

กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของ
กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกัน

ณัฐวุฒิ ชัยสายัณห์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตร์ุษฎีบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

2558

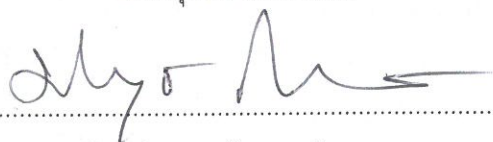
กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของ
กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน
ณัฐวุฒิ ชัยสายัณห์
คณะนิติศาสตร์

รองศาสตราจารย์..........อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ปิยะนุช โปตะวณิช)

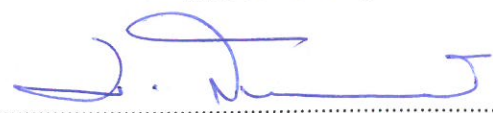
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

ศาสตราจารย์..........ประธานกรรมการ
(ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ)

ศาสตราจารย์..........กรรมการ
(ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์)

รองศาสตราจารย์..........กรรมการ
(ปิยะนุช โปตะวณิช)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........กรรมการ
(ดร.วริยา ล้ำเลิศ)

ศาสตราจารย์..........คณบดี
(ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)

พฤษภาคม 2558

บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์	กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของ กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน
ชื่อผู้เขียน	นายณัฐวุฒิ ชัยสายพันธ์
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
ปีการศึกษา	2558

รัฐออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่มนุษย์โดยนำเอาพฤติกรรมทางเพศมาเป็นหลักการสำคัญ ซึ่งรัฐคำนึงถึงแต่เพียงเรื่องเพศสัมพันธ์ที่สืบพันธุ์ได้ และใช้แนวคิดดังกล่าวเป็นองค์ประกอบหลักในการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่ประชากร รัฐไม่ได้ยึดหลักการและแนวคิดในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์โดยคำนึงถึงพฤติกรรมที่เกิดจากความรัก ที่สามารถเกิดขึ้นได้กับมนุษย์ที่มีเพศสรีระที่ต่างกัน หรือมนุษย์ที่มีเพศสรีระเดียวกัน การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์จึงจำเป็นต้องเกิดขึ้นกับทุกรูปแบบของความรัก เพราะสิ่งเหล่านี้เป็นสิทธิโดยธรรมชาติ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐจะต้องให้การรับรอง ไม่ใช่รัฐให้สิทธิในการจดทะเบียนสมรสกันได้และเฉพาะรูปแบบความรักในรูปแบบนี้เพียงรูปแบบเดียวเท่านั้น หากแต่ความเป็นจริงนั้นรัฐต้องออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วยเช่นกัน รัฐไม่ได้นำแนวคิดที่มาจากทฤษฎีรูปแบบของการสมรสมาเป็นส่วนประกอบในการพิจารณาการออกกฎหมาย รัฐไม่เข้าใจว่ารูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาตินั้นเป็นรูปแบบการสมรสที่แท้จริงในตัวอยู่แล้ว เพราะเป็นกฎของธรรมชาติ เป็นเรื่องระหว่างธรรมชาติกับมนุษย์และมีวัตถุประสงค์เพื่อการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ เพศจึงเป็นสาระสำคัญของการสมรสเฉพาะในรูปแบบนี้เท่านั้น ซึ่งมีความแตกต่างจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ที่เป็นเรื่องที่รัฐสามารถกำหนดเงื่อนไขในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ให้แก่มนุษย์ขึ้นมาเองในรูปแบบของกฎหมาย โดยรัฐมีวัตถุประสงค์เพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่ประชาชนในรัฐ อันเป็นการได้มาซึ่งสิทธิประโยชน์ในฐานะคนที่รักกันและประสงค์จะใช้ชีวิตร่วมกัน และเป็นวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ให้แก่ประชากรตามความประสงค์ของรัฐอย่างแท้จริง เพศจึงไม่ใช่สาระสำคัญของการสมรสในรูปแบบนี้ ถ้าหากรัฐมีแนวคิดในลักษณะเช่นนี้แล้ว รัฐก็จะออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่ประชากรในรัฐ โดยคำนึงพฤติกรรมการแสดงออกซึ่งความรัก ที่ไม่ได้นำเรื่องเพศสรีระมาเป็นองค์ประกอบหลักในการพิจารณา ทำให้เกิด

เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก และเกิดความเสมอภาคแก่มนุษย์ทุกคนที่จะได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่โดยชอบด้วยกฎหมายของรัฐอย่างเท่าเทียมกัน

แต่หากศึกษาแล้วจะพบว่าลักษณะโดยทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ที่มีสภาพที่เป็นกฎหมายที่สร้างขึ้นมาเพื่อความเป็นสามีและภรรยา และโยงไปสู่ความเป็นบิดามารดาและบุตรในภายภาคหน้าอันเป็นการเชื่อมโยงตามโครงสร้างทางกายภาพของตัวบทกฎหมาย หากมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับนี้ เพื่อให้สิทธิดังกล่าวเกิดขึ้นกับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วยแล้วนั้น อาจเป็นการกระทบกระเทือนถึงรูปแบบและลักษณะอันเป็นเจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้ที่ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ดังนั้น หากประเทศไทยต้องการที่จะออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่คู่รักในทุกรูปแบบของความรัก โดยไม่คำนึงถึงเพศสรีระมาเป็นองค์ประกอบนั้น ควรออกกฎหมายแยกต่างหากอีกฉบับเป็นเอกเทศ โดยกฎหมายที่จะบัญญัติขึ้นใหม่นั้นจะต้องมีลักษณะที่พระราชบัญญัติบันทึกชีวิต เพื่อมิให้เป็นการกระทบกระเทือนต่อระบบกฎหมายครอบครัวของไทยที่มีอยู่แต่ก่อนแล้ว และไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงวัฒนธรรมและความเชื่อในเรื่องประเพณีการแต่งงานที่มีมาแต่เดิม

การที่รัฐได้ให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในลักษณะของการออกกฎหมายพิเศษอีกฉบับ แยกต่างหากจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวที่เป็นการจดทะเบียนสมรสของคู่รักที่มีเพศสภาพเป็นชายและหญิง การใช้กฎหมายคนละฉบับเช่นนี้อาจต้องพบกับอุปสรรคในเรื่องของการตีความความหมายของคำว่าคู่สมรสในบริบทของกฎหมายต่างๆ ที่จะหมายรวมถึงกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันด้วยหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้จะต้องมีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในกฎหมาย โดยต้องให้คำจำกัดความและใ้สนิยามความหมายของคำว่าคู่สมรสที่อยู่ในบริบทของกฎหมายต่างๆ ว่าจะต้องมีความหมายรวมถึงคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในทางกฎหมายด้วย จึงจะส่งผลให้การได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ จากกฎหมายเหล่านั้นครอบคลุมถึงคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในทางกฎหมาย ประกอบกับสิทธิและหน้าที่ของความเป็นคู่สมรสหรือความเป็นสามีภรรยาที่มีความเกี่ยวพันกันนั้นต้องสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม กับกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน และการนำมาปรับใช้ร่วมกันได้อย่างเหมาะสมนั้นก็จะต้องเกิดขึ้นได้ทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติที่ต้องอยู่ภายใต้เพศสภาพและความเป็นไปได้ในทางสรีระของผู้ที่ใช้กฎหมายด้วย

ABSTRACT

Title of Dissertation	Same-Sex Certificated
Author	Mr. Nattawut Chaisayan
Degree	Doctor of Laws
Year	2015

State has recognized status of civil partnership of human beings by using sexual orientations as a primary factor for consideration. In this sense, state had just considered for only sexual relationship that can reproduce and apply such concept as a fundamental element to enact law to recognize status of civil partnership of civilians. However, it had never adhere to the principles and concepts in certifying civil partnership of human beings by taking into account of human behaviors borne out of love which could be arisen from all human beings either with different or with the same physical bodies. Therefore, the certification for civil partnership of human beings shall be given to all forms of love, as it is natural and fundamental right in which state shall have recognized, not only recognizing the right to register marriage in particular form of love. In fact, state shall also enact law to recognize civil partnership of all groups of same-sex couples. State has never applied the concept of such theoretical model of marriage as part of the basis for legislation enactment. It has never understood that the form of marriage which harmonizes with natural condition is the true form of marriage *per se*, as it is the law of nature and the matter between natures and human, as it aims to reproduce human race. Therefore, the sexual orientation factor is the essential element for such form of marriage only which is different from the form of marriage under the conditions stipulated by state. In the latter case, the state can impose conditions on recognizing the status of civil partnership of human beings in the form of legislation with the aims to certify civil partnership of all civilians which provides legal rights and benefits to them as lovers who desire to cohabit together and to protect the rights and interests of entire civilians, according to the

state's will. Sexual orientation, therefore, is not the essential element for this form of marriage. If the state takes such concept, it will enact law to recognize civil partnership of civilians, by taking into account the human behaviors that express love as the essential element, not the sexual relationship. In this way, it will respect freedom of expression of loving behaviors and equality between all human beings, whose civil partnership recognized by state under the law equally.

This study shows that the general principles of Civil and Commercial Code, regarding Family is the law that aims to constitute the relationship of husband and wife, which is linked to parents and child in the next Chapter as a structure of the Code. If there is an amendment to the code to recognize the aforementioned right of the same-sex couples, it may affect the structure and real spirit of law; therefore, if Thailand desires to enact law to recognize status of civil partnership of the same-sex couples in all forms of love, regardless of sexual orientations, it shall enact a special law separately. Also, the newly enacted law shall be in the form of Act on the Same-Sex Civil Partnership Certificated, so that Thai legal system in relation to family that exists before, as well as the culture and beliefs on traditional marriage will not be affected.

Nonetheless, if state recognizes status of civil partnership of same-sex couples in a special law separated from the Civil and Commercial Code, it may experience a difficulty in interpretation of definitions of spouse in different contexts of law, that whether it includes same-sex couples whose civil partnership is recognized. In this sense, the definitions shall be made expressly in the law, by defining and providing definitions of the term 'spouse' in different contexts of the law that includes same-sex couples, whose civil partnership has been legitimately recognized. Then, it will result that rights and benefits under all different laws will extend to include the same-sex couples whose civil partnership has been legitimately recognized. Also, the rights and obligations of a spouse or husband and wife shall be extended to the law recognizing status of civil partnership of same-sex couples *mutatis mutandis* and the proper application must occur both in theory and in practice, subject to genders and the possibility of physical bodies of the subject of law.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เรื่อง กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน สำเร็จลุล่วงได้เนื่องมาจากได้รับความช่วยเหลือจาก ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายครอบครัว ที่ท่านได้สละเวลาอันมีค่าทำการตรวจ เสนอแนะแนวทาง และให้คำปรึกษา รวมถึงแสดงความคิดเห็นที่เป็นประโยชน์ในการทำวิทยานิพนธ์ และขอขอบคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ที่ท่านได้ให้ความช่วยเหลือในเรื่องกฎหมายสมรสของต่างประเทศ

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ปิยะนุช โปตะวณิช ผู้ซึ่งเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา และอาจารย์ผู้ควบคุมวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ที่ท่านได้สละเวลาให้คำปรึกษาข้อชี้แนะ ข้อแนะนำ และข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์ต่อการวิทยานิพนธ์ทุกขั้นตอน ตลอดจนให้กำลังใจและสร้างแรงกระตุ้นแก่ผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ตลอดมา และขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ ที่ท่านได้สละเวลาอันมีค่าทำการตรวจ พิจารณาวิทยานิพนธ์ และให้ข้อคิดเห็น ข้อเสนอแนะ เพิ่มเติมในประเด็นข้อกฎหมาย และประเด็นปัญหาต่างๆ ตลอดจนให้คำแนะนำที่ดีในการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้ถูกต้องและสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ขอขอบพระคุณ คณาจารย์ประจำ และคณาจารย์พิเศษ หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ที่ท่านได้ถ่ายทอดและสร้างความรู้ให้แก่ผู้เขียน และขอขอบคุณเจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์ทุกท่าน ที่ได้ช่วยเหลือเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในการศึกษาในครั้งนี้เป็นอย่างดี ท้ายสุดผู้เขียนขอขอบคุณ และขอมอบความสำเร็จทั้งหมดจากการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แด่ คุณพ่อ คุณแม่ และครอบครัวของผู้เขียน ที่เป็นเป็นผู้ที่ช่วยส่งเสริมสนับสนุน และให้กำลังใจ ตลอดจนเป็นแรงใจที่สำคัญยิ่งของผู้เขียนตลอดมา จนทำให้การศึกษาครั้งนี้ประสบผลสำเร็จได้ตามที่ตั้งใจ

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จักเป็นประโยชน์ และมีคุณค่าต่อผู้สนใจ เพื่อการศึกษาและพัฒนาความรู้ต่อไป คุณค่าความดีของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบเป็นกตเวทิตาคุณ แต่ผู้ที่มีพระคุณต่อผู้เขียนทุกท่านดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น และหากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และขออภัยไว้ ณ โอกาสนี้

ณัฐฤดี ชัยสายัณห์

มิถุนายน 2558

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	(3)
ABSTRACT	(5)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
สารบัญ	(8)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	6
1.4 ขอบเขตการศึกษา	6
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	7
1.7 นิยามศัพท์เฉพาะ	7
บทที่ 2 วิวัฒนาการของ รูปแบบ วัตถุประสงค์ และหลักเกณฑ์ในการสมรสของกลุ่มคนที่มี เพศวิถีแบบรักต่างเพศที่พัฒนามาสู่รูปแบบของการรับรองสถานะในทางกฎหมาย	10
2.1 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสของต่างประเทศ	11
2.1.1 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสก่อนมีการจดทะเบียนสมรส	11
2.1.2 วิวัฒนาการของกฎหมายครอบครัวภายหลังมีการจดทะเบียนสมรส	23
2.2 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสของประเทศไทย	31
2.2.1 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสก่อนมีการจดทะเบียนสมรส	32
2.2.2 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสภายหลังมีการจดทะเบียนสมรส	56
2.3 รูปแบบของการใช้ชีวิตร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศในรูปแบบ ของการสมรส	87
2.3.1 รูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขธรรมชาติ	88
2.3.2 รูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ	91
2.3.3 รูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ	96

2.4	หลักเกณฑ์ของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศใน รูปแบบของการสมรส	103
2.4.1	หลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขธรรมชาติ	104
2.4.2	หลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ	104
2.4.3	หลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ	107
2.5	วัตถุประสงค์ของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศใน รูปแบบของการสมรส	131
2.5.1	วัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขธรรมชาติ	132
2.5.2	วัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ	135
2.5.3	วัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ	138
2.6	ลักษณะเฉพาะของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว ที่ใช้ได้เฉพาะรูปแบบการสมรสแบบคู่รักต่างเพศ	144
บทที่ 3	แนวคิด ทฤษฎี ที่นำไปสู่การออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้ แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน	168
3.1	แนวคิดในการไม่รับรองและแนวคิดในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน	171
3.1.1	แนวคิดในเชิงวัฒนธรรม ประเพณี และความเชื่อ	172
3.1.2	แนวคิดในเชิงมานุษยวิทยา	188
3.1.3	แนวคิดในเชิงวิทยาศาสตร์การแพทย์	194
3.1.4	แนวคิดในเชิงวิวัฒนาการของกฎหมาย	200
3.1.5	แนวคิดที่เป็นสาเหตุของการไม่ยอมรับและแนวคิดที่นำไปสู่การยอมรับ กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในสังคม	211
3.2	ทฤษฎีกฎหมายที่สำคัญต่อแนวทางของการยอมรับและไม่ยอมรับการรับรอง สถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน	230
3.2.1	ทฤษฎีกฎหมายที่สำคัญต่อแนวทางของการยอมรับการรับรองสถานะใน การใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน	230
3.2.2	ทฤษฎีกฎหมายที่สำคัญต่อการแนวทางการไม่ยอมรับการรับรองสถานะใน การใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน	243
บทที่ 4	หลักการและเหตุผลตามข้อตกลงระหว่างประเทศและรูปแบบของกฎหมาย รับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศ เดียวกันในต่างประเทศ	262

4.1	ข้อตกลงระหว่างประเทศในระดับสากล	263
4.1.1	ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948	264
4.1.2	กติการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966	269
4.1.3	กติการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ.1966	273
4.1.4	หลักการยกยอการรดา	274
4.2	ข้อตกลงระหว่างประเทศในระดับภูมิภาค	277
4.2.1	อนุสัญญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานและ สถานะในทางกฎหมายของปัจเจกชนภายใต้แนวคิดของสหภาพยุโรป	279
4.2.2	อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950	282
4.2.3	อนุสัญญาอินเตอร์-อเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1969	292
4.2.4	กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและประชาชน ค.ศ.1981	293
4.3	รูปแบบของกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศ วิถีแบบรักเพศเดียวกันตามกฎหมายภายในของต่างประเทศ	295
4.3.1	รูปแบบของกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคน ที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส	301
4.3.2	รูปแบบของกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคน ที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน	315
4.3.3	รูปแบบของกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคน ที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา	340
บทที่ 5	วิเคราะห์หลักการและเหตุผลที่ประเทศไทยต้องให้การรับรองสถานะในการใช้ ชีวิตคู่ร่วมกันแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน	369
5.1	หลักการและเหตุผลที่ประเทศไทยจำเป็นต้องออกกฎหมายรับรองสถานะใน การใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน	370
5.1.1	แนวคิดตามทฤษฎีสถานะแห่งสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก	370
5.1.2	แนวทางตามทฤษฎีรูปแบบของการสมรส	374
5.1.3	เหตุที่รัฐออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันนั้นให้เฉพาะ แก่คู่รักที่มีเพศสรีระที่แตกต่างกัน	376

5.2	แนวทางการนำกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศ วิถีแบบรักเพศเดียวกันของต่างประเทศเพื่อนำมาปรับใช้กับรูปแบบกฎหมายภายใน ของประเทศไทย	380
5.2.1	โครงสร้างกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่มนุษย์ของ ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร	380
5.2.2	ข้อจำกัดในเรื่องโครงสร้างทางกายภาพของตัวบทกฎหมาย	384
5.3	สิทธิในทางกฎหมายภายหลังจากการจดทะเบียนรับรองสถานะในการใช้ชีวิต คู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน	389
5.3.1	สิทธิของความเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายที่สามารถนำมาปรับ ใช้กับกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มี เพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้โดยอนุโลม	391
5.3.2	สิทธิของความเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจจะยังไม่สามารถ นำมาปรับใช้กับกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่ม คนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้	426
บทที่ 6	บทสรุปและข้อเสนอแนะ	449
6.1	บทสรุป	449
6.2	ข้อเสนอแนะ	460
	บรรณานุกรม	481
	ประวัติผู้เขียน	505

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ถ้าเริ่มต้นด้วยการตั้งคำถามว่า อะไรคือความหมายของคำว่า ชีวิตคู่ และแน่นอนคำตอบที่ได้มาคือ การที่ชายและหญิงตกลงกันที่จะใช้เวลาที่เหลืออยู่ของชีวิตร่วมกัน เรียนรู้ซึ่งกันและกัน อันเป็นการรวมสองกายโดยใช้หัวใจเดียว เพื่อต่อเติมความรักและความผูกพันระหว่างบุคคลทั้งสอง นำมาซึ่งความรักที่ถักทอเป็นสายใยแห่งความผูกพันที่เริ่มต้นจากคนสองคน และเป็นหนทางในการนำไปสู่การสร้างสถาบันครอบครัว อันมีจุดมุ่งหมายที่สำคัญตามวิถีแห่งธรรมชาติในการให้กำเนิดบุตร เพื่อสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์สืบต่อไป สิ่งที่กำลังกล่าวมาทั้งหมดคือ ความรักของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชาย กับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิง เป็นรูปแบบของความรักที่ได้รับการยอมรับจากสังคมของคนส่วนใหญ่ ว่าถูกต้องและเป็นไปตามทำนองคลองธรรม ความรักที่เป็นไปตามความหมายของธรรมชาติ และอีกหลายๆ ความหมายที่ล้นแล้วแต่สนับสนุนความเข้าใจของมนุษย์ในสังคมนั้นๆ ให้รับรู้และเข้าใจในความรักตามสิ่งที่ตนมองเห็นและสัมผัสได้ ความเป็นจริงแล้วความรักที่ก่อให้เกิดการใช้ชีวิตคู่ของมนุษย์ มีนิยามความหมายและรูปแบบที่มากกว่าที่เราเข้าใจ เพราะโลกมนุษย์ที่พวกเราอาศัยอยู่ทุกวันนี้ แม้จะมีมนุษย์ที่มีเพศสรีระเพียงสองเพศเท่านั้น คือเพศชายและเพศหญิงตามแบบอย่างเพศสรีระที่ธรรมชาติสร้างขึ้นและตามความเข้าใจของมนุษย์ แต่ความเชื่อของมนุษย์ที่ว่า ธรรมชาติสร้างเพศหญิงมาเคียงคู่กับเพศชายเท่านั้น หรือผู้ชายกับผู้หญิง คือ สิ่งที่ธรรมชาติสร้างขึ้นมาเพื่อเป็นคู่กัน จากความรักเพียงรูปแบบเดียวเท่านั้นอาจไม่เป็นความจริงก็ได้ เนื่องจากเป็นเพียงหน้าที่ที่ธรรมชาติมอบให้คู่รักในรูปแบบนี้ในการสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้เพียงรูปแบบเดียวเท่านั้น โดยที่ธรรมชาติอาจจะสร้างความรักในรูปแบบอื่นๆ ที่แตกต่างกันด้วย เช่นคู่รักที่มีเพศเดียวกัน หรือบุคคลที่รักได้ทั้งสองเพศ ดังเช่น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ชายและผู้หญิง ถ้าบุคคลทั้งสองเลือกที่จะออกแบบความรักกันเอง โดยมีได้ยึดติดกับรูปแบบของธรรมชาติและความเข้าใจของคนในสังคมเป็นตัวกำหนด ไม่ว่าจะเป็ความรักในรูปแบบที่ผู้ชายรักผู้ชาย ผู้หญิงที่รักผู้หญิง ความรักในรูปแบบนี้ จะเป็ความรักที่ถูกต้องหรือไม่ ไม่มีใครสามารถให้คำตอบได้ เพราะแท้จริงแล้วความรักไม่มีคำว่าถูกหรือผิด เพราะในโลกของความเป็นจริง การที่มนุษย์ได้ถือกำเนิดมาบนโลกนี้พวกเราจะเกิดมาพร้อมกับความรักที่มีอยู่ในตัวของพวกเราทุกคน ขึ้นอยู่กับว่าความรักของแต่ละคนจะมีรูปแบบใด

ดังนั้น สังคมจึงประกอบไปด้วย ชายและหญิงที่มีความหลากหลายในการแสดงออกซึ่งความรัก และมีความนิยมชมชอบในพฤติกรรมทางเพศที่แตกต่างกันออกไป สรีระเพศชายและสรีระหญิงถือเป็นเพียงสิ่งที่กำหนดขึ้นมาบนโลกใบนี้เพื่อให้มนุษย์มีความสมบูรณ์แบบเท่านั้น มนุษย์ทุกคนไม่ว่าเป็นเพศชายหรือเพศหญิงมีสิทธิที่จะเลือกรักผู้ชายหรือผู้หญิงตามความพึงพอใจในความรักของตนได้เสมอ จึงเกิดเป็นแนวคิด “เพศวิถีที่หลากหลายภายใต้เพศสรีระที่ถูกกำหนด” ด้วยเหตุนี้ การที่สังคมประกอบไปด้วยบุคคลที่มีพฤติกรรมในการแสดงออกด้านความรักที่แตกต่างกันออกไป การบัญญัติกฎหมายจึงต้องมีการตระหนักให้เห็นความเท่าเทียมกัน เพื่อรับรองสิทธิอันชอบธรรมต่างๆ ให้แก่บุคคลในทุกรูปแบบของความรัก อันเป็นการก่อให้เกิดความเสมอภาคในทางกฎหมายขึ้นในสังคมปัจจุบันในหลายประเทศได้มีการรับรองสถานะทางกฎหมายให้แก่ชายและหญิงที่ได้เลือกรูปแบบความรักตามที่พวกเขาต้องการ ไม่ว่าจะเลือกรูปแบบความรักแบบ ชายรักหญิง ชายรักชาย หรือ หญิงรักหญิง โดยมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักเหล่านี้ เพื่อสร้างความเสมอภาค และเท่าเทียมกัน และเพื่อตอบสนองความต้องการในการดำเนินชีวิตให้แก่บุคคลในทุกรูปแบบของความรัก ซึ่งโดยหลักแล้วการรับรองสถานะในทางกฎหมายให้แก่บุคคลตามหลักกฎหมายทั่วไปรัฐจะเน้นจากรูปแบบความรักของชายกับหญิง โดยจะรับรองสิทธิตามกฎหมายให้ตามเพศวิถีที่ได้รับการยอมรับในสังคมเท่านั้น นั่นก็คือ รูปแบบความรักระหว่างผู้ชายกับผู้หญิง จึงส่งผลให้คู่รักที่มีเพศวิถีที่แตกต่างจากที่สังคมยอมรับ ถูกสังคมปฏิเสธ และถูกมองว่าพฤติกรรมที่แสดงออกซึ่งความรักของเขาเหล่านั้นขัดกับเพศสภาพโดยกำเนิด เป็นสิ่งที่ผิดปกติและไม่ควรได้รับการยอมรับจากสังคม อันจะก่อให้เกิดปัญหาและอุปสรรคแก่บุคคลเหล่านั้นในการดำเนินชีวิตอย่างไม่ราบรื่นในสังคม

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา ได้เกิดการเปลี่ยนแปลงแนวคิดอย่างกว้างขวางต่อรูปแบบของการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ในหลายๆ ประเทศ โดยมีการยอมรับการใช้ชีวิตคู่ของคู่รักที่มีเพศเดียวกันในลักษณะเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศ ด้วยการบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตามรูปแบบในการรับรองทางกฎหมายไม่ได้มีเพียงรูปแบบเดียวหรือมีลักษณะที่เหมือนกันทั้งหมด แต่จะพบว่ามียุทธศาสตร์การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีเพศเดียวกันในทางกฎหมายมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ โดยมีทั้งหมด 3 รูปแบบที่สำคัญ กล่าวคือ รูปแบบที่ 1 การรับรองในรูปแบบของการจดทะเบียนสมรสในลักษณะเช่นเดียวกันกับที่รับรองการสมรสระหว่างคู่รักต่างเพศ เช่นเดียวกับการจดทะเบียนสมรส และมีทะเบียนสมรสเหมือนกับคู่รักต่างเพศ รูปแบบที่ 2 การรับรองการใช้ชีวิตคู่ของคู่รักเพศเดียวกันในลักษณะของการออกกฎหมายแยกต่างหากจากหลักในการสมรส กล่าวคือ รัฐให้สิทธิในการจดทะเบียนในลักษณะของหุ้นส่วนชีวิตโดยได้รับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายแต่อาจจะยังไม่เท่าคู่รักต่างเพศที่จดทะเบียนสมรส หรือบางประเทศอาจเท่าเทียมกับคู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรส รูปแบบ

ที่ 3 การรับรองการใช้ชีวิตคู่ของคู่รักเพศเดียวกันในลักษณะของการที่รัฐรับรองให้โดยปริยายจากการดำเนินชีวิตคู่ร่วมกันมาเป็นช่วงระยะเวลาหนึ่ง หรือ Cohabitation การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่คู่รักเพศเดียวกันให้แก่อุปการะเพศเดียวกันในรูปแบบต่างๆ ตามที่ได้กล่าวมา ทำให้ต้องศึกษาถึงแนวคิด หลักการ และเหตุผลของหลักกฎหมายต่างประเทศที่นำไปสู่การรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันว่ามีหลักการและเหตุผลประการใด แล้วก็จะต้องนำมาพิจารณาเปรียบเทียบว่าถ้าหากในอนาคตอันใกล้ประเทศไทยจำเป็นต้องมีกฎหมายเพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันแล้ว ควรเลือกใช้รูปแบบและลักษณะใด เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับบริบทของสังคมและวัฒนธรรมของไทย

จึงเป็นคำถามแรกที่เราควรศึกษาว่า เหตุใดประเทศต่างๆ เหล่านี้จึงยอมรับให้มีการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ประเทศต่างๆ เหล่านี้อ้างทฤษฎีใดในการยอมให้มีกฎหมายนี้ รวมถึงหลักการและเหตุผลที่นำไปสู่การยอมรับ หรือเป็นเพราะเหตุผลของความจำเป็นที่ต้องบัญญัติกฎหมายเฉพาะให้แก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน เพื่อจะเป็นการพัฒนาทางกฎหมายเพื่อตอบสนองให้แก่ประชากร อันเป็นสิทธิพลเมืองและเพื่อก่อให้เกิดความได้สัดส่วน สร้างความเสมอภาคทางเพศวิถีแก่บุคคลในสังคมนั้น

แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนแล้ว แต่กฎหมายเหล่านั้นในทางปฏิบัติก็ยังก่อให้เกิดอุปสรรคต่างๆ โดยเฉพาะกลุ่มคนที่มีความคิดเห็นที่แตกต่าง ซึ่งอาจกลายเป็นการเลือกปฏิบัติแก่บุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งในรัฐได้รับประโยชน์เท่านั้น ไม่อาจตอบสนองความต้องการอย่างแท้จริง หรืออาจเป็นเพราะเนื่องจากการขาดความได้สัดส่วนที่เหมาะสมของการบังคับใช้กฎหมายที่มีประสิทธิภาพ แต่ถึงอย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีการรับรองสิทธิและสถานะในทางกฎหมายให้แก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในหลายประเทศแล้วก็ตาม แต่สำหรับแนวคิดของต่างประเทศ รูปแบบกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ที่ให้การยอมรับและออกกฎหมายรับรองให้ นั้นยังคงมีแนวความคิดที่แตกต่างและยากที่จะสร้างความเข้าใจร่วมกัน อีกทั้งเรื่องดังกล่าวนี้ยังคงมีการเรียกร้องเพื่อให้มีการตีความว่า ข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับประเด็นนี้มีความเป็นสากลมากน้อยเพียงใด รวมทั้งมีการสร้างกระบวนการในการรับรองเรื่องดังกล่าวไว้แล้วหรือไม่อย่างไร และจะสร้างหลักเกณฑ์อย่างไรเพื่อให้หลักเกณฑ์เหล่านั้นมีความเป็นสากลที่ได้รับการยอมรับในกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ทั่วโลก แนวคิดที่กล่าวมาข้างต้นนี้อาจนำไปสู่แนวทางของการศึกษาวิจัยว่า การยอมรับให้มีกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ของเพศวิถีในรูปแบบต่างๆ ของสังคมไทยนั้น ควรจะเกิดขึ้นหรือไม่ ทฤษฎีที่ต่างประเทศให้การยอมรับ สามารถที่จะนำมาใช้กับประเทศไทยได้มากน้อยเพียงใด

สำหรับแนวทางความเป็นไปได้ที่จะยอมรับให้มีกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ของเพศวิถีในรูปแบบต่างๆ ของประเทศไทยนั้น โดยตลอดระยะเวลาหลายปีที่ผ่านมา กลุ่มคู่รักที่มีเพศวิถีแบบ

รักเพศเดียวกัน ได้พยายามรณรงค์ต่อสู้เพื่อให้องค์กรภาครัฐให้การยอมรับและรับรองสิทธิเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย ประกอบกับการที่คู่รักเพศเดียวกันพยายามต่อสู้เพื่อความรักที่ไร้พรมแดนของคำว่าเพศวิถีที่ถูกต้อง จนในท้ายที่สุดชัยชนะของพวกเขาเหล่านั้นนำไปสู่กระแสของการยอมรับในทางสังคมและนำไปสู่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบริบทของกฎหมายเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันในทุกรูปแบบของความรัก โดยความร่วมมือของหน่วยงานภาครัฐ ตลอดจนการเข้ามามีส่วนร่วมในการช่วยเหลือและรับฟังสภาพปัญหาของคู่รักเพศเดียวกัน รวมทั้งเกิดแนวความคิดในการจัดให้มีการร่างกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน จากแนวความคิดและเหตุผลที่ต้องการให้เกิดการรับรองสิทธิในทางกฎหมายในการใช้ชีวิตคู่ของคู่รักเพศเดียวกันนั้นถือเป็นสิ่งที่ดีในสังคมประชาธิปไตยที่ปกครองภายใต้หลักนิติรัฐ และจากกระแสของสังคมที่ได้รับรณรงค์เรียกร้องความเสมอภาคทางกฎหมายของชายและหญิงที่มีความต้องการให้กฎหมายได้รับการแก้ไขในขณะนี้ โดยต้องการให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรส หมวด 1 เงื่อนไขการสมรสเพราะสิ่งนี้ คือสาเหตุของความไม่เท่าเทียมกัน แต่บางองค์กรก็มีความต้องการให้มีการเรียกร้องให้มีการร่างกฎหมายขึ้นมาใหม่ ในรูปแบบของร่างพระราชบัญญัติแยกต่างหากเป็นเอกเทศ โดยไม่ไปยุ่งเกี่ยวกับกฎหมายสมรสของคู่รักต่างเพศ ประเด็นปัญหาที่ต้องทำการศึกษาต่อมาอยู่ตรงที่ภาครัฐในฐานะผู้ที่จะให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันนั้น จะต้องหันกลับมาคิดทบทวนถึงรูปแบบและวิธีการในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่อย่างถูกต้องตามกฎหมายให้แก่คู่รักดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น โดยรัฐจะต้องพิจารณาว่าจะรับรองในรูปแบบใดและมีลักษณะของกฎหมายอย่างไร โดยหลักอาจต้องคำนึงถึงบริบทของสังคมและวัฒนธรรมมาเป็นส่วนประกอบที่สำคัญอย่างยิ่งในการแก้ไขหรือเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว

จึงเป็นคำถามต่อมาว่า รูปแบบของกฎหมายที่ใช้ในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะมีลักษณะอย่างไร มีความจำเป็นมากน้อยเพียงใดที่จะต้องออกกฎหมายใหม่ในรูปแบบของพระราชบัญญัติแยกต่างหากออกไป หรือ ควรให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรส หมวด 1 เงื่อนไขการสมรส รวมไปถึงในส่วนของมาตราที่มีส่วนเกี่ยวข้องก็เพียงพอแล้ว เพราะสิ่งนี้คือสาเหตุของความไม่เท่าเทียมกัน หรือมีความจำเป็นมากน้อยเพียงใดที่ภาครัฐจะออกกฎหมายแยกต่างหากในรูปแบบของพระราชบัญญัติเพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน และจากการศึกษาถึงความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการรับรองสิทธิในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในระบบกฎหมายของหลายประเทศจะพบว่า แต่เดิมจะมีเพียงการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันระหว่างคู่รักต่างเพศ หมายถึง การสมรสเฉพาะระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น

ประเด็นคำถามสุดท้าย คือ เมื่อรัฐให้การรับรองในรูปแบบของการออกกฎหมายหรือแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่เพื่อรับรองสถานะให้แก่คู่รักเพศเดียวกันแล้ว ก็จะต้องเกิดการเปลี่ยนแปลงแก้ไขนิยามความหมายของกฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิและหน้าที่ของความเป็นคู่สมรสว่าจะครอบคลุมถึงคู่รักเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนกันตามกฎหมายหรือไม่ อย่างไร และเพื่อให้มีความสอดคล้องกับกฎหมายที่รัฐได้ให้การรับรองแก่คู่รักเพศเดียวกันด้วย ดังนั้นจึงจะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพื่อทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันของคู่รักเพศเดียวกัน ให้เหมือนกับการจดทะเบียนสมรสของคู่รักต่างเพศ นั้นหมายความว่า สิทธิประโยชน์ต่างๆ ที่รัฐจะต้องมอบให้แก่คู่รักเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนกันนั้น จะต้องประกอบไปด้วยอะไรบ้าง และมีความเป็นไปได้ในทางกฎหมายมากน้อยเพียงใดที่จะมีสิทธิประโยชน์เท่าเทียมกับสิทธิที่คู่รักต่างเพศได้รับ

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงวิวัฒนาการของแนวคิด รูปแบบ หลักเกณฑ์ และวัตถุประสงค์ของการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีของรักต่างเพศในรูปแบบของการสมรส ทั้งของไทยและของต่างประเทศ
2. เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี ของการไม่ยอมรับ และการยอมรับในการจัดให้มีกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันของทั้งไทยและต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาถึงหลักการและเหตุผลตามข้อตกลงระหว่างประเทศที่นำไปสู่การจัดให้มีกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน รวมไปถึงกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันของต่างประเทศ เพื่อที่จะนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม
4. เพื่อศึกษาในเชิงเปรียบเทียบถึงรูปแบบและวิธีการของการบังคับใช้กฎหมายที่มีผลตามมาภายหลังจากการมีกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกัน เพื่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่อย่างเท่าเทียมกันกับการจดทะเบียนสมรสของคู่รักต่างเพศในกฎหมายต่างประเทศ
5. เพื่อศึกษาในเชิงเปรียบเทียบกับกฎหมายที่มีอยู่ของไทยที่กล่าวถึงสิทธิและหน้าที่ภายหลังจากการจดทะเบียนสมรสของคู่รักต่างเพศ เพื่อนำมาปรับใช้ให้เกิดความเท่าเทียมกับการให้เกิดสิทธิและหน้าที่แก่คู่รักเพศเดียวกันที่จดทะเบียนรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ประเทศไทยต้องให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ภายใต้กรอบแนวคิดสิทธิและความเสมอภาคในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก โดยหน่วยงานภาครัฐต้องพิจารณารูปแบบเฉพาะของกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมไทย และต้องไม่ให้เป็นการกระทบกระเทือนต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายครอบครัวที่มีมาแต่เดิม รวมไปถึงสิทธิประโยชน์ต่างๆ ภายหลังจากการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ก็จะต้องมีความเท่าเทียมกันกับการจดทะเบียนสมรสของคู่รักต่างเพศ โดยความสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้อย่างเหมาะสมทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติที่ต้องอยู่ภายใต้เพศสภาพและความเป็นไปได้ในทางสรีระของผู้ที่ใช้กฎหมายด้วย

1.4 ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาภายใต้กรอบแนวคิดสิทธิและความเสมอภาคในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก โดยเปรียบเทียบกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน เพื่อนำหลักการดังกล่าวมาวิเคราะห์ว่าประเทศไทยมีความจำเป็นต้องให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันให้แก่คู่รักเพศเดียวกัน และศึกษาว่าหน่วยงานภาครัฐควรจัดให้มีกฎหมายในรูปแบบใดจึงจะเหมาะสม โดยจะให้มีกฎหมายพิเศษ โดยเฉพาะ หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มีอยู่นั้นให้ดียิ่งขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการ และกระทบต่อบริบททางด้านสังคมและวัฒนธรรมให้น้อยที่สุด ประกอบกับในประเด็นของการบังคับใช้กฎหมาย โดยศึกษาถึงกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องที่เชื่อมโยงไปถึงหลักการให้สิทธิและหน้าที่ต่างๆ ที่คู่รักที่ได้ทำการจดทะเบียนการรับรองสถานะจะได้รับภายหลังจากการจดทะเบียน ว่ามีความเป็นไปได้มากน้อยเพียงใดในการที่คู่รักเพศเดียวกันจะได้รับสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ตามกฎหมายเท่าเทียมกับคู่รักต่างเพศที่จดทะเบียนสมรส

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษานี้เป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ ซึ่งใช้วิธีการ แยกแยะ แจกแจง จัดหมวดหมู่องค์ความรู้จากเอกสารในชั้นปฐมภูมิ อันได้แก่ ตัวยกกฎหมายในรูปแบบของประมวลกฎหมายทั้งไทยและต่างประเทศ และเอกสารในชั้นทุติยภูมิ ได้แก่ ผลงานวิจัย หนังสือ ตำรา บทความ วิทยานิพนธ์ และเอกสารต่างๆ รวมทั้งข้อมูลจากระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตแหล่งข้อมูลของเอกสารจากแหล่ง

ต่างๆ จากนั้นได้นำข้อมูลทั้งหลายมาทำการวิเคราะห์เพื่อตอบคำถามของการวิจัยโดยใช้วิธีการวิเคราะห์ให้สอดคล้องกับประเด็นที่ได้ตั้งสมมุติฐานไว้ภายใต้หลักการ ทฤษฎี และหลักกฎหมายทั้งในไทยและต่างประเทศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงวิวัฒนาการของแนวคิด รูปแบบ หลักเกณฑ์ และวัตถุประสงค์ของการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีของรักต่างประเทศในรูปแบบของการสมรส ทั้งของไทยและของต่างประเทศ
2. ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี ของการไม่ยอมรับ และการยอมรับในการจัดให้มีกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันของทั้งไทยและต่างประเทศ
3. ทำให้ทราบถึงหลักการและเหตุผลตามข้อตกลงระหว่างประเทศที่นำไปสู่การจัดให้มีกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน รวมไปถึงกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันของต่างประเทศ เพื่อที่จะนำรูปแบบที่เหมาะสมและมีความเป็นไปได้มาปรับใช้กับประเทศไทยโดยไม่กระทบกระเทือนถึงบริบทของสังคมและวัฒนธรรม
4. ทำให้ทราบถึงรูปแบบวิธีการของการบังคับใช้กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ที่มีผลตามมา ภายหลังจากการมีกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกัน เพื่อให้เกิดสิทธิประโยชน์อย่างเท่าเทียมกันกับการจดทะเบียนสมรสคู่รักต่างประเทศในกฎหมายต่างประเทศ
5. ทำให้ทราบถึงกฎหมายที่มีอยู่ของไทยที่กล่าวถึงสิทธิประโยชน์ต่างๆ ภายหลังจากการจดทะเบียนสมรสของคู่รักต่างประเทศ เพื่อนำมาปรับใช้ให้เกิดความเท่าเทียมกับการให้สิทธิประโยชน์แก่คู่รักเพศเดียวกันที่จดทะเบียนรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน

1.7 นิยามศัพท์เฉพาะ

เพศสรีระ คือ ลักษณะที่ปรากฏให้เห็นว่ามีสถานะความเป็นเพศของมนุษย์ ใช้หลักเกณฑ์ในการกำหนดจากอวัยวะเพศของมนุษย์ผู้นั้นนับตั้งแต่มนุษย์ผู้นั้นได้ถือกำเนิดขึ้นมาเป็นเพศที่แท้จริงของมนุษย์ที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ ในทางสรีระวิทยา เพศโดยกำเนิดของมนุษย์จะมีด้วยกัน 2 เพศ คือ เพศสรีระที่เป็นชาย กับเพศสรีระที่เป็นหญิง

เพศสภาพ คือ ลักษณะที่ปรากฏให้เห็นว่ามีสถานะความเป็นเพศของมนุษย์ ใช้หลักเกณฑ์ในการกำหนดจากสิ่งที่มนุษย์ด้วยกันมองเห็นและจินตนาการในลักษณะทางเพศของผู้คนที่ได้แสดงออกมาให้ปรากฏ สามารถเปลี่ยนแปลงจากเพศหนึ่งมาสู่อีกเพศหนึ่งได้ เช่น บุคคลที่มีเพศสรีระชาย แต่แต่งกายหรือมีอากัปกริยาคล้ายผู้หญิง แม้บุคคลผู้นั้นจะได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศของตนแล้วหรือไม่ก็ตาม สังคมก็จะมองว่า บุคคลผู้นั้นมีเพศสภาพเป็นหญิง เป็นต้น

เพศวิถี คือ การแสดงออกในวิถีทางเพศของมนุษย์ ทั้งมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชาย และมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิง ต่างมีเสรีภาพแสดงออกในทางพฤติกรรมทางเพศในแบบที่ตนเองต้องการ ทั้งในรูปแบบของอากัปกริยา ความคิด อารมณ์ ความรู้สึก ความรัก รวมถึงการแสดงออกทางประเวณี ในบางครั้งการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมทางเพศวิถีที่ได้กล่าวมานี้ อาจมีลักษณะที่ไม่ตรงตามความเข้าใจของมนุษย์โดยทั่วไปก็เป็นได้ แต่ก็ถือว่าเป็นวิถีทางเพศที่มนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชาย และมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิง ต่างมีเสรีภาพแสดงออกได้อย่างเสรี

อัตลักษณ์ทางเพศ คือ การทำให้ปรากฏซึ่งเอกลักษณ์ความเป็นตัวตนที่แท้จริงในด้านการแสดงออกทางเพศวิถีที่แตกต่างกันออกไปของแต่ละบุคคลภายใต้เพศสรีระของมนุษย์ผู้นั้น ซึ่งอาจสอดคล้องหรือเป็นไปในทางตรงกันข้ามกับเพศโดยกำเนิดของบุคคลผู้นั้นก็ย่อมได้

กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศ คือ ในความหมายของสรีระวิทยา หมายความว่า มนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชาย ที่มีพฤติกรรมแสดงออกทางเพศวิถีกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิง

กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน คือ ในความหมายของสรีระวิทยา หมายความว่า มนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชาย ที่มีพฤติกรรมแสดงออกทางเพศวิถีกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายด้วยกัน หรือ มนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิง ที่มีพฤติกรรมแสดงออกทางเพศวิถีกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงด้วยกัน และให้ความหมายรวมถึงการที่บุคคลซึ่งมีความรักกับกลุ่มคนที่ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศสรีระของตนเป็นเพศสภาพที่ตรงข้ามกับบุคคลผู้นั้น แม้จะได้รับการรับรองเพศสภาพใหม่ที่ทำการเปลี่ยนแปลงจากกฎหมายของรัฐแล้วหรือไม่ก็ตาม

กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักสองเพศ คือ ในความหมายของสรีระวิทยาหมายความว่า มนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชาย ที่มีพฤติกรรมแสดงออกทางเพศวิถีกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงหรือชายด้วยกันก็ได้ หรือ มนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิง ที่มีพฤติกรรมแสดงออกทางเพศวิถีกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายหรือหญิงด้วยกันก็ได้

กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบคนข้ามเพศ คือ กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมแสดงออกทางเพศวิถีที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดของตน มักแสดงออกโดยการแต่งกาย บุคลิกภาพ รวมไปถึงด้านกายวิภาคจากการที่ได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศสรีระของตน โดยแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะด้วยกันคือ ชายข้ามเพศ คือ มนุษย์ที่มีเพศสรีระโดยกำเนิดเป็นหญิง แต่ได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศสรีระของตน

มาเป็นชาย และหญิงข้ามเพศ คือ มนุษย์ที่มีเพศสรีระโดยกำเนิดเป็นชาย แต่ได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศสรีระของตนมาเป็นหญิง

กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศ คือ กฎหมายที่รัฐออกมาเพื่อใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีความรักกับบุคคลที่มีเพศสรีระที่ตรงข้ามกันกับตน และในความหมายของกฎหมายให้ความหมายรวมถึงการที่บุคคลหนึ่งซึ่งมีความรักกับบุคคลอีกบุคคลหนึ่งซึ่งได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศสภาพของตนเป็นเพศสภาพที่ตรงกันข้ามกับบุคคลผู้นั้น และได้รับการรับรองเพศสภาพใหม่ที่ทำการเปลี่ยนแปลงจากกฎหมายของรัฐแล้ว

กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน คือ กฎหมายที่รัฐออกมาเพื่อใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีความรักกับบุคคลที่มีเพศสรีระเดียวกันกับตน และในความหมายของกฎหมายให้ความหมายรวมถึงการที่บุคคลหนึ่งซึ่งมีความรักกับบุคคลอีกบุคคลหนึ่งซึ่งได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศสภาพของตนเป็นเพศสภาพที่ตรงกันข้ามกับบุคคลผู้นั้น แต่ไม่ได้รับการรับรองเพศสภาพใหม่ที่ทำการเปลี่ยนแปลงจากกฎหมายของรัฐนั้น

บทที่ 2

วิวัฒนาการของ รูปแบบ วัตถุประสงค์ และหลักเกณฑ์ในการสมรส ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศที่พัฒนามาสู่รูปแบบ ของการรับรองสถานะในทางกฎหมาย

การนำเสนอเนื้อหาของบทนี้ได้ทำการศึกษาและรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องถึงวิวัฒนาการของรูปแบบ วัตถุประสงค์ และหลักเกณฑ์ในการใช้ชีวิตร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศ ตั้งแต่ความหมายของการสมรสว่าอะไรคือการสมรสที่แท้จริง อะไรคือที่มาของประเพณีแต่งงานที่นำมาสู่พัฒนาการของรูปแบบการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยภาครัฐพร้อมกับสิ่งที่ต้องศึกษาว่า เพราะเหตุใดมนุษย์จึงต้องมีการสมรส มนุษย์อยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาโดยไม่ต้องมีการสมรสได้หรือไม่ หรือ มนุษย์แต่งงานกันตามประเพณีท้องถิ่นของตนอย่างเดียวกัก็เพียงพอแล้วไม่ได้หรือ หรือ แม้แต่เหตุใดจึงต้องมีการจดทะเบียนสมรส แล้วการจดทะเบียนสมรสเกิดขึ้นครั้งแรกเมื่อใด ประกอบกับเพราะเหตุใดจึงต้องมีการจดทะเบียนสมรสนั้นต่อหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย

จากคำถามที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าการสมรสมีรูปแบบที่แตกต่างกันออกไป ทั้งรูปแบบสมรสตามพิธีกรรมที่มีที่มาจากประเพณี และรูปแบบการสมรสตามวิธีการของรัฐ ทั้งสองรูปแบบมีวัตถุประสงค์ที่เหมือนกันหรือแตกต่างกันอย่างไร แล้วถ้าข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่ามีคู่รักชายและหญิงคู่หนึ่ง ที่ไม่มีความประสงค์จะประกอบพิธีกรรมตามประเพณีในท้องถิ่นของตน และไม่มี ความประสงค์จะจดทะเบียนสมรสในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ แต่บุคคลทั้งสองอยู่กินกันฉันสามีภริยาจนมีบุตรด้วยกัน ดังนั้นจึงเป็นคำถามว่า คู่รักคู่นี้มีลักษณะเป็นการสมรสที่สมบูรณ์หรือไม่ การกระทำในลักษณะเช่นนี้จะถูกเรียกว่าการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ ซึ่งถือเป็นรูปแบบของการสมรสอีกรูปแบบหนึ่งหรือไม่

ประกอบกับการศึกษาในบทนี้ได้ทำการศึกษาถึงหลักเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขของการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ โดยเฉพาะการรับรองในรูปแบบการสมรสตามวิธีของรัฐ และ การยอมรับในทางวัฒนธรรมและประเพณีท้องถิ่นว่าทั้งสองรูปแบบนั้นมีหลักเกณฑ์ในการสมรสที่เหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร แล้วถ้าข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่า ในอนาคตประเทศไทยยอมรับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน และยอมให้มีการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐในลักษณะของการจดทะเบียนสมรส

เหมือนคู่รักต่างประเทศที่ใช้กันอยู่ในทุกวันนี้ การจดทะเบียนสมรสของคู่รักเพศเดียวกันนี้จะสามารถนำหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว มาใช้ร่วมกันได้หรือไม่

คำถามที่ได้กล่าวมาข้างต้นจึงเป็นประเด็นเนื้อหาของวิวัฒนาการของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศ ในรูปแบบของการสมรสว่ามีที่มาอย่างไร เพราะเหตุใดจึงต้องกำหนดเพศของคู่รัก ที่มีสิทธิที่จะสามารถทำการสมรสกันได้ มาเป็นองค์ประกอบที่สำคัญ และการจำกัดคุณสมบัติในการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ หรือที่เรียกว่าการสมรสนี้ ได้เกิดขึ้นทั้งในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและประเพณี และรูปแบบการสมรสตามวิธีของรัฐในการจดทะเบียนสมรส สิ่งเหล่านั้นล้วนแล้วแต่เป็นคำถามที่ต้องการค้นคว้าเพื่อหาคำตอบ เพื่อวิเคราะห์ว่าเหตุใดการสมรสได้ให้การยอมรับและรับรองให้เฉพาะแต่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศเท่านั้น แล้วมีเหตุผลอะไรจึงปฏิเสธการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน

2.1 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสของต่างประเทศ

ในส่วนนี้ขอนำเสนอแนวคิดของการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์โดยศึกษาวิวัฒนาการของแนวคิดของต่างประเทศในช่วงยุคต่างๆภายหลังที่มนุษย์ได้รู้จักการรวบรวมกฎหมายที่ใช้บังคับร่วมกันในสังคมไว้เป็นตัวบทกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายรับรองสถานะของคู่ชีวิตของคู่รักต่างเพศ โดยจะแบ่งการนำเสนอออกเป็น 2 ช่วง โดยยึดหลักเกณฑ์ของการจดทะเบียนรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ หรือเรียกว่าการจดทะเบียนสมรสมาเป็นเกณฑ์ โดยที่ในช่วงแรกนั้นจะเป็นวิวัฒนาการของกฎหมายครอบครัวในยุคโบราณที่ยังไม่มีรูปแบบของการจดทะเบียนสมรสเกิดขึ้นในยุคนั้น ส่วนช่วงที่สองจะเป็นช่วงที่มีการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในรูปแบบของการจดทะเบียนสมรสเกิดขึ้นมา โดยมีรายละเอียดในการศึกษาดังต่อไปนี้

2.1.1 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสก่อนมีการจดทะเบียนสมรส

2.1.1.1 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสสมัยบาบิโลน

เริ่มจากกฎหมายในสมัยบาบิโลน ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ถือว่าเก่าแก่ที่สุดในโลกเกิดขึ้นในสมัยของพระเจ้าฮัมมูราบี โดยพระเจ้าฮัมมูราบีได้ทรงรับสั่งให้มีการจัดทำประมวลกฎหมายขึ้นมาเพื่อใช้ในการปกครองชาวบาบิโลน พระองค์ทรงมีความคิดว่าจะต้องปกครองราษฎรให้อยู่ด้วยความร่มเย็นเป็นสุข ซึ่งการปกครองจะต้องมีรูปแบบกฎหมายที่ดี และมีกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ดีสำหรับใช้ในการปกครอง พระองค์จึงได้รับสั่งให้มีการรวบรวมกฎหมายต่างๆไว้ใน

รูปแบบของประมวลกฎหมาย ต่อมาจึงเรียกกฎหมายนั้นว่า “ประมวลกฎหมายฮัมบูราปี” ซึ่งมีหลักกฎหมายที่สำคัญอยู่ 3 ประการ กฎหมายมหาชน กฎหมายเอกชน และกฎหมายอาญา¹

โดยเนื้อหาที่ปรากฏในประมวลกฎหมายฉบับดังกล่าว ในประเด็นเรื่องการสมรส จะปรากฏอยู่ในกฎหมายเอกชน ที่ได้กล่าวถึงเรื่องหลักเกณฑ์ของการสมรส และการสร้างสถาบันครอบครัวว่า การสมรสระหว่างชายหญิงจะเกิดขึ้นภายใต้การจัดการของบิดามารดา โดยมีลักษณะคล้ายกับการซื้อขาย โดยครอบครัวที่มีบุตรสาวนั้น บิดามารดาของฝ่ายหญิงจะนำหญิงนั้นไปขายในสาธารณะเพื่อให้ผู้ซื้อ คือครอบครัวที่มีบุตรชาย ซื้อไปเพื่อทำการสมรสด้วย ทั้งนี้การสมรสในสมัยนั้น จะไม่มีการทำเป็นลายลักษณ์อักษร² เพียงฝ่ายชายได้มอบเงินจำนวนหนึ่งให้แก่พ่อแม่ของฝ่ายหญิง และแก่ฝ่ายหญิง โดยในส่วนของที่ให้แก่ฝ่ายหญิงนั้นก็จะมีเงินทุนจำนวนหนึ่ง อันได้แก่ เครื่องประดับ หรือทรัพย์สินเงินทองอื่นๆ ซึ่งต่อมาจะตกเป็นของบุตรของหญิงนั้นในภายหลัง แต่หากหญิงนั้นไม่มีบุตร เงินทุนดังกล่าวจะถูกส่งกลับไปยังครอบครัวเดิมของฝ่ายชาย ฉะนั้นหญิงจำเป็นต้องมีบุตรเพื่อสืบทอดวงศ์ตระกูลของสามี โดยในสมัยนั้นจะให้ความสำคัญกับการมีบุตรของหญิงเป็นอันมาก³

ส่วนกรณีของการขาดจากการสมรสนั้น หากเป็นความต้องการของสามีแล้ว ก็สามารถทำได้โดยสามีมอบเงินทุนให้ภริยาไปจำนวนหนึ่ง และอาจให้ภริยาเป็นผู้ดูแลบุตรโดยสามีเป็นผู้จ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูให้แก่ภริยา แต่หากสามีเป็นคนโหดร้ายหรือทอดทิ้งภริยาแล้ว ภริยาก็มีสิทธิที่จะฟ้องหย่าสามีได้เช่นกัน โดยสามีเป็นผู้จ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูให้แก่ภริยา นอกจากนี้หากภริยาประพฤติชั่ว สามีย่อมมีสิทธิที่จะหย่าและมีสิทธิเป็นผู้ปกครองดูแลบุตร ทั้งนี้ไม่ต้องมอบเงินทุนให้กับภริยาด้วย แต่อาจจะเลี้ยงดูภริยาในฐานะของทาสก็ได้⁴ นี่คือรูปแบบของกฎหมายการสมรสในประมวลกฎหมายฮัมบูราปีซึ่งต่อมาได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีความเก่าแก่ที่สุดในโลก

2.1.1.2 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสของชนชาติยิว

ภายหลังยุคกฎหมายของชาวบาบิโลนต่อมาจะกล่าวถึงกฎหมายของชาวยิวที่ถือกำเนิดขึ้นโดยยึดถือหลัก “Polygamy” หรือ การมีคู่สมรสได้หลายคนซึ่งได้ปรากฏในพระคัมภีร์ไบเบิล ช่วงพันธสัญญาเดิมที่อับราฮัมผู้นำชาวยิว รวมทั้งทายาทของเขามีกฎหมายได้หลายคน โดยรูปแบบของการสมรส คือทั้งสองฝ่ายยินยอมพร้อมใจกันในการใช้ชีวิตร่วมกันก็ถือเป็นการสมรสที่ชอบ

¹ Frederick Pollock and Frederric William Maitland, **The History of England Law Volume 2** (Cambridge: Cambridge University Press, 1968), p. 367.

² *Ibid.*, p. 475.

³ *Ibid.*, p. 476.

⁴ *Ibid.*, p. 486.

แล้ว โดยหลักประเพณีที่ชาวอียิปต์ปฏิบัติเกี่ยวกับการมีภริยาได้หลายคนนี้ตรงกับหลักคำสอนในพระคัมภีร์กุรอาน อันเป็นคัมภีร์ที่ศักดิ์สิทธิ์ของชาวมุสลิมที่มีต้นกำเนิดร่วมสมัยเดียวกับชาวอียิปต์ที่ได้รับอนุญาตให้สามีมีภริยาได้พร้อมกันถึงสี่คน⁵

ส่วนประเด็นในเรื่องของการหย่าตามหลักกฎหมายสมรสของชาวอียิปต์นั้น ชาวอียิปต์ถือหลักว่าการสมรสย่อมไม่อาจถูกล้มล้างได้ หรือไม่อาจเลิกจากกันได้ นอกเสียจาก ตายจากกันไป แต่ก็มิใช่อยกเว้นบางประการ กล่าวคือ ในกรณีที่สามีพบว่าภริยาของตนไม่ใช่สาวบริสุทธิ์ หรือฝ่ายภริยาไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ โดยสามีก็สามารถทำจดหมายไม่ยอมรับการรับเป็นภริยาแล้วส่งจดหมายนั้นไปยังภริยา หรือบอกกล่าวแก่ภริยาต่อหน้าโดยชัดแจ้ง เพื่อให้ภริยานั้นออกจากบ้านของตนไปเสีย โดยชาวอียิปต์จะเรียกสิทธิดังกล่าวนี้ว่า “สิทธิในการไม่ยอมรับ” ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้เป็นสิทธิของสามีแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยหลังจากที่สามีและภริยาได้เลิกจากกันไปแล้วภริยาก็จะมีอิสระเสรีสามารถแต่งงานใหม่กับชายอื่นได้เช่นกัน⁶

2.1.1.3 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสสมัยอาณาจักรกรีก

ในสมัยของพระเจ้าโซลอน ซึ่งเป็นยุคแรกของอาณาจักรกรีกนั้น รูปแบบของการสมรสก็มีลักษณะเช่นเดิมเหมือนกับในยุคอื่นๆ กล่าวคือ มีลักษณะที่เป็นการยอมรับความเป็นสามีภริยาของชายและหญิงคู่หนึ่ง แต่ในเรื่องของการหย่านั้น ในยุคกรีกนี้ได้มีการขยายสิทธิในการไม่ยอมรับ จากเดิมที่เคยเป็นสิทธิเฉพาะฝ่ายสามี ดังเช่นที่เคยปรากฏมาในยุคสมัยกฎหมายอียิปต์นั้น ให้กลายเป็นสิทธิของภริยาด้วย กล่าวคือ ขณะที่ฝ่ายสามีสามารถใช้สิทธิไม่ยอมรับภริยาได้นั้น ฝ่ายภริยาก็สามารถใช้สิทธิฟ้องหย่าสามีได้เช่นกัน โดยวิธีการเสนอต่อพนักงานปกครอง เพื่อหย่าขาดจากสามี นอกจากนี้ในยุคเดียวกันของกรุงเอเธนส์ของกรีกนั้น ในกรุงสปาร์ต้า ยังมีกฎหมายที่ชื่อว่า Law of Lycurgus ซึ่งเป็นกฎหมายที่แสดงให้เห็นถึงกรณีสามียินยอมให้ภริยามีชู้ได้ โดยไม่ถือว่าเป็นสิ่งที่ผิดต่อศีลธรรม โดยกฎหมายบัญญัติให้สิทธิแก่สามีหรือภริยาสามารถเอาคนอื่นมาแทนที่คู่สมรสของตนได้ หากสามีหรือภริยาเป็นหมั้นไม่อาจให้กำเนิดบุตรได้ รวมไปถึงในกรณีที่สามีมีอายุมากหรือไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ สามารถนำชายหนุ่มมาให้ภริยาของตนร่วมประเวณี เพื่อให้กำเนิดบุตรที่แข็งแรงได้ ทั้งนี้จะไม่กระทบกระเทือนถึงสถานะของการสมรสแต่อย่างใด⁷

⁵ William J. O'Donnell and David A. Jones, *The Law of Marriage and Marital Alternatives*. (Lexington, Mass.: Lexington Books, 1982), p. 267.

⁶ *Ibid.*, p. 279.

⁷ Chloras Dorley, *The Reform of Family Law in Europe* (The Netherlands: Kluwer, 1978), p. 324.

นอกจากนี้ชายที่มีสายเลือดขุนนางหรือนักปราชญ์ ที่มีความปรารถนาในหญิงที่มีคุณงามความดีเป็นที่ประจักษ์ แต่หญิงนั้นได้ทำการสมรสแล้ว สามารถขออนุญาตจากสามีของหญิงผู้นั้น เพื่อที่จะร่วมประเวณีกับหญิงดังกล่าวได้ การกระทำดังที่ได้กล่าวมานี้ก็เพราะเหตุผลที่ว่า กรุงสปาร์ต้า จะต้องมีพลเมืองที่แข็งแรงและเชื้อชาติที่ดีเยี่ยม เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาอาณาจักรกรีกต่อไป⁸

2.1.1.4 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสสมัยอาณาจักรโรมัน

ส่วนกฎหมายสมรสในยุคโรมันนั้นมีความแตกต่างออกไปจากยุคอื่นๆ อย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ กฎหมายสมรสของโรมันให้อำนาจเด็ดขาดแก่ผู้เป็นบิดาอย่างสูงสุด บิดาเป็นตัวแทนของครอบครัว มีสิทธิลงโทษบุตรได้ มีฐานะเป็นผู้ปกครองของบุตรจนกว่าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะตายจากกัน ในกรณีถ้ามีบุตรชาย ถ้าบุตรชายได้ทำการสมรส บุตรชายผู้นั้นจะต้องนำภริยาของตนมาอยู่ร่วมอาศัยในบ้านด้วยกัน ทำให้ครอบครัวของชาวโรมันมีลักษณะเป็นครอบครัวขนาดใหญ่ ชาวโรมันเชื่อว่าครอบครัวยังมีขนาดใหญ่เท่าใด ครอบครัวนั้นก็จะมีหน้ามิตาในสังคมและจะต้องเลือกลูกสะใภ้ที่มาจากตระกูลที่มีฐานะที่เท่าเทียมกับตนหรือดีกว่าตน เพราะจะทำให้ตระกูลของฝ่ายชายได้รับสินเดิมของฝ่ายหญิงด้วย ถ้าฝ่ายหญิงมีฐานะดีก็จะเป็นการเพิ่มพูนฐานะให้แก่ตนเองด้วย ทำให้ครอบครัวทั้งสองฝ่ายมั่งคั่งยิ่งขึ้น แต่ในสมัยโรมันผู้ชายจะมีภริยามากกว่า 1 คนไม่ได้⁹

การสมรสตามกฎหมายโรมันมีอยู่ 2 แบบ¹⁰ คือ

1. การสมรสที่ภริยาอยู่ภายใต้อำนาจการปกครองของสามี ในลักษณะนี้จะเป็นลักษณะที่ฝ่ายชายได้ซื้อฝ่ายหญิง หรือไถ่หญิงนั้นมาจากการเป็นทาส ซึ่งภริยาจะตกอยู่ภายใต้ข้อบังคับ 3 ประการคือ

- 1) ต้องประกอบพิธีกรรมทางศาสนาตามสามี
- 2) ต้องยอมรับข้อสันนิษฐานว่าชายซื้อหญิงมาเป็นภริยา
- 3) ต้องอยู่ร่วมชายคาเดียวกับสามี

ส่วนการหย่านั้น การสมรสในรูปแบบนี้สามีจะหย่าเมื่อใดก็ได้

2. การสมรสที่ภริยายังไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจปกครองของสามีจนกว่าบิดาของหญิงจะเสียชีวิต โดยรูปแบบนี้เป็นรูปแบบที่มีความนิยมเป็นอย่างมาก การสมรสในรูปแบบนี้ คู่สมรสจะต้องมีอายุเข้าสู่วัยหนุ่มสาว กฎหมายโรมันกำหนดให้ชายต้องมีอายุ 14 ปี หญิง 12 ปี แต่ถ้าจะให้เรียกว่าวัยสมบูรณ์ต้องมีอายุ 18 ปี และการที่ชายหรือหญิงอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดา จะต้อง

⁸ *Ibid.*, p. 349.

⁹ Susan Treggiari, *Roman Marriage: Iusti Coniuges from the time of Cicero to the Time of Ulpian* (Great Britain: Clarendon, 1933), p. 352.

¹⁰ *Ibid.*, p. 363.

ได้รับความยินยอมจากบิดาผู้มีอำนาจปกครองเสียก่อน วิธีการสมรสแบบนี้จะกระทำได้ง่ายๆ โดยการเริ่มใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยทั้งคู่ต้องมีเจตนาสมรสซึ่งโดยปกติต้องแสดงให้ปรากฏโดยการส่งตัวเจ้าสาวไปยังบ้านเจ้าบ่าว ในกรณีที่บิดายังมีชีวิตอยู่การสมรสในรูปแบบนี้ฝ่ายหญิงและฝ่ายชายยังคงอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดาของตนอยู่เช่นเดิมจนกว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะตายจากกัน แต่ในกรณีของฝ่ายหญิงถ้าบิดาเสียชีวิตแล้วอำนาจปกครองจะตกอยู่ที่ญาติที่เป็นผู้ชายที่อาวุโสกว่าคนใดคนหนึ่งจนกว่าหญิงนั้นจะทำการสมรส และเมื่อสมรสแล้วอำนาจปกครองของหญิงนั้นจะตกไปยังสามี

ส่วนการหย่ากัน ทั้งสองฝ่ายมีอิสระที่จะหย่าขาดจากกันเมื่อใดก็ได้ การหย่าก็กระทำกันได้ง่ายโดยการแจ้งเป็นหนังสือโดยมีเจตนาโดยชัดแจ้งว่าทั้งสองฝ่ายมีความประสงค์ที่จะหย่าขาดจากการสมรส

ในกฎหมายสิบสองโต๊ะของอาณาจักรโรมันนั้น ในเรื่องการสมรสได้บัญญัติไว้โมโต๊ะที่สิบเอ็ด โดยส่วนใหญ่แล้วจะได้บัญญัติเกี่ยวกับพิธีสมรสและบรรดาเงื่อนไขต่างๆ ในการสมรสระหว่างชายและหญิงไว้ดังนี้ บุคคลที่อยู่ในวรรณะที่แตกต่างกันจะสมรสกันไม่ได้ หมายถึง การห้ามสมรสระหว่างคนในตระกูลขุนนางและสามัญชน หรือการสมรสระหว่างชาวโรมันกับพลเมืองที่เป็นชายหรือหญิงที่เคยเป็นทาส หรือกับคนต่างชาติที่เป็นอาณานิคมของอาณาจักรโรมัน คู่สมรสทั้งสองฝ่ายจะต้องเป็นประชากรชาวโรมัน หรือถ้าฝ่ายใดไม่เป็นก็ต้องได้รับสิทธิที่เรียกว่า “CONUBIUM” จึงจะสามารถสมรสได้¹¹

เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะชาวโรมันเชื่อว่าชนชาติโรมันเป็นชนชาติที่ฉลาดจึงไม่ควรสมรสกับชนชาติอื่นหรือชนชาติที่เป็นทาส เงื่อนไขเหล่านี้ทำให้ชาวโรมันแอบมีภริยาน้อยหรือนางบำเรอมากมาย เพราะไม่สามารถอยู่กินกันอย่างเปิดเผยเนื่องจากไม่ยอมประพฤติผิดกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขของการสมรสดังกล่าว ซึ่งในความเป็นจริงแล้วในยุคโรมันชายมีภริยาได้เพียงคนเดียวเท่านั้น แต่ในชีวิตจริงของชาวโรมันผู้ชายกลับมีภริยาน้อยหรือนางบำเรอมากมาย¹²

แต่เดิมกฎหมายโรมันเคยมีการอนุญาตให้อยู่กินกันแบบลับๆ การอยู่กินกันแบบลับๆ เป็นการที่ชายและหญิงมีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวโดยซ่อนเร้น โดยชายอาจต้องการอยู่ร่วมกับหญิงอย่างถาวร แต่ไม่ต้องการทำผิดกฎหมายสมรสของโรมัน ดังนั้นจึงไม่ต้องการให้หญิงมีฐานะในสังคมและไม่มีการรับรองตามกฎหมายในฐานะของภริยา แต่เป็นการยอมรับความเป็นจริงในสังคมแทน แต่ต่อมาเมื่ออาณาจักรโรมันได้รับอิทธิพลของศาสนาคริสต์ กฎหมายศาสนาคริสต์ ได้ห้ามมิให้ผู้นับถือศาสนาคริสต์อยู่กินกันแบบลับๆ โดยที่ไม่ได้ทำพิธีสมรสตามที่ศาสนากำหนดไว้ แม้ว่าจะมีการห้ามไว้เช่นนั้นแล้ว แต่ก็ยังมีการอยู่กินกันแบบลับๆ อยู่จึงทำให้เกิดปัญหาบุตรนอกสมรสในสังคมของชาวโรมัน

¹¹ *Ibid.*, p. 368.

¹² *Ibid.*, p. 354.

เกิดขึ้นมาก¹³ และในเรื่องความสามารถในการทำการสมรสของคู่สมรส กฎหมายสิบสองโต๊ะได้บัญญัติไว้ว่า คู่สมรสต้องไม่วิกลจริต รวมทั้งคู่สมรสต้องไม่มีความสัมพันธ์กันทางสายโลหิต และมีอายุไม่ต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้คู่สมรสยังต้องแสดงออกถึงความต้องการที่จะสมรสด้วยกันอย่างเปิดเผย โดยในกฎหมายสิบสองโต๊ะ ในโต๊ะที่ห้าได้บัญญัติไว้ว่า บรรดาหญิงทั้งหลายย่อมต้องอยู่ในอำนาจปกครองของชายคนใดคนหนึ่ง เว้นแต่จะเป็นแม่ชี หรือหญิงที่รับใช้ศาสนา ซึ่งโดยปกติหญิงจะอยู่ภายใต้อำนาจของชายที่เป็นหัวหน้าครอบครัว แต่ถ้าบิดายังไม่เสียชีวิตจะยังอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดา ถ้าบิดาเสียชีวิตและทำการสมรสแล้วจะอยู่ภายใต้อำนาจของสามี

พิธีสมรสของชาวโรมันจะเป็นลักษณะของการประกาศต่อสาธารณชนถึงความยินยอมเป็นสามีภริยากัน¹⁴ ต่อมาอาณาจักรโรมันได้รับอิทธิพลคำสอนของศาสนาคริสต์ กฎหมายศาสนาคริสต์ได้กำหนดเกี่ยวกับพิธีสมรสไว้ว่า ให้ผู้ที่นับถือศาสนาคริสต์ทำการสมรสตามแบบพิธีทางศาสนา โดยกำหนดไว้ว่าคู่สมรสจะต้องแสดงความยินยอมที่จะเป็นสามีภริยากันต่อพระเจ้าจึงจะเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะการสมรสตามแบบพิธีดังกล่าวนี้จะมีผลต่อความเป็นบิดามารดาและบุตร กล่าวคือ การสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดานั้น จะเป็นบ่อเกิดอำนาจปกครองบุตรของผู้เป็นบิดา ดังนั้นการสมรสของบิดามารดาจะมีผลถึงสถานะของบุตรด้วย อำนาจปกครองของบิดาเป็นเรื่องสำคัญมากของชาวโรมัน เด็กที่เกิดจากบิดามารดาที่สมรสกันโดยสมบูรณ์จะมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย เพราะอำนาจปกครองของบิดาที่จะเกิดขึ้นกับบุตรนี้จะเกิดขึ้นก็แต่โดยเฉพาะกรณีตามกฎหมายโรมันกำหนดไว้เท่านั้น โดยเด็กที่เกิดจากบิดามารดาที่ได้สมรสกันตามกฎหมาย จึงจะเรียกว่าบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดา¹⁵

ดังนั้นถ้าเด็กไม่ได้เกิดโดยชอบด้วยกฎหมาย คือบิดามารดาไม่ได้สมรสกันตามกฎหมาย เช่นในกรณีของการอยู่กินกันแบบลับๆ นั้นจะส่งผลให้บุตรที่ถือกำเนิดมาเป็นบุตรนอกสมรส และเด็กที่เกิดนอกสมรสนั้นมิได้อยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดา ซึ่งจะมีผลในเรื่องสิทธิและหน้าที่ในระหว่างบิดากับบุตรในทางกฎหมายด้วย แต่สำหรับมารดานั้นไม่ว่ากรณีใดก็ตาม บุตรก็จะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของมารดาเสมอ ส่วนในเรื่องของทรัพย์สินนั้น หญิงเมื่อทำการสมรสแล้วทรัพย์สินจะอยู่ในอำนาจการจัดการของผู้เป็นสามี¹⁶

¹³ *Ibid.*, p. 361.

¹⁴ *Ibid.*, p. 273.

¹⁵ *Ibid.*, p. 263.

¹⁶ *Ibid.*, p. 563.

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมายโรมันจะได้เปิดโอกาสให้คู่สมรสมีสิทธิในการฟ้องหย่าไว้ แต่การฟ้องหย่าฝ่ายเดียวโดยการอ้างความขัดแย้งเล็กๆ น้อยๆ ภายในครอบครัว หรือที่เรียกว่า “Incompatibility” นั้นเป็นที่ยอมรับน้อยมากในสังคมของชาวโรมัน แต่ถ้าคู่สมรสมีความประสงค์ที่จะหย่าด้วยกันทั้งสองฝ่ายอาจใช้ลักษณะของการหย่าโดยความยินยอมร่วมกันทั้งสองฝ่ายก็ได้เช่นกัน²¹

2.1.1.5 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสสมัยพระเจ้าจัสติเนียน

ในยุคสมัยของพระเจ้าจัสติเนียนที่ได้ปกครองอาณาจักรโรมัน พระองค์ทรงตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งให้มีหน้าที่รวบรวมและจัดทำกฎหมายขึ้นใหม่ โดยมีลักษณะที่สามารถบังคับใช้ได้โดยทั่วไป การจัดทำและรวบรวมกฎหมายขึ้นในรูปของประมวลกฎหมายจัสติเนียน โดยมีชื่อเรียกอย่างเป็นทางการว่า “Corpus Juris Civilis” ซึ่งส่งผลให้รูปแบบของกฎหมายโรมันในยุคนี้มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษรและสามารถยึดถือเพื่อนำมาใช้เป็นแบบอย่างได้ ส่งผลให้กฎหมายที่มีอยู่เดิมที่มีลักษณะเป็นจารีตประเพณีในยุคเก่าหมดสิ้นความหมายลง โดยเฉพาะประเพณีการสมรสของชายหญิงที่แต่เดิม ซึ่งมีเพียงรูปแบบการสมรสกันต่อหน้าธารกำนัลเท่านั้น โดยมีลักษณะเป็นเพียงสัญลักษณ์ที่ทำให้ผู้คนในสังคมได้รู้ถึงการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาของคู่สมรสเท่านั้น แต่ในสมัยของพระเจ้าจัสติเนียนรูปแบบพิธีการสมรสเริ่มมีความเปลี่ยนแปลงในลักษณะที่เป็นทางการมากขึ้น เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะการได้รับอิทธิพลของศาสนาคริสต์เพราะในช่วงระยะเวลาดังกล่าวเป็นช่วงที่คริสต์ศาสนาถือกำเนิดขึ้นมาและแผ่อิทธิพลมายังอาณาจักรโรมัน ทำให้รูปแบบของการสมรสมีลักษณะที่เป็นพิธีทางศาสนาเกิดขึ้น โดยในประมวลกฎหมายจัสติเนียนบัญญัติว่าการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย หมายถึง การประกอบพิธีกรรมทางศาสนาโดยการแสดงความยินยอมในการเป็นสามีภริยาต่อหน้าผู้นำศาสนาและเพื่อเป็นการยอมรับการเป็นสามีภริยาต่อองค์พระผู้เป็นเจ้านั่นเอง การกระทำในรูปแบบดังกล่าวนี้จึงจะเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายจัสติเนียน ชายจะมีภริยาหรือหญิงอื่นที่อยู่ร่วมกันโดยมิได้สมรสพร้อมกันหรือในขณะเดียวกันไม่ได้ หลักการห้ามนี้หมายถึงการห้ามสมรสซ้อนนั่นเอง ซึ่งหลักการนี้ถือเคร่งครัดมากและเป็นหลักการของกฎหมายศาสนาคริสต์²²

ประกอบกับรูปแบบของการหย่าในสมัยนั้นก็ได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายจัสติเนียนเช่นกัน โดยในสมัยพระเจ้าจัสติเนียนได้มีการยกเลิกการหย่าโดยความยินยอมลง เนื่องจากการหย่าโดยความยินยอมถูกนำไปใช้ในทางที่ผิด โดยในสมัยนั้นหญิงบางคนได้หย่ากับสามีของตนโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่ายและทำการสมรสใหม่ถึง 8 ครั้งภายในระยะเวลา 5 ปี จึงทำให้พระเจ้าจัส

²¹ *Ibid.*, p.564.

²² พระคริสตธรรมคัมภีร์ (กรุงเทพฯ: สมาคมพระคริสตธรรมไทย, 2514), หน้า 41.

ดิเนียมมองว่าการสมรสที่เป็นพระประสงค์ของพระเจ้า เหตุใดจึงสิ้นสุดลงอย่างง่ายดายเช่นนี้ จึงส่งผลให้พระเจ้าจัสติเนียนทรงบัญญัติเหตุหย่าเอาไว้ให้ โดยในประมวลกฎหมายจัสติเนียนได้ระบุเงื่อนไขในการหย่าขึ้นใหม่ ดังต่อไปนี้ ยกเลิกการหย่าโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่ายลง ให้เหลือเพียงการหย่าที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดประพฤติดีดทำให้อีกฝ่ายหนึ่งยกเป็นเหตุหย่า โดยปรากฏในประมวลกฎหมายจัสติเนียนโดยให้สิทธิทั้งสามีและภริยาในการหย่าขาดจากการสมรสได้จะต้องอาศัยข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขในกฎหมายดังต่อไปนี้²³

สิทธิของสามีในการขอหย่าต้องอาศัยข้อเท็จจริง ดังนี้

1. ภริยาได้ทราบถึงแผนการลับในการล้มล้างรัฐบาล แต่ไม่บอกกล่าวให้สามีทราบถึงแผนการดังกล่าว
2. ภริยาสามารถให้กำเนิดบุตรได้ภายในระยะเวลา 5 ปีนับแต่ที่ได้สมรส และภริยาได้กระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยา
3. ภริยากระทำชู้
4. ภริยาได้อาบน้ำกับชายอื่น หรือไปงานเลี้ยง ละครสัตว์ โรงละคร และสถานที่อื่นอันเป็นการขัดต่อความประสงค์ของสามี
5. ภริยาได้จากบ้านที่อยู่ร่วมกันโดยมิได้รับอนุญาตจากสามี

สิทธิของภริยาในการขอหย่ากับสามีต้องอาศัยข้อเท็จจริง ดังต่อไปนี้²⁴

1. สามีมีส่วนเกี่ยวข้องกับกรกบฏ
2. สามีเป็นหมันไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ ภายในระยะเวลา 5 ปีนับแต่ได้ทำการสมรส
3. สามีพยายามฆ่าภริยา หรือทราบว่ามีบุคคลอื่นมาปองร้ายภริยา แต่ไม่เตือนให้ภริยาทราบถึงเหตุการณ์ดังกล่าว
4. สามีได้กล่าวหาว่าภริยากระทำชู้ แต่ต้องแพคดีเพราะไม่สามารถพิสูจน์การกระทำชู้ของภริยาได้
5. สามีอยู่กับหญิงอื่นเป็นประจำ โดยสามีดูแลหญิงอื่นในบ้านของภริยา ต่อมาญาติของฝ่ายหญิงหรือบุคคลที่มีความน่าเชื่อถือได้กล่าวตักเตือนแล้ว แต่สามีปฏิเสธที่จะยุติพฤติกรรมดังกล่าว

²³ Marriane Hajgaard Pederson, “Homosexual Marriages and New Rules Regarding Separation and Divorce,” *University of Louisville Journal of Family Law* 2, 23 (1991-1992): 245.

²⁴ *Ibid.*, p. 237.

ถึงแม้พระเจ้าจัสติเนียนจะทรงนับถือศาสนาคริสต์ โดยได้ทรงกำหนดโทษสำหรับผู้ที่ย่ำกันโดยไร้เหตุผลอันสมควร ทำให้ประชาชนกลัวการลงโทษ เลยอดตัดสินใจเลือกที่จะไม่สมรส และอยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยไม่สมรสตามรูปแบบของศาสนา²⁵ แต่อย่างไรก็ตามการอยู่กินกันแบบฉันสามีภริยาก็นับเป็นที่ยอมรับในสังคมของจักรวรรดิโรมันในสมัยนั้นว่าเป็นการสมรส แต่คู่รักที่อยู่กินกันฉันสามีภริยามีสถานะที่ต่ำกว่าคู่สมรสที่ได้ทำการสมรสตามรูปแบบของศาสนา ส่วนในประเด็นเรื่องบุตรก็เช่นกัน กล่าวคือ บุตรที่เกิดจากบิดามารดาที่ไม่ได้สมรสกันในรูปแบบของศาสนา ก็จะไม่มีสถานะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดา²⁶ กฎหมายของจักรวรรดิโรมัน ที่ว่าด้วยเรื่องเกี่ยวกับการสมรสมีอิทธิพลไปทั่วดินแดนที่อยู่ภายใต้การปกครองของจักรวรรดิโรมัน และประเทศต่างๆก็ได้นำไปประยุกต์ใช้กับกฎหมายภายในของตน โดยเฉพาะกฎหมายของศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก ที่นำหลักการห้ามสมรสซ้อนมาประยุกต์ใช้ และกลายเป็นหลักการที่กฎหมายของประเทศต่างๆทำไปใช้ในประเทศต่างๆแถบยุโรป²⁷

2.1.1.6 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสของกฎหมายศาสนา

รูปแบบการสมรสของกฎหมายศาสนาเป็นจุดเริ่มต้นของแนวความคิดในการดำเนินชีวิตคู่ร่วมกันแบบผัวเดียวเมียเดียว อันเป็นแนวคิดตามพระคริสตธรรมคัมภีร์ ภาคพันธสัญญาเดิม ในส่วนของบทปฐมกาล ที่กล่าวถึงการที่พระเจ้าได้ทรงสร้างมนุษย์ที่เป็นชายขึ้นมาบนโลกใบนี้ก่อน ต่อจากนั้นพระเจ้าได้ทรงสร้างมนุษย์ที่เป็นหญิงขึ้นมาจากกระดูกซี่โครงของมนุษย์ที่เป็นชาย เพื่อให้มนุษย์ทั้งสองได้ใช้ชีวิตเป็นคู่กัน ดังนั้นมนุษย์ที่เป็นชายจะต้องแสวงหากระดูกซี่โครงของตนที่ขาดหายไปนั้น ส่งผลให้มนุษย์ที่เป็นชายต้องคู่กับมนุษย์ที่เป็นหญิง และจะต้องมีเพียงคนเดียวเท่ากับจำนวนกระดูกของตนที่หายไปเท่านั้น แนวคิดเรื่องผัวเดียวเมียเดียวจึงถือกำเนิดขึ้นมาบนโลกใบนี้ภายใต้อิทธิพลทางความเชื่อของกฎหมายศาสนา²⁸ และนับตั้งแต่อาณาจักรโรมันได้เสื่อมอำนาจลงและเข้าสู่ยุคที่ศาสนาคริสต์เริ่มแผ่ขยายอิทธิพลครอบงำไปทั่วยุโรปซึ่งรวมถึงบริเตนใหญ่ด้วย ทำให้ศาสนจักรได้มีการรวบรวมหลักคำสอนกฎเกณฑ์และจารีตประเพณีต่างๆ ของศาสนาคริสต์มารวมไว้ในที่เดียวกันและจัดทำขึ้นเป็นรูปแบบของกฎหมาย และต่อมาจึงเรียกว่า กฎหมายศาสนา หรือ

²⁵ *Ibid.*, p. 247.

²⁶ *Ibid.*, p. 269.

²⁷ Grossman L. Joanna, “Family Boundaries: Third-Party Rights and Obligations with Respect to Children,” *Family Law Quarterly* 40, 1 (Summer 2006): 237.

²⁸ John Eekelaar and Rob George, *Routledge Handbook of Family Law and Policy* (London: Routledge, 2014), p. 289.

กฎหมายแคนนอน หรือบางตำราจะเรียกว่า กฎหมายพระ โดยกฎหมายของศาสนานี้จะมีลักษณะของการบังคับใช้กับผู้ที่นับถือศาสนาคริสต์ และอาณาจักรต่างๆ ที่ได้รับอิทธิพลจากการแผ่ขยายของศาสนจักร ทำให้กฎหมายศาสนาคริสต์นี้กลายเป็นกฎเกณฑ์ที่คริสต์ศาสนิกชนในยุคนั้นจำต้องถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัดเพราะถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักคำสอนที่ชาวคริสต์ศาสนิกชนจำต้องกระทำตาม เพราะถือเป็นพระประสงค์ขององค์พระผู้เป็นเจ้าอันเป็นกฎแห่งความเชื่อหากผู้ใดไม่ปฏิบัติตาม ก็จะมี ความเชื่อในเรื่องของความผิดบาปต่อพระเจ้านั่นเอง โดยเฉพาะกฎหมายศาสนาคริสต์เกี่ยวกับการสมรสซึ่งที่มาของกฎหมายฉบับนี้ส่วนหนึ่งมาจากกฎหมายโรมัน และอีกส่วนหนึ่งมาจากกฎหมายยิว ทำให้เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าอิทธิพลของกฎหมายโรมันที่กล่าวมาข้างต้นนี้มีอยู่ในกฎหมายของศาสนาคริสต์และกฎหมายของศาสนาคริสต์ก็มีอิทธิพลต่อกฎหมายสมรสของประเทศต่างๆ ทั่วยุโรป เป็นต้น แต่ศาสนาคริสต์ก็ไม่เห็นด้วยกับกฎหมายโรมันในบางประเด็นที่อนุญาตให้การหย่าเกิดขึ้นได้ง่าย ซึ่งขัดกับหลักการของกฎหมายศาสนาอย่างสิ้นเชิง²⁹ ศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกกลายเป็นศาสนาที่มีบทบาทในทุกๆ เรื่อง ทั้งเรื่องการเมืองและการปกครอง วัฒนธรรมประเพณี ศิลปะ รวมถึง การสมรส และเหตุฟ้องหย่าด้วย โดยหลักคำสอนของศาสนาคริสต์ได้ถูกรวบรวมเป็นกฎหมายศาสนาขึ้น ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้มีอิทธิพลต่อรูปแบบของการสมรสเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะการกำหนดเงื่อนไขของการสมรสที่ต้องมีลักษณะที่เป็นไปตามหลักกฎหมายศาสนาเท่านั้น กฎหมายของศาสนาคริสต์ยอมรับหลักเกณฑ์ของกฎหมายโรมันที่ว่า ในการสมรสคู่สมรสต้องยินยอมพร้อมใจที่จะสมรส และอายุที่จะแสดงความยินยอมได้คือ ชายต้องมีอายุ 14 ปี และหญิงอายุ 12 ปี โดยคู่สมรสจะต้องมีพิธีการที่ต้องกระทำกันอย่างเปิดเผยในโบสถ์ โดยพระในศาสนาและการแสดงความยินยอมของชาย และหญิงที่จะเป็นสามีภริยากันนั้นก็ต้องกระทำต่อหน้าพระที่ประกอบพิธีด้วย³⁰ รวมถึงเงื่อนไขการสมรสอีกประการคือ ห้ามสมรสในระหว่างเครือญาติที่สืบสายโลหิต หลักเกณฑ์เหล่านี้แม้แต่ประเทศที่ปฏิรูปศาสนาไปนับถือ ศาสนาคริสต์นิกายโปรเตสแตนต์ ก็ยังมีการยอมรับหลักเกณฑ์ดังกล่าวในกฎหมายศาสนาคริสต์นี้ด้วย

แต่กฎหมายของศาสนาคริสต์บัญญัติเพิ่มเติมต่อไปอีกว่า การสมรสเป็นพิธีการอันศักดิ์สิทธิ์ที่ทำให้คนสองคนมีร่างกายและจิตใจเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันอย่างไม่อาจแยกออกจากกันได้ อีก เมื่อสมรสแล้วจะแยกจากกันไม่ได้อีก ศาสนาคริสต์ถือว่าสามีและภริยาเป็นเนื้อเดียวกัน โดยเฉพาะเมื่อมีการสมรสแล้ว คู่สามีภริยาก็ไม่สามารถหย่าขาดจากกันได้ ไม่ว่าจะโดยการหย่าโดยความสมัครใจหรือฟ้องหย่า เพราะเนื่องจากหลักความเชื่อของศาสนาคริสต์ที่เชื่อว่าการสมรสเป็นพิธีที่ศักดิ์สิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของพระผู้เป็นเจ้า มิใช่เป็นเพียงเรื่องของคนสองคนเท่านั้น ดังนั้นการ

²⁹ Bea Vershragen, *Persons and Family* (Martinus: Nijhoff, 2004), p. 43.

³⁰ Marriane Hajgaard Pederson, *op. cit.*, p. 267

สมรสถือเป็นสายสัมพันธ์ที่ไม่อาจจะทำลายลงไปได้ คู่สมรสจะต้องเป็นสามีภริยากันจนกว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะตายจากกันไป กฎหมายศาสนาเชื่อว่าการกระทำชั่วเป็นเพียงเหตุที่คู่สมรสใช้อ้างเพื่อแยกกันอยู่เท่านั้น และเป็นการกระทำที่เป็นความผิดบาปเท่านั้น แต่ไม่สามารถใช้อ้างเป็นเหตุฟ้องหย่าได้³¹ ในเวลาต่อมานักปฏิรูปศาสนา อย่าง มาร์ติน ลูเธอร์ ที่ไม่เห็นด้วยกับแนวคำสอนและหลักการของกฎหมายบางประการของศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก โดยเห็นว่าการสมรสเป็นเพียงเรื่องทางแพ่ง ดังนั้นจึงได้นำเอาการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญมาสู่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสมรส นั่นคือกฎหมายพระของนิกายโปรเตสแตนต์ ที่ปฏิเสธความผูกพันแบบเด็ดขาดของการสมรสที่จะหย่าขาดจากกันมิได้เลย³²

ในอดีตที่กฎหมายของศาสนาคริสต์ไม่อนุญาตให้คู่สมรสหย่าขาดจากกันได้นั้น แต่ถึงอย่างไรก็ตามแม้คู่สมรสจะไม่สามารถหย่าขาดจากกันได้ แต่กฎหมายของศาสนาคริสต์ก็ได้ให้ทางออกของการสิ้นสุดการสมรสโดยวิธีอื่นที่ไม่ใช่การหย่า วิธีนั้นก็คือ การสมรสที่ตกเป็นโมฆะ ทำให้กฎหมายที่ว่าด้วยความเป็นโมฆะของการสมรส กลายมาเป็นทางออกของการสิ้นสุดความสัมพันธ์ในการสมรส ทั้งนี้เนื่องจากประเทศต่างๆ ที่ได้รับอิทธิพลของศาสนาคริสต์จะมีการห้ามคู่สมรสหย่าขาดจากความ เป็นสามีภริยาเมื่อได้มีการสมรสแล้ว เช่น ประเทศอังกฤษมีกฎหมายห้ามมิให้มีการหย่า จนกระทั่งในถึงปี ค.ศ.1857 จึงมีกฎหมายออกมานุญาตให้ทำการหย่าได้³³ ประเทศไอร์แลนด์ก่อนปี ค.ศ.1997 ศาลไอร์แลนด์ไม่มีอำนาจพิพากษาให้คู่สมรสหย่าขาดจากกัน³⁴ เนื่องจากตามหลักศาสนาคริสต์ถือว่าการสมรสเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์เป็นหน้าที่ที่มนุษย์ได้รับพระบัญชาจากพระเจ้าในการให้กำเนิดบุตรเพื่อสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ การสมรสจึงเป็นอมตะ และมนุษย์ไม่มีอำนาจที่จะทำให้การสมรสสิ้นสุดลง³⁵ ความเป็นโมฆะของการสมรสจึงเป็นวิธีเดียวในทางกฎหมายที่จะทำให้หลุดพ้นจากความสัมพันธ์ที่ปราศจากความรักอีกต่อไปแล้ว ตัวอย่างเช่น ในกรณีของพระเจ้าเฮนรี่ที่ 8 ก็ยังทรงขอให้ศาลพิพากษาว่าการอภิเษกสมรสระหว่างพระองค์กับพระนางแคทรีนเป็นโมฆะ โดยทรงอ้างว่าพระนางแคทรีนทรงเคยเป็นชายาของเจ้าชายอาเธอร์พระเชษฐามาก่อน แต่แท้จริงแล้วทรงต้องการพ้นจากสถานภาพการ

³¹ บาทหลวงไผ่ พงษ์นิราช, **การสมรสของคริสต์ชนไทย** (ราชบุรี: ธรรมรักษ์การพิมพ์, 2550), หน้า 28.

³² *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 61.

³³ Howard L. Bass and M. L. Rein, **Divorce Law: The Complete Practical Guide** (Washington D.C.: Prentice-Hall, 1976), p. 327.

³⁴ Heinz Hausheer, **Stephan Wolf Grounds for Divorce and Maintenance between Former Spouse** (New York, NY.: McGraw-Hill, 2002), p. 314.

³⁵ Howard L. Bass and M. L. Rein, *op. cit.*, p. 267.

สมรส เพื่อที่จะได้ทรงอภิเษกสมรสใหม่ เป็นต้น³⁶ อิทธิพลของกฎหมายศาสนาในเรื่องห้ามหย่านั้นมีอยู่ทั่วไปในยุโรปสมัยก่อน ด้วยเหตุนี้จึงปรากฏมีหลักกฎหมายว่าด้วยความเป็นโมฆะของการสมรสอยู่ในกฎหมายทุกระบบ จนกระทั่งเมื่อมีกฎหมายว่าด้วยการหย่าออกมาใช้บังคับ ทำให้คู่สมรสหันมาใช้ในการหย่าแทนการฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการสมรสเป็นโมฆะมากขึ้นจนความเป็นโมฆะของการสมรสได้ลดความสำคัญลงเป็นอย่างมาก³⁷ แต่ต่อมาภายหลังช่วงปลายศตวรรษที่ 15 มีการฟื้นฟูศิลปะวิทยาการ และปฏิรูปศาสนา จึงได้เกิดแนวคิดเชิงเสรีนิยมขึ้น ซึ่งมีอิทธิพลต่อศาสนาคริสต์เป็นอย่างมาก และทำให้กฎหมายของศาสนาคริสต์มีแนวคิดที่เปลี่ยนไป คือ มีการยินยอมให้การสมรสสามารถทำการหย่าได้

2.1.2 วิวัฒนาการของกฎหมายครอบครัวภายหลังมีการจดทะเบียนสมรส

ในยุคกลางที่ถือได้ว่าเป็นยุคที่มีความเจริญรุ่งเรืองของศาสนจักรถึงจุดขีดสุด ศาสนจักรเป็นสถาบันที่มีอำนาจในการต่อรองในเรื่องทางการเมืองและการปกครองของรัฐต่างๆในยุโรปวมไปถึงการครอบงำทางด้านการเมืองที่นำไปสู่การบัญญัติกฎหมายร่วมกันระหว่างศาสนจักรและจักรวรรดิ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ศาสนจักรมีส่วนในการปกครองรัฐทางอ้อม โดยอาศัยหลักคำสอนและความเชื่อที่ศาสนจักรที่พยายามเผยแพร่ออกไปและแทรกซึมอยู่ในรูปแบบของกฎหมายความเชื่อ ที่เกิดจากการสร้างความศรัทธาให้แก่ผู้นำของรัฐนั้นๆ เมื่อผู้นำของรัฐต่างๆเหล่านั้นเกิดความเชื่อและศรัทธาในคำสอนของศาสนาแล้ว ก็จะนำมาซึ่งรูปแบบการปกครองที่ยึดหลักเกณฑ์ของศาสนาที่มาจากความเชื่อของชนชั้นปกครองมาเป็นส่วนประกอบสำคัญ ในการบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อใช้ในการปกครองประเทศ สิ่งเหล่านี้ผู้วิจัยมองว่าถือเป็นสิ่งที่ดีและควรปฏิบัติ เพราะเป็นการนำหลักธรรมและคำสั่งสอนของศาสนาเป็นสิ่งยึดเหนี่ยวจิตใจของชนชั้นปกครองและราษฎรให้เป็นหนึ่งเดียวนั้น ทำให้บ้านเมืองสงบร่มเย็นและเป็นสุข เช่นเดียวกับการนำหลักทศพิธราชธรรมตามแนวทางของศาสนาพุทธที่พระมหากษัตริย์ควรนำมายึดถือปฏิบัติในการปกครองประชาราษฎร์ แต่ในความเป็นจริงแล้วแนวคิดที่เกิดขึ้นจากหลักคำสอนของกฎหมายศาสนาในบางประเด็นก็มีความเคร่งครัดมากจนเกินความพอดี ไม่สามารถยืดหยุ่นได้และเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติอันมีอาจหลีกเลี่ยงได้ตามกฎเกณฑ์เหล่านั้นนำมาซึ่งความรู้สึกที่อึดอัด และฝืนใจที่จะกระทำของชนชั้นที่อยู่ภายใต้การปกครอง ความคิดที่ว่าตนถูกบังคับให้กระทำ อันเป็นสิ่งที่ไม่ได้เกิดจากศรัทธาที่แท้จริงที่เกิดขึ้น ทำให้เกิดความพยายามที่จะหลีกเลี่ยงที่จะปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่บังคับจิตใจเหล่านั้น จึงทำให้เกิดแนวคิดที่จะปฏิรูปมีความ

³⁶ David Terry, **Divorce in England: Adultery**, Retrieved March 22, 2013 from <http://www.terry.co.uk/divorce2.html>

³⁷ *Ibid.*

เป็นไปได้มากยิ่งขึ้น แรงต่อต้านศาสนาและต่อต้านความเชื่อที่ถูกบังคับให้เกิดความศรัทธาอย่างไม่สมัครใจที่สั่งสมมาเป็นระยะเวลายาวนาน จนในที่สุด ทำให้เกิดช่วงระยะเวลาของการฟื้นฟูศิลปวิทยาการ และการปฏิรูปศาสนาเกิดขึ้น สิ่งเหล่านั้นทำให้เกิดรูปแบบของกฎหมายสมรสในยุคใหม่โดยมีการรวบรวมกฎเกณฑ์ต่างๆ ของกฎหมายโรมัน และกฎหมายศาสนาเท่าที่มีความจำเป็นไว้ในรูปแบบของประมวลกฎหมายแพ่ง เพื่อที่จะผ่อนปรนหลักปฏิบัติตามแนวคิดของกฎหมายศาสนาที่มีความเคร่งครัดจนเกินความพอดี จนในที่สุดรูปแบบของการร่างกฎหมายเพื่อบังคับใช้เองภายในรัฐของผู้นำรัฐที่ไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลของศาสนาจึงถือบังเกิดขึ้น โดยเฉพาะรูปแบบของการสมรส ที่มีเงื่อนไขของการที่คนสองคนจะทำการสมรสกันจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐเป็นผู้กำหนด โดยแยกต่างหากจากหลักเกณฑ์ของศาสนา รวมไปถึงการควบคุมสมาชิกในครอบครัว ที่รัฐพยายามเข้ามาจัดการสิ่งต่างๆ เหล่านี้เอง โดยมีความต้องการที่จะแยกออกจากรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของศาสนาที่มีมาแต่เดิม โดยรัฐมีความประสงค์ที่จะจัดระเบียบประชากรของตนในเรื่องของการสมรส และการจัดรูปแบบของสถาบันครอบครัวให้เป็นไปตามแนวทางที่รัฐกำหนดด้วยตัวของรัฐเอง โดยเป็นการคานอำนาจกันระหว่างศาสนจักรกับการเข้ามาครอบงำการเมืองและการปกครองของรัฐ ทำให้ในเวลาต่อมากระบวนการนี้ได้พัฒนาเป็นแบบอย่างให้แก่ประเทศต่างๆ มากมายในการยึดถือและปฏิบัติตาม ดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสและประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน

โดยขอเริ่มจากการนำเสนอแนวคิดของการจัดระเบียบการสมรสด้วยการสร้างรูปแบบการสมรสที่เป็นไปตามเงื่อนไขของรัฐตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส จากนั้นจึงเป็นประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันตามลำดับ ดังนี้

2.1.2.1 รูปแบบการสมรสของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

ในต้นศตวรรษที่ 19 ประเทศฝรั่งเศสได้แบ่งกฎหมายที่ใช้ออกเป็นสองส่วน โดยแบ่งออกเป็นตอนเหนือซึ่งครอบคลุมพื้นที่สองในสามของประเทศ กฎหมายของชนชาติเยอรมันและกฎหมายโรมันที่ได้นำมาใช้ปนกันจนกลายเป็นจารีตประเพณีของฝรั่งเศสไปในที่สุด และอีกส่วนหนึ่งคือตอนใต้ของฝรั่งเศสได้เอากฎหมายโรมันมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ทั้งตอนเหนือและตอนใต้เรื่องที่เกี่ยวข้องกับการสมรสและครอบครัวจะอยู่ในอำนาจของศาสนาโดยมีการนำหลักกฎหมายศาสนาเข้ามาใช้ ความไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวของระบบกฎหมายที่ใช้อยู่ในสมัยนั้นทำให้เป็นสาเหตุที่จักรพรรดิโนโปเลียนทรงมีพระประสงค์จะรวบรวมกฎหมายขึ้นมาใหม่ เพื่อที่จะทำให้ประเทศฝรั่งเศสมีระบบกฎหมายที่อยู่ในรูปแบบเดียวกันทั้งหมด และเป็นการแสดงถึงความเป็นอันหนึ่งอันเดียวของยุคจักรวรรดิโนโปเลียน ดังนั้น จักรพรรดิโนโปเลียนจึงทรงตั้งคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายขึ้นมา ในวันที่ 13 สิงหาคม ค.ศ.1800 โดยคณะกรรมการชุดดังกล่าวมีหน้าที่ในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งขึ้น จนสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี และมีการประกาศใช้ประมวลแพ่งฝรั่งเศสเมื่อวันที่ 21

มีนาคม ค.ศ.1804³⁸ โดยประมวลกฎหมายแพ่งฉบับดังกล่าวได้รับคำชื่นชมว่าเป็นประมวลกฎหมายที่ก้าวหน้าและทันสมัยที่สุดในศตวรรษที่ 19 ที่จัดทำขึ้นโดยฝ่ายฆราวาส และเป็นประมวลกฎหมายที่ยังคงรักษาขนบธรรมเนียมประเพณีอันดีงาม รวมถึงรักษาหลักคำสอนของศาสนาได้เป็นอย่างดี และสิ่งที่สำคัญที่สุดคือมีรูปแบบของการจัดทำที่มีความเป็นประชาธิปไตยเป็นอย่างมาก³⁹

โดยที่สำคัญไปกว่านั้น คือ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสดังกล่าวฉบับนี้ ได้มีการเพิ่มเติมรูปแบบของการสมรสขึ้นมาใหม่ อีกรูปแบบหนึ่ง จากเดิมที่รูปแบบของการสมรสจะต้องมีการประกอบพิธีทางศาสนาในโบสถ์และต้องกระทำต่อหน้าพระของศาสนาคริสต์เท่านั้นจึงจะเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ประมวลกฎหมายแพ่งฉบับนี้ได้เพิ่มเติมรูปแบบที่จะทำให้การสมรสชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาเพิ่มเติมอีกหนึ่งรูปแบบ นั่นก็คือ รูปแบบของการที่คู่สมรสจะต้องจดทะเบียนกันต่อหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย จึงจะถือว่าเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสฉบับนี้⁴⁰

และรูปแบบของการจดทะเบียนสมรสภายใต้ประมวลแพ่งฝรั่งเศสนี้ มีการประกาศใช้เป็นครั้งแรกในประมวลกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งแต่เดิมนั้นสำหรับประเทศฝรั่งเศสในช่วงยุคกลางแล้วก็มีลักษณะที่ไม่แตกต่างอะไรกับประเทศอื่นๆ ในแถบยุโรปที่ต้องตกอยู่ภายใต้การครอบงำของศาสนจักรที่กฎหมายศาสนามีส่วนในการควบคุมวิถีชีวิตของประชาชนในประเทศ โดยกฎหมายของฝรั่งเศสแต่เดิมนั้น ถือว่าการสมรสเป็นสิ่งที่ศักดิ์สิทธิ์ เป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายศาสนจักร โดยอยู่ในการควบคุมของศาลฝ่ายโบสถ์⁴¹ นอกเหนืออำนาจของรัฐหรือฝ่ายบ้านเมือง จนกระทั่งยุคที่มีการปฏิวัติฝรั่งเศส จึงได้มีแนวคิดที่จะแยกการสมรสออกจากอำนาจของศาสนจักร เพราะในยุคนี้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ.1791 มาตรา 7 ได้บัญญัติว่า “กฎหมายถือว่าการสมรสเป็นเพียงสัญญา

³⁸ F. H. Lawson, A. E. Anton and L. Neville Brown, **Amos and Walton's Introduction to French Law Third Edition** (Oxford: Oxford University Press, 1969), p. 361

³⁹ Henry Cachard, **The French Civil Code**, rev. ed. (London: Stevens & Sons, 1930), p. 365.

⁴⁰ Rene David, **Les systems de droit coteremporains XI, Le droit francais, Tome 1: Les donnees fondamentales du droit francais** (Paris: Praeger, 1960), pp. 12-14.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 16-17.

ทางแพ่งอย่างหนึ่ง” ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการตอบโต้ทางจิตวิทยาของจักรวรรดิและต้องการคานอำนาจในการจัดระเบียบรูปแบบของการสมรสต่างหากจากอำนาจของศาสนจักร⁴²

ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสถือว่าการสมรสเป็นสถาบันพื้นฐาน ที่รัฐควรจะมีส่วนในการเข้ามาควบคุมดูแล ประกอบกับมีการบันทึกทางทะเบียนสมรสที่ได้กระทำพิธีต่อหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยเท่านั้น จึงจะถือว่าชอบด้วยกฎหมาย หลักการนี้ไม่ถือว่าเป็นการลดบทบาทของศาสนจักรลง เพียงแต่เป็นการเพิ่มบทบาทของรัฐขึ้นมาอีกบทบาทหนึ่งเท่านั้น โดยที่บทบาทการสมรสตามพิธีกรรมของศาสนา และคงรูปแบบการสมรสของกฎหมายศาสนาที่เป็นจุดเริ่มต้นของแนวความคิดในการดำเนินชีวิตคู่แบบผัวเดียวเมียเดียวยังคงไว้ดังเช่นเดิม โดยเพิ่มบทบาทหน้าที่ให้รัฐเข้ามามีส่วนในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักเท่านั้น และได้วางหลักเกณฑ์ขึ้นมาก็เพื่อให้บุคคลมีสิทธิที่จะเลือกรูปแบบของการสมรสว่าจะประกอบพิธีกรรมตามศาสนาอย่างเดียว หรือต้องการบันทึกทางทะเบียนภายใต้เงื่อนไขของรัฐด้วย หรือเลือกเอาอย่างใดอย่างหนึ่งก็สามารถเลือกที่จะกระทำได้ และถ้าหากคู่รักเลือกที่จะสมรสกันภายใต้รูปแบบของศาสนาพิธีอย่างเดียว โดยไม่บันทึกภายใต้เงื่อนไขของรัฐ จะเป็นการสมรสที่สมบูรณ์ตามหลักศาสนาเท่านั้น เพราะการประกอบพิธีสมรสทางศาสนานั้นจะไม่มีผลในทางกฎหมายนั่นเอง โดยที่การสมรสนั้นจะไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายจนกว่าคู่รักนั้น จะได้บันทึกทางทะเบียนตามรูปแบบของรัฐ⁴³ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยได้ตั้งข้อสังเกตว่ากฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแยกเรื่องการสมรส ออกมาเป็นเรื่องๆ โดยแยกต่างหากจากเรื่องสิทธิและหน้าที่ของความเป็นบิดามารดาและบุตรที่จะต้องมีส่วนของความเป็นบิดาและมารดาในกายภาคหน้า และเรื่องมรดกออกจากกันเป็นส่วนๆ และไม่เป็นการเชื่อมกันกับความเป็นบิดามารดาและบุตร สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร อันเกิดจากการที่กฎหมายแยกเรื่องออกจากกันเป็นสัดส่วน ทำให้สถานะของความเป็นสามีภรรยา และความเป็นบิดามารดาและบุตรถูกแยกหน้าที่ออกจากกันอย่างสิ้นเชิง ผู้วิจัยขอเรียกรูปแบบประมวลแพ่งฝรั่งเศสในลักษณะนี้ว่า ระบบกฎหมายสมรส

จึงขอสรุปประเด็นนี้ได้ว่า ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ที่ได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ.1804 ในสมัยของจักรพรรดินโปเลียน แม้บทบัญญัติ

⁴² Marc SUEL, *Essai sur la codification a droit constant: precedents-debuts-realisation*, Journal officiel de la Republique francais, 2nd ed. (fevrier: Wiley, 1995), pp. 5-6.

⁴³ Jean CARBONNIER, *Droit Civil: Introduction*, 24th ed. (Paris: University of Paris, 1996), p. 168.; Chanprier MALAURIE, *Les enjeux de la codification* (Paris: University of Paris II, 1997), pp. 642-648.

ในส่วนที่ว่าด้วยการสมรสจะยังคงรูปแบบที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายศาสนาอยู่เช่นเดิม โดยเฉพาะระบบการดำเนินชีวิตคู่แบบผัวเดียวเมียเดียว ที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายศาสนา โดยมีเพียงสิ่งที่เพิ่มเติมเข้ามา ถ้าหากคู่สมรสจะสมรสอย่างถูกต้องตามกฎหมายก็ต้องปฏิบัติตามรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐด้วย จึงจะมีผลสมบูรณ์ในทางกฎหมายด้วย ดังนั้นแม้การสมรสจะได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการประกอบพิธีทางศาสนาแล้ว แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่าการสมรสนั้นขัดกับเงื่อนไขของกฎหมายสมรสของรัฐ การสมรสนั้นก็จะมีผลใดๆในทางกฎหมายของรัฐเท่านั้น แต่การสมรสนั้นยังคงมีผลสมบูรณ์ตามหลักของศาสนา เฉกเช่นเดียวกับประเทศเยอรมัน หลังจากฝรั่งเศสได้มีการรวมรวมกฎหมายเกณฑ์ต่างๆ ของกฎหมายศาสนา และนำมาซึ่งการปฏิรูประบบกฎหมายภายในของประเทศจนกลายเป็นประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ทำให้ต่อมาประเทศเยอรมัน ซึ่งเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรเหมือนอย่างเช่นประเทศฝรั่งเศส มีการพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของตนในลำดับต่อมาเช่นกัน

2.1.2.2 รูปแบบการสมรสของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

โดยแนวคิดของเยอรมันเริ่มจากการที่จักรพรรดิเยอรมันหลายพระองค์ เริ่มตั้งแต่พระเจ้าซาลมาญ ในปี ค.ศ.800 ได้ขึ้นครองราชย์ที่กรุงโรมของอิตาลี และเป็นผู้ตั้งอาณาจักรโรมันอันศักดิ์สิทธิ์แห่งชาติเยอรมันขึ้น พระองค์ทรงถือว่าพระองค์เป็นผู้สืบราชสมบัติต่อจากจักรพรรดิโรมัน และสืบสายโลหิตจากกษัตริย์โรมัน และพระองค์จะเป็นผู้ที่ทำให้อาณาจักรโรมันกลับมารุ่งเรืองอีกครั้ง จึงเป็นเรื่องธรรมดาที่จักรพรรดิเยอรมันจะต้องคิดว่า เป็นการสมควรที่จะต้องไปเอากฎหมายโรมันกลับมาใช้ในอาณาจักรของพระองค์ อีกทั้งกฎหมายโรมันยังมีความเหมาะสมกับสภาพสังคมและสภาพเศรษฐกิจในสมัยนั้น ยิ่งกว่ากฎหมายของชนชาติเยอรมันเองเสียอีก การรับเอากฎหมายโรมันมาใช้กับชนชาติเยอรมันจึงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้⁴⁴ และส่งผลให้ ตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 12-15 มหาวิทยาลัยต่างๆ ของเยอรมันได้มีการรับเอากฎหมายโรมันมาสอนในมหาวิทยาลัยอย่างเป็นทางการ โดยนำมาสอนพร้อมกับกฎหมายศาสนา เนื่องจากมหาวิทยาลัยที่สอนกฎหมายโรมันจะมีการสอดแทรกด้วยหลักกฎหมายศาสนาด้วย เพราะส่วนหนึ่งของกฎหมายโรมันเป็นที่มาของกฎหมายศาสนาด้วย จึงทำให้เป็นการเรียนรู้ที่ควบคู่กันไป ต่อมากฎหมายศาสนาเริ่มมีอิทธิพลต่อเยอรมันมากขึ้น และในที่สุดกฎหมายศาสนา ก็กลายเป็นกฎหมายของเยอรมัน เยอรมันได้รับเอากฎหมายโรมันมาใช้ในหลายเรื่องด้วยกัน อาทิ นิติกรรม ละเมิด สंहามทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ และได้รับเอากฎหมายศาสนามาใช้กับเรื่องความสัมพันธ์ของครอบครัว รวมถึงหลักเกณฑ์ของการสมรสด้วย⁴⁵ ซึ่ง

⁴⁴ William Carr, *A History of Germany 1815-1945*, 2nd ed. (London: Edward Arnold, 1979), p. 94.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 99-100.

ในขณะนั้นรูปแบบของการสมรสตามกฎหมายของเยอรมันยังคงยึดถือรูปแบบการสมรสที่เป็นการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา โดยจะกระทำที่โบสถ์ และกระทำพิธีต่อหน้าพระของศาสนาคริสต์ เช่นเดียวกับประเทศอื่นๆ ที่ได้รับอิทธิพลของกฎหมายศาสนา รวมไปถึงหลักกฎหมายอีกหลายประการที่กฎหมายโรมันและกฎหมายศาสนาที่กล่าวมาข้างต้นก็ได้ถูกนำมาใช้ปะปนกับกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันของเยอรมันในขณะนั้นด้วยด้วย⁴⁶

ต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 18 เยอรมันเกิดความคิดที่จะบัญญัติกฎหมายในรูปแบบประมวลกฎหมายแทนกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ซึ่งมีลักษณะที่ไม่ทันสมัยประกอบกับการใช้ภาษามีลักษณะที่เข้าใจยาก ทำให้นักกฎหมายเยอรมันในสมัยนั้นได้พยายามศึกษาถึงประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส และศึกษาแนวคิดเริ่มต้นของการร่างประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส ประกอบกับในช่วงเวลานั้นเกิดสงครามระหว่างฝรั่งเศสกับเยอรมัน ทำให้ชนชาติเยอรมันในขณะนั้นเกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในชาติและต้องการจะเอาชนะฝรั่งเศสในทุกด้าน โดยเฉพาะด้านศิลปะและวิทยาการสมัยใหม่⁴⁷ ทำให้เยอรมันมีความปรารถนาที่จะมีประมวลกฎหมายแพ่งเป็นของตนเอง และต้องดีกว่าประมวลแพ่งของฝรั่งเศส⁴⁸ จนในที่สุดได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ในปี ค.ศ.1896 โดยมีผลบังคับในวันที่ 12 มกราคม ค.ศ.1900 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันถูกบัญญัติขึ้นในรูปของหลักการที่มีเหตุผลตามสภาพสังคมที่เป็นอยู่ ของศตวรรษที่ 19 และให้ความสนใจต่อการเปลี่ยนแปลงไปสู่สังคมในยุคปฏิวัติอุตสาหกรรมที่กำลังดำเนินต่อไป และที่สำคัญอย่างยิ่งในด้านกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดตั้งสถาบันครอบครัว โดยเยอรมันให้ความสำคัญกับเรื่องนี้เป็นอย่างมากเนื่องจากเป็นกฎหมายพื้นฐานของการจัดตั้งสถาบันครอบครัวที่เป็นรากฐานของการพัฒนาคุณภาพประชากรที่เยอรมันให้ความสำคัญเป็นลำดับหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงบัญญัติให้การสมรสต้องจดทะเบียนต่อนายทะเบียน และการประกอบพิธีทางศาสนาจะมีขึ้นหลังจากที่มีการจดทะเบียนต่อนายทะเบียนแล้ว จะเห็นได้ว่ารูปแบบของการสมรสตามประมวลแพ่งของเยอรมัน จะมีทั้งรูปแบบพิธีการทางศาสนา และรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐที่ต้องจดทะเบียนเช่นกัน และการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายของเยอรมันก็คือการสมรสที่จดทะเบียนต่อนายทะเบียนเช่นเดียวกับประมวลแพ่งฝรั่งเศสนั่นเอง จึงส่งผลให้รูปแบบของการสมรสของเยอรมันมีลักษณะเป็น 2 รูปแบบ ที่แยกจากกันอย่างเห็นได้ชัดเช่นกัน คือ รูปแบบการสมรสตามพิธีการของศาสนา และรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐที่ต้องจดทะเบียนต่อนายทะเบียนนั่นเอง

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 107-109.

⁴⁷ Marry Fulbrook, *A Concise History of Germany* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), p. 132.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 134.

พื้นฐานของแนวคิดในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น สามารถนำมาวิเคราะห์ถึงสาเหตุที่เยอรมันมีรูปแบบการสมรสในลักษณะดังกล่าว ได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีความเหมือนกันตรงที่ ประมวลกฎหมายทั้งสองประเทศได้บัญญัติเกี่ยวกับรูปแบบของการสมรสไว้ในตัวบทกฎหมายเป็นพิเศษ คือต้องมีการจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงจะถือว่าเป็นการสมรสชอบด้วยกฎหมาย โดยเปลี่ยนแปลงจากเดิมที่ให้ศาสนาเป็นผู้กำหนดถึงความชอบด้วยกฎหมายของการสมรส โดยเป็นการโอนสิทธิในการกำหนดความชอบธรรมของการสมรสให้กับรัฐ เพื่อรัฐจะได้เข้ามามีส่วนสำคัญในการกำหนดรูปแบบการสมรสของประชาชน ถึงแม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส จะมีความเหมือนกันในรูปแบบของการสมรสดังที่กล่าวมาข้างต้น แต่หลักการและเหตุผลในการเกิดขึ้นของรูปแบบการสมรสดังกล่าวนี้มีหลักการและเหตุผลที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในช่วงศตวรรษที่ 19 กฎหมายของเยอรมันในส่วนที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่ายังไม่มีความเป็นเอกภาพ เนื่องจากเยอรมันได้ถูกแบ่งออกเป็นเยอรมันฝ่ายตะวันตกและฝ่ายตะวันออก ยังไม่มีการรวมประเทศ กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสและการหย่าในแต่ละรัฐจึงมีความแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับว่าประชากรส่วนใหญ่ในรัฐนั้นนับถือศาสนาคริสต์ นิกายโรมันคาทอลิก หรือนิกายโปรเตสแตนต์⁴⁹ และต่อมาจึงได้มีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันขึ้นและได้ถูกประกาศใช้เมื่อปี ค.ศ.1896 โดยจะมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 12 มกราคม ค.ศ. 1900 และในปี ค.ศ.1900 ซึ่งเป็นช่วงที่พรรคนาซีเรืองอำนาจ และเยอรมันกำลังจะก้าวเข้าสู่สงครามทำให้รัฐบาลเผด็จการนาซีของเยอรมันในขณะนั้นต้องการจัดระเบียบประชากรเอง โดยเฉพาะในการกำหนดรูปแบบการสมรสของประชากรที่ถือเป็นเรื่องพื้นฐานที่รัฐสมควรที่จะเข้ามาดูแลและควบคุมเอง โดยที่คู่สมรสจะต้องมาจดทะเบียนกับรัฐเท่านั้น จึงจะเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายของเยอรมัน แต่อย่างไรก็ตามรัฐบาลของพรรคนาซีในขณะนั้นก็ไม่ได้ทำการล้มล้างรูปแบบของการสมรสตามพิธีกรรมของศาสนาแต่อย่างใด ดังนั้นถ้าหากคู่สมรสได้ทำการสมรสในรูปแบบพิธีกรรมของศาสนาการสมรสก็มีผลสมบูรณ์ เพียงแต่ต้องจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่รัฐด้วย จึงจะถือว่าเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย

แต่หลักการและเหตุผลในการเกิดขึ้นของรูปแบบการสมรสโดยรัฐของฝรั่งเศสนั้นมีความแตกต่างกับเยอรมัน กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเริ่มขึ้นจากพระราชดำริของจักรพรรดินโปเลียน ที่ทรงต้องการให้กฎหมายของฝรั่งเศสมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันซึ่งในขณะนั้นประเทศฝรั่งเศสมีความมั่นคงและเข้มแข็ง จึงทรงตั้งกรรมการปฏิรูปกฎหมายขึ้นมาทำการร่างประมวลกฎหมายขึ้น จึงกลายเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและประกาศใช้บังคับทั่วประเทศเมื่อวันที่

⁴⁹ E. J. Passant, *A Short History of Germany 1815-1945* (Cambridge: Macmillan, 1982), p. 27.

21 มีนาคม ค.ศ.1804⁵⁰ โดยเฉพาะในเรื่องรูปแบบการสมรสที่รัฐต้องเข้ามาควบคุม โดยการแยกการสมรสออกจากอำนาจของศาสนจักรนั้น เริ่มมีแนวคิดตั้งแต่ยุคปฏิวัติฝรั่งเศส โดยรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1791 ได้บัญญัติไว้ว่า “กฎหมายถือว่าการสมรสเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งอย่างหนึ่ง”⁵¹ ซึ่งเป็นการแยกอำนาจของการจัดการในเรื่องรูปแบบการสมรสออกจากอำนาจของศาสนจักรอย่างสิ้นเชิง แต่ถึงอย่างไรก็ตามการสมรสในรูปแบบของศาสนาก็ยังคงมีอยู่เช่นเดิม กล่าวคือ ประมวลแพ่งฝรั่งเศสไม่ได้ไปล้มล้างรูปแบบของการสมรสของศาสนจักรแต่อย่างใด คู่สมรสสามารถสมรสกันตามรูปแบบของศาสนาได้และมีผลสมบูรณ์อย่างเดิม แต่ถ้าจะให้การสมรสชอบด้วยกฎหมายก็ต้องจดทะเบียนตามหลักของประมวลแพ่งฝรั่งเศสด้วย⁵² แต่อย่างไรก็ตามก็ยังพบว่า ประมวลกฎหมายแพ่งของทั้งสองประเทศก็มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ระบบกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้นมีการวางรูปแบบของตัวบทกฎหมายที่แตกต่างจากประมวลแพ่งฝรั่งเศส โดยเฉพาะการวางรูปแบบของกฎหมายในลักษณะของการสร้างสถานะครอบครัวที่มีความสอดคล้องกัน ที่จะพบได้เฉพาะในประมวลแพ่งของเยอรมันเท่านั้น โดยการวางลักษณะของกฎหมายเรื่องการสมรส และความเป็นบิดามารดาและบุตร สิทธิและหน้าที่ในความเป็นบิดามารดาและบุตรไว้ในบรรพเดียวกันเลย ดังนั้นจึงมีผลต่อความหมายของคำว่า การสมรสที่ต้องผูกพันและเชื่อมโยงกับความเป็นสถาบันครอบครัว ที่จะให้ความหมายถึงการที่ชายและหญิงที่มีความสมัครใจที่จะใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในฐานะของความเป็นสามีและภรรยา และส่งผลต่อการมีสถานะของความเป็นบิดาและมารดาในกายภาคหน้า และยังผลไปต่อการมีสิทธิและหน้าที่ต่อความเป็นบิดามารดาและบุตรต่อไปด้วย การสมรสในความหมายของประมวลแพ่งเยอรมันจึงมีลักษณะที่เกิดขึ้นได้กับมนุษย์ที่มีเพศสรีระชายกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระหญิงเท่านั้น เพราะความเป็นสามีและภรรยาของบุคคลทั้งสองจะนำมาซึ่งความเป็นบิดาและมารดาอันเป็นวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการรากฐานกฎหมายครอบครัวของเยอรมันต่อไป โดยขอเรียกรูปแบบประมวลแพ่งเยอรมันในลักษณะนี้ว่า ระบบกฎหมายครอบครัว ซึ่งมีความแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่ใช้ระบบกฎหมายสมรสดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแม้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะมีความคล้ายคลึงกันในส่วนของรูปแบบของการสมรสที่คู่สมรสต้องจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงจะเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ได้เป็นการล้มล้างรูปแบบของการสมรสตามพิธีการของศาสนาแต่อย่างใด เพราะการสมรสตามพิธีการของศาสนายังมีผล และเป็นการสมรสที่สมบูรณ์ดังเดิมเช่นกัน แต่สิ่งที่แตกต่างกันคือ ที่มาของหลักการและเหตุผลในการบัญญัติ

⁵⁰ Martin Kitchen, *The Cambridge Illustrated History of Germany* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), p. 254.

⁵¹ Marc SUEL, *op. cit.*, pp. 5-6.

⁵² *Ibid.*, p. 268.

รูปแบบการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งของทั้งสองประเทศเท่านั้น แต่ก็ยังมีสิ่งที่ต่างกันปรากฏให้เห็น คือ การวางรูปแบบของกฎหมายของทั้งสองประเทศนั่นเอง

2.2 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสของประเทศไทย

ต่อมาจะได้กล่าวถึงวิวัฒนาการของแนวคิดในการรับรองสถานะในการชีวิตคู่ร่วมกันของไทยว่ามีที่มาอย่างไร โดยจะเริ่มต้นสำหรับกฎหมายสมรสของไทยในช่วงแรกนี้ ที่ปรากฏอยู่ในรูปแบบของจารีตประเพณีที่ให้ความสำคัญต่อเพศหญิง หรือสังคมแบบมาตาธิปไตย อันเนื่องมาจากค่านิยมในการสมรสที่สามีจะมาอาศัยอยู่ร่วมกับครอบครัวของภริยา ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่ามีการยกย่องให้ฝ่ายชายเป็นหัวหน้าครอบครัว แต่ฝ่ายหญิงมีบทบาทมากกว่าในการบริหารและจัดการครอบครัว⁵³ เพศหญิงจึงได้ชื่อว่าเป็นพื้นฐานของสังคมไทยและมีส่วนสำคัญในการสร้างสรรค์สังคมไทยเสมอมา ลักษณะเช่นนี้เป็นลักษณะที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานของสังคมไทย ซึ่งเป็นลักษณะดั้งเดิมที่สุด แต่ลักษณะของโครงสร้างพื้นฐานที่กล่าวมานี้ต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงไปเมื่อชนชาติไทยได้เริ่มสัมผัสกับวัฒนธรรมอินเดียที่เข้ามาในช่วงหลัง⁵⁴

นับแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นต้นมา สภาพของสังคมในยุคนี้ได้รับอิทธิพลของวัฒนธรรมอินเดีย อันเป็นวัฒนธรรมของสังคมที่ให้ความสำคัญต่อเพศพ่อกว่าเพศแม่ กล่าวคือ มีรูปแบบสังคมแบบปิตาธิปไตย ส่งผลให้สภาพของหญิงไทยมีลักษณะที่ต้องเปลี่ยนแปลงรูปแบบในสภาพครอบครัวไปอย่างเห็นได้ชัด กลายเป็นผู้ชายเป็นใหญ่ในครอบครัว สามีมีอำนาจในการควบคุมภริยา และจำกัดบทบาทของผู้หญิงให้ลดลง⁵⁵

⁵³ ปรีดี เกษมทรัพย์, **นิติปรัชญา**, พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 47.

⁵⁴ เตือน บุญนาค, **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย** (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2489) อ้างถึงใน แสง บุญเฉลิมวิภาส, **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543), หน้า 54.

⁵⁵ ความตกต่ำในเรื่องสถานภาพของผู้หญิงนั้น แม้จะไม่ปรากฏในสมัยพุทธกาลหรือในคัมภีร์พระเวท แต่เมื่อมาถึงสมัยที่ใช้คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ได้มีการกล่าวถึงสถานภาพของสตรีว่า ผู้หญิงเป็นที่พิก เป็นเพียงส่วนประกอบของผู้ชาย และมีธรรมชาติที่เลวร้ายในตัวถ้าไม่ได้รับการอบรมที่ดี จึงมีการห้ามผู้หญิงทำพิธีกรรม เพราะถือว่าเพศหญิงเป็นเพศที่อ่อนแอ จึงไม่มีส่วนในเวทมนต์; แสง บุญเฉลิมวิภาส, **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543), หน้า 55.

คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ บางตำราเรียกว่า นวธรรมศาสตร์หรือ มนุธรรมศาสตร์ เป็นคัมภีร์กฎหมายเก่าของอินเดีย ที่มีทัศนคติเชิงลบต่อเพศหญิง เช่นคำสั่งสอนทั้งหลายที่ให้พึงระวังสตรีเอาไว้ว่า “นักดนตรีเว้นติดซ้อมห้าวันก็ลืมนั่น นักแม่นธนูเว้นฝึกซ้อมเจ็ดวันก็ไม่แม่นยำ ภริยาที่ดีจากไปเดือนเดียวก็เป็นอื่น นักเรียนเว้นการเรียนกึ่งเดือนก็เลื่อนวิชา”⁵⁶ หรือ คำสอนให้ระวังสตรีที่ว่า “ไฟหญิง คนโกงเขลา ภูพิช ราชสกุล ทั้งหมดนี้ควรพยายามหลีกเลี่ยง เพราะอาจคร่าชีวิตได้โดยพลัน”⁵⁷

สำหรับคัมภีร์พระธรรมศาสตร์นั้น ในสมัยกรุงศรีอยุธยาได้รับอิทธิพลมาจากชนชาติมอญที่นับถือพระพุทธศาสนา และต่อมากษัตริย์ในสมัยกรุงศรีอยุธยาได้นำมาเป็นกฎหมายสูงสุด และเป็นต้นแบบของการร่างกฎหมายทั้งปวง คล้ายๆ จะเป็นรัฐธรรมนูญของไทยในสมัยนั้น โดยในสมัยนั้นเรียกว่า “พระธรรมศาสตร์” มีหลักการที่ยึดถือว่าพระธรรมศาสตร์เป็นกฎหมายศักดิ์สิทธิ์อันมีอาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือเพิกถอนได้ เป็นหลักความจริงของธรรมชาติ แนวคิดเช่นนี้เป็นไปในลักษณะแนวคิดธรรมนิยมของสำนักกฎหมายธรรมชาติ ตามแนวคิดของทางตะวันตก⁵⁸

นับแต่นั้นมา พระธรรมศาสตร์ก็ถือเป็นกฎหมายสูงสุดและเป็นต้นแบบของกฎหมายทั้งปวงของไทย โดยเฉพาะกฎหมายลักษณะผิดเมีย ที่ผู้วิจัยจะกล่าวอย่างละเอียดในหัวข้อถัดไป ว่ากฎหมายลักษณะผิดเมียนั้นมีที่มาอย่างไร ประกอบกับรูปแบบของการสมรสตามกฎหมายลักษณะผิดเมียมีที่มาจากอย่างไร จนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น ก่อนที่ประเทศไทยจะได้รับกฎหมายและแนวคิดสมัยใหม่จากชาติตะวันตกเข้ามาปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่ให้ทันสมัยยิ่งขึ้น ในรูปแบบของประมวลกฎหมายเหมือนประเทศแถบตะวันตก โดยก่อนอื่นผู้วิจัยขอเริ่มต้นอธิบายจากวิวัฒนาการของแนวคิดตามกฎหมายลักษณะผิดเมีย จากนั้นผู้วิจัยจะอธิบายเหตุผลที่นำไปสู่แนวคิดในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในส่วนของการรูปแบบสมรส และการจัดตั้งสถาบันครอบครัว ดังนี้

2.2.1 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสก่อนมีการจดทะเบียนสมรส

2.2.1.1 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสตามกฎหมายมังรายศาสตร์

“มังรายศาสตร์”⁵⁹ เป็นกฎหมายที่เก่าแก่ที่สุดของอาณาจักรล้านนา พัฒนาขึ้นมาจากระเบียบแบบแผน ขนบธรรมเนียมท้องถิ่น ศาสนาและจารีตประเพณีของอาณาจักรล้านนา ที่สั่งสม

⁵⁶ ราชบัณฑิตยสถาน, *โลกนิติ-สุดวิธานินิติ* (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2540), หน้า 202.

⁵⁷ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 206.

⁵⁸ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, *เรื่องเดิม*, หน้า 56.

⁵⁹ ตามจริงแล้วศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงเป็นกฎหมายฉบับแรกของไทย ซึ่งเกิดขึ้นในสมัยของกรุงสุโขทัย โดยมีการจารึกหลักกฎหมายไว้เพียง 4 เรื่องเท่านั้น ประกอบไปด้วย เรื่องมรดก เรื่องที่ดิน เรื่องการพิจารณาความ และเรื่องการศึกษา ซึ่งถูกเรียกว่า กฎหมายสี่บท แต่สำหรับกฎหมาย

กันมาจนเป็นสิ่งที่สะท้อนถึงวิถีชีวิตของชนล้านนาเป็นอย่างดี รวบรวมโดยพ่อขุนเม็งราย กษัตริย์ที่ปกครองอาณาจักรล้านนาในขณะนั้น ในเรื่องเกี่ยวกับการสมรสนั้น มังรายศาสตร์ได้กำหนดรูปแบบของการสมรสไว้โดยเป็นอธิบายถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้เมียที่ใช้หลักการของพระพุทธศาสนาเป็นองค์ประกอบสำคัญในการพิจารณาสถานะของการอยู่กินร่วมกัน ซึ่งในเรื่องนี้ เนื้อหาของมังรายศาสตร์ได้บัญญัติไว้เพื่อให้เป็นหลักแก่ผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ตัดสินคดีความ ในกรณีที่จะมีการพิจารณาว่า ชายหญิงคู่นี้มีฐานะเป็นสามีภริยากันหรือไม่ประการใด กล่าวคือ หากพิจารณาตามหลักพุทธศาสนาของวัฒนธรรมล้านนา ความสัมพันธ์ของการเริ่มต้นเป็นสามีภริยา แบ่งได้เป็น 2 ประเภท⁶⁰ กล่าวคือ

1) อัจฉาตันทา คือ สิ่งที่ทำให้มนุษย์ชายและหญิงรวมทั้งสัตว์โลกวนเวียนอยู่ในวัฏสงสาร หรือเรียกว่าการเวียนว่ายตายเกิด มนุษย์และสัตว์จะมีความอิจฉาริษยา หึงหวง โมโห โกรธา กิเลสและตัณหา เกิดขึ้นเป็นของธรรมดา ตัวอย่างเช่น เมื่อชายและหญิงทะเลาะกัน อันเกิดจากสาเหตุของความอิจฉาหึงหวง ต่างฝ่ายต่างไม่ยอมซึ่งกันและกัน โกรธแค้นกัน แต่เหล่านี้เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นได้ในระหว่างผู้เมีย อีกไม่นานก็จะกลับมารักกันเหมือนเดิม เพราะอย่างไรก็คงเป็นผู้เมียกันอยู่ไม่สามารถขาดจากกัน ดังโบราณที่ได้เปรียบเปรยไว้ว่า เหมือนนารกินลูกไม้ในป่า ไม่ควรไปถือสา มัน มันกินแล้วมันก็จากไป⁶¹ เพราะฉะนั้นก็เปรียบได้กับมนุษย์ทุกคนที่มีอิจฉาตันทารัก โลก โกรธ หลง ติดตัวมากันทุกคน⁶² เว้นแต่ผู้ที่เข้าสู่นิพพานเท่านั้นที่จะพ้นจากอิจฉาตันทานี้ได้

อิจฉาตันทาแบ่งเป็น 2 ประเภทคือ⁶³

(1) บุพภาคตันทา คือ จิตใจชายหญิงที่รักใคร่กัน เป็นการพึงพอใจซึ่งกันและกันตั้งแต่แรกพบ กามเทพแฝงศร หรือ บุพเพสันนิวาส

เกี่ยวกับเรื่องการสมรสนั้น ไม่ปรากฏหลักฐานในศิลาจารึก แต่ปรากฏในกฎหมายของพระเจ้ามังราย หรือที่เรียกว่า มังรายศาสตร์ โดยตั้งชื่อตามผู้ที่รวบรวมกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ในการปกครองอาณาจักรล้านนา ซึ่งเกิดขึ้นและเจริญรุ่งเรืองพร้อมๆ กับอาณาจักรสุโขทัย; ร.แสงภาค, **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1-4** (กรุงเทพฯ: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2526), หน้า 89.

⁶⁰ พิธิชัย ไชยแสงสุขกุล, **กฎหมายครอบครัว: เปรียบเทียบกฎหมายมังรายศาสตร์กับกฎหมายตราสามดวง** (รายงานการวิจัย เสนอต่อคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า 21.

⁶¹ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 22.; **ธรรมศาสตร์ราชกิจ** ฉบับวัดหัวขวง ไบลานที่ 32 หน้า 21

⁶² *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 22.; **หัตถกัมมวินิจฉัย ฉบับวัดศรีโคมดำ** ไบลานที่ 30 หน้า 31-32

⁶³ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 22.; **หัตถกัมมวินิจฉัย ฉบับวัดศรีโคมดำ** ไบลานที่ 32 หน้า 34

(2) อับปริภาคคณหา คือ ชายหญิงได้ให้ของกันและกัน ถูกเนื้อต้องตัวกัน และได้ กราบไหว้ฟ้าดินและแสดงเคารพกันและกัน ปฏิญาณสิ่งศักดิ์สิทธิ์ว่านับแต่นี้พวกเขาทั้งสองจะรักและดูแลซึ่งกันและกันตราบเท่าที่ชีวิตที่เหลืออยู่ ประเพณีเช่นนี้จะมีลักษณะคล้ายประเพณีไหว้ฟ้าดินของชาวจีน

2) อาลัยคณหา คือ ความผูกพันต่อกัน เมื่อชายหญิงอยู่ด้วยกัน ย่อมมีความรักในลูกและเมียเป็นอาลัย เป็นความรักและความผูกพันที่เหมือนกับเชือกที่ผูกไว้ หากแต่สามีภริยาผู้นั้นไม่มีลูก ก็อาลัยรักในทรัพย์สินเงินทองของตนเหมือนเป็นลูกนั่นเอง

ดังนั้น การจะเป็นผู้เมียกันนั้นต้องเป็นไปอย่างธรรมชาติที่สุด ไม่ได้เป็นการทำไปเพราะความเสแสร้งแกล้งหลอก แต่การเป็นผู้เมียกันนั้นเริ่มจาก มนุษย์ทุกคนที่มีจิตใจ อายุอยู่ในวัยที่พร้อมจะเป็นผู้ใหญ่ ประกอบกับความพร้อมทั้งทางร่างกายและจิตใจ การผูกพันเป็นผู้เมียกันในสังคมล้านนา นั้น มีทัศนคติตั้งอยู่บนพื้นฐานของศาสนา โดยความเชื่อของชาวล้านนาถือว่า มนุษย์ชายหญิงย่อมเวียนว่ายตายเกิดอยู่ในวัฏสงสาร จึงมีความรู้สึก รัก โลภ โกรธ หลง อย่างเช่นมนุษย์ชายหญิงก็จะเจอรักแรกพบ ที่เรียกว่า บุพภาคคณหา มีการให้ของกัน จับเนื้อต้องตัวกันและกัน จนปฏิญาณต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์ว่าจะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันที่เรียกว่า อับปริภาคคณหา การผูกพันมีเยื่อใยต่อกัน เป็นเสมือนเชือกที่ผูกมัดจิตใจต่อชีวิตและเลือดเนื้อ รวมไปถึงทรัพย์สินเรียกว่า อาลัยคณหา และเมื่อชายหญิงอยู่กินหลับนอนด้วยกันอย่างเปิดเผยต่อสาธารณชน ก็จะได้ชื่อว่าชายหญิงผู้นี้มีฐานะเป็นผู้เมียกันอย่างถูกต้องตามครรลองคลองธรรมของสังคม⁶⁴

2.2.1.2 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสสมัยกรุงสุโขทัย

ตามประวัติศาสตร์ของประเทศไทย ประเทศไทยเริ่มได้ตั้งเป็นกลุ่มเป็นก้อนและตั้งเป็นประเทศไทยในสมัยกรุงสุโขทัย ซึ่งในสมัยนั้นยังไม่เรียกว่าประเทศไทยคงเป็นการรวบรวมชนชาติตั้งเป็นอิสระ มีกรุงสุโขทัยเป็นราชธานี ส่วนประวัติศาสตร์กฎหมายของกรุงสุโขทัยนั้นเท่าที่ได้พบ มีแค่ศิลาจารึกในแท่นศิลาซึ่งต่อมาเรียกกันว่า “ศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหง” เท่าที่เกี่ยวกับกฎหมายครอบครัว มีปรากฏในศิลาจารึกหลักที่ 1 ด้านหน้า จารึกไว้ว่า

“พ่อกูชื่อขุนศรีอินทราทิตย์ แม่กูชื่อนางเสือง พี่กูชื่อบานเมือง”

“กูพี่น้องท้องเดียวห้าคน ผู้ชายสาม ผู้หญิงสอง”⁶⁵

จากข้อความบนศิลาจารึกดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ประชาชนรวมทั้งกษัตริย์ ได้มีระบบการปกครองในลักษณะที่เป็นครอบครัวแบบง่ายๆ รวมถึงระบบครอบครัวของกษัตริย์ ซึ่ง

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 25-26.

⁶⁵ พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์, **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย** (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2500), หน้า 35-36.

ความสัมพันธ์ระหว่างครอบครัวที่ไม่แตกต่างจากประชาชนเท่าใดนัก จะเห็นได้จากข้อความในศิลาจารึก ที่มีได้ใช้คำราชาศัพท์เหมือนสมัยกรุงศรีอยุธยา และความสัมพันธ์ระหว่างครอบครัวหนักไปในทางความสัมพันธ์ระหว่างพ่อ แม่ พี่ น้อง ส่วนความสัมพันธ์ของความเป็นผู้เมีย⁶⁶ ไม่มีความสัมพันธ์ทางสังคมเท่าใดนัก ดังจะเห็นได้จากข้อความในศิลาจารึกไม่ได้ระบุถึงสถานะของเมียไว้แต่อย่างใด ประกอบกับข้อความในศิลาจารึกของบทต่อมา จารึกไว้ว่า

“กูไปที่บ้าน ท่เมือง ได้ช้างได้วง ได้ปู้ได้นาง ได้เรือนได้ทอง กูเอามาเวนแก่พ่อ
กู”⁶⁷

จากข้อความในศิลาจารึกดังกล่าว จะเห็นได้ว่าในสมัยสุโขทัย พ่อเป็นใหญ่ในครอบครัว ลูกไปหาอะไรมาได้ ไม่ว่าจะทรัพย์สินหรือเงินทอง หรือแม้แต่ไพร่หรือทาส จะต้องนำมาให้พ่อ ผู้เมียจึงไม่มีบทบาทในสังคมในสมัยนั้น และเมื่อตรวจศิลาจารึกหลักดังกล่าว ให้ครบถ้วน ไม่พบข้อความที่เกี่ยวกับลักษณะและรูปแบบของการสมรสและสถานะของการเป็นผู้เมียกันเลย มีแต่เมื่อผู้ตายทรัพย์สินรดกตกแก่ลูก ดังจะเห็นได้จากข้อความในศิลาจารึกบทต่อไปนี้

“พ่อผู้ตาย ยังพี่กู กูพรำบ่าเรอแก่พี่กู ดังพรำบ่าเรอแต่พ่อกู พี่กูตายจึงได้เมืองแก่กู
ทั้งกลม”⁶⁸

จากข้อความในศิลาจารึกบทดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าการขาดจากการสมรสของผู้เมีย ไม่มีการแบ่งทรัพย์สินระหว่างผู้เมีย ทรัพย์สินรดกก็จะตกทอดแก่บุตรของเจ้ามรดก และบุตรคนโตก็จะเป็นผู้ปกครองทรัพย์สินต่อไป ดังจะเห็นได้จากเมื่อพี่ของพ่อขุนรามคำแหงตาย ทรัพย์สินและเมืองตกเป็นมรดกแก่พ่อขุนรามคำแหง ดังนั้น จากข้อความในศิลาจารึกดังกล่าว ทำให้ทราบได้ว่าไม่มีหลักฐานปรากฏให้เห็นถึง รูปแบบการสมรส ความสัมพันธ์ของผู้เมียและการขาดจากการสมรสในสมัยสุโขทัย รวมทั้งไม่ได้กล่าวถึงรูปแบบของการอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามีลักษณะอย่างใด รวมทั้งการแบ่งทรัพย์สินระหว่างผู้เมีย ประกอบกับสตรีหรือเมียในสมัยนั้นไม่ได้รับรองสถานะของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกับชายผู้เป็นสามี ทำให้ไม่มีบทบาทในครอบครัวหรือในสังคม ทุกอย่างล้วนแล้วแต่อยู่ใต้การปกครองของผู้เป็นบิดา ส่วนในเรื่องกฎหมายลักษณะมรดกนั้นโดยทั่วไป มรดก คือทรัพย์สินที่ตกทอดแก่ทายาท ในศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงมีข้อความที่กล่าวถึงในเรื่องการสืบทอดมรดก ดังนี้

⁶⁶ คำว่าผู้เมีย เป็นคำสามัญที่ใช้กันทั่วไปที่ใช้เรียกกันระหว่างคู่สมรส และมีการใช้คำดังกล่าวในกฎหมายลักษณะผู้เมีย ของกรุงศรีอยุธยาและกรุงรัตนโกสินทร์ด้วย

⁶⁷ พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 39.

⁶⁸ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 39.

“ไพร่ฟ้าหน้าใส ลูกเจ้าลูกขุนผู้ใดแล ล้มหายตายกว่า เข้าเรือนพ่อเชื้อ เลื้อยค้ำมัน ช่างขอลูก เมียเย้ย ข้าว ไพร่ฟ้าข้าไทย ป่าหมากป่าพลู พ่อเชื่อมั่นไว้แก่ลูกมันสิ้น”⁶⁹

จากข้อความในศิลาจารึกจะพบว่า ผู้ที่อาจมีทรัพย์สินมรดกได้แก่ ทุกผู้คนในอาณาจักรสุโขทัย ไม่ว่าจะเป็นราษฎรธรรมดา หรือเป็นลูกเจ้าลูกขุนก็ตามทรัพย์สินมรดกได้แก่ บ้านเรือนเสื่อค้ำ⁷⁰ ฉางข้าวบริวาร ป่าหมาก ป่าพลู จึงเห็นได้ว่าทรัพย์สินมรดกของผู้ที่ถึงแก่ความตายได้แก่ ทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ถ้าหากจะมองการแบ่งทรัพย์สินออกเป็นประเภทตามกฎหมายปัจจุบัน แต่ตามความเป็นจริงกฎหมายไทยสมัยก่อน มีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายไทยแบ่งทรัพย์สินออกเป็น วิญญูณกทรัพย์ (ทรัพย์สินมีวิญญูณ) และอวิญญูณกทรัพย์ (ทรัพย์สินไม่มีวิญญูณ) ผู้มีสิทธิได้รับทรัพย์สินมรดกตามกฎหมายพ่อขุนรามคำแหง ได้แก่ บรรดาลูกๆ ของผู้ตายเท่านั้น ถ้าหากจะเทียบกับกฎหมายของพระเจ้ามังราย ผู้มีสิทธิได้รับมรดกของผู้ตาย นอกจากบรรดาลูกๆ ที่เป็นทั้งลูกเมียหลวง ลูกเมียน้อย และข้าหญิงชาย เมียของผู้ตายซึ่งอาจเป็นเมียหลวงหรือเมียน้อยก็ได้ ถ้าผัวและเมียหลวงตาย เมียหลวงไม่มีลูก เมียน้อยก็ไม่มีลูก ให้มรดกตกได้แก่ เมียน้อย และญาติของเมียน้อย และตามกฎหมายตรา 3 ดวง ถ้าผู้ตายมีนาตั้งแต่ 400 ไร่ ต้องแบ่งทรัพย์สินมรดกออกเป็น 4 ภาค 1. ภาคหลวง 2. ภาคบิดามารดา 3. ภาคภริยา 4. ภาคญาติ

ให้ทรัพย์สินมรดกของผู้ตาย ตกได้แก่คนจำนวนมาก เมื่อเปรียบเทียบกับระหว่างกฎหมายมรดกของพ่อขุนรามคำแหง กฎหมายของพระเจ้ามังราย และพระอัยการลักษณะมรดก ของกฎหมายตรา 3 ดวง จะเห็นได้ว่ากฎหมายลักษณะมรดกของพ่อขุนรามคำแหง แบ่งทรัพย์สินมรดกให้แก่ลูกๆ เท่านั้น ย่อมทำให้ผู้ได้รับทรัพย์สินมรดกย่อมมีทุนทรัพย์ เพียงพอในการประกอบทำกิจการต่างๆ หน้าที่จะสอดคล้องกับกฎหมายปัจจุบัน ซึ่งถ้าเจ้ามรดกมีลูกย่อมตัดทายาทในลำดับถัดไป

2.2.1.3 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสสมัยกรุงศรีอยุธยา

ในสมัยที่กรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานีและได้รับอิทธิพลในการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ กษัตริย์เป็นดังสมมติเทพ จากแนวคำสอนของศาสนาพราหมณ์ ฮินดู โดยได้รับอิทธิพลทางความคิดจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของอินเดีย โดยกรุงศรีอยุธยาได้รับมาจากชนชาติมอญอีกทอดหนึ่ง ในเรื่องการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสนั้น ในสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีศรีบรมจักรพรรดิ (พระเจ้าอู่ทอง) ได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าให้ตราพระราชกฤษฎีกาถึง 2 คราว คือ ใน

⁶⁹ หลวงรองศยามานนท์, **ประวัติศาสตร์ไทย** (กรุงเทพฯ: คณะกรรมการส่งเสริมหนังสือตามแนวพระราชดำริ, 2527), หน้า 126 อ้างถึงใน กำธร กำประเสริฐ และสุเมท จานประดับ, **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยและระบบกฎหมายหลัก LW 103 (The Thai Legal History and Major Legal System)** (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552), หน้า 11.

⁷⁰ เสื่อค้ำ หมายถึง เสื่อที่ปักด้วยดินทองคำ

ปีพุทธศักราช 1904 (จุลศักราช 723) ว่าด้วยการผิดเมีย และในพุทธศักราช 1905 (จุลศักราช 724) ได้มีการออกพระราชบัญญัติเพิ่มเติมว่าด้วยการแบ่งปันสินบริคณห์ระหว่างสามีและภรรยา เมื่อจะหย่าขาดจากกัน⁷¹ รวมอยู่ในกฎหมายลักษณะผิดเมีย และถือว่าเป็นกฎหมายครอบครัวฉบับแรกของไทย กฎหมายลักษณะผิดเมียที่บัญญัติขึ้นในสมัยพระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอู่ทอง) เมื่อพุทธศักราช 1904 (จุลศักราช 723) สาเหตุที่จะได้ตราพระราชกฤษฎีกาเป็นกฎหมายนี้ขึ้นเพราะเหตุเป็นคดีว่า

“ขุนไกรนารายณ์และแม่นางเกิดสมรสกัน และทำบริคณห์ให้กัน ว่าเดิมแม่นางเกิดมีข้าหญิงชายช่างม้า โคกระบือ แก้วแหวนเงินทองผ้าผ่อน แพรพรรณ สรรพทรัพย์สิ่งของทั้งปวงเป็นเงิน 8 ชั่ง ส่วนสินเดิมช่างขุนไกรนารายณ์เอาไปเล่นเบี้ยเสีย ส่วนสินเดิมแม่นางเกิดแต่งไปค้าเมืองนอกเสีย ยังแต่สินสมรส และเขาจะหย่ากัน ดังนี้ควรตัดสินประการใด พระสุภาวดีศรีมหาตุลาขอเรียนพระราชปรณินิบัติ”⁷²

หลังจากนั้นจึงได้มีการตราพระราชกฤษฎีกา 2 ฉบับนี้ขึ้นมา และมีลักษณะเป็นกฎหมายที่ยึดหลักจารีตประเพณีและหลักความเชื่อทางศาสนาเพื่อทำให้เกิดความเหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับสถาบันครอบครัวของสมัยกรุงศรีอยุธยาได้อย่างชัดเจน นอกจากนั้นกฎหมายลักษณะผิดเมียยังมีแทรกอยู่ในกฎหมายลักษณะต่างๆ ที่พอจะรวบรวมได้ดังต่อไปนี้⁷³

1. กฎหมายลักษณะมรดก เรื่องที่เกี่ยวกับผิดเมียแทรกอยู่ในบทที่ 3, 5, 9, 10, 11, 34 และบทที่ 43
2. กฎหมายลักษณะกัณฑ์ เรื่องที่เกี่ยวกับผิดเมียแทรกอยู่ในบทที่ 1, 2, 6, 12(4), 13(5), 16(8), 17(9), 18(10) และบทที่ 19(11)
3. กฎหมายลักษณะลักพา เรื่องที่เกี่ยวกับผิดเมียแทรกอยู่ในบทที่ 2, 1 และบทที่ 8
4. กฎหมายลักษณะวิวาทคำดี เรื่องที่เกี่ยวกับผิดเมียแทรกอยู่ในบทที่ 37
5. กฎหมายลักษณะโจร เรื่องที่เกี่ยวกับผิดเมียแทรกอยู่ในบทที่ 11, 59 และบทที่ 149

⁷¹ พิธีชัย ไชยแสงสุขกุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 23.

⁷² องค์การค้าของคุรุสภา, “ความตอนต้นของพระอัยการลักษณะผิดเมีย,” ใน *กฎหมายตราสามดวง เล่ม 5* (พระนคร: โรงพิมพ์คุรุสภา, 2515), หน้า 205.

⁷³ พิธีชัย ไชยแสงสุขกุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 5.

6. กฎหมายลักษณะรับฟ้อง เรื่องที่เกี่ยวกับผัวเมียแทรกอยู่ในบทที่ 21, 25(4) และบทที่ 47

7. กฎหมายลักษณะพยานเรื่องที่เกี่ยวกับผัวเมียแทรกอยู่ในบทที่ 6(4), 31(29), 74(20) และบทที่ 91(1)

8. กฎหมายลักษณะทาส เรื่องที่เกี่ยวกับผัวเมียแทรกอยู่ในบทที่ 6(4), 31(29), 74(20) และบทที่ 91(1)

9. กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ เรื่องที่เกี่ยวกับผัวเมียแทรกอยู่ในบทที่ 5, 13, 18 และบทที่ 124(109)

จากบทบัญญัติกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้น แสดงให้เห็นว่าลักษณะของกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยาที่ได้รับอิทธิพลจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของอินเดียและในเรื่องที่เกี่ยวกับความเป็นผัวความเป็นเมียกันนั้นก็จะถูกสอดแทรกอยู่ในพระอัยการลักษณะต่างๆ จึงเห็นได้ว่ากฎหมายลักษณะผัวเมียนั้นไม่ได้มีลักษณะเช่นเดียวประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวตามที่เข้าใจกันในปัจจุบัน เพราะไม่ได้มีการรวบรวมเอาไว้ในฉบับเดียวกันรวมถึงไม่มีการจัดหมวดหมู่ของกฎหมายว่าด้วยเรื่องต่างๆ ไว้อย่างเป็นระบบ โดยในเรื่องรูปแบบของการสมรสนั้น ไม่ได้มีรูปแบบของการจดทะเบียนสมรส แต่ถือเอาการอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาอย่างเปิดเผย เป็นที่ยอมรับของสังคมว่าเป็นการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย วิธีที่จะเป็นสามีภริยากันในสมัยนั้นจะต้องมีหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ ประการแรก ชายหญิงต้องหลับนอนด้วยกันโดยมีเจตนาทั้ง 2 ฝ่ายว่าจะเป็นผู้เมียกัน ประการที่สอง คือ บิดามารดาของฝ่ายหญิงได้ยอมยกหญิงให้เป็นภริยาชายโดยหญิงนั้นยินยอมด้วย⁷⁴ นอกจากนี้กฎหมายยังยอมรับว่าการมีภริยาหลายคนเป็นสิ่งที่ถูกต้อง เพียงแต่มีฐานะต่างกัน คือ ภริยาที่บิดามารดาหญิงยกให้แต่งงานและหญิงมีฐานะทางสังคมที่ดีโดยจะมีฐานะเป็นเมียกลางเมือง หรือเมียหลวง แต่ถ้าชายขอหญิงมาเลี้ยงเป็นอนุภริยา มีฐานะรองจากเมียหลวง เรียกว่าเมียกลางนอกหรือเมียน้อย แต่ถ้าชายได้ช่วยให้หญิงได้พ้นจากทุกข์ยาก แล้วเลี้ยงดูเป็นภริยา เรียกว่าเมียกลางทาสีหรือทาสภริยา การเป็นเมียกลางนอกหรือเมียน้อยนั้น มีข้อสังเกตคือ ต้องเป็นเมียที่ชายได้มาโดยมีข้อตกลงว่าจะให้เป็นรองเมียหลวง หรือถ้าชายไปมาหาสู่หญิงที่มาขออาศัย หญิงที่ชายประกำไว้ และเกิดบุตรด้วยกันแล้ว กฎหมายถือว่าหญิงนั้นเป็นเมียน้อยด้วย แต่ข้อที่สำคัญคือต้องมีลูกด้วยกันจึงจะถือว่าเป็นเมียน้อย ดังนั้นเมียกลางนอกหรือเมียน้อยจะมีมากกว่าหนึ่งคนก็ได้ ดังที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายลักษณะผัวเมีย มาตรา 85 ความว่า “ฝูงไพร่ฟ้าข้าคนทั้งหลายหาชั้นหมากมิได้ รักใครกัน อยู่กินด้วยกันเปล่าๆ พ่อแม่พี่น้องแห่งหญิงรู้ มิได้ร้องฟ้องว่ากล่าว แลมันปลุกเรือน

⁷⁴ หลวงพิศสัยสารนิติ, กฎหมายลักษณะผัวเมียกับลักษณะมรดกโดยย่อ (พระนคร: ม.ป.ท., 2456), หน้า 6.

บ้านต่างเรือนแฝงอยู่กินด้วยกันโดยฉ้นผิวเมีย หากบุตรมิได้ก็ดี หญิงสิทธิเป็นเมียชาย ถ้าแลผู้ใดมิได้ปลุกเรือนอยู่มิได้ทำเลี้ยงกันโดยฉ้นผิวฉ้นเมีย ท่านว่ามีได้เป็นเมียสิทธิแก่ชายเลย” และมาตรา 86 ความว่า “ฝ่ายทหารฝ่ายพลเรือน ไพร่ฟ้าทั้งปวง เขาสมรสด้วยกัน หาชั้นหมากมิได้ พ่อแม่หญิงรู้หรือมิได้รู้ก็ดี แลมันปลุกเรือนอยู่ด้วยกันก็ดี ยังมีทันได้ปลุกก็ดี แลมันเลี้ยงคูดูกินด้วยกันโดยฉ้นผิวเมีย แลเกิดลูกหญิงแลลูกชายสายสืบตั้งนั้น ท่านว่าเกิดลูกเป็นชั้นหมากแล้ว หญิงเป็นเมียสิทธิแก่ชาย”⁷⁵ ด้วยเหตุที่การสมรสตามกฎหมายลักษณะผิวเมียไม่ได้กำหนดให้มีแบบพิธีที่จะต้องไปจดทะเบียนสมรส และอนุญาตให้มีภริยาได้หลายคน โดยภริยาทุกคนเป็นภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย บุตรที่เกิดมาทุกคนจึงเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย⁷⁶

แต่มีข้อสังเกตในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการสมรสกับเรื่องบุตรว่า เมื่อการสมรสในสมัยกรุงศรีอยุธยาไม่ต้องมีการจดทะเบียนสมรส แต่มีวิธีการที่กฎหมายถือว่าอย่างไรเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว และเมื่อคำนึงถึงหลักกฎหมายของประเทศต่างๆที่กำหนดให้ต้องมีรูปแบบการสมรสที่เป็นพิธีการทางศาสนาเป็นหลักจึงจะเรียกว่าเป็นการสมรสที่ชอบ แต่ถ้าภริยาแอบมีชู้กับชายอื่น หรือกล่าวอีกในนัยหนึ่งคือไม่มีการสมรสตามหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้น บุตรที่เกิดจากการกระทำเช่นนี้ของชายและหญิงจะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กฎหมายครอบครัวของไทยที่ใช้มาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา จนถึงรัชกาลที่ 7 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ยึดถือหลักในการแก้ไขปัญหานี้ อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้ผู้วิจัยค้นพบว่า กฎหมายให้ความสำคัญกับชีวิตของเด็กที่เกิดมามากกว่าที่จะนำเรื่องการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่มาเป็นหลักเพื่อที่จะจำกัดสิทธิของเด็ก ในเรื่องนี้กฎหมายของไทยเปิดกว้างกว่ากฎหมายต่างประเทศ⁷⁷

ดังจะเห็นได้จากการที่กฎหมายลักษณะผิวเมีย ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 84 และมาตรา 86⁷⁸ รวมทั้งมีตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือในกรณีของมาตรา 20 ซึ่งบัญญัติว่า

⁷⁵ พิจารณาปฤชามาตย์ (สุหรัย วัชรารักษ์), คำอธิบายกฎหมายลักษณะผิวเมีย (พระนคร: โรงพิมพ์พิศาลบรรณินดี, 2461), หน้า 130.

⁷⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 131.

⁷⁷ ม.ร.ว. คึกฤทธิ์ ปราโมช, “สังคมสมัยอยุธยา” ในประวัติศาสตร์และการเมือง (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 89.

⁷⁸ กฎหมายลักษณะผิวเมีย ฉบับพระเจ้าลูกเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์

มาตรา 84 บัญญัติว่า “ถ้าทั้งสองรอบสมรักด้วยกัน มิได้สุ่ขอมิชั้นหมากเป็นค่านับ แลพ่อแม่หญิงมิรู้ ต่อมีท้องลูกจึงรู้ ถ้าชายนั้นชั่วชาติทรพล พ่อแม่หญิงมิให้ก็ตามใจพ่อแม่หญิง ถ้าพ่อแม่หญิงนั้นตาย ถ้าชายหญิงสมรักอยู่ด้วยกัน เกิดลูกชายหญิงท่านว่าลูกนั้นเป็นชั้นหมาก หญิงทำชู้ไซ้ท่านให้ไหมชายชู้นั้น ให้แก่ชายทรพลซึ่งเป็นผัวนั้น”

“หญิงมีสามีเกิดบุตรด้วยกันและต่อมาหญิงนั้นหนี夫ไปในสถานที่ไกลไกลก็ดี และหญิงนั้นไปมี夫ใหม่ เกิดบุตรก็ดีหาสามีบุตรก็ดี ให้ปรับไหมชายหญิงโดยพระราชกฤษฎีกา ถ้าหญิงนั้นอยู่ด้วย夫เก่า ยังหาบุตรมิได้ และหนี夫ไปมี夫อื่น เกิดบุตรแต่หนึ่งคนสองคน ให้ไหมชายหญิงโดยประณมผิตเมีย ถ้าหญิงมีบุตรด้วย夫ใหม่ตั้งแต่สามคนขึ้นไป จะปรับไหมเอา กับชายหญิงนั้นมิได้ ถ้า夫เก่าสู้ขอมีขันหมากก็ตีช่วยไถ่ได้มาก็ดี แลหญิงนั้นเก็บเอาทรัพย์สินของแห่งชาย夫เก่าไปด้วยก็ดี ให้หญิงนั้น ส่งสินสอด ชัดหมาก แลสินไถ่ แลทรัพย์สินของซึ่งเก็บเอาไปนั้นจงถ้วน แต่ตัวหญิงนั้นให้เป็นสิทธิแก่夫ใหม่”

โดยความหมายของบทบัญญัติมาตรานี้ สารสำคัญประการแรกก็คือหญิงนั้นมีชู้กฎหมายจึงให้ชายชู้และภริยาจ่ายค่าปรับไหมให้แก่สามี แต่ถ้าภริยามีบุตรกับชายชู้ หนึ่งถึงสองคนกฎหมายให้ปรับไหมขึ้นต้นแก่ภริยา ซึ่งเป็นโทษที่ต่ำลงมา แต่ถ้าภริยามีบุตรกับชู้ตั้งแต่สามคนขึ้นไปกฎหมายไม่ให้ปรับไหมแก่ภริยาและชายชู้ ทั้งกฎหมายยังรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ให้แก่ภริยาและชายชู้ให้เป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายด้วย เพียงแต่ให้หญิงคืนทรัพย์สินที่เป็นของสามีคืนแก่สามีเท่านั้น

ดังนั้น ในสมัยกรุงศรีอยุธยา บุตรจึงกลายเป็นปัจจัยสำคัญในการรับรองสถานะในการสมรส แม้ในกรณีที่การสมรสนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ประเด็นนี้พิจารณา

ในบทบัญญัตินี้หมายความว่า แม้สามีจะเป็นคนเลวทรามเพียงใดก็ตาม จนพ่อแม่ของหญิงไม่ยอมยกลูกสาวให้เพื่อสมรสด้วยหากแต่ต่อมาทั้งคู่กลบได้เสียกัน จนมีบุตรขึ้นมา บุตรจะกลายมาเป็นคนที่คอยกำหนดสถานะของชายหญิงที่เป็นบิดาและมารดาของบุตรนั้น ให้มีสถานะของความเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายทันที

มาตรา 86 บัญญัติว่า “ฝ่ายทหารฝ่ายพลเรือนไพร่ฟ้าทั้งปวง เขาสมรสด้วยกัน หาขันหมากมิได้ พ่อแม่หญิงรู้ มิได้รู้ก็ดี แลมันปลูกเรือนอยู่กินด้วยกันก็ดี ยังมีทันได้ปลูกก็ดี แลมันเลี้ยงดูอยู่ด้วยกันฉนั้นผัวเมีย แลเกิดลูกหญิงลูกชายสายสืบตั้งนั้น ท่านว่า เกิดลูกเป็นขันหมากแล้ว หญิงเป็นเมียสิทธิแก่ชาย แม้นหญิงทำชู้ผู้ชาย ท่านว่าให้ไหมชายชู้ให้แก่ชายผู้เป็น夫โดยขนาด”

ในบทบัญญัตินี้หมายความว่า การสมรสเป็นที่ยอมรับ เมื่อชายและหญิงมีบุตรต่างๆ ที่ไม่ได้มีพิธีสมรส พ่อแม่หญิงไม่รู้เห็น ไม่ได้สร้างบ้านอยู่กินด้วยกันเพียงแต่อยู่ด้วยกันแล้วมีบุตรเท่านั้น ก็ทำให้การสมรสมีผล โดยกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

ว่ากฎหมายให้ความเป็นธรรมแก่บุตรที่เกิดมา กล่าวคือ ในกรณีที่ภริยาไม่มีบุตรกับสามี แต่ภริยามีชู้ และได้มีบุตรกับชู้ถึง 3 คน ในกรณีนี้ถ้ากฎหมายบังคับให้ภริยาซึ่งเป็นมารดาของเด็กที่เกิดจากชู้ไปอยู่กับสามี ก็จะเป็นการทำลายครอบครัวของเด็กที่เกิดจากชู้เหล่านั้น เพียงเพื่อประโยชน์ของสามีเพียงคนเดียว ถึงแม้จะเป็นการยุติธรรมแก่สามี แต่ก็ไม่เป็นธรรมสำหรับเด็กๆ ที่เป็นบุตรของภริยาและชู้นั่นเอง ดังนั้นกฎหมายจึงให้การสมรสระหว่างภริยากับชู้เป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในทางกลับกัน ถ้าภริยากับชู้ ไม่มีบุตรด้วยกัน ทั้งคู่จะอยู่ในฐานะที่เป็นชู้กันและถูกลงโทษสถานหนัก แต่ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่า ภริยาและชู้มีบุตรด้วยกัน แต่ไม่ถึงสามคนทั้งคู่จะอยู่ในฐานะที่เป็นชู้กัน แต่จะลงโทษน้อยกว่าที่ไม่มีบุตรด้วยกัน และในกรณีนี้มีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า ภริยาต้องกลับไปอยู่กับสามีหรือไม่นั้น เคยมีฎีกา 15/118 คดีระหว่างอำแดงวาด กับหมื่นไวย ศาลพิพากษาว่า “อนึ่งผู้ฟ้องชายชู้ได้เบี้ยปรับแล้ว จะเอาหญิงนั้นไว้เป็นเมียต่อไปหาไม่ได้” วินิจฉัยตาม มาตรา 10 แห่งกฎหมายลักษณะผัวเมีย⁷⁹

2.2.1.4 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ รัชสมัยรัชกาลที่ 1 ถึงรัชกาลที่ 3

ต่อมาในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ ในรัชสมัยรัชกาลที่ 1 ระบบกฎหมายยังคงมีรูปแบบเช่นเดียวกับสมัยกรุงศรีอยุธยา ซึ่งพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ได้นำเอากฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยามาใช้ในการตัดสิน ก็คือกฎหมายที่ใช้อยู่ครั้งกรุงศรีอยุธยาโดยอาศัยความจำและการคัดลอกกันมาตามเอกสารที่หลงเหลือจากการถูกทำลายเมื่อครั้งเสียกรุงศรีอยุธยา ซึ่งมีจำนวนน้อยมากตามพระราชกำหนดใหม่ข้อ 28 กล่าวว่า บทกฎหมายเก่าครั้งกรุงศรีอยุธยาได้สูญหายไปมากในบทกฎหมายเก่าหรือสืบส่วนจะมีคงเหลืออยู่เพียงส่วนเดียวเท่านั้น ซึ่ง ศาสตราจารย์ ดร.ร. แลงการ์ด ได้กล่าวไว้ใน Journal of the Siam Society ว่า⁸⁰

“อนึ่ง เราทราบจากกฎหมายฉบับหนึ่งซึ่งบัญญัติขึ้นในรัชกาลที่ 1 เองว่า เอกสารต้นฉบับต่างๆ ที่เคยมีอยู่ในหอหลวงครั้งกรุงเก่า นั้น ได้คงเหลืออยู่สืบมาเพียงจำนวนเล็กน้อย กล่าวคือจาก 9 หรือ 10 ส่วนมีเหลือแต่เพียง 1 ส่วนเท่านั้น ด้วยเหตุนี้บทกฎหมายจำนวนมากที่ใช้บังคับอยู่ก่อนเสียกรุงศรีอยุธยาจึงมิได้ปรากฏอยู่ในการชำระกฎหมายครั้งใหม่

⁷⁹ พระยารามบัณฑิตสิทธิเศรณี เสวกเอก (เขี้ยว สุวงศ์), *กฎหมายลักษณะผัวเมีย*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (พระนคร: โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ, 2473), หน้า 28.

⁸⁰ R. Lingat, “Note sur la Revision des lois siamoises en 1805,” *Journal of the Siam Society* 23, 1 (1929): 23.

และยังอาจถือว่าได้ถูกยกเลิกไปโดยสิ้นเชิงแล้วด้วย แม้ว่าเนื้อหาของบท
กฎหมายนั้นอาจจะมีการนำมาบัญญัติขึ้นใหม่ในการชำระกฎหมาย”

จนเกิดคดีฟ้องหย่าเรื่องหนึ่งซึ่งเป็นมูลเหตุสำคัญทำให้เกิดการชำระกฎหมายครั้ง
ใหญ่ในปี พ.ศ.2347 กล่าวคือ เกิดการตัดสินที่ไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น พระองค์จึงได้ทรงพระกรุณา
โปรดเกล้าฯ ให้มีการชำระกฎหมายขึ้นใหม่ให้ถูกต้องเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมในช่วงปี พ.ศ.
2347 สำหรับเหตุอันไม่เป็นธรรมอันทำให้มีการชำระกฎหมายทั้งปวงนั้น สืบเนื่องมาจากกรณีการหย่า
ระหว่างอำแดงป้อมกับนายบุญศรี กล่าวคือ อำแดงป้อมที่เป็นชู้กับนายราชาอรรด และได้ทำการฟ้อง
หย่านายบุญศรี ช่างเหล็กหลวงผู้เป็นสามี โดยนายบุญศรีไม่ยอมหย่า แต่พระเกษมรวมถึงขณะลูกขุน
ได้ดีความกฎหมายแล้วมีคำพิพากษาให้อำแดงป้อมหย่าขาดกับนายบุญศรีได้ นายบุญศรีจึงได้ร้องทุกข์
กล่าวโทษพระเกษมและนายราชาอรรดต่อเจ้าพระยาศรีธรรมราช ซึ่งต่อมาเจ้าพระยาศรีธรรมราชได้
นำความขึ้นกราบบังคมทูลฯ พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชทรงพระกรุณาตรัสว่า
“หญิงนอกใจชายและมาร้องขอฟ้องหย่าชาย ลูกขุนปรึกษากันแล้วให้หย่ากันได้ หาเป็นการยุติธรรม
ไม่” จึงทรงพระบรมราชโองการตรัสสั่งให้เจ้าพระยาพระคลัง นำกฎหมายของศาลหลวงและของหอ
หลวงมาเพื่อตรวจสอบถึงหลักกฎหมายดังกล่าว ได้ความว่า “ชายหาผิดมิได้ หญิงขอหย่า ท่านว่าหญิง
หย่าชาย หย่าได้” พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก ทรงเห็นว่ามี ความบกพร่อง คลาดเคลื่อน
ในตัวบทกฎหมาย และคำพิพากษาของศาลไม่ยุติธรรมเพราะฝ่ายหญิงนอกใจชายแล้วกลับมาฟ้อง
หย่าได้อีก จึงมีพระบรมราชโองการให้ตรวจทานข้อความในต้นฉบับกฎหมายฉบับศาลหลวง ที่ศาลยก
มาใช้ กับข้อความในต้นฉบับกฎหมายอีก 2 ฉบับ คือ ฉบับหอหลวง และฉบับข้างที่ ปรากฏว่า
ข้อความตรงกันทั้งสามฉบับ คือ ฝ่ายหญิงขอหย่าเมื่อไรก็ได้ แม้ว่าสามีไม่มีความผิด⁸¹ พระบาทสมเด็จพระ
พุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ทรงเห็นว่าเกิดความบกพร่องคลาดเคลื่อนในตัวบทกฎหมาย จึง
ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งอาลักษณ์ ลูกขุน และราชบัณฑิตย รวม 11 คน

แบ่งออกเป็น 3 ประเภท ประกอบด้วย⁸²

ประเภทที่ 1 เป็นอาลักษณ์ มี 4 คน ทำหน้าที่คัดลอกหนังสือ ได้แก่ ขุนสุนทร
โวหาร ขุนสารประเสริฐ ขุนวิเชียรอักษร ขุนวิจิตรอักษร

⁸¹ เจ้าพระยาทิพากรวงศ์, พระราชพงศาวดารกรุงรัตนโกสินทร์ รัชกาลที่ 3 เล่ม 6
(กรุงเทพฯ: ม.ป.พ., 2504), หน้า 46.

⁸² หลวงสุทิวาทัศนฤพุดิ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ:
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 86.

ประเภทที่ 2 คือ ลูกขุน ณ ศาลหลวง มี 3 คน คือ ขุนหลวงพระไกรสี พระราชพิณิจ ใจราชขบหลัด และหลวงอภัย

ประเภทที่ 3 คือ ราชบัณฑิต (นักวิชาการ) มี 4 คน พระมหาวิชาธรรม ขุนศรีวรรณ ไหวหาร นายพิม และนายด่อนบาเรียน

โดยทรงพระกรุณาโปรดเกล้าให้อาลักษณ์ ลูกขุน และราชบัณฑิตดังกล่าวตรวจชำระ ตัวยกกฎหมายต่างๆ ที่มีอยู่ในหอหลวงให้ถูกต้องตามความยุติธรรมและจัดเป็นหมวดหมู่และจัดทำ เป็นประมวลกฎหมายขึ้นโดยลอกและเทียบเคียงจากกฎหมายเก่าให้เป็นระเบียบเดียวกันในอาณา บริเวณใกล้เคียงแม้กระทั่งการเทียบเคียงจากพระธรรมศาสตร์ของ มอญ และพม่า โดยเฉพาะในส่วน แรกกว่าด้วยพระธรรมศาสตร์ และในลักษณะผิวเผินที่ 76 ที่มีความใกล้เคียงกับมังรายศาสตร์ของ ล้านนามาก แล้วให้อาลักษณ์ชุบเส้นหมึกสามฉบับ แยกเก็บไว้ในห้องเครื่อง หอหลวง และศาลหลวง โดยปิดตราพระราชสีห์ พระคชสีห์ และบัวแก้ว ทุกเล่มเป็นสำคัญ รวมเรียกว่า “กฎหมายตราสาม ดวง”⁸³ โดยตรวจชำระเสร็จในเวลา 11 เดือน และมีผลใช้บังคับในปี พ.ศ.2347⁸⁴ และมีข้อ สันนิษฐานว่ารัชกาลที่ 1 ทรงรวบรวมกฎหมายตราสามดวงจากต้นฉบับของเอกสารสมัยกรุงศรีอยุธยา

กฎหมายตราสามดวงดังกล่าว จึงแบ่งลักษณะของอัยการแต่ละเรื่องไว้เป็นสัดส่วน รวมทั้งสิ้น 28 ลักษณะ ประกอบด้วยพระอัยการลักษณะต่างๆ 24 ลักษณะ และเบ็ดเตล็ด 4 ลักษณะ ประกอบไปด้วย กฎ 26 ข้อ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนดเก่า และพระราชกำหนดใหม่⁸⁵ และได้ ทรงโปรดเกล้าฯ ให้ชำระกฎหมายเก่าเรื่องประเพณีทำหนังสือบริคณห์ และให้ตราพระราชบัญญัติว่า ด้วยอำนาจอิสระของบิดามารดา ซึ่งบทบัญญัติเหล่านี้ต่อมาได้รวบรวมไว้เรียกว่ากฎหมายลักษณะผิว เผิน โดยได้รวมไว้ในกฎหมายสองเล่ม นอกจากนี้ที่กล่าวมาแล้วกฎหมายลักษณะผิวเผินในกฎหมายสอง เล่มนั้นยังมีที่กระจัดกระจายและแทรกอยู่ในลักษณะอื่นอีก เช่น แทรกอยู่ในกฎหมายลักษณะลักพา กฎหมายลักษณะกัณฑ์ กฎหมายลักษณะมรดก เป็นต้นจึงเห็นได้ว่ากฎหมายลักษณะผิวเผินไม่ได้มี ลักษณะเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวตามที่เข้าใจกัน ใน ปัจจุบัน เพราะไม่ได้มีการรวบรวมกฎหมายเอาไว้ในฉบับเดียวกัน และไม่ได้มีการจัดหมวดหมู่ของ กฎหมายว่าด้วยเรื่องต่างๆ ไว้อย่างเป็นระเบียบเหมือนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใน

⁸³ พระยามโหสถศรีพิพัฒน์, การตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายในสยาม (พระนคร: ศรีปัญญา, 2472), หน้า 58.

⁸⁴ กฎหมายตราสามดวง (กรุงเทพฯ: กรมศิลปากร, 2521), หน้า 3.

⁸⁵ พิธินัย ไชยแสงสุขกุล, เรื่องเดิม, หน้า 5.

ปัจจุบัน⁸⁶ โดยในเรื่องเกี่ยวกับครอบครัวนั้นเนื้อหาและหลักการยังคงไม่มีการเปลี่ยนแปลงไปจากกฎหมายลักษณะผัวเมียเดิมของกรุงศรีอยุธยา กล่าวคือ ไม่ได้กำหนดให้ต้องมีการจดทะเบียนสมรส แต่ถือเอาการอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาอย่างเปิดเผย เป็นที่ยอมรับของสังคมว่าเป็นการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย ประกอบกับในสมัยนั้นยอมรับการที่ชายมีภริยาได้หลายคน ส่วนการเป็นบิดามารดาและบุตรตามกฎหมาย ยังคงถือหลักว่า เด็กที่เกิดจากชายหญิงใด ก็เป็นบุตรของผู้นั้น ชายและหญิงจะเป็นบิดามารดาของบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายเสมอ ขอเพียงแต่ให้บิดามารดาได้อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาอย่างเปิดเผยและบิดามารดาของฝ่ายหญิงยินยอมด้วยเท่านั้น⁸⁷ การสมรสตามพระอัยการลักษณะผัวเมียนี้อาจต้องมีคุณสมบัติ โดยคุณสมบัติของผู้ที่จะสมรสต้องมีหรือต้องไม่มีเพื่อให้การสมรสสมบูรณ์ตามกฎหมาย แม้ในพระอัยการลักษณะผัวเมียจะไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าเป็นเงื่อนไขแห่งการสมรส แต่เมื่อพิจารณาแล้ว บทบัญญัติดังต่อไปนี้ น่าจะถือว่าเป็นเงื่อนไขแห่งการสมรสตามพระอัยการลักษณะผัวเมียได้ คือ

1. หญิงต้องไม่ใช่ภรรยาของชายอื่นอยู่แล้ว กฎหมายยินยอมให้ผู้ชายมีภรรยาได้หลายคนในเวลาเดียวกัน แต่ไม่ได้ให้อนุญาตให้ผู้หญิงมีสามีได้หลายคนในเวลาเดียวกัน หากหญิงมีสามีอยู่ก่อนแล้วและไปได้เสียกับชายอื่นกฎหมายถือว่าชายนั้นเป็นเพียงชายชู้เท่านั้นจะต้องเอาหญิงนั้นส่งคืนสามีของเขา⁸⁸
2. ชายนั้นต้องไม่เป็นพระภิกษุ กฎหมายห้ามไว้โดยชัดแจ้งไม่ให้พระภิกษุสามเณรมีภรรยาถ้าภิกษุสามเณรมีผู้อื่นถึงชำเราได้ชื่อว่าปาราชิกให้สึกออกและปรับไหมด้วย⁸⁹
3. ชายหญิงต้องไม่เป็นญาติกัน ทั้งนี้เชื่อกันว่าหากชายหญิงที่เป็นญาติกัน สมรสกันจะทำให้เกิดสิ่งอัปมงคลแก่บ้านเมือง โดยพระอัยการลักษณะผัวเมียบทที่ 36 กำหนดไว้ดังนี้ “พ่อแม่พี่น้องยายหลานลุงน้าหลาน ทำชู้กันไซ้ ให้นำแพลอยผู้นั้นเสียในทะเลให้นิมนต์พระสงฆ์พรหมณ์จารย์สวดมนต์ กระทำพิธีการระงับการอุบาทว์จัญไร น้ำฟ้าน้ำฝนจึงจะตกเป็นประโยชน์แก่คนทั้งหลาย ฝ่ายพ่อแม่พี่น้องรู้ว่าลูกหลานทำมิชอบมิได้ว่ากล่าว ท่านละเมียดให้ลงโทษโดยโทษาณโทษ⁹⁰

⁸⁶ สอาด นาวิเจริญ, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว (กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2517), หน้า 112.

⁸⁷ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวและมรดก (พระนคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508), หน้า 56.

⁸⁸ กฎหมายตราสามดวง, เรื่องเดิม, หน้า 25-27.

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 41.

⁹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

4. หญิงหม้ายที่สามีตายจะสมรสใหม่ได้ต้องเผาศพสามีเดิมให้เรียบร้อยเสียก่อน ทั้งนี้กฎหมายบัญญัติไว้ในลักษณะที่ทำให้เห็นว่า หากหญิงยังไม่เผาศพสามีที่ตายไปแล้ว การสมรสยังไม่ขาดจากกันหากหญิงชักนำเอาชายอื่นมาหลับนอนด้วยชายนั้น มีฐานะเป็นชู้ กฎหมายให้ปรับโทษชายนั้นฐานทำชู้ภรรยาของผู้อื่น ดังที่พระอัยการลักษณะผัวเมียบทที่ 30⁹¹

กำหนดว่า “ผัวหงายตายไว้ทั้งโลง สภยังอยู่กับเรือนหญิงเมื่อน้ำตาตกแลคล้อยใจ กำหนดชักเอาชายมานอน แลผีตายหงายรับกันอยู่ดั่งนั้น ถ้าพี่น้องชายผู้ตายรู้เห็นเอาความมาร้องฟ้อง เมื่อสวนสับซบแท้แท้จริงไซ้ ท่านให้สานตะร้อตรากลวยครอบศีรษะหญิงนั้นลงเพียงตา ให้ทะเลวนรอบเรือนที่ผัวอยู่นั้นสามารถอบ แล้วให้ไหมชายชู้เป็นเบี้ย 10 แสนให้แก่ญาติพี่น้องเผ่าผีผู้ตาย”⁹²

5. กำหนดอายุ พระอัยการลักษณะผัวเมียไม่ได้กำหนดอายุขั้นต่ำของชายและหญิงที่จะทำการสมรสได้ไว้ แต่ก็เป็นที่เข้าใจว่าฝ่ายชายต้องได้บวชเรียนเรียบร้อยแล้ว และฝ่ายหญิงก็จะต้องเติบโตพอจนออกเรือนได้แล้ว จึงจะทำการสมรสกัน ในจดหมายเหตุของราชทูตลาอูแบร์⁹³ กล่าวว่

“หญิงชายสยามอยู่ในลักษณะที่จะมีบุตรได้ตั้งแต่อายุ 12 ขวบ และกลางที่ก่อนหน้านั้นเสียอีกและกลางคนก็เมื่อมีอายุล่วง 40 ปี ไปแล้วก็ยังมีบุตรได้อยู่”

พระอัยการลักษณะผัวเมียบังคับใช้จนถึง พ.ศ.2478 แต่ก่อนหน้านั้นขึ้นไป มีการตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 (พ.ศ.2451) ซึ่งมาตรา 244 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราด้วยเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ขวบถึงหญิงนั้นยินยอมก็ตามหรือมิได้ยินยอมก็ตาม ท่านว่ามีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทอีกโสดหนึ่ง” จากข้อกำหนดในกฎหมายมาตราดังกล่าว จึงเป็นที่เห็นได้ว่าหลังจากที่มีกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 แล้ว หญิงจะแต่งงานได้จะต้องมีอายุเกินกว่า 12 ปี บริบูรณ์แล้ว

การสมรสตามพระอัยการลักษณะผัวเมียนี้นี้ไม่มีการจดทะเบียนสมรสดังเช่นในปัจจุบัน แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า ชายหญิงได้เสียกันแล้วจะเป็นภรรยากันเสมอไปก็หาไม่ การที่ชายหญิงจะมีสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังนี้

1. ชายหญิงทั้งสองฝ่ายได้กินอยู่หลับนอนด้วยกัน โดยมีเจตนาเป็นสามีภรรยา

⁹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 33.

⁹² ดัชนีค้นคำกฎหมายตราสามดวง, ค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2557 จาก <http://adap.crma.ac.th/KotmaiTraSamDuang/index.html>

⁹³ สันต์ ท. โกมลบุตร, จดหมายเหตุลาลูแบร์ ฉบับสมบูรณ์เล่มหนึ่ง (พระนคร: ก้าวหน้า, 2510), หน้า 225.

2. บิดามารดาหรือผู้เป็นอิสระแก่หญิง (ผู้มีอำนาจปกครอง) ยินยอมยกหญิงให้เป็นภรรยาชายโดยหญิงนั้นยินยอมด้วย

ดังนั้นการที่ชายหญิงได้เสียกันโดยไม่มีเจตนาเป็นสามีภรรยากันก็ย่อมจะไม่มีทางเป็นสามีภรรยากันได้เพราะไม่เข้าข้อหลักเกณฑ์ข้อที่ 1 แต่ความจริงหลักเกณฑ์ข้อที่ 2 ก็มีความสำคัญเท่าเทียมกันเพราะแม้ว่าชายหญิงจะกินอยู่หลับนอนกันโดยมีเจตนาเป็นสามีภรรยากันก็ตาม ถ้าเป็นเรื่องที่บิดามารดาหญิงไม่ยินยอมยกหญิงให้เป็นภรรยาชายก็ดี หรือชายลักพาหญิงหนีไปก็ดี ไม่ถือว่าเป็นสามีภรรยากันโดยชอบด้วยกฎหมายนอกเสียจากบิดามารดาหญิงจะยินยอมยกหญิงให้เป็นภรรยาชายหรือดีด้วยในภายหลัง ชายหญิงสมัครใจอยู่ด้วยกันจนเกิดลูกชายหญิงลูกนั้นถือว่าเป็นชั้นหมาก เป็นเมียที่ถูกต้องตามกฎหมาย⁹⁴ ส่วนการที่ชายหญิงลักลอบได้เสียกันนั้น เข้าใจว่าถ้าหากมีการเลี้ยงดูกันโดยเปิดเผยหรือมีบุตรด้วยกัน ก็มีสามีภรรยากันได้⁹⁵ หญิงเมื่อยังเป็นเด็กก็อยู่ในความปกครองของบิดามารดา ถ้าบิดามารดาตายหญิงอาจอยู่ในความปกครองของญาติผู้ใหญ่หรือที่จนกระทั่งแต่งงานกับชายอำนาจอิสระหรืออำนาจปกครองจึงโอนจากบิดามารดาไปยังสามี ดังกฎหมายลักษณะผัวเมีย กำหนดว่า “บุตรที่่านบิดามานดา ยังมีได้ประกอบสามีภริยาให้ใช้ บิดามานดานั้นเป็นอิสระแก่บุตร ถ้าชายใดพึงใจด้วยบุตรที่่านให้ค่านับบิดามานดา ตามประเพณี ถ้าบิดามานดาตายให้ สามีจึงเป็นอิสระแก่ภริยา”⁹⁶

ส่วนการเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายนั้น บุตรไม่จำเป็นต้องเกิดจากชายและหญิงที่สมรสกันอย่างเปิดเผยหรือการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในทางตรงกันข้าม บุตรที่เกิดมาจากการสมรสที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้น กลับมีผลทำให้การสมรสของบิดาและมารดาที่ไม่ถูกต้องตามประเพณีและไม่ชอบด้วยกฎหมายกลายมาเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายได้

ส่วนเรื่องเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตรและความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครัวเรือน บัญญัติไว้ในเรื่องเกี่ยวกับเรื่องกู้ยืมเงิน ซึ่งกำหนดไว้ว่า “มาตราหนึ่ง บุตรชายหญิง เขย สะใภ้ บิดามานดา กิติ์ พ่อตาแม่ยาย พ่อผัวแม่ผัว กิติ์ กู้ยืมขายตัวแก่กันจะเป็นต้นแลดอกมากน้อยเท่าใด ถ้ามีจึงให้ให้กันเหตุบิดามานดามีก็ยอให้แก่บุตรชาย หญิงๆ ก็ยอมแทนคุณบิดามานดา จำพวกนี้ ให้ว่ากล่าวเอาโดยปรกติมิได้เอาคดีไปเรียกร้อง ณ โรงศาล กรมใดๆ เลย ถ้าบุตรเขย สะใภ้ กิติ์ พ่อตา แม่ยาย พ่อผัว แม่ผัว กิติ์เป็นคนอุทลุม ไม่รู้คุณจึงให้พิจารณาว่ากล่าวเอาแต่ต้น

⁹⁴ กฎหมายตราสามดวง, เรื่องเดิม, หน้า 108.

⁹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 214.

⁹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 179.

สิน เหตุว่าอย่าให้เคยประบัตสินผู้อื่น ดอกเบี้ยมากน้อยเท่าใดอย่าให้เอาเลย เหตุว่าเขาติดพันกันอยู่”⁹⁷

บทบัญญัตินี้มีลักษณะเป็นการห้ามเด็ดขาดมิให้บุตรชายหรือหญิงฟองบิดามารดา เพื่อเรียกคืนหนี้อันเกิดจากการกู้ยืม แต่ไม่ได้ห้ามเด็ดขาดหากเป็นเรื่องที่บุตรชายจะฟองพ่อตาแม่ยาย หรือสะใภ้จะฟองพ่อผัวแม่ผัว แต่กฎหมายก็ถือว่าเป็นคนไม่รู้คุณคนอยู่ดี ให้ใช้แต่ต้นเงินเท่านั้น ส่วนดอกเบี้ยจะมีมากน้อยเพียงใดไม่ให้คิดเอาเลย เช่นเดียวกับในพระอัยการลักษณะรับฟอง โดยห้ามลูกหลานฟองบิดามารดาปู่ย่าตายาย เป็นการห้ามฟองทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา⁹⁸

ต่อมาหลักการดังกล่าวนี้พัฒนามาสู่การบัญญัติให้เป็นกฎหมายในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว พ.ศ.2478 โดยบัญญัติไว้ใน มาตรา 1534 ความว่า “ผู้ใดจะฟองบุพการีของตนเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญามีได้ แต่เมื่อผู้นั้นร้องขอ พนักงานอัยการจะยกคดีขึ้นว่ากล่าวก็ได้”⁹⁹ และต่อมาหลังจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว แก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ.2519 ได้มีการเปลี่ยนแปลงเลขมาตราใหม่ โดยข้อความดังกล่าวไปอยู่ในมาตรา 1562 ความว่า “ผู้ใดจะฟองบุพการีของตนเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญามีได้ แต่เมื่อผู้นั้นหรือญาติสนิทของผู้นั้นร้องขอ อัยการจะยกคดีขึ้นว่ากล่าวก็ได้” โดยบุพการี ในหลักกฎหมายดังกล่าวหมายถึง บิดามารดา ปู่ย่า ตายาย ทวด ดังนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลูกหลาน เหลน จะฟอง พ่อ แม่ ปู่ ย่า ตายาย และทวดไม่ได้¹⁰⁰

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า กฎหมายตราสามดวงในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตั้งแต่รัชสมัยรัชกาลที่ 1 จนถึงรัชสมัยรัชกาลที่ 3 นั้นยังคงใช้หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับรูปแบบของการสมรส ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร ที่ไม่เปลี่ยนแปลงไปจากหลักการเดิมในสมัยกรุงศรีอยุธยา และได้มีการใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวจนถึงรัชสมัยรัชกาลที่ 4 ซึ่งในช่วงเวลานั้นประเทศไทยต้องพบกับยุคล่าอาณานิคมของชาติมหาอำนาจตะวันตก และทำให้ประเทศไทยต้องเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขต จึงทำให้ต้องมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรูปแบบของกฎหมายภายในของไทยอย่างใหญ่หลวง

⁹⁷ หลวงพิศลย์สารนิติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 6.

⁹⁸ กำธร กำประเสริฐ และสุเมท จานประดับ, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยและระบบกฎหมายหลัก LW 103 (The Thai Legal History and Major Legal System)* (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552), หน้า 49.

⁹⁹ พระยาพลางกูรธรรมพิจัย, *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวและมฤก* (พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2480), หน้า 60.

¹⁰⁰ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 61.

2.2.1.5 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ รัชสมัยรัชกาลที่ 4 ถึงรัชกาลที่ 7

ในสมัยรัชกาลที่ 4 พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ประเทศไทยได้ติดต่อกับชาวยุโรปมากขึ้น มีโอกาสรับทราบถึงวัฒนธรรมและประเพณีของชาวตะวันตก ซึ่งถือว่ามี ความก้าวหน้ากว่าไทยมาก จึงเกิดแนวคิดใหม่ๆ ของคนในสมัยนั้นขึ้นมาว่าประเทศไทยควรจะมีการ พัฒนากฎหมายใหม่ให้ทัดเทียมกับชาติตะวันตกได้แล้ว เพราะกฎหมายไทยที่ใช้อยู่นั้น แม้จะยังใช้ได้ เป็นอย่างดีและเหมาะสมกับประเทศไทยในขณะนั้น แต่ก็ยังมีความล้าหลังเมื่อเทียบกับกฎหมายของ ชาติตะวันตก ทำให้รัชกาลที่ 4 ทรงพยายามที่จะหาทางแก้ไขเพื่อให้เกิดรูปแบบของกฎหมายที่ ทันสมัย ทัดเทียมกับชาติตะวันตก และทำให้เกิดความยุติธรรมสูงสุดแก่ประชาชนชาวไทย ทำให้ พระองค์ทรงศึกษากฎหมายของชาติตะวันตก และตราพระราชบัญญัติด้วยพระองค์เอง โดยทรงยึด หลักกฎหมายที่มีอยู่ของไทยในขณะนั้น¹⁰¹ โดยทรงแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย เพื่อให้กฎหมายสร้างความ ยุติธรรมสูงสุด สำหรับในเรื่องของการสมรสและสถาบันครอบครัวนั้น รูปแบบของการสมรสยังคงมี ลักษณะเช่นเดิม คือไม่ได้กำหนดให้การสมรสต้องจดทะเบียนเหมือนชาติตะวันตก ฉะนั้นจึงถือเอา การอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยาอย่างเปิดเผย อันเป็นที่ยอมรับของสังคมว่าเป็นการสมรสที่ชอบด้วย กฎหมายแล้ว นอกจากนี้ยังคงยึดหลักที่ว่า การมีภริยาหลายคนเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายด้วย โดยมี ได้ทรงแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนจากรูปแบบของการสมรสแต่ประการใด¹⁰²

ส่วนประเด็นในเรื่องครอบครัวนั้น โดยเฉพาะในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดา มารดากับบุตรก็ยังคงมีสถานะเช่นเดิม แต่ก็ทรงเปลี่ยนแปลงหลักการขึ้นใหม่เพิ่มเติมเล็กน้อย เช่น ใน พระราชบัญญัติลักพา จ.ศ.1227 โดยมีหลักว่า “ผู้เมียหย่าร้างกัน ถ้ามีบุตรชายจะต้องให้บุตรชายกับ มารดา บุตรสาวให้แก่บิดา” ทรงมีพระราชดำรัสเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า

“บทบัญญัตินี้ให้ใช้ได้กับบิดามารดาที่มีศักดิ์ต่ำ ถ้าเป็นบุตรของ บิดามารดาที่มีศักดิ์สูง คือ ศักดินา 400 ไร่ขึ้นไป ให้ตามใจบิดา ถ้าบิดาไม่ รับเลี้ยง ชับไล่บุตรเสีย บุตรจึงตกไปอยู่ในความดูแลของมารดา ดังนั้นถ้า บิดารักชาติตระกูลและรักษาศักดิ์อยู่ โดยไม่ยอมให้ไปกับมารดา บุตรก็ ต้องเป็นของบิดาหมด แต่ถ้าในกรณีที่หญิงมีศักดิ์สูงกว่าชายแต่ได้สามีเป็น

¹⁰¹ แสง บุญเฉลิมวิภาส, *เรื่องเดิม*, หน้า 101.

¹⁰² *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 102.

ไพร่ มีบุตรด้วยกัน บุตรต้องเป็นของมารดา หรือของตา และญาติข้างมารดาหมด”¹⁰³

คดีอ้าแดงจัน¹⁰⁴ การแก้ไขหลักกฎหมาย “ผู้หญิงเป็นควายผู้ชายเป็นคน” ในปี พ.ศ.2410 พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้ทรงโปรดให้ออกประกาศพระราชบัญญัติเรื่อง ผัวชายเมีย บิดามารดาชายบุตร จ.ศ.1229 การทูลเกล้าถวายฎีกาของอ้าแดงจันส่งผลให้พระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวต้องทรงวางหลักกฎหมายใหม่ คดีอ้าแดงจัน เริ่มจากการที่อ้าแดงจันได้ทูลเกล้าถวายฎีกาของตนต่อรัชกาลที่ 4 โดยได้โทษนายเอี่ยมซึ่งเป็นผัว ว่าลักเอาชื่อของตนไปขายให้เป็นทาสแก่ผู้อื่น โดยที่ตนมิได้รู้เห็นด้วย รัชกาลที่ 4 จึงทรงมีพระราชดำริว่า “ผัวลักเอาชื่อภรรยาไปขาย ภรรยาไม่ได้รู้เห็นด้วยจะเรียกว่าเป็นเรือนเบี้ยไม่ควร” ซึ่งเป็นพระราชดำริก่อนที่จะทรงทราบถึงหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง กฎหมายที่เกี่ยวข้องในสมัยนั้นมีสาระสำคัญว่า ผัวหรือพ่อแม่มีสิทธิที่จะเอาชื่อเมียหรือลูกใส่ลงในกรมธรรม์เพื่อขายให้แก่ผู้อื่นได้ โดยที่ลูกหรือเมียจะรู้หรือไม่รู้ก็ตาม เมื่อรัชกาลที่ 4 ได้ทรงทราบหลักกฎหมายดังกล่าวแล้วทรงมี พระราชดำริว่า “กฎหมายนี้เมื่อพิเคราะห์ดูเหมือนผู้หญิงเป็นควาย ผู้ชายเป็นคน หาเป็นยุติธรรมไม่ ให้ยกเสีย” คดีอ้าแดงจันทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญ คือ ถ้าผัวจะขายเมีย ให้พิจารณาดูฐานะของเมียก่อนโดยสามารถแยกออกเป็น 2 กรณี¹⁰⁵ คือ

1. ถ้าเมียนั้นไม่ใช่ทาส ผัวจะขายได้ก็ต่อเมื่อยินยอมให้ขาย และเมียจะต้องลงลายมือชื่อ หรือทำเครื่องหมายแกลงในสารกรมธรรม์นั้น และจะต้องมีพยานรู้เห็น การขายจึงมีผลผูกมัดตามกฎหมาย

2. ถ้าเป็นเมียทาส หรือเป็นทาสโดยทั่วไป จะเป็นไทแก่ตัวเอก็ต่อเมื่อผัว หรือนายเงิน ฉีกกรมธรรม์ยกค่าตัวให้ ถ้าตราบไต่ที่ผัวยังไม่ฉีกสารกรมธรรม์ทั้งที่ยังอยู่ในฐานะทาส ผัวจะเอาชื่อของตนไปขายในราคาตัวเดิม หรือหย่อนกว่าค่าตัวเดิมก็ได้ โดยผัวจะต้องมอบสารกรมธรรม์เก่าให้แก่นายเงินเพื่อซื้อตัวคนใหม่เป็นหลักฐาน แต่ถ้าผัวจะขายสูงกว่าค่าตัวเดิม เพียงแต่การมอบสาร

¹⁰³ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, เลิศเซอร์กฎหมายที่ดินและกฎหมายครอบครัว (พระนคร: ม.ป.พ., 2502), หน้า 146 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, เหตุฟ้องหย่า: การศึกษาเปรียบเทียบในเชิงนิติศาสตร์ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543), หน้า 62.

¹⁰⁴ มาลี พุกษ์พงศาวิลี, ย้อนรอยสิทธิความเป็นคนของผู้หญิง (กรุงเทพฯ: ออฟเซ็ท, 2551), หน้า 107.

¹⁰⁵ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, เหตุฟ้องหย่า: การศึกษาเปรียบเทียบในเชิงนิติศาสตร์ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543), หน้า 62.

กรรมธรรมีให้แก่ชายเงินคนใหม่ไปนั้นยังไม่เพียงพอ แต่ทาสจะต้องลงแกลงไถยยินยอมรับค่าตัวใหม่ด้วย ทั้งนี้เพราะการเพิ่มค่าตัวย่อมเป็นการเพิ่มภาระผูกพันของทาสให้มากขึ้น

3. กรณีบิดามารดาชายบุตร ถ้าลูกอายุต่ำกว่า 15 ปี และอยู่กับพ่อแม่ พ่อแม่มีสิทธิขายได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมของลูก แต่ถ้าลูกอายุ 15 ปีขึ้นไปแล้ว ต้องให้ลูกลงแกลงไถยยินยอม และต้องมีพยานรู้เห็น สัญญาซื้อขายจึงจะสมบูรณ์ อีกประการหนึ่ง ถ้าพ่อแม่หย่าร้างกัน และลูกแยกไปอยู่กับอีกฝ่ายหนึ่ง หรือญาติของอีกฝ่ายหนึ่ง พ่อหรือแม่จะลักเอาชื่อของลูกไปขายไม่ได้

การเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายดังกล่าวเกิดมาจากพระอัจฉริยภาพของพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ที่ทรงตระหนักสิทธิของประชาชนของพระองค์มาเป็นอันดับแรก จึงถือได้ว่ารัชกาลที่ 4 ทรงมีพระมหากรุณาธิคุณเป็นล้นพ้นต่อพสกนิกรชาวไทยโดยเฉพาะสตรีไทย ทั้งนี้การเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายดังกล่าวยังได้พัฒนาหลักสิทธิความเป็นคนของสตรีมาจวบจนถึงปัจจุบันอีกด้วย

ดังนั้นในพระราชบัญญัติผู้ขายเมีย ได้ทรงแก้ไขกฎหมายบางส่วน ตามที่ทรงพระราชดำริว่า “กฎหมายนี้เมื่อพิเคราะห์ดู เมียผู้หญิงเป็นควาย ผู้ชายเป็นคนหาเป็นยุติธรรมไม่ ให้ยกเสีย” และมีข้อความบัญญัติในพระราชบัญญัติใหม่ว่า “ถ้าผู้จะเขียนชื่อเมียในสารกรรมธรรม์ชาย ถ้าเมียมิใช่เมียทาสมีค่าตัว มีสารกรรมธรรม์ในมือแล้ว ต่อเมียยอมให้ขาย ลงลายมือแกลงไถยยินยอมเป็นสำคัญ ผู้เขียนสารกรรมธรรม์ ถ้ามีผู้นั่งเป็นพยานรู้เห็น จึงเป็นอันขาย”¹⁰⁶

บทบัญญัตินี้เป็นการแสดงให้เห็นพระราชดำริที่ พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 ทรงมีพระประสงค์จะสร้างความเท่าเทียมกันในระหว่างผู้ชายและผู้หญิง ซึ่งเริ่มต้นจากการแก้ไขกฎหมาย ในเรื่องผู้ขายเมีย โดยผู้จะขายได้ก็ต่อเมื่อหญิงนั้นต้องยินยอมด้วย สิ่งเหล่านี้นับเป็นจุดเริ่มต้นของการพัฒนาไปอีกขั้นของสังคมในสมัยนั้น หลักการเดียวกันนี้ก็นำไปใช้กับกรณีบิดาที่ขายบุตรที่อายุเกิน 15 ปีขึ้นไป ถ้าบุตรไม่ยินยอม บิดาก็ขายไม่ได้¹⁰⁷

คดีอำนางเหมือน มูลเหตุของการออกพระราชบัญญัติสักภา จ.ศ.1227 อำนางเหมือนได้ทูลเกล้าถวายฎีกาต่อรัชกาลที่ 4 ร้องทุกข์กรณีบิดามารดาบังคับให้แต่งงาน การออกประกาศพระราชบัญญัติสักภา จ.ศ.1227 (พ.ศ.2406) เพื่อแก้ไขหลักกฎหมายโบราณซึ่งให้ “อำนางอิสระ”¹⁰⁸ แก่บิดามารดาเหนือบุตรโดยไม่มีขอบเขตจำกัด “อำนางอิสระ” ให้สิทธิแก่บิดามารดาใน

¹⁰⁶ พระยาพลางกูรธรรมพิชัย, *เรื่องเดิม*, หน้า 61.

¹⁰⁷ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 62.

¹⁰⁸ อำนางอิสระ คือ อำนางปกครองนั่นเอง หญิงเมื่อยังเป็นเด็กก็อยู่ในความปกครองของบิดามารดา ถ้าบิดามารดาตายหญิงอาจอยู่ในความปกครองของญาติผู้ใหญ่หรือพี่น้องกระทั่งแต่งงานกับชายอำนางอิสระหรืออำนางปกครองจึงโอนจากบิดามารดาไปยังสามี ดังกฎหมายลักษณะ

การจำหน่ายจ่ายโอนบุตรให้แก่ผู้อื่นตามความพอใจของตน รวมทั้งการบังคับให้บุตรแต่งงานตามประเพณีการคลุมถุงชน

สรุปการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมาย คือ ในรัชกาลที่สี่¹⁰⁹ กล่าวไว้ในพระราชบัญญัติผัวเมีย เมื่อปี พ.ศ.2411 ว่า “การที่กฎหมายยอมให้ผัวชายเมียได้เสมือนหนึ่งเห็นผู้หญิงเป็นควาย ผัวชายเป็นคน หายติธรรมไม่ ให้ยกเลิกเสีย” รวมไปถึงการต่อสู้ของสองสตรีก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายลักษณะลักพา เมื่อปี พ.ศ.2408 โดยให้สิทธิแก่สตรีในการเลือกคู่ครอง รวมทั้งแก้ไขกฎหมายผัวชายเมีย บิดามารดาขายบุตร เมื่อปี พ.ศ.2411 โดยระบุว่าผัวจะขายเมียไม่ได้ถ้าเมียไม่ยินยอม

ต่อมาในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 อิทธิพลของชาวตะวันตกได้แผ่ขยายเพิ่มมากขึ้น ชาวตะวันตกมองว่าประเทศในขณะนั้นล้าสมัย ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องการเมืองการปกครอง การทหาร หรือแม้กระทั่งเรื่องกฎหมาย ที่ชาวตะวันตกไม่ยอมรับ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายลักษณะผัวเมียของไทย เนื่องจากกฎหมายลักษณะผัวเมียของไทยในสมัยนั้นไม่มีบทบัญญัติให้มีการสมรสต้องมีการจดทะเบียนสมรสเหมือนในประเทศแถบตะวันตก ที่มีรูปแบบของการสมรสที่ต้องจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงทำให้ชาวตะวันตกไม่ยอมรับรูปแบบการสมรสที่ล้าหลังของไทย จึงใช้สิ่งเหล่านั้นเป็นข้อต่อรองในการเรียกร้องให้ประเทศสยามในขณะนั้นยอมจำนนต่อประเทศเจ้าอาณานิคมตะวันตก สิ่งเหล่านี้จึงส่งผลให้ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ทรงมีพระราชดำริในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้ โดยทรงมีพระกระแสรับสั่งให้ตราพระราชบัญญัติสำหรับแต่งงานคนต่างประเทศในกรุงสยามขึ้นเมื่อปี พ.ศ.1447 โดยในพระราชบัญญัติฉบับนี้ บัญญัติเกี่ยวกับรูปแบบของการสมรสของชาวต่างประเทศที่ทำการสมรสในประเทศสยามว่า “ชายหญิงต้องแสดงคำปฏิญาณให้ปรากฏต่อหน้าผู้มีชื่อซึ่งรู้จักกันมากเป็น

ผัวเมีย บัญญัติว่า “บุตรของท่านบิดามานดา ยังมิได้ประกอบสามีภริยาให้ใช้ บิดามานดานั้นเปนอิสระแก่บุตร ถ้าชายใดพึงใจด้วยบุตรของท่านให้ค่านับบิดามานดา ตามประเพณี ถ้าบิดามานดาอยากให้ สามีจึงเปนอิสระแก่ภริยา”กฎหมายตราสามดวง พระไอยการลักษณะผัวเมีย บทที่ 79; ม.ร.ว.อคินรพีพัฒน์, **สังคมไทยในสมัยรัตนโกสินทร์ พ.ศ.2325-2461**, แปลโดย ม.ร.ว.ประกายทอง สิริสุข และพรพรณี สรุงบุญมี (กรุงเทพฯ: โครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2518), หน้า 143.

¹⁰⁹ เกษม ศิริสัมพันธ์, **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย** (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 18 อ้างถึงใน เกริกฤทธิ์ ไทคุนธนภพ, **เรื่องอื้อฉาวและคดีความในอดีต** (กรุงเทพฯ: สยามความรู้, 2555), หน้า 43.

พยานอย่างน้อยที่ละ 5 คน ถ้าแต่งงานในกรุงเทพฯก็ให้แสดงคำปฏิญาณนี้เฉพาะหน้าเสนาบดีกระทรวงนครบาล ถ้าผู้แทนเสนานั้นแล”¹¹⁰

และในพระราชบัญญัติสำหรับแต่งงานคนต่างประเทศในกรุงสยาม จุลศักราช 116 มาตรา 3 บัญญัติว่า “ให้เจ้าพนักงานผู้รับการแสดงเจตนาขึ้นเขียนคำปฏิญาณดังกล่าว โดยให้มีวันเดือน ที่แต่งงาน มีชื่อ อายุ และปีที่เกิดของทั้งชายและหญิง ทำเป็นสองฉบับ ลงชื่อเจ้าหน้าที่ ที่กล่าวมาแล้ว ลงชื่อชายหญิงทั้งคู่ ลงชื่อพยานทั้งหลาย กับทั้งในที่สุด ลงชื่อบิดามารดาของชายและหญิงทั้งสองฝ่าย ด้วยทุกฉบับ”

และนี่เป็นเหตุการณ์ประวัติศาสตร์ของประเทศสยามที่บัญญัติให้การสมรสกันของชายหญิงนั้น ต้องมีการจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่ถึงกระนั้นก็ตามรูปแบบการสมรสในลักษณะดังกล่าวก็มีผลบังคับใช้เฉพาะการสมรสของชาวต่างชาติเท่านั้นไม่เกี่ยวกับคนไทย โดยรูปแบบของการสมรสของคนไทยในสมัยนั้นก็ยังคงยึดถือหลักการเช่นเดิม คือ การอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยาอย่างเปิดเผย อันเป็นที่ยอมรับของสังคมว่าเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว

ต่อมาในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 ได้ทรงมีพระราชดำริที่จะให้การเป็นสามีภริยาของคนไทย มีหลักฐานแสดงความเป็นสามีภริยาได้อย่างชัดเจนขึ้น วัตถุประสงค์เพื่อมิให้มีการสำส่อนทางเพศ หรือหลอกลวงหญิงโดยไม่เลี้ยวดูอย่างแท้จริง รวมทั้งการคู่โดยไม่รู้ว่า เป็นภริยาของผู้ใด จึงได้พระราชทานพระราชกระแสรับสั่งให้มีการยกร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะผัวเมียขึ้น โดยกำหนดว่า การจะเป็นสามีภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น จะกระทำได้โดยการจดทะเบียนสมรสกันเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในการจัดทำกฎหมายดังกล่าว ได้มีผู้ไม่เห็นด้วย และมีการแสดงความเห็นคัดค้านว่า การกำหนดให้การสมรสมีการจดทะเบียนไว้เป็นหลักฐานนั้น จะเป็นการที่ชายสามารถมีภริยาได้เพียงคนเดียวเท่านั้น ซึ่งจะขัดกับหลักธรรมเนียมปฏิบัติของประเพณีการสมรสของไทยที่ชายมีภริยาได้หลายคน แต่ถ้ายอมให้มีการจดทะเบียนสมรสแล้วจดทะเบียนรับรองกับภริยาคนใดคนหนึ่งคนเดียว ก็จะมีผลให้ภริยาคนอื่นเป็นภริยาที่มีชอบด้วยกฎหมาย แล้วการจดทะเบียนสมรสกับภริยาเพียงคนเดียวเท่านั้น แต่ที่ยอมให้ชายมีภริยาอีกได้หลายคนนั้น ก็จะเป็นการขัดกับหลักสากลในนานาอารยประเทศ ซึ่งกำหนดให้ชายต้องมีภริยาได้เพียงคนเดียวเท่านั้น (Monogamy)

¹¹⁰ กองจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร เอกสารกระทรวงยุติธรรม รัชกาลที่ 5 ร 5 ย 23/3 พระราชกฤษฎีกาหมั้นราชบุรุษเรกฤทธิ์ ถวายพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว 16 มีนาคม ร.ศ.115; มาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติสำหรับแต่งงานคนต่างประเทศในกรุงสยาม จุลศักราช 116

พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้ทรงพระราชทานคำวินิจฉัยและทรงอธิบายหลักการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวพอจะสรุปได้ว่า ควรจะคงใช้ลักษณะการสมรสที่ชายมีภริยาได้หลายคน (Polygamy) เพราะการยอมให้ชายมีภริยาได้หลายคน เป็นการสอดคล้องกับประเพณีไทยที่มีการยอมรับอยู่ในขณะนั้น และภரியาน้อยก็นับเป็นมนุษย์ที่จะต้องได้รับการอุปถัมภ์บำรุงตามสมควร เพราะถึงอย่างไรก็ถือเป็นภริยาของชายเช่นกัน นอกจากนี้เหตุผลประการสำคัญที่สุดก็เพื่อมิให้ลูกเมียน้อยกลายเป็นลูกนอกกฎหมาย ซึ่งสังคมไทยไม่เคยที่จะปฏิบัติต่อเด็กเช่นนั้น

ต่อมาพระองค์ทรงมีพระราชดำริว่า ข้าราชการที่รับใช้พระองค์ และเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ราชการในพระองค์ ควรจะเป็นแบบอย่างของความประพฤติที่ดี ไม่ประพฤติตัวที่เป็นที่รังเกียจในการเลือกผู้หญิงที่จะมาเป็นภริยาของตน และจำเป็นต้องมีรูปแบบของการสมรสที่จดทะเบียนตามแนวคิดของตะวันตกมาใช้ และเพื่อมิให้ข้าราชการในพระองค์ในสมัยนั้นมีพฤติกรรมทางเพศที่ส่ำส่อน จึงทรงประกาศกฎหมายฉะบับว่าด้วยครอบครัวแห่งข้าราชการในพระราชสำนัก พ.ศ.2457 โดยมีบทบัญญัติ มาตรา 19 นิยามคำว่า “ภริยา” ว่า “หญิงที่ได้กระทำการแต่งงานสมรสตามประเพณีเมือง หรือที่ชายเลี้ยงดูโดยให้อยู่ร่วมในเคหสถานและยกย่องเชิดหน้าชูตาโดยเปิดเผย” โดยกฎหมายฉะบับดังกล่าว ได้บัญญัติว่าต่อไปว่า “ห้ามมิให้ชายที่สมจรหญิงเป็นครั้งคราว หรือหญิงที่เรียกว่าเมียลับ จดทะเบียนเป็นภริยา”¹¹¹ คำว่า “จดทะเบียน” ในกฎหมายฉะบับนี้ ไม่ได้หมายถึงการจดทะเบียนสมรสแต่เป็นการจดทะเบียนครอบครัว และเคหสถานสำหรับข้าราชการในพระราชสำนักซึ่งในที่นี้ก็ยังคงถือเอาการสมรสที่ได้กระทำตามประเพณีเมือง หรือที่ชายหญิงอยู่กินร่วมกันฉันผู้เมียโดยเปิดเผยเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย จะเห็นได้ว่าจากพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวนี้ เป็นการเริ่มต้นของการใช้รูปแบบของการจดทะเบียนแต่เป็นการจดทะเบียนในลักษณะของครอบครัว ซึ่งชายสามารถจดทะเบียนกับหญิงมากกว่าหนึ่งคนได้ แต่ห้ามจดทะเบียนกับหญิงโสเภณี หรือหญิงแพศยาเท่านั้น และเป็นการเริ่มใช้กับข้าราชการในราชสำนักเท่านั้น แต่ต่อมาทรงเห็นว่ากฎหมายฉะบับว่าด้วยครอบครัวแห่งข้าราชการในราชสำนัก พ.ศ.2457 ดังกล่าวนั้น ยังมีความบกพร่องอยู่ เพราะบางที่ชายสมสู่กับหญิงโสเภณีจนมีบุตร และหญิงนั้นต้องด้วยลักษณะเมียที่จดทะเบียนสมรสมิได้ บุตรที่เกิดมาจึงกลายเป็นบุตรที่เกิดจากการสมรสโดยไม่ได้จดทะเบียน และไม่ใคร่จะได้รับการอุปถัมภ์เลี้ยงดูจากบิดาตามสมควร จึงทรงให้เสนาบติกระทรวงวัง ประกาศกฎหมายฉะบับว่าด้วยครอบครัวแห่งข้าราชการในพระราชสำนัก พ.ศ.2457 (เพิ่มเติมครั้งที่ 3) โดยในมาตรา 1 ได้บัญญัติว่า

¹¹¹ กองจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร เอกสารกระทรวงยุติธรรม รัชกาลที่ 6 หมายเลข 6 ย 12 1/15 รายงานคณะกรรมการตรวจชำระร่างประมวลกฎหมาย; มาตรา 19 แห่งกฎหมายฉะบับว่าด้วยครอบครัวแห่งข้าราชการในพระราชสำนัก พ.ศ.2457

“กำหนดให้บุตรอันเกิดแต่หญิง ที่ชายสมจรด้วยเป็นครั้งคราว หรือหญิงที่ชายสมจรด้วยโดยอาการที่เรียกว่าเมียลับ ถ้าความไม่ปรากฏว่า หญิงที่เป็นมารดานั้น ไม่สมจรปะปนด้วยชายอื่นและเด็กที่เกิดมาเป็นบุตร ของชายผู้นั้นโดยแท้แล้ว ให้ชายผู้เป็นบิดามีหน้าที่ต้องเลี้ยงดู บำรุงรักษา ให้กินอยู่อย่างนุ่่ม และเล่าเรียนตามสมควรแห่งฐานานุรูป จนกว่าบุตรนั้นจะมี อายุครบ 16 ปี”

และ กฎมณเฑียรบาล ว่าด้วยครอบครัวแห่งข้าราชการในพระราชสำนัก พ.ศ.2457 (เพิ่มเติมครั้งที่ 3) โดยในมาตรา 2 ได้บัญญัติว่า

“การเลี้ยงดูบุตรตามความในมาตรา 1 ที่กล่าวมานั้น ชายผู้เป็น บิดาจะรับตัวเด็กมาเพื่อเลี้ยงดูเสียเองก็ได้ หรือจะให้มารดาปกครองเลี้ยงดู ไว้ก็ได้ แล้วแต่ความตกลงและเพื่อประโยชน์แก่เด็กเป็นประมาณ ถ้าเด็กต้อง อยู่กับมารดาแล้ว ให้ชายผู้เป็นบิดาออกเงินค่าเลี้ยงดูให้ตามสมควรแก่ ฐานานุรูป แต่อย่างไรก็ดี มารดาของเด็กจะเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูเกินกว่า 1 ใน 4 ของเงินเดือนมิได้”¹¹²

ต่อมาในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ทรงตั้ง คณะกรรมการร่างกฎหมายขึ้นเพื่อร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม กฎหมายลักษณะผัวเมีย พ.ศ. 2473 ขึ้นมา แต่ได้มีการถกเถียงกันมากในประเด็นเกี่ยวกับการ ให้ชายมีภรรยาได้หลายคน เช่นเดียวกับที่เคยเกิดขึ้นในสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวขึ้นอีก พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้พระราชทานข้อวินิจฉัยไว้ว่า เห็นควรไม่บังคับให้ชายต้องมียภรรยาเพียงคน เดียว โดยทรงเห็นว่า เป็นการสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในสังคมไทย เพราะในสมัยนั้นประเทศ ไทยยังคงมียภรรยาคันได้หลายคนเป็นเรื่องปกติอยู่แล้ว และในข้อที่สำคัญที่สุดคือ ทรงเห็นว่า “เมื่อไม่มี บุคคลที่เป็นบุตรนอกกฎหมายอยู่แล้ว ไม่ควรที่จะแหวกทางไว้ให้มากขึ้น”¹¹³ อีกทั้งทรงแสดงความคิดเห็น เพิ่มเติมไว้ซึ่งพอสรุปได้ว่า “ถ้าจะใช้การจดทะเบียนเป็นหลักของการเป็นผัวเมียกันแล้ว ถ้าชายใด

¹¹² สอาด นาวิเจริญ, *เรื่องเดิม*, หน้า 113.

¹¹³ อชพร จารุจินดา, ไพโรจน์ มินเด็น, วสันต์ เตียวตระกูล และสุขุม ทองศิริ, “ความ เป็นมาของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม กฎหมายลักษณะผัวเมีย พ.ศ.....” ใน **60 ปี สำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกา** (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2535), หน้า 38.

จะไม่สมัครใจจดทะเบียนกับหญิงซึ่งตนสมัครสังวาสด้วยแล้ว ก็จะเป็นอันที่จะไม่มีหนทางที่จะบังคับให้ชายต้องเลี้ยงเมียน้อยและลูกเมียน้อยด้วย ลูกเมียน้อยที่ได้จดทะเบียนเช่นนั้น ก็จะเป็นอาภัพสตรีเป็นคนไม่มีพ่ออยู่นั่นเอง” จะเห็นได้ว่า พระองค์ทรงมีความมุ่งหมายที่จะให้ชายมีความรับผิดชอบในสิ่งที่ตนได้กระทำต่อหญิงนั้น รวมถึงบุตรอันเกิดจากหญิงนั้นด้วย และควรมีความรู้สึกที่ว่าการร่วมประเวณีเป็นของสำคัญมิใช่ของเล่นเพื่อบำเรอความใคร่ของตน เพราะทารกที่เกิดมาไม่มีโอกาสเลือกได้เลยว่า จะเกิดหรือไม่ เพราะฉะนั้นจึงไม่ควรให้ความเดือดร้อนตกไปอยู่ที่เด็ก และพระองค์ยังเสนอให้บุตรอันเกิดกับภริยาน้อยนั้นมีสิทธิในการรับมรดกของผู้ที่เป็นบิดาด้วย

คณะกรรมการร่างกฎหมายในขณะนั้น จึงได้มีการร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะผัวเมีย พ.ศ.2473 ขึ้นมา ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้

1. อนุญาตให้ชายมีภริยาได้หลายคน แต่ให้แบ่งเป็นภริยาหลวงและภริยาน้อย ภริยาหลวงให้มีได้ก็แต่เพียงคนเดียว
2. ฐานะของภริยาหลวงจะมีได้ต่อเมื่อสามีได้จดทะเบียน โดยแสดงไว้ในเวลาที่จดทะเบียนสมรส หรือในเวลาใดๆ ที่ยังเป็นสามีภริยากันอยู่ ถ้าสามีมีภริยาหลวงอยู่แล้ว การจดทะเบียนภริยาคนอื่นเป็นภริยาหลวงอีกย่อมเป็นอันไร้ผล คือ ต้องจดทะเบียนอื่นๆ เป็นภริยาน้อยเท่านั้น และภริยาหลวงเป็นภริยาคนเดียวที่มีสิทธิในสินสมรส และในการรับมรดกของสามี
3. ภริยาน้อยนั้น ถ้าได้ความว่ามีการจดทะเบียนใดเป็นภริยาหลวงแล้ว ภริยาอื่นถือได้ว่าเป็นภริยาน้อยทั้งหมด แม้จะได้จดทะเบียนก็ตาม
4. บุตรที่เกิดจากภริยาหลวง ก็ถือว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย
5. บุตรอันเกิดภริยาน้อยที่ได้จดทะเบียนแล้ว ถือว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย และบุตรอันเกิดแต่หญิงที่มีได้จดทะเบียนเป็นภริยานั้นไม่เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย แต่บิดาสามารถจดทะเบียนเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายด้วย ในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ บิดายังต้องจัดให้มีการเลี้ยงดูและการศึกษาตามควรแก่พฤติการณ์ เพียงแต่บุตรจะมีสิทธิใช้ชื่อสกุลและมรดกของบิดานั้น กำหนดให้เฉพาะบุตรชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น
6. บุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายได้ ต่อเมื่อบิดามารดาได้ สมรสกันภายหลัง หรือบิดาได้จดทะเบียนว่าเป็นบุตรตามคำร้องขอของบิดา หรือมีคำพิพากษาของศาลว่าเป็นบุตร

อย่างไรก็ตามร่างพระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะผัวเมีย พ.ศ.2473 ก็ได้ประกาศใช้เนื่องจากเห็นว่า ในขณะนั้นยังไม่เป็นเวลาที่จะพึงให้เกิดรายจ่ายเพิ่มขึ้นใหม่เนื่องจากการจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ อาจจำเป็นต้องมีค่าใช้จ่ายต่างๆ เพื่อให้ประชาชนจดทะเบียน จึงได้

งดใช้บังคับเป็นการชั่วคราว รายละเอียดปรากฏตามประกาศงดการใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะพัวเมีย พ.ศ.2473 ไว้ก่อนซึ่งประกาศ ณ วันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ.2474¹¹⁴

2.2.2 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสภายหลังมีการจดทะเบียนสมรส

2.2.2.1 วิวัฒนาการของรูปแบบการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว

ในสมัยรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 อิทธิพลของประเทศมหาอำนาจตะวันตกยิ่งเพิ่มมากขึ้นทุกที บรรดากฎหมายต่างๆ ที่แม้พระองค์จะได้ปรับปรุงแก้ไขแล้ว แต่ยังไม่เป็นที่ยอมรับของประเทศต่างๆ ที่เข้ามามีความสัมพันธ์กับประเทศไทยจนถึงระดับที่ประเทศต่างๆ ไม่ยอมใช้กฎหมายไทยและไม่ยอมขึ้นศาลไทย โดยได้ตั้งศาลกงสุลของประเทศตนขึ้นเพื่อพิจารณาและพิพากษาคดีของคนในชาติตน รวมถึงคนที่อยู่ภายใต้บังคับของชาตินั้นๆ แล้วใช้กฎหมายของประเทศนั้นๆ ในการพิจารณาอรรถคดีต่างๆ ซึ่งคนไทยเรียกวีกฎการณ้นั้นว่า การเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ซึ่งในขณะนั้นประเทศไทยได้เสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขตหรือเอกราชในทางศาลไปด้วยข้ออ้างต่างๆ ของต่างประเทศ โดยเฉพาะการที่ถูกกล่าวอ้างว่ากฎหมายของไทยที่ใช้อยู่นั้น ป่าเถื่อนและล้าสมัย กระบวนการพิจารณาและบทลงโทษโหดร้ายทารุณ จากเหตุการณ์ดังกล่าวประเทศไทยในขณะนั้นต้องอยู่ในสถานะที่ต้องยอมประเทศมหาอำนาจเหล่านั้น เนื่องจากประเทศไทยไม่สามารถต่อสู้กับอำนาจและอิทธิพลทางการเมืองและแสนยานุภาพทางการทหารของประเทศมหาอำนาจ เราจึงจำเป็นต้องอยู่ในภาวะจำยอม¹¹⁵

ต่อมาในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 เสด็จขึ้นครองราชย์สมบัติก็ได้ทรงมุ่งหวังและทรงหาแนวทางที่จะหาเอกราชทางศาลกลับคืนมาให้ได้ โดยทรงมีพระราชดำริให้มีการปฏิรูปการศาลและจัดระบบกฎหมายเสียใหม่ โดยทรงตั้งความหวังไว้ว่า หากประเทศไทยได้แก้ไขกฎหมายของเรามีอยู่ให้เจริญเท่าเทียมกับนานาอารยประเทศแล้ว ประเทศมหาอำนาจทั้งหลายเหล่านั้นก็จะคืนเอกราชทางศาลให้กับประเทศไทยอย่างแน่แท้ พระองค์จึงทรงเริ่มต้นด้วยการส่งข้าราชการและพระบรมวงศานุวงศ์ไปศึกษาวิทยาการต่างๆ ในต่างประเทศรวมถึงการศึกษาระบบกฎหมายและการเมืองการปกครองในประเทศตะวันตก เพื่อนำความรู้ที่ได้รับมาปรับปรุงกฎหมายไทยให้ดียิ่งขึ้น และทรงรับสั่งให้มีการจ้างผู้เชี่ยวชาญจากต่างประเทศ มาเป็นที่ปรึกษากฎหมายจำนวนมากมีทั้งชาวฝรั่งเศส อังกฤษ เบลเยียม และญี่ปุ่น ประกอบกับในขณะนั้นประเทศไทยได้มีการพัฒนาประเทศในหลายๆ ด้านพร้อมกัน และที่สำคัญที่สุด คือการพัฒนาด้าน

¹¹⁴ พระยาพลางกูรธรรมพิจัย, *เรื่องเดิม*, หน้า 73.

¹¹⁵ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, *เรื่องเดิม*, หน้า 108.

กฎหมาย โดยในปี พ.ศ.2440 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้มีพระบรมราชโองการ แต่งตั้งกรรมการตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายขึ้นเป็นคณะแรก โดยมีพระเจ้าลูกเธอพระองค์ เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ซึ่งขณะนั้นทรงดำรงตำแหน่งเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม เป็นประธานคณะกรรมการในการยกร่าง ส่วนกรรมการนั้นมีทั้งนักกฎหมายและที่ปรึกษากฎหมาย ของต่างประเทศ คณะกรรมการชุดนี้ได้เลือกที่จะร่างกฎหมายลักษณะอาญาก่อนกฎหมายลักษณะ อื่นๆ โดยร่างเป็นภาษาอังกฤษก่อนหลังจากนั้นจึงแปลเป็นภาษาไทย และเสร็จสิ้นในปี พ.ศ.2450 จากนั้นก็พิมพ์เป็น 3 ภาษา คือ ภาษาไทย ภาษาอังกฤษ และภาษาฝรั่งเศส แล้วจึงนำขึ้นทูลเกล้า ถวายและได้ทรงประกาศใช้เป็นประมวลกฎหมายฉบับแรก เมื่อวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ.2451 โดยเรียก ประมวลกฎหมายฉบับแรกนี้ว่า “ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127”¹¹⁶ ต่อมาได้มีการตรวจ ชำระและปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอื่นๆ โดยได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาใหม่อีกคณะหนึ่ง อัน ประกอบไปด้วยผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายทั้งชาวไทยและชาวต่างประเทศ เป็นคณะกรรมการเพื่อทำ หน้าที่ยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และพระธรรมนูญศาลยุติธรรม¹¹⁷

ดังนั้นการเริ่มต้นในการร่างประมวลกฎหมายของไทยจึงเริ่มอย่างจริงจังในรัชสมัย ของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ หลังจากนั้นต่อมาไม่ นานพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 ทรงดำเนินนโยบายสืบเนื่องต่อจากพระบรม ชนกนาดและทรงเร่งงานร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับนี้ โดยคณะกรรมการทั้งชาว ไทยและชาวต่างประเทศได้ออกแบบให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยฉบับนี้ ประกอบไป ด้วย 6 บรรพด้วยกัน โดยในบรรพ 1 บรรพ 2 และ บรรพ 3 ได้แล้วเสร็จและประกาศใช้ในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2468 ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 นั้น ได้มีพระราชกฤษฎีกา ให้ ประกาศใช้เป็นกฎหมายได้ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ.2473 หลังจากนั้นจึงได้ดำเนินการต่อในการ ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และบรรพ 6 ต่อไปตามลำดับ

¹¹⁶ วิชา มหาคุณ, ประวัติศาสตร์กฎหมายและภาษากฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 93.; กองจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร เอกสารกระทรวงยุติธรรม รัชกาลที่ 5 หมายเลข บ 2 ข/89 บันทึกความเห็นนายปาตุ เรือง การร่างกฎหมายอาญา

¹¹⁷ เรอเน่ กียอง, “การตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายในกรุงสยาม,” วารสาร นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 23, 1 (มีนาคม 2536): 97.

1) พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2477

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เริ่มมีการร่างในปี พ.ศ.2451 โดยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตั้งคณะกรรมการฝรั่งเศสให้ตรวจชำระและยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และคณะกรรมการได้ทำการศึกษาหลักกฎหมายครอบครัวไทยในกฎหมายตราสามดวง เพื่อนำมาเทียบเคียงกับกฎหมายของต่างประเทศ อาทิ ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น อิตาลี อังกฤษ สวิสเซอร์แลนด์ และอเมริกา โดยคัดเลือกเอาแต่หลักกฎหมายที่ดีและเหมาะสมกับประเทศไทย เพื่อนำมายกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังไม่ทันแล้วเสร็จ ก็สิ้นรัชกาลพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ต่อมาพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 ทรงดำเนินนโยบายสืบเนื่องต่อจากพระบรมชนกนาถ¹¹⁸

โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวนั้น ได้เริ่มมีการยกร่างประมวลกฎหมายในบรรพนี้ต่อมาจาก บรรพ 1 บรรพ 2 บรรพ 3 และบรรพ 4 อย่าง

¹¹⁸ พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้มีพระบรมราชโองการให้ประกาศใช้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ บรรพ 2 ในวันที่ 11 พฤษภาคม พ.ศ.2466 โดยยังไม่มีผลบังคับใช้ในทันที โดยให้มีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2467 แต่พอประกาศใช้ออกไปแล้ว บรรดาผู้พิพากษาและทนายความต่างก็มีความเห็นว่า กฎหมายฉบับดังกล่าวนี้มีข้อความที่ไม่กินเกลียวกัน ดังนั้น พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว จึงได้โปรดเกล้าฯ แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งอันประกอบไปด้วยบุคคลที่เคยเป็นกรรมการในการแปลกฎหมายต่างประเทศ และบุคคลที่เป็นกรรมการอยู่ในกรมร่างกฎหมายอยู่ในขณะนั้น คือ พระยานเรนตีบัญชากิจ พระยาศรีธรรมมาธิเบศร์ พระยาเทพยวิรุฑา พระยามานวราชเสวี และนายเรือเน่ กियอง ให้เป็นผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นใหม่ พระยามานวราชเสวีมีความเห็นว่า การร่างประมวลกฎหมายฉบับนี้ตัวบทไม่ค่อยสำคัญ แต่โครงร่างมีความสำคัญมาก จึงได้เสนอให้ใช้โครงร่างแบบประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน โดยคัดลอกมาจากประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น ซึ่งได้คัดลอกมาจากประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมาอีกทอดหนึ่ง ต่อเพื่อไม่ให้เป็นการเสียไมตรีที่ดีต่อฝรั่งเศส จึงได้นำบทบัญญัติบางตอนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ บรรพ 2 ที่ได้ประกาศใช้ไปแล้วในปี พ.ศ. 2466 ซึ่งเป็นฉบับที่ชาวฝรั่งเศสได้ทำการร่างไว้ และในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2467 อันเป็นวันที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ บรรพ 2 ก็ได้มีพระราชกฤษฎีกาให้เลื่อนเวลาใช้บรรพ 1 และบรรพ 2 ออกไปเป็นวันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2468 และให้ บรรพ 3 มีผลบังคับใช้ในวันเดียวกันด้วย

เป็นจริงเป็นจังในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 โดยใช้ระยะเวลาานานพอสมควร ก่อนที่จะแล้วเสร็จในปลายปี พุทธศักราช 2477 ซึ่งตรงกับรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอนันตมหิตล รัชกาลที่ 8 การร่างประมวลกฎหมายบรรพนี้ได้อาศัยกฎหมายเก่าเป็นต้นแบบในการร่างอยู่มากพอสมควร แต่ในข้อที่เป็นสาระสำคัญซึ่งกฎหมายเก่าบัญญัติไว้และไม่เหมาะสมแก่กาลสมัย และได้ดำเนินการแก้ไขให้มีความทัดเทียมกับอาณาอารยประเทศ¹¹⁹

แต่ปัญหาที่เป็นประเด็นสำคัญของการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ของไทยคือ ปัญหาที่มีความเห็นที่แตกต่างเกี่ยวกับหลักการว่าด้วยการจะให้มีการียาได้เพียงคนเดียวหรืออนุญาตให้มีการียาได้หลายคน ปัญหานี้ได้มีการโต้เถียงกันอย่างมากในระหว่างผู้ที่ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ด้วยกันนี้ เพราะเป็นปัญหาที่เกี่ยวกับเรื่องของขนบธรรมเนียมประเพณีที่ยึดถือปฏิบัติกันมาแต่โบราณของไทย หลักการของประเด็นนี้มีความเห็นของผู้ร่างออกมาเป็นสองความเห็น โดยฝ่ายแรกมีความเห็นว่าการทำกฎหมายใหม่นี้ ควรจะอนุญาตให้ชายมีการียาได้คนเดียว ส่วนภริยาน้อยหรือภริยาลับนั้น กฎหมายไม่รับรู้ ถือว่าไม่เป็นภริยาที่สมบูรณ์ตามกฎหมายและไม่มีสิทธิที่จะได้รับจากกฎหมายในฐานะของภริยา เช่น การรับมรดกของสามี เป็นต้น แต่อนุญาตให้ชายรับรองบุตรอันเกิดจากภริยาน้อยหรือภริยาลับเพื่อให้เป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของชาย ทั้งนี้ก็ให้เป็นไปตามรูปแบบการสมรสของต่างประเทศ แต่ความเห็นของอีกฝ่ายหนึ่ง มีความเห็นว่า ชายควรมีภริยาได้หลายคนเหมือนเดิม โดยให้เหตุผลว่า เป็นการบัญญัติกฎหมายที่ขัดกับสภาพความเป็นจริงของสังคม และขัดกับขนบธรรมเนียมประเพณีของไทยที่มีมาแต่ช้านาน ประกอบกับไม่มีเหตุผลใดที่ประเทศสยามจะต้องทำตามรูปแบบของประเทศและความคิดเห็นของชาวตะวันตกในเรื่องของการมีผัวเดียวเมียเดียว เพราะวัฒนธรรมและความเชื่อของประเทศสยามและของประเทศตะวันตกมีความแตกต่างกัน และด้วยความเห็นที่มีความแตกต่างกัน และมีข้อถกเถียงกันจนไม่มีข้อยุติ ทำให้คณะกรรมการในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในบรรพนี้ไม่กล้าตัดสินใจ จึงส่งผลให้ การร่างกฎหมายฉบับนี้ล่าช้าออกไป¹²⁰

¹¹⁹ ชาญชัย แสงวงศ์ศักดิ์ และวรรณชัย บุญบำรุง, **สารานุกรมเกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมายของต่างประเทศและของไทย** (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2543), หน้า 154.; กองจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร เอกสารกระทรวงยุติธรรม รัชกาลที่ 5 หนังสือหม่อมเจ้าจรัสญศรีศักดิ์ กฤดากร ถวายพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ร 4 ย 10/19

¹²⁰ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 158.; กองจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร เอกสารกระทรวงยุติธรรม รัชกาลที่ 5 หมายเลข ย 10/19 พระราชหัตถเลขาสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระราชทานหม่อมเจ้าจรัสญศรีศักดิ์กฤดากร

ในปี พ.ศ.2475 อันเป็นปีที่เกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองและเป็นช่วงเวลาที่ประเทศไทยจะต้องดำเนินจัดทำประมวลกฎหมายให้ครบตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญากับประเทศต่างๆ เพื่อยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขต รัฐบาลไทยภายใต้ระบบประชาธิปไตยในขณะนั้น จึงได้ดำเนินการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เหลืออยู่ให้แล้วเสร็จซึ่งได้แก่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ครอบครัว และ บรรพ 6 มรดก ตามลำดับหลังจากที่เกิดความล่าช้าเนื่องจากปัญหาของการไม่ได้ช้อยุติในประเด็นเรื่องของการจดทะเบียนสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียว เหมือนประเทศแถบตะวันตก หรือแบบมีภริยาได้หลายคนตามรูปแบบประเพณีดั้งเดิมของไทย จนในที่สุดในปี พ.ศ.2476 ได้ใช้หลักการของประชาธิปไตยในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยคณะกรรมการธิการของรัฐบาล ซึ่งมีเจ้าพระยาศรีธรรมมาธิเบศ เป็นประธานคณะกรรมการในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพนี้ ได้นำปัญหาดังกล่าวขึ้นเข้าสู่กระบวนการของสภาผู้แทนราษฎร หลังจากนั้นที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรได้มีการลงมติ โดยที่ประชุมนั้นมีมติเสียงข้างมาก ให้ชายมีภริยาที่จดทะเบียนสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายได้เพียงคนเดียวเท่านั้น ซึ่งแนวคิดในลักษณะเช่นนี้ประเทศไทยได้รับมาจากวัฒนธรรมของประเทศในฝั่งตะวันตกอีกทอดหนึ่ง ซึ่งประเทศไทยในขณะนั้นเชื่อว่าแนวคิดนี้เป็นสิ่งที่เป็นการยธรรมของชาติที่เจริญแล้ว และจะสามารถทำให้ต่างชาติยอมรับในเป็นประเทศที่มีอารยธรรมของไทยด้วย¹²¹ แต่อย่างไรก็ตามข้อตกลงนี้ไม่ได้หมายความว่า กฎหมายจะห้ามมิให้ชายมีภริยาได้หลายคน โดยในความเป็นจริงแล้วชายอาจมีภริยาที่คนก็ได้ กฎหมายไม่ได้ห้าม แต่กฎหมายรับรู้และยอมรับเพียงคนเดียว โดยสามารถมีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายด้วยการจดทะเบียนสมรสได้เพียงคนเดียวเท่านั้น โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่ประกาศใช้ พ.ศ.2478 นี้ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1449 ความว่า “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้จดทะเบียนแล้ว” ส่วนภริยาคนอื่นๆ นั้นกฎหมายมีอาจรับรองสถานะให้ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว และภริยาที่จดทะเบียนสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่จะมีสิทธิได้รับมรดกของชายผู้เป็นสามี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มรดก¹²²

¹²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 159.

¹²² สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มรดก นั้นได้มีพระราชบัญญัติให้ใช้ฯ ลงวันที่ 5 มิถุนายน พ.ศ.2478 และให้ประกาศใช้เป็นกฎหมายได้ตั้งแต่วันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา คือ วันที่ 7 มิถุนายน พ.ศ.2478 ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอนันตมหิตลธิราชกาลที่ 8; ปรีดี เกษมทรัพย์, “ปัญหาและแนวทางการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายในประเทศไทย,” ใน เอกสารประกอบการสัมมนาประวัติศาสตร์กฎหมายไทย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า 16.

ดังนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว นี้ จึงเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของการสมรส ที่แต่เดิมยอมรับว่าการอยู่กินกันฉันสามีภริยาอย่าเปิดเผยเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว มาเป็นรูปแบบของการจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐถึงจะเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และการจดทะเบียนสมรสนั้นจะจัดได้กับภริยาเพียงคนเดียวเท่านั้น¹²³

สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 นั้นได้มีพระราชบัญญัติให้ใช้ ลงวันที่ 27 พฤษภาคม พ.ศ.2478 และให้ประกาศใช้เป็นกฎหมายได้ตั้งแต่วันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา คือ วันที่ 29 พฤษภาคม พ.ศ.2478 และวันที่ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 นี้ คือ วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ.2478 ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดล รัชกาลที่ 8

การประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ในปี พ.ศ.2478 นี้มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายลักษณะผัวเมียทั้งหมด โดยให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ในปี พ.ศ.2478 ฉบับนี้แทน แต่พระราชบัญญัติให้ใช้บรรพ 5 มีมาตรา 4 ระบุว่า “บทบัญญัติแห่งบรรพนี้ไม่กระทบกระเทือนถึง (1) การสมรสซึ่งมีอยู่

¹²³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ที่ได้มีพระบรมราชโองการให้ประกาศใช้บังคับในวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ.2478 มีหลักกฎหมายที่สำคัญดังต่อไปนี้

1. ชายสามารถจดทะเบียนสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายกับภริยาได้เพียงคนเดียว
2. การสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายจะมีได้ก็แต่โดยการจดทะเบียนสมรสแล้วเท่านั้น
3. เด็กที่เกิดจากหญิงที่มีได้จดทะเบียนสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น
4. บุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของชายให้ที่ทะเบียนคนเกิด ถ้าไม่ปรากฏในทะเบียนคนเกิด ก็ดูจากพฤติการณ์ที่รู้กันโดยทั่วไปตลอดมาว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายก็เป็นหลักฐานที่เพียงพอแล้ว
5. บุตรชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิรับมรดกของผู้เป็นบิดาหรือมารดาและมีสิทธิใช้ชื่อสกุลได้
6. บิดาและมารดามีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดู และให้การศึกษาแก่บุตรตามสมควรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์
7. บุตรนอกกฎหมายที่บิดาได้รับรองแล้ว ถ้าบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายถึงแก่ความตาย ให้ถือว่าเป็นผู้สืบสันดานเหมือนบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีสิทธิที่จะได้รับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม
8. บุตรบุญธรรม ให้ถือว่าเป็นผู้สืบสันดานเหมือนบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีสิทธิที่จะได้รับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม

ก่อนวันที่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายบรรพนี้ และทั้งสัมพันธ์อันเกิดแก่การสมรสอื่นๆ และ (2) การใช้อำนาจปกครอง ความปกครอง ความอนุบาล การรับบุตรบุญธรรม ซึ่งมีอยู่ก่อนวันประกาศใช้ประมวลกฎหมายบรรพนี้ และสิทธิหรือหนี้อันเกิดแก่การนั้นๆ”

จากข้อความดังกล่าวเป็นการบ่งบอกว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่ประกาศใช้ใหม่นี้ จะไม่กระทบกระเทือนถึงการสมรสตามกฎหมายลักษณะผัวเมียเลย การสมรสที่ได้กระทำไปในกฎหมายลักษณะผัวเมียจะสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ประการใด ย่อมเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายลักษณะผัวเมียนั้น เช่น รูปแบบของการสมรส ที่กฎหมายลักษณะผัวเมีย ยอมรับว่าการอยู่กินกันฉันสามีภริยาอย่างเปิดเผย ถือเป็นการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ก็เป็นไปตามเงื่อนไขนั้น รวมถึงการที่ยอมให้ชายมีภริยาได้หลายคนด้วย ดังนั้น ถ้าชายและหญิงได้สมรสกันตามรูปแบบของสมรสตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย ก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครบครัน นี้ การสมรสก็มีสมบูรณ์ หากจำเป็นต้องมาจดทะเบียนสมรสใหม่ ให้ชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมาย บรรพ 5 นี้ไม่

ดังนั้น สามีภริยาตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย ที่สมรสก่อนที่จะมีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 นี้ หรือที่สมรสก่อนวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ.2478 โดยไม่ต้องจดทะเบียนสมรสนั้น สถานะของสามีภริยาก็ยังคงเป็นเช่นเดิม ความสัมพันธ์ในฐานะของสามีภริยาอันเกิดแต่การสมรส หรือสถานะอันเกิดเป็นครอบครัว การใช้อำนาจปกครอง ความปกครอง การอนุบาลและการรับบุตรบุญธรรม ตามกฎหมายลักษณะผัวเมียยังคงมีอยู่ตลอดรวมทั้งสิทธิและหน้าที่อันเกิดจากการสมรสนั้นด้วย และยังมีผลมาถึงปัจจุบัน¹²⁴ เช่น กฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 60 บัญญัติว่า “สามีมีอำนาจโดยที่สั่งสอนภริยาได้ตามสมควรเมื่อภริยากระทำผิด แต่ถ้าภริยากระทำการอย่างนั้นแก่สามีบ้างก็ต้องเอาข้าวตอกดอกไม้ไปขอขมาสามี” ความสัมพันธ์เช่นนี้ยังคงใช้บังคับได้หรือกฎหมายลักษณะผัวเมียบทที่ 68 บัญญัติว่า “ถ้าชายมีสินเดิมฝ่ายเดียว หญิงไม่มีสินเดิม ชายได้สินสมรสทั้งหมด” ดังนั้นถ้าหากสามีภริยาตามกฎหมายลักษณะผัวเมียขาดจากการสมรสและแบ่งสินสมรสกันในปัจจุบันนี้ก็ต้องแบ่งตามนี้ แต่ถ้าหากทั้งสองฝ่ายมีสินเดิมด้วยกัน กฎหมายลักษณะผัวเมียบทที่ 68 บัญญัติว่า “ให้แบ่งสินสมรสเป็นสามส่วน ชายได้ 2 ส่วนหญิงได้ 1 ส่วนและต้องคืนสินเดิมแก่คู่สมรสแต่ละฝ่ายด้วย”

ตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย ชายมีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายได้หลายคนมาถึงในปัจจุบันนี้แม้จะมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครบครัน ภริยาเหล่านี้ก็ยังคง

¹²⁴ มาตรา 4 และมาตรา 5 พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2477 และมาตรา 4 พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ.2519

เป็นกริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายลักษณะผังเมียบ้าง อย่างเดิมไม่เปลี่ยนแปลง แต่ในเรื่องการจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา แม้จะเป็นสามีภริยากันตามกฎหมายลักษณะผังเมียบ้าง ก็ต้องใช้กฎหมายปัจจุบันที่มีทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาอยู่เพียง 2 ประเภท คือ สินส่วนตัวและสินสมรสมาใช้บังคับ และในเรื่องวิธีการจัดการสินสมรสก็ต้องใช้กฎหมายปัจจุบันมาใช้บังคับ เช่น ที่ดินสินสมรสตามกฎหมายลักษณะผังเมียบ้าง หากปัจจุบันนี้สามีจะนำไปขายสามีต้องได้รับความยินยอมจากภริยาด้วยจึงจะขายได้ หรือบ้านสินสมรสตามกฎหมายลักษณะผังเมียบ้างหากภริยาจะนำบ้านดังกล่าวไปให้ผู้อื่นเช่ามีกำหนดระยะเวลาเช่า 3 เดือน ภริยาก็มีอำนาจนำบ้านดังกล่าวออกให้เช่าได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้เป็นสามีก่อนแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตามถ้าสามีและภริยาตามกฎหมายลักษณะผังเมียบ้างต้องแบ่งสินสมรสกัน การแบ่งสินสมรสระหว่างสามีภริยานี้ต้องกลับไปใช้กฎหมายลักษณะผังเมียบ้างจะไม่นำบทบัญญัติในบรรพ 5 ปัจจุบันมาใช้บังคับ ส่วนประเด็นเรื่องของการสิ้นสุดของการเป็นสามีภริยานั้น ถ้าต้องมีการหย่าขาดจากความเป็นสามีภริยา เหตุหย่านั้นก็ต้องใช้เหตุหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 มาใช้บังคับ จะนำเหตุหย่าตามกฎหมายลักษณะผังเมียบ้างมาใช้บังคับมิได้

ต่อมาขอกล่าวถึงประเด็นที่ควรได้รับการศึกษาอย่างละเอียดอีกประเด็นคือ จริงหรือไม่ที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 นี้ยึดหลักจารีตประเพณีในกฎหมายลักษณะผังเมียบ้างของไทยเป็นหลักในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 นี้โดยไม่ได้อาศัยบทบัญญัติใดๆ ในกฎหมายครอบครัวของต่างประเทศมาเป็นต้นแบบในการร่างเลย โดยในเรื่องนี้ก็มีความเห็นของนักวิชาการแบ่งออกเป็น 2 ความเห็นด้วยกัน

โดยความเห็นแรก เห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ยึดหลักตามกฎหมายลักษณะผังเมียบ้างเป็นส่วนใหญ่ ไม่เหมือนกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ถึง บรรพ 4 ซึ่งเป็นการคัดลอกจากกฎหมายต่างประเทศมาเป็นส่วนใหญ่ โดยนักวิชาการที่มีความเห็นในทางนี้ อาทิ

ศาสตราจารย์สอาด นาวิเจริญ ได้กล่าวไว้คำบรรยายของท่านที่ได้บรรยายให้แก่ นักศึกษาคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้ว่า “ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ยึดหลักตามกฎหมายลักษณะผังเมียบ้างเป็นส่วนมากยิ่งขึ้น ไม่เหมือนกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ถึง บรรพ 4 ซึ่งเป็นการคัดลอกจากกฎหมายเยอรมัน”¹²⁵

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ได้กล่าวไว้ในตำราของท่านที่ได้พิมพ์เผยแพร่ครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ.2508 ว่า

¹²⁵ สอาด นาวิเจริญ, *เรื่องเดิม*, หน้า 9-10.

“ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น ตั้งแต่บรรพ 1 ถึงบรรพ 4 เป็นกฎหมายที่เราไปคัดลอกหรืออาศัยแนวมาจากกฎหมายต่างประเทศเป็นส่วนมาก แต่พอมาถึงลักษณะครอบครัวและมรดก ในบรรพ 5 และ บรรพ 6 เรื่องของการเกิดการตาย มนุษย์เป็นผู้ทำกฎหมายและคนไทยก็ได้เกิดได้ตาย มีผิวมีเมีย มีลูกหลานกันมานานนับพันปี จนเกิดเป็นประเพณีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัวและการตกทอดของมรดกของคนตาย กฎหมายครอบครัวและมรดกของไทยจึงมีที่มาจากตั้งแต่ครั้งกรุงศรีอยุธยา ซึ่งต่อมาสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ได้มีการรวบรวมและตราขึ้นเป็นกฎหมายตราสามดวง จนกลายเป็นกฎหมายลักษณะครอบครัวและกฎหมายลักษณะมรดก และพัฒนามาจนถึงกฎหมายครอบครัวในปัจจุบัน เมื่อเกิดปัญหาสงสัย จึงอาจเป็นประโยชน์ในการที่จะสืบสาวไปให้ถึงต้นตอว่ากฎหมายเก่าในเรื่องเดียวกันเป็นมาอย่างไร”¹²⁶

ศาสตราจารย์โพยม เลขยานนท์ ได้กล่าวไว้ในตำราของท่านซึ่งพิมพ์เมื่อปี พ.ศ.2514 ว่า

“ในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แม้จะได้นำหลักกฎหมายต่างประเทศมาพิจารณาด้วยแต่ก็ยังคงเอาหลักในกฎหมายลักษณะผิวเมียและกฎหมายเก่าอื่นๆ มาบัญญัติไว้ในบรรพ 5 เป็นส่วนมากเพื่อให้สอดคล้องกับประเพณีของไทยที่มีมาแต่ดั้งเดิม เพราะในเรื่องครอบครัวนั้น ประเทศใดประเทศหนึ่งต่างมีประเพณีของตนเองที่จะต้องรักษาไว้”¹²⁷

อาจารย์ศรี มลิลิต ได้กล่าวไว้ในตำราของท่านที่พิมพ์เมื่อปี พ.ศ.2516 ว่า

¹²⁶ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, *เรื่องเดิม*, หน้า 1.

¹²⁷ โพยม เลขยานนท์, *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2534), หน้า 1.

“ในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 นั้น ได้นำหลักกฎหมายต่างประเทศมาพิจารณาด้วย แต่ก็ยังคงยึดถือประเพณีและวัฒนธรรมของไทยที่มีมาแต่เดิมอยู่เป็นส่วนใหญ่”¹²⁸

จากความเห็นของนักวิชาการที่กล่าวมาข้างต้น ที่ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ของไทยยึดหลักในกฎหมายลักษณะผิวเมียเป็นส่วนใหญ่ ไม่เหมือนกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กฎหมายบรรพ 1 ถึงบรรพ 4 ซึ่งคัดลอกจากกฎหมายเยอรมัน โดยความคิดดังกล่าวนี้ได้รับการคล้อยตามจากนักกฎหมายของไทยในปัจจุบันเป็นอย่างมาก แต่ถึงอย่างไรก็ตามยังมีนักกฎหมายบางท่านที่มีความคิดเห็นในทางตรงกันข้ามกับแนวคิดเช่นนี้ อาทิ

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ซึ่งไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าวโดยท่านเคยกล่าวไว้ในการบรรยายวิชากฎหมายเปรียบเทียบ สำหรับนักศึกษาปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปี พ.ศ.2513 โดยกล่าวว่า

“ที่ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ของไทย มีที่มาจากกฎหมายเก่าของไทยเป็นส่วนมากนั้น เมื่อได้ตรวจสอบแล้ว พบว่ามีที่มาจากกฎหมายเก่าแท้ๆของไทยเพียงมาตราเดียว คือ มาตรา 1534¹²⁹ ที่ห้ามบุตรหลานฟ้องบุพการีของตนเป็นคดีแพ่งหรืออาญา นอกนั้นก็ล้วนเทียบเคียงกับกฎหมายต่างประเทศทั้งสิ้น”

จากการวิจัยของผู้วิจัยเองประกอบกับการค้นคว้าเอกสารในการวิเคราะห์ว่าจากความคิดเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย มีหลักการและเหตุผลใดมาให้การสนับสนุนผู้วิจัยพบว่าหลักฐานที่อ้างอิงถึงหลักการนี้มีอยู่นี้ มีอยู่ที่กรมร่างกฎหมาย ปัจจุบันคือ คณะกรรมการกฤษฎีกา โดยมีเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการประชุมของคณะกรรมการเพื่อยกร่างประมวลกฎหมายแพ่ง

¹²⁸ ศรี มลิลลา, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว (พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2516), หน้า 2.

¹²⁹ ได้ถูกแก้ไขใหม่โดย พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ.2519 โดยถูกเปลี่ยนจากมาตรา 1534 มาเป็นมาตรา 1562 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน แต่ข้อความยังคงเช่นเดิม

และพาณิชย์ โดยเอกสารดังกล่าวระบุว่าถึงที่มาว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ บรรพ 2 เทียบเคียงมาได้กับประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นเป็นหลัก¹³⁰ และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นหลัก และมีที่เป็นของสวิสเซอร์แลนด์ ฝรั่งเศส และบราซิลบนอยู่เป็นส่วนใหญ่ นอกจากนี้ ยังมีหลักกฎหมายของประเทศออสเตรีย อิตาลี เนเธอร์แลนด์ อียิปต์ ตุรกี สเปน อินเดีย สหรัฐอเมริกา อาร์เจนตินา เบลเยียม กรีซ ฮังการี ปะปนอยู่บ้างเล็กน้อย¹³¹ และในเรื่องของตัวแลกเงิน ตัวสัญญาใช้เงิน และเช็ค ยังได้นำข้อตกลงระหว่างประเทศในเรื่องตราสารที่เปลี่ยนมือได้มาปรับใช้ด้วย¹³²

ในบรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัวนั้น ก็ยังคงใช้กฎหมายของต่างประเทศเป็นหลักในการร่างคือ กฎหมายแพ่ง เยอรมัน ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส และสวิสเซอร์แลนด์ โดยมีหลักกฎหมายแพ่งของสเปน อังกฤษ บราซิล และเดนมาร์ก ปะปนอยู่บ้างเล็กน้อย¹³³ โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่ประกาศใช้ในปี พ.ศ.2478 นี้ เริ่มตั้งแต่มาตรา 1435-1598 รวม 164 มาตรา ในจำนวนนี้มีเพียงมาตราเดียวที่มาจากรูปแบบประเพณีของไทย นั่นก็คือ มาตรา 1534 ที่ห้ามฟ้องบุพการีของตนเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา ซึ่งมาจากกฎหมายลักษณะรับฟ้อง บทที่ 21 และบทที่ 25¹³⁴ โดยที่เหลืออีก 163 มาตรา สามารถสืบสาวได้ว่ามีที่มาจากกฎหมายของต่างประเทศ¹³⁵

ฉะนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว จึงมีเหตุผลในการสรุปที่มาได้ว่า คณะกรรมการต้องร่างโดยอาศัยการคัดลอกและการเทียบเคียงมาจากกฎหมายของต่างประเทศ เช่นเดียวกับกับ บรรพ 1 บรรพ 2 และบรรพ 3 เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะว่าในขณะนั้นประเทศไทยเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขต และถ้าขณะนั้นคณะกรรมการร่างยังขึ้นเอาประเพณีตามกฎหมายเก่าของไทยที่ชาวต่างชาติเห็นว่าล้าสมัยมาบัญญัติไว้ในที่สุดชาติต่างๆ อาจจะใช้มาเป็นข้ออ้างได้อีกว่า ประมวลกฎหมายที่ประเทศไทยประกาศใช้นี้ เป็นกฎหมายที่แสดงถึงความล้าสมัย ไม่

¹³⁰ โดยประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นได้นำประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมาเป็นหลักในการร่างเป็นส่วนใหญ่

¹³¹ หยุต แสงอุทัย, “การร่างกฎหมาย,” ใน **หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศาสตราจารย์หยุต แสงอุทัย (ณ วัดเทพศิรินทราวาส วันที่ 19 เมษายน พ.ศ. 2523)** (กรุงเทพฯ: ม.ป.พ., 2523), หน้า 21.

¹³² จิตติ ดิงศภัทย์, **บัญชีเดินสะพัด ตัวเงิน พ.ศ.2497 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2520** (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), หน้า 28-29.

¹³³ หยุต แสงอุทัย, **เรื่องเดิม**, หน้า 21.

¹³⁴ **เรื่องเดียวกัน**, หน้า 22.

¹³⁵ **เรื่องเดียวกัน**, หน้า 23.

มีความเจริญ ต่างจากรูปแบบกฎหมายที่พัฒนาแล้วอย่างชาติตะวันตก ทำให้ประเทศเหล่านั้นใช้เหตุผลตั้งที่กล่าวมานี้มาเป็นข้ออ้างในการไม่คืนเอกราชในทางศาลให้กับประเทศในขณะนั้นก็เป็นได้ และหากจะว่าไปแล้วประเพณีและกฎหมายเก่าของไทยเกี่ยวกับการสมรสและเรื่องเกี่ยวกับความเป็นครอบครัวในขณะนั้นก็นับว่าล้าหลังกว่าประเทศตะวันตกมากเลยทีเดียว

หากจะวิเคราะห์หุดตั้งแต่เรื่องชื่อของกฎหมายในขณะนั้นคือ กฎหมายลักษณะผัวเมีย ย่อมบอกอยู่ในตัวว่าเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อชำระข้อพิพาทในระหว่างที่ชายและหญิงเป็นผัวเมียกันเท่านั้น ส่วนประเด็นอื่นๆ นอกจากความเป็นผัวเมียกันนั้น เช่น สถานะของความเป็นบิดามารดาและบุตร สิทธิและหน้าที่ต่างๆ ของบิดามารดาและบุตร รวมถึงอำนาจปกครองบุตร ไม่ได้กล่าวไว้ในกฎหมายลักษณะผัวเมียเลย และเมื่อกฎหมายลักษณะผัวเมียให้ความสำคัญแต่ในประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างผัวเมียเป็นหลัก จึงอาจกล่าวได้ว่า ประเพณีเก่าแก่ของไทยที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะผัวเมียที่เรียกได้ว่าไม่ทันสมัยและขัดแย้งกับแนวคิดของหลักกฎหมายชาติตะวันตกก็คงหนีไม่พ้นประเด็นที่สำคัญเพียงประเด็นเดียวนั้นก็คือการที่กฎหมายไทยยอมรับในการให้ชายมีภริยาได้หลายคน โดยในประเด็นนี้ประเทศแถบตะวันตกถือว่าเป็นประเด็นที่ไม่สามารถยอมรับได้ เพราะอาจเป็นเพราะโดยหลักการของศาสนาคริสต์ที่ผู้ชายสามารถมีภริยาได้เพียงคนเดียว และถือว่าเป็นหลักมนุษยธรรมที่ควรให้มนุษย์ให้เกียรติเพศหญิงในเรื่องเพศ ดังนั้นแนวคิดของการมีภริยาหลายคนจึงยังคงเป็นแนวคิดของประเทศที่ยังไม่เจริญ และมีรูปแบบการสมรสที่ป่าเถื่อน

ด้วยเหตุผลที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ ทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 จึงได้กำหนดให้ชายมีภริยาได้เพียงคนเดียว เช่นเดียวกับแนวคิดของประเทศแถบตะวันตก สิ่งเหล่านี้ทำให้การล้มล้างประเพณีดั้งเดิมของไทยที่เคยให้ชายมีภริยาได้หลายคนตั้งแต่ในอดีต ย่อมสร้างความไม่พอใจให้แก่บรรดาเศรษฐี เจ้าขุนมูลนาย ขุนนางและชนชั้นสูง เป็นอย่างมาก¹³⁶

ส่วนในประเด็นอื่นๆ ที่อยู่ในกฎหมายลักษณะผัวเมีย ซึ่งอาจจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายของต่างประเทศอยู่บ้าง ก็ถือเป็นประเด็นปลีกย่อยที่ไม่มีความสำคัญเท่าใดนัก ต่างชาติมองว่าเป็นลักษณะของวัฒนธรรมการใช้ชีวิตคู่ของคนในชาตินั้นๆ ไม่ควรเข้าไปยุ่งเกี่ยว ควรให้เป็นไปตามวิถีชีวิตคู่ของคนในชาตินั้นๆ ต่อไป เช่น ในประเด็นเหตุหย่า เป็นต้น¹³⁷

ส่วนประเด็นใดที่กฎหมายลักษณะผัวเมียไม่ได้กำหนดไว้ เช่น ประเด็นบิดามารดากับบุตร ก็เป็นธรรมดาที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่ได้ร่างขึ้นใหม่นี้จะต้อง

¹³⁶ พัทธินันท์ เปี่ยมสมบูรณ์, การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทยตั้งแต่ พ.ศ.2411 จนถึง พ.ศ.2478 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517), หน้า 132.

¹³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 133.

บัญญัติขึ้น โดยพิจารณาจากแนวคิดของกฎหมายของต่างประเทศเป็นหลักที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อให้ได้รับการยอมรับจากประเทศต่างๆ¹³⁸

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 นี้ ไม่ได้บัญญัติไว้แต่เฉพาะเรื่องของความสัมพันธ์ของสามีภริยากันเท่านั้น แต่ยังมีเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย จึงทำให้ประมวลกฎหมายฉบับนี้มีความหมายที่กว้างกว่า คำว่า คู่สมรส ดังนั้น จึงต้องเลือกใช้คำที่ให้ความหมายที่กว้างกว่านี้มาเป็นชื่อเรียกกฎหมายบรรพนี้ โดยเรียกว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว มาจวบจนทุกวันนี้ เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน

2) พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ.2519

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ที่ได้มีการประกาศใช้ในปี พ.ศ.2478 นี้ ใช้บังคับได้เป็นระยะเวลา 41 ปี จนได้มีการแก้ไขครั้งใหญ่ในปี พุทธศักราช 2519 โดยมีสาเหตุมาจากการเรียกร้องสิทธิทางการเมืองของนักศึกษาและประชาชน ในเดือนตุลาคม พ.ศ.2516 ได้มีการเรียกร้องประชาธิปไตย สิทธิและเสรีภาพกันขนานใหญ่ ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวทำให้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ปี พุทธศักราช 2517 โดยในมาตรา 28 วรรคสองของรัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน และมีบทเฉพาะกาลที่จะต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน ต่อมาไม่นานนับแต่วันที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ รัฐบาลในสมัยนั้นที่มีหม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช เป็นนายกรัฐมนตรี จำต้องแก้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เกิด พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ.2519 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับที่ 8 พ.ศ.2519 จึงได้ตราออกใช้บังคับ ตั้งแต่วันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ.2519 เป็นต้นมา¹³⁹

ดังนั้นส่งผลให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวที่ได้ตรวจชำระใหม่ในปี พ.ศ.2519 นี้ถือเป็นการแก้ไขครั้งใหญ่โดยเป็นการยกเลิกทั้งบรรพ โดยจะเห็นได้จากพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ.2519 มาตรา 3 บัญญัติไว้ว่า

¹³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 134.

¹³⁹ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2558), หน้า 19.

“ให้ยกเลิกบทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้ใช้บังคับโดยพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2477 และให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่นี้แทน เว้นแต่ในพระราชบัญญัตินี้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

และมีการตราเพิ่มขึ้นจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เดิมขึ้นมาใหม่รวม 41 มาตรา โดยได้มีการเรียงลำดับมาตราใหม่ทั้งหมด ตั้งแต่มาตราแรก จนถึงมาตราสุดท้าย โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เดิม จะเริ่มต้นที่มาตรา 1435 สิ้นสุดที่มาตรา 1598 แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขใหม่ ปี พ.ศ.2519 จะเริ่มต้นที่มาตรา 1435 สิ้นสุดที่มาตรา 1598/48

โดยหลักการสำคัญของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขใหม่ ปี พ.ศ.2519 ก็คือได้ยกเลิกบทบัญญัติต่างๆ ที่จำกัดสิทธิของหญิงที่มีสามี ประกอบไปด้วย

1. ยกเลิกอำนาจของสามีในการเป็นหัวหน้าครอบครัว หมายความว่า ไม่มีใครมีอำนาจอยู่เหนือกว่าใครในครอบครัว
2. เรื่องของการจำกัดสิทธิของหญิงในการจัดการสินบริคณห์ โดยกำหนดให้สามีและภริยามีอำนาจจัดการสินสมรสรวมกัน
3. กำหนดกองทรัพย์สินของสามีภริยาให้เหลือเพียง 2 ประเภท คือ สินส่วนตัวและสินสมรส จากเดิมที่มีอยู่ 4 ประเภทด้วยกัน
4. อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ที่เคยอยู่กับบิดาก็จะถูกแบ่งมาที่มารดาด้วย ทั้งบิดาและมารดาต่างมีอำนาจปกครองบุตรโดยเท่าเทียมกัน

แต่อย่างไรก็ตามรูปแบบของการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขใหม่ ปี พ.ศ.2519 ก็ยังคงใช้รูปแบบของการจดทะเบียนสมรสต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐเช่นเดิม แต่ได้มีการเปลี่ยนแปลงข้อความในบทบัญญัติเดิม และเลขมาตราใหม่เท่านั้น จากเดิมที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่ประกาศใช้ พ.ศ.2478 นี้ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1449 ความเป็นว่า “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้จดทะเบียนแล้ว” แต่ต่อมาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขใหม่ปี พ.ศ.2519 ได้มีการเปลี่ยนแปลงข้อความโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 1457 ความเป็นว่า “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น”

สามีภริยาที่ได้จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2478 ฉบับเดิมนั้น แม้จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ในปี พ.ศ.2519 นี้ใหม่ก็ตาม แต่ก็ไม่มีผลกระทบต่อเรื่องสถานะของความเป็นสามีภริยาในเรื่องการสมรสแต่อย่างใด เช่น ในเรื่องสัญญาก่อนสมรสที่ยังคงเป็นไปในลักษณะเช่นเดิม รวมถึงสถานะของความเป็นครอบครัว เช่น การเป็นบิดามารดาและบุตร การเป็นผู้ปกครอง การเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์และการรับบุตรบุญธรรม¹⁴⁰ แต่ในเรื่องความสัมพันธ์ในครอบครัวหลายประเด็นที่ต้องเปลี่ยนมาใช้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างในสาระสำคัญหลายประการทั้งด้านความสัมพันธ์ที่เป็นส่วนตัวและความสัมพันธ์ทางด้านทรัพย์สิน เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2478 บัญญัติให้สามีเป็นหัวหน้าครอบครัว และเป็นผู้กำหนดถิ่นที่อยู่ให้แก่สมาชิกในครอบครัว แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 ไม่ได้บัญญัติหลักการในเรื่องดังกล่าวนี้ไว้ ด้วยเหตุนี้สามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2478 ที่อยู่กินกันมาจนได้มีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 ก็ต้องเปลี่ยนความสัมพันธ์ในครอบครัวมาใช้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 ฉบับนี้ สามีมิได้เป็นหัวหน้าครอบครัว และมีได้เป็นผู้เลือกถิ่นที่อยู่แต่เพียงผู้เดียวอีกต่อไป หรือในเรื่องความสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน สามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2478 เคยมีทรัพย์สินอยู่ 4 ประเภท คือสินเดิม สินส่วนตัว สินสมรส สินบริคณห์ แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยามีเพียง 2 ประเภท คือสินส่วนตัวและสินสมรสตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1470 จึงต้องบังคับตามมาตรา 1470 จะนำมาตราเก่าที่ยกเลิกไปแล้วมาใช้บังคับไม่ได้

ในการเปลี่ยนระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2478 มาเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 นั้น ตามบรรพ 5 เดิมทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาแบ่งเป็น 3 ชนิด คือ สินส่วนตัว สินเดิมและสินสมรส สินส่วนตัวตามบรรพ 5 เก่านั้น คือทรัพย์สินที่เป็นเครื่องมือใช้สอยส่วนตัว ของหมั้น หรือทรัพย์สินที่มีผู้ยกให้ระบุว่าให้เป็นสินส่วนตัว ส่วนสินเดิมคือทรัพย์สินที่สามีภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอยู่แล้วก่อนสมรส หรือได้มาในระหว่างสมรสโดยผู้ให้ระบุว่า เป็นสินเดิม สำหรับสินสมรส คือ ทรัพย์สินทั้งหมดที่คู่สมรสได้มาระหว่างสมรส ตามบรรพ 5 เก่านั้นสินเดิมและสินสมรสจะรวมเรียกว่าสินบริคณห์ คือ เป็นทรัพย์สินที่ปนกันระหว่างสามีและภริยาโดยหลักแล้วสามีเป็นผู้จัดการสินบริคณห์ ซึ่งหมายความว่าสามีจะเป็นผู้จัดการสินสมรสทั้งหมด โดยจะจัดการสินเดิมทั้งหมดของตนรวมทั้งมี

¹⁴⁰ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ.2519

อำนาจจัดการสินเดิมของภริยาด้วย เว้นแต่สินส่วนตัว คือ ถ้าเป็นสินส่วนตัวของสามี สามีจะมีอำนาจจัดการเอง และสินส่วนตัวของภริยา ภริยาก็มีอำนาจจัดการเองเพราะฉะนั้นระบบทรัพย์สินของสามี ภริยาตามบรรพ 5 เก่า มีทั้งสินส่วนตัว สินเดิม และสินสมรส รวมเรียกว่าสินบริคณห์ เมื่อมาใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 กฎหมายมิได้ยกเว้นความสัมพันธ์ในครอบครัว ดังนั้นทำให้สามีภริยาที่จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2478 พอใช้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 แล้ว ความสัมพันธ์ในเรื่องทรัพย์สินจึงต้องมาใช้บังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 นี้ คือสินเดิมต้องถูกยกเลิกไปเพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 นี้ไม่ได้บัญญัติเรื่องสินเดิมไว้ในตัวบทกฎหมายนั้นเอง ความสัมพันธ์ในครอบครัวก็ต้องเปลี่ยนมาใช้บังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 นี้ด้วย เพราะฉะนั้น สามีภริยาที่จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2478 เมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 แล้ว ทรัพย์สินจะต้องแบ่งเป็น 2 ตอน คือ ตอนที่ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2478 ตอนหนึ่ง และตอนที่ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 อีกตอนหนึ่ง จึงมีระบบทรัพย์สิน 2 ระบบซ้อนอยู่ในตัวเอง ด้วยเหตุผลดังกล่าวมานี้จึงมีความจำเป็นต้องยกเลิกสินเดิมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519

ในการยกเลิกระบบสินเดิมโดยกำหนดให้สินเดิมเปลี่ยนมาเป็นสินส่วนตัวในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 แล้วนั้น และตามพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ.2519 มาตรา 7 ได้แก้ปัญหสำหรับสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2478 โดยเหตุที่สามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2478 นั้น สามีเป็นผู้จัดการสินบริคณห์ มาตรา 7 จึงบัญญัติให้อำนาจสามียังคงมีอำนาจในการจัดการสินบริคณห์แต่ผู้เดียวต่อไป เช่นเดิม แต่เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 เปลี่ยนแปลงประเภททรัพย์สินระหว่างสามีภริยาหลายประการ กล่าวคือสินเดิมและสินบริคณห์ไม่มีแล้ว คงมีแต่สินสมรสและสินส่วนตัว มาตรา 7 วรรคหนึ่งจึงบัญญัติแก้ไขใหม่โดยให้ถือว่าสินเดิมตามกฎหมายเก่าของคู่สมรสฝ่ายใดก็ให้เปลี่ยนมาเป็นสินส่วนตัวของคู่สมรสฝ่ายนั้น สำหรับสินสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2478 ก็ยังคงเป็นสินสมรสต่อไปตามเดิม เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 ด้วย

เมื่อสินเดิมเปลี่ยนประเภททรัพย์สินส่วนตัวแล้ว มาตรา 7 วรรคสอง ได้กำหนดให้อำนาจในการจัดการสินบริคณห์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2478 เปลี่ยนมาเป็นอำนาจในการจัดการสินส่วนตัวและสินสมรสของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย โดยกฎหมายให้ถือ

ว่าเจ้าของสินส่วนตัวฝ่ายที่ไม่มีอำนาจจัดการอยู่แต่เดิมยินยอมให้ฝ่ายที่มีอำนาจจัดการได้จัดการสินสมรสและสินส่วนตัวซึ่งกลายเป็นสินเดิมต่อไปด้วย แต่อย่างไรก็ดีตามมาตรา 7 วรรคสองนี้ เป็นเรื่องเฉพาะอำนาจในการจัดการสินบริคณห์ที่มีอยู่เดิมและเปลี่ยนประเภทมาเป็นสินส่วนตัวและสินสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 เท่านั้น ทรัพย์สินอย่างอื่นที่ได้มาภายหลังใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 แล้วก็ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 กล่าวคือใครเป็นเจ้าของสินส่วนตัวก็ย่อมจัดการได้โดยลำพัง ส่วนสินสมรสนั้นคู่สมรสต้องจัดการร่วมกัน เว้นแต่จะมีสัญญาก่อนสมรสกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดประสงค์จะใช้อำนาจจัดการสินเดิมของตนซึ่งเปลี่ยนประเภทมาเป็นสินส่วนตัวตามวรรคหนึ่ง มาตรา 7 วรรคสาม กำหนดวิธีการไว้ว่าคู่สมรสฝ่ายที่เป็นเจ้าของสินส่วนตัวต้องแจ้งให้คู่สมรสฝ่ายที่มีอำนาจจัดการทราบว่าตนประสงค์จะใช้อำนาจจัดการสินส่วนตัวของตน หลังจากนั้นก็ต้องร่วมกันจัดการแบ่งสินส่วนตัว (ที่เป็นสินเดิมมาก่อน) ดังกล่าวที่อยู่ในสภาพที่แบ่งได้ให้แก่ฝ่ายที่ประสงค์จะจัดการ ถ้าสินส่วนตัวไม่อยู่ในสภาพที่แบ่งได้ก็ให้คู่สมรสทั้งสองฝ่ายจัดการร่วมกัน แต่มาตรา 7 วรรคสามนี้บังคับเฉพาะเรื่องสินเดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2478 ที่เปลี่ยนมาเป็นสินส่วนตัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 เท่านั้น ไม่รวมถึงสินสมรสด้วย สินสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2478 นั้น สามีคงมีอำนาจในการจัดการแต่เพียงผู้เดียวต่อไป ภริยาจะแจ้งให้สามีทราบเพื่อขอจัดการเองหรือจัดการร่วมกันมิได้ เพราะมาตรา 7 วรรคสามมิได้เปิดโอกาสให้ทำได้¹⁴¹

สำหรับสินส่วนตัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478 เมื่อมาใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 ก็ยังคงเป็นสินส่วนตัวอยู่ตามเดิม เนื่องจากสามีหรือภริยาที่เป็นเจ้าของสินส่วนตัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2478 นั้นมีอำนาจในการจัดการสินส่วนตัวของตนเองตามลำพังอยู่แล้ว กฎหมายจึงไม่ได้บัญญัติไว้อีก ฉะนั้นสินส่วนตัวตามความหมายของมาตรา 7 นี้จึงหมายถึงแต่เฉพาะสินเดิมที่เปลี่ยนเป็นสินส่วนตัวโดยบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น ไม่ได้หมายถึงสินส่วนตัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2478 สินส่วนตัวของคู่สมรสฝ่ายใดอยู่ก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 เมื่อใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขในปี พ.ศ.2519 แล้วก็ยังคงเป็นสินส่วนตัวของคู่สมรสฝ่ายนั้นอยู่ตามเดิมและ

¹⁴¹ ประสพสุข บุญเดช, *เรื่องเดิม*, หน้า 13.

ฝ่ายนั้นก็มีอำนาจในการจัดการได้โดยลำพังเช่นเดิมต่อไป เว้นแต่จะมีสัญญาก่อนสมรสกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น¹⁴²

3) พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

ในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว เมื่อปี พ.ศ.2519 ที่มีหลักให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันนั้น เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว กระทำไปด้วยความเร่งรีบเพื่อให้ทันกำหนดเวลาที่บังคับไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 จึงทำให้เกิดความบกพร่องในตัวบทกฎหมายหลายมาตรา และไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน ก่อให้เกิดความขัดแย้งและไม่สะดวกในการประยุกต์ใช้กับสถานะของสถาบันครอบครัวในยุคที่ชายและหญิงเท่าเทียมกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การหมั้น การสมรส การจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา การเป็นโอรสของการสมรส การหย่า ความเป็นบิดามารดาและบุตร การเป็นผู้ปกครองและบุตรบุญธรรม กระทั่งวงยุติธรรมในขณะนั้นจึงเสนอให้คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งคณะกรรมการในการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว เมื่อปี 2520 คณะกรรมการชุดนี้แก้ไขเพิ่มเติมแล้วเสร็จแล้วเสนอไปให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาเมื่อปี 2526 แต่เนื่องจากระยะเวลาดังกล่าวนี้ได้มีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลหลายครั้ง และกฎหมายฉบับนี้เกี่ยวข้องกับพื้นฐานในการเกิดขึ้นของสถาบันหลักในสังคม นั่นก็คือสถาบันครอบครัว คณะรัฐมนตรีและรัฐสภา จึงต้องพิจารณาเรื่องนี้อย่างละเอียดรอบคอบ จนในที่สุดพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533 จึงได้ตราออกใช้บังคับในวันที่ 27 กันยายน พ.ศ. 2533 เป็นต้นมา¹⁴³

ดังนั้น จากที่กล่าวมาข้างต้น ส่งผลให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ฉบับแก้ไขใหม่ในปี พ.ศ.2519 นี้ได้ถูกบังคับใช้เพียง 14 ปี และจำเป็นต้องมีการแก้ไขอีกครั้งในเดือนกันยายน พ.ศ.2533 ดังรายละเอียดที่กล่าวมาข้างต้น แต่การแก้ไขในครั้งนี้เป็นเพียงการแก้ไขบางมาตราเท่านั้น ไม่ได้เป็นการแก้ไขใหม่แบบยกเลิกทั้งฉบับเหมือนการแก้ไขในปี 2519 แต่อย่างใด โดยที่เป็นเช่นนี้เนื่องมาจากสาเหตุจากบางมาตราเท่านั้นที่ควรแก้ไขปรับปรุง เพราะประเทศไทยในขณะนั้น มีการพัฒนาทางเศรษฐกิจอย่างรวดเร็ว ตลอดจนจนเป็นยุคที่ผู้หญิงเริ่มมีตำแหน่งหน้าที่การงานที่ดี และสามารถออกไปทำงานนอกบ้านไม่ต่างอะไรกับชายผู้เป็นสามี จึงทำให้ต้องมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 อีกครั้งเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกัน

¹⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 16.

¹⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

ระหว่างชายและหญิงในยุคนั้น โดยสาระสำคัญของการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ในปี พ.ศ.2533 มีดังนี้¹⁴⁴

1. ในลักษณะ 1 การสมรส หมวด 1 การหมั้นนั้น เป็นการแก้ไขหลักเกณฑ์ บางประการให้มีการชัดเจนมากขึ้นกว่าเดิม

1) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องผู้ให้ความยินยอมในการหมั้น (มาตรา 1436) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องการหมั้นต้องมีของหมั้น ถ้าไม่มีของหมั้นการหมั้นนั้นไม่สมบูรณ์ และของหมั้น จะตกเป็นสิทธิแก่ฝ่ายหญิงในทันทีที่หมั้นกัน (มาตรา 1437)¹⁴⁵

2) แก้ไขหลักเกณฑ์ในกรณีผิดสัญญาหมั้น (มาตรา 1439)¹⁴⁶

3) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องสิทธิในของหมั้นในกรณีที่ ชายหรือหญิง เสียชีวิตก่อนที่จะมีการสมรส (มาตรา 1441)¹⁴⁷

4) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องการวินิจฉัยค่าทดแทนของศาล (มาตรา 1447)¹⁴⁸ อายุความเรียกร้องค่าทดแทน (มาตรา1447/1) และอายุความเรียกคืนของหมั้น (มาตรา 1447/2)¹⁴⁹

2. ในลักษณะ 1 การสมรส หมวด 4 ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา เป็นการแก้ไขหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำนิติกรรมของสามีภริยาให้มีความชัดเจนมากขึ้น

1) แก้ไขหลักเกณฑ์ในการเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูหรือขอความคุ้มครอง กรณีคู่สมรสเป็นคนวิกลจริต (มาตรา 1464)¹⁵⁰ และการขอให้ศาลกำหนดวิธีการชั่วคราว (มาตรา 1464/1)¹⁵¹

¹⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

¹⁴⁵ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁴⁶ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁴⁷ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁴⁸ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁴⁹ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

2) แก้ไขหลักเกณฑ์ในการกำหนดให้สามีและภริยามีหน้าที่จัดการทรัพย์สินร่วมกัน (มาตรา 1476)¹⁵² และการจัดการสินสมรสให้แตกต่างจากมาตรา 1476 (มาตรา 1476/1)¹⁵³

3) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องหนี้ซึ่งเกิดจากคดีเพื่อประโยชน์แก่สินสมรส (มาตรา 1477)¹⁵⁴

4) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องสิทธิของสามีภริยาที่จะฟ้องให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมเกี่ยวกับการจัดการสินสมรสที่ปราศจากการยินยอมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง (มาตรา 1480)¹⁵⁵

5) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องที่สามีหรือภริยามีอำนาจจัดการสินสมรสได้เพียงฝ่ายเดียว (มาตรา 1482) กรณีการจัดการสินสมรสพึงเห็นได้ว่าจะเสียหายถึงขนาด (มาตรา 1483) และกรณีที่จะขอให้ศาลอนุญาตให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งจัดการทรัพย์สินแต่เพียงผู้เดียว (มาตรา 1484)¹⁵⁶

6) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องจะขอให้ศาลยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งที่ห้ามหรือจำกัดอำนาจในการจัดการสินสมรส (มาตรา 1484/1)¹⁵⁷

¹⁵⁰ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁵¹ มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁵² มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁵³ มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁵⁴ มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁵⁵ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁵⁶ มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁵⁷ มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

7) แก้ไขหลักเกณฑ์ในการกำหนดสถานภาพการจดทะเบียนในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาลงในทะเบียนสมรส (มาตรา 1486) และการยึดหรืออายัดทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา (มาตรา 1487)¹⁵⁸

8) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องหนี้ร่วมระหว่างสามีหรือภริยา แก้ไขเฉพาะ (1) ของมาตรา 1490 (มาตรา 1490)¹⁵⁹

9) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องทรัพย์สินที่ได้มาภายหลังการแยกสินสมรส (มาตรา 1492)¹⁶⁰

10) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องของการยกเลิกการแยกสินสมรสตามคำสั่งศาล (มาตรา 1492/1)¹⁶¹

3. ในลักษณะ 1 การสมรส หมวด 5 ความเป็นโมฆะของการสมรส เป็นการแก้ไขโดยการเพิ่มเติมในประเด็นของการสมรสซ้อน

1) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องบทบัญญัติที่ฝ่าฝืนเป็นโมฆะ (มาตรา 1495) กรณีที่เป็นโมฆะตามคำพิพากษาเท่านั้น (มาตรา 1496) และกรณีผู้มีส่วนได้เสียจะร้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการสมรสเป็นโมฆะ (มาตรา 1497)¹⁶²

2) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องการบันทึกการเป็นโมฆะของการสมรส (มาตรา 1497/1)¹⁶³

¹⁵⁸ มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁵⁹ มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁶⁰ มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁶¹ มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁶² มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁶³ มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

3) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องผลทางทรัพย์สินของการสมรสที่เป็นโมฆะ (มาตรา 1498) ผลการสมรสที่เป็นการฝ่าฝืนมาตรา 1449 มาตรา 1450 มาตรา 1452 และมาตรา 1458 (มาตรา 1499)¹⁶⁴

4) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องผลเกี่ยวกับผู้ใช้อำนาจปกครองและค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรในกรณีที่มีการสมรสเป็นโมฆะ (มาตรา 1499/1)¹⁶⁵

5) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องการสมรสที่เป็นโมฆะกับสิทธิของบุคคลภายนอก (มาตรา 1500)¹⁶⁶

4. ในลักษณะ 1 การสมรส หมวด 6 การสิ้นสุดแห่งการสมรส เป็นการแก้ไขโดยการเพิ่มเติมในประเด็นต่างๆ ดังนี้

1) แก้ไขเหตุหย่าเฉพาะใน (4/1), (4/2)¹⁶⁷ และ (5)¹⁶⁸ (มาตรา 1561)

2) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรในกรณีที่มีการหย่า (มาตรา 1520) และแก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องการเปลี่ยนตัวผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครอง (มาตรา 1521)¹⁶⁹

5. ในลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร หมวด 1 บิดามารดา เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องของการที่บิดาจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร

1) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องกรณีให้สันนิษฐานว่าเป็นบุตรของสามีซึ่งจดทะเบียนสมรสครั้งหลัง (มาตรา 1538)¹⁷⁰

¹⁶⁴ มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁶⁵ มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁶⁶ มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁶⁷ มาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁶⁸ มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁶⁹ มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

2) แก้ไขหลักเกณฑ์ในวรรคหนึ่งของมาตรา 1539 กรณีชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีปฏิเสธไม่รับเด็กเป็นบุตร (มาตรา 1539)¹⁷¹

3) ยกเลิกมาตรา 1540¹⁷²

4) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องอายุความฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร (มาตรา 1542) กรณีชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีได้ฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรและตายก่อนคดีถึงที่สุด (มาตรา 1453) กรณีที่จะไม่ฟ้องรับเด็กเป็นบุตรโดยผู้มีสิทธิได้รับมรดกร่วมกับเด็กหรือผู้จะเสียสิทธิรับมรดกเพราะการเกิดของเด็ก (มาตรา 1544) และสิทธิของเด็กที่จะฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชาย (มาตรา 1545)¹⁷³

5) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องกรณีบิดาจะจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา 1548)¹⁷⁴

6) ยกเลิกมาตรา 1550¹⁷⁵

7) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องสิทธิของบิดาซึ่งจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรจะร้องขอให้ศาลเพิกถอนความเป็นผู้ปกครองที่ศาลตั้งไว้ก่อนการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร (มาตรา 1552)¹⁷⁶

8) ยกเลิกมาตรา 1553¹⁷⁷

¹⁷⁰ มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁷¹ มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁷² มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁷³ มาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁷⁴ มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁷⁵ มาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁷⁶ มาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

9) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อเท็จจริงที่สันนิษฐานว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชาย แก้ไขเฉพาะในมาตรา 1555 (4) (มาตรา 1555)¹⁷⁸

10) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อเท็จจริงที่สันนิษฐานว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชาย แก้ไขเฉพาะในมาตรา 1555 (6) (มาตรา 1555)¹⁷⁹

6. ในลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร หมวด 2 สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมในประเด็นต่างๆ ดังนี้

1) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องอำนาจปกครองของบิดามารดา (มาตรา 1566)¹⁸⁰

2) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องคำสั่งศาลที่มีผลเป็นการถอนผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองโดยปริยาย (มาตรา 1569/1)¹⁸¹

3) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องนิติกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ที่ผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำมิได้ เว้นแต่ศาลจะอนุญาต (มาตรา 1574)¹⁸²

4) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องการให้การรับรองในเรื่องการจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์ (มาตรา 1580)¹⁸³

5) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องสิทธิของบิดามารดาที่จะติดต่อกับบุตร (มาตรา 1584/1)¹⁸⁴

¹⁷⁷ มาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁷⁸ มาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁷⁹ มาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁸⁰ มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁸¹ มาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁸² มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁸³ มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

7. ในลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร หมวด 3 ความปกครอง เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมในประเด็นต่างๆ ดังนี้

- 1) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องกรณีจะจัดให้มีผู้ปกครองเฉพาะวรรคสองของมาตรา 1585 (มาตรา 1585)¹⁸⁵
- 2) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องการตั้งผู้ปกครอง (มาตรา 1586)¹⁸⁶
- 3) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องเงื่อนไขการเป็นผู้ปกครอง เฉพาะ (5) ของมาตรา 1587 (มาตรา 1587)¹⁸⁷
- 4) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องการเพิกถอนคำสั่งตั้งผู้ปกครอง (มาตรา 1588)¹⁸⁸
- 5) ยกเลิกมาตรา 1589¹⁸⁹
- 6) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องจำนวนผู้ปกครอง (มาตรา 1590) วันเริ่มต้นเป็นผู้ปกครอง (มาตรา 1591) และหน้าที่ทำบัญชีทรัพย์สินของผู้ปกครอง (มาตรา 1592)¹⁹⁰
- 7) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องหน้าที่ยื่นสำเนาบัญชีทรัพย์สินต่อศาลเฉพาะวรรคสองของมาตรา 1593 (มาตรา 1593)¹⁹¹

¹⁸⁴ มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁸⁵ มาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁸⁶ มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁸⁷ มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁸⁸ มาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁸⁹ มาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁹⁰ มาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁹¹ มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

8) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องการสิ้นสุดความปกครอง (มาตรา 1598/6) การสิ้นสุดความเป็นผู้ปกครอง (มาตรา 1598/7) และเหตุที่ศาลสั่งถอนผู้ปกครอง (มาตรา 1598/7)¹⁹²

9) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องกรณีที่ศาลสั่งให้สามีหรือภริยาเป็นคนไร้ความสามารถและให้สามีหรือภริยาเป็นผู้อนุบาล (มาตรา 1598/15) และอำนาจจัดการทรัพย์สินกรณีคู่สมรสเป็นผู้อนุบาล (มาตรา 1598/16)¹⁹³

10) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องบทอนุโลมบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิหน้าที่ของผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองมาใช้บังคับ (มาตรา 1598/18)¹⁹⁴

8. ในลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร หมวด 4 บุตรบุญธรรม โดยเปลี่ยนแปลงในหลักเกณฑ์เรื่องของอายุของผู้รับบุตรบุญธรรม

1) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องอายุของการรับบุตรบุญธรรม (มาตรา 1598/19)¹⁹⁵

2) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องกรณีรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม (มาตรา 1598/21) กรณีผู้เยาว์เป็นผู้ถูกทอดทิ้งหรืออยู่ในความดูแลของสถานสงเคราะห์เด็ก (มาตรา 1598/22) กรณีผู้เยาว์มิได้ถูกทอดทิ้งแต่อยู่ในความดูแลของสถานสงเคราะห์ (มาตรา 1598/23) กรณีผู้มีอำนาจให้ความยินยอมแทนสถานสงเคราะห์จะรับผู้เยาว์ซึ่งอยู่ในความดูแลเป็นบุตรบุญธรรมของตนเอง (มาตรา 1598/24) และความยินยอมในกรณีผู้จะรับบุตรบุญธรรมหรือที่จะเป็นบุตรบุญธรรมมีคู่สมรส (มาตรา 1598/25)¹⁹⁶

¹⁹² มาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁹³ มาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁹⁴ มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁹⁵ มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

¹⁹⁶ มาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

3) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องการเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลหลายคน
ในขณะเดียวกัน แก้ไขเฉพาะวรรคสองของมาตรา 1598/26 (มาตรา 1598/26)¹⁹⁷

4) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องความสมบูรณ์ในการรับบุตรบุญธรรม
(มาตรา 1598/27)¹⁹⁸

5) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องการตกลงเลิกรับบุตรบุญธรรม แก้ไข
เฉพาะวรรคสามของมาตรา 1598/31 (มาตรา 1598/31)¹⁹⁹

6) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องเหตุที่จะฟ้องเลิกการรับบุตรบุญธรรม
แก้ไขเฉพาะ (1), (2), (3),²⁰⁰ (8)²⁰¹ และ (9)²⁰² ของมาตรา 1598/33 (มาตรา 1598/33)

7) แก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องผู้ฟ้องเลิกการรับบุตรบุญธรรม (มาตรา
1598/35)²⁰³ และอำนาจปกครองกรณีมีการเลิกรับบุตรบุญธรรมซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะ (มาตรา
1598/37)²⁰⁴

อย่างไรก็ตาม แม้สามัมภริยาที่ได้จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ แก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ.2519 ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมบางมาตราอีกครั้งในปี
พ.ศ.2533 นั้น สถานะในความเป็นสามัมภริยาเป็นไปตามกฎหมายปัจจุบันที่สามัมภริยามีสิทธิเท่า

¹⁹⁷ มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่
10) พ.ศ.2533

¹⁹⁸ มาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่
10) พ.ศ.2533

¹⁹⁹ มาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่
10) พ.ศ.2533

²⁰⁰ มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่
10) พ.ศ.2533

²⁰¹ มาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่
10) พ.ศ.2533

²⁰² มาตรา 59 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่
10) พ.ศ.2533

²⁰³ มาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่
10) พ.ศ. 2533

²⁰⁴ มาตรา 61 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่
10) พ.ศ.2533

เทียมกันทุกอย่าง บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่แก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ.2533 ไม่กระทบกระเทือนถึงความสมบูรณ์ของการสมรส สัญญาก่อนสมรส สถานะความเป็นครอบครัว ในเรื่องการเป็นบิดามารดาและบุตร การเป็นผู้ปกครองและการรับบุตรบุญธรรมที่มีอยู่เดิม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2519²⁰⁵ เว้นแต่จะเป็นบทบัญญัติที่เปลี่ยนแปลงใหม่ ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2533 คือวันที่ 27 กันยายน พ.ศ.2533 เป็นต้นไป สำหรับในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยานั้นมีอยู่เพียง 2 ประเภท คือสินส่วนตัวและสินสมรส ซึ่งสินส่วนตัวนั้นสามีหรือภริยาฝ่ายที่เป็นเจ้าของมีอำนาจจัดการ ได้โดยลำพัง ส่วนสินสมรสสามีและภริยาจัดการร่วมกันจนถึงวันที่ 27 กันยายน พ.ศ.2533 จึงได้มีการเปลี่ยนแปลงวิธีการในการจัดการสินสมรส ที่ให้อำนาจสามีหรือภริยามีอำนาจในการจัดการสินสมรส ได้โดยลำพังของตนเอง เว้นแต่สินสมรส ตามมาตรา 1476 จะต้องมีการจัดการร่วมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2533

4) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ปัจจุบัน

จากการที่กฎหมายครอบครัวได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขมาหลายครั้งโดยการแก้ไขใหม่ครั้งใหญ่ที่สุดในปี พ.ศ.2478 จากกฎหมายลักษณะผัวเมียมาเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว พ.ศ.2478 และต่อมาแก้ไขใหม่อีกครั้งโดยการยกเลิกทั้งบรรพในปี พ.ศ.2519 และต่อมาก็เป็นการแก้ไขเพียงบางมาตราในปี พ.ศ.2533 เหตุผลที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อสร้างความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงให้เกิดขึ้นหลังจากการปรับปรุงกฎหมายครอบครัวในปี พ.ศ.2533 ข้อพิจารณาความไม่เท่าเทียมกันระหว่างสิทธิของหญิงและชายในบทบัญญัติ บรรพ 5 มีมาโดยตลอด โดยสรุปก็เป็นเรื่องกฎหมายให้สิทธิชายมากกว่าหญิงทั้งนี้จะเห็นได้ว่าการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในสองครั้งหลัง นับแต่การประกาศใช้บรรพ 5 คือการแก้ไขในปี พ.ศ.2519 และ พ.ศ.2533 นั้นล้วนแล้วแต่มีสาเหตุของความไม่เท่าเทียมกันของชายและหญิงทั้งสิ้น ส่งผลให้ข้อพิจารณาของความไม่เท่าเทียมกันระหว่างสิทธิของชายและหญิง ในบรรพ 5 นี้มีการกล่าวถึงและพยายามหาทางแก้ไขมาโดยตลอด แม้จะได้มีการแก้ไขกฎหมายมาหลายครั้งแล้วก็ตาม แต่ก็ยังคงประเด็นที่เป็นข้อก้ำขานถึงความไม่เท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงอยู่ในประเด็นอื่นๆ อีกมากมาย จนกระทั่งมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกครั้งเมื่อวันที่ 13 กันยายน พ.ศ.2550 และในปีต่อมา พ.ศ.2551 เป็นครั้งล่าสุด โดยมีหลักการและเหตุผลในการสร้างความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง โดยมีประเด็นสำคัญที่ได้รับการแก้ไขดังต่อไปนี้

²⁰⁵ มาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533

การแก้ไขในปี 2550 ประเด็นที่มีการแก้ไขประเด็นแรกคือ ในลักษณะ 1 การสมรส หมวด 1 การหมั้น

1. แก้ไขเพิ่มเติมในการเปิดโอกาสให้หญิงคู่หมั้นมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากผู้อื่นที่มาร่วมประเวณี (มาตรา 1445) หรือ ช่มชู้หรือพยายามช่มชู้กระทำชำเราชายคู่หมั้นของตนได้ ซึ่งแต่เดิมนั้นกำหนดให้สิทธิในการเรียกค่าชดเชยนี้เป็นสิทธิของชายคู่หมั้นฝ่ายเดียว (มาตรา 1446)²⁰⁶

2. แก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องอายุความเรียกค่าทดแทน แก้ไขเฉพาะวรรคสามของมาตรา 1447/1 (มาตรา 1447/1)²⁰⁷

ประเด็นที่มีการแก้ไขประเด็นต่อมาคือ ในลักษณะที่ 1 การสมรส หมวด 6 การสิ้นสุดแห่งการสมรส

1. แก้ไขเพิ่มเติมในเหตุฟ้องหย่า ในมาตรา 1516(1) ให้ภริยามีเหตุแห่งการฟ้องหย่าสามีที่เท่าเทียมกัน เพราะก่อนหน้านี้สามีมีข้อได้เปรียบมากกว่า ในประเด็นที่ว่า สามีแม้ร่วมประเวณีกับหญิงอื่น แต่หากมิได้อุปการะเลี้ยงดูและมีได้ยกย่องหญิงนั้นฉันภริยา ภริยาก็ไม่มีสิทธิฟ้องหย่า แต่ในกรณีของภริยานั้น หากภริยาร่วมประเวณีกับชายอื่นแม้แต่เพียงครั้งเดียว สามีก็สามารถฟ้องหย่าได้แล้ว จึงทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน จึงได้มีการแก้ไขในส่วนของมาตรา 1516(1) นี้เสียใหม่ โดยใช้ข้อความว่า “สามีหรือภริยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันภริยาหรือสามีเป็นชู้หรือมีชู้หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิดน อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้”²⁰⁸

2. แก้ไขเพิ่มเติมการเรียกค่าทดแทนกรณีหย่ากันเพราะเหตุตามมาตรา 1516(1) แก้ไขเฉพาะวรรคหนึ่งของมาตรา 1513 (มาตรา 1523)²⁰⁹

การแก้ไขในปี พ.ศ.2551 ประเด็นที่มีการแก้ไขประเด็นแรกคือ ในลักษณะ 1 การสมรส หมวด 3 ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา

²⁰⁶ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 16) พ.ศ.2550

²⁰⁷ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 16) พ.ศ.2550

²⁰⁸ มาตรา 1516(1) ถูกยกเลิกและใช้ข้อความที่พิมพ์ไว้แทน โดยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 16) พ.ศ.2550

²⁰⁹ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 16) พ.ศ.2550

3. แก้ไขเพิ่มเติมกรณีขอให้ศาลสั่งให้สามีภริยาอยู่แยกกัน (มาตรา 1462)²¹⁰
4. ประเด็นที่มีการแก้ไขประเด็นต่อมาคือ ในลักษณะที่ 2 บิดามารดากับบุตร
5. หมวด 1 บิดามารดา
6. แก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในกรณีที่เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้เป็นภริยาชาย (มาตรา 1546)²¹¹
7. แก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชาย โดยแก้ไขเฉพาะวรรคหนึ่งของมาตรา 1555 (มาตรา 1555)²¹²
8. แก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องผลของการเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 1547 (มาตรา 1557)²¹³

จะเห็นได้ว่ากฎหมายลักษณะครอบครัวของไทยมีการแก้ไขเพิ่มเติมบ่อยครั้งที่สุด เมื่อเทียบกับกฎหมายในบรรพอื่นๆ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การที่กฎหมายครอบครัวมีการพัฒนามาอย่างต่อเนื่อง ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน และคงต้องพัฒนาต่อไปอย่างไม่มีที่สิ้นสุด ก็เพราะสาเหตุที่สังคมมีการเปลี่ยนแปลง พฤติกรรมของมนุษย์ในสังคมมีได้อย่างคงที่มีวิวัฒนาการไปข้างหน้าอยู่ตลอดเวลา มีการเปลี่ยนแปลงจากปัจจัยภายนอกที่หลากหลาย หรือจากอิทธิพลของวัฒนธรรมอื่นๆ หรือจากการล้มเลิกประเพณีในสังคมที่ล้าสมัย เป็นผลให้จำเป็นต้องมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอยู่เสมอ และการแก้ไขกฎหมายก็จำเป็นต้องมีลักษณะที่สอดคล้องกับสภาพสังคมด้วยจึงจะถือว่ากฎหมายนั้นสร้างความเสมอภาคให้กับสังคม

ดังนั้นจะขอสรุปประเด็นว่า กว่าจะมาเป็นกฎหมายครอบครัวที่เราได้ใช้กันอยู่ในปัจจุบันนั้น กฎหมายในครอบครัวมีที่มาและวิวัฒนาการอย่างไรบ้าง โดยเริ่มจากกฎหมายลักษณะฟัวเมียซึ่งเป็นกฎหมายลักษณะหนึ่งในกฎหมายตราสามดวงและถือเป็นกฎหมายครอบครัว

²¹⁰ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2551

²¹¹ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2551

²¹² มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2551

²¹³ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2551

ฉบับแรกของประเทศไทย และมีการแก้ไขครั้งใหญ่ในปี พ.ศ.2478 ซึ่งนับเป็นการริเริ่มในการรวบรวมกฎหมายต่างๆ มาไว้ในประมวลกฎหมายขึ้นมารั้งแรก ตามแนวคิดของชาติตะวันตก การร่างประมวลกฎหมายดังกล่าวมีสาเหตุมาจากการที่ประเทศไทยติดต่อสัมพันธ์กับประเทศตะวันตกและประเทศไทยในขณะนั้นต้องการแก้ไขปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ซึ่งสาเหตุดังกล่าวนี้ส่งผลให้มีการนำกฎหมายลักษณะฝัวเมียมาแทรกไว้ในบรรพ 5 และมีการพัฒนาลักษณะของกฎหมายขึ้นมาใหม่เพื่อให้ทันสมัยมากขึ้นและจะได้เป็นที่ยอมรับของอารยประเทศ โดยลักษณะของกฎหมายนั้นแต่เดิมที่มีแต่เฉพาะเรื่องของสามีภริยา ก็ได้มีการเพิ่มเติมโดยนำเรื่องของความเป็นบิดามารดาและบุตรมารวมไว้ในกฎหมายฉบับนี้ด้วย ดังนั้นจึงจำต้องเปลี่ยนชื่อของกฎหมายเพื่อให้มีความหมายที่กว้างขึ้น โดยใช้คำว่า ครอบครัว แทนที่คำว่า ฝัวเมีย ซึ่งมีความหมายที่แคบกว่า ต่อมากฎหมายครอบครัวฉบับนี้ ก็ได้มีการแก้ไขครั้งใหญ่อีกครั้งในปี พ.ศ.2519 โดยมีสาเหตุมาจากการเรียกร้องสิทธิความเท่าเทียมกันของชายและหญิง ตามรัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ.2517 และต่อมีการแก้ไขเล็กน้อยในปี พ.ศ.2533, พ.ศ.2550 และ พ.ศ.2551 ตามลำดับ ฉะนั้นรูปแบบของความเป็นสามีและภริยา จึงแบ่งออกมาได้ 4 ประเภทตามวิวัฒนาการในยุคต่างๆ ของกฎหมายลักษณะฝัวเมียจนพัฒนามาสู่กฎหมายครอบครัวในปัจจุบัน ดังนี้

1. รูปแบบสามีภริยาตามกฎหมายลักษณะฝัวเมีย ความเป็นสามีภริยากันตามกฎหมายลักษณะนี้ คือ สามีภริยาที่ได้ทำการสมรสกันมาก่อนวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ.2478 โดยมีรูปแบบการสมรสที่ไม่ต้องจดทะเบียนสมรส โดยในปัจจุบัน ถึงแม้จะมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวบังคับใช้แล้ว แต่สถานะของความเป็นสามีภริยาของคู่สมรสตามกฎหมายนี้ยังคงเป็นเหมือนเดิม โดยเฉพาะความสัมพันธ์ในความเป็นสามีภริยาอันเกิดแต่การสมรสตามกฎหมายนี้ ชายมีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายได้หลายคนมาจนถึงปัจจุบันนี้ และภริยาเหล่านั้นก็เป็นภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่อย่างเดิมไม่เปลี่ยนแปลง ไม่จำเป็นต้องมาจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายใหม่แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามแม้สามีภริยาตามกฎหมายลักษณะฝัวเมียจะมาจดทะเบียนสมรสกันภายหลังตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หากจะแบ่งสินสมรสกันก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายลักษณะฝัวเมีย ไม่ใช่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 มาใช้บังคับ

2. รูปแบบสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478 ความเป็นสามีภริยากันตามกฎหมายฉบับนี้ คือสามีภริยาที่สมรสกันตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 จนถึงวันที่ 15 ตุลาคม พ.ศ.2519 สถานะของสามีภริยาในเรื่องการสมรส ผู้ชายจะมีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงคนเดียว และต้องเป็นภริยาที่ได้จดทะเบียนสมรสต่อหน้าเจ้าหน้าที่ของรัฐกันโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วเท่านั้น

3. รูปแบบสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขใหม่ พ.ศ.2519 ความเป็นสามีภริยากันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ใหม่

คือสามีภริยาที่ได้ทำการสมรสกันตั้งแต่วันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ.2519 จนถึงวันที่ 26 กันยายน พ.ศ. 2533 สถานะในความเป็นสามีภริยาจะเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ.2519 นี้ สถานะของสามีภริยาในเรื่องการสมรส ผู้ชายจะมีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงคนเดียว และต้องเป็นภริยาที่ได้จดทะเบียนสมรสต่อหน้าเจ้าหน้าที่ของรัฐกันโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นเดิม แต่สิ่งที่เพิ่มเติมเข้ามาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ.2519 นี้ คือ สามีและภริยามีสิทธิโดยเท่าเทียมกันทุกประการ

4. รูปแบบสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ปัจจุบัน คือความเป็นสามีภริยากันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่แก้ไขใหม่ปี พ.ศ.2519 โดยสามีภริยาที่สมรสกันตั้งแต่วันที่ 27 กันยายน พ.ศ.2533 จนถึงปัจจุบันนี้ โดยรูปแบบการสมรสจะเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่แก้ไขใหม่ปี พ.ศ.2519 ยังคงเป็นไปในลักษณะเช่นเดิม แม้ต่อมาจะมีการแก้ไขเพียงบางมาตราในปี พ.ศ.2533 ต่อมาในปี พ.ศ. 2550 และครั้งล่าสุดในปี พ.ศ.2551 ก็ตาม แต่สถานะของความเป็นสามีภริยาก็จะเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่แก้ไขใหม่ปี พ.ศ.2519 และบางรายมาตราที่ได้แก้ไขต่อมาในปัจจุบันนี้ทุกประการ

2.3 รูปแบบของการใช้ชีวิตร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศในรูปแบบของการสมรส

จากการที่ได้กล่าวไปแล้วในตอนต้นว่า มนุษย์เป็นสัตว์สังคมที่มีสัญชาตญาณในการสืบพันธุ์เพื่อดำรงไว้ซึ่งเผ่าพันธุ์ของตน การสมรสจึงเป็นสิ่งสำคัญในการสืบทอดและดำรงเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ จากคำกล่าวที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาข้างต้นนี้ทำให้ต้องมาวิเคราะห์ถึงความหมายของคำว่า “การสมรส” โดยวิเคราะห์ว่าเพราะเหตุใดจึงมีความสำคัญต่อการดำรงเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ ความหมายที่แท้จริงของการสมรสนั้นคือสิ่งใด โดยจากคำถามดังที่กล่าวมานี้ ทำให้ได้ทำการค้นคว้าเพื่อหาคำตอบจนค้นพบว่า แท้จริงแล้วการสมรสของมนุษย์ในรูปแบบดั้งเดิมนั้น เริ่มต้นมาจากความรักที่ฝ่ายชายและฝ่ายหญิงมีให้แก่กันและกัน ทำให้เกิดการยินยอมที่ให้อีกฝ่ายหนึ่งร่วมประเวณีอย่างถูกต้องและด้วยความสมัครใจนั่นเอง การสมรสจึงกลายมาเป็นจุดเริ่มต้นของการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ และพัฒนามาสู่การสร้างสถาบันครอบครัวของมนุษย์ขึ้นในสังคม ซึ่งความสำคัญของสถาบันครอบครัวนั้น ถือได้ว่าเป็นหน่วยย่อยของสังคมที่เล็กที่สุด แต่มีความสำคัญมากที่สุด

หลังจากนั้นเมื่อมนุษย์ได้รวมกลุ่มกันเป็นสังคมขนาดใหญ่ มนุษย์เริ่มรู้จักสิ่งต่างบนโลกใบนี้มากขึ้น มนุษย์ก็ได้สร้างจารีตประเพณีอันเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัวขึ้นมา และรวมกันเป็นระเบียบแบบแผนในการดำรงชีวิต โดยมนุษย์เรียกสิ่งเหล่านั้นว่าวัฒนธรรม ประเพณี และความเชื่อ โดยมนุษย์เองก็ได้นำเอาหลักเกณฑ์ของธรรมชาตินั้นมารวมเข้าไว้ด้วยกันกับ วัฒนธรรม ประเพณี และความเชื่อที่

มนุษย์ได้สร้างขึ้น ทำให้ความเชื่อและศรัทธาเกิดขึ้นตามมา โดยเฉพาะในเรื่องการสมรสของมนุษย์ ที่เกิดจากเงื่อนไขของธรรมชาติและนำมาผนวกเข้าไว้ด้วยกันกับวัฒนธรรม ประเพณีและความเชื่อ ในทางศาสนาของสังคมนั้นๆ ทำให้มนุษย์ในยุคต่อมาจำเป็นต้องปฏิบัติตาม เพราะมนุษย์เชื่อว่า วัฒนธรรม ประเพณีและความเชื่อที่บรรพบุรุษของพวกเขาส่งต่อมาให้ นั่นคือสิ่งที่มีความถูกต้อง ดีงาม และเป็นสิ่งที่ทำให้มนุษย์พ้นจากสิ่งเลวร้ายทั้งปวง ดังนั้นจึงทำให้เกิดรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อขึ้นตามมา การสมรสในรูปแบบนี้จึงเป็นไปในลักษณะของ ประเพณีแต่งงาน หรือพิธีกรรมแต่งงาน ที่มนุษย์สืบทอดต่อกันมาเป็นมรดกทางวัฒนธรรมกันมาอย่าง ยาวนาน การสมรสในรูปแบบนี้จึงกลายมาเป็นอารยธรรมสากลของมนุษย์เลยทีเดียว

ต่อมามนุษย์ได้นำหลักการดังกล่าวทั้งจากแนวทางของธรรมชาติและแนวคิดของวัฒนธรรม ประเพณี และความเชื่อมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย จึงส่งผลให้มนุษย์สร้างกฎเกณฑ์ของการสมรสให้มี มาตรฐานที่เพิ่มขึ้น โดยเรียกสิ่งนั้นว่า กฎหมายสมรส โดยกฎหมายสมรสนี้แท้จริงแล้วจะเป็นไปใน ลักษณะของกฎเกณฑ์ที่มนุษย์ต้องถือปฏิบัติตาม โดยรัฐเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์นั้นๆ ขึ้นมา ใน รูปแบบของการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ในทางกฎหมาย โดยให้เป็นไปใน ลักษณะที่รัฐมีความต้องการ โดยการสร้างองค์ประกอบ และเงื่อนไขของการสมรส ซึ่งมากกว่าการ เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของธรรมชาติ เพราะเหตุนี้ทำให้ต้องศึกษาว่าแท้จริงแล้วการสมรสคือสิ่งที่ เกิดขึ้นโดยธรรมชาติ ธรรมชาติเป็นผู้สร้างการสมรสขึ้นมา และการที่มนุษย์นำสิ่งที่เป็นธรรมชาติมา บัญญัติไว้เป็นกฎหมายนั้น มนุษย์ใช้เหตุผลอะไรมาเป็นส่วนประกอบในการกำหนดกฎเกณฑ์ของการ สมรสขึ้นมาอีกรูปแบบหนึ่ง

ดังนั้น ในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึงรูปแบบของการสมรสที่เกิดขึ้น ทั้งรูปแบบการสมรสตาม เงื่อนไขของธรรมชาติและรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ รวมไปถึง รูปแบบของการสมรสที่มนุษย์สร้างขึ้นมาใหม่เอง โดยการกำหนดเป็นเงื่อนไขของรัฐ โดยรัฐเป็นผู้ บัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ให้เป็นกฎหมาย โดยกำหนดองค์ประกอบ และเงื่อนไขที่มากกว่า หลักเกณฑ์ของธรรมชาติและหลักเกณฑ์ของวัฒนธรรม ประเพณี และความเชื่อ โดยผู้วิจัยต้องการ ศึกษาว่าแต่ละรูปแบบมีลักษณะเฉพาะอย่างไร มนุษย์ยึดหลักการและเหตุผลใดในการสร้าง องค์ประกอบ และเงื่อนไขของการสมรสขึ้นมาให้มีความแตกต่างจากหลักเกณฑ์ของธรรมชาติ โดย ก่อนอื่นผู้วิจัยขอเริ่มต้นในการศึกษาจากรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ รูปแบบการ สมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ และต่อมาจึงจะศึกษาถึงหลักเกณฑ์การสมรสตาม เงื่อนไขของรัฐ ดังนี้

2.3.1 รูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขธรรมชาติ

มนุษย์ทุกคนที่เกิดมาบนโลกนี้ ล้วนแล้วแต่เกิดขึ้นมาพร้อมกับการมีเพศสรีระเพื่อบอก ลักษณะทางกายภาพของตนเองด้วยกันทั้งนั้น เพศสรีระคือสิ่งที่กำหนดความสามารถและเป็น ตัวกำหนดหน้าที่ของความเป็นชายและเป็นหญิงในการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของความเป็นมนุษย์ ไม่ว่าจะ

เป็นเพศสรีระชายหรือเพศสรีระหญิง ดังนั้นเพศจึงมีความสำคัญมากในองค์ประกอบของความเป็นมนุษย์และจะส่งผลไปถึงความสำคัญในเรื่ององค์ประกอบของการสมรสของมนุษย์ตามเงื่อนไขของธรรมชาติด้วย การสมรสตามวิถีแห่งธรรมชาติจึงอาศัยเพศเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการสร้างความสมบูรณ์ของการสมรส เพราะท้ายที่สุดแล้วเพศจะทำหน้าที่เป็นตัวชี้วัดหน้าที่ในทางสรีระศาสตร์ของมนุษย์ในการเจริญพันธุ์นั่นเอง

โดยหลักการของธรรมชาติแล้ว การสมรสถือเป็นหน้าที่หนึ่ง ที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อมนุษย์ เพราะการสมรสจะเป็นการแสดงออกถึงการขยายเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ให้เกิดขึ้นต่อไป และเพื่อธำรงไว้ซึ่งวิถีทางเพศของมนุษย์ การสมรสจึงเป็นการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ ที่เป็นไปตามรูปแบบที่ธรรมชาติได้กำหนดไว้ ดังนั้น สิ่งนี้ทำให้ค้นพบว่า รูปแบบของการสมรสที่เป็นไปตามเงื่อนไขของธรรมชาตินั้น แท้จริงแล้วไม่มีหลักเกณฑ์อื่นใดเลย ที่จะเป็นตัวที่คอยกำหนดและขัดขวางไม่ให้การสมรสเกิดขึ้นได้ นอกเสียจากธรรมชาติจะเป็นผู้ที่คอยควบคุมการสมรสของมนุษย์ด้วยวิถีของธรรมชาติเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่เพศสรีระชายและเพศสรีระหญิงที่ถูกกำหนดให้เป็นองค์ประกอบสำคัญในการสร้างสถานะในการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์โดยวิถีของธรรมชาติ และเพื่อตอบสนองธรรมชาติ การสมรสโดยวิถีของธรรมชาติ คือการร่วมประเวณีด้วยความสมัครใจของชายและหญิง ซึ่งความยินยอมดังกล่าวก่อให้เกิดการมีเพศสัมพันธ์ของชายและหญิงที่นำไปสู่การปฏิสนธิให้เกิดเป็นทารกตามวิถีของธรรมชาติของมนุษย์นั่นเอง เพราะแท้จริงแล้วโดยหลักของความเป็นมนุษย์ ประเวณีถือเป็นสิ่งที่ควรหวงแหนและรักษาไว้ให้แก่คู่รักที่มีเพศตรงกันข้ามกับตน มนุษย์จึงเกิดจากการสมรสที่เป็นเงื่อนไขของธรรมชาติโดยตรงตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ธรรมชาติสร้างมนุษย์ขึ้นมาจากการสมรส และการสมรสก็เป็นสิ่งเดียวที่มนุษย์สืบทอดเผ่าพันธุ์ของตนด้วยวิถีทางที่ธรรมชาติมอบให้ ความยินยอมและความสมัครใจในการสมรสของมนุษย์จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความสำคัญมาก เพราะสิ่งเหล่านี้เป็นจุดเริ่มต้นของการสมรสตามวิถีแห่งธรรมชาติ

ดังนั้น ความยินยอม จึงหมายถึงความถึง ความสมัครใจที่จะใช้ชีวิตร่วมกันอย่างผัวเมียและยินยอมในการมอบประเวณีให้แก่กันและกัน ประกอบกับการมีเพศสัมพันธ์ร่วมกันถือว่าเป็นสาระสำคัญของการสมรสตามวิถีแห่งธรรมชาติ และการร่วมประเวณีของเพศสรีระชายและเพศสรีระหญิงดังกล่าวนั้นจะต้องเกิดจากความสมัครใจ เพราะสิ่งนี้ถือเป็นเงื่อนไขเดียวของการสมรสตามรูปแบบของธรรมชาติ เพราะการสมรสตามรูปแบบของชาตินี้จะนำมาซึ่งการให้กำเนิดบุตรและสร้างภาระหน้าที่ของความเป็นบิดาและมารดาที่ถือเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งของการสมรสตามเงื่อนไขของชาตินั้นเอง ความยินยอมในการสมรสมีได้หมายถึงเพียงความยินยอมของชายหญิงที่จะเป็นสามีภริยากันในทางประเวณีเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงเป็นการรับรู้และเจตนายอมเข้ารับภาระหน้าที่ของตนในฐานะคู่สมรสที่ต้องยอมรับการผูกพันนี้ และต้องปฏิบัติต่อคู่สมรสและยอมรับผลของการสมรส ตลอดจนบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องจากการสมรสนั้นด้วย สาระสำคัญของความยินยอมในการ

สมรสคือ การที่คู่สมรสจะต้องมีความสมัครใจโดยตนเองที่จะสมรส และต้องรู้ถึงสาระสำคัญของการสมรสว่าคืออะไรและมีลักษณะอย่างไร มีสิทธิและหน้าที่อันเกิดจากการสมรสนั้นอย่างไร และขณะสมรสนั้นจะต้องมีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ รวมทั้งมีเสรีภาพอย่างแท้จริงในการแสดงออกถึงความต้องการที่จะสมรสด้วย

การสมรสตามวิธีแห่งธรรมชาตินี้ ถือเป็นสิทธิส่วนตัวของมนุษย์ เป็นสิทธิที่ไม่มีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขอื่นใดมาเป็นตัวกำหนด มีแต่เพียงธรรมชาติที่คอยเป็นผู้คัดกรองความสามารถในการสืบพันธุ์ของมนุษย์ โดยใช้ร่างกายและจิตใจของมนุษย์คู่นั้นเป็นตัวกำหนดหลักเกณฑ์ของการสมรส โดยใช้หลักเกณฑ์การคัดสรรโดยธรรมชาติ ในความเป็นจริงแล้วธรรมชาติเองก็สร้างมนุษย์ขึ้นมาเพื่อให้มนุษย์ได้รู้จักวิถีแห่งการดำเนินชีวิตและการเข้าใจสภาพของความเป็นธรรมชาติ และเข้าใจรูปแบบแห่งเพศสรีระของตนโดยเฉพาะความต้องการทางเพศที่มีอยู่ในตัวของมนุษย์ทุกคนเป็นความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์ ถึงภาวะที่มนุษย์มีความต้องการทางเพศ การสืบพันธุ์เพื่อขยายเผ่าพันธุ์ของตนและเป็นสิ่งที่ไม่ใช่เป็นสิ่งแปลกใหม่และไม่ใช่เป็นสิ่งที่เสียหายและน่าอายอันใดเลย แต่กลับเป็นเรื่องที่ดี และเป็นสิ่งที่เป็นธรรมชาติด้วย เพราะถ้าจะพิจารณากันไปจริงๆ แล้วมนุษย์ก็ถือได้ว่าเป็นสัตว์สังคมประเภทหนึ่ง เป็นสิ่งมีชีวิตที่จะต้องดำรงเผ่าพันธุ์ของตนไม่ต่างจากพวกสรรพสัตว์ทั้งหลายในสากลโลกที่ล้วนแล้วแต่ต้องมีการขยายเผ่าพันธุ์ของตนไม่ให้อสูญสิ้นไปจากโลกใบนี้ ดังนั้น ทั้งมนุษย์และสัตว์ต่างก็ต้องมีการร่วมประเวณีระหว่างเพศตรงข้ามกันตามวิถีแห่งธรรมชาติ เพื่อก่อให้เกิดภาวะของการขยายเผ่าพันธุ์ของตนสืบต่อไปเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามสิ่งที่แตกต่างระหว่างมนุษย์และสัตว์ก็คือ มนุษย์สามารถสืบพันธุ์กันได้ทุกฤดูไม่มีระยะเวลาเป็นตัวกำหนด แต่สัตว์จะถูกกำหนดโดยธรรมชาติว่าจะต้องผสมพันธุ์กันช่วงใดจึงจะเหมาะสมและเป็นช่วงฤดูของมันเอง สิ่งเหล่านี้ก็เป็นสิ่งที่ธรรมชาติได้กำหนดไว้โดยวิถีแห่งธรรมชาติเอง ไม่มีสิ่งใดที่จะมาทำลายและขัดขวางวิถีแห่งการสมรสตามธรรมชาติของมนุษย์และสัตว์ได้

ดังนั้น จึงขอสรุปว่า การสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ เป็นการสมรสที่แท้จริง มีหลักเกณฑ์เพียงแค่ว่า ความรักของชายและหญิง ความสมัครใจที่จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยา และความยินยอมที่จะร่วมประเวณีกัน เพียงเท่านี้การสมรสในรูปแบบของธรรมชาตาก็เกิดขึ้นได้ รวมทั้งรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ เป็นหน้าที่ของมนุษย์ในการสร้างเผ่าพันธุ์ของตนในเจริญก้าวหน้ายิ่งขึ้น การสมรสแท้จริงแล้ว คือ ความสมัครใจที่จะยินยอมในการร่วมประเวณีระหว่างเพศสรีระชายและเพศสรีระหญิง และการสมรสก็เป็นหน้าที่สำคัญที่มนุษย์พึงต้องกระทำตามความประสงค์ของธรรมชาติ ไม่มีหลักเกณฑ์ใดๆ ที่มนุษย์สามารถสร้างขึ้นเพื่อขัดขวางการสมรสโดยวิถีแห่งธรรมชาติ และธรรมชาติเท่านั้นจะเป็นผู้คอยกำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ไว้เองโดยใช้วิธีการคัดสรรโดยธรรมชาติ ดังนั้นการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติจึงเกิดมาพร้อมกับความสามารถในการสืบพันธุ์ของมนุษย์ทุกคนและมนุษย์ทุกคนที่เกิดมาพร้อมกับเพศสรีระที่จะคอยเป็นตัวกำหนดหน้าที่

และความสามารถให้แก่มนุษย์ผู้นั้น และเมื่อถึงวัยเจริญพันธุ์ มนุษย์ก็จะสมรสด้วยวิถีแห่งธรรมชาตินี้ ด้วยตัวของมนุษย์เอง ธรรมชาติก็จะทำหน้าที่เป็นเพียงพี่เลี้ยงที่ให้คำแนะนำแก่มนุษย์เท่านั้น ไม่เข้ามาก้าวล่วงและสร้างหลักเกณฑ์ใดๆ เพื่อเป็นการขัดขวาง แต่อย่างไรก็ตามแม้ธรรมชาติจะเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์ใดๆ แต่ธรรมชาติเองจะเป็นผู้ที่คัดกรองความเหมาะสมด้วยวิถีแห่งธรรมชาติเอง โดยการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาตินี้เองจะเป็นจุดเริ่มต้นของการสร้างสถาบันครอบครัวให้เกิดขึ้น เพื่อตอบสนองความต้องการของสังคม รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติแท้จริงแล้ว คือสิ่งที่ก่อให้เกิดมวลมนุษยชาติขึ้นมาบนโลกใบนี้นั่นเอง การสมรสในรูปแบบนี้จึงเป็นสังขธรรมแห่งการสมรสที่แท้จริง

2.3.2 รูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ

ต่อมาเมื่อมนุษย์ได้รวมตัวกันเป็นสังคม มนุษย์ได้เรียนรู้ที่จะรู้จักและเข้าใจธรรมชาติของความเป็นมนุษย์มากขึ้น โดยเริ่มจากการที่มนุษย์เริ่มรู้จักการสร้างจารีตประเพณีขึ้นมาเพื่อเป็นเอกลักษณ์เฉพาะของสังคมของตนจากการที่เป็นที่ยอมรับของคนส่วนใหญ่ในสังคมว่าเป็นสิ่งที่ดีงาม ต่อมาจารีตประเพณีเหล่านั้นก็ได้กลายเป็นวัฒนธรรม ประเพณี และความเชื่อในลักษณะต่างๆ ที่ได้รับการยอมรับในสังคม มนุษย์เชื่อว่าการปฏิบัติตามจารีตประเพณีเป็นสิ่งที่ถูกต้องและดีงาม ส่งผลให้วัฒนธรรม ประเพณีและลัทธิความเชื่อต่างๆ ได้ถือกำเนิดขึ้นมาบนโลกมนุษย์เป็นสิ่งที่อยู่เคียงคู่กับมนุษย์และสืบทอดต่อมาจากรุ่นสู่รุ่น และสิ่งเหล่านี้ก็ได้นำมาเอารูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติมาปรับปรุงใหม่ โดยมีการนำรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติมาประยุกต์ให้เข้ากับลักษณะของวัฒนธรรมและประเพณีของท้องถิ่นนั้นๆ ประกอบกับความเชื่อในทางศาสนาของสังคมนั้น รวมทั้งมีการจัดระเบียบของการสมรสตามวิถีแห่งธรรมชาติขึ้นมาใหม่ด้วย ที่เป็นเช่นนั้นก็เพื่อให้การสมรสมีความสมบูรณ์แบบในทางศีลธรรมยิ่งขึ้น ดังนั้น จึงทำให้เกิดรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อขึ้นมาโดยที่มนุษย์เรียกสิ่งนี้ว่า ประเพณีแต่งงาน ซึ่งประเพณีนี้ถือเป็นวัฒนธรรมที่มนุษย์ทุกชาติพันธุ์ให้การยอมรับ และเป็นอารยธรรมที่มีความเป็นสากล รวมถึงเป็นมรดกทางวัฒนธรรมจากรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่งด้วย

โดยรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ หรือ ประเพณีแต่งงาน ถูกกำหนดให้เป็นไปตามแนวทางของวัฒนธรรม และประเพณีท้องถิ่น ประกอบกับลัทธิความเชื่อต่างๆ ที่มนุษย์ทุกคนที่อยู่ในสังคมนั้นๆ ต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด จึงส่งผลให้รูปแบบของการสมรสตามวิถีแห่งธรรมชาติมีความเป็นรูปธรรมมากขึ้น โดยได้มีการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์บางประการลงไปเพื่อให้เกิดความชอบธรรมรวมถึงการกำหนดเงื่อนไขของการสมรสขึ้นมาใหม่ เพื่อให้มีความแตกต่างจากเงื่อนไขของการสมรสตามธรรมชาติ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้การสมรสของมนุษย์มีความสมบูรณ์แบบมากขึ้นและเพื่อให้มนุษย์มีศีลธรรมในการเลือกคู่ครองของตน โดยใช้แนวคิด และแนวปฏิบัติที่ได้รับการ

ยอมรับของคนในสังคมมาเป็นแนวทางในการประพฤติและปฏิบัติตาม เพื่อให้สังคมของมนุษย์เป็นสังคมที่น่าอยู่มากขึ้น สิ่งเหล่านี้ทำให้หลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อมีความแตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น การสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติมนุษย์สามารถมีคู่สมรสได้มากกว่าหนึ่งคน กล่าวคือมนุษย์สามารถร่วมประเวณีได้ตามความพึงพอใจของตน แต่ในวัฒนธรรมและประเพณีแต่งงานของท้องถิ่นบางแห่ง เช่น ในสังคมของชาวตะวันตก การสมรสจะต้องเป็นไปในรูปแบบผัวเดียวเมียเดียว หรือเมื่อสมรสแล้วจะต้องไม่ผิดประเวณีต่อคู่สมรสของตน หรือในเรื่องของลัทธิความเชื่อต่างๆ ในทางศาสนาที่มีแนวคำสอนว่าการที่เมื่อสมรสแล้วจะไม่สามารถหย่าขาดจากกันได้ เป็นต้น ทำให้วัฒนธรรมประเพณี และความเชื่อในท้องถิ่นดังที่ได้กล่าวมานี้ กลายมาเป็นสิ่งที่มนุษย์ทุกคนที่อยู่สังคมนั้นๆ พึงต้องปฏิบัติ เพราะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของความเป็นสังคมที่มีวัฒนธรรมและประเพณีที่ดีงาม ถ้าละเว้นหรือไม่ปฏิบัติตามก็อาจส่งผลถึงภาวะของการไม่ได้รับการยอมรับจากมนุษย์ด้วยกันในสังคมก็เป็นได้

ส่วนหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ หรือ ประเพณีแต่งงานนั้น ก็เป็นไปตามประเพณีของท้องถิ่นนั้นๆ ตัวอย่างเช่น หลักเกณฑ์การสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อของชาวตะวันตกที่ผู้ชายสามารถมีภริยาได้เพียงคนเดียว เพราะเป็นไปตามตามวัฒนธรรมและความเชื่อของชาวคริสต์ หรือประเพณีที่ชาวคริสต์จะต้องประกอบพิธีแต่งงานในโบสถ์ ซึ่งมีความแตกต่างจากหลักเกณฑ์การสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อในสังคมของชาวมุสลิมที่ผู้ชายสามารถมีภริยาได้หลายคน หรือประเพณีที่ชาวมุสลิมจะต้องประกอบพิธีแต่งงานในสุเหร่า เป็นต้น ดังนั้น การสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ ที่ได้รับการพัฒนามาจากเงื่อนไขของธรรมชาติอีกทอดหนึ่งนี้ จึงมีความแตกต่างกันเฉพาะในส่วนหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการสมรสเท่านั้น เพราะถึงอย่างไรก็ตามก็ยังมีส่วนที่มีความคล้ายคลึงกันอยู่อีกหลายประการ อาทิ รูปแบบและวัตถุประสงค์ของการสมรสโดยทั่วไปของทั้งประเพณีและธรรมชาติ ที่มีความเหมือนกันจนแยกไม่ออก โดยค้นพบว่าสิ่งๆ ที่เหมือนกันของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ อยู่ตรงที่ต่างก็มีความมุ่งหวังให้มนุษย์สืบทอดเผ่าพันธุ์ของตน โดยอาศัยการเลือกคู่ครองอันเกิดจากความสมัครใจในการสมรสและความยินยอมในการร่วมประเวณีระหว่างเพศสรีระชายและเพศสรีระหญิง เพื่อก่อกำเนิดบุตรในการขยายเผ่าพันธุ์ของมนุษย์สืบไป การสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและประเพณีแต่งงานตามวัฒนธรรมและความเชื่อต่างก็มาจากเหตุและผลอย่างเดียวกัน และอาศัยวิธีการอย่างเดียวกันในการสร้างรูปแบบของการสมรส โดยเฉพาะการดำรงไว้ซึ่งเผ่าพันธุ์ของมนุษย์โดยวิถีทางแห่งธรรมชาตินั้นเอง และเป็นเรื่องระหว่างมนุษย์และธรรมชาติที่จะต้องพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน โดยอาจจะมีรูปแบบของประเพณีที่เป็นไปในลักษณะของพิธีกรรมตามความเชื่อในทางศาสนา มาทำหน้าที่เป็น

ตัวกลางในการสื่อสารระหว่างมนุษย์และธรรมชาติให้มีความเข้าใจกันอย่างสมบูรณ์และชัดเจนมากขึ้น เพราะในความเป็นจริงแล้ว การสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ถือเป็นหน้าที่หลัก ที่ธรรมชาติได้มอบหมายหน้าที่นี้ให้แก่มนุษย์ทุกคนที่ได้เกิดมาบนโลกใบนี้ เพราะฉะนั้นมนุษย์จึงได้นำเอาหลักความเชื่อดังกล่าวนี้พัฒนามาเป็นจารีตประเพณีที่มนุษย์ที่อยู่ในสังคมนั้นๆ พึงต้องปฏิบัติตาม ตัวอย่างเช่น ประเพณีแต่งงานของชาวคริสต์ ที่มีความเชื่อมาจากแนวคำสอนของศาสนาว่า มนุษย์เพศชายและมนุษย์เพศหญิงเป็นของคู่กันโดยธรรมชาติ พระเจ้าทรงสร้างมนุษย์เพศชายขึ้นมาบนโลกใบนี้ก่อน แต่ทรงเห็นว่ามนุษย์เพศชายมีความโดดเดี่ยว ต่อจากนั้นพระองค์ก็ทรงสร้างมนุษย์เพศหญิงขึ้นมาเพื่อให้คู่กับมนุษย์เพศชาย ดังนั้นพระองค์จึงทรงสร้างมนุษย์เพศหญิงขึ้นจากกระดูกเชิงกรานของมนุษย์เพศชาย²¹⁴ ดังนั้นจึงทำให้สิ่งที่ขาดหายไปของมนุษย์เพศชายทุกคน คือ มนุษย์เพศหญิง และมนุษย์เพศชายทุกคนจะต้องหาส่วนเติมเต็มในชีวิตของตนให้สมบูรณ์แบบ รวมถึงการหาส่วนที่เติมเต็มของมนุษย์เพศหญิงด้วย นั่นก็คือการหาคู่ครองที่เป็นเพศตรงข้ามกับตนนั่นเอง รวมถึงแนวคำสอนของศาสนาคริสต์ที่ว่า ประเวณีของทั้งชายและหญิงคือของชั่วในวินัยแต่งงานที่พระเจ้าทรงประทานให้แก่คู่รักที่สมรสโดยวิถีแห่งธรรมชาตินั้นเอง สิ่งนี้หมายความว่ารวมถึง การสำเร็จความใคร่ โดยการมีเพศสัมพันธ์ ที่ถือว่าเป็นความสุขในขั้นสูงสุดของมนุษย์ และหลังจากนั้นมนุษย์ก็จะมี การปฏิสนธิทางธรรมชาติและให้กำเนิดบุตรที่พระเจ้าทรงประทานให้แก่คู่รักที่สมรสกันตามวิถีแห่งธรรมชาติที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้

สิ่งเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นวัฒนธรรม ประเพณีและความเชื่อของสังคมนั้นๆ ที่นำมาพร้อมกับวิถีแห่งธรรมชาติที่ได้ใช้เหตุและผลในการที่จะทำให้มนุษย์ได้ทำหน้าที่ในการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของตนอย่างสมบูรณ์แบบของความเป็นมนุษย์นั่นเอง ดังจะเห็นได้จากประเพณีแต่งงานของประเทศที่นับถือศาสนาคริสต์ ที่เน้นการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา และการยอมรับซึ่งกันและกันของคู่สมรสชายและหญิงต่อหน้าพระหรือนักบวชของศาสนาคริสต์ที่ถือได้ว่าเป็นตัวแทนของพระเจ้า รวมถึงการยินยอมในการมอบประเวณีให้แก่กันและกันก็ถือได้ว่าเป็นสิ่งสำคัญเช่นเดียวกันเพื่อเป็นการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ให้แผ่ขยายออกไป เพราะสังคมที่นับถือศาสนาคริสต์ส่วนใหญ่ ได้ให้ความสำคัญกับรูปแบบของการสมรสภายใต้เงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ เพราะถือเป็นส่วนหนึ่งของการเริ่มต้นชีวิตคู่ที่เป็นสิริมงคล และเป็นการปฏิบัติตามแนวคำสอนของศาสนาของตนด้วย รวมทั้งเป็นการแสดงออกเพื่อให้สังคมได้ทราบถึงการแต่งงาน อันเป็นการประกาศให้สาธารณชนได้รับรู้ถึงความ เป็นสามีภริยาโดยพฤตินัย และเป็นพยานรักของการเริ่มต้นชีวิตคู่ของคู่รักชายหญิง เพียงเท่านี้การสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อก็มีความสมบูรณ์แบบแล้วทุกประการ

²¹⁴ พระคริสต์ธรรมคัมภีร์, เรื่องเดิม, หน้า 71.

ส่วนการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อของประเทศไทยนั้น ชายจะมีภรรยาเมื่อได้บวชเรียนแล้ว คือได้อุปสมบทเป็นภิกษุในพระพุทธศาสนาแล้ว ผู้ที่จะบวชได้ต้องมีอายุ 20 ปีขึ้นไป ส่วนในกรณีของหญิงไม่มีกฎหมายที่ว่าอายุจะต้องมีอายุเท่าใดจึงจะสมรสได้ ในจดหมายเหตุลาลูแบร์ กล่าวว่า “หนุ่มสาวสยามรุ่นราวประมาณอายุ 12 ปี ก็จะสามารถสมรสและมีบุตรกันได้ และบางทีก็เยาว์วัยกว่านั้นเสียอีก เพราะฉะนั้นธรรมเนียมบ้านเมืองจึงแต่งงานลูกสาวตั้งแต่วัยรุ่นๆ ข้างเจ้าหนุ่มก็ไล่เลี่ยกันนั่นเอง”²¹⁵ จดหมายเหตุฉบับนี้พอเป็นหลักฐานชิ้นหนึ่งที่ทำให้ทราบได้ว่าชายและหญิงในสมัยกรุงศรีอยุธยา รัชสมัยของสมเด็จพระนารายณ์มหาราช ได้สมรสกันตั้งแต่เป็นวัยรุ่นเช่นเดียวกันกับบันทึกที่ได้บันทึกไว้ในจดหมายเหตุฉบับเดียวกันนี้ว่า การสมรสของผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปีนั้น ก็เป็นที่ยอมรับสำหรับกรณีที่ชายและหญิงที่จะสมรสกันตามกฎหมายโรมัน และกฎหมายศาสนาคริสต์นั่นเอง

โดยส่วนใหญ่แล้วคนไทยให้ความสำคัญอย่างยิ่งกับประเพณีแต่งงาน เพราะถือเป็นวัฒนธรรมและประเพณีอันดีงามของไทยมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน โดยพิธีการแต่งงานตามประเพณีของไทยนี้ก็เป็นการแสดงออกโดยปริยายต่อสาธารณชนว่าชายและหญิงได้เป็นสามีภรรยาแล้ว โดยจะเห็นได้จากประกอบพิธีกรรมในการจัดงานมงคลสมรสของคู่บ่าวสาว เพื่อประกาศให้สังคมรู้ถึงความเป็นสามีภรรยาของคนสองคน โดยให้แขกที่มาในงานมงคลสมรสดังกล่าวร่วมเป็นสักขีพยานในความรักของคู่บ่าวสาว และการให้ความสำคัญกับความเชื่อในทางวัฒนธรรมและประเพณีของการสมรสที่มีมาแต่โบราณของไทยในแต่ละยุคแต่ละสมัย รวมไปถึงรูปแบบของประเพณีของแต่ละท้องถิ่นที่มีความแตกต่างกันออกไป ทำให้ลักษณะของประเพณีแต่งงานมีความหลากหลายในวัฒนธรรมของคนไทย ตัวอย่างเช่น จารีตประเพณีของการหมั้นก่อนการประกอบพิธีแต่งงาน หรือ ประเพณีการรดน้ำสังข์เพื่อประสาทรแก่คู่บ่าวสาวซึ่งเป็นรูปแบบประเพณีของคนภาคกลาง ส่วนการผูกข้อมือเพื่อบายศรีสู่ขวัญอวยพรคู่บ่าวสาวเป็นประเพณีของทางภาคอีสานและภาคเหนือ หรือแม้กระทั่งประเพณีการส่งตัวคู่บ่าวสาวเข้าห้องหอเพื่อเป็นการบ่งบอกถึงหน้าที่ในการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์และการมอบประเพณีระหว่างชายและหญิงสืบทอด เป็นต้น ดังนั้นจึงทำให้ลักษณะของประเพณีแต่งงานนี้มีความสอดคล้องกับความเป็นจริงของวัฒนธรรมไทย แม้ว่าในอดีตลักษณะของประเพณีแต่งงานของไทยจะมีความแตกต่างจากในปัจจุบัน อันจะเห็นได้อย่างชัดเจนในเรื่องของวัฒนธรรมการมีผัวเดียวเมียเดียวที่เราได้รับมาจากวัฒนธรรมของชาติตะวันตก เพราะในอดีตชายไทยสามารถมีภรรยาได้หลายคน แต่ในปัจจุบันวัฒนธรรมดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไป ผู้ชายจะมีภรรยาได้เพียงคนเดียวเท่านั้น สิ่งที่กล่าวมาข้างต้นนี้ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นถึงวัฒนธรรมความเชื่อของคนไทยที่ยังคงให้ความสำคัญกับ

²¹⁵ พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระนราธิปประพันธ์พงศ์, *จดหมายเหตุลาลูแบร์* (กรุงเทพฯ องค์กรการค้าของคุรุสภา, 2505), หน้า 217.

รูปแบบของการสมรสที่เป็นไปโดยธรรมชาติ โดยมีวัฒนธรรม ประเพณี และความเชื่อในทางศาสนา เป็นตัวกลางในการประสานความเข้าใจระหว่างมนุษย์กับธรรมชาติในรูปแบบของการประกอบพิธีกรรม อีกทั้งความเชื่อของคนไทยนับตั้งแต่โบราณจวบจนปัจจุบันมีความเชื่อว่า การสมรสที่แท้จริงคือการประกอบพิธีแต่งงานตามประเพณี การเข้าหอเพื่อร่วมเรียงเคียงหมอนกันระหว่างคู่รักชายหญิง รวมถึงการประกาศให้สังคมรู้ถึงความเป็นสามีภริยากันของคนสองคน เป็นสิ่งที่มีความสำคัญกว่าการจดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมาย ซึ่งเป็นรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ทำให้การสมรสภายใต้เงื่อนไขของศาสนานี้ จึงเป็นสิ่งที่ตอบสนองความต้องการของสังคมไทยได้เป็นอย่างดี

ความยินยอมในการประกอบพิธีแต่งงานของชายและหญิงตามประเพณีไทยนั้น โดยหลักแล้วหญิงสาวจะต้องอยู่ภายใต้การปกครองของบิดามารดา หรือญาติ จนกว่าจะมีครอบครัว แล้วหลังจากนั้นอำนาจในการปกครองหญิงจึงโอนไปยังสามีของหญิง โดยหลักของประเพณีไทยนั้นให้สิทธิแก่บุตรที่จะเลือกสามีหรือภริยาเอง เมื่อหญิงและชายตกลงปลงใจกันแล้ว จึงปรึกษาขอความเห็นชอบจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองของทั้งสองฝ่าย เมื่อได้รับความเห็นชอบแล้วบิดามารดาของทั้งสองฝ่ายจึงเข้าสู่การดำเนินกระบวนการพิธีตั้งแต่การสู่ขอจนไปสู่งานมงคลสมรส โดยผู้ใหญ่ คือ บิดามารดาหรือผู้ปกครองของทั้งสองฝ่ายกระทำการออกหน้า โดยที่หญิงชายไม่ต้องดำเนินการใดๆทั้งสิ้น เพราะความจริงนั้นชายหญิงได้แสดงความยินยอมให้ปรากฏต่อบิดามารดาหรือผู้ปกครองแล้ว หากพิจารณากันให้ลึกซึ้งแล้วนั้น โดยในความเป็นจริงแล้วถ้าบิดามารดาของทั้งสองฝ่ายยินยอมให้ชายและหญิงสมรสกันแล้วน่าจะเป็นการถือได้ว่าบิดามารดาหรือผู้ปกครองในกรณีนี้ จะกระทำหน้าที่เป็นตัวแทนของชายและหญิงในการแสดงความยินยอมที่จะสมรสด้วยกันแทนชายกับหญิงด้วยซ้ำไป และการประกอบพิธีแต่งงานตามประเพณีดั้งเดิมของไทยซึ่งยังไม่มีจดทะเบียนสมรส แต่เป็นวิธีการประกาศความเป็นสามีภริยากันของชายและหญิง ความจริงก็คือการประกาศเจตนายินยอมที่จะเป็นสามีภริยากันให้สาธารณชนได้ทราบนั่นเอง ซึ่งวิธีการนี้ไม่ต่างจากการแสดงความยินยอมของชายและหญิงที่ต้องแสดงร่วมกันต่อบุคคลภายนอก เพื่อกำหนดทะเบียนสมรส ในรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ เพราะทะเบียนสมรสก็คือเอกสารที่เป็นหลักฐานสาธารณะสำหรับให้ประชาชนตรวจสอบเพื่อทราบสถานะของการสมรสของชายกับหญิงที่ได้สมรสกัน โดยมีวัตถุประสงค์ที่คล้ายคลึงกับการประกาศความเป็นสามีภริยาตามรูปแบบการสมรสภายใต้เงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ หรือประเพณีแต่งงานนั่นเอง ซึ่งในปัจจุบันก็ยังคงถือปฏิบัติกันอยู่ เช่น การมีงานเลี้ยงอาหารในลักษณะของการจัดงานเลี้ยงฉลองมงคลสมรส ซึ่งวัตถุประสงค์ที่แท้จริงก็คือ ต้องการประกาศให้สาธารณชนทราบว่าชายหญิงคู่นี้เป็นสามีภริยากันแล้ว ห้ามคนอื่นมายุ่งเกี่ยวและล่วงเกินทางประเพณีต่อไป

ประเพณีไทยที่แสดงออกถึงความยินยอมของผู้ใช้อำนาจปกครองในการโอนสิทธิในทางปกครองไปให้แก่สามีของหญิงภายหลังที่มีการสมรสกันนั้น ผู้วิจัยได้ค้นพบว่า การโอนสิทธิและอำนาจ

ในการปกครองหญิงปรากฏให้เห็นในการส่งตัวเจ้าสาวตามประเพณีเมื่อเสร็จสิ้นพิธีแต่งงาน โดยฝ่ายชายได้รับสิทธินี้ด้วยการให้สินสอดแก่บิดามารดาหรือผู้ปกครองของหญิงเพื่อตอบแทนที่หญิงนั้นยอมสมรส และเป็นค่าน้ำนมที่พ่อและแม่ฝ่ายหญิงได้ดูแลหญิงนั้นมาอย่างดี และเป็นารับโอนมาซึ่งอำนาจในการปกครองหญิงนั้นมาโดยปริยาย

ประเพณีของไทยและกฎหมายลักษณะผัวเมียตั้งแต่สมัยโบราณจวบจนถึงช่วงเวลาที่มิใช่กฎหมายกำหนดให้มีการจดทะเบียนสมรสระหว่างชายหญิงจึงเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการจดทะเบียนสมรสนี้ผู้วิจัยเรียกว่ารูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ประเพณีของไทยและกฎหมายลักษณะผัวเมียก็ถือเอาความยินยอมโดยเปิดเผยเป็นการสมรสที่ถูกต้องตามประเพณี และไม่ได้ถือเฉพาะการสมรสที่ต้องประกอบพิธีสมรส มีการเชิญแขกมาร่วมพิธีเท่านั้นว่าเป็นการสมรสที่ถูกต้อง แต่ถือเอาการอยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยาโดยเปิดเผย ซึ่งเป็นที่ยอมรับของสังคมแล้วว่าเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายลักษณะผัวเมียในสมัยนั้นด้วย²¹⁶

ดังนั้น จึงได้ทำการสรุปประเด็นนี้ว่า วิถีแห่งการสมรสตามรูปแบบของวัฒนธรรมและความเชื่อ หรือ ประเพณีแต่งงาน และการสมรสตามรูปแบบของธรรมชาติมีความสอดคล้องกันโดยมีอาจแยกออกจากกันได้ เพราะการสมรสในรูปแบบนี้ เป็นการนำเอาสิ่งที่มีอยู่แล้วตามวิถีแห่งธรรมชาติมาปรับเข้ากับวัฒนธรรม ประเพณี และความเชื่อของแต่ละท้องถิ่น และนำมาเป็นแนวทางในการประพฤติปฏิบัติตามของผู้ที่อาศัยอยู่ในสังคมนั้นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ ที่ถูกนำมาปรับใช้ให้อยู่ในรูปของวัฒนธรรม ประเพณีและความเชื่อของมนุษย์ เพราะแท้จริงแล้วการสมรสในรูปแบบของธรรมชาตินี้ เป็นสิ่งที่มนุษย์ทุกคนจะต้องเรียนรู้และเข้าใจ เพราะมนุษย์ทุกคนบนโลกต้องเกิดจากการสมรสในรูปแบบของธรรมชาตินี้ด้วยกันทั้งนั้น เป็นรูปแบบของการสมรสที่เป็นสัจธรรมและเป็นจุดเริ่มต้นของการสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ แม้ในปัจจุบันนี้มนุษย์จะมองข้ามรูปแบบการสมรสทั้ง 2 รูปแบบนี้ไป โดยไม่ให้ความสนใจ และมองว่าไม่มีประโยชน์อะไร เพราะเป็นเรื่องของธรรมชาติที่มนุษย์ไม่สามารถควบคุมหรือทำการเปลี่ยนแปลงอะไรได้ แต่ในความเป็นจริงแล้วการสมรสรูปแบบของธรรมชาตินี้คือการสมรสที่แท้จริง เป็นการสมรสที่เป็นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ และเป็นสัจธรรมของการกำเนิดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ ที่มีที่มาจากการสมรสนั่นเอง

2.3.3 รูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ

เมื่อสังคมเริ่มเปลี่ยนแปลงไป ประชากรมีเพิ่มมากขึ้น การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของมนุษย์ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศที่ได้ทำการสมรสตามรูปแบบของธรรมชาติ และประกอบพิธี

²¹⁶ เสฐียรโกเศศ, ประเพณีเกี่ยวกับชีวิต ปลูกเรือน-แต่งงาน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2514), หน้า 100-102.

แต่งงานตามรูปแบบของวัฒนธรรมและประเพณีก็มีเพิ่มจำนวนมากขึ้น และเป็นธรรมดาเมื่อมนุษย์สองคนอยู่ด้วยกันบางครั้งอาจต้องมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันออกไปทำให้เกิดความไม่ลงรอยกันในบางเรื่อง และบางครั้งสิ่งที่ตามมาคือ ปัญหาของการอยู่ร่วมกันของคู่รักที่มีความคิดเห็นที่แตกต่างและไม่สามารถที่จะแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นเหล่านี้ได้ ปัญหาของการทะเลาะเบาะแว้งก็เกิดขึ้นตามมาในชีวิตคู่ของพวกเขาเหล่านั้น สิ่งเหล่านี้เป็นเหตุผลหลักที่ทำให้รัฐมีความต้องการที่จะเข้ามาแก้ไขปัญหาดังกล่าว ด้วยการจัดรูปแบบของการสมรสให้มีระเบียบมากขึ้น รัฐจึงพยายามเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของการจัดรูปแบบของการสมรส โดยการกำหนดมาตรฐานขึ้นมาใหม่โดยวิธีการสร้างหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการสมรสไว้ในรูปแบบของตัวบทกฎหมาย โดยรัฐได้นำรูปแบบของการรับรองสถานะของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์มาเป็นองค์ประกอบหลักที่สื่อความหมายให้เห็นถึงการแสดงสถานะในทางกฎหมายที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองต่างๆ โดยกฎหมายภายในของรัฐ ดังนั้นจึงทำให้การสมรสในรูปแบบใหม่ที่รัฐเป็นผู้กำหนดนั้นได้ถือกำเนิดขึ้นในรูปแบบของการขึ้นทะเบียนคู่รัก ซึ่งต่อมาถูกเรียกว่าการจดทะเบียนสมรสนั่นเอง เพราะฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า รูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐนั้น ถูกกำหนดขึ้นโดยวิธีการจดทะเบียนสมรสนั่นเอง

การจดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย อันเป็นการได้มาซึ่งหลักฐานแห่งการสมรสที่เรียกว่าใบสำคัญการสมรส หรือทะเบียนสมรสนั้น ก็มีลักษณะที่เปรียบได้กับการนำรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ หรือแม้แต่รูปแบบการประกอบพิธีกรรมในทางศาสนาของคู่สมรสนั้นๆ หรือหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การที่มนุษย์สองคนที่ได้ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันนั้น จดทะเบียนเข้าสู่ระบบของรัฐหรือลงทะเบียน เพื่อให้รัฐได้ใช้เป็นข้อมูลในการบริหารและจัดการคู่สมรสที่ได้จดทะเบียนตามเงื่อนไขของรัฐ โดยคู่สมรสเหล่านั้นจะต้องยินยอมอยู่ภายใต้อำนาจของกฎหมายสมรสของรัฐนั้นด้วย เพื่อเป็นการแลกกับการได้มาซึ่งสิทธิประโยชน์ต่างๆ ภายหลังจากการจดทะเบียนสมรสดังที่ได้กล่าวมาแล้ว โดยรัฐก็จะขึ้นทะเบียนรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่คู่รักที่ได้ยินยอมทำการจดทะเบียนเข้าสู่ระบบของรัฐต่อไป ซึ่งรูปแบบการจดทะเบียนสมรสในประเทศไทยได้มีขึ้นภายหลังจากการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ในปี พ.ศ.2478

ในความเป็นจริงแล้ว การสมรสโดยวิถีแห่งธรรมชาติถือได้ว่าเป็นสิทธิส่วนตัวของมนุษย์ เป็นสิทธิที่รัฐจะต้องไม่เข้ามาก้าวก้าวยในการขจัดและขัดขวางการสมรสของมนุษย์ เพราะสิ่งเหล่านี้ถือเป็นสิทธิโดยธรรมชาติที่รัฐต้องให้เสรีภาพแก่ประชาชนในการเลือกคู่ครองตามวิถีแห่งธรรมชาติ และธรรมชาติจะเป็นผู้ตอบสนองความต้องการของมนุษย์เอง แต่อย่างไรก็ตามรัฐกลับไม่ได้มองเช่นเดียวกับสิ่งที่ผู้วิจัยกล่าวมานี้ เนื่องจากรัฐอ้างเหตุผลถึงความจำเป็นในการรับรองและคุ้มครองสิทธิของพลเมืองในรัฐมากกว่าสิทธิโดยธรรมชาติที่มีอยู่ในตัวมนุษย์ทุกคน เพราะรัฐมองต่อไปว่าสิทธิโดยธรรมชาติที่อยู่ในตัวมนุษย์ทุกคนนั้น รัฐมีหน้าที่โดยชอบธรรมในการเข้ามาควบคุมสิทธิโดย

ธรรมชาติของมนุษย์ทุกคนที่อยู่ภายใต้การปกครองของรัฐนั้น เนื่องจากธรรมชาติก็ได้มอบสิทธิในการปกครองพลเมืองโดยเด็ดขาดให้แก่รัฐเช่นกัน ดังนั้นรัฐจึงมีความชอบธรรมที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นมาต่างหากจากหลักเกณฑ์ของธรรมชาติเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนในรัฐนั้นๆให้มีระเบียบและเป็นไปตามกฎหมายของรัฐได้ เฉกเช่น รูปแบบของการสมรส ที่รัฐมีความชอบธรรมที่จะกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการสมรสขึ้นมาโดยมีความแตกต่างจากหลักเกณฑ์ของธรรมชาติ หรือหลักเกณฑ์ตามความเชื่อของศาสนา แต่รัฐก็ยังคงหลักเกณฑ์พื้นฐานต่างๆ ที่แต่เดิมเป็นของธรรมชาติ และหลักเกณฑ์ของศาสนาไว้ เพียงแต่เพิ่มเติมหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการสมรสบางประการขึ้นมาใหม่เท่านั้น เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะรัฐมองเห็นถึงสภาพปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นในสังคมอันเนื่องมาจากการสมรสที่ไม่มีหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกับสภาพสังคมในยุคต่างๆ ดังนั้นเหตุผลหลักที่รัฐต้องการจะเข้ามามีบทบาทในการจัดรูปแบบของการสมรส คือรัฐต้องการจะเข้ามามีส่วนในการรับรองและคุ้มครองสิทธิให้แก่ประชาชนในรัฐ รวมถึงการเข้ามามีส่วนในการสร้างกฎหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการสมรสขึ้นมาใหม่ให้มีรูปธรรมและสอดคล้องกับสภาพสังคมในแต่ละยุคแต่ละสมัย รวมไปถึงการเข้ามามีบทบาทในการบัญญัติกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในลักษณะของคู่สมรส ที่อาจจะต้องมีการกระทบกระทั่งกันบ้างในบางเวลา เป็นต้น โดยผู้วิจัยขอเรียกการกระทำของรัฐในลักษณะนี้ว่า การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ในทางกฎหมาย

ในเรื่องรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐนี้ ในกฎหมายบางประเทศถือเป็นสาระสำคัญ และเป็นการบังคับ ถ้าการสมรสมิได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างถูกต้อง หรือขาดสาระสำคัญ แม้ในบางขั้นตอนก็ถือว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะได้ รูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐนั้น ตามที่ผู้วิจัยได้กล่าวนำไปตั้งแต่ต้นแล้วว่า เป็นหลักเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นในลักษณะของบทบัญญัติของกฎหมาย และมีสภาพบังคับที่ประชากรในรัฐนั้นๆ จะต้องปฏิบัติตาม ในส่วนนี้ผู้วิจัยขอยกตัวอย่างของหลักเกณฑ์ในการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ที่ประเทศไทยได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้เป็นที่ทราบดีอยู่แล้วว่าเป็นตัวกำหนดเงื่อนไขของการสมรสเอาไว้ด้วย โดยที่บุคคลใดก็ตามที่ต้องการจะทำการสมรส และต้องการให้การสมรสของตนเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย จำต้องปฏิบัติตามกฎหมายฉบับนี้ อย่างเคร่งครัด เพราะมิฉะนั้นแล้ว การสมรสของเขาเหล่านั้นอาจเป็นการสมรสที่ไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายก็อาจเป็นได้

โดยในส่วนนี้ขออธิบายอย่างสั้นๆ ถึงเงื่อนไขของการสมรสตามกฎหมายไทย โดยประการแรก แบ่งเป็นการสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขของกฎหมายจนเป็นเหตุให้การสมรสตกเป็นโมฆะ คือ การสมรสกับคนวิกลจริต การสมรสระหว่างญาติ การสมรสขณะที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีคู่สมรสอยู่แล้ว และการสมรสที่ทั้งสองฝ่ายจะต้องยินยอมด้วยในการสมรส โดยเงื่อนไขที่กล่าวมาข้างต้นนี้หากคู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายมิได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว การสมรสของเขาทั้งสองคนก็จะตกเป็นโมฆะ

และประการที่สองการสมรสที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายจนเป็นเหตุให้การสมรสนั้นตกเป็นโมฆียะ คือสามารถร้องขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนการสมรสที่ฝ่าฝืนนั้นได้ในภายหลัง คือ เงื่อนไขในเรื่องอายุของบุคคลที่จะทำการสมรส การสำคัญผิดในตัวคู่สมรส การถูกกลั่นแกล้งให้สมรส การถูกข่มขู่ให้สมรส หรือแม้กระทั่ง การสมรสที่คู่สมรสเป็นผู้เยาว์ที่มีอายุตั้งแต่สิบเจ็ดปีแต่ไม่ถึงยี่สิบปีจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้ปกครอง โดยเงื่อนไขที่กล่าวมาข้างต้นนี้หากคู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายมิได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว การสมรสของเขาทั้งสองก็จะตกเป็นโมฆียะ และยังคงไปถึงเงื่อนไขประการอื่นๆ อีกที่อาจจะไม่มีผลทำให้การสมรสของเขาเหล่านั้นตกเป็นโมฆะ หรือโมฆียะแต่อาจส่งผลถึงสิ่งอื่นๆ ที่ตามมาจากการสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขของกฎหมาย อาทิ การสมรสระหว่างบุตรบุญธรรม กับผู้รับบุตรบุญธรรม ที่มีผลให้การสมรสมีผลสมบูรณ์แต่ทำให้การรับบุตรบุญธรรมเป็นอันต้องยกเลิกไป หรือ การสมรสใหม่ของหญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงโดยประการอื่นที่จะมีผลในประเด็นข้อสันนิษฐานในเรื่องความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้เป็นบิดา เป็นต้น

ดังนั้น จากหลักเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นในลักษณะของกฎหมายในรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น มีความต้องการจะสื่อให้เห็นว่า รูปแบบของการสมรสรูปแบบนี้มีความละเอียดและซับซ้อนกว่ารูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ เนื่องจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐนั้นมีหลักเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมและมีสภาพบังคับที่สามารถทำให้บังเกิดผลที่ตามมากับบุคคลทั้งสองที่ทำการสมรสตามความต้องการของกฎหมาย โดยการตัดสินสถานะของการสมรสด้วยตัวบทกฎหมาย และเป็นตัวพิสูจน์ให้เห็นถึงสถานะของความสมบูรณ์ของการสมรสว่า การสมรสนั้นมีผลสมบูรณ์หรือไม่ในทางกฎหมายมากกว่าที่จะย้อนกลับไปดูความจริงที่เกิดขึ้น ส่วนรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาตินั้นผู้วิจัยกลับวิเคราะห์หว่านเป็นสังขรณ์ของการสมรสที่แท้จริงมากกว่า ถึงแม้ว่าลักษณะของกฎหมายในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาตินั้นจะไม่มี ความชัดเจนและเป็นรูปธรรมอย่างเช่นรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐก็ตาม แต่รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติก็สะท้อนให้เห็นถึงความจริงของการสมรสที่ธรรมชาติได้มอบให้แก่มนุษย์ในการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของตนเอง และสิ่งที่สำคัญที่ผู้วิจัยได้ค้นพบจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ คือ รัฐเพียงต้องการแค่รับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในทางกฎหมายของประชากรในรัฐ เพียงเพื่อป้องกันและคุ้มครองสิทธิอันเกิดจากการสมรสของบุคคลทั้งสองที่เป็นประชากรของรัฐ และรัฐเองมีความต้องการจะรับรองสิทธิต่างๆ รวมไปถึงการคุ้มครองสถาบันครอบครัวอันเกิดขึ้นจากการสมรสของประชากรในรัฐนั่นเอง แต่ในความเป็นจริงแล้วอาจเป็นไปได้ที่คู่รักที่ได้สมรสกันหากไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของทั้งสองรูปแบบ อาจทำให้การสมรสนั้นสมบูรณ์ในรูปแบบหนึ่ง แต่อาจไม่สมบูรณ์ในอีกรูปแบบหนึ่งก็เป็นได้ โดยเฉพาะปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างบ่อยครั้งที่การสมรสนั้นจะสมบูรณ์ในรูปแบบการสมรสของธรรมชาติแต่จะไม่สมบูรณ์ในรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ เพราะเหตุที่คู่สมรส

ไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขของการสมรสที่รัฐเป็นผู้บัญญัติขึ้น เช่น การสมรสกันในระหว่างเครือญาติ การสมรสกับคนวิกลจริต หรือแม้แต่ การสมรสกับบุคคลที่มีคู่สมรสอยู่แล้ว ซึ่งในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาตินั้นการสมรสมีผลสมบูรณ์แต่ในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐนั้นการสมรสตกเป็นโมฆะ เป็นต้น ส่วนประเด็นที่ว่าคู่สมรสที่ทำการสมรสกันตามรูปแบบการสมรสที่เป็นเงื่อนไขของธรรมชาติแล้วจะต้องทำการสมรสตามรูปแบบการสมรสที่เป็นเงื่อนไขของรัฐด้วยหรือไม่นั้น ในเรื่องนี้กฎหมายไม่ได้บังคับว่าคู่สมรสทุกคู่ที่สมรสกันตามรูปแบบการสมรสที่เป็นเงื่อนไขของธรรมชาติแล้วจะต้องมาจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามรูปแบบของการจดทะเบียนสมรสที่เป็นเงื่อนไขของรัฐด้วย

จากที่เคยกล่าวไว้ว่ารูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาตินั้นต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ที่ประกอบไปด้วยความรัก ความสมัครใจและความยินยอม รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐก็ยังคงยึดหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้เช่นกัน ในการกำหนดเงื่อนไขของการสมรส แต่ลักษณะของความยินยอมในการสมรสนั้นมีความหมายที่กว้างขึ้นและถูกกำหนดให้มีสภาพบังคับโดยผลของกฎหมาย โดยจะเห็นได้จากการที่กฎหมายได้วางเงื่อนไขและข้อสันนิษฐานในเรื่องความยินยอมของการสมรสไว้หลายประการ หากมีการสมรสโดยปราศจากความยินยอมประเภทที่แสดงว่าขาดเจตนาหรือความสมัครใจ หรือแม้แต่ขาดความเข้าใจ และคำนึงถึงสาระสำคัญของการสมรส กฎหมายให้การสมรสในรูปแบบของรัฐนั้นตกเป็นโมฆะทันที และกฎหมายยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการสมรสต่อไปอีกว่า หากการสมรสนั้นเกิดขึ้นโดยคู่สมรสมีความยินยอมซึ่งกันและกัน แต่ความยินยอมนั้นบกพร่อง เช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้นคือ การถูกข่มขู่ให้ทำการสมรส หรือการสำคัญผิดในตัวบุคคลที่เป็นคู่สมรส หรือแม้แต่การเข้าใจผิดเนื่องจากกลฉ้อฉลหรือการสมรสที่เกิดจากเจตนาลวงหรือแม้กระทั่งการสมรสที่มีเงื่อนไข ความบกพร่องเหล่านี้ก็อาจนำมาซึ่งการสมรสที่เป็นโมฆะได้ โดยคู่สมรสฝ่ายที่สุจริตสามารถขอให้ศาลเพิกถอนได้ หรือถ้าไม่มีการเพิกถอนการสมรสนั้นก็จะมีผลสมบูรณ์มาตั้งแต่ต้น โดยกฎหมายได้เปิดโอกาสให้คู่สมรสฝ่ายที่สุจริตมีสิทธิที่จะเลือกได้

ความยินยอมในการสมรสถือเป็นสาระสำคัญของการสมรสทั้งรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ที่จะส่งผลให้การสมรสนั้นมีผลสมบูรณ์หรือไม่ และอาจมีผลทำให้การสมรสนั้นสามารถเกิดขึ้นได้หรือไม่ด้วย แต่สิ่งที่แตกต่างกันของทั้งสองรูปแบบอยู่ตรงที่ การให้ความยินยอมตามรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐนั้น คู่สมรสต้องแสดงความยินยอมอย่างชัดเจนต่อหน้านายทะเบียนที่จดทะเบียนสมรส รวมทั้งนายทะเบียนจะต้องบันทึกความยินยอมนั้นไว้ในฐานะเป็นพิธีการส่วนหนึ่งของการสมรสด้วย เพื่อใช้เป็นหลักฐานในการแสดงความยินยอมต่อไป ในส่วนของประเด็นบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการแสดงความยินยอมในการสมรสนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2478 เดิม มาตรา 1445(4) บัญญัติให้การสมรสต้องกระทำด้วยความยินยอม แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

พ.ศ.2519 ใหม่ มาตรา 1458 ได้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์ว่า “ต้องแสดงความยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย” จากบทบัญญัติที่เพิ่มขึ้นนี้แสดงว่ากฎหมายได้กำหนดแบบในการจดทะเบียนสมรสไว้เป็นการบังคับในส่วนที่เกี่ยวกับความยินยอม บทบัญญัติในมาตรา 1458 ที่เพิ่มสาระสำคัญในเรื่องการแสดงความยินยอมนี้สามารถแบ่งพิจารณาได้เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่ให้คู่สมรสแสดงความยินยอมให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน กับส่วนที่นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ ส่วนการจดทะเบียนสมรสในประเทศไทยนั้น นายทะเบียนตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ.2478 กำหนดให้กรรมการอำเภอเป็นนายทะเบียนและต่อมามีพระราชบัญญัติบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2495 มาตรา 40 บัญญัติให้นายอำเภอหรือปลัดอำเภอเป็นนายทะเบียน ซึ่งการจดทะเบียนต่อหน้านายอำเภอดังกล่าวนี้จะกระทำที่สำนักทะเบียน ประจำอำเภอ หรือภายนอกสำนักทะเบียน ประจำอำเภอก็ได้ ส่วนการจดทะเบียนสมรสในต่างประเทศ หากกฎหมายของประเทศนั้นกำหนดแบบการสมรสเป็นอย่างอื่นโดยไม่ต้องจดทะเบียนสมรส และคู่สมรสประกอบพิธีตามกฎหมายนั้น แบบพิธีการสมรสนั้นมีผลเท่ากับการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทย ถ้าคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายจะจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทยก็ได้ โดยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1459 บัญญัติให้พนักงานทูตหรือกงสุลไทยเป็นผู้รับจดทะเบียน หากคนไทยสมรสในประเทศที่ไม่มีสถานทูตหรือสถานกงสุลไทยประจำอยู่ ก็ไม่สามารถจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทยได้ เจ้าหน้าที่ทางการทูตจะมีอำนาจหน้าที่จำกัดเฉพาะในอาณาเขตที่ตนประจำอยู่เท่านั้น ไม่เหมือนนายทะเบียนท้องถิ่นในประเทศไทย ที่อาจไปปรากฏตัวและจดทะเบียนสมรสในสถานที่ใดก็ได้ แม้แต่กระทำการจดทะเบียนสมรสในสถานที่ที่อยู่นอกท้องถิ่นก็ได้

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้จะเห็นได้ว่า รูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐมีหลักเกณฑ์ที่มากกว่ารูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ เพราะการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติเป็นหลักเกณฑ์ที่ถูกสร้างขึ้นและควบคุมโดยธรรมชาติอันเป็นสัจธรรมของการสมรส แต่การสมรสตามเงื่อนไขของรัฐนั้นต้องเป็นไปตามข้อกำหนดต่างๆ ที่ถูกสร้างและควบคุมโดยมนุษย์ในลักษณะของบทบัญญัติกฎหมายที่ต้องมีสภาพบังคับ เพราะในความเป็นจริงแล้วอาจเป็นไปได้ที่คู่รักที่ได้สมรสกันหากไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของทั้งสองรูปแบบ อาจทำให้การสมรสนั้นสมบูรณ์ในรูปแบบหนึ่ง แต่อาจไม่สมบูรณ์อีกรูปแบบหนึ่งก็เป็นได้ โดยเฉพาะปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างบ่อยครั้งว่าการสมรสนั้นจะสมบูรณ์ในรูปแบบการสมรสของธรรมชาติแต่จะไม่รูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ เพราะเหตุที่คู่สมรสไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของการสมรสที่รัฐเป็นผู้บัญญัติขึ้น จึงทำให้ในสังคมยุคปัจจุบันประชาชนมีความนิยมที่จะสมรสกันตามรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติเพียงอย่างเดียวมากกว่าที่จะสมรสกันตามรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐด้วย เนื่องจากสาเหตุที่รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐนั้นมีความยุ่งยากซับซ้อนและมีหลักเกณฑ์ที่อาจจะสร้างภาระผูกพันให้แก่คู่

สมรสในภายภาคหน้าได้ รวมไปถึงสาเหตุสำคัญที่คู่สมรสต่างมองว่าการจดทะเบียนสมรสเป็นการรับรองสถานะโดยรัฐ รัฐรับรู้ถึงการสมรสและการอยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยาของพวกเขา ซึ่งคู่สมรสบางคู่มองในประเด็นของกฎหมายที่เกี่ยวข้องและมีผลกระทบในแง่ลบกับการดำเนินธุรกิจและผลประโยชน์ต่างๆ ที่จะมีผลกระทบมาจากการจดทะเบียนสมรสของเขาทั้งสองได้ ดังนั้นคู่สมรสประเภทนี้จึงเลือกที่รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติก็เพียงพอที่จะตอบสนองความต้องการของพวกเขาเหล่านั้นได้แล้ว แนวคิดเช่นนี้เกิดขึ้นมากในสังคมสมัยใหม่ที่ทำให้ความสำคัญกับสถาบันธุรกิจมากกว่าสถาบันครอบครัวและมองว่าชีวิตครอบครัวคือธุรกิจและผลประโยชน์ที่ต้องรักษาไว้ไม่ให้เกิดความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการสมรส รวมไปถึงชีวิตของคู่สมรสในแถบชนบทที่อยู่ห่างไกลความเจริญ โดยที่สังคมชนบทนั้นมองว่ารูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐหรือการจดทะเบียนสมรสนั้นไม่มีความจำเป็นสำหรับพวกเขาเหล่านั้น คู่สมรสในรูปแบบนี้จะมีความสุขกับชีวิตในแบบดั้งเดิมที่บรรพบุรุษของตนใช้ชีวิตมาก่อนมากกว่า แต่คู่สมรสบางคู่ก็มีได้คิดเช่นนั้น เพราะพวกเขามีความคิดว่าการจดทะเบียนสมรส คือ การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยรัฐ รัฐรับรู้ถึงการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของพวกเขา เวลามีปัญหาอะไรในเรื่องการใช้ชีวิตคู่ หรือปัญหาครอบครัวกฎหมายก็จะทำหน้าที่เป็นตัวกลางในการแก้ไขปัญหาเหล่านั้นได้เป็นอย่างดี รวมทั้งมีรูปแบบของการจัดการทรัพย์สินของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายที่ออกเงยขึ้นมาภายหลังจากการสมรสได้อย่างเป็นระบบ ประกอบกับการกำหนดภาระหน้าที่ของความเป็นคู่สมรสในการดูแลและรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของบุตร อำนาจในการปกครองบุตรผู้เยาว์ รวมถึงสิทธิประโยชน์มากมายในฐานะของคู่สมรสที่จะได้รับจากภาครัฐ โดยเฉพาะสิทธิและสวัสดิการต่างๆ ที่ภาครัฐได้ให้ความสำคัญแก่คู่สมรสมาเป็นอันดับแรกเนื่องจากกฎหมายมองว่าคู่สมรสนั้นคือบุคคลที่ใกล้ชิดที่สุดและรับรู้เรื่องราวของกันและกันเสมือนหนึ่งเป็นบุคคลคนเดียวกันในครอบครัวนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม เมื่อคู่สมรสชายและหญิงที่ได้สมรสกันตามรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติแล้ว อาจมีประเด็นข้อสงสัยว่าจะต้องสมรสตามรูปแบบการสมรสที่เป็นเงื่อนไขของรัฐ หรือการจดทะเบียนสมรสด้วยหรือไม่นั้น ในเรื่องนี้กฎหมายก็ไม่ได้บังคับไว้แต่อย่างใด ว่าคู่สมรสทุกคู่ที่สมรสกันตามรูปแบบการสมรสที่เป็นเงื่อนไขธรรมชาติแล้วจะต้องมาจดทะเบียนสมรสตามรูปแบบของการจดทะเบียนสมรสที่เป็นเงื่อนไขของรัฐด้วย ดังนั้นการจดทะเบียนสมรสในรูปแบบของการสมรสที่เป็นเงื่อนไขของรัฐนั้นจึงเป็นทางเลือกที่ให้คู่สมรสมีสิทธิที่จะจดทะเบียนสมรสหรือไม่ก็ได้ ไม่มีผลเป็นการบังคับที่จะต้องมีความผิดและมีบทกำหนดโทษสำหรับคู่สมรสที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายแต่อย่างใด การที่คู่สมรสไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายนั้น อาจจะได้รับผลกระทบเพียงเป็นการสมรสที่มีขอบด้วยกฎหมายเท่านั้น และคู่สมรสก็จะไม่อยู่ในสถานะของคู่สมรสตามกฎหมาย แต่ก็ยังคงเป็นการสมรสที่ขอบด้วยเงื่อนไขของธรรมชาติ และเป็นคู่สมรสที่ถูกต้องตามเงื่อนไขของธรรมชาติอยู่เช่นเดิม

2.4 หลักเกณฑ์ของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศใน รูปแบบของการสมรส

หลักเกณฑ์ของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศ ไม่ว่าจะเป็นการสมรสภายใต้เงื่อนไขของธรรมชาติ การสมรสโดยภายใต้เงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ หรือเรียกว่า ประเพณีแต่งงาน และการสมรสภายใต้เงื่อนไขของรัฐ ต่างก็ต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ที่มีความแตกต่างกันออกไปโดยสภาพ เนื่องจากวัตถุประสงค์หลักที่มีความแตกต่างกันออกไปตามรูปแบบของการสมรส ซึ่งในเนื้อหาของวัตถุประสงค์ที่มีความแตกต่างกันของการสมรสทั้งสามรูปแบบนั้น จะได้ทำการอธิบายโดยละเอียดในหัวข้อต่อไป ในหัวข้อนี้จะได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์โดยทั่วไปของการสมรสทั้งสามรูปแบบว่ามีความแตกต่างกันอย่างไร โดยนำข้อมูลในหัวข้อที่ได้อธิบายไว้แล้วก่อนหน้ามาวิเคราะห์ให้เห็นถึงหลักเกณฑ์โดยทั่วไปของการสมรสในประเด็นนี้ได้เป็นอย่างดีเป็นรูปธรรมมากขึ้น

โดยทั่วไปแล้วหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติได้ถูกกำหนดไว้อย่างตายตัว ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้โดยกลไกของมนุษย์ เพราะหลักเกณฑ์เหล่านี้ธรรมชาติเป็นผู้กำหนด และสรรสร้างสิ่งต่างๆ ให้เกิดขึ้นได้อย่างเหมาะสม และเกิดขึ้นได้เช่นเดียวกันในทุกชนชาติ ทุกประเทศ ซึ่งสามารถปฏิบัติตามและนำมาใช้ได้โดยไม่ต้องมีกำหนดเวลา และสถานที่ ส่วนการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อนั้น แม้โดยทั่วไปแล้ว รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติกับรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อของมนุษย์ จะมีรูปแบบของการสมรสและวัตถุประสงค์ของการสมรสที่คล้ายกันจนแยกไม่ออก แต่หลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อนั้นมีความแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด ซึ่งในส่วนนี้จะขออธิบายโดยละเอียดในลำดับต่อไป แต่สิ่งที่เห็นว่ามีแตกต่างอย่างชัดเจนอย่างยิ่งเลยก็คือ หลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะในแต่ละรัฐอาจกำหนดเงื่อนไขไว้ไม่เหมือนกัน ขึ้นอยู่กับวัฒนธรรมและสภาพสังคมของรัฐนั้นๆ เป็นสำคัญ หลักเกณฑ์การสมรสตามเงื่อนไขของรัฐของแต่ละรัฐอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามความต้องการของสภาพสังคมของรัฐนั้นๆ โดยรัฐจะกำหนดหลักเกณฑ์ของการสมรสในลักษณะของบทบัญญัติกฎหมาย และเมื่อกฎหมายของรัฐใดได้กำหนดหลักเกณฑ์ของการสมรสไว้อย่างไร บุคคลของรัฐนั้น ก็จะต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมายนั้น ซึ่งรายละเอียดของเนื้อหาในส่วนนี้ขอเริ่มอธิบายให้เห็นอย่างชัดเจนถึงหลักเกณฑ์ของการสมรสทั้งสามรูปแบบ โดยเริ่มจากการหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติก่อนและตามมาด้วยหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ หรือที่มนุษย์เรียกว่า ประเพณีแต่งงาน หลังจากนั้นจึงจะได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ตามลำดับดังนี้

2.4.1 หลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ

หลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ เป็นสิ่งที่ถูกกำหนดขึ้นจากวิถีทางด้านเพศสรีระของมนุษย์ตามวิถีแห่งธรรมชาติ โดยหลักเกณฑ์เหล่านี้จะถูกกำหนดขึ้นให้มีลักษณะที่สอดคล้องและเป็นไปตามรูปแบบและวัตถุประสงค์ของการสมรสของมนุษย์ในรูปแบบธรรมชาติ นั่นก็คือการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ ดังนั้น หลักเกณฑ์ของการสมรสในรูปแบบนี้จึงมีลักษณะที่เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับวัตถุประสงค์ กล่าวคือ หลักเกณฑ์เหล่านี้จะถือกำเนิดขึ้นโดยอาศัยความสมัครใจและความยินยอมในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของมนุษย์ทั้งชายและหญิงที่เกิดจากความรักที่มีให้กันและกันของบุคคลทั้งสอง ซึ่งหลักเกณฑ์นี้จะมีรูปแบบและลักษณะที่ธรรมชาติได้สร้างขึ้นมาเพื่อตอบสนองความต้องการในทางอารมณ์และความรู้สึก ให้มีความต้องการวิถีทางเพศกับเพศตรงข้ามกับตน ซึ่งจะมีผลต่อการสืบพันธุ์ของมนุษย์โดยวิธีการร่วมประเวณีระหว่างมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายและเพศสรีระเป็นหญิง

ดังนั้นจึงได้ทำการวิเคราะห์และพบว่าหลักเกณฑ์ที่แท้จริงของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาตินั้น ประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์เหล่านี้ คือ หลักเกณฑ์ประการที่หนึ่ง คือ เรื่องของความรักของชายและหญิง หลักเกณฑ์ประการที่สอง คือ เรื่องความพร้อมของสรีระของชายและหญิง และหลักเกณฑ์ประการที่สุดท้าย คือ เรื่องความสมัครใจและความยินยอมในการร่วมประเวณีของเพศสรีระชายและเพศสรีระหญิง ดังนั้นจึงมีเพียงสามหลักเกณฑ์ที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้เท่านั้นที่เป็น สิ่งที่ธรรมชาติกำหนดขึ้นเพื่อเป็นเงื่อนไขของการสมรสตามวิถีของธรรมชาติ และการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์

โดยจากการศึกษาข้อมูลทั้งหมดก็ไม่พบหลักเกณฑ์ประการอื่นใดอีก ที่เป็นหลักเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นโดยธรรมชาติ เพื่อกำหนดเงื่อนไขในการสมรสของมนุษย์ ด้วยเหตุผลที่ว่า ธรรมชาติสร้างมนุษย์เพศชายและมนุษย์เพศหญิงขึ้นมา และธรรมชาติก็ให้สิทธิโดยชอบธรรมแก่มนุษย์เพศชายและมนุษย์เพศหญิงในการเลือกคู่ครองและมอบประเวณีให้แก่กันและกันเพื่อขยายเผ่าพันธุ์ของตน โดยธรรมชาติเองก็ได้กำหนดทุกอย่างให้เป็นไปตามกลไกของมนุษย์โดยอัตโนมัติ โดยอาศัยสามเงื่อนไขที่ธรรมชาติได้วางหลักเกณฑ์ไว้เท่านั้น

2.4.2 หลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ

หลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ หรือ ที่มนุษย์เข้าใจว่าเป็นหลักเกณฑ์ในการประกอบพิธีกรรมแต่งงานนี้ หลักเกณฑ์นี้มนุษย์มีความเข้าใจมาโดยตลอดว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่ธรรมชาติกำหนดขึ้น แต่แท้จริงหาใช่เป็นหลักเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นโดยธรรมชาติไม่ แต่เป็นหลักเกณฑ์ที่เกิดจากวัฒนธรรมและประเพณีในสังคมนั้นๆ ที่พัฒนามาจากความเชื่อของมนุษย์ และถูกกำหนดขึ้นมาโดยมนุษย์ จนกลายมาเป็นประเพณีแต่งงานที่มนุษย์ทุกคนได้เรียนรู้และเข้าใจ และจำเป็นต้องปฏิบัติตามรูปและของวัฒนธรรมและประเพณีที่บรรพบุรุษได้ถ่ายทอดไว้ ทำ

หลักเกณฑ์ในการประกอบพิธีกรรมแต่งงานกลายเป็นวัฒนธรรมของมนุษย์ที่สืบทอดจากรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่ง แล้วมนุษย์ก็มาอ้างว่าเป็นหลักเกณฑ์ของธรรมชาติ อาทิ หลักเกณฑ์ในเรื่องของความสามารถของผู้ที่จะทำการแต่งงาน หลักเกณฑ์ในเรื่องของการแต่งงานแบบผัวเดียวเมียเดียว หลักเกณฑ์เรื่องการสมรสซ้อน หลักเกณฑ์ในเรื่องของการสมรสกันในระหว่างเครือญาติ เป็นต้น

หลักเกณฑ์ที่ได้กล่าวมานี้ เป็นหลักเกณฑ์ที่มนุษย์เป็นผู้กำหนดขึ้นมาเองทั้งสิ้น และประเพณีปฏิบัติสืบทอดกันมาจนกลายเป็นวัฒนธรรม โดยเป็นการอาศัยแนวคิดในด้านศีลธรรม จารีต ประเพณีท้องถิ่นและความเชื่อของศาสนาเป็นส่วนประกอบ เพื่อให้เกิดหลักเกณฑ์เหล่านี้ขึ้นมาแล้วมาอ้างว่าเป็นสิ่งที่ธรรมชาติเป็นผู้กำหนดขึ้น ซึ่งแท้จริงแล้วหาเป็นเช่นนั้นไม่ แท้จริงแล้วหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นนี้กลับเป็นหลักเกณฑ์ที่ถูกเพิ่มเติมขึ้นมาให้มีความเป็นระเบียบในสังคมมนุษย์ ที่ต้องการควบคุมพฤติกรรมการสมรสของมนุษย์ให้ตั้งอยู่ในศีลธรรมอันดีงามเท่านั้น ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ได้เพิ่มเติมเข้ามานี้ส่งผลให้หลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขธรรมชาติและหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อมีความแตกต่างกัน ทั้งๆ ที่มีรูปแบบและวัตถุประสงค์ที่คล้ายกัน

หากศึกษาโดยละเอียดจะพบว่า แม้รูปแบบและวัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและ รูปแบบและวัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ จะเป็นไปในแนวทางเดียวกัน แต่มีความแตกต่างกันเพียงในเรื่องของหลักเกณฑ์ของทั้งสองรูปแบบนี้เท่านั้น โดยรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อได้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรม จารีตประเพณีท้องถิ่น และแนวคำสอนของศาสนาเข้าไป เพื่อให้หลักเกณฑ์เหล่านี้มีความเป็นรูปธรรมมากขึ้น

ดังนั้น การเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ที่มาจากวัฒนธรรม จารีตประเพณีท้องถิ่นและความเชื่อ ได้ส่งผลให้หลักเกณฑ์การสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและหลักเกณฑ์การสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ หรือประเพณีแต่งงาน มีความแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด แต่หากวิเคราะห์ให้ละเอียดจะพบว่า หลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติที่ถูกกำหนดเพิ่มเติมจากวัฒนธรรม จารีตประเพณีท้องถิ่น และความเชื่อในทางศาสนา จนทำให้มีความแตกต่างกันออกไปนั้น ได้แทรกซึมและถูกกลืนเข้าไปในหลักเกณฑ์การสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติจนมนุษย์ทุกคนมีความเข้าใจว่าหลักเกณฑ์เหล่านี้มีที่มาอย่างเดียวกัน

เมื่อศึกษาเพิ่มเติมมากขึ้นยังได้ค้นพบข้อมูลต่อไปอีกว่า การสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและ การสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ ที่มีรูปแบบและวัตถุประสงค์ที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ต่างกันแค่เพียงหลักเกณฑ์เท่านั้น โดยหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อก็มีลักษณะที่แยกจากกันไปโดยสิ้นเชิง แต่มนุษย์ตั้งแต่อดีตได้พยายามนำหลักเกณฑ์ของการสมรสทั้งสองรูปแบบมารวมกัน

โดยพยายามนำหลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อไปรวมเข้าไว้ด้วยกันกับหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ ทำให้มนุษย์เข้าใจมาโดยตลอดว่าหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่มีมากมายเหล่านี้ธรรมชาติเป็นผู้กำหนด และมนุษย์ทุกคนจำต้องปฏิบัติตาม เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะในอดีตนั้นมนุษย์ยังไม่กำหนดเงื่อนไขของการสมรสขึ้นมาบังคับใช้ในลักษณะของกฎหมายเหมือนในปัจจุบัน แต่มนุษย์ได้พยายามนำหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติมาเป็นกฎหมายเพื่อใช้ในการบังคับเอากับประชากรในรัฐของตน ซึ่งในความเป็นจริงแล้วอย่างที่ผู้วิจัยได้กล่าวไว้ว่าหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อได้ถูกสอดแทรกและกลมกลืนเข้าไปกับหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติอย่างแยกไม่ออก ทำให้มนุษย์ในยุคนี้ก็นำเอาหลักเกณฑ์ของการสมรสของวัฒนธรรมและความเชื่อที่ถูกรวมเข้ากับหลักเกณฑ์ของการสมรสตามธรรมชาติ มาพัฒนาให้อยู่ในลักษณะของกฎหมายที่เป็นเงื่อนไขของการสมรสของคนในยุคนี้ อาทิ กฎหมายโรมัน ประมวลกฎหมายจัสติเนียน กฎหมายศาสนาคริสต์ รวมถึงกฎหมายลักษณะผัวเมียของไทย เป็นต้น ดังนั้นในยุคหนึ่งหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อจึงได้กลายมาเป็นกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมลักษณะของการประกอบพิธีแต่งงานไปโดยปริยาย ก่อนที่จะมีการจดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ดังจะเห็นได้จาก หลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อของกลุ่มคนที่นับถือศาสนาคริสต์และกลุ่มคนที่นับถือศาสนาคริสต์อิสลาม หรือ หลักเกณฑ์ของประเพณีแต่งงานของชนชาติต่างๆ ที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมจากหลักเกณฑ์การสมรสของธรรมชาติ อาทิ การสมรสต้องมีคู่สมรสเพียงคนเดียว ส่วนศาสนาอิสลามนั้น การสมรสของชายที่สามารถมีภริยาได้สี่คน หรือแม้แต่หลักเกณฑ์ของศาสนาคริสต์ที่สมรสแล้ว มีอาจหย่าขาดจากกันได้ หรือทั้งศาสนาคริสต์และอิสลามที่ได้ห้ามคู่สมรสที่เป็นญาติสืบสายโลหิตสมรสกัน รวมไปถึง การสมรสจะต้องกระทำต่อหน้าพระของศาสนานั้นๆ จึงเป็นการสมรสที่สมบูรณ์ เป็นต้น

ดังนั้น หลักเกณฑ์ที่ได้เพิ่มเติมเข้ามานี้ล้วนแล้วแต่มาจากวัฒนธรรม ประเพณีท้องถิ่น และความเชื่อของมนุษย์ในสังคมนั้นๆ เป็นหลัก ซึ่งต่อมาก็กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายที่นำมาใช้ในการกำหนดเป็นเงื่อนไขของการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของประชากรในรัฐนั้นๆ โดยในเวลาต่อมาหลักเกณฑ์การสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อเหล่านี้ได้ถูกยกเลิกไปและได้มีการนำหลักเกณฑ์การสมรสตามเงื่อนไขของรัฐโดยวิธีการกำหนดเงื่อนไขเพื่อทำการจดทะเบียนสมรสมาใช้แทนหลักเกณฑ์ของวัฒนธรรมและประเพณี โดยหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อบางหลักเกณฑ์ก็กลายมาเป็นหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐด้วย ซึ่งในส่วนนี้จะกล่าวโดยละเอียดในลำดับต่อไป

แต่ถึงอย่างไรก็ตามยังค้นพบว่าอีกว่า ในปัจจุบันหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ หรือ ประเพณีแต่งงาน ก็ยังคงนำมาใช้อยู่กับประเทศที่ไม่มีรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ หรือประเทศที่ไม่มีการจดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ แต่ใช้หลักเกณฑ์

ของวัฒนธรรม ประเพณีท้องถิ่น และความเชื่อมาเป็นกฎหมายเพื่อบังคับใช้กับประชากรในรัฐในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกัน อาทิ ประเทศอิหร่าน ประเทศซาอุดีอาระเบีย ประเทศชูดาน นครรัฐวาติกัน เป็นต้น สำหรับประเทศไทยนั้น ก่อนที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว ในปี พ.ศ.2478 ที่นำรูปแบบของการจดทะเบียนสมรสมาใช้บังคับ กฎหมายลักษณะฉัวเมียของไทย ก็ได้นำหลักเกณฑ์การสมรสของวัฒนธรรม ประเพณีท้องถิ่นและความเชื่อในทางศาสนา มาบัญญัติให้มีลักษณะที่เป็นกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับการใช้ชีวิตร่วมกันของประชากรในยุคนั้นเช่นกัน

2.4.3 หลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ

หลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ คือหลักเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นมาโดยรัฐ ซึ่งในฐานะที่รัฐมีอำนาจอยู่เหนือประชาชน รัฐเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขต่างๆ ในลักษณะของบทบัญญัติกฎหมาย โดยมีวัตถุประสงค์หลักตามที่ได้เคยกล่าวไว้ว่า รัฐมีความต้องการในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตร่วมกันของคนที่มีความรักให้แก่กัน โดยทำการรับรองสถานะในทางกฎหมายให้แก่ประชาชนที่อยู่ในรัฐนั้นๆ ในรูปแบบของการจดทะเบียนรับรองสถานะโดยรัฐ อันเป็นไปในลักษณะที่คู่รักได้มาลงทะเบียนว่าตนมีความประสงค์ที่จะใช้ชีวิตร่วมกันและต้องการจะให้รัฐรับรองสถานะในการใช้ชีวิตร่วมกันให้ โดยคู่สมรสที่มาลงทะเบียนดังกล่าว ก็ต้องยอมรับที่จะปฏิบัติตามเงื่อนไขและบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ ที่รัฐเป็นผู้กำหนดขึ้นมาด้วย หลังจากนั้นรัฐก็จะมีหน้าที่ในการรับจดทะเบียนให้ โดยเป็นลักษณะของการบันทึกชีวิต หรือบันทึกความยินยอมในการเป็นสามีและภริยาของบุคคลทั้งสอง เมื่อดำเนินการเสร็จสิ้นแล้ว คู่รักที่ได้รับการบันทึกทางทะเบียนจากรัฐ ก็จะถูกกลายเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐ

กล่าวโดยสรุปก็คือ รัฐใช้การจดทะเบียนมาเป็นตัวกำหนดว่าการสมรสใดเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และรัฐก็ได้ใช้เงื่อนไขที่กำหนดขึ้นโดยรัฐเอง มาเป็นตัวพิจารณาว่าคู่รักคู่ใดที่จะสามารถได้รับการรับรองสถานะภาพชีวิตคู่โดยรัฐได้ ซึ่งการรับรองสถานะดังกล่าวนี้ ก็เพื่อที่จะได้ทำให้สถานะของคู่รักที่ได้ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิต่างๆ ในฐานะของคู่สมรสนั่นเอง ประกอบกับมีสถานะเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามการรับรองสถานะในทางกฎหมายให้แก่คู่สมรสนั้นก็ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่รัฐได้กำหนดไว้ในลักษณะของกฎหมายอย่างเคร่งครัด โดยมีหลักเกณฑ์ที่มีความแตกต่างจากหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขธรรมชาติและหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ หรือประเพณีแต่งงาน แต่ก็ยังคงความคล้ายคลึงกันในบางประการ

เหตุที่รัฐต้องกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ให้แตกต่างจากหลักเกณฑ์การสมรสของธรรมชาติและหลักเกณฑ์การสมรสของศาสนาก็เพื่อ รัฐต้องการจะป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นตามมาภายหลังจาก

การสมรส อาทิ การกำหนดอายุขั้นต่ำของการสมรสไว้อย่างชัดเจน การกำหนดว่าผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมในการสมรสจากผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้ปกครองเสียก่อน การห้ามไม่ให้มีการสมรสกับคนวิกลจริตเพราะกลัวปัญหาที่จะเกิดขึ้นกับบุตรที่จะเกิดขึ้นมา เป็นต้น ดังนั้นรัฐจึงกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขของการสมรสที่มีหลายประการและมีความซับซ้อนมากกว่าหลักเกณฑ์การสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและหลักเกณฑ์การสมรสตามเงื่อนไขของศาสนา เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อป้องกันปัญหาต่างๆ ที่จะตามมาภายหลังจากการสมรส ไม่ว่าจะเป็นปัญหาความพร้อมของคู่รัก ในการสร้างครอบครัวและการปัญหาสุขภาพอนามัยของบุตรที่จะเกิดมาในภายหน้า เป็นต้น

ดังนั้นรัฐจึงกำหนดหลักเกณฑ์ของการสมรสขึ้นมา โดยที่หลักเกณฑ์ของการสมรสในแต่ละรัฐนั้นถูกกำหนดไว้โดยเงื่อนไขที่ไม่เหมือนกัน ขึ้นอยู่กับความวัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมของแต่ละสังคมที่ถือกำเนิดขึ้นในรัฐนั้นๆ โดยเฉพาะหลักเกณฑ์ของการสมรสของแต่ละรัฐก็อาจเปลี่ยนแปลงได้ตามความเหมาะสมของสังคมนั้นๆ และเมื่อกฎหมายของรัฐนั้นได้กำหนดหลักเกณฑ์ของการสมรสไว้อย่างไร ประชากรของรัฐนั้นๆ ก็จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์นั้นๆ โดยที่หลักเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นโดยรัฐในลักษณะของกฎหมายนั้น และกำหนดเงื่อนไขของการมีสิทธิที่จะได้รับการจดทะเบียนรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ในทางกฎหมายร่วมกัน โดยมีหลักเกณฑ์ที่มีความแตกต่างจากหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ หรือที่เรียกว่า ประเพณีแต่งงาน แต่ก็ยังคงความคล้ายคลึงกันในบางประการ โดยผู้วิจัยได้ทำการศึกษาเพื่ออธิบายหลักเกณฑ์ของการสมรสตามเงื่อนไขต่างๆ ดังนี้

หลักเกณฑ์ของการจดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐประการแรก คือ การสมรสต้องเป็นการกระทำโดยความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ ความสมัครใจหรือความยินยอมในการสมรสเป็นรากฐานของการสมรสที่มีความสำคัญที่สุด ซึ่งหลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและหลักเกณฑ์การสมรสตามเงื่อนไขของศาสนาด้วย ดังจะเห็นได้จากการสมรสตามหลักเกณฑ์ของศาสนาคริสต์ ที่กำหนดไว้ว่า หากการสมรสมิได้สมัครใจยินยอมกันที่จะทำการสมรส แม้จะมีพิธีการสมรสทางศาสนาต่อหน้าพระหรือพยานแล้วก็ตาม การสมรสก็จะถือว่าเป็นโมฆะ ส่วนในระบบจารีตประเพณีของอังกฤษนั้น การสมรสมีหลักเกณฑ์ว่า การสมรสจะต้องเกิดจากความสมัครใจของคู่ที่ทำการสมรส การสมรสถ้าคู่สมรสฝ่ายใดไม่สมัครใจสมรส การสมรสนั้นจะตกเป็นโมฆียะ และสามารถถูกยกเลิกได้²¹⁷ ดังเช่นในคดี Hyde v. Hyde²¹⁸ ศาลได้วางหลักไว้ว่า “การสมรสต้องเกิดจากความสมัครใจของชายและหญิง”²¹⁹ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า

²¹⁷ Kate Standley, **Family Law** (Basingstoke: Macmillan, 1993), p. 11.

²¹⁸ Hyde v. Hyde (Supreme Court, 1866)

²¹⁹ P. M. Bromley, **Family Law** (London: Butterworths, 1981), p. 17.

หลักเกณฑ์การสมรสตามเงื่อนไขของรัฐในระบบกฎหมายจารีตประเพณี ก็ยึดหลักที่ว่า การสมรสต้องเกิดจากความสมัครใจของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย

ในกรณีของกฎหมายไทย หลักในเรื่องการสมรสเป็นเรื่องเฉพาะตัวของคู่สมรสโดยสมัครใจ เพราะฉะนั้น การสมรสจึงต้องเกิดจากความยินยอมสมรสของชายและหญิงนั้น ไม่ว่าจะเป็นผู้บรรลุนิติภาวะแล้วหรือไม่ ซึ่งความยินยอมนั้นจะให้แทนกันได้ โดยหลักเรื่องความยินยอมของชายและหญิงมีอยู่เดิมตั้งแต่กฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 130 ซึ่งบัญญัติว่า “ชายหญิงพรหมจารี รักใคร่กัน พ่อแม่ไม่รู้ และชายอื่นมาขอหญิงนั้นพ่อแม่ยกให้แก่ชายผู้สว่ขอ ได้แต่งงานมีขันหมาก ครั้นถึงกำหนดให้ส่งตัวหญิง แต่หญิงนั้นมียินยอม ท่านให้เอาขันหมากนั้นตั้งใหม่พ่อแม่ทวิคุณ แล้วใช้ค่าหอและสิ่งของท่านจงเต็ม เพราะพ่อแม่หญิงมิได้ถามลูกสาวตน” ในปัจจุบันกฎหมายไทยได้บัญญัติเรื่องความยินยอมไว้ คือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1458 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อ ชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากันและต้องแสดงให้ปรากฏต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นเอาไว้ด้วย” ตามกฎหมายไทย การสมรสที่คู่สมรสมิได้ยินยอมกระทำการสมรส การสมรสนั้นตกเป็นโมฆะ อันเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 1495 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แสดงว่าการสมรสตามหลักกฎหมายไทย ตั้งแต่สมัยอดีตจนถึงปัจจุบัน การสมรสจะกระทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีความยินยอม ดังนั้นความยินยอมจึงเป็นหลักสำคัญของการสมรส

ในกฎหมายไทย หลักความยินยอมในการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐนั้น ไม่ว่าจะคู่ที่ต้องการสมรสจะบรรลุนิติภาวะแล้วหรือไม่ก็ตาม ต้องแสดงเจตนายินยอมในการทำการสมรสโดยสมัครใจ ไม่อยู่ในภาวะที่ถูกบังคับ ช่มชู้ หรือ กลฉ้อฉล โดยลักษณะของการให้ความยินยอมนั้นไม่จำกัดว่าต้องแสดงความยินยอมอย่างไร และโดยวิธีใด ฉะนั้นอาจเป็นการพูดหรือการลงลายมือชื่อรับรองในแบบพิมพ์ที่แสดงความยินยอมที่นายทะเบียนยื่นให้กรอกก็ได้ การยินยอมต้องกระทำโดยเจตนาที่บริสุทธิ์ การแสดงความยินยอมเพื่อทำการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐนั้นอาจแสดงเจตนาแทนกันได้ รวมไปถึงหากบุคคลที่ทำการสมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแสดงเจตนายินยอมสมรสกันหลอกๆ เพื่อหวังผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งถือว่าไม่ใช่ความยินยอม

ดังนั้น จากการศึกษาพบว่า แม้การแสดงความยินยอมในการสมรสของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายนี้จะเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความสำคัญที่สุด และเป็นหลักเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นทั้งในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ และรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ แต่หากพิจารณาโดยละเอียดจะพบว่า หลักเกณฑ์ในเรื่องความยินยอมในการสมรสของทั้งรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อและรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐมีความแตกต่างกันอยู่ตรงที่หลักเกณฑ์ในเรื่องความยินยอมในการสมรสของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ และ

รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อนั้น แท้จริงแล้วคือ ความสมัครใจยินยอมในการร่วมประเวณีของชายและหญิงด้วยกันทั้งสองฝ่าย เพื่อการปฏิสนธิและกำเนิดทารกในครรภ์ของหญิงนั้น อันเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ ส่วนหลักเกณฑ์ในเรื่องความยินยอมในการสมรสของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ จะรวมไปถึงความยินยอมในการประกาศให้สาธารณะชนได้รับรู้ และเป็นพยานรักให้แก่คู่บ่าวสาวถึงความเป็นสามีภริยาของคู่รักทั้งสองที่ได้ประกอบพิธีแต่งงานด้วย แต่หลักเกณฑ์ในเรื่องความยินยอมในการสมรสของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐนั้น แท้จริงแล้วเพียงแค่ คู่สมรสแสดงความยินยอมให้ปรากฏชัดเจนต่อหน้านายทะเบียนที่จดทะเบียนสมรส และนายทะเบียนมีหน้าที่ในการบันทึกความยินยอมนั้นไว้เท่านั้น โดยกฎหมายหาได้บังคับให้คู่สมรสต้องแสดงความยินยอมอย่างลึกซึ้งเช่นความยินยอมในการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและ ความยินยอมในการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อไม่ เพราะวัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐนั้น คือ การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในทางกฎหมายให้แก่คู่รักที่มีความรักให้กันและกันเท่านั้น

หลักจากที่ได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ประการแรกทีกล่าวถึงการแสดงความสมัครใจ และความยินยอมในการสมรส แต่การสมัครใจที่จะทำการสมรสนั้น ก็ต้องเป็นการแสดงเจตนาที่แท้จริง ไม่ได้เป็นการแสดงเจตนาที่จะยินยอมทำการสมรสเพราะมีเหตุการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดมาบังคับให้คู่สมรสให้ความยินยอมจึงทำให้เกิดหลักเกณฑ์ของการสมรสประการที่สองขึ้นมานั้นก็คือ

หลักเกณฑ์ของการจดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐประการที่สอง คือ การสมรสต้องเกิดจากการแสดงเจตนาที่แท้จริงของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายเท่านั้น การแสดงเจตนาที่แท้จริง หมายถึง ความยินยอมในการสมรสต้องแสดงออกจากเจตนาที่มีใจบริสุทธิ์ไม่ได้ยินยอมเพราะถูกบังคับ และต้องเป็นเจตนาที่เกิดขึ้นมาจากภายในที่มีความต้องการสมรสของคู่รัก ไม่ได้เกิดจากเจตนาที่ถูกหลอกให้สมรสด้วยกลอุบายต่างๆ หรือ ถูกข่มขู่ให้ทำการสมรส หรือแม้แต่การสำคัญผิดในตัวคู่สมรสที่ตนต้องการจะสมรสด้วย ซึ่งหมายความว่า หากเกิดการสมรสขึ้นมาแล้ว แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าการสมรสดังกล่าว นั้นเกิดขึ้นมาจากการสำคัญผิดในตัวคู่สมรส การถูกกลฉ้อฉลให้ทำการสมรส หรือแม้แต่ การถูกข่มขู่ให้ทำการสมรส การกระทำดังที่กล่าวมานี้ก็อาจกลายเป็นเหตุปัจจัยที่มีผลให้การสมรสนั้นเป็นการสมรสที่มีข้อบกพร่องด้วยกฎหมายและอาจถูกศาลพิพากษาเพิกถอนได้ในภายหลัง

หลักเกณฑ์ของการจดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐประการที่สามคือ การกำหนดจำนวนคู่สมรสที่จะทำการสมรส ซึ่งการสมรสส่วนใหญ่ที่มีอยู่ในประเทศต่างๆ ในโลกเป็นแบบคู่สมรสเพียงคนเดียว แต่ก็ยังมีบางประเทศในโลกนี้ ที่นิยมการสมรสแบบมีคู่สมรสหลายคน ซึ่งขึ้นอยู่กับขนบธรรมเนียม ประเพณี ศาสนา และกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งส่งผลให้ทำให้มีการแบ่งแยกประเภทของการสมรสที่ข้อด้วยกฎหมายออกเป็น 4 ประเภทด้วยกัน ดังนี้

1. การสมรสระหว่างชายคนเดียวกับหญิงคนเดียว การสมรสเช่นนี้เรียกว่า แบบผัวเดียวเมียเดียว ซึ่งมีอยู่ในประเทศที่ประชาชนนับถือศาสนาคริสต์และศาสนาพุทธ

2. การสมรสระหว่างชายคนเดียวกับหญิงหลายคน การสมรสชนิดนี้เรียกว่า การสมรสแบบมีภริยาได้หลายคน ซึ่งมีอยู่ในประเทศที่นับถือศาสนาอิสลามและศาสนาฮินดู

3. การสมรสระหว่างชายหลายคนกับหญิงเพียงคนเดียว การสมรสดังกล่าวเป็นไปตามสิทธิในการมีสามีได้หลายคนในเวลาเดียวกัน ซึ่งการสมรสประเภทนี้ยังคงมีผู้ถือปฏิบัติอยู่แต่มีจำนวนน้อย โดยส่วนใหญ่แล้วจะมีอยู่ในแถบเขตปกครองตนเองอิเบตของสาธารณรัฐประชาชนจีน และประเทศศรีลังกา

4. การสมรสระหว่างชายหลายคนกับหญิงหลายคน การสมรสเช่นนี้ยังคงมีอยู่ในชุมชนเล็กๆ ในแคว้นแมลละบา ทางใต้ของอินเดีย ซึ่งประชาชนยังยึดถือแนวความคิดความสัมพันธ์ทางเพศร่วมกัน

ในต่างประเทศการสมรสก็ยึดถือหลัก การสมรสแบบชายคนเดียวกับหญิงคนเดียว โดยมีการบัญญัติกฎหมายรับรองหลักดังกล่าวไว้ในเรื่องการสมรสซ้อน โดยทั้งระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและระบบกฎหมายจารีตประเพณีก็มีแนวทางเดียวกัน คือถือหลักการสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียว เช่นในสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ประชากรส่วนใหญ่นับถือศาสนาคริสต์ และใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งพัฒนามาจากหลักความยุติธรรมและถือบรรทัดฐานมาจากคำพิพากษา กฎหมายของสหรัฐอเมริกายึดถือหลักการสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียว ตัวอย่างเช่น รัฐแคลิฟอร์เนีย ได้บัญญัติห้ามการสมรสซ้อน โดยบัญญัติไว้ใน California Penal Code มาตรา 281 อันมีหลัก คือ

1. บุคคลทุกคนที่มีสามีหรือภริยาที่ยังมีชีวิตอยู่ ถ้าทำการสมรสกับบุคคลอื่นอีกบุคคลนั้นมีความผิดฐานสมรสซ้อน

2. การพิจารณาสำหรับความผิดฐานสมรสซ้อนไม่จำเป็นต้องพิสูจน์พยาน แต่การสมรสจะไม่มีลักษณะเป็นการสมรสซ้อนถ้าหาก

1) บุคคลที่ทำการสมรสใหม่ เมื่อสามีหรือภริยาเดิมได้ละทิ้งร้างเป็นระยะเวลา 5 ปีติดต่อกัน

2) บุคคลได้ทำการสมรสใหม่ โดยการสมรสครั้งก่อนเป็นโมฆะ เมื่อสิ้นสุดลงโดยคำพิพากษาของศาลที่มีอำนาจ²²⁰

²²⁰ Daniel R. Pinello, *Gay Rights and American Law* (New York: Cambridge University Press, 2003), p. 164.; *California Family Code*, Retrieved June 12, 2014 from <http://www.caselaw.lp.findlaw.com/cacodes/297.html>

ผลตามกฎหมายของการสมรสซ้อนจะเป็นโมฆะ แต่ต้องให้ศาลพิพากษาเพิกถอนการสมรสซ้อนนั้น นอกจากการสมรสซ้อนจะเป็นโมฆะแล้ว บุคคลที่ทำการสมรสซ้อนยังมีความรับผิดในทางอาญารฐานสมรสซ้อนเป็นการลงโทษ และปรับเป็นเงินมากกว่า 10,000 ดอลลาร์ หรือลงโทษจำคุกตามหรือลงโทษจำคุกมากกว่า 1 ปี ส่วนกรณีบุคคลใดได้รู้ข้อเท็จจริงและสมัครใจเข้ากับการสมรสกับสามีหรือภรรยาของบุคคลอื่น มีความผิดโดยจะถูกปรับไม่น้อยกว่า 5,000 ดอลลาร์ หรือลงโทษจำคุกตามพฤติการณ์

ในกฎหมายต่างประเทศโดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกา โดยศาลยุติธรรมในระบบกฎหมายจารีตประเพณี ได้วางหลักว่าการสมรสซ้อนเป็นความผิดทางอาญาต่อสาธารณชนและกระทบต่อหลักศีลธรรม จึงกำหนดฐานความผิดขึ้น เพื่อป้องกันความสัมพันธ์ของระบบการสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียว²²¹ ดังนั้นจึงสนับสนุนหลักการสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียว

กฎหมายฝรั่งเศสบัญญัติให้การสมรสเป็นอนาถนียมเป็นโมฆะ แต่ต้องมีคำพิพากษา สั่งให้การสมรสซ้อนเป็นโมฆะ โดยทั่วไปไม่อาจกล่าวอ้างความเป็นโมฆะของการสมรสซ้อนโดยยังไม่มีคำพิพากษาได้ นอกจากนี้การสมรสซ้อนยังมีความผิดทางอาญา โดยประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 433-20 ได้กำหนดโทษสำหรับบุคคลที่ทำการสมรสซ้อนโดยมีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี และมีโทษปรับไม่เกิน 300,000 ฟรังก์ด้วย” และในมาตรา 433-20 ดังกล่าวยังได้กำหนดโทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 1 ปีและปรับไม่เกิน 300,000 ฟรังก์ซึ่งเป็นโทษในระดับเดียวกันสำหรับเจ้าหน้าที่ ที่ได้จัดทำเอกสารให้แก่คู่สมรสโดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นการสมรสซ้อน

กฎหมายเยอรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1309 บัญญัติห้ามมิให้ทำการสมรสครั้งที่สองก่อนที่การสมรสครั้งแรกจะสิ้นสุดลง หรือมีการประกาศการสมรสครั้งแรกตกเป็นโมฆะ ซึ่งก็คือหลักห้ามการสมรสซ้อนนั่นเอง การสมรสซ้อนตามกฎหมายเยอรมันมีผลคือ การสมรสซ้อนนั้นตกเป็นโมฆะ อันเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายเยอรมันมาตรา 1326²²² ดังนั้นในกฎหมายเยอรมันก็ยึดถือการสมรสต้องมีคู่สมรสเพียงคนเดียว

ส่วนในประเทศที่นับถือศาสนาอิสลามเป็นศาสนาอิสลามประจำชาติ ก็ได้ยึดถือหลักการสมรสแบบชายคนเดียวกับหญิงหลายคน เนื่องจากการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำที่เป็นไปตามหลักคำสอนของศาสนา และเป็นวัฒนธรรมของชาวมุสลิมในการสืบทอดบรรพบุรุษให้คงอยู่สืบไป และเป็นการป้องกันปัญหาการผิดประเวณีระหว่างชายและหญิงด้วย

ส่วนประเทศไทยเป็นประเทศที่นับถือศาสนาพุทธ การสมรสของไทย จึงยึดถือหลักคู่สมรสเพียงคนเดียว ถ้าคู่สมรสที่ทำการสมรสใหม่ โดยการสมรสครั้งแรกยังมีผลตามกฎหมายอยู่การสมรส

²²¹ Us.Potter v. Murray City (Supremecourt, 1998)

²²² The German Civil Code, Section 1309, 1326

ครั้งหลังเป็นการสมรสซ้อนผลการสมรสจะตกเป็นโมฆะ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วการจดทะเบียนสมรสซ้อนในประเทศนั้น อาจเป็นความผิดในทางอาญาตามมาตรา 137 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงานซึ่งอาจทำให้ผู้อื่นหรือประชาชนเสียหาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะการจดทะเบียนสมรสซ้อนคือการแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่พนักงานเจ้าหน้าที่นั่นเอง

หลักเกณฑ์ของการจดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐประการที่สี่คือ การสมรสต้องไม่กระทำขึ้นระหว่างญาติสืบสายโลหิต หลักการห้ามสมรสในระหว่างญาติสืบสายโลหิตเป็นหลักสำคัญ โดยกฎหมายเล็งถึงเหตุผลในทางการแพทย์ที่ทำให้เด็กที่เกิดมาจากการสมรสดังกล่าว เป็นโรคปัญญาอ่อน หรือมีสุขภาพไม่แข็งแรง เนื่องจากยีนส์ (Genes) ร่วมที่บิด ไม่ถ่ายทอดลักษณะจับคู่ คือ ญาติสนิทที่ยีนส์อย่างเดียวกัน ยีนส์หน่วยใดบิดก็จะบิดเหมือนกัน โดยบิดากับบุตรสาวมียีนส์ที่เหมือนกันถึง 1 ใน 4 และปู่ ตากับหลานมียีนส์ที่เหมือนกัน 1 ใน 4 นอกจากเหตุผลในทางการแพทย์แล้ว ยังมีเหตุผลทางศาสนาและศีลธรรม เพราะการที่ญาติย่อมกระทบความรู้สึกของสังคมในทางศีลธรรม

ความเป็นญาตินั้นไม่จำเป็นว่าเป็นญาติที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กฎหมายกำหนดลำดับญาติในลำดับที่ห้ามสมรสกันไว้ อาทิ ห้ามสมรสในระหว่าง พ่อ แม่ ลูก ปู่ ย่า ตา ยาย พี่ น้อง หลาน ซึ่งแยกพิจารณาดังนี้ ในระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี โดยเฉพาะกฎหมายของอังกฤษได้วางหลักในเรื่องนี้ว่า การสมรสจะเป็นโมฆะ ถ้าทำการสมรสกับญาติ ผู้เป็นญาตินั้นคือ ผู้เป็นญาติสืบสายโลหิตและรวมถึงญาติโดยการสมรส อย่างไรก็ตามในปัจจุบันข้อจำกัดห้ามมิให้สมรสในระหว่างญาติโดยการสมรส มิได้เคร่งครัดเหมือนก่อน อันเป็นไปตาม Marriage Act 1986²²³

หลักกฎหมายอังกฤษห้ามสมรสกับญาติ เช่น ผู้ชายห้ามสมรสกับ แม่ ย่า ลูก ปู่ พี่สาว อา หลาน แต่สามารถสมรสกับลูกเลี้ยง แม่เลี้ยง แม่ยาย ดังนั้นคู่สมรสสามารถสมรสกับลูกของสามีหรือภรรยา (ลูกเลี้ยง) ถ้าทั้งคู่มีอายุ 21 ปีหรือมากกว่านั้น และต้องไม่อยู่ในฐานะลูกเลี้ยงก่อนอายุ 18 ปี ผู้ชายสามารถสมรสกับลูกสะใภ้ได้ เพียงถ้าทั้งสองฝ่ายอายุ 21 ปี หรือมากกว่านั้น และภรรยาหรือลูกสะใภ้ได้ตายแล้ว การสมรสที่ฝ่าฝืนหลักดังกล่าวกฎหมายกำหนดให้การสมรสตกเป็นโมฆะ²²⁴ การที่กฎหมายอังกฤษห้ามสมรสกับญาติหรือผู้มีความสัมพันธ์นั้นเพื่อป้องกันการสืบพันธุ์ด้วยเชื้อสายที่ใกล้ชิดกัน และเป็นการขัดขวางการร่วมประเวณีระหว่างชายหญิงที่ถือกำเนิดจากบิดามารดาเดียวกัน²²⁵

²²³ Kate Standley, *op. cit.*, p. 26.

²²⁴ *Ibid.*, pp. 26-27.

²²⁵ Matrimonial Causes Act 1973 section 11(a)(i)

ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะกฎหมายของฝรั่งเศส โดยในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสบัญญัติห้ามการสมรสระหว่างญาติดังนี้

1. ระหว่างผู้บุพการี หรือผู้สืบสันดานโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา²²⁶
2. ระหว่างญาติที่เกิดจากการสมรสในทางตรง²²⁷ เช่น ระหว่างบิดากับลูกสะใภ้
3. หรือระหว่างลูกชายกับแม่เลี้ยง
4. ระหว่างพี่กับน้องโดยสายโลหิตหรือโดยการสมรส²²⁸
5. ระหว่างลุง น้ำ อา กับหลาน²²⁹

ในหลักการตามประมวลแพ่งฝรั่งเศสที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาข้างต้นนี้ ความเป็นญาติตาม 1-3 นั้น คือ ญาติที่ขอบด้วยกฎหมายและญาติตามสายโลหิตที่ไม่ขอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นกัน

ตามกฎหมายอิสลามที่ได้บัญญัติไว้โดยนำหลักคำสอนมาจากพระคัมภีร์อัลกรุอัน บทที่ 4 โองการที่ 22:23 โดยได้บัญญัติห้ามไว้คือ

1. ห้ามชายสมรสกับมารดา ย่า ยาย และที่สูงขึ้นไป
2. ห้ามชายสมรสกับลูกสาว หลานสาว เหลน และที่ต่ำลงมา
3. ห้ามชายสมรสกับพี่สาว น้องสาว ป้า อาสาว
4. ห้ามชายสมรสกับลูกสาวของพี่ชายหรือน้องชาย และที่ต่ำลงไป
5. ห้ามชายสมรสกับลูกสาวของพี่สาวหรือน้องสาว และที่ต่ำลงมา
6. ห้ามชายสมรสกับแม่นม พี่สาวหรือน้องสาวที่ร่วมดื่มนมแม่เดียวกัน
7. ห้ามชายสมรสรวมกันทั้งพี่สาวและน้องสาว
8. ห้ามชายสมรสกับหลานสาวและอาสาว หลานสาวและน้ำสาว
9. ห้ามชายสมรสกับหลานสาวและป้าของนาง หรือนางและหลานสาวนาง (หมายถึงห้ามผู้ชายสมรสควบระหว่างนางทั้งสอง)
10. ห้ามชายสมรสกับแม่ยาย ลูกเลี้ยง แม่เลี้ยง (ถึงแม้ว่าพ่อของเขาจะไม่ได้ร่วมหลับนอนกับนางแล้วก็ตาม)

การกำหนดบุคคลที่ต้องห้ามสำหรับการสมรสไว้เช่นนี้ เพราะพระเจ้าทรงต้องการยกฐานะมนุษย์ให้สูงกว่าสัตว์อื่นๆ และเป็นการป้องกันการถ่ายทอดพันธุกรรมในลักษณะด้อยที่มีส่วนทำให้ทารกเป็นเด็กพิการหรือสติปัญญาไม่เฉียวฉลาด

²²⁶ The France Civil Code Section 161

²²⁷ The France Civil Code Section 161

²²⁸ The France Civil Code Section 162

²²⁹ The France Civil Code Section 163

ในระบบกฎหมายไทยนั้น ในอดีตกฎหมายลักษณะผัวเมีย ได้วางหลักในเรื่องการห้ามทำการสมรสกับญาติซึ่งมีหลักการดังต่อไปนี้คือ

กฎหมายลักษณะผัวเมียมาตรา 35 บัญญัติว่า “หากทำชู้ด้วยเมียลุง เมียตา เมียปู่ เมียอา เมียน้า เมียพี่ตนเอง มันผู้มิกลัวเกรง มันมีอายุแก่บาปดั่งนั้น ให้เอาหมั้นคนร้ายจำ”

กฎหมายลักษณะผัวเมียมาตรา 36 บัญญัติว่า “พ่อแม่ลูก พี่น้อง ยายหลาน ตาหลาน ลุงหลาน น้าหลาน ทำชู้กันไซ้ให้ทำแพลยผู้นั้นในทะเล ให้เจ้าพ่อแม่พี่น้องพลีเมืองทั้ง 4 ประตุ ไก่ 8 ตัว ให้สมณชีพรามณ์สวดทำพิธีการระงับอุบาทจัญไร น้ำฟ้าน้ำฝนจึงจะตกแก่คนทั้งหลาย ฝ่ายพ่อแม่พี่น้องรู้ว่าลูกหลานทำมิชอบ มิได้ว่ากล่าว ทานว่าให้ลงโทษโดยโทษานุโทษ”

กฎหมายลักษณะผัวเมียห้ามทำการสมรสกับญาติ โดยมีได้ห้ามญาติสืบสายโลหิตโดยตรงที่จะร่วมประเวณีหรือสมรสเท่านั้น แต่ห้ามญาติสายข้างเคียงด้วย โดยกฎหมายถือว่าการสมรสระหว่างเครือญาติดังกล่าวเป็นการละเมิดอันมิโทษ เช่น นอกจากห้ามญาติสายตรงแล้วยังห้ามประเวณีระหว่างลุงกับหลาน น้ากับหลานด้วย

ส่วนในกฎหมายไทยสมัยปัจจุบันก็ยังคงห้ามการสมรสกันระหว่างเครือญาติเช่นเดียวกัน ดังเช่นที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1450 ซึ่งบัญญัติว่า “ชายหญิงที่เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดี เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาก็ดี จะทำการสมรสไม่ได้ ความเป็นญาติดังกล่าวมานี้ให้ถือตามสายโลหิต โดยไม่คำนึงว่าจะจะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่”

กฎหมายห้ามมิให้ทำการสมรสระหว่างญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป หรือลงมาระหว่างพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมเฉพาะบิดาหรือมารดาเดียวกัน โดยไม่คำนึงว่าจะจะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งโดยหลักแล้วญาติมีอยู่ 2 ประเภท คือ ความเป็นญาติโดยสายโลหิต และความเป็นญาติโดยการสมรส หรือ ญาติสายข้างเคียง ญาติสืบสายโลหิต คือ ปู่ ย่า ตา ยาย พ่อ แม่ ลูก หลาน หลาน พี่ น้อง ส่วนความเป็นญาติโดยการสมรส หรือ ญาติสายข้างเคียง คือ ลุง ป้า น้า อา ที่เป็นเชยหรือเป็นสะใภ้ ไม่ถือว่าเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรง กฎหมายจึงมิได้ห้ามมิให้ทำการสมรส อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นได้ห้ามเฉพาะการสมรสระหว่างญาติสืบสายโลหิตเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายลักษณะผัวเมียในอดีต ซึ่งห้ามสมรสกับญาติโดยการสมรสหรือ ญาติสายข้างเคียงด้วย

หลักเกณฑ์ของการจดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐประการที่ห้า คือ คู่สมรสต้องไม่เป็นบุคคลวิกลจริต หรือบุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ เงื่อนไขการสมรสนี้บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้ที่มีความสามารถบกพร่อง โดยบุคคลที่วิกลจริตทำให้เกิดความบกพร่องในเรื่องของความยินยอมในการแสดงเจตนาที่จะทำการสมรส รวมไปถึงปัญหาทางพันธุกรรมที่อาจจะส่งผลไปยังบุตรที่จะเกิดขึ้นมาจากบิดาหรือมารดาที่วิกลจริตและปัญหาในเรื่องความไม่พร้อมทางด้านต่างๆ ของความ

เป็นบิดาและความเป็นมารดา อันอาจจะนำมาซึ่งปัญหาครอบครัวได้ในอนาคต ดังนั้นกฎหมายจึงได้วางเงื่อนไขใหม่ให้ผู้ที่วิกลจริตทำการสมรส ปัญหาคือ บุคคลที่มีลักษณะเช่นใดจึงจะถือว่าเป็นบุคคลวิกลจริต ในเรื่องนี้มีคำจำกัดความได้ว่า “บุคคลที่มีความวิปริตในทางจิตซึ่งขาดความสามารถในการจัดการใดๆ ของตนเอง หรือบุคคลผู้มีจิตผิดปกติและยังรวมถึงบุคคลที่มีอาการกริยาผิดปกติเพราะสติวิปลาส” ส่วนคนไร้ความสามารถ คือ บุคคลที่วิกลจริตและถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถแล้วนั่นเอง

โดยในหลักเกณฑ์ข้อนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1449 ความว่า “การสมรสจะกระทำมิได้ถ้าชายหรือหญิงเป็นบุคคลวิกลจริตหรือเป็นบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ” การฝ่าฝืนเงื่อนไขในการสมรสโดยทำการสมรสกับบุคคลที่วิกลจริตการสมรสนั้นก็จะตกเป็นโมฆะ

ซึ่งจากหลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่า ไม่ว่าชายหรือหญิงฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นบุคคลวิกลจริต หรือ ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถก็มีอาจสมรสกันได้ การสมรสจะตกเป็นโมฆะ ซึ่งในที่นี้คำว่าวิกลจริต หมายความว่าถึงในขณะที่ตนได้ทำการจดทะเบียนสมรสนั้นตนจิตวิกลอยู่เท่านั้น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าคนวิกลจริตผู้นั้นไม่ได้จิตวิกลในขณะที่จดทะเบียนสมรส คือ มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ การสมรสก็ยังมีผลสมบูรณ์ ซึ่งต่างจากการจดทะเบียนสมรสของคนวิกลจริตที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถแล้ว กล่าวคือ หากคนวิกลจริตที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถแล้ว แม้ว่าตนจะจดทะเบียนสมรสในขณะที่ตนมิได้จิตวิกล และมีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ แต่การสมรสนั้นก็ตกเป็นโมฆะ

ส่วนในกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะในระบบกฎหมายจารีตประเพณีนั้น โดยเฉพาะกฎหมายของอังกฤษได้วางหลักไว้ว่า “การสมรสที่มีได้รับการยินยอมที่สมบูรณ์ เนื่องจากถูกข่มขู่ หรือเข้าใจผิด หรือความจิตวิกล การสมรสนั้นจะตกเป็นโมฆะ”

หลักเกณฑ์ของการจดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐประการที่หก คือ วัยวุฒิของคู่สมรส ในหลักเกณฑ์เรื่องนี้ขออธิบายว่า อายุถือเป็นเงื่อนไขของการสมรสที่สำคัญเช่นกัน เพราะอายุเป็นสิ่งที่กำหนดความสามารถทั้งในด้านร่างกายและด้านจิตใจของบุคคลที่จะทำการสมรส รวมไปถึงความพร้อมที่จะมีฐานะเป็นบิดาและมารดาที่จะทำหน้าที่ดูแลสั่งสอนบุตรที่ถือกำเนิดมาให้เติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่ดีของสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยไม่เป็นภาระของสังคม ดังนั้น รัฐจึงมีความต้องการให้บุคคลมีความพร้อมและสมบูรณ์เพียงพอทั้งทางร่างกายและจิตใจเท่านั้นที่จะมีสิทธิทำการสมรสกันได้ เหตุผลนี้จึงนำไปสู่การกำหนดอายุขั้นต่ำของบุคคลที่จะสามารถทำการสมรสได้ตามเงื่อนไขของรัฐ

ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี โดยเฉพาะกฎหมายของอังกฤษได้วางหลักในเรื่องอายุของบุคคลที่จะทำการสมรสไว้โดยการสมรสจะเป็นโมฆะถ้าคู่สมรสในแต่ละฝ่ายมีอายุต่ำกว่า 16 ปี²³⁰ ถ้าคู่สมรสอายุ 16 ปีหรือ 17 ปี ซึ่งมีสถานะเป็นผู้เยาว์ การสมรสต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาซึ่งมีอำนาจปกครอง²³¹

ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะกฎหมายของฝรั่งเศสได้วางหลักไว้ในประมวลแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 144 ว่า การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายอายุ 18 ปีบริบูรณ์ หญิงอายุ 15 ปีบริบูรณ์²³² การสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขดังกล่าว การสมรสนั้นจะตกเป็นโมฆะ²³³

ส่วนในกฎหมายไทย ตั้งแต่สมัยกฎหมายลักษณะผัวเมียไม่ได้กำหนดเกณฑ์ในเรื่องอายุไว้เป็นตัวเลขที่แน่นอนเหมือนในปัจจุบัน เพียงแต่กำหนดช่วงวัยอันสมควรของสรีระและความพร้อมของการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ได้เป็นเกณฑ์เท่านั้น และต่อมาหลังจากที่ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เดิม ในปี พ.ศ.2476 โดยได้กำหนดอายุขั้นต่ำไว้ว่าชายต้องมีอายุ 17 ปี และหญิงต้องมีอายุ 15 ปีบริบูรณ์ จึงจะทำการสมรสกันได้ ต่อมาหลังจากที่มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ในปี พ.ศ.2519 ได้มีการแก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องของอายุของผู้ที่จะทำการสมรสไว้ในมาตรา 1448 ความว่า “การสมรสจะกระทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์แล้วแต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนได้” หากชายและหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายฝ่าฝืนเงื่อนไขนี้ การสมรสก็จะมีผลเป็นโมฆะ²³⁴ ซึ่งผู้มีส่วนได้เสียคือบิดามารดาของชายและหญิงนั่นเอง มีสิทธินำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนการสมรสนั้นได้²³⁵

การกำหนดอายุขั้นต่ำของการสมรสไว้กับผู้เยาว์พบว่า หลักเกณฑ์ในเรื่องอายุของผู้ที่จะทำการสมรสในแต่ละประเทศนั้นมีความแตกต่างกันสิ่งเหล่านี้ขึ้นอยู่กับข้อกำหนดมาตรฐานของความสามารถในการสมรสและความพร้อมในการสร้างครอบครัวตามแนวคิดของแต่ละประเทศ โดยจำเป็นต้องคำนึงถึงความแตกต่างของวัฒนธรรม จารีตประเพณี ความเชื่อและแนวค้ำสอนของศาสนาที่ประเทศนั้นๆ ถือปฏิบัติด้วย

หลักเกณฑ์ของการจดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐประการที่เจ็ด คือ ความยินยอมของบิดามารดาหรือผู้ปกครองในกรณีที่ผู้เยาว์จะทำการสมรส ตามปกติแล้วเงื่อนไขของการสมรสบุคคล

²³⁰ Marriage Act 1949 Section 2; Matrimonial Causes Act 1973 Section 11(a)(ii)

²³¹ Marriage Act 1949 Section 3

²³² France Civil Code Article 144

²³³ France Civil Code Article 201

²³⁴ มาตรา 1503 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²³⁵ มาตรา 1504 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สองคนเมื่อยินยอมหรือตกลงใจที่จะอยู่ร่วมกันยอมทำการสมรสกันได้ แต่ความยินยอมของบิดามารดาในการอนุญาตให้ทำการสมรสได้นั้น เป็นเงื่อนไขอีกประการของการสมรสเมื่อบุคคลที่ทำการสมรสเป็นผู้เยาว์ ซึ่งหากพิจารณากฎหมายของในแต่ละประเทศก็จะพบว่า การยินยอมในการสมรสแม้จะเป็นสิทธิส่วนตัวของคู่สมรส แต่หากคู่สมรสเป็นผู้เยาว์ รัฐก็จำเป็นต้องคุ้มครองดูแลสิทธิของผู้เยาว์เป็นกรณีพิเศษ เพราะถือว่าผู้เยาว์นั้นเป็นบุคคลที่อ่อนด้อยประสบการณ์ในการตัดสินใจในการสมรส จึงเป็นเหตุผลให้รัฐต้องออกกฎหมายในการคุ้มครองผู้เยาว์ในการสมรส คือ ผู้เยาว์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้ปกครองเสียก่อนจึงจะทำการสมรสได้

ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี โดยเฉพาะกฎหมายของประเทศอังกฤษ ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ตามปกติแล้วการสมรสจะตกเป็นโมฆะถ้าปรากฏว่าคู่สมรสมีอายุต่ำกว่า 16 ปี ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติต่อไปว่า ถ้าหากคู่สมรสที่มีอายุกว่า 16 ปี แต่ไม่ถึง 18 ปี ถ้าจะทำการสมรสจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาซึ่งมีอำนาจปกครอง หรือบุคคลอื่นที่มีอำนาจปกครองผู้เยาว์ หรือในกรณีที่ผู้เยาว์อยู่ในความปกครองของศาล ศาลอาจอนุญาตให้ผู้เยาว์ทำการสมรสได้²³⁶ อาจกล่าวได้ว่าในกฎหมายอังกฤษการสมรสนอกจากคู่ที่สมรสต้องยินยอมสมัครใจทำการสมรสแล้ว ถ้าปรากฏข้อเท็จจริงต่อไปว่าคู่สมรสเป็นผู้เยาว์ คือ อายุต่ำกว่า 18 ปี การสมรสต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา หรือผู้ที่มีอำนาจปกครองผู้เยาว์และถ้าผู้เยาว์ทำการสมรสโดยฝ่าฝืนหลักดังกล่าวการสมรสนั้นเป็นโมฆะ²³⁷

ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ก็ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันในการให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ในการสมรส ประมวลแพ่งฝรั่งเศสได้วางหลักว่า บุคคลที่อายุไม่ถึง 21 ปีบริบูรณ์บุคคลนั้นเป็นผู้เยาว์²³⁸ ส่วนบุคคลจะบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุครบ 21 ปีบริบูรณ์²³⁹ ดังนั้นการสมรสแม้ว่ากฎหมายจะอนุญาตให้ชายสมรสกันได้เมื่อมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ และหญิงอายุ 15 ปีบริบูรณ์ ทำการสมรสกันได้ก็ตาม แต่บุคคลดังกล่าวถ้ายังไม่บรรลุนิติภาวะคืออายุไม่ครบ 21 ปีบริบูรณ์ การสมรสนั้นต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา หรือผู้ซึ่งมีอำนาจปกครองผู้เยาว์ โดยให้บิดามารดาเป็นผู้ให้ความยินยอม ในกรณีที่บิดามารดาตายหรือไม่สามารถให้ความยินยอมได้ ปู่ ย่า อาจให้ความยินยอมแทนได้ ในกรณีที่มีความเห็นในเรื่องความยินยอมของบุคคลดังกล่าวขัดแย้งกันให้ถือโดยปริยายว่าได้ให้ความยินยอมแล้ว²⁴⁰ ในกรณีที่บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตาย

²³⁶ Marriage Act 1949 Section 3

²³⁷ Marriage Act 1949 Section 24

²³⁸ France Civil Code Article 388

²³⁹ France Civil Code Article 488

²⁴⁰ France Civil Code Article 150

หรือไม่สามารถให้ความยินยอมได้ ความยินยอมของฝ่ายบิดาหรือมารดาเพียงฝ่ายเดียวนั้นก็เพียงพอในการให้ความยินยอมทำการสมรสได้แล้ว ถ้าผู้เยาว์ทำการสมรสโดยมิได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้มีอำนาจปกครองการสมรสนั้นเป็นโมฆะ²⁴¹

สำหรับกฎหมายของไทยในหลักเกณฑ์เรื่องนี้นั้น ในอดีตกฎหมายลักษณะผัวเมีย ได้บัญญัติไว้ใน บทที่ 79 ความว่า หญิงมีอายุตั้งแต่ 12 ปีขึ้นไปแต่มีอายุต่ำกว่า 20 ปีลงมา ถ้าหญิงนั้นอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดาต้องให้บิดามารดายินยอมด้วย หญิงจึงจะทำการสมรสได้ และตามประกาศพระราชบัญญัติลัทธิ ในสมัยรัชกาลที่ 4 จุลศักราช 1230 บัญญัติว่า “แม้หญิงอายุครบ 20 ปีแล้ว แต่หญิงนั้นมีบิดามารดาที่มีบรรดาศักดิ์สูงกว่า 400 ไร่ หากหญิงจะทำการสมรสกับชายที่มีตระกูลต่ำกว่าตนก็ต้องให้บิดามารดายินยอมเช่นกัน ทั้งนี้เพื่อจะให้สิทธิบิดามารดาในอันที่จะรักษาตระกูล”

ส่วนในปัจจุบัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1454 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์จะทำการสมรสให้นำความในมาตรา 1436 มาใช้บังคับโดยอนุโลม” โดยในมาตรา 1436 ได้วางหลักไว้ว่าบุคคลที่มีอำนาจให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ในการสมรสนั้น คือ

1. บิดาและมารดา ในกรณีที่ผู้เยาว์มีทั้งบิดาและมารดา เพราะบิดามารดาทั้งสองคนเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์
2. บิดาหรือมารดาเพียงคนเดียว ในกรณีที่ผู้เยาว์เหลือแต่บิดาหรือมารดาเพียงคนเดียว คือ บิดาหรือมารดาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดถึงแก่ความตายหรือถูกถอนอำนาจปกครอง หรือไม่อยู่ในสภาพหรือฐานะ หรือโดยพฤติการณ์ ที่ไม่อาจให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ในการสมรสได้
3. ผู้รับบุตรบุญธรรม ในกรณีที่ผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม
4. ผู้ปกครอง ในกรณีที่ผู้เยาว์ไม่มีบิดามารดาหรือผู้รับบุตรบุญธรรม หรือมีแต่บุคคลดังกล่าว ถูกถอนอำนาจปกครองไปแล้ว

ซึ่งหมายความว่า ผู้เยาว์หรือบุคคลที่อายุยังไม่ครบ 20 ปีบริบูรณ์ จะทำการสมรสได้ต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ ในการอนุญาตให้ทำการสมรสกัน หากผู้เยาว์ทำการสมรสกันโดยปราศจากความยินยอมของบิดามารดาหรือผู้ปกครอง การสมรสนั้นก็จะมีผลเป็นโมฆะ²⁴²

ดังนั้น นอกจากแนวความคิดที่ว่า การสมรสต้องเกิดจากรักและความสมัครใจและความยินยอมในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของทั้งสองฝ่ายแล้ว ก็อาจยังไม่เพียงพอสำหรับการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐได้ เนื่องจากในความเป็นจริงแล้ว รัฐมองว่าการสมรสถือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญที่สุดสำหรับชีวิต

²⁴¹ France Civil Code Article 201

²⁴² มาตรา 1509 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ของมนุษย์ เพราะการสมรสคือการสร้างสถานะความเป็นครอบครัวขึ้นมา แม้ครอบครัวจะเป็นสถาบันทางสังคมที่เล็กที่สุด แต่ครอบครัวเป็นสถาบันทางสังคมที่มีความสำคัญที่สุด การสมรสจะนำมาซึ่งภาระอันยิ่งใหญ่ที่บุคคลสองคนจะต้องร่วมกันรับผิดชอบในการสร้างสถาบันครอบครัว โดยเฉพาะภาระในเรื่องของการดูแลบุตรผู้เยาว์ที่จะเติบโตมาเป็นอนาคตที่ดีของสังคมต่อไป ดังนั้น การสมรสจึงเป็นสิ่งที่มนุษย์ทุกคนไม่ว่าชายหรือหญิงต้องคิดทบทวนและตัดสินใจอย่างรอบคอบและจำเป็นต้องให้ความสำคัญที่สุดของชีวิตของการที่ได้ถือกำเนิดเป็นมนุษย์ อีกทั้งรัฐยังเล็งเห็นว่าแม้บุคคลจะมีความพร้อมทางด้านจิตใจและมีความพร้อมในด้านสรีระที่เข้าสู่วัยเจริญพันธุ์ที่จะทำการสมรสได้แล้วก็ตาม แต่รัฐยังเล็งเห็นว่ายังมีกลุ่มคนบางกลุ่มหากต้องการสมรสก็ควรมีความพร้อมทางด้านวุฒิภาวะในการตัดสินใจเพิ่มเข้ามาอีกด้วย กลุ่มคนเหล่านั้นก็คือผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ซึ่งในบางครั้ง รัฐมองว่าการตัดสินใจกระทำอะไรบางอย่างของผู้เยาว์นั้นก็อาจไม่ได้คิดทบทวนอย่างรอบคอบ เพราะผู้เยาว์เป็นบุคคลที่อ่อนด้อยด้วยประสบการณ์ เป็นวัยที่คิดอะไรด้วยความคึกคะนอง คิดเพียงด้านเดียว ด้วยเหตุนี้หากผู้ที่ทำการสมรสเป็นผู้เยาว์แม้มีสิทธิที่จะสมรสได้ตามกฎหมายก็ควรให้บิดามารดาหรือผู้ที่มีอำนาจปกครองเป็นผู้พิจารณาถึงความเหมาะสมในการสมรสนั้นด้วย อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงการมีส่วนในความรับผิดชอบต่อสังคมของบิดาและมารดา ในการเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาถึงอนาคตในการสร้างสถานะความเป็นสถาบันครอบครัวของบุตรผู้เยาว์ตน ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองมีอำนาจในการให้ความยินยอมในการสมรสของผู้เยาว์

หลักเกณฑ์ของการจดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐประการต่อมาเป็นหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะพิเศษกว่าหลักเกณฑ์ต่างๆ ไปที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยผู้วิจัยจะได้อธิบายดังต่อไปนี้ ประการที่หนึ่ง การห้ามสมรสกันระหว่างบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรม²⁴³ ประการที่สอง การห้ามหญิงที่การสมรสเดิมได้สิ้นสุดลงไม่เกินสามร้อยสิบวัน ทำการสมรสใหม่ เว้นแต่ได้ทำการสมรสกับสามีเดิมของตน²⁴⁴ ประการสุดท้าย การห้ามมิให้คู่สมรสที่ได้ครอบครองทรัพย์สินของบุตร ทำการสมรสใหม่หลังการที่คู่สมรสเดิมของตนถึงแก่ความตาย²⁴⁵ หลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นนี้เป็นหลักเกณฑ์ของการสมรสที่ไม่ถือว่าเป็นหนึ่งในเงื่อนไขของการสมรส เพราะเงื่อนไขของการสมรสที่แท้จริงนั้นจะต้องมีบทลงโทษในกรณีที่มีการฝ่าฝืนอันได้แก่ โฆชะ²⁴⁶ หรือโมฆียะ²⁴⁷ ตามที่ผู้วิจัยได้อธิบายโดยละเอียดมาแล้วข้างต้น ด้วยเหตุนี้จึงถือว่าหลักเกณฑ์ของการห้ามทำการสมรสทั้ง 3

²⁴³ มาตรา 1451 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁴⁴ มาตรา 1453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁴⁵ มาตรา 1579 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁴⁶ มาตรา 1495 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁴⁷ มาตรา 1503 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประการที่ได้กล่าวมานั้นเป็นเพียงข้อห้ามมิให้นายทะเบียนทำการจดทะเบียนสมรสให้เท่านั้น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่านายทะเบียนไม่ทราบข้อเท็จจริงหรือถูกหลอกและได้จดทะเบียนสมรสให้แก่ชายและหญิงคู่หนึ่งไป การสมรสดังกล่าวนั้นก็ไม่ได้เสียไปแต่กลับมีผลสมบูรณ์ ทั้งกฎหมายยังได้ให้ทางออกในการแก้ไขปัญหาที่อาจจะตามมาจากการฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าว

โดยเริ่มจาก การฝ่าฝืนข้อห้ามของการสมรสระหว่างบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรม โดยในความเป็นจริงแล้วหากผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมไม่ได้มีความสัมพันธ์ในทางสายโลหิตที่เป็นหลักเกณฑ์ที่ห้ามทำการสมรส การสมรสของบุคคลทั้งสองก็ย่อมเกิดขึ้นได้ ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้รับบุตรบุญธรรมได้จดทะเบียนสมรสกับบุตรบุญธรรมไปแล้ว ถ้าหากกฎหมายจะบัญญัติให้การสมรสนั้นเสียไปย่อมเป็นผลเสียแก่คู่สมรสมากกว่า เพราะทั้งคู่ได้ตกลงที่จะเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์จากเดิมที่มีสถานะเป็นบิดามารดาและบุตรไปเป็นสามีภริยากันโดยสมัครใจแล้ว โดยนอกจากจะมีผลต่อคู่สามีภริยาแล้วยังอาจมีผลกระทบต่อทารกซึ่งอาจจะปฏิสนธิแล้วในครรภ์ของฝ่ายหญิง กฎหมายจึงให้การสมรสดังกล่าวมีผลสมบูรณ์และได้หาทางออกสำหรับปัญหาเกี่ยวกับสถานะของคู่กรณีซึ่งในขณะนี้ทั้งสองสถานะซ้อนกันอยู่คือ สถานะของการเป็นบุตรบุญธรรม และสถานะของการเป็นสามีภริยา โดยในประเด็นนี้กฎหมายได้ให้ทางแก้ไว้ว่า ในการรับบุตรบุญธรรมเป็นอันยกเลิกไปเมื่อมีการสมรสระหว่างบุคคลทั้งสอง คงเหลืออยู่เพียงสถานะเดียวคือ สถานะของความเป็นสามีภริยา²⁴⁸

ต่อมาเป็นประเด็นการห้ามหญิงที่สมรสเดิมสิ้นสุดลงไม่เกินสามร้อยสิบวันสมรสใหม่ ในประเด็นนี้หากหญิงได้ทำการสมรสโดยฝ่าฝืนข้อห้ามนี้ การสมรสนั้นก็ยังคงมีผลสมบูรณ์ แต่กฎหมายก็ได้ให้ทางออกไว้สำหรับปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดา ในกรณีที่ยุติกันคลอดบุตรมาภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสเดิมสิ้นสุดลง ในกรณีนี้กฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีในการสมรสครั้งใหม่²⁴⁹

ส่วนประเด็นสุดท้ายคือ การห้ามมิให้คู่สมรสที่ได้ครอบครองทรัพย์สินของบุตร ทำการสมรสใหม่หลังการที่คู่สมรสเดิมของตนถึงแก่ความตาย ข้อห้ามของบทบัญญัตินี้ใช้บังคับแก่คู่สมรสซึ่งได้ครอบครองทรัพย์สินของบุตรหลังจากที่คู่สมรสเดิมถึงแก่ความตาย ดังนั้น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ไม่ได้ครอบครองทรัพย์สินของบุตร หรือบุตรไม่ได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินประเภทที่ได้ระบุไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 แล้ว คู่สมรสผู้นั้นสามารถสมรสใหม่ได้ทันที โดยไม่ต้องอยู่ในข้อห้ามของหลักเกณฑ์ประการนี้ ในทางตรงกันข้ามหากคู่สมรสได้ครอบครองทรัพย์สินของบุตรตามที่ได้กล่าวมา คู่สมรสผู้นั้นก็จะตกอยู่ในข้อห้ามมิให้สมรส

²⁴⁸ มาตรา 1598/32 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁴⁹ มาตรา 1537 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ใหม่จนกว่าจะได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามหลักเกณฑ์ที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1579 ให้เสร็จสิ้นก่อน เพราะเจตนาของข้อห้ามประการนี้ก็เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินของบุตรมิให้ไปปะปนกับส่วนแบ่งในกองมรดกที่ตัวบุตรเองและคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่จะได้รับจากคู่สมรสที่ถึงแก่กรรม และเพื่อมิให้ปะปนกับกองทรัพย์สินใหม่ที่จะเกิดขึ้นระหว่างบุตรกับบิดาหรือมารดาที่เป็นคู่สมรสเดิมที่ยังมีชีวิตอยู่กับคู่สมรสใหม่ของบิดาหรือมารดาของบุตรผู้นั้น²⁵⁰

จะเห็นได้ว่า การฝ่าฝืนข้อห้ามทั้ง 3 ประการตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น หาได้มีผลทำให้การสมรสที่ทำการฝ่าฝืนนั้นมีผลไม่สมบูรณ์ประการหนึ่งประการใดไม่ เพราะการสมรสที่ตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะจะต้องฝ่าฝืนเงื่อนไขที่กฎหมายระบุไว้เท่านั้นซึ่งข้อห้ามทั้ง 3 ประการที่ได้กล่าวมาข้างต้นมิได้อยู่ในเงื่อนไขของการสมรสที่จะตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะเหล่านั้น และนอกจากการสมรสจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้ว หากการสมรสดังกล่าวเกิดปัญหาขึ้นมาจากการฝ่าฝืนข้อห้ามทั้ง 3 ประการดังกล่าวมาแล้วนั้นกฎหมายยังหาทางออกสำหรับปัญหาที่จะตามมาจากการสมรสที่ฝ่าฝืนข้อห้ามเหล่านั้นไว้อีกด้วย

ในลำดับต่อมาจะขอกกล่าวถึงหลักเกณฑ์อีกประการหนึ่งที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งสำหรับการสมรสไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ หรือรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ และหรือรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ หลักเกณฑ์นั้นคือ เงื่อนไขเรื่องเพศสรีระของผู้ที่จะทำการสมรส ในความเป็นจริงแล้วเพศสรีระถือเป็นสิ่งที่ติดตัวมากับมนุษย์ทุกคน เพศคือสิ่งที่ธรรมชาติกำหนดให้แก่มนุษย์ทุกคน โดยมนุษย์ไม่สามารถเลือกได้ว่าจะเกิดอยู่ในเพศสรีระใด ประกอบกับหลักการสำคัญที่เพศของมนุษย์นั้นเป็นสิ่งที่ระบุดึงความสามารถในการทำหน้าที่สืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ โดยเฉพาะหน้าที่ของมนุษย์ที่มีสรีระเพศชายและมนุษย์ที่มีสรีระเพศหญิง โดยในประเด็นนี้ได้ทำการศึกษาโดยละเอียดเพื่อตอบคำถามว่า แท้จริงแล้วเพศถือเป็นเงื่อนไขของการสมรสของมนุษย์ในทั้งสองรูปแบบนี้ด้วยหรือไม่

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญที่สุด คือ การสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์จากการปฏิสนธิโดยวิธีแห่งธรรมชาติ ดังนั้น การสมรสตามวิธีแห่งธรรมชาติจะเป็นกลไกการเลือกสรรของมนุษย์ที่ธรรมชาติเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ จากพฤติกรรมความรักอันเกินขึ้นระหว่างชายและหญิง จึงส่งผลให้เพศสรีระกลายมาเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญที่มีส่วนในการสร้างรูปแบบของการสมรสตามวิธีของธรรมชาติ อันได้แก่การร่วมประเวณีด้วยความสมัครใจของมนุษย์ที่มีเพศสรีระชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระหญิงตามที่ตนได้ถือกำเนิดมา สิ่งนั้นก็就会导致ไปสู่การปฏิสนธิทารกในครรภ์ของผู้เป็นมารดา และถือกำเนิดเป็นมนุษย์ชายหรือหญิงเพื่อสืบทอดเผ่าพันธุ์ของตนสืบต่อไป

²⁵⁰ มาตรา 1579 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จากหลักการดังที่ได้กล่าวมานี้ ในเวลาต่อมาศาสนาได้นำลักษณะของการสมรสอันเป็นสัง
 ธรรมแท้จริงดังกล่าวมาพัฒนาให้เกิดเป็นแนวคำสอน อันส่งผลถึงความเชื่อของมนุษย์ให้มนุษย์ต้อง
 ปฏิบัติตาม ดังนั้น รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของ
 วัฒนธรรมและความเชื่อจึงมีวัตถุประสงค์เป็นไปในทางเดียวกันและมีลักษณะที่กลมกลืนเป็นอันหนึ่ง
 อันเดียวกันไปในที่สุด วัตถุประสงค์นั้นก็คือ การสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์จากการปฏิสนธิโดยวิธีแห่ง
 ธรรมชาติ ดังนั้น รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของ
 วัฒนธรรมและความเชื่อ หรือที่เรียกว่าประเพณีแต่งงาน จึงมีความจำเป็นต้องอาศัยเพศโดยกำเนิด
 ของเพศสรีระชายและอาศัยเพศโดยกำเนิดของเพศสรีระหญิง มาเป็นเงื่อนไขในความสมบูรณ์การ
 สมรสตามวัตถุประสงค์ของการสมรสทั้งสองรูปแบบนี้

ดังนั้นจึงขอกกล่าวโดยสรุปในส่วนนี้ว่า เพศ ถือเป็นเงื่อนไขที่สำคัญของการสมรสตามเงื่อนไข
 ของธรรมชาติและเงื่อนไขที่สำคัญของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่ออันมีอาจ
 หลีกเลียงหรือเปลี่ยนแปลงได้ เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะเพศคือตัวกำหนดความสามารถในการสืบพันธุ์
 เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของการสมรสตามหลักเกณฑ์ของธรรมชาติ อันมีลักษณะที่สอดคล้องกับ
 แนวคิดที่เป็นไปตามกลไกของร่างกายมนุษย์

ส่วนรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ หรือการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของ
 มนุษย์โดยรัฐ ผู้วิจัยได้เคยกล่าวมาแล้วว่า การสมรสในรูปแบบนี้มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญที่สุด คือ รัฐ
 ต้องการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ในทางกฎหมายร่วมกันของมนุษย์ และรัฐยังมีความ
 ต้องการในการออกกฎหมายป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน รวมไปถึงการออก
 กฎหมายแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ ดังนั้นจากวัตถุประสงค์ของการสมรส
 ตามเงื่อนไขของรัฐ ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ ทำให้เห็นว่าการสมรสในรูปแบบนี้ เป็นการสมรสที่รัฐ
 สร้างขึ้นมาเองแยกออกจากรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขธรรมชาติอย่างชัดเจน เป็นการสมรสที่
 รัฐสร้างรูปแบบขึ้นมาเองต่างหาก ทำให้การสมรสในรูปแบบนี้เป็นการสมรสที่มนุษย์สร้างขึ้นมาเพื่อ
 กำหนดมนุษย์ด้วยกันเอง ซึ่งการสมรสในรูปแบบนี้รัฐสามารถกำหนดหลักเกณฑ์ในการสมรสได้เอง
 โดยไม่จำเป็นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของการสมรสตามธรรมชาติและเงื่อนไขของการสมรสตาม
 หลักเกณฑ์ของวัฒนธรรมและความเชื่อ โดยเฉพาะการสมรสในรูปแบบนี้ที่มีวัตถุประสงค์ของการ
 สมรสที่แตกต่างออกไปจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและวัตถุประสงค์ของการ
 สมรสที่แตกต่างออกไปจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ หรือที่เรียกว่า
 ประเพณีแต่งงานอย่างสิ้นเชิง

จากหลักการที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้เมื่อวิเคราะห์หลักการดังที่กล่าวมาจะพบว่า เมื่อ
 วัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ มีวัตถุประสงค์เพื่อการรับรองสถานะของการใช้ชีวิตคู่
 ร่วมกันทางกฎหมายของมนุษย์ หลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขของการสมรสจึงมุ่งเน้นที่รัฐจะต้องได้รับ

ผลประโยชน์และรักษาผลประโยชน์นั้น ร่วมด้วยกับประชาชนที่ได้จดทะเบียนการรับรองสถานะโดยรัฐ ประกอบกับรัฐจะต้องมีหน้าที่ในการควบคุมการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของประชากรในรัฐโดยการจดทะเบียนสมรส ให้มีสภาพที่สมบูรณ์และไม่อาจเกิดปัญหาขึ้นได้ในอนาคต ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า การสมรสตามเงื่อนไขของรัฐนั้น มีหลักเกณฑ์ที่ค่อนข้างซับซ้อนกว่าเงื่อนไขการสมรสของธรรมชาติ เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องจากรัฐต้องการเข้ามาดูแลลักษณะของการสมรสของประชากรในรัฐให้มีรูปแบบที่สมบูรณ์และไม่เกิดปัญหาขึ้นในภายภาคหน้า เพราะอาจมีความเป็นไปได้ที่ปัญหาเหล่านั้นอาจกระทบถึงสภาพของสังคมภายในของรัฐ และอาจกลายเป็นปัญหาที่รัฐต้องเข้ามามีส่วนในการแก้ไขต่อไป ดังนั้นจึงส่งผลให้รัฐต้องกำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมการสมรสในลักษณะที่เป็นเงื่อนไขออกมา ก่อนเพื่อให้ประชากรที่ต้องการจะสมรสกันปฏิบัติตามเงื่อนไขนี้ก่อนแล้วรัฐจึงจะยอมสมรสให้ เป็นการป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นได้จากการสมรส ดังจะเห็นได้จากการกำหนดหลักเกณฑ์ของการสมรสทั้งเจ็ดประการที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาข้างต้นนั้น ซึ่งหลักเกณฑ์ของการสมรสทั้งเจ็ดประการนั้น ผู้ที่จะทำการสมรสภายใต้เงื่อนไขของรัฐจะต้องถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัด มิเช่นนั้นแล้วอาจส่งผลให้การสมรสของตนกับคนรักนั้นกลายเป็นการสมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งในกรณีนี้กฎหมายได้แยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขของกฎหมายออกเป็นสองประการด้วยกัน ประกอบด้วย ประการที่หนึ่ง การสมรสที่ไม่สมบูรณ์ เพราะคู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายได้ทำการฝ่าฝืนเงื่อนไขของกฎหมาย อันมีผลทำให้การสมรสนั้นตกเป็นโมฆะ และ ประการที่สอง การสมรสที่มีผลสมบูรณ์ แต่การสมรสนั้นอาจถูกศาลพิพากษาเพิกถอนได้ เพราะคู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายได้ทำการฝ่าฝืนเงื่อนไขของกฎหมาย อันมีผลให้การสมรสตกเป็นโมฆียะ ซึ่งจากหลักการดังกล่าวนี้ผู้วิจัยขอแยกอธิบายโดยละเอียดดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง การสมรสที่ไม่สมบูรณ์ เพราะคู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายได้ทำการฝ่าฝืนเงื่อนไขของกฎหมาย อันมีผลทำให้การสมรสนั้นตกเป็นโมฆะ เงื่อนไขดังกล่าวต่อไปนี้ ถ้าหากคู่รักฝ่าฝืนแล้วจะมีผลให้การสมรสตกเป็นโมฆะประกอบไปด้วย เงื่อนไขประการที่หนึ่ง การสมรสจะกระทำมิได้ถ้าชายหรือหญิงเป็นบุคคลวิกลจริตหรือเป็นบุคคลซึ่งถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ²⁵¹ เงื่อนไขประการที่สอง ชายหญิงซึ่งเป็นญาติสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดี เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาก็ดีจะทำการสมรสกันไม่ได้ ความเป็นญาติดังกล่าวมานี้ให้ถือตามสายโลหิต โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะจะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่²⁵² เงื่อนไขประการที่สาม การสมรสจะกระทำในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่แล้วไม่ได้²⁵³ เงื่อนไขประการ

²⁵¹ มาตรา 1449 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁵² มาตรา 1450 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁵³ มาตรา 1452 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สุดท้าย การสมรสจะกระทำได้อีกเมื่อชายและหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากันและต้องแสดงความยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย²⁵⁴ ดังนั้น หากคู่รักที่มีความต้องการจะจดทะเบียนสมรส เพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในทางกฎหมาย ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ การจดทะเบียนสมรสนั้นก็จะเป็นการสมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ เป็นการสมรสที่ไม่สมบูรณ์ เพราะฝ่าฝืนเงื่อนไขของกฎหมายจึงทำให้การสมรสนั้นตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่เริ่มต้น²⁵⁵

ประการที่สอง การสมรสที่มีผลสมบูรณ์ แต่การสมรสนั้นอาจถูกศาลพิพากษาเพิกถอนได้ เพราะคู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายได้ทำการฝ่าฝืนเงื่อนไขของกฎหมาย อันมีผลให้การสมรสตกเป็นโมฆียะ เงื่อนไขดังกล่าวต่อไปนี้ ถ้าหากคู่รักฝ่าฝืนแล้วจะมีผลให้การสมรสตกเป็นโมฆียะประกอบไปด้วย เงื่อนไขประการที่หนึ่ง การสมรสจะกระทำได้อีกเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนได้²⁵⁶ เงื่อนไขประการนี้แยกออกมาได้เป็นสองกรณีด้วยกัน กรณีแรก คือ หลักเกณฑ์ที่กฎหมายได้กำหนดขั้นต่ำของอายุของคู่สมรสเอาไว้ว่าจะต้องมีอายุสิบเจ็ดปีขึ้นไปจึงจะสามารถทำการสมรสได้ ในกรณีแรกนี้คือกฎหมายกำหนดอายุขั้นต่ำของการสมรสเอาไว้คือทั้งสองฝ่ายต้องมีอายุสิบเจ็ดปีขึ้นไป และกฎหมายก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมอีกว่า แต่อย่างไรก็ตาม แม้คู่สมรสทั้งสองฝ่ายจะมีอายุสิบเจ็ดปีขึ้นไป แต่ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่าถ้าหากคู่สมรสทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีอายุไม่ถึงสิบปี กล่าวคือยังมีสถานะเป็นผู้เยาว์ เพราะยังไม่บรรลุนิติภาวะ ดังนั้น หากต้องทำการสมรสจำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้ปกครองเสียก่อนจึงจะสามารถทำการสมรสกันได้²⁵⁷ หากฝ่าฝืนการสมรสนั้นก็จะตกเป็นโมฆียะ²⁵⁸ กรณีที่สอง เป็นกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายมีอายุต่ำกว่าสิบเจ็ดปี แต่หากมีเหตุอันควรที่ต้องสมรส สามารถร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนได้ ในกรณีที่สองนี้ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าคู่รักที่มีเหตุอันควรที่ต้องจดทะเบียนสมรส แต่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายมีอายุต่ำกว่าที่กฎหมายอนุญาตให้สมรสได้ ในกรณีนี้อาจร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนได้ หากคู่สมรสฝ่าฝืนไม่ร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลอนุญาตให้ทำการสมรส การสมรสก็จะตกเป็นโมฆียะ²⁵⁹ เงื่อนไขประการที่สอง การสมรสที่ได้กระทำไปโดยคู่

²⁵⁴ มาตรา 1458 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁵⁵ มาตรา 1495 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁵⁶ มาตรา 1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁵⁷ มาตรา 1454 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁵⁸ มาตรา 1509 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁵⁹ มาตรา 1504 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สมรสฝ่ายหนึ่งสำคัญผิดในตัวคู่สมรส เงื่อนไขประการที่สาม ถ้าคู่สมรสได้ทำการสมรสโดยถูกต้องอันถึงขนาดซึ่งถ้ามิได้มีการฉ้อฉลนั้นจะไม่ทำการสมรส เงื่อนไขประการที่สาม ถ้าคู่สมรสได้ทำการสมรสโดยถูกต้องอันถึงขนาดซึ่งถ้ามิได้มีการข่มขู่นั้นจะไม่ทำการสมรส

จากเงื่อนไขของการสมรสที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ แม้คู่สมรสที่ได้จดทะเบียนสมรสได้ทำการฝ่าฝืนการสมรสก็ยังมีผลสมบูรณ์ แต่การสมรสนั้นอาจถูกศาลพิพากษาเพิกถอนได้ เพราะคู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายได้ทำการฝ่าฝืนเงื่อนไขของกฎหมายที่มีผลให้การสมรสตกเป็นโมฆียะดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ของการสมรสที่ถูกกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขสำหรับคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันที่มีความต้องการจะจดทะเบียนสมรสเพื่อให้รัฐรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้ นั่น หากไม่ปฏิบัติตามการสมรสนั้นก็จะตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะแล้วแต่กรณี แต่หากวิเคราะห์โดยละเอียดแล้วจะพบว่าหลักเกณฑ์การสมรสดังกล่าวมานั้นไม่มีเงื่อนไขข้อใดที่กำหนดในเรื่องเพศเอาไว้เลย ดังนั้น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า คู่รักผู้ชายที่ได้ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันกับผู้ชาย หรือ คู่รักผู้หญิงที่ได้ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันกับผู้หญิง จะสามารถได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายเหมือนกับคู่รักผู้ชายที่ได้ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันกับผู้หญิงหรือไม่ แล้วถ้าหากคู่รักเพศเดียวกันทำการสมรสแล้ว การสมรสที่เกิดขึ้นนั้นจะตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะ

จากประเด็นคำถามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ ทำให้วิเคราะห์ได้ว่า โดยหลักการทั่วไปแล้วตามความเข้าใจของมนุษย์นั้น การสมรสต้องเป็นเพศที่ตรงข้ามกัน หลักเรื่องนี้ถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของแต่ละประเทศ ที่การสมรสจะต้องเป็นชายกับหญิง คือมีเพศที่ตรงข้ามกัน ในกฎหมายก็บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 “การสมรสจะกระทำได้เมื่อชายและหญิงมีอายุครบสิบเจ็ดปีบริบูรณ์” ดังนั้นหลักเกณฑ์การสมรสของไทยจะมีได้เฉพาะชายกับหญิงเท่านั้น

ในส่วนกฎหมายต่างประเทศ ทั้งในระบบกฎหมายจารีตประเพณีและระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีหลักพื้นฐานที่เหมือนกันว่า การสมรสต้องเป็นการกระทำระหว่างชายกับหญิงซึ่งมีหลักดังนี้

ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี โดยเฉพาะกฎหมายของอังกฤษ วางหลักเกณฑ์การสมรสว่าความสามารถของบุคคลที่จะทำการสมรสได้นั้น คู่สมรสต้องมีอายุตั้งแต่สิบหกปีขึ้นไป ถ้าบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบหกปีการสมรสนั้นจะตกเป็นโมฆะ²⁶⁰ นอกจากนี้บุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปีทำการสมรส จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองหรือผู้มีอำนาจปกครองก่อน²⁶¹ และคู่ที่ทำการสมรส

²⁶⁰ Marriage Act 1949 Section 2

²⁶¹ Marriage Act 1949 Section 3

นั่นฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นชายอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหญิง ถ้าฝ่าฝืนการสมรสนั้นตกเป็นโมฆะ ดังนั้นการสมรสตามระบบกฎหมายจารีตประเพณี จึงยึดถือหลักว่าการสมรสต้องเป็นเพศตรงข้ามกัน

ในคดี Baker v. Nelson²⁶² เป็นเรื่องชายขอจดทะเบียนกับชาย โดยในสหรัฐอเมริกาซึ่งโดยผู้พิพากษาชื่อ Bouvier ได้พิพากษาว่าไม่ให้นายทะเบียนจดทะเบียนสมรสให้ โดยให้เหตุผลว่า “จุดมุ่งหมายของการสมรส คือ การให้กำเนิดบุตรและขยายเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ ดังนั้นคู่รักเพศเดียวกัน ยังไม่มีคุณสมบัติที่จะสืบพันธุ์ได้จึงไม่สามารถสมรสได้”

ปัญหาต่อมาคือ กรณีที่มีการฝ่าตัดแปลงเพศ เช่น ชายฝ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง ถือว่าเป็นหญิงและกระทำการสมรสกับชายได้หรือไม่ กรณีนี้ในศาลอังกฤษคดี Corbett v. Corbett²⁶³ ศาลได้มีคำพิพากษาว่า สภาพบุคคลได้เริ่มตั้งแต่บุคคลนั้นคลอด สภาพบุคคลรวมถึงเพศของบุคคลนั้นด้วย เพศจึงไม่อาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ในหลังจากที่ได้คลอดออกมาแล้ว ไม่ว่าด้วยกรณีใดๆ ดังนั้นชายที่ฝ่าตัดแปลงเพศโดยการตัดอวัยวะเพศออกและสอดใส่อวัยวะเพศเทียมเข้าไปในนั้นก็ยังคงเป็นเพศชายอยู่ นั่นเอง จึงไม่สามารถทำการสมรสตามกฎหมายกับชายด้วยกันได้²⁶⁴

ส่วนในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ได้วางหลักการสมรสโดยยึดหลักการที่ว่า การสมรสต้องเป็นเพศตรงข้ามกันเช่นกัน โดยในกฎหมายของประเทศเยอรมันในเรื่องการสมรสได้วางหลักไว้ในประมวลแพ่งเยอรมัน มาตรา 1303 ว่า ชายกับหญิงจะทำการสมรสกันได้ต้องมีอายุครบสิบหกปีบริบูรณ์²⁶⁵

ในกฎหมายไทยหลักเกณฑ์การสมรส จะต้องเป็นการสมรสระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ตามที่ผู้วิจัยได้กล่าวไว้ แต่ปัญหาคือ หากมีการจดทะเบียนสมรสของคู่รักเพศเดียวกันเกิดขึ้นมาโดยนายทะเบียนไม่ทราบหรือยอมให้จดทะเบียนสมรส การจดทะเบียนสมรสของคู่รักคู่นี้จะมีผลในทางกฎหมายเป็นเช่นใด ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ ผลตามกฎหมายคือ ไม่ถือว่ามีสมรสใดๆ เกิดขึ้นเลย จะนำมาตรา 1458 ประกอบมาตรา 1496 โดยอ้างว่าเป็นโมฆะไม่ได้ เพราะการสมรสที่จะเป็นโมฆะได้ต้องเป็นเรื่องที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น²⁶⁶ กรณีนี้ผู้วิจัยวิเคราะห์ว่าเป็นการขาดองค์ประกอบของการสมรสมากกว่า เพราะในเรื่องเพศของคู่สมรสนี้ แม้จะไม่ได้เป็นหนึ่งในเงื่อนไขของการสมรสที่จะมีผลให้การสมรสนั้นตกเป็นโมฆะหรือ

²⁶² Richard John Baker v. Gerald R. Nelson (Minnesota Supreme Court, 1972)

²⁶³ Corbett v. Corbett (The English High Court of Justice, 1970)

²⁶⁴ S. M. Cretney and J. M. Masson, **Principles of Family Law** (London: Sweet and Maxwell, 1977), pp. 52-53.

²⁶⁵ The German Civil Code Section 1303

²⁶⁶ มาตรา 1494 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

โมฆียะแล้วแต่กรณี แต่ในเรื่องเพศของคู่สมรสตามรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐนั้นคือ องค์ประกอบของการสมรสเท่านั้น ไม่ใช่เงื่อนไขของการสมรสแต่อย่างใด ดังนั้น การที่คู่รักเพศเดียว สมรสกันโดยนายทะเบียนไม่รู้ หรือ ยอมให้มีการจดทะเบียนสมรสของคู่รักเพศเดียวกันได้นั้น ผล ในทางกฎหมายคือ ไม่เกิดผลใดๆในทางกฎหมายขึ้นเลย เพราะในเรื่องนี้คงถือว่าเป็นการสมรสที่ขาด ส่วนประกอบก่อนที่จะไปพิจารณาเงื่อนไขในลำดับต่อไปอีก ดังนั้น จึงมิใช่การขัดต่อเงื่อนไขของการ สมรสที่จะทำให้การสมรสนั้นตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะแล้วแต่กรณีด้วย

ส่วนในกรณีของผู้ที่ผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศของตนนั้น กฎหมายไทยจะถือว่าเป็นการสมรสกัน ได้หรือไม่ ในกรณีนี้ศาลฎีกาเคยมีคำวินิจฉัยออกมาว่า เพศของบุคคลธรรมดาที่กฎหมายรับรองถือเอา เพศตามที่บุคคลผู้นั้นกำเนิดมา หญิง ตามพจนานุกรมคือ คนที่ออกลูกได้ ฉะนั้นโดยธรรมชาติและ ตามที่กฎหมายรับรองจึงยังคงเป็นเพศกำเนิดของผู้นั้นอยู่ ดังนั้น หากชายที่แปลงเพศเป็นหญิงหรือ หญิงที่แปลงเพศเป็นชาย ก็ไม่สามารถสมรสกับชายหรือหญิงซึ่งเป็นเพศเดียวกันกับบุคคลผู้นั้นได้²⁶⁷

ความคิดเห็นในประเด็นเรื่องบุคคลที่ได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศของตนนั้น ได้ทำการ วิเคราะห์แล้วมีความเห็นว่า รูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของชนชาติ นั้น แม้บุคคลจะได้ทำการ ผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศกำเนิดของตนจากเพศหนึ่งเป็นอีกเพศหนึ่งแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม การ เปลี่ยนแปลงแก้ไขสถานะภาพทางเพศดังกล่าวนั้นก็เพียงแค่เป็นการเป็นแปลงเพศสภาพภายนอก เท่านั้น หาได้เป็นการเปลี่ยนแปลงสิ่งที่อยู่ภายในร่างกายอันเป็นเพศสรีระแต่กำเนิดของบุคคลผู้นั้นได้ ไม่ จึงทำให้บุคคลผู้นั้นยังคงมีเพศสรีระตามกำเนิดของตนอยู่เช่นเดิม ด้วยเหตุนี้จึงส่งผลให้ บุคคลที่ได้ ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศที่ต้องการสมรสในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของชนชาตินี้ไม่ สามารถกระทำได้ เพราะไม่สามารถกระทำเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการสมรสในรูปแบบนี้ได้ และไม่สามารถให้กำเนิดบุตรเพื่อการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ได้ด้วย ดังนั้น การสมรสของบุคคล เหล่านี้ก็มีสภาพไม่ต่างอะไรไปกับเพศเดียวกันสมรสกันอันเป็นการขัดต่อการสมรสตามเงื่อนไขของ ชนชาติ และไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของชนชาติได้โดยสิ้นเชิง

ดังนั้นจึงขอก้าวโดยสรุปในประเด็นนี้ว่า เพศของคู่สมรสเป็นหลักเกณฑ์ของการสมรสของ ทั้งสองรูปแบบการสมรสหรือไม่อย่างนั้น ในส่วนนี้ขอทำการวิเคราะห์ว่าต้องพิจารณาจาก วัตถุประสงค์ของการสมรสทั้งสองรูปแบบ กล่าวคือ หากเป็นรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของ ชนชาติ ซึ่งการสมรสในรูปแบบนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อการให้กำเนิดบุตรและการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของ มนุษย์ ดังนั้น การให้กำเนิดบุตรและการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ ต้องอาศัยการปฏิสนธิทาง ธรรมชาติของมนุษย์เพศชายและมนุษย์เพศหญิง จึงส่งผลให้เพศสรีระกลายเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็น พื้นฐานของการสมรส และเป็นเงื่อนไขหนึ่งที่มีความสำคัญของการสมรสในรูปแบบนี้ แต่ในรูปแบบ

²⁶⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524

การสมรสตามเงื่อนไขของรัฐนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่ประชาชนในรัฐ รวมไปถึงการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและหน้าที่ให้แก่พลเมืองในรัฐในฐานะของคู่สมรส ดังนั้น เพศสรีระของประชาชนในรัฐที่ต้องจดทะเบียนเพื่อให้รัฐรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้ นั่น จึงไม่มีความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ของการสมรสในรูปแบบนี้ แต่ถึงอย่างไรก็ตามแม่หลักเกณฑ์ในเรื่องเพศของคู่สมรสจะไม่ใช้เงื่อนไขของการสมรสในรูปแบบนี้ แต่เพศก็ยังถือเป็นองค์ประกอบที่มีความสำคัญของการสมรสในรูปแบบนี้เช่นกัน

ส่วนในรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐนั้น บุคคลที่ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศกำเนิดของตน จะถูกเปลี่ยนแปลงสถานะจากเพศหนึ่งไปสู่อีกเพศหนึ่งได้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่า รัฐได้ออกกฎหมายรับรองสถานะทางเพศของบุคคลที่ได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงแล้วหรือไม่ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า รัฐออกกฎหมายรับรองแล้ว บุคคลผู้นั้นก็สามารถที่จะจดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐได้ โดยจดทะเบียนในฐานะเพศที่ได้รับการแก้ไขใหม่นั้นด้วย ตัวอย่างเช่น นายเอ ได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศกำเนิดของตนจากเพศชาย เป็นเพศหญิง ทำให้ปัจจุบันนายเอ มีเพศสภาพเป็นเพศหญิง หากข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่า รัฐที่นายเอเป็นพลเมืองอยู่นั้น ได้ยอมรับกฎหมายเปลี่ยนแปลงเพศให้แก่พลเมืองแล้ว ดังนั้นจึงส่งผลให้ สถานะทางเพศของนายเอ ถูกเปลี่ยนแปลงเป็นเพศหญิง คือ นางสาวเอ ด้วยเหตุผลนี้จึงส่งผลให้ นางสาวเอ สามารถจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายกับ นายบี คู่รักของตนได้เฉกเช่นบุคคลที่เป็นเพศหญิงมาแต่กำเนิดเลย และมีสถานะเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเสมือนคู่สมรสทั่วไป ซึ่งในกรณีที่รัฐได้ออกกฎหมายรับรองและแก้ไขสถานะของการเปลี่ยนแปลงเพศให้แก่ผู้ที่ได้รับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศของตนแล้วนี้ การรับรองของรัฐในลักษณะนี้เป็นแต่เพียงการรับรองและแก้ไขเพศสภาพที่ได้เปลี่ยนแปลงใหม่เท่านั้น แต่รัฐไม่สามารถรับรองและแก้ไขเพศกำเนิดโดยธรรมชาติของผู้นั้นได้

แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า รัฐไม่ให้การรับรองสถานะทางเพศแก่บุคคลที่ได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศของตน บุคคลผู้นั้นก็ยังคงสถานะทางเพศตามเพศกำเนิดของตนและไม่สามารถจดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐได้ เพราะบุคคลนั้นยังคงสถานะทางเพศตามกำเนิดของตนอยู่เช่นเดิม ตัวอย่างเช่น นายสมชาย ได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศกำเนิดของตนจากเพศชาย เป็นเพศหญิง ทำให้ปัจจุบันนายสมชาย มีเพศสภาพเป็นเพศหญิง หากข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่า รัฐที่นายสมชายเป็นพลเมืองอยู่นั้น ไม่ได้ออกกฎหมายยอมรับการเปลี่ยนแปลงเพศให้แก่พลเมือง ดังนั้นจึงส่งผลให้ สถานะทางเพศของนายสมชาย ยังคงเป็นเพศชายเช่นเดิมแม้ว่านายสมชายจะได้เปลี่ยนชื่อสกุลใหม่ให้ตรงกับเพศของตน คือ จากสมชาย เป็นสมหญิง แต่อย่างไรก็ตามสถานะทางเพศในทางกฎหมายก็ยังคงเป็นเช่นเดิม คือ นายสมหญิง ด้วยเหตุผลนี้จึงส่งผลให้ นายสมหญิง ไม่สามารถจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายกับ นายอมรชัย คู่รักของตนได้เฉกเช่นบุคคลที่เป็นเพศหญิงมาแต่กำเนิด

แม้จะได้ผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศของตนแล้วก็ตาม เพราะบุคคลทั้งสองมีสถานะทางเพศในทางกฎหมายเดียวกัน อันเป็นการขาดองค์ประกอบของการสมรสที่รัฐเป็นผู้กำหนด ที่ให้เฉพาะบุคคลที่มีสถานะทางเพศในทางกฎหมายที่ต่างกัน คือ เพศชายกับเพศหญิงเท่านั้น

ในประเด็นเรื่องสถานะของบุคคลที่ได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศกำเนิดของตนจากเพศหนึ่งไปสู่อีกเพศหนึ่ง และการมีสิทธิที่จะสมรสของกลุ่มคนเหล่านี้ที่ผู้วิจัยได้กล่าวไปข้างต้นนั้น เป็นประเด็นที่มีความแตกต่างจากสิ่งที่กำลังศึกษาอยู่ เพราะสิ่งที่กำลังศึกษาอยู่นี้คือ ประเด็นของการสมรสของกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน ซึ่งหากพิจารณาโดยละเอียดแล้วจะพบว่าประเด็นทั้งสองนี้มีความคล้ายคลึงกัน แต่มีลักษณะบางประการที่ไม่เหมือนกัน โดยสามารถที่จะดำเนินการศึกษาในทางวิชาการเพื่อเชื่อมโยงถึงกันได้ โดยขอนำตัวอย่างที่ได้กล่าวมาข้างต้น มาอธิบายให้เห็นถึงความสอดคล้องของสองประเด็นที่ได้กล่าวมา ดังนี้ จากที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้นว่าบุคคลที่ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศกำเนิดของตนแล้ว จะถูกเปลี่ยนแปลงสถานะจากเพศหนึ่งไปสู่อีกเพศหนึ่งได้หรือไม่ นั้น ขึ้นอยู่กับว่า รัฐได้ออกกฎหมายรับรองสถานะทางเพศของบุคคลที่ได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงแล้วหรือไม่ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า รัฐออกกฎหมายรับรองแล้ว บุคคลผู้นั้นก็สามารถที่จะจดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐได้ โดยจดทะเบียนในฐานะเพศที่ได้รับการแก้ไขใหม่นั้นด้วย ตัวอย่างเช่น นายเอ ได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศกำเนิดของตนจากเพศชาย เป็นเพศหญิง จึงทำให้ในปัจจุบันนายเอ มีเพศสภาพเป็นเพศหญิง หากข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่า รัฐที่นายเอเป็นพลเมืองอยู่นั้น ได้ออกกฎหมายรับรองสถานะของการเปลี่ยนแปลงเพศให้แก่พลเมืองแล้ว ดังนั้นจะส่งผลให้ สถานะทางเพศของนายเอ ถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไข จากเพศชายเป็นเพศหญิง คือ นางสาวเอ หากข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่า นางสาวเอ มีความต้องการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายกับ นายบี คู่รักของตน นางสาวเอจะสามารถจดทะเบียนสมรสกับนายบีได้หรือไม่ และจะสามารถจดทะเบียนสมรสได้ในฐานะของเพศเดิม คือเพศชาย หรือ ในฐานะของเพศหญิง ซึ่งเป็นเพศที่ได้รับการแก้ไขใหม่

จากข้อเท็จจริงดังที่กล่าวมานี้ได้ปรากฏต่อไปว่า รัฐที่ นางสาวเอ เป็นพลเมืองอยู่นี้ ได้ออกกฎหมายให้เพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้ด้วย ในกรณีเช่นนี้ นางสาวเอ ก็ไม่สามารถจดทะเบียนสมรสกับคู่รักของตนในฐานะของคู่รักเพศเดียวกันและตามกฎหมายที่ให้เพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนสมรสกันได้นี้ เนื่องนางสาวเอ มีสถานภาพเป็นเพศหญิงจากการเปลี่ยนสถานะทางเพศของตนไปแล้ว จึงไม่มีสถานะเพศชายซึ่งเป็นเพศเดิมของตนอยู่อีก ดังนั้นหากต้องการสมรสกับคู่รักนางสาวเอ ก็ต้องสมรสกับคู่รักของตนในฐานะของเพศชายกับเพศหญิงสมรสกันได้เฉกเช่นบุคคลที่เป็นเพศหญิงมาแต่กำเนิดเลย และมีสถานะเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเสมือนคู่สมรสทั่วไป และต้องใช้กฎหมายสมรสของชายและหญิงด้วย

แต่ถึงอย่างไรก็ตามหากข้อเท็จจริงปรากฏว่ารัฐที่ นางสาวเอ เป็นพลเมืองอยู่นี้ ไม่มีกฎหมายให้เพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้ ในกรณีดังกล่าวนี้ก็ไม่มีผลกระทบต่อนางสาวเอ เพราะนางสาวเอ

สามารถจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายสมรสของคู่รักต่างประเทศโดยทั่วไปได้อยู่แล้ว เนื่องจากนายเอหรือนางสาวเอมีสถานะทางเพศเป็นเพศหญิงแล้ว จากการที่รัฐได้รับรองการแก้ไขสถานะทางเพศของนางสาวเอ อยู่แล้ว

แต่ในกรณีตรงกันข้ามกับที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาข้างต้น คือ หากรัฐไม่ให้การรับรองสถานะทางเพศแก่บุคคลที่ได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศของตน บุคคลผู้นั้นก็ยังคงสถานะทางเพศตามกำเนิดของตนและไม่สามารถจดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐได้ เพราะบุคคลนั้นยังคงสถานะทางเพศตามกำเนิดของตนอยู่เช่นเดิม ตัวอย่างเช่น นายสมชาย ได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศกำเนิดของตนจากเพศชาย เป็นเพศหญิง ทำให้ปัจจุบันนายสมชาย มีเพศสภาพเป็นเพศหญิง หากข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่า รัฐที่นายสมชายเป็นพลเมืองอยู่นั้น ไม่ได้ออกกฎหมายยอมรับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพศให้แก่พลเมือง ดังนั้นจึงส่งผลให้ สถานะทางเพศของนายสมชาย ยังคงเป็นเพศชายเช่นเดิมแม้ว่านายสมชายจะได้เปลี่ยนชื่อสกุลใหม่ให้ตรงกับเพศของตน คือ จากสมชาย เป็นสมหญิง แต่อย่างไรก็ตาม สถานะทางเพศในทางกฎหมายก็ยังคงเป็นเช่นเดิม คือ นายสมหญิง ด้วยเหตุผลนี้จึงส่งผลให้นายสมหญิง ไม่สามารถจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายกับ นายอมรชัย คู่รักของตนได้เช่นบุคคลที่เป็นเพศหญิงมาแต่กำเนิด เพราะในขณะนั้นกฎหมายอนุญาตให้บุคคลที่จะจดทะเบียนสมรสกันได้นั้นต้องมีเพศที่ต่างกัน แม้นายสมหญิงจะได้ผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศของตนแล้วก็ตาม แต่รัฐก็ไม่มีกฎหมายแก้ไขสถานะทางเพศให้ จึงส่งผลให้ในขณะนั้นทั้งบุคคลทั้งสองไม่สามารถสมรสกันได้ เพราะบุคคลทั้งสองมีสถานะทางเพศในทางกฎหมายเดียวกัน อันเป็นการขาดองค์ประกอบของการสมรสที่รัฐเป็นผู้กำหนด ที่ให้เฉพาะบุคคลที่มีสถานะทางเพศในทางกฎหมายที่ต่างกัน คือ เพศชายกับเพศหญิงเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตาม หากข้อเท็จจริงที่ได้กล่าวมาปรากฏต่อไปว่า ในอนาคตข้างหน้า รัฐที่นายสมหญิงเป็นพลเมืองอยู่นั้น แม้จะไม่ยอมรับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสถานะทางเพศให้แก่บุคคลที่ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศของตนแล้ว แต่ในเวลาต่อมารัฐที่นายสมหญิงเป็นพลเมืองอยู่นี้ กลับมีการออกกฎหมายที่อนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นจึงส่งผลให้ ในกรณีเช่นนี้แม้ว่านายสมหญิงจะไม่สามารถเปลี่ยนสถานะทางเพศจากเพศชายมาเป็นเพศหญิง เพื่อให้ตนมีสิทธิสมรสกับนายอมรชัยตามกฎหมายสมรสของชายและหญิงทั่วไปได้ แต่ นายสมหญิงก็สามารถจดทะเบียนสมรสในฐานะชายสมรสกับชาย ตามกฎหมายสมรสของคนรักเพศเดียวกันที่รัฐอนุญาตนี้ได้

2.5 วัตถุประสงค์ของการใช้ชีวิตร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศในรูปแบบของการสมรส

ในหัวข้อนี้จะอธิบายให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของการสมรสทั้งสามรูปแบบว่ามีวัตถุประสงค์อย่างไรโดยก่อนอื่นนั้น ต้องกล่าวถึงความหมายของคำว่าวัตถุประสงค์ก่อนว่ามีความหมายอย่างไร

ต่อจากนั้นจึงจะวิเคราะห์ถึงวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการสมรส ว่าแท้จริงแล้ววัตถุประสงค์การสมรส คือสิ่งใด และเพราะเหตุผลใดการสมรสทั้งสามรูปแบบจึงมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน ดังนี้

วัตถุประสงค์ คือประโยชน์สูงสุดท้ายที่ผู้กระทำประสงค์จะได้รับเป็นการตอบแทนจากการกระทำสิ่งๆ นั้น การสมรสของสิ่งมีชีวิตรวมทั้งมนุษย์ตามวิธีแห่งธรรมชาติก็เช่นเดียวกัน ที่จำต้องทำหน้าที่ของตนเองตามที่ธรรมชาติได้มอบหมายให้กระทำ ส่วนรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ คือ การประกอบพิธีกรรมการแต่งงานตามรูปแบบวัฒนธรรม ประเพณี ท้องถิ่น และความเชื่อของคู่รักที่นับถือศาสนานั้นๆ รวมถึงการลักษณะของประเพณีแต่งงานที่ต้องเชิญแขกมาร่วมในงานมากมายเพื่อเป็นสักขีพยานในการประกาศให้สาธารณชนโดยทั่วไปรู้ว่า บุคคลทั้งสองนี้มีฐานะเป็นสามีภริยากันโดยสมบูรณ์ในทางพฤตินัย อีกทั้งการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐก็เช่นเดียวกัน ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว รัฐก็มีหน้าที่ในการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่ประชาชนในรัฐนั้นๆ โดยเฉพาะเรื่องของการใช้ชีวิตคู่ที่เกิดจากความรักของคนสองคน ทำให้รัฐมีหน้าที่ในการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในทางกฎหมายให้แก่ประชาชนในรัฐ เพื่อให้ประชาชนได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ จากภาครัฐในฐานะของคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

ดังนั้น รูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ รูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ และ รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ต่างก็มีวัตถุประสงค์ของการกระทำที่แตกต่างกันออกไป โดยจะขออธิบายวัตถุประสงค์ของการสมรสของทั้งสามรูปแบบว่ามีลักษณะอย่างไร และมีความเหมือนกันและมีความแตกต่างกันอย่างไร ดังนี้

2.5.1 วัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขธรรมชาติ

การสมรสตามวิถีแห่งธรรมชาติเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางเครือญาติของมนุษย์ที่มีสำคัญที่สุด และเป็นบทบาทที่เกี่ยวข้องกับอารยธรรมการกำเนิดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์มากกว่าสิ่งใดๆ ทั้งสิ้น การสมรสในรูปแบบนี้จึงเป็นการตอบสนองเป้าหมายของวิถีแห่งธรรมชาติเพื่อดำรงและขยายเผ่าพันธุ์ของมนุษย์เช่นเดียวกับสัตว์โลกชนิดอื่นๆ ที่ต้องมีการขยายเผ่าพันธุ์ของตนเองเพื่อมิให้สูญพันธุ์ไปจากโลกใบนี้ แต่สิ่งที่มีความแตกต่างระหว่างมนุษย์กับสัตว์ คือ มนุษย์ไม่มีฤดูกาลในการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของตน ซึ่งแตกต่างจากสัตว์ที่จะผสมพันธุ์ได้เฉพาะในช่วงเวลาที่ธรรมชาติได้เลือกให้ไว้เท่านั้น และความหมายของการสมรสตามวิถีแห่งธรรมชาติของมนุษย์อยู่ตรงที่ มนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิง ที่ต่างก็สมัครใจที่จะอยู่กินกันฉันสามีภริยากันโดยสมัครใจและยินยอมในการร่วมประเวณีระหว่างกัน

ดังนั้นจึงทำให้ทราบได้ว่า หลักการที่สำคัญของการสมรสตามวิถีแห่งธรรมชาติก็คือ การมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงเพื่อที่จะนำมาซึ่งการให้กำเนิดบุตร อันเป็นวัตถุประสงค์ในการสร้างครอบครัว และขยายเผ่าพันธุ์ของมนุษย์

สืบไป ซึ่งเมื่อพิจารณาตั้งแต่อดีตที่มนุษย์อยู่ร่วมกันเป็นชนเผ่าจนถึงยุคปัจจุบันที่มนุษย์อยู่ร่วมกันเป็นสังคมขนาดใหญ่และมีวัฒนธรรมอันเป็นเอกลักษณ์เฉพาะกลุ่ม จะพบว่าการสมรสในรูปแบบนี้มีมาเป็นระยะเวลายาวนานแล้ว ความเข้าใจของมนุษย์อย่างแท้จริงในเรื่องการสมรส คือ การยินยอมในการมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิง อันเป็นวัตถุประสงค์ที่จะให้มนุษย์ได้อยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยา และขยายเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ ด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยจึงได้วิเคราะห์และสรุปผลในเรื่องวัตถุประสงค์หลักของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ ที่อาจกล่าวได้ว่ามีอยู่ 5 ประการ ดังนี้

1. เพื่อต้องการให้มนุษย์รับรู้และยินยอมในการมีความสัมพันธ์ทางเพศของมนุษย์เพศชายและเพศหญิง และกำหนดคู่สมรสที่ตนมีเพศสัมพันธ์ให้เห็นตัวตนได้ชัดเจนและแน่นอน
2. เพื่อให้มนุษย์ได้ผลิตสมาชิกใหม่ให้สังคมหรือเพื่อให้กำเนิดบุตรเพื่อสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ และเพื่อการเป็นทายาทและการสืบทอดวงศ์ตระกูล
3. เพื่อการสร้างสังคมมนุษย์อันเป็นการสืบทอดเจตนารมณ์ของบรรพบุรุษ รวมทั้งการสืบทอดทรัพย์สินสมบัติอันเป็นมรดกต่อบรรพบุรุษ และสร้างความเป็นปึกแผ่นในหมู่วงศ์ญาติ
4. เพื่อสร้างครอบครัว โดยตกลงร่วมกันทำหน้าที่ของครอบครัวทั้ง 4 หน้าที่ คือ การมีเพศสัมพันธ์ การอยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยา การผลิตสมาชิกใหม่ให้แก่สังคม การอบรมสั่งสอนหรือให้การศึกษากับบุตร
5. เพื่ออบรมและสั่งสอนให้บุตรที่ถือกำเนิดมาได้เรียนรู้ถึงหน้าที่อันสำคัญของมนุษย์ในการขยายเผ่าพันธุ์ของตน

จากที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นถึงวัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติอันเป็นสิ่งที่แสดงถึงการมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างมนุษย์เพศชายและมนุษย์เพศหญิง สิ่งเหล่านี้แท้จริงแล้วเป็นสังขรณ์ของการสมรสของมนุษย์ที่แท้จริง เป็นการสมรสที่ธรรมชาติสร้างให้มนุษย์ และเป็น การสมรสที่มีเป้าหมายเพื่อสร้างเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ให้ยั่งยืนสืบไป ดังนั้นทำให้การสมรสในรูปแบบนี้เป็นสิ่งที่อยู่คู่กับมนุษย์มาเป็นระยะเวลาอันยาวนานตั้งแต่ที่มนุษย์คู่แรกได้ถือกำเนิดขึ้นมาบนโลกใบนี้ และการมีความสัมพันธ์ทางเพศกับเพศตรงข้ามนั้นถือเป็นสิ่งที่มนุษย์สามารถเรียนรู้ได้เอง โดยไม่จำเป็นต้องให้ใครมาแนะนำหรือสั่งสอน อาจเรียกได้ว่าสิ่งเหล่านี้เป็นสัญชาตญาณของความเป็นมนุษย์ เลยกี่ว่าได้ ทำให้การสมรสในรูปแบบนี้เป็นการเสริมสร้างศักยภาพในการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ ในทางสังคมให้มีความสมบูรณ์และพัฒนาการต่อไปอย่างไม่หยุดนิ่ง อย่างไรก็ตามเมื่อมนุษย์เพศชายและมนุษย์เพศหญิงจะได้มีความสัมพันธ์ทางเพศด้วยกัน อันเป็นการกล่าวได้ว่าเป็นการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติแล้ว ธรรมชาติก็จะมีการปฏิสนธิอันนำไปสู่การตั้งครรภ์ของเพศหญิงและทำให้ออกมาเป็นทารก อันเป็นการบรรลุวัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น

แต่ในบางกรณีคู่สมรสบางคู่อาจจะไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติได้ โดยเฉพาะคู่สมรสที่สภาพร่างกายของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยังไม่พร้อม หรือมีปัญหาในการให้กำเนิดบุตรก็เป็นได้ อาทิ ความไม่พร้อมของหญิงในการตั้งครรภ์อาจทำให้บุตรที่เกิดมาพิการหรือทุพพลภาพได้ หรือการไม่สามารถมีบุตรได้ เนื่องจากการเป็นหมันของคู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่าย สิ่งที่เกิดขึ้นนี้ไม่ได้หมายความว่าคู่สมรสที่ประสบกับเหตุการณ์เหล่านี้จะไม่สามารถพยายามกระทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติได้ เพียงแต่คู่สมรสเหล่านี้ได้พยายามทำหน้าที่ของเขาตามที่ธรรมชาติได้มอบหมายแล้ว รวมทั้งได้ทำตามเงื่อนไขของการสมรสในรูปแบบนี้แล้ว เพียงแต่ความพร้อมในร่างกายของมนุษย์ทุกคนนั้นมีไม่เท่ากันนั่นหมายความว่าความพยายามนั้นไม่อาจบรรลุผลได้เนื่องจากความไม่พร้อมของสุขภาพร่างกายนั่นเอง จึงทำให้เกิดเหตุการณ์ดังที่กล่าวมาขึ้นนี้ได้ โดยไม่สามารถโทษใครได้ และจะกล่าวโทษคู่สมรสว่าไม่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติก็ไม่ได้เช่นกัน เพราะสิ่งต่างๆ เหล่านี้ธรรมชาติเท่านั้นเป็นผู้คัดสรรสิ่งต่างๆ ให้แก่มนุษย์ตามความเหมาะสมอันเกิดจากสภาพแวดล้อมตามธรรมชาตินั่นเอง

ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการสมรสในรูปแบบนี้จึงเกิดขึ้นโดยธรรมชาติและเป็นไปโดยวิถีแห่งธรรมชาติ การสมรสในรูปแบบนี้ก็ไม่ต่างอะไรกับแนวคิดในเชิงปรัชญาสูงสุดของแนวทางในการกำเนิดมนุษย์ เพราะการกำเนิดขึ้นของมนุษย์ก็มาจากการสมรสตามเงื่อนไขแห่งธรรมชาติโดยที่ธรรมชาติได้สร้างวงจรการถือกำเนิดสิ่งมีชีวิตต่างๆ ไว้อย่างเป็นระบบ มนุษย์ก็ถือเป็นสิ่งมีชีวิตที่ต้องตอบสนองแนวทางที่ธรรมชาติในการสมรสที่ได้วางไว้ นั่นก็คือ การมีความสัมพันธ์ทางเพศกับเพศตรงข้ามกับตนเพื่อให้เกิดการปฏิสนธิในครรภ์ของมนุษย์เพศหญิง ซึ่งได้รับหน้าที่อันใหญ่หลวงจากธรรมชาติให้เป็นเพศที่สามารถถือกำเนิดบุตรมนุษย์เพื่อสืบทอดเผ่าพันธุ์ของตนสืบไป แม้ในยุคหลังนี้จะมีนักวิทยาศาสตร์ที่พยายามที่จะทดลองในการสร้างมนุษย์ขึ้นมาโดยวิธีทางอื่นที่ไม่เป็นวิถีทางแห่งธรรมชาติ ที่ไม่ต้องใช้การปฏิสนธิของมนุษย์เพศชายและมนุษย์เพศหญิง หมายความว่านักวิทยาศาสตร์พยายามทดลองปฏิสนธิมนุษย์โดยไม่ใช้รังไข่ของเพศหญิง หรือน้ำสุจิของเพศชายฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในการปฏิสนธิ นักวิทยาศาสตร์เหล่านั้นก็ยังไม่สามารถค้นพบวิธีใดๆ ในการสร้างมนุษย์ขึ้นมาโดยวิธีอื่นที่ไม่ใช่การปฏิสนธิของมนุษย์เพศชายและมนุษย์เพศหญิงตามกระบวนการของธรรมชาติได้เลย แต่มนุษย์ก็ยังคงมีความพยายามที่จะเอาชนะธรรมชาติอยู่เสมอ อย่างที่เห็นในปัจจุบันที่วิทยาศาสตร์มีความก้าวหน้ามากขึ้น โดยมีวิธีการในการปฏิสนธิภายนอกในร่างกายของมนุษย์หรือนำไข่มาผสมภายนอกในร่างกายมนุษย์ หรือที่เรียกว่า เด็กหลอดแก้ว แต่อย่างไรก็ตาม การปฏิสนธิภายนอกในร่างกายของมนุษย์ตามวิธีนี้ก็ยังคงต้องอาศัยรังไข่ของเพศหญิงและน้ำสุจิของเพศชายในการปฏิสนธิอยู่เช่นเดิม เพียงแต่มีความแตกต่างอยู่ตรงที่ชายหญิงคู่นี้ไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางเพศร่วมกันเพื่อให้เกิดการปฏิสนธิภายในร่างกายผู้หญิงตามกระบวนการของธรรมชาติเท่านั้นเอง จึงทำให้วิธีการดังกล่าวนี้ก็

ยังคงอาศัยปัจจัยของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติในการปฏิสนธิอันเป็นวิถีแห่งธรรมชาติอยู่เช่นเดิม ไม่มีสิ่งใดเปลี่ยนแปลง

ดังนั้น สิ่งเหล่านี้เป็นการสะท้อนให้เห็นถึงกระบวนการสมรสที่เป็นเงื่อนไขของธรรมชาติ ที่ธรรมชาติได้สรรค์สร้างทุกอย่างมาเพื่อมนุษย์ กฎเกณฑ์ใดที่ถูกกำหนดขึ้นโดยธรรมชาติแล้ว ธรรมชาติจะเป็นผู้รักษากฎเหล่านั้นเอง กฎแห่งธรรมชาติเหล่านี้ก็จะมีสภาพบังคับตามวิถีของธรรมชาติ แม้มนุษย์จะใช้กระบวนการอื่นในการเอาชนะธรรมชาติ แต่กระบวนการเหล่านั้นก็มิอาจสำเร็จได้โดยวิถีของมนุษย์ เพราะธรรมชาติได้สร้างหลักการและเหตุผลที่สอดคล้องกันอย่างสมเหตุสมผล รวมถึงธรรมชาติก็มีวัตถุประสงค์ที่เป็นจริงได้และเพื่อประโยชน์ของมนุษย์และสิ่งมีชีวิตทั้งปวงบนโลกมนุษย์ ในการที่จะขยายเผ่าพันธุ์ของตนได้อย่างสมบูรณ์

2.5.2 วัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ

ในประเด็นของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ หรือที่เรียกกันว่า ประเพณีแต่งงานนั้น ได้เคยอธิบายไว้แล้วก่อนหน้านี้แล้วว่า รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อมีความสอดคล้องกันกับรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติจนแทบจะเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันเพราะวัฒนธรรม ประเพณีท้องถิ่นต่างๆ ก็มีพื้นฐานมาจากสิ่งที่เป็นธรรมชาติรวมไปถึงความเชื่อในทางศาสนาต่างๆ ที่มนุษย์มีความศรัทธา เช่น ศาสนาคริสต์ และศาสนาอิสลาม ที่มีความเชื่อในลักษณะที่ว่า สิ่งใดที่เป็นของธรรมชาติ หรือที่มาจากธรรมชาติ สิ่งๆ นั้นคือสิ่งที่เป็นพระเจ้า ของพระเจ้า และมาจากพระเจ้า ดังนั้นจารีตประเพณีต่างๆ ของมนุษย์ได้หลอมรวมกันเป็นรูปแบบของวัฒนธรรม ประเพณีดั้งเดิมของท้องถิ่น ที่ได้นำเอาหลักการของธรรมชาติที่เป็นการแสดงออกซึ่งแนวคิดที่เป็นสัจธรรมมาบัญญัติไว้ในลักษณะของประเพณี และพิธีกรรมที่เป็นแนวปฏิบัติ รวมไปถึงสิ่งที่มาจากความเชื่อในแต่ละศาสนาของมนุษย์ในสังคมนั้นๆ ที่ส่งผลให้ผู้ที่มีความเชื่อในศาสนานั้นๆ จะต้องปฏิบัติตาม ทำให้วัฒนธรรม ประเพณีท้องถิ่น และความเชื่อของมนุษย์อันเกิดจากความศรัทธาต่างๆ เหล่านั้นมีที่มาจากธรรมชาติ จึงส่งผลให้วัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อมีลักษณะเช่นเดียวกับกับวัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ มีหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกัน และมีลักษณะที่เป็นไปในแนวทางเดียวกันนั้น คือ การสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ โดยเฉพาะการเสริมสร้างความเป็นธรรมชาติที่ต้องการสร้างเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ให้ยิ่งใหญ่และขยายเผ่าพันธุ์ออกไปอย่างไม่มีที่สิ้นสุด โดยอาศัยกระบวนการของการสมรสของมนุษย์ วัฒนธรรมและประเพณีก็มีแนวคิดเช่นเดียวกันนี้ โดยวัฒนธรรม และประเพณีได้เจริญรอยตามวิถีแห่งธรรมชาติ โดยมนุษย์ได้พยายามนำสิ่งที่เป็นไปตามวิถีแห่งธรรมชาตินั้นมารวบรวมไว้และประพฤติปฏิบัติกันจนเป็นจารีตประเพณี ที่ทำให้มนุษย์เชื่อในธรรมชาติมากขึ้น และสังคมของมนุษย์จะเป็นตัวคัดกรองรูปแบบที่ติงามของธรรมชาติเพื่อสั่งสอน

มนุษย์ให้อยู่ในศีลธรรมและความเชื่อของชนชาติของตน โดยผ่านทางรูปแบบของประเพณีนิยมของท้องถิ่นนั้นๆ ดังจะเห็นได้จากมนุษย์สร้างจารีตประเพณีของตนขึ้นมา โดยนำหลักเกณฑ์ของธรรมชาติมาจัดให้มีระเบียบแบบแผนมากขึ้น และสอดแทรกคุณธรรมและจริยธรรมลงไปเพื่อให้หลักเกณฑ์ของธรรมชาติมีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น จนกลายเป็นวัฒนธรรม อาทิ รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาตินั้น ที่มุ่งให้ความสำคัญกับการร่วมประเวณีของคู่สมรสที่ได้ทำการสมรสกันแล้ว จารีตประเพณีท้องถิ่นก็นำเรื่องดังกล่าว นำมาจัดระเบียบในเรื่องศีลธรรมของการครองเรือนของคู่สมรส โดยเฉพาะเรื่องการผิดผิดเมียที่คู่สมรสนั้นจะต้องไม่ผิดประเวณีกับบุคคลอื่นนอกเหนือจากคู่สมรสของตน เป็นต้น

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าธรรมชาติและจารีตประเพณีดั้งเดิมของมนุษย์ที่พัฒนาจนกลายเป็นวัฒนธรรมและประเพณีท้องถิ่นในแต่ละท้องถิ่นมีแนวคิดที่สอดคล้องกัน โดยต่างก็พึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน จารีตประเพณีดั้งเดิมของมนุษย์ก็นำหลักเกณฑ์ของธรรมชาติมาพัฒนาจนนำไปสู่ความเป็นวัฒนธรรมและประเพณีที่มนุษย์สืบทอดกันต่อมาจากรุ่นสู่รุ่น เพื่อกล่อมเกล่าจิตใจของมนุษย์อันเป็นการสร้างศีลธรรมและจริยธรรมในการครองเรือนและเป็นแนวทางของการใช้ชีวิตคู่ วัตถุประสงค์ของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ จึงมีความสอดคล้องกันทั้งในบริบทของหลักการและเหตุผลอันนำมาซึ่งแนวทางของการเสริมสร้างรูปแบบและสัจธรรมของการสมรสโดยธรรมชาติตามทฤษฎีของการกำเนิดมนุษย์อย่างแท้จริง

ส่วนวัตถุประสงค์อีกประการของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อก็คือ การสมรสในรูปแบบนี้เป็นเรื่องของประกอบพิธีกรรมการแต่งงานตามประเพณีของแต่ละท้องถิ่นนั้นๆ ที่คู่รักได้อาศัยอยู่ในสังคมนั้น และคู่รักมีความเชื่อและแรงศรัทธาร่วมกันด้วย อีกทั้งเป็นประกอบพิธีกรรมเพื่อแสดงความเคารพต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ทั่วสากลโลกที่มนุษย์มองไม่เห็น อีกทั้งในพิธีแต่งงานดังกล่าวจะมีการเชิญแขกมาร่วมพิธีมากมาย เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อให้แขกที่มาร่วมงานนั้นเป็นสักขีพยานของการสมรสของคู่บ่าวสาว เพราะเนื่องจากการประกอบพิธีกรรมการแต่งงานนั้น แท้จริงแล้วคือ มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการประกาศให้สาธารณชนได้รับรู้ถึงการที่ชายและหญิงคู่นี้จะมีฐานะของความเป็นสามีภริยากันแล้วโดยสมบูรณ์ในทางพฤตินัย

อย่างไรก็ตามแม้วัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและวัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อจะมีลักษณะที่คล้ายกัน แต่ผู้วิจัยก็ได้ทำการวิเคราะห์เพิ่มเติมในความหมายที่แท้จริงของคำว่า “สมรส” ว่าน่าจะเป็นไปในความหมายของการอยู่กินกันฉันสามีภริยาในรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขธรรมชาติเท่านั้น เพราะการสมรสในรูปแบบของธรรมชาติ คือ การมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างชายและหญิงด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ซึ่งแสดงถึงการสมรสตามวิถีของธรรมชาติอันเป็นความหมายของการสมรสที่แท้จริง เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็

เพื่อให้มนุษย์มีการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของตนตามวัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ อันเป็นสัจธรรมโดยแท้ของการสมรส

ดังนั้นแท้จริงแล้ว คำว่า “สมรส” จึงมีความหมายที่แสดงถึงความสัมพันธ์ในความเป็นสามีและภรรยาของชายและหญิงในรูปแบบของธรรมชาติเท่านั้น ส่วนรูปแบบของการประกอบพิธีแต่งงานเพื่อรับรองตามเงื่อนไขของศาสนารูปแบบนี้ จากการที่ได้ทำการศึกษาจึงมีความคิดเห็นว่า แท้จริงแล้วลักษณะโดยทั่วไปของรูปแบบ และวัตถุประสงค์ ของการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อรูปแบบนี้ แม้จะมีวัตถุประสงค์ในการสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์เหมือนอย่างรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ แต่การสมรสตามรูปแบบเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อนี้ ก็ไม่ได้บังคับว่าคู่ที่สมรสกันตามรูปแบบเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ จะต้องให้กำเนิดบุตร แต่การสมรสในรูปแบบของวัฒนธรรมและความเชื่อนั้นจะมีลักษณะที่ออกไปในทางการประกอบพิธีกรรมตามความเชื่อในแต่ละท้องถิ่นนั้นๆมากกว่า อีกทั้งการประกอบพิธีกรรมแต่งงาน ก็ไม่ได้หมายความว่าคู่สมรสที่ประกอบพิธีกรรมทางศาสนาดังกล่าวนั้นแล้ว จะต้องให้กำเนิดบุตรเพื่อขยายเผ่าพันธุ์มนุษย์จึงจะเป็นพิธีกรรมแต่งงานที่สมบูรณ์ แต่การสมรสในรูปแบบเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อการยอมรับสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ที่ได้ประกอบพิธีกรรมแต่งงานตามประเพณีท้องถิ่นของตน อีกทั้งรูปแบบของการประกอบพิธีกรรมแต่งงานก็มีบทบาทหน้าที่หลักในการเป็นสื่อกลางในการประกาศให้สาธารณชนทั่วไป ได้รับรู้ถึงความเป็นสามีภรรยาของชายและหญิงคู่ที่ได้ร่วมพิธีแต่งงานกันเท่านั้น โดยไม่ได้มีลักษณะของการบังคับให้ชายและหญิงคู่นั้นต้องมีเพศสัมพันธ์กันเพื่อสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์แต่อย่างใด ดังนั้นจึงไม่ควรจะใช้คำว่า “สมรส” กับรูปแบบการยอมรับสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ภายใต้เงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อรูปแบบนี้ ดังนั้นผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าควรใช้คำว่า “การประกอบพิธีกรรมแต่งงานเพื่อยอมรับสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ตามประเพณีของแต่ละท้องถิ่น” หรือพูดสั้นๆว่าการประกอบพิธีแต่งงาน เพราะจะให้ความหมายที่ตรงมากกว่าใช้คำว่า “สมรส”

แต่เหตุผลที่มนุษย์ต้องการใช้คำว่า “สมรส” ร่วมด้วยในรูปแบบการประกอบพิธีกรรมแต่งงานเพื่อยอมรับสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ตามประเพณีของแต่ละท้องถิ่น รูปแบบนี้ นั้น วิเคราะห์ว่าน่าจะมาจากการที่ผู้บัญญัติศัพท์ของมนุษย์ที่ได้นำคำว่า “สมรส” มาร่วมใช้ด้วย โดยนำมาจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ และนำมาใช้ร่วมกันกับการประกอบพิธีกรรมแต่งงานเพื่อยอมรับสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ตามประเพณีของแต่ละท้องถิ่น เพื่อใช้คำในลักษณะเดียวกัน และอย่างเดียวกัน และกลายเป็นความเคยชิน เพื่อทำให้เกิดความสอดคล้องและไม่ใช่ที่สับสนของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศที่จะทำการสมรสกันในทั้งสองรูปแบบนั่นเอง ดังนั้นจึงทำให้คำว่า “สมรส” ได้ถูกนำมาใช้ได้ในรูปแบบของการประกอบพิธีกรรมแต่งงานเพื่อยอมรับสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ตามประเพณีของแต่ละท้องถิ่นด้วย

2.5.3 วัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ

มนุษย์เป็นสัตว์สังคมจึงจำเป็นต้องเคารพกฎเกณฑ์ต่างๆ ของสังคม เพราะมนุษย์มีความปรารถนาที่จะค้นพบความสุขในการดำรงชีวิตคู่ภายหลังจากการสมรส รวมไปถึงความปลอดภัยในการอยู่ร่วมกันในสังคมกับครอบครัวอื่นๆ มนุษย์จึงมีจิตสำนึกในการปฏิบัติตนมิให้เป็นที่ยังเกียดหรือไม่พึงปรารถนาของบุคคลอื่นที่อยู่ร่วมกันในสังคม ประกอบกับมนุษย์มีความเชื่อว่าความโดดเดี่ยวจะทำให้ขาดทุกสิ่งทุกอย่าง เพราะมนุษย์ไม่สามารถใช้ชีวิตอยู่บนโลกนี้ได้เพียงคนเดียว เพราะอาจต้องเผชิญกับสิ่งที่ตนเกรงกลัว ฉะนั้นเมื่อมนุษย์มาอยู่ร่วมกันจากการเป็นคู่สมรส กฎเกณฑ์ต่างๆ ในการอยู่ร่วมกันก็ต้องมีขึ้นเป็นธรรมดา เพราะฉะนั้นจึงส่งผลให้สังคมมนุษย์ต้องมีระเบียบแบบแผนในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ดังนั้น จึงทำให้มีการสร้างกฎเกณฑ์ของการใช้ชีวิตคู่ในฐานะของคู่สมรสเกิดขึ้น มนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีความคิดและสติปัญญาเหนือสัตว์โลกอื่นๆ มนุษย์จึงรู้จักความผิชอบชั่วดีและเป็นสัตว์โลกเพียงประเภทเดียวที่ใช้กฎหมายในการควบคุมความประพฤติได้

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การสมรส คือ การสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ และเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดของมนุษย์ การสมรสแม้จะเป็นเรื่องของธรรมชาติ แต่รัฐในฐานะที่เป็นผู้ควบคุมดูแลความสงบสุขของสังคม ก็มีอาจปล่อยปละละเลยให้มนุษย์สมรสกันโดยใช้วิถีแห่งธรรมชาติอย่างไม่มีระเบียบวินัยโดยที่ไม่เข้าไปจัดการดูแลเลยก็มีอาจทำได้ เพราะอาจทำให้เกิดปัญหาขึ้นมาได้ อีกทั้งปัญหาเหล่านั้นอาจเป็นการกระทบกระเทือนถึงอำนาจในการบริหารและการจัดการความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีประชาชนภายในของรัฐได้ รัฐเองจึงมีความต้องการที่จะเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในการจัดสรรรูปแบบของการสมรสของมนุษย์ให้มีระเบียบ โดยที่รัฐยังคงยึดถือรูปแบบและหลักเกณฑ์ของการสมรสตามวิถีแห่งธรรมชาติไว้เช่นเดิม เพียงแต่รัฐขอมีส่วนร่วมในการเข้าไปวางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมใหม่ และสร้างรูปแบบของการสมรสอีกรูปแบบหนึ่งให้เป็นไปตามแนวนโยบายของรัฐและมีความชัดเจนยิ่งขึ้น เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและหน้าที่ของประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครองของรัฐนั้น โดยหลักเกณฑ์ที่รัฐได้วางไว้นั้นเป็นการแยกต่างหากจากรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติอย่างสิ้นเชิง เพราะด้วยเหตุผลที่ว่า หลักในเรื่องการสมรสตามวิถีแห่งธรรมชาติที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์นั้น รัฐให้เป็นหน้าที่ของธรรมชาติ เป็นหน้าที่ของการสมรสที่แท้จริง รัฐไม่สามารถเข้าไปยุ่งเกี่ยวใดๆ ได้ทั้งสิ้นกับการสมรสในรูปแบบของชาตินั้น แต่รัฐมีความต้องการที่จะเป็นผู้รับรองและคุ้มครองสิทธิของคู่สมรสตามวิถีแห่งชาตินั้น มาเป็นคู่สมรสตามกฎหมายของรัฐด้วย ดังนั้น ทำให้เกิดรูปแบบที่รัฐต้องการจะสร้างขึ้นใหม่ นั่นคือ รูปแบบที่รัฐเพียงต้องการที่จะรับรองและคุ้มครองสิทธิให้แก่คู่สมรสจากคู่สมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติมาเป็นคู่สมรสตามกฎหมาย และในฐานะสิทธิของพลเมืองของรัฐที่ยอมมาอยู่ภายใต้การบริหารและการจัดการโดยรัฐ โดยผู้วิจัยได้เรียกรูปแบบที่รัฐได้กระทำขึ้นนี้ว่า “การจดทะเบียนรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในทางกฎหมายของมนุษย์” หรือเป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปได้ว่าเป็นการจดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐนั่นเอง โดย

ในส่วนนี้ผู้วิจัยได้อธิบายโดยละเอียดแล้วในหัวข้อที่ผ่านมาแล้วว่า การสมรสตามกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะการจดทะเบียนสมรสเท่านั้น ประกอบกับ คู่สมรสต้องแสดงความยินยอมให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และนายทะเบียนก็ต้องบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย

ส่วนในความหมายที่แท้จริงของคำว่า “สมรส” นั้นในความคิดเห็นของผู้วิจัยคำว่า “สมรส” น่าจะเป็นไปในความหมายของการอยู่กินกันฉันสามีภริยาในรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติเท่านั้น เพราะการสมรสในรูปแบบของธรรมชาติ คือ การมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างชายและหญิงด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่ายซึ่งแสดงถึงการสมรสตามวิถีของธรรมชาติอันเป็นความหมายของการสมรสที่แท้จริง เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อให้มนุษย์มีการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของตนตามวัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ อันเป็นสัจธรรมโดยแท้ของการสมรส ดังนั้นในความคิดเห็นของผู้วิจัยคำว่า “สมรส” จึงมีความหมายที่แสดงถึงความสัมพันธ์ในความเป็นสามีและภริยาของชายและหญิงในรูปแบบของธรรมชาติเท่านั้น ส่วนรูปแบบของการจดทะเบียนรับรองตามเงื่อนไขของรัฐรูปแบบนี้ ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่าแท้จริงแล้ว ลักษณะโดยทั่วไปของรูปแบบ และวัตถุประสงค์ ของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐรูปแบบนี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์เหมือนอย่างรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ เพราะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายในมาตราใดเลยที่กล่าวว่าการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์เป็นหน้าที่ของคู่สมรส อีกทั้งกฎหมายก็ไม่ได้บังคับว่าคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายแล้วจะต้องให้กำเนิดบุตรเพื่อขยายเผ่าพันธุ์มนุษย์ แต่การสมรสในรูปแบบเงื่อนไขของรัฐนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในทางกฎหมายของมนุษย์เท่านั้น อีกทั้งบทบัญญัติกฎหมายมีบทบาทหน้าที่หลักในการแก้ไขปัญหาการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันและปัญหาครอบครัวของคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายนี้เท่านั้น โดยไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการสนับสนุนในเชิงกฎหมายในการขยายเผ่าพันธุ์ของมนุษย์แต่อย่างใด ดังนั้นจึงไม่ควรจะใช้คำว่า “สมรส” กับรูปแบบการจดทะเบียนรับรองภายใต้เงื่อนไขของรัฐรูปแบบนี้ ดังนั้นผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าควรใช้คำว่า “การจดทะเบียนรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในทางกฎหมายของมนุษย์” เพราะจะให้ความหมายที่ตรงมากกว่าใช้คำว่า “สมรส”

แต่เหตุผลที่รัฐต้องการใช้คำว่า “สมรส” ร่วมด้วยในรูปแบบการจดทะเบียนรับรองภายใต้เงื่อนไขของรัฐรูปแบบนี้นั้น ผู้วิจัยวิเคราะห์ว่าน่าจะมาจากการที่ผู้บัญญัติกฎหมายของรัฐนำคำว่า “สมรส” มาร่วมใช้ด้วย โดยนำมาจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ และนำมาใช้ร่วมกันกับการจดทะเบียนรับรองในรูปแบบของรัฐเพื่อใช้คำในลักษณะเดียวกัน และอย่างเดียวกันเพื่อทำให้เกิดความสอดคล้องและไม่เป็นที่สับสนของคู่รักชายและหญิงที่จะทำการสมรสกันทั้งสองรูปแบบนั่นเอง ดังนั้นจึงทำให้คำว่า “สมรส” ได้ถูกนำมาใช้ได้ในรูปแบบของการจดทะเบียนรับรองตามเงื่อนไขของรัฐด้วย

ด้วยเหตุนี้จึงได้ทำการวิเคราะห์ให้เห็นถึงวัตถุประสงค์หลักของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการและเหตุผลที่ได้กล่าวไว้ก่อนหน้านี้ อันเป็นแนวทางในการสนับสนุนแนวคิดที่ได้ทำการศึกษาค้นคว้า โดยอาจกล่าวได้ว่าวัตถุประสงค์หลักของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐมีอยู่ 3 ประการใหญ่ ดังนี้ ประการแรก คือ รัฐต้องการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในทางกฎหมายให้แก่มนุษย์ โดยวัตถุประสงค์ในข้อนี้ ถือได้ว่าเป็นวัตถุประสงค์หลักที่รัฐมีความต้องการยกระดับฐานะของคู่สมรสที่ได้อยู่กินกันฉันสามีภริยาตามวิถีแห่งธรรมชาติให้ถูกต้องตามกฎหมาย รวมทั้งให้มาอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของกฎหมาย ทำให้มีสถานะเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งวิธีการดังกล่าวนี้คู่สมรสจะต้องมาจดทะเบียนเพื่อให้รัฐรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่สมรส ซึ่งโดยหลักการแล้วคือ การที่คู่สมรสจะสามารถจดทะเบียนเพื่อรับรองสถานะได้นั้น คู่สมรสทั้งสองฝ่ายจะต้องเข้าหลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขในการสมรสตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้เสียก่อน มิเช่นนั้นการจดทะเบียนก็จะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย โดยอาจจะตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะแล้วแต่กรณี ซึ่งเงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมายนั้นมีอยู่หลายประการด้วยกัน

ในลำดับต่อมาจะขออธิบายถึงเงื่อนไขแห่งการสมรส และผลของการฝ่าฝืนเงื่อนไขของการสมรสที่จะมีผลให้การจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายนั้นตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะแล้วแต่กรณี โดยในส่วนแรกนี้จะขออธิบายถึงเงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมาย โดยหากคู่สมรสฝ่าฝืนแล้วการจดทะเบียนสมรสก็จะตกเป็นโมฆะ ดังนี้ เงื่อนไขประการแรกคือ ห้ามสมรสกับคนวิกลจริต เงื่อนไขประการที่สองคือ ห้ามสมรสกับบุคคลซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา เงื่อนไขประการที่สาม ห้ามสมรสกับบุคคลที่ได้จดทะเบียนสมรสกับบุคคลอื่นอยู่ก่อนแล้ว เงื่อนไขประการที่สี่คือ ห้ามทำการสมรสหากคู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ยินยอมที่จะสมรส เงื่อนไขทั้งสี่ประการที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาข้างต้นนี้หากคู่สมรสมิได้ปฏิบัติตามแม้แต่ข้อหนึ่งข้อใด ก็จะมีผลให้การจดทะเบียนสมรสนั้นตกเป็นโมฆะทันที การสมรสที่เป็นโมฆะ หมายถึง การกระทำที่ถือเสมือนว่าไม่เคยมีการจดทะเบียนสมรสอันใดกันมาก่อนเลย ต่อมาในส่วนที่สอง จะขออธิบายถึงเงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมาย โดยหากคู่สมรสฝ่าฝืนแล้วการจดทะเบียนสมรสก็จะตกเป็นโมฆียะ ดังนี้ เงื่อนไขประการแรกคือ การสมรสที่อายุของบุคคลที่จะทำการสมรสไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด เงื่อนไขประการที่สอง การสมรสที่เกิดการสำคัญผิดในตัวคู่สมรส เงื่อนไขประการที่สาม คือ การสมรสที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดถูกกลั่นแกล้งให้สมรส เงื่อนไขประการที่สี่ คือ การสมรสที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดถูกข่มขู่ให้สมรส และเงื่อนไขสุดท้าย คือ การสมรสของผู้เยาว์ที่อายุตั้งแต่สิบเจ็ดปีแต่ไม่ถึงยี่สิบปี ที่ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้ปกครองให้ทำการสมรส เงื่อนไขทั้งห้าประการที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ หากคู่สมรสกระทำการสมรสที่เป็นการเข้าข่ายในข้อหนึ่งข้อใดตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ก็จะมีผลให้การสมรสนั้นตกเป็นโมฆียะ การสมรสที่ตกเป็นโมฆียะ หมายถึง การสมรสที่มีผลสมบูรณ์ จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาให้เพิกถอนการสมรสอันเป็นโมฆียะนั้น ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไข

ของกฎหมายที่จะนำไปสู่การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ หรือ การสมรสตามกฎหมายนั้น มีหลายประการด้วยกัน ซึ่งแตกต่างจากหลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขของการสมรสตามวิถีแห่งธรรมชาติที่มีเพียงหลักเกณฑ์ ความรัก ความสมัครใจ และความยินยอม เพราะฉะนั้นสิ่งนี้จึงมีผลให้วัตถุประสงค์ของการสมรสทั้งสองรูปแบบมีความแตกต่างกันนั่นเอง

ต่อมาวัตถุประสงค์ของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐประการที่สองคือ รัฐต้องการจะคุ้มครองสิทธิในฐานะคู่สมรส รวมไปถึงการมอบสิทธิประโยชน์ต่างๆ ที่ได้รับในฐานะที่เป็นคู่สมรส จากวัตถุประสงค์ของการจดทะเบียนสมรสในข้อนี้ ทำให้เห็นว่ารัฐต้องการที่จะเข้ามามีส่วนในการคุ้มครองสิทธิของประชากรที่ได้สมรสภายใต้เงื่อนไขของรัฐ รวมไปถึงรัฐต้องการที่จะมอบสิทธิประโยชน์ต่างๆ ในฐานะที่เป็นคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายด้วย หรือเรียกว่าสวัสดิการที่รัฐมอบให้แก่คู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายนั่นเอง โดยในส่วนแรกนั้น รัฐต้องการที่จะคุ้มครองสิทธิต่างๆ อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่คู่สมรส โดยเฉพาะการได้รับการคุ้มครองสิทธิในฐานะของคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิแก่คู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสไม่ว่าจะเป็นสิทธิโดยทั่วไป เช่น สิทธิในการใช้ชื่อสกุลของคู่สมรส หรือสิทธิในทางแพ่ง เช่น สิทธิในการเป็นผู้อนุบาลในกรณีที่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ สิทธิในการเป็นผู้พิทักษ์ในกรณีที่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งถูกศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ หรือสิทธิในกระบวนการพิจารณาความเช่น สิทธิในการฟ้องคดีแทนคู่สมรส เป็นต้น และในส่วนที่สองที่รัฐต้องการที่จะมอบสิทธิประโยชน์ต่างๆ อันเป็นสวัสดิการจากการบริหารและการจัดการในทางสังคม และในทางเศรษฐกิจของภาครัฐ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิประโยชน์ในทางสังคม เช่น สิทธิประโยชน์ต่างๆ อันเป็นสวัสดิการของคู่สมรสข้าราชการ สิทธิประโยชน์ในเรื่องประกันสังคม เป็นต้น หรือสิทธิประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ เช่น สิทธิประโยชน์ในเรื่องของการลดหย่อนภาษี สิทธิประโยชน์ในเรื่องของการเงิน และการธนาคาร สิทธิประโยชน์ในเรื่องของประกันชีวิต เป็นต้น โดยที่คู่สมรสที่ได้จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายก็จะมีสิทธิโดยชอบธรรมในการได้รับสิทธิประโยชน์ที่ภาครัฐได้มอบให้ดังที่ได้กล่าวมานี้ โดยสิทธิเหล่านี้เป็นสิทธิของความเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะสามารถใช้ได้เท่านั้น รวมไปถึงสิทธิที่คู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถใช้แทนกันได้ เสมือนเป็นบุคคลคนเดียวกัน หรือเรียกว่าการใช้สิทธิแทนกันนั่นเอง เช่น สิทธิในการอนุญาตให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้รับการรักษาทางการแพทย์ ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายนั้นไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง เป็นต้น

ดังนั้น จากข้อมูลที่ได้กล่าวมาข้างต้นเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของการจัดรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐประการที่สอง ที่ภาครัฐมุ่งเน้นที่จะให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่คู่สมรสที่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย อันเป็นการใช้สิทธิในทางกฎหมายอย่างชอบธรรมในฐานะของคู่สมรสด้วย รวมไปถึงการที่ภาครัฐมองเห็นถึงความสำคัญของการดำรงชีวิตขั้นพื้นฐาน โดยภาครัฐจึงมุ่งเน้นในการมอบสิทธิประโยชน์ต่างๆ ทั้งในด้านสังคมและในด้านเศรษฐกิจ

เพื่อให้คู่รักที่ได้จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายนั้นได้รับสวัสดิการต่างๆ ที่ภาครัฐมอบให้ อันเป็นการสร้างคุณภาพชีวิตของการใช้ชีวิตของมนุษย์ให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น

ต่อมาวัตถุประสงค์ของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐประการสุดท้าย คือ รัฐต้องการจะออกกฎหมายและข้อบังคับเพื่อป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นจากการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ในฐานะคู่สมรส รวมไปถึงออกกฎหมายที่เป็นแนวทางในการแก้ปัญหาจากการใช้ชีวิตคู่อยู่ร่วมกันของมนุษย์ในฐานะของคู่สมรส ซึ่งในส่วนนี้แสดงให้เห็นว่ารัฐมีความเป็นห่วงใยถึงการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ที่ในบางครั้งอาจจำเป็นต้องมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันออกไปบ้าง เพราะต่างคนก็ต่างความคิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งคนที่ต้องใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันเจอหน้ากันทุกวัน อาจมีบางเวลาที่ทำให้รู้สึกว่าคุณเริ่มมีอาการรำคาญ จนในบางครั้งอาจจำเป็นต้องมีการกระทบกระทั่งกันบ้าง ความไม่เข้าใจกันหรือเข้าใจอะไรผิด ความโกรธ อารมณ์หงุดหงิดอาจเกิดขึ้นมาได้เสมอกับคู่รักที่ต้องใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน เพราะสิ่งเหล่านี้คือธรรมชาติของมนุษย์ที่จะต้องพบกับ รัก โลภ โกรธ หลง รวมไปถึงกิเลสตัณหามากมาย ดังนั้น เมื่อมนุษย์มีพฤติกรรมเช่นนี้ จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องออกกฎหมายขึ้นมาเพื่อป้องกันปัญหาเวลาที่คู่สมรสมีความคิดเห็นที่ไม่ลงรอยกันซึ่งอาจเป็นต้นเหตุของปัญหาครอบครัวในที่สุด

โดยประการแรกนั้น เป็นนโยบายเชิงป้องกัน โดยรัฐจะออกกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการป้องกันปัญหาที่รัฐมองว่าอาจจะเกิดเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นมาได้ในระหว่างการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่สมรสเสียก่อน โดยแนวทางในการป้องกันส่วนใหญ่แล้วจะเน้นไปที่เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสในเรื่องทรัพย์สิน ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอันดับแรกที่คุณสมรสมักใช้เป็นสาเหตุในการทะเลาะเบาะแว้งในครอบครัว ดังนั้น กฎหมายจึงออกแบบรูปแบบของทรัพย์สิน ให้อยู่ในรูปของสินส่วนตัว และสินสมรส โดยถือเป็นการแบ่งแยกประเภทของทรัพย์สินที่มีอยู่ก่อนสมรสและที่ได้มาภายหลังจากการสมรสอย่างชัดเจน รวมถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องของอำนาจและหน้าที่ในการจัดการทรัพย์สินที่เป็นสินส่วนตัว และสินสมรส เพื่อป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคตจากการบริหารจัดการทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรส

โดยประการที่สอง เป็นนโยบายในเชิงแก้ไขปัญหา กล่าวคือ หากคู่สมรสมีประเด็นข้อพิพาทเกิดขึ้นมาแล้วและมีอายุข้อพิพาทนั้นได้ ดังนั้น รัฐจึงบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่เป็นเครื่องมือในการแก้ไขปัญหาและหาทางออก เมื่อคู่สมรสทั้งสองฝ่ายเกิดความขัดแย้งกันขึ้นมาโดยไม่สามารถระงับข้อพิพาทเหล่านั้นได้ด้วยตนเอง อาทิ การจัดการสินสมรสที่กฎหมายบัญญัติให้การจัดการทรัพย์สินบางประเภทคู่สมรสต้องจัดการร่วมกัน หรือได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนั้นมิได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายข้างต้น กฎหมายก็จะมีทางแก้ไขปัญหา คือ ให้สิทธิแก่คู่สมรสฝ่ายที่เสียผลประโยชน์ในการที่จะฟ้องให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมเกี่ยวกับการจัดการสินสมรสที่ปราศจากความยินยอมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น ซึ่งจากหลักการและเหตุผลของกฎหมายในประเด็นนี้ ผู้วิจัยค้นพบว่า รัฐมีความประสงค์ที่จะสร้าง

ความสมานฉันท์ให้เกิดขึ้นจากความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สมรสมากกว่าการระงับข้อพิพาทด้วยการสิ้นสุดการสมรส ดังจะเห็นได้จากรัฐพยายามสร้างกระบวนการในการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี โดยอาศัยคนกลางในการไกล่เกลี่ยเพื่อการเจรจาข้อยุติเพื่อการตกลงยินยอมของทั้งสองฝ่าย ซึ่งวิธีการดังกล่าวมานี้เป็นที่นิยมอย่างยิ่งในปัจจุบัน

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษายังพบว่าคู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดที่เป็นฝ่ายที่เสียผลประโยชน์จากกรณีที่ถูกกฎหมายได้บัญญัติวิธีการในการยุติข้อพิพาทไว้นั้น รวมถึงไม่ยอมปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย โดยอ้างว่าตนไม่ได้ยอมรับข้อกฎหมายดังกล่าว ซึ่งโดยหลักแล้วคู่รักที่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย ก็ถือว่าเป็นการยอมรับข้อตกลงที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สมรสไปโดยปริยาย ดังสุภาษิตกฎหมายที่เรียกว่า กฎหมายปิดปาก ซึ่งในตัวบทกฎหมายก็จะได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย ว่าแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ต่อความเป็นสามีภริยาอย่างไรบ้าง โดยคู่สมรสทั้งสองฝ่ายจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายเหล่านั้น จะอ้างว่าตนไม่รู้กฎหมายและไม่ยอมปฏิบัติตามมิได้ เพราะการจดทะเบียนสมรสเป็นการกระทำด้วยความยินยอมของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายในการยอมรับที่จะปฏิบัติตามกฎหมายทุกประการ ไม่ว่าจะ เป็นในเรื่องความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวและความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส อีกทั้งอำนาจและหน้าที่ในการจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา หรือแม้กระทั่งในกรณีที่คู่สมรสมีบุตร กฎหมายก็ได้บัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ของสามีภริยาที่ต้องปฏิบัติต่อบุตรด้วย อันเป็นสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตรนั่นเอง ดังนั้น คู่สมรสที่ยินยอมจดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐจึงมีอาจปฏิบัติของกฎหมายที่ได้ถูกกำหนดไว้โดยรัฐ โดยมีข้ออ้างว่าตนเป็นฝ่ายเสียผลประโยชน์จากการที่กฎหมายบัญญัติแนวทางการแก้ไขปัญหาอันเกิดจากข้อพิพาทระหว่างคู่สมรสเอาไว้ และไม่สามารถอ้างได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นเป็นโทษแก่ตนและบุคคลที่เกี่ยวข้องได้

ดังนั้น สิ่งที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้เป็นการแสดงให้เห็นว่า วัตถุประสงค์ของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐมีความแตกต่างกันออกไปจากวัตถุประสงค์ของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ และรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ หรือที่เรียกว่าประเพณี แต่งงานอย่างสิ้นเชิง ทั้งในเรื่องหลักการอันเป็นที่มาของการเกิดขึ้นของรูปแบบการสมรสทั้งสามรูปแบบ และเหตุผลของการที่ต้องดำรงอยู่ของการสมรสทั้งสามรูปแบบ จึงสรุปได้ว่า การเกิดรูปแบบการสมรสขึ้นมาเป็นสามรูปแบบที่มีความแตกต่างกัน ก็เพราะเนื่องจากวัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ และรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐมีความแตกต่างกัน จึงส่งผลให้สามารถแยกการสมรสออกมาได้เป็นสามรูปแบบนั่นเอง

2.6 ลักษณะเฉพาะของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว ที่ใช้ได้เฉพาะรูปแบบการสมรสแบบคู่รักต่างเพศ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว เป็นกฎหมายที่ถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการสร้างสถานะความเป็นครอบครัวในความหมายของกฎหมาย โดยจะเห็นได้จากรูปแบบของกฎหมายครอบครัวของไทยตั้งแต่อดีต คือ กฎหมายลักษณะผัวเมีย ที่มีลักษณะของกฎหมายที่มีความสอดคล้องกับรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ ที่มุ่งหวังเพื่อการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์เป็นวัตถุประสงค์หลัก และรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อที่มุ่งเน้นในเรื่องของการประกอบพิธีกรรมด้านความเชื่อเพื่อวางรากฐานทางศีลธรรมให้แก่มนุษย์ในการสมรส รวมไปถึงวัตถุประสงค์ของการประกาศให้สาธารณชนได้รับรู้ถึงความเป็นสามีภริยาของบุคคลสองคนในทางสังคมจากพิธีแต่งงานด้วย

ต่อมาได้มีการตราประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ขึ้นมาประเทศไทยก็ยังคงยึดแนวความคิดของรูปแบบการสมรสที่มาจากรูปแบบการสมรสตามวิถีของธรรมชาติที่เคยใช้ในกฎหมายลักษณะผัวเมียเป็นหลักอยู่เช่นเดิม แต่ได้มีการพัฒนาลักษณะของกฎหมายให้มีความชัดเจนมากขึ้น ดังจะเห็นได้จากการบัญญัติรูปแบบของการจดทะเบียนรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ หรือรูปแบบของการจดทะเบียนสมรสเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในกฎหมายฉบับนี้ อันเป็นการนำรูปแบบของการสมรสภายใต้เงื่อนไขของรัฐมาใช้เป็นครั้งแรกในประเทศไทย ซึ่งในความเป็นจริงแล้วหากศึกษาให้ละเอียดจะพบว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวของไทยที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนั้น ได้มีการพัฒนามาจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ และรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อด้วยเช่นกัน ดังนั้นจึงส่งผลให้ลักษณะของกฎหมายฉบับนี้มีรูปแบบของการสมรสที่ยึดถือตามวิถีของธรรมชาติ ที่เป็นเรื่องของชายกับหญิงและการร่วมประเวณีของบุคคลทั้งสองมาเป็นองค์ประกอบหลัก รวมไปถึงการประกอบพิธีแต่งงานของคู่สมรส ที่มีลักษณะที่เป็นไปตามวัฒนธรรมและประเพณีของสังคมนั้นๆ ตามรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อด้วย แม้ในวัตถุประสงค์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ที่แท้จริงคือ ต้องการเพียงแค่รับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของมนุษย์เท่านั้น แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน กลับเป็นการผสมผสานระหว่างรูปแบบของการสมรสทั้งสามรูปแบบเข้าไว้ด้วยกันได้อย่างลงตัว คือ รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ และรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ อาจเป็นเพราะเหตุผลที่ว่าวัตถุประสงค์ของรูปแบบการสมรสทั้งสามรูปแบบนั้น แม้จะมีความแตกต่างกันอยู่บ้างไม่มากก็น้อย แต่ก็ยังคงต้องอาศัยบริบทของธรรมชาติ ในเรื่องของ

ข้อกำหนดเรื่องเพศของคู่สมรสเป็นองค์ประกอบ ประกอบกับต้องอาศัยบริบทของวัฒนธรรม และ ประเพณีท้องถิ่นมาเป็นส่วนสำคัญในการประกอบพิธีแต่งงานและการผสมผสานกับบริบทของ กฎหมายภายในรัฐด้วย

เมื่อได้วิเคราะห์ตามความเป็นจริง จึงพบว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่า ด้วยครอบครัว ยังคงต้องอาศัยหลักเกณฑ์ของธรรมชาติในการบรรลุเป้าหมายของการสร้างสถาบัน ครอบครัว นั่นก็คือ อาศัยการร่วมประเวณีของชายและหญิงเพื่อการสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์สืบต่อไป นั้นเอง เพราะฉะนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว จึงเป็นเป็น กฎหมายที่กำหนดวิธีการของการจัดตั้งสถาบันครอบครัว จากการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ของ มนุษย์ อันสืบเนื่องมาจากการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของมนุษย์ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ หลักของรูปแบบการสมรสตามเจตนาของรัฐ โดยกฎหมายฉบับนี้ยังคงต้องอาศัยรูปแบบการสมรส ตามวิถีแห่งธรรมชาติ คือ อาศัยการร่วมประเวณีของชายและหญิงในการให้กำเนิดทารก เพื่อสืบทอด เผ่าพันธุ์ของมนุษย์และสร้างความสมบูรณ์ให้เกิดขึ้นในสถาบันครอบครัว ที่ประกอบไปด้วยสถานะ ของความบิดา มารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย ที่ถือกำเนิดมาพร้อมกันภายใต้กฎหมายฉบับนี้

จากการค้นคว้าข้อมูลยังค้นพบอีกว่า แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว จะได้นำเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดสถานะทางเพศของคู่สมรสมาจากรูปแบบการสมรสตาม เจตนาของธรรมชาติ โดยนำมาเป็นองค์ประกอบสำคัญในการกำหนดหลักเกณฑ์ของผู้มีสิทธิที่จะ ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ตามกฎหมายฉบับนี้ แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ก็ไม่ได้บังคับหรือกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขใดๆ ว่าชายและหญิงที่มี สิทธิที่จะจดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายฉบับนี้จะต้องมีการร่วมประเวณีกันก่อนจึงจะสามารถจดทะเบียนสมรสกันได้ หรือให้กำเนิดบุตรก่อนจึงจะมาจดทะเบียนสมรสกันได้ หรือต้องกระทำการตาม รูปแบบการสมรสตามเจตนาของธรรมชาติก่อนการสมรสจึงจะสมบูรณ์เป็นการสมรสที่ชอบด้วย กฎหมายตามประมวลกฎหมายฉบับนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ได้กำหนดไว้แต่เพียงว่าคู่สมรสที่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายฉบับนี้แล้ว จะต้องอยู่กินด้วยกันฉัน สามีภรรยา ซึ่งหมายความว่าถึงเมื่อจดทะเบียนสมรสกันแล้วจะต้องมีการร่วมประเวณีกันตามวิธีแห่ง ความเป็นสามีภรยานั่นเอง อันถือได้ว่าเป็นข้อกำหนดของกฎหมายที่กำหนดถึงความสัมพันธ์ในทาง ส่วนตัวของสามีภรรยา ภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส

ดังนั้นแม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว จะได้นำเจตนาของ รูปแบบการสมรสตามเจตนาของธรรมชาติมาใช้เป็นข้อกำหนดของกฎหมายที่กำหนดถึง ความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวของสามีภรรยา ภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส แต่ประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ก็ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ของการสมรสเช่นเดียวกับรูปแบบ การสมรสตามเจตนาของธรรมชาติแต่อย่างใด เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่า

ด้วยครอบครัว มีรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ดังนั้น จึงมีวัตถุประสงค์เพียงแคร์รับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้กับมนุษย์เท่านั้น ดังนั้นเงื่อนไขในเรื่องเพศของคู่สมรสจึงกลายมาเป็นเพียงองค์ประกอบของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวเท่านั้น

ส่วนรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ ไม่มีปรากฏในหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ในการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวแต่อย่างใด เนื่องจากหลักเกณฑ์ในเรื่องการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อนั้นเป็นเพียงวัฒนธรรม ประเพณี และความเชื่อของแต่ละท้องถิ่นเท่านั้น ไม่ได้มีผลกระทบต่อคู่สมรสในทางกฎหมายแต่อย่างใด คู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายฉบับนี้จะจัดพิธีแต่งงานตามประเพณีหรือไม่เป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคลทั้งสองที่จะตกลงกัน ซึ่งกฎหมายไม่เข้าไปก้าวกายแต่อย่างใด ดังนั้นคู่สมรสจะประกอบพิธีแต่งงานตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อหรือไม่นั้นก็ไม่ใช่สาระสำคัญตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว แต่สิ่งเหล่านั้นอาจมีผลกระทบต่อจิตใจของคู่สมรสในทางศีลธรรมและจารีตประเพณีท้องถิ่นตามความเชื่อของคู่สมรสก็เป็นได้

กล่าวโดยสรุปคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว แม้จะต้องใช้รูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐเป็นหลักและให้ความสำคัญกับรูปแบบนี้มากกว่ารูปแบบอื่นๆ ดังจะเห็นได้จากการกำหนดหลักเกณฑ์ในรูปแบบทบัญญัติของกฎหมาย ที่เกี่ยวกับการสมรสที่มีมากกว่าและสำคัญกว่ารูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ และรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ แต่รูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐก็ยังคงอาศัยบริบทของรูปแบบการสมรสอีกทั้งสองรูปแบบในการกำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ขึ้นมาเพื่อให้กฎหมายของรัฐนั้นสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น อีกทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว เป็นการผสมผสานระหว่างรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ และรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติเข้าไว้ด้วยกัน โดยรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐจะทำหน้าที่ในการกำหนดหลักเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขของการสมรส เพื่อให้เกิดการรับรองสถานะในทางกฎหมายของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ ในรูปแบบของการจดทะเบียนสมรส ส่วนการนำรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติมาใช้ นั้น จะเป็นไปในลักษณะของการนำเงื่อนไขในเรื่องเพศของคู่สมรสมาเป็นองค์ประกอบของการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐเท่านั้น

ในลำดับต่อมาขออธิบายถึงนิยามของคำว่า ครอบครัว ที่เป็นส่วนที่มีความเชื่อมโยงกับบริบทของกฎหมายครอบครัวของไทย โดยเริ่มต้นจาก การที่มนุษย์มีความเข้าใจความหมายของคำว่า ครอบครัว ว่าเกิดขึ้นมาจากการที่ บุคคลสองคนที่มีความรู้สึกรักใคร่และมีความผูกพันซึ่งกันและกัน เป็นการเริ่มต้นของใช้ชีวิตคู่ ต่อมาก็ได้อยู่ร่วมกันในลักษณะของสามีภริยาและให้กำเนิดทารกตัว

น้อยๆ ขึ้นมา ทำให้ครอบครัวประกอบไปด้วยสมาชิก คือ บิดา มารดาและบุตร ซึ่งในเรื่องนี้นักมานุษยวิทยาก็มีความเห็นในเรื่องลักษณะของครอบครัวว่า มีอยู่สองลักษณะด้วยกัน²⁶⁸ กล่าวคือนักมานุษยวิทยาให้ความเห็นของคำว่าครอบครัวในลักษณะแรกว่า เป็นครอบครัวในความหมายอย่างกว้าง โดยกล่าวว่า ครอบครัว คือ สังคมของมนุษย์ที่อยู่ร่วมกันรูปแบบหนึ่ง โดยเกิดขึ้นมาจากความผูกพันของคนในสังคมที่มีความใกล้ชิดกันในลักษณะของสายโลหิต และมีความผูกพันในลักษณะของความเป็นเครือญาติ โดยมีลักษณะเป็นสังคมขนาดใหญ่ ที่คอยให้ความช่วยเหลือเกื้อกูลกันในลักษณะของญาติพี่น้อง โดยอาจจะประกอบไปด้วย พ่อแม่ลูก พี่น้อง ปู่ย่า ตายาย ลุงป้า น้า อา อันมีลักษณะเป็นครอบครัวขนาดใหญ่ ซึ่งครอบครัวที่มีลักษณะความสัมพันธ์เช่นนี้ จะเป็นลักษณะของครอบครัวของไทยในอดีต โดยจะพบในกฎหมายลักษณะผัวเมีย ดังที่ผู้วิจัยได้เคยกล่าวมาแล้วก่อนหน้านี้ ส่วนครอบครัวในลักษณะที่สองที่นักมานุษยวิทยาได้จำแนกไว้ก็คือ ครอบครัวในความหมายอย่างแคบ²⁶⁹ กล่าวคือ มีลักษณะที่ครอบครัวเล็กๆ ครอบครัวที่แยกออกไปจากครอบครัวขนาดใหญ่ ที่ประกอบไปด้วย พ่อแม่ลูก หรืออาจจะมีย่าและภริยาที่อยู่ร่วมกันสองคนโดยไม่มีบุตร ครอบครัวในลักษณะเช่นนี้เป็นครอบครัวที่เกิดขึ้นในสังคมสมัยใหม่ เกิดจากความเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคมจากอดีต อันมีลักษณะที่เป็นการขยายออกมาตั้งเป็นครอบครัวใหม่ กล่าวคือ ภายหลังจากที่ได้ทำการสมรสแล้วก็จะย้ายออกมาจากครอบครัวเดิมเพื่อตั้งครอบครัวใหม่ ปัจจัยที่ทำให้เป็นลักษณะเช่นนี้ เพราะสภาพสังคมที่มีความเปลี่ยนแปลง ความเจริญก้าวหน้าของสังคมเมืองทำให้ประชาชนอพยพย้ายถิ่นฐานที่อยู่เพื่อไปอยู่ในสังคมที่ดีกว่า ทำให้ลักษณะของครอบครัวขนาดใหญ่ต้องถูกแยกออกมาเป็นครอบครัวเล็กๆ อีกหลายครอบครัว²⁷⁰ ซึ่งเหตุการณ์ในลักษณะเช่นนี้ มีให้เห็นอยู่เป็นประจำในสังคมยุคปัจจุบัน ซึ่งครอบครัวขนาดเล็กนี้มีลักษณะที่สอดคล้องกับบริบทของครอบครัวในความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ของไทยในปัจจุบัน

หลังจากที่ได้อธิบายให้เห็นถึงความหมายของครอบครัวในบริบทที่เชื่อมโยงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวในปัจจุบันแล้ว ในเรื่องต่อมาขอวิเคราะห์ถึงลักษณะเฉพาะของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว โดยผู้วิจัยขอกล่าวถึงทฤษฎีที่ผู้วิจัยเคยกล่าวไว้ในเรื่องวัตถุประสงค์ของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ วัตถุประสงค์ของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ และวัตถุประสงค์ของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ดังนี้ คือเมื่อวัตถุประสงค์ของรูปแบบการสมรส

²⁶⁸ Vern L. Bullough and Bonnies Bullough, **Human Sexuality and Encyclopedia** (New York: Garland, 1994), pp. 274-276.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 79.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 80.

ทั้งสามมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ มีวัตถุประสงค์เพื่อการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์โดยการร่วมประเวณีตามวิถีแห่งธรรมชาติ เพศจึงถือเป็นสาระสำคัญที่จะนำไปสู่การบรรลุวัตถุประสงค์ของการสมรสในรูปแบบนี้ ส่วนรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้สาธารณชนได้ทราบและร่วมเป็นพยานรัก ของคู่บ่าวสาวที่ยินยอมเป็นสามีภริยากันโดยการประกาศสถานะภาพของการสมรสให้เป็นที่ประจักษ์ ดังนั้น เพศจึงเป็นสาระสำคัญของประเพณีแต่งงานที่ในแต่ละท้องถิ่นให้การยอมรับเช่นกัน แต่ในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ กลับมีวัตถุประสงค์เพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของมนุษย์เท่านั้น ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อขยายเผ่าพันธุ์ของมนุษย์เหมือนอย่างรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ ทำให้ผู้วิจัยค้นพบว่า เพศสรีระของมนุษย์ทั้งชายและหญิงไม่ใช่เงื่อนไขของการสมรสตามรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ เพศจึงเป็นเพียงองค์ประกอบของการสมรสในรูปแบบนี้เท่านั้น

ดังนั้นจึงสรุปการวิเคราะห์ในประเด็นนี้ว่า หากข้อเท็จจริงปรากฏเป็นเช่นนี้แล้ว รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ก็ควรจะรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่คู่รักเพศเดียวกันได้ด้วยเช่นกัน เพราะเหตุผลที่ว่า รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐนี้ เพศไม่ใช่เงื่อนไขของการสมรสแต่อย่างใด แต่กลับเป็นเพียงองค์ประกอบหนึ่งเท่านั้น ประกอบกับแท้จริงแล้วในสังคมของมนุษย์ความรักสามารถเกิดขึ้นได้กับทุกคนอยู่แล้ว ไม่ว่าจะความรักนั้นจะอยู่ในรูปแบบใด ไม่จำกัดขอบเขตว่าจะต้องเป็นความรักของผู้ชายกับผู้หญิงหรือคู่รักต่างเพศเท่านั้น แต่ความรักก็เกิดขึ้นได้กับผู้ชายที่รักผู้ชายด้วยกัน หรือผู้หญิงที่รักกับผู้หญิงด้วยกันหรือคู่รักที่มีเพศเดียวกันก็เป็นได้ ดังนั้นรัฐจึงควรให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้กับคู่รักทุกประเภท ที่ใช้ชีวิตคู่อยู่ร่วมกันในสังคมอย่างเท่าเทียมกัน เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อันแท้จริงของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ

แต่หากพิจารณาให้ดีจะพบว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวฉบับนี้ มีบทบัญญัติของกฎหมายส่วนใหญ่ที่มีลักษณะโดยเฉพาะที่ได้บัญญัติขึ้นตามรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐเป็นหลักสำคัญ และมีวัตถุประสงค์เพื่อการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของมนุษย์ แต่หากพิจารณาโดยละเอียดแล้วจะพบว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวฉบับนี้ ไม่ได้กระทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการสมรสในรูปแบบนี้แต่อย่างใด ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติต่างๆในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่มีลักษณะเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อรับรองสถานะในทางกฎหมายของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของชายและหญิงเท่านั้น และเป็นการจดทะเบียนสมรสเพื่อตอบสนองต่อลักษณะของการสร้างสถาบันครอบครัวของมนุษย์ที่เกิดจากความรักของคู่รักต่างเพศได้เท่านั้น ส่วนคู่รักเพศเดียวกันหาได้มีสิทธิที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ

5 ว่าด้วยครอบครัวฉบับนี้ไม่ ดังจะเห็นได้จาก การแบ่งหมวดหมู่ของกฎหมายออกให้มีลักษณะที่สอดคล้องกับการเริ่มต้นในการสร้างสถาบันครอบครัวของชายและหญิงขึ้นมาเท่านั้น ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ฉบับนี้ แบ่งออกมาเป็น 3 ลักษณะ ประกอบไปด้วย ลักษณะ 1 การสมรส ลักษณะ 2 บิดามารดาและบุตร และลักษณะ 3 ค่าอุปการะเลี้ยงดู ซึ่งแต่ละลักษณะนั้นได้แบ่งออกมาเป็นหมวดหมู่ต่างๆ

โดยในส่วนนี้ขอเริ่มอธิบายจากลักษณะ 1 และลักษณะ 2 และ ลักษณะ 3 ตามลำดับ ดังนี้

ลักษณะที่ 1 การสมรส

หมวดที่ 1 การหมั้น

หมวดที่ 2 เงื่อนไขแห่งการสมรส

หมวดที่ 3 ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา

หมวดที่ 4 ทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา

หมวดที่ 5 ความเป็นโมฆะของการสมรส

หมวดที่ 6 การสิ้นสุดแห่งการสมรส

โดยในลักษณะที่ 1 การสมรส เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นสาระสำคัญของรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ อันมีลักษณะที่เป็นจุดเริ่มต้นของการเข้ามามีสถานะคู่ชีวิตโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่รักต่างเพศ กล่าวคือ ในลักษณะที่ 1 นี้ จะเริ่มต้นด้วยหมวดที่ 1 การหมั้น ซึ่งในหมวดนี้จะกล่าวถึงเงื่อนไขต่างๆ ไปอันเป็นหลักเกณฑ์ของการหมั้น ซึ่งการหมั้นนั้นเป็นเรื่องที่กฎหมายไม่ได้บังคับว่าคู่รักทั้งคู่จะต้องทำการหมั้นก่อนจึงจะสามารถทำการสมรสได้ คู่รักชายหญิงสามารถสมรสกันโดยมิต้องทำการหมั้นก็ได้ โดยลักษณะของบทบัญญัติในหมวดนี้จะมีผลบังคับใช้ได้กับคู่รักต่างเพศเท่านั้น เนื่องจากบทบัญญัติในหมวดนี้เป็นการบัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ของชายและหญิงที่จะทำการหมั้นไว้อย่างชัดเจน อันเป็นการชี้เฉพาะเจาะจงว่าชายและหญิงเท่านั้นที่จะทำการหมั้นได้โดยชอบด้วยกฎหมาย อาทิ มาตรา 1453 ที่กำหนดอายุของชายและหญิงที่จะสามารถทำการหมั้นได้ และในมาตรา 1437 กำหนดถึงความสมบูรณ์ของการหมั้น กล่าวคือ ฝ่ายชายมีหน้าที่ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นแก่หญิงคู่หมั้นอันเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น และสินสอด ที่เป็นทรัพย์สินซึ่งฝ่ายชายได้มอบให้แก่บิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองฝ่ายหญิงแล้วแต่กรณี เพื่อเป็นการตอบแทนที่หญิงนั้นยอมสมรสด้วย รวมถึงในหมวดนี้กฎหมายยังได้บัญญัติสิทธิและหน้าที่ของชายและหญิงคู่หมั้นไว้โดยเฉพาะเจาะจงอีกหลายมาตรา อาทิ มาตรา 1442 ที่กำหนดเพศของผู้ที่จะสามารถใช้สิทธิตามมาตรา 1442 ว่า ชายไม่สมรสกับหญิงเพราะเหตุเกิดแก่หญิง รวมไปถึงมาตรา 1443 ที่กำหนดว่า หญิงไม่สมรสกับชายเพราะเหตุเกิดแก่ชาย ดังนั้นจึงเป็นการกล่าวได้ว่าในหมวดนี้มีลักษณะของกฎหมายที่สามารถนำมาใช้ได้กับชายและหญิงเป็นการเฉพาะเท่านั้น เพราะเป็นการระบุถึงหน้าที่ของชายหรือหญิงตามลักษณะทางกายภาพของผู้หนึ่งเท่านั้น หากคู่รักเพศเดียวกันมีความ

ต้องการที่จะทำการหมั้นกันตามบทบัญญัติในหมวดนี้ก็ไม่สามารถกระทำได้ และไม่อาจนำเรื่องการหมั้นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวฉบับนี้มาใช้ได้ เนื่องด้วยลักษณะของกฎหมายที่มีสภาพจำกัดเฉพาะคู่รักต่างเพศเท่านั้น

ต่อมาจะกล่าวถึงหมวดที่ 2 เงื่อนไขของการสมรส โดยหมวดนี้ถือเป็นหมวดที่คัดกรองคู่รักที่จะสามารถจดทะเบียนสมรสกันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นหมวดที่กำหนดเงื่อนไขของการสมรสเอาไว้ ซึ่งหากคู่รักคู่ใด ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ในหมวดนี้ คู่รักคู่นั้นก็ไม่สามารถจดทะเบียนสมรสกันภายใต้รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐนี้ได้ ส่งผลให้คู่รักคู่นั้นก็จะมีสถานภาพการสมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากปรากฏว่าคู่รักคู่ใดไม่ผ่านหลักเกณฑ์ของการสมรสตามหมวดนี้แล้ว อันเป็นการส่งผลให้ไม่อาจสมรสกันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ก็ไม่จำเป็นต้องไปพิจารณาที่หมวดต่อไปอีก โดยเฉพาะเรื่องเพศสรีระของคู่สมรสที่ถือเป็นองค์ประกอบที่มีความสำคัญมากในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวฉบับนี้ ที่คู่สมรสจะต้องมีเพศสรีระเป็นชายและหญิงเท่านั้นจึงจะได้รับสิทธิตามกำหนดฉบับนี้ในการสมรส คู่รักเพศเดียวกัน ไม่ว่าจะป็นชายรักชายหรือคู่รักที่เป็นหญิงรักหญิง ไม่ครบองค์ประกอบที่จะสามารถจดทะเบียนสมรสกันได้ตามกฎหมายนี้

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าในหมวดนี้เป็นเรื่องของคู่รักชายและหญิงที่ต้องการสมรสกันภายใต้เงื่อนไขของรัฐ โดยในหมวดนี้ได้กำหนดไว้ว่า บุคคลที่มีเพศสรีระเป็นชายและหญิงทั้งสองคนจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขอย่างไรจึงจะได้รับสิทธิในการรับรองสถานะคู่ชีวิตตามกฎหมาย และที่สำคัญไปกว่านั้น จากที่ผู้วิจัยได้กล่าวไว้ในตอนต้นว่าในหมวดนี้ก็เป็นอีกหมวดหนึ่งที่กำหนดเพศของผู้ที่จะเข้ารับสิทธิในการใช้กฎหมายฉบับนี้ โดยมีลักษณะของบทบัญญัติหลายมาตราที่มีสภาพจำกัดเฉพาะคู่รักต่างเพศเท่านั้น อาทิ มาตรา 1448 การกำหนดอายุของชายและหญิงที่จะทำการสมรส อันเป็นการชี้เฉพาะเจาะจงว่าชายและหญิงเท่านั้นที่จะทำการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายนี้ได้ รวมไปถึงมาตรา 1453 ที่ได้กำหนดเงื่อนไขให้แก่หญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่น จะทำการสมรสใหม่ได้ก็ต่อเมื่อการสมรสเดิมได้ผ่านพ้นไปแล้วไม่น้อยกว่าสามร้อยสิบวัน ดังนั้นจึงเป็นการกล่าวได้ว่าในหมวดนี้มีลักษณะของกฎหมายที่สามารถนำมาใช้ได้กับชายและหญิงเป็นการเฉพาะเท่านั้น เพราะเป็นการระบุถึงหน้าที่ของชายหรือหญิงตามลักษณะทางกายภาพของผู้ที่ทำการสมรสเท่านั้น เช่นกันกับหมวดที่ 1 ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งหากคู่รักเพศเดียวกันมีความต้องการที่จะทำการจดทะเบียนสมรสกันตามบทบัญญัติในหมวดนี้ก็ไม่สามารถกระทำได้ และไม่อาจนำเรื่องเงื่อนไขของการสมรสในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวฉบับนี้มาใช้ได้ เนื่องด้วยลักษณะของกฎหมายที่มีสภาพจำกัดเฉพาะคู่รักต่างเพศเท่านั้น

ดังนั้น หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าคู่รักคู่ใดแม้จะได้ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันฉันสามีภริยาเฉกเช่นคู่รักคู่อื่นๆ แต่เป็นคู่รักที่ไม่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดไว้ในเรื่องเพศสรีระของผู้ที่มีสิทธิที่จะจด

ทะเบียนสมรส อันได้แก่คู่รักเพศเดียวกันนั้น โดยองค์ประกอบเรื่องเพศนี้จะส่งผลให้คู่รักเพศเดียวกัน จะไม่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะส่งผลให้สถานภาพของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันเป็นการใช้ชีวิตคู่ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปโดยปริยาย ดังนั้นคู่รักเพศเดียวกันที่ ได้กล่าวมาข้างต้นนี้จึงไม่อาจได้รับสิทธิในทางกฎหมายเฉกเช่นคู่รักต่างเพศที่ได้รับการรับรองสถานะ ในการใช้ชีวิตคู่ตามกฎหมายฉบับนี้ สิ่งเหล่านี้ส่งผลให้คู่รักเพศเดียวกันก็ไม่สามารถนำบทบัญญัติใน หมวดที่ 3 คือ ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา มาบังคับใช้ได้ เนื่องจากทั้งคู่ไม่ใช่สามีภริยาโดยชอบ ด้วยกฎหมาย และส่งผลกระทบต่อเรื่องระบบของการจัดการทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกันใน ระหว่างที่อยู่กินร่วมกัน ตามหมวดที่ 4 ด้วย ที่ไม่สามารถนำมาใช้ได้กับคู่รักเพศเดียวกัน เนื่องจากทั้งคู่ ไม่ได้อยู่ในฐานะของคู่สมรสในความหมายของกฎหมาย ประกอบกับไม่สามารถนำหมวดที่ 5 ความ เป็นโมฆะของการสมรสมาใช้ได้ด้วย เนื่องจากการที่คู่รักเพศเดียวกันสมรสกันนั้น แม้ข้อเท็จจริง ปรากฏว่านายทะเบียนจะยอมจดทะเบียนสมรสให้ หรือคู่รักเพศเดียวกันหลอกนายทะเบียนให้ทำการ จดทะเบียนสมรสให้ การสมรสที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวนั้นก็ไม่ได้ส่งผลให้การจดทะเบียน สมรสนั้นตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด เพราะการสมรสจะเป็นโมฆะได้ กฎหมายต้องบัญญัติการอันเป็น โมฆะนั้นไว้ ดังนั้นในกรณีคู่รักเพศเดียวกันสมรสกันนี้ กฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการสมรสเกิดขึ้นมา เลย เพราะเพศไม่ใช่เงื่อนไขของการสมรสที่จะส่งผลให้การสมรสตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะ แต่เพศถือ เป็นองค์ประกอบในการสมรสเท่านั้นเอง เพราะฉะนั้นเมื่อไม่มีการสมรสเกิดขึ้นมาแล้ว คู่รักเพศ เดียวกันก็ไม่มี ความจำเป็นต้องนำหมวดที่ 6 เรื่องการสิ้นสุดของการสมรสมาใช้บังคับ เนื่องจากการ สมรสของคู่รักเพศเดียวกันยังไม่ได้เริ่มต้นขึ้นมาเลย และจะนำบทบัญญัติเรื่องการสิ้นสุดมาใช้ได้ อย่างไร

ดังนั้นจึงขอสรุปประเด็นที่ได้ทำการศึกษาในเบื้องต้นนี้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรส ที่กล่าวมานี้มีลักษณะของกฎหมายที่เป็นไปตาม รูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ โดยหลักแล้วรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐนี้มี วัตถุประสงค์เพื่อการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของมนุษย์ในรูปแบบ ของความรักทุกประเภท แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรส นี้ไม่ได้บัญญัติเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการสมรสในรูปแบบนี้แต่อย่างใด แต่กลับมีกา รับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่คู่รักต่างเพศเท่านั้น ดังจะเห็นได้จาก บทบัญญัติต่างๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่มีลักษณะเป็นกฎหมายที่สร้างขึ้น เพื่อรับรองสถานะในทางกฎหมายของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของชายและหญิงเท่านั้น และเป็นการจด ทะเบียนสมรสเพื่อตอบสนองต่อลักษณะของการสร้างสถาบันครอบครัวของมนุษย์ที่เกิดจากความรัก ของคู่รักต่างเพศได้เท่านั้น ส่วนคู่รักที่มีเพศเดียวกันหาได้มีสิทธิที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองใน การใช้ชีวิตคู่ร่วมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวฉบับนี้ไม่ ดัง

จะเห็นได้จาก การแบ่งหมวดหมู่ของกฎหมายออกให้มีลักษณะที่สอดคล้องกับการเริ่มต้นในการสร้างสถาบันครอบครัวของชายและหญิงขึ้นมาเท่านั้น

ในลำดับต่อมาขออธิบายถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร ในลักษณะนี้เป็นลักษณะของบทบัญญัติของกฎหมายที่ได้พัฒนาแนวความคิดมาจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ เพราะในลักษณะนี้ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายที่กล่าวถึงการให้กำเนิดบุตรของผู้เป็นบิดาและมารดา ซึ่งความเป็นบุตรนี้เกิดขึ้นจากการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ นั่นก็คือการร่วมประเวณีของชายและหญิงตามวิถีแห่งธรรมชาติ อันเป็นวัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ ประกอบกับการกล่าวถึงสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่เป็นบิดามารดาและบุตรว่าต้องมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อกันและกันอย่างใด ดังนั้นจึงเป็นไปตามที่เคยกล่าวไว้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว เป็นกฎหมายที่มีการผสมผสานระหว่างรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ และรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติเข้าไว้ด้วยกัน อันจะวิเคราะห์ได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรส เป็นแนวคิดที่มาจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ เพราะรัฐเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์ในการสมรส และเป็นผู้ให้การรับรองและคุ้มครองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของชายและหญิง และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร เป็นแนวคิดที่มาจากรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ เพราะในลักษณะนี้ได้กล่าวถึงการได้มาซึ่งความเป็นบุตร อันเป็นหน่อเนื้อโดยธรรมชาติของผู้ที่เป็นบิดาและมารดาอันเกิดจากการสมรสกันโดยวิถีแห่งธรรมชาติ เหตุที่มีแนวคิดเช่นนี้เนื่องจากได้ทำการวิเคราะห์แล้วพบว่า การจดทะเบียนสมรสตามลักษณะที่ 1 เป็นรูปแบบที่รัฐเป็นผู้กำหนดและวางหลักเกณฑ์และกระบวนการทั้งปวงเพื่อรับรองสถานะคู่ชีวิตให้แก่บุคคลเท่านั้น ดังนั้นการสมรสในรูปแบบของรัฐตามลักษณะ 1 จึงไม่ทำให้คู่สมรสที่จดทะเบียนกันให้กำเนิดบุตรขึ้นมาได้จากเพียงแค่การจดทะเบียนสมรส เพราะการให้กำเนิดบุตรเป็นเรื่องของการสมรสในรูปแบบเงื่อนไขของธรรมชาติที่ชายและหญิงจะต้องร่วมประเวณีเพื่อทำให้เกิดการปฏิสนธิในครรภ์ของหญิงนั้น และให้กำเนิดทารกขึ้นมาเป็นหน่อเนื้อของชายและหญิงคู่กัน อันเป็นวิถีแห่งธรรมชาติ ดังเช่นตัวอย่างที่จะกล่าวต่อไปนี้ นายสมชายได้จดทะเบียนสมรสตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรสกับนางสาวสมหญิง ดังนั้นจึงส่งผลให้นายสมชายและนางสาวสมหญิง มีสถานะเป็นคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย จากการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของชายหญิง อันเป็นวัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรส นี้ แต่การจดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐลักษณะ 1 นี้ ก็ไม่ทำให้บุคคลทั้งสองให้กำเนิดบุตรได้ หากบุคคลทั้งสองต้องการจะให้กำเนิดบุตรก็

ต้องสมรสกันในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติด้วย ดังนั้นหากข้อเท็จจริงปรากฏว่า บุคคลทั้งสองได้สมรสกันในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติแล้ว และได้ให้กำเนิดบุตรอัน เป็นวัตถุประสงค์ของการสมรสรูปแบบนี้มา ก็จะมีลักษณะที่เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตรต่อไป แต่หากบุคคลทั้งสองได้จดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรส แต่ไม่สมรสกันในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ คู่สมรสคู่นี้ก็จะไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ และเมื่อคู่สมรสไม่มีบุตรจึงไม่จำเป็นต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตรมาใช้บังคับ

แต่ถ้าข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปว่า นายสมชายและนางสาวสมหญิง ทั้งสองอยู่กินด้วยกันฉันสามี ภริยา กล่าวคือ ทั้งสองไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันตามเงื่อนไขของการสมรสในลักษณะ 1 ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว สถานะคู่ชีวิตของบุคคลทั้งสองก็จะไม่ใช่คู่สมรส โดยชอบด้วยกฎหมาย หากข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่าทั้งสองได้รวมประเวณีกันด้วยความสมัครใจ อัน เป็นรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ ดังนั้นจึงส่งผลให้ทั้งคู่ แม้จะไม่ได้สมรสกันในรูปแบบ การสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ แต่ทั้งคู่ได้สมรสกันในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติส่งผล ให้นางสาวสมหญิงให้กำเนิดบุตรมา คือ เด็กชายสมลักษณะ การสมรสของบุคคลทั้งสองนี้ทำให้ วิเคราะห์ต่อไปได้ว่า แม้จะไม่ใช่การสมรสที่สมบูรณ์ในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ แต่ก็มี ความสมบูรณ์ในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ แนวความคิดนี้สอดคล้องกับประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวที่วางหลักไว้ว่า แม้คู่รักไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรส จึงส่งผลให้ เป็นการสมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งคู่จึงไม่มีฐานะเป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย แต่หากบุคคล ทั้งสองได้ให้กำเนิดบุตรมา บุตรที่ถือกำเนิดมานั้นก็จะมีฐานะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่เป็น มารดา แม้บิดามารดาเป็นคู่สมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามแม้การสมรสจะเป็น การสมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะทั้งสองฝ่ายไม่ได้จดทะเบียนสมรส แต่กฎหมายก็เปิดโอกาสให้ ผู้ที่เป็นบิดาของบุตรผู้นั้น จดทะเบียนรับรองบุตรได้ และจะส่งผลให้บุตรผู้นั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วย กฎหมายของชายผู้เป็นบิดา โดยที่ชายผู้เป็นบิดาไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 1 กับผู้ที่เป็นมารดาของบุตร และสามารถนำ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 บิดามารดากับ บุตร มาใช้บังคับกับบุคคลทั้งสามได้ในฐานะบิดามารดากับบุตรโดยสมบูรณ์

ดังนั้นสิ่งที่ได้กล่าวมาทั้งหมดจึงอาจกล่าวได้ถึงความแตกต่างระหว่างลักษณะ 1 และ ลักษณะ 2 ในเรื่องของที่มาของแนวคิด อันเป็นรูปแบบของการสมรสทั้งตามเงื่อนไขของรัฐและ

เงื่อนไขของธรรมชาตินั้น มีผลให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ฉบับนี้ เป็นการผสมผสานของแนวคิดทั้งสองรูปแบบที่ได้กล่าวมานี้เข้าไว้ด้วยกันอย่างลงตัว

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร ประกอบไปด้วยเนื้อหาของกฎหมายในหมวดต่างๆ ดังต่อไปนี้

ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร

หมวด 1 บิดามารดา

หมวด 2 สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร

หมวด 3 ความปกครอง

หมวด 4 บุตรบุญธรรม

ในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร ในหมวด 1 หมวด 2 และหมวด 3 นี้ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์อันใกล้ชิดระหว่าง บิดามารดาและบุตร ว่าบุคคลทั้งสามมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อกันและกันอย่างไร ซึ่งในความเป็นจริง แล้วอย่างที่เราได้เคยกล่าวไว้ในตอนต้นว่า ความเป็นบิดามารดาและบุตรในหมวดนี้พัฒนาจากรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ และเกิดขึ้นได้โดยวิธีแห่งธรรมชาติระหว่างชายและหญิงเท่านั้น ดังนั้นจึงเป็นการนำหลักเกณฑ์การสมรสของธรรมชาติและวิธีของธรรมชาติมาบัญญัติให้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพื่อวัตถุประสงค์ในการกำหนดบทบาทหน้าที่ของความเป็นบิดามารดาและบุตรให้เป็นที่ประจักษ์ตามความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของความเป็นมนุษย์และเป็นแนวทางในการคุ้มครองสิทธิและหน้าที่ให้แก่สถาบันครอบครัวในฐานะที่เป็นสถาบันหนึ่งที่มีความสำคัญต่อสังคมต่อไป ดังนั้นจึงส่งผลให้สภาพของกฎหมายในลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร หมวด 1 ถึงหมวด 3 สามารถนำมาใช้ได้กับคู่รักชายหญิงเท่านั้นแม้จะข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าชายและหญิงคู่นั้นจะจดทะเบียนสมรสกันในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐหรือไม่ก็ตาม เพราะแท้จริงแล้วประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร เป็นการนำรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติมาปรับใช้ในตัวบทกฎหมายอันเป็นบทบัญญัติที่รัฐเป็นผู้ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับกับพลเมืองในรัฐโดยสมบูรณ์

ต่อมาจะขออธิบายถึง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร หมวด 4 บุตรบุญธรรม ในหมวดนี้มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากหมวดอื่นๆ เนื่องจากเป็นเรื่องของบุตรบุญธรรม หรือ บุตรที่เกิดขึ้นมาโดยผลของกฎหมาย ดังนั้นในความหมายอย่างแท้จริงของบุตรบุญธรรมคือ บุตรที่เกิดขึ้นมาโดยธรรมชาติของบุคคลอื่น เป็นบุตรที่กฎหมายสมมติขึ้นมาว่ามีฐานะบุตร ดังเช่นตัวอย่างต่อไปนี้ นายสมควรและนางสาวฤทัยนาคจดทะเบียนสมรสกันในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรส รวมทั้งบุคคลทั้งสองได้สมรสกันในรูปแบบของการ

สมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติด้วย กล่าวคือ มีการร่วมประเวณีกันโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่านางสาวฤทัยนาถ สุขภาพไม่ค่อยแข็งแรงจึงไม่สามารถมีบุตรด้วยกันกับนายสมควรได้ บุคคลทั้งสองจึงตกลงรับเด็กชายวันเฉลิม บุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของนายคมสันต์และนางลำยองมาเป็นบุตรบุญธรรม โดยมีการปฏิบัติตามขั้นตอนของการรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร หมวด 4 บุตรบุญธรรม²⁷¹ และพระราชบัญญัติรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ.2522 ทุกประการแล้ว ดังนั้นจึงมีผลให้เด็กชายวันเฉลิม เป็นบุตรบุญธรรมของนายสมควรและนางสาวฤทัยนาถ และผลของการรับบุตรบุญธรรมดังที่ได้กล่าวมานั้นทำให้นายคมสันต์และนางลำยองซึ่งเป็นบิดามารดาผู้ให้กำเนิดหมดอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ นับแต่วันเวลาที่เด็กชายวันเฉลิมเป็นบุตรบุญธรรมของนายสมควรและนางสาวฤทัยนาถ แต่ไม่สูญเสียสิทธิและหน้าที่ในครอบครัวที่ให้กำเนิด²⁷² จากตัวอย่างที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่า บุตรบุญธรรม คือ บุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลอื่น บุตรบุญธรรม คือ บุตรที่กฎหมายสมมติขึ้นมาว่าบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรธรรม²⁷³ ดังนั้นจึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า บุตรบุญธรรมจะเกิดขึ้นได้โดยผลของกฎหมายเท่านั้น²⁷⁴ บุตรบุญธรรมไม่ได้เกิดขึ้นโดยผลของธรรมชาติ หรือในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติแต่อย่างใด

จากตัวอย่างที่ได้กล่าวไปข้างต้น หากต่อมาได้เปลี่ยนแปลงข้อเท็จจริงใหม่ว่า ถ้าหากนายสมควรและนางสาวฤทัยนาถ อยู่กินกันฉันสามีภรรยา โดยมีได้จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายเพราะทั้งคู่ไม่ต้องการสมรสในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ บุคคลทั้งสองจึงไม่มีฐานะเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่า บุคคลทั้งสองได้สมรสในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ แต่นางสาวฤทัยนาถสุขภาพไม่แข็งแรงจึงไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ บุคคลทั้งสองจึงตกลงรับเด็กชายวันเฉลิม บุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของนายคมสันต์และนางลำยองมาเป็นบุตรบุญธรรม หากข้อเท็จจริงเป็นดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวมานี้ การรับบุตรบุญธรรมในกรณีนี้จะต้องให้บุคคลใดบุคคลหนึ่ง เท่านั้นเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม เพราะบุคคลทั้งสองมิได้จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมาย จึงไม่มีสถานะเป็นคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน²⁷⁵ เพราะกฎหมายกำหนดให้การรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมร่วมกันกับบุคคลอื่นนั้นจะมีได้ก็แต่คู่สมรส

²⁷¹ มาตรา 1598/19-20, มาตรา 1598/25-27 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁷² มาตรา 1598/28 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁷³ มาตรา 1598/28 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁷⁴ มาตรา 1598/27 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁷⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 2398/2517 และคำพิพากษาฎีกาที่ 2621-2622/2531

โดยชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้นเท่านั้น²⁷⁶ ดังนั้นนายสมควรและนางสาวอุทัยนาถ จะต้องตกลงกันว่าให้ใครเป็นผู้รับเด็กชายวันเฉลิมเป็นบุตรบุญธรรม

การรับบุตรบุญธรรมนั้น บุคคลคนเดียวก็สามารถรับบุตรบุญธรรมได้ ไม่จำเป็นต้องอยู่กันเป็นคู่ หรือเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมเป็นคู่ เพราะจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร หมวด 4 บุตรบุญธรรม ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการ รับบุตรบุญธรรมไว้อย่างชัดเจน ดังนี้ ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบห้าปีและผู้นั้น จะต้องมียุมากกว่าผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมอย่างน้อยสิบห้าปี²⁷⁷ ถ้าผู้รับบุตรบุญธรรมหรือบุตรบุญธรรมมีคู่สมรสอยู่ ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสก่อน²⁷⁸ รวมไปถึงผู้เยาว์ที่เป็นบุตรบุญธรรมของ บุคคลใดอยู่ จะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นอีกในขณะเดียวกันไม่ได้ เว้นแต่เป็นบุตรบุญธรรมของคู่ สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม ถ้าคู่สมรสฝ่ายหนึ่งจะจดทะเบียนรับผู้เยาว์ซึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของคู่ สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของตนด้วย จะต้องได้รับความยินยอมของคู่สมรสซึ่งเป็นผู้รับบุตร บุญธรรมอยู่แล้ว แต่เด็กที่เป็นบุตรบุญธรรมไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาเดิมของตนอีก ครั้งหนึ่ง²⁷⁹ คู่สมรสในที่นี้หมายถึงคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ตามปกติผู้รับบุตรบุญธรรม อาจรับบุตรบุญธรรมหลายคนได้ในคราวเดียวกัน และกฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติห้ามมิให้บุตรบุญธรรม เป็นบุตรบุญธรรมของผู้รับบุตรบุญธรรมหลายคนในคราวเดียวกัน เพียงแต่ห้ามเฉพาะบุตรบุญธรรมที่ เป็นผู้เยาว์เท่านั้นที่จะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นอีกไม่ได้ นอกจากคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม เพราะจะมีปัญหาในเรื่องความทับซ้อนของอำนาจปกครองบุตร

ดังนั้น การรับบุตรบุญธรรมจึงเปรียบได้กับการนำบุตรของผู้อื่นมาจดทะเบียนอุปการะเป็น บุตรของตน หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ผู้ซึ่งไม่ใช่บุตรอันแท้จริงหรือบุตรที่เป็นผู้สืบสายโลหิตของบิดามารดา แต่ได้ดำเนินกระบวนการตามกฎหมายในการจดทะเบียนรับบุคคลคนหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของตน อันมีฐานะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม อันเป็นการจัดตั้งครอบครัวโดยผลของ กฎหมาย ในลำดับต่อมาผู้วิจัยจะกล่าวถึงการจะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมได้นั้น โดยหลักแล้ว บุคคล ทั่วไปก็สามารถรับบุตรบุญธรรมได้เพียงแต่มีคุณสมบัติตามที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาข้างต้น ซึ่งในการรับบุตร บุญธรรมนั้นจะมีลักษณะที่เป็นแนวคิดรูปแบบหนึ่งของการจัดตั้งสถาบันครอบครัวโดยผลของ กฎหมาย ดังที่ผู้วิจัยเคยกล่าวไว้ว่า รูปแบบของสถาบันครอบครัวในความหมายของสังคมวิทยานั้น

²⁷⁶ มาตรา 1598/26 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁷⁷ มาตรา 1598/19 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁷⁸ มาตรา 1598/25 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁷⁹ มาตรา 1598/26 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นักสังคมวิทยาได้ให้ความหมายของสถาบันครอบครัวจะต้องประกอบไปด้วย บิดา มารดา และบุตร หรือในบางครอบครัวอาจมีแค่ บิดากับบุตร หรือ มารดากับบุตร โดยบุตรนั้นจะเป็นบุตรที่เกิดจากเงื่อนไขของธรรมชาติอันเกิดจากการร่วมประเวณีของชายและหญิงหรือบุตรที่เกิดจากเงื่อนไขของกฎหมาย อันได้แก่บุตรบุญธรรม ก็ถือได้ว่าบุคคลทั้งสามสถานะที่ได้กล่าวมาข้างต้นมีสถานะของความ เป็นครอบครัวโดยสมบูรณ์ เพราะโดยแท้จริงแล้วครอบครัวตามความหมายในทางสังคมวิทยาจะเน้น ความสำคัญที่บุตร เนื่องจากบุตรคือ ผลผลิตของสถาบันครอบครัวที่จะเป็นอนาคตและทรัพยากร มนุษย์ที่มีค่าสูงสุดของสังคมที่จะต้องได้รับการดูแลเอาใจใส่อย่างดีเยี่ยมจากสถาบันครอบครัว โดยใน ส่วนนี้ผู้วิจัยขอยกตัวอย่างการสร้างครอบครัวโดยผลของกฎหมายประกอบการศึกษา ดังนี้

ตัวอย่างกรณีศึกษาที่ 1 นายทศพลได้จดทะเบียนสมรสกับนางสาวพรทิพย์ ซึ่งเป็นการสมรส กันในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ทั้งสองจึงเป็นสามีภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมาย โดย บุคคลทั้งสองได้สมรสกันมาเป็นระยะเวลากว่าสิบปี บุคคลทั้งสองก็ได้สมรสกันในรูปแบบการสมรส ตามเงื่อนไขของธรรมชาติด้วย กล่าวคือบุคคลทั้งสองได้ร่วมประเวณีโดยสมัครใจ แต่บุคคลทั้งสองก็ไม่สามารถมีบุตรด้วยกันได้เนื่องจากนายทศพลเป็นหมันจึงไม่สามารถมีบุตรได้ ในกรณีนี้ หากพิจารณา สถานะของความเป็นครอบครัวตามแนวคิดของสังคมวิทยานั้น นายทศพลและนางสาวพรทิพย์แม้จะ จดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ และสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติด้วยเช่นกัน แต่ก็ไม่มีสถานะ ของความเป็นครอบครัวตามแนวคิดของสังคมวิทยา เพราะบุคคลทั้งสองไม่มีบุตรร่วมกัน แต่ยังคงมี สถานะของความเป็นคู่ชีวิตโดยชอบด้วยกฎหมาย จากการที่บุคคลทั้งสองได้จดทะเบียนสมรสตาม เงื่อนไขของรัฐ ต่อมานางสาวพรทิพย์จึงได้ไปจดทะเบียนรับเด็กชายนาวามาเป็นบุตรบุญธรรมของตน โดยนายทศพลให้ความยินยอมในการรับเด็กชายนาวาเป็นบุตรบุญธรรม และต่อมานายทศพล ก็ จดทะเบียนรับเด็กชายนาวาซึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของตนมาเป็นบุตร บุญธรรมของตนด้วยเช่นกัน ดังนั้นผู้วิจัยขอวิเคราะห์สถานะของบุคคลทั้งสองตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวดังนี้ บุคคลทั้งสองได้จดทะเบียนสมรสตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรส ทำให้สถานะของบุคคล ทั้งสองเป็นคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย และในขณะเดียวกันบุคคลทั้งสองได้ทำการสมรสในรูปแบบ การสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติด้วย แต่ไม่สามารถมีบุตรร่วมกันได้ ดังนั้นบุคคลทั้งสองจึงไม่ จำเป็นต้องใช้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร โดยไม่สามารถนำ หมวด 1 หมวด 2 หมวด 3 มาใช้บังคับได้เลย เนื่องจากทั้งคู่ไม่ มีบุตรที่เกิดจากการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ แต่ข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่า ในหมวดที่ 4 กฎหมายได้เปิดโอกาสให้คู่สมรสสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ ดังนั้น บุคคลทั้งสองจึงได้จดทะเบียนรับ เด็กชายนาวาเป็นบุตรบุญธรรม เพราะฉะนั้นจึงส่งผลให้บุคคลทั้งสองมีฐานะเป็นบิดามารดาโดยผล ของกฎหมาย และมีสถานะครอบครัวที่จัดตั้งขึ้นโดยผลของกฎหมาย เพียงแต่บุตรของบุคคลทั้งสอง

เป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น บุตรบุญธรรมแม้ไม่ได้เกิดมาโดยการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติแต่บุตรบุญธรรมก็มีสถานะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมเช่นกัน จึงส่งผลให้ต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร มาใช้กับบุคคลทั้งสองนี้ด้วย

ตัวอย่างกรณีศึกษาที่ 2 หากเปลี่ยนนายทศพลและนางสาวพรทิพย์ ไม่ได้จดทะเบียนสมรสในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ แมื่บุคคลทั้งสองจะได้สมรสกันในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติก็ตาม แต่ผลในทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นกับบุคคลทั้งสองจะมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในกรณีนี้บุคคลทั้งสองไม่ได้มีฐานะเป็นคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นหากบุคคลทั้งสองมีบุตรร่วมกัน คือ เด็กชายมานพ และนางสาวพรทิพย์ได้มีความประสงค์จะรับเด็กหญิงน้ำฟ้าเป็นบุตรบุญธรรมด้วย ในกรณีดังกล่าวมานี้ สถานะของบุตรของบุคคลทั้งสองจะมีลักษณะอย่างไร ในกรณีนี้ตามหลักกฎหมายแล้ว บุคคลทั้งสองแม้จะได้ทำการสมรสกันในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ แต่บุคคลทั้งสองไม่ได้ทำการสมรสในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ดังนั้นจึงส่งผลให้บุคคลทั้งสองเป็นคู่สมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และความไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้จะผลกระทบถึงสถานะของบุตร กล่าวคือ เด็กชายมานพจะกลายเป็นบุตรมิชอบด้วยกฎหมายของบิดา แต่ยังคงเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของมารดาผู้ให้กำเนิด ส่วนกรณีของการรับบุตรบุญธรรมนั้นก็เช่นเดียวกัน ในเมื่อบุคคลทั้งสองไม่ใช่คู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย หากนางสาวพรทิพย์ต้องการจะรับเด็กหญิงน้ำฟ้าเป็นบุตรบุญธรรม ในกรณีนี้นางสาวพรทิพย์ไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมจากนายทศพลก่อน เนื่องจากบุคคลทั้งสองไม่ใช่สามีภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมาย และหากนางสาวพรทิพย์รับเด็กหญิงน้ำฟ้าเป็นบุตรบุญธรรมแล้ว หากนายทศพลต้องการรับเด็กหญิงน้ำฟ้าเป็นบุตรบุญธรรมของตนด้วย ในกรณีนี้นายทศพลก็ไม่อาจทำได้ เนื่องจากผู้เยาว์ที่เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลใดอยู่จะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นอีกในขณะเดียวกันไม่ได้ เว้นแต่เป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม ในกรณีนี้คู่สมรสหมายถึงความถึงคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นแต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบุคคลทั้งสองไม่ใช่สามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ในลำดับต่อมาจะได้วิเคราะห์ถึงสถานะทางกฎหมายของบุคคลทั้งสองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ดังนี้ บุคคลทั้งสองไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรส ทำให้สถานะทางกฎหมายของบุคคลทั้งสองเป็นคู่สมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่บุคคลทั้งสองได้ทำการสมรสในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติด้วย และมีบุตรร่วมกันคือเด็กชายมานพ ดังนั้นแม้บุคคลทั้งสองจะไม่ได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรส แต่บุคคลทั้งสองได้ถือกำเนิดบุตรขึ้นมาถือเป็นการบรรลุวัตถุประสงค์ของการสมรสในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ บุคคลทั้งสองจึงสามารถนำบทบัญญัติในประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร มาบังคับใช้กับบุคคลทั้งสองได้ โดยมีผลให้เด็กชายมานพเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของนางสาวพรทิพย์มารดาผู้ให้กำเนิด แต่เป็นบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของนายทศพล เนื่องจากบุคคลทั้งสองไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน แต่กฎหมายก็เปิดโอกาสให้นายทศพลสามารถจดทะเบียนรับรองบุตรได้ ซึ่งหากปรากฏข้อเท็จจริงว่า นายทศพลจดทะเบียนรับรองเด็กชายมานพเป็นบุตร ก็จะส่งผลให้เด็กชายมานพเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของนายทศพลโดยที่นายทศพลไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนสมรสกับนางสาวพรทิพย์แต่อย่างใด ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแม้บุคคลทั้งสองไม่ได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรส แต่บุคคลทั้งสองแต่บุคคลทั้งสองได้ถือกำเนิดบุตรขึ้นมาถือเป็นการบรรลุวัตถุประสงค์ของการสมรสในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ บุคคลทั้งสองจึงสามารถนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร มาบังคับใช้กับบุคคลทั้งสองได้ ส่วนในกรณีของบุตรบุตรธรรมนั้นแตกต่างออกไป กล่าวคือ นางสาวพรทิพย์จะมีฐานะเป็นผู้รับบุตรบุตรธรรมแต่เพียงผู้เดียว และอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ก็จะอยู่ที่นางสาวพรทิพย์แต่เพียงผู้เดียว เนื่องจากบุคคลทั้งสองไม่ใช่สามีภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมาย แม้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า นายทศพลจะต้องการรับเด็กหญิงน้ำฟ้าเป็นบุตรบุญธรรมของตนด้วย ในกรณีนี้นายทศพลก็ไม่อาจทำได้ เนื่องจากผู้เยาว์ที่เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลใดอยู่จะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นอีกในขณะเดียวกันไม่ได้ เว้นแต่เป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม ในกรณีนี้คู่สมรสหมายความว่าคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นแต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบุคคลทั้งสองไม่ใช่สามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ตัวอย่างกรณีศึกษาที่ 3 นายสมชายกับนายสมภพเป็นคู่รักเพศเดียวกัน ที่อยู่ด้วยกันมาเป็นเวลานาน บุคคลทั้งสองไม่สามารถจดทะเบียนสมรสกันได้ตามกฎหมาย เนื่องจากเพศสรีระของคู่สมรสถือเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการจดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ และบุคคลทั้งสองก็ไม่สามารถสมรสกันในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติได้ด้วย เนื่องจากเพศสรีระถือเป็นเงื่อนไขของการสมรสในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาตินี้ แต่หากบุคคลทั้งสองมีความประสงค์จะรับเด็กชายณัฐพลเป็นบุตรบุญธรรม บุคคลทั้งสองสามารถดำเนินการร่วมกันได้หรือไม่อย่างไร ในกรณีนี้บุคคลทั้งสองมิใช่คู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ ดังนั้นหากบุคคลทั้งสองต้องการรับเด็กชายณัฐพลเป็นบุตรบุญธรรม ในกรณีนี้กฎหมายไม่ได้ห้ามคู่รักเพศเดียวกันในการรับบุตรบุญธรรม เพียงแต่บุคคลทั้งสองจะต้องตกลงกันว่า จะให้ใครคนใดคนหนึ่ง คือนายสมชายหรือนายสมภพเป็นผู้รับเด็กชายณัฐพลเป็นบุตรบุญธรรมแต่เพียงผู้เดียว เนื่องจากผู้เยาว์ที่เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลใดอยู่จะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นอีกในขณะเดียวกันไม่ได้ เว้นแต่เป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม ในกรณีนี้คู่สมรส

หมายความว่าถึงคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นแต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบุคคลทั้งสองไม่ใช่สามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะบุคคลทั้งสองไม่สามารถจดทะเบียนสมรสได้ตามกฎหมาย

ในลำดับต่อมาขอวิเคราะห์ถึงสถานะทางกฎหมายของบุคคลทั้งสองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวดังนี้ บุคคลทั้งสองไม่สามารถจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรสได้ เนื่องจากบุคคลทั้งสองมีเพศสรีระเดียวกัน ทำให้สถานะของบุคคลทั้งสองเป็นคู่สมรสที่ไม่อาจชอบด้วยกฎหมายได้ แต่หากมีการรับบุตรบุญธรรมของบุคคลใดบุคคลหนึ่งในบรรดาคู่รักเพศเดียวกันที่อยู่ร่วมกันนี้ เช่น นายสมชายรับเด็กชายณัฐพลเป็นบุตรบุญธรรม เด็กชายณัฐพลก็เป็นบุตรบุญธรรมของนายสมชายผู้รับบุตรบุญธรรมแต่เพียงผู้เดียว อำนาจปกครองบุตรก็จะอยู่ที่นายสมชายแต่เพียงผู้เดียว ส่งผลให้นายสมชายสามารถนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร หมวด 2 สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร มาใช้ได้กับตนซึ่งมีฐานะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมและเด็กชายณัฐพลผู้ซึ่งเป็นบุตรบุญธรรมได้เท่านั้น ส่วนนายสมภพไม่มีฐานะเป็นผู้รับบุตรธรรมของเด็กชายณัฐพลแต่อย่างใด ดังนั้นในส่วนนี้ผู้วิจัยขอสรุปได้ว่า คู่รักเพศเดียวกันไม่สามารถจดทะเบียนสมรสกันได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรส อันเป็นการสมรสในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ และบุคคลรักเพศเดียวกันก็ไม่สามารถสมรสกันในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติได้ด้วย เนื่องจากมีเพศสรีระเดียวกัน ดังนั้น จึงไม่สามารถนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร ในหมวด 1 บิดามารดา หมวด 2 สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร หมวด 3 ความปกครองมาใช้ได้กับคู่รักเพศเดียวกันได้ ส่วนในหมวด 4 บุตรบุญธรรม ก็เป็นเรื่องของการรับบุตรบุญธรรม ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้เป็นกรณีพิเศษ กล่าวคือ การรับบุตรบุญธรรมไม่จำเป็นต้องเกิดจากการสมรสทั้งรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ หรือรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติแต่อย่างใด เพียงแต่กฎหมายกำหนดให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเพียงบุคคลเดียวก็สามารถจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมได้ เช่นเดียวกับคู่รักเพศเดียวกัน ที่สามารถรับบุตรบุญธรรมได้ แต่จะต้องตกลงกันว่าให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม เพราะในกรณีดังกล่าวนี้ไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันทั้งสองฝ่ายได้ เพราะคู่รักเพศเดียวกันถือเป็นคู่สมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ อันมีผลในทางกฎหมายเช่นเดียวกับคู่รักชายหญิงที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายนั่นเอง

ดังนั้นจึงขอสรุปประเด็นจากตัวอย่างกรณีศึกษาทั้ง 3 กรณีนี้ โดยจะขอทำการแบ่งแยกออกเป็นความเหมือนกันและความแตกต่างกันของทั้ง 3 กรณี โดยขอเริ่มจากความแตกต่างกันก่อน คือ ทั้งสามกรณีนี้ บุคคลทั้งสองคนได้อาศัยอยู่ร่วมกันเป็นคู่ชีวิต กล่าวคือ คู่ที่ 1 จดทะเบียนสมรส แต่คู่ที่ 2 ไม่ได้จดทะเบียนสมรส และคู่ที่ 3 ไม่สามารถจดทะเบียนสมรสได้ ดังนั้นจึงส่งผลให้สถานะ

ในทางกฎหมายของทั้งสามคู่มีความแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง แต่ความเหมือนกันของทั้งสามคู่อยู่ตรงที่ คู่รักทุกคู่มีความประสงค์จะรับผู้เยาว์เป็นบุตรธรรมร่วมกันทั้งสองฝ่าย แต่หากพิจารณาจากข้อเท็จจริง ประกอบกับหลักกฎหมายที่ได้กล่าวมาข้างต้น ก็จะสามารถวิเคราะห์ตามหลักกฎหมายได้ว่า การที่จะรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมร่วมกันได้นั้น บุคคลทั้งสองฝ่ายจะต้องเป็นคู่สมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น กล่าวคือ มีการจดทะเบียนสมรสในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ คือการปฏิบัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรส จึงจะมีฐานะเป็นคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายและมีสิทธิที่จะจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมของคู่สมรสของตนเป็นบุตรบุญธรรมของตนด้วย แต่หากคู่รักคู่ใดที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย รวมถึงคู่รักเพศเดียวกันที่ไม่สามารถจดทะเบียนกันได้ตามกฎหมาย มีความประสงค์จะรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมก็สามารถกระทำได้ แต่ต้องตกลงกันเพื่อให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมเท่านั้น เนื่องจากผู้เยาว์ที่เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลใดอยู่จะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นอีกในขณะเดียวกันไม่ได้ เว้นแต่เป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม ในกรณีนี้คู่สมรสหมายถึงความถึงคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบุคคลทั้งสองไม่ใช่สามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย รวมไปถึงคู่รักเพศเดียวกันด้วยที่ไม่สามารถเป็นคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายได้ด้วย แต่เหตุที่เป็นเช่นนี้ไม่ใช่ว่าคู่รักเพศเดียวกันไม่ยอมไปจดทะเบียนสมรสเพื่อทำให้ถูกต้องตามกฎหมาย แต่กลับไม่สามารถจดทะเบียนสมรสได้เนื่องจากไม่มีกฎหมายใดอนุญาตให้กลุ่มคนเหล่านี้ได้จดทะเบียนสมรสอย่างถูกกฎหมาย ซึ่งแตกต่างจากคู่รักต่างเพศโดยสิ้นเชิงที่สามารถจดทะเบียนสมรสกันได้โดยชอบ แต่กลับไม่ยอมจดทะเบียนให้ถูกต้องตามกฎหมาย

ต่อมาขออธิบายสรุปแนวคิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวลักษณะ 2 บิดามารดาและบุตร ดังนี้ รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติถือเป็นลักษณะที่นำมาปรับใช้กับลักษณะ 2 นี้ เนื่องจากเป็นการกล่าวถึงการได้มาซึ่งบุตร เพราะโดยแท้จริงแล้ว บุตรคือวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวลักษณะ 2 บิดามารดาและบุตร หมวด 1 บิดามารดา หมวด 2 สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร และหมวด 3 ความปกครอง มีรากฐานของแนวคิดมาจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาตินั้นเอง แต่ในหมวด 4 มีความแตกต่างจากอื่นๆ อย่างชัดเจน เพราะหมวด 4 จะกล่าวถึงบุตรบุญธรรม ซึ่งในส่วนนี้ผู้วิจัยขอแยกบุตร ที่ปรากฏขึ้นในลักษณะ 2 ดังนี้ ในลักษณะ 2 นี้จะปรากฏบุตรอยู่ 2 ประเภทด้วยกัน คือ ประเภทที่ 1 บุตรที่ถือกำเนิดโดยธรรมชาติ บุตรประเภทนี้คือบุตรที่เกิดจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ กล่าวคือ เกิดจากการร่วมประเวณีของชายและหญิงจนทำให้เกิดการปฏิสนธิในครรภ์ของหญิง และต่อมาก็ถือเกิดเป็นทารก บุตรประเภทนี้จะได้รับการรับรองและคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวลักษณะ 2 บิดามารดาและบุตร หมวด

1 บิดามารดา หมวด 2 สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร และหมวด 3 ความปกครอง ส่วนบุตร ประเภทที่ 2 คือ บุตรที่ถือกำเนิดโดยผลของกฎหมาย หรือ บุตรบุญธรรม บุตรประเภทนี้คือ บุตรที่ถือกำเนิดโดยธรรมชาติจากบุคคลอื่น แต่มีผู้อื่นที่มีใช้บิดามารดาแท้ๆ ของตนรับมาอุปการะไว้ บุตรประเภทนี้จะต้องจดทะเบียนรับเป็นบุตรบุญธรรมตามขั้นตอนของกฎหมายเท่านั้นจึงจะมีสถานะเป็นบุตรโดยสมบูรณ์ อันเป็นการได้มาซึ่งอำนาจปกครอง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ สถานะความเป็นบุตรบุญธรรมนี้ไม่ได้ถือกำเนิดสถานะขึ้นมาจากการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติแต่อย่างใด เพียงแต่อาศัยบุตรที่เกิดจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติของบุคคลอื่น มาเป็นบุตรของตนด้วยวิธีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตามเงื่อนไขของกฎหมายนั่นเอง บุตรประเภทนี้จะได้รับการรับรองและคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวลักษณะ 2 บิดามารดาและบุตร หมวด 4

บุตรทั้งสองประเภทจะมีความแตกต่างกันคือ บุตรประเภทที่ 1 จะต้องเกิดจากชายและหญิงเท่านั้น ส่วนบุตรประเภทที่ 2 ไม่จำเป็นต้องเกิดจากชายและหญิง เพราะบุตรประเภทนี้จะเกิดจากชายที่ได้จดทะเบียนรับเด็กผู้นั้นเป็นบุตรตามเงื่อนไขของกฎหมาย หรือหญิงที่ได้จดทะเบียนรับเด็กผู้นั้นเป็นบุตรตามเงื่อนไขของกฎหมาย ส่วนความเหมือนกันของบุตรทั้งสองประเภทนี้คือ บุตรประเภทที่ 1 หากบิดาและมารดาได้จดทะเบียนสมรสกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรส อันเป็นรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ก็จะส่งผลให้บุตรนั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของทั้งบิดาและมารดา แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า บิดามารดาไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรส อันเป็นรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ก็จะส่งผลให้บุตรนั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของมารดาแต่เพียงผู้เดียว หากบิดาต้องการรับเด็กผู้นั้นเป็นบุตรก็จำเป็นต้องจดทะเบียนรับรองบุตรตามกฎหมายต่อไป ส่วนบุตรประเภทที่ 2 หากผู้ที่รับเด็กผู้นั้นได้จดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตามขั้นตอนของกฎหมายเป็นที่เรียบร้อย เด็กผู้นั้นก็จะมีสถานะเป็นบุตรบุญธรรมและเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมต่อไป ดังนั้นจะสังเกตได้ว่า บุตรทั้งสองประเภทกฎหมายได้รับรองและคุ้มครองให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวลักษณะ 2 บิดามารดาและบุตร ดังนั้น สถานะความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร ในแง่ของความสถานะในทางศีลธรรมและฐานะความเคารพยำเกรงของบุคคลในทางสังคม แต่สถานะในทางกฎหมายนั้นบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรมจะมีความคล้ายคลึงกันกับสถานะของความเป็นสามีภริยาในแง่ที่ว่าสถานะของทั้งสองประเภทนี้ก่อตั้งขึ้นโดยผลของกฎหมาย นั่นก็คือ การจดทะเบียน ดังนั้นทั้งสองสถานะนี้จึงสามารถสิ้นสุดลงได้ด้วยการฟ้องศาลหรือการจดทะเบียนยกเลิกสถานะของการเป็นสามีภริยาหรือ การเป็นบุตรบุญธรรม

ในลำดับต่อมาขออธิบายถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 3 ค่าอุปการะเลี้ยงดู ในลักษณะนี้ซึ่งมีอยู่เพียง 4 มาตราเท่านั้น และ 4 มาตราดังกล่าวก็ไม่ได้ให้ความหมายของคำว่าค่าอุปการะเลี้ยงดูไว้เลย โดยมาตราแรกบัญญัติถึงเรื่องการเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูและดุลพินิจของศาลในการให้ มาตราที่สองเป็นเรื่องการเปลี่ยนแปลงค่าอุปการะเลี้ยงดู มาตราต่อไปเป็นเรื่องวิธีการชำระค่าอุปการะเลี้ยงดูและมาตราสุดท้ายเป็นเรื่องลักษณะเฉพาะของค่าอุปการะเลี้ยงดู แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูนี้ได้ถูกสอดแทรกเข้าไปในทุกลักษณะของกฎหมายครอบครัว ดังจะเห็นได้จากหน้าที่การอุปการะเลี้ยงดูระหว่างสามีภริยา ตามลักษณะ 1 และระหว่างบิดามารดากับบุตรในลักษณะ 2 เป็นต้น เนื่องจากค่าอุปการะเลี้ยงดูเป็นค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับทุกสิ่งทุกอย่างที่มีความจำเป็นต่อการดำรงชีพ ไม่ว่าจะเป็นอาหาร หรือที่พักอาศัย ความสำคัญที่กฎหมายให้ทำการอุปการะเลี้ยงดูอยู่ในระดับที่ว่า หากบุคคลใดมีหน้าที่แล้วไม่ปฏิบัติ อีกฝ่ายสามารถอ้างเหตุแห่งการอุปการะเลี้ยงดูมาฟ้องศาลเพื่อให้ศาลสั่งยกเลิกความสัมพันธ์ของบุคคลคนนั้นในสถานะที่เป็นอยู่ได้ เช่น ฟ้องหย่า ฟ้องเลิกรับบุตรบุญธรรม หรือ ฟ้องให้ถอนอำนาจปกครอง เป็นต้น

สถานะความสัมพันธ์ในทางกฎหมายของบุคคลที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ ที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูระหว่างกัน มีดังนี้ ประการที่ 1 สถานะของสามีและภริยาที่จดทะเบียนสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ประการที่ 2 สถานะของบิดามารดาและบุตร ประการที่ 3 สถานะของผู้รับบุตรบุญธรรม และบุตรบุญธรรม และประการที่ 4 ผู้ปกครองต่อผู้อยู่ในปกครอง ลักษณะพิเศษของค่าอุปการะเลี้ยงดูนี้ เป็นเรื่องที่แทรกอยู่ในลักษณะ 1 และลักษณะ 2 โดยในเรื่องของการอุปการะเลี้ยงดูนี้เป็นหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลบางสถานะเท่านั้น บุคคลอื่นที่ไม่อยู่ในฐานะดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นย่อมไม่มีหน้าที่ต้องเลี้ยงดูกัน ซึ่งโดยหลักแล้วจะเป็นหน้าที่ ที่ทั้งสองฝ่ายต้องอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ขึ้นอยู่กับว่าฝ่ายใดมีรายได้และอีกฝ่ายมีความขัดสนมากน้อยเพียงใด

การอุปการะเลี้ยงดูกันนี้จะถูกกำหนดให้เป็นหน้าที่เฉพาะ บุคคลที่กฎหมายกำหนดสถานะในทางกฎหมายไว้เท่านั้น หากบุคคลใดที่ไม่ได้อยู่ในสถานะที่กฎหมายกำหนดไว้ทั้ง 4 สถานะ ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น บุคคลผู้นั้นก็ไม่จำเป็นต้องอยู่ในหน้าที่ ที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูกันบุคคลอีกบุคคลหนึ่ง ตัวอย่างเช่น ชายและหญิงที่อยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย หรือ คู่รักเพศเดียวกันที่อยู่ด้วยกันแต่ไม่สามารถจดทะเบียนรับรองสถานะในการใช้ชีวิตร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายรองรับ ดังนั้นบุคคลที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาข้างต้นจึงไม่มีสถานะในทางกฎหมายที่จะต้องมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูกันและกัน โดยเฉพาะคู่รักเพศเดียวกัน แม้บุคคลทั้งสองจะมีความรักและความห่วงใยให้กันไม่แตกต่างจากความรักของคู่รักต่างเพศ แต่กลุ่มคนเหล่านี้กลับไม่ได้รับการรับรองสถานะของพวกเขา ทำให้พวกเขากลายเป็นกลุ่มคนที่อยู่นอกสายตาของกฎหมาย ที่แม้แต่สถานะในทางกฎหมายยังไม่มีกฎหมายรองรับ ทำให้กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศ

เดียวกันเหล่านี้ไม่ได้รับการคุ้มครองในเรื่องของการเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากคู่รักของตนเหมือนอย่างเช่นคู่รักต่างประเทศที่มีกฎหมายรับรองสถานะให้ได้

ต่อมาจะกล่าวถึงค่าเลี้ยงชีพ จุดมุ่งหมายของการจ่ายค่าเลี้ยงชีพก็น่าจะเป็นไปในลักษณะเดียวกันกับค่าอุปการะเลี้ยงดู คือเป็นค่าใช้จ่ายแก่คู่สมรสอีกฝ่ายเพื่อการดำรงชีพประจำวัน โดยค่าเลี้ยงชีพจะมีความแตกต่างจากค่าอุปการะเลี้ยงดูอยู่ตรงที่ ค่าเลี้ยงชีพนั้นจะจ่ายให้เมื่อการสมรสสิ้นสุดลงโดยการฟ้องหย่า หรือเมื่อการสมรสตกเป็นโมฆะหรือ โมฆียะ ส่วนค่าอุปการะเลี้ยงดูนั้นจะจ่ายให้ในระหว่างที่ชายและหญิงยังคงมีฐานะเป็นสามีภริยากันอยู่

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นว่า การเรียกค่าเลี้ยงชีพนั้นจะเรียกได้ก็ต่อเมื่อการสมรสสิ้นสุดลงแล้วเท่านั้น ดังนั้นตราบใดที่การสมรสยังคงมีอยู่ตามกฎหมายแล้ว จะเรียกให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งจ่ายค่าเลี้ยงชีพให้แก่ตนไม่ได้ นอกจากการจ่ายค่าเลี้ยงชีพจะมีขึ้นเมื่อการสมรสสิ้นสุดลงด้วยการหย่า หรือศาลพิพากษาเพิกถอนด้วยเหตุที่ทำให้การสมรสตกเป็นโมฆียะแล้ว ยังมีการจ่ายค่าเลี้ยงชีพในกรณีที่มีการสมรสถูกศาลพิพากษาให้เป็นโมฆะอีกด้วย ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า เรื่องค่าเลี้ยงชีพนั้น จะมีการเรียกในกรณีที่การสมรสสิ้นสุดลง 3 ประการด้วยกันคือ ประการที่ 1 การหย่าโดยคำพิพากษาของศาล ประการที่ 2 การสมรสตกเป็นโมฆะ ประการที่ 3 การที่ศาลพิพากษาเพิกถอนการสมรสที่ตกเป็นโมฆียะ และนอกจากเงื่อนไขทั้งสามประการดังที่ได้กล่าวมาแล้ว การเรียกค่าเลี้ยงชีพยังมีเงื่อนไขอีกประการหนึ่ง คือ ต้องเป็นเหตุที่ทำให้การสมรสสิ้นสุดลงนั้น มีผลกระทบต่อรายได้ หรือกระทบต่อความเป็นอยู่ของคู่สมรสอีกฝ่าย โดยส่งผลกระทบต่อรายได้ที่เคยมีหรือเคยทำในระหว่างการสมรส และเป็นเหตุที่ทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายยากจนลง เพราะไม่มีรายได้พอกจากทรัพย์สินหรือจากการทำงานที่เคยทำอยู่ระหว่างสมรส เหตุนี้เมื่อคู่สมรสมาทำให้สภาพดังกล่าวหมดสิ้นไป กฎหมายจึงจำเป็นต้องมีมาตรการในการดูแลและเยียวยาคู่สมรสฝ่ายที่ได้รับผลกระทบจากการสมรสที่สิ้นสุดลงนั้น ด้วยการได้รับค่าเลี้ยงชีพจากคู่สมรสอีกฝ่ายที่มีฐานะทางการเงินที่ดีกว่า อันเป็นการช่วยเหลือช่วยเหลืออีกฝ่ายที่ไม่มีความผิด ทั้งยังเป็นการลงโทษคู่สมรสฝ่ายที่ต้องการอิสรภาพของตน โดยคู่สมรสฝ่ายนั้นจำเป็นต้องจ่ายค่าเลี้ยงชีพ เพื่อเป็นการตอบแทนแก่คู่สมรสอีกฝ่ายที่ได้รับผลกระทบจากการสมรสที่สิ้นสุดลง

ดังนั้นจากที่ได้กล่าวมาข้างต้น ก็จะสังเกตได้ว่า ค่าเลี้ยงชีพนั้นจะสามารถเรียกได้เฉพาะกรณีที่การสมรสได้สิ้นสุดลง และการสมรสที่สิ้นสุดลงนั้นต้องเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น คู่สมรสจึงจะสามารถเรียกค่าเลี้ยงชีพได้ และการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายนี้ ก็คือการสมรสที่ได้รับ การรับรองสถานะในทางกฎหมายจากรัฐเท่านั้น นั่นก็คือ การสมรสของคู่รักต่างประเทศ ดังนั้นจึงส่งผลให้การอยู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันที่สิ้นสุดลงจากการอยู่ร่วมกันไม่ได้รับการคุ้มครองเหมือนคู่รักต่างประเทศ แม้ในความเป็นจริงแล้ว การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันก็มีลักษณะของการใช้ชีวิตเช่นเดียวกับคู่รักต่างประเทศ แต่กฎหมายกลับคุ้มครองเฉพาะคู่รักต่างประเทศที่การสมรสสิ้นสุดลงเท่านั้น

เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะรัฐไม่ได้รับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่คู่รักเพศเดียวกันนั่นเอง

ท้ายที่สุดนี้ขอสรุปประเด็นของการศึกษาในหัวข้อนี้ ดังนี้ ตามที่ได้เคยกล่าวไว้แล้วว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว เป็นการผสมผสานระหว่างรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐและรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ โดยรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐถูกบัญญัติไว้ใน ลักษณะ 1 การสมรส และรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติถูกนำมาใช้ใน ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร เฉพาะในหมวด 1 บิดามารดา หมวด 2 สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร และหมวด 3 ความปกครอง ส่วนในหมวด 4 บุตรบุญธรรม เป็นเรื่องที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้เป็นกรณีพิเศษโดยไม่เกี่ยวข้องกับรูปแบบการสมรสทั้งสองรูปแบบ อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม บุตรที่ไม่ใช่บุตรที่ถือกำเนิดขึ้นมาโดยธรรมชาติของผู้รับบุตรบุญธรรม แต่เป็นบุตรที่กฎหมายกำหนดสถานะทางกฎหมายขึ้นมาโดยเฉพาะ โดยกฎหมายอนุญาตให้บุคคลทั่วไป โดยไม่จำกัดเพศ ที่มีคุณสมบัติเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดความสามารถในการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมได้ ดังนั้นการรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายฉบับนี้ถือได้ว่าเป็นการจัดตั้งสถานะของบุตรโดยผลของกฎหมายเท่านั้น

รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐถูกบัญญัติไว้ใน ลักษณะ 1 การสมรส เพราะในลักษณะนี้มีรูปแบบของกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขของการการจดทะเบียนสมรส อันเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการสมรสในรูปแบบนี้คือ การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของมนุษย์ แต่เป็นที่น่าเสียดายที่ลักษณะ 1 นี้ให้การรับรองเฉพาะความรักของคู่รักต่างเพศเท่านั้น ซึ่งไม่รวมถึงความรักของคู่รักเพศเดียวกัน แม้ในความเป็นจริงความรักระหว่างมนุษย์ที่มีเพศต่างกันหรือความรักของมนุษย์ที่มีเพศเดียวกัน ก็ล้วนแล้วแต่เป็นความรักที่มนุษย์สองคนมีให้กัน ความรักที่เกิดขึ้นมาจากหัวใจ อันเป็นความรักที่บริสุทธิ์และกลั่นมาจากส่วนลึกของความรู้สึกของมนุษย์อย่างแท้จริงเช่นเดียวกัน

รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติถูกนำมาใช้ใน ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร เฉพาะในหมวด 1 บิดามารดา หมวด 2 สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร และหมวด 3 ความปกครอง ในลักษณะนี้จะกล่าวถึงความเป็นบิดามารดาและบุตร โดยเฉพาะความเป็นบุตรที่ถือกำเนิดขึ้นมาจากวิธีการสมรสแบบธรรมชาติ อันเป็นการร่วมประเวณีระหว่างชายและหญิงเท่านั้น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะนี้ เป็นการนำรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติมาพัฒนาให้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เหตุที่ผู้วิจัยมีความเห็นเป็นประการนี้ก็เพราะ วัตถุประสงค์ของลักษณะนี้ได้มีการรับรองและคุ้มครองให้แก่ผู้ที่เป็นบุตร ผู้ซึ่งเป็นหน่อเนื้อของบิดามารดาอันเป็นจุดมุ่งหมายสูงสุดของการสมรส นั่นก็คือการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ โดยมีวัตถุประสงค์เดียวกันกับรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาตินั่นเอง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร หมวด 4 บุตรบุญธรรม ในหมวดนี้แม้จะอยู่ในหมวดที่ 2 แต่หมวดนี้ก็ไม่ได้นำรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติมาปรับใช้แต่อย่างใด รวมถึงไม่ได้นำรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐมาปรับใช้ด้วย ในหมวดนี้มีความพิเศษ เพราะเป็นการจัดตั้งสถานะในทางกฎหมายให้แก่บุคคล โดยบุคคลผู้นั้นจะมีสถานะเป็นบุตรบุญธรรม สถานะที่ถูกสมมติขึ้นมาโดยบทบัญญัติของกฎหมาย และทำให้เกิดสถานะขึ้นมาสองสถานะคือ ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม โดยความสัมพันธ์ระหว่างบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรมมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร ในแง่ของความสถานะในทางศีลธรรมและฐานะความเคารพยำเกรงของบุคคลในทางทางสังคม แต่สถานะในทางกฎหมายนั้นบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรมจะมีความคล้ายคลึงกันกับสถานะของความเป็นสามีภริยาในแง่ที่ว่า สถานะของทั้งสองประเภทนี้ก่อตั้งขึ้นโดยผลของกฎหมาย นั่นก็คือ การจดทะเบียน ดังนั้นทั้งสองสถานะนี้จึงสามารถสิ้นสุดลงได้ด้วยการฟ้องศาลหรือการจดทะเบียนยกเลิกสถานะของการเป็นสามีภริยา หรือการเป็นบุตรบุญธรรม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 3 ค่าอุปการะเลี้ยงดู เป็นการกำหนดหน้าที่จากสถานะความสัมพันธ์ในทางกฎหมายของบุคคล ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องอุปการะเลี้ยงดูระหว่างกัน โดยบุคคลที่มีสถานะต่างๆ ดังต่อไปนี้จะต้องอุปการะเลี้ยงดูระหว่างกัน คือ สถานะของสามีและภริยาที่จดทะเบียนสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย สถานะของบิดามารดาและบุตร สถานะของผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม และ สถานะผู้ปกครองต่อผู้อยู่ในปกครอง โดยในเรื่องของการอุปการะเลี้ยงดูนี้เป็นหน้าที่ ที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลบางสถานะเท่านั้น บุคคลอื่นที่ไม่อยู่ในฐานะดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นย่อมไม่มีหน้าที่ต้องเลี้ยงดูกันซึ่งโดยหลักแล้วจะเป็นหน้าที่ ที่ทั้งสองฝ่ายต้องอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ขึ้นอยู่กับว่าฝ่ายใดมีรายได้และอีกฝ่ายมีความขัดสนมากน้อยเพียงใด ในเรื่อง ค่าอุปการะเลี้ยงดูในลักษณะนี้ เป็นเรื่องที่แทรกอยู่ในบทบัญญัติบางมาตราของลักษณะ 1 การสมรส และลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร ด้วย

และจากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดในหัวข้อนี้ โดยมีความพยายามในการสื่อความหมายให้เห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวฉบับนี้ ถูกสร้างขึ้นมาจากพื้นฐานของความรักของชายและหญิง ในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติเป็นหลัก เพราะหากพิจารณาโดยละเอียดแล้วจะพบว่า มนุษย์พยายามสร้างความเข้าใจขึ้นมาเองว่า รูปแบบของความรักที่แท้จริงมีเพียงรูปแบบเดียว คือรูปแบบความรักของมนุษย์ที่มีเพศที่ต่างกัน มนุษย์พยายามบังคับตนเองให้เข้าใจความรักในแบบนี้ ว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง โดยจะเห็นได้จากการนิยามความหมายของความรักเพื่อเข้าข้างความรักของคนส่วนใหญ่และมองข้ามความรักอีกรูปแบบหนึ่ง ซึ่งเป็นความรักของคนส่วนน้อย จนสังคมมองว่าความรักของคนส่วนน้อยนี้เป็นความรักที่ไม่ปกติ และมองว่าความรักในรูปแบบที่แตกต่างกับตนนั้นเป็นสิ่งที่แปลกและไม่ควรสนับสนุน

ดังนั้นท้ายที่สุดจึงส่งผลให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ได้บัญญัติขึ้นมาจากความเข้าใจของมนุษย์ที่ถือว่าความรักของคนใหญ่ ที่เป็ความรักในรูปแบบของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องแล้ว ส่วนความรักในรูปแบบอื่นที่เป็นของคนส่วนน้อยนั้น ไม่ควรมีกฎหมายรองรับและไม่ควรสนับสนุน เพราะฉะนั้นจึงเป็นเหตุให้กฎหมายฉบับนี้ ได้ออกแบบมาเพื่อให้สอดคล้องกับรูปแบบความรักของคนส่วนใหญ่และที่คนส่วนใหญ่ยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและเหมาะสมเท่านั้น โดยเป็นการนำรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติที่คนส่วนใหญ่รู้จักและยอมรับมาพัฒนาให้กลายเป็นรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ และพัฒนาจนกลายมาเป็นกฎหมายที่ทุกคนในรัฐจะต้องปฏิบัติตาม ประกอบกับกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักชายและหญิงของไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวนั้น ได้บัญญัติขึ้นมาเพื่อเป็นให้รัฐรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่คู่รักชายและหญิงเท่านั้น เพื่อคู่รักที่ได้รับการรับรองสถานะการใช้ชีวิตคู่ตามกฎหมายฉบับนี้จะได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ทางกฎหมายในฐานะของคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามวัตถุประสงค์ของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวนี้กลับสร้างความไม่เท่าเทียมให้เกิดขึ้นกับคู่รักที่มีพฤติกรรมความรักในรูปแบบอื่นๆ ที่สมควรจะได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยรัฐด้วย ซึ่งโดยหลักแล้วรัฐควรรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ภายใต้กฎหมายเดียวกันด้วยซึ่งก็คือ การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ฉบับนี้ด้วย เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของรัฐ และตามวัตถุประสงค์ของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ แต่หากวิเคราะห์โดยละเอียดจะพบว่าโครงสร้างของกฎหมายฉบับนี้มีลักษณะที่เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อการสมรสของคู่รักชายและหญิงที่มีลักษณะทางโครงสร้างในทางวัฒนธรรมและประเพณีแต่งงานดั้งเดิมของไทยตามรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อของไทยเป็นหลักอยู่ด้วย ประเพณีการแต่งงานเป็นสัญลักษณ์ของสร้างสถาบันครอบครัวของไทยที่สืบทอดกันมาอย่างยาวนานนับร้อยปี ซึ่งคู่รักที่มีเพศสภาพชายและหญิงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของประเพณีนี้เช่นกัน ทำให้ประเพณีแต่งงานของไทยเป็นสัญลักษณ์ของการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ ตามรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ และรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ ทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวฉบับนี้ เป็นกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศสภาพเป็นชายและหญิงเท่านั้น เพราะเป็นการผสมผสานระหว่างรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ และรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐได้อย่างลงตัว

บทที่ 3

แนวคิด ทฤษฎี ที่นำไปสู่แนวการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

ในสังคมยุคปัจจุบันคนในสังคมมีความคิดเห็นในมุมมองของความรักที่แตกต่างกัน โดยทุกคนมีความเข้าใจตรงกันว่าความรักเป็นสิ่งที่สวยงาม และเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้กับทุกเพศ ทุกวัย ทุกเชื้อชาติ ทุกศาสนา อย่างไม่มีข้อจำกัด และไม่ว่าจะเป็นความรักในรูปแบบชายรักหญิง ชายรักชาย หรือ หญิงที่รักหญิง ทุกรูปแบบล้วนแล้วแต่เป็นความรักที่ดูสวยงามด้วยกันทั้งสิ้น แต่ถึงอย่างไรก็ตามความรักบางรูปแบบกลับไม่ได้รับการรับรองและคุ้มครองด้วยกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยเฉพาะความรักของชายรักชาย หรือหญิงรักหญิง เพียงเพราะสังคมมองกลุ่มคนเหล่านั้นว่า เป็นผู้ที่มีความรักที่ไม่เป็นปกติ แล้วอะไรคือความรักที่เป็นปกติ อะไรเป็นเกณฑ์ในการกำหนดความรักของมนุษย์ว่าสิ่งไหนเป็นปกติ สิ่งไหนไม่เป็นปกติ

ดังนั้นงานวิจัยชิ้นนี้จะกล่าวถึง ความรัก และกฎหมาย ว่าทั้งสองคำนี้มีความสอดคล้องกันอย่างไร เหตุใด กฎหมายถึงต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับบริบทในเรื่องของหัวใจของมนุษย์ในสังคม โดยคำว่า ความรัก และกฎหมายนี้ มีความเกี่ยวข้องซึ่งกันและกันอย่างแยกไม่ออก โดยมีคำบางคำมาทำหน้าที่เป็นตัวกลางในการเชื่อมโยงคำสองคำนี้ให้ขาดจากกันไม่ได้ คำนั้นคือ คำว่า เพศ คำว่าเพศนี้มีความสัมพันธ์กับสองคำนี้อย่างไร เหตุใดจึงเป็นตัวกำหนดเงื่อนไขในการได้รับสิทธิตามกฎหมายอันเกิดจากรักได้ โดยเฉพาะความรักในรูปแบบของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศที่สังคมมองว่าเป็นความรักที่เป็นปกตินั้น ความรักในรูปแบบนี้มีสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายจากการที่เขาสองคนรักกัน กฎหมายรับรองความรักของเขาทั้งสองว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและถูกกฎหมาย แต่กับมีกลุ่มคนอีกบางกลุ่มที่มีความรักเช่นกันแต่เป็นความรักในรูปแบบของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน อาทิ คู่รักชายรักชายและคู่รักหญิงรักหญิงที่ถูกสังคมมองว่าไม่ปกติ จนในที่สุดต้องถูกกฎหมายตั้งข้อกีดกัน และวางบทลงโทษ เหตุใดจึงเป็นเช่นนี้ได้มีความรักแล้วผิดกฎหมายอย่างนั้น หรือ เหตุใดกฎหมายจึงไม่รับรองความรักในรูปแบบที่พวกเขาทั้งสองเลือกที่จะเป็น โดยบางครั้งก็ไม่ได้รับการดูแลและคุ้มครองจากกฎหมายเลยที่ๆ ที่บุคคลทั้งสองมีความรักเช่นเดียวกับรูปแบบของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศในสังคม เพียงเพราะคนในสังคมตราหน้าพวกเขาเหล่านั้นว่า เป็นพวกไม่ปกติ เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะคำเพียงคำเดียวที่มากำหนดและชี้ชะตาความรักของพวกเขา นั่นก็คือคำว่า เพศ ที่เป็นเงื่อนไขสำคัญของการได้รับสิทธิจากกฎหมายอันเกิดจากรักของคนสองคน

จึงเป็นคำถามว่าเป็นการกระทำที่ยุติธรรมแล้วหรือ ที่ใช้เพศมาเป็นตัวกำหนดเงื่อนไขในการได้รับสิทธิทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากความรัก มนุษย์ใช้เพศมาตัดสินรูปแบบของความรักว่าความรักรูปแบบใดถูกรูปแบบใดผิดเท่านั้นหรือ

ก่อนเข้าสู่เนื้อหาขออธิบายระดับของความรักระหว่างคู่รักตั้งแต่จุดเริ่มต้นของการก่อให้เกิดความรู้สึกดีๆ ที่เรียกว่าความรักจนนำไปสู่การเริ่มต้นของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน รวมไปถึงระดับที่กฎหมายให้การรับรองสถานะของความรักรูปแบบของกฎหมายครอบครัว ความรักเกิดขึ้นจากจุดเริ่มต้น คือ ระดับที่ 1 สนใจ แอบมอง ต่อมารู้จัก สนทนสนม เกิดความรู้สึกดีๆ ระดับนี้ยังไม่เรียกว่าความรัก จากนั้นเข้าสู่ระดับที่ 2 ก่อเกิดเป็นความรัก ความผูกพันและพัฒนาไปสู่ ระดับที่ 3 ความใคร่ ความหลง ความเสน่หา ความอยากได้มาครอบครอง ก้าวเข้ามาสู่ ระดับที่ 4 การตกลงใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน และระดับสุดท้ายจะจบลงด้วยการฝากชีวิตไว้ซึ่งกันและกัน โดยการสร้างสถาบันครอบครัวและอยู่กินร่วมกัน โดยความรักในทุกๆระดับที่กล่าวมาข้างต้นเกิดขึ้นได้กับทั้งชายหรือหญิงรวมทั้งความรักในทุกๆรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นความรักแบบชายรักหญิง ชายรักชาย หญิงรักหญิง อย่างไม่มีข้อจำกัด แต่พัฒนาการของความรักทั้ง 5 ระดับนี้มีเพียงระดับสุดท้ายเท่านั้นที่มีการรับรองสถานะทางกฎหมาย และรับรองสถานะทางกฎหมายในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้เฉพาะความรักในรูปแบบของชายรักหญิงเท่านั้น²⁸⁰ จึงเป็นคำถามว่า แล้วทำไมความรักในรูปแบบชายรักชาย หรือ หญิงรักหญิง เหตุใดจึงไม่ได้รับการรับรองสถานะเช่นเดียวกับคู่รักชายหญิง ทั้งๆ ที่ความรักของพวกเขามีจุดเริ่มต้นมาจากระดับเดียวกัน การที่รัฐออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในรูปแบบของการจดทะเบียนสมรส รัฐมีแนวทางในการพิจารณาอย่างไร เหตุใดรัฐจึงใช้เงื่อนไขเรื่องเพศมาใช้เป็นเกณฑ์ในการต่อรอง จริ่งอยู่ที่การแสดงความคิดเห็นด้านความรักของคนสังคมในช่วงหลายศตวรรษที่ผ่านมาได้รับอิทธิพลด้านความคิดภายใต้วิถีชีวิตที่ว่าความรักที่แท้จริงต้องเป็นความรักที่ถูกทำนองครองธรรม และจะต้องอยู่ในรูปแบบของคู่เพศตรงข้ามเท่านั้น แต่ในสังคมยุคปัจจุบันกลับมิได้เป็นเช่นนั้นเลย เพศสภาพของบุคคลอันเป็นองค์ประกอบที่มนุษย์นำมาจัดไว้ว่าเป็นสาระสำคัญของการให้คำนิยามของความรัก โดยมนุษย์ได้ให้ความสำคัญกับการสร้างองค์ประกอบของความรักที่สมบูรณ์แบบที่ต้องมาจากเพศสรีระตามกำเนิดของตนและต้องเป็นเพศตรงข้ามกับเพศสรีระของตน ซึ่งก็หมายความว่า มีเพียงความรักของเพศชายกับเพศหญิงเท่านั้นที่ถูกต้องตามความเข้าใจของมนุษย์โดยทั่วไป และทำให้สังคมยอมรับเฉพาะความรักในรูปแบบดังกล่าวมานั้นว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ทำให้ความรักในลักษณะที่แตกต่างออกไป

²⁸⁰ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และสมาคมฟ้าสีรุ้ง, สิทธิมนุษยชนของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ (กรุงเทพฯ: สีเมืองการพิมพ์, 2550), หน้า 125 อ้างถึงใน วัชราน อิมจิตร์, พฤติกรรมทางเพศ และเจตคติของนักเรียนวัยรุ่นน เขตการศึกษา 11 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาจิตวิทยาคลินิก มหาวิทยาลัยมหิดล, 2532), หน้า 81.

จากกรอบแนวคิดดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับในระดับเดียวกันกับบุคคลที่มีเพศวิถีในลักษณะที่เป็นความรักของชายกับหญิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการไม่ได้รับการรับรองสถานะในทางกฎหมาย ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น สิ่งเหล่านั้นอาจเป็นเพราะ การมีเพศวิถีในลักษณะที่สังคมมองว่าไม่ถูกต้อง²⁸¹

ดังนั้นในบทนี้จะขอกล่าวถึงประวัติความเป็นมาแนวคิดที่ว่าทำไมมนุษย์จึงมีความคิดเช่นนั้น และอะไรเป็นสาเหตุของความเชื่อที่ว่า ความรักอันบริสุทธิ์จะเป็นความรักของชายกับหญิงเท่านั้น ประกอบกับมนุษย์อ้างทฤษฎีใดในการกำหนดนิยามความหมายของความรักที่ถูกต้อง รวมทั้งนิยามของคำว่าครอบครัวว่าจะมีเพียงแค่รูปแบบความรักของชายรักหญิงเท่านั้นหรือ แล้วความรักในรูปแบบชายรักชายหรือหญิงรักหญิง เหตุใดจึงไม่อยู่ในนิยามของคำว่าครอบครัว หรือเป็นเพราะความรักในรูปแบบชายรักชายและหญิงรักหญิงนั้น ไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ ถ้าเป็นเหตุผลนี้แล้วถ้าความรักในรูปแบบของชายรักหญิงถ้าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้เพราะตนเป็นหมัน คู่รักคู่นั้นก็ไม่สามารถมีบุตรได้เช่นกัน แล้วทำไมสังคมจึงยอมรับว่าคู่รักต่างเพศที่ไม่มีบุตรเป็นครอบครัว แต่เหตุใดมนุษย์กลับไม่ยอมรับคู่รักเพศเดียวกัน ให้มีสถานะความเป็นครอบครัวทั้งที่มีบุตรไม่ได้เช่นกัน กล่าวคือ มนุษย์ใช้ทฤษฎีใดที่นำมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินความรักของผู้อื่น แล้วนำความคิดนั้นไปรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักต่างเพศเหล่านั้นว่าถูกต้องตามกฎหมาย

รวมทั้งศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎีที่มนุษย์นำมา ปฏิเสธความรักของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในสังคมว่าเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง และไม่ให้การยอมรับในการดำเนินชีวิตในสังคมรวมถึงการไม่รับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันให้ถูกต้องตามกฎหมาย จนนำมาสู่ความขัดแย้งในทางความคิดของคนในสังคมว่า เหตุใดคู่รักที่แสดงออกซึ่งความรักแบบรักเพศเดียวกัน ไม่ได้ได้รับการรับรองสถานะในทางกฎหมายเหมือนเช่นคู่รักต่างเพศ ทั้งๆ ที่เขาเหล่านั้นก็เป็นมนุษย์เช่นกัน จนนำมาซึ่งแนวทางในการต่อสู้เพื่อเรียกร้องสิทธิให้เกิดความเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย โดยในบทนี้ก็จะได้ศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีที่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันใช้ในการอ้างสิทธิในการต่อสู้และเรียกร้องเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย จนเป็นเหตุผลให้รัฐบาลของประเทศต่างๆ ออกกฎหมายเพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันขึ้นในรูปแบบของกฎหมายมากมาย โดยรัฐบาลของประเทศเหล่านั้นได้อ้างทฤษฎีใดในการตรากฎหมายดังกล่าว

ดังนั้น ในบทนี้จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาถึงประวัติความเป็นมาของแนวคิด และทฤษฎี ที่ไม่ยอมรับความรักและการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในสังคม จนนำไปสู่แนวทางในการเรียกร้องเพื่อให้เกิดการยอมรับของสังคมในยุคต่อๆ มา ประกอบกับ

²⁸¹ สุรศักดิ์ มณีศร, “การสมรสของพวกรักร่วมเพศ,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 24, 1 (มีนาคม 2537): 45-54.

การศึกษาทฤษฎีที่ให้การยอมรับในทางกฎหมายแก่กลุ่มคนเหล่านี้ ว่าทฤษฎีเหล่านั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันในสังคมจริงหรือไม่อย่างไร โดยจะศึกษาทั้งในประวัติความเป็นมาของแนวคิดทั้งของไทยและต่างประเทศ ดังต่อไปนี้

3.1 แนวคิดในการไม่รับรองและแนวคิดในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

ในประเด็นของการศึกษาหัวข้อนี้จะศึกษาให้เห็นถึงภาพรวมของสภาพสังคมมนุษย์โดยทั่วไปที่แสดงออกถึงการไม่ยอมรับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน โดยชี้ให้เห็นว่าสังคมต่อต้านและไม่ยอมรับกลุ่มคนประเภทนี้ได้อย่างไรและเหตุผลอะไรที่สังคมปฏิเสธความรักในแบบของกลุ่มคนเหล่านั้น โดยการศึกษาประกอบในเชิงมานุษยวิทยาเพื่อให้เข้าใจความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์ที่ไม่ให้การยอมรับ ในการรับรองสถานะในทางกฎหมายและการจัดตั้งสถาบันครอบครัวของกลุ่มบุคคลเหล่านี้ รวมทั้งศึกษาถึงความเข้าใจถึงวัฒนธรรม และประเพณีท้องถิ่นของมนุษย์ ที่มีแนวคิดที่ปฏิเสธรูปแบบความรักที่แตกต่างจากที่สังคมให้การยอมรับ โดยศึกษาให้เห็นถึงความเข้าใจของวัฒนธรรมของมนุษย์ในสังคม ที่แสดงออกถึงการปฏิบัติต่อเพศวิถีของมนุษย์ในรูปแบบต่างๆ ทั้งที่เป็นรูปแบบของคู่รักต่างเพศ และรูปแบบของคู่รักเพศเดียวกัน โดยศึกษาถึงพฤติกรรมที่มนุษย์แสดงออกทางเพศมานั้นว่ามีที่มาจากอะไร สิ่งที่เป็นแรงผลักดันทำให้มนุษย์มีความรักและความผูกพันซึ่งกันและกัน ที่นำไปสู่การความต้องการในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน และเหตุผลที่กฎหมายจะต้องให้การยอมรับและรับรองสถานะในการตั้งสถาบันครอบครัว

รวมทั้งการศึกษาแนวคิดในเชิงวัฒนธรรม ประเพณีท้องถิ่น และความเชื่อของมนุษย์ในสังคมนั้นๆ ที่ส่งผลต่อความคิดความอ่านของมนุษย์ในการไม่ยอมรับ ต่อต้าน ดูหมิ่น เกลียดชัง ดังเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา เพราะวัฒนธรรม ประเพณีท้องถิ่น และความเชื่อของมนุษย์ในสังคมนั้นๆ ถือเป็นกลไกสำคัญในการกำหนดสภาพจิตใจของมนุษย์ว่าสิ่งใดถูกสิ่งใดผิดในทุกยุคทุกสมัย²⁸² นำไปสู่แนวคิดของการออกกฎหมายต่อต้านและลงโทษกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็แนวคิดที่ว่ารักเพศเดียวกันเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย มีบทลงโทษ ตลอดจนแนวคิดต่างๆ ที่นำไปสู่การยอมรับกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน²⁸³ โดยแนวคิดที่ให้การยอมรับนั้นมีที่มาอย่างไร รวมถึง

²⁸² จุมพต สายสุนทร, “ฐานะทางกฎหมายของผู้รักร่วมเพศ,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 13, 2 (มิถุนายน 2526): 60.

²⁸³ จันทร์จิรา บุญประเสริฐ, “สิทธิมนุษยชนของผู้หญิง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550,” วารสารมุมมองสิทธิ 7, 1 (มกราคม-มีนาคม): 14.

การพัฒนาไปสู่แนวคิดที่ว่ารักเพศเดียวกันไม่ผิดกฎหมายและกฎหมายเองก็ไม่ได้ห้าม และไม่มีบทลงโทษ เพียงแต่กฎหมายไม่ยอมรับเท่านั้น หรือแม้แต่แนวคิดที่ยอมรับแบบสุดขั้วที่ว่ารักเพศเดียวกันเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมาย กฎหมายให้การยอมรับ สิ่งเหล่านี้ล้วนแล้วแต่มีที่มาและแนวทางในการคิดที่แตกต่างกัน และเป็นวิวัฒนาการของการให้การยอมรับในการสร้างสถาบันครอบครัวของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน²⁸⁴

3.1.1 แนวคิดในเชิงวัฒนธรรม ประเพณี และความเชื่อ

มนุษย์ทุกคนเกิดขึ้นมาในสังคมใด ย่อมต้องเรียนรู้และเข้าใจจากสังคมนั้นถึงสิ่งที่บรรพบุรุษได้มอบไว้เป็นมรดก สิ่งที่เป็นพื้นฐานอันทรงคุณค่าของความเป็นมนุษย์ สิ่งนั้นคือ วัฒนธรรม และประเพณีท้องถิ่น โดยทั้งสองสิ่งนี้เกิดขึ้นมาจากจินตนาการของมนุษย์ด้วยกันทั้งสิ้น เพราะสองสิ่งนี้เกิดขึ้นมาจากพลังแห่งความศรัทธาและความเชื่อรวมกันของคนในสังคมที่มีมาอย่างยาวนาน รวมถึงสิ่งที่เกิดขึ้นจากการเรียนรู้ของมนุษย์ในการอยู่ร่วมกันในสังคม และสร้างข้อกำหนดว่าสิ่งใดถูก หรือสิ่งใดผิด และสังคมสอนให้เรียนรู้ถึงสิ่งเหล่านั้น โดยการสร้างเข้าใจในรูปแบบของจารีตประเพณีที่สืบทอดกันมาอย่างยาวนานจากรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่ง ดังนั้น วัฒนธรรมและประเพณี ก็เปรียบเสมือนจินตนาการร่วมกันของมนุษย์ในสังคม ที่สืบทอดกันมาจากรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่ง และสิ่งเหล่านั้นจะต้องเป็นความเข้าใจว่าเป็นสิ่งที่ดีงามและยอมรับร่วมกันของมนุษย์ในสังคมนั้นๆ ด้วย

จากการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมนี้อาจทำให้มนุษย์พบเจอหรือได้สัมผัสกับสิ่งเลวร้ายด้วยตนเอง หรือมีผู้อื่นบอกกล่าวกันมาเป็นทอดๆ สิ่งเหล่านั้นอาจนำมาซึ่งความกลัว และไม่กล้าที่จะดำเนินชีวิตอยู่บนโลกใบนี้เพียงลำพัง มนุษย์จึงพยายามที่จะแสวงหาสิ่งที่ใช้ในการยึดเหนี่ยวทางจิตใจ เพื่อให้มนุษย์ปราศจากจากความกลัวเหล่านั้น ความเชื่อที่อาศัยความศรัทธาในสิ่งที่มนุษย์มองไม่เห็น จึงกลายมาเป็นเครื่องยึดเหนี่ยวจิตใจของมนุษย์เพื่อให้มนุษย์หลุดพ้นจากความกลัว ความหวาดระแวง บรรดาภัยอันตรายต่างๆ ที่จะเข้ามาในชีวิต ดังนั้น ศาสนา และลัทธิต่างๆ จึงกลายมาเป็นวัฒนธรรม และประเพณีที่ชี้นำแนวทางให้กับมนุษย์ทุกคนที่มีความเชื่อและพลังแห่งศรัทธาในวัฒนธรรม และประเพณีของท้องถิ่นนั้นๆ ว่าถ้าเชื่อแล้วปฏิบัติแล้วจะเกิดความปลอดภัยไม่ว่าภพนี้หรือภพหน้า หรือมีชีวิตที่เป็นนิรันดร์ไม่มีภพหน้าหรือภพต่อๆ ไปอีก

โดยเฉพาะอย่างยิ่งวัฒนธรรม และประเพณีของท้องถิ่นนั้นๆ จะเป็นสิ่งที่วางรากฐานในความคิดของมนุษย์ว่าสิ่งใดถูกและสิ่งใดผิด สิ่งใดควรทำสิ่งใดไม่ควรทำ เช่นเดียวกับการกำหนดรูปแบบของการดำเนินวิถีทางเพศของมนุษย์ในสังคม ก็ล้วนแล้วแต่เป็นสิ่งที่วัฒนธรรมและประเพณี

²⁸⁴ นฤพนธ์ ด้วงวิเศษ, แนวคิดทฤษฎีเรื่องความหลากหลายทางเพศ, หน้า 1, คำนวณที่ 12 ธันวาคม 2557 จาก <http://www.sac.or.th/main/uploads/article/Sexual-diversity.pdf>

ท้องถิ่นทำหน้าที่เป็นสิ่งที่คอยควบคุมและกำหนดถึงนิยามความหมายของการใช้ชีวิตคู่ของมนุษย์ว่าควรที่จะเป็นไปในรูปแบบใด โดยวัฒนธรรม และประเพณีท้องถิ่นจะสร้างกรอบของความถูกต้องโดยยึดหลักความเชื่อตามหลักการของธรรมชาติมาเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการสอนให้มนุษย์เรียนรู้และปฏิบัติตาม เพราะฉะนั้น ความเชื่อว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจำต้องปฏิบัติตามของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันอันเกิดจากความรัก จึงมีแนวคิดมาจากพื้นฐานของวัฒนธรรม และประเพณีท้องถิ่น ที่ทำให้มนุษย์เชื่อมั่นและศรัทธาประพฤติปฏิบัติตามแนวทางของวัฒนธรรม และประเพณีท้องถิ่นเหล่านั้นส่งผลให้รูปแบบของทัศนคติของมนุษย์ถูกควบคุมโดยแนวทางวัฒนธรรม และประเพณีท้องถิ่น ซึ่งทัศนคติเหล่านั้นอาจมีผลในแง่ลบต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกันเองที่ถูกปฏิเสธเพียงเพราะไม่ได้ดำเนินวิถีทางเพศตามหลักของวัฒนธรรม และประเพณีท้องถิ่น จึงทำให้กลุ่มคนเหล่านั้นถูกสังคมนิยามกษาโดยใช้บรรทัดฐานของวัฒนธรรม และประเพณีท้องถิ่น นั้นๆ มาเป็นกลไกในการตัดสิน

ดังนั้น ในส่วนนี้จึงขอเสนอแนวคิดในเชิงวัฒนธรรม ประเพณี และความเชื่อต่างๆ ที่สำคัญของโลกเหล่านั้นว่ามีส่วนในการเข้ามากำหนดการดำเนินเพศวิถีของมนุษย์ในรูปแบบต่างๆ ได้อย่างไร และอะไรเป็นปัจจัยที่ทำให้วัฒนธรรม ประเพณี และความเชื่อต่างๆ เหล่านั้นปฏิเสธความรักของมนุษย์ที่มีเพศวิถีในรูปแบบที่แตกต่างจากที่วัฒนธรรม ประเพณี และความเชื่อ ให้อยอมรับ และจริงหรือไม่ที่มนุษย์อ้างว่าวัฒนธรรม ประเพณี และความเชื่อเป็นเครื่องมือในการปฏิเสธความรักของเพื่อนมนุษย์ด้วยกันเอง

3.1.1.1 แนวคิดในเชิงวัฒนธรรม และประเพณี

มนุษย์ทั้งชายและหญิงทุกคนที่เกิดมา ย่อมรู้ดีว่าตนมีหน้าที่ในการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของตน เฉกเช่นสิ่งมีชีวิตชนิดอื่นๆ แต่มนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีรูปแบบของการดำเนินวิถีชีวิตที่มีระเบียบแบบแผนมากกว่าสิ่งมีชีวิตชนิดอื่นๆ บนโลก เพราะมนุษย์รู้จักการเลียนแบบวิธีการดำเนินชีวิตที่เป็นไปตามสิ่งที่บรรพบุรุษของพวกเขาได้ถือปฏิบัติมา และมนุษย์รู้จักสืบทอดวิธีการและพัฒนาวิถีชีวิตให้เป็นที่ไปตามแนวทางที่สังคมส่วนใหญ่เข้าใจและยอมรับ สิ่งเหล่านั้นถูกเรียกว่า วัฒนธรรม ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว วัฒนธรรมก็คือจารีตประเพณีที่มีการสืบทอดกันมาอย่างยาวนานอันเป็นที่ยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและดีงามของชนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งในสังคมที่จารีตประเพณีเหล่านั้นถือกำเนิดขึ้น และมีการพัฒนาเป็นลำดับเพื่อให้เกิดความสมบูรณ์แบบมากยิ่งขึ้น ประกอบกับการที่ต้องอาศัยลูกหลานในยุคต่อๆ มาสืบทอดกระบวนการในการประกอบพิธีกรรมต่างๆ ตามความเชื่อของบรรพบุรุษของตนมาเป็นทอดๆ ซึ่งสิ่งเหล่านี้จึงถูกนำมาเรียกว่า ประเพณีนิยม เช่นเดียวกับประเทศต่างๆ บนโลกใบนี้ที่ต่างก็มีประเพณีเป็นของตนเอง ซึ่งสิ่งเหล่านั้นแสดงให้เห็นถึงความมีวัฒนธรรมที่มีมาอย่างยาวนาน ซึ่งแต่ละชนชาตินั้นก็ได้ยึดถือมาจากความเชื่อและความศรัทธาของคนในชาติ ที่ให้การยอมรับว่าประเพณีต่างๆ เหล่านั้นเป็นสิ่งที่ดีงาม และประพฤติปฏิบัติสืบต่อกันมาชั่วลูกชั่วหลาน ดังนั้นวัฒนธรรมและประเพณี จึงเปรียบได้กับจินตนาการร่วมกันของมนุษย์ในสังคม ที่สืบทอดกันมา

จากรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่ง และสิ่งเหล่านั้นจะต้องเป็นความเข้าใจว่าเป็นสิ่งที่ดีงามและยอมรับร่วมกันของมนุษย์ในสังคมนั้นๆ ด้วย

ดังเช่นประเพณีที่ถือว่ามีความเกี่ยวข้องกับการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษยชาติ อย่างเช่นประเพณีแต่งงาน หรือ พิธีมงคลสมรส หรือบางที่เรียกว่า พิธีวิวาห์ก็ยอมได้ ซึ่งพิธีดังกล่าวมานี้ถือเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่มีมาอย่างยาวนานตามความเชื่อของมนุษย์ และเป็นประเพณีที่มีความเป็นสากล ที่ไม่ว่าจะเป็นเชื้อชาติใดหรือชนกลุ่มใดในโลกใบนี้ก็ต้องมีประเพณีแต่งงานเป็นของชาติพันธุ์ของตนทั้งนั้น เพราะประเพณีนี้เป็นประเพณีที่แสดงถึงจุดเริ่มต้นของการสร้างชีวิตครอบครัวของมนุษย์ ที่ต้องอยู่ร่วมกันเป็นสังคมขนาดใหญ่ โดยประเพณีแต่งงานที่ได้กล่าวมานี้ถือว่าเป็นประเพณีที่มีพื้นฐานมาจากวัฒนธรรมของมนุษย์ที่สืบทอดกันมาอย่างยาวนานหลายชั่วอายุคน โดยเฉพาะเป็นรูปแบบประเพณีที่มีพื้นฐานมาจากความรักของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระหญิง โดยที่บุคคลทั้งสองฝ่ายได้ตกลงปลงใจในการร่วมเรียงเคียงหมอน หรือ การยินยอมเป็นสามีภริยากันโดยชัดแจ้งผ่านประเพณีแต่งงานนี้ โดยพิธีกรรมนี้ไม่ว่าในจะเป็นของชนชาติใด มักจะต้องมีการเชิญแขก ที่เป็นทั้งญาติสนิทมิตรสหาย มาร่วมในงานพิธีนี้ด้วย อันมีสาระสำคัญเพื่อที่จะประกาศให้สาธารณชนได้รับรู้ถึงความเป็นสามีภริยากันของชายและหญิงคู่นี้ และเพื่อจะให้เห็นเป็นพยานว่าบุคคลทั้งสองได้เป็นสามีภริยากันถูกต้องตามประเพณีและวัฒนธรรมของชนชาติกันนั้นๆ

คำว่า งานแต่งงาน ในภาษาไทยนั้นใช้พูดกันหมายความถึงการที่คู่รักชายหญิง ประกอบพิธีกรรมตามวัฒนธรรมของท้องถิ่นของตน โดยในแต่ละภาคก็จะมีเรียกขานพิธีกรรมเหล่านี้แตกต่างกันออกไป อาทิ ทางภาคเหนือเรียกว่า กินแขก ทางภาคอีสานเรียกว่า กินดอง ภาคกลางตอนบนเรียกว่า กินสามถ้วย กลางตอนล่างเรียกว่า แต่งงาน และทางภาคใต้เรียกว่า กินงาน หรือ กินเนี้ยว โดยจะสังเกตว่าในภาคกลางตอนล่างเหตุใดจึงไม่ใช่คำว่า กิน ขึ้นต้นของคำเหมือนอย่างที่ใช้กันอยู่ในภาคอื่นๆ ข้อสงสัยนี้ก็ไม่สามารถชี้ชัดถึงที่มาและความหมายของคำได้ และที่น่าสังเกตอีกประการคือ คำว่า แต่งงาน มีที่มาอย่างไร ในส่วนนี้ก็ไม่สามารถทราบได้ แต่พอที่จะอนุมานจากรูปแบบของการผสมคำได้ว่า แต่ง แปลว่า จัดให้งาม ทำให้ดี งาน ก็คือ การที่ต้องทำร่วมกัน แต่งงาน ก็คือ การที่ต้องทำเพื่อจัดให้งามหรือ ทำให้ดี แปลความออกมาในลักษณะเช่นนี้อาจจะถูกหรืออาจจะผิดก็เป็นได้ เพราะเมื่อแปลแล้วยังไม่ได้ความหมายที่ชัดเจนว่าเป็นพิธีกรรมที่ทำให้หญิงและชายเป็นสามีภริยากัน หรืออาจหมายความถึงการตบแต่งให้เป็นเนื้อเป็นตัวของงานบ่าวสาวก็อาจเป็นได้ หรือข้อสันนิษฐานที่ว่าในภาษาจีนมีคำว่า ตั้นหงั้น หรือ ตั่งหงั้น ซึ่งเป็นคำที่ใช้เรียกพิธีแต่งงานของชาวจีน โดยเสียงของคำนั้นมีความคล้ายคลึงกันมาก สิ่งนี้อาจเป็นอีกข้อสันนิษฐานหนึ่งที่น่าจะเป็นไปได้ แต่ก็ไม่มีหลักฐานอื่นมาประกอบยืนยันให้ชัดขึ้น ทางภาคใต้เรียก การแต่งงานอีกอย่างหนึ่งว่า งานเมีย และเรียกพิธีแต่งงานว่า ไหว้เมีย แต่เหตุผลว่าเพราะเหตุใดจึงเรียกเช่นนี้ก็ไม่มีหลักฐานปรากฏชัดแจ้งเช่นกัน

ในอดีตนั้นคนไทยเรียกพิธีแต่งงานว่า วิวาหมงคล หรือ อวาวหมงคล แล้วแต่กรณี ต่อมาเปลี่ยนมาใช้คำว่า งานมงคลสมรส และพัฒนามาสู่คำที่ใช้กันในปัจจุบัน โดยมีที่มาจากคำว่า พิธีอภิเชษฐสมรส ซึ่งใช้เรียกสำหรับงานแต่งงานเจ้านาย ที่จะประกอบพิธี อภิเชษฐ คือ การหลั่งน้ำเพื่อสถาปนาให้เป็นภริยาเจ้า ส่วนงานแต่งงานของพระมหากษัตริย์จะใช้คำว่า พระราชพิธีบรมราชาภิเชษฐสมรส

โดยในอดีตนั้น เจ้านายเชื้อพระวงศ์จะทรงหาหม่อมห้ามได้ตามความพึงพอใจแต่จะไม่มีพิธีแต่งงานหรือสถาปนาใดๆ เกิดขึ้น แต่ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 ได้มีการจัดพิธีแต่งงานให้เจ้านายขึ้นเป็นครั้งแรก โดยเรียกว่า พิธีอภิเชษฐสมรส แล้วสืบเป็นราชประเพณีนี้จนมาถึงในสมัยรัชกาลที่ 6 จึงทรงบัญญัติคำว่า สมรส ขึ้นเพื่อให้สามัญชนได้ใช้ แต่ทรงตัดคำว่า อภิเชษฐ ออกเสีย เพราะเป็นคำราชาศัพท์ที่ใช้เฉพาะงานแต่งงานของเจ้านายชั้นสูงเท่านั้น และให้ใส่คำว่า มงคล เข้าไปเพื่อเพิ่มความหมายที่ดีงามให้เกิดขึ้น ดังนั้นจึงกลายเป็นที่มาของคำว่า งานมงคลสมรส ที่ใช้กันมาจวบจนปัจจุบัน ส่วนคำว่า วิวาหมงคล หรือ อวาวหมงคล ก็ไม่ปรากฏให้เห็นและไม่นิยมใช้ ต่อมาจึงได้เลิกใช้ไปในที่สุด

ส่วนคำเรียกงานพิธีแต่งงานตามภูมิภาคต่างๆ ของไทยนั้นก็แตกต่างกันออกไปตามที่ได้กล่าวมาแล้ว โดยเฉพาะความหมายของ งานแต่งงานที่ ทางภาคเหนือและภาคอีสานใช้ว่า เอาผ้าเอาเมีย พิธีแต่งงานทางไทยใหญ่ใช้ว่า มังกะเหล่าเอากัน มังกะเหล่า คือ มังกลา หรือ มงคลเอากัน คือ เอากัน ซึ่งเป็นคำซึ่งถือว่าไม่สุภาพสำหรับภาคกลาง แต่เป็นคำที่ให้ความหมายที่ตรงตัวอย่างชัดเจน รวมถึงคนไทยในท้องถิ่นต่างๆ ก็ได้ใช้คำว่า เอากัน ซึ่งหมายถึงความเป็นัวเมียกัน ถ้าจะพูดว่ามีเรือนแล้ว เขาจะใช้คำว่า เอาผ้าหรือเอาเมียแล้ว ซึ่งมีเฉพาะภาคกลางตอนล่างเท่านั้น ที่นิยมใช้คำว่าแต่งงาน และทำให้คำว่า แต่งงาน กลายเป็นคำกลางที่ให้ความหมายถึงการประกอบพิธีมงคลสมรสของคนไทยมาจนถึงทุกวันนี้

ชาวกำพูชาเรียกงานแต่งงานว่า เรียบการ์ แปลว่า จัดการ หรือ จัดงาน (บ่าวสาว) ไม่ทราบได้แน่ว่าจะแปลคำนี้ไปจากคำว่าแต่งงานหรือคำว่าแต่งงานจะแปลมากจากคำว่า เรียบการ์ ทางมอญเรียกแต่งงานว่า เพรงโกน แปลว่า แต่งลูก นั้นเอง คำว่า วิวาห และ อวาว ซึ่งก็ใช้กันเป็นคำที่มีความหมายเป็นทางการนั้น โดยการจัดพิธีแต่งงานนั้น เมื่อเจ้าสาวไปอยู่บ้านเจ้าบ่าว ก็จะใช้คำว่า วิวาหมงคล ถ้าตรงกันข้าม คือเจ้าบ่าวไปอยู่บ้านเจ้าสาว ก็เรียกว่า อวาวหมงคล คำทั้งสองนี้ไม่ใช่คำในภาษาไทยมาแต่เดิม แต่เป็นคำมาจากภาษาบาลีและภาษาสันสกฤต ชาวอินเดียเรียกแต่งงานว่า วิวาห ส่วนคำ อวาว เขาหมายถึงพิธีส่งตัวเจ้าสาว หรือการต้อนรับเจ้าสาวในขณะที่ไปสูบ้านเจ้าบ่าว ภายหลังเมื่อได้พิธีวิวาห์แล้ว ประเพณีแต่งงานของไทยในปัจจุบันไม่ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า เมื่อประกอบพิธีแต่งงานแล้ว เจ้าสาวจะต้องไปอยู่บ้านฝ่ายเจ้าบ่าว หรือเจ้าบ่าวจะต้องไปอยู่บ้านฝ่ายเจ้าสาว โดยในเรื่องนี้ขึ้นอยู่กับวัฒนธรรมและประเพณีของคนในท้องถิ่นนั้นๆ

ส่วนในวัฒนธรรมของคนไทยนั้น พิธีแต่งงานที่จะต้องมีการเชิญแขกมากมายในงาน ดังนั้นจึงมีคำที่ใช้เรียกแตกต่างกันออกไปตามแต่ละท้องถิ่น อาทิ ทางภาคเหนือเรียกว่า กินแขก ทางภาคอีสานเรียกว่า กินดอง ภาคกลางตอนบนเรียกว่า กินสามถ้วย กลางตอนล่างเรียกว่า แต่งงาน และทางภาคใต้เรียกว่า กินงาน หรือ กินเนี้ยว เหตุที่เรียกเช่นนี้ก็เพราะพิธีแต่งงานนั้นเป็น งานที่ต้องมีการเชิญแขกมาร่วมในงานมากมายเพื่อจะารู้เห็นเป็นพยานรักว่า คู่บ่าวสาวทั้งสองได้เป็นสามีภริยากันอย่างถูกต้องตามประเพณี ดังเช่นมีข้อความตอนหนึ่งในบทสູ່ขวัญบ่าวสาวในวันประกอบพิธีแต่งงานของภาคอีสานว่า “เพื่อประกาศความเป็นผู้เมีย ให้เจ้าโคตรตายารู้เห็นกันทั้งสองฝ่ายก่อน จะได้เป็นสักขีพยานรู้เห็นว่าทั้งสองได้เป็นสามีภริยากันตามประเพณี”²⁸⁵

พิธีแต่งงานตามวัฒนธรรมของไทยนั้นจะเริ่มต้นจาก การมีเฒ่าแก่มาทาบทามสู่ขอ เพื่อเป็นการแจ้งให้ผู้ใหญ่ฝ่ายหญิงได้รู้และยินยอมในการยกบุตรสาวของตนให้แก่ฝ่ายชาย ต่อมาในงาน ก็เริ่มต้นจากพิธีหมั้นที่จะมีการจัดเตรียมขันหมากหมั้น โดยจะใช้คำว่า ขันหมากและทองหมั้น โดยส่วนใหญ่แล้วคนไทยจะนิยมหมั้นตอนเช้าแล้วมีพิธีแต่งงานตอนสาย กินเลี้ยงฉลองมงคลสมรสในตอนเย็น และส่งตัวเจ้าสาวในตอนกลางคืน ก็เป็นอันเสร็จพิธี โดยรูปแบบของพิธีนั้นโดยส่วนใหญ่แล้วคนไทยจะให้ความสำคัญกับการถือฤกษ์และวันเดือนที่จะจัดงาน เพราะสิ่งเหล่านี้ถือเป็นความเชื่อที่มีมาแต่โบราณของคนไทย เพราะอาจมีผลต่อชีวิตความเป็นอยู่ของคู่บ่าวสาวที่จะประกอบพิธีแต่งงานก็ได้ สิ่งที่มีความสำคัญอีกประการคือเมื่อแต่งงานแล้ว ชายและหญิงอาจต้องแยกออกจากบ้านและครอบครัวของตนเอง อันเป็นการแสดงสัญลักษณ์ของการสร้างครอบครัวใหม่ของบุคคลทั้งสอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งคนไทยจะสร้างบ้านเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยภายหลังจากที่ได้แต่งงาน โดยเรียกว่า การปลูกเรือนหอ ทั้งนี้ก็เพราะตามประเพณีไทยแต่เดิมมา การแต่งงานต้องมีการปลูกเรือนหอ เพื่อจะได้ประกอบพิธีแต่งงาน และประกอบพิธีขึ้นเรือนใหม่ควบคู่กันไป เมื่อเสร็จแล้วก็จะใช้เป็นเรือนที่อยู่ของคู่บ่าวสาวต่อไป ส่วนลักษณะของพิธีแต่งงานนั้น ในแต่ละท้องถิ่นอาจมีการประกอบพิธีกรรมที่แตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับลักษณะทางวัฒนธรรมของสังคมนั้นๆ เช่น ภาคกลางจะมีพิธีรดน้ำสังข์เพื่อประสาทรให้แก่คู่บ่าวสาว ภาคอีสาน ก็จะมีการผูกข้อมือเพื่อเป็นการรับขวัญและประสาทรให้แก่คู่บ่าวสาว เป็นต้น

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นทำให้พบว่า ประเพณีแต่งงานนั้น มีพื้นฐานมาจาก วัฒนธรรมและประเพณีดั้งเดิมของท้องถิ่นนั้นๆ ที่มีลักษณะทางกายภาพของพิธีกรรมที่แสดงให้เห็นถึงความเป็นวัฒนธรรมของความเป็นมนุษย์ในรูปแบบของการเชื่อมความสัมพันธ์ในความรักของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงเข้าด้วยกัน โดยผ่านการประกอบ

²⁸⁵ เสฐียรโกเศศ, แต่งงาน (กรุงเทพฯ: สมาคมสังคมนิยมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2531), หน้า

พิธีกรรมตามความศรัทธาและวัฒนธรรมของคนในท้องถิ่นนั้นๆ เพื่อเป็นรากฐานของการสร้างครอบครัวที่เกิดจากความผูกพันกันในฐานะเครือญาติที่ได้เกิดขึ้นตามมา และเป็นสักขีพยานในการประกาศให้สาธารณชนได้รับรู้ถึงภาระหน้าที่ของคู่บ่าวสาวในพิธีแต่งงานว่าบุคคลทั้งสองมีฐานะเป็นสามีภริยากันโดยสมบูรณ์ในทางพฤตินัย เพราะฉะนั้นจึงส่งผลทำให้รูปแบบของประเพณีแต่งงานนี้เป็นประเพณีที่เกิดขึ้นมาจากการขัดเกลาของสังคมจนได้รับการยอมรับว่าเป็นประเพณีที่ดีงามและสมควรที่จะได้รับการสืบทอดมาชั่วลูกชั่วหลานสืบไป ในกรณีของคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันที่มีความประสงค์จะประกอบพิธีแต่งงานตามวัฒนธรรมในท้องถิ่นของตนก็อาจจะเป็นไปได้ยากที่จะกระทำได้ตามรูปแบบของประเพณีที่ได้กล่าวมานี้ เนื่องจากการยากที่จะเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขลักษณะทางกายภาพของเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญของประเพณีแต่งงานนี้ แต่อย่างไรก็ตามการประกอบพิธีแต่งงานให้แก่คู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันก็มีทางที่จะเกิดขึ้นได้ หากในอนาคตสังคมหรือกลุ่มคนส่วนใหญ่ที่อยู่ในสังคมนั้นๆ ได้ให้การยอมรับในรูปแบบของความรักที่แตกต่างกันออกไปจากความรักที่คนส่วนใหญ่ได้เข้าใจกันมาโดยตลอดว่ามีเพียงรูปแบบเดียวคือรักต่างเพศ การประกอบพิธีแต่งงานให้กับคู่รักที่มีเพศเดียวกันก็สามารถเกิดขึ้นได้และเป็นรูปธรรม เพราะหากพิจารณาให้ดีแล้วจะพบว่าแท้จริงแล้ววัตถุประสงค์ของการประกอบพิธีแต่งงานตามรูปแบบของวัฒนธรรมและประเพณีนี้ ก็เพียงต้องการประการให้สาธารณชนให้ได้รับรู้และเป็นพยานรักถึงสถานะทางพฤตินัยของความเป็นคู่รักของคนสองคนเท่านั้น โดยไม่มีเรื่องเงื่อนไขของคำว่า เพศสรีระมาเกี่ยวข้องใดๆ เลยกับความสมบูรณ์ของพิธีกรรมเลย เพศสรีระชายและเพศสรีระหญิงของบุคคลที่เป็นเงื่อนไขที่จะสามารถประกอบพิธีกรรมแต่งงานได้นั้น เป็นเพียงสิ่งที่มนุษย์ได้สมมุติขึ้นมาเองเท่านั้น ไม่มีส่วนที่จะทำให้พิธีกรรมเกิดความสมบูรณ์ขึ้นมาแต่อย่างใด เพราะความสมบูรณ์ของประเพณีแต่งงานนี้อยู่ที่การยอมรับของคนส่วนใหญ่ในสังคมนั้นๆ ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า การที่คู่รักที่มีเพศเดียวกันจะสามารถประกอบพิธีแต่งงานกันตามประเพณีของท้องถิ่นนั้นๆ ได้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่า กลุ่มคนส่วนใหญ่ในสังคมนั้นๆ ให้การยอมรับหรือไม่

3.1.1.2 แนวคิดในความเชื่อของศาสนาคริสต์

ในพระคริสตธรรมคัมภีร์อันศักดิ์สิทธิ์เป็นสิ่งที่อยู่เหนือจิตใจของชาวคริสต์มาเป็นเวลาอันยาวนาน ความเชื่อในพระคัมภีร์เล่มนี้ถือว่าการสมรสกับเพศเดียวกันนั้นไม่ใช่เรื่องส่วนตัวที่ใครเป็นคนทำใครคนนั้นก็รับผิดชอบเท่านั้น แต่ถ้าเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในสังคมใด สังคมนั้นต้องรับผิดชอบร่วมกัน²⁸⁶ ในตำนานการสร้างโลก หรือเยเนซิศ²⁸⁷ การประพฤตินในการมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลเพศ

²⁸⁶ บาทหลวงวิชา หิรัญญการ, กฎหมายศาสนาจักรโรมันคาทอลิก (นครปฐม: วิทยาลัยแสงธรรม, 2551), หน้า 30.

²⁸⁷ Genesis XIX 4-11 ของ The Old Testament

เดียวกันเป็นเหตุที่ทำให้พระเจ้าลงโทษมนุษย์อย่างรุนแรงถึงขนาด ทรงให้ไฟบรรลัยกัลป์ เผาบ้านเผาเมือง ให้อวดวาย ดังจะเห็นได้จากในพระคัมภีร์ ซึ่งได้กล่าวถึงการที่พระเจ้าทรงบันดาลให้ไฟบรรลัยกัลป์เผาผลาญแผ่นดิน ประชากรในเมืองและบรรดาสรรพสิ่งต่างๆ ในเมืองให้หมดสิ้น อย่างพินาศย่อยยับทั้งหมด เมืองนี้คือ เมืองโซโดม (Sodom) และอโมรา (Gomarrah)²⁸⁸ เหตุเพราะชาวเมืองมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันและประพฤติตัวในทางเพศวิถึแบบวิปริตผิดมนุษย์ ตามตำนานเล่าว่าพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของได้ส่งทูตสวรรค์โดยแปลงตัวมาพำนักอยู่กับชายคนหนึ่งชื่อ Lot พอชาวเมืองทราบว่ามีแขกมาพำนักที่บ้านของ Lot ชาวเมืองก็บอกให้ Lot นำชายทั้งสองมาเพื่อพวกตนจะได้ร่วมประเวณีกับชายทั้งสอง²⁸⁹ จากเหตุการณ์ดังกล่าวนี้ทำให้องค์พระเจ้าทรงพิโรธเป็นอย่างยิ่งจึงทรงบันดาลให้ไฟบรรลัยกัลป์เผาผลาญแผ่นดิน ประชากรในเมืองและบรรดาสรรพสิ่งต่างๆ ในเมืองให้หมดสิ้น อย่างพินาศย่อยยับทั้งหมด ภายหลังเมืองโซโดมได้ถูกทำลายลงเพราะไฟบรรลัยกัลป์ตามพระประสงค์ของพระเจ้า เพราะความประพฤติที่นอกกริตของคนในเมืองนี้ จึงเกิดคำว่า “Sodomy”²⁹⁰ ที่ให้ความหมายถึง “anal intercourse” หมายถึง การร่วมเพศกันทางทวารหนัก การกระทำดังกล่าวมาข้างต้นนี้เป็นการกระทำที่ไม่พอพระทัยของพระเจ้า

บทบัญญัติในพระคริสตธรรมคัมภีร์ เลวีติ บทที่ 18 ข้อที่ 22 ความว่า “เจ้าอย่าสมสู่กับผู้ชายใช้ต่างผู้หญิงเป็นสิ่งพึงรังเกียจ” และในบทที่ 20 ยังได้กำหนดโทษผู้หนึ่งถึงแก่ชีวิตดังนี้ “ชายใดสมสู่กับผู้ชายเช่นเดียวกับการกระทำอย่างผู้หญิง ทั้งสองได้กระทำในสิ่งพึงรังเกียจเขาทั้งสองจะถูกประหารและนำเลือดของเขาไปราดบนร่างนั้น”²⁹¹

ในกลางศตวรรษที่ 4 จักรพรรดิคอนสแตนตินได้ยอมรับคริสต์ศาสนาเป็นศาสนาของรัฐ และเป็นผู้สนับสนุนการเผยแพร่ศาสนาเองด้วย การยอมรับศาสนาคริสต์เป็นศาสนาประจำจักรวรรดินี้เป็นการสืบทอดความคิดที่ถือว่าพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นเรื่องเสื่อมเสียและถือว่าเป็น

²⁸⁸ สำราญ วงศ์เสงี่ยม, **พิธีกรรมเบื้องต้น** (นครปฐม: วิทยาลัยแสงธรรม, 2529), หน้า 61.

²⁸⁹ “Bring them out to us that we may know them” คำว่า “Know” หมายความว่า การร่วมประเวณี; ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์, **สิทธิและเสรีภาพของรักร่วมเพศชายตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ:วิเคราะห์จากปัญหาของสังคมไทย** (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 38.

²⁹⁰ แปลว่า คำที่แสดงความหมายถึงกลุ่มคนที่มีเพศวิถึแบบรักเพศเดียวกัน ซึ่งในทางศาสนาคริสต์จะใช้เรียกกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมที่แสดงออกด้านความรักที่มีความแตกต่าง; วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, “การพิสูจน์เพศ (Sex & Identification),” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 4, 2 (กันยายน 2515): 126-144.

²⁹¹ **พระคริสตธรรมคัมภีร์, เรื่องเดิม**, หน้า 178.

ความผิดอาญาร้ายแรงผู้ประพฤติดังกล่าวโทษด้วยการเผาไฟทั้งเป็น ต่อมาพระเจ้าวาเลนติเนียนทรงประกาศเกี่ยวกับพฤติกรรมรักเพศเดียวกันว่า “เราจะไม่ยอมให้กรุงโรมอันศักดิ์สิทธิ์ที่เป็นแม่บทแห่งคุณธรรมความดีของมนุษย์ทั้งมวล ต้องถูกทำลายด้วยบาปแห่งพฤติกรรมรักเพศเดียวกันอีกสืบไป”²⁹² และในพระคัมภีร์ไบเบิล ในพันธสัญญาใหม่ ได้มีบางช่วงบางตอนที่อาจารย์เปาโล อัครสาวกของพระเยซูคริสต์ เขียนจดหมายถึงคริสตศาสนิกชนในกรุงโรม ท่านเห็นว่า การร่วมเพศกับคนเพศเดียวกันเป็นการละตัวให้ถูกต้องตามธรรมชาติมีใจกำเริบด้วยราคะตัณหาอันฝ่าร้อนแก่กันและกัน ผู้ชายกับผู้ชายด้วยกันกระทำการชั่วน่าละอาย บุคคลนั้นจึงต้องรับผลกระทบอันสมควรแก่ความผิดบาปของตน²⁹³

ในปรัชญากรีกหรือพวกคริสเตียนโรมันคาทอลิกได้กำหนดสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของบุคคลโดยให้สอดคล้องกับธรรมชาติสิ่งใดที่ขัดธรรมชาติถือว่าไม่มีความเป็นธรรม ซึ่งกรีกเรียกว่า “Dike” ต่อมาภายหลังเรียกว่า “The Concept of Unfairness” หรือ “Injustice” หรือบางกรณีที่จะถือว่าผิดศีลธรรม ปรัชญาคริสตศาสนานั้นถือว่าการร่วมเพศระหว่างคนเพศเดียวกันเป็นการขัดธรรมชาติ ซึ่งเป็นการผิดศีลธรรมขั้นร้ายแรง เพราะฉะนั้นคนที่มีอวัยวะเพศชายแต่ชอบให้ผู้อื่นร่วมเพศทางช่องขั้วถ่ายหนัก จะมาอ้างสภาพทางจิตใจ ว่าตนเป็นหญิงย่อมไม่ได้เลย²⁹⁴ ในสมัยกรีกโบราณ อริสโตเติล ขณะสอนวิชา Metaphysics²⁹⁵ อธิบายว่า คนที่มีอวัยวะเพศชาย สองคนร่วมเพศกันยอมเป็นการผิดศีลธรรมและมีโทษทางอาญา จะเห็นได้ว่า อริสโตเติล พิจารณาโทษโดยดูที่อวัยวะเพศเป็นสำคัญ ถ้าคนที่มีอวัยวะเพศชายสองคนมาร่วมเพศกันทางทวารหนักยอมถือว่าเป็นโทษทางอาญาโดยไม่วิเคราะห์ถึงสภาพจิตใจ หรือ Psychology ของคนทั้งสองคนเลย และคนทั้งสองคนจะมา

²⁹² พิชัย รัตนประทีป, “เลสเบียนในสมัยคลาสสิก,” ใน เลสเบียน-กามวิถีดารของสตรี (กรุงเทพฯ: โอเดียนสโตร์, 2518), หน้า 47 อ้างถึงใน ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 37.

²⁹³ พระคริสต์ธรรมคัมภีร์, *เรื่องเดิม*, หน้า 489.

²⁹⁴ รองพล เจริญพันธ์, “ปัญหากฎหมายครอบครัวและกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศในประเทศที่ใช้คอมมอนลอว์,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 10, 3 (กันยายน 2525): 414.

²⁹⁵ วิชาที่ว่าด้วยการคิดด้วยเหตุผลหรือการแก้ปัญหาโดยใช้ความคิดที่เลื่อนลอย คำนี้เป็นคำที่ตรงกันข้ามกับคำว่า “Positivism” แปลว่า สิ่งที่เป็นพื้นฐานสัมผัสได้ด้วยประสาททั้ง 5; ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 37.

อ้างว่าคนหนึ่งมีจิตใจที่เป็นหญิงไม่ได้²⁹⁶ ในศตวรรษที่ 12 ทฤษฎีของอริสโตเติล ได้ถูกนำมาประยุกต์กับวิชาเทววิทยา ของคริสต์ศาสนา โดยนักบวชรูปหนึ่งชื่อ St.Thomas Aquinas และทฤษฎีของเขานี้ปรากฏในหนังสือชื่อว่า “Theologia” ในหนังสือเล่มนี้อธิบายว่า “ธรรมชาติของสิ่งใด คือสาระสำคัญของสิ่งนั้น ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในตัวของมันเอง”²⁹⁷ เพราะฉะนั้นถ้าจะดูธรรมชาติของคนเรา ต้องดูที่วัตถุประสงค์ อย่างอวัยวะเพศชายนั้นมีไว้เพื่อวัตถุประสงค์ในการสืบพันธุ์ด้วยการร่วมเพศกับหญิง ดังนั้นการไปร่วมเพศกับบุคคลเพศเดียวกันจึงถือว่าขัดต่อธรรมชาติ

ดังนั้น จากที่กล่าวมาข้างต้นจะพบว่า ศาสนาคริสต์มีความเชื่อว่าพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นบาป และยิ่งพบอีกว่า การกระทำใดๆ ที่ตรงข้ามกับสิ่งที่ธรรมชาติสั่ง การกระทำเหล่านั้นก็จะเป็นการขัดต่อพระประสงค์ของพระเจ้า เพราะตามหลักคำสอนของศาสนาคริสต์ ภารกิจที่ “ประจักษ์ชัด” ของการสมรสตามแนวคิดของศาสนา และวัตถุประสงค์ของการสมรสในความหมายของศาสนา คือ ให้กำเนิดบุตรเพื่อสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ ดังนั้น จึงถือว่าพฤติกรรมแบบรักเพศเดียวกัน เป็นสิ่งที่ขัดกับระเบียบของธรรมชาติ และไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการสมรสในความหมายของศาสนาได้

ตามปรัชญาของศาสนานั้นถือว่าคนเป็นหญิงหรือชายให้ดูตอนถือกำเนิด ต่อจากนั้นธรรมชาติจะไม่เปลี่ยนและที่จริงก็เปลี่ยนแปลงมิได้ จิตใจของคนนั้นจะเปลี่ยนไปอย่างไรก็ตาม แต่ธรรมชาติจะไม่เปลี่ยนและในความเป็นจริงก็ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้อย่างเด็ดขาด ผลของการประพาศผิดธรรมชาตินี้ในยุโรปถือว่าเป็นโทษร้ายแรงถึงตาย โดยมีแนวคิดว่าตามหลักดังกล่าวว่าไม่มี ความแตกต่างระหว่างมาตรฐานศีลธรรมทางสังคมกับกฎหมายอาญา มาตรฐานศีลธรรมทางสังคมจึงควรปรากฏอยู่ในกฎหมายอาญาที่มีที่มาส่วนใหญ่มาจากคัมภีร์ไบเบิล กฎหมายอาญาจึงควรแสดงให้เห็นถึงมาตรฐานของพระประสงค์ของพระเจ้า เช่นเดียวกับที่ปรากฏเป็นข้อบัญญัติอยู่ในคัมภีร์ไบเบิล ซึ่งกล่าวประณามพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน²⁹⁸ ในสมัยของพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 1 ของอังกฤษ

²⁹⁶ Lisa M. Diamond, “Female Bisexuality from Adolescence to Adulthood: Result from a 10-year Longitudinal Study,” *Developmental Psychology* 44, 1 (2008): 5-14.

²⁹⁷ *Genders and Sexualities in Modern Thailand*, Peter A. Jackson and Nerrida Cook, eds. (Chiang Mai: Silkworm Book, 1999), p. 34.

²⁹⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ตำนานรักร่วมเพศของไทย,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 13, 2 (มิถุนายน 2526): 86.

นักกฎหมายผู้หนึ่งในสมัยนั้นเขียนบรรยายไว้ในหนังสือชื่อ “Fleta” ว่า Sodomists²⁹⁹ ในยุโรปถูกฝังทั้งเป็น ในอังกฤษนั้นแต่เดิมศาลทางศาสนา³⁰⁰ มีอำนาจลงโทษ Sodomists ถึงตาย แต่ศาลคอมมอนลอว์ก็ไม่ลงโทษคนเหล่านั้น ครั้นถึงปี ค.ศ.1533 ในสมัยของพระเจ้าเฮนรี่ที่ 8 ได้มีการตราพระราชบัญญัติกำหนดให้มีการลงโทษประหารชีวิตแก่บุคคลที่กระทำผิดธรรมชาติดังกล่าว แต่กฎหมายนี้ถูกยกเลิกไปเมื่อปี ค.ศ.1861 โดยกฎหมายที่มีชื่อว่า The Offence Against the Person Act, 1861 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ.1885³⁰¹ และในสมัยของพระราชินีนาถอลิซาเบธที่ 1 มีบันทึกไว้ว่ามี Sodomists ไม่ต่ำกว่า 72,000 คนถูกประหารชีวิตตามกฎหมายนี้ รวมทั้งมี Sodomists ชื่อดังหลายคน เช่น Oscar Wilde ซึ่งกระทำความผิดฐานนี้กับลูกชายของ Marquis of Queensberry เจ้าของกติกามวยสากล ก็ถูกลงโทษตามกฎหมายนี้ ต่อมาโทษประหารตามกฎหมายนี้ได้ถูกยกเลิกเมื่อปี ค.ศ.1885 แต่ยังคงถือว่าพฤติกรรมกรรมมีเพศสัมพันธ์กับคนเพศเดียวกันเป็นความผิดอยู่³⁰²

เหตุผลของการห้ามมิให้บุคคลประพฤติผิดธรรมชาติเช่นนี้ มี 2 ประการ คือ³⁰³

1. เป็นการทำลายจิตใจของคนในสังคมและเป็นการผิดศีลธรรมอย่างร้ายแรง
2. เป็นการคุ้มครองบุคคลจากการกระทำผิดธรรมชาติและผิดบาปของตนเอง

ในปรัชญาของคริสต์ศาสนาเรียกว่า “Paternalism” หรือ “บิดาธรรม” ปรัชญาทางคริสต์ศาสนาเห็นว่า ผู้เยาว์ผู้ที่ขาดประสบการณ์หรือคนไร้สติปัญญาอ่อนสนุกสนานและงมงายไปกับความสุขที่ผิดธรรมชาติ³⁰⁴ ในวิชานิติปรัชญานั้นเชื่อว่า “ความสุข” ที่เกิดจากปฏิกริยากามกิจที่วิปริตถือเป็นความเจ็บป่วยอย่างหนึ่ง และมีนักจิตวิทยาจำนวนมากอ้างว่า คนที่เป็น Homosexual นี้ป่วยเป็นโรคจิตบางอย่างและอ้างว่าไม่มีประโยชน์ที่จะไปป้องกันคนป่วยไม่ให้ป่วยได้³⁰⁵

²⁹⁹ คำที่ใช้เรียกกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน; ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 40.

³⁰⁰ Ecclesiastical Court; ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 40.

³⁰¹ พิชัย รัตนประทีป, *เรื่องเดิม*, หน้า 48 อ้างถึงใน ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 40.

³⁰² กิตติศักดิ์ ปรกติ, “การอภิปรายเรื่องเกย์ vs กฎหมาย,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 13, 2 (2526): 105.

³⁰³ บาทหลวงเพิ่มศักดิ์ เสรีรักษ์, *การแต่งงานแบบคาทอลิก* (นครปฐม: วิทยาลัยแสงธรรม, 2551), หน้า 56.

³⁰⁴ บาทหลวงไพบย มนिरาช, *เรื่องเดิม*, หน้า 54.

³⁰⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “การอภิปรายเรื่องเกย์ vs กฎหมาย,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, หน้า 106.

ประกอบกับมีการแสดงความคิดเห็นของฝ่ายศาสนจักรด้วยเหตุผลอื่นๆ ที่ถือว่า พฤติกรรมของชายและหญิงที่มีการแสดงออกซึ่งการรักเพศเดียวกันนั้น เป็นสิ่งที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่สังคมส่วนร่วม ไม่ว่าจะเป็นอุบัติการณ์ของพฤติกรรมรักเพศเดียวกันจะเพิ่มมากขึ้น เอดส์ และโรคติดต่ออื่นๆ ที่ติดต่อทางเพศสัมพันธ์จะเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว พฤติกรรมรักเพศเดียวกันจะเป็นแบบอย่างให้เยาวชนเลียนแบบ เป็นต้น

จากแนวคิดของศาสนาคริสต์ที่มีต่อกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ไม่ได้มีอิทธิพลของความเชื่อแต่เฉพาะประเทศในแถบตะวันตกเท่านั้น แต่ยังมีอิทธิพลของความเชื่อของศาสนาคริสต์ต่อประเทศไทยด้วย ดังนี้ ในสมัยของรัชกาลที่ 5 มีการประกาศใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 (พ.ศ.2441) กำหนดโทษผู้ข่มขืนกระทำชำเราหญิงอันมิใช่ภรรยาตน และผู้กระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ นับได้ว่าพระราชกำหนดฉบับนี้ได้นำเอาแนวคิดความรับผิดฐาน Sodomy ของประเทศที่นับถือศาสนาคริสต์มาบัญญัติเป็นกฎหมายว่าด้วยการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์เป็นครั้งแรก ในครั้งนั้นผู้กระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ต้องถูกลงโทษจำคุกสูงสุดถึงสิบปี แต่ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ร.ศ.127 ความผิดฐานนี้ได้รับการลดหย่อนให้มีโทษต่ำลงเหลือเพียงโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสามปีเท่านั้น อนึ่ง ตามประมวลกฎหมายอาญา ร.ศ.127 ความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาถูกเรียกเสียใหม่ว่า “ความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์” ดังที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ร.ศ.127 มาตรา 242 ความว่า “ผู้ใดกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ด้วยการชำเรากี่ดี หญิงก็ดีหรือทำชำเราด้วยสัตว์เดรัจฉานก็ดี ท่านว่ามีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยโสดหนึ่ง” ความผิดฐานนี้เป็นแนวคิดแบบใหม่ของวัฒนธรรมไทย ทำให้นักกฎหมายในสมัยนั้นต้องพยายามอธิบายถึงหลักการและเหตุผลอันเป็นมูลเหตุของความผิดฐานนี้ว่าเหตุที่ผู้กระทำต้องรับผิดก็เพราะการกระทำผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดธรรมชาติ และถ่วงความเจริญของบ้านเมือง³⁰⁶ แต่หลังจากที่ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา เมื่อปี พ.ศ.2499 การกระทำดังกล่าวก็ไม่มีการบัญญัติไว้ว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอีกต่อไป โดยให้เหตุผลว่า ที่ไม่ได้บัญญัติให้มีโทษแล้วเนื่องจากไม่มีคดีเกิดขึ้นในลักษณะเช่นนี้ และไม่ควรรนำมาบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เพราะความผิดในลักษณะเช่นนี้เป็นที่นำอภัยยาวนาน

³⁰⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ตำนานรักร่วมเพศของไทย,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย

อารยประเทศ คล้ายกับว่าประเทศไทยมีการกระทำเช่นนี้มาก จึงต้องบัญญัติกฎหมายห้ามไว้³⁰⁷ ดังนั้นการกระทำเช่นนี้จึงไม่มีความผิดอีกต่อไป

ส่วนประเด็นในการพิจารณาที่มีความสำคัญที่สุดในทางนิติศาสตร์ ว่าการมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน สมควรจะบัญญัติให้เป็นความผิดในทางอาญาหรือไม่นั้น อยู่ที่ปัญหาเกี่ยวกับมาตรฐานของศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคมนั้นประกอบกับทัศนคติในด้านความเชื่อว่าเป็นอย่างไร และยอมรับการกระทำเช่นนั้นได้หรือไม่ โดยเหตุที่ค่านิยมในประเด็นมีความแตกต่างกัน ดังนั้นในขณะที่บางชาติถือว่าการมีพฤติกรรมที่เรียกว่า “Sodomy” ต้องมีโทษถึงตาย แต่ประเทศไทยลงโทษไม่เกินสิบปี และประเทศไทยได้ยกเลิกความผิดฐานนี้เมื่อปี พ.ศ.2499 หรือ ค.ศ.1956³⁰⁸

จากการศึกษาค้นคว้าในทางศาสนาและความเชื่อของชาติตะวันตก จะพบว่าแนวคิดที่ว่า การกระทำชำเราผิดธรรมตามนุษย์เป็นความผิดร้ายแรงมีกฎหมายห้าม และมีบทลงโทษนี้ มีเฉพาะการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายกับชายเท่านั้น โดยไม่ถือว่าการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างหญิงกับหญิงเป็นความผิด³⁰⁹ โดยต่อมาได้วิเคราะห์ถึงเหตุผลดังกล่าวได้ว่า สาเหตุประการแรกคือ ในอดีตประเทศต่างๆ ต้องเผชิญกับการสู้รบแย่งชิงดินแดนระหว่างกัน การจะสร้างความเกรียงไกรในกองทัพเพื่อป้องกันประเทศจากข้าศึกหรือสร้างอำนาจข่มขู่ของชาติที่จะเป็นประเทศเจ้าอาณานิคม สิ่งนี้กล่าวมานี้ ต้องอาศัยการทำสงคราม การต่อสู้แย่งชิงโดยใช้กำลัง และต้องอาศัยพลกำลังและความสามารถจากบรรดาชายฉกรรจ์ จำนวนไม่น้อยในการสร้างอาณาจักรที่ยิ่งใหญ่ ดังนั้นหากประชากรชายจำนวนหนึ่งกลับเป็นผู้ที่มีรสนิยมนักใคร่ในความเป็นชายด้วยกันเอง หรือคู่อ่อนแอ ไม่เข้มแข็ง สิ่งเหล่านี้อาจทำให้รัฐต้องขาดกำลังพลที่จะสร้างความมั่นคงและความเกรียงไกรให้กับอาณาจักรที่ยิ่งใหญ่ได้ จึงเป็นไปได้ที่รัฐต้องสร้างกุศโลบายขึ้น โดยอ้างว่าการมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันนั้นเป็นบาปและเป็นข้อห้ามที่ปรากฏในพระคัมภีร์ไบเบิล โดยกำหนดโทษอย่างสูงด้วยการประหารชีวิต สาเหตุประการที่สอง ในยุคนั้นชาวตะวันตกเชื่อว่าเพศชายถือเป็นเพศที่สำคัญกว่าเพศหญิง ดังจะเห็นได้จากในพระคริสตธรรมคัมภีร์ บทปฐมกาล ที่กล่าวว่า พระเจ้าทรงสร้างโลก และทรงสร้างมนุษย์ขึ้นมาบนโลก โดยทรงสร้างมนุษย์เพศชายให้มีลักษณะตามพระฉายาของพระองค์ขึ้นมา ก่อน จากนั้นพระองค์จึงสร้างมนุษย์เพศหญิงตามมา โดยทรงสร้างมนุษย์เพศหญิงขึ้นจากกระดูกเชิง

³⁰⁷ แสงวณ บุญเฉลิมวิภาส, “ผู้ป่วยจิตเวช: ความเข้าใจที่ต่างกันระหว่างนักกฎหมายกับจิตแพทย์,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 17, 2 (ธันวาคม 2530): 177-178.

³⁰⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ตำนานรักร่วมเพศของไทย,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 86.

³⁰⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 87.

กรานของมนุษย์เพศชาย³¹⁰ ดังนั้น จึงมีความเชื่อว่ามนุษย์เพศชายเป็นเพศที่มีสรีระคล้ายกับพระเจ้า และสำคัญกว่าเพศหญิง และเหตุผลดังกล่าวนี้จึงเกิดความเชื่อว่าผู้ชายไม่ควรนำสรีระร่างกายของตนที่เป็นดังตัวแทนของพระฉายาของพระเจ้า ไปทำสิ่งที่มีหมองและน่ารังเกียจในสายพระเนตรของพระเจ้า ดังนั้นจึงเป็นเหตุผลที่รัฐออกกฎหมายห้ามมนุษย์ผู้ชายมีความสัมพันธ์ทางเพศกันเอง

3.1.1.3 แนวคิดในความเชื่อของศาสนาอิสลาม

ส่วนแนวคิดของศาสนาอิสลามนั้น การรักเพศเดียวกันถือเป็นสิ่งต้องห้ามอย่างเคร่งครัด และในบางประเทศการกระทำดังกล่าวถือเป็นความผิดร้ายแรง มีโทษถึงประหารชีวิต แนวความคิดนี้มีขึ้นตั้งแต่ในสมัยอดีต และได้มีการยกเลิกในหลายๆ ประเทศ แต่ในบางประเทศยังคงมีการลงโทษเช่นนี้อยู่ เพราะศาสนาอิสลามเชื่อว่าการรักเพศเดียวกัน และการสมสู่กับมนุษย์ที่มีเพศเดียวกันเป็นการกระทำที่ขัดต่อพระบัญชาของพระเจ้า ที่พระองค์ทรงต้องการให้มนุษย์สมสู่กันเพื่อผลแห่งการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ เพราะแนวคำสอนของศาสนาอิสลาม ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า “พระเจ้าทรงบังเกิดมนุษย์มาโดยมี 2 เพศ คือ เพศชายและเพศหญิง แต่ละเพศจะมีคุณลักษณะพิเศษอย่างชัดเจน เป้าหมายที่พระเจ้าทรงบังเกิดเพศชายและเพศหญิงขึ้นมานี้ ก็เพื่อให้แต่ละเพศมีหน้าที่ต้องปฏิบัติและจะต้องมีความรับผิดชอบ อาทิ ผู้ชายมีหน้าที่ปกป้อง ดูแล รับผิดชอบผู้หญิงในฐานะหัวหน้าครอบครัวหรือผู้ปกครอง ส่วนผู้หญิงมีหน้าที่ดูแลบ้าน ดูแลลูกๆ เสริมสร้างบรรยากาศในบ้าน ให้มีความอบอุ่น และช่วยเหลือสามีตามความสามารถ และเป้าหมายอีกประการหนึ่งที่พระเจ้า ทรงบังเกิดให้มนุษย์มีทั้งเพศชายและเพศหญิงคือ เพื่อให้มนุษย์มีการสืบเชื้อสายและเผ่าพันธุ์ต่อไป ทั้งนี้ โดยการใช้การแต่งงานโดยถูกต้องตามหลักศาสนาบัญญัติเป็นพื้นฐาน”³¹¹

จากแนวคำสอนที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้เห็นว่าวัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของศาสนาอิสลามคือ การสืบเชื้อสายของเผ่าพันธุ์มนุษย์ ดังนั้นการที่มนุษย์เพศเดียวกันสมสู่กัน จะเป็นการกระทำที่ขัดพระบัญชาของพระเจ้า โดยแนวคิดของอิสลามเชื่อว่าการกระทำที่เป็นการขัดพระบัญชาของพระเจ้านั้น ถือเป็นการทำสงครามกับพระเจ้า และคนผู้นั้นก็ต้องถูกประหารชีวิตแล้วเสียประจាន หรือถูกตัดมือของพวกเขาแล้วถูกสลบข้าง หรือถูกเนรเทศออกจากแผ่นดิน

ชาวมุสลิมเชื่อว่าพระเจ้าทรงตรัสว่า “ดังนั้นผู้เจ้าจงผินหน้าของสู่เจ้าสู่ศาสนาโดยนอบน้อม อันเป็นธรรมชาติของอัลลฮฺที่พระองค์ทรงประทานให้มนุษย์ดำรงอยู่บนธรรมชาตินั้น ไม่มี

³¹⁰ บาทหลวงไผ่ยม มณีราช, *เรื่องเดิม*, หน้า 55.

³¹¹ เสาวนีย์ จิตต์หมวด, *วัฒนธรรมอิสลาม*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: ทางนำ, 2535), หน้า

การเปลี่ยนแปลงในการเกิดของอัลลฮ์ อย่างเด็ดขาดนั้นเป็นศาสนาที่เที่ยงตรง แต่ทว่ามนุษย์ส่วนมากไม่รู้ อัลลฮ์ทรงสถาปนาแข่งบรรดาผู้ชายที่ทำตัวคล้ายผู้หญิง และบรรดาผู้หญิงที่ทำตัวคล้ายผู้ชาย”³¹²

จากที่กล่าวมาข้างต้นนี้ เป็นแนวคำสอนของศาสนาอิสลามในเรื่องการเปลี่ยนเพศ สรีระโดยกำเนิดของตนด้วย โดยชาวมุสลิมเชื่อว่าพระเจ้าจะทรงสถาปนาแข่งกลุ่มคนเหล่านี้ตลอดไป โดยไม่ได้รับความเมตตาจากพระเจ้า รวมถึงผู้ใดตั้งใจว่าจะไม่แต่งงานหรือไม่มีชีวิตครอบครัวตลอดชีวิต ชาวมุสลิมเชื่อว่ากลุ่มคนที่มีความคิดเช่นนี้ ก็จะไม่อยู่ในฐานะของประชาชาติของท่านนบีมุฮัมมัด ดังที่ท่านนบีมุฮัมมัด กล่าวไว้ว่า “การนิกะฮ์ (การสมรส) เป็นแนวทางของฉัน ที่ใครไม่ปฏิบัติ แท้จริงพวกเขาจะไม่ใช่พวกของฉัน”³¹³ และยังมีหลักคำสอนที่กล่าวต่อไปอีกว่า “ผู้ใดที่ทำตัวเป็นคนจิตวิปริตหรือแกล้งทำเป็นจิตวิปริต ก็จงพยายามปรับปรุงเปลี่ยนแปลงสภาพจิตใจของเขาให้เป็นที่มิจิตใจปกติตามธรรมชาติ ที่อัลลฮ์ทรงประทานมาเถิด อย่าได้ทำตัวเป็นคนผิดธรรมชาติเลย เพราะนั่นเป็นสิ่งที่น่าละอาย แม้ว่าเขาจะไม่ละอายผู้อื่น ก็ให้ละอายต่อตนเองบ้าง”³¹⁴

จากแนวคิดจากคำสอนของศาสนาอิสลาม ที่ได้ถูกนำไปบัญญัติให้เป็นกฎหมายในรูปแบบของกฎหมายภายในของหลายๆ ประเทศ โดยเฉพาะประเทศที่ได้นับถือศาสนาอิสลาม ตั้งแต่ประเทศในแถบยุโรปตะวันออก เอเชียตะวันออกเฉียงกลาง จนถึงเพื่อนบ้านของเราอย่าง มาเลเซีย อินโดนีเซีย และบรูไน ทำให้เกิดเป็นกฎหมายอิสลาม ขึ้นมาอย่างแพร่หลาย และแนวคิดและหลักศาสนาถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่ใช้ในการปกครองรัฐ โดยเฉพาะรูปแบบของการสมรสของศาสนาอิสลาม ที่ให้ความสำคัญกับรูปแบบพิธีกรรมของศาสนาเป็นอย่างมาก โดยผู้ที่จะสมรสกันจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของศาสนาอย่างเคร่งครัด โดยพิธีกรรมทางศาสนาจะถูกแยกออกมาจากรูปแบบการจดทะเบียนสมรสของรัฐอย่างชัดเจน โดยเงื่อนไขของการสมรสทั้งสองรูปแบบนั้นมีความสอดคล้องกันอย่างเห็นได้ชัด ผู้วิจัยขออธิบายถึงเงื่อนไขของการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามดังนี้

เงื่อนไขประการแรก คือ อายุ ศาสนาอิสลามมิได้กำหนดเงื่อนไขขั้นต่ำเอาไว้ แต่ถึงอย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์เรื่องอายุนี้ก็ต้องดูตามลักษณะทางกายภาพของคู่สมรสด้วยว่ามีความพร้อมที่จะสืบพันธุ์ตามวิถีของธรรมชาติแล้วหรือไม่ เพราะสิ่งเหล่านี้อาจส่งผลถึงบุตรที่จะต้องเกิดมาในภายหลัง เงื่อนไขประการนี้มีทั้งสองรูปแบบของการสมรส ไม่ว่าจะเป็น การสมรสตามเงื่อนไขของศาสนาและเงื่อนไขของการสมรสของรัฐ

³¹² อารง สุทธาศาสน์, สถาบันครอบครัวอิสลามกับการมีภริยาสี่คน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: ทางนำ, 2541), หน้า 40.

³¹³ เสาวนีย์ จิตต์หมวด, *เรื่องเดิม*, หน้า 46.

³¹⁴ อารง สุทธาศาสน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 36.

เงื่อนไขประการที่ 2 ศาสนาของคู่สมรส คู่สมรสจะต้องนับถือศาสนาอิสลามทั้งสองคน ฝ่ายหญิงหรือฝ่ายชายจะสมรสกับคนที่มีนับถือศาสนาอิสลามมิได้ แต่ถึงอย่างไรก็ตามเงื่อนไขประการนี้ ถ้าฝ่ายหญิงหรือฝ่ายชายมิได้สมรสกับคนที่มีนับถือศาสนาอิสลาม การสมรสจะไม่สมบูรณ์ในรูปแบบพิธีกรรมของศาสนาอิสลาม แต่อาจสมบูรณ์ตามรูปแบบภายใต้เงื่อนไขของการจดทะเบียนสมรสของรัฐก็เป็นได้

เงื่อนไขประการที่ 3 คือ ความยินยอม ซึ่งแนวทางของการให้ความยินยอมของการสมรสนี้จะแบ่งออกมาเป็นสองลักษณะด้วยกันคือ ความยินยอมของตัวคู่สมรสเอง และ ความยินยอมของบิดามารดาของคู่สมรส โดยความยินยอมทั้งสองลักษณะนี้จะต้องให้ความยินยอมอย่างเปิดเผยตามหลักของศาสนาอิสลาม คือให้ความยินยอมในพิธีกรรมทางศาสนาอิสลาม และต่อหน้านายทะเบียนรัฐของการจดทะเบียนสมรส เงื่อนไขประการนี้มีทั้งสองรูปแบบของการสมรส ไม่ว่าจะเป็นเป็นการสมรสตามเงื่อนไขของศาสนาและเงื่อนไขของการสมรสของรัฐ

ส่วนเงื่อนไขประการที่ 4 และเงื่อนไขประการที่ 5 เป็นข้อห้ามของการสมรส กล่าวคือ เงื่อนไขประการที่ 4 ความสัมพันธ์ทางสายโลหิต โดยหลักศาสนาอิสลามมีข้อห้ามโดยชัดแจ้งในเรื่องนี้โดยมิให้บุคคลที่เป็นญาติสายโลหิตกันนั้นสมรสกัน อันเป็นไปตามพระบัญชาของพระเจ้าที่ต้องการให้บุตรที่เกิดมานั้นมีความสมบูรณ์ทั้งในความร่างกายและสติปัญญา อันเป็นไปตามพระประสงค์ของพระเจ้าผู้เป็นเจ้า ทำให้เงื่อนไขประการนี้ถูกบัญญัติไว้ในหลักกฎหมายอิสลามในการห้ามการสมรสกับญาติที่สืบสายโลหิตด้วย ทำให้เงื่อนไขประการนี้มีทั้งสองรูปแบบของการสมรส ไม่ว่าจะเป็นเป็นการสมรสตามเงื่อนไขของศาสนาและเงื่อนไขของการสมรสของรัฐ

ส่วนเงื่อนไขประการสุดท้ายคือ การสมรสกับคู่สมรสของบุคคลอื่น ในที่นี้หมายถึงในทางศาสนาอิสลามมีข้อบังคับของหลักศาสนาห้ามโดยชัดแจ้งในการสมรสกับคู่สมรสของบุคคลอื่น โดยสามารถแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้ กรณีของฝ่ายชาย หลักศาสนาอิสลามให้มีภรรยาได้ในขณะเดียวกัน 4 คน โดยภรรยาทั้ง 4 คนนี้จะต้องไม่เป็นคู่สมรสของบุคคลอื่น โดยฐานะของภรรยาทั้ง 4 จะต้องมีความเท่าเทียมกันไม่มีคนใดเป็นภรรยาหลวงหรือเป็นภรียน้อย โดยฝ่ายชายที่มีภริยามากกว่า 1 แต่ไม่เกิน 4 คนนี้จะต้องสามารถอุปการะเลี้ยงดูภริยาทุกคนได้เป็นอย่างดี และภริยาทั้ง 4 คนจะต้องไม่เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันด้วย ส่วนในกรณีของฝ่ายหญิงนั้น ผู้หญิงมุสลิมเมื่อสมรสแล้วจะมีสามีได้เพียงคนเดียวเท่านั้น การสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขประการนี้จะไม่สมบูรณ์ทั้งสองรูปแบบของการสมรสไม่ว่าจะเป็น การสมรสตามเงื่อนไขของศาสนาและเงื่อนไขของการสมรสของรัฐ

จากเงื่อนไขที่กล่าวมาข้างต้นนี้ กลับไม่มีเงื่อนไขในเรื่องเพศปรากฏอยู่ในเงื่อนไขของการสมรสเลย ทำให้ต้องกลับไปศึกษาถึงแนวคิดดั้งเดิมตามหลักคำสอนของศาสนาอิสลามอีกครั้งจนได้พบว่า แท้จริงแล้วเพศเป็นสิ่งที่ชาวมุสลิมมีความเชื่อว่าพระเจ้าเป็นผู้กำหนดให้ และพระองค์ทรงประทานมาให้แก่มนุษย์ทุกคนตามพระประสงค์ของพระองค์ โดยพระองค์ทรงทราบวามมนุษย์คนใด

คู่ควรแก่สถานะทางเพศในลักษณะใด ดังนั้นชาวมุสลิมจึงมีความเชื่อว่าเพศคือของประทานที่พระเจ้าทรงประทานมาให้แก่พวกเขาเหล่านั้นตามพระประสงค์ของพระองค์ มนุษย์ทุกคนจึงควรชื่นชมยินดีกับสิ่งที่พระเจ้าประทานให้นี้ ดังนั้น มนุษย์คนใดพยายามเปลี่ยนแปลงเพศที่พระเจ้าประทานมาให้ มนุษย์ผู้นั้นกำลังกระทำการขัดต่อพระประสงค์ของพระเจ้าอยู่นั่นเอง ซึ่งในหลักคำสอนของศาสนาอิสลามกล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่า “มนุษย์ผู้ใดกระทำการขัดต่อพระประสงค์ของพระเจ้า มนุษย์ผู้นั้นกำลังทำสงครามกับพระองค์อยู่นั่นเอง”³¹⁵

อย่างไรก็ตามในการศึกษาในประเด็นนี้ก็ยังมีข้อสงสัยต่อไปว่า ในเมื่อหลักคำสอนของศาสนาอิสลาม ห้ามมนุษย์เปลี่ยนแปลงเพศที่พระเจ้าประทานมาให้ แต่การที่มนุษย์เพศชายและเพศหญิง มีเพศวิถีรักเพศเดียวกันโดยที่มิได้เปลี่ยนแปลงเพศที่พระเจ้าประทานมาให้เลย เช่นมนุษย์ที่มีเพศสรีระแบบชายมีความรักกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระแบบชายด้วยกัน โดยที่เขทั้งสองมิได้เปลี่ยนแปลงเพศสรีระของตนแต่อย่างใด จึงไม่น่าจะเกี่ยวข้องกับแนวคิดนี้เลย และเหตุใดเขทั้งสองจึงมีอาจสมรสตามหลักของศาสนาอิสลามได้ แต่ถึงกระนั้นก็ตามก็ได้มีความพยายามที่จะศึกษาแนวคิดของศาสนาอิสลามจนได้ค้นพบคำตอบว่า แท้จริงแล้วชาวมุสลิมเชื่อว่าพระเจ้าทรงสร้างให้มนุษย์เกิดมาบนโลกใบนี้ เพศสรีระและเพศสภาพ พระองค์จะทรงกำหนดขึ้นตามพระประสงค์ของพระองค์ ว่าพระองค์ต้องการให้มนุษย์ผู้นี้เกิดมาเป็นเพศใด ส่วนประเด็นเรื่องเพศวิถีนั้น แนวคิดของศาสนาอิสลามเชื่อว่า การดำเนินเพศวิถีสิ่งนี้เป็นพระบัญชาของพระเจ้า ที่มนุษย์ที่เกิดมาในเพศสรีระชายและหญิงจะต้องทำตามพระบัญชาของพระองค์ นั่นก็คือการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์นั่นเอง และการการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์นั้นก็เกิดขึ้นได้เฉพาะเพศวิถีแบบชายรักหญิงเท่านั้น ดังจะเห็นได้จาก การที่ศาสนาอิสลามอนุญาตให้ชายมีภรรยาได้ถึง 4 คน หลักความเชื่อนี้ก็เพื่อที่จะทำให้เผ่าพันธุ์ของมนุษย์เจริญงอกงามในพระบวรแห่งศาสนาอิสลาม ดังนั้นแนวคิดของอิสลามเชื่อว่า การที่มนุษย์ที่มีเพศสรีระแบบชาย มีความรักกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระแบบชายด้วยกัน หรือ การที่มนุษย์ที่มีเพศสรีระแบบหญิง มีความรักกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระแบบหญิงด้วยกันนั้น ความรักในรูปแบบนี้ไม่สามารถสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ได้ ทำให้ไม่เป็นตามพระบัญชาของพระองค์ได้ และถ้ามนุษย์ผู้ใดมีเพศวิถีในรูปแบบนี้ ก็จะเป็นผู้ที่ขัดพระบัญชาของพระเจ้า ซึ่งก็ตรงกับหลักคำสอนของศาสนาอิสลามที่กล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่า “มนุษย์ผู้ใดกระทำการขัดต่อพระบัญชาของพระเจ้า มนุษย์ผู้นั้นกำลังทำสงครามกับพระองค์อยู่”³¹⁶

³¹⁵ ยูสุฟ กือรฎอวี, **หะลาลและหะลอมในอิสลาม**, แปลโดย บรรจง นันกาซัน (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์และทำปกเจริญผล, 2553), หน้า 54.

³¹⁶ อารง สุทธศาสตร์, **เรื่องเดิม**, หน้า 37.

ดังนั้น จากที่กล่าวมาข้างต้นขอสรุปในประเด็นเรื่องเพศของคู่สมรสที่ไม่ถูกกำหนดไว้ในเงื่อนไขของการสมรสของศาสนาอิสลามได้ว่า แท้จริงแล้วเรื่องเพศสรีระ และการดำเนินเพศวิถีเป็นหลักความเชื่อพื้นฐานที่ชาวมุสลิมรับรู้และเข้าใจกันมาโดยตลอด ว่ามนุษย์จะเกิดมาเป็นเพศชายหรือเพศหญิง เป็นพระประสงค์ของพระเจ้า ส่วนการดำเนินเพศวิถีเป็นพระบัญชาของพระเจ้า ที่พระองค์ต้องการให้สืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ จึงทำให้สิ่งเหล่านี้จึงไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ในเงื่อนไขของการสมรสแต่อย่างใด เพราะเป็นศรัทธาที่ยังลึกเข้าไปในเบื้องลึกของจิตใจชาวมุสลิมทุกคน

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหลักธรรมคำสอนของศาสนาอิสลามมีส่วนของการเกิดขึ้นของแนวทางในการปกครองประชาชนในรัฐที่นับถือศาสนาอิสลามนั้นๆ อันมีอาจแยกออกจากกันได้ หลักคำสอนของศาสนาอิสลามจึงเป็นแนวคิดและความเชื่อที่ยังลึกลงไปจิตใจอันนำมาซึ่งรูปแบบของการดำเนินชีวิตของชาวมุสลิม ที่มีศรัทธาอันแรงกล้าต่อพระศาสนา ดังจะเห็นได้จากหลักธรรมคำสอนที่แปรเปลี่ยนมาเป็นรูปแบบของกฎหมายที่นำมาเป็นหลักในการปกครองรัฐ รวมทั้งรูปแบบและเงื่อนไขของการสมรสที่กล่าวมาข้างต้น ที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจน ทำให้กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันมีอาจสมรสกันได้ตามแนวทางของศาสนาอิสลามที่มีผลไปสู่การเกิดขึ้นมาของกฎหมายครอบครัวอิสลามนั่นเอง

3.1.2 แนวคิดในเชิงมานุษยวิทยา

ตามแนวคิดในเชิงสังคมวิทยาประกอบการศึกษาด้านมานุษยวิทยา แต่เดิมมนุษย์มีความเข้าใจกันมาโดยตลอดเกี่ยวกับเรื่องเพศสภาพของมนุษย์ว่ามนุษย์เกิดมาจะมีเพศสภาพเป็นเพศชายหรือเพศหญิงเท่านั้น โดยในเรื่องนี้นักมานุษยวิทยาได้อธิบายต่อไปว่า เพศสภาพของมนุษย์ทุกคนบนโลกใบนี้นั้นมีเพียง 2 เพศ โดยได้แบ่งมนุษย์ออกเป็นมนุษย์ที่มีสรีระเพศหญิงหรือมนุษย์ที่มีสรีระเพศชายเท่านั้น โดยมองจากลักษณะทางกายภาพของมนุษย์จากภายนอก การเกิดเป็นเพศชายหรือเพศหญิงนั้น เป็นสิ่งที่มนุษย์ทุกคนไม่อาจเลือกได้ มนุษย์พยายามค้นหาคำตอบมาโดยตลอดว่า เมื่อมนุษย์เราไม่สามารถเลือกเพศของตนเองจากการเกิดได้ และถ้ามนุษย์คนใดไม่ปรารถนาในเพศที่ตนเองเกิดมา แล้วถ้ามนุษย์ผู้นั้นจะเปลี่ยนแปลงเพศของตนภายหลัง ตามความต้องการของตนจะกระทำได้หรือไม่ สิ่งที่เปลี่ยนแปลงนั้นจะเป็นสิ่งที่ถูกต้องและได้รับการยอมรับจากสังคมหรือไม่ แต่ในปัจจุบันก็ยังไม่พบคำตอบของคำถามนี้ แม้จะมีความพยายามในการค้นหาคำตอบนั้นเรื่อยมา จนทำให้นักมานุษยวิทยาพบคำถามใหม่เพิ่มขึ้นอีกว่า แล้วทำไมมนุษย์เพศชายจะต้องคู่กับมนุษย์เพศหญิงเท่านั้น และมีความจำเป็นแค่ไหนที่มนุษย์ต้องมีความรักและความสัมพันธ์ทางเพศกับเพศที่ตรงข้ามกับตนเท่านั้น การที่มนุษย์เพศชายอยากจะคู่กับมนุษย์เพศชายด้วยกัน หรือมนุษย์เพศหญิงอยากคู่กับมนุษย์เพศหญิงบ้าง สิ่งเหล่านี้ผิดหรือไม่ แล้วถ้าคำตอบคือ ผิด คำถามต่อมาคือ แล้วอะไรคือความถูกต้อง แล้วใครเป็นผู้กำหนดมาตรฐานของความถูกต้อง คำถามเหล่านี้คือคำถามในเชิงสังคมวิทยา

ประกอบกับการศึกษาทางมานุษยวิทยา โดยในปัจจุบันมนุษย์ก็ได้พยายามค้นหาคำตอบด้วยการค้นคว้า และทำการวิจัยตามทฤษฎีต่างๆ โดยได้มีการเสนอแนวคิดที่เกี่ยวกับการแสดงออกทางเพศของมนุษย์ได้ว่า

ในปัจจุบันได้มีการแบ่งพฤติกรรมทางเพศของมนุษย์จากการแสดงความรักในลักษณะที่แตกต่างกันออกไปได้หลายรูปแบบ ซึ่งแปลว่า การที่บุคคลหนึ่งมีความรู้สึกดึงดูดสนใจ ทั้งทางอารมณ์ ความรักใคร่ และในสัมพันธภาพที่มีลักษณะความใกล้ชิดกันทางเพศสัมพันธ์ ที่มีต่อบุคคลอีกบุคคลหนึ่ง ซึ่งอาจมีเพศที่แตกต่างกันหรือมีเพศเดียวกันก็อาจเกิดขึ้นได้ในสังคมยุคปัจจุบันได้แบ่งเพศวิถีของมนุษย์ออกเป็น 3 ประเภท³¹⁷ ด้วยกัน ดังนี้

1. รักต่างเพศ (Heterosexuality) ได้แก่ กลุ่มประชากรส่วนใหญ่ของสังคม นั่นก็คือ ชายรักหญิง หญิงรักชาย

2. รักสองเพศ (Bisexuality) ได้แก่ กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมทางเพศที่สามารถมีความรักและมีความสัมพันธ์ทางเพศได้กับทั้งผู้ชายและผู้หญิง นั่นก็คือ ชายที่รักชายก็ได้หรือรักหญิงก็ได้ หรือหญิงที่รักชายก็ได้หรือรักหญิงก็ได้เช่นกัน

3. รักเพศเดียวกัน (Homosexuality)³¹⁸ ได้แก่ กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมทางเพศที่สามารถมีความรักและมีความสัมพันธ์ทางเพศได้กับเพศเดียวกับตนเองเท่านั้น หรือ สังคมจะเรียกกลุ่มคนเหล่านี้ว่า “เกย์”³¹⁹ โดยแยกอธิบายได้ดังนี้³²⁰

³¹⁷ ไพศาล ลิขิตปรีชากุล, หลักการออกยาการตา ว่าด้วยการใช้สิทธิทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2551), หน้า 11.

³¹⁸ หมายถึง การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างคนสองคนที่เป็นเพศเดียวกัน คำนี้มีรากศัพท์มาจากคำว่า Homoios ซึ่งเป็นภาษากรีก แปลว่า เหมือนกัน เช่นเดียวกัน เป็นศัพท์ที่แพทย์ชาวอังกาซึ่งมีชื่อว่า เบงเกิร์ต บัญญัติใช้ ซึ่งมีความหมายตรงข้ามกับคำว่า Heterosexual อันมีรากศัพท์มาจากคำว่า Hetro หมายถึง ความแตกต่าง โดยให้ความหมายถึงความแตกต่างของผู้ชายและผู้หญิงที่มีความพอใจในเพศตรงข้ามกัน

³¹⁹ เป็นคำที่ให้ความหมายถึงกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน และเป็นคำที่นิยมใช้เรียกกลุ่มคนกลุ่มนี้กันมากในปัจจุบัน สำหรับประเทศไทยมีความเข้าใจที่สับสนว่าเกย์คือ บุคคลที่มีเป็นเพศชายและรักเพศชายด้วยกันเท่านั้น จริงๆ แล้วคำนี้มีความหมายครอบคลุมถึง บุคคลที่เป็นเพศหญิงและรักเพศหญิงด้วยกันด้วย และเมื่อต้องการเน้นถึงบุคคลรักเพศเดียวกันที่เป็นผู้หญิง Gay Woman และจะใช้คำว่า Gay Man เมื่อต้องการที่จะเน้นถึงบุคคลรักเพศเดียวกันชาย คำว่าเกย์ ประกอบไป

1) ชายรักชาย คือ มนุษย์ที่มีเพศสรีระแต่กำเนิดเป็นชายมีความรักกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระแต่กำเนิดเป็นชาย แยกเป็น

(1) ชายรักชายที่เป็นฝ่ายกระทำ (Gay King) คือ ผู้ที่แสดงบทบาทเป็นชายในความรักของชายกับชาย และหมายความรวมถึงผู้ชายที่มีพฤติกรรมในการแสดงออกซึ่งความรักกับผู้ชายที่มีเพศสรีระแต่กำเนิดเป็นชายแต่ได้ผ่าตัดแปลงเพศโดยวิธีการทางการแพทย์แผนปัจจุบันจนมีอวัยวะสืบพันธุ์คล้ายผู้หญิงด้วย

(2) ชายรักชายที่เป็นฝ่ายถูกระทำ (Gay Queen) คือ ผู้ที่แสดงบทบาทเป็นหญิงในความรักของชายกับชาย บางคนจะมีลักษณะพฤติกรรมเลียนแบบผู้หญิง นิยมแต่งตัวเลียนแบบเพศหญิง และดำเนินชีวิตในลักษณะที่เลียนแบบเพศหญิง และหมายความรวมถึงผู้ชายที่มีเพศสรีระแต่กำเนิดเป็นชายแต่ได้ผ่าตัดแปลงเพศโดยวิธีการทางการแพทย์แผนปัจจุบันจนมีอวัยวะสืบพันธุ์คล้ายผู้หญิงด้วย³²¹

(3) ชายรักชายที่เป็นได้ทั้งสองฝ่าย (Gay Both) คือ ผู้ที่แสดงบทบาทได้ทั้งหญิงและชายในความรักของชายกับชาย ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ว่าตนอยู่กับชายรักชายที่เป็นฝ่ายกระทำหรือถูกระทำ

2) หญิงรักหญิง คือ มนุษย์ที่มีเพศสรีระแต่กำเนิดเป็นหญิงมีความรักกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระแต่กำเนิดเป็นหญิง แยกเป็น

(1) หญิงรักหญิงที่เป็นฝ่ายกระทำ (Tom) คือ ผู้ที่แสดงบทบาทเป็นชายในความรักของหญิงกับหญิง บางคนจะมีลักษณะพฤติกรรมเลียนแบบผู้ชาย นิยมแต่งตัวเลียนแบบเพศชาย และดำเนินชีวิตในลักษณะที่เลียนแบบเพศชายและหมายความรวมถึงผู้หญิงที่มีเพศสรีระแต่กำเนิดเป็นเพศหญิงแต่ได้ผ่าตัดแปลงเพศโดยวิธีการทางการแพทย์แผนปัจจุบันจนมีอวัยวะสืบพันธุ์คล้ายผู้ชายด้วย

ด้วยคำอุปสรรคภาษากรีกและรากศัพท์ของภาษาลาติน ซึ่งหมายถึงบุคคลที่มีความพอใจในการมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลเพศเดียวกับตน ตรงกันข้ามกับคำว่า “Straight”

³²⁰ ประพนธ์ สโรชมาน, “รักร่วมเพศ,” *วารสารธรรมศาสตร์* 2, 65 (กันยายน 2524): 165.

³²¹ จากการศึกษาค้นพบว่า แม้บุคคลที่ได้ทำการผ่าตัดแปลงเพศเพื่อให้ตนมีเพศสรีระเป็นเพศหญิงโดยสมบูรณ์แล้ว แต่ก็ยังเป็นเพียงการเปลี่ยนแปลงเพศสภาพภายนอก หากได้เปลี่ยนแปลงลักษณะของเพศสภาพภายในโดยกำเนิดได้ จึงยังถือว่าบุคคลที่ทำการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ยังคงถือว่าเป็นชายตามเพศที่กำเนิดอยู่; วิจิตร บุญยะโหด, “โรคหลงเพศ,” *แพทย์สภาสาร* 2 (กรกฎาคม 2543): 530.; วัชรินทร์ สังสีแก้ว, *สถานะทางกฎหมายของผู้แปลงเพศ* (สารนิพนธ์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 76.

(2) หญิงรักหญิงที่เป็นฝ่ายถูกระทำ (Lady) คือ ผู้ที่แสดงบทบาทเป็นหญิงในความรักของหญิงกับหญิง

(3) หญิงรักหญิงที่เป็นได้ทั้งสองฝ่าย (Lesbian)³²² คือ ผู้ที่แสดงบทบาทได้ทั้งหญิงและชายในความรักของหญิงกับหญิง ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ว่าตนอยู่กับหญิงรักหญิงที่เป็นฝ่ายกระทำหรือถูกระทำ

สำหรับการศึกษาในเชิงสังคมวิทยาซึ่งในที่นี้เป็นการศึกษาในเชิงสังคมวิทยาประกอบการศึกษาด้านมานุษยวิทยาเกี่ยวกับวัฒนธรรมทางเพศของมนุษย์ด้วยกันนั้น นักมานุษยวิทยาพบว่า เพศสภาพตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นในนั้นถูกนำไปใช้ในการอธิบายและการจำแนกเพศของบุคคลในมุมมองที่ว่าเพศสภาพ คือ ลักษณะของเพศสรีระทางชีวภาพ โดยปัจจัยต่างๆ ที่ก่อให้เกิดแนวความคิดเช่นนี้คือ ปัจจัยในทางสังคม วัฒนธรรมที่หล่อหลอมให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งแสดงออกซึ่งเพศสภาพอันแท้จริงของตนเอง ส่วนในประเด็นเรื่องเพศวิถี จะถูกนำมาใช้ในความหมายเฉพาะที่หมายความว่าเรื่องภาวะทางเพศของบุคคล หรือ รสนิยมความชอบในเรื่องเพศของบุคคล มากกว่าจะเป็นไปในความหมายของการอธิบายถึงความมีเพศสภาพหญิงหรือชายของบุคคล³²³ ซึ่งในทางสังคมวิทยามีความเห็นที่แนวคิดเรื่องภาวะทางเพศของบุคคลอันจะนำมาซึ่งรสนิยมความชอบในเรื่องเพศของบุคคลนั้นเกิดขึ้นจากการปรุงแต่งภายในจิตใจและองค์ประกอบการปรุงแต่งจากการเรียนรู้ในทางสังคมและวัฒนธรรม ประกอบกับนักมานุษยวิทยายังพบว่าการแสดงออกซึ่งภาวะทางเพศของมนุษย์ที่ถือว่าเป็นความต้องการขั้นพื้นฐานขั้นแรกตามลำดับขั้นของความต้องการของมนุษย์ตามกฎของมาสโลว์ก็คือ การมีเพศสัมพันธ์นั่นเอง³²⁴

³²² Lesbian หรือ Sapphic ซึ่งมาจากชื่อเกาะในประเทศกรีซ คือ เกาะ Lesbos ที่ตั้งอยู่ในทะเลเอเจียน ในเกาะนี้มีสตรีที่มีชื่อเสียงชื่อ Sappho ที่เขียนบทกลอนสำหรับความรักของผู้หญิงชาวเมืองที่เป็นผู้หญิงส่วนใหญ่ที่ชื่นชอบในผลงานของ Sappho นั้นเป็นพวกผู้หญิงที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันประกอบกับเป็นชาวเกาะ Lesbos ใครๆ จึงเรียกผู้หญิงกลุ่มนี้ว่าพวก Lesbian หรือเรียกชื่อตามกวีคนนี้ และสื่อความหมายถึง หญิงที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันหรือผู้หญิงที่พอใจรักใคร่ผู้หญิงด้วยกัน จึงเป็นที่มาของคำว่า Lesbian และ Sapphic ที่เรียกบุคคลรักร่วมเพศหญิงในปัจจุบันนี้; มันทนา เขตมี, **วิถีชีวิตและชีวิตครอบครัวของหญิงรักหญิง** (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 39.

³²³ Vern L. Bullough and Bonnies Bullough, *op. cit.*, p. 232.

³²⁴ อับราฮัม มาสโลว์ เป็นนักจิตวิทยาที่มีความสนใจในการศึกษา เรื่องลำดับขั้นของการพัฒนาชีวิตมนุษย์ ซึ่งเป็นแนวคิดในทางจิตวิทยาการพัฒนากการ โดย มาสโลว์ได้นำเสนอและมีการนำมาใช้ในการศึกษาทางจิตวิทยาและสังคมวิทยา อันได้แก่ ทฤษฎีลำดับขั้นของความต้องการของ

ดังนั้น สังคมที่มนุษย์ดำรงอยู่ก่อให้เกิดพฤติกรรมทางเพศที่หลากหลายได้ ตามเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น นอกจากนี้การศึกษาในเชิงสังคมวิทยาเกี่ยวกับบรรณนิยมนด้านความชอบในเรื่องเพศของบุคคล ยังก่อให้เกิดแนวความคิดที่ว่า สังคมเป็นตัวกำหนดบทบาทของพฤติกรรมทางเพศของบุคคลไว้ โดยมีการจำกัดเพียงบทบาทของเพศชายและบทบาทของเพศหญิงเท่านั้น ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่ไม่สมเหตุสมผลเนื่องด้วยภาวะและพฤติกรรมความสนใจทางเพศของคนในสังคมนั้นมีความหลากหลาย การที่มีการจำกัดไว้เพียงสองเพศนั้น ส่งผลกระทบต่อการอธิบายบทบาทและพฤติกรรมทางเพศของบุคคลอื่นที่อาจจะไม่มีความชัดเจนในบทบาทที่เป็นชายหรือหญิงและทำให้บุคคลเหล่านั้นกลายเป็นพวกที่แปลก ไม่ตรงกับบรรทัดฐานที่สังคมได้กำหนดขึ้น ซึ่งแท้จริงแล้วการที่บุคคลเหล่านั้นจะมีการแสดงออกของพฤติกรรมทางเพศเช่นนั้นเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้เองตามธรรมชาติที่อาจจะต้องมีความหลากหลายมากกว่าที่มีอยู่

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าวิวัฒนาการของแนวคิดในทางสังคมวิทยาประกอบกับมานุษยวิทยาในเรื่องวัฒนธรรมทางเพศของบุคคลนั้นพบว่า พฤติกรรมทางเพศเป็นสิ่งที่ถูกสร้างโดยสังคมและสภาพแวดล้อมรอบตัวที่เกิดขึ้น ประกอบกับการเรียนรู้พฤติกรรมจากการเลียนแบบคนในสังคม สิ่งเหล่านี้จะเป็นกลไกในการหล่อหลอมและสร้างแนวทางปฏิบัติว่าสิ่งที่ได้แสดงออกมานั้นสังคมสามารถให้การยอมรับได้หรือไม่นั้นจะขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมของคนในสังคมของแต่ละยุคแต่ละสมัยนั่นเอง³²⁵ และเมื่อพิจารณาแนวคิดดังกล่าวกับกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมแบบรักเพศเดียวกัน ก็จะถือเป็นสิ่งที่มีขึ้นเองตามธรรมชาติเช่นเดียวกับมนุษย์ทุกคนมีความหลากหลายในทางชาติพันธุ์ สีผิว รวมถึงพฤติกรรมรักเพศเดียวกันนี้ก็เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเองกับบุคคลโดยที่บุคคลเหล่านั้นไม่สามารถเลือกกำหนดเองได้ เพราะถ้าพวกเขาเหล่านั้นสามารถเลือกเกิดเองได้ก็คงจะเกิดมาในเพศที่เขาต้องการ และแม้ว่าสิ่งที่เกิดขึ้นจะมีความบกพร่องหรือแตกต่างออกไปก็ไม่ถือเป็นเหตุผิดพลาดที่เกิดจากตัวบุคคล แต่การที่ถูกกำหนดว่าสิ่งนั้นเป็นความบกพร่องหรือเป็นสิ่งที่ไม่ดีนั้นขึ้นอยู่กับกรอบของสังคมและกฎเกณฑ์ที่คนในสังคมช่วยกันตั้งไว้ โดยให้เหตุผลว่าความแตกต่างความไม่ถูกต้องตามครรลองครองธรรมทางสังคมของบุคคลนั้นเป็นสิ่งที่ผิดและนำไปสู่เหตุผลของการที่ทำให้กลุ่มคนที่แตกต่างในสังคมถูกเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะในโลกแห่งความเป็นจริง กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในสังคมยุคปัจจุบันได้ถูกมองจากสังคมนับว่าเป็นสิ่งที่แปลกประหลาดและไม่เป็นธรรมชาติอยู่เช่น

มนุษย์มีด้วยกัน 5 อันดับ; พรรณทิพย์ ศิริวรรณบุศย์, **ทฤษฎีจิตวิทยาพัฒนาการ**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 148-149.

³²⁵ Diane Richardson, "Sexuality and Feminism," In **Introducing Women's Studies: Feminism Theory and Practice**, Victoria Robinson and Diane Richardson, eds. (New York, NY.: New York University Press, 1997), p. 78.

เคย แม้สถานการณ์ปัจจุบันจะมีการต่อสู้และรณรงค์สร้างความเข้าใจให้แก่ผู้คนในสังคมให้มีความรู้และความเข้าใจกับตัวตนของกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันแล้วก็ตาม แต่กลับไม่ได้รับการตอบรับเท่าที่ควรที่จะเกิดขึ้น

แม้ว่าแนวคิดในทางสังคมวิทยาประกอบกับการศึกษาร่วมกับแนวคิดในทางมานุษยวิทยาที่ได้กล่าวมาทั้งหมดจะช่วยให้คำตอบเรื่องสภาวะทางเพศของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในสังคมว่าไม่ใช่สิ่งที่แปลกประหลาดแล้วก็ตาม ประกอบกับความเชื่อแบบผิดๆ ที่ว่าสภาวะทางเพศของบุคคลเป็นสิ่งที่มีการเปลี่ยนแปลงไม่ได้ เพียงเพราะมนุษย์ถูกเลือกให้เป็นเพศชายและเพศหญิงตั้งแต่เกิดแล้ว และจะกำหนดไว้เพียงบทบาทหน้าที่ของเพศที่มีแค่ชายหรือหญิงเท่านั้น ความเชื่อเหล่านี้เป็นความเชื่อแบบผิดๆ เพราะในความเป็นจริงแล้ว สภาวะทางเพศของบุคคลโดยปกติมีความหลากหลายมากกว่านั้น เช่น ชายอาจมีเพศทางชีววิทยาที่เป็นชายและอาจจะมีสภาวะทางเพศที่เป็นชายรักชายได้เพราะถือเป็นที่นิยมด้านความรักในเรื่องเพศที่เกิดขึ้นไม่ถือเป็นการผิดปกติ เพราะในความคิดแบบเดิมๆ สังคมมองเรื่องดังกล่าวว่าเป็นความผิดปกติเนื่องจากสังคมได้กำหนดหรือสร้างข้อจำกัดเหล่านี้ขึ้นและให้การยอมรับต่อมาจนกลายเป็นบรรทัดฐานแบบผิดๆ ของสังคม โดยแนวคิดที่สนับสนุนและมีความคิดเห็นเช่นเดียวกับเรื่องนี้คือ ทฤษฎีที่มีชื่อว่า Queer Theory³²⁶ ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ได้ทำการศึกษาในขอบเขตของเรื่องเพศสภาพของบุคคล แนวคิดดังกล่าวเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1990 โดยแนวคิดดังกล่าวเป็นการศึกษาเพื่ออธิบายในเรื่อง สภาวะทางเพศของบุคคล ผู้ริเริ่มแนวคิดดังกล่าวคือ Michel Foucault³²⁷ ซึ่งในการศึกษาเรื่องดังกล่าวเป็นการศึกษาในเชิงการอธิบายเรื่องความเป็นปกติตามธรรมชาติที่มองว่าการที่บุคคลมีสภาวะทางเพศที่ปกติหรือไม่เกิดจากการจำแนกโดยสังคมที่จำกัดและนำมาสู่การสร้างรูปแบบเฉพาะว่ารูปแบบทางเพศของบุคคลนั้นต้องเป็นอย่างไร แต่แท้จริงแล้วนั้นการที่จะกำหนดรูปแบบทางเพศของบุคคลหรือว่าการที่บุคคลนั้นจะมีพัฒนาการในการแสดงออกทางเพศของตนเองนั้นเกิดขึ้นจากปัจจัยหลายประการที่จะทำให้บุคคลแสดงภาวะหรืออัตลักษณ์ทางเพศของตนเองออกมา

ถึงอย่างไรก็ตามจากการที่ได้ศึกษาวิวัฒนาการของแนวคิดที่ได้กล่าวมาข้างต้น ยังได้ค้นพบอีกว่า แนวคิดเหล่านี้เป็นแนวคิดในทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยายุคใหม่ ยากที่จะสร้างความ

³²⁶ ทฤษฎีควีเรียร์, ค้นวันที่ 7 พฤษภาคม 2553 จาก [http://en.wikipedia.org/wiki/](http://en.wikipedia.org/wiki/Queer_theory)

Queer_theory

³²⁷ Michel Foucault เป็นนักวิชาการที่มีความสนใจในเรื่องของการกำหนดเพศของบุคคล เนื่องจากค้นพบว่าตนเองเป็นผู้มีรสนิยมความชอบในเรื่องเพศแบบรักเพศเดียวกันและได้ใช้เวลาในการศึกษาเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวและเขียนหนังสือไว้หลายเล่มด้วยกัน เช่น The History of Sexuality เป็นต้น

เข้าใจและการยอมรับโดยทั่วไปของคนในสังคม และอาจจะต้องใช้ระยะเวลาพอสมควรในการเปลี่ยนแปลงความเชื่อและทัศนคติของมนุษย์ เพราะจะเห็นได้ว่าตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันก็ยังคงไม่ได้รับการยอมรับเท่าที่ควรจากสังคม ดังจะเห็นได้จากหลายประเทศในโลกการมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย มีบทลงโทษ และอีกหลายประเทศยังคงให้การปฏิเสธที่จะออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน โดยประเทศต่างๆ เหล่านี้มีพัฒนาการของแนวคิดมาจากความเชื่อในทางศาสนาเป็นเหตุผลสำคัญในการไม่ยอมรับทางสังคมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ในลำดับต่อไปจะขออธิบายโดยละเอียดถึงแนวคิดของการไม่ยอมรับทางสังคมโดยอ้างแนวคิดในทางปรัชญา ศาสนาและความเชื่อ โดยจะศึกษาประกอบแนวคิดที่นำไปสู่แนวทางในการยอมรับในสังคมยุคปัจจุบัน

3.1.3 แนวคิดในเชิงวิทยาศาสตร์การแพทย์

แนวคิดของมนุษย์ในปัจจุบันมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันออกไปเกี่ยวกับการอธิบายถึงลักษณะเพศสภาพ ความคิดเห็นเหล่านั้นสามารถแบ่งออกมาได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ๆ ด้วยกัน³²⁸ ดังนี้

กลุ่มแรกเป็นแนวความคิดที่เชื่อในระบบสองเพศหรือทรรณะแบบทวิเพศ โดยมีฐานความเชื่อว่ามีมนุษย์ตามธรรมชาติมีอยู่เพียงสองเพศเพียงแค่ว่าชายและหญิง ทั้งสองเพศมีคุณลักษณะบางอย่างที่แตกต่างกันและเป็นสิ่งที่ธรรมชาติได้กำหนดขึ้น การจำแนกเพศของมนุษย์ในลักษณะเช่นนี้เป็นความเข้าใจถึงสภาวะของมนุษย์โดยธรรมชาติ ที่ถูกยอมรับกันโดยทั่วไป จนในที่สุดก็กลายเป็นความเข้าใจและยอมรับในความรู้สึกของคนส่วนใหญ่ แนวคิดนี้ใช้เพศสรีระแต่กำเนิดเป็นตัวกำหนดเพศ ในปัจจุบันนักวิทยาศาสตร์ในทางชีววิทยายังได้ค้นพบว่า ในความเป็นจริงแล้วเพศสภาพของมนุษย์ที่มีเพียง 2 เพศตามลักษณะทางกายภาพนั้น แต่เพศเป็นเพียงสิ่งที่มนุษย์ได้ติดตัวมาพร้อมกับการเกิด เพื่อให้สภาพร่างกายมนุษย์มีความสมบูรณ์เท่านั้น³²⁹ แต่ไม่ได้เป็นตัวกำหนดความสัมพันธ์ของภาวะจิตใจ หรือความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์เลย จึงอาจกล่าวได้ว่า การที่เกิดมาเป็นเพศชายหรือเพศหญิงนั้น เป็นสิ่งที่มนุษย์ทุกคนไม่อาจเลือกได้ แต่ถึงอย่างไรก็ตามเพศก็เป็นเพียงส่วนประกอบที่ทำให้ความเป็นมนุษย์สมบูรณ์ทางร่างกายเท่านั้น ไม่ได้เป็นตัวกำหนดถึงสภาพจิตใจ และความรู้สึกของมนุษย์เลย³³⁰

³²⁸ นฤพนธ์ ต้วงวิเศษ, *เรื่องเดิม*, หน้า 1.

³²⁹ ราชนันทิตยสถาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 32.

³³⁰ สุพัตร พูลเกษ และสุด แสงวิเชียร, “จิตวิทยาการแปลงเพศ,” *วารสารสมาคมจิตแพทย์*

อย่างไรก็ตาม การจำแนกเพศในลักษณะเช่นนี้มีไว้เพื่อเพียงความเข้าใจในทางสังคมแต่เพียงด้านเดียว หากอยู่ภายใต้คำอธิบายของศาสตร์หรือความรู้ในหลายวิชา ทั้งทางการแพทย์ จิตวิทยา และรวมถึงคำอธิบายของหลักคำสอนของคริสต์ศาสนาที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการสร้างความเข้าใจแบบทวิเพศ³³¹

โดยแนวความคิดในลักษณะเช่นนี้มีผลต่อการจำแนกเพศของบุคคลออกเป็นชายและหญิงอย่างเคร่งครัด ทำให้สิทธิและหน้าที่ต่างๆ ก็มีผลสืบเนื่องมาจากความเป็นชายและความเป็นหญิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งรูปแบบของการจดทะเบียนสมรส ก็นำเรื่องเพศมาเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการพิจารณาสถานะของบุคคลในทางกฎหมาย ส่งผลให้ความสัมพันธ์ในรูปแบบอื่นๆ ที่ไม่ใช่ระหว่างบุคคลที่มีเพศสรีระที่ต่างกัน จะไม่ได้รับการคุ้มครองและไม่ยอมรับว่าเป็นรูปแบบของการมีความสัมพันธ์ที่ถูกต้อง รวมทั้งเป็นการกระทำที่มีขอบข่ายบทบัญญัติของกฎหมายในบางช่วงเวลาหรือในบางสังคม

ส่วนแนวคิดของกลุ่มที่ 2 เชื่อว่ามนุษย์บนโลกใบนี้มีมากกว่าสองเพศ โดยเป็นแนวคิดในลักษณะที่แสดงถึงความหลากหลายทางเพศหรือเป็นพรรณณะแบบพหุเพศ³³² แนวคิดนี้ใช้พฤติกรรมการแสดงออกทางเพศของมนุษย์เป็นตัวกำหนดเพศ โดยมีลักษณะที่เป็นการจำแนกเพศของบุคคลที่สามารถเลื่อนไหลและไม่ถูกยึดให้ติดกับเพศกำเนิดอย่างเคร่งครัด บุคคลที่มีเพศกำเนิดในแบบหนึ่งอาจเลื่อนไหลไปอีกเพศหนึ่งก็ได้ รวมทั้งเพศของบุคคลอาจไม่จำเป็นต้องถูกลดทอนให้เหลือเพียงแต่เพศชายและเพศหญิงตามกำเนิด พฤติกรรมทางเพศของบุคคลก็เช่นเดียวกันไม่ได้ถูกกำเนิดให้ต้องเป็นรูปแบบของรักต่างเพศเท่านั้น ความสัมพันธ์ในรูปแบบรักเพศเดียวกัน ก็เป็นรูปแบบของพฤติกรรมอีกประเภทหนึ่งในท่ามกลางความสัมพันธ์ที่แตกต่างไปจากความสัมพันธ์แบบรักต่างเพศ³³³

โดยในปัจจุบันได้มีการใช้ตัวอักษรในภาษาอังกฤษว่า LGBTIQ ซึ่งย่อมาจากคำว่า Lesbian Gay Bisexual Transgender Intersexual และ Queer แปลโดยรวมในภาษาไทยและใช้เรียกกลุ่มคนเหล่านี้ว่า กลุ่มผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือ กลุ่มเพศที่ 3 เป็นคำศัพท์และแนวคิดของประเทศในแถบตะวันตก ในช่วงศตวรรษที่ 20 โดยอธิบายถึงผู้ที่มีเพศสภาพและการแสดงออกทาง

³³¹ อัญชญา สุวรรณานนท์, “รักประเภทสอง: เธอผิดหรือไร,” *สตรีทัศน์* 2 (กุมภาพันธ์-เมษายน 2527): 20-25.

³³² มหาวิทยาลัยมหิดล, คณะสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, “วิพากษ์องค์ความรู้และธรรมเนียมปฏิบัติเรื่องเพศวิถีในสังคมไทย,” ใน รายงานการประชุมประจำปีวิธีเพศศึกษาในสังคมไทย ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: เจริญดีการพิมพ์, 2551), หน้า 34.

³³³ Chris Beasley, *Gender & Sexuality Critical Theories Critical Thinkers* (London: Sage, 2005), p. 76.

พฤติกรรมด้านความรักและพฤติกรรมทางเพศที่มีความแตกต่างออกไปจากความเข้าใจของกลุ่มคนส่วนใหญ่ในสังคม โดยกลุ่มคนที่เรียกตนเองว่า กลุ่มคนส่วนใหญ่ในสังคมจะมีการแสดงออกทางพฤติกรรมที่ตรงตามเพศสรีระโดยกำเนิดของตน และมีพฤติกรรมด้านความรักกับเพศที่ตรงกันข้ามกับตน (Heterosexual) แต่กลุ่มคนที่ถูกเรียกว่า กลุ่มคนส่วนน้อยเหล่านั้นจะมีเพศวิถีที่แตกต่างออกไป โดยเฉพาะการใช้คำศัพท์ที่มีความแปลกใหม่ที่ใช้เรียกกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศ เช่น Intersex และ Queer ซึ่งเป็นคำศัพท์แปลกใหม่ที่ได้รับการพัฒนาขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา และมีผู้นิยมใช้กันอย่างแพร่หลาย³³⁴ ในการเรียกบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนี้ได้มีความพยายามในการจำแนกกลุ่มบุคคลดังกล่าวออกในลักษณะต่างๆ เพื่อแสดงให้เห็นถึงความเป็นเพศเฉพาะของแต่ละกลุ่ม โดยจำแนกเพศที่หลากหลายออกมาเป็นสองกลุ่มใหญ่ โดยกลุ่มแรกเป็นกลุ่มที่พอใจในเพศและสรีระร่างกายของตน ถ้าเป็นความรักระหว่างชายด้วยกันจะเรียกว่า เกย์ แต่ถ้าเป็นความรักระหว่างหญิงกับหญิงจะเรียกว่า เลสเบียน และ ติ ส่วนกลุ่มที่สองเป็นกลุ่มที่ปฏิเสธเพศสรีระแต่กำเนิดของตนเอง ซึ่งมักจะเรียกว่า “คนข้ามเพศ” ถ้าเป็นกรณีของเพศชายที่มีความต้องการเพศสรีระในแบบผู้หญิง จะถูกเรียกว่า กระเทย หรือ สาวประเภที่ 2 ถ้าเป็นกรณีของเพศหญิงที่มีความต้องการเพศสรีระในแบบผู้ชาย จะถูกเรียกว่า ทอมบอย เป็นต้น โดยในกลุ่มที่สองนี้มีความต้องการที่จะปรับเปลี่ยนร่างกายให้เป็นไปตามความต้องการที่เกิดขึ้นจากความรู้สึกของตน³³⁵

ดังนั้น กลุ่มผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศในกลุ่มที่สองนี้มีความเชื่อว่าตนเป็นเพศอื่นที่ไม่ใช่เพศชายหรือเพศหญิงตามเพศสรีระของตนที่ถือกำเนิดมา และมีความเป็นเพศที่หลากหลายมากกว่าความเป็นชายและความเป็นหญิง อันเป็นการปฏิเสธเพศสรีระแต่กำเนิดของตน โดยมีคำที่ใช้เรียกกลุ่มคนเหล่านี้ อาทิ ทอมบอย³³⁶ (Tom) สาวประเภที่สอง³³⁷ (Transgender) ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น พวกเขามีความเชื่อว่าตนสามารถเลือกที่จะเปลี่ยนแปลงเพศสรีระของตนได้ โดยมีได้ยึดตามเพศสรีระตอนกำเนิด³³⁸

แนวความคิดนี้เชื่อว่ามนุษย์สามารถแสดงเพศสภาพได้อย่างหลากหลายโดยไม่จำเป็นต้องผูกติดกับเพศกำเนิด ตามทฤษฎีแบบพหุเพศ โดยแนวความคิดนี้ได้ท้าทายต่อแนวคิดที่แยกมนุษย์ออกเป็น

³³⁴ พีรดา ภูมิสวัสดิ์, LGBT สิทธิมนุษยชนและการดำเนินงานด้านสตรีและครอบครัว, คำนวนที่ 13 เมษายน 2556 จาก <http://www.gender.go.th/article/Data/1266811565.pdf>

³³⁵ Reza Banakar and Max Travers, *An Introduction to Law and Social Theory* (Oxford: Hart, 2002), p. 35.

³³⁶ มนุษย์เพศหญิงที่มีความต้องการเปลี่ยนเพศสรีระเป็นเพศชาย

³³⁷ มนุษย์เพศชายที่มีความต้องการเปลี่ยนเพศสรีระเป็นเพศหญิง

³³⁸ Vern L. Bullough and Bonnies Bullough, *op. cit.*

สองเพศ และอธิบายต่อไปว่าเพศของมนุษย์มีความซับซ้อน อารมณ์ พฤติกรรมทางเพศ ไม่ได้ถูกกำหนดจากเงื่อนไขของเพศกำเนิดแต่เพียงอย่างเดียว หากยังเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นจากเงื่อนไขทางสังคมที่อาจทำให้บุคคลสามารถมีลักษณะทางเพศที่หลากหลายไม่เพียงเฉพาะในส่วนของชายหรือหญิงเท่านั้น ดังนั้นมนุษย์สามารถมีเพศได้หลากหลาย ประเด็นสำคัญของแนวคิดกลุ่มที่สองนี้ คือเพศของมนุษย์มีความหลากหลาย ไม่ได้ถูกจำกัดให้มีเพียงแค่ชายและหญิงเท่านั้น รวมถึงเพศสรีระที่ติดตัวมาก็ไม่จำเป็นต้องมีรูปแบบของรักต่างเพศเพียงอย่างเดียวเท่านั้น การเป็นชายรักชาย หรือหญิงรักหญิง ก็เป็นสิ่งที่สามารถเกิดขึ้นได้ และที่สำคัญก็คือความหลากหลายทางเพศ มิใช่สิ่งที่ผิดปกติหรือขัดกับธรรมชาติของมนุษย์ที่ต้องได้รับการแก้ไขให้ถูกต้องดังเช่นที่เคยเข้าใจกันมา แนวความคิดนี้จึงมีทฤษฎีแบบ “พหุลักษณะทางเพศ”³³⁹ หรือการยืนยันถึงความหลากหลายทางเพศของบุคคลว่าเป็นสิ่งที่สามารถเกิดขึ้นได้

หลักจากที่ได้ศึกษาแนวคิดทั้งสองรูปแบบคือ ทั้งทฤษฎีแบบทวิเพศและทฤษฎีแบบพหุเพศ วิเคราะห์แล้วมีแนวคิดที่ว่า เพศสรีระของมนุษย์ที่ถือกำเนิดมาบนโลกนี้ มีเพียงเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น³⁴⁰ ตามทฤษฎีแบบทวิเพศ เพราะเพศเป็นสิ่งที่ธรรมชาติสร้างขึ้นมาพร้อมกับมนุษย์ ทำให้มนุษย์มีความสมบูรณ์ทางสรีระ ประกอบกับความหมายของคำว่า “เพศ” ที่แท้จริงแล้ว มนุษย์เราได้ยึดถืออวัยวะเพศชายหรือหญิงเป็นตัวกำหนดเท่านั้น เพศจึงเป็นตัวกำหนดสถานะของการแบ่งแยกประเภทของชายและหญิงโดยยึดถืออวัยวะเพศเป็นตัวบ่งชี้ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ประกอบกับคำอธิบายของศาสตร์สาขาวิชาทางการแพทย์ หรือ วิทยาศาสตร์ ก็ยังไม่เคยค้นพบอวัยวะเพศในรูปแบบอื่นที่มีความแตกต่างจากอวัยวะเพศชายและอวัยวะเพศหญิงที่มีมาแต่เดิม³⁴¹ ดังนั้นจึงทำให้เชื่อได้ว่า เพศของมนุษย์มีเพียงสองเพศเท่านั้นคือเพศชายและเพศหญิงตามทฤษฎีแบบทวิเพศ ไม่มีเพศอื่นๆ นอกเหนือจากสองเพศที่ระบุมานี้แต่อย่างใด ดังนั้น แนวความคิดเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศ หรือเพศอื่นๆ ที่นอกเหนือจากเพศชายและหญิงตามความเข้าใจของกลุ่มที่มีความเชื่อทฤษฎีแบบพหุเพศนั้นจึงมีอาจเป็นจริงได้ ดังเช่น ตัวอย่างต่อไปนี้ คือ หากทำการแยกมนุษย์ออกเป็นสองกลุ่ม โดยกลุ่มที่หนึ่ง มีร่างกายเป็นผู้ชายมีอวัยวะเพศชายแต่กำเนิด แต่มีพฤติกรรมที่

³³⁹ Francisco Caron, Schouten Caron and Michel Caron, *The Mighty Kingdom of Japan and Saim (1671)* (Bangkok: Saim Society, 1986), p. 43.

³⁴⁰ Foman L. Deborah. “Same-Sex Partners: Strangers, Third Parties, or Parents? The Changing Legal Landscape and the Struggle for Parental Equality,” *Family Law Quarterly* 40, 1 (2006): 34.

³⁴¹ P. R. Gandhi, *Blackstone’s International Human Rights Documents*, 3rd ed. (Great Britain: Oxford University Press, 2002), p. 25.

แสดงออกแบบเพศหญิง คือ อ่อนหวาน อ่อนโยน น่ารัก นุ่มนวล รักสวยรักงาม เอื้ออาทรดูแลเอาใจใส่ และมีความรักในเพศสรีระเดียวกับตน หรือ มีร่างกายเป็นผู้ชายมีอวัยวะเพศชายแต่กำเนิดแต่ได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศกำเนิดของตนให้มีอวัยวะคล้ายเพศหญิง ตัวอย่างกลุ่มที่สอง ร่างกายเป็นผู้หญิงมีอวัยวะเพศหญิงแต่กำเนิดแต่มีพฤติกรรมที่แสดงออกเป็นเพศชาย คือ บิ๊กบีน กล้าหาญ เข้มแข็ง มีลักษณะเป็นผู้นำ กล้าตัดสินใจอย่างเด็ดเดี่ยว และมีความรักในเพศสรีระเดียวกับตน หรือ มีร่างกายเป็นผู้หญิงมีอวัยวะเพศหญิงแต่กำเนิดแต่กำเนิดแต่ได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศกำเนิดของตนให้มีอวัยวะคล้ายเพศชาย กลุ่มคนเหล่านี้เรียกตนเองว่าความหลากหลายทางเพศ หรือ เพศที่อื่นๆ และมนุษย์ก็เข้าใจเช่นนี้กันมาโดยตลอด³⁴² แต่แท้จริงแล้วสิ่งที่เกิดขึ้นนี้ไม่ใช่เพศอีกเพศหนึ่งในความหมายที่แท้จริงของคำว่า “เพศ” สิ่งเหล่านี้เป็นเพียงความพึงพอใจในการแสดงออกด้วยพฤติกรรมทางเพศภายนอกเท่านั้น เพราะในความจริงแล้วจากตัวอย่างกลุ่มที่ 1 แม้จะมีพฤติกรรมดังกล่าวแต่เพศสรีระก็ยังคงเป็นเพศชายตามที่กำเนิด หรือตัวอย่างกลุ่มที่สอง แม้จะมีพฤติกรรมดังกล่าวแต่เพศสรีระก็ยังคงเป็นเพศหญิงตามที่กำเนิด ไม่ใช่ความหลากหลายทางเพศ หรือเพศอื่นๆ ตามความเข้าใจของทฤษฎีแบบพหุเพศแต่อย่างใด เพราะมนุษย์ที่เกิดขึ้นมาบนโลกใบนี้ มีเพียงสองเพศ ที่ถูกกำหนดตามอวัยวะที่บ่งบอกถึงความเป็นเพศของตนเท่านั้น³⁴³ เพราะมนุษย์ยึดลักษณะของอวัยวะเพศเป็นตัวกำหนดเพศและไม่เคยมีการค้นพบอวัยวะเพศแบบที่สามในโลกใบนี้แต่อย่างใด³⁴⁴

ดังนั้น จึงไม่เคยปรากฏหลักฐานในทางการแพทย์ว่ามนุษย์มีเพศที่สามเกิดขึ้นใหม่แต่อย่างใด³⁴⁵ หรือหากกล่าวถึงบุคคลที่เป็นอินเตอร์เซ็กหรือบุคคลที่เกิดมามีเพศสรีระมากกว่าหนึ่งเพศ³⁴⁶ ซึ่งมีความซับซ้อนทางอารมณ์และความรู้สึกเป็นอย่างมากแต่จะถูกความรู้ทางด้านทางการแพทย์และวิทยาศาสตร์มองว่าการมีเพศสรีระมากกว่าหนึ่งเป็นความผิดปกติที่ต้องได้รับการแก้ไขให้เหลือการเป็น

³⁴² Hale Brenda Dame, *The Family, Law and Society Cases and Masterials* 5th ed. (London: Butterworth, 2002), p. 23.

³⁴³ Gilbert Herdt, *Third Sex, Third Gender Beyond Sexual Dimorphism in Culture and History* (New York: Zone Books, 1996).

³⁴⁴ Jr. Eskridge N. William, *The Case for Same-Sex Marriage from Sexual Liberty to Civilized Commitment* (New York: The Free, 1996).

³⁴⁵ Arthur S. Leonard, *Sexuality and the Law An Encyclopedia of Major Legal Cases* (New York, NY.: Garland, 1993), p. 78.

³⁴⁶ Magill N. Frank, *The International Encyclopedia of Psychology V. 1* (New York, NY.: Garland, 1996), p. 56.

เพศใดเพศหนึ่งเท่านั้น³⁴⁷ รวมถึงการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศของมนุษย์ในยุคปัจจุบันด้วย เพราะในทางการแพทย์ก็ระบุไว้แต่เพียงว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงลักษณะของอวัยวะเพศแต่ภายนอกเท่านั้น ไม่สามารถทำให้มนุษย์เปลี่ยนเพศสรีระภายในที่มีมาแต่กำเนิดได้³⁴⁸ ดังเช่นคำกล่าวของ ชิกมันด์ ฟรอยด์ นักจิตวิทยาที่กล่าวไว้ว่า “มนุษย์เกิดมาด้วยสรีระเพศใด เมื่อตายก็ย่อมต้องตายด้วยสรีระเพศนั้น”³⁴⁹ เพียงแต่ในความเป็นจริงแล้วเพศกำเนิดไม่ได้เป็นเงื่อนไขกำหนดถึงพฤติกรรมทางเพศของมนุษย์ในรูปแบบที่ตายตัวเท่านั้น เพราะในความเป็นจริงแล้วผู้ที่มีเพศกำเนิดเป็นชายอาจมีพฤติกรรมทางเพศในแบบรักต่างเพศหรืออาจเป็นผู้ที่สนใจในเพศเดียวกัน หรือสามารถมีพฤติกรรมทางเพศในแบบที่เป็นได้ทั้งรักเพศเดียวกันหรือรักต่างเพศก็เป็นได้ ดังนั้น มนุษย์สามารถแสดงพฤติกรรม อารมณ์ความรู้สึกทางเพศได้อย่างหลากหลายโดยไม่จำเป็นต้องผูกติดกับเพศกำเนิดเพศของมนุษย์มีความซับซ้อน ประกอบกับภาวะทางอารมณ์ พฤติกรรมทางเพศ ไม่ได้ถูกกำหนดจากเงื่อนไขของเพศกำเนิดแต่เพียงอย่างเดียว หากยังเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นจากเงื่อนไขทางสังคมที่อาจทำให้บุคคลสามารถมีลักษณะทางอารมณ์ทางเพศที่หลากหลายไม่เพียงเฉพาะในการแสดงออกซึ่งความรักแบบชายรักหญิงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงพฤติกรรมที่แสดงออกทางอารมณ์ของชายที่รักชาย หรือหญิงที่รักหญิงด้วย ดังนั้นมนุษย์สามารถมีอารมณ์ทางเพศได้หลากหลาย และบุคคลสามารถมีพฤติกรรมทางเพศได้ทั้งในรูปแบบรักเพศเดียวกันและพฤติกรรมที่เป็นรูปแบบที่เป็นรักต่างเพศ และบุคคลที่อยู่ตรงกลางระหว่างรูปแบบคือพฤติกรรมที่สามารถรักได้ทั้งชายและหญิง ดังนั้นจึงสรุปประเด็นนี้ได้ว่า ความหลากหลายทางเพศเป็นเพียงอารมณ์ พฤติกรรมที่แสดงออกในความต้องการทางเพศของมนุษย์เท่านั้น ซึ่งวางอยู่บนพื้นฐานของแนวความคิดแบบทวิเพศ นั่นเอง

การที่มีเพศวิถีแบบชายรักชาย หรือ หญิงรักหญิงเช่นนี้ เกิดขึ้นจากเหตุปัจจัยทางธรรมชาติที่บุคคลไม่สามารถกำหนดพฤติกรรมความรักให้ตรงกับเพศสรีระโดยกำเนิดของตนได้ เพราะสิ่งเหล่านี้มันอยู่ที่ความพึงพอใจของมนุษย์ เป็นสิทธิโดยธรรมชาติที่มีอยู่ในตัวมนุษย์ทุกคน แต่เดิมในความเข้าใจของมนุษย์เพศสรีระของบุคคลที่แสดงออกโดยต้องคำนึงถึงลักษณะทางกายภาพ และต้องแสดงถึงเพศวิถีของบุคคลว่าบุคคลดังกล่าว มีการดำเนินเพศวิถีอย่างไร เช่น เพศสรีระที่เป็นชายต้องมีการแสดงออกซึ่งความรักต่อเพศสรีระหญิงเท่านั้น ส่วนในกรณีของบุคคลที่ไม่สามารถดำเนินชีวิตได้ตาม

³⁴⁷ Helen Meenan, ed., *Equality Law in an Enlarged European Union*

Understanding the Article 13 Directives (Cambridge: Cambridge University Press, 2007) p. 70.

³⁴⁸ Daniel R. Pinello, *op. cit.*, p. 89.

³⁴⁹ Robert Wintemute, *Legal Recognition of Same-sex Partnerships: A Study of National, European and International Law* (Oregon: Hart, 2001), p. 87.

เพศวิถีของตนตามที่บรรทัดฐานของสังคมกำหนดไว้ มักถูกสังคมมองว่า “บุคคลดังกล่าวเป็นพวกวิปริต หรือ มีความบกพร่องทางจิต”

ซึ่งแท้จริงแล้วในการศึกษาทางการแพทย์ขององค์การอนามัยโลก ได้มีการยอมรับว่า การที่บุคคลไม่สามารถดำเนินเพศวิถีของตนตามครรลองของสังคม ดังเช่น ในกรณีของ บุคคลที่รักเพศเดียวกันนั้น ชายและหญิงมีสิทธิและเสรีภาพที่จะเลือกรักชายหรือหญิงตามความปรารถนาของตนโดยไม่ว่าว่าเป็นบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิตแต่อย่างใด เพราะเพศเป็นเพียงสิ่งที่กำหนดเปลือกนอกของมนุษย์เท่านั้น เพราะแท้จริงสิ่งที่ถูกห่อหุ้มอยู่ข้างในเปลือกที่เป็นเพศของมนุษย์คือความรู้สึกที่แสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักจากภายใน นั่นคือ สิ่งที่บ่งบอกถึงความต้องการของมนุษย์ที่แท้จริง จึงถือเป็นสถานะที่สังคมไม่ควรที่จะนำมาตัดสินเพื่อแบ่งแยกบุคคลดังกล่าวจากสังคม แต่ต้องยอมรับในความหลากหลายของรูปแบบความรักที่มีอยู่ในตัวตนของมนุษย์ทุกคน

3.1.4 แนวคิดในเชิงวิวัฒนาการของกฎหมาย

กฎหมายเป็นสิ่งที่มีความควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ในสังคมให้มีระเบียบวินัย และเป็นสิ่งที่สร้างรูปแบบของสังคมมนุษย์ให้มีมาตรฐานเดียวกันในการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคม กฎหมายจึงเปรียบได้กับเครื่องมือที่รัฐใช้ในการมอบสิทธิประโยชน์ให้กับประชาชน โดยเฉพาะเรื่องการดำเนินชีวิตตามเพศวิถีของประชาชน ในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะในรูปแบบเพศวิถีแบบรักต่างเพศหรือรักเพศเดียวกัน แต่ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมารัฐกับมอบสิทธิและเสรีภาพรวมทั้งสิทธิประโยชน์ต่างๆ ในการดำเนินเพศวิถี เฉพาะรูปแบบความรักแบบรักต่างเพศเท่านั้น โดยรัฐมองว่ารูปแบบของการดำเนินเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเป็นสิ่งที่ผิดและไม่ควรได้รับการยอมรับจากภาครัฐทำให้ผู้ที่มิมีวิถีทางเพศในลักษณะนี้ไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ใดๆ จากภาครัฐเลย ซ้ำร้ายไปกว่านั้น เมื่อครั้งในอดีตการมีวิถีทางเพศแบบรักเพศเดียวกันถูกกำหนดให้เป็นความผิดในทางกฎหมาย หรือแม้จะไม่ใช่ความผิดในทางกฎหมายแต่ก็ไม่มีการรับรองเพศวิถีในรูปแบบนี้ในทางกฎหมายไว้ กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ดำเนินชีวิตอยู่ในสังคมจึงไม่ได้รับการรับรองสถานะ ซึ่งไม่ต่างอะไรกับกลุ่มคนเร่ร่อนในสังคมที่ถูกรัฐทอดทิ้งให้อยู่อย่างโดดเดี่ยวไม่มีกฎหมายรับรองและคุ้มครอง แต่ในปลายศตวรรษที่ 20 ที่ผ่านมามีปรากฏการณ์ความเปลี่ยนแปลงในระบบกฎหมายอย่างกว้างขวางต่อการรับสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน และมีแนวโน้มในทิศทางที่ขยายตัวมากขึ้นในหลายประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม ท่ามกลางความเปลี่ยนแปลงของกฎหมายที่ให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ยังปรากฏข้อเท็จจริงจำนวนไม่น้อยเช่นกันซึ่งอาจทำให้มองเห็นภาพที่ขัดแย้งกับทิศทางของระบบกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ที่ให้การยอมรับ แต่มีอีกหลายประเทศที่ยังคงมีบทลงโทษต่อพฤติกรรมรักเพศเดียวกันอย่างรุนแรง และมีบางประเทศที่มีบทลงโทษต่อผู้มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันด้วยการประหารชีวิต และในอีกหลาย

ประเทศก็มีบทลงโทษแม้ว่าจะไม่ได้เป็นโทษที่รุนแรงถึงขั้นประหารชีวิตก็ตาม อะไรคือความแตกต่างของรูปแบบกฎหมายของประเทศต่างๆ ในการพิจารณากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน หรือเป็นเพราะความจริงประการหนึ่งที่ยังคงปรากฏความไม่ลงรอยในการยอมรับ อันสืบเนื่องจากเหตุผลทางวัฒนธรรม ศาสนา ความเชื่อ จารีตประเพณี หรือเงื่อนไขปัจจัยอื่นที่มีความแตกต่างกันที่มีอิทธิพลอย่างสำคัญต่อการบัญญัติกฎหมายในเรื่องดังกล่าว ดังนั้น จึงขอนำเสนอวิวัฒนาการของแนวคิดในการรับรองสถานะของกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน อาจจัดแบ่งออกเป็น 3 แนวคิด ดังนี้คือ แนวคิดที่ว่ารักเพศเดียวกันเป็นความผิด แนวคิดที่ว่ารักเพศเดียวกันไม่เป็นความผิด และแนวคิดที่ว่ารักเพศเดียวกันชอบด้วยกฎหมาย ดังเช่นที่จะขอทำการอธิบายโดยละเอียดดังนี้

3.1.4.1 แนวคิดที่ว่ารักเพศเดียวกันผิดกฎหมาย

เมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศแถบตะวันตกหลายประเทศในอดีต จะพบว่ามีการบัญญัติกฎหมายเอาผิดกับบุคคลที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน โดยถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและมีบทลงโทษ ปรากฏการณ์นี้สามารถพบได้ในวัฒนธรรมที่เกี่ยวข้องกับความเชื่อที่มีมาอย่างยาวนาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลเพศเดียวกันไม่ว่าจะเป็นชายกับหรือหญิงกับหญิง แต่การกระทำที่จะเป็นความผิดและมีบทลงโทษในประเทศแถบตะวันตกนั้น พบว่าจะมีแค่ประเด็นของความสัมพันธ์ระหว่างชายกับชายเท่านั้น ส่วนประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างหญิงกับหญิงด้วยตัวเอง ไม่เคยถูกบัญญัติให้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายมาก่อน³⁵⁰ และบทลงโทษต่อการกระทำดังกล่าวนี้ก็มักจะปรากฏในรูปแบบที่รุนแรง ไม่ว่าจะเป็นการประหารชีวิต การฝังหรือการเผาซึ่งบุคคลที่กระทำความผิด

แนวคิดหลักที่มีอิทธิพลต่อการให้กฎหมายกำหนดบทลงโทษแก่กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นเพราะผลของแนวคิดทางคริสต์ศาสนา ซึ่งให้คำอธิบายต่อการกระทำดังกล่าวว่าเป็นสิ่งที่ขัดต่อพระประสงค์ของพระเจ้า ตามพระคริสตธรรมคัมภีร์ ในพันธสัญญาเดิม ความสัมพันธ์แบบรักเพศเดียวกันเป็นการกระทำที่ถือเป็นการผิดบาปร้ายแรง และเป็นเหตุให้พระเจ้าทรงบันดาลให้เกิดไฟบรรลัยกัลป์เผาเมือง Sodom และ เมือง Gomorrah เนื่องจากคนในเมืองนี้มีนิสัยมรักรักเพศเดียวกันซึ่งต่อมา คำว่า “Sodomy” ได้กลายเป็นคำที่ได้อธิบายถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน และเป็นการกระทำที่เป็นความผิดในทางกฎหมายประเภทหนึ่ง

ในช่วงกลางศตวรรษที่ 4 จักรพรรดิคอนสแตนติน ได้รับเอาศาสนาคริสต์เป็นศาสนาประจำของอาณาจักรโรมัน และได้นำเอาแนวความคิดที่ว่า ความสัมพันธ์ของบุคคลเพศเดียวกันเป็นสิ่งที่ต้องห้ามและมีความผิดร้ายแรง แนวคิดนี้พัฒนามาถึง ในศตวรรษที่ 6 เมื่อจักรพรรดิจัสติเนียนได้มีพระบรมราชโองการให้จัดทำประมวลกฎหมายของจักรวรรดิโรมันขึ้นมา ต่อมาเรียกว่าประมวล

³⁵⁰ Grosman L. Joanna, *op. cit.*, p. 238.

กฎหมายจัสติเนียน และกฎหมายฉบับนี้กำหนดให้การกระทำในลักษณะความสัมพันธ์ของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเดียวกันเป็นความผิดที่มีบทลงโทษอย่างร้ายแรง³⁵¹

แนวคิดของศาสนาจักรที่มีต่อกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน ยังส่งผลให้รัฐต่างๆ ในยุโรป รวมถึงรัฐที่ได้รับอิทธิพลของศาสนาคริสต์ ต่างพากันบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดที่ต้องได้รับการลงโทษ และเป็นการลงโทษที่รุนแรง ในสมัยของพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 1 ผู้กระทำความผิดฐานมีความสัมพันธ์กับบุคคลเพศเดียวกันจะถูกฝังทั้งเป็น³⁵² และในปี ค.ศ.1533 สมัยพระเจ้าเฮนรีที่ 8 ได้มีการตรากฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรให้การกระทำดังกล่าวต้องได้รับโทษประหารชีวิต ซึ่งมีการคาดการณ์ว่ามีบุคคลที่ถูกประหารชีวิตตามกฎหมายฉบับนี้สูงถึง 72,000 คน³⁵³

จะเห็นได้ว่าแนวคิดอันแสนโหดร้ายที่มีต่อกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันนั้น เป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นจากอิทธิพลทางด้านความเชื่อของศาสนาจักรที่ส่งผลไปยังรัฐต่างๆ ที่อยู่ภายใต้การครอบงำของแนวคิดเหล่านั้นรวมถึงรัฐต่างๆ ในยุโรปที่ได้ขยายอำนาจออกไปในช่วงระยะเวลาของการล่าอาณานิคม ก็ได้มีผลสำคัญต่อการนำเอาแนวคิดในลักษณะดังกล่าวไปสู่ดินแดนต่างๆ ที่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับ อันเป็นการส่งผลโดยตรงที่ทำให้ผู้ปกครองหรือผู้นำของแต่ละรัฐต่างๆ เหล่านี้บัญญัติกฎหมายให้บุคคลที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นผู้กระทำผิด

ประกอบกับแนวคิดที่ว่า รัฐสามารถออกกฎหมายมาเพื่อจำกัด หรือควบคุมการกระทำบางอย่างของปัจเจกชนได้ แม้ว่าการกระทำนั้นอาจเป็นเพียงแค่เรื่องขัดกับศีลธรรมก็ตาม แนวคิดนี้ให้เหตุผลว่า สังคมทุกสังคมเกิดจากการเมืองและศีลธรรม สังคมไม่ได้เป็นเพียงที่รวมตัวกันของกายภาพเท่านั้น หากยังมีการยึดโยงกันด้วยความคิดหรือบรรทัดฐานบางอย่างร่วมกัน ซึ่งเป็นบรรทัดฐานของส่วนรวม หรือถือว่าเป็นศีลธรรมของสังคมที่สมาชิกในสังคมควรจะต้องปฏิบัติตาม รวมถึงเสรีภาพของบุคคลจะมีได้ตราบเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อศีลธรรมของสังคม การกระทำที่ขัดกับศีลธรรมส่วนมากก็เหมือนกับการกระทำที่บั่นทอนต่อความมั่นคงซึ่งจะคุกคามการดำรงอยู่ของสังคม การควบคุมการกระทำที่กระทบต่อการดำรงอยู่ของสังคมจึงเป็นสิ่งที่ต้องกระทำ และไม่อาจถือได้ว่าการกระทำเหล่านี้เป็นเรื่องส่วนตัวทางศีลธรรม สุดท้ายคือสิ่งที่สำคัญที่สุด คือการชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์สาธารณะกับผลประโยชน์ส่วนตัว แม้ไม่ได้มีกฎเกณฑ์ตายตัวที่บอกได้ว่าควรจะต้องทำอย่างไร แต่หลักการทั่วไปประการหนึ่งก็คือ การมีขั้นตอนธรรมต่อเสรีภาพของปัจเจกบุคคลตราบเท่าที่

³⁵¹ Marriane Hajgaard Pederson, *op. cit.*, p. 256.

³⁵² Karen Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention of Human Rights* (London: Sweet and Maxwell, 1998), p. 342.

³⁵³ Barbara Stark, *International Family Law* (Aldershot: Ashgate, 2005), p. 25.

ยังสอดคล้องกับความมั่นคงของสังคม และขอบเขตของชั้นนิติธรรมสามารถเปลี่ยนแปลงไปตามยุคตามสมัย อย่างไรก็ตาม ชั้นนิติธรรมต่อการกระทำใดๆ จะยุติลงทันทีเมื่อพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้วปรากฏว่าการกระทำดังกล่าวเป็นสิ่งที่เป็นการอันตรายต่อสังคม ดังนั้นรัฐจึงออกกฎหมายมาเพื่อจำกัดหรือควบคุมการกระทำบางอย่างของปัจเจกชนได้ แม้ว่าการกระทำนั้นอาจเป็นเพียงแค่เรื่องขัดกับศีลธรรมก็ตาม³⁵⁴

แต่ถึงอย่างไรก็ตาม การบัญญัติกฎหมายให้กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นการกระทำที่เป็นความผิด และมีการลงโทษที่รุนแรงเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขภายในของแต่ละสังคมในรัฐนั้น ประกอบกับในช่วงเวลานั้นคนในสังคมมีการยอมรับมากน้อยแค่ไหนที่จะทำให้ระดับของความผิดฐานนี้มีบทลงโทษในระดับที่รุนแรง

3.1.4.2 แนวคิดที่ว่ารักเพศเดียวกันไม่ผิดกฎหมาย

ความเปลี่ยนแปลงแนวคิดของกฎหมายที่เกี่ยวกับกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันปรากฏขึ้นในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 โดยปรากฏความเปลี่ยนแปลงในบทบัญญัติของกฎหมาย โดยจากเดิมที่กำหนดให้การร่วมประเวณีกับเพศเดียวกันเป็นความผิดในทางอาญาและมีบทลงโทษอย่างรุนแรง มาสู่การยกเลิกให้การกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดที่ไม่ต้องรับการลงโทษ กล่าวได้ว่าความเปลี่ยนแปลงในลักษณะเช่นนี้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในกฎหมายภายในของหลายๆ ประเทศ ทำให้พฤติกรรมรักเพศเดียวกันที่ถูกกำหนดให้เป็นความผิดตามกฎหมายที่มีมาแต่เดิม ตอนนี้อยู่กำลังได้รับการแก้ไขให้เป็นการกระทำที่ไม่ใช่ความผิด³⁵⁵ ด้วยเหตุผลที่ว่าในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 นี้ บทบาทในทางการเมืองของศาสนจักรเริ่มลดน้อยลง เปิดทางให้แนวคิดแบบเสรีนิยม ได้เข้ามามีอิทธิพลเพิ่มมากขึ้น แนวความคิดแบบเสรีนิยมเห็นว่าบทบาทของรัฐควรมีอยู่อย่างจำกัดอยู่เฉพาะในเรื่องการรักษาความปลอดภัยในชีวิตของผู้คน กฎหมายควรบัญญัติขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองประชาชนให้อยู่อย่างสงบสุขในการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกัน สำหรับการกระทำใดที่เป็นเรื่องของศีลธรรม และได้ส่งผลกระทบต่อผู้อื่นโดยตรง ก็ไม่ใช่หน้าที่ของกฎหมายหรืออำนาจรัฐที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องในลักษณะของการใช้อำนาจในการออกกฎหมายบังคับ บุคคลควรมีอำนาจในการตัดสินใจที่จะเลือกในสิ่งที่เห็นว่าเป็นประโยชน์กับตนเองมากที่สุด หลักการพื้นฐานแบบเสรีนิยมนี้ จึงแยกเอาการกระทำที่เป็นหลักศีลธรรมในทางศาสนา โดยถือว่าเป็นสิ่งที่บุคคลแต่ละคนสามารถเลือกได้ด้วยตนเอง แม้ว่าการกระทำนั้นๆ อาจจะไม่สอดคล้องต่อคำสอนของศาสนาก็ตาม ดังนั้น การกำหนดให้พฤติกรรมรัก

³⁵⁴ Robert Wintemute, *op. cit.*, p. 245.

³⁵⁵ Mariranne Roth, "The Norwegian Act on Register Red Partnership for Homo sexual Couples," *University of Louisville Journal of Family Law* 2, 16 (1994-1995): 276.

เพศเดียวกันเป็นความผิดตามกฎหมายย่อมเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสม เนื่องจากเป็นการเข้ามาก้าว
 ก้าวในพื้นที่ของความรู้สึกที่ปัจเจกบุคคลควรมีอำนาจในการแสดงออกและมีอำนาจในการตัดสินใจ
 ด้วยตนเอง

ในความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญของกฎหมายในส่วนที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลที่มี
 พฤติกรรมรักเพศเดียวกันที่ปรากฏขึ้นในหลายมิติ โดยเฉพาะแนวทางในการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติม
 กฎหมายด้วยความพยายามที่จะยกเลิกบทบัญญัติของกฎหมายที่ได้กำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์ของ
 บุคคลเพศเดียวกันมีความผิด โดยในปี ค.ศ.1957 รัฐบาลอังกฤษ มีความพยายามที่จะปรับปรุงแก้ไข
 กฎหมายดังกล่าว โดยรัฐบาลได้ดำเนินการตั้ง คณะกรรมการว่าด้วยความผิดของการรักเพศเดียวกัน
 และโสเภณี³⁵⁶ โดยคณะกรรมการดังกล่าวได้เสนอรายงานเกี่ยวกับการประชุมในเรื่องดังกล่าว หรือที่
 เรียกว่า “Wolfenden Report” โดยรายงานฉบับดังกล่าวได้ยืนยันว่า เป้าหมายของกฎหมายอาญามี
 วัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบสุขของสาธารณะปกป้องประชาชนจากการถูกละเมิดและทำอันตราย
 หรือการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากบุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มคนที่มีความบอบบางใน
 การตัดสินใจ ซึ่งอาจมีเหตุจากความเยาว์วัย การขาดประสบการณ์ หรือมีความไม่สมบูรณ์ในด้าน
 ร่างกายและจิตใจ³⁵⁷

ดังนั้น สำหรับการกระทำที่เป็นความผิดต่อศีลธรรมหรือสิ่งที่ผิดบาป แต่การกระทำ
 นั้นไม่ได้มีผลกระทบต่อปัจเจกบุคคลใดบุคคลหนึ่ง แต่เป็นการกระทำที่อาจทำให้เกิดความไม่สบายใจแก่
 บุคคลอื่นๆ ที่ได้รับรู้หรือรับทราบถึงการกระทำนั้น เช่น พฤติกรรมรักเพศเดียวกัน การกระทำใน
 ลักษณะเช่นนี้ต้องปล่อยให้เป็นที่ที่ของความรู้สึกถึงความรับผิดชอบชั่วดีในศีลธรรม หรือ การไม่
 คำนึงถึงเรื่องการมีศีลธรรมที่เป็นเรื่องส่วนตัว ในการตัดสินใจที่จะประพฤติปฏิบัติหรือไม่ กล่าวให้
 เข้าใจที่สุด คือ การกระทำในลักษณะเช่นนี้ เป็นเรื่องของจิตใจสำนึกของบุคคล ไม่ใช่หน้าที่ของ
 กฎหมายที่จะเข้าไปยุ่งเกี่ยว³⁵⁸

รายงานฉบับนี้มีข้อสรุปว่า การมีความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใหญ่เพศชายด้วยกันเองด้วย
 ความสมัครใจและเกิดขึ้นในที่สาธารณะก็ไม่ควรเป็นความผิด จากเดิมที่กฎหมายกำหนดให้การกระทำ
 เช่นนั้นเป็นความผิด การพิจารณาในประเด็นนี้จะพิจารณาเพียงประเด็นของพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน
 ในชาย เพราะในข้อเท็จจริงแล้วความสัมพันธ์ระหว่างเพศหญิงด้วยกันเอง ไม่เคยถูกกำหนดให้เป็น
 ความผิดมาก่อนในกฎหมาย³⁵⁹

³⁵⁶ Committee on Homosexual Offences and Prostitution.

³⁵⁷ Gilbert Herdt, *op. cit.*, p. 25.

³⁵⁸ Jr. Eskridge N. William, *op. cit.*, p. 56.

³⁵⁹ Arthur S. Leonard, *op. cit.*, p. 54.

ศาสตราจารย์ เอช แอล เอ ฮาร์ท ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย ได้แสดงความคิดเห็นสนับสนุนแนวคิดของการปฏิรูปกฎหมายเพื่อยกเลิกความผิดฐานรักเพศเดียวกันตามข้อเสนอของ “Wolfenden Report” ดังนี้

ประการแรก ในการพิจารณาถึงการกระทำที่ควรถูกควบคุมไว้โดยกฎหมาย เขาได้แยกแยะระหว่างภาระของอันตรายซึ่งจะเกิดขึ้นกับบุคคลโดยการเผชิญกับพฤติกรรมของบุคคลอื่น เช่น การถูกทำร้ายร่างกาย หรือ ถูกล่วงละเมิดทางเพศ กับอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากการรับรู้ว่าคุณค่าอื่นทำอะไร ดังเช่น การที่ไม่พอใจว่าคุณค่าอื่นมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน สำหรับการกระทำแบบแรก เป็นสิ่งที่กระทบถึงความสงบเรียบร้อยของสังคม จึงเป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่จะต้องมีการกฎหมายในการที่จะเข้ามาควบคุมพฤติกรรมซึ่งละเมิดต่อบุคคลอื่น แต่สำหรับกรณีหลังเป็นเรื่องส่วนตัวทางศีลธรรมที่ไม่ละเมิดใคร จึงไม่ใช่ภาระหน้าที่ของรัฐที่จะต้องออกกฎหมายบังคับแต่อย่างใด

ประการต่อมา เขาต้องการอธิบายว่าการรักษาศีลธรรมของสังคมมีความสำคัญต่อการปกป้องความมั่นคงของสังคม ในทัศนะของเขานั้น การตั้งข้อสมมติฐานว่าศีลธรรมทางเพศเป็นสิ่งเดียวกันกับการฆ่า การทำร้ายร่างกาย หรือการลักขโมย เป็นสิ่งที่ผิดพลาด เนื่องจากไม่มีพยานหลักฐานยืนยันได้อย่างชัดเจนว่าการมีพฤติกรรมทางเพศที่แตกต่างไปจากบรรทัดฐานหลักของสังคมจะทำให้สังคมนั้นล่มสลายลง

ประการสุดท้าย เขาได้โต้แย้งว่าศีลธรรมของสังคมก็เป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงไปอยู่ตลอด การยึดถือหลักคุณค่าต่างๆ มิใช่สิ่งตายตัวหากสามารถผันเปลี่ยนไปได้ ดังจะเห็นได้จากการเปลี่ยนแปลงในค่านิยมหรือหลักคุณค่าหลายเรื่องที่เกิดขึ้นทั้งที่สังคมก็สามารถดำรงสืบเนื่องต่อมาได้ ตัวอย่างที่อาจแสดงให้เห็นภาพได้ชัดเจนก็คือการเปิดกว้างในความคิดทางด้านเพศในหลายสังคม ก็เป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้เห็นถึงการดำรงอยู่ของสังคมภายใต้ความเปลี่ยนแปลงด้านศีลธรรมทางเพศ

ทั้งนี้ ศาสตราจารย์ เอช แอล เอ ฮาร์ท ได้สนับสนุนให้นำทฤษฎีภัยอันตราย หรือ “Harm Principal” ที่ถูกเสนอโดย จอห์น สจ๊วต มิลล์ มาใช้เป็นหลักในการพิจารณาในการบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมศีลธรรมของประชาชน

ตามทฤษฎีภัยอันตราย หรือ “Harm Principal” รัฐมีสิทธิที่จะใช้อำนาจในทางกฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อ สิ่งที่จะเกิดขึ้นนั้นเป็นอันตรายโดยตรง เช่น การฆ่าคนโดยเจตนา หรือการทำร้ายร่างกาย ด้วยวัตถุประสงค์เพื่อให้ประชาชนคนอื่นมีชีวิตที่สงบสุข และปลอดภัย แต่ถ้าหากการกระทำใดมีผลกระทบแค่เพียงบุคคลที่กระทำคนเดียวและไม่ได้มีบุคคลใดได้รับผลร้ายจากการกระทำนั้น กฎหมายก็ไม่ควรเข้ามายุ่งเกี่ยวแต่อย่างใด³⁶⁰ ดังนั้น การพิจารณาขอบเขตของกฎหมายในการเข้ามาจำกัดเสรีภาพของประชาชนบนหลักทฤษฎี

³⁶⁰ Helen Meenan, ed., *op. cit.*, p. 215.

ภยันตราย มิได้หมายความว่า สังคมจะไม่สนใจในเรื่องศีลธรรม ตรงกันข้าม แนวความคิดนี้มีความเห็นในเรื่องของศีลธรรมที่ต้องเปิดโอกาสให้แต่ละคนได้สามารถใช้เสรีภาพของตนในการไตร่ตรอง คิดและตัดสินใจ และหากต้องการให้พลเมืองในสังคมแต่ละคนตระหนักถึงหลักคุณค่าของศีลธรรมในเรื่องต่างๆ ก็ควรจะเป็นไปในลักษณะของการให้ความรู้และการศึกษา มิใช่ด้วยการใช้อำนาจของรัฐบังคับโดยการออกกฎหมายให้ประชาชนในรัฐทำความดี

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า เหตุผลสำคัญของการสนับสนุนการยกเลิกความผิดฐานมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน ก็เนื่องมาจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาไม่ควรเข้ามาเพื่อกำกับหรือควบคุมศีลธรรมของบุคคลในลักษณะของการบังคับเอาที่จิตใจ โดยเห็นว่าความรักที่มนุษย์มีต่อคนเพศเดียวกันในสังคมเป็นความจริงของชีวิต เป็นความรักที่มนุษย์มีให้แก่กัน ต่างกันตรงที่เขามีความรักต่อเพศเดียวกันเท่านั้น ถึงแม้ว่าจะเป็นเรื่องที่ดูท้าทายความเชื่อและสวนทางกับแนวคิดในทางศาสนาที่ยึดถือกันโดยทั่วไปก็ตาม ดังนั้น การออกกฎหมายที่ใช้เฉพาะกับกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันหรือใช้กฎหมายที่แตกต่างกันระหว่างคนรักเพศเดียวกันกับคนที่รักต่างเพศ เป็นการดูถูกคุณค่าและความเท่าเทียมของความเป็นมนุษย์ด้วยกันอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ ประกอบกับกฎหมายควรสะท้อนถึงความต้องการที่แท้จริงของสังคม ไม่ใช่เป็นกฎหมายที่เกิดจากความขัดแย้งของศีลธรรมหรือ เพราะเป็นความเห็นที่สังคมคิดแตกต่างกัน ปัญหาด้านศีลธรรมเป็นสิ่งที่มีโอกาสจะมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันได้ การออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมก็ควรจะแทรกแซงในขอบเขตที่จำเป็นเท่านั้น เพื่อเป็นการปกป้องสังคมหรือคุ้มครองบุคคลที่มีความต้องการปกป้องเป็นพิเศษ และจากเหตุผลดังที่ได้กล่าวมานี้ ต่อมาก็ได้มีการยกเลิกกฎหมายที่เอาผิดแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

3.1.4.3 แนวคิดที่ว่ารักเพศเดียวกันชอบด้วยกฎหมาย

แนวคิดที่ว่ารักเพศเดียวกันชอบด้วยกฎหมายนั้น ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 ปรากฏการณ์นี้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นมาอย่างเหนือความคาดหมาย เพราะเป็นสิ่งที่อยู่เหนือความคิดของมนุษย์ ที่จะสามารถจะจินตนาการได้ว่าสิ่งเหล่านี้จะสามารถเกิดขึ้นได้บนโลกมนุษย์ เพราะจากในอดีตที่ผ่านมาแนวคิดนี้ไม่เคยแม้แต่จะมีผู้ใดกล้าคิด กล้าเสนอ และทำให้เกิดขึ้นได้จริง อาจเป็นเพราะความเกรงกลัวที่จะล้มล้างและต่อต้านแนวคิดของศาสนจักรที่แผ่อิทธิพลด้านความเชื่อปกคลุมมวลมนุษยชาติ ให้หลงใหลในความเชื่อที่ว่าเพศสรีระชายและหญิงเท่านั้นที่สามารถจะรักกันบนโลกใบนี้ได้ และรัฐจะต้องยอมรับและรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ให้แก่คู่รักที่เป็นชายและหญิงเท่านั้น แต่ความคิดเหล่านั้นกลับเปลี่ยนแปลงไป เพราะในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 เกิดการเปลี่ยนแปลงที่โลกต้องตะลึง และไม่เชื่อว่าเกิดขึ้นมาได้ สิ่งๆ นั้นก็คือ รัฐออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ให้กับคู่รักที่เป็นชายและชาย หญิงกับหญิง แนวคิดแบบสุดขั้วนี้เกิดขึ้นได้อย่างไร ทำไมถึงเกิดขึ้นได้ ทั้งๆ ที่ในอดีตรัฐเคยมองกลุ่มคนรักเพศเดียวกัน ไม่ต่างอะไรกับโจรใน

สังคม ปรากฏการณ์นี้เกิดขึ้นทั้งในระดับข้อตกลงและความร่วมมือระหว่างประเทศ อันนำมาซึ่งการเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในของรัฐต่างๆ โดยการแก้ไขกฎหมายภายในให้มีการจดทะเบียนรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันอย่างถูกกฎหมายเฉกเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศ

ต่อมาได้ทำการศึกษาในส่วนของข้อตกลงและความร่วมมือระหว่างประเทศที่เป็นสิ่ง ที่ออกมาสนับสนุนให้เกิดปรากฏการณ์ดังกล่าวว่าเหตุใดจึงเป็นเช่นนั้น รัฐต่างๆเหล่านั้นอ้างหลักการอะไรในการรับรองว่าความรักของเพศเดียวกันชอบด้วยกฎหมาย จากการศึกษาพบว่ารัฐต่างๆที่ถือว่าความรักของเพศเดียวกันนั้นเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายเกิดจากแนวคิดที่ว่า การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่ง และเป็นสิ่งที่รัฐต้องปฏิบัติตามหลักการของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รวมถึงการอ้างถึงสิทธิที่เท่าเทียมของความเป็นมนุษย์ ไม่ว่าจะชายหรือหญิง ที่ต่างก็มีสิทธิที่เท่าเทียมกัน และสิทธิที่มนุษย์ชายและหญิงจะสามารถรักและใช้ชีวิตร่วมกับชายหรือหญิงตามความปรารถนาของตนอย่างไรก็ได้ จึงส่งผลให้รัฐต่างๆเหล่านั้นออกกฎหมายขึ้นมา แต่หากศึกษาให้ดีแล้วจะพบว่าหาเป็นเช่นนั้นไม่ เพราะสิทธิมนุษยชน คือ สิทธิต่างๆที่ได้ถูกกำหนดไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเท่านั้น และในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็ได้บัญญัติว่ารัฐต่างๆที่เป็นภาคีจะต้องรับรองว่าความรักของกลุ่มคนที่มีเพศสรีระเดียวกันเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย

หากแต่ศึกษาให้ดีจะพบว่าสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก ซึ่งถือเป็นสิทธิโดยธรรมชาติหรือสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ที่ควรจะได้รับ การยอมรับ ในความเป็นจริงแล้วสิทธิเหล่านี้ควรได้รับการรับรองและคุ้มครองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ เพราะโดยหลักแล้วสิทธิโดยธรรมชาติทุกอย่างก็ควรที่จะต้องเป็นสิทธิมนุษยชนด้วย หากแต่สิทธิมนุษยชนได้ถูกกำหนดขึ้นมาโดยปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีได้เอาสิทธิโดยธรรมชาติมาบัญญัติไว้ทุกประการ ทำให้สิทธิมนุษยชนที่เรารู้จักและเข้าใจกันเป็นเพียงสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่สิทธิโดยธรรมชาติถูกกำหนดไว้เพียงบางเรื่องในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเท่านั้น เพราะหากพิจารณาแล้วจะพบว่า ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนกำหนดไว้แต่เพียงสิทธิในการสมรส³⁶¹ ซึ่งเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก แต่สิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักซึ่งถือเป็นสิทธิโดยธรรมชาติประการหนึ่งและมีความหมายที่กว้างกว่า

³⁶¹ สิทธิในการสมรส เป็นสิทธิโดยธรรมชาติของมนุษย์ที่มีเพศสรีระชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระหญิงเท่านั้น อันเป็นสิทธิที่ธรรมชาติได้มอบให้แก่มนุษย์เพื่อการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของตน

กลับไม่ได้รับการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเลย³⁶² หากแต่รัฐต่างๆ ที่ออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันกลับเข้าใจผิดโดยอ้างหลักสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักว่าอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เพื่อออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในรัฐของตน แต่แท้จริงแล้วหาเป็นเช่นนั้นไม่ สิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักเป็นสิทธิโดยธรรมชาติอย่างหนึ่ง แต่มิได้ถูกกำหนดไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จึงไม่ใช่สิทธิมนุษยชน ส่งผลให้รัฐต่างๆ จะมาอ้างหลักสิทธิมนุษยชนไม่ได้ ดังจะเห็นได้จากในตัวปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ไม่มีข้อใดเลยที่ระบุให้รัฐต่างๆ ต้องออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน³⁶³ ได้มีการประกาศโดยองค์การสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 ปฏิญญาฉบับนี้เป็นการแสดงถึงเจตนารมณ์ร่วมกันของประเทศต่างๆ ในอันที่จะปกป้องและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยทั่วไป โดยได้ร่วมกันจัดทำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ฉบับนี้ขึ้นเพื่อแสดงให้เห็นถึงความสำคัญและความปรารถนาในอันที่จะร่วมกันส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยถ้อยคำที่ใช้จึงเป็นถ้อยคำที่มีลักษณะที่สามารถครอบคลุมบุคคลได้อย่างกว้างขวาง เช่น คำว่าทั้งหมด (All) มวลมนุษยชาติ (All Human Beings) ทุกคน (Everyone) โดยไม่มีการจำแนกแยกแยะออกมาเป็นกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น ทุกคนมีสิทธิในการดำรงชีวิต เสรีภาพและความมั่นคงแห่งตัวตน ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับว่ามีสภาพบุคคลตามกฎหมาย และทุกคนมีความเท่าเทียมกันตามกฎหมายรวมถึงสิทธิที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน

ในส่วนเนื้อหาของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ที่สามารถสะท้อนให้เห็นถึงความเข้าใจที่มีต่อสิทธิและเสรีภาพในเรื่องสิทธิในการสมรสของมนุษย์เพศชายและหญิงเท่านั้น แต่กลับไม่ระบุสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิโดยธรรมชาติไว้ในเนื้อหาของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเลย แต่กลับระบุสิทธิในการสมรสที่เป็นเพียงส่วนหนึ่งของสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักเท่านั้น ประกอบกับไม่มีข้อใดเลยที่ระบุให้รัฐต่างๆ ต้อง

³⁶² สิทธิในการสมรส เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก ซึ่งสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิโดยธรรมชาติ

³⁶³ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration on Human Rights) ประกอบด้วยเนื้อหา 30 ข้อ และสามารถจำแนกสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการคุ้มครองเป็น 2 ประเภท คือ สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and Political Rights) และ สิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม (Economic and Social Rights)

ออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ซึ่งพิจารณาจากบางส่วนของหลักการปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ดังนี้³⁶⁴

ข้อ 2 “(1) ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพกับบรรดาสิ่งต่างๆ ที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากความแตกต่างใดๆ ดังเช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือทางอื่นเผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะอื่นๆ”

ข้อ 16 “(1) ชายและหญิงที่มีอายุเต็มบริบูรณ์ มีสิทธิที่จะทำการสมรสและจะก่อตั้งครอบครัว โดยปราศจากการจำกัดใดๆ อันเนื่องมาจากเชื้อชาติหรือศาสนา ต่างมีสิทธิเท่าเทียมกันในเรื่องการสมรส ระหว่างสมรส และการขาดจากการสมรส

(2) การสมรสแต่กระทำด้วยความยินยอม โดยอิสระและเต็มที่ของผู้ที่เจตนาจะเป็นคู่สมรส

(3) ครอบครัวเป็นหน่วยย่อยของธรรมชาติ และหลักมูลฐานของสังคมและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากสังคมและรัฐ”

ในประเด็นนี้รัฐต่างๆ ที่ออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันอาจเข้าใจผิด โดยการอ้างหลักการของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันก็เป็นได้ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วหลักการในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเพียงต้องการให้รัฐต่างๆ คำนึงถึงการมีอยู่ และให้การยอมรับการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเท่านั้นก็เพียงพอแล้ว หากจำเป็นต้องออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่

ดังเช่นตัวอย่าง ประเด็นเรื่องของการรักของเพศเดียวกันได้ที่ถูกหยิบยกขึ้นพิจารณาในคดีของ Nicholas Toonen v. Australia 1994³⁶⁵ ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ มีความเห็นว่ากฎหมายของออสเตรเลียมีบทลงโทษต่อพฤติกรรมรักเพศเดียวกันที่เกิดขึ้นโดยความสมัครใจของบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วในเคหะสถานส่วนบุคคล ถือเป็นสิ่งที่ฝ่าฝืนกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองในการห้ามปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุผลของความแตกต่างทางเพศ และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติมีความเห็นว่าการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน เป็นเรื่องของความพึงพอใจของบุคคล ควรที่จะอยู่ใน

³⁶⁴ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, แปลโดย คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2554).

³⁶⁵ Nicholas Toonen v. Australia (Human Rights Committee Communication, 1992)

เหตุผลของการที่ไม่นำมาเป็นสิ่งที่เลือกปฏิบัติต่อบุคคล ตามหลักเกณฑ์ข้อที่ 2³⁶⁶ และข้อ 26³⁶⁷ และสามารถนำมาปรับใช้ในกรณีของการห้ามที่รวมไปถึงการขัดขวางเพื่อไม่ให้มีการจดทะเบียนความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกัน โดยต้องถือว่าการกระทำที่เป็นการขัดขวางดังกล่าว ขัดต่อกติกา ระหว่างประเทศฉบับนี้ เพราะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลทางเพศ เช่นเดียวกับการให้เหตุผลใน ลักษณะดังกล่าวเป็นประเด็นที่มีความสำคัญเนื่องจากการพิจารณาถึงสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถี แบบรักเพศเดียวกัน บนพื้นฐานของความเสมอภาค โดยถือว่ากลุ่มบุคคลดังกล่าวต้องไม่ถูกเลือก ปฏิบัติ เพราะเหตุที่มีรักเพศเดียวกัน

แนวคิดดังกล่าวนี้กลายมาเป็นหลักสำคัญต่อการพัฒนาสิทธิของความเท่าเทียมใน ประเด็นเรื่องความรัก และถูกนำมาตีความว่าเป็น “สิทธิมนุษยชน” อย่างเข้าใจผิด ทั้ทั้งในตัว ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศฉบับต่างๆ มิได้กล่าวไว้เลยว่ารัฐจะต้อง ออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน หากแต่เป็นแนวคิดที่รัฐต่างๆใช้เป็นข้ออ้างในการตีความอย่างเข้าใจผิดในทำนองว่า สิทธิที่มนุษย์ชาย และหญิงจะสามารถมีความรักและใช้ชีวิตคู่ร่วมกับชายหรือหญิงตามความปรารถนาของตนอย่างไรก็ได้ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการตีความที่เข้าข้างกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ดังนั้น จึงอาจเป็น สาเหตุหนึ่งที่ทำให้แนวคิดของรัฐบางรัฐที่ถือว่ารักเพศเดียวกันชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่แค่ให้การ ยอมรับอย่างเดียว แต่ต้องรับรองสถานะโดยมีการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ให้กับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเฉกเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศในปัจจุบันด้วย

สำหรับกรณีของสิทธิในการสมรสและการจัดตั้งครอบครัว กติการะหว่างประเทศว่า ด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองได้มีบัญญัติไว้ใน ข้อ 23 ความว่า

³⁶⁶ Article 2 (1) Each state Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political, or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

³⁶⁷ Article 26 All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political, or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

1. ครอบครัวยุเป็นหน่วยรวมของสังคมซึ่งเป็นพื้นฐานและเป็นธรรมชาติ และย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากสังคมและจากรัฐ
2. สิทธิของชายและหญิงที่อาจสมรสได้ ในการที่จะสมรสและมีครอบครัวย่อมได้รับการรับรอง
3. การสมรสจะกระทำโดยปราศจากความยินยอมอย่างเต็มใจของผู้ที่จะเจตนาสมรสกันมิได้
4. รัฐภาคีแห่งกติกานี้จะดำเนินการที่เหมาะสมเพื่อประกันความเสมอภาคแห่งสิทธิและความรับผิดชอบของคู่สมรสในการที่จะสมรสระหว่างสมรส และเมื่อการสมรสสิ้นสุดลง ในกรณีการสิ้นสุดของการสมรสจะต้องมีบทบัญญัติเพื่อการคุ้มครองที่จำเป็นแก่บุตร

จากกติกาฉบับดังกล่าวมาจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติเรื่องการสมรสในกติการะหว่างประเทศว่าด้วย สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองมีลักษณะที่รับรองสิทธิในการสมรสของชายและหญิงไว้อย่างชัดเจน อันสะท้อนให้เห็นถึงความเข้าใจที่มีต่อสิทธิและเสรีภาพในการสมรสของมนุษย์เพศชายและเพศหญิง หรือ คู่รักต่างเพศ รวมไปถึงเรื่องสิทธิในการจัดตั้งครอบครัวของกลุ่มคนดังกล่าว ในประเด็นนี้ก็เช่นเดียวกันรัฐต่างๆที่ออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่อ้างหลักการของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองในการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันอาจเข้าใจผิด โดยตีความว่า สิทธิในการสมรสและสิทธิในการจัดตั้งครอบครัวตามกติการะหว่างประเทศฉบับนี้เป็นสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วย ซึ่งในความเป็นจริงแล้วหาเป็นเช่นนั้นไม่ เพราะหลักการในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองมีลักษณะที่รับรองสิทธิในการสมรสของชายและหญิงไว้อย่างชัดเจน ประกอบกับสิทธิในการสมรสเป็นสิทธิโดยธรรมชาติที่จะเกิดขึ้นได้กับมนุษย์ที่มีเพศสรีระชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระหญิงเท่านั้น อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความเข้าใจที่มีต่อสิทธิและเสรีภาพในการสมรสของมนุษย์เพศชายและหญิง

3.1.5 แนวคิดที่เป็นสาเหตุของการไม่ยอมรับและแนวคิดที่นำไปสู่การยอมรับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในสังคม

หลังจากที่ได้นำเสนอประวัติความเป็นมาของแนวคิดตั้งแต่การไม่ยอมรับ และต่อต้านการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในสังคมมนุษย์ตั้งแต่

อดีตจนถึงปัจจุบัน และเหตุผลของการนำมาซึ่งการให้การยอมรับและบัญญัติเป็นรูปแบบของกฎหมายในการรับรองสถานะให้แก่กลุ่มคนดังกล่าว จึงขอนำข้อมูลมาวิเคราะห์ให้เห็นถึงหลักการและเหตุผลของแนวคิดที่ไม่ให้การยอมรับ จนนำไปสู่แนวคิดที่ให้การยอมรับในการรับรองสถานะแก่คู่รักเพศเดียวกันว่าอะไรเป็นเหตุและผลที่ทำให้รัฐยอมออกกฎหมายรับรองสถานะให้แก่กลุ่มบุคคลดังกล่าว โดยผู้วิจัยจะขอแยกประเด็นวิเคราะห์ออกเป็น ประวัติความเป็นมาของต่างประเทศ และ ประวัติความเป็นมาของไทย ดังนี้

3.1.5.1 วิเคราะห์แนวคิดของต่างประเทศ

เมื่อก้าวถึงประวัติความเป็นมาของการมีอยู่ของกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันจะพบว่า กลุ่มบุคคลดังกล่าวเกิดขึ้นมาพร้อมๆ กับการเกิดสังคมมนุษย์ พฤติกรรมหรือความประพฤติอย่างที่เราเรียกว่า เกย์ หรือ กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน เป็นพฤติกรรมที่มีมาช้านาน จากการศึกษาหลักฐานทางประวัติศาสตร์ และการค้นคว้าในสมัยปัจจุบัน พบว่ามีหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้พอที่จะอธิบายได้ว่า พฤติกรรมรักเพศเดียวกันเช่นนี้เป็นสิ่งที่เก่าแก่และมีมานานและมิได้มีเฉพาะแต่ในมนุษย์เท่านั้น ตามรายงานของนักวิชาการที่ทำการศึกษาพฤติกรรมของสัตว์ เคยมีการค้นพบว่าลิงก็มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันได้เช่นกัน และในรายงานของนักมานุษยวิทยาก็พบว่า พฤติกรรมเช่นนี้อยู่ในหมู่ชนเผ่าหลายชนเผ่าเช่นกัน³⁶⁸ นอกจากนี้ยังพบพฤติกรรมดังกล่าวในผู้ชายชาวอินเดียแดงที่เรียกว่า “เบอร์ดาเซ” ซึ่งเป็นผู้ชายที่ต้องแต่งกายเป็นผู้หญิงและต้องปฏิบัติตนเป็นผู้หญิงไปตลอดชีวิต โดยมีหน้าที่ในการประกอบพิธีกรรมทางจิตวิญญาณและการติดต่อกับพระเจ้า ดังนั้น จึงได้รับเกียรติจากชนเผ่า และยังได้พบพฤติกรรมดังกล่าวทั้งในในประเทศแถบแอฟริกา ออสเตรเลีย และเอเชีย เช่น การแต่งงานระหว่างเพศหญิงด้วยกันในชนเผ่าแถบแอฟริกา หรือการให้ทหารมีภรรยาเป็นเด็กผู้ชาย ของพวกซามูไรในประเทศญี่ปุ่น³⁶⁹

พฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นพฤติกรรมทางเพศที่มีมานานตั้งแต่สมัยก่อนประวัติศาสตร์ดังปรากฏหลักฐานในภาพวาดตามผนังถ้ำของมนุษย์ยุคหิน จากข้อมูลเกี่ยวกับการศึกษาเรื่องประวัติศาสตร์ครอบครัวในสมัยอียิปต์โบราณหรือสมัยเมโสโปเตเมีย ตามข้อมูลแม้จะมีได้มีการระบุหรือมีการบันทึกถึงพฤติกรรมหรือความสัมพันธ์แบบรักเพศเดียวกันเอาไว้ แต่จากการศึกษาหลักฐานในทางประวัติศาสตร์ได้มีการค้นพบหลุมศพโบราณ ซึ่งเป็นสุสานฝังศพของชายในราชสำนักชั้นสูงของอียิปต์ ในสมัยราชวงศ์ที่ 5 ของอียิปต์ ซึ่งในสุสานเป็นศพชายสองคนที่น่าจะมานุษยวิทยา ทางประวัติศาสตร์เชื่อว่าเป็นชายคู่รักกันและนอกจากนี้ยังมีหลักฐานทางประวัติศาสตร์

³⁶⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “การอภิปรายเรื่อง เกย์ vs กฎหมาย,” วารสารนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 105.

³⁶⁹ Hale Brenda Dame, *op. cit.*, p. 32.

หลายอย่างที่ทำให้เชื่อว่าพฤติกรรมแบบรักเพศเดียวกันนั้นเกิดขึ้นมานานและเป็นที่ยอมรับกันในสมัยนั้น³⁷⁰

ต่อมาได้ทำการศึกษาความเป็นมาของความคิดเกี่ยวกับเรื่องพฤติกรรมการแสดงออกซึ่งความรักของมนุษย์และได้พบว่าเรื่องความรักที่เกิดขึ้นกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเดียวกันดังกล่าวนี้มีมาตั้งแต่สมัยฮินดู รวมถึงประวัติศาสตร์ของชาวกรีกและโรมันก็แสดงให้เห็นว่าเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องพื้นฐานของมนุษย์เช่นเดียวกับสิ่งมีชีวิตทั่วไป ที่ต้องการการมีเพศสัมพันธ์เพื่อวัตถุประสงค์ในการขยายเผ่าพันธุ์ของตนเอง และได้พบว่าการแสดงออกซึ่งความรักของมนุษย์นั้นมีลักษณะที่แตกต่างและหลากหลายกันออกไปขึ้นอยู่กับภาวะทางเพศและพฤติกรรมทางเพศของแต่ละบุคคล และต้องเป็นไปตามแนวทางที่สังคมนั้นๆ ยอมรับได้ด้วย เช่น ในสมัยกรีกและโรมัน แนวคิดเรื่องรสนิยมความชอบในเรื่องเพศของคนในสังคมยุคนั้นมีความหลากหลายทั้งแบบที่เป็นการแสดงความรักที่ลึกซึ้งระหว่างบุคคลต่างเพศ โดยมีทั้งรูปแบบ ผู้ชายที่มีภรรยาคนเดียว ผู้ชายมีภรรยาได้หลายคน หรือภรรยามีสามีได้หลายคน นอกจากนี้แล้ว ยังรวมถึงการมีรสนิยมทางเพศกับบุคคลที่มีเพศเดียวกันหรือแม้แต่การมีรสนิยมทางเพศในแบบที่สามารถจะมีความรักได้ทั้งกับบุคคลที่มีเพศสรีระเดียวกันหรือที่มีเพศสรีระต่างเพศกับตนก็ได้ ก็มีให้เห็นในสังคมยุคนั้น

ในสมัยกรีกในยุคของนักปราชญ์ Plato และ Socrates ที่ยึดถือหลักการว่าชายเท่านั้นที่สามารถเป็นนักปราชญ์ การคบหาสมาคมกับหญิงจะทำให้ปัญญาของตนเสื่อมลงตลอดชีวิตของพวกนักปราชญ์เหล่านี้จะถกปัญหาและมีการรวมตัวในหมู่ชายเท่านั้น ทำให้เชื่อว่ามหาปราชญ์เหล่านี้เป็นต้นแบบของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันในสมัยกรีก³⁷¹ แต่พฤติกรรมดังกล่าวนี้จะมีได้ก็แต่เฉพาะชนชั้นสูงของสังคมเท่านั้น และเป็นเรื่องต้องห้ามสำหรับพวกทาส ถึงขนาดมีกฎหมายห้ามทาสผู้ชายสมสู่กัน³⁷²

ส่วนในยุคโรมันเชื่อว่าพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นเรื่องของพิธีกรรมทางความเชื่อ พฤติกรรมรักเพศเดียวกันในสมัยดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่ผู้คนยอมรับและยกย่อง แต่ต่อมาภายหลังพฤติกรรมดังกล่าวถูกมองว่าเป็นความผิดบาปทำลายศีลธรรมอันดีและเป็นเรื่องต้องห้ามในทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลเพศเดียวกันไม่ว่าจะเป็นชายกับหรือหญิงกับหญิง แต่การกระทำที่จะเป็นความผิดและมีบทลงโทษในประเทศแถบตะวันตกนั้น

³⁷⁰ Jr. Eskridge N. William, *op. cit.*, p. 18.

³⁷¹ สุรศักดิ์ มณีศรี, *เรื่องเดิม*, หน้า 46.

³⁷² P. R. Gandhi, *op. cit.*

พบว่าจะมีแค่ประเด็นของความสัมพันธ์ระหว่างชายกับชายเท่านั้น ส่วนประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างหญิงกับหญิงด้วยตัวเอง ไม่เคยถูกบัญญัติให้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายมาก่อน³⁷³ กล่าวคือ

ในสมัยศตวรรษที่ 1 กษัตริย์เนโรได้ขึ้นเป็นกษัตริย์แห่งกรุงโรมซึ่งจากหลักฐานทางประวัติศาสตร์แสดงให้เห็นว่ากษัตริย์เนโรได้สมรสกับชาย ซึ่งในโรมยุคนั้นต่างเห็นว่าความรักระหว่างชายกับชายด้วยกันเท่านั้น ที่ถือว่าเป็นความรักที่บริสุทธิ์ ซึ่งชาวโรมันในขณะนั้นก็ยกย่องว่าคนที่มีความผิดกรรมแบบรักเพศเดียวกัน เป็นคนกล้าหาญและ มีความเข้มแข็ง ความสัมพันธ์เช่นนี้เป็นเครื่องหมายของความแข็งแกร่งของลูกผู้ชาย รวมทั้งยังมีหลักฐานปรากฏสตรีชั้นสูงในราชสำนักจักรวรรดิโรมันก็มีพฤติกรรมแบบรักเพศเดียวกันด้วยเช่นกัน³⁷⁴

ต่อมาในสมัยศตวรรษที่ 4 จักรพรรดิคอนสแตนตินได้รับเอาศาสนาคริสต์เข้ามาเป็นศาสนาของจักรวรรดิโรมัน การมีรสนิยมทางเพศแบบรักเพศเดียวกันก็ถูกมองว่าเป็นเรื่องเสื่อมเสีย และมีความผิดในทางอาญาร้ายแรง โดยผู้ที่พฤติกรรมรักเพศเดียวกันจะมีความผิดในทางอาญาและถูกลงโทษด้วยการเผาทั้งเป็น³⁷⁵

และต่อมาในศตวรรษที่ 6 จักรพรรดิจัสติเนียนได้มีพระบรมราชโองการให้จัดทำประมวลกฎหมายของจักรวรรดิโรมันขึ้นมาและได้ทรงอธิบายถึงโทษในความผิดฐานนี้ไว้โดยละเอียดว่า

“โดยที่ชนบางเหล่า ผู้ถูกขูดด้วยบาปกิเลส ได้ทอดตาเล็งสู่ทรมานวิสัย ทั้งได้บังอาจกระทำอาชญากรรมต่อธรรมชาติ เราจึงจะบังคับชนเหล่านั้นให้มีความเกรงกลัวในองค์พระผู้เป็นเจ้า และคำพิพากษาของพระองค์ ในอนาคตให้ละเสียจากทรมานวิสัยอันซึ่งจัญไรนั้นและอับมงคลเหล่านั้นเสีย มิให้กรรมอันชนเหล่านั้นได้ล่วงสู่บาปชกน้าพระอาญาแห่งพระผู้เป็นเจ้าอันทรงเดชาหรือเป็นทางสู่เหตุวิบัติแก่พระนครและชาวอาณาจักร อาชญากรรมต่อธรรมชาติเช่นนั้น จักต้องรับผิดชอบต่ออัครศิภัย แผ่นดินไหว ธรณีสูบ โรงท่าไขพิช เพื่อขจัดรังควาญแห่งบาปเช่นนั้นและเพื่อรักษามนุษย์ไว้มิสูญเสียวิญญาณแห่งตน ดังนั้น เราต้องการ

³⁷³ Grossman L. Joanna, *op. cit.*

³⁷⁴ J. A. C. Thomas, *op. cit.*, p. 211.

³⁷⁵ *Ibid.*, pp. 12-19.

ให้ชนเหล่านี้ละเลย จากการทอดตนลงสู่การอันไร้ศรัทธาแห่งพระธรรม
เช่นนั้นเสีย”³⁷⁶

จากการอธิบายแนวคิดถึงในบัญญัติกฎหมายและลงโทษในความผิดของกลุ่มคนที่มี
พฤติกรรมรักเพศเดียวกันของจักรพรรดิจัสติเนียนนั้นเป็นการอธิบายว่า การที่บุคคลมีพฤติกรรม
เช่นนี้เป็นสิ่งที่ฝ่าฝืนต่อธรรมชาติของมนุษย์และเป็นการไม่ศรัทธาในพระเจ้าตามหลักความเชื่อใน
ศาสนาคริสต์ ดังนั้นจึงทำให้เกิดการลงโทษผู้ที่กระทำความผิดเช่นนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามกฎหมาย
ในยุคนี้การมีพฤติกรรมแบบรักเพศเดียวกันเป็นการกระทำผิดต่อบ้านเมือง และกระทบต่อศีลธรรม
ประกอบกับความเชื่อในทางศาสนาของประชาชนในสังคมด้วย

แต่เนื่องจากหลักคำสอนของศาสนาคริสต์นี้อยู่ในความรู้สึกนึกคิดของชาวตะวันตก
ว่าเกย์เป็นสิ่งที่ชั่วช้า และได้กลายมาเป็นมาตรฐานทางศีลธรรมโดยทั่วไปว่าการเป็นเกย์เป็นสิ่งที่
อุบาทว์บ้านอุบาทว์เมือง และยอมรับกันไม่ได้ และเมื่อสังคมรับไม่ได้ กฎหมายในฐานะที่เป็นเครื่องมือ
ในการควบคุมสังคมและทำหน้าที่เป็นตัวแทนของสังคม ในการกำหนดห้ามประพฤติดนเป็นคนที่
มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน และถ้ามนุษย์คนใดฝ่าฝืนมนุษย์คนนั้นก็จะถูกลงโทษอย่างโหดเหี้ยม เพราะ
ถือเป็นการผิดร้ายแรงอย่างหนึ่งของประเทศที่นับถือศาสนาคริสต์

แม้ในยุคสมัยใหม่ นับตั้งแต่ศตวรรษที่ 17 การมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันก็ยังถือว่า
มีความผิดร้ายแรง เช่น ในอังกฤษใครมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันต้องถูกลงโทษโดยการแขวนคอ และ
ในอังกฤษได้มีการยกเลิกความผิดฐานนี้กันในปี ค.ศ.1967 โดยได้มีการเรียกร้องให้ยกเลิกความผิด
ฐานนี้ตั้งแต่ปี ค.ศ.1957 จึงเห็นได้ว่าแนวคิดในเรื่องความเชื่อทางศาสนา ถือเป็นส่วนสำคัญในการ
ดำเนินชีวิตด้านความเชื่อของมนุษย์และมีอิทธิพลต่อการกฎหมายของสังคมนั้นๆ เพราะแนวคำสอน
ของศาสนาในสมัยนั้นเป็นส่วนหนึ่งที่ยึดเหนี่ยวจิตใจของคนในสังคม

นอกจากนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการลงโทษบุคคลที่มีพฤติกรรมแบบรักเพศ
เดียวกัน โดยมีการลงโทษด้วยการจำคุกตลอดชีวิต แต่ต่อมาได้ถูกยกเลิกไปความผิดฐานดังกล่าวมานี้
ไป³⁷⁷

แต่ต่อมาแนวความคิดสมัยใหม่เกิดขึ้นในช่วงปลายศตวรรษที่ 18 โดยมนุษย์มีความ
เชื่อที่เปลี่ยนไป เพราะในยุคนี้อำนาจและอิทธิพลของศาสนาเริ่มเสื่อมถอยลง³⁷⁸ แต่ถึงอย่างไรก็ตาม

³⁷⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “การอภิปรายเรื่องเกย์ vs กฎหมาย,” วารสารนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 105.

³⁷⁷ Daniel R. Pinello, *op. cit.*, p. 119.

พฤติกรรมรักเพศเดียวกันก็ยังคงถือว่าเป็นเรื่องที่ผิดหลักศาสนาและเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายอยู่ ซึ่งใครมีพฤติกรรมเช่นนี้ก็ต้องถูกลงโทษทางกฎหมาย แต่ในยุคนี้มนุษย์กลับมีแนวทางการเชื่อและวิถีชีวิตเป็นของตนเองมากขึ้น โดยในยุคนี้มนุษย์มีความเชื่อว่าพระเจ้าทรงสร้างมนุษย์เป็น 2 เพศ คือ ชายและหญิงจริง³⁷⁹ แต่ในเรื่องของการใช้วิถีทางเพศของมนุษย์นั้นพระเจ้ามีอาจทรงกำหนดพฤติกรรมทางเพศของมนุษย์ได้ มนุษย์ในยุคนี้จึงมีความคิดว่า พฤติกรรมรักต่างเพศ หรือ พฤติกรรมรักเพศเดียวกัน เป็นเพียงความพึงพอใจในทางเลือกเรื่องเพศส่วนบุคคลของมนุษย์ เป็นความรู้สึกส่วนบุคคลที่พึงพอใจต่อการเลือกดำเนินชีวิตทางเพศ³⁸⁰ ในหลายประเทศแถบตะวันตกมีแนวคิดเช่นนี้ โดยเฉพาะประเทศอังกฤษ โดยเรียกแนวคิดนี้ว่า ความโน้มเอียงในทางเพศ³⁸¹ ซึ่งจะตรงกับคำในภาษาอังกฤษว่า “Inclination” น่าสังเกตว่าแนวคิดเรื่องความโน้มเอียงทางเพศที่เป็นแนวคิดของชาวอังกฤษแต่ในความเป็นจริงแล้วไม่ได้มีจุดเริ่มต้นมาจากชาวอังกฤษหรือชาวตะวันตกแต่อย่างใด³⁸² โดยแนวคิดนี้มีมาตั้งแต่ยุคโบราณของวัฒนธรรมเอเชีย และจึงมาสู่วัฒนธรรมของชาวยุโรป และวัฒนธรรมอเมริกา ตามลำดับ ซึ่งปรากฏหลักฐานเกี่ยวกับแนวคิดความโน้มเอียงทางเพศเช่นนี้ กับ กษัตริย์องค์ที่ 3 ของประเทศญี่ปุ่น ชื่อโชกุนสือมิทสึ ซึ่งครองราชย์ในช่วงศตวรรษที่ 17 ในปี ค.ศ.1604-1651 กษัตริย์องค์นี้มีความหลงใหลในความเป็นชายและมีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันทรงให้เสรีภาพด้านความรักกับประชากรของพระองค์รวมถึงพฤติกรรมรักเพศเดียวกันของพวกเขาไม่ว่าญี่ปุ่นก็

³⁷⁸ **Court Annuls France’s First Same-Sex Marriage**, Retrieved July 13, 2013 from <http://www.baywindoes.com/media/paper328/news/2003/09/11/NewsBriefs/International.Briefs-463116.shtml>

³⁷⁹ Jenn Buck, **N. H. Court Rules Same-Sex Relations Not Adultery**, Retrieved May 15, 2009 from <http://thedartmouth.com/2003/11/14/news/nh/,2013>

³⁸⁰ นฤพนธ์ ตัวงวิเศษ, รายงานวิจัย เรื่อง ประมวลแนวคิดเรื่องวัฒนธรรมบริโภคในมิติเพศวิถี (รายงานการวิจัย เสนอต่อศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร, 2557), หน้า 42.

³⁸¹ Rita A. Webb, **Overview of Same Sex Marriage in the U.S.: The Struggle for Civil Rights and Equality**, Retrieved June 6, 2013 from <http://www.socialworkers.org/diversity/lgb/062005.asp>

³⁸² C. N. Armstrong, “Intersexuality in Man,” In **Intersexuality in Vertebrates including Man**, C. N. Armstrong and A. J. Marshall, eds. (London: Academic, 1964), p. 349.

เกิดในยุคนี้³⁸³ กษัตริย์องค์นี้เคยเหนี่ยวรั้งเด็กหนุ่มที่กำลังจะเข้าพิธีแต่งงานกับหญิงสาว และกษัตริย์องค์นี้ สั่งให้จับกุมหญิงสาวที่เด็กหนุ่มจะเข้าพิธีแต่งงานด้วยเอาไว้³⁸⁴

ต่อมาในปี ค.ศ.1798 ได้มีงานเขียนของ Sappho บรรยายถึงความทุกข์ของการมีพฤติกรรมโน้มเอียงทางเพศซึ่งมีมาแต่กำเนิด หรือแม้แต่งานเขียนของ Aristotle เรื่อง Problems ซึ่งได้พูดถึงความพึงพอใจในพฤติกรรมรักเพศเดียวกันที่มีมาแต่กำเนิด โดย Aristotle ได้ข้อมูลจากการวิเคราะห์ความพึงพอใจในทางเพศของผู้ชายที่มีความพึงพอใจในการมีเพศสัมพันธ์กับเพศชายด้วยกัน ด้วยการสอดใส่ทางทวาร ข้อมูลเหล่านี้ได้จากบันทึกของตำรวจกรุงปารีสกับผู้ต้องหาชายในปี ค.ศ.1720 ว่า “พวกตนมีรสนิยมทางเพศเช่นนี้มาตลอดชีวิตตน” หรือ “ตนมีความสุขเมื่อได้มีเพศสัมพันธ์กับผู้ชาย ทั้งๆ ที่ตั้งแต่วัยเด็กตนไม่เคยมีเพศสัมพันธ์ในลักษณะเช่นนี้มาก่อนเลย ความชื่นชอบเช่นนี้มันอยู่ในสายเลือดของตนแล้ว”³⁸⁵

จากแนวคิดเรื่องความพึงพอใจในทางเพศไม่เพียงแต่ปรากฏในประวัติศาสตร์มาอย่างยาวนานแต่ยังสังเกตได้ว่า ยังนำมาซึ่งแนวคิดในการยอมรับกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันสู่ยุคต่อๆ ไป เพราะเป็นการสร้างคุณค่าในการประพฤติดน ประกอบกับเป็นแนวคิดในการปรับตัว เพื่อให้เกิดการเคารพและยอมรับในพฤติกรรม และเสริมสร้างความสมบูรณ์ของแต่ละบุคคลในสังคมด้วย และแนวคิดนี้ได้พัฒนามาตั้งแต่ศตวรรษที่ 18 กลายมาเป็นต้นแบบของแนวคิดยุคปัจจุบัน ซึ่งเรียกแนวคิดนี้ว่า ความพึงพอใจในการเลือกเรื่องเพศ ซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Sexual Orientation” หมายถึงความพึงพอใจในการเลือกเพศ แบบรักเพศเดียวกัน หรือแบบรักต่างเพศ และรักได้ทั้งสองเพศ ที่บุคคลมีอยู่ในตัว และที่แสดงออกต่อคู่รักของตน

ในช่วงต้นศตวรรษที่ 19 มนุษย์ก็ยังคงมีแนวคิดว่าพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นสิ่งที่ผิดศีลธรรมและเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายอยู่ ซึ่งใครมีพฤติกรรมเช่นนี้ก็จะได้รับโทษ ซึ่งรวมถึงกิจกรรมทางเพศต่างๆ ที่ไม่ก่อให้เกิดการสืบทอดบุตร และความสัมพันธ์ทางเพศที่ไม่ได้เกิดขึ้นภายหลังการสมรสก็ถือเป็นเรื่องผิดศีลธรรมเช่นกัน³⁸⁶ แนวความคิดในยุคนี้ไม่ยอมรับว่าการมีพฤติกรรมที่รักเพศเดียวกันเป็นสิ่งที่ติดตัวมาตามธรรมชาติ อิทธิพลของแนวความคิดดังกล่าวทำให้ศาลสหรัฐในยุคนั้น ตัดสินคดี

³⁸³ Gerhard O. W. Mueller, *Sexual Conduct and the Law*, 2nd ed. (New York: Oceana, 1980), p. 23.

³⁸⁴ J. E. de Becker, *Annotated Civil Code of Japan* (London: Butterworth & Co, 1910), p. 5.

³⁸⁵ Brenda M. Hoggett and David S. Pearl, *op. cit.*, p. 67.

³⁸⁶ Daniel S. Leonard, “Sexual Orientation and the Law,” *The Editors of the Harvard Law Review* 2, 12 (May 1990): 2.

ระหว่าง นายชเลเกล กับ รัฐบาลสหรัฐอเมริกา โดยปฏิเสธไม่ให้ข้าราชการพลเรือนที่เป็นบุคคลที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันซึ่งถูกไล่ออกจากราชการ กลับเข้ามารับราชการอีกครั้ง โดยศาลให้เหตุผลว่าการมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันของเขาถือเป็นเรื่องผิดศีลธรรม หยาบช้า เลวทราม และน่ารังเกียจ³⁸⁷ ต่อมาในปลายศตวรรษที่ 19 จนถึงช่วงกลางศตวรรษที่ 20 เริ่มมีการเปลี่ยนแนวคิดว่า พฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นสิ่งที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด ซึ่งยุคนี้แพทย์และนักจิตวิทยาได้พยายามหาวิธีการรักษาให้หายจากการมีพฤติกรรมดังกล่าว ซึ่งในยุคนั้นถือว่ากลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน เป็นอาการเจ็บป่วยของผู้ป่วยทางจิต³⁸⁸

จากนั้นในปี ค.ศ.1968 สมาคมจิตแพทย์ของประเทศสหรัฐอเมริกา³⁸⁹ ได้บรรจุให้พฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นความผิดปกติทางจิต และองค์การอนามัยโลก ได้มีการประชุมเพื่อจำแนกโรคสากล ครั้งที่ 9 หรือ ICD 9³⁹⁰ ในปี ค.ศ.1978 และได้ลงความเห็นว่าเป็นบุคคลที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันกับตน และมีรสนิยมมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลที่มีเพศเดียวกับตน เป็นผู้มีความวิปริต จัดได้ว่าเป็น โรคหลงเพศ³⁹¹ จึงทำให้คนในสังคมยุคนั้นเกิดความรังเกียจและเหยียดหยามกับบุคคลที่มีพฤติกรรมเช่นนี้ แต่ต่อมาในปี ค.ศ.1973 สมาคมจิตแพทย์แห่งประเทศสหรัฐอเมริกา ได้เพิกถอนพฤติกรรมรักเพศเดียวกันออกจากรายการความผิดปกติทางจิต โดยให้เหตุผลว่าความเลวทรามตามที่ตั้งใจและเชื่อกันมาในสังคมทั่วไป เป็นสิ่งที่ถูกกำหนดมาจากพระเจ้า ซึ่งปัจจุบันจิตแพทย์ได้พิจารณาอย่างละเอียดถี่ถ้วนแล้วว่า การมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันไม่ได้ก่อให้เกิดความผิดปกติทางเพศใดๆเลย³⁹² ขณะที่สมาคมว่าด้วยวิชาโรคจิตแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา สมาคมนักสังคมสงเคราะห์

³⁸⁷ Kanongnij Sribuaim, "Living Together: Rights of Heterosexual and Homosexual," *Chulalongkorn Law Review* 64, 1 (March 1990): 59.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 60.

³⁸⁹ The American Psychological Association (APA)

³⁹⁰ ICD 9 ซึ่งย่อมาจาก International Classification of Diseases 9 Revision เป็นการประชุมเพื่อจำแนกโรคแห่งชาติ ครั้งที่ 9 จัดโดยองค์การอนามัยโลก; วิจิตร บุญยะโทธร, *เรื่องเดิม*, หน้า 530.

³⁹¹ มณฑาทิพย์ ชัยเปรม, *ปัจจัยทางจิต สังคมที่เกี่ยวข้องกับผู้ชายที่มีความผิดปกติของเอกลักษณ์ทางเพศซึ่งได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชาจิตเวชศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 31.

³⁹² David Cole and Jr. Eskridge N. William, "From Hand-Holding to Sodomy: First Amendment Protection of Homosexual (Expressive) Conduct," *Harvard Civil Rights Cites Civil Liberties Law Review* 27, 2 (June 1994): 241-254.

แห่งชาติ องค์การวิชาชีพทางด้านสุขภาพจิตในประเทศสหรัฐอเมริกา และการประชุมการจำแนกโรคแห่งชาติ ครั้งที่ 10 หรือ ICD 10 ขององค์การอนามัยโลก ต่างลงความเห็นเหมือนกันว่า กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน มีใช้คนที่มีอาการป่วยทางจิตและเป็นโรคอีกต่อไป เนื่องจากมีงานวิจัยที่สำคัญทางการแพทย์มากมาย ที่แสดงให้เห็นว่าความสัมพันธ์แบบรักเพศเดียวกันไม่เกี่ยวกับความเจ็บป่วย และไม่ได้มีอาการทางจิต³⁹³ และต่อมานักวิชาการในขณะนั้น ได้ยอมรับว่าการแสดงออกซึ่งความรักของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่เป็นเรื่องผิดปกติและผิดธรรมชาติอีกต่อไป

จากการที่ได้ศึกษาถึงแนวคิดของสังคมในยุคอดีตที่ผ่านมาจะทำให้วิเคราะห์ได้ว่า ศาสนาและความเชื่อมีอิทธิพลต่อการยอมรับและไม่ยอมรับกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันอย่างมาก เพราะจะเห็นได้จากก่อนที่ศาสนาจะเข้ามามีบทบาทในสังคมมนุษย์ ในขณะนั้นมนุษย์มีแนวคิดที่เปิดกว้างและยอมรับพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเพราะคำสอนของศาสนายังไม่เข้ามาถึง โดยมนุษย์โดยมองว่าพฤติกรรมเหล่านี้เป็นเพียงความพึงพอใจในทางเลือกเรื่องเพศ ไม่ได้เป็นเรื่องที่แปลก และกลับมองว่าเป็นเรื่องธรรมดาที่สามารถเกิดขึ้นได้ เช่น แนวคิดของชาวกรีกที่มองว่า รูปร่างและสรีระของความเพศชายที่ดูน่าหลงใหล³⁹⁴ เป็นยุคของนักปราชญ์ Plato และ Socrates ที่ยึดถือหลักการว่าชายเท่านั้นที่สามารถเป็นนักปราชญ์ การคบหาสมาคมกับหญิงจะทำให้ปัญญาของตนเสื่อมลงตลอดชีวิตของพวกนักปราชญ์เหล่านี้จะถูกปัญหาและมีการรวมตัวในหมู่ชายเท่านั้น ทำให้เชื่อว่ามหาปราชญ์เหล่านี้เป็นต้นแบบของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันในสมัยกรีก และเป็นเรื่องของชนชั้นสูง หรือต่อมาในยุคของอาณาจักรโรมันที่มองว่าพฤติกรรมเหล่านี้เป็นเพียงส่วนหนึ่งของการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันนี้จึงได้รับการยอมรับและยกย่อง แต่เมื่อศาสนาเข้ามามีบทบาทในสังคมแนวคำสอนของศาสนาจึงกลายมาเป็นเครื่องมือในการจำกัดแนวความคิดของมนุษย์ให้ไปปฏิบัติตามหลักคำสอนของศาสนา ดังจะเห็นได้จากช่วงก่อนกลางศตวรรษที่ 19 ศาสนาคริสต์มีอิทธิพลและบทบาททางการเมืองต่อผู้นำประเทศในตะวันตกมาก³⁹⁵ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสหรัฐอเมริกา รวมถึงประเทศเจ้าอาณานิคม ที่มีศาสนาคริสต์เป็นศาสนาประจำชาติ

ดังนั้น นโยบายทางการเมืองของประเทศเหล่านั้นจึงถูกแทรกแซงด้วยคำสอนของศาสนาโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ โดยแนวความคิดเรื่องพฤติกรรมรักเพศเดียวกันซึ่งถือเป็นบาปที่ถูกถ่ายทอดไปยังผู้ปกครองคนในสังคมและกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมเหล่านั้น รวมถึงประชาชนที่อยู่ใน

³⁹³ American Psychological Association, September 30, 1995

³⁹⁴ Catherine Fairbaire, "Protection of Homosexual (Expressive) Conduct," *Harvard Civil Rights Cites Civil Liberties Law Review* 27, 1 (June 1994): 4.

³⁹⁵ เสรี พงศ์พิศ, *ศาสนาคริสต์* (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2511), หน้า 32.

ประเทศเมืองขึ้นซึ่งหยั่งรากลึกต่อความเชื่อของประชาชนบางคนจวบจนปัจจุบัน³⁹⁶ จนกระทั่งในปลายศตวรรษที่ 19 ถึงกลางศตวรรษที่ 20 เมื่อวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีเจริญมากขึ้น วิวัฒนาการทางการแพทย์ก็เจริญก้าวหน้าตามไปด้วย นักวิชาการจากแขนงต่างๆ พยายามหาวิธีบำบัดรักษาผู้ที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันในเชิงวิทยาศาสตร์และการแพทย์ และพยายามตั้งสมมุติฐานว่าพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นโรคที่ผิดปกติทางจิตชนิดหนึ่ง ซึ่งเกิดมาจากความผิดปกติของฮอร์โมนในร่างกายมนุษย์³⁹⁷ ดังนั้นในยุคนี้จึงมีการทำวิจัยเพื่อหาวิธีการรักษาและบำบัดผู้ที่มีพฤติกรรมทางเพศที่คนในยุคนี้มีความเชื่อว่าผิดปกติ แต่ก็เป็นอันไร้ผล เพราะวิทยาศาสตร์และการแพทย์มีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้น ทำให้การเชื่อถือสิ่งใดจะต้องมีเหตุและผลที่สามารถพิสูจน์ได้ จึงทำให้ค้นพบว่าพฤติกรรมดังกล่าวไม่ได้เป็นโรคอาการทางจิต หรือเป็นการผิดศีลธรรมตามหลักความเชื่อของศาสนาอย่างร้ายแรง ตามความเชื่อในอดีตแต่อย่างใด กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันจึงพยายามพิสูจน์ตนเองว่าพฤติกรรมดังกล่าวนั้นไม่ใช่ภาวะที่ผิดปกติทางเพศตามที่สังคมเข้าใจ จึงได้มีการเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพประกอบกับความเสมอภาคในพฤติกรรมทางเพศของกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันในประเทศประชาธิปไตยมากขึ้น

นับตั้งแต่ศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา เริ่มมีการเปลี่ยนแปลงแนวคิดที่มีต่อกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในทางที่ดีขึ้น สังคมเริ่มมีความเข้าใจและปรับเปลี่ยนทัศนคติกับกลุ่มคนดังกล่าว ประกอบกับการเปลี่ยนแปลงของแนวคิดในทางกฎหมายอย่างกว้างมากยิ่งขึ้น ดังจะเห็นได้จากการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นกับกฎหมายภายในของหลายประเทศที่ได้มีการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเกิดขึ้น อันเป็นการยอมรับเสรีภาพในเพศวิถีที่แตกต่าง ส่วนในระดับของข้อตกลงระหว่างประเทศยังไม่ได้มีการรับรองสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไว้อย่างชัดเจน จนมาสู่ศตวรรษที่ 21 ได้ปรากฏคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้ให้การคุ้มครองต่อสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเกิดขึ้น และยังคงปรากฏชัดเจนอยู่ในหลักการ Yogyakarta³⁹⁸ (The Yogyakarta Principles ค.ศ.2006) ซึ่งต่อมา

³⁹⁶ Catherine Fairbaire, "Sam-Sex Marriage and Civil Partnerships," *Harvard Civil Rights Cites Civil Liberties Law Review* 27, 1 (March 1994): 111.

³⁹⁷ Morton J. Horwitz, "Rights," *Harvard Civil Rights Cites Civil Liberties Law Review* 23 (Summer 1988): 393-406.

³⁹⁸ Daniel J. Kane, "Homosexuality and the European Convention on Human Rights: What Rights?," *Hastings International and Comparative Law Review* 11 (1988): 447-486.

กลายมาเป็นหลักฐานสำคัญในการอ้างถึงสิทธิของกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันในการที่จะได้รับการปกป้องและคุ้มครองวิถีทางเพศจากกฎหมายด้วย

ครั้งหนึ่งในออสเตรเลียเคยกำหนดให้การมีความสัมพันธ์ที่ลึกซึ้งระหว่างมนุษย์ที่มีเพศสรีระเดียวกันในหลายรัฐเป็นการกระทำที่มีความผิด แต่ในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 ได้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างมากในออสเตรเลีย รัฐต่างๆ ได้มีการปรับแก้กฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งการยกเลิกความผิดอาญา ในความผิดฐานรักเพศเดียวกันโดยรัฐ South Australia เป็นรัฐแรกที่ยกเลิกความผิดอาญากับการมีความสัมพันธ์ที่ลึกซึ้งระหว่างมนุษย์ที่มีเพศสรีระเดียวกัน ค.ศ.1972 รัฐ Australian Capital Territory กับ รัฐ Victoria มีการยกเลิกความผิดอาญากับพฤติกรรมรักเพศเดียวกันในปี ค.ศ. 1976 และ ค.ศ. 1980 ตามลำดับ รัฐ Northern Territory เป็นรัฐถัดมาที่มีการยกเลิกความผิดอาญากับการกระทำของชายรักเพศเดียวกันที่ทำด้วยความสมัครใจทั้งสองฝ่ายในปี ค.ศ.1983 ตามมาด้วยรัฐ New South Wales ในปี ค.ศ.1984 รัฐ Western Australia ในปี ค.ศ.1989 รัฐ Queensland ในปี ค.ศ.1990 และ รัฐ Tasmania เป็นรัฐสุดท้ายในออสเตรเลียที่ยกเลิกกฎหมายลงโทษแก่รักเพศเดียวกันในปี ค.ศ.1997 และเป็นรัฐแรกที่ได้มีการยอมรับสิทธิในการใช้ชีวิตคู่ของกลุ่มคนรักเพศเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายของรัฐต่างๆ เหล่านี้มีความแตกต่างกันมาก แต่ลักษณะที่เหมือนกันก็คือ การไม่เอาผิดทางอาญากับการกระทำแบบรักเพศเดียวกันที่ทำด้วยความสมัครใจทั้งสองฝ่ายในสถานที่ที่เป็นส่วนตัว โดยกฎหมายได้กำหนดอายุขั้นต่ำที่อนุญาตให้มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันได้ และได้กำหนดข้อกำหนดเพื่อใช้คุ้มครองบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดหรือบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิตไม่ให้ถูกเอาเปรียบ และยังได้บัญญัติข้อกำหนดเพื่อคุ้มครองบุคคลจากการกระทำที่พวกเขาไม่ยินยอม

และจากที่กล่าวมาข้างต้นอาจทำให้ดูราวกับว่าการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายในโลกยุคปัจจุบันมีทิศทางที่นำไปสู่การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันและเพศวิถีในรูปแบบต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งของคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเพิ่มมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นทั้งความร่วมมือในระดับประเทศหรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในของรัฐต่างๆ ก็มีแนวโน้มที่เปิดกว้างและมีแนวทางในการปรับเปลี่ยนกฎหมาย ที่ทำให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีที่ยืนในสังคม ที่แตกต่างไปจากอดีตที่บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้พฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นการกระทำที่มีความผิดและต้องรับโทษ

3.1.5.2 วิเคราะห์แนวคิดของประเทศไทย

ในสังคมไทยพฤติกรรมรักเพศเดียวกันมีมานานแล้ว แต่ไม่เป็นที่ยอมรับ โดยในสังคมไทยเชื่อว่าบุคคลที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน เป็นสิ่งที่น่ารังเกียจ เป็นความวิปริตผิดเพี้ยน จึงต่อต้านการอยู่กินร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน และมิยอมให้มีการจดทะเบียนสมรสกัน จวบจนปัจจุบัน

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับต่างประเทศแล้วจะพบว่าประเทศไทยไม่มีแนวคำสอนหรือแนวความคิดที่ว่า พฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นสิ่งชั่วร้าย เป็นความผิดบาปร้ายแรง กฎหมายไทยถือว่ากรกระทำดังกล่าวนั้นต้องห้ามสำหรับผู้ถืออุโบสถศีล หรือศีลแปดข้อ หรืออาจผิดศีลพรหมจารยา และจากหลักฐานในอดีตก็พบแต่เพียงว่า พฤติกรรมรักเพศเดียวกันนี้ จะมีการห้ามเฉพาะ สนม นางใน หรือกลุ่มคนชั้นสูงในราชสำนักเท่านั้น หากฝ่าฝืนก็ต้องมีโทษตามกฎหมายเทียบบาล ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าพฤติกรรมรักเพศเดียวกันของสังคมไทยในอดีตไม่ถือเป็นความผิดร้ายแรงถึงขนาดต้องลงโทษทางอาญาให้ถึงแก่ชีวิตเหมือนของต่างประเทศ

ส่วนประวัติความเป็นมาของและพัฒนาการทางด้านแนวคิดของไทยนั้น ยังไม่พบบันทึกที่กล่าวถึงแนวคิดที่ไม่ยอมรับการมีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรในลักษณะของข้อมูลในสังคมทั่วไป จะมีก็แต่การกล่าวถึงข้อห้ามในการกำหนดพฤติกรรมของชนชั้นสูงในราชสำนัก เช่น กรณีของเจ้านายบางพระองค์ที่ไม่อยู่ร่วมกับหม่อมห้าม แต่กลับบรรทมอยู่กับเหล่านักแสดงละครที่ทรงเลี้ยวไว้ ดังเช่น กรมหลวงรักษรณเรศร ที่ปรากฏในพระราชพงศาวดาร รัชกาลที่ 3 ความว่า การคบกับพวกละครเช่นนั้นเป็นการชกพาให้เสียคน วินิจฉัยคดีไม่เป็นธรรม และเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้พระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัวไม่ทรงไว้วางพระราชหฤทัย หลังจากนั้นทรงทราบว่ กรมหลวงรักษรณเรศร คิดการกบฏจึงทรงลงพระราชอาญาสำเร็จโทษเสีย³⁹⁹ ดังปรากฏข้อความในพระราชพงศาวดารว่า “ทรงขัดเคืองกรมหลวงรักษรณเรศร ว่าทรงมีพระมหากษัตริย์คุณชูปเลียงให้เป็นผู้ใหญ่ เป็นที่ทรงไว้วางพระราชหฤทัยต่างพระเนตรพระกรรณ แต่ก็หาตั้งอยู่ในยุติธรรมไม่ กดขี่หักหาญถ้อยความผิดๆ อย่างนี้คงมีหลายเรื่องมาแล้ว และด้วยอ้ายพวกละครชกพาให้เสียคน จึงให้ตะลาการค้นหาความอื่นต่อไป ให้ได้ความว่ากรมหลวงรักษรณเรศรชำระความของราษฎรมิได้เป็นยุติธรรม ด้วยพวกละครรับสินบนทั้งฝ่ายโจทก์ฝ่ายจำเลยแล้วก็หักเอาชนะความจึงได้ตั้งแต่เล่นละครเข้าแล้ว ก็ไม่ได้บรรทมข้างในในด้วยหม่อมห้ามเลย บรรทมอยู่แต่แก่งข้างท้องพระโรงด้วยพวกละคร จึงรับสั่งให้เอาพวกละครมาแยกย้ายกันไต่ถาม ได้ความกันว่าเป็นสวาทไม่ถึงข้าเรา แต่เอามือเจ้าละครและมือท่านกำคุยฐานด้วยกันทั้งสองฝ่าย ให้สำเร็จภาวะธาตุเคลื่อนพร้อมกันเป็นแต่เท่านั้น⁴⁰⁰ และตัวประพฤติการคตโกงเอาสินบนในการชำระถ้อยความและตั้งขุนนางก็ทรงเคยเตือนสติหลายครั้งหลายคราวว่าอย่าทำให้ราษฎรเข้าติฉินนินทาหมิ่นประมาทได้ อย่าให้ชื่อชัวอยู่ในแผ่นดินเหมือนตัวประพฤติการที่ไม่อยู่กับเมียดังนี้ ก็มีผู้มาพูดว่ากล่าวทั้งผู้ชายและผู้หญิง ข้างผู้ชายนั้นก็กรมขุนรามอิศเรศ เป็นต้น จนกระทั่งมหาดเล็กเด็กชาย ฝ่ายผู้หญิงเมียของตัวที่ได้รับ

³⁹⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ตำนานรักร่วมเพศของไทย,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย

ธรรมศาสตร์, หน้า 85-95.

⁴⁰⁰ การช่วยกันสำเร็จความใคร่ด้วยมือเพื่อที่จะสำเร็จความใคร่พร้อมกันทั้งสองฝ่าย

พระราชทานเบี้ยหวัดก็มาเล่าให้เขาฟังออกเชิงแซ่ไปว่าตัวไม่อีนังขังข้อกับลูกเมีย⁴⁰¹ มาหลงรักأيัยคน โขนละคร พระเจ้าอยู่หัวก็ทรงทราบ จึงทรงพระราชดำริว่าจะชอบใจอย่างเจ้าปึกกิ่ง (เตากวาง) รักจิว จะช่องเสพผู้ชายบ้าง ผู้หญิงบ้างกระมัง ครั้งจะห้ามปรามว่ากล่าวให้รู้สึกตัวเสียว่าทำดังนี้ไม่งามไม่ดี ความก็จะอื้ออึงไปเหมือนจะแก้งประจานให้ญาติได้ความอัปยศ แล้วทรงพระราชดำริว่า แต่ก่อนกรมหลวงเทพพลภักดิ์ก็ประพฤติการไม่อยู่กับลูกเมียเหมือนกันนี้ สมเด็จพระบรมวงศาธิราชซึ่งเป็นผู้ใหญ่ก็ ทรงทราบทุกพระองค์ ก็หาได้ว่ากล่าวกรมหลวงเทพพลภักดิ์ ประการใดไม่ พระเจ้าอยู่หัวจึงมิได้เอา พระทัยเป็นธุระ ด้วยสำคัญพระทัยว่าเขาประพฤติให้เหมือนพี่ชายเป็นพี่ชายนุญช้อยายเดนเกือก เป็น คนอุบาทว์บ้านเมือง แล้วมีหน้าซ้ำกระทำให้แผ่นดินเดือดร้อนไปทุกหญ้าไปไม้ ด้วยความโลภเจตนาให้ ขายพระพักตร์ใต้ฝ่าละอองธุลีพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ซึ่งทรงพระเดชพระคุณเป็นล้นพ้นของ พระบรมวงศานุวงศ์ทั้งปวงทั้งชายหน้าข้าราชการผู้ใหญ่ผู้น้อย สมณชีพรามณไพร่ฟ้าข้าแผ่นดิน ด้วย ความเชื่อของตัวมันพุ่งเฟื่องเลื่องฤาไปทั่วนานาประเทศทั้งปวงหาควรไม่เลย ต่างคนต่างมีใจโกรธแค้น ยิ่งนัก แล้วยังมีคิดมักใหญ่ใฝ่สูงจะเป็นวังหน้าบ้าง เป็นเจ้าแผ่นดินบ้าง อย่าว่าแต่มนุษย์เขาจะยอมให้ เป็นเลย แต่สัตว์เดียรัจฉานมันก็ยังไม่ยอมให้ตัวเป็นเจ้าแผ่นดิน จึงโปรดให้ถอดเสียจากกรมหลวงให้ เรียกว่าหม่อมไกรสรลงพระราชอาญาให้ไปสำเร็จโทษด้วยท่อนจันทน์ที่วัดปทุมคงคา ณ วันพุธเดือน 1 แรม 3 ค่ำ อายุ 58 ปี พร้อมบ่าว 3 คน ขุนวุทธามาตย์ ขุนศาล 1 คน รวม 4 คนด้วยกัน ไปประหาร ชีวิตที่สาเหวันวันเดียวกัน”⁴⁰²

จากเนื้อความตามพระราชพงศาวดารที่ได้กล่าวมาข้างต้น พฤติกรรมรักเพศเดียวกัน ระหว่างเจ้านายกับคนละครนั้น ในพระราชพงศาวดารฉบับนี้เรียกว่า “การเล่นสวาท”⁴⁰³ ดังนั้นจึง อธิบายได้ว่าในสมัยนั้นพฤติกรรมรักเพศเดียวกันระหว่างผู้ชายก็จะถูกเรียกว่า “การเล่นสวาท”เช่นกัน แต่ที่น่าสังเกตคือ พฤติกรรมเหล่านั้นแม้จะถือว่าเป็นพฤติกรรมที่น่ารังเกียจ อัปยศ และสังคมไม่ ยอมรับ แต่ก็ไม่ได้ถือเป็นความผิดและจากเนื้อความในพระราชพงศาวดารดังกล่าวก็ไม่มีบทบัญญัติห้าม มิให้ผู้ชายมีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้ชายด้วยกันแต่อย่างใด⁴⁰⁴ เพราะจากเนื้อความในพระราช พงศาวดารฉบับนี้ จะพบว่า กรมหลวงรักษรณเรศร ถูกประหารชีวิตด้วยท่อนจันทน์ที่วัดปทุมคงคา

⁴⁰¹ การมิได้อยู่กินกันฉันสามีภรรยา

⁴⁰² เจ้าพระยาทิพากรวงศ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 135-136.

⁴⁰³ Mary Beth Walz, “Transsexuals and the Law,” *Journal of Contemporary Law* 5 (1979): 181-214.

⁴⁰⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ตำนานรักร่วมเพศของไทย,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, หน้า 87.

ราชวรวิหาร ด้วยสาเหตุของการช่งสมกำลังพลเพื่อจะเป็นกบฏ มิใช่สาเหตุของการมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันไม่

ส่วนพฤติกรรมรักเพศหญิงด้วยกันของสังคมไทยในอดีตก็มีคำศัพท์เฉพาะที่ใช้เรียกพฤติกรรมดังกล่าวนี้ว่า “เล่นเพื่อน”⁴⁰⁵ ซึ่งในช่วงสมัยกรุงศรีอยุธยาตอนต้น สมัยรัชกาลสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถ การมีพฤติกรรมรักร่วมเพศของผู้หญิงถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายเหี้ยมโหด ซึ่งปรากฏข้อความตอนหนึ่งในกฎหมายตราสามดวงว่า “อนึ่งสนมกำนัล คบผู้หญิงหนึ่งกันทำดูชายเป็นชู้เมียกันให้ลงโทษด้วยลวดหนึ่ง 50 ที ศักคอประจานรอบพระราชวัง ทีหนึ่งให้เอาเป็นชาวสดึง ทีหนึ่งให้แก่พระเจ้าลูกเธอหลานเธอ”⁴⁰⁶

ในสมัยรัตนโกสินทร์ การเล่นเพื่อนในหมู่สนมกำนัล เป็นพฤติกรรมที่มีกันอย่างแพร่หลายจนถึงขนาดเอามาเล่าลือกันไปต่างๆ นานาในสมัยนั้นว่าเป็นพฤติกรรมที่แปลกและวิถถาร⁴⁰⁷ จึงถือเป็นเรื่องที่น่าวิตกกังวลของพระบรมวงศานุวงศ์ชั้นผู้ใหญ่ที่ต้องคอยควบคุมดูแลพระเจ้าหลานเธอทั้งหลาย พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเคยมีพระราชหัตถเลขากำชับสั่งพระเจ้าลูกเธอและอมรมสั่งสอนบรรดาพระเจ้าหลานเธอทั้งหลายห้ามมิให้เล่นเพื่อน⁴⁰⁸ และในสมัยนั้นสมเด็จพระปิ่นเกล้าเจ้าอยู่หัว ก็เคยได้ทรงพระราชนิพนธ์ เพลงยาวอบรมในเรื่องเล่นเพื่อนว่า

“การสิ่งใดที่ไม่ดีเรามิชอบ	อ่อนวอนปลอบจงจำอย่าทำหนา
ก็ไม่ฟังขึ้นขัดอ้อฮยา	ยิ่งกำว่าต่อไม่ไหวตัว
ที่ข้อใหญ่ชี้ให้เห็นเรื่องเล่นเพื่อน	ทำให้เพื่อนราชกิจผิดทุกสิ่ง
ถ้าจะเปรียบเนื้อความไปจริง	เสมอหญิงเล่นชู้จากสามี” ⁴⁰⁹

จากพระราชหัตถเลขากำชับเป็นลายลักษณ์อักษร รวมถึงพระราชนิพนธ์เพลงยาว ที่เกิดขึ้นในช่วงเวลายุคสมัยเดียวกัน ทำให้สังเกตเห็นได้ว่าพฤติกรรมรักเพศหญิงด้วยกัน ที่เรียกกันในสมัย

⁴⁰⁵ “Notes and Comments: Transsexuals in Limbo: The Search for a Legal Definition of Sex,” *Maryland Law Review* 31 (1971): 236-254.

⁴⁰⁶ กฎมณเฑียรบาล มาตรา 124 วรรคสอง; *กฎหมายตราสามดวง, เรื่องเดิม*, หน้า 218.

⁴⁰⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ตำนานรักร่วมเพศของไทย,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, หน้า 89.

⁴⁰⁸ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 92.

⁴⁰⁹ โสมทัต เทเวศร์, *เจ้าฟ้าจุฬามณี* (กรุงเทพฯ: แพร่พิทยา, 2513), หน้า 223-226.

นั่นว่า เล่นเพื่อนนี้เป็นสิ่งที่แพร่หลายและปราบปรามกันได้ยากเช่นเดียวกับการปราบปรามการค้าประเวณีในปัจจุบัน

ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช ท่านเคยเขียนไว้ในหนังสือชื่อว่า *โครงกระดูกในตู้* ที่บรรยายถึงการลงโทษหญิงที่มีพฤติกรรมรักเพศหญิงด้วยกันในสมัยนั้นว่า “การลงโทษผู้ประพฤติเล่นเพื่อน คือการสักเป็นจุดเล็กๆ ลงบนหน้าผาก เพื่อให้สังเกตเห็นได้ว่าคนที่ถูกสักหน้าแล้วจะเข้าไปในพระราชวังอีกไม่ได้เป็นอันขาด ดังมีข้อความตอนหนึ่งบันทึกไว้ว่า เมื่อเจ้าจอมมารดาแพ (เจ้าคุณประยูรวงศ์) ในรัชกาลที่ 5 ซึ่งเป็นคนในสกุลขุนนาง เป็นหลานปู่ของสมเด็จพระยาศรีสุริยวงศ์ ได้หัดละครผู้หญิงขึ้นในพระบรมมหาราชวัง ป้าช่อมก็เข้าไปสอนละครให้ท่านอยู่ในวัง เมื่อป้าช่อมเป็นพระเอกละครก็มีผู้หญิงติดกันมาก ภาษาปัจจุบันเรียกว่ามีแฟนมากมาย เพื่อให้สมกับที่ป้าช่อมเป็นพระเอกละคร ป้าช่อมก็แต่งตัวและไว้ผมเผ้าเหมือนผู้ชาย คือ นุ่งผ้าพื้นม่วงซักชายพกให้ใหญ่ใส่เสื้อผ้าสกรีนผ้าปาน สิบบุหรี สะพานโพ เป็นต้น ยิ่งไปกว่านั้นในพระราชฐานชั้นในเมืองที่มีแต่ผู้หญิงล้วนๆ ป้าช่อมก็ประพฤติตัวแบบที่ชาววังเรียกว่า “เล่นเพื่อน” กับบรรดาแฟนละครซึ่งมีสตรีบรรดาศักดิ์รวมอยู่ด้วย ต่อมาความทราบฝ่าละอองธุลีพระบาท ก็ทรงโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมชำระความเป็นสัตย์ จึงโปรดฯ ให้ลงพระราชอาญาแห่งตระเวนรอบวัง แล้วก็ให้สักหน้าไล่ออกจากพระบรมมหาราชวังไป”⁴¹⁰

ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 มีการต่อต้านการสมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน โดยในสมัยนั้นได้ดัดแปลงกฎหมายที่มีลักษณะความผิดฐานโซโดมี (Sodomy)⁴¹¹ ของฝรั่ง โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางเพศกับเพศเดียวกันต้องรับผิดทางอาญารัฐนกระทำชำเราผิดมนุษย์ โดยความผิดฐานนี้ได้รวมอยู่ในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืน ล่วงประเวณี ร.ศ.118 (พ.ศ.2443) ต่อมาได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ร.ศ.127 (พ.ศ.2452) ซึ่งมีบทลงโทษที่กำหนดไว้ในมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ร.ศ.127 บัญญัติว่า “ถ้าผู้ใดกระทำชำเราผิดธรรมชาติตามนุษย์ ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือกระทำชำเราด้วยสัตว์เดียรฉานก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง” ต่อมาในปี พ.ศ.2499 ได้มีการแก้ไขกฎหมายฉบับนี้ใหม่ โดยยกเลิกความผิดฐานนี้เสีย เนื่องจากคณะกรรมการร่างกฎหมายเห็นว่ามักไม่มีคดีทำนองนี้เกิดขึ้น และเป็นการเสื่อมเสีย

⁴¹⁰ ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช, *โครงกระดูกในตู้* (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชัยฤทธิ์, 2524), หน้า 108.

⁴¹¹ P. J. Pace, “Sexual Identity and the Criminal Law,” *The Criminal Law Review* 23, 2 (May 1983): 317-321.

เกียรติยศของชาติ⁴¹² ทำให้ไม่มีกฎหมายที่กล่าวโทษผู้ที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในระบบกฎหมายไทย นับตั้งแต่ พ.ศ.2449 เป็นต้นมา

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น สถานะทางกฎหมายของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในอดีตนั้นพบว่า เมื่ออิทธิพลของประเทศแถบตะวันตกมีความสำคัญมากขึ้นในช่วงสมัยของรัชกาลที่ 5 ก็ได้มีการบัญญัติกฎหมายซึ่งกำหนดให้พฤติกรรมทางเพศในแบบที่เรียกว่า “ผิดธรรมชาติของมนุษย์หรือ ผิดธรรมชาติของมนุษย์” เป็นการกระทำที่เป็นความผิด โดยในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 นั้นทรงมีพระบรมราชโองการให้ประกาศใช้พระราชกำหนดข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 กำหนดโทษสำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาตน และผู้กระทำชำเราผิดธรรมชาติของมนุษย์ โดยมีโทษจำคุกสูงสุดถึง 10 ปี ซึ่งจากหลักกฎหมายดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นเป็นการกระทำที่ประเทศไทยได้รับแนวคิดและอิทธิพลของศาสนาคริสต์ที่เป็นความเชื่อของประเทศในแถบตะวันตกมาบัญญัติไว้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทย⁴¹³

ต่อมาในช่วงของการปฏิรูปกฎหมายของไทยเพื่อให้เกิดความทันสมัยแบบประเทศในแถบตะวันตก ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ทรงมีพระบรมราชโองการให้ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 (พ.ศ.2451) ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดโทษของการที่มนุษย์มีการล่วงประเวณีที่ผิดธรรมชาติไว้ในกฎหมายฉบับดังกล่าวด้วยเช่นกัน⁴¹⁴ ซึ่งจากกฎหมายดังกล่าวหมายความว่าความรวมไปถึงการมีประเวณีที่ผิดธรรมชาติของมนุษย์ด้วย อาทิ การร่วมประเวณีทางเวจมรรค การร่วมประเวณีทางทวารหนัก รวมไปถึงการร่วมประเวณีระหว่างบุคคลที่มีเพศสรีระเดียวกันไม่ว่าวิธีใดก็ตามด้วย ซึ่งการกระทำดังที่ได้กล่าวมานี้ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดซึ่งต้องได้รับการลงโทษ แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวนี้ได้ลดโทษลงเหลือเพียงโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนแต่ไม่เกินสามปี ต่อมาได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 ขึ้นมาแทนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวจึงได้ถูกนำออกไป ซึ่งเหตุที่นำบทบัญญัติดังกล่าวออกไปอาจเป็นเพราะ บทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะความผิดที่ล้าสมัย ประกอบกับไม่เคยมีคดีความในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้นเลย ดังนั้นจึงไม่สมควรที่จะนำบัญญัติในลักษณะเช่นนี้มาบัญญัติไว้ในกฎหมาย เพราะอาจทำให้ชาวต่างชาติเข้าใจว่าสังคมไทยมีการกระทำเช่นนี้มากจึงต้อง

⁴¹² กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ตำนานรักร่วมเพศของไทย,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 88-89.

⁴¹³ ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 41.

⁴¹⁴ มาตรา 242 “ผู้ใดกระทำความผิดตามมนุษย์ ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์เดียรฉานก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง”

บัญญัติกฎหมายเพื่อเอาผิด ประกอบกับวิเคราะห์แล้วเห็นว่า อิทธิพลของประเทศในแถบตะวันตกก็ได้ยกเลิกความผิดในลักษณะดังกล่าวไปก่อนหน้านี้แล้วเช่นกัน

นับตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา แนวคิดที่ว่าการมีประเวณีที่ผิดธรรมชาติของมนุษย์ อาทิ การร่วมประเวณีทางเวจมรรค การร่วมประเวณีทางทวารหนัก รวมไปถึงการร่วมประเวณีระหว่างบุคคลที่มีเพศสรีระเดียวกันไม่ว่าวิธีใดก็ตามเป็นการกระทำที่เป็นความผิด ก็หมดสิ้นไปจากระบบกฎหมายของไทย เมื่อความรักของกลุ่มคนที่มีเพศสรีระเดียวกันไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอีกต่อไป พัฒนาการที่สำคัญของสังคมไทยต่อมาคือ การผลักดันให้เกิดความชอบธรรมขึ้นในระบบกฎหมายของไทย ในการยอมรับแนวคิดที่ว่า ความรักในรูปแบบของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงก่อให้เกิดปรากฏการณ์ต่างขึ้นมาภายในการผลักดันแนวคิดดังกล่าว โดยเริ่มจากช่วงระยะเวลาของการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ซึ่งองค์กรเครือข่ายเพื่อความหลากหลายทางเพศ และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ยื่นเรื่องต่อคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญในขณะนั้น โดยต้องการให้เพิ่มคำว่า “บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ” ไว้ในมาตรา 30 วรรคสองของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวด้วย⁴¹⁵ จากข้อเสนอดังกล่าวนำมาซึ่งการถกเถียงกันอย่างกว้างขวางในระหว่างคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีทั้งฝ่ายที่เห็นด้วยและฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับแนวคิดดังกล่าว โดยเฉพาะแนวคิดดังกล่าวเป็นการระบุโดยเฉพาะเจาะจงถึงการบัญญัติบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้ในมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ

แต่ในท้ายที่สุดก็ได้มีการบัญญัติถ้อยคำอันมีความหมายเฉพาะเจาะจงถึงบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 แต่ก็เป็นที่ยอมรับในทางปฏิบัติว่าบทบัญญัติในมาตรา 30 มีเจตนารมณ์ในการสร้างความเสมอภาคและห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่มีความแตกต่างในเรื่องพฤติกรรมและการดำเนินชีวิต โดยได้อธิบายเพิ่มเติมว่า คำว่า “เพศ” มีความหมายที่สมบูรณ์อยู่ในตัวเองอยู่แล้ว โดยเฉพาะความแตกต่างในเรื่องเพศนั้นนอกจากจะหมายถึงความถึงความแตกต่างระหว่างชายและหญิงแล้ว ซึ่งยังหมายความรวมถึงพฤติกรรมในการดำเนินชีวิตทางด้านเพศวิถีของชายและหญิงด้วย ซึ่งหมายความถึงเพศสภาพหรือความหลากหลายในพฤติกรรมของชายและหญิงเหล่านั้นที่ถือกำเนิดมาด้วย เพราะฉะนั้นจึงไม่จำเป็นต้องมีการบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งต่อมาก็ได้เป็นที่ยอมรับกันว่าบทบัญญัติในเรื่องความเสมอภาคในมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 นั้นครอบคลุมถึงการดำเนินเพศวิถีของมนุษย์ในรูปแบบต่างๆ แล้ว และได้กลายมาเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งที่ถูกนำมาอ้างอิงในการผลักดันให้เกิดการรับรองสิทธิและเสรีภาพในการแสดงออกในพฤติกรรมด้านความรักของมนุษย์

⁴¹⁵ ชาย หญิง และบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศต้องมีความเท่าเทียมกัน

ซึ่งจากประเด็นดังกล่าว ได้ทำการวิเคราะห์แล้วเห็นว่า การที่จะบัญญัติคำว่า บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น ต้องมีการศึกษาถึงแนวคิดและที่มาของคำดังกล่าวเป็นอย่างดีก่อน เนื่องจากแท้จริงแล้วมนุษย์ที่ได้ถือกำเนิดมาบนโลกใบนี้ก็มีเพียงเพศสรีระที่ปรากฏเพียงสองเพศเท่านั้น คือมนุษย์ที่มีเพศสรีระชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระหญิง ไม่เคยมีปรากฏเพศอื่น ๆ นอกเหนือจากสองเพศนี้แต่อย่างใด เพราะในทางวิทยาศาสตร์แล้ว เพศของสิ่งมีชีวิต จะยึดจากอวัยวะเพศที่ปรากฏเป็นสำคัญ อวัยวะเพศของมนุษย์ที่ปรากฏนั้น จึงมีเพียง 2 ลักษณะเท่านั้น แม้ในบางกรณีมนุษย์ผู้ใดผู้หนึ่งอาจมีความปกติทางด้านร่างกายทำากฎปรากฏอวัยวะทั้งเพศชายและเพศหญิงอยู่ในบุคคลคนเดียวกัน ในทางวิทยาศาสตร์แล้วก็ได้ยอมรับว่าบุคคลผู้นั้นเป็นเพศที่สามแต่ประการใด เพราะเพศที่ปรากฏในร่างกายของบุคคลผู้นั้นก็ยังคงเป็นอวัยวะของเพศชายและเพศหญิงอยู่ดี ไม่ได้เป็นอวัยวะเพศในรูปแบบอื่นแต่อย่างใด หากแต่ความแตกต่างที่เกิดขึ้นกับมนุษย์นั้นมันคือพฤติกรรมในการแสดงออกด้านต่างๆ ของมนุษย์ ทั้งด้านความรัก และด้านความต้องการทางเพศที่มีความแตกต่างกันออกไปต่างหาก เพราะพฤติกรรมต่างๆ ที่มีความหลากหลายของมนุษย์ที่มนุษย์ได้แสดงออกมามันมีมากมายหลากหลายรูปแบบ ไม่ใช่เพศสรีระของมนุษย์ที่มีหลากหลายรูปแบบ ดังนั้น การที่คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้ระบุข้อความดังกล่าวลงไปไว้ในบทบัญญัติก็เป็นการกระทำที่ชอบแล้ว เพราะหากรัฐธรรมนูญระบุคำว่า บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศลงไปไว้ในบทบัญญัติก็อาจเป็นประเด็นขัดแย้งกับทางวิทยาศาสตร์และเกิดปัญหาในการตีความขึ้นมาในอนาคตได้อย่างแน่นอน

พัฒนาการต่อมาในการยอมรับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีที่แตกต่างคือ ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน ที่ดำเนินการโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือ ค.ส.ช. ซึ่งกำลังดำเนินการอยู่ในขั้นตอนและกระบวนการในการร่างอยู่ขณะนี้ ได้มีการบัญญัติคำว่า “เพศสภาพ” ไว้ในมาตรา.....⁴¹⁶ โดยเพิ่มคำศัพท์ดังกล่าวไว้ในวรรคสาม ซึ่งวิเคราะห์แล้วพบว่า คำว่าเพศสภาพในร่าง

⁴¹⁶ ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.

มาตรา..... “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ เพศสภาพ อายุ ความพิการ สภาพร่างกาย สุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจของสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกันกับบุคคลอื่นย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ได้หมายความถึงกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือเพศอื่นๆนอกจากชาย และหญิงตามแบบที่เข้าใจกันแต่อย่างใดเพราะรัฐยังคงเชื่อตามแนวทางของวิทยาศาสตร์ว่ามนุษย์มีเพียงสองเพศคือ มนุษย์ที่มีเพศสรีระชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงเท่านั้น เพราะหากวิเคราะห์ให้เห็นถึงเจตนารมณ์ ของร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้แล้ว ก็จะพบว่า ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้มุ่งต้องการที่จะคุ้มครองกลุ่มคนกลุ่มหนึ่งที่มีลักษณะที่แตกต่างออกไปจากกลุ่มคนส่วนใหญ่ในสังคม คำว่า “เพศสภาพ” จึงหมายความว่า การแสดงออกทางพฤติกรรมของมนุษย์คนหนึ่งที่มีมนุษย์คนอื่นๆ ในสังคมสามารถมองเห็นหรือสัมผัสได้ หรือเป็นอัตลักษณ์ทางเพศที่ปรากฏอยู่ตามที่มนุษย์ทุกคนที่มองเห็นมีความเข้าใจ รวมไปถึงกลุ่มคนที่มีเพศวิถีไม่ตรงกับเพศสรีระโดยกำเนิดของตนที่ส่งผลให้เกิดสภาวะที่ไม่ตรงกับความเข้าใจของคนส่วนใหญ่ในสังคม ทำให้กลุ่มคนบางกลุ่มในสังคมเกิดภาวะอันไม่พึงปรารถนา ซึ่งหากวิเคราะห์ให้ดีแล้วจะพบว่า การที่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ต้องการบัญญัติคำว่า “เพศสภาพ” ลงไปด้วยนั้นก็เพื่อไม่ต้องการให้กลุ่มคนดังที่ได้กล่าวมานั้น ถูกเลือกปฏิบัติจากคนในสังคมที่ไม่ปรารถนาบุคคลที่มีลักษณะดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็ความไม่ปรารถนาในการดำเนินชีวิตร่วมด้วยหรือไม่ปรารถนาในการเป็นเพื่อนร่วมงาน เพียงเพราะเหตุแห่งเพศวิถีของบุคคลเหล่านั้นไม่เป็นไปตามความเข้าใจของกลุ่มคนส่วนใหญ่ในสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าวต่อกลุ่มคนข้ามเพศ หรือ กลุ่มคนที่มีเพศวิถีไม่ตรงกับเพศสรีระโดยกำเนิดของตนที่ต้องเกิดสภาพปัญหาของการถูกเลือกปฏิบัติในเรื่องต่างๆ มากมายเพียงเพราะเหตุแห่งเพศวิถีและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลเหล่านั้นแตกต่างจากความเข้าใจของคนในสังคม ส่งผลให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้จำต้องบัญญัติคำศัพท์ดังกล่าวไว้

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า พัฒนาการทางด้านกฎหมายที่มีผลต่อกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันของไทยตั้งแต่ในอดีตมีการพัฒนาไปในรูปแบบที่ดีที่สุดเสมอมา ซึ่งแม้แต่ในอดีตนั้นสังคมไทยก็ได้ถือว่าการรักเพศเดียวกันเป็นการกระทำชั่วร้ายเหมือนอย่างในต่างประเทศ และเป็นการห้ามพฤติกรรมดังกล่าว เฉพาะชนชั้นสูงในราชสำนักเท่านั้น มิได้ห้ามสามัญชนทั่วไป มิแต่ในสมัยรัชกาลที่ 5 เท่านั้นที่บัญญัติให้มีโทษในทางอาญา แต่เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับต่างประเทศจะพบว่าแนวคิดของต่างประเทศในการกำหนดให้พฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นความผิด มีความรุนแรงกว่าประเทศไทย เนื่องจากแนวคิดของต่างประเทศได้นำคำสอนของศาสนาคริสต์และอิสลามมาเป็นการบัญญัติกฎหมายโดยถือว่เป็นความชั่วร้ายไม่ประพฤติดตามพระประสงค์ของพระเจ้า ดังนั้นโทษที่นำมาบังคับกับกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันจึงมีความรุนแรงถึงขั้นประหารชีวิต แต่ถึงอย่างไรก็ตามกฎหมายของต่างประเทศได้มีการพัฒนาแนวคิด ไปโดยตลอด โดยบางประเทศนำไปสู่การออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน แต่ในประเทศไทยนั้นแม้ในอดีตพฤติกรรมรักเพศเดียวกันจะมีสิทธิดีกว่าในต่างประเทศก็ตาม แต่กฎหมายไทยก็ได้พัฒนาในการให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ให้แก่กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน

เลย นอกจากนี้ในสังคมไทย พฤติกรรมรักเพศเดียวกัน มักจะถูกประณามจากสังคมว่าเป็นคนที่มี วิปริตทางเพศ แต่เมื่อสภาพทางสังคมได้เปลี่ยนแปลงไป แนวความคิดในเรื่องนี้ก็เปลี่ยนแปลง มีการ ยอมรับมากขึ้นในสังคมไทยทำให้กลุ่มบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันกล้าเปิดเผยตัวเองในสังคม มากขึ้น มีการรวมกันเป็นสังคม มีองค์กรที่ทำงานเพื่อสังคมที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศ เดียวกันมากมายในปัจจุบัน

3.2 ทฤษฎีกฎหมายที่สำคัญต่อแนวทางของการยอมรับและไม่ยอมรับการรับรอง สถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

ทฤษฎีกฎหมายถือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อแนวคิดของการยอมรับและไม่ให้ การยอมรับในการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถี แบบรักเพศเดียวกัน เพราะทฤษฎีกฎหมายบางทฤษฎีจะเป็นตัวที่คอยสนับสนุนถึงแนวทางของการ ยอมรับการรับรองสถานะ และทฤษฎีกฎหมายบางทฤษฎีก็จะเป็นตัวที่คอยคัดค้านหรือไม่เห็นด้วยกับ การรับรองสถานะให้แก่กลุ่มคนเหล่านั้น ดังกล่าวได้ว่ารูปแบบของทฤษฎีกฎหมายมีแนวคิดที่เป็น ผู้สนับสนุนและคอยคัดค้านอยู่ในตัว จึงทำให้ผู้ที่ต้องการศึกษาถึงเรื่องใดๆ ก็ตามต้องเข้าใจรูปแบบ ทฤษฎีนั้นๆ อย่างถ่องแท้ ดังนั้น จึงขอเสนอรูปแบบของแนวคิดในแต่ละทฤษฎีที่ให้การยอมรับ และไม่ยอมรับการบัญญัติกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรัก เพศเดียวกัน โดยจะขอเสนอรูปแบบของทฤษฎีที่ให้การสนับสนุนแนวคิดในการยอมรับก่อน หลังจากนั้นจึงเป็นการหักล้างทฤษฎีสนับสนุนการบัญญัติกฎหมายด้วยทฤษฎีคัดค้าน ตามลำดับ ดังต่อไปนี้

3.2.1 ทฤษฎีกฎหมายที่สำคัญต่อแนวทางของการยอมรับการรับรองสถานะในการใช้ ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

จากที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นว่า ขอเสนอทฤษฎีกฎหมายที่ให้การยอมรับการออก กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันก่อน เนื่องจากทฤษฎีของการให้ การยอมรับนี้ เป็นทฤษฎีกฎหมายพื้นฐานที่ต้องการจะวางรากฐานแนวคิดในเชิงบวกให้แก่ผู้ที่กำลัง ศึกษาผลงานวิจัยชิ้นนี้ และเพื่อให้การศึกษาเป็นไปในรูปแบบที่นำเสนอถึงแนวคิดในการสนับสนุนการ บัญญัติกฎหมายรับรองสถานะของคู่รักเพศเดียวกันว่ามีหลักการและเหตุผลอย่างไร ใช้ทฤษฎี กฎหมายอะไรมาอ้างว่าควรจะมีการบัญญัติกฎหมายรับรอง โดยเฉพาะการนำเสนอทฤษฎีรูปแบบของ การสมรสว่ามีที่มาอย่างไร เหตุใดจึงมีความเกี่ยวข้องกับแนวคิดในการบัญญัติกฎหมายรับรองสถานะ ในการใช้ชีวิตคู่ของคู่รักเพศเดียวกัน รวมไปถึงหลักการของแนวคิดเรื่องสิทธิโดยธรรมชาติประกอบ

หลักการในเรื่องสิทธิมนุษยชนว่ามีแนวคิดอย่างไรกับรูปแบบความรักและการเลือกที่จะใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ อันนำมาซึ่งสิทธิพลเมืองที่รัฐควรจะออกกฎหมายรับรองรูปแบบของการใช้ชีวิตคู่ของมนุษย์ในทุกรูปแบบโดยไม่ใช้หลักเกณฑ์ของธรรมชาติและศาสนามาเป็นเงื่อนไขในการปฏิเสธ รวมไปถึงทฤษฎีสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐ และทฤษฎีสถานะแห่งสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก ที่จะนำมาซึ่งการได้รับการรับรองสถานการณ์ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ การได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ในรูปแบบของกฎหมาย หลังจากนั้นจึงเป็นการศึกษาแนวคิดที่เป็นการคัดค้าน เพื่อหักล้างแนวคิดที่ให้การสนับสนุนการออกกฎหมายรับรองสถานะของคู่รักเพศเดียวกัน ดังนั้น จึงขอเสนอแนวคิดจากทฤษฎีในทางกฎหมายที่ให้การยอมรับในการบัญญัติกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ดังต่อไปนี้

3.2.1.1 ทฤษฎีรูปแบบของการสมรส

ทฤษฎีที่สำคัญต่อแนวทางของการยอมรับการมีกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของชายหรือหญิงที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวทฤษฎีแรกคือ ทฤษฎีรูปแบบของการสมรส ซึ่งทฤษฎีนี้ กล่าวถึงการจำแนกการสมรสออกมาเป็น 3 ลักษณะ คือ รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ และรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ซึ่งทั้ง 3 รูปแบบนั้นก็ยังมีหลักเกณฑ์ และวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง โดยเฉพาะรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติที่ถือว่าการสมรสของมนุษย์ที่แท้จริง เป็นการยินยอมในการร่วมประเวณีของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงโดยกำเนิด โดยมนุษย์ที่มีเพศสรีระชายจะต้องอวัยวะเพศที่เรียกว่าองคชาติ มีน้ำเชื้อสุจิ และมนุษย์ที่มีเพศสรีระหญิงจะต้องอวัยวะเพศหญิง มีรังไข่ และมีมดลูก โดยต้องเป็นการยินยอมในการร่วมประเวณีของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงดังกล่าว และเป็นลักษณะของพฤติกรรมทางเพศสัมพันธ์โดยวิถีแห่งธรรมชาติ คือการให้อสุจิและไข่ได้มีการปฏิสนธิเป็นตัวอ่อน ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นโดยธรรมชาติ ซึ่งจะเกิดขึ้นโดยวิถีแห่งธรรมชาติหรือเกิดขึ้นโดยอาศัยเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก็ย่อมได้ แต่ที่สำคัญคือจะต้องเกิดจากการปฏิสนธิระหว่างอสุจิและไข่ เพศจึงเป็นสาระสำคัญกับการสมรสในรูปแบบนี้ เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะวัตถุประสงค์ของการสมรสในรูปแบบนี้ก็เพื่อการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ ดังนั้นการสมรสในรูปแบบนี้จึงเป็นเรื่องของธรรมชาติกับมนุษย์ ธรรมชาติที่ให้แก่มนุษย์ที่มีเพศสรีระชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระหญิง ซึ่งรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติจะมีความสอดคล้องและมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ ที่เป็นการนำสิ่งที่เกิดจากธรรมชาติมาเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมและประเพณี จนกลายมาเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่มนุษย์เรียกว่า การแต่งงาน หรือ ประเพณีแต่งงาน ซึ่งรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อจะมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไปตามวัฒนธรรมและความเชื่อของสังคมนั้นๆ เพศของรักจะเป็น

องค์ประกอบที่สำคัญหรือไม่ขึ้นอยู่กับวัฒนธรรมและความเชื่อของสังคมนั้นๆ ด้วยเช่นกัน วัตถุประสงค์ของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อจึงเป็นเพียงการให้สังคมรับรู้และยอมรับความมีตัวตนของคู่รักที่เข้าพิธีแต่งงานเพื่อให้สังคมของคู่รักที่เข้าพิธีแต่งงานได้ยอมรับและรับรู้โดยทั่วไปเท่านั้น ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์เหมือนอย่างเช่นรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติแต่อย่างใด ทำให้รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อมีความแตกต่างกัน ทั้งในเรื่องรูปแบบ หลักเกณฑ์ และวัตถุประสงค์ ซึ่งรูปแบบการสมรสทั้ง 2 รูปแบบนี้มีความแตกต่างจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐด้วย เพราะเหตุผลที่ว่ารูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ คือ สิ่งที่ได้ถูกกำหนดไว้โดยรัฐนั้นๆ โดยแต่ละรัฐจะได้กำหนดเงื่อนไขของการสมรสขึ้นมาเองในรูปแบบของกฎหมาย โดยการสมรสในรูปแบบนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน โดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่มนุษย์ เพราะรัฐต้องการให้คู่รักที่เป็นประชากรของรัฐนั้นๆ ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของรัฐเพื่อให้ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน และเพื่อให้ได้รับสิทธิประโยชน์ในฐานะคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย

รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ คือ สิทธิในการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันตามกฎหมายหรือ สิทธิในกฎหมายสมรส ซึ่งสิทธิที่กล่าวมานี้เป็นสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐ ไม่ใช่สิทธิที่เกิดขึ้นเองโดยธรรมชาติ การสมรสในรูปแบบนี้จึงเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับประชาชนของรัฐนั้นๆ โดยที่หลักเกณฑ์และวัตถุประสงค์ของการสมรสในรูปแบบนี้ก็มีความแตกต่างจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่ออย่างชัดเจน เพราะวัตถุประสงค์ของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐนั้นคือ การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันตามกฎหมายให้แก่ประชากรในรัฐ ในลักษณะของการขึ้นทะเบียนกับรัฐ โดยที่รัฐได้นำกฎหมายมาบัญญัติไว้เพื่อแก้ไขปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นของประชากรเมื่อมีการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์แต่อย่างใด เพศจึงไม่ใช่สาระสำคัญของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ หรือ กฎหมายสมรส ก็จะต้องไม่นำเรื่องเพศเข้ามาเป็นองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่ประชากรในรัฐ ดังนั้นส่งผลให้สิทธิในการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันตามกฎหมายหรือ สิทธิในกฎหมายสมรส ซึ่งสิทธิที่กล่าวมานี้เป็นสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐ และจะต้องเกิดขึ้นกับทุกรูปแบบของความรัก ไม่ใช่เกิดขึ้นกับความรักในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งเท่านั้น

ดังนั้นจึงสรุปในทฤษฎีนี้ได้ว่า รูปแบบการสมรสทั้ง 3 รูปแบบมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน เพศเป็นสาระสำคัญของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติเท่านั้น และอาจมีความสำคัญกับรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อด้วยขึ้นอยู่กับวัฒนธรรมและความเชื่อของสังคมนั้นๆ ส่วนรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ เพศไม่ใช่สาระสำคัญอันใดเลย รัฐ

จึงจำเป็นต้องคำนึงถึงสถานะและรูปแบบความรักโดยที่ไม่ใช่เพศเป็นองค์ประกอบในการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่ประชากรในรัฐ

3.2.1.2 ทฤษฎีสติธิโดยธรรมชาติ

ทฤษฎีที่สำคัญต่อแนวทางของการยอมรับการมีกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของชายหรือหญิงที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันทฤษฎีต่อไปคือ ทฤษฎีสติธิโดยธรรมชาติ ทฤษฎีนี้เป็นการกล่าวถึงสติธิที่เกิดขึ้นมาโดยธรรมชาติ เป็นสติธิขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ เป็นสติธิที่เกิดขึ้นมาพร้อมกับมนุษย์ทุกคนที่เกิดขึ้นมาบนโลกใบนี้โดยอัตโนมัติ ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายหรือข้อกำหนดใดๆมาเป็นเงื่อนไขของการได้รับสติธิ สติธิโดยธรรมชาติจึงเปรียบได้กับอวัยวะที่ติดตัวของมนุษย์ผู้นั้นมานับตั้งแต่มนุษย์ผู้นั้นถือกำเนิดขึ้นมาบนโลก

สติธิโดยธรรมชาติหรือสติธิขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์จึงมีความเป็นเอกภาพในตัวของสติธิและเป็นสติธิที่ปรากฏขึ้นในตัวของมนุษย์ทุกคน อาทิ สติธิในการมีชีวิตอยู่ สติธิในเนื้อตัวและร่างกาย สติธิในการแสดงความคิดเห็น รวมไปถึงสติธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมของความเป็นมนุษย์ ซึ่งสติธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมของความเป็นมนุษย์ก็จะหมายความถึง การแสดงออกซึ่งพฤติกรรมด้านความรัก การแสดงออกซึ่งพฤติกรรมด้านความต้องการทางเพศ เป็นต้น สติธิโดยธรรมชาติจึงเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนสามารถแสดงออกได้อย่างเสรีโดยที่ไม่เป็นการกระทบสติธิของบุคคลอื่น

ต่อมาสติธิโดยธรรมชาติหรือสติธิขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ได้ถูกนำมาพัฒนาและทำให้กลายเป็นสติธิในรูปแบบใหม่ โดยที่มนุษย์นำสติธิโดยธรรมชาติมารวบรวมไว้ในข้อตกลงระหว่างประเทศ ที่เรียกว่า “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน” และเรียกสติธิประการนี้ใหม่ว่า “สิทธิมนุษยชน” สิทธิมนุษยชนจึงมีที่มาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หากแต่การนำสติธิโดยธรรมชาติมาบัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเพื่อเป็นสิทธิมนุษยชนนั้นก็กลับเป็นการนำสติธิโดยธรรมชาติมาบัญญัติไว้เพียงบางประการเท่านั้น ทำให้สิทธิมนุษยชนตามปฏิญญาสากลฉบับนี้เป็นเพียงสติธิโดยธรรมชาติบางประการไม่ใช่สติธิโดยธรรมชาติในความหมายที่ครอบคลุมตามที่มนุษย์เข้าใจกัน ดังเช่นสติธิที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็น สติธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักซึ่งมีสถานะเป็นส่วนหนึ่งของสติธิโดยธรรมชาติ แต่ปฏิญญาสากลฉบับนี้กลับไม่นำสติธิดังกล่าวมาบัญญัติไว้ แต่กลับนำเพียงสติธิในการสมรส⁴¹⁷ ซึ่งเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสติธิในการ

⁴¹⁷ สติธิในการสมรส เป็นสติธิที่เกิดขึ้นได้กับมนุษย์ที่มีเพศสรีระชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระหญิงเท่านั้น เป็นสติธิที่ธรรมชาติมอบให้แก่มนุษย์เพื่อการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของตน สติธิดังกล่าวนี้จึงเกิดขึ้นได้กับรูปแบบความรักต่างเพศเท่านั้น สติธิในการสมรสเป็นส่วนหนึ่งในสติธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก เพราะสติธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักคือรูปแบบของการแสดงออก

แสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักมาบัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลเท่านั้น ทำให้สิทธิมนุษยชนตามปฏิญญาสากลฉบับนี้ไม่ครอบคลุมถึงสิทธิดังกล่าว ส่งผลให้สิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักไม่มีสถานะเป็นสิทธิมนุษยชน

จากการศึกษาถึงความเป็นมาของแนวคิดในการรับรองสิทธิโดยธรรมชาติของบุคคล จะเห็นได้ว่าเป็นการรับรองสิทธิในลักษณะที่เป็นสิทธิโดยเด็ดขาด เช่น สิทธิในเนื้อตัวและร่างกาย สิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักที่ศึกษาควบคู่ไปกับการรับรองสิทธิของบุคคลในฐานะที่เป็นพลเมืองของรัฐซึ่งการรับรองสิทธิโดยธรรมชาตินั้นจะพบว่าเป็นสิ่งที่รัฐมุ่งรับรองและคุ้มครองให้เป็นการตระหนักในเห็นถึงคุณค่าของบุคคลในสังคมว่าทุกคนนั้นมีคุณค่าในตนเอง และสิทธิโดยธรรมชาติที่ติดตัวมาแต่กำเนิดหรือสิ่งที่ติดตัวไปโดยธรรมชาติของบุคคลนั้น ถือว่าเป็นสิ่งที่รัฐต้องรับรองและคุ้มครองให้ แม้ว่าแต่เดิมนั้น การรับรองสิทธิเหล่านี้อาจไม่ได้อยู่ในรูปแบบของกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ก็เป็นที่สิทธิที่สามารถกล่าวอ้างต่อกันได้ ต่อมาเมื่อมีการพัฒนาบทบัญญัติเรื่องการรับรองสิทธิโดยธรรมชาติในรูปแบบของกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกิดขึ้นก็เพื่อเป็นประโยชน์ต่อการกล่าวอ้างการที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองจากรัฐเมื่อสังคมมีการยอมรับมากขึ้น นอกจากนี้จะพบว่าการรับรองสิทธิของบุคคลนั้นจะมีการรับรองไว้ในกฎหมายสูงสุดของแต่ละรัฐด้วย

สำหรับความเป็นมาของการรับรองสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน แม้จะไม่ใช่สิทธิที่ถูกบัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันอันเป็นการจัดตั้งครอบครัว แต่ก็ยังถือได้ว่าเป็นสิทธิโดยธรรมชาติที่รัฐต่างๆต้องคำนึงถึง นับว่าเป็นจุดเริ่มต้นมาจากแนวคิดในแค่เรื่องสิทธิในการสมรสของเพศชายและเพศหญิงก่อน ซึ่งต่อมาได้มีแนวคิดในการคำนึงถึงสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก ซึ่งรวมถึงกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วย เนื่องจากได้มีการเลือกปฏิบัติแก่บุคคลดังกล่าว โดยที่รัฐไม่ได้ให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มบุคคลดังกล่าวนี้ โดยคำนึงว่าแม้สิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักไม่ใช่สิทธิมนุษยชนแต่ก็ถือเป็นสิทธิโดยธรรมชาติ และได้มีการเรียกร้องความเป็นธรรมให้แก่กลุ่มคนเหล่านี้ โดยได้ปรากฏจากคำวินิจฉัยของศาลในต่างประเทศซึ่งเป็นแนวคำวินิจฉัยของศาลในระดับระหว่างประเทศและศาลภายในของประเทศต่างๆ ดังที่จะได้มีการนำเสนอ ดังนี้

จากการศึกษาในหนังสือ *Sexuality and the Law An Encyclopedia of Major Legal Cases*⁴¹⁸ พบว่า ในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาแต่เดิมนั้นการ

ทางด้านความรักของมนุษย์ไม่ว่าจะเป็น รักต่างเพศ รักเพศเดียวกัน หรือรักได้ทั้งสองเพศ ทำให้สิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักเป็นสิทธิโดยธรรมชาติที่มีความหมายกว้างกว่าสิทธิในการสมรส

⁴¹⁸ Arthur S. Leonard, *op. cit.*, p. vi.

แสดงออกซึ่งพฤติกรรมรักเพศของบุคคลถูกควบคุมโดยบทบัญญัติของกฎหมายภายในของรัฐ ว่าการ
แสดงออกซึ่งพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นสิ่งที่ผิดตามบทบัญญัติกฎหมายอาญาของรัฐ ต่อมาในปี
ค.ศ.1957 ประเทศอังกฤษได้มีการทบทวนเพื่อแก้ไขกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ โดยประธาน
คณะกรรมการในการเสนอเพื่อแก้ไขกฎหมายในขณะนั้นคือ Lord Wolfenden เห็นว่าการที่มีการ
ลงโทษบุคคลที่กระทำการหรือมีการแสดงพฤติกรรมทางเพศในที่สาธารณะหรือในที่ส่วนบุคคลของ
บุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ไม่ว่าจะเป็นการแสดงพฤติกรรมดังกล่าวของคนรักเพศเดียวกันหรือคน
ต่างเพศกันที่ยินยอมเกิดกันนั้น เป็นเรื่องที่ไม่ควรมีการยกเลิกการลงโทษดังกล่าวเสีย แต่อย่างไรก็
ตาม แม้จะมีการยกเลิกการลงโทษทางอาญาแก่บุคคลที่พฤติกรรมรักเพศเดียวกัน แต่ก็มิได้มี
กฎหมายเพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนเหล่านี้ และในที่สุดเมื่อปี ค.ศ.2004
ประเทศอังกฤษก็ได้มีการจัดทำกฎหมายเพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนรักเพศ
เดียวกัน ในขณะที่ประเทศต่างๆ ในภาคพื้นยุโรปได้มีการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวมาก่อนหน้านั้น
หลายปี

ส่วนในฝั่งอเมริกาแม้จะมีการยกเลิกโทษตามกฎหมาย Sodomy Law แล้วเมื่อปี
ค.ศ.1960 ตามข้อเสนอแนะในรายงานวิจัยของ อัลเฟรด คินส์เซ่ (Alfred Kinsey) ซึ่งเป็นนักเพศ
วิทยาที่มีความสนใจศึกษาถึงเรื่องพฤติกรรมทางเพศของมนุษย์ที่เห็นว่าควรที่จะมีการยกเลิกการ
ลงโทษแก่บุคคลที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน ทั้งนี้เนื่องจากการศึกษาของเขาพบว่าคนที่บุคคลมี
พฤติกรรมเช่นนี้เป็นไปตามความต้องการตามธรรมชาติ เมื่อเขาได้กระทำการในที่ส่วนบุคคล รัฐก็ไม่
ควรที่จะลงโทษแก่บุคคลเหล่านั้นด้วยโทษทางอาญา แต่อย่างไรก็ตามในขณะนั้นแม้จะมีการยอมรับ
ให้ยกเลิกการลงโทษทางอาญาแก่บุคคลที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันโดยรัฐสภาของสหรัฐอเมริกา
แล้วแต่ยังปรากฏว่าในกฎหมายระดับภายในของบางรัฐนั้นยังคงมีการลงโทษทางอาญาสำหรับการ
กระทำดังกล่าวในกรณีการร่วมเพศโดยมิได้สมรส การร่วมเพศกับผู้ค้าประเวณีที่เป็นลักษณะการร่วม
เพศกับบุคคลที่มีเพศสรีระเดียวกัน

จากการที่ยังถูกกีดกัน ไม่เป็นที่ยอมรับทำให้กลุ่มบุคคลที่มีรสนิยมแบบรักเพศ
เดียวกัน ได้รวมพลังกันเพื่อเรียกร้องสิทธิของตนเองโดยได้มีการรวมกลุ่มนัดชุมนุมซึ่งการชุมนุมที่
แสดงให้เห็นถึงการเรียกร้องสิทธิของการเป็นชนกลุ่มน้อยของสังคมอเมริกันในขณะนั้นที่นับว่าเป็น
เหตุการณ์สำคัญก็คือการชุมนุมประท้วงในปี ค.ศ.1969 ที่เรียกว่า Stonewall Riots of 1969⁴¹⁹ การ

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. iiv.; Stonewall Riots 1969 เป็นการชุมนุมประท้วงเพื่อเรียกร้องสิทธิของกลุ่ม
ความหลากหลายทางเพศในสหรัฐอเมริกาที่นิวยอร์ก การประท้วงในครั้งนี้เป็นการชุมนุมประท้วงของ
กลุ่มเกย์ในนิวยอร์กเพื่อเรียกร้องสิทธิจากการถูกเลือกปฏิบัติจากพนักงานของรัฐภายใต้กฎหมายการ
ควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ซึ่งในขณะนั้นบาร์เกย์มักถูกตรวจและปรับมากกว่าบาร์เหล้าปกติและ

รองรับสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่รักเพศเดียวกันก็ยังมีได้มีการยอมรับและบัญญัติเป็นกฎหมายกลางระดับสหพันธรัฐ การรับรองสิทธิของบุคคลเพื่อให้สอดคล้องกับความพึงพอใจในการใช้ชีวิตคู่ นั้น มีแค่การยอมรับกฎหมายระดับมลรัฐเท่านั้น และในหลายมลรัฐยังไม่ยอมรับในเรื่องดังกล่าวและเห็นว่าการที่มีกฎหมายเพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ของกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันดังกล่าวถือว่าเป็นเรื่องที่ขัดต่อหลักความเชื่อทางศาสนาคริสต์ ที่เห็นว่าบุคคลที่ยังมีรสนิยมทางเพศที่แตกต่างจากบุคคลทั่วไปนั้นเป็นกลุ่มบุคคลนอกกรีต

นอกจากนี้การยอมรับและการบัญญัติกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันในต่างประเทศนั้นนับว่า เริ่มมีการที่จะศึกษาเพื่ออธิบายถึงภาวะความหลากหลายของพฤติกรรมทางเพศของบุคคลนั้นว่ามีสาเหตุอย่างไร ดังที่ได้นำเสนอแล้วในบทที่ผ่านมาเพื่อหาแนวทางที่จะมุ่งรับรองและคุ้มครองสิทธิแก่บุคคลกลุ่มดังกล่าวทั้งในระดับที่เป็นกฎหมายภายในของรัฐและมีการนำไปเป็นประเด็นอภิปรายในระดับสากล โดยในปี ค.ศ.1994 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (The Human Rights Committee) ได้มีแก้ไขบทบัญญัติเพื่อให้มีการตีความคำว่าเพศในข้อบทที่ 26 ของปฏิญญาสากลว่าสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948⁴²⁰ นั้นให้มีการตีความครอบคลุมไปถึงรสนิยมทางเพศของบุคคลที่มีความแตกต่างหลากหลายด้วยซึ่งเป็นผลจากการวินิจฉัยของศาลในคดี Toonen v. Australia⁴²¹

นอกจากนี้การรับรองสถานะในการจัดตั้งครอบครัวแก่ชายหรือหญิงที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันได้มีการยอมรับมากขึ้นดังจะเห็นได้จากการตีความของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปที่ได้เคยมีการวินิจฉัยเป็นการคุ้มครองบุคคลผู้มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเรื่องรสนิยมทางเพศเช่นใน ค.ศ.1996 ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป

มักจะถูกเข้าบุกรุกตรวจในข้อหาว่ามีการค้าประเวณีแก่บุคคลที่มีรสนิยมแบบรักเพศเดียวกัน ซึ่งเหตุการณ์นี้เกิดขึ้นเมื่อมีการบุกรุกเข้าตรวจร้านบาร์เกย์ที่มีชื่อว่า Stonewall Inn เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน ค.ศ.1969 และจากเหตุการณ์การชุมนุมเรียกร้องในครั้งนั้นทำให้กลุ่มชาวเกย์ได้มีการรวมกลุ่มกันเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีพฤติกรรมแบบรักเพศเดียวกันเป็นครั้งแรกในสหรัฐอเมริกา

⁴²⁰ The Declaration of Human Rights 1948 Article 26; วราภรณ์ อินทนนท์, การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่ปัจเจกชนบนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศ (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 51.

⁴²¹ Nicolas Toonen v. Australia (Human Rights Committee, Communication, 1992); วราภรณ์ อินทนนท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 52.

ได้ตัดสินในคดี P. v. S. and Cornwall County Council⁴²² ว่าการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการที่บุคคลมีรสนิยมรักเพศเดียวกันถือเป็นการเลือกปฏิบัติทางเพศและเป็นการขัดต่อกฎหมายของสหภาพยุโรป

ในปี ค.ศ.2002 ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ตัดสินในคดี Goodwin v. The United Kingdom⁴²³ ว่าคนที่แปลงเพศแล้วมีสิทธิที่ขอแก้ไขเอกสารส่วนบุคคลจากรัฐโดยแก้ไขจากเพศเดิมไปเป็นเพศตามเพศใหม่ที่ผ่าตัดแปลงเพศ และมีสิทธิที่จะสมรสได้ซึ่งจากคดีนี้ส่งผลให้ประเทศอังกฤษต้องมีการแก้ไขกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิแก่บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศในเวลาต่อมา

ในปี ค.ศ.2006 ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้ตัดสินคดี Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschenBuhnen Case C-267/06⁴²⁴ ในคดีนี้ถือว่าเป็นอีกคดีหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ของการได้รับสิทธิประโยชน์บางประการในฐานะที่เป็นคู่ชีวิตที่มีรสนิยมแบบรักเพศเดียวกัน โดยในกรณีนี้เป็นการเรียกร้องสิทธิของคู่รักที่ยังมีชีวิตอยู่และมีรสนิยมแบบรักเพศเดียวกัน ที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์ที่เรียกว่า Life of Partnership เพื่อจะขอรับเงินบำนาญของคู่รักที่เสียชีวิตซึ่งในคดีนี้ ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้ตัดสินว่าการที่บริษัทกองทุนเงินบำนาญของเยอรมันปฏิเสธการจ่ายเงินแก่คู่รักที่จดทะเบียนความสัมพันธ์แบบรักเพศเดียวกันที่ยังมีชีวิตอยู่ซึ่งตามกฎหมายภายในของประเทศนั้นได้รับรองว่าคู่รักที่จดทะเบียนแบบ Life of Partnership นั้นมีฐานะและสิทธิเช่นเดียวกันกับการจดทะเบียนเป็นคู่สมรสของบุคคลต่างเพศกัน ดังนั้นการปฏิเสธที่จะจ่ายเงินบำนาญแก่ผู้ร้องจึงเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ร้องด้วยเหตุที่ผู้ร้องมีรสนิยมแบบรักเพศเดียวกันโดยเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายสหภาพยุโรปว่าด้วยการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุของความแตกต่างทางเพศและรสนิยมทางเพศ

จากการเรียกร้องสิทธิของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ตั้งแต่เริ่มมีการศึกษาเพื่อให้เข้าใจถึงพฤติกรรมของชายหรือหญิงที่มีรสนิยมรักเพศเดียวกัน เพื่อพยายามอธิบายสิ่งที่สังคมไม่ยอมรับ จนกระทั่งนำมาซึ่งการยอมรับว่าพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นสิ่งที่บุคคลไม่สามารถ

⁴²² P. v. S. and Cornwall County Council (The European Court of Justice, 1996);

⁴²³ Goodwin v. The United Kingdom (The European court of Human Rights, 1995); วราภรณ์ อินทนนท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 52.

⁴²⁴ Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschenBuhnen (The European Court of Justice, 2006); วราภรณ์ อินทนนท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 52.

กำหนดได้เป็นสิ่งที่มียู่แล้วในสังคมและยังคงต้องดำรงอยู่ต่อไป แม้รัฐและสังคมต่างๆ เป็นจำนวนมากจะมีการกำหนดบรรทัดฐานในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศให้แก่บุคคลโดยอาศัยจารีตประเพณี กฎหมาย และการใช้ความรุนแรงเพื่อควบคุมชายหรือหญิงที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันมิให้แสดงออกซึ่งเพศวิถีและอัตลักษณ์ของตนซึ่งก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การไม่เท่าเทียมกันอย่างต่อเนื่องยาวนานจนถึงปัจจุบัน

อย่างไรก็ตามการเรียกร้องสิทธิที่พึงจะได้รับของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันทำให้สังคมเริ่มตระหนักว่า การที่ชายหรือหญิงมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันนั้นไม่ใช่สิ่งที่ผิดแปลกเพราะแม้ว่าบุคคลเหล่านี้จะมีรสนิยมทางเพศและเพศวิถีที่แตกต่างจากบุคคลโดยส่วนใหญ่แต่เขาเหล่านี้ยังเป็นสมาชิกของสังคมที่สังคมต้องให้การยอมรับอย่างเข้าใจและรับรอง คຸ້ມຄອງสิทธิให้ในฐานะสมาชิกของสังคม ด้วยเหตุนี้เพื่อที่จะทำให้บุคคลเหล่านั้นสามารถที่จะดำรงชีวิตได้อย่างมีศักดิ์ศรีและมีความเสมอภาคเท่าเทียมกับบุคคลในสังคม ปัจจุบันรัฐต่างๆ จึงได้มีการรับรองและคຸ້ມຄອງสิทธิแก่บุคคลเหล่านี้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายของรัฐเพื่อเป็นการประกันถึงสิทธิต่างๆ อย่างเสมอภาค ป้องกันการถูกเลือกปฏิบัติจากเหตุแห่งความแตกต่างของเพศวิถีเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่าง

นอกจากนี้ในสังคมระหว่างประเทศได้เริ่มตระหนักถึงเรื่องการสร้างความเสมอภาคในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมทางเพศที่หลากหลาย จึงได้มีการพยายามสร้างความเข้าใจที่ตรงกันในการนำหลักการคຸ້ມຄອງและรับรองสิทธิตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาใช้ในการป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวกับเพศวิถีและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล โดยกลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชนกลุ่มหนึ่งซึ่งเป็นที่ยอมรับได้มีการจัดทำร่างพัฒนาการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นเพื่อแก้ไขและพัฒนาหลักการคຸ້ມຄອງสิทธิมนุษยชนแก่คู่รักชายหญิงที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน โดยได้มีมติเป็นเอกฉันท์ในการรับรอง “หลักการออกยาการ์ตา ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ”⁴²⁵ เพื่อเป็นแนวทางร่วมกัน

⁴²⁵ หลักการออกยาการ์ตา เป็นหลักการที่เกิดจากการระดมความคิดของนักวิชาการผู้มีความเชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชนจำนวน 29 คน ซึ่งมาจาก 25 ประเทศซึ่งหนึ่งในนั้นรวมถึงนักวิชาการจากประเทศไทยด้วยคือ ศาสตราจารย์วิทิต มั่นตาภรณ์ ศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย โดยการประชุมดังกล่าวได้จัดขึ้นที่ มหาวิทยาลัย GadjahMada เมืองยกยาการ์ตา ประเทศอินโดนีเซีย ระหว่างวันที่ 6-9 พฤศจิกายน พ.ศ.2549

สาระสำคัญในหลักการดังกล่าวคือการสร้างแนวทางการคຸ້ມຄອງและรับรองสิทธิแก่บุคคลตามเพศวิถีและอัตลักษณ์ทางเพศ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องพันธกิจของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่และส่งเสริมการคຸ້ມຄອງสิทธิมนุษยชนแก่มนุษย์ทุกคนบนหลักพื้นฐานของ

ในการคุ้มครองและรับรองสิทธิแก่บุคคลตามเพศวิถีและการดำรงชีวิตตามอัตลักษณ์ทางเพศได้อย่างเสมอภาคในสังคม ทั้งนี้เพราะแม้จะมีการตระหนักถึงเรื่องการรับรองและคุ้มครองสิทธิแก่บุคคลตามเพศวิถีว่าเป็นสิ่งที่รัฐพึงกระทำแต่ยังปรากฏว่าแนวปฏิบัติของรัฐในเรื่องดังกล่าวยังมีได้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ยังมีความเหลื่อมล้ำและการเลือกปฏิบัติอยู่ในหลายๆ รัฐ

ดังนั้น จึงได้สรุปหลักการและเหตุผลของทฤษฎีสิทธิโดยธรรมชาติได้ว่า สิทธิตามธรรมชาติเป็นสิทธิที่เกิดมาพร้อมกับมนุษย์ทุกคน ดังเช่นอวัยวะส่วนหนึ่งในร่างกายของมนุษย์ เช่นเดียวกับความรักของมนุษย์ก็เป็นสิ่งที่เกิดมาพร้อมกับร่างกายของมนุษย์เช่นกัน ดังนั้นการที่มนุษย์ชายและหญิงมีความปรารถนาที่จะแสดงออกซึ่งความรักต่อกันและกัน การแสดงออกของพวกเขาเหล่านั้นก็เป็นสิทธิโดยธรรมชาติที่ปราศจากเงื่อนไขใดๆ ที่มนุษย์จะมาสสร้างกำแพงที่บดบังสิทธิโดยธรรมชาติ โดยการนิยามความถูกต้องของความรักกันขึ้นมาเอง ว่ารักรูปแบบความรักของชายรักหญิงนั้นถูกต้องเท่านั้น และรูปแบบความรักของชายรักชายหรือหญิงรักหญิงนั้นเป็นรูปแบบที่ผิด โดยมนุษย์จะมาอ้างว่าธรรมชาติเป็นผู้กำหนดให้ไม่ได้ เพราะธรรมชาติได้มอบสิทธิและเสรีภาพในการเลือกรูปแบบของความรักและการเลือกคู่ชีวิตนั้นให้แก่มนุษย์แล้ว ส่วนมนุษย์จะอย่างไรนั้นก็เป็สิทธิของมนุษย์ ต่อมา สิทธิพลเมือง สิทธิในฐานะที่เป็นประชากรของรัฐ สิทธิดังกล่าวนี้จึงเป็นสิ่งที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้มนุษย์ทุกคนในรัฐอย่างเท่าเทียม สิทธิประเภทนี้รัฐให้ในฐานะที่ประชาชนเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความเป็นรัฐ สิทธิที่ได้รับจากรัฐนี้จึงเป็นกลไกสำคัญที่รัฐมอบให้ประชาชนในการเป็นเครื่องมือในการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคม อันเป็นการเชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน หรือ ประชาชนกับประชาชนด้วยกัน

ดังนั้น เมื่อรับได้มอบสิทธิให้กับผู้ที่อยู่ภายใต้การปกครองของรัฐแล้ว ประชาชนก็จะได้รับการปกป้อง คุ้มครอง ดูแลจากรัฐนั่นเอง เช่นเดียวกับแนวคิดของหลายๆ รัฐที่ยอมรับและมอบสิทธิเหล่านี้ให้ประชาชนโดยการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ให้แก่ประชาชนทุกคน ไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิง รวมถึงรับรองในทุกรูปแบบของความรักของชายหรือหญิงเหล่านั้นด้วย เพราะรัฐได้ค้ำประกันนี้คือหน้าที่ของรัฐ โดยจะเห็นว่าในหลายๆ รัฐในปัจจุบันเริ่มมีการตระหนักว่าเรื่องสิทธิโดยธรรมชาติและสิทธิพลเมืองของบุคคลนั้น แม้จะมีเพศวิถีที่ต่างกัน แต่บุคคลดังกล่าวก็พึงที่จะต้องได้รับการรับรองสิทธิในการจัดตั้งครอบครัว และการเลือกคู่ชีวิตอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกันโดยไม่มีเงื่อนไขเรื่องเพศเข้ามาเกี่ยวข้อง ดังหลักการและแนวคิดดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น

ความเสมอภาคโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ; สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, หลักการ Yogyakarta (กรุงเทพฯ: เอสเอ็มเซอร์คิตเพรส, 2551), หน้า 15.

3.2.1.3 ทฤษฎีสติพิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐ

ทฤษฎีต่อมาที่สนับสนุนแนวทางในการให้การยอมรับการมีกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันคือ ทฤษฎีสติพิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐ สติพิประเภทนี้มีชื่อเรียกอีกอย่างว่า สติพิที่ก่อตั้งขึ้นโดยผลของกฎหมาย สติพิประการนี้เป็นสติพิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐ รัฐเป็นผู้สถาปนาสติพิต่างๆขึ้นมาในรูปแบบของการกำหนดไว้เป็นระเบียบ ข้อบังคับ หรือตัวบทกฎหมาย โดยนำมาสร้างเป็นเงื่อนไข หรือหลักเกณฑ์ของการได้รับสติพิตามความพึงพอใจของรัฐ อาทิ สติพิพลเมือง สติพิในการได้รับสัญชาติ สติพิในสวัสดิการต่างจากรัฐ รวมไปถึงสติพิในการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันตามกฎหมายหรือ สติพิในกฎหมายสมรส ซึ่งสติพิที่กล่าวมานี้เป็นสติพิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐทั้งนั้น ไม่ใช่สติพิที่เกิดขึ้นเองโดยธรรมชาติ ทำให้สติพิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐและสติพิโดยธรรมชาติมีลักษณะที่แตกต่างในแง่ของที่มาแห่งสติพิโดยสิ้นเชิง

ในประเด็นนี้ต้องศึกษาถึงสติพิในการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันตามกฎหมาย หรือสติพิในกฎหมายสมรสซึ่งเป็นสติพิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐ ซึ่งมีลักษณะที่คาบเกี่ยวกับสติพิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักอันเป็นสติพิโดยธรรมชาติว่ามีความเกี่ยวข้องกันได้อย่างไร ซึ่งจากการศึกษาพบว่า หากเป็นลักษณะที่เรียกว่าเป็นการคาบเกี่ยวแห่งสติพิ ระหว่างสติพิโดยธรรมชาติและสติพิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐ หลักการนี้ก็จะต้องเป็นไปตามหลักการของสติพิโดยธรรมชาติ ที่กำหนดว่า สติพิประการใดที่เป็นสติพิโดยธรรมชาติหรือสติพิขั้นพื้นฐาน สติพิเหล่านั้นปัจเจกชนไม่จำเป็นต้องร้องขอจากรัฐ เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะมอบสติพิเหล่านั้นให้แก่ประชาชน และรัฐก็ไม่อาจกำหนดเงื่อนไขใดๆ ในทางกฎหมายเพื่อจำกัดสติพิเหล่านั้นได้เลย นั่นหมายความว่า สติพิในกฎหมายสมรสที่เป็นสติพิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐ รัฐเองก็ไม่อาจบัญญัติเงื่อนไขใดๆ ที่เป็นการจำกัดหรือรื้อถอนสติพิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักอันเป็นสติพิโดยธรรมชาติของปัจเจกบุคคลได้เลย จึงเป็นหน้าที่โดยตรงของรัฐในการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ โดยต้องคำนึงถึงสติพิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก⁴²⁶

⁴²⁶ อย่างไรก็ตามมีการตั้งข้อสังเกตว่า สติพิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก เป็นสติพิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์สามารถแสดงออกได้โดยอิสระ และในความเป็นจริงหากมนุษย์มีการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักที่ต้องการอยู่ร่วมกันในลักษณะที่ไม่ใช่รูปแบบผัวเดียวเมียเดียวตามลักษณะที่รัฐให้การรับรอง การแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักในลักษณะเช่นนี้ รัฐต้องให้การรับรองด้วยหรือไม่ ในประเด็นนี้ขออธิบายว่า การแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักเป็นเสรีภาพของมนุษย์โดยแท้จริงไม่ว่าจะเป็นความรักในรูปแบบรักต่างเพศ รักเพศเดียวกัน รักสองเพศ ซึ่งรูปแบบของการแสดงออกซึ่งความรักในลักษณะนี้โดยหลักแล้วคือสิ่งที่รัฐต้องให้การรับรอง ตามทฤษฎีสติพิโดยธรรมชาติที่มีลักษณะคาบเกี่ยวกับสติพิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐ ส่วนลักษณะของการดำเนินชีวิตที่เป็นแบบผัวเดียวเมียเดียว ผัวเดียว

ดังนั้น จึงสรุปในประเด็นนี้ได้ว่า สิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐสิทธิใด หากสิทธินั้นเป็นสิทธิที่มีลักษณะคาบเกี่ยวกับสิทธิโดยธรรมชาติ สิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐสิทธินั้น รัฐไม่อาจบัญญัติเงื่อนไขใดๆ ที่เป็นการจำกัดหรือรื้อถอนสิทธิที่มีลักษณะที่คาบเกี่ยวกับสิทธิโดยธรรมชาติสิทธินั้นได้เลย

3.2.1.4 ทฤษฎีสถานะแห่งสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก

ทฤษฎีสุดท้ายที่ให้การยอมรับการมีกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันคือ ทฤษฎีที่ว่าด้วยสถานะแห่งสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก โดยทฤษฎีนี้จะกล่าวถึงสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก⁴²⁷ เป็นสิทธิที่ธรรมชาติได้มอบให้แก่มนุษย์ทุกคนอย่างเท่าเทียมโดยพื้นฐานของความเป็นธรรมชาติ มนุษย์จึงมีสิทธิโดยชอบธรรมในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักตามที่ตนปรารถนา โดยการแสดงออกซึ่งความรักนั้นจะต้องไม่เป็นการละเมิดสิทธิอันชอบธรรมของบุคคลอื่น ความรักตามวิถีแห่งธรรมชาติอาจเป็นการแสดงออกกับบุคคลที่ต่างเพศกับตน บุคคลที่มีเพศเดียวกันกับตน หรือแสดงออกได้กับบุคคลทั้งสองเพศ หากแต่ธรรมชาตินั้นได้มอบหน้าที่ ที่มีความสำคัญอย่างยิ่งให้แก่รูปแบบความรักต่างเพศ คือหน้าที่ในการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ ความสามารถในการสืบพันธุ์ หรือเรียกอีกอย่างว่า สิทธิในการสมรส ความแตกต่างระหว่างสิทธิทั้งสองประการนี้คือ สถานะแห่งสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักเป็นการแสดงออกซึ่งความรักของมนุษย์ในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นความรักกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเดียวกันกับตนหรือกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระต่างกับตน เพศจึงไม่ใช่องค์ประกอบของสิทธิประการนี้ ต่างจากสิทธิในการสมรสซึ่งเป็นสิทธิโดยธรรมชาติของมนุษย์เช่นกัน แต่มีได้เฉพาะกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระที่แตกต่างกันเท่านั้น เนื่องจากสิทธิดังกล่าวนี้เป็นเรื่องสิทธิในการสมรส ซึ่งก็คือวิถีแห่งการสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์นั่นเอง จึงทำให้เกิดขึ้นได้เฉพาะมนุษย์ที่มีอวัยวะเพศที่แตกต่างกันตามที่ธรรมชาติสร้าง และเป็นผู้กำหนดให้เท่านั้น เพศจึงเป็นสาระสำคัญของสิทธิประการนี้ ดังนั้น สิทธิในการสมรสจึงมีฐานะเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก

ดังนั้น สิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก จึงเป็นสิทธิที่มนุษย์สามารถแสดงออกซึ่งความรักได้โดยอิสระ และมีเสรีภาพในการเลือกที่จะใช้ชีวิตกับบุคคลใดก็ได้ตามที่ตนต้องการ ซึ่ง

หลายเมีย เมียเดียวหลายผัว หรือ หลายผัวหลายเมีย สิ่งเหล่านี้แม้จะเป็นเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักของมนุษย์เช่นกัน หากแต่การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของรัฐในเรื่องของการใช้ชีวิตแบบเป็นคู่หรือแบบไม่เป็นคู่ นั้น อาจมีลักษณะที่ต้องเป็นไปตามแนวนโยบายของรัฐที่ใช้หลักการตามแนวทางของวัฒนธรรมและความเชื่อของสังคมนั้นๆ มาเป็นองค์ประกอบตามทฤษฎีสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐด้วย

⁴²⁷ เป็นสิทธิที่ได้รับการยอมรับในระดับสากลว่า เป็นสิทธิโดยธรรมชาติหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่สิทธิดังกล่าวนี้ไม่ได้ถูกรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948

สถานะแห่งสิทธิในลักษณะนี้เป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับกันในทางปฏิบัติของนานาประเทศว่า สิทธิดังกล่าวนี้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นแก่บุคคลโดยธรรมชาติ และเกิดขึ้นได้โดยอัตโนมัติ ไม่จำเป็นต้องร้องขอและไม่อาจถูกจำกัดได้เลย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ สิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิโดยธรรมชาติ ซึ่งมีสถานะเป็นจุดเริ่มต้นของสิทธิในการสมรส และสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว ซึ่งสิทธิทั้งสองประการนี้ได้รับการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 นั้นเอง

สิทธิมนุษยชนเกิดจากการที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 ได้นำเอาหลักการและแนวคิดตามสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์หรือสิทธิที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติ มากำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในปฏิญญาฉบับนี้ และรวมเรียกสิทธิเหล่านี้ว่าสิทธิมนุษยชน ก่อให้เกิดคำว่า “สิทธิมนุษยชน” ขึ้นมาบนโลกอย่างเป็นทางการ โดยปฏิญญาสากลฉบับนี้ได้กำหนดสิทธิต่างๆ ที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานให้มีลักษณะที่เป็นสิทธิมนุษยชนไว้มากมาย ซึ่งรวมไปถึงสิทธิในการสมรส และสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวด้วย โดยได้ยอมรับสิทธิดังกล่าวไว้ในข้อที่ 16 (1)⁴²⁸ เนื้อหาในปฏิญญาสากลฉบับนี้ได้รับรองสิทธิในการสมรสและสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว ให้เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นได้กับความรักในรูปแบบของรักต่างเพศเท่านั้น หรือแม้แต่ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1996 ก็ได้กล่าวถึงประเด็นดังกล่าวนี้ในข้อที่ 23⁴²⁹ เช่นเดียวกัน ทำให้กลุ่มคนที่มี

⁴²⁸ ข้อ 16 (1) “ชายและหญิงที่มีอายุเต็มบริบูรณ์แล้วมีสิทธิที่จะสมรสและจะก่อตั้งครอบครัวโดยปราศจากการจำกัดใดๆ อันเนื่องมาจากเชื้อชาติ สัญชาติ หรือศาสนาต่างมีสิทธิเท่าเทียมกันในการสมรส ระหว่างการสมรส และในการขาดจากการสมรส

การสมรสจะกระทำกันก็ด้วยความยินยอมโดยอิสระและเต็มใจของผู้ที่เจตนาจะเป็นคู่สมรส ครอบครัวเป็นหน่วยธรรมชาติ และพื้นฐานของสังคมและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากสังคมและรัฐ”

⁴²⁹ ข้อ 23 “(1) ครอบครัวเป็นหน่วยธรรมชาติ และหลักมูลของสังคมและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากสังคมและรัฐ

สิทธิของชายและหญิงในวัยที่อาจสมรสได้ในการที่จะสมรสและมีครอบครัวพึงได้รับการยอมรับ

การสมรสจะกระทำโดยปราศจากความยินยอมโดยเสรีและบริบูรณ์ของผู้ที่เจตนาจะเป็นคู่สมรสกันมิได้

บรรดารัฐภาคีแห่งกติกาดังกล่าวนี้จะดำเนินการเท่าที่เหมาะสมเพื่อรับรองความเสมอภาคแห่งสิทธิและความรับผิดชอบของคู่สมรสในการที่จะสมรส การอยู่กินระหว่างสมรสและการสิ้นสุดของการสมรส ย่อมต้องมีบทบัญญัติเพื่อการคุ้มครองบุตรเท่าที่จำเป็น

เพศวิถีแบบรักต่างเพศเท่านั้นเป็นผู้ที่ได้รับสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศในระดับสากลเหล่านี้ แม้ว่าสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักซึ่งเป็นสิทธิโดยธรรมชาติ หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่ไม่ถูกรับรองไว้ในปฏิญญาสากลฯ ปฏิญญาสากลฯกลับรับรองแค่เพียงสิทธิในการสมรสซึ่งมีฐานะเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักเท่านั้น

3.2.2 ทฤษฎีกฎหมายที่สำคัญต่อการแนวทางการไม่ยอมรับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

จากที่ได้นำเสนอแนวคิดของทฤษฎีการยอมรับและสนับสนุนในการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันนั้น ต่อมาผู้วิจัยขอนำเสนอแนวคิดของการคัดค้านการยอมรับการออกกฎหมายรับรองสถานะให้แก่คู่รักเพศเดียวกัน โดยกลุ่มผู้ที่ได้คัดค้านนี้ส่วนใหญ่จะมีเป็นผู้ที่มีแนวคิดที่เป็นไปในแนวอนุรักษนิยม ที่มองไม่เห็นถึงแนวคิดที่ยอมรับการเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานของสังคม โดยกลุ่มผู้ที่มีแนวคิดอนุรักษนิยมจะคำนึงถึงความเป็นอนุรักษนิยม โดยกลุ่มคนเหล่านี้จะมองสิ่งรอบตัวว่ามีความสมบูรณ์ดีอยู่แล้วไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมสิ่งใดอีก เพราะกลุ่มคนที่มีแนวคิดอนุรักษนิยมเกรงกลัวว่าการเปลี่ยนแปลงอาจนำมาซึ่งการทำลายวัฒนธรรมที่ดั้งเดิมของความเป็นมนุษย์ชาติที่สั่งสมมานานนับพันปี โดยเฉพาะการรับรองสถานะในทางกฎหมายแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกัน ที่กลุ่มแนวคิดอนุรักษนิยมมองว่าเป็นการทำลายระบบการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมวลมนุษยชาติทั้งหลายให้พังทลายลง ดังนั้นกลุ่มแนวคิดอนุรักษนิยมจึงคัดค้านการสนับสนุนให้มีการรับรองสถานะให้แก่คู่รักเพศเดียวกัน

แต่ในความเป็นจริงแล้วจากการที่ได้ศึกษาถึงแนวคิดของกลุ่มอนุรักษนิยมอย่างแท้จริงจะพบว่า กลุ่มคนเหล่านี้ไม่ได้มีแนวความคิดที่ต่อต้านทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ ทฤษฎีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และทฤษฎีความเสมอภาคเลย เนื่องจากกลุ่มที่มีแนวคิดอนุรักษนิยมมีความคิดเห็นว่า มีความเป็นจริงอยู่ที่มนุษย์ทุกคนมีอิสระและเสรีภาพที่จะแสดงออกซึ่งความรักและมีเสรีภาพที่จะเลือกคู่ชีวิตว่าจะใช้ชีวิตคู่ร่วมกับใครบนโลกใบนี้ รวมถึงการเลือกที่จะใช้ชีวิตคู่ ของคู่รักที่มีเพศเดียวกันในสังคม แต่สิ่งที่กลุ่มอนุรักษนิยมต้องการจะคัดค้าน คือคัดค้านการรับรองสถานะทางกฎหมายให้แก่คู่รักเพศเดียวกันเท่านั้น หรือคัดค้านการออกกฎหมายรับรองสถานะให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน โดยเฉพาะการจดทะเบียนสมรสที่มีลักษณะเหมือนคู่รักต่างเพศ โดยกลุ่มผู้ที่มีแนวคิดอนุรักษนิยมมองว่า สังคมในปัจจุบันให้การยอมรับและให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันได้ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในสังคมอย่างเสรี โดยใช้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันก็น่าจะเพียงพอแล้ว รัฐไม่ควรออกกฎหมายใดๆ ก็ตามที่เป็นการสนับสนุนให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันแต่งงานกันได้เหมือนคู่รักต่างเพศ เพราะสิ่ง

(2) สิทธิของชายและหญิงในวัยที่อาจสมรสได้ ในการที่จะสมรสและมีครอบครัว ย่อมได้รับการรับรอง”

เหล่านี้นจะเป็นการทำลายซึ่งวัฒนธรรมอันดีงามของรูปแบบการสมรสของมนุษย์ และอาจส่งผลถึงการสนับสนุนให้เยาวชนมีพฤติกรรมดังกล่าวนี้มากขึ้น รวมถึงกลุ่มแนวคิดอนุรักษ์นิยมมองไกลไปถึงขั้นมนุษย์จะหันมามีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันมากขึ้น เพราะมีกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ให้และอาจเป็นการทำลายซึ่งสถาบันครอบครัวและอาจจะอันตรายถึงขั้นมนุษย์สูญพันธุ์ไปจากโลกใบนี้เลยทีเดียว

ดังนั้นในหัวข้อนี้จึงได้นำแนวคิดของทฤษฎีในทางกฎหมาย ที่กลุ่มผู้ที่มีแนวคิดในเชิงอนุรักษ์นิยมใช้เป็นแนวทางในการต่อสู้ และใช้เป็นเหตุผลเพื่อคัดค้านแนวทางการสนับสนุนการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่คู่รักที่มีเพศเดียวกัน โดยผู้วิจัยขอเริ่มจากแนวคิดของทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ โดยเป็นการการเริ่มต้นของการมองทุกอย่างทุกอย่างบนโลกให้เป็นแนวคิดตามธรรมชาติ เป็นแนวคิดที่มาจากการสร้างสรรค์โดยธรรมชาติ ตามมาด้วยทฤษฎีสำนักรกฎหมายบ้านเมือง ที่เป็นการกำหนดให้มีกฎหมายโดยรัฐอธิปไตยของรัฐ และทฤษฎีของการเกิดขึ้นของกฎหมายโดยอาศัย หลักศีลธรรม จารีตประเพณี และคำสอนของศาสนา ดังต่อไปนี้

3.2.2.1 ทฤษฎีสำนักรกฎหมายธรรมชาติ

แนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ ถือกำเนิดและมีวิวัฒนาการมาตั้งแต่สมัยกรีกและโรมัน กฎหมายธรรมชาติ หมายถึง กฎเกณฑ์ทางกฎหมายในอุดมคติ ซึ่งอาจจะเห็นว่าอยู่เหนือกฎหมายที่มีอยู่จริงโดยถือว่ากฎหมายธรรมชาติมาจากธรรมชาติของสรรพสิ่งทั้งหลาย โดยบางคนอาจจะโต้แย้งว่ากฎหมายธรรมชาติดีมีอยู่จริงหรือไม่ และจากความเชื่อที่ว่ากฎหมายธรรมชาติดีมีที่มาจากในพระเจ้า พระเจ้าจึงทรงเป็นผู้กำหนดกฎหมายทั้งปวงให้แก่มนุษย์

โดยนักปราชญ์ของสำนักความคิดนี้ที่มีชื่อเสียงมีอยู่หลายคน เช่น เพลโต อริสโตเติล ชิเซโร และ นักบุญโธมัส อควีนาส สำนักความคิดนี้เห็นว่ากฎหมายนั้นมีขึ้นเองตามธรรมชาติเกิดขึ้นเองโดยที่มนุษย์ไม่ได้สร้างขึ้น เป็นรูปแบบที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ เช่นเดียวกับกับเรื่องของการสืบพันธุ์ของมนุษย์ ที่เป็นไปโดยการสร้างขึ้นของธรรมชาติ ที่ชายและหญิงเท่านั้นที่จะสามารถให้กำเนิดบุตรได้ ดังนั้นจึงทำให้แนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติดียอมรับแต่เพียงว่าการสมรสควรเกิดขึ้นเฉพาะรูปแบบความรักของชายกับหญิงเท่านั้น เพราะเป็นกฎแห่งธรรมชาติ อันนำมาซึ่งแนวทางที่สังคมต้องยอมรับในแนวทางของวิถีทางเพศที่เป็นธรรมชาติเท่านั้น

โดยนักปราชญ์ทั้งหลายของสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติได้มีความคิดเห็นว่าการกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสและการให้กำเนิดบุตรมีที่มาด้วยกัน 3 ทางด้วยกัน คือ

1. เกิดขึ้นเองจากธรรมชาติโดยตรงเหมือนปรากฏการณ์อื่นๆ ของโลก
2. เกิดจากพระเจ้า โดยพระเจ้าเป็นผู้กำหนดให้มีขึ้น
3. เกิดจากความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของมนุษย์เอง เป็นกฎที่สอดคล้องกับความ

ยุติธรรม มโนธรรมและศีลธรรมของมนุษย์ในการเลือกคู่ครองของตน

จากแนวคิดในเรื่องที่มาของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสและการให้กำเนิดบุตรอันเป็นแนวคิดตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาตินี้เอง จึงทำให้ผู้วิจัยค้นพบว่ากฎหมายเกี่ยวกับการสมรสและการให้กำเนิดบุตรตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติมีลักษณะพิเศษหลายประการด้วยกัน กล่าวคือสามารถใช้ได้ไม่จำกัดเวลา สถานที่ มีความเป็นธรรมชาติ และอยู่เหนือกฎหมายที่เกี่ยวกับการสมรสและการให้กำเนิดบุตรของรัฐตามเงื่อนไขที่รัฐเป็นผู้กำหนด กฎหมายธรรมชาติดีเยี่ยมมีความยุติธรรมสูงสุด กฎหมายของรัฐจะขัดหรือแย้งกับธรรมชาติไม่ได้ โดยเฉพาะการที่กฎหมายรัฐยอมให้กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันจดทะเบียนสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ขัดกับหลักกฎหมายธรรมชาติ เพราะวัตถุประสงค์ของการสมรสตามกฎหมายธรรมชาติคือ การให้กำเนิดบุตรเพื่อสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ เพราะฉะนั้นรัฐจึงไม่ควรบัญญัติกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับแนวทางของธรรมชาติ โดยเฉพาะการออกกฎหมายให้คู่รักเพศเดียวกันสมรสอย่างถูกกฎหมาย

ถึงแม้หลักการที่แท้จริงนั้น มนุษย์ทุกคนจะเกิดมาพร้อมกับสิทธิตามธรรมชาติ โดยเฉพาะสิทธิในเรื่องของความรัก สิทธิการเลือกคู่ครอง และสิทธิในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกับใครคนใดคนหนึ่งในสังคมมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นการใช้ชีวิตคู่ระหว่างชายกับหญิง ชายกับชาย หรือหญิงกับหญิง แม้สิทธิเหล่านี้จะเป็นสิทธิโดยธรรมชาติที่มนุษย์สามารถกำหนดแนวทางการดำเนินชีวิตได้ด้วยตนเองก็ตาม แต่สิทธิในการให้กำเนิดบุตรนั้นเป็นเรื่องที่ธรรมชาติได้กำหนดไว้ตามหลักเกณฑ์ที่แตกต่าง โดยที่มนุษย์จำต้องเข้าใจหน้าที่ ที่ธรรมชาติได้มอบหมายให้แก่ใครคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ หน้าที่นั้นก็คือการสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นสิทธิและหน้าที่ที่ธรรมชาติได้ให้เฉพาะชายกับหญิงที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันเท่านั้น ดังนั้นรัฐจึงควรบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับธรรมชาติ และมีวัตถุประสงค์เดียวกันกับแนวทางของสำนักกฎหมายธรรมชาติด้วย

แนวความคิดนี้สอดคล้องกับแนวคำสอนของศาสนาคริสต์และอิสลามที่ได้สอนให้มนุษย์ได้รู้จักการทำหน้าที่ที่พระเจ้าได้มอบหมายให้แก่มนุษย์ในการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ตามพระประสงค์ของพระเจ้าได้ทรงสร้างมนุษย์ทั้งชายและหญิงขึ้นมา

ดังนั้น จึงขอสรุปประเด็นเกี่ยวกับทฤษฎีแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่ไม่ยอมรับการบัญญัติกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ได้ว่า สำนักกฎหมายธรรมชาติ มีแนวคิดที่ว่ากฎหมายเกิดขึ้นจากธรรมชาติ พระเจ้าเป็นผู้กำหนดจากพฤติกรรมและการดำเนินชีวิตร่วมกันของมนุษย์ มนุษย์ย่อมรู้ถึงความต้องการของธรรมชาติ ธรรมชาติจะเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ในการสร้างความชอบธรรมให้แก่สังคม มนุษย์จึงต้องบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับแนวทางของธรรมชาติ โดยเฉพาะการสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นสิทธิและหน้าที่ที่ธรรมชาติได้ให้เฉพาะชายกับหญิงที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันเท่านั้น ดังนั้นรัฐจึงควรบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับธรรมชาติ และมีวัตถุประสงค์เดียวกันกับแนวทางของสำนักกฎหมายธรรมชาติด้วย สำนักกฎหมายธรรมชาติดีเยี่ยมรับว่า สิทธิที่จะแสดงออกด้านความรักเป็นสิทธิโดย

ธรรมชาติ ไม่ว่าจะจะเป็นความรักในรูปแบบชายรักหญิง ชายที่รักชาย หรือหญิงที่รักหญิง สิทธิที่แสดงออกเหล่านี้เป็นสิทธิที่ไม่มีสิ่งใดมาขวางกั้นได้ เป็นสิทธิโดยชอบธรรมของมนุษย์ แต่สำนักกฎหมายธรรมชาติกลับมองว่า การสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นหน้าที่ ที่ธรรมชาติสร้างไว้และใช้ได้กับความรักในรูปแบบของชายที่รักกันกับหญิงเท่านั้น ความรักในรูปแบบอื่นไม่สามารถให้กำเนิดบุตรตามวัตถุประสงค์ของการสมรสตามรูปแบบของธรรมชาติได้ ดังนั้น สิทธิในการสมรสตามหลักธรรมชาติคือ สิทธิที่ธรรมชาติได้มอบไว้เฉพาะแก่คู่รักชายที่รักกันกับหญิงเท่านั้น อันเป็นกฎหมายธรรมชาตินั่นเอง และสำนักกฎหมายธรรมชาติเองก็มีความต้องการให้รัฐหรือผู้ปกครองรัฐบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติ โดยการการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ให้แก่คู่รักต่างเพศ ตามแบบอย่างของแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติเท่านั้น

ในปัจจุบันแนวความคิดในเรื่องความมีอำนาจสูงสุดของกฎหมายธรรมชาติไม่ค่อยได้รับการยอมรับมากนักเพราะเป็นลักษณะที่ค่อนข้างอุดมคติและเป็นนามธรรม แต่ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติดีก็เชื่อว่าอะไรประโยชน์เสียทีเดียว อย่างน้อยก็สามารถใช้ต่อสู้กับฝ่ายปกครองเพื่อมิให้กระทำการใช้อำนาจเกินขอบเขตหรือตามอำเภอใจได้

3.2.2.2 ทฤษฎี สำนักกฎหมายบ้านเมือง

แนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองนี้ได้รับอิทธิพลมาจากนักปราชญ์ชาวอังกฤษชื่อ โทมัส ฮอบส์ และจอห์น ออสติน ซึ่งบุคคลที่กล่าวมานี้มีความเห็นว่า รัฐธำมณีปัติย์เป็นผู้ที่สามารถใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปราบปราม หรือป้องกันผู้ที่มีความต้องการทำลายความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคมในรัฐนั้นๆ ได้ กฎหมายจึงมีที่มาจากรัฐธำมณีปัติย์ หรือผู้ที่มีอำนาจสูงสุดในรัฐนั้นๆ โดยมีลักษณะเป็นคำสั่งที่มาจากรัฐธำมณีปัติย์ เป็นสิ่งที่สร้างขึ้นมาจากแนวคิดและแนวนโยบายของรัฐธำมณีปัติย์ ซึ่งคำสั่งดังกล่าวนั้นจะนำมาใช้บังคับกับผู้ที่อยู่ภายใต้การปกครองหรือประชาชนทั่วไป หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ที่อยู่ในอำนาจปกครองผู้ใด ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือกฎหมายเหล่านั้น บุคคลผู้นั้นก็ต้องถูกรัฐลงโทษ⁴³⁰

เช่นเดียวกับการที่รัฐบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสมรสหรือการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ขึ้นมา รัฐต้องมีเหตุผลประการใดประการหนึ่งจากการกระทำดังกล่าวเป็นแน่แท้ ทำให้ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาและค้นพบว่า เหตุผลที่รัฐบัญญัติกฎหมายสมรสก็เพราะรัฐต้องการมีส่วนในการจัดการและควบคุมดูแลประชากรในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันและกำหนดแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นมาจากการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน รวมไปถึงการมอบสิทธิประโยชน์ต่างๆ ในฐานะที่เป็นคู่สมรสในความหมายของรัฐโดยสมบูรณ์ ซึ่งแท้จริงแล้วกฎหมายสมรส คือ กฎหมายที่รัฐธำมณีปัติย์กำหนดขึ้นมาเพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่มนุษย์ โดยนำรูปแบบการสมรสตาม

⁴³⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 34.

เงื่อนไขของธรรมชาติ คือ ความยินยอมในประเวณีด้วยความความสมัครใจของมนุษย์ที่มีเพศสรีระชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระหญิง อันมีวัตถุประสงค์เพื่อการสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ มาเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายสมรสโดยรัฐจะเป็นผู้ที่กำหนดเงื่อนไขต่างๆ ขึ้นมา เพื่อให้ผู้ที่อยู่ภายใต้การปกครองของรัฐที่ต้องการจะได้รับการรับรองสถานะของความเป็นคู่ชีวิตโดยชอบด้วยกฎหมายของรัฐ ก็จะต้องมาทำการบันทึกทางทะเบียนตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่รัฐเป็นผู้กำหนดขึ้น การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของมนุษย์จึงเป็นหน้าที่ของรัฐ ในการออกกฎหมายเพื่อรับรองและคุ้มครองให้แก่ผู้อยู่ภายใต้อำนาจปกครองของรัฐในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ซึ่งการออกกฎหมายในลักษณะนี้ก็เป็นไปตามแนวคิด ทฤษฎีของสำนักกฎหมายบ้านเมืองตามแนวทางที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาข้างต้น

ส่วนในประเด็นที่รัฐรับรองและคุ้มครองให้เฉพาะรูปแบบความรักที่เกิดขึ้นในลักษณะของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงนั้น ก็เพราะรัฐมีเหตุผลที่สำคัญบางประการในการบัญญัติกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ให้เฉพาะรูปแบบความรักของคู่รักที่มีเพศที่ต่างกันเท่านั้น และจากการที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาและพบว่า กฎหมายสมรสที่ใช้อยู่ในปัจจุบันได้กำเนิดขึ้นมาจากแนวคิดและความเชื่อของสังคม โดยที่รัฐธาธิปไตยก็ได้นำความเชื่อและการยอมรับของสังคมนั้นๆ มาบัญญัติให้เป็นกฎหมาย โดยที่รัฐธาธิปไตยต้องการดำเนินนโยบายในการรับรองและคุ้มครองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่มนุษย์ รัฐธาธิปไตยจึงได้นำทฤษฎีรูปแบบการสมรสที่เป็นเงื่อนไขของธรรมชาติตามความเข้าใจโดยทั่วไปของมนุษย์มาเป็นแนวทางในการกำหนดกฎหมายสมรสขึ้นมา โดยรัฐได้อาศัยแนวทางของธรรมชาติ แนวคิดและการยอมรับของสังคมส่วนใหญ่มาเป็นหลักในการกำหนดเงื่อนไขที่นำไปสู่การสมรสในความหมายของรัฐ⁴³¹ เพราะความรักในรูปแบบของมนุษย์ที่มีเพศสรีระชายที่มีความรักต่อมนุษย์ที่มีเพศสรีระหญิงนั้นเป็นลักษณะที่ธรรมชาติเป็นผู้กำหนดขึ้นมาเพื่อให้มนุษย์ที่มีความรักในรูปแบบนี้ รู้ว่าตนมีหน้าที่หลักคือ สืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ เพราะฉะนั้นความรักในลักษณะนี้จึงเป็นความเข้าใจของมนุษย์ทุกคน ที่จะให้การยอมรับ และคุ้นเคยกับความรักในลักษณะนี้ดีที่สุด⁴³² ดังนั้น รัฐจึงไม่ได้ออกกฎหมายเพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีในรูปแบบอื่นๆ ที่แตกต่าง

แต่ถึงอย่างไรก็ตาม ในสังคมยุคปัจจุบันแนวความคิดของมนุษย์เริ่มมีการเปิดกว้าง เพื่อที่จะยอมรับความแตกต่างที่เกิดขึ้นในสังคม โดยเฉพาะแนวคิดของการให้การยอมรับกลุ่มคนที่มี

⁴³¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “สิทธิขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ของบุคคลรักร่วมเพศในกรอบแห่งกฎหมายของฝรั่งเศส,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 3, 5 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2543): 68.

⁴³² สุวัฒน์ อาวีพรค, ความผิดปกติทางจิต (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524), หน้า 57.

เพศวิถีที่แตกต่างจากที่มนุษย์เข้าใจกันโดยส่วนรวม ไม่ว่าจะ เป็นความรักในลักษณะของคู่รักที่มีเพศเดียวกันความรักในลักษณะของคู่รักที่รักได้ทุกเพศ ดังนั้น หากสังคมใดหรือรัฐใดให้การยอมรับกับเพศวิถีที่แตกต่างของมนุษย์แล้ว ก็ไม่แปลกที่รัฐจารีตประเพณีของสังคม หรือในรัฐนั้นๆ จะได้กำหนดนโยบายในการออกกฎหมายเพื่อรับรองและคุ้มครองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีที่แตกต่างกันออกไปด้วย⁴³³ ดังเช่นตัวอย่างของหลายๆ รัฐในสังคมโลกยุคปัจจุบันที่กำลังดำเนินอยู่

ดังนั้น จึงขอสรุปแนวคิดที่ได้จากการศึกษาในประเด็นนี้ว่า กฎหมายสมรสตามความเห็นของนักคิดในสำนักกฎหมายบ้านเมืองนั้น คือ กฎเกณฑ์ที่รัฐได้สร้างขึ้นโดยอาศัยบริบทของธรรมชาติเป็นองค์ประกอบหลัก กล่าวคือ กฎหมายสมรสหรือเงื่อนไขการสมรสที่รัฐตราขึ้นก็เพื่อใช้บังคับสังคมนั้นๆ กฎหมายสมรสจึงเกิดขึ้นมาจาก ความเข้าใจโดยทั่วไปของสังคมส่วนรวม และถูกนำมาเป็นแนวทางในการกำหนดเป็นกฎหมายสมรสขึ้น โดยรัฐได้อาศัยแนวคิดของธรรมชาติ และการยอมรับของสังคมส่วนใหญ่มาเป็นหลักในการกำหนดเงื่อนไขที่นำไปสู่การสมรสในความหมายของรัฐ เพราะความรักในรูปแบบของมนุษย์ที่มีเพศสรีระชายที่มีความรักต่อมนุษย์ที่มีเพศสรีระหญิงนั้นเป็นลักษณะที่ธรรมชาติเป็นผู้กำหนดขึ้นมาเพื่อให้มนุษย์ที่มีความรักในรูปแบบนี้ รู้ว่าตนมีหน้าที่หลักคือ สืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ เพราะฉะนั้นความรักในลักษณะนี้จึงเป็นความเข้าใจของมนุษย์ทุกคนที่จะให้การยอมรับและคุ้นเคยกับความรักในลักษณะนี้ดีที่สุด ดังนั้น รัฐจึงไม่ได้ออกกฎหมายเพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีในรูปแบบอื่นๆ ที่แตกต่าง แต่ถึงอย่างไรก็ตาม หากสังคมใดหรือรัฐใดให้การยอมรับกับเพศวิถีที่แตกต่างของมนุษย์แล้ว ก็ไม่แปลกที่รัฐจารีตประเพณีของสังคม หรือในรัฐนั้นๆ จะได้กำหนดนโยบายเพื่อออกกฎหมายเพื่อรับรองและคุ้มครองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีที่แตกต่างกันออกไปด้วย

3.2.2.3 ทฤษฎี ศีลธรรม จารีตประเพณี และศาสนาเป็นที่มาของกฎหมาย

มนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตในสังคมที่มีสัญชาตญาณในการดำรงชีวิตแตกต่างจากสิ่งมีชีวิตอื่นๆ มนุษย์ไม่ชอบอยู่อย่างโดดเดี่ยวลำพังตนเอง เพราะมนุษย์ไม่สามารถตอบสนองความต้องการของตนได้ด้วยการอยู่เพียงลำพัง มนุษย์จึงชอบอยู่รวมกันเป็นหมู่เป็นกลุ่ม ในระยะแรกมนุษย์ได้ก่อตั้งครอบครัวเพื่ออยู่ร่วมกันระหว่างบุคคลในครอบครัวในเผ่าของตน ต่อมาเมื่ออารยธรรมเจริญขึ้นมนุษย์มีความจำเป็นที่ต้องร่วมมือกันในด้านต่างๆ จากสังคมหรือจากเผ่าอื่นๆ กลุ่มชนที่มีภาษาวัฒนธรรมหรือขนบธรรมเนียมประเพณีเดียวกันหรือใกล้เคียงกันก็ได้รวบรวมกันเป็นรัฐ มีการจัดวางระเบียบกฎเกณฑ์ต่างๆ ในการสอดส่องดูแลความประพฤติของมนุษย์ภายในรัฐนั้น และเพื่อควบคุมดูแลความเห็นที่แตกต่างอันเป็นแนวคิดของปัจเจกชน และเพื่อหาแนวทางควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ให้อยู่ในสังคมร่วมกันอย่างมีความสุข ระเบียบและกฎเกณฑ์ต่างๆ จึงเป็นเงื่อนไขอันจำเป็นของการอยู่

⁴³³ รองพล เจริญพันธ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 413.

ร่วมกันในสังคมมนุษย์ กฎเกณฑ์เหล่านี้จะได้รับการพัฒนาขึ้นมาเป็นระเบียบแบบแผนที่มีสภาพบังคับที่เด็ดขาด หากผู้ใดฝ่าฝืนก็จะได้รับผลร้ายจากการถูกลงโทษ สิ่งเหล่านี้กลายเป็นกฎเกณฑ์ที่บังคับคนในสังคมโดยทั่วไป และต่อมาถูกเรียกว่า กฎหมาย นอกจากนี้สังคมมนุษย์ยังมีกฎเกณฑ์ที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ในรูปแบบอื่นๆ เช่น ศาสนา ศิลธรรม และจารีตประเพณี ซึ่งสิ่งเหล่านี้มีความสัมพันธ์กับกฎหมายในฐานะที่เป็นต้นแบบของแนวคิดในการบัญญัติกฎหมายที่ถูกนำมาใช้ควบคุมมนุษย์ในสังคมนั่นเอง โดยที่ศาสนา ศิลธรรม และจารีตประเพณี ต่างก็มีจุดมุ่งหมายเดียวกันคือ เพื่อกำหนดความประพฤติของมนุษย์ให้อยู่ร่วมกันในสังคมอย่างเป็นสุข⁴³⁴

ศาสนา ศิลธรรม และจารีตประเพณี ทั้งสามประการนี้ถือเป็นรากฐานของแนวความคิดของมนุษย์ เป็นแนวทางที่มนุษย์ใช้เป็นเครื่องชี้นำในการใช้ชีวิตในสังคม จนทำให้ ศาสนา ศิลธรรม และจารีตประเพณี พัฒนามาเป็นกฎหมายที่บังคับเอากับคนในสังคมอย่างเป็นรูปธรรม เช่นเดียวกับแนวคิดของการมีกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักชายหญิง หรือการรับรองสถานะของการสมรสโดยรัฐ ที่มีแนวคิดเริ่มต้นมาจากความรักของมนุษย์ตามแนวคิดของศาสนา ศิลธรรม และจารีตประเพณีแต่เดิม โดยรัฐในการรับรองสถานะชีวิตคู่ของรักต่างเพศ โดยไม่สนใจรูปแบบของความรักในลักษณะอื่นๆ สิ่งเหล่านี้เกิดขึ้นเพราะรัฐก็ได้ถูกรอบงำโดยแนวคิดของศาสนา ศิลธรรม และจารีตประเพณี ที่เชื่อว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ทำให้ความรักรูปแบบอื่นๆ ที่เกิดขึ้นมาบนโลกไม่ได้รับการรับรองสถานะทางกฎหมายจากรัฐ เพียงเพราะไม่เป็นที่ยอมรับในทางศาสนา ศิลธรรม และจารีตประเพณีนั่นเอง ความคิดในลักษณะเช่นนี้เกิดขึ้นหลักจากที่มนุษย์ได้รู้จักกับคำว่า “ศาสนา ศิลธรรม และจารีตประเพณี” มนุษย์กลับใช้ความเชื่อในสามคำนี้มาเป็นข้ออ้างในการแบ่งแยกความเป็นมนุษย์จากรูปแบบของความรัก ว่าความรักรูปแบบใดถูกหรือรูปแบบใดผิด มนุษย์นิยมความถูกต้องขึ้นมาเองจากความเชื่อในหลักของศาสนา ศิลธรรม และจารีตประเพณี โดยที่ไม่สนใจความเป็นเพื่อนมนุษย์รอบข้างที่ได้รับผลกระทบจากการสร้างนิยามที่เข้าข้างตนเองของมนุษย์บางกลุ่มที่อ้างว่าตนคือกลุ่มคนส่วนใหญ่ ทำให้กลุ่มคนกลุ่มอื่นที่ไม่ถูกจำกัดอยู่ในนิยามที่สร้างขึ้นมานั้นกลายเป็นมนุษย์ที่ไม่สมบูรณ์แบบ พวกนอกรีต นอกศาสนา หรือพวกจิตวิปริตไปในที่สุด⁴³⁵

ดังนั้น จึงได้ศึกษาแนวคิดของศาสนา ศิลธรรม และจารีตประเพณี อันเป็นที่มาและแนวคิดของการบัญญัติกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักชายหญิง และเพื่อศึกษา

⁴³⁴ วิยะดา สมสวัสดิ์ และวีระวุฒิ วัฒนายน, *กฎหมายเบื้องต้น* (กรุงเทพฯ: มิตรนราการพิมพ์, 2524), หน้า 134.

⁴³⁵ หยุต แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2518), หน้า 187.

ว่าเหตุใดจึงเป็นทฤษฎีที่สำคัญต่อการแนวทางการไม่ยอมรับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

โดยขอเริ่มต้นศึกษาจากแนวคิดของศีลธรรมอันเป็นที่มาของกฎหมายก่อนเป็นประเด็นศึกษาแรก เนื่องจากตามความเชื่อของมนุษย์แล้ว ศีลธรรมถือเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นมาพร้อมกับมนุษย์ และมีอยู่ในตัวมนุษย์ทุกคนตามสัญชาตญาณของความเป็นมนุษย์ ศีลธรรม คือ ความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์ว่าการกระทำอย่างไรถูกต้องดีงามการกระทำอย่างไรเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องดีงาม ที่เกิดขึ้นมาพร้อมกับมนุษย์ มนุษย์สามารถเรียนรู้ศีลธรรมได้จากสังคมที่มนุษย์อาศัยอยู่ประกอบกับความรู้สึกนึกคิดของความเป็นมนุษย์ควบคู่กันไป ดังนั้นศีลธรรมจึงเป็นที่มาของกฎหมาย เพราะมีสิ่งคล้ายคลึงกันตรงที่ว่า ศีลธรรมและกฎหมายต่างก็เป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดพฤติกรรมหรือความประพฤติของมนุษย์ แต่ศีลธรรมแม้จะได้รับการยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายเพราะมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์คล้ายกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ก็มีบางสิ่งบางอย่างก็มีความแตกต่างจากกฎหมาย

ในการศึกษาประเด็นนี้ขอยกตัวอย่างความสัมพันธ์ระหว่างศีลธรรมและกฎหมายในระบบกฎหมายของไทยในบางกรณีที่มีแนวคิดในการใช้ศีลธรรมและกฎหมายเคียงคู่กันไป โดยเฉพาะแนวคิดที่ว่า การฝ่าฝืนศีลธรรมก็เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพนันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” โดยเฉพาะการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้กับแนวคิดที่เกี่ยวกับกฎหมายครอบครัวของประเทศไทย ที่ยึดถือว่าความสัมพันธ์กันในลักษณะสามีภริยาที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวนั้น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นจึงมีผลทำให้แนวคิดของกฎหมายต่างประเทศที่อนุญาตให้มีการจดทะเบียนสมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน โดยได้จดทะเบียนสมรสในต่างประเทศและเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่ให้การอนุญาตนั้น แต่การจดทะเบียนสมรสดังกล่าวนี้จะไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายไทย เพราะบทบัญญัติมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 ที่ว่า “ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศสยาม” จากแนวคิดข้างต้นพอสรุปได้ว่าศีลธรรมอันเป็นที่มาของกฎหมายไม่ยอมรับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

ดังนั้น จึงขอสรุปประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างศีลธรรมกับกฎหมายได้ว่า ศีลธรรมเป็นสิ่งที่อยู่ลึกลงไปในจิตใจของมนุษย์ทุกคน เป็นสิ่งที่เกิดมาพร้อมกับมนุษย์ และก้าวไปสู่พัฒนาการของการเป็นกฎหมาย โดยเฉพาะในประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับการสมรส หรือการจัดตั้งครอบครัว ถือ

เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะศีลธรรมเป็นสิ่งที่ไม่ต้องมีใครมาบังคับให้ปฏิบัติตาม แต่ความรู้สึกที่จะประพฤติตามศีลธรรมมีอยู่ในจิตใจของมนุษย์ทุกคน ซึ่งต่างจากกฎหมายที่จำต้องมีสภาพบังคับและบทลงโทษ ดังนั้นกฎเกณฑ์ของสังคมจึงต้องอาศัยความน่าเชื่อถือของศีลธรรมมาเป็นแบบอย่างในการบัญญัติกฎหมายนั่นเอง

ต่อมาขออธิบายถึงประเด็นศึกษาที่สอง คือการศึกษาถึงทฤษฎีที่ว่าจารีตประเพณีเป็นที่มาของกฎหมาย และจารีตประเพณีอันเป็นที่มาของกฎหมายไม่ยอมรับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ก่อนอื่นขออธิบายว่าจารีตประเพณี คือระเบียบแบบแผนของความประพฤติของมนุษย์ที่ปฏิบัติสืบต่อกันมา และเชื่อว่าการกระทำดังกล่าวเป็นสิ่งที่ถูกต้องดีงามและมีความเหมาะสมของสังคมนั้นๆ โดยมุ่งถึงสิ่งที่เป็นการกระทำภายนอกของจิตใจมนุษย์เท่านั้น จึงขอยกตัวอย่างในเรื่องประเพณีการหมั้นกันระหว่างชายและหญิง ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของนิติสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างบุคคลนั่นเอง ประเพณีการหมั้นเป็นจารีตประเพณีที่เกี่ยวข้องกับทางศาสนาอย่างหนึ่งที่ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายครอบครัวของไทย โดยเป็นกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากกฎหมายลักษณะอื่นๆ โดยสิ้นเชิง ดังจะเห็นได้ว่ากฎหมายในเรื่องของการหมั้นจะเป็นนิติสัมพันธ์แรกของการนำไปสู่การสมรสตามกฎหมาย และจะเห็นได้ว่าประเพณีเกี่ยวกับการหมั้นที่ได้พัฒนาจนกลายมาเป็นรูปแบบหนึ่งของกฎหมายนี้ ได้บังคับว่าคู่สัญญาในสัญญาหมั้นจะต้องมีเพศที่ต่างกัน ซึ่งแตกต่างจากสัญญาในรูปแบบอื่นๆ ที่ไม่ได้กำหนดเพศของคู่สัญญาทำให้การหมั้นถือเป็นจารีตประเพณีเฉพาะชายและหญิงที่ได้รับการยอมรับให้กลายมาเป็นกฎหมายมาตั้งแต่สมัยโบราณกาลแล้ว

ประเพณีต่างๆ ที่ปฏิบัติกันมาอย่างยาวนานในสังคมย่อมก่อตัวตกผลึกเป็นตัวบทกฎหมายในที่สุด หรือจะพูดอีกนัยหนึ่งก็คือ กฎหมายมีที่มาและรองรับประเพณีอยู่⁴³⁶ ในประเทศที่มีการจัดระบบกฎหมายเป็นหมวดหมู่และมีประเพณีการหมั้นแล้ว กฎหมายเหล่านี้จะบัญญัติเรื่องหมั้นไว้ โดยอาจจะรับรองไว้ในลักษณะต่างๆ แล้วแต่ว่าประเทศไหนเห็นความสำคัญของประเพณีที่ว่านี้ บางประเทศอาจจะไม่รับรองเลยก็ได้⁴³⁷

⁴³⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์, *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: คณะกรรมการบริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 20-22.; การบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกิดขึ้นภายหลังกฎหมายจารีตประเพณี ระบบกฎหมายใดก็ตามจะมีแต่ลายลักษณ์อักษรล้วนๆ โดยไม่บัญญัติจารีตประเพณีเลยเป็นสิ่งที่เป็นไปได้

⁴³⁷ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว* พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 32.

ประเพณีเกี่ยวกับการหมั้นถือกันว่าฝ่ายชายจะต้องหมั้นฝ่ายหญิงก่อนการแต่งงานมีลักษณะในการขอหญิงมาเป็นภริยาชาย วัตถุประสงค์ของจารีตประเพณีการหมั้นก็คือการเปิดโอกาสให้ชายหญิงคู่หมั้นมีโอกาสสนิทสนมคุ้นเคยกัน ซึ่งหากไม่มีการหมั้นแล้วชายหญิงจะไม่มีโอกาสเช่นนี้เลย เมื่อเป็นคู่หมั้นกันแล้วจะได้ใกล้ชิดเพื่อเรียนรู้นิสัยใจคอซึ่งกันและกันโดยไม่เป็นที่ครหาของใคร หากว่านิสัยใจคอไม่ถูกกันก็จะได้บอกเลิกกันไปดีกว่าแต่งงานแล้วต้องมาเลิกกันทีหลัง⁴³⁸ ประเพณีการหมั้นยังเป็นการประกาศให้ญาติพี่น้องเพื่อนฝูง ตลอดจนผู้ที่รู้จักชายหญิงคู่หมั้นให้รู้ว่า ชายและหญิงคู่หมั้น ได้มีการผูกพันกันตามประเพณีในระดับหนึ่งแล้ว สุดท้ายการหมั้นยังมีประโยชน์ในแง่ที่ว่า ทั้งฝ่ายชายและฝ่ายหญิงจะได้มีโอกาสเตรียมตัวเองให้พร้อมสำหรับการเป็นคู่สมรสโอกาสต่อไป ด้วยเหตุผลทางจารีตประเพณีและประโยชน์ที่การหมั้นจะให้แก่ชายหญิงในลักษณะที่ได้กล่าวมาข้างต้น การหมั้นจึงได้รับการยอมรับและเป็นจารีตประเพณีที่ถือปฏิบัติกันอย่างแพร่หลายมาจนถึงทุกวันนี้⁴³⁹ ดังที่มีหลักฐานปรากฏในกฎหมายโรมัน สมัยพระเจ้าจัสติเนียน ค.ศ.530 ว่าการหมั้นเป็นสัญญาของฝ่ายชายและฝ่ายหญิงที่ตกลงยอมรับผลผูกพันว่าจะเป็นสามีภริยากันในอนาคตโดยการสาบานต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์ หากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงอีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิฟ้องร้อง เพื่อให้มีการชดเชยค่าเสียหายได้ โดยการหมั้นนั้นมึธรรมเนียมประเพณีว่าชายคู่หมั้นจะให้ทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา แก่หญิงคู่หมั้นที่เรียกว่า “arra” ซึ่งพัฒนามาจากธรรมเนียมปฏิบัติของชาวตะวันออกที่มีการให้ค่าตัวหญิง และถ้ามีการเลิกสัญญาหมั้นก็ต้องคืนให้แก่ฝ่ายชาย โดยประเพณีนี้จะเป็นการตกลงเจรจากันระหว่างครอบครัวของคู่สมรสก่อนการแต่งงาน ชาวโรมันได้ถือปฏิบัติสืบต่อกันมาอย่างเป็นปกติ โดยในยุค Bas-Empire ซึ่งการหมั้นในยุคนั้นจะทำกันในรูปแบบของสัญญาที่ถูกเรียกว่า “Sponsio” อันมีรากฐานความเชื่อมาจากศาสนา โดยทั้งสองฝ่ายจะทำพิธีหมั้นโดยการตกลงยอมรับผลผูกพันว่าจะเป็นสามีภริยากันในอนาคต โดยการสาบานต่อหน้าสิ่งศักดิ์สิทธิ์ และแม้ว่ารูปแบบของการผูกพันกันด้วยพิธีทางศาสนาแบบนี้จะไม่ก่อให้เกิดผลบังคับให้ต้องมีการสมรสก็ตาม แต่คู่หมั้นก็ได้ลั่นวาจาสาบานตนไปแล้ว หากต่อไปผิดคำสาบานไม่ทำตามคำมั่นสัญญาที่ให้ไว้เท่ากับเป็นการผิดต่อศาสนาด้วย⁴⁴⁰ ต่อมากฎหมายของเยอรมันก็ได้รับอิทธิพลของกฎหมายโรมัน ซึ่งต่อมาได้ยอมรับให้มีการหมั้นโดยชายจะต้องให้ค่าตัวแก่ฝ่ายหญิง หรือเงินมัดจำค่าตัวหญิงก่อนจะบังคับให้ฝ่ายหญิงสมรสกับตนในภายภาคหน้าได้ ส่วนกฎหมายของอังกฤษก็ได้

⁴³⁸ วิชากรณณ์ แสงมณี และประเสริฐ ลีวานันท์, **ประเพณีและกฎหมาย** (กรุงเทพฯ: เดือนสยาม, 2525), หน้า 322.

⁴³⁹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, **เรื่องเดิม**, หน้า 27.

⁴⁴⁰ Ourliac MALAFOSSE, **Histoire du droit prive** (Paris: University of Paris I, 1968), pp. 164-165

รับรองสัญญาจะสมรสหรือการหมั้นมาโดยตลอด โดยหลักคอมมอนลอว์ถือว่าสัญญาจะสมรสมีผลผูกพันเหมือนสัญญาอื่นๆ⁴⁴¹

ต่อมาจะได้ทำการศึกษาประวัติของประเพณีการหมั้นที่พัฒนามาสู่การบัญญัติให้เป็นกฎหมายของไทย โดยรูปแบบประเพณีการหมั้นของไทยนั้นได้ถือปฏิบัติกันมาอย่างยาวนาน กล่าวคือก่อนที่ชายและหญิงจะทำการสมรสกันนั้นจะต้องประกอบพิธีการหมั้นเสียก่อน โดยประเพณีการหมั้นมีหลักฐานปรากฏมาตั้งแต่สมัยสมเด็จพระนารายณ์มหาราช⁴⁴² และปฏิบัติสืบเนื่องกันต่อมา โดยตอนต้นสมัยกรุงรัตนโกสินทร์มีหลักฐานว่าการหมั้นเป็นเรื่องปฏิบัติกันในหมู่ชาวบ้าน และในทบกฎหมายเองก็ได้มีการบัญญัติรับรองประเพณีการหมั้นนี้มาโดยตลอดนับแต่สมัยล้านนา⁴⁴³ รวมถึงในกฎหมายตราสามดวงก็ได้มีการบัญญัติประเพณีการหมั้นไว้เป็นกฎหมาย ในกฎหมายลักษณะฝ่าฝืนที่อธิบายถึงชั้นหมากต่างๆ ที่ใช้ในพิธีหมั้น นอกจากนี้ยังได้กล่าวถึงประเพณีที่ผู้ใหญ่ฝ่ายชายและผู้ใหญ่ฝ่ายหญิงเข้ามาร่วมกันจัดการให้บุตรธิดาของตนทำการหมั้น⁴⁴⁴ มาจนถึงในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย บรรพ 5 ในปัจจุบันนั้นก็ได้อธิบายรับรองประเพณีการหมั้นในรูปแบบของสัญญา โดยคำพิพากษาศาลฎีกาเท่าที่มีมา ได้ยอมรับว่า การหมั้นเป็นประเพณีอย่างหนึ่งในสังคมที่มีลักษณะพิเศษทั้งในรูปแบบและบุคคลที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องในการหมั้น กฎหมายครอบครัวที่ใช้อยู่ในปัจจุบันได้คงสัญญาหมั้นตามบรรพ 5 เดิมแทบทุกประการ แม้ว่าที่มาของกฎหมายเกี่ยวกับการหมั้นจะได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายของต่างประเทศ แต่ประเพณีการหมั้นเดิมนั้นก็หาได้ทิ้งร่องรอยเดิมไปไม่ กฎหมายเกี่ยวกับการหมั้นจึงสอดคล้องกับสภาพการณ์ที่แท้จริงของประเพณีดังกล่าว⁴⁴⁵

ต่อมาเป็นการวิเคราะห์ถึงเหตุผลที่กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องหมั้นเป็นสิทธิที่จะสามารถกระทำได้เฉพาะคู่รักต่างเพศเท่านั้น เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะกฎหมายเรื่องหมั้นเกิดขึ้นมาจากจารีตประเพณีที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาอย่างยาวนาน เป็นประเพณีที่เกิดขึ้นเพื่อที่จะให้คู่รักได้ทำการสมรสกันตามตามรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขตามศาสนา โดยที่ประเพณีนี้เป็นการยอมให้ชายและหญิงที่ตกลงปลงใจที่จะสมรสกันได้หมั้นหมายจับจองกันไว้ก่อน เพื่อเป็นการเรียนรู้นิสัยซึ่งกันและกัน ก่อนที่จะทำการสมรสกันอย่างเป็นทางการ รูปแบบประเพณีนี้จึงเป็นความเชื่อของคนในยุคก่อน และประเพณีการหมั้นก็เกิดจากแนวคิดคิดของคนในยุคก่อนที่นำความเชื่อในทางศาสนานั้นมาประยุกต์ใช้

⁴⁴¹ Chris Beasley, *op. cit.*, p. 128.

⁴⁴² บาทหลวง เดอ ชัวซีย์, *จดหมายเหตุรายวัน การเดินทางไปสู่ประเทศสยามในปี ค.ศ. 1685 และ ค.ศ. 1686*, แปลโดย สันต์ ท. โกมลบุตร (กรุงเทพฯ: ก้าวหน้า, 2516), หน้า 572.

⁴⁴³ ประเสริฐ ณ นคร, *มังรายศาสตร์* (ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2516), หน้า 13-14.

⁴⁴⁴ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *เรื่องเดิม*, หน้า 21.

⁴⁴⁵ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 22.

กับลักษณะของประเพณี โดยยอมรับในรูปแบบความรักของชายและหญิงเท่านั้น เพราะรูปแบบความเชื่อของคนในยุคโบราณจะเน้นที่ความเชื่อที่มาจากศาสนา และเชื่อในเรื่องความรักที่เป็นธรรมชาติของชายกับหญิง และเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าในอดีตรูปแบบความรักเพศเดียวกันไม่ได้รับการยอมรับในสังคมเลย ดังนั้นจึงไม่แปลกที่คู่รักเพศเดียวกันจะไม่สามารถปฏิบัติตามประเพณีอันเป็นความเชื่อของคนในสังคมยุคนั้นได้

ต่อมาประเพณีการหมั้นนี้ก็ตกผลึกเป็นกฎหมายในที่สุด แต่ถึงอย่างไรก็ตามแม้ประเพณีการหมั้นจะได้กลายมาเป็นรูปแบบหนึ่งของกฎหมาย แต่กฎหมายเองก็ไม่ได้บังคับให้ชายหญิงต้องทำการหมั้นก่อนการสมรส จะทำการสมรสโดยที่ไม่มีการหมั้นก็ได้ อีกทั้งการหมั้นที่แม้จะสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้วก็ไม่เป็นเหตุที่จะขอให้ศาลบังคับให้มีการสมรสได้ด้วย จึงทำให้กฎหมายเรื่องหมั้นนี้ แม้จะเป็นสิทธิตามกฎหมายที่กระทำได้เฉพาะคู่รักต่างเพศ คู่รักเพศเดียวกันไม่สามารถทำการหมั้นตามกฎหมายได้ เพราะลักษณะเฉพาะของประเพณีนี้จะมุ่งสู่แนวทางที่จะสมรสกันในรูปแบบที่เป็นเงื่อนไขของศาสนามากกว่าจะมุ่งสู่แนวทางที่จะสมรสในรูปแบบที่เป็นเงื่อนไขของรัฐ เพราะเป็นรูปแบบประเพณีที่มีจุดเริ่มต้นจากความเชื่อของศาสนาเป็นส่วนใหญ่ และเหตุผลอีกประการที่สำคัญคือ รูปแบบของพิธีหมั้นที่ฝ่ายชายมีหน้าที่จะต้องมอบสินสอดและของหมั้นให้แก่ฝ่ายหญิง อันเป็นการระบุหน้าที่ของฝ่ายที่เป็นชายและฝ่ายที่เป็นหญิงไว้อย่างชัดเจน ทำให้คู่รักที่เป็นเพศเดียวกัน ไม่ว่าจะ เป็นหญิงรักหญิง หรือชายรักชาย ไม่สามารถระบุหน้าที่ของฝ่ายที่เป็นผู้ให้สินสอดและของหมั้นกับฝ่ายที่เป็นผู้รับการให้สินสอดและของหมั้นได้อย่างชัดเจนเนื่องจากความรักในรูปแบบนี้มีลักษณะทางกายภาพเป็นเพศเดียวกัน และรูปแบบของการให้สินสอดและของหมั้นนี้ก็ไม่สามารถแยกออกจากประเพณีการหมั้นได้ เพราะถือเป็นสาระสำคัญของประเพณีการหมั้น

ดังนั้น จากการศึกษาข้อมูลที่ได้กล่าวมาข้างต้น จึงมีความเห็นว่าไม่มีประโยชน์อะไรที่ต้องมาแก้ไขกฎหมายเรื่องหมั้นให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถหมั้นกันได้ เนื่องจากการศึกษาข้อมูลเพื่อการวิเคราะห์กับแนวคิดดังที่กล่าวมาแล้วนั้น ประกอบกับการหมั้นเป็นเรื่องของประเพณีตามความเชื่อของศาสนาที่มีมาตั้งแต่อดีต ที่พัฒนามาสู่การบัญญัติเป็นกฎหมาย และเป็นความคิดริเริ่มของมนุษย์ในยุคก่อน ดังนั้น ถ้าจะแก้ไขก็ควรจะต้องย้อนเวลากลับไปแก้ไขตั้งแต่อดีตโดยการแก้ไขรูปแบบประเพณีการหมั้นเสียก่อน เพราะผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่าถ้าจะแก้ไขกฎหมายอะไร ก็ควรจะต้องย้อนไปดูที่มา หลักการและเหตุผลของการบัญญัติกฎหมายเรื่องนั้นเสียก่อน เพราะความคิดรูปแบบใหม่ในปัจจุบันแก้ไขความเชื่อที่เกิดขึ้นในอดีตไม่ได้ เปรียบเช่นเดียวกับแนวคิดในการแก้ไขกฎหมายเรื่องหมั้นก็ควรจะต้องย้อนไปดูประเพณีการหมั้นที่เป็นที่มาของกฎหมายเรื่องนี้เสียก่อน ว่าแท้จริงแล้วประเพณีการหมั้นมีที่มาจากความเข้าใจเรื่องความรักรูปแบบเดียวคือ ความรักแบบชายและหญิง เท่านั้นตามความเชื่อของศาสนาและธรรมชาติ ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายเรื่องการหมั้นจึงต้องยึดรูปแบบดังกล่าว ตามประเพณีที่มีมา

ดังนั้น จึงขอสรุปประเด็นที่ได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับการนำจารีตประเพณีของการหมั้นที่พัฒนามาสู่การบัญญัติให้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ว่า ประเพณีการหมั้นเป็นรูปแบบของวัฒนธรรมที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาอย่างยาวนานของสังคมมนุษย์ ตามความเชื่อของศาสนาก่อนการเริ่มต้นการใช้ชีวิตคู่ร่วมของชายและหญิงหรือที่เรียกว่าการสมรส จนนำไปสู่แบบแผนที่ต้องกระทำให้เกิดผลอย่างสมบูรณ์ตามความเชื่อของการสมรสของคู่รักต่างเพศ จนในที่สุดแบบแผนที่ยึดถือปฏิบัตินี้ก็กลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย ดังนั้นทำให้เห็นได้ว่าการหมั้นถือเป็นแนวปฏิบัติตามประเพณีของรูปแบบความรักต่างเพศ ที่ถือปฏิบัติกันมาอย่างยาวนานจนพัฒนามาสู่การบัญญัติให้เป็นกฎหมายในที่สุด จึงทำให้รูปแบบคู่รักเพศเดียวกันไม่สามารถปฏิบัติตามรูปแบบจารีตประเพณีนี้ได้ ด้วยเหตุผลในเรื่องข้อจำกัดในเรื่องประเพณีและความเชื่อที่มีมาอย่างยาวนานตามรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและศาสนานั้นเอง ด้วยเหตุผลประการสำคัญคือ รูปแบบของความรักเพศเดียวกัน ในอดีตนั้นไม่ได้รับการยอมรับในสังคม จึงส่งผลให้จารีตประเพณีที่เป็นที่ติงามจะมีแต่เฉพาะรูปแบบความรักที่ได้รับการยอมรับเท่านั้น นั่นก็คือรูปแบบความรักต่างเพศที่ได้รับการยอมรับมาตั้งแต่โบราณ ดังนั้นจึงทำให้รูปแบบประเพณีการหมั้นไม่สามารถตอบสนองและให้การยอมรับกับแนวความคิดแปลกใหม่ที่ไม่เคยได้รับการยอมรับมาตั้งแต่อดีตอย่างเช่นรูปแบบของความรักของเพศเดียวกัน จึงทำให้กฎหมายเกี่ยวกับการหมั้นเป็นเรื่องเฉพาะของรูปแบบความรักต่างเพศเท่านั้น จึงสรุปได้ว่า แนวคิดของการนำจารีตประเพณีมาบัญญัติให้เป็นกฎหมายจึงไม่ยอมรับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

ในลำดับต่อมาจะขออธิบายถึงประเด็นศึกษาสุดท้ายที่เห็นได้ชัดเจนที่สุด คือ ประเด็นศึกษาทฤษฎีศาสนาเป็นที่มาของกฎหมาย และแนวคิดของการนำศาสนามาบัญญัติให้เป็นกฎหมายที่นำไปสู่การไม่ยอมรับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ก่อนอื่นผู้วิจัยขออธิบายความหมายของศาสนามาก่อนว่า ศาสนา คือ กฎหรือข้อบังคับที่ศาสดาของแต่ละศาสนากำหนดขึ้นเพื่อให้มนุษย์ที่นับถือหรือศรัทธาในศาสนานั้นๆ มีความเชื่อและบังคับตนเองให้ประพฤติแต่สิ่งที่เป็นแนวทางตามคำสอนของศาสดา ว่าสิ่งใดที่ดีสิ่งใดที่ไม่ดีและควรละเว้น ศาสนามีส่วนคล้ายคลึงกับกฎหมายตรงที่ ทั้งศาสนาและกฎหมายต่างก็เป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดความประพฤติของมนุษย์ ผู้ที่ละเมิดไม่ปฏิบัติตามคำสอนของศาสนาก็ดี หรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายก็ดี ย่อมจะได้รับผลร้ายเป็นการตอบแทน แต่ทั้งนี้ศาสนาและกฎหมายมีข้อแตกต่างในประเด็นสาระสำคัญในเรื่องของสภาพบังคับ กล่าวคือ ถ้าหากไม่ปฏิบัติตามคำสอนของศาสนาแล้วผลร้ายที่จะได้รับเป็นเรื่องในภายหน้าซึ่งยังอยู่ห่างไกล ไม่มีสภาพบังคับที่เด็ดขาด จะมีผลเฉพาะผู้ที่มีความเชื่อและศรัทธาในศาสนานั้นเท่านั้น แต่ในมุมของกฎหมายไม่เป็นเช่นนั้น คือ ถ้าหากมีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายแล้ว กฎหมายจะมีสภาพบังคับที่เด็ดขาดจริงจังและสามารถเห็นได้ในปัจจุบัน เช่น การนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ หรือบังคับให้ชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้อื่น เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตามแม้ศาสนาและกฎหมายจะมีข้อแตกต่างในสาระสำคัญดังกล่าวแล้วแต่ศาสนาและกฎหมายก็มีส่วนที่มีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด ในแง่ที่ศาสนาเป็นที่มาของกฎหมาย และมีส่วนที่ทำให้กฎหมายมีความถูกต้องยุติธรรมได้ ดังตัวอย่างที่ได้ทำการศึกษาจากแนวคำสอนของศาสนาคริสต์ที่พัฒนามาสู่กฎหมายที่ถูกบัญญัติเพื่อใช้ในการปกครองรัฐ อันเป็นรูปแบบที่รัฐถูกปกครองภายใต้ดินนโยบายที่มาจากหลักคำสอนของศาสนา ที่ถูกเรียกว่า “ประมวลกฎหมายแคนนอน” หรือ “กฎหมายพระ” กฎหมายแคนนอนได้รับการรวบรวมขึ้นเป็นประมวลกฎหมายโดยพระรูปหนึ่งชื่อ John Gratian เมื่อประมาณปี ค.ศ.1140 เป็นภาษาลาตินเรียกว่า Concordia Discordantium Canonum หรือแปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า Harmony of Contradictory Laws และได้มีการปรับปรุงแก้ไขในปี ค.ศ.1917 จัดทำเป็น Codex Juris canonici และมีการปรับปรุงแก้ไขครั้งสำคัญ เมื่อปี ค.ศ.1959 โดยพระสันตะปาปา จอห์น ที่ 23 และได้ปรับปรุงแก้ไขวงหมวดหมู่ประมวลกฎหมายแคนนอนให้เรียบร้อยใหม่อีกในปี ค.ศ.1968⁴⁴⁶

กฎหมายแคนนอนมีประโยชน์แก่สังคมในด้านต่างๆ มาหลายยุคหลายสมัยในหมู่คริสต์ศาสนิกชนในยุโรปและแถบเมดิเตอร์เรเนียน และยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายแคนนอน ยังได้มีบทบาทสำคัญในการถ่ายทอดหลักกฎหมายของกรีกและโรมัน ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า ยุโรปสมัยกลางอยู่ภายใต้อิทธิพลของศาสนาคริสต์ จึงไม่อาจเขียนประวัติศาสตร์ของยุโรปสมัยนั้นโดยไม่กล่าวถึงเมื่อครั้งยุโรปถูกปกครองโดยกฎหมายแคนนอน โดยเฉพาะกฎหมายครอบครัวในเรื่องเกี่ยวกับการสมรส กฎหมายของหลายประเทศในอดีตเคยยอมรับกฎหมายแคนนอนในเรื่องเกี่ยวกับการสมรส และการสมรสจะต้องถูกจัดอยู่ในรูปแบบของเงื่อนไขตามศาสนา ที่จะต้องมีการประกอบพิธีโดยพระในศาสนา โดยพิธีจะต้องกระทำในโบสถ์ การแสดงความยินยอมของชายและหญิงที่จะเป็นสามีภริยาต่อกันก็ต้องกระทำต่อหน้าพระที่ประกอบพิธี⁴⁴⁷ โดยกฎหมายแคนนอนได้บัญญัติว่าการสมรสคือ “การอยู่ร่วมกันตลอดชีวิตระหว่างชายกับหญิงเพื่อให้เกิดบุตร” ดังนั้น การสมรสตามกฎหมายของศาสนาคริสต์ที่ได้นิยามไว้ ไม่ได้กล่าวถึงสิทธิและหน้าที่หรือสิ่งอื่นใดนอกจากวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการสมรสตามเงื่อนไขของศาสนา คือ การให้กำเนิดบุตรเพื่อสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ โดยมีหลักการว่าเป็นการอยู่ร่วมกันระหว่างชายและหญิงโดยถาวร ซึ่งหลักการนี้เกิดขึ้นจากพระคัมภีร์ไบเบิล อันถือว่าเป็นบทบัญญัติของพระเจ้าที่ทุกคนต้องถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัด จึงส่งผลให้การสมรสของชาวคริสต์ไม่สามารถหย่าได้นั่นเอง ดังนั้นจะสังเกตได้ว่าแนวคิดของกฎหมายแคนนอนที่เป็นแนวคิดในทางศาสนาคริสต์ ได้ยอมรับรูปแบบที่เป็นการสมรสตามธรรมชาติที่เป็นการสมรสระหว่างชายและหญิง

⁴⁴⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์, **นิติปรัชญา**, พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 76.

⁴⁴⁷ เสรี พงศ์พิศ, **เรื่องเดิม**, หน้า 68.

เท่านั้น เพราะวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและศาสนา คือ การให้กำเนิดบุตร เพื่อสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ ดังนั้นจึงไม่ยอมรับการสมรสในรูปแบบของรักเพศเดียวกัน เพราะไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ รวมถึงกฎหมายในบางประเทศที่ได้รับอิทธิพลของกฎหมายแคนนอน ยังมีการกำหนดโทษสำหรับกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน อันเป็นการทำผิดกฎหมายของศาสนา และเป็นการกระทำที่ผิดธรรมชาติตามแนวคิดของศาสนาคริสต์นั่นเอง ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าแนวคิดของการนำหลักคำสอนศาสนาคริสต์มาบัญญัติให้เป็นกฎหมายหรือที่เรียกว่า กฎหมายแคนนอน นำไปสู่การไม่ยอมรับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

ต่อมาผู้วิจัยได้ทำการศึกษาแนวคิดของการนำหลักคำสอนศาสนาอิสลามมาบัญญัติให้เป็นกฎหมาย หรือที่เรียกว่า กฎหมายอิสลาม โดยเป็นกฎหมายที่มีแหล่งที่มาที่สำคัญ อยู่ 5 ประการด้วยกัน คือ⁴⁴⁸

1. คัมภีร์โคหร่าน หรือ อัลกุรอาน ซึ่งเป็นที่มาที่สำคัญที่สุดของกฎหมายอิสลาม โดยถือเป็นคัมภีร์อันศักดิ์สิทธิ์ และแนวทางการดำเนินชีวิตที่เป็นต้นแบบแห่งการประพฤติปฏิบัติตัวของผู้นับถือศาสนาอิสลาม แต่ลักษณะทางกฎหมายในคัมภีร์นั้นยังไม่มีคุณสมบัติเพียงพอ คัมภีร์ดังกล่าวนี้ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นประมวลกฎหมายอิสลามที่สมบูรณ์ หากต้องประกอบไปด้วยหลักคำสอนอื่นๆ อีกมากมาย

2. ซุนนะห์ มีความหมายตามหลักวิชาว่า เป็นวจาณะหรือการปฏิบัติตลอดจนการยอมรับโดยพฤตินัยของท่านศาสดา ซุนนะห์ และมีคำเรียกอีกอย่างว่า “หะดีษ” สิ่งเหล่านี้ได้ถูกบันทึกไว้ในตำราหลายเล่มด้วยกัน แต่ที่มีเผยแพร่ในวงการศาสนาและการศึกษามีอยู่ด้วยกัน 6 เล่ม ดังนี้ 1. อัลบุดอรี 2. มุสลิม 3. อิบน์มาญะห์ 4. อะบูดาอูด 5. ตีระมิซี 6. นะซาอี ดังนั้น ซุนนะห์จึงเป็นที่มาของศาสนาอิสลามอีกทางหนึ่ง นอกเหนือจากคัมภีร์โคหร่าน เพราะนอกจากเป็นคำอธิบายขยายความบทบัญญัติในคัมภีร์โคหร่านแล้ว ยังได้บัญญัติเพิ่มเติมในหนังสือต่างๆ หรือปัญหาต่างๆ ที่มีได้ระบุไว้ในคัมภีร์โคหร่านด้วย

3. อิจมาอู คือ หลักกฎหมายที่บรรดานักปราชญ์ทางศาสนาได้มีความเห็นร่วมกันเป็นเอกฉันท์ให้นำมาใช้แก้ปัญหาต่างๆ ในกรณีที่ไม่อาจนำเอาบทบัญญัติในคัมภีร์โคหร่าน และ ซุนนะห์มาใช้บังคับได้

4. อัลอูร์ฟ ได้แก่ จารีตประเพณี แต่จารีตประเพณีที่กฎหมายอิสลามยอมรับได้จะต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งคัมภีร์โคหร่าน ซุนนะห์ และอิจมาอู

⁴⁴⁸ เสาวนีย์ จิตต์หมวด, *เรื่องเดิม*, หน้า 49.

5. กิยาส คือ การนำเอาหลักกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาเทียบเคียงใช้บังคับในกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง

ดังนั้นจากที่กล่าวมาถึงที่มาของกฎหมายอิสลามในข้างต้นนั้นจะพอเข้าใจได้ว่า แนวคำสอนของศาสนาได้ตกผลึกกลายเป็นบรรทัดฐานของการบัญญัติให้เป็นกฎหมายในที่สุด โดยเฉพาะในหลายๆ ประเทศในโลกที่ได้ยอมรับศาสนาอิสลามเป็นศาสนาประจำชาติโดยบัญญัติไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของรัฐอิสลามนั้นๆ ซึ่งเป็นอันยอมรับกฎหมายอิสลามไปโดยปริยาย⁴⁴⁹

สำหรับในศาสนาอิสลาม การสมรสตามความหมายของกฎหมายอิสลาม หมายถึง “การที่ชายคนหนึ่งและหญิงคนเดียวหรือหลายคนมาอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวเพื่อให้เกิดบุตร”⁴⁵⁰

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การสมรสในศาสนาอิสลามนั้นจะแตกต่างกับการสมรสในสังคมอื่น โดยให้ชายมีภริยาได้ 4 คนก็เนื่องจากสภาพสังคม ขนบธรรมเนียมประเพณีและความเชื่อที่แตกต่างออกไปเนื่องจากอิสลามมีการดำเนินชีวิตที่สอดคล้องกับธรรมชาติ การสมรสในรูปแบบของธรรมชาติและศาสนาคือการสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ ทำให้การสมรสตามความหมายของอิสลามจึงเป็นไปในรูปแบบของวัฒนธรรม และหลักศาสนาที่บัญญัติไว้ โดยผู้วิจัยมีความเห็นว่าอิสลามมองว่าการสมรสเป็นเป็นรูปแบบหนึ่งตามเงื่อนไขของธรรมชาติและศาสนา ที่เป็นผู้ที่คอยกำหนดเงื่อนไขของการสมรส แยกต่างหากจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ดังนั้นในศาสนาอิสลาม ความหมายของการสมรสที่ว่าชายหญิงมาอยู่ร่วมกันในฐานะสามีภริยา โดยชายมีภริยาได้ 4 คนตามสภาพของสังคมและวัฒนธรรม จึงส่งผลให้รูปแบบการสมรสตามธรรมชาติและศาสนา คือการสร้างครอบครัวเพื่อสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ รวมถึงการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันด้วย ดังนั้นในศาสนาอิสลาม ความหมายของการสมรสจะหมายความรวมถึงการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วยหรือไม่

ในกรณีนี้ หลักในศาสนาอิสลามที่พัฒนามาเป็นกฎหมายอิสลามได้กล่าวไว้ว่า “อัลลอฮ์ผู้ทรงเกรียงไกรจะไม่มองยังชายที่ร่วมเพศกับชายทางทวารหนักและร่วมเพศกับหญิงทางทวารหนัก”⁴⁵¹ จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายอิสลาม ที่พัฒนามาจากคำสอนของศาสนาอิสลามห้ามการมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน โดยศาสนาอิสลามเชื่อว่าการมีพฤติกรรมเช่นนี้เป็นการสวนทางกับกฎของธรรมชาติ เป็นการทำลายความรู้สึกทางเพศของผู้ชาย และเป็นอาชญากรรมต่อการสืบทอดเผ่าพันธุ์

⁴⁴⁹ อาริง สุทธาศาสน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 40.

⁴⁵⁰ เสาวนีย์ จิตต์หมวด, *เรื่องเดิม*, หน้า 49.

⁴⁵¹ สุลัยมาน ดอเลาะ และญาดุลฮัก มิงสมร, *กฎหมายอิสลามลักษณะอาญา* (กรุงเทพฯ: บันลือการพิมพ์, 2557), หน้า 87.

มนุษย์ ข้อห้ามนี้จะใช้กับผู้หญิงที่มีพฤติกรรมชอบเพศหญิงด้วยเช่นกัน ดังนั้นการสมรสตามศาสนาอิสลามและกฎหมายอิสลามจะกระทำได้เฉพาะความรักในรูปแบบของชายรักหญิงเท่านั้น ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าแนวคิดของการนำหลักคำสอนศาสนาอิสลามมาบัญญัติให้เป็นกฎหมายหรือที่เรียกว่ากฎหมายอิสลาม นำไปสู่การไม่ยอมรับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

ต่อมาได้ศึกษาเพิ่มเติมถึงแนวคิดของการนำคำสอนของศาสนามาบัญญัติให้เป็นกฎหมายอีก 2 รูปแบบศาสนาที่มีความสำคัญและมีความแตกต่างในการพัฒนาไปสู่กฎหมายของรัฐ รวมถึงความแตกต่างในเรื่องแนวคิดในการไม่ยอมรับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน นั่นก็คือ ศาสนาฮินดู ศาสนาพุทธ ที่มีแนวคิดในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน เริ่มจากแนวคิดและคติความเชื่อของศาสนาฮินดูที่มีหลักเกณฑ์ในทางศาสนาหลายประการที่แทรกซึมอยู่ในระบบกฎหมายเก่าๆ ของประเทศไทยด้วย โดยมีคัมภีร์พระธรรมศาสตร์เป็นต้นแบบที่สำคัญ นำมาซึ่งแนวคิดตามหลักความเชื่อของศาสนาฮินดูที่ฝังรากอยู่ในกฎหมายเก่าๆ ของไทยมากมาย หลักของคัมภีร์พระธรรมศาสตร์นี้ ที่มีส่วนสำคัญในการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลายฉบับของไทยในอดีต ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลักษณะฉ้อโกง หรือกฎหมายตราสามดวงที่ล้วนแล้วแต่มีที่มาจากแนวคิดและคติความเชื่อของทางศาสนาฮินดูทั้งสิ้นรวมถึงการเป็นต้นแบบของประเพณีที่มาจากความเชื่อต่างๆ ของสังคมไทยในอดีตมากมาย อย่างไรก็ตามจากการที่ผู้วิจัยได้ศึกษาเกี่ยวกับแนวคำสอนของศาสนาฮินดูและศาสนาพุทธนั้น เป็นที่น่าสังเกตว่าแนวคิดของศาสนาฮินดูที่อยู่ในรูปแบบของคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ หรือ พระไตรปิฎกของศาสนาพุทธไม่ได้กำหนดโทษหรือตีตราว่ากลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นการกระทำที่เป็นความผิด ดังเช่น ในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ทรงมีพระราชโองการให้ปรากฏในกฎหมายตราสามดวงกำหนดให้ราษฎรรักษาศีลห้าเป็นนิติศีล และศีลแปดในฐานะอุโบสถศีล ซึ่งการมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันตามแนวคำสอนศาสนาแล้วถือว่าเป็นสิ่งที่ผิดธรรมชาติ หมายความว่าในกฎหมายฉบับนี้ การเสพเมถุนทางมุขมรรคและเวจมรรคในกิริยาตนเอง เป็นการละเมิดศีลห้าข้อที่ว่าด้วยกาเมสุมิฉฉา ส่วนการเสพเมถุนทางธรรมทางเวจมรรคกับผู้หนึ่งผู้ใดแม้จะไม่ต้องห้ามตามศีลข้อกาเมสุมิฉฉาแต่ก็ถือเป็นการละเมิดศีลข้อ อพรหมาจริยาฯ อันเป็นอุโบสถศีล ซึ่งในกฎหมายฉบับนี้แม้จะไม่มีกำหนดโทษสำหรับการละเมิดศีลตามพระราชกำหนดนี้ไว้เป็นการเฉพาะแต่ได้ระบุเป็นการทั่วไปว่า “ถ้าแลผู้ใดมิได้กระทำตามพระราชกำหนดนี้จะเอาผู้นั้นเป็นโทษตามโทษานุโทษ” ซึ่งในความเห็นของผู้วิจัยข้อความดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าศาสนาพุทธและศาสนาฮินดูให้สิทธิบุคคลในการดำเนินชีวิตของตนเอง เพียงแต่ศาสนาเป็นผู้ชี้แนวทางในการดำเนินชีวิตที่เหมาะสมตามคำสอนทางศาสนาที่ไม่ใช่เป็นข้อบังคับ ซึ่งใครไม่ประพฤติจะต้องมีความผิดและมีโทษ อนึ่งความเชื่อของศาสนาฮินดูและศาสนาพุทธที่ส่งมายังผู้ปกครองรัฐในฐานะผู้ที่มีอำนาจออกกฎหมายไม่ถือว่าพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็น

ความผิด และต้องลงโทษจากการกระทำเหล่านั้นแต่อย่างใด แต่ถึงอย่างไรก็ตามศาสนาฮินดูและศาสนาพุทธก็ยังมีเชื่อเช่นเดียวกับศาสนาคริสต์และอิสลามในเรื่องรูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติและยอมรับความรักในรูปแบบของชายรักหญิงเท่านั้นที่เป็นสิ่งที่ธรรมชาติและชอบธรรม ที่คู่รักชายหญิงเท่านั้นที่จะสามารถให้กำเนิดบุตรเพื่อสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามวัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ ดังจะเห็นได้จากกฎหมายลักษณะผัวเมียของไทย ที่ยอมให้มีการสมรสได้เฉพาะชายกับหญิงในพิธีกรรมทางศาสนาเท่านั้น รวมถึงความเชื่อในเรื่องประเพณีต่างๆ ที่จะให้ความสำคัญเฉพาะคู่รักชายหญิงโดยไม่เคยมีหลักฐานปรากฏในทางประวัติศาสตร์ว่าทั้งสองรูปแบบศาสนายินยอมให้มีการสมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันแต่อย่างใด

ดังนั้น จึงขอสรุปแนวความคิดที่ได้ศึกษาจากหลักการและเหตุผลของคำสอนทุกศาสนาที่พัฒนามาสู่การเป็นกฎหมายที่ใช้ปกครองรัฐและประชาชนที่อยู่ภายใต้อำนาจของการปกครองตามกฎหมายศาสนาและความเชื่อ ได้ว่า ศาสนาคือตัวแทนของธรรมชาติที่เชื่อมโยงสิ่งต่างๆ มายังมนุษย์ โดยมีหลักที่ว่าศาสนาที่เชื่อว่ามีพระเจ้า ความเป็นกฎหมายของธรรมชาตินั้นคือ กฎของพระเจ้านั่นเองหรือความหมายอีกนัยหนึ่งคือ ธรรมชาติคือพระเจ้า ดังนั้นศาสนาเองจึงเป็นผู้รวบรวมกฎเกณฑ์ต่างๆ ของธรรมชาติไว้และสร้างกฎเกณฑ์เหล่านั้นเป็นกฎเกณฑ์ของศาสนาและนำสิ่งๆ นั้นมาเป็นคำสอนเพื่อชี้แนวทางให้กับมนุษย์ในการถือปฏิบัติ ประกอบกับมนุษย์เองก็มีพื้นฐานความเชื่อจากหลักคำสอนของศาสนาที่ตนนับถืออยู่นั้นอยู่ก่อนแล้ว ทำให้เกิดเป็นห่วงโซ่แห่งศรัทธาของมนุษย์ศาสนา และธรรมชาติ และมีทัศนคติในแง่ลบกับสิ่งโดยตรงกันข้ามกับคำสอนของศาสนาที่ตนเองนับถือ ทำให้มนุษย์เข้าใจทุกสิ่งทุกอย่างในโลกด้วยการบอกเล่าของมนุษย์ด้วยกันเอง ทำให้คำสอนของศาสนาเหล่านั้นพัฒนามาสู่การเป็นความเชื่อของคนส่วนใหญ่และเป็นที่ยอมรับของสังคมส่วนรวมที่พัฒนามาสู่การบัญญัติให้เป็นกฎหมายที่ใช้ในการปกครองรัฐและประชาชนผู้ที่อยู่ภายใต้การปกครองของรัฐ ดังเช่นการจับคู่ให้กับมนุษย์ชายและหญิงที่เป็นกฎเกณฑ์ของธรรมชาติ อันนำมาซึ่งการให้กำเนิดบุตรและสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ ศาสนาก็ยึดถือกฎเกณฑ์นี้ในการสร้างรูปแบบของคำสอนให้สอดคล้องกับกฎของธรรมชาติ พัฒนาให้เกิดความเชื่อและแนวทางการปฏิบัติสืบทอดกันมาจนกลายมาเป็นรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขธรรมชาติที่ศาสนาเป็นตัวการในการเชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างธรรมชาติกับมนุษย์ อันจะเห็นได้จากการสมรสตามรูปแบบพิธีกรรมทางศาสนานั้นเอง ต่อมากฎเกณฑ์ของศาสนาเหล่านั้นกลายมาเป็นสิ่งที่รัฐนำมาบัญญัติให้เป็นกฎหมายด้วยเหตุผลที่ว่ารัฐต้องการจะยกสถานะของกฎเกณฑ์ของศาสนาที่ไม่มีสภาพบังคับมาเป็นกฎหมายของรัฐเพื่อให้เกิดสภาพบังคับกับผู้ที่อยู่ใต้การปกครองของรัฐต่อไป จึงทำให้เกิดเป็นกฎหมายสมรสภายใต้เงื่อนไขของรัฐตามมานั่นเอง ซึ่งหมายความว่าในเมื่อกฎเกณฑ์ของศาสนาเชื่อว่าความรักมีเฉพาะในรูปแบบของชายและหญิงเท่านั้น อันเป็นรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขธรรมชาติและศาสนา จึงทำให้ในยุคนี้การบัญญัติกฎหมาย รัฐ

ของจึงมีพื้นฐานมาจากกฎเกณฑ์ของศาสนา และจำต้องยึดหลักเกณฑ์เดียวกันกับศาสนาในการบัญญัติเป็นกฎหมาย ทำให้เรียกกฎหมายนั้นว่า “กฎหมายศาสนา” นั้นเอง ส่งผลให้เกิดรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐเป็นในลักษณะเดียวกันกับการสมรสตามเงื่อนไขของศาสนานั้นเอง ทั้งๆ ที่ทั้งสองรูปแบบสามารถแยกออกจากกันได้ เพราะมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน แต่ในยุคนี้ศาสนามีอิทธิพลเหนือการเมืองและการปกครองของรัฐ ทำให้รัฐจำต้องออกกฎหมายที่เป็นไปในแนวทางของศาสนา และใช้กฎหมายเหล่านั้นมาจวบจนทุกวันนี้

บทที่ 4

หลักการและเหตุผลตามข้อตกลงระหว่างประเทศและรูปแบบของ กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคน ที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในต่างประเทศ

สำหรับการนำเสนอเนื้อหาในบทนี้ ขอนำเสนอหลักการและเหตุผลตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ที่ให้การสนับสนุนแนวคิดในการยอมรับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน โดยผู้วิจัยจะทำการศึกษาข้อตกลงต่างๆ เหล่านั้น ไม่ว่าจะเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศในระดับสากล หรือระดับภูมิภาค เพื่อศึกษาเปรียบเทียบแนวคิดทั้งสองระดับ ที่ต่างก็ได้มีแนวคิดในการสนับสนุนว่าบุคคลย่อมมีความเสมอภาคกันในทางกฎหมาย และจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลที่ไม่เป็นธรรม ด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมทางเพศ โดยจะทำการศึกษาว่าเพราะเหตุใดหลักข้อตกลงระหว่างประเทศเหล่านั้นจึงมีลักษณะของแนวคิดในการรับรองสถานะให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน โดยเน้นที่จะศึกษาว่า อะไรเป็นสาเหตุที่นำไปสู่ปัจจัยหลักที่ข้อตกลงระหว่างประเทศเหล่านั้นให้การสนับสนุนแนวคิดดังกล่าว เพื่อจะได้นำมาวิเคราะห์ให้เข้าใจถึงสถานะและความมีอยู่ของหลักการและเหตุผลที่จะนำไปสู่วัตถุประสงค์ของข้อตกลงระหว่างประเทศเหล่านั้นว่ามีลักษณะอย่างไร

ประกอบกับศึกษาให้เห็นถึงการนำแนวคิดและทฤษฎีของข้อตกลงระหว่างประเทศเหล่านั้น มาปรับใช้ให้เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมในลักษณะของกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ที่ให้การยอมรับ และออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน โดยเฉพาะประเทศต่างๆ ทั้งในทวีปยุโรป อเมริกา แอฟริกา และออสเตรเลีย ที่ต่างก็ได้มีแนวคิดตามข้อตกลงระหว่างประเทศเหล่านี้มาเป็นเหตุผลในการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของบุคคลโดยไม่คำนึงถึงเพศมาเป็นองค์ประกอบ อันเป็นการรับรองสิทธิของบุคคลโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างของพฤติกรรมทางเพศ

โดยจะศึกษาถึงรูปแบบของกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันของประเทศต่างๆ ที่เป็นต้นแบบของกฎหมายที่ให้การรับรองสถานะชีวิตคู่แก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันนี้ เพื่อศึกษาให้เห็นถึงลักษณะโดยทั่วไปของกฎหมายภายในของประเทศที่ให้การยอมรับในประเด็นดังกล่าวนี้ โดยจะเน้นศึกษาโครงสร้างทางกายภาพของกฎหมายเพื่อนำมา

ประกอบกับการเปรียบเทียบโครงร่างของตัวบทกฎหมายและวิธีการในการร่างกฎหมายที่มีลักษณะที่พิเศษนี้ เพื่อให้เข้าใจถึงลักษณะของการมอบสิทธิประโยชน์ต่างๆ ภายหลังการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน และเพื่อให้เข้าใจว่าคู่รักที่มีเพศเดียวกันนั้น จะได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ จากรัฐเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรสหรือไม่

4.1 ข้อตกลงระหว่างประเทศในระดับสากล

การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ในปัจจุบันนั้น เริ่มต้นจากการสร้างความเสมอภาคของมนุษย์ โดยยึดหลักว่า ไม่ว่ามนุษย์ผู้นั้นจะมีความแตกต่างในเรื่องเพศสรีระที่เป็นชายหรือเพศสรีระที่เป็นหญิง หรือมีความแตกต่างกันในเรื่องเชื้อชาติ ศาสนา สีผิว ภาษา หรือ อายุ แต่ทุกคนที่เกิดมาบนโลกนี้ต่างก็มีความเป็นมนุษย์โดยเท่าเทียมกันทุกคน ดังนั้นทำให้สังคมระหว่างประเทศได้มีแนวคิดที่จะกำหนดข้อตกลงในเรื่องสิทธิมนุษยชนขึ้นมา เพื่อสร้างความเข้าใจและเป็นแนวทางในการปฏิบัติร่วมกัน ในการสร้างความเท่าเทียมกันให้เกิดขึ้นในสังคมมนุษย์นี้ โดยเริ่มจากการสร้างความเข้าใจว่า มนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และมีความเท่าเทียมกัน โดยไม่คำนึงว่ามนุษย์ผู้นั้นจะเป็นใคร และไม่ว่ามนุษย์ผู้นั้นจะเป็นชายหรือหญิงก็มีสิทธิและเสรีภาพในการที่จะกำหนดวิถีชีวิตของตน และดำรงชีวิตของตนนั้นอย่างมีเสรีธรรม

ดังนั้น ในยุคปัจจุบันที่สภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไปส่งผลให้แนวคิดดังกล่าวได้รับการยอมรับมากขึ้น โดยที่สภาพสังคมโดยทั่วไปมองเห็นว่ามนุษย์ทุกคนมีคุณค่าในตนเองไม่ว่าเขาจะเป็นบุคคลที่เกิดมาจากชาติ เผ่าพันธุ์ ภาษา เพศ ไตๆ ก็ตามพึงที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายทั้งในระดับรัฐและในระดับระหว่างประเทศ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงได้มีการรับรองแนวคิดเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ว่าควรที่จะต้องมีการรับรองในรูปแบบของข้อตกลงระหว่างประเทศในระดับสากล เพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติต่อมนุษย์ด้วยกันอย่างเท่าเทียมและเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างป็นรูปธรรมต่อไป มิใช่เป็นเพียงแค่หลักการโดยทั่วไปที่กล่าวถึงกันเท่านั้น

ส่วนในกรณีของการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล โดยคำนึงถึงเรื่องความหลากหลายในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมทางเพศของมนุษย์นั้น ในปัจจุบันเรื่องดังกล่าวเริ่มมีการกล่าวถึงในระดับสังคมระหว่างประเทศมากขึ้น แม้ว่าจะไม่ได้มีการบัญญัติถึงเรื่องความหลากหลายของพฤติกรรมทางเพศที่มนุษย์ได้แสดงออกมา ไว้ในรูปแบบของข้อตกลงใดๆ โดยเฉพาะเจาะจงก็ตาม แต่ก็ได้มีการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่กลุ่มคนเหล่านี้ ในลักษณะของการสร้างความเข้าใจ รวมไปถึงได้มีการรับรองในทางระหว่างประเทศว่าบุคคลเหล่านั้นจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลเรื่องของความพึงพอใจทางเพศหรือรสนิยมในความชอบเรื่องเพศของบุคคล ซึ่งอาจจะมีความแตกต่างและหลากหลายกันออกไป โดยในหัวข้อต่อไปนี้จะนำเสนอ ข้อตกลงระหว่างประเทศที่อยู่ในระดับสากล ที่มีความ

เกี่ยวข้องกับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์โดยคำนึงถึงเรื่องความหลากหลายของพฤติกรรมทางเพศ และสร้างความเข้าใจให้แก่สังคมมนุษย์ เพื่อให้เกิดการยอมรับในความหลากหลายของรสนิยมในความชอบเรื่องเพศ รวมไปถึงการสร้างความสะดวกในการแสดงออกซึ่งความพึงพอใจทางเพศของบุคคลที่ปรากฏในข้อตกลงระหว่างประเทศในระดับสากลเหล่านั้น โดยจะใช้ความพยายามในการสื่อให้เห็นว่าข้อตกลงระหว่างประเทศเหล่านั้นมีการคำนึงถึงเรื่องดังกล่าวและพยายามในการสร้างความเข้าใจให้สังคมโลกเข้าใจและยอมรับถึงสภาพความเป็นจริงที่มีอยู่ของความรักที่เกิดขึ้นกับมนุษย์ทุกคนโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างเรื่องเพศสภาพ

ดังนั้น ในส่วนรายละเอียดของข้อตกลงระหว่างประเทศในระดับสากลที่จะได้กล่าวในลำดับต่อไปนี้ จะเป็นที่ยืนยันและเป็นเครื่องมือในการสนับสนุนแนวคิดในการสร้างกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มิเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ในรูปแบบของกฎหมายภายในของแต่ละรัฐที่ให้การยอมรับกฎหมายดังกล่าวได้อย่างชัดเจน และสมบูรณ์แบบ

4.1.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้จัดทำขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติ ซึ่งได้มีการจัดทำร่างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนตามพันธกรณีที่ได้ระบุไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ และได้มีการลงมติยอมรับหลักการดังกล่าว และประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ.1948⁴⁵² ปฏิญญาดังกล่าวนี้ ถือได้ว่าเป็นเครื่องที่แสดงถึงการมีเจตนารมณ์ร่วมกันของประเทศต่างๆ ในการมุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิมนุษยชนร่วมกัน โดยวัตถุประสงค์หลักของการจัดทำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็เพื่อเป็นหลักฐานว่าสิทธิมนุษยชนมีความสำคัญและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่ควรจะได้รับคุ้มครอง⁴⁵³ โดยเนื้อหาของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้ประกอบไปด้วย ข้อความที่กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทั้งหมด 30 ข้อ และสามารถจำแนกประเภทของสิทธิต่างๆ ที่ได้รับการคุ้มครองออกเป็น 2 ประเภทด้วยกัน ซึ่งในรายงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนนั้นเรียกว่า “สิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง” (Civil and Political Rights) และ “สิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม” (Economic and Social Rights) โดยเนื้อหาของสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติ 21 ข้อ โดยข้อแรกของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เป็นการกล่าวถึงสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ที่มีแต่ดั้งเดิม ได้แก่ สิทธิในการดำรงชีวิต (The Right to Life), เสรีภาพ (Liberty), ทรัพย์สิน (Property), ความเสมอภาค

⁴⁵² กุมพล พลวัน, *สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก* (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2547), หน้า 32 อ้างถึงใน วราภรณ์ อินทนนท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 68.

⁴⁵³ วราภรณ์ อินทนนท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 68.

(Equality), ความยุติธรรม (Justice) และการแสวงหาความสุข (The Pursuit of Happiness) ส่วนในประเภทของสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม สิทธิดังกล่าวได้มีการรับรองไว้เริ่มตั้งแต่ข้อที่ 22 เป็นต้นไป ได้แก่ สิทธิในการศึกษา (The Right to Education) สิทธิในการทำงาน (The Right to Work) สิทธิที่จะจัดตั้งสหภาพแรงงาน (The Right to Form Trade Union) เป็นต้น⁴⁵⁴

สิทธิมนุษยชนเกิดจากการที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 ได้นำเอาหลักการและแนวคิดตามสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์หรือสิทธิที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติ มากำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในปฏิญญาฉบับนี้ และรวมเรียกสิทธิเหล่านี้ว่าสิทธิมนุษยชน ก่อให้เกิดคำว่า “สิทธิมนุษยชน” ขึ้นมาบนโลกอย่างเป็นทางการ⁴⁵⁵ โดยปฏิญญาสากลฯ ฉบับนี้ได้กำหนดสิทธิต่างๆ ที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานให้มีลักษณะที่เป็นสิทธิมนุษยชนไว้มากมาย ซึ่งรวมไปถึงสิทธิในการสมรส และสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวด้วย โดยได้ยอมรับสิทธิดังกล่าวไว้ในข้อที่ 16 (1)⁴⁵⁶ เนื้อหาในปฏิญญาสากลฯ ฉบับนี้ได้รับรองสิทธิในการสมรสและสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว ให้เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นได้ด้วยความรักในรูปแบบของรักต่างเพศเท่านั้น หรือแม้แต่ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1996 ก็ได้กล่าวถึงประเด็นดังกล่าวไว้ในข้อที่ 23⁴⁵⁷ เช่นเดียวกัน ทำให้กลุ่มคนที่มี

⁴⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 69.

⁴⁵⁵ Scoot Davidson, **Human Right** (Buckingham: Open University Press, 1993), p. 45

⁴⁵⁶ ข้อ 16 (1) “ชายและหญิงที่มีอายุเต็มบริบูรณ์แล้วมีสิทธิที่จะสมรสและจะก่อตั้งครอบครัวโดยปราศจากการจำกัดใดๆ อันเนื่องมาจากเชื้อชาติ สัญชาติ หรือศาสนาต่างมีสิทธิเท่าเทียมกันในการสมรส ระหว่างการสมรส และในการขาดจากการสมรส

การสมรสจะกระทำกันก็ด้วยความยินยอมโดยอิสระและเต็มใจของผู้ที่เจตนาจะเป็นคู่สมรส ครอบครัวเป็นหน่วยธรรมชาติ และพื้นฐานของสังคมและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากสังคมและรัฐ”

⁴⁵⁷ ข้อ 23 “(1) ครอบครัวเป็นหน่วยธรรมชาติ และหลักมูลของสังคมและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากสังคมและรัฐ

สิทธิของชายและหญิงในวัยที่อาจสมรสได้ในการที่จะสมรสและมีครอบครัวพึงได้รับการยอมรับ

การสมรสจะกระทำโดยปราศจากความยินยอมโดยเสรีและบริบูรณ์ของผู้ที่เจตนาจะเป็นคู่สมรสกันมิได้

เพศวิถีแบบรักต่างเพศเท่านั้นเป็นผู้ที่ได้รับสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศในระดับสากลเหล่านี้ แม้ว่าสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักซึ่งเป็นสิทธิโดยธรรมชาติ หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่ไม่ถูกรับรองไว้ในปฏิญญาสากลฯ ปฏิญญาสากลฯ กลับรับรองแค่เพียงสิทธิในการสมรสซึ่งมีฐานะเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตาม แม้หลักการสิทธิมนุษยชนจะถูกกำหนดขึ้นจากปฏิญญาสากลฯ โดยการบัญญัติสิทธิต่างๆ ไว้ในปฏิญญาสากลฯ แล้วมีการเรียกสิทธิเหล่านี้ว่าสิทธิมนุษยชน แต่ในความเป็นจริงแล้ว ปฏิญญาสากลฯ ฉบับนี้ก็มิได้นำหลักการของสิทธิโดยธรรมชาติมาปรับใช้อย่างถูกต้องครบถ้วน ทำให้หลักสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นจากการนิยามความหมายของปฏิญญาสากลฯ ฉบับนี้ไม่มีคุณสมบัติแบบตามหลักของสิทธิโดยธรรมชาติอย่างแท้จริง ส่งผลให้หลักของสิทธิมนุษยชนตามปฏิญญาสากลฯ ฉบับนี้มีสถานะเป็นเพียง หลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานเท่านั้น⁴⁵⁸ หากมีความเป็นไปได้ในอนาคตที่ปฏิญญาสากลฯ ฉบับนี้จะได้รับการพัฒนาให้สมบูรณ์มากขึ้น โดยการนำหลักการของสิทธิโดยธรรมชาติและสิทธิขั้นพื้นฐานมาปรับใช้อย่างถูกต้องทั้งหมด ก็จะส่งผลให้หลักสิทธิมนุษยชนมีสถานะเทียบเท่ากับหลักการของสิทธิโดยธรรมชาติและสิทธิขั้นพื้นฐานและมีสถานะกลายเป็นหลักสิทธิมนุษยชนขั้นสูงอย่างแท้จริง⁴⁵⁹ แม้ว่าในปฏิญญาสากลฯ ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะมิได้มีการกล่าวถึงการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่มีพฤติกรรมทางเพศที่หลากหลายไว้อย่างชัดเจน แต่หากเมื่อพิจารณาจากคำปรารภของปฏิญญาฉบับนี้ที่เริ่มว่า

“ด้วยเหตุที่การยอมรับศักดิ์ศรีที่มีมาแต่กำเนิด และสิทธิในความเสมอภาค และรวมถึงสิทธิที่ไม่อาจโอนแก่กันได้ของสมาชิกทั้งปวงในครอบครัวของมนุษย์นั้น เป็นรากฐานของเสรีภาพความยุติธรรมและสันติภาพของโลก. . . ด้วยเหตุที่บรรดาประชาชนแห่งสหประชาชาติได้ยืนยันไว้ในกฎบัตรถึงความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ในศักดิ์ศรีและคุณค่าของตัวบุคคลและในความเสมอภาคแห่งสิทธิทั้งชาย

บรรดารัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้จะดำเนินการเท่าที่เหมาะสมเพื่อรับรองความเสมอภาคแห่งสิทธิและความรับผิดชอบของคู่สมรสในการที่จะสมรส การอยู่กินระหว่างสมรสและการสิ้นสุดของการสมรส ย่อมต้องมีบทบัญญัติเพื่อการคุ้มครองบุตรเท่าที่จำเป็น

(2) สิทธิของชายและหญิงในวัยที่อาจสมรสได้ ในการที่จะสมรสและมีครอบครัว ย่อมได้รับการรับรอง”

⁴⁵⁸ Maurice Cranston, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁵⁹ Jack Donnelly, *International Human Rights* (Boulder: Westview, 1993), pp.

และหญิง และได้ตัดสินใจที่จะส่งเสริมความก้าวหน้าทางสังคมตลอดจนมาตรฐาน
แห่งชาติให้ดีขึ้น มีเสรีภาพมากขึ้น”⁴⁶⁰

จากคำปรารภดังกล่าวจะพบว่าในปฏิญญาสากลฯ ฉบับนี้ ได้มีการกล่าวถึงสิทธิอันเป็นสิทธิ
โดยธรรมชาติของมนุษย์ว่ามีความเสมอภาคกันโดยเฉพาะในเรื่องของการแสดงออกของความต้องการ
ด้านความรัก ประกอบกับแนวคิดในเรื่องสิทธิความเสมอภาคระหว่างเพศ ที่ควรจะได้มีการรับรอง
ความเสมอภาคแห่งสิทธิของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิง รวมไปถึง
พฤติกรรมในการแสดงออกด้านความรักของพวกเขาเหล่านั้นในทุกรูปแบบไม่ว่าจะเป็น ความรักที่
แสดงออกกับเพศเดียวกัน หรือความรักที่มีต่อเพศสรีระที่ต่างจากตน แต่สิ่งที่ปรากฏคือ ปฏิญญา
สากลฉบับนี้ได้ให้การรับรองเฉพาะความรักในรูปแบบของรักต่างเพศเท่านั้น ไม่ได้มีการกล่าวถึงเรื่อง
การรับรองสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไว้แต่อย่างใด ทั้งนี้เป็นเพราะประเด็น
ดังกล่าวเป็นประเด็นที่เกิดขึ้นใหม่ โดยเฉพาะเรื่องของความหลากหลายของรสนิยมและความพึงพอใจ
ทางเพศของบุคคลซึ่งประเด็นนี้ถือเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้กับมนุษย์ทุกคน ทั้งที่เป็นเพศชายหรือเพศหญิง
ประกอบกับเรื่องความเสมอภาคในการแสดงออกของความต้องการด้านความรักดังกล่าว ซึ่งเป็นเรื่อง
ที่ยากต่อการสร้างความเข้าใจให้กับมนุษย์โดยทั่วไป

ดังนั้นจึงต้องศึกษาเพื่อวิเคราะห์ให้เห็นถึงแนวทางที่สามารถที่จะพัฒนาไปสู่การสร้างความ
เข้าใจแก่คนในสังคม เพื่อนำไปสู่การออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่ม
บุคคลดังกล่าวได้อย่างเป็นรูปธรรม ทั้งในระดับของข้อตกลงระหว่างประเทศ และในข้อตกลงระดับ
ภูมิภาค ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น หากจะพิจารณาว่าเหตุใดปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่มี
การรับรองสิทธิดังกล่าวอย่างชัดเจนและตรงประเด็นในชนิดที่ว่าไม่ต้องอาศัยการตีความนั้น เป็น
เพราะประเด็นที่เกิดขึ้นเป็นประเด็นที่เกิดขึ้นใหม่ในสังคมระหว่างประเทศหลังจากปี ค.ศ.1948 ที่ได้มี
การประกาศใช้ปฏิญญาฉบับนี้ หรือเป็นเพราะว่าการที่มีรัฐที่ให้การยอมรับและออกกฎหมายภายใน
เพื่อรับรองสิทธิดังกล่าวนั้นยังมีไม่มากพอ และยังมีประเด็นที่จะสามารถนำเสนอในวาระการ
ประชุมของสหประชาชาติในแต่ละครั้งได้โดยง่าย จึงทำให้การรับรองสิทธิในทางกฎหมายของคู่รักที่มี
เพศเดียวกัน ยังไม่ถูกหยิบยกขึ้นมาอภิปราย ทั้งนี้เพราะการประชุมในแต่ละครั้ง การจัดลำดับของ
วาระการประชุมมีปัญหามากมาย เพราะปัญหาที่ประชาคมโลกหรือรัฐสมาชิกส่วนใหญ่เห็นว่าควรมี
การแก้ไขก็จะถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาก่อน หรืออาจเป็นเพราะสาเหตุที่ประเด็นดังกล่าวนี้ไม่ได้เป็น

⁴⁶⁰ วีระ โลจายะ, กฎหมายสิทธิมนุษยชน (กรุงเทพฯ: แสงจันทร์การพิมพ์, 2524), หน้า

ปัญหาที่มีความจำเป็นและเร่งด่วนที่ควรจะได้รับแก้ไข ส่งผลให้ประเด็นดังกล่าวจึงยังมิได้มีการหยิบยกขึ้นมาพิจารณาในเวทีสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ

หากจะพิจารณาถึงเนื้อหาของหลักสิทธิโดยธรรมชาติ ก็จะพบว่าหลักการของสิทธิประเภทนี้มีความหมายที่กว้างกว่าหลักสิทธิมนุษยชนที่ถูกกำหนดไว้ในปฏิญญาสากลฯ เนื่องจากหลักสิทธิมนุษยชนที่ถูกกำหนดไว้ในปฏิญญาสากลฯ ฉบับนี้ เป็นเพียงส่วนหนึ่งของหลักสิทธิโดยธรรมชาติ ไม่ใช่หลักการที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหมด ดังจะเห็นได้จากหลักการในเรื่องสถานะแห่งสิทธิในการสมรส ที่ปฏิญญาสากลฯ กำหนดให้เป็นสิทธิมนุษยชนที่รัฐต่างๆ ที่ให้การยอมรับจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีโดยสิทธิดังกล่าวนี้เป็นสิทธิที่จำกัดเฉพาะรูปแบบความรักของมนุษย์ที่มีเพศสรีระที่ต่างกันเท่านั้น ซึ่งหากศึกษาจะพบว่า ไม่ว่าจะมนุษย์ผู้นั้นจะมีพฤติกรรมความรักในรูปแบบใด ก็ต้องได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิอย่างเท่าเทียมกัน แต่ปฏิญญาสากลฯ ฉบับนี้ กลับนำหลักสิทธิโดยธรรมชาติมากำหนดให้เป็นสิทธิมนุษยชนเพียงด้านเดียว โดยคำนึงถึงหลักการที่สำคัญแล้วว่า ต้องเป็นแนวคิดที่สังคมให้การยอมรับเท่านั้น จึงจะสามารถนำมาบัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลฯ ได้

ต่อมาได้ทำการศึกษาและค้นพบว่าในสถานการณ์ปัจจุบัน กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้พยายามรณรงค์ต่อสู้เพื่อให้ได้รับสิทธิในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่โดยชอบด้วยกฎหมายจากรัฐ และยึดแนวทางในการต่อสู้ในประเด็นสิทธิของความหลากหลายทางเพศ หรือ เพศที่สาม โดยใช้ประเด็นดังกล่าวเป็นแนวทางเริ่มแรกของการรณรงค์ว่าสิทธิที่ควรจะได้รับจะต้องมีความเท่าเทียมกับเพศชายและเพศหญิง ซึ่งในเรื่องนี้วิเคราะห์ได้ว่าเป็นการต่อสู้ที่ผิดถูกวิธีและมีลักษณะที่เป็นไปได้ยากที่จะได้รับชัยชนะ เพราะการต่อสู้ในลักษณะเช่นนี้จะต้องสร้างความเข้าใจให้กับคนในสังคมที่จะยอมรับกลุ่มคนเพศที่สาม หรือกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศก่อน และต่อจากนั้นจึงเป็นการต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิประโยชน์ในทางสังคมประเภทอื่นๆ ต่อไป ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว การต่อสู้ในลักษณะดังกล่าวมีความเป็นไปได้ยากที่จะทำให้ประชาชนยอมรับแนวความคิดดังกล่าว รวมไปถึงปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ ก็ไม่ได้กล่าวถึง หรือให้นิยามความหมายใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มคนเพศที่สาม หรือ กลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศไว้ในบทบัญญัติข้อใดเลย ดังนั้น จึงเป็นไปได้ยากที่จะทำให้แนวความคิดในเรื่องสิทธิของกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือ กลุ่มคนเพศที่สามให้ได้รับการยอมรับในระดับสากล

อย่างไรก็ตามแม้ในปัจจุบันจะไม่ได้มีการรับรองสิทธิดังกล่าวในทางกฎหมายอย่างเป็นทางการ แต่ในขณะที่ได้มีความพยายามที่จะเสนอแนวทางและหลักการในการคุ้มครองและรับรองสิทธิให้แก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันจากการถูกเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุที่เป็นเพราะการมีพฤติกรรมทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลดังกล่าว โดยกลุ่มนักวิชาการผู้มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้นำเสนอหลักการเพื่อเป็นแนวทางร่วมกันระหว่างรัฐภาคีขององค์การสหประชาชาติในการคุ้มครองบุคคลจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งพฤติกรรมทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ

ทั้งนี้เนื่องจากในปัจจุบันการเสริมสร้างความเสมอภาคในการแสดงออกของความต้องการด้านความรักที่แตกต่างของบุคคล โดยอาศัยกลไกหลักด้านสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติของรัฐภาคีในเรื่องดังกล่าวนั้นยังมีความแตกต่างและขัดแย้งกันอยู่มาก ซึ่งเป็นไปตามแนวความเชื่อและสภาพสังคมวัฒนธรรมที่มีต่อเรื่องอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล

ดังนั้น จึงได้พยายามวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน โดยเสนอให้ควรมีแนวทางในการรณรงค์ต่อสู้ในรูปแบบใหม่ โดยใช้หลักการพื้นฐานของสังคมมาเป็นสาระสำคัญ โดยเริ่มจากการนำแนวคิดที่ว่ามนุษย์ทุกคนไม่ว่าชายหรือหญิง มีสิทธิและเสรีภาพในการแสดงออกของความต้องการด้านความรักที่แตกต่างกันของแต่ละบุคคล มีเสรีภาพในการเลือกคู่ครองในการจัดตั้งครอบครัวของตนโดยเสรี ไม่ว่าจะคู่ครองของตนนั้นจะเป็น เชื้อชาติ ศาสนา หรือเพศใดก็ตาม แนวคิดดังกล่าวนี้เป็นการแสดงให้เห็นถึงสิทธิและความเท่าเทียมที่เกิดขึ้นกับมนุษย์โดยไม่ได้ยึดเพศสรีระเป็นตัวกำหนด เพราะหากมีความเป็นไปได้ในอนาคต กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันอาจจะได้รับการยอมรับภายใต้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ โดยการแก้ไขปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติฉบับนี้ เพื่อให้สิทธิดังกล่าวนี้ครอบคลุมถึงกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วย

4.1.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966

หากจะพิจารณาถึงความมีอยู่ของการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในระดับสากลนั้น ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 ได้มีการรับรองไว้โดยเนื้อหา ประกอบด้วยวรรคอารัมภบทและบทบัญญัติ 53 ข้อ โดยแบ่งเนื้อหาได้เป็นหกส่วน⁴⁶¹ ดังนี้

วรรคอารัมภบท กล่าวถึงพันธกรณีของรัฐ ด้านสิทธิมนุษยชน ตามกฎบัตรสหประชาชาติ รวมทั้งหน้าที่ของบุคคลที่จะส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน รวมทั้งได้รับสิทธิทั้งด้านพลเมือง การเมือง เศรษฐกิจ และวัฒนธรรมอย่างเท่าเทียมกัน

ส่วนที่ 1 (ข้อ 1) กล่าวถึงสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง (Right of Self Determination)

ส่วนที่ 2 (ข้อ 2-5) กล่าวถึงพันธกรณีของรัฐภาคีที่จะรับรองว่าจะเคารพและประกันสิทธิของบุคคล รวมถึงการห้ามเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะด้วยเหตุผลทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สัญชาติ สถานะทางเศรษฐกิจ สังคม ถิ่นกำเนิด หรือสภาพอื่นใด โดยจะดำเนินการให้เกิดผลในทางปฏิบัติขึ้นภายในประเทศ เพื่อเป็นการประกันว่าบุคคลที่ถูกละเมิดจะได้รับการเยียวยา ไม่ว่าบุรุษหรือสตรีจะได้รับสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมืองอย่างเท่าเทียมกัน การ

⁴⁶¹ วราภรณ์ อินทนนท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 70.

ริดรอนสิทธิในสถานการณ์ฉุกเฉินและการห้ามการตีความตามกติกาในอันที่จะไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพอื่นๆ ลง

ส่วนที่ 3 (ข้อ 6-27) กล่าวถึงสิทธิในส่วนที่เป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อันได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพจากการถูกทรมาน การห้ามบุคคลมิให้ตกอยู่ในภาวะเยี่ยงทาส การห้ามมิให้มีการจับกุมบุคคลตามอำเภอใจ การปฏิบัติต่อผู้ถูกริดรอนสิทธิเสรีภาพอย่างมีมนุษยธรรม การห้ามจำคุกบุคคลด้วยเหตุที่ไม่สามารถชำระหนี้ตามสัญญาได้ บุคคลมีเสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐาน บุคคลย่อมมีความเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย การห้ามมิให้บังคับใช้กฎหมายอาญาที่มีผลย้อนหลัง สิทธิที่จะได้รับการรับรองเป็นบุคคลตามกฎหมาย การห้ามที่จะแทรกแซงความเป็นส่วนตัวของบุคคล การคุ้มครองเสรีภาพทางความคิด เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก การห้ามมิให้การโฆษณาชวนเชื่อเพื่อการสงคราม หรือการก่อให้เกิดการเกลียดชังทางเชื้อชาติ สิทธิที่จะสามารถชุมนุมอย่างสันติ การรวมกันเป็นสมาคม สิทธิของชายหญิงที่อยู่ในวัยเหมาะสมในการที่จะมีครอบครัว การคุ้มครองสิทธิของเด็ก การรับรองว่าพลเมืองทุกคนมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมในกิจการสาธารณะของรัฐ การรับรองว่าบุคคลทั้งปวงย่อมมีความเสมอภาคกันตามกฎหมายและพึงที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน การรับรองสิทธิของชนกลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ ศาสนา และภาษาภายในรัฐ

ส่วนที่ 4 (ข้อ 28-45) กล่าวถึงการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีหน้าที่ดูแลรับผิดชอบในการตรวจสอบการปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐที่ได้มีการกำหนดไว้ในกติกา รวมทั้งพันธกรณีที่รัฐภาคีต้องเสนอรายงาน การยอมรับถึงอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและขั้นตอนของการพิจารณาข้อร้องเรียน

ส่วนที่ 5 (ข้อ 46-47) กล่าวถึงการห้ามการตีความไปในทางที่จะขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ รวมทั้งการห้ามมิให้ตีความไปในทางที่จะเป็นการริดรอนสิทธิที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ส่วนที่ 6 (ข้อที่ 48-53) กล่าวถึงการเข้าเป็นภาคีและการแก้ไขเพิ่มเติมกติกา⁴⁶²

หากจะพิจารณาถึงความมีอยู่ของการคุ้มครอง การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุผลของการแสดงออกในความต้องการด้านความรักที่แตกต่างแล้ว แม้ว่าในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 จะมีได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในประเด็นดังกล่าวแต่ยังมีการรับรองการต่อต้านการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุผลเรื่องความแตกต่างในรสนิยมทางเพศ ซึ่ง

⁴⁶² สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, **หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง** (กรุงเทพฯ: เอราวิณการพิมพ์, 2546), หน้า 1-13 อ้างถึงใน วราภรณ์ อินทนนท์, **เรื่องเดิม**, หน้า 70-71.

ในประเด็นเรื่องนี้เคยได้มีการถูกหยิบยกขึ้นมากล่าวถึงหลายครั้ง แต่ก็ยังไม่ได้รับการพิจารณาแก้ไข อย่างเป็นรูปธรรมแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตามในประเด็นเรื่องนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติก็ได้เคยมี โอกาสหยิบยกขึ้นมากล่าวในคดี Nicholas Toonen v. Australia 1994⁴⁶³ ซึ่งในคดีดังกล่าว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติมีความเห็นว่า การที่กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ได้มีการลงโทษแก่กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันนั้น เป็นการกระทำของรัฐที่ไม่สมควรอย่างยิ่ง เพราะการที่บุคคลที่มีรสนิยมทางเพศแบบรักเพศเดียวกันเป็นเพียงการแสดงออกในความต้องการด้าน ความรักที่แตกต่างเท่านั้น และบุคคลเหล่านั้นก็ได้บรรลุนิติภาวะแล้ว โดยการกระทำดังกล่าว เกิดขึ้นในที่รโหฐานและเกิดจากความยินยอมของบุคคลทั้งสอง ดังนั้น ถือได้ว่าการที่กฎหมายได้ ลงโทษการกระทำดังกล่าวในความสัมพันธ์กับเพศเดียวกันในประเทศออสเตรเลียนั้นฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของ กติกาว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 ที่ว่าด้วยการห้าม เลือปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุของความแตกต่างในเรื่องรสนิยมทางเพศของบุคคล

จากคดีดังกล่าวคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติยังเห็นว่า ควรที่จะถือว่าการ แสดงออกในความต้องการด้านความรักที่แตกต่างของมนุษย์นั้น ควรที่จะรวมอยู่ในเหตุผลของการที่ จะไม่นำมาเป็นเหตุที่จะเลือกปฏิบัติในทางเพศของบุคคลตามมาตรา 2⁴⁶⁴ และมาตรา 26⁴⁶⁵ ของ กติกาฉบับนี้ด้วย เพราะเกิดจากหลักการและเหตุผลเดียวกันที่สมควรจะนำไปปรับใช้กับกรณีที่มีการ

⁴⁶³ Nicolas Toonen v. Australia (Human Rights Committee, 1992); วราภรณ์ อินทนนท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 72.

⁴⁶⁴ Article 2

1. Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind. Such as race, color, sex, language, religion, political or opinion, national or social origin, property or other status.; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 72.

⁴⁶⁵ Article 26: All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. This respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all people's equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, sex, language, religion, political or opinion, national or social origin, property birth or other status; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 73.

ขัดขวาง การอยู่ร่วมกันของบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วย และให้ถือว่าการกระทำในลักษณะต่อต้านการแสดงออกในความต้องการด้านความรักที่แตกต่างเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลทางเพศที่ขัดต่อกติกาด้วยเช่นกัน เนื่องจากเห็นว่าการเลือกคู่ครองในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันนั้น ควรเปิดโอกาสให้ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพในการแสดงออกในความต้องการด้านความรักอย่างเท่าเทียมกัน

หากพิจารณาถึงบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิในเรื่องส่วนตัว โดยเฉพาะสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวไว้แล้ว ครอบครัวมีบทบาทในการเป็นรากฐานของสังคมที่ป่มเพาะความเป็นมนุษย์ และบทบัญญัติที่รับรองสิทธิในเรื่องนี้ คือ ข้อ 23 ที่บัญญัติว่า

1. ครอบครัวคือกลุ่มซึ่งเป็นหน่วยธรรมชาติและพื้นฐานของสังคมและมีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยสังคมและรัฐ
2. สิทธิของชายและหญิงในวัยที่อาจสมรสได้ในการที่จะสมรส และมีครอบครัวพึงได้รับการยอมรับ
3. การสมรสจะกระทำโดยปราศจากความยินยอมโดยเสรี และบริบูรณ์ของผู้ที่เจตนาจะเป็นคู่สมรสกันมิได้
4. บรรดารัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้ จะดำเนินการเท่าที่เหมาะสม เพื่อรับรองความเสมอภาคแห่งสิทธิและความรับผิดชอบของคู่สมรสในการที่จะสมรส การอยู่กินระหว่างสมรส และการสิ้นสุดของการสมรส ในกรณีเกี่ยวข้อง การสิ้นสุดของการสมรสย่อมต้องมีบทบัญญัติเพื่อการคุ้มครองบุตรเท่าที่จำเป็น

จากบทบัญญัติดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าทุกคนมีสิทธิในการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายและมีสิทธิในการสร้างครอบครัว ซึ่งถือเป็นวิถีชีวิตปกติโดยทั่วไปของมนุษย์ แต่อย่างไรก็ตามรัฐอาจจะกำหนดเงื่อนไขบางประการ แต่ต้องไม่เป็นการละเมิดกติกา ดังกล่าว โดยเงื่อนไขของกฎหมายอาจกำหนดให้มีความแตกต่างกันตามประเพณีขนบธรรมเนียม ค่านิยม วัฒนธรรม และศาสนาของแต่ละประเทศ⁴⁶⁶

การที่รัฐจะมีหรือไม่มีการบัญญัติกฎหมายรับรองและคุ้มครองสิทธิในการจัดตั้งครอบครัว และการสมรสของบุคคลที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันนั้นก็ เป็นแนวทางที่รัฐจะสามารถกำหนดเองได้ เพราะสิ่งเหล่านี้เป็นนโยบายของรัฐในเรื่องของค่านิยม วัฒนธรรมที่สังคมของรัฐนั้นเชื่อว่าทำได้หรือทำไม่ได้ ตามแนวทางที่รัฐเห็นว่ามีความเหมาะสมกับสภาวะทางสังคมของรัฐนั้นๆ และหากมีการพิจารณาตามบทบัญญัติของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิ

⁴⁶⁶ David Beetham, ed., *Politics and Human Rights* (Oxford: Blackwell, 1995)

อ้างถึงใน กัลยา เกียรติถาวรชัย, *สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของคนรั้งสัญชาติในประเทศไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 32.

พลเมืองและสิทธิทางการเมืองฉบับนี้แล้ว ก็พบว่าไม่ได้มีการบังคับให้รัฐต่างๆ ที่เป็นภาคีจะต้องให้การรับรองสถานะคู่ชีวิตให้แก่คู่รักเพศเดียวกันแต่อย่างใด

ดังนั้น หากจะมีหรือไม่มีการบัญญัติลงในกฎหมายภายในของรัฐที่เป็นภาคีหรือไม่นั้น ย่อมไม่ผิดพันกรณีตามข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว

เหตุใดในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 ฉบับนี้ จึงมิได้มีการกล่าวถึงเรื่องสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของคู่รักที่มีเพศเดียวกันไว้เฉพาะนั้น อาจเป็นเพราะกติกาฯ ฉบับนี้มีลักษณะเป็นกติกามาตรฐานสากล เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ จึงต้องมีการบัญญัติการรับรองสิทธิการจัดตั้งครอบครัวไว้ในความหมายอย่างกว้าง และมีลักษณะที่เป็นกลาง โดยการรับรองสิทธิของชายหญิงในวัยที่สมรสได้และมีครอบครัวได้ ก็ย่อมอาจขยายความไปถึงการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายและจัดตั้งครอบครัวของคู่รักที่มีเพศเดียวกันได้ด้วยเช่นกันก็เป็นได้ ขึ้นอยู่กับสังคมที่คู่รักที่มีเพศเดียวกันได้อาศัยนั้นให้การยอมรับหรือไม่และมีการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐนั้นหรือไม่

4.1.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ.1966

ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ.1966 นั้นโดยสภาพในเนื้อหาของกติกาได้มีการบัญญัติถึงเจตนารมณ์ที่จะมุ่งคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสร้างความเสมอภาคให้เกิดขึ้น โดยสอดคล้องกับแนวความคิดของการมุ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่ได้ประกาศไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมนั้นมีความมุ่งหวังที่จะให้มนุษย์เข้าถึงสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และทางวัฒนธรรมของตนในฐานะที่บุคคลเป็นพลเมืองของรัฐ

สำหรับในประเด็นเรื่องความมีอยู่ของการรับรองความเสมอภาคของการแสดงออกในความต้องการด้านความรักที่แตกต่าง และภาวะความพึงพอใจในพฤติกรรมทางเพศของบุคคลนั้น ในกติกาฉบับนี้ ได้กล่าวถึงการรับรองเรื่องความเสมอภาคของบุคคลในการเข้าถึงสิทธิต่างๆ ไว้ในบทบัญญัติตามมาตรา 2 วรรคสอง⁴⁶⁷ โดยจะเห็นได้ว่าการห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัตินั้น ในกติกาฯ

⁴⁶⁷ Article 2

1. The States Parties to the present Covenant undertake to guarantee that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind as to race, color, sex, language, religion, political or opinion, national or social origin, property birth or other status; วราภรณ์ อินทนนท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 74.

ฉบับดังกล่าวนี้ มิได้มีการบัญญัติการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลในเรื่องความหลากหลายของพฤติกรรมทางเพศอยู่เลยแม้แต่เรื่องเดียว แต่ในกติกาฉบับนี้กลับมีการบัญญัติห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลของความแตกต่างทางเพศระหว่างชายและหญิง หรือความเสมอภาคระหว่างเพศในประเด็นของสิทธิและความเท่าเทียมกันตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งแม้แต่ในมาตรา 7⁴⁶⁸ ของกติกาฉบับนี้ ในส่วนของเรื่องการทำงานนั้น ก็ยังมีเพียงแค่การบัญญัติรับรองความเสมอภาคในการทำงานระหว่างเพศชายและเพศหญิงไว้เท่านั้น

4.1.4 หลักการยกยอการตา⁴⁶⁹

หลักการยกยอการตาว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ เป็นหลักการที่สร้างความเข้าใจร่วมกันในด้านมาตรฐานของสิทธิและความเสมอภาคระหว่างเพศในระดับสากล โดยได้มีการรับรองสิทธิและความเท่าเทียมกัน โดยการไม่เลือกปฏิบัติบนพื้นฐานเรื่องเพศสรีระ (Sex) เพศภาวะ (Gender) และเพศวิถี (Sexuality) ไว้ในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศแทบทุกฉบับ แต่เนื่องจากปัญหาการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่มีเพศวิถีที่แตกต่างยังเป็นที่ยอมรับได้ทั่วไป นักสิทธิมนุษยชน นักเคลื่อนไหว รวมถึงผู้เชี่ยวชาญต่างๆ จึงได้ร่วมกันร่างหลักการว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนสากลในเรื่องเกี่ยวกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศภาวะ (Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity) หรือที่เรียกกันว่า หลักการยกยอการตาฉบับนี้ขึ้น⁴⁷⁰

ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะในประเด็นสิทธิด้านความหลากหลายทางเพศ หรือเพศที่สาม หลักการนี้เป็นผลจากการประชุมเชิงปฏิบัติการของผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชน นักนิติศาสตร์ระหว่างประเทศเพื่อพัฒนาหลักการต่างๆ ตามกฎหมายว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ณ มหาวิทยาลัย Gadjah

⁴⁶⁸ Article 7 (i) fair wages and equal remuneration for work of equal value without distinction of any kind, in particular women being guaranteed conditions of work not inferior to those enjoyed by men. With equal pay for equal work; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 75.

⁴⁶⁹ ไพศาล ลิขิตปรีชากุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 81-85.

⁴⁷⁰ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, *รายงานประเมินสถานการณ์สิทธิมนุษยชนปี 2547-2550 ในประเทศไทย* (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2552), หน้า 130-131.

Mada เมืองยอกยาคาร์ตา ประเทศอินโดนีเซีย เมื่อวันที่ 6-8 พฤศจิกายน ค.ศ.2006 โดยการประชุมดังกล่าว ศาสตราจารย์วิทิต มันทาภรณ์ จากประเทศไทยได้ร่วมลงนามรับรองหลักการยอกยาคาร์ตา ในฐานะประธานร่วมของการประชุม โดยหลักการยอกยาคาร์ตา ได้ยืนยันมาตรฐานกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศที่มีผลผูกพันรัฐภาคีให้ปฏิบัติตามพันธกรณีเพื่อสร้างหลักประกันคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้ก้าวไปสู่ความเสมอภาค เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักการนี้ได้ชี้ให้เห็นว่า การเคารพสิทธิทางเพศ วิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศมีความสำคัญอย่างยิ่งในการสร้างหลักประกันความเสมอภาคระหว่างหญิงชายและบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยมีข้อแนะนำที่เป็นรายละเอียดในทางปฏิบัติสำหรับรัฐภาคีสถาบันสิทธิมนุษยชนระดับชาติ สื่อมวลชน องค์กรพัฒนาเอกชนให้ดำเนินการเพื่อสร้างหลักประกันคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่มีประสิทธิภาพปราศจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วยสาเหตุจากวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ โดยได้กำหนดหลักการไว้ทั้งสิ้น จำนวน 29 ข้อ ดังนี้

- หลักการข้อที่ 1 สิทธิในการใช้สิทธิมนุษยชนที่เป็นสากล
- หลักการข้อที่ 2 สิทธิในความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ
- หลักการข้อที่ 3 สิทธิในการรับรองทางกฎหมาย
- หลักการข้อที่ 4 สิทธิในชีวิต
- หลักการข้อที่ 5 สิทธิในหลักประกันของบุคคล
- หลักการข้อที่ 6 สิทธิในความเป็นส่วนบุคคล
- หลักการข้อที่ 7 สิทธิในความเป็นอิสระจากการถูกเพิกถอนเสรีภาพโดยพลการ
- หลักการข้อที่ 8 สิทธิในการพิจารณาคดีด้วยความเป็นธรรม
- หลักการข้อที่ 9 สิทธิในด้านการปฏิบัติในลักษณะความเป็นมนุษย์ระหว่างถูกควบคุมตัว
- หลักการข้อที่ 10 สิทธิในความเป็นอิสระจากการทรมานและการปฏิบัติหรือลงโทษในลักษณะทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
- หลักการข้อที่ 11 สิทธิในการคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์การค้า และการลักพาตัวมนุษย์ในทุกรูปแบบ
- หลักการข้อที่ 12 สิทธิในการทำงาน
- หลักการข้อที่ 13 สิทธิในประกันสังคม และมาตรการคุ้มครองทางสังคมอื่นๆ
- หลักการข้อที่ 14 สิทธิในมาตรฐานการครองชีพตามสมควร
- หลักการข้อที่ 15 สิทธิในการมีที่อยู่อาศัยตามสมควร
- หลักการข้อที่ 16 สิทธิในการศึกษา
- หลักการข้อที่ 17 สิทธิในการจัดให้มีมาตรฐานสูงสุดด้านสุขภาพ
- หลักการข้อที่ 18 ความคุ้มครองจากการกระทำที่มีขอบทางการแพทย์

- หลักการข้อที่ 19 สิทธิในความเห็นและการแสดงความคิดเห็น
 หลักการข้อที่ 20 สิทธิในอิสระด้านการชุมนุมโดยสงบและสมาคม
 หลักการข้อที่ 21 สิทธิในอิสระด้านความคิด ความเชื่อ และศาสนา
 หลักการข้อที่ 22 สิทธิในอิสระด้านการย้ายถิ่นฐาน
 หลักการข้อที่ 23 สิทธิในการแสวงหาที่พักพิง
 หลักการข้อที่ 24 สิทธิในการก่อตั้งครอบครัว
 หลักการข้อที่ 25 สิทธิในการมีส่วนร่วมในการดำรงชีวิตทางปกครอง
 หลักการข้อที่ 26 สิทธิในการมีส่วนร่วมในการดำรงชีวิตทางวัฒนธรรม
 หลักการข้อที่ 27 สิทธิในการส่งเสริมสิทธิมนุษยชน
 หลักการข้อที่ 28 สิทธิในการเยียวยาแก้ไขและการชดใช้ในลักษณะเกิดผลใช้บังคับได้
 หลักการข้อที่ 29 ภาวะความรับผิดชอบ⁴⁷¹

ซึ่งในหลักการยกยอการคาร์ตา ได้กล่าวถึงหลักการเกี่ยวกับการสมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ไว้ในหลักการข้อ 24 สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวไว้ว่า

มนุษย์ทุกคนมีสิทธิในการสร้างครอบครัวโดยไม่ขึ้นกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ครอบครัวมีหลายรูปแบบ ห้ามมิให้ครอบครัวใดตกเป็นเหยื่อของการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุแห่งวิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศของสมาชิกคนหนึ่งคนใดในครอบครัว ซึ่งรัฐจะต้อง

1. ใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครองและอื่นๆ ที่จำเป็นเพื่อรับรองสิทธิในการสร้างครอบครัว รวมทั้งโดยให้มีโอกาสในการอุปการะบุตรบุญธรรมหรือการตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วย (รวมถึงการผสมเทียม) โดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากสาเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ

2. ใช้กฎหมายและนโยบายต่างๆ ให้การยอมรับความหลากหลายของรูปแบบครอบครัว รวมทั้งที่ไม่ได้มาจากสายเลือดหรือการสมรส และต้องใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครองและอื่นๆ ที่จำเป็น เพื่อมิให้ครอบครัวใดตกเป็นเหยื่อของการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของสมาชิกคนหนึ่งคนใดในครอบครัว รวมทั้งด้านสวัสดิการสังคมในครอบครัว และสิทธิประโยชน์จากรัฐ การจ้างงาน หรือการเข้าประเทศ

3. ใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครอง และอื่นๆ ที่จำเป็น เพื่อให้การกระทำหรือการตัดสินใจทั้งหมดเกี่ยวกับเด็กไม่ว่ากระทำโดยสถาบันสวัสดิการสังคมของรัฐหรือเอกชน ศาล อำนาจปกครอง หรือนิติบัญญัติ ต้องถือเอาประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ และต้องไม่ถือว่าวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของเด็กหรือสมาชิกครอบครัวคนหนึ่งคนใดขัดกับประโยชน์ดังกล่าว

⁴⁷¹ โปศาล ลิขิตปรีชากุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 81-85.

4. ให้เด็กที่มีวุฒิภาวะเพียงพอต่อการมีความคิดเห็นส่วนตัวมีสิทธิในการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวอย่างอิสระ และต้องให้น้ำหนักต่อความคิดเห็นดังกล่าวตามสมควรแก่วัย และวุฒิภาวะของเด็ก ในการกระทำหรือการตัดสินใจใดๆ เกี่ยวกับเด็ก

5. ใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครอง และอื่นๆ ที่จำเป็นเพื่อรับรองสิทธิประโยชน์ ผลประโยชน์ หรือหน้าที่ใดๆ แก่การสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิตระหว่างเพศเดียวกัน เท่าเทียมกับการสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิตระหว่างต่างประเทศ ในรัฐที่ยอมรับการสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิตระหว่างเพศเดียวกัน

6. ใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครอง และอื่นๆ ที่จำเป็น เพื่อรับรองสิทธิ สิทธิประโยชน์ ผลประโยชน์ หรือหน้าที่ใดๆ ต่อคู่ไม่ได้สมรสระหว่างเพศเดียวกันเท่าเทียมกันกับคู่ไม่ได้สมรสระหว่างต่างประเทศ

7. ให้การสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตที่ได้รับการยอมรับทางกฎหมายมีผลกึ่งต่อเมื่อบุคคลทั้งสองให้การยินยอมอย่างอิสระและสมบูรณ์⁴⁷²

จากหลักการยกยอการกระทำที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น จะพบได้ว่า หลักการดังกล่าวนี้มีลักษณะที่เป็นแนวทางในการสร้างความเท่าเทียมระหว่างเพศชายและเพศหญิง และการสร้างความเข้าใจในเรื่องความเสมอภาคจากการแสดงออกในด้านความรักที่แตกต่างของเพศชายและเพศหญิง และไม่เลือกปฏิบัติจากเหตุผลดังกล่าวโดยการสร้างความแตกต่างให้เกิดขึ้นในสังคม หรือสร้างบทลงโทษในทางกฎหมายหรือบทลงโทษในทางสังคมต่อกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเหล่านี้ จากการที่กลุ่มคนเหล่านี้มีรสนิยมทางเพศที่แตกต่างจากคนส่วนใหญ่ในสังคม แต่อย่างไรก็ตามแม้หลักการดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นเพียงบันทึกความเข้าใจร่วมกันเท่านั้น โดยไม่ได้มีฐานะเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่รัฐต่างๆ ที่เป็นสมาชิกของสหประชาชาติจะต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด แต่บันทึกความเข้าใจฉบับนี้ ก็เป็นแนวทางที่ประเทศต่างๆ ทั่วโลกควรจะต้องสร้างความเข้าใจ และตระหนักถึงวางแนวทางในทางปฏิบัติร่วมกันกับแนวคิดในการสร้างความเสมอภาคให้เกิดขึ้นกับกลุ่มคนที่มีการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมทางเพศที่แตกต่างในสังคมอย่างเท่าเทียมกัน

4.2 ข้อตกลงระหว่างประเทศในระดับภูมิภาค

นอกจากในสังคมระหว่างประเทศในระดับสากลจะได้มีการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศต่างๆ ขึ้นหลายองค์การและองค์กรเหล่านั้นต่างก็มีบทบาทสำคัญต่อการให้แนวทางในการช่วยเหลือประชากรของชาติต่างๆ ที่ต้องประสบปัญหาเกี่ยวกับการไม่ได้รับความเสมอภาคเท่าเทียมในทาง

⁴⁷² Jr. Eskridge N. William, *op. cit.*, p. 124.

กฎหมาย อาทิ องค์การสหประชาชาติ รวมทั้งองค์กรเหล่านี้ก็ได้จัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบของสนธิสัญญา อนุสัญญาและบันทึกความตกลงระหว่างประเทศต่างๆ ขึ้นมาหลายฉบับ ในขณะที่เดียวกันรัฐใด ที่มีความใกล้ชิดกันในทางภูมิศาสตร์ หรือเป็นรัฐที่มีความเป็นมาทางสังคมและวัฒนธรรมร่วมกันหรืออาจมีการนับถือศาสนาเดียวกัน หรือการมีการพัฒนาเศรษฐกิจร่วมกันในภูมิภาค เป็นต้น โดยรัฐต่างๆ เหล่านี้ได้มีการรวมกลุ่มกันในระดับภูมิภาค ซึ่งถือตามหลักภูมิศาสตร์ หรือตามหลักการความสัมพันธ์กันในรูปแบบต่างๆ ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น เพื่อร่วมมือกันในการพัฒนาด้านเศรษฐกิจและสังคม รวมไปถึงยังได้มีความพยายามในการที่จะมุ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เพื่อสร้างความเท่าเทียมกันให้เกิดขึ้นในระดับภูมิภาคของตนด้วย

ในโลกยุคปัจจุบันการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับภูมิภาคนั้น ได้มีการจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศต่างๆ ขึ้นมาหลายฉบับ สำหรับการศึกษาในส่วนนี้ จะศึกษาถึงการคุ้มครองและรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลโดยคำนึงถึงความหลากหลายในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมทางเพศที่แตกต่างว่าในข้อตกลงระหว่างประเทศในระดับภูมิภาคนั้น ว่ามีการยอมรับและรับรองในเรื่องดังกล่าวนี้หรือไม่ อย่างไร โดยจะเริ่มทำการศึกษจากบทบัญญัติใน สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานและสถานะในทางกฎหมายของปัจเจกชนภายใต้แนวคิดของสหภาพยุโรป อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950⁴⁷³ อนุสัญญาอินเตอร์ อเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1969⁴⁷⁴ กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและประชาชน ค.ศ.1981⁴⁷⁵ ที่ได้แถลงต่อที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ⁴⁷⁶ โดยเป็นการศึกษาว่าได้มีการบัญญัติการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่กลุ่มบุคคลที่มีการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมทางเพศที่แตกต่างกันอย่างเท่าเทียมหรือไม่ อย่างไร และข้อตกลงระหว่างประเทศในระดับภูมิภาคเหล่านั้น ได้มีวิธีการในการพัฒนาไปสู่แนวทางการยอมรับในการออกกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ เพื่อเป็นการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลโดยคำนึงถึงความเสมอภาคในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมทางเพศที่แตกต่างและหลากหลายว่ามีเนื้อหาลักษณะอย่างไร

⁴⁷³ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950 ซึ่งได้จัดทำขึ้นในคณะมนตรียุโรปนั้น แม้ยังไม่ได้มีสถานะเป็นกฎหมาย แต่หลักการที่มีการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่บุคคลในด้านต่างๆ นั้นได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป

⁴⁷⁴ Daniel R. Pinello, *op. cit.*, p. 86.

⁴⁷⁵ U. Oji Umzurike, *The African Charter on Human and Peoples' Rights* (The Hague; London: Nijhoff, 1982), p. 76.

⁴⁷⁶ Robert Wintemute, *op. cit.*, p. 172.

4.2.1 อนุสัญญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานและสถานะในทางกฎหมายของปัจเจกชนภายใต้แนวคิดของสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรป ถือได้ว่าเป็นความสำเร็จอีกตัวอย่างหนึ่งของประเทศต่างๆ ที่มีการรวมกลุ่มกันในระดับภูมิภาค โดยได้มีการรวมตัวกันในด้านเศรษฐกิจ สังคมและ วัฒนธรรม รวมทั้งได้กำหนดแนวทางการดำเนินกิจกรรมของรัฐในรูปแบบของกลุ่มความร่วมมือ กว่าจะกลายมาเป็นสหภาพยุโรป ดังเช่นปัจจุบันนี้ ที่ประกอบไปด้วยรัฐสมาชิกครอบคลุมพื้นที่ส่วนใหญ่ของทวีปยุโรป โดยได้มีการลงนามร่วมกันของรัฐสมาชิกของประชาคมยุโรปเพื่อจัดตั้งสหภาพยุโรปในสนธิสัญญาจัดตั้งสหภาพยุโรป หรือที่เรียกว่า สนธิสัญญามาสทริท เมื่อวันที่ 7 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1992 สหภาพยุโรปนั้น ถือได้ว่าเป็นวิวัฒนาการของการพัฒนาที่ก้าวหน้าไปอีกระดับหนึ่งของประชาคมยุโรป รวมไปถึงการขยายเขตความร่วมมือกันในด้านสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนระหว่างรัฐสมาชิก ที่ได้ร่วมลงนามในสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป เพื่อที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งประชาคมยุโรปร่วมกัน⁴⁷⁷

ในการจัดตั้งสหภาพยุโรปนั้นสิ่งที่รัฐสมาชิกในสหภาพยุโรป ให้ความสำคัญและมุ่งที่จะให้เกิดขึ้นในภูมิภาคนี้ คือ การยกระดับมาตรฐานของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนในสหภาพยุโรป ดังจะเห็นได้จาก มีรูปแบบของการบัญญัติกฎหมายร่วมกันในการรับรองและคุ้มครองสิทธิพื้นฐานต่างๆ ของปัจเจกชน และมีผลบังคับใช้ในฐานะที่เป็นกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกได้ทันที ซึ่งเป็นลักษณะกฎหมายที่เป็นแบบ Direct Effect เช่น กฎบัตรว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานแห่งสหภาพยุโรป ค.ศ.2000 (The Charter of Fundamental Rights of the European Union 2000) โดยในเนื้อหาของกฎบัตรฉบับนี้ได้มีการกล่าวถึงการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล โดยที่รัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปจะต้องมีการรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามพันธกรณีที่ได้มีการทำความตกลงร่วมกันในกฎบัตร ซึ่งได้กล่าวถึงการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ต้องรับรองให้ นั่น รวมถึงสิทธิที่รับรองไว้ในกฎบัตรและความร่วมมือต่างๆ สิทธิที่เกิดจากการตีความของศาลในคดีที่ศาลประชาคมยุโรปและศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้เคยมีการตัดสินในเรื่องดังกล่าวไว้และให้ถือว่าหน้าที่ในการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวตามกฎบัตรเป็นเสมือนกฎหมายภายในของรัฐอันจะกล่าวอ้างได้เมื่อมีการกระทำการละเมิดสิทธิที่กฎบัตรให้การรับรอง⁴⁷⁸

โดยเนื้อหาของกฎบัตรฉบับนี้ได้กล่าวถึงการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นต้องมีการรับรองที่ก่อให้เกิดความเสมอภาค และได้มีการกล่าวถึงที่จะไม่มีการเลือกปฏิบัติ โดยรับรองไว้ในมาตรา

⁴⁷⁷ วราภรณ์ อินทนนท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 78.

⁴⁷⁸ คำปรารภใน The Charter of Fundamental Rights of the European Union 2000; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 80.

20⁴⁷⁹ ว่าทุกคนมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย และทุกคนจะต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลที่ไม่เป็นธรรม ไม่ว่าจะเป็นเนื่องจากเชื้อชาติ เพศ สีผิว ความเชื่อทางศาสนา ภาษา การเป็นชนกลุ่มน้อย ความพิการ อายุ การมีรสนิยมหรือความพึงพอใจในทางเพศ⁴⁸⁰ ซึ่งจะเห็นได้ว่าในสหภาพยุโรปนั้น ได้มีการคำนึงเรื่องความเสมอภาคในการแสดงออกในด้านต่างๆ ของบุคคล ในประเด็นเรื่องเพศวิถีถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่ควรจะนำมาเป็นเหตุผลที่จะเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเนื่องจากการแสดงออกซึ่งความต้องการในด้านความรักของแต่ละบุคคลอาจมีความแตกต่างกัน และเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติอันเป็นสิทธิพื้นฐานที่รัฐสมาชิกจะต้องออกกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้⁴⁸¹

นอกจากนี้ในสหภาพยุโรป แนวคิดในประเด็นเรื่องการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนโดยคำนึงถึงความเสมอภาคในเพศวิถีนั้นยังได้มีการกำหนดนโยบายร่วมกันในอีกหลายฉบับที่แสดงให้เห็นชัดเจนว่า มีการกล่าวถึงเรื่องดังกล่าวว่าควรจะมีการรับรองและสร้างความเสมอภาคในเรื่องเพศวิถีเพศ โดยจะไม่นำเหตุของความแตกต่างในเพศวิถีมาใช้เป็นเหตุผลของการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานดังที่ปรากฏใน Council Directive 2000/78/EC ที่มีการเสนอ เมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน ค.ศ.2000 ซึ่งรัฐสมาชิกต้องนำไปออกเป็นกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการและให้เสรีภาพแก่รัฐในการที่จะสร้างมาตรการหรือกฎหมายภายในแต่ต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์และวัตถุประสงค์ที่ได้รับรองไว้ใน Council Directive ฉบับนี้⁴⁸²

ตัวอย่างเช่น สหราชอาณาจักรที่ได้มีการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ Council Directive 2000/78 ดังกล่าว โดยได้มีการบัญญัติกฎหมายที่เรียกว่า The Equality Act 2006 ขึ้นมา เพื่อสร้างความเสมอภาคและขจัดปัญหาการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุผลของความแตกต่างในเรื่องเพศวิถี ซึ่งในกฎหมายดังกล่าวได้มีการกล่าวถึงการบังคับให้ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยเรื่องความเสมอภาค การตีความ และให้นิยามเกี่ยวกับการแสดงออกซึ่งความต้องการในด้านความรักที่แตกต่างของบุคคลไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายว่าเป็นกลุ่มบุคคลใดบ้างที่อยู่

⁴⁷⁹ The Charter of Fundamental Rights of the European Union 2000, Article 20: Everyone is equal before the law; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 82.

⁴⁸⁰ The Charter of Fundamental Rights of the European Union 2000, Article 21: Any discrimination base on any ground such as sex, race, color, ethnic, or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 82.

⁴⁸¹ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 82.

⁴⁸² *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 83.

ในนิยามที่ต้องรับความเสมอภาคในการจ้างงาน⁴⁸³ โดยได้กำหนดแนวทางการคุ้มครองสิทธิของบุคคลดังกล่าวเพื่อให้บุคคลดังกล่าวได้รับความเสมอภาคในการจ้างแรงงานไว้ในหมวดที่ 3 มาตรา 81-82⁴⁸⁴

ในปัจจุบันประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปหลายประเทศ ได้มีการบัญญัติกฎหมายภายในเพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อตอบสนองกับรูปแบบการใช้ชีวิตของปัจเจกชนในรัฐ แต่กฎหมายดังกล่าวก็เป็นเพียงการให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันภายในรัฐของตนเท่านั้น ยังไม่มีความเป็นสากล ซึ่งในปัจจุบันได้มีความพยายามที่จะกำหนดแนวทางร่วมกันสำหรับการรับรองกฎหมายดังกล่าวในกลุ่มรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป⁴⁸⁵

⁴⁸³ The Equality Act 2006: Equality and diversity

Article 8 duties: (1) The Commission shall, by exercising the power conferred by this part-

- (a) promote understanding of the Importance of equality and diversity,
- (b) encourage good practice in relation on equality and diversity,
- (c) promote equality of opportunity,
- (d) promote awareness and understanding of rights under the equality

enactments.

- (e) enforce the equality enactments,
- (f) work towards the elimination of unlawful discrimination and,
- (g) work towards the elimination of unlawful harassment.

Article 35: this part “sexual orientation” means an individual's sexual orientation towards-

- (a) person of same sex as him or her
- (b) person of the opposite sex, or
- (c) both

; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 83.

⁴⁸⁴ The Equality Act 2006: part 3 Article 81 82; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 83.

⁴⁸⁵ Partnerships should be recognized: “The committee calls on Member States to take legislative action to overcome discrimination experienced by couples by recognizing such relationships Member States with legislation on same-sex

4.2.2 อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950

อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950 เป็นอนุสัญญาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ได้มีการจัดตั้งขึ้นในยุโรปโดยองค์การระหว่างประเทศที่สำคัญคือ คณะมนตรียุโรป จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ.1949 โดยมีประเทศสมาชิกจำนวนทั้งหมด 46 ประเทศ ซึ่งเป็นประเทศในภูมิภาคยุโรปและได้มีการจัดทำความตกลงร่วมกันในทางระหว่างประเทศของรัฐสมาชิกเพื่อมุ่งคุ้มครองและรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในยุโรป⁴⁸⁶

โดยคณะมนตรียุโรป ได้มีการจัดทำอนุสัญญายุโรปเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ฉบับนี้ขึ้น หรือที่เรียกชื่อโดยย่อว่า “ECHR” ซึ่งอนุสัญญานี้ได้เปิดลงนามเมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ.1950 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 3 กันยายน ค.ศ.1953 ในอนุสัญญานี้ได้มีการบรรจุเนื้อหาและบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน และได้มีการจัดตั้งกลไกสำหรับการควบคุมดูแลและบังคับใช้บทบัญญัติในฉบับดังกล่าว นอกจากนี้ อนุสัญญานี้ยังใช้เป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานสำหรับศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ซึ่งคณะมนตรียุโรปได้จัดตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน⁴⁸⁷

หากพิจารณาถึงความมีอยู่ของการรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเนื่องจากความหลากหลายในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมทางเพศ โดยมีหลักการพิจารณาจากรสนิยมทางเพศที่แตกต่างกันของมนุษย์ โดยจะพบว่า ในอนุสัญญานี้ยังมิได้มีการบัญญัติรับรองเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ดังเช่นในตัวอย่างของบทบัญญัติในอนุสัญญาดังกล่าวที่ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายและการจัดตั้งครอบครัวไว้ในข้อ 12⁴⁸⁸ โดยมีเนื้อหาดังนี้ คือ ชายหญิงเมื่อถึงวัยเจริญพันธุ์หรือวัยอันสมควรที่จะทำการสมรส

partnerships are invited to recognize provisions with similar effects adopted by others.”; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 84.

⁴⁸⁶ Karen Reid, *op. cit.*, p. 214

⁴⁸⁷ C. A. Gearty, ed., *European Civil Liberties and the European Convention on Human Rights: A Comparative Study* (The Hague; Martinus: Nijhoff, 1997), p. 142.

⁴⁸⁸ ECHR Article 12: Men and Women of marriageable age have the right to marry and found a family, according to the national laws governing the exercise of this right; วราภรณ์ อินทนนท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 68.

และมีสิทธิในการเลือกคู่ครองของตนเอง เพื่อจัดตั้งครอบครัว โดยสิทธิดังกล่าวย่อมได้รับการคุ้มครอง และรับรองสิทธิให้โดยรัฐเจ้าของสัญชาติ

แม้ตามบทบัญญัติดังกล่าวจะรับรองสิทธิในการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ หรือเรียกว่าการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมาย และการจัดตั้งครอบครัวไว้ว่าเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่อนุสัญญาฉบับนี้ให้การคุ้มครองก็ตาม แต่จากการตีความสิทธิที่อนุสัญญาฯ นี้รับรอง เป็นการรับรองสิทธิแก่การสมรสระหว่างบุคคลที่เป็นบุคคลต่างเพศกันเท่านั้น ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ได้มีการตีความในเรื่องนี้โดยในขณะนั้นยังไม่ได้มีการขยายความไปถึงการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่โดยชอบด้วยกฎหมายและการจัดตั้งครอบครัวของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน ที่จะได้รับการคุ้มครองและรับรองตามอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ แม้ว่าในขณะนั้นจะมีบางประเทศ ที่เป็นประเทศภาคีสมาชิกตามอนุสัญญาฉบับนี้ได้มีการบัญญัติกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่โดยชอบด้วยกฎหมาย และการจัดตั้งครอบครัวของคู่รักที่มีเพศเดียวกันบ้างแล้วก็ตาม แต่ในขณะนั้นคำตัดสินของศาลก็ยังไม่ครอบคลุมถึงสิทธิและความเสมอภาคในความต้องการแสดงพฤติกรรมทางเพศที่แตกต่าง

แต่หากพิจารณาในส่วนเนื้อหาของบทบัญญัติในอนุสัญญาฉบับนี้ถึงควมมีอยู่ของการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่บุคคลโดยอาศัยความเสมอภาคระหว่างเพศ จะพบว่าการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่บุคคลที่อนุสัญญาฉบับนี้รับรองนั้น เป็นการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายอย่างกว้าง มิได้มีการบัญญัติแต่เฉพาะการปฏิบัติเพื่อความเสมอภาคระหว่างเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น หากแต่หมายรวมถึงความเสมอภาคในการแสดงออกซึ่งความต้องการในรูปแบบความรักที่แตกต่างของชายและหญิงด้วย ซึ่งในที่นี้ก็คือ ความหลากหลายในรสนิยม และความพึงพอใจทางเพศของทั้งชายและหญิง

อย่างไรก็ตามแม้จะมีได้มีการรับรองว่าการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลอันเนื่องมาจากรสนิยมทางเพศของบุคคลถือเป็นสิ่งที่ไม่ควรนำมาเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแต่ในช่วงเวลาที่ผ่านมากลับมากระบวนของการวินิจฉัยคดีของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปก็ได้เคยมีการพิจารณาคดีหลายคดีในประเด็นดังกล่าวซึ่งตัวอย่างคดีต่างๆ ที่จะได้มีการกล่าวถึงในที่นี้ เพื่อให้เห็นถึงแนวทางและการมีสภาพบังคับของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950 ที่เป็นการนำมาบังคับใช้กับศาลระหว่างประเทศของสหภาพยุโรป ประกอบกับผู้วิจัยต้องการเสนอให้เห็นว่า การตีความของอนุสัญญาดังกล่าวมีความสอดคล้องและคำนึงถึงสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้นในสังคมยุคปัจจุบันของประเทศในแถบยุโรปหรือไม่ ดังนั้น จึงขออธิบายถึงกรณีของการตีความตามบทบัญญัติของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950 ที่มีลักษณะเฉพาะของการเป็นสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ที่เคยได้มีการตีความและตีความบังคับที่เกิดขึ้นในศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป และศาลยุติธรรมยุโรป โดยได้มีการพัฒนาหลักการของอนุสัญญาดังกล่าวและสร้างแนวทางในการตีความอนุสัญญาดังกล่าวให้ครอบคลุมถึงการคุ้มครอง

และรับรองสิทธิแก่กลุ่มบุคคลผู้ที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน เพื่อป้องกันปัญหาจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม อันเนื่องมาจากการมีรสนิยมทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างจากบุคคลโดยทั่วไป ดังนี้

โดยขอเริ่มต้นจาก ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ซึ่งเป็นศาลที่ทำหน้าที่ในการตัดสินกรณีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนซึ่งได้จัดตั้งตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐาน ค.ศ.1950 ซึ่งเป็นการจัดทำของ The Council of Europe แต่เดิมนั้นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามอนุสัญญาดังกล่าวมีองค์กรเกี่ยวข้องร่วมสามองค์กรด้วยกัน คือ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ศาลสิทธิมนุษยชน และคณะกรรมการรัฐมนตรี ต่อมาหลังจากได้มีการแก้ไขอนุสัญญาในพิธีสารฉบับที่ 11 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ.1998 ทำให้ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปกลายมาเป็นองค์กรเดียวที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามอนุสัญญาดังกล่าวข้างต้น⁴⁸⁹

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนที่เกิดจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนตามพันธกรณีต่างๆ ในอนุสัญญายุโรปฯ และพิธีสารที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญาฉบับนี้ โดยอำนาจในการพิจารณาคดีก่อนหน้านี้ เอกชนผู้ถูกละเมิดสิทธิไม่อาจฟ้องคดีต่อศาลได้โดยตรง⁴⁹⁰ เพราะศาลเองก็ไม่มีอำนาจในการพิจารณาคดีได้โดยตรงที่รับจากการฟ้องร้องของประชาชนได้ แต่ต้องยื่นคำฟ้องผ่านคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป

กล่าวคือ ก่อนการแก้ไขอนุสัญญา ในพิธีสารฉบับที่ 11 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ.1998 การนำคดีขึ้นสู่ศาลที่ทำการพิจารณาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อ การระงับข้อพิพาทเบื้องต้นในกรอบของคณะกรรมการนั้นไม่บรรลุผล และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปมีมติเห็นชอบให้นำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปต่อไป แต่มีเงื่อนไขว่ารัฐที่ตกเป็นผู้ถูกกล่าวหาต้องให้การยอมรับเขตอำนาจของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปด้วย แต่ต่อมาหลังจากการแก้ไขอนุสัญญา ในพิธีสารฉบับที่ 11 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998 แนวทางกระบวนการพิจารณาในระบบใหม่นั้น ได้มีการอนุญาตให้นำข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐที่เกิดขึ้นนั้น ยื่นโดยตรงต่อศาลได้เลย กล่าวคือ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมีสิทธิรับคำร้องของรัฐสมาชิกที่ได้กล่าวหาว่ารัฐสมาชิกอื่น ว่าละเมิดสิทธิมนุษยชนตามพันธกรณีต่างๆ ในอนุสัญญาและพิธีสารอื่นๆ

⁴⁸⁹ John A. USHER, **European Court Practice** (London: Sweet and Maxwell, 1983), p. 124.; Chris VINCENZI and John FAIRHURST, **Law of the European Community**, 3rd ed. (London: Longman, 2002), p. 173 อ้างถึงใน วราภรณ์ อินทนนท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 91.

⁴⁹⁰ ECHR Article 34; วราภรณ์ อินทนนท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 91.

ได้โดยตรง อีกทั้งยังให้สิทธิกับปัจเจกชนและองค์การเอกชนที่ไม่ใช่องค์การของรัฐหรือกลุ่มบุคคลสามารถยื่นคำร้องต่อศาลได้โดยตรงอันมีลักษณะพิเศษเมื่อเปรียบเทียบกับศาลระหว่างประเทศอื่นๆ⁴⁹¹

แนวความคิดในการให้สิทธิแก่ประชาชนผู้ถูกละเมิดสิทธิ ตามที่อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้กำหนดไว้ สามารถยื่นคำร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้โดยตรงนั้นพัฒนามาจากการนำเอาหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นในระบบการพิจารณาคดีของศาลภายในของประเทศเยอรมันที่มีการตีความว่า ประชาชนสามารถเป็นโจทก์โดยอาศัยสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพื่อฟ้องประชาชนด้วยกันหรือรัฐที่ได้กระทำการละเมิด แล้วก่อให้เกิดการกระทบต่อสิทธิที่ได้รับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญแก่ตนโดยแนวคิดดังกล่าวได้มีการพัฒนาและนำมาใช้ในเยอรมันตั้งแต่ปี ค.ศ.1950 และได้มีการนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีของศาลภายในของประเทศแถบยุโรปหลายประเทศ รวมทั้งในศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ในปี ค.ศ.1998⁴⁹²

โดยในการพิจารณาคดีของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ก็เคยวินิจฉัยคำร้องขอของปัจเจกชนซึ่งเป็นผู้เสียหาย โดยให้สิทธิแก่ผู้เสียหายหรือตัวแทนของผู้เสียหายสามารถยื่นคำร้องเพื่อขอเยียวยาความเสียหายกรณีการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950

คดี Goodwin v. United Kingdom 2002⁴⁹³

ในคดีนี้ผู้ร้องซึ่งเป็นเอกชนได้นำคดีไปฟ้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป และต่อมาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิจารณาและได้พิพากษาว่า ประเทศอังกฤษนั้นละเมิดต่อพันธกรณีในอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป โดยถือว่าเป็นคดีที่นำไปสู่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในของประเทศอังกฤษที่เกี่ยวกับการรับรองสถานะทางกฎหมายของบุคคลได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศและการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่รักที่มีเพศเดียวกันในเวลาต่อมา ซึ่งเนื้อหาในคดีมีดังนี้คือ

คดีนี้เกิดขึ้นจากการที่ Christine Goodwin บุคคลซึ่งได้ทำการผ่าตัดแปลงเพศและมีความประสงค์ที่จะจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายแต่ถูกปฏิเสธจากรัฐ จากนั้นจึงไปฟ้องศาลอังกฤษ และศาลก็ได้ปฏิเสธผู้ร้อง จากนั้นผู้ร้องจึงตัดสินใจนำคดีดังกล่าวไปฟ้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป โดย

⁴⁹¹ ECHR Article 34 ที่ได้แก้ไขอนุสัญญา ในพิธีสารฉบับที่ 11 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ.1998

⁴⁹² Karen Reid, *op. cit.*, p. 216

⁴⁹³ Judgment on Goodwin v. United Kingdom (The European Court of Human Rights, 2002); วราภรณ์ อินทนนท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 96.

ทั้งนี้ผู้ร้องให้เหตุผลว่าผู้ร้องแม่เดิมจะเป็นชายแต่เมื่อผู้ร้องได้ผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศแล้วนั้นผู้ร้องมีความต้องการที่จะใช้ชีวิตแบบเพศหญิงและต้องการที่จะมีครอบครัวและได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อผู้ร้องไปร้องขอต่อศาลภายในของประเทศอังกฤษ แต่ผู้ร้องก็ถูกปฏิเสธ

ผู้ร้องจึงร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปว่าประเทศอังกฤษละเมิดบทบัญญัติของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐานในมาตรา 8 ว่าด้วยเรื่องสิทธิในความเป็นส่วนตัวและครอบครัวและมาตรา 12 สิทธิในการสมรส

ตามคำฟ้อง ผู้ร้องอ้างว่าเขาได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมในประเทศอังกฤษ เพราะทำให้ผู้ร้องไม่สามารถใช้สิทธิขั้นพื้นฐานตามปกติได้ เช่นการถูกล่วงละเมิดและเหยียดหยามทางเพศ การไม่ได้รับสิทธิตามกฎหมายแรงงาน ทั้งนี้เพราะตามกฎหมายภายในของประเทศอังกฤษยังเห็นว่าผู้ร้องเป็นเพศชาย ซึ่งเป็นเพศโดยกำเนิดเดิมก่อนการผ่าตัดแปลงเพศ ผู้ร้องไม่สามารถเรียกร้องเงินบำนาญได้เมื่อผู้ร้องเกษียณตอนอายุ 60 ปี ซึ่งตามกฎหมาย ผู้ใช้แรงงานหญิงทุกคนในอังกฤษจะต้องได้รับนอกจากนี้ในด้านการจ่ายเบี้ยประกันการช้รถยนต์ผู้ร้องยังคงต้องชำระตามอัตราของเพศชายซึ่งมีอัตราที่สูงกว่าเพศหญิง และในหลายครั้งที่ผู้ร้องไปติดต่อราชการหรือการเข้ารับบริการต่างๆ ของรัฐผู้ร้องจะต้องมีการแสดงสูจิบัตร เป็นสิ่งที่ทำให้ผู้ร้องมีความยากลำบากกว่าบุคคลอื่น และการที่ผู้ร้องไม่สามารถได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้นั้นผู้ร้องเห็นว่าไม่เป็นธรรมแก่ผู้ร้อง

การตัดสินของศาลในคดีนี้ศาลมีความเห็นเป็นเอกฉันท์ เห็นว่าการที่ประเทศอังกฤษปฏิเสธการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ร้องถือเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติในมาตรา 8 และมาตรา 12 ของอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ การที่ประเทศอังกฤษไม่ได้มีการจัดทำกฎหมายที่ชัดเจน ศาลได้มีการเรียกร้องให้เกิดความแน่นอนทางกฎหมาย และความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย ซึ่งผลกระทบจากคดีนี้ทำให้เกิดการอภิปรายในประเด็นดังกล่าวอย่างกว้างขวางและนำไปสู่การบัญญัติกฎหมายภายในเพื่อรับรองสิทธิของชายและหญิงที่มีการแสดงออกซึ่งความต้องการในด้านความรักที่แตกต่าง อันเป็นที่มาของการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการเปลี่ยนสถานะทางเพศของบุคคลผู้ซึ่งผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศ (Gender Recognition Act 2004) และการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน หรือ The Civil Partnership Act 2004 ในเวลาต่อมา

นอกจากนี้ในคดี Norris v. Ireland⁴⁹⁴ ที่ศาลมีคำตัดสินว่าการที่กฎหมายภายในของ Ireland ได้มีการกำหนดโทษที่รุนแรงแก่ผู้ที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันนั้น ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิ

⁴⁹⁴ Norris v. Ireland (The European Court of Justice, 1988); *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 97.

สิทธิมนุษยชนตามอนุสัญญาฯ ในคดีนี้แม้ Ireland จะยอมรับปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล แต่เนื่องจากการแก้ไขกฎหมายในเรื่องนี้เกี่ยวข้องกับความเชื่อทางศาสนา ซึ่งประชาชนส่วนใหญ่ใน Ireland นับถือศาสนาคริสต์ นิกายโรมันคาทอลิก โดยตามความเชื่อของศาสนาคริสต์นิกายนี้เห็นว่าการมีพฤติกรรมที่แสดงออกในทางเพศกับผู้ที่มิเพศเดียวกันกับตนเป็นการกระทำที่ผิดบาปอย่างร้ายแรง สมควรได้รับการลงโทษที่รุนแรง ผลจากความเชื่อในลักษณะดังกล่าว ทำให้การแก้ไขกฎหมายภายในเกี่ยวกับการกำหนดโทษในเรื่องนี้ รัฐบาล Ireland ต้องใช้เวลานานในการสร้างความเข้าใจให้แก่ประชาชนเพื่อทำการแก้ไขกฎหมายดังกล่าว

ต่อมาจะขอกกล่าวถึง ศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (European Court of Justice) ซึ่งเป็นศาลยุติธรรมกลางแห่งสหภาพยุโรป ซึ่งมีหน้าที่หลักคือ การบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายของสหภาพยุโรป รวมไปถึงพิจารณาและชี้ขาดประเด็นข้อพิพาทว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปที่บัญญัติมานั้นมีการนำมาปรับใช้และมีความสอดคล้องตามเจตนารมณ์ผู้ร่างของกฎหมายหรือไม่ โดยศาลยุติธรรมแห่งยุโรปนอกจากจะมีหน้าที่ในการพิจารณาการบังคับใช้กฎหมายของสหภาพยุโรปโดยรัฐสมาชิกแล้ว ศาลยังให้สิทธิแก่พลเมืองของรัฐสมาชิกในสหภาพยุโรปสามารถยื่นคำร้องต่อศาลได้โดยตรง เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อให้ศาลพิจารณาและวินิจฉัยในกรณีที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรในสหภาพยุโรป รวมไปถึงเพื่อให้ศาลวินิจฉัยข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญาก่อตั้งองค์การ และเพื่อกรณีที่กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและอนุสัญญาก่อตั้งองค์การ และกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องว่าเรื่องที่บุคคลดังกล่าวร้องเรียนต่อศาลนั้น อยู่ในขอบเขตของกฎหมายที่ได้มีการรับรองสิทธิไว้หรือไม่ อย่างไร⁴⁹⁵

ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปมีเขตอำนาจตามที่ได้มีการบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาโรม ค.ศ.1957 ข้อที่ 220 และตามที่ได้มีการบัญญัติไว้ในข้ออื่นๆ เป็นกรณีเฉพาะเช่น ในสนธิสัญญาสหภาพยุโรป ค.ศ. 1992 ในข้อที่ 35 วรรคหนึ่ง ซึ่งภายใต้เงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในข้อนี้โดยพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติในธรรมนูญศาลยุติธรรมแห่งยุโรปข้อที่ 1 ที่กล่าวว่าศาลประชาคมยุโรปได้ก่อตั้งขึ้นเพื่อมีหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาสหภาพยุโรป ค.ศ.1992 และตามธรรมนูญฉบับนี้⁴⁹⁶

ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปถือได้ว่าเป็นกลไกในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนกลไกหนึ่งในระดับภูมิภาค โดยที่ได้มีการจัดตั้งขึ้นในประชาคมยุโรปและได้มีการพิจารณาในประเด็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิ ความเสมอภาคระหว่างเพศซึ่งรวมถึงความแตกต่างในการแสดงออกซึ่งความต้องการในด้านความรักของบุคคลนั้น ซึ่งเคยได้มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลมาแล้วหลายคดีด้วยกันโดยในที่นี้ผู้วิจัยจะขอนำเสนอคดีที่ศาลได้เคยวินิจฉัยมาแล้ว และรวมถึงผลของคำวินิจฉัยของศาลที่นำไปสู่การ

⁴⁹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 98.

⁴⁹⁶ Helen Meenan, *op. cit.*, p. 126.

ออกกฎหมายรับรองสิทธิของบุคคล ในประเด็นเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุทางเพศ ซึ่งศาลได้รวมประเด็นเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความต้องการด้านความรักที่แตกต่างหรือ ความพึงพอใจในรสนิยมทางเพศของบุคคลไว้ด้วยว่าไม่ควรที่จะนำมาเป็นเหตุในการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลผู้ซึ่งมีความรักในลักษณะที่แตกต่าง⁴⁹⁷

คดี Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd. 1998 (Case C-249/96)⁴⁹⁸

คดีที่จะนำเสนอต่อไปนี้เป็นคดีที่ศาลของประเทศอังกฤษ เป็นผู้ร้องขอให้นำคดีนี้ขึ้นสู่ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปเพื่อให้ศาลดังกล่าวตีความบทบัญญัติในมาตรา 119 ของสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป เนื่องจากผู้เสียหายได้มาฟ้องต่อศาลของประเทศอังกฤษ เนื่องจากเห็นว่าตนไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องของความเสมอภาคในการทำงานและการจ้างงานในประเด็นเรื่องของสวัสดิการจากการทำงานที่เท่าเทียมกัน โดยการเลือกปฏิบัติทางเพศด้วยเหตุผลของความแตกต่างในรสนิยมทางเพศ โดยศาลของประเทศอังกฤษ มีความต้องการให้ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปตีความบทบัญญัติในมาตราที่ได้กล่าวมาข้างต้น

โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้ผู้ร้องคือ Lisa Jacqueline Grant เจ้าหน้าที่ธุรการของบริษัท South-West Trains Ltd. ในประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นผู้ที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน โดยได้ใช้ชีวิตร่วมกันกับ Jillian Percy ในลักษณะที่เป็นข้อตกลงของปัจเจกชนในการใช้ชีวิตร่วมกัน ซึ่งในขณะที่ฟ้องคดีนั้นอังกฤษยังไม่มีกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่รักที่มีเพศเดียวกันมาบังคับใช้

ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อศาลยุติธรรมแห่งยุโรปว่าการที่บริษัทไม่ได้ให้สิทธิแก่ผู้ร้องและคนรักของผู้ร้องที่ได้ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในการได้รับสวัสดิการต่างๆ ของบริษัทที่ให้สิทธิแก่พนักงานและครอบครัวในการได้รับส่วนลดค่าบริการในการเดินทางที่เป็นสวัสดิการของพนักงานและครอบครัว โดยทางบริษัทได้อ้างเหตุผลว่าการที่ผู้ร้องและคนรักของผู้ร้องไม่ได้มีการรับรองโดยกฎหมาย ว่าการอยู่ร่วมกันในลักษณะครอบครัว ดังเช่นการอยู่ร่วมกันระหว่างคู่สมรสชายหญิงและคู่รักต่างเพศที่ทำข้อตกลงในการใช้ชีวิตร่วมกันที่เป็นชายกับหญิง ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างบุคคลต่างเพศกันที่มีกฎหมายรับรอง ดังนั้นจึงส่งผลให้ผู้ร้องและคนรักของผู้ร้องไม่มีสิทธิในการใช้สวัสดิการดังกล่าว จากเหตุการณ์ดังกล่าวทำให้ผู้ร้องได้นำคดีขึ้นสู่ศาลของประเทศอังกฤษ และศาลของประเทศอังกฤษได้ร้องขอให้ศาลยุติธรรมยุโรปตีความบทบัญญัติในมาตราดังกล่าว และศาลยุติธรรมยุโรปได้ตีความบทบัญญัตินี้ดังกล่าวว่า การกำหนดเงื่อนไขในเรื่อง สวัสดิการพนักงานของบริษัท South-West trains Ltd. นั้นไม่ขัดต่อ

⁴⁹⁷ วราภรณ์ อินทนนท์, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 98.

⁴⁹⁸ Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd. (The European Court of Justice, 1998); วราภรณ์ อินทนนท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 99.

หลักความเสมอภาคในการจ้างงานตามมาตรา 119 ของอนุสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป จากการที่บริษัทปฏิเสธในการให้สิทธิแก่พนักงานบริษัทของผู้ร้องและคู่รักของผู้ร้อง ที่จะได้รับส่วนลดในการใช้บริการการเดินทางของบริษัท เพราะเหตุที่ผู้ร้องมีรสนิยมทางเพศแบบรักเพศเดียวกัน⁴⁹⁹

อย่างไรก็ตามในคดีนี้ศาลได้ให้ความเห็นว่า เนื่องจากในกฎหมายของประชาคมยังมีได้มีการบัญญัติว่า การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลเพราะแสดงออกซึ่งพฤติกรรมทางเพศที่แตกต่างจากบุคคลทั่วไปนั้น เป็นเหตุผลที่ไม่ควรนำมาใช้ในการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นเป็นอย่างยิ่ง จึงควรที่จะมีการแก้ไขกฎหมายของประชาคมโดยเพิ่มเหตุดังกล่าวบรรจุเข้าไปเพื่อมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลดังกล่าวอีก ซึ่งคดีดังกล่าวทำให้มีการแก้ไขสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป ค.ศ.1957 มาตรา 13 โดยเพิ่มข้อ 6 (a) เข้าไปในสนธิสัญญาอัมสเตอร์ดัมซึ่งเป็นสนธิสัญญาแก้ไขเพิ่มเติม เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ.1997 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่บัดนั้นเป็นต้นมา⁵⁰⁰

คดี Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen Case C-267/06⁵⁰¹

ในคดีนี้ถือว่าเป็นอีกคดีหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน รวมไปถึงการมีสิทธิที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ตามกฎหมายในฐานะคู่รักที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์กัน โดยในกรณีนี้เป็นการเรียกร้องสิทธิของคู่รักที่ได้จดทะเบียนสัมพันธ์ที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์ที่เรียกว่า Life of Partnership ตามกฎหมายภายในของประเทศเยอรมัน เพื่อจะขอรับเงินบำนาญของคู่รักที่ได้จดทะเบียนสัมพันธ์ที่ได้เสียชีวิต แต่ถูกบริษัทที่บริหารจัดการกองทุนบำนาญของรัฐนั้นปฏิเสธ โดยอ้างว่าสิทธิการขอรับเงินบำนาญของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งที่เสียชีวิตนั้นเป็น สิทธิที่ได้กำหนดไว้สำหรับคู่สมรสหรือบุคคลที่มีรสนิยมรักต่างเพศเท่านั้น ซึ่งคู่รักที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์ซึ่งเป็นคนที่มีเพศเดียวกัน ไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของข้อตกลงที่ได้กำหนดไว้ในเงื่อนไขการขอรับเงินบำนาญในฐานะของคู่สมรสของผู้ตายซึ่งเป็นสมาชิกของกองทุนดังกล่าว

จึงเป็นเหตุให้ผู้ร้อง คือ Mr. Tadao Maruko ซึ่งเป็นคู่รักที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์กับผู้ตายผู้ซึ่งประกอบอาชีพนักร้องแบบเสิร์ฟในโรงละครและ เป็นสมาชิกของกองทุนเงินบำนาญตามนโยบายสวัสดิการสังคมของประเทศเยอรมันตั้งแต่ปี ค.ศ.1959 โดยทั้งสองได้จดทะเบียนความสัมพันธ์เมื่อปี ค.ศ.2001 ตามกฎหมาย Life or Partnership ของประเทศเยอรมัน ที่ให้สิทธิแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์ โดยทั้งสองจะได้รับสิทธิ

⁴⁹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 100.

⁵⁰⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 100.

⁵⁰¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 100.

ในทางกฎหมายเสมือนคู่สมรสชายหญิงที่จะจดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย ในคดีผู้ร้องได้ยกข้อกล่าวหาอ้างการคุ้มครองตาม The Council Directive 2000/78: Article 1, 2 และมาตรา 141 ของสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป (The Treaty of Establishing the European Community 1957) ซึ่งได้แก้ไขใหม่ตามสนธิสัญญาอัมสเตอร์ดัม ค.ศ.1997⁵⁰² ต่อศาลภายในของประเทศเยอรมันว่าการที่บริษัทที่จัดการกองทุนบำนาญของรัฐนั้นปฏิเสธการจ่ายเงินแก่ตน เนื่องจากเป็นผู้ร้องและคู่รักของผู้ร้องมีเพศเดียวกัน การกระทำดังกล่าวนี้จึงเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อหลักการห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุของความแตกต่างในการแสดงออกซึ่งความต้องการด้านความรักที่แตกต่างตามนโยบายส่งเสริมความเสมอภาคในการจ้างงานและสิทธิประโยชน์จากอาชีพของสหภาพยุโรป⁵⁰³

ทั้งนี้เพราะตามข้อตกลงที่คู่รักของผู้ร้องผู้ซึ่งเสียชีวิตไปแล้วนั้น ได้ทำกับบริษัทจัดการกองทุน ซึ่งมีหน้าที่บริหารเงินที่ได้จากเงินที่หักจากส่วนหนึ่งของเงินเดือนผู้ตาย โดยเมื่อผู้จ่ายเงินตายลงนั้น ให้ทายาทหรือคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่สามารถยื่นคำร้องเพื่อขอรับเงินแทนได้ (ซึ่งคู่สมรสในเงื่อนไขนั้นต้องเป็นกรณีของคู่สมรสที่เป็นคู่สมรสที่เกิดจากการสมรสระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น) ทั้งนี้เพราะในขณะที่ลงนามในเงื่อนไขข้อตกลงระหว่าง คู่รักของผู้ร้องกับบริษัทดังกล่าว ในขณะที่บริษัทยังไม่ออกกฎที่เป็นการอนุญาตให้คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์กันตามกฎหมายเยอรมัน มีสิทธิเฉกเช่นคู่สมรสที่ได้จดทะเบียนสมรส ซึ่งมีผลให้ผู้ร้องและคู่รักที่เสียชีวิต แม้ได้กระทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์แบบ Life of Partnership ตามที่กฎหมายภายในของประเทศเยอรมันให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันสามารถกระทำได้ แต่การลงนามในข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เกิดขึ้นก่อนที่บริษัทจะออกกฎที่เป็นการอนุญาตให้คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์กันตามกฎหมายเยอรมัน มีสิทธิได้รับเงินบำนาญแทนเฉกเช่นคู่สมรสที่ได้จดทะเบียนสมรส⁵⁰⁴

เมื่อข้อเท็จจริงประกอบกับหลักกฎหมายของผู้ร้อง โดยผู้ร้องได้ยกข้อต่อสู้ที่เป็นกฎหมายของสหภาพยุโรป ดังนั้นศาลภายในของประเทศเยอรมันผู้รับคำร้องจึงส่งคำร้องดังกล่าวนี้ เพื่อให้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ได้พิจารณาและตีความข้อกฎหมายที่ผู้ร้องกล่าวอ้าง ทั้งสองประเด็นคือ ประเด็นแรก กรณีดังกล่าวอยู่ภายใต้บริบทของเรื่องความเสมอภาคในสิทธิประโยชน์จากอาชีพตาม

⁵⁰² The Council Directive 2000/78 (Equal Treatment in Employment and Occupation): Article 1, 2 และ The Treaty of Establishing The European Community 1957 ซึ่งได้แก้ไขใหม่ตามสนธิสัญญาอัมสเตอร์ดัม ค.ศ.1997 Article 141; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 100.

⁵⁰³ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 101.

⁵⁰⁴ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 101.

The Council Directive 2000/78 และมาตรา 141 ของสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป ค.ศ.1957 (The Treaty of Establishing The European Community 1957) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมตามสนธิสัญญาอัมสเตอร์ดัม ค.ศ.1997 หรือไม่ และประเด็นที่สอง การที่บริษัทผู้มีหน้าที่จัดการกองทุนบำนาญปฏิเสธการจ่ายเงินของผู้ร้อง เนื่องจากผู้ร้องไม่ใช่คู่สมรสที่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายของผู้ตาย แต่เป็นคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์ จึงถือว่าไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขการจ่ายเงิน เพราะคู่สมรสในเงื่อนไขของกองทุนนั้นให้สิทธิเฉพาะคู่สมรสที่เป็นคนต่างเพศ เงื่อนไขดังกล่าวเป็นการกำหนดเงื่อนไขที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุแห่งการแสดงออกซึ่งความต้องการด้านความรักที่แตกต่าง⁵⁰⁵

ในคดีดังกล่าวนี้ ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวไว้ว่า ในประเด็นเรื่องการตีความเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ที่ได้จากการประกอบอาชีพตามมาตรา 141 โดยจากข้อเท็จจริงในกรณีดังกล่าวเมื่อเงินรายได้จากกองทุนบำนาญของรัฐนั้นเป็นรายได้อันเกิดจากการหักเงินส่วนหนึ่งของเงินเดือนของผู้ตาย ดังนั้นสิทธิประโยชน์ในเงินบำนาญจึงอยู่ในหลักเกณฑ์ของมาตราดังกล่าวที่ว่าด้วยความเสมอภาคในการเข้าถึงสิทธิประโยชน์จากการทำงานของผู้ตายและจะต้องมีการดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักการเรื่องความเสมอภาคในการจ้างงานและการเข้าถึงสิทธิประโยชน์จากการทำงานตามมาตรา 1 และ 2 ของ The Council Directive 2000/78 ที่ได้วางหลักการเรื่องความเสมอภาคในการจ้างงานและการเข้าถึงสิทธิประโยชน์ที่เกิดจากการทำงานว่าต้องมีการกระทำการไปด้วยความเสมอภาค และไม่มีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ เชื้อชาติ และตลอดจนรสนิยมทางเพศของบุคคล ดังนั้น จากคำวินิจฉัยในประเด็นแรก จึงเป็นเหตุผลที่ศาลใช้ประกอบการวินิจฉัยในประเด็นต่อมาเรื่องการที่บริษัทบริหารเงินบำนาญปฏิเสธค่าของของผู้ร้องซึ่งเป็นคู่สัมพันธ์ที่จดทะเบียนของผู้ตายตามกฎหมาย Life of Partnership ว่าไม่อยู่ในเงื่อนไขการจ่ายเงินตามข้อตกลงที่บริษัทได้ทำไว้กับคู่สัมพันธ์ของผู้ร้องที่เสียชีวิตแล้ว ซึ่งในกรณีนี้ผู้ตายเป็นผู้ทำสัญญากับบริษัทไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1959 ก่อนที่ประเทศเยอรมันจะรับรองสิทธิในการจดทะเบียนความสัมพันธ์ให้กับบุคคลที่มีรสนิยมแบบรักเพศเดียวกัน⁵⁰⁶

โดยในกรณีนี้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยว่า แม้ในขณะที่คู่รักของผู้ร้องในคดีได้ทำสัญญากับบริษัทจัดการเงินกองทุนบำนาญจะได้มีข้อตกลงที่ให้สิทธิในการรับเงินบำนาญของผู้ทำสัญญาเมื่อผู้ทำสัญญาได้เสียชีวิตให้ตกแก่คู่รักของผู้ตายซึ่งได้จดทะเบียนสมรสกันเท่านั้น ซึ่งในขณะที่ทำสัญญาแม้จะให้ความหมายถึงคู่สมรสที่เกิดจากการสมรสระหว่างชายและหญิงก็ตาม แต่เมื่อในเวลาต่อมากฎหมายภายในของรัฐได้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายและบัญญัติเพื่อให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศ

⁵⁰⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 101.

⁵⁰⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 102.

เดียวกันสามารถทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์เพื่ออยู่ร่วมกันในลักษณะเช่นเดียวกับการจดทะเบียนสมรสของคนต่างเพศ⁵⁰⁷

ดังนั้น คู่รักที่ได้ทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศเยอรมันย่อมมีสิทธิเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศที่ได้รับรองไว้ในสัญญาระหว่างบริษัท กับคู่รักของผู้ร้อง คือ มีสิทธิเช่นเดียวกับคู่สมรสที่จะขอรับเงินบำนาญของผู้ตายซึ่งเป็นคู่สัญญาของบริษัทได้ ด้วยเหตุนี้การที่บริษัทจัดการกองทุนเงินบำนาญได้ปฏิเสธการจ่ายเงินแก่ผู้ร้องซึ่งเป็นคู่รักที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์ตามกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศเดียวกันของประเทศเยอรมัน จึงเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติตาม The Council Directive 2000/78 และสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป (The Treaty of Establishing the European Community) ซึ่งแก้ไขใหม่ตามสนธิสัญญาอัมสเตอร์ดัม ค.ศ.1997 มาตรา 141 ว่าด้วยความเสมอภาคในการจ้างงานและการเข้าถึงสิทธิประโยชน์จากการทำงาน และการห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลดังกล่าวในเรื่องการจ้างงานและสิทธิประโยชน์จากการทำงานด้วยเหตุจากรสนิยมทางเพศของบุคคล⁵⁰⁸

จากคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปจะเห็นว่าแนวทางในการตีความของศาลได้นำเอาหลักในการตีความกฎหมายตามหลักการของสภาพสังคมที่เกิดขึ้นในยุคปัจจุบัน คือเมื่อสภาพการณ์ของสังคมที่เปลี่ยนไปการตีความกฎหมายของศาลนั้น จำเป็นที่จะต้องมีการตีความให้เป็นไปในทิศทางที่สอดคล้องกับบริบทของสังคมและบริบทของกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปด้วย⁵⁰⁹

4.2.3 อนุสัญญาอินเตอร์-อเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1969

สำหรับความเป็นมาของ อนุสัญญาอินเตอร์-อเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1969 เกิดขึ้นจากการประชุมร่วมกันของ Inter-American Commission on Human States (OAS) เพื่อส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในอเมริกา และต่อมาในปี ค.ศ.1959 ได้มีการร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขึ้น โดยอนุสัญญาดังกล่าวถือเป็นการเตรียมการเพื่อก่อตั้งศาล Inter-American Court of Human Rights สำหรับให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชน⁵¹⁰

ต่อมาได้มีการลงนามในอนุสัญญาอินเตอร์-อเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Inter American Convention on Human Rights) เมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน ค.ศ.1969 อนุสัญญา

⁵⁰⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 102.

⁵⁰⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 102.

⁵⁰⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 102-103.

⁵¹⁰ Mark Kibney, ed., *World Justice? US Courts and International Human Rights* (Boulder: Westview, 1991), p. 147.

ดังกล่าวได้มีการจัดตั้งศาลและคณะกรรมการขึ้น และอนุสัญญาฉบับดังกล่าวนี้ ก็ได้เริ่มมีผลบังคับใช้อย่างเป็นทางการในวันที่ 18 กรกฎาคม ค.ศ.1978⁵¹¹

จากการศึกษาบทบัญญัติในอนุสัญญาฉบับนี้ ค้นพบว่า ได้มีการบัญญัติถึงการรับรองสิทธิมนุษยชนในด้านต่างๆ ดังเช่นปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยในกรณีของการรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแก่บุคคลจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลในเรื่องของความแตกต่างในเพศวิถี โดยพิจารณาจากการแสดงออกซึ่งความต้องการด้านความรักที่แตกต่างของบุคคลนั้นในการจัดตั้งสถาบันครอบครัว ได้มีการบัญญัติรับรองไว้โดยชัดแจ้ง เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังเช่นในข้อ 17⁵¹² ที่ว่าด้วยสิทธิในการจัดตั้งครอบครัวที่มีเนื้อหา ดังนี้

“ข้อ 17 (1) ครอบครัวถือได้ว่าเป็นกลุ่มทางสังคมโดยธรรมชาติของมนุษย์และควรที่จะได้รับการคุ้มครองจากสังคมและรัฐ

2. ชายและหญิงที่ถึงวัยอันสมควรแก่การสมรสมีสิทธิในการสมรสและจัดตั้งครอบครัว และควรที่จะได้รับการรับรองโดยรัฐ การบัญญัติเงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมายภายในของรัฐจะต้องไม่ขัดกับหลักที่บัญญัติไว้ตามอนุสัญญาฯ ฉบับนี้

3. การสมรสจะเกิดขึ้นมิได้หากปราศจากเสรีภาพและความยินยอมของคู่สมรส”

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่คล้ายคลึงกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 ซึ่งก็ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในเรื่องการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่คู่รักเพศเดียวกันหรือการก่อตั้งครอบครัว ดังนั้น หากพิจารณาหลักการดังกล่าว หากรัฐยินยอมหรือไม่ที่จะให้มีการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่รักที่มีเพศเดียวกันนั้น ย่อมสามารถทำได้หากสังคมในรัฐนั้นให้การยอมรับหรือไม่ยอมรับแนวคิดดังกล่าว เพราะข้อตกลงระหว่างประเทศก็ได้บังคับไว้แต่ประการใด

4.2.4 กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและประชาชน ค.ศ.1981

แนวคิดในการร่างกฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและประชาชน ค.ศ.1981 เริ่มต้นมาจากประวัติศาสตร์ในการสถาปนาองค์การ African Union มีที่มาจากแนวคิดที่ว่าประชาชนชาวแอฟริกัน

⁵¹¹ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง, หน้า 87.

⁵¹² Article 17 The Inter-American Convention on Human Rights; วราภรณ์ อินทนนท์, เรื่องเดิม, หน้า 76.

ยังไม่ได้ได้รับความคุ้มครองในเรื่องของสิทธิและเสรีภาพจากผู้นำทางการเมืองหรือถ้าได้ก็ในลักษณะที่น้อยมาก จนมีการกล่าวว่าผู้นำทางการเมืองมีลักษณะของการใช้อำนาจในการปกครองแบบเบ็ดเสร็จ จนอาจเรียกได้ว่าเป็นผู้นำเผด็จการ (Dictators) ดังนั้นจึงได้ริเริ่มก่อตั้งองค์การที่จะทำหน้าที่ในเรื่องของการคุ้มครองในเรื่องสิทธิต่างๆ ของประชาชน โดยมีการตั้งองค์การที่ชื่อว่า Organization of African Unity (OAU) ขึ้นในวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ.1963⁵¹³

ต่อมาแนวคิดในการก่อตั้ง African Union ถูกริเริ่มขึ้นในกลางปี ค.ศ.1990 อันเป็นผลจากความพยายามของการรวมตัวของชาวแอฟริกัน ซึ่งผู้นำของ OAU ได้ประกาศจัดตั้งเมื่อวันที่ 9 กันยายน ค.ศ.1999 อันเป็นการจัดตั้ง African Union ขึ้น โดยได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมสุดยอดรัฐสมาชิกที่กรุงโรมปี 2000 และมีการจัดทำตราสารก่อตั้ง African Union ซึ่งเรียกว่า “Constitutive Act of the African Union” ขึ้น ซึ่งในปัจจุบันมีประเทศสมาชิกจำนวน 53 ประเทศ โดย Constitutive Act of the African Union มีการกำหนดให้ African Union สนับสนุนและคุ้มครองสิทธิของมนุษย์และประชาชน โดยวัตถุประสงค์ของการจัดตั้ง African Union เป็นไปตามที่กำหนดไว้โดย Constitutive Act of the African Union ข้อ 3...h ซึ่งบัญญัติว่า “เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองมนุษย์และสิทธิพลเมืองตามบทบัญญัติของกฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิของประชาชน (African Charter People’s Rights) และบทบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน⁵¹⁴

โดยกฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิของประชาชนนั้นได้รับความเห็นชอบ เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ.1981 ในการประชุมสุดยอดของรัฐสมาชิกครั้งที่ 18 ซึ่งรัฐสมาชิกของ Organization of African Unity ได้เสนอให้มีการตั้งชื่อว่า “กฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และประชาชน” ซึ่งในกลุ่มประเทศแอฟริกันนั้น มีการจัดทำกฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และประชาชนในปี ค.ศ.1981 โดยในกฎบัตรดังกล่าวได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนแอฟริกาเอาไว้ และหากจะศึกษาว่าในกฎบัตรฉบับดังกล่าวได้มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการถูกเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมด้วยเหตุอันเนื่องมาจากการแสดงออกของความต้องการในด้านความรักที่แตกต่าง โดยจากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติในบางประการเช่น ในเรื่องสิทธิของการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่โดยรัฐและสิทธิในการจัดตั้งครอบครัว กฎบัตรฉบับนี้ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิในการได้รับ การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของรัฐและ

⁵¹³ Henry J. Steiner and Philip Alston, *International Human Rights in Context-Law, Politics, Morals* (Oxford: Clarendon, 1996), p. 216.

⁵¹⁴ John C. Domino, *Civil Rights and Liberties Toward the Twenty-First Century* (New York, NY.: Harper Collins College, 1994), p. 423.

การจัดตั้งครอบครัวไว้ในข้อ 18⁵¹⁵ โดยมีใจความดังนี้ว่า ครอบครัวเป็นสถาบันธรรมชาติขั้นพื้นฐานของสังคมที่จะต้องได้รับการคุ้มครองโดยรับโดยการดูแลทางด้านกายภาพและด้านสุขภาพจิต รัฐควรมีหน้าที่ในการปลูกฝังศีลธรรมอันดีและค่านิยมทางจารีตประเพณี อันเป็นที่ยอมรับจากสังคม เป็นต้น

บทบัญญัติดังกล่าวยังมีได้มีการกล่าวถึงการที่รัฐจะต้องรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันและสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวที่ให้ความหมายรวมไปถึงกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน เพราะตามเนื้อหาในกฎบัตรฯ ดังกล่าว ได้วางหลักไว้แต่เพียงว่าครอบครัวควรจะได้รับ การรับรองและคุ้มครองสิทธิโดยกฎหมายของรัฐเท่านั้น⁵¹⁶

4.3 รูปแบบของกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ

โดยทั่วไปเมื่อกกล่าวถึงการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ ทุกคนก็จะเข้าใจว่าหมายถึงการสมรส และผู้ที่ทำการสมรสได้ก็จะต้องมีเพศสรีระเป็นชายและหญิงเท่านั้น อันหมายถึงรูปแบบการสมรสที่เรียกว่าการแต่งงานแบบคู่รักต่างเพศ (Heterosexual Marriage) และเป็นสิ่งที่สืบเนื่องมาถึงความเข้าใจถึงระบบครอบครัวว่าจะต้องประกอบด้วยบุคคลที่เป็นชายและหญิงในสถานะของพ่อและแม่ ดังนั้น จึงสามารถพบได้ว่าในกฎหมายของประเทศต่างๆ ก็จะทำให้การรับรองลักษณะของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ ในแบบที่เป็นการสมรสของบุคคลที่มีเพศต่างกันเป็นหลัก

อย่างไรก็ตามจากการเคลื่อนไหวและการเรียกร้องสิทธิในการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในหลายประเทศก็ได้นำมาสู่ความเปลี่ยนแปลงในเรื่องสิทธิของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของบุคคลที่มีเพศวิถีที่แตกต่างกันออกไป ไม่ว่าจะเป็น คู่รักชายรักชาย หรือคู่รักหญิงรักหญิง ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการสมรสแบบดั้งเดิมมักจะไม่ได้ให้การรับรองความรักในลักษณะนี้ไว้ แต่ในสถานการณ์ปัจจุบันแนวความคิดนี้ได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 ได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันขึ้น และบัญญัติให้เป็นกฎหมายภายในของรัฐนั้นๆ ในประเด็นเรื่องการรับรองสถานะของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันที่รัฐให้การยอมรับในหลายๆ ประเทศ อันเป็นการทำให้การใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของมนุษย์

⁵¹⁵ Article 18 (1) The family shall be the natural unit and basis of society, it shall be protected by the state which shall take care of its physical and moral health; วราภรณ์ อินทนนท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 85.

⁵¹⁶ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 85.

ไม่ได้จำกัดไว้เพียงระหว่างบุคคลที่มีเพศต่างกันเท่านั้นแต่ยังรวมถึงคู่รักที่มีเพศเดียวกันอีกด้วย ซึ่งการรับรองสถานะในทางกฎหมายให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้ขยายตัวอย่างกว้างขวางและนับเป็นการเปลี่ยนแปลงอีกประการหนึ่งที่สำคัญเกี่ยวกับสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีที่แตกต่างให้มีความเด่นชัดมากขึ้น ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างในบางประเทศที่มีการรับรองสิทธิโดยการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่คู่รักที่มีเพศเดียวกัน โดยได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของประเทศนั้นในรูปแบบของกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันอย่างชัดเจน กลุ่มประเทศต่างๆ ที่ให้การรับรองเหล่านั้น ได้นำเอาข้อตกลงระหว่างประเทศทั้งในระดับสากลและในระดับภูมิภาคมาปรับใช้ให้เกิดความเป็นรูปธรรม และการให้ความสำคัญในการยอมรับสิทธิมนุษยชนอีกขั้นหนึ่งในการแสดงออกซึ่งความต้องการด้านความรักตามที่ตนปรารถนา ซึ่งเป็นเสรีภาพในการเลือกคู่ชีวิต

ในปัจจุบัน สิทธิในการสมรสและสิทธิในการจัดตั้งครอบครัว รวมไปถึงสิทธิในการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐจะเป็นสิทธิที่ถูกจำกัดไว้เฉพาะความรักในรูปแบบของรักต่างเพศเท่านั้น เพราะสิทธิดังกล่าวได้ถูกกำหนดสิทธิไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในข้อตกลงระหว่างประเทศ ดังนี้

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right) รับรองโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ.1948 ข้อ 16 บัญญัติไว้ว่า

(1) ชายและหญิงเมื่อเจริญวัยบริบูรณ์แล้ว มีสิทธิที่จะสมรส และที่จะสร้างครอบครัวโดยไม่มีการจำกัดใดๆ เนื่องจากเชื้อชาติ สัญชาติ หรือ ศาสนา บุคคลชอบที่จะมีสิทธิเท่าเทียมกันในเรื่องการสมรส ในระหว่างการสมรส และในการขาดจากการสมรส

(2) การสมรสจะกระทำได้อีกโดยความยินยอมอย่างเสรี และเต็มใจของคู่บ่าวสาวผู้ตั้งใจจะกระทำการสมรส

(3) ครอบครัว คือ กลุ่มซึ่งเป็นหน่วยธรรมชาติและพื้นฐานของสังคมและชอบที่จะได้รับการคุ้มครองโดยสังคมและโดยรัฐ⁵¹⁷

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) ซึ่งรับรองโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ.1966 มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ.1976 ข้อ 23 บัญญัติว่า

(1) ครอบครัวเป็นหน่วยรวมของสังคมซึ่งเป็นพื้นฐานและเป็นธรรมชาติและย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากสังคมและรัฐ

⁵¹⁷ อธิพิพร บุญประคอง และคณะ, ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (กรุงเทพฯ: กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, 2551), หน้า 217.

(2) สิทธิของชายและหญิงในวัยที่อาจสมรสได้ในการที่จะสมรสและมีครอบครัวย่อมได้รับการรับรอง

(3) การสมรสจะกระทำโดยปราศจากความยินยอมอย่างเต็มที่ ของผู้ที่เจตนาจะสมรสกันมิได้

(4) รัฐภาคีแห่งกติกานี้จะดำเนินการที่เหมาะสมเพื่อประกันความเสมอภาคแห่งสิทธิและความรับผิดชอบของคู่สมรสในการที่จะสมรส ระหว่างการสมรส และเมื่อการสมรสสิ้นสุดลง ในกรณีการสิ้นสุดของการสมรส จะต้องมิมีบทบัญญัติเพื่อการคุ้มครองที่จำเป็นแก่บุตร⁵¹⁸

อย่างไรก็ตามข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้กล่าวมานั้น แม้ตามเนื้อหาจะบัญญัติว่าการสมรสเป็นสิทธิของชายกับหญิงหรือที่เรียกว่าคู่รักต่างเพศเท่านั้น แต่สิ่งนั้นเป็นเพียงความเข้าใจเพียงด้านเดียว เพราะสิทธิมนุษยชนตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 เป็นเพียงสิทธิมนุษยชนในระดับขั้นพื้นฐานเท่านั้น โดยเกิดจากการบัญญัติตามสภาพความจริงในของสังคมขณะนั้น ทำให้ความหมายของสิทธิมนุษยชนตามความเข้าใจของมนุษย์นั้นเกิดจากการตีความตามตัวอักษรตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 ที่กล่าวถึงสิทธิในการสมรสที่สามารถเกิดขึ้นได้กับคู่รักที่มีเพศสรีระที่ต่างกันเท่านั้น

แต่หากพิจารณาให้เห็นถึงความเป็นจริงในยุคปัจจุบันแล้ว สิทธิที่จะเลือกคู่ครองในการสมรสหรือการเลือกที่จะใช้ชีวิตคู่ร่วมกับใครนั้นเข้าใจว่า สิทธิดังกล่าวนี้เป็นสิทธิอันเกิดจากธรรมชาติโดยแท้ เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นมาพร้อมกับมนุษย์ทั้งชายและหญิงทุกคนที่เกิดมาบนโลกใบนี้และสามารถที่จะใช้สิทธิอันเกิดจากธรรมชาตินี้ในการเลือกคู่ชีวิตตามความปรารถนาของตน และก็เป็นสิทธิมนุษยชนอีกประเภทหนึ่งเช่นกัน ดังนั้น หากมนุษย์เพศชายเลือกที่จะใช้ชีวิตคู่ร่วมกับมนุษย์เพศชายด้วยกันหรือเลือกคู่ครองของตนที่เป็นมนุษย์เพศชาย หรือ มนุษย์เพศหญิงที่เลือกที่จะใช้ชีวิตคู่กับมนุษย์ที่มีหญิงด้วยกัน หรือเลือกคู่ครองที่เป็นมนุษย์เพศหญิง และทั้งคู่ต้องการจะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน สิทธิที่มนุษย์เพศชายและมนุษย์เพศหญิง ที่มีความต้องการในลักษณะที่กล่าวมานี้จะสามารถทำได้ เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะสิ่งเหล่านี้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ อันเป็นสิทธิโดยธรรมชาติในการเลือกที่จะแสดงความรัก และในการเลือกคู่ครองเพื่อทำการสมรสหรือให้รัฐให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลทั้งสองด้วยเช่นกัน

ดังนั้น จึงมีความคิดเห็นว่า การสมรสที่ให้ความหมายที่มากเกินไปกว่าข้อตกลงระหว่างประเทศเหล่านี้ที่กำลังเข้าใจกันอยู่ เป็นการให้ความหมายที่ทำให้เกิดแนวคิดที่เป็นสิทธิมนุษยชนใน

⁵¹⁸ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง, หน้า 17.

ระดับสูง คือ การที่รัฐยอมรับและให้การรับรองหรือที่เรียกว่า การสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ซึ่งรัฐจะเป็นผู้รับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่มนุษย์ และให้แก่คู่รักที่มีความประสงค์จะใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในรูปแบบของการออกกฎหมายรับรองสถานะคู่ชีวิต โดยคำนึงถึงรูปแบบความรักที่แตกต่างจากที่รัฐเข้าใจอยู่แต่เดิม ซึ่งการกระทำในลักษณะเช่นนี้ถือเป็นสิทธิมนุษยชนในอีกระดับหนึ่งที่สูงขึ้น และมนุษย์จะต้องพัฒนาไปให้ถึง ไม่ใช่สิทธิมนุษยชนที่รัฐต่างๆ เข้าใจอยู่และปฏิบัติตามอยู่ในปัจจุบันนั่นเอง โดยในปัจจุบันนี้ ในต่างประเทศได้มีการบัญญัติกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วย เพื่อเป็นการรับรองสถานะคู่ชีวิตตามกฎหมาย ซึ่งอาจกำหนดสิทธิและหน้าที่ไว้ให้เหมือนกันหรือใกล้เคียงกันกับคู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรส โดยในปัจจุบัน กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันนี้ แยกเป็น 2 ลักษณะใหญ่ๆ ดังนี้ คือ

ลักษณะที่ 1 การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในลักษณะของการจดทะเบียนสมรส⁵¹⁹

ลักษณะที่ 2 การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในลักษณะของการจดทะเบียนความสัมพันธ์⁵²⁰ หรือการบันทึกคู่ชีวิต

ลักษณะที่ 3 การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในลักษณะของการรับรองโดยปริยาย หรือ Cohabitation⁵²¹

โดยจะขออธิบายทั้งสามลักษณะเพื่อให้เห็นถึงความแตกต่างกันและมีความเหมือนกันของทั้งสามลักษณะดังนี้

ลักษณะที่ 1 การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในลักษณะของการจดทะเบียนสมรส ซึ่งแต่เดิมนั้นการจดทะเบียนในรูปแบบนี้จะนำมาใช้เฉพาะกับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศเท่านั้น แต่ในปัจจุบันการจดทะเบียนสมรสให้แก่พลเมืองของบางรัฐได้มีการพัฒนามาสู่การเป็นกฎหมายที่สามารถรับรองการสมรสระหว่างกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้ด้วย ซึ่งรูปแบบของการจดทะเบียนก็ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่รัฐเป็นผู้กำหนด การจดทะเบียนสมรสในรูปแบบนี้จะเป็นการให้สิทธิประโยชน์แก่คู่รักที่ได้จดทะเบียน

⁵¹⁹ Vern L. Bullough and Bonnies Bullough, *op. cit.*, p. 264.

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 265.

⁵²¹ Cohabitation หมายถึง การอยู่กินร่วมกันโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสหรือจดทะเบียนความสัมพันธ์ใดๆ หากแต่รัฐได้ออกกฎหมายรับรองสถานะในการเป็นคู่ชีวิตให้โดยปริยาย โดยพิจารณาจากการดำเนินชีวิตอยู่ร่วมกัน

สมรสกับบุคคลที่มีเพศสรีระเดียวกันกับตน เช่นเดียวกันกับคู่รักที่ได้จดทะเบียนสมรสกับบุคคลที่มีเพศสรีระที่แตกต่างกับตนอย่างเท่าเทียมกันทุกประการ⁵²²

ลักษณะที่ 2 การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในลักษณะของการจดทะเบียนความสัมพันธ์ มีลักษณะเป็นการจดทะเบียนความสัมพันธ์ โดยมีหลายลักษณะด้วยกัน เช่น Civil Union, Same-Sex Union, Same-Sex Registered Partnerships, Civil Partnership, Domestic Partnership ซึ่งกฎหมายที่ได้กล่าวมานั้นเป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อรองรับสถานะในการใช้ชีวิตคู่ของคู่รักเพศเดียวกัน และมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับกฎหมายที่ให้สิทธิในการจดทะเบียนสมรสตรงที่ว่า บุคคลที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์นั้นจะได้รับสิทธิที่เท่าเทียม หรืออาจจะได้รับสิทธิที่ไม่เท่าเทียมตามกฎหมายเหมือนการจดทะเบียนสมรสระหว่างกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศ โดยในเรื่องนี้มีความแตกต่างกันออกไปตามบทบัญญัติของกฎหมายของแต่ละประเทศ แต่สิ่งที่มีความแตกต่างและถือเป็นสาระสำคัญก็คือ คู่รักเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนในลักษณะของการจดทะเบียนความสัมพันธ์นั้น ไม่สามารถเรียกได้ว่าเป็นการสมรส สาเหตุสำคัญที่ไม่สามารถกล่าวได้ว่าการจดทะเบียนความสัมพันธ์นี้เป็นการสมรส เนื่องจากคำว่าสมรส ของชาวตะวันตกในหลายประเทศนั้นมีความผูกพันกับศาสนาคริสต์ และคนส่วนใหญ่มองว่าการสมรสนั้นเป็นเสมือนรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติที่ผู้ที่จะสามารถกระทำตามให้เป็นไปตามเงื่อนไขนั้นได้คือ ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างหญิงและชายเท่านั้น ซึ่งตามประมวลกฎหมายของพระศาสนจักรนิกายโรมันคาทอลิก บรรพ 4 ลักษณะ 7 การสมรส ได้กำหนดไว้ว่า การสมรสเป็นหนึ่งในศีลศักดิ์สิทธิ์ทั้งเจ็ดประการของพระศาสนจักรนิกายโรมันคาทอลิก โดยที่เป็นรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขแห่งธรรมชาติ และเป็นสิ่งที่มนุษย์ได้รับการถ่ายทอดมาโดยวิถีแห่งธรรมชาติ ดังนั้น พระศาสนจักรนิกายโรมันคาทอลิกจึงได้วางข้อจำกัดในเรื่องเกี่ยวกับการสมรสว่าเป็นพิธีกรรมอันศักดิ์สิทธิ์สำหรับชายและหญิงเท่านั้น ซึ่งทั้งสองจะต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตามประมวลกฎหมายของพระศาสนจักรนิกายโรมันคาทอลิก บรรพ 4 ลักษณะ 7 การสมรส มาตรา 1058 จึงจะสามารถสมรสกันได้ และการสมรสนั้นจึงจะมีผลสมบูรณ์มีผลตามกฎหมายของพระศาสนจักรนิกายโรมันคาทอลิก⁵²³ ซึ่งแนวคิดในลักษณะเช่นนี้เป็นแนวคิดแบบดั้งเดิมที่ศาสนจักรเข้ามามีบทบาทในการควบคุมกฎหมายของรัฐ โดยการนิยามความหมายของกฎหมายสมรสให้อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์แห่งธรรมชาติ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วหาเป็นเช่นนั้นไม่ จึงส่งผลให้รัฐต้องกระทำการโดยวิธีอื่นๆ เพื่อลดความขัดแย้งที่อาจจะเกิดขึ้นและลดการเผชิญหน้ากับศาสนจักร ดังนั้นจึงทำให้เกิด

⁵²² อนิรุต พิเสฏฐศลาสัย, “Civil Union ทางออกของ Same-Sex Marriage ในนิวซีแลนด์,” ผู้จัดการรายเดือน 23, 264 (กันยายน 2548): 144-115.

⁵²³ ไมเคิล โรธ, “ฝรั่งมองไทย,” มติชนสุดสัปดาห์ 1328 (27 มกราคม 2549): 70.

รูปแบบของการจดทะเบียนความสัมพันธ์ขึ้นมา ทำให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของ คู่รักเพศเดียวกันโดยวิธีจดทะเบียนความสัมพันธ์เป็นที่นิยมของรัฐต่างๆ ซึ่งอาจเป็นเพราะการรับรอง สถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันในรูปแบบนี้สร้างความขัดแย้งน้อยกว่าการรับรอง สถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันโดยวิธีจดทะเบียนสมรส

อย่างไรก็ตาม ลักษณะของกฎหมายที่ให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รัก เพศเดียวกันนั้น มิได้เป็นการรับรองในลักษณะเดียวกันทั้งหมด แต่หากมีลักษณะบางประการที่อาจจะ มีความแตกต่างกันออกไป โดยในบางประเทศอาจให้การรับรองในลักษณะเช่นเดียวกันกับการสมรส ของคู่รักต่างเพศตามลักษณะที่ 1 ตามที่ได้กล่าวไว้ โดยคู่รักเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนสมรสกันตาม ลักษณะที่ 1 นี้จะได้สิทธิต่างๆ อันเป็นผลสืบเนื่องในทางกฎหมายต่อการจดทะเบียนของบุคคลเพศ เดียวกันในระดับที่เหมือนกันกับการสมรสของบุคคลต่างเพศ แต่ในบางประเทศอาจจำกัดสิทธิบาง ประการให้มีความแตกต่างไปจากการสมรสของบุคคลต่างเพศ โดยอาจมีข้อจำกัดสิทธิในบางประการ ซึ่งถูกพิจารณาว่าเป็นเรื่องละเอียดอ่อนมิได้เฉพาะคู่รักต่างเพศเท่านั้น กล่าวคือ คู่รักเพศเดียวกันที่ จดทะเบียนสมรสอาจไม่ได้รับสิทธิต่างๆ เฉกเช่นการจดทะเบียนของคู่รักต่างเพศก็เป็นได้ หรือในบาง ประเทศที่ให้คู่รักต่างเพศเท่านั้นที่มีสิทธิที่จะจดทะเบียนสมรสกันได้ ส่วนคู่รักเพศเดียวกันมีสิทธิที่จะ จดทะเบียนความสัมพันธ์กันได้เท่านั้น โดยที่รัฐให้สิทธิแก่คู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรสกันได้รับ สิทธิต่างๆ จากภาครัฐมากกว่าการให้สิทธิแก่คู่รักเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์ หรือใน บางประเทศที่ให้คู่รักต่างเพศเท่านั้นที่มีสิทธิที่จะจดทะเบียนสมรสกันได้ ส่วนคู่รักเพศเดียวกันมีสิทธิที่ จะจดทะเบียนความสัมพันธ์กันได้เท่านั้น โดยรัฐให้สิทธิแก่คู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรสได้รับ สิทธิต่างๆ จากภาครัฐเท่าเทียมกันกับการให้สิทธิแก่คู่รักเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์ก็ เป็นได้เช่นกัน

ลักษณะที่ 3 การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศ เดียวกันในลักษณะของการรับรองโดยปริยาย หรือ Cohabitation ซึ่งแต่เดิมนั้นการรับรองในรูปแบบ นี้จะนำมาใช้เฉพาะกับรูปแบบความรักของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศเท่านั้น โดยการรับรองใน รูปแบบนี้จะเป็นการรับรองในลักษณะที่พิเศษ เพราะคู่รักที่มีเพศที่ต่างกันที่ได้ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันนั้น หาก จำเป็นต้องจดทะเบียนภายใต้กฎหมายใดๆ ของรัฐนั้นไม่ เป็นรูปแบบของการรับรองสถานะที่รัฐได้รับ รองขึ้นมาให้โดยปริยาย โดยพิจารณาจากการดำเนินชีวิตอยู่ร่วมกันของบุคคลสองคนที่มีความรัก ให้แก่กันและมีความปรารถนาที่จะใช้ชีวิตร่วมกัน หากแต่สิทธิประโยชน์ที่ได้มาจากการรับรองสถานะ ในรูปแบบดังกล่าวมานั้นอาจไม่เท่าเทียมกันกับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในรูปแบบ ของการจดทะเบียนสมรส หรือ รูปแบบของการจดทะเบียนความสัมพันธ์ ซึ่งในปัจจุบันการรับรอง สถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในลักษณะนี้ได้ถูกนำมาปรับใช้กับความรักของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรัก เพศเดียวกันด้วย

สำหรับประเทศที่มีความเปลี่ยนแปลงของกฎหมายภายในให้มีการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้นั้น ส่วนใหญ่จะปรากฏอย่างกว้างขวางในทวีปยุโรปและบางส่วนของทวีปอเมริกาเหนือ และบางส่วนของทวีปอเมริกาใต้ และออสเตรเลีย แต่สำหรับประเทศในแถบเอเชียของเรานั้นแม้จะมีการปรากฏข่าวการเคลื่อนไหวของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันในการออกมารณรงค์ต่อสู้เพื่อสิทธิของพวกเขาเหล่านั้น และการพยายามสร้างความเคลื่อนไหวในรูปแบบต่างๆ อาทิ การจัดพิธีแต่งงาน รวมไปถึงการจัดพิธีฉลองการแต่งงานในทางพฤตินัยอย่างเปิดเผยระหว่างคู่รักเพศเดียวกันเกิดขึ้นจำนวนมากในหลายประเทศ ตั้งแต่ปี ค.ศ.2000 เป็นต้นมา ไม่ว่าจะเป็นจีน ฮองกง ไต้หวัน ฟิลิปปินส์ เวียดนาม กัมพูชา และไทยก็ตาม⁵²⁴ แม้จนกระทั่งในปี ค.ศ.2012-2013 ก็ยังไม่มีประเทศใดในเอเชียที่ให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันบังเกิดขึ้น⁵²⁵

สำหรับตัวอย่างกฎหมายของประเทศที่ผู้วิจัยจะได้นำมาศึกษาในที่นี้จะเป็นประเทศที่ได้มีการปรับเปลี่ยนระบบกฎหมายภายในของตนให้มีลักษณะที่เป็นการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้ โดยเป็นประเทศที่มีลักษณะของกฎหมายที่เป็นต้นแบบในการศึกษา มีดังต่อไปนี้

4.3.1 รูปแบบของกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสมีรูปแบบของกฎหมายสมรสที่เป็นไปตามเงื่อนไขของรัฐ โดยรัฐได้ให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่ความรักในทุกรูปแบบ โดยไม่ได้นำเรื่องเพศสรีระมาเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาให้การรับรอง ทำให้การสมรสภายใต้กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสเป็นการสมรสที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของมนุษย์สองคนที่มีความรักให้แก่กันและมีความประสงค์จะใช้ชีวิตคู่ร่วมกันเท่านั้น⁵²⁶ จากการศึกษาพบว่าแนวคิดของประมวลแพ่งของฝรั่งเศสนั้นมีรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ โดยมีลักษณะที่แตกต่างหากจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ และแตกต่างหากจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ ด้วยเหตุผลที่ว่า หลักเกณฑ์ รูปแบบและวัตถุประสงค์ของการสมรสทั้งสามรูปแบบมีความแตกต่างกัน

⁵²⁴ Douglas Sanders, *Remembering Jossie and Bonnie: Same-Sex Marriage in Asia* (A Paper Presented in International Lesbian and Gay Association, Stockholm, Sweden, 2012), p. 30.

⁵²⁵ *Ibid.*, pp. 4-12.

⁵²⁶ Robert Wintemute, *op. cit.*, p. 87.

อย่างสิ้นเชิง โดยรูปแบบการสมรสภายใต้เงื่อนไขของรัฐนั้น มีขึ้นเพื่อการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่มนุษย์ เป็นเรื่องระหว่างรัฐกับประชาชน ดังนั้นหากรัฐออกกฎหมายมาเพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตให้แก่คู่รักที่เป็นชายกับหญิงที่มีความรักในรูปแบบนี้เท่านั้น ก็จะเป็นการกระทำที่ขัดต่อสิทธิของกลุ่มคนที่มีความรักในรูปแบบที่แตกต่าง ดังนั้น รัฐบาลฝรั่งเศสจึงมีความเห็นชอบที่จะแก้ไขกฎหมายสมรสที่มีอยู่ให้ครอบคลุมการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในบริบทของความรักรูปแบบอื่นๆ ที่แตกต่างออกไปด้วย โดยใช้กฎหมายเดียวกันกับทุกคน โดยไม่มีเงื่อนไขเรื่องเพศสรีระมาเป็นอุปสรรคขวางกั้น⁵²⁷

กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสในเรื่องการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือกฎหมายสมรส ให้สิทธิเฉพาะมนุษย์ที่มีเพศสรีระชายกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระหญิงเท่านั้นที่จะได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือ ทำการจดทะเบียนสมรสกันได้ ทำให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันแม้มีความรักให้กันและเจตนาที่จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ก็ไม่ได้รับการรับรองตามกฎหมายในการจดทะเบียนสมรส นอกจากนี้กฎหมายในเรื่อง Cohabitation⁵²⁸ ที่ให้คู่ที่ต้องการอยู่ร่วมกันซึ่งไม่ต้องการสมรสได้รับสิทธิและการรับรองตามกฎหมาย แม้กฎหมายดังกล่าวจะให้สิทธิกับคู่รักที่มีเพศเดียวกัน แต่สิทธิของคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่อยู่กินร่วมกัน (Cohabitation) ก็ไม่มีทางเท่าเทียมกับคู่รักต่างเพศที่อยู่กินร่วมกัน (Cohabitation) โดยในปี ค.ศ.1989 “Court De Cassation” (ศาลสูงของฝรั่งเศส) ได้วางหลักไว้ว่า สิทธิในเรื่องการโอนสิทธิการเช่าในสัญญาเช่าของคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่อยู่กินร่วมกัน (Cohabitation) ก็ไม่มีสิทธิในเรื่องการโอนสิทธิการเช่าในสัญญาเช่านี้⁵²⁹ ซึ่งก็คือกรณีที่อยู่กินร่วมกัน (Cohabitation) ฝ่ายหนึ่งทำสัญญาเช่าไว้แล้วหลังจากนั้นตายลง สิทธิการเช่านั้นจะสิ้นสุด คือ สิทธิการเช่านั้นจะไม่โอนไปยังอีกฝ่ายหนึ่งดังนั้นจึงเกิดความไม่เท่าเทียมกันขึ้นตามกฎหมาย กล่าวคือ แม่คู่รักที่มีเพศเดียวกันจะอยู่กินร่วมกันเหมือนคู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรสหรือคู่รักต่างเพศที่อยู่กินร่วมกัน (Cohabitation) แต่สิทธิต่างๆ ของคู่รักที่มีเพศเดียวกันก็ยังไม่เท่าเทียมกันกับคู่รักต่างเพศที่ได้รับการรับรองสถานะในทางกฎหมายทั้งสองกรณีเลย

การที่กฎหมายมิได้คุ้มครองคู่รักที่มีเพศเดียวกันให้เท่าเทียมกับคู่รักต่างเพศ จึงทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันภายในสังคม อันนำมาซึ่งการเลือกปฏิบัติ ดังนั้น ในเวลาต่อมาจึงเกิดการเรียกร้องและเสนอขอจดทะเบียนรับรองสถานะให้แก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันขึ้น แต่ข้อเรียกร้องนี้ได้ถูก

⁵²⁷ Karen Reid, *op. cit.*, p. 342.

⁵²⁸ Cohabitation หมายถึง การอยู่กินร่วมกันโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส

⁵²⁹ R. Lalement, **The France Registered Partnership Law**, Retrieved

ปฏิเสธโดยรัฐและได้รับการต่อต้านอย่างรุนแรงจากองค์กรในฝรั่งเศส เช่น องค์กรเอดส์ แต่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันยังคงเรียกร้องให้กฎหมายรับรองสิทธิโดยให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จนในที่สุดเมื่อเดือนพฤษภาคม ค.ศ.1998 ได้มีร่างกฎหมายที่เรียกว่า Paces โดย Michel และ Bloche และในเดือนมิถุนายน รัฐมนตรียุติธรรม ได้ให้รัฐบาลยอมรับกับร่างกฎหมายนี้ แต่ประธานาธิบดี Jacques Chirac ไม่เห็นด้วยกับกฎหมายดังกล่าว โดยประธานาธิบดี Jacques Chirac ได้มีแนวคิดที่ต่อต้านการสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน แต่ต่อมาวันที่ 13 ตุลาคม ค.ศ.1999 รัฐสภาของฝรั่งเศสก็ได้ลงมติผ่านร่างกฎหมายใหม่ และเรียกกฎหมายฉบับนี้ว่า “Civil Solidarity Pact”⁵³⁰ โดยมีผลใช้บังคับในวันที่ 15 พฤศจิกายน ค.ศ.1999 อันเป็นกฎหมายที่ให้สิทธิแก่บุคคล 2 กลุ่ม คือ 1. กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ต้องการใช้ชีวิตคู่อยู่ร่วมกัน 2. และกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศที่ต้องการใช้ชีวิตคู่อยู่ร่วมกันแต่ไม่ต้องการจดทะเบียนสมรส ให้ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันและคุ้มครองตามกฎหมายเสมือนคู่รักต่างเพศที่ทำการจดทะเบียนสมรส⁵³¹

ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาใหม่มิใช่การสมรส แต่กฎหมายดังกล่าวให้สิทธิในเรื่องการอยู่ร่วมกันเสมือนเป็นการสมรส โดยกฎหมายให้สิทธิแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันและกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศที่จะผูกพันตามกฎหมายนี้ ในกรณีของคู่รักต่างเพศ แม้จะมีสิทธิจดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย แต่คู่รักต่างเพศบางกลุ่มที่ไม่ต้องการจดทะเบียนสมรสแต่ต้องการกินอยู่ร่วมกัน และมีสิทธิที่จะผูกพันตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันได้ (Civil Solidarity Pact) โดยมีได้ถือว่าเป็นการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย

ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) มีแนวความคิดมาจาก

1. กฎหมายยอมรับว่ามีคู่รักชายหญิงที่อยู่ร่วมกันโดยมิได้สมรสเป็นจำนวนมาก ที่ไม่ยอมจดทะเบียนสมรสเนื่องจากการสมรสมีความยุ่งยากและซับซ้อน อีกทั้งยังมีคู่รักที่มีเพศเดียวกัน Homosexual ที่มีความรักให้แก่กันและได้ใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน โดยสิ่งซึ่งแสดงออกถึงความรักนั้นมีคุณค่าที่เท่าเทียมกันกับความรักของคู่รักต่างเพศ

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 2.; Civil Solidarity Pact หมายถึง ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส

⁵³¹ Suzanne Daley, *France Gives Legal Status to Unmarried Couples*, Retrieved December 15, 2013 from http://www.perso.clud-internet.fr/ccucs/frames/e_une.html

2. การยอมรับว่ารูปแบบในการดำเนินชีวิตมีหลายรูปแบบ การสมรสเป็นเพียงทางเลือกหนึ่งเท่านั้นและมีใช้บรรทัดฐานที่ยาวนานกว่าทางเลือกอื่นๆ⁵³²

ดังนั้น ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) บัญญัติขึ้นมาบนพื้นฐานความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) บัญญัติแยกออกจากส่วนอื่นของกฎหมาย ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

4.3.1.1 เงื่อนไขการทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

การที่บุคคลจะผูกพันตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) (Pacs) จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด เงื่อนไขในการเข้าสู่ข้อตกลง (Pacs) นั้น กฎหมายได้วางหลัก 4 ประการ คือ 1. จะต้องเป็นบุคคลที่มีเพศเดียวกันหรือต่างเพศ 2. ต้องเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะ 3. ห้ามทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) กับผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด 4. ห้ามทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) ซ้อนซึ่งรายละเอียดจะกล่าวต่อไป

1) บุคคลที่มีเพศเดียวกันหรือต่างเพศ

กฎหมายวางหลักว่า ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) เป็นข้อตกลงที่สร้างขึ้นโดยบุคคลสองคนที่บรรลุนิติภาวะ ซึ่งเป็นคู่รักที่มีเพศเดียวกันหรือคู่รักที่มีเพศที่ต่างกัน เพื่อจัดการความเป็นอยู่ร่วมกัน⁵³³ จากบทบัญญัติดังกล่าวกฎหมายได้กำหนดบุคคลที่จะผูกพันในการทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันไว้ 2 ประเภท คือ ให้สิทธิทั้งคู่รักที่มีเพศเดียวกันและคู่รักที่มีเพศที่ต่างกัน

จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้เปิดกว้าง โดยให้สิทธิบุคคลอย่างกว้างขวาง ไม่จำกัดเฉพาะกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศเท่านั้นแต่ยังรวมถึงกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วย ดังนั้น ในกรณีของคู่รักต่างเพศ ตามปกติกฎหมายรับรองให้มีสิทธิสมรสกันอยู่แล้ว แต่ตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) ฉบับนี้ยังให้สิทธิแก่คู่รักต่างเพศที่ไม่ต้องการจดทะเบียนสมรส ให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย โดยทำการจดทะเบียนเพื่อผูกพันตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) ฉบับนี้ได้ด้วย

การที่กฎหมายให้สิทธิกับบุคคลต่างเพศด้วยนั้น เพราะในประเทศฝรั่งเศส คู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันไม่นิยมชมชอบกับการจดทะเบียนสมรส แต่อาจต้องการอยู่กินร่วมกันแบบทดลองอยู่ หรืออยู่กินร่วมกันก่อนการจดทะเบียนสมรส ปัญหาคือ บุคคลเหล่านี้ไม่ได้รับสิทธิที่คู่สมรสพึงมีพึงได้ เช่น ในเรื่องภาษี ทำให้คู่รักต่างเพศที่อยู่ร่วมกันเหล่านี้ไม่ได้รับการรับรองสถานะในทาง

⁵³² R. Lalement, *op. cit.*

⁵³³ มาตรา 515-1 Civil Solidarity Pact

กฎหมาย ดังนั้นจึงไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ในทางกฎหมายในฐานะคู่สมรส เช่น สิทธิลดหย่อนภาษี ด้วยเหตุนี้รัฐจึงมีการออกกฎหมายขึ้นมาโดยให้สิทธิแก่คู่รักต่างประเทศที่อยู่ร่วมกันโดยมิได้จดทะเบียนสมรส ให้ได้รับการรับรองสถานะในทางกฎหมายสถานะใดสถานะหนึ่ง เพื่อให้ได้สิทธิประโยชน์เท่าที่จำเป็นในฐานะที่ได้ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน โดยที่รัฐเองก็ได้เล็งเห็นถึงชีวิตความเป็นอยู่ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้ใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ดังนั้น รัฐจึงยอมให้กฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับได้กับคู่รักที่มีเพศเดียวกันด้วย เพราะท้ายที่สุดแล้วกฎหมายฉบับนี้ก็เป็นการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ของคนสองคนที่เกิดจากความรัก ความรักที่ไม่มีพรมแดนของคำว่าเพศมาขวางกั้น ส่งผลให้กฎหมายฉบับนี้ก็กลายเป็นผลพลอยได้สำหรับคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายตาม (Civil Solidarity Pact) ฉบับนี้ด้วย

2) บุคคลที่บรรลุนิติภาวะ

ตามที่กล่าวมาแล้วว่า คู่รักที่จะผูกพันตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) ได้ ต้องเป็นคู่รักที่มีเพศเดียวกันหรือคู่รักที่มีเพศที่ต่างกัน แล้วบุคคลเหล่านี้จะต้องเป็นผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วย⁵³⁴ แสดงว่ากฎหมายประสงค์ให้บุคคลที่จะทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) ต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการเข้าทำสัญญา เพราะ กฎหมายต้องการให้บุคคลที่มีวุฒิภาวะดีพอและมีความสามารถในการตัดสินใจโดยสมบูรณ์เท่านั้น ที่จะเข้าผูกพันตามตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

นอกจากนี้ ตามมาตรา 2⁵³⁵ ของ Civil Solidarity Pact บัญญัติว่า หลังจากมาตรา 506 ของประมวลกฎหมายแพ่งให้เพิ่มมาตรา 506-1 อันมีหลักว่า ผู้ที่บรรลุนิติภาวะที่อยู่ภายใต้การดูแล (ผู้ไร้ความสามารถ) ไม่สามารถเป็นคู่ตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) ได้ ดังนั้นเงื่อนไขของบุคคลในการเข้าเป็นคู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันต้องประกอบด้วย 2 ประการคือ 1. บุคคลนั้นต้องเป็นผู้บรรลุนิติภาวะแล้ว 2. ยังต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถถ้าบุคคลนั้นไร้ความสามารถจะไม่มีสิทธิเป็นคู่ตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

3) ทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) กับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด

กฎหมายวางหลักว่าข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันจะไม่เกิดขึ้นระหว่างบุพการีและผู้สืบสันดานในทางตรง ที่เกี่ยวพันโดยการสมรสโดยตรงและระหว่างญาติพี่น้อง จนถึงทายาทลำดับที่สาม⁵³⁶

⁵³⁴ มาตรา 515-1 Civil Solidarity Pact

⁵³⁵ มาตรา 2 Civil Solidarity Pact

⁵³⁶ มาตรา 515-2 Civil Solidarity Pact

เหตุที่กฎหมายไม่ให้สิทธิทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) กับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด เพราะกฎหมายมีประสงค์ให้เกิดสัมพันธ์ขึ้นระหว่าง บิดามารดา หรือญาติพี่น้อง ซึ่งทำให้เกิดปัญหาครอบครัว เช่น กฎหมายมิให้บิดาทำข้อตกลงกับบุตรชาย แต่ในส่วนกรณีญาติ กฎหมายจำกัดไว้จนถึงทายาทลำดับที่ 3 เท่านั้น

4) มิให้ทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) กับบุคคลที่สมรสหรือทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันอยู่ก่อนแล้ว

ตามมาตรา 515-2 (2) (3)⁵³⁷ ของ Civil Solidarity Pact วางหลักว่า มิให้ทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน ถ้าบุคคลหนึ่งเป็นคู่สมรสของบุคคลอื่น หรือได้ทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันกับบุคคลอื่นอยู่ก่อนแล้ว

หลักดังกล่าวเป็นการวางเงื่อนไขในการทำข้อตกลงทางแพ่งในการอยู่ร่วมกัน โดยไม่ให้เกิดการตกลงซ้อน เพราะกฎหมายฝรั่งเศสยึดถือหลักการสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียว

4.3.1.2 วิธีการทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

เมื่อบุคคลตามเงื่อนไขจะทำการจดทะเบียนการทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันตามกฎหมายนี้ บุคคลทั้งสองฝ่ายต้องร้องขอต่อจากศาลของศาลชั้นต้น ซึ่งคู่ตกลงฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล ให้ดำเนินการประกาศข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน⁵³⁸

วิธีการคือ คู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันจะต้องยื่นข้อตกลงในระหว่างคู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันต่อศาล โดยทำเป็นเอกสารตัวจริงสองฉบับ และแนบเอกสารทางทะเบียนราษฎร และต้องมีการพิจารณาและรับรองว่า คู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันมิได้เป็นคู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันกับคู่ตกลงอื่น ผู้ที่มีอำนาจรับรองคือ จำศาลของศาลชั้นต้น ซึ่งมีเขตอำนาจเหนือสถานที่เกิด ถ้าเป็นกรณีที่เกิดในต่างประเทศ จำศาลชั้นต้นแห่งกรุงปารีสมีอำนาจรับรอง⁵³⁹

หลังจากที่เอกสารทั้งหมดได้ยื่นมาจนครบแล้ว จำศาลนำประกาศตกลงนี้ไปจดทะเบียนข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน⁵⁴⁰ จำศาลจะตรวจดูและลงวันที่ข้อตกลงทั้งสองฉบับ และให้คู่ตกลงเก็บไว้คนละฉบับ⁵⁴¹ และต้องมีการประกาศการจดทะเบียน ผู้ที่มีอำนาจประกาศแยกพิจารณาได้ดังนี้

⁵³⁷ มาตรา 515-2 (2) (3) Civil Solidarity Pact

⁵³⁸ มาตรา 515-3 Civil Solidarity Pact

⁵³⁹ มาตรา 515-3 วรรคสอง Civil Solidarity Pact

⁵⁴⁰ มาตรา 515-3 วรรคสาม Civil Solidarity Pact

⁵⁴¹ มาตรา 515-3 วรรคสี่ Civil Solidarity Pact

1) ถ้ากรณีคู่ตกลงเกิดในประเทศฝรั่งเศส ผู้มีอำนาจประกาศ คือ จำศาลของศาลชั้นต้น ซึ่งมีเขตอำนาจเหนือสถานที่เกิดของคู่ตกลง

2) กรณีหากคู่ตกลงเกิดในต่างประเทศผู้มีอำนาจประกาศคือจำศาลแห่งกรุงปารีส⁵⁴²

ในกรณีร้องขอจดทะเบียนในต่างประเทศคู่ตกลงฝ่ายหนึ่งต้องมีสัญชาติฝรั่งเศส การจดทะเบียนนั้นคู่ตกลงทั้งสองฝ่ายต้องแนบข้อตกลงทำเป็นเอกสารตัวจริงสองฉบับและแนบเอกสารทางทะเบียนราษฎร ซึ่งเหมือนกับหลักการของการจดทะเบียนที่ทำในประเทศ แต่บุคคลที่มีอำนาจทำการรับรองและประกาศการจดทะเบียน คือ เจ้าหน้าที่สถานทูต หรือกงสุลฝรั่งเศส⁵⁴³

ข้อตกลงที่คู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันกระทำก่อนที่จะนำไปจดทะเบียนสามารถแก้ไขได้ โดยทำการร้องขอต่อจำศาลชั้นต้นที่รับเรื่องเดิมไว้ โดยคำร้องขอแก้ไขข้อตกลงทำเป็นสองฉบับและข้อตกลงที่แก้ไขนั้นต้องมีการประกาศ⁵⁴⁴ และจำศาลต้องลงวันที่ข้อตกลงทั้งสองฉบับ และให้คู่ตกลงเก็บไว้คนละฉบับ⁵⁴⁵ แต่กรณีการจดทะเบียนในต่างประเทศ การแก้ไขข้อตกลงต้องกระทำที่สถานทูตหรือกงสุลฝรั่งเศส

4.3.1.3 ผลตามกฎหมายของการทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

เมื่อบุคคลผูกพันหรือเข้าทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน ย่อมเกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างกันเสมือนคู่สมรส ซึ่งผลตามกฎหมายจะได้พิจารณา ดังนี้

1) สิทธิและความสัมพันธ์ในระหว่างคู่ที่ทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

(1) หน้าที่ช่วยเหลือซึ่งกันและกัน

คู่รักที่ได้ตกลงกันตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันต้องช่วยเหลือซึ่งกันและกันรวมถึงทางด้านการเงิน การช่วยเหลือนี้จะต้องกำหนดไว้ในข้อตกลง⁵⁴⁶

คู่รักที่ได้ตกลงกันตามข้อตกลง ต้องรับผิดชอบร่วมกันในหนี้ที่เกิดขึ้นจากคู่ตกลงอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นจำนวน 1 ใน 3 ในการดำรงชีวิต และร่วมกันรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับที่อยู่อาศัย⁵⁴⁷

⁵⁴² มาตรา 515-3 วรรคห้า Civil Solidarity Pact

⁵⁴³ มาตรา 515-3 วรรคเจ็ด Civil Solidarity Pact

⁵⁴⁴ มาตรา 515-3 วรรคแปด Civil Solidarity Pact

⁵⁴⁵ มาตรา 515-3 วรรคสี่ Civil Solidarity Pact

⁵⁴⁶ มาตรา 515-4 Civil Solidarity Pact

จากหลักกฎหมายดังกล่าวคู่ที่ทำการตกลงในการอยู่ร่วมกัน ต้องทำข้อตกลงในการช่วยเหลือกันไว้ในข้อตกลงในขณะที่จดทะเบียน

(2) ความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สิน

คู่รักที่ได้ตกลงกันตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันจะมีความสัมพันธ์กันในทางทรัพย์สิน คู่ตกลงอาจกำหนดการจัดการทรัพย์สินไว้ในข้อตกลงในขณะที่จดทะเบียน หากคู่ตกลงตกลงในการจัดการทรัพย์สินอันเป็นทรัพย์สินที่ไม่สามารถแบ่งแยกได้ กฎหมายให้สันนิษฐานว่าไม่สามารถแบ่งครึ่งได้⁵⁴⁸

(3) สิทธิในทางภาษี

คู่ตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) กฎหมายให้สิทธิเสมือนกับคู่สมรสโดยกฎหมายให้นำข้อบังคับในการปฏิบัติ และการปฏิบัติทางภาษี การชำระภาษี การจ่ายภาษีรายได้ ภาษีท้องถิ่น การแจ้งการบังคับภาษีของกฎหมายภาษี มาใช้กับคู่ตกลงตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน⁵⁴⁹ คู่ตกลงจะมีสิทธิร่วมกันในผลประโยชน์ในทางภาษี หลังจากจดทะเบียนในการอยู่ร่วมกันแล้วเป็นเวลา 3 ปี⁵⁵⁰

นอกจากนี้กฎหมายยังให้นำกฎหมายภาษีตามมาตรา 777 ทวิมาใช้ คือ ภาษีรายได้สุทธิของคู่ตกลงเกี่ยวกับผู้ให้หรือผู้ทำพินัยกรรมเรียกเก็บในอัตราร้อยละ 40 ของทรัพย์สินที่ไม่เกิน 100,000 ฟรังก์ และในอัตราร้อยละ 50 สำหรับราคาทรัพย์สินที่มากกว่านั้น อัตรานี้ไม่ใช่ถ้าการให้หรือมรดกที่รับมานั้นได้รับภายหลัง 2 ปี จากวันที่จดทะเบียน⁵⁵¹

นอกจากนี้กฎหมายได้กำหนดจำนวนเงินที่ได้รับการยกเว้นภาษี โดยกฎหมายกำหนดไว้ว่าคู่ตกลงที่ให้หรือทำพินัยกรรมเป็นจำนวนเงิน 300,000 ฟรังก์ ไม่ต้องเสียภาษีต่อตามกฎหมายได้มีการเปลี่ยนแปลงเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.2000 การโอนทรัพย์สินของผู้ตายในจำนวน 375,000 ฟรังก์ ไม่ต้องเสียภาษี

⁵⁴⁷ มาตรา 515-4 วรรคสอง Civil Solidarity Pact

⁵⁴⁸ มาตรา 515-4 วรรคหนึ่ง Civil Solidarity Pact

⁵⁴⁹ มาตรา 4 Civil Solidarity Pact

⁵⁵⁰ Steffen Jensen, **Recognition of Gay & Lesbian Partnership in Europe**, p. 5, Retrieved May 1, 2013 from <http://www.steff.suite dk/partner.htm>

⁵⁵¹ มาตรา 5 Civil Solidarity Pact

(4) สิทธิในการประกันสังคม

คู่ตกลงที่ทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) กฎหมายให้สิทธิในการประกันสังคมโดยให้นำหลักในเรื่องประกันสังคมมาใช้⁵⁵² คือ คู่ตกลงมีสิทธิได้รับผลประโยชน์จากการประกันสังคมโดยรัฐ นอกจากนี้หากไม่มีการกำหนดบุริมสิทธิไว้ทำสัญญา เงินประกันสังคมจะตกเป็นของคู่ตกลงตามข้อตกลงที่เหลืออยู่หากมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น หรือเป็นของผู้สืบสันดาน และในกรณีที่ไม่มีคู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันหรือผู้สืบสันดานเหลืออยู่ให้เงินประกันสังคมนั้นตกเป็นของผู้บุพการี⁵⁵³

(5) สิทธิในเรื่องอื่นๆ

สิทธิในเรื่องการเช่า สิทธิในการเช่าสามารถโอนไปยังอีกฝ่ายหนึ่งได้ถ้าฝ่ายหนึ่งไม่อยู่หรือตาย กรณีนี้เป็นกรณีที่คู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันได้ทำสัญญาเช่าไว้เมื่อฝ่ายหนึ่งตายสัญญาเช่านั้นมีได้สิ้นสุดลงแต่สิทธิการเช่าจะโอนไปยังอีกฝ่ายหนึ่ง นอกจากนี้สิทธิในเรื่องการเช่าแล้วกฎหมายยังให้สิทธิร่วมกันในการประกันภัย สิทธิในเรื่องงาน⁵⁵⁴

แม้กฎหมายจะให้สิทธิต่างๆ แต่สิทธิบางประการคู่ตกลงไม่มีสิทธิ เช่น การรับบุตร บุญธรรม การผสมเทียม เมื่อพิจารณาข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) กฎหมายดังกล่าวมีความเท่าเทียมกันเพราะกฎหมายมิได้จำกัดหรือแบ่งแยกคู่รักที่มีเพศเดียวกัน เช่น กฎหมายมิได้บัญญัติปฏิเสธสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมไว้ในข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) แต่การจำกัดสิทธิหรือการแบ่งแยกเป็นไปตามกฎหมายอื่นของฝรั่งเศส⁵⁵⁵ กล่าวคือหลักเกณฑ์ในการรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ผู้จะรับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 30 ปีบริบูรณ์ โดยอาจเป็นชาวต่างชาติ หรือเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้ หรือจะเป็นบุคคลที่มีสถานภาพโสดหรือทำการสมรสแล้วก็ได้ ซึ่งอาจเป็นการรับบุตรบุญธรรมฝ่ายเดียวหรือเป็นการรับบุตรบุญธรรมของคู่สมรสร่วมกันก็ได้ การรับบุตรบุญธรรมของคู่สมรสร่วมกันนั้น คู่สมรสต้องทำการสมรสกันมาเป็นเวลาอย่างน้อย 5 ปี โดยมีได้แยกกันอยู่ แต่หากคู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีอายุเกินกว่า 30 ปี ระยะเวลาการสมรสอาจจะน้อยกว่า 5 ปีก็ได้ การเป็นบุตรบุญธรรมต้องเป็นบุตรบุญธรรมของ

⁵⁵² มาตรา 7 Civil Solidarity Pact

⁵⁵³ มาตรา 9 Civil Solidarity Pact

⁵⁵⁴ Steffen Jensen, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 5.

บุคคลเพียงคนเดียว⁵⁵⁶ จากหลักการรับบุตรบุญธรรมดังกล่าวบุคคลที่มีสิทธิรับบุตรบุญธรรมจะเป็นผู้หญิงหรือผู้ชายก็ได้ และการรับบุตรบุญธรรมฝ่ายเดียวหรือร่วมกับคู่สมรส ดังนั้นกฎหมายในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมมิได้ห้ามกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรม คือ กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันโดยลำพังคนเดียวมีสิทธิตามกฎหมายที่จะรับบุตรบุญธรรมได้ หรือคู่สมรสต่างเพศ ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวก็มีสิทธิรับบุตรบุญธรรมได้เช่นกัน แต่กฎหมายในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมให้มีสิทธิรับบุตรบุญธรรมร่วมเฉพาะกับคู่สมรส กรณีคู่ตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) ทั้งในระหว่างคู่รักต่างเพศหรือคู่รักเพศเดียวกันนั้นมิได้ถือถือว่าเป็นการสมรสตามกฎหมาย ดังนั้นจึงไม่มีสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันกับคู่รักของตนอีกฝ่ายหนึ่งเพราะไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรม เหตุดังกล่าวทำให้คู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันจึงไม่มีสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน ในกรณีการผสมเทียมก็เช่นเดียวกันตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) มิได้จำกัดสิทธิเอาไว้ แต่คู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันก็ไม่มีสิทธิในการผสมเทียมเพราะไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ในเรื่องการผสมเทียม

4.3.1.4 การสิ้นสุดของข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

1) เหตุการณ์สิ้นสุดของข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) การทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) จะสิ้นสุดลงด้วยเหตุดังนี้ (มาตรา 515-7 วรรคเจ็ด)⁵⁵⁷

(1) เมื่อคู่ตกลงได้ร่วมกันตัดสินใจโดยตกลงกันในการสิ้นสุด ซึ่งข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน และคู่ตกลงได้ประกาศเป็นลายลักษณ์อักษร

(2) เมื่อคู่ตกลงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตัดสินใจที่จะให้สิ้นสุดซึ่งข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันและแสดงการตัดสินใจต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้วเป็นเวลาสามเดือนนับแต่การแสดงการตัดสินใจ

(3) ในวันที่คู่ตกลงสมรสหรือถึงแก่ความตาย

2) วิธีการสิ้นสุดของข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

วิธีการสิ้นสุดของข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) นั้นจะแยกพิจารณาตามเหตุของการสิ้นสุดได้ 4 กรณี คือ

⁵⁵⁶ อาจารย์ มีอินทร์เกิด, เจื่อนไขการรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 61-62, 65.

⁵⁵⁷ มาตรา 515-7 วรรคเจ็ด Civil Solidarity Pact

(1) ในกรณีที่มีการสิ้นสุดด้วยเหตุคู่ตกลงได้ร่วมกันตัดสินใจที่จะสิ้นสุดซึ่งข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน คู่ตกลงจะต้องประกาศเป็นลายลักษณ์อักษร โดยยื่นต่อศาลชั้นต้นซึ่งมีเขตอำนาจของคู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือภูมิอำนาจของคู่ตกลง จำศาลรับประกาศไปจดทะเบียนและเก็บไว้ (มาตรา 515-7 วรรคหนึ่ง)⁵⁵⁸

(2) ในกรณีที่มีการสิ้นสุดด้วยเหตุคู่ตกลงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตัดสินใจที่จะให้สิ้นสุดซึ่งข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน ให้แสดงการตัดสินใจต่อคู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันอีกฝ่ายหนึ่ง และให้ส่งสำเนาการแสดงการตัดสินใจไปยังศาลชั้นต้นซึ่งได้รับเรื่องเดิมไว้แล้ว (มาตรา 515-7 วรรคสอง)⁵⁵⁹

(3) ในกรณีที่มีการสิ้นสุดด้วยเหตุคู่ตกลงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตัดสินใจที่จะให้สิ้นสุดซึ่งข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันโดยการสมรส คู่ตกลงจะต้องแจ้งอีกฝ่ายหนึ่งและส่งสำเนารแสดงการตัดสินใจนี้พร้อมกับสูติบัตร และทะเบียนสมรสไปยังศาลชั้นต้นซึ่งได้รับเรื่องเดิมไว้แล้ว (มาตรา 515-7 วรรคสาม)⁵⁶⁰

(4) ในกรณีที่เหตุสิ้นสุดด้วยความตาย คู่ตกลงไม่ว่าทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายเดียว ผู้ที่เหลืออยู่หรือผู้ที่มีส่วนได้เสีย จะต้องส่งสำเนามรณะบัตรไปยังศาลชั้นต้นที่ได้รับเรื่องเดิมไว้ (มาตรา 515-7 วรรคสี่)⁵⁶¹

เมื่อมีการดำเนินการตามวิธีการข้างต้นแล้ว หรือศาลได้รับคำประกาศแล้ว ศาลจะต้องดำเนินการให้ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงตามเหตุดังกล่าว และต้องนำการขอยกเลิกนี้ไปจดทะเบียน (มาตรา 515-7 วรรคห้า)⁵⁶²

กรณีที่กระทำในต่างประเทศ วิธีการขอยกเลิกจะเหมือนกับที่กล่าวมาแล้ว แต่เจ้าหน้าที่ ที่ดำเนินจะเป็นเจ้าหน้าที่สถานทูตหรือสถานกงสุลฝรั่งเศส (มาตรา 515-7 วรรคหก)⁵⁶³

ปัญหาถ้าในระหว่างที่เป็นคู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ไร้ความสามารถคือต้องอยู่ภายใต้การดูแล และถ้ามีเหตุการณ์สิ้นสุดของข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน

⁵⁵⁸ มาตรา 515-7 วรรคหนึ่ง Civil Solidarity Pact

⁵⁵⁹ มาตรา 515-7 วรรคสอง Civil Solidarity Pact

⁵⁶⁰ มาตรา 515-7 วรรคสาม Civil Solidarity Pact

⁵⁶¹ มาตรา 515-7 วรรคสี่ Civil Solidarity Pact

⁵⁶² มาตรา 515-7 วรรคห้า Civil Solidarity Pact

⁵⁶³ มาตรา 515-7 วรรคหก Civil Solidarity Pact

ขึ้นกฎหมายให้ผู้ดูแลซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยองค์กรที่ปรึกษาครอบครัว หรือผู้พิพากษาศาติสามารถให้ ข้อตกลงนั้นสิ้นสุดลงได้ (มาตรา 2)⁵⁶⁴

จะเห็นได้ว่าแม้ในขณะนั้น กฎหมายฝรั่งเศสแม้จะมีให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกัน ในการทำการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย แต่ประเทศฝรั่งเศสในขณะนั้นก็ได้บัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อให้การรับรองและคุ้มครองการอยู่ร่วมกัน โดยให้สิทธิทั้งคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ต้องการอยู่ร่วมกันและคู่รักต่างเพศที่ต้องการอยู่ร่วมกันแม้ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันก็ตาม และการได้รับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยความผูกพันตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) นั้น กฎหมายก็ได้มอบสิทธิประโยชน์ต่างๆ เสมือนกับการจดทะเบียนสมรสแทบทุกประการ

แต่อย่างไรก็ตามกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีความพยายามที่จะพัฒนาสิทธิของตนมาโดยตลอดนับตั้งแต่รัฐได้ออกกฎหมาย Civil Solidarity Pact และรัฐบาลฝรั่งเศสก็มีความพยายามในการพัฒนากฎหมายดังกล่าว โดยจะเห็นได้จากรัฐบาลได้ตรากฎหมาย ในปี ค.ศ. 1999 รัฐยอมออกกฎหมายให้คู่ชีวิตที่จดทะเบียนความสัมพันธ์ตาม Civil Solidarity Pact มีอำนาจปกครองบุตรที่ติตมาของคู่รักที่จดทะเบียนความสัมพันธ์อีกฝ่ายหนึ่งร่วมกันโดยก่อนหน้านี้ กฎหมายให้เฉพาะบิดามารดาโดยกำเนิดเท่านั้นที่จะใช้สิทธิเดียวกันนี้ได้ ต่อมา ในปี ค.ศ. 2004 โดยการออกกฎหมายห้ามดูหมิ่นเหยียดหยามกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน พร้อมทั้งวางบทลงโทษกรณีฝ่าฝืนมีโทษจำคุกและโทษปรับ และเหตุการณ์ที่มีความสำคัญอย่างยิ่งคือ เมื่อต้นปี ค.ศ. 2011 ศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเห็นว่าการออกกฎหมายอนุญาตให้ทำการสมรสกันได้อย่างเสมอภาคในฝรั่งเศสนั้น ไม่เป็นการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ หมายความว่าให้รัฐสภาสามารถออกกฎหมายให้ทุกคนไม่ว่าจะเป็นคู่รักเพศเดียวกันหรือคู่รักที่มีเพศที่ต่างกันสามารถสมรสกันได้ โดยไม่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและรัฐสภาก็มีอำนาจในการตรากฎหมายดังกล่าวนี้ได้โดยชอบ⁵⁶⁵ แต่ข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่า ในวันที่ 14 มิถุนายน ค.ศ. 2011 รัฐสภาฝรั่งเศสได้ปฏิเสธร่างกฎหมายที่ให้สิทธิแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันให้สมรสกันได้เฉกเช่นคู่รักต่างเพศ โดยลงคะแนนไม่ให้ความเห็นชอบถึง 293 ต่อคะแนนที่เห็นชอบ 222 คะแนนทำให้ร่างกฎหมายดังกล่าวนี้ได้ตกไปแต่อย่างไรก็ตามท้ายที่สุดเมื่อวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 2012 คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบร่างแก้ไขกฎหมายเพื่อการสมรสสำหรับทุกคน Le Projet De Loi Du Marriage Pour Tous ต่อมาในวันที่ 12 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2013 สภาผู้แทนราษฎรฝรั่งเศสได้ลงมติผ่านร่างแก้ไขกฎหมายการสมรสสำหรับทุก

⁵⁶⁴ มาตรา 2 Civil Solidarity Pact

⁵⁶⁵ Mme Corinne C., *Conseil Constitutionnel: Interdiction Du Marriage Entre Personnes De Meme Sexe* (Paris: University of Paris I, 2011), p. 129.

คนโดยลงคะแนนให้ความเห็นชอบถึง 329 ต่อคะแนนที่ไม่เห็นชอบ 229 คะแนน และในวันที่ 12 เมษายน ค.ศ.2013 วุฒิสภาลงมติเห็นชอบร่างแก้ไขกฎหมายการสมรสสำหรับทุกคนเพื่อเป็นการให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันทำการสมรสเหมือนคู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรส และมีสิทธิในการรับบุตรบุญธรรม วันที่ 23 เมษายน ค.ศ.2013 รัฐสภาฝรั่งเศสได้ลงมติด้วยคะแนน 331 ต่อ 225 เห็นชอบร่างแก้ไขกฎหมายที่อนุญาตให้มีการสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกันและสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมของคู่รักที่มีเพศเดียวกันในวาระสุดท้าย และในวันที่ 17 พฤษภาคม ค.ศ.2013 ศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธรณินมีการโต้แย้งการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติที่แก้ไขกฎหมายเพื่อให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันในการสมรสและรับบุตรบุญธรรม และการกระทำดังกล่าวนี้เป็นการเปิดทางให้ร่างกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายโดยประธานาธิบดี Francois Hollande จนมีผลให้ท้ายที่สุดในวันที่ 18 พฤษภาคม ค.ศ. 2013 ประธานาธิบดี Francois Hollande ได้ลงนามประกาศใช้กฎหมายที่ได้แก้ไขใหม่ที่ให้ทุกคนสามารถสมรสกันได้ โดยมีต้องอาศัยเพศเป็นองค์ประกอบของการสมรส และกฎหมายฉบับนี้จะมีผลใช้บังคับได้ตั้งแต่วันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ.2013 เป็นต้นไป โดยที่ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 143 เป็น “การสมรสทำได้โดยบุคคลสองคนที่มีเพศต่างกันหรือมีเพศเดียวกัน”⁵⁶⁶ อีกทั้งการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวยังยอมให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ด้วย⁵⁶⁷

โดยในการแก้ไขประมวลแพ่งฝรั่งเศสในประเด็นดังกล่าวนี้ รัฐบาลฝรั่งเศสได้ทำการเสนอแก้ไขเป็น 4 บทใหญ่ๆ ดังนี้ บทแรกแก้ไขเพิ่มเติมการสมรสในประมวลแพ่ง ในบทที่สอง ปรับบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม เพราะกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ตั้งนั้นจึงมีความจำเป็นต้องแก้ไขส่วนที่เกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมเดิม ให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรมที่มีเพศสภาพเดียวกัน ส่วนบทที่สามเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมโดยการเปลี่ยนถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องฉบับต่างๆ อาทิ กฎหมายแรงงาน กฎหมายประกันสังคม กฎหมายเกี่ยวกับอาชีพเฉพาะทาง เป็นต้น

⁵⁶⁶ Article 143 du code civil “Le mariage est contracté pas deux personnes de sexe différent ou de meme sexe”

⁵⁶⁷ Portail du Gouvernement, **Marriage pour tous: la loi entre en vigueur (23 April 2556)**, Retrieved December 29, 2013 from <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/projet-de-loi-mariage-pour-tous>

เพื่อให้สิทธิตามกำหนดเวลานั้นเกิดขึ้นแก่คู่สมรสที่มีเพศสภาพเดียวกันด้วย และในบทสุดท้ายเป็นบทที่ให้การแก้ไขกฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับในดินแดนโพ้นทะเลของประเทศฝรั่งเศสด้วย⁵⁶⁸

ดังนั้น รูปแบบของการจดทะเบียนสมรสของประเทศฝรั่งเศสจึงเป็นลักษณะของการจดทะเบียนสมรสของทุกคนด้วยกฎหมายฉบับเดียวกันอย่างเสมอภาค ไม่ได้แบ่งเพศสภาพของผู้มีสิทธิใช้กฎหมายแต่ประการใด เหตุที่ประมวลแพ่งของฝรั่งเศสสามารถทำการแก้ไขกฎหมายในตัวของกฎหมายแพ่ง เพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ให้กับคู่รักในทุกรูปแบบนั้น ก็เป็นเพราะระบบกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสไม่ได้วางรากฐานรากของกฎหมายเป็นลักษณะของกฎหมายครอบครัวที่ต้องมีการผูกพันต่อเนื่องกันไปต่อของความเป็นครอบครัวในฐานะบิดามารดาและบุตรรวมกันอยู่ด้วยในบรรพเดียวกันเหมือนอย่างเช่นกฎหมายแพ่งเยอรมันและกฎหมายแพ่งของไทย กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแยกเรื่องการสมรส ออกมาเป็นเรื่องๆ โดยแยกต่างหากจากเรื่องสิทธิและหน้าที่ของความเป็นบิดามารดาและบุตร และเรื่องมรดก ทำให้กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่ได้ยึดติดกับเรื่องของเพศสรีระของคู่ที่สมรส ที่จะต้องมีสถานะของความเป็นบิดาและมารดาในภายภาคหน้า และไม่เป็นการเชื่อมกับความเป็นบิดามารดาและบุตรสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร อันเกิดจากการที่กฎหมายแยกเรื่องออกจากกัน ทำให้สถานะของความเป็นสามีภรรยา และความเป็นบิดามารดาและบุตรถูกแยกหน้าทีออกจากกันอย่างสิ้นเชิง ดังนั้นส่งผลให้ประมวลแพ่งของฝรั่งเศสสามารถแก้ไขได้เลยในตัวบทกฎหมาย ในเรื่องของผู้ที่ได้รับสิทธิในการจดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ⁵⁶⁹ และสามารถให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่คู่รักที่มีความรักโดยไม่คำนึงเพศสรีระมาเป็นองค์ประกอบด้วย

เมื่อมองพัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของฝรั่งเศส ก็จะพบว่าแนวทางที่เป็นการสนับสนุนการสมรสของคู่รักที่มีเพศสภาพเดียวกัน เริ่มด้วยกฎหมายฉบับลงวันที่ 3 ธันวาคม พ.ศ.2544 ที่ทำให้บุตรจากซุมีสิทธิเท่าเทียมกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายทุกประการ และต่อมาวันที่ 4 สิงหาคม พ.ศ.2545 บุตรนอกกฎหมายและบุตรชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิใช้ชื่อสกุลและได้ประโยชน์จากการใช้อำนาจปกครองอย่างเท่าเทียมกัน และสุดท้าย กฎหมายฉบับลงวันที่ 4 กรกฎาคม พ.ศ.2548 ออกมายกเลิกข้อพิจารณาที่จะทำให้เด็กด้วยสิทธิจากระยะเวลาการตั้งครรภ์ตลอดจนสถานะของผู้คลอด ไม่

⁵⁶⁸ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, “พัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 43, 3 (กันยายน 2557): 513.

⁵⁶⁹ ข้อความก่อนที่ทำการแก้ไข คือ Article 143 du code civil “Le mariage est contracte pas deux personnes de sexe different ou de meme sexe” แก้ไขเป็น Article 143 du code civil “Le mariage est contracte pas deux personnes de sexe different ou de meme sexe”

ว่าบิดาและมารดาจะได้ทำการจดทะเบียนสมรสกันหรือไม่ก็ตาม โดยบุตรที่ถือกำเนิดขึ้นมาจากการที่บิดามารดาไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันนั้นจะได้รับสิทธิเท่าเทียมกับบุตรที่เกิดมาจากบิดามารดาที่จดทะเบียนสมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแต่เดิมนั้นความชอบด้วยกฎหมายของการให้กำเนิดทารกมีความเกี่ยวพันอย่างแนบแน่นกับการจดทะเบียนสมรส เนื่องจากการสมรสจะเป็นรากฐานสำคัญที่ก่อฐานะที่ชอบด้วยกฎหมายให้ทารกนั้น ปัจจุบันฐานะทางกฎหมายของทารกได้ตัดขาดจากการจดทะเบียนสมรสของบิดาและมารดาโดยสิ้นเชิง การจดทะเบียนสมรสหรือไม่ของบิดามารดาของทารกไม่มีผลทางกฎหมายใดๆ ต่อฐานะตลอดจนสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ของทารก ดังนั้น การสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์จึงมิได้เป็นสาระสำคัญของการสมรสอีกต่อไป จึงไม่มีเหตุผลอันใดที่กฎหมายจะไปห้ามบุคคลที่มีเพศสภาพเดียวกันทำการสมรส⁵⁷⁰

4.3.2 รูปแบบของกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน

ระบบกฎหมายแพ่งของเยอรมันมีการวางรูปแบบของกฎหมายที่แตกต่างจากประมวลแพ่งของฝรั่งเศส โดยเฉพาะการวางรูปแบบของกฎหมายในลักษณะของกฎหมายครอบครัวที่จะพบลักษณะเช่นนี้ได้เฉพาะในประมวลแพ่งของเยอรมันเท่านั้น โดยมีการวางลักษณะของกฎหมายเรื่องการสมรส และความเป็นบิดามารดาและบุตร สิทธิและหน้าที่ในความเป็นบิดามารดาและบุตรไว้ในบรรพเดียวกัน ดังนั้นจึงมีผลต่อความหมายของคำว่า การสมรสที่ต้องผูกพันและเชื่อมโยงกับความเป็นสถาบันครอบครัว ที่จะให้ความหมายถึงการที่ชายและหญิงที่มีความสมัครใจที่จะใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในฐานะของความเป็นสามีและภรรยา และส่งผลต่อการมีสถานะของความเป็นบิดาและมารดาในภาคหน้า และยังส่งผลไปต่อการมีสิทธิและหน้าที่ของความเป็นบิดามารดาและบุตรสืบต่อไปด้วย การสมรสในความหมายของประมวลแพ่งเยอรมันจึงมีลักษณะที่เกิดขึ้นได้กับมนุษย์ที่มีเพศสรีระชายกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระหญิงเท่านั้น เพราะความเป็นสามีและภรรยาของบุคคลทั้งสองจะนำมาซึ่งความเป็นบิดาและมารดาอันเป็นวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการรากฐานกฎหมายครอบครัวของเยอรมันต่อไป ส่งผลให้ระบบกฎหมายเยอรมันในปัจจุบันยอมรับสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน โดยเฉพาะในเรื่องการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เหตุที่เป็นเช่นนี้ ก็เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันกับการแสดงออกซึ่งเพศวิถีในรูปแบบต่างๆ ของมนุษย์ ดังนั้น รัฐบาลของประเทศเยอรมันก็ได้เล็งเห็นถึงความสำคัญว่าตามสภาพความเป็นจริงในปัจจุบัน คู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีเป็นจำนวนมาก ความรักของพวกเขาเหล่านั้นก็ไม่ต่างอะไรกับความรักของชาย

⁵⁷⁰ ไพรอร์จัน กัมพูสิริ, “พัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 512.

และหญิง เป็นความรักที่เกิดจากความต้องการภายในของจิตใจ เป็นความรักและความผูกพันอย่างแท้จริงตามรูปแบบของเพศวิถีของความเป็นมนุษย์ที่แตกต่างกันออกไป แต่กลุ่มคนเหล่านี้กลับมิได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่โดยชอบด้วยกฎหมาย ถูกรัฐทอดทิ้ง อีกทั้งไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายของรัฐ เช่นเดียวกับการจดทะเบียนสมรสของคู่รักต่างเพศ

ดังนั้น ในเวลาต่อมารัฐบาลเยอรมัน ได้มองเห็นคุณค่าของความรักที่บริสุทธิ์ของคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้ใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน และรัฐก็ยังได้มองเห็นถึงความเท่าเทียมกันที่จะต้องเกิดขึ้นกับความรักทุกรูปแบบไม่ว่าจะเป็นความรักของคู่รักที่มีเพศที่ต่างกันหรือความรักของคู่รักที่มีเพศเดียวกันในสังคมเยอรมัน ประกอบกับในขณะนั้นประเทศเยอรมันเป็นประเทศผู้ร่วมก่อตั้งสหภาพยุโรป ซึ่งสหภาพยุโรปได้ให้ความสำคัญกับเรื่องสิทธิและความเสมอภาคของปัจเจกชนเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะการลงนามในกรอบความร่วมมือเกี่ยวกับสิทธิและความเสมอภาคมากมาย อาทิ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950 เป็นต้น รวมไปถึงการจัดตั้งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป และศาลยุติธรรมยุโรป เพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนในระดับภูมิภาคยุโรป รวมไปถึงการสร้างเสมอภาคให้เกิดขึ้น ในการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในทางกฎหมายของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีในรูปแบบต่างๆ อย่างเท่าเทียมกัน

รัฐบาลเยอรมันจึงได้บัญญัติกฎหมายขึ้นมาฉบับหนึ่งซึ่งเรียกว่า “Act on Life Partnership” กฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 16 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2001 โดยที่ Act on Life Partnership เป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันเพื่อให้เกิดสถานะในการใช้ชีวิตคู่ที่ชอบด้วยกฎหมายเหมือนคู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรส โดยกฎหมายฉบับนี้ให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกัน ไม่ว่าจะ เป็นคู่รักเพศเดียวกันที่มีลักษณะทางกายภาพเป็นหญิงกับหญิง หรือที่เรียกว่า เลสเบียน (Lesbien) หรือคู่รักเพศเดียวกันที่มีลักษณะทางกายภาพเป็นชายกับชาย หรือที่เรียกว่า เกย์ (Gay) ที่จะได้ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายเหมือนกับการจดทะเบียนสมรสของคู่รักต่างเพศ กฎหมายดังกล่าวได้ให้สิทธิแก่คู่รักเพศเดียวกันที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership) ที่จะมีสิทธิประโยชน์ในทางกฎหมายเหมือนคู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรส อาทิ สิทธิในการรับมรดกเมื่อคู่รักของตนอีกฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตาย สิทธิในเรื่องทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกันในระหว่างที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน หรือสิทธิในเรื่องอุปการะเลี้ยงดูต่างๆ ในระหว่างที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน เป็นต้น⁵⁷¹ ซึ่งเงื่อนไขและหลักเกณฑ์การจดทะเบียนตามกฎหมายฉบับนี้นั้น ผู้วิจัยจะได้กล่าวโดยละเอียดดังต่อไปนี้

⁵⁷¹ Steffen Jensen, *op. cit.*

4.3.2.1 เงื่อนไขโดยชอบด้วยกฎหมายของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

1) ต้องเป็นบุคคลเพศเดียวกัน

ตาม Act on Life Partnership บุคคลที่สามารถจดทะเบียนเพื่อได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายฉบับนี้ได้ต้องเป็นบุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกัน อันเป็นไปตามมาตรา 1 (1) ของ Act on Life Partnership⁵⁷² ที่บัญญัติว่า “บุคคลเพศเดียวกันสองคน ที่ตัดสินใจใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน” ดังนั้นหลักการสำคัญของการจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน บุคคลนั้นต้องมีเพศสรีระเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ ในระหว่างบุคคลที่มีเพศที่ต่างกัน จึงมีอาจจดทะเบียนรับรองสถานะในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership) ตามกฎหมายฉบับนี้ได้ เพราะคู่รักต่างเพศจะต้องจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่ง (Civil Code) ของเยอรมัน

ดังนั้น จึงสรุปเงื่อนไขแรกและเป็นเงื่อนไขสำคัญของการได้รับสิทธิตามกฎหมายฉบับนี้ได้ว่า กฎหมายบัญญัติให้บุคคลที่มีเพศสรีระเดียวกันจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้นั้น ก็จะเป็นกรณีของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน โดยมีลักษณะทางกายภาพที่เป็นชายกับชาย หรือที่เรียกว่า เกย์ (Gay) หรือกรณีของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน โดยมีลักษณะทางกายภาพที่เป็นหญิงกับหญิง หรือที่เรียกว่า เลสเบียน (Lesbian) โดยที่กฎหมายระบุเพียงว่าบุคคลที่มีเพศสรีระเดียวกันสองคนที่ตัดสินใจใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน มิได้ระบุจำกัดประเภทไว้ ดังนั้นบุคคลที่มีเพศเดียวกันที่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัตินี้ จึงหมายถึง กรณีของคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่มีลักษณะทางกายภาพที่เป็นหญิงกับหญิง หรือที่เรียกว่า เลสเบียน (Lesbian) หรือคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่มีลักษณะทางกายภาพที่เป็นชายกับชายหรือที่เรียกว่า เกย์ (Gay) เท่านั้น

2) ไม่มีคู่สมรสหรือจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอยู่ก่อน (Life Partnership)

การจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าบุคคลที่จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันนั้น ได้จดทะเบียนสมรสหรือจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันกับบุคคลอื่นอยู่ก่อนแล้ว มาตรา 1(2) 1⁵⁷³ ของ Act on Life Partnerships หลักเกณฑ์ดังกล่าวก็คือ ห้ามจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันซ้อนนั่นเอง

⁵⁷² Section 1(1) Two Person of the same sex conclude a Life Partnership by making, while they are both present,

⁵⁷³ Section 1(2) A Life Partnership cannot be validly concluded

1. with a person who is juvenile of married or who already has a Life Partnership with another person;

ผลของการจดทะเบียนในการใช้ชีวิตร่วมกันซ้อน การจดทะเบียนนั้นเป็นการทะเบียนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3) อายุของผู้ที่จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขอายุในการจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันไว้ตามมาตรา 1(2) 1 ของ Act on Life Partnership บัญญัติหลักว่า การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership) กับบุคคลซึ่งเป็นผู้เยาว์ หรือเยาวชน ตามประมวลแพ่งของเยอรมัน (Civil Code) ได้วางหลักว่า ผู้เยาว์ตามกฎหมายของเยอรมัน หมายถึงบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี ดังนั้นคู่รักที่มีเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนในการอยู่ร่วมกันได้จะต้องเป็นผู้ใหญ่ คือ บุคคลที่มีอายุเกินกว่า 18 ปี แล้ว

การที่กฎหมายวางหลักมิให้ผู้เยาว์ทำการจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันนั้น เนื่องจากกฎหมายประสงค์ให้บุคคลที่มีวุฒิภาวะที่ดีพอในการตัดสินใจที่จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ไม่ต้องการคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายเป็นผู้เยาว์จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน เพราะกฎหมายเห็นว่า ผู้เยาว์อาจตัดสินใจตามกระแสของสังคมตามเพื่อน หรือตัดสินใจด้วยอารมณ์ชั่ววูบ

หลักในเรื่องอายุในการจดทะเบียนของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน เป็นเงื่อนไขในการจดทะเบียน โดยกฎหมายระบุไว้ชัดเจนว่า คู่รักที่มีเพศเดียวกันที่จะจดทะเบียนตามบทบัญญัตินี้ ต้องไม่เป็นผู้เยาว์ และถ้าคู่รักที่มีเพศเดียวกันคู่ใดฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ ผลตามกฎหมายจะถือว่าการจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

4) ห้ามมิให้มีการจดทะเบียนกับผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด

แม้กฎหมายจะให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกัน สามารถจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้ก็ตาม แต่กฎหมายก็ได้กำหนดเงื่อนไขในการจดทะเบียนเอาไว้ด้วย โดยเงื่อนไขในข้อนี้คือ คู่รักที่มีเพศเดียวกันจะทำการจดทะเบียน (Life Partnership) ระหว่างบุคคลที่เป็นญาติโดยตรงหรือระหว่างพี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมเฉพาะบิดา หรือมารดาไม่ได้ ซึ่งหลักการที่ผู้วิจัยได้กล่าวมานี้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายในมาตรา 1(2), 2, 3⁵⁷⁴ ของ Act on Life Partnership จากหลักดังกล่าว กฎหมายวางเงื่อนไขโดยห้ามมิให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันทำการจดทะเบียนกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ ใกล้ชิด เพราะกฎหมายเกรงว่าจะเกิดปัญหาความสัมพันธ์ในครอบครัวที่ตามมา โดยกฎหมายมีประสงค์ให้เกิดความสัมพันธ์ขึ้นระหว่างญาติ หรือบุคคลในครอบครัวอันเป็นการไม่เหมาะสม เช่น พี่ชายจดทะเบียนกับน้องชาย เป็นต้น

⁵⁷⁴ Section 1(2) A Life Partnership can not be validly concluded 2 between persons who are related in direct line; 3 between full or half siblings;

หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่รักที่มีเพศเดียวกันคู่ใดทำการฝ่าฝืนในเงื่อนไขข้อนี้ ผลตามกฎหมายของการฝ่าฝืนเงื่อนไขโดยการจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership) กับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด กฎหมายวางหลักไว้ว่าการจดทะเบียนหรือการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

5) จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันก่อให้เกิดภาระหน้าที่ระหว่างกัน

หลักดังกล่าวเป็นไปตามมาตรา 1(2) 4⁵⁷⁵ การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในขณะที่ตัดสินใจใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership) ไม่ต้องการก่อให้เกิดภาระหน้าที่ระหว่างกัน ซึ่งก็คือกฎหมายกำหนดให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้ เหตุนี้ในระหว่างกันจะต้องมีภาระหน้าที่ตามกฎหมาย กฎหมายจึงวางเงื่อนไขในการจดทะเบียนใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership) ไว้ว่า คู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต้องยอมรับที่จะมีภาระหน้าที่หรือหนี้ในระหว่างกัน

ถ้าคู่รักที่มีเพศเดียวกัน ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership) ไม่ต้องการผูกพันในการมีภาระหน้าที่ในระหว่างกันในขณะที่ตัดสินใจใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันแล้ว ผลตามกฎหมายถือว่าการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership) นั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

4.3.2.2 วิธีการจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership)

บทบัญญัติการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Act on Life Partnership) ให้สิทธิบุคคลที่มีเพศสรีระเดียวกันที่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ได้รับการรับรองตามกฎหมาย นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดวิธีการจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันคู่รักที่มีเพศเดียวกัน โดยบุคคลสองคนที่มีเพศสรีระเดียวกัน เมื่อตัดสินใจใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnerships) แล้วต้องประกาศร่วมกันว่าพวกเขาต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน และการประกาศนั้นจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อมีการจดทะเบียนที่ “Competent Office” อันเป็นไปตามมาตรา 1(1) ของ Act on Life Partnership⁵⁷⁶

⁵⁷⁵ 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.

⁵⁷⁶ Section 1(1) Two Persons 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

ดังนั้นคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่จะผูกพันตามบทบัญญัตินี้ต้องมีการจดทะเบียนซึ่งรัฐจะมีอำนาจในการดำเนินการจดทะเบียน

4.3.2.3 ผลตามกฎหมายภายหลังจากการจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership)

เมื่อคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ได้ดำเนินการตามเงื่อนไขและวิธีการจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันแล้ว การจดทะเบียนนั้นย่อมสมบูรณ์ และมีผลบังคับตามกฎหมาย ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน เสมือนกับคู่รักต่างเพศซึ่งมีต่อกันในการจดทะเบียนสมรส ซึ่งตามบทบัญญัติการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Act on Life Partnership) ได้วางหลักในเรื่องผลตามกฎหมายของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันดังนี้

1) ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ที่ใช้ชีวิตร่วมกัน

(1) หน้าที่รับผิดชอบซึ่งกันและกัน

คู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีหน้าที่ตามกฎหมายในระหว่างกัน อันเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 2⁵⁷⁷ ของ Act on Life Partnership ซึ่งบัญญัติว่าคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีหน้าที่ต้องช่วยเหลือซึ่งกันและกัน การดูแลกันต้องให้ดีเท่ากับความต้องการทั่วไปในการดำเนินชีวิตคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันจะต้องมีความรับผิดชอบซึ่งกันและกัน ดังนั้นจะเห็นได้ว่า คู่ที่จดทะเบียน ในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เสมือนสามีภรรยา พึงมีต่อกันและมีหน้าที่ระหว่างกันในการช่วยเหลือ และดูแลซึ่งกันและกัน ตามกฎหมาย

(2) ชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

คู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนตามบทบัญญัตินี้ ดังได้กล่าวแล้วว่า มีสิทธิได้รับการรับรองคุ้มครองตามกฎหมาย รวมทั้งมีสิทธิเสมือนคู่รักเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนสมรส นอกจากนี้บทบัญญัติ การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Act on Life Partnership) ยังให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันในเรื่องการใช้ชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันดังนี้

คู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีสิทธิที่จะเปลี่ยนชื่อสกุล เหมือนกับการสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกันอันเป็นไปตามหลักในมาตรา 3(1)⁵⁷⁸ ซึ่ง

conclusion of a Life Partnership that the Life Partners have given a declaration on their Property Regime section 6(1).

⁵⁷⁷ 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.

⁵⁷⁸ Section 3(1) The Life Partners can designate a common name (Life Partnership Name) The Life Partners can choose, by way of declaration, the

บัญญัติว่าคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสามารถใช้ชื่อสกุลของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership Name) เป็นชื่อปกติทั่วไป คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสามารถที่จะเลือกชื่อเดิมของคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันคนใดคนหนึ่ง สำหรับใช้เป็นชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership Name) โดยการแจ้งชื่อสกุลนี้ให้กระทำในขณะที่ตกลงใจใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน การแจ้งชื่อสกุลจะเป็นผล หากได้กระทำที่ Competent Office ซึ่งจะเป็นผลสมบูรณ์ตามกฎหมายต่อไปภายหลังจากการแจ้ง และขึ้นอยู่กับกรับรองโดยหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจ

จากหลักดังกล่าว คู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันตามกฎหมาย มีสิทธิเปลี่ยนชื่อสกุล โดยกฎหมายให้สิทธิทั้งสองฝ่ายตัดสินใจเลือกใช้ชื่อสกุลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาเป็นชื่อสกุลของคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน หลักดังกล่าวเหมือนการเปลี่ยนชื่อสกุลของคู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรส

นอกจากนี้ ในกรณีคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ฝ่ายที่ไม่ได้ใช้ชื่อสกุลของตนเป็นชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน สามารถเพิ่มชื่อสกุลของตนลงในชื่อสกุลของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน หรือเพิ่มชื่อที่ใช้ในขณะที่แจ้งชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน โดยอาจจะเพิ่มเข้าไปหน้าชื่อหรืออาจเติมเข้าไปในชื่อสกุล ในกรณีที่ชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership Name) มีหลายชื่ออยู่แล้ว หลักในการเพิ่มชื่อสกุลดังกล่าวข้างต้นจะไม่นำมาใช้ ในกรณีการเพิ่มชื่อสกุลนี้หากคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันคนใดมีหลายชื่อ หนึ่งในชื่อนั้นอาจนำไปเพิ่มในชื่อสกุลของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership Name) ได้ การแจ้งชื่อสกุลนี้ จะมีผลเมื่อได้กระทำที่ Competent Office การแจ้งดังกล่าวสามารถเพิกถอนได้ ซึ่งผลถือว่าไม่มีการแจ้งมาแต่แรก การเพิกถอนนี้จะเป็นผลเมื่อกระทำที่ Competent Office การแจ้งและการเพิกถอนนี้ ต้องได้รับการรับรองโดยรัฐ อันเป็นไปตามมาตรา 3 (2)⁵⁷⁹ ของ Act on Life Partnership

Birthname 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.

⁵⁷⁹ 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 Birthname 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

ดังนั้น ตามบทบัญญัติการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Act on Life Partnership) ให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันที่จะจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีสิทธิเปลี่ยนชื่อสกุลได้โดยกฎหมายได้วางหลักไว้ สรุปรูปวิธีการก็คือ กฎหมายให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีสิทธิที่จะเลือกใช้ชื่อสกุลในการที่จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน โดยกฎหมายบัญญัติให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันนั้นเลือกใช้ชื่อสกุลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันก็ได้ ตัวอย่างเช่น Michael Meyer จะจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกับ Tomas Schmid พวกเขาสามารถเลือกชื่อสกุล Meyer หรือ Schmid เป็นชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้ และถ้าเลือกใช้ชื่อสกุลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งอาจจะให้เพิ่มชื่อสกุลของตนเข้าไปในชื่อสกุลที่ใช้ในการจดทะเบียนในการอยู่ร่วมกันได้ ตัวอย่างเช่น Michael Meyer จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันกับ Thomas Schmid ถ้าเลือกใช้ชื่อสกุล Schmid ดังนั้นก็จะเป็น Michael Schmid ซึ่งสามารถขอเพิ่มชื่อสกุลของตนเองเข้าไปได้เป็น Michael Schmid-Meyer

ปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ ในกรณีที่คู่รักที่มีเพศเดียวกันจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดความสัมพันธ์ สิทธิในการใช้ชื่อสกุลจะเป็นเช่นไร ยังมีสิทธิในการใช้ชื่อสกุลในการใช้ชีวิต อยู่ร่วมกันหรือไม่ มาตรา 3(3)⁵⁸⁰ ของ Act on Life Partnership บัญญัติว่า คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ยังคงสามารถใช้ชื่อสกุลของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership Name) อยู่แม้ว่าการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันจะสิ้นสุดลงแล้ว หรือจะกลับไปใช้ชื่อสกุลเดิมก่อนที่จะใช้ชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership Name) หรืออาจจะเพิ่มชื่อสกุลของตนเข้าไปในชื่อสกุลของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership Name) ทั้งการเพิ่มเข้าไปข้างหน้า หรือเพิ่มเข้าไปในชื่อสกุล ดังนั้น เมื่อคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดความสัมพันธ์แล้ว มีสิทธิใช้ชื่อสกุลในการจดทะเบียนใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน หรือกลับไปใช้ชื่อสกุลของตนเองก็ได้ เป็นสิทธิที่จะเลือกจากหลักดังกล่าวข้างต้น ผลตามกฎหมายของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันนั้น ผู้ที่จดทะเบียนมีสิทธิโดยชอบ

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.

⁵⁸⁰ Section 3(3) A Life Partnership retains his Life Partnership Name even after the Termination of the Life Partnership. He can, by way of declaration, take up again his Birthname or the Name which he used until the designation of Life Partnership Name, or he may add his Birthname to his Life Partnership Name, either as a prefix or as an addition. Section 3(2) is to be applied accordingly.

ด้วยกฎหมายในการเปลี่ยนชื่อสกุล โดยใช้ชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน นอกจากนี้ กฎหมายยังบัญญัติให้สิทธิในการใช้ชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน แม้ว่าการจดทะเบียนนั้นจะสิ้นสุดลงแล้ว

(3) หน้าที่ดูแลซึ่งกันและกัน

การจดทะเบียนของคู่รักที่มีเพศเดียวกันตามบทบัญญัตินี้ ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ขึ้นคือใน ระหว่างพวกกรักร่วมเพศที่จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน มีหน้าที่ดูแลซึ่งกันและกัน อันเป็นไปตามมาตรา 4⁵⁸¹ ของ Act on Life Partnership ซึ่งบัญญัติว่า คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน มีหน้าที่ต้องดูแลซึ่งกันและกัน เพียงเท่าที่ตนเคยดูแลเรื่องส่วนตัวของตนเองเท่านั้น ดังนั้น ตามหลักดังกล่าวกฎหมายกำหนดหน้าที่ของคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันให้มีหน้าที่ตามกฎหมายต้องดูแลซึ่งกันและกัน

(4) หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูกัน

คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน อันเป็นไปตามมาตรา 5⁵⁸² ของ Act on Life Partnership และให้นำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1360 a และ 1360 b มาปรับใช้ ซึ่งก็คือคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่จดทะเบียนมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน โดยจำนวนเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูนั้นขึ้นอยู่กับรายได้ซึ่งแต่ละฝ่ายหาได้

(5) หน้าที่แจ้งบัญชีทรัพย์สิน

เมื่อคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ย่อมเกิดความสัมพันธ์ในเรื่อง ทรัพย์สินในระหว่างกัน ปัญหาคือ ทรัพย์สินต่างๆ ควรเป็นของใคร ฝ่ายใดมีอำนาจในทรัพย์สิน และระบบทรัพย์สินควรจะเป็นอย่างไร มาตรา 6(1)⁵⁸³ ของ Act on Life Partnership บัญญัติว่า คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันจะต้องแจ้งบัญชีทรัพย์สินก่อนที่จะมาใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน โดยคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันทั้งคู่จะต้องแจ้งทรัพย์สินทั้งตามระบบ Regime of Aquests หรือตามสัญญาใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ซึ่งก็คือ กฎหมายวางหลักให้ผู้จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต้องแจ้งทรัพย์สินของตนก่อนมาใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ตามปกติแล้วกฎหมายให้สิทธิผู้จดทะเบียนเลือกจะผูกพัน

⁵⁸¹ Section 4 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.

⁵⁸² Section 5 The Life Partners are under a mutual obligation of maintenance.

⁵⁸³ 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 A quests, or that they have concluded a Life Partnership Contract (Section 7)

ตามระบบทรัพย์สิน Regime of Aquests หรือทำสัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน อย่างไรก็ตามไม่ว่า คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันจะเลือกระบบใด จะต้องมีการแจ้งบัญชีทรัพย์สินก่อน

ในระบบทรัพย์สิน Regime of Aquests ทรัพย์สินของคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ทั้งที่มีอยู่ก่อนและได้มาระหว่างอยู่ร่วมกันจะไม่ตกเป็นสินสมรส แต่ละคนมีสิทธิจัดการทรัพย์สินของตน และเมื่อระบบทรัพย์สินดังกล่าวสิ้นสุดลงส่วนที่ทั้งคู่ได้มาเพิ่มเติมจะถูกกำหนดให้เป็นของฝ่ายนั้น อันเป็นไปตามมาตรา 6(2)⁵⁸⁴ ของ Act on Life Partnership ระบบ Regime of Aquests คือ บทบัญญัติทั่วไปของเรื่องสินสมรสในกฎหมายครอบครัวเยอรมัน โดยทรัพย์สินซึ่งคู่รักที่ได้ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันทั้งสองคนหาได้ร่วมกันในขณะที่สมรสกัน หรือใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันควรเป็นของทั้งสองคน เท่าๆ กันในระหว่างคู่สมรส หรือคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน และจะไม่มี การแบ่งจนกว่าการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดด้วยเหตุคนใดคนหนึ่งหรือทั้งคู่ตายหรือหย่า ในกรณีของการสิ้นสุดด้วยการตาย ฝ่าย ที่มีชีวิตอยู่จะได้รับ 1 ใน 4 ของทรัพย์สินมรดกตามที่เป็นจริงของ Aquests regime โดยจะไม่ได้รับส่วนอื่นอีก ในกรณีที่มีการสิ้นสุดด้วยการหย่า จะต้องแบ่งทรัพย์สินเท่าๆ กัน

(6) สัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

กฎหมายวางหลักคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีสิทธิทำสัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้ตามที่กล่าวมาแล้วว่า คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ตามกฎหมายย่อมมีความผูกพันในเรื่องทรัพย์สินระหว่างกัน กฎหมายกำหนดให้คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต้องแจ้งทรัพย์สินของตน โดยมีสิทธิเลือกใช้ระบบ Regime of Aquests หรือทำสัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership Contract) หลักสัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีดังนี้

มาตรา 7(1)⁵⁸⁵ ของ Act on Life Partnership ได้วางหลักไว้ว่า คู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอาจวางระเบียบด้านการเงินโดยการทำสัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน สัญญานี้

⁵⁸⁴ Section 6(2) Within the Property Regime of A quests, 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 is to be applied accordingly.

⁵⁸⁵ 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

จะต้องกระทำต่อหน้าทั้งคู่ และจะต้องบันทึกเป็นหนังสือโดย Notary อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน จะไม่นำมาใช้ถ้าคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันก่อนตัดสินใจใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันเลือกใช้ระบบ Regime of Aquests มาตรา 7(2)⁵⁸⁶ หลักดังกล่าวเห็นได้ว่าคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันตามบทบัญญัตินี้มีผลตามกฎหมายจะต้องผูกพันกันในเรื่องทรัพย์สิน ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดให้กำหนดความ

สัมพันธ์ในเรื่องทรัพย์สินของคุณ โดยอาจผูกพันตามระบบ Regime of Aquests หรือจะเลือกทำสัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันก็ได้ สัญญาเป็นการวางระเบียบทางด้านการเงินในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน โดยกระทำตามสัญญา (สัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน)

2) ผลทางด้านการเงินและอื่นๆ

นอกจากกฎหมายจะให้สิทธิคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันทำสัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันแล้ว กฎหมายยังบัญญัติผลทางการเงินในเรื่องอื่นๆ เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ คือ

ตามบทบัญญัติมาตรา 8(1)⁵⁸⁷ ของ Act on Life Partnership วางหลักว่า เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ของคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันคนใดคนหนึ่งให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า สหกริมทรัพย์ในการครอบครองของคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันคนใดคนหนึ่งหรือทั้งคู่เป็นของผู้ที่เป็นลูกหนี้ บทบัญญัติ ดังกล่าวเป็นข้อสันนิษฐานเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ในการได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ ดังนั้นในเรื่องทรัพย์สินถ้าเป็นสหกริมทรัพย์ ไม่ว่าฝ่ายใดจะครอบครองจะเข้าข้อสันนิษฐานตามกฎหมายว่าเป็นของลูกหนี้ อันทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากสหกริมทรัพย์นั้น

นอกจากนี้ ในเรื่องเงินหรือทรัพย์สินอื่นๆ ในระหว่างคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน กฎหมายให้นำหลักในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 1357 และ มาตรา 1365-1370 มาใช้ซึ่งก็คือ คู่สมรสมีอำนาจในฐานะตัวแทนของอีกฝ่ายในกิจการที่จำเป็น และกฎหมายกำหนดข้อจำกัดทางอำนาจของคู่สมรสที่จะจำหน่ายทรัพย์สินของอีกฝ่ายหนึ่งโดยปราศจากความยินยอมของอีกฝ่าย ดังนั้น ในระหว่างคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน แม้กฎหมายจะให้สิทธิในเรื่องทรัพย์สิน แต่กฎหมายก็ให้นำ

presence of both Life Partners and has to be put in writing by a Notary. The sections 1409 and 1411 of the Civil Code are to be applied accordingly.

⁵⁸⁶ Section 7(2) Section 7(1)(2) shall not apply if the Life Partners have agreed in the form mention in Section 6(1) to adopt the Regime of a quests before concluding the Life Partnership.

Section 8(1) It is presumed for the benefit of the creditors of one of the Life Partners that the movable object which are in the possession of one or both 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.

หลักในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้ เป็นการให้สิทธิคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฝ่ายหนึ่ง มีอำนาจเป็นตัวแทนในกิจการของอีกฝ่ายหนึ่ง และข้อจำกัดของคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอีกฝ่ายหนึ่งในการจัดการทรัพย์สิน

(1) อำนาจในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครอง

กฎหมายให้สิทธิคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครอง ในกรณีนี้เป็นเรื่องที่ยุ่ฝ่ายหนึ่งมีเด็กอยู่ในอำนาจปกครองของตน เมื่อมีการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันกับอีกฝ่ายหนึ่งกฎหมายได้ ให้อำนาจปกครองเด็กแก่อีกฝ่ายหนึ่งด้วย เพื่อคุ้มครองเด็กที่อยู่ในอำนาจปกครองของอีกฝ่ายหนึ่ง

ตามมาตรา 9⁵⁸⁸ ของ Act on Life Partnership ได้วางหลักว่า ถ้าคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันเพียงคนเดียวมีเด็กอยู่ในอำนาจปกครองขณะที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน คู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิร่วมตัดสินใจในการดำเนินชีวิตประจำวันของเด็ก นอกจากนี้ในกรณีที่หากมีภัยอันตรายซึ่งหน้า คู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีสิทธิกระทำการตามกฎหมายที่จำเป็นเพื่อสวัสดิภาพของเด็ก และจะต้องรายงานให้บิดาหรือมารดาของเด็กที่มีอำนาจปกครองทราบทันที กฎหมายยังบัญญัติ จำกัดอำนาจของคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอีกฝ่ายหนึ่งด้วยโดยให้ศาลครอบครัวมีอำนาจจำกัดหรือตัด รอนสิทธิตามมาตรา 9(1) ซึ่งก็คือ สิทธิในการร่วมกันตัดสินใจในการดำเนินชีวิตของเด็ก ถ้าเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อสวัสดิภาพของเด็ก และคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่มีอำนาจปกครองเด็กร่วมกับอีกฝ่ายหนึ่งถ้าคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันนั้นได้แยกกันอยู่

จากหลักกฎหมายดังกล่าวสรุปได้ว่า ถ้าคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันซึ่งเป็นบิดาหรือมารดามีอำนาจปกครองเด็กแต่ผู้เดียวนั้น ถ้าทำการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันกับอีกฝ่ายหนึ่ง กฎหมายให้สิทธิอีกฝ่ายหนึ่งมีอำนาจปกครองเด็กได้ตามกฎหมาย โดยมีอำนาจปกครองเด็กร่วมกับคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่

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

ร่วมกันซึ่งเป็นบิดาหรือมารดา หรือในกรณีที่มีอันตรายเกิดขึ้นกับเด็ก คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอีกฝ่ายหนึ่งก็มีอำนาจจัดการเพื่อสวัสดิภาพของเด็ก แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายคุ้มครองเด็กโดยให้ศาลมีอำนาจตัดอำนาจของคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้ นอกจากนี้ตาม Act on Life Partnership ยังให้นำประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน มาตรา 1629(2) (1) เรื่องการจำกัดอำนาจปกครองมาใช้บังคับด้วย

(2) สิทธิโดยธรรมในการรับมรดก

กฎหมายให้สิทธิของคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในการรับมรดกของอีกฝ่ายหนึ่ง โดยหลักเกณฑ์เป็นไปตามมาตรา 10(1)⁵⁸⁹ ของ Act on Life Partnership ซึ่งบัญญัติว่า คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันที่ยังมีชีวิตอยู่ของผู้ตายเป็นทายาทโดยธรรมมีสิทธิ 1 ใน 4 ของทรัพย์สินมรดก ถัดจากทายาทในลำดับที่ 1 และมีสิทธิกึ่งหนึ่งของทรัพย์สินมรดกจากทายาทลำดับที่ 2 และญาติในลำดับ ปู่ ย่า ตา ยาย ในส่วนที่เกินจากนี้คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีสิทธิรับมรดกในส่วนเพิ่ม (Advance) ซึ่งก็คือทรัพย์สินที่เป็นบ้านซึ่งเป็นของคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน และของอันถูกแลกเปลี่ยนที่ลูกสันนิษฐานเด็ดขาดทางกฎหมายว่าเป็นของคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership) ถ้าเป็นกรณีรับมรดกถัดจากทายาทลำดับที่ 1 ส่วนของทรัพย์สินมรดกที่จะได้เพิ่มนั้น (Advance) คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันที่มีชีวิตอยู่ จะมีสิทธิได้รับเพียงเท่าที่คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันนั้นต้องการใช้สอยตามสมควรสำหรับบ้านเรือนเท่านั้น

ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1924 ได้บัญญัติลำดับทายาทไว้ โดยญาติลำดับที่ 1 ของผู้ตาย คือ บุตรของผู้ตาย ญาติลำดับที่ 2 คือ บิดา มารดา และบุตรของบิดามารดา (พี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมเฉพาะบิดาหรือมารดา) ซึ่งลำดับทายาทในการรับมรดกของคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership) เหมือนกันกับลำดับทายาทตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หลักเกณฑ์การรับมรดกของคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันเป็นไปตามที่กล่าวแล้วข้างต้น และถ้าเป็นกรณีที่ผู้ตายไม่มีญาติลำดับที่ 1 บุตรของผู้ตาย หรือลำดับที่ 2 บิดามารดา บุตรของบิดา

⁵⁸⁹ 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 the Life Partners and the presents which were exchanged at the conclusion of the Life 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.

มารดา และไม่มี ปู่ ย่า ตา ยาย ที่ยังมีชีวิตอยู่ คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันจะรับทรัพย์มรดก ไปทั้งหมดเป็นไปตามมาตรา 10(2)⁵⁹⁰ ของ Act on Life Partnership

นอกจากกฎหมายให้สิทธิคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในการรับมรดกแล้ว กฎหมายยังกำหนดหลักเกณฑ์ตัดมิให้คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันรับมรดก โดยตามมาตรา 10(3)⁵⁹¹ ของ Act on Life Partnership ได้บัญญัติ ให้ตัดสิทธิในการรับมรดกของคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันหากในขณะที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตายเกิดกรณีดังนี้

(2.1) เหตุการณ์สิ้นสุดของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันตามมาตรา 15(2) หรือ (1) ได้เกิดขึ้นและผู้ตายยื่นคำร้อง หรือตกลงใจให้สิ้นสุดลง เหตุเช่นว่านี้ คือคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันร้องขอให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลง โดยอาจเป็นกรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายแจ้งต่อกันว่าไม่ต้องการอยู่ร่วมกัน หรือด้วยเหตุที่ว่าหากอยู่ร่วมกันจะทุกข์ทรมานโดยไม่มีเหตุผล เมื่อเหตุนั้นเกิดขึ้นและผู้ตายได้ยื่นคำร้องหรือยินยอมให้สิ้นสุดลง คู่ที่มีชีวิตอยู่จะถูกตัดมิให้รับมรดก

(2.2) ผู้ตายได้ร้องขอตามมาตรา 15(2) (3) คือ ผู้ตายมีการร้องขอให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลง และการร้องขอนั้นได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันที่มีชีวิตอยู่จะถูกตัดมิให้รับมรดก

ดังนั้น การรับมรดกของคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่อาจถูกตัดมิให้รับมรดกได้ถ้าเจ้ามรดกได้ทำการร้องขอให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลง หรือตกลงยินยอมให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลง จะเห็นได้ว่าแม้ศาลยังมีคำสั่งให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลง เพียงแต่ผู้ตายมีความประสงค์โดยยินยอม หรือทำการร้องขอให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงเท่านั้นก็เป็นเหตุให้สิทธิในการรับมรดกของคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันที่มีชีวิตอยู่ถูกตัด นอกจากนั้นคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน แม้ถูกตัดมิให้รับมรดกในกรณีดังกล่าว แต่คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันยังมีสิทธิในเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดู โดยให้นำมาตรา 16 มาใช้

⁵⁹⁰ Section 10(2) If no relatives of the first or second order and no grandparents survive, the Life Partner shall inherit the whole estate.

⁵⁹¹ Section 10(3) The succession right of the Life Partner are exclude, if at the time of the death of the person who leaves the inheritance (1) the ground 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 that application was materially well founded;

คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันนอกจากมีสิทธิที่จะรับมรดกระหว่างกันในฐานะทายาทโดยธรรมแล้ว คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันยังมีสิทธิทำพินัยกรรม โดยหลักเกณฑ์นั้นกฎหมายให้นำหลักในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้ หลักดังกล่าวเหมือนการทำพินัยกรรมในระหว่างคู่สมรสระหว่างชายกับหญิง และหากผู้ตายทำพินัยกรรมโดยตัดคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมิให้รับมรดกผู้ที่ถูกตัดอาจร้องขอให้ตนได้รับกึ่งหนึ่งของส่วนแบ่งที่ตนควรได้รับ นอกจากนี้คู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันยังมีสิทธิในการสละมรดกโดยนำหลักเกณฑ์การสละมรดก ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้ (Civil Code) อันเป็นไปตามมาตรา 10(7)⁵⁹² ของ Act on Life Partnership

(3) ความสัมพันธ์ทางครอบครัว

ตามปกติการสมรสในระหว่างชายกับหญิง ย่อมเกิดความสัมพันธ์ขึ้นในระหว่างครอบครัวของทั้งสองฝ่าย และเมื่อกฎหมายของเยอรมันได้ให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย ความสัมพันธ์ในระหว่างครอบครัวในระหว่างคู่รักที่มีเพศเดียวกันก็ควรได้รับรองเช่นกัน

มาตรา 11⁵⁹³ ของ Act on Life Partnership คู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันให้ถือว่าเป็นสมาชิกของครอบครัวของคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกันและกัน ตราบเท่าที่ยังไม่มีบทบัญญัติตามกฎหมายให้เป็นอย่างอื่น และให้ถือว่าญาติของคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฝ่ายหนึ่งเป็นญาติของอีกฝ่ายหนึ่งด้วยทั้งในแง่ของสายความสัมพันธ์และลำดับชั้นญาติ ความสัมพันธ์นี้ยังดำเนินต่อไปแม้ภายหลังการใช้ ชีวิตอยู่ร่วมกันจะสิ้นสุดลง จากหลักดังกล่าว กฎหมายให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันโดยให้คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ ร่วมกันมีความสัมพันธ์ทางครอบครัวโดยให้คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฝ่ายหนึ่งเป็นญาติหรือเป็นสมาชิกครอบครัวของอีกฝ่ายหนึ่งแม้ว่าการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันจะสิ้นสุดลง

4.3.2.4 การแยกกันอยู่ของคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

คู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership) มีสิทธิแยกกันอยู่ตามกฎหมาย แต่กฎหมายกำหนดหน้าที่ของคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันที่แยกกันอยู่ในระหว่างกัน เช่น กฎหมายให้สิทธิ

⁵⁹² Section 10(7) The Provision of the Civil Code on the Renunciation of the Inheritance are To Be Applied Accordingly.

⁵⁹³ Section 11(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 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.

คู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันที่แยกกันอยู่มีสิทธิได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดูในระหว่างกันอยู่ สิทธิในทรัพย์สินในระหว่างแยกกันอยู่ แยกพิจารณาดังนี้

1) การอุปการะเลี้ยงดูระหว่างแยกกันอยู่

คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันเมื่อแยกกันอยู่ตามกฎหมาย มีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูระหว่างกัน อันเป็นไปตาม มาตรา 12(1)⁵⁹⁴ ของ Act on Life Partnership ซึ่งบัญญัติว่า หากคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันแยกกันอยู่ฝ่ายหนึ่งอาจขอให้อีกฝ่ายหนึ่งอุปการะเลี้ยงดู ซึ่งต้องเหมาะสมกับการดำเนินชีวิต การเงิน การงาน เหมือนขณะที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ถ้าฝ่ายหนึ่งไม่มีงานทำอาจขอให้หางานทำ ทั้งนี้ต้องพิจารณาฐานะทางการเงินของอีกฝ่ายด้วย การร้องขอในเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูอาจถูกปฏิเสธหรือลดจำนวนค่าอุปการะเลี้ยงดู หรือให้ในระยะเวลาที่จำกัดโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมของฝ่ายที่ต้องรับภาระ อันเป็นไปตามมาตรา 12(2) 595 ของ Act on Life Partnership

2) การแบ่งทรัพย์สินที่ใช้ร่วมกัน

กรณีที่คู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันแยกกันอยู่ตามกฎหมายแล้ว อาจเกิดปัญหาในเรื่องทรัพย์สินระหว่างกัน ดังนั้น กฎหมายจึงวางหลักว่า คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันที่ได้แยกกันอยู่แต่ละฝ่ายมีสิทธิร้องขอให้อีกฝ่ายส่งคืนทรัพย์สินของตน แต่ฝ่ายที่เป็นเจ้าของต้องให้ทรัพย์สินของตน แก่อีกฝ่ายใช้หากสิ่งนั้นมีความจำเป็นต่ออีกฝ่ายหนึ่ง และจะเป็นการยุติธรรมหากพิจารณาตามพฤติการณ์ ส่วนทรัพย์สินซึ่งเป็นของทั้งสองคนจะถูกแบ่งเท่าๆ กัน ศาลสามารถสั่งให้มีการจ่ายค่าชดเชยที่เหมาะสมสำหรับการใช้ทรัพย์สินนั้น ส่วนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นยังไม่เปลี่ยนแปลง เว้นแต่ คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันจะให้เป็นอย่างอื่น อันเป็นไปตาม มาตรา 13⁵⁹⁶ ของ Act on Life Partnership

⁵⁹⁴ 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 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 with regard to his personal situation (which includes the length of the Life Partnership) and to the financial situation of the Life Partnerships.

⁵⁹⁵ Section 12(2) The demand of maintenance is to be refused, lowered or restricted in time insofar as it would be inequitable towards the debtor of that obligation.

⁵⁹⁶ 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

3) คำวินิจฉัยเกี่ยวกับบ้านในการแยกกันอยู่

ถ้าคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันแยกกันอยู่หรือฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องการที่จะแยกกันอยู่ คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฝ่ายใดอาจเรียกร้องให้อีกฝ่ายยกบ้านหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของบ้านให้ตน เพื่อที่จะใช้สอยเพียงลำพัง ถ้าเป็นการจำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงความยุ่งยาก อาจต้องใช้คำวินิจฉัยของศาล และต้องจ่ายค่าตอบแทนพิเศษตามความเป็นจริงให้แก่คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน ทั้งเป็นเจ้าของคนเดียวหรือเป็นเจ้าของร่วมกับบุคคลภายนอก นอกจากนี้ถ้าคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ได้ให้อีกฝ่ายได้ใช้บ้านทั้งหมดหรือบางส่วนแต่ผู้เดียว อาจร้องขอให้มีการจ่ายค่าชดเชยที่เหมาะสม สำหรับการใช้ทรัพย์สินนั้นเพื่อความยุติธรรม อันเป็นไปตามมาตรา 14⁵⁹⁷ ของ Act on Life Partnership

จากหลักดังกล่าวว่าบ้านที่ใช้ในขณะที่อยู่ร่วมกัน เมื่อมีการแยกกันอยู่คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฝ่ายหนึ่งอาจเรียกร้องบ้านนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นของตนเพื่อใช้สอย กรณีนี้แม้ฝ่ายที่เรียกร้องจะมีได้เป็นเจ้าของบ้านดังกล่าวก็มีสิทธิเรียกร้องได้ แต่คู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันที่เป็นเจ้าของบ้านที่แท้จริงมีสิทธิได้รับค่าชดเชยพิเศษในทรัพย์สินนั้น

4.3.2.5 การสิ้นสุดของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

กฎหมายให้สิทธิในการจดทะเบียนเพื่อผูกพันกันตามกฎหมาย มีสิทธิหน้าที่ระหว่างกันแต่การอยู่ร่วมกันตามกฎหมายอาจสิ้นสุดลงตามหลักเกณฑ์ดังนี้

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 this 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.

⁵⁹⁷ 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 the 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) (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.

1) เหตุการณ์สิ้นสุดของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของบุคคลที่ผูกพันตามบทบัญญัติ การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Act on Life Partnership) จะสิ้นสุดเมื่อมีเหตุและวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด โดยการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันจะสิ้นสุดลงโดยคำสั่งศาล เมื่อคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันคนใดคนหนึ่งหรือทั้งสองคนร้องขอ อันเป็นไปตามมาตรา 15(1)⁵⁹⁸ ของ Act on Life Partnership และศาลจะสั่งให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน สิ้นสุดด้วยเหตุ ตามมาตรา 15(2)⁵⁹⁹ ของ Act on Life Partnership ดังนี้

คู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันทั้งสองฝ่ายแสดงว่าไม่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต่อไป และระยะเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้ว 12 เดือน นับตั้งแต่แสดงว่าไม่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

คู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฝ่ายหนึ่งแสดงว่าไม่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต่อไป และระยะเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้ว 36 เดือน นับตั้งแต่แสดงความต้องการให้คู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอีกฝ่ายหนึ่งทราบ

หากใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต่อไปผู้ร้องจะได้รับทุกขุทรมานเกินสมควร อันเนื่องมาจากคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของตน

จะเห็นได้ว่าการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน จะสิ้นสุดก็ด้วยคำสั่งศาลเท่านั้น และศาลจะสั่งให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดต่อเมื่อมีเหตุตามที่กล่าวข้างต้น ซึ่งก็คือคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันทั้งสองฝ่ายสมัครใจที่ไม่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน หรือเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน หรือมีเหตุที่การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต่อไปจะเป็นการทุกขุทรมาน

⁵⁹⁸ Section 15(1) On application of one or both of the Life Partners, the life partnership will be dissolved by way of a Court Order.

⁵⁹⁹ Section 15(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 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.

นอกจากนี้กฎหมายยังให้สิทธิคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีสิทธิเพิกถอนการ แสดงเจตนาให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงได้ ถ้าศาลยังมีได้สั่งให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลง ใน กรณีที่มีการแสดงเจตนาเพราะเหตุตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แม้คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันจะเพิกถอนการ แสดงเจตนาดังกล่าว ศาลก็จะสั่งให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงได้ ถ้ามีการแสดงเจตนาพร้อมกันให้ การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงแล้วเป็นระยะเวลา 36 เดือน อันเป็นไปตาม มาตรา 15(3)⁶⁰⁰ ของ Act on Life Partnership การแสดงเจตนาของคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายเดียวว่าไม่ ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน และการเพิกถอนการ แสดงเจตนา นั้นต้องมีการรับรองโดยรัฐ ถ้าไม่ เป็นตาม เงื่อนไขดังกล่าวศาลอาจไม่สั่งให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงอันเป็นไปตามมาตรา 15(4)⁶⁰¹ ของ Act on Life Partnership

2) ค่าอุปการะเลี้ยงดูภายหลังการสิ้นสุดของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของพวกร่วมเพศตามบทบัญญัติการใช้ชีวิตอยู่ ร่วมกัน (Act on Life Partnership) กฎหมายให้คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต้องอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและ กันเสมือนกับคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรส ปัญหาคือถ้าการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ ร่วมกันจะมีสิทธิในค่าอุปการะเลี้ยงดูหรือไม่ ตามบทบัญญัติการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Act on Life Partnership) เห็นว่าเมื่อคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในขณะที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีหน้าที่ต้องดูแลและอุปการะ เลี้ยงดูซึ่งกันและกันแล้ว เมื่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงควรให้สิทธิในค่าอุปการะเลี้ยงดูเช่นกัน

กฎหมายได้วางหลักเกณฑ์ให้คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีหน้าที่จ่ายค่าอุปการะ เลี้ยงดูภายหลังจากการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงอันเป็นไปตาม 16(1)⁶⁰² ของ Act on Life

⁶⁰⁰ Section 15(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 retract his declaration, the Court will terminate the Life Partnership if 36 month have elapsed since the joint declaration was made.

⁶⁰¹ Section 15(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, whether as to time or otherwise.

⁶⁰² 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

Partnership มีหลักว่า ถ้าคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฝ่ายหนึ่งไม่สามารถอุปการะเลี้ยงดูตนเองได้ภายหลังจากการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลง สามารถเรียกร้องให้คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฝ่ายหนึ่งให้ค่าอุปการะเลี้ยงดู ซึ่งหลักเกณฑ์ค่าอุปการะเลี้ยงดูเหมือนระหว่างใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน และค่าอุปการะเลี้ยงดูนั้นจะให้ตราบเท่าที่อีกฝ่ายหนึ่งยังไม่มีเงินเดือน หลักดังกล่าวให้คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฝ่ายหนึ่งที่ไม่สามารถเลี้ยงดูหรืออุปการะเลี้ยงดูตนเองมีสิทธิเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูจากอีกฝ่ายหนึ่ง

หน้าที่ในการจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูจะสิ้นสุดถ้าผู้ที่เรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูทำการ สมรสหรือทำการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันใหม่ และการกำหนดจำนวนค่าอุปการะเลี้ยงดู คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันคนก่อนมีสิทธิก่อนคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันคนใหม่และญาติอื่นๆ แต่ในระหว่างบุคคลภายนอกที่มีสิทธิเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูนั้นบุคคลภายนอกมีสิทธิดีกว่าคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันคนก่อน อันเป็นไปตามมาตรา 16(2) (3)⁶⁰³ ของ Act on Life Partnership

3) คำวินิจฉัยของศาลภายหลังการสิ้นสุดการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันตามกฎหมายของคู่รักที่มีเพศเดียวกันย่อมก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างกัน โดยเฉพาะในเรื่องทรัพย์สิน ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันเมื่อสิ้นสุดลง อาจมีปัญหาในเรื่องทรัพย์สิน กฎหมายจึงบัญญัติหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) คำวินิจฉัยโดยศาลครอบครัว

การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน คู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันตามกฎหมายนี้ ย่อมมีความผูกพันกันในเรื่องทรัพย์สิน แต่หลังจากการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลง หากคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันทั้งสองฝ่าย ไม่สามารถตกลงกันได้ในเรื่องทรัพย์สิน เช่น บ้านที่อยู่อาศัยร่วมกันหรือเครื่องใช้ในบ้านหรือทรัพย์สินอื่นๆ ที่อยู่ในบ้าน และได้มีคำร้องไปยังศาล ศาลอาจมีคำ

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.

⁶⁰³ Section 16(2) The obligation expires if the Claimant enters into Marriage or into a new Life Partnership. The Section 1578 Subsections 1(1) (2, first half sentence) (4), Subsections 2 and 3, Section 1578a to 1581 and 1583 to 1586 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.

ตัดสินโดยอยู่บนพื้นฐานของ ความเป็นธรรมโดยพิจารณาพฤติการณ์อันเป็นไปตามมาตรา 17⁶⁰⁴ ของ Act on Life Partnership

(2) คำวินิจฉัยเกี่ยวกับบ้านที่อยู่อาศัยร่วมกัน

ตามมาตรา 18(1)⁶⁰⁵ ของ Act on Life Partnership ได้วางหลักในการพิจารณาเกี่ยวกับบ้านที่อยู่อาศัยร่วมกัน โดยศาลอาจมีคำสั่งดังนี้

ให้สัญญาเช่าบ้านที่คู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันทั้งสองฝ่ายร่วมกันทำดำเนินต่อไป โดยคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงลำพัง

ให้คู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฝ่ายหนึ่งรับช่วงสัญญาเช่าที่คู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฝ่ายหนึ่งทำไว้ก่อนหน้า

นอกจากนี้ถ้าบ้านที่อยู่อาศัยร่วมกันเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมกัน หรือกรรมสิทธิ์ของคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ศาลอาจมีคำสั่งให้มีการทำสัญญาเช่าหรือครอบครองบ้านหลังนั้น ถ้าการที่ต้องจากบ้านหลังนั้นไปจะทำให้คู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอีกฝ่ายหนึ่งต้องทุกข์ทรมานอย่างไม่ยุติธรรม

⁶⁰⁴ Section 17 If upon the 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 asset, 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 of organizing the legal situation

⁶⁰⁵ Section 18(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 the Life Partner.

(2) If the common home is property or co-property of one of the Life Partners, the Court may order that a tenancy agreement be founded as that home if the loss of that home would be an inequitable hardship

ปัญหาทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ สังหาริมทรัพย์ที่เป็นของคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันเพียงฝ่ายเดียวหรือมีกรรมสิทธิ์ร่วมกับคู่รักที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกศาล อาจมีคำสั่งให้โอนสังหาริมทรัพย์นั้นให้คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอีกฝ่ายหนึ่ง ถ้าบุคคลภายนอกยังคงใช้สังหาริมทรัพย์นั้นอยู่การโอนนั้นต้องไม่เสียหายต่อบุคคลภายนอก อันเป็นไปตามมาตรา 19⁶⁰⁶ ของ Act on Life Partnership

โดยหลักการตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้ว การสมรสจะกระทำได้ระหว่างมนุษย์ที่มีเพศสรีระชายกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระหญิงเท่านั้น ส่งผลให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันไม่มีสิทธิในการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน แต่กฎหมายเยอรมันเล็งเห็นถึงความสำคัญในเรื่องความเท่าเทียมกันจึงบัญญัติกฎหมายใหม่ ซึ่งเรียกว่า Act on Life Partnership โดยให้สิทธิแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ให้ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมาย อันมีลักษณะที่เหมือนกับการจดทะเบียนสมรสของคู่รักต่างเพศ และกฎหมายก็วางกฎเกณฑ์การเข้าผูกพันในฐานะคู่ชีวิตตามกฎหมายฉบับนี้ด้วย กล่าวคือ โดยหลักการที่สำคัญคือบุคคลนั้นต้องมีเพศสรีระเดียวกัน และต้องไม่เป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด อีกทั้งกฎหมายยังให้สิทธิหน้าที่ต่างๆ แก่คู่รักที่มีเพศเดียวกัน เช่น สิทธิในการใช้ชื่อสกุล สิทธิในการรับมรดก สิทธิในการปกครองผู้เยาว์ สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิความสัมพันธ์ทางครอบครัว หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน สิทธิในการเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมร่วมกัน นอกจากสิทธิดังกล่าวแล้ว คู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันยังมีสิทธิอื่นๆ เช่น สิทธิในประกันสุขภาพ สิทธิที่จะปฏิเสธการเป็นพยานต่อต้านคู่รักของตน อีกฝ่ายหนึ่ง สิทธิของคู่รักฝ่ายที่เป็นข้าราชการหรือพนักงานหน่วยงานของรัฐ และในกรณีสิทธิของคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่เป็นชนต่างชาติก็จะได้รับอนุญาตให้อาศัยอยู่ในเยอรมัน เป็นต้น

รูปแบบของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย ถูกบัญญัติไว้โดยมีลักษณะที่เป็นส่วนหนึ่งของประมวลแพ่งเยอรมัน ในเล่มที่ 4 ซึ่งเป็นบทบัญญัติในเรื่องกฎหมายครอบครัวของประมวลแพ่งเล่มนี้ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วรัฐบาลเยอรมันได้ยอมรับแนวคิดของการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน แต่การรับรองสถานะในทางกฎหมายของเยอรมันนั้น เป็นไปในรูปแบบของการจดทะเบียนความสัมพันธ์ในฐานะของการเป็นคู่ชีวิตเท่านั้น ไม่ได้มีสถานะเป็นคู่สมรสเหมือนดังเช่นคู่รักต่างเพศ

⁶⁰⁶ Section 19 Moveable Property which is in the sole Property of one of the Life Partners or in the Co-Property of one of the Life Partners and a third party shall be ordered to be transferred to the other Life Partner by the Court only if that other Person depends on its continued use and the transfer is not unreasonable for the other person.

และการจดทะเบียนความสัมพันธ์ดังกล่าวนั้นจะเป็นไปตาม กฎหมายที่มีชื่อว่า Act on Life Partnership ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีลักษณะแตกต่างจากประมวลแพ่งเยอรมันในเรื่องของการจดทะเบียนสมรสของคู่รักต่างเพศ แต่หากวิเคราะห์โดยละเอียดแล้วจะพบว่า การจดทะเบียนความสัมพันธ์ของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน กับการจดทะเบียนสมรสของคู่รักต่างเพศ แม้จะเกิดขึ้นมาจากกฎหมายคนละฉบับกัน แต่การจดทะเบียนทั้งสองรูปแบบนี้จะได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ภายใต้กฎหมายเท่าเทียมกันทุกประการ เนื่องด้วยการจดทะเบียนสมรสทั้งสองรูปแบบมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกัน คือ การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่มนุษย์

ประกอบกับเหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะในประเทศเยอรมันนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งเกี่ยวกับการวินิจฉัยสถานะเพื่อทำให้เกิดความเท่าเทียมกันของคู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรส กับคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนคู่ชีวิต ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญเมื่อเดือนกรกฎาคม ค.ศ.2002 ว่าการใช้ชีวิตคู่ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในหมวดที่ว่าด้วยการป้องกันคุ้มครองคู่สมรสและสถาบันครอบครัว ปฏิเสธคำฟ้องในคดีที่รัฐบาวาเรียและอีกสองรัฐทางตะวันออก ที่ยื่นฟ้องว่า Act on Life Partnership มีชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในหมวดที่ว่าด้วยการป้องกันคุ้มครองคู่สมรสและสถาบันครอบครัว โดยเป็นการชี้ให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมีคำพิพากษาสนับสนุนกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ประกอบกับศาลมีคำพิพากษาให้สิทธิคู่รักที่จดทะเบียนคู่ชีวิตที่เป็นพนักงานของรัฐมีสิทธิที่จะได้รับเงินบำเหน็จบำนาญกรณีคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นหม้าย และจากคำพิพากษากรณีดังกล่าวนี้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปก็ยังมีแนวคิดที่เป็นการสนับสนุน อีกทั้งยังมีสิทธิที่เท่าเทียมกับสามีภริยาที่ได้จดทะเบียนสมรสในเรื่องการจ่ายและการได้รับการยกเว้นภาษีมรดกตลอดจนการเท่าเทียมกันในเรื่องของการชำระภาษีโอนที่ดิน⁶⁰⁷ รวมทั้งศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำพิพากษาให้คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งมีสิทธิจดทะเบียนรับลูกติดหรือบุตรบุญธรรมของอีกฝ่ายหนึ่งมาเป็นบุตรบุญธรรมของตนได้ โดยก่อนหน้าที่ศาลจะมีคำพิพากษาตามแนวทางดังกล่าว คู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนคู่ชีวิตมีเพียงสิทธิรับบุตรที่แท้จริงหรือลูกติดของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น⁶⁰⁸ การที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมีคำพิพากษาคู่ครองและสนับสนุนสิทธิและความเท่าเทียมให้เกิดขึ้นกับคู่รักที่มีเพศเดียวกันเป็นการสะท้อนให้เห็นว่า ศาลในฐานะองค์กรตุลาการมีความต้องการในการสร้างมาตรฐานให้เกิดขึ้นในสังคม

⁶⁰⁷ BverfG, 1BvL 16/11 vom 18.7.2555, Absatz-Nr. (1-59) (German Court of Justice, 2002)

⁶⁰⁸ BVerfG, 1BvL 1/11 vom 19.2.2556, Absatz-Nr.(1-10) (German Constitution Court, 2003)

และเพื่อเป็นการขจัดปัญหาของความไม่เหมือนกันที่เกิดขึ้นระหว่างคู่รักต่างประเทศที่จดทะเบียนสมรสและคู่รักเพศเดียวกันที่จดทะเบียนคู่ชีวิต ไม่เพียงแต่ศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่มีแนวคิดในลักษณะดังกล่าว ศาลอื่นๆ ก็มีแนวคำพิพากษาที่สร้างความเท่าเทียมให้เกิดขึ้นเช่นกัน อาทิ ในเดือน สิงหาคม ค.ศ.2003 ศาลแพ่งในเยอรมันพิพากษาให้วัดโรมันคาทอลิกชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่คู่รักเพศเดียวกันที่ไม่ได้รับอนุญาตในจัดพิธีสมรสในโบสถ์เฉกเช่นคู่รักต่างประเทศที่ได้จดทะเบียนสมรส ต่อมาในเดือนเมษายน ค.ศ.2004 ศาลแรงงานกลางพิพากษาให้นายจ้างของภาครัฐต้องจ่ายเงินช่วยเหลือในการปรับตัวเข้ากับสภาพแวดล้อมเมื่อถูกย้ายตำแหน่งงานไปยังสถานที่ใหม่ให้แก่คู่รักเพศเดียวกันที่จดทะเบียนคู่ชีวิต และต้องจ่ายเท่ากับที่จ่ายให้คู่สามีภรรยาที่จดทะเบียนสมรส และศาลการเงินแห่งเมืองทางใต้ของมิวนิคก็ได้มีคำพิพากษาให้คู่รักเพศเดียวกันที่จดทะเบียนคู่ชีวิตได้รับสิทธิประโยชน์ที่รัฐมอบให้แก่บุตรเช่นเดียวกับคู่รักต่างประเทศที่ได้จดทะเบียนสมรส และไม่เพียงแต่ศาลภายในของเยอรมันเท่านั้นที่มีแนวคิดดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ในเดือน พฤษภาคม ค.ศ.2011 ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปมีมติอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์พิพากษาในคดี *Jurgen Romer v. เมืองฮัมบูร์ก* ว่าการที่เมืองฮัมบูร์กจ่ายเงินบำนาญหลักเกษียณอายุให้คู่รักต่างประเทศที่จดทะเบียนสมรสมากกว่าคู่รักเพศเดียวกันที่จดทะเบียนคู่ชีวิตเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายแห่งสหภาพยุโรป⁶⁰⁹ จากที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาข้างต้น เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน มีบทบาทที่สำคัญในการทำให้เกิดความเท่าเทียมกันของการได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ จากรัฐภายหลังจากการจดทะเบียนทั้งสองรูปแบบ แม้ในความเป็นจริงแล้วการจดทะเบียนทั้งสองรูปแบบจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายคนละฉบับกัน

อย่างไรก็ตามจากการศึกษาวิจัยค้นพบอีกว่า กฎหมายที่ให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันในการจดทะเบียนความสัมพันธ์หรือ *Act on Life Partnership* ของเยอรมันฉบับนี้ จะไม่มีทางเปลี่ยนแปลงหรือยกสถานะไปสู่รูปแบบของการจดทะเบียนสมรสตามประมวลแพ่งเยอรมันได้เลย เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะแนวคิดของการบัญญัติกฎหมายสมรสของเยอรมันนั้นมีความแตกต่างจากแนวคิดประเทศอื่นในการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการสมรส กล่าวคือ แนวคิดของนักกฎหมายเยอรมันนั้นมีความเชื่อว่าการสมรสเป็นเรื่องของชายและหญิง การสมรสที่แท้จริงเป็นเรื่องของธรรมชาติของมนุษย์ที่มีเพศสรีระชายและเพศสรีระหญิงในการสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ ดังนั้นการสมรสจึงเป็นสิทธิ และเป็นหน้าที่ของมนุษย์ที่มีเพศสรีระชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระหญิงเท่านั้น อีกทั้งการสมรสก็เป็นวิถีทางหนึ่งที่น่าไปสู่การจัดตั้งสถาบันครอบครัวเช่นกัน ส่งผลให้นักกฎหมายเยอรมันบัญญัติกฎหมายสมรสไว้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย

⁶⁰⁹ *Jurgen Romer v. Freie und Hansestadt Hamburg* (The European Court of Justice, 2011)

ครอบครัว โดยนิยามของคำว่า “สมรส” ตามแนวคิดของนักกฎหมายเยอรมันจึงนำมาใช้ได้กับการจดทะเบียนสมรสของคู่รักต่างประเทศตามประมวลแพ่งเยอรมันเท่านั้น โดยนักกฎหมายเยอรมันจะไม่นำคำว่า “สมรส” ไปใช้ร่วมกันในบริบทเดียวกันกับคู่รักที่มีเพศเดียวกัน หากจะใช้กับคู่รักที่มีเพศเดียวกันก็จะต้องใช้คำว่า “การจดทะเบียนความสัมพันธ์แบบคู่ชีวิต” รวมไปถึงการบัญญัติกฎหมายในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศเดียวกันนี้ ก็จำเป็นต้องแยกออกจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในเล่มที่ 4 เรื่องครอบครัวอย่างสิ้นเชิง โดยบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะ แยกต่างหากจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากศึกษาถึงตัวบทกฎหมายในประเด็นดังกล่าวโดยละเอียดแล้วจะพบว่าบทบัญญัติของกฎหมาย ทั้งการจดทะเบียนความสัมพันธ์แบบคู่ชีวิตตาม Act on Life Partnership และการจดทะเบียนสมรสของคู่สมรสตามประมวลแพ่งเยอรมัน มีลักษณะที่แยกกันอย่างเห็นได้ชัดและมีการแยกบัญญัติไว้โดยเฉพาะในประเด็นต่างๆ ตามกฎหมายแต่ละประเภทอย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นประเด็นเรื่อง เงื่อนไขของการจดทะเบียนความสัมพันธ์และเงื่อนไขของการจดทะเบียนสมรส ประเด็นเรื่อง การสิ้นสุดของการจดทะเบียนความสัมพันธ์ด้วยการจดทะเบียนยกเลิกความสัมพันธ์และการสิ้นสุดการจดทะเบียนสมรสด้วยการหย่า และ ประเด็นเรื่อง การรับบุตรบุญธรรมในฐานะของคู่สมรสตามประมวลแพ่งเยอรมันและการรับบุตรบุญธรรมในฐานะคู่ที่จดทะเบียนความสัมพันธ์ตาม Act on Life Partnership เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะนักกฎหมายเยอรมันมีความคิดเห็นว่า กฎหมายทั้งสองประเภทมีรูปแบบกฎหมายตามลักษณะของผู้ที่ใช้กฎหมายนั้นโดยอาศัยความแตกต่างกัน กล่าวคือ การจดทะเบียนสมรสของคู่สมรสตามประมวลแพ่งเยอรมันเป็นเรื่องของความรักในรูปแบบของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิง ดังนั้นลักษณะของกฎหมายจึงต้องออกแบบมาเพื่อมนุษย์ที่มีเพศสภาพเป็นชายและมนุษย์ที่มีเพศสภาพเป็นหญิงโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น แต่หากเป็นการจดทะเบียนความสัมพันธ์แบบคู่ชีวิตตาม Act on Life Partnership ซึ่งเป็นเรื่องของความรักในรูปแบบของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายด้วยกันหรือมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงและมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงด้วยกัน ดังนั้นลักษณะของกฎหมายจึงจำเป็นต้องออกแบบมาเพื่อความเหมาะสมกับมนุษย์ที่มีเพศสภาพเช่นเดียวกัน ที่จะเป็นผู้ใช้กฎหมายฉบับนี้เป็นโดยเฉพาะเจาะจง

ดังนั้นจึงขอสรุปแนวคิดในประเด็นนี้ว่า รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐตามมุมมองของนักกฎหมายเยอรมันนั้น มีแนวคิดที่แตกต่างออกไปจากนักกฎหมายประเทศอื่นๆ ในประเด็นเรื่องกฎหมายสมรส กล่าวคือ นักกฎหมายเยอรมันให้ความเห็นว่า หากเป็นการนำคำว่า “สมรส” มาใช้ในบริบทนี้ จะเกิดขึ้นเฉพาะการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักต่างเพศเท่านั้น ส่วนถ้าเป็นจะนำมาใช้กับคู่รักที่มีเพศเดียวกันด้วยนั้น ตามแนวคิดของนักกฎหมายเยอรมันต้องใช้คำว่า รูปแบบการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันตามเงื่อนไขของรัฐ เหตุที่เป็น

เช่นนี้ก็เพราะนักกฎหมายเยอรมันเชื่อว่า คำว่า “สมรส” ต้องนำมาใช้ได้กับการจดทะเบียนสมรสของ คู่รักต่างเพศตามประมวลแพ่งเยอรมันเท่านั้น โดยนักกฎหมายเยอรมันจะไม่นำคำว่า “สมรส” ไปใช้ ร่วมกันในบริบทเดียวกันกับคู่รักที่มีเพศเดียวกัน หากจะใช้ก็จะต้องใช้คำว่า “การจดทะเบียน ความสัมพันธ์แบบคู่ชีวิต”

ดังนั้นจากข้อมูลที่ได้กล่าวมาข้างต้นเป็นการแสดงให้เห็นว่า แม้ กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันของเยอรมัน จะไม่มีทางที่จะการยกสถานะของกฎหมายเพื่อให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันนี้ได้จดทะเบียนสมรสเหมือน อย่างเช่นคู่รักต่างเพศ ก็เพราะด้วยเหตุผลต่างๆ ดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่ถึงอย่างไรก็ตาม กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันของเยอรมัน ฉบับนี้ก็ได้ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิประโยชน์ต่างๆ ให้แก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียน คู่ชีวิตให้มีความเท่าเทียมกันกับคู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรสแล้วทุกประการ

4.3.3 รูปแบบของกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถี แบบรักเพศเดียวกันตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่ากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเกิดขึ้นมาพร้อมกับสังคม มนุษย์ และเป็นพฤติกรรมที่แสดงออกซึ่งความรักในอีกรูปแบบหนึ่ง ที่เกิดขึ้นได้กับชายและหญิง โดยทั่วไป เมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงเข้าสู่ความเจริญของยุคสมัยโดยเฉพาะสังคมทุนนิยมสหรัฐอเมริกา เนื่องจากพื้นที่และหน้าที่ของครอบครัวลดน้อยลง ส่งผลให้ความแตกต่างหลายหลายทางสังคมก็เพิ่ม มากขึ้น นำไปสู่การผลักดันตนเองออกสู่สังคมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ใน ความสามารถในการสร้างอัตลักษณ์ของตนเองได้ง่ายขึ้นในการแสดงออกในพื้นที่สาธารณะ

การเคลื่อนไหวเรียกร้องสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในสหรัฐอเมริกา เริ่มต้นมาพร้อมกับการเคลื่อนไหวทางสังคมของกลุ่มอื่นๆ ในยุคปี ค.ศ.1960 อีกมากมาย อาทิ กลุ่ม คนผิวดำ กลุ่มฮิปปี กลุ่มผู้หญิง เป็นต้น หลังจากความเสื่อมของสังคมโดยเฉพาะประเด็นการจำกัด สิทธิเสรีภาพของคนหลายๆ กลุ่ม โดยเหตุการณ์ที่สำคัญในการเรียกร้องสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถี แบบรักเพศเดียวกัน คือ การชุมนุมประท้วงที่ สโตนวอลล์ (Stonewall Riot) ในปี ค.ศ.1968 ภายหลังจากที่เจ้าหน้าที่ตำรวจได้เข้มงวดในการตรวจจับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่เข้า ไปใช้บริการบาร์เกย์สโตนวอลล์ เพราะในช่วงศตวรรษที่ 50-60 การมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันถือเป็น เรื่องต้องห้ามเพราะในหลายรัฐยังมีกฎหมาย Sodomy ที่กำหนดให้การแสดงความรักกับคนที่มี เพศเดียวกันกับตนเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายและมีโทษจำคุกอีกทั้งขบวนการไล่ล่าฝ่ายชายในยุค ศตวรรษที่ 50 ที่นำโดยวุฒิสมาชิกโจเซฟ แม็ค คาร์ธีย์ ที่ถือว่าการมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นภัยต่อความ มั่นคงของชาติ จากเหตุการณ์ดังกล่าวนำไปสู่การก่อการจลาจลและชุมนุมเรียกร้อง 3 วันติดต่อกัน

เหตุการณ์นี้นับเป็นจุดเริ่มต้นของการเรียกร้องสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน และเหตุการณ์ดังกล่าวได้กลายเป็นสัญลักษณ์ของการต่อสู้เพื่อสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ในการได้รับการรับรองและคุ้มครองสถานะในทางกฎหมาย

ในช่วงปีทศวรรษ 1970 ฮาร์วีย์ มิลค์ (Harley Milk) ได้รับเลือกให้ดำรงตำแหน่งในสภาที่ปรึกษาแห่งซานฟรานซิสโก มิลค์เป็นเกย์ที่เปิดเผยตนเองคนแรกที่มีสิทธิ์มีเสียงในองค์กรทางเมืองของสหรัฐอเมริกา เขาได้วิ่งเต้นคัดค้านข้อบังคับประจำเมือง เพื่อปกป้องผู้คนจากการถูกไล่ออกหลังจากที่เปิดเผยรสนิยมทางเพศของตัวเองออกมา รวมไปถึงนำขบวนประท้วงการทำประชาติทั่วทั้งรัฐเพื่อไล่ครุที่เป็นเกย์ รวมทั้งผู้สนับสนุนให้ออกจากโรงเรียน ซึ่งเขาตระหนักดีว่าการต่อสู้กับ Proposition 6 นี้ เสมือนจุดเปลี่ยนสำหรับการเคลื่อนไหวเพื่อสิทธิเกย์

ฮาร์วีย์ มิลค์ ได้ชื่อว่าบุคคลสำคัญในการเรียกร้องสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจากสภาพสังคมที่ปิดกั้นจนแทบไม่มีที่ว่างสำหรับความหลากหลายในพฤติกรรมทางเพศที่แตกต่างกันเลย มีการถูกรังแกมากมาย ตั้งแต่การเหยียดหยามทางสายตา การจับกุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจไปจนถึงการฆาตกรรม สิ่งเหล่านี้สร้างความเจ็บปวดให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในยุคนั้นเป็นอย่างมาก และสิ่งเหล่านี้ก็กลายเป็นแรงผลักดันอย่างหนึ่งที่ทำให้ ฮาร์วีย์ มิลค์ ทำการเรียกร้องเพื่อชีวิตและความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น ของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในสังคมของสหรัฐอเมริกา ความปรารถนาของมิลค์ คือ ชัยชนะที่ไม่ใช่เพียงเพื่อการได้มาซึ่งสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศร่วมกันเท่านั้น หากแต่ยังเป็นการกำจัดความเหลื่อมล้ำทางการเมืองอีกด้วย ทำให้ต่อมาภายหลัง ฮาร์วีย์ มิลค์กลายเป็นนักสู้เพื่อสิทธิมนุษยชน และกลายเป็นวีรบุรุษของชาวอเมริกัน ทุกชนชั้นตั้งแต่ราษฎรไปจนถึงชนชั้นนายทุน ฮาร์วีย์ มิลค์ เสียชีวิตในปี ค.ศ.1978

สถานการณ์ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในสหรัฐอเมริกาได้รับการยอมรับมากขึ้น ตามลำดับ ถึงแม้ว่าจะมีการออกนโยบายห้ามถาม ห้ามบอก (Don't Ask, Don't Tell) เพื่อจำกัดการเข้าร่วมการปฏิบัติงานในกองทัพของบุคคลที่มีพฤติกรรมทางเพศที่หลากหลายปี ค.ศ.1993 อย่างไรก็ตามการเรียกร้องสิทธิและการผ่านกฎหมายสำคัญเพื่อคุ้มครองบุคคลที่มีพฤติกรรมทางเพศที่หลากหลายก็ปรากฏทั่วไปตามมลรัฐต่างๆ เช่นในปี ค.ศ.1982 มลรัฐวิสคอนซิน (Wisconsin) ออกกฎหมายถอดถอนการปฏิบัติบนความแตกต่างของพฤติกรรมทางเพศเป็นมลรัฐแรก ปี ค.ศ.2007 รัฐสภาผ่านกฎหมายรับรองสิทธิความเสมอภาคในสถานที่ทำงานของบุคคลที่มีพฤติกรรมทางเพศที่หลากหลาย เป็นต้น

สำหรับการจดทะเบียนสมรสของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน แม้ว่ามลรัฐส่วนใหญ่ในสหรัฐอเมริกาจะยังไม่อนุญาตให้มีการจดทะเบียนสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน ต่อมาได้มีการออกกฎหมายป้องกันการสมรสขึ้น (Defense of Marriage Act-DOMA) ในปี ค.ศ.1996 โดยสหพันธรัฐสาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ คือการจำกัดการแต่งงานเฉพาะชายและหญิงเท่านั้น ซึ่งมลรัฐส่วน

ใหญ่บังคับใช้กฎหมายฉบับนี้หรือมีการออกบทบัญญัติห้ามการสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกันของแต่ละมลรัฐเองควบคู่กันไปโดยการอ้างถึงจารีตประเพณีดั้งเดิมของสหรัฐอเมริกา

ประเด็นถกเถียงทางสังคมระหว่างสิทธิและความเหมาะสมกับหลักคำสอนของศาสนาคริสต์ รวมถึงจารีตประเพณีดั้งเดิมของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการสมรสอนุญาตให้มีการสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกันหรือไม่นั้น ต้องใช้เวลาในการพิจารณาถึงความเหมาะสม และยังคงต้องเสนอความคิดเห็น แลกเปลี่ยนข้อมูลและเรียกร้องกันต่อไประหว่างผู้ที่สนับสนุนกับผู้คัดค้าน โดยการคัดค้านเรื่องดังกล่าวในสหรัฐอเมริกาเป็นสถานการณ์ที่ค่อนข้างรุนแรง โดยเฉพาะการออกกฎหมายป้องกันการแต่งงาน (Defense of Marriage Act: DOMA) โดยผู้นำเสนอร่างกฎหมายป้องกันการแต่งงาน คือ บ็อบ บาร์ (Bob Barr) ผู้แทนจากมลรัฐจอร์เจีย ของพรรครีพับลิกัน ในวันที่ 7 พฤษภาคม ค.ศ.1996 กฎหมายดังกล่าวได้ผ่านการรับรองและลงนามประกาศใช้อย่างเป็นทางการ โดยประธานาธิบดี บิล คลินตัน (Bill Clinton) เมื่อวันที่ 21 กันยายน ค.ศ.1996

เนื้อหาของสาระที่สำคัญของกฎหมายป้องกันการแต่งงานที่ส่งผลให้เกิดการถกเถียงในประเด็นความไม่เหมาะสมและการขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 ความหมายของการแต่งงาน⁶¹⁰ ในการกำหนดความหมายของพระราชบัญญัติใดๆ ก็ตามของสภาองเกรสหรือจากการพิจารณาคดีใดๆ ที่กฎระเบียบหรือการตีความของสำนักงานบริหารและหน่วยงานต่างๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกา, คำว่า “สมรส” หมายถึง ในทางกฎหมายจำกัดเฉพาะระหว่างชายคนหนึ่งและผู้หญิงหนึ่งเป็นสามีและภรรยา และเรียกว่า “คู่สมรส” หมายถึงเฉพาะบุคคลเพศตรงข้ามผู้เป็นสามีหรือภรรยา

จากคำจำกัดความของกฎหมายดังกล่าวที่คุ้มครองการสมรสเฉพาะคู่สมรสชายและหญิง เท่ากับเป็นการปฏิเสธการคุ้มครองทางกฎหมายกับคู่รักที่มีเพศเดียวกันไปโดยปริยาย สำนักงานบัญชีทั่วไป (The General Accounting Office) ออกรายงานประจำปี 1997 ระบุว่า มี 1049 บทบัญญัติแห่งกฎหมายของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา ที่จัดให้กับคู่ครองสมรสได้รับสิทธิประโยชน์และสิทธิพิเศษที่ผูกพันกับสถานภาพการสมรสหรือปัจจัยจากการสมรส ในรายงานประจำปี 2004 พบว่าสิทธิประโยชน์ที่คู่สมรสได้รับจากรัฐเพิ่มขึ้นเป็น 1,138 ประการ ตัวอย่างเช่น ประกันสังคม ที่อยู่อาศัย อาหาร ผลประโยชน์ของทหารผ่านศึก (เงินบำนาญและเงินจากการรอดชีวิต) ภาษี (รายได้, ที่ดิน,

⁶¹⁰ Section 3 Definition of marriage

Indetermining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word ‘marriage’ means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word ‘spouse’ refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife.

ของขวัญ) ผลประโยชน์ของรัฐบาลกลางทั้งฝ่ายพลเรือนและทหาร สิทธิของพ่อแม่, แม่มาจาก การสร้างงานลิขสิทธิ์ และสิทธิประโยชน์อีกจำนวนมากที่ไม่ได้คุ้มครองไว้สำหรับคู่รักที่มีเพศเดียวกันตาม คำจำกัดความของกฎหมายป้องกันการแต่งงาน

การโต้แย้งทางการเมืองเกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการสมรสในช่วงเดือนมิถุนายน ค.ศ.1996 ประธานาธิบดีบิล คลินตัน (Bill Clinton) ออกความคิดเห็นไม่สนับสนุนการจดทะเบียนสมรสให้แก่ คู่รักที่มีเพศเดียวกัน เขาเชื่อว่าการสมรสเป็นเรื่องที่จำกัดไว้สำหรับผู้ชายหนึ่งคนและผู้หญิงหนึ่งคน ใน เดือนกรกฎาคม ค.ศ.2009 ฝ่ายหลังจากการผ่านกฎหมายป้องกันการแต่งงานกว่าสิบปี ความคิดของ อดีตประธานาธิบดีบิล คลินตัน ก็เปลี่ยนแปลงไป เขาสนับสนุนว่า “ประชาชนสามารถเลือกปฏิบัติ อะไรได้ตามต้องการ และจะผิดอย่างยิ่งหากมีใครสักคนขัดขวางความต้องการของประชาชน” นั่นคือ การจดทะเบียนสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน แต่การสนับสนุนการสมรสของกลุ่มคนที่รักเพศเดียวกัน ของบิล คลินตัน ก็เฉพาะในระดับมลรัฐ (Domestic Partnership) เท่านั้น ไม่ใช่ในระดับสหพันธรัฐ

ในปี ค.ศ.2004 ประธานาธิบดีจอร์จ ดับเบิลยู บุช (George Walker Bush) ลงนามรับรอง การแก้ไขรัฐธรรมนูญที่เสนอในการจำกัด การจดทะเบียนสมรสให้มีขึ้นได้เฉพาะคู่รักต่างเพศ เพราะ เขาคิดว่ากฎหมายป้องกันการแต่งงานยังคงมีช่องว่างในการตีความ นอกจากนี้เขายังเชื่อในธรรมเนียม ประเพณีดั้งเดิมของสหรัฐอเมริกาที่ให้จำกัดการสมรสเฉพาะชายและหญิงเท่านั้น และกล่าวในเชิง ตำหนิต่อการยอมรับการสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกันของหลายหน่วยงานที่อาจจะสร้างปัญหาให้เกิด ความสับสนขึ้นภายในสังคม แม้ว่าในหลายกรณีได้ผ่านการพิจารณาของศาลแล้วก็ตาม เช่น ความ พยายามของผู้หญิงสองคนที่สมรสกันในรัฐแมสซาชูเซตส์ที่ได้รับการยอมรับในฟลอริดา

สมัยประธานาธิบดีบารัค โอบามา (Barack Obama) มีการพิจารณายกเลิกกฎหมายป้องกันการ แต่งงาน (Defense of Marriage Act: DOMA) ทั้งที่ผ่านกระทรวงยุติธรรมและศาล โดยเฉพาะ มาตรา 3 ของกฎหมายดังกล่าวที่จำกัดคู่สมรสเฉพาะชายกับหญิงซึ่งขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ สำหรับ ประธานาธิบดีโอบามาแล้ว เลือกที่จะให้มีการดำเนินการในส่วนของสภาผู้แทนราษฎรผ่านกระทรวง ยุติธรรม ซึ่งจะใช้เวลา น้อย กว่าที่พิจารณาของศาลซึ่งอาจจะส่งผลให้กฎหมายยังคงถูกบังคับใช้ ต่อไป ถึงแม้ว่ามลรัฐส่วนใหญ่ในสหรัฐอเมริกาจะมีสิทธิประโยชน์รองรับไว้สำหรับคู่รักที่มีเพศ เดียวกัน แต่การจำกัดการสมรสไว้สำหรับชายหนึ่งคนและหญิงหนึ่งคนภายใต้บทบัญญัติหรือ รัฐธรรมนูญของแต่ละมลรัฐเอง และส่วนใหญ่จะไม่ยอมรับการสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกันจาก ต่าง มลรัฐ อย่างไรก็ตาม ในสหรัฐอเมริกาบางมลรัฐได้อนุญาตให้มีการจดทะเบียนสมรสของคู่รักที่มีเพศ เดียวกัน เช่น รัฐคอนเนคติกัต รัฐโอไอวา รัฐแมสซาชูเซตส์รัฐนิวเจอร์ซีย์ เป็นต้น ซึ่งถือว่ากฎหมาย ดังกล่าวไม่ได้บังคับใช้อย่างเคร่งครัดแม้ว่าจะจะเป็นกฎหมายที่ออกโดยสหพันธรัฐก็ตาม

ในเดือนพฤษภาคม ปี ค.ศ.2008 ศาลมลรัฐแคลิฟอร์เนียพิจารณาความเรื่องการจำกัดการ แต่งงานเฉพาะคู่เพศตรงข้ามเท่านั้น ซึ่งถือว่าขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญของรัฐแคลิฟอร์เนีย ส่งผลให้เมื่อ

วันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ.2008 ทางการรัฐแคลิฟอร์เนียต้องอนุญาตให้มีการแต่งงานจดทะเบียนสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกันให้ได้รับการคุ้มครองถูกต้องตามกฎหมาย ทำให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันจากทั่วประเทศเข้ามาจดทะเบียนจำนวนมาก ทั้งพลเมืองชาวแคลิฟอร์เนียเองและจากมลรัฐอื่นๆ ทั้งสหรัฐอเมริกา

ต่อมาในเดือนพฤศจิกายนของปีเดียวกัน มลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ออกญัตติที่ 8 (Proposition 8) เพื่อลงประชามติรับรองญัตติดังกล่าว ซึ่งญัตติที่ 8 เป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการจำกัด การสมรสให้มีขึ้นได้เฉพาะความรักของกลุ่มคนที่มีเพศที่ต่างกัน เท่านั้น ที่จะเป็นการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย และได้รับการยอมรับในรัฐแคลิฟอร์เนีย ซึ่งถือว่าการจำกัดการสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน โดยรัฐบาลของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้จัดให้มีการลงประชามติเพื่อรับรองญัตติดังกล่าวว่าประชาชนในรัฐเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วย ทำให้เกิดกระแสของการรณรงค์ของฝ่ายที่เห็นด้วยกับญัตติดังกล่าว ที่มีทั้งองค์กร ทางศาสนา โดยเฉพาะนิกายโรมันคาทอลิก และกลุ่มคนที่ยึดมั่นในประเพณีดั้งเดิม ส่วนการรณรงค์ของฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับญัตติ ซึ่งได้แก่ กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบคนรักเพศเดียวกัน องค์กรสิทธิมนุษยชน รวมถึงองค์กรที่สนับสนุน กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมทางเพศที่หลากหลาย เป็นต้น

ฝ่ายที่สนับสนุน เน้นการนำเสนอความถูกต้องของหลักคำสอนในทางคริสต์ศาสนา โดยกล่าวว่า การสมรสของชายและหญิงเป็นสิ่งที่พระเจ้ากำหนดว่าถูกต้องและปฏิเสธการสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน ในขณะที่ฝ่ายต่อต้าน โดยเน้นย้ำถึงความถูกต้องของสิทธิตามกฎหมายภายใต้รัฐธรรมนูญที่ทุกคนต้องได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน

ภายหลังจากการลงประชามติเพื่อรับรองญัตติดังกล่าวในวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ.2008 เสร็จสิ้นแล้ว ปรากฏว่าผลการลงคะแนนเสียงส่วนใหญ่เห็นด้วยกับการรับรองญัตติที่ให้การแต่งงานระหว่างหญิงและชายเท่านั้นถูกต้องตามกฎหมาย ด้วยคะแนน 7,001,084 เสียง (52.24%) ต่อ 6,401,482 เสียง (47.76%) จากผู้ที่ได้ร่วมลงคะแนนเสียงทั้งหมด 13,747,177 คน ส่งผลให้การจดทะเบียนสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกันเป็นอันต้องยุติลงทันที อย่างไรก็ตาม สำหรับคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่จดทะเบียนก่อนหน้าการลงคะแนนก็ยังคงได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเช่นเดิม อย่างไรก็ตามแม้ว่าผลโพลล์ 12 ครั้ง ของสำนักโพลล์ต่างๆ เช่น Survey USA, Public Policy Institute of California, The Field Poll จะลงคะแนนให้ฝ่ายต่อต้านชนะถึง 9 ผลสำรวจ และแพ้การลงคะแนนเพียง 3 ผลสำรวจเท่านั้น ทำให้เกิดความมั่นใจเป็นอย่างมากในกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน และกลุ่มผู้ต่อต้านที่จะได้รับชัยชนะจากการลงประชามติในครั้งนี้ แต่ปรากฏว่าผลการลงคะแนนเสียงในวันจริงเป็นไปในทิศทางตรงกันข้าม เมื่อคะแนนเสียงที่สนับสนุนญัตติที่ 8 จำนวนมากได้รับมาจากกลุ่มคนแอฟริกัน-อเมริกัน ผู้สูงอายุและผู้สนับสนุนจากพรรครีพับลิกัน ในขณะที่ฝ่ายผู้ต่อต้านญัตติได้รับคะแนนเสียงจากกลุ่มวัยรุ่นและผู้สนับสนุนพรรคเดโมแครต สิ่งที่ตามมาจากผลการลงประชามติทำให้หลายเคาน์ตี (County) ทั้งลอสแอนเจลิส, ซาน ฟรานซิสโก, โยโล, เคเรน, ซานต้า บาร์บารา,

ซาน ดิโอโก เป็นต้น เหตุการณ์จดทะเบียนสมรสให้แก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันตั้งแต่วันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ.2008 หลังวันลงประชามติ เป็นต้นไป ซึ่งนำไปสู่การชุมนุมประท้วงขึ้นและปฏิกิริยาต่อต้านเกิดขึ้นอย่างกว้างขวางมากกว่าก่อนการลงคะแนนเสียงด้วยซ้ำ

ส่วนอีกประเด็นที่มีความสำคัญไม่แพ้กันสำหรับความเคลื่อนไหวของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่รณรงค์ต่อสู้เพื่อสิทธิอันชอบธรรมของพวกเขาเหล่านั้น คือ การฟ้องร้องต่อศาลแขวงซานฟรานซิสโก ของคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่มีเพศสภาพเป็นหญิงกับหญิง หรือที่เรียกว่า เลสเบียน คือ คริสติน เพอร์รี่ (Kristin Perry) และ ซานดร้า สแตร์ (Sandra Stier) โดยมีผู้ถูกร้อง คือ อาร์โนลด์ ชวานเซนเกอร์ (Arnold Schwarzenegger) ในฐานะผู้ว่าการรัฐแคลิฟอร์เนีย, เอดมันด์บราวน์ (Edmund Brown) หัวหน้าการยุติธรรมของรัฐและเจ้าหน้าที่รัฐอีกจำนวนมากในฐานะผู้ถูกร้อง ร่วมกันกำหนดให้มีการรับรองญัตติที่ 8 และปฏิเสธร่างจดทะเบียนสมรสของทั้งคู่

ฝ่ายที่คัดค้าน ญัตติที่ 8 ได้ให้เหตุผลที่สำคัญต่อศาลดังนี้

1. เสรีภาพในการสมรสเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการปกป้องจากวิถีทางที่ถูกต้องตามกฎหมาย

2. ความสัมพันธ์ภายในท้องถิ่น (Domestic Partnership) ที่รัฐจัดรับรองไปสำหรับคู่ครองของคู่รักที่มีเพศเดียวกันไม่เสมอภาคเหมือนการสมรส ระหว่างชายและหญิงกล่าวคือ ทางารรัฐแคลิฟอร์เนียสร้างความแตกต่างขึ้นสองอย่างภายใต้เงื่อนไขการสร้างความสัมพันธ์ในการครองคู่ของบุคคลเหมือนกัน เพราะความสัมพันธ์ภายในท้องถิ่น (Domestic Partnership) ก็ไม่ได้อนุญาตไว้สำหรับคู่รักเพศตรงข้าม สิ่งที่รัฐแคลิฟอร์เนียใช้พิจารณาความสัมพันธ์ของคู่ครองว่าจะเป็นการสมรสหรือ ความสัมพันธ์ภายในท้องถิ่น (Domestic Partnership) คือ เพศของคู่ครองที่จะมีความสัมพันธ์ด้วย

3. การที่เสียงส่วนใหญ่สนับสนุนญัตติที่ 8 เป็นสิ่งที่ไม่ตรงประเด็นเพราะสิทธิขั้นพื้นฐาน ไม่สามารถยอมรับได้ด้วยการลงคะแนนเสียง

4. ญัตติที่ 8 ละเมิดหลักปกป้องความเสมอภาคเพราะญัตติที่ 8 เลือกปฏิบัติบนพื้นฐานทางเพศและเพศสภาพของบุคคล กล่าวคือ เพอร์รี่ถูกห้ามไม่ให้แต่งงานกับสแตร์เพราะเพอร์รี่เป็นผู้หญิง ถ้าเพอร์รี่เป็นผู้ชาย ญัตติที่ 8 ก็ไม่ห้ามให้เธอแต่งงาน ดังนั้น ญัตติที่ 8 จำกัดการเลือกคู่ครองของเพอร์รี่เพราะเพศของเธอ ขณะเดียวกันญัตติที่ 8 ก็ยังจำกัดการเลือกคู่ครองของเธอเพราะเพศสภาพของเธอที่ผู้หญิงที่รักผู้หญิง

ฝ่ายที่สนับสนุน ญัตติที่ 8 ได้ให้เหตุผลต่อศาลดังนี้

1. การสมรสเป็นประเพณีนิยมทางสังคมของชายหนึ่งคนและหญิงหนึ่งคน
2. การอนุญาตให้มีการสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกันจะทำให้สังคมเปลี่ยนแปลง
3. คู่รักต่างเพศเป็นผู้ปกครองให้บุตรได้ดีกว่าคู่ครองของคนรักเพศเดียวกัน

ผลที่ตามมาจากการพิจารณาคดีในกรณียุติที่ 8 มีดังนี้

1. การขัดแย้งแห่งวิถีทางที่ถูกต้องตามกฎหมาย
2. ความขัดแย้งเรื่องการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน
3. การทำให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเป็นคนชั้นสองของสังคม
4. การเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานทางเพศ
5. การเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานทางเพศสภาพ

ต่อมา ในวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ.2010 หัวหน้าผู้พิพากษาศาลแขวงซานฟรานซิสโก วอห์น วอกเกอร์ (Chief Judge Vaughn Walker) พิพากษาให้ยุติที่ 8 ขัดต่อวิถีทางที่ถูกต้องแห่งกฎหมาย และหลักการป้องกันความเสมอภาคภายใต้บทบัญญัติที่ 14 แห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา (The Due Process and Equal Protection Clauses of the Fourteenth Amendment to the United State Constitution) และขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน (The Fundamental Right) เพราะไม่มีหลักการที่มีเหตุผลเพียงพอในการจำกัดการแต่งงานของคนรักเพศเดียวกัน ส่งผลให้ วันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 2010 ผู้พิพากษา วอกเกอร์ มีคำสั่งอนุญาตให้ มลรัฐแคลิฟอร์เนียกลับมาทำการจดทะเบียนสมรสให้แก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันอย่างเช่นเดิม และบทสรุปจากคำพิพากษาของศาลแขวงซานฟรานซิสโก รัฐแคลิฟอร์เนีย มีเหตุผลพื้นฐานหลายประการที่ทำให้เกิดการปฏิเสธการจดทะเบียนสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกันตามยุติที่ 8 ไม่มีความชัดเจนและถูกต้อง นอกจากนี้หลักฐานที่แสดงว่ายุติที่ 8 ไม่มีเหตุผลมากเพียงพอที่กล่าวว่าในรัฐธรรมนูญแคลิฟอร์เนียจะระบุให้คู่รักต่างเพศจะเหนือกว่าคู่รักที่มีเพศเดียวกัน และทางการรัฐแคลิฟอร์เนียไม่ได้สนใจการสร้างความแตกต่างของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่เกิดจากยุติที่ 8 ส่งผลให้ ยุติที่ 8 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา มาตรา 14 โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้ ข้อ 1 บุคคลทุกคนที่เกิดหรือแปลงชาติในสหรัฐ และอยู่ในบังคับของกฎหมายสหรัฐย่อมเป็นพลเมืองของสหรัฐและของมลรัฐที่มีภูมิลำเนาอยู่ มลรัฐใดจะออกกฎหมายหรือบังคับใช้ กฎหมายที่เป็นการตัดทอนเอกสิทธิหรือความคุ้มกันที่พลเมืองของสหรัฐจะพึงได้รับไม่ได้ หรือ มลรัฐใดจะรอนสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคลโดยไม่ชอบด้วย กระบวนความแห่ง กฎหมายหรือจะปฏิเสธไม่ให้บุคคลใดที่อยู่ในเขตอำนาจได้รับความคุ้มครองแห่งกฎหมายโดยเท่าเทียมกันไม่ได้⁶¹¹

⁶¹¹ The Fourteenth Amendment (Amendment XIV) to the United States Constitution

Section 1 All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges

แต่อย่างไรก็ตาม ในวันที่ 18 สิงหาคม ค.ศ.2010 ศาลอุทธรณ์เขต 9 ครอบคลุมพื้นที่ศาลในมลรัฐฝั่งตะวันตกของสหรัฐอเมริกา ได้ออกคำสั่งไม่อนุญาตให้มีการจดทะเบียนสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน โดยมีการชะลอคำสั่งอนุญาตให้มลรัฐแคลิฟอร์เนียกลับมาจดทะเบียนสมรสให้แก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันของผู้พิพากษาวอลล์ วอกเกอร์ ทำให้การสมรสของคนรักเพศเดียวกันในรัฐแคลิฟอร์เนียยังคงไม่สามารถดำเนินต่อไปได้

ต่อมาในวันที่ 7 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2012 ผู้พิพากษาสามท่านในศาลอุทธรณ์เขต 9 ออกความเห็นเป็นเสียงข้างมาก 2 ต่อ 1 เห็นด้วยต่อกรณีคำพิพากษาที่เพอร์รี่เป็นโจทก์ฟ้องผู้ว่าการรัฐแคลิฟอร์เนีย ซึ่งผู้พิพากษาวอกเกอร์วินิจฉัยว่าญัตติที่ 8 ไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญเพราะละเมิดต่อหลักการคุ้มครองที่เท่าเทียมกัน โดยผู้พิพากษาดีเฟน เรนฮาร์ท (Judge Stephen Reinhardt) พร้อมกับผู้พิพากษาไมเคิล ฮอว์กิน (Judge Michael Hawkins) กล่าวว่าญัตติที่ 8 ละเมิดและศักดิ์ศรีของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันและจัดความสัมพันธ์และครอบครัวของพวกเขาให้เป็นรองมาจากบรรดากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศ นอกจากนี้ศาลพบว่าพลเมืองของรัฐแคลิฟอร์เนียใช้อำนาจพวกเขาที่จะกำหนดเป้าหมายของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันและถอนสิทธิที่จะสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกันภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย แต่ถือว่าละเมิดรัฐธรรมนูญของรัฐบาลกลาง

ประกอบกับญัตติที่ 8 ไม่ได้มีวัตถุประสงค์อื่นใดนอกเหนือไปจากการไม่อนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน และความสัมพันธ์ของคู่รักที่มีเพศเดียวกันถูกต้องตามกฎหมาย ทำให้สถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศเดียวกันและการสมรสของพวกเขาไม่ที่เป็นยอมทางสังคม

จากการค้นหาความจริงและการเปิดเผยข้อมูลผู้เชี่ยวชาญชั้นศาลซึ่งมีอิทธิพลอย่างมากต่อคำตัดสินใจอุทธรณ์เน้นย้ำว่า ญัตติที่ 8 ไม่มีเหตุผลเพียงพอที่สนับสนุนว่า ญัตติที่ 8 ส่งเสริมการให้กำเนิดของทารกโดยผู้ปกครองตามชีวภาพ (Biological Parents) การปกป้องการเปลี่ยนแปลงทางสังคม การปกป้องศาสนาและการควบคุมการศึกษาของเด็ก โดยศาลประกาศว่า คู่สมรสชายสองคนและคู่สมรสหญิงสองคนก็สามารถสร้างความมั่นคงให้เกิดขึ้นในครอบครัวเฉกเช่นเดียวกับคู่สมรสชายและหญิงทั่วไป

ในขณะที่ฝ่ายคัดค้าน คือ ผู้พิพากษาเอ็น แรนดี้ สมิธ (N. Randy Smith) ตั้งข้อสังเกตต่อกรณีดังกล่าวว่ารัฐทำถูกต้องตามกฎหมายที่ไม่ให้มีการสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน เช่นเดียวกับ

or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

กรณีของการจำกัดอายุสำหรับการสมรสโดยไม่ละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เขากล่าวเพิ่มเติมว่า คิดเห็นว่า กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ได้เป็นผู้ต้องสงสัยหรือคนเสมือนต้องสงสัย จึงไม่มีสิทธิได้รับการตรวจสอบข้อเท็จจริงเพิ่มเติมจากศาล นอกจากนี้เขาเขียนว่า โครงสร้างของครอบครัวต้องประกอบไปด้วยผู้ปกครองทางชีวภาพ คือ ชายหนึ่งคนและหญิงหนึ่งคน ซึ่งถือว่าเป็นองค์ประกอบที่ดีที่สุดสำหรับการเลี้ยงดูเด็ก และเขายังเห็นด้วยกับรัฐในเรื่อง ทฤษฎีความรับผิดชอบที่จะเกิดจากคู่สมรสชายและหญิงเพราะพวกเขาสามารถให้กำเนิดบุตรได้

ต่อมาในวันที่ 21 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2012 กลุ่มผู้สนับสนุนญัตติที่ 8 ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์เขต 9 เพื่อให้มีการพิจารณาใหม่โดยใช้ผู้พิพากษา 11 ท่านของศาลอุทธรณ์เขต 9 ซึ่งหากศาลปฏิเสธการ อุทธรณ์ กลุ่มผู้สนับสนุนจะนำเรื่องดังกล่าวขึ้นสู่ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา

อย่างไรก็ตาม ในระหว่างที่กรณีพิพาทอยู่ในระหว่างการพิจารณาในชั้นศาลอุทธรณ์ยังคงพักการอนุญาตให้มีการแต่งงานของคนรักเพศเดียวกัน

จนที่สุดในเดือน มิถุนายน ค.ศ.2013 วันที่รอคอยของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันก็มาถึง ลมหายใจของมหานครนิวยอร์กกลายเป็นสีรุ้งขึ้นมาอีกครั้ง เมื่อศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้มีคำตัดสินคดีที่มีความเกี่ยวข้องกับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน 2 ประเด็นคือ

ประเด็นแรก ศาลสูงสหรัฐตัดสินว่ากฎหมายของรัฐบาลกลางที่ชื่อว่า The Defense of Marriage Act กฎหมายคุ้มครองการสมรส หรือ DOMA ที่มีข้อความในข้อที่ 3 ของกฎหมายที่ได้กำหนดไว้ว่า “คำว่า ‘สมรส’ หมายถึง การเป็นสามีภริยาที่ถูกต้องตามกฎหมายระหว่างชายและหญิงเท่านั้น และคำว่า ‘คู่สมรส’ หมายถึง บุคคลที่เป็นสามีหรือภริยาของบุคคลที่มีเพศที่ตรงข้ามกับตนเท่านั้น” การระบุเช่นนี้ทำให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันไม่เข้าถึงสิทธิในทางกฎหมายกว่า 996 ฉบับ ที่คู่รักต่างเพศที่จดทะเบียนสมรสได้รับ อาทิ การลดหย่อนภาษี สิทธิในการโอนย้ายสัญชาติหลังจากการสมรส สิทธิในการประกันสุขภาพของเจ้าหน้าที่รัฐที่ครอบคลุมไปถึงคู่สมรส เป็นต้น ซึ่งในการนี้ศาลสูงของสหรัฐได้มีคำพิพากษาออกมาว่า The Defense of Marriage Act กฎหมายคุ้มครองการสมรส หรือ DOMA เป็นกฎหมายที่ละเมิดต่อหลัก Fifth Amendment ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นหลักในรัฐธรรมนูญกลางของสหรัฐ ที่กล่าวว่า “จะต้องไม่มีผู้ใด สูญเสียชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน โดยปราศจากกระบวนการอันชอบด้วยกฎหมาย” ทำให้ The Defense of Marriage Act เป็นอันต้องยกเลิกไป โดยผลของคำพิพากษาดังกล่าวจะเอื้อประโยชน์ในทางกฎหมายให้กับคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์ในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในสหรัฐอเมริกา คดีนี้เกิดขึ้นจากการที่ นาย Edith Windsor อายุ 84 ปีได้ยื่นฟ้องต่อศาล โดยมีรายละเอียดว่า Edith Windsor ซึ่งได้จดทะเบียนสมรสกับ Thea Spyer โดยถูกต้องตามกฎหมายในปี ค.ศ.2007 ที่แคนาดา และการจดทะเบียนของบุคคลทั้งสองได้รับการรับรองสถานะภายใต้กฎหมายของรัฐนิวยอร์ก ซึ่งบุคคลทั้งสองเป็นคู่รักที่มีเพศ

เดียวกันที่มีลักษณะทางกายภาพเป็นผู้หญิงกับผู้หญิง ทั้งคู่ได้ใช้ชีวิตร่วมกันมาเป็นเวลานานถึง 44 ปี ต่อมา Thea Spyer ได้เสียชีวิตลงในปี ค.ศ.2009 Thea Spyer ได้ยกมรดกของตนทั้งหมดให้ Edith Windsor รัฐบาลได้เรียกเก็บภาษีมรดกจาก Edith Windsor เป็นจำนวนเงิน 363,000 USD นอกจากนี้ Edith Windsor ยังต้องเสียภาษีให้แก่รัฐนิวยอร์กอีกเป็นเงินจำนวน 275,000 USD ซึ่งหากถ้าคู่สมรสของ Edith Windsor เป็นเพศชาย Edith Windsor จะไม่ถูกเรียกเก็บภาษีในจำนวนเงินดังกล่าวเลย ดังนั้นจึงกลายเป็นจุดเริ่มต้นให้ Edith Windsor ต่อสู้เพื่อเรียกร้องความเสมอภาคและความเท่าเทียมกับคู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรส และได้รับชัยชนะในที่สุด และหลังจากที่ Edith Windsor ชนะคดีดังกล่าว Edith Windsor ก็ได้รับเงินภาษีคืนจากรัฐบาลทั้งหมด และผลจากคดีที่ได้กล่าวมานี้ทำให้ The Defense of Marriage Act กฎหมายคุ้มครองการสมรส หรือ DOMA เป็นอันตกไป และมีผลให้คู่รักที่มีเพศเดียวกัน ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมาย มีสิทธิที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ภายใต้กฎหมายของรัฐบาลกลางอย่างเท่าเทียมกันกับคู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรส

ประเด็นที่สอง ศาลสูงสหรัฐได้มีคำพิพากษาเกี่ยวกับ ญัตติที่ 8 หรือ Proposition 8 โดยได้มีการเสนอญัตติดังกล่าวเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย โดยในญัตติที่ 8 หรือ Proposition 8 ได้มีการเสนอให้เพิ่มข้อ 7.5 เข้าไปในรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย โดยมีรายละเอียดว่า “การแต่งงานระหว่างชายและหญิงเท่านั้นที่จะมีผลตามกฎหมายและได้รับการรับรองในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย” ซึ่งก่อนหน้าที่จะมีญัตติที่ 8 หรือ Proposition 8 นี้ในรัฐแคลิฟอร์เนียได้ออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันแล้ว⁶¹² และคู่รักเพศเดียวกันก็สามารถจดทะเบียนโดยชอบด้วยกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย แต่เมื่อมีญัตติที่ 8 หรือ Proposition 8 เกิดขึ้นมาโดยการลงประชามติของผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งในรัฐแคลิฟอร์เนีย โดยการลงประชามติดังกล่าวนี้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งได้ให้การรับรองญัตติที่ 8 หรือ Proposition 8 ด้วย

⁶¹² สาเหตุที่มลรัฐแคลิฟอร์เนียออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันก็เพราะในเดือน พฤษภาคม ค.ศ.2008 ได้มีคำตัดสินของศาลในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ว่าการจำกัดสิทธิในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ให้แก่คู่รักเพศเดียวกันในแคลิฟอร์เนียตาม ญัตติ 22 หรือ Proposition 22 ซึ่งถูกเสนอในปี ค.ศ.2000 นั้นเป็นการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญแห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย ทำให้ต่อมารัฐบาลของรัฐแคลิฟอร์เนียออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่คู่รักเพศเดียวกัน แต่ต่อมากฎหมายรับรองสถานะในการชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันของมลรัฐแคลิฟอร์เนียต้องถูกยกเลิกไป เพราะผู้มีสิทธิเลือกตั้งได้ลงประชามติคัดค้านคำตัดสินของศาลมลรัฐแคลิฟอร์เนียด้วยการลงมติรับรองญัตติ 8 หรือ Proposition 8 ด้วยคะแนน 55.24 % ต่อ 47.76%

คะแนน 52.24% ต่อ 47.76% จึงส่งผลให้เจ้าหน้าที่ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียก็ยุติการจดทะเบียนความสัมพันธ์ดังกล่าวให้แก่คูรักร่วมเพศเดียวกันทันที ต่อมาในปี ค.ศ 2009 ได้มีการฟ้องคดีในต่อศาล เพราะเหตุที่คูรักร่วมเพศเดียวกันคู่หนึ่ง คือ Kristin Perry and Sandra Stier ซึ่งทั้งสองเป็นคูรักร่วมเพศเดียวกันที่มีลักษณะทางกายภาพเป็นผู้หญิงกับผู้หญิง ได้ไปจดทะเบียนที่ศาลว่าการรัฐแต่เจ้าหน้าที่ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียก็ปฏิเสธการจดทะเบียนความสัมพันธ์ดังกล่าวให้แก่คูรักร่วมเพศเดียวกันคู่นี้ เพราะเหตุที่ทั้งคู่มีเพศสรีระเดียวกัน

และในปี ค.ศ.2010 ผู้พิพากษาชื่อ Vaughn Walker แห่งศาลชั้นต้นมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้มีคำพิพากษาว่า ญัตติที่ 8 หรือ Proposition 8 เป็นกฎหมายที่ละเมิดต่อหลักรัฐธรรมนูญ Fourteenth Amendment ที่ได้กล่าวไว้ว่า “ไม่มีมลรัฐใดสามารถทำให้บุคคลสูญเสียชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน โดยปราศจากกระบวนการอันชอบด้วยกฎหมาย หรือปฏิเสธความเท่าเทียมกันแห่งกฎหมายของบุคคลที่อยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจของมลรัฐนั้น” หลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาดังกล่าว มลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่มีแม้กระทั่งการออกมาต่อสู้และคัดค้านคำพิพากษาของศาลชั้นต้นมลรัฐแคลิฟอร์เนียดังกล่าว จนกระทั่งกลุ่มผู้ที่สนับสนุนญัตติที่ 8 หรือ Proposition 8 ได้มีการยื่นอุทธรณ์ต่อศาลสูงของสหรัฐอเมริกา และในเวลาต่อมาศาลสูงของสหรัฐได้มีคำพิพากษาว่า กลุ่มผู้ที่สนับสนุนญัตติที่ 8 หรือ Proposition 8 ไม่มีอำนาจฟ้องภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกามาตรา 3 เพราะผู้ที่มีอำนาจฟ้องคือมลรัฐแคลิฟอร์เนียต้องเป็นผู้ยื่นอุทธรณ์เพื่อป้องกันกฎหมายของมลรัฐเอง ส่งผลให้คำพิพากษาของศาลชั้นต้นแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียกลายเป็นคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้ว ส่งผลให้ญัตติที่ 8 หรือ Proposition 8 ไม่มีผลบังคับใช้ตามกฎหมายในทันที ทำให้คูรักร่วมเพศเดียวกันสามารถกลับมาจดทะเบียนรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่โดยชอบด้วยกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียอีกครั้ง

จากคำพิพากษาทั้งสองของศาลสูงสหรัฐที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาข้างต้นทำให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกันในสหรัฐอเมริกาได้ออกมาเฉลิมฉลองชัยชนะของพวกเขา ตลอดระยะเวลา 44 ปี แห่งการต่อสู้ ตั้งแต่เหตุการณ์ Stonewall และการผ่านกฎหมายที่ทำให้กระบวนการเคลื่อนไหวเพื่อสิทธิและความเท่าเทียมแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกันได้ประสบความสำเร็จไปอีกขั้นหนึ่ง แม้การต่อสู้บนถนนสายที่กว้างและแสนยาวไกลนี้ยังคงต้องดำเนินต่อไป แต่พัฒนาการที่เกิดขึ้นแสดงให้เห็นว่ากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกันได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของการต่อสู้เพื่อสิทธิมนุษยชนในกระแสหลัก และสิ่งนี้ทำให้ผู้วิจัยค้นพบว่า การเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาจะเป็นแรกผลักดันให้กระบวนการต่อสู้เพื่อสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกันทั่วโลกที่กำลังต่อสู้เพื่อให้รัฐได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายแก่ตนและคนรัก เช่นคูรักร่วมเพศที่ได้จดทะเบียนสมรส รวมไปถึงการผลักดันสนธิสัญญาาระดับสากลเพื่อรับรองสิทธิของบุคคลที่มีพฤติกรรมในการแสดงออกทางเพศที่หลากหลายหรือมีอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างเพื่อความเท่าเทียมกันในสังคม

นับตั้งแต่ปี ค.ศ.2004 จนถึงปี ค.ศ 2013 ที่ The Defense of Marriage Act หรือ DOMA ถูกศาลสูงของสหรัฐมีคำตัดสินให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญกลางของสหรัฐและเป็นอันต้องยกเลิกไป การออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันก็มีเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ โดยมลรัฐแมสซาชูเซตส์เป็นมลรัฐแรกที่อนุญาตให้มีการจดทะเบียนสมรสให้แก่รักเพศเดียวกันอย่างถูกต้องตามกฎหมายและมลรัฐอื่นๆ ตามมา อาทิ วันที่ 12 พฤศจิกายน ค.ศ.2008 มลรัฐคอนเนคติกัต ในวันที่ 27 เมษายน ค.ศ.2009 มลรัฐไอโอวา ในวันที่ 1 กันยายน ค.ศ.2009 มลรัฐเวอร์มอนท์ ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.2010 มลรัฐนิวแฮมป์เชียร์ ในวันที่ 24 กรกฎาคม ค.ศ.2011 มลรัฐนิวยอร์ก ต่อมาในวันที่ 13 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2012 มลรัฐวอชิงตัน ผู้ว่าการมลรัฐได้ลงนามรับรองกฎหมายการจดทะเบียนสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน ซึ่งจะมีผลอย่างเป็นทางการในเดือนมิถุนายน ค.ศ.2012 และต่อมาวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ.2012 ผู้ว่าการมลรัฐแมริแลนด์ได้ผ่านกฎหมายสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกันเป็นที่เรียบร้อยแล้ว นอกจากนี้ เมื่อวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ.2012 รัฐเมนได้รับรองกฎหมายการสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกันอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ภายหลังจากการชัยชนะในการลงคะแนนเสียงของประชาชนส่วนใหญ่ ซึ่งมีการอนุญาตให้จดทะเบียนสมรสได้ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.2013 เป็นต้นไป หลังจากนั้นก็ได้มีมลรัฐอื่นๆ ตามมาอีกหลายมลรัฐที่ได้มีการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเพื่อคุ้มครองสิทธิประโยชน์ ของคู่รักที่มีเพศเดียวกันภายใต้กฎหมายของแต่ละมลรัฐ แต่บางมลรัฐก็จะหลีกเลี่ยงการใช้คำว่า สมรส (Marriage) เพื่อลดปัญหาความขัดแย้งทางศาสนา

และในที่สุดชัยชนะของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันชาวอเมริกาก็มาถึง เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน พ.ศ.2558 (ค.ศ.2015) ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษารับรองสิทธิในกฎหมายสมรสให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วยคะแนนเสียง 5 ต่อ 4⁶¹³ โดยการตัดสินดังกล่าวของตุลาการเสียงข้างมากอ้างหลักการของรัฐธรรมนูญ ทั้งหลักการ The Fourteenth Amendment

⁶¹³ ผู้พิพากษาศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกา มีทั้งสิ้น 9 คน ประธานาธิบดีเป็นผู้คัดเลือกและทำการแต่งตั้งโดยก่อนที่จะมีการแต่งตั้งวุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาจะทำหน้าที่ในการรับรองก่อนที่จะมีการแต่งตั้ง โดยในการตัดสินคดีดังกล่าวนี้ ได้มีผู้พิพากษาที่เป็นตุลาการเสียงข้างน้อยและตุลาการเสียงข้างมากดังต่อไปนี้ โดยเริ่มจาก ตุลาการเสียงข้างมากได้แก่ ท่านผู้พิพากษาชื่อ Sonia Sotomayor, Ruth Bader Ginsburg, Elena Kagan, Anthony Kennedy และ Stephen G. Breyer

ตุลาการเสียงข้างน้อยได้แก่ ท่านผู้พิพากษาชื่อ John G. Roberts, Samuel A. Alito, Antonin Scalia และ Clarence Thomas

ตลอดจนไปถึงแนวคิดของ Due Process Clause และหลักการ Equal Protection Clause⁶¹⁴ คำพิพากษาดังกล่าวเกิดขึ้นมาจากการอุทธรณ์ของโจทก์ที่เป็นรัฐทั้ง 4 รัฐประกอบไปด้วย รัฐ Ohio รัฐ Tennessee รัฐ Michigan และรัฐ Kentucky เพื่อร้องขอให้ศาลรับรองสิทธิในกฎหมายสมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันว่ามีสถานะเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเฉกเช่นเดียวกับกับกฎหมายสมรสของคู่รักต่างเพศ

ผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ในการเขียนคำพิพากษานี้คือ ท่านผู้พิพากษา Kennedy⁶¹⁵ ซึ่งท่านเริ่มด้วยการกล่าวถึงวิวัฒนาการของกฎหมายสมรสว่าแต่เดิมนั้นเป็นความสัมพันธ์ในรูปแบบ

⁶¹⁴ บทบัญญัติแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรา 14 มีผลบังคับใช้ในปี พ.ศ.2411 ในหมวดสิทธิพลเมืองของสหรัฐอเมริกา ข้อ 1 กำหนดไว้ว่า “บุคคลทุกคนที่เกิดหรือแปลงสัญชาติในสหรัฐอเมริกา และอยู่ในบังคับของกฎหมายสหรัฐอเมริกา ย่อมเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกาและรัฐที่มีภูมิลำเนาอยู่รัฐใดจะตราหรือบังคับใช้กฎหมายอันเป็นการตัดทอนเอกสิทธิ์หรือความคุ้มครองที่พลเมืองสหรัฐอเมริกาก็จะพึงได้รับมิได้ หรือรัฐใดจะตัดรอนสิทธิในชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สินของบุคคลโดยไม่ชอบด้วยวิถีทางที่ถูกต้องแห่งกฎหมาย (Due Process of Law) หรือจะปฏิเสธบุคคลในเขตอำนาจไม่ให้ได้รับความคุ้มครองแห่งกฎหมายโดยเท่าเทียม (Equal Protection) มิได้

⁶¹⁵ ความเห็นของผู้พิพากษาเสียงข้างมากใจความในย่อหน้าก่อนสุดท้ายในหน้า 28 ของคำพิพากษารูปลึงใจความสำคัญได้ว่า “ไม่มีการอยู่ร่วมกันอันใดจะลึกซึ้งมากไปกว่าการสมรส เพราะรวมเอาอุดมคติสูงสุดของความรัก ความซื่อสัตย์ การอุทิศตน การเสียสละ และความเป็นครอบครัว ในขณะที่ตกลงทำสัญญาสมรส คนสองคนจะกลายเป็นสิ่งที่ยิ่งใหญ่กว่าเดิมที่แต่ละคนเคยเป็นมา ที่สำคัญผู้ร้องได้แสดงให้เห็นว่า การสมรสเป็นที่บรรจุซึ่งความรักอันอาจยืนยงแม้หลังความตาย คงเป็นเรื่องที่เข้าใจผิดที่คิดว่าเฉพาะชายและหญิงเท่านั้นที่มีสิทธิดังกล่าวโดยชอบ หากแต่แนวคิดในการจำกัดสิทธิดังกล่าวนั้นกลับเป็นการไม่เคารพแนวคิดเรื่องสิทธิในกฎหมายสมรสอย่างแท้จริงเลย ในคำร้องพวกเขาได้แสดงถึงความเคารพแนวคิดดังกล่าว เคารพอย่างสุดซึ้ง จนต้องไขว่คว้ามาเป็นของตนเอง พวกเขาหวังเพียงว่าจะไม่ถูกตัดสินใจให้ใช้ชีวิตอยู่อย่างโดดเดี่ยว ถูกกีดกันออกจากการเป็นส่วนหนึ่งในสถาบันที่เก่าแก่ที่สุดของอารยธรรม อย่างเช่นสถาบันครอบครัว พวกเขาจึงเรียกร้องหาศักดิ์ศรีความเท่าเทียมกันในสายตาของกฎหมายและสายตาของเพื่อนมนุษย์ ซึ่งรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริการับรองสิทธิเช่นนั้นให้แก่เขาแล้ว”

เมื่อฟังความเห็นของผู้พิพากษาเสียงข้างมากดังที่ได้สรุปไปข้างต้นแล้ว ต่อมามารับฟังความเห็นของผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยทั้งสี่ท่านตามลำดับดังนี้

(1) ท่านผู้พิพากษา John G. Roberts มีความเห็นว่า ข้อที่มีการอุทธรณ์ขึ้นมายังศาลสูงนี้น่าจะเป็นเรื่องของแต่ละรัฐที่จะตัดสินใจกันเอง ไม่ใช่มาตัดสินด้วยคำพิพากษาของศาลแห่งนี้ ศาลสูง

มิใช่สถานะบัญญัติ การสมรสของบุคคลที่รักเพศเดียวกันจะควรหรือไม่ควร ไม่ใช่เรื่องที่ศาลจะไปตัดสิน ผู้พิพากษามีหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญในการชี้ขาดว่ากฎหมายเป็นอย่างใด ไม่ใช่มีหน้าที่ชี้ขาดว่ากฎหมายจะต้องเป็นไปอย่างไร ชาวอเมริกันที่ได้รับรองรัฐธรรมนูญฉบับนี้อุญาตให้ศาลมีคำพิพากษาตามกฎหมายเท่านั้น ไม่ใช่มาแสดงพลังหรือเจตจำนงอื่นใดเพื่อสนับสนุนให้รัฐออกกฎหมายใด การมีคำพิพากษาเช่นนี้เท่ากับศาลไปกำหนดนโยบายของรัฐ โดยไม่มีรัฐธรรมนูญรับรองหรือให้อำนาจไว้ ทั้งการกระทำที่เป็นการขโมยสิทธิในประเด็นที่ควรจะลงประชามติไปจากพลเมืองสหรัฐอเมริกา เชิญพวกคุณยินดีปรีดากับคำวินิจฉัยนี้ แต่อย่าไปตั้งเอาตัวรัฐธรรมนูญมารวมผลลง เพราะรัฐธรรมนูญไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคำวินิจฉัยในครั้งนี้ของท่าน

(2) ท่านผู้พิพากษา Antonin Scalia มีความเห็นว่า กฎหมายจะอธิบายว่าการสมรสคืออะไร ไม่มีความสำคัญอะไรกับตัวข้าพเจ้าเลยแม้แต่น้อย คำพิพากษาดังกล่าวไม่มีพื้นฐานในทางกฎหมายใดๆ รองรับ เป็นปฏิปักษ์กับระบบการบริหารของรัฐบาล ยกเว้นกรณีที่มีข้อจำกัดในรัฐธรรมนูญ แต่ละรัฐย่อมมีอำนาจบังคับใช้กฎหมายภายในของตนเองอย่างอิสระ แม้ว่าจะขัดต่อคำวินิจฉัยที่มีเหตุผลสูงส่งของศาลแห่งนี้ ระบบของรัฐบาลใดที่ยอมให้ประชาชนอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายเพียงกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่มีได้มาจากการเลือกตั้ง ระบบนั้นไม่ควรเรียกตนเองว่าประชาธิปไตย คำวินิจฉัยครั้งนี้มีเจตนาข่มขู่ประชาธิปไตย ผู้ที่เห็นด้วยกับคำพิพากษานี้ได้สถาปนาตนเองเป็นผู้ปกครองพลเมืองสหรัฐอเมริกาสามร้อยยี่สิบล้านคนไปเสียแล้ว

(3) ท่านผู้พิพากษา Clarence Thomas มีความเห็นว่า การไปนำเอากฎหมายที่ห้ามการสมรสของคนต่างชาตินมาเทียบเคียงกับการห้ามมิให้สมรสของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันมันเป็นคนละประเด็นกัน เพราะเนื่องจากกฎหมายห้ามการสมรสของคนต่างชาตินมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาสถานะของการเป็นทาส กฎหมายที่กำหนดให้การสมรสเป็นเรื่องระหว่างชายและหญิงไม่ได้มีอะไรเลยที่เกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์ของกฎหมายเก่าแก่นี้แต่อย่างใดเลย เพียงแค่ต้องการให้เด็กๆ เกิดมาได้รับการเลี้ยงดูอย่างดีในครอบครัวที่มีพ่อและแม่สมบูรณ์ตามวิถีแห่งธรรมชาติเท่านั้นอันเป็นสิทธิอันชอบธรรมของชายและหญิงหาใช่เพศเดียวกันไม่ เสียงข้างมากพรากเอาสิทธิของพลเมืองสหรัฐอเมริกาไปจากการลงประชามติตามขั้นตอนของประชาธิปไตยของประเทศสหรัฐอเมริกา

(4) และท้ายที่สุด ท่านผู้พิพากษา Samuel A. Alito มีความเห็นในเชิงเป็นการเตือนว่า คำวินิจฉัยครั้งนี้อาจจะไม่ได้ใช้เป็นเกราะป้องกันเสรีภาพตามที่ทุกคนเข้าใจและต้องการให้เกิด แต่จะใช้เป็นเพียงข้ออ้างในการทำลายความเห็นของฝ่ายตรงข้ามที่ค้าน คำพิพากษานี้แย่งชิงสิทธิตามรัฐธรรมนูญในการตัดสินใจ คงไว้หรือเปลี่ยนแปลงความเข้าใจในวัฒนธรรมของการสมรสไปจากประชาชน ทั้งยังจะมีผลสำคัญอย่างอื่นตามมา มันจะถูกใช้เป็นเครื่องมือบังคับชาวอเมริกันที่ไม่เต็มใจรับแนวคิดแปลกใหม่ดังกล่าว การที่คำวินิจฉัยดึงเอากฎหมายประเพณีของการสมรสไปเปรียบเทียบ

ความรักของคู่รักที่มีเพศสรีระที่แตกต่างกันเท่านั้น แต่หากระยะเวลาต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงมา โดยตลอด และจากนั้นจึงได้เป็นการอธิบายถึงเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่หลักการ The Fourteenth Amendment โดยเป็นการคุ้มครองผ่านกระบวนการที่ชื่อว่า Due Process ที่กล่าวว่าการสมรสตามกฎหมายเป็นสิทธิโดยชอบธรรมของแต่ละบุคคล ซึ่งเป็นความผูกพันระหว่างบุคคลสองคน โดยจะเป็น การคุ้มครองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของบุคคลเหล่านั้นในสถานะของการสร้างครอบครัว และ สถานะของบุตร ส่งผลให้การกีดกันกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจากกฎหมายสมรสเป็นการ แยกสถานะของความเป็นคู่ชีวิตของคนสองคนจากความเป็นสถาบันครอบครัวที่ได้รับการรับรอง สถานภาพในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากกฎหมายรัฐ โดยที่หลักการ Due Process Clause และหลักการ Equal Protection Clause ใน The Fourteenth Amendment ได้รับรองสิทธิในกฎหมายสมรส ของบุคคลที่กล่าวมานี้แล้ว ส่งผลให้บุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีสิทธิที่จะใช้กฎหมายสมรส ได้ในทุกรัฐของประเทศ โดยแต่ละรัฐจะต้องออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่ กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วย ประกอบกับรัฐบาลของในแต่ละรัฐจะต้องออกกฎหมาย รับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจากรัฐอื่นๆ ด้วย เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นมาดังกล่าวนี้ มีลักษณะดังเช่นประวัติศาสตร์ซ้ำรอยเดิม เพราะเหตุการณ์ใน ลักษณะดังกล่าวนี้เคยเกิดขึ้นมาแล้วเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน พ.ศ.2556 (ค.ศ.2013) ศาลสูงสุดแห่ง ประเทศสหรัฐอเมริกาเคยมีคำพิพากษาเช่นนี้ ณ ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกา ณ กรุงวอชิงตัน ดี. ซี. โดยให้กฎหมายที่เรียกว่า รัฐบัญญัติปกป้องการสมรส (Defense of Marriage Act: DOMA) ที่ กำหนดให้กฎหมายสมรสหมายถึงความถึงการกระทำที่เป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงในฐานะที่จะ เป็นสามีและภริยาเท่านั้นขัดต่อความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา และให้คู่สมรสที่มีเพศ สรีระเดียวกันของรัฐที่ให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันแล้วนี้ได้รับสิทธิประโยชน์จาก รัฐบาลกลางสหรัฐเท่าเทียมกันกับคู่สมรสที่มีเพศสรีระที่ต่างกันด้วย ประกอบกับในคดีดังกล่าวนี้ศาล ได้วินิจฉัยให้ Proposition 8 ที่รัฐ California ไม่อนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐนั้นเป็นบทบัญญัติที่ไม่ถูกชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สหรัฐด้วย โดยศาลได้ลงมติด้วยคะแนน 4 ต่อ 5 เช่นเดียวกัน โดยที่ผู้พิพากษาที่เป็นชุดเดียวกันกับ ชุดที่พิพากษาในวันที่ 26 มิถุนายน พ.ศ.2558 (ค.ศ.2015) และผู้พิพากษาที่เป็นเสียงข้างมากก็ท่าน เดิม

จึงเป็นระยะเวลาเกือบห้าสิบปีในการต่อสู้เพื่อเรียกร้องสิทธิและความเท่าเทียมในกฎหมาย สมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ทั้งการจัดตั้งองค์กรเพื่อการต่อสู้เรียกร้อง การ

กับกฎหมายที่ห้ามการสมรสของคนต่างชาติจะกลายเป็นแบบอย่างให้ผู้คนนำกฎหมายไปใช้เป็น เครื่องมือทำลายฝ่ายที่เห็นแตกต่างจากตนเองในที่สุด

เดินขบวนเรียกร้องตลอดจนการดำเนินกระบวนการต่อสู้ในกระบวนการยุติธรรมทางศาล ซึ่งหากย้อนระยะเวลาไปยังจุดเริ่มต้นของการต่อสู้ในถนนสายประวัติศาสตร์ครั้งนี้ เป็นการเริ่มต้นด้วยการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจับกุมกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในสถานบันเทิงที่มีชื่อว่า Stonewell ในมหานครนิวยอร์กเมื่อปี พ.ศ.2512 ส่วนการดำเนินกระบวนการต่อสู้ในทางศาลนั้นเริ่มต้นจากคดี Loving v. Virginia ในปี พ.ศ.2510 โดยคดีดังกล่าวมานี้ ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาว่า กฎหมายห้ามการสมรสของคนต่างชาติ ขัดต่อ The Fourteenth Amendment ซึ่งการต่อสู้ในคดีนั้นจนมาถึงชัยชนะในคดีนี้เป็น การตอกย้ำข้อต่อสู้ของรั้งทั้งสี่รัฐที่ได้ทำการอุทธรณ์ต่อศาลสูงว่า “รัฐอาจกำหนดเงื่อนไขอะไรก็ได้สำหรับการที่จะพิจารณาให้สิทธิหรือจำกัดสิทธิใดๆ ในกฎหมายสมรส แต่เงื่อนไขนั้นต้องไม่ใช่เงื่อนไขในเรื่องเพศสรีระของผู้ที่จะได้รับสิทธิในกฎหมายสมรสโดยเด็ดขาด”

ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น แม้เนื้อหาของกฎหมายจะบัญญัติในเรื่องการจดทะเบียนสมรสว่าเป็นสิทธิของชายและหญิง แต่ในปัจจุบันเมื่อการศึกษาและความก้าวหน้าในเรื่องสิทธิมนุษยชนได้แพร่หลายยิ่งขึ้น จึงเกิดการยอมรับสิทธิมนุษยชนของบุคคลที่มีความหลากหลายในพฤติกรรมทางเพศเพิ่มมากขึ้น รวมถึงการยอมรับถึงสิทธิในการสมรสด้วย โดยปัจจุบันในต่างประเทศได้มีการบัญญัติกฎหมายรับรองการจดทะเบียนสมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันขึ้นมา เพื่อให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจกำหนดสิทธิและหน้าที่ไว้ให้เหมือนหรือใกล้เคียงกับคู่รักต่างเพศ โดยในปัจจุบัน กฎหมายรับรองการสมรส ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ แยกได้เป็น 2 ลักษณะใหญ่ๆ ดังนี้

4.3.3.1 กฎหมายจดทะเบียนสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน

เป็นกฎหมายรับรองการสมรสระหว่างคู่รักที่มีเพศเดียวกัน ซึ่งจะให้สิทธิประโยชน์แก่คู่รักที่เป็นเพศเดียวกันเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรสโดยทั่วไปทุกประการ⁶¹⁶ โดยในปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งผ่านกฎหมายทำนองเดียวกันนี้ในรัฐไอโอวา รัฐคอนเนตทิคัต รัฐแมสซาชูเซตส์ รัฐเวอร์มอนต์ รัฐนิวแฮมป์เชียร์ กรุงวอชิงตัน ดี. ซี. รัฐนิวยอร์ก รัฐวอชิงตัน รัฐแมริแลนด์ เป็นต้น

ในอดีตกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้มีการเรียกร้องให้รัฐมีการออกกฎหมาย เพื่อรับรองสิทธิดังกล่าว โดยในปี ค.ศ.1970 มีกลุ่มชายรักชายและหญิงรักหญิงในหลายๆ รัฐ เรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจดทะเบียนสมรสให้แต่ก็ถูกปฏิเสธ ต่อมาก็ได้มีการเรียกร้องสิทธิดังกล่าว โดยนำคำปฏิเสธของรัฐที่จะจดทะเบียนให้ไปฟ้องต่อศาล แต่ถูกศาลปฏิเสธซึ่งได้ปรากฏ การปฏิเสธและการให้เหตุผลของศาลโดยอ้างแนวคำพิพากษาในคดี Baker v. Nelson และ Jones v. Hallahan จากผลคำพิพากษาของศาลได้มีการโต้แย้งของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันว่า

⁶¹⁶ อนิรุต พิเสฏฐศลาศัย, *เรื่องเดิม*.

“บทบัญญัติในกฎหมาย การสมรสความจริงแล้วมิได้มีการระบุเพศไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น จึงควรที่จะยินยอมให้บุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสมรสกันได้ อันเป็นการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ โดยชอบด้วยกฎหมาย และยังให้เหตุผลต่อไปอีกว่าการตีความกฎหมายว่า การสมรสมิได้เฉพาะคู่สมรสที่เป็นคนต่างเพศนั้น เป็นการตีความที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และปฏิเสธความเท่าเทียมกันของมนุษย์ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ในเรื่องของการสมรส”⁶¹⁷

จากการเรียกร้องในครั้งนั้นแม้ศาลจะปฏิเสธ แต่ต่อมาความคิดนี้ได้ถูกยอมรับในปี ค.ศ.1990 จากคดี Baehr v. Lewin ซึ่งเป็นคดีที่เกิดขึ้นในมลรัฐฮาวาย ผลการตัดสินของศาลในคดีนี้ส่งผลให้ในหลายๆ มลรัฐของสหรัฐอเมริกาได้มีการยอมรับให้มีการจดทะเบียนสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันไม่ว่าจะเป็นฮาวาย, อลาสกา, นิวเจอร์ซีย์, โคโลราโด และเวอร์มอนต์ เป็นต้น โดยมีการแก้ไขกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ ซึ่งกฎหมายที่บัญญัติใหม่นี้คือ “The Domestic Partnership” แต่กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่จำกัดการใช้ไว้เฉพาะในแต่ละมลรัฐเท่านั้น⁶¹⁸

การจดทะเบียนเพื่ออยู่ร่วมกันในลักษณะของ “The Domestic Partnership” นี้ จะเป็นการให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกัน สามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์เพื่อให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันมีสิทธิในการได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ที่จำเป็นจากรัฐ เช่น สิทธิในด้านภาษี สิทธิในการทำนิติกรรมร่วมกัน สิทธิที่จะได้รับในการทำกรรมธรรม์ประกันชีวิต เป็นต้น ซึ่งเป็นสิทธิในการแบ่งเบาภาระซึ่งกันและกันของคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์ แม้สิทธิที่รัฐรับรองให้จะเป็นสิทธิที่เหมือนกับสิทธิของคู่สมรสต่างเพศ แต่ก็ได้มีการรับรองไว้ทุกประการ เช่น กรณีไม่ให้สิทธิในการสมรสตามพิธีทางศาสนาคริสต์โดยการเข้าพิธีในโบสถ์ดังเช่นบุคคลที่เป็นคู่สมรสต่างเพศ เนื่องจากค่านิยมความเชื่อในทางศาสนาที่มองว่า การสมรสโดยการเข้าพิธีกรรมตามศาสนานั้นเป็นการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศที่ต่างกันเท่านั้น เพราะความสัมพันธ์แบบรักเพศเดียวกัน ไม่ถือเป็นการสมรสการจัดตั้งครอบครัวตามธรรมชาติ ที่สอดคล้องกับเจตจำนงของศาสนาคริสต์และถือเป็นการทำลายโครงสร้างของระบบครอบครัวของสังคม อย่างไรก็ตามคู่รักที่มีเพศเดียวกันในประเทศสหรัฐอเมริกาได้พยายามเรียกร้องและทำให้ในเวลาต่อมาได้มีการรับรองให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถทำการสมรสตามแบบพิธีทางศาสนาได้ในบางรัฐ โดยการศึกษาครั้งนี้ขอยกตัวอย่างกฎหมายรับรองการจดทะเบียนสมรสของ รัฐแมสซาชูเซตส์ รัฐนิวแฮมป์เชียร์ และรัฐเวอร์มอนต์ มาเป็นตัวอย่างของการศึกษา ดังนี้

1) รัฐแมสซาชูเซตส์

⁶¹⁷ วราภรณ์ อินทนนท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 136-137.

⁶¹⁸ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 137.

รัฐแมสซาชูเซตส์ถือว่าเป็นรัฐแรกที่ได้มีการอนุญาตให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันนั้นสามารถทำการสมรสกันได้เช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศ และคู่รักที่มีเพศเดียวกันจะมีสิทธิเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศ ทั้งนี้เนื่องจากรัฐแมสซาชูเซตส์ให้นำกฎหมายว่าด้วยการสมรสอันเป็นกฎหมายที่รับรองการสมรสของบุคคลซึ่งเป็นคู่รักต่างเพศนั้นมาบังคับใช้กับบุคคลที่เป็นคู่รักที่มีเพศเดียวกัน ทั้งนี้เป็นผลที่เกิดจากคำตัดสินของศาลสูงของมลรัฐแมสซาชูเซตส์ ในคดี *Goodridge v. Mass. Department of Public Health* เมื่อปี ค.ศ.2003 ในคดีนี้ศาลตัดสินว่า ในรัฐธรรมนูญของรัฐแมสซาชูเซตส์นั้นมิได้ยอมรับและรับรองสิทธิและสถานะของกลุ่มสมรสที่เป็นการสมรสที่เกิดขึ้นระหว่างชายและหญิงเท่านั้น แต่ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังได้ยอมรับและรับรองการสมรสที่เกิดขึ้น ระหว่างบุคคลรักเพศเดียวกันด้วยที่จะเข้าถึงสิทธิของกลุ่มสมรสอย่างเสมอภาค ตามที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติรับรอง และเป็นการเริ่มต้นให้มีการจดทะเบียนสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน ในวันที่ 17 พฤษภาคม ค.ศ.2004⁶¹⁹

โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการจดทะเบียนสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน ดังนี้

1. ต้องเป็นบุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป สำหรับที่มีอายุน้อยกว่า 18 ปี ต้องได้รับอนุญาตจากศาล
2. ต้องไม่เป็นบุคคลที่ได้สมรสกับบุคคลอื่นอยู่ก่อนแล้ว ยกเว้นได้ดำเนินการหย่าเสร็จสิ้นแล้ว
3. ต้องไม่สมรสกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันทางสายเลือดหรือเป็นญาติโดยการสมรส เช่น บิดา มารดา ลูก ป้า น้า อา ผู้สืบสันดาน พี่น้องร่วมบิดามารดา แม่ยาย ลูกเขย เป็นต้น ทั้งนี้ข้อห้ามดังกล่าวยังมีผลบังคับใช้แม้ว่าการสมรสดังกล่าวจะได้สิ้นสุดลงเพราะเหตุแห่งความตายหรือการหย่าก็ตาม
4. บุคคลที่ไม่ใช่พลเมืองของรัฐแมสซาชูเซตส์หรือมีถิ่นที่อยู่ในรัฐแมสซาชูเซตส์ก็สามารถทำการสมรสได้นับตั้งแต่วันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ.2008⁶²⁰

ขั้นตอนในการจดทะเบียนสมรส ได้กำหนดว่าบุคคลที่มีคุณสมบัติในการสมรสจะต้อง กรอกแบบฟอร์มแสดงเจตจำนงในการสมรส โดยลงนามและสาบานถึงความถูกต้องต่อ

⁶¹⁹ Minnesota Legislative Reference Library, **Resources on Minnesota Issue Same-Sex Marriage in Minnesota**, Retrieved April 22, 2013 from <http://www.leg.state.mn.us/lri/issues/issues.aspx?issue=gay>

⁶²⁰ GLAD Equal Justice Under Law, **How to Get Married in Massachusetts**, pp. 2-3, Retrieved August 11, 2013 from <http://www.glad.org/uploads/docs/publications/how-to-get-married-ma.pdf>

หน้า นายทะเบียนประจำเมือง จากนั้นนายทะเบียนจะส่งเรื่องเพื่อทำการตรวจสอบคุณสมบัติต่อไป จากนั้น 3 วัน ให้กลับมารับแบบฟอร์มดังกล่าวจากนายทะเบียนอีกครั้ง ซึ่งจะมีกำหนดเวลาที่จะต้องประกอบพิธีแต่งงานภายใน 60 วัน โดยต้องประกอบพิธีภายในรัฐแมสซาชูเซตส์และการประกอบพิธีดังกล่าวต้องกระทำและลงนามโดยบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้แก่ผู้พิพากษาและบาทหลวง เมื่อได้ลงนามในใบรับรองดังกล่าวแล้วจะส่งกลับไปยังนายทะเบียน และถือว่าการสมรสดังกล่าวได้ดำเนินการถูกต้องโดยรัฐแล้ว⁶²¹

ผลของการจดทะเบียนสมรส เมื่อได้ดำเนินการจดทะเบียนสมรสแล้ว คู่สมรสจะได้รับการรับรองโดยทันทีตามกฎหมายต่างๆ ภายใต้รัฐแมสซาชูเซตส์ที่บังคับใช้สำหรับคู่สมรสหรือครอบครัว เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการสมรส การสิ้นสุดความสัมพันธ์ กฎหมายมรดก เป็นต้น⁶²²

2) รัฐนิวแฮมเชียร์

ในวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ.2009 ศาลยุติธรรมทั่วไปของรัฐนิวแฮมเชียร์และรัฐบาลได้ลงนามในกฎหมายเพื่อความเสมอภาคในการสมรส “An Act Relative to Civil Marriage and Civil Unions” ทำให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่รักที่มีเพศเดียวกันในรูปแบบของการจดทะเบียนสมรสมีผล นับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ.2010 โดยการออกกฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นการสิ้นสุดการจดทะเบียนความสัมพันธ์ของบุคคลเพศเดียวกัน⁶²³ แต่อุญญาตให้คู่จดทะเบียนความสัมพันธ์ดังกล่าวสามารถทำการจดทะเบียนสมรสในลักษณะเดียวกันกับการจดทะเบียนสมรสของคู่รักต่างเพศ และการจดทะเบียนความสัมพันธ์ทั้งหมดที่มีอยู่ของรัฐนิวแฮมเชียร์จะถูกลบเปลี่ยนเป็นการจดทะเบียนสมรสโดยอัตโนมัติ นับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ.2011⁶²⁴ โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการจดทะเบียนสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน ดังนี้

1. ต้องเป็นบุคคลมีอายุ 18 ปีขึ้นไป โดยเงื่อนไขเรื่องอายุนี้ยังมีความแตกต่างกับการสมรสของคู่สมรสต่างเพศที่สามารถทำการสมรสได้ในกรณีเพศชายที่มีอายุไม่น้อยกว่า

⁶²¹ *Ibid.*, pp. 3-8.

⁶²² *Ibid.*, p. 21.

⁶²³ นับตั้งแต่ปี ค.ศ.2008 กฎหมายของรัฐนิวแฮมเชียร์ได้ออกกฎหมายอนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์ได้ซึ่งภายใต้กฎหมายดังกล่าวถือว่าคู่จดทะเบียนความสัมพันธ์จะมีสิทธิหน้าที่และได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายของรัฐเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศ

⁶²⁴ GLAD Equal Justice Under Law, *op. cit.*

14 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี และเพศหญิงที่มีอายุไม่น้อยกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี หากได้รับอนุญาตจากศาลถ้าฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งเป็นประชากรของรัฐนิวแฮมเชียร์

2. ต้องไม่เป็นบุคคลที่ได้จดทะเบียนสมรสหรือจดทะเบียนความสัมพันธ์กับบุคคลอื่นอยู่ในขณะนั้น หากเคยจดทะเบียนสมรสหรือจดทะเบียนความสัมพันธ์มาก่อนต้องดำเนินการจดทะเบียนหย่าให้เสร็จสิ้นก่อน และรวมถึงการจดทะเบียนความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในรัฐอื่นๆ ก็ต้องดำเนินการจดทะเบียนสิ้นสุดความสัมพันธ์ก่อนเช่นกัน

3. ต้องไม่ทำการสมรสกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันทางสายโลหิตหรือเป็นญาติ โดยการสมรส เช่น บิดา มารดา ลูก ป้า น้า อา ผู้สืบสันดาน พี่น้องร่วมบิดามารดา แม่ยาย ลูกเขย เป็นต้น

4. ต้องเป็นประชากรที่มีภูมิลำเนาในรัฐนิวแฮมเชียร์เท่านั้น ในกรณีของบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่หรือภูมิลำเนาในรัฐอื่นจะสามารถทำการสมรสได้หรือไม่นั้น ยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจนในประเด็นนี้ เนื่องจากยังไม่มีกรณีตัวอย่างและไม่มีความแน่ชัดในการบังคับใช้กฎหมาย⁶²⁵

ขั้นตอนในการจดทะเบียนสมรส ได้กำหนดว่าบุคคลที่ต้องการสมรสต้องไปยื่นที่ว่าการเมือง ภายในรัฐนิวแฮมเชียร์เพื่อขอแบบฟอร์มการขออนุญาตจดทะเบียนสมรสและต้องลงนามโดยบุคคลทั้งสองฝ่าย จากนั้นนายทะเบียนจะไต่ถามและกรอกข้อมูลที่เกี่ยวข้อง และออกใบอนุญาตให้สมรสที่มีกำหนดเวลาไม่เกิน 90 วัน นับแต่วันที่ระบุในคำร้อง ซึ่งคู่สมรสต้องประกอบพิธีสมรสภายในกำหนดเวลาดังกล่าว และกระทำโดยผู้มีอำนาจได้แก่ผู้พิพากษาและบาทหลวง ภายหลังพิธีผู้มีอำนาจจะส่งใบอนุญาตกลับไปยังเมืองที่ออกใบอนุญาตดังกล่าวและการจดทะเบียนสมรสจะถูกบันทึกลงในระบบทะเบียนต่อไป⁶²⁶

ผลของการจดทะเบียนสมรส ส่งผลให้คู่สมรสได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายของรัฐนิวแฮมเชียร์ที่กำหนดสิทธิหน้าที่และความคุ้มครองไว้สำหรับคู่สมรส เช่น

1. กฎหมายครอบครัว
2. กฎหมายเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สิน
3. กฎหมายมรดก
4. กฎหมายเกี่ยวกับขั้นตอนในการดำเนินการในศาลที่รับคดีเกี่ยวกับ

พินัยกรรม

5. กฎหมายการป้องกันการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากสถานะของการสมรส

⁶²⁵ *Ibid.*, pp. 3-4.

⁶²⁶ *Ibid.*, pp. 5-8.

6. กฎหมายชดเชยแรงงาน
 7. สิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญา
 8. สิทธิพิเศษของคู่สมรสในการดำเนินคดีทางศาล⁶²⁷
- 3) รัฐเวอร์มอนต์

กฎหมายของมลรัฐเวอร์มอนต์ ในเรื่องการสมรสได้บัญญัติว่า การสมรสทำไ้ระหว่างบุคคลที่เป็นผู้ชายกับผู้หญิงเท่านั้น ดังนั้น คู่รักที่มีเพศเดียวกันจึงไม่สามารถทำการสมรสกันได้กล่าวคือ จะไม่อยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการสมรส (Civil Marriage) แม้ว่าคู่รักเพศเดียวกันจะอยู่ ร่วมกันดูแลครอบครัวด้วยกัน ดูแลบุตรร่วมกัน เหมือนคู่รักต่างเพศกระทำก็ตาม แต่กฎหมายว่าด้วยการสมรส Civil Marriage ก็ไม่ให้มีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครอง ผลประโยชน์ และหน้าที่ความรับผิดชอบตามกฎหมายแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกัน

ตามธรรมนูญของมลรัฐเวอร์มอนต์ ได้คุ้มครองสิทธิความเท่าเทียมกันของบุคคล โดย หมวด 1 มาตรา 7 ได้วางหลักว่า “รัฐบาลควรจัดให้มีผลประโยชน์ร่วมกัน ให้ความคุ้มครอง และความมั่นคงต่อประชาชนในชาติหรือสังคม และไม่สามารถให้ผลประโยชน์โดยจำเพาะหรือจำกัดแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ครอบครัวใดหรือเจาะจงบุคคลซึ่งได้ประโยชน์ เพราะทุกคนเป็นส่วนหนึ่งของสังคม และสังคมเป็นสิ่งที่อยู่แน่นอนอนสิทธิที่มีนี้เป็นสิทธิที่ไม่สามารถโอน และไม่สามารถยกเลิกได้ แม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลก็ตาม”⁶²⁸

ดังนั้น ตามธรรมนูญของรัฐฉบับนี้มีจุดประสงค์ให้รัฐบัญญัติกฎหมายโดยให้ผลประโยชน์แก่ส่วนรวม และประชาชนในรัฐเวอร์มอนต์ แต่เมื่อพิจารณากฎหมายในเรื่องการสมรส (Civil Marriage) ของมลรัฐเวอร์มอนต์ที่วางหลักว่า การสมรสจะกระทำไ้ระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น เห็นว่าเป็นการจำกัดสิทธิของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน กล่าวคือ คู่รักที่มีเพศเดียวกันแม้ต้องการอยู่ ร่วมกันเหมือนกับคู่รักต่างเพศทั่วไป ก็ไม่มีสิทธิจดทะเบียนสมรสให้มีผลตามกฎหมายเหมือนคู่รักต่างเพศ ดังนั้นสิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบที่คู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรส มีต่อกันตามกฎหมาย คู่รักเพศเดียวกันจะไ้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเหล่านี้เลย ปัญหาต่อมาก็คือหลักในเรื่องการจดทะเบียนสมรสดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิอันพึงมีตามกฎหมายต่อคู่รักที่มีเพศเดียวกันอันเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของมลรัฐเวอร์มอนต์ ด้วยเหตุนี้คู่รักที่มีเพศเดียวกันจึงมีการเรียกร้องให้ตนมีสิทธิในการอยู่ร่วมกัน หรือให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในการอยู่ร่วมกันเหมือนกับสิทธิที่คู่รักต่างเพศพึงได้รับ

⁶²⁷ *Ibid.*, p. 19.

⁶²⁸ Article 7 Chapter 1 Vermont Constitution

โดยในเดือน ตุลาคม ค.ศ.1999 มีคดีที่สำคัญคือ คดี Baker v. State of Vermont เป็นคดีที่เรียกร้องให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันทำการสมรสได้ ซึ่งศาลสูงของมลรัฐเวอร์มอนต์ ได้อธิบายไว้ในคดีดังกล่าวสนับสนุนว่ากฎหมายเรื่องการสมรสของรัฐจะกระทำไ้ระหว่างผู้ชายกับผู้หญิง⁶²⁹ แต่ศาลสูงในคดีดังกล่าวก็มีความเห็นเป็นเอกฉันท์ว่า แม้การสมรสตามกฎหมายต้องระหว่างชายกับหญิง แต่ศาลสูงของมลรัฐเวอร์มอนต์ ก็ตัดสินว่า คู่รักที่มีเพศเดียวกันจะต้องได้รับความเท่าเทียมกันในสิทธิประโยชน์ต่างๆ โดยเฉพาะสิทธิและหน้าที่ ที่คู่สมรสจะต้องมีภายใต้กฎหมาย และยืนยันหลักว่าคู่รักที่มีเพศเดียวกันมีสิทธิใช้วิธีการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายซึ่งเป็นวิธีที่เหมาะสมเหมือนกันกับคู่รักต่างเพศที่ได้รับสิทธินั้น ดังนั้นศาล จึงแนะนำว่าสภานิติบัญญัติควรชี้ขาดว่าควรทำอย่างไรให้เกิดความเท่าเทียมขึ้นและเป็นวิธีที่เหมาะสม เหตุนี้สภานิติบัญญัติของมลรัฐเวอร์มอนต์ จึงบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ที่เรียกว่า “Civil Union” อันเป็นกระบวนการให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันมีสิทธิเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศ⁶³⁰ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า คดี Baker v. State of Vermont เป็นคดีที่ศาลสูงวางหลักว่าต้องการให้รัฐปฏิบัติต่อคู่รักที่มีเพศเดียวกันเหมือนคู่รักต่างเพศ ดังนั้น สภานิติบัญญัติของเวอร์มอนต์จึงได้บัญญัติ “Civil Union” ขึ้น

สภานิติบัญญัติของมลรัฐเวอร์มอนต์ บัญญัติ Civil Union ขึ้นมาโดยมีความมุ่งหมายให้คู่รักที่มีเพศเดียวกัน ซึ่งไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในเรื่องการจดทะเบียนสมรสของรัฐมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย โดยบุคคลเพศเดียวกันมีสิทธิได้รับอนุญาตให้มีการอยู่ร่วมกัน กระบวนการดังกล่าวเทียบได้กับกระบวนการรับรองการสมรส ของคู่รักต่างเพศ การอยู่ร่วมกัน มีผลให้คู่ที่มีเพศเดียวกันมีสิทธิได้รับผลประโยชน์สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายเหมือนกับคู่รักต่างเพศ⁶³¹

(1) บุคคลที่อยู่ภายใต้การอยู่ร่วมกัน (Civil Union)

ต้องเป็นบุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันและต้องไม่เป็นผู้ที่ได้จดทะเบียนสมรสอยู่ก่อนแล้ว นอกจากนี้ผู้หญิงจะไม่สามารถจดทะเบียนอยู่ร่วมกันกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดเช่น กับมารดา ยาย ลูกสาว พี่สาว ฯลฯ ในกรณีผู้ชายจะไม่สามารถจดทะเบียนอยู่ร่วมกันกับ

⁶²⁹ Ron Buchmire, *Domestic Relation; Civil Union; Reciprocal Beneficiaries*, Retrieved August 11, 2013 from <http://www.qrd.org/qrd/family/marriage/textof.vermont.civil.union.bill-03.17>

⁶³⁰ Demian L. Morgan, *Vermont Court Finding*, Retrieved August 11, 2013 from <http://www.buddybuddy.com/finding3.html>

⁶³¹ Ron Buchmire, *op. cit.*

บุคคลใกล้ชิด เช่น พ่อ ลูกชาย ฯลฯ การจดทะเบียนอยู่ร่วมกันกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดจะตกเป็นโมฆะ ซึ่งเป็นไปตามหลัก Chapter 023 Civil Union § 1202⁶³² และ § 1203

คุณสมบัติของบุคคลที่จะจดทะเบียนอยู่ร่วมกันจะต้องมีอายุตั้งแต่ 18 ปี ขึ้นไปมีถิ่นที่อยู่หรือเป็นพลเมืองของรัฐเวอร์มอนต์นอกจากนี้บุคคลที่ไม่ได้เป็นพลเมืองรัฐเวอร์มอนต์ หรือมิได้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐเวอร์มอนต์ อาจจดทะเบียนอยู่ร่วมกันได้ ถ้าบุคคลนั้นร้องขอจดทะเบียนอยู่ร่วมกัน⁶³³ นอกจากนี้บุคคลที่จะจดทะเบียนอยู่ร่วมกัน ต้องมีสติที่สมบูรณ์ ถ้าการกระทำของบุคคลต้องอยู่ภายใต้การอนุบาล บุคคลนั้นจะจดทะเบียนอยู่ร่วมกันได้ต้องได้รับความยินยอม เป็นหนังสือจากผู้ปกครองหรือผู้อนุบาลก่อน เมื่อมีคุณสมบัติดังกล่าวแล้ว Town Clerk จึงจะออก License ให้⁶³⁴

⁶³² §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 and therefore excluded from the marriage laws of this state.

(3) Meet the criteria and obligations set forth in 18 V.S.A. chapter 106. (Added 1999, No.91 (Adj. Sess.), § 3.)

§ 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 (Added 1999, No. 91 (Adj. Sess.) § 3.)

⁶³³ Demian L. Morgan, **Vermont Civil Union Procedures**, Retrieved August 11, 2013 from <http://www.buddybuddy.com/d-p-vt1.html>

⁶³⁴ §5163 (Civil union)

(2) วิธีการของการอยู่ร่วมกัน (Civil Union)

คู่รักที่จดทะเบียนอยู่ร่วมกัน ตามหลักที่กล่าวมาแล้วว่าแต่ละฝ่ายจะต้องอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี และมีความสมบูรณ์ทางจิตใจ และเป็นบุคคลที่มีความสามารถตามกฎหมาย โดยขั้นตอนที่คู่รักเพศเดียวกันจะจดทะเบียนอยู่ร่วมกันนั้น จะต้องมีการขอหนังสือรับรอง (License) จาก Town Clerk ก่อนโดยมีวิธีการ คือ กรอกแบบฟอร์มตามรูปแบบที่กำหนด โดยกรอกข้อเท็จจริง ระบุชื่อคู่ที่ประสงค์จะจดทะเบียนอยู่ร่วมกัน และคู่รักที่มีเพศเดียวกันอีกฝ่ายที่ประสงค์จะอยู่ร่วมกัน (Civil Union) จะต้องลงนามรับรองความถูกต้องของข้อเท็จจริงที่กรอกนั้น หลังจากนั้น Town Clerk จะต้องพิสูจน์คุณสมบัติตามกฎหมายของคู่รักที่มีเพศเดียวกันจนมั่นใจว่ามีคุณสมบัติที่จะจดทะเบียนอยู่ร่วมกัน และคู่รักที่มีเพศเดียวกันต้องมีความตั้งใจและสมัครใจที่จะจดทะเบียนอยู่ร่วมกัน หลังจากนั้น Town Clerk จึงจะออก License ให้ เมื่อ Town Clerk ออก License ให้แล้ว คู่รักที่มีเพศเดียวกันฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องส่ง License ไปให้ผู้มีอำนาจรับรอง ทำการรับรอง (Certificate) ภายใน 60 วัน นับจากวันที่ออก License และต้องได้รับการรับรองจากผู้มีอำนาจรับรองภายใน 60 วัน จากวันที่ออก License ถ้าผู้มีอำนาจรับรองไม่ทำการรับรองภายในกำหนดเวลาดังกล่าว License นั้นตกเป็นโมฆะ เมื่อผู้มีอำนาจรับรองรับรองภายในกำหนดแล้วภายใน 10 วันผู้ที่รับรองต้องส่งหนังสือรับรองไปให้ Town Clerk ผู้ออก License และ Town Clerk จะเก็บบันทึกไว้⁶³⁵ และผู้มีอำนาจรับรองว่าสมบูรณ์คือผู้พิพากษา Justice of the Peace หรือ Ordained Clergy⁶³⁶

(3) สิทธิประโยชน์ของคู่รักที่มีเพศเดียวกันได้จดทะเบียนอยู่ร่วมกัน

คู่รักที่มีเพศเดียวกันที่จดทะเบียนอยู่ร่วมกัน จะได้รับสิทธิประโยชน์และความคุ้มครองตามกฎหมาย อันได้มาจากบทบัญญัติกฎหมาย ฝ่ายปกครอง คำตัดสินของศาลนโยบายของรัฐกฎหมายจารีตประเพณี เหมือนกับที่ให้สิทธิของคู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรส ซึ่งก็คือ คู่รักที่มีเพศเดียวกันที่จดทะเบียนอยู่ร่วมกันจะได้รับสิทธิและความคุ้มครองตามกฎหมายต่างๆ หรือในเรื่องอื่นๆ ที่คุ้มครองเหมือนกับกฎหมายให้สิทธิแก่คู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรส เช่น กฎหมายในเรื่องสิทธิของคู่สมรส ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรส คู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนอยู่ร่วมกันจะมีสิทธิเช่นเดียวกันทุกประการ ดังนั้น คู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนอยู่ร่วมกัน จึงมีหน้าที่ดูแลคู่รักของตนอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งจะเหมือนกับหลักในเรื่องการสมรสของคู่รักต่างเพศที่ได้จด

⁶³⁵ §5160, 5162

⁶³⁶ Joanna Grossman, *Dissolving Unhappy Vermont Civil Union*, Retrieved August 11, 2013 from <http://www.write.news.findlaw.com/grossman/20010424.html>

ทะเบียนสมรส นอกจากนี้กฎหมายในเรื่องการยกเลิกการสมรส การแยกกันอยู่ การหย่า การปกครองเด็ก การแบ่งทรัพย์สิน ค่าอุปการะเลี้ยงดู จะใช้กับคู่รักที่ได้จดทะเบียนอยู่ร่วมกันด้วย

สิทธิหน้าที่ของคู่สมรสและสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายที่ไม่เป็นการเฉพาะตัวจะนำมาใช้กับคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนอยู่ร่วมกันด้วย ซึ่งได้แก่ ความสัมพันธ์ในเรื่องการครอบครองทรัพย์สิน การแบ่งมรดก การรับมรดก การสละสิทธิในพินัยกรรม หรือการได้มาในเรื่องอื่นๆ เช่น กรรมสิทธิ์ การโอน การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์ การครอบครองสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ การพิสูจน์พินัยกรรมตามกฎหมายและวิธีการ กฎหมายในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมและวิธีการรับบุตรบุญธรรม กฎหมายในเรื่องการประกันภัยสำหรับลูกจ้าง กฎหมายในเรื่องค่าจ้างแรงงาน สิทธิได้รับค่าชดเชย สิทธิในเรื่องการประกันสังคม การรักษาพยาบาล กฎหมายเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีของรัฐ ภาษีเกี่ยวกับที่ดิน ซึ่งเป็นไปตามหลักมาตรา 1204⁶³⁷

(4) การสิ้นสุดของการจดทะเบียนอยู่ร่วมกัน

การสิ้นสุดของการจดทะเบียนอยู่ร่วมกันจะเหมือนกับหลักการสิ้นสุดของการสมรสของพวกต่างเพศ ดังนั้น สิทธิพื้นฐานและหนี้ที่เกิดจากการสิ้นสุดของการจดทะเบียนอยู่ร่วมกันจะเหมือนกับหลักของการสิ้นสุดการจดทะเบียนสมรสทุกประการ ในกรณีที่อีกฝ่ายมีความสัมพันธ์ทางชู้สาวกับบุคคลอื่น กลฉ้อฉล วิกลจริต หรือไร้สมรรถภาพทางกาย มีเจตนาทอดทิ้งกระทำการด้วยความรุนแรงต่ออีกฝ่ายหนึ่งหรือได้มีการแยกกันอยู่เป็นเวลา 6 เดือน ก็เป็นเหตุให้การจดทะเบียนอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิขอหย่าได้ ศาลที่มีอำนาจเหนือกระบวนการพิจารณาการสิ้นสุดของการจดทะเบียนอยู่ร่วมกัน คือ ศาลครอบครัวและศาลที่ดำเนินคดีเกี่ยวกับการหย่ามีอำนาจแบ่งทรัพย์สินตามที่เหมาะสมได้ ตามมาตรา 1206⁶³⁸

4.3.3.2 กฎหมายจดทะเบียนความสัมพันธ์ของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน

กฎหมายจดทะเบียนความสัมพันธ์ มีหลายรูปแบบ เช่น Civil Partnership, Domestic Partnership เป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อรองรับการใช้ชีวิตคู่ของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน และมีลักษณะคล้ายกฎหมายจดทะเบียนสมรสตรงที่ว่าคู่รักที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์นั้น จะได้รับสิทธิ

⁶³⁷ § 1204

⁶³⁸ § 1206. Dissolution of civil unions

The family court shall have jurisdiction over all proceedings relating to the dissolution of civil unions. 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 marriage in accordance with chapter 11 of this title, including any residency requirements. (Added 1999, No.91 (Adj. Sess.), § 3.)

ที่เท่าเทียมหรืออาจจะเท่าเทียมตามกฎหมายเหมือนการสมรสระหว่างหญิงชายหรือแตกต่างกันไป ตามแต่บทบัญญัติในแต่ละประเทศ แต่ส่วนที่แตกต่างที่สำคัญก็คือการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในลักษณะการจดทะเบียนความสัมพันธ์นั้น ไม่สามารถเรียกได้ว่าเป็นการจดทะเบียนสมรส (Marriage) สาเหตุที่สำคัญเนื่องจากคำว่า “สมรส” หรือ “Marriage” ของชาวตะวันตกในหลายประเทศนั้นมีความผูกพันกับศาสนาคริสต์ค่อนข้างสูง และคนส่วนใหญ่มองว่าการสมรสนั้นเป็นเหมือนสถาบันอย่างหนึ่งที่จะถูกรักษาไว้สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างหญิงและชายเท่านั้น ตามประมวลกฎหมายพระศาสนจักรคาทอลิก บรรพ 4 ลักษณะ 7 การสมรส ได้กำหนดว่าการสมรส เป็นหนึ่งในศีลศักดิ์สิทธิ์เจ็ดประการของพระศาสนจักรคาทอลิก โดยที่เป็นสถาบันเหนือธรรมชาติผสมอยู่ในธรรมชาติมนุษย์ดังนั้น พระศาสนจักรวางข้อจำกัดการสมรสเป็นเรื่องศักดิ์สิทธิ์สำหรับชายหญิง ซึ่งทั้งสองจะต้องมีคุณสมบัติครบถ้วน ตามมาตรา 1058 จึงจะสมรสกันได้และการสมรสนั้นจึงจะสมบูรณ์มีผลตามกฎหมายพระศาสนจักร⁶³⁹ ดังนั้นการจดทะเบียนความสัมพันธ์จึงสร้างความขัดแย้งทางสังคมน้อยกว่าและเป็นที่ยอมรับได้ง่ายกว่า ประเทศที่ใช้กฎหมายนี้ เช่น เยอรมัน⁶⁴⁰ โดยแต่ละประเทศที่ได้ใช้กฎหมายจดทะเบียนความสัมพันธ์ระหว่างคู่รักที่มีเพศเดียวกัน ต่างก็ต้องประสบปัญหาการโต้แย้งจากสังคมเช่นกัน

ตามที่ได้กล่าวในข้างต้นว่ากฎหมายที่เกี่ยวกับการรับรองการจัดตั้งครอบครัวของสหรัฐอเมริกายังมีความแตกต่างกัน ซึ่งรัฐที่อนุญาตให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจดทะเบียนความสัมพันธ์กัน ได้แก่ รัฐแคลิฟอร์เนีย รัฐนิวเจอร์ซีย์ รัฐโอเรกอน รัฐเนอริวาดา รัฐอิลลินอย รัฐโรดไอแลนด์ รัฐฮาวาย รัฐเดลาแวร์ รัฐเมนท์ รัฐโคโลราโด รัฐวิสคอนซิน รัฐวอลชิงตัน และรัฐเมน⁶⁴¹ ซึ่งมีเนื้อหาตั้งตัวอย่างของรัฐแคลิฟอร์เนีย ดังนี้

1) รัฐแคลิฟอร์เนีย

รัฐแคลิฟอร์เนีย ได้ออกกฎหมายที่มีชื่อว่า Domestic Partnership (การใช้ชีวิตอยู่ ร่วมกัน) อันเป็นกฎหมายที่รับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน โดยพื้นฐานมาจากแนวความคิดของความเท่าเทียมกันของบุคคลว่าคู่รักที่มีเพศเดียวกัน ควรได้รับสิทธิที่เท่าเทียมกันกับคู่รักต่างเพศ ดังนั้น จึงได้บัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและความเท่าเทียมกัน โดยกฎหมายดังกล่าวมีหลักดังต่อไปนี้

⁶³⁹ อัครสังฆมณฑลกรุงเทพฯ, **ประมวลกฎหมายพระศาสนจักร**, ค้นวันที่ 11 เมษายน 2557 จาก <http://www.catholic.or.th/archive/laws/lawchl6/lawch039.html>

⁶⁴⁰ อนิรุต พิเสฏฐศลาศัย, *เรื่องเดิม*.

⁶⁴¹ Wikipedia The Free Encyclopedia, **Civil Union**, Retrieved August 25, 2013 from http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_union

(1) บุคคลที่อยู่ภายใต้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic Partnership) กฎหมายฉบับนี้จะเป็นกฎหมายที่ให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกัน ที่จะได้รับประโยชน์จากบทบัญญัติดังกล่าวและเป็นบุคคลที่อยู่ภายใต้บทบัญญัติของ Domestic Partnership

ตามหลักกฎหมายนั้นบุคคลที่จะอยู่ภายใต้การจดทะเบียนใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน จะต้องเป็นผู้บรรลุนิติภาวะแล้ว 2 คน ที่ตกลงกันจะใช้ชีวิตร่วมกันมีความผูกพันและเกื้อกูลซึ่งกันและกัน⁶⁴² และบุคคลทั้งสองจะต้องมีเพศเดียวกัน แต่ก็มีข้อยกเว้นคือ กรณีที่เป็นบุคคลต่างเพศกัน ซึ่งตามปกติสามารถทำการสมรสตามกฎหมายได้อยู่แล้ว ไม่สามารถเป็นผู้ที่จะจดทะเบียนใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันตาม Domestic Partnership ได้ แต่กฎหมายก็มีข้อยกเว้นให้สิทธิคู่รักต่างเพศผูกพันในการจดทะเบียนใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ตาม Domestic Partnership ได้ในกรณีที่บุคคลทั้งสองอายุเกิน 62 ปี อันเป็นไปตามหลักในมาตรา 297(b)(6)⁶⁴³

จากหลักดังกล่าวการจดทะเบียนใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ตาม Domestic Partnership ได้บัญญัติคุ้มครองคู่รักที่มีเพศเดียวกัน ที่ต้องการอยู่ร่วมกันให้มีสิทธิหน้าที่ตามกฎหมาย สิ่งที่น่าพิจารณาก็คือ การที่กฎหมายมีข้อยกเว้นให้คู่รักต่างเพศสามารถจดทะเบียนเป็นคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ตาม Domestic Partnership ได้นั้น เพราะ แนวความคิดพื้นฐานที่บัญญัติกฎหมายที่ต้องการรับรองบุคคลผู้มีความประสงค์ที่จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน และเกื้อกูลซึ่งกันและกัน ดังนั้นคู่รักต่างเพศที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าต้องอายุเกิน 62 ปี ทั้งสองฝ่ายนี้บุคคลที่อายุ 62 ปีนี้ไม่สามารถมีบุตรได้ บุคคลอายุขนาดนี้ การอยู่ร่วมกันก็เพื่อดูแลซึ่งกันและกัน และใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

⁶⁴²Section 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.

⁶⁴³Section 297(b) A domestic partnership shall be established in California when all of the following requirement are met

(6) Either of the following

(A) Both persons are members of the same sex

(B) Both persons meet the eligibility criteria under Title II of the social Security Act as defined in 42 U.S.C. Section 402(a) for old - age insurance benefits or title XVI of the Social Security Act as defined in 42 U.S.C. section 1381 for aged individuals. Notwithstanding any other provision of this section, persons of opposite sexes may not constitute a domestic partnership unless both persons are over the age of 62.

ดังนั้น กฎหมายจึงให้สิทธิแก่คู่รักต่างเพศดังกล่าวสามารถจดทะเบียนเป็นคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ตาม Domestic Partnership ได้โดยไม่จำเป็นต้องทำการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายทั่วไปแต่อย่างใดไม่

นอกจากนี้หลักการจดทะเบียนการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ตาม Domestic Partnership ที่กำหนดให้สิทธิบุคคลบรรลุนิติภาวะที่มีเพศเดียวกันสองคนนั้น ก็เนื่องจากการเป็นคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ตาม Domestic Partnership มีผลทางกฎหมายก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างกัน ตามกฎหมายมุ่งประสงค์ให้บุคคลนั้นมีวุฒิภาวะเพียงพอที่จะตัดสินใจที่ผูกพันตามกฎหมาย มีต้องการให้เด็กที่ยังมิได้มีวุฒิภาวะเพียงพอตัดสินใจผูกพันตามกฎหมาย เพราะอาจเกิดกรณีคู่รักเพศเดียวกันที่เป็นเด็กตัดสินใจตามอารมณ์ชั่ววูบ หรือกระทำตามกระแสของสังคม อันอาจก่อปัญหาการอยู่ร่วมกันตามมาได้

(2) เงื่อนไขความสมบูรณ์ของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic Partnership)

การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันตาม Domestic Partnership จะสมบูรณ์ตามกฎหมายต้องกระทำตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเป็นตามหลักมาตรา 297 (b)⁶⁴⁴ ที่มีหลักกว่าการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ตาม Domestic Partnership จะสมบูรณ์ภายใต้กฎหมายมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

⁶⁴⁴Section 297(b) A domestic partnership shall be established in California when all of the following requirements are met:

- (1) Both persons have a common residence.
- (2) Both persons agree to be jointly responsible for each other's basic living expenses incurred during the domestic partnership.
- (3) Neither person is married or a member of another domestic partnership.
- (4) The two persons are not related by blood in a way that would prevent them from being married to each other in this state.
- (5) Both persons are at least 18 years of age.
- (6) Either of the following:
 - (A).....
 - (B).....
- (7) Both persons are capable of consenting to the domestic partnership.

1. บุคคลทั้งสองฝ่ายมีที่อยู่อาศัยร่วมกัน ซึ่งก็คือ คู่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ทั้งสองมีการอยู่ร่วมกัน โดยไม่จำเป็นว่าทั้งสองฝ่ายจะต้องมีชื่อเป็นผู้ครอบครองที่อยู่อาศัยนั้น
2. บุคคลทั้งสองตกลงที่จะรับผิดชอบซึ่งกันและกันในค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในระหว่าง ใช้ชีวิตร่วมกัน
3. บุคคลทั้งสองไม่เป็นบุคคลที่สมรสแล้วหรือจดทะเบียนใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันตาม Domestic Partnership อยู่แล้ว ในกรณีนี้ก็คือหลักเรื่อง การสมรสซ้อนนั่นเอง
4. บุคคลทั้งสองฝ่ายจะต้องไม่เกี่ยวข้องกันตามสายโลหิต ตามที่บทกฎหมายของรัฐต้องห้าม
5. บุคคลทั้งสองจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี
6. บุคคลทั้งสองจะต้องมีความสามารถที่จะให้การยินยอมในการจดทะเบียนใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันตาม Domestic Partnership ได้
7. บุคคลใดบุคคลหนึ่งจะต้องไม่เคยถูกปฏิเสธการจดทะเบียนการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ตาม Domestic Partnership มาก่อน เว้นแต่คำปฏิเสธนี้ถูกยกเลิกไปแล้ว
8. การประกาศรับรองการจดทะเบียนการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ตาม Domestic Partnership ของบุคคลทั้งสองจะต้องจัดทำต่อ The Secretary of State

(8) Neither person has previously filed a Declaration of Domestic Partnership with the Secretary of state pursuant to this division that has not been terminated under Section 299.

(9) Both file a Declaration of Domestic Partnership with the Secretary of state pursuant to this division.

บทที่ 5

วิเคราะห์หลักการและเหตุผลที่ประเทศไทยต้องให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

บทนี้ต้องการวิเคราะห์ให้เห็นว่าประเทศไทยมีความจำเป็นอย่างไรต้องให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน การวิเคราะห์จะเน้นการนำเสนอแนวคิดและทฤษฎีต่างๆ เพื่อให้เห็นว่าแท้จริงแล้วการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเป็นเรื่องที่รัฐต้องกระทำ รัฐจะปฏิบัติต่อประชากรของตนโดยการเลือกปฏิบัติไม่ได้ แต่อย่างไรก็ตามที่ผ่านมารัฐอาจจะยังไม่ทราบถึงบทบาทหน้าที่ว่าเพราะเหตุใดรัฐมีความจำเป็นต้องออกกฎหมายดังกล่าว และรัฐจะรับรองไปเพื่อเหตุผลใด ดังนั้น จึงต้องวิเคราะห์ให้เห็นว่าการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์นั้นก็เพื่อทำให้เกิดความเสมอภาคในการดำรงชีวิตและการอยู่ร่วมกันในสังคมของมนุษย์ โดยเฉพาะการศึกษาแนวคิดของการบัญญัติกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในต่างประเทศ เพื่อทำให้เกิดการยอมรับและออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในประเทศไทยด้วย

ในบทนี้ตอบคำถามวิจัยทั้ง 3 คำถาม โดยเริ่มจาก ประเทศไทยมีความจำเป็นมากน้อยเพียงใดที่ต้องออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน จากนั้นต่อมา ถ้าหากประเทศจะออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันแล้วจะออกกฎหมายในรูปแบบใด และมีลักษณะของเนื้อหาของกฎหมายอย่างไร และสุดท้ายเมื่อประเทศออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันแล้ว คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐจะได้รับสิทธิประโยชน์ในทางกฎหมายจากภาครัฐในเรื่องใดบ้าง และจะได้รับสิทธิประโยชน์จากภาครัฐเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรสหรือไม่

5.1 หลักการและเหตุผลที่ประเทศไทยจำเป็นต้องออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

5.1.1 แนวคิดตามทฤษฎีสถานะแห่งสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก

สิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก⁶⁴⁵ เป็นสิทธิที่ธรรมชาติได้มอบให้แก่มนุษย์ทุกคนอย่างเท่าเทียมโดยพื้นฐานของความเป็นธรรมชาติ มนุษย์จึงมีสิทธิโดยชอบธรรมในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักตามที่ตนปรารถนา โดยการแสดงออกซึ่งความรักนั้นจะต้องไม่เป็นการละเมิดสิทธิอันชอบธรรมของบุคคลอื่น ความรักตามวิถีแห่งธรรมชาติอาจเป็นการแสดงออกกับบุคคลที่ต่างเพศกับตน บุคคลที่มีเพศเดียวกันกับตน หรือแสดงออกได้กับบุคคลทั้งสองเพศ หากแต่ธรรมชาตินั้นได้มอบหน้าที่ ที่มีความสำคัญยิ่งให้แก่รูปแบบความรักต่างเพศ คือการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ หรือเรียกอีกอย่างว่า สิทธิในการสมรส⁶⁴⁶ ความแตกต่างระหว่างสิทธิทั้งสองประการนี้คือ สถานะแห่งสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักเป็นการแสดงออกซึ่งความรักของมนุษย์ในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะจะเป็นความรักกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเดียวกันกับตนหรือกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระต่างกับกับตน เพศจึงไม่ใช่องค์ประกอบของสิทธิประการนี้ ต่างจากสิทธิในการสมรสซึ่งเป็นสิทธิโดยธรรมชาติของมนุษย์เช่นกัน แต่มีได้เฉพาะกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระที่แตกต่างกันเท่านั้น เนื่องจากสิทธิดังกล่าวนี้เป็นเรื่องของการสมรส ซึ่งก็คือวิถีแห่งการสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์นั่นเอง จึงทำให้เกิดขึ้นได้เฉพาะมนุษย์ที่มีอวัยวะเพศที่แตกต่างกันตามที่ธรรมชาติสร้างให้เท่านั้น เพศจึงเป็นสาระสำคัญของสิทธิประการนี้ ดังนั้นสิทธิในการสมรสจึงมีฐานะเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก⁶⁴⁷

ดังนั้น สิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก จึงเป็นสิทธิที่มนุษย์สามารถแสดงออกซึ่งความรักได้โดยอิสระ และมีเสรีภาพในการเลือกที่จะใช้ชีวิตกับบุคคลใดก็ได้ตามที่ตนต้องการ ซึ่งสถานะแห่งสิทธิในลักษณะนี้เป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับกันในทางปฏิบัติของนานาประเทศว่า สิทธิดังกล่าวนี้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นแก่บุคคลโดยธรรมชาติ และเกิดขึ้นได้โดยอัตโนมัติ ไม่จำเป็นต้องร้องขอและไม่อาจถูกจำกัดได้เลย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ สิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิโดยธรรมชาติ ซึ่งมีสถานะเป็นจุดเริ่มต้นของ

⁶⁴⁵ เป็นสิทธิที่ได้รับการยอมรับในระดับสากลว่า เป็นสิทธิโดยธรรมชาติหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่สิทธิดังกล่าวนี้ไม่ได้ถูกรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948

⁶⁴⁶ P. R. Gandhi, *op. cit.*, p. 458.

⁶⁴⁷ Peter Nicolas and Mike Strong, *The Geography of Love: Same-Sex*

Marriage & Relationship Recognition in America, 5th ed. (Washington D.C.:

Routledge, 2014), p. 52.

สิทธิในการสมรส และสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว ซึ่งสิทธิทั้งสองประการนี้ได้รับการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 นั้นเอง⁶⁴⁸

สิทธิมนุษยชนเกิดจากการที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 ได้นำเอาหลักการและแนวคิดตามสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์หรือสิทธิที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติ มากำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในปฏิญญาฉบับนี้ และรวมเรียกสิทธิเหล่านี้ว่าสิทธิมนุษยชน ก่อให้เกิดคำว่า “สิทธิมนุษยชน” ขึ้นมาบนโลกอย่างเป็นทางการ⁶⁴⁹ โดยปฏิญญาสากลฉบับนี้ได้กำหนดสิทธิต่างๆ ที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานให้มีลักษณะที่เป็นสิทธิมนุษยชนไว้มากมาย ซึ่งรวมไปถึงสิทธิในการสมรส และสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวด้วย โดยได้ยอมรับสิทธิดังกล่าวไว้ในข้อที่ 16 (1)⁶⁵⁰ เนื้อหาในปฏิญญาสากลฉบับนี้ได้รับการรับรองสิทธิในการสมรสและสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว ให้เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นได้ด้วยความรักในรูปแบบของรักต่างเพศเท่านั้น หรือแม้แต่ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1996 ก็ได้กล่าวถึงประเด็นดังกล่าวนี้ในข้อที่ 23⁶⁵¹ เช่นเดียวกัน ทำให้กลุ่มคนที่มี

⁶⁴⁸ P. R. Gandhi, *op. cit.*, p. 469.

⁶⁴⁹ Scoot Davidson, *op. cit.*, p.45.

⁶⁵⁰ ข้อ 16 (1) “ชายและหญิงที่มีอายุเต็มบริบูรณ์แล้วมีสิทธิที่จะสมรสและจะก่อตั้งครอบครัวโดยปราศจากการจำกัดใดๆ อันเนื่องมาจากเชื้อชาติ สัญชาติ หรือศาสนาต่างมีสิทธิเท่าเทียมกันในการสมรส ระหว่างการสมรส และในการขาดจากการสมรส

การสมรสจะกระทำกันก็ด้วยความยินยอมโดยอิสระและเต็มใจของผู้ที่เจตนาจะเป็นคู่สมรส ครอบครัวเป็นหน่วยธรรมชาติ และพื้นฐานของสังคมและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากสังคมและรัฐ”

⁶⁵¹ ข้อ 23 “(1) ครอบครัวเป็นหน่วยธรรมชาติ และหลักมูลของสังคมและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากสังคมและรัฐ

สิทธิของชายและหญิงในวัยที่อาจสมรสได้ในการที่จะสมรสและมีครอบครัวพึงได้รับการยอมรับ

การสมรสจะกระทำโดยปราศจากความยินยอมโดยเสรีและบริบูรณ์ของผู้ที่เจตนาจะเป็นคู่สมรสกันมิได้

บรรดารัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้จะดำเนินการเท่าที่เหมาะสมเพื่อรับรองความเสมอภาคแห่งสิทธิและความรับผิดชอบของคู่สมรสในการที่จะสมรส การอยู่กินระหว่างสมรสและการสิ้นสุดของการสมรส ย่อมต้องมีบทบัญญัติเพื่อการคุ้มครองบุตรเท่าที่จำเป็น

(2) สิทธิของชายและหญิงในวัยที่อาจสมรสได้ ในการที่จะสมรสและมีครอบครัว ย่อมได้รับการรับรอง”

เพศวิถีแบบรักต่างเพศเท่านั้นเป็นผู้ที่ได้รับสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศในระดับสากลเหล่านี้ แม้ว่าสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักซึ่งเป็นสิทธิโดยธรรมชาติ หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่ไม่ถูกรับรองไว้ในปฏิญญาสากลฯ ปฏิญญาสากลฯ กลับรับรองแค่เพียงสิทธิในการสมรสซึ่งมีฐานะเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักเท่านั้น

ดังนั้นจึงมีคำถามว่า การที่รัฐต่างๆ ไม่ได้ออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อหลักสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ในส่วนนี้ก็เป็นที่ไปตามที่ได้กล่าวไว้ว่า ปฏิญญาสากลฯ และกติการะหว่างประเทศฯ ได้กำหนดสิทธิต่างๆ ที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานให้เป็นหลักสิทธิมนุษยชนไว้มากมาย หนึ่งในนั้นคือ สิทธิในการสมรส แต่สิทธิดังที่ได้กล่าวมานี้มีฐานะเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักเท่านั้น ส่งผลให้เนื้อหาในปฏิญญาสากลฯ และกติการะหว่างประเทศฯ ทั้งสองฉบับนี้ได้รับรองสิทธิในการสมรสและสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวให้เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นได้เฉพาะกับความรักในรูปแบบของรักต่างเพศเท่านั้น และหากเป็นการตีความตามตัวอักษร ก็หมายความว่าปฏิญญาสากลและกติการะหว่างประเทศฯ ทั้งสองฉบับนี้มุ่งคุ้มครองแค่เพียงสิทธิในการสมรสและสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศเท่านั้น มิได้คุ้มครองไปถึงสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักในรูปแบบอื่นๆ ด้วย ส่งผลให้ประเทศต่างๆ รวมถึงประเทศไทย⁶⁵² ที่ได้ออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศตามหลักการของสิทธิมนุษยชนในเรื่องสิทธิในการสมรสแล้ว แม้จะยังมีได้ออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ก็ไม่ได้เป็นการกระทำละเมิดต่อหลักสิทธิมนุษยชน ตามปฏิญญาสากลฯ แต่อย่างใด และยังรวมไปถึงไม่ได้มีการกระทำละเมิดต่อกติการะหว่างประเทศฯ ด้วยเหตุผลเดียวกัน⁶⁵³

⁶⁵² มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 10 กันยายน พ.ศ.2535 ให้ประเทศไทยยอมรับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งปฏิญญาสากลฯ ได้รับมติเห็นชอบโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ในวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ.2491 และประเทศไทยเข้าภาคยานุวัติ กติกาสาขาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิในทางการเมือง ค.ศ.1996 ซึ่งหลักการดังกล่าวได้รับการรับรองอีกครั้งในวันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ.1996 จากการเข้าภาคยานุวัติกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิในทางการเมือง ค.ศ.1996 กติกาฉบับนี้ได้รับการยอมรับโดยมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ.2509 และเปิดให้ประเทศสมาชิกลงนามเป็นภาคีตั้งแต่วันที่ 19 ธันวาคม พ.ศ.2509

⁶⁵³ การกระทำในรูปแบบใดของรัฐ ที่ได้กระทำต่อกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันแล้ว จะถือว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อพันธกรณีตามปฏิญญาสากลฯ และส่งผลให้รัฐที่ได้กระทำการดังกล่าวนั้นนั้นละเมิดต่อหลักสิทธิมนุษยชน การกระทำในรูปแบบนั้นคือ การที่รัฐออกกฎหมายหรือ

แต่อย่างไรก็ตาม แม้หลักการสิทธิมนุษยชนจะถูกกำหนดขึ้นจากปฏิญญาสากลฯ โดยการบัญญัติสิทธิต่างๆ ไว้ในปฏิญญาสากลฯแล้วมีการเรียกสิทธิเหล่านี้ว่าสิทธิมนุษยชน แต่ในความเป็นจริงแล้ว ปฏิญญาสากลฯ ฉบับนี้ก็มิได้นำหลักการของสิทธิโดยธรรมชาติมาปรับใช้อย่างถูกต้องครบถ้วน ทำให้หลักสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นจากการนิยามความหมายของปฏิญญาสากลฯฉบับนี้ไม่มีคุณสมบัติแบบตามหลักของสิทธิโดยธรรมชาติอย่างแท้จริง ส่งผลให้หลักของสิทธิมนุษยชนตามปฏิญญาสากลฯฉบับนี้มีสถานะเป็นเพียง หลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานเท่านั้น⁶⁵⁴ หากมีความเป็นไปได้ในอนาคตที่ปฏิญญาสากลฯฉบับนี้จะได้รับการพัฒนาให้สมบูรณ์แบบขึ้น โดยการนำหลักการของสิทธิโดยธรรมชาติและสิทธิขั้นพื้นฐานมาปรับใช้อย่างถูกต้องทั้งหมด ก็จะส่งผลให้หลักสิทธิมนุษยชนมีสถานะเทียบเท่ากับหลักการของสิทธิโดยธรรมชาติและสิทธิขั้นพื้นฐานและมีสถานะกลายเป็นหลักสิทธิมนุษยชนขั้นสูงอย่างแท้จริง⁶⁵⁵ ดังนั้นจากการที่ประเทศไทย แม้จะยังมีได้ออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ก็มีได้เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อพันธกรณีที่ประเทศไทยมีต่อปฏิญญาสากลฯ เพราะประเทศต่างๆ รวมถึงประเทศไทยที่ยอมรับในตัวปฏิญญาสากลฯ ฉบับนี้ต่างก็เคารพในเนื้อหาของปฏิญญาสากลฯ ที่เป็นลายลักษณ์อักษรมากกว่าสิทธิโดยธรรมชาติ เพราะสิทธิประการนี้แม้จะเป็นแนวคิดที่เป็นที่มาของปฏิญญาสากลฯ แต่ก็มีสถานะเป็นเพียงนามธรรมไม่เหมือนกับปฏิญญาสากลฯที่มีสถานะที่เป็นรูปธรรมและเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับในระดับสากลด้วย แต่อย่างไรก็ตามการกระทำที่ไม่เป็นการละเมิดต่อหลักสิทธิมนุษยชนของประเทศไทยในประเด็นดังกล่าวนี้ ก็เป็นเพียงการกระทำที่ไม่เป็นการละเมิดต่อหลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานเท่านั้น ซึ่งก็คือการกระทำที่เป็นเพียงอาศัยการตีความตามตัวอักษรถึงความหมายที่เป็นเนื้อหาของหลักการสิทธิมนุษยชนที่ได้ถูกบัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลฯ

หากจะพิจารณาถึงเนื้อหาของหลักสิทธิโดยธรรมชาติ ก็จะพบว่าหลักการของสิทธิประเภทนี้มีความหมายที่กว้างกว่าหลักสิทธิมนุษยชนที่ถูกกำหนดไว้ในปฏิญญาสากลฯ เนื่องจากหลักสิทธิมนุษยชนที่ถูกกำหนดไว้ในปฏิญญาสากลฯฉบับนี้ เป็นเพียงส่วนหนึ่งของหลักสิทธิโดยธรรมชาติ ไม่ใช่

ข้อบังคับใดๆ ที่เป็นการลงโทษแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในความผิดฐานรักเพศเดียวกัน หรือที่รู้จักกันในนาม Sodomy อันมีลักษณะเป็นการกีดกันความรักในรูปแบบดังกล่าว การกระทำในรูปแบบนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้มีมติให้การกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นการกระทำของรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่ให้ไว้ในปฏิญญาสากลฯ ส่งผลให้รัฐดังกล่าวนั้นกระทำการที่เป็นการละเมิดต่อหลักสิทธิมนุษยชน ไม่ใช่การที่รัฐไม่ได้ได้ออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันตามที่เข้าใจ

⁶⁵⁴ Maurice Cranston, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁵⁵ Jack Donnelly, *op. cit.*, pp. 6-7.

หลักการที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหมด ดังจะเห็นได้จากหลักการในเรื่องสถานะแห่งสิทธิในการสมรส ที่ปฏิญญาสากลกำหนดให้เป็นสิทธิมนุษยชนที่รัฐต่างๆ ที่ให้การยอมรับจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณี โดยสิทธิดังกล่าวนี้เป็นสิทธิที่จำกัดเฉพาะรูปแบบความรักของมนุษย์ที่มีเพศสรีระที่ต่างกันเท่านั้น ซึ่งหากศึกษาจะพบว่า ไม่ว่ามนุษย์ผู้นั้นจะมีพฤติกรรมความรักในรูปแบบใด ก็ต้องได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิอย่างเท่าเทียมกัน แต่ปฏิญญาสากลฯ ฉบับนี้กลับนำหลักสิทธิโดยธรรมชาติมากำหนดให้เป็นสิทธิมนุษยชนเพียงด้านเดียว โดยคำนึงถึงหลักการที่สำคัญแค่ว่า ต้องเป็นแนวคิดที่สังคมให้การยอมรับเท่านั้น จึงจะสามารถนำมาบัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลฯ ได้

หากประเทศไทยมีความประสงค์จะออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน รัฐสามารถจะกระทำได้หรือไม่ รวมไปถึงคำถามตามมาว่ารัฐจะอ้างหลักการและเหตุผลอะไรในการออกกฎหมายดังกล่าว ในประเด็นนี้หากรัฐได้พิจารณาถึงหลักการของสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักซึ่งเป็นสิทธิโดยธรรมชาติและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีความหมายที่กว้างกว่าสิทธิมนุษยชนที่ได้กำหนดไว้ในปฏิญญาสากลฯ แล้ว หากรัฐมีความต้องการจะออกกฎหมายดังกล่าว รัฐก็สามารถอ้างหลักการที่กล่าวมานี้ได้ เพราะรัฐคำนึงถึงสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักอันเป็นสิทธิโดยธรรมชาติอย่างแท้จริงมากกว่าการเลือกที่จะตีความตามตัวอักษรในปฏิญญาสากลฯ ที่ต้องปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชนในการรับรองสถานะแค่เพียงกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศเท่านั้น หรืออาจกล่าวได้ว่ารัฐได้คำนึงถึงสิทธิมนุษยชนในระดับที่สูงขึ้นไปกว่าหลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่ถูกบัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลฯ นั้นเอง

แม้สิทธิในการสมรสจะเป็นสิทธิที่เกิดเฉพาะคู่รักที่มีเพศสรีระที่ต่างกันเท่านั้น แต่ปฏิญญาสากลฉบับนี้ก็ไม่ได้ห้ามไม่ให้รัฐออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ดังนั้นถ้าหากประเทศไทยมีความประสงค์จะออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันก็สามารถกระทำได้ และไม่เป็นการละเมิดต่อพันธกรณีที่ประเทศไทยมีต่อปฏิญญาสากลฯ ด้วยสิทธิมนุษยชนด้วย

ดังนั้นจึงสรุปในประเด็นนี้ได้ว่า การที่ประเทศไทยมีกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่คู่รักต่างเพศ ได้เป็นการปฏิบัติตามปฏิญญาสากลฯ ในเรื่องสิทธิในการสมรส ก็ถือว่าไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนแล้ว หากแต่การที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่คู่รักเพศเดียวกัน แม้ไม่เป็นการละเมิดต่อหลักสิทธิมนุษยชน แต่ก็เป็น การละเมิดต่อหลักสิทธิโดยธรรมชาติของมนุษย์ก็ย่อมได้

5.1.2 แนวทางตามทฤษฎีรูปแบบของการสมรส

ทฤษฎีรูปแบบของการสมรส กล่าวถึงการจำแนกการสมรสออกมาเป็น 3 ลักษณะ คือ รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความ

เชื่อ และรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ซึ่งทั้ง 3 รูปแบบนั้นก็ยังมีหลักเกณฑ์ และวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติที่ถือว่าเป็นการสมรสของมนุษย์ที่แท้จริง เป็นการยินยอมในการร่วมประเวณีของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิง เป็นลักษณะของพฤติกรรมทางเพศสัมพันธ์โดยวิถีแห่งธรรมชาติ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นโดยธรรมชาติ เพศจึงเป็นสาระสำคัญกับการสมรสในรูปแบบนี้ เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะวัตถุประสงค์ของการสมรสในรูปแบบนี้ก็เพื่อการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ ดังนั้นการสมรสในรูปแบบนี้จึงเป็นเรื่องของธรรมชาติกับมนุษย์ ซึ่งมีความแตกต่างจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ที่ได้ถูกกำหนดไว้โดยรัฐ โดยแต่ละรัฐจะได้กำหนดเงื่อนไขของการสมรสขึ้นมาเองในรูปแบบของกฎหมาย โดยการสมรสในรูปแบบนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่มนุษย์ เพราะรัฐต้องการให้คู่รักที่เป็นประชากรของรัฐนั้นๆ ต้องทำปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของรัฐเพื่อให้ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน และเพื่อให้ได้รับสิทธิประโยชน์ในฐานะคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย

ซึ่งรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ คือ สิทธิในการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันตามกฎหมายหรือ สิทธิในกฎหมายสมรส ซึ่งสิทธิที่กล่าวมานี้เป็นสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐ ไม่ใช่สิทธิที่เกิดขึ้นเองโดยธรรมชาติ หากแต่สิทธิในกฎหมายสมรสซึ่งเป็นสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐมีลักษณะที่คาบเกี่ยวกับสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักอันเป็นสิทธิโดยธรรมชาติ หากเป็นลักษณะเช่นนี้ก็จะต้องเป็นไปตามหลักการของสิทธิโดยธรรมชาติ ที่กำหนดว่าสิทธิประการใดที่เป็นสิทธิโดยธรรมชาติหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน สิทธิเหล่านั้นปัจเจกชนไม่จำเป็นต้องร้องขอจากรัฐ เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะมอบสิทธิเหล่านี้ให้แก่ประชาชน และรัฐก็ไม่อาจกำหนดเงื่อนไขใดๆ ในทางกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเหล่านั้นได้เลย นั่นหมายความว่า สิทธิในกฎหมายสมรสที่เป็นสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐ รัฐเองก็ไม่อาจบัญญัติเงื่อนไขใดๆ ที่เป็นการจำกัดหรือรื้อถอนสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักอันเป็นสิทธิโดยธรรมชาติของปัจเจกบุคคลได้เลย⁶⁵⁶ จึงเป็นหน้าที่โดยตรงของรัฐในการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ โดยต้องคำนึงถึงสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก⁶⁵⁷

⁶⁵⁶ Alan Gewirth, *Human Rights: Essays on Justification and Application*

(Chicago: University of Chicago Press, 1984), p. 358.

⁶⁵⁷ อย่างไรก็ตามมีการตั้งข้อสังเกตว่า สิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์สามารถแสดงออกได้โดยอิสระ และในความเป็นจริงหากมนุษย์มีการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักที่ต้องการอยู่ร่วมกันในลักษณะที่ไม่ใช่รูปแบบผัวเดียวเมียเดียวตามลักษณะที่รัฐให้การรับรอง การแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักในลักษณะเช่นนี้ รัฐต้องให้การรับรองด้วยหรือไม่ ใน

ดังนั้นจึงสรุปในประเด็นนี้ได้ว่า สิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐสิทธิใด หากสิทธินั้นเป็นสิทธิที่มีลักษณะคาบเกี่ยวกับสิทธิโดยธรรมชาติ สิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐสิทธินั้น รัฐไม่อาจบัญญัติเงื่อนไขใดๆ ที่เป็นการจำกัดหรือรื้อถอนสิทธิที่มีลักษณะที่คาบเกี่ยวกับสิทธิโดยธรรมชาติสิทธินั้นได้เลย

5.1.3 เหตุที่รัฐออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันนั้นให้เฉพาะแก่คู่รักที่มีเพศสรีระที่แตกต่างกัน

รัฐต่างๆ รวมถึงประเทศไทยต่างก็มีกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันนั้นให้เฉพาะแก่คู่รักที่มีเพศสรีระที่แตกต่างกันเท่านั้น กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันก็จะไม่เข้าองค์ประกอบที่จะได้รับสิทธิดังกล่าว โดยจะเห็นได้จากการบัญญัติหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว มาตรา 1448 “การสมรสจะกระทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควรศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” เหตุไฉนรัฐต่างๆ ในสังคมโลก รวมถึงประเทศไทยใช้เพศเป็นองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของการที่จะได้รับสิทธิในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ ซึ่งหากไม่เข้าองค์ประกอบในเรื่องเพศดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ก็หาจำต้องไปพิจารณาถึงเงื่อนไขประการอื่นๆ ต่อไปไม่ เหตุไฉนรัฐจึงออกกฎหมายที่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมด้านความรักของมนุษย์เช่นนี้ การกระทำเช่นนี้ส่งผลให้กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมความรักกับคนที่มีเพศสรีระเดียวกับตนก็จะไม่สามารถได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยถูกต้องตามกฎหมายได้เลย ทั้งๆ ที่รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ มีวัตถุประสงค์เพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่คู่รักที่เป็นประชากรของรัฐนั้นๆ เพื่อให้คู่รักเหล่านั้นได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ในทางกฎหมายในฐานะคู่สมรส แต่เหตุไฉนรัฐจึงเลือกปฏิบัติกับพฤติกรรมความรักเพียงรูปแบบหนึ่งที่รัฐเชื่อว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและปฏิเสธที่จะรับรองความรักในอีกรูปแบบหนึ่งที่รัฐเชื่อว่าจะไม่ถูกต้อง

ประเด็นนี้ขออธิบายว่า การแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักเป็นเสรีภาพของมนุษย์โดยแท้จริงไม่ว่าจะเป็นความรักในรูปแบบรักต่างเพศ รักเพศเดียวกัน รักสองเพศ ซึ่งรูปแบบของการแสดงออกซึ่งความรักในลักษณะนี้โดยหลักแล้วคือสิ่งที่รัฐต้องให้การรับรอง ตามทฤษฎีสิทธิโดยธรรมชาติที่มีลักษณะคาบเกี่ยวกับสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐ ส่วนลักษณะของการดำเนินชีวิตที่เป็นแบบผัวเดียวเมียเดียว ผัวเดียวหลายเมีย เมียเดียวหลายผัว หรือ หลายผัวหลายเมีย สิ่งเหล่านี้แม้จะเป็นเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักของมนุษย์เช่นกัน หากแต่การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของรัฐในเรื่องของการใช้ชีวิตแบบเป็นคู่หรือแบบไม่เป็นคู่ นั้น อาจมีลักษณะที่ต้องเป็นไปตามแนวนโยบายของรัฐที่ใช้หลักการตามแนวทางของวัฒนธรรมและความเชื่อของสังคมนั้นๆ มาเป็นองค์ประกอบตามทฤษฎีสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐด้วย

จากการศึกษาพบว่า เหตุผลสำคัญของรัฐในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้เป็น การเฉพาะแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศก็เพราะรัฐเชื่อว่าเป็นรูปแบบพฤติกรรมทางเพศที่มีความสัมพันธ์กันตามธรรมชาติ ต้องเกิดขึ้นจากมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายและมีอวัยวะเพศที่เป็นชาย ที่จะต้องคู่กับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงและมีอวัยวะเพศที่เป็นหญิงเท่านั้นที่ถูกธรรมชาติสร้างให้สัมพันธ์กัน อันเป็นจุดเริ่มต้นของการสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ สิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่รัฐมองว่ามีความ ถูกต้องและชอบธรรม⁶⁵⁸ ดังนั้นจึงไม่แปลกที่รัฐเลือกที่จะรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่ คู่รักโดยคำนึงถึงอวัยวะเพศที่ต่างกันเท่านั้น นั่นหมายความว่ารัฐใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องเพศสัมพันธ์มา เป็นส่วนสำคัญในการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้กับมนุษย์ และถ้าสิ่งนี้คือ คำตอบที่แท้จริง รัฐใช้เพียงพฤติกรรมทางเพศของมนุษย์มาเป็นสาระสำคัญในการรับรองสถานะใน การใช้ชีวิตคู่ร่วมกันอย่างนั้นหรือ เหตุใดรัฐจึงไม่คำนึงถึงพฤติกรรมความรักของมนุษย์และนำมาเป็น สาระสำคัญในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในทางกฎหมาย

จากการศึกษาพบว่าพฤติกรรมความรักกับพฤติกรรมทางเพศเป็นพฤติกรรมที่แยกออกจาก กันอย่างสิ้นเชิง⁶⁵⁹ แต่เหตุใดรัฐกลับออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่คู่รักโดย อาศัยพฤติกรรมทางเพศมาเป็นสาระสำคัญ มากกว่าที่รัฐจะพิจารณาว่าแท้จริงแล้วพฤติกรรมความรัก ต่างหากที่เป็นสาระสำคัญ

พฤติกรรมทางเพศ กล่าวถึงเนื้อหาของการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมทางด้านกามารมณ์ของ มนุษย์ ความใคร่และความปรารถนาในเรือนร่าง เป็นภาวะในทางอารมณ์และความรู้สึกที่มนุษย์ทุกคน ต้องพบเจอโดยไม้อาจหลีกเลี่ยงได้ พฤติกรรมทางเพศแบ่งออกเป็น พฤติกรรมทางเพศสัมพันธ์และ พฤติกรรมทางเพศไม่สัมพันธ์ กล่าวคือ พฤติกรรมทางเพศสัมพันธ์นั้น คือ การร่วมประเวณีกันระหว่าง มนุษย์ที่มีเพศสรีระชายโดยมีอวัยวะเพศชายเป็นสาระสำคัญกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระหญิงโดยมีอวัยวะ เพศหญิงเป็นสาระสำคัญ ซึ่งอวัยวะทั้งสองรูปแบบนั้นมีความสัมพันธ์กันในทางกายภาพ จึงเรียกว่า เพศสัมพันธ์ ความสัมพันธ์กันในลักษณะนี้จะนำมาซึ่งการสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ พฤติกรรมทางเพศ ไม่สัมพันธ์ คือ การร่วมประเวณีกันระหว่างมนุษย์ที่มีเพศสรีระเดียวกัน ซึ่งอวัยวะทั้งสองรูปแบบนั้นไม่ มีความสัมพันธ์กันในทางกายภาพ ความสัมพันธ์กันในลักษณะนี้จะไม่นำมาซึ่งการสืบทอดเผ่าพันธุ์ มนุษย์ จึงเรียกว่าเพศไม่สัมพันธ์⁶⁶⁰ ดังนั้น เพศจึงถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของพฤติกรรมทางเพศ อย่างไรก็ตามแม้การร่วมประเวณีกันระหว่างมนุษย์ที่มีเพศสรีระเดียวกันจะมีลักษณะในทางกายภาพ ทางเพศที่ไม่สัมพันธ์กัน แต่ก็ยังเป็นเพียงความไม่สัมพันธ์ในทางเพศสรีระที่ใช้แนวคิดในทางวิทยาศาสตร์

⁶⁵⁸ Barbara Stark, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁵⁹ Chris Beasley, *op. cit.*, p. 76.

⁶⁶⁰ Gilbert Herdt, *op. cit.*, p. 256.

มาเป็นตัวกำหนดเท่านั้น หากใช้ความผิดปกติทางร่างกายหรือจิตใจที่ต้องได้รับการบำบัดรักษาประการใดไม่ ประกอบกับในความเป็นจริงแล้วความต้องการทางเพศหรือประเวณีก็สามารถเกิดขึ้นได้กับมนุษย์ทุกคน แม้ว่ามนุษย์ผู้นั้นจะที่มีความต้องการที่จะร่วมประเวณีกันกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเดียวกันกับตนก็ตาม ความต้องการทางเพศในลักษณะนี้ทำให้เรื่องที่แปลกหรือผิดธรรมชาติไม่⁶⁶¹

รัฐใช้หลักเกณฑ์ของพฤติกรรมทางเพศที่มีความสัมพันธ์ตามแนวคิดในทางวิทยาศาสตร์คือการร่วมประเวณีกันระหว่างมนุษย์ที่มีเพศสรีระชายโดยมีอวัยวะเพศชายเป็นสาระสำคัญกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระหญิงโดยมีอวัยวะเพศหญิงเป็นสาระสำคัญ มาเป็นองค์ประกอบหลักในการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน โดยให้เหตุผลของการรับรองสถานะของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันว่าเป็นสิ่งที่มาจากเพศที่สัมพันธ์และสืบพันธุ์กันได้ และรัฐก็ปฏิเสธพฤติกรรมทางเพศที่ไม่สัมพันธ์ นั่นคือการร่วมประเวณีกันระหว่างมนุษย์ที่มีเพศสรีระเดียวกัน โดยรัฐให้เหตุผลว่าเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง ไม่มี ความชอบธรรม สืบพันธุ์กันไม่ได้ ดังนั้นจึงส่งผลให้รัฐปฏิเสธที่จะออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ดังนั้นจึงเห็นได้ว่ารัฐใช้หลักเกณฑ์เรื่องพฤติกรรมทางเพศมาเป็นองค์ประกอบในการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่ประชากรในรัฐ รัฐมองแต่เรื่องพฤติกรรมทางเพศที่ต้องมีความสัมพันธ์กันและต้องสืบพันธุ์ได้ ตามแนวคิดในทางวิทยาศาสตร์มาเป็นตัวกำหนดเท่านั้น หากได้มองถึงพฤติกรรมความรักที่แท้จริงของมนุษย์ไม่

รัฐถือว่าเรื่องเพศสัมพันธ์นั้นเป็นสาเหตุหลักดังจะเห็นได้จากการที่รัฐบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ในมาตรา 1416 วรรคแรก “สามีภริยาต้องอยู่กินกันฉันสามีภริยา” โดยความหมายของความในมาตรานี้คือ การที่คู่รักชายและหญิงทั้งสองจะต้องมีความสัมพันธ์ในทางประเวณีร่วมกันด้วย ประกอบกับหลักกฎหมายที่รัฐได้บัญญัติไว้ในส่วนที่เป็นเหตุหย่า อันเป็นเหตุหนึ่งของการสิ้นสุดการสมรส ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ในมาตรา 1516 “(10) สามีหรือภริยามีสภาพแห่งกาย ทำให้สามีหรือภริยานั้นไม่อาจร่วมประเวณีได้ตลอดกาล อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้” จากหลักกฎหมายดังกล่าวเป็นการชี้ให้เห็นว่า รัฐให้ความสำคัญกับเรื่องพฤติกรรมทางเพศ หากเอกชนที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันแล้ว หากไม่มีเพศสัมพันธ์ หรือ ไม่สามารถมีได้ ก็เป็นเหตุให้การที่รัฐได้รับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้ นั้นเป็นอันต้องสิ้นสุดลง จึงกล่าวได้ว่า รัฐให้ความสำคัญกับประเด็นในเรื่องเพศสัมพันธ์มาเป็นประเด็นหลักและเป็นประเด็นสำคัญในการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่เอกชนในรัฐ มากกว่าการพิจารณาถึงพฤติกรรมความรักของเอกชนในรัฐของตน

⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 268.

หากพิจารณาถึงพฤติกรรมความรักแล้วก็จะพบว่ามีความแตกต่างจากพฤติกรรมทางเพศอย่างสิ้นเชิง เพราะพฤติกรรมความรักเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้กับมนุษย์ทุกคน พฤติกรรมความรักที่มนุษย์แสดงออกมานั้นไม่มีเงื่อนไขในเรื่องเพศเข้ามาเป็นองค์ประกอบ พฤติกรรมความรักคือการถ่ายทอดความรู้สึกดีๆ ให้แก่กัน พฤติกรรมความรักไม่มีเงื่อนไขที่ทำให้เกิดความสัมพันธ์กันหรือความไม่สัมพันธ์กันเข้ามาเกี่ยวข้อง พฤติกรรมความรักเกิดขึ้นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง โดยพฤติกรรมความรักอาจเกิดขึ้นในรูปแบบของความรักที่ผู้ชายมีต่อผู้หญิง หรือความรักที่ผู้ชายมีต่อผู้ชายด้วยตัวเอง หรือความรักที่ผู้หญิงมีต่อผู้หญิงด้วยตัวเองก็เป็นได้ พฤติกรรมความรักจึงไม่มีเรื่องเพศเข้ามาเกี่ยวข้องแต่อย่างใด⁶⁶²

เหตุผลสำคัญที่ทำให้พฤติกรรมทางเพศและพฤติกรรมความรักมีความแตกต่างกันนั้นก็คือมนุษย์ไม่ว่าชายหรือหญิงสามารถมีพฤติกรรมทางเพศ ทั้งเพศสัมพันธ์และเพศไม่สัมพันธ์ได้โดยปราศจากพฤติกรรมความรัก และในทางตรงกันข้ามมนุษย์ไม่ว่าชายหรือหญิงก็สามารถมีพฤติกรรมความรักได้โดยปราศจากพฤติกรรมทางเพศได้เช่นเดียวกัน ดังนั้นจึงแสดงให้เห็นว่า แท้จริงแล้วพฤติกรรมความรักและพฤติกรรมทางเพศ เป็นสิ่งที่แยกออกจากกันอย่างชัดเจน⁶⁶³

สิ่งที่กล่าวมานี้คือแนวคิดของประเทศแถบตะวันตกที่ใช้เป็นแนวทางหลักในการบัญญัติกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่มนุษย์ โดยประเทศต่างๆ เหล่านั้นได้ล้มเลิกแนวคิดที่เป็นการนำเอาพฤติกรรมทางเพศมาเป็นหลักเกณฑ์ในการสร้างความชอบธรรมให้เกิดขึ้นในสังคม โดยเฉพาะแนวคิดที่ว่าคู่รักที่มีเพศสรีระต่างกัน รักกัน ชอบกัน มีประเวณีกันเป็นสิ่งที่ถูกต้องดีงาม แต่คู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกัน รักกัน ชอบกัน มีประเวณีร่วมกันเป็นสิ่งที่ผิด แนวคิดดังกล่าวนี้ได้ถูกยกเลิกไป เพราะแนวคิดในลักษณะเช่นนี้เป็นการคำนึงถึงแต่เพียงเรื่องเพศสัมพันธ์มาเป็นส่วนประกอบหลักเพื่อทำให้เกิดแนวคิดในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ให้แก่ประชากรในรัฐประเทศต่างๆ เหล่านี้ยึดหลักการในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์โดยคำนึงถึงพฤติกรรมที่เกิดจากรักของมนุษย์มาเป็นสาระสำคัญ และเข้าใจรูปแบบของความรักที่แท้จริง ไม่ว่าพฤติกรรมความรักนั้นจะมีลักษณะอย่างไร และไม่ว่าจะเป็นพฤติกรรมความรักที่เกิดขึ้นกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระที่ต่างกัน หรือมนุษย์ที่มีเพศสรีระเดียวกันก็ตาม

ประกอบกับประเทศต่างๆ ที่ให้การยอมรับได้นำแนวคิดที่มาจากทฤษฎีรูปแบบของการสมรสมาเป็นส่วนประกอบในการพิจารณาการออกกฎหมายดังกล่าว โดยยอมรับและเข้าใจว่ารูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาตินั้นเป็นรูปแบบการสมรสที่แท้จริงอยู่ในตัวอยู่แล้ว เพราะเป็นกฎของธรรมชาติ เป็นเรื่องระหว่างธรรมชาติกับมนุษย์และมีวัตถุประสงค์เพื่อการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์

⁶⁶² Pinello, Daniel R., *op. cit.*, p. 89.

⁶⁶³ Jr. Eskridge N. William, *op. cit.*, p. 276.

เพศจึงเป็นสาระสำคัญของการสมรสเฉพาะในรูปแบบนี้เท่านั้น ซึ่งมีความแตกต่างจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ที่เป็นเรื่องที่รัฐสามารถกำหนดเงื่อนไขในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ให้แก่มนุษย์ขึ้นมาเองในรูปแบบของกฎหมายเองได้ โดยรัฐมีวัตถุประสงค์เพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่ประชาชนในรัฐ อันเป็นการได้มาซึ่งสิทธิประโยชน์ในฐานะคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ให้แก่ประชากรของรัฐตามความประสงค์ของรัฐอย่างแท้จริง เพศจึงไม่ใช่สาระสำคัญของการสมรสในรูปแบบนี้ ทำให้ประเทศต่างๆ ที่มีแนวคิดในลักษณะเช่นนี้ก็จะออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่ประชากรในรัฐ โดยคำนึงพฤติกรรมการรักที่ไม่ได้นำเรื่องเพศสรีระมาเป็นองค์ประกอบหลักในการพิจารณา ทำให้เกิดเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมการรัก และเกิดความเสมอภาคแก่มนุษย์ทุกคนที่จะได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่โดยชอบด้วยกฎหมายของรัฐอย่างเท่าเทียมกัน

ดังนั้น การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็ความรักในรูปแบบใด เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติ อันเป็นสิทธิที่รัฐจะต้องให้การรับรองและคุ้มครองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่มนุษย์ในทุกรูปแบบของความรัก ซึ่งรวมไปถึงการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ในประเทศไทยด้วย ไม่ใช่แต่จะมีเฉพาะกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักต่างเพศที่รัฐให้สิทธิในการจดทะเบียนสมรสกันได้กับรูปแบบความรักรูปแบบนี้เพียงรูปแบบเดียวเท่านั้น แต่ต้องรวมถึงการที่รัฐต้องออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วย

5.2 แนวทางการนำกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันของต่างประเทศเพื่อนำมาปรับใช้กับรูปแบบกฎหมายภายในของประเทศไทย

5.2.1 โครงสร้างกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่มนุษย์ของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร

คำถามต่อมาหากประเทศไทยจะออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันแล้วจะออกกฎหมายในรูปแบบใด และมีลักษณะเนื้อหาของกฎหมายอย่างไร คำถามในประเด็นนี้ต้องวิเคราะห์บริบทกฎหมายของต่างประเทศ และนำรูปแบบของกฎหมายต่างประเทศมาเป็นแนวทางในการพิจารณาให้มีความเหมาะสมกับระบบกฎหมายของไทยโดยคำนึงถึงสภาพสังคมและวัฒนธรรม เพื่อให้การออกแบบโครงสร้างกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเป็นกฎหมายที่เหมาะสมกับสภาพของสังคมไทยต่อไป เนื่องจากกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่ได้มีการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน

ให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันก็มีรูปแบบและลักษณะของกฎหมายที่แตกต่างกันออกไปตามโครงสร้างของระบบกฎหมายของประเทศนั้นๆ รวมไปถึงแนวความคิดจากสภาพสังคมที่เป็นอยู่ของประเทศเหล่านั้นด้วย เช่นเดียวกันกับประเทศไทยที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนั้นรูปแบบของกฎหมายต่างประเทศที่จะนำมาพิจารณาเป็นต้นแบบนั้นต้องเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายที่คล้ายคลึงกับประเทศไทยนั่นก็คือ กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน โดยวิเคราะห์ให้เห็นถึงรูปแบบของกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันของทั้งสองประเทศ ว่าทั้งสองประเทศนั้นมีโครงสร้างของกฎหมายดังกล่าวนั้นอย่างไร โดยศึกษาถึงทฤษฎีโครงสร้างในทางกายภาพของตัวบทกฎหมาย เริ่มจากกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันของประเทศฝรั่งเศส โดยในประเทศฝรั่งเศสนั้นรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ รัฐได้ให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่ความรักในทุกรูปแบบ โดยไม่ได้นำเรื่องเพศสรีระมาเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาให้การรับรอง ทำให้การสมรสภายใต้กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสเป็นการสมรสที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของมนุษย์สองคนที่มีความรักให้แก่กันและมีความประสงค์จะใช้ชีวิตคู่ร่วมกันเท่านั้น⁶⁶⁴

จากการศึกษาพบว่าแนวคิดของประมวลแพ่งของฝรั่งเศสนั้นมีรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ โดยมีลักษณะที่แตกต่างหากจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ และแตกต่างหากจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ ด้วยเหตุผลที่ว่า หลักเกณฑ์ รูปแบบ และวัตถุประสงค์ของการสมรสทั้งสามรูปแบบมีความแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง โดยรูปแบบการสมรสภายใต้เงื่อนไขของรัฐนั้น มีขึ้นเพื่อการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่มนุษย์ เป็นเรื่องระหว่างรัฐกับประชาชน⁶⁶⁵ ดังนั้นหากรัฐออกกฎหมายมาเพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตให้แก่คู่รักที่เป็นชายกับหญิงที่มีความรักในรูปแบบนี้เท่านั้น ก็จะเป็นการกระทำที่ขัดต่อสิทธิของกลุ่มคนที่มีความรักในรูปแบบที่แตกต่าง ดังนั้น รัฐบาลฝรั่งเศสจึงมีความเห็นชอบที่จะแก้ไขกฎหมายสมรสที่มีอยู่ให้ครอบคลุมการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในบริบทของความรักรูปแบบอื่นๆ ที่แตกต่างออกไปด้วย โดยใช้กฎหมายเดียวกันกับทุกคน โดยไม่มีเงื่อนไขเรื่องเพศสรีระมาเป็นอุปสรรคขวางกั้น⁶⁶⁶

⁶⁶⁴ Robert Wintemute, *op. cit.*, p. 87.

⁶⁶⁵ A. E. Anton and L. Neville Brown, *Introduction to French Law* (Oxford University Press, 1967), p. 246.

⁶⁶⁶ Karen Reid, *op. cit.*, p. 342.

ดังนั้น รูปแบบของการจดทะเบียนสมรสของประเทศฝรั่งเศสจึงเป็นลักษณะของการจดทะเบียนสมรสของทุกคนด้วยกฎหมายฉบับเดียวกันอย่างเสมอภาค ไม่ได้แบ่งเพศสภาพของผู้มีสิทธิใช้กฎหมายแต่ประการใด เหตุที่ประมวลแพ่งของฝรั่งเศสสามารถกระทำการแก้ไขกฎหมายในตัวบทของกฎหมายแพ่ง เพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ให้กับคู่รักในทุกรูปแบบนั้น ก็เป็นเพราะระบบกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสไม่ได้วางรากฐานรากของกฎหมายเป็นลักษณะของกฎหมายครอบครัวที่ต้องมีการผูกพันต่อเนื่องกันไปต่อของความเป็นครอบครัวในฐานะบิดามารดาและบุตรรวมกันอยู่ด้วยในบรรพเดียวกันเหมือนอย่างเช่นกฎหมายแพ่งเยอรมันและกฎหมายแพ่งของไทย กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแยกเรื่องการสมรส ออกมาเป็นเรื่องๆ โดยแยกต่างหากจากเรื่องสิทธิและหน้าที่ของความเป็นบิดามารดาและบุตร และเรื่องมรดก ทำให้กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่ได้ยึดติดกับเรื่องของเพศสรีระของคู่ที่สมรส ที่จะต้องมีสถานะของความเป็นบิดาและมารดาในภายภาคหน้า และไม่เป็นการเชื่อมกับความ เป็นบิดามารดาและบุตรสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร อันเกิดจากการที่กฎหมายแยกเรื่อง ออกจากกัน ทำให้สถานะของความเป็นสามีภริยา และความเป็นบิดามารดาและบุตรถูกแยกหน้าที่ ออกจากกันอย่างสิ้นเชิง โดยขอเรียกรูปแบบประมวลแพ่งฝรั่งเศสในลักษณะนี้ว่า ระบบกฎหมาย สมรส

ดังนั้นส่งผลให้ประมวลแพ่งของฝรั่งเศสสามารถแก้ไขได้เลยในตัวบทกฎหมาย ในเรื่องของผู้ที่ ได้รับสิทธิในการจดทะเบียนสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ⁶⁶⁷ และสามารถให้การรับรองสถานะในการใช้ ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่คู่รักที่มีความรักโดยไม่คำนึงถึงเพศสรีระมาเป็นองค์ประกอบ ด้วย⁶⁶⁸

หลักการนี้มีความแตกต่างจากกฎหมายแพ่งของเยอรมัน เพราะจากการศึกษาพบว่าระบบ กฎหมายแพ่งของเยอรมันมีการวางรูปแบบของกฎหมายที่แตกต่างจากประมวลแพ่งของฝรั่งเศส โดยเฉพาะการวางรูปแบบของกฎหมายในลักษณะของกฎหมายครอบครัวที่จะพบลักษณะเช่นนี้ได้ เฉพาะในประมวลแพ่งของเยอรมันเท่านั้น โดยมีการวางลักษณะของกฎหมายเรื่องการสมรส และ ความเป็นบิดามารดาและบุตร สิทธิและหน้าที่ในความเป็นบิดามารดาและบุตรไว้ในบรรพเดียวกัน ดังนั้นจึงมีผลต่อความหมายของคำว่า การสมรสที่ต้องผูกพันและเชื่อมโยงกับความเป็นสถาบัน ครอบครัว ที่จะให้ความหมายถึงการที่ชายและหญิงที่มีความสมัครใจที่จะใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในฐานะของ ความเป็นสามีและภริยา และส่งผลต่อการมีสถานะของความเป็นบิดาและมารดาในภายภาคหน้า และ ยังส่งผลไปต่อการมีสิทธิและหน้าที่ของความเป็นบิดามารดาและบุตรสืบต่อไปด้วย การสมรสใน

⁶⁶⁷ Article 143 du code civil “Le mariage est contracté pas deux personnes de sexe différent ou de même sexe”

⁶⁶⁸ A. E. Anton and L. Neville Brown, *op. cit.*, p. 298.

ความหมายของประมวลแพ่งเยอรมันจึงมีลักษณะที่เกิดขึ้นได้กับมนุษย์ที่มีเพศสรีระชายกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระหญิงเท่านั้น เพราะความเป็นสามีและภริยาของบุคคลทั้งสองจะนำมาซึ่งความเป็นบิดาและมารดาอันเป็นวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการรากฐานกฎหมายครอบครัวของเยอรมันต่อไป โดยขอเรียกรูปแบบประมวลแพ่งของเยอรมันในลักษณะนี้ว่า ระบบกฎหมายครอบครัว

ดังนั้น หากคู่รักที่มีเพศเดียวกันในประเทศเยอรมันจะมาขอรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ กฎหมายของประเทศเยอรมันก็จะรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้ โดยมีกฎหมายอีกฉบับชื่อว่า Acts on Life Partnership ซึ่งเป็นกฎหมายที่แตกต่างหากจากประมวลแพ่งของเยอรมันที่ใช้เฉพาะการจดทะเบียนสมรสของคู่รักที่มีเพศสรีระเป็นชายและที่มีเพศสรีระเป็นหญิง และจะเรียกสถานะของบุคคลทั้งสองที่มีเพศสรีระเดียวกันนี้ว่า คู่ชีวิตไม่ใช่คู่สมรส แต่อย่างไรก็ตามสถานะของความเป็นคู่สมรสและคู่ชีวิตก็มีความเท่าเทียมกันในประเด็นของสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมาย แม้จะอยู่ภายใต้กฎหมายคนละฉบับกันก็ตาม เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะ กฎหมายแพ่งของเยอรมันวางอยู่บนรากฐานของทฤษฎีรูปแบบการสมรสทั้งสามรูปแบบที่มีความแตกต่างกัน โดยวัตถุประสงค์ของการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ คือการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่มนุษย์ จึงเป็นเหตุให้เมื่อรัฐจะออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่มนุษย์ขึ้นมาแล้วก็ต้องให้สิทธิและหน้าที่อย่างเท่าเทียมกัน แม้การรับรองจะเกิดขึ้นจากกฎหมายคนละฉบับกันก็ตาม

จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันจะใช้คำว่า “สมรส” เฉพาะในรูปแบบของคู่รักที่เป็นชายกับหญิงเท่านั้น แต่ถ้าคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันก็จะได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่จากรัฐด้วยการจดทะเบียนคู่ชีวิตหรือบันทึกคู่ชีวิต โดยที่การรับรองทั้งสองรูปแบบไม่ว่าจะในลักษณะของการจดทะเบียนสมรสหรือจดทะเบียนคู่ชีวิต ก็เป็นการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของรัฐและได้สิทธิประโยชน์ต่างๆ จากรัฐในทางกฎหมายโดยเท่าเทียมกันทุกประการ

ประกอบกับการที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมีบทบาทสำคัญเป็นอย่างมาก เพราะเคยมีคำพิพากษาในเดือน กรกฎาคม พ.ศ.2545 โดยเนื้อหาของคำพิพากษานั้นได้กล่าวถึงการที่รัฐได้รับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันว่าชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และไม่ขัดต่อหมวดที่ว่าด้วยการปกป้องคุ้มครองคู่สมรสและสถาบันครอบครัว และการที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมีคำพิพากษาคุ่มครองและสนับสนุนสิทธิในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมาโดยตลอด รวมไปถึงการมีคำพิพากษาเพื่อให้สิทธิประโยชน์ต่างๆ ในทางกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันทุกประการกับคู่สมรสที่ได้จดทะเบียนสมรส อาจเป็นอีกสาเหตุหนึ่งที่ทำให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ต้องการที่จะยกระดับของการเรียกร้องไปสู่การจดทะเบียนสมรสเฉกเช่นคู่รักชายและหญิง ดังนั้นด้วยเหตุผลดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นทำให้ในปัจจุบัน

ประเทศเยอรมันยังไม่ออกกฎหมายที่อนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนสมรสกันได้ กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันของเยอรมันที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ในลักษณะของการจดทะเบียนคู่ชีวิตนั้นไม่สามารถเปลี่ยนสถานะให้เป็นการจดทะเบียนสมรสดังเช่นลักษณะของคู่รักที่มีเพศที่ต่างกันได้เลย เนื่องจากแนวคิดของการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่วางอยู่บนรากฐานของกฎหมายครอบครัวที่ต้องเกิดขึ้นจากการสมรสของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงเท่านั้น อันเป็นจุดเริ่มต้นของความความเป็นครอบครัว โดยความเป็นสามีและภริยาของบุคคลทั้งสองนี้คือผู้ที่จะกลายมาเป็นบิดาและมารดาตามแนวคิดของการวางรากฐานกฎหมายครอบครัวของเยอรมัน

5.2.2 ข้อจำกัดในเรื่องโครงสร้างทางกายภาพของตัวบทกฎหมาย

การวิเคราะห์ตามทฤษฎีโครงสร้างทางกายภาพของตัวบทกฎหมายเพื่อให้เห็นว่าการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในประเทศไทย จะต้องมิในลักษณะใดเพื่อที่จะเป็นการเหมาะสมกับสภาพสังคมไทยและไม่กระทบกับสภาพของตัวบทกฎหมายที่มีอยู่แต่เดิมของไทย การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์นั้น โดยหลักการแล้วรัฐจะต้องรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันภายใต้กฎหมายฉบับเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็ความรักในรูปแบบใดก็ตาม เพื่อให้เกิดความเสมอภาค และเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของรูปแบบการสมรสตามเจ็อนไขของรัฐ หากแต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันหากพิจารณาแล้วจะพบว่า การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่มนุษย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งฉบับนี้มีลักษณะเป็นการวางรากฐานของกฎหมายให้อยู่ในลักษณะของระบบกฎหมายครอบครัว ดังเช่นประมวลแพ่งเยอรมันนี้ โดยมีการแบ่งออกมาเป็น 3 ลักษณะ คือ ลักษณะ 1 การสมรส ลักษณะ 2 บิดามารดาและบุตร ลักษณะ 3 ค่าอุปการะเลี้ยงดู ซึ่งทั้ง 3 ลักษณะมีความเชื่อมโยงกันเป็นสายใยระหว่างลักษณะที่ 1 จนถึงลักษณะที่ 3 โดยเริ่มจากการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่รักที่มีเพศสภาพเป็นชายและเพศสภาพเป็นหญิงในรูปแบบของการจดทะเบียนสมรส ก็ให้เกิดความเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุคคลทั้งสองเพื่อนำไปสู่สถานะของความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตรต่อไปในภายหน้า⁶⁶⁹

ดังนั้น ลักษณะโดยทั่วไปทางกายภาพของตัวบทในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว มีสภาพที่เป็นกฎหมายที่สร้างขึ้นมากเพื่อการก่อสร้างตัวของความเป็นสามีและภริยา และเชื่อมโยงไปสู่สายใยแห่งความเป็นบิดามารดาและบุตรในภายหน้าอันเป็นการเชื่อมโยงตาม

⁶⁶⁹ ขาดิชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552), หน้า 11.

โครงสร้างทางกายภาพของตัวบทกฎหมาย หากประเทศไทยจำเป็นต้องออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันแล้ว ต้องวิเคราะห์ให้ดีว่าหากมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับนี้ เพื่อให้สิทธิดังกล่าวเกิดขึ้นกับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วยแล้วนั้น อาจเป็นการกระทบกระเทือนถึงรูปแบบและลักษณะอันเป็นเจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้ที่ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ก็เป็นไปได้เพราะโครงสร้างของกฎหมายฉบับซึ่งนี้มีลักษณะที่เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อการสมรสของคู่รักชายและหญิงที่มีลักษณะทางโครงสร้างในทางวัฒนธรรมและประเพณีดั้งเดิมของไทยตามรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อของไทยเป็นหลักอยู่ด้วย ประเพณีการแต่งงานเป็นสัญลักษณ์ของสร้างสถาบันครอบครัวของไทยที่สืบทอดกันมาอย่างยาวนาน ซึ่งคู่รักที่มีเพศสภาพชายและหญิงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของประเพณีนี้ ทำให้ประเพณีแต่งงานของไทยเป็นสัญลักษณ์ของการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ ตามรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ และรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อด้วย⁶⁷⁰ ทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวฉบับนี้ เป็นกฎหมายที่สามารถใช้เพื่อการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศสภาพเป็นชายและหญิงได้เท่านั้น อันเป็นการผสมผสานระหว่างรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ และรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐได้อย่างลงตัว ซึ่งหากมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายฉบับนี้ได้เหมือนคู่รักต่างเพศอาจเป็นการกระทบกระเทือนโครงสร้างในทางวัฒนธรรมและประเพณีดั้งเดิมของไทย รวมไปถึงกระทบต่อโครงสร้างของตัวบทในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ทั้ง 3 ลักษณะด้วย

ประกอบกับข้อจำกัดในเรื่องโครงสร้างทางกายภาพของรัฐธรรมนูญ ที่กล่าวถึงรูปแบบการปกครองภายใต้ระบบนิติรัฐ และหลักนิติธรรม และได้กล่าวถึงสิทธิของพลเมือง อาทิ การกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 30 ที่บัญญัติไว้ว่า

“วรรคหนึ่ง บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายเท่าเทียมกัน

⁶⁷⁰ ทองเปลว ชลภูมิ และคณะนิติบัณฑิต, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว (พระนคร: โรงพิมพ์อักษรนิติ, 2478), หน้า 86.

วรรคสอง ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

วรรคสาม การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

วรรคสี่ มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกันกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

จะเห็นได้ว่าหลักการในเรื่องสิทธิของพลเมืองที่ได้กล่าวมาข้างต้น รัฐได้มีการจำแนกประเภทของพลเมืองออกเป็น 3 ประเภทด้วยกัน กล่าวคือ ประเภทแรก ซึ่งบัญญัติไว้ในวรรคหนึ่งแสดงให้เห็นถึงความเป็นหลักการที่สำคัญของแนวคิดนี้ เป็นคำที่มีลักษณะกว้างๆ ซึ่งถือว่าเป็นหลักการใหญ่ของทั้งหมด คือคำว่า “บุคคล” ประเภทที่สอง บัญญัติไว้ในวรรคสองแสดงให้เห็นถึงความเป็นหลักการที่สำคัญอีกประการที่ชัดเจนยิ่งขึ้นโดยเฉพาะเจาะจงของแนวคิดนี้ คือ “ชาย หญิง” โดยให้บุคคลทั้งสองมีสิทธิเท่าเทียมกัน สิ่งเหล่านี้ย่อมแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญให้อิทธิพลกับแนวคิดแบบสมัยใหม่ โดยได้มีการนำแนวคิดดังกล่าวมาอธิบายเป็นกระแสหลักของแนวคิดสมัยใหม่ โดยเฉพาะการที่รัฐธรรมนูญให้นิยามความหมายของคำว่าเพศของพลเมืองตามแนวคิดในทางวิทยาศาสตร์ ประเภทที่สาม ซึ่งบัญญัติไว้ในวรรคสามแสดงให้เห็นถึงการขยายความของความเป็นหลักการที่สำคัญของวรรคหนึ่งและวรรคสอง ในเรื่องสิทธิของพลเมือง คือ ในส่วนที่บัญญัติว่า ความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้ แสดงให้เห็นว่าบุคคลกลุ่มนี้เป็นกลุ่มที่มีลักษณะเฉพาะที่รัฐมุ่งคุ้มครองเป็นพิเศษมากกว่าบุคคลประเภทอื่นๆ จึงจำเป็นต้องมีการขยายความหรือให้รายละเอียดไว้เป็นการเฉพาะ

ต่อมารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่กำลังดำเนินการโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ซึ่งอยู่ในขั้นตอนและกระบวนการในการร่าง ก็ได้บัญญัติหลักการดังที่ได้กล่าวมานี้เช่นกัน โดยได้บัญญัติไว้ใน

มาตรา..... ความว่า

“วรรคหนึ่ง บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายเท่าเทียมกัน

วรรคสอง ชายและหญิงมีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกัน

วรรคสาม การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ เพศสภาพ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้

วรรคสี่ มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกันกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหลักการในเรื่องสิทธิของพลเมืองและการแบ่งประเภทของพลเมืองที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมีความคล้ายคลึงกัน แต่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่กำลังอยู่ในขั้นตอนและกระบวนการในการร่างนั้นมีการบัญญัติคำว่า เพศสภาพ เพิ่มเข้ามาในวรรคสาม ซึ่งเป็นการขยายความ หรือการอธิบายเพิ่มเติมของความเป็นหลักการที่สำคัญของทั้งวรรคหนึ่งและวรรคสองในเรื่องสิทธิของพลเมือง สิ่งที่เกิดขึ้นดังกล่าวมานั้นแม้จะทำให้เห็นว่ารัฐต้องการแสดงถึงความเท่าเทียมกันของบุคคลภายใต้กฎหมายเดียวกันก็จริง แต่ก็มีสิ่งหนึ่งที่รัฐเห็นว่ามี ความไม่เท่าเทียมกันอยู่ นั่นก็คือ “โอกาส” ซึ่งโอกาสเป็นอุปสรรคในการดำรงชีวิตอย่างหนึ่ง ซึ่งรัฐต้องส่งเสริมทำให้รัฐต้องมีการบัญญัติคุณลักษณะเฉพาะของบุคคลลงไปอีกครั้งในวรรคสามและวรรคสี่ เพื่อเป็นการรับรองหลักการในการส่งเสริมโอกาสให้เกิดขึ้นอย่างชัดเจน

ดังนั้น ในประเด็นดังที่ได้กล่าวมานี้แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 และร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ที่กำลังอยู่ในกระบวนการร่างของคณะกรรมการในปัจจุบันั้น ก็ยังมองเห็นบุคคลหรือพลเมืองตามแนวคิดแบบสมัยใหม่อยู่ กล่าวคือ การให้หลักการทางวิทยาศาสตร์เป็นสาระสำคัญ ซึ่งหลักการทางวิทยาศาสตร์ได้มีการจำแนกเพศของมนุษย์ออกตามโครโมโซม โดยได้แยกออกเป็นชายและหญิงเป็นกระแสหลัก หรือบททั่วไป และยังมี การบัญญัติวรรคสามเป็นการเฉพาะหรือข้อยกเว้นที่เป็นการขยายความ ของวรรคหนึ่งและวรรคสองอีกครั้ง ซึ่งการกระทำในลักษณะดังกล่าวนี้เป็น การเริ่มยอมรับอิทธิพลของแนวคิดหลังสมัยใหม่เข้ามาบ้าง ประกอบกับในเรื่องของความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความเห็นทางการเมือง และที่ไปไกลกว่านั้น ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้มีการบัญญัติคำว่า เพศสภาพ ไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งหมายความว่าแนวความคิดแบบสมัยใหม่ถูกยึดหยุ่น และถูกผ่อนคลายลงมาจากแนวคิดกระแสหลัก และยอมรับในความมีอยู่จริงของกลุ่มคนที่มีลักษณะ

การดำเนินชีวิตที่แตกต่างเป็นกระแสรองที่รัฐต้องส่งเสริมโอกาส และการส่งเสริมโอกาสของคนกลุ่มนี้ของรัฐ รัฐธรรมนูญก็ไม่ให้มองว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลกลุ่มนี้ด้วย ซึ่งแสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญยังยอมรับการแบ่งประเภทของพลเมืองออกเป็นชายและหญิงซึ่งเป็นกระแสหลัก จึงมีการบัญญัติไว้ในวรรคสอง นั่นคือ อิทธิพลความคิดแบบสมัยใหม่ที่ยังทรงอิทธิพลอยู่และรัฐธรรมนูญเองก็ยอมรับในความแตกต่างโดยการขยายโอกาสให้ผู้ที่มีความแตกต่างทางความคิด พฤติกรรม หรือสภาพร่างกายเป็นกระแสรอง ซึ่งกระแสรองนี้หมายความว่ารวมถึง กลุ่มคนที่มีเพศวิถีที่แตกต่างไว้ในวรรคสามด้วย

ดังนั้น แนวคิดในการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว โดยการแก้ไขจากเดิมที่ใช้คำว่าชายหญิงมาเป็นบุคคลสองคน แนวคิดนี้จึงเป็นแนวคิดที่เน้นการถอนหรือโครงสร้างทางกายภาพของกฎหมายมากกว่าแนวคิดที่มีความต้องการเปิดพื้นที่เพื่อให้เกิดสิทธิในทางกฎหมาย แนวคิดในการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว จึงเป็นการขัดต่อเจตนาของรัฐธรรมนูญ เพราะในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 และร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ฉบับปัจจุบัน ที่ยังคงอยู่ในขั้นตอนและกระบวนการในการร่าง ก็ยังคงยึดหลักการเดิม โดยแบ่งประเภทของพลเมืองออกเป็น 3 ประเภท ตามบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสามวรรค ซึ่งวรรคแรกกล่าวถึงบททั่วไป โดยกล่าวถึงบุคคลทุกคนมีความเสมอภาคกันในทางกฎหมายซึ่งถือเป็นหลักการใหญ่ ประเภทที่สอง ซึ่งถือเป็นหลักการใหญ่อีกประเภทหนึ่งที่บัญญัติอยู่ในวรรคสองได้แบ่งประเภทของบุคคลออกเป็นชาย หญิงโดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า เมื่อรัฐต้องการจะแบ่งเพศของประชากร ยังแบ่งออกมาเป็นเพียงแค่สองเพศเท่านั้นตามแนวคิดแบบตะวันตกที่อิงแนวคิดในทางวิทยาศาสตร์ เรื่องโครโมโซม ออกมาเป็นชายหญิง แม้วรรคสามจะได้ใส่เรื่องเพศสภาพเข้าไปโดยห้ามมิให้รัฐเลือกปฏิบัติกับคนกลุ่มนี้ แต่คำว่าเพศสภาพในร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็หมายความว่าถึงวิถีทางเพศของบุคคลเพศชายและเพศหญิงที่ปรากฏออกมา อาทิ กลุ่มคนที่มีเพศวิถีไม่ตรงกับเพศสรีระโดยกำเนิดของตนหรือกลุ่มคนที่มีเพศวิถีที่ไม่ตรงกับความสำเร็จของคนในสังคมส่วนใหญ่นั้นเอง และรัฐต้องมีการจัดอุปสรรคและส่งเสริมโอกาสให้แก่กลุ่มคนที่มีความแตกต่างเหล่านี้ด้วยซึ่งผลของวรรคสามและวรรคสี่ของรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับนี้ จะส่งผลดีต่อกับกลุ่มคนเหล่านี้ ก็เท่ากับว่ารัฐธรรมนูญเองบังคับรัฐให้ออกกฎหมายเพื่อจัดอุปสรรคและส่งเสริมโอกาสโดยการเปิดพื้นที่ให้พวกเขา การกระทำดังกล่าวไม่ได้หมายความว่ารัฐต้องรื้อถอนคำว่าชายและหญิงออกไปจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ซึ่งเป็นกฎหมายหลักแต่อย่างใด เพียงแต่เปิดพื้นที่ในทางกฎหมายให้ครอบคลุมถึงกลุ่มคนที่มีความแตกต่างดังกล่าว ซึ่งในประเด็นดังกล่าวมานี้วิเคราะห์แล้วเห็นว่า การแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว แม้จะเป็นสิ่งที่ดี เพราะจะทำให้เกิดสิทธิที่จะครอบคลุมดูแลเกี่ยวกับการสมรสของคู่รักชายหญิง แต่ปัญหาที่ตามมาก็คือ รัฐจะเห็นด้วยกับแนวทางที่เป็นการถอนหรือคำว่า ชาย

หญิงออกจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว แบบถอนรากถอนโคน หรือไม่ และอีกประการหนึ่งคือ การถอนหรือคำว่าชายหญิงออกไปจากระบบกฎหมายครอบครัวที่มีมาแต่เดิมของไทยก็จะเป็นการขัดกับเจตนาของรัฐธรรมนูญโดยสิ้นเชิง

เพราะฉะนั้นหากประเทศไทยต้องการที่จะออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ให้แก่คู่รักในทุกรูปแบบของความรัก โดยไม่คำนึงถึงเพศสรีระมาเป็นองค์ประกอบนั้น ควรออกกฎหมายแยกต่างหากอีกฉบับดังเช่นแนวคิดของประเทศเยอรมัน เพราะโครงสร้างในทางกฎหมายของไทยและโครงสร้างในทางกฎหมายของเยอรมันมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน นั่นก็คือ ระบบกฎหมายครอบครัว โดยกฎหมายที่จะบัญญัติขึ้นใหม่นั้นจะต้องมีลักษณะที่เป็นการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันต่างหากออกมาเป็นเอกเทศ เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อมิให้เป็นการกระทบกระเทือนต่อโครงสร้างของระบบกฎหมายครอบครัวของไทยที่มีอยู่แต่ก่อนแล้ว และไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงวัฒนธรรมและความเชื่อในเรื่องประเพณีการแต่งงานของไทยที่มีมาแต่เดิม ประกอบกับไม่เป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญด้วย

ประกอบกับการเปิดพื้นที่ให้ได้รับสิทธิในทางกฎหมายให้แก่บุคคลที่เพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน โดยการแยกกฎหมายออกมาอีกฉบับในลักษณะของพระราชบัญญัตินั้น จากการวิเคราะห์ของผู้วิจัยแล้ว สถานะในทางกฎหมายของพระราชบัญญัติก็มีฐานะในทางกฎหมายอย่างเสมอภาคกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีศักดิ์และสิทธิในความเป็นกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ได้มีสถานะแตกต่างกันแต่อย่างใด สิ่งเหล่านี้รวมไปถึงทะเบียนคู่อชีวิตตามพระราชบัญญัติที่แยกออกมาฉบับนี้ก็มิมีสถานะเท่าเทียมกับทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นกัน เพราะทะเบียนคู่อชีวิตและทะเบียนสมรสต่างก็เกิดขึ้นมาจากกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์เดียวกันไม่ได้มีความแตกต่างกันในเชิงสถานะแต่อย่างใด ดังนั้นจึงไม่ควรไปยึดติดกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพียงเพราะมองว่ามีความเท่าเทียมกันในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่รักต่างเพศหรือรักเพศเดียวกันที่ต้องใช้กฎหมายฉบับเดียวกันเหมือนอย่างเขาเท่านั้น และไม่ควรไปยึดติดว่าคุณจะต้องได้ทะเบียนสมรสเหมือนคู่รักต่างเพศ เพียงเพราะคำว่า “ทะเบียนสมรส” เหมือนอย่างเขาเท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคืออย่าไปยึดติดแต่เพียงว่า “อยากได้อันเดียวกันเหมือนกับเขาหรืออยากมีอันเดียวกันเหมือนที่เค้ามี”

5.3 สิทธิในทางกฎหมายภายหลังจากการจดทะเบียนรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

หากต่อมาเมื่อประเทศไทยได้ออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในลักษณะของกฎหมายพิเศษอีกฉบับ แยกต่างหากจากประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวที่เป็นการจดทะเบียนสมรสของคู่รักที่มีเพศสภาพเป็นชายและหญิงแล้ว สิ่งที่สำคัญประการต่อมาก็คือ การได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ภายหลังจากการที่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐแล้ว สิทธิประโยชน์ต่างๆ เหล่านั้นจะมีมากน้อยเพียงใด และจะได้รับเท่าเทียมกับคู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้การใช้กฎหมายคนละฉบับ อาจต้องพบกับอุปสรรคในเรื่องของการตีความความหมายของคำว่าคู่สมรสในบริบทของกฎหมายต่างๆ ที่จะหมายความรวมถึงถึงกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันด้วยหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้จะต้องมีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในกฎหมาย โดยต้องให้คำจำกัดความและเพิ่มนิยามความหมายของคำว่าคู่สมรสที่อยู่ในบริบทของกฎหมายต่างๆ จะต้องมีความหมายรวมถึงคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในทางกฎหมายด้วย จึงจะส่งผลให้การได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ จากกฎหมายเหล่านั้นครอบคลุมถึงคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในทางกฎหมาย ประกอบกับสิทธิของความเป็นคู่สมรสหรือความเป็นสามีภริยาที่มีความเกี่ยวพันกันนั้นต้องสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้ โดยอนุโลม กับกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน และการนำมาปรับใช้ร่วมกันได้อย่างเหมาะสมนั้นก็ต้องเกิดขึ้นได้ทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติที่ต้องอยู่ภายใต้เพศสภาพและความเป็นไปได้ในทางสรีระของผู้ที่ใช้กฎหมายด้วย และศึกษาแยกให้เห็นถึงตัวบทกฎหมายต่างๆ ที่มีความเกี่ยวข้องและเชื่อมโยงกันในทุกระดับ โดยเฉพาะกฎหมายที่ได้กล่าวถึงสิทธิของการมีสถานะเป็นคู่สมรส ประกอบกับสิทธิต่างๆ ที่ได้รับภายหลังจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยต้องวิเคราะห์ให้เห็นว่ากฎหมายต่างๆ เหล่านั้น มีความเกี่ยวพันและสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้อย่างเหมาะสมกับกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้โดยอนุโลม และการนำมาปรับใช้ร่วมกันได้อย่างเหมาะสมนั้นจะต้องมีความเป็นไปได้ทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ ที่ต้องอยู่ภายใต้เพศสภาพและความเป็นไปได้ในทางสรีระของผู้ที่ใช้กฎหมายด้วย แต่อย่างไรก็ตามก็ยังมีกฎหมายบางฉบับที่ไม่สามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้เนื่องจากข้อจำกัดในเรื่องเพศสภาพและความเป็นไปได้ในทางสรีระของผู้ที่ใช้กฎหมาย ซึ่งในประเด็นนี้ได้ทำการแยกประเภทของกฎหมายต่างๆ ที่กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องฉบับต่างๆ มาอธิบาย เพื่อให้เกิดความเป็นไปได้และสามารถนำมาปรับใช้ได้จริงหลังจากที่ประเทศไทยได้ออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

5.3.1 สิทธิของความเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้กับกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้โดยอนุโลม

5.3.1.1 สิทธิตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ.2478

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิและหน้าที่ของความเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายฉบับแรกคือ พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ.2478 ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ถือเป็นจุดเริ่มต้นของการได้รับการรับรองสถานะในการเป็นคู่สมรส เพราะกฎหมายฉบับนี้ได้กล่าวถึงขั้นตอนและกระบวนการที่เป็นวิธีบัญญัติของการจดทะเบียนครอบครัว ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการจดทะเบียนรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่เอกชนในรัฐ จะต้องนำไปปฏิบัติตามให้เกิดเป็นรูปธรรม ทำให้พระราชบัญญัติฉบับนี้มีฐานะเป็นกฎหมายที่ก่อกำเนิดสถาบันครอบครัวที่ถูกรับรองสถานะความชอบด้วยกฎหมายโดยภาครัฐ ส่งผลให้กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติที่มีความสอดคล้องกับกระบวนการที่เป็นไปตามแนวทางของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว และเป็นที่มาของกฎกระทรวง และระเบียบต่างๆ ที่กล่าวถึงหลักเกณฑ์และกระบวนการของการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่รัฐในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่เอกชนในรัฐ หากเป็นดังเช่นที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น กระบวนการและขั้นตอนในทางสบัญญัติของพระราชบัญญัติฉบับนี้ก็ควรที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีของกฎหมายที่ให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วย

5.3.1.2 สิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยในกฎหมายฉบับนี้ได้กล่าวถึงสิทธิที่ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 หลักทั่วไป ลักษณะ 2 บุคคล หมวด 1 บุคคลธรรมดา ส่วนที่ 2 ความสามารถ โดยได้กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรสของบุคคลวิกลจริต ในการร้องขอต่อศาล ให้ศาลสั่งให้คู่สมรสของตนที่เป็นบุคคลวิกลจริตผู้นั้นเป็นคนไร้ความสามารถ และเมื่อคู่สมรสซึ่งศาลได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถแล้ว ต้องจัดให้อยู่ในการอนุบาล การแต่งตั้งผู้อนุบาล อำนาจหน้าที่ของผู้อนุบาลและความสิ้นสุดของความเป็นผู้อนุบาล ให้เป็นไปตามบทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁶⁷¹ รวมไปถึงสิทธิในการร้องขอต่อศาลขอให้คู่สมรสอีกฝ่ายของตนเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ

⁶⁷¹ มาตรา 28 “บุคคลวิกลจริตผู้ใด ถ้าคู่สมรสก็ดี ผู้บุพการีกว่าคือ บิดา มารดา ปู่ย่า ตายาย ผู้สืบสันดานกล่าวคือ ลูก หลาน เหลน ลี้อก็ดี ผู้ปกครองหรือผู้พิทักษ์ก็ดี ผู้ซึ่งปกครองดูแลบุคคล

ฝ่ายของตนได้หายไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่เป็นระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด สิทธิของคู่สมรสอีกฝ่ายก็อยู่ในฐานะของผู้มีส่วนได้เสียในการร้องขอต่อศาลให้ศาลสั่งให้คู่สมรสของตนเป็นคนسابสุญได้⁶⁷⁴

หลักกฎหมายที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส โดยในมาตรา 28 นั้นเป็นสิทธิที่คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิร้องขอต่อศาลให้คู่สมรสอีกฝ่ายของตนซึ่งเป็นคนวิกลจริตให้เป็นคนไร้ความสามารถ รวมถึงมาตรา 32 นั้นเป็นสิทธิที่คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย มีสิทธิร้องขอต่อศาลให้คู่สมรสอีกฝ่ายของตนซึ่งเป็นบุคคลตามมาตราดังกล่าว ให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ รวมถึงสิทธิของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรสตามมาตรา 48 การเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการจัดการทรัพย์สินของผู้ไม่อยู่ซึ่งเป็นคู่สมรสของตน การเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการร้องขอต่อศาลในการจัดการทรัพย์สินของคู่สมรสของตนซึ่งเป็นผู้ไม่อยู่ และมาตรา 61 การเป็นผู้มีส่วนได้เสียร้องขอให้ศาลสั่งให้คู่สมรสของตนเป็นคนسابสุญ ซึ่งสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิที่กฎหมายสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

ต่อมาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 20 ประกันภัย หมวด 3 ประกันชีวิต โดยวางหลักไว้ในเรื่องของการทำประกันชีวิต⁶⁷⁵ ซึ่งเป็นหลักการ

เมื่อเวลาได้ล่วงเลยไปหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้ไม่อยู่นั้นไปเสียจากภูมิลำเนา หรือถิ่นที่อยู่ และไม่มีผู้ใดได้รับข่าวเกี่ยวกับบุคคลนั้นประการใดเลยก็ดี หรือหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้ใดพบเห็นหรือได้ทราบข่าวมาเป็นครั้งหลังสุดก็ดี เมื่อบุคคลตามวรรคหนึ่งร้องขอ ศาลจะตั้งผู้จัดการทรัพย์สินของผู้ไม่อยู่ขึ้นก็ได้”

⁶⁷⁴ มาตรา 61 “ถ้าบุคคลใดไปเสียจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ และไม่มีใครรู้แน่ชัดว่าผู้นั้นยังมีชีวิตอยู่หรือไม่ตลอดระยะเวลาห้าปี เมื่อผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการร้องขอ ศาลจะสั่งให้บุคคลนั้นเป็นคนسابสุญก็ได้

ระยะเวลาตามวรรคหนึ่งให้ลดเหลือสองปี

(1) นับแต่วันที่การรบหรือสงครามสิ้นสุดลง ถ้าบุคคลนั้นอยู่ในการรบหรือสงคราม และหายไปในการรบหรือสงครามดังกล่าว

(2) นับแต่วันที่ยานพาหนะที่บุคคลนั้นเดินทาง อับปาง ถูกทำลาย หรือสูญหายไป

(3) นับแต่วันที่เหตุอันตรายแก่ชีวิตนอกจากที่ระบุไว้ใน (1) หรือ (2) ได้ผ่านพ้นไป ถ้าบุคคลนั้นตกอยู่ในอันตรายเช่นนั้น”

พื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งในเรื่องของการทำประกันชีวิตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็คือ บุคคลผู้เอาประกันจะต้องมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับบุคคลที่เป็นผู้ประกัน หรือตามกฎหมาย ใช้คำว่า ต้องมีส่วนได้เสีย⁶⁷⁶ ซึ่งโดยทั่วไปในกรณีการทำประกันชีวิตนั้นบุคคลที่มีส่วนได้เสียกับบุคคลที่ถูกเอาประกัน อาจมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันในทางใดทางหนึ่ง เช่น ญาติพี่น้องตามสายโลหิต สามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือคู่หมั้นก็อาจเอาประกันชีวิตระหว่างกันได้เพราะมีความผูกพันในทางกฎหมายต่อกัน ดังเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1366/2509 ที่วางหลักไว้เกี่ยวกับการเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ดังนี้

“อ. ผู้เอาประกันชีวิตของตนเองระบุให้ภรรยาของ ส. เป็นผู้รับประโยชน์ อ. เป็นคนยากจนไม่มีเงิน ไม้ใช้ญาติของ ส. โดย ส. จัดการให้ อ. เอาประกันชีวิต โดยที่ ส. เป็นผู้เสียเบี้ยประกันและเป็นผู้รับประโยชน์ ศาลวินิจฉัยว่า ส. เป็นผู้เอาประกันชีวิต อ. โดยไม่มีส่วนได้เสีย ขัดต่อมาตรา 863 ส. ย่อมไม่ได้รับประโยชน์จากกรมธรรม์สัญญานั้น”

ในกรณีระบุบุคคลใดเป็นผู้รับประโยชน์ ผู้เอาประกันชีวิตจะสามารถกำหนดให้ผู้ใดเป็นผู้รับผลประโยชน์ก็ได้⁶⁷⁷ หากการประกันชีวิตเกิดจากบุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียก็ถือว่าไม่ผูกพันต่อคู่สัญญาแต่อย่างใด ดังนั้นหากพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ที่มีจะใช้ชีวิตร่วมกัน และพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานก็ไม่ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในฐานะของคู่สมรส ซึ่งสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 20 ประกันภัย หมวด 3 ประกันชีวิต ที่ได้กล่าวมานี้จึงเป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิที่กฎหมายสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

ต่อมาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มรดก ลักษณะ 2 สิทธิโดยธรรมในการรับมรดก หมวด 2 การแบ่งทรัพย์สินมรดกระหว่างทายาทโดยธรรมในลำดับและชั้นต่างๆ

⁶⁷⁵ มาตรา 899 “ในสัญญาประกันชีวิตนั้น การใช้เงินยืมมาอาศัยความทรงชีพหรือความมรณะของบุคคลหนึ่ง”

⁶⁷⁶ มาตรา 863 “อันสัญญาประกันภัยนั้นมิได้มีส่วนได้เสียในเหตุที่ประกันภัยไว้ในวันไซ้ ท่านว่าย่อมไม่ผูกพันคู่สัญญาแต่อย่างหนึ่งอย่างใด”

⁶⁷⁷ มาตรา 862 “คำว่า ผู้รับประโยชน์ ท่านหมายความว่า บุคคลผู้จะพึงได้รับค่าสินไหมทดแทน หรือรับจำนวนเงินไซ้ให้”

ยังได้กำหนดถึงสิทธิของการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะอยู่ในฐานะทายาทโดยธรรมที่มีสิทธิในการรับมรดกจากการที่คู่สมรสของตนอีกฝ่ายถึงแก่ความตาย⁶⁷⁸ รวมไปถึงในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มรดก ลักษณะ 2 สิทธิโดยธรรมในการรับมรดก หมวด 3 การแบ่งส่วนมรดกของทายาทโดยธรรมในลำดับและชั้นต่างๆ ส่วนที่ 2 คู่สมรส ซึ่งได้กล่าวถึงลำดับและสัดส่วนของการได้รับส่วนแบ่งในมรดกของคู่สมรสฝ่ายที่ถึงแก่ความตายไว้ด้วย โดยคู่สมรสที่ตายที่หลังนั้นจะมีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมที่เป็นคู่สมรสที่มีสิทธิได้รับมรดกของผู้ตายร่วมกับทายาทในลำดับชั้นอื่นด้วย⁶⁷⁹

⁶⁷⁸ มาตรา 1629 “ทายาทโดยธรรมมีหกลำดับเท่านี้ และภายใต้แห่งบังคับมาตรา 1630 วรรคสอง แต่ละลำดับมีสิทธิได้รับมรดกก่อนหลังดังต่อไปนี้ คือ

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

คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นก็เป็นทายาทโดยธรรม ภายใต้บังคับของบทบัญญัติพิเศษแห่งมาตรา 1635”

⁶⁷⁹ มาตรา 1635 “ลำดับและส่วนแบ่งของคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ในการรับมรดกของผู้ตายนั้น ให้เป็นไปดังต่อไปนี้

(1) ถ้ามีทายาทตามมาตรา 1629(1) ซึ่งยังมีชีวิตอยู่หรือมีผู้รับมรดกแทนที่แล้วแต่กรณี คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้น มีสิทธิได้ส่วนแบ่งเสมือนหนึ่งว่าตนเป็นทายาทชั้นบุตร

(2) ถ้ามีทายาทตามมาตรา 1629(3) ถ้าทายาทนั้นยังมีชีวิตอยู่หรือมีผู้รับมรดกแทนที่ หรือถ้าไม่มีทายาทตามมาตรา 1629(1) แต่มีทายาทตามมาตรา 1629(2) แล้วแต่กรณี คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ได้รับมรดกครึ่งหนึ่ง

(3) ถ้ามีทายาทตามมาตรา 1629(4) หรือ (6) และทายาทนั้นยังมีชีวิตอยู่ หรือมีผู้รับมรดกแทนที่ หรือมีทายาทตามมาตรา 1629(5) แล้วแต่กรณี คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ มีสิทธิได้รับมรดกสองส่วนในสาม

(4) ถ้าไม่มีทายาทดังที่ระบุไว้ในมาตรา 1629 คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นได้รับมรดกทั้งหมด”

อีกทั้งยังสิทธิของการเป็นผู้รับประโยชน์ตามสัญญาประกันภัย รวมไปถึงสิทธิหน้าที่ตามสัญญาดังกล่าว⁶⁸⁰ ประกอบกับสิทธิในเงินรายปีของสัญญาประกันภัยดังกล่าวด้วย⁶⁸¹

หลักกฎหมายที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส โดยในมาตรา 1629 เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงการเป็นทายาทโดยธรรมที่มีสิทธิในการได้รับมรดกของเจ้ามรดก เมื่อเจ้ามรดกถึงแก่ความตาย โดยเนื้อหาของสิทธิของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรสอยู่ในวรรคสอง ที่ได้กล่าวถึงสิทธิของการเป็นทายาทโดยธรรมที่เป็นคู่สมรส ที่มีสิทธิที่จะได้มรดกของคู่สมรสของตนเมื่อคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งของตนนั้นได้ถึงแก่ความตาย โดยในมาตรา 1635 ก็ได้กล่าวถึงลำดับและส่วนแบ่งของคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ ที่ได้รับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมที่เป็นคู่สมรส รวมถึงสิทธิของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรสตามมาตรา 1637 คู่สมรสฝ่ายที่มีชีวิตอยู่เป็นผู้รับประโยชน์ตามสัญญาประกันชีวิต และมาตรา 1638 กรณีคู่สมรสออกเงินทำสัญญา และรับเงินปีร่วมกัน ซึ่งสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิที่กฎหมายสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

5.3.1.3 สิทธิตามประมวลกฎหมายอาญา

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายฉบับต่อมาคือ ประมวลกฎหมายอาญา โดยในกฎหมายฉบับนี้ ได้

⁶⁸⁰ มาตรา 1637 “ถ้าคู่สมรสฝ่ายใดที่ยังมีชีวิตอยู่เป็นผู้รับประโยชน์ตามสัญญาประกันชีวิต คู่สมรสฝ่ายนั้นมีสิทธิรับจำนวนเงินทั้งหมดที่ได้ตกลงไว้กับผู้รับประกันภัย แต่จำต้องเอาจำนวนเบี้ยประกันภัยเพียงเท่าที่พิสูจน์ได้ว่าสูงกว่าจำนวนเงินที่ผู้ตายจะพึงส่งใช้เป็นเบี้ยประกันภัยตามรายได้หรือของตนโดยปกติไปชดใช้สินเดิมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งหรือสินสมรสแล้วแต่กรณี

ถึงอย่างไรก็ดี จำนวนเงินเบี้ยประกันภัยซึ่งจะพึงส่งคืนตามบทบัญญัติข้างต้นนั้น รวมทั้งสิ้นต้องไม่เกินจำนวนเงินที่ผู้รับประกันภัยได้ชำระให้”

⁶⁸¹ มาตรา 1638 “เมื่อคู่สมรสทั้งสองฝ่ายได้ลงทุนออกเงินในการทำสัญญา และตามสัญญานั้นทั้งสองฝ่ายจะต้องได้รับเงินปีในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ร่วมกัน และเมื่อฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดตาย ฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่จะต้องได้รับเงินปีต่อไปตลอดอายุ ฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่ จำต้องชดใช้สินเดิมของอีกฝ่ายหนึ่งหรือสินสมรสแล้วแต่กรณี สุดแต่ว่าได้เอาเงินสินเดิมหรือสินสมรสไปใช้ในการลงทุนนั้น เงินที่จะต้องชดใช้สินเดิมหรือสินสมรสดังว่านี้ ให้ชดใช้เท่าจำนวนเงินซึ่งผู้จ่ายเงินรายปีจะเรียกให้ใช้เพิ่มขึ้นเป็นพิเศษ เพื่อผู้จ่ายจะได้จ่ายเงินรายปีให้แก่คู่สมรสฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นต่อไป”

กล่าวถึงสิทธิที่ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป ลักษณะ 1 บทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดทั่วไป หมวด 4 ความรับผิดชอบในทางอาญา ที่กล่าวถึงการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ที่คู่สมรสกระทำต่อกัน ไม่ว่าจะเป็น ความผิดฐานลักทรัพย์ เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานลักทรัพย์ ลักทรัพย์ที่เป็นวัตถุในทางศาสนา วิ่งราวทรัพย์ ความผิดฐานฉ้อโกง ความผิดฐานโกงเจ้าหนี้ ความผิดฐานยักยอก ความผิดฐานรับของโจร ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ความผิดฐานบุกรุก ฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่ได้กล่าวมานี้ ถ้าคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายกระทำต่อกันแล้ว กฎหมายถือว่ามีความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษ⁶⁸² ซึ่งเหตุยกเว้นโทษตามที่ได้กล่าวมานี้เป็น เป็นสิทธิของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ซึ่งสิทธิตามประมวลกฎหมายอาญา ที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิที่กฎหมายสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

ต่อมาเป็นประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ภาคความผิด ลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับกระบวนกรยุติธรรม หมวด 1 ความผิดต่อเจ้าพนักงานในการยุติธรรม ที่กล่าวถึง การช่วยเหลือผู้อื่นไม่ให้ต้องรับโทษหรือได้รับโทษน้อยลงโดยการกระทำด้วยประการใดๆ แก่พยานหลักฐานในการกระทำความผิด⁶⁸³ และการกระทำความผิดฐานช่วยเหลือผู้ซึ่งกระทำความผิดช่วยเหลือผู้อื่นมิให้ต้องรับโทษ หรือเพื่อไม่ให้ถูกจับกุม⁶⁸⁴ รวมทั้งการช่วยซ่อนเร้นประการใดๆ ให้ผู้ที่หลบหนีจากการคุมขังตามอำนาจศาล พนักงานสอบสวน หรือเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจสืบสวนคดีอาญา เพื่อไม่ให้ถูกจับกุม⁶⁸⁵ เป็นการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับกระบวนกรยุติธรรมที่มีผู้กระทำความผิดนั้น เป็นเจ้าพนักงานในการยุติธรรม ถ้าหากการกระทำความผิดนั้นเป็นการกระทำเพื่อช่วยเหลือคู่สมรสของตน ศาลอาจไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นก็ได้ซึ่งเป็นดุลพินิจของศาล⁶⁸⁶

⁶⁸² มาตรา 71 วรรคหนึ่ง “ความผิดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรคแรก และมาตรา 341 ถึงมาตรา 364 นั้นที่เป็นกรณีที่มีกระทำความผิดอาญา หรืออาญากระทำต่อสามี ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

⁶⁸³ มาตรา 184 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

⁶⁸⁴ มาตรา 189 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

⁶⁸⁵ มาตรา 192 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

⁶⁸⁶ มาตรา 193 “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 184 มาตรา 189 และมาตรา 192 เป็นการกระทำเพื่อช่วยเหลือบิดามารดา บุตร สามีหรือภริยาของผู้กระทำความผิด ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้”

ต่อมาเป็นประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ภาคความผิด ลักษณะ 5 ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ที่กล่าวถึงการกระทำความผิดฐานให้ที่ซ่อน ที่พักพิงแก่ผู้กระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 นี้ ถ้าหากการกระทำนั้นเป็นการกระทำเพื่อช่วยเหลือคู่สมรสของตน ศาลอาจไม่ลงโทษคู่สมรสที่ได้กระทำความผิดฐานนี้ก็ได้ ซึ่งเป็นดุลพินิจของศาล⁶⁸⁷ สิทธิที่กล่าวมานี้เป็นสิทธิของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาหลังจากการจดทะเบียนสมรส ซึ่งสิทธิตามประมวลกฎหมายอาญาที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องให้แก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิที่กฎหมายสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

ต่อมาเป็นประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ภาคความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศที่กล่าวถึงการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งคู่สมรสฝ่ายหนึ่งกระทำต่อคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งในกรณีนี้ หากการกระทำความผิดฐานนี้เป็นกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส และคู่สมรสนั้นยังมีความประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ ซึ่งเป็นดุลพินิจของศาล หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษคู่สมรสฝ่ายที่กระทำความผิดก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และแจ้งให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้ก็ได้⁶⁸⁸ ซึ่งสิทธิตาม

⁶⁸⁷ มาตรา 214 “ผู้ใดประพฤติดตนเป็นปกติธุระเป็นผู้จัดหาที่พักนอน ที่ซ่อนเร้นหรือที่ประชุมให้บุคคลซึ่งตนรู้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดนั้น เป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดา มารดา บุตร สามีหรือภริยาของผู้กระทำ ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้”

⁶⁸⁸ มาตรา 276 วรรคหนึ่ง “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่สิบถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

วรรคสี่ ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และแจ้งให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

ประมวลกฎหมายอาญามาตรานี้เป็นสิทธิของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มา ภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ซึ่งสิทธิตามประมวลกฎหมายอาญาที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่ จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิที่กฎหมายสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

5.3.1.4 สิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายฉบับต่อมาก็คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยในกฎหมาย ฉบับนี้ ได้กล่าวถึงสิทธิที่ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ภาค 1 บททั่วไป ลักษณะ 2 ศาล หมวด 4 การนั่งพิจารณา โดยได้กล่าวถึงการมีสิทธิในการที่ศาลจะห้ามมิให้มีการเปิดเผยซึ่ง ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ใดๆ ที่เกี่ยวกับคดีฟ้องหย่า หรือฟ้องชายชู้ หรือฟ้องให้รับรองบุตร โดยศาล เห็นว่าถ้าหากมีการเปิดเผยข้อมูลอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายและไม่เป็นธรรมแก่คู่ความที่เป็นคู่ สมรสแต่ละฝ่าย⁶⁸⁹ โดยในประเด็นดังกล่าวนี้ โดยเฉพาะห้ามมิให้มีการเปิดเผยซึ่งข้อเท็จจริงหรือ พฤติการณ์ใดๆ ที่เกี่ยวกับคดีฟ้องยุติความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะคู่ชีวิต โดยรัฐ หรือฟ้องบุคคลที่สามที่เข้ามาสร้างความริ้วร้าวแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรอง สถานะคู่ชีวิตโดยรัฐ โดยสมควรที่จะนำมาปรับใช้ เพื่อเป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรัก เพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรอง สถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถนำมาใช้ได้โดยอนุโลม

ต่อมาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 บททั่วไป ลักษณะ 2 ศาล หมวด 4 การนั่งพิจารณา โดยกล่าวถึงการมีสิทธิในการดำเนินคดีต่อจากคู่ความที่มรณะซึ่งเป็นคู่สมรส ของตน ซึ่งได้ยื่นฟ้องคดีไว้ก่อนหน้าแล้วและคดีได้ค้างพิจารณาอยู่ในศาล และต่อมาคู่ความฝ่ายนั้นได้ มรณะเสียก่อนที่ศาลจะพิพากษา อันเป็นการเข้าแทนที่คู่ความที่มรณะ⁶⁹⁰ ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้ได้ให้สิทธิ

⁶⁸⁹ มาตรา 36 วรรคสอง “ในบรรดาคดีทั้งปวงที่ฟ้องขอหย่า หรือฟ้องชายชู้ หรือฟ้องให้ รับรองบุตร ให้ศาลห้ามมิให้มีการเปิดเผยซึ่งข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ใดๆ ที่ศาลเห็นเป็นการไม่ สมควร หรือพอจะเห็นได้ว่าจะทำให้เกิดการเสียหายอันไม่เป็นธรรมแก่คู่ความหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง”

⁶⁹⁰ มาตรา 42 “ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีที่ค้างพิจารณาอยู่ในศาลได้มรณะเสียก่อน ศาลพิพากษาคดี ให้ศาลเลื่อนการนั่งพิจารณาคดีออกไปจนกว่าทายาทของผู้มรณะหรือผู้จัดการทรัพย์สิน มรดกของผู้มรณะ หรือบุคคลอื่นใดที่ปกป้องทรัพย์สินมรดกไว้จะได้เข้ามาเป็นคู่ความแทนที่คู่ความที่ มรณะ โดยมีคำขอเข้ามาเองหรือโดยที่ศาลหมายเรียกให้เข้ามาเนื่องจากคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคำ ขอฝ่ายเดียว คำขอเช่นว่านี้จะต้องยื่นภายในกำหนดหนึ่งปี นับแต่วันที่คู่ความฝ่ายนั้นมรณะ

แก่คู่สมรสของคู่ความที่เป็นทายาทของผู้มรดก หรือผู้จัดการมรดกของผู้มรดก หรือบุคคลอื่นใดที่ปกป้องทรัพย์สินมรดกไว้จะได้เข้ามาเป็นคู่ความแทนที่คู่ความที่มรดกในการดำเนินคดีต่อไปได้⁶⁹¹ หรือศาลเห็นสมควรมีคำสั่งหมายให้หมายเรียกบุคคลใดเข้ามาแทนที่คู่ความ หรือสิทธิในการคัดค้านการเป็นทายาทของผู้มรดก⁶⁹² รวมไปถึงการที่ปรากฏต่อศาลว่าคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ หรือผู้แทนโดยชอบธรรมของคู่ความฝ่ายที่เป็นผู้ไร้ความสามารถได้มรดกหรือหมดอำนาจเป็นผู้แทน ให้ศาลเลื่อนการพิจารณาคดีออกไป จนกว่าจะมีผู้แทนโดยชอบธรรมของคู่ความฝ่ายที่ตกเป็นคนไร้ความสามารถ หรือมีผู้แทนโดยชอบธรรมคนใหม่ของคู่ความฝ่ายที่เป็นผู้ไร้ความสามารถที่ได้มรดกหรือหมดอำนาจ และผู้แทนโดยชอบธรรมคนใหม่นั้นได้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อ

ถ้าไม่มีคำขอของบุคคลดังกล่าวมาแล้ว หรือไม่มีคำขอของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งภายในเวลาที่กำหนดไว้ ให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีเรื่องนั้นเสียจากสารบบความ”

⁶⁹¹ มาตรา 43 “ถ้าทายาทของผู้มรดก หรือผู้จัดการทรัพย์สินมรดกของผู้มรดก หรือบุคคลอื่นซึ่งปกครองทรัพย์สินมรดก ประสงค์จะเข้ามาเป็นคู่ความแทน ก็ให้ยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลเพื่อการนั้น

ในกรณีเช่นนี้ เมื่อศาลเห็นสมควร หรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคำขอ ศาลอาจสั่งให้ผู้ที่เข้ามาเป็นคู่ความแทนนั้นแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนคำขอเช่นนั้นได้ เมื่อได้แสดงหลักฐานดังกล่าวเช่นนั้นแล้ว ให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตในการที่จะเข้ามาเป็นคู่ความแทน”

⁶⁹² มาตรา 44 “คำสั่งให้หมายเรียกบุคคลใดเข้ามาแทนผู้มรดกนั้นจะต้องกำหนดระยะเวลาพอสมควรเพื่อให้บุคคลนั้นมีโอกาสคัดค้านในศาลว่าตนมิได้เป็นทายาทของผู้มรดก หรือมิได้เป็นผู้จัดการทรัพย์สินมรดกหรือผู้ปกครองทรัพย์สินมรดกนั้น

ทายาท ผู้จัดการทรัพย์สินมรดก หรือบุคคลผู้ถูกเรียกไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามหมายเช่นนั้นก่อนระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ เพื่อการยอมรับฐานะนั้นได้ล่วงหน้าไปแล้ว

ถ้าบุคคลที่ถูกศาลหมายเรียกนั้นยินยอมรับเข้ามาเป็นคู่ความแทนผู้มรดก ให้ศาลจดยางานพิสดารไว้และดำเนินคดีต่อไป

ถ้าบุคคลนั้นไม่ยินยอมหรือไม่มาศาล ให้ศาลทำการไต่สวนตามที่ได้เห็นสมควร ถ้าศาลเห็นว่าหมายเรียกนั้นมีเหตุผลฟังได้ ก็ให้ออกคำสั่งตั้งบุคคลผู้ถูกเรียกเป็นคู่ความแทนผู้มรดกแล้วดำเนินคดีต่อไป ถ้าศาลเห็นว่าข้อคัดค้านของบุคคลผู้ถูกเรียกมีเหตุผลฟังได้ ก็ให้ศาลสั่งเพิกถอนหมายเรียกนั้นเสีย และถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถเรียกทายาทอันแท้จริง หรือผู้จัดการทรัพย์สินมรดก หรือบุคคลที่ปกครองทรัพย์สินมรดกของผู้มรดกเข้ามาเป็นคู่ความแทนผู้มรดกได้ภายในกำหนดเวลาหนึ่งปี ก็ให้ศาลมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม”

เข้ามาแทนที่ผู้แทนโดยชอบธรรมคนเก่าที่ถึงแก่ความตายแล้ว⁶⁹³ สิทธิที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ เป็นสิทธิของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ซึ่งสิทธิในการเป็นทายาทของผู้มรณะในการเข้ามาเป็นคู่ความแทนที่ผู้มรณะตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิที่กฎหมายสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

5.3.1.5 สิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายฉบับต่อมาก็คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยในกฎหมายฉบับนี้ ได้กล่าวถึงสิทธิที่ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ในภาค 1 ข้อความเบื้องต้น ลักษณะ 1 หลักทั่วไป โดยได้กล่าวถึงการมีสิทธิในการจัดการแทนผู้เสียหายซึ่งเป็นคู่สมรสของตน ซึ่งถูกทำร้ายถึงตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถมาดำเนินการเองได้⁶⁹⁴ ดังเช่น

⁶⁹³ มาตรา 45 “ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคู่ความฝ่ายหนึ่งตกเป็นผู้ไร้ความสามารถก็ดี หรือผู้แทนโดยชอบธรรมของคู่ความฝ่ายที่เป็นผู้ไร้ความสามารถได้มรณะหรือหมดอำนาจเป็นผู้แทนก็ดี ให้ศาลเลื่อนการนั่งพิจารณาไปภายในระยะเวลาอันสมควร เพื่อผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้แทนโดยชอบธรรมคนใหม่ จะได้แจ้งให้ทราบถึงการได้รับแต่งตั้งของตนโดยยื่นคำขอเป็นคำร้องต่อศาลเพื่อการนั้น ถ้ามิได้ยื่นคำขอดังกล่าวมาแล้วให้นำมาตรา 56 มาใช้บังคับ

ถ้าผู้แทนหรือทนายความของคู่ความได้มรณะหรือหมดอำนาจเป็นผู้แทน ให้ศาลเลื่อนการนั่งพิจารณาไปจนกว่าตัวความจะได้ยื่นคำร้องต่อศาลแจ้งให้ทราบถึงการที่ได้แต่งตั้งผู้แทนหรือทนายความขึ้นใหม่ หรือคู่ความฝ่ายนั้นมีความประสงค์จะมาว่าคดีด้วยตนเอง แต่ถ้าศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมีคำขอฝ่ายเดียว ให้ศาลมีอำนาจสั่งกำหนดระยะเวลาไว้พอสมควร เพื่อให้ตัวความมีโอกาสแจ้งให้ทราบถึงการแต่งตั้งหรือความประสงค์ของตนนั้นก็ได้ ในกรณีเช่นว่านี้ ถ้าตัวความมิได้แจ้งให้ทราบภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ ศาลจะมีคำสั่งให้เริ่มการนั่งพิจารณาต่อไปในวันใดๆ ตามที่เห็นสมควรก็ได้

บทบัญญัติแห่งวรรคก่อนนั้นให้นำมาใช้บังคับแก่กรณีผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้ไร้ความสามารถหมดอำนาจลง เพราะเหตุที่บุคคลนั้นได้มีความสามารถขึ้นแล้วด้วยโดยอนุโลม”

⁶⁹⁴ มาตรา 5 “บุคคลเหล่านี้จัดการแทนผู้เสียหายได้

(1) ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาล เฉพาะแต่ในความผิดซึ่งได้กระทำต่อผู้เยาว์ หรือผู้ไร้ความสามารถซึ่งอยู่ในความดูแล

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1056/2503 “คู่สมรสที่ไม่ได้ทำการจดทะเบียนสมรส ย่อมไม่ถือว่าเป็นสามีภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมายเมื่อคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งถูกทำร้ายจนถึงแก่ความตาย คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ก็ไม่มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้เสียหาย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2)”

สิทธิดังที่ได้กล่าวมานี้เป็นสิทธิของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ซึ่งสิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิที่กฎหมายสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

ต่อมาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1 ข้อความเบื้องต้น ลักษณะ 3 การฟ้องคดีอาญาและคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องคดีอาญา หมวด 1 การฟ้องคดีอาญา โดยกล่าวถึงการมีสิทธิในการดำเนินคดีต่อจากผู้เสียหายซึ่งเป็นคู่สมรสของตน ซึ่งได้ยื่นฟ้องคดีไว้ก่อนหน้าแล้ว แต่ต่อมาถึงแก่ความตาย ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้ได้ให้สิทธิแก่คู่สมรสของผู้เสียหายดำเนินคดีต่อไปได้⁶⁹⁵ อันเป็นสิทธิของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ซึ่งสิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิที่กฎหมายสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

ต่อมาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1 ข้อความเบื้องต้น ลักษณะ 5 จับขัง จำคุก คั่น ปลดปล่อยชั่วคราว หมวด 1 จับ ขัง จำคุก ที่กล่าวถึงการมีสิทธิในการยื่นคำร้องขอต่อศาลท้องถิ่นที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาขอให้ปล่อย คู่สมรสของตนที่ถูกคุมขังในคดีอาญา ซึ่งสิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้ให้สิทธิแก่คู่สมรสของผู้เสียหายดำเนินคดีต่อไปได้⁶⁹⁶ อัน

(2) ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน สามีหรือภริยา เฉพาะแต่ในความผิดอาญา ซึ่งผู้เสียหายถูกทำร้ายถึงตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจะจัดการเองได้

(3) ผู้จัดการหรือผู้แทนอื่นๆ ของนิติบุคคล เฉพาะความผิดซึ่งกระทำลงแก่นิติบุคคลนั้น”

⁶⁹⁵ มาตรา 29 “เมื่อผู้เสียหายได้ยื่นฟ้องแล้วตายลง ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน สามีหรือภริยาจะดำเนินการต่างผู้เสียหายต่อไปก็ได้

ถ้าผู้เสียหายนั้นเป็นผู้เยาว์ ผู้วิกลจริต หรือผู้ไร้ความสามารถ ซึ่งผู้แทนโดยชอบธรรมผู้อนุบาล หรือผู้แทนคดีได้ยื่นฟ้องแทนไว้แล้ว ผู้ฟ้องแทนนั้นจะว่าคดีต่อไปก็ได้”

⁶⁹⁶ มาตรา 90 “เมื่อมีการอ้างว่าบุคคลใดต้องถูกคุมขังในคดีอาญา หรือในคดีอื่นใดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย บุคคลเหล่านั้นมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลท้องถิ่นที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาขอให้ปล่อย คือ

(1) ผู้ถูกคุมขังเอง

เป็นสิทธิของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ซึ่งสิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิตามกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

ต่อมาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 2 สอบสวน ลักษณะ 2 การสอบสวน หมวด 2 การชั้นสูตรพลิกศพ ที่กล่าวถึงการมีสิทธิในการรับทราบถึงการชั้นสูตรพลิกศพคู่สมรสของตนซึ่งถึงแก่ความตาย และต้องดำเนินการในการชั้นสูตรพลิกศพตามกฎหมาย รวมถึงสิทธิในการรับทราบถึงวันไต่สวนคดีอาญาซึ่งคู่สมรสของตนเป็นผู้เสียหายซึ่งถึงแก่ความตายแล้ว และสิทธิในการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอเข้ามาซักถามพยานที่พนักงานอัยการนำสืบและนำสืบพยานหลักฐานอื่นได้ด้วย หรือสิทธิในการมีสิทธิแต่งตั้งทนายความดำเนินการซักถามพยานแทนตนได้ ซึ่งสิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับนี้ได้ให้สิทธิดังกล่าวนี้แก่คู่สมรสของผู้เสียหายดำเนินคดีต่อไปได้⁶⁹⁷ อันเป็นสิทธิของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจาก

(2) พนักงานอัยการ

(3) พนักงานสอบสวน

(4) ผู้อำนวยการเรือนจำหรือทัณฑสถาน

(5) สามी ภริยา หรือญาติของผู้นั้น หรือบุคคลอื่นใดเพื่อประโยชน์ของผู้ถูกคุมขัง

เมื่อได้รับคำร้องดังนั้น ให้ศาลดำเนินการไต่สวนฝ่ายเดียวโดยด่วน ถ้าศาลเห็นว่าคำร้องนั้นมีมูล ศาลมีอำนาจสั่งผู้คุมขังให้นำตัวผู้ถูกคุมขัง มาศาลโดยพลัน และถ้าผู้ถูกคุมขังแสดงเป็นที่พอใจแก่ศาลไม่ได้ว่าการคุมขังเป็นการชอบด้วยกฎหมาย ให้ศาลปล่อยตัวผู้ถูกคุมขังไปทันที”

⁶⁹⁷ มาตรา 150 วรรคสอง “ให้เป็นหน้าที่ของพนักงานสอบสวนแจ้งแก่ผู้มีหน้าที่ไปทำการชั้นสูตรพลิกศพทราบ และก่อนการชั้นสูตรพลิกศพ ให้พนักงานสอบสวนแจ้งให้สามी ภริยา บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้อนุบาล หรือญาติของผู้ตายอย่างน้อยหนึ่งคนทราบเท่าที่จะทำได้

วรรคเจ็ด ในการไต่สวนตามวรรคห้า ให้ศาลปิดประกาศแจ้งกำหนดวันที่จะทำการไต่สวนไว้ที่ศาล และให้พนักงานอัยการยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ศาลส่งสำเนาคำร้องและแจ้งกำหนดวันนัดไต่สวนให้สามी ภริยา ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้อนุบาล หรือญาติของผู้ตายตามลำดับอย่างน้อยหนึ่งคนเท่าที่จะทำได้ทราบก่อนวันนัดไต่สวนไม่น้อยกว่าสิบห้าวันและให้พนักงานอัยการนำพยานหลักฐานทั้งปวงที่แสดงถึงการตายมาสืบ

วรรคแปด เมื่อศาลได้ปิดประกาศแจ้งกำหนดวันที่จะทำการไต่สวนแล้ว และก่อนการไต่สวนเสร็จสิ้น สามी ภริยา ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้อนุบาล หรือญาติของผู้ตายมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลขอเข้ามาซักถามพยานที่พนักงานอัยการนำสืบและนำสืบพยานหลักฐานอื่นได้ด้วย

การจดทะเบียนสมรส ซึ่งสิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิตามกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

5.3.1.6 สิทธิตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ.2546

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายฉบับต่อมาก็คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ.2546 โดยในกฎหมายฉบับนี้ ได้กล่าวถึงสิทธิที่ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ.2546 หมวด 1 มาตรการทั่วไปในการคุ้มครองพยานที่ได้กล่าวถึงการมีสิทธิในได้รับการคุ้มครองคู่สมรสของพยาน ที่จะต้องมาเป็นพยานในศาล อันเป็นมาตรการหนึ่งในการคุ้มครองพยานและบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดพยาน เพื่อป้องกันเหตุร้ายที่อาจจะเกิดขึ้นกับพยานและผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดพยานในคดีอาญา⁶⁹⁸ อันเป็นสิทธิของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ซึ่งสิทธิตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ.2546 ที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิตามกฎหมาย ที่สามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

5.3.1.7 สิทธิตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหาย และค่าทดแทน และ

ค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ.2544

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายฉบับต่อมาก็คือ พระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหาย และค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ.2544 โดยในกฎหมายฉบับนี้ ได้กล่าวถึงสิทธิที่ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ใน หมวด 6 การยื่นคำขอ การพิจารณาคำขอ และการอุทธรณ์ ที่กล่าวถึงการที่ทายาทที่ได้รับความเสียหายจากการถูกใส่ความในคดีอาญา ซึ่งมีสิทธิในได้รับค่าตอบแทนแทนผู้เสียหาย และค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายแทนจำเลยในคดีอาญา ในกรณีที่มีได้

เพื่อการนี้สามมี ภริยา ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้อนุบาล หรือญาติของผู้ตายมีสิทธิแต่งตั้งทนายความดำเนินการแทนได้ หากไม่มีทนายความที่ได้รับการแต่งตั้งจากบุคคลดังกล่าวเข้ามาในคดี ให้ศาลตั้งทนายความขึ้นเพื่อทำหน้าที่ทนายความฝ่ายญาติผู้ตาย”

⁶⁹⁸ มาตรา 7 “ในกรณีที่สามมี ภริยา ผู้บุพการี ผู้สืบสันดานของพยาน หรือบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับพยานซึ่งมีผลต่อการที่พยานจะมาเป็นพยานอาจไม่ได้รับความปลอดภัยและพยานได้ร้องขอให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องพิจารณานำมาตรการทั่วไปในการคุ้มครองพยานมาใช้บังคับแก่บุคคลดังกล่าวได้ตามความจำเป็นที่เห็นสมควร เว้นแต่บุคคลดังกล่าวจะไม่ให้ความยินยอม”

เป็นผู้กระทำความผิด หรือวันที่มีคำพิพากษาอันถึงที่สุดในคดีนั้นว่าข้อเท็จจริงฟังเป็นที่ยุติว่าจำเลย มิได้เป็นผู้กระทำความผิด หรือการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด แล้วแต่กรณี⁶⁹⁹ ซึ่งความเป็น ทายาทนั้น หมายความรวมถึงคู่สมรสตามระเบียบคณะกรรมการพิจารณาค่าตอบแทนผู้เสียหายและ ค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา⁷⁰⁰ ซึ่งเป็นสิทธิของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วย กฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ซึ่งสิทธิตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทน ผู้เสียหาย และค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ.2544 และระเบียบคณะกรรมการ พิจารณาค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา ที่ได้กล่าวมานี้ เป็น สิทธิที่จะต้องให้แก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน จากรัฐ และเป็นสิทธิตามกฎหมาย ที่สามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

⁶⁹⁹ มาตรา 22 “ให้ผู้เสียหาย จำเลย หรือทายาทซึ่งได้รับความเสียหายที่มีสิทธิขอรับ ค่าตอบแทน ค่าทดแทน หรือค่าใช้จ่ายตามพระราชบัญญัตินี้ ยื่นคำขอต่อคณะกรรมการ ณ สำนักงาน ตามแบบที่สำนักงานกำหนดภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้เสียหายได้รู้ถึงการกระทำความผิด หรือวันที่ ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ถอนฟ้อง เพราะปรากฏหลักฐานว่าจำเลยมิได้เป็นผู้กระทำความผิด หรือวันที่มี คำพิพากษาอันถึงที่สุดในคดีนั้นว่าข้อเท็จจริงฟังเป็นที่ยุติว่าจำเลยมิได้เป็นผู้กระทำความผิด หรือการ กระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด แล้วแต่กรณี”

มาตรา 23 “ในกรณีที่ผู้เสียหาย จำเลย หรือทายาทซึ่งได้รับความเสียหายเป็นผู้ไร้ ความสามารถหรือไม่สามารถยื่นคำขอด้วยตนเองได้ ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาล ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน สามีหรือภริยา หรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นหนังสือจากผู้เสียหาย จำเลย หรือทายาท ซึ่งได้รับความเสียหายแล้วแต่กรณี อาจยื่นคำขอรับค่าตอบแทน ค่าทดแทน หรือ ค่าใช้จ่ายแทนได้ ทั้งนี้ตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด”

⁷⁰⁰ ระเบียบคณะกรรมการพิจารณาค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่ จำเลยในคดีอาญา

ข้อ 3 “ในระเบียบนี้

ทายาท หมายความว่า

(ก) ผู้สืบสันดาน

(ข) ผู้บุพการี

(ค) คู่สมรส

(ง) บุคคลใดๆ ซึ่งให้อุปการะ หรืออยู่ในอุปการะของผู้เสียหาย หรือจำเลยแล้วแต่กรณี

ทายาท ซึ่งมีสิทธิขอรับค่าตอบแทน ค่าทดแทนและค่าใช้จ่าย ต้องเป็นทายาทซึ่งได้รับความ เสียหาย”

5.3.1.8 สิทธิตามพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ.2505

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายฉบับต่อมาก็คือ พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ.2505 โดยในกฎหมายฉบับนี้ ได้กล่าวถึงสิทธิที่ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ โดยได้กล่าวถึงสิทธิของคู่สมรสในการใช้ชื่อสกุลของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตามที่ตกลงกัน⁷⁰¹ รวมไปถึงเมื่อการสมรสสิ้นสุดลงด้วยการหย่าหรือศาลพิพากษาให้เพิกถอนการสมรส ให้ฝ่ายซึ่งใช้ชื่อสกุลของอีกฝ่ายหนึ่งกลับไปใช้ชื่อสกุลเดิมของตน แต่หากการสมรสสิ้นสุดลงด้วยความตายของคู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ให้คู่สมรสฝ่ายซึ่งยังมีชีวิตอยู่และใช้ชื่อสกุลของอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิใช้ชื่อสกุลนั้นได้ต่อไป แต่เมื่อจะสมรสใหม่ ให้กลับไปใช้ชื่อสกุลเดิมของตน⁷⁰² ซึ่งสิทธิที่ได้กล่าวมานี้เป็นสิทธิของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ซึ่งสิทธิตามพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ.2505 ที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิตามกฎหมาย ที่สามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

5.3.1.9 สิทธิตามพระราชบัญญัติค่านำหน้านามหญิง พ.ศ.2551

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายฉบับต่อมาก็คือ พระราชบัญญัติค่านำหน้านามหญิง พ.ศ.2551 โดยในกฎหมายฉบับนี้ ได้กล่าวถึงสิทธิที่ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ โดยได้กล่าวถึงสิทธิของหญิงซึ่งได้จดทะเบียนสมรสแล้วว่าหญิงผู้นั้นมีสิทธิที่จะใช้ค่านำหน้านามว่า “นาง” หรือ “นางสาว” ได้ตามความสมัครใจ โดยแจ้งต่อนายทะเบียนตามกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียน

⁷⁰¹ มาตรา 12 “คู่สมรสมีสิทธิใช้ชื่อสกุลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตามที่ตกลงกัน หรือต่างฝ่ายต่างใช้ชื่อสกุลเดิมของตน

การตกลงตามวรรคหนึ่ง จะกระทำเมื่อมีการสมรสหรือในระหว่างสมรสก็ได้

ข้อตกลงตามวรรคหนึ่ง คู่สมรสจะตกลงเปลี่ยนแปลงตามวรรคหนึ่งก็ได้”

⁷⁰² มาตรา 13 “เมื่อการสมรสสิ้นสุดลงด้วยการหย่าหรือศาลพิพากษาให้เพิกถอนการสมรส ให้ฝ่ายซึ่งใช้ชื่อสกุลของอีกฝ่ายหนึ่งกลับไปใช้ชื่อสกุลเดิมของตน

เมื่อการสมรสสิ้นสุดลงด้วยความตาย ให้ฝ่ายซึ่งยังมีชีวิตอยู่และใช้ชื่อสกุลของอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิใช้ชื่อสกุลนั้นได้ต่อไป แต่เมื่อจะสมรสใหม่ ให้กลับไปใช้ชื่อสกุลเดิมของตน”

ครอบครัว⁷⁰³ และหากหญิงผู้ซึ่งได้จดทะเบียนสมรสแล้วนั้น ต่อมาภายหลังการสมรสได้สิ้นสุดลง หญิงผู้นั้นจะยังคงใช้คำนำหน้านามว่า “นาง” อยู่เช่นเดิมหรือกลับมาใช้คำว่า “นางสาว” ก็ได้ตามความสมัครใจ⁷⁰⁴ ซึ่งเป็นสิทธิของการใช้คำนำหน้าของหญิงที่ได้จดทะเบียนสมรสที่กล่าวมาข้างต้นนี้ เป็นสิทธิที่ได้จากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ซึ่งสิทธิตามพระราชบัญญัติคำนำหน้านามหญิง พ.ศ.2551 ที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

แต่อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่า สิทธิที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้จะเกิดขึ้นได้กับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่มีความรักในรูปแบบของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงที่มีความรักกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงด้วยกันเท่านั้น ไม่ได้หมายความรวมถึงความรักในรูปแบบของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายที่มีความรักกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายด้วยกัน และไม่ได้หมายความรวมถึงความรักในรูปแบบของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายที่มีความรักกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายแต่มีเพศสภาพภายนอกผู้มีลักษณะเป็นหญิงด้วยเช่นกัน เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้สิทธิในการเลือกใช้คำนำหน้านามเฉพาะผู้มีเพศสรีระเป็นหญิงเท่านั้น

5.3.1.10 สิทธิตามพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ.2537

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายฉบับต่อมาคือ พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ.2537 โดยในกฎหมายฉบับนี้ ได้กล่าวถึงสิทธิที่ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ โดยได้กล่าวถึงสิทธิของคู่สมรสของลูกจ้างในการได้รับเงินทดแทนจากนายจ้างแทนคู่สมรสของตนที่เป็นลูกจ้าง ในกรณีที่คู่สมรสของตนที่เป็นลูกจ้างประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยจนถึงแก่ความตายหรือสูญหาย⁷⁰⁵ ซึ่งเป็นสิทธิ

⁷⁰³ มาตรา 5 “หญิงซึ่งจดทะเบียนสมรสแล้ว จะใช้คำนำหน้านามว่า “นาง” หรือ “นางสาว” ได้ตามความสมัครใจ โดยให้แจ้งต่อนายทะเบียนตามกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนครอบครัว”

⁷⁰⁴ มาตรา 6 “หญิงซึ่งจดทะเบียนสมรสแล้ว หากต่อมากการสมรสได้สิ้นสุดลงจะใช้คำนำหน้านามว่า “นาง” หรือ “นางสาว” ได้ตามความสมัครใจ โดยให้แจ้งต่อนายทะเบียนตามกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนครอบครัว”

⁷⁰⁵ มาตรา 20 วรรคหนึ่ง “เมื่อลูกจ้างประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยจนถึงแก่ความตายหรือสูญหาย ให้บุคคลดังต่อไปนี้ได้รับเงินทดแทนจากนายจ้าง

(1) บิดามารดา

ของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ซึ่งสิทธิตามพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ.2537 ที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีการคุ้มครองที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิตามกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

5.3.1.11 สิทธิตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายฉบับต่อมาก็คือ พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 โดยในกฎหมายฉบับนี้ ได้กล่าวถึงสิทธิที่ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ในพระราชบัญญัติประกันสังคม ลักษณะ 3 ประโยชน์ทดแทน หมวด 1 ทั่วไป โดยเฉพาะในกรณีคู่สมรสเป็นผู้ที่ทำงานในฐานะพนักงาน ลูกจ้าง ในหน่วยงานต่างๆ และอยู่ภายใต้ระบบประกันสังคมตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 จะทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งสามารถได้รับสิทธิในด้านต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งได้ให้สิทธิแก่คู่สมรสในกรณีต่างๆ ไว้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเข้ารับบริการทางการแพทย์ เพราะเนื่องจากบุคคลที่เป็นผู้ประกันตนจะมีสิทธิในการเข้ารับบริการทางการแพทย์ในยามเจ็บป่วยแล้ว บุคคลที่เป็นคู่สมรสตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 ก็สามารถมีสิทธิดังกล่าวตามที่กฎหมายบัญญัติไว้⁷⁰⁶

(2) สามีหรือภริยา

(3) บุตรที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี เว้นแต่เมื่อมีอายุครบสิบแปดปีและยังศึกษาอยู่ในระดับที่ไม่สูงกว่าปริญญาตรี ให้ได้รับส่วนแบ่งต่อไปตลอดระยะเวลาที่ศึกษาอยู่

(4) บุตรที่มีอายุตั้งแต่สิบแปดปีและทุพพลภาพหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบซึ่งอยู่ในอุปการะของลูกจ้างก่อนลูกจ้างถึงแก่ความตายหรือสูญหาย”

⁷⁰⁶ มาตรา 58 “การรับประโยชน์ทดแทนตามพระราชบัญญัตินี้ ในกรณีที่เป็นบริการทางการแพทย์ ผู้ประกันตนหรือคู่สมรสของผู้ประกันตนจะต้องรับบริการทางการแพทย์จากสถานพยาบาลตาม มาตรา 59”

มาตรา 59 “ให้เลขาธิการประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดเขตท้องที่และชื่อสถานพยาบาล ที่ผู้ประกันตนหรือคู่สมรสของผู้ประกันตน มีสิทธิไปรับบริการทางการแพทย์ได้

ผู้ประกันตนหรือคู่สมรสของผู้ประกันตน ซึ่งมีสิทธิได้รับบริการทางการแพทย์ ถ้าทำงานหรือมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตท้องที่ใด ให้ไปรับบริการทางการแพทย์จากสถานบริการตามวรรคหนึ่งที่อยู่ในเขตท้องที่นั้น เว้นแต่ในกรณีที่ในเขตท้องที่นั้นไม่มีสถานพยาบาลตามวรรคหนึ่ง หรือมีแต่ผู้ประกันตนหรือคู่สมรสของผู้เอาประกันตนมีเหตุผลอันสมควรที่ไม่สามารถไปรับบริการทางการแพทย์จากสถาน

ส่วนในประเด็นของพระราชบัญญัติประกันสังคม ลักษณะ 3 ประโยชน์ทดแทนหมวด 3 ประโยชน์ทดแทนในกรณีคลอดบุตรที่ให้สิทธิแก่คู่สมรสของผู้ประกันตน ในการได้รับประโยชน์ทดแทนในกรณีคลอดบุตร⁷⁰⁷ ในกรณีดังกล่าวนี้แม้จะเป็นสิทธิในทางกฎหมายที่ให้แก่คู่สมรส แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่าสิทธิในการตั้งครุภนั้นเป็นสิทธิโดยธรรมชาติของหญิงผู้เป็นสามีตามวิถีแห่งธรรมชาติเท่านั้น จึงมีอาจนำมาปรับใช้กับกรณีของการให้สิทธิประโยชน์ของกฎหมายประกันสังคมแก่คู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันได้ และในกรณีของการได้รับประโยชน์ทดแทนของการคลอดบุตรนี้ โดยธรรมชาติแล้วคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันมีอาจตั้งครุภได้โดยวิถีแห่งธรรมชาติ จึงวิเคราะห์แล้วเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวนี้มีความสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันกับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้

บริการดังกล่าวได้ ก็ให้ไปรับบริการทางการแพทย์จากสถานพยาบาลตามวรรคหนึ่งที่อยู่ในเขตท้องที่อื่นได้

ในกรณีที่ผู้ประกันตนหรือคู่สมรสของผู้ประกันตนไปรับบริการทางการแพทย์จากสถานพยาบาลอื่น นอกจากที่กำหนดไว้ในวรรคสอง ให้ผู้ประกันตนมีสิทธิได้รับเงินทดแทนค่าบริการทางการแพทย์ที่ต้องจ่ายให้แก่สถานพยาบาลอื่นนั้นตามจำนวนที่สำนักงานกำหนด โดยคำนึงถึงสภาพการประสบอันตราย หรือเจ็บป่วย การคลอดบุตร สภาพทางเศรษฐกิจของแต่ละท้องที่ และลักษณะของการบริการทางการแพทย์ที่ได้รับ ทั้งนี้จะต้องไม่เกินอัตราที่คณะกรรมการการแพทย์กำหนด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ”

มาตรา 60 “ในกรณีที่ผู้ประกันตนหรือคู่สมรสของผู้ประกันตน ไปรับบริการทางการแพทย์จากสถานพยาบาลแล้วละเลย หรือไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งของแพทย์ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เลขาธิการหรือผู้ซึ่งเลขาธิการมอบหมายจะสั่งลดประโยชน์ทดแทนก็ได้ ทั้งนี้โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการแพทย์

รายละเอียดและเงื่อนไขเกี่ยวกับการบริการการแพทย์ที่ผู้ประกันหรือคู่สมรสของผู้ประกันตน จะได้รับให้เป็นไปตามระเบียบที่เลขาธิการกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ”

⁷⁰⁷ มาตรา 65 “ผู้ประกันตนมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนในกรณีคลอดบุตรสำหรับตนเองหรือภริยา หรือหญิงซึ่งอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยากับผู้ประกันตนโดยเปิดเผยตามระเบียบที่เลขาธิการกำหนด ถ้าผู้ประกันตนไม่มีภริยา ทั้งนี้ต่อเมื่อภายในระยะเวลาสิบห้าเดือนก่อนวันรับบริการทางการแพทย์ ผู้ประกันตนได้จ่ายเงินสมทบมาแล้วไม่น้อยกว่าเจ็ดเดือน

ประโยชน์ทดแทนในกรณีคลอดบุตร ให้ผู้ประกันตนแต่ละคนมีสิทธิได้รับสำหรับการคลอดบุตรไม่เกินสองครั้ง”

ต่อมาในพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 ลักษณะ 3 ประโยชน์ทดแทนหมวด 5 ประโยชน์ทดแทนในกรณีตาย โดยได้กล่าวถึงสิทธิของคู่สมรสของลูกจ้างที่ได้ประกันตนในการได้รับเงินค่าทำศพ และเงินสงเคราะห์แทนคู่สมรสของตนที่เป็นลูกจ้างผู้ประกันตน ในกรณีที่คู่สมรสของตนที่เป็นลูกจ้างผู้ประกันตนได้ถึงแก่ความตาย⁷⁰⁸

ต่อมาในพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 ลักษณะ 3 ประโยชน์ทดแทนหมวด 6 ประโยชน์ทดแทนในกรณีเงินสงเคราะห์บุตร⁷⁰⁹ ซึ่งเป็นสิทธิของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบ

⁷⁰⁸ มาตรา 73 “ในกรณีที่ผู้ประกันตนถึงแก่ความตายโดยมิใช่ประสบอันตราย หรือเจ็บป่วยเนื่องจากการทำงาน ถ้าภายในระยะเวลาหกเดือนก่อนถึงแก่ความตายผู้ประกันตนได้จ่ายเงินสมทบมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งเดือน ให้จ่ายประโยชน์ทดแทนในกรณีตาย ดังนี้

(1) เงินค่าทำศพตามอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวง แต่ต้องไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยเท่าของอัตราสูงสุดของค่าจ้างขั้นต่ำรายวันตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน ให้จ่ายให้บุคคลตามลำดับดังนี้

(ก) บุคคลซึ่งผู้ประกันตนทำหนังสือระบุให้เป็นผู้จัดการศพและได้เป็นผู้จัดการศพผู้ประกันตน

(ข) สามีภรรยา บิดามารดา หรือบุตรของผู้ประกันตนซึ่งมีหลักฐานว่าเป็นผู้จัดการศพผู้ประกันตน

(ค) บุคคลอื่นซึ่งมีหลักฐานแสดงว่าเป็นผู้จัดการศพผู้ประกันตน

(2) เงินสงเคราะห์กรณีผู้ประกันตนถึงแก่ความตาย ให้จ่ายแก่บุคคล ซึ่งผู้ประกันตนทำหนังสือระบุให้เป็นผู้มีสิทธิได้รับเงินสงเคราะห์นั้น แต่ถ้าผู้ประกันตนมิได้มีหนังสือระบุไว้ ก็ให้นำมาเฉลี่ยจ่ายให้แก่สามีภรรยา บิดามารดา หรือบุตรของผู้ประกันตน ในจำนวนที่เท่ากันดังนี้

(ก) ถ้าก่อนถึงแก่ความตายผู้ประกันตนได้ส่งเงินสมทบมาแล้วตั้งแต่สามสิบหกเดือนขึ้นไป แต่ไม่ถึงสิบปี ให้จ่ายเงินสงเคราะห์เป็นจำนวนเท่ากับร้อยละห้าสิบของค่าจ้างรายเดือนที่คำนวณได้ตามมาตรา 57 คูณด้วยสาม

(ข) ถ้าก่อนถึงแก่ความตายผู้ประกันตนได้ส่งเงินสมทบมาแล้วตั้งแต่สิบปีขึ้นไป ให้จ่ายเงินสงเคราะห์เป็นจำนวนเท่ากับร้อยละห้าสิบของค่าจ้างรายเดือนที่คำนวณได้ตามมาตรา 57 คูณด้วยสิบ”

⁷⁰⁹ มาตรา 75 จัตวา “ในกรณีที่ผู้ประกันตนถึงแก่ความตายให้จ่ายประโยชน์ทดแทนในกรณีสงเคราะห์บุตร แก่บุคคลตามลำดับดังนี้

(1) สามีหรือภรรยาของผู้ประกันตน หรือ บุคคลซึ่งอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยากับผู้ประกันตนโดยเปิดเผยตามระเบียบที่เลขาธิการกำหนด และเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร

ด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ซึ่งสิทธิตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 ที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิตามกฎหมาย ที่สามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

รวมไปถึงพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 ลักษณะ 3 ประโยชน์ทดแทนหมวด 7 ประโยชน์ทดแทนในกรณีชราภาพ ที่กล่าวถึงสิทธิของคู่สมรสของลูกจ้างที่ได้ประกันตนในการได้รับประโยชน์ในกรณีชราภาพ แทนคู่สมรสของตนที่เป็นลูกจ้างผู้ประกันตนที่ถึงแก่ความตายก่อนที่จะได้รับประโยชน์ทดแทน ในกรณีที่คู่สมรสของตนที่เป็นลูกจ้างผู้ประกันตนได้ถึงแก่ความตาย หรือผู้รับเงินบำนาญชราภาพถึงแก่ความตายภายในหกสิบเดือนนับแต่เดือนที่มีสิทธิได้รับเงินบำนาญชราภาพ ให้ทายาทของผู้นั้นมีสิทธิได้รับเงินบำนาญชราภาพ หรือเรียกว่าประโยชน์ทดแทนชราภาพ หรือบำนาญชราภาพ ซึ่งความเป็นทายาทในที่นี้หมายความรวมถึงคู่สมรสด้วย⁷¹⁰ ดังนั้น สิทธิที่ได้กล่าวมานี้จึงเป็นสิทธิอีกประการหนึ่งของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ซึ่งสิทธิตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 ที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิตามกฎหมาย ที่สามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

(2) ผู้อุปการะบุตรของผู้ประกันตนในกรณีบุคคลตาม (1) มิได้เป็นผู้อุปการะบุตร หรือถูกถอนอำนาจปกครองหรือถึงแก่ความตาย”

⁷¹⁰ มาตรา 77 จัตวา “ในกรณีผู้ประกันตนซึ่งมีสิทธิได้รับประโยชน์ในกรณีชราภาพตามมาตรา 77 ทวิ ถึงแก่ความตายก่อนที่จะได้รับประโยชน์ทดแทนหรือผู้รับเงินบำนาญชราภาพถึงแก่ความตายภายในหกสิบเดือนนับแต่เดือนที่มีสิทธิได้รับเงินบำนาญชราภาพ ให้ทายาทของผู้นั้นมีสิทธิได้รับเงินบำนาญชราภาพ

ทายาทผู้มีสิทธิตามวรรคหนึ่งได้แก่

(1) บุตรชอบด้วยกฎหมาย ยกเว้นบุตรบุญธรรมหรือบุตรซึ่งตนได้ยกให้เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่น ให้ได้รับสองส่วน ถ้าผู้ประกันตนที่ตายมีบุตรตั้งแต่สามคนขึ้นไปให้ได้รับสามส่วน

(2) สามีหรือภริยาให้ได้รับหนึ่งส่วน และ

(3) บิดามารดา หรือบิดาหรือมารดาที่มีชีวิตอยู่ให้ได้รับหนึ่งส่วน

ในกรณีที่ไม่มีทายาทในอนุมาตราใด หรือทายาทนั้นได้ตายไปเสียก่อนให้แบ่งเงินตามมาตรา 77(2) ในระหว่างทายาทผู้มีสิทธิในอนุมาตราที่มีทายาทผู้มีสิทธิได้รับ”

5.3.1.12 สิทธิตามประมวลกฎหมายที่ดิน

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายฉบับต่อมาก็คือ ประมวลกฎหมายที่ดิน โดยในกฎหมายฉบับนี้ ได้กล่าวถึงสิทธิในการถือครองที่ดินของคนต่างด้าว ในกรณีที่คนต่างด้าวนั้นได้รับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมที่เป็นคู่สมรส จากการที่คู่สมรสของตนอีกฝ่ายถึงแก่ความตาย⁷¹¹ ซึ่งสิทธิดังที่ได้กล่าวมานี้ คนต่างด้าวที่ได้ทำการสมรสกับบุคคลผู้มีสัญชาติไทยมีสิทธิในที่ดิน ตามที่ได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายที่ดิน หมวด 8 การกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว

ดังนั้น สิทธิของคนต่างด้าวในการมีสิทธิได้รับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมที่เป็นคู่สมรส และหากทรัพย์สินนั้นเป็นอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้าง สิทธิที่กล่าวมานี้ก็ย่อมมีแก่บุคคลดังที่ได้กล่าวมาด้วย ซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ซึ่งสิทธิตามประมวลกฎหมายที่ดินที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิตามกฎหมาย ที่สามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

ประเด็นของการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้างของบุคคลสัญชาติไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าว และบุคคลที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าว รวมไปถึงกรณีบุคคลสัญชาติไทยที่มีหรือเคยมีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าวที่ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่ดิน หรือกรณีบุคคลสัญชาติไทยที่มีหรือเคยมีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าวขอถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุด ก็ให้เป็นตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งประเด็นต่างๆ ดังที่ได้กล่าวมานี้จะต้องนำมาปรับใช้แก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิตามกฎหมาย ที่สามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

5.3.1.13 สิทธิตามบทบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

บทบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 เป็นกฎหมายที่มีความสำคัญอีกฉบับที่จะต้องนำมาปรับใช้แก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ในการมีสิทธิที่จะได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ ในลักษณะที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสองคนที่มีสัญชาติที่ต่างกัน เฉกเช่นสิทธิของคู่รักที่มีเพศสรีระที่ต่างกันสองคนที่มีสัญชาติที่ต่างกันที่ได้รับสิทธิในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ โดยการที่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481

⁷¹¹ มาตรา 93 “คนต่างด้าวได้มาซึ่งที่ดินโดยได้รับมรดกในฐานะที่เป็นทายาทโดยธรรม รัฐมนตรีจะอนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินนั้น แต่เมื่อรวมกับที่มีอยู่แล้วไม่เกินจำนวนที่จะพึงมีได้ ตามความในมาตรา 87 ก็ได้”

ภาค 5 ครอบครัวยุติที่ได้กล่าวถึงสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีเพศสรีระที่ต่างกันสองคนที่แม้จะมีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้มีสัญชาติไทย หรือทั้งสองฝ่ายไม่มีสัญชาติไทยและถือสัญชาติอื่นๆ ที่ต่างกัน หรือแม้แต่ทั้งสองฝ่ายไม่มีสัญชาติไทยและถือสัญชาติอื่นๆ เดียวกันก็ตาม แต่ก็ได้รับสิทธิในการจดทะเบียนรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ ตามบทบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย โดยมีรายละเอียดดังนี้

เงื่อนไขของการสมรสก็เป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของสัญชาติของคู่กรณีแต่ละฝ่าย⁷¹² ในรูปแบบของการสมรสก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทั้งสองฝ่ายทำการสมรส แต่อย่างไรก็ตามหากคู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้มีสัญชาติไทย แบบของการสมรสก็ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว⁷¹³ และในกรณีที่คู่สมรสมีสัญชาติเดียวกันหรือภริยาได้มาซึ่งสัญชาติเดียวกันกับสามีโดยการสมรส ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาก็คือเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคลทั้งสอง แต่ถ้าภริยาไม่ได้มาซึ่งสัญชาติเดียวกันกับสามีโดยการสมรสความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาก็คือเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้เป็นสามี⁷¹⁴ ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของเจ้าของสัญชาติของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย ถ้าสามีและภริยามีสัญชาติที่ต่างกัน ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของเจ้าของสัญชาติสามี แต่อย่างไรก็ตามทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาในส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายภายในที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่⁷¹⁵ และในทำนองเดียวกันนี้ ทั้งเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาและเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาสัญชาติของคู่สมรสที่จะต้องใช้ในการพิจารณานั้น จะต้องเป็นสัญชาติของคู่สมรสในขณะที่ทำการสมรสเท่านั้น หากถ้าภายหลังจากการสมรสแล้วคู่สมรสหรือสามีแล้วแต่กรณีได้มาซึ่งสัญชาติอื่นๆ กฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีนั้นก็ยังคงต้องเป็นกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของสัญชาติเดิมในขณะที่ทำการสมรส⁷¹⁶ ส่วนในประเด็นเรื่องการทำสัญญาก่อนสมรส ความสามารถที่จะทำสัญญาดังกล่าวก็ให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของสัญชาติของคู่สมรสแต่ละฝ่าย⁷¹⁷ สาระสำคัญและผลของสัญญาก่อนสมรส ในกรณีที่คู่สมรสมีสัญชาติเดียวกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของสัญชาติของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย หากคู่สมรสไม่มีสัญชาติเดียวกัน ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของ

⁷¹² มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481

⁷¹³ มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481

⁷¹⁴ มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481

⁷¹⁵ มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481

⁷¹⁶ มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481

⁷¹⁷ มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481

รัฐที่คู่สมรมีเจตนา หรือสันนิษฐานได้ว่ามีเจตนาที่จะยินยอมให้ใช้กฎหมายภายในของรัฐนั้นมาบังคับ ถ้าหากไม่มีเจตนาดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นก็ให้ใช้กฎหมายภายในของรัฐที่คู่สมรมีได้มีภูมิลำเนาเป็นครั้งแรกหลังจากการสมรส⁷¹⁸ ส่วนในประเด็นเรื่องการหย่าโดยความยินยอมนั้น ก็ต้องพิจารณาว่ากฎหมายภายในของรัฐเจ้าของสัญชาติของคู่สมรสแต่ละฝ่ายอนุญาตให้กระทำหรือไม่⁷¹⁹ ในการฟ้องหย่านั้น ศาลไทยจะไม่พิพากษาให้หย่ากัน เว้นแต่กฎหมายภายในของรัฐเจ้าของสัญชาติของคู่สมรสแต่ละฝ่ายอนุญาตให้กระทำได้ เหตุหย่านั้นก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐที่ยื่นฟ้องหย่า⁷²⁰ และประเด็นสุดท้ายการเพิกถอนการสมรส ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐซึ่งใช้บังคับมาแล้วกับเงื่อนไขของการสมรส ความสำคัญผิด กลฉ้อฉล หรือการข่มขู่ให้ทำการสมรสที่จะเป็นเหตุให้เพิกถอนการสมรสนั้น ให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐที่ได้ทำการสมรส⁷²¹

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 ภาค 5 ครอบคลุมไว้ที่นำมาปรับใช้กับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่มีลักษณะระหว่างประเทศด้วย เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับลักษณะทางกายภาพของบริบทกฎหมาย

5.3.1.14 สิทธิตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายต่อมาก็คือ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 โดยในกฎหมายฉบับนี้ได้กล่าวถึงสิทธิในการพำนักอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย โดยสิทธิที่ได้กล่าวมานี้ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่มีสัญชาติไทย ซึ่งหมายถึงการได้เข้ามาในราชอาณาจักรโดยได้รับการตรวจประทับหนังสือลงตรา หรือ วีซ่า ในฐานะคู่สมรส ทำให้คนต่างด้าวผู้ที่ได้จดทะเบียนสมรสกับผู้มีสัญชาติไทยมีระยะเวลาในการอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามที่กฎหมายกำหนดในฐานะบุคคลในครอบครัวเดียวกันกับผู้สัญชาติไทย

ดังนั้น สิทธิของคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรโดยชอบด้วยกฎหมายในฐานะคู่สมรสของผู้มีสัญชาติไทยที่ได้กล่าวมานี้ จึงเป็นสิทธิอีกประการของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ซึ่งสิทธิตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรอง

⁷¹⁸ มาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481

⁷¹⁹ มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481

⁷²⁰ มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481

⁷²¹ มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481

สถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิตามกฎหมาย ที่สามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

5.3.1.15 สิทธิตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2551

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายต่อมาก็คือ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 โดยในกฎหมายฉบับนี้ ได้กล่าวถึงการได้รับสิทธิในการทำงานในราชอาณาจักรไทยโดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย โดยสิทธิที่ได้กล่าวมานี้ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหมายถึงการได้รับสิทธิในการทำงานในราชอาณาจักรโดยได้รับการตรวจประทับหนังสือลงตรา หรือ วีซ่า ในฐานะคู่สมรส และมีสิทธิทำงานในราชอาณาจักรไทยตามประเภทและลักษณะของงานตามที่กฎหมายกำหนดด้วย ทำให้คนต่างด้าวผู้ที่ได้จดทะเบียนสมรสกับผู้มีสัญชาติไทยมีระยะเวลาในการอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามที่กฎหมายกำหนดในฐานะบุคคลในครอบครัวเดียวกันกับผู้มีสัญชาติไทย และได้รับสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายในการทำงานในราชอาณาจักรไทยตามประเภทและลักษณะที่กฎหมายอนุญาตด้วย

ดังนั้น สิทธิของคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรโดยชอบด้วยกฎหมายในฐานะคู่สมรสของผู้มีสัญชาติไทย และได้รับสิทธิในการทำงานในราชอาณาจักรไทยโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังที่ได้กล่าวมานี้ ก็เป็นสิทธิอีกประการของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ซึ่งสิทธิตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2551 ที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ โดยเป็นสิทธิตามกฎหมาย ที่สามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

5.3.1.16 สิทธิตามพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายต่อมาก็คือ พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 โดยในกฎหมายฉบับนี้ ได้กล่าวถึงการได้รับสิทธิในการประกอบธุรกิจทั้งขนาดกลางและขนาดย่อมในราชอาณาจักรไทยโดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย โดยสิทธิที่ได้กล่าวมานี้ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหมายถึงการได้รับสิทธิในการประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรโดยได้รับการตรวจประทับหนังสือลงตรา หรือ วีซ่า ในฐานะคู่สมรส และมีสิทธิประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรไทยภายใต้กฎหมายส่งเสริมการลงทุนด้วย ทำให้คนต่างด้าวผู้ที่ได้จดทะเบียนสมรสกับผู้มีสัญชาติไทยมีระยะเวลาในการอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามที่กฎหมายกำหนดในฐานะบุคคลในครอบครัวเดียวกันกับผู้มีสัญชาติไทย และได้รับสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายในการประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรไทยภายใต้กฎหมายส่งเสริมการลงทุนอีกด้วย

ดังนั้น สิทธิของคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรโดยชอบด้วยกฎหมายในฐานะคู่สมรสของผู้มีสัญชาติไทย และได้รับสิทธิในการทำงานในราชอาณาจักรไทยโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังที่ได้กล่าวมานี้ ก็เป็นสิทธิอีกประการของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มา ภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ซึ่งสิทธิตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรอง สถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิตามกฎหมาย ที่สามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

5.3.1.17 สิทธิตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดี เยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายฉบับต่อมาคือ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 โดยในกฎหมายฉบับนี้ ได้กล่าวถึงสิทธิที่ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลเยาวชนและครอบครัวเป็นศาลชำนาญพิเศษที่ตั้งขึ้นและมีอำนาจพิจารณาคดีพิเศษโดยเฉพาะที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับนี้เท่านั้น⁷²² อาทิ คดีครอบครัว ซึ่งคดีใดบ้างเป็นคดีครอบครัวนั้น พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวก็ได้มีการให้คำนิยามไว้ดังนี้

คดีครอบครัว หมายความว่า คดีแพ่งที่ฟ้องหรือร้องขอต่อศาลหรือกระทำการใดๆ ในทางศาลเกี่ยวกับผู้เยาว์หรือครอบครัว ซึ่งจะต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนครอบครัว หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวกับครอบครัว

ซึ่งในเรื่องนี้ประธานศาลฎีกาเคยได้มีคำวินิจฉัยไว้เกี่ยวกับขอบเขตและความหมายของคดีครอบครัวไว้ดังนี้

คำวินิจฉัยของประธานศาลฎีกาที่ 1/2540 คดีครอบครัวตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวฯ มาตรา 11(3) มีความหมายว่า

⁷²² มาตรา 10 “ศาลเยาวชนและครอบครัวมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีดังต่อไปนี้

- (1) คดีอาญาที่มีข้อหาว่าเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิด
- (2) คดีอาญาที่ศาลซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีธรรมดาได้ออนมาตามมาตรา 97 วรรคหนึ่ง
- (3) คดีครอบครัว
- (4) คดีคุ้มครองสวัสดิภาพ
- (5) คดีอื่นที่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลเยาวชนและครอบครัว”

“คดีที่เกี่ยวกับการสมรสรวมทั้งสิทธิและหน้าที่หรือความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา บิดามารดาและบุตร ไม่ว่าในทางใดๆ ซึ่งพิพาทกันตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ทั้งหมดรวมทั้งคดีที่เกี่ยวข้องด้วยสถานะและความสามารถของบุคคลอันเกี่ยวกับครอบครัวหรือส่วนได้เสียของผู้เยาว์ ซึ่งพิพาทกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 มาตรา 21 ถึง 28, 32, 43 และ 44 และในบรรพ 6 มาตรา 1610, 1611, 1687 และ 1692 ย่อมถือว่าเป็นคดีครอบครัวทั้งสิ้น”

จากคำนิยามและคำวินิจฉัยของประธานศาลฎีกาที่ 1/2540 จะเห็นได้ว่า เมื่อได้จดทะเบียนสมรสและเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว เมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องใช้สิทธิในทางศาลหรือการเกิดประเด็นข้อพิพาทเกิดขึ้นจนต้องนำคดีมาสู่กระบวนการยุติธรรมในระหว่างที่ใช้ชีวิตร่วมกันของคู่สมรส กฎหมายฉบับนี้ก็ให้สิทธิของความเป็นคู่สมรส ที่ได้เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของศาลชำนาญพิเศษโดยเฉพาะที่มีอำนาจในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับสถานะและความสัมพันธ์ที่เกิดจากการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน อันเป็นสิทธิของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส

อย่างไรก็ตามสิทธิตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 ที่ให้การคุ้มครองสถานะและแก้ปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน อันเป็นการรักษาไว้ซึ่งความเป็นสถาบันครอบครัว ที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีการคุ้มครองที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ อันเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะต้องนำมาใช้โดยอนุโลมด้วย เพราะกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันก็อาจเกิดประเด็นข้อพิพาทในระหว่างที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจนต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล หรือมีความจำเป็นต้องใช้สิทธิในทางศาล เหมือนคู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรสก็เป็นได้ และเพื่อเป็นการรักษาไว้ซึ่งเจตนารมณ์ของรัฐในการจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวเพื่อการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ และธำรงไว้ซึ่งความเป็นสถาบันครอบครัวซึ่งเป็นสถาบันที่เล็กที่สุดแต่สำคัญที่สุดของการพัฒนาสังคมของประชากรในรัฐต่อไป

5.3.1.18 สิทธิตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกการกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายฉบับต่อมาก็คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกการกระทำด้วยความรุนแรง

ในครอบครัว พ.ศ.2550 โดยในกฎหมายฉบับนี้นั้น ได้กล่าวถึงสิทธิที่ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ โดยกฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ใช้แก้ไขปัญหาความรุนแรงในครอบครัวที่มีความละเอียดอ่อนซับซ้อนเกี่ยวพันกับบุคคลใกล้ชิด มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากการทำร้ายร่างกายระหว่างบุคคลโดยทั่วไป การใช้มาตรการในทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาบังคับกับการกระทำ ความรุนแรงในครอบครัวจึงไม่เหมาะสม การมีกฎหมายคุ้มครองผู้ถูกกระทำ ความรุนแรงในครอบครัว จึงมีความเหมาะสมกว่าการใช้กระบวนการในทางอาญา เพราะสามารถกำหนดรูปแบบ วิธีการ และ ขั้นตอนที่มีลักษณะแตกต่างจากการดำเนินคดีอาญาโดยทั่วไป โดยให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับตัวและไม่กระทำความผิดซ้ำอีก รวมทั้งเป็นการรักษาความสัมพันธ์อันดีในครอบครัวไว้ได้ ในกฎหมายฉบับนี้ ได้ให้คำนิยามเกี่ยวกับบุคคลที่จะได้รับการคุ้มครอง อันมีสถานะและความสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นครอบครัวตามกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนครอบครัว และหมายรวมถึงกลุ่มคนที่การอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยาโดยไม่ได้มีพันธกรณีใดๆ ในทางกฎหมาย หรือกลุ่มคนที่อยู่ร่วมกันในครอบครัวในลักษณะที่เป็นเครือญาติด้วย โดยการนิยามความหมายของผู้ที่เป็นบุคคลในครอบครัวที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้ได้ให้การคุ้มครองแก่คู่สมรสที่อยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสด้วย⁷²³ อันเป็นการแสดงให้เห็นว่า เจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมายฉบับนี้มุ่งที่จะคุ้มครองให้แก่บุคคลที่อยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน โดยมิได้สนใจว่าจะเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของกฎหมายแล้วคือ การรักษาความสัมพันธ์ที่ดีในครอบครัวไว้

สิทธิที่ได้กล่าวมานี้เป็นสิทธิของการที่กฎหมายได้คุ้มครองให้ไม่ว่าจะเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ไม่สำคัญ ขอแค่ได้อาศัยกินอยู่หลับนอนในครอบครัวเดียวกันก็เพียงพอแล้ว ซึ่งสิทธิตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกการกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้อาศัยอยู่กินด้วยกัน แม้จะเป็นคู่รักที่เพศสรีระเดียวกันที่ไม่ได้ขอเข้ารับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ เฉกเช่นเดียวกันกับคู่สมรสที่ได้อยู่กินกันฉันสามีภริยาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสด้วย เพราะในสภาพของความเป็นจริงแล้ว กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในสังคมก็มีปัญหาเกิดขึ้นที่จะต้องมีการกระทบกระทั่งกันบ้างตามประสาคนที่อาศัยอยู่ร่วมกัน เฉกเช่นเดียวกันกับคู่รักต่างเพศที่อยู่กินกันฉันสามีภริยานั่นเอง ดังนั้นสิทธิในการที่จะได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกการกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 จึงเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

⁷²³ มาตรา 3 “ในพระราชบัญญัตินี้ บุคคลในครอบครัว หมายความว่า คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กินหรือเคยอยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัว รวมทั้งบุคคลใดๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน”

5.3.1.19 สิทธิตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิทธิเด็ก พ.ศ.2546

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายฉบับต่อมาคือ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกการกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 โดยในกฎหมายฉบับนี้นั้น ได้กล่าวถึงสิทธิที่ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ โดยกฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิของเด็กหรือบุตรผู้เยาว์ ซึ่งเป็นบุตรที่ติดตามมาจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อการสมรสเดิมสิ้นสุดลง และได้ทำการสมรสใหม่ ซึ่งโดยหลักแล้วอำนาจในการปกครองก็จะต้องอยู่กับคู่สมรสฝ่ายที่บุตรนั้นติดตามตามหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว⁷²⁴ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้ก็ให้การคุ้มครองสิทธิของเด็กหรือบุตรผู้เยาว์ผู้ที่บิดาหรือมารดาที่ได้ทำการสมรสใหม่ผู้นั้น ในการเลี้ยงดูและเอาใจใส่จากคู่สมรสใหม่ของบิดาหรือมารดาของตน เฉกเช่นบุตรผู้เยาว์ของคู่สมรสใหม่นั้น สิทธิตามกฎหมายฉบับนี้จึงสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้กับกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน เนื่องจากคู่รักที่มีเพศเดียวกันฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอาจมีบุตรติดตามมาในขณะที่ได้ทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์กับคู่ชีวิตใหม่ของตน บุตรผู้เยาว์ที่ติดมากับคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์นั้น ก็จะต้องได้รับการเลี้ยงดูและเอาใจใส่จากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งตามกฎหมายคุ้มครองสิทธิเด็กฉบับนี้เช่นกัน เพื่อเป็นการคำนึงถึงสวัสดิภาพและคุ้มครองสิทธิของเด็กหรือบุตรผู้เยาว์เป็นสำคัญ

5.3.1.20 สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเด็นสิทธิและหน้าที่ของคู่สมรส

ในส่วนสุดท้ายนี้จะขอกกล่าวถึงสิทธิและหน้าที่ของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายฉบับอื่นไม่ว่าจะเป็นระเบียบ ข้อบังคับภายในหน่วยงานราชการ หรือหน่วยงานเอกชน ที่ได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ ที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย โดยแบ่งออกเป็น 5 ประการด้วยกัน โดยเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะต้องนำมาใช้โดยอนุโลม

ประการแรก การทำประกันชีวิต โดยหน่วยงานเอกชนที่ดำเนินธุรกิจด้านการประกันชีวิต จะต้องเข้าใจและยอมรับและแก้ไขระเบียบภายในของตนว่ากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่จากภาครัฐแล้วนั้นมีสถานะเฉกเช่นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย มีสิทธิที่จะทำประกันชีวิตและมอบให้คู่รักของตนอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้รับผลประโยชน์ได้ เฉกเช่นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นผู้รับประโยชน์ในกรมธรรม์ประกันชีวิตของคู่สมรสของตนอีก

⁷²⁴ มาตรา 1568 “เมื่อบุคคลใดมีบุตรติดตามได้สมรสกับบุคคลอื่น อำนาจปกครองที่มีต่อบุตรอยู่กับผู้บุตรนั้นติดตาม”

ฝ่ายหนึ่งและเป็นผู้เอาประกันภัยที่มีส่วนได้เสียในเหตุที่เอาประกันภัยไว้นั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 863 ซึ่งประเด็นดังที่ได้กล่าวมานี้ ผู้วิจัยได้อธิบายไว้โดยละเอียดในหัวข้อก่อนหน้าแล้ว

ประการที่สอง การกู้เงินร่วมกัน โดยหน่วยงานเอกชนที่ดำเนินธุรกิจธนาคารพาณิชย์ ซึ่งให้บริการด้านการเงิน หรือสถาบันการเงินต่างๆ จะต้องเข้าใจและยอมรับและแก้ไขระเบียบภายในหน่วยงานของตนว่ากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่จากภาครัฐแล้วนั้นมีสถานะเฉกเช่นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย มีสิทธิที่จะกู้ยืมเงินร่วมกัน และเป็นลูกหนี้ร่วมกัน ภายใต้เงื่อนไขของการกู้ยืมเงินของธนาคารพาณิชย์ หรือสถาบันการเงินต่างๆ ในลักษณะเช่นเดียวกับการกู้ร่วมกันของคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และมีฐานะเป็นลูกหนี้ร่วมกันเฉกเช่นเดียวกันกับคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นลูกหนี้ร่วมกัน

ประการที่สาม กรณีคู่สมรสดำรงตำแหน่งข้าราชการ นอกจากจะได้รับสิทธิประโยชน์สำหรับตนเองแล้วยังมีสิทธิประโยชน์ที่รัฐได้ให้แก่บุคคลที่เป็นญาติใกล้ชิด บิดามารดา บุตร และรวมไปถึงคู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายของข้าราชการ ซึ่งจะได้รับสิทธิประโยชน์ในอีกหลายประการ อาทิ เงินสวัสดิการการจ่ายค่ารักษาพยาบาล นอกจากบุคคลที่ดำรงตำแหน่งข้าราชการ ซึ่งจะสามารถมีสิทธิเบิกค่ารักษาพยาบาลเมื่อเกิดกรณีเจ็บป่วยและเข้ารับการรักษาพยาบาลแล้ว ตามพระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ.2553 ได้ให้สิทธิแก่บุคคลในครอบครัวของข้าราชการซึ่งเป็นผู้มีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล⁷²⁵ โดยคู่สมรสของผู้เป็นข้าราชการก็สามารถได้รับสิทธิจากเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลด้วย เนื่องจากตามกฎหมายได้กำหนดให้นอกจากบุคคลซึ่งเป็นข้าราชการแล้วยังรวมถึงบุคคลในครอบครัวของข้าราชการผู้นั้นด้วย ซึ่งกฎหมายได้กำหนดให้คู่สมรสเป็นบุคคลในครอบครัวเช่นเดียวกันกับบุตรและ

⁷²⁵ มาตรา 4 ในพระราชกฤษฎีกานี้

“ผู้มีสิทธิ” หมายความว่า

(1) ข้าราชการและลูกจ้างประจำ ซึ่งได้รับเงินเดือนหรือค่าจ้างประจำจากเงินงบประมาณรายจ่ายบุคลากรของกระทรวง ทบวง กรม เว้นแต่ข้าราชการตำรวจชั้นพลตำรวจซึ่งอยู่ในระหว่างรับการฝึกอบรมในสถานศึกษาของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ก่อนเข้าปฏิบัติหน้าที่ราชการประจำ

(2) ลูกจ้างชาวต่างประเทศซึ่งมีหนังสือสัญญาจ้างที่ได้รับค่าจ้างจากเงินงบประมาณรายจ่าย และสัญญาจ้างนั้นมีได้ระบุเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล

(3) ผู้ได้รับบำนาญปกติหรือผู้ได้รับบำนาญพิเศษเหตุทุพพลภาพตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ หรือกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ และทหารกองหนุนที่มีเบี้ยหวัดตามข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยเงินเบี้ยหวัด

บิดามารดาของบุคคลนั้น ตามพระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2553⁷²⁶ แต่คู่สมรสของผู้มีสิทธิจะต้องเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายได้ใช้ถ้อยคำที่ระบุชัดเจนว่าคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นหากบุคคลผู้ใดที่อยู่กินกันตามความเป็นจริงแต่มิได้จดทะเบียนสมรส ย่อมไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ในฐานะคู่สมรสตามพระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ.2553 ดังนั้นกรณีของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ก็ย่อมไม่เข้าข่ายในการรับสิทธิเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลดังกล่าว

ต่อมาเป็นสิทธิข้าราชการในเรื่องเงินบำเหน็จตกทอด กล่าวคือ เมื่อบุคคลที่เป็นข้าราชการได้เสียชีวิตลง คู่สมรสจะมีสิทธิได้รับบำเหน็จตกทอดอันเป็นเงินที่จะจ่ายให้แก่ทายาทตามกฎหมาย โดยทั้งนี้จะเป็นไปตามพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ.2539⁷²⁷ โดยสามีหรือภริยาของข้าราชการที่เสียชีวิตลงจะมีสถานะเป็นทายาทตามกฎหมายที่ได้รับบำเหน็จตกทอด

⁷²⁶ มาตรา 4 ในพระราชกฤษฎีกานี้

“บุคคลในครอบครัว” หมายความว่า

(1) บุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้มีสิทธิซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะ หรือบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เป็นบุคคลไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถซึ่งอยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของผู้มีสิทธิ แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงบุตรบุญธรรม หรือบุตรซึ่งได้ยกให้เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่น

(2) คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้มีสิทธิ

(3) บิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้มีสิทธิ

⁷²⁷ พระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ.2539 ได้มีการจัดตั้งกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ เมื่อวันที่ 27 กันยายน พ.ศ.2539 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันการจ่ายบำเหน็จบำนาญข้าราชการและส่งเสริมให้ข้าราชการรู้จักการออมทรัพย์ เพื่อให้ข้าราชการมีเงินออมอย่างเพียงพอที่จะใช้จ่ายเมื่อตนเกษียณอายุราชการ ข้าราชการที่เป็นสมาชิกกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ ความเป็นสมาชิกภาพจะสิ้นสุดลงเมื่อผู้นั้นออกจากราชการไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม และสมาชิกจะได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ เช่น เงินประเดิม เงินสะสม เงินสมทบ เงินชดเชย ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการกำหนด

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“บำเหน็จตกทอด” หมายความว่า เงินที่จ่ายให้แก่ทายาทของข้าราชการ หรือบุคคลซึ่งสมาชิกที่เสียชีวิตลงแสดงเจตนาไว้ โดยให้จ่ายครั้งเดียวเมื่อสมาชิกหรือผู้รับบำนาญถึงแก่ความตาย

มาตรา 58 วางหลักว่า “ทายาทตามกฎหมายมีสิทธิได้รับบำเหน็จตกทอด ดังนี้

(1) บุตรได้รับสองส่วน โดยเฉลี่ยจ่ายคนละเท่าๆ กัน หากมีบุตรสามคนขึ้นไป ให้บุตรได้รับสามส่วน

ต่อมาเป็นสิทธิของข้าราชการในเรื่องการลาติดตามคู่สมรส กล่าวคือ กรณีที่คู่สมรสต่างรับราชการด้วยกันทั้งสองฝ่าย ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธิที่จะขอลาติดตามคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายของตนอีกฝ่ายหนึ่งได้⁷²⁸ เมื่อมีคำสั่งให้ไปปฏิบัติหน้าที่ในทางต่างประเทศเป็นระยะเวลาตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป รวมไปถึงสิทธิข้าราชการอื่นๆ อาทิ สิทธิการขอย้ายสถานที่ปฏิบัติราชการติดตามคู่สมรสที่เป็นข้าราชการด้วยกัน สิทธิในค่าเช่าบ้านของข้าราชการในส่วนที่มีความเกี่ยวข้องกับคู่สมรส สิทธิในการได้รับพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ของคู่สมรสข้าราชการ หรือสิทธิประการอื่นใดที่มีต่อคู่สมรสของข้าราชการ โดยหน่วยงานภาครัฐที่มีส่วนเกี่ยวข้องจะต้องเข้าใจและยอมรับและแก้ไขระเบียบภายในหน่วยงานของตนว่ากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่จากภาครัฐแล้วนั้นมีสถานะในทางกฎหมายเช่นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย มีสิทธิที่จะได้รับประโยชน์ต่างๆ เช่นเดียวกันกับสิทธิตามสวัสดิการของข้าราชการและคู่สมรสข้าราชการ อย่างไรก็ตาม ซึ่งสิทธิต่างๆ นั้นนอกจากหน่วยงานราชการที่มีให้แก่คู่สมรสของข้าราชการแล้ว จะต้องรวมถึงหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ และองค์กรเอกชนต่างๆ ที่ต้องให้สิทธิในสวัสดิการต่างๆ แก่พนักงานรัฐวิสาหกิจ และพนักงานในหน่วยงานของภาคเอกชนต่างๆ ของตนด้วย

ประการที่สี่ สิทธิในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลหรือทำหัตถการ⁷²⁹ แก่คู่สมรสโดยการเข้ารับบริการสาธารณสุข บุคลากรด้านสาธารณสุขต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่

(2) สามีหรือภริยาที่ได้รับหนึ่งส่วน

(3) บิดามารดาที่ยังมีชีวิตอยู่ได้รับหนึ่งส่วน โดยแบ่งจ่ายให้คนละเท่าๆ กัน”

⁷²⁸ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการลาของข้าราชการ พ.ศ. 2555 ข้อ 5 ในระเบียบนี้

“ลาติดตามคู่สมรส” หมายความว่า ลาติดตามสามีหรือภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายที่เป็นข้าราชการหรือพนักงานรัฐวิสาหกิจซึ่งไปปฏิบัติหน้าที่ราชการ หรือไปปฏิบัติงานในต่างประเทศ หรือทางราชการส่งให้ไปปฏิบัติงานในต่างประเทศตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไปตามความต้องการของทางราชการ ตามพระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์การสั่งให้ข้าราชการไปทำการซึ่งนับเวลาระหว่างนั้นเหมือนเต็มเวลาราชการ แต่ไม่รวมถึงกรณีที่คู่สมรสลาไปศึกษาอบรม ปฏิบัติการวิจัย หรือดูงาน ณ ต่างประเทศ

⁷²⁹ ตัวอย่างแบบบันทึกรับทราบข้อมูลและความยินยอมในการเข้ารับการรักษาพยาบาล การทำหัตถการของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติและสถาบันรับรองคุณภาพสถานพยาบาล (องค์การมหาชน) แบบดังกล่าวมีข้อความ

หมายเหตุ

1. ให้อธิบายรายละเอียดข้อมูลทุกครั้ง ก่อนลงลายมือชื่อในแบบบันทึกการรับทราบข้อมูล และยินยอมรับการรักษาทำหัตถการ ผู้ให้ความยินยอม ได้แก่

เกี่ยวข้องกับการให้บริการ ให้ผู้รับบริการทราบอย่างเพียงพอที่ผู้ให้บริการจะใช้เป็นข้อมูลในการตัดสินใจ สำหรับกรณีตามปกติหากจะต้องทำการรักษาด้วยวิธีการผ่าตัดหรือใช้เครื่องมือใดๆ แพทย์หรือพยาบาลที่เป็นผู้ช่วยต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยหรือญาติที่มีอำนาจตัดสินใจแทนทุกครั้ง หากกรณีผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ ตามพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 บุคคลที่สามารถให้ความยินยอมและถือว่าเป็นญาติตามพระราชบัญญัตินี้ได้แก่ ทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาล⁷³⁰ คู่สมรสซึ่งถือเป็นทายาทโดยธรรมก็สามารถให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลในกรณีที่ผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ และในกรณีที่ผู้ป่วยที่มีอาการป่วยทางจิต ซึ่งไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง การรักษาพยาบาลก็ต้องได้รับความยินยอมจากญาติ ตามพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551⁷³¹ ซึ่งคู่สมรสก็เป็นบุคคลหนึ่ง

- 1.1 ผู้ป่วย กรณีบรรลุนิติภาวะและมีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์
- 1.2 สามีหรือภริยาตามกฎหมาย กรณีผู้ป่วยไม่มีสติสัมปชัญญะ(ไม่รู้สีกตัว)
- 1.3 ผู้แทนโดยชอบธรรม กรณีผู้ป่วยยังไม่บรรลุนิติภาวะ
- 1.4 ผู้อนุบาล กรณีผู้ป่วยเป็นคนวิกลจริตหรือคนไร้ความสามารถ
- 1.5 ผู้พิทักษ์ กรณีผู้ป่วยเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ

⁷³⁰ มาตรา 8 “ในการบริการสาธารณสุขบุคคลากรด้านสาธารณสุขต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการให้ผู้รับบริการอย่างเพียงพอที่ผู้ใช้บริการจะใช้ในการประกอบการตัดสินใจในการรับหรือไม่รับบริการใด และในกรณีที่ผู้รับบริการปฏิเสธไม่รับบริการใดจะให้บริการนั้นมิได้

ในกรณีที่เกิดความเสียหายหรืออันตรายแก่ผู้รับบริการเพราะเหตุที่ผู้รับบริการปกปิดข้อเท็จจริงที่ตนรู้และควรบอกให้แจ้งหรือแจ้งข้อความอันเป็นเท็จ ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายหรืออันตรายนั้น เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ให้บริการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

(1) ผู้รับบริการอยู่ในภาวะที่เสี่ยงอันตรายถึงชีวิต และมีความจำเป็นต้องให้ความช่วยเหลือเป็นการรีบด่วน

(2) ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะต้องรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ และผู้อนุบาล ของผู้รับบริการแล้วแต่กรณีรับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้”

⁷³¹ มาตรา 21 “การบำบัดรักษาจะกระทำต่อเมื่อผู้ป่วยได้รับการอธิบายเหตุผลความจำเป็นในการบำบัดรักษา รายละเอียดและประโยชน์ของการบำบัดรักษา และได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย เว้นแต่เป็นผู้ป่วยตามมาตรา 22

ที่สามารถให้ความยินยอมในการเข้ารับการรักษาพยาบาล กรณีที่บุคคลนั้นเจ็บป่วยทางจิตและไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง รวมไปถึงสิทธิในการรับบริจาคอวัยวะ และสิทธิการบริจาคอวัยวะ เพราะในกฎหมายของไทย ไม่อนุญาตให้มีการซื้อขายอวัยวะเป็นการทั่วไป เนื่องจากเป็นการกระทำที่ขัดกับศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่การรักษาด้วยอวัยวะของผู้อื่นจะกระทำได้เฉพาะในกรณีของการบริจาคอวัยวะ ซึ่งในกรณีที่ผู้ประสงค์จะบริจาคอวัยวะให้กับบุคคลอีกบุคคลหนึ่งในขณะที่ตนยังมีชีวิตอยู่ ฝ่ายที่บริจาคและฝ่ายที่รับบริจาคทั้งสองจะต้องมีความสัมพันธ์กันในทางเครือญาติ หรือเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้เป็นไปตามข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549⁷³²

นอกจากนี้ในกรณีของการบริจาคเลือดก็เช่นเดียวกัน โดยได้มีข้อบังคับในการรับบริจาคว่าจะไม่รับเลือดของบุคคลที่มีความหลากหลายในพฤติกรรมทางเพศ ที่เคยมีประวัติการร่วม

ถ้าต้องรับผู้ป่วยไว้ในสถานพยาบาลของรัฐหรือสถานบำบัดรักษาความยินยอมตามวรรคหนึ่ง ต้องทำเป็นหนังสือ และลงลายมือชื่อผู้ป่วยเป็นสำคัญ

ในกรณีที่ผู้ป่วยมีอายุไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์ หรือขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมรับการบำบัดรักษาให้คู่สมรส ผู้บุพการี ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล หรือผู้ซึ่งปกครองดูแลบุคคลนั้นแล้วแต่กรณีเป็นผู้ให้ความยินยอมตามวรรคสองแทน

หนังสือให้ความยินยอมตามวรรคสอง และวรรคสามให้เป็นไปตามแบบที่คณะกรรมการกำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

⁷³² ข้อ 52 “การปลูกถ่ายอวัยวะที่ผู้บริจาคประสงค์จะบริจาคขณะที่ตนยังมีชีวิตอยู่ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะ ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

(1) ผู้บริจาคต้องเป็นญาติโดยสายเลือด หรือคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสกับผู้รับอวัยวะมาแล้วเป็นเวลาสามปีเท่านั้น ยกเว้นการปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้บริจาคที่เป็นผู้ได้รับการวินิจฉัยว่าอยู่ในเกณฑ์สมองตายตามประกาศของแพทยสภา

(2) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะต้องทำการตรวจสอบและรวบรวมหลักฐานที่แสดงว่าผู้บริจาคเป็นญาติโดยสายเลือด หรือเป็นคู่สมรสของผู้รับอวัยวะ โดยต้องเก็บหลักฐานดังกล่าวไว้ในรายงานผู้ป่วยผู้รับอวัยวะ

(3) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะ ต้องอธิบายให้ผู้บริจาคเข้าใจถึงความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่างๆแก่ผู้บริจาคทั้งหลังจากการผ่าตัด หรือหลังจากการผ่าตัดอวัยวะที่บริจาคออกแล้ว จึงลงนามแสดงความยินยอมบริจาคอวัยวะไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะ ต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือเพื่อแสดงว่าไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้บริจาคเป็นค่าอวัยวะได้”

ประเวณีกับบุคคลที่มีเพศสรีระเดียวกันกับตน⁷³³ เนื่องจากบุคคลดังกล่าวมีภาวะเสี่ยงในการติดเชื้อจากการร่วมประเวณี ในกรณีนี้จึงเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความเข้าใจที่เลือกปฏิบัติของหน่วยงานทางการแพทย์ที่ยังมีความเชื่อในแบบที่ผิด ต่อกลุ่มคนที่มีความหลากหลายในพฤติกรรมทางเพศว่าเป็นผู้ที่อยู่ในกลุ่มที่มีความเสี่ยงต่อการเป็นพาหะนำโรคร้าย อันเนื่องมาจากพฤติกรรมที่ขอร่วมประเวณีกับบุคคลที่มีเพศสรีระเดียวกันกับตน

จากข้อเท็จจริงประกอบหลักกฎหมายดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นหน่วยงานที่เป็นสถานพยาบาลภายในกำกับของรัฐ หรือภายในกำกับของเอกชน หรือหน่วยงานที่มีส่วนเกี่ยวข้อง รวมถึงสภาวิชาชีพจะต้องเข้าใจและยอมรับและแก้ไขระเบียบภายในหน่วยงานของตน เพื่อให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่จากภาครัฐแล้วนั้น มีสถานะเฉกเช่นเดียวกับคู่สมรสที่ขอด้วยกฎหมายที่ได้จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในการมีสิทธิต่างๆ ได้ที่ได้กล่าวมาข้างต้น

ประการที่ห้า สิทธิในกระบวนการยุติธรรมในฐานะของคู่สมรส ในประเด็นของการได้รับสิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องหาที่เป็นคู่สมรสของตนในสถานที่กักกันชั่วคราวหรือโรงพัก หรือสิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังที่เป็นคู่สมรสของตนในทัณฑสถาน หรือเรือนจำตามระเบียบกรมราชทัณฑ์ กระทรวงยุติธรรม รวมไปถึงสิทธิในความน่าเชื่อถือของคู่สมรสของพยานในคดีแพ่ง หรือคดีอาญา หรือสิทธิในการเป็นพยานในศาลของผู้ที่เป็นคู่สมรสของผู้ต้องสงสัยหรือจำเลยในคดีแพ่งหรือคดีอาญา ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้จะนำมาซึ่งความเชื่อมั่นในการชั่งน้ำหนักจากการรับฟังพยานหลักฐานของพนักงานในการยุติธรรม เพื่อประกอบการพิจารณาตีความต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมของศาล

ดังนั้น หน่วยงานที่มีส่วนเกี่ยวข้องจะต้องเข้าใจและยอมรับและแก้ไขระเบียบภายในหน่วยงานของตนว่ากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากภาครัฐแล้วนั้น มีสถานะเฉกเช่นความเป็นคู่สมรสที่ขอด้วยกฎหมายที่ได้จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ในการมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรมต่างๆ ในฐานะที่ตนเป็นคู่สมรสของบุคคลผู้อยู่ในขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรม

ประการที่หก ในประเด็นนี้ไม่ใช่เรื่องสิทธิของคู่สมรส แต่เป็นเรื่องหน้าที่ของคู่สมรสตามกฎหมายมหาชน ที่กล่าวถึงการมีหน้าที่ต้องยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินในฐานะคู่สมรสของบุคคลที่ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือบุคคลที่ดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนด ต่อ

⁷³³ ข้อบังคับในการบริจาคเลือดของสภาวิชาชีพ

ข้อ 12 “ท่านหรือคู่ครองของท่านต้องไม่มีพฤติกรรมเสี่ยงทางเพศ หรือเป็ยงเบนทางเพศ”; สภาวิชาชีพไทย, ศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ, **คุณสมบัติผู้บริจาคโลหิต**, ค้นวันที่ 1 สิงหาคม 2558 จาก <http://blood.redcross.or.th/content/>

คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ตามกฎหมายว่าด้วยการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

5.3.2 สิทธิของความเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจจะยังไม่สามารถนำมาปรับใช้กับกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้

นอกจากสิทธิของความเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย ที่สามารถนำมาปรับใช้กับกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้โดยอนุโลมแล้ว ยังมีกฎหมายบางฉบับที่อาจจะยังไม่สามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้ เนื่องจากมีข้อจำกัดในเรื่องเพศสภาพและความเป็นไปได้ในทางสรีระของผู้ที่ใช้กฎหมาย เพราะกฎหมายเหล่านั้นให้สิทธิแก่ความเป็นสามีหรือภริยาโดยเฉพาะเจาะจง ส่งผลให้คู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกัน ซึ่งไม่สามารถระบุได้ในทางกายภาพว่าฝ่ายใดเป็นสามีหรือฝ่ายใดเป็นภริยาจึงไม่สามารถที่จะได้รับสิทธิต่างๆ เหล่านี้ ซึ่งหากจะให้นำมาปรับใช้ร่วมกันกับกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้ด้วยแล้ว อาจจำเป็นต้องมีการแก้ไขกฎหมายในตัวบทของกฎหมายต่างๆ เหล่านี้ให้มีความสอดคล้องกับเพศสภาพของผู้ที่จะใช้กฎหมาย และสอดคล้องกับเพศสรีระของบุคคลตั้งที่ได้ระบุไว้ในกฎหมายด้วย กฎหมายที่กล่าวถึงมีดังต่อไปนี้

5.3.2.1 สิทธิตามประมวลรัษฎากร

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายฉบับต่อมาก็คือ ประมวลรัษฎากร โดยในกฎหมายฉบับนี้ ได้กล่าวถึงสิทธิที่ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ในลักษณะ 2 ภาษีอากรฝ่ายสรรพากร หมวด 3 ภาษีเงินได้ ส่วน 2 การเก็บภาษีเงินได้จากบุคคลธรรมดา โดยได้ให้สิทธิแก่คู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายในการยื่นเสียภาษีร่วมกันหรือแยกยื่น หากมีความประสงค์ในการแยกยื่น กล่าวคือ กรณีภริยามีเงินได้และอยู่ร่วมกับสามีตลอดปีภาษี เงินได้ของภริยาย่อมถือเป็นเงินได้ของสามี สามีมีหน้าที่ในการยื่นแบบแสดงรายการและเสียภาษีตามมาตรา 57 ตรี⁷³⁴ อย่างไรก็ตาม ถ้าเงินได้ตามที่ภริยาได้รับเป็นเงินได้

⁷³⁴ มาตรา 57 ตรี วรรคหนึ่ง “ในการเก็บภาษีเงินได้จากสามีและภริยานั้น ถ้าสามีและภริยาอยู่ร่วมกันตลอดปีภาษีที่ล่วงมาแล้วให้ถือเอาเงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้พึงประเมินของสามี และให้สามีมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการยื่นรายการและเสียภาษีแต่ถ้ามีภาษีค้างชำระ และภริยาได้รับแจ้งล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 7 วันแล้ว ให้ภริยาร่วมรับผิดชอบในการเสียภาษีที่ค้างชำระนั้นด้วย

ตามมาตรา 40(1) ภริยาย่อมมีสิทธิเลือกแยกยื่นแบบแสดงรายการต่างหากจากสามีตามมาตรา 57 เบญจ⁷³⁵ ได้

อย่างไรก็ตาม กรณีที่ภริยาไม่มีเงินได้ฝ่ายเดียวส่วนสามีไม่มีเงินได้ เงินได้ของภริยาไม่ถือเป็นเงินได้ของสามีแม้สามีภริยาจะอยู่ร่วมกันตลอดปีภาษีก็ตาม กรณีนี้ภริยามีหน้าที่ในการยื่นแบบแสดงรายการและชำระภาษีเอง อันเป็นสิทธิของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ซึ่งสิทธิตามประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี และมาตรา 57 เบญจ ที่ได้กล่าวมานี้ หากพิจารณาโดยละเอียดแล้วจะพบว่าเป็นสิทธิที่ไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้แก่ คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ อันเป็นสิทธิ

วรรคสอง ถ้าสามีหรือภริยามีความประสงค์จะยื่นรายการแยกกันก็ให้ทำได้โดยการแจ้งพนักงานประเมินทราบภายในเวลาซึ่งกำหนดให้ยื่นรายการ แต่การแยกยื่นรายการนั้น ไม่ทำให้ภาษีที่ต้องเสียเปลี่ยนแปลงอย่างใด”

⁷³⁵ มาตรา 57 เบญจ “ถ้าภริยาไม่มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40(1) ในปีภาษีที่ล่วงมาแล้วไม่ว่าจะมีเงินได้พึงประเมินอื่นด้วยหรือไม่ ภริยาจะแยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหากจากสามี เฉพาะส่วนที่เป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40(1) โดยมีให้ถือว่าเป็นเงินได้ของสามีตามมาตรา 57 ตรีก็ได้”

ในกรณีที่ภริยาแยกยื่นรายการตามวรรคหนึ่ง ให้สามีและภริยาต่างฝ่ายต่างหักลดหย่อนได้ตามนี้

- (1) สำหรับผู้มีเงินได้ตามมาตรา 47(1) (ก)
- (2) สำหรับบุตรที่หักลดหย่อนไว้ตามอัตราที่กำหนดไว้ในมาตรา 47(1) (ค) และ ฉ คนละกึ่งหนึ่ง
- (3) สำหรับเบี้ยประกันภัยตามมาตรา 47(1) (ง) วรรคหนึ่ง
- (4) สำหรับเงินสมทบที่ผู้ประกันตนจ่ายเข้ากองทุนประกันสังคมตามมาตรา 47(1) (ฉ)
- (5) สำหรับเงินสะสมที่จ่ายเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพตามมาตรา 47(1) (ช)
- (6) สำหรับดอกเบียเงินกู้ตามมาตรา 47(1) (ซ) กึ่งหนึ่ง
- (7) สำหรับเงินบริจาคส่วนของตนตามมาตรา 47(7)

ในกรณีผู้มีเงินได้มีได้อยู่ในประเทศไทย การหักลดหย่อนตาม (2) ให้หักได้เฉพาะบุตรที่อยู่ในประเทศไทย

ถ้าสามีและภริยาไม่มีเงินได้พึงประเมินในปีภาษีที่ล่วงมาแล้ว เฉพาะตามมาตรา 40(1) ประเภทเดียวกันรวมกันไม่เกินจำนวนตามมาตรา 56(4) ไม่ว่าแต่ละฝ่ายจะมีเงินได้เป็นจำนวนเท่าใด สามีและภริยาไม่ต้องยื่นรายการเงินได้พึงประเมิน”

ที่กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่สามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม เนื่องจากหลักกฎหมายที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ ได้แยกเพศสภาพของผู้ที่มีสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ เงินได้ของภริยาถือเป็นเงินได้ของสามี สามีมีหน้าที่ในการยื่นแบบแสดงรายการและเสียภาษีตามมาตรา 57 ตรี อย่างไรก็ตาม ถ้าเงินได้ตามที่ภริยาได้รับเป็นเงินได้ตามมาตรา 40(1) ภริยาจะมีสิทธิเลือกแยกยื่นแบบแสดงรายการต่างหากจากสามีตามมาตรา 57 เบื้องต้น กรณีที่ภริยามีเงินได้ฝ่ายเดียวส่วนสามีไม่มีเงินได้ เงินได้ของภริยาไม่ถือเป็นเงินได้ของสามีแม้สามีภริยาจะอยู่ร่วมกันตลอดปีภาษีก็ตาม จากหลักกฎหมายที่ได้กล่าวมาข้างต้นแสดงให้เห็นว่า ในกรณีที่สามีมีเงินได้ กฎหมายให้อำนาจแก่สามี ในการนำเงินได้ของภริยามารวมกับตน เพื่อยื่นแบบแสดงรายการเสียภาษี แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่า สามีไม่มีเงินได้ ภริยามีเงินได้ฝ่ายเดียว เงินได้ของภริยาไม่ถือเป็นเงินได้ของสามี แม้สามีภริยาจะอยู่ร่วมกันตลอดปีภาษีก็ตาม กรณีนี้ภริยามีหน้าที่ในการยื่นแบบแสดงรายการและชำระภาษีเอง

ดังนั้น จึงเป็นการที่กฎหมายได้ระบุหน้าที่ของคู่สมรสตามเพศสภาพไว้อย่างชัดเจน หากนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้กับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันด้วยแล้ว อาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติตรงที่ คู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกัน ไม่สามารถแยกได้ถึงความเป็นสามีและความเป็นภริยาในทางกายภาพ จึงอาจส่งผลถึงการกำหนดภาระหน้าที่ในการยื่นแบบแสดงรายการเพื่อเสียภาษี ตามมาตรา 57 ตรีได้ ดังนั้นจึงวิเคราะห์แล้วเห็นว่ากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐสมควรแยกยื่นแบบแสดงรายการเพื่อเสียภาษีจะเป็นการเหมาะสมที่สุด

อย่างไรก็ตาม แม้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจะแยกยื่นแบบแสดงรายการเพื่อเสียภาษีได้เท่านั้น แต่สิทธิประการอื่นๆ ในเรื่องค่าลดหย่อนต่างๆ อาทิ ค่าลดหย่อนเบี้ยประกันชีวิตของตนและของคู่สมรส ค่าลดหย่อนเงินสะสมที่จ่ายเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ค่าลดหย่อนเงินสหบทที่จ่ายเข้ากองทุนประกันสังคม ค่าลดหย่อนการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาของตนเองและของคู่สมรส ค่าลดหย่อนเบี้ยประกันสุขภาพของบิดามารดาของตนเองหรือคู่สมรส ค่าลดหย่อนอุปการะเลี้ยงดูคู่สมรส บิดา มารดา บุตรชอบด้วยกฎหมายหรือบุตรบุญธรรมของผู้มีเงินได้หรือคู่สมรสที่เป็นคนพิการหรือคนทุพพลภาพ ก็สมควรที่จะนำมาใช้ได้โดยอนุโลม เช่นเดียวกับคู่สมรสที่ขอด้วยกฎหมายตามมาตรา 57 เบื้องต้น ประกอบมาตรา 47 แห่งประมวลรัษฎากร

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเรื่องของสิทธิในการได้รับการหักค่าลดหย่อนภาษี ในฐานะคู่สมรส ตามประมวลรัษฎากร⁷³⁶ ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้ได้กับกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้โดยอนุโลม โดยหลักกฎหมายดังกล่าวในการรับสิทธิการหักค่าลดหย่อนในฐานะคู่สมรสตามประมวลกฎหมายรัษฎากรไม่ต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขในตัวบทกฎหมายบางประการใดๆ ทั้งสิ้น เพราะตามโครงสร้างในทางกายภาพของประมวลกฎหมายรัษฎากรในเรื่องดังกล่าวนี้ สามารถนำมาปรับใช้ได้กับคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐได้โดยตรงเลย และเป็นสิทธิโดยชอบธรรมในทางกฎหมายที่จะต้องนำมาปรับใช้ร่วมกันได้กับกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้โดยอนุโลม

5.3.2.2 สิทธิตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ.2508

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายฉบับต่อมาคือ พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ.2508 โดยในกฎหมายฉบับนี้ได้กล่าวถึงสิทธิที่ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ในมาตรา 9 ซึ่งได้ให้สิทธิแก่หญิงต่างด้าวที่ได้สมรสกับชายผู้มีสัญชาติไทย ในการยื่นคำร้องขอถือสัญชาติไทยตามสามี⁷³⁷ ซึ่งหลักกฎหมายดังกล่าวนี้สงวนไว้เฉพาะหญิงต่างด้าวเท่านั้น หาได้ใช้กับ ชายต่างด้าวด้วยไม่ ดังนั้นชายต่างด้าวแม้จะได้สมรสกับหญิงซึ่งมีสัญชาติไทยโดยชอบด้วยกฎหมายก็ห้ามมิให้ชายต่างด้าวมียื่นคำร้องขอถือสัญชาติไทยตามภริยาของตนไม่ อย่างไรก็ตาม ชายต่างด้าวที่ได้สมรสกับหญิงผู้มีสัญชาติไทย หากประสงค์จะถือสัญชาติไทยตามภริยา ก็สามารถกระทำได้โดยการขอแปลงสัญชาติ ตามมาตรา 10⁷³⁸ และมาตรา 11⁷³⁹

⁷³⁶ มาตรา 47 “เงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 เมื่อได้หักตามมาตรา 42 ทวิ ถึงมาตรา 46 แล้ว เพื่อเป็นการบรรเทาภาระภาษีให้หักลดหย่อนได้อีกดังต่อไปนี้

(1) ลดหย่อนให้สำหรับ

(ก) ผู้มีเงินได้ 30,000 บาท

(ข) สามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ 30,000 บาท”

⁷³⁷ มาตรา 9 “หญิงซึ่งเป็นคนต่างด้าวและได้สมรสกับผู้มีสัญชาติไทย ถ้าประสงค์จะได้สัญชาติไทย ให้ยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้สัญชาติไทยให้เป็นดุลพินิจของรัฐมนตรี”

⁷³⁸ มาตรา 10 “คนต่างด้าวซึ่งมีคุณสมบัติครบถ้วนดังต่อไปนี้ อาจขอแปลงสัญชาติเป็นไทยได้

(1) บรรลุนิติภาวะแล้วตามกฎหมายไทยและกฎหมายที่บุคคลนั้นมีสัญชาติ

จากหลักกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นนี้ทำให้มีปัญหาและอุปสรรคแก่การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ในประเด็นของการได้มาซึ่งสัญชาติไทย เนื่องจาก กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน มีเพศสรีระเดียวกัน ไม่สามารถแบ่งแยกได้ว่าบุคคลใดอยู่ในฐานะของสามีหรือภรรยาเพราะเป็นคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกัน ไม่ว่าจะ เป็นชายที่รักกับชาย และหญิงที่รักกับหญิง อย่างไรก็ตามหากพิจารณาโดยทั่วไปตามหลักกฎหมาย ที่ให้สิทธิดังกล่าวนี้เฉพาะหญิงต่างด้าว ก็จะมีได้เฉพาะในคู่รักที่เป็นหญิงรักหญิงเท่านั้น ซึ่งถ้ากฎหมายอนุญาตให้หญิงต่างด้าวที่ได้รับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันตามกฎหมายกับหญิงผู้มีสัญชาติไทย ในการยื่นคำร้องขอถือสัญชาติไทยตาม มาตรา 9 ก็อาจจะเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่ให้สิทธิดังกล่าวนี้กับหญิงต่างด้าวที่ได้สมรสกับชายผู้มีสัญชาติไทย ไม่ใช่หญิงต่างด้าวที่ได้สมรสกับหญิงผู้มีสัญชาติไทย

เหตุที่เป็นเช่นนี้เป็นอาจเป็นเพราะรัฐมีแนวคิดที่คำนึงถึงหลักความมั่นคงภายในของรัฐ เป็นสำคัญ โดยเฉพาะการให้สิทธิประการหนึ่งประการใดที่จะเป็นการผูกพันในสถานะที่จะเป็นพลเมืองของรัฐเจ้าของสัญชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐอาจมองเห็นว่าผู้หญิงอาจนำมาซึ่งปัญหาทั้งปวงทั้งในด้านความมั่นคง และด้านอาชญากรรมระหว่างประเทศน้อยกว่าผู้ชายก็เป็นได้ โดยรัฐอาจมองว่าผู้ชายเป็นเพศที่อาจนำปัญหาต่างๆเข้ามาในรัฐเจ้าของสัญชาติก็ย่อมได้

แต่อย่างไรก็ตามนักวิชาการบางกลุ่ม มองว่าสิทธิในการได้สัญชาติตามสามีหรือสิทธิในการขอถือสัญชาติตามสามีของหญิงต่างด้าวนั้น เป็นสิทธิในทางประเพณี ที่เป็นไปในทางธรรมเนียมปฏิบัติของรัฐในแต่ละรัฐตามวัฒนธรรมก็ย่อมเป็นได้ ซึ่งรัฐที่ให้สิทธินี้แก่หญิงต่างด้าวที่ได้สมรสกับ

(2) มีความประพฤติดี

(3) มีอาชีพเป็นหลักฐาน

(4) มีภูมิลำเนาในราชอาณาจักรไทยต่อเนื่องมาจนถึงวันที่ยื่นคำขอแปลงสัญชาติเป็นไทยเป็นเวลาไม่น้อยกว่าห้าปี

(5) มีความรู้ภาษาไทยตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

⁷³⁹ มาตรา 11 “บทบัญญัติในมาตรา 10(4) และ (5) มิให้นำมาใช้บังคับ ถ้าผู้ขอแปลงสัญชาติเป็นไทย

(1) ได้กระทำความดีความชอบเป็นพิเศษต่อประเทศไทย หรือได้ทำประโยชน์ในทางราชการ ซึ่งรัฐมนตรีเห็นสมควร

(2) เป็นบุตร ภรรยา หรือสามีของผู้ซึ่งได้แปลงสัญชาติเป็นไทย หรือผู้ได้กลับคืนสัญชาติไทย

(3) เป็นผู้ได้เคยมีสัญชาติไทยมาก่อน

(4) เป็นสามีของผู้มีสัญชาติไทย”

ชายผู้มีสัญชาติของรัฐนั้นๆ หญิงต่างด้าวผู้ที่ได้ทำการสมรสผู้นั้นก็จะได้รับสิทธิในฐานะของความเป็นบุตรสะใภ้หลวงของแผ่นดินจากรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้เป็นสามีก็ย่อมได้เช่นกัน แต่ในประเด็นดังกล่าวนี้ ผู้วิจัยวิเคราะห์ว่าแนวคิดในเรื่องของความมั่นคงภายในของรัฐ ที่จะนำมาพิจารณาในการให้สิทธิแก่หญิงต่างด้าวเท่านั้นในการขอถือสัญชาติตามสามีอาจเป็นแนวคิดที่ไม่มีความทันสมัยอีกต่อไป เพราะแนวคิดดังกล่าวอาจเป็นการขัดต่อข้อตกลงระหว่างประเทศในระดับสากลก็เป็นได้ ซึ่งในความเป็นจริงควรได้รับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงจากภาครัฐโดยเร็ว เพราะสิทธิดังกล่าวนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาของความไม่เท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงที่จะได้รับสิทธิในทางกฎหมายก็ย่อมได้ ประกอบกับรัฐไม่ควรนำแนวคิดเรื่องของความมั่นคงภายในของรัฐมาเป็นตัวจำกัดสิทธิในการจัดตั้งครอบครัวของประชากรของตน หากรัฐคำนึงแต่เพียงว่าปัญหาความมั่นคงภายในอาจเกิดขึ้นจากชายต่างด้าวที่ได้สมรสกับหญิงผู้มีสัญชาติไทย รัฐอาจลืมนึกไปว่าปัญหาอาชญากรรมระหว่างประเทศที่กำลังเกิดขึ้นในการสร้างความไม่สงบในปัจจุบันนี้อาจมีได้มีเฉพาะที่เกิดจากชายต่างด้าวที่เป็นต้นเหตุและเป็นผู้ร่วมขบวนการก่อการร้ายเท่านั้น หญิงต่างด้าวเองก็อาจเป็นผู้ที่เป็นต้นเหตุของการก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศดังที่ได้กล่าวมาได้เช่นกัน

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงรัฐเองก็ควรทำการแก้ไขปรับปรุงหลักกฎหมายดังกล่าวเพื่อให้เกิดความเสมอภาคในการได้รับสิทธิในการจัดตั้งครอบครัวและการได้รับสิทธิในการถือสัญชาติตามคู่สมรสของตนของบุคคลผู้มียุติบัตรประกอบระหว่างประเทศ อันเป็นการนำมาซึ่งสิทธิในการเป็นพลเมืองของรัฐนั้นๆ ในฐานะคู่สมรสของพลเมืองเจ้าของสัญชาติโดยสมบูรณ์

แต่อย่างไรก็ตามหากรัฐจำเป็นต้องคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐซึ่งถือเป็นประโยชน์ส่วนรวมเป็นสำคัญมากกว่าประโยชน์ส่วนตนของประชากรคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะในประเด็นเรื่องความมั่นคงภายในของรัฐ รัฐอาจจะไม่จำเป็นต้องแก้ไขหลักกฎหมายในการให้สิทธิในการถือสัญชาติดังกล่าวก็ย่อมได้ แต่รัฐต้องมีมาตรการในการเยียวยาและหาทางออกให้แก่พลเมืองทั้งชายและหญิงโดยการให้สิทธิเหล่านั้นเกิดขึ้นมาอย่างเท่าเทียมกันในทางปฏิบัติ และส่งผลกระทบต่อสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวและการใช้ชีวิตร่วมกันในครอบครัวของประชากรของรัฐที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศซึ่งเป็นประชากรของรัฐนั้นๆ ให้น้อยที่สุด

ดังนั้น จึงสรุปในประเด็นนี้ได้ว่าพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ.2508 มาตรา 9 จึงเป็นการที่กฎหมายได้ระบุหน้าที่ของคู่สมรสตามเพศสภาพไว้อย่างชัดเจน ว่าต้องเป็นหญิงต่างด้าวที่ได้สมรสกับชายผู้มีสัญชาติไทย หากนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้กับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันด้วยแล้ว อาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติตรงที่คู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกัน ไม่สามารถแยกได้ถึงความเป็นสามีและความเป็นภรรยาในทางกายภาพ จึงอาจส่งผลถึงการตีความกฎหมายและไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายหลัก ซึ่งหากพิจารณาโดย

ละเอียดแล้วจะพบว่าเป็นสิทธิที่ไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้แก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ อันเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่สามารถนำมาใช้โดยอนุโลม เนื่องจากหลักกฎหมายที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ ได้แยกเพศสภาพของผู้ที่มีสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจน

ดังนั้น จึงวิเคราะห์เพื่อหาทางออกแล้วมีความเห็นว่า กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็คู่รักที่เป็นเพศชายที่รักกับเพศชายด้วยกัน หรือ คู่รักที่เป็นเพศหญิงที่รักกับเพศหญิงด้วยกัน ที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ สมควรที่จะใช้สิทธิในการแปลงสัญชาติตามกฎหมายที่มีอยู่ดังที่ได้กล่าวไปก่อน โดยอาจใช้หลักเกณฑ์ของมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 11 มาปรับใช้โดยอนุโลม เพื่อเป็นการรักษาไว้ซึ่งเจตนารมณ์ของกฎหมาย และอำนาจอธิปไตยเหนือตัวบุคคลของประเทศไทยต่อไป

5.3.2.3 สิทธิตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ.2522

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิและหน้าที่ของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายฉบับต่อมาคือ พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 โดยในกฎหมายฉบับนี้ ได้กล่าวถึงสิทธิที่ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ โดยในประเด็นนี้กฎหมายได้ให้สิทธิในฐานะที่เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายในการรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมร่วมกันของกับคู่สมรสอีกฝ่ายของตน โดยพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวนี้จะต้องนำมาประกอบกับหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 หมวด 4 บุตรบุญธรรม ที่ได้ให้สิทธิแก่คู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วในการรับผู้เยาว์ของคู่สมรสของตนอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของตนด้วย ซึ่งโดยหลักแล้วผู้เยาว์ที่เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลใดอยู่จะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นอีกในขณะเดียวกันไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม⁷⁴⁰ เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะกฎหมายมีความกังวลในเรื่องอำนาจปกครองผู้เยาว์ หากผู้เยาว์มีผู้แทนโดยชอบธรรมหลายคนอาจเกิดปัญหาของการใช้อำนาจปกครองของผู้แทนโดยชอบธรรมแต่ละคนก็ย่อมได้ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายได้ให้สิทธิดังกล่าวแก่คู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม เพราะการที่คู่สมรสได้รับบุตรบุญธรรมร่วมกันทั้งสองฝ่ายนั้นจะทำให้สถานะและ

⁷⁴⁰ มาตรา 1598/26 “ผู้เยาว์ที่เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลใดอยู่จะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นอีกในขณะเดียวกันไม่ได้ เว้นแต่เป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม

ถ้าคู่สมรสฝ่ายหนึ่งจะจดทะเบียนรับผู้เยาว์ซึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของตนด้วยจะต้องได้รับความยินยอมของคู่สมรสซึ่งเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมอยู่แล้วและมีให้นำมาตรา 1598/21 มาใช้บังคับ”

ความอบอุ่นในฐานะของบิดามารดาของผู้เยาว์เกิดขึ้น และการช่วยเหลือเกื้อกูลกันในฐานะบิดามารดา และบุตรก็มีความสมบูรณ์และเป็นครอบครัวที่อบอุ่น

อย่างไรก็ตามแม้บุตรบุญธรรมจะไม่ใช่อุปการะที่เกิดจากผู้รับบุตรบุญธรรมโดยวิธีแห่งธรรมชาติ แต่เป็นบุตรที่ก่อตั้งขึ้นโดยผลของกฎหมาย แต่บุตรบุญธรรมก็ต้องการความรักและการดูแล เฉกเช่นบุตรที่ถือกำเนิดมาโดยผลแห่งธรรมชาติเช่นกัน ดังนั้นความเป็นบิดาและมารดาจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการเป็นส่วนเติมเต็มของครอบครัวที่สมบูรณ์ให้แก่บุตรบุญธรรมที่เป็นผู้เยาว์ที่ ประกอบไปด้วยความรักที่มากกว่าความเป็นบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรม นั่นก็คือ ความเป็นบิดามารดาและบุตร ดังนั้นจึงเป็นเหตุผลสำคัญที่กฎหมายได้ให้สิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันแก่ คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง หากมาพิจารณาถึงสิทธิดังกล่าวนี้ว่าจะสามารถนำมาปรับใช้ได้กับ กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐด้วยว่าได้ หรือไม่นั้น โดยในประเด็นนี้มีแนวความคิดของนักวิชาการสองกลุ่มที่มองแตกต่างกัน ทั้งฝ่ายที่เห็น ด้วยและฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย โดยเริ่มจากแนวคิดของนักวิชาการฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยที่มองว่าสิทธิดังกล่าวนี้ มีที่มาของแนวคิดที่ปรากฏชัดเจน เพราะแท้จริงแล้วการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่สมรสนั้นก็ เป็นไปตามหลักการที่ว่ากฎหมายต้องการสร้างสถานะโดยสมมติของความเป็นบิดามารดาและบุตรให้ เกิดขึ้น บุตรผู้เยาว์ต้องการความรักและการดูแลจากผู้ที่เป็นบิดาและมารดา แม้บุตรผู้เยาว์นั้นจะเป็น แค่บุตรบุญธรรมหรือบุตรที่ก่อตั้งขึ้นโดยผลของกฎหมาย ไม่ใช่บุตรที่เกิดจากผู้รับบุตรบุญธรรมโดยวิธี แห่งธรรมชาติก็ตาม

ดังนั้นหากเป็นเช่นนี้แล้วนักวิชาการกลุ่มนี้จึงมองว่ากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศ เดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ แม้จะมีความประสงค์จะรับผู้เยาว์เป็น บุตรบุญธรรมก็ไม่สามารถที่จะกระทำได้นี้เนื่องจาก กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน มีเพศสรีระ เดียวกันไม่สามารถมีสถานะเป็นบิดาและมารดาของบุตรบุญธรรมที่เป็นผู้เยาว์ร่วมกันได้ เพราะโดย ธรรมชาติแล้วบุตรไม่สามารถถือกำเนิดได้จากบิดาและบิดา หรือ มารดาและมารดา แม้ในความเป็น จริงแล้วกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะสามารถให้ความรักและความอบอุ่นแก่บุตรผู้เยาว์ที่ บุตรบุญธรรมของตนได้ดีไม่น้อยกว่าไปกว่าคู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรสก็ตาม แต่หากพิจารณา ให้ดีก็จะพบว่าแท้จริงแล้วธรรมชาติของมนุษย์นั้นจะต้องประกอบไปด้วยบิดาที่มีเพศสรีระเป็นชาย และมารดาที่มีเพศสรีระเป็นหญิง อันเป็นสาระสำคัญของดูแลและให้ความรักที่เป็นธรรมชาติแก่บุตร แม้บุตรนั้นจะมีสถานะเป็นเพียงบุตรบุญธรรมก็ตาม โดยเฉพาะผู้เยาว์ที่ต้องการความรักและความ ดูแลจากบิดาและมารดาที่สมบูรณ์ เหมือนกับบุตรผู้เยาว์คนอื่นๆ ทั่วไปในสังคมที่มีบิดาที่มีเพศ สรีระชายและมารดาที่มีเพศสรีระหญิง อันเป็นความสมบูรณ์ที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ มากกว่าความ สมบูรณ์ที่เกิดขึ้นจากการสรรค์สร้างหรือจินตนาการของมนุษย์ขึ้นมาจากบุคคลที่มีเพศสรีระเดียวกัน ที่มาเป็นบิดาและบิดา หรือ มารดาและมารดา ให้แก่บุตรผู้เยาว์ สิ่งเหล่านี้้อาจเกิดความสับสนและ

กลายเป็นปัญหาในด้านสภาพจิตใจของผู้เยาว์ที่เป็นบุตรบุญธรรมได้ แต่อย่างไรก็ตามคู่รักที่มีเพศสัมพันธ์เดียวกันก็สามารถให้อีกฝ่ายหนึ่งรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมฝ่ายเดียวได้ และเมื่อผู้เยาว์ที่เป็นบุตรบุญธรรมนั้นบรรลุนิติภาวะแล้ว ก็จะสามารถรับบุตรบุญธรรมผู้นั้นเป็นบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ เพราะกฎหมายอนุญาตให้ผู้ที่มีบรรลุนิติภาวะแล้วสามารถเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นได้มากกว่าหนึ่งคน

ส่วนความเห็นของนักวิชาการที่เห็นด้วยในประเด็นนี้ก็กลับมองในทางที่ตรงกันข้าม โดยมองว่า บุตรผู้เยาว์ของบุคคลใดก็ตาม แม้บุตรผู้นั้นจะเปลี่ยนสถานะไปเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่น แต่บุตรผู้นั้นก็ยังมีสถานะของความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาของบุตรผู้นั้นอยู่เช่นเดิม ดังนั้น บุตรบุญธรรมจึงมีสถานะเป็นเพียงบุตรที่ก่อตั้งขึ้นโดยผลของกฎหมาย เป็นเพียงการสมมติสถานะของความเป็นบิดามารดาและบุตรขึ้นมาเท่านั้น ความรักและความผูกพันก็ยังคงอยู่ที่บิดามารดาผู้ให้กำเนิดเช่นเดิม เพราะในทางกฎหมายแล้วการมีสถานะของความเป็นบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรมเป็นการได้มาแค่เพียงอำนาจปกครองในตัวบุตรบุญธรรมเท่านั้น ผู้รับบุตรบุญธรรมมีสถานะเป็นเพียงผู้ใช้อำนาจปกครองที่ก่อตั้งขึ้นโดยผลของกฎหมายเท่านั้น ประกอบกับบุตรบุญธรรมก็ไม่สูญเสียสิทธิและหน้าที่ในครอบครัวที่ได้ถือกำเนิดมาแต่อย่างใด จึงไม่ใช่เรื่องที่แปลกและเกิดความเสียหายประการใด ที่จะให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันตามกฎหมายแล้วนั้นได้มีสิทธิตามกฎหมายในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน เพราะเป็นไปตามที่กล่าวไว้ในตอนต้นว่า บุตรผู้เยาว์ของบุคคลใดแม้จะเปลี่ยนสถานะไปเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่น แต่บุตรผู้นั้นก็ยังคงเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาเดิมของตนอยู่เช่นเดิม และบุตรบุญธรรมยังมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายต่อบิดามารดาโดยกำเนิดของตน นั้นหมายความว่าบุตรผู้เยาว์ผู้นั้นยังคงได้รับความรักและความอบอุ่นจากผู้ที่เป็นบิดามารดาเดิมโดยธรรมชาติของผู้เยาว์ผู้นั้นอยู่ จึงหาจำเป็นต้องกังวลในประเด็นที่ว่าบุตรผู้เยาว์จะไม่ได้ได้รับความรัก ความเมตตาและการเลี้ยงดูโดยวิถีแห่งธรรมชาติจากผู้ที่เป็นบิดาและมารดา

หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าบุตรผู้เยาว์ผู้นั้นเป็นบุตรกำพร้า อยู่ภายใต้การดูแลของญาติหรือสถานสงเคราะห์ ในกรณีนี้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ก็จะอยู่กับญาติหรือสถานสงเคราะห์ และหากมีการยื่นความประสงค์ขอรับอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ที่มีลักษณะดังกล่าวของกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน ก็เป็นอำนาจในการตัดสินใจของญาติหรือสถานสงเคราะห์ที่จะให้บุตรผู้เยาว์ไปอยู่ในความดูแลและอุปการะในฐานะบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันนั้นหรือไม่ ในกรณีดังกล่าวมานี้กฎหมายให้อำนาจในการตัดสินใจอยู่ที่ญาติและสถานสงเคราะห์ หากญาติหรือสถานสงเคราะห์เห็นว่าไม่เหมาะสมที่จะให้กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเข้ารับการอุปการะบุตรบุญธรรมก็มีสิทธิที่จะปฏิเสธที่จะไม่ให้กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันรับอุปการะ

บุตรผู้เยาว์ในฐานะบุตรบุญธรรมก็ย่อมได้ เพราะญาติหรือสถานสงเคราะห์มีสถานะเป็นผู้ปกครองของบุตรผู้เยาว์

อย่างไรก็ตามถ้าหากกฎหมายคำนึงถึงสถานะของความเป็นบิดามารดาและบุตร เพียงเพื่อต้องการให้เกิดความสมบูรณ์ของครอบครัวในการรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม เหตุใดกฎหมายจึงยินยอมให้บุคคลเพียงคนเดียวที่ไม่ได้สมรสมีสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมได้ เพราะโดยเงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรมนั้น กฎหมายก็อนุญาตให้บุคคลคนเดียวสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ นั้นหมายความว่าบุคคลที่เป็นผู้รับบุตรบุญธรรมเพียงคนเดียวนั้นอาจมีสถานะเป็นเพียงบิดาหรือมารดาของบุตรบุญธรรมเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง บุตรบุญธรรมผู้นั้นก็อาจมีเพียงบิดาหรือมารดาเท่านั้น ดังนั้นจึงวิเคราะห์ได้ว่า การที่กฎหมายคำนึงถึงสถานะของความเป็นบิดามารดาและบุตร เพียงเพื่อต้องการให้เกิดความสมบูรณ์ของครอบครัวในการรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมอาจไม่ใช่สาระสำคัญของการรับบุตรบุญธรรม

ประกอบกับการศึกษาว่า แม้กฎหมายจะไม่อนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันตามกฎหมายแล้ว ได้มีสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ แต่ในความเป็นจริงแล้วกฎหมายเองก็ไม่ได้ห้ามไม่ให้กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันในการเข้ารับบุตรบุญธรรม ซึ่งหากข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่า กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันฝ่ายหนึ่งรับบุตรผู้เยาว์ของบุคคลอื่นมาเป็นบุตรบุญธรรมของตนเพียงฝ่ายเดียว แต่กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันผู้นั้นก็ได้อาศัยอยู่ร่วมกันกับคู่รักของตนซึ่งก็เป็นผู้ที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันอีกฝ่ายหนึ่งในบ้านเดียวกันและร่วมกันในการดูแลและใช้อำนาจปกครองบุตรบุญธรรมผู้นั้น แม้จะมีผู้ที่เป็นผู้รับบุตรบุญธรรมในทางกฎหมายเพียงฝ่ายเดียวก็ตาม ถ้ากรณีเป็นเช่นนี้แล้ว เหตุใดกฎหมายจึงไม่ยอมให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้มีโอกาสในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมร่วมกันไปเลย เพราะอย่างไรก็อาศัยอยู่บ้านเดียวกันและใช้ชีวิตร่วมกันไปแล้ว ไม่มีประโยชน์อะไรที่กฎหมายจะมาห้ามเพียงเพราะสถานะของความเป็นบิดามารดาตามวิถีแห่งธรรมชาติ ที่จะไม่อนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในการเข้ารับบุตรบุญธรรมร่วมกัน หากมองในอีกแง่หนึ่งบุตรผู้เยาว์ผู้นั้นก็จะมีผู้ใช้อำนาจปกครองเพิ่มขึ้นในการช่วยเหลือและเอาใจใส่ต่อบุตรผู้เยาว์เพื่อเพิ่มคุณภาพชีวิตและสวัสดิภาพที่ดีขึ้นของผู้เยาว์ก็ย่อมได้

ดังนั้น หากพิจารณาแล้วจะพบว่าสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันจะสามารถนำมาปรับใช้ได้แก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐได้หรือไม่ นั้น ต่างก็มีทั้งหลักการและเหตุผลที่แตกต่างกันไป สิ่งเหล่านี้จึงขึ้นอยู่กับแนวทางที่เป็นนโยบายของรัฐนั้นๆ ในการพิจารณาถึงสิทธิในประเด็นดังกล่าว โดยต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพและความผูกพันที่จะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ตัวของผู้เยาว์เป็นสำคัญต่อไป

5.3.2.4 สิทธิตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558

กฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรส สิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ที่จะขออธิบายฉบับต่อมาก็คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ซึ่งในปัจจุบันพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติและประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ประกอบกับพระราชบัญญัติฉบับนี้ก็มีที่น่าสนใจและมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิที่ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ขอบด้วยกฎหมายซึ่งสิทธิที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ให้แก่คู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสโดยขอบด้วยกฎหมายคือ สิทธิในการให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทน ซึ่งเป็นการใช้เทคโนโลยีในทางการแพทย์ช่วยคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรแต่ไม่สามารถมีได้เนื่องจากความไม่พร้อมของสภาพร่างกายของคู่สมรส โดยในพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดเงื่อนไขไว้สำหรับคู่สมรสที่จะใช้สิทธิในการให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทนไว้ในหมวด 3 การตั้งครรภ์แทน และในหมวด 4 ความเป็นบิดาและมารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ให้สิทธิแก่คู่สมรสที่ขอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรแต่ไม่สามารถมีบุตรได้เนื่องจากความไม่พร้อมของร่างกาย สามารถใช้เทคโนโลยีในทางการแพทย์ในการช่วยตั้งครรภ์ หรือให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทน โดยบุคคลสองคนที่อยู่ในฐานะคู่สมรสที่จะใช้สิทธิตามกฎหมายฉบับนี้จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้อย่างเคร่งครัดทุกประการ ก่อน⁷⁴¹ เหตุที่มีพระราชบัญญัติฉบับนี้ ก็เป็นเพราะความก้าวหน้าในทางการแพทย์ที่ได้เข้ามามีส่วนช่วยคู่สมรสที่อยู่ในภาวะของการมีบุตรยาก สามารถช่วยผู้ที่มีภาวะของการมีบุตรยากให้มีบุตรได้โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งมีผลทำให้บทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันในเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ขอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญ

⁷⁴¹ มาตรา 21 “ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนต้องเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) สามีภริยาที่ขอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีความพร้อมทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจที่จะเป็นบิดามารดาของเด็ก

(2) หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องมีใบพู่การหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ขอบด้วยกฎหมายตาม (1) และ

(3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีต้องได้รับความยินยอมจากสามีด้วย

แพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการอาจประกาศกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมได้ตามที่เห็นสมควร”

พันธู์ในทางการแพทย์ไม่สอดคล้องกับความสัมพันธ์ในทางพันธุกรรม โดยกฎหมายฉบับนี้จะเป็นกฎหมายที่กำหนดถึงสถานะความเป็นบิดามารดาที่ขอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสม และเป็นการให้ความช่วยเหลือแก่คู่สมรสที่อยู่ในภาวะการมีบุตรยาก สามารถช่วยผู้ที่มีภาวะการมีบุตรยากมีบุตรได้โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยเฉพาะคู่สมรสที่มีความพร้อมในการที่จะเป็นบิดาและมารดา เป็นกฎหมายที่สร้างสถานะของความเป็นบิดามารดาและบุตรแม้จะไม่ได้เป็นการตั้งครรรค์โดยวิธีแห่งธรรมชาติ แต่ก็เป็นการใช้เทคโนโลยีเพื่อช่วยให้เป็นไปตามวิธีแห่งตามธรรมชาติอย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้ก็ได้ออกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นในกรณีของชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิ หรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรรค์ หรือผู้บริจาคตัวอ่อน และเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาคดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก⁷⁴² ดังนั้น ทำให้การมีกฎหมายฉบับนี้ขึ้นมาจะเข้ามามีส่วนเติมเต็มให้ครอบครัวมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้นทั้งทางพฤตินัยและทางนิตินัย

หากมาพิจารณาถึงสิทธิดังกล่าวนี้ว่าจะสามารถนำมาปรับใช้ให้กับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐด้วยว่าได้หรือไม่นั้น ก็ต้องมาวิเคราะห์ให้เห็นถึงที่มาว่าสิทธิดังกล่าวนี้มีแนวคิดและที่มาอย่างไร ซึ่งในความเป็นจริงแล้วแนวคิดของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ก็เป็นไปตามที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาข้างต้นว่ากฎหมายต้องการสร้างฐานะของความเป็นบิดามารดาและบุตรให้เกิดขึ้น เป็นการให้ความช่วยเหลือแก่คู่สมรสที่อยู่ในภาวะการมีบุตรยาก สามารถช่วยผู้ที่มีภาวะการมีบุตรยากมีบุตรได้โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยเฉพาะคู่สมรสที่มีความพร้อมในการที่จะเป็นบิดาและมารดา เป็นกฎหมายที่สร้างสถานะของความเป็นบิดามารดาและบุตรแม้จะไม่ได้เป็นการตั้งครรรค์โดยวิธีแห่งธรรมชาติ แต่ก็เป็นการใช้เทคโนโลยีเพื่อช่วยให้เป็นไปตามวิธีแห่งตามธรรมชาติ กฎหมายฉบับนี้ก็เข้ามามีส่วนเติมเต็มให้ครอบครัวมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

⁷⁴² มาตรา 27 “เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ ตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ขอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรรค์ หรือให้หญิงอื่นตั้งครรรค์แทน ให้เด็กนั้นเป็นบุตรที่ขอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ขอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ขอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิ หรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรรค์ หรือผู้บริจาคตัวอ่อน และเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาคดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก”

ดังนั้น หากเป็นเช่นนี้แล้วกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐแม้จะมีความประสงค์จะตั้งครอบครัวก็โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ก็ไม่สามารถที่จะกระทำได้นี้เนื่องจาก กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีเพศสรีระเดียวกันไม่สามารถมีสถานะเป็นความบิดาและมารดาของบุตรผู้เยาว์ร่วมกันได้ และไม่เข้าเงื่อนไขของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว เพราะโดยธรรมชาติแล้วบุตรไม่สามารถถือกำเนิดได้จากบิดาและบิดา หรือ มารดาและมารดา แม้ในความเป็นจริงแล้วกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะสามารถให้ความรักและความอบอุ่นแก่บุตรผู้เยาว์ของตนได้ดีไม่น้อยกว่าไปกว่าคู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรสก็ตาม แต่หากพิจารณาให้ดีก็จะพบว่าแท้จริงแล้วธรรมชาติของมนุษย์นั้นจะต้องประกอบไปด้วยบิดาที่มีเพศสรีระเป็นชายและมารดาที่มีเพศสรีระเป็นหญิง อันเป็นสาระสำคัญของดูแลและให้ความรักที่เป็นธรรมชาติแก่บุตร โดยเฉพาะผู้เยาว์ที่ต้องการความรักและความดูแลจากบิดาและมารดาที่สมบูรณ์ เหมือนกับบุตรผู้เยาว์คนอื่นๆ ทั่วไปในสังคมที่มีบิดาที่มีเพศสรีระชายและมารดาที่มีเพศสรีระหญิง อันเป็นความสมบูรณ์ที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ มากกว่าความสมบูรณ์ที่เกิดขึ้นจากการสรรค์สร้างจากจินตนาการ หรือการสร้างสรรค์ในทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ของมนุษย์ขึ้นมาจากบุคคลที่มีเพศสรีระเดียวกันที่มาเป็นบิดาและบิดา หรือมารดาและมารดา ให้แก่บุตรผู้เยาว์ สิ่งเหล่านี้ อาจเกิดความสับสนและกลายเป็นปัญหาในด้านสภาพจิตใจของผู้เยาว์ที่ถือกำเนิดขึ้นมาภายใต้สภาวะของครอบครัวในลักษณะที่เป็นเช่นนี้ได้

อย่างไรก็ตามประเด็นในเรื่องของการตั้งครอบครัวแทน และประเด็นการรับบริจาคอสุจิจากบุคคลอื่นเพื่อให้ตนตั้งครอบครัวทั้งสองประเด็นนี้ ผู้วิจัยของยกแนวคิดของประเทศฝรั่งเศสมาเป็นแนวทางในการวิเคราะห์ได้ว่า ระบบกฎหมายสมรสของประเทศฝรั่งเศสนั้น แม้จะให้สิทธิในการสมรสอย่างเท่าเทียมกันแก่ทุกรูปแบบความรักภายใต้กฎหมายฉบับเดียวกัน แต่สิทธิในกฎหมายสมรสนั้นก็เป็นเพียงสิทธิของคนเพียงสองคนในฐานะของคู่สมรสเท่านั้น ไม่ได้ความรวมถึงสิทธิของความเป็นบิดามารดาด้วย เพราะระบบกฎหมายสมรสของประเทศฝรั่งเศสได้แยกหน้าที่ของความเป็นคู่สมรส และความเป็นบิดามารดาออกจากกันอย่างสิ้นเชิง ดังจะเห็นได้จากการแยกกฎหมายสมรสออกจากกฎหมายครอบครัวที่ให้สิทธิของความเป็นบิดา มารดาและบุตรอย่างชัดเจน

ดังนั้น แนวคิดของฝรั่งเศสจึงเป็นการกำหนดหน้าที่ของความเป็นคู่สมรสว่าเป็นสิทธิของคนสองคนที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ต่างจากสิทธิของความเป็นบิดา มารดาและบุตรที่ต้องเกิดโดยผลของธรรมชาติ โดยต้องมีสถานะของความเป็นบิดาที่เป็นบุคคลที่มีเพศชาย มารดาที่เป็นบุคคลที่มีเพศหญิงและบุตร ซึ่งจะเกิดขึ้นโดยผลของธรรมชาติอันเป็นไปตามวิถีของธรรมชาติ ความเป็นบิดา มารดาของบุตรที่เกิดโดยผลของธรรมชาติ จึงจะต้องเกิดจากชายกับหญิงเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากบุตรที่เกิดจากการก่อตั้งโดยผลของกฎหมายหรือบุตรบุญธรรมที่ไม่ต้องอาศัยความเป็นธรรมชาติของความเป็นบิดามารดาเข้ามาเกี่ยวข้อง จึงส่งผลให้คู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันมีสิทธิในบุตรประเภทนี้ได้ สิ่งทีกล่าวมานี้

ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นว่า สถานะของความเป็นคู่สมรสและสถานะของความเป็นบิดา มารดาตามระบบกฎหมายสมรสของฝรั่งเศสได้แยกบทบาทและหน้าที่ออกจากกันอย่างชัดเจน ส่งผลให้คู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันที่จดทะเบียนสมรสภายใต้กฎหมายสมรสของฝรั่งเศสไม่อาจมีสถานะของความเป็นบิดาและมารดา ที่ต้องมีเพศสรีระเป็นชายและมีเพศสรีระเป็นหญิงของบุตรที่เกิดจากผลของธรรมชาติ ได้ตามกฎหมายครอบครัว คู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันจึงไม่สามารถได้รับสิทธิตามกฎหมายและสิทธิโดยชอบธรรมจากธรรมชาติในความเป็นบิดา มารดาโดยสมบูรณ์จากการตั้งครรภ์แทน หรือการรับบริจาคอสุจิจากบุคคลอื่นเพื่อให้ตนตั้งครรภ์ เพื่อให้กำเนิดบุตรที่เกิดขึ้นโดยผลของธรรมชาติ

เฉกเช่นเดียวกันแนวคิดของประเทศเยอรมัน ที่สถานะของความเป็นบิดา มารดา และบุตรที่เกิดขึ้นโดยผลของธรรมชาติต้องเกิดขึ้นกับผู้ที่มีเพศสรีระเป็นชายกับผู้ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันเท่านั้น แม้ว่าแนวคิดของประเทศเยอรมันจะมีความแตกต่างจากแนวคิดของประเทศฝรั่งเศสในประเด็นเรื่องของกฎหมายสมรส หากแต่ในประเด็นเรื่องกฎหมายครอบครัว ประเทศฝรั่งเศสกับประเทศเยอรมันกลับมองไปในแนวทางเดียวกันว่า ความเป็นบิดา มารดาและบุตรที่เกิดขึ้นโดยผลของธรรมชาติจะต้องเป็นสิทธิโดยชอบธรรมจากธรรมชาติของผู้ที่มีเพศสรีระเป็นชายและผู้ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงเท่านั้น ดังนั้นสิทธิในการตั้งครรภ์แทนโดยชอบด้วยกฎหมายหรือสิทธิในการรับบริจาคอสุจิจากบุคคลอื่นเพื่อให้ตนตั้งครรภ์ ของคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันจึงมีอาจเกิดขึ้นได้โดยชอบธรรมภายใต้กฎหมายครอบครัวของประเทศเยอรมันและภายใต้กฎหมายครอบครัวของประเทศเยอรมัน

ในประเด็นดังที่ได้กล่าวนี้ผู้วิจัยจะวิเคราะห์เพิ่มเติมเพื่อชี้ให้เห็นว่าสถานะของความเป็นบิดามารดาของผู้ที่เป็นบุตรทั้งสองรูปแบบนั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ สถานะของความเป็นบิดามารดาของบุตรประเภทแรกคือ บุตรที่เกิดโดยผลของธรรมชาติ บุตรประเภทนี้เป็นบุตรที่เกิดจากการสมรสภายใต้เงื่อนไขของธรรมชาติ หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งก็คือ บุตรที่เป็นผลโดยตรงของการมีเพศสัมพันธ์ของผู้เป็นบิดาและผู้เป็นมารดาของเด็ก บุตรประเภทนี้อาจหมายถึงความรวมถึงการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ต่างๆ ในการช่วยในการเจริญพันธุ์ของบิดาและมารดาด้วยเช่นกัน บุตรประเภทนี้จึงมีสถานะเป็นบุตรที่เกิดขึ้นโดยผลของธรรมชาติ เกิดจากความเป็นสามีหรือภรรยา ที่พัฒนามาสู่ความเป็นบิดา มารดานั่นเอง บุตรประเภทที่สอง คือ บุตรที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายหรือบุตรบุญธรรม สถานะของบุตรประเภทนี้มีลักษณะที่ก่อตั้งขึ้นโดยผลของกฎหมาย ที่ถูกกฎหมายสมมติขึ้นมาว่าเป็นบุตรภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามบุตรที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของบุตรที่เกิดขึ้นโดยผลของธรรมชาตินั่นเอง เพราะเป็นไปตามเงื่อนไขของธรรมชาติที่มนุษย์ทุกคนจำเป็นต้องเกิดขึ้นจากการปฏิสนธิระหว่างอสุจิของผู้เป็นบิดาและไข่ของผู้เป็นมารดา ดังนั้นบุตรที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายก็ถือเป็นบุตรที่เกิดขึ้นโดยผลของธรรมชาติเช่นกัน

สิ่งเหล่านี้ผู้วิจัยจะวิเคราะห์ให้เห็นว่าบุตรทั้งสองประเภทแม้จะมีลักษณะในทางกายภาพที่เป็นส่วนหนึ่งของมันและกัน แต่สิ่งที่แตกต่างกันของบุตรทั้งสองประเภทคือ สถานะของผู้ที่เป็นบิดาและผู้ที่เป็นมารดาของบุตรทั้งสองประเภทที่มีความแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ บุตรที่เกิดขึ้นโดยผลของธรรมชาติเป็นบุตรที่เกิดขึ้นจากสายโลหิต เกิดจากเลือดเนื้อของผู้ที่เป็นบิดาและมารดามีสถานะเป็นบุตรโดยแท้จริงของผู้ที่เป็นบิดาและมารดาผู้ให้กำเนิด หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ผู้สืบสันดานโดยตรงของผู้เป็นบิดาและผู้เป็นมารดา” แต่สถานะในความเป็นบิดาและมารดาของบุตรประเภทที่สองนั้นคือ บุตรที่ก่อตั้งขึ้นโดยผลของกฎหมายหรือบุตรบุญธรรม มีความแตกต่างจากบุตรประเภทแรกเพราะบุตรประเภทนี้ก่อตั้งขึ้นโดยผลของกฎหมาย บุตรประเภทนี้จึงเป็นเพียงการนำบุตรของบุคคลอื่นมาสมมติว่าเป็นบุตรของตน สถานะของความเป็นบิดามารดาจึงเป็นเพียงการสมมติขึ้นมาภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายหรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ผู้สืบสันดานโดยผลของกฎหมาย (โดยอ้อม) ของผู้เป็นบิดาและผู้เป็นมารดาที่กฎหมายจำลองสถานะความเป็นบิดาและมารดาขึ้นมา”⁷⁴³ สถานะของความเป็นบิดามารดาของบุตรประเภทนี้จึงมีความแตกต่างจากบุตรประเภทแรกโดยสิ้นเชิงหรือในบางครั้งอาจถูกมองว่าสถานะของความเป็นบิดาและมารดาที่ปรากฏแท้จริงโดยธรรมชาติของบุตรประเภทที่สองอาจไม่มีอยู่เลย มีเพียงสถานะของความเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตามแม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะได้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมให้มีฐานะเช่นเดียวกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็เพียงการจำลองภาพความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรขึ้นมาเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากการที่จดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมแล้ว แม้กฎหมายได้กำหนดให้บุตรบุญธรรมมีฐานะเช่นเดียวกันกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายหรือบุตรที่เกิดขึ้นโดยผลของธรรมชาติ และผู้รับบุตรบุญธรรมก็มีสิทธิและหน้าที่ต่อ

⁷⁴³ ผู้สืบสันดานโดยผลของกฎหมาย หมายถึง ผู้ที่ถูกกฎหมายกำหนดให้มีสถานะเป็นผู้สืบสันดาน ไม่ได้เกิดขึ้นจากธรรมชาติเป็นผู้กำหนดให้เป็นผู้สืบสันดานอย่างเช่นผู้สืบสันดานโดยตรงหรือโดยสายโลหิต ซึ่งเป็นบุตรที่เกิดขึ้นโดยผลของธรรมชาติจากผู้เป็นบิดาและมารดาโดยกำเนิดนี้ ต่อมาได้เปลี่ยนสถานะเป็นบุตรที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายหรือบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย และบุคคลอื่นผู้นั้นก็มีสถานะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม บุตรประเภทนี้กฎหมายกำหนดให้มีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม ทำให้มีฐานะเป็นผู้สืบสันดานเช่นเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมาย หากแต่การเป็นผู้สืบสันดานของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้นเป็นแต่เพียงการสมมติขึ้นมาโดยผลของกฎหมายเท่านั้น หากใช้เป็นผู้สืบสันดานโดยตรงหรือโดยสายโลหิตของผู้รับบุตรบุญธรรมไม่ ทำให้สถานะของความเป็นบิดามารดาของบุตรประเภทนี้เป็นแต่เพียงความสัมพันธ์แบบจำลอง

บุตรบุญธรรมเช่นเดียวกับบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย⁷⁴⁴ แต่เนื่องจากบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรมมิได้มีความสัมพันธ์กันทางสายโลหิตโดยตรง ผู้รับบุตรบุญธรรมจึงไม่มีสถานะเป็นบุพการีของบุตรบุญธรรมตามความเป็นจริง ดังนั้น สถานะของความเป็นบิดามารดาจึงเป็นเพียงการสมมติขึ้นมาภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายเท่านั้น สถานะของความเป็นบิดามารดาโดยกำเนิดหรือโดยผลของธรรมชาติจึงไม่มีอยู่จริง ดังจะเห็นได้จากการที่บุตรบุญธรรมสามารถฟ้องผู้รับบุตรบุญธรรมได้ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญาไม่เป็นคดีอุทลุม⁷⁴⁵ เงื่อนไขของการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตร

⁷⁴⁴ บุตรบุญธรรมมีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่ายให้นำสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร มาใช้บังคับโดยอนุโลม ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1598/28 วรรคท้าย ดังนั้น ผู้รับบุตรบุญธรรมจึงเป็นเหมือนผู้ใช้อำนาจปกครองเหนือบุตรบุญธรรม และต้องทำหน้าที่ดูจบบิดามารดาของเด็ก กล่าวคือ มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาแก่บุตรบุญธรรม และสามารถนำบุตรบุญธรรม มาหักค่าลดหย่อนภาษีได้ ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 47(1) (ค) ในเวลาเดียวกันตัวบุตรบุญธรรมเองก็มีสิทธิใช้นามสกุลของผู้รับบุตรบุญธรรม และมีหน้าที่ต่อผู้รับบุตรบุญธรรม ทำนองเดียวกันกับหน้าที่ต่อบิดามารดาโดยกำเนิดของตน ตามกฎหมาย มาตรา 1563 บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา และกรณีไม่ใช่ผู้รับบุตรบุญธรรมรับมรดกของบุตรบุญธรรม อันต้องห้ามตามมาตรา 1598/29 ดังนั้น หากมีผู้มิทำละเมิดต่อบุตรบุญธรรม ซึ่งเป็นผู้เยาว์ถึงแก่ความตาย ผู้รับบุตรบุญธรรม จึงเป็นผู้เสียหาย มีอำนาจฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 713/2517)

⁷⁴⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 294/2538 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1578/28 บัญญัติว่า บุตรบุญธรรมย่อมมีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม และวรรคสอง ได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติใน ลักษณะ 2 หมวด 2 แห่งบรรพนี้ (ตั้งแต่มาตรา 1561 ถึงมาตรา 1584/1) มาใช้บังคับโดยอนุโลมนั้น หมายความว่าให้นำบทบัญญัติ ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตรมาใช้บังคับแก่บุตรบุญธรรมโดยอนุโลมเท่านั้น ไม่ได้บังคับว่าจะต้องนำทุกมาตรามาใช้บังคับทั้งหมด เป็นต้นว่า บุตรบุญธรรมมีสิทธิใช้ชื่อสกุลของผู้รับบุตรบุญธรรม ผู้รับบุตรบุญธรรมต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรบุญธรรมในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ ฯลฯ แต่ที่มาตรา 1562 บัญญัติว่า ผู้ใดจะฟ้องบุพการีของตนเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญามีได้นั้น เป็นบทบัญญัติจำกัดสิทธิของบุคคล ต้องตีความโดยเคร่งครัด ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 29 เดิม (มาตรา 28 แก้ไขใหม่) ได้บัญญัติความหมายของคำว่าบุพการีและผู้สืบสันดานไว้ว่า บุพการี หมายความว่า บิดามารดา ปู่ย่า ตายาย และทวดที่สืบสายโลหิตกันโดยตรงขึ้นไปตามความเป็นจริงเท่านั้น จำเลยเป็นเพียงผู้รับโจทก์เป็นบุตรบุญธรรม ไม่ใช่บิดาของ

บุญธรรมเป็นเงื่อนไขพิเศษ⁷⁴⁶ ผู้รับบุตรบุญธรรมไม่มีฐานะเป็นบิดา มารดาที่เป็นทายาทโดยธรรมของบุตรบุญธรรม⁷⁴⁷ บุตรบุญธรรมไม่มีฐานะเป็นญาติของทายาทโดยธรรมของผู้รับบุตรบุญธรรม⁷⁴⁸

โจทก์ จึงไม่ใช่ผู้บุพการีของโจทก์ตามบทกฎหมายดังกล่าว โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องจำเลยได้ไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1562

⁷⁴⁶ ภายใต้เงื่อนไขของการสมรส ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1451 “ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมจะสมรสกันไม่ได้ “แต่หากมีการฝ่าฝืนหลักกฎหมายดังกล่าว ผลของการสมรสก็จะเป็นไปตาม มาตรา 1598/32 “การรับบุตรบุญธรรมย่อมเป็นการยกเลิกเมื่อมีการสมรสฝ่าฝืนมาตรา 1451” ดังนั้น แม้จะเป็นการฝ่าฝืนเงื่อนไขดังกล่าว ผลของการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมนั้นก็มิผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพียงแต่สถานะของผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมเป็นอันต้องยกเลิกไป แสดงให้เห็นว่าเงื่อนไขของการสมรสดังกล่าวนี้ มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างออกไปจากเงื่อนไขของการสมรสประการอื่น เพราะหากเป็นเงื่อนไขประการอื่นนั้น หากมีการฝ่าฝืนอาจส่งผลให้การสมรสไม่สมบูรณ์โดยอาจตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะแล้วแต่กรณี โดยเฉพาะในกรณีเงื่อนไขของการสมรสระหว่างญาติ ตามมาตรา 1450 ที่หากมีการฝ่าฝืน การสมรสก็จะตกเป็นโมฆะ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย การสมรสระหว่างบุคคลทั้งสองอยู่ภายใต้เงื่อนไขพิเศษ จึงเป็นการแสดงให้เห็นว่าผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม เป็นเพียงสถานะที่สมมติขึ้นมา ไม่มีสถานะความเป็นญาติในความหมายของกฎหมายแต่อย่างใด

⁷⁴⁷ แม้กฎหมายจะกำหนดให้บุตรบุญธรรมมีสิทธิรับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมในฐานะทายาทโดยธรรมที่เป็นผู้สืบสันดาน แต่บุตรบุญธรรมก็มีสถานะเป็นเพียงผู้สืบสันดานโดยผลของกฎหมายเท่านั้นหาใช้ผู้สืบสันดานโดยตรงที่เป็นทายาทสืบสายโลหิตไม่ ดังนั้น จึงส่งผลให้ผู้รับบุตรบุญธรรมมีสถานะเป็นเพียงบิดา มารดาที่ได้สมมติขึ้นมาโดยผลของกฎหมายเท่านั้น จึงไม่มีสิทธิรับมรดกของบุตรบุญธรรม เพราะผู้รับบุตรบุญธรรมนั้นหาใช่ทายาทโดยธรรม ที่เป็นบิดา มารดาโดยกำเนิด และมีสิทธิในการรับมรดกของบุตรบุญธรรมไม่ ฐานะของความเป็นบุพการีทั้งในทางพฤตินัยและในทางนิตินัยของบุตรบุญธรรมจึงไม่มีอยู่แต่อย่างใด กล่าวคือ บุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรมไม่มีสถานะของความเป็นญาติกันโดยสายโลหิต ทั้งในทางพฤตินัยและในทางนิตินัย แต่อย่างไรก็ตามบุคคลทั้งสองอาจเป็นญาติกันในฐานะอื่น ที่ไม่ใช่ในฐานะของบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรมก็ย่อมได้

⁷⁴⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 773/2528 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า บุตรบุญธรรมนั้นกฎหมายถือว่าเป็นผู้สืบสันดานเหมือนกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมก็จริง แต่บุตรบุญธรรมหาใช่ผู้สืบสันดานโดยตรงของผู้รับบุตรบุญธรรมไม่ คำว่าผู้สืบสันดานโดยตรงตามมาตรา 1643 นั้น

ประกอบกับบุตรบุญธรรมไม่ใช่ผู้สืบสันดานของผู้รับบุตรบุญธรรมตามความหมายของกฎหมายอาญา
ด้วย⁷⁴⁹

ประกอบกับกฎหมายครอบครัวของประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน และของ
ประเทศไทย ผู้รับบุตรบุญธรรมไม่จำเป็นต้องทำการสมรสหรือมีคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ
อาจมีสถานะภาพโสด หรืออาจจะอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นโดยมิได้จดทะเบียนสมรสก็ได้ สิ่งเหล่านี้

หมายถึงผู้สืบสันดานในทางสืบสายโลหิตโดยแท้จริง หากผู้สืบสันดานโดยอ้อม เพียงการสมมติทาง
กฎหมายไม่ การที่มาตรา 1627 บัญญัติให้ถือว่าบุตรบุญธรรมเป็นผู้สืบสันดานเหมือนกับบุตรที่ชอบ
ด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม ก็เพื่อประโยชน์ในการที่จะให้บุตรบุญธรรมมีสิทธิรับมรดกของ
ผู้รับบุตรบุญธรรมตามมาตรา 1627(1) เท่านั้น แต่การรับมรดกแทนที่นั้นไม่เหมือนกับการรับมรดก
ธรรมดา เพราะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษในมาตรา 1643 ว่า ผู้มีสิทธิรับแทนที่ได้ต้องเป็น
ผู้สืบสันดานโดยตรง คือ ต้องเป็นผู้สืบสันดานในทางสืบสายโลหิตโดยแท้จริงด้วย มิใช่เพียงแต่เป็น
ผู้สืบสันดานโดยอ้อมเพียงการสมมติโดยกฎหมายเท่านั้น แม้แต่คู่สมรสของบุตรเจ้ามรดกที่เป็นทายาท
โดยธรรมที่ใกล้ชิดของบุตรเจ้ามรดกคนหนึ่งตามมาตรา 1629 วรรคท้าย ก็ยังไม่มีสิทธิรับมรดกแทนที่
เจ้ามรดกได้ เพราะไม่ใช่ผู้สืบสันดานโดยตรงฉันใดบุตรบุญธรรมของบุตรเจ้ามรดกก็ย่อมไม่มีสิทธิรับ
มรดกแทนที่บุตรเจ้ามรดกได้ฉันนั้น ทั้งนี้ก็เพราะการรับมรดกแทนที่นั้น กฎหมายให้สิทธิเป็นของ
หลานหรือเหลน ที่มีความสำคัญในทางสายโลหิตเพื่อสืบมรดกของวงศ์ตระกูลต่อไปเท่านั้นเอง หากว่า
โดยเหตุผลจะเห็นได้ว่าบุตรบุญธรรมนั้นมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษเฉพาะตัวผู้รับบุตรบุญธรรมเท่านั้น
จึงมีสิทธิได้รับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมตามมาตรา 1627 มาตรา 1629(1) ได้ แต่บุตรบุญธรรมหา
ได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับญาติอื่นของผู้รับบุตรบุญธรรมด้วยไม่ ฉะนั้นบุตรบุญธรรมจึงไม่มี
สิทธิรับมรดกของมารดาผู้รับบุตรบุญธรรมแทนที่ผู้รับบุตรบุญธรรมได้ตามมาตรา 1643

⁷⁴⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 956/2509 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คำว่าสืบสันดานตามพจนานุกรม
หมายความว่า สืบเชื้อสายมาโดยตรงและตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1586
(1598/28 ใหม่) มาตรา 1587 (1598/29 ใหม่) มาตรา 1627/30 ใหม่ แสดงว่าบุตรบุญธรรมย่อมมี
ฐานะแตกต่างกับบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรมก็มีฐานะ
แตกต่างจากบุพการีโดยตรงของบุตรบุญธรรมอยู่หลายประการ มาตรา 1568 และ มาตรา 1627 เป็น
บทบัญญัติพิเศษให้สิทธิบางประการแก่บุตรบุญธรรมในทางแพ่งเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางครอบครัว
มรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมเท่านั้น ต้องใช้โดยเคร่งครัดเฉพาะการตีความถ้อยคำในประมวลกฎหมาย
อาญาก็ต้องใช้การตีความโดยเคร่งครัด จึงหาขอบที่จะนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์มาใช้ตีความว่าผู้สืบสันดานตามประมวลกฎหมายอาญาตามมาตรา 71 วรรคสอง ไม่ บุตรบุญ
ธรรมจึงไม่ใช่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการีตามมาตรา 71 จึงยอมความไม่ได้

เป็นการแสดงให้เห็นว่า กฎหมายไม่ได้ยึดถือหลักว่าจะต้องมีการสมรสและต้องเป็นครอบครัวที่ต้องประกอบไปด้วยบิดาและมารดาที่สมบูรณ์เท่านั้นจึงจะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมได้ นั่นหมายความว่า บุคคลคนเดียวก็สามารถรับบุตรบุญธรรมได้ เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะกฎหมายมองว่า การรับบุตรบุญธรรมมีสถานะเป็นเพียงการสมมติสถานะขึ้นมาในทางกฎหมายเท่านั้น

สิ่งที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาทั้งหมดนี้ก็เพื่อจะวิเคราะห์ให้เห็นว่าสถานะของความเป็นบิดามารดาและบุตรทั้งสองประเภทมีความแตกต่างกันกฎหมายครอบครัวของทั้งประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน และประเทศไทยก็ต่างให้คำจำกัดความถึงสถานะของความเป็นบิดามารดาและบุตรที่เกิดขึ้นโดยผลของธรรมชาติว่าจะต้องเกิดจากมนุษย์ที่มีเพศสรีระชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระหญิงเท่านั้น ซึ่งต่างจากสถานะความเป็นบิดามารดาและบุตรที่ก่อตั้งขึ้นโดยผลของกฎหมายที่ไม่จำเป็นต้องเกิดจากบิดาและมารดาตามวิถีแห่งธรรมชาติ จึงอาจกล่าวได้ว่าบิดามารดาของบุตรประเภทที่สองนี้ใครๆ ก็สามารถเป็นได้ ดังนั้นกฎหมายครอบครัวของทั้งสามประเทศจึงเรียกสถานะของความเป็นบิดามารดาของบุตรประเภทที่สองนี้ว่าเป็นเพียงบิดามารดาโดยสมมติ หรือผู้รับบุตรบุญธรรม ดังนั้น เมื่อสถานะของความเป็นบิดาและมารดาเป็นเพียงการจำลองความสัมพันธ์ของบิดามารดาจึงก่อให้เกิดผลที่ตามมาคือ บุคคลใดก็ได้ที่มีความสามารถตามเงื่อนไขของกฎหมายก็จะมีสถานะของการเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมได้ ไม่ว่าจะเป็นบุคคลเพียงคนเดียวเท่านั้น หรือจะเป็นบุคคลสองคนที่เป็นคู่รักที่มีเพศสรีระที่ต่างกัน หรือคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันที่ประสงค์จะเข้ามาเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมร่วมกันก็ย่อมทำได้

ต่อมาผู้วิจัยจะวิเคราะห์ประเด็นคำถามที่มีผู้สงสัยว่า “ในเมื่อคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ แต่เหตุใดคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันจึงไม่สามารถให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทน หรือรับบริจาคอสุจิจากบุคคลอื่นเพื่อให้ตนตั้งครรภ์ได้” ซึ่งในประเด็นนี้ผู้วิจัยขอวิเคราะห์เหตุที่กฎหมายอนุญาตให้คู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้เป็นเพราะสถานะของความเป็นบิดามารดาที่แท้จริงของบุตรบุญธรรมนั้นไม่มีอยู่ตามความเป็นจริง เป็นเพียงสถานะที่ถูกกฎหมายสมมติขึ้นมาเท่านั้น หรืออาจจะเรียกว่าเป็นบิดามารดาที่ได้ในทางปฏิบัติ ถ้าผู้รับบุตรบุญธรรมเป็นชายและหญิง หากแต่การเป็นบิดามารดานั้นก็เป็นแต่เพียงการสมมติในทางกฎหมายเท่านั้น ส่งผลให้สถานะดังกล่าวจึงเป็นเพียงความสัมพันธ์แบบผู้รับบุตรธรรมกับบุตรบุญธรรม เมื่อไม่ต้องอาศัยบริบทในทางกายภาพของความเป็นบิดา มารดาแต่อย่างใด ซึ่งสิ่งเหล่านี้ส่งผลให้บุคคลใดก็ได้ที่จะสามารถเข้ามาเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมตามเงื่อนไขของกฎหมายไม่ว่าจะเป็นบุคคลเพียงคนเดียวหรือบุคคลสองคน และไม่ว่าบุคคลสองคนนั้นจะเป็นคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันหรือคู่รักที่มีเพศสรีระที่ต่างกันว่าประสงค์จะเข้ามารับบุตรบุญธรรมร่วมกัน หรือเข้ามาเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมร่วมกันก็ย่อมได้ หากแต่สถานะของความเป็นบิดามารดาและบุตรที่ได้ถือกำเนิดจากการตั้งครรภ์แทน หรือรับบริจาคอสุจิจากบุคคลอื่นเพื่อให้ตนตั้งครรภ์นั้นมีความแตกต่างกันออกไปเพราะบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์นั้นเป็นบุตรที่แท้จริงตามความหมายของธรรมชาติเพียงแต่กระบวนการที่ทำให้บุตร

ผู้นั้นเกิดขึ้นมานั้น มีการนำเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เข้ามาเกี่ยวข้อง หรืออาจมีการตั้งครรภ์แทนกันซึ่งโดยหลักแล้วบุตรประเภทนี้ก็คือว่าเป็นบุตรที่เกิดขึ้นโดยผลของธรรมชาติเช่นกัน แม้กระบวนการในการให้กำเนิดจะดูแตกต่างออกไปจากที่มนุษย์ทุกคนเข้าใจ โดยเฉพาะการที่คู่รักต่างเพศที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ ซึ่งอาจเป็นเพราะความไม่พร้อมของสภาพร่างกายของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดซึ่งอาจต้องใช้เทคโนโลยีมาช่วยให้เกิดการตั้งครรภ์หรือให้บุคคลอื่นมาตั้งครรภ์แทนตนก็ยอมทำได้ โดยสิ่งที่กล่าวมานี้ส่งผลให้บุตรที่เกิดขึ้นมาก็ยังคงมีสถานะเป็นบุตรของชายและหญิงที่เป็นสามีภริยาผู้นั้นโดยวิถีแห่งธรรมชาติเช่นเดิม ไม่มีอะไรที่แตกต่างออกไปจากเดิม หากแต่มองในความเป็นจริงแล้ว อาจดูว่าการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นการพรากลูกไปจากหัวอกของผู้ตั้งครรภ์แทนหรือผู้เป็นแม่ผู้ให้กำเนิดนั้น หากแต่พิจารณาในความเป็นจริงแล้วเรากลับพบว่าหาเป็นเช่นนั้นเสมอไปไม่ เพราะบุตรที่ถือกำเนิดขึ้นมาก็เกิดจากอสุจิของผู้เป็นบิดาและไข่ของผู้เป็นมารดาของเด็ก ซึ่งเป็นผู้ที่ให้บุคคลนั้นตั้งครรภ์แทน เพื่อนำไปประกอบวิธีในทางวิทยาศาสตร์ ภายหลังจากกระบวนการในทางวิทยาศาสตร์เพียงแต่นำไปฝากไว้ในครรภ์ของผู้ที่ตั้งครรภ์แทนนั่นเอง บุตรที่เกิดขึ้นมาก็ถือว่าเป็นบุตรที่ชอบธรรมตามวิถีแห่งธรรมชาติของผู้ที่เป็นบิดาผู้เป็นเจ้าของอสุจิและมารดาผู้เป็นเจ้าของไข่นั้นเอง อย่างไรก็ตามทุกอย่างก็ยังคงต้องอาศัยกระบวนการแห่งธรรมชาติมาเป็นตัวขับเคลื่อนอยู่เช่นเดิม ประกอบกับในความเป็นจริงแล้วบุตรที่เกิดขึ้นมาก็ได้กลับเข้าไปสู่อ้อมอกของผู้ที่เป็นบิดาผู้มีเพศสรีระเป็นชายและมารดาผู้มีเพศสรีระเป็นหญิงตามวิถีแห่งธรรมชาติเช่นเดิม ไม่มีสิ่งใดที่ผิดแปลกแตกต่างไปจากเดิมแม้แต่น้อย หากแต่การให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทนหรือการรับบริจาคอสุจิจากคนอื่นเพื่อให้ตนตั้งครรภ์ของคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันนั้น อาจมีความแตกต่างกันออกไปเพราะคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันนั้นมีเพศสรีระในแบบเดียวกันคือ ชายกับชาย หรือหญิงกับหญิง ซึ่งโดยหลักการของธรรมชาติแล้วมีอาจที่จะตั้งครรภ์ได้ ถ้าหากคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันประสงค์ที่จะให้บุคคลอื่นตั้งครรภ์แทนหรือรับบริจาคอสุจิจากบุคคลอื่นเพื่อให้ตนตั้งครรภ์ก็จำเป็นต้องใช้อสุจิที่ผู้อื่นบริจาคหรือไข่ที่ผู้อื่นบริจาคและให้บุคคลนั้นตั้งครรภ์แทน ผู้วิจัยวิเคราะห์ว่าสิ่งเหล่านี้อาจทำได้ในกระบวนการแต่อาจเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องตามศีลธรรมอันดีของประชาชนและตามวิถีแห่งธรรมชาติ ประกอบกับบุตรที่ถือกำเนิดมาก็จะต้องอยู่ภายใต้ครอบครัวของคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันไม่ว่าจะเป็นคู่รักในแบบชายรักชาย หรือคู่รักในแบบหญิงรักหญิง บุตรที่ถือกำเนิดมาก็จะขาดผู้ที่มีสถานะเป็นบิดา หรือขาดผู้ที่มีสถานะเป็นมารดาแล้วแต่กรณีว่าจะเกิดขึ้นในครอบครัวของคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันในรูปแบบใด สิ่งทีกล่าวมานี้ ผู้วิจัยมองว่าไม่ต่างอะไรกับการยึดยึดสถานะของความเป็นครอบครัวที่ไม่สมบูรณ์แบบตามวิถีแห่งธรรมชาติ หรือวิถีที่คนส่วนใหญ่ของสังคมเข้าใจกันให้แก่เด็ก เพราะในความเป็นจริงแล้วเด็กที่เกิดขึ้นมานั้นไม่มีโอกาสเลือกว่าจะเกิดในครอบครัวที่มีลักษณะใด และสมบูรณ์แบบแค่ไหน เพราะถ้าเด็กเลือกได้ก็คงจะเลือกถือกำเนิดในครอบครัวที่มีความสมบูรณ์แบบตามวิถีแห่งธรรมชาติ หรือวิถีที่คนส่วนใหญ่ของสังคมเข้าใจกันมากกว่า

ดังนั้นถ้าหากรัฐออกกฎหมายยินยอมให้คู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกัน สามารถตั้งครรภ์แทนหรือรับบริจาคอสุจิจากบุคคลอื่นเพื่อให้ตนตั้งครรภ์ได้ ผู้วิจัยมองว่าอาจเป็นการละเมิดสิทธิของเด็กที่กำลังจะถือกำเนิดขึ้นมา โดยเป็นการละเมิดสิทธิของการได้เกิดมาในครอบครัวที่สมบูรณ์ของเด็กเพียงเพราะเด็กผู้นั้นถูกผู้ใหญ่ที่เห็นแก่ได้ในประโยชน์และความสุขส่วนตนกระทำการละเมิดสิทธิของเด็กผู้นั้นไปก็ย่อมได้

ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้แตกต่างจากการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมที่คู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน เพราะบุตรบุญธรรมมีสถานะของความเป็นบุตรที่ก่อตั้งขึ้นโดยผลของกฎหมายเป็นการสมมติสถานะในทางกฎหมายขึ้นมาเท่านั้น ตัวของบุตรบุญธรรมเองก็ยังคงมีบิดามารดาที่แท้จริงที่เป็นผู้ให้กำเนิดอยู่ หรือในบางกรณีที่บุตรบุญธรรมผู้นั้นแม้จะไม่มีบิดามารดาผู้ให้กำเนิดอยู่แล้วก็ตาม แต่บุตรบุญธรรมผู้นั้นก็นับว่าได้ถือกำเนิดจากบิดามารดาตามเงื่อนไขของธรรมชาติ โดยมีบิดามารดาที่ให้กำเนิดจากมนุษย์ด้วยกัน และที่มีเพศสรีระเป็นชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงโดยสมบูรณ์ตามเงื่อนไขของธรรมชาติ แม้อันต่อมาคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันจะรับเด็กผู้นั้นเป็นบุตรบุญธรรมภายหลังก็ตามก็ไม่ทำให้สถานะของความเป็นบิดามารดาที่แท้จริงของบุตรบุญธรรมผู้นั้นหมดสิ้นไปแต่อย่างใด ซึ่งกรณีดังกล่าวแตกต่างจากกรณีที่คู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันที่ให้คุณคนอื่นตั้งครรภ์แทนตนหรือรับบริจาคอสุจิจากบุคคลอื่นเพื่อให้ตนตั้งครรภ์อย่างชัดเจน เพราะกรณีให้คุณคนอื่นตั้งครรภ์แทนตนหรือรับบริจาคอสุจิของบุคคลอื่นเพื่อให้ตนตั้งครรภ์นั้น บุตรที่ถือกำเนิดมาก็จะไม่ได้กำเนิดมาเพื่อที่จะอยู่ในครอบครัวที่สมบูรณ์แบบมาตั้งแต่ต้นตามวิถีแห่งธรรมชาติและความเป็นใจของคนส่วนใหญ่ในสังคม บุตรผู้นั้นก็จะไม่มีโอกาสที่จะมีบิดามารดาแล้วแต่กรณีเหมือนบุคคลอื่นๆเขา เพียงเพราะเด็กผู้นั้นเกิดจากครอบครัวของคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันไม่ว่าจะเป็นครอบครัวของคู่รักชายรักชายที่นำอสุจิของตนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไปผสมกับไข่ของบุคคลอื่นที่เป็นหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนแล้วให้บุคคลนั้นตั้งครรภ์แทนตน หรือรับบริจาคไข่จากบุคคลอื่นแล้วนำไปให้บุคคลที่สามเป็นผู้ตั้งครรภ์แทน พอผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นคลอดบุตรออกมาก็พรากบุตรผู้นั้นไปจากผู้ที่รับตั้งครรภ์แทนทั้งๆ ที่บุตรผู้นั้นเป็นเลือดเนื้อเชื้อไขของผู้เป็นมารดาที่เป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนอยู่ครึ่งหนึ่งเช่นกัน หรือกรณีรับบริจาคไข่จากบุคคลอื่นแล้วนำไปให้บุคคลที่สามเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนก็จะส่งผลให้เด็กผู้ที่ถือกำเนิดมานั้นมีอาจารย์รู้ได้ว่าใครเป็นมารดาผู้ให้กำเนิดตนหรือมารดาที่แท้จริงของตน หรือกรณีของครอบครัวหญิงรักหญิงที่นำไข่ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไปผสมกับอสุจิที่ได้รับบริจาคมาแล้วให้คู่รักหญิงรักหญิงฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดตั้งครรภ์ พอบุตรผู้นั้นถือกำเนิดมา บุตรผู้นั้นก็ไม่มีโอกาสได้ทราบว่าคุณคนใดคือบิดาโดยชอบธรรมตามวิถีแห่งธรรมชาติของตน

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในความเป็นจริงกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะสามารถให้ความรักและความอบอุ่นแก่บุตรได้ไม่น้อยไปกว่ากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศที่มีสถานะเป็นบิดามารดาตามความเป็นจริง แต่นั่นก็เป็นเพียงการมองด้านเดียวหรือสรุปเองแค่นี้

ปลายเหตุเท่านั้น เพราะความรักในรูปแบบของบิดา มารดาที่ให้แก่บุตรก็เป็นไปได้เฉพาะในรูปแบบนี้ ไม่ใช่จะหาสิ่งใดที่จะสามารถนำมาทดแทนกันได้ในความเป็นจริงเลย ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ก็คงไม่ต่างกับกรณีของบุตรที่ต้องกำพร้าบิดาหรือมารดาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด เพราะในความเป็นจริงบุตรผู้นั้นอาจได้รับความรักและความอบอุ่นจากการเลี้ยงดูอย่างดียิ่งของผู้เป็นบิดาหรือมารดาที่ยังมีชีวิตอยู่ และผู้เป็นบิดาหรือผู้เป็นมารดาที่ยังมีชีวิตอยู่ ก็สามารถทำหน้าที่ทดแทนผู้เป็นบิดาหรือมารดาที่บุตรผู้นั้นไม่มีได้อย่างสมบูรณ์แบบแล้ว แต่ในสภาพของจิตใจลึกๆของบุตรผู้นั้นก็อาจมีสิ่งใดมาทดแทนสิ่งที่บุตรผู้นั้นเสียไปแล้วได้ไม่มีใครสามารถเข้ามาทดแทนใครได้ในความเป็นจริง บุตรผู้นั้นก็ยังคงมีสถานะที่ต้องปราศจากผู้เป็นบิดาหรือมารดาที่บุตรผู้นั้นจำต้องสูญเสียต่อไป เพราะความรักของบิดาและมารดานั้นคือสภาวะความรักในรูปแบบที่ธรรมชาติสร้างให้แก่มนุษย์ไว้เป็นการเฉพาะ มีอาจมีความรักรูปแบบใดหรือความรักจากใครคนใดคนหนึ่งมาทดแทนความรักในรูปแบบนี้ได้

ดังนั้นสิ่งที่ผู้วิจัยวิเคราะห์มาทั้งหมดก็เพื่อแสดงให้เห็นว่า รัฐไม่ควรอย่างยิ่งที่จะอนุญาตให้คู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันให้บุคคลอื่นตั้งครรภ์แทนตน หรือรับบริจาคอสุจิจากบุคคลอื่น เพื่อให้ตนตั้งครรภ์ รัฐจะมองอย่างเหตุผลว่า “คู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ แล้วทำไมคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันจะให้บุคคลอื่นตั้งครรภ์แทนตนหรือรับบริจาคอสุจิจากคนอื่น เพื่อให้ตนตั้งครรภ์ไม่ได้” รัฐจะใช้แนวคิดดังกล่าวมาเป็นข้ออ้างเพื่ออนุญาตไม่ได้ เพราะสถานะของผู้รับบุตรบุญธรรมและสถานะของความเป็นบิดามารดา และบุตรที่เกิดขึ้นโดยผลของธรรมชาติมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน

การแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักอันบริสุทธิ์และเป็นความรักอันแท้จริง สามารถเกิดขึ้นได้กับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเดียวกัน และมนุษย์ที่มีเพศสรีระที่ต่างกันอันเป็นสิทธิโดยธรรมชาติ แต่หากพิจารณาให้เห็นถึงสังขรณ์แล้ว ธรรมชาติได้มอบหน้าที่อย่างหนึ่งให้แก่ความรักของมนุษย์ที่มีเพศสรีระที่ต่างกัน นั่นก็คือ ความรักของมนุษย์ที่มีเพศสรีระที่ต่างกันมีความสามารถในการสืบพันธุ์เพื่อสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ต่อไป อันเป็นหน้าที่และความรับผิดชอบที่ธรรมชาติได้มอบให้แก่คู่รักต่างเพศ อันเป็นสิทธิการสมรสตามวิถีแห่งธรรมชาติ เพราะฉะนั้นมนุษย์จึงควรเข้าใจและยอมรับสภาพของสังขรณ์ที่เกิดขึ้นถึงภาระและหน้าที่ที่ธรรมชาติได้มอบหมายให้แก่คู่รักต่างเพศในการทำหน้าที่ของความเป็นบิดาและมารดาเพื่อสืบทอดเผ่าพันธุ์ของความเป็นมนุษย์ชาติต่อไป กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจึงควรมอบสิทธิของความเป็นบิดามารดานั้นให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศ

ดังนั้น สิทธิในการใช้เทคโนโลยีเพื่อช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือการตั้งครรภ์แทน รวมถึงสิทธิในความเป็นบิดามารดาไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้แก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรอง

สถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่สามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม

กฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นนี้ไม่สามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้กับกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน เนื่องจากข้อจำกัดในเรื่องเพศสภาพและความเป็นไปได้ในทางสรีระของผู้ที่ใช้กฎหมาย เพราะกฎหมายเหล่านี้ให้สิทธิแก่ความเป็นสามีหรือภรรยาโดยเฉพาะเจาะจง ส่งผลให้คู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันไม่สามารถระบุได้ในทางกายภาพว่าฝ่ายใดเป็นสามีหรือฝ่ายใดเป็นภรรยา จึงไม่สามารถที่จะได้รับสิทธิต่างๆ ตามกฎหมายเหล่านี้ได้ อย่างไรก็ตามหากรัฐต้องการให้กฎหมายต่างๆ เหล่านี้ครอบคลุมถึงกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วย รัฐก็ต้องดำเนินการแก้ไขในบริบทของกฎหมายเพื่อให้เกิดความเสมอภาคระหว่างสิทธิของผู้ชายและสิทธิของผู้หญิงให้เกิดขึ้นอย่างเท่าเทียมกันเสียก่อน โดยไม่ต้องระบุสิทธิของความเป็นสามีหรือภรรยาโดยเฉพาะเจาะจง หรือถ้าจำเป็นต้องระบุก็จะต้องระบุไว้อย่างเท่าเทียมกันระหว่างสิทธิของความเป็นสามีและสิทธิของความเป็นภรรยา อันเป็นการสร้างความเสมอภาคระหว่างเพศให้เกิดขึ้นในโครงสร้างทางกายภาพของตัวบทกฎหมายด้วย

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เนื้อหาในบทนี้ได้สรุปประเด็นจากการที่ได้ทำการวิเคราะห์ข้อมูลที่ทำการศึกษามาแล้วในบทก่อนหน้า โดยได้ทำการสรุปประเด็นคำถามทั้ง 3 คำถาม เพื่อให้เห็นถึงความชัดเจนของแนวทางในการแก้ไขปัญหา ในบทสรุปนี้จะมีการวิพากษ์ร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต พุทธศักราช... (ฉบับ คณะกรรมการ สภาผู้แทนราษฎร) และ ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พุทธศักราช... (ฉบับภาคประชาชน) โดยวิเคราะห์ให้เห็นความแตกต่างและเปรียบเทียบจุดแข็งและจุดอ่อนของร่างพระราชบัญญัติทั้งสอง ที่แม้จะมีแนวคิดในรูปแบบเดียวกัน แต่เหตุใดเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติทั้งสองจึงมีความแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง

จากนั้นได้ให้ข้อเสนอแนะตามแนวทางที่ได้ทำการศึกษาค้นคว้าว่าการที่ประเทศไทยจะบัญญัติกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันนั้นจะต้องมีลักษณะของกฎหมายเป็นอย่างไร และตัวบทกฎหมายนั้นควรมีลักษณะที่เป็นไปในรูปแบบใด ประกอบกับการได้มาซึ่งสิทธิต่างๆ ภายหลังจากการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันแล้วว่ามีลักษณะอย่างไร และมีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด เพื่อให้เกิดความเสมอภาคในการสร้างชีวิตครอบครัวที่คำนึงถึงความรักที่หลากหลายรูปแบบในสังคมไทย โดยแนวคิดที่เป็นข้อเสนอแนะนั้น ก็จะเป็นประโยชน์ในการสร้างแนวทางในการบัญญัติกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันของประเทศไทยต่อไป

6.1 บทสรุป

เนื้อหาในส่วนของบทสรุปนี้ขอเริ่มต้นสรุปจากคำถามแรกคือ ประเทศไทยมีความจำเป็นมากน้อยเพียงใดที่ต้องออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน คำถามนี้สรุปได้ว่า รัฐออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่มนุษย์ โดยนำเอาพฤติกรรมทางเพศมาเป็นหลักการสำคัญ ซึ่งรัฐคำนึงถึงแต่เพียงเรื่องเพศสัมพันธ์ที่สืบพันธุ์ได้ และใช้แนวคิดดังกล่าวเป็นองค์ประกอบหลักในการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่ประชากรในรัฐ รัฐไม่ได้ยึดหลักการและแนวคิดในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่

ร่วมกันของมนุษย์โดยคำนึงถึงพฤติกรรมที่เกิดจากความรักเลย รัฐไม่เข้าใจรูปแบบความรักที่แท้จริงว่า สิ่งเหล่านี้สามารถเกิดขึ้นกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระที่ต่างกัน หรือมนุษย์ที่มีเพศสรีระเดียวกัน การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์จึงจำเป็นต้องเกิดขึ้นกับทุกรูปแบบของความรัก เพราะสิ่งเหล่านี้เป็นสิทธิโดยธรรมชาติ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐจะต้องให้การรับรอง ไม่ใช่แต่จะมีเฉพาะการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักต่างเพศ ที่รัฐให้สิทธิในการจดทะเบียนสมรสกันได้และให้เฉพาะรูปแบบความรักในรูปแบบนี้เพียงรูปแบบเดียวเท่านั้น หากแต่ความเป็นจริงนั้นรัฐต้องออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วยเช่นกัน

ประกอบกับรัฐไม่ได้นำแนวคิดที่มาจากทฤษฎีรูปแบบของการสมรสมาเป็นส่วนประกอบในการพิจารณาการออกกฎหมาย รัฐไม่เข้าใจว่ารูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของชาตินั้นเป็นรูปแบบการสมรสที่แท้จริงในตัวอยู่แล้ว เพราะเป็นกฎของธรรมชาติ เป็นเรื่องระหว่างธรรมชาติกับมนุษย์และมีวัตถุประสงค์เพื่อการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ เพศจึงเป็นสาระสำคัญของการสมรสเฉพาะในรูปแบบนี้เท่านั้น ซึ่งมีความแตกต่างจากรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ที่เป็นเรื่องที่รัฐสามารถกำหนดเงื่อนไขในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ให้แก่มนุษย์ขึ้นมาเองในรูปแบบของกฎหมาย โดยรัฐมีวัตถุประสงค์เพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่ประชาชนในรัฐ อันเป็นการได้มาซึ่งสิทธิประโยชน์ในฐานะคนที่รักกันและประสงค์จะใช้ชีวิตร่วมกัน และเป็นวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ให้แก่ประชากรตามความประสงค์ของรัฐอย่างแท้จริง เพศจึงไม่ใช่สาระสำคัญของการสมรสในรูปแบบนี้ ถ้าหากรัฐมีแนวคิดในลักษณะเช่นนี้แล้ว รัฐก็จะออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่ประชากรในรัฐ โดยคำนึงพฤติกรรมการแสดงออกซึ่งความรัก ที่ไม่ได้นำเรื่องเพศสรีระมาเป็นองค์ประกอบหลักในการพิจารณา ทำให้เกิดเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก และเกิดความเสมอภาคแก่มนุษย์ทุกคนที่จะได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่โดยชอบด้วยกฎหมายของรัฐอย่างเท่าเทียมกัน

อย่างไรก็ตามแม้การที่ประเทศไทยจะยังมีได้ออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ก็ได้เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อพันธกรณีที่ประเทศไทยมีต่อปฏิญญาสากลฯ เพราะประเทศต่างๆ รวมถึงประเทศไทยที่ยอมรับในตัวปฏิญญาสากลฯ ฉบับนี้ต่างก็เคารพในตัวเนื้อหาของปฏิญญาสากลฯ ที่เป็นลายลักษณ์อักษรมากกว่าสิทธิโดยธรรมชาติ เพราะสิทธิประการนี้แม้จะเป็นแนวคิดที่เป็นที่มาของปฏิญญาสากลฯ แต่ก็มีสถานะเป็นเพียงนามธรรมไม่เหมือนกับปฏิญญาสากลฯ ที่มีสถานะที่เป็นรูปธรรมและเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับในระดับสากลด้วย แต่อย่างไรก็ตามการกระทำที่มีได้เป็นการละเมิดต่อหลักสิทธิมนุษยชนของประเทศไทยในประเด็นดังกล่าวนี้ ก็เป็นเพียงการกระทำที่ไม่เป็นการละเมิดต่อหลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานเท่านั้น หากแต่การกระทำดังกล่าวยังคงเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อหลักสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักอันเป็นสิทธิโดยธรรมชาติและสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์

หากประเทศไทยมีความประสงค์จะออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน รัฐสามารถจะกระทำได้หากรัฐได้พิจารณาถึงหลักการของสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักซึ่งเป็นสิทธิโดยธรรมชาติและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีความหมายที่กว้างกว่าสิทธิมนุษยชนที่ได้กำหนดไว้ในปฏิญญาสากลฯ โดยคำนึงถึงสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักอันเป็นสิทธิโดยธรรมชาติอย่างแท้จริงมากกว่าการเลือกที่จะตีความตามตัวอักษรในปฏิญญาสากลฯ ที่ต้องปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชนในการรับรองสถานะแค่เพียงกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศเท่านั้น หรืออาจกล่าวได้ว่ารัฐได้คำนึงถึงสิทธิมนุษยชนในระดับที่สูงขึ้นไปกว่าหลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่ถูกบัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลฯ นั้นเอง

คำถามต่อมา หากประเทศไทยจะออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันแล้วจะออกกฎหมายในรูปแบบใด และมีลักษณะของเนื้อหาของกฎหมายอย่างไร คำถามนี้สรุปเนื้อหาได้ว่า โดยหลักการแล้วรัฐจะต้องรับรองสถานะในการชีวิตคู่ร่วมกันภายใต้กฎหมายฉบับเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็ความรักในรูปแบบใดก็ตาม เพื่อให้เกิดความเสมอภาค และเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ ดังเช่น ประมวลแพ่งของฝรั่งเศสที่มีลักษณะของการจดทะเบียนสมรสของทุกคนด้วยกฎหมายฉบับเดียวกันอย่างเสมอภาค ไม่ได้แบ่งเพศสภาพของผู้มีสิทธิใช้กฎหมายแต่ประการใด

แต่หากศึกษาแล้วจะพบว่าลักษณะโดยทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ที่มีสภาพที่เป็นกฎหมายที่สร้างขึ้นมาจากความเป็นสามีและภรรยา และโยงไปสู่ความเป็นบิดามารดาและบุตรในภายภาคหน้าอันเป็นการเชื่อมโยงตามโครงสร้างทางกายภาพของตัวบทกฎหมาย หากมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับนี้ เพื่อให้สิทธิดังกล่าวเกิดขึ้นกับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วยแล้วนั้น อาจเป็นการกระทบกระเทือนถึงรูปแบบและลักษณะอันเป็นเจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้ที่ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวก็เป็นได้ เพราะโครงสร้างของกฎหมายฉบับนี้มีลักษณะที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อการสมรสของคู่รักชายและหญิงที่มีลักษณะทางโครงสร้างในทางวัฒนธรรมและประเพณีแต่งงานดั้งเดิมของไทยตามรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อเป็นหลักอยู่ด้วย ประเพณีการแต่งงานเป็นสัญลักษณ์ของการสร้างสถาบันครอบครัวที่สืบทอดกันมาอย่างยาวนานนับร้อยปี ซึ่งคู่รักที่มีเพศสภาพชายและหญิงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของประเพณีนี้เช่นกัน ทำให้ประเพณีแต่งงานของไทยเป็นสัญลักษณ์ของการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ ตามรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติด้วย ทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวฉบับนี้ เป็นกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศสภาพเป็นชายและหญิงเท่านั้น และเป็นการผสมผสานระหว่างรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติ รูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของวัฒนธรรมและความเชื่อ และรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐได้อย่างลงตัว หากมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและ

พาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายฉบับนี้ได้เหมือนคู่รักต่างเพศอาจเป็นการกระทบกระเทือนต่อวัฒนธรรมและประเพณีดั้งเดิมของไทย รวมไปถึงกระทบต่อโครงสร้างทางกายภาพของตัวบทในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ทั้ง 3 ลักษณะด้วย

ดังนั้น หากประเทศไทยต้องการที่จะออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่คู่รักในทุกรูปแบบของความรัก โดยไม่คำนึงถึงเพศสรีระมาเป็นองค์ประกอบนั้น ควรออกกฎหมายแยกต่างหากอีกฉบับ ดังเช่นแนวคิดของประเทศเยอรมันเพราะโครงสร้างในทางกฎหมายของไทยและโครงสร้างในทางกฎหมายของเยอรมันมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน⁷⁵⁰ นั่นก็คือ ระบบกฎหมายครอบครัวโดยกฎหมายที่จะบัญญัติขึ้นใหม่นั้นจะต้องมีลักษณะที่เป็นการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันต่างหากออกมาเป็นเอกเทศ เพื่อมิให้เป็นการกระทบกระเทือนต่อระบบกฎหมายครอบครัวของไทยที่มีอยู่แต่ก่อนแล้ว และไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงวัฒนธรรมและความเชื่อในเรื่องประเพณีการแต่งงานที่มีมาแต่เดิม ประกอบกับไม่เป็นการกระทบต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ในประเด็นของการประเพณีของพลเมืองออกเป็นชายและหญิง

คำถามสุดท้าย เมื่อประเทศไทยได้ออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันแล้ว คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐจะได้รับสิทธิประโยชน์ในทางกฎหมายในเรื่องใดบ้าง และจะได้รับสิทธิประโยชน์จากรัฐเช่นเดียวกับกับคู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียนสมรสหรือไม่ คำถามนี้สรุปได้ว่า จากการที่รัฐได้ให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในลักษณะของการออกกฎหมายพิเศษอีกฉบับ แยกต่างหากจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวที่เป็นการจดทะเบียนสมรสของคู่รักที่มีเพศสภาพเป็นชายและหญิง การใช้กฎหมายคนละฉบับเช่นนี้อาจต้องพบกับอุปสรรคในเรื่องของการตีความความหมายของคำว่าคู่สมรสในบริบทของกฎหมายต่างๆ ที่จะหมายความรวมถึงกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันด้วยหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้จะต้องมีการ

⁷⁵⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันจะใช้คำว่า “สมรส” เฉพาะในรูปแบบของคู่รักที่เป็นชายกับหญิงเท่านั้น แต่ถ้าคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันก็จะได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่จากรัฐด้วยการจดทะเบียนคู่ชีวิตหรือบันทึกคู่ชีวิต โดยที่การรับรองทั้งสองรูปแบบไม่ว่าจะในลักษณะของการจดทะเบียนสมรสหรือจดทะเบียนคู่ชีวิต ก็เป็นการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของรัฐและได้สิทธิประโยชน์ต่างๆ จากรัฐในทางกฎหมายโดยเท่าเทียมกันทุกประการ

บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในกฎหมาย โดยต้องให้คำจำกัดความและใส่นิยามความหมายของคำว่า คู่สมรสที่อยู่ในบริบทของกฎหมายต่างๆ ว่าจะต้องมีความหมายรวมถึงคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในทางกฎหมายด้วย จึงจะส่งผลให้การได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ จากกฎหมายเหล่านั้นครอบคลุมถึงคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในทางกฎหมาย ประกอบกับสิทธิและหน้าที่ของความเป็นคู่สมรสหรือความเป็นสามีภริยาที่มีความเกี่ยวพันกันนั้นต้องสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม กับกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน และการนำมาปรับใช้ร่วมกันได้อย่างเหมาะสมนั้นก็ต้องเกิดขึ้นได้ทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติที่ต้องอยู่ภายใต้เพศสภาพและความเป็นไปได้ในทางสรีระของผู้ที่ใช้กฎหมายด้วย

ปัจจุบันสถานการณ์ความเคลื่อนไหวของการรณรงค์ต่อสู้ของเครือข่ายความหลากหลายในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมทางเพศ ที่ได้มีความพยายามในการผลักดันให้เกิดกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันขึ้นมา จนในที่สุดความพยายามก็ประสบความสำเร็จ เมื่อหน่วยงานภาครัฐ นำโดย คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร ได้มีการประชุมหารือกันจนในที่สุดได้มีการเสนอร่างกฎหมายที่มีชื่อว่า ร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต พุทธศักราช ซึ่งแนวทางในการร่างกฎหมายก็เพื่อคุ้มครองสิทธิและความเสมอภาคในการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์อย่างเท่าเทียม แต่อย่างไรก็ตามร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวก็ยังมีจุดอ่อนในหลายๆ ประการ ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีเพียง 15 มาตรา ซึ่งเข้าใจว่าคณะผู้ร่างคงต้องการความรวดเร็ว อีกทั้งยังไม่มีความละเอียดและรัดกุมในเนื้อหาของกฎหมาย เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วมองว่าหากมีการประกาศใช้เป็นกฎหมายต่อไปในภายภาคหน้าแล้วอาจไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ตามแนวคิดและวัตถุประสงค์ในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันอย่างแท้จริง ซึ่งผู้วิจัยจะทำการวิพากษ์ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวและตั้งข้อสังเกต ดังต่อไปนี้

วิพากษ์ร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต พุทธศักราช ฉบับคณะกรรมการ สภาผู้แทนราษฎร

ประการแรก ประเด็นในเรื่องเงื่อนไขในการได้รับสิทธิตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ในเรื่องของอายุของผู้มีสิทธิในการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ โดยในร่างพระราชบัญญัตินี้ได้เปลี่ยนหลักเกณฑ์อายุของกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักต่างเพศที่มีมาแต่เดิม คือ 17 ปีบริบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 เป็น 20 ปีบริบูรณ์ ตามเกณฑ์บรรลุนิติภาวะ จึงทำให้เงื่อนไขเงื่อนไขที่ผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1454 ไม่เป็นหลักเกณฑ์ของร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว และการใช้หลักเกณฑ์อายุที่ไม่เท่าเทียมกันนั้นอาจก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคและการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมก็เป็นได้ เพราะแท้จริงแล้วเงื่อนไขในเรื่องอายุเป็นเพียงหลักเกณฑ์เบื้องต้น

หากวิเคราะห์แล้วเหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดหลักเกณฑ์อายุที่สิบเจ็ดปีบริบูรณ์ก็เพราะความพร้อมในเรื่องของวิญญูติของคู่สมรสในการมีครอบครัวเท่านั้น ดังนั้นในการที่จะได้รับสิทธิในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็ความรักในรูปแบบใดควรใช้หลักเกณฑ์อายุในรูปแบบเดียวกัน

ประการที่สอง ประเด็นในเรื่องเงื่อนไขในการได้รับสิทธิตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ในเรื่องความสามารถของผู้มีสิทธิในการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ โดยในร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ได้เพิ่มจิตพินเพื่อนไม่สมประกอบและเหตุของการเป็นเสมือนไร้ความสามารถเข้าเป็นเงื่อนไขของการได้รับสิทธิตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วย จากเดิมที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1499 กำหนดไว้แต่เพียง วิกลจริต หรือไร้ความสามารถเท่านั้น ซึ่งในประเด็นนี้ผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตว่าเหตุใดร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้จะต้องกำหนดเงื่อนไขที่เป็นการจำกัดสิทธิของคนเสมือนไร้ความสามารถ ทั้งๆ ที่ในความเป็นจริงแล้วคนเสมือนไร้ความสามารถ ยังคงจัดการงานของตนได้ทุกประการ ยกเว้นการจัดการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 34 เท่านั้นที่ต้องขอความยินยอมจากผู้พิทักษ์ก่อน ซึ่งหากพิจารณาแล้วการเลือกที่จะตัดสินใจใช้ชีวิตคู่กับใครนั้น เป็นสิ่งที่คนเสมือนไร้ความสามารถดำเนินการได้เองโดยไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมจากผู้พิทักษ์แต่อย่างใด เพราะเป็นเรื่องที่ไม่ได้มีผลกระทบทั้งทางตรงและทางอ้อมต่อผู้อื่นแต่อย่างใด หากวิเคราะห์แล้วเหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จำกัดสิทธิในการจดทะเบียนสมรสของคนวิกลจริต หรือคนไร้ความสามารถ ก็เนื่องจากเหตุผลในทางพันธุกรรม ที่จะส่งผลกระทบต่อลูกที่เงือกำเนิดขึ้นมาจากการที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดวิกลจริต แต่เหตุผลในเรื่องดังกล่าวนี้หาได้กระทบต่อกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ เนื่องจากความรักในรูปแบบดังกล่าวนี้ไม่สามารถสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้ จึงไม่ส่งผลกระทบต่อประเด็นในเรื่องพันธุกรรมและความสมบูรณ์ของร่างกายทารกในครรภ์มารดาแต่อย่างใด

ประการที่สาม ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้รวมเอาเงื่อนไขของการสมรสที่เป็นโหมชะและโหมชะเวยไว้ด้วยกัน เหมือนได้กลับไปใช้หลักการเดิมของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ฉบับปี พ.ศ.2478 ซึ่งเป็นการนำกฎหมายเดิมที่ล้าสมัยแล้วกลับมาใช้อีกส่งผลกระทบต่อพัฒนาการของกฎหมาย โดยเฉพาะในประเด็นดังกล่าวที่เป็นการรวมเอาเงื่อนไขของการสมรสที่เป็นโหมชะและโหมชะเวยไว้ด้วยกันผู้วิจัยมองว่าอาจเกิดปัญหาในการตีความกฎหมายและการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้ในทางปฏิบัติอาจเกิดภาวะของความสับสนได้

ประการที่สี่ การที่ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีการคุ้มครองในเรื่องการเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดู ค่าเลี้ยงชีพ และค่าทดแทน ไปถึงผู้ที่ได้จดทะเบียนในขณะที่ตนมีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์ ซึ่งมีผลในทางกฎหมาย คือ เป็นการจดทะเบียนเป็นโหมชะเวย ต่างจากในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1499 ที่คุ้มครองในเรื่องดังกล่าวที่ฝ่าฝืนการสมรสที่ตกเป็นโหมชะเท่านั้น สำหรับผล

ภายหลังสิ้นสุดการสมรส ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้นำเอาผลของการสมรสที่เป็นโมฆียะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวมาใช้บังคับโดยอนุโลม ไม่ว่าจะเป็ผลเกี่ยวกับทรัพย์สิน การเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดู ค่าเลี้ยงชีพ และค่าทดแทนตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น ซึ่งส่งผลให้ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีความแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1499 ในประเด็นดังกล่าวโดยสิ้นเชิง

ประการที่ห้า ประเด็นในเรื่องการสิ้นสุดการเป็นคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติถึงการสิ้นสุดการเป็นคู่ชีวิตประกอบไปด้วยเหตุดังต่อไปนี้คือ การตาย การสมัครใจเลิกกันโดยการจดทะเบียนหรือศาลพิพากษาให้เพิกถอน ซึ่งมีลักษณะที่คล้ายกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1501 แต่สิ่งที่ต่างกันระหว่างร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์คือในร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดให้คู่ชีวิตที่จดทะเบียนตามร่างพระราชบัญญัตินี้ และต่อมามีความประสงค์ที่จะหย่าขาดจากกันนั้น ต้องมีเหตุหย่าและร่างพระราชบัญญัตินี้ ได้นำเหตุหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 มาปรับใช้โดยอนุโลม แต่การหย่าโดยคำพิพากษานั้นร่างพระราชบัญญัตินี้กลับไปใช้หลักการของการที่ศาลพิพากษาให้เพิกถอนการสมรส ซึ่งมีความแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เป็นกรณีที่ศาลพิพากษาให้หย่า เพราะโดยหลักการแล้ว หลักการของการที่ศาลพิพากษาให้เพิกถอนการสมรสเป็นเรื่องของการสมรสที่ตกเป็นโมฆียะ เมื่อการสมรสตกเป็นโมฆียะ ศาลจะพิพากษาให้เพิกถอน แต่ในกรณีของการหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 นั้น ศาลจะพิพากษาให้หย่า ซึ่งหลักเกณฑ์ทั้งสองประเด็นมีหลักการที่แตกต่างกันโดยสิ้นเชิง แต่ในร่างพระราชบัญญัตินี้กลับนำเรื่องศาลพิพากษาเพิกถอน มาปรับใช้ในหลักเกณฑ์ของเหตุหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 ซึ่งโดยหลักแล้วควรจะเป็นหลักการเรื่องศาลพิพากษาให้หย่าตามหลักการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ดังนั้นเมื่อร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวนี้มีจุดที่ไม่สมบูรณ์อยู่หลายประการ ทำให้อาจเกิดปัญหาขึ้นมาเมื่อมีการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ โดยอาจไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ตามแนวคิดในการสร้างความเสมอภาคให้เกิดขึ้น และไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวอย่างแท้จริง จึงทำให้เกิดแนวคิดในการร่างกฎหมายขึ้นมาใหม่อีกฉบับเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นกับร่างพระราชบัญญัติฉบับที่ได้กล่าวมาข้างต้น โดยการร่างกฎหมายขึ้นมาใหม่นี้เกิดจากแรงผลักดันขององค์กรที่เป็นเครือข่ายความหลากหลายทางเพศ ในการผลักดันร่างกฎหมายฉบับภาคประชาชนขึ้นมา โดยใช้ว่า ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พุทธศักราช โดยองค์กรเครือข่ายความหลากหลายทางเพศได้รับความร่วมมือในการจัดทำร่างดังกล่าวจากคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

หลักการของกฎหมายว่าด้วยการอยู่กิน โดยหลักการนี้รวบรวมจากการจัดเวทีเสวนาระดมความคิดเห็น หลักการพิจารณาเพื่อร่าง พ.ร.บ. คู่ชีวิต ฉบับภาคประชาชน เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม 2556 สมาคมนักข่าวนักหนังสือพิมพ์แห่งประเทศไทยจัดโดยมูลนิธิเพื่อความเป็นธรรมทางเพศ โดยการสนับสนุนจากทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ หลักการของร่างกฎหมายฉบับนี้ จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อให้เป็นกฎหมายที่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการใช้ชีวิตคู่ซึ่งจะมีเนื้อหาเปิดกว้างครอบคลุมบุคคลทุกคนที่จะสามารถเข้ามาใช้สิทธิได้ ทั้งนี้จะเป็นการเปิดให้บุคคลมีทางเลือกเพิ่มขึ้นในการสร้างนิติสัมพันธ์ในการมีชีวิตคู่ร่วมกัน

โดยเนื้อหาของกฎหมายจะครอบคลุมในประเด็นสำคัญดังต่อไปนี้

1. ร่างกฎหมายนี้จะรับรองการสมรสของบุคคลสองคนโดยไม่มีการระบุเพศแต่อย่างใด บุคคลที่จะจดทะเบียนภายใต้กฎหมายนี้จะสามารถทำได้ระหว่างบุคคลสองคนไม่ว่าจะมีเพศโดยการกำเนิดเช่นใดก็ตาม บุคคลบุคคลที่เป็นคู่รักต่างเพศก็สามารถจดทะเบียนได้เช่นกัน ความสามารถในการสมรสจะพิจารณาจากอายุตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายครอบครัว มีข้อห้ามการสมรสกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางเครือญาติใกล้ชิดยอมรับให้บุคคลที่มีสัญชาติไทยกับบุคคลที่มีสัญชาติอื่นสามารถทำการจดทะเบียนได้

2. ยอมรับการจดทะเบียนอย่างเป็นทางการว่าเป็นหลักฐานในการแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทั้งสอง บุคคลสองคนที่อยู่กินร่วมกันหากมิได้จดทะเบียนก็จะไม่สามารถได้รับสิทธิตามกฎหมายนี้แต่อย่างใด

3. ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการหมั้นตามกฎหมายครอบครัว

4. ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสต้องอยู่กินด้วยความเคารพและปฏิบัติต่อกันบนพื้นฐานของหลักแห่งศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (กฎหมายครอบครัวมาตรา 1461 สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา)

5. การจัดการทรัพย์สินเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายครอบครัวโดยยอมรับหลักการจัดการทรัพย์สิน ซึ่งจำแนกเป็นส่วนตัวซึ่งแต่ละคนได้มาก่อนสมรสและสินสมรสอันเป็นทรัพย์สินที่ได้มาภายหลังการสมรสถือว่าเป็นการหาได้ร่วมกันและยอมรับการทำสัญญาก่อนสมรสระหว่างบุคคลทั้งสองในเรื่องที่ว่าด้วยทรัพย์สิน

6. การสิ้นสุดการสมรสด้วยการหย่า เป็นไปตามความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ในกรณีการฟ้องหย่าโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนอกจากจะใช้หลักการยุติความสัมพันธ์ด้วยความผิดของอีกฝ่าย (fault base) ก็จะใช้ยอมรับหลักการยุติความสัมพันธ์โดยไม่มี ความผิด (no fault base) เพิ่มเติม

7. การรับบุตรบุญธรรมของบุคคลสามารถกระทำได้โดยเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายครอบครัว

8. ให้ถือว่าคู่สมรสที่ได้จดทะเบียนตามกฎหมายนี้มีสถานะเช่นเดียวกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว และสามารถได้รับสิทธิต่างๆ ตามกฎหมายอื่นได้บัญญัติรับรองสิทธิของคู่สมรสต่างเพศเอาไว้ เช่นคู่สมรสที่เป็นทายาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก คู่สมรสของบุคคลที่ดำรงตำแหน่งข้าราชการ เป็นต้น

เนื่องจากหลักการพื้นฐานของกฎหมายที่แม้บางส่วนจะเป็นการอนุโลมให้นำบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้ แต่ก็จะมีความแตกต่างไปอย่างสำคัญในหลายประเด็นซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เป็นปัญหาอยู่ในกฎหมายครอบครัว จึงทำให้มีความจำเป็นที่จะต้องมีบทบัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นอีกฉบับหนึ่งโดยคำนึงถึงเสรีภาพและความเสมอภาคระหว่างคู่สมรสเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญ

แต่อย่างไรก็ตามร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวก็ยังมีจุดอ่อนในหลายๆ ประการเช่นกัน หากพิจารณาให้ดีจะพบว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวนั้นมีแนวคิดที่แตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ในหลายประการ บางประเด็นในร่างพระราชบัญญัติ ฉบับภาคประชาชนนี้เป็นเรื่องใหม่ที่ไม่เคยมีในหลักกฎหมายไทยมาก่อน ซึ่งนับว่าแปลกและควรศึกษาว่าหากนำมาใช้กับประเทศไทยจะมีความเหมาะสมกับสภาพสังคมไทยหรือไม่ เพราะเมื่อเป็นเช่นนี้แล้วมองว่าหากมีการประกาศใช้เป็นกฎหมายต่อไปในภายภาคหน้าแล้วอาจไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ตามแนวคิดและวัตถุประสงค์ในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวอย่างแท้จริง ซึ่งจะได้ทำการวิพากษ์ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวและตั้งข้อสังเกต ดังต่อไปนี้

วิพากษ์ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พุทธศักราช ฉบับภาคประชาชน

ประการแรก ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดถึงสถานะไว้อย่างชัดเจนว่า บรรดากฎหมายและข้อบังคับอื่นใดซึ่งมิได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือซึ่งขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้แทน การบัญญัติเช่นนี้เป็นการหักล้างกฎหมายที่มีมาแต่เดิม การบัญญัติเช่นนี้ในทางปฏิบัติสามารถกระทำได้ แต่ขอทำการตั้งข้อสังเกตว่า การบัญญัติกฎหมายในลักษณะเช่นนี้กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว เป็นการหาควรกระทำไม่ เนื่องจากหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีมาอยู่แต่เดิม เป็นแนวบรรทัดฐานของกฎหมายครอบครัวของไทยมาตั้งแต่อดีต ประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวที่บังคับใช้ในปัจจุบันไม่ได้มีปัญหาอะไรในทางปฏิบัติที่ต้องได้รับการแก้ไขหรือยกเลิก ดังนั้น กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ทำเทียมกันเช่นนี้ไม่ควรขัดหรือแย้ง อีกทั้งแนวทางในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวถือเป็นกฎหมายหลักที่ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้จะต้องนำไปปรับใช้ในบางประเด็นโดยอนุโลม จึงมีบ้างควรที่จะบัญญัติหลักการของกฎหมายให้เป็นการขัดหรือแย้งกับกฎหมายหลักที่มีมาแต่เดิม

ประการที่สอง ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฉบับนี้ ให้สิทธิแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรวมถึงให้สิทธิแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศในการจดทะเบียนคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งในประเด็นนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่ากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศเหตุใดจึงได้รับสิทธิในการจดทะเบียนความสัมพันธ์แบบคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัตินี้ด้วย เนื่องจากในความเป็นจริงแล้วกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศก็ได้รับสิทธิในการจดทะเบียนสมรส ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวอยู่แล้ว ประกอบกับร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้หากประกาศใช้เป็นกฎหมายก็จะเป็นการจดทะเบียนคู่ชีวิตซึ่งมีสถานะเท่าเทียมกับการจดทะเบียนสมรส ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหากเป็นเช่นนี้แล้วก็เท่ากับว่ากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศมีสิทธิในการจดทะเบียนคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้และมีสิทธิที่จะจดทะเบียนสมรส ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวด้วย และยังไปกว่านั้นร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ให้สิทธิประโยชน์ต่างๆ ภายหลังจากจดทะเบียนคู่ชีวิตที่เป็นสิทธิประโยชน์ในลักษณะเดียวกันและเท่าเทียมกันกับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ที่ได้รับภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ทุกประการ ซึ่งในประเด็นนี้มองว่าเป็นการทับซ้อนของกฎหมายสองฉบับที่มีสถานะเดียวกันและให้สิทธิอย่างเดียวกัน ซึ่งอาจเกิดปัญหาในการตีความสถานะของกฎหมายทั้งสองได้

ประการที่สาม ประเด็นในเรื่องการสิ้นสุดการเป็นคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติถึงการสิ้นสุดสถานะคู่ชีวิตประกอบไปด้วยเหตุดังต่อไปนี้คือ การตาย การยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิต ศาลพิพากษาให้เพิกถอน ซึ่งมีลักษณะที่คล้ายกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1501 แต่สิ่งที่ต่างกันระหว่างร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์คือในร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดให้คู่ชีวิตที่จดทะเบียนตามร่างพระราชบัญญัตินี้ และต่อมาต้องการที่จะหย่าขาดจากกันนั้น สามารถแสดงเจตนาต่อศาลว่าตนมีเจตนาที่จะยุติความสัมพันธ์แต่เพียงฝ่ายเดียวได้ โดยไม่ต้องให้คู่ชีวิตอีกฝ่ายยินยอม โดยหลักแล้วการหย่าต้องมีเหตุแห่งการฟ้องหย่า ซึ่งเหตุแห่งการฟ้องหย่าานั้น จะต้องเกิดจากการกระทำที่คู่สมรสอีกฝ่ายได้กระทำกับคู่สมรสอีกฝ่าย และเข้าเหตุแห่งการฟ้องหย่าตามกฎหมาย และร่างพระราชบัญญัตินี้ก็ได้นำเหตุหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 มาปรับใช้โดยอนุโลมด้วย แต่สิ่งที่เพิ่มเติมเข้ามาในร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ การหย่าหรือยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตที่ไม่ต้องอาศัยเหตุหย่าสามารถกระทำได้เช่นกัน ซึ่งหมายความว่า การหย่าสามารถเกิดขึ้นได้เพียงคู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแสดงเจตนาที่จะหย่าหรือยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิต โดยที่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งนั้นไม่มีความประสงค์ที่จะหย่าหรือยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิต และคู่สมรสฝ่ายนั้นมิได้กระทำความผิดใดๆ ที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องหย่าเลย โดยขอตั้งข้อสังเกตว่าการหย่าโดยปรารถนาจากเหตุแห่งการฟ้องหย่านั้นไม่เคยมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายของไทย ถือเป็นเรื่องใหม่ และไม่เกิดความยุติธรรมกับคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งที่ไม่ได้กระทำความผิดจนเป็นเหตุฟ้องหย่า ประกอบกับเป็นสิ่งที่ไม่เคยนำมา

ปรับใช้กับสภาพสังคมไทย ซึ่งอาจเกิดปัญหาที่กระทบต่อความเป็นสถาบันครอบครัว หรือที่คนโบราณกล่าวไว้ว่า “รักง่าย หน่ายเร็ว” ก็ย่อมได้

ประการที่สี่ ประเด็นในเรื่องของการที่ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดสิทธิต่างๆ ที่เกินกว่าสิ่งที่กฎหมายอื่นๆ ได้กำหนดไว้ในเรื่องแรกนั้น คือ อำนาจปกครองกรณีคู่สมรสมีบุตรติดมา ซึ่งในเรื่องดังกล่าวนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1568 ได้บัญญัติไว้ว่า “เมื่อบุคคลใดมีบุตรติดมาได้สมรสกับบุคคลอื่น อำนาจปกครองที่มีต่อบุตรอยู่กับผู้ที่บุตรนั้นติดมา” หมายความว่าแม้ได้สมรสใหม่แต่อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ก็ยังคงอยู่ที่ผู้ที่เป็นบิดาหรือมารดาที่บุตรนั้นติดมาอยู่ เช่นเดิม คู่สมรสอีกฝ่ายไม่มีอำนาจปกครองบุตรของคู่สมรสอีกฝ่ายที่มีบุตรติดมา แต่ในประเด็นนี้ ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดไว้แตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1568 กล่าวคือ ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดไว้ว่า ในกรณีคู่สมรสฝ่ายใดมีบุตรมาก่อนการจดทะเบียนคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัตินี้ คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีอำนาจปกครองในบุตรที่ติดมานั้น จนกว่าจะจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม ซึ่งในประเด็นนี้ได้ทำการตั้งข้อสังเกตว่า หลักการดังที่กล่าวมาในร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีความแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1568 โดยสิ้นเชิง เพราะหากจะรับบุตรของคู่สมรสที่ติดมาเป็นบุตรบุญธรรมของตนแล้ว อำนาจปกครองบุตรของคู่สมรสที่บุตรนั้นติดมาก็จะหมดสิ้นไป โดยอำนาจปกครองบุตรก็จะถูกโอนไปยังผู้รับบุตรบุญธรรมซึ่งเป็นคู่สมรสอีกฝ่ายของตนตามผลของกฎหมาย ซึ่งการบุตรของคู่สมรสที่ติดมาเป็นบุตรบุญธรรมแล้วใช้อำนาจปกครองร่วมกัน ไม่เคยมีกฎหมายให้อำนาจไว้ในประเด็นนี้ ดังนั้น หลักการดังที่กล่าวมาในเรื่องนี้ของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้จึงเป็นการขัดต่อหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1568

ประการที่ห้า ประเด็นการได้มาซึ่งสัญชาติไทยโดยการสมรส หรือ การถือสัญชาติของหญิงตามสามี ซึ่งในกรณีนี้กฎหมายให้สิทธิแก่หญิงต่างด้าวซึ่งได้จดทะเบียนสมรสกับชายผู้มีสัญชาติไทย โดยกฎหมายให้สิทธิในการยื่นคำร้องขอถือสัญชาติไทยตามสามี ตามหลักการของพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ.2508 มาตรา 9 แต่ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้กลับมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากหลักการของพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ.2508 มาตรา 9 กล่าวคือ ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้สิทธิแก่คู่ชีวิตที่เป็นชาวต่างด้าวที่ได้จดทะเบียนตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้กับผู้มีสัญชาติไทย ในการยื่นคำร้องขอถือสัญชาติไทยตามคู่ชีวิตที่เป็นผู้มีสัญชาติไทย โดยทำการตั้งข้อสังเกตว่า โดยหลักการแล้วสิทธิดังกล่าวตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ.2508 มาตรา 9 ได้สงวนไว้เฉพาะหญิงต่างด้าวเท่านั้น หากใช้ได้กับชายต่างด้าวด้วยไม่ ดังนั้น หากเป็นคู่รักที่เป็นชายกับชาย และฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นชายต่างด้าว ก็จะไม่เข้าหลักเกณฑ์ของหลักกฎหมายดังกล่าว แต่เหตุใดร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้จึงให้สิทธิดังกล่าวแก่ชายต่างด้าวด้วยอันเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายที่มีอยู่แต่เดิม ซึ่งในประเด็นนี้ได้ทำการตั้งข้อสังเกตว่า หลักการดังที่กล่าวมาในร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีความแตกต่างจาก พระราชบัญญัติ

สัญญาชาติ พ.ศ.2508 มาตรา 9 โดยสิ้นเชิง เพราะการที่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่จากรัฐ ซึ่งมีเพศสรีระเดียวกัน อาจเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ที่แท้จริงของหลักการได้มาซึ่งสัญญาชาติไทยจากการสมรส ในกรณีของการขอถือสัญชาติไทยของหญิงตามสามีก็เป็นได้ ประกอบกับไม่เคยมีกฎหมายให้อำนาจไว้ในประเด็นนี้ ดังนั้นหลักการดังที่กล่าวมาในเรื่องนี้ของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ จึงเป็นการขัดต่อหลักการของพระราชบัญญัติสัญญาชาติ พ.ศ.2508 มาตรา 9

6.2 ข้อเสนอแนะ

ประเทศไทยควรออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน เหมือนกับการที่ประเทศไทยได้ออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศ เพราะการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์นั้นเป็นหน้าที่ของรัฐ ที่รัฐจะต้องรับรองและคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่เป็นพลเมืองของรัฐอย่างเสมอภาค ไม่ว่าจะเป็ความรักในรูปแบบใดก็ตาม เพราะสิ่งเหล่านั้นคือ สิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก เป็นการแสดงออกซึ่งเสรีภาพในการเลือกคู่ครองตามความปรารถนาของตน โดยไม่จำเป็นที่รัฐจะต้องเข้ามากำหนดความถูกต้องและเหมาะสมของการเลือกคู่ครองของประชาชนว่า มนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายต้องเลือกคู่ครองที่เป็นมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงเท่านั้น มนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายอาจเลือกคู่ครองที่เป็นมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายด้วยกันก็ได้ หรือมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงอาจเลือกคู่ครองที่เป็นมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงด้วยกันก็ย่อมได้เช่นกัน รัฐมีหน้าที่เดียวคือ รับรองและคุ้มครองสิทธิในการใช้ชีวิตคู่ให้แก่ประชาชน เพราะสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก คือ สิทธิโดยธรรมชาติหรือสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนพึงมี

รูปแบบและลักษณะของกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ควรมีความแตกต่างจากกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศ เนื่องจากกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศที่ใช้อยู่ในปัจจุบันคือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว นั้นได้ถูกออกแบบมาในลักษณะที่เป็นกฎหมายสำหรับความรักในรูปแบบรักต่างเพศเท่านั้น หากประเทศไทยออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน โดยมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับนี้ เพื่อให้สิทธิดังกล่าวเกิดขึ้นกับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน อาจเป็นการกระทบกระเทือนถึงรูปแบบและลักษณะอันเป็นเจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้ที่ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวก็เป็นได้

ดังนั้น หากประเทศไทยต้องการจะออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่ คู่รักในทุกรูปแบบของความรัก โดยไม่คำนึงถึงเพศสรีระมาเป็นองค์ประกอบนั้น ควรออกกฎหมาย แยกต่างหากอีกฉบับ ดังเช่นแนวคิดของประเทศเยอรมัน เพราะโครงสร้างในทางกฎหมายของไทย และโครงสร้างในทางกฎหมายของเยอรมันมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน นั่นก็คือ ระบบกฎหมาย ครอบครัวยุคใหม่ โดยกฎหมายที่จะบัญญัติขึ้นใหม่นั้นจะต้องมีลักษณะที่เป็นการรับรองสถานะในการใช้ชีวิต คู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันต่างหากออกมาเป็นเอกเทศ ในลักษณะของ พระราชบัญญัติบันทึกคู่ชีวิต

ส่วนในประเด็นสิทธิประโยชน์ต่างๆ จากรัฐภายหลังจากการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ ร่วมกัน ต้องมีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในกฎหมายถึงนิยามความหมายของคำว่าคู่สมรสที่อยู่ในบริบท ของกฎหมายต่างๆ ว่าจะต้องมีความหมายรวมถึงคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะ ในทางกฎหมายด้วย และให้มีสิทธิเท่าเทียมกับคู่รักชายและหญิงที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ ชีวิตคู่ร่วมกันโดยรัฐในรูปแบบของการจดทะเบียนสมรสเท่าที่ไม่เป็นการขัดต่อสภาพของเพศสรีระ ของคู่รักทั้งสองรูปแบบ โดยต้องมีความเหมาะสมทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติที่ต้องอยู่ภายใต้ เพศสภาพและความเป็นไปได้ในทางสรีระของผู้ที่ใช้กฎหมายด้วย เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อมิให้เป็นการ กระทบกระเทือนต่อโครงสร้างทางกายภาพของระบบกฎหมายครอบครัวของไทยที่มีอยู่แต่ก่อนแล้ว และไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงวัฒนธรรมและความเชื่อในเรื่องประเพณีการแต่งงานของไทยที่มี มาแต่เดิม

ท้ายที่สุดนี้ขอเสนอแนะให้รัฐ ออกกฎหมายเพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่ กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน โดยกระทำในลักษณะของการบันทึกคู่ชีวิต อันเป็นการรับรอง สถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันในลักษณะของการที่รัฐรับการบันทึก สถานะคู่ชีวิตไว้ในทะเบียนครอบครัวของรัฐ ซึ่งแสดงให้เห็นว่ารัฐได้รับรองและคุ้มครองสิทธิของคู่รักที่ มีเพศสภาพเดียวกันให้ได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ จากรัฐเสมอเหมือนคู่รักต่างเพศที่ได้จดทะเบียน สมรส และรัฐต้องแสดงให้เห็นว่าแม้จะเป็นเพียงแค่การบันทึกคู่ชีวิต แต่ก็มีสถานะที่เทียบเท่ากับการ จดทะเบียนสมรส เพราะทั้งสองรูปแบบนี้ต่างก็เกิดขึ้นจากเจตนารมณ์ของรัฐที่ปรารถนาจะให้การ รับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันแก่ประชาชนของรัฐทุกคนอย่างเสมอภาค

จากที่ได้ทำการศึกษาค้นคว้า ขอนำเสนอรูปแบบของกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน โดยออกมาเป็นกฎหมายแยกต่างหากจาก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว มีลักษณะเป็นพระราชบัญญัติบันทึก คู่ชีวิต อันเป็นการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันในลักษณะของ การที่รัฐรับการบันทึกสถานะคู่ชีวิตไว้ในทะเบียนครอบครัวของรัฐ

ร่างพระราชบัญญัติ บันทึกลับชีวิต พุทธศักราช

บันทึกหลักการและเหตุผล

ประกอบร่างพระราชบัญญัติบันทึกชีวิต

พ.ศ.

.....
หลักการ

ให้มีกฎหมายว่าด้วยการบันทึกชีวิตให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

เหตุผล

ในปัจจุบันมีกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจำนวนมากที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน แต่กลับไม่ได้
รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงส่งผลให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบ
รักเพศเดียวกันเหล่านี้ไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมาย ทั้งในเรื่องของสิทธิและหน้าที่ของการใช้
ชีวิตคู่ร่วมกัน ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักการของสิทธิขั้นพื้นฐานในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก
หรือสิทธิขั้นพื้นฐานในการเลือกที่จะดำรงชีวิตในแบบที่ตนเองต้องการ และเพื่อเป็นการดำเนินการให้
สอดคล้องในเรื่องสิทธิและเสรีภาพ ตามแนวทางของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงสมควรให้มี
กฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก และรับรองสถานะในการ
ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ร่างพระราชบัญญัติ

บันทึกคู่ชีวิต

พ.ศ.

โดยที่เป็นการสมควรให้มีกฎหมายว่าด้วย การจดทะเบียนคู่ชีวิต

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติบันทึกคู่ชีวิต พ.ศ. “

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้

(๑) “คู่ชีวิต” หมายถึง บุคคลสองคนซึ่งมีเพศเดียวกันที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้

(๒) “การจดทะเบียน” หมายถึง บุคคลสองคนที่ได้จดทะเบียนคู่ชีวิตโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้ต่อหน้านายทะเบียนเพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน และเพื่อการได้มาซึ่งสิทธิและหน้าที่ที่บุคคลฝ่ายหนึ่งพึงมีกับบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งในฐานะคู่ชีวิต

(๓) “นายทะเบียน” หมายถึง เจ้าพนักงานซึ่งรัฐมนตรีผู้มีหน้าที่รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ได้แต่งตั้งขึ้น

(๔) “แบบการจดทะเบียน” หมายถึง แบบในการจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ให้มีรายการต่างๆ ในแบบการจดทะเบียนให้ครบถ้วนและมีเงื่อนไขรวมถึงวิธีปฏิบัติไม่แตกต่างจากแบบการจดทะเบียนสมรสหรือแบบการจดทะเบียนหย่าที่กำหนดไว้ในระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการจดทะเบียนครอบครัว

(๕) “ศาล” หมายถึง ศาลเยาวชนและครอบครัวและให้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดขึ้นหรือเกี่ยวเนื่องจากบุคคลที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๔ การบันทึกคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ คู่ชีวิตมีศักดิ์และสิทธิเช่นเดียวกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และมีสถานะเช่นเดียวกับการเป็นคู่สมรสตามกฎหมายอื่นๆ ที่ให้สิทธิแก่คู่สมรส

การได้สิทธิในทางกฎหมายเช่นเดียวกับผู้สมรสตามวรรคหนึ่ง ต้องไม่เป็นการขัดกับโครงสร้างทางกายภาพของกฎหมายนั้นด้วย

มาตรา ๕ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงและประกาศนั้นเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

หมวด ๑

เงื่อนไขแห่งการบันทึกคู่ชีวิต

มาตรา ๖ การบันทึกคู่ชีวิตจะทำได้ต่อเมื่อบุคคลที่มีเพศเดียวกันสองคน โดยมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการบันทึกคู่ชีวิตก่อนนั้นได้

มาตรา ๗ การบันทึกคู่ชีวิตจะกระทำมิได้ถ้าบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นบุคคลวิกลจริตหรือเป็นบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ

มาตรา ๘ บุคคลสองคนซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดี เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาก็ดี จะทำการบันทึกคู่ชีวิตกันไม่ได้ ความเป็นญาติดังกล่าวมานี้ให้ถือตามสายโลหิต โดยไม่คำนึงว่าจะเป็ญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

มาตรา ๙ ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมจะบันทึกคู่ชีวิตกันไม่ได้

มาตรา ๑๐ บุคคลใดบุคคลหนึ่งจะทำการบันทึกคู่ชีวิตในขณะที่ตนมีคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือ คู่ชีวิตตามกฎหมายฉบับนี้อยู่ไม่ได้

มาตรา ๑๑ ผู้เยาว์จะทำการบันทึกคู่ชีวิตให้นำความในมาตรา ๑๔๓๖ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๑๒ การให้ความยินยอมให้ทำการบันทึกคู่ชีวิตจะกระทำได้แต่โดย

(๑) ลงลายมือชื่อในทะเบียนขณะจดทะเบียนบันทึกคู่ชีวิต

(๒) ทำเป็นหนังสือแสดงความยินยอมโดยระบุชื่อผู้จะบันทึกคู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายและลงลายมือชื่อของผู้ให้ความยินยอม

(๓) ถ้ามีเหตุจำเป็น จะให้ความยินยอมด้วยวาจาต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคนก็ได้ ความยินยอมนั้น เมื่อให้แล้วถอนไม่ได้

มาตรา ๑๓ ถ้าไม่มีผู้ที่มีอำนาจให้ความยินยอมตามมาตรา ๑๑ หรือมีแต่ไม่ให้ความยินยอมหรือไม่อยู่ในสภาพที่อาจให้ความยินยอม หรือโดยพฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมได้ ผู้เยาว์อาจร้องขอต่อศาลเพื่ออนุญาตให้ทำการบันทึกคู่ชีวิต

มาตรา ๑๔ การบันทึกคู่ชีวิตตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น

มาตรา ๑๕ การบันทึกคู่ชีวิตจะทำได้ต่อเมื่อบุคคลสองคนยินยอมเป็นคู่ชีวิตกัน และต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย

มาตรา ๑๖ การบันทึกคู่ชีวิตในต่างประเทศระหว่างคนที่มีสัญชาติไทยด้วยกัน หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย จะทำตามแบบที่กำหนดไว้ตามกฎหมายไทยหรือกฎหมายแห่งประเทศนั้นก็ไ้

ในกรณีที่คู่ชีวิตประสงค์จะจดทะเบียนตามกฎหมายไทย ให้พนักงานทูตหรือกงสุลไทยเป็นผู้รับจดทะเบียน

มาตรา ๑๗ เมื่อมีพฤติการณ์พิเศษซึ่งไม่อาจทำการจดทะเบียนบันทึกคู่ชีวิตต่อนายทะเบียนได้เพราะบุคคลฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายตกอยู่ในอันตรายใกล้ความตาย หรืออยู่ในภาวะการณืรบหรือสงคราม ถ้าบุคคลทั้งสองนั้นได้แสดงเจตนาจะบันทึกคู่ชีวิตกันต่อหน้าบุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะที่อยู่นั้นแล้ว ให้บุคคลดังกล่าวจดทะเบียนแสดงเจตนาขอทำการบันทึกคู่ชีวิตของบุคคลทั้งสองนั้นไว้เป็นหลักฐาน และต่อมาบุคคลทั้งสองได้จดทะเบียนบันทึกคู่ชีวิตกันภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่อาจทำการจดทะเบียนต่อนายทะเบียนได้ โดยแสดงหลักฐานต่อนายทะเบียนและให้นายทะเบียนจดแจ้งวัน เดือน ปีสถานที่ ที่แสดงเจตนาขอทำการบันทึกคู่ชีวิต และพฤติการณ์พิเศษนั้นไว้ในทะเบียนคู่ชีวิตให้ถือว่าวันแสดงเจตนาขอทำการบันทึกคู่ชีวิตต่อบุคคลดังกล่าวเป็นวันจดทะเบียนคู่ชีวิตต่อนายทะเบียนแล้ว

ความในมาตรานี้มิให้ใช้บังคับถ้าหากจะมีการบันทึกคู่ชีวิตในวันแสดงเจตนาขอทำการบันทึกคู่ชีวิต การบันทึกคู่ชีวิตนั้นจะตกเป็นโมฆะ

หมวด ๒

ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิต

มาตรา ๑๘ คู่ชีวิตต้องอยู่กินด้วยกันเฉกเช่นฉันสามีภรรยา

คู่ชีวิตต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน

มาตรา ๑๙ ในกรณีที่คู่ชีวิตไม่สามารถที่จะอยู่กินด้วยกันฉันคู่ชีวิตโดยปกติสุขได้ หรือถ้าการอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือทำลายความผาสุกอย่างมาก คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ที่ไม่สามารถที่จะอยู่กินด้วยกันฉันคู่ชีวิตโดยปกติสุขได้ หรือฝ่ายที่จะต้องรับอันตรายหรือถูกทำลายความผาสุก อาจร้องต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตให้ตนอยู่ต่างหากในระหว่างที่เหตุนั้นๆ ยังมีอยู่ก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ศาลจะกำหนดจำนวนค่าอุปการะเลี้ยงดูให้ฝ่ายหนึ่งจ่ายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งตามควรแก่พฤติการณ์ก็ได้

มาตรา ๒๐ ในกรณีที่ศาลสั่งให้คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งย่อมเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ แต่เมื่อผู้มีส่วนได้เสียหรืออัยการร้องขอ และถ้ามีเหตุสำคัญ ศาลจะตั้งผู้อื่นเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ก็ได้

มาตรา ๒๑ ในกรณีที่คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนวิกลจริต ไม่ว่าศาลจะสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือไม่ ถ้าคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งไม่อุปการะเลี้ยงดูฝ่ายที่วิกลจริตตามมาตรา ๑๘ วรรคสองหรือกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด อันเป็นเหตุให้ฝ่ายที่วิกลจริตอยู่ในภาวะอันน่าจะเกิด

อันตรายแก่กายหรือจิตใจ หรือตกอยู่ในภาวะอันน่าจะเกิดความเสียหายทางทรัพย์สินถึงขนาด บุคคลตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๒๘ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือผู้อนุบาลอาจฟ้องคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูให้แก่ฝ่ายที่วิกลจริต หรือขอให้ศาลมีคำสั่งใดๆ เพื่อคุ้มครองฝ่ายที่วิกลจริตนั้นได้

ในกรณีฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูตามวรรคหนึ่ง ถ้ายังมีได้มีคำสั่งของศาลว่าคู่ชีวิตซึ่งวิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถก็ให้ขอต่อศาลในคดีเดียวกันให้ศาลมีคำสั่งว่าคู่ชีวิตซึ่งวิกลจริตนั้นเป็นคนไร้ความสามารถ โดยขอให้ตั้งตนเองหรือผู้อื่นที่ศาลเห็นสมควรเป็นผู้อนุบาล หรือถ้าได้มีคำสั่งของศาลแสดงว่าคู่ชีวิตซึ่งวิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถอยู่แล้ว จะขอให้ถอดถอนผู้อนุบาลคนเดิม และแต่งตั้งผู้อนุบาลคนใหม่ก็ได้

ในการขอให้ศาลมีคำสั่งใดๆ เพื่อคุ้มครองคู่ชีวิตฝ่ายที่วิกลจริตโดยมิได้เรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูด้วยนั้น จะไม่ขอให้ศาลมีคำสั่งให้คู่ชีวิตฝ่ายที่วิกลจริตนั้นเป็นคนไร้ความสามารถ หรือจะไม่ขอเปลี่ยนผู้อนุบาลก็ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่าวิธีการคุ้มครองที่ขอนั้นจำเป็นต้องมีผู้อนุบาลหรือเปลี่ยนผู้อนุบาล ให้ศาลมีคำสั่งให้จัดการทำนองเดียวกับที่บัญญัติไว้ในวรรคสองแล้วจึงมีคำสั่งคุ้มครองตามที่เห็นสมควร

มาตรา ๒๒ ในระหว่างการพิจารณาคดีตามมาตรา ๒๑ ถ้ามีคำขอศาลอาจกำหนดวิธีการชั่วคราวเกี่ยวกับการอุปการะเลี้ยงดู หรือการคุ้มครองคู่ชีวิตฝ่ายที่วิกลจริตได้ตามที่เห็นสมควร และหากเป็นกรณีฉุกเฉินให้นำบทบัญญัติเรื่องคำขอในเหตุฉุกเฉินตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับ

หมวด ๓

ทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต

มาตรา ๒๓ ถ้าคู่ชีวิตมิได้ทำสัญญากันไว้ในเรื่องทรัพย์สินเป็นพิเศษก่อนทำการบันทึกคู่ชีวิต ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตในเรื่องทรัพย์สินนั้น ให้บังคับตามบทบัญญัติในหมวดนี้

ถ้าข้อความใดในสัญญาก่อนบันทึกคู่ชีวิตขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือระบุให้ใช้กฎหมายประเทศอื่นบังคับเรื่องทรัพย์สินนั้น ข้อความนั้นๆ เป็นโมฆะ

มาตรา ๒๔ สัญญาก่อนบันทึกคู่ชีวิตเป็นโมฆะ ถ้ามิได้จัดแจ้งข้อตกลงกันเป็นสัญญาก่อนบันทึกคู่ชีวิตนั้นไว้ในทะเบียนคู่ชีวิตพร้อมกับการจดทะเบียนบันทึกคู่ชีวิต หรือมิได้ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่ชีวิตและพยานอย่างน้อยสองคนแนบไว้ท้ายทะเบียนคู่ชีวิตและได้จัดไว้ในทะเบียนคู่ชีวิตพร้อมกับการจดทะเบียนบันทึกคู่ชีวิตว่าไม่มีสัญญานั้นแนบไว้

มาตรา ๒๕ เมื่อบันทึกคู่ชีวิตแล้วจะเปลี่ยนแปลงเพิกถอนสัญญาก่อนบันทึกคู่ชีวิตนั้นไม่ได้ นอกจากจะได้รับอนุญาตจากศาล

เมื่อได้มีคำสั่งของศาลถึงที่สุดให้เปลี่ยนแปลงเพิกถอนสัญญาก่อนบันทึกคู่ชีวิตแล้ว ให้ศาล
แจ้งไปยังนายทะเบียนคู่ชีวิตเพื่อจดแจ้งไว้ในทะเบียนคู่ชีวิต

มาตรา ๒๖ ข้อความในสัญญาก่อนบันทึกคู่ชีวิตไม่มีผลกระทบต่อกระเทือนถึงสิทธิของ
บุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตไม่ว่าจะได้เปลี่ยนแปลงเพิกถอนโดยคำสั่งของศาลหรือไม่ก็ตาม

มาตรา ๒๗ สัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินใดที่คู่ชีวิตได้ทำไว้ต่อกันในระหว่างเป็นคู่ชีวิตกันนั้น
ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกล้างเสียในเวลาใดที่เป็นคู่ชีวิตกันอยู่ หรือภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ขาด
จากการเป็นคู่ชีวิตกันก็ได้ แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต

มาตรา ๒๘ ทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต นอกจากที่ได้แยกไว้เป็นสินส่วนตัวย่อมเป็นสินคู่ชีวิต

มาตรา ๒๙ สินส่วนตัวได้แก่ทรัพย์สิน

(๑) ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอยู่ก่อนบันทึกคู่ชีวิต

(๒) ที่เป็นเครื่องใช้สอยส่วนตัว เครื่องแต่งกาย หรือเครื่องประดับกายตามควรแก่ฐานะ หรือ
เครื่องมือเครื่องใช้ที่จำเป็นในการประกอบอาชีพ หรือวิชาชีพของคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

(๓) ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มาระหว่างการเป็นคู่ชีวิต โดยการรับมรดก หรือโดยการให้โดยเสนหา

มาตรา ๓๐ สินส่วนตัวนั้น ถ้าได้แลกเปลี่ยนเป็นทรัพย์สินอื่นที่ดี ชื่อทรัพย์สินอื่นมาที่ดี หรือ
ขายได้เป็นเงินมาที่ดี ทรัพย์สินอื่นหรือเงินที่ได้มานั้นเป็นสินส่วนตัว

สินส่วนตัวที่ถูกทำลายไปทั้งหมดหรือแต่บางส่วน แต่ได้ทรัพย์สินอื่นหรือเงินมาทดแทน
ทรัพย์สินอื่นหรือเงินที่ได้มานั้นเป็นสินส่วนตัว

มาตรา ๓๑ สินส่วนตัวของคู่ชีวิตฝ่ายใดให้ฝ่ายนั้นเป็นผู้จัดการ

มาตรา ๓๒ สินคู่ชีวิตได้แก่ทรัพย์สิน

(๑) ที่คู่ชีวิตได้มาระหว่างการเป็นคู่ชีวิต

(๒) ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มาระหว่างการเป็นคู่ชีวิต โดยพินัยกรรมหรือโดยการให้เป็นหนังสือ
เมื่อพินัยกรรมหรือหนังสือยกให้ระบุว่า เป็นสินคู่ชีวิต

(๓) ที่เป็นดอกผลของสินส่วนตัว

ถ้ากรณีเป็นที่สงสัยว่าทรัพย์สินอย่างหนึ่งเป็นสินคู่ชีวิตหรือไม่ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็น
สินคู่ชีวิต

มาตรา ๓๓ ถ้าสินคู่ชีวิตใดเป็นจำพวกที่ระบุไว้ในมาตรา ๔๕๖ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์ หรือที่มีเอกสารเป็นสำคัญ คู่ชีวิตอีกฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะร้องขอให้ลงชื่อตนเป็นเจ้าของ
รวมกันในเอกสารนั้นก็ได้

มาตรา ๓๔ คู่ชีวิตต้องจัดการสินคู่ชีวิตร่วมกันหรือได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่งในกรณี
ดังต่อไปนี้

(๑) ขาย แลกเปลี่ยน ขายฝาก ให้เช่าซื้อ จำนอง ปลดจำนอง หรือโอนสิทธิจำนอง ซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ที่อาจจำนองได้

(๒) ก่อตั้งหรือกระทำให้สุดสิ้นลงทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งภาระจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน หรือภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์

(๓) ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์เกินสามปี

(๔) ให้กู้ยืมเงิน

(๕) ให้โดยเสน่หา เว้นแต่การให้ที่พอควรแก่ฐานะานุรูปของครอบครัวเพื่อการกุศล เพื่อการสังคม หรือตามหน้าที่ธรรมจรรยา

(๖) ประนีประนอมยอมความ

(๗) มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัย

(๘) นำทรัพย์สินไปเป็นประกันหรือหลักประกันต่อเจ้าพนักงานหรือศาลการจัดการสินคู่ชีวิต

นอกจากกรณีที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดสามารถจัดการได้โดยมิต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง

มาตรา ๓๕ คู่ชีวิตจะจัดการสินคู่ชีวิตให้แตกต่างไปจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๔ ทั้งหมดหรือบางส่วนได้ก็ต่อเมื่อได้ทำสัญญาก่อนบันทึกคู่ชีวิตไว้ตามที่บัญญัติในมาตรา ๒๓ และมาตรา ๒๔ ในกรณีดังกล่าวนี้ การจัดการสินคู่ชีวิตให้เป็นไปตามที่ระบุไว้ในสัญญาก่อนบันทึกคู่ชีวิต

ในกรณีที่สัญญาก่อนบันทึกคู่ชีวิตระบุการจัดการสินคู่ชีวิตไว้แต่เพียงบางส่วนของมาตรา ๓๔ การจัดการสินคู่ชีวิตนอกจากที่ระบุไว้ในสัญญาก่อนบันทึกคู่ชีวิตให้เป็นไปตามมาตรา ๓๔

มาตรา ๓๖ คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิฟ้อง ต่อสู้ หรือดำเนินคดีเกี่ยวกับการสงวน บำรุงรักษาสินคู่ชีวิต หรือเพื่อประโยชน์แก่สินคู่ชีวิต หนี้อันเกิดแต่การฟ้อง ต่อสู้ หรือดำเนินคดีดังกล่าว ให้ถือว่าเป็นหนี้ที่คู่ชีวิตเป็นลูกหนี้ร่วมกัน

มาตรา ๓๗ เมื่อฝ่ายใดต้องให้ความยินยอม หรือลงชื่อกับอีกฝ่ายหนึ่งในเรื่องจัดการทรัพย์สิน แต่ไม่ให้ความยินยอมหรือไม่ยอมลงชื่อโดยปราศจากเหตุผล หรือไม่อยู่ในสภาพที่อาจให้ความยินยอมได้ อีกฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอต่อศาลให้สั่งอนุญาตแทนได้

มาตรา ๓๘ การใดที่คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำ ซึ่งต้องรับความยินยอมร่วมกัน และถ้าการนั้นมีกฎหมายบัญญัติให้ทำเป็นหนังสือ หรือให้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ความยินยอมนั้นต้องทำเป็นหนังสือ

มาตรา ๓๙ การจัดการสินคู่ชีวิตซึ่งต้องจัดการร่วมกันหรือต้องได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่งตามมาตรา ๓๔ ถ้าคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งได้ทำนิติกรรมไปแต่เพียงฝ่ายเดียว หรือโดยปราศจากความยินยอมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งอาจฟ้องให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมนั้นได้ เว้นแต่คู่ชีวิต

อีกฝ่ายหนึ่งได้ให้สัตยาบันแก่อนิติกรรมนั้นแล้ว หรือในขณะที่ทำนิติกรรมนั้นบุคคลภายนอกได้กระทำโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน

การฟ้องให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมตามวรรคหนึ่งห้ามมิให้ฟ้องเมื่อพ้นหนึ่งปี นับแต่วันที่ารู้เหตุอันเป็นมูลให้เพิกถอน หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันที่ได้ทำนิติกรรมนั้น

มาตรา ๔๐ คู่ชีวิตไม่มีอำนาจทำพินัยกรรมยกสินคู่ชีวิตที่เกินกว่าส่วนของตนให้แก่บุคคลใด

มาตรา ๔๑ ในกรณีที่คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจจัดการสินคู่ชีวิตแต่ฝ่ายเดียว คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งก็ยังมีอำนาจจัดการบ้านเรือน และจัดหาสิ่งจำเป็นสำหรับครอบครัวตามสมควรแก่สภาพได้ ค่าใช้จ่ายในการนี้ย่อมผูกพันสินคู่ชีวิตและสินส่วนตัวของทั้งสองฝ่าย

ถ้าคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจัดการบ้านเรือนหรือจัดหาสิ่งจำเป็นสำหรับครอบครัวเป็นที่เสียหายถึงขนาด อีกฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอให้ศาลสั่งห้ามหรือจำกัดอำนาจนี้เสียได้

มาตรา ๔๒ ในกรณีที่คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจจัดการสินคู่ชีวิตแต่เพียงฝ่ายเดียว ถ้าคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้นจะกระทำ หรือกำลังกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในการจัดการสินคู่ชีวิตอันพึงเห็นได้ว่าจะเกิดความเสียหายถึงขนาด อีกฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอให้ศาลสั่งห้ามมิให้กระทำการนั้นได้

มาตรา ๔๓ ถ้าคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจจัดการสินคู่ชีวิต

(๑) จัดการสินคู่ชีวิตเป็นที่เสียหายถึงขนาด

(๒) ไม่อุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่ง

(๓) มีหนี้สินล้นพ้นตัว หรือทำหนี้เกินกึ่งหนึ่งของสินคู่ชีวิต

(๔) ขัดขวางการจัดการสินคู่ชีวิตของอีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

(๕) มีพฤติการณ์ปรากฏว่าจะทำความเสียหายให้แก่สินคู่ชีวิต

อีกฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอให้ศาลสั่งอนุญาตให้ตนเป็นผู้จัดการสินคู่ชีวิตแต่เพียงผู้เดียว หรือสั่งให้แยกสินคู่ชีวิตได้

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ถ้ามีคำขอ ศาลอาจกำหนดวิธีคุ้มครองชั่วคราวเพื่อจัดการสินคู่ชีวิตได้ตามที่เห็นสมควร และหากเป็นกรณีฉุกเฉินให้นำบทบัญญัติเรื่องคำขอในเหตุฉุกเฉินตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับ

มาตรา ๔๔ ในกรณีที่ศาลได้มีคำสั่งห้าม หรือจำกัดอำนาจในการจัดการสินคู่ชีวิตของคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตามมาตรา ๔๑ มาตรา ๔๒ หรือมาตรา ๔๓ ถ้าต่อมาเหตุแห่งการนั้น หรือพฤติการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอต่อศาลให้ยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งที่ห้ามหรือจำกัดอำนาจจัดการสินคู่ชีวิตนั้นได้ ในการนี้ศาลจะมีคำสั่งใดๆ ตามที่เห็นสมควรก็ได้

มาตรา ๔๕ คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอาจร้องขอต่อศาลให้ตนเป็นผู้จัดการสินคู่ชีวิตโดยเฉพาะอย่างใดอย่างหนึ่งหรือเข้าร่วมจัดการในการนั้นได้ ถ้าการที่จะทำเช่นนั้นจะเป็นประโยชน์ยิ่งกว่า

มาตรา ๔๖ เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดตามความในมาตรา ๔๑ วรรคสอง มาตรา ๔๒ มาตรา ๔๓ มาตรา ๔๔ หรือมาตรา ๔๕ อันเป็นคุณแก่ผู้ร้องขอหรือตามมาตรา ๕๑ มาตรา ๕๓ หรือในมาตรา ๑๕๙๘/๑๗ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือเมื่อคู่ชีวิตฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งพ้นจากการเป็นบุคคลล้มละลาย ให้ศาลแจ้งไปยังนายทะเบียนเพื่อจดแจ้งไว้ในทะเบียนคู่ชีวิต

มาตรา ๔๗ ในระหว่างที่เป็นคู่ชีวิตกัน ฝ่ายใดจะยึดหรืออายัดทรัพย์สินของอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ เว้นแต่เป็นการยึดหรืออายัดทรัพย์สินในคดีที่ฟ้องร้องเพื่อการปฏิบัติหน้าที่หรือรักษาสีทธิระหว่าง คู่ชีวิตตามที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะกฎหมายนี้ หรือที่กฎหมายนี้บัญญัติไว้โดยเฉพาะให้คู่ชีวิตฟ้องร้อง กันเองได้ หรือเป็นการยึด หรืออายัดทรัพย์สินสำหรับค่าอุปการะเลี้ยงดูและค่าฤชาธรรมเนียมที่ยังมิได้ ชำระตามคำพิพากษาของศาล

มาตรา ๔๘ ถ้าคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบส่วนตัวเพื่อชำระหนี้ที่ก่อไว้ก่อนหรือ ระหว่างการเป็นคู่ชีวิต ให้ชำระหนี้ด้วยสินส่วนตัวของฝ่ายนั้นก่อน เมื่อไม่พอจึงให้ชำระด้วยสิน คู่ชีวิตที่เป็นส่วนของฝ่ายนั้น

มาตรา ๔๙ ถ้าคู่ชีวิตเป็นลูกหนี้ร่วมกัน ให้ชำระหนี้จากสินคู่ชีวิตและสินส่วนตัวของทั้งสองฝ่าย

มาตรา ๕๐ หนี้ที่คู่ชีวิตเป็นลูกหนี้ร่วมกันนั้นให้รวมถึงหนี้ที่คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก่อให้เกิด ขึ้นในระหว่างการเป็นคู่ชีวิตดังต่อไปนี้

(๑) หนี้เกี่ยวกับการจัดการบ้านเรือนและจัดหาสิ่งจำเป็นสำหรับครอบครัว การอุปการะเลี้ยงดูตลอดถึงการรักษาพยาบาลบุคคลในครอบครัวตามสมควรแก่อัธยาศัย

(๒) หนี้ที่เกี่ยวข้องกับสินคู่ชีวิต

(๓) หนี้ที่เกิดขึ้นเนื่องจากการงานซึ่งคู่ชีวิตทำด้วยกัน

(๔) หนี้ที่คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ตนฝ่ายเดียวแต่อีกฝ่ายหนึ่งได้ให้สัตยาบัน

มาตรา ๕๑ ถ้าคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องคำพิพากษาให้ล้มละลาย สินคู่ชีวิตย่อมแยกจากกัน โดยอำนาจกฎหมายนับแต่วันที่ศาลพิพากษาให้ล้มละลายนั้น

มาตรา ๕๒ เมื่อได้แยกสินคู่ชีวิตตามมาตรา ๔๓ วรรคสอง มาตรา ๕๑ หรือมาตรา ๑๕๙๘/๑๗ วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ให้ส่วนที่แยกออกตกเป็นสินส่วนตัวของ คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด และบรรดาทรัพย์สินที่ฝ่ายใดได้มาในภายหลังไม่ให้ถือเป็นสินคู่ชีวิต แต่ให้เป็น สินส่วนตัวของฝ่ายนั้น และสินคู่ชีวิตที่คู่ชีวิตได้มาโดยพินัยกรรมหรือโดยการให้เป็นหนังสือตามมาตรา ๓๒(๒) ในภายหลัง ให้ตกเป็นสินส่วนตัวของคู่ชีวิตฝ่ายละครึ่ง

ดอกผลของสินส่วนตัวที่ได้มาหลังจากที่ได้แยกสินคู่ชีวิตแล้วให้เป็นสินส่วนตัว

มาตรา ๕๓ ในกรณีที่มีการแยกสินคู่ชีวิตโดยคำสั่งศาล การยกเลิกการแยกสินคู่ชีวิตให้กระทำได้เมื่อคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอต่อศาล และศาลได้มีคำสั่งให้ยกเลิก แต่ถ้าคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคัดค้านศาลจะสั่งยกเลิกการแยกสินคู่ชีวิตได้ต่อเมื่อเหตุแห่งการแยกสินคู่ชีวิตได้สิ้นสุดลงแล้ว

เมื่อมีการยกเลิกการแยกสินคู่ชีวิตตามวรรคหนึ่ง หรือการแยกสินคู่ชีวิตสิ้นสุดลงเพราะคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งพ้นจากการเป็นบุคคลล้มละลาย ให้ทรัพย์สินที่เป็นสินส่วนตัวอยู่ในวันที่ศาลมีคำสั่ง หรือในวันที่พ้นจากการเป็นบุคคลล้มละลาย ยังคงเป็นสินส่วนตัวต่อไปตามเดิม

มาตรา ๕๔ ในกรณีที่ไม่มีสินคู่ชีวิตแล้ว คู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายต้องช่วยกันออกค่าใช้จ่ายสำหรับการบ้านเรือนตามส่วนมากและน้อยแห่งสินส่วนตัวของตน

หมวด ๔

ความเป็นโมฆะของการบันทึกคู่ชีวิต

มาตรา ๕๕ การบันทึกคู่ชีวิตจะเป็นโมฆะก็แต่เฉพาะที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้

มาตรา ๕๖ การบันทึกคู่ชีวิตที่ฝ่าฝืนมาตรา ๗ มาตรา ๘ มาตรา ๑๐ และมาตรา ๑๕ เป็นโมฆะ

มาตรา ๕๗ คำพิพากษาของศาลเท่านั้นที่จะแสดงว่า การบันทึกคู่ชีวิตที่ฝ่าฝืนมาตรา ๗ มาตรา ๘ และมาตรา ๑๕ เป็นโมฆะ

คู่ชีวิต บิดามารดา หรือผู้สืบสันดานของคู่ชีวิตอาจร้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการบันทึกคู่ชีวิตเป็นโมฆะได้ ถ้าไม่มีบุคคลดังกล่าว ผู้มีส่วนได้เสียจะร้องขอให้อัยการเป็นผู้ร้องขอต่อศาลก็ได้

มาตรา ๕๘ การบันทึกคู่ชีวิตที่เป็นโมฆะ เพราะฝ่าฝืนมาตรา ๑๐ บุคคลผู้มีส่วนได้เสียคนใดคนหนึ่งจะกล่าวอ้างขึ้น หรือจะร้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการบันทึกคู่ชีวิตเป็นโมฆะก็ได้

มาตรา ๕๙ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าการบันทึกคู่ชีวิตใดเป็นโมฆะ ให้ศาลแจ้งไปยังนายทะเบียนเพื่อบันทึกความเป็นโมฆะไว้ในทะเบียนคู่ชีวิต

มาตรา ๖๐ การบันทึกคู่ชีวิตที่เป็นโมฆะ ไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต

ในกรณีที่การบันทึกคู่ชีวิตเป็นโมฆะ ทรัพย์สินที่ฝ่ายใดมีหรือได้มาไม่ว่าก่อนหรือหลังการบันทึกคู่ชีวิตรวมทั้งดอกผลคงเป็นของฝ่ายนั้น ส่วนบรรดาทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกันให้แบ่งคนละครึ่ง เว้นแต่ศาลจะเห็นสมควรสั่งเป็นประการอื่น เมื่อได้พิเคราะห์ถึงภาระในครอบครัว ภาระในการหาเลี้ยงชีพ และฐานะของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ตลอดจนพฤติการณ์อื่นที่ปรากฏแล้ว

มาตรา ๖๑ การบันทึกคู่ชีวิตที่เป็นโมฆะ เพราะฝ่าฝืนมาตรา ๗ มาตรา ๘ หรือมาตรา ๑๕ ไม่ทำให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดที่ได้กระทำการโดยสุจริตเสื่อมสิทธิที่ได้มา เพราะการบันทึกคู่ชีวิตก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เป็นโมฆะ

การบันทึกคู่ชีวิตที่เป็นโมฆะเพราะฝ่าฝืนมาตรา ๑๐ ไม่ทำให้บุคคลหนึ่งบุคคลใด ผู้บันทึกคู่ชีวิตโดยสุจริตเสื่อมสิทธิที่ได้มา เพราะการบันทึกคู่ชีวิตก่อนที่ชายหรือหญิงนั้นรู้ถึงเหตุที่ทำให้การบันทึกคู่ชีวิตเป็นโมฆะ แต่การสมรสที่เป็นโมฆะดังกล่าว ไม่ทำให้คู่ชีวิตเกิดสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง

การบันทึกคู่ชีวิตที่เป็นโมฆะเพราะฝ่าฝืนมาตรา ๗ มาตรา ๘ หรือมาตรา ๑๕ หรือฝ่าฝืนมาตรา ๑๐ ถ้าคู่ชีวิตฝ่ายใดได้ทำการบันทึกคู่ชีวิตโดยสุจริตฝ่ายนั้นมีสิทธิเรียกค่าทดแทนได้ และถ้าการบันทึกคู่ชีวิตที่เป็นโมฆะนั้นทำให้ฝ่ายที่ได้ทำการบันทึกคู่ชีวิตโดยสุจริตต้องยากจนลงเพราะไม่มีรายได้พอจากทรัพย์สิน หรือจากการงานที่เคยทำอยู่ก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุด หรือก่อนที่จะได้รู้ว่าการบันทึกคู่ชีวิตของตนเป็นโมฆะแล้วแต่กรณี ฝ่ายนั้นมีสิทธิเรียกค่าเลี้ยงชีพได้ด้วย สิทธิเรียกค่าเลี้ยงชีพในกรณีนี้ ให้นำมาตรา ๘๙ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๙๑ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

สิทธิเรียกร้องค่าทดแทน หรือค่าเลี้ยงชีพตามวรรคสาม มีกำหนดอายุความสองปีนับแต่วันที่มีคำพิพากษาถึงที่สุด สำหรับกรณีการบันทึกคู่ชีวิตที่เป็นโมฆะ เพราะฝ่าฝืนมาตรา ๗ มาตรา ๘ หรือมาตรา ๑๕ หรือนับแต่วันที่อยู่ถึงเหตุที่ทำให้การบันทึกคู่ชีวิตเป็นโมฆะ สำหรับกรณีการบันทึกคู่ชีวิตที่เป็นโมฆะเพราะฝ่าฝืนมาตรา ๑๐

มาตรา ๖๒ ในกรณีที่การบันทึกคู่ชีวิตเป็นโมฆะ ข้อตกลงระหว่างคู่ชีวิตว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรคนใด หรือฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายจะเป็นผู้ออกเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรเป็นจำนวนเท่าใดให้ทำเป็นหนังสือ หากตกลงกันไม่ได้ให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาด ในการพิจารณาชี้ขาดถ้าศาลเห็นว่ามิเหตุที่ถอนอำนาจปกครองของคู่ชีวิตนั้นได้ตามมาตรา ๑๕๘๒ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลจะถอนอำนาจปกครองของคู่ชีวิตและสั่งให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ปกครองก็ได้ ทั้งนี้ ให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรนั้นเป็นสำคัญ และให้นำความในมาตรา ๘๔ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๖๓ การบันทึกคู่ชีวิตที่เป็นโมฆะไม่กระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต ซึ่งได้มาก่อนมีการบันทึกความเป็นโมฆะไว้ในทะเบียนคู่ชีวิตตามมาตรา ๕๙

หมวด ๕

การสิ้นสุดแห่งการบันทึกคู่ชีวิต

มาตรา ๖๔ การบันทึกคู่ชีวิตย่อมสิ้นสุดลงด้วยความตาย การยุติความเป็นคู่ชีวิต หรือศาลพิพากษาให้เพิกถอน

มาตรา ๖๕ การบันทึกคู่ชีวิตที่เป็นโมฆียะสิ้นสุดลงเมื่อศาลพิพากษาให้เพิกถอน

มาตรา ๖๖ เหตุที่จะขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิต เพราะเหตุว่าเป็นโมฆียะมีเฉพาะในกรณีที่คู่สมรสทำการฝ่าฝืนมาตรา ๖ มาตรา ๖๘ มาตรา ๖๙ มาตรา ๗๐ และมาตรา ๗๒

มาตรา ๖๗ การบันทึกคู่ชีวิตที่เป็นโมฆียะเพราะฝ่าฝืนมาตรา ๖ ผู้มีส่วนได้เสียขอให้เพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตได้ แต่บิดามารดาหรือผู้ปกครองที่ให้ความยินยอมแล้วจะขอให้เพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตไม่ได้

ถ้าศาลมิได้สั่งให้เพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตจนบุคคลใดนั้นมีอายุครบตามมาตรา ๖ ให้ถือว่า การบันทึกคู่ชีวิตสมบูรณ์มาตั้งแต่วันบันทึกคู่ชีวิต

มาตรา ๖๘ การบันทึกคู่ชีวิตที่ได้กระทำไปโดยคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งสำคัญผิดตัวคู่ชีวิต การบันทึกคู่ชีวิตนั้นเป็นโมฆียะ

สิทธิขอเพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตเพราะสำคัญผิดตัวคู่ชีวิตเป็นอันระงับ เมื่อเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้วเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้บันทึกคู่ชีวิต

มาตรา ๖๙ ถ้าคู่ชีวิตได้ทำการบันทึกคู่ชีวิตโดยถูกกลฉ้อฉลอันถึงขนาดซึ่งถ้ามิได้มีกลฉ้อฉลนั้นจะไม่ทำการบันทึกคู่ชีวิต การบันทึกคู่ชีวิตนั้นเป็นโมฆียะ

ความในวรรคหนึ่ง ไม่ใช้บังคับในกรณีที่กลฉ้อฉลนั้นเกิดขึ้นโดยบุคคลที่สาม โดยคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งมิได้รู้เห็นด้วย

สิทธิขอเพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตเพราะถูกกลฉ้อฉลเป็นอันระงับ เมื่อเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้วเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรได้รู้ถึงกลฉ้อฉล หรือเมื่อเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้วหนึ่งปี นับแต่วันที่ได้บันทึกคู่ชีวิต

มาตรา ๗๐ ถ้าคู่ชีวิตได้ทำการบันทึกคู่ชีวิตโดยถูกข่มขู่อันถึงขนาดซึ่งถ้ามิได้มีการข่มขู่ นั้นจะไม่ทำการบันทึกคู่ชีวิต การบันทึกคู่ชีวิตนั้นเป็นโมฆียะ

สิทธิขอเพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตเพราะถูกข่มขู่เป็นอันระงับ เมื่อเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้วหนึ่งปี นับแต่วันที่พ้นจากการข่มขู่

มาตรา ๗๑ การบันทึกคู่ชีวิตที่เป็นโมฆียะเพราะคู่ชีวิตสำคัญผิดตัว หรือถูกกลฉ้อฉลหรือถูกข่มขู่ เฉพาะแต่คู่ชีวิตที่สำคัญผิดตัวหรือถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่เท่านั้นขอเพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตได้

ในกรณีที่ผู้มีสิทธิขอเพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตเป็นบุคคลที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ ให้บุคคลซึ่งอาจร้องขอต่อศาลให้สั่งให้บุคคลวิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถ ตามมาตรา ๒๘ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขอเพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตได้ด้วย แต่ถ้าผู้มีสิทธิขอเพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตเป็นคนวิกลจริตที่ศาลยังไม่ได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ บุคคลดังกล่าวจะร้องขอเพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตก็ได้ แต่ต้องขอให้ศาลสั่งให้คนวิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถพร้อมกันด้วย ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้ยกคำขอให้ศาลสั่งเป็นคนไร้ความสามารถ ก็ให้ศาลมีคำสั่งยกคำขอเพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตของบุคคลดังกล่าวนั้นเสียด้วย

คำสั่งศาลให้ยกคำขอเพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตของบุคคลตามวรรคสอง ไม่กระทบกระเทือนสิทธิการขอเพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตของคู่ชีวิต แต่คู่ชีวิตจะต้องใช้สิทธินั้นภายในกำหนดระยะเวลาที่คู่ชีวิตมีอยู่ ถ้าระยะเวลาดังกล่าวเหลืออยู่ไม่ถึงหกเดือนนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งให้ยกคำขอเพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตของบุคคลดังกล่าวหรือไม่มีเหลืออยู่เลย ก็ให้ขยายระยะเวลานั้นออกไปได้ให้ครบหกเดือนหรืออีกหกเดือนนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งให้ยกคำขอเพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตของบุคคลดังกล่าว แล้วแต่กรณี

มาตรา ๗๒ การบันทึกคู่ชีวิตที่มีได้รับความยินยอมของบุคคลดังกล่าวในมาตรา ๑๑ การบันทึกคู่ชีวิตนั้นเป็นโมฆียะ

มาตรา ๗๓ การบันทึกคู่ชีวิตที่เป็นโมฆียะเพราะมีได้รับความยินยอมของบุคคลดังกล่าวในมาตรา ๑๑ เฉพาะบุคคลที่อาจให้ความยินยอมตามมาตรา ๑๑ เท่านั้น ขอให้เพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตได้

สิทธิขอเพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตตามมาตรานี้เป็นอันระงับ เมื่อคู่ชีวิตนั้นมีอายุครบยี่สิบปีบริบูรณ์

การฟ้องขอเพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตตามมาตรานี้ให้มีอายุความหนึ่งปีนับแต่วันทราบการบันทึกคู่ชีวิต

มาตรา ๗๔ การบันทึกคู่ชีวิตที่ได้มีคำพิพากษาให้เพิกถอนนั้น ให้ถือว่าสิ้นสุดลงในวันที่คำพิพากษาถึงที่สุด แต่จะอ้างเป็นเหตุเสื่อมสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตไม่ได้ เว้นแต่จะได้จดทะเบียนการเพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตนั้นแล้ว

มาตรา ๗๕ ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยผลของการยุติความเป็นคู่ชีวิตโดยคำพิพากษามาใช้บังคับแก่ผลของการเพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตโดยอนุโลม

มาตรา ๗๖ ถ้าปรากฏว่าคู่ชีวิตที่ถูกฟ้องเพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตได้รู้เห็นเป็นใจในเหตุแห่งโมฆียะกรรม คู่ชีวิตนั้นจะต้องรับผิดชอบความเสียหายซึ่งคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งได้รับต่อกาย ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน เนื่องจากการบันทึกคู่ชีวิตนั้น และให้นำมาตรา ๘๘ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ถ้าหากการเพิกถอนการบันทึกคู่ชีวิตตามวรรคหนึ่งทำให้อีกฝ่ายหนึ่งยากจนลง และไม่มีรายได้พอจากทรัพย์สินหรือจากการงานตามที่เคยทำอยู่ระหว่างการเป็นคู่ชีวิต คู่ชีวิตที่ถูกฟ้องนั้นจะต้องรับผิดชอบในค่าเลี้ยงชีพดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๘๙ ด้วย

มาตรา ๗๗ การยุติความเป็นคู่ชีวิตนั้นจะทำได้แต่โดยความยินยอมของทั้งสองฝ่ายหรือโดยคำพิพากษาของศาล

การยุติความเป็นคู่ชีวิตโดยความยินยอมต้องทำเป็นหนังสือและมีพยานลงลายมือชื่ออย่างน้อยสองคน

มาตรา ๗๘ เมื่อได้จดทะเบียนบันทึกคู่ชีวิตตามประมวลกฎหมายนี้ การยุติความเป็นคู่ชีวิตโดยความยินยอมจะสมบูรณ์ต่อเมื่อคู่ชีวิตได้จดทะเบียนยุติความเป็นคู่ชีวิตนั้นแล้ว

มาตรา ๗๙ เหตุฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตมีดังต่อไปนี้

(๑) คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันทุจริต เป็นชู้หรือมีชู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจฉฉฉฉ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตได้

(๒) คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดประพฤดิชั่ว ไม่ว่าจะความประพฤติชั่วนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ถ้าเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่ง

(ก) ได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง

(ข) ได้รับความดูถูกเกลียดชังเพราะเหตุที่คงเป็นคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดของฝ่ายที่ประพฤดิชั่วอยู่ต่อไป หรือ

(ค) ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร ในเมื่อเอาสภาพ ฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันฉฉฉฉมาคานึงประกอบ อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตได้

(๓) คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดทำร้าย หรือทรมาณร่างกายหรือจิตใจ หรือหมิ่นประมาทหรือเหยียดหยามอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุพการีของอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ ถ้าเป็นการร้ายแรง อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตได้

(๔) คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจงใจละทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่งไปเกินหนึ่งปี อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตได้

(๕/๑) คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก และได้ถูกจำคุกเกินหนึ่งปี ในความผิดที่อีกฝ่ายหนึ่งมิได้มีส่วนก่อให้เกิดการกระทำผิด หรือยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจในการกระทำผิดนั้นด้วย และการเป็นคู่ชีวิตกันต่อไปจะเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตได้

(๕/๒) คู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉฉฉฉได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี หรือแยกกันอยู่ตามคำสั่งของศาลเป็นเวลาเกินสามปี ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตได้

(๕) คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดถูกศาลสั่งให้เป็นคนสาบสูญ หรือไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่เป็นเวลาเกินสามปีโดยไม่มีใครทราบแน่ชัดว่าเป็นตายร้ายดีอย่างไร อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตได้

(๖) คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควรหรือทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นคู่ชีวิตกันอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ ถ้าการกระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรในเมื่อเอาสภาพ ฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันฉันคู่ชีวิตมาคำนึงประกอบ อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตได้

(๗) คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดวิกลจริตตลอดมาเกินสามปี และความวิกลจริตนั้นมีลักษณะยากจะหายได้ กับทั้งความวิกลจริตถึงขนาดที่จะทนอยู่ร่วมกันฉันคู่ชีวิตต่อไปไม่ได้ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตได้

(๘) คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดผิดทณฑ์บนที่ทำให้ไว้เป็นหนังสือในเรื่องความประพฤติ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตได้

(๙) คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรงอันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่ายหนึ่งและโรคมีลักษณะเรื้อรังไม่มีทางที่จะหายได้ อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตได้

(๑๐) คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีสภาพร่างกาย ทำให้คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งนั้นไม่อาจร่วมประเวณีได้ตลอดกาล อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตได้

มาตรา ๘๐ เหตุฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตตามมาตรา ๗๙ (๑) และ (๒) คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ถ้าแล้วแต่กรณี ได้ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจในการกระทำที่เป็นเหตุยุติความเป็นคู่ชีวิตนั้น ฝ่ายที่ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจนั้นจะยกเป็นเหตุฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตไม่ได้

เหตุฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตตามมาตรา ๗๙ (๑๐) ถ้าเกิดเพราะการกระทำของอีกฝ่ายหนึ่งอีกฝ่ายหนึ่งนั้นจะยกเป็นเหตุฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตไม่ได้

ในกรณีฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตโดยอาศัยเหตุแห่งการผิดทณฑ์บนตามมาตรา ๗๙ (๘) นั้น ถ้าศาลเห็นว่าความประพฤติของคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอันเป็นเหตุให้ทำทณฑ์บนเป็นเหตุเล็กน้อยหรือไม่สำคัญเกี่ยวแก่การอยู่ร่วมกันฉันคู่ชีวิตโดยปกติสุข ศาลจะไม่พิพากษาให้ยุติความเป็นคู่ชีวิตก็ได้

มาตรา ๘๑ สิทธิฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตย่อมหมดไปใน เมื่อฝ่ายที่มีสิทธิฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตได้กระทำการอันแสดงให้เห็นว่าได้ให้อภัยในการกระทำของอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นเหตุให้เกิดสิทธิฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตนั้นแล้ว

มาตรา ๘๒ ในกรณีที่คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนวิกลจริตและมีเหตุยุติความเป็นคู่ชีวิตเกิดขึ้นไม่ว่าเหตุนั้นจะเกิดขึ้นก่อนหรือภายหลังการเป็นคนวิกลจริต ให้บุคคลซึ่งอาจร้องขอต่อศาลให้สั่งให้บุคคลวิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถตามมาตรา ๒๘ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีอำนาจฟ้องคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งขอให้ศาลพิพากษาให้ยุติความเป็นคู่ชีวิตและแบ่งทรัพย์สินได้ ในกรณีเช่นว่านี้ ถ้ายังมีได้มีคำสั่งของศาลแสดงว่าคู่ชีวิตซึ่งวิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถ ก็ให้บุคคล

ดังกล่าวขอร้องขอต่อศาลในคดีเดียวกันนั้นให้ศาลมีคำสั่งว่าคู่ชีวิตซึ่งวิกัลจรีตนั้นเป็นคนไร้ความสามารถ

เมื่อบุคคลดังกล่าวเห็นสมควร จะร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งตามมาตรา ๘๘ หรือมาตรา ๘๓ ด้วยก็ได้

ในกรณีที่คู่ชีวิตซึ่งถูกอ้างว่าเป็นคนวิกัลจรีตยังไม่ได้ถูกสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หากศาลเห็นว่าคู่ชีวิตนั้นยังไม่ใช่คนที่ควรสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถก็ให้ยกฟ้องคดีนั้นเสีย ถ้าเห็นว่าเป็นบุคคลที่ควรสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ แต่ยังไม่สมควรจะให้มีการยุติความเป็นคู่ชีวิต ก็ให้ศาลสั่งให้คู่ชีวิตนั้นเป็นคนไร้ความสามารถโดยจะไม่สั่งเรื่องผู้อนุบาลหรือจะตั้งผู้อื่นเป็นผู้อนุบาลตามมาตรา ๒๐ ก็ได้ คงพิพากษายกแต่เฉพาะข้อยุติความเป็นคู่ชีวิต ในกรณีเช่นนี้ศาลจะสั่งกำหนดค่าเลี้ยงชีพด้วยก็ได้ ในกรณีที่ศาลเห็นว่าคู่ชีวิตนั้นวิกัลจรีตอันควรสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถและทั้งมีเหตุควรให้ยุติความเป็นคู่ชีวิตด้วย ก็ให้ศาลสั่งในคำพิพากษาให้คู่ชีวิตนั้นเป็นคนไร้ความสามารถตั้งผู้อนุบาลและให้ยุติความเป็นคู่ชีวิต

ในกรณีนี้ ถ้าศาลเห็นว่าเหตุยุติความเป็นคู่ชีวิตที่ยกขึ้นอ้างในการฟ้องร้องนั้นไม่เหมาะสมแก่สภาพของคู่ชีวิตซึ่งเป็นคนไร้ความสามารถที่จะยุติความเป็นคู่ชีวิตจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งก็ดี ตามพฤติการณ์ไม่สมควรที่จะให้มีการยุติความเป็นคู่ชีวิตขาดจากกันก็ดี ศาลจะพิพากษาไม่ให้ยุติความเป็นคู่ชีวิตก็ได้

มาตรา ๘๓ ในกรณียุติความเป็นคู่ชีวิตโดยความยินยอม ให้คู่ชีวิตทำความตกลงเป็นหนังสือว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรคนใด ถ้ามิได้ตกลงกันหรือตกลงกันไม่ได้ ให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาด

ในกรณียุติความเป็นคู่ชีวิตโดยคำพิพากษาของศาล ให้ศาลซึ่งพิจารณาคดีฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตนั้นชี้ขาดด้วยว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรคนใด ในการพิจารณาชี้ขาดถ้าศาลเห็นว่า มีเหตุที่จะถอนอำนาจปกครองของคู่ชีวิตนั้นได้ตามมาตรา ๑๕๘๒ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลจะถอนอำนาจปกครองของคู่ชีวิต และสั่งให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ปกครองก็ได้ ทั้งนี้ ให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรนั้นเป็นสำคัญ

มาตรา ๘๔ ถ้าปรากฏว่าผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองตามมาตรา ๘๓ ประพฤติตนไม่สมควร หรือภายหลังพฤติการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลมีอำนาจสั่งเปลี่ยนตัวผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองโดยคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรเป็นสำคัญ

มาตรา ๘๕ ถ้าคู่ชีวิตหย่าโดยความยินยอม ให้ทำความตกลงกันไว้ในสัญญายุติความเป็นคู่ชีวิตว่าคู่ชีวิตทั้งสองฝ่าย หรือคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะออกเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรเป็นจำนวนเงินเท่าใด

ถ้ายุติความเป็นคู่ชีวิตโดยคำพิพากษาของศาล หรือในกรณีที่สัญญายุติความเป็นคู่ชีวิตมิได้กำหนดเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรไว้ ให้ศาลเป็นผู้กำหนด

มาตรา ๘๖ เมื่อศาลพิพากษาให้ยุติความเป็นคู่ชีวิตกันเพราะเหตุตามมาตรา ๗๙(๑) คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งและจากผู้ซึ่งได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่อง หรือผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการยุติความเป็นคู่ชีวิตนั้น

คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งจะเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งของตน หรือแสดงตนโดยเปิดเผยว่ามีความสัมพันธ์กับคู่ชีวิตอีกฝ่ายของตนในทำนองเป็นชู้ก็ได้

ถ้าคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำการตามมาตรา ๗๙(๑) หรือให้ผู้อื่นกระทำการตามวรรคสอง คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้นจะเรียกค่าทดแทนไม่ได้

มาตรา ๘๗ ถ้าเหตุแห่งการยุติความเป็นคู่ชีวิตตามมาตรา ๗๙ (๓) (๔) หรือ (๖) เกิดขึ้นเพราะฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบก่อให้เกิดขึ้นโดยมุ่งประสงค์ให้อีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจทนได้จึงต้องฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิต อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ

มาตรา ๘๘ ค่าทดแทนตามมาตรา ๘๖ และมาตรา ๘๗ นั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์ โดยศาลจะสั่งให้ชำระครั้งเดียวหรือแบ่งชำระเป็นงวดๆ มีกำหนดเวลาตามที่ศาลจะเห็นสมควรก็ได้

ในกรณีที่ผู้จะต้องชำระค่าทดแทนเป็นคู่ชีวิตของอีกฝ่ายหนึ่ง ให้ศาลคำนึงถึงจำนวนทรัพย์สินที่คู่ชีวิตนั้นได้รับไปจากการแบ่งสินคู่ชีวิตเพราะการยุติความเป็นคู่ชีวิตนั้นด้วย

มาตรา ๘๙ ในคดียุติความเป็นคู่ชีวิต ถ้าเหตุแห่งการยุติความเป็นคู่ชีวิตเป็นความผิดของคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่ฝ่ายเดียว และการยุติความเป็นคู่ชีวิตนั้นจะทำให้อีกฝ่ายหนึ่งยากจนลงเพราะไม่มีรายได้พอจากทรัพย์สินหรือจากการทำงานที่เคยทำอยู่ระหว่างการเป็นคู่ชีวิต อีกฝ่ายหนึ่งนั้นจะขอให้ฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบจ่ายค่าเลี้ยงชีพให้ได้ ค่าเลี้ยงชีพนี้ศาลอาจให้เพียงใดหรือไม่ให้ก็ได้ โดยคำนึงถึงความสามารถของผู้ให้และฐานะของผู้รับและให้นำบทบัญญัติมาตรา ๑๕๙๘/๓๙ มาตรา ๑๕๙๘/๔๐ และมาตรา ๑๕๙๘/๔๑ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม

สิทธิเรียกร้องค่าเลี้ยงชีพเป็นอันสิ้นสุด ถ้ามิได้ฟ้องหรือฟ้องแย้งในคดียุติความเป็นคู่ชีวิตนั้น

มาตรา ๙๐ ถ้ายุติความเป็นคู่ชีวิตเพราะเหตุวิกลจริตตามมาตรา ๗๙ (๗) หรือเพราะเหตุเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรงตามมาตรา ๗๙ (๘) คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งต้องออกค่าเลี้ยงชีพให้แก่ฝ่ายที่วิกลจริตหรือฝ่ายที่เป็นโรคติดต่ออันนั้นโดยคำนวณค่าเลี้ยงชีพอนุโลมตามมาตรา ๘๙

มาตรา ๙๑ ถ้าฝ่ายที่รับค่าเลี้ยงชีพได้ทำการบันทึกคู่ชีวิตใหม่ สิทธิรับค่าเลี้ยงชีพย่อมหมดไป

มาตรา ๙๒ สิทธิฟ้องร้องโดยอาศัยเหตุในมาตรา ๗๙ (๑) (๒) (๓) หรือ (๖) หรือมาตรา ๘๖ ย่อมระงับไป เมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันผู้กล่าวอ้างรู้ หรือควรรู้ความจริงซึ่งตนอาจยกขึ้นกล่าวอ้าง

เหตุอันจะยกขึ้นฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตไม่ได้แล้วนั้น อาจนำสืบสนับสนุนคดีฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตซึ่งอาศัยเหตุอย่างอื่น

มาตรา ๔๓ ขณะคดีฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิตอยู่ในระหว่างพิจารณา ถ้าฝ่ายใดร้องขอศาลอาจสั่งชั่วคราวให้จัดการตามที่เห็นสมควร เช่น ในเรื่องสินคู่ชีวิต ที่พักอาศัย การอุปการะเลี้ยงดูคู่ชีวิตและการพิทักษ์อุปการะเลี้ยงดูบุตร

มาตรา ๔๔ การบันทึกคู่ชีวิตที่จดทะเบียนตามกฎหมายนั้น การยุติความเป็นคู่ชีวิตโดยความยินยอมของคู่ชีวิตทั้งสองฝ่าย มีผลนับแต่เวลาจดทะเบียนการยุติความเป็นคู่ชีวิตเป็นต้นไป

การยุติความเป็นคู่ชีวิตโดยคำพิพากษามีผลแต่เวลาที่คำพิพากษาถึงที่สุด แต่จะอ้างเป็นเหตุเสื่อมสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตไม่ได้ เว้นแต่จะได้จดทะเบียนการยุติความเป็นคู่ชีวิตนั้นแล้ว

มาตรา ๔๕ เมื่อยุติความเป็นคู่ชีวิตกันแล้วให้จัดการแบ่งทรัพย์สินของคู่ชีวิตแต่ในระหว่างคู่ชีวิต

(ก) ถ้าเป็นการยุติความเป็นคู่ชีวิตโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย ให้จัดการแบ่งทรัพย์สินของคู่ชีวิตตามที่มีอยู่ในเวลาจดทะเบียนการยุติความเป็นคู่ชีวิต

(ข) ถ้าเป็นการยุติความเป็นคู่ชีวิตโดยคำพิพากษาของศาล คำพิพากษาส่วนที่บังคับทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิตนั้น มีผลย้อนหลังไปถึงวันฟ้องยุติความเป็นคู่ชีวิต

มาตรา ๔๖ เมื่อยุติความเป็นคู่ชีวิตกันให้แบ่งสินคู่ชีวิตให้บุคคลทั้งสองได้ส่วนเท่ากัน

มาตรา ๔๗ สินคู่ชีวิตที่คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจำหน่ายไปเพื่อประโยชน์ตนฝ่ายเดียวก็ดี จำหน่ายไปโดยเจตนาทำให้คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเสียหายก็ดี จำหน่ายไปโดยมิได้รับความยินยอมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง ในกรณีที่กฎหมายบังคับว่าการจำหน่ายนั้นจะต้องได้รับความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่งด้วยก็ดี จงใจทำลายให้สูญหายไปก็ดี ให้ถือเสมือนว่าทรัพย์สินนั้นยังคงมีอยู่เพื่อจัดแบ่งสินคู่ชีวิตตามมาตรา ๔๖ และถ้าคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งได้รับส่วนแบ่งสินคู่ชีวิตไม่ครบตามจำนวนที่ควรจะได้ ให้คู่ชีวิตฝ่ายที่ได้จำหน่ายหรือจงใจทำลายสินคู่ชีวิตนั้นชดเชยจากสินคู่ชีวิตส่วนของตนหรือสินส่วนตัว

มาตรา ๔๘ เมื่อการบันทึกคู่ชีวิตสิ้นสุดลง ให้แบ่งความรับผิดชอบในหนี้ที่จะต้องรับผิดชอบกันตามส่วนเท่ากัน

หมวด ๖

ค่าอุปการะเลี้ยงดู

มาตรา ๔๙ ค่าอุปการะเลี้ยงดูระหว่างคู่ชีวิต นั้นย่อมเรียกจากกันได้เมื่อฝ่ายที่ควรได้รับอุปการะเลี้ยงดูไม่ได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือได้รับการอุปการะเลี้ยงดูไม่เพียงพอแต่สภาพ ค่าอุปการะเลี้ยงดูนี้ศาลอาจให้เพียงใดหรือไม่ให้ก็ได้ โดยคำนึงถึงความสามารถของผู้มีหน้าที่ต้องให้ฐานะของผู้รับพฤติการณ์แห่งกรณี

มาตรา ๑๐๐ เมื่อผู้มีส่วนได้ส่วนเสียแสดงว่าพฤติการณ์ รายได้หรือฐานะของคู่กรณีได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลจะสั่งแก้ไขในเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูโดยให้เพิกถอน ลด เพิ่ม หรือกลับให้ค่าอุปการะเลี้ยงดูอีกก็ได้

ในกรณีที่ศาลไม่พิพากษาให้ค่าอุปการะเลี้ยงดู เพราะเหตุแต่เพียงอีกฝ่ายหนึ่งไม่อยู่ในฐานะที่จะให้ค่าอุปการะเลี้ยงดูได้ในขณะนั้น หากพฤติการณ์ รายได้ หรือฐานะของอีกฝ่ายหนึ่งนั้นได้เปลี่ยนแปลงไปและพฤติการณ์รายได้หรือฐานะของผู้เรียกร้องอยู่ในสภาพที่ควรได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดู ผู้เรียกร้องอาจร้องขอให้ศาลเปลี่ยนแปลงคำสั่งในคดีนั้นใหม่ได้

มาตรา ๑๐๑ ค่าอุปการะเลี้ยงดูนั้นให้ชำระเป็นเงินโดยวิธีชำระเป็นครั้งคราวตามกำหนด เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันให้ชำระเป็นอย่างอื่นหรือโดยวิธีอื่น ถ้าไม่มีการตกลงกันและมีเหตุพิเศษเมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอและศาลเห็นสมควร จะกำหนดให้ค่าอุปการะเลี้ยงดูเป็นอย่างอื่นหรือโดยวิธีอื่น โดยจะให้ชำระเป็นเงินด้วยหรือไม่ก็ได้

ในกรณีขอค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร เมื่อมีเหตุพิเศษและศาลเห็นเป็นการสมควรเพื่อประโยชน์แก่บุตร จะกำหนดให้บุตรได้รับการอุปการะเลี้ยงดูโดยประการใดๆ นอกจากที่คู่กรณีตกลงกัน หรือนอกจากที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอก็ได้ เช่นให้ไปอยู่ในสถานการศึกษาหรือวิชาชีพ โดยให้ผู้ที่ทำหน้าที่ต้องชำระค่าอุปการะเลี้ยงดูออกค่าใช้จ่ายในการนี้

มาตรา ๑๐๒ สิทธิที่จะได้ค่าอุปการะเลี้ยงดูนั้น จะสละหรือโอนมิได้และไม่อยู่ในข่ายแห่งการบังคับคดี

ผู้สนองพระบรมราชโองการ

.....
 นายกรัฐมนตรี

บรรณานุกรม

- กฎหมายตราสามดวง. กรุงเทพฯ: กรมศิลปากร, 2521.
- กมล พ็ชรวานิช. การเพิกถอนการสมรสและการขาดจากการสมรส. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2513.
- กัลยา เกียรติถาวรชัย. สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของคนไร้สัญชาติในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์
ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.
- กำธร กำประเสริฐ. ประวัติศาสตร์กฎหมาย. กรุงเทพฯ: ศูนย์กิจการพิมพ์, 2518.
- กำธร กำประเสริฐ และสุเมท จานประดับ. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยและระบบกฎหมายหลัก
LW 103 (The Thai Legal History and Major Legal System). กรุงเทพฯ:
มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. การอภิปรายเรื่อง เกย์ vs กฎหมาย. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์. 13, 2 (มิถุนายน 2526): 96-149.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. ตำนานรักร่วมเพศของไทย. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
13, 2 (มิถุนายน 2526): 85-95.
- กียอง, เรอเน่. การตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายในกรุงสยาม. วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 23, 2 (มีนาคม 2536): 97-129.
- กිරติ บุญเจือ. แก่นปรัชญากรีก. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2528.
- กุลพล พลวัน. สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2547.
- กุลภา วจนสาระ และกฤตยา อาชวนิจกุล. ประชากรและสังคม 2555 ประชากรชายขอบและ
ความเป็นธรรมในสังคมไทย. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555.
- เกริกฤทธิ์ ไทคุณธนะภ. เรื่องอื้อฉาวและคดีความในอดีต. กรุงเทพฯ: สยามความรู้, 2555.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. สิทธิพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ของบุคคลรักร่วมเพศในกรอบแห่ง
กฎหมายฝรั่งเศส. วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. 3, 5 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2543):
67-75.
- เกษม ศิริสัมพันธ์. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, 2529 อ้างถึงใน เกริกฤทธิ์ ไทคุณธนะภ. เรื่องอื้อฉาวและคดีความใน
อดีต. กรุงเทพฯ: สยามความรู้, 2555.

- เกสร สิทธิหนิ้ว. ผ่าตัดแปลงเพศ: ผ่าตัดชีวิตหญิงในร่างชาย. **สารคดี**. 23, 236 (กุมภาพันธ์ 2551): 118-132.
- โกเมน ภัทรภิรมย์. การแปลงเพศในทรนศนะของนักกฎหมาย. **บทบัณฑิตย**. 29 (2515): 698-704.
- ไกรฤกษ์ ทุมไธสิต. **บุตรบุญธรรม**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2511.
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. **รายงานประเมินสถานการณ์สิทธิมนุษยชนปี 2547-2550 ในประเทศไทย**. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2552.
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. **หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญา ด้านสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง**. กรุงเทพฯ: สำนักงานสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ม.ป.ป.
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และสมาคมฟ้าสีรุ้ง. **สิทธิมนุษยชนของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ**. กรุงเทพฯ: สี่เมืองการพิมพ์, 2550 อ้างถึงใน วัชรา อิมจิตร. **พฤติกรรมทางเพศ และเจตคติของนักเรียนวัยรุ่น เขตการศึกษา 11**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาจิตวิทยาคลินิก มหาวิทยาลัยมหิดล, 2532.
- คณิง ภาไชย. **คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.
- คล้ายจันทร์ จันทร์สำราญ. **เหตุหย่า: ศึกษากรณีการประพาศติผิดประเวณีของสามีหรือภรรยา**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- ความยุติธรรม**. แปลโดย สฤณี อาชวานันทกุล. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: โอเพ่นเวิลด์ส พับลิชชิง เฮาส์, 2557.
- ศีกฤทธิ ปราโมช, ม.ร.ว. **โครงกระดูกในตู้**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชัยฤทธิ, 2524.
- ศีกฤทธิ ปราโมช, ม.ร.ว. **“สังคมสมัยอยุธยา” ในประวัติศาสตร์และการเมือง**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516.
- จรัญ โฆษณานันท์. **สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2556.
- จักรพันธ์ สอนสุภาพ. การผ่าตัดแปลงเพศกับกฎหมาย. **บทบัณฑิตย**. 53 (2540): 115-122.
- จักรพันธ์ สอนสุภาพ. **ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศและบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533.
- จันทร์จิรา บุญประเสริฐ. **สิทธิมนุษยชนของผู้หญิง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550**. **วารสารมุมมองสิทธิ**. 7, 1 (มกราคม-มีนาคม): 14-26.

- จิตติ ติงศรัทีย. **บัญชีเดินสะพัด** ตัวเงิน พ.ศ.2497 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2520. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520.
- จิตราวาลัย แยมกลีบ. **การทำกรเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือกรียากันอย่างร้ายแรง.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.
- จิราภา เต็งไตรง์ธน์ และคณะ. **จิตวิทยาทั่วไป.** พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- จิรวรรณ สุวรรณสุจริต. **ผลของการสมรสที่เป็นโมฆะ.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.
- จุฬาลงกรณราชวิทยาลัย. **พระไตรปิฎกภาษาไทย ฉบับจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย.** กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2539.
- จุมพล สายสุนทร. **ฐานะทางกฎหมายของผู้ร่วมรักร่วมเพศ. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.** 13, 2 (มิถุนายน 2526): 60-69.
- ชลธิชา ศาลิคุปต์. **กระบวนการพัฒนาและธำรงเอกลักษณ์ของพวกรักร่วมเพศ.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532.
- ชลิตาภรณ์ ส่งสัมพันธ์. **สงครามเชิงวัฒนธรรม การแต่งงานของคนเพศเดียวกัน. เนชั่นสุดสัปดาห์.** 12, 614 (8-14 มีนาคม 2547): 26-31.
- ชวลิต โสภณวัตต์. **ความเป็นบิดามารดาและบุตร.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ และวรรณชัย บุญบำรุง. **สารนารู้อีกเกี่ยวกับการจำทำประมุขกฎหมายของต่างประเทศและของไทย.** กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2543.
- ชาติชาย อัครวิบูลย์. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว.** พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2525.
- ชาติชาย อัครวิบูลย์. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว.** พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552.
- ชานันท์ ยอดหงษ์. **นายในสมัยรัชกาลที่ 6.** กรุงเทพฯ: ศิลปวัฒนธรรม, 2556.
- ชัวชัย, เดอ, บาทหลวง. **จดหมายเหตุรายวัน การเดินทางไปสู่ประเทศสยามในปี ค.ศ.1685 และ ค.ศ.1686.** แปลโดย สันต์ ท. โกมลบุตร. กรุงเทพฯ: ก้าวหน้า, 2516.
- ชีวิตที่ถูกละเมิด เรื่องเล่า กระเทย ทอม ดี หญิงรักหญิง ชายรักชาย และกฎหมายมนุษยชนระหว่างประเทศ.** จันทร์จิรา บุญประเสริฐ, บรรณาธิการ. กรุงเทพฯ: มูลนิธิธีรนาถกาญจนอักษร สมาคมฟ้าสีรุ้งแห่งประเทศไทย, 2554.

- โชค จารุจินดา. **อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2528.
- ณนุช คำทอง. **การสมรสของพวกร่วมเพศ**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.
- ณัฐพงศ์ โปษะบุตร. **คำบรรยายหลักกฎหมายเอกชน**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542.
- ดัชนีค้นคำกฎหมายตราสามดวง**. ค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2557 จาก <http://adap.crma.ac.th/KotmaiTraSamDuang/index.html>
- เดือน บุนนาค. **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2489 อ้างถึงใน แสวง บุญเฉลิมวิภาส. **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**. พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543.
- ทงศักดิ์ ศิริวัฒน์. **ปัญหาทางกฎหมายในการรับรองสิทธิของบุคคลแปลงเพศ**. สารนิพนธ์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550.
- ทฤษฎีเควียร์**. ค้นวันที่ 7 พฤษภาคม 2553 จาก http://en.wikipedia.org/wiki/Queer_theory
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. **กฎหมายอาญา สารสำคัญ เล่ม 2**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2537.
- ทองเปลว ชลภูมิ และคณะเนติบัณฑิต. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว**. พระนคร: โรงพิมพ์อักษรนิติ, 2478.
- ทิพย์สิริ กาญจนวาสิ. **ความตระหนักรู้เรื่องเพศ**. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.
- ทิพากรวงศ์, เจ้าพระยา. **พระราชพงศาวดารกรุงรัตนโกสินทร์ รัชกาลที่ 3 เล่ม 6**. พระนคร: ศรีปัญญา, 2504.
- ธเนศ วงศ์ยานนาวา. **เพศจากธรรมชาติสู่จริยธรรมจนถึงสุนทรียะ**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สมมติ, 2556.
- ธวัชชัย มิตรโกสม. **เหตุหย่า: ศึกษากรณีจิตใจละทิ้งร้าง**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. **การปฏิรูปกฎหมายและการศาลในสมัยรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระปิยะมหาราช**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี, 2513.
- นงลักษณ์ เอมประดิษฐ์ และคณะ. **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับเพศศึกษา**. พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.
- นราธิปประพันธ์พงศ์, พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระ. **จดหมายเหตุลาลูแบร์**. กรุงเทพฯ: องค์การค้ำของคุรุสภา, 2505.

- นฤพนธ์ ดั่งวิเศษ. **แนวคิดทฤษฎีเรื่องความหลากหลายทางเพศ**. ค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2557 จาก <http://www.sac.or.th/main/uploads/article/Sexual-diversity.pdf>
- นฤพนธ์ ดั่งวิเศษ. **รายงานวิจัย เรื่อง ประมวลแนวคิดเรื่องวัฒนธรรมบริโภคนิยมในมิติเพศวิถี**. รายงานการวิจัย เสนอต่อศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร, 2557.
- นัศรุลลอฮ์ หมัดตะพงค์ และอันวาร์ กอมะ. **หลักเจตนารมณ์แห่งกฎหมายอิสลาม**. กรุงเทพฯ: ชาญเมือง, 2556.
- นิติศาสตร์ไพศาลย์, พระยา. **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2500.
- นิธิ เอียวศรีวงศ์. **อิสลามสมัยแรก**. กรุงเทพฯ: สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2511.
- นุชทิพย์ บรรจงศิลป์. **ผลของการหย่าโดยคำพิพากษาของศาล**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524.
- บงกชมาศ เอกเอี่ยม. **เกย์: กระบวนการพัฒนาและอ้างเอกลักษณ์ร่วมเพศ**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะสังคมวิทยาและมนุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532.
- บรรจง บินกาซัน. **การแต่งงานในอิสลาม**. กรุงเทพฯ: อัล อะมีน, 2552.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน วิชาการทางปรัชญา และลักษณะของกฎหมายมหาชน ยุคต่างๆ**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2536.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2537.
- บุญชัย ใจเย็น. **ชายในหม่อมห้าม**. กรุงเทพฯ: ปราชญ์, 2556.
- บุญแทน ชันศรี. **ศึกษาเปรียบเทียบหลักคำสอนเกี่ยวกับการครองเรือนในพุทธศาสนาและศาสนาอิสลาม**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล, 2539.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ค้ำประกันถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ**. วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. 7, 20 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548): 97-139.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องค้ำประกันถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549.
- บุญส่ง ชเลธร. **รัฐสวัสดิการสวีเดน**. กรุงเทพฯ: บพิธการพิมพ์, 2553.

- บุปผา อัครพิมาน. หลักกฎหมายทั่วไป. ใน **รวมบทความทางวิชาการเล่ม 1: กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ**. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2548. หน้า 10-38.
- บุษกร สุริยสาร. **รายงานการวิจัย เรื่อง อัตลักษณ์ และวิถีทางเพศในประเทศไทย**. รายงานการวิจัย เสนอต่อโครงการส่งเสริมสิทธิความหลากหลายและความเท่าเทียมกันในโลกของการทำงาน, 2558.
- เบญจพล สาธิตสมิตพงษ์. **สิทธิของบุตรนอกสมรส**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศึกษาศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน**. แปลโดย คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2554.
- ประชุม โฉมฉาย. **คำบรรยายวิชากฎหมายโรมันเบื้องต้น**. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.
- ประดิษฐ์มนูธรรม, หลวง. **คำอธิบายกฎหมายปกครอง**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- ประนอม สโรชมาน. **รักร่วมเพศ**. วารสารธรรมศาสตร์. 2, 65 (กันยายน 2524): 164-178.
- ประสพสุข บุญเดช. **คำอธิบายกฎหมายครอบครัว**. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2536.
- ประสพสุข บุญเดช. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว**. พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2558.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพานิช. **คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพานิช. **เหตุฟ้องหย่า: การศึกษาเปรียบเทียบในเชิงนิติศาสตร์**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543.
- ประเสริฐ ฐ นคร. **มังรายศาสตร์**. ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2516.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. **กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: คณะกรรมการบริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. **นิติปรัชญา**. พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. **นิติปรัชญา**. พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. **ปัญหาและแนวทางการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายในประเทศไทย**. ใน **เอกสารประกอบการสัมมนาประวัติศาสตร์กฎหมายไทย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528. หน้า 16-47.

- ปิยะนุช โปตะวณิช. **สัญญากับการสมรส**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528.
- พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2554.
- พรรณทิพย์ ศิริวรรณบุศย์. **ทฤษฎีจิตวิทยาพัฒนาการ**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่ง จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.
- พระคริสต์ธรรมคัมภีร์**. กรุงเทพฯ: สมาคมพระคริสต์ธรรมไทย, 2514.
- พระชาย วรธัมโม. **แกะเปลือกเพศพุทธ**. กรุงเทพฯ: สะพาน, 2555.
- พระเทพเวที (ประยูร ปยุตโต). **พระพุทธศาสนาในอาเซียน**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาจุฬาลงกรณ ราชวิทยาลัย, 2531.
- พระธรรมปิฎก (ป. อ. ปยุตโต). **นิติศาสตร์แนวพุทธ**. ใน **รวมคำบรรยายหลักวิชาชีพนักกฎหมาย**. แสง บุญเฉลิมวิภาส, บรรณาธิการ. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการ สอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540. หน้า 124-133.
- พระเมธี ธรรมาภรณ์ (ประยูร ธมมจิตโต). **ปรัชญากรีกโบราณ**. กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้ง กรุ๊ป, 2532.
- พระราชวรเมธี (ประยูร ปยุตโต). **พุทธธรรม**. กรุงเทพฯ: ด้านสุทธาการพิมพ์, 2526.
- พลาญกูธรรมพิชัย, พระยา. **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวและมรดก**. พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2480.
- พจน์ หาญเทพินทร์. **สิทธิของชายหญิงที่อยู่กินร่วมกันโดยมิได้สมรส**. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- พัชรินทร์ เปี่ยมสมบูรณ์. **การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทย ตั้งแต่ พ.ศ.2471 จนถึง พ.ศ.2478**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517.
- พิจารณาปฤชามาตย์ (สุหรัย วัชรภักย์). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะผัวเมีย**. พระนคร: โรงพิมพ์ พิศาลบรรณনীติ, 2461.
- พิชัย รัตนประทีป. **“เลสเบี้ยนในสมัยคลาสสิก” เลสเบี้ยน-กามวิถิตการของสตรี**. กรุงเทพฯ: โอเดียนสโตร์, 2518.
- พิเชษฐ์ เมฆานนท์. **สิทธิมนุษยชนและค่านิยมวัฒนธรรม**. **วารสารอัยการ**. 20, 237 (พฤศจิกายน 2540): 174-189.
- พิทยาลาภฤทธิยากร, พระวรวงศ์เธอกรมหมื่น. **พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก ทรงชำระ สะสางกฎหมาย**. **ตุลพาท**. 6, 2 (2502): 223-231.

- พิธินัย ไชยแสงสุขกุล. **กฎหมายครอบครัว: เปรียบเทียบกฎหมายมั่งรายศาสตร์กับกฎหมายตราสามดวง**. รายงานการวิจัย เสนอต่อคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528.
- พิพัฒน์ พสุธารชาติ. **รัฐกับศาสนา**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: ศยาม, 2549.
- พิศลย์สารนิตี, หลวง. **กฎหมายลักษณะพัวเมียกับลักษณะมรดกโดยย่อ**. พระนคร: ม.ป.ท., 2546.
- พิสุทธิพร ฉ่ำใจ. **คู่มือเพศศึกษา**. กรุงเทพฯ: ต้นธรรม, 2543.
- พีรดา ภูมิสวัสดิ์. **LGBT สิทธิมนุษยชนและการดำเนินงานด้านสตรีและครอบครัว**. คำนวณที่ 13 เมษายน 2556 จาก <http://www.gender.go.th/article/Data/1266811565.pdf>
- พูนสุข เวชวิฐาน. **ทฤษฎีครอบครัวเบื้องต้น**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.
- เพลโต. **รีพับลิก ปรัชญาอันเป็นสดมภ์หลักของวัฒนธรรมตะวันตก**. แปลโดย เวิร์สโพธารามิก. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: ทัพนั่งสื่อ, 2558.
- เพิ่มศักดิ์ เสรีรักษ์, บาทหลวง. **การแต่งงานแบบคาทอลิก**. นครปฐม: วิทยาลัยแสงธรรม, 2551.
- โพยม เลขยานนท์. **คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2534.
- ไพฑูรย์ ตัสเช่. **การแบ่งแยกเชื้อชาติและสีผิวกับปัญหาสิทธิมนุษยชน**. กรุงเทพฯ: ศูนย์วิจัยคณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530.
- ไพฑูรย์ สีนลารัตน์. **การศึกษาและสันติภาพ**. ใน **มนุษย์กับสันติภาพ**. ศรีเพ็ญ ศุภพิทยากุล, บรรณาธิการ. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534. หน้า 274-298.
- ไพบย มนिरาช, บาทหลวง. **การสมรสของคริสต์ชนไทย**. ราชบุรี: ธรรมรักษ์การพิมพ์, 2550.
- ไพรัตน์ พลภุชชาติคุณากรณ์ และคณะ. **จิตเวชศาสตร์**. เชียงใหม่: โครงการตำรา มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2533.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. **การใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าขาดของบิดามารดา**. **วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**. 13, 2 (มีนาคม 2533): 161-173.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. **การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (ภาคสอง)**. ใน **รพี 56**. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556. หน้า 33-38.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. **การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (ภาคสาม)**. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 43, 2 (มิถุนายน 2557): 242-263.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว**. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. **เงื่อนไขและความเป็นโมฆะของการสมรสในกฎหมายไทย**. รายงานการวิจัย เสนอต่อโครงการวิจัยเสริมหลักสูตร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529.

- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. ปกิณกะกฎหมาย. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 42, 2 (มิถุนายน 2556): 429-432.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. พัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศส. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 43, 3 (กันยายน 2557): 498-515.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. รวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.
- ไพศาล ลิขิตปรีชากุล. หลักการยกยกยาค่าว่าด้วยการใช้สิทธิในทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2551.
- พายเออรานด์, พอล. วิทยาศาสตร์ในสังคมเสรี. แปลโดย วีระ สมบูรณ์. กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2532.
- พิน ดอกบัว. ศาสนาเปรียบเทียบ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: บุรพาสาน, 2555.
- ภานพ มีชำนาญ. การศึกษาสภาพปัญหาความเสียหายเปรียบเทียบของคู่ความหลากหลายทางเพศอันเนื่องมาจากการไม่มีกฎหมายรับรองการสมรสในประเทศไทย. สารนิพนธ์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2555.
- มณฑาทิพย์ ชัยเปรม. ปัจจัยทางจิต สังคมที่เกี่ยวข้องกับผู้ชายที่มีความผิดปกติของเอกลักษณ์ทางเพศซึ่งได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชาจิตเวชศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540.
- มยุรี อนุมานราชธน. นโยบายสาธารณะ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: แอคทีฟ พรีน, 2556.
- มหาวิทยาลัยมหิดล, คณะสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์. วิพากษ์องค์ความรู้และธรรมเนียมปฏิบัติเรื่องเพศวิถีในสังคมไทย. ใน รายงานการประชุมประจำปีวิถีเพศศึกษาในสังคมไทย ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: เจริญดีการพิมพ์, 2551. หน้า 34-53.
- มหาวิทยาลัยมหิดล, สถาบันวิจัยภาษาและวัฒนธรรมเพื่อชนบท. รายงานวิจัยเรื่อง “ผู้ชายชายตัว”. กรุงเทพฯ: วรรณสาส์น, 2539.
- มโหสถศรีพิพัฒน์, พระยา. การตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายในกรุงสยาม. พระนคร: ศรีปัญญา, 2472.
- มะเนาะ ยูเด็น. หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2525.
- มัมมา เขตมี. วิถีชีวิตและชีวิตครอบครัวของหญิงรักหญิง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะสังคมวิทยาและมนุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.

- มาลี พุกษ์พงศาวิไล. **ย้อนรอยสิทธิความเป็นคนของผู้หญิง**. กรุงเทพฯ: ออฟเซ็ท, 2551.
- มนูรี มุหะหมัด. **กฎหมายอิสลามเบื้องต้น**. กรุงเทพฯ: ออฟเซ็ท, 2551.
- มูอัมมัดซาคี เจ๊ะหะ. **กฎหมายอาญาอิสลาม**. กรุงเทพฯ: ออฟเซ็ท, 2555.
- ยศ สันตสมบัติ. **มนุษย์กับวัฒนธรรม**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์. **สิทธิและเสรีภาพของรักร่วมเพศชายตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ: วิเคราะห์จากปัญหาของสังคมไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.
- ยูสุฟ ก็อรฎอวี. **ทะเลาะและหะรอมในอิสลาม**. แปลโดย บรรจง บันกาซัน. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์และทำปกเจริญผล, 2533.
- ร. แลงการ์ด. **ทาสในกฎหมายเก่าของไทย**. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 28, 2 (มิถุนายน 2541): 126-138.
- ร. แลงการ์ด. **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1-4**. กรุงเทพฯ: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2526.
- รองพล เจริญพันธ์. **กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เจริญวิทย์การพิมพ์, 2520.
- รองพล เจริญพันธ์. **ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศในประเทศที่ใช้คอมมอลลอว์**. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 10, 3 (กันยายน 2525): 409-434.
- รองศยามานนท์, หลวง. **ประวัติศาสตร์ไทย**. กรุงเทพฯ: คณะกรรมการส่งเสริมหนังสือตามแนวพระราชดำริ, 2527 อ้างถึงใน กำธร กำประเสริฐ และสุเมท จานประดับ. **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยและระบบกฎหมายหลัก LW 103 (The Thai Legal History and Major Legal System)**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552.
- ระพีพรรณ คำหอม. **สวัสดิการสังคมกับสังคม**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- รัชฎา เมธาวิกุล. **ความยินยอมในการสมรส**. รายงานการวิจัย เสนอต่อโครงการวิจัยเสริมหลักสูตร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529.
- รัชฎา เมธาวิกุล. **บุตรนอกสมรส**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522.
- รัชฎา เอกบุตร. **กฎหมายครอบครัวเบื้องต้น**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2542.
- รัชฎา เอกบุตร. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว บิดามารดาและบุตร**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550.
- ราชบัณฑิตยสถาน. **โลกนิติ-ศตวรรษนิติ**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2540.

- ราชบุรุษดิเรกฤทธิ์, กรมหลวง. **เลิศเซอร์กฎหมายที่ดินและกฎหมายครอบครัว**. พระนคร: ม.ป.พ., 2502 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. **เหตุฟ้องหย่า: การศึกษาเปรียบเทียบในเชิงนิติศาสตร์**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543.
- รามบัณฑิตสิทธิเสรี เสวกเอก (เข้ียง สุวงศ์), พระยา **กฎหมายลักษณะผัวเมีย**. พิมพ์ครั้งที่ 4. พระนคร: โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ, 2473.
- รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ครั้งที่ 793-24/2516 เมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม พ.ศ.2516. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2516.
- รุ่งโรจน์ ปะนะภูเต. **สิทธิของคนแปลงเพศ ศึกษาผลกระทบการมีครอบครัว**. สารนิพนธ์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550.
- ไรท์, ไมเคิล. **ตะวันตกวิกฤต คริสต์ศาสนา**. กรุงเทพฯ: มติชน, 2542.
- ไรท์, ไมเคิล. **ฝรั่งมองไทย. มติชนสุดสัปดาห์**. 1328 (27 มกราคม 2549): 70.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2538.
- วรภัคดีพิบูลย์, พระ. **ประวัติศาสตร์กฎหมาย**. พิมพ์ครั้งที่ 2. พระนคร: คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2512.
- วราภรณ์ อินทนนท์. **การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่ปัจเจกชนบนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศ**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.
- วสิทธิ์ เส็งเสียม. **สิทธิในการแต่งงานของคนรักเพศเดียวกันในประเทศไทย**. สารนิพนธ์คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- วัชรา อิมจิตร์. **พฤติกรรมทางเพศ และเจตคติของนักเรียนวัยรุ่น: กรณีศึกษาพฤติกรรมรักร่วมเพศเขตศึกษา 11**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาจิตวิทยาคลินิก มหาวิทยาลัยมหิดล, 2532.
- วัชรินทร์ สังกะแก้ว. **สถานะทางกฎหมายของผู้แปลงเพศ**. สารนิพนธ์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- วารี นาสกุล. **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว**. กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2554.
- วิจิตร บุญยะโหด. **โรคหลงเพศ. แพทย์สภาสาร**. 2 (กรกฎาคม 2543): 530-545.
- วิชัย ศรีรัตน์. **แนวคิดและพัฒนาการของกฎหมายสิทธิมนุษยชน**. ใน **เอกสารประกอบวิชาการสอนกฎหมายสิทธิมนุษยชน หน่วยที่ 1-4**. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2548. หน้า 1-21.

- วิชัย ศรีรัตน์. **สิทธิและเสรีภาพของชาวไทย**. นนทบุรี: โครงการศูนย์กฎหมายสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษา สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2543.
- วิชา มหาคุณ. **ประวัติศาสตร์กฎหมายและภาษากฎหมายไทย**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523.
- วิชา หิรัญญการ, บาทหลวง. **กฎหมายศาสนาจักรโรมันคาทอลิก**. นครปฐม: วิทยาลัยแสงธรรม, 2551.
- วิชาภรณ์ แสงมณี และประเสริฐ ลีวานันท์. **ประเพณีและกฎหมาย**. กรุงเทพฯ: เตือนสยาม, 2525.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. การพิสูจน์เพศ (Sex Identification). **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 4, 2 (กันยายน 2515): 126-155.
- วิยะดา สมสวัสดิ์ และวีระวุฒิ วัฒนายน. **กฎหมายเบื้องต้น**. กรุงเทพฯ: มิตรนราการพิมพ์, 2524.
- วีระ โลจายะ. **กฎหมายสิทธิมนุษยชน**. กรุงเทพฯ: แสงจันทร์การพิมพ์, 2524.
- วุฒิชัย บุญที่ และมณี ภิญโญพรพาณิชย์. **ความผิดปกติทางเพศ ตำราจิตเวชศาสตร์**. เชียงใหม่: โครงการตำราคณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2542.
- ศรี มลิลลา. **คำอธิบายกฎหมายครอบครัว**. พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2516.
- สงกรานต์ นิยมเสน. การสมรสในวงญาติ. **บทบัญญัติ**. 20, 3 (กรกฎาคม 2505): 132-141.
- สนิท สมัครการ. **การเปลี่ยนแปลงทางวัฒนธรรมกับการพัฒนาการของสังคม**. กรุงเทพฯ: กิจการโรงพิมพ์ องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึก, 2549.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. **หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**. นครปฐม: มิสเตอร์ก๊อปปี, 2547.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. **หลักความเสมอภาค**. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 30, 2 (มิถุนายน 2542): 161-162.
- สมชัย ฑีฆาอุตมากร. **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว**. กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินติ้ง, 2554.
- สมชาย กษิติประดิษฐ์. **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2556.
- สมชาย ปรีชาศิลปกุล. **บุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมาย**. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ, 2556.
- สมพร โพธิ์นาม. กะเทย (Hermaphroditism). **วารสารศูนย์การแพทยศาสตร์**. 3 (2520): 8-35.
- สมยศ เชื้อไทย. **ความรู้นิติปรัชญาเบื้องต้น**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิญญชน, 2544.
- สมาคมจิตแพทย์แห่งประเทศไทย. **ตำราจิตเวชศาสตร์**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2521.

- สวัสดี ศรสมภ. **ประวัติศาสตร์การสมรสตามกฎหมายครอบครัวไทย**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520.
- สหัส สิงหวิริยะ. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว**. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2551.
- สอาด นาวิเจริญ. **คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว**. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2517.
- สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. **หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง**. กรุงเทพฯ: เอร่าวันการพิมพ์, 2546.
- สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. **หลักการยกยกยार्တာ**. กรุงเทพฯ: เอสเอ็มเซอร์คิทเพรส, 2551.
- สำราญ วงศ์แสงยม. **พิธีกรรมเบื้องต้น**. นครปฐม: วิทยาลัยแสงธรรม, 2529.
- สันต์ ท. โกมลบุตร. **จดหมายเหตุลาลูแบร์ ฉบับสมบูรณ์เล่มหนึ่ง**. พระนคร: ก้าวหน้า, 2510.
- สันต์ ศะศิวิณิช. **กติกากแห่งการสมรสที่ปรับปรุงได้เสมอ**. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 16, 3 (กันยายน 2529): 126-128.
- สันต์ ศะศิวิณิช. **ความเป็นโมฆะของการสมรส**. **วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, 2523.
- สุชาติ โสมประยูร และวรรณ โสมประยูร. **เพศศึกษา**. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2541.
- สุชีพ ปุญญานุภาพ. **พระไตรปิฎกฉบับปัจจุบัน**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2522.
- สุชีลา ตันชัยนันท์. **จิตร ภูมิศักดิ์ และวิวาทะเรื่องเพศภาวะในสังคมไทย**. กรุงเทพฯ: 6 ตุลารำลึก, 2558.
- สุดา มั่งมีดี. **วิวาทะสีม่วง**. **เนชั่นสุดสัปดาห์**. 14, 706 (12 ธันวาคม 2548): 92-93.
- สุทธิวาหนฤพุดิ, หลวง. **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517.
- สุเทพ วงศ์ทิพากร, บาทหลวง. **สัญญาที่เป็นยิ่งกว่าสัญญา สัญญา การสมรสตามกฎหมายคริสต์ศาสนาจักรคาทอลิก**. กรุงเทพฯ: ศูนย์ส่งเสริมและพัฒนางานวิชาการ วิทยาลัยแสงธรรม, 2553.
- สุนัย มโนมัยอุดม. **ระบบกฎหมายอังกฤษ**. พิมพ์ครั้งที่ 2. โครงการศึกษาและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

- สุพัตร พูลเกษ และสุด แสงวิเชียร. จิตวิทยาการแปลงเพศ. **วารสารสมาคมจิตแพทย์แห่งประเทศไทย**. 18 (มกราคม-ตุลาคม 2516): 18-23.
- สุภาพร ประดับสมุทร. **พฤติกรรมและเจตคติของนักเรียนวัยรุ่น เขตการศึกษา 12. วิทยานิพนธ์** ปริญญาโท สาขาจิตวิทยาคลินิก มหาวิทยาลัยมหิดล, 2532.
- สุมาลี สวยสะอาด. **เพศศึกษา**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.
- สุรศักดิ์ มณีศรี. การสมรสของพวกรักร่วมเพศ. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 24, 1 (มีนาคม 2537): 45-54.
- สุลัยมาน ดอเลาะ และญาดุลฮัก มิงสมร. **กฎหมายอิสลามลักษณะอาญา**. กรุงเทพฯ: บันลือการพิมพ์, 2557.
- สุวัฒนา อารีพรรค. **ความผิดปกติทางจิต**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524.
- สุวัฒนา อารีพรรค. **ความผิดปกติทางเพศในตำราจิตเวชศาสตร์สมาคมจิตแพทย์แห่งประเทศไทย**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536.
- เสฐียรโกเศศ. **แต่งงาน**. กรุงเทพฯ: สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2531.
- เสฐียรโกเศศ. **ประเพณีเกี่ยวกับชีวิต**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: สยามปริทัศน์, 2553.
- เสฐียรโกเศศ. **ประเพณีเกี่ยวกับชีวิต ปลุกเรื้อน-แต่งงาน**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2514.
- เสฐียรโกเศศ. **ประเพณีเนื่องในการแต่งงานบ่าวสาว**. กรุงเทพฯ: สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2531.
- เสฐียรโกเศศ. **วิวัฒนาการแห่งวัฒนธรรม**. กรุงเทพฯ: บรรณาการ, 2496.
- เสฐียรโกเศศ. **ศาสนาเปรียบเทียบ**. กรุงเทพฯ: บรรณาการ, 2515.
- เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวและมรดก**. พระนคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508.
- เสรี พงศ์พิศ. **ศาสนาคริสต์**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2511.
- เสาวนีย์ จิตต์หมวด. **วัฒนธรรมอิสลาม**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: ทางน้ำ, 2535.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**. พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2543.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ผู้ป่วยจิตเวช: ความเข้าใจที่ต่างกันระหว่างนักกฎหมายกับจิตแพทย์. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 17, 2 (ธันวาคม 2530): 177-178.
- โสมทัต เทเวศร์. **เจ้าฟ้าจุฬามณี**. กรุงเทพฯ: แพร่พิทยา, 2513.

- หยุด แสงอุทัย. การร่างกฎหมาย. ใน **หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย (ณ วัดเทพศิรินทราวาส วันที่ 19 เมษายน พ.ศ.2523)**. กรุงเทพฯ: ม.ป.พ., 2523. หน้า 21-32.
- หยุด แสงอุทัย. การร่างกฎหมายในประเทศไทย. **วารสารทนายความ**. 6 (2507): 232-239.
- หยุด แสงอุทัย. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2518.
- อคิน รพีพัฒน์, ม.ร.ว. **สังคมไทยในสมัยรัตนโกสินทร์ พ.ศ.2325-2416**. แปลโดย ม.ร.ว.ประกายทอง สิริสุข และพรณี สรุงบุญมี. กรุงเทพฯ: โครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2518.
- องค์การค้ำของครุสภา. ความตอนต้นของพระอัยการลักษณะผัวเมีย. ใน **กฎหมายตราสามดวง เล่ม 5**. พระนคร: โรงพิมพ์ครุสภา, 2515. หน้า 22-38.
- อดิวิทย์ กุมทมาศ. **นรีเวชวิทยาในหญิงที่เปลี่ยนเพศจากชาย**. กรุงเทพฯ: ยูเนียน ครีเอชั่น, 2555.
- อนาคามี, เอส. เอส. **ว่าด้วยพลเมือง**. กรุงเทพฯ: สยามมิส พับลิชชิ่ง, 2557.
- อนิรุต พิเสฏฐศลาศัย. Civil Union ทางออกของ Same-Sex Marriage ในนิวซีแลนด์. **ผู้จัดการรายเดือน**. 23, 264 (กันยายน 2548): 144-115.
- อนุমানราชชน, พระยา. **การศึกษาศิลปะ-ประเพณี**. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2517.
- อมร จันทรสมบูรณ์. ความสัมพันธ์ระหว่างสามภริยา. **วารสารกฎหมาย**. ฉบับพิเศษ (2520): 48-61.
- อมร จันทรสมบูรณ์. อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย. **วารสารกฎหมายปกครอง**. 14, 2 (สิงหาคม 2538): 149-154.
- อัครสังฆมณฑลกรุงเทพฯ. **ประมวลกฎหมายพระศาสนจักร**. ค้นวันที่ 11 เมษายน 2557 จาก <http://www.catholic.or.th/archive/laws/lawchl6/lawch039.html>
- อัคร จารุจินดา, ไพโรจน์ มินเด็น, วสันต์ เตียวตระกูล และสุขุม ทองศิริ. ความเป็นมาของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม กฎหมายลักษณะผัวเมีย พ.ศ. ใน 60 ปี สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2535. หน้า 38-49.
- อัญญา สุวรรณานนท์. รักประเภทสอง: เธอผิดหรือไร. **สตรีทัศน์**. 2 (กุมภาพันธ์-เมษายน 2527): 20-25.
- อาจารย์ มีอินทร์เกิด. **เงื่อนไขในการรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.

- อารง สุทธาศาสน์. **สถาบันครอบครัวอิสลามกับการมีภริยาสี่คน**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: ทางนำ, 2541.
- อารีวรรณ จตุทอง และสุภา พงษ์หล่อพิศิษฐ์. **กฎหมายที่ทำให้ผู้หญิงไม่ได้รับสิทธิอย่างเท่าเทียม**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555.
- อิทธิพร บุญประคอง และคณะ. **ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน**. กรุงเทพฯ: กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, 2551.
- อุกฤษ มงคลนาวิน. **ประวัติศาสตร์กฎหมายสากล**. กรุงเทพฯ: บพิธการพิมพ์, 2513.
- อุดม รัตอมฤต, นพนิตี สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ. **การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544.
- อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์. **สิทธิมนุษยชน**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548.
- เอี่ยม ฉายางาม. **ประวัติศาสตร์ฝรั่งเศส ค.ศ.1789-1848**. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2523.
- เอื้อมพร พิชัยสมิธ. **เศรษฐกิจทางเลือกว่าด้วยรัฐสวัสดิการ**. กรุงเทพฯ: โอเพ่นบุ๊ก, 2553.
- Anton, A. E. and Brown, L. Neville. **Introduction to Franch Law**. Oxford University Press, 1967.
- Armstrong, C. N. Intersexuality in Man. In **Intersexuality in Vertebrates Including Man**. C. N. Armstrong and A. J. Marshall, eds. London: Academi, 1964. Pp. 349-364.
- Authune, Pound R. **The Development of Constitutional Guarantees of Liberty**. Washington D.C.: Mosby, 1957.
- Bachr, Peter R. **The Role of Human Rights in Foreign Policy**. Houndmills: Macmilan, 1996.
- Banaker, Reza and Travers, Max. **An Introduction to Law and Social Theory**. Oxford: Hart, 2002.
- Bass, Haward L. and Rein, M. L. **Divorce Law: The Complete Practical Guide**. Washington D.C.: Prentice- Hall, 1976.
- Beasley, Chris. **Gender & Sexuality Critical Theories Critical Thinkers**. London: Sage, 2005.
- Becker, J. E. de. **Annototed Civil Code of Japan**. London: Butterworth & Co, 1910.

- Beetham, David, ed., **Politics and Human Rights**. Oxford: Blackwell, 1995 อ้างถึงใน
กัลยา เกียรติถาวรชัย. **สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของคนรั้สัญญาติในประเทศไทย**.
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.
- Berman, David R. **American Government, Politics and Policy Making**. Englewood
Cliffs: Prentice Hall, 1988.
- Bradley, David B. **Family Law and Political Culture**. London: Sweet and Maxwell,
1996.
- Bromley, P. M. **Family Law**. London: Butterworths, 1981.
- Buck, Jenn. **N. H. Court Rules Same-Sex Relations Not Adultery**. Retrieved May
15, 2009 from <http://thedartmouth.com/2003/11/14/news/nh/,2013>
- Buchmire, Ron. **Domestic Relation; Civil Union; Reciprocal Beneficiaries**.
Retrieved August 11, 2013 from [http://www.qrd.org/qrd/family/
marriage/textof.vermont.civil.union.bill-03.17](http://www.qrd.org/qrd/family/marriage/textof.vermont.civil.union.bill-03.17)
- Bullough L., Vern and Bullough, Bonnie. **Human Sexuality and Encyclopedia**.
New York: Garland, 1994.
- Burton, Frances. **Family Law**. London: Routledge, 2012.
- C., Mme Corinne. **Conseil Constitutionnel: Interdiction Du Marriage Entre
Personnes De Meme Sexe**. Paris: University of Paris I, 2011.
- Cachard, Henry. **The French Civil Code**. rev. ed. London: Stevens & Sons, 1930.
California Family Code. Retrieved June 12, 2014 from [http://www.caselaw.lp.
findlaw.com/cacodes/297.html](http://www.caselaw.lp.findlaw.com/cacodes/297.html)
- CARBONNIER, Jean. **Droit Civil: Introduction**. 24th ed. Paris: University of Paris II,
1996.
- Caron, Francisco; Caron, Schouten and Caron, Michel. **The Mighty Kingdom of
Japan and Saim (1671)**. Bangkok: Saim Society, 1986.
- Carr, William. **A History of Germany 1815-1945**. 2nd ed. London: Edward Arnold,
1979.
- Chambers, David L. and Polikoff, Nancy D. Family Law and Gay Lesbian Family Issues
in the Twentieth Century. **Family Law Quarterly**. 33, 524 (1999): 132-149.

- Cole, David and Eskridge, William N., Jr. From Hand-Holding to Sodomy: First Amendment Protection of Homosexual (Expressive) Conduct. **Harvard Civil Rights Cites Civil Liberties Law Review**. 27, 2 (June 1994): 241-254.
- Colliard, Claude-Albert. **Libertes Publiques**. 6th ed. Paris: Dalloz, 1982 อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์. **หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**. นครปฐม: มิสเตอร์ก๊อปปี้, 2547.
- Court Annuls France's First Same-Sex Marriage**. Retrieved July 13, 2013 from <http://www.baywindoes.com/media/paper328/news/2003/09/11/News Brirfs/International.Briefs-463116.shtml>
- Cranston, Maurice. **What are Human Rights?**. London: The Bodley Head, 1973.
- Crretney, S. M. and Masson, J. M. **Principles of Family Law**. London: Sweet and Maxwell, 1977.
- Daley, Suzanne. **France Fives Legal Status to Unmarried Couples**. Retrieved December 15, 2013 from http://www.perso.clud-internet.fr/ccucs/frames/e_une.html
- Dame, Hale Brenda. **The Family, Law and Society Cases and Materials**. 5th ed. London: Butterworth, 2002.
- David, Rene. **Les Systems De Droit Cotemporains XI, Le Droit Francais, Tome 1: Les Donnees Fondamentales Du Droit Francais**. Paris: Praeger, 1960.
- Davidson, Scott. **Human Rights**. Buckingham: Open University Press, 1993.
- Davies, P., ed. **Human Rights**. London: Routledge, 1988.
- Deborah, Foman L. Same-Sex Partners: Strangers, Third Parties, or Parents? The Changing Legal Landscape and the Struggle for Parental Equality. **Family Law Quaterly**. 40, 1 (2006): 34-47.
- Diamond, Lisa M. Female Bisexuality from Adolescence to Adulthood: Result from a 10-year Longitudinal Study. **Developmental Psychology**. 44, 1 (2008): 5-14.
- Dijk, P. Van and Hoof, G. J. H. Van. **Theory and Practice of the European Convention**. New York, NY.: Dryden, 2011.
- Domino, John C. **Civil Rights and Liberties Toward the Twenty-First Century**. New York, NY.: Harper Collins College, 1994.

- Donnelly, Jack. **International Human Rights**. Boulder: Westview, 1993.
- Dorley, Chloras. **The Reform of Family Law in Europe**. The Netherlands: Kluwer, 1978.
- Eekelaar, John and George, Rob. **Routledge Handbook of Family Law and Policy**. London: Routledge, 2014.
- Eskridge, William N., Jr. **The Case for Same-Sex Marriage: from Sexual Liberty to Civilized Commitment**. New York: The Free, 1996.
- Fairbaire, Catherine. Protection of Homosexual (Expressive) Conduct. **Harvard Civil Rights Cites Civil Liberties Law Review**. 27, 2 (June 1994): 4-12.
- Fairbaire, Catherine. Sam-Sex Marriage and Civil Partnerships. **Harvard Civil Rights Cites Civil Liberties Law Review**. 27, 1 (March 1994): 106-114.
- Ferrand, Frederique. **Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouse**. New York, NY.: Elsevier, 2002.
- Frank, Magill N. **The International Encyclopedia of Psychology V. 1**. New York, NY.: Garland, 1996.
- Freeman, Michael. **The Family Law Act 1996, Sweet and Maxwell's Legislation Handbook**. London: Sweet and Maxwell, 1996.
- Fulbrook, Marry. **A Concise History of Germany**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- Gearty, C. A., ed. **European Civil Liberties and the European Convention on Human Right: A Comparative Study**. The Hague; Martinus: Nijhoff, 1997
- Genders and Sexualities in Modern Thailand**. Peter A. Jackson and Nerrida Cook, eds. Chiang Mai: Silkworm Book, 1999.
- Gewirth, Alan. **Human Rights: Essays on Justification and Application**. Chicago: University of Chicago Press, 1984.
- Ghandhi, P. R. **Blackstone's International Human Rights Documents**. 3rd ed. Great Britain: Oxford University Press, 2002.
- GLAD Equal Justice Under Law. **How to Get Married in Massachusetts**. Retrieved August 11, 2013 from <http://www.glad.org/uploads/docs/publications/how-to-get-married-ma.pdf>

- Grossman, Joanna. **Dissolving Unhappy Vermont Civil Union**. Retrieved August 11, 2013 from <http://www.write.news.findlaw.com/grossman/20010424.html>
- Hausheer, Heinz. **Stephan Wolf Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouse**. New York, NY.: McGraw-Hill, 2002.
- Herd, Gilbert. **Third Sex, Third Gender Beyond Sexual Dimorphism in Culture and History**. New York: Zone Books, 1996.
- Hoggett, Brenda M. and Pearl, David S. **The Family Law and Society Case Material**. 3rd ed. London: Butterworths, 1991.
- Horwitz, Morton J. Rights. **Harvard Civil Rights Cites Civil Liberties Law Review**. 23 (Summer 1988): 393-406.
- Hussian, S. Jaffer. **Marriage Breakdown and Divorce Law Reform in Contemporary Society**. New Delhi: Concept, 1983.
- Jensen, Steffen. **Recognition of Gay & Lesbian Partnership in Europe**. Retrieved May 1, 2013 from <http://www.steff.suite.dk/partner.htm>
- Joanna, Grossman L. Family Boundaries: Third-Party Rights and Obligations with Respect to Children. **Family Law Quarterly**. 40, 1 (Summer 2006): 237-246.
- Jones, P. **Right: Issues in Political Theory**. UK: MacMilan, 1998 อ้างถึงใน วิชัย ศรีรัตน์. แนวคิดและพัฒนาการของกฎหมายสิทธิมนุษยชน. ใน เอกสารประกอบวิชาการสอนกฎหมายสิทธิมนุษยชน หน่วยที่ 1-4. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2548. หน้า 1-21.
- Kane, Daniel J. Homosexuality and the European Convention on Human Rights: What Rights ?. **Hastings International and Comparative Law Review**. 11 (1988): 447-486.
- Kanongnij Sribuaiam. Living Together: Rights of Heterosexual and Homosexual. **Chulalongkorn Law Review**. 64, 1 (March 1990): 59-74.
- Kibney, Mark, ed. **World Justice? US Courts and International Human Rights**. Boulder: Westview, 1991.
- Kitchen, Martin. **The Cambridge Illustrated History of Germany**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

- Lalement, R. **The France Registered Partnership Law**. Retrieved December 15, 2013 from <http://www.france.qrd.org/texts/partnership/fr/explanation.html>
- Lawson, F. H.; Anton, A. E. and Brown, L. Neville. **Amos and Walton's Introduction to French Law Third Edition**. Oxford: Oxford University Press, 1969.
- Leonard, Arthur S. **Sexuality and the Law An Encyclopedia of Major Legal Cases**. New York: Garland, 1993.
- Leonard, Daniel S. Sexual Orientation and the Law. **The Editors of the Harvard Law Review**. 2, 12 (May 1990): 2-21.
- Lingat, R. Note sur la Revision des lois siamoises en 1805. **Journal of the Siam Society**. 23, 1 (1929): 23.
- MALAFOSSE, Ourliac. **Histoire du droit prive**. Paris: University of Paris I, 1968.
- MALAURIE, Champier. **Les enjeux de la codification**. Paris: University of Paris II, 1997.
- McGoldrick, Dominic. **The Human Rights Committee: Its Roles in the Development of International Covenant on Civil and Political Rights**. Oxford: Clarendon, 1994.
- Meenan, Helen, ed. **Equality Law in an Enlarged European Union Understanding the Article 13 Directives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- Minnesota Legislative Reference Library. **Resources on Minnesota Issue Same-Sex Marriage in Minnesota**. Retrieved April 22, 2013 from <http://www.leg.state.mn.us/lri/issues/issues.aspx?issue=gay>
- Mir-Hosseini, Ziba. **Marriage on Trial: a Study of Islamic Family Law: Iran and Morocco Compared**. London: Tauris, 1993.
- Morgan, Demian L. **Vermont Civil Union Procedures**. Retrieved August 11, 2013 from <http://www.buddybuddy.com/d-p-vt1.html>
- Morgan, Demian L. **Vermont Court Finding**. Retrieved August 11, 2013 from <http://www.buddybuddy.com/finding3.html>
- Morison, S. E., ed. **Sources and Documents Illustrating the American Revolution II**. New York, NY.: Wiley, 1953.
- Mueller, Gerhard O. W. **Sexual Conduct and the Law**. 2nd ed. New York: Oceana, 1980.

- Nicolas, Peter and Strong, Mike. **The Geography of Love: Same-Sex Marriage & Relationship Recognition in America.** 5th ed. Washington D.C.: Routledge, 2014.
- Notes and Comments: Transsexuals in Limbo: The Search for a Legal Definition of Sex. **Maryland Law Review.** 31 (1971): 236-254.
- O'Donnell, William J. and Jones, David A. **The Law of Marriage and Marital Alternatives.** Lexington, Mass.: Lexington Books, 1982.
- Pace, P. J. Sexual Identity and the Criminal Law. **The Criminal Law Review.** 23, 2 (May 1983): 317-321.
- Passant, E. J. **A Short History of Germany 1815-1945.** Cambridge: Macmillan, 1982.
- Pederson, Marriane Hajgaard. Denmark: Homosexual Marriages and New Rules Regarding Separation and Divorce. **University of Louisville Journal of Family Law.** 2, 17 (1991-1992): 184-196.
- Pederson, Marriane Hajgaard. Homosexual Marriages and New Rules Regarding Separation and Divorce. **University of Louisville Journal of Family Law.** 2, 23 (1991-1992): 230-273.
- Pinello, Daniel R. **Gay Rights and American Law.** New York: Cambridge University Press, 2003.
- Pollis, Adamantia and Schwab, Peter, eds. **Human Rights Cultural and Ideological Perspective.** New York: Praeger, 1979.
- Pollock, Frederick and Maitland, Frederric William. **The History of England Law Volume 2.** Cambridge: Cambridge University Press, 1968.
- Portail du Government. **Marriage Pous Tous: La Loi Entre Engueur (23 April 2556).** Retrieved December 29, 2013 from <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/projet-de-loi-mariage-pour-tous>
- Reid, Karen. **A Practitioner's Guide to the European Convention of Human Right.** London: Sweet and Maxwell, 1998.
- Richardson, Diane. Sexuality and Feminism. In **Introducing Women's Studies: Feminism Theory and Practice.** Victoria Robinson and Diane Richardson, eds. New York, NY.: New York University Press, 1997. Pp. 276-292.

- Roth, Mariranne. The Norwegian Act on Registered Partnership for Homosexual Couples. **University of Louisville Journal of Family Law.** 2, 16 (1994-1995): 274-286.
- Rubenstein, William B. **Case and Materials on Sexual Orientation and the Law.** 2nd ed. St. Paul, Minn: West, 1997.
- Saldeen, Ake. Sweden: Family Counselling, The Tortuous Liability of Parents and Homosexual Partnership. **University of Louisville Journal of Family Law.** 2, 21 (1994-1995): 219-226.
- Sanders, Douglas. **Remembering Jossie and Bonnie: Same-Sex Marriage in Asia.** A Paper Presented in International Lesbian and Gay Association, Stockholm, Sweden, 2012.
- Standley, Kate. **Family Law.** Basingstoke: Macmillan, 1993.
- Stark, Barbara. **International Family Law.** Aldershot: Ashgate, 2005.
- Steiner, Henry J. and Alston, Philip. **International Human Rights in Context-Law, Politics, Morals.** Oxford: Clarendon, 1996.
- Stone, Richard. **Textbook on Civil Liberties.** London: Blackstone, 1994.
- SUEL, Marc. **Essai sur la codification a droit constant: precedents-debuts-realisation, Journal officiel de la Republique francais.** 2nd ed. fevrier: Wiley, 1995.
- Terry, David. **Divorce in England: Adultery.** Retrieved March 22, 2013 from <http://www.terry.co.uk/divorce2.html>
- Thomas, J. A. C. **Textbook of Roman Law.** Amsterdam; Oxford: North Holland, 1976.
- Thomson, David. **Democracy in France since 1870.** London: Oxford University Press, 1969.
- Treggiari, Susan. **Roman Marriage: Lusti Conluges from the Time of Clcero to the Time of Ulplan.** Great Britain: Clarendon, 1933.
- Umzurike, U. Oji. **The African Charter on Human and Peoples' Rights.** The Hague; London: Nijhoff, 1982.
- USHER, John A. **European Court Practice.** London: Sweet and Maxwell, 1983.
- Vershraegen, Bea. **Persons and Family.** Martinus: Nijhoff, 2004.

VINCENZI, Chris and FAIRHURST, John. **Law of the European Community**. 3rd ed. London: Longman, 2002.

Walz, Mary Beth. Transsexuals and the Law. **Journal of Contemporary Law**. 5 (1979): 181-214.

Webb, Rita A. **Overview of Same sex Marriage in the U.S.: The Struggle for Civil Rights and Equality**. Retrieved June 6, 2013 from <http://www.socialworkers.org/diversity/lgb/062005.asp>

Wikipedia The Free Encyclopedia. **Civil Union**. Retrieved August 25, 2013 from http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_union

Wintemute, Robert. **Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law**. Oregon: Hart, 2001.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ ชื่อสกุล

นายณัฐวุฒิ ชัยสายพันธ์

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

ปีสำเร็จการศึกษา 2551

นิติศาสตรมหาบัณฑิต (หลักสูตรภาษาอังกฤษ)

มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

ปีสำเร็จการศึกษา 2553

Master of Law (Private Comparative Law)

La Trobe University ประเทศออสเตรเลีย

ปีสำเร็จการศึกษา 2554

รัฐศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ปีสำเร็จการศึกษา 2557

ประสบการณ์การทำงาน

พ.ศ.2552-2555

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

พ.ศ.2555-ปัจจุบัน

นักวิชาการอิสระ ด้านกฎหมายสมรส