรรยาเป็นคนไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ ภริยาหรือสามีย่อมเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ แต่เมื่อผู้มีส่วนได้เสียหรืออัยการร้องขอ และถ้ามีเหตุสำคัญศาลจะตั้งผู้อื่นเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ก็ได้”

5) การคุ้มครองคู่สมรสที่วิกลจริตให้มีความปลอดภัย

ถ้าคู่สมรสกลายเป็นคนวิกลจริตและสามีหรือภรรยาไม่อุปการะเลี้ยงดู ไม่หาแพทย์รักษา หรือรักษาผิดวิธี บิดามารดาหรือบุตรหลานของคู่สมรสฝ่ายที่วิกลจริตมีอำนาจฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูแทน หรือขอให้ให้มีคำสั่งเพื่อคุ้มครองโดยบังคับให้จัดการรักษาพยาบาลที่เหมาะสมได้ตามนัยมาตรา 1464²⁴² นอกจากนี้ในระหว่างการพิจารณาคดี โจทก์อาจร้องขอต่อศาลให้กำหนดวิธีการ

²⁴² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1464 ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนวิกลจริต ไม่ว่าศาลจะได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือไม่ ถ้าคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่อุปการะเลี้ยงดูฝ่ายที่วิกลจริตตามมาตรา 1461 วรรคสอง หรือกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด อันเป็นเหตุให้ฝ่ายที่วิกลจริตอยู่ในภาวะอันน่าจะเกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หรือตกอยู่ในภาวะอันน่าจะเกิดความเสียหายทางทรัพย์สินถึงขนาด บุคคลตามที่ระบุไว้ในมาตรา 28 หรือผู้อนุบาลอาจฟ้องคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูให้แก่ฝ่ายที่วิกลจริต หรือขอให้ศาลมีคำสั่งใดๆ เพื่อคุ้มครองฝ่ายที่วิกลจริตนั้นได้

ในกรณีที่ฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูตามวรรคหนึ่ง ถ้ายังมีคำสั่งของศาลว่าคู่สมรสซึ่งวิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถก็ให้ขอต่อศาลในคดีเดียวกันให้ศาลมีคำสั่งว่าคู่สมรสซึ่งวิกลจริตนั้นเป็นคนไร้ความสามารถ โดยขอให้ตั้งตนเองหรือผู้อื่นที่ศาลเห็นสมควรเป็นผู้อนุบาล หรือถ้าได้มีคำสั่งของศาลแสดงว่าคู่สมรสซึ่งวิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถอยู่แล้ว จะขอให้ถอดถอนผู้อนุบาลคนเดิม และแต่งตั้งผู้อนุบาลคนใหม่ก็ได้

ในการขอให้ศาลมีคำสั่งใดๆ เพื่อคุ้มครองคู่สมรสฝ่ายที่วิกลจริตโดยมิได้เรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูด้วยนั้น จะไม่ขอให้ศาลมีคำสั่งให้คู่สมรสฝ่ายที่วิกลจริตนั้นเป็นคนไร้ความสามารถ หรือจะไม่ขอเปลี่ยนผู้อนุบาลก็ได้ แต่ถ้า

ชั่วคราว เช่น ขอให้ชำระค่าอุปการะเลี้ยงดูเป็นรายๆ เดือนละ 5,000 บาททันทีเป็นการชั่วคราว หรือให้นำ
คู่สมรสที่วิกลจริต ไปรักษาพยาบาลทันทีก็ได้²⁴³

6) การซื้อสัตย์ในความรักต่อกัน

สามีภรรยาต่างมีหน้าที่ซื้อสัตย์ในความรักต่อกัน โดยจะต้องไม่มีความสัมพันธ์ในเชิงชู้สาวกับบุคคลอื่นใด หากประพฤติดุคหน้าทีคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิฟ้องหย่า
และเรียกค่าทดแทนได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 ที่บัญญัติว่า “เหตุฟ้องหย่ามี
ดังต่อไปนี้ (1) สามีหรือภริยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันทภริยาหรือสามี เป็นชู้หรือมีชู้ หรือร่วม
ประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจฉนั้น อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ ...” และมาตรา 1523 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “เมื่อ
ศาลพิพากษาให้หย่ากันเพราะเหตุตามมาตรา 1516 (1) ภริยาหรือสามีมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากสามี
หรือภริยาและจากผู้ซึ่งได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่อง หรือผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่านั้น” กล่าวคือ
ถ้าภรรยา มีชู้หรืออุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้ชายคนอื่นฉันทสามี สามีมีสิทธิฟ้องหย่าและเรียกค่า
ทดแทนจากภรรยาได้ ในทางกลับกันหากสามีอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้หญิงคนอื่นฉันทภรรยา ภรรยา
ก็มีสิทธิฟ้องหย่าและเรียกค่าทดแทนจากสามีได้เช่นกัน²⁴⁴

7) การจัดการทรัพย์สินและหนี้สิน

การจัดการทรัพย์สินในที่นี้ หมายถึง การจัดการสินสมรส²⁴⁵ เนื่องจากการ
จัดการสินส่วนตัวเป็นหน้าที่ของคู่สมรสในแต่ละฝ่ายตามนัยมาตรา 1473²⁴⁶ แต่สินสมรสเป็นทรัพย์สินที่
ได้มาในระหว่างที่เป็นคู่สมรสกัน และคู่สมรสต่างเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์อยู่คนละครั้งดังจะเห็นได้จาก
มาตรา 1533 ที่บัญญัติว่า “เมื่อหย่ากัน ให้แบ่งสินสมรสให้ชายและหญิงได้ส่วนเท่ากัน” แม้แต่ทรัพย์สิน

ศาลเห็นว่าวิธีการคุ้มครองที่ขอนั้นจำเป็นต้องมีผู้อนุบาลหรือเปลี่ยนผู้อนุบาล ให้ศาลมีคำสั่งให้จัดการทำนองเดียวกับที่
บัญญัติไว้ในวรรคสองแล้วจึงมีคำสั่งคุ้มครองตามที่เห็นสมควร

²⁴³ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน. น. 170.

²⁴⁴ เรื่องเดียวกัน. น. 170 – 171.

²⁴⁵ สินสมรส หมายถึง ทรัพย์สินที่คู่สมรสได้มาระหว่างสมรส หรือทรัพย์สินที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มาระหว่างสมรส โดย
พินัยกรรมหรือโดยการให้เป็นหนังสือเมื่อพินัยกรรมหรือหนังสือยกให้ระบุว่า เป็นสินสมรส หรือทรัพย์สินที่เป็น
ดอกผลของสินส่วนตัว ตามนัยมาตรา 1474 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁴⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1473 สินส่วนตัวของคู่สมรสฝ่ายใดให้ฝ่ายนั้นเป็นผู้จัดการ

ที่มีคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวก็ตาม หากทรัพย์สินดังกล่าวเป็นสินสมรสแล้ว คู่สมรสฝ่ายที่ไม่มีชื่อเป็นเจ้าของร่วมก็ยังมีสิทธิในทรัพย์สินนั้นอยู่ครั้งหนึ่ง²⁴⁷

สามีหรือภรรยาที่มีอำนาจจัดการสินสมรสได้โดยลำพัง เว้นแต่เป็นการทำนิติกรรมที่สำคัญตามมาตรา 1476²⁴⁸ สามีหรือภรรยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะจัดการเพียงลำพังไม่ได้จะต้องจัดการร่วมกับอีกฝ่ายหนึ่ง ส่วนหนี้สินของคู่สมรสที่กฎหมายถือว่าเป็นลูกหนี้ร่วมกันนั้นจะต้องเป็นมูลหนี้ที่เกิดจากหนี้อันเกี่ยวแก่การจัดการบ้านเรือน และจัดหาสิ่งจำเป็นสำหรับครอบครัว การอุปการะเลี้ยงดู รวมถึงการรักษาพยาบาลบุคคลในครอบครัวและการศึกษาของบุตรตามสมควรแก่อัตภาพ หรือหนี้ที่เกี่ยวข้องกับสินสมรส หรือหนี้ที่เกิดขึ้นเนื่องจากการงานซึ่งสามีภริยาทำด้วยกัน หรือหนี้ที่สามีหรือภริยาก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ตนฝ่ายเดียวแต่อีกฝ่ายหนึ่งได้ให้สัตยาบัน ตามนัยมาตรา 1490

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่า การที่บุคคลใดจะเป็นคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้นั้น บุคคลทั้งสองจะต้องมีเพศที่ต่างกัน นั่นคือ ฝ่ายหนึ่งต้องเป็นผู้ชายและอีกฝ่ายหนึ่งต้องเป็นผู้หญิง และบุคคลทั้งสองจะต้องจดทะเบียนสมรสกันแล้วเท่านั้น เมื่อมีคุณสมบัติครบถ้วนและปฏิบัติตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้แล้ว บุคคลทั้งสองจึงจะเป็นคู่สมรสกันตาม

²⁴⁷ ไพโรจน์ กัมพูศิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553. น. 254.

²⁴⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1476 สามีและภริยาต้องจัดการสินสมรสร่วมกันหรือได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่งในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) ขาย แลกเปลี่ยน ขายฝาก ให้เช่าซื้อ จำนอง ปลดจำนอง หรือโอนสิทธิจำนอง ซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ที่อาจจำนองได้
- (2) ก่อตั้งหรือกระทำให้สุดสิ้นลงทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งภาระจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน หรือภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์
- (3) ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์เกินสามปี
- (4) ให้กู้ยืมเงิน
- (5) ให้โดยเสน่หา เว้นแต่การให้ที่พอควรแก่ฐานะานุรูปของครอบครัวเพื่อการกุศล เพื่อการสังคม หรือตามหน้าที่ธรรมจรรยา
- (6) ประนีประนอมยอมความ
- (7) มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย
- (8) นำทรัพย์สินไปเป็นประกันหรือหลักประกันต่อเจ้าพนักงานหรือศาล

การจัดการสินสมรสนอกจากกรณีที่มีบัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง สามีหรือภริยาจัดการได้โดยมิต้องได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง

กฎหมาย เกิดสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ในฐานะคู่สมรสต่อกันและกัน เช่น หน้าที่ในการอยู่กินด้วยกันฉันท์สามีภรรยา หน้าที่ช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน สิทธิในการจัดการทรัพย์สินและหนี้สินร่วมกัน เป็นต้น และคู่สมรสยังได้รับสิทธิตามกฎหมายอื่นๆ ด้วย เช่น สิทธิในการเลือกใช้นามสกุล สิทธิในฐานะทายาทโดยธรรม สิทธิในการประกันภัย สิทธิในเงินบำเหน็จบำนาญ เป็นต้น

3.4.2 ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

ในปัจจุบันมีคู่รักที่มีเพศเดียวกันจำนวนมากที่ใช้ชีวิตร่วมกันเหมือนครอบครัวของกลุ่มสมรสต่างเพศทั่วไป แต่สถานภาพของคู่รักที่มีเพศเดียวกันกลับไม่มีกฎหมายรับรอง จึงทำให้บุคคลเหล่านี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ทั้งในเรื่องสิทธิและหน้าที่ที่สามารถมีได้ ซึ่งขัดกับหลักการสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 4 มาตรา 26 และมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550²⁴⁹ และตามหลักการในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จึงมีความพยายามตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและรับรองการจดทะเบียนคู่รักที่มีเพศเดียวกัน โดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาถึงเงื่อนไขว่าด้วยผู้มีสิทธิจดทะเบียน เงื่อนไขในการจดทะเบียนสมรส รูปแบบการจดทะเบียนสมรส และสิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้

3.4.2.1 เงื่อนไขว่าด้วยผู้มีสิทธิจดทะเบียน

บุคคลผู้จะจดทะเบียนคู่ชีวิตได้จะต้องมีเพศเดียวกัน ซึ่งเป็นไปตามนิยามของคำว่า “คู่ชีวิต” ในร่างมาตรา 3 แห่งร่างพระราชบัญญัตินี้ ที่ได้ให้นิยามไว้ว่า “คู่ชีวิต หมายความว่า บุคคลสองคนซึ่งเป็นเพศเดียวกัน และได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้” ฉะนั้น บุคคลต่างเพศจะไม่สามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตได้ พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงมีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะของบุคคลที่มีเพศเดียวกันเท่านั้น

ส่วนกลุ่มบุคคลที่รักทั้งสองเพศ (Bisexual) ไม่ว่าจะเป็นผู้ชายหรือผู้หญิง ผู้วิจัยเห็นว่าการจะจดทะเบียนคู่ชีวิตหรือจดทะเบียนสมรส ต้องพิจารณาจากเพศของอีกฝ่ายหนึ่งแทน เช่น นาย ก. มีรสนิมรักทั้งสองเพศ ได้สมรสครั้งแรกกับนางสาว. ข. ภายหลังได้หย่าขาดจากกัน ต่อมา นาย ก. ประสงค์

²⁴⁹ ปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สิ้นสุดลงแล้ว เว้นแต่หมวด 2 พระมหากษัตริย์ ตามประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 11/2557 ลงวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 และตั้งแต่วันที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2557 เป็นต้นมา ประเทศไทยได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญการปกครองประเทศฉบับปัจจุบัน

จะสมรสกับนาย ค. ทั้งนาย ก. และนาย ค. จะต้องจดทะเบียนคู่ชีวิตกันจึงจะถือว่าสมบูรณ์ตามกฎหมาย ฉะนั้น บุคคลในกลุ่มนี้จึงสามารถเลือกใช้กฎหมายฉบับใดก็ได้แล้วแต่กรณี

อย่างไรก็ดี บุคคลที่จะจดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ จะต้องมิใช่สัญชาติไทย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย ตามร่างมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ บัญญัติว่า “การจดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ให้กระทำได้เมื่อบุคคลมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์ขึ้นไป และมีสัญชาติไทย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย” ฉะนั้น คู่รักที่เป็นบุคคลต่างด้าวทั้งคู่จะไม่สามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ แม้ว่าในประเทศของบุคคลต่างด้าวผู้นั้นจะมีกฎหมายในลักษณะเดียวกันนี้ก็ตาม

3.4.2.2 เงื่อนไขในการจดทะเบียน

การสมรสเป็นการก่อให้เกิดสถาบันทางสังคมขึ้นมา ซึ่งโดยธรรมชาติแล้ว การสมรสเป็นสิ่งยึดโยงกันระหว่างผู้ชายและผู้หญิง และคู่สมรสมีหน้าที่ให้กำเนิดประชากรขึ้นมา แต่การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันนั้น จะมีความแตกต่างในการให้กำเนิดบุตร เว้นแต่กรณีของผู้หญิงที่รักเพศเดียวกันที่อาจอาศัยความก้าวหน้าทางการแพทย์เพื่อให้กำเนิดบุตรได้ อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดเงื่อนไขในการจดทะเบียนคู่ชีวิตไว้ดังนี้

1) อายุของผู้ทำการสมรส

การจดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดอายุขั้นต่ำไว้ที่ 20 ปีบริบูรณ์ ตามร่างมาตรา 5 ที่บัญญัติว่า “การจดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ให้กระทำได้เมื่อบุคคลมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์ขึ้นไป...” ทั้งนี้ อายุ 20 ปีบริบูรณ์นี้เป็นอายุที่กฎหมายไทยกำหนดให้บรรลุนิติภาวะ²⁵⁰ ซึ่งจะมีอำนาจในการตัดสินใจดำเนินกิจการใดๆ ได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องอาศัยอำนาจปกครองจากผู้ใช้อำนาจปกครองอีกต่อไป

ดังนั้น โดยเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในร่างมาตรานี้ ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่ากฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองผู้เยาว์ ด้วยการให้บุคคลที่มีอำนาจในการตัดสินใจและมีวุฒิภาวะเพียงพอแล้วเท่านั้น ที่จะสามารถเข้าทำการจดทะเบียนคู่ชีวิตได้ และยิ่งเพื่อป้องกันมิให้ผู้เยาว์ที่ยังมีวุฒิภาวะไม่เพียงพอถูกล่อลวงหรือหลงเข้ามาทำการจดทะเบียนคู่ชีวิตนี้

²⁵⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 19 บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์

2) ความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย

การจดทะเบียนคู่ชีวิตถือเป็นการทำสัญญาเฉพาะตัวของบุคคลที่มีเพศเดียวกันที่จะสมรสกัน ฉะนั้นบุคคลที่มีเพศเดียวกันจะต้องสมัครใจเข้าจดทะเบียนคู่ชีวิตกัน โดยความสมัครใจนี้จะแสดงออกมาในรูปของความยินยอมโดยเปิดเผย และจะให้ความยินยอมแทนกันไม่ได้ อันเป็นไปตามร่างมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ ที่บัญญัติว่า “การจดทะเบียนคู่ชีวิตจะกระทำได้ต่อเมื่อบุคคลทั้งสองฝ่ายแสดงความยินยอมให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย...” จากบทบัญญัติข้างต้น การแสดงความยินยอมเป็นคู่ชีวิตกันนั้น กฎหมายได้กำหนดให้ต้องแสดงความยินยอมโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และนายทะเบียนจะต้องจดบันทึกคำยินยอมนั้นไว้ด้วย ซึ่งมีลักษณะคล้ายการแสดงความยินยอมของกลุ่มสมรส ทั้งนี้ การที่กฎหมายกำหนดให้แสดงความยินยอมต่อหน้านายทะเบียนก็เพื่อห้ามมิให้มีการตั้งตัวแทนไปทำการจดทะเบียนคู่ชีวิต และตัดปัญหาจากการข่มขู่ให้ทำการจดทะเบียนด้วย หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตั้งตัวแทนให้ไปจดทะเบียนคู่ชีวิตและนายทะเบียนยอมรับการจดทะเบียนให้ถือว่าการสมรสครั้งนั้นเป็น โฆษ เพราะถือว่าฝ่ายที่ตั้งตัวแทนไปนั้นมิได้ยินยอมเป็นคู่ชีวิตกัน

3) การมีคู่สมรสเพียงคนเดียว

รูปแบบครอบครัวของไทยมีลักษณะแบบผัวเดียวเมียเดียว อันเป็นผลมาจากการบังคับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว จึงทำให้บุคคลผู้ที่ได้สมรสแล้วไปสมรสซ้อนอีก การสมรสครั้งหลังจะเป็น โฆษ ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติเรื่องการสมรสซ้อนไว้ในร่างมาตรา 7 ที่บัญญัติว่า “การจดทะเบียนจะกระทำมิได้ ในกรณีดังต่อไปนี้ ... (3) มีคู่สมรส หรือได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้แล้ว” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว เป็นการแสดงให้เห็นถึงความเป็นคู่ชีวิตในลักษณะผัวเดียวเมียเดียวเหมือนอย่างกลุ่มสมรส หากฝ่าฝืนจดทะเบียนคู่ชีวิต โดยที่ตนเองมีคู่สมรสหรือคู่ชีวิตแล้วแต่กรณีอยู่ก่อนแล้ว ไม่เป็นเหตุให้บุคคลที่จดทะเบียนคู่ชีวิตโดยสุจริตเสื่อมสิทธิที่ได้มาเพราะการจดทะเบียนคู่ชีวิตก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิต แต่จะทำให้คู่ชีวิตไม่เกิดสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง ตามนัยร่างมาตรา 13²⁵¹ แห่งพระราชบัญญัตินี้

²⁵¹ ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. มาตรา 13 การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ฝ่าฝืน มาตรา 5 มาตรา 6 และ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัตินี้ไม่เป็นเหตุให้บุคคลที่ จดทะเบียนคู่ชีวิต โดยสุจริตเสื่อมสิทธิที่ได้มาเพราะการจดทะเบียนคู่ชีวิตก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิต แต่การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ฝ่าฝืน มาตรา 7 ไม่ทำให้คู่ชีวิตเกิดสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง

4) ห้ามสมรสกับญาติสืบสายโลหิต

เงื่อนไขข้อนี้ถือว่าเป็นสาระสำคัญของการสมรสอย่างหนึ่ง กล่าวคือ กฎหมายกำหนดเงื่อนไขไว้ก็ดีด้วยเหตุผลทางศีลธรรมประกอบด้วย เพราะการที่ญาติสืบสายโลหิต หรือพี่น้องร่วมบิดามารดาสมรสกันย่อมกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของสังคมในทางศีลธรรม ด้วยเหตุนี้จึงเป็นข้อห้ามทางสังคมที่เป็นสากลซึ่งยอมรับกันทั่วโลก

บทบัญญัติที่ห้ามมิให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันจดทะเบียนคู่ชีวิตระหว่างญาติได้ บัญญัติไว้คล้ายคลึงกับบทบัญญัติในมาตรา 1450 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในร่างมาตรา 7 ที่บัญญัติว่า “การจดทะเบียนจะกระทำมิได้ ในกรณีดังต่อไปนี้ ... (2) ถ้าบุคคลทั้งคู่เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา หรือเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ซึ่งความเป็นญาติดังกล่าวให้ถือตามสายโลหิต โดยไม่คำนึงว่าจะจะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่...” ซึ่งเป็นการห้ามการจดทะเบียนคู่ชีวิตเฉพาะญาติสืบสายโลหิตสายตรงเท่านั้น มิได้ห้ามการจดทะเบียนคู่ชีวิตระหว่างญาติสายข้างเคียงไว้ด้วย อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติสามารถสรุปญาติทางสายโลหิต ที่กฎหมายห้ามมิให้บุคคลใดทำการสมรสด้วยนั้นมี 4 ประเภท คือ ประเภทแรก ญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป ได้แก่ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย และทวด ประเภทที่สอง ญาติสืบสายโลหิตลงมา ได้แก่ บุตร หลาน หลน และลื้อ ประเภทที่สาม พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน และประเภทสุดท้าย พี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน

หากฝ่าฝืนจดทะเบียนคู่ชีวิตกับญาติสืบสายโลหิตแล้ว จะไม่เป็นเหตุให้บุคคลที่จดทะเบียนคู่ชีวิตโดยสุจริตเสื่อมสิทธิที่ได้มาก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิต แต่จะทำให้คู่ชีวิตไม่เกิดสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง ตามนัยร่างมาตรา 13 แห่งกฎหมายนี้ อย่างไรก็ดี กฎหมายมิได้มีบทบัญญัติห้ามการจดทะเบียนคู่ชีวิตกับญาติที่เป็นบุตรบุญธรรมของญาติสืบสายโลหิตขึ้นไปหรือลงมาแล้วแต่กรณี แม้บุตรบุญธรรมจะถือเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของญาติผู้นั้นก็ตามแต่ก็มิได้มีความสัมพันธ์โดยตรงทางสายโลหิต ฉะนั้น การจดทะเบียนคู่ชีวิตกับญาติที่เป็นบุตรบุญธรรมของญาติสืบสายโลหิตโดยตรง ผู้วิจัยเห็นว่าน่าจะได้

5) ห้ามจดทะเบียนคู่ชีวิตกับบุคคลวิกลจริตหรือคนไร้ความสามารถ

สัญญาทุกชนิดจะต้องอาศัยความสามารถของบุคคลที่เข้าทำสัญญานั้น การจดทะเบียนคู่ชีวิตเป็นสัญญาเฉพาะบุคคล และเป็นสัญญาที่อาศัยความสามารถของบุคคลเป็นหลักด้วย เนื่องจาก การจดทะเบียนคู่ชีวิตมีฐานเสมือนการจดทะเบียนสมรส การเป็นคู่ชีวิตก็จะก่อให้เกิดสิทธิและ

หน้าที่ระหว่างคู่ชีวิตด้วยกัน กฎหมายจึงได้กำหนดเงื่อนไขในเรื่องความสามารถของบุคคลไว้ในร่าง มาตรา 7 ที่บัญญัติว่า “การจดทะเบียนจะกระทำมิได้ ในกรณีดังต่อไปนี้ (1) ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคน วิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือน ไม่สมประกอบ คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ...” จาก บทบัญญัติข้างต้นมีความแตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 1449 เงื่อนไขในความสามารถของกลุ่มสมรส ตรงที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ห้ามคนเสมือนไร้ความสามารถทำการจดทะเบียนคู่ชีวิตไว้อย่างชัดเจน ซึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้ห้ามคนเสมือนไร้ความสามารถในการสมรสไว้ ทำให้คนเสมือน ไร้ความสามารถอาจทำการสมรสได้ หากฝ่าฝืนจดทะเบียนคู่ชีวิตกับบุคคลวิกลจริตหรือคนไร้ ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถแล้ว จะไม่เป็นเหตุให้บุคคลที่จดทะเบียนคู่ชีวิตโดยสุจริต เสื่อมสิทธิที่ได้มาเพราะการจดทะเบียนคู่ชีวิตก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนการจดทะเบียน คู่ชีวิต แต่จะทำให้คู่ชีวิตไม่เกิดสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง ตามร่างนัย มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัตินี้

3.4.2.3 รูปแบบการจดทะเบียน

การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่สมบูรณ์และกฎหมายรับรองนั้น จะต้องปฏิบัติให้ครบตาม เงื่อนไขแห่งการจดทะเบียนคู่ชีวิต ตามบทบัญญัติในร่างมาตรา 6 วรรค 2 ที่บัญญัติว่า “การจดทะเบียน ตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามแบบ หลักเกณฑ์และวิธีการตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง” และสำหรับการ จดทะเบียนคู่ชีวิตในต่างประเทศจะเป็นไปตามร่างมาตรา 8 ที่บัญญัติว่า “การจดทะเบียนคู่ชีวิตใน ต่างประเทศระหว่างคนที่มีสัญชาติไทยด้วยกัน หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทยให้ดำเนินการตาม หลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง” ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ และวิธีการใดๆ ออกมา แต่ผู้วิจัยเห็นว่าน่าจะมีลักษณะคล้ายคลึงกับการจดทะเบียนสมรส นั่นคือ การไป จดทะเบียนคู่ชีวิต ณ ที่ว่าการอำเภอหรือสำนักงานเขต โดยมีนายอำเภอหรือผู้อำนวยการเขตเป็นนาย ทะเบียน ถ้าการจดทะเบียนคู่ชีวิตกระทำในต่างประเทศให้พนักงานทูตหรือกงสุลไทยเป็นผู้รับจด ทะเบียน และการจดทะเบียนคู่ชีวิตมีเงื่อนไขประการหนึ่งที่สำคัญ คือ การแสดงความยินยอมโดยเปิดเผย ต่อนายทะเบียน ดังปรากฏในร่างมาตรา 6 วรรค 1 ที่บัญญัติว่า “การจดทะเบียนคู่ชีวิตจะกระทำมิได้ต่อเมื่อ บุคคลทั้งสองฝ่ายแสดงความยินยอมให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียน บันทึกรายความยินยอมนั้นไว้ด้วย”

ส่วนการจดทะเบียนคู่ชีวิตจะทำนอกที่ว่าการอำเภอหรือสำนักงานเขตได้หรือไม่ ผู้วิจัย เห็นว่าสามารถกระทำได้โดยเทียบเคียงกับหลักเกณฑ์และวิธีการจดทะเบียนสมรสนอกสถานที่ กล่าวคือ ให้สิทธิผู้จดทะเบียนคู่ชีวิตร้องขอให้นายทะเบียนไปจดทะเบียนคู่ชีวิต ณ สถานที่อื่นนอกสำนักงาน

ทะเบียน แต่ผู้จดทะเบียนคู่ชีวิตจะต้องแสดงความยินยอมเป็นคู่ชีวิตกันให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนด้วยตนเอง

3.4.2.4 สิทธิและหน้าที่

ความสัมพันธ์ของคู่ชีวิตในนำบทบัญญัติว่าด้วยความสัมพันธ์ของคู่สมรสมาใช้โดยอนุโลม ตามความในร่างมาตรา 9 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ ที่บัญญัติว่า “คู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเสมือนคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอื่น เช่น สิทธิในการใช้ชื่อสกุล สิทธิตามกฎหมายเกี่ยวกับการประกันภัยหรือประกันชีวิต สิทธิตามกฎหมายว่าด้วยบำนาญบำนาญข้าราชการ สิทธิตามกฎหมายประกันสังคม สิทธิในการลดหย่อนภาษี สิทธิของผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และสิทธิอื่นๆ ตามกฎหมาย” ดังนั้น สิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตจะมีลักษณะเช่นเดียวกันกับคู่สมรสเท่าที่สามารถนำมาใช้ได้ กล่าวคือ แม้กฎหมายจะให้เอาความสัมพันธ์ของคู่สมรสมาใช้ แต่ก็มีสิทธิบางประเภทที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวหรือเฉพาะเพศ เช่น สิทธิที่จะเลือกใช้นามานาม ซึ่งจะมีแต่คู่ชีวิตที่เป็นผู้หญิงกับผู้หญิงเท่านั้น ที่จะมีสิทธิเลือกใช้ คู่ชีวิตผู้ชายกับผู้ชายไม่สามารถใช้สิทธิเช่นนี้ได้ เป็นต้น โดยสิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตจะมีดังนี้

1) การอยู่กินด้วยกันฉันท์สามีภรรยา

คู่ชีวิตมีฐานะเสมือนคู่สมรส ดังนั้น การอยู่กินด้วยกันฉันท์สามีภรรยาจึงเป็นหน้าที่ที่สำคัญที่คู่ชีวิตทุกคู่จะต้องปฏิบัติ หากมิสามารถอยู่กินด้วยกันได้แล้ว อาจเป็นเหตุให้อีกฝ่ายฟ้องหย่าได้

2) การช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกัน

การช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันเป็นหน้าที่ที่คู่ชีวิตพึงปฏิบัติต่อกัน โดยการช่วยเหลืออาจมีได้หลายลักษณะ เช่น การช่วยเหลืออีกฝ่ายหนึ่งให้มีความสะดวกสบายตามอัตภาพและความสามารถของตน การช่วยเหลือเมื่ออีกฝ่ายมีความเดือดร้อนต้องการความช่วยเหลือ หรือการช่วยเหลือในยามเจ็บไข้ได้ป่วย เป็นต้น ส่วนการอุปการะเลี้ยงดู คือ การช่วยเหลือในสิ่งที่จำเป็นต่อการใช้ชีวิตเป็นสามีภรรยาร่วมกัน ดังนั้น ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งอาจฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู หรือฟ้องหย่าได้

3) การแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราว

คู่ชีวิตอาจทำข้อตกลงระหว่างกันเพื่อแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวได้ ข้อตกลงเพื่อแยกกันอยู่นี้จะทำด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ได้ และอยู่ในบังคับของหลักทั่วไปในเรื่องการทำสัญญา จึงอาจตกเป็น โหมะหรือ โหมะมิยะด้วยเหตุผลทั่วไปเช่นเดียวกับสัญญาอื่นๆ เช่น ความสำคัญผิด การถูกกลั่นแกล้ง การถูกข่มขู่ หรือการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งนี้เมื่อคู่ชีวิตทำข้อตกลงแยกกันอยู่แล้ว ต่างฝ่ายต่างหมดหน้าที่ที่จะต้องอยู่ด้วยกันฉันท์สามีภรรยาต่อกัน แต่สถานะเป็นคู่ชีวิตยังคงมีอยู่ ยังไม่ถือว่าการสมรสสิ้นสุดลง ต่างฝ่ายต่างทำการสมรสหรือจดทะเบียนคู่ชีวิตใหม่ไม่ได้ แม้จะทำข้อตกลงแยกกันอยู่เกินกว่า 1 ปี ก็ไม่ถือว่าเป็นการจงใจทิ้งร้าง ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะนำมาเป็นเหตุฟ้องหย่ามิได้ แต่ถ้าวางข้อตกลงแยกกันอยู่นี้เป็นเพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันท์สามีภรรยาได้เป็นปกติสุข และได้แยกกันอยู่มาเป็นเวลาเกินกว่า 3 ปี ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิฟ้องหย่าได้ โดยเทียบเคียงตามมาตรา 1516 (4/2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²⁵²

ในกรณีที่คู่ชีวิตไม่อาจทำข้อตกลงเพื่อแยกกันอยู่ได้ และหากยังขึ้นอยู่กับร่วมกันต่อไปฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หรือเกิดความเดือดร้อนอย่างมากจากการอยู่กันฉันท์สามีภรรยาฝ่ายที่ได้รับอันตรายหรือถูกทำลายความผาสุกมีสิทธิตามมาตรา 1464 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่จะร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตให้แยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวได้ อย่างไรก็ดี เหตุที่จะร้องขอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตแยกกันอยู่ชั่วคราวมี 4 กรณี คือ กรณีแรก คู่ชีวิตไม่สามารถที่จะอยู่กันด้วยกันฉันท์สามีภรรยาได้โดยปกติสุขได้ กรณีที่สอง ถ้าวางข้อตกลงร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่กายอย่างมากของคู่ชีวิต กรณีที่สาม ถ้าวางข้อตกลงร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่จิตใจอย่างมากของคู่ชีวิต และกรณีสุดท้าย ถ้าวางข้อตกลงร่วมกันจะทำลายความผาสุกอย่างมากของคู่ชีวิต อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ศาลได้มีคำสั่งอนุญาตให้แยกกันอยู่จะเพราะสาเหตุใดก็ตาม ศาลอาจจะกำหนดจำนวนเงินค่าอุปการะเลี้ยงดู ที่ฝ่ายหนึ่งจะต้องชำระให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งตามสมควรแห่งพฤติการณ์ และตามความเป็นจริงของสามีหรือภรรยาเป็นสำคัญ

4) การเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ของคู่ชีวิต

การที่ศาลสั่งให้คู่ชีวิตเป็นผู้ไร้ความสามารถ คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งยอมเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ อันเป็นหน้าที่ประการหนึ่งของคู่สมรสตามบทบัญญัติในมาตรา 1463 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เว้นแต่มีเหตุสำคัญ เช่น คู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นคนวิกลจริต หรือมีเรื่องทะเลาะ โกรธ

²⁵² ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน. น. 159 - 160.

เคื่องกันเป็นประจำ ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการร้องขอ ศาลอาจตั้งผู้อื่นเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ก็ได้แล้วแต่กรณี

5) การคุ้มครองคู่ชีวิตที่วิกลจริตให้มีความปลอดภัย

ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตข้อนี้ เป็นเรื่องที่คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งเกิดเป็นคนวิกลจริต แล้วคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นคนปกติไม่ดำเนินการต่อคู่ชีวิตของตนในเรื่องเหล่านี้ ได้แก่ การไม่อุปการะเลี้ยงดูคู่ชีวิตฝ่ายที่วิกลจริต หรือกระทำการหรือไม่กระทำการจนก่อให้เกิดอันตรายแก่กายหรือกระทำการหรือไม่กระทำการจนก่อให้เกิดอันตรายแก่จิตใจ หรือกระทำการอย่างใดหรือไม่กระทำการอย่างใดจนก่อให้เกิดภัยต่อทรัพย์สินของผู้วิกลจริต เหตุดังกล่าวมาข้างต้น บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้อนุบาล ผู้พิทักษ์ของคู่ชีวิตที่วิกลจริต หรือพนักงานอัยการย่อมร้องขอให้ศาลมี คำสั่งใดๆ เพื่อคุ้มครองฝ่ายที่วิกลจริตนั้นได้ ตามนัยมาตรา 1464 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

6) การซื่อสัตย์ในความรักต่อกัน

คู่ชีวิตต่างมีหน้าที่ซื่อสัตย์ในความรักต่อกัน โดยจะต้องไม่มีความสัมพันธ์ในเชิงชู้สาวกับบุคคลอื่นใด หากประพฤติดนินทาที่คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิฟ้องหย่าและเรียกค่าทดแทนได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 และมาตรา 1523 วรรคหนึ่ง กล่าวคือ ถ้าคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องบุคคลอื่นเสมือนเป็นคู่ชีวิตของตน คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิฟ้องหย่าและเรียกค่าทดแทนจากคู่ชีวิตคนนั้นได้

7) การจัดการทรัพย์สินและหนี้สิน

การจัดการ ทรัพย์สินและหนี้สินระหว่างคู่ชีวิตนั้น ให้นำกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้โดยอนุโลม ตามความในร่างมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ ที่บัญญัติว่า “ทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยาแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมาบังคับใช้โดยอนุโลม” ด้วยเหตุนี้ คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจึงมีอำนาจจัดการทรัพย์สินที่เกิดขึ้นระหว่างการเป็นคู่ชีวิตกันได้โดยลำพัง เว้นแต่เป็นการทำนิติกรรมที่สำคัญตามมาตรา 1476 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะจัดการเพียงลำพังไม่ได้จะต้องจัดการร่วมกับอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความสะดวกและคล่องตัวในการจัดการทรัพย์สินที่เกิดขึ้นร่วมกัน

ส่วนหนึ่งสินของคู่ชีวิตที่กฎหมายถือว่าเป็นลูกหนี้ร่วมกันนั้น จะต้องเป็นมูลหนี้ที่เกิดจากหนี้อันเกี่ยวแก่การจัดการบ้านเรือน และจัดหาสิ่งจำเป็นสำหรับครอบครัว การอุปการะเลี้ยงดู รวมถึงการรักษาพยาบาลบุคคลในครอบครัว และการศึกษาของบุตรตามสมควรแก่ อดภาพ หรือหนี้ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่เกิดขึ้นระหว่างการเป็นคู่ชีวิต หรือหนี้ที่เกิดขึ้นเนื่องจากการ งานซึ่งคู่ชีวิตทำด้วยกัน หรือหนี้ที่คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ตนฝ่ายเดียวแต่อีกฝ่ายหนึ่ง ได้ให้สัตยาบัน ตามนัยมาตรา 1490 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจะเห็นว่า การจดทะเบียนคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัตินี้มีคล้ายกับ การจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพียงแต่เงื่อนไขในคุณสมบัติของบุคคลที่ จะจดทะเบียนคู่ชีวิตกับการจดทะเบียนสมรสแตกต่างกัน กล่าวคือ บุคคลที่สามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตได้ ต้องมีเพศเดียวกันเท่านั้น บุคคลต่างเพศจะไม่สามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตได้เลย การพิจารณาถึงเพศต้อง พิจารณาจากเพศกำเนิดเท่านั้น แม้บุคคลนั้นจะได้รับการผ่าตัดเปลี่ยนเพศมาแล้วก็ไม่ถือว่ามีเพศตามที่ ปรากฏ เช่น นาย ก. ถือกำเนิดมาเป็นเพศชาย ภายหลังได้รับการผ่าตัดเปลี่ยนเป็นเพศหญิง ก็ไม่ได้ทำให้ นาย ก. กลายเป็นเพศหญิงตามเพศที่ปรากฏในปัจจุบันแต่อย่างใด เมื่อนาย ก. ประสงค์จะสมรสกับนาย ข. จึงต้องปฏิบัติตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้เท่านั้น นั่นคือ ต้องจดทะเบียนคู่ชีวิตเท่านั้น อย่างไรก็ตาม สิทธิและหน้าที่ที่คู่ชีวิตได้รับจะมีลักษณะเช่นเดียวกันกับที่คู่สมรสได้รับ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติใน ร่างมาตราต่างๆ ของร่างพระราชบัญญัตินี้ที่อนุ โลมให้นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และ กฎหมายอื่นๆ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคู่สมรสมาใช้กับคู่ชีวิต

3.5 การเปรียบเทียบหลักกฎหมายของต่างประเทศกับร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียน คู่ชีวิต พ.ศ.

จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันทั้งในระบบกฎหมาย Common Law ระบบกฎหมาย Civil Law กฎหมายการสมรสของไทย และร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นนั้น พบว่า การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันใน กฎหมายของต่างประเทศมีลักษณะเป็นการยอมรับในความสัมพันธ์ของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน โดยมีชื่อ เรียกความสัมพันธ์เหล่านั้นที่แตกต่างออกไป แต่ก็มีหลักการร่วมกันประการหนึ่ง คือ การยอมรับผล ของการจดทะเบียนความสัมพันธ์ของคู่รักที่มีเพศเดียวกันว่ามีฐานะเสมือนเป็นคู่สมรสต่างเพศ เกิดสิทธิ และหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อกันเช่นเดียวกับคู่สมรส และในบางประเทศอาจมีข้อจำกัดสิทธิบางประการ แก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันเอาไว้ด้วย ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้เกิดความเข้าใจมากขึ้นจึงควรศึกษาเปรียบเทียบหลัก

กฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ กฎหมาย Civil Unions แห่งรัฐเวอร์มอนต์ สหรัฐอเมริกา กฎหมาย Domestic Partnership แห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา กฎหมาย Act on Life Partnership แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และกฎหมาย Civil Solidarity Pact แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส กับร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ของไทยในประเด็นต่างๆ ดังต่อไปนี้

3.5.1 การเปรียบเทียบเงื่อนไขว่าด้วยผู้มีสิทธิจดทะเบียน

สิ่งสำคัญประการหนึ่งของการจดทะเบียนความสัมพันธ์คงหนีไม่พ้น “ตัวบุคคล” ผู้มีสิทธิจดทะเบียน ซึ่งทั้งในกฎหมายของต่างประเทศและร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ของไทย ก็ได้กำหนดเงื่อนไขว่าด้วยผู้มีสิทธิจดทะเบียนความสัมพันธ์ไว้เหมือนกัน กล่าวคือ คู่รักที่มีสิทธิจดทะเบียนความสัมพันธ์นี้ จะต้องเป็นคู่รักที่มีเพศเดียวกัน และต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด หากมีคุณสมบัติข้อใดข้อหนึ่งขัดกับเงื่อนไขในการจดทะเบียนก็จะไม่สามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์เช่นนั้นได้

อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายของบางประเทศได้อนุญาตให้คู่รักต่างเพศสามารถทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์ในลักษณะนี้ได้ เช่น กฎหมาย Domestic Partnership ของรัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา ที่อนุญาตให้คู่รักต่างเพศที่มีอายุตั้งแต่ 62 ปีขึ้นไป²⁵³ สามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์เช่นนั้นได้ ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะว่า การที่บุคคลสองคนที่มีอายุมากขนาดนี้แล้ว ย่อมไม่สามารถมีบุตรร่วมกันได้แล้ว การที่คู่รักเหล่านี้ใช้ชีวิตร่วมกันน่าจะเพื่อการดูแลซึ่งกันและกันมากกว่า และไม่ประสงค์ที่จะผูกพันตนตามกฎหมายสมรส กฎหมายจึงได้บัญญัติเป็นข้อยกเว้นเอาไว้ นอกจากนี้ กฎหมาย Civil Solidarity Pact ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ได้เปิดกว้างให้คู่รักที่มีเพศเดียวกัน และไม่ประสงค์จะทำการสมรสกัน สามารถเข้าทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันนี้ได้ เนื่องจาก คู่รักในประเทศฝรั่งเศสจะไม่นิยมทำการสมรสกัน ดังนั้น ทางรัฐจึงเห็นความสำคัญของคู่รักเหล่านี้ และเพื่อที่จะคุ้มครองและรับรองสิทธิของคู่รักเหล่านี้ รัฐสภาแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงได้ตรากฎหมายให้คู่รักต่างเพศและคู่รักที่มีเพศเดียวกันสามารถผูกพันตนตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน โดยมีฐานะและได้รับสิทธิเกือบเทียบเท่าคู่สมรสตามกฎหมายครอบครัวของฝรั่งเศส ทั้งนี้ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ของไทยมิได้มีบทบัญญัติยกเว้นเช่นนั้นแต่อย่างใด

²⁵³ Domestic Partner Registration, Section 297 (b) (4), 2nd Paragraph. อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 146.

3.5.2 การเปรียบเทียบเงื่อนไขในการจดทะเบียน

การจดทะเบียนความสัมพันธ์นั้น คู่รักจะต้องมีคุณสมบัติครบถ้วน และได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดห้ามไว้ ซึ่งเงื่อนไขที่กฎหมายทั้งของต่างประเทศ ได้แก่ กฎหมาย Civil Unions แห่งรัฐเวอร์มอนต์ กฎหมาย Domestic Partnership แห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย กฎหมาย Act on Life Partnership แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และกฎหมาย Civil Solidarity Pact แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส และร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตของไทยได้กำหนดไว้ตรงกันมีอยู่ 3 ประการ คือ เงื่อนไขทางอายุของผู้ที่จะจดทะเบียน เงื่อนไขในการห้ามทำการจดทะเบียนสมรส หรือจดทะเบียนความสัมพันธ์ซ้ำซ้อน และเงื่อนไขในการห้ามมิให้กระทำการจดทะเบียนระหว่างบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด นอกจากนี้ ยังมีเงื่อนไขอื่นๆ ที่กฎหมายต่างประเทศและของไทยได้กำหนดไว้ตรงกัน เช่น เงื่อนไขในความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย และเงื่อนไขในการห้ามทำการจดทะเบียนกับบุคคลวิกลจริตหรือไร้ความสามารถ โดยมีรายละเอียดดังนี้

เงื่อนไขทางอายุที่กฎหมายทั้งของต่างประเทศและของไทยกำหนดไว้เหมือนกัน คือ บุคคลที่จะเข้าทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์ได้จะต้องเป็นผู้บรรลุนิติภาวะแล้วเท่านั้น แต่การที่บรรลุนิติภาวะได้นั้น กฎหมายในแต่ละประเทศได้กำหนดอายุไว้ต่างกัน จึงทำให้คู่รักที่จะจดทะเบียนความสัมพันธ์ได้จะมีอายุขั้นต่ำที่แตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายสหรัฐอเมริกา (รัฐเวอร์มอนต์ และรัฐแคลิฟอร์เนีย) และกฎหมายเยอรมัน กำหนดให้ผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ 18 ปีบริบูรณ์ ดังนั้น คู่รักที่จะจดทะเบียนความสัมพันธ์ตามกฎหมาย Civil Unions แห่งรัฐเวอร์มอนต์ กฎหมาย Domestic Partnership แห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย และกฎหมาย Act on Life Partnership แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ทั้งคู่จะต้องมีอายุขั้นต่ำ 18 ปี จึงจะจดทะเบียนความสัมพันธ์ตามกฎหมายได้ ส่วนกฎหมายฝรั่งเศสได้กำหนดอายุที่ผู้เยาว์จะบรรลุนิติภาวะไว้ที่ 21 ปีบริบูรณ์ ดังนั้น หากคู่รักจะทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันได้นั้น ทั้งคู่จะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 21 ปี อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติของไทย มิได้มีบทบัญญัติโดยตรงว่าจะต้องบรรลุนิติภาวะก่อน แต่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้บุคคลจะทำการจดทะเบียนคู่ชีวิตได้ต่อเมื่อมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์ ซึ่งสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความสามารถของบุคคล ที่กำหนดให้ผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ 20 ปีบริบูรณ์ และจะนำเอาการบรรลุนิติภาวะเพราะเหตุอื่นตามกฎหมายไทยมาใช้ไม่ได้ เพราะร่างมาตรา 5²⁵⁴ แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนแล้ว

²⁵⁴ ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. มาตรา 5 การจดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ให้กระทำได้เมื่อบุคคลมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์ขึ้นไป และมีสัญชาติไทย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย

อย่างไรก็ดี กฎหมาย Domestic Partnership ของรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้มีบทบัญญัติยกเว้นให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีสามารถจดทะเบียนใช้ชีวิตร่วมกันได้ แต่ต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากบิดามารดา หรือจากบิดาหรือมารดา หรือผู้ปกครองเสียก่อน หากบุคคลดังกล่าวไม่สามารถให้ความยินยอมได้ ศาลอาจเป็นผู้ให้ความยินยอมเองก็ได้ นอกจากนี้ความยินยอมที่จะต้องได้รับมาแล้ว ยังต้องได้รับอนุญาตจากศาลด้วย จึงจะสามารถจดทะเบียนการใช้ชีวิตร่วมกันได้

ส่วนเงื่อนไขที่ห้ามจดทะเบียนสมรสหรือจดทะเบียนความสัมพันธ์ชู้สน และเงื่อนไขที่ห้ามมิให้จดทะเบียนกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด เป็นเงื่อนไขที่ทั้งกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยได้กำหนดห้ามไว้เช่นเดียวกัน โดยอาจให้เหตุผลได้ว่า กฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครองสถาบันครอบครัวจึงไม่ต้องการให้เกิดการสมรสชู้สน ทั้งยังเป็นการสนับสนุนรูปแบบการสมรสแบบคู่เดียวเมียเดียวด้วย และที่ห้ามจดทะเบียนสมรสหรือจดทะเบียนกับผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด เนื่องจาก อาจจะกระทบต่อความรู้สึกของสังคม และขัดต่อความรู้สึกในทางศีลธรรมของผู้คนที่จะทำให้บุคคลที่เป็นญาติสนิทกันมา มีความสัมพันธ์อันที่สามิภรรยา กัน ด้วยเหตุดังกล่าวนี้เอง กฎหมายในทุกประเทศจึงต้องบัญญัติเงื่อนไขเหล่านี้ห้ามเอาไว้

นอกจากเงื่อนไขที่กฎหมายในทุกประเทศกำหนดไว้เหมือนกันแล้ว กฎหมายของไทยยังได้กำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมไว้อีก 2 ประการ คือ เงื่อนไขในความสมัครใจของทั้งสองฝ่ายที่คล้ายคลึงกับกฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา และเงื่อนไขที่ห้ามจดทะเบียนกับบุคคลวิกลจริตหรือไร้ความสามารถที่คล้ายคลึงกับกฎหมายของรัฐเวอร์มอนต์ สหรัฐอเมริกา ดังนี้

เงื่อนไขในความสมัครใจของทั้งสองฝ่ายนี้ นอกจากกฎหมายของไทยจะได้กำหนดไว้แล้ว กฎหมาย Domestic Partnership ของรัฐแคลิฟอร์เนีย ก็ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดห้ามเอาไว้ด้วยเช่นเดียวกัน ซึ่งความสมัครใจของทั้งสองฝ่ายนี้จะต้องแสดงออกมาในรูปของความยินยอมที่จะจดทะเบียนความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน ซึ่งมีลักษณะเดียวกันกับของการจดทะเบียนคู่ชีวิตของไทย

ส่วนเงื่อนไขที่ห้ามจดทะเบียนกับบุคคลวิกลจริตหรือไร้ความสามารถ มีลักษณะเป็นเงื่อนไขบังคับเด็ดขาดที่ปรากฏในกฎหมายไทยและกฎหมาย Civil Unions ของรัฐเวอร์มอนต์ บุคคลที่มีความสามารถบกพร่องดังกล่าวจึงไม่สามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์นี้ได้เลย แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมาย Domestic Partnership ของรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้อนุญาตให้ผู้เสมือนไร้ความสามารถสามารถจด

ทะเบียนการใช้ชีวิตร่วมกันได้ แต่ต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้พิทักษ์ และได้รับคำสั่งอนุญาตให้สามารถทำการจดทะเบียนจากศาลเสียก่อน จึงจะสามารถจดทะเบียนใช้ชีวิตร่วมกันได้

3.5.3 การเปรียบเทียบรูปแบบการจดทะเบียน

แม้คู่รักที่มีเพศเดียวกันจะมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ แต่ก็ยังมิได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย สิทธิและหน้าที่ที่มีต่อกันก็จะยังไม่เกิดขึ้น จนกว่าคู่รักคู่หนึ่งจะได้จดทะเบียนความสัมพันธ์กันตามกฎหมาย เพื่อให้รัฐได้รับรู้ถึงสถานะภาพของบุคคลทั้งสอง และเมื่อได้ทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์กันตามกฎหมาย โดยสมบูรณ์แล้ว ผลจากการจดทะเบียนความสัมพันธ์จะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันของคู่รักคู่หนึ่ง ซึ่งหลักการนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายของทุกประเทศ รวมทั้งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ของไทยด้วย

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์ ขั้นตอน และวิธีการในการจดทะเบียนความสัมพันธ์ของแต่ละประเทศจะมีรายละเอียดที่แตกต่างกันตามบริบทของประเทศนั้น บางประเทศเช่นของไทยเพียงแต่จดทะเบียนกันกับนายทะเบียนก็ถือว่าเพียงพอแล้ว หรือในบางประเทศต้องดำเนินการขอหนังสือรับรองจากเจ้าพนักงาน เพื่อนำไปให้บุคคลผู้มีอำนาจรับรองทำการรับรอง แล้วจึงส่งหนังสือรับรองกลับมาให้เจ้าพนักงานเพื่อทำการจดทะเบียนอีกครั้ง หรือต้องทำการจดทะเบียนกับเจ้าพนักงาน และจะมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อเจ้าพนักงานได้ประกาศถึงการจดทะเบียนความสัมพันธ์นั้น เป็นต้น

3.5.4 การเปรียบเทียบสิทธิและหน้าที่ที่ได้รับจากการจดทะเบียน

จากที่ได้กล่าวมาแล้ว ฐานะคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนตามกฎหมายจะมีฐานะเสมือนหนึ่งเป็นคู่สมรสตามกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ กฎหมายในทุกประเทศจึงให้สิทธิและหน้าที่ ตลอดจนความสัมพันธ์อื่นๆ ที่คู่สมรสพึงมีพึงได้แก่คู่รักที่มีเพศเดียวกัน เช่น สิทธิในการเลือกใช้ชื่อสกุล สิทธิในการเลือกใช้นามานาม สิทธิตามกฎหมายเกี่ยวกับการประกันภัยหรือประกันชีวิต สิทธิตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญ สิทธิตามกฎหมายประกันสังคม สิทธิในการลดหย่อนภาษี สิทธิในการดำเนินคดีทางศาล สิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม และสิทธิอื่นๆ ตามกฎหมาย เป็นต้น กฎหมายบัญญัติให้นำมาใช้กับคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนตามกฎหมายเท่าที่สามารถนำมาใช้ได้ ซึ่งกฎหมายไทยก็ได้มีบทบัญญัติให้นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้กับคู่สมรสมาใช้โดยอนุโลมกับคู่ชีวิตด้วย โดยไม่มีบทบัญญัติจำกัดสิทธิใดๆ แก่คู่ชีวิตเลย อาจกล่าวได้ว่า คู่ชีวิตตามกฎหมายไทยมี

ฐานะเทียบเท่าคู่สมรสทุกประการ ซึ่งมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเช่นเดียวกับคู่สมรสตราบเท่าที่ คู่ชีวิตสามารถพึงมีได้

อย่างไรก็ตาม กฎหมายของบางประเทศได้มีข้อจำกัดสิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันไว้ด้วย เช่น กฎหมาย Civil Solidarity Pact ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้มีข้อจำกัดสิทธิบางประการที่คู่รักตามข้อตกลง ในการอยู่ร่วมกัน (PACS) จะไม่ได้รับเหมือนอย่างคู่สมรส นั่นคือ การห้ามรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของ คู่รัก และการห้ามผสมเทียมในคู่รักหญิงรักหญิง ส่วนกฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมของสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนี ได้จำกัดสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมของบุคคลที่รักเพศเดียวกัน เพื่อป้องกันมิให้ เกิดปัญหาในเรื่องครอบครัวตามมา หรือกฎหมาย Domestic Partnership ของรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้จำกัด สิทธิประโยชน์ทางภาษีของผู้ใช้ชีวิตร่วมกัน กล่าวคือ คู่ใช้ชีวิตร่วมกันจะไม่ได้รับการพิจารณาถึง สถานะความเป็นคู่สมรสเพื่อวัตถุประสงค์ในทางภาษี ดังนั้น ผู้ที่จดทะเบียนการใช้ชีวิตร่วมกันก็จะไม่ สามารถยื่นแบบแสดงภาษีร่วมกับคู่รักของตนเหมือนอย่างของคู่สมรสได้

จากการเปรียบเทียบหลักกฎหมายในประเด็นต่างๆ ข้างต้นจะเห็นได้ว่า ทั้งกฎหมายของ ต่างประเทศและกฎหมายของไทย ต่างให้สถานะทางกฎหมายของคู่รักที่มีเพศเดียวกันเสมือนหนึ่งเป็นคู่ สมรสต่างเพศ มีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศตราบเท่าที่คู่รักที่มีเพศเดียวกันจะ สามารถนำมาใช้ได้ เพียงแต่กฎหมายในบางประเทศอาจจำกัดสิทธิบางประการเอาไว้ เช่น สิทธิในการ ผสมเทียม สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม หรือสิทธิประโยชน์ทางภาษี เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หากคู่รักที่มี เพศเดียวกันมิได้จดทะเบียนความสัมพันธ์ตามที่กฎหมายกำหนด คู่รักคู่นั้นก็จะไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ ต่างๆ ที่กฎหมายได้ให้ไว้ ซึ่งรายละเอียดในการจดทะเบียนความสัมพันธ์จะแตกต่างกันตามแต่กฎหมาย ของประเทศนั้นๆ แต่โดยหลักการแล้ว คู่รักที่มีเพศเดียวกันจะต้องจดทะเบียนความสัมพันธ์กับเจ้า พนักงานผู้มีอำนาจเท่านั้น กฎหมายจึงจะรับรองสถานะในการเป็นคู่รักกันได้

บทที่ 4

การวิเคราะห์ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการรับรอง สถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศไทย

ในอดีตประชาคมโลกเคยมีการเรียกร้องในสิทธิของผู้หญิงให้เท่าเทียมกับผู้ชาย เรียกร้องการปฏิบัติต่อคนผิวดำให้เท่าคนผิวขาว เรียกร้องสิทธิขั้นพื้นฐานคนพิการที่พึงมีพึงได้ รับแจกเช่นคนปกติทั่วไป จนท้ายที่สุดกฎหมายทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศในหลายฉบับ รัฐธรรมนูญแห่งรัฐ และกฎหมายภายในของแต่ละรัฐต่างก็ได้รับการรับรองถึงความเท่าเทียมกันในหลายประการ เช่น เชื้อชาติ เพศ อายุ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม สถานะทางเศรษฐกิจ การเกิด ความพิการ หรือสถานะอื่น ซึ่งล้วนแต่สมประโยชน์ของทุกฝ่าย แต่ทว่าในปัจจุบัน สิทธิต่างๆ ที่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ (LGBT Rights) ซึ่งรวมถึงสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันที่ยังได้รับการต่อต้านอยู่ในหลายประเทศ ซึ่งกำลังเริ่มเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางที่ดีขึ้น อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันในหลายประเทศได้ให้การรับรองและยอมรับสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันมาบ้างแล้ว แต่ในบางประเทศอาจยังมิได้ให้การยอมรับเช่นเดียวกับกลุ่มสมรสต่างเพศชาติเดียว ซึ่งสามารถจำแนกรูปแบบการยอมรับสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันได้ 2 รูปแบบ ดังนี้

รูปแบบแรก ให้การยอมรับว่าเป็นคู่สมรสโดยสมบูรณ์ กล่าวคือ ใช้กฎหมายว่าด้วยการสมรสฉบับเดียวกันกับผู้ชายผู้หญิงตามปกติ ได้รับสถานะเป็น “คู่สมรส” ตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ตัวอย่างประเทศที่ให้สิทธิในลักษณะนี้ เช่น ประเทศอังกฤษ ราชอาณาจักรเคนยา ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ เป็นต้น ซึ่งมีหลายประเทศที่พัฒนา กฎหมายขึ้นมาจากรูปแบบที่สอง เช่น ประเทศอังกฤษ สาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นต้น

รูปแบบที่สอง ให้การยอมรับแบบเสมือนเป็นคู่สมรส กล่าวคือ จะมีการตรากฎหมายเฉพาะขึ้นมาใหม่ โดยให้สิทธิประโยชน์ต่างๆ เสมือนเป็นคู่สมรสตามกฎหมายว่าด้วยการสมรส แต่อาจมีการจำกัดสิทธิบางประการเอาไว้ก็ได้ นอกจากนี้ คำเรียกขานถึงสถานภาพของคู่จดทะเบียนความสัมพันธ์ยังมีหลากหลายรูปแบบ แตกต่างกันไปตามแต่ละประเทศ เช่น “คู่วivre (Civil Unions)” “คู่อื่นชีวิต

ร่วมกัน (Domestic Partner Registration)” “หุ้นส่วนชีวิต (Act on Life Partnership)” “คู่รักตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)” และ “คู่ชีวิต” เป็นต้น ตัวอย่างประเทศที่ให้สิทธิในลักษณะนี้ เช่น รัฐเวอร์มอนต์ และรัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น ซึ่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ที่นำมาศึกษาในครั้งนี้ ก็ให้การยอมรับสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในรูปแบบนี้ ด้วยเหตุนี้เอง ผู้วิจัยจึงเลือกศึกษากฎหมายต่างประเทศที่มาจากประเทศเหล่านี้เป็นหลัก เนื่องจากมีลักษณะและสาระสำคัญที่คล้ายคลึงกัน

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ประเทศไทย โดยร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ฉบับนี้ก็ยังมีได้ให้การยอมรับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างสมบูรณ์ ซึ่งอาจติดขัดในเหตุผลบางประการ หรืออาจเป็นกฎหมายที่ทำให้ความรู้สึกที่ขัดแย้งกับศีลธรรมและจารีตประเพณีดั้งเดิม จึงต้องสงวนมิให้ใช้คำว่า “คู่สมรส” แต่ให้เลี่ยงไปใช้คำว่า “คู่ชีวิต” แทน แม้ตามร่างบทบัญญัติในพระราชบัญญัติฉบับนี้จะให้สิทธิโดยสมบูรณ์เสมือนเป็นคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ก็ตาม ด้วยเหตุนี้เองจึงทำให้ผู้วิจัยเกิดความสนใจศึกษาปัญหาในมิติต่างๆ ที่เป็นอุปสรรคต่อการตราพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยผู้วิจัยจะแยกวิเคราะห์ปัญหาในมิติต่างๆ ได้แก่ ปัญหาในมิติทางสิทธิมนุษยชน ปัญหาในมิติทางสังคมและวัฒนธรรม ปัญหาในมิติของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. และปัญหาในมิติของกฎหมายภายในของประเทศไทย ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1 การวิเคราะห์ปัญหาในมิติทางสิทธิมนุษยชน

จากหลักการและบทบัญญัติในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีในหลายฉบับ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Human Rights Declaration) และหลักการขอกายการ์ตา (Yogyakarta Principles) เป็นต้น ล้วนแต่มุ่งประสงค์ให้รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนภายใต้กรอบแห่งกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุขนานาประการทั้งปวง อาทิ เชื้อชาติ เพศ อายุ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม สถานะทางเศรษฐกิจ การเกิด ความพิการ หรือสถานะอื่น เป็นต้น และที่สำคัญคือ กฎหมายระหว่างประเทศเหล่านี้ได้กำชับไว้อีกว่า ห้ามมิให้ตีความบทบัญญัติต่างๆ เหล่านี้เป็น การให้สิทธิใดแก่รัฐ หรือผู้ใด ในการดำเนินกิจกรรมหรือกระทำการอันมุ่งต่อการทำลายสิทธิและเสรีภาพที่กำหนดเอาไว้

ดังนั้น ในปัจจุบันจึงไม่มีข้ออ้างหรือความจำเป็นใดๆ ต่อไปอีกที่จะมาใช้เพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพ และเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้แตกต่างออกไป อย่างไรก็ตาม ในวงสังคมและวงวิชาการของประเทศไทย ได้เกิดการถกเถียงกันในหลายประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในการสร้างครอบครัวของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งผู้วิจัยจะทำการวิเคราะห์ในประเด็นต่างๆ เหล่านี้ ได้แก่ ประเด็นความเสมอภาคในการสร้างครอบครัว ประเด็นสิทธิประโยชน์อันเกิดจากการสร้างครอบครัว และประเด็นความเป็นอิสระในการดำรงชีพและคงอัตลักษณ์ส่วนบุคคล โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1.1 ประเด็นความเสมอภาคในการสร้างครอบครัว

การสมรสเป็นพื้นฐานสำคัญของการสร้างครอบครัวซึ่งมีความเป็นมาอย่างยาวนาน อาจจะเรียกได้ว่าอยู่คู่กับสังคมมนุษย์ได้โดยที่เดิวลักษณะการสมรสในอดีตย่อมขึ้นอยู่กับวิถีชีวิตและประเพณีของชนเผ่าหรือสังคมนั้นๆ เป็นสำคัญ ไม่มีแบบแผนแน่นอนตายตัว ทำให้ขนบธรรมเนียมประเพณีของการสมรสนี้มีลักษณะและรูปแบบที่แตกต่างกันออกไปตามแต่ละสังคม ซึ่งตามปกติการสืบพันธุ์ของสัตว์ต่างๆ บนโลกนั้น จะมีไว้เพื่อดำรงเผ่าพันธุ์ของตนมิให้หายสาบสูญไป แต่ในกรณีของมนุษย์นั้น การสมรสเป็นมากกว่าการสืบเผ่าพันธุ์ กล่าวคือ การสมรสของมนุษย์จะมีความเกี่ยวข้องกับวิถีชีวิตและประเพณี หลักศาสนา กฎระเบียบข้อบังคับ ซึ่งทั้ง 3 สิ่งนี้นำไปสู่การยึดโยงและกำหนดเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการสมรส เพื่อเป็นมาตรการและควบคุมให้เกิดสิทธิและหน้าที่ของคู่สมรสต้องปฏิบัติตาม ซึ่งในอดีตกฎหมายว่าด้วยสมรสในทุกประเทศรับรองเฉพาะการสมรสของบุคคลต่างเพศกันเท่านั้น แต่ในระยะหลังมานี้ กฎหมายว่าด้วยการสมรสในบางประเทศได้รับรองถึงสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันบ้างแล้ว หรืออาจมีกฎหมายเฉพาะขึ้นมาอีกฉบับเพื่อรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันแยกต่างหากจากกฎหมายว่าด้วยการสมรสทั่วไป

ตามหลักกฎหมายธรรมชาติและหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่ได้รับรองตามหลักความเสมอภาคของบุคคลว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอันน่าประการทั้งปวง ซึ่งการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันก็ถือว่าเป็น “สิทธิและเสรีภาพ” อย่างหนึ่งของมนุษย์เช่นกัน โดยต้องไม่ลืมว่าปัจเจกชนทุกคนมีอิสระในการเลือกวิถีชีวิตในการดำรงชีวิตของตนเอง ดังนั้น จึงไม่มีเหตุผลใดที่จะนำมาใช้เป็นข้ออ้างคัดค้านสิทธิในการกำหนดวิถีชีวิตและการสร้างครอบครัวของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ซึ่งจากแนวคิดดังกล่าวข้างต้นสะท้อนให้เห็นว่า การ

สมรสควรได้รับการเปิดกว้างให้กับทุกคน อันเป็นสิทธิและเสรีภาพที่บุคคลทุกคนสามารถเข้าถึงได้โดยไม่สมควรนำเรื่องการแบ่งแยกทางเพศมาเป็นอุปสรรค

ถึงแม้ว่าในทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ อาทิ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เป็นต้น ล้วนแต่ไม่มีบทบัญญัติใดๆ ที่รับรองสิทธิการสร้างครอบครัวของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้เป็นการเฉพาะ บทบัญญัติในเอกสารทั้งสองเพียงแต่ห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลทางเพศสภาพเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี ยังมีบทบัญญัติในข้อ 24 ของหลักการยอร์กยาคาร์ตาที่บัญญัติว่า “ทุกคนมีสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวโดยไม่ขึ้นกับวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศ และครอบครัวมีรูปแบบหลากหลาย ห้ามมิให้ครอบครัวใดถูกเลือกปฏิบัติด้วยสาเหตุวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศของสมาชิกคนใดคนหนึ่งใดในครอบครัว” แต่อย่างไรก็ตาม หลักการยอร์กยาคาร์ตาไม่ได้มีผลเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่จะบังคับรัฐภาคีสมาชิกให้ต้องอนุวัติเป็นกฎหมายภายในแต่อย่างใด

ส่วนในกรณีของประเทศไทยนั้น การที่กฎหมายภายในของไทยไม่ได้มีบทบัญญัติใดๆ ที่ให้การรับรองสิทธิในการสร้างครอบครัวของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ทำให้เกิดผลกระทบโดยตรงต่อกลุ่มบุคคลดังกล่าว โดยเฉพาะในคู่รักที่มีเพศเดียวกันซึ่งฝ่ายหนึ่งเป็นคนสัญชาติไทยและอีกฝ่ายเป็นคนต่างด้าว เพราะการไม่ได้รับรองสถานะครอบครัวหรือสถานภาพการสมรสนั้น ได้ทำให้ต้องเสียสิทธิอื่นๆ ที่ผูกพันกับการสร้างครอบครัว เช่น สิทธิในการเข้าเมือง สิทธิในการอยู่อาศัย และเสียสิทธิในการขอสัญชาติไทย เป็นต้น ทั้งนี้ เพราะการที่ไม่มีกฎหมายรับรองการสร้างครอบครัวแก่กลุ่มบุคคลดังกล่าวดังกล่าว จึงทำให้คู่รักสัญชาติไทยที่มีเพศเดียวกันและใช้ชีวิตอยู่ด้วยกันฉันท์สามีภรรยาต้องได้รับผลกระทบโดยตรงจากการไม่มีกฎหมายดังกล่าว เพราะว่าพวกเขาจะไม่สามารถได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ที่คู่รักต่างเพศได้รับตามที่กฎหมายได้ให้ไว้

ดังนั้น หากพิจารณาบนพื้นฐานของหลักความเสมอภาคและการไม่ถูกเลือกปฏิบัตินั้น ผู้วิจัยเห็นว่า กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยกำลังได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมจากรัฐ เนื่องจากรัฐมิได้ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการสร้างครอบครัวของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน กลุ่มบุคคลดังกล่าวไม่สามารถได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดให้แก่คู่รักชายหญิง แม้การสร้างครอบครัวของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจะไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการให้กำเนิดบุตรหรือเพื่อเพิ่มประชากรให้แก่สังคมโดยตรงก็ตาม แต่การ

สร้างครอบครัวของบุคคลในกลุ่มนี้ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความรักและความผูกพันของคนสองคนที่
ปักใจใช้ชีวิตคู่ร่วมกันไปตลอดชีวิตนั่นเอง

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าการสร้างครอบครัวของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน ควรได้รับการ
ปฏิบัติเช่นเดียวกับการสร้างครอบครัวของคู่รักต่างเพศคู่รักไม่ว่าจะเพศใดก็ควรได้รับการปฏิบัติภายใน
กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน มิควรถูกเลือกปฏิบัติโดยอาศัยความแตกต่างจากเพศวิถีและ
อัตลักษณ์ทางเพศส่วนบุคคล ซึ่งรัฐควรจะให้การผลักดันและสนับสนุนให้เกิดความเสมอภาคและได้
ปฏิบัติต่อทุกคนภายใต้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน และรัฐควรใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครอง
และอื่นๆ ทั้งหมดเท่าที่จำเป็น เพื่อรับประกันสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว ตลอดจนรับประกันสิทธิ
ประโยชน์ต่างๆ ที่พึงได้รับภายหลังจากการตั้งครอบครัวด้วย

4.1.2 ประเด็นสิทธิประโยชน์อันเกิดจากการสร้างครอบครัว

“การสร้างครอบครัว” หรืออีกนัยหนึ่งคือ “การสมรส” นั้น เป็นการบัญญัติรับรองโดยกฎหมาย
คู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายในปัจจุบัน หรือหมายถึง คู่สามีภรรยาที่สมรสกันตามประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์นั้น จะมีสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ตามที่กฎหมายได้กำหนดให้ไว้ ซึ่งมีกฎหมายหลายฉบับ
ได้ให้สิทธิและกำหนดหน้าที่เอาไว้แก่คู่สมรสเหล่านี้ ทั้งนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าในสายตาของกฎหมาย สามี
ภรรยามีหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบซึ่งกันและกัน และในบางกรณียังมองคู่สมรสเสมือนเป็นบุคคลคน
เดียวกัน ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงจำเป็นต้องกำหนดสิทธิและหน้าที่หลายประการให้ไว้แก่คู่สมรส โดย
สิทธิและหน้าที่ที่สำคัญมีดังต่อไปนี้

ด้านสิทธิที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการจัดการทรัพย์สินของคู่สมรสตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น

- สิทธิในการจัดการสินสมรส กล่าวคือ คู่สมรสที่ได้ทรัพย์สินมาภายหลังจากจดทะเบียนสมรส
กันแล้ว ทรัพย์สินเหล่านี้เรียกว่า “สินสมรส” ซึ่งมีผลทางกฎหมาย คือ สินสมรสทุกอย่างที่หามาได้นั้น
จะเป็นของบุคคลทั้งสองอย่างละกึ่งหนึ่ง เพราะกฎหมายถือว่าบุคคลทั้งสอง “ทำมาหาได้ร่วมกัน” หาก
ภายหลังได้หย่าร้างกัน ทรัพย์สินเหล่านั้นต้องแบ่งครึ่งให้แก่กัน นอกจากนี้ เนื่องจากทรัพย์สินที่หามา
นั้น แต่ละฝ่ายต่างเป็นเจ้าของกันคนละครึ่งหนึ่ง การจัดการทรัพย์สินที่สำคัญ เช่น การซื้อขายที่ดิน การ
ปล่อยเงินกู้ ฯลฯ กฎหมายจึงกำหนดว่าต้องได้รับความยินยอมจากทั้งสองฝ่ายเพื่อป้องกันไม่ให้ฝ่ายหนึ่ง
ฝ่ายใดจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์กับตัวเองฝ่ายเดียว

- สิทธิในการเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู กล่าวคือ คู่สมรสมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน หากฝ่ายใดไม่เลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งจนได้รับความเดือดร้อน ก็สามารถฟ้องหย่าได้ และฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูได้

- สิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม กล่าวคือ ตามกฎหมายลักษณะมรดก คู่สมรสถือเป็นทายาทโดยธรรมลำดับแรก หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียชีวิต อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิรับมรดกก่อนทายาทลำดับอื่น

- สิทธิในการเป็นผู้ปกครองในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ไร้ความสามารถ กล่าวคือ ตามกฎหมายเรื่องความสามารถของบุคคลนั้น บุคคลบางประเภทที่เป็นผู้ไร้ความสามารถในบางครั้งไม่ได้มีอำนาจโดยนิตินัยในการจัดการทรัพย์สินด้วยตนเอง คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิร้องขอให้ศาลตั้งตนเองเป็นผู้ปกครองของผู้ไร้ความสามารถเพื่อจัดการทรัพย์สินแทนได้

- สิทธิในการทำสัญญาบางประเภท เช่น สัญญาประกันชีวิต สัญญาค้ำประกัน สัญญากู้เงินร่วมกัน เป็นต้น กล่าวคือ กฎหมายไม่ได้เขียนไว้โดยตรงว่าการทำสัญญาเหล่านี้ต้องเป็นสามีภรรยาตามกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติ บริษัทประกันชีวิตมักจะไมยอมให้ทำประกัน โดยยกทรัพย์สินให้คนอื่นที่ไม่ใช่ญาติหรือคู่สมรส หรือในกรณีธนาคารก็เชื่อถือการค้ำประกันการกู้เงิน หรือการกู้เงินร่วมกันของบุคคลที่เป็นญาติกันมากกว่าบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์ใดๆ กันตามกฎหมาย

- สิทธิในการลดหย่อนภาษี กล่าวคือ สำหรับผู้มีรายได้และต้องเสียภาษี หากมีคู่สมรสแล้วกฎหมายถือเป็นเหตุให้ลดหย่อนภาษีได้ เพราะถือว่ามีการใช้จ่ายเพิ่มขึ้นต้องดูแลคนอื่นหนึ่งคน

ด้านสิทธิที่เกี่ยวกับเรื่องการรักษาพยาบาลและการได้รับสวัสดิการ ตัวอย่างเช่น

- สิทธิในค่ารักษาพยาบาล กล่าวคือ ข้าราชการ และพนักงานบริษัทเอกชนบางแห่งมีสวัสดิการ รักษาพยาบาลให้คู่สมรส รวมถึงสิทธิประโยชน์ทางประกันสังคมด้วย โดยสิทธิดังกล่าวสามารถเบิกค่ารักษาพยาบาลให้แก่คู่สมรสของตัวเองได้

- สิทธิในการตัดสินใจเรื่องการรักษาพยาบาล กล่าวคือ กรณีคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งป่วยหนักไม่ได้สติ แพทย์ย่อมต้องขอความเห็นจากญาติสนิท ไม่ว่าจะเป็นการผ่าตัด การให้ยา หรือการหยุดรักษา รวมถึงในกรณีเร่งด่วนที่บางครั้งต้องการการตัดสินใจอย่างรวดเร็ว เนื่องจากอาจมีผลกับความเป็นความตาย ซึ่งคู่รักที่มีได้จดทะเบียนสมรสจะไม่มีอำนาจตัดสินใจแทนกันได้ แพทย์จึงต้องรอฟังความเห็นจากญาติคนอื่นซึ่งอาจสนิทน้อยกว่า

- สิทธิในการรับรู้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาล กล่าวคือ แพทย์ย่อมต้องปรึกษาหารือให้ญาติสนิทร่วมตัดสินใจ แต่หากเป็นคู่รักที่มีได้จดทะเบียนสมรส แพทย์อาจจะมองว่าเป็นบุคคลภายนอก และสามารถไม่ให้ข้อมูลในรายละเอียดของผู้ป่วยได้

- สิทธิในการจัดการศพ กล่าวคือ คู่สมรสตามกฎหมายย่อมมีสิทธิในการจัดการศพ เช่น การรับศพออกจากโรงพยาบาล การรับเงินสงเคราะห์ค่าทำศพ การขอออกใบมรณบัตร เป็นต้น ซึ่งคู่รักที่มีได้จดทะเบียนสมรส จะมีฐานะเป็นแค่บุคคลภายนอก จึงไม่มีสิทธินี้ อาจต้องรอให้ญาติที่อาจสนิทน้อยกว่าเป็นผู้จัดการศพแทน นอกจากนี้ คู่สมรสยังสามารถแสดงเจตนาแทนผู้ตายในเรื่องการบริจาคอวัยวะให้กับบุคคลอื่น หรือบริจาคศพให้โรงพยาบาลนำไปศึกษาได้อีกด้วย

- สิทธิในสวัสดิการอื่นๆ เช่น ที่พักอาศัยหรือค่าเช่าบ้านของครอบครัวของลูกจ้าง เงินทุนเพื่อการศึกษา สิทธิการลาติดตามคู่สมรส สิทธิการติดตามคู่สมรสไปทำงานต่างประเทศ เป็นต้น ซึ่งสิทธิเหล่านี้คู่ชีวิตที่ไม่จดทะเบียนไม่สามารถเข้าถึงได้

ด้านสิทธิที่เกี่ยวกับเรื่องการดำเนินคดีอาญา ตัวอย่างเช่น

- สิทธิในการเป็นผู้เสียหายไปแจ้งความแทน กล่าวคือ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดว่า กรณีผู้เสียหายถูกทำร้ายถึงตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถมาแจ้งความเองได้ ให้คู่สมรสแจ้งความแทนได้ แต่คู่รักที่มีได้จดทะเบียนสมรสยอมไม่สามารถไปแจ้งความให้ตำรวจดำเนินคดีกับคนที่มาทำร้ายคู่รักของตนได้ หากผู้ตายไม่มีญาติสนิทอื่นก็จะไม่มีใครมีอำนาจแจ้งความแทนเลย กรณีนี้ยังรวมถึงการแจ้งความว่ามีคนหายไปครบ 48 ชั่วโมงด้วย

- สิทธิในการดำเนินคดีฐานหมิ่นประมาทคนตาย กล่าวคือ หากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตายไปแล้ว แต่ถูกคนเอาไปว่ากล่าวจนเสียหาย คู่สมรสอีกฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่ย่อมเป็นผู้เสียหายดำเนินคดีได้ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 327

- สิทธิเข้าเยี่ยมในเรือนจำกรณีที่นักโทษป่วย กล่าวคือ กรณีนักโทษอยู่ในเรือนจำแล้วเจ็บป่วยระเบียบของกรมราชทัณฑ์กำหนดให้คนที่เข้าเยี่ยมได้มีเฉพาะญาติสนิท และคู่สมรสเท่านั้น

- สิทธิต่างๆ ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กล่าวคือ คู่สมรสมีสิทธิต่างๆ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น สิทธิดำเนินคดีแทนให้จับในกรณีที่ผู้เสียหายดำเนินคดีค้างไว้แล้วเสียชีวิตก่อนคดีจบ สิทธิได้รับแจ้งและเข้าร่วมการชันสูตรพลิกศพ สิทธิร้องขอให้ศาลทุเลาการจำคุกเพื่อสุขภาพของจำเลย เป็นต้น

ด้านสิทธิอื่นๆ ตามกฎหมายฉบับต่างๆ ตัวอย่างเช่น

- สิทธิในการได้สัญชาติและการเข้าเมือง กล่าวคือ ถ้าชาวต่างชาติจดทะเบียนสมรสกับบุคคลที่มีสัญชาติไทย ก็มีสิทธิที่จะสามารถขอแปลงสัญชาติเดิมของตนมาเป็นสัญชาติไทยตามคู่สมรสได้ และสามารถขออยู่ในประเทศไทยกับคู่สมรสของตนได้ เหตุที่กฎหมายอนุญาต เพราะมองเห็นความสำคัญของสถาบันครอบครัวและการอยู่ร่วมกันนั่นเอง

- สิทธิในการขอวีซ่าเดินทาง กล่าวคือ การขอวีซ่าเดินทางไปในบางประเทศอาจต้องตรวจสอบยอดเงินในบัญชีธนาคาร ซึ่งคู่สมรสสามารถยื่นบัญชีของคู่สมรสอีกฝ่ายเป็นหลักฐานได้

- สิทธิในการเปลี่ยนนามสกุลตามคู่สมรส กล่าวคือ แม้คู่สมรสหลายคู่จะเรียกร้องว่าภรรยาไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนนามสกุลตามสามี แต่อีกหลายคู่ก็ยังคงต้องการเปลี่ยนนามสกุลเพื่อแสดงออกถึงความ เป็นครอบครัว หรือสิทธิที่สามีจะเปลี่ยนนามสกุลไปใช้นามสกุลของภรรยาก็ได้

- สิทธิในการขึ้นศาลเยาวชนและครอบครัว กล่าวคือ หากบุคคลในครอบครัวมีเรื่องบาดหมางกันทั้งทางทรัพย์สินและทางอาญา จนถึงขั้นต้องขึ้นศาลเยาวชนและครอบครัว ซึ่งศาลเยาวชนและครอบครัวจะมีวิธีการพิจารณาคดีที่เน้นการไกล่เกลี่ย และสร้างบรรยากาศที่ดีเพื่อให้ครอบครัวสามารถอยู่ร่วมกันต่อไปได้ มิใช่การหักหาญเอาชนะกันเหมือนศาลทั่วไป

ตามที่กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นเพียงตัวอย่างของสิทธิประโยชน์ต่างๆ ทางกฎหมายบางประการที่คู่สมรสตามกฎหมายพึงได้รับ ซึ่งในกรณีของคู่รักต่างประเทศที่มีได้จดทะเบียนสมรส หรือคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฉันท์สามีภรรยา จะไม่สามารถเข้าถึงสิทธิประโยชน์เหล่านี้ได้ โดยเฉพาะในกรณีของคู่ชีวิตที่มีเพศเดียวกัน ที่ไม่มีทางเลือกอื่นใด หรือไม่มีความหมายฉบับใดมารับรอง และคุ้มครองสิทธิที่พึงมีพึงได้ จึงก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันอันมีสาเหตุมาจากความแตกต่างทางเพศ ซึ่งทำให้คู่รักที่เพศเดียวกันไม่มีสถานะใดๆ ทางกฎหมาย และไม่ได้รับความเป็นธรรมตามกฎหมาย ด้วยเหตุนี้เอง ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. จึงเป็นทางออกของปัญหาดังกล่าว เนื่องจากมีลักษณะเป็นกฎหมายที่มุ่งแก้ปัญหาข้อบกพร่องของกฎหมายเดิมอันกระทบต่อสิทธิของกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศ และเป็นกลุ่มบุคคลที่กฎหมายได้สร้างความไม่เป็นธรรมอย่างชัดเจน

4.1.3 ประเด็นความเป็นอิสระในการดำรงชีพและคงอัตลักษณ์ส่วนบุคคล

ตามแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (School of Natural Law) นั้นเชื่อว่า มนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันตั้งแต่กำเนิด ซึ่งเป็นหลักสำคัญของหลักกฎหมายทั่วไป และในมุมมองของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (School of Positive Law) มองว่าหลักความเสมอภาคดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของหลักสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการยอมรับในรูปแบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร มีภาระผูกพันรัฐที่จะต้องให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิของทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน อาจกล่าวได้ว่า หลักการดังกล่าวเป็นสิ่งยืนยันว่ามนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย (Equality Before the Law) สามารถประพฤติปฏิบัติตนได้อย่างอิสระเสรีภายใต้ขอบเขตแห่งกฎหมาย ซึ่งรวมถึงการมีสิทธิเลือก

วิถีทางในการดำรงชีวิตของตนอย่างอิสระ และการแสดงตัวตนหรืออัตลักษณ์ส่วนบุคคลออกมาได้อย่างเสรี ไม่ว่าจะเป็นเพศใดก็ตาม

อย่างไรก็ดี มาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ได้บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคอย่างเท่าเทียมกัน และยักรวมถึงพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ลงนามรับรองด้วย ซึ่งแสดงให้เห็นว่าในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทย บุคคลทุกคนมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกัน ฉะนั้น ไม่ว่าจะบุคคลผู้นั้นจะมีเพศใด จะแสดงอัตลักษณ์ทางเพศเช่นใด ย่อมได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน

ด้วยเหตุนี้เอง ผู้วิจัยจึงเห็นว่ากลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีสิทธิและเสรีภาพในการเลือกวิถีทางในการดำรงชีวิตและการแสดงออกในอัตลักษณ์ด้านเพศของตน โดยปราศจากอคติและการเลือกปฏิบัติใดๆ ทั้งปวง แต่อย่างไรก็ดีตาม สิทธิประโยชน์หลายประการที่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศควรได้รับอย่างเท่าเทียมกัน เช่น ชายจริงหญิงแท้ ยังไม่ได้มีกฎหมายบัญญัติรับรอง และคุ้มครองสิทธิประโยชน์ต่างๆ เหล่านั้น ซึ่งหนึ่งในสิทธิที่สำคัญเหล่านั้น คือ “สิทธิในการสร้างครอบครัวของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน” หรือ “สิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน” เพราะในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายฉบับใดของไทยที่บัญญัติรับรองในส่วนนี้เอาไว้ จึงทำให้บุคคลในกลุ่มนี้ไม่ได้รับความเป็นธรรมอย่างเท่าเทียม แต่กลับถูกเลือกปฏิบัติโดยกฎหมายเสียเอง แม้สังคมไทยจะเปิดกว้างในเรื่องการแสดงออกด้านอัตลักษณ์ทางเพศอย่างกว้างขวางเพียงใด แต่หากยังเลือกปฏิบัติต่อกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศด้วยการใช้วิธีการเหมินเฉยโดยอาศัยกระบวนการทางนิติบัญญัติ ก็เท่ากับเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลซึ่งขัดแย้ง โดยตรงกับบทบัญญัติในเรื่องความเสมอภาคของบุคคลที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองเอาไว้

กล่าวโดยสรุปในการวิเคราะห์ปัญหาในมิติทางสิทธิมนุษยชน พบว่า ประเทศไทยกำลังประสบกับปัญหาการเลือกปฏิบัติต่อกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศด้วยการใช้วิธีการเหมินเฉยโดยอาศัยกระบวนการทางนิติบัญญัติ กล่าวคือ ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทยนั้น ได้มีบทบัญญัติที่รับรองความเสมอภาคของบุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน อันเป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชนซึ่งมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญประการหนึ่ง แต่ว่าในความเป็นจริงประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่รับรองและคุ้มครองสิทธิการการสร้างครอบครัวหรือการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ทำให้บุคคลกลุ่มนั้นไม่สามารถเข้าถึงสิทธิประโยชน์ต่างๆ อันเกิดจากการสร้างครอบครัวได้ แม้พวกเขาจะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฉันท์สามีภรรยาก็ตาม

นอกจากนี้ จากพัฒนาการของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ยังสามารถใช้เป็นเครื่องยืนยันได้ในระดับหนึ่งว่า นอกเหนือไปจากการสมรสระหว่างบุคคลต่างเพศแล้ว การสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันก็ถือว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพอย่างหนึ่งของมนุษย์เช่นกัน ซึ่งต้องไม่ลืมว่าปัจเจกชนมีอิสระอย่างเต็มที่ในการเลือกเส้นทางดำเนินวิถีชีวิตของตนเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากมีการยอมรับว่ามนุษย์มีสิทธิในการกำหนดเพศวิถีของตนเองได้ ก็คงไม่มีเหตุผลประการใดถูกยกขึ้นมาคัดค้านการสร้างสรรค์ครอบครัวของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนี้เช่นกัน ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่า การสมรสในปัจจุบันควรเปิดกว้างให้กับมนุษย์ทุกคน โดยไม่ควรนำประเด็นด้านเพศ หรือด้านอื่นๆ มาเป็นใช้อุปสรรคเพื่อแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพของคนในสังคม

4.2 การวิเคราะห์ปัญหาในมิติทางสังคมและวัฒนธรรม

ในด้านมิติทางสังคมและวัฒนธรรมนั้น เป็นเรื่องที่เปราะบางมากสำหรับหลายๆ เรื่องที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เนื่องจากพื้นฐานทางทางสังคมและวัฒนธรรมของไทยได้ถูกยึดโยงกับศาสนา และในอดีตพฤติกรรมรักเพศเดียวกันถูกมองเป็นเรื่องวิปริตผิดเพศ อาจทำให้บ้านเมืองเกิดอาเพศนานาประการ แต่ทว่าในปัจจุบันสังคมได้เริ่มเปิดกว้างกับกลุ่มบุคคลเหล่านี้มากขึ้น ทศนคติต่างๆ ที่เคยถูกต่อต้าน กลับได้รับการยอมรับขึ้นมาในระดับหนึ่ง ฉะนั้น การจะเรียกร้องให้สังคมไทยยอมรับในสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันจะต้องทำความเข้าใจจุดเปราะบางทางความคิดเหล่านี้ให้ได้เสียก่อน เพื่อจะได้หาแนวทางต่างๆ เพื่อใช้ปรับทัศนคติของประชาชนในสังคมโดยรวมต่อไป ซึ่งในที่นี้ผู้วิจัยได้แบ่งประเด็นที่จะวิเคราะห์ออกเป็น 3 ประเด็นหลักๆ ได้แก่ ประเด็นความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ประเด็นทัศนคติและความรู้สึกของสังคม และประเด็นองค์กรศาสนาต่างๆ โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.2.1 ประเด็นความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

กลุ่มที่ต่อต้านหรือมีอคติต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมักใช้ถ้อยคำต่างๆ ที่เป็นการดูถูกเหยียดหยามต่างๆ นานา เช่น “พวกวิปริตผิดเพศ” “พวกโรคจิต” หรือ “พวกผิดธรรมชาติ” เป็นต้น ซึ่งวาทกรรมที่ถูกใช้เหล่านี้ มีจุดประสงค์เพื่อที่จะต่อต้านบุคคลที่มีรักเพศเดียวกัน และพยายามที่จะแสดงให้เห็นว่าพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของสังคม และยังเป็นการละเมิดบรรทัดฐานของสังคม ตลอดจนถือว่าพฤติกรรมเช่นนี้เป็นสิ่งผิดปกติและสมควรที่จะได้รับการแก้ไขให้ถูกต้อง แต่ทว่าในความเป็นจริงนั้น ทางการแพทย์ได้ให้การยอมรับในพฤติกรรมรักเพศ

เดียวกันว่าเป็นรสนิยมส่วนบุคคลอย่างหนึ่ง มิได้เกิดจากอาการ โรคจิตผิดปกติ หรือความผิดปกติทางประสาทใดๆ²⁵⁵

ดังนั้น จุดประสงค์ของถ้อยคำเหล่านี้ที่ว่า “ขัดต่อศีลธรรมอันดีของสังคม” หรือ “ขัดต่อบรรทัดฐานของสังคม” จึงเป็นคำกล่าวที่ไม่ถูกต้องนัก เนื่องจาก ทั้ง “ศีลธรรม” และ “บรรทัดฐานของสังคม” ล้วนแต่เป็นสิ่งที่มนุษย์กำหนดเป็นกฎเกณฑ์ขึ้นมา เพราะหากมองย้อนกลับไปในอดีตจะพบว่า ในหลายสังคมที่เรียกว่าเป็นแหล่งอารยธรรมของโลกในปัจจุบัน เช่น กรีก – โรมัน เป็นต้น ล้วนแต่เคยให้การยอมรับในพฤติกรรมกรรมกร่วมประเวณีกับบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ทั้งยังมองว่าเป็นเกียรติและศักดิ์ศรีอีกด้วย แต่ทว่าเมื่อศาสนาคริสต์ซึ่งนำโดยศาสนจักรเข้ามามีบทบาท จึงเกิดการสร้างบรรทัดฐานของสังคมขึ้นมาใหม่ และกำหนดให้บุคคลที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันนี้เป็นคนบาป จึงทำให้เกิดการต่อต้านกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและสังคมมองบุคคลกลุ่มนี้เป็นพวกประพฤตินขัดต่อศีลธรรมอันดีของสังคมไปโดยปริยาย

อย่างไรก็ตาม ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เกิดกระแสการเรียกร้องสิทธิในความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ โดยเฉพาะความเท่าเทียมกันระหว่างผู้ชายและผู้หญิง โดยอาศัยหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่มีพื้นฐานมาจากกฎหมายธรรมชาติที่ว่า “มนุษย์ทุกคนที่กำเนิดมา ล้วนมีความเสมอภาคและเท่าเทียมกันในสิทธิและเสรีภาพต่างๆ และจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน” ซึ่งในท้ายที่สุด การเรียกร้องสิทธิของสตรีก็บรรลุเป็นผลสำเร็จ ภายหลังจึงเริ่มเกิดการเรียกร้องสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้ได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคเช่นชายจริงหญิงแท้ ซึ่งในปัจจุบันสถานการณ์ต่างๆ เปลี่ยนแปลงไปมาก กรอบความคิดของคนในสังคมย่อมแปรผันไปตามกาลเวลา จากเดิมที่เคยยอมรับเฉพาะการใช้ชีวิตร่วมกันของคู่รักต่างเพศเพียงอย่างเดียว ก็เริ่มเปิดใจยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลที่มีเพศเดียวกันมากขึ้น

ทั้งนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า นิยามและขอบเขตของคำว่า “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา ตามยุคสมัย และขึ้นอยู่กับบริบทของสังคมว่าให้การยอมรับในเรื่องดังกล่าวเพียงใด หากพิจารณาบริบทของสังคมไทยในปัจจุบันพบว่า ประชาชนในสังคมไทยค่อนข้างเปิดกว้างและยอมรับในกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งสังเกตได้จาก การที่สามารถพบกลุ่มบุคคลดังกล่าวได้ในทุกสาขาอาชีพ ตลอดจนการปรากฏตัวของกลุ่มบุคคลดังกล่าวใน

²⁵⁵ เทอดศักดิ์ รัมจำปา. “จาก “กะเทย” ถึง “เกย์” ประวัติศาสตร์ชายรักร่วมเพศในสังคมไทย.” *วารสารอักษรศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 1(32) (มกราคม - มิถุนายน 2546) : 303 - 332.

แควงสื่อสารมวลชนทุกประเภทอย่างต่อเนื่อง และที่สำคัญที่สุด คือ กระแสความตื่นตัวในกฎหมายสิทธิมนุษยชน ที่รับรองถึงความเสมอภาคในสายตาของกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน

ฉะนั้น ผู้วิจัยคิดว่าน่าจะถึงเวลาแล้วหรือยังที่สังคมไทยควรจะสร้างบรรทัดฐานใหม่ให้แก่ นิยามของคำว่า “ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” เพื่อที่จะได้รับรองและคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้อย่างสมบูรณ์ ซึ่งหากสังคมได้ให้การยอมรับต่อสิทธิของกลุ่มบุคคลดังกล่าวแล้วนั้น การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันก็จะไม่ถูกตั้งแง่มองอย่างมีอคติว่าเป็นสิ่งที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะนี่เป็นการผดุงไว้ซึ่งสิทธิและเสรีภาพตามหลักกฎหมายมนุษยชนและหลักกฎหมายธรรมชาติที่บุคคลที่รักเพศเดียวกันในฐานะปัจเจกชนคนหนึ่งในสังคมพึงได้รับอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป

4.2.2 ประเด็นทัศนคติและความรู้สึกของประชาชนในสังคม

สภาวะรักเพศเดียวกันมิใช่เพิ่งจะเริ่มมีขึ้นในปัจจุบัน หากแต่มีมานานแล้ว ซึ่งสามารถย้อนกลับไปได้ถึงสมัยกรีก - โรมัน ได้เลยทีเดียว อย่างไรก็ตาม สังคมในสมัยโบราณในหลายแห่งก็มิได้เห็นว่าการร่วมประเวณีกับบุคคลที่มีเพศเป็นเรื่องผิดปกติหรือเสียหายแต่อย่างใด กลับมองว่าเป็นเรื่องเกียรติยศชื่อเสียงไปเสียมากกว่า ซึ่งต่างจากในปัจจุบันที่สถานะของบุคคลที่รักเพศเดียวกันยังไม่เป็นที่ยอมรับของสังคมในวงกว้าง แต่กลับถูกมองอย่างเหยียดหยามในสายตาของสังคมทั่วไป

ดังนั้น จึงต้องทำความเข้าใจกันเสียก่อนว่าทำไมกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจึงต้องออกมาเรียกร้องในสังคมยอมรับในสถานะของพวกเขาในทางกฎหมาย ซึ่งคำตอบน่าจะเป็นไปในแนวทางเดียวกันทั่วโลก คือ ประการแรก กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศต้องการให้กฎหมายรับรองว่าสิ่งดังกล่าวเป็นสิ่งที่ถูกต้องและชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายเป็นหลักประกันที่สำคัญที่จะทำให้สถานะของพวกเขาเป็นที่ยอมรับ และประการที่สอง ก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากประการแรก กล่าวคือ เมื่อกฎหมายรับรองสถานะของพวกเขาแล้ว พวกเขาจะได้มีสถานะเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศทั่วไป อันได้แก่ สิทธิประโยชน์ต่างๆ ที่คู่สมรสทั่วไปพึงมีพึงได้รับ เช่น สิทธิทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส สิทธิที่จะได้ลดหย่อนภาษี สิทธิในการเป็นทายาทโดยธรรม สิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในกรณีคู่สมรสถูกทำละเมิด หรือสิทธิในการดำเนินคดีอาญาแทนคู่สมรส ตลอดจนสิทธิอื่นๆ ที่คู่สมรสต่างเพศพึงมีพึงได้นั่นเอง

หากพิจารณาถึงสิทธิและเสรีภาพที่เท่าเทียมกันในระบอบประชาธิปไตยนั้น ประเทศแรกที่คือนำมาพิจารณาคงหนีไม่พ้น “สหรัฐอเมริกา” เนื่องจากเป็นที่ทราบกันดีว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างกว้างขวาง ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติต่างๆ ที่รับรองสิทธิของประชาชนว่าจะไม่ถูกแทรกแซง โดยกฎหมายของรัฐหรือแม้แต่กฎหมายของสหพันธรัฐ เมื่อใดก็ตามที่สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนถูกระทบกระเทือนโดยกฎหมายก็จะมีการตรวจสอบเสมอว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยแต่ละรัฐจะมีกฎหมายครอบครัวตราออกใช้บังคับในเขตปกครองของตนเอง รัฐบาลกลางจะไม่สามารถเข้าไปแทรกแซงได้ ซึ่งกฎหมายเหล่านี้จะถูกตรวจสอบเสมอว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่ว่าด้วยการสมรส ซึ่งบุคคลที่รักเพศเดียวกันมักกล่าวอ้างอยู่เสมอว่าตนมีสิทธิที่จะทำการสมรสได้เช่นเดียวกับชายจริงหญิงแท้

แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ทางครอบครัวจะเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของแต่ละรัฐก็ตาม แต่ก็พอสรุปได้ว่าแนวโน้มส่วนใหญ่มีลักษณะเหมือนกันคือ ถือว่าการสมรสจะมีได้ก็แต่เฉพาะ “ผู้ชาย” และ “ผู้หญิง” เท่านั้น และหมายความถึง “ชายจริง” และ “หญิงแท้” เพราะกฎหมายยังไม่ยอมรับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน แม้อีกฝ่ายจะผ่าตัดแปลงเพศมาแล้วก็ตาม กฎหมายก็ยังไม่ยอมรับว่าเป็น “ผู้ชาย” หรือ “ผู้หญิง” ในสายตาของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี ยังไม่ปรากฏว่าศาลใดได้มีคำวินิจฉัยว่าการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันขัดรัฐธรรมนูญเลย

คดีต่างๆ เกี่ยวกับสถานะของบุคคลที่รักเพศเดียวกันที่ขึ้นสู่ศาลในอเมริกา ตลอดทั้งปฏิกิริยาที่ศาลมีต่อสถานะของบุคคลเหล่านั้น พอจำแนกได้ 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทแรก คือ กรณีที่มีการสมรสเกิดขึ้นแล้ว โดยคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสำคัญผิด หรือถูกฉ้อฉลว่าคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเพศตรงข้าม แต่มาทราบในภายหลังว่าคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเพศเดียวกับตน และประเภทที่สอง คือ กรณีที่ทั้งสองฝ่ายเป็นเพศเดียวกัน และตั้งใจที่จะจดทะเบียนสมรสกัน

ในกรณีแรกนั้น อาจถือว่าเป็นการสมรสโดยสำคัญผิดหรือถูกฉ้อฉลก็ได้ โดยที่ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทราบความจริงแต่แรกก็จะไม่ทำการสมรสด้วย คดีที่โด่งดังเกิดขึ้นที่มหานครนิวยอร์ก คือ คดี ANONYMOUS. v. ANONYMOUS. ศาลสูงนิวยอร์กตัดสินว่า “การสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันไม่ถือว่ามีผลในทางกฎหมาย แม้ว่าสามีจะเชื่อว่าภรรยาของตนเป็นเพศหญิงในขณะที่ทำพิธีสมรสก็ตาม” ทั้งนี้ ศาลให้เหตุผลว่า “แม้กฎหมายของรัฐนิวยอร์ก จะไม่มีบทบัญญัติห้ามการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันก็ตาม แต่โดยจารีตประเพณี และโดยคำจำกัดความทั่วไปของคำว่า “การสมรส” แล้ว ย่อม

หมายถึงเฉพาะการอยู่ร่วมกันระหว่างบุคคลต่างเพศที่แท้จริงเท่านั้น ศาลไม่อาจตีความเป็นอื่นได้” หรือในคดี CORBETT v. CORBETT ศาลตัดสินว่า “การสมรสระหว่างผู้ชายกับผู้ชายโดยที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ผ่าตัดแปลงเพศเป็นผู้หญิงนั้นเป็นโมฆะ” โดยศาลให้เหตุผลว่า “แม้จะมีการเปลี่ยนอวัยวะเพศแล้วก็ตาม ก็ไม่ทำให้ผู้ที่เปลี่ยนอวัยวะเพศกลายเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงตามนัยของกฎหมายได้”

ส่วนในกรณีที่สอง ปรากฏในคดี BAKER v. NELSON ศาลสูงแห่งรัฐมิชิแกน เป็นศาลแรกที่ตัดสินคดีการจดทะเบียนสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน ซึ่งศาลได้พิพากษาไม่ให้นายทะเบียนจดทะเบียนสมรสให้แก่บุคคลที่มีเพศเดียวกัน โดยให้เหตุผลว่า “จุดประสงค์ของการสมรสเพื่อการให้กำเนิดบุตรและขยายเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ ก่อนถึงวัยเจริญพันธุ์มนุษย์ย่อมไม่สามารถทำสัญญาสมรสได้ เพราะยังไม่มีคุณสมบัติที่จะสืบพันธุ์ได้ ดังนั้น โดยธรรมชาติย่อมไม่สามารถทำการสมรสได้”

ดังนั้น อาจสรุปได้ว่า แนวโน้มของศาลในสหรัฐอเมริกา นั้นยังไม่ยอมรับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน โดยอ้างจารีตประเพณีที่ปฏิบัติกันมาบ้าง อ้างจำกัดความตามพจนานุกรมต่างๆ บ้าง ถึงแม้ตัวบทกฎหมายจะเปิดโอกาสให้ศาลตีความได้กว้างขวางเพียงใดก็ตาม ศาลก็ไม่ต้องการตีความให้กว้างถึงขนาดยอมให้บุคคลเพศเดียวกันทำการสมรสกันได้อย่างไรก็ดี เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 2013 ที่ผ่านมา คำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ได้ให้คำจำกัดความของการสมรสไว้ว่า “สถานภาพสมรสไม่ใช่สิ่งที่จำกัดเฉพาะคู่สมรสต่างเพศเท่านั้น” นั้นหมายความว่า การสมรสอย่างถูกต้องตามกฎหมายสามารถเกิดขึ้นได้ในคู่รักที่มีเพศเดียวกัน และจะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่างๆ อย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสต่างเพศ

หากย้อนกลับมาพิจารณาสถานะของบุคคลที่รักเพศเดียวกันตามกฎหมายไทยจะพบว่า บทบัญญัติในมาตรา 1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การสมรส จะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว ...” หากพิจารณาแบบผิวเผินจะคิดว่ากฎหมายได้บัญญัติไว้ชัดเจนแล้วว่าการสมรสจะมีได้ก็แต่ระหว่าง “ผู้ชาย” กับ “ผู้หญิง” เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ด้วบทมาตรา 1448 ยังเปิดช่องให้คิดต่อไปได้ว่า คำว่า “ชาย” และ “หญิง” นั้นมีความหมายเพียงใด จะหมายความถึงเฉพาะ “ชายจริง” “หญิงแท้” หรือรวมถึง “ชายเทียม” “หญิงเทียม” ด้วยหรือไม่ เพราะบุคคลสองประเภทหลังนี้ออกจากสภาพจิตใจจะกลายเป็นเพศตรงข้ามแล้ว สภาพร่างกายก็กลายเป็นเพศตรงข้ามไปด้วย โดยการผ่าตัดแปลงเพศแล้วนั้น

อย่างไรก็ดี ในประเทศไทยยังไม่มีคดีทำนองเดียวกับที่เกิดขึ้นในศาลสหรัฐอเมริกาถูกยกขึ้นมา ผู้การพิจารณาของศาลไทย มีเพียงแต่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ที่ศาลได้วินิจฉัยว่า “เพศของบุคคลธรรมดา นั้น กฎหมายรับรองและถือเอาตามกำเนิด หญิงตามพจนานุกรมคือคนที่ออกลูกได้ ผู้ร้องเป็นผู้ชายที่เข้ารับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศ แต่ก็ยังไม่สามารถมีลูกได้ และไม่มีกฎหมายใดที่บัญญัติให้บุคคลร้องขอเปลี่ยนแปลงเพศโดยใช้สิทธิทางศาลได้” ดังนั้น อาจสรุปในเบื้องต้นว่า ศาลไทยน่าจะมีความเห็นว่าบุคคลที่แปลงเพศแล้วก็ไม่สามารถทำการสมรสกับผู้ชายได้ เหตุเพราะเพศเมื่อแรกกำเนิดเป็นผู้ชาย ฉะนั้น การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศไทยก็ไม่น่าจะทำได้ในสายตาของศาลไทย ทั้งนี้ เนื่องจากค่านิยมของสังคมไทยในเรื่องครอบครัวค่อนข้างละเอียดอ่อนกว่าในสังคมตะวันตกมาก เพราะชนบทรอบรู้ดี การอบรมสั่งสอนที่ดี ส่วนแต่มีอิทธิพลอย่างมากต่อทัศนคติของประชาชนในสังคมไทยอย่างมาก

แต่อย่างไรก็ดี จากผลการสำรวจความคิดเห็นของประชาชนที่มีต่อการตรากฎหมายการจดทะเบียนคู่ชีวิตของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน โดยศูนย์สำรวจความคิดเห็น “นิด้าโพล” ของสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ พบว่า ประชาชนร้อยละ 52.96 เห็นด้วยกับการตรากฎหมายดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า จะ ได้เป็นสิ่งที่ยืนยันถึงสิทธิต่างๆ รวมถึงเกิดความสมหวังของทั้งสองฝ่าย และต่างประเทศได้เปิดโอกาสในเรื่องนี้แล้ว ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากผลการสำรวจความคิดเห็นของประชาชน ได้แสดงให้เห็นว่า สังคมไทยได้เปิดรับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้มีจุดยืนในสังคม อันเป็นการสะท้อนถึงการเคารพในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่จะดำรงชีวิตของตน ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าน่าจะมีเหตุผลต่างๆ อีกหลายประการที่เป็นตัวปรับทัศนคติ ความรู้สึก และเป็นแรงผลักดันให้ประชาชนในสังคมยอมรับในสิทธิและเสรีภาพของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เช่น ข่าวการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในสื่อสารมวลชนต่างๆ การปรากฏตัวของนักแสดงและบทบาทการแสดงที่รับบทเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในละครและภาพยนตร์ หน้าที่การงานและศักยภาพต่างๆ ที่ปรากฏในตัวบุคคลที่รักเพศเดียวกัน เป็นต้น

ฉะนั้น จะเห็นได้ว่า สังคมไทยได้ให้การยอมรับและมีทัศนคติที่เปิดกว้างต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นอย่างมาก และยังสอดคล้องกับผลสำรวจความคิดเห็นของประชาชนในเรื่องการตรากฎหมายจดทะเบียนคู่ชีวิตตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น เพื่อเป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้ทัดเทียมกับบุคคลทั่วไปด้วย

4.2.3 ประเด็นทางศาสนา

ตามที่ทราบกันอยู่แล้วว่าประเทศไทยถือได้ว่าเป็นเมืองพุทธ เนื่องจากมีประชาชนที่นับถือศาสนาพุทธเป็นส่วนใหญ่ของประเทศ ซึ่งน่าจะเกินกว่าร้อยละ 90 ของประชากรทั้งประเทศ ซึ่งศาสนาพุทธนั้นมิได้ตั้งแง่รังเกียจบุคคลที่รักเพศเดียวกันเลย ดังจะสังเกตได้จากพระธรรมวินัยนั้นได้มีข้อบัญญัติห้ามมิให้บัณฑิตบางจำพวกอุปสมบทเข้ามาในร่มกาสาฬหพัศตร์ ซึ่งเป็นข้อห้ามเพียงอย่างเดียวของศาสนาพุทธที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยบัณฑิตทั้ง 5 ประเภทตามพระธรรมวินัย²⁵⁶ มีดังต่อไปนี้

ประเภทแรก อาสิตตบัณฑิตได้แก่ ชายที่มีกิจกรรมทางเพศกับชาย กล่าวคือ กลุ่มชายรักชาย (Gay) นั้นเอง ซึ่งบุคคลในกลุ่มนี้สามารถอุปสมบทได้ เพียงแต่เมื่อมาบวชแล้วต้องรักษาวินัย และสละความประพฤตินิยมเบบนั้นออกให้หมด

ประเภทที่สอง อสุขยบัณฑิตได้แก่ ชายที่ไม่ถึงกับมีกิจกรรมทางเพศ แต่พอใจที่จะดูกิจกรรมทางเพศ โดยตัวเป็นผู้ชายแต่ก็ไปชอบใจในผู้ชายที่คือนั้น กล่าวคือ กลุ่มชายที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศนั่นเอง ซึ่งบุคคลในกลุ่มนี้สามารถอุปสมบทได้ เพียงแต่เมื่อมาบวชแล้วต้องรักษาวินัย และสละความประพฤตินิยมเบบนั้นออกให้หมด

ประเภทที่สาม ปักขบัณฑิตได้แก่ บุคคลบางคนข้างแรมเกิดความกำหนัด ยินดีกระวนกระวายด้วยอำนาจแห่งอกุศลกรรม เมื่อถึงข้างขึ้นความกระวนกระวายนั้นก็หายไป กล่าวคือ กลุ่มบุคคลที่รักทั้งสองเพศ (Bisexual) นั้นเอง ซึ่งบุคคลในกลุ่มนี้สามารถอุปสมบทได้ เพียงแต่เมื่อมาบวชแล้วต้องรักษาวินัย และสละความประพฤตินิยมเบบนั้นออกให้หมด

ประเภทที่สี่ โอปักกมยบัณฑิตได้แก่ บุคคลผู้ที่ถูกตอนไปแล้ว เช่น ขันที หมายความว่ารวมถึงบุคคลที่แปลงเพศ หรือที่นิยมเรียกกันว่า ผู้หญิงข้ามเพศ (Transsexual) นั้นเอง ซึ่งบุคคลในกลุ่มนี้จะไม่สามารถอุปสมบทเป็นพระสงฆ์ในพระพุทธศาสนาได้โดยเด็ดขาด

²⁵⁶ ขวามหาวิหาร. “บัณฑิตที่ห้ามบวชตามพระวินัย หมายถึงอะไร?” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.bloggang.com/mainblog.php?id=thepathofpurity&month=16-04-2011&group=3&gblog=3, 1> สิงหาคม 2557.

ประเภทสุดท้าย นุ่งสกับบัณฑิตก็ได้แก่ ผู้ที่ไม่มีเพศหญิง เพศชาย ไม่ปรากฏทั้ง 2 เพศ มีแต่ช่องที่สำหรับถ่ายปัสสาวะเท่านั้น กล่าวคือ บุคคลตามความหมายนี้น่าจะหมายถึงคนไร้เพศ หรือไม่ปรากฏเพศที่ชัดเจน (Intersex) ด้วย นอกจากนี้ ผู้วิจัยคาดว่าน่าจะหมายความรวมถึงบุคคลที่เกิดมาเป็นกะเทยแท้ (True Hermaphrodite) ด้วย เนื่องจาก กะเทยแท้จะปรากฏอวัยวะเพศทั้ง 2 เพศ ซึ่งเกิดจากความผิดปกติตั้งแต่ขั้นปฏิสนธิในครรภ์มารดา ซึ่งบุคคลในกลุ่มนี้จะไม่สามารถอุปสมบทเป็นพระสงฆ์ในพระพุทธศาสนาได้โดยเด็ดขาดเช่นกัน

จากที่กล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า ศาสนาพุทธมิได้มีอคติกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ (ชาย) แต่อย่างไร สังกตได้จากการยอมให้บุคคลที่ยังมีเพศสภาพเป็นชายสามารถอุปสมบทได้โดยไม่ขัดพระธรรมวินัย แต่บุคคลที่มีเพศสภาพไม่บ่งบอกชัดเจนว่าเป็นชายนั้น จะถูกห้ามมิให้อุปสมบทเข้ามาในพระพุทธศาสนา ดังนั้น จึงอาจได้ข้อสรุปว่าศาสนาพุทธมิได้ปิดกั้นการแสดงออกในรสนิยมทางเพศของบุคคล การดำรงอัตลักษณ์ของบุคคลก่อนบวชจะเป็นเช่นใดก็ตาม แต่เมื่อบวชเข้ามาแล้วต้องควบคุมจิตใจของตน และรักษาศีลตามพระธรรมวินัยไว้ให้ได้เท่านั้นก็เพียงพอแล้ว

ฉะนั้น หากพิจารณาในประเด็นการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในมุมมองของศาสนาพุทธ อาจกล่าวได้ว่า การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันมิได้ขัดต่อหลักศาสนา เพราะเป็นการสร้างครอบครัวโดยมีคู่ชีวิตเป็นตัวเป็นตน มิได้ไปร่วมประเวณีกับผู้อื่นผู้ใดที่มีคู่ชีวิตของตน แต่ถ้าหากไปร่วมประเวณีกับบุคคลที่มีคู่ชีวิตของตนแล้ว ก็จะมีศีลที่พุทธศาสนิกชนควรยึดถือปฏิบัติทันที

ด้วยเหตุนี้เอง ผู้วิจัยจึงเห็นว่า การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศไทยน่าจะเกิดขึ้นได้โดยปราศจากอคติจากฝ่ายศาสนา เพราะถ้าศาสนาพุทธยอมรับการอุปสมบทของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่จะต้องถือศีลและปฏิบัติกิจวัตรอย่างเคร่งครัดมากกว่าได้แล้ว การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันซึ่งเป็นเรื่องทางโลกนั้น น่าจะทำได้ด้วยเช่นกัน トラบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายฉบับต่างๆ ที่บังคับใช้ภายในประเทศ

อย่างไรก็ดี ประเทศไทยมิได้มีศาสนาพุทธแต่เพียงอย่างเดียว ยังมีศาสนาอื่นๆ ด้วย เช่น ศาสนาคริสต์ ศาสนาอิสลาม เป็นต้น ซึ่งทั้ง 2 ศาสนาข้างต้นนั้น ได้มีหลักคำสอนว่า การแสดงออกของบุคคลที่รักเพศเดียวกัน การมีรสนิยมทางเพศชอบเพศเดียวกัน หรือการร่วมประเวณีกับบุคคลที่มีเพศเดียวกันนั้น ขัดต่อกฎหมายศาสนา แต่เกิดข้อโต้แย้งในวงวิชาการว่าหลักกฎหมายศาสนาที่มีมาช้านานขัดหรือแย้งกับหลักสิทธิมนุษยชนร่วมสมัยหรือไม่ เพราะในปัจจุบันมนุษย์ย่อมมีเสรีภาพที่จะรักใคร่ชอบพอ

ระหว่างเพศเดียวกัน ได้ทราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายฉบับต่างๆ ที่บังคับใช้ภายในประเทศ อย่างไรก็ตาม หากเทียบเคียงกับการปฏิบัติต่อบุคคลกลุ่มบุคคลที่มีเพศเดียวกัน โดยเฉพาะสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศที่ประชากรนับถือศาสนาคริสต์เป็นส่วนใหญ่ เช่น ประเทศอังกฤษ จะพบว่า ในวงวิชาการได้ให้การยอมรับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันแล้ว และยังเห็นว่าหลักคำสอนของศาสนาคริสต์นั้นขัดแย้งกับหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชน และหลักกฎหมายธรรมชาติ ที่ถือว่าบุคคลทุกคนมีความเสมอภาคกัน และจะต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติโดยอาศัยความแตกต่างทางเพศ ทั้งยังดำเนินคำสอนของศาสนาคริสต์ด้วยว่าถ้าหลังไม่เป็นไปตามกาลสมัย จึงทำให้ท้ายที่สุดประเทศอังกฤษได้ตรากฎหมายรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันขึ้นมาบังคับใช้ดังที่ปรากฏในปัจจุบัน

แต่ทว่าในมุมมองของศาสนาอิสลาม เมื่อพิจารณาไปยังกลุ่มประเทศที่ประชากรส่วนใหญ่นับถือศาสนาอิสลาม จะพบว่า เกือบทุกประเทศได้ยึดถือและปฏิบัติตามแนวคำสอนทางศาสนาอย่างเคร่งครัด ซึ่งในบางประเทศได้มีกฎหมายประหารชีวิตกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือบุคคลที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศ จึงทำให้การแสดงออกและการเรียกร้องสิทธิของกลุ่มบุคคลดังกล่าวในสังคมของประเทศเหล่านั้นมีอาจเกิดขึ้นได้เลย

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยยังคงมีความเห็นว่าประเทศไทยไม่น่าจะมีปัญหาในทางศาสนาเท่าใดนักสำหรับการตรากฎหมายรับรองและคุ้มครองสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันขึ้นมาใช้ ซึ่งวัตถุประสงค์ที่สำคัญที่สุดสำหรับการตรากฎหมายฉบับดังกล่าวคือ การทำให้กลุ่มบุคคลที่รักเพศเดียวกันได้รับความคุ้มครองในสิทธิขั้นพื้นฐานที่พึงมีพึงได้จากรัฐ ภายใต้หลักคิดที่ว่า “การแยกรัฐ (ทางโลก) ออกจากศาสนา (ทางธรรม)” เพื่อที่รัฐจะ ด้ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิของประชาชนอย่างเสมอภาคกัน ที่สำคัญคือ รัฐประชาธิปไตยจะต้องมีความเป็นกลางทั้งในทางหลักการและการปฏิบัติ จะต้องแยกกิจการของรัฐและกิจการทางศาสนาออกจากกัน โดยรัฐจะต้องไม่อ้างความเชื่อทางศาสนาใดๆ ในการกำหนดนโยบายสาธารณะ หรือออกกฎหมายต่างๆ เพราะนโยบายสาธารณะและกฎหมายต่างมีผลกระทบและมีสภาพบังคับแก่ประชาชนทุกคนเสมอกัน และรัฐมีหน้าที่เพียงคุ้มครองเสรีภาพ และป้องกันมิให้เกิดการละเมิดสิทธิพลเมืองเท่านั้น

กล่าวโดยสรุปในการวิเคราะห์ปัญหาในมิติทางสังคมและวัฒนธรรม พบว่า ปัญหาในมิติดังกล่าวเป็นเรื่องที่ค่อนข้างเปราะบางอย่างมาก เนื่องจากปัญหาดังกล่าวมีความเกี่ยวเนื่องถึงรากฐานทางวัฒนธรรมของประเทศ ตลอดจนทัศนคติและความนึกคิดของประชาชน เพราะสังคมได้ถ่ายทอดชุดความรู้ในเรื่องเกี่ยวกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในด้านลบ จึงก่อให้เกิดอคติใน

ความรู้สึกรักของประชาชน แม้กระแสดการเรียกร้องสิทธิในความเท่าเทียมกันในสังคมปัจจุบันจะเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่ช่วยปรับทัศนคติด้านลบให้เบาบางลงก็ตาม แต่อาจจะยังไม่เพียงพอที่จะได้รับแรงสนับสนุนจากประชาชนในสังคมไทยให้ช่วยกันผลักดันร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. เพราะยังมีประชาชนบางส่วนที่มองว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น การจะผลักดันในพระราชบัญญัติฉบับนี้บรรลุเป็นผลสำเร็จได้โดยง่าย ทุกภาคส่วนในสังคมจะต้องช่วยกันปรับทัศนคติของประชาชนในภาพรวมที่มีต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้อยู่ในด้านบวกก่อน แล้วกฎหมายฉบับดังกล่าวก็จะได้รับการยอมรับจากสังคมไทยอย่างกว้างขวางไปโดยปริยาย

4.3 การวิเคราะห์ปัญหาในมิติของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

เมื่อพิจารณาถึงตัวบทกฎหมายในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. จะพบว่าบทบัญญัติหลายประการให้อนุโลมไปใช้กฎหมายฉบับอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการสมรส ซึ่งอาจจะนำมาถึงปัญหานานาประการก็ได้ หากมิได้บัญญัติให้ชัดเจน ครอบคลุม และครบถ้วน เพื่อจะได้มีกฎหมายการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันให้เหมาะสมกับสภาพสังคมไทยในปัจจุบัน ซึ่งในที่นี้ผู้วิจัยจะวิเคราะห์ปัญหาในประเด็นต่างๆ ได้แก่ ประเด็นเงื่อนไขในการจดทะเบียนคู่ชีวิต ประเด็นรูปแบบการจดทะเบียนคู่ชีวิต และประเด็นสิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิต โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.3.1 ประเด็นเงื่อนไขในการจดทะเบียนคู่ชีวิต

เงื่อนไขในการจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ได้กำหนดเอาไว้มีอยู่หลายประการ ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับเงื่อนไขในการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่หลายประการ โดยมีรายละเอียดดังนี้

เงื่อนไขประการแรกปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ที่ได้กำหนดคุณสมบัติที่เป็นสาระสำคัญของการจดทะเบียนคู่ชีวิตเอาไว้ นั่นคือ “เพศของผู้จดทะเบียน” ซึ่งการจะเป็น “คู่ชีวิต” ได้ ต้องเกิดจากบุคคลที่มีเพศเดียวกันและได้จดทะเบียนกันตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ จะเห็นได้ว่าเป็นการแยกความแตกต่างที่ชัดเจนออกจาก “คู่สมรส” โดยสิ้นเชิง เนื่องจากคู่สมรสอนุญาตให้เฉพาะผู้ชายและผู้หญิงเท่านั้นที่ได้รับสิทธิในการจดทะเบียนสมรส แต่อย่างไรก็ดี การกำหนดคุณสมบัติเรื่องเพศว่าต้องเป็นบุคคลที่มีเพศเดียวกันนั้น ได้สอดคล้องกับกฎหมายรับรองสถานภาพการ

สมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันของต่างประเทศในหลายประเทศ เช่น กฎหมาย Civil Unions ของรัฐเวอร์มอนต์ สหรัฐอเมริกา กฎหมาย Domestic Partner Registration ของรัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา กฎหมาย Act on Life Partnership ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และกฎหมาย Civil Solidarity Pact ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม กฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้เปิดกว้างในการรับรองและคุ้มครองสิทธิของคู่รักทุกเพศ กล่าวคือ คู่รักต่างเพศของสาธารณรัฐฝรั่งเศสสามารถเข้าจดทะเบียนความสัมพันธ์ในลักษณะเดียวกันนี้ได้ เพื่อให้ตนเองได้รับสิทธิและหน้าที่เสมือนเป็นคู่สมรสตามกฎหมายครอบครัว และกฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนียก็ยังได้มีข้อยกเว้นให้แก่คู่รักต่างเพศที่มีอายุมากกว่า 62 ปี ขึ้นไป เพื่อให้คู่รักเหล่านั้นได้สิทธิเช่นเดียวกันกับคู่สมรสเพียงแต่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายครอบครัวของรัฐแคลิฟอร์เนียเท่านั้นเอง

เงื่อนไขประการที่สอง ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้กำหนดอายุขั้นต่ำของบุคคลที่จะจดทะเบียนคู่ชีวิตไว้ในมาตรา 5 โดยบุคคลที่จะเข้าจดทะเบียนคู่ชีวิตได้นั้น นอกจากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องมีสัญชาติไทยแล้ว บุคคลทั้งสองยังต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์ ซึ่งเป็นอายุบรรลุนิติภาวะตามกฎหมายของไทย โดยไม่มีข้อยกเว้นให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่านี้สามารถเข้าจดทะเบียนคู่ชีวิตได้เลย ซึ่งแตกต่างจากอายุขั้นต่ำของผู้ชายและผู้หญิงที่จะเข้าจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ที่ 17 ปีบริบูรณ์ ตามมาตรา 1448 ทั้งยังมีข้อยกเว้นให้บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 15 ปีบริบูรณ์สามารถสมรสได้ แต่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ใช้อำนาจปกครองเสียก่อน ตามมาตรา 1454 ประกอบมาตรา 1436 อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากกฎหมายของต่างประเทศ จะพบว่า กฎหมายของรัฐเวอร์มอนต์ รัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา และกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้กำหนดอายุขั้นต่ำไว้ที่ 18 ปีบริบูรณ์ ส่วนกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดไว้ที่ 21 ปีบริบูรณ์ ซึ่งอายุขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนดของทั้ง 4 ประเทศ และร่างพระราชบัญญัติของไทย จะตรงกับอายุบรรลุนิติภาวะของประเทศนั้นๆ พอดี

ด้วยเหตุนี้เอง ผู้วิจัยจึงได้ตั้งข้อสังเกตว่าการที่กฎหมายรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันนี้ต้องกำหนดอายุขั้นต่ำไว้ตรงกับอายุบรรลุนิติภาวะพอดีนั้น น่าจะมีเหตุผลมาจากการที่กฎหมายต้องการให้บุคคลผู้นั้นมีความสามารถในการตัดสินใจและเลือกเส้นทางชีวิตของตัวเอง แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนียได้มีข้อยกเว้นให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์สามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์ได้ แต่ต้องได้รับอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรจากบิดามารดาและศาลเสียก่อน

ประการที่สาม ตามบทบัญญัติมาตรา 7 (1) แห่งร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้วางหลักว่า การจดทะเบียนคู่ชีวิตจะกระทำมิได้หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ไร้ความสามารถ ซึ่งตรงกับเงื่อนไขในมาตรา 1449 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้ในกรณีของการจดทะเบียนสมรสเช่นกัน ทั้งนี้ น่าจะมีเหตุผลมาจากพื้นฐานเรื่องความสามารถของบุคคล ดังจะเห็นได้จากกรณีการกำหนดอายุขั้นต่ำที่กำหนดอายุบรรลุนิติภาวะ ซึ่งเป็นอายุที่กฎหมายรับรองความสามารถโดยสมบูรณ์ของบุคคล ผู้วิจัยคาดว่าเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายน่าจะเป็นการสร้างกรอบคร่าวๆ หนึ่ง คู่ชีวิตจะมีสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ตามที่กฎหมายได้กำหนดให้ไว้

อย่างไรก็ตาม จากการที่ผู้วิจัยได้ศึกษากฎหมายต่างประเทศซึ่งได้อธิบายมาแล้วในบทที่ 3 นั้น พบว่ามีเพียงกฎหมายของรัฐเวอร์มอนต์ สหรัฐอเมริกาเพียงฉบับเดียวที่มีเงื่อนไขห้ามเอาไว้เช่นเดียวกันกับร่างพระราชบัญญัติของไทยเท่านั้น ส่วนกฎหมายต่างประเทศฉบับอื่นที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษามานั้น มิได้มีบทบัญญัติกำหนดเงื่อนไขในลักษณะนี้แต่อย่างใด

ประการที่สี่ ตามบทบัญญัติมาตรา 7 (2) แห่งร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้วางหลักซึ่งเป็นเงื่อนไขสาระสำคัญประการหนึ่ง คือ ห้ามมิให้บุคคลที่จะจดทะเบียนคู่ชีวิตจดทะเบียนกับญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา หรือเป็นที่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดามารดา โดยไม่ได้คำนึงว่าเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งตรงกับมาตรา 1450 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมถึงกฎหมายต่างประเทศทั้ง 4 ฉบับข้างต้น ก็ได้กำหนดเป็นข้อห้ามเอาไว้เช่นกัน

จากเงื่อนไขดังกล่าว ผู้วิจัยมีความเห็นว่าน่าจะมีพื้นฐานมาจากหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะการที่ญาติสืบสายโลหิตจะมาใช้ชีวิตร่วมกันฉันท์สามีภรรยา น่าจะทำให้เกิดความรู้สึกขัดแย้งกับความรู้สึกของสังคม ด้วยเหตุนี้ผู้ร่างกฎหมายจึงต้องกำหนดเงื่อนไขประการนี้ห้ามเอาไว้เพื่อให้สังคมเกิดความสงบสุข

ประการสุดท้าย ตามบทบัญญัติมาตรา 7 (3) แห่งร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้วางหลักให้บุคคลที่จะเข้าจดทะเบียนคู่ชีวิตจะต้องมิได้อยู่ในสถานะคู่ชีวิตหรือสถานะคู่สมรสกับผู้อื่นอยู่ก่อนแล้ว ซึ่งตรงกับหลักในมาตรา 1442 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ห้ามมิให้บุคคลที่จะเข้าจดทะเบียนสมรสต้องมีได้จดทะเบียนสมรสมาก่อน ทั้งยังสอดคล้องกับกฎหมายของต่างประเทศทั้ง 4 ประเทศที่ผู้วิจัยได้ศึกษามาด้วยเช่นกัน ซึ่งกฎหมายของทั้ง 4 ประเทศ รวมถึงกฎหมายของไทย ถือว่า

เงื่อนไขข้อนี้เป็นเงื่อนไขที่สำคัญประการหนึ่ง เพราะถ้าบุคคลใดจดทะเบียนคู่ชีวิตซ้อน การจดทะเบียนครั้งหลังจะตกเป็นโมฆะทันที

จากเงื่อนไขดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นเงื่อนไขที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งของการสร้างครอบครัว เพราะสถาบันครอบครัวเป็นหน่วยที่เล็กที่สุดของสังคม สมาชิกในครอบครัวควรมีความรักใคร่กัน และให้การดูแลซึ่งกันและกันอย่างเต็มความสามารถ หากกฎหมายไม่กำหนดเงื่อนไขประการนี้ไว้ ก็จะทำให้สถาบันครอบครัวเกิดความสั่นคลอนได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายที่จะมาป้องกันและคุ้มครองสถาบันครอบครัว ซึ่งหากสถาบันครอบครัวมีปัญหา อาจส่งผลกระทบต่อสมาชิกในครอบครัว ผู้ที่เป็นสมาชิกของสังคมด้วยเช่นกัน

4.3.2 ประเด็นรูปแบบการจดทะเบียนคู่ชีวิต

ประเด็นรูปแบบการจดทะเบียนเป็นหนึ่งในประเด็นที่สำคัญในมุมมองของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เพราะว่าหากกฎหมายที่จะรับรองสถานภาพสมรสของตน ได้สร้างความยุ่งยากเกินควรแก่ความจำเป็น อาจสะท้อนให้เห็นว่ารัฐมิได้ให้ความสำคัญกับพวกตนเท่าที่ควร เนื่องจากการที่รัฐได้มีแนวทางปฏิบัติที่แบ่งแยกอย่างชัดเจนจากการจดทะเบียนสมรสของบุคคลทั่วไป ก็คือการแสดงออกอย่างมีนัยว่ารัฐได้เลือกปฏิบัติกับพวกตนเอง แต่อย่างไรก็ดี ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ฉบับนี้มีได้วางแนวปฏิบัติที่แปลกแยกจากการจดทะเบียนสมรสแต่อย่างใด

ตามบทบัญญัติในมาตรา 6 แห่งร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้วางหลักไว้ว่า การจดทะเบียนคู่ชีวิตจะกระทำได้อต่อเมื่อบุคคลทั้งสองฝ่ายแสดงความยินยอมต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย ทั้งนี้ การจดทะเบียนให้เป็นไปตามแบบ หลักเกณฑ์ และวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งมีบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกับการจดทะเบียนสมรสของชายหญิง กล่าวคือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1458 ได้บัญญัติว่า การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากัน และต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย จากบทบัญญัติในกฎหมายทั้งสองฉบับข้างต้นจะพบว่ากฎหมายทั้งสองฉบับได้วางแนวทางการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะป็นคู่รักต่างเพศหรือคู่รักที่มีเพศเดียวกัน

ส่วนรูปแบบการจดทะเบียนรับรองความสัมพันธ์เช่นเดียวกันนี้ พบว่า ในแต่ละประเทศจะมีข้อแตกต่างกันในรายละเอียด เช่น กฎหมายของรัฐเวอร์มอนต์ คู่รักที่มีเพศเดียวกันจะต้องขอหนังสือรับรองจากเจ้าพนักงานเพื่อนำไปให้ผู้ที่มีอำนาจรับรองลงนามเสียก่อน แล้วจึงนำกลับไปให้เจ้าพนักงานจดบันทึกเอาไว้ หรืออย่างรัฐแคลิฟอร์เนีย ที่คู่รักจะต้องยื่นคำร้องทิ้งไว้ที่เจ้าพนักงาน แล้วพนักงานจึงจะดำเนินการส่งเรื่องต่อไปให้เลขาธิการแห่งรัฐดำเนินการจดทะเบียนให้ต่อไป ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายของทั้งสองรัฐในสหรัฐอเมริกาได้สร้างความซับซ้อนในทางปฏิบัติไว้ในระดับหนึ่งแล้ว แต่ในบางประเทศได้วางแนวทางการปฏิบัติที่ซับซ้อนขึ้นไปอีก เช่น กฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส คู่รักจะต้องยื่น “ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน” แก่เสมียนศาลชั้นต้นลงนาม แล้วจึงจะสามารถนำข้อตกลงดังกล่าวนี้ไปจดทะเบียนข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันต่อไปได้ และขั้นตอนสุดท้ายเพื่อให้การจดทะเบียนสมบูรณ์จะต้องดำเนินการประกาศให้สาธารณชนทราบด้วย

จากแนวทางปฏิบัติในรูปแบบการจดทะเบียนรับรองความสัมพันธ์ในต่างประเทศดังกล่าวข้างต้น พบว่า แนวทางปฏิบัตินั้นได้สร้างความยุ่งยากซับซ้อนให้แก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งต่างจากการจดทะเบียนสมรสของคู่รักต่างเพศ ที่เพียงแต่ไปประกาศร่วมกันหรือแสดงความยินยอมโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน เพื่อให้นายทะเบียนรับจดทะเบียนประกาศหรือความยินยอมนั้น ก็ถือว่าสมบูรณ์แล้ว ซึ่งหลักนี้ใช้ในการจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตในสหพันธรัฐเยอรมนี และคล้ายคลึงกับการจดทะเบียนสมรสและการจดทะเบียนคู่ชีวิตตามกฎหมายไทยด้วย

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่า แนวทางปฏิบัติในรูปแบบการจดทะเบียนรับรองความสัมพันธ์ของคู่รักที่มีเพศเดียวกันควรได้รับการปฏิบัติที่คล้ายคลึงกันกับคู่รักต่างเพศ ซึ่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ของไทยได้วางแนวทางปฏิบัติที่คล้ายกับการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ซึ่งเป็นการแสดงออกอย่างมีนัยว่า บริบทของสังคมไทย การเปิดใจยอมรับของประชาชนในสังคม และกระบวนการทางนิติบัญญัติและกฎหมายของไทย ได้ให้การยอมรับและยึดถือแนวทางปฏิบัติต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้อย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป โดยไม่แยกปฏิบัติโดยอาศัยความแตกต่างทางเพศ ทั้งยังเป็นการแสดงออกถึงความก้าวหน้าในกระบวนการคิดในทางนิติบัญญัติของไทยอีกประการหนึ่งด้วย

4.3.3 ประเด็นสิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิต

เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ในประเด็นสิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตค่อนข้างจะไม่มีปัญหาแต่ประการใด เนื่องจากในบทบัญญัติมาตรา 9 แห่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้วางหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตเอาไว้ โดยให้นำกฎหมายต่างๆ ที่ใช้บังคับกับคู่สมรสมาใช้กับคู่ชีวิต โดยอนุโลมทั้งหมด โดยไม่มีข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดสิทธิใดๆ ทั้งปวงเว้นแต่ การเรียกงานสถานภาพการสมรสที่แตกต่างจากคู่รักชายหญิงที่เรียกว่า “คู่สมรส” ในขณะที่คู่รักที่มีเพศเดียวกันเรียกว่า “คู่ชีวิต” แต่ฐานะทางกฎหมายเสมือนกันทุกประการ ด้วยเหตุนี้อาจกล่าวได้ว่า หากร่างพระราชบัญญัตินี้สามารถตราออกมาใช้บังคับได้ ก็จะเป็นกฎหมายที่คุ้มครองและรับรองสิทธิของคู่รักที่มีเพศเดียวกันและใช้ชีวิตอยู่ด้วยกันฉันท์สามีภรรยาอย่างเท่าเทียมกับคู่รักต่างเพศ และน่าจะถือได้ว่าเป็นกฎหมายฉบับแรกของไทยที่คุ้มครองและรับรองสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างสมบูรณ์

อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยได้พยายามรวบรวมสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ที่คู่สมรสพึงได้รับ และสิทธิและหน้าที่เหล่านั้นก็ได้โอนูโลมนำมาปรับใช้กับคู่ชีวิต ซึ่งผู้วิจัยสามารถรวบรวมได้พอสังเขป ดังนี้

- สิทธิในการจัดการทรัพย์สินของคู่สมรส
- สิทธิในการลดหย่อนภาษีของคู่สมรส
- สิทธิในการจัดการสินสมรส
- สิทธิในการเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู
- สิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม
- สิทธิในการเป็นผู้ปกครองในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ไร้ความสามารถ
- สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม
- สิทธิในการปกครองบุตรผู้เยาว์
- สิทธิในคำรักษาพยาบาล
- สิทธิในการตัดสินใจเรื่องการรักษาพยาบาล
- สิทธิในการรับรู้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาล
- สิทธิในการจัดการศพ
- สิทธิที่เกี่ยวกับเรื่องการดำเนินคดีอาญา
- สิทธิในการเป็นผู้เสียหายไปแจ้งความแทน
- สิทธิในการดำเนินคดีฐานหมิ่นประมาทคนตาย

- สิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในกรณีคู่สมรสถูกทำละเมิด
 - สิทธิในการได้สัญชาติและการเข้าเมือง
 - สิทธิในการขอวีซ่าเดินทาง
 - สิทธิในการเปลี่ยนนามสกุลตามคู่สมรส
 - สิทธิในการขึ้นศาลเยาวชนและครอบครัว
 - สิทธิในการทำสัญญาบางประเภท เช่น สัญญาประกันชีวิต สัญญาค้ำประกัน สัญญากู้เงิน ร่วมกัน เป็นต้น
 - สิทธิในสวัสดิการอื่นๆ เช่น ที่พักอาศัยหรือค่าเช่าบ้านของครอบครัวของลูกจ้าง เงินทุนเพื่อการศึกษา การลาติดตามคู่สมรส เป็นต้น
 - สิทธิต่างๆ ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น การดำเนินคดีแทนให้จบในกรณีที่ผู้เสียหายดำเนินคดีค้างไว้แล้วเสียชีวิตก่อนคดีจบ การได้รับแจ้งและเข้าร่วมการชันสูตรพลิกศพ หรือ การร้องขอให้ศาลทูลเกล้าฯ เพื่อสุขภาพของจำเลย เป็นต้น
- ฯลฯ

จากที่กล่าวมาข้างต้น อาจกล่าวได้ว่า หากร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. สามารถตราออกมามีผลใช้บังคับได้ ก็จะทำให้คู่ชีวิตที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัติฉบับนี้มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเอกชนเดียวกันคู่สมรสทุกประการ โดยกฎหมายไม่ได้มีข้อจำกัดสิทธิใดๆ ทั้งสิ้น คู่สมรสกับคู่ชีวิตจึงมีฐานะเสมอกันในสายตาของกฎหมาย

กล่าวโดยสรุปในการวิเคราะห์ปัญหาในมิติของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. พบว่า ร่างพระราชบัญญัตินี้ได้คำนึงถึงปัญหาในเรื่องต่างๆ ที่ใช้กับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอื่นๆ มาปรับใช้โดยอนุโลมกับคู่ชีวิต จึงทำให้คู่ชีวิตมีสถานภาพเสมือนคู่สมรสทุกประการ โดยร่างพระราชบัญญัตินี้ได้มีบทบัญญัติใดที่เป็นการจำกัดสิทธิประโยชน์ต่างๆ ของคู่ชีวิตเลยแม้แต่ประการเดียว เว้นแต่ คำเรียกขานในสถานภาพสมรสที่คู่รักต่างเพศใช้คำว่า “คู่สมรส” และคู่รักที่มีเพศเดียวกันใช้คำว่า “คู่ชีวิต” เท่านั้นที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ จากการศึกษาในประเด็นเงื่อนไขในการจดทะเบียนคู่ชีวิต ประเด็นรูปแบบการจดทะเบียนคู่ชีวิต และประเด็นสิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิต ตามร่างพระราชบัญญัตินี้ได้แสดงให้เห็นว่า พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ให้สิทธิและเสรีภาพของคู่รักที่มีเพศเดียวกันอย่างเท่าเทียมกันกับคู่รักต่างเพศ และสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองเอาไว้

4.4 การวิเคราะห์ปัญหาในมิติของกฎหมายภายในของประเทศไทย

นอกจากการพิจารณาบทบัญญัติต่างๆ ในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. แล้ว ยังมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณากฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับคู่สมรสด้วย เนื่องจาก บทบัญญัติหลายข้อในร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ได้อนุญาตให้ไปใช้กฎหมายฉบับอื่นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สมรส ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณากฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้องตามไปด้วย เนื่องจาก อาจจะเป็นปัญหาต่อการรับรองสถานภาพคู่สมรสไม่ทางใดทางหนึ่งก็ได้ เช่น อาจสร้างปัญหาในการตีความว่าครอบคลุมถึงคู่ชีวิตหรือไม่ หรือปัญหาการบังคับใช้ในทางปฏิบัติ เป็นต้น ซึ่งในที่นี้ผู้วิจัยจะวิเคราะห์ปัญหาในประเด็นต่างๆ ได้แก่ ประเด็นความล้าสมัยของกฎหมายไทย ประเด็นนิยามและคำจำกัดความในกฎหมายที่มีความสัมพันธ์กับคู่ชีวิต และประเด็นทางกฎหมายที่สำคัญอื่นๆ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.4.1 ประเด็นความล้าสมัยของกฎหมายไทย

กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ทุกฉบับในปัจจุบันนั้น ส่วนใหญ่เกิดจากปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในสังคมก่อนหน้านั้น หรืออย่างน้อยที่สุดก็เกิดขึ้นในช่วงที่กำลังดำเนินการร่างกฎหมายฉบับนั้นๆ ซึ่งบริบทของสังคมในแต่ละยุคสมัยย่อมมีความแตกต่างกันออกไป เนื่องจากสังคมมีพลวัตในการเปลี่ยนแปลงของตัวเอง แต่จะเปลี่ยนแปลงช้าหรือเร็วก็ขึ้นอยู่กับปัจจัยภายนอกสนับสนุนเข้ามาด้วย เช่น ในอดีตสมัยก่อนบังคับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว กฎหมายในสมัยนั้นของไทย ได้อนุญาตให้ผู้ชายสามารถมีภรรยาที่ถูกต้องตามกฎหมายได้มากกว่าหนึ่งคน แต่เมื่อกาลเวลาเปลี่ยนแปลงไปบริบทของสังคมก็ย่อมเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย โดยภายหลังประกาศใช้บรรพ 5 ซึ่งอยู่ในยุคประชาธิปไตยนั้น กฎหมายครอบครัวไทย ได้อนุญาตให้ผู้ชายสามารถมีภรรยาที่ถูกต้องตามกฎหมายได้ทีละคน โดยรัฐอาศัยการรับรู้ด้วยวิธีการจดทะเบียนสมรส แต่กฎหมายก็ยังให้สิทธิสามีมากกว่าภรรยาในบางประการ ที่เห็นได้ชัดเจน คือ การให้ภรรยาใช้นามสกุลของสามี และให้เปลี่ยนคำนำหน้านามจาก “นางสาว” เป็น “นาง” อย่างไรก็ตาม ในยุคที่สิทธิมนุษยชนเติบโตเต็มที่ในสังคมไทย ก็ได้เกิดการผลักดันให้มีการแก้กฎหมายในเรื่องดังกล่าว ในท้ายที่สุด รัฐก็ยอมแก้กฎหมายให้คู่สมรสมีสิทธิเลือกใช้นามสกุลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ได้ ทั้งยังให้ภรรยามีสิทธิเลือกที่จะใช้ “นาง” หรือ “นางสาว” เป็นคำนำหน้านามของตนก็ได้ จากตัวอย่างที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายครอบครัวของไทยเราได้มีวิวัฒนาการในเรื่องความเท่าเทียมกันในทางที่ดีขึ้นมาโดยตลอด

อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีอีกหลายปัญหาทางกฎหมายที่ยังไม่ได้รับการแก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมตามยุคสมัยเช่น กฎหมายที่รับรองสถานภาพของบุคคลที่แปลงเพศแล้ว ซึ่งในอดีตเคยมีคดีขึ้นสู่ศาลคดีหนึ่ง ซึ่งผู้ร้องมีเพศเป็นชายโดยกำเนิด ภายหลังได้ผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศเป็นหญิง ดำเนินกิจวัตรประจำวันและใช้ชีวิตเฉกเช่นผู้หญิงคนหนึ่ง ผู้ร้องจึงยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ศาลเปลี่ยนแปลงเพศในเอกสารราชการจากชายเป็นหญิง โดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ได้วินิจฉัยว่า “เพศของบุคคลธรรมดาตามกฎหมายรับรองและถือเอาตามกำเนิด หญิงตามพจนานุกรมคือคนที่ออกลูกได้ ผู้ร้องเป็นผู้ชายรับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศ แต่ก็ไม่สามารถมีลูกได้ ไม่มีกฎหมายให้ผู้ร้องขอเปลี่ยนแปลงเพศโดยใช้สิทธิทางศาล” ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวถูกใช้เป็นบรรทัดฐานมาตั้งแต่ พ.ศ. 2524 จนถึงปัจจุบัน ด้วยความเคารพต่อศาล ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง หากยังนำคำวินิจฉัยข้างต้นมาใช้เป็นบรรทัดฐานในบริบทของสังคมไทยปัจจุบัน เนื่องจาก คำวินิจฉัยดังกล่าวเกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2524 ซึ่งในขณะนั้น สังคมไทยยังมิได้เปิดกว้างในเรื่องความหลากหลายทางเพศ คำวินิจฉัยดังกล่าวจึงเหมาะสมกับสถานการณ์ในช่วงเวลานั้น แต่ทว่าในปัจจุบัน สังคมไทยได้เปิดกว้างและยอมรับในการมีอยู่ของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ตลอดจนกระแสสิทธิมนุษยชน ความเสมอภาค และการไม่เลือกปฏิบัตินั้น ได้เป็นปัจจัยกระตุ้นการเปลี่ยนแปลงมุมมองของประชาชนในสังคม จากเดิมที่มองอย่างมีอคติ ก็ได้เปลี่ยนทัศนคติไปในทางที่ดีขึ้นอย่างต่อเนื่อง

หากพิจารณาในเรื่องการสร้างครอบครัวของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน พบว่า ในปัจจุบันมีคู่รักที่มีเพศเดียวกันหรือคู่ชีวิตจำนวนมากที่ได้อยู่กินกันฉันท์สามีภรรยากันอย่างเปิดเผย แต่ทว่ากลับไม่มีกฎหมายฉบับใดเลยที่รับรองสถานภาพดังกล่าวของพวกเขาเหล่านั้น ทำให้ผลทางกฎหมายที่คู่สมรสได้รับ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิและหน้าที่ต่างๆ นั้น คู่ชีวิตเหล่านี้กลับไม่ได้รับเลย จึงก่อให้เกิดปัญหามานานประการตามมา เพราะว่า การที่ไม่มีกฎหมายรับรองสถานภาพดังกล่าวนี้ ในทางกฎหมายก็ถือว่าบุคคลทั้งสองคนนี้เป็น “ผู้อื่น” สำหรับกันและกัน มิใช่ “บุคคลในครอบครัวเดียวกัน” ทั้งนี้ แม้รัฐธรรมนูญของไทยจะให้การรับรองในความเท่าเทียมกันของทุกคน แต่การที่ไม่มีกฎหมายฉบับใดเลยของไทยที่ให้การรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ย่อมแสดงถึงความลำหลังของกฎหมายไทยได้อย่างชัดเจน เพราะกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ถือว่าเป็นกฎหมายแม่ยังให้การยอมรับว่าทุกคนมีความเสมอภาคและเท่าเทียมซึ่งกันและกัน

ฉะนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่า กฎหมายไทยควรมีการแก้ไขปรับปรุง หรือตราขึ้นมาใหม่ โดยเฉพาะ เพื่อให้การรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ซึ่งสอดคล้องกับบริบทของสังคมไทยในปัจจุบัน ที่ประชาชนในสังคมได้เปิดกว้างและมีทัศนคติที่ดีต่อความหลากหลายทางเพศ ซึ่งรัฐควรให้

การส่งเสริมให้มีกฎหมายบังคับกล่าว ตามหลักการที่ว่า การบัญญัติกฎหมายจะต้องบัญญัติให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมเพื่อให้กฎหมายสามารถแก้ไขปัญหาของสังคมได้

4.4.2 ประเด็นนิยามและคำจำกัดความในกฎหมายที่มีความสัมพันธ์กับคู่ชีวิต

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. จะพบว่า บทบัญญัติในมาตรา 9 ได้กำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้โดยอนุโลม อันได้ข้อสรุปที่ชัดเจนว่า “คู่ชีวิต” มีฐานะเสมือน “คู่สมรส” ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติในมาตรา 9 วรรคสอง ยังได้กล่าวซ้ำอีกว่า คู่ชีวิตมีสิทธิและหน้าที่เสมือนคู่สมรส ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายอื่นๆ โดยสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวถูกกล่าวซ้ำอีกว่าให้นำประมวลแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการนั้นที่ใช้กับคู่สมรสมาใช้โดยอนุโลมในหลายมาตรา เช่น เรื่องการจัดการทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต (มาตรา 10) เรื่องการร้องขอให้ศาลเพิกถอนความคู่ชีวิต (มาตรา 12 (2) และ (3)) เรื่องการสิ้นสุดการเป็นคู่ชีวิต (มาตรา 14) และเรื่องมรดก (มาตรา 15) เป็นต้น

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ให้การรับรองในสิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตเสมือนหนึ่งเป็นคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เลยทีเดียว จึงไม่ได้มีปัญหาเรื่องการตีความ หรือการให้ความหมายของคำว่า “คู่ชีวิต” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนอยู่แล้ว นั่นคือ “คู่ชีวิต” มีฐานะเสมือน “คู่สมรส” การใดที่กฎหมายได้กำหนดให้สิทธิและหน้าที่แก่คู่สมรส คู่ชีวิตก็ย่อมมีสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวเหมือนกัน

แต่ถ้าในกฎหมายอื่นๆ อาจจะกลายเป็นปัญหาในเรื่องการตีความ หรือการให้นิยามหรือคำจำกัดความของคำว่า “คู่ชีวิต” ก็ได้ แม้มาตรา 9 วรรคสอง แห่งร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้จะได้กล่าวรับรองสิทธิและหน้าที่อย่างกว้างๆ เอาไว้ก็ได้ แต่คำอื่นๆ ในกฎหมายต่างๆ นั้น อาจก่อให้เกิดปัญหาขึ้นมาในภายหลังก็ได้ เช่น คำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” “บุคคลในครอบครัว” และ “บิดา/มารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย” เป็นต้น

4.4.2.1 คำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

คำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ได้ปรากฏในในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ซึ่งคำดังกล่าวสามารถแยกได้เป็น 2 คำย่อย คือ คำว่า “ความสงบ

เรียบร้อยของประชาชน และคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” โดยทั้ง 2 คำ เป็นคำที่มีความหมายกว้างขวางมากและสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามนโยบายของรัฐ บริบททางสังคม เศรษฐกิจ รวมทั้งทัศนคติของประชาชนที่เปลี่ยนไปตามกาลเวลา จึงเป็นเรื่องยากที่จะให้คำจำกัดความ หรือกำหนดได้ว่ากรณีใดบ้างที่เป็นเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ ดร. จิต เศรษฐบุตร ได้ให้คำอธิบาย “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ไว้ว่า “เป็นข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชนเป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้ เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้ และจะได้คุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง”²⁵⁷ ความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติหรือประชาชนโดยส่วนรวมมิใช่ของบุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลใด โดยเฉพาะ

ส่วนคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” หมายถึง “ธรรมเนียมประเพณีที่ดีงามของสังคมที่ประชาชนถือปฏิบัติเพื่อให้เกิดความสงบสุขของสังคม” ศีลธรรมอันดีของประชาชนมักจะมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงทำให้การกระทำใดที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย ด้วยเหตุนี้เอง การใดที่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงไม่อาจเกิดผลตามกฎหมายและไม่อาจบังคับการให้เป็นไปตามนั้นได้ จุดประสงค์ของหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน คือ ความเรียบร้อยทางการเมืองการปกครองเพื่อคุ้มครองสถาบันต่างๆ ในสังคม อันได้แก่ รัฐ ครอบครัว และพลเมือง รวมทั้งความเรียบร้อยทางเศรษฐกิจเพื่อรักษาประโยชน์ของสังคมและเอกชน หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมีปรากฏอยู่ในกฎหมายต่างๆ ทั้งกฎหมายเอกชน เช่น กฎหมายแพ่ง กฎหมายพาณิชย์ เป็นต้น และกฎหมายมหาชน เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง กฎหมายอาญา กฎหมายภาษีอากร กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจหรือสังคม ตลอดจนการกระทำทางปกครอง เป็นต้น โดยที่หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมีความหมายกว้างและเปลี่ยนแปลงได้ จึงไม่อาจกำหนดไว้ให้ชัดเจนในกฎหมายได้ ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีๆ ไปเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่ความ

²⁵⁷ พิชัยศักดิ์ หราชกฤษ. และฉันทน์ อัสวเลิศศักดิ์. “หน่วยที่ 2 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.stou.ac.th/schools/slwl/upload/ex.40701-2.pdf>, 15 สิงหาคม 2557.

อย่างไรก็ดี จากคำพิพากษาศาลฎีกาอาจจำแนกเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนได้ 2 ประการ คือ ประการแรก การขัดขวางมิให้เป็นไปตามครรลองของกระบวนการยุติธรรม เช่น ข้อตกลงห้ามนำคดีมาสู่ศาลไม่ว่าคดีแพ่งหรือคดีอาญา สัญญาเลิกคดีอาญาแผ่นดินโดยไม่ให้ฟ้องไม่ให้แจ้งความ หรือถอนฟ้อง หรือช่วยให้ผู้กระทำความผิดไม่มีความผิด และประการที่สอง การยุบส่งเสริมให้เป็นความกัน หรือการซื้อขายความเช่นการแสวงหาประโยชน์จากการที่บุคคลอื่นเป็นความกัน โดยการออกทุนรอนยุบส่งเสริมให้เขาเป็นความหรือรับซื้อความจากเขา โดยตนมิได้มีส่วนได้เสียตามกฎหมาย

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า คำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ไม่ได้มีบรรทัดฐานที่แน่นอนตายตัว หากแต่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามนโยบายของรัฐ บริบททางสังคม ทักษะคดีของประชาชน และการใช้อำนาจตีความของศาล หากผู้วิจัยลองเปรียบเทียบสถานการณ์การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในต่างประเทศ พบว่า ในอดีตทุกประเทศมิได้ให้การยอมรับในสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ทั้งสังคมยังมองกลุ่มบุคคลเหล่านี้ว่าเป็นคนแปลก วิปริต ผิดเพศ หรือเป็น โรคจิตผิดมนุษย์ทั่วไปกันเลยทีเดียว ซึ่งบรรทัดฐานของสังคมในยุคสมัยนั้น มองว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากขัดต่อหลักคำสอนของศาสนา แต่ทว่าเมื่อบริบทของสังคมเปลี่ยนแปลงไป การเคารพในหลักสิทธิมนุษยชน ความเสมอภาค และการไม่เลือกปฏิบัติได้แพร่หลายมากขึ้น บางประเทศจึงได้ให้การยอมรับในสถานภาพดังกล่าว ซึ่งมีทั้งการยอมรับโดยสมบูรณ์ หรือให้การยอมรับแบบเสมือนคู่สมรส เนื่องจากสังคมมองว่าหลักคำสอนของศาสนาบางประการขัดแย้งต่อหลักกฎหมายธรรมชาติอันเป็นพื้นฐานของหลักสิทธิมนุษยชนในปัจจุบัน ทำให้ทัศนคติของสังคมได้เปลี่ยนแปลงจากเดิมที่มองว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็ได้ให้การยอมรับว่าการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นเรื่องที่ถูกที่ควร ตามหลักความเสมอภาคของบุคคล

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่า คำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ในบริบทกฎหมายของไทย ควรตีความใหม่ในทางที่ให้เกียรติแก่บุคคลทุกคนในสังคม โดยยึดหลักสิทธิมนุษยชนอันเป็นหลักสากล ซึ่งในท้ายที่สุด สถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันก็จะได้รับการยอมรับในกฎหมายของไทยเช่นเดียวกันกับกรณีที่เกิดขึ้นในประเทศ

4.4.2.2 คำว่า “บุคคลในครอบครัว”

คำว่า “บุคคลในครอบครัว” เป็นคำที่สำคัญคำหนึ่งของการสร้างครอบครัว ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 อันเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขปัญหาการใช้ความรุนแรงในครอบครัว อันมีความละเอียดอ่อนซับซ้อนเกี่ยวพันกับบุคคลใกล้ชิด มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากการทำร้ายร่างกายระหว่างบุคคลโดยทั่วไป หากนำมาตราทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับกับการกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว จึงเป็นการไม่เหมาะสม เนื่องจากกฎหมายอาญามีเจตนารมณ์ที่จะลงโทษผู้กระทำผิดมากกว่าที่จะแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดหรือปกป้องคุ้มครองผู้ที่ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว อย่างไรก็ตาม “บุคคลในครอบครัว” หมายความว่า “คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันท์สามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัวรวมทั้งบุคคลใดๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน”

เมื่อพิจารณาจากความหมายของคำดังกล่าว พบว่า คำจำกัดความมีความหมายครอบคลุมบุคคลในครอบครัวเอาไว้อย่างกว้างขวาง ได้แก่ คู่สมรส อดีตคู่สมรส ผู้ที่กินอยู่ร่วมกันฉันท์สามีภรรยา อดีตผู้ที่กินอยู่ร่วมกันฉันท์สามีภรรยา บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัว และบุคคลอื่นใดที่อาศัยอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน ฉะนั้น “บุคคลในครอบครัว” จึงมิได้จำกัดไว้เพียงบิดามารดาและบุตรเท่านั้น กฎหมายยังขยายความไปถึงบุคคลอื่นใดที่อาศัยอยู่ในครัวเรือนเดียวกันด้วย โดยกฎหมายมิได้ระบุถึงสถานะทางเพศของบุคคลในครอบครัวเลย และระดับความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัวว่าลึกซึ้งเพียงใดไว้เลย

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า หากนำบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติฉบับนี้มาปรับใช้กับกรณีของคู่ชีวิต ก็สามารถทำได้โดยปราศจากปัญหาใดๆ เพราะ คู่ชีวิตที่อยู่กินร่วมกันฉันท์สามีภรรยาที่อยู่ในขอบข่ายของ “บุคคลในครอบครัว” และสามารถได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 นี้แล้ว

4.4.2.3 คำว่า “บิดา/มารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย”

คำว่า “บิดา/มารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย” คำดังกล่าวจะไม่มีประเด็นปัญหาเลยหากเกิดขึ้นกับชายจริงหญิงแท้ แต่เมื่อนำมาใช้กับคู่ชีวิตจะกลายเป็นประเด็นปัญหาที่สำคัญทันที กล่าวคือ ด้วยเหตุผลทางสรีรวิทยา บุคคลที่มีเพศเดียวกันย่อมไม่สามารถตั้งครรรภ์ด้วยตนเองได้อย่างแน่นอน จะต้องอาศัยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เข้ามาช่วย เช่น การผสมเทียมในกรณีของคู่ชีวิตที่เป็นหญิง

รักหญิง หรือการอุ้มบุญในกรณีของคู่ชีวิตที่เป็นชายรักชาย แต่ปัญหาที่ตามมา คือ คู่ชีวิตอีกฝ่ายที่ไม่ได้เป็นเจ้าของอสุจิหรือไข่แล้วแต่กรณี คู่ชีวิตคนนั้นจะมีฐานะเป็นบิดา/มารดาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า เป็นปัญหาสำคัญที่รัฐต้องหามาตรการทางกฎหมายมาจัดการกับปัญหาดังกล่าว

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ พบว่า คู่จดทะเบียนความสัมพันธ์ของทุกประเทศมีฐานะเสมือนหรือเกือบเท่าเทียมกับคู่สมรส ได้รับสิทธิและหน้าที่ต่างๆ เช่นเดียวกับคู่และกำหนดให้นำกฎหมายต่างๆ ที่ใช้กับคู่สมรสมาปรับใช้โดยอนุโลมด้วยเช่นกัน ดังนั้น ปัญหาจากนิยามและคำจำกัดความของคำว่า “บิดา/มารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย” ที่ผู้วิจัยเห็นว่า เป็นปัญหาในทางปฏิบัติตามกฎหมายไทยก็น่าจะเป็นปัญหาในทางปฏิบัติตามกฎหมายต่างประเทศของประเทศนั้นๆ ด้วยเช่นกัน แต่ทว่า กลับไม่มีบทบัญญัติในลักษณะป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นในกฎหมายของต่างประเทศเลยแม้แต่ฉบับเดียว เว้นแต่ กฎหมาย Civil Solidarity Pact แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ได้กำหนดห้ามมิให้คู่รักตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อมีบุตร ทั้งนี้ ผู้วิจัยเข้าใจว่า กฎหมายฉบับดังกล่าวต้องการป้องกันปัญหาในลักษณะดังกล่าว และยังป้องกันปัญหาทางศีลธรรมที่จะเกิดขึ้นกับบุตรของคู่รักตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันอีกประการหนึ่งด้วย แต่อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การห้ามมิให้คู่จดทะเบียนความสัมพันธ์อาศัยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อมีบุตร เป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อกลุ่มคนเหล่านี้ เพราะว่าเมื่อพวกเขาประสงค์ที่จะสร้างครอบครัวร่วมกันแล้ว พวกเขาก็น่าจะคาดหวังที่จะมีบุตรเหมือนคู่สมรสต่างประเทศเช่นกัน

ดังนั้น รัฐควรจะหามาตรการทางกฎหมายมาใช้ป้องกันปัญหาในเรื่องดังกล่าวที่อาจเกิดขึ้น ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า รัฐควรเพิ่มเติมบทบัญญัติในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ขึ้นมาเพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาจากการตีความของคำดังกล่าวขึ้นในอนาคต

4.4.3 ประเด็นทางกฎหมายที่สำคัญอื่นๆ

นอกจากประเด็นปัญหาต่างๆ ที่ได้กล่าวไปข้างต้นแล้ว ยังมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญอันสืบเนื่องมาจากการเป็นคู่ชีวิตกัน นั่นคือ การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และการรับบุตรบุญธรรม ซึ่งทั้งสองปัญหาดังกล่าวมีความเกี่ยวพันกับสร้างครอบครัวโดยตรง เพราะเป็นปัญหาในเรื่องที่เกี่ยวกับบุตร ทั้งบุตรสืบสายโลหิตและบุตรบุญธรรม โดยผู้วิจัยได้วิเคราะห์ไว้พอสังเขปดังนี้

4.4.3.1 การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือที่นิยมเรียกว่า “การผสมเทียม” นั้น เป็นการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์เข้ามาช่วย เพื่อแก้ปัญหาผู้ที่ประสบปัญหาภาวะมีบุตรยาก ซึ่งการผสมเทียมที่เกิดจากคู่สมรสชายหญิงยอมไม่เป็นปัญหาในทางกฎหมาย เนื่องจาก ฝ่ายชายผู้เป็นเจ้าของอสุจิ และฝ่ายหญิงผู้เป็นเจ้าของไข่ ย่อมมีฐานะเป็นบิดาและมารดาตามสายโลหิตของบุตรอย่างแน่นอน เพราะสามารถพิสูจน์ได้ด้วยการตรวจสอบรหัสทางพันธุกรรม (การตรวจ DNA) แม้ภรรยาจะมีไข่ผู้ตั้งครรภ์เองก็ตาม กล่าวคือ ฝ่ายหญิงผู้เป็นเจ้าของไข่ อาจมีปัญหาสุขภาพบางประการทำให้ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ จึงได้ให้บุคคลอื่นตั้งครรภ์แทนตน (การอุ้มบุญ) บุตรที่เกิดมาก็ยังคงมีรหัสทางพันธุกรรม (DNA) ตรงกับบิดาและมารดาผู้เป็นเจ้าของอสุจิและไข่เหมือนการตั้งครรภ์เอง

แต่หากนำเทคโนโลยีดังกล่าวมาใช้กับคู่ชีวิตอาจประสบปัญหาทางกฎหมายได้ ดังที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 4.4.2.3 กล่าวคือ หากคู่ชีวิตที่เป็นหญิงรักหญิงประสงค์ที่จะมีบุตรเป็นของตนเอง จึงได้อาศัยวิธีการผสมเทียมโดยขอรับบริจาคอสุจิจากธนาคารอสุจิ และนำมาปฏิสนธิกับไข่ของคู่ชีวิตคนใดคนหนึ่ง คำถามที่ตามมาคือ “คู่ชีวิตคู่นี้ ใครเป็นบิดาและมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตร” หากพิจารณาตามบทบัญญัติในมาตรา 1556 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่ จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” ดังนั้น ในกรณีนี้ คู่ชีวิตฝ่ายที่ตั้งครรภ์จะได้รับการสนับสนุนโดยกฎหมายว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรทันที แต่ปัญหาอยู่ที่คู่ชีวิตอีกฝ่ายจะสามารถเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรได้หรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาโดยอาศัยหลักการแพทย์ก็จะมีไข่บิดาของบุตรตามสายโลหิต แต่ถ้าพิจารณาโดยความคิดของวิญญูชนประกอบกับข้อยกเว้นตามมาตรา 1556 นั้น ผู้วิจัยเห็นว่าน่าจะให้คู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็น “บิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย” ได้ โดยอาศัยข้อยกเว้นที่ว่า “เว้นแต่ จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. จะต้องเพิ่มเติมให้มีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าว เพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นเอาไว้ด้วย

ในทางกลับกัน หากคู่ชีวิตที่เป็นชายรักชายประสงค์ที่จะมีบุตร แต่ด้วยสรีระของผู้ชายยอมไม่สามารถตั้งครรภ์ได้อย่างแน่แท้ คู่ชีวิตคู่นี้จึงได้ขอรับบริจาคไข่จากนางสาวเอ แต่นางสาวเอไม่ประสงค์ตั้งครรภ์แทน จึงนำอสุจิคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและไข่ที่ได้รับการบริจาคมาปฏิสนธิด้วยวิธีการผสม

เทียม แล้วนำไปฝากให้นางสาวปีติงกรร์แทน (อัมบุญ)²⁵⁸ คำถามที่ตามมาคือ “คู่ชีวิตคู่นี้ ใครเป็นบิดา และมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตร” ซึ่งในกรณีของเพศชายมิได้มีบทบัญญัติประการใดที่สนับสนุนถึงฐานะการเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตร ทั้งนี้ หากตีความโดยเคร่งครัดนางสาวปีติงกรร์มีฐานะเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตร ซึ่งขัดกับวัตถุประสงค์ของคู่ชีวิตคู่นี้ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาโดยอาศัยหลักการแพทย์ คู่ชีวิตฝ่ายที่เป็นเจ้าของอสุจิ จะเป็นบิดาตามสายโลหิตของบุตรอย่างแน่แท้ และ “อาจ” มีฐานะการเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายด้วยก็ได้ แต่กรณีมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตร ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นปัญหาสำคัญ แต่อาจแก้ไขได้ด้วยมาตรการทางกฎหมาย ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าควรเพิ่มเติมบทบัญญัติในร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว เช่น ให้คู่ชีวิตแจ้งต่อนายทะเบียนถึงอัตลักษณ์ทางเพศของตน ในขณะที่จดทะเบียนคู่ชีวิต เพื่อเป็นการบ่งชี้ถึงเพศของคู่ชีวิตไว้อย่างชัดเจน และกฎหมายที่อนุโลมนำมาใช้กับคู่ชีวิตทั้งหมด ก็ยังสามารถสนับสนุนถึงสถานภาพทางเพศของคู่ชีวิตว่าฝ่ายใดเป็นสามี และฝ่ายใดภรรยาได้อีกด้วย

อย่างไรก็ดี ในกรณีของคู่ชีวิตหากพิจารณาตีความคำว่า “คู่ชีวิต” ว่ามีขอบเขตและฐานะเช่น “คู่สมรส” หรือ “คู่สามีภรรยา” โดยพิจารณาประกอบกับร่างบทบัญญัติในมาตรา 23 แห่งร่างพระราชบัญญัติการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ที่วางหลักไว้ว่า เด็กที่เกิดโดยการผสมเทียม หรือโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งใช้เซลล์สืบพันธุ์จากผู้บริจาคเพื่อการปฏิสนธิ ให้หญิงผู้ตั้งครรภ์เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น ให้สามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงตั้งครรภ์เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ซึ่งกรณีนี้สามารถใช้ได้ในกรณีของคู่ชีวิตที่เป็นหญิงรักหญิงเท่านั้น ส่วนในกรณีของคู่รักที่เป็นชายรักชายต้องปรับใช้ตามร่างบทบัญญัติในมาตรา 24 วรรคแรก แห่งร่างพระราชบัญญัติการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ที่วางหลักไว้ว่า ในกรณีที่เด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะใช้เซลล์สืบพันธุ์ของสามีภรรยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนหรือของบุคคลอื่นก็ตาม ให้สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่ต้องให้เด็กได้รับน้ำนมจากหญิงผู้ตั้งครรภ์แทนเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 3 เดือน ซึ่งสอดคล้องกับร่างบทบัญญัติมาตรา 27 วรรคแรก แห่งร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ที่วางหลักไว้ว่า เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามี

²⁵⁸ ภายใต้งื่อนไขที่ว่า ร่างพระราชบัญญัติการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. และ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. มีผลบังคับใช้ และตีความคำจำกัดความของคำว่า “สามีภรรยา” และ “คู่สมรส” ให้หมายความถึง “คู่ชีวิต” ด้วย

ซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรรภ์ หรือให้หญิงอื่นตั้งครรรภ์แทน ให้เด็กนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายและประสงค์จะมีบุตร

ดังนั้น ปัญหาอันเกิดจากการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้วิจัยเห็นว่าสามารถแก้ไขได้ด้วยมาตรการทางกฎหมายเช่น การเพิ่มเติมบทบัญญัติในลักษณะที่เป็นการสันนิษฐานถึงฐานะหรือการบ่งชี้ทางเพศของคู่ชีวิตเอาไว้ในขณะที่จดทะเบียนคู่ชีวิต หรือให้ตีความฐานะ “คู่ชีวิต” ว่ามีฐานะเท่าเทียม “คู่สมรส” และ “คู่สามีภรรยา” ทั้งนี้ ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยกับการเพิ่มเติมบทบัญญัติในลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิห้ามมิให้คู่ชีวิตมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพราะว่าเป็นบทบัญญัติที่ละเมิดสิทธิและเลือกปฏิบัติต่อคู่ชีวิตอย่างมาก

4.4.3.2 การรับบุตรบุญธรรม

จากลักษณะสรีระทางเพศและหลักการแพทย์ คู่ชีวิตที่มีเพศเดียวกันจะไม่สามารถตั้งครรรภ์ได้ด้วยตัวเอง เพราะว่ามีคู่ชีวิตที่เป็นหญิงรักหญิงก็ไม่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่มีอสุจิ หรือกรณีของคู่ชีวิตที่เป็นชายรักชายก็ไม่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่มีมดลูกเพื่อตั้งครรรภ์ได้ ฉะนั้น ทางออกที่สำคัญของคู่ชีวิตที่ประสงค์จะมีบุตร นั่นคือ “การรับบุตรบุญธรรม” ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมของไทย มิได้มีบทบัญญัติใดที่ห้ามกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมของตน ฉะนั้น จึงไม่มีประเด็นปัญหาการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิต

ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติในข้อ 1 แห่ง กฎกระทรวงว่าด้วยการสอบคุณสมบัติและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพความเป็นอยู่ และความเหมาะสมของผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม บุคคลผู้มีอำนาจให้ความยินยอมในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม และเด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2554 ได้วางหลักไว้ว่า ให้พนักงานเจ้าหน้าที่สอบคุณสมบัติและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพความเป็นอยู่และความเหมาะสมของผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมว่ามีความเหมาะสมในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหรือไม่ โดยตรวจสอบรวมทั้งสิ้น 7 ประการ ได้แก่ ประการแรก ประวัติและข้อมูลเกี่ยวกับพื้นฐานครอบครัว ประการที่สอง สภาพที่อยู่อาศัยและสิ่งแวดล้อม ประการที่สาม การประกอบอาชีพและสถานภาพทางเศรษฐกิจของครอบครัว ประการที่สี่ สภาพจิตตามกระบวนการทดสอบทางจิตวิทยา ประการที่ห้า ประวัติทางอาชญากรรม ประการที่หก ทักษะสติและความเหมาะสมในการอุปการะเลี้ยงดูและการให้การศึกษาแก่เด็ก และประการสุดท้าย เหตุผลในการขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งจากการตรวจสอบคุณสมบัติทั้ง 7 ประการ ไม่ได้มีการตรวจสอบในการจำกัดสิทธิกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ให้รับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมแต่อย่างใด นั่นหมายความว่า หากบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

หรือคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงผู้เดียว ประสงค์ที่จะรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมย่อมกระทำได้เสมอ แต่ ถ้าคู่ชีวิตประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน ผู้วิจัยเห็นว่า น่าจะสามารถทำได้โดยการอนุโลมนำสิทธิ อันเกิดจากการสมรสของกลุ่มสมรสมาปรับใช้ได้นั่นเอง

นอกจากนี้ ตามบทบัญญัติในข้อ 4 ระเบียบคณะกรรมการการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการเตรียมความพร้อมในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2554 ได้วางหลักไว้ว่า ให้มีการดำเนินการเตรียมความพร้อมแก่ผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมที่ได้รับการ อนุมัติคุณสมบัติรวมทั้งสิ้น 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก ให้ความรู้ด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการ กู้มครองเด็ก และการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ตามพระราชบัญญัติกู้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อนุสัญญาว่า ด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) อนุสัญญาว่าด้วยการกู้มครองเด็กและความร่วมมือ ในการรับรองบุตรบุญธรรมระหว่างประเทศ (Convention on Protection of Children and Co - Operation in Respect of Intercountry Adoption) และกฎหมายอื่น ประการที่สอง ให้ความรู้ในการเลี้ยงดูเด็ก และ วิธีการกระตุ้นพัฒนาการเด็กตามหลักสูตรที่กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการกำหนด และประการสุดท้าย ให้ข้อมูลที่จำเป็นเกี่ยวกับประวัติเด็กที่จะมอบให้เป็นบุตรบุญธรรม ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงสิทธิส่วนบุคคล ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายอนุญาต ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับความรู้ เกี่ยวกับการเลี้ยงดูเด็ก กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกู้มครองเด็ก เพื่อที่จะได้ให้การอบรมเลี้ยงดูเด็กอย่างมี คุณภาพและมีพัฒนาอย่างเหมาะสมต่อไป

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศ พบว่า มีเพียงกฎหมายของสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนีเท่านั้นที่ห้ามกลุ่มบุคคลที่มีหลากหลายทางเพศรับบุตรบุญธรรมในทุกกรณี โดยอ้าง เหตุผลว่าอาจเกิดปัญหาครอบครัวตามมาในภายหลังได้ นอกจากนี้กฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสยังได้ ห้ามมิให้คู่รักตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันรับบุตรบุญธรรมร่วมกันไว้ด้วย แต่หากแยกกันรับบุตรบุญ ธรรม กฎหมายมิได้ห้ามไว้แต่ประการใด ทั้งนี้เนื่องจาก กฎหมาย Civil Solidarity Pact เป็นกฎหมายที่ ยอมรับในความสัมพันธ์ของคู่รักที่อยู่ด้วยกัน โดยไม่จำกัดเพศ เพื่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่เสมือนคู่ สมรสเกือบครบทุกประการ ซึ่งหนึ่งข้อจำกัดสิทธินั้น คือ การห้ามรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน แต่ใน ภายหลังรัฐบาลฝรั่งเศสได้ตราบัญญัติการรับบุตรบุญธรรมและความเท่าเทียมกันในการสมรส ค.ศ. 2012 ทำให้คู่รักตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันมีสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมแยกเช่นคู่สมรส ส่วน กฎหมายประเทศอื่นๆ ที่ผู้วิจัยศึกษามา ไม่ได้มีบทบัญญัติห้ามคู่จดทะเบียนความสัมพันธ์รับบุตรบุญ ธรรมแต่ประการใด

ฉะนั้น การรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิต ผู้วิจัยเห็นว่าสามารถทำได้ โดยอาศัยกฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมของไทย ประกอบกับมาตรา 9 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ทั้งนี้ เพื่อสวัสดิภาพของเด็ก ผู้วิจัยเห็นควรให้คู่ชีวิตที่รับบุตรบุญธรรมต้องนำบุตรบุญธรรมมาเข้ารับการอบรมในเรื่องเพศ อุตลักษณ์ทางเพศ เพศวิถี และเพศสภาพ เพื่อจะได้ให้เด็กมีภูมิคุ้มกัน และเข้าใจถึงความแตกต่างและความหลากหลายทางเพศจากบิดามารดาบุญธรรมของตน เพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดตามมากับเด็กต่อไป ซึ่งสอดคล้องกับข้อ 21 และ ข้อ 27.1 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) ที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกแห่งพันธสัญญาที่วางหลักไว้ว่า รัฐภาคียอมรับ และ/หรือ ยอมรับให้มีระบบการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมจะประกันว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญที่สุด และรัฐภาคียอมรับว่าสิทธิของเด็กทุกคน ในอันที่จะได้รับมาตรฐานของการดำรงชีวิตที่เพียงพอสำหรับการพัฒนาด้านร่างกาย สมอง จิตใจ ศิลธรรม และสังคมของเด็ก และยังสอดคล้องกับบทบัญญัติในมาตรา 22 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ที่วางหลักไว้ว่าการปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใด ให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม

กล่าวโดยสรุปในการวิเคราะห์ปัญหาในมิติของกฎหมายภายในของประเทศไทย พบว่าปัญหาภายในของประเทศไทยที่มีความสัมพันธ์กับคู่ชีวิต หรือต้องนำมาปรับใช้กับคู่ชีวิต ตลอดจนความล้าสมัยของกฎหมายไทย ได้เป็นอุปสรรคสำคัญในการผลักดันร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. เพราะในหลายประเด็นดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น สามารถเชื่อมโยงไปยังเรื่องศีลธรรมอันดีของประชาชน และความรู้สึกร่วมกันของสังคมและประชาชนได้โดยตรง ฉะนั้น การจะผลักดันร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวให้เป็นที่ยอมรับอาจจะต้องพึ่งมาตรการทางกฎหมาย โดยการเพิ่มเติมหรือแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติในกฎหมายต่างๆ ให้ครอบคลุมถึงกรณีคู่ชีวิต ควบคู่ไปกับการดำเนินมาตรการต่างๆ เพื่อปรับทัศนคติของประชาชน ให้เปิดใจยอมรับในสิทธิและเสรีภาพของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศต่อไป

จากการศึกษาและการวิเคราะห์ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศไทย พบว่า ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ฉบับที่ผู้วิจัยทำการศึกษานี้ มิได้มีบทบัญญัติมาตราใดที่เข้าข่ายเป็นการเลือกปฏิบัติต่อกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ทั้งยังให้เกียรติและให้การปฏิบัติต่อคู่ชีวิตอย่างเท่าเทียมกับคู่สมรส ดังจะเห็นได้จากการบัญญัติให้นำกฎหมายที่ใช้กับคู่สมรสมาปรับใช้กับคู่ชีวิต โดยอนุ โลม จึงอาจกล่าวได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นกฎหมายที่เคารพในหลักสิทธิมนุษยชน หลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติอย่างสมบูรณ์แบบฉบับหนึ่งของประเทศไทย อย่างไรก็ดี ปัญหาที่สำคัญที่เกิดจากการนำ

บทบัญญัติที่ใช้กับคู่สมรสมาปรับใช้กับคู่ชีวิต โดยอนุโลม คือ ปัญหาความลำสมัยในค้ำบทกฎหมาย หรือการใช้กฎหมาย ปัญหา นิยามและคำจำกัดความของคำบางคำ และปัญหาในรายละเอียดปลีกย่อย อื่นๆ ส่วนแต่เป็นปัญหาที่ภาครัฐต้องคอยแก้ปัญหา ซึ่งมีทั้งส่วนที่เกิดจาก “ค้ำบทกฎหมาย” ในส่วนนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าสามารถแก้ไขได้ด้วยกระบวนการและมาตรการทางกฎหมาย และอีกส่วนที่สำคัญ คือ “คน” ไม่ว่าจะเป็นผู้ใช้กฎหมาย หรือประชาชนในสังคมทั่วไป หากยังมีอคติต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแล้ว แม้ค้ำบทกฎหมายจะบัญญัติไว้ชัดเจนเพียงใด ก็คงตีความพระราชบัญญัติฉบับนี้ว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอยู่ดี ด้วยการยกประเด็นในมิติสังคมและวัฒนธรรมอันเป็นประเด็นที่มีความเปราะบางขึ้นมากแล้วอ้าง แม้กระแสดการเรียกร้องสิทธิในความเท่าเทียมกันในปัจจุบันจะเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่ช่วยปรับทัศนคติด้านลบให้เบาบางลงก็ตาม แต่อาจจะยังไม่เพียงพอที่จะได้รับแรงสนับสนุนจากประชาชนในสังคมไทยให้ช่วยกันผลักดันร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ เพราะยังมีประชาชนบางส่วนที่ต่อต้านการตราพระราชบัญญัติฉบับนี้อยู่ ดังนั้น การจะผลักดันในพระราชบัญญัติฉบับนี้บรรลุเป็นผลสำเร็จได้โดยง่าย ทุกภาคส่วนในสังคมจะต้องช่วยกันปรับทัศนคติของประชาชนในภาพรวมที่มีต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้อยู่ในด้านบวกเสียก่อน แล้วกฎหมายฉบับดังกล่าวก็จะได้รับการยอมรับจากสังคมไทยอย่างกว้างขวางไปโดยปริยาย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษา “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน” โดยการศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในต่างประเทศ กฎหมายการสมรสของไทยในปัจจุบัน และร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ในประเด็นทางกฎหมายต่างๆ นอกจากนี้ ผู้วิจัยยังได้วิเคราะห์ปัญหาในมิติสังคมและวัฒนธรรม และปัญหาอื่นๆ เพิ่มเติมเข้ามาด้วย โดยสามารถสรุปและมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

5.1 บทสรุป

“ครอบครัว” ถือเป็นสถาบันทางสังคมที่เล็กที่สุด โดยครอบครัวเกิดขึ้นจากการที่บุคคลสองคนได้ทำการสมรสกัน ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1448 ได้กำหนดให้ผู้ชายและผู้หญิงเท่านั้นที่สามารถทำการสมรสกันได้ โดยผลจากการสมรสที่กฎหมายรับรองนี้ จะทำให้คู่สมรสเกิดสิทธิและหน้าที่ต่างๆ หลายประการตามมา แต่ในความเป็นจริงนั้น บุคคลในสังคมมิได้มีเพียงชายจริงหญิงแท้เท่านั้น แต่ยังมีกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอยู่ด้วย ซึ่งกลุ่มบุคคลเหล่านี้จะไม่สามารถได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ จากการสร้างครอบครัวได้ เนื่องจากในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะได้มีบทบัญญัติที่รับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคกันของบุคคล อันแสดงให้เห็นว่ากฎหมายไทยมีความประสงค์ที่จะให้ประชาชนทุกคนมีความเสมอภาคเบื้องต้นากกฎหมายแล้วก็ตาม จึงเกิดความพยายามผลักดันให้มีกฎหมายดังกล่าวจากหลายภาคส่วน จนในที่สุดกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ร่วมกับคณะกรรมการกฎหมาย ความยุติธรรม และสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และองค์กรภาคีอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องก็สามารถร่วมกันยกร่างกฎหมายขึ้นมาได้ฉบับหนึ่งเป็นผลสำเร็จ นั่นคือ “ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.” และในขณะนี้กำลังพยายามผลักดันให้ตราเป็นกฎหมายใช้บังคับต่อไป โดยร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ให้สิทธิประโยชน์ต่างๆ ตลอดจนฐานะของคู่ชีวิตเสมือนเป็นคู่สมรส โดยมีได้มีข้อจำกัดสิทธิใดๆ หากพิจารณาในมุมมองสิทธิมนุษยชน ถือได้ว่าร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้

ได้คุ้มครองและรับรองสิทธิของคู่ชีวิตไว้อย่างมาก โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ทั้งปวง อันสอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ และกฎหมายระหว่างประเทศที่รับรองสิทธิในความเสมอภาคของบุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกันด้วย

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law พบว่า ประเทศเหล่านี้มีแนวคิดทางวัฒนธรรมที่ขัดแย้งกับหลักศาสนา โดยเฉพาะศาสนาคริสต์ ซึ่งหลักศาสนาเอนี้เองที่เป็นตัวกีดกันกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศออกจากสังคม เพราะศาสนามองว่าบุคคลเหล่านี้เป็นคนบาป ภายหลังจากเกิดการเรียกร้องสิทธิในความเสมอภาคของบุคคลจากบุคคลกลุ่มนี้โดยอาศัยแนวคิดตามหลักสิทธิมนุษยชน และรัฐธรรมนูญของประเทศที่ได้บัญญัติถึงหลักความเสมอภาคของบุคคลเอาไว้ ท้ายที่สุดกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศเหล่านี้ก็สามารถสมรสกับบุคคลที่มีเพศเดียวกับตนได้ แม้จะยังมีเสียงคัดค้านจากคนในสังคมอยู่บ้างก็ตาม แต่แนวโน้มและทัศนคติของสังคมถือว่าดีขึ้นกว่าในอดีตมาก ส่วนแนวคิดเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ก็มีลักษณะคล้ายคลึงกับในระบบกฎหมาย Common Law กล่าวคือ รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคของบุคคลเอาไว้ จึงทำให้รัฐบาลในหลายประเทศได้ร่วมกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตรากฎหมายรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันออกมา แม้จะถูกรับรองตามกฎหมายแต่ในหลายประเทศก็ไม่ได้เรียกว่า “คู่สมรส” โดยเลี่ยงไปใช้คำอื่นแทน เช่น “ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน” “หุ้นส่วนชีวิต” “หุ้นส่วนทางแพ่ง” หรือ “คู่ชีวิต” เป็นต้น ทั้งนี้อาจเป็นความพยายามในการประนีประนอมของสังคมเพื่อให้เกิดการยอมรับถึงการมีตัวตนทางกฎหมายของกลุ่มบุคคลเหล่านั้น จึงยอมให้มีกฎหมายที่ให้สิทธิและหน้าที่เสมือนคู่สมรสต่างเพศ แต่ยอมให้ใช้คำว่า “คู่สมรส” เพื่อต้องการสงวนไว้เฉพาะผู้ชายและผู้หญิงเท่านั้น อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากทั้งระบบกฎหมายทั้งสองระบบ พบว่า การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคล และการไม่ถูกเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมอันเกิดจากความแตกต่างทางเพศ ซึ่งเป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชนที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้แม้กฎหมายในบางประเทศจะไม่เรียกว่า “คู่สมรส” แต่ก็แสดงให้เห็นว่า สังคมได้ยอมรับและเคารพในสิทธิและเสรีภาพในการสมรสของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ว่ามีฐานะเท่าเทียมกับผู้ชายและผู้หญิงในสังคม

แม้หลักการ ความสำคัญ และเหตุผลที่จำเป็นต้องมีกฎหมายรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศไทยจะมีน้ำหนักและสมเหตุสมผลเพียงใดก็ตาม แต่ก็ยังมีอุปสรรคปัญหาที่รัฐจำเป็นต้องแก้ไขอยู่หลายประการ เพื่อให้ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

สามารถตราออกมาใช้บังคับได้ ซึ่งอุปสรรคปัญหาที่สำคัญ คือ “คน” เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ส่งผลกระทบต่อความรู้สึกและความรับรู้ของประชาชนในสังคมเป็นวงกว้าง แม้สังคมไทยจะเป็นสังคมที่เปิดกว้างให้กับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างกว้างขวางก็ตาม แต่ก็ยังมีประชาชนบางกลุ่มที่มองว่าร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ด้วยการพยายามยึดโยงเข้ากับจารีตประเพณี และหลักธรรมคำสอนทางศาสนา ซึ่งจากการศึกษาของผู้วิจัยพบว่า ศาสนาพุทธอันเป็นศาสนาที่มีประชาชนนับถือมากที่สุดในประเทศไทยมิได้มีบทบัญญัติประการใดที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแต่อย่างใด ส่วนคำว่า “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” นั้น ก็สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัยเปลี่ยนแปลงได้ตามพลวัตของสังคม ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่า รัฐควรเร่งสร้างทัศนคติที่ดีของประชาชนที่มีต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อให้เกิดการยอมรับในสิทธิต่างๆ ของบุคคลในกลุ่มนี้ ตลอดจนให้การยอมรับและสนับสนุนร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วย

นอกจากปัญหาที่เกิดจาก “คน” แล้ว ปัญหาอีกประการหนึ่งที่สำคัญ หากร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลบังคับใช้ คือ “นิยามและคำจำกัดความของถ้อยคำในกฎหมาย” เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้บัญญัติให้นำกฎหมายที่ใช้กับคู่สมรสมาปรับใช้กับคู่ชีวิต โดยอนุโลม หากพิจารณาในแนวคิดของหลักความเสมอภาคก็จะถือได้ว่าร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ปราศจากการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมอันเกิดจากความแตกต่างทางเพศ เพราะว่าคุณสมรสมีสิทธิและหน้าที่เช่นใด คู่ชีวิตก็มีสิทธิและหน้าที่เช่นนั้น แต่ในการนำกฎหมายมาใช้ในทางปฏิบัติอาจเกิดปัญหาขึ้นมาได้ อาทิ การตีความถ้อยคำในกฎหมายว่าใช้ครอบคลุมถึงคู่ชีวิตหรือไม่ หรือถ้อยคำบางคำมีลักษณะบ่งชี้ถึงเพศอย่างชัดเจน ในกรณีที่ใช้กับคู่สมรสนั้นย่อมสามารถจำแนกออกเป็นเพศชายเพศหญิงได้อย่างชัดเจน เช่น สามีหรือบิดาย่อมหมายถึง คู่สมรสฝ่ายชาย ภรรยาหรือมารดา ย่อมหมายถึง คู่สมรสฝ่ายหญิง เป็นต้น แต่ในกรณีของคู่ชีวิตจะจำแนกอย่างไรในเมื่อทั้งสองฝ่ายต่างมีเพศเดียวกัน ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าปัญหาในประเด็นนี้สามารถแก้ไขได้ด้วยมาตรการทางกฎหมาย โดยการเพิ่มเติมบทบัญญัติบางประการในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. หรือแก้ไขในรูปแบบของการจดทะเบียน โดยให้คู่ชีวิตจดทะเบียนแจ้งถ้อยคำที่บ่งชี้ถึงเพศของตนต่อนายทะเบียนในขณะจดทะเบียนคู่ชีวิตเอาไว้ด้วย เป็นต้น

นอกจากนี้ปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งหากมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ ปัญหาเรื่องบุตร โดยผู้วิจัยคิดว่า การที่บุคคลสองคนได้มาจดทะเบียนใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน บุคคลทั้งสองย่อมคาดหวังที่จะมีบุตรเพื่อดูแลตนเองในยามแก่เฒ่า ซึ่งการที่คู่ชีวิตจะมีบุตรได้มีอยู่ 2 แนวทาง ได้แก่ แนวทางแรก การรับบุตรบุญธรรม โดยผู้วิจัยเห็นควรให้คู่ชีวิตที่รับบุตรบุญธรรมต้องนำบุตรบุญธรรม

มาเข้ารับการอบรมในเรื่องเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ เพศวิถี และเพศสภาพ เพื่อจะได้ให้เด็กมีภูมิคุ้มกัน และเข้าใจถึงความแตกต่างและความหลากหลายทางเพศจากบิดามารดาบุญธรรมของตน และเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดตามมากับเด็กต่อไป และแนวทางที่สอง การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือที่นิยมเรียกว่า “การผสมเทียม” นั้น เป็นวิถีทางหนึ่งที่จะทำให้คู่ชีวิตสามารถมีบุตรสืบสายโลหิตได้ ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า ร่างพระราชบัญญัติการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. มีผลบังคับใช้ และตีความคำจำกัดความของคำว่า “สามีภรรยา” และ “คู่สมรส” ให้หมายความถึง “คู่ชีวิต” ด้วย แต่ผลที่ตามมา คือ ใครจะมีฐานะเป็นบิดา/มารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตรผู้เยาว์นั้น เพราะถ้อยคำในกฎหมายบังคับถึงเพศอย่างชัดเจน ดังนั้น ผู้วิจัยคิดว่าน่าจะใช้วิธีการแก้ไขปัญหาเช่นเดียวกันกับการแก้ปัญหาเรื่องถ้อยคำในกฎหมายดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษา “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน” ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะสำหรับเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ดังต่อไปนี้

ประการแรก ผู้วิจัยขอเสนอให้รัฐควรเร่งดำเนินการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองและรับรองสิทธิในการสร้างครอบครัวของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ นั่นคือ การทำให้ “ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.” มีผลบังคับใช้โดยเร็ว

ประการที่สอง ผู้วิจัยขอเสนอให้เพิ่มเติมบทบัญญัติบางประการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบุตรและการรับบุตรบุญธรรมเข้าไปในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. เป็นหมวดใหม่ คือ “หมวด ... บุตรและการรับบุตรบุญธรรม” เพื่อให้มีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนมากขึ้น โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติความว่า

หมวด ... บุตรและการรับบุตรบุญธรรม

มาตรา ... คู่ชีวิตที่ประสงค์จะมีบุตรให้นำพระราชบัญญัติการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. มาปรับใช้โดยอนุโลม

มาตรา ... บุตรอันเกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะต้องได้รับการอบรมเลี้ยงดูไม่น้อยกว่ามาตรฐานขั้นต่ำที่ปรากฏในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

มาตรา ... คู่ชีวิตที่ประสงค์จะรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมให้นำกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมมาใช้โดยอนุโลม

มาตรา ... บุตรบุญธรรมจะต้องได้รับการอบรมเลี้ยงดูไม่น้อยกว่ามาตรฐานขั้นต่ำที่ปรากฏในพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและความร่วมมือในการรับรองบุตรบุญธรรมระหว่างประเทศ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

มาตรา ... คู่มีชีวิตมีหน้าที่ต้องนำบุตรอันเกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก็ดี หรือบุตรบุญธรรมที่คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายรับมาอุปการะเป็นบุตรก็ดี ไปเข้ารับการอบรมและให้ความรู้ในเรื่องเพศ อุดมการณ์ทางเพศ เพศวิถี และเพศสภาพ กับหน่วยงานตามที่รัฐมนตรีประกาศในกฎกระทรวง เมื่อบุตรหรือบุตรบุญธรรมมีอายุครบ 10 ปีบริบูรณ์ 15 ปีบริบูรณ์ และ 18 ปีบริบูรณ์

ประการที่สาม ผู้วิจัยขอเสนอให้เพิ่มเติมบทบัญญัติบางประการเข้าไปในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. เป็นหมวดใหม่ คือ “หมวด ... บทเฉพาะกาล” เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีความชัดเจนมากขึ้น โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติความว่า

หมวด ... บทเฉพาะกาล

มาตรา ... นิยามหรือคำจำกัดความใดที่หมายความถึงคู่สมรส ให้หมายความถึงคู่ชีวิตด้วย

มาตรา ... หากนิยามหรือคำจำกัดความใดที่มีลักษณะบ่งชี้ถึงเพศของคู่สมรส เช่น สามี ภรรยา บิดา หรือมารดา เป็นต้น ให้สันนิษฐานถึงลักษณะบ่งชี้ทางเพศของคู่ชีวิต ตามที่คู่ชีวิตได้จัดแจ้งต่อนายทะเบียนในขณะจดทะเบียนคู่ชีวิต

ประการที่สี่ ผู้วิจัยขอเสนอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ออกกฎกระทรวงว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการจดทะเบียนคู่ชีวิต ให้แล้วเสร็จก่อนวันที่พระราชบัญญัติฉบับนี้จะมีบังคับใช้ ทั้งนี้

ในใบสำคัญการจดทะเบียนคู่ชีวิตจะต้องมีข้อความที่บ่งชี้ถึงเพศของคู่ชีวิตไว้อย่างชัดเจน เพื่อป้องกันปัญหาการนำกฎหมายที่บังคับใช้กับคู่สมรสมาอนุโลมปรับใช้กับคู่ชีวิต โดยออกกฎกระทรวงความว่า

กฎกระทรวงมหาดไทย

ออกตามความในพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

อาศัยอำนาจตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยออกกฎกระทรวงไว้ดังต่อไปนี้

- ข้อ 1 การจดทะเบียนคู่ชีวิตให้ทำที่ว่าการอำเภอ หรือสำนักงานเขต ต่อหน้านายทะเบียน
- ข้อ 2 หากบุคคลทั้งสองฝ่ายประสงค์จะจดทะเบียนคู่ชีวิตนอกที่ว่าการอำเภอ หรือสำนักงานเขตแล้วแต่กรณี ให้นำหลักเกณฑ์และวิธีการจดทะเบียนสมรสนอกสำนักทะเบียนมาปรับใช้โดยอนุโลม
- ข้อ 3 ให้ผู้อำนวยการกองทะเบียน หรือหัวหน้ากองทะเบียน หรือเจ้าพนักงานที่ได้รับการแต่งตั้งจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นนายทะเบียน
- ข้อ 4 คำร้องขอจดทะเบียนคู่ชีวิตให้นำหลักเกณฑ์และวิธีการจดทะเบียนสมรสมาปรับใช้โดยอนุโลม
- ข้อ 5 คำร้องขอจดทะเบียนคู่ชีวิตนั้น ถ้านายทะเบียนเห็นว่าทำไม่ถูกต้องแบบก็ดี หรือเขียนข้อความบกพร่องก็ดี หรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าการมิได้เป็นไปตามเงื่อนไขแห่งมาตรา 5 มาตรา 6 และมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ก็ดี นายทะเบียนอาจเรียกผู้ร้องขอจดทะเบียนคู่ชีวิตมาสอบสวนเสียก่อนที่จะรับจดทะเบียนก็ได้
- ข้อ 6 ให้บุคคลทั้งสองผู้ประสงค์จะจดทะเบียนคู่ชีวิต มีหน้าที่ต้องจดทะเบียนคู่ชีวิตในทะเบียนคู่ชีวิตต่อหน้านายทะเบียนในขณะจดทะเบียนคู่ชีวิต
- ข้อ 7 การจดทะเบียนการหย่าให้นายทะเบียนบันทึกลงไว้ในทะเบียนคู่ชีวิตด้วย และถ้าการจดทะเบียนคู่ชีวิตนั้นได้กระทำไว้ ณ สำนักทะเบียนแห่งอื่น ก็ให้นายทะเบียนผู้รับจดทะเบียนการหย่าส่งสำเนาทะเบียนการหย่า นั้น ไปยังนายทะเบียนผู้รับจดทะเบียนคู่ชีวิต เพื่อจะได้บันทึกไว้ในทะเบียนคู่ชีวิตเป็นสำคัญ
- ข้อ 8 การจดทะเบียนเลิกการรับบุตรบุญธรรมให้นำข้อ 6 แห่งกฎกระทรวงมหาดไทยออกตามความในพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช 2478 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ข้อ 9 การบันทึกทุกอย่าง ให้นายทะเบียนบันทึกเหตุผลแล้วลงวันเดือนปี และลายมือชื่อไว้ เป็นสำคัญทุกครั้ง

ข้อ 10 การจดทะเบียนและการบันทึกทุกอย่าง ให้นายทะเบียนคัดสำเนาส่งไปยัง กระทรวงมหาดไทย

ข้อ 11 ผู้มีส่วนได้เสียอาจจะขอกู้ทะเบียน ณ สำนักทะเบียนที่รับจดทะเบียนไว้ หรือทะเบียน กลางก็ได้ โดยไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียม และถ้าจะขอสำเนา ก็ให้นายทะเบียนคัดสำเนาลงลายมือชื่อ รับรองให้ โดยคิดค่าธรรมเนียมตามอัตราที่กำหนด

ข้อ 12 ผู้มีส่วนได้เสียอาจยื่นคำขอต่อนายทะเบียนใดๆ เพื่อขอให้สอบถามนายทะเบียนกลาง ก็ได้ แต่คำขอนั้นต้องทำตามแบบที่สำนักทะเบียนกลางได้จัดพิมพ์ขึ้น และต้องเสียค่าธรรมเนียมตาม อัตราที่กำหนด เมื่อได้ชำระค่าธรรมเนียมต่อนายทะเบียนต้นทางแล้ว จึงให้นายทะเบียนรับคำขอนั้น ส่งไปยังนายทะเบียนกลางโดยเร็ว

ข้อ 13 ถ้ามีผู้ขอให้นายทะเบียนไปจดทะเบียนคู่ชีวิตนอกสำนักงานทะเบียน ให้นายทะเบียน เรียกค่าธรรมเนียมตามอัตราที่กำหนด ส่วนพาหนะให้ผู้ขอจัดหาให้ต่างหาก

กฎให้ไว้ ณ วันที่

.....
รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

ประการสุดท้าย ผู้วิจัยขอเสนอให้รัฐดำเนินการจัดทำประชามติรับรองพระราชบัญญัติฉบับนี้ ก่อนบังคับใช้ ทั้งนี้ ถ้าผลการรับรองเกินกว่ากึ่งหนึ่ง รัฐก็ควรดำเนินการประกาศบังคับใช้ พระราชบัญญัติฉบับนี้ลงในราชกิจจานุเบกษาทันที แต่หากผลการรับรองน้อยกว่ากึ่งหนึ่ง รัฐก็ควร ดำเนินนโยบายและมาตรการต่างๆ ที่จะปรับทัศนคติของประชาชนและสังคมเพื่อให้เกิดการยอมรับใน สิทธิและเสรีภาพของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามหลักสิทธิมนุษยชนต่อไป

อย่างไรก็ดี จากการศึกษา “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน” ผู้วิจัยเห็นว่าประเด็นปัญหาอีกหลายประการที่สมควรได้รับการศึกษาเพิ่มเติม ดังต่อไปนี้

ประเด็นแรกคือ ความเป็นบิดา/มารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตรอันเกิดจากคู่ชีวิตที่ใช้วิธีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (การผสมเทียม และการอุ้มบุญ) เพื่อให้กำเนิดบุตรภายใต้กฎหมายว่าด้วยการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งปัจจุบันกฎหมายฉบับดังกล่าวยังไม่มีผลบังคับใช้ แต่เราสามารถพบเห็นการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวได้ในสังคมไทยปัจจุบัน เนื่องจากในปัจจุบันประเทศไทยมีธนาคารอสุจิและไข่ที่เปิดให้บริการแก่บุคคลทั่วไปอยู่พอสมควร ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่รัฐควรเข้ามากำหนดแนวทางปฏิบัติด้วยการออกกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับใดๆ เพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตหรือไม่

ประเด็นที่สองคือ แนวปฏิบัติที่เกี่ยวกับบุตรและการรับบุตรบุญธรรม แม้ผู้วิจัยจะเห็นด้วยกับการที่อนุญาตให้คู่ชีวิตสามารถมีบุตร ทั้งโดยอาศัยวิธีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และการรับบุตรบุญธรรมก็ตาม แต่เพื่อสวัสดิภาพของเด็ก รัฐควรกำหนดแนวปฏิบัติสำหรับการเลี้ยงดูบุตรของคู่ชีวิตอย่างเหมาะสมหรือไม่ โดยที่แนวปฏิบัตินั้นจะต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญ

ประเด็นที่สามคือ สถานภาพทางกฎหมายของคู่ชีวิตที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลที่ผ่านการผ่าตัดเปลี่ยนเพศแล้ว (Transgender) ซึ่งในภายหลังร่างพระราชบัญญัติค่านำนามบุคคล พ.ศ. ได้มีผลบังคับใช้ จะมีผลทำให้สถานภาพทางกฎหมายของคู่ชีวิตเปลี่ยนสถานะจาก “คู่ชีวิต” กลายเป็น “คู่สมรส” หรือไม่ หากสามารถเปลี่ยนสถานะได้ จะเปลี่ยน โดยทันทีที่กฎหมายมีผลบังคับใช้ หรือจะต้องไปจดทะเบียนสมรสใหม่อีกครั้งหนึ่ง

ประเด็นสุดท้ายคือ ความเป็นไปได้ที่ระบบกฎหมายไทยจะรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ว่ามีสถานภาพเป็น “คู่สมรส” เลยได้หรือไม่ เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ได้อนุโลมนำเอากฎหมายต่างๆ ที่ใช้บังคับกับคู่สมรสมาบังคับใช้กับคู่ชีวิตอยู่แล้ว และที่สำคัญคือ ไม่มีข้อจำกัดสิทธิใดๆ กับคู่ชีวิตทั้งสิ้น สถานะของคู่ชีวิตจึงเสมือนกับคู่สมรส เว้นแต่คำเรียกขานสถานภาพเท่านั้นที่แตกต่างกัน

บรรณานุกรม

- กฎกระทรวงว่าด้วยการสอบคุณสมบัติและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพความเป็นอยู่ และความเหมาะสมของผู้
ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม บุคคลผู้มีอำนาจให้ความยินยอมในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม และ
เด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2554
- กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and
Political Rights - ICCPR)
- กรกฤษ สมจิตรานุกิจ. “ทิศทาง LGBT ไทย : ก้าวใหญ่เตรียมคลอดกฎหมาย แต่สังคมไทยยอมรับแล้วจริง
หรือ?” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://prachatai.com/journal/2013/04/46338>, 11 ธันวาคม 2556.
- กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal
Declaration of Human Rights).” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : [http://www.mfa.go.th/humanrights/images/
stories/book.pdf](http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/book.pdf), 11 กรกฎาคม 2557.
- กรมอาเซียน กระทรวงการต่างประเทศ. “ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Human Rights
Declaration).” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : [http://www.mfa.go.th/asean/contents/files/asean-media-cen-
ter-20130614-163951-210860.pdf](http://www.mfa.go.th/asean/contents/files/asean-media-cen-
ter-20130614-163951-210860.pdf), 11 กรกฎาคม 2557.
- กรวัฒน์ แก้วกัลยา. ““จงรักในสิ่งที่ฉันเป็น” ปัญหาการเลือกปฏิบัติต่อเพศที่ 3 และแนวโน้มสิ่งที่เรียกว่า
“ชัยชนะทางกฎหมายในประเทศไทย.”” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.l3nr.org/posts/535948>,
11 ธันวาคม 2556.
- กุลพล พลวัน. *สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก*. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม. 2547.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. “หลักความเสมอภาค.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : [http://www.pub-law.net/pub
law/view.aspx?id=657](http://www.pub-law.net/pub
law/view.aspx?id=657), 11 กรกฎาคม 2557.
- เกิดโชค เกษมวงศ์วิจิตร. “คุยเฟื่องเรื่องยุติธรรม.” *วารสารยุติธรรม*, น. 30. [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : [http://
www.moj.go.th/upload/main_magazine/uploadfiles/1469col_4294.pdf](http://
www.moj.go.th/upload/main_magazine/uploadfiles/1469col_4294.pdf), 11 ธันวาคม 2556.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1552/2504
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 490/2509
- จรัญ ภัคดีชนากุล. “การบรรยายพิเศษ เรื่อง “การจัดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการ :
กฎหมายและวิธีปฏิบัติเพื่อความเป็นธรรมในสังคม [27 พฤษภาคม 2553].” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก :
<http://www.pwdsthai.com/files/article-rights.doc>, 1 กรกฎาคม 2557.
- จันทร์จิรา บุญประเสริฐ (บรรณาธิการ). *ชีวิตที่ถูกละเมิด เรื่องเล่า กะเทย ทอม ดี หญิงรักรักหญิง ชายรักชาย
และกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (Violated Lives : Narratives from LGBTIQs and*

บรรณานุกรม (ต่อ)

- International Human Rights Law*). กรุงเทพฯ : ม.ป.ท., 2554.
- จุมพต สายสุนทร. “ฐานะทางกฎหมายของผู้รักร่วมเพศ.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.sapaan.org/article/55.html>, 11 ธันวาคม 2556.
- ชาติป สุวรรณทอง. “เส้นทางหลากหลายคนหลากสี.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.thaitga.com/index.php/library/articles/163-lgbt-human-rights-defender>, 11 ธันวาคม 2556.
- ชาวมหาวิหาร. “บัณฑิตที่ห้ามบวชตามพระวินัยหมายถึงอะไร?” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.bloggang.com/mainblog.php?id=thepathofpurity&month=16-04-2011&group=3&gblog=3>, 1 สิงหาคม 2557.
- ณนุช คำทอง. “การสมรสของพวกรักร่วมเพศ.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.
- เทอดศักดิ์ ร่มจำปา. “จาก “กะเทย” ถึง “เกย์” ประวัติศาสตร์ชายรักร่วมเพศในสังคมไทย.” *วารสารอักษรศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 1 (32) (มกราคม - มิถุนายน 2546) : 303 - 332.
- ชัยลักษณ์ นามจักร. “การรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ.” *วารสารนักบริหาร*, 2 (33) (เมษายน - มิถุนายน 2556) : 10 - 16.
- ธีร์ อาจชายแดน. “ดัน “พ.ร.บ.คูชีวิต” เข้าสู่สภา - เครือข่าย LGBT ดึงยังมีข้ออ่อน.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.prachatai.com/journal/2013/04/46314>, 11 ธันวาคม 2556.
- นฤพนธ์ ดั่งวิเศษ (แปล). David Levinson, Melvin Ember. (Ed.). “Encyclopedia of Cultural Anthropology. New York : Henry Holt and Company. 1996. Pp. 733 - 736.” [Online] เข้าถึงได้จาก : <http://www.sac.or.th/main/uploads/article/51-12-02-wedding.pdf>, 6 ธันวาคม 2556.
- ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)
- ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Human Rights Declaration)
- ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 11/2557
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- ประมวลกฎหมายอาญา
- ประชาชาติธุรกิจออนไลน์. “ปิดร่างกฎหมาย “เพศที่สาม” จดทะเบียน “คูชีวิต” ดีทะเบียนเสมือน “สามี – ภรรยา”.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : http://www.prachachat.net/news_detail.php?newsid=1379661719, 11 ธันวาคม 2556.
- ประสพสุข บุญเดช. *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวฯ*. พิมพ์ครั้งที่ 20.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษาแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556.
- ปิ่นบุญญา ล่ามณา. “ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในอาเซียน : ศึกษากรณีคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2555.
- ปิยนุช โปตะวณิช. “สัญญากับการสมรส.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528.
- ปีติเทพ อยู่ยืนยง. “แนวคิดในการจัดทำกฎหมายว่าด้วยการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันของประเทศอังกฤษ : บทสะท้อนการส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างบุคคลในสังคม.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.midnightuniv.org/กฎหมายว่าด้วยการสมรส>, 7 ธันวาคม 2556.
- พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522
- พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546
- พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478
- พัชนี หาญเทพินทร์. “สิทธิของชายหญิงที่อยู่ร่วมกันโดยมิได้สมรส.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. และณัฐนันท์ อัสวเลิศศักดิ์. “หน่วยที่ 2 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.stou.ac.th/schools/stw/upload/ex.40701-2.pdf>, 15 สิงหาคม 2557.
- พิพิธภัณฑ์ศาลไทย, กองวิทยบริการศาลยุติธรรม. “ปรัศนี...ทีละคำ ?.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.museum.coj.go.th/Pratsanee/pratsanee4.htm>, 6 ธันวาคม 2556.
- พิมพ์สิริ เพชรน้ำรอบ. “จาก 1969 ถึง 2013 : 44 ปีของสิทธิ LGBT ในสหรัฐอเมริกา.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://prachatai.com/journal/2013/07/47478>, 7 ธันวาคม 2556.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว*. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- ภาติน นิมมานนรวงศ์. “สิทธิมนุษยชนอาเซียน : ژیไขว้ความเป็นสากล.” *หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ*, 22 สิงหาคม 2557.
- มติชนออนไลน์. “ดัน “กม.แต่งงาน” เกย์ – ทอม - ด้ ขออีกฉบับเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อ.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1354336217&gpid=03&catid=03&utm_source=MatichonOnline&utm_medium=MatichonOnline, 28 ตุลาคม 2556.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- ระเบียบคณะกรรมการการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการเตรียมความพร้อมในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2554
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550
- ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.
- ร่างพระราชบัญญัติการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.
- ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.
- วัชรินทร์ สังสีแก้ว. “สถานะทางกฎหมายของผู้ผ่าตัดแปลงเพศ.” *วารสารกฎหมายสู่ไทยธรรมชิราษ*. 1 (17) (มิถุนายน 2548): 17 - 41.
- วิชัย ศรีรัตน์. *การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในยุโรป: สถานะแห่งยุโรป*. ม.ป.ท., น.ป.ป.
- ศวีระ ศิริชาติ. “กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR).” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.l3nr.org/posts/367377>, 12 สิงหาคม 2557.
- ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการ. “หลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : http://www.admincourt.go.th/attach/news_attach/2009/11/center181152.pdf, 1 กรกฎาคม 2557.
- ศูนย์สำรวจความคิดเห็น “นิด้าโพล” สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ (นิด้า). “โพลชี้สังคมเปิดใจรับเพศที่ 3 หนุนจดทะเบียนสมรส.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://www.thairath.co.th/content/edu/345365>, 11 ธันวาคม 2556.
- สันทัต สะศิวิณช. “ความเป็นโมฆะของการสมรส.” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2523.
- สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. “กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง.” [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : http://www.nhrc.or.th/2012/wb/th/contentpage.php?id=71&menu_id=2&groupID=2&subID=19, 12 สิงหาคม 2557.
- สุภวรรณ ชันไพบูลย์. “ปัญหาสิทธิของสตรีที่สมรสซ้อนโดยสุจริตมาตรการป้องกันและเยียวยาทางด้านกฎหมายและสิทธิมนุษยชน.” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์*, 2544.
- หนังสือกรมการปกครองที่ มท. 031001/25058

บรรณานุกรม (ต่อ)

หนังสือสำนักงานทะเบียนกลางที่ มท. 0322/9185

หลักการออกยาการ์ตว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและ
อัตลักษณ์ทางเพศ (Yogyakarta Principles : The Application of International Human Rights Law in
Relation to Sexual Orientation and Gender Identity)

อาจารย์ มีอินทร์เกิด. “เงื่อนไขในการรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.” วิทยานิพนธ์
นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.

อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและความร่วมมือในการรับรองบุตรบุญธรรมระหว่างประเทศ (Convention
on Protection of Children and Co - Operation in Respect of Intercountry Adoption)

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child)

ACT ON LIFE PARTNERSHIP 2001

BBC News Online. “EU backs gay man’s pension rights.” [Online] Available at : <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7324824.stm>, December 10, 2013.

_____. “France gay marriage: Hollande signs bill into law.” [Online] Available at : <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-22579093>, December 10, 2013.

_____. “Gay couples to get joint rights.” [Online] Available at : http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/3584285.stm, December 9, 2013.

_____. “Gay marriage: David Cameron backs church role.” [Online] Available at : <http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-20642428>, December 9, 2013.

_____. “Lesbians lose legal marriage bid.” [Online] Available at : <http://news.bbc.co.uk/2/hi/5230708.stm>, December 9, 2013.

_____. “Same-sex marriage becomes law in England and Wales.” [Online] Available at : <http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-23338279>, December 9, 2013.

_____. “US Supreme Court in historic rulings on gay marriage.” [Online] Available at : <http://www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-23068454#FBM255453>, December 10, 2014.

Brent, Gail. “Some Legal Problems of the Postoperative Transsexual.” *Journal of Family Law* (1972 – 1973) ;
12 : 405.

Brown, Ruth. “The Most Gay-Friendly Country in the World is... .” [Online] Available at : <http://www.newser.com/story/169136/the-most-gay-friendly-country-in-the-world-is.html>, December 10, 2013.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- Bundeszentrale für Politische Bildung. “Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften.” [Online] Available at : http://www.bpb.de/themen/8NBKK8,0,0,Gleichgeschlechtliche_Lebensgemeinschaften.html, December 10, 2013.
- Burge, Kathleen. “SJC : Gay marriage legal in Mass.” [Online] Available at : http://www.boston.com/news/local/massachusetts/articles/2003/11/18/sjc_gay_marriage_legal_in_mass, December 8, 2013.
- CALIFORNIA FAMILY CODE, DIVISION 2.5. DOMESTIC PARTNER REGISTRATION
CALIFORNIA PENAL CODE
- California Secretary of State. “Statement of Vote: 2008 General Election.” [Online] Available at : http://www.sos.ca.gov/elections/sov/2008-general/sov_complete.pdf, December 8, 2013.
- Chinardet, Nicolas. “Marriage vs PACS.” [Online] Available at : <http://zefrog.blogspot.com/2005/02/marriage-vs-pacs.html>, December 10, 2013.
- CONSTITUTION OF THE STATE OF VERMONT
- Cookbookoflife. “ARTIFICIAL INSEMINATION : TAKING THE DEBATE ONE STEP TOO FAR.” [Online] Available at : <http://giovannisrights.wordpress.com/2013/02/21/artificial-insemination-taking-the-debate-one-step-too-far>, January 31, 2014.
- DESTATIS Statistisches Bundessamt. “Deutschlandweit rund 23000 eingetragene Lebenspartnerschaften.” [Online] Available at : https://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/pm/zdw/2011/PD11__025__p002,templateId=renderPrint.psml, December 10, 2013.
- DW.DE. “Germany strengthens gay adoption rights.” [Online] Available at : <http://www.dw.de/germany-strengthens-gay-adoption-rights/a-16612531>, December 10, 2013.
- Eckholm, Erik. “Delaware, Continuing a Trend, Becomes the 11th State to Allow Same - Sex Unions.” [Online] Available at : <http://www.nytimes.com/2013/05/08/us/delaware-to-allow-same-sex-marriage.html>, December 8, 2013.
- Fox News, AP. “Rhode Island legalizes same-sex marriage.” [Online] Available at : <http://www.foxnews.com/politics/2013/05/02/rhode-island-legalizes-same-sex-marriage>, December 8, 2013.
- Freedom to Marry. “States.” [Online] Available at : <http://www.freedomtomarry.org/states>, December 8, 2013.
- Government Equalities Office. “Equal civil marriage : a consultation.” [Online] Available at : https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/133258/consultation-document_1_.pdf.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- December 9, 2013.
- Green, Jessica. "Government proposes introducing gay marriage after Cameron intervention." [Online] Available at : <http://www.pinknews.co.uk/2011/09/16/government-proposes-introduction-of-full-gay-marriage-after-cameron-intervention>, December 9, 2013.
- Helgeson, Baird., Ragesdale, Jim. "Minnesota to become 12th state to legalize gay marriage." [Online] Available at : <http://www.startribune.com/politics/statelocal/207313571.html?page=all&prepage=1&c=y/#continue>, December 8, 2013.
- Houston, Sonya. "Tribe marries same-sex couple but state won't recognize it." [Online] Available at : http://editioncn n.com/2013/03/17/politics/michigan-same-sex-marriage/index.htm?hpt=hp_c5, December 8, 2013.
- iLaw. "คนรักเพศเดียวกันอยู่ตรงไหนในระบบกฎหมายไทย." [ออนไลน์] เข้าถึงได้จาก : <http://ilaw.or.th/node/2894>, 11 ธันวาคม 2556.
- Jasper, Margaret C. *Marriage and divorce*. (3rd ed). New York : NY : Oceana, 2008.
- JSTOR. "THE DEFINITION OF MARRIAGE IN ENGLISH LAW." [Online] Available at : <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1094962?uid=2&uid=4&sid=21103074982437>, December 6, 2013.
- "LAWRENCE v. TEXAS." [Online] Available at : <http://www.law.cornell.edu/supct/html/02-102.ZS.html>, December 8, 2013.
- Lincoln, Mileka. "Hawaii becomes 15th state to legalize same-sex marriage." [Online] Available at : <http://www.hawaiinewsnow.com/story/23960302/breaking-gov-abercrombie-signs>, December 8, 2013.
- LOI NO 99 - 944 DU 15 NOVEMBRE 1999 RELATIVE AU PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ
MATRIMONIAL CAUSES ACT 1973
- McFadden, Robert D. "Gay Marriage Is Ruled Legal in Connecticut." [Online] Available at : <http://www.nytimes.com/2008/10/11/nyregion/11marriage.html?pagewanted=all>, December 8, 2013.
- Mendelson, Sara H. " Hunt, Arabella (1662 - 1705)." [Online] Available at : <http://www.oxforddnb.com/view/article/14190>, December 9, 2013.
- Mintz, Howard. "California Supreme Court legalizes same-sex marriage." [Online] Available at : http://www.mercurynews.com/breakingnews/ci_9269719, December 8, 2013.
- Mulvihill, Evan. "Unpopular French President Nicolas Sarkozy Desperately Woos Les Gais." [Online]

บรรณานุกรม (ต่อ)

- Available at : <http://www.queerty.com/unpopular-french-president-nicolas-sarkozy-desperately-woos-gay-rights-20130330>, December 10, 2013.
- Murphy, Jarrett. "High Court Rejects Sodomy Law." [Online] Available at : <http://www.cbsnews.com/news/high-court-rejects-sodomy-law>, December 8, 2013.
- Office of Maine Governor Paul LePage. "Governor Signs LD 1020, An Act to End Discrimination in Civil Marriage and Affirm Religious Freedom." [Online] Available at : <http://www.maine.gov/tools/whatsnew/index.php?topic=Gov+News&id=72146&v=Article-2006>, December 8, 2013.
- Pierceson, Jason. *Same - Sex Marriage in the United States : The Road to the Supreme Court*. Maryland : Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 2013.
- Pinknews. "Same-sex marriage bill to be introduced in France this October." [Online] Available at : <http://www.pinkews.co.uk/2012/08/26/same-sex-marriage-bill-to-be-introduced-in-france-this-october>, December 10, 2013.
- Preserve Marriage. "France : Parliamentary Report on the Family and the Rights of Children." [Online] Available at : <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.preservemarriage.ca/eng/links.htm>, December 10, 2013.
- Queer.de. "Große Koalition vertagt die Gleichstellung." [Online] Available at : http://www.queer.de/detail.php?article_id=20522, December 10, 2013.
- _____. "Linksfraktion bringt Gesetzentwurf zur Ehe-Öffnung ein." [Online] Available at : http://www.queer.de/detail.php?article_id=20308, December 10, 2013.
- Süddeutsche.de. "Verfassungsgericht zu Homo-Ehe Ehe, partner, kinder." [Online] Available at : <http://www.sueddeutsche.de/politik/verfassungsgericht-zu-homo-ehe-ehe-partner-kinder-1.37224>, December 10, 2013.
- THE BÜRGERLICHES GESETZBUCH
- The Huffington Post. "England's Gay Marriage Law To Become Legal After Lower House Approval." [Online] Available at : http://www.huffingtonpost.com/2013/07/16/england-gay-marriage-law-_n_3606916.html?ncid=Edlinkusaolp00000009, December 9, 2013.
- The Independent. "THE TEN BEST PLACES IN THE WORLD TO BE GAY." [Online] Available at : <http://www.independent.co.uk/life-style/love-sex/taboo-tolerance/the-ten-best-places-in-the-world-to-be-gay>

932557.html?action=gallery&ino=10, December 10, 2013.

The Law Reform Commission. "Report on Nullity of Marriage." [Online] Available at : http://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/rNullity.pdf, December 9, 2013.

THE MARRIAGE ACT 1949

THE NAPOLEONIC CODE

THE VERMONT STATUTES, TITLE 15 : DOMESTIC RELATIONS, CHAPTER 23 : CIVIL UNIONS

The Washington Times. "France ready to change civil pact." [Online] Available at : <http://www.washingtontimes.com/news/2004/dec/44/20041211-105201-5386r>, December 10, 2013.

Thestar.com. "German court rules in favour of transsexual rights." [Online] Available at : http://www.thestar.com/news/world/2008/07/23/german_court_rules_in_favour_of_transsexual_rights.html, December 10, 2013.

Towle, Andy. "NEW JERSEY JUDGE RULES GAY MARRIAGE LEGAL, ORDERS IT TO BEGIN." [Online] Available at : <http://www.towleroad.com/2013/09/new-jersey-judge-orders-gay-marriages-to-begin-october-21.html>, December 8, 2013.

Travis, Alan. "Gay marriages and heterosexual civil partnerships may soon be welcomed." [Online] Available at : <http://www.theguardian.com/lifeandstyle/2011/feb/17/civil-partnerships-marriage>, December 9, 2013.

Turnbull, Lornet. "Gay - marriage measure passing in initial return." [Online] Available at : http://seattletimes.com/html/localnews/2019621744_elexgaymarriage07m.html, December 8, 2013.

มหาวิทยาลัยรังสิต
Rangsit University

ภาคผนวก

ผนวก ก.

ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

มหาวิทยาลัยรังสิต
Rangsit University

ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

- หลักการ** ให้มีกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนคู่ชีวิต
- เหตุผล** โดยที่ปัจจุบันมีคู่ชีวิตเพศเดียวกันจำนวนมากที่ใช้ชีวิตร่วมกันดังครอบครัวทั่วไป แต่สถานภาพของคู่ชีวิตดังกล่าวไม่มีกฎหมายรับรองไว้ จึงทำให้บุคคลเหล่านี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทั้งในเรื่องสิทธิและหน้าที่อันพึงมีได้ ซึ่งขัดกับหลักการสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 4 มาตรา 26 และมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และตามหลักการในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน สมควรให้มีกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและรับรองการจดทะเบียนคู่ชีวิตเพศเดียวกัน จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

โดยที่เป็นการสมควรมีกฎหมายว่าด้วย การจดทะเบียนคู่ชีวิต

- มาตรา 1** พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.”
- มาตรา 2** พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป
- มาตรา 3** ในพระราชบัญญัตินี้
- “คู่ชีวิต” หมายความว่า บุคคลสองคนซึ่งเป็นเพศเดียวกันและได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้
- “การจดทะเบียน” หมายความว่า การจดทะเบียนความลงในทะเบียนเพื่อความสมบูรณ์ทางกฎหมาย
- “นายทะเบียน” หมายความว่า เจ้าพนักงานซึ่งรัฐมนตรีผู้มีหน้าที่รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ได้แต่งตั้งขึ้น

มาตรา 4 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้กฎกระทรวงนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

หมวด 1 : เจเนอใจการจดทะเบียนคู่ชีวิต

มาตรา 5 การจดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ให้กระทำได้เมื่อบุคคลมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์ขึ้นไป และมีสัญชาติไทย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย

มาตรา 6 การจดทะเบียนคู่ชีวิตจะกระทำได้ต่อเมื่อบุคคลทั้งสองฝ่ายแสดงความยินยอมให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วยการจดทะเบียนตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามแบบ หลักเกณฑ์และวิธีการตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

มาตรา 7 การจดทะเบียนจะกระทำมิได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนวิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือน ไม่สมประกอบ คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ
- (2) ถ้าบุคคลทั้งคู่เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา หรือเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ซึ่งความเป็นญาติดังกล่าวให้ถือตามสายโลหิต โดยไม่คำนึงว่าจะเป็ญาติ โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่
- (3) มีคู่สมรส หรือได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้อยู่แล้ว

มาตรา 8 การจดทะเบียนคู่ชีวิตในต่างประเทศระหว่างคนที่มีสัญชาติไทยด้วยกัน หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทยให้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

หมวด 2 : ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิต

มาตรา 9 ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า

ด้วยครอบครัวมาบังคับใช้โดยอนุโลม

คู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเสมือนคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอื่น เช่น สิทธิในการใช้ชื่อสกุล สิทธิตามกฎหมายเกี่ยวกับการประกันภัยหรือประกันชีวิต สิทธิตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ สิทธิตามกฎหมายประกันสังคม สิทธิในการลดหย่อนภาษี สิทธิของผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมาย

หมวด 3 : ทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส

มาตรา 10 ทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมาบังคับใช้โดยอนุโลม

หมวด 4 : การสิ้นสุดการเป็นคู่ชีวิต

มาตรา 11 คู่ชีวิตยอมสิ้นสุดลงด้วยความตาย การสมัครใจเลิกกัน โดยการจดทะเบียน หรือศาลพิพากษาให้เพิกถอน

มาตรา 12 เหตุที่จะขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิต มีดังต่อไปนี้

- (1) การฝ่าฝืนเงื่อนไขการจดทะเบียนคู่ชีวิต ตามหมวด 1 แห่งพระราชบัญญัตินี้
- (2) การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ได้กระทำโดยสำคัญผิด ถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ และให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1505 ถึงมาตรา 1508 และมาตรา 1511 ถึงมาตรา 1513 มาบังคับใช้โดยอนุโลม

(3) กรณีมีเหตุ ตามมาตรา 1516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการพิจารณาเหตุตาม 3) แห่งมาตรานี้ให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1517 ถึงมาตรา 1519 มาบังคับใช้โดยอนุโลม

มาตรา 13 การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ฝ่าฝืน มาตรา 5 มาตรา 6 และมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัตินี้ไม่เป็นเหตุให้บุคคลที่จดทะเบียนคู่ชีวิต โดยสุจริตเสื่อมเสียสิทธิที่ได้มาเพราะการจดทะเบียนคู่ชีวิตก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิต แต่การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ฝ่าฝืน มาตรา 7 ไม่ทำให้คู่ชีวิตเกิดสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม

ของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง

มาตรา 14 ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยการสิ้นสุดแห่งการสมรส เช่น ผลการเพิกถอนการสมรส สิทธิเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู ค่าทดแทน ค่าเลี้ยงชีพ และการจัดการทรัพย์สินกรณีการหย่า มาใช้บังคับการสิ้นสุดของการจดทะเบียนคู่ชีวิตโดยอนุโลม

หมวด 5 : มรดก

มาตรา 15 ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดกมาใช้บังคับกับสิทธิและหน้าที่ในการรับมรดกของคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้โดยอนุโลม

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

.....
นายกรัฐมนตรี

ผนวก ข.

THE VERMONT STATUTES

TITLE 15 : DOMESTIC RELATIONS, CHAPTER 23 : CIVIL UNIONS

THE VERMONT STATUTES**TITLE 15 : DOMESTIC RELATIONS, CHAPTER 23 : CIVIL UNIONS**

§ 1201. DEFINITIONS

As used in this chapter:

(1) "Certificate of civil union" means a document that certifies that the persons named on the certificate have established a civil union in this state in compliance with this chapter and 18 V.S.A. chapter 106.

(2) "Civil union" means that two eligible persons have established a relationship pursuant to this chapter, and may receive the benefits and protections and be subject to the responsibilities of spouses.

(3) "Commissioner" means the commissioner of health.

(4) [Repealed.]

(5) "Party to a civil union" means a person who has established a civil union pursuant to this chapter and 18 V.S.A. chapter 106.

§ 1202. REQUISITES OF A VALID CIVIL UNION

For a civil union to be established in Vermont, it shall be necessary that the parties to a civil union satisfy all of the following criteria:

(1) Not be a party to another civil union or a marriage.

(2) Be of the same sex.

(3) Meet the criteria and obligations set forth in 18 V.S.A. chapters 106.

§ 1203. PERSON SHALL NOT ENTER A CIVIL UNION WITH A RELATIVE

(a) A woman shall not enter a civil union with her mother, grandmother, daughter, granddaughter, sister, brother's daughter, sister's daughter, father's sister or mother's sister.

(b) A man shall not enter a civil union with his father, grandfather, son, grandson, brother, brother's son, sister's son, father's brother or mother's brother.

(c) A civil union between persons prohibited from entering a civil union in subsection

(a) or (b) of this section is void.

§ 1204. BENEFITS, PROTECTIONS, AND REPONSIBIRITIES OF PARTIES TO A CIVIL UNION

(a) Parties to a civil union shall have all the same benefits, protections, and responsibilities under law, whether they derive from statute, administrative or court rule, policy, common law, or any other source of civil law, as are granted to spouses in a civil marriage.

(b) A party to a civil union shall be included in any definition or use of the terms “spouse,” “family,” “immediate family,” “dependent,” “next of kin,” and other terms that denote the spousal relationship, as those terms are used throughout the law.

(c) Parties to a civil union shall be responsible for the support of one another to the same degree and in the same manner as prescribed under law for married persons.

(d) The law of domestic relations, including annulment, separation and divorce, child custody and support, and property division and maintenance shall apply to parties to a civil union.

(e) The following is a nonexclusive list of legal benefits, protections, and responsibilities of spouses, which shall apply in like manner to parties to a civil union:

(1) laws relating to title, tenure, descent and distribution, intestate succession, waiver of will, survivorship, or other incidents of the acquisition, ownership, or transfer, inter vivo or at death, of real or personal property, including eligibility to hold real and personal property as tenants by the entirety (parties to a civil union meet the common law unity of person qualification for purposes of a tenancy by the entirety);

(2) causes of action related to or dependent upon spousal status, including an action for wrongful death, emotional distress, loss of consortium, dram shop, or other torts or actions under contracts reciting, related to, or dependent upon spousal status;

(3) probate law and procedure, including no probate transfer;

(4) adoption law and procedure;

(5) group insurance for state employees under 3 V.S.A. § 631, and

continuing care contracts under 8 V.S.A. § 8005;

(6) spouse abuse programs under 3 V.S.A. § 18;

(7) prohibitions against discrimination based upon marital status;

(8) victim's compensation rights under 13 V.S.A. § 5351;

(9) workers' compensation benefits;

(10) laws relating to emergency and nonemergency medical care and treatment, hospital visitation and notification, including the Patient's Bill of Rights under 18 V.S.A. chapter 42 and the Nursing Home Residents' Bill of Rights under 33 V.S.A. chapter 73;

(11) advance directives under 18 V.S.A. chapter 111;

(12) family leave benefits under 21 V.S.A. chapter 5, subchapter 4A;

(13) public assistance benefits under state law;

(14) laws relating to taxes imposed by the state or a municipality;

(15) laws relating to immunity from compelled testimony and the marital communication privilege;

(16) the homestead rights of a surviving spouse under 27 V.S.A. § 105 and homestead property tax allowance under 32 V.S.A. § 6062;

(17) laws relating to loans to veterans under 8 V.S.A. § 1849;

(18) the definition of family farmer under 10 V.S.A. § 272;

(19) laws relating to the making, revoking and objecting to anatomical gifts by others under 18 V.S.A. § 5250i;

(20) state pay for military service under 20 V.S.A. § 1544;

(21) application for early voter absentee ballot under 17 V.S.A. § 2532;

(22) family landowner rights to fish and hunt under 10 V.S.A. § 4253;

(23) legal requirements for assignment of wages under 8 V.S.A. § 2235; and

(24) affirmance of relationship under 15 V.S.A. § 7.

(f) The rights of parties to a civil union, with respect to a child of whom either becomes the natural parent during the term of the civil union, shall be the same as those of a married couple, with respect to a child of whom either spouse becomes the natural parent during the marriage.

§ 1205. MODIFICATION OF CIVIL UNIONS TERMS

Parties to a civil union may modify the terms, conditions, or effects of their civil union in the same manner and to the same extent as married persons who execute an antenuptial agreement or other agreement recognized and enforceable under the law, setting forth particular understandings with respect to their union.

§ 1206. DISSOLUTION OF CIVIL UNIONS

(a) The Family Division of the Superior Court shall have jurisdiction over all proceedings relating to the dissolution of civil unions. Except as otherwise provided, the dissolution of civil unions shall follow the same procedures and be subject to the same substantive rights and obligations that are involved in the dissolution of civil marriage in accordance with chapter 11 of this title, including any residency requirements.

(b) Notwithstanding the provisions of sections 592 and 593 of this title, a complaint for civil union dissolution may be filed in the Family Division of Superior Court in the county in which the civil union certificate was filed by parties who are not residents of Vermont provided all of the following criteria are met:

- (1) The civil union of the parties was established in Vermont.
- (2) Neither party's state of legal residence recognizes the couple's Vermont civil union for purposes of dissolution.
- (3) There are no minor children who were born or adopted during the civil union.
- (4) The parties file a stipulation together with a complaint that resolves all issues in the dissolution action. The stipulation shall be signed by both parties and shall include the following terms:

(A) An agreement that the terms and conditions of the stipulation may be incorporated into a final order of dissolution.

(B) The facts upon which the court may base a decree of dissolution of a civil union and that bring the matter before the court's jurisdiction.

(C) An acknowledgment that:

(i) Each party understands that if he or she wishes to litigate any issue related to the dissolution before a Vermont court, one of the parties must meet the residency requirement set forth in section 592 of this title.

(ii) Neither party is the subject of an abuse prevention order in a proceeding between the parties.

(iii) There are no minor children who were born or adopted during the civil union.

(iv) Neither party's state of legal residence recognizes the couple's Vermont civil union for purposes of dissolution.

(v) Each party has entered into the stipulation freely and voluntarily.

(vi) The parties have exchanged all financial information, including income, assets, and liabilities.

(c) The court shall waive a final hearing on any dissolution action filed pursuant to subsection (b) of this section unless the court determines upon review of the complaint and stipulation that the filing is incomplete or that a hearing is warranted for the purpose of clarifying a provision of the stipulation. Final uncontested hearings in a nonresident dissolution action shall be conducted by telephone unless one or both of the parties choose to appear in person.

(d) (1) Except as provided in 18 V.S.A. § 5131(a)(4), parties to a civil union certified in Vermont who wish to dissolve their civil union after legally marrying one another may do so by following the procedures set forth in this subsection and are not subject to the same substantive rights and obligations that are involved in the dissolution of civil marriage in accordance with chapter 11 of this title, including any hearings, waiting periods, or residency requirements.

(2) Parties to a civil union who are legally wed to one another may dissolve their civil union by filing a petition for uncontested dissolution with the Family Division of the Superior Court in the county in which one or both reside. The application for uncontested dissolution shall be on a form prescribed by the Court Administrator. The form shall be signed by both

parties. The parties shall provide a certified copy of their marriage certificate with the petition.

(3) The grounds for dissolution pursuant to this subsection shall be that the parties are legally married at the time of the dissolution of the civil union.

(4) The benefits, protections, and responsibilities under law, whether they derive from statute, administrative or court rule, policy, common law, or any other source of civil law, shall continue in the same manner.

(5) Upon the filing of a petition for uncontested dissolution, the court may immediately grant the petition without requiring a hearing by issuing an order of uncontested dissolution.

(6) The filing fee for a dissolution pursuant to this subsection shall be as provided in 32 V.S.A. § 1431 (b) (2) for a complaint filed with a stipulation for a final order that is acceptable to the court.

§ 1207. COMMISSIONER OF HEALTH; DUTIES

(a) The commissioner shall provide civil union license and certificate forms to all town and county clerks.

(b) The commissioner shall keep a record of all civil unions.

§ 5160. ISSUANCE OF CIVIL UNION LICENSE; CERTIFICATION; RETURN CIVIL UNION OF CERTIFICATE

(a) Upon application in a form prescribed by the department, a town clerk shall issue a civil union license in the form prescribed by the department, and shall enter thereon the names of the parties to the proposed civil union, fill out the form as far as practicable and retain a copy in the clerk's office. At least one party to the proposed civil union shall sign the application attesting to the accuracy of the facts stated. The license shall be issued by the clerk of the town where either party resides or, if neither is a resident of the state, by any town clerk in the state.

(b) A civil union license shall be delivered by one of the parties to a proposed civil union, within 60 days from the date of issue, to a person authorized to certify civil unions by section 5164 of this title. If the proposed civil union is not certified within 60 days from the

date of issue, the license shall become void. After a person has certified the civil union, he or she shall fill out that part of the form on the license provided for such use, sign and certify the civil union. Thereafter, the document shall be known as a civil union certificate.

(c) Within ten days of the certification, the person performing the certification shall return the civil union certificate to the office of the town clerk from which the license was issued. The town clerk shall retain and file the original according to sections 5007 and 5008 of this title.

(d) A town clerk who knowingly issues a civil union license upon application of a person residing in another town in the state, or a county clerk who knowingly issues a civil union license upon application of a person other than as provided in section 5005 of this title, or a clerk who issues such a license without first requiring the applicant to fill out, sign and make oath to the declaration contained therein as provided in section 5160 of this title, shall be fined not more than \$50.00 nor less than \$20.00.

(e) A person making application to a clerk for a civil union license who makes a material misrepresentation in the declaration of intention shall be deemed guilty of perjury.

(f) A town clerk shall provide a person who applies for a civil union license with information prepared by the secretary of state that advises such person of the benefits, protections and responsibilities of a civil union and that Vermont residency may be required for dissolution of a civil union in Vermont.

§ 5161. ISSUANCE OF LICENSE

(a) A town clerk shall issue a civil union license to all applicants who have complied with the provisions of section 5160 of this title, and who are otherwise qualified under the laws of the state to apply for a civil union license.

(b) An assistant town clerk may perform the duties of a town clerk under this chapter.

§ 5162. PROOF OF LEGAL QUALIFICATIONS OF PARTIES TO A CIVIL UNION; PENALTY

(a) Before issuing a civil union license to an applicant, the town clerk shall be confident, through presentation of affidavits or other proof, that each party to the intended civil

union meets the criteria set forth to enter into a civil union.

(b) Affidavits shall be in a form prescribed by the board, and shall be attached to and filed with the civil union certificate in the office of the clerk of the town wherein the license was issued.

(c) A clerk who fails to comply with the provisions of this section, or who issues a civil union license with knowledge that either or both of the parties to a civil union have failed to comply with the requirements of the laws of this state, or a person who, having authority and having such knowledge, certifies such a civil union, shall be fined not more than \$100.00.

§ 5163. RESTRICTIONS AS TO MINRS AND INCOMPETENT

(a) A clerk shall not issue a civil union license when either party to the intended civil union is:

- (1) under 18 years of age;
- (2) non compos mentis;
- (3) under guardianship, without the written consent of such guardian.

(b) A clerk who knowingly violates subsection (a) of this section shall be fined not more than \$20.00. A person who aids in procuring a civil union license by falsely pretending to be the guardian having authority to give consent to the civil union shall be fined not more than \$500.00.

§ 5164. PERSONS AUTHORIZED TO CERTIFY CIVIL UNIONS

Civil unions may be certified by a supreme court justice, a superior court judge, a district judge, a judge of probate, an assistant judge, a justice of the peace or by a member of the clergy residing in this state and ordained or licensed, or otherwise regularly authorized by the published laws or discipline of the general conference, convention or other authority of his or her faith or denomination or by such a clergy person residing in an adjoining state or country, whose parish, church, temple, mosque or other religious organization lies wholly or in part in this state, or by a member of the clergy residing in some other state of the United States or in the Dominion of Canada, provided he or she has first secured from the probate court of the district within which the civil union is to be certified, a special authorization, authorizing

him or her to certify the civil union if such probate judge determines that the circumstances make the special authorization desirable. Civil unions among the Friends or Quakers, the Christadelphian Ecclesia and the Baha'i Faith may be certified in the manner used in such societies.

§ 5165. CIVIL UNION LICENS REQUIRED FOR CERTIFICATION; FAILURE TO RETURN

(a) Persons authorized by section 5164 of this title to certify civil unions shall require a civil union license of the parties before certifying the civil union. The license shall afford full immunity to the person who certifies the civil union.

(b) A person who certifies a civil union shall be fined not less than \$10.00, if such person:

(1) certifies a civil union without first obtaining the license; or

(2) fails to properly fill out the license and, within ten days from the date of the certification, return the license and certificate of civil union to the clerk's office from which it was issued.

§ 5166. CERTIFICATION BY UNAUTHORIZED PERSON; PENALTY; VALIDITY OF CIVIL UNIONS

(a) An unauthorized person who knowingly undertakes to join others in a civil union shall be imprisoned not more than six months or fined not more than \$300.00 nor less than \$100.00, or both.

(b) A civil union certified before a person falsely professing to be a justice or a member of the clergy shall be valid, provided that the civil union is in other respects lawful, and that either of the parties to a civil union believed that he or she was lawfully joined in a civil union.

§ 5167. EVIDENCE OF CIVIL UNION

A copy of the record of the civil union received from the town or county clerk, the commissioner of health or the director of public records shall be presumptive evidence of the

civil union in all courts.

§ 5168. CORRECTION OF CIVIL UNION CERTIFICATE

(a) Within six months after a civil union is certified, the town clerk may correct or complete a civil union certificate, upon application by a party to a civil union or by the person who certified the civil union. The town clerk shall certify that such correction or completion was made pursuant to this section and note the date. The town clerk may refuse an application for correction or completion; in which case, the applicant may petition the probate court for such correction or completion.

(b) After six months from the date a civil union is certified, a civil union certificate may only be corrected or amended pursuant to decree of the probate court in the district where the original certificate is filed.

(c) The probate court shall set a time for a hearing and, if the court deems necessary, give notice of the time and place by posting such information in the probate court office. After a hearing, the court shall make findings with respect to the correction of the civil union certificate as are supported by the evidence. The court shall issue a decree setting forth the facts as found, and transmit a certified copy of the decree to the supervisor of vital records registration. The supervisor of vital records registration shall transmit the same to the appropriate town clerk to amend the original or issue a new certificate. The words "Court Amended" shall be typed, written or stamped at the top of the new or amended certificate with the date of the decree and the name of the issuing court.

§ 5169. DELAYED CERTIFICATES OF CIVIL UNION

(a) Persons who were parties to a certified civil union ceremony in this state for whom no certificate of civil union was filed, as required by law, may petition the probate court of the district in which the civil union license was obtained to determine the facts, and to order the issuance of a delayed certificate of civil union.

(b) The probate court shall set a time for hearing on the petition and, if the court deems necessary, give notice of the time and place by posting such information in the probate court office. After hearing proper and relevant evidence as may be presented, the court shall

make findings with respect to the civil union as are supported by the evidence.

(c) The court shall issue a decree setting forth the facts as found, and transmit a certified copy of said facts to the supervisor of vital records registration.

(d) Where a delayed certificate is to be issued, the supervisor of vital records registration shall prepare a delayed certificate of civil union, and transmit it, with the decree, to the clerk of the town where the civil union license was issued. This delayed certificate shall have the word "Delayed" printed at the top, and shall certify that the certificate was ordered by a court pursuant to this chapter, with the date of the decree. The town clerk shall file the delayed certificate and, in accordance with the provisions of section 5010 of this title, furnish a copy to the department of health.

(e) Town clerks receiving new certificates in accordance with this section shall file and index them in the most recent book of civil unions, and also index them with civil unions occurring at the same time.

มหาวิทยาลัยรังสิต
Rangsit University

ผนวก ค.

CALIFORNIA FAMILY CODE

DIVISION 2.5. DOMESTIC PARTNER REGISTRATION

มหาวิทยาลัยรังสิต
Rangsit University

CALIFORNIA FAMILY CODE**DIVISION 2.5. DOMESTIC PARTNER REGISTRATION**

PART 1 : DEFINITIONS

SECTION 297. (a) Domestic partners are two adults who have chosen to share one another's lives in an intimate and committed relationship of mutual caring.

(b) A domestic partnership shall be established in California when both persons file a Declaration of Domestic Partnership with the Secretary of State pursuant to this division, and, at the time of filing, all of the following requirements are met:

(1) Neither person is married to someone else or is a member of another domestic partnership with someone else that has not been terminated, dissolved, or adjudged a nullity.

(2) The two persons are not related by blood in a way that would prevent them from being married to each other in this state.

(3) Both persons are at least 18 years of age, except as provided in Section 297.1.

(4) Either of the following:

(A) Both persons are members of the same sex.

(B) One or both of the persons meet the eligibility criteria under Title II of the Social Security Act as defined in Section 402(a) of Title 42 of the United States Code for old-age insurance benefits or Title XVI of the Social Security Act as defined in Section 1381 of Title 42 of the United States Code for aged individuals.

Notwithstanding any other provision of this section, persons of opposite sexes may not constitute a domestic partnership unless one or both of the persons are over 62 years of

age.

(5) Both persons are capable of consenting to the domestic partnership.

SECTION 297.1.

(a) A person under 18 years of age who, together with the person with whom he or she proposes to establish a domestic partnership, otherwise meets the requirements for a domestic partnership other than the requirement of being at least 18 years of age, is capable of consenting to and establishing a domestic partnership upon obtaining a court order granting permission to the underage person or persons to establish a domestic partnership.

(b) (1) The court order and written consent of the parents of each person under 18 years of age or of one of the parents or the guardian of each person under 18 years of age, except as provided in paragraph (2), shall be filed with the clerk of the court, and a certified copy of the order shall be filed with the Secretary of State with the Declaration of Domestic Partnership.

(2) If it appears to the satisfaction of the court by application of a person under 18 years of age that the person requires a written consent to establish a domestic partnership and that the minor has no parent or guardian, or has no parent or guardian capable of consenting, the court may make an order consenting to establishing the domestic partnership. The order shall be filed with the clerk of the court and a certified copy of the order shall be filed with the Secretary of State with the Declaration of Domestic Partnership.

SECTION 297.5.

(a) Registered domestic partners shall have the same rights, protections, and benefits, and shall be subject to the same responsibilities, obligations, and duties under law, whether they derive from statutes, administrative regulations, court rules, government policies, common law, or any other provisions or sources of law, as are granted to and imposed upon spouses.

(b) Former registered domestic partners shall have the same rights, protections, and benefits, and shall be subject to the same responsibilities,

obligations, and duties under law, whether they derive from statutes, administrative regulations, court rules, government policies, common law, or any other provisions or sources of law, as are granted to and imposed upon former spouses.

(c) A surviving registered domestic partner, following the death of the other partner, shall have the same rights, protections, and benefits, and shall be subject to the same responsibilities, obligations, and duties under law, whether they derive from statutes, administrative regulations, court rules, government policies, common law, or any other provisions or sources of law, as are granted to and imposed upon a widow or a widower.

(d) The rights and obligations of registered domestic partners with respect to a child of either of them shall be the same as those of spouses. The rights and obligations of former or surviving registered domestic partners with respect to a child of either of them shall be the same as those of former or surviving spouses.

(e) To the extent that provisions of California law adopt, refer to, or rely upon, provisions of federal law in a way that otherwise would cause registered domestic partners to be treated differently than spouses, registered domestic partners shall be treated by California law as if federal law recognized a domestic partnership in the same manner as California law.

(f) Registered domestic partners shall have the same rights regarding nondiscrimination as those provided to spouses.

(g) No public agency in this state may discriminate against any person or couple on the ground that the person is a registered domestic partner rather than a spouse or that the couple are registered domestic partners rather than spouses, except that nothing in this section applies to modify eligibility for long-term care plans pursuant to Chapter 15 (commencing with Section 21660) of Part 3 of Division 5 of Title 2 of the Government Code.

(h) This act does not preclude any state or local agency from exercising its regulatory authority to implement statutes providing rights to, or imposing responsibilities upon, domestic partners.

(i) This section does not amend or modify any provision of the California

Constitution or any provision of any statute that was adopted by initiative.

(j) Where necessary to implement the rights of registered domestic partners under this act, gender-specific terms referring to spouses shall be construed to include domestic partners.

(k) (1) For purposes of the statutes, administrative regulations, court rules, government policies, common law, and any other provision or source of law governing the rights, protections, and benefits, and the responsibilities, obligations, and duties of registered domestic partners in this state, as effectuated by this section, with respect to community property, mutual responsibility for debts to third parties, the right in particular circumstances of either partner to seek financial support from the other following the dissolution of the partnership, and other rights and duties as between the partners concerning ownership of property, any reference to the date of a marriage shall be deemed to refer to the date of registration of a domestic partnership with the state.

(2) Notwithstanding paragraph (1), for domestic partnerships registered with the state before January 1, 2005, an agreement between the domestic partners that the partners intend to be governed by the requirements set forth in Sections 1600 to 1620, inclusive, and which complies with those sections, except for the agreement's effective date, shall be enforceable as provided by Sections 1600 to 1620, inclusive, if that agreement was fully executed and in force as of June 30, 2005.

PART 2 : REGISTRATION

SECTION 298.

(a) (1) The Secretary of State shall prepare forms entitled "Declaration of Domestic Partnership" and "Notice of Termination of Domestic Partnership" to meet the requirements of this division. These forms shall require the signature and seal of an acknowledgment by a notary public to be binding and valid.

(2) When funding allows, the Secretary of State shall include on the form notice that a lesbian, gay, bisexual, and transgender specific domestic abuse

brochure is available upon request.

(b) (1) The Secretary of State shall distribute these forms to each county clerk. These forms shall be available to the public at the office of the Secretary of State and each county clerk.

(2) The Secretary of State shall, by regulation, establish fees for the actual costs of processing each of these forms, and the cost for preparing and sending the mailings and notices required pursuant to Section 299.3, and shall charge these fees to persons filing the forms.

(3) There is hereby established a fee of twenty-three dollars (\$23) to be charged in addition to the existing fees established by regulation to persons filing domestic partner registrations pursuant to Section 297 for development and support of a lesbian, gay, bisexual, and transgender curriculum for training workshops on domestic violence, conducted pursuant to Section 13823.15 of the Penal Code, and for the support of a grant program to promote healthy nonviolent relationships in the lesbian, gay, bisexual, and transgender community. This paragraph shall not apply to persons of opposite sexes filing a domestic partnership registration and who meet the qualifications described in subparagraph (B) of paragraph (5) of subdivision (b) of Section 297.

(4) The fee established by paragraph (3) shall be deposited in the Equality in Prevention and Services for Domestic Abuse Fund, which is hereby established. The fund shall be administered by the Office of Emergency Services, and expenditures from the fund shall be used to support the purposes of paragraph (3).

(c) The Declaration of Domestic Partnership shall require each person who wants to become a domestic partner to (1) state that he or she meets the requirements of Section 297 at the time the form is signed, (2) provide a mailing address, (3) state that he or she consents to the jurisdiction of the Superior Courts of California for the purpose of a proceeding to obtain a judgment of dissolution or nullity of the domestic partnership or for legal separation of partners in the domestic partnership, or for any other proceeding related to the partners' rights and obligations, even if one or both partners ceases to be a resident of, or to maintain a

domicile in, this state, (4) sign the form with a declaration that representations made therein are true, correct, and contain no material omissions of fact to the best knowledge and belief of the applicant, and (5) have a notary public acknowledge his or her signature. Both partners' signatures shall be affixed to one Declaration of Domestic Partnership form, which form shall then be transmitted to the Secretary of State according to the instructions provided on the form. Filing an intentionally and materially false Declaration of Domestic Partnership shall be punishable as a misdemeanor.

(d) The Declaration of Domestic Partnership form shall contain an optional section for either party or both parties to indicate a change in name pursuant to Section 298.6. The optional section shall require a party indicating a change in name to provide his or her date of birth.

SECTION 298.5.

(a) Two persons desiring to become domestic partners may complete and file a Declaration of Domestic Partnership with the Secretary of State.

(b) The Secretary of State shall register the Declaration of Domestic Partnership in a registry for those partnerships, and shall return a copy of the registered form and a Certificate of Registered Domestic Partnership and, except for those opposite sex domestic partners who meet the qualifications described in subparagraph (B) of paragraph (5) of subdivision (b) of Section 297, a copy of the brochure that is made available to county clerks and the Secretary of State by the State Department of Public Health pursuant to Section 358 and distributed to individuals receiving a confidential marriage license pursuant to Section 503, to the domestic partners at the mailing address provided by the domestic partners.

(c) No person who has filed a Declaration of Domestic Partnership may file a new Declaration of Domestic Partnership or enter a civil marriage with someone other than their registered domestic partner unless the most recent domestic partnership has been terminated or a final judgment of dissolution or nullity of the most recent domestic partnership has been entered. This prohibition does not apply if the previous domestic partnership ended because one of the

partners died.

(d) When funding allows, the Secretary of State shall print and make available upon request, pursuant to Section 358, a lesbian, gay, bisexual, and transgender specific domestic abuse brochure developed by the State Department of Public Health and made available to the Secretary of State to domestic partners who qualify pursuant to Section 297.

(e) The Certificate of Registered Domestic Partnership shall include the name used by each party before registration of the domestic partnership and the new name, if any, selected by each party upon registration of the domestic partnership.

SECTION 298.6.

(a) Parties to a registered domestic partnership shall not be required to have the same name. Neither party shall be required to change his or her name. A person's name shall not change upon registration as a domestic partner unless that person elects to change his or her name pursuant to subdivision (b).

(b) (1) One party or both parties to a registered domestic partnership may elect to change the middle or last names by which that party wishes to be known after registration of the domestic partnership by entering the new name in the space provided on the Declaration of Domestic Partnership form without intent to defraud.

(2) A person may adopt any of the following middle or last names pursuant to paragraph (1):

(A) The current last name of the other domestic partner.

(B) The last name of either domestic partner given at birth.

(C) A name combining into a single last name all or a segment of the current last name or the last name of either domestic partner given at birth.

(D) A hyphenated combination of last names.

(3) (A) An election by a person to change his or her name pursuant to paragraph (1) shall serve as a record of the name change. A certified copy of the

Certificate of Registered Domestic Partnership containing the new name, or retaining the former name, shall constitute proof that the use of the new name or retention of the former name is lawful.

(B) A certified copy of a Certificate of Registered Domestic Partnership shall be accepted as identification establishing a true, full name for purposes of Section 12800.7 of the Vehicle Code.

(C) Nothing in this section shall be construed to prohibit the Department of Motor Vehicles from accepting as identification other documents establishing a true, full name for purposes of Section 12800.7 of the Vehicle Code. Those documents may include, without limitation, a certified copy of a document that is substantially equivalent to a Certificate of Registered Domestic Partnership that records either of the following:

(i) A legal union of two persons that was validly formed in another jurisdiction and is recognized as a valid domestic partnership in this state pursuant to Section 299.2.

(ii) A legal union of domestic partners as defined by a local jurisdiction pursuant to Section 299.6.

(D) This section shall be applied in a manner consistent with the requirements of Sections 1653.5 and 12801 of the Vehicle Code.

(4) The adoption of a new name, or the choice not to adopt a new name, by means of a Declaration of Domestic Partnership pursuant to paragraph (1) shall not abrogate the right of either party to adopt a different name through usage at a future date, or to petition the superior court for a change of name pursuant to Title 8 (commencing with Section 1275) of Part 3 of the Code of Civil Procedure.

(c) Nothing in this section shall be construed to abrogate the common law right of any person to change his or her name, or the right of any person to petition the superior court for a change of name pursuant to Title 8 (commencing with Section 1275) of Part 3 of the Code of Civil Procedure.

SECTION 298.7.

The Secretary of State shall establish a process by which two persons, who

have been living together as domestic partners and who meet the requirements of paragraphs (1) to (5), inclusive, of subdivision (b) of Section 297, may enter into a confidential domestic partnership. This process shall do all of the following:

(a) Maintain each confidential Declaration of Domestic Partnership as a permanent record that is not open to public inspection except upon order of the court issued upon a showing of good cause.

(b) Authorize the Secretary of State to charge a reasonable fee to offset costs directly connected with maintaining confidentiality of a Declaration of Domestic Partnership.

PART 3 : TERMINATION

SECTION 299.

(a) A registered domestic partnership may be terminated without filing a proceeding for dissolution of domestic partnership by the filing of a Notice of Termination of Domestic Partnership with the Secretary of State pursuant to this section, provided that all of the following conditions exist at the time of the filing:

(1) The Notice of Termination of Domestic Partnership is signed by both registered domestic partners.

(2) There are no children of the relationship of the parties born before or after registration of the domestic partnership or adopted by the parties after registration of the domestic partnership, and neither of the registered domestic partners, to their knowledge, is pregnant.

(3) The registered domestic partnership is not more than five years in duration.

(4) Neither party has any interest in real property wherever situated, with the exception of the lease of a residence occupied by either party which satisfies the following requirements:

(A) The lease does not include an option to purchase.

(B) The lease terminates within one year from

the date of filing of the Notice of Termination of Domestic Partnership.

(5) There are no unpaid obligations in excess of the amount described in paragraph (6) of subdivision (a) of Section 2400, as adjusted by subdivision (b) of Section 2400, incurred by either or both of the parties after registration of the domestic partnership, excluding the amount of any unpaid obligation with respect to an automobile.

(6) The total fair market value of community property assets, excluding all encumbrances and automobiles, including any deferred compensation or retirement plan, is less than the amount described in paragraph (7) of subdivision (a) of Section 2400, as adjusted by subdivision (b) of Section 2400, and neither party has separate property assets, excluding all encumbrances and automobiles, in excess of that amount.

(7) The parties have executed an agreement setting forth the division of assets and the assumption of liabilities of the community property, and have executed any documents, title certificates, bills of sale, or other evidence of transfer necessary to effectuate the agreement.

(8) The parties waive any rights to support by the other domestic partner.

(9) The parties have read and understand a brochure prepared by the Secretary of State describing the requirements, nature, and effect of terminating a domestic partnership.

(10) Both parties desire that the domestic partnership be terminated.

(b) The registered domestic partnership shall be terminated effective six months after the date of filing of the Notice of Termination of Domestic Partnership with the Secretary of State pursuant to this section, provided that neither party has, before that date, filed with the Secretary of State a notice of revocation of the termination of domestic partnership, in the form and content as shall be prescribed by the Secretary of State, and sent to the other party a copy of the notice of revocation by first-class mail, postage prepaid, at the other party's last known

address. The effect of termination of a domestic partnership pursuant to this section shall be the same as, and shall be treated for all purposes as, the entry of a judgment of dissolution of a domestic partnership.

(c) The termination of a domestic partnership pursuant to subdivision (b) does not prejudice nor bar the rights of either of the parties to institute an action in the superior court to set aside the termination for fraud, duress, mistake, or any other ground recognized at law or in equity. A court may set aside the termination of domestic partnership and declare the termination of the domestic partnership null and void upon proof that the parties did not meet the requirements of subdivision (a) at the time of the filing of the Notice of Termination of Domestic Partnership with the Secretary of State.

(d) The superior courts shall have jurisdiction over all proceedings relating to the dissolution of domestic partnerships, nullity of domestic partnerships, and legal separation of partners in a domestic partnership. The dissolution of a domestic partnership, nullity of a domestic partnership, and legal separation of partners in a domestic partnership shall follow the same procedures, and the partners shall possess the same rights, protections, and benefits, and be subject to the same responsibilities, obligations, and duties, as apply to the dissolution of marriage, nullity of marriage, and legal separation of spouses in a marriage, respectively, except as provided in subdivision (a), and except that, in accordance with the consent acknowledged by domestic partners in the Declaration of Domestic Partnership form, proceedings for dissolution, nullity, or legal separation of a domestic partnership registered in this state may be filed in the superior courts of this state even if neither domestic partner is a resident of, or maintains a domicile in, the state at the time the proceedings are filed.

(e) Parties to a registered domestic partnership who are also married to one another may petition the court to dissolve both their domestic partnership and their marriage in a single proceeding, in a form that shall be prescribed by the Judicial Council.

SECTION 299.2. A legal union of two persons of the same sex, other than a marriage, that was validly formed in another jurisdiction, and that is substantially equivalent to a domestic partnership as defined in this part, shall be recognized as a valid domestic partnership in this state regardless of whether it bears the name domestic partnership.

SECTION 299.3. (a) On or before June 30, 2004, and again on or before December 1, 2004, and again on or before January 31, 2005, the Secretary of State shall send the following letter to the mailing address on file of each registered domestic partner who registered more than one month prior to each of those dates: "Dear Registered Domestic Partner:

This letter is being sent to all persons who have registered with the Secretary of State as a domestic partner.

Effective January 1, 2005, California's law related to the rights and responsibilities of registered domestic partners will change (or, if you are receiving this letter after that date, the law has changed, as of January 1, 2005). With this new legislation, for purposes of California law, domestic partners will have a great many new rights and responsibilities, including laws governing community property, those governing property transfer, those regarding duties of mutual financial support and mutual responsibilities for certain debts to third parties, and many others. The way domestic partnerships are terminated is also changing. After January 1, 2005, under certain circumstances, it will be necessary to participate in a dissolution proceeding in court to end a domestic partnership.

Domestic partners who do not wish to be subject to these new rights and responsibilities MUST terminate their domestic partnership before January 1, 2005. Under the law in effect until January 1, 2005, your domestic partnership is automatically terminated if you or your partner marry or die while you are registered as domestic partners. It is also terminated if you send to your partner or your partner sends to you, by certified mail, a notice terminating the domestic partnership, or if you and your partner no longer share a common residence. In all

cases, you are required to file a Notice of Termination of Domestic Partnership.

If you do not terminate your domestic partnership before January 1, 2005, as provided above, you will be subject to these new rights and responsibilities and, under certain circumstances, you will only be able to terminate your domestic partnership, other than as a result of your domestic partner's death, by the filing of a court action.

Further, if you registered your domestic partnership with the state prior to January 1, 2005, you have until June 30, 2005, to enter into a written agreement with your domestic partner that will be enforceable in the same manner as a premarital agreement under California law, if you intend to be so governed.

If you have any questions about any of these changes, please consult an attorney. If you cannot find an attorney in your locale, please contact your county bar association for a referral. Sincerely, The Secretary of State"

(b) From January 1, 2004, to December 31, 2004, inclusive, the Secretary of State shall provide the following notice with all requests for the Declaration of Domestic Partnership form. The Secretary of State also shall attach the Notice to the Declaration of Domestic Partnership form that is provided to the general public on the Secretary of State's Web site:

“NOTICE TO POTENTIAL DOMESTIC PARTNER REGISTRANTS

As of January 1, 2005, California's law of domestic partnership will change.

Beginning at that time, for purposes of California law, domestic partners will have a great many new rights and responsibilities, including laws governing community property, those governing property transfer, those regarding duties of mutual financial support and mutual responsibilities for certain debts to third parties, and many others. The way domestic partnerships are terminated will also change. Unlike current law, which allows partners to end their partnership simply by filing a “Termination of Domestic Partnership” form with the Secretary of State, after January 1, 2005, it will be necessary under certain circumstances to participate

in a dissolution proceeding in court to end a domestic partnership.

If you have questions about these changes, please consult an attorney. If you cannot find an attorney in your area, please contact your county bar association for a referral.”

PART 4 : LEGAL EFFECT

[Repealed]

PART 5 : PREEMPTION

SECTION 299.6.

(a) Any local ordinance or law that provides for the creation of a “domestic partnership” shall be preempted on and after July 1, 2000, except as provided in subdivision (c).

(b) Domestic partnerships created under any local domestic partnership ordinance or law before July 1, 2000, shall remain valid. On and after July 1, 2000, domestic partnerships previously established under a local ordinance or law shall be governed by this division and the rights and duties of the partners shall be those set out in this division, except as provided in subdivision (c), provided a Declaration of Domestic Partnership is filed by the domestic partners under Section 298.5.

(c) Any local jurisdiction may retain or adopt ordinances, policies, or laws that offer rights within that jurisdiction to domestic partners as defined by Section 297 or as more broadly defined by the local jurisdiction’s ordinances, policies, or laws, or that impose duties upon third parties regarding domestic partners as defined by Section 297 or as more broadly defined by the local jurisdiction’s ordinances, policies, or laws, that are in addition to the rights and duties set out in this division, and the local rights may be conditioned upon the agreement of the domestic partners to assume the additional obligations set forth in this division.

ผนวก ง.

ACT ON LIFE PARTNERSHIP 2001

มหาวิทยาลัยรังสิต
Rangsit University

ACT ON LIFE PARTNERSHIP 2001

PART 1 : CONCLUSION OF A LIFE PARTNERSHIP

SECTION 1 FORMALITIES AND CONDITIONS OF VALIDITY

(1) Two Person of the same sex conclude a Life Partnership by making, while they are both present, reciprocal declarations that they want to lead a Partnership for Life (Life Partners). These declarations may not be given under any condition, wether as to time or otherwise. The declarations become valid if they are given at the competent office. It is a supplementary condition of validity for the conclusion of a Life Partnership that the Life Partners have given a declaration on their Property Regime (Section 6 (1)).

(2) A Life Partnership cannot be validly concluded

1. With a Person who is juvenile or married or who already has a Life Partnership with another Person;
2. Between Persons who are related in direct line;
3. Between full or half siblings;
4. If the Life Partners at the moment of conclusion of their Life Partnership do not want to create the obligations under section 2.

The “competent office” mentioned in Subsection 1 is to be designated by the different States which compose the Federal Republic. At first, the Federal Legislator wanted to impose the Registrars Office (which is competent for marriage ceremonies), but such a regulation would have needed approval by the second chamber of Parliament, the Bundesrat. Given the lack of support for this Act in that Chamber, no uniform solution could be found and the matter was left to the discretion of the States. Not all States have legislated in time for the first Partnerships (01/08/2001) ; those which have have adopted different solutions according to political preferences.

The notion of “juvenile” in Subsection 2 Nr. 1 refers to Section 2 of the civil code which defines as “adult” a Person over the age of 18.

PART 2 : LEGAL CONSEQUENCES OF THE LIFE PARTNERSHIP

SECTION 2 COMMUNITY OF LIFE WITHIN THE PARTNERSHIP

The Life Partners owe each other support and care as well as a common design of Life. They are responsible for each other.

SECTION 3 LIFE PARTNERSHIP NAME

(1) The Life Partners can designate a common name (Life partnership Name). The Life Partners can choose, by way of declaration, the Birth name of one of the Life Partners as their Life Partnership Name. This declaration should be made at the Conclusion of the Life Partnership. The declaration becomes valid if it is made at the competent office. The validity of a later declaration depends on it being publicly certified.

(2) A Life Partner, whose name does not become Life Partnership Name, can add, by way of declaration, to the Life Partnership Name his Birth name or the name which he is using at the time of the declaration either as a prefix or as an addition. This may not be done if the Life Partnership Name itself contains several names. If the name of one of the Life Partners contains several name, only one of these names may be added. The declaration becomes valid if it is made at the competent office. The declaration can be retracted; in this case, no new declaration according to Section 3 (2) (1) may be made. The retraction becomes valid if it is made at the competent office. The declaration and the retraction have to be publicly certified.

(3) A Life Partner retains his Life Partnership Name even after the Termination of the Life Partnership. He can, by way of declaration, take up again his Birth name or the name which he used until the designation, of a Life Partnership Name, or he may add his Birth name to his Life Partnership Name, either as a prefix or as an addition. Section 3 (2) is to be applied accordingly.

(4) Birth name is the name which is registered in the Birth Certificate of one of the Life Partners at the time of the declarations mentioned in Section 3 (1) - (3).

SECTION 4 DUTY OF CARE

In the accomplishment of the duties which arise from the Life Partnership, the Life Partners owe each other only such a degree of care which they habitually use in their own affairs.

A similar rule is contained in Section 1359 for marriage. It concerns the degree of care owed in matters of tortious liability.

SECTION 5 OBLIGATION F MAINTENCE

The Life Partners are under a mutual obligation of maintenance. The Sections 1360a and 1360b the Civil Code are to be applied accordingly.

The aforementioned sections of the Civil Code contain rules detailing the amount of maintenance due in marriage and the different ways in which maintenance may be paid.

SECTION 6 DECLARATION ON THE PROPERTY REGIME

(1) The Life Partners have to make a declaration on their Property Regime before concluding a Life Partnership. They have to declare either that they have chosen a Regime of Aquests, or that they have concluded a Life Partnership Contract (Section 7).

(2) Within the Property Regime of Aquests, assets which belong to the Life Partners at the beginning of the Life Partnership or which are gained by them during the Life Partnership do not become community property. Each of the Life Partners Administers his own assets himself. At the Termination of this Property Regime, the balance of the surplus which the Life Partners have acquired within that Regime will be established. The Section 1371 to 1390 of the Civil Code are to be applied accordingly.

The regime of Aquests is the general marital property regime in German Family Law. The Sections 1371 to 1390 of the Civil Code define this regime. The general principle is that the gains made by both Partners during Marriage/Life Partnership should be equally distributed between the Spouses/the Life Partners. The

distribution is, however, stalled until either the death of one of the two persons shall receive a quarter of the estate as realization of the Aquests regime; no further payment shall be made and it is immaterial whether there has been a gain at all. In the case of divorce/termination, the gains will be calculated and the surplus will be equally divided between the two persons.

SECTION 7 LIFE PARTNERSHIP CONTRACT

(1) The life Partners may regulate their financial dealings by way of contract (Life Partnership Contract). This contract must be concluded in the presence of both Life Partners and has to be put in writing by a Notary. The Sections 1409 and 1411 the Civil Code are to be applied accordingly.

(2) Section 7 (1) (2) shall not apply if the Life Partners have agreed in the form mentioned in Section 6 (1) to adopt the Regime of aquests before concluding the Life Partnership.

Section 1409 and 1411 of Civil Code are concerned with the formalities of marital contract.

SECTION 8 OTHER FINANCIAL CONSEQUENCES

(1) It is presumed for the benefit of the creditors of one of the Life Partners that the movable objects which are in the possession of one or both of the Life Partners belong to the debtor. Furthermore, the Sections 1362 (1) (2) and 1362 (1) (3) as well as 1362 (2) of the Civil Code are to be applied accordingly.

(2) The Section 1357 and 1365 to 1370 of the Civil Code are to be applied accordingly.

Section 1362 of the Civil Code is concerned with spelling out the scope of the presumption in favour of the creditors. Section 1357 legislates that a Spouse has power of attorney for her marital partner in affairs of everyday necessities. The Sections 1365 to 1370 are limitations of the power of a Spouse to dispose of the totality of his assets or (as the Courts have ruled) over a very large portion of his assets without the consent of his partner.

SECTION 9 COMPETENCES OF THE LIFE PARTNER MATTERS OF PARENTAL RESPONSIBILITY

(1) If a parent who has sole parental responsibility leads a Life Partnership, the other Life Partner has, together with that Parent, the right of co-decision in matters of the daily life of the child. Section 1629 (2) (1) of the Civil Code is to be applied accordingly.

(2) In the case of clear and present danger, the Life Partner is entitled to make all legal acts necessary for the wellbeing of the Child; the parent who has parental responsibility is to be informed immediately.

(3) The Family Court can limit or exclude the rights under Section 9 (1), if this is necessary for the wellbeing of the child.

(4) There are no rights under Section 9 (1) if the Life Partners live separately for a not only transient time.

Section 1629 (2) (1) of the Civil Code contains a limitation for parental responsibility. For certain specified matters, parents need a court order.

SECTION 10 SUCCESSION RIGHTS

(1) The surviving Life Partner of a Deceased is legal heir to a quarter of the estate next to relatives of the first order and to half of the estates next to relatives of the second order and next to grandparents. In excess of this, he inherits as an “advance”, the household assets which belong to the household of the Life Partners and the presents which were exchanged at the conclusion of the Partnership. If the Life Partner is legal heir next to relatives of the first order, he shall inherit this “advance” only if he needs them for a proper household. The rules on special bequests shall be applicable.

(2) If no relatives of the first or second order and no grandparents survive, the Life Partner shall inherit the whole estate.

(3) The succession rights of the Life Partner are excluded, if at the time of the death of the person who leaves the inheritance.

1. The grounds for Termination of the Life Partnership according to Section 15 (2) (1) or (2) were fulfilled and the Deceased had applied for or

consented to Termination;

2. The Deceased had made an application according to Section 15

(2) (3) and application was materially well founded;

In these cases Section 16 shall be applied accordingly.

(4) Life Partners may establish a common testament. The Section 2266 to 2273 of the Civil Code are to be applied accordingly.

(5) Section 2077 (1) and (3) of the Civil Code shall be applied accordingly to any testamentary disposition of a Life Partner.

(6) If the deceased has excluded a surviving Life Partner from the inheritance by way of testamentary disposition, that Life Partner may demand half of the value of the legal inheritance from the heirs as statutory portion. The provisions of the Civil Code on statutory portions are to be applied accordingly; a Life Partner is to be held to be a marital partner in these provisions.

(7) The provisions of the Civil Code on the renunciation of the inheritance are to be applied accordingly.

Relatives “of the first order” are the children of the deceased (Section 1924 of the Civil Code); relatives “of the second order” are the parents of the deceased and their children (=the siblings or half-siblings of the deceased).

A “common testament” (Subsection 4, referring to sections 2266 to 2273 of the Civil Code) differs from normal testaments in terms of special formalities as well as special effects. It was until this Act limited to marital couples.

Section 2077 means that a testamentary disposition to the benefit of a Spouse shall be deemed to be retracted if a divorce had been granted or if one the spouses had applied for a divorce and the application was materially well founded.

SECTION 11 OTHER CONSEQUENCES OF THE LIFE PARTNERSHIP

(1) A Life Partner shall be deemed to be member of the family of his partner, as long as no other statutory disposition is made.

(2) The relatives of one of the Life Partners are deemed to be related by Partnership with the other Life Partner. The line and degree of relationship shall be

determined according to the line and degree of the mediating relationship. This relationship shall continue even after the Life Partnership which founded it has been terminated.

PART 3 : SEPARATION OF THE LIFE PARTNERS

SECTION 12 MAINTENANCE AT SEPARATION

(1) If the Life Partners are living separately, a Life Partner may demand of the other such maintenance which is proper according to the way of Life, and the financial and professional situation during the Life Partnership. If one of the Life Partners does not work, he may be asked to earn his living by paid work; this is not so if this cannot be expected of him regard to his personal situation (which includes the length of the Life Partnership) and to the financial situation of the Life partners.

(2) The demand of maintenance is to be refused, lowered or restricted in time insofar as it would be inequitable towards debtor of that obligation. The Sections 1361 (4) and 1610a of the Civil Code are to be applied accordingly.

The Section concern details of the calculation of maintenance and its payment.

SECTION 13 DIVISION OF HOUSEHOD ASSETS

(1) If the Life Partners are living separately, each of them can demand of the other that those household assets which belong to him be given back. However, he must leave them with the other Life Partner if that Partner needs these assets in order to run a separate household and if is equitable with regards to the circumstances.

(2) Household assets which belong to both Life Partners are to be distributed equitably. The Court can order an adequate compensation for the use of such assets.

(3) Property of such assets remains unchanged, unless the Life Partners deem otherwise.

SECTION 14 DESIGNATION OF HOMES AT SEPARATION

(1) If the Life Partners are living separately, or if one of them wants to live separately, one of the Life Partners may demand that other give him the common home, or part of it, for sole use, if such a decision is necessary in order to avoid a special hardship. Special consideration shall be given to the fact that one of the Life Partners owns (either alone or together with a third party) the property (Eigentum), the Erbbaurecht or the right to use immovable property (Niebbrauch); this shall also be the case for a Wohnungseigentum, the Dauerwohnrecht and the dingliche Wohnrecht.

(2) If one of the Life Partners has to give the other sole use of the common home or of part of it, he may demand adequate compensation for use, if this is equitable.

The notions referred to in Subsection 1 designate different ways of holding immovable property under German Law. As legal situation is very different from English Law in this respect, any translation would be hazardous. It is important to note, however, that all these notions refer not to a purely contractual obligation to rent, but to different ways of holding property.

PART 4 : TERMINATION OF THE LIFE PARTNERSHIP

SECTION 15 TERMINATION

(1) On application of one or both of the Life Partners, the Life Partnership will be dissolved by way of a Court Order.

(2) The Court shall terminate the Life Partnership if

1. Both Life Partners have declared that they do not want to continue with the Life Partnership and that twelve months have elapsed since that declaration;

2. One of the Life partners has declared that he does not want to continue the Life Partnership and 36 months have elapsed since that declaration was served on the other Life Partner;

3. The continuation of the Life Partnership would be an

unreasonable hardship for the applicant for reasons which stem from the person of his Life Partner.

(3) The Life Partners can retract their declaration according to Section 15 (2) (1) or (2), as long as the Life Partnership has not been terminated. If in the case of Section 15 (2) (1) one of the Life Partners retracts his declaration, the Court will terminate the Life Partnership if 36 months have elapsed since the joint declaration was made.

(4) The Declarations according to Section 15 (2) Nr.1 and 2 or Section 15 (3) have to be made personally and have to be publicly certified. They may not be given under any condition, wether as to time or otherwise.

SECTION 16 MAINTENCES AFTER TERMINATION

(1) If one of the Life Partners cannot maintain himself after the Termination of the Life Partnership, he can demand that the other Life Partner grant him the amount of maintenance which, with regards to the standard of life during the Life Partnership, appears proper and insofar and as long as, due to illness or his age a salaried work cannot be expected of him.

(2) The obligation expires if the Claimant enters into Marriage or into a new Life Partnership. The Section 1578 Subsection 1 (1) (2, first half - sentence) (4), Subsections 2 and 3, Sections 1578 a to 1581 and 1583 to 1589 and 1586 b of the Civil Code are to be applied accordingly.

(3) In the determination of the amount of maintenance due, a former Life Partner takes precedence before a new, Life Partner and other relatives (in the sense of Section 1609 (2) of the Civil Code) in the case of Section 1581 of the Civil Code; all other persons who have a statutory claim to maintenance take precedence over the former Life Partner.

SECTION 17 DECISIONS BY THE FAMILY COURTS

If upon Termination of the Life Partnership the Life Partners cannot agree on who should live in the common home in the future, or who should get the equipment/

furniture of that home and other household assets, the Family Court shall, on application, determine the legal situation according to equity. The Court shall have regard to all relevant circumstances. As regards the home and the household assets, the ruling of the Court shall have the effect organizing the legal situation.

The last sentence refers to the power of the Court not only to determine the property situation but also to change it by conveying property from one of the Partner to the other.

SECTION 18 DECISION ON THE COMMON HOME

(1) With regards to the common home, the Court may order that

1. A tenancy agreement which has been entered into by both Life Partners shall be continued by one of them alone;
2. One of the Life Partners enters into a tenancy agreement which had been entered only by the other Life Partner.

(2) If the common home is property or co-property of one of the Life Partners, the Court may order that tenancy agreement be founded as to that home, if the loss of that home would be an inequitable hardship.

(3) Section 3 to 7 of the Marital Home and the Household Assets Order and Section 60 of the Wohnungseigentum Act are to be applied accordingly.

SECTION 19 DECISION ON HOUSEHOLD ASSETS

Section 8 to 10 of the Marital Home and Household Assets Order shall be applied accordingly. Movable Property which is in the sole Property of one of the Life Partners or in the Co-Property of the Life Partners and a third party shall be ordered to be transferred to the other Life Partners by the Court only if that other person depends on its continued use and transfer is not unreasonable for the other person.

The Marital Home and Household Assets Order is applicable in Marriage Disputes and given Courts a wide discretion in regulating these disputes.

ผนวก จ.

LOI NO 99 - 944 DU 15 NOVEMBRE 1999 RELATIVE AU
PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ

**LOI NO 99 - 944 DU 15 NOVEMBRE 1999 RELATIVE AU
PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ**

NOR : JUSX9803236L

L'Assemblée nationale et le Sénat ont délibéré,

L'Assemblée nationale a adopté,

Vu la décision du Conseil constitutionnel no 99 - 419 DC en date du 9 novembre 1999 ;

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article 1er Le livre Ier du code civil est complété par un titre XII ainsi rédigé :

TITRE XII

DU PACTE CIVIL DE SOLIDARITE

ET DU CONCUBINAGE

Chapitre Ier

Du pacte civil de solidarité

Art. 515 - 1. Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune.

Art. 515 - 2. A peine de nullité, il ne peut y avoir de pacte civil de solidarité :

1o Entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus ;

2o Entre deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens du mariage ;

3o Entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un pacte civil de solidarité.

Art. 515 - 3. Deux personnes qui concluent un pacte civil de solidarité en font la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel elles fixent leur résidence commune.

A peine d'irrecevabilité, elles produisent au greffier la convention passée entre elles en double original et joignent les pièces d'état civil permettant d'établir la validité de l'acte au regard de l'article 515 - 2 ainsi qu'un certificat du greffe du tribunal d'instance de leur lieu de naissance ou, en cas de naissance à l'étranger, du greffe du tribunal de grande instance de Paris, attestant qu'elles ne sont pas déjà liées par un pacte civil de solidarité.

Après production de l'ensemble des pièces, le greffier inscrit cette déclaration sur un registre.

Le greffier vise et date les deux exemplaires originaux de la convention et les restitue à chaque partenaire.

Il fait porter mention de la déclaration sur un registre tenu au greffe du tribunal d'instance du lieu de naissance de chaque partenaire ou, en cas de naissance à l'étranger, au greffe du tribunal de grande instance de Paris.

L'inscription sur le registre du lieu de résidence confère date certaine au pacte civil de solidarité et le rend opposable aux tiers.

Toute modification du pacte fait l'objet d'une déclaration conjointe inscrite au greffe du tribunal d'instance qui a reçu l'acte initial, à laquelle est joint, à peine d'irrecevabilité et en double original, l'acte portant modification de la convention. Les formalités prévues au quatrième alinéa sont applicables.

A l'étranger, l'inscription de la déclaration conjointe d'un pacte liant deux partenaires dont l'un au moins est de nationalité française et les formalités prévues aux deuxième et quatrième alinéas sont assurées par les agents diplomatiques et consulaires français ainsi que celles requises en cas de modification du pacte.

Art. 515 - 4. Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'apportent une aide

mutuelle et matérielle. Les modalités de cette aide sont fixées par le pacte.

Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun.

Art. 515 - 5. Les partenaires d'un pacte civil de solidarité indiquent, dans la convention visée au deuxième alinéa de l'article 515 - 3, s'ils entendent soumettre au régime de l'indivision les meubles meublants dont ils feraient l'acquisition à titre onéreux postérieurement à la conclusion du pacte. A défaut, ces meubles sont présumés indivis par moitié. Il en est de même lorsque la date d'acquisition de ces biens ne peut être établie.

Les autres biens dont les partenaires deviennent propriétaires à titre onéreux postérieurement à la conclusion du pacte sont présumés indivis par moitié si l'acte d'acquisition ou de souscription n'en dispose autrement.

Art. 515 - 6. Les dispositions de l'article 832 sont applicables entre partenaires d'un pacte civil de solidarité en cas de dissolution de celui-ci, à l'exception de celles relatives à tout ou partie d'une exploitation agricole, ainsi qu'à une quote-part indivise ou aux parts sociales de cette exploitation.

Art. 515 - 7. Lorsque les partenaires décident d'un commun accord de mettre fin au pacte civil de solidarité, ils remettent une déclaration conjointe écrite au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel l'un d'entre eux au moins a sa résidence. Le greffier inscrit cette déclaration sur un registre et en assure la conservation.

Lorsque l'un des partenaires décide de mettre fin au pacte civil de solidarité, il signifie à l'autre sa décision et adresse copie de cette signification au greffe du tribunal d'instance qui a reçu l'acte initial.

Lorsque l'un des partenaires met fin au pacte civil de solidarité en se mariant, il en informe l'autre par voie de signification et adresse copies de celle-ci

et de son acte de naissance, sur lequel est portée mention du mariage, au greffe du tribunal d'instance qui a reçu l'acte initial.

Lorsque le pacte civil de solidarité prend fin par le décès de l'un au moins des partenaires, le survivant ou tout intéressé adresse copie de l'acte de décès au greffe du tribunal d'instance qui a reçu l'acte initial.

Le greffier, qui reçoit la déclaration ou les actes prévus aux alinéas précédents, porte ou fait porter mention de la fin du pacte en marge de l'acte initial. Il fait également procéder à l'inscription de cette mention en marge du registre prévu au cinquième alinéa de l'article 515 - 3.

A l'étranger, la réception, l'inscription et la conservation de la déclaration ou des actes prévus aux quatre premiers alinéas sont assurées par les agents diplomatiques et consulaires français, qui procèdent ou font procéder également aux mentions prévues à l'alinéa précédent.

Le pacte civil de solidarité prend fin, selon le cas :

1o Dès la mention en marge de l'acte initial de la déclaration conjointe prévue au premier alinéa ;

2o Trois mois après la signification délivrée en application du deuxième alinéa, sous réserve qu'une copie en ait été portée à la connaissance du greffier du tribunal désigné à cet alinéa ;

3o A la date du mariage ou du décès de l'un des partenaires.

Les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultant pour eux du pacte civil de solidarité. A défaut d'accord, le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture, sans préjudice de la réparation du dommage éventuellement subi.

Article 2 Après l'article 506 du code civil, il est inséré un article 506 - 1 ainsi rédigé :

Art. 506 - 1. Les majeurs placés sous tutelle ne peuvent conclure un pacte civil de solidarité.

Lorsque au cours d'un pacte civil de solidarité l'un des partenaires est

placé sous tutelle, le tuteur autorisé par le conseil de famille ou, à défaut, le juge des tutelles peut mettre fin au pacte selon les modalités prévues au premier ou au deuxième alinéa de l'article 515 - 7.

Lorsque l'initiative de rompre le pacte est prise par l'autre partenaire, la signification mentionnée aux deuxième et troisième alinéas du même article est adressée au tuteur.

Article 3 Le titre XII du livre Ier du code civil est complété par un chapitre II ainsi rédigé :

Chapitre II

Du concubinage

Art. 515 - 8. Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple.

Article 4 I. Le 1 de l'article 6 du code général des impôts est complété par un alinéa ainsi rédigé :

Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité défini à l'article 515 - 1 du code civil font l'objet, pour les revenus visés au premier alinéa, d'une imposition commune à compter de l'imposition des revenus de l'année du troisième anniversaire de l'enregistrement du pacte. L'imposition est établie à leurs deux noms, séparés par le mot : "ou".

II. Après le 6 de l'article 6 du code général des impôts, il est inséré un 7 ainsi rédigé

7. Chacun des partenaires liés par un pacte civil de solidarité est personnellement imposable pour les revenus dont il a disposé l'année au cours de laquelle le pacte a pris fin dans les conditions prévues à l'article 515 - 7 du code civil.

Lorsque les deux partenaires liés par un pacte civil de solidarité et soumis à imposition commune contractent mariage, les dispositions du 5 ne s'appliquent pas.

En cas de décès de l'un des partenaires liés par un pacte civil de solidarité et

soumis à imposition commune, le survivant est personnellement imposable pour la période postérieure au décès.

III. Les règles d'imposition et d'assiette, autres que celles mentionnées au dernier alinéa du 1 et au 7 de l'article 6 du code général des impôts, les règles de liquidation et de paiement de l'impôt sur le revenu et des impôts directs locaux ainsi que celles concernant la souscription des déclarations et le contrôle des mêmes impôts prévues par le code général des impôts et le livre des procédures fiscales pour les contribuables mentionnés au deuxième alinéa du 1 de l'article 6 du code général des impôts s'appliquent aux partenaires liés par un pacte civil de solidarité qui font l'objet d'une imposition commune.

Article 5

I. Il est inséré, dans le code général des impôts, un article 777 bis ainsi rédigé :

Art. 777 bis. - La part nette taxable revenant au partenaire lié au donateur ou au testateur par un pacte civil de solidarité défini à l'article 515 - 1 du code civil est soumise à un taux de 40 % pour la fraction n'excédant pas 100 000 F et à un taux de 50 % pour le surplus.

Ces taux ne s'appliquent aux donations que si, à la date du fait générateur des droits, les partenaires sont liés depuis au moins deux ans par un pacte civil de solidarité.

II. A l'article 780 du code général des impôts, les mots : article 777 sont remplacés par les mots : articles 777, 777 bis.

III. L'article 779 du code général des impôts est complété par un III ainsi rédigé :

III. - Pour la perception des droits de mutation à titre gratuit, il est effectué un abattement de 300 000 F sur la part du partenaire lié au donateur ou au testateur par un pacte civil de solidarité défini à l'article 515-1 du code civil. Pour les mutations à titre gratuit entre vifs consenties par actes passés à compter du 1er janvier 2000 et pour les successions ouvertes à compter de cette date, le montant de l'abattement est de 375 000 F.

Cet abattement ne s'applique aux donations que si, à la date du fait générateur des droits, les partenaires sont liés depuis au moins deux ans par un pacte civil de solidarité.

Article 6

I. Après le quatrième alinéa de l'article 885-A du code général des impôts, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité défini par l'article 515 - 1 du code civil font l'objet d'une imposition commune.

II. Au II de l'article 885 W du code général des impôts, après les mots : Les époux, sont insérés les mots : et les partenaires liés par un pacte civil de solidarité défini par l'article 515 - 1 du code civil.

III. A l'article 1723 ter - 00 B du code général des impôts, après les mots : Les époux, sont insérés les mots : et les partenaires liés par un pacte civil de solidarité défini par l'article 515 - 1 du code civil.

Article 7 Le premier alinéa de l'article L. 161 - 14 du code de la sécurité sociale est complété par une phrase ainsi rédigée :

Il en est de même de la personne liée à un assuré social par un pacte civil de solidarité lorsqu'elle ne peut bénéficier de la qualité d'assuré social à un autre titre.

Article 8 Les dispositions des articles L. 223 - 7, L. 226 - 1, quatrième alinéa, et L. 784 - 1 du code du travail sont applicables aux partenaires liés par un pacte civil de solidarité.

Article 9 Le dernier alinéa de l'article L. 361 - 4 du code de la sécurité sociale est ainsi rédigé :
Si aucune priorité n'est invoquée dans un délai déterminé, le capital est attribué au conjoint survivant non séparé de droit ou de fait, au partenaire auquel le défunt était lié par un pacte civil de solidarité ou à défaut aux descendants et, dans le cas où le de cujus ne laisse ni conjoint survivant, ni partenaire d'un pacte civil de solidarité, ni descendants, aux ascendants.

Article 10 Le deuxième alinéa de l'article L. 523 - 2 du code de la sécurité sociale est ainsi rédigé :
Lorsque le père ou la mère titulaire du droit à l'allocation de soutien familial se marie, conclut un pacte civil de solidarité ou vit en concubinage, cette prestation cesse d'être due.

Article 11 Le deuxième alinéa (1o) de l'article L. 356 - 3 du code de la sécurité sociale est ainsi

rédigé :

1o Se remarie, conclut un pacte civil de solidarité ou vit en concubinage ;

Article 12 La conclusion d'un pacte civil de solidarité constitue l'un des éléments d'appréciation des liens personnels en France, au sens du 70 de l'article 12 bis de l'ordonnance no 45 - 2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, pour l'obtention d'un titre de séjour.

Article 13 I. Dans la deuxième phrase du quatrième alinéa de l'article 60 de la loi no 84 - 16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, après les mots : raisons professionnelles, , sont insérés les mots : aux fonctionnaires séparés pour des raisons professionnelles du partenaire avec lequel ils sont liés par un pacte civil de solidarité.

II. Dans l'article 62 de la loi no 84 - 16 du 11 janvier 1984 précitée, après les mots : raisons professionnelles, sont insérés les mots : les fonctionnaires séparés pour des raisons professionnelles du partenaire avec lequel ils sont liés par un pacte civil de solidarité.

III. Dans les premier et deuxième alinéas de l'article 54 de la loi no 84 - 53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, après les mots : raisons professionnelles, sont insérés les mots : les fonctionnaires séparés pour des raisons professionnelles du partenaire avec lequel ils sont liés par un pacte civil de solidarité.

IV. Dans l'article 38 de la loi no 86 -33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, après les mots : raisons professionnelles, sont insérés les mots : les fonctionnaires séparés pour des raisons professionnelles du partenaire avec lequel ils sont liés par un pacte civil de solidarité.

Article 14 I. Après le troisième alinéa de l'article 14 de la loi no 89 -462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi no 86 - 1290 du 23 décembre 1986, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

- au profit du partenaire lié au locataire par un pacte civil de solidarité.

II. Après le septième alinéa du même article 14, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

- au partenaire lié au locataire par un pacte civil de solidarité.

III. Dans la deuxième phrase du premier alinéa du I de l'article 15 de la même loi, après les mots : bailleur, son conjoint, sont insérés les mots : le partenaire auquel il est lié par un pacte civil de solidarité enregistré à la date du congé.

IV. Dans la deuxième phrase du premier alinéa du I du même article 15, après les mots : ceux de son conjoint, le mot : ou est remplacé par les mots : de son partenaire ou de son.

Article 15 Les conditions d'application de la présente loi sont fixées par décrets en Conseil d'Etat.

Le décret relatif aux conditions dans lesquelles sont traitées et conservées les informations relatives à la formation, la modification et la dissolution du pacte civil de solidarité est pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

มหาวิทยาลัยรังสิต
Rangsit University

ประวัติผู้วิจัย

- ชื่อ – นามสกุล : ณัฐวดี ชื่น โปธิ์กลาง
- วัน – เดือน – ปีเกิด : 27 กุมภาพันธ์ 2535
- สถานที่เกิด : จังหวัดนครราชสีมา ประเทศไทย
- ประวัติการศึกษา : โรงเรียนราชสีมาวิทยาลัย
ระดับชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 6, 2552
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช
ปริญญานิติศาสตรบัณฑิต, 2554
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปริญญาการผังเมืองบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง), 2556
มหาวิทยาลัยรังสิต
ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, 2557
- ที่อยู่ปัจจุบัน : บ้านเลขที่ 987 หมู่ที่ 4 ตำบลหัวทะเล อำเภอเมือง จังหวัดนครราชสีมา